

(3) 유리의 원칙 인정여부

- 살펴본 해당 법률조문의 입법취지를 고려할 때, “근로자에게 불리한 내용으로 변경된 취업규칙은 집단적 동의를 받았다고 하더라도 그보다 유리한 근로조건을 정한 기존의 개별 근로계약 부분에 우선하는 효력을 갖는다고 할 수 없다”는 것이 판례의 태도이다. 즉 근로자의 개별적 동의가 없는 한 취업규칙보다 유리한 근로계약의 내용이 우선하여 적용된다는 것이다.
- 즉 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 적용된다는 것이 판례의 태도이다.
- 그러나 판례에 따르면 근로기준법 제4조, 제94조 및 제97조의 규정 내용과 입법 취지를 고려할 때, 위와 같은 법리는 근로자와 사용자가 취업규칙에서 정한 기준을 상회하는 근로조건을 개별 근로계약에서 따로 정한 경우에 한하여 적용될 수 있는 것이고, 개별 근로계약에서 근로조건에 관하여 구체적으로 정하지 않고 있는 경우에는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건이 근로자에게 적용된다고 보아야 한다. (대법원 2022. 1. 13. 선고 2020다232136 판결)
- 즉 어떠한 근로조건에 관해 취업규칙과 근로계약이 각기 다르게 정하고 있다면, 취업규칙이 근로자에게 보다 유리하다는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 근로계약이 우선 적용된다고 보아야 한다.
- 하지만 이런 판례의 태도에 대하여 취업규칙 불이익 변경의 경우, 근로자 과반수의 동의라는 집단적 변경 법리가 확립되어 있음에도 불구하고 유리성의 원칙을 인정하게 되면, 개별적 동의 여부에 따라 변경된 취업규칙이 적용되는 경우와 적용되지 않는 경우로 나누어지게 되므로 근로조건에 대한 집단적 통일화라는 취업규칙 본래의 목적을 성취하기 어렵게 된다는 비판적 견해도 존재한다.

3. 사이닝보너스의 법적 성격의 판단기준

- [판례]에 따르면 사이닝 보너스가 아직 사채금으로서의 성격만 가지는지, 더 나아가 전속계약금 및 임금선급금으로서의 성격도 함께 가지는지는 처문문서의 해석의 표준에 따라 “해당 계약이 체결된 시기 및 경위, 당사자가 계약에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 계약서에 특정 기간 동안의 전속근무를 조건으로 사이닝보너스를 지급한다거나 그 기간의 종간에 퇴직하거나 이직할 경우 이를 반환한다는 등의 문언이 기재되어 있는지 및 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것”이라고 판시하고 있다.

7. 사례 3 : 매각 위로금 반환약정의 유효성 (판례의 요지만 정리한다)

I. 문제의 소재

사용자가 근로자에게 일정한 금전을 지급하면서 의무근로기간을 설정하고 이를 지키지 못하면 그 전부 또는 일부를 반환하기로 약정한 경우, 근로기준법 제20조가 금지하는 약정인지, 그 판단기준이 어떠한지가 문제된다. (사례 : 갑 주식회사가 발행 주식 매각을 통한 소속 기업집단의 변경과정에서 이를 반대하는 근로자 측과 ‘갑 회사가 직원들에게 매각위로금 등을 지급하고, 매각위로금을 받은 직원이 지급일로부터 8개월 안에 퇴사할 경우 이미 지급받은 매각위로금을 월할로 계산하여 반납한다.’는 내용의 약정을 한 사안에서, 위 약정 중 위로금 반환 부분이 근로기준법 제20조에 위반된다고 볼 수 있는지가 다투진 사안이다)(대법원 2022. 3. 11. 선고 2017다202272 판결)

II. 매각위로금 반환약정의 유효성

1. 근로기준법 제20조의 의의 및 취지 : 쟁점 22 참조

2. 매각위로금 반환약정의 효력

판례에 따르면, 사용자가 근로자에게 일정한 금전을 지급하면서 의무근로기간을 설정하고 이를 지키지 못하면 그 전부 또는 일부를 반환받기로 약정한 경우, 의무근로기간의 설정 양상, 반환 대상인 금전의 법적 성격 및 규모·액수, 반환 약정을 체결한 목적이나 경위 등을 종합할 때 그러한 반환 약정이 해당 금전을 지급받은 근로자의 퇴직의 자유를 제한하거나 그 의사에 반하는 근로의 계속을 부당하게 강요하는 것이라고 볼 수 없다면, 이는 근로기준법 제20조가 금지하는 약정이라고 보기 어렵다고 한다. (대법원 2022. 3. 11. 선고 2017다202272 판결)

※ 이 약정은 갑 회사가 근로자들에게 소속 기업집단의 변경에 따른 매각위로금을 지급되 지급일로부터 8개월 안에 퇴사하는 경우 이를 월할 계산하여 반환하기로 하는 내용일 뿐,

i) 근로자들이 근로계약상 정해진 근로기간 약정을 위반할 경우 갑 회사에 위약금이나 손해 배상으로서 일정 금액을 지급하기로 하는 내용으로는 보이지 않는 점,

ii) 위 약정 중 위로금 반환 부분이 미리 정한 근무기간 이전에 퇴직하였다는 이유로 마땅히 근로자에게 지급하여야 할 임금을 반환하기로 하는 취지의 약정이라고 보기도 어려운 점,

iii) 갑 회사는 주식 매각에 대한 기존 근로자들의 반대를 무마하고 일정 기간의 계속근로를 유도함으로써 주식 매각 이후에도 사업을 차질 없이 운영하려는 일회적이고 특별한 경영상의 목적에서 위 약정을 하고 근로자들에게 매각위로금을 지급한 것으로 보이는 점 등 의무근로기간 설정 양상, 반환 대상인 금전의 규모나 액수 등을 종합하면, 매각위로금을 지급받은 근로자들이 위 약정으로 퇴직의 자유를 제한받는다고거나 그 의사에 반하는 근로의 계속을 부당하게 강요받는다고 볼 수 없으므로, 위 약정 중 위로금 반환 부분이 근로기준법 제20조에 위반된다고 단정하기 어렵다.

- 158쪽 -

V 사용기간 만료 후의 법률관계

2. 근속기간에 산입

● 사용근로자가 본채용 또는 사용기간의 경과 등으로 정규 종업원이 된 경우 기존의 사용기간은 퇴직급여, 연차휴가 등의 계산시 계속근로연수에 산입된다.

● [판례]도 “근속기간 중에 직종 등 근로제공의 형태가 변경된 경우와 마찬가지로, 사용기간 만료 후 본 근로계약을 체결하여 공백 기간 없이 계속 근무한 경우에도 사용기간과 본 근로계약기간을 통산한 기간을 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로기간으로 보아야 한다”고 판시하고 있다.(대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다

2. 취업규칙의 불이익변경의 판단기준

(1) 불이익변경의 의미

- 근로기준법은 취업규칙의 변경에 있어서 불이익 여부의 판단기준을 마련해 놓고 있지 않다.
- [판례]에 따르면, “그 취업규칙의 작성 또는 변경이 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 내용”일 때에는 불이익변경으로 인정하고 있다.
- [판례]에 따르면, “취업규칙의 불이익한 변경이란 사용자가 종전 취업규칙 규정을 개정하거나 새로운 규정을 신설하여 근로조건이나 복무규율에 관한 근로자의 권리나 이익을 박탈하고 근로자에게 저하된 근로조건이나 강화된 복무규율을 일방적으로 부과하는 것”하며, “여기서 근로조건이나 복무규율에 관한 근로자의 권리나 이익이란 종전 취업규칙의 보호영역에 따라 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 가리킨다” (대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다280781 판결)

※ 예를 들어 어떤 회사가 호봉제를 실시하고 있는데, 호봉제에 따른 임금은 매년 인상 되었는데, 성과주의에 기반한 연봉제를 실시하기로 한 경우, 작년 호봉제에 기초한 임금과 올해 연봉제에 기초한 임금이 동일하다고 하더라도, 같은 호봉제에 따라 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 박탈당한 것이므로(즉 호봉제를 유지하였으면 올해 임금액수가 더 많아졌을 것이다) 취업규칙의 불이익 변경에 해당한다 (2022.3.17. 선고 2020다219928 판결)

예를 들어, 회사가 교직원보수규정에서 예산의 범위에서 연구보조비를 지급한다는 조항을 두고 있고, 이에 따라 매년 예산상황이나 교원의 직급 등을 고려해 연구보조비를 지급하고 있다. 이 경우 연구보조비를 직전 학년보다 적게 정하였다고 하더라도 이러한 연구보조비에 대한 부분은 종전 취업규칙의 보호 영역에 따라 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이 아니므로 취업규칙의 불이익변경에 해당하지 아니한다고 한다. (2022.4.14. 선고 2021다280781 판결)

- 따라서 이미 작성된 취업규칙에서 정한 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우는 취업규칙의 불이익변경으로 쉽게 인정할 수 있을 것이다. 하지만, 그 이외의 변경에 대해서는 무엇을 기준으로 불이익한 변경인지 여부를 판단할 것인가에 대하여 의견대립이 있을 수 있다.

(2) 불이익변경의 판단기준

가. 불리한 근로조건을 신설한 경우

- [판례]에 따르면 “그 취업규칙의 작성 또는 변경이 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 내용”일 때에는 불이익변경으로 인정하고 있으므로, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 이미 작성된 취업규칙 자체에 정한 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우뿐만 아니라 취업규칙의 작성 이전에 벌써 근로자에게 적용하고 있는 근로조건의 내용을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우도 포함된다 할 것이다.

- [판례]에 따르면 취업규칙의 불이익한 변경이란 사용자가 종전 취업규칙 규정을 개정하거나 새로운 규정을 신설하여 근로조건이나 복무규율에 관한 근로자의 권리나 이익을 박탈하고 근로자에게 저하된 근로조건이나 강화된 복무규율을 일방적으로 부과하는 것이며, “여기서 근로조건이나 복무규율에 관한 근로자의 권리나 이익이란 종전 취업규칙의 보호영역에 따라 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 가리킨다”고 판시하고 있다. (대법원 2022.3.17. 선고 2020다219928 판결)
- 즉 취업규칙의 작성 이전에 이미 보호되고 있는 근로조건이나 복무규율에 관한 근로자의 권리나 이익을 새로운 규정을 신설하여 박탈하는 것도 취업규칙의 불이익변경에 해당한다.

- 171쪽 -

나. 2개 이상의 근로조건을 변경하는 경우

② 하나의 근로조건을 구성하는 여러 가지 사항을 한꺼번에 변경하는 경우

- [판례]에 따르면, 하나의 근로조건을 구성하는 여러 가지 사항을 한꺼번에 변경하면서 그 중 일부 사항에 관한 여만 근로자에게 불리하게 변경하고, 일부는 근로자에게 유리하게 변경된 사항이 있다고 하더라도, 그 불이익 변경 여부는 이를 전체적으로 평가하여 판단해야 한다. 즉 근로조건을 결정짓는 여러 요소가 있는 경우 그 중 한 요소가 불이익하게 변경되더라도 그와 대가관계나 연계성이 있는 다른 요소가 유리하게 변경되는 경우라면 그와 같은 사정을 종합적으로 고려하여야 한다는 것이 [판례]의 태도이다.(대법원 2022.3.11. 선고 2018다255480 판결)

- 231쪽 -

6. 노사합의에 의한 임금인상 소급분...

7. 임금지급관행과 단체협약, 취업규칙의 내용이 다른 경우

- [판례]에 따르면 “특정 임금 항목이 근로자가 소정근로를 했는지 여부와 상관없이 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하는 임금인지를 판단할 때에는, 그에 관한 근로계약이나 단체협약 또는 취업규칙 등 규정의 내용, 사업장 내 임금 지급 실태나 관행, 노사의 인식등을 종합적으로 고려해서 판단해야 한다”고 한다.
- 따라서 “특정 시점이 되기 전에 퇴직한 근로자에게 특정 임금 항목을 지급하지 않는 관행이 있더라도, 단체협약이나 취업규칙 등이 그러한 관행과 다른 내용을 명시적으로 정하고 있으면 그러한 관행을 이유로 해당 임금 항목의 통상임금성을 배척함에는 특히 신중해야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다. (대법원 2021.12.16. 선고 2016다7975 판결)

8. 휴직자, 복직자, 징계대상자 등에게 지급제한사유가 규정되어 있는 경우

판례에 따르면 “단체협약이나 취업규칙 등에 휴직자나 복직자 또는 징계대상자 등에 대하여 특정 임금에 대한 지급 제한사유를 규정하고 있다 하더라도, 이는 해당 근로자의 개인적인 특수성을 고려하여 그 임금 지급을 제한하고 있는 것에 불과하므로, 그러한 사정만을 들어 정상적인 근로관계를 유지하는 근로자에 대하여” 그 임금 지급의 일률성과 고정

성을 부정하지는 아니한다.(대법원 2019.8.14. 선고 2016다9704, 9711 판결)

- 234쪽 -

- 신의칙이 적용되어 추가임금 청구가 허용되지 않는다고 대법원 전원합의체가 실시한 요건을 요약, 정리하면 다음과 같다. i) 정기사상여금의 경우에 한하여 신의칙이 적용되며 ii) 노사가 정기사상여금이 통상임금에 해당하지 않는다고 신뢰한 상태에서 이를 통상임금에서 제외하는 합의(묵시적 합의나 관행도 포함)를 하고 임금수준을 정하여야 하며 iii) 이후 근로자가 노사합의의 무효를 주장하며 추가임금을 청구하는 경우, 예측하지 못한 재정적 부담으로 기업에 중대한 경영상 어려움을 초래하거나 기업의 존립이 위태롭게 될 수 있다는 사정이 있어야 한다.
- 다만, 통상임금 재산정에 따른 근로자의 추가 법정수당 청구를 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업 존립을 위태롭게 한다는 이유로 배척한다면, 기업 경영에 따른 위험을 사실상 근로자에게 전가하는 결과가 초래될 수 있으므로, “근로자의 추가 법정수당 청구가 사용자에게 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하여 신의칙에 위배되는지는 신중하고 엄격하게 판단해야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다. 그리고 통상임금 재산정에 따른 근로자의 추가 법정수당 청구가 기업에 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업 존립을 위태롭게 하는지는 “추가 법정수당의 규모, 추가 법정수당 지급으로 인한 실질임금 인상률, 통상임금 상승률, 기업의 당기순이익과 그 변동 추이, 동원 가능한 자금의 규모, 인건비 총액, 매출액, 기업의 계속성·수익성, 기업이 속한 산업계의 전체적인 동향 등 기업운동을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려해서 판단해야 한다”고 한다.(대법원 2021. 12. 16. 선고 2016다7975 판결)
- 또한 [판례]에 따르면 “기업이 일시적으로 경영상의 어려움에 처하더라도 사용자가 합리적이고 객관적으로 경영 예측을 하였다면 그러한 경영상태의 악화를 충분히 예견할 수 있었고 향후 경영상의 어려움을 극복할 가능성이 있는 경우에는 신의칙을 들어 근로자의 추가 법정수당 청구를 쉽게 배척해서는 안 된다”고 판시하고 있다.(대법원 2021. 12. 16. 선고 2016다7975 판결)
- 하지만 해당 판례법리는 2013년 12월 18일에 선고된 대법원 전원합의체 판결 이전의 정기사상여금에 대한 것이므로, 그 이후 정기사상여금에 대한 합의에 대하여는 신의칙 위반을 인정하기는 어렵다 할 것이다.

- 358쪽 -

| Key point | 퇴직시 연차휴가수당청구권

유급(연차휴가수당)으로 연차휴가를 사용할 권리는 근로자가 1년간 소정의 근로를 마친 대가로 확정적으로 취득하는 것인데, 연차휴가를 사용할 해당 연도가 아니라 그 전년도 1년간의 근로에 대한 대가에 해당.

→ 근로자가 일단 연차유급휴가권을 취득한 후에 연차유급휴가를 사용하기 전에 퇴직 등의 사유로 근로관계가 종료된 경우, 근로관계의 존속을 전제로 하는 연차휴가를 사용할 권리는 소멸

but, 근로관계의 존속을 전제로 하지 않는 연차휴가수당을 청구할 권리는 그대로 존존하여, 근로자는 근로관계 종료시까지 사용하지 못한 연차휴가일수 전부에 상응하는 연차휴가수당을 사용자에게 청구할 수 있음.

→ 다만 연차휴가를 사용할 권리는 다른 특별한 정함이 없는 한 그 전년도 1년간의 근로를 마친 다음 날 발생한다고 보아야 하므로, 그 전에 퇴직 등으로 근로관계가 종료한 경우에는 연차휴가를 사용할 권리에 대한 보상으로서의 연차휴가수당도 청구할 수 없음.(1년 기간제 근로계약을 체결한 근로자에게는 최대 11일의 연차휴가가 부여)

- 359쪽 -

- 따라서 [판례]에 따르면, 근로자가 일단 연차유급휴가권을 취득한 후에 연차유급휴가를 사용하기 전에 퇴직 등의 사유로 근로관계가 종료된 경우, 근로관계의 존속을 전제로 하는 연차휴가를 사용할 권리는 소멸한다 할지라도 근로관계의 존속을 전제로 하지 않는 연차휴가수당을 청구할 권리는 그대로 잔존하는 것이어서, 근로자는 근로관계 종료시까지 사용하지 못한 연차휴가일수 전부에 상응하는 연차휴가수당을 사용자에게 청구할 수 있다.

3. 연차휴가사용권의 발생시기

- “다만 연차휴가를 사용할 권리는 다른 특별한 정함이 없는 한 그 전년도 1년간의 근로를 마친 다음 날 발생한다고 보아야 하므로, 그 전에 퇴직 등으로 근로관계가 종료한 경우에는 연차휴가를 사용할 권리에 대한 보상으로서의 연차휴가수당도 청구할 수 없다”는 것이 [판례]의 태도이다.(대법원 2021. 10. 14. 선고 2021다227100 판결)

- 381쪽 -

- 그런데, 기간제근로자의 갱신기대권에 대한 판례법리에서는 계약갱신에 대한 “규정이 없더라도” 여러사정을 종합하여 갱신기대권 인정여부를 판단하고 있는데, 고용승계기대권은 고용승계와 관련된 명시적 약정이 없는 경우에도 이를 인정할 수 있는지에 대해서 명확하게 제시하고 있지 않다는 한계가 있었다. 하지만, 이후 유사한 판결에서는 고용을 승계하기로 하는 명시적인 약정이 없는 경우에도 관행 등을 근거로 고용승계의무를 인정하였다는 점에서 그러한 한계는 극복했다고 볼 수 있을 것이다.(대법원 2021.7.29. 선고 2016두64876 판결)

- 395쪽 -

※ 쟁점을 추가하였습니다 .

74 전출과 파견법상 직접고용의무

| Key point | 전출과 파견법상 직접고용의무

1. 전출의 의미 : 원소속기업과의 근로계약을 유지하지만, 파견 등의 형태로 원소속기업에 대한 근로제공의무를 면하고 전출 후 기업의 지휘·감독 아래 근로를 제공함으로써 근로제공의 상대방이 변경되는 것.
2. 파견법상 직접고용의무규정의 적용범위 : ‘근로자파견을 업으로 하는 자’가 주체가 되어 행하는 근로자파견의 경우에 적용
3. ‘근로자파견을 업으로 하는자’에 해당하는지의 판단기준 : 반복계속성과 영업성 (근로자파견행위의 반복·계속성, 영업성등의 유무와 원고용주의 사업 목적과 근로계약 체결의 목적, 근로자파견의 목적과 규모, 횟수, 기간, 태양 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 판단) / 원고용주를 기준
4. 계열회사가 전출과 파견 : 전출 근로자와 원소속 기업 사이의 온전한 근로계약관계가 있고, 복귀발령 이후 기존 근로계약관계가 현실화되어 계속 존속하므로 근로자파견과 외형상 유사하더라도 제도의 취지와 법률적 근거가 구분됨.

[목차]

- I. 문제의 소재
- II. 전출과 파견법상 직접고용의무규정의 적용
 - 1. 전출의 의의
 - 2. 전출과 파견법상 직접고용의무규정의 적용
 - (1) 파견법상 직접고용의무규정의 적용범위
 - (2) ‘근로자파견을 업으로 하는자’에 해당하는지의 판단기준
 - (3) 계열회사간 전출에 따른 근로관계와 근로자파견관계
- III. 사안의 적용 (예시)

I. 문제의 소재

- 전출은 외부 인력이 사업조직에 투입된다는 점에서 파견법상 근로자파견과 외형상 유사하다.
- 그런데, 파견법 제6조의2 제1항에 따르면 사용주업주에게 직접고용의무를 부과하고 있는데, 전출에 따른 원소속기업을 파견법상 파견사업주, 전출 후 기업을 파견법상 사용사업주의 관계로 파악하여 전출 후 기업에 대하여 직접고용의무규정을 적용할 수 있는지가 문제된다.

II. 전출과 파견법상 직접고용의무규정의 적용

1. 전출의 의의

- 전출은 근로자가 원소속기업과의 근로계약을 유지하면서 휴직·파견·사의근무·사의파견 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. 전출과 파견법상 직접고용의무규정의 적용¹⁾

(1) 파견법상 직접고용의무규정의 적용범위

- [판례]에 따르면 “ 파견근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’) 제6조의2 제1항에 따른 직접고용의무는 근로자파견사업을 하는 파견사업주, 즉 근로자파견을 업으로 하는 자가 주체가 되어 행하는 근로자파견의 경우에 적용된다”고 한다.

(2) ‘근로자파견을 업으로 하는자’에 해당하는지의 판단기준

- [판례]에 따르면 “‘근로자파견을 업으로 하는 자’란 반복·계속하여 영업으로 근로자파견행위를 하는 자를 말하고, 이에 해당하는지는 근로자파견행위의 반복·계속성, 영업성등의 유무와 원고용주의 사업 목적과 근로계약 체결의 목적, 근로자파견의 목적과 규모, 횟수, 기간, 태양 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 판단하여야 할 것인바, 위와 같은 반복·계속성과 영업성은 특별한 사정이 없는 한 근로자파견행위를 한 자, 즉 원고용주를 기준으로 판단하여야 한다”고 판시하고 있

1) 아래의 판례는 모두 대법원 2022. 7. 14. 선고 2019다299393 판결을 인용한 것이다.

다.

(3) 계열회사간 전출에 따른 근로관계와 근로자파견관계

- [판례]에 따르면 “특히 고유한 사업 목적을 가지고 독립적 기업 활동을 영위하는 계열회사 간 전출의 경우 전출 근로자와 원소속기업 사이에는 온전한 근로계약 관계가 살아있고 원소속기업으로의 복귀 발령이 나면 기존의 근로계약 관계가 현실화되어 계속 존속하게 되는바, 위와 같은 전출은 외부 인력이 사업조직에 투입된다는 점에서 파견법상 근로자파견과 외형상 유사하더라도 그 제도의 취지와 법률적 근거가 구분”된다고 한다.
- 그러므로 “전출에 따른 근로관계에 대하여 외형상 유사성만을 이유로 원소속기업을 파견법상 파견사업주, 전출 후 기업을 파견법상 사용자업주의 관계로 파악하는 것은 상당하지 않고, 여러 사정을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 한다”는 것이 판례의 태도이다.

III. 사안의 적용 (예시)

- ※ ST사 (정보통신사업)가 플랫폼 사업부문을 분할하여 SP사를 설립하고, SP사의 분할을 통해 SX사가 설립되었다. ST사가 SP사와 SX사로부터 근로자 다수를 전출받아근로를 하게 한 경우, 해당 전출이 파견법상 근로자 파견에 해당하여 파견법상 직접고용의무를 이행해야 하는지가 다툰 사건을 중심으로 사안을 포섭해보기로 한다.

파견법 제6조의2 제1항에 따른 직접고용의무는 근로자파견을 업으로 하는 자가 주체가 되어 행하는 근로자파견의 경우에 적용되는데, SP사를 근로자파견을 업으로 하는 자라고 보기 어려우므로, ST사의 직접고용의무를 인정할 수 없다.

- i) SP사 등은 전출 근로자에게 임금을 지급한 후 비용정산 계약에 따라 ST사로부터 임금 상당액 등을 지급받았을 뿐, 근로자 전출과 관련한 별도의 대가나 수수료 혹은 이와 동일시할 수 있는 경제적 이익을 취득하였다고 보기 어려운 점,
- ii) SP사 등의 주된 영업 분야, 자산 규모와 운영조직 등을 감안하면 원고용주인 SP사 등의 사업 목적은 근로자파견과 무관한 점,
- iii) 전출 근로자들은 원칙적으로 원소속부서로의 복귀가 예정되어 있었고, 실제 사업 종료 후 근로자들은 SP사 등으로 복귀하여 근무한 점 등에 비추어 근로자에 대한 근로계약 체결의 목적이 근로자파견을 위한 것이라고 보이지 않는 점,
- iv) ST사와 SP사 등이 속한 기업집단의 사업상 필요와 인력 활용의 효율성 등을 고려한 기업집단 차원의 의사결정에 따라 근로자의전출이 이루어진 것으로 보이는 점,
- v) 근로자들의 전출과 담당 업무, 복귀 경위와 그 이후의 상황 등에 비추어 근로자들이 근로자파견의 상용화·장기화 내지 고용불안 등의 상황에 처해 있다고 보기도 어려운 점 등을 종합해서 판단한 결과 ST사의 직접고용의무를 인정할 수 없을 것이다.

- 501쪽 -

※ 나 사례를 전체적으로 다시 정리하였습니다.

나. 구체적 사례 2 : 저성과자에 대한 통상해고의 정당성 (대법원 2021.2.25. 선고 2018다253680 판결)

- 근무성적이나 근무능력불량을 이유로 통상해고를 할 수 있는지가 문제된다.

① 평가의 공정성과 객관성

- [판례]는 “일반적으로 사용자가 근무성적이나 근무능력이 불량하여 직무를 수행할 수 없는 경우에 해고할 수 있다고 정한 취업규칙 등에 따라 근로자를 해고한 경우, 사용자가 근로자의 근무성적이나 근무능력이 불량하다고 판단한 근거가 되는 평가가 공정하고 객관적인 기준에 따라 이루어진 것이어야 한다”고 한다.

② 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 근무성적 : 상당기간 동안 최소한에도 미치지 못하는 근무성적과 향후 개선 가능성의 어려움

- 또한 그 뿐 아니라, “근로자의 근무성적이나 근무능력이 다른 근로자에 비하여 상대적으로 낮은 정도를 넘어 상당한 기간 동안 일반적으로 기대되는 최소한에도 미치지 못하고 향후에도 개선될 가능성을 인정하기 어렵다는 등 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정”된다는 것이 [판례]의 태도이다.
- 이 경우 “사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 근로자의 지위와 담당 업무의 내용, 그에 따라 요구되는 성과나 전문성의 정도, 근로자의 근무성적이나 근무능력이 부진한 정도와 기간, 사용자가 교육과 전환배치 등 근무성적이나 근무능력 개선을 위한 기회를 부여하였는지 여부, 개선의 기회가 부여된 이후 근로자의 근무성적이나 근무능력의 개선 여부, 근로자의 태도, 사업장의 여건 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.

③ 판례의 평가

- 이러한 판례에 대하여는 i) 대법원이 저성과자 해고의 정당성을 인정함으로써 고용유연성을 인정하였다는 견해와 ii) 오히려 저성과자 해고에 대한 엄격한 판단기준을 제시하였다는 견해가 대립된다. 다만, 판례의 전체적인 내용으로 보면 저성과자에 대한 해고의 정당성을 넓게 인정하려는 취지의 판례는 아닌 것으로 보인다.
- 판례가 인사평가를 근거로 한 통상해고의 정당성을 인정하였다는 점은 명확하나, 단순히 업무능력 부족을 이유로 한 것이 아니라, 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 실질적인 업무능력의 결여를 이유로 통상해고를 인정하고 있다고 할 수 있다.(김근주, “통상해고의 정당성”, 『월간노동리뷰』 2021년 5월호, 한국노동연구원, 85p 참조)

- 501쪽 -

※ 라 사례를 전체적으로 다시 정리하였습니다.

라. 구체적 사례 4 : 일부사업부문 폐지와 통상해고의 정당성(대법원 2021.7.29. 선고 2016두64876 판결)

① 문제의 소재

- 하나의 기업이 여러 사업부문을 가지고 있는데 그 중 하나의 사업부문을 폐지하여 그 부문에 소속되어 있는 근로자를 해고할 때, 경영상 이유에 의한 해고로서의 요건을 갖추지 못한 경우, 예외적으로 통상해고로서 정당성을 인정할 것인지가 문제된다.

② 일부사업부문의 폐지와 해고의 정당성

④ 원칙 : 경영상 해고

- [판례]에 따르면 “어떤 기업이 경영상 이유로 사업을 여러 개의 부문으로 나누어 경영하다가 그 중 일부를 폐지하기로 하였더라도 이는 원칙적으로 사업 축소에 해당할 뿐 사업 전체의 폐지라고 할 수 없으므로, 사용자가 일부 사업을 폐지하면서 그 사업 부문에 속한 근로자를 해고하려면 근로기준법 제24조에서 정한 경영상 이유에 의한 해고 요건을 갖추어야 하고, 그 요건을 갖추지 못한 해고는 정당한 이유가 없어 무효”라는 것이 판례의 태도이다.

⑤ 예외 : 통상해고

i) 통상해고의 인정여부

- [판례]에 따르면 “사용자가 사업체를 폐업하고 이에 따라 소속 근로자를 해고하는 것은 그것이 노동조합의 단결권 등을 방해하기 위한 위장 폐업이 아닌 한 원칙적으로 기업 경영의 자유에 속하는 것으로서 유효하고, 유효한 폐업에 따라 사용자와 근로자 사이의 근로관계도 종료한다”고 한다.
- 따라서 “사용자가 일부 사업 부문을 폐지하고 그 사업 부문에 속한 근로자를 해고하였는데 그와 같은 해고가 경영상 이유에 의한 해고로서의 요건을 갖추지 못하였지만 폐업으로 인한 통상해고로서 예외적으로 정당하기 위해서는, 일부 사업의 폐지·축소가 사업 전체의 폐지와 같다고 볼 만한 특별한 사정이 인정되어야 한다”고 한다고 판시하고 있다.

ii) 특별한 사정의 판단기준

- 한편 [판례]에 따르면 “일부 사업의 폐지가 폐업과 같다고 인정할 수 있는지는
1) 해당 사업 부문이 인적·물적조직 및 운영상 독립되어 있는지,
2) 재무 및 회계의 명백한 독립성이 갖추어져 별도의 사업체로 취급할 수 있는지,
3) 폐지되는 사업 부문이 존속하는 다른 사업 부문과 취급하는 업무의 성질이 전혀 달라 다른 사업 부문으로의 전환배치가 사실상 불가능할 정도로 업무 종사의 호환성이 없는지 등 여러 사정을 구체적으로 살펴 종합적으로 판단하여야 한다.
- 한편, 근로기준법 제31조에 따라 부당해고구제 재심판정을 다투는 소송에서 해고의 정당성에 관한 증명책임은 이를 주장하는 사용자가 부담하므로, 사업 부문의 일부 폐지를 이유로 한 해고가 통상해고로서 정당성을 갖추었는지에 관한 증명책임 역시 이를 주장하는 사용자가 부담한다.

- 513쪽 -

3. 해고회피노력의 판단시점

- 해고회피노력을 다하였는지 여부는 경영상 해고가 이루어지기 이전의 시점을 기준으로 판단하여야 하므로 경영상 해고가 이루어진 이후의 조업단축, 희망퇴직 등은 고려대상이 아니라고 보아야 할 것이다.

4. 해고회피노력의 증명책임

- 경영상 이유에 의한 해고가 정당하기 위한 요건은 사용자가 모두 증명해야 하므로, 해고 회피 노력을 다하였는지에 관한 증명책임은 이를 주장하는 사용자가 부담한다.(대법원 2021.7.29. 선고 2016두64876 판결)

- 515쪽 -

(2) 합리적이고 공정한 기준의 판단방법 (전체적 수정) - 대법원 2021. 7. 29. 선고 2016두64876 판결
가. 일반적 판례법리

- [판례]에 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 [판례]는 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 해고대상자의 선정기준에 대해서 객관적 합리성을 강조하고 있다.

나. 구체적인 선정기준

- [판례]에 따르면 해고대상자 선정기준을 설정하는 방법에 대하여 “해고대상자 선정기준은 단체협약이나 취업규칙 등에 정해져 있는 경우라면 특별한 사정이 없는 한 그에 따라야 하고, 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 사용자의 이익 측면을 적절히 조화시키되, 근로자에게 귀책사유가 없는 해고임을 감안하여 사회적·경제적 보호의 필요성이 높은 근로자들을 배려할 수 있는 합리적이고 공정한 기준을 설정하여야 한다.”고 판시하고 있다.
- 또한 [판례]에 따르면 “경영상 이유에 의한 해고에 앞서 전환배치를 실시하는 경우 전환배치대상자선정기준은 최종적으로 이루어지는 해고대상자 선정에도 영향을 미치게 되므로, 전환배치 기준도 해고대상자 선정기준에 준하여 합리성과 공정성을 갖추어야” 한다고 판시하고 있다.

다. 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 설정”이라는 법리를 제시했다는 점에서 주목할 만하다고 평가되고 있다. (김근주, “경영상 해고에서 ‘합리적이고 공정한 대상자 선정’의 의미”, 『월간 노동리뷰』 2021년 9월호, 한국노동연구원, 131p)

(3) 증명책임

- 경영상 이유에 의한 해고가 정당하기 위한 요건은 사용자가 모두 증명해야 하므로, 경영상 해고 대상자 및 그에 앞서 행해진 전환배치대상자 선정기준이 합리성과 공정성을 갖추고 있는지에 대한 증명책임은 이를 주장하는 사용자가 부담한다는 것이 판례의 태도이다(대법원 2021.7.29. 선고 2016두64876 판결)

※ (2) 기재내용을 전체적으로 다시 정리하였습니다.

(2) 기재내용

- 해고의 서면통지에는 해고사유와 해고시기가 기재돼 있어야 한다.(27조1항)

가. 해고사유

- 그런데 [판례]에 따르면 “사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때는 근로자의 처지에서 해고의 사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있어야 하고, 특히 징계해고의 경우에는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위내용을 기재하여야 하며, 징계대상자가 위반한 단체협약이나 취업규칙의 조문만 나열하는 것으로는 충분하다고 볼 수 없다.”고 판시하고 있다.²⁾
- 다만, [판례]는 “해고 대상자가 이미 해고사유가 무엇인지 구체적으로 알고 있고 그에 대해 충분히 대응할 수 있는 상황이었다면 해고통지서에 해고사유를 상세하게 기재하지 않았더라도 근로기준법 제27조를 위반한 것이라고 볼 수 없으며³⁾, 그러한 경우에 징계해고시에도 “징계해고통지서에 징계사유를 축약해 기재하는 등 징계사유를 상세히 기재하지 않았더라도 근로기준법 제27조를 위반한 해고통지라고 할 수 없다”고 판시하고 있다.⁴⁾ 특히 징계해고의 경우 “근로기준법 제27조에 따라 서면으로 통지된 해고사유가 축약되거나 다소 불분명하더라도 징계절차의 소명 과정이나 해고의 정당성을 다투는 국면을 통해 구체화하여 확정되는 것이 일반적이라고 할 것이므로 해고사유의 서면 통지 과정에서까지 그와 같은 수준의 특정을 요구할 것은 아니”라는 것이 [판례]의 태도이다.⁵⁾
- 하지만, “근로기준법 제27조의 규정 내용과 취지를 고려할 때, 해고 대상자가 해고사유가 무엇인지 알고 있고 그에 대해 대응할 수 있는 상황이었다고 하더라도, 사용자가 해고를 서면으로 통지하면서 해고사유를 전혀 기재하지 않았다면 이는 근로기준법 제27조를 위반한 해고통지에 해당한다고 보아야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.⁶⁾
- 특히 [판례]에 따르면 성비위행위를 해고사유로 하는 경우, “각 행위가 이루어진 상황에 따라 그 행위의 의미 및 피해자가 느끼는 수치심 등이 달라질 수 있으므로, 원칙적으로는 해고 대상자의 방어권을 보장하기 위해서는 각 행위의 일시, 장소, 상대방, 행위 유형 및 구체적 상황이 다른 행위들과 구별될 수 있을 정도로는 특정되어야” 하지만, “불특정 다수를 상대로 하여 복수의 행위가 존재하고 해고 대상자가 그와 같은 행위 자체가 있었다는 점을 인정하는 경우에도 해고사유의 서면 통지 과정에서 개개의 행위를 모두 구체적으로 특정하여야 하는 것은 아니”라고 판시한다.⁷⁾

나. 해고시기

- 기재해야 할 해고의 시기는 해고를 통지하는 시기가 아니라 해고의 효력을 발생시키려는 시기를 말한다.⁸⁾

- 533쪽 -

5. 시용근로자에 대한 본채용 거부시 서면통지...

2) 대법원 2011.10.27. 선고 2011다42324 판결
3) 대법원 2021.2.25. 선고 2017다226605 판결
4) 대법원 2022. 1. 14. 선고 2021두50642 판결
5) 대법원 2022. 1. 14. 선고 2021두50642 판결
6) 대법원 2021.2.25. 선고 2017다226605 판결
7) 대법원 2022. 1. 14. 선고 2021두50642 판결
8) 임종률 15판, 547p

6. 갱신거절의 통보와 서면통지

(1) 문제의 소재

- 기간제 근로계약이 종료된 후 사용자가 갱신 거절의 통보를 하는 경우에도 근로기준법 제27조가 적용되는지 여부가 문제된다.

(2) 갱신거절의 통보와 근로기준법 제27조 적용여부

가. 갱신거절과 해고의 구별

- 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신 거절의 의사표시가 없어도 근로자는 당연 퇴직하는 것이 원칙이다.
- 다만 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는, 사용자가 합리적인 이유 없이 부당하게 근로계약 갱신을 거절하는 것은 예외적으로 그 효력이 없고, 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 인정하는 것이다. 그러므로 “기간제 근로계약의 종료에 따른 사용자의 갱신 거절은 근로자의 의사와 관계없이 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료시키는 해고와는 구별되는 것이고, 근로관계의 지속에 대한 근로자의 신뢰나 기대 역시 동일하다고 평가할 수는 없다”는 것이 [판례]의 태도이다.⁹⁾

나. 근로기준법 제27조의 취지 (위의 II-1 참조)

다. 갱신거절과 근로기준법 제27조 적용여부

- [판례]에 따르면 “기간제 근로계약은 기간이 만료됨으로써 당연히 종료하는 것이므로 갱신 거절의 존부 및 시기와 사유를 명확하게 하여야 할 필요성이 해고의 경우에 견주어 크지 않고, 근로기준법 제27조의 내용과 취지에 비추어 볼 때 기간제 근로계약이 종료된 후 갱신 거절의 통보를 하는 경우에까지 근로기준법 제27조를 준수하도록 예정하였다고 보기 어렵다. 이러한 사정을 종합하면, 기간제 근로계약이 종료된 후 사용자가 갱신 거절의 통보를 하는 경우에는 근로기준법 제27조가 적용되지 않는다”고 한다.¹⁰⁾

- 734쪽 -

※아래의 내용으로 편집을 새롭게 했습니다.

2. 인준투표제를 위반한 노조 대표자의 손해배상 책임

- 특히 노조대표자의 단체협약체결권한을 절차적으로 제한하는 인준투표제를 두고 있는 경우, 이러한 인준투표를 거치지 않고 단체협약을 체결한 경우에 노조 대표자가 노동조합이나 조합원에 대하여 손해배상 책임을 지는지가 문제된다.

(1) 노동조합에 대한 책임 : 선관주의의무 위반에 따른 채무불이행책임

- [판례]에 따르면 노동조합 대표자는 노동조합의 위임에 따라 그 사무를 집행하고 노동조합을 대표하는 기관으로서 노동조합에 대하여 수입자로서 선량한 관리자의 주의의무를 부담한다고 한다.¹¹⁾

9) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021두45114판결

10) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021두45114판결

11) 대법원 2014.4.24. 선고 2010다24534 판결

- 따라서 노동조합 대표자는 노동조합에 대하여 선관주의 의무 위반에 따른 채무불이행책임을 진다.

(2) 개별조합원에 대한 책임

가. 선관주의 의무 위반에 따른 채무불이행책임 여부

- 노동조합 대표자는 노동조합에 대하여만 선량한 관리자의 주의의무를 부담할 뿐이고, 조합원에 대하여서까지 위임관계에 따른 선량한 관리자의 주의의무를 부담한다고 볼 수는 없다.¹²⁾ 즉, 노동조합 대표자가 규약이 정한 내부 절차를 거치지 아니하고 교섭과정에서 논의되지도 않은 근로조건에 관하여 종전보다 불리한 내용으로 단체협약을 체결하였다 하더라도 개별 조합원에게 선량한 관리자의 주의의무 위반에 따른 손해배상책임을 지지는 아니한다는 것이 [판례]의 태도이다.¹³⁾

나. 불법행위책임 여부

- 그런데, 규약상 내부절차를 전혀 거치지 아니한 채 조합원의 중요한 근로조건에 영향을 미치는 사항 등에 대하여 사용자와 단체협약을 체결한 것이 조합원에 대한 불법행위가 될 수 있다는 것이 판례의 태도이다.
- [판례]에 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.”¹⁴⁾고 판시하였다.
- 이러한 판결은 규약상 절차를 위반한 노사합의에 대해 노동조합 대표자에게 불법행위에 따른 손해배상을 인정한 최초의 판결로 그 의미가 깊다. 하지만, 단체협약 체결과 관련하여 규약에 따른 조합원들의 절차적 권리를 침해한 경우에는 언제나 위법성을 가진다는 새로운 판례법리를 제시한 것인지는 불분명하다는 한계가 존재한다.¹⁵⁾

- 789쪽 -

2. 협약자치의 한계 : 개별근로자에게 이미 귀속된 권리의 처분 인정 여부

- 조합원이 이미 취득한 권리는 협약 당사자가 규율할 수 있는 범위에 속하지 아니한다.
- [판례]에 따르면, “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 포기나 지급유예와 같은 처분행위를 할 수는 없다”고 한다.
- 이때 “구체적으로 지급청구권이 발생하여 단체협약만으로 포기 등을 할 수 없게 되는 임금인지 여부는 근로계약, 취업규칙 등에서 정한 지급기일이 도래하였는지를 기준으로 판단하여야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.¹⁶⁾

12) 대법원 2014.4.24. 선고 2010다24534 판결

13) 대법원 2014.4.24. 선고 2010다24534 판결 참조

14) 대법원 2018.7.26. 선고 2016다205908 판결

15) 김형배·박지순 9판, 523p

16) 대법원 2022. 3. 31. 선고 2020다294486 판결

- 870쪽 -

- 이 견해에 의할 경우 근로자들이 의무를 준수하거나 권리를 행사한 경우까지 쟁의행위로 보아 그 책임을 지게 되어, 위법을 보호하고 적법을 제재하는 불합리한 결과를 초래한다는 비판이 있다.
- 다만, 최근 [판례]에 따르면 “쟁의행위에 대한 법령상의 엄정한 규율 체계(17)와 헌법 제33조 제1항이 노동3권을 기본권으로 보장한 취지등을 고려하면, 연장근로와 휴일근로의 의 집단적 거부와 같이 사용자의 업무를 저해함과 동시에 근로자들의 권리행사로서의 성격을 아울러 가지는 행위가 노동조합법상 쟁의행위에 해당하는지는 해당 사업장의 단체협약이나 취업규칙의 내용, 연장근로를 할 것인지에 대한 근로자들의 동의 방식 등 근로관계를 둘러싼 여러 관행과 사정을 종합적으로 고려하여 엄격하게 제한적으로 판단하여야 한다”(18)고 하여, 연장근로와 휴일근로를 관행적으로 해오지 않던 사업장에서, 근로자들이 노동조합의 지침에 따라 연장근로와 휴일근로를 거부하였다면 기업업무의 정상적인 운영을 저해하는 것으로 평가할 수 없으므로 쟁의행위를 하였다고 볼 수 없다고 판단하고 있다.

- 980쪽 -

1. 금지행위의 주체와 구제명령 이행의 주체

(1) 금지행위의 주체

- 사용자는 부당노동행위를 해서는 안된다.(81조) 따라서 금지행위의 주체는 사용자이다.
- 여기서 사용자란 사업주, 사업의 경영담당자, 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위해 행동하는 자 모두가 해당된다 할 것이다.

(2) 구제명령이행의 주체 : 부당노동행위구제절차에 있어서의 피신청인

- 사용자는 구제명령을 받은 경우에는 이에 따라야 하는데(84조1,2항 85조4항), 구제명령이행 주체로서의 사용자는 금지행위의 주체와 달리 사업주로 한정된다고 해석된다.
- [판례]에 따르면 부당노동행위 구제신청과 구제명령의 상대방인 사용자에는 노동조합법 제2조 제2호에서 정한 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람 모두 포함된다고 해석함이 타당하다고 한다.

17) 방위산업체의 연장근로의 집단적 거부가 문제된 사안에서 판례는 몇 가지 법령 조항을 제시하고 있다. 노동조합법 제2조 제6호에 따르면 쟁의행위란 파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 말한다. 또한 노동조합법은 쟁의행위에 대하여 그 목적·방법 및 절차가 법령 기타 사회질서에 위배되지 않아야 하고 조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위를 하여서는 아니 되는 등 일정한 제한을 하고 있다(노동조합법 제37조). 특히 방위사업법에 의하여 지정된 주요방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주요 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없는데 이를 위반한 경우 노동조합법상 가장 중한 형사처벌을 하도록 규정하고 있다(노동조합법 제41조 제2항, 제88조).

18) 대법원 2022. 6. 9. 선고 2016도11744 판결

판례는 그 이유로

- i) 노조법 제81조에 따르면 사용자가 부당노동행위를 하는 것이 금지되어 있는데, 82조의 구제신청의 상대방으로서의 사용자, 84조의 구제명령의 상대방으로서의 사용자의 범위가 같다고 해석하는 것이 논리적으로 일관된다는 점,
- ii) 사용자를 사업주에 한정하지 아니하고 사업의 경영담당자, 그 사업의 근로자에 대한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자로 확대한 이유가 노동현장에서 노조법 각 조항에 대한 실효성을 확보하기 위한 정책적 배려에 있는데, 부당노동행위 구제신청에서의 피신청인 적격의 존부를 판단할 때에도 이러한 정책적 배려의 취지를 충분히 고려할 필요가 있다는 점,
- iii) 현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형이 다양하고 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 부당노동행위의 예방·제거를 위한 구제명령의 방법과 내용은 유연하고 탄력적일 필요가 있으므로, 구제명령을 발령할 상대방도 구제명령의 내용이나 그 이행 방법, 구제명령을 실효적으로 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는지 여부 등을 고려하여 결정하여야 하므로, 그 상대방이 사업주인 사용자에 한정된다고 볼 수 없다는 점 등을 들고 있다.

- 980쪽 -

1. 금지행위의 주체와 구제명령 이행의 주체

(1) 금지행위의 주체

- 사용자는 부당노동행위를 해서는 안된다.(81조) 따라서 금지행위의 주체는 사용자이다.
- 여기서 사용자란 사업주, 사업의 경영담당자, 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위해 행동하는 자 모두가 해당된다 할 것이다.

(2) 구제명령이행의 주체 : 부당노동행위구제절차에 있어서의 피신청인

- 사용자는 구제명령을 받은 경우에는 이에 따라야 하는데(84조1,2항 85조4항), 구제명령이행 주체로서의 사용자는 금지행위의 주체와 달리 사업주로 한정된다고 해석된다.¹⁹⁾
- 그런데 구제명령이행의 주체로서의 사용자 개념은 부당노동행위 구제절차에 있어서의 피신청인에 해당되므로 구제절차와 관련하여 논의하는 것이 타당할 것이다.²⁰⁾
- 여기에서는 부당노동행위의 금지행위의 주체인 광의의 사용자를 대상으로 설명하고자 한다.

19) 부당해고나 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령이 발하여진 경우 그 명령에 따라 이를 시정할 주체는 사업주인 사용자가 되어야 한다. 그러므로 그 구제명령이 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 행하여진 경우에도 사업주인 사용자에게 대하여 행하여진 것으로 보아야 한다. 따라서 이에 대한 중앙노동위원회에의 재심 신청이나 그 재심판정 취소소송 역시 당사자 능력이 있는 당해 사업주만이 원고적격자로서 소송을 제기할 수 있다(대법원 2006.2.24 선고 2005두5673 판결).

20) 김유성 II, 316p

| Key point | 부당노동행위의 금지행위의 주체와 구제명령 이행의 주체

1. 부당노동행위의 금지행위의 주체 : 사용자 (사업주, 사업의 경영담당자, 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위해 행동하는 자) / _그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람의 행위가 부당노동행위가 되는 경우, 사업주가 그 선임 및 업무수행상 감독에 상당한 주의를 하였음에도 부당노동행위가 행해진 경우와 같은 특별한 사정이 없다면, 이러한 행위는 사업주의 부당노동행위로도 인정됨.
2. 부당노동행위 구제명령이행의 주체 : 사용자(사업주, 사업의 경영담당자, 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위해 행동하는 자) - 금지행위의 주체와 동일

[목차]

I. 문제의 소재

II. 부당노동행위의 금지행위의 주체와 구제명령 이행의 주체

1. 부당노동행위 금지행위의 주체

2. 부당노동행위 구제명령이행의 주체 : 부당노동행위구제절차에 있어서의 피신청인

I. 문제의 소재

- 노동조합법은 제81조에서 부당노동행위 금지행위의 주체를 “사용자”로 규정하고 있으며, 제84조에서는 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때, 노동위원회가 구제명령을 “사용자”에게 발한다고 규정하고 있다.
- 그런데, i) 사업주가 아니라 ‘그 사업의 근로자에 관한 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람’이 사업주를 위하여 한 행위가 부당노동행위가 되는 경우, 이러한 행위를 사업주의 부당노동행위로 인정할 수 있는지 여부, ii) 부당노동행위의 금지행위의 주체인 “사용자”와 부당노동행위 구제절차의 피신청인과 구제명령의 이행주체서의 “사용자”의 범위가 같은 것인지 여부 등이 문제된다.

II. 부당노동행위의 금지행위의 주체와 구제명령이행의 주체

1. 부당노동행위 금지행위의 주체

- 사용자는 부당노동행위를 해서는 안된다.(81조) 따라서 금지행위의 주체는 사용자이다.
- 여기서 사용자란 사업주, 사업의 경영담당자, 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위해 행동하는 자 모두가 해당된다 할 것이다.
- 그런데 [판례]는 노동조합법 제2조 제2호의 ‘그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 행동을 하는 자’는 “근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘·감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받았으므로, 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람이 그 권한과 책임의 범위 내에서 사업주를 위하여 한 행위가 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사로 한 것으로 부당노동행위가 되는 경우이러한 행위는 사업주의 부당노동행위로도 인정할 수 있다.”고 판시하고 있다. 다만, 이 경우, “사업주가 그 선임 및 업무수행상 감독에 상당한 주의를 하였음에도

부당노동행위가 행해진 경우와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 그러하지 않을 수 있는데, 특별한 사정에 대한 주장·증명책임은 사업주에게 있다”는 것이 [판례]의 태도이다.²¹⁾

2. 부당노동행위 구제명령이행의 주체 : 부당노동행위구제절차에 있어서의 피신청인

- 사용자는 구제명령을 받은 경우에는 이에 따라야 하는데(84조1,2항 85조4항), 구제명령이행 주체로서의 사용자는 금지행위의 주체와 달리 사업주로 한정된다고 해석된다는 것이 과거 판례의 태도였다.²²⁾
- 하지만, 최근 [판례]는 “부당노동행위 구제신청과 구제명령의 상대방인 사용자에는 노동조합법 제2조 제2호에서 정한 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람 모두 포함된다고 해석함이 타당하다”고 판시하여 구제명령이행 주체로서의 사용자 역시 부당노동행위의 금지주체인 사용자의 범위와 동일하다고 판단하고 있다.²³⁾
- 판례는 그 이유로
 - i) 노동조합법 제81조에 따르면 사용자가 부당노동행위를 하는 것이 금지되어 있는데, 82조의 구제신청의 상대방으로서의 사용자, 84조의 구제명령의 상대방으로서의 사용자의 범위가 같다고 해석하는 것이 논리적으로 일관된다는 점,
 - ii) 사용자를 사업주에 한정하지 아니하고 사업의 경영담당자, 그 사업의 근로자에 대한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자로 확대한 이유가 노동현장에서 노조법 각 조항에 대한 실효성을 확보하기 위한 정책적 배려에 있는데, 부당노동행위 구제신청에서의 피신청인 적격의 존부를 판단할 때에도 이러한 정책적 배려의 취지를 충분히 고려할 필요가 있다는 점,
 - iii) 현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형이 다양하고 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 부당노동행위의 예방·제거를 위한 구제명령의 방법과 내용은 유연하고 탄력적일 필요가 있으므로, 구제명령을 발령할 상대방도 구제명령의 내용이나 그 이행 방법, 구제명령을 실효적으로 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는지 여부 등을 고려하여 결정하여야 하므로, 그 상대방이 사업주인 사용자에 한정된다고 볼 수 없다는 점 등을 들고 있다.²⁴⁾

21) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두54005 판결

22) 부당해고나 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령이 발하여진 경우 그 명령에 따라 이를 시정할 주체는 사업주인 사용자가 되어야 한다. 그러므로 그 구제명령이 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 행하여진 경우에도 사업주인 사용자에 대하여 행하여진 것으로 보아야 한다. 따라서 이에 대한 중앙노동위원회에의 재심 신청이나 그 재심판정 취소소송 역시 당사자 능력이 있는 당해 사업주만이 원고적격자로서 소송을 제기할 수 있다(대법원 2006.2.24 선고 2005두5673 판결).

23) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두54005 판결

24) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두54005 판결

II 부당노동행위의 객체 (변17)

쟁점 부당노동행위의 구제신청권자 (변17)

| Key point | 부당노동행위의 구제신청권자

1. 노동조합 : 근로자 개인의 구제신청권과는 별도로 노동조합 자체의 독자적 권한
 - 노동조합 자신에 대한 부당노동행위 or 조합원으로 가입한 근로자 또는 그 소속 조합원으로 가입하려고 하는 근로자에 대한 사용자의 부당노동행위에 대하여 노동조합의 명의로 구제신청
 - 노동조합을 조직하려고 하였다는 것을 이유로 근로자에 대하여 한 부당노동행위에 대하여는 후에 설립된 노동조합도 독자적인 구제신청권
 - 특정 노동조합에 가입하려고 하거나 특정 노동조합과 연대하려고 하는 노동조합에 대한 부당노동행위로 인하여 특정 노동조합의 권리가 침해당할 수 있는 경우에는 그 특정 노동조합이 부당노동행위의 직접 상대방이 아닌 경우에도 자신의 명의로 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있다
2. 근로자 개인

[목차]

- I. 문제의 소재
- II. 부당노동행위의 구제신청권자
 1. 노동조합
 - (1) 법내 노동조합
 - (2) 법외 노동조합
 - (3) 부당노동행위의 직접 상대방이 아닌 노동조합
 2. 근로자 개인

I. 문제의 소재

- 노동조합법 제82조 제1항에 따르면 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 할 수 있는 자는 사용자의 부당노동행위로 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합이다.
- 그런데,
 - i) 노동조합의 설립요건은 갖추었지만, 설립신고가 되지 않은 소위 법외노동조합이 부당노동행위의 구제신청권자가 될 수 있는지 여부,
 - ii) 법외 노동조합이라고 하더라도 근로자 개인은 부당노동행위의 구제신청권자가 될 수 있는지 여부,
 - iii) 소속 조합원으로 가입한 근로자 또는 가입하려는 근로자에 대하여 사용자의 부당노동행위가 있는 경우 노동조합이 자신의 명의로 부당노동행위의 구제신청을 할 수 있는지 여부,
 - iv) 노동조합을 조직하려고 하였다는 이유로 근로자에 대하여 한 부당노동행위에 대하여는 후에 설립된 노동조합도 부당노동행위에 대한 독자적인 구제신청권을 가지고 있는지 여부,
 - v) 부당노동행위의 직접상대방이 아닌 노동조합도 자신의 명의로 부당노동행위에 대하여 구제신청을

할 수 있는지 여부 등이 문제된다.

II. 부당노동행위의 구제신청권자

- 사용자의 부당노동행위로 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다. (82조 1항)

1. 노동조합

(1) 법내 노동조합

- 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추고 노동조합법상 설립신고증을 받은, 소위 법내 노동조합은 부당노동행위 구제신청을 할 수 있다. 그리고 사용자의 부당노동행위에 대한 노동조합의 구제신청권은 권리를 침해당한 근로자 개인의 구제신청권과는 별도로 노동조합 자체의 독자적 권한이라는 것이 [판례]의 태도이다.²⁵⁾
- 그리고 [판례]에 따르면 i) 노동조합법 제82조 제1항에 의하면 노동조합은 사용자의 부당노동행위에 대하여 근로자 개인의 구제신청권과는 별개의 독자적인 구제신청권을 가지고 있는점, ii) 노동조합에게 독자적인 부당노동행위 구제신청권을 인정한 이유가 노동조합의 단결권 또는 그 지위 및 기능의 보호·유지에 있고, 노동조합법 제5조가 근로자의 노동조합 결성 및 가입의 자유를 보장하고 있으며, 법 제81조 제1항 제1호에서 사용자가 노동조합에 가입한 근로자에게 불이익을 주는 행위뿐만 아니라 노동조합에 가입하려고 한 근로자에게 불이익을 주는 행위에 대하여도 부당노동행위로 규정하여 이를 금지하고 있는 점에 비추어 볼 때, “노동조합으로서는 자신에 대한 사용자의 부당노동행위가 있는 경우뿐만 아니라, 그 소속 조합원으로 가입한 근로자 또는 그 소속 조합원으로 가입하려고 하는 근로자에 대하여 사용자의 부당노동행위가 있는 경우에도 노동조합의 권리가 침해당할 수 있으므로, 그 경우에도 노동조합은 자신의 명의로 그 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있는 권리를 가진다”고 판시하고 있다.²⁶⁾
- 또한 “노동조합을 조직하려고 하였다는 것을 이유로 근로자에 대하여 한 부당노동행위에 대하여는 후에 설립된 노동조합도 독자적인 구제신청권을 가지고 있다”는 것이 판례의 태도이다.²⁷⁾

(2) 법외 노동조합

- 노동조합법에 따라 설립신고증을 받지 못한 소위 법외노조는 부당노동행위의 구제를 신청할 수 없다. (7조 1항)
- 다만 노동조합법 제7조 제2항에 따르면 법외노조가 부당노동행위의 구제를 신청할 수 없다는 규정을 제81조제1항제1호·제2호 및 제5호의 규정에 의한 근로자의 보호를 부인하는 취지로 해석되어서는 아니된다. 따라서 법외노조가 불이익취급이나 비열계약에 의한 부당노동행위를당한 경우, 법외노조의 명의로 부당노동행위의 구제신청을 할 수는 없지만, 근로자 개인의 명의로 직접 구제신청을 할 수 있으므로 간접적으로 부당노동행위의 구제제도의 효과를 누리고 있다고 할 수 있다.

(3) 부당노동행위의 직접 상대방이 아닌 노동조합

- 전술한 것과 같이 “노동조합으로서는 자신에 대한 사용자의 부당노동행위가 있는 경우뿐만아니라, 그 소속 조합원으로 가입한 근로자 또는 그 소속 조합원으로 가입하려고 하는 근로자에 대하여 사용자의 부당노동행위가 있는 경우에도 노동조합의 권리가 침해당할 수 있으므로, 그 경우에도 자신의 명의로

25) 대법원 1979.2.13. 선고 78다2275 판결

26) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007두19249 판결

27) 대법원 1991. 1. 25. 선고 90누4952 판결

부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있는 권리를 가진다”는 것이 [판례]의 태도이다.

- [판례]는 이러한 법리를 다른 노동조합에 가입하려고 하거나 다른 노동조합과 연대하려고 하는 노동조합에 대하여 사용자의 부당노동행위가 있는 경우에도 적용하면서, “특정 노동조합에 가입하려고 하거나 특정 노동조합과 연대하려고 하는 노동조합에 대한 부당노동행위로 인하여 특정 노동조합의 권리가 침해당할 수 있는 경우에는 그 특정 노동조합이 부당노동행위의 직접 상대방이 아닌 경우에도 자신의 명의로 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있다”고 판시하고 있다.²⁸⁾

2. 근로자 개인

- 부당노동행위로 그 권리를 침해당한 근로자는 노동조합법 제2조 제1호의 근로자를 의미하므로 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”를 말한다.
- 또한 노동조합법 제81조 제1항에서 규정하고 있는 부당노동행위의 유형중 제1호, 제5호의 불이익취급, 제2호의 비열계약은 근로자 개인이 구제신청권을 갖는다고 보아야 할 것이다. 제3호의 단체교섭거부 유형이나 제4호의 지배개입유형의 경우에는 원칙적으로 노동조합이 신청인이 되는 것이지만, 조합의 임원이나 개별근로자도 이해관계자로 부당노동행위의 구제신청을 할 수 있다고 보아야 할 것이다.²⁹⁾

- 1,027쪽 -

I. 문제의 소재

I. 문제의 소재

- 우리 노조법은 복수노조를 인정하면서 교섭창구단일화절차와 함께 개별교섭제도를 허용하고 있다. 하지만, 교섭대표노조의 사용자에게 대해서는 명시적으로 공정대표의무를 부과하면서도 개별교섭시 사용자나 노조에 대해서는 별도의 의무조항이 없다.³⁰⁾
- 즉, 개별교섭 시 부당노동행위의 인정여부에 대해서는 노조법에서 규정을 두고 있지 않으므로, 개별교섭시 어떠한 요건하에서 사용자에게 부당노동행위를 인정할 것인가가 문제된다.
- 우리 노조법은 복수노조를 인정하면서 사용자가 단체교섭창구단일화절차를 거치지 않기로 동의한 경우에는 개별교섭제도를 허용하고 있다.(노조법 제29조의2 제1항)
- 개별교섭을 하는 경우 노동조합법 제29조의2 제2항에서는 “사용자는 모든 노동조합과 성실히 교섭하여야 하고 차별적으로 대우해서는 아니 된다”고 규정하여 사용자의 중립유지의무를 인정하고 있다.
- 따라서 부당노동행위의사를 가지고 중립유지의무를 위반하는 경우 부당노동행위에 해당할 수 있는데, 특히 i) 특정노조와의 단체협약에 따라 해당 노조 조합원에게만 급품을 지급하는 경우, ii) 특정노조와 체결한 단체협약보다 불리한 단체협약안을 제시한 경우, 부당노동행위의사를 어떤 기준으로 판단할 것

28) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두54005 판결 (피고보조참가인(택시회사)의 상무이사A가 근로자甲(乙노동조합 위원장)에게 ‘乙노동조합과 丙노동조합이 연대하지 말라’는 취지를 포함한 회유성 발언을 하였는데, 위 발언이 지배·개입의 부당노동행위에 해당함을 이유로 근로자甲과 丙노동조합(=원고들)이 참가인과 발언자 A를 피신청인으로 하여 부당노동행위구제신청을 한 사안이다. 대법원은 위 판례법리 등을 기초로 회유성 발언을 한 상무이사A(사업주를 위하여 행동하는 자에 해당)에 대해서도 부당노동행위구제신청을 할 수 있고, 丙노동조합이 회유성 발언의 직접 상대방은 아니었지만 A의 발언은 乙노동조합이 丙노동조합과 연대하는 것을 못하게 하려는 의도에서 이루어진 것으로서 丙노동조합의 권리가 침해당할 수 있기 때문에 丙노동조합도 부당노동행위구제신청을 할 수 있다고 보았다. 나아가 위 발언이 A의 부당노동행위뿐 아니라 참가인의 부당노동행위에도 해당한다고 보았다.)

29) 노조법 제81조에서 규정하고 있는 부당노동행위의 유형중 제1호, 제2호, 제5호의 경우에는 법외 노동조합의 경우라도 그 소속근로자가 직접 구제신청을 할 수 있지만, 제3호, 제4호의 경우에는 법내 노동조합과 그 소속 근로자만이 구제신청권을 갖는 취지로 봄이 상당하다(대법원 2002.10.11. 선고 2002두5535 판결)

30) 이광선, “복수노조 사업장서 특정노조에 격려금 지급... 대법원 판단은?”, 『월간노동법률』 2019년 6월호

인지가 문제된다.

2. 개별교섭과 지배·개입의 부당노동행위의 판단

(1) 사용자의 중립의무와 개별교섭

- 다만, 사용자는 노동조합들에 대해서 근로자의 단결권을 보장한 헌법 제33조와 노조법상의 부당노동행위 제도의 취지 등에서 도출되는 중립의무를 지는데, 이러한 중립유지의무를 위반하여, 사용자가 어느 노동조합은 우대하거나 반대로 어느 노동조합에게만 불이익을 주는 경우 사용자가 노동조합에 대해 지배·개입하는 행위로 부당노동행위가 될 수 있다. 한 편 노동조합 사이에서 차별을 하지 않아야 할 중립유지의무는 노동조합법 제29조의2 제2항에 따라 사용자가 복수 노동조합에 대해 개별 교섭을 하는 경우에도 마찬가지로 인정된다.

-1028쪽 -

쟁점 교섭창구단일화를 통한 교섭과 사용자의 중립유지의무

[Key point] 교섭창구단일화를 통한 교섭과 사용자의 중립유지의무

교섭창구단일화를 통한 교섭에서도 사용자는 중립유지의무를 부담하는데, 특히 '전제조건에 서의 차별'이라는 개념을 도입하여 중립유지의무위반을 판단한 판례가 있음.

[목차]

I. 문제의 소재

II. 사용자의 중립유지의무 위반과 부당노동행위

1. 불이익취급 및 지배·개입의 부당노동행위의 의의 및 성립요건

2. 사용자의 중립유지의무 위반과 부당노동행위

(1) 사용자의 중립유지의무의 의의

(2) 교섭창구 단일화를 통한 교섭 절차와 사용자의 중립유지의무

가. 판례의 태도

나. 판례의 평가

I. 문제의 소재

- 우리 노조법은 교섭창구 단일화 절차를 통하여 선정한 교섭대표노조와 교섭하는 방식(노조법 제29조의2 제1항 본문)과 사용자가 교섭창구 단일화를 거치지 아니하기로 동의한 경우 개별교섭하는 방식(노조법 제29조의2 제1항 단서) 두 가지를 인정하고 있다.
- 교섭창구 단일화 절차를 거친 교섭대표노조와의 단체교섭을 하는 경우 사용자와 교섭대표노조는 '공정 대표의무'를 지게 되고(노조법 제29조의4 제1항), 개별교섭방식에는 사용자가 각 노동조합을 차별하여 서는 안 되는 소위, '중립유지의무'를 지게 된다.(노조법 제29조의2 제2항)
- 그런데, 교섭창구 단일화를 통한 교섭단계에서도 사용자가 중립유지의무를 부담하는지가 문제된다.

II. 사용자의 중립유지의무 위반과 부당노동행위

1. 불이익취급 및 지배·개입의 부당노동행위의 의의 및 성립요건 : 쟁점 184번, 190번 참조

2. 사용자의 중립유지의무 위반과 부당노동행위

(1) 사용자의 중립유지의무의 의의

- 사용자는 노동조합들에 대해서 근로자의 단결권을 보장한 헌법 제33조와 노조법상의 부당노동행위 제도의 취지 등에서 도출되는 중립유지의무를 지는데, 이러한 중립유지의무를 위반하여, 사용자가 어느 노동조합은 우대하거나 반대로 어느 노동조합에게만 불이익을 주는 경우 사용자가 노동조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위, 혹은 불이익취급의 부당노동행위에 해당할 수 있다.
- 한 편 노동조합 사이에서 차별을 하지 않아야 할 중립유지의무는 노동조합법 제29조의2 제2항에 따라 사용자가 복수 노동조합에 대해 개별 교섭을 하는 경우에도 마찬가지로 인정된다. 부당노동행위의사를 가지고 중립유지의무를 위반하는 경우에 부당노동행위가 성립한다는 것에 대하여는 이견이 없다.
- 다만, 교섭창구 단일화를 통한 교섭단계에서도 사용자가 중립유지의무를 부담하는지에 대하여는 견해의 대립이 있다. 이하에서는 해당 견해의 대립에 대해 학설과 판례의 태도를 살펴보기로 한다.

(2) 교섭창구 단일화를 통한 교섭 절차와 사용자의 중립유지의무

가. 판례의 태도³¹⁾

- 최근 대법원은 구체적인 이유를 밝히지 않은채 원심판결을 긍정하면서 교섭창구 단일화를 통한 교섭단계에서도 사용자의 중립유지의무가 인정된다는 판결을 내렸다.
- 원심판결에 따르면, “사용자가 복수 노동조합 하의 각 노동조합에 동일한 내용의 조건을 제시하였고, 또 그 내용이 합리적·합목적적이라면 원칙적으로 부당노동행위의 문제는 발생하지 않는다”고 하면서, “예외적으로 사용자가 복수 노동조합 중 한 노동조합의 약체화를 피하기 위하여 해당 노동조합의 입장에서 받아들이기 어려울 것으로 예상되는 전제조건을 제안하고 이를 고수함으로써 다른 노동조합은 그 전제조건을 받아들여 단체교섭이 타결되었으나 해당 노동조합은 그 전제조건을 거절하여 단체교섭이 결렬되었고, 그와 같은 전제조건을 합리적·합목적적이라고 평가할 수 없는 경우와 같이 다른 복수 노동조합과의 단체교섭을 조작하여 해당 노동조합 또는 그 조합원의 불이익을 초래하였다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에는 사용자의 중립유지의무 위반으로서 해당 노동조합에 대한 불이익취급의 부당노동행위 내지는 지배·개입의 부당노동행위가 성립한다”고 판시하면서 이러한 판단기준을 교섭창구 단일화 절차에 의하여 선정된 교섭대표노조와의 교섭과 그 결과 체결된 단체협약에 대하여도 적용하였다. 한편 “위와 같은 특별한 사정은 전제조건의 합리성, 근로조건 등의 연관성, 전제조건이 각 노동조합에 미치는 영향, 조건 제안의 사정, 교섭과정, 사용자의 노동조합에 대한 현재 및 과거의 태도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 한다.

나. 판례의 평가

- 우선 교섭창구 단일화절차를 거친 단계에서는 사용자의 중립유지의무를 인정할 수 없다는 견해가 있다. 최근 개정 노조법 제29조의2 제2항을 보더라도 개별교섭 단계의 중립유지의무를 명시함으로써 교섭창구 단일화 절차를 거친 교섭 단계에서 인정되는 공정대표의무와는 구분되는 것임을 명확히 하고 있는데, 이러한 교섭방식을 고려하지 않고 개별교섭에 적용되는 ‘전제조건에서의 차별’이라는 중립유지의무 판단기준을 적용한 것은 오류라는 견해이다. 즉 소수노조가 우려하는 간접차별의 문제는 교섭창구 단일화 제도가 본래적으로 가지고 있는 내재적 한계에 해당하며, 이는 교섭대표노조 및 사용자의 공정대표의무 위반으로 해결해야 한다는 비판이라고 할 수 있다.³²⁾
- 반면 교섭창구 단일화절차를 거친 단계에서도 사용자의 중립유지의무를 인정할 수 있다는 견해가

31) 이하는 대법원 2021.8.19. 선고 2019다200386 판결 참조

32) 박지순, “교섭창구 단일화 절차에서 사용자의 중립유지의무와 부당노동행위에 대한 최근 대법원 판례”, 『월간 노동법률』 2021년 11월호, (주) 중앙경제, 온라인 판례평석에서 인용

있다. 교섭창구단일화절차를 거쳐서 단체협약이 체결된 경우, 조합차별사건은 공정대표의무위반의 문제로서 노동위원회에서 처리되어 왔는데, 그 경우에도 사용자의 중립유지의무위반인지를 판단하고, 불이익 취급또는 지배개입의 부당노동행위의 성립을 긍정하여 사용자의 소수 노조 차별에 대해 법원에 의한 사법적 구제를 가능하게 하는 것은 큰 의미가 있다는 견해이다.³³⁾

※ 사례 설명

사용자가 교섭대표 노동조합인 기업노조와의 임금협약에서 통상임금소송의 부제소를 ‘통상 임금 분쟁 해소 및 노사화합 선언 격려금’ 및 ‘무쟁의달성 장려금’의수급 조건으로 한 것은, 사용자가 통상임금소송을 유지하려는 제2노조 지회 조합원들로 하여금 합리적인 이유 없이 무쟁의격려금을 지급받을 수 없게 하여 위 조합원들을 불이익하게 취급한 것으로서 이는 불이익취급 또는 지배·개입의 부당노동행위에 해당하고 제2노조 지회조합원들에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다는 사례이다.

-1053쪽 -

(2) 차별적 처우금지의 판단기준 (해당 사안은 내용의 차이는 없지만, 항목을 재편집하였습니다)

가. 임금과 관련한 불리한 처우가 존재하는지의 판단기준

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

① 원칙 : 세부항목별 비교

- [판례]에 따르면, “기간제근로자가 기간제근로자임을 이유로 임금에서 비교대상 근로자에 비하여 차별적 처우를 받았다고 주장하며 차별 시정을 신청하는 경우, 원칙적으로 기간제근로자가 불리한 처우라고 주장하는 임금의 세부 항목별로 비교대상 근로자와 비교하여 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다”고 한다.³⁴⁾

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”는 것이 [판례]의 태도이다.³⁵⁾
- 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”는 것이 [판례]의 태도이다.³⁶⁾

나. 합리적인 이유가 없는 경우의 의미 및 판단기준

33) 정영훈, “사용자가 교섭대표 노동조합과의 단체협약에서 통상임금소송의 취하를 무쟁의장려금의 지급조건으로 한 것이 통상임금 소송을 적극적으로 전개한 소수 노동조합의 조합원에 대한 불이익취급 또는 지배개입의 부당노동행위에 해당하는지 여부”, 『월간 노동리뷰』 2021년 10월호, 한국노동연구원, 58p

34) 대법원 2019.9.26. 선고 2016두47857 판결

35) 대법원 2019.9.26. 선고 2016두47857 판결

36) 대법원 2019.9.26. 선고 2016두47857 판결

① 일반적 판단기준

- [판례]에 따르면 합리적인 이유가 없는 경우란 “기간제 근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나, 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 의미한다”고 한다.³⁷⁾
- [판례]에 따르면 “합리적인 이유가 있는지 여부는 개별 사안에서 문제 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제 근로자의 고용형태, 업무의 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 판시하고 있다.³⁸⁾

② 임금의 불리한 처우가 있는지를 범주별로 판단한 경우, 합리적 이유의 판단기준

- 그리고 [판례]에 따르면 “임금 세부 항목별이 아닌 각 범주별로 기간제근로자에게 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 할 때에는 합리적 이유가 있는지 여부도 범주별로 판단하여야 한다”고 한다.³⁹⁾
- 법원은 그동안 달리 처우할 필요성이 있어도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우 합리적인 이유가 인정되지 않는다고 법리상으로는 실시하면서도 그 방법·정도 등이 적정한지 여부를 직접적으로 판단하지는 않고, 문제되는 임금의 세부 항목, 예를 들어 가족 수당, 교통보조비, 식비 등의 성격에 비추어 달리 처우할 필요성이 존재하지 않는다고만 판단하였을 뿐이다. 하지만, 최근 판례에서 임금의 불리한 처우를 범주화하여 불리한 처우 여부를 판단하는 법리가 새롭게 제시되었으므로, ‘방법·정도’의 적정성을 실질적으로 판단하는 것이 더욱 중대해지고, 시급해졌다고 할 수 있다.⁴⁰⁾

-1062쪽 -

※ 이 부분은 마. 유의사례 전까지 판례법리를 반영하여 재편집하였습니다.

(2) 당사자 사이에 실질적으로 기간을 정한 경우 1 : 정당한 갱신기대권의 법리

가. 갱신기대권의 의의

- [판례]에 따르면 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신 거절의 의사표시가 없어도 근로자는 당연 퇴직하는 것이 원칙이지만, 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 합리적인 이유 없이 부당하게 근로계약 갱신을 거절하는 것은 예외적으로 그 효력이 없다”는 것이 ‘정당한 갱신 기대권의 법리’이다.⁴¹⁾

나. 갱신기대권의 요건

- [판례]에 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 근로계약

37) 대법원 2014.11.27. 선고 2011두6592 판결

38) 대법원 2012.3.29. 선고 2011두2132 판결

39) 대법원 2019.9.26. 선고 2016두47857 판결

40) 심재진, “비정규 근로자 차별사건에서의 ‘불리한 처우’와 ‘합리적 이유’의 판단방식”, 『월간노동리뷰(한국노동연구원)』, 2019.11월호, 84p

41) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021두45114 판결

이 갱신된다는 신뢰관계가 형성”되어 있는 경우에는 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권을 인정할 수 있다고 한다.⁴²⁾

다. 갱신기대권 위반의 효과

- [판례]에 따르면 “근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는, 사용자가 합리적인 이유없이 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 예외적으로 효력이 없”다고 판시하고 있다.⁴³⁾

라. 갱신기대권 위반시 기간만료 후의 근로관계

- [판례]에 따르면 사용자가 합리적인 이유없이 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 예외적으로 효력이 없고, “이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다”고 판시하고 있다.⁴⁴⁾

마. 갱신거절의 통보와 근로기준법 제27조 적용여부

① 갱신거절과 해고의 구별

- 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신 거절의 의사표시가 없어도 근로자는 당연 퇴직하는 것이 원칙이다.
- 다만 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는, 사용자가 합리적인 이유 없이 부당하게 근로계약 갱신을 거절하는 것은 예외적으로 그 효력이 없고, 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 인정하는 것이다. 그러므로 “기간제 근로계약의 종료에 따른 사용자의 갱신 거절은 근로자의 의사와 관계없이 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료시키는 해고와는 구별되는 것이고, 근로관계의 지속에 대한 근로자의 신뢰나 기대 역시 동일하다고 평가할 수는 없다”는 것이 [판례]의 태도이다.⁴⁵⁾

② 근로기준법 제27조의 취지 (쟁점 112 참조)

③ 갱신거절과 근로기준법 제27조 적용여부

- [판례]에 따르면 “기간제 근로계약은 기간이 만료됨으로써 당연히 종료하는 것이므로 갱신 거절의 존부 및 시기와 사유를 명확하게 하여야 할 필요성이 해고의 경우에 견주어 크지 않고, 근로기준법 제27조의 내용과 취지에 비추어 볼 때 기간제 근로계약이 종료된 후 갱신 거절의 통보를 하는 경우 에까지 근로기준법 제27조를 준수하도록 예정하였다고 보기 어렵다. 이러한 사정을 종합하면, 기간제 근로계약이 종료된 후 사용자가 갱신 거절의 통보를 하는 경우에는 근로기준법 제27조가 적용되지 않는다”고 한다.⁴⁶⁾

바. 유의 사례 (이하 생략)

-1067쪽 -

2. 갱신거절의 합리적 이유의 판단기준

(1) 일반 판례 법리

42) 대법원 2011.4.14. 선고 2007두1729 판결

43) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021두45114 판결

44) 대법원 2011.4.14. 선고 2007두1729 판결

45) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021두45114판결

46) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021두45114판결

- [판례]에 따르면 계약갱신에 대한 정당한 기대권이 인정될 경우 사용자의 갱신거절에는 해고제한의 법리가 유추적용되므로, 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적 이유가 있어야 한다고 한다.

-1068쪽 -

3. 갱신거절의 합리적 이유의 증명책임

- 갱신거절에는 해고제한의 법리가 유추적용되고, 해고의 정당한 사유는 사용자에게 입증책임이 있듯이 갱신거절의 합리적 이유가 있다는 사정은 사용자가 입증책임을 부담한다는 것이 [판례]의 태도이다.

-1083쪽 -

4. 직접고용의무 이행시 근로계약기간 : 대법원 2022. 1. 27. 선고 2018다207847 판결

(1) 논의의 쟁점

- 파견법 제6조의2 제1항에 따라 사용사업주가 파견근로자를 직접고용하는 경우, 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여야 하는지 여부가 문제된다.

(2) 직접고용의무의 이행과 근로계약기간

가. 원칙

- [판례]에 따르면 “직접고용의무 규정은 사용사업주가 파견기간의 제한을 위반하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 행위에 대하여 행정적 감독이나 처벌과는 별도로 사용사업주와 파견근로자 사이의 사법관계에서도 사용사업주에게 직접고용의무를 부과함으로써 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하면서 파견근로자의 고용안정을 도모할 목적에서 사용사업주와 파견근로자 사이에 발생하는 법률관계 및 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것”으므로, “이러한 직접고용의무 규정의 입법 취지 및 목적에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 사용사업주는 직접고용의무 규정에 따라 근로계약을 체결할 때 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여야 함이 원칙”이라고 한다.

나. 예외

- 다만, “파견법 제6조의2 제2항에서 파견근로자가 명시적으로 반대의사를 표시하는 경우에는 직접고용의무의 예외가 인정되는 점을 고려할 때 파견근로자가 사용사업주를 상대로 직접고용의무의 이행을 구할 수 있다는 점을 알면서도 기간제 근로계약을 희망하였다거나, 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 대부분 기간제 근로계약을 체결하고 근무하고 있어 파견근로자로서도 애초에 기간을 정하지 않은 근로계약 체결을 기대하기 어려웠던 경우 등과 같이 직접고용관계에 계약기간을 정한 것이 직접고용의무 규정의 입법 취지 및 목적을 잠탈한다고 보기 어려운 특별한 사정이 존재하는 경우에는 사용사업주가 파견근로자와 기간제 근로계약을 체결할 수 있을 것”이며, “이러한 특별한 사정의 존재에 관하여는 사용사업주가 증명책임을 부담한다”는 것이 [판례]의 태도이다.
- 따라서 [판례]에 따르면 “직접고용의무를 부담하는 사용사업주가 파견근로자를 직접고용하면서 특별한 사정이 없음에도 기간제 근로계약을 체결하는 경우 이는 직접고용의무를 완전하게 이행한 것이라고 보기 어렵고, 이러한 근로계약 중 기간을 정한 부분은 파견근로자를 보호하기 위한 파견

법의 강행규정을 위반한 것에 해당하여 무효가 될 수 있다”고 한다.

-1103쪽 -

- 한 편으로는 사법부의 광범위한 목적론적 해석이 입법자의 영역을 침범할 수 있으므로, 입법론적으로 이를 해결해야 한다는 비판적 견해도 있었으며, 최근 산업재해보상보험법은 이러한 비판적 견해를 수용하여 태아의 건강손상에 대하여도 업무상재해를 인정하였다 (2023.1.12. 시행)

4. 태아의 건강손상과 업무상 재해 여부에 대한 입법내용(2023.1.12.시행)

(1) 입법의 개요

- 전술한 것처럼 대법원이 임신한 여성 근로자에게 그 업무에 기인하여 발생한 태아의 건강손상에 대하여도 업무상 재해를 인정함에 따라, 임신한 근로자의 업무상 이유로 건강이 손상된 자녀와 관련한 업무상 재해 인정기준 및 지급되는 보험급여에 관한 사항 등을 새롭게 규정할 필요성이 제기되어, 임신 중인 근로자가 업무수행 과정에서 업무상 사고, 출퇴근 재해 또는 유해인자의 취급·노출로 인하여 출산한 자녀가 부상, 질병 또는 장애가 발생하거나 사망한 경우에 대한 특례 규정을 신설하고, 그 자녀를 근로자로 보아 각종 보험급여를 지급함으로써 산업재해 피해로부터 보호하려는 입법이 이루어졌다.

(2) 입법의 내용

- 입법의 내용은 아래와 같이 정리할 수 있다.

가. 업무상 재해가 인정되는 건강손상자녀를 ‘근로자’로 보아 보험급여 청구권을 인정하고, 요양급여, 장해급여, 간병급여, 장례비 및 직업재활급여를 지급하도록 하였다. (제36조제1항, 제91조의12 신설).

나. 건강손상자녀에 대한 장해등급 판정 시점을 ‘18세 이후’로 하였다.(제91조의13 신설).

다. 건강손상자녀에 대한 장해급여 및 장례비의 산정기준을 각각 고용노동부장관이 고시하는 ‘최저 보상기준금액’과 ‘장례비 최저금액’으로 하였다.(제91조의14 신설).

라. 개정된 내용을 법 시행 이후에 출생한 자녀부터 적용하는 것을 원칙으로 하되, 법 시행 이전에 보험급여 지급 관련 소송을 제기하여 승소했거나 보험급여 지급 청구를 한 경우 등에도 적용이 이루어지도록 하였다(부칙 제2조).

-1103쪽 -

※ 해당 부분은 전체적으로 편집을 많이 해서 통으로 올려드립니다

6. 제3자의 행위에 따른 사고나 근로자의 범죄행위가 원인이 되어 발생한 재해

[산재보험법 시행령 제33조(제3자의 행위에 따른 사고)]

제3자의 행위로 근로자에게 사고가 발생한 경우에 그 근로자가 담당한 업무가 사회통념상 제3자의 가해행위를 유발할 수 있는 성질의 업무라고 인정되면 그 사고는 법 제37조제1항제1호바목에 따른 업무상 사고로 본다.

[산재보험법 제37조(업무상의 재해의 인정기준)]

② 근로자의 고의·자해행위나 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 부상·질병·장해 또는 사망은 업무상의 재해로 보지 아니한다. 다만, 그 부상·질병·장해 또는 사망이 정상적인 인식능력 등이 뚜렷하게 저하된 상태에서 한 행위로 발생한 경우로서 대통령령으로 정하는 사유가 있으면 업무상의 재해로 본다.

쟁점 제3자의 행위에 따른 사고나 근로자의 범죄행위가 원인이 되어 발생한 재해가 업무상 재해에 해당하는지 여부

| Key point | 제3자의 행위에 따른 사고나 근로자의 범죄행위가 원인이 되어 발생한 재해

1. 제3자의 행위에 따른 사고

- 업무상 재해 × : 가해자와 피해자의 사적인 관계에 기인, 피해자가 직무한도를 넘어 상대방을 자극·도발
- 업무상 재해 ○ : 직장 안 인간관계나 직무에 내재하거나 통상수반되는 위험의 현실화로서 업무와 상당인과관계가 있는 경우

2. 근로자의 범죄행위가 원인이 되어 발생한 재해

- 업무상 재해 × : 근로자의 범죄행위가 사망 등의 직접원인이 되는 경우
- 업무상 재해 ○ : 근로자의 폭행으로 자극을 받은 제3자가 그 근로자를 공격하여 재해가 발생한 경우처럼 간접적이거나 부수적인 원인이 되는 경우 / 업무수행을 위한 운전과정에서 통상수반되는 위험의 범위내에 있는 교통사고(사고의 발생 경위와 양상, 운전자의 운전 능력 등과 같은 사고 발생 당시의 상황을 종합적으로 고려)

[목차]

I. 문제의 소재

II. 제3자의 행위에 따른 사고, 근로자의 범죄행위가 원인이 되어 발생한 재해가 업무상 재해에 해당하는지 여부

1. 업무상 재해의 의의 및 성립요건
2. 제3자의 행위에 따른 사고가 업무상 재해에 해당하는지 여부 (타인의 폭력에 의하여 입은 재해)
3. 근로자의 범죄행위가 원인이 되어 발생한 재해가 업무상재해에 해당하는지 여부
 - (1) 산재보험법 제37조 제2항의 의의
 - (2) 근로자의 폭행으로 자극을 받은 제3자의 공격으로 입은 재해
 - (3) 근로자가 업무수행을 위하여 운전을 하던 중 중앙선을 침범하여 발생한 교통사고

I. 문제의 소재

- 산재보험법 시행령 제33조에 따르면 제3자의 행위로 근로자에게 사고가 발생한 경우에 그 근로자가

담당한 업무가 사회통념상 제3자의 가해행위를 유발할 수 있는 성질의 업무라고 인정되면 그 사고는 업무상 사고로 본다. 그런데, i) 이 3자의 행위에 폭력행위도 포함될 수 있는지가 문제된다.

- ii) 또한 산재보험법 제37조 제2항에 따르면, 근로자의 범죄행위가 원인이 되어 발생한 부상·질병·장해 또는 사망은 업무상의 재해로 보지 아니하는데, 근로자의 폭행으로 자극을 받은 제3자가 근로자를 공격하여 재해를 입은 경우에도 업무상 재해로 보지 않는 것인지, 또한 근로자가 업무수행을 위하여 운전을 하던 중 중앙선을 침범하여 발생한 교통사고로 재해를 입은 경우에도 업무상재해로 보지 않는 것인지가 문제된다.

II. 제3자의 행위에 따른 사고, 근로자의 범죄행위가 원인이 되어 발생한 재해가 업무상 재해에 해당하는지 여부

1. 업무상 재해의 의의 및 성립요건 : 쟁점 209번 참조

2. 제3자의 행위에 따른 사고가 업무상 재해에 해당하는지 여부 (타인의 폭력에 의하여 입은 재해)

- 산재보험법 시행령 제33조에 따르면 제3자의 행위로 근로자에게 사고가 발생한 경우에 그 근로자가 담당한 업무가 사회통념상 제3자의 가해행위를 유발할 수 있는 성질의 업무라고 인정되면 그 사고는 업무상 사고로 본다.
- [판례]에 따르면 “근로자가 직장 안에서 타인의 폭력에 의하여 재해를 입은 경우, 그것이 가해자와 피해자 사이의 사적인 관계에 기인한 때 또는 피해자가 직무의 한도를 넘어 상대방을 자극하거나 도발한 때에는 업무상 사유에 의한 것이라고 할 수 없어 업무상 재해로 볼 수 없으나, 직장 안의 인간관계 또는 직무에 내재하거나 통상 수반하는 위험의 현실화로서 업무와 상당인과관계가 있으면 업무상 재해로 인정하여야 한다.”고 판시하고 있다.⁴⁷⁾

3. 근로자의 범죄행위가 원인이 되어 발생한 재해가 업무상재해에 해당하는지 여부

(1) 산재보험법 제37조 제2항의 의의

- 산재보험법 제37조 제2항에 따르면, 근로자의 범죄행위가 원인이 되어 발생한 부상·질병·장해 또는 사망은 업무상의 재해로 보지 아니한다.
- [판례]에 따르면 “산업재해보상보험법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 ‘근로자의 범죄행위가 원인이 되어 사망 등이 발생한 경우’란 근로자의 범죄행위가 사망 등의 직접 원인이 되는 경우를 의미”하는 것이라고 한다

(2) 근로자의 폭행으로 자극을 받은 제3자의 공격으로 입은 재해

- [판례]에 따르면 “산업재해보상보험법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 ‘근로자의 범죄행위가 원인이 되어 사망 등이 발생한 경우’란 근로자의 범죄행위가 사망 등의 직접 원인이 되는 경우를 의미하는 것이지, 근로자의 폭행으로 자극을 받은 제3자가 그 근로자를 공격하여 사망 등이 발생한 경우와 같이 간접적이거나 부수적인 원인이 되는 경우까지 포함된다고 볼 수는 없다”고 한다.⁴⁸⁾

※ 야간 회식비의 사용방법에 대해 다투다가 급성 심장사로 사망한 사안에서 업무상 재해로 인정한 사례이다. (말다툼을 벌이게 된 근본 원인은 회사로부터 분배된 야식비의 구체적 사용 방법에 관한 것이었으므로, 이 사건 다툼은 회사에서의 업무처리 방식과 관련한 다툼으로 볼 수 있다. 그리고 이 사건 다툼이 발생한 장소는 회사 내부였고, 당시 망인과 가해자는 함께 야간근무 중이었으며, 두 사람 사이에 위 문제 이외에 사적인 원한관계가 있었다는 사정도 엿보이지 아니

47) 대법원 2011.7.28. 선고 2008다12408 판결

48) 대법원 2017.4.27. 선고 2016두55919 판결

한다. 위와 같은 사정을 종합하면, 이 사건 다툼은 직장 안의 인간관계 또는 직무에 내재하거나 통상 수반하는 위험이 현실화되어 발생한 것으로 보아야 하고, 망인과 가해자의 사적인 관계에서 기인하였다거나 망인이 직무의 한도를 넘어 상대방을 자극하거나 도발함으로써 발생한 경우라고 보기 어렵다)

(3) 근로자가 업무수행을 위하여 운전을 하던 중 중앙선을 침범하여 발생한 교통사고

- 또한 [판례]에 따르면 “근로자의 범죄행위가 원인이 되어 발생한 사망’이라 함은 근로자의 범죄행위가 사망 등의 직접 원인이 되는 경우를 의미하는 것으로, 근로자가 업무수행을 위하여 운전을 하던 중 발생한 교통사고로 인하여 사망한 경우, 해당 사고가 근로자의 업무수행을 위한 운전 과정에서 통상 수반되는 위험의 범위내에 있는 것으로 볼 수 있다면, 그 사고가 중앙선 침범으로 일어났다는 사정만으로 업무상 재해가 아니라고 선불리 단정하여서는 아니 되고, 사고의 발생 경위와 양상, 운전자의 운전 능력 등과 같은 사고 발생 당시의 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”고 한다.⁴⁹⁾

※ 해당 사례는 출장업무를 마치고 돌아오던 중 중앙선을 침범하여 발생한 교통사고로 인한 재해가 업무상 재해인지가 다툰 사례인데, i) 1시간 30분 일정의 출장 업무를 마치고 이 사건 업무차량을 운전하여 돌아오던 중 이 사건 사고가 발생한 점, ii) 이 사건 사고 당시 망인이 중앙선을 침범하였으나, 중앙선 침범 이유가 무엇인지는 규명되지 아니한 점, iii) 혈액감정 결과 망인의 음주사실은 확인되지 아니한 점, iv) 수사기관은 이 사건 사고의 원인을 졸음운전으로 추정한 점, v) 망인이 1992. 3. 20. 자동차운전면허를 취득한 후 교통법규 위반 내지 교통사고 전력이 없는 점 등을 고려하여 이 사건 사고와 그로 인한 망인의 사망이 범죄행위가 직접 원인이 되어 발생한 것이어서 업무상 재해에 해당하지 않는다고 단정할 수 없고, 오히려 이 사건 사고는 근로자의 업무수행을 위한 운전 과정에서 통상 수반되는 위험의 범위 내에 있는 것으로 볼 여지가 크다고 판시한 사례이다.

-1157쪽 -

※ 노사협의회 근로자위원의 선출방식이 일부 개정되었습니다 (2022.12.11.시행)

가. 근로자위원의 선출 및 위촉

- 근로자를 대표하는 위원(근로자위원)은 근로자 과반수가 참여하여 직접·비밀·무기명 투표로 선출한다. 다만, 사업 또는 사업장의 특수성으로 인하여 부득이한 경우에는 부서별로 근로자 수에 비례하여 근로자위원을 선출할 근로자(위원선거인)를 근로자 과반수가 참여한 직접·비밀·무기명 투표로 선출하고 위원선거인 과반수가 참여한 직접·비밀·무기명 투표로 근로자위원을 선출할 수 있다.(6조2항)