

- 149쪽 -

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)

- 222쪽 -

- 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)

- 324쪽 -

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)

- 326쪽 -

(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 협의

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

- 340쪽 -

(2) 기재내용

..

- 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 없”으며, “해고통지서에 징계사유를 축약해 기재하는 등 징계사유를 상세하게 기재하지 않았더라도 위 조항을 위반한 해고통지라고 할 수는 없다.”고 판시하고 있다.
- 또한 “징계해고의 경우 근로기준법 제27조에 따라 서면으로 통지된 해고사유가 축약

되거나 다소 불분명하더라도 징계절차의 소명 과정이나 해고의 정당성을 다투는 국면을 통해 구체화하여 확정되는 것이 일반적이라고 할 것이므로 해고사유의 서면 통지 과정에서까지 그와 같은 수준의 특징을 요구할 것은 아니”라는 것이 [판례]의 태도이다.(대법원 2022. 1. 14. 선고 2021두50642 판결)

- 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.(대법원 2022. 1. 14. 선고 2021두50642 판결)

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

- 341쪽 -

5. 시용근로자에 대한 본채용 거부시 서면통지...

6. 갱신거절의 통보와 서면통지

- 기간제 근로계약이 종료된 후 사용자가 갱신 거절의 통보를 하는 경우에도 근로기준법 제27조가 적용되는지 여부가 문제된다.
- [판례]에 따르면 “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”고 하면서 해고의 서면통지조항의 취지를 판시하면서, “기간제 근로계약은 기간이 만료됨으로써 당연히 종료하는 것이므로 갱신 거절의 준비 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.
- 즉 판례에 따르면 기간제 근로계약이 종료한 후 사용자가 갱신거절의 통보를 하는 경우, 해고의 서면통지(근로기준법 제27조)가 적용되지 않는다고 한다.¹⁾

1) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021두45114 판결

쟁점 194-1 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 의미 및 성립요건

2. 사용자의 중립유지의무 위반과 부당노동행위

(1) 사용자의 중립유지의무의 의미

(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 차별하여서는 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 의미 및 성립요건 : 쟁점 184번, 190번 참조

2. 사용자의 중립유지의무 위반과 부당노동행위

(1) 사용자의 중립유지의무의 의미

- 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. 즉 노동조합 사이에서 차별을 하지 않아야 할 중립유지의무는 사용자가 복수 노동조합에 대해 개별 교섭을 하는 경우에 적용되며, 이를 위반하는 경우 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 태도 (이하는 대법원 2021.8.19. 선고 2019다200386 판결 참조)

- 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 태도등을 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.²⁾
- 반면 교섭창구 단일화절차를 거친 단계에서도 사용자의 중립유지의무를 인정할 수 있다는 견해가 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.³⁾

※ 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 지급받

2) 박지순, “교섭창구 단일화 절차에서 사용자의 중립유지의무와 부당노동행위에 대한 최근 대법원 판례”, 『월간 노동법률』 2021년 11월호, (주) 중앙경제, 온라인 판례평석에서 인용
3) 정영훈, “사용자가 교섭대표 노동조합과의 단체협약에서 통상임금소송의 취하를 무쟁의장려금의 지급 조건으로 한 것이 통상임금 소송을 적극적으로 전개한 소수 노동조합의 조합원에 대한 불이익취급 또는 지배개입의 부당노동행위에 해당하는지 여부”, 『월간 노동리뷰』 2021년 10월호, 한국노동연구원, 58p

을 수 없게 하여 위 조합원들을 불이익하게 취급한 것으로서 이는 불이익취급 또는 지배·개입의 부당노동행위에 해당하고 제2노조 지회조합원들에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다는 사례이다.

-666쪽 -

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 파견법의 강행규정을 위반한 것에 해당하여 무효가 될 수 있다”고 한다.