

2023년 노동법 사례연습 추록

-2022년 소지자를 위한-

노동법 사례연습

# 제1편

## 총론 및 근로기준법

공기업인 B사의 보수규정에 따르면 공개채용을 통하여 입사한 정규직 사원의 경우 공기업 근무경력의 100%를 인정하여 초임 연봉을 정하고 있다.

한편 계약직에서 정규직으로 전환된 직원들의 경우 채용경로와 업무성격이 정규직 사원과 구별되므로, 계약직 근무경력의 50%만을 근무경력으로 인정하여 초임 연봉을 책정하고 있다.

[문] 계약직에서 정규직으로 전환된 직원인 甲은 B사의 보수규정이 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률과 근로기준법상 차별적 처우 금지규정에 위반된다고 주장하고 있는 바, 그 주장의 정당성에 대해 설명하시오.  
(공인노무사 2017년 기출문제)

#### 세부목차

- |  |  |
|--|--|
| <p>I. 문제의 소재</p> <p>II. 甲에 대한 차별이 기간제법상 차별처우 금지규정에 위반되는지 여부</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 기간제법상 차별처우 금지규정의 의의</li> <li>2. 기간제법상 차별처우의 합리적 이유의 판단기준</li> <li>3. 사안의 적용</li> </ol> | <p>III. 甲에 대한 차별이 근로기준법상 차별처우 금지규정에 위반되는지 여부</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 근로기준법상 차별처우 금지규정의 의의</li> <li>2. 근로기준법상 차별처우 금지규정에 위반되는지에 대한 판단기준</li> <li>3. 사안의 적용</li> </ol> <p>IV. 결론</p> |
|--|--|

### I 문제의 소재

해당 사안에서는 甲에 대하여 근무경력을 50%만 인정하는 차별을 하고 있다.

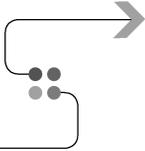
기간제 근로자에서 정규직으로 전환된 근로자를 흔히 사회적으로는 '무기계약직'이라고 하는데, 이러한 근로자를 기존의 정규직 근로자, 혹은 공개채용을 통해 입사한 정규직 근로자와 차별하는 경우, 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 "기간제법")과 근로기준법상의 차별적 처우금지규정을 적용하여 구제할 수 있을 것인지가 문제된다.

### II 甲에 대한 차별이 기간제법상 차별처우 금지규정에 위반되는지 여부

#### 1. 기간제법상 차별처우 금지규정의 의의

기간제법 제8조 제1항에 따르면 "사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다"고 규정하고 있다. 그리고 차별적 처우란 가. 「근로기준법」에 따른 임금, 나. 정기상여금, 명절상여금 등 정기 상여금, 다. 경영성과금, 라. 그 밖에 근로조건 및 복리후생 사항에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다(동법 제2조 제3호).

즉 기간제법은 기간제 근로자에 대한 차별을 금지하고 있는 것이다.



## 2. 기간제법상 차별처우의 합리적 이유의 판단기준

판례에 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.<sup>1)</sup> 또한 “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 판례는 판시하고 있다.<sup>2)</sup>

## 3. 사안의 적용

甲은 이미 계약직에서 정규직으로 전환된 근로자이므로, 기간제법상의 차별적 처우 금지규정을 적용할 수 없다. 따라서 甲이 자신에 대한 보수규정상의 차별이 기간제법 위반이라고 주장하는 것은, 정당하지 않다.

# Ⅲ 甲에 대한 차별이 근로기준법상 차별처우 금지규정에 위반되는지 여부

## 1. 근로기준법상 차별처우 금지규정의 의의

근로기준법 제6조에 따르면 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못하며, 동조 위반에 대해서는 벌칙이 적용된다.<sup>3)</sup>

특히 근로기준법 제6조에서는 사회적 신분을 이유로 한 차별을 금지하고 있는데, 무기계약직과 같은 고용형태가 사회적 신분에 해당하는지, 그리고 무기계약직과의 비교대상이 존재하는지가 문제된다.

## 2. 근로기준법상 차별처우 금지규정에 위반되는지에 대한 판단기준

### (1) 고용형태를 사회적 신분으로 볼 수 있는지를 기준으로 한 판단

사회적 신분이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것<sup>4)</sup> 또는 자기의 의사로 회피할 수 없는 사회적 분류를 말한다.

그런데, 정규직이나 무기계약직 같은 고용형태도 사회적 신분에 해당한다는 최근의 하급심 판결<sup>5)</sup>이 있기는 하지만, 대법원은 현재까지 무기계약직과 같은 고용형태가 사회적 신분에 해당하는지에 대해 명시적인 판결을 하고 있지 않다.

1) 대법원 2014.11.27. 선고 2011두6592 판결

2) 대법원 2012.3.29. 선고 2011두2132 판결

3) 최근에는 근로법외에 “남녀고용평등과일·가정양립에관한법률”, “기간제및단시간근로자보호등에관한법률”, “외국인근로자의고용등에관한법률” 등이 차별의 분야와 이유를 확대하고 때로는 특별한 행정적 시정절차까지 마련하고 있다.

4) 헌재 1995.2.23. 93헌바43결정 참조

5) 서울남부지방법원 2016.6.10. 선고 2014가합 3505 판결

## (2) 비교집단이 존재하는지를 기준으로 한 판단

소위 무기계약직에 대한 차별이 근로기준법 제6조 위반인지를 판단한 최근 판례에서는 “근로기준법에서 금지하는 차별적 처우에 해당하기 위해서는 우선 그 전제로서 차별을 받았다고 주장하는 사람과 그가 비교대상자로 지목하는 사람이 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있어야 한다”고 하면서<sup>6)</sup> 비정규직인 계약직에서 정규직으로 전환되는 직원과, 공개경쟁시험을 통해 정규직으로 임용된 직원들 사이에는 임용경로에 차이가 있기 때문에, 본질적인 동일한 비교집단에 속하지 않으므로, 근로기준법 제6조의 차별금지조항에 위배되지 않는다고 판시하였다.

## (3) 판례의 비판적 검토

우선 i) 대법원이 고용형태가 사회적 신분에 해당하는지 그렇지 않은지를 확인하지 않았다는 점, ii) 법원이 대상자들이 동일한 비교집단에 속하는지를 판단하는 일반적 기준을 제시하지 않은 채 임용경로상의 차이만을 이유로 차별적 처우인지 자체에 대한 판단을 하지 않은 것은 설득력이 없으며, 오히려 동등 혹은 유사한 근로를 하는 것인지가 기준이 되어야 한다는 점, iii) 근로기준법 제6조의 적용을 받지 못하더라도 헌법상의 평등권을 근거로 해서 차별적 처우에 해당하는지를 전혀 판단하지 못했다는 점 등이 비판받고 있다.<sup>7)</sup>

## 3. 사안의 적용

현재 판례상으로는 무기계약직이 근기법 제6조 소정의 사회적 신분에 해당한다는 것을 이유로 근기법 위반을 주장하는 경우, 그 주장의 정당성은 인정되지 않을 것이다.

또한 계약직에서 정규직으로 전환된 甲은 공개채용을 통하여 입사한 정규직 사원과 채용경로와 업무 성격이 구별되므로, 판례에 따르면 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있지 않다. 따라서, 판례에 따르면 근로기준법 제6조의 차별금지조항에 위배된다는 주장은 정당성을 인정받을 수 없을 것이다.

## IV 결론

## 1. 기간제법 위반 여부

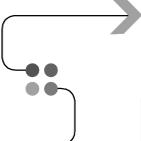
甲은 이미 계약직에서 정규직으로 전환된 근로자이므로, 甲이 자신에 대한 차별을 기간제법 위반이라고 주장하는 것은, 정당하지 않다.

## 2. 근로기준법 위반 여부

무기계약직과 같은 고용형태가 사회적 신분에 해당한다는 판례가 없고, 계약직에서 정규직으로 전환된 직원과 공개채용형태로 정규직으로 전환된 직원은 동일한 비교집단이 아니라는 대법원 판례에 따르면, 甲이 자신에 대한 차별을 근기법 위반이라고 주장하는 것은 인정받기 어려울 것이다.

6) 대법원 2015.10.29. 선고 2013다1051 판결(근로기준법에서 말하는 차별적 처우란 본질적으로 같은 것을 다르게, 다른 것을 같게 취급하는 것을 말하며, 본질적으로 같지 않은 것을 다르게 취급하는 경우에는 차별 자체가 존재한다고 할 수 없다)

7) 심재진, “비정규직의 정규직 전환에 따른 임금산정 방식의 정당성”, 『월간 노동법률』 2016.2월호, 중앙경제사



[참조]

원래 이 기출문제의 모티브가 된 판례에 따르면 무기계약으로 간주되는 근로자에 대해서 경력을 100%인정하지 않도록 취업규칙 부칙조항을 신설하였는데, 그러한 취업규칙의 신설을 불이익 변경으로 판단하지 않았다. 아래, 해당 판례의 내용도 적어둔다.

이 사건 부칙조항은 종전까지 취업규칙이 정하고 있었던 일반직 임용경로와는 본질적으로 다른 임용경로를 신설함에 따라 그에 필요한 초임연봉 산정방법을 새로 마련한 것으로 보이고, 그 임용경로에 관하여 종전에 있었던 취업규칙 규정을 변경하였다거나 이를 불이익하게 변경하였다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 부칙조항을 신설할 때에 원고들을 포함한 계약직 직원들의 동의를 얻어야 한다고 볼 수 없다(대법원 2015.10.29. 선고 2013다1051 판결).

A사는 자동차 생산회사로서 근로자 5,000명이 근무하고 있다. 그리고 A사에는 근로자 4,000명이 조합원으로 가입돼 있는 B기업별 노동조합(이하 B노조)이 있다. 甲은 B노조에서 제4대 집행부에서 1996년 1월부터 1998년 1월까지 조직부장으로 활동하였고, 제7대 집행부에서는 2003년 1월부터 2005년 1월까지 쟁의부장으로 활동하였다.

甲은 2003년 8월부터 2004년 12월까지 회사 내외의 지인 4명으로부터 취업청탁명목으로 500만원 내지 2,000만원 등 합계 7,700만원을 수령하였다.

A사 인사팀에서는 노동조합 간부들이 직원채용을 부탁하면, 노조간부들의 부탁을 쉽게 거절할 수는 없었다는 취지로 진술하고 있다.

검사는 이에 대하여 근로기준법 제9조 위반으로 공소를 제기하였다. 하지만, 甲은 취업청탁을 받고 돈을 받은 것은 사실이나, 구체적인 소개를 한 것은 아니므로 근로기준법 제9조를 위반한 것은 아니라고 주장하고 있다.

[문] 甲의 행위가 근로기준법 제9조를 위반한 것인지 논하시오.

• 대법원 2008.9.25. 선고 2006두7660 판결 (로스쿨노동법 해설 기준판례)

#### 세부목차

##### I. 문제의 소재

- II. 중간착취의 배제원칙의 의의 및 요건 : 영리로 타인의 취업에 개입하는 행위를 중심으로
1. 중간착취의 배제원칙의 의의 : 법규정
  2. 중간착취의 성립요건
  3. 근로기준법 제9조의 적용예외

##### III. 사안의 적용

1. 甲이 근로관계의 성립·갱신에 영향력을 행사할 수 있는 자인지 여부
2. 甲에게 영리의 의사가 있는지 여부
3. 구체적인 소개행위가 없는 甲의 금품수수행위에 대해서 근기법 제9조 위반으로 볼 수 있는지 여부

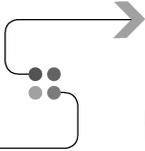
##### IV. 결론

## I 문제의 소재

근로기준법 제9조는 중간착취의 배제원칙을 규정하고 있으며, 위반시에는 5년이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

그러므로 甲의 행위가 근로기준법 제9조 위반의 행위인지를 살펴보아야 한다.

- i) 특히 “영리로 타인의 취업에 개입하는 행위”가 어떤 의미인지,
- ii) 또한 구체적인 소개나 알선행위를 하지 않은 경우에도 “영리로 타인의 취업에 개입하는 행위”라고 볼 수 있는지가 문제된다.



## II 중간착취의 배제원칙의 의의 및 요건 : 영리로 타인의 취업에 개입하는 행위를 중심으로

### 1. 중간착취의 배제원칙의 의의 : 법규정

근로기준법 제9조에 따르면 누구든지 법률에 따르지 아니하고는 영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못하며, 위반시 벌칙이 적용된다.

이러한 규정은 제3자가 타인의 취업에 직접·간접으로 관여하여 근로자를 착취하는 행위를 방지하고자 하는 취지라는 것이 判例의 태도이다.<sup>8)</sup>

### 2. 중간착취의 성립요건

#### (1) 주체

법문상으로 ‘누구든지’라고 되어 있으므로, 중간착취의 주체에는 제한이 없다. 개인과 단체 모두 주체가 될 수 있다.

#### (2) 행위

근로기준법 제9조가 금지하는 행위는 “영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득”하는 것이다.

#### 가. 영리로 다른 사람의 취업에 개입하는 행위 및 구체적 소개 행위 필요 여부

판례에 따르면 영리로 타인의 취업에 개입한다는 것은 “제3자가 영리로 타인의 취업을 소개 또는 알선하는 등 근로관계의 성립 또는 갱신에 영향을 주는 행위”를 말한다.<sup>9)</sup>

여기서 영리란 개입 또는 중개행위를 통해 얻는 경제적 이익을 지칭한다.<sup>10)</sup>

판례는 ‘영리로 타인의 취업에 개입하는 행위’에는 “취업을 원하는 사람에게 취업을 알선해 주기로 하면서 그 대가로 금품을 수령하는 정도의 행위도 포함된다고 볼 것이고 반드시 근로관계의 성립 또는 갱신에 직접적인 영향을 미칠 정도로 구체적인 소개 또는 알선행위에까지 나아가야만 한다고 볼 것은 아니다”라고 판시하고 있다.<sup>11)</sup>

#### 나. 중간인으로서 이익을 취득하는 행위

근로기준법 제9조의 위반행위에는 근로관계의 존속에 대한 관여행위(취업중)도 포함된다.<sup>12)</sup>

이익은 명칭(소개비, 수수료, 보상금 등)이나 유형 또는 무형적인 것을 불문한다.

### 3. 근로기준법 제9조의 적용예외

개입 또는 중개행위가 법률에 근거하여 행하여지는 경우에는 근로기준법 제9조의 적용을 받지 않는

8) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006도7660 판결

9) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006도7660 판결

10) 김유성 I, 46p

11) 대법원 2008.9.25. 선고 2006도7660 판결

12) 김유성 I, 45p

다.

즉, 직업안정법에 따른 유료직업소개사업이나 근로자공급사업, 파견근로자법에 따른 근로자파견사업 등을 행하는 경우에는 근로기준법 제9조 위반이 아니다.

### Ⅲ 사안의 적용

1. 甲이 근로관계의 성립·갱신에 영향력을 행사할 수 있는 자인지 여부.

甲은 제4대 집행부에서 약 2년간 조직부장으로, 제7대 집행부에서는 약 2년간 쟁의부장으로 활동하는 등 상당기간 동안 노조간부로 활동했는데, 인사팀이 직원채용에 대한 노조간부들의 부탁을 쉽게 거절할 수 없었다는 진술을 한 것으로 볼 때, 甲은 A사의 취업자 선정에 대하여 사실상 영향력을 미칠 수 있는 지위에 있었다고 판단할 수 있다.

2. 甲에게 영리의 의사가 있는지 여부

甲은 2003년 8월부터 2004년 12월까지의 상당기간에 걸쳐 취업알선의 명목으로 4명으로부터 합계 7,700만원을 수령하였으므로, 영리의 의사를 가지고 타인의 다른 사람의 취업에 개입한 것이라고 할 수 있다.

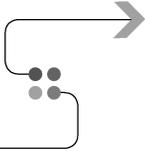
3. 구체적인 소개행위가 없는 甲의 금품수수행위에 대해서 근기법 제9조 위반으로 볼 수 있는지 여부

甲이 다른 사람의 취업에 개입할 수 있는 법적 근거는 없다.

판례에 따라 판단하면, 甲이 구체적인 취업소개행위를 하지 않았다고 하더라도 영리의 의사로 취업을 알선해 주기로 하면서 금품을 수령한 것이므로 근기법 제9조를 위반한 것으로 볼 수 있다.

### Ⅳ 결론

甲이 구체적인 취업알선행위를 하지 않았다고 하더라도 취업을 알선해 주기로 하면서 금품을 수령하는 등, 영리로 다른 사람의 취업에 개입하였으므로, 甲의 행위는 근로기준법 제9조를 위반한 것이라고 할 수 있다.



## 12 근로계약의 해석 (52쪽에 추가)

A사는 항공업체로서 헬기조종사를 고용하고 있다.

甲은 A사에서 정년퇴직한 근로자인데, A사는 정년퇴직한 甲을 2017. 5. 1.에 헬기조종사로 채용하면서 근로계약을 체결하였다.

근로계약의 내용은 아래와 같다.

### <근로계약서>

근로계약기간은 '2017. 5. 1.부터 2018. 4. 30.까지로 하며, 계약기간 만료 시까지 별도 합의가 없으면 기간만료일에 자동 연장한다.

그런데, A사는 근로계약기간에 대하여 아래와 같은 취업규칙도 두고 있다.

### <취업규칙>

- 제10조 : 직원의 근로계약기간은 기간의 정함이 없는 것을 제외하고는 1년 이내로 한다. 다만 필요에 따라 갱신 체결할 수 있다
- 제70조 1항 : 직원의 정년은 만 60세로 정하되, 정년에 도달한 해의 말일로 한다.
- 제70조 2항 : 제1항의 규정에 불구하고 회사는 업무상 필요한 경우에는 정년 이상 달한 자를 촉탁적으로 고용할 수 있다

A사는 새로운 헬리콥터 기종에 대하여 甲 등의 근로자들을 교육하였으나, 교육기관에서는 직무상 역량이 미달되어 조종사로서 적합하지 않다는 객관적인 평가를 내렸다. A사는 2018. 4. 2. 甲에게 근로계약기간이 2018. 4. 30. 자로 만료될 예정이고 헬기조종사로서 필요한 직무상 역량미달로 근로계약 갱신이 불가능하다는 내용증명을 발송하였다.

이에 대하여 甲은 A사에게 이러한 갱신거절은 부당해고로서 효력이 없고 근로계약이 2018. 5. 1.부터 자동 갱신되었음을 이유로 2018. 5. 1.부터 甲이 복직하는 날까지 미지급 임금 등을 청구하는 소를 제기하였다. A사는 이에 대하여 甲과의 근로계약은 2018. 4. 30. 기간 만료로 종료되었고, 근로계약상 정해진 근로를 정상적으로 제공할 수 있다는 전제에서만 계약이 자동으로 갱신되는 것으로 해석해야 하므로, 2018. 5.1. 부터는 임금을 지급할 의무가 없다고 주장하였다.

[문] A사의 주장이 타당한지 근로계약의 해석과 관련하여 논하시오.

• 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결

### 세부목차

#### I. 문제의 소재

#### II. 근로계약의 해석

1. 근로계약의 의의
2. 근로계약의 해석
3. 취업규칙과 근로계약의 해석

#### III. 사안의 적용

1. 정상적인 근로제공이 근로계약의 자동연장조항의 요건이라고 해석할 수 있는지 여부
2. 취업규칙을 근거로 근로계약상의 자동연장조항을 축소해석할 수 있는지 여부

#### IV. 결론

## I 문제의 소재

A사는 甲의 직무상 역량이 객관적으로 미달한다는 것을 이유로, 甲과의 근로계약에 대한 갱신을 거절하였다. 즉 A사는 甲과 체결한 근로계약에 대해 “근로계약상 정해진 근로를 정상적으로 제공할 수 있다는 전제”에서만 계약이 자동으로 갱신되는 것으로 해석하고 있다.

하지만, A사와 甲과의 근로계약서에는 계약기간 만료 시까지 별도 합의가 없으면 기간만료일에 자동 연장한다는 문언만 있을 뿐, 정상적인 근로제공이 요건이라는 등의 내용이 기재되어 있지 않다.

- i) 따라서 근로계약서의 문언의 객관적 의미가 명확함에도 불구하고, 합리적 해석이라는 이유를 들어 그 의미를 축소 또는 확장하여 해석하는 것이 가능한지가 문제된다.
- ii) 또한 근로계약의 갱신과 관련해서 취업규칙에서 정한 기준보다 근로계약부분이 더 유리한 경우, 근로계약 부분을 적용하는 것인지도 문제된다.

## II 근로계약의 해석

### 1. 근로계약의 의의

근로기준법 제2조 제4호에 따르면, 근로계약이란 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약을 말한다.

이러한 근로계약은 증명하고자 하는 법률적 행위가 그 문서 자체에 의하여 이루어지는 처분문서라고 할 수 있다. 따라서 근로계약의 해석은 처분문서의 해석방법에 따라 이루어진다.

### 2. 근로계약의 해석

판례에 따르면 “법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것”이다.

그리고 근로계약은 처분문서이므로, 처분문서에 대한 해석방법이 적용된다.

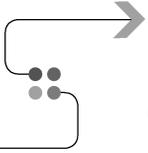
#### (1) 문언의 의미가 명확한 경우

판례는 “계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에 문언의 의미가 명확하다면, 특별한 사정이 없는 한 문언대로 의사표시의 존재와 내용을 인정해야 한다”고 판시하고 있다.<sup>13)</sup>

이처럼 문언의 의미가 명확한데도 합리적인 해석만을 앞세워 그 내용을 축소하거나 객관적 의미에 반하는 결과를 초래한다면 오히려 법률행위 해석의 법리를 그르치고 그 취지에 역행할 수 있을 것이다.<sup>14)</sup>

13) 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결

14) 김은미, “헬기 조종사의 자격미달과 자동연장조항의 해석”, 『한국우주정책·법학회지』 제37권 제2호, 한국항공우주정책·법학회, 2022, 초록의 내용을 인용한 것임.



(2) 문언의 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우

판례에 따르면 “그 문언의 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 문언의 내용, 계약이 이루어지게 된 동기와 경위, 당사자가 계약으로 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 계약 내용을 합리적으로 해석해야 한다”고 한다<sup>15)</sup>

그런데, “특히 문언의 객관적인 의미와 다르게 해석함으로써 당사자 사이의 법률관계에 중대한 영향을 초래하는 경우에는 그 문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석해야 한다”는 것이 判例의 태도이다.<sup>16)</sup>

3. 취업규칙과 근로계약의 해석

판례에 따르면 어떠한 근로조건에 관해 취업규칙과 근로계약이 각기 다르게 정하고 있다면, 취업규칙이 근로자에게 보다 유리하다는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 근로계약이 우선 적용된다고 보고 있다.<sup>17)</sup>

즉 취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용되므로 취업규칙을 근거로 근로계약 조항의 의미를 축소하여 해석해서는 안 된다는 것이 判例의 태도이다.<sup>18)</sup>

### Ⅲ 사안의 적용

1. 정상적인 근로제공이 근로계약의 자동연장조항의 요건이라고 해석할 수 있는지 여부

해당 근로계약서의 자동연장조항은 그 자체로 ‘A사와 甲이 근로계약기간이 만료하는 날까지 별도로 합의하지 않는 한 근로계약은 자동으로 연장된다.’는 의미임이 명확하다. 그러므로 문언의 의미가 명확한 경우라고 할 수 있다.

‘甲이 근로계약기간 동안 직무상 역량의 평가를 받아 근로계약상 정해진 근로를 정상적으로 제공할 수 있다는 전제에서만 자동연장조항이 적용된다.’는 기재는 없는데, 근로계약서에 적혀 있지 않은 내용을 추가하는 것은 처분문서인 근로계약서 문언의 객관적인 의미에 반한다고 할 수 있다.

따라서 별도의 합의가 없는 한 근로계약이 자동으로 연장된다는 의미라고 해석하는 것이 근로계약 체결 당시의 당사자 의사에 부합한다고 볼 수 있다.

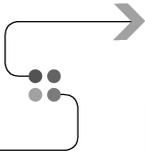
15) 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결  
16) 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결  
17) 대법원 2017.12.13. 선고. 2017다261387 판결(원심판결 인용)  
18) 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결

2. 취업규칙을 근거로 근로계약상의 자동연장조항을 축소해석할 수 있는지 여부

취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용되므로, A사가 재량적으로 계약을 갱신할 수 있다는 내용의 취업규칙을 근거로 자동연장조항의 의미를 축소하여 해석해서는 안된다.

**IV** 결론

A사와 甲이 체결한 근로계약서 자동연장조항 문언의 객관적 의미가 명확하기 때문에, 그 의미를 축소 또는 확장하여 해석해서는 안된다. 따라서 A사의 주장은 타당하지 않다.



## 14 근로조건의 명시 (52쪽에 추가, 기출문제여서 추가하였음)

근로자 A는 의류판매 회사인 B사(상시근로자 100명)에 2013. 7. 1.자로 취업하였다. A는 취업하기 전에 B사의 인사부장으로부터 다음의 근로조건에 대하여 설명을 듣고 구두로 근로계약을 체결하였다.

- 월 임금은 200만 원을 지급함
- 근로시간은 1일 8시간, 1주 40시간으로 함
- 1주에 1일의 주휴일을 부여함

그러나 A가 실제로 약 2개월간 근무하였던 동안의 근로조건은 다음과 같았다.

- 월 임금은 150만 원을 지급받았음
- 근로시간은 1주 48시간 근무를 하는 것이 일반적임
- 1주에 1일의 주휴일을 부여받았음

A는 2013. 9. 2. 오전 출근하여 인사과 사무실을 찾아가 “당초 취업을 결정할 때 들었던 근로조건과 실제로 지급된 임금이나 근로시간이 다르다.”라는 취지의 말을 하면서 마침 자리에 있던 인사과장에게 “노동조합 및 변호사와 상담하여 근로기준법에 따른 권리를 행사하겠다.”라고 하였다.

[문] A가 B사와 체결한 근로계약의 내용 및 효력을 근로기준법 제17조의 법문에 따라 판단하고, A가 2013. 9. 2. 행사하겠다고 말한 ‘근로기준법상의 권리’에 대하여 설명하시오. (50점)

• 2014년 변호사 시험 기출문제 축소

### 세부목차

- |  |   |
|--|---|
| <p>I. 논점의 정리</p> <p>II. A가 B사와 체결한 근로계약의 내용과 효력</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 근로기준법 제17조의 의의 및 취지</li> <li>2. 명시해야 할 근로계약의 내용 및 명시 방법             <ol style="list-style-type: none"> <li>(1) 단순명시</li> <li>(2) 서면명시·교부</li> </ol> </li> <li>3. 명시 의무의 위반의 효과</li> <li>4. 사안의 검토</li> </ol> | <p>III. A가 행사할 수 있는 근로기준법상의 권리</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 명시된 근로조건이 사실과 다른 경우 근로기준법 제17조상의 권리             <ol style="list-style-type: none"> <li>(1) 손해배상 청구권</li> <li>(2) 근로계약의 즉시 해제권</li> <li>(3) 귀향여비 지급청구권</li> </ol> </li> <li>2. 임금체불에 대한 기타 근로기준법상의 권리</li> <li>3. 사안의 검토</li> </ol> <p>IV. 결론</p> |
|--|---|

### I 논점의 정리

근로기준법 제17조에 따르면 사용자는 근로계약 체결(혹은 변경)시에 근로자에 대하여 임금, 소정근로시간, 유급주휴일, 연차휴가, 그 밖에 대통령령으로 정하는 근로조건을 명시해야 하며, 특정 사항의 경우 서면으로 명시해서 교부해야 한다.

그런데 해당 사안에 따르면 B사는 근로자 A와 구두로 근로계약을 체결하였고, 구두로 명시한 내용도 사실과 달랐다.

- i) 해당 설문에서는 이렇게 구두로 체결한 근로계약의 내용과 효력을 근로기준법 제17조의 법문에 따라 판단할 것을 요구하고 있으므로, 우선 이에 대해서 설명하기로 한다.
- ii) 또한 근로자 A는 구두로 명시된 근로조건の内容이 사실과 다르므로, 이에 대하여 근로기준법상의 권리를 행사할 것이다 하고 있는데, 과연 A가 행사할 수 있는 근로기준법상의 권리가 어떠한 것인지에 대해서도 설명하기로 한다.

## II A가 B사와 체결한 근로계약의 내용과 효력

### 1. 근로기준법 제17조의 의의 및 취지

근로기준법 제17조에 의하면 사용자는 근로계약 체결(혹은 변경)시에 근로자에 대하여 근로조건을 명시하고, 특정사항의 경우 서면으로 명시할 것을 요구하고 있는데, 이는 근로자가 자신의 근로조건을 알지 못함으로써 그 법적지위가 불안해 지는 것을 막고 또한 사용자가 자의적으로 근로조건을 변경하는 것으로부터 근로자를 보호하기 위한 것이다.<sup>19)</sup>

### 2. 명시해야 할 근로계약의 내용 및 명시 방법

#### (1) 단순명시

사용자는 근로계약을 체결하거나 변경할 때에 근로자에게 1. 임금 2. 소정근로시간 3. 제55조에 따른 휴일(주휴일) 4. 제60조에 따른 연차유급휴가 5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 근로조건(취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항, 취업규칙에서 정한 사항, 기숙하게 하는 경우에는 기숙사 규칙에서 정한 사항)을 명시하여야 한다.(17조1항)

그런데, 명시 방법에는 제한이 없으므로 구두로 할 수도 있다.

#### (2) 서면명시·교부

그런데, 사용자는 1. 임금의 구성항목·계산방법·지급방법 2. 소정근로시간 3. 제55조에 따른 휴일(주휴일) 4. 제60조에 따른 연차유급휴가에 관한 사항은 서면으로 명시하여, 근로자에게 교부하여야 한다.(17조2항)

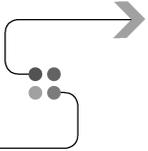
### 3. 명시 의무의 위반의 효과

근로조건 명시 의무를 위반한 사용자에 대해서는 벌칙(500만원 이하의 벌금)이 적용되지만(114조), 해당 근로계약이 사법상 무효로 되는 것은 아니다.

### 4. 사안의 검토

B사는 인사부장을 통하여 월임금과, 1일과 1주의 소정근로시간, 주휴일을 구두로 명시하였는데, 근로기준법 제17조에 따르면 이 사항들은 다 서면으로 명시해야 할 사항들이므로, 근기법 제17조를

19) 김유성 I, 63p



위반한 것이라 할 수 있다.

특별히 임금은 구성항목과 계산방법, 지급방법도 서면으로 명시하여야 하는데, 월 임금총액만 명시하고 있고, 연차유급휴가사항은 아예 명시하지도 않았으므로, 근로기준법 17조의 내용을 위반한 것으로 볼 수 있다.

그런데, 근로조건의 명시 의무나 서면명시 의무를 위반한 사용자에 대해서는 벌칙이 적용되지만, 해당 근로계약이 사법상 무효가 되는 것은 아니므로, A가 B사와 체결한 근로계약은 사법적으로는 효력이 있다.

따라서 B사는 명시한 대로 1일 8시간, 1주 40시간 근로에 대하여 월 200만원의 임금을 지급하여야 할 것이다.

### III A가 행사할 수 있는 근로기준법상의 권리

#### 1. 명시된 근로조건이 사실과 다른 경우 근로기준법 제17조상의 권리

##### (1) 손해배상 청구권

근로계약 체결 시에 명시된 근로조건이 사실과 다를 경우 근로자는 근로조건 위반을 이유로 손해의 배상을 청구할 수 있으며, 이 때에 근로자는 손해배상청구를 노동위원회에 신청할 수도 있다.(19조 참조)

근로조건 위반을 이유로 하는 손해배상의 청구는 법원에 할 수도 있지만, 근로자의 편의를 위하여 노동위원회에 신청할 수 있도록 한 것이다.<sup>20)</sup>

##### (2) 근로계약의 즉시 해제권

근로계약 체결시 명시된 근로조건이 사실과 다를 경우 근로자는 근로조건 위반을 이유로 즉시 근로계약을 해제할 수 있다.(19조1항)

##### (3) 귀향여비 지급청구권

근로계약이 해제되었을 경우 사용자는 취업을 목적으로 거주를 변경하는 근로자에게 귀향여비를 지급하여야 한다.(19조2항)

#### 2. 임금체불에 대한 기타 근로기준법상의 권리

근로기준법 제43조 제1항에 따르면, 임금은 통화로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 한다. 또한 근로기준법 제56조 제1항에 따르면 연장근로에 대하여는 통상임금의 100분의 50이상을 가산

20) 노동위원회는 이 규정에 따라 사용자에게 손해배상을 명할 수 있지만, 이 명령의 불이행에 대한 벌칙은 없고, 이 규정에 따라 노동위원회에 손해배상을 신청하는 사례 자체가 지극히 드물다.(임종률 15판, 388p)

하여 지급하여야 한다.

근로자는 근로제공의 대가로 사용자에게 이러한 임금청구권을 행사할 수 있으며, 1일 8시간 1주 40시간을 초과하는 경우 연장근로에 따른 가산임금도 청구할 수 있다.

또한 임금이 체불되는 경우에는 이에 대한 이자 청구도 가능할 것이다. 그리고 임금체불에 대한 사용자의 고의가 있는 경우, 벌칙을 적용할 수도 있다.

### 3. 사안의 검토

명시된 근로조건이 사실과 다르므로, A는 B사를 상대로 손해배상을 법원이나 노동위원회에 청구할 수 있으며, 근로계약을 즉시 해제할 수도 있다. 또한 취업을 목적으로 거주를 변경한다면 이에 대해 귀향여비를 지급해 줄 것을 청구할 수도 있다.

한 편 명시된 근로조건도 근로계약의 내용이 되므로 A는 B사에 대해서 명시된 근로조건の内容대로 이행할 것을 청구할 수 있다.

따라서 1일 8시간, 1주 40시간의 근로의 대가로 월 200만원을 지급해 줄 것을 청구할 수 있다. 그리고 실제로는 8시간의 연장근로를 하였으므로, 월 임금에 덧붙여 통상임금의 100%와 가산임금 50%에 해당하는 임금을 추가로 청구할 수 있다.

사용자가 임금을 체불한 경우 이에 대한 이자청구를 하는 것도 가능할 것이며, 사용자에게 임금체불의 고의가 있었다고 인정되는 경우, 형사처벌을 할 수도 있을 것이다.

## IV 결론

B사는 근로조건의 명시 의무나 서면명시 의무를 위반하였다. 따라서 B사에 대해서는 벌칙이 적용되지만, A가 B사와 체결한 근로계약은 사법적으로는 효력이 있다. 따라서 B사는 A에게 명시된대로 1일 8시간, 1주 40시간 근로에 대하여 월 200만원의 임금을 지급하여야 할 것이다. 또한 연장근로에 따른 가산 임금을 추가로 청구할 수 있다.

또한 명시된 근로조건이 사실과 다르므로, A는 B사를 상대로 손해배상을 법원이나 노동위원회에 청구할 수 있으며, 근로계약을 즉시 해제할 수도 있다. 또한 취업을 목적으로 거주를 변경한다면 이에 대해 귀향여비를 지급해 줄 것을 청구할 수도 있다. 또한 임금체불시 발생하는 이자를 청구하는 것도 가능하며, 임금체불에 대한 형사처벌을 구할 수도 있다.

## 17 매각위로금 반환약정(61쪽에 추가)

A사는 종합화학회사인데, 주식을 B사에 매각하기로 결정하였고, 2014년 11월에 이러한 주식 매각 사실이 언론을 통해 알려졌다.

그런자 이러한 매각에 A사의 근로자들이 'A사 매각대응비상대책위원회'(이하 'A사 비대위'라고 한다)를 결성하여 주식 매각에 반대하고 나섰다.

A사는 A사 비대위와 협상을 진행한 끝에 2015. 4. 29. A비대위 위원장과 아래의 내용으로 매각위로금 및 매각위로금 반환 약정(이하 '매각위로금 반환약정')을 체결하였다.

### <매각위로금 반환 약정>

- ① A사는 2015. 4. 30. 직원들에게 매각위로금으로 '4,000만 원 + 상여기초 6개월분(평균 6,000만 원)'을 지급한다.
- ② 매각위로금을 받은 직원이 2015. 12. 31. 이전에 퇴사할 경우 이미 지급받은 매각위로금을 월할 계산하여 반납한다.

매각위로금 반환약정을 체결한 이후 A사 비대위는 주식 매각을 반대하지 않았다.

A사는 이 약정에 따라 "매각위로금 지급안내"라는 문서를 근로자들에게 보내면서 지급배경을 '주주 변경에 따라 그간 헌신해 온 임직원들의 노고와 열정에 대해 감사를 표하고, 새로운 출발을 위한 도약의 의지를 다지고 격려하자 함'이라고 안내하였다. 그리고 '위로금에 대한 소득은 세법상 근로소득이 아닌 기타소득으로 분류되어 지급 시 22%의 세금이 공제됨'이라고 안내하였다.

이에 따라 A사는 2015. 4. 30. 근로자 甲에게 위로금 63,700,000원에서 22%의 세금을 원천징수한 나머지 49,686,000원을 지급하였다.

그리고 A사는 대주주의 변경으로 상호가 B사로 변경되었다.

그런데, 근로자 甲은 2015. 5. 12. 일신상의 사정을 이유로 B사에 퇴직 의사를 밝힌 다음, 2015. 6. 4. 퇴직하였다.

그러자 B사는 매각위로금 반환약정에 따라 계산한 월할 계산액 37,264,500원(=49,686,000원 x 6개월/8개월)을 반환할 것을 청구하였다.

[문] 甲이 매각위로금 반환약정에 따라 B사에게 매각위로금을 반환해야 하는지 논하시오.

• 대법원 2022. 3. 11. 선고 2017다202272 판결

### 세부목차

- |                           |             |
|---------------------------|-------------|
| I. 문제의 소재                 | III. 사안의 검토 |
| II. 매각위로금 반환약정의 효력        | IV. 결론      |
| 1. 근로기준법 제20조의 의의 및 취지    |             |
| 2. 의무근로기간 위반시 금전 반환약정의 효력 |             |

## I 문제의 소재

사용자가 근로자에게 매각위로금을 지급하면서 의무근로기간을 설정하고 이를 지키지 못하면 그 전부 또는 일부를 반환받기로 약정한 경우, 근로기준법 제20조가 금지하는 약정인지 판단하기 위한 기

준이 어떠한지가 문제된다.<sup>21)</sup>

## II 매각 위로금 반환약정의 효력

### 1. 근로기준법 제20조의 의의 및 취지

근로기준법 제20조에 따르면 사용자는 근로계약 불이행에 대한 위약금<sup>22)</sup> 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못한다.

그런데, 판례에 따르면 위약금이나 손해배상액을 예정하는 계약체결을 금지한 조항의 취지는 근로자가 퇴직의 자유를 제한받아 부당하게 근로의 계속을 강요당하는 것을 방지하고, 근로계약 체결시의 근로자의 직장선택의 자유를 보장하며 불리한 근로계약의 해지를 보호하려는 데 있다.<sup>23)</sup> 그리고 근로기준법 제20조를 위반하는 경우 벌칙이 적용되며, 해당 약정은 사법상 무효가 된다.

### 2. 의무근로기간 위반시 금전 반환약정의 효력

#### (1) '일정액의 금원을 지급(배상)'하기로 하는 취지의 약정

판례에 따르면 의무근로기간을 위반하면 소정 금원을 사용자에게 지급하기로 약정하는 경우, “그 약정의 취지가 약정한 근무기간 이전에 퇴직하면 그로 인하여 사용자에게 어떤 손해가 어느 정도 발생하였는지 묻지 않고 바로 소정 금액을 사용자에게 지급하기로 하는 것이라면 이는 명백히 위약 예정금지 조항에 반하는 것이어서 효력을 인정할 수 없다”고 한다.<sup>24)</sup>

#### (2) 근로자에게 지급되어야 할 '임금'을 반환하기로 하는 취지의 약정

판례에 따르면 의무근로기간을 위반한 경우 “임금반환을 약정한 부분은 기업체가 근로자에게 근로의 대상으로 지급한 임금을 채무불이행을 이유로 반환하기로 하는 약정으로서 실질적으로는 위약금 또는 손해배상을 예정하는 계약이므로 근로기준법에 위반되어 무효”라고 한다.<sup>25)</sup>

#### (3) 지급받은 매각위로금을 비례적으로 반환하기로 하는 취지의 약정

판례에 따르면, 사용자가 근로자에게 일정한 금전(매각위로금)을 지급하면서 의무근로기간을 설정하고 이를 지키지 못하면 그 전부 또는 일부를 반환받기로 약정한 경우,

- i) 의무근로기간의 설정 양상,
- ii) 반환 대상인 금전의 법적 성격 및 규모·액수,
- iii) 반환 약정을 체결한 목적이나 경위 등을 종합할 때

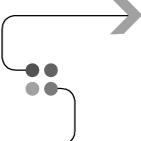
21) 갑 주식회사가 발행 주식 매각을 통한 소속 기업집단의 변경과정에서 이를 반대하는 근로자 측과 '갑 회사가 직원들에게 매각위로금 등을 지급하고, 매각위로금을 받은 직원이 지급일로부터 8개월 안에 퇴사할 경우 이미 지급받은 매각위로금을 월할로 계산하여 반납한다.'는 내용의 약정을 한 사안에서, 위 약정 중 위로금 반환 부분이 근로기준법 제20조에 위반된다고 볼 수 있는지가 다투진 사안이다.(대법원 2022.3.11. 선고 2017다202272 판결)

22) 위약금이라 함은 채무불이행의 경우에 채무자가 채권자에게 지급할 것을 미리 약정하는 금액으로서 계약당사자 사이에 계약에 부수하여 정하여 진다.(민법 제398조1항)

23) 대법원 2004.4.28. 선고 2001다53875 판결

24) 대법원 2008.10.23. 선고 2006다37274 판결

25) 대법원 1996.12.6. 선고 95다24944, 24951 판결



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 어렵다”고 한다.<sup>26)</sup>

따라서 근로의 계속을 부당하게 강요하는 것이 아니라면, 매각위로금을 근무기간에 따라 비례적으로 반환하기로 한 약정은 효력이 있다.

### III 사안의 검토

사안에 따르면, 이 약정은 A사가 근로자들에게 소속 기업집단의 변경에 따른 매각위로금을 지급하되 2015.12.31. 이전에 8개월 안에 퇴사하는 경우 이를 월할 계산하여 반환하기로 하는 내용일 뿐,

- i) 근로자들이 근로계약상 정해진 근로기간 약정을 위반할 경우 위약금이나 손해배상으로서 일정 금액을 지급하기로 하는 내용으로는 보이지 않는다.
- ii) 또한 매각위로금이 세법상 근로소득이 아닌 기타소득으로 분류되어 22%의 세금이 공제된다고 안내하는 등, 매각위로금 반환 부분이 미리 정한 근무기간 이전에 퇴직하였다는 이유로 마땅히 근로자에게 지급하여야 할 임금을 반환하기로 하는 취지의 약정이라고 보기 어렵다.
- iii) 그런데, 의무근로기간을 설정한 양상을 살펴보면, A사는 주식 매각에 대한 기존 근로자들의 반대를 무마하고 일정 기간의 계속근로를 유도함으로써 주식 매각 이후에도 사업을 차질 없이 운영하려는 일회적이고 특별한 경영상의 목적에서 매각위로금 반환약정을 하고 근로자들에게 매각위로금을 지급한 것으로 보인다. 또한 의무기간을 설정하지 못하고 퇴사했지만, 매각위로금을 전액을 반환하도록 한 것이 아니라, 월할로 계산하여 비례적으로 37,264,500원을 반환하도록 청구하였을 뿐이다.

이렇게 의무근로기간 설정양상, 반환 대상인 금전의 규모나 액수 등을 종합해 보면, 매각위로금을 지급받은 근로자들이 매각위로금 반환약정으로 퇴직의 자유를 제한받는다거나 그 의사에 반하는 근로의 계속을 부당하게 강요받는다라고 볼 수 없으므로, 위로금 반환 부분이 근로기준법 제20조에 위반된다고 보기 어렵다.

즉 해당 매각위로금 반환 약정은 효력이 있으므로, 甲은 매각위로금 반환약정에 따라 B사에게 매각위로금을 비례적으로 반환해야 한다.

### IV 결론

사안에서의 매각위로금 반환약정은 근로기준법 제20조에 위반하지 않으므로 효력이 있고 따라서 甲은 B사에게 해당 약정에 따라 비례적으로 37,264,500원의 매각위로금을 반환해야 한다.

26) 대법원 2022.3.11. 선고 2017다202272 판결

근로자 甲은 A의료원(이하 A사)의 수습사원 채용시험에 합격하여 1999. 12. 1.부터 1개월간 원무과에서 수습사원으로 근무하면서 해당 관리자의 지시를 받아 사무보조 등의 업무를 수행하였고, 1999. 12. 30. A사로부터 급여명목으로 338,000원을 지급받았다. 이 지급은 당시의 최저임금을 상회하는 것이었다. 이 때 지급받은 338,000원은 A사의 보수규정과 다른 방식으로 산정된 것이고, A사의 급여지급일이 매 월 20일인데 반하여 甲은 12월 30일에 급여명목으로 지급받았다. 또한 근로자 甲 등 20명이 서류전형 및 면접시험을 거쳐 채용되었는데, A사의 내부결재문서에는 甲 등 20명의 채용에 대해서 '수습사원 채용'으로 명시되어 있었다. 실무 수습대상이 된 20명중 2명은 수습과정에서 탈락하였다.

1개월이 종료된 후 A사는 인사위원회 심의를 거쳐 2000.1.1.자로 甲을 임시직 근로자로 채용하였다. 甲은 2000.1.1.부터 2001.7.31.까지 임시직 근로자로 근무한 후, 2001.8.1.에 정규직 근로자로 채용되었다. A사는 2000.1.11.에 취업규칙에 해당하는 보수규정을 변경하였는데 이 때 근로자 과반수의 동의는 얻지 아니하였다. 종전에는 5년 이상 근무한 근로자들은 퇴직금 누진제도를 적용하여 퇴직금을 지급하는 것으로 보수규정이 되어 있었지만, 변경된 보수규정에는 1999.12.31. 이전 입사자에 대해서는 종전처럼 퇴직금 누진제도에 따라 퇴직금을 지급하지만, 2000.1.1. 이후 입사자에 대해서는 법정퇴직금으로 퇴직금을 지급하는 것으로 규정되어 있었다. 이후 甲은 2018.3.31.자로 퇴직했다.

이에 대하여 A사는 1999.12.1.에 甲을 채용한 것은 단순히 실무전형에 불과할 뿐이므로, 甲의 입사일은 2000.1.1.이라고 주장하며, 변경된 보수규정에 따라 법정 퇴직금을 지급하였다.

그런데, 이에 대하여 i) 甲은 1999.12.1.에 체결한 계약은 시용계약이고, 시용기간도 퇴직금 등의 산정의 기초가 되는 계속 근로기간에 포함된다는 점, ii) 또한 설령 甲의 입사일이 2000.1.1.이라고 하더라도 취업규칙이 개정된 시점이 2000.1.11.이므로 자신에게는 변경된 취업규칙이 적용되지 않는다는 점을 들어 퇴직금 누진제에 따라 퇴직금을 지급하라고 청구하고 있다.

[문] 퇴직금 누진제에 따라 퇴직금을 지급하라는 甲의 청구가 타당한지 논하시오. (사회통념상 합리성은 없다고 전제하시오)

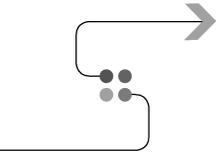
- 대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다218083 판결
- 대법원 2022. 10. 14. 선고 2022다245518 판결

세부목차

- I. 논의의 쟁점
- II. 시용계약의 의의 및 시용기간의 계속근로기간 여부
  - 1. 근로계약의 의의
  - 2. 시용계약의 의의
  - 3. 시용기간과 계속근로기간
- III. 취업규칙의 불이익변경의 절차 : 불이익변경의 판단시점 및 동의절차위반의 효과를 중심으로
  - 1. 법규정
  - 2. 취업규칙의 불이익변경의 판단시점
  - 3. 취업규칙의 불이익변경 동의절차 위반의 효과 : 사회 통념상 합리성이 없는 경우
- IV. 사안의 적용
  - 1. 1999.12.1.~1999.12.31.까지의 기간이 甲의 계속근로기간에 포함되는지 여부
  - 2. 불이익변경절차를 위반한 A사의 취업규칙이 甲에게 효력이 있는지 여부
- V. 결론

I 논의의 쟁점

i) 우선 사안에 따르면 입사일에 대한 주장이 서로 다르므로 1999.12.1.~1999.12.31.까지의 기간이



甲의 계속근로기간에 포함되는지를 따져보아야 한다. ① 즉 그 기간이 단순히 실무전행에 불과한 것인지, 아니면 시용기간에 해당하는 것인지가 문제된다. ② 또한 그 기간이 시용계약기간에 해당한다면, 시용기간도 퇴직금 등의 산정의 기초가 되는 계속 근로기간에 포함되는지가 문제된다.

- ii) 한 편 보수규정은 근로자들의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 얻지 않고 2000.1.11.에 불리하게 개정되었는데, 그 적용범위를 2000.1.1.로 함으로써 취업규칙의 적용범위를 취업규칙의 개정시 기보다 소급하여 규정하고 있다. ① 이 경우 취업규칙이 불이익하게 변경된 것인지 판단하는 기준시점이 언제인지가 문제된다. ② 그리고 취업규칙의 불이익 변경시 근로자들의 동의를 받지 않은 경우 종전 취업규칙이 효력이 있는 것인지도 문제된다.

이하에는 두 가지의 큰 쟁점을 중심으로 사안을 풀어보고자 한다.

## II 시용계약의 의의 및 시용기간의 계속근로기간 여부

### 1. 근로계약의 의의

근로기준법 제2조 제1항 제4호에 따르면 근로계약을 “근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약”이라고 정의내리고 있는데,<sup>27)</sup> 근로관계의 성립에는 근로계약의 유효한 체결이 필요하다.

### 2. 시용계약의 의의

판례에 따르면 시용이란 본 근로계약 체결 이전에 해당 근로자의 직업적 능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하고 평가하기 위해 일정기간 시험적으로 고용하는 것으로서, 정규적 노동관계에 이르는 과도적 노동관계라 할 수 있다.<sup>28)</sup>

이러한 시용계약에 대해서 통설·판례는 시용계약은 그 자체로서 근로계약이고, 다만 정규 종업원으로서의 적격성이 없다고 판단되는 경우에는 본채용을 거절할 수 있다는 의미에서 사용자에게 해약권이 유보된 특수한 근로계약이라고 본다.<sup>29)</sup>

### 3. 시용기간과 계속 근로기간

시용근로자가 본채용 또는 시용기간의 경과 등으로 본 근로계약을 체결한 근로자가 된 경우 기존의 시용기간은 퇴직급여, 연차휴가 등의 계산시 계속근로기간에 산입된다.

판례도 “근속기간 중에 직종 등 근로제공의 형태가 변경된 경우와 마찬가지로, 시용기간 만료 후 본 근로계약을 체결하여 공백 기간 없이 계속 근무한 경우에도 시용기간과 본 근로계약기간을 통산한 기간을 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로기간으로 보아야 한다”고 판시하고 있다.

27) 근로계약과 민법상의 고용계약이 동일한지의 여부에 대해서는 동일설과 구분설의 학설대립이 있다.

28) 임종률 15판, 393-394p

29) 대법원 2001.2.23. 선고 99두10889 판결 참조

### Ⅲ 취업규칙의 불이익변경의 절차 : 불이익변경의 판단시점 및 동의절차위반의 효과를 중심으로

#### 1. 법규정

근로기준법 제94조 제1항에는 “사용자가 취업규칙을 불이익하게 변경하는 경우에는 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의 동의를 받아야 하고, 그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 동의를 받아야 한다”고 규정되어 있다.

취업규칙의 불이익한 변경시 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의 동의를 받아야 하는데, 노동조합의 동의는 법령이나 단체협약 또는 노동조합의 규약 등에 의하여 대표자의 대표권이 제한되었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 그 노동조합의 대표자의 동의로 족하고 별도로 조합원 과반수의 동의를 받을 필요는 없다는 것이 판례의 태도이다.<sup>30)</sup>

#### 2. 취업규칙의 불이익변경의 판단시점

근로자의 동의를 얻지 못하고 불이익하게 변경된 취업규칙의 적용범위를 취업규칙의 개정·시행시기 보다 소급하여 규정한 경우, 취업규칙의 개정이 근로자들에게 불이익하게 변경된 것인지 판단하는 기준시점이 언제인지가 문제된다.

판례에 따르면 “취업규칙의 개정이 근로자들에게 불이익하게 변경된 것인지는 취업규칙의 개정이 이루어진 시점을 기준으로 판단하여야 한다”고 한다.<sup>31)</sup>

#### 3. 취업규칙의 불이익변경 동의절차 위반의 효과 : 사회통념상 합리성이 없는 경우

만약 사회통념상 합리성을 인정할 수 없다면, 종전의 취업규칙의 적용을 받고 있는 기존의 근로자에 대한 관계에서는 종전의 취업규칙이 그대로 효력을 가지고 계속 적용된다 할 것이다. 이 경우, 변경 이후에 입사한 자에게도 무효가 되는지(절대적 무효설), 변경 후 입사한 자에 대하여는 유효가 되는지(상대적 무효설)가 문제된다.

##### (1) 절대적 무효설 : 종전 판례

절대적 무효설은 취업규칙은 그 자체가 법규범으로서 그 효력발생요건을 결한 이상 변경 후 입사자에 대하여서도 무효로 보아야 한다는 견해이다.<sup>32)</sup>

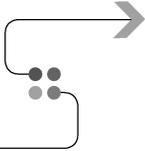
그렇지 않으면 종전 근로자에게 적용되는 구 취업규칙과 변경 후 입사한 자에게 적용되는 신 취업규칙이 병존하는 불합리한 결과가 되고, 종전 근로자와 변경 후 입사한 자의 근로조건이 달라짐으로써 취업규칙의 근로조건 획일화의 기능이 상실된다고 한다.<sup>33)</sup>

30) 대법원 1997.5.16. 선고 96다2507 판결

31) 대법원 2022. 10. 14. 선고 2022다245518 판결

32) 임종률 15판, 365p 참조

33) 임종률 15판, 365p 참조



(2) 상대적 무효설 : 전원합의체 판례

가. 기득이익이 침해되는 기존의 근로자

판례에 따르면 “사용자가 취업규칙에서 정한 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경할 때 근로자의 동의를 얻지 않은 경우에 그 변경으로 기득이익이 침해되는 기존의 근로자에 대한 관계에서는 종전 취업규칙의 효력이 그대로 유지된다”고 한다.

나. 취업규칙이 변경된 후 근로관계를 갖게 된 근로자

그런데, 판례에 따르면, “변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하고 근로관계를 갖게 된 근로자에 대한 관계에서는 당연히 변경된 취업규칙이 적용되고, 기득이익의 침해라는 효력배제사유가 없는 변경 후 취업근로자에 대해서까지 변경의 효력을 부인하여 종전 취업규칙이 적용되어야 한다고 볼 수는 없다”고 한다.<sup>34)</sup>

이 경우 판례는 “취업규칙변경 후에 취업한 근로자에게 적용되는 취업규칙과 기존근로자에게 적용되는 취업규칙이 병존하는 것처럼 보이지만, 현행의 법규적 효력을 가진 취업규칙은 변경된 취업규칙이고 다만 기존근로자에 대한 관계에서 기득이익침해로 그 효력이 미치지 않는 범위내에서 종전 취업규칙이 적용될 뿐이므로, 하나의 사업내에 둘이상의 취업규칙을 둔 것과 같이 볼 수는 없다”고 판시하여, 법규범설의 모순을 해결하려 하고 있다.<sup>35)</sup>

IV 사안의 적용

1. 1999.12.1.~1999.12.31.까지의 기간이 甲의 계속근로기간에 포함되는지 여부

(1) 1999.12.1.~12.31.의 기간이 시용기간인지 여부

사안에 따르면 甲이 A사의 수습사원으로 근무한 기간은 시용기간으로 보아야 한다.

- i) 甲이 사무보조 업무 등 일반 근로자의 업무와 크게 다르지 않은 업무를 사용종속관계하에서 수행하였다는 점
- ii) 甲에게 지급된 급여가 최저임금을 상회하였다는 점
- iii) 그리고 기간이 종료된 후 인사위원회 심의를 거쳐 甲이 임시직 근로자로 채용된 점을 고려하면, 해당 기간은 단순히 실무전형에 불과한 것이 아니라 현실적으로 근로를 제공한 시용기간에 해당한다.

(2) 시용기간도 계속 근로기간에 포함되는지 여부

사안을 판례에 따라 판단하면 1999.12.31.에 시용기간이 만료된 후 공백기간 없이 2000.1.1.에 임시직 근로자로 채용되었으므로, 甲의 시용기간은 퇴직금 산정을 위한 계속근로기간에 포함하여야 한다.

따라서 甲의 입사일인 1999.12.1.이므로 보수규정에 따라 퇴직금 누진제를 적용하여야 한다. 퇴직

34) 대법원 2022.10.14. 선고 2022다245518 판결

35) 대법원 1992.12.22. 선고 91다45165 전원합의체 판결

금 누진제에 따라 퇴직금을 지급하라는 甲의 청구는 타당하다.

2. 불이익변경절차를 위반한 A사의 취업규칙이 甲에게 효력이 있는지 여부

(1) 취업규칙이 불이익하게 변경된 시점

A사는 취업규칙을 2000.1.11.에 개정·시행하였으므로, 설령 취업규칙의 적용범위를 2000.1.1.로 정하였다고 하더라도 취업규칙이 불이익하게 변경된 시점은 2000.1.11.이다.

(2) 변경된 A사의 취업규칙이 甲에게 효력이 있는지 여부

설령 甲의 입사일을 2000.1.1.로 인정한다고 하더라도 甲은 취업규칙이 불이익변경 시점인 2000.1.11. 이전에 입사한 기존의 근로자이므로, 불이익하게 변경된 취업규칙이 적용되지 않으므로, 甲에게는 종전 취업규칙에 따라 퇴직금 누진제를 적용하여야 한다.

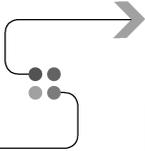
기  
타  
법  
률

**V** 결론

1999.12.1.부터 1999.12.31.까지의 기간은 시용기간으로 보아야 하며, 시용기간은 퇴직금 산정을 위한 계속근로기간에 포함되므로 퇴직금 누진제에 따라 퇴직금을 지급하라는 甲의 청구는 타당하다.

설령 甲의 입사일을 2000.1.1.로 보더라도 甲은 취업규칙이 불이익하게 변경된 2000.1.11. 이전에 입사한 기존 근로자이므로, 종전 취업규칙에 따라 퇴직금 누진제를 적용하여야 한다.

따라서 甲의 청구는 타당하다.



甲과 乙은 1960년 상반기 출생으로 A사에 입사하여 근무하였다. A사는 근로자 500명이 근무하고 있고 기업별 노동조합인 A사 노동조합(이하 'A노조'라고 한다)이 설립되어 있는데, A노조의 조합원은 350명이다.

A사는 A노조와 2009.1.19. 임금피크제의 시행에 동의하였다. 그리고 그 동의서의 내용을 전체 직원에게 공문형태로 열람하게 하였고, 그 공문에는 “임금피크제와 특별퇴직을 선택할 수 있으며, 특별퇴직하는 경우 그 혜택으로 계약직 별정직원으로 재채용하며, 결격사유에 해당하지 않는 경우에는 원칙적으로 재채용함”이라는 문구가 기재되어 있었다.

2009. 1. 19. 자 “임금피크제 관련 동의서”의 주요 내용은 다음과 같다.

<임금피크제 관련 동의서>

- 1) 임금피크 연령을 만 56세로 하고, 임금피크제 기간을 ‘만 56세부터 만 59세까지(4년)’로 한다.
- 2) 임금피크제 기간 중 받게 되는 총급여의 기본 지급률을 170%(50%, 50%, 40%, 30%)로 한다.
- 3) 직원은 만 56세 및 만 57세가 도래하는 시점에서 특별퇴직을 할 수 있다. 특별퇴직한 직원에게는 임금피크 기간 중의 급여 전액이 특별퇴직금으로 지급되고 특별퇴직을 한 직원에게는 의료비 등 복리후생비 2,000만 원과 임금피크 기간 중의 자녀학자금 지원되며 4개월 동안의 전직지원연수(outplacement) 프로그램이 제공된다. 또한 특별퇴직자가 계약직 별정직원으로 재채용되면 최장 만 58세까지 계약 갱신하고 월 200만 원의 급여를 지급한다.

이후 A사는 2016. 1.10.에 임금피크제 관련 동의서에 “특별퇴직하는 경우 재채용기회만 부여한다”는 문구로 동의서의 내용을 변경하였으나, A노조의 동의를 받지는 아니하였다.

A사는 2016. 1. 25. 2016년 상반기 중 만 56세가 도래하는 직원(1960년 상반기 출생)을 대상으로 임금피크제와 특별퇴직 중 하나를 선택할 것을 안내하였다. 甲과 乙은 2016년 상반기에 만 56세가 도래하였는데, 임금피크제와 특별퇴직 중 특별퇴직을 선택하여 2016. 5. 31. 자로 퇴직하였다. A사는 甲과 乙이 특별퇴직하였음에도 甲과 乙을 계약직 별정직원으로 재채용하지 아니하였다.

甲과 乙은 A사가 甲과 乙을 계약직 별정직원으로 재채용할 의무를 부담함에도 이를 이행하지 않고 있다는 이유로, 2016. 6. 1.부터 甲과 乙이 만 58세에 도달하는 달의 말일까지 발생한 임금, 퇴직금 상당액의 손해배상금 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

A사는 甲과 乙의 주장에 대하여 다음의 세 가지 내용으로 반대하고 있다.

- i) A사는 재채용부분은 근로관계 종료후의 내용이므로 취업규칙의 내용이 아니라고 주장하고 있다.
- ii) 甲과 乙은 재채용된다는 동의서의 내용을 “재채용의무”로 해석해야 한다고 주장하지만, A사는 “재채용의 기회부여”라고 해석해야 한다고 주장하고 있다.
- iii) 또한 A사는 2016.1.10.에 A노조의 동의없이 “재채용기회”라는 문언으로 불리하게 변경되었다고 하더라도 甲과 乙이 2016.1.25.에 변경된 내용을 인지하고서 특별퇴직을 선택한 것을 고려하면, 재채용기회만 부여한다는 것에 대한 甲과 乙의 동의가 있었으므로, 재채용기회만 부여할 수도 있다고 주장한다. (2016.1.10.의 변경은 취업규칙의 불리한 변경으로 전제하며, 사회통념상 합리성도 없다고 전제하시오)

[문] 위의 세 가지 쟁점에 대한 A사의 주장이 타당한지를 논하시오.

• 대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다301527 판결

## 세부목차

- I. 문제의 소재
- II. 취업규칙의 의의, 효력 및 해석원칙
  - 1. 취업규칙의 의의
  - 2. 취업규칙의 (근로계약에 대한) 효력
  - 3. 취업규칙의 해석원칙
- III. 취업규칙의 불이익변경 절차 : 동의를 방법과 절차위반 시의 효력을 중심으로
  - 1. 법규정
  - 2. 불이익변경시 동의를 방법 : 과반수 노동조합이 있는 경우
  - 3. 불이익변경 동의절차 위반의 효과 : 사회통념상 합리성이 없는 경우
- III. 사안의 검토
  - 1. 재채용부분이 취업규칙의 성질을 가지는지 여부
  - 2. 재채용의 기회부여로 해석해야 하는지, 재채용의 의무로 해석해야 하는지 여부
  - 3. 2016.1.10. 동의서(취업규칙)의 불이익 변경이 효력이 있는지 여부
  - 4. 재채용기회에 대한 甲과 乙의 개별합의가 있는지 여부 및 그 효력
- IV. 결론

## I 문제의 소재

해당 사안은 세 가지의 쟁점을 담고 있다.

- i) 우선 재채용에 관련된 부분은 근로관계 종료 후의 권리·의무에 관한 사항이므로 이를 취업규칙에서 정한 근로조건에 해당한다고 볼 수 있는지가 문제된다.
- ii) 또한 해당 취업규칙의 해석을 둘러싼 주장이 엇갈리고 있으므로, 취업규칙의 해석방법이 어떠한지가 문제된다.
- iii) 재채용의 기회만 부여한다고 개정된 부분이 취업규칙의 불이익변경에 해당하는 경우, 과반수노동조합의 동의를 받지 않은 취업규칙이 있는지, 그리고 취업규칙보다 불리한 개별 근로자의 동의가 효력이 있는지도 문제된다.

## II 취업규칙의 의의·효력 및 해석원칙

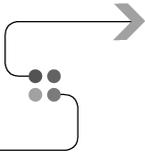
### 1. 취업규칙의 의의

취업규칙은 사용자가 당해 사업의 근로자 전체에 동일적으로 적용될 근로자의 복무규율과 근로조건에 관한 준칙을 규정한 것으로서 그 명칭은 불문하는 것이고, 근로조건이란 사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금·근로시간·후생·해고 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말한다.

판례에 따르면, 취업규칙에서 정한 복무규율과 근로조건은 근로관계의 존속을 전제로 하는 것이지만, 사용자와 근로자 사이의 근로관계 종료 후의 권리·의무에 관한 사항이라고 하더라도 사용자와 근로자 사이에 존속하는 근로관계와 직접 관련되는 것으로서 근로자의 대우에 관하여 정한 사항이라면 이 역시 취업규칙에서 정한 근로조건에 해당한다.

### 2. 취업규칙의 (근로계약에 대한) 효력

근로기준법 제97조에 따르면 취업규칙에 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효로 하며, 이 경우 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다.(즉 취업규칙



은 근로계약에 대하여 강제적·보충적 효력을 가진다.

판례에 따르면 근로기준법 제97조의 규정은, “근로계약에서 정한 근로조건이 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 경우 취업규칙에 최저기준으로서의 강제적·보충적 효력을 부여하여 근로계약 중 취업규칙에 미달하는 부분을 무효로 하고, 이 부분을 취업규칙에서 정한 기준에 따르게 함으로써, 개별적 노사 간의 합의라는 형식을 빌려 근로자로 하여금 취업규칙이 정한 기준에 미달하는 근로조건을 감수하도록 하는 것을 막아 종속적 지위에 있는 근로자를 보호하기 위한 규정이다.

즉 취업규칙에 정한 기준에 미달하는 근로계약의 부분은 강제적 효력에 따라 무효가 된다. 다만, 취업규칙에 정한 기준을 상회하는 근로계약은 유리의 원칙이 적용되어 유효하다 할 것이다.

### 3. 취업규칙의 해석원칙

판례는 취업규칙을 “노사 간의 집단적인 법률관계를 규정하는 법규범의 성격”<sup>36)</sup>을 갖는 것이라고 판시하면서, 그 근거에 대하여는 “근로기준법이 종속적 노동관계의 현실에 입각하여 실질적으로 불평등한 근로자의 입장을 보호강화하여 그들의 기본적 생활을 보호향상시키려는 목적의 일환으로 그 작성을 강제하고 이에 법규범성을 부여한 것”<sup>37)</sup>이라고 함으로써 수권설의 입장을 취하고 있다 할 수 있다.

그러므로 판례에 따르면, 취업규칙은 노사간의 집단적인 법률관계를 규정하는 법규범의 성격을 갖는 것이므로, “명확한 증거가 없는 한 그 문언의 객관적 의미를 무시하게 되는 사실인정이나 해석은 신중하고 엄격하여야 한다”고 판시하고 있다.<sup>38)</sup>

## III 취업규칙의 불이익변경 절차 : 동의의 방법과 절차위반시의 효력을 중심으로

### 1. 법규정

근로기준법 제94조 제1항에 따르면 사용자가 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 동의를 받아야 한다.

### 2. 불이익변경시 동의의 방법 : 과반수 노동조합이 있는 경우

판례에 따르면 ‘근로자의 과반수로 조직된 노동조합’이나 ‘근로자의 과반수’의 산정기준이 되는 ‘근로자’란 원칙적으로 해당 사업 또는 사업장에 종사하면서 기존의 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있는 근로자를 말한다.<sup>39)</sup>

36) 대법원 2016.6.9. 선고 2015다78536 판결

37) 대법원 1977.7.26. 선고 77다355 판결

38) 대법원 2016.6.9. 선고 2015다78536 판결

39) 김유성 I, 208p

이 때, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 “회의방식”에 의한 과반수의 동의를 있어야 한다는 것이 判例의 태도이다.<sup>40)</sup>

하지만, 취업규칙의 불이익한 변경시 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의 동의를 받아야 하는데, 노동조합의 동의는 법령이나 단체협약 또는 노동조합의 규약 등에 의하여 대표자의 대표권이 제한되었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 그 노동조합의 대표자의 동의로 족하고 별도로 조합원 과반수의 동의를 받을 필요는 없다는 것이 判例의 태도이다.<sup>41)</sup>

### 3. 불이익변경 동의절차 위반의 효과 : 사회통념상 합리성이 없는 경우

취업규칙의 불이익변경에 대해 사회통념상 합리성을 인정할 수 없다면, 종전의 취업규칙의 적용을 받고 있는 기존의 근로자에 대한 관계에서는 종전의 취업규칙이 그대로 효력을 가지고 계속 적용된다 할 것이다.

이 경우, 그 변경의 효력이 인정되지 않는 것은 위 변경 당시에 취업하고 있던 기존의 근로자에 대하여서만 상대적으로 국한되는 것에 그칠 뿐이고, 변경 이후에 신규 입사한 근로자에 대하여는 취업규칙의 변경은 유효하여 변경된 취업규칙이 효력을 가지고 적용된다는 것이 判例의 태도이다.<sup>42)</sup>

## IV 사안의 검토

### 1. 재채용부분이 취업규칙의 성질을 가지는지 여부

사안에 따르면, 재채용에 대한 부분은 근로자가 임금피크제를 선택할지 특별퇴직을 선택할지 여부를 결정할 때, 매우 중요한 판단요소라고 할 수 있다. 그리고 A사는 해당 사안에 대하여 A노조의 동의를 구한 것을 알 수 있다.

즉 특별퇴직자들에 대한 재채용행위 자체는 특별퇴직자와 사용자 사이의 종전 근로관계가 종료된 후에 이루어지는 것이기는 하나, 재채용 부분은 특별 퇴직하는 근로자와 사용자 사이에 존속하는 근로관계와 직접 관련되는 것으로서 특별 퇴직하는 근로자의 대우에 관한 조건을 정한 것이므로 취업규칙으로서 성질을 가진다고 할 수 있다.

### 2. 재채용의 기회부여로 해석해야 하는지, 재채용의 의무로 해석해야 하는지 여부

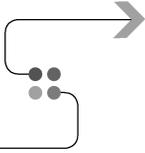
사안에 따르면 A사가 해당 동의서의 내용을 전체 직원에게 공문형태로 열람하게 했는데, 그 공문에서 별정직원의 재채용자체를 특별퇴직에 대한 혜택으로 명시하고 있고, 결격사유에 해당하지 않는 경우에는 원칙적으로 재채용한다는 내용이 기재되어 있다.

따라서 취업규칙의 해석원칙에 대한 판례법리를 고려하면, 해당 동의서의 재채용부분은 재채용을 신청할 수 있는 기회만 부여한다는 취지가 아니라 사용자에게 원칙적으로 특별퇴직자를 재채용할 의무를 부과하는 취지라고 보아야 할 것이다.

40) 대법원 2007.6.28. 선고 2007도1539 판결

41) 대법원 1997.5.16. 선고 96다2507 판결

42) 대법원 1992.12.22. 선고 91다45165 전원합의체 판결



3. 2016.1.10. 동의서(취업규칙)의 불이익 변경이 효력이 있는지 여부

해당 동의서를 “재채용기회”로 수정한 것은 취업규칙의 불이익변경에 해당한다. 그러므로 A사의 과반수노동조합인 A노조의 동의를 받아야 한다. 하지만, A노조의 동의를 받지 않았으므로, 기존의 근로자인 甲과 乙에 대하여는 개정된 취업규칙의 효력이 미치지 아니한다.

4. 재채용기회에 대한 甲과 乙의 개별합의가 있는지 여부 및 그 효력

우선 甲과 乙이 2016.10.에 취업규칙이 불이익하게 변경된 이후에 특별퇴직을 신청하였다고 하여 甲과 乙이 재채용신청의 기회부여만을 특별퇴직조건으로 하는 것에 대하여 합의하였다고 보기는 어렵다.

설령 재채용의 기회만을 부여한다는 내용의 개별합의가 성립되었다고 가정하더라도 그러한 개별합의는 A사의 재채용 의무를 규정하고 있는 동의서(취업규칙) 재채용 부분에 반하여 甲과 乙에게 불리한 내용의 합의로서 근로기준법 제97조에 따라 무효이다.

**V** 결론

1. 재채용부분은 특별 퇴직하는 근로자와 사용자 사이에 존속하는 근로관계와 직접 관련되는 것으로서 특별 퇴직하는 근로자의 대우에 관한 조건을 정한 것이므로 취업규칙으로서 성질을 가진다고 할 수 있다. 따라서 취업규칙의 내용이 아니라 A사의 주장은 타당하지 않다.
2. 해당 동의서의 재채용부분은 사용자에게 원칙적으로 특별퇴직자를 재채용할의무를 부과하는 취지라고 해석하여야 하므로, 해당 취업규칙의 내용을 재채용의 기회부여로 해석해야 한다는 A사의 주장도 타당하지 않다.
3. A노조의 동의를 받지 않은 취업규칙은 효력이 없고, 개별합의를 하였다고 하더라도 그러한 합의는 근로기준법 제97조에 따라 무효이므로, 甲과 乙의 동의가 있었으므로 재채용기회만 부여할 수 있다는 A사의 주장도 타당하지 않다.

[참고 : 재고용의무불이행을 이유로 손해배상 청구시, 중간수입 공제 가능 여부]

근로자가 사용자의 고용의무 불이행을 이유로 고용의무를 이행하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 손해배상으로 청구하는 경우, 그 근로자가 사용자에게 제공하였어야 할 근로를 다른 직장에 제공함으로써 얻은 이익이 사용자의 고용의무 불이행과 사이에 상당인과관계가 인정된다면 이러한 이익은 고용의무 불이행으로 인한 손해배상액을 산정할 때 공제되어야 한다. (대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다301527 판결)

※ 위의 사례에서 재채용의무일은 2016.6.1.이고 재채용의무기간은 만 58세까지이다. 그러므로 그 기간 동안의 중간수입이 고용의무 불이행과 상당인과관계가 있다면 이를 중간수입으로공제할 수 있다. (다만, 해당 판결의 사실관계에서, 2017년에 얻은 2000만원의 수입은, 2016.5.31.퇴직하기 이전에 다른 회사에 대한 프로그램 개발의 대가로 수령한 것이므로 재채용의무 불이행과 상당인과관계가 있는 이익이라고 할 수 없다고 하여, 중간수입 공제를 허용하지 아니하였다.).

[참고 : 해석원칙에 대한 기타 판례]

1. 자동차노련사건

취업규칙의 문언상 '만 61세가 종료되는 날의 그 해 말일'의 의미를 '만 61세가 되는 날의 그 해 말일'로 인정한 원심판결을 파기한 사례.

2. 서부발전사건

보수규정에 '기본급은 근속 1년 이상인 자에 대하여 연 1회 1호봉씩 승호한다'고 규정하면서 '무계결근 3일 이상일 때' 등의 사유에 해당하는 경우에는 '1회 승호를 보류한다'고 규정한 사안에서, 제반 사정에 비추어 '1회 승호를 보류한다'는 의미는 1호봉이 오르지 못한 상태가 지속되는 것으로 보는 것이 문언의 통상적인 의미에 부합하는데도, 1년에 한하여 승호가 보류되고 차회 정기승호일에는 보류된 승호가 환원된다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

[참조 : 유사기출문제 (2022년판 95쪽에 추가)]

한편 A회사는 종전 취업규칙 제50조에서 연차휴가일수에 관해 다음과 같이 규정하고 있었다.

제50조 (연차휴가일수) 근속연수 1년 이상인 사원에게 연 20일의 기본 연차휴가일수에 근속연수에 따른 휴가일수(3년 이상 근무한 경우 최초 1년을 초과하는 근속연수 매 2년마다 1일)를 더하여 준다.

A회사는 기본 연차휴가일수를 연 20일에서 연 17일로 단축하는 내용으로 2020. 1. 1. 취업규칙을 변경·시행하였다. A회사는 취업규칙을 변경하면서 「근로기준법」 제94조 제1항 단서 규정의 근로자 측 동의를 받지 않았다. 2021. 1. 1.자로 A회사에 입사한 근로자 B에 대해 A회사는 2023년에 사용할 수 있는 기본 연차휴가일수를 변경된 취업규칙에 따라 17일이라고 통보하였다. 이에 대해 B은 2020. 1. 1.자 취업규칙 변경은 「근로기준법」 제94조 제1항 단서 규정을 위반하여 무효이므로 자신의 기본 연차휴가일수는 종전 취업규칙에 따라 20일이라고 주장한다.

[문] B은 자신의 기본 연차휴가일수가 종전 취업규칙에 따라 20일이라고 주장한다. B의 주장은 타당한가? (단, 취업규칙의 불이익 변경에 관한 사회통념상 합리성 여부는 논외로 한다.)

• 변호사시험 2023년 기출문제 축소

## I 문제의 소재

취업규칙을 불이익하게 변경하기 위해서는 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수의 동의를 받아야 한다.

그런데, 만약 취업규칙의 불이익변경에 대해 적법한 근로자의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의를 얻지 않은 경우에 그 취업규칙의 효력이 어떻게 되는지, 특히 B과 같이 변경 이후에 입사한 자에게도 무효가 되는지가 문제된다.

## II 취업규칙의 불이익변경의 절차 : 동의절차위반의 효과를 중심으로

1. 법규정 : 근로기준법 제94조 제1항

2. 취업규칙의 불이익변경 동의절차 위반의 효과 : 위의 사례풀이 참조

(1) 사회통념상 합리성이 있는 경우

※ 하지만, 사안에서는 사회통념상 합리성 여부는 논외로 하고 있으므로 사회통념상 합리성이 없는 경우를 전제로 하여 설명하기로 한다.

(2) 사회통념상 합리성이 없는 경우

## III 사안의 적용

취업규칙 제50조의 변경은 기본연차일수가 20일에서 17일로 단축되었으므로 취업규칙의 불이익변경에 해당한다. 근로기준법 제94조 제1항 단서에 따르면 취업규칙을 불이익하게 변경하기 위하여는 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의 동의를 받아야 하고, 그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 동의를 받아야 하지만, 해당 사안에서는 동의를 받지 않았다. 따라서 취업규칙의 불이익변경 이전에 입사한 기존의 근로자에 대하여는 변경된 취업규칙이 적용되지 않는다.

하지만, 乙은 취업규칙의 불이익변경 이후에 입사하였다.

판례에 따라 사안을 판단하면, 취업규칙의 불이익변경 이후에 입사한 乙에 대해서는 근로자측의 동의를 얻지 못하였다고 하더라도 변경된 취업규칙이 효력을 가지고 적용되므로, 개정 후 취업규칙에 따라 乙의 기본 연차휴가는 17일로 보아야 한다. 따라서 자신의 기본 연차휴가가 20일이라는 乙의 주장은 타당하지 않다.

#### IV 결론

취업규칙의 불이익변경시에 근로자측의 동의를 얻지 않았더라도 乙은 취업규칙의 불이익변경 이후에 입사하였으므로 개정된 취업규칙에 따라 乙에게 부여되는 기본연차휴가는 17일이 된다. 따라서 乙의 주장은 타당하지 않다.

[참고 : 근로자의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의 없이 불이익하게 개정된 취업규칙이 사정변경으로 기존 근로자들의 기득이익을 침해하지 않게 된 경우, 그 근로자들에게 적용될 취업규칙(=개정된 취업규칙)]

취업규칙의 개정이 그 개정 당시에는 근로자들에게 불리하였어도 그 후의 사정 변경에 의하여 기존 근로자들의 기득의 이익을 침해하지 않게 된 경우에는 그 개정에 대한 근로자들의 동의가 없었더라도 기존의 근로자들에게 적용될 취업규칙은 개정된 취업규칙이다. (判)

※ 퇴직금 규정의 개정 이후에 증권수당, 직무수당, 전산관리수당 등이 신설되어 퇴직금 산정의 기초임금에 포함됨으로써 원고들의 경우 개정 전의 퇴직금 규정에 의하여 산정된 퇴직금액보다 개정 후의 퇴직금 규정에 의하여 산정된 퇴직금액이 더 크다는 것이므로, 결국 개정 후의 퇴직금 규정에 의하더라도 원고들의 기득의 이익을 침해하지 않게 되었다고 할 것이어서 원고들에게는 위 개정된 퇴직금 규정을 적용하여야 할 것이다.

### 33 임금 4 - 가족수당의 임금성 (108쪽에 추가)

A사는 구두를 생산·판매하는 회사이고, 아래와 같이 취업규칙에 해당하는 '가족수당규정'에 따라 가족수당을 지급하여 왔다.

#### <가족수당규정>

제1조 【배우자가 있는 경우의 가족수당】 배우자가 있는 근로자에게는 매월 3만원의 가족수당을 지급한다.

제2조 【미성년 자녀가 있는 경우의 가족수당】 미성년 자녀가 있는 근로자에게는 매월 자녀 1인당 2만원의 가족수당을 지급한다.

甲은 2022년 현재, 배우자와 미성년 자녀 1명이 있다. 그래서 매월 5만원의 가족수당을 지급받아왔다.

[문] A사는 2023년 퇴직한 甲의 퇴직금을 산정·지급하면서 甲에게 매월 지급된 5만원의 가족수당을 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금에서 제외하였다. 이러한 A사의 행위는 적법한가?

• 대법원 2005. 9. 9. 선고 2004다41217 판결

#### 세부목차

- I. 문제의 소재
- II. 임금의 의의 및 판단기준
  - 1. 평균임금 및 임금의 의의
  - 2. 임금의 판단기준
- III. 가족수당의 임금성 여부
  - 1. 부진정 가족수당의 임금성 여부
  - 2. 진정 가족수당의 임금성 여부
- IV. 사안의 적용
- V. 결론

## I 문제의 소재

평균임금을 산정하기 위하여는 그 산정기간 동안 근로자에게 지급된 금품 가운데 임금의 성질을 갖는 것을 모두 합산하여야 한다.<sup>43)</sup> 그런데, A사는 가족수당규정 제1조와 제2조에 따라 甲에게 지급된 가족수당을 평균임금에서 제외하여 계산하였으므로, 해당 가족수당이 임금에 해당하는지가 문제된다.

## II 임금의 의의 및 판단기준 : 위의 사례 참조

### 1. 평균임금 및 임금의 의의 : 법규정

43) 대법원 1967.1.31. 선고 66다2270 판결 참조

## 2. 임금의 판단기준

- (1) 판례법리 : 지급의무와 지급형태에 따른 임금성 판단
- (2) 판례의 보충법리 : 근로제공과의 직접적 혹은 밀접한 관련성

### Ⅲ 가족수당의 임금성 여부

#### 1. 부진정 가족수당의 임금성 여부

부양가족이 없는 근로자에게도 기본금액에 해당하는 가족수당을 지급하는 경우가 있다. 판례에 따르면, 가족이 있는지 없는지 여부에 관계없이 모든 근로자에게 기본금액을 가족수당 명목으로 지급하는 이른바 부진정 가족수당은 소정근로에 대한 대가이므로 임금성이 인정되며, 통상임금에도 속한다고 한다.<sup>44)</sup>

#### 2. 진정 가족수당의 임금성 여부

부양가족이 있는 근로자에게만 가족수당을 지급하는 경우가 있다. 그런데, 부양가족이 있는 근로자에게만 지급되는 이른바 진정 가족수당에 대해서 판례는 그 지급형태의 일률성을 인정할 수 있으므로, 임금성이 인정된다고 한다. 즉 판례는 회사에게 그 지급의무가 있는 것이고 일정한 요건에 해당하는 근로자에게 일률적으로 지급되어 왔다면, 이는 임의적·은혜적인 급여가 아니라 근로에 대한 대가의 성질을 가지는 것으로서 임금에 해당한다고 판시하고 있다.

(\*참조 : 하지만, 판례는 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.<sup>45)</sup>)

### Ⅳ 사안의 적용

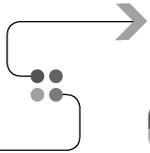
사안에 따르면 A사는 가족수당규정에 따른 지급의무를 가지고서 매월 계속적·정기적으로 5만원의 가족수당을 甲에게 지급해 왔다.

해당 가족수당은 부양가족이 없는 근로자에게는 지급되고 있지 않지만, 부양가족이 있는 근로자라는 일정한 요건을 충족한 근로자에게 일률적으로 지급하고 있으므로 甲에게 지급된 이른바 진정가족수당은 근로의 대가로서 임금에 해당한다고 볼 수 있다.

따라서 가족수당을 평균임금에서 제외한 A사의 행위는 적법하지 않다.

44) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2004다41217 판결

45) 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 판결



## V 결론

A사가 가족수당규정에 따라 지급된 가족수당은 지급의무를 가지고서 계속적·정기적·일률적으로 지급되고 있으므로 임금에 해당한다. 따라서 A사가 가족수당을 甲의 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금에서 제외한 행위는 적법하지 않다.

상시 근로자 100명을 사용하여 금속 가공업을 하는 A회사와 노동조합이 체결한 단체협약 제20조는 “정기상여금은 기본급의 600% 지급률에 따라 지급하되, 지급일 이전에 입사, 복직, 휴직하는 사람의 정기상여금은 일할 계산한다.”라고 규정하고 있다. 한편, A회사의 취업규칙 제30조는 “입사 또는 퇴직한 날이 속하는 월의 임금(기본급 및 제수당)은 일할 계산하여 지급한다.”라고 규정하고 있고, 취업규칙 제35조는 “정기상여금은 지급일 현재 재직 중인 자에 한하여 지급한다.”라고 규정하고 있다. A회사는 위와 같은 단체협약과 취업규칙에 따라 정기상여금을 2개월마다 기본급의 100%씩 정기적, 계속적으로 지급하였는데, A회사가 실제로 지급일 이전에 퇴직한 근로자에게 정기상여금을 일할 지급하지 않았음을 확인할 수 있는 객관적 자료는 없었다.

[문] A회사의 정기상여금이 고정성이 있는 통상임금에 해당하는지를 논하시오.

• 노무사시험, 2022년 기출문제

#### 세부목차

##### I. 문제의 소재

##### II. 정기상여금의 통상임금성 판단기준 : 고정성을 중심으로

1. 통상임금의 의미
2. 통상임금의 일반적 판단기준
3. 재직요건을 불인 임금의 통상임금성 판단기준
4. 휴직자, 복직자, 징계대상자 등에게 지급제한사유가 규정되어 있는 경우

##### III. 사안의 적용

1. 정기성과 일률성 충족여부
2. 고정성 충족여부

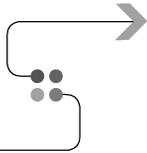
##### IV. 결론

## I 문제의 소재

정기상여금이 임금에 해당하는 경우 통상임금에 해당하는지 여부는 소정근로의 대가성과 정기성과 일률성, 고정성이 있는지를 따져보아야 한다. 다만, 설문에서는 고정성이 있는 통상임금에 해당하는지에 대하여 논하라고 제시하고 있으므로, 고정성에 대하여 상세히 논하기로 한다.

특히 해당 사안의 경우 정기상여금을 지급일 현재 재직 중인 자에 지급한다라는 규정을 두면서(취업규칙 제35조) 동시에 입사, 복직, 휴직하는 사람의 정기상여금을 일할 계산한다는 규정(단체협약 제20조) 및 입사 또는 퇴사시에 월의 임금을 일할 계산한다는 규정(취업규칙 제30조)을 함께 두고 있다. 또한 퇴직한 근로자에게 정기상여금을 일할 지급하지 않았음을 확인할 수도 없는 상황이다.

따라서 단체협약이나 취업규칙에 정기상여금을 특정시점에 재직중인 근로자에 한해서 지급한다는 규정을 두면서, 동시에 일할계산한다는 규정을 두고 있는 경우나 다른 지급관행의 존재를 확인할 수 없는 경우에, 해당 정기상여금이 고정성을 충족하는지 여부를 어떻게 판단할지가 문제된다.



## Ⅱ 정기상여금의 통상임금성 판단기준 : 고정성을 중심으로

1. 통상임금의 의의 : 위의 사례 참조
2. 통상임금의 일반적 판단기준 : 위의 사례 참조(정기성과 일률성은 언급하지 않거나 짧게 언급하면 됨)
3. 재직요건을 붙인 임금의 통상임금성 판단기준

- (1) 특정시점에 재직중인 근로자에게만 지급하고 퇴직자에게는 지급하지 않은 임금 : 위의 사례 참조
- (2) 특정시점에 재직중인 경우뿐 아니라, 특정시점 이전의 퇴직자에게도 비례지급하는 임금 : 위의 사례 참조
- (3) 특정시점에 재직중인 근로자에게만 지급한다는 규정과 동시에 근무기간에 비례하여 지급하기로 규정된 정기상여금

특히 판례는 “정기상여금의 임금으로서의 성격을 고려하면, 단체협약이나 취업규칙 등에서 정기상여금을 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급한다는 규정을 두면서, 정기상여금에 관하여 근무기간에 비례하여 지급한다는 취지의 규정을 두고 있는 경우, 전자의 규정 문언만을 근거로 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 정기상여금을 전혀 지급하지 않는 취지라고 단정할 것은 아니”라고 한다.

이러한 경우에는 “사업장 내에서의 정기상여금의 지급 실태나 관행, 노사의 인식, 정기상여금 및 그 밖의 임금 지급에 관한 규정 내용 등을 종합하여 특정 시점 전에 퇴직하더라도 후자의 규정에 따라 이미 근무한 기간에 비례하는 만큼의 정기상여금을 지급하기로 정한 것은 아닌지를 구체적인 사안별로 신중하게 살펴야 한다”는 것이 판례의 태도이다.

- (4) 임금지급관행과 단체협약 및 취업규칙의 내용이 다른 임금

또한 판례에 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 인식 등을 종합적으로 고려해서 판단해야 한다.

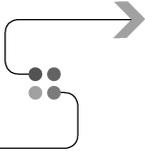
특히 특정 시점이 되기 전에 퇴직한 근로자에게 특정 임금 항목을 지급하지 않는 관행이 있더라도, 단체협약이나 취업규칙 등이 그러한 관행과 다른 내용을 명시적으로 정하고 있으면 그러한 관행을 이유로 해당 임금 항목의 통상임금성을 배척함에는 특히 신중해야 한다는 것이 판례의 태도이다.

46)

46) 대법원 2021.12.16. 선고 2016다7975 판결 (명절상여금을 설날과 추석에 각각 50% 지급하고 있는데, 급여규정상으

---

로 퇴직자에게도 일할 지급한다는 내용이 있는 반면, 관행상으로는 일할 지급하고 있지 않은 경우 통상임금성을 인정할 수 있는지 여부가 다툰 사례임)



#### 4. 휴직자, 복직자, 징계대상자 등에게 지급제한사유가 규정되어 있는 임금

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 고정성을 부정하지는 아니한다<sup>47)</sup>.

### III 사안의 적용

#### 1. 정기성과 일률성 충족 여부

A사의 정기상여금은 2개월마다 채직하고 있는 모든 근로자에게 정기적으로 지급되고 있으므로, 정기성과 일률성은 충족하고 있다.

#### 2. 고정성 충족여부 및 소정근로의 대가성 여부

- i) 정기상여금 지급일 이전에 퇴직한 근로자에게 정기상여금을 일할 지급하지 않았음을 확인할 수 있는 객관적인 자료가 없으므로, 일할 계산하여 지급하고 있는 실태와 관행이 있다고 볼 수 있다는 점,
- ii) 단체협약 제20조에서는 입사, 복직, 휴직하는 사람의 정기상여금은 일할 계산한다는 규정을 두고 있는데, 이는 정기상여금의 임금으로서의 성격을 고려하여 근무한 기간에 비례하여 일할 정산한다는 취지를 규정한 것으로 이해할 수 있다는 점,
- iii) 취업규칙 30조에도 퇴사로 인해 근로일수가 부족한 경우의 임금은 일할로 계산하여 지급한다는 규정을 두고 있는 점 등을 고려하면,

취업규칙 35조의 규정은 재직중인 자에 한하여 정기상여금을 전액 지급하며, 퇴직을 한 경우라면 근무한 기간에 비례하는 만큼의 정기상여금을 지급하기로 정한 규정으로 판단할 수 있다.

따라서 해당 정기상여금은 소정근로의 대가성과 고정성을 충족하고 있다.

### IV 결론

A사의 정기상여금은 통상임금이 징표인 소정근로의 대가성, 정기성, 일률성을 다 충족하고 있으며, 특별히 고정성도 충족하고 있다. 따라서 A회사의 해당 정기상여금은 고정성이 있는 통상임금에 해당한다.

47) 대법원 2019.8.14. 선고 2016다9704, 9711 판결

[참조 : 유사기출문제]

상시 300명의 근로자를 사용하여 가전제품의 제조 및 판매업을 영위하는 A회사는 정기상여금에 관해 취업규칙 제40조에서 다음과 같이 규정하고 있다.

제40조 (정기상여금) 정기상여금은 다음의 기준에 따라 지급한다.

1. 1년을 4분기로 나누어 매 분기 말(3월, 6월, 9월, 12월)의 임금지급일에 월 기본급의 100%를 지급한다.
2. 지급대상은 사무직 및 생산직 사원이며, 영업직 사원에 대하여는 별도의 기준에 따라 성과상여금을 지급한다.
3. 지급대상기간 도중에 퇴직한 근로자에 대하여는 근무일수에 따라 일할계산하여 지급한다.

A회사는 연장근로수당의 계산에 사용되는 통상임금에서는 위의 정기상여금을 제외하였다. 이에 대해 A회사의 사무직 사원인 甲은 A회사의 정기상여금이 정기성, 일률성, 고정성을 갖추어 「근로기준법 시행령」 제6조의 통상임금에 해당하므로 정기상여금을 포함하여 산정한 통상임금을 기준으로 연장근로수당을 지급하여야 한다고 주장한다.

[문] 甲은 A회사의 정기상여금이 근로기준법령상 통상임금에 해당한다고 주장한다. 甲의 주장은 타당한가?

• 변호사시험 2023년 기출문제 축소

※ 해당 기출문제는 고정성에 대한 위의 사례문제에다가 정기성, 일률성에 대한 쟁점을 추가해서 답안을 작성하면 된다. 매 분기마다 정기적으로 지급하고 있다는 점에서 정기성 요건을 충족하고 있다는 점, 그리고 영업직 사원에게는 정기상여금을 지급하지 않지만, 사무직 및 생산직에게는 지급하고 있으므로 일률성을 충족하고 있다는 점을 추가적으로 제시하면 될 것이다.

기  
타  
법  
률

[참조 : 향후쟁점 - 정기상여금에 부가된 재직자 조건의 효력]

I. 논점

2013년 대법원 전원 합의체 판결 이후에는 재직조건부의 정기상여금에 대해서는 통상임금성을 부정하는 판결이 내려졌다.

그런데, 최근 판례들에서는 재직조건부의 정기상여금에 대한 변화의 움직임들이 나타나고 있다.

아래에서는 정기상여금에 대한 최근 판례법리의 변화를 정리하기로 한다.

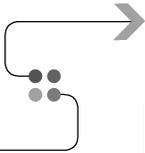
II. 재직조건부의 정기상여금에 대한 최근 판례법리의 변화

1. 단체협약의 규정과 취업규칙 등의 규정이 다른 경우 / 단체협약의 규정과 관행이 다른 경우(2022 노무사 기출)

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 인식 등을 종합적으로 고려해서 판단해야 한다.

(1) 단체협약 등에서 정기상여금을 특정 시점에 재직 중인 근로자에 한하여 지급한다는 규정을 둔 경우에도, 그 규정만을 근거로 이미 근로를 제공했다라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 정기상여금을 전혀 지급하지 않는 취지라고 단정할 것은 아니다.(대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다303417 판결 참조)

(2) 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.(대법원 2021. 12. 16. 선고 2016다7975 판결)



2. 재직자 조건만 있고, 일할정산 규정이 없는 경우 (향후의 쟁점)

2013년 대법원 전원합의체 판결 이후 재직자 조건은 통상임금 요건인 '고정성'을 부정하는 지표로 인정돼 왔다. 하지만, 위의 판례에서 볼 수 있듯이 재직자요건이 있는 규정과 일할 정산규정을 함께 두고 있는 경우나, 관행과 일할정산규정이 충돌하는 경우에는 통상임금성을 신중하게 판단하는 관례법리의 흐름이 생겼다. 그런데, 최근에는 이것보다 더 나아가 '일할 규정'이 없이 '재직자 조건'만 부가된 정기상여금도 통상임금으로 인정할 수 있는지가 쟁점이 되고 있다.

(1) 금융감독원 사건 (대법원 2022.11.10. 선고 2022다252578 판결)

최근 대법원은, 금융감독원 직원들의 정기상여금이 통상임금에 해당하지 문제된 사안에서 심리불속행 기각 판결을 함으로써, 정기상여금에 부가된 재직자조건 자체가 무효라고 본 원심판결을 그대로 확정하였다. 이 판례의 원심판결은 정기상여금에 대한 재직조건 자체를 무효로 보았다는 특징이 있다. 재직조건은 2013년 대법원 전원합의체 판결 이후 정기상여금의 통상임금성을 부정하는 중요한 지표로서 활용돼 왔는데, 해당 원심 판결은 아예 재직자조건 자체를 무효라고 판단함으로써 대법원이 어떻게 판단할지가 주목돼 왔다. 그런데, 대법원에서 심리를 속행하지 않은채 심리불속행 기각 판결을 내림으로써 많은 논란이 되고 있다. 심리불속행 판결을 하였기 때문에 이 판결의 이유나 취지를 알 수 없다. 따라서 해당 대법원의 심리불속행 기각 판결이 정기상여금에 대하여 재직자조건을 붙인 것 자체가 무효라는 취지인지는 분명하지 않다.

(2) 세아베스틸 사건(대법원 계류중, 대법원 2019다204876호)

그러므로 해당 쟁점에 대해서 대법원 전원합의체에 회부되어 심리기일이 진행되었던 세아베스틸 사건의 판결의 중요성이 더욱 커졌다.

세아베스틸 사건 역시 재직자조건이 유효한지가 쟁점이 된 사안이었는데, 이에 대한 대법원 전원합의체 판결이 나와야지만, 이 쟁점에 대한 대법원의 입장이 무엇인지 정확하게 알 수 있을 것이다.

(\*따라서 수험생들은 세아베스틸 사건의 결론과 그 이유가 어떻게 나오느냐를 주목해야 한다)

[참조 : 근로자퇴직급여보장법의 개정과 퇴직금 상계의 금지 (141쪽에 추가)]

근로자퇴직급여보장법의 개정으로 2022.4.14.부터 “퇴직금은 근로자가 지정한 개인형퇴직연금제도의 계정 또는 제23조의8에 따른 계정(이하 “개인형퇴직연금제도의 계정등”이라 한다)으로 이전하는 방법으로 지급하여야 한다.”(제9조 제2항)

그런데, 근로자퇴직급여보장법 제7조 제1항에 따르면 “퇴직연금제도의 급여를 받을 권리는 양도 또는 압류하거나 담보로 제공할 수 없다”고 규정하고 있으므로, 근로자의 의사에 따른 동의가 있는 경우라고 하더라도 퇴직급여의 공제 또는 상계는 제한되는 것이 타당하다는 것이 노동부의 행정해석이다.

[참고 판례 : 승진발령 취소와 임금인상분의 부당이득 해당 여부(대법원 2022. 8. 19. 선고 2017다292718 판결)]  
(142쪽에 추가)

I. 문제의 소재

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

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

II. 승진발령 취소와 임금인상분의 부당이득 해당 여부

1. 부당이득의 의미

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

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

2. 승진발령 취소와 임금인상분의 부당이득 해당 여부

(1) 학설

가. 형식적 직급과 임금의 연계설

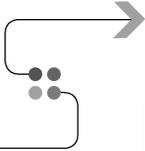
임금 인상분은 그 전체가 승진된 직급 그 자체 혹은 승진 자체에 비롯된 정당한 대가로 보아야 한다는 입장이다. 따라서 임금인상분이 부당이득에 해당하지 않는다고 보는 입장이다.

즉 해당 근로자가 승진한 직급에서 실제로 근로를 제공한 이상 근로제공에 따른 정당한 임금을 지급받았고, 취소 이전의 근로제공에 대한 효력을 소급적으로 부인할 수는 없으므로 승진에 따른 임금인상분은 부당이득이 아니라는 논리이다.<sup>48)</sup>

나. 실질적 근로의 가치와 임금의 연계설

개별임금항목의 구체적 내용을 살피고 승진된 직급에 따른 업무와 이전 업무를 비교하여 제공한 근로의 가치가 실질적으로 차이가 있는지 검토한 후에 실질적 근로의 차이가 있는 경우에 한하여 임금인상분은 부당이득이 아니라는 입장이다(남궁준, “승진취소에 따른 급여차이와 부당이득 판단기준”, 『월간노동리뷰』 2022.12월호, 78p)

48) 채용이 취소된 경우 그 동안 받은 임금이 부당이득에 해당하는지에 대해서 대법원은 “근로계약의 취소를 주장할 수 있다 하더라도 근로계약에 따라 그동안 행해진 근로자의 노무제공의 효과를 소급해 부정하는 것은 타당하지 않으므로 이미 제공된 근로자의 노무를 기초로 형성된 취소 이전의 법률관계까지 효력을 잃는다고 보아서는 아니되고 취소의 의사표시 이후 장애에 관해서만 근로계약의 효력이 소멸된다”고 한다고 판시하고 있다.(대법원 2017.12.22. 선고 2013다25914 판결)



## (2) 판례의 태도

### 가. 부당이득 해당 여부 : 실질적 근로의 가치와 임금의 연계

[판례]에 따르면 “승진발령이 무효임에도 근로자가 승진발령이 유효함을 전제로 승진된 직급에 따라 계속 근무하여 온 경우, 승진 전후 각 직급에 따라 수행하는 업무에 차이가 있어 승진된 직급에 따른 업무를 수행하고 그에 대한 대가로 임금이 지급되었다면, 근로자가 지급받은 임금은 제공된 근로의 대가이므로 근로자에게 실질적인 이득이 있다고 볼 수 없어 사용자가 이에 대해 부당이득으로 반환을 청구할 수 없다”고 한다. 그러나 “승진 전후 각 직급에 따라 수행하는 업무에 차이가 없어 승진 후 제공된 근로의 가치가 승진 전과 견주어 실질적 차이가 없음에도 단지 직급의 상승만을 이유로 임금이 상승한 부분이 있다면, 근로자는 임금 상승분 상당의 이익을 얻었다고 볼 수 있고, 승진이 무효인 이상 그 이득은 근로자에게 법률상 원인 없이 지급된 것으로서 부당이득으로 사용자에게 반환되어야 한다”고 판시하고 있다.

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

### 나. 근로의 가치의 실질적 차이에 대한 판단기준

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

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

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

### 다. 판례의 평가

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

A사는 자동차를 생산하는 회사이고, 근로자 甲은 A사에서 생산직 근로자로 근무하고 있다. 아래는 근로시간에 대한 취업규칙의 내용이다.

[취업규칙]

제60조(근로시간 및 휴게시간)

- ① 근로시간은 중식시간 1시간을 제외하고 1일 8시간, 1주일에 40시간을 기준으로 한다.
- ② 1일 8시간 근무시 중식시간을 제외하고 휴게시간도 2시간마다 10분을 부여하되, 임금에서 공제하지는 아니한다.
- ③ 연장근무 시에는 15분간의 휴게시간을 가지는데, 임금을 지급하지 아니한다.(생산직에 한한다)

A사 생산직 근로자들의 정규근무시간은 8시간 근무에 1시간의 휴식시간으로 이루어져 있다(09시~18시). 그리고 2시간마다 10분의 휴게시간을 부여하고 있다. 이어서 연장근무시간은, 15분 휴게(18:00~18:15), 1시간 45분 근무(18:15~20:00)의 형태로 이루어진다.

연장근무시 주어지는 15분의 휴게시간에는 생산직 근로자들이 화장실에 다녀오거나 근로장소 주변에서 간식으로 허기를 달래기도 했다. 근로자수가 1,000명이어서 15분 내에 구내식당에서 저녁을 먹기는 불가능하였다. 그리고 B사는 사무직 근로자에 대하여는 연장근무중 간식을 먹는 경우 이를 근로시간에서 제외하지 않았다. 또한 A사는 휴게시간을 활용하여 생산장비를 정비하였다. 甲은 연장근로시 휴게시간에 대하여, 근로시간으로 인정하여 연장근로수당을 지급하여야 한다고 주장하고 있는데, A사는 연장근로시 휴게시간은 근로시간에서 공제하여야 한다는 것을 이유로 임금을 지급하지 않고 있다.

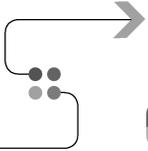
[문] 연장근무 중 휴게시간에 대하여 근로시간으로 인정하여야 한다는 甲의 주장이 타당한지 논하시오. (대법원 2020.8.20. 선고 2019다14110 판결 참조)

세부목차

- |                     |             |
|---------------------|-------------|
| I. 문제의 소재           | III. 사안의 검토 |
| II. 휴게시간과 근로시간의 판단  | IV. 결론      |
| 1. 휴게시간과 근로시간의 의미   |             |
| 2. 휴게시간과 근로시간의 판단기준 |             |

## I 문제의 소재

휴게시간은, 근로법 제54조에 따라 근로시간 계산에서 제외되므로, 사용자의 지휘감독하에 놓여 있는 근로시간과 휴게시간을 어떻게 구별할 것인가가 문제된다. 이하에서는 그 부분을 중심으로 살펴보고 甲의 청구가 인용될 수 있을지를 논하기로 한다.



## II 휴계시간과 근로시간의 판단

### 1. 휴계시간과 근로시간의 의의

#### (1) 휴계시간의 의의

근로기준법 제54조에 따르면 휴계시간은 근로자가 자유롭게 이용할 수 있으며, 근로시간이 4시간인 경우에는 30분 이상, 8시간인 경우에는 1시간 이상의 휴계시간을 근로시간 도중에 주어야 한다. 휴계란 근로일의 근로시간 도중에 사용자의 지휘감독으로부터 완전히 해방되어 근로자가 자유로이 이용할 수 있는 시간이라 할 수 있다.

#### (2) 근로시간의 의의

근로기준법상 근로시간이란 사용자의 지휘·감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간을 의미한다. 그런데, 근로기준법 제50조 제3항에 따르면 근로시간을 산정함에 있어 작업을 위하여 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래에 있는 대기시간 등은 근로시간으로 본다.

판례에 따르면, 근로시간으로서의 대기시간은 외형상으로는 휴계시간과 유사하게 근로자가 휴식 등을 취하고 있지만 “근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니고 실질적으로 사용자의 지휘·감독 하에 놓여있는 시간”이므로 근로시간에 포함된다.<sup>49)</sup>

### 2. 휴계시간과 근로시간의 판단기준

판례에 따르면, 근로계약에서 정한 휴식시간이나 대기시간이 근로시간에 속하는지 휴계시간에 속하는지는 특정 업종이나 업무의 종류에 따라 일률적으로 판단할 것이 아니다.

이는

- i) 근로계약의 내용이나 해당 사업장에 적용되는 취업규칙과 단체협약의 규정,
- ii) 근로자가 제공하는 업무의 내용과 해당 사업장에서의 구체적 업무 방식,
- iii) 휴계 중인 근로자에 대한 사용자의 간섭이나 감독 여부,
- iv) 자유롭게 이용할 수 있는 휴계 장소의 구비 여부,
- v) 그 밖에 근로자의 실질적 휴식을 방해하거나 사용자의 지휘·감독을 인정할 만한 사정이 있는지와 그 정도 등

여러 사정을 종합하여 개별사안에 따라 구체적으로 판단하여야 한다.<sup>50)</sup>

## III 사안의 검토

- i) 우선 취업규칙 규정은 1일 소정근로시간인 8시간을 기준으로 하여 급여를 지급하고 있고, ‘휴계시간’으로 책정된 시간 역시 임금을 지급하고 있다는 점을 알 수 있다.
- ii) 또한 업무의 내용상 휴계시간이 생산장비의 정비 등에 필요한 시간으로도 볼 수 있는 등 B사의

49) 대법원 2006.11.23. 선고 2006다41990 판결(근로기준법 제50조 제3항은 이러한 판례의 태도를 입법화한 것이다)

50) 대법원 2018.7.12. 선고 2013다60807 판결

필요에 따른 것이라는 점도 알 수 있다.

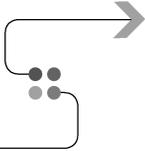
- iii) 한 편, 근로장소 주변에서 간식을 먹는 등 휴게장소를 구비하고 있다고 보기 어렵다.
- iv) 1,000명이라는 생산직 근로자의 인원수 등을 고려할 때, 15분의 짧은 휴게시간을 자유롭게 이용하는 데 근본적으로 한계가 있을 수밖에 없고, 이러한 짧은 휴게시간은 생산직 근로자가 기본적인 생리현상을 해결하는 데 필요한 최소한의 시간이라는 것을 고려하면 실질적인 휴식을 취하기는 어려웠다는 것도 알 수 있다.
- v) 그리고 생산직 근로자와 달리 사무직 근로자는 간식을 먹는 시간 등을 근로시간으로 인정해 왔다는 것도 알 수 있다.

이러한 점 등을 종합적으로 고려할 때 연장근로시의 휴게시간은 다음 근로를 위한 대기시간 또는 준비시간으로서 근로시간으로 보아야 할 것이다.

따라서 연장근로시 휴게시간에 대하여 근로시간으로 인정하여야 한다는 甲의 주장은 타당하다.

#### IV 결론

해당 휴게시간은 실질적으로 사용자의 지휘·감독하에 놓여있는 근로시간이므로, 甲의 주장은 타당하다.



[심화 보충 쟁점 (2022년판 167쪽에 추가)]

甲은 2000.12.경부터 2012.7.경까지 업무상 재해로 전혀 출근하지 못하였다. 그런데, A사와 B노동조합이 체결한 단체협약과 A사의 취업규칙에는 “근로자가 1년 전체 기간을 출근하지 않을 경우에는 연차휴가를 부여하지 않거나 연차휴가수당을 지급하지 않는다”는 내용의 규정이 있다. 그래서 A사는 이 규정에 근거하여 甲에게 연차휴가를 부여하지 않고, 연차휴가수당을 지급하지 아니하였다. 하지만, 甲은 업무상재해로 출근하지 못한 기간은 모두 출근일로 간주되어야 하고, 따라서 연차휴가를 사용할 권리를 취득하였으므로, 2009년부터 2011년까지의 기간 중 연차휴가일수에 상응하는 연차휴가수당을 사용자에게 지급해 줄 것을 요구하고 있다. A사에는 기업별 노동조합인 B노동조합이 있으며, 甲은 B노동조합의 조합원이다.

[문] 甲의 요구가 타당한지에 대해서 논하시오.

세부목차

- I. 문제의 소재
- II. 업무상 질병으로 휴업한 기간과 연차휴가
  - 1. 연차휴가의 출근율 산정
  - 2. 연차휴가의 출근율 계산의 특례
  - 3. 연차휴가 사용연도에 전혀 출근하지 못한 경우 연차휴가수당 청구권
  - 4. 연차휴가수당의 청구를 제한하는 내용의 단체협약이나 취업규칙의 효력
- III. 사안의 적용
  - 1. 연차휴가에 대한 甲의 출근율이 80% 이상인지 여부
  - 2. 甲이 연차휴가수당을 청구할 수 있는지 여부
  - 3. 연차휴가수당의 청구를 제한하는 A사와 B노조의 단체협약 및 취업규칙이 효력이 있는지 여부
- IV. 결론

I 문제의 소재

- i) 근로자가 업무상 부상 또는 질병으로 휴업한 기간이 1년 전체기간일 경우 연차휴가 부여를 위한 출근율을 어떻게 산정해야 하는 것인지가 문제된다.
- ii) 또한 연차휴가에 대한 권리를 취득한 후에 업무상 부상 등의 사유로 연차휴가를 사용하지 못한 경우, 연차휴가일수에 상응하는 연차휴가수당을 청구할 수 있는지가 문제된다.
- ii) 또한 연차휴가 사용연도에 전혀 출근하지 않은 경우 연차휴가수당의 청구를 제한하는 내용의 단체협약이나 취업규칙이 효력이 있는지도 문제된다.

II 업무상 질병으로 휴업한 기간과 연차휴가<sup>51)</sup>

1. 연차휴가의 출근율 산정

근로기준법에 따르면, 사용자는 1년간 80퍼센트 이상 출근한 근로자에게 15일의 유급휴가를 주어야 하며, 3년 이상 계속하여 근로한 근로자에게는 기본휴가에, 최초 1년을 초과하는 계속 근로 연수 매 2년에 대하여 1일을 가산한 유급휴가를 주어야 하며(60조1항, 4항), 1년간 80퍼센트 미만 출근

51) 대법원 2017. 5. 17. 선고 2014다232296, 232302 판결의 내용이다.

한 근로자나 계속근로연수가 1년 미만인 근로자에게는 1개월 개근 시 1일의 연차유급휴가를 주어야 한다(제60조 제2항).

그런데, 근로자가 1년간 80% 이상 출근하였는지는, 1년간의 총 역일에서 법령·단체협약·취업규칙 등에 의하여 근로의무가 없는 것으로 정해진 날을 뺀 일수(이하 '소정근로일수') 중 근로자가 현실적으로 근로를 제공한 출근일수의 비율, 즉 출근율을 기준으로 판단하여야 한다는 것이 判例의 태도이다.

## 2. 연차휴가의 출근율 계산의 특례

### (1) 의의

근로기준법에 따르면 i) 근로자가 업무상 부상·질병으로 휴업한 기간과 ii) 임신중의 여성이 출산 전후휴가 또는 유·사산휴가로 휴업한 기간, iii) 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제19조 제1항에 따른 육아휴직으로 휴업한 기간은 연차휴가의 출근율 산정에 관하여는 출근한 것으로 본다.(60조6항)

여기서 '출근한 것으로 본다'는 것은 출근율 산정에서 문제의 기간을 소정근로일수와 출근일수에 모두 산입한다는 것을 말한다.<sup>52)</sup>

### (2) 특례기간이 1년 전체, 혹은 소정근로일수 전부를 차지하는 경우

#### 가. 출근율 계산의 특례규정의 취지

판례에 따르면, 근로자가 업무상의 부상 또는 질병으로 휴업한 기간은 출근한 것으로 간주하도록 규정하고 있는 근로기준법 제60조 제6항 제1호는 취지는 "근로자가 업무상 재해 때문에 근로를 제공할 수 없었음에도 업무상 재해가 없었을 경우보다 적은 연차휴가를 부여받는 불이익을 방지"하려는 데에 있다.<sup>53)</sup>

#### 나. 연차휴가의 출근율 산정

따라서 판례에 따르면, 업무상 재해로 휴업한 기간이 1년 전체에 걸치거나 소정근로일수 전부를 차지한다고 하더라도 "근로자가 업무상 재해로 휴업한 기간은 장단을 불문하고 소정근로일수와 출근일수에 모두 포함시켜 출근율을 계산하여야 한다"고 판시하고 있다.<sup>54)</sup> 설령 그 기간이 1년 전체에 걸치거나 소정근로일수 전부를 차지한다고 하더라도 달리 볼 아무런 근거나 이유가 없다는 것이 판례의 태도이다.

## 3. 연차휴가 사용연도에 전혀 출근하지 못한 경우 연차휴가수당 청구권

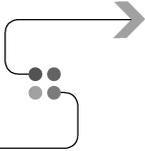
### (1) 연차휴가수당청구권의 발생요건

판례에 따르면 연차휴가를 사용할 권리 혹은 연차휴가수당 청구권은 근로자가 전년도에 출근율을 충족하면서 근로를 제공하면 당연히 발생하는 것으로서, 연차휴가를 사용할 해당 연도가 아니라 그

52) 임종률 15판, 457p

53) 대법원 2017.5.17. 선고 2014다232296, 2014232302 판결

54) 대법원 2017.5.17. 선고 2014다232296, 2014232302 판결



전년도 1년간의 근로에 대한 대가에 해당한다.

따라서 근로자가 연차휴가에 관한 권리를 취득한 후 1년 이내에 연차휴가를 사용하지 아니하거나 1년 이 지나기 전에 퇴직하는 등의 사유로 인하여 더 이상 연차휴가를 사용하지 못하게 될 경우에는 사용자에게 연차휴가일수에 상응하는 임금인 연차휴가수당을 청구할 수 있다는 것이 판례의 태도이다.

(2) 연차휴가 사용연도에 전혀 출근하지 못한 경우 연차휴가수당 청구권

판례에 따르면 “근로자가 업무상 재해 등의 사정으로 말미암아 연차휴가를 사용할 해당연도에 전혀 출근하지 못한 경우라 하더라도, 이미 부여받은 연차휴가를 사용하지 않은 데 따른 연차휴가수당은 청구할 수 있다”고 한다.

4. 연차휴가수당의 청구를 제한하는 내용의 단체협약이나 취업규칙의 효력

(1) 법규정

근로기준법 제15조 제1,2항에 따르면 근로기준법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하며, 무효로 된 부분은 근로기준법에서 정한 기준에 따른다. 근로기준법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로 이 기준보다 못한 근로계약을 체결한 경우 그 부분에 대해서는 근로기준법의 기준이 직접 근로계약의 내용이 되고, 이를 통하여 당사자가 사법상의 권리의무를 가지도록 할 필요가 있으므로 근로기준법은 근로계약에 대한 강행적·보충적 효력을 규정한 것이다.<sup>55)</sup>

(2) 연차휴가수당의 청구를 제한하는 내용의 단체협약이나 취업규칙의 효력

근로기준법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로, 判例에 따르면 “연차휴가수당의 청구를 제한하는 내용의 단체협약이나 취업규칙은 근로기준법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 것으로서, 효력이 없다”고 한다.

**III** 사안의 적용

1. 연차휴가에 대한 甲의 출근율이 80% 이상인지 여부

판례에 따라 판단하면, 甲이 업무상 재해로 휴업한 기간이 1년 전체일지라도 근로기준법 제60조 제6항 제1호 조항을 적용하여 출근율을 계산하여야 하므로, 2008년부터 2010년까지의 기간 동안 매년 출근율을 충족하게 됨은 명백하다.

2. 甲이 연차휴가수당을 청구할 수 있는지 여부

판례에 따라 판단하면, 연차휴가를 사용할 수 있게 된 2009년부터 2011년까지의 기간 중에 甲이 전혀 출근하지 않았다고 하더라도 이미 부여받은 연차휴가를 사용하지 않은 데 따른 연차휴가수당은 청구할 수 있다.

55) 임종률 15판, 342p

3. 연차휴가수당의 청구를 제한하는 A사와 B노조의 단체협약 및 취업규칙이 효력이 있는지 여부  
근로기준법에 미달하는 기준을 정한 단체협약이나 취업규칙의 부분은 효력이 없다. 따라서 연차휴  
가수당의청구를 제한하는 내용의 A사와 B노조의 단체협약 및 A사의 취업규칙은 효력이 없다.

따라서 2009년부터 2011년까지의 기간 중 연차휴가일수에 상응하는 연차휴가수당을 사용자에게  
지급해 달라는 甲의 요구는 타당하다.

#### IV 결론

甲은 업무상 부상으로 휴업한 기간 동안 연차휴가의 출근율을 충족하였고, 그에 따라 부여받은 연차  
휴가를 사용하지 않은데 따른 연차휴가수당을 청구할 수 있다. 이를 제한하는 단체협약이나 취업규칙은  
무효가 되므로, 연차휴가수당을 요구한 甲의 요구는 타당하다.

甲은 2017. 8. 1.부터 2018. 7. 31.까지 A사와 근로계약을 체결하였고, 1년의 기간이 만료된 후 근로계약 관계는 종료되었다. 甲은 1년 동안 개근하였으며, 11일의 연차휴가를 사용하였다.

그런데, 甲은 고용노동부에 A사로부터 15일분의 연차휴가수당 등을 지급받지 못하였다는 내용의 진정서를 제출하였다. A사는 근로감독관의 계도에 따라 甲에게 15일분 연차휴가수당으로 1백만원을 지급하였다. 그런데, A사는 甲이 자신에게 부여된 연차휴가를 모두 사용하여 더 이상 연차휴가수당을 청구할 수 없는데도 근로감독관의 잘못된 계도에 따라 15일분의 연차휴가수당을 추가로 지급하였으므로 甲이 A사에게 이를 반환할 의무가 있다고 주장한다.

이에 대하여 甲은 1년 기간제 노동자의 계약기간이 만료되는 경우에는 최대 26일분의 연차휴가 미사용 수당을 지급하여야 한다고 주장하면서 해당 연차휴가수당을 반환할 의무가 없다고 주장하고 있다.

[문] 甲이 A사로부터 지급받은 15일분의 연차휴가수당을 반환할 의무가 있는지 논하시오. (대법원 2021.10.14. 선고 2021다227100 판결)

#### 세부목차

- |                                    |                                  |
|------------------------------------|----------------------------------|
| I. 문제의 소재                          | 3. 1년 기간제 근로계약을 체결한 근로자의 연차휴가 산정 |
| II. 1년 기간제 근로계약을 체결한 근로자와 연차휴가의 산정 | III. 사안의 적용                      |
| 1. 법규정                             | IV. 결론                           |
| 2. 연차휴가를 사용할 권리 및 연차휴가수당청구권        |                                  |

### I 문제의 소재

甲이 A사로부터 지급받은 15일분의 연차휴가수당을 반환할 의무가 있는지에 대하여는 두 가지 쟁점을 살펴보아야 한다.

- i) 우선 연차휴가를 사용할 권리나 연차휴가수당청구권이 전년도 1년간의 근로에 대한 대가에 해당하는지 여부가 문제된다.
- ii) 또한 연차휴가를 사용할 권리나 연차휴가수당 청구권의 발생시점이 문제된다.

### II 1년 기간제 근로계약을 체결한 근로자와 연차휴가의 산정

#### 1. 법규정

근로기준법에 따르면, 사용자는 1년간 80% 이상 출근한 근로자에게 15일의 연차휴가를 주어야 하고(제60조 제1항), 계속하여 근로한 기간이 1년 미만인 근로자 또는 1년간 80% 미만 출근한 근로자에게도 1개월 개근 시 1일의 유급휴가를 주어야 한다(제60조 제2항).

## 2. 연차휴가를 사용할 권리 및 연차휴가수당 청구권

### (1) 발생요건

판례에 따르면 연차휴가를 사용할 권리 혹은 연차휴가수당 청구권은 근로자가 전년도에 출근율을 충족하면서 근로를 제공하면 당연히 발생하는 것으로서, 연차휴가를 사용할 해당 연도가 아니라 그 전년도 1년간의 근로에 대한 대가에 해당한다.

따라서 근로자가 연차휴가에 관한 권리를 취득한 후 1년 이내에 연차휴가를 사용하지 아니하거나 1년이 지나기 전에 퇴직하는 등의 사유로 인하여 더 이상 연차휴가를 사용하지 못하게 될 경우에는 사용자에 연차휴가일수에 상응하는 임금인 연차휴가수당을 청구할 수 있다는 것이 판례의 태도이다.

### (2) 발생시점

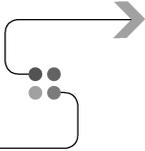
그런데 판례에 따르면 “연차휴가를 사용할 권리는 다른 특별한 정함이 없는 한 그 전년도 1년간의 근로를 마친 다음 날 발생한다고 보아야 하므로, 그 전에 퇴직 등으로 근로관계가 종료한 경우에는 연차휴가를 사용할 권리에 대한 보상으로서의 연차휴가수당도 청구할 수 없다”고 판시하고 있다.

## 3. 1년 기간제 근로계약을 체결한 근로자의 연차휴가 산정

연차휴가를 사용할 권리 및 연차휴가수당 청구권의 발생요건 및 발생시점을 고려하면, 1년 기간제 근로계약을 체결한 근로자에게는 최대 11일의 연차휴가가 부여된다고 보아야 한다.

판례는 그 이유를 아래와 같이 제시하고 있다.

- i) 과거에는 최초 1년간의 근로에 대한 유급연차휴가를 사용한 경우 이를 다음 해 유급연차휴가에서 빼는 규정이 있었으나, 이 규정을 삭제한 것은 최초 1년간 연차휴가를 사용한 경우 그 다음 해 연차휴가가 줄어드는 것을 방지하기 위한 것이지, 1년 동안만 근로를 제공한 근로자에게 1년 근무시 그 다음날 발생하는 15일의 연차휴가까지 중첩적으로 부여하겠다는 취지로 볼 수 없다는 점,
- ii) 기간제 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간의 만료로 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되는 것이 원칙인데, 연차휴가를 사용할 권리는 다른 특별한 정함이없는 한 그 전년도 1년간의 근로를 마친 다음날 발생한다고 보아야 하므로, 그 전에 퇴직 등으로 근로관계가 종료한 경우에는 연차휴가를 사용할 권리에 대한 보상으로서의 연차휴가수당도 청구할 수 없다는 점,
- iii) 만약 1년 기간제 근로계약을 체결한 근로자에게 연차휴가 11일에 더하여 15일의 휴가까지 부여하면 총 26일의 연차휴가가 부여된다는 결론에 이르게 되는데, 이는 총연차휴가일수 한도를 25일로 규정한 근로기준법 제60조 제4항의 문언해석의 범위를 넘을 뿐 아니라, 장기근속근로자에 비해서 더 우대하는 결과가 되어 형평의 원칙에 반한다는 점
- iv) 연차휴가를 사용할 권리 또는 연차휴가수당청구권은 연차휴가를 사용할 해당연도가 아니라 그 전년도 1년간의 근로에 대한 대가라는 점과 연차휴가제도의 취지가 일정기간 출근한 근로자에게 일정기간 유급으로 근로의무를 면제함으로써, 정신적·육체적 휴양의 기회를 제공하고 문화적 생활의 향상을 기하기 위한 것이라는 연차휴가제도의 목적을 고려하면 근로기준법 제60조



제1항은 최초 1년간 80% 이상 출근한 근로자가 그 다음 해에도 근로관계를 유지하는 것을 전제로 하여 2년차에 15일의 유급연차휴가를 주어야 한다는 취지로 해석하는 것이 타당하다는 점 등을 그 이유로 들고 있다.

결론적으로 근로기준법 제60조 제1항은 1년 기간제 근로계약을 체결하여 1년의 근로계약기간이 만료됨과 동시에 근로계약관계가 더 이상 유지되지 아니하는 근로자에게는 적용되지 않는다는 것이 판례의 태도이다.

### Ⅲ 사안의 적용

근로기준법 제60조 제1항이 규정한 연차휴가를 사용할 권리는 다른 특별한 정함이 없는 한 전년도 1년간의 근로를 마친 다음 날 발생하므로, 근로기간이 1년인 甲의 경우 근로기준법 제60조 제1항이 규정한 연차휴가를 사용할 권리에 대한 보상으로서의 연차휴가수당을 청구할 수 없고, 근로기준법 제60조 제2항만이 적용된다.

따라서 甲이 A사로부터 지급받은 15일분의 연차휴가수당을 반환할 의무가 있다.

### Ⅳ 결론

근로기간이 1년인 甲의 경우 근로기준법 제60조 제1항이 규정한 연차휴가를 사용할 권리에 대한 보상으로서의 연차휴가수당을 청구할 수 없으므로, 甲이 A사로부터 지급받은 15일분의 연차휴가수당을 반환할 의무가 있다.

#### [참조 판례 : 연차휴가축진제도와 미사용휴가의 보상]

사용자가 연차휴가사용축진조치를 하였음에도 근로자가 휴가를 사용하지 아니하여 연차휴가가 소멸될 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 업무 지시를 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 역전히 보상할 의무를 부담한다.(대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다279283 판결)

A사는 자동차에 필요한 전기기계장치 부품을 생산하는 회사이다.

그런데 A사는 1986. 12.경부터 B사와 기술 제휴를 하면서 1991. 12. 12. A사가 35%, B사가 65%의 자본금을 각 출자하여 C사를 설립하였다.

A사의 영업부문은 전장사업부와 전자사업부로 구분되는데, A사는 1997.말부터 시작된 외환위기와 고급리 및 자동차 수요의 감소로 회사 경영이 어려워지면서 부도위기에 직면하자, 1998. 3. 20. A사의 전장사업부문과 관련된 일체의 자산을 271억 원에 매도하는 내용의 자산매매계약을 체결하였다.

그 주요 내용은, A사는 토지, 건물, 기계장치, 공기구·비품, 차량운반구, 재고자산, 리스자산, 이전기술 및 영업권 등을 매도하고 C사는 A사로부터 이를 매수하는 것이다.

A사는 전장사업부 소속 종업원 185명을 대상으로 C사로의 입사회망 여부를 조사하여 그 결과를 채용 전형에 필요한 인사자료와 함께 C사에게 통보하고, C사는 직무조사를 통하여 매매 물건의 운영에 필요한 기준인원을 산정하고 소요인력을 충원함에 있어서 공개채용절차에 의거 기준인원의 범위 내에서 신규채용하기로 결정하였다.

A사는 1998. 3. 25. 사내통신문을 통해 전장사업부 소속 근로자들에게 'A사에 대한 사직서, C사로의 입사신청서 및 A사가 체불한 설 상여금 100% 삭감동의서가 함께 있는 서면(이하 '채취업신청서'라 한다)을 개인별로 작성하여 제출할 것'을 통보하였다.

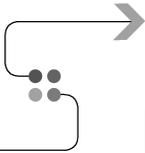
이에 대하여 A사의 기업별 노동조합인 甲노동조합은 1998. 3. 26. 및 1998. 3. 27. "A사가 근로자들로 하여금 개별적으로 취업신청을 하게 하거나 일방적으로 사직 및 상여금 삭감에 동의하도록 하는 것은 부당하다."고 주장하며 전 조합원의 일괄 고용승계를 요구하였으나, A사는 甲노동조합의 요구에도 불구하고 1998. 3. 30.까지 모두 176명으로부터 개별적으로 채취업신청서를 제출 받아 이를 C사에 통보하였다. C사는 A사로부터 근로자 176명이 제출한 채취업신청서를 넘겨받아 선별 없이 1998. 4. 1.자로 모두 신규 채용하였다. 그리고 신규채용된 176명은 A사와 동일한 부서와 같은 직급으로 발령받아, 이전의 업무를 계속 수행하였다. 그리고 A사는 1998.3.31.까지 채취업신청서 제출기한을 연장하였다.

그런데, 甲노동조합의 조합원들인 乙을 포함한 9명은 A사에 대하여 일괄 고용승계, 상여금 삭감 반대 등을 주장하며 연장된 기한인 1998. 3. 31.까지 채취업신청서를 제출하지 않다가 1998. 4. 4.에 이르러 비로소 이를 제출하였다.

하지만, A사는 제출기한 도과를 이유로 乙 등의 신청서를 모두 반려하였다. 이후 乙 등은 1998.4.6.에 A사에 사직서를 제출하였는데, 그 때 사직서를 제출한 인사업무담당자는 A사에서 근무하다가 C사에 취업한 근로자였다. 사직서를 제출하면서 乙 등은 다른 일자리의 구직의사, 귀향의사 등을 밝혔으며, 퇴직하면서 A사로부터 2개월 급여에 해당하는 퇴직위로금을 추가로 지급받았다.

이후 乙은 1998.4.29. C사를 상대로 고용승계를 주장하면서 노동위원회에 부당해고구제신청을 제기하였다.

[문] 乙의 신청이 인용될 수 있을지를 논하시오. (대법원 2002.3.29. 선고 2000두8455 판결 / 로스쿨노동법해설 5판 392-396p)



### 세부목차

- I. 문제의 소재
- II. 영업양도의 요건과 근로관계의 승계
  - 1. 영업양도의 의의와 요건
  - 2. 영업양도와 근로관계의 승계
  - 3. 영업양도시 근로자의 승계거부권
- III. 사안의 적용
  - 1. A사와 C사의 계약이 영업양도계약인지 여부
  - 2. C사의, Z에 대한 고용승계거부에 정당한 이유가 있는지 여부
  - 3. Z의 사직서 제출을 A사에 대한 퇴직 및 C사에 대한 고용승계거부의 의사표시로 볼 수 있는지 여부
- IV 결론

## I 문제의 소재

- i) 해당 사안을 논하기 위해서는 우선 A사와 C사가 체결한 자산매매계약의 법적 성질을 논하여야 한다. 즉 자산매매계약이라는 형식에도 불구하고 해당 계약을 영업양도계약으로 볼 수 있는지가 문제된다.
- ii) 만약 해당 계약을 영업양도계약으로 본다면, Z이 제출기한을 경과해서 재취업신청서를 제출하였다고 해서 고용관계의 승계를 거부할 수 있는지, 즉 고용관계의 승계거부에 정당한 이유가 있는지도 문제된다.
- iii) 한 편, 근로자의 승계거부권도 문제된다. 즉 Z이 A사에 사직서를 제출한 것을 A사에 대한 퇴직 및 C사에 대한 고용승계거부의 의사표시로 볼 수 있는지도 문제된다.

이하에서는 위의 세 가지 쟁점을 중심으로 Z의 신청이 인용될 수 있을지를 논하기로 한다.

## II 영업양도의 요건과 근로관계의 승계

### 1. 영업양도의 의의와 요건

영업양도는 ‘일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것’으로서 단순한 영업재산의 양도(자산양도)와는 구별된다.<sup>56)</sup>

#### (1) ‘인적·물적 조직체’로서의 영업의 양도

판례는 근로관계의 승계와 관련되는 영업의 의미는 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 ‘인적·물적 조직체’로 이해하고 있다. 따라서 물적 수단의 이전만으로는 영업양도라고 할 수 없을 것이다.<sup>57)</sup>

56) 또한 영업양도는 합병등기만으로 모든 권리·의무가 포괄이전되는 합병과는 달리 포괄승계되는 것이 아니라 특정승계되는 것이므로, 계약의 이행에 의해 권리·의무가 이전되며, 부동산등기나 채권양도통지와 같이 개별적인 권리이전 절차가 필요하다(이상윤 13판, 435p).

57) 대법원 2002.3.29. 선고 2000두8455 판결

## (2) '영업의 동일성'을 유지한 영업의 양도

판례는 “영업의 동일성 여부는 일반 사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제”이기는 하지만, “영업의 양도로 인정되느냐 안 되느냐는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업재산이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것”이라고 판시하고 있다.<sup>58)</sup>

예컨대 “영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도는 되지 않는 반면에 그 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되기만 하면 그것을 영업의 양도라 하지 않을 수 없다”고 판시하고 있는 것이다.<sup>59)</sup>

즉 판례는 조직의 유지 및 기능여부로 영업의 동일성을 판단하고 있다.

## 2. 영업양도와 근로관계의 승계

우리나라는 영업양도시 근로관계의 승계에 관한 명시적인 입법이 없기 때문에 이에 대하여 학설과 판례의 설명을 필요로 하게 된다.<sup>60)</sup>

학설상으로는 자동승계설, 특약필요설, 원칙승계설 등이 있는데, 우리 판례는 원칙승계설의 입장을 취하고 있다.

## (1) 원칙적 승계

판례에 따르면 영업이 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계된다고 한다.<sup>61)</sup>

## (2) 승계배제의 특약

그런데, 영업양도 당사자 사이에 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없다 할 것이므로, 근로기준법 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하다 할 것이며, 영업양도 그 자체만을 사유로 삼아 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다는 것이 판례의 태도이다.<sup>62)</sup>

## 3. 영업양도시 근로자의 승계거부권

자신의 근로관계가 양도인으로부터 양수인에게 승계되는 것을 원하지 않는 경우, 근로자가 이를 거부할 수 있는 것인지가 문제된다.

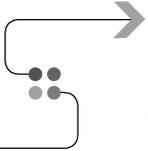
58) 대법원 2002.3.29. 선고 2000두8455 판결

59) 대법원 2002.3.29. 선고 2000두8455 판결

60) 하경효 2판, 281p

61) 대법원 1994.6.28. 선고 93다33173 판결

62) 대법원 1994.6.28. 선고 93다33173 판결



(1) 승계거부권의 인정여부

승계거부권을 부정하면서 ‘영업양도시 포괄승계법리’를 일방적으로 적용하는 것은 해당 근로자의 직업선택의 자유, 특히 상대방선택의 자유를 침해할 수 있다 할 것이다.<sup>63)</sup> 판례 역시 “영업의 일부가 양도되었음에도 불구하고 근로관계의 승계를 거부하는 근로자의 근로관계는 양수하는 기업에 승계되지 아니하고 여전히 양도기업과의 사이에 존속”한다고 판시하여<sup>64)</sup>, 근로자의 승계거부권을 인정하고 있다.

(2) 승계거부의 유형

승계거부의 유형으로는

- i) 근로자 반대의 의사를 표시함으로써 양수기업에 승계되는 대신 양도기업에 잔류”하는 것<sup>65)</sup>
- ii) 양도기업과 양수기업 모두에서 퇴직하는 것,<sup>66)</sup>
- iii) 근로자가 자의에 의하여 계속근로관계를 단절할 의사로 양도기업에서 퇴직하고 양수기업에 새로이 입사하는 것 등이 있다.

그런데 판례에 따르면, “영업이 양도되는 과정에서 근로자가 일단 양수기업에의 취업을 희망하는 의사를 표시하였다고 하더라도 그 승계취업이 확정되기 전이라면 취업희망 의사표시를 철회하는 방법”으로 승계에 대한 반대의사를 표시할 수 있는 것으로 보아야 한다고 판시하고 있다.

(3) 승계거부 의사표시의 기한 및 대상

판례에 따르면 “근로관계 승계에 반대하는 의사는 근로자가 영업양도가 이루어진 사실을 안 날로부터 상당한 기간 내에 양도기업 또는 양수기업에게 표시하여야” 한다.<sup>67)</sup>

### III 사안의 적용

1. A사와 C사의 계약이 영업양도계약인지 여부

우선 A사와 C사가 체결한 ‘자산매매계약’이란 계약의 형식과 종류가 영업양도의 부인요소가 되지 않는 못한다.<sup>68)</sup>

(1) 물적 조직의 동일성 판단

우선 A사는 토지, 건물, 기계장치, 공기구·비품, 차량운반구, 재고자산, 리스자산, 이전기술 및 영업권 등 전장사업부문과 관련된 일체의 자산을 271억 원에 매도하였으므로, 일체의 유형적이고 무형적인 재산을 모두 양도한 것으로 볼 수 있다.

---

63) 하경효 2판, 286p  
 64) 대법원 2007.9.7. 선고 2005두16901 판결 등 참조  
 65) 대법원 2002.3.29. 선고 2000두8355판결  
 66) 대법원 2002.3.29. 선고 2000두8355판결  
 67) 대법원 2012.5.10. 선고 2011다45217 판결  
 68) 하경효, 『노동법사례연습』 제2판, 박영사, 275p

## (2) 인적조직의 동일성 판단

계약상으로는 C사가 A사의 근로자들 중 소정의 인원만을 공개채용절차를 거쳐 신규채용하기로 결정하였고, 이에 따라 A사에 대한 사직서를 제출하고, 재취업신청서를 통해 C사로 새로 입사하는 형식을 취하였다.

하지만,

- ① 실제로는 입사시험을 치르는 등 실질적인 입사절차는 거치지 않은 채 소정의 기한 내에 입사의사를 표시한 A사의 근로자 176명 전원을 채용하였던 점,
- ② C사가 A사 소속 근로자들만을 신규채용의 형태로 고용하였을 뿐 실제 공개채용의 형태로 A사 이외의 근로자를 신규채용하지는 않았던 점,
- ③ A사 소속 근로자들이 A사에서의 부서 및 직급을 C사에서 동일하게 부여받아 그 이전에 수행하던 업무를 그대로 수행하고 있는 점 등을 고려하면

A사 전장사업부문의 인적 조직 역시 그 동일성을 유지한 채 C사에게 승계되었다고 보아야 한다.

## (3) 종전 영업조직의 유지·기능 판단

C사는 A사로부터 승계한 물적·인적 조직을 그대로 유지하면서 이를 토대로 전장사업을 유지한 것으로 볼 수 있다. 즉 A사는 C사에게 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지한 채 이전한 것이므로 해당 계약은 영업양도계약이라고 보아야 한다.

## 2. C사의, B에 대한 고용승계거부에 정당한 이유가 있는지 여부

- i) B이 지정된 기일 내에 재취업신청서를 제출하지는 않았지만, 이는 B이 조합원으로 있던 甲노동조합이 개별적 취업신청 및 일방적인 사직 및 상여금 삭감에 반대하면서 전 조합원의 일괄 고용승계를 주장하다가 그 제출기한을 넘겼을 뿐이지 재취업의사가 없었기 때문은 아니라는 점
- ii) 해당 계약은 영업양도계약이므로 일괄 고용승계를 주장하는 것이 부당하다고 할 수 없다는 점,
- iii) 재취업 신청과 상여금 삭감 등을 연계시킨 것을 항의하는 뜻에서 재취업신청서를 제출하지 않은 것을 B의 귀책사유라고 볼 수도 없는 점,
- iv) 재취업신청서의 제출은 형식적인 절차에 불과한 것으로 보이는 점

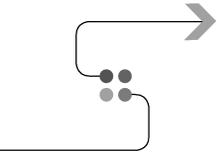
등을 종합하여 보면, B에 대한 고용승계를 거부한 것은 정당한 이유가 없다.

## 3. B의 사직서 제출을, A사에 대한 퇴직 및 C사에 대한 고용승계거부의 의사표시로 볼 수 있는지 여부

그런데 B이 제출한 사직서는 비록 형식적으로는 A사를 사직하는 내용으로 되어 있더라도 실질적으로는 C사에 대한 재취업 신청을 철회 또는 포기함과 아울러 A사를 사직하는 의사를 담고 있는 것이라고 보아야 한다.

그 이유로는,

- i) B이 1998. 4. 4. 재취업신청서를 제출하였으나 제출기한이 도과되었다는 이유로 반려되어 C사



로부터 채용승낙을 받지 못하고 있던 중 1998.4.6.에 다른 일자리의 구직의사, 및 귀향의사를 밝혔다는 점,

- ii) Z로부터 사직서를 제출받은 인사업무담당자가 A사에서 근무하다가 C사에 취업한 근로자라는 점,
  - iii) 퇴직하면서 A사로부터 2개월 급여에 해당하는 퇴직위로금을 추가로 지급받은 점
- 등을 들 수 있다.

사직서를 제출하고 얼마 지나지 않아 C사를 상대로 고용승계를 주장하면서 부당해고구제신청을 하였다고 해서 다르게 볼 수는 없을 것이다.

따라서 Z의 신청은 인용되지 않을 것이다.

#### IV 결론

A사와 C사의 계약은 영업양도계약이며, Z에 대한 고용승계거부에는 정당한 이유가 없다.

하지만, Z의 사직서 제출을 A사에 대한 퇴직 및 C사에 대한 고용승계거부의 의사표시로 볼 수 있으므로 Z의 신청은 인용되지 않을 것이다.

A법인은 1998.4.6.부터 B병원을 운영하고 있다.

그런데, B병원의 경영난이 가중되어 이사회 결의 및 주무부처의 허가를 거쳐 B병원의 자산 및 부채 일체를 C법인에 양도하기로 의결하였는데, C법인은 2008.4.11. 설립이 허가되었고, 2008.4.18. 설립등기가 마무리되었다.

A법인은 이 과정에서 B병원의 분리방안에 관한 구체적인 진행 경과나 영업양도의 방식, 내용 등에 관하여 B병원의 근로자들에게 고지하거나 동의를 구하지는 않았으며, 2008. 4. 18. C법인의 설립등기가 마쳐진 후에도 A법인은 B병원의 근로자들에 대하여 영업양도 사실을 고지하지 않았고, 2008. 6. 이전까지는 여전히 B병원이 A법인 소속으로 있을 때 사용하던 급여명세서, 처방전, 진료비계산서, 신분증 등을 사용하다가 2008. 6.경 이후에야 비로소 C법인의 명칭이 기재된 급여명세서, 처방전 등을 사용하고 새로운 신분증을 발급하였다.

그런데, A법인의 회계상 퇴직급여충당부채 약 117억 원이 C법인으로 이전되면 C 법인이 인수하는 순재산이 미미하거나 부채가 오히려 자산을 초과할 정도이어서 B병원의 근로자들이 C법인으로 근로관계가 승계되는 경우 C법인으로부터 퇴직금을 정상적으로 수령하지 못하게 될 가능성도 있었다.

C법인 소속 근로자들 중 甲 등 70여명(이하 甲)이 2008. 6. 1.경 퇴직절차를 밟는 과정에서 이들에 대한 퇴직금을 A법인과 C법인 중 누가 지급하여야 하는지에 관한 논란이 불거졌고, C법인은 A법인으로부터 퇴직급여충당부채를 인수받지 않았다는 이유로 퇴직금을 지급하지 않았다.

이에 甲은 2008. 8. 14.경 A법인에 대하여 'A법인에서 C법인으로 근로관계가 변경되었으므로, 2008. 4. 11. 기준으로 B병원 소속 근로자들에 대한 퇴직금을 정산해 달라'는 취지의 내용증명을 발송하고, 2008. 8. 19. 퇴직금의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

이에 대하여 A법인은 이미 B병원을 C법인에게 양도하였으므로 갑의 근로관계 역시 C법인에게 승계되었으며, 그 과정에서 甲이 근로관계승계에 반대하는 의사를 표시하지 않았으므로 퇴직금의 지급의무가 없다고 주장하고 있다.

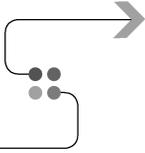
[문] A법인의 주장이 타당한지 논하시오. 단, B병원이 A법인에서 C법인에 영업양도된 것은 전제하시오. (대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다45217 판결)

#### 세부목차

- |  |   |
|--|---|
| <p>I. 문제의 소재</p> <p>II. 영업양도시 근로관계의 승계 및 근로자의 승계거부권</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 영업양도와 근로관계의 승계</li> <li>2. 영업양도시 근로자의 승계거부권</li> </ol> | <p>III. 사안의 적용</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 원칙적으로 C법인이 甲의 근로관계를 승계하는지 여부</li> <li>2. 甲이 근로관계승계에 대한 거부권을 행사한 것인지 여부</li> </ol> <p>IV 결론</p> |
|--|---|

### I 문제의 소재

해당 사안은 B병원에 대한 영업양도사실을 전제하고 있으므로 그 부분은 논하지 아니한다. 그러므로 A법인의 주장이 타당한지 논하기 위해서는



- i) 영업이 양도되는 경우 근로관계가 승계되는 것인지 여부
- ii) 자신의 근로관계가 승계되는 것을 원하지 않은 근로자 甲이 이를 거부할 수 있는지 여부
- iii) 만약 근로관계의 승계를 거부할 수 있다면, 승계거부의 의사표시의 기한 및 대상 등을 살펴보아야 한다.

이하에서는 이러한 쟁점을 중심으로 A법인의 주장이 타당한지 논하기로 한다.

## II 영업양도시 근로관계의 승계 및 근로자의 승계거부권

### 1. 영업양도와 근로관계의 승계

우리나라는 영업양도시 근로관계의 승계에 관한 명시적인 입법이 없기 때문에 이에 대하여 학설과 판례의 설명을 필요로 하게 된다.<sup>69)</sup>

학설상으로는 자동승계설, 특약필요설, 원칙승계설 등이 있는데, 우리 판례는 원칙승계설의 입장을 취하고 있다.

#### (1) 원칙적 승계

판례에 따르면 영업이 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계된다고 한다.<sup>70)</sup>

#### (2) 승계배제의 특약

그런데, 영업양도 당사자 사이에 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없다 할 것이므로, 근로기준법 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하다 할 것이며, 영업양도 그 자체만을 사유로 삼아 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다는 것이 판례의 태도이다.<sup>71)</sup>

### 2. 영업양도시 근로자의 승계거부권

자신의 근로관계가 양도인으로부터 양수인에게 승계되는 것을 원하지 않는 경우, 근로자가 이를 거부할 수 있는 것인지가 문제된다.

#### (1) 승계거부권의 인정여부

승계거부권을 부정하면서 ‘영업양도시 포괄승계법리’를 일방적으로 적용하는 것은 해당 근로자의 직업선택의 자유, 특히 상대방선택의 자유를 침해할 수 있다 할 것이다.<sup>72)</sup>

판례 역시 “영업의 일부가 양도되었음에도 불구하고 근로관계의 승계를 거부하는 근로자의 근로관

69) 하경효 2판, 281p

70) 대법원 1994.6.28. 선고 93다33173 판결

71) 대법원 1994.6.28. 선고 93다33173 판결

72) 하경효 2판, 286p

계는 양수하는 기업에 승계되지 아니하고 여전히 양도기업과의 사이에 존속"한다고 판시하여<sup>73)</sup>, 근로자의 승계거부권을 인정하고 있다.

## (2) 승계거부의 유형

승계거부에는 세 가지 유형이 있다.

- i) 우선 근로자 반대의 의사를 표시함으로써 양수기업에 승계되는 대신 양도기업에 잔류"하는 유형이 있다.<sup>74)</sup> 다만, 이 경우에 양도기업은 영업일부의 양도 등으로 인한 경영상의 필요에 따라 감원이 불가피하게 되는 사정이 발생하여 경영상 이유에 의한 해고로서의 정당한 요건을 갖춘다면 그 절차에 따라 승계를 거부한 근로자를 해고할 수 있을 것이다.<sup>75)</sup>
- ii) 양도기업과 양수기업 모두에서 퇴직하는 유형도 있다.<sup>76)</sup> 근로자에게 사직의 자유가 인정되기 때문에 이러한 유형도 가능하다.<sup>77)</sup>
- iii) 근로자가 자의에 의하여 계속근로관계를 단절할 의사로 양도기업에서 퇴직하고 양수기업에 새로이 입사하는 유형도 존재한다. 이러한 유형은 근로관계를 단절시키려는 목적을 가지고 있다. 특히 장차 양수기업의 경영난으로 퇴직금을 제대로 지급받지 못하게 될 것이 우려되는 경우 근로자는 양도기업에서의 계속 근로기간에 대하여 퇴직금을 지급받기 위한 목적으로 이러한 유형을 선택할 수 있다.<sup>78)</sup>

## (3) 승계거부 의사표시

### 가. 승계거부 의사표시의 방법

영업양도에 의한 근로관계의 포괄승계에 대해서는 근로자가 반대의 의사를 표시할 수 있다.

### 나. 승계거부 의사표시의 기한 및 대상

판례에 따르면 "근로관계 승계에 반대하는 의사는 근로자가 영업양도가 이루어진 사실을 안 날로부터 상당한 기간 내에 양도기업 또는 양수기업에게 표시하여야" 한다.<sup>79)</sup>

그리고 상당한 기간 내에 표시하였는지 여부는

- i) 양도기업 또는 양수기업이 근로자에게 영업양도 사실, 양도이유, 양도가 근로자에게 미치는 법적·경제적·사회적 영향, 근로자와 관련하여 예상되는 조치 등을 고지하였는지 여부,
- ii) 그와 같은 고지가 없었다면 근로자가 그러한 정보를 알았거나 알 수 있었던 시점,
- iii) 통상적인 근로자라면 그와 같은 정보를 바탕으로 근로관계 승계에 대한 자신의 의사를 결정하는데 필요한 시간 등 제반사정을 고려하여 판단하여야 한다."<sup>80)</sup>

73) 대법원 2007.9.7. 선고 2005두16901 판결 등 참조

74) 대법원 2002.3.29. 선고 2000두8355판결

75) 대법원 2000.10.13. 선고 98다11437 판결 참조

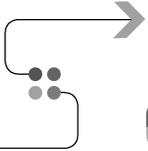
76) 대법원 2002.3.29. 선고 2000두8355판결

77) 조용만·김홍영 5판, 405p

78) 조용만·김홍영 5판, 405p

79) 대법원 2012.5.10. 선고 2011다45217 판결

80) 대법원 2012.5.10. 선고 2011다45217 판결



### III 사안의 적용

#### 1. 원칙적으로 C법인이 甲의 근로관계를 승계하는지 여부

해당 사안은 영업양도사실을 전제하고 있으므로 원칙적으로 A법인의 근로자인 甲은 C법인에 근로관계가 승계된다.

따라서 근로자 甲이 근로관계 승계에 대한 거부권을 행사한 것인지가 특히 문제된다.

#### 2. 甲이 근로관계 승계에 대한 거부권을 행사한 것인지 여부

근로자 甲이 상당한 기간내에 근로관계 승계에 반대하는 의사를 표시하였는지를 살펴보기로 한다.

- i) 우선 A법인과 C법인 모두 근로자에게 영업양도 사실이나 양도이유를 영업양도 시점에서 고지하지 아니하였고, 퇴직급여부채와 관련된 문제가 있다는 것도 고지하지 아니하였다.
- ii) 2008.4월 이후에도 A법인 소속으로 있을 때의 급여명세서, 처방전, 신분증 등을 사용하였으므로 甲은 영업양도 사실을 그 시점에는 알지 못했다고 볼 수 있다. 甲은 C법인 명칭의 명세서, 처방전, 신분증 등을 사용한 2008.6.경에야 비로소 영업양도의 사실을 알 수 있었던 것으로 볼 수 있다.
- iii) 그런데, 甲은 영업양도 사실을 알았던 2008.6.에서 2개월이 경과한 2008.8.19.에 퇴직금을 지급해 달라는 소송을 A법인을 상대로 제기하였는데, 이러한 기간은 퇴직급여와 관련하여 의사를 결정하는데 필요한 시간이라고 볼 수 있다.

따라서 甲은 A법인에서 C법인으로 고용이 승계되는 것에 대하여 상당한 기간 내에 거부의사를 표시한 것으로 볼 수 있다.

따라서 甲의 고용은 C법인에 승계되지 아니하였고, A법인과 甲의 근로관계는 종료되었으므로 A법인은 甲에게 퇴직금을 지급할 의무가 있다. 그러므로 A법인의 주장은 타당하지 않다.

### IV 결론

甲은 상당한 기간내에 영업양도에 따른 근로관계 승계에 반대하는 의사를 표시하였으므로 C법인으로 근로관계가 승계되지 아니하였다. 따라서 A법인은 甲에게 퇴직금을 지급하여야 하므로 A법인의 주장은 타당하지 않다.

A사는 정보통신사업 등을 영위하는 회사인데, 2011. 10. A사의 플랫폼(Platform) 사업 부문이 분할되어 B사가 설립되었다. A사는 B사의 주식 98.1%를 보유하고 있다.  
 B사는 전자상거래업과 뉴미디어 콘텐츠 제공을 주된 영업으로 하고 있는 회사로서 2016. 12. 31. 기준 1조 9,300억 원이 넘는 자산과 독립적인 운영조직을 갖춘 회사이다.  
 그런데, A사는 B사의 플랫폼 관련 전문성과 A사의 마케팅 경쟁력을 결합한 신규 사업인 T사업을 진행하였는데, 그 과정에서 B사로부터 甲등 다수의 근로자를 전출받았다.  
 전출과 관련해서 A사는 아래와 같은 비용정산 계약을 체결하였다.

<비용정산 계약(A사와 B사)>

B사는 전출 근로자를 고용할 사업주로서 전출 근로자와 근로관계가 있음을 보증하고 임금 지급 등 근로관계법령상의 사용자책임을 부담한다.  
 A사는 B사가 전출 근로자와의 근로관계를 유지하기 위해 소요되는 인건비를 6개월마다 정산하여 B사에 지급한다.

이러한 비용정산계약에 따라 B사는 甲을 비롯한 전출 근로자들에게 임금을 지급하였고 A사는 B사에게 전출 근로자의 임금 상당액을 지급하였다.  
 甲은 2015. 3. B사에 에스케이플래닛에 입사한 직후 T사업조직으로 전출되어 관련 업무를 수행하였다. 2017.7. T사업이 종료되자 甲은 B사로 복귀하여 플랫폼 사업 업무를 담당하였다.

그런데, 甲은 자신과 A사 사이의 관계는 근로자 파견관계에 해당하고, B사가 근로자파견업 허가를 받지 아니하였으므로, A사는 파견근로자 보호등에 관한 법률에 따라 甲을 파견받은 때부터 직접고용의무를 직접고용의무를 부담한다고 주장하고 있다.

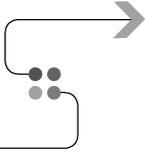
[문] 甲의 주장이 타당한지 논하시오. • 대법원 2022. 7. 14. 선고 2019다299393 판결

**세부목차**

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

**I 문제의 소재**

전출은 외부 인력이 사업조직에 투입된다는 점에서 파견법상 근로자파견과 외형상 유사하다. 그런데, 파견근로자 보호 등에 관한 법률 (이하 파견법) 제6조의2 제1항에 따르면 사용주업주에게



직접고용의무를 부과하고 있는데, 전출에 따른 원소속기업인 B사를 파견법상 파견사업주, 전출 후 기업인 A사를 파견법상 사용자업주의 관계로 파악하여 A사에 대하여 직접고용의무규정을 적용할 수 있는지, 그렇다면 그 판단기준이 무엇인지가 문제된다.

## II 전출과 파견법상 직접고용의무규정의 적용

### 1. 전출과 근로자 파견의 의의

#### (1) 전출의 의의

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

#### (2) 근로자파견의 의의

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

### 2. 전출과 파견법상 직접고용의무규정의 적용<sup>81)</sup>

#### (1) 파견법상 직접고용의무규정의 의의 및 효과

사용사업주는 ① 상시파견업무에 해당하지 아니하는 업무에서 파견근로자를 사용하는 경우(2년 초과 불요) ② 파견절대금지업무에 파견근로자를 사용하는 경우(2년 초과 불요) ③ 상시파견대상업무에서 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우(2년 초과시) ④ 임시파견사유에서의 파견기간을 위반하여 파견근로자를 사용하는 경우(임시파견기간 위반시) ⑤ 파견사업허가를 받지 않은 파견사업주로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 경우(2년 초과 불요), 해당 파견근로자를 직접고용해야 할 의무가 있다.(6조의2) 그리고 사용자업주가 직접고용의무를 위반하는 경우 3천만원 이하의 과태료가 부과된다.(46조2항)

이러한 파견법상의 직접고용의무 규정은 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하면서 파견근로자의 고용안정을 도모할 목적에서 사용자업주와 파견근로자 사이에 발생하는 법률관계와 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것이라는 것이 판례의 태도이다.<sup>82)</sup>

직접고용의무가 개시된 시점부터 사용자업주는 파견근로자를 직접고용해야 할 법정의무를 부담하

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

82) 대법원 2015.11.26. 선고 2013다14965 판결

는데, 판례에 따르면 “과건근로자는 사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용사업주를 상대로 고용 의사표시에 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고<sup>83)</sup>, 그 판결이 확정되면 사용사업주와 과건근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다”고 판시하여<sup>84)</sup> 판결이 확정된 후에는 직접근로관계 성립이 판결에 의해 인정된다고 한다.<sup>85)</sup>

(2) 과건법상 직접고용의무규정의 적용범위 및 판단기준

판례에 따르면 과건법 제6조의2 제1항에 따른 직접고용의무는 근로자과건사업을 하는 과건사업주, 즉 근로자과건을 업으로 하는 자가 주체가 되어 행하는 근로자과건의 경우에 적용된다”고 한다.

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

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

여러 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 판단하여야 한다고 한다.

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

(3) 계열회사간 진출에 따른 근로관계와 근로자과건관계

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

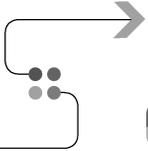
그러므로 “진출에 따른 근로관계에 대하여 외형상 유사성만을 이유로 원소속기업을 과건법상 과건사업주, 진출 후 기업을 과건법상 사용사업주의 관계로 파악하는 것은 상당하지 않고, 여러 사정을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 한다”는 것이 판례의 태도이다.

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

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

84) 대법원 2015.11.26. 선고 2013다14965 판결

85) 박종희, 위의 글, 63p 참조



### III 사안의 적용

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

#### 1. B사의 전출행위가 근로자파견행위로서의 반복·계속성과 영업성이 있는지 여부

B사는 전출 근로자에게 임금을 지급한 후 비용정산 계약에 따라 A사로부터 임금 상당액 등을 지급 받았을 뿐, 근로자 전출과 관련한 별도의 대가나 수수료 혹은 이와 동일시할 수 있는 경제적 이익을 취득하였다고 보기 어렵고, T사업을 위한 전출 등이 이후에도 반복·계속되었다고 볼만한 사정이 보이지 아니한다. 따라서 근로자파견행위로서의 반복·계속성과 영업성을 인정하기 어렵다.

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

B사는 근로자파견을 주된 업으로하고 있는 것이 아니라 전자상거래업과 뉴미디어 콘텐츠 제공을 주된 영업으로 하고 있는 회사이며, 해당 사업을 하기 위해 1조 9,300억원이 넘는 자산과 독립적인 운영조직을 갖춘 회사임을 알 수 있다.

또한 甲과 근로계약을 체결한 이유도 B사의 사업인 뉴미디어 콘텐츠 제공을 위한 것임을 알 수 다. 甲 등 전출 근로자들은 원칙적으로 원 소속부서로의 복귀가 예정되어 있었고, 실제 사업 종료 후 甲은 B사로 복귀하여 근무한 점 등에 비추어 근로자에 대한 근로계약 체결의 목적이 근로자파견을 위한 것이라고 보이지 않는다.

따라서 B사는 근로자파견을 주된 사업목적으로 하고 있지 아니하며, 甲과도 그러한 사업의 수행을 위해서 근로계약을 체결한 것이며, 근로자 파견을 목적으로 근로계약을 체결한 것도 아니다.

#### 3. B사의 근로자에 대한 전출의 목적과 규모, 횟수, 기간 태양

B사는 자신들의 플랫폼관련 전문성과 A사의 마케팅 경쟁력을 결합해서 신규사업을 진행하고자 하는 사업상 필요와 전문 인력을 활용하기 위해서 근로자의 전출을 하고 있는 것으로 보인다.

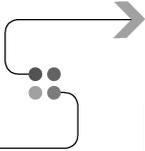
甲은 전출 이후에도 B사에서 수행했던 전문적 업무를 수행한 것으로 판단되며, 실제로 1회에 걸쳐 전출을 한 것으로 볼 수 있고, B사에 복귀후에는 다시 동일한 업무를 수행한 것을 알 수 있다. 따라서 甲이 파견법상 직접고용의무의 취지인 근로자파견의 상용화·장기화 내지 고용불안 등의 상황에 처해 있다고 보기는 어렵다.

따라서 이 모든 사항을 종합적으로 검토한 결과, B사를 근로자파견을 업으로 하는 자라고 보기 어렵다. 따라서 B사의 직접고용의무를 인정할 수 없다.

그러므로 甲의 주장은 타당하지 않다.

#### IV 결론

B사를 근로자파견을 업으로 하는 자라고 보기는 어려우므로 B사의 직접고용의무를 인정할 수 없다.  
따라서 甲의 주장은 타당하지 않다.



[참조 : 심화문제 (2022년판 246쪽에 추가)]

근로자 甲은 A사의 과정으로 근무하고 있다. 甲은 내부 전자통신망에 시간외근로계획 문서를 기안한 직원에 대해서 명예훼손의 내용 및 모욕적인 표현이 담겨있는 글을 올렸다. 이러한 甲의 행위가 징계사유에 해당한다는 이유로 징계의결권자는 징계위원회에 경징계를 요구하였다.

변명과 소명자료를 준비할 만한 충분한 시간적 여유를 두고서 징계위원회 개최시기를 甲에게 통보하였으며, 징계위원회는 2009.9.30.에 열렸다.

그런데, 甲은 징계위원회에 음주상태로 참석하였다. 징계위원회는 음주상태로 출석하게 된 경위를 설명할 것을 요구하였는데, 징계위원회는 음주가 '품위손상'으로 징계사유가 될 수 있다는 점은 고지하지 않았다. 그리고 甲은 친척의 장례문제 때문에 음주를 했다고 진술하였다.

그러자 징계위원회는 징계의결을 요구한 행위 이외에 해당 음주에 대하여 '품위손상'이라는 징계사유를 추가하여 甲을 징계해고하기로 의결하였다. 이에 대하여 甲은 음주상태로 징계위원회에 참석한 것을 징계사유로 추가하는 것은 징계절차를 위반한 것이므로 무효라고 주장하고 있다. 하지만 A사는 甲의 음주는 징계양정자료의 하나로 참작된 것일 뿐이라고 주장하고 있다.

A사의 취업규칙 제10조는 “근로자에게 일정한 징계사유가 있을 때 징계의결 요구권자가 먼저 징계사유를 들어 징계위원회에 징계의결 요구를 하고 그 징계의결 결과에 따라 징계처분을 하되 징계위원회는 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하고 이익되는 사실을 증명할 수 있도록 하며 징계의결을 하는 경우에는 징계의 원인이 된 사실 등을 명시한 징계의결서에 의하도록” 규정하고 있다.

또한 A사의 취업규칙 제11조는 “징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여한다”고 규정하고 있다.

[문] 징계절차를 위반하여 무효라는 甲의 주장이 정당한 것인지를 논하시오.(대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다100919 판결 / 로스쿨노동법해설 심화학습)

I. 문제의 소재

징계절차를 위반하여 이루어진 징계해고는 효력이 없으므로, 해당 사안은 징계절차가 정당한지가 쟁점이다.

i) 우선 해당사안은 甲이 음주상태로 징계위원회에 출석한 것을 징계사유로 추가할 수 있는지가 문제된다. 즉 취업규칙에서 징계의결 요구권자가 먼저 징계사유를 들어 징계를 요구하고, 징계위원회가 그 요구에 따라 징계의결을 하도록 규정하고 있는 경우, 징계위원회가 징계의결이 요구된 징계사유에다가 다른 징계사유를 추가하여 징계할 수 있는지가 문제된다.

ii) 또한 해당 징계가 소명기회 부여 등 징계절차를 위반하여 이루어진 것인지도 문제된다. 즉 甲이 음주상태에 대한 경위를 설명한 것에 대하여 소명 기회를 부여한 것으로 볼 수 있는지도 문제된다.

이하에서는 이러한 두가지 쟁점을 중심으로 해당 징계가 징계절차를 위반하여 무효인지를 논하고자 한다.

II. 징계위원회에서의 소명기회 부여와 징계절차의 정당성

1. 징계절차규정의 취지 : 앞의 사례 참조

2. 징계절차규정을 위반한 징계의 효력 : 앞의 사례 참조

3. 징계위원회와 징계절차의 정당성

(1) 징계위원회의 의결권한의 범위 : 새로운 징계사유 추가 가능 여부

판례에 따르면, “취업규칙 등 징계규정에서, 근로자에게 일정한 징계사유가 있을 때 징계의결 요구권자가 먼저 징계사유를 들어 징계위원회에 징계의결 요구를 하고 징계의결 결과에 따라 징계처분을 하되 징계위원회는 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하고 이익되는 사실을 증명할 수 있도록 하며, 징계의결을 하는 경우에는 징계의 원인이 된 사실 등을 명시한 징계의결서에 의하도록 규정하고 있을 경우”에는

“ 징계위원회는 어디까지나 징계의결 요구권자에 의하여 징계의결이 요구된 징계사유를 심리대상으로 하여 그에 대하여만 심리·판단하여야 하고 징계의결이 요구된 징계사유를 근본적으로 수정하거나 징계의결 이후에 발생한 사정 등 그 밖의 징계사유를 추가하여 징계의결을 할 수는 없다”고 한다.<sup>86)</sup>

#### (2) 징계대상자에 대한 사전통지와 소명기회 부여

전술하였듯이 단체협약이나 취업규칙에서 징계대상 근로자에게 소명의 기회를 부여하는 절차를 두고 있다면, 그러한 절차를 위반하여 소명의 기회없이 행한 징계는 무효가 된다.

판례에 따르면, 징계절차상 징계사실의 통보시기에 대해 대하여 명문의 규정이 있는 경우에는 그에 따라야 하며, 특별한 규정이 없더라도 통보는 징계사유에 대한 변명과 소명자료를 준비하기 위한 상당한 기간을 두고 하여야 한다.<sup>87)</sup> “변명과 소명자료를 준비할 만한 시간적 여유를 주지 않고 촉박하게 이루어진 통보는 실질적으로 변명과 소명자료제출의 기회를 박탈하는 것과 다를 바 없어 징계규정이 규정한 사전통보의 취지를 몰각한 것으로서 부적법하다”는 것이 판례의 태도이다.<sup>88)</sup>

그런데 한편, 사용자가 피징계근로자에게 징계절차를 위반하여 사전통지를 하지 않거나 소명자료를 준비할 기간을 시간을 주지 않고 촉박하게 징계위원회 출석을 요구한 경우에도 근로자가 징계위원회에 출석하여 통지절차에 대한 이의를 제기하지 아니하고 충분히 소명을 한 경우에는 징계절차상의 하자가 치유되었다고 보는 것이 판례의 태도이다.<sup>89)</sup>

### III. 사안의 적용

#### 1. 甲의 음주를 새로운 징계사유로 추가한 것인지 여부

A사는 甲의 음주를 징계양정자료의 하나로 참작한 것이라고 주장하고 있다.

하지만, 징계의결 요구권자는 징계위원회에 甲의 명예훼손 및 모욕적인 표현에 대하여만 징계사유로 삼아 징계를 요구하였다. 그러므로 A사의 징계위원회는 징계의결 요구권자로부터 징계의결 요구된 징계사유를 심리대상으로 하여 그에 대하여만 심리·판단하여야 하고, 그 밖의 징계사유를 추가하여 징계의결할 수 없는데도 징계의결이 요구되지 않은, 음주로 인한 품위손상을 새로운 징계사유로 추가하여 징계의결하였다.

따라서 甲의 음주를 새로운 징계사유로 추가한 것으로 볼 수 있다. 그렇다면 이 행위에 대하여도 소명의 기회를 부여하여야 할 것이다.

#### 2. 甲에게 음주로 인한 품위손상에 대하여 소명의 기회를 부여한 것인지 여부

A사의 취업규칙 제11조에서는 징계대상자가 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 규정하고 있다.

하지만, 징계위원회는 A에게 음주로 인한 ‘품위손상’이 징계사유로 된다는 점을 징계위원회 개최 중이라도 전혀 고지하지 않았다. 그러므로 A가 음주상태로 징계위원회에 출석하게 된 경위에 대하여 답변하였다고 하여 이로써 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여받았다고 할 수 없다. 즉 甲이 이에 대하여 충분히 소명을 한 경우라고 볼 수 없다.

그러므로 甲에 대한 징계해고 처분은 절차의 정당성을 상실하여 효력이 없다. 甲의 주장은 타당하다.

### IV. 결론

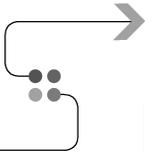
甲에 대한 징계해고처분은 전술한 바와 같이 i) 징계위원회의 의결권한의 범위 위반 ii) 징계대상자에 대한 사전통지 및 소명기회 부여 절차 등을 미 준수 등을 고려할 때 효력이 없다. 따라서 甲의 주장은 타당하다.

86) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다100919 판결

87) 대법원 2004.6.25. 선고 2003두15317 판결 등 참조

88) 대법원 1991.7.9. 선고 90다8077 판결

89) 대법원 1999.3.26. 선고 98두4672 판결 ; 대법원 1991.2.8. 선고 90다15884 판결 등



※ 징계의결요구권자가 근로자들의 6일 무단결근을 징계사유로 하여 징계의결을 요구하였는데, 징계위원회가 징계의결요구 이후 징계의결시까지 사이에 발생한 무단결근도 추가하여 파면의 징계의결을 한 경우에 대한 사례가 있다.

이에 대하여 판례는 무단 결근이라는 기초사실의 동일성에는 변화가 없고, 근로자들의 방어권행사에 지장이 있는 것도 아니라는 것을 이유로 징계심의중 계속 연장된 무단근무일수 역시 징계요구가 있는 징계사유로 볼 수 있다고 판단하였다. (대법원 1984.9.25. 선고 84누299 판결)

[비교판례 : 징계양정에서의 참작자료(징계의결 요구권자가 요구한 징계사유에 대해서만 징계의결을 하도록 규정되어 있지 않은 경우)]

근로자의 어떤 비위행위가 징계사유로 되어 있느냐 여부는 구체적인 자료들을 통하여 징계위원회 등에서 그것을 징계사유로 삼았는가 여부에 의하여 결정되어야 하는 것이지 반드시 징계결의서나 징계처분서에 기재된 취업규칙이나 징계규정 소정의 징계근거 사유만으로 징계사유가 한정되는 것은 아닐 뿐만 아니라, 징계처분에서 징계사유로 삼지 아니한 비위행위라고 하더라도 징계종류 선택의 자료로서 피징계자의 평소의 소행과 근무성적, 당해 징계처분 사유 전후에 저지른 비위행위 사실 등은 징계양정에 있어서의 참작자료로 삼을 수 있는 것이다. (대법원 2002. 5. 28. 선고 2001두10455 판결)

甲은 2003.9.8. A보험회사(이하 A사)에 입사하여 보상실무를 담당하였다.

그런데, 甲은 교통사고 및 합의금 수령과 관련한 보험사기와 연관되어 A사는 경찰서에 수사를 의뢰하였고, 2014.4.2. 甲에게 대기발령을 하였다. 계속 경찰조사가 지연되자 A사는 2014.7.3. 甲을 구상담당 보직으로 인사 발령하였다.

A사는 甲에게 해당 보험사기와 관련된 형사판결이 선고되면, A사에게 판결문을 제출할 것을 요구하였다. 그런데, 2016.4.29. 甲에게 형사판결이 유죄로 선고되었으며, 이후 甲은 항소하였고, 항소심 진행중에는 육아휴직을 신청하였다. 결국 형사판결은 2016.12.21. 항소심에서 항소기각, 2017.3.17. 대법원에서 상고기각 결정됨으로써 甲에 대한 유죄 판결이 확정되었다.

甲은 상급심에서 무죄를 입증할 것이고 판결문은 향후 상급심에서 판결이 확정되면 제출하겠다는 취지로 말하면서 판결문 제출요청에 응하지 아니하였다. 그러나 형사판결이 확정된 후에도 甲은 A사에게 판결문을 제출하거나 판결 확정 사실을 A사에게 알리지 않았다.

A사의 인사팀은 판결확정사실을 모르고 있다가 2017년 6월 말 무렵 다른 보험회사인 B사 직원들로부터 형사판결의 확정과 관련한 정보를 듣고 감사실에 사실관계 조사를 요청하였다. A사의 감사실은 2017.7.13. 부터 7.17.까지 甲에 대한 특별감사를 실시하고 7.18. 甲에 대하여 중징계를 요구하였다.

A사의 인사규정에는 아래의 내용이 있다.

<인사규정 제49조(징계의결)>

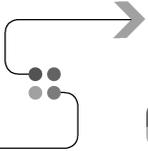
‘징계의결의 요구는 징계사유가 발생한 날부터 2년(금품 및 향응수수, 공금의 횡령 유용의 경우에는 3년)을 경과한 때에는 이를 행사하지 못한다. 다만, 수사기관이나 조사기관의 수사·조사로 인하거나 법원의 판결에 의하여 기간이 경과한 때에는 결정 또는 판결이 확정된 날부터 3개월 이내에는 그러하지 아니하다.’

甲은 대법원의 확정판결이 2017.3.17.에 있었고, 그 날로부터 3개월이 경과하였으므로 자신에 대한 해고가 부당해고라고 주장하고 있다.

[문] 甲의 주장이 타당한지 논하시오. (대법원 2022.3.11. 선고 2019두59103 판결)

세부목차

- |   |  |
|---|--|
| <p>I. 문제의 소개</p> <p>II. 징계시효와 징계절차의 정당성</p> <p>1. 징계절차규정의 취지</p> <p>2. 징계절차규정을 위반한 징계의 효력</p> <p>3. 징계시효와 징계절차의 정당성</p> | <p>III. 사안의 적용</p> <p>1. 징계시효의 기산점이 언제인지 여부</p> <p>2. 징계시효를 준수한 것인지 여부</p> <p>IV. 결론</p> |
|---|--|



## I 문제의 소재

甲은 자신에 대한 징계시효가 완성되었음을 이유로 자신에 해고가 부당해고라고 주장하고 있다. 그렇다면, 징계시효의 기산점이 언제인지가 특히 문제된다. 이하에서는 징계시효의 기간점을 중심으로 甲의 주장이 타당한지를 논하기로 한다.

## II 징계시효와 징계절차의 정당성

1. 징계절차규정의 취지 : 앞의 사례 참조

2. 징계절차규정을 위반한 징계의 효력 : 앞의 사례 참조

3. 징계시효와 징계절차의 정당성

(1) 징계시효제도의 의의 및 취지

취업규칙 등에서 징계사유가 발생하더라도 징계권자가 그에 따른 징계절차를 진행하지 않거나 못한 상태가 일정기간 계속되면, 그것의 적법 또는 타당성을 묻지 않고 그 상태를 존중하여 징계를 하지 못하게 함으로써 징계권 행사에 제한을 가하는 경우가 있는데, 이를 징계시효라고 한다.<sup>90)</sup>

판례에 따르면, 징계시효기간에 관한 규정은 근로자를 징계할 수 있었음에도 그 행사 여부를 확정하지 아니함으로써 근로자로 하여금 상당 기간 불안정한 지위에 있게 하는 것을 방지하고, 근로자로서도 이제는 사용자가 징계권을 행사하지 않으리라는 기대를 갖게 된 상태에서 새삼스럽게 징계권을 행사하는 것은 신의칙에도 반하는 것이 되므로 위 기간의 경과를 이유로 사용자의 징계권 행사에 제한을 가하려는 취지에서 둔 규정이라 할 수 있다.<sup>91)</sup>

(2) 징계시효를 위반한 징계의 정당성

판례에 따르면, 취업규칙 등에서 징계시효기간을 규정하고 있는 경우에 사용자가 징계시효가 완성된 후에 근로자의 행위를 이유로 징계하는 것은 신의칙에 위반된다.<sup>92)</sup> 다만 징계시효가 지난 비위 행위도 징계양정에 있어서 참작자료로 할 수는 있다.<sup>93)</sup>

(3) 징계시효의 기산점

가. 원칙 : 징계사유 발생시

판례는 징계시효의 기산점을 “원칙적으로 징계사유가 발생한 때”라고 판시하고 있다.<sup>94)</sup>

90) 헌법재판소 2012.6.27., 2011헌바226결정 참조(다만, 헌법재판소의 결정은 공무원의 징계시효제도에 대한 것이다. 하지만 징계시효제도의 기본적인 취지는 같다.)

91) 대법원 2008.7.10. 선고 2008두2484 판결 참조

92) 대법원 2008.7.10. 선고 2008두2484 판결 참조

93) 대법원 1995.9.5. 선고 94다52294 판결 참조

94) 대법원 2008.7.10. 선고 2008두2484 판결 참조

## 나. 예외

## ① 징계가 불가능한 사유가 있는 경우

징계시효의 기산점은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때이지만, 判例는 쟁의기간 중에 쟁의과정에서 발생한 징계사유를 들어 징계하는 경우 ‘쟁의기간 중의 징계금지’와 같은 단체협약상의 규정을 두어 징계가 불가능한 사유가 있는 경우에는 쟁의행위가 종료된 때로부터(즉, 그러한 사정이 없어진 때로부터) 위 기간이 기산된다”고 판시하고 있다.<sup>95)</sup>

## ② 징계사유가 나중에 밝혀지기 전까지 징계를 할 수 없었던 부득이한 사정이 있는 경우

판례에 따르면 “만일 근로자에게 징계사유가 있더라도 그 사유가 나중에 밝혀지기 전까지 징계를 할 수 없었던 부득이한 사정이 있다면, 사용자가 징계절차를 개시해도 충분할 정도로 징계사유에 대한 증거가 있다는 것을 알게 된 때부터 징계위원회의 개최시한이 기산된다”<sup>96)</sup>고 판시하고 있다.

## Ⅲ 사안의 적용

## 1. 징계시효의 기산점이 언제인지 여부

A사의 인사규정 제49조에 따르면 법원의 판결이 확정된 날부터 3개월 이내에는 징계를 의결할 수 있다.

그런데, 대법원의 확정판결이 2017.3.17.에 있었으므로 감사실이 징계를 요구한 7.18.은 대법원의 확정판결일로부터 3개월이 경과한 시점이라고 할 수 있다.

하지만, A사로서는 甲에 대한 형사판결이 확정된 사실을 알기 전까지 징계를 할 수 없었던 부득이한 사정이 있었고, A사는 2017.6. 말경에야 형사판결이 확정되었다는 사실을 알게 되었다. 따라서 2017.6.말경이 징계시효의 기산점이라고 할 수 있다.

## 2. 징계시효를 준수한 것인지 여부

A사가 2017.6. 말경부터 3개월 이내인 2017.7.18.에 甲에 대한 징계요구를 한 이상 인사규정에서 정한 징계시효를 준수하였다고 보아야 한다.

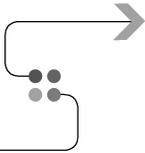
따라서 징계시효를 경과하였으므로 자신에 대한 해고가 부당해고라는 甲의 주장은 타당하지 않다.

## Ⅳ 결론

甲에 대한 징계사유가 나중에 밝혀지기 전까지 징계를 할 수 없었던 부득이한 사정이 있었으므로, 甲에 대한 A사의 징계는 징계시효를 위반한 것이 아니다. 따라서 甲의 주장은 타당하지 않다.

95) 대법원 2013.2.15. 선고 2010두20362 판결

96) 대법원 2017.3.15. 선고 2013두26750 판결



A회사는 가전제품을 제조·판매하는 주식회사이다. A회사의 취업규칙은 제23조(징계사유)와는 별개로 제22조(해고사유) 제5호에서 "근무성적 또는 능력이 현저하게 불량하여 직무를 수행할 수 없다고 인정되었을 때"를 해고사유로 정하고 있다. A회사는 2016년부터 매년 하반기에 사무직 직원들을 대상으로 5개 등급(S등급 100점, A등급 80점, B등급 60점, C등급 40점, D등급 20점)의 인사평가 제도를 시행하고 인사평가의 기준과 항목을 공개하고 있으며 인사평가 결과에 대한 이의제기 절차도 체계적으로 마련하여 사무직 직원들에게 안내하고 있다. A회사는 1차 평가자(팀장)의 평가내용을 토대로 2차 평가(부서장)와 최종평가(담당 임원)를 하여 평가등급을 산정하고, 특히 상대평가 방식의 불합리성을 보완하고자 부서장과 담당 임원이 피평가자의 자질 등을 고려해 최저 등급에 해당하는 C, D등급을 주지 않을 수 있도록 재량을 부여하고 있다.

A회사 생산관리부 과장으로 근무하던 甲은 2016년 C등급을 받았고, 2017년부터 2019년까지 매년 D등급 및 직무경고를 받았으며, 2016년부터 2019년까지 기간의 인사평가 결과 전체 사무직 과장급 이상 직원 2,000명 중 최하위를 기록했다. A회사는 2017년부터 2019년까지 3년간의 인사평가 결과를 기준으로 하위 2% 이내에 해당하는 甲을 포함한 과장급 이상 직원 40명을 대상으로 2020년 2월부터 같은 해 12월까지 직무역량 향상과 직무 재배치를 위한 교육을 실시하였다. 그 후 A회사는 2021년 1월경 甲을 생산품질 지원부서에 재배치하였다. 甲은 직무 재배치 후 실시된 2021년 인사평가에서도 업무역량 부족, 부서 공동 업무 관심 부족, 업무능력 습득 의지 부족 등으로 평가되어 D등급을 받았다. 인사 담당 임원 乙 甲과의 여러 차례 면담을 통해 甲의 그간 인사평가 결과가 취업규칙 제22조 제5호 해고사유에 해당할 수 있음을 상세히 설명하면서 6개월분 급여를 받는 조건으로 사직할 것을 甲에게 권고하였다. 그럼에도 불구하고 甲이 사직을 거부하자 A회사는 2022년 2월 4일 "귀하가 당사의 사직 권유를 거부함에 따라 귀하와의 근로계약관계를 2022년 3월 3일부로 종료함을 통지합니다"라는 내용이 기재된 계약종료통지서를 甲에게 교부하였고, 이에 따라 甲은 2022년 3월 3일 해고되었다. 다음 물음에 답하시오.

[문1] 甲은 A회사의 인사평가 제도가 불공정하고 자의적이며 자신에 대한 A회사의 해고처분이 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인 경우에 해당하지 않으므로 정당한 이유가 없는 해고로서 무효라고 주장한다. 이러한 주장의 타당성에 관하여 논하시오. (단, 해고절차 및 해고통지의 적법성 여부는 논하지 않는다)(30점)

• 노무사시험 2022년 기출문제

[문2] A회사는 甲이 乙과의 면담을 통해 해고사유와 근거 규정이 무엇인지 구체적으로 알고 있었으므로 甲에게 교부한 계약종료통지서에 의한 해고 통지가 근로기준법 제27조를 위반한 해고통지에 해당하지 않는다고 주장한다. 이러한 주장의 타당성에 관하여 논하시오. (20점)

• 노무사시험 2022년 기출문제

## 문 1에 대한 풀이

### 세부목차

- I. 문제의 소재
- II. 근무성적불량으로 인한 통상해고
  - 1. 해고의 구분
  - 2. 근로기준법상 해고의 정당한 이유
  - 3. 근무성적 불량에 따른 통상해고의 정당성
- III. 사안의 적용
  - 1. 평가가 공정하고 객관적인 기준에 따라 이루어졌는지 여부
  - 2. 甲에 대한 해고가 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지 여부
- IV. 결론

## I 문제의 소재

A회사는 甲을 취업규칙 제23조의 징계사유에 근거하여 해고한 것이 아니라, 근무성적과 근무능력의 현저한 불량으로(취업규칙 제22조 제5호) 근로계약상 근로제공의무를 수행할 수 없어서 통상해고를 한 것으로 볼 수 있다. 이렇게 근무성적이나 근무능력 불량으로 인해 통상해고를 하는 경우 그 통상해고의 정당성을 어떻게 판단해야 하는지가 문제된다.

## II 근무성적 불량으로 인한 통상해고

### 1. 해고의 구분

해고란 사용자의 일방적인 의사표시로 근로계약관계를 종료시키는 것을 의미한다.<sup>97)</sup>

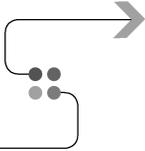
해고는 사용자측 사정에 따른 해고(경영상 해고)와 근로자측 사정에 따른 해고로 크게 나누어지고, 후자는 다시 i) 과거의 행위에 대한 제재목적으로 행해지는 징계처분의 일종인 징계해고와 ii) 징계와 무관하게 장래의 근로관계를 불가능하게 하는 채무불이행 등 그 밖의 사정을 이유로 하는 통상해고로 나누어진다.

즉 통상해고란 근로자의 일신상의 사유에 의한 해고로서 근로자에게 근로계약상의 노무제공의무를 이행하기 위해 필요한 정신적·육체적 또는 기타의 적격성을 침해하는 사정이 발생하여 정상적인 업무수행이 곤란한 경우 행해지는 해고를 의미하는데, 업무상 적성에 흠이 있거나 직무능력이 부족한 경우, 노무제공이 곤란한 질병이나 장애가 있는 경우 등이 이에 해당할 수 있을 것이다.

징계해고는 과거 기업질서위반 행위에 대한 제재의 목적으로 행해지는 것으로, 향후 개선 가능성에 초점을 둔 것이 아닌 반면, 통상해고는 직장질서위반이 아닌 쌍무계약상의 의무불이행을 기초로 하여 장차 근로관계의 존속을 객관적으로 기대하기 어려운 경우에 행해지는 것으로서 장래 계속 고용 가능성에 초점을 두고 있다고 할 수 있다.<sup>98)</sup> 하지만 일반적으로 징계해고나 경영상해고에 해당하지

97) 김유성 I, 268p ; 임종률 15판, 526p

98) 박종희, “통상해고 지침을 둘러싼 논쟁에 대한 소고 : 오해와 오류를 중심으로”, 『고려법학』 제80호(2016년 3월),



않으면서도 사용자에게 의한 일방적인 근로계약의 종료를 통상해고라고 부르는 경향이 있다.

## 2. 근로기준법상 해고의 정당한 이유

근로기준법 제23조 제1항은 해고의 일반적 제한규정으로서 사용자는 근로자를 정당한 이유없이 해고하지 못한다고 규정하고 있다.

즉 취업규칙이나 단체협약에서 해고의 사유들이 규정되어 있다 하더라도 해고가 유효하기 위해서는 그 사유가 근로기준법 제23조 제1항이 규정하는 정당한 이유에 해당하여야 한다.<sup>99)</sup>

그런데 근로자측의 사유에 의한 해고에 대해서는 무엇이 정당한 이유인가에 대해서 근로기준법은 그 내용과 범위를 구체적으로 규정하고 있지 않으므로, 결국 해고의 이유에 관한 실질적 정당성은 근로기준법 제23조 제1항을 기초로 법원이 판단할 수밖에 없을 것이다.<sup>100)</sup>

판례에 따르면 근로자측의 사유에 의한 해고에 대하여 판례는 일관하여 “정당한 이유”라 함은 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임있는 사유가 있는 경우”를 말하는 것”이라고 판시하고 있는데,<sup>101)</sup> 근무성적이나 근무능력의 현저한 불량으로 통상해고를 하는 경우, 그 해고의 정당성을 어떻게 판단할지에 대해 판례법리를 좀 더 구체적으로 살펴볼 필요가 있다.

## 3. 근무성적 불량에 따른 통상해고의 정당성

### (1) 평가의 공정성과 객관성

특히 판례에 따르면 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

판례에 따르면 근무성적이나 근무능력 불량으로 통상해고를 하기 위해서는

- i) 근로자의 근무성적이나 근무능력이 다른 근로자에 비하여 상대적으로 낮은 정도를 넘어 상당한 기간 동안 일반적으로 기대되는 최소한에도 미치지 못하고
- ii) 향후에도 개선될 가능성을 인정하기 어렵다는 등

사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다.

판례에 따르면, 이때 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는

- ① 근로자의 지위와 담당 업무의 내용,

고려대학교 법학연구원, 381p 참조

99) 김형배 25판, 678p

100) 김형배 25판, 678p

101) 대법원 1992.5.22. 선고 91누5884 판결

- ② 그에 따라 요구되는 성과나 전문성의 정도,
- ③ 근로자의 근무성적이나 근무능력이 부진한 정도와 기간,
- ④ 사용자가 교육과 전환배치 등 근무성적이나 근무능력 개선을 위한 기회를 부여하였는지 여부,
- ⑤ 개선의 기회가 부여된 이후 근로자의 근무성적이나 근무능력의 개선 여부,
- ⑥ 근로자의 태도,
- ⑦ 사업장의 여건 등

여러 사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다고 한다.

### (3) 판례의 평가

이러한 판례에 대하여는

- i) 대법원이 저성과자를 징계해고가 아니라 통상해고하는 것을 인정함으로써 고용유연성을 인정하였다는 견해와
- ii) 오히려 저성과자 통상해고에 대한 엄격한 판단기준을 제시하였다는 견해가 대립된다.

다만, 판례의 전체적인 내용으로 보면 저성과자에 대한 해고의 정당성을 넓게 인정하려는 취지의 판례는 아닌 것으로 보인다.

## III 사안의 적용

### 1. 평가가 공정하고 객관적인 기준에 따라 이루어졌는지 여부

- i) 인사평가의 기준이나 항목을 근로자들에게 공개하였다는 점,
- ii) 인사평가결과에 대해 이의제기를 할 수 있었다는 점,
- iii) 상대평가 방식을 채택하면서도 부서장과 담당임원이 최저 등급에 해당하는 C, D등급을 부여하지 않을 수 있는 재량을 부여했던 점,
- iv) 1차 평가(팀장), 2차 평가(부서장), 최종평가(담당임원)를 거쳐 평가가 이루어지므로, 인사평가권자 1명의 판단에 따라 인사평가 결과가 정해지는 것이 아니라 복수의 판단에 따라 인사평가 결과가 정해지는 점 등을 고려하면,

그 인사평가 결과가 甲의 주장과 같이 불공정하고 자의적이라고 단정하기 어렵다.

평가는 공정하고 객관적인 기준에 따라 이루어진 것으로 판단된다.

### 2. 甲에 대한 해고가 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지 여부

#### (1) 甲의 근무성적이나 근무능력이 상당한 기간동안 일반적으로 기대되는 최소한에도 미치지 못하는지 여부

甲은 생산관리부 과장이라는 업무와 지위를 가지고 있으므로, 그에 걸맞은 성과나 전문성이 요구된다고 할 수 있다.

하지만, 甲은

- i) 2016년 C등급을 받았고,

- ii) 2017년부터 2019년까지 매년 D등급 및 직무경고를 받았으며,
- iii) 2016년부터 2019년까지 기간의 인사평가 결과 전체 사무직 과장급 이상 직원 2,000명 중 최하위를 기록했다.

즉 甲의 근무성적이나 근무능력이 다른 근로자에 비해 상대적으로 낮은 정도가 아니라 상당한 기간 동안 일반적으로 기대되는 최소한에도 미치지 못했다고 평가할 수 있다.

(2) 甲의 근무성적이나 근무능력이 향후에도 개선될 가능성이 인정되기 어려운지 여부

우선 A회사는 甲에 대한 직무재배치 교육을 실시하는 등 甲의 근무성적이나 근무능력 개선을 위한 기회를 부여하였다고 볼 수 있다.

하지만, A사가 甲의 근무성적이나 근무능력의 개선기회를 부여하였음에도 직무 재배치 이후에 실시한 평가에서도 업무역량 부족, 부서 공동업무 관심 부족, 업무능력 습득 의지 부족 등으로 D등급을 받았다.

이를 볼 때, 甲의 근무성적이나 능력이 향후에도 개선되리라 기대하기는 어렵다고 할 수 있다.

이러한 점들을 종합하여 고려할 때, 甲에 대한 통상해고는 근로기준법 제23조 제1항의 정당한 이유가 있다고 볼 수 있다.

**IV** 결론

A사는 甲을 근무성적과 근무능력불량으로 통상해고하였는데, 甲에 대한 평가는 공정하고 객관적인 기준에 따라 이루어졌으며, 甲에 대한 해고는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도라고 볼 수 있다. 따라서 甲의 주장은 타당하지 않다.

문 2에 대한 풀이

|                 |                     |
|-----------------|---------------------|
| 세부목차            |                     |
| I. 문제의 소재       | III. 사안의 적용         |
| II. 해고의 서면통지    | 1. 서면의 형식을 갖추었는지 여부 |
| 1. 해고의 서면통지의 의미 | 2. 해고사유가 기재된 것인지 여부 |
| 2. 해고의 서면통지의 방법 | IV. 결론              |

**I** 문제의 소재

A회사는 甲의 사직권유 거부를 사유로 내세우면서 2022년 3월 3일부로 계약을 종료한다고 이를 서면으로 통지하고 있다.

이러한 해고 통지가 근로기준법 제27조를 위반한 통지인지에 대하여는 우선 근로기준법 제27조의 의의와 취지를 이해하여야 한다.

- i) 해당 사안에서는 해고통지서가 아니라 “근로계약종료통지서”를 발송했는데, 근로기준법 제27조에 규정되어 있는 서면의 형식이 어떠해야 하는지가 문제된다.
- ii) 또한 사실상 甲은 근무성적의 현저한 불량으로 통상해고를 당했는데, 甲이 그러한 사유와 규정을 알고 있었다는 이유만으로 그러한 사유를 전혀 기재하지 않은 경우에도 해고의 서면통지를 한 것으로 인정할 수 있는지 여부, 등이 문제된다.

이하에서는 이러한 쟁점을 중심으로 A회사의 주장의 타당성을 논하기로 한다.

## II 해고의 서면통지

### 1. 해고의 서면통지의 의의

사용자는 근로자를 해고하려면 해고 사유와 해고 시기를 서면으로 통지해야 한다(27조1항). 그리고 사용자가 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하지 않으면 해고의 효력이 발생하지 않는다(27조2항).

판례에 따르면, 그 취지는 “해고사유 등의 서면통지를 통해 사용자로 하여금 근로자를 해고하는데 신중을 기하게 함과 아울러, 해고의 존부 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지”라 할 것이다.<sup>102)</sup>

### 2. 해고의 서면통지의 방법

#### (1) 서면의 의미 및 형식

판례에 따르면 해고의 서면통지를 할 때의 “서면”이란 일정한 내용을 적은 문서를 의미하고 이메일 등 전자문서와는 구별된다고 한다.<sup>103)</sup>

그리고 판례에 따르면 우리 근기법이 “서면의 형식을 별도로 정하고 있지 아니하”므로, 그 명칭이 해고통지서가 아니고 징계결과통보서라고 하더라도 해고의 서면통지로 인정될 수 있다고 한다.<sup>104)</sup>

#### (2) 서면의 기재내용

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

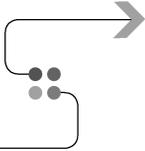
#### 가. 해고사유의 기재 방법

그런데 판례에 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.<sup>105)</sup>

102) 대법원 2011.10.27. 선고 2011다42324 판결

103) 대법원 2015.9.10. 선고 2015두41401 판결 (이메일 통지도 해고의 서면통지로 인정할 수 있다는 취지의 판례도 있지만, 해당 사안과는 무관한 사례이므로 생략한다)

104) 대법원 2015.9.10. 선고 2015두41401 판결



나. 해고사유를 구체적으로 알고 있고 충분히 대응할 수 있는 상황에서의 해고사유의 기재방법

① 해고사유의 축약기재 가능 여부

판례는 “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 없다”고 판시하고 있기도 하다.<sup>105)</sup>

② 해고사유의 전면 미기재 가능 여부

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 판례의 태도이다.<sup>107)</sup>

### III 사안의 적용

1. 서면의 형식을 갖추었는지 여부

A사가 비록 계약종료통지서라는 형식을 취하고는 있지만, 판례에 따르면 근로기준법이 서면의 형식을 별도로 정하고 있지 아니하므로 그러한 서면의 형식도 인정될 수 있을 것이다.

2. 해고사유가 기재된 것인지 여부

이미 A회사는 甲과 여러차례 면담을 하였으므로 甲은 해고사유가 무엇인지 알고 있고, 이에 대해 충분히 대응할 수 있는 상황이었다고 할 수 있다.

하지만, 그럼에도 불구하고 A회사는 근무성적 불량을 사유로 한 해고라는 점을 전혀 기재하지 않았다고 할 수 있으므로, 이러한 통지는 근로기준법 제27조를 위반한 해고통지로 보아야 한다.

### IV 결론

A회사는 서면의 형식을 갖추어서 통보하였으나, 해고사유를 전혀 기재하지 않았으므로, 이러한 해고통지는 근로기준법 제27조를 위반한 해고통지에 해당한다. 따라서 A회사의 주장은 타당하지 않다.

105) 대법원 2011.10.27. 선고 2011다42324 판결

106) 대법원 2014.12.24. 선고 2012다81609 판결(판례는 징계해고의 경우에도 “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”라고 판시하고 있다 : 대법원 2022.1.14. 선고 2021두50642 판결)

107) 대법원 2021.2.25. 선고 2017다226605 판결

A사는 상시 7명의 근로자를 사용하여 전세버스 운송사업을 하는 회사이다.  
 근로자 甲은 2020.1.9. A사에 입사하여 전세통근버스 운행을 담당하였다.  
 근로자 甲은 2020. 1. 30.과 2020. 2. 10 통근버스를 운행하도록 되어 있었으나 무단 결행하였다.  
 A사의 관리팀장 乙은 2020.2.10.에 甲에게 버스 키를 반납하라는 문자메시지를 보냈으나, 甲은 “왜요?”라는 문자메시지를 보냈다. 乙은 2020. 2. 11. 관리상무를 대동하여 甲을 직접 찾아가서 무단결근을 지적하면서 버스 키를 회수하였다.  
 이 과정에서 乙은 甲과 말다툼을 하였는데, 甲에게 ‘사표를 쓰라.’는 말을 수차례 반복하였다. 이에 대하여 甲은 ‘해고하는 것이냐?’고 물어보았는데, 乙은 ‘응.’이라고 답하면서 ‘사표 쓰고 가라.’는 말을 여러차례 반복하였다. 甲은 다음 날부터 출근하지 않았다.  
 그런데, 甲은 2020. 2. 11. 자료 해고되었다고 주장하며 2020. 5. 1. 부당해고 구제신청을 하였다.  
 甲이 출근하지 않는 것을 문제 삼지 않았던 A사는 2020. 5. 18.에 이르러서야 비로소 甲에게 해고한 사실이 없으니 복귀하여 근무하고자 한다면 즉시 근무할 수 있다는 취지로 ‘무단결근에 따른 정상근무 독촉 통보’를 하였다.  
 甲은 2020. 5. 28. A사에게 ‘2020. 2. 11. 자 해고가 부당해고임을 인정하고 이에 대해 사과하며, 복직통보가 진정성 있는 내용임을 증명하기 위해 甲의 복직 전에 부당해고 기간 동안의 임금 상당액을 먼저 지급하면 복직하겠다.’는 취지의 내용증명을 발송하였다.  
 하지만, A사는 2020. 6. 1. 甲에게 ‘해고한 적이 없으니 甲이 원하면 언제든지 출근하여 근무할 수 있으므로 속히 출근하여 근무하기 바란다.’는 취지의 통지를 하였다.  
 관할 지방노동위원회는 해고가 존재하지 않는다는 이유로 甲의 구제신청을 기각하였고, 중앙노동위원회도 해고가 존재하지 않는다는 이유로 甲의 재심신청을 기각하는 재심판정을 하였다.

[문] A사가 甲을 해고한 것인지에 대하여 논하시오.

• 대법원 2023. 2. 2. 선고 2022두57695 판결

#### 세부목차

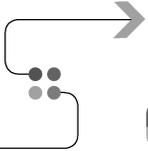
- |                     |             |
|---------------------|-------------|
| I. 문제의 소재           | III. 사안의 적용 |
| II. 목시적 의사표시에 의한 해고 | IV. 결론      |
| 1. 해고의 의미           |             |
| 2. 목시적 의사표시에 의한 해고  |             |

### I 문제의 소재

해고가 아니라면 해고가 정당한지 여부는 따져볼 필요가 없는데, 해당 사안은 해고의 존부여부를 다루고 있다.

근로자 甲은 사직서를 제출하지 않았고, 사용자라고 할 수 있는 乙은 ‘사표 쓰고 가라.’는 말을 반복하였을 뿐 명시적으로 해고의 의사표시를 하지 않았다. 또한 A사는 甲에게 ‘무단결근에 따른 정상근무 독촉 통보’를 하기도 하는 등 명시적인 해고의 의사표시는 보이지 아니한다.

따라서 해당 사안에서는 목시적 의사표시에 의한 해고로 인정할 수 있는지가 문제된다.



## II 목시적 의사표시에 의한 해고

### 1. 해고의 의의

해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 절차에 관계없이 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다.<sup>108)</sup>

### 2. 목시적 의사표시에 의한 해고

#### (1) 목시적 의사표시에 의한 해고 인정여부

판례에 따르면 해고는 명시적 의사표시에 의해서만 이루어지는 것이 아니라, 목시적 의사표시에 의해서도 이루어질 수 있다고 판시하고 있다.<sup>109)</sup>

#### (2) 목시적 의사표시에 의한 해고의 판단기준

목시적 의사표시에 의한 해고가 있는지는

- i) 사용자의 노무 수령 거부 경위와 방법,
- ii) 노무 수령 거부에 대하여 근로자가 보인 태도 등

제반 사정을 종합적으로 고려하여 사용자가 근로관계를 일방적으로 종료할 확정적 의사를 표시한 것으로 볼 수 있는지 여부에 따라 판단해야 한다는 것이 판례의 태도이다.

## III 사안의 적용

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

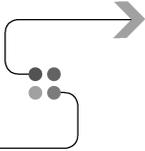
A사의 甲에 대한 목시적 의사표시에 의한 해고가 존재한다고 볼 수 있다.

108) 대법원 2023. 2. 2. 선고 2022두57695 판결

109) 대법원 2023. 2. 2. 선고 2022두57695 판결

#### IV 결론

A사의 노무 수령 거부 경위와 방법, 노무 수령 거부에 대하여 甲이 보인 태도 등을 종합하면, A사가 甲을 묵시적 의사표시를 통해 해고한 것으로 볼 수 있다.



[심화 판례 1 (2022년판 305쪽 목차수정)]

I. 해고사유를 구체적으로 알고 있고 충분히 대응할 수 있는 상황에서의 해고사유 기제방법

1. 해고사유 축약기제 가능 여부

해고 대상자가 이미 해고사유가 무엇인지 구체적으로 알고 있고 그에 대해 충분히 대응할 수 있는 상황이었다고 하면 해고통지서에 징계사유를 축약해 기재하는 등 징계사유를 상세하게 기재하지 않았더라도 위 조항을 위반한 해고통지라고 할 수는 없다.(대법원 2022. 1. 14. 선고 2021두50642 판결)

특히 징계해고의 경우 근로기준법 제27조에 따라 서면으로 통지된 해고사유가 축약되거나 다소 불분명 하더라도 징계절차의 소명 과정이나 해고의 정당성을 다투는 국면을 통해 구체화하여 확정되는 것이 일반적이라고 할 것이므로 해고사유의 서면 통지 과정에서까지 그와 같은 수준의 특정을 요구할 것은 아니다. (대법원 2022. 1. 14. 선고 2021두50642 판결)

2. 해고사유 전면 미기재 가능 여부

“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(대법원 2021.2.25. 선고 2017다226605 판결)

II. 성비위행위를 해고사유로 하여 서면으로 해고통지시, 각 행위의 특정 정도

성비위행위의 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 한다.

그러나 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 아니다. (대법원 2022. 1. 14. 선고 2021두50642 판결)

甲은 2011. 8. 19. A사에 입사하였다.

A사 감사팀에서 甲에 대한 특별감사를 실시한 결과 중징계사유가 발생하여 A사는 2018. 12. 28. 甲에 대하여 정직 1개월의 징계처분을 하였으며, 甲은 2018. 12. 31. 정년퇴직하였다.

甲은 2019. 1. 3. 지방노동위원회에 정직의 취소 및 정직 기간 동안의 정직에 따른 임금 감액 상당액의 지급을 구하는 부당정직 구제신청을 하였다. 지방노동위원회는 2019. 3. 25. 정년퇴직으로 근로계약관계가 종료되었으므로 구제이익이 없다는 이유로 甲의 구제신청을 각하하였다. 중앙노동위원회는 2019. 6. 28. 초심판정과 같은 이유로 甲의 재심신청을 기각하였다.

[문] 甲에게 부당정직에 대한 구제이익이 없는지 논하시오.

#### 세부목차

- |   |                                     |
|---|-------------------------------------|
| I. 문제의 소재                               | 3. 구제신청 이전의 정년의 도래와 부당정직 등 구제신청의 이익 |
| II. 부당해고 구제신청 이전의 정년의 도래와 부당해고 구제신청의 이익 | 4. 해당 판결의 의의                        |
| 1. 부당해고구제신청의 이익 및 준부의 판단시기              | III. 사안의 적용                         |
| 2. 부당해고 구제신청 이전의 정년의 도래와 부당해고구제신청의 이익   | IV. 결론                              |

## I 문제의 소재

근로자가 부당해고 구제신청을 할 당시 이미 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 근로자의 지위에서 벗어난 경우

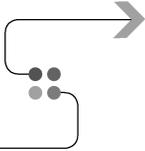
- i) 노동위원회의 구제명령을 받을 이익이 소멸하였는지 여부
- ii) 또한 이러한 법리가 해고 이외의 징계나 그 밖의 징벌 등에 대한 구제신청에 대하여도 마찬가지로 적용되는지 여부 등이 문제된다.

## II 부당해고 구제신청 이전의 정년의 도래와 부당해고구제신청의 이익

### 1. 부당해고구제신청의 이익 및 준부의 판단시기

사용자가 근로자에게 부당해고 등을 하면 근로자는 노동위원회에 부당해고 등이 있었던 날부터 3개월 이내에 구제를 신청할 수 있다. (근기법 제28조)

그런데, 부당해고등의 신청인인 근로자가 지방노동위원회나 중앙노동위원회의 구제명령에 의한 구제를 받으려면 그러한 구제를 받는데 관하여 구체적인 이익을 가지고 있어야 하며, 이러한 이익을 가리켜 구제이익이라 한다.<sup>110)</sup>



그런데, 노동위원회의 구제명령 여부의 결정시, 즉 처분시를 기준으로 부당해고 '구제신청의 이익'의 존부를 판단한다.<sup>111)</sup>

## 2. 부당해고 구제신청 이전의 정년의 도래와 부당해고구제신청의 이익

판례에 따르면 근로자가 부당해고 구제신청을 할 당시 이미 정년에 이르거나, 근로계약기간 만료, 폐업 등의 사유로 근로계약관계가 종료하여 근로자의 지위에서 벗어난 경우에는 노동위원회의 구제명령을 받을 이익이 소멸하였다고 봄이 타당하다고 한다.

• 판례는 그 이유로

- i) 부당해고 등 구제명령제도는 민사소송을 통한 통상적인 권리 구제방법보다 좀 더 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제수단을 마련하는 데에 그 제도적 취지가 있는데, 부당해고 등 구제신청을 할 당시 이미 근로자의 지위에서 벗어난 경우<sup>110)</sup>에까지 과거 부당해고 등으로 인한 손해를 보상받을 목적으로 행정적 구제절차의 이용을 허용하는 것은 사용자가 근로자에게 제재로서 가하는 불이익한 처분에 대한 구제라는 부당해고 등 구제명령제도의 본래의 보호범위에 포함되지 않는다고 보아야 한다는 점,
- ii) 근로기준법은 '근로자'에게 부당해고의 구제신청권을 부여하고 있는데, 부당해고 등 구제신청을 할 당시 이미 근로계약관계가 종료한 경우에는 더 이상 근로기준법 제28조 제1항이 정한 근로자의 지위에 있다고 볼 수 없으며, 부당해고 등 구제신청을 하기 전에 그 사용자와의 관계에서 근로계약관계가 있었다는 사정만으로 구제신청권을 갖는 근로자의 범위에 포함된다고 해석하기는 어렵다는 점,
- iii) 부당해고 등 구제신청을 할 당시 이미 근로계약관계가 종료한 경우에도 근로자의 구제이익을 인정하면 사용자에게 공법상 의무를 지나치게 부과하거나 형사처벌의 범위를 확대하는 결과가 된다는 점
- iv) 근로자가 부당해고 구제신청을 기각한 재심판정에 대해 소를 제기하여 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 소의 이익이 유지된다는 대법원 전원합의체 판결<sup>112)</sup>의 취지가 있지만, 근로자가 부당해고 등 구제신청을 하기 전에 이미 근로자의 지위에서 벗어난 경우에는 위와 같은 법리가 그대로 적용된다고 할 수 없다는 점,
- v) 근로계약관계가 종료된 시점을 구제신청 이전과 이후로 구분하여 구제명령을 구할 이익의 존부를 달리 취급하는 것은 충분히 합리적이라는 점,
- vi) 근로기준법 제30조 제4항은 부당해고 등 구제절차 도중 근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등으로 근로자의 원직복직이 불가능한 경우에도 근로자에게 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익을 인정해야 한다는 취지이고, 구제신청 당시 이미 근로계약관계가 소멸하여 근로자의 지위에서 벗어난 경우<sup>111)</sup>에까지 구제이익을 인정해야 한다는 의미로는 해석되지 않는다는 점 등을

110) 사법연수원(노조법), 391p

111) 사법연수원(노조법), 394p

112) 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결

들고 있다.

### 3. 구제신청 이전의 정년의 도래와 부당정직 등 구제신청의 이익

판례에 따르면 부당해고 구제신청의 이익이 있는지에 대한 위의 법리는 해고 이외의 징계나 그 밖의 징벌 등에 대한 구제신청에 대하여도 마찬가지로 적용된다고 한다.<sup>113)</sup>

### 4. 해당 판결의 의의

근로계약관계가 종료된 시점을 구제신청 이전과 이후로 구분하여 구제이익의 존부를 달리 취급하여야 하는지가 쟁점이 되었는데, 해당 판결은 구제신청 당시 이미 정년의 도래, 근로계약기간의 만료, 폐업 등의 사유로 근로계약관계가 종료된 경우에는 구제이익을 인정할 수 없다고 하였다는 점에서 의의가 있다.<sup>114)</sup>

또한 이러한 법리가 해고 이외의 징계 등에 대한 구제신청에 대하여도 적용된다는 점에서 의의가 있다.

## III 사안의 적용

甲은 2018. 12. 28. 정직의 징계처분을 받고 2019. 1. 3. 지방노동위원회에 부당정직 구제신청을 하였으나, 2018. 12. 31. 정년퇴직하였다.

판례에 따라 판단하면, 甲이 부당정직 구제신청을 할 당시 이미 정년이 도래하여 근로계약관계가 종료하였으므로, 甲에게 구제명령을 받을 이익을 인정할 수 없다.

## IV 결론

甲이 부당정직 구제신청을 할 당시 이미 정년이 도래하였으므로, 부당정직에 대한 구제이익은 없다.

113) 대법원 2022.7.14. 선고 2021두46285 판결, 대법원 2022.7.14. 선고 2020두54852 판결

114) 장영석, “정년도래, 근로계약기간 만료, 폐업 등 이후 부당해고 등 구제신청과 구제이익”, 『노동리뷰』 2022.9월호, 116p

노동법 사례연습

## 제2편

# 노동조합 및 노동관계조정법

A회사는 초등학교생용 학습지 개발 및 교육 사업을 영위하고 있으며, 학습지교사들과 학습지 회원의 관리 및 교육에 관한 위탁사업계약을 체결하고 있다.

학습지교사의 업무와 관련된 주요 내용은 다음과 같다.

- ① A회사는 위탁사업 수행의 대가로 학습지교사에게 수수료를 지급하였고, 학습지교사가 계약상 의무를 이행하려면 검업을 하는 것은 사실상 어려웠다.
- ② 보수 등 계약의 주요 내용은 A회사가 일방적으로 정한 계약서의 내용에 따라 정해졌다.
- ③ 학습지교사가 제공하는 노무는 A회사의 사업수행에 필수적인 것이었고, 학습지교사는 A회사를 통해 학습지 회원에 대한 교육시장에 접근하였으며, A회사에 상당한 정도로 전속되어 있다.
- ④ A회사는 신규 학습지교사를 대상으로 기초실무교육을 실시한 다음, 지역조직에 배치하고 관리·교육할 학습지 회원을 배정하였다.
- ⑤ A회사의 관리직원에게 적용되는 취업규칙과는 별도로 '학습지교사 업무처리지침'이 적용되었고, A회사는 학습지교사에게 학습지도서 및 '표준필수업무'라는 업무매뉴얼을 제작·배부하였다.
- ⑥ 학습지교사는 매월 지역본부장에게 회원명부와 회비수납 자료를 제출하였고, 매주 회원들의 진도 상황과 진단평가 결과 및 회비수납 상황 등을 A회사의 홈페이지에 입력하였다.

A회사와 위탁사업계약을 체결한 학습지교사 87명은 B노동조합(이하 'B노조')을 결성하고, 2019. 5. 10. 설립신고증을 교부받았다. B노조는 2019. 5. 15. A회사를 상대로 단체교섭을 요구하였다. A회사는 B노조의 단체교섭 요구에 대하여, "학습지교사는 위탁사업계약을 체결한 개인사업자일 뿐 「노동조합 및 노동관계조정법」 상 근로자가 아니다."라는 이유로 단체교섭을 거부하였다.

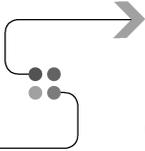
[문 1] A회사가 B노조의 단체교섭 요구를 거부하는 이유가 정당한지 논하시오. • 2022년 변호사시험 기출문제

A회사는 학습지교사 甲, 그리고 乙과 위탁사업계약을 체결하고 있다.

그런데, 甲은 B노동조합에 가입되어 있었고, B노조에 조합비를 납부하고 있었다. A회사는 甲에게, 노조법상 근로자가 아니므로 B노조에서 탈퇴할 것을 요구하였는데, 甲은 탈퇴하지 않고 조합비를 계속 납부하겠다는 의사를 밝혔다. 이에 A회사는 甲과의 용역계약을 해지하였다. 甲은 A회사의 용역계약 해지에 대하여 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 제기하였다.

또한 乙은 B노조의 임원으로 활동하고 있다. A회사는 계속해서 乙에게 B노조 임원직에서 사직할 것을 설득해 왔다. 乙은 위탁사업계약 평가결과가 저조하게 나오자 B노조 임원으로서의 활동을 막으려는 의도가 있는 것이라며, A회사 재물을 고의적으로 손괴하고, A회사 임직원을 무차별적으로 폭행하였다. 재물손괴와 임직원폭행은 A회사에 의해 입증되었다. A회사는 재물손괴와 폭행을 이유로 위탁사업계약서 제20조를 근거로 乙과의 위탁사업계약을 해지하였다. 이에 대하여 乙은 자신이 B노조 임원으로서 노조활동을 했다는 이유로 위탁사업계약을 해지한 것이라며, 노동위원회에 부당노동행위구제신청을 제기하였다.

[문 2] (甲과 乙에게 부당노동행위 신청의 당사자 자격을 인정할 수 있다는 전제하에) 甲과 乙에 대한 A회사의 위탁사업계약해지가 불이익 취급유형의 부당노동행위에 해당하는지에 대하여 논하시오.



## 문 1에 대한 풀이

| 세부목차                            |             |
|---------------------------------|-------------|
| I. 문제의 소개                       | III. 사안의 검토 |
| II. 특수형태근로종사자의 노동조합법상 근로자의 판단기준 | IV. 결론      |
| 1. 노동조합법상 근로자의 의의 및 입법목적        |             |
| 2. 노동조합법상 근로자의 판단기준             |             |
| 3. 판례의 평가                       |             |

### I 문제의 소개

A회사가 B노조와의 단체교섭을 거부하는 이유는 “학습지교사가 노동조합 및 노동관계조정법(이하 노동조합법)상 근로자가 아니라는 데 있다. 이하에서는 사안에서의 학습지교사가 노동조합법상 근로자에 해당하는지를 노동조합법과 판례의 태도를 검토하여 논하고자 한다.

### II 특수형태근로종사자의 노동조합법상 근로자의 판단기준

#### 1. 노동조합법상 근로자의 의의 및 입법목적

근로기준법상 근로자가 ‘직업의 종류에 관계없이 임금을 목적으로 사업 또는 사업장에 근로를 제공하는 자’라고 규정되어 있는 반면, 노동조합법 제2조 제1호에서는 근로자를 ‘직업의 종류를 불문하고 임금·급료, 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’로 규정하고 있다.

즉 노동조합법의 근로자 정의규정은 특정 사업자에 대한 소속을 전제로 하지 아니할 뿐 아니라, 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 ‘고용 이외의 계약유형’에 의한 노무제공자까지도 포함할 수 있도록 규정되어 있다.<sup>115)</sup>

또한 판례에 따르면, “노동조합법은 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근로기준법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등을 목적으로 제정”되었다고 한다.

#### 2. 노동조합법상 근로자의 판단기준

##### (1) 노동3권 보장의 필요성

판례에 따르면, 노동조합법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의규정<sup>116)</sup> 등을 고려하면, 노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관

115) 대법원 2018.6.15. 선고 2014두12598, 2014두12604판결

116) 노동조합법의 근로자 정의규정은 특정 사업자에 대한 소속을 전제로 하지 아니할 뿐 아니라, ‘고용 이외의 계약유형’에 의한 노무제공자까지도 포함할 수 있도록 규정되어 있다(대법원 2018.6.15. 선고 2014두12598, 2014두12604판결 참조).

점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니"라고 한다.<sup>117)</sup>

## (2) 노동조합법상 근로자의 구체적 판단기준

판례는 “구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는,

- i) 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지,
- ii) 노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약내용을 일방적으로 결정하는지,
- iii) 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지,
- iv) 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지,
- v) 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지,
- vi) 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”고 판시하고 있다.<sup>118)119)</sup>

또한 최근 판례는 이에 덧붙여 “전속성과 소득 의존성이 강하지 아니한 측면이 있다 하더라도 이를 들어 노동조합법상 근로자임을 부정할 것은 아니다”라고 판시하고 있다.

## 3. 판례의 평가

### (1) 경제적·조직적 판단기준의 구체화

이른바 특수형태근로종사자에 대한 최근 판례에 대하여는

- i) 노조법상 근로자성 인정범위가 근로기준법상 근로자의 인정범위보다 더 넓다는 것을 명확히 했다는 점,
- ii) 노조법상 근로자성 판단기준을 구체적으로 제시했다는 점<sup>120)</sup>,
- iii) 구체적으로 특수형태근로종사자에 대하여 근로기준법상의 근로자성은 부인하면서도 노조법상의 근로자성을 인정하였다는 점에서 의의가 있다고 평가할 수 있다.

즉 근로기준법상의 근로자성 판단에서는 인적종속성을 중시하고 있지만, 노조법상 근로자성 판단에서는 경제적·조직적 종속성에 더 중점을 두고 있다는 평가를 할 수 있을 것이다.<sup>121)122)</sup>

117) 대법원 2018.6.15. 선고 2014두12598, 2014두12604판결

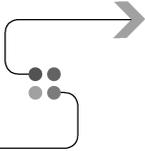
118) 대법원 2018.6.15. 선고 2014두12598, 2014두12604판결(골프장 캐디에 대한 판례에서도 “여러 사정을 종합하여 볼 때, 골프장 시설운영자에 대하여 사용종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자로 볼 수 없다”고 하면서도, “원심이 근로자성 판단에 있어서 인적 종속성보다는 ‘업무의 종속성 및 독립종속성(경제적 종속성)’의 평가요소에 더 중점을 두었다고 하더라도, 원고들에 대하여 노조법상의 근로자성을 인정한 원심의 판단은 정당”하다고 판시하여 노조법상의 근로자성은 인정하였다(대법원 2014.2.13. 선고 2011다78804 판결).

119) 번호는 편집자가 임의로 붙인 것이다.

120) 배동희, “학습지교사 판결로 본 특수고용형태종사자의 노조법상 근로자성”, 『월간노동법률』, 2018. 7.2 홈페이지(www.e-labor.co.kr) 참조

121) 박제성, “캐디는 근로자이지만 근로자가 아니다 - 대법원 2014.2.13. 선고 2011다78804 판결 -”, 『노동판례리뷰 2014』, 한국노동연구원, 2p 참조.

122) 종속성이란 노동이 사용자의 지휘명령으로 행해지는 것(이른바 인적 종속성)과 근로자와 사용자의 지위가 대등하지 않다는 것(이른바 경제적 종속성)의 두 가지 요소가 결합된 상태를 말한다. 이러한 두 가지 요소를 기초로 하여 근로자의 계급으로서 지위가 있다고 생각하고, ‘계급적 종속성’을 강조하는 견해, 또는 근로자가 사용자의 기업조직에 편성된다는 ‘조직적 종속성’을 강조하는 견해 등이 있지만, 본문에서 언급한 두 가지의 종속성이야말로 가장 기본적인(니시



## (2) 판단요소들의 종합적 판단

또한 최근 판례에 따르면 특정사업자와의 관계를 전제로 하는 판단기준인 진속성과 소득의존성이 약하거나 비진속적인 다양한 특수형태근로종사자에 대하여도 노조법상의 근로자가 될 수 있는 가능성을 과거에 비해 넓게 열어주고 있다고 평가할 수 있을 것이다.

즉 노조법상의 근로자인지 아닌지의 판단을 특정요소의 유무라는 관점에서 판단하지 않고, ‘노동3권의 보장 필요성’이라는 관점에서 종합적으로 판단한 것으로 평가할 수 있을 것이다.<sup>123)</sup>

## III 사안의 검토

A회사의 학습지 교사가 노동조합법상 근로자에 해당하는지를 검토하고자 한다.

- i) 학습지 교사가 검업을 하는 것은 사실상 어려운 상황이므로, 학습지교사의 소득이 A회사에게 주로 의존하고 있다는 점,
- ii) 학습지 교사의 보수 등 계약의 주요내용을 A회사가 일방적으로 정하고 있다는 점,
- iii) 학습지 교사가 제공하는 노무는 A회사의 사업수행에 필수적인 것으로서, 학습지 교사가 A회사를 통해서 학습지 회원에 대한 교육시장에 접근하고 있는 점,
- iv) 학습지 교사가 A회사에 상당한 정도로 진속되어 있다는 점,
- v) A회사가 신규 학습지교사에 대한 교육, 배치, 배정을 하고, 업무처리지침과 업무매뉴얼이 존재하며, 학습지 교사가 매월 회원명부 및 회비수납자료를 제출하고, 회원들의 진도상황 및 진단평가결과 및 회비수납 상황에 대해 A회사에 홈페이지에 입력하는 것으로 보아, A회사와 학습지 교사 사이에 일정 부분 지휘·감독관계가 존재한다는 점,
- vi) A회사가 학습지교사에게 지급하는 수수료가 노무 제공의 대가라는 점 등을 종합적으로 고려해서 판단해볼 때,

A회사의 학습지 교사는 노동조합법상의 근로자에 해당한다고 보아야 할 것이다.

따라서, 학습지 교사가 노동조합법상 근로자가 아니라는 이유로, A회사가 B노조의 단체교섭을 거부한 것은 정당하지 않다.

## IV 결론

학습지 교사는 A회사와의 관계에서 경제적·조직적 종속성이 있으므로, 노동조합법상 근로자에 해당한다. 그러므로 A회사가 주장한 이유는 정당하지 않다.

타니 사토시, 『노동법의 기초구조』, 박영사, 39p).

123) 이철수, 『노동법』, 현암사, 2023, 403p 참조

## 문 2에 대한 풀이

### 세부목차

- I. 문제의 소재
- II. 불이익취급의 부당노동행위
  - 1. 의의
  - 2. 성립요건
  - 3. 이유의 경합시 부당노동행위 성립여부
- III. 사안의 검토
  - 1. 甲에 대한 위탁사업계약 해지가 불이익취급의 부당노동행위에 해당하는지 여부
  - 2. 乙에 대한 위탁사업계약 해지가 불이익취급의 부당노동행위에 해당하는지 여부
- IV. 결론

## I 문제의 소재

甲과 乙에 대한 사업위탁계약 해지가 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제81조 제1항 제1호에서 규정하고 있는 불이익취급 유형의 부당노동행위에 해당하는지가 문제된다.

- i) 특히 甲과의 위탁사업계약해지에 대해서는 A회사의 불이익취급의 의사 및 甲에 대한 정당한 위탁사업계약해지 사유가 존재하는지가 문제된다.
- ii) 乙과의 위탁사업계약 해지가 불이익취급유형의 부당노동행위에 해당하는지 살펴보아야 하는데, 불이익 취급의 정당사유도 있고, 부당노동행위의사의 존재도 추정되는 경우에 부당노동행위가 성립될 수 있는지가 쟁점이다.

이하에서는 불이익취급 유형의 부당노동행위에 대해 개관한 후 甲과 乙을 구분하여 A회사의 행위가 부당노동행위에 해당하는지를 논하고자 한다.

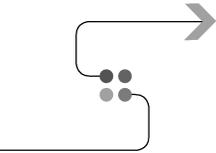
## II 불이익 취급의 부당노동행위

### 1. 의의

근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위(노조법 제81조 제1항 제1호)나, 근로자가 정당한 단체행위에 참가한 것을 이유로 하거나 또는 노동위원회에 대하여 사용자가 이 조의 규정에 위반한 것을 신고하거나 그에 관한 증언을 하거나 기타 행정관청에 증거를 제출한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위(노조법 제81조 제1항 제5호)를 불이익취급유형의 부당노동행위라 한다.

### 2. 성립요건

#### (1) 정당한 단결활동 등의 행위



우선 불이익취급이 성립하려면 노조법 제81조 제1항 제1호 및 제5호에 규정된 것처럼, 노동조합에의 가입, 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위 등 근로자의 정당한 단결활동 등의 행위가 있어야 한다.

우선 해당 사안과 관련하여 甲은 B노조에 가입하고 있는데, 노조 규약상 조합원 자격을 가지는 자는 노동조합의 규약이 정한 바에 따라 해당 노동조합에 자유로이 가입함으로써 조합원의 자격을 취득할 수 있다.

또한 甲은 B노조에게 조합비를 납부하고 있는데, 조합비 납부의무는 노동조합의 정상적인 운영을 위해 조합원이 부담하여야 할 가장 기본적인 의무의 하나라고 할 수 있다.

그리고 乙은 B노조의 임원으로 활동하고 있는데, 규약으로 조합비를 납부하지 않은 조합원의 임원 입후보를 제한하는 등의 특별한 사정이 없다면 모든 조합원은 평등하게 피선거권을 가지며(노조법 22조), 임원 활동을 할 수 있다. 특히 기업별 노조의 경우에는 그 사업 또는 사업장에 종사하는 조합원 중에서 임원을 선출해야 한다.(노조법 제23조 제1항)

## (2) 사용자의 불이익한 처분

불이익취급이 성립하려면 현실적으로 해고 기타 불이익을 주는 행위가 존재해야 한다.

그리고 사용자의 불이익한 처분이라는 것은 과도한 불이익을 주는 적극적인 경우뿐만 아니라, 다른 근로자에게 부여한 이익을 주지 않는 소극적인 경우를 포함하며,<sup>124)</sup> 법률행위뿐만 아니라 사실행위로도 가능하고 작위나 부작위를 불문한다.<sup>125)</sup> 즉, 불이익처분은 그 종류와 형태가 매우 다양하다.

## (3) 부당노동행위 의사

불이익취급의 부당노동행위가 성립하기 위해서는 사용자의 불이익처분이 근로자의 정당한 단결활동 등을 ‘이유로’ 해야 하는데, ‘이유로’ 한다는 것이 무엇을 의미하는지가 문제된다.

### 가. 학설

‘이유로’ 한다는 것은

- i) 부당노동행위 의사를 가지고 한다는 것을 의미하고 부당노동행위 의사는 반조합적 의도 내지 동기라고 설명하는 견해도 있으며(의욕설, 주관적 인과관계설)<sup>126)</sup>
- ii) ‘부당노동행위의 의사’를 필요로 하지 않고 근로자의 단결활동 등의 행위와 사용자의 불이익처분 사이에 객관적인 인과관계가 인정되면 족하다고 하는 견해도 있다(객관적 인과관계설).<sup>127)</sup>

124) 김형배 25판, 1251p ; 임종률 14판, 280p 참조 ; 김유성 II, 330p

125) 김유성 II, 330p

126) 임종률 14판, 281p (이 견해에 따르면 불이익취급의 부당노동행위란 i) 근로자가 정당한 단결활동 등의 행위를 했다는 사실을 인식하고 ii) 그 사실 때문에 근로자에게 불이익취급을 하려는 의욕을 가지고 iii) 그 의욕을 실현하는 행위이므로, 이러한 인식 및 의욕이 바로 부당노동행위의사가 되는 것이라고 한다.(일본노동법, 620-621p) ; 다만, 이러한 인식과 의욕은 사용자 내심의 상태에 관한 사항이므로 부당노동행위의사는 제반 간접사실에서 인정되는 추정적 의사로도 족하다고 한다.(임종률 14판, 281p ; 일본노동법, 620p)

127) 김유성 II, 333p 참조

## 나. 판례

판례에 따르면 부당노동행위가 성립되기 위하여는 부당노동행위 의사가 필요하다고 한다.

다만, 부당노동행위 의사는 사용자의 내심의 의사에 속하므로 그와 같은 의사의 존재에 대해서는 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 한다고 판시<sup>128)</sup>하고 있어, 부당노동행위의사는 외부에 나타난 객관적 사실로부터 추정하는 것임을 분명히 하고 있다.

따라서 판례에 따르면, 근로자의 정당한 조합활동 등을 해고 등의 실질적인 불이익처분의 이유로 한 것인지 여부는,

- i) 사용자 측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용,
- ii) 해고를 한 시기,
- iii) 사용자와 노동조합과의 관계,
- iv) 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부,
- v) 종래의 관행에 부합하는지 여부,
- vi) 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도 등 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 한다”고 판시하고 있다.<sup>129)</sup>

### 3. 이유의 경합시 부당노동행위 성립여부

부당노동행위의사의 존재가 추정되면서도, 한 편으로는 사용자가 주장하는 처분의 정당한 이유도 긍정되는 경우에 부당노동행위가 성립할 수 있는지 여부에 대해서는 학설이 나뉘어지고 있다.

#### (1) 학설

부당노동행위의사의 존재가 추정되면서도, 한 편으로는 사용자가 주장하는 처분의 정당한 이유도 긍정되는 경우에 부당노동행위가 성립할 수 있는지 여부에 대해서는 학설이 나뉘어지고 있다.

- i) 해고 등의 불이익처분을 함에 족한 정당한 사유가 있는 경우에는 부당노동행위는 성립되지 아니한다는 부당노동행위성립 부정설<sup>130)</sup>,
- ii) 부당노동행위의사가 존재하는 경우에는 설사 해고 등의 불이익처분에 정당한 사유가 있다 하더라도 부당노동행위가 성립한다는 부당노동행위성립 긍정설<sup>131)</sup>,
- iii) 근로자의 조합활동이 없었다면 근로자에 대한 불이익취급이 없을 것이라는 정도의 상당인과관계가 존재하면 부당노동행위가 성립한다는 상당인과관계설<sup>132)</sup>
- iv) 정당한 조합활동과 해고의 정당사유 중 어느 쪽이 결정적 내지는 우월적 원인인가에 따라 부당노동행위 성립여부를 판단하는 결정적 원인설 등이 있다.

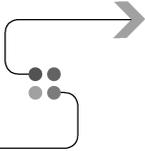
128) 대법원 1999.11.9. 선고 99두4273 판결 등

129) 대법원 1999.11.9. 선고 99두4273 판결 참조

130) 일본노동법, 621p 참조

131) 사법연수원(노조법), 382p 참조

132) 노동판례백선(이정), 367p 참조(우리나라의 다수학자가 지지하는 통설적인 견해이다)



## (2) 판례

판례에 따르면 “정당한 해고사유가 있어 근로자를 해고한 경우에 있어서는 비록 사용자가 근로자의 노동조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합의사가 추정된다고 하더라도 당해 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없을 것이므로, 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없다”<sup>133)</sup>고 판시하고 있다.

## (3) 판례의 평가

판례에 따르면 해고 등 불이익한 처분의 정당한 이유가 입증되면, 사용자의 부당노동행위의사의 추정이 깨지게 되고, 이런 판단구조 하에서는 정당한 이유가 있는 불이익처분은 부당노동행위가 될 수 없다는 결론에 이르게 되어, 부당노동행위 성립 부정설에 입각한 판례라고 보는 견해도 있으며,<sup>134)</sup> 사용자측의 해고사유와 부당노동행위의사의 존재를 추정할 수 있는 여러 사정을 종합적으로 비교·검토하여 판단하는 판례를 제시하면서 결정적 원인설에 입각한 판례라고 보는 견해도 있다.<sup>135)</sup>

이러한 판례의 태도에 대하여 부당노동행위제도의 도입취지를 훼손한다는 비판도 존재한다. 즉 노동위원회는 사법기관과 달리 부당노동행위사건에서 상당한 재량적 판단을 할 수 있음에도 지나치게 사법적인 판단에 귀속된다면 부당노동행위구제제도의 본질적 목적을 충분히 실현하기 어렵다는 비판도 존재하는 것이다.

## III 사안의 검토

### 1. 甲에 대한 위탁사업계약 해지가 불이익취급의 부당노동행위에 해당하는지 여부

#### (1) 甲이 정당한 단결활동을 하였는지 여부

甲은 B노조에 자유롭게 가입할 수 있으며, B노조의 조합원인 甲이 조합비를 납부하는 것은 조합원의 기본적인 의무로서 정당한 단결활동의 범위 안에 있다고 할 수 있다.

#### (2) 사용자의 불이익한 처분이 있었는지 여부

A회사는 甲에 대한 위탁사업계약을 해지하였으므로, A회사의 불이익 처분도 존재하고 있다

#### (3) A회사에게 부당노동행위의사가 있었는지 여부

- i) 甲이 B노조를 탈퇴하지 않고 조합비를 납부하겠다는 의사를 밝히자 A회사가 그 의사를 철회할 것을 요구하며, 위탁사업계약을 해지하였다는 점,
- ii) 甲에 대한 위탁사업계약 해지에 그 이외의 다른 정당한 이유는 찾아볼 수 없다는 점 등을 고려하면,

133) 대법원 1996.7.30. 선고 96누587판결

134) 한국노동법학회, 앞의 책, 사례 92(이정), 369p 참조

135) 이철수, 626p

甲에 대해서는 불이익취급의 부당노동행위 의사가 추정된다.

따라서 甲에 대한 위탁사업계약 해지는 부당노동행위에 해당한다.

## 2. 乙에 대한 위탁사업계약 해지가 부당노동행위에 해당하는지 여부

### (1) 乙이 정당한 단결활동을 하였는지 여부

乙은 A회사에 종사하는 조합원으로 볼 수 있으므로, B노조에 가입하여 B노조의 임원으로 활동할 수 있다. 따라서 乙의 임원활동은 정당한 단결활동의 범위 안에 있다고 할 수 있다.

### (2) 사용자의 불이익한 처분이 있었는지 여부

A회사는 甲에 대한 위탁사업계약을 해지하였으므로, A회사의 불이익 처분도 존재하고 있다

### (3) A회사에게 부당노동행위의사가 있었는지 여부 및 계약해지의 정당한 이유가 있는지 여부

A회사가 乙을 상대로 B노조 임원직에서 사직할 것을 설득해 왔다는 점을 고려할 때, A회사의 부당노동행위의사는 추정된다.

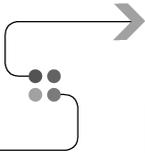
하지만, 乙은 재물손괴와 임직원 폭행 등을 하였으므로, 위탁사업계약 해지의 정당한 이유도 존재하고 있다.

판례에 따라 판단하면, 불이익취급에 정당한 사유가 있다는 것을 A회사가 입증했으므로, 乙에 대한 위탁사업계약 해지는 불이익취급유형의 부당노동행위에 해당하지 아니한다.

## IV 결론

甲에 대한 위탁사업계약해지는 A회사의 부당노동행위의사가 추정되므로 불이익취급의 부당노동행위에 해당한다.

하지만, 乙에 대한 위탁사업계약해지는 부당노동행위의사가 추정된다고 하더라도 그 해지의 정당한 사유도 존재하고 있으므로, 부당노동행위에 해당하지 아니한다.



## 07 무자격 노조 (341쪽, 사례교체)

A사는 자동차부품회사로서 300명의 종업원이 근무하고 있다. A사에는 200명의 근로자가 가입한 B노동조합(이하 B노조)이 있다. 그런데, B노조는 A사가 주간연속 2교대제 도입을 반대한 것에 반발하여 2012.2.9.부터 2012.2.12.까지 태업을 하였고, A사는 이에 대하여 2012.2.16. 공장 전체에 B노조 조합원들의 출입을 금지하는 직장폐쇄를 실시하기도 하였다. B노조 조합원들은 그럼에도 불구하고 공장에 들어가 집회를 개최하는 등 A사와 B노조의 관계는 매우 악화된 상황이었다.

B노조와 심한 갈등을 겪은 이후 A사는 노무법인 C컨설팅(이하 C컨설팅)의 자문 등을 통하여 새로운 노동조합을 설립하기 위한 계획을 세우게 되었다. A사와 C컨설팅은 이른바 D노조의 설립 과정 전반에 관한 사항을 구체적으로 논의하였고 D노조의 설립신고서, 규약, 회의록 등 노동조합의 설립 취지 등이 담긴 핵심 요소에도 개입하였고, 결국 D노조는 행정관청에의 설립신고를 거쳐 2013. 3. 4. 설립되었다. 그런데, 실제로 D노조는 A사의 사전계획 시나리오에 따라 설립되고 운영되었다.

[문] D노조의 설립이 무효로서 노동조합의 지위를 가지고 있지 않은 것인지 논하시오.

(대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결 각색)

### 세부목차

- |                                   |                           |
|-----------------------------------|---------------------------|
| I. 문제의 소개                         | 3. 실질적 요건이 결여된 노동조합의 법적지위 |
| II. 노동조합의 실질적 요건과 무자격조합의 법적지위     | III. 사안의 적용               |
| 1. 헌법 제33조 제1항의 의의                | IV. 결론                    |
| 2. 노동조합법 제2조 제4호에 의한 노동조합의 실질적 요건 |                           |

### I 문제의 소개

B노조는 이미 행정관청에 의하여 설립신고증이 교부된 D노동조합을 상대로 그 설립이 무효임을 다투고 있다.

즉 노동조합의 설립신고가 행정관청에 의하여 형식상 수리된 경우에도 노동조합의 실질적 요건을 갖추지 못한 경우, 그 설립이 무효로서 노동조합으로서의 지위를 가지지 않는 것인지가 문제된다.

### II 노동조합의 실질적 요건과 무자격조합의 법적 지위

#### 1. 헌법 제33조 제1항의 의의

헌법 제33조 제1항에 따르면 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정되어 있다.

그런데, 이렇게 헌법 제33조 제1항이 근로자에게 노동3권을 기본권으로 보장한 뜻은 “노사 간 실질적 자치라는 목적을 달성하기 위해서는 무엇보다도 노동조합의 주체성과 자주성이라는 전제가 필요

하고 또 중요”하고, “노동조합은 근로자들이 스스로 ‘근로조건 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위 향상’을 위하여 국가와 사용자에 대하여 자주적으로 단결한 조직이므로, 노동조합은 근로자들 스스로가 주체가 되어야 하고 국가나 사용자 등으로부터 자주성을 확보하여야만 한다”는 것이 판례의 태도이다.

## 2. 노동조합법 제2조 제4호에 의한 노동조합의 실질적 요건

### (1) 법규정

노동조합법 제2조 4호는 노동조합의 개념에 관하여 “노동조합이란 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건 유지·개선, 그 밖에 근로자의 경제적·사회적 지위향상을 도모할 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다”고 정의하면서 단서 중 어느 하나(결격사유)에 해당하면 “노동조합으로 보지 아니한다”고 규정하고 있다.

### (2) 노동조합의 실질적 요건

판례에 따르면 노동조합법 제2조 제4호는, 헌법 제33조 제1항에 근거하여 그 집단적 단결권이 보장되는 근로자단체의 본질적 성질을 구체화하면서 노동조합법에 의한 보호를 받을 수 있는 근로자단체인 노동조합을 정의함으로써 그 실질적 요건을 규정한 것이라고 할 수 있다.

특히 그 본문에서는 노동조합이 갖추어야 할 적극적 요건의 하나로서 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결할 것을 규정하고 있고, 그 단서에서는 사용자나 사용자의 이익대표자이 참가를 허용하는 경우를 규정한 (가)목, 경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받는 경우를 규정한 (나)목, 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우를 규정한 (라)목을 통하여 근로자 단체가 위 주체성, 자주성을 결여한 것으로 판단될 수 있는 대표적인 경우를 들고 있다.

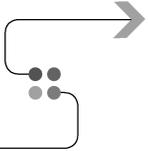
### (3) 노동조합의 실질적 요건과 관련된 제도

#### 가. 노동조합의 설립신고제도 등

실질적 요건을 갖춘 근로자단체가 설립신고서에 규약을 첨부하여 행정관청에 설립신고를 하고 신고증을 교부받으면 노조법상의 노동조합으로 인정된다.

다만, 행정관청은 설립하고자 하는 노동조합이 소극적 요건을 결여하는 경우에는 신고증을 교부하지 않고 즉시 설립신고서를 반려해야 하며, 설립신고서에 절차상의 흠이 있는 경우에는 20일 이내의 기간을 정하여 보완을 요구하고 이 요구에 따라 보완된 설립신고서 또는 규약을 접수한 때에는 3일 이내에 신고증을 교부해야 하며, 보완요구를 받고도 그 기간 내에 보완하지 않는 때에는 설립신고서를 반려해야 한다. (노동조합법 제12조)

그런데, 판례에 따르면 노동조합의 설립신고의 수리와 반려, 규약의 시정에 대한 노동조합법 규정은 “노동조합의 주체성과 자주성 등의 실질적 요건이 충족될 것을 기본적인 전제”로 삼고 있다.



### 나. 지배개입의 부당노동행위

또한 노동조합법은 제81조 제1항 제4호에서 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위 등을 사용자의 부당노동행위의 한 유형으로 규정하고 있는데, 이는 “노동조합의 주체성과 자주성을 침해하는 행위를 배제·시정함으로써 정상적인 노사관계를 회복하고 궁극적으로 노동3권의 실질적인 행사를 보장하려는 취지”라는 것이 判例의 태도이다.

### 3. 실질적 요건이 결여된 노동조합의 법적 지위

노동조합의 실질적 요건과 설립신고를 모두 다 결여한 경우 노동조합의 기본적 요건을 갖추지 않았기 때문에 이에 대하여는 노동조합에 관한 모든 법률규정의 적용이 배제된다.

그런데, 노동조합 설립신고를 하여 신고증을 교부받았다고 하더라도 노동조합법 제2조 제4호에서 정하고 있는 실질적 요건을 갖추지 못한 노동단체는 노동조합법상 노동조합이라 할 수 없으며, 헌법상노조로 볼 수도 없다. 즉 실질적 요건을 갖추지 못하는 경우 형식적인 절차를 거친 것만으로 당연히 노동조합이 되는 것은 아니다.<sup>136)</sup>

판례에 따르면,

- i) 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 개입하려는 사용자의 부당노동행위에 의해 노동조합이 설립된 것에 불과하거나,
- ii) 노동조합이 설립될 당시부터 사용자가 위와 같은 부당노동행위를 저지르려는 것에 관하여 노동조합 측과 적극적인 통모·합의가 이루어진 경우 등과 같이

해당 노동조합이 헌법 제33조 제1항 및 그 헌법적 요청에 바탕을 둔 노조법 제2조 제4호가 규정한 실질적 요건을 갖추지 못하였다면, 설령 설립신고가 행정관청에 의하여 형식상 수리되었더라도 실질적 요건이 흠결된 하자가 해소되거나 치유되는 등의 특별한 사정이 없는 한 이러한 노동조합은 노동조합법상 설립이 무효로서 노동3권을 향유할 수 있는 주체인 노동조합으로서의 지위를 가지지 않는다고 보아야 한다”고 한다.<sup>137)</sup>

## III 사안의 적용

사안에 따르면 A사와 C컨설팅이 D노조의 설립 과정 전반에 관한 사항을 구체적으로 논의하고, 설립 신고서, 규약, 회의록 등 노동조합의 설립취지 등이 담긴 핵심 요소에도 개입한 것 등을 볼 때, 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 개입하려는 사용자의 부당노동행위에 의해 D노조가 설립된 것에 불과하며, D노조가 설립될 당시부터 A사가 부당노동행위를 저지르려는 것에 관하여 D노조측과 적극적인 통모나 합의가 이루어진 것으로 볼 수 있다.

136) 대법원 1996.6.28. 선고 93도855 판결 참조

137) 대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결

즉 A사는 B노조의 세력을 약화시키고, 새로운 노동조합을 설립할 목적으로 치밀한 기획하에 사전계획 시나리오에 따라 D노조를 설립, 운영했다고 볼 수 있다.

따라서 D노조는 노동조합으로서의 자주성 및 독립성을 갖추지 못하였다고 보아야 한다.

따라서 D노조의 설립신고가 행정관청에 의해서 형식상 수리되었더라도 헌법 제33조 제1항과 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 실질적 요건을 갖추지 못하였으므로 D노조의 설립은 무효로서 노동조합의 지위를 가지지 않는다고 보아야 한다.

#### IV 결론

D노조는 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추지 못하였으므로, 그 설립이 무효로서 노동조합의 지위를 가지지 않는다.

##### [해당 사안의 추가 문제 간략정리]

A사와 C권설텡은 D노조가 설립된 이후 직원들에게 D노조의 조합원이 될 것을 독려했으며, D노조를 A사의 과반수 노동조합으로 만들기 위한 방안을 지속적으로 논의하였다. 실제로 A사와 C권설텡의 시나리오에 따라 D노조 간부회의, 노보창간, 홈페이지 오픈, 노동조합 현판식, 노조간부 교육, 조합원 체육대회 등이 순차적으로 진행되었고, D노조는 2014.1.10.자로 과반수 노동조합의 지위를 취득하게 되었다.

2013년에는 D노조가 과반수의 지위를 취득하지 못하여 A사는 B노조와 D노조 각각 개별교섭을 하였고, 2014년에 관리직의 D노조 가입을 추진하면서 D노조가 과반수의 지위를 취득하자 교섭대표노조가 된 D노조와 단체교섭을 하고 단체협약을 체결하였다.

이에 대하여 B노조는 D노조의 설립에 대한 무효확인 소를 제기하였다.

##### I. 쟁점의 정리

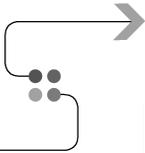
쟁점1. 복수의 노동조합 중 어느 한 노동조합이 다른 노동조합의 자주성 등 노동조합의 실질적 요건 흠결을 이유로 설립무효 확인 등을 구하는 소를 제기할 수 있는지 여부도 문제된다.

쟁점2. 노동조합이 설립에서 자주성을 갖추지 못한 경우라도 하더라도 노동조합이 설립된 이후 특정시점부터는 자주성을 갖추고 있는 경우, 노동조합 설립의 하자가 치유되었다고 볼 수 있는지가 문제된다.

##### II. 복수의 노동조합 중 어느 한 노동조합이 다른 노조의 설립무효 확인을 구하는 소를 제기할 수 있는지 여부

##### 1. 과거의 법률관계가 확인의 소의 대상이 될 수 있는 경우

일반적으로 과거의 법률관계는 확인의 소의 대상이 될 수 없지만, 그것이 이해관계인들 사이에 현재적 또는 잠재적 분쟁의 전제가 되어 과거의 법률관계 자체의 확인을 구하는 것이 관련된 분쟁을 일거에 해결하는 유효·적절한 수단이 될 수 있는 경우에는 예외적으로 확인의 이익이 인정된다. (대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결)



## 2. 복수의 노동조합 중 어느 한 노조가 다른 노조를 상대로 노조설립무효확인의 소를 제기할 수 있는지 여부

### (1) 복수노조와 소수노조의 교섭권 및 쟁의권 제약

복수 노동조합의 설립이 현재 전면적으로 허용되고 있을 뿐 아니라 교섭창구 단일화 제도가 적용되고 있는 현행 노동조합법하에서 복수 노동조합 중의 어느 한 노동조합은 원칙적으로 스스로 교섭대표노동조합이 되지 않는 한 독자적으로 단체교섭권을 행사할 수 없고(제29조의2, 제29조 제2항 등), 교섭대표 노동조합이 결정된 경우 그 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원의 과반수 찬성 결정이 없으면 쟁의행위를 할 수 없게 되며(제41조 제1항), 쟁의행위는 교섭대표노동조합에 의해 주도되어야 하는(제29조의5, 제37조 제2항) 등 법적인 제약을 받게 된다.

### (2) 소수노조가 설립무효확인의 소를 제기할 수 있는지 여부

그러므로 단체교섭의 주체가 되고자 하는 노동조합으로서의 위와 같은 제약에 따르는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 다른 노동조합을 상대로 해당 노동조합이 설립될 당시부터 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 주체성과 자주성 등의 실질적 요건을 흠결하였음을 들어 설립무효의 확인을 구하거나 노동조합으로서의 법적 지위가 부존재한다는 확인을 구하는 소를 제기할 수 있다고 보는 것이 타당하다. (대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결)

## 3. 사안의 검토

단체교섭의 주체가 되고자 하는 B노동조합으로서의 독자적인 단체교섭권을 행사할 수 없다는 점, 쟁의행위를 주도할 수 없다는 점 등의 제약에 따르는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 D노동조합을 상대로 해당 노동조합이 설립될 당시부터 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 주체성과 자주성 등의 실질적 요건을 흠결하였음을 들어 그 설립무효의 확인을 구하거나 노동조합으로서의 법적 지위가 부존재한다는 확인을 구하는 소를 제기할 수 있다.

## III. 노동조합의 설립이 무효인 하자가 해소되거나 치유되지 아니한 채 존재하는지를 판단하는 기준 시점

### 1. 확인청구소송의 인용판결의 의의

아울러 이러한 확인청구소송의 인용판결은 사실심 변론종결 시를 기준으로 노동조합의 설립이 무효인 하자가 해소되거나 치유되지 아니한 채 남아 있음으로써 해당 노동조합이 노동조합으로서의 법적 지위를 갖지 아니한다는 점을 확인하는 것일 뿐 이러한 판결의 효력에 따라 노동조합의 지위가 비로소 박탈되는 것이 아니다.

### 2. 하자치유의 판단시점 = 사실심 변론종결시

그러므로 노동조합의 설립이 무효인 하자가 해소되거나 치유되지 아니한 채 존재하는지에 관한 증명은 판단의 기준 시점인 사실심 변론종결 당시까지 할 수 있고, 법원은 해당 노동조합의 설립 시점부터 사실심 변론종결 당시까지 사이에 발생한 여러 가지 사정들을 종합적으로 고려하여 노동조합이 설립 과정에서 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 주체성과 자주성 등의 실질적 요건을 흠결한 하자가 여전히 남아 있는지, 이에 따라 현재의 권리 또는 법률관계인 그 노동조합이 노동조합으로서의 법적 지위를 갖는지 여부를 판단하여야 한다.(대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결)

### 3. 사안의 적용

- i) A사와 C컨설팅은 D노조가 설립된 이후에도 직원들에게 D노조의 조합원이 될 것으로 독려하고, D노조를 A사의 과반수 노동조합으로 만들기 위한 방안을 지속적으로 논의하였다는 점,

- ii) D노조를 과반수 노동조합으로 만들기 위해서 A사와 C컨설팅이 시나리오에 따라 간부 회의, 노보 창간, 홈페이지 오픈, 노동조합 현판식, 간부 교육, 조합원 체육대회 등이 순차 진행되었다는 점,
- iii) 그래서 결국 시나리오에 따라 D노조가 과반수 노동조합의 지위를 차지하였고 교섭대표노조의 자격으로 교섭을 하였다는 점,
- iv) D노조가 과반수의 지위를 취득하지 못한 2013년에는 개별교섭을 하였다는 점 등을 고려해 보면

사실심 변론종결 시를 기준으로 D노조의 설립이 무효인 하자가 여전히 해소되거나 치유되지 아니한 채 남아 있다고 볼 수 있다.

丙 등은 산업별 노동조합인 E산업노동조합 소속 간부들로서 D회사의 산업안전보건법 위반 사실의 증거수집 등을 할 목적으로 E산업노동조합 소속 지회 사업장인 D회사의 평택공장 내 생산1공장에 들어가 이 공장의 시설이나 설비를 작동시키지 않은 채 그 상태를 눈으로 살펴보고 그 시간은 30분 정도에 그쳤다. 그리고 丙 등이 이러한 현장순회 과정에서 D회사 측을 폭행·협박하거나 강제적인 물리력을 행사한 바 없고, 근무 중인 근로자들의 업무를 방해하거나 소란을 피운 사실도 없다. 또한 그 이전에도 E산업노동조합 하부조직인 평택지부 소속 간부들이 같은 목적으로 이 공장을 방문하여 관리자 측의 별다른 제지 없이 현장순회를 해온 사실이 있다.

[문] 이러한 丙 등의 행위가 정당한 조합활동에 해당하는지에 관하여 논하시오.

• 공인노무사 2022년 기출문제

#### 세부목차

- |                  |                           |
|------------------|---------------------------|
| I. 문제의 소재        | 5. 시기·수단·방법의 정당성 판단시 고려사항 |
| II. 조합활동 정당성의 요건 | III. 사안의 적용               |
| 1. 주체의 정당성       | 1. 주체의 정당성 여부             |
| 2. 목적의 정당성       | 2. 목적의 정당성 여부             |
| 3. 시기의 정당성       | 3. 시기, 수단·방법의 정당성 여부      |
| 4. 수단과 방법의 정당성   | IV. 결론                    |

## I 문제의 소재

근로자의 행위가 조합활동으로서 정당하다고 인정받기 위해서는 주체, 목적, 시기, 수단·방법이 정당해야 한다.

- i) 특히 丙 등의 산별노조 간부들의 활동에 대하여 노조활동의 주체로서 정당성을 인정할 수 있는 것인지,
- ii) 또한 사용자의 허가를 받지 않고 근무시간중에 촬영현장을 순회한 것이 A회사의 노무지휘권과 시설관리권을 침해한 것으로서 시기나 수단·방법의 정당성을 인정할 수 있는 것인지가 특히 문제된다.

## II 조합활동 정당성의 요건

정당한 조합활동에 대하여는 해고나 그 밖의 불이익취급을 할 수 없고(노조법 81조 제1항 제1호), 형사책임이 면제되며(노조법 제4조), 민사책임도 물을 수 없다(노조법 제3조).<sup>138)</sup> 근로자의 행위가 조

138) 임종률 14판, 104p ; 근로자가 정당한 조합활동을 하였음에도 불구하고 사용자가 근로기준법상 정당한 이유없이 해고한 경우, 정당한 조합활동을 이유로 사용자가 불이익취급의 부당노동행위를 한 경우, 정당한 조합활동을 하였음에도 근로자의 어떠한 행위가 형사상 업무방해, 주거침입, 퇴거불응 등의 범죄를 구성한다는 이유로 기소된 경우, 등이

합활동으로서 정당하다고 인정받기 위해서는 주체, 목적, 시기, 수단·방법이 정당해야 한다.<sup>139)</sup>

## 1. 주체의 정당성

조합원의 행위가 노동조합의 결의나 지시에 따라 한 조직적인 활동이라면 당연히 정당성이 인정될 것이다.

하지만, 판례에 따르면, 조합원이 노동조합의 결의·지시 없이 한 자발적·독자적 행위인 경우라도 i) 그 행위의 성질상 노동조합의 업무를 위한 활동으로 볼 수 있는 경우, 그리고 ii) 노동조합의 묵시적 수권 내지 승인을 받았다고 볼 수 있는 경우도 정당성을 인정할 수 있다.<sup>140)</sup>

산별노조의 조합원의 활동도 주체의 정당성을 인정할 수 있으며, 노동조합법 제5조 제2항에서는 “사업 또는 사업장에 종사하는 근로자가 아닌 노동조합의 조합원은 사용자의 효율적인 사업 운영에 지장을 주지 아니하는 범위에서 사업 또는 사업장 내에서 노동조합 활동을 할 수 있다”고 규정하여 이를 확인하고 있다.

## 2. 목적의 정당성

판례에 따르면 조합활동의 정당성을 인정하기 위하여는 그 목적이 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것이고 근로자의 단결 강화에 도움이 되는 행위이어야 한다.<sup>141)</sup> 따라서 이러한 목적에서 벗어난 조합활동은 정당성을 상실한다 할 것이다.

## 3. 시기의 정당성

### (1) 원칙

취업시간 중의 조합활동은 근로계약상 사용자의 노무지휘권을 침해할 수 있기 때문에, 조합활동은 특별한 사정이 없는 한, 취업시간 외에 행해져야 한다. 왜냐하면 취업시간 중의 조합활동은 근로계약상 사용자의 노무지휘권을 침해할 수 있기 때문이다. 하지만, 취업시간 외의 조합활동은 원칙적으로 노무지휘권과 충돌하지 않는다.<sup>142)</sup>

### (2) 취업시간 중의 조합활동이 인정되는 경우

다만 우리 판례는 i) 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있는 경우나, ii) 노동관행이나 사용자의 승낙이 있는 경우에 한하여는 취업시간 중에 조합활동을 할 수 있다고 한다.<sup>143)</sup>

## 4. 수단과 방법의 정당성

판례에 따르면 “사업장내의 조합활동에 있어서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율

조합활동과 관련하여 흔히 볼 수 있는 분쟁사례이다(사법연수원(노조법), 112p 참조).

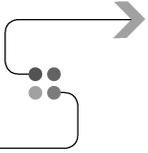
139) 대법원 1992.4.10. 선고 91도3044 판결 참조

140) 대법원 1996.2.23. 선고 95다13708 판결

141) 대법원 1992.4.10. 선고 91도3044 판결 참조

142) 김유성II, 103p

143) 대법원 1995.2.17. 선고 94다44422 판결 참조



이나 제약에 따라야 하며, 폭력과 파괴행위 등의 방법에 의하지 않는 것"이어야 그 정당성을 인정할 수 있다고 한다.

특히 판례는 “구체적 사건에서 노사쌍방의 태도, 사용자가 행하는 취급의 태양·정도등을 종합하여 사회통념에 따라 판단하여야 한다”라고 판시<sup>144)</sup>하여, ‘합리성’ 내지 ‘사회통념에 따른 상당성’이라는 객관적 기준을 채택하고 있다.

#### 5. 시기·수단·방법의 정당성 판단시, 고려사항

그런데, 취업규칙이나 단체협약 등에 취업시간 중의 조합활동을 허용하는 규정을 두고 있지 않은 경우에는 어떠한 사유로도 취업시간중 조합활동은 전혀 허용될 수 없는지가 문제된다.

그런데, 최근 판례에서는 “이러한 조합활동의 정당성의 요건 중에서 시기·수단·방법 등에 관한 요건은 조합활동과 사용자의 노무지휘권·시설관리권 등이 충돌할 경우에 그 정당성을 어떠한 기준으로 정할 것인지 하는 문제이므로, 그 요건을 갖추었는지 여부를 판단할 때에는

- i) 조합활동의 필요성과 긴급성,
- ii) 조합활동으로 행해진 개별 행위의 경위와 구체적 태양,
- iii) 사용자의 노무지휘권·시설관리권 등의 침해 여부와 정도,
- iv) 그 밖에 근로관계의 여러 사정을

종합하여 충돌되는 가치를 객관적으로 비교·형량하여 실질적인 관점에서 판단하여야 한다”고 하여<sup>145)</sup>, 그 정당성을 객관적으로 실질적인 관점에서 판단하도록 하고 있다

### III 사안의 적용

#### 1. 주체의 정당성 여부

D회사의 노동조합은 E노조의 지회형태를 취하고 있으므로, E노조 간부인 丙 등의 활동에 대해서는 주체의 정당성을 인정할 수 있다.

#### 2. 목적의 정당성 여부

丙 등은 산업안전보건법 위반 사실의 증거수집을 목적으로 공장에 들어간 것이므로, 궁극적으로 근로조건의 유지·개선을 목적으로 하고 있다고 볼 수 있다. 목적의 정당성도 인정할 수 있다.

#### 3. 시기, 수단·방법의 정당성 여부

D회사가 취업규칙이나 단체협약에서 취업시간 중에 D회사 내부에서 조합활동을 허용하는 규정을 두고 있는지 여부는 사실관계에 나와 있지 않다. 따라서 丙 등의 활동이 시기나 수단·방법의 측면에서 정당한지가 판례법리를 고려하여 살펴보고자 한다.

##### (1) E산별산조 활동의 필요성과 긴급성

144) 대법원 2000.6.23. 선고 98다54960 판결 참조

145) 대법원 2020.7.29. 선고 2017도2478 판결)

E산별노조는 산업안전보건법 위반 사실이라는 중요한 근로조건에 대한 증거수집을 할 목적이 있었으므로, 그 현장순회의 필요성과 긴급성이 있었다고 보여진다.

(2) D회사의 노무지휘권과 시설관리권 등의 침해 여부와 그 정도

- i) 그런데, E산별노조의 간부들이 이전에도 같은 목적으로 현장을 방문하였지만, D사측의 별다른 제지 없이 현장 순회를 해왔던 점,
- ii) 공장의 시설이나 설비를 작동시키지 않은 채, 단지 그 상태를 눈으로 살펴보았을 뿐이며 그 시간도 30분에 그친 점,
- iii) 현장순회 과정에서 D사 측을 폭행·협박하거나 강제적인 물리력을 행사한 바 없고, 근무중인 근로자의 업무를 방해하거나 소란을 피운 사실도 없었던 점을 비추어 볼 때,  
D회사의 노무지휘권이나 시설관리권의 본질적인 부분을 침해하였다고 보기는 어렵다.

따라서 충돌되는 가치를 객관적으로 비교·형량하여 실질적인 관점에서 판단하면, E산별노조 간부인 丙 등이 한 행동은 근로조건의 유지·개선을 위한 조합활동으로서의 필요성과 긴급성이 인정되는 반면, 그러한 활동으로 인하여 D회사의 노무지휘권이나 시설관리권의 본질적인 부분을 침해하였다고 보기는 어렵다.

따라서 丙 등의 행위는 정당한 조합활동이다.

#### IV 결론

E산별노조 간부인 丙 등의 조합활동은 주체, 목적, 시기, 수단과 방법의 모든 측면에서 정당하다.

[참조판례 : 산별노조의 쟁의행위 조력의 법적 성격]

1. 종업원이 아닌 산별노조나 지역지부 조합원들이 집회에 참여하게 된 경위와 참여 방식, 집회 이후 사정 및 금속노조 충남지부 차원에서는 쟁의행위에 관한 찬반투표 절차를 거치지 않았던 점 등에 비춰 보면, 이들의 이 사건 집회 참여 행위는 이 사건 기업 지회 및 그 소속 조합원들의 쟁의행위를 지원·조력하기 위한 산업별 노동조합의 조합활동으로서의 성격을 가진다(대법원 2020.7.9. 선고 2015도6173 판결).
- ※ 비종업원이 조합원이 쟁의행위를 지원, 조력하는 행위로서 한 조합활동은, 비종업원인 조합원이 해당사업장에 출입할 근거가 있다고 볼 수 있는지, 사용자의 사업운영에 지장을 주었다고 볼 수 있는지, 출입의 목적이나 머문 장소, 그리고 시간 등을 고려하여 그 수단과 방법에 상당성이 있는지등에 따라 판단하여야 할 것이다. (이 부분은 해당 판례를 평가한 것이다. 이승욱, “비종업원인 조합원의 쟁의행위 참여행위의 법적 성격”, 『월간 노동리뷰』 2020.11월호, 한국노동연구원, 90p)
2. 쟁의행위로서 정당성이 인정되는 부분적·병존적 직장점거를 하고 있는데, 회사 종업원이 아닌 산별노조나 지역지부 조합원들과 함께 집회에 참여했다고 해서 그 정당성이 달라지는 것은 아니다(대법원 2020.7.9. 선고 2015도6173 판결).

A회사와 A회사의 노동조합(이하 'A노동조합'이라고 한다) 사이에 체결된 '2010년도 단체협약'(만료일 : 2011.12.31.)에 따르면, 짝수 월(2월, 4월, 6월, 10월, 12월)의 25일에 월 기본급의 100%에 해당하는 고정상여금이 근로자에게 지급된다. 세계적인 금융위기 이후 계속된 경기불황으로 부도의 위기에 처하게 된 A회사는 경영난의 타개와 근로자들의 잦은 결근의 방지를 위하여 A노동조합과 5차례에 걸쳐 특별교섭을 행하였고, 그 결과 2010년 12월 28일에 '2010년도 특별노사합의'가 성립하였다. '2010년도 특별노사합의'의 내용은 다음과 같다.

제1조 : 경영정상화를 위하여 2010년도 12월 고정상여금과 2011년도 2월, 4월 및 6월 고정상여금은 이를 지급하지 않고, 이후 고정상여금의 지급여부와 그 시기는 회사와 노동조합이 별도로 합의한다.  
제3조 : 이 특별노사합의의 내용과 상충되는 2010년도 단체협약의 부분은 무효로 한다.

[문] A노동조합의 조합원인 근로자 甲은 '2010년도 특별노사합의' 제1조는 조합원들로부터 개별적인 동의를 받지 않는 것으로서 무효이므로, A회사는 2010년도 12월 고정상여금과 2011년도 2월, 4월 및 6월 고정상여금을 자신에게 지급하여야 한다고 주장한다. 근로자 甲의 주장이 타당한지 여부를 논하시오.

• 공인노무사 2012년 기출문제

#### 세부목차

- |  |   |
|--|---|
| <p>I. 문제의 소개</p> <p>II. 단체협약의 성립요건 및 협약자치의 한계</p> <p>1. 단체협약의 성립요건</p> <p>2. 단체협약의 규범적 효력과 협약자치의 한계 : 개별 근로자에게 이미 귀속된 권리의 처분과 근로조건에 대한 불이익변경을 중심으로</p> | <p>III. 사안의 적용</p> <p>1. '2010년도 특별노사합의'가 단체협약으로 유효하게 성립된 것인지 여부</p> <p>2. '2010년도 특별노사합의'가 협약자치의 한계를 넘은 것인지 여부</p> <p>IV. 결론</p> |
|--|---|

### I 문제의 소개

- i) 우선 '2010년도 특별합의'가 단체협약으로 유효하게 성립된 것인지를 논하여야 한다.
- ii) 그리고 단체협약으로 유효하게 성립된 경우에 협약자치의 한계를 넘는 것으로 무효가 되는 것이냐가 문제된다. 개별조합원의 동의나 수권없이 단체협약만으로 상여금을 포기한 사안인데, 특히 이미 지급기일이 경과한 2010년 12월 고정상여금을 개별적인 동의없이 단체협약만으로 포기할 수 있는 것인지, 또한 아직 지급 기일이 경과하지 아니한 2011년도 2월, 4월, 6월의 고정상여금도 개별적인 동의없이 단체협약만으로 포기할 수 있는 것이냐가 문제된다.

## II 단체협약의 성립요건 및 협약자치의 한계

### 1. 단체협약의 성립요건

단체협약은 다른 계약과 마찬가지로 당사자간의 합의가 있어야 하지만, 일반 사법상의 계약과 달리 엄격한 요식성이 요구된다.

#### (1) 단체협약의 실질적 요건 : 당사자의 합의

단체협약이 유효하게 성립하기 위해서는 노동관계 당사자의 합의가 있어야 한다.<sup>146)</sup>

#### (2) 단체협약의 형식적 요건 : 서면작성 및 당사자 쌍방의 서명 또는 날인

단체협약이 유효하게 성립하려면, 당사자의 합의내용을 서면으로 작성하여 당사자의 쌍방이 서명 또는 날인하여야 한다(노동조합 및 노동관계조정법(이하 노조법) 제31조 제1항).

서면의 형식을 갖추지 않은 단체협약은 효력이 없다는 것이 판례의 태도이다.<sup>147)</sup> 서면으로 작성된 이상, 서면의 표제나 형식은 어떠한 관계없다. 즉 ‘단체협약’이라는 제목이 없더라도 ‘합의서’, ‘각서’, ‘임금협정’ 등도 무방하다.

단체협약을 이렇듯 엄격한 요식행위로 한 취지에 대하여 우리 판례<sup>148)</sup>는 i) 서면으로 작성하도록 한 것은 단체협약의 내용을 명확히 함으로써 장래의 분쟁을 방지하기 위한 취지이고(내용의 명확성) ii) 서명 또는 날인을 거치도록 한 것은 체결당사자를 명확히 함과 아울러 그의 최종적 의사를 확인함으로써 단체협약의 진정성을 확보하기 위한 취지라고 설명하고 있다(당사자의 명확성과 진정성).

따라서 판례에 따르면 당사자 쌍방이 이를 단체협약으로 할 의사로 합의하여 문서로 작성하여 당사자 쌍방의 대표자가 각 노동조합과 사용자를 대표하여 서명 또는 날인하는 등으로 단체협약의 실질적·형식적 요건을 갖추었다면 이를 단체협약으로 볼 수 있다.<sup>149)</sup>

### 2. 단체협약의 규범적 효력과 협약자치의 한계 : 개별 근로자에게 이미 귀속된 권리의 처분과 근로조건에 대한 불이익변경을 중심으로

#### (1) 단체협약의 규범적 효력 및 협약자치의 원칙

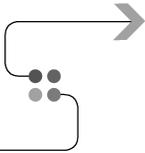
노조법 제33조는 제1항에서는 “단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효”로 하며, 제2항에서 “근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의하도록 규정하여, 단체협약의 규범적 효력을 인정하고 있다.”

146) 김유성, 앞의 책(노동법 ii), 162p

147) 대법원 2001.5.29. 선고 2001다15422,15439 판결 등 다수 판결

148) 대법원 2005.3.11. 선고 2003다27429 판결 참조

149) 대법원 2005.3.11. 선고 2003다27429 판결 참조



단체협약의 규범적 효력은 조합원인 개별근로자가 사용자와 사이에 근로조건에 관하여 개별 근로계약이나 사용자가 일방적으로 정한 취업규칙에 의하여 단체협약에 정한 근로조건에 관한 사항에 위반되는 내용을 정하는 것을 금지함으로써 개별근로자와 사용자사이의 사적자치의 원칙을 제한하고 단체협약자치의 원칙을 승인하고 있는 것이라 할 수 있다.<sup>150)</sup>

## (2) 협약자치의 한계

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

### 가. 개별근로자에게 이미 귀속된 권리의 처분

특히 판례에 따르면, “현실적으로 지급되었거나, 이미 구체적으로 그 지급청구권이 발생한 임금(상여금 포함)이나 퇴직금은 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이기 때문에 노동조합이 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않는 이상, 사용자와 사이의 단체협약만으로 이에 대한 반환이나 포기 및 지급유예와 같은 처분행위를 할 수는 없다”고 한다.<sup>151)</sup>

그리고 이때 구체적으로 지급청구권이 발생하여 단체협약만으로 포기 등을 할 수 없게 되는 임금인지 여부는 근로계약, 취업규칙 등에서 정한 지급기일이 도래하였는지를 기준으로 판단하여야 한다는 것이 判例의 태도이다.<sup>152)</sup>

### 나. 단체협약에 의한 근로조건을 불이익변경 인정 여부

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

#### ① 원칙 - 협약자치의 원칙상 유효

판례는 협약자치의 원칙상 노동조합은 사용자와 근로조건을 유리하게 변경하는 내용의 단체협약뿐만 아니라 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약을 체결할 수 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 그러한 노사 간의 합의를 무효라고 볼 수 없고 노동조합으로서 그러한 합의를 위하여 사전에 근로자들에게서 개별적인 동의나 수권을 받을 필요가 없다고 한다.<sup>153)</sup>

#### ② 예외 - 특별한 사정이 있는 경우 무효

하지만 판례는 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약이 현저히 합리성을 결하여 노동조합 목적을 벗어난 것으로 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 그러한 합의를 무효라고 보아야 한다고 판시하고 있다. 이때 단체협약이 현저히 합리성을 결하였는지는 단체협약 내용과 체결경위, 협약체결 당시 사용자 측 경영상태 등 여러 사정에 비추어 판단하여야 한다.<sup>154)</sup>

150) 사법연수원(노조법), 199p

151) 대법원 2000.9.29. 선고 99다67536 판결

152) 대법원 2022.3.31. 선고 2020다294486 판결

153) 대법원 2011.7.28. 선고 2009두7790판결 등 다수 판결

154) 대법원 2011.7.28. 선고 2009두7790판결

### Ⅲ 사안의 적용

#### 1. '2010년도 특별노사합의'가 단체협약으로 유효하게 성립된 것인지 여부

사안에서 A노동조합은 A회사와 특별교섭을 행하였고, 그 결과 '2010년도 특별노사합의'가 성립하였다. 그리고 특별노사합의의 내용과 상충되는 2010년도 단체협약의 부분은 무효로 한다는 조항 등이 있으므로, A회사와 A노동조합은 단체협약을 체결할 의사로 서로간 합의를 통해 특별노사합의서를 체결한 것이므로 단체협약의 실질적인 성립요건은 충족한 것으로 판단된다.

또한 단체협약은 서면으로 작성해야 하는데, 서면으로 작성된 이상 서면의 표제나 형식은 관계없으므로 해당 서면을 '특별노사합의서'라는 이름으로 체결하였다고 하더라도 단체협약으로 성립하는데 장애요인이 되지 아니한다. 따라서 단체협약의 형식적 요건도 충족하고 있다. 해당 사안에서는 당사자 쌍방이 서명 또는 날인한 것이라는 사실관계가 정확하게 드러나 있지 않지만, A노동조합의 조합원 甲과 乙이 이를 다투고 있지는 아니하므로, 단체협약의 실질적, 형식적 요건을 충족한 것으로 볼 수 있다.

#### 2. '2010년도 특별노사합의'가 협약자치의 한계를 넘은 것인지 여부

##### (1) 2010년 12월 고정상여금에 대한 甲의 주장이 타당한지 여부

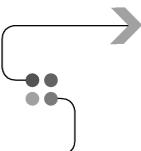
해당 사안에서 A회사와 A노동조합은 2010년 12월 25일에 지급기일이 도래하여 이미 구체적으로 지급청구권이 발생한 2010년 12월의 고정상여금을 포기하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하면서 개별 조합원들의 동의나 수권은 받지 않았다. 판례에 따르면 해당 단체협약의 효력을 인정할 수는 없다. A노동조합의 조합원 甲은 2010년도 12월의 상여금을 개별적으로 청구할 수 있다. 따라서 2010년 12월 고정상여금에 대한 甲의 주장은 타당하다.

##### (2) 2011년도 2월, 4월, 6월 고정상여금에 대한 甲의 주장이 타당한지 여부

2011년 2월, 4월, 6월의 고정상여금은 아직 구체적으로 지급청구권이 발생한 임금이 아니므로, 협약자치의 원칙상 현저히 합리성을 결여하여 노동조합의 목적을 벗어난 것이 아니라면 이를 불리하게 변경하는 내용의 단체협약도 효력이 있다.

- i) 우선 단체협약의 내용은 2011년도 2월, 4월, 6월 상여금에 대하여만 지급하지 않고, 이후 고정상여금이 별도로 회사와 노동조합이 합의하기로 정한 점.
- ii) 또한 단체협약의 체결경위를 보면, 경영난의 타개를 위하여 A회사 A노동조합이 5차례에 걸쳐서 특별교섭을 하였다는 점,
- iii) 협약체결당시 사용자 측 경영상태를 보면, 세계적인 금융위기 이후에 계속된 경기불황으로 부도의 위기에 처하게 된 점 등을 고려하면,

A회사와 A노동조합이 2011년 2월, 4월, 6월의 고정상여금을 지급하지 않기로 한 단체협약이 현저히 합리성을 결하였다고 보기는 어려울 것이며, 협약자치의 원칙상 개별근로자가 동의하거나 수권을 하지 않았다고 하더라도 효력이 있다. 그러므로 A노동조합의 조합원 甲은 2010년도 2월, 4월,



6월의 고정상여금을 개별적으로 청구할 수 없다. 따라서 2011년 2월, 4월, 6월의 고정상여금에 대한 甲의 주장은 타당하지 않다.

#### IV 결론

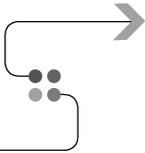
이미 구체적으로 지급청구권이 발생한 2010년 12월의 고정상여금은 자신의 동의를 받지 않았으므로 지급해야 한다는 甲의 주장은 타당하다.

하지만, 2011년 2월, 4월 및 6월의 고정상여금은 현저히 합리성을 결여한 내용이 아니므로 협약자치의 원칙상 효력이 있으며, 조합원 甲의 동의나 수권을 받을 필요가 없다. 따라서 2011년 2월, 4월, 6월의 고정상여금에 대한 甲의 주장은 타당하지 않다.

[참고판례 : 단체협약의 해석에서 노사간의 교섭과 합의과정의 고려 (481쪽, 추가)]

[문] “정년퇴직 후 본인의 요청에 의하여 1년간 촉탁으로 근무할 수 있다.”는 단체협약규정을 재량조항으로 해석해야 하는지, 의무조항으로 해석해야 하는지가 다투진 사안이다(대법원 1996. 9. 20. 선고 95다20454).

해당 단체협약규정의 제정경위, 변천 과정, 교섭 당시의 상황 및 합의과정 등에 비추어 의무조항으로 해석함이 상당하다(교섭당시의 교섭과정과 내용을 도외시한채, 일방적으로 이 규정을 재량규정으로 해석해서는 안 된다).  
→ 단체교섭과정 등을 고려할 때, 해당 규정은 의무조항으로 해석하여야 한다.



A사는 근로자 500명이 근무하는 주요방위산업체로 지정된 회사로서, A사에는 기업별 노동조합인 B노동조합(이하 B노조)이 있다. B노조의 조합원은 400명이다.

B노조는 A사에게 ‘기본급 10만원 인상, 성과급 400% 지급’ 등을 주장하며 단체협상을 진행하여 왔으나 원만하게 협상이 진행되지 않자, 집단적으로 생산직 근로자들의 연장근로와 휴일근로를 거부하기로 결정하였고 연장근로와 휴일근로를 하지 아니하였다.

그런데, A사와 B노조가 체결한 단체협약 제10조에는 “연장근로·휴일근로는 B노조의 사전 동의를 얻어 실시하되, 그에 대한 소정의 가산임금을 지급하고, 연장근로·휴일근로를 하지 않은 이유로 불이익 처우를 하지 못한다”는 규정이 있다.

그리고 A사에서는 일정한 날을 연장근로일 또는 휴일근로일로 미리 지정하는 방식이 아니라, 필요할 때마다 연장근로는 당일 아침에, 휴일근로는 보통 이틀 전에 직장·팀장 등 중간관리자를 통해 신청자를 모집하는 방식으로 연장근로·휴일근로를 실시해 왔다. 이렇게 실시된 연장근로 또는 휴일근로에 참여하는 근로자의 비율은 70~80% 정도였다.

또한 예전에는 단체협상 진행 기간에 조합원들에게 연장근로·휴일근로 거부 지침을 내릴 때에는 A사가 애초에 연장근로·휴일근로 신청자 모집 자체를 하지 않기도 하였다.

[문] B노조가 연장근로와 휴일근로를 집단적으로 거부한 것이 「노동조합 및 노동관계조정법」 상 쟁의행위에 해당하는지 논하시오.

세부목차

- I. 문제의 소재
- II. 준법투쟁의, 쟁의행위 해당여부
  - 1. 쟁의행위의 의의와 법령상 제한
  - 2. 준법투쟁의, 쟁의행위 해당여부
- III. 사안의 검토
  - 1. 주체의 측면
  - 2. 목적과 태양의 측면
- IV. 결론

I 문제의 소재

연장근로와 휴일근로의 집단적 거부는 근로자의 권리를 집단적으로 행사한 것이라고 할 수 있다. 그런데, 근로자들의 권리행사로서의 성격을 아울러 가지는 이른바 준법투쟁이 쟁의행위에 해당하는지의 판단기준이 문제된다.

II 준법투쟁의, 쟁의행위 해당여부

1. 쟁의행위의 의의와 법령상 제한

(1) 쟁의행위의 의의

헌법 제33조 제1항에 따르면 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및

단체행동권을 가진다”고 규정함으로써, 단체행동권을 비롯한 노동3권을 헌법상 기본권으로 보장하고 있다.

또한 노동조합 및 노동관계조정법(이하 노조법) 제2조 제6호에 따르면 쟁의행위라 함은 파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로써 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 말한다.

따라서 헌법상 노동3권에 의해 보장되는 쟁의행위란

- i) 주체의 측면에서는 노동조합이나 그밖의 단결체가,
- ii) 목적의 측면에서는 주장을 관철할 목적으로,
- iii) 태양의 측면에서는 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위라고 할 수 있다.

## (2) 쟁의행위에 대한 법령상 제한

그런데, 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 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없는데 이를 위반한 경우 노동조합법상 가장 중한 형사처벌을 하도록 규정하고 있다(노동조합법 제41조 제2항, 제88조).

## 2. 준법투쟁의, 쟁의행위 해당여부

### (1) 준법투쟁의 의미

준법투쟁이란 근로자들이 그 주장을 관철하기 위하여 법령이나 취업규칙 등의 규정을 평소보다 엄격히 준수하거나, 법률에 정한 근로자의 권리를 동시에 집단적으로 행사하여 평상시에 비해 작업능률을 저하시킴으로써 사용자의 업무를 저해하는 행위를 말한다.<sup>155)</sup>

휴가를 집단적으로 청구하거나, 통상적으로 실시되던 시간외근로나 휴일근로를 집단적으로 거부하는 등 근로자측에게 그 행사가 유보되어 있는 권리를 집단적으로 행사함으로써 평상시에 비해 사업능률을 저하시킴으로써 사용자의 업무를 저해하는 준법투쟁유형(소위, 권리행사투쟁)과<sup>156)</sup> 집단적·조직적으로 법령이나 취업규칙 등에 정한 안전·보건에 관한 규정을 철저히 준수하여 간접적으로 업무저해의 효과가 발생하게 되는 준법투쟁유형(소위 안전투쟁)이 있다.<sup>157)</sup>

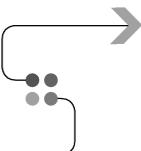
### (2) 준법투쟁의 쟁의행위 해당여부

결국 i) 노동조합의 ii) 주장관철목적이 있다면, iii) 준법투쟁이 쟁의행위인지 여부는 결국 ‘업무의

155) 김형배 24판, 1107p

156) 김유성 ii, 252p ; 김형배 24판, 1107p

157) 김유성 ii, 253p



정상적인 운영을 저해하는지 여부에 따라 결정될 수 밖에 없을 것이다.<sup>158)</sup> 그런데 업무의 ‘정상’적인 운영을 어떻게 이해하느냐를 둘러싸고 견해의 대립이 있다.

#### 가. 사실정상설 - 판례의 태도

판례에 따르면 근로조건의 결정에 관한 주장을 관철할 목적으로 집단적으로 노무제공을 거부하여 통상적으로 해 오던 사실상의 업무 운영을 저해하였다면, 이는 쟁의행위에 해당한다는 취지로 판시하고 있다.<sup>159)</sup>

이 견해에 의할 경우 근로자들이 의무를 준수하거나 권리를 행사한 경우까지 쟁의행위로 보아 그 책임을 지게 되어, 위법을 보호하고 적법을 제재하는 불합리한 결과를 초래한다는 비판도 있다.<sup>160)</sup>

최근 판례에 따르면 “쟁의행위에 대한 법령상의 엄정한 규율 체계<sup>161)</sup>와 헌법 제33조 제1항이 노동3권을 기본권으로 보장한 취지등을 고려하면, 연장근로와 휴일근로의 집단적 거부와 같이 사용자의 업무를 저해함과 동시에 근로자들의 권리행사로써의 성격을 아울러 가지는 행위가 노동조합법상 쟁의행위에 해당하는지는

i) 해당 사업장의 단체협약이나 취업규칙의 내용,

ii) 연장근로를 할 것인지에 대한 근로자들의 동의 방식 등

근로관계를 둘러싼 여러 관행과 사정을 종합적으로 고려하여 엄격하게 제한적으로 판단하여야 한다”<sup>162)</sup>고 판시하고 있다.

즉 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.

#### 나. 법률정상설

업무의 ‘정상’적인 운영이란 ‘적법’한 업무운영을 의미하는 것으로 보아, 적법한 업무운영을 저해하는 경우에만 쟁의행위에 해당하고, 사실상 통상적으로 해 오던 업무운영을 거부하더라도 근로자에게 주어진 정당한 권리를 적법하게 행사하는 것은 쟁의행위에 해당하지 않는다고 보는 견해이다.<sup>163)</sup>

158) 임종률 14판, 207p

159) 통상적으로 해 오던 연장근로를 집단적으로 거부한 경우(대법원 1991.10.22. 선고 91도600 판결), 통상적으로 실시해 오던 휴일근무를 집단적으로 거부한 경우(대법원 1994.2.22. 선고 92누11176 판결), 집단적으로 연·월차휴가를 사용한 경우(대법원 1991.12.24. 선고 91도2323 판결) 등이 있다.

160) 임종률, 앞의 책, 207p

161) 주요 방위산업체의 연장근로의 집단적 거부가 문제된 사안에서 판례는 몇 가지 법령 조항을 제시하고 있다. 노동조합법 제2조 제6호에 따르면 쟁의행위란 과업·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 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없는데 이를 위반한 경우 노동조합법상 가장 중한 형사처벌을 하도록 규정하고 있다(노동조합법 제41조 제2항, 제88조).

162) 대법원 2022. 6. 9. 선고 2016도11744 판결

163) 사법연수원(노동조합및노동관계조정법), 277p

#### 다. 권리행사투쟁·안전투쟁 이분설

‘안전투쟁’의 경우 사용자에게 법적으로 저해되는 업무가 없거나 저해대상이 된 업무의 보호가치가 없으므로 쟁의행위에 해당되지 않으나, ‘권리행사투쟁’의 경우에는 관행으로 행해지는 업무라도 노사차지영역에 속하는 업무로 보호가치가 인정되어야 하므로 쟁의행위에 해당된다고 보는 견해이다.<sup>164)</sup>

#### (3) 판례의 평가

헌법재판소는 준법투쟁을 업무방해죄로 처벌할 수 있는가에 대하여 “연장근로의 거부, 정시출근, 집단적 휴가의 경우와 같이 일면 근로자들의 권리행사로서의 성격을 갖는 쟁의행위에 관하여도 정당성이 인정되지 않는다고 하여 바로 형사처벌할 수 있다는 대법원 판례의 태도는 지나치게 형사처벌의 범위를 확대하여 근로자들의 단체행동권의 행사를 사실상 위축시키는 결과를 초래하여 헌법이 단체행동권을 보장하는 취지에 부합하지 않고 근로자들로 하여금 형사처벌의 위협하에 노동에 임하게 하는 측면이 있음”을 지적하는 등 중요한 견해를 표명한 바 있다.<sup>165)</sup>

이러한 헌법재판소의 견해를 보더라도, 방위산업체 생산직 근로자들이 행한 연장·휴일근로의 집단적 거부가 쟁의행위에 해당하는지는 엄격하게 제한적으로 판단해야 한다는 판례법리는 기본권 제한의 최소침해의 원칙과 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 형벌법규 엄격해석의 원칙에 충실한 것으로 평가할 수 있을 것이다.<sup>166)</sup>

다만, 주요방위산업체에 대한 해당 판례법리가 일반사업장에서도 마찬가지로 적용될 수 있을지는 추후 판례법리를 살펴보아야 할 것이다.

### III 사안의 검토

#### 1. 주체의 측면

사안에 따르면 B노조가 해당 연장근로와 휴일근로의 집단적 거부를 결정하였으므로, 주체의 측면에서는 쟁의행위에 해당할 수 있다.

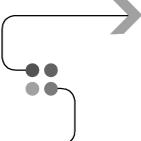
#### 2. 목적과 태양의 측면

사안에 따르면 B노조가 기본급 10만원 인상과 성과급 400%의 지급 등을 주장하며 연장, 휴일근로의 집단적 거부를 결정하였는데, 이는 사용자의 업무를 저해하는 행위이면서 동시에 근로자들의 권리행사로서의 성격을 아울러 가지는 행위라고 할 수 있다. 판례법리에 따라 판단해 보기로 한다.

164) 김유성 ii, 253-255p 참조(쟁의행위로서의 성격을 인정한다고 하더라도 쟁의행위로서의 정당성은 별도의 관점에서 평가해야 한다고 한다)

165) 헌재 1998.7.16, 97헌바23)

166) 조용만·김홍영 5판, 651p

- 
- i) (단체협약의 내용) A사와 B노조가 체결한 단체협약에 연장근로·휴일근로는 B노조의 사전 동의를 얻어 실시하고, 연장근로·휴일근로를 하지 않은 이유로 불이익 처우를 하지 못한다고 정하고 있는 점,
  - ii) (근로자들의 동의방식 등) A사에서는 일정한 날을 연장근로일 또는 휴일근로일로 미리 지정하는 방식이 아니라 필요할 때마다 연장근로는 당일 아침에, 휴일근로는 보통 이틀 전에 중간관리자를 통해 신청자를 모집하는 방식으로 실시해 오고 있으며, B노조가 단체협상 진행 기간에 조합원들에게 연장근로·휴일근로 거부 지침을 내릴 때에는 A사가 애초에 연장근로·휴일근로 신청자 모집 자체를 하지 않기도 한 점 등을 종합하면, A사는 B노조의 사전 동의를 얻고 필요시 근로자의 신청을 받아 연장근로·휴일근로를 실시해 왔을 뿐 일정한 날에 연장근로·휴일근로를 통상적 혹은 관행적으로 해 왔다고 단정하기 어렵다.

따라서 단체협상 기간에 B노조의 지침에 따라 연장근로·휴일근로가 이루어지지 않았더라도 방산물자 생산직 조합원들이 통상적인 연장근로·휴일근로를 집단적으로 거부함으로써 쟁의행위를 하였다고 볼 수는 없다.

#### IV 결론

판례의 태도에 비추어 판단하면, B노조가 통상적인 연장근로와 휴일근로를 집단적으로 거부한 것이 아니므로, 노조법상 쟁의행위에 해당하지 아니한다.

[참조판례 : 주요 방위산업체로 지정된 회사]의 '하수급업체에 소속된 근로자'도 쟁의행위가 금지되는 '주요방위산업체에 종사하는 근로자'에 해당하는지]

주요방위산업체의 원활한 가동이 국가의 안전보장에 필수불가결한 요소라는 점에서 법률로써 주요방위산업체 종사자의 단체행동권을 제한하거나 금지하는 것이 불가피한 면은 있으나, 헌법 제37조제2항이 규정하는 기본권 제한입법에 관한 최소침해의 원칙과 비례의 원칙, 최형법정주의의 원칙에서 파생되는 형벌법규 엄격해석의 원칙에 비추어 볼 때 노동조합법 제41조제2항에 의하여 쟁의행위가 금지됨으로써 기본권이 중대하게 제한되는 근로자의 범위는 엄격하게 제한적으로 해석하여야 한다.

주요방위산업체로 지정된 하도급업체의 사업장과 동일한 장소에 근무하면서 주요 방산물자를 생산하는 업무에 노무를 제공한다는 사정만으로 주요방위산업체로 지정되지 않은 독립된 사업자인 하수급업체에 소속된 근로자가 하도급업체인 주요방위산업체에 '종사'한다고 보는 것은 형벌규정을 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장 해석하는 것으로서 허용되지 않는다(대법원 2017.7.18. 선고 2016도3185판결)

A공사는 국가의 도로를 관리하는 업무를 수행하는 공기업이다. B회사와 C회사는 시설관리용역업체이고, A공사와 청소용역계약을 체결하여, A공사의 본사에서 청소용역업무를 수행하고 있다. 甲과 乙은 B회사의 근로자로 각각 B회사 노동조합의 위원장과 사무국장이다. B회사 노동조합은 B회사와의 임금 등에 관한 단체교섭이 결렬되자 2022. 5. 관할 지방노동위원회에 조정을 신청하였고, 조정이 성립하지 않자 쟁의행위 찬반투표를 거쳐 2022. 6. 25. 파업에 돌입하였다. B회사 노동조합은 2022. 6. 25. A공사 본사 정문 앞을 집회장소로 신고하였으나, 신고된 장소에서 집회를 하지 않고 B회사의 근로자들에게도 평소 통행이 자유로운 A공사 본사의 본관과 옆 건물 사이의 인도에 모여서 함께 구호를 외치며 노동가를 제창하고, 설치된 확성기를 이용하여 1시간 동안 집회를 하였다. B회사 노동조합은 이 집회를 통해 B회사에 대하여 임금인상, 성실교섭 등을 요구하였다. 또한 2022. 7. 1. 유사한 방식으로 B회사 노동조합은 동일한 장소에서 집회를 1시간 20분 동안 개최하며 임금인상, 성실교섭 등을 요구하였다. B회사 노동조합이 두 차례 집회를 개최하고 있을 때 A공사는 신고된 집회장소로 나가라고 수 차례 요구하였으나 B회사 노동조합은 이에 불응하였다. B회사 노동조합의 집회에서 시설물의 파괴나 폭력행위가 발생하지는 않았고, 이 집회로 인하여 A공사 직원들의 업무에 실질적으로 지장이 초래되지는 않았다. A공사는 본관 건물 지하에 B회사 노동조합의 활동을 보장하기 위하여 노동조합 사무실을 제공하여 왔다. 그리고 B회사 노동조합은 A공사 사업장 내에서 B회사와 단체교섭을 진행하였으며, 파업 기간 중에도 B회사 노동조합은 B회사와 교섭을 계속하여 왔다.

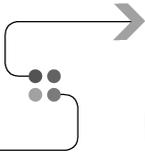
한편 C회사는 B회사 노동조합이 파업에 돌입하자 2022. 6. 25. 자신이 고용한 근로자 5명을 투입하여 화장실 청소 및 쓰레기 수거업무를 수행하도록 하였다. 甲과 乙은 자신들이 하던 업무를 C회사 근로자들이 수행하고 있는 것을 발견하고, 이들 근로자들의 앞을 막은 채 청소를 그만두고 밖으로 나가라며 고함을 지르고, 청소를 하지 못하게 방해하였다. 甲과 乙은 또한 이들 근로자들이 각층에 수거해 놓았던 쓰레기를 건물 복도에 버렸다. 甲과 乙의 행위로 인해 A공사 본사 본관 건물의 미관이 일시적으로 훼손되고, A공사 직원들의 통행에 다소 불편을 초래하였다. 다음 물음에 답하십시오.

- [문 1] A공사는 B회사 노동조합의 조합원들이 퇴거요구에 불응한 것이 형사적으로 위법하다고 주장한다. A공사의 주장의 정당성에 관하여 논하십시오. (30점)      • 공인노무사 2022년 기출문제
- [문 2] A공사와 C회사는 甲과 乙의 C회사 근로자들에 대한 대체근로 저지행위가 형사적으로 위법하다고 주장한다. A공사와 C회사의 주장의 정당성에 관하여 논하십시오. (20점)      • 공인노무사 2022년 기출문제

### 문 1에 대한 풀이

#### 세부목차

- |   |  |
|---|--|
| <p>I. 문제의 소재</p> <p>II. 도급인 사업장에서 이루어진 수급인 소속 근로자들의 쟁의행위의 위법성</p> <p>1. 쟁의행위의 정당성과 형사면책</p> <p>2. 도급인 사업장에서 이루어진 수급인 소속 근로자들의 쟁의행위의 위법성</p> | <p>III. 사안의 적용</p> <p>1. B회사 노동조합의 쟁의행위가 정당한지 여부</p> <p>2. A공사에 대하여 퇴거불응죄의 위법성이 조각되는지 여부</p> <p>IV. 결론</p> |
|---|--|



## I 문제의 소재

- B회사 노동조합원들에 대하여 퇴거불응죄가 성립하는지 논하기 위해서는
- i) 우선 B회사 노동조합의 쟁의행위가 정당한지 논하여야 한다.
  - ii) 또한 B회사 노동조합의 쟁의행위가 정당한 경우 수급인 소속 근로자들이 사용자인 수급인을 상대로 한 쟁의행위의 일환으로 도급인 사업장에서 한 집회·시위 등이 노동조합법 제4조, 형법 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'로서 위법성이 조각되는지 여부가 문제된다.

## II 도급인 사업장에서 이루어진 수급인 소속 근로자들의 쟁의행위의 위법성

### 1. 쟁의행위의 정당성과 형사면책

노동조합 및 노동관계조정법(이하 노조법) 제4조는 형법 제20조의 규정(주 : 정당행위규정을 의미)은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로서 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다. 다만, 어떠한 경우에도 폭력이나 파괴행위는 정당한 행위로 해석되어서는 아니된다고 규정하고 있다(제4조).

쟁의행위가 정당한 경우에 형법상의 범죄로 처벌할 수 없다는 것은 헌법상 단체행동권 보장의 당연한 효과이며, 형사면책규정은 이를 확인하는 의미의 규정이라 할 수 있다.<sup>167)</sup>

그런데, 근로자의 쟁의행위가 정당성을 가지려면 첫째, 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째, 그 목적이 근로조건 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째, 그 시기는 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하거나 단체교섭의 자리에서 그러한 요구를 거부하는 회답을 했을 때 시작되고 그 절차는 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, 넷째, 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다.<sup>168)</sup>

그런데, 도급인의 사업장에서 이루어진 수급인 소속 근로자들의 쟁의행위가 도급인에 대한 관계에서도 형사면책이 되는지가 문제된다.

### 2. 도급인 사업장에서 이루어진 수급인 소속 근로자들의 쟁의행위의 위법성<sup>169)</sup>

(1) 원칙 : 도급인은 수급인 소속 근로자의 사용자가 아니므로 위법성이 조각되지 않음.

“쟁의행위가 정당행위로 위법성이 조각되는 것은 사용자에 대한 관계에서 인정되는 것이므로 제3자의 법익을 침해한 경우에는 원칙적으로 정당성이 인정되지 않는다”는 것이 판례의 태도이다.

판례에 따르면 “도급인은 원칙적으로 수급인 소속 근로자의 사용자가 아니므로, 수급인 소속 근로자

167) 임종률 14판, 211p

168) 대법원 2001.6.12. 선고 2001도1012 판결 등 다수

169) 이하의 내용은 대법원 2020.9.3. 선고 2015도1927 판결을 요약정리한 것이다.

의 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 일어나 도급인의 형법상 보호되는 법익을 침해한 경우에는 사용자인 수급인에 대한 관계에서 쟁의행위의 정당성을 갖추었다는 사정만으로 사용자가 아닌 도급인에 대한 관계에서까지 법령에 의한 정당한 행위로서 법익침해의 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다고 한다.

(2) 예외 : 사회윤리나 사회통념상 용인될 수 있는 행위인 경우 위법성이 조각됨.

그런데 판례에 따르면, “수급인 소속 근로자들이 집결하여 함께 근로를 제공하는 장소로서 도급인의 사업장은 수급인 소속 근로자들의 삶의 터전이 되는 곳이고, 쟁의행위의 주요 수단 중 하나인 파업이나 태업은 도급인의 사업장에서 이루어질 수밖에 없다”고 하면서, “도급인은 비록 수급인 소속 근로자와 직접적인 근로계약관계를 맺고 있지는 않지만, 수급인 소속 근로자가 제공하는 근로에 의하여 일정한 이익을 누리고, 그러한 이익을 향수하기 위하여 수급인 소속 근로자에게 사업장을 근로의 장소로 제공하였으므로 그 사업장에서 발생하는 쟁의행위로 인하여 일정 부분 법익이 침해되더라도 사회통념상 이를 용인하여야 하는 경우가 있을 수 있다”고 한다.

따라서 “사용자인 수급인에 대한 정당성을 갖춘 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 이루어져 형법상 보호되는 도급인의 법익을 침해한 경우, 그것이 항상 위법하다고 볼 것은 아니고, 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당하는 경우에는 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’로서 위법성이 조각된다”는 것이 판례의 태도이다.

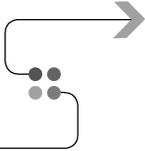
그리고 판례에 따르면 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각되는 경우에 해당하는지 여부는 “쟁의행위의 목적과 경위, 쟁의행위의 방식·기간과 행위 태양, 해당 사업장에서 수행되는 업무의 성격과 사업장의 규모, 쟁의행위에 참여하는 근로자의 수와 이들이 쟁의행위를 행한 장소 또는 시설의 규모·특성과 종래 이용관계, 쟁의행위로 인해 도급인의 시설관리나 업무수행이 제한되는 정도, 도급인 사업장 내에서의 노동조합 활동 관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 하여, 그 판단기준을 제시하고 있다.<sup>170)</sup>

### III 사안의 적용

#### 1. B회사 노동조합의 쟁의행위가 정당한지 여부

해당 쟁의행위는 i) 주체가 B회사 노동조합이라는 점 ii) 그 목적이 임금인상이었다는 점 iii) 노동쟁의가 발생한 후 조정과 찬반투표를 거쳐 쟁의행위를 했다는 점 iv) 시설물의 파괴나 포력행위 등이 발생하지 않았으며, 짧은 시간 동안 평화적인 집회를 하였다는 점 등을 고려하면 B회사 노동조

170) 수급인 소속 근로자들이 도급인의 사업장중 본관건물과 다른 건물사이의 인도를 점거한 사안에서, 전면적이고 배타적인 점거도 아니었고, 도급인의 시설관리권에 대한 제약 역시 상당히 제한적이었으며, 수급인의 사업장에서 단체행동권을 실효적으로 행사하는 것은 사실상 불가능한 측면이 있었다는 점을 고려하여 도급인에 대한 업무방해나 퇴거불응의 죄에 대하여 위법성이 조각된다고 보았다(대법원 2020.9.3. 선고 2015도1927 판결 참조. 도급인은 한국수자원공사였으며, 수급인은 시설관리 및 청소용역업체였다).



합의 쟁의행위는 정당하다고 볼 수 있다.

2. A공사에 대하여 퇴거불응죄의 위법성이 조각되는지 여부

- i) B회사 노조의 파업이 조합원들의 임금인상이라는 정당한 목적을 달성하기 위한 것이었다는 점,
  - ii) 그 기간이 6.25. 7.1에 1시간, 혹은 1시간 20분 정도의 간헐적이고 일시적이었다는 점,
  - iii) 그리고 파업의 장소가 A사가 업무수행을 위하여 배타적으로 사용하는 공간이 아니라 평소에 통행이 자유롭게 허용되는 장소인 점,
  - iv) A공사 시설물의 파괴나 폭력행위가 발생하지 않았다는 점
  - v) A공사 직원들의 업무에 실질적으로 지장이 초래되지 않았다는 점
  - vi) A공사가 B회사 노동조합의 활동을 보장하기 위하여 노동조합 사무실을 제공해 왔다는 점,
- 등을 고려하면,

쟁의행위 기간 중 단결을 유지하는 등 B회사 노동조합 근로자들의 헌법상 단체행동권을 실효적으로 보장하기 위해서는 이들의 근로제공이 현실적으로 이루어지는 장소인 원청업체의 사업장에서 쟁의행위가 이루어져야 할 필요성이 있었던 것으로 보인다.

따라서 甲의 행위는 형법 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위'로서 위법성이 조각된다. 따라서 A공사의 주장은 정당하지 않다.

IV 결론

해당 행위는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위로서 노조법 제4조에 의해 위법성이 조각되므로, 퇴거불응 요구에 불응한 것이 위법하다는 A공사의 주장은 정당하지 않다.

문 2에 대한 풀이

| 세부목차                |                                 |
|---------------------|---------------------------------|
| I. 문제의 소재           | 2. 피케팅의 의의 및 정당성                |
| II. 대체근로의 위법성       | IV. 사안의 적용                      |
| 1. 대체근로 제한의 의의      | 1. 해당 대체근로가 위법한지 여부             |
| 2. 대체근로 제한의 범위      | 2. 甲과 乙의 위법한 대체근로 저지행위가 위법한지 여부 |
| III. 쟁의행위의 정당성과 피케팅 | IV. 결론                          |
| 1. 쟁의행위의 정당성과 형사면책  |                                 |

I 문제의 소재

A공사와 C회사의 주장의 정당성을 논하기 위하여는

- i) 우선 해당 대체근로가 위법한지 여부를 논하고,

- ii) 대체근로가 위법하다면 위법한 대체근로를 저지하기 위한 어느 정도의 실력행사의 용인되는지 여부, 즉 甲과 乙의 피케팅 행위를 정당행위로 볼 수 있는지 여부가 문제된다.

## II 대체근로의 위법성

### 1. 대체근로 제한의 의의

쟁의행위는 헌법상 기본권의 행사이므로, 노조법상으로 쟁의행위에 대한 여러 보호규정을 두고 있다. 특히 사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계 없는 자를 채용 또는 대체할 수 없으며(노조법 제43조 제1항), 그 쟁의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급 줄 수 없다(제43조 제2항).

대체근로는 파업의 압력효과를 저하시키고 노동조합측과 지나친 대결상태를 야기할 우려가 있기 때문에 노동조합의 쟁의행위권을 보호하기 위하여, 대체근로를 제한하고 있는 것이다.<sup>171)</sup>

### 2. 대체근로 제한의 범위

판례에서는 ‘사업’이란 특별한 사정이 없는 한 경영상의 일체를 이루는 기업체 그 자체를 의미하는 것으로 판시하고 있으므로<sup>172)</sup>, ‘사업 또는 사업장’이란 개인사업체 또는 독립된 법인격을 갖춘 회사 등과 같이 경영상의 일체를 이루면서 계속적·유기적으로 운영되고 있는 하나의 기업체 조직을 의미한다고 보아야 할 것이다.

노조법 제43조 제1항에서 당해 사업과 관계없는 자란 당해 사업의 근로자 또는 사용자를 제외한 모든 자를 가리키는바<sup>173)</sup>, 사용자가 노동조합의 쟁의행위기간 중 당해 사업 내의 비노동조합원이나 쟁의행위에 참가하지 아니한 노동조합원 등 기존의 근로자를 제외한 자를 새로 채용 또는 대체할 수 없다는 것으로 풀이된다.<sup>174)</sup>

## III 쟁의행위의 정당성과 피케팅

### 1. 쟁의행위의 정당성과 형사면책

쟁의행위가 정당한 경우에 노동조합법 제4조, 형법 제20조의 규정에 따라 형법상의 범죄로 처벌할 수 없다. 근로자의 쟁의행위가 정당성을 가지려면 주체, 목적, 시기와 절차, 수단과 방법이 정당하여야 하는데, 특히 수단과 방법에 대하여는 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 조건을 모두 구비하여야 한다.<sup>175)</sup> 따라서 해당 실문에서는 甲과 乙의 피케팅 행위가 수단과 방법의 측면에서 정당한지가 문제된다.

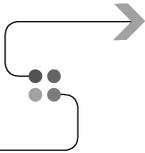
171) 임종률 14판, 213p ; 대법원 2000.11.28. 선고 99도317 판결

172) 대법원 1997.11.28. 선고 97다24511 판결

173) 대법원 2008.11.13. 선고 2008도4831 판결

174) 대법원 2000.11.28. 선고 99도317 판결

175) 대법원 2001.6.12. 선고 2001도1012 판결 등 다수



## 2. 피케팅의 의의 및 정당성

### (1) 피케팅의 의의

피케팅은 파업이나 태업 등의 효과를 유지·제고하기 위하여 다른 근로자 및 일반 시민에게 쟁의중임을 알려 근로자측에 유리한 여론을 형성하거나, 쟁의행위에서의 근로자의 이탈을 방지하고 대체근로 등 사용자의 방해행위를 저지함으로써, 주된 쟁의행위의 실효성을 높이기 위해서 사업장 입구 등 필요한 장소에 파업감시원(picketer)을 배치하거나 사업장의 출입통행에 제한을 가하는 행위를 말한다.<sup>176)</sup>

### (2) 피케팅의 정당성

노조법 제38조 제1항에서 “쟁의행위는 그 쟁의행위와 관계없는 자<sup>177)</sup> 또는 근로를 제공하고자 하는 자<sup>178)</sup>의 출입·조업 기타 정상적인 업무를 방해하는 방법으로 행하여져서는 아니되며 쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위로서 폭행·협박을 사용하여서는 아니된다”고 규정함에 따라 그 해석상 피케팅은 비조합원, 대체근로자, 파업비참가조합원에 대하여 평화적·언어적 설득을 하는데 그쳐야만 그 정당성을 인정할 수 있다 할 것이다.<sup>179)</sup>

판례는 피케팅에 관한 노조법이 개정되기 이전에도 평화적 설득과 구두와 문서에 의한 언어적 설득의 범위내에서만 피케팅의 정당성을 인정하였고, 폭행, 협박 또는 위력에 의한 실력저지나 물리적 강제를 하는 경우에는 정당성을 부정하고 있다.<sup>180)</sup>

다만, 판례는 사용자의 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 쟁의행위가 실효를 거둘 수 있도록 하기 위한 정당행위로서 위법성이 조각된다고 한다<sup>181)</sup>.

그리고 위법한 대체근로를 저지하기 위한 실력 행사가 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위로서 정당행위에 해당하는지는 그 경위, 목적, 수단과 방법, 그로 인한 결과 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 사정 아래서 합목적적·합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 한다는 것이 판례의 태도이다.<sup>182)</sup>

176) 임종률 14판, 219p ; 김유성II, 250p

177) 해당 노동조합의 조합원으로서 원래의 파업·태업에 참가하도록 지시받은 자가 아닌 자를 말한다(임종률 14판, 219p).

178) 파업·태업이 일어난 사업장에서 근로를 제공하려는 자를 말하며, 해당 노동조합의 조합원 중 파업·태업에 참가하지 않은 자일 수도 있고, 사용자의 지시에 따라 대체근로를 하는 자일 수도 있다(임종률 14판, 219p).

179) 김유성II, 251p 참조

180) 파업의 보조적 쟁의수단인 피케팅은 파업에 가담하지 않고 조업을 계속하려는 자에 대하여 평화적 설득, 구두와 문서에 의한 언어적 설득의 범위내에서 정당성이 인정되는 것이고, 폭행, 협박 또는 위력에 의한 실력저지나 물리적 강제는 정당화 될 수 없다(대법원 1990.10.12. 선고 90도1431 판결).

181) 대법원 1992. 7. 14. 선고 91다43800 판결 등 참조

182) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결

#### IV 사안의 적용

##### 1. 해당 대체근로가 위법한지 여부

B회사 노동조합의 파업으로 중단된 업무를 C회사 소속 근로자들로 대체하고 있으므로, 해당 대체근로는 위법하다고 할 수 있다.

##### 2. 甲과 乙의 위법한 대체근로 저지행위가 위법한지 여부

甲과 乙은 대체근로자들이 파업으로 중단된 청소업무 등을 수행하려 하자 이를 제지하기 위해 실력 행사에 나아갔을 뿐이다.

따라서 대체근로자들의 앞을 막으면서 청소를 그만두고 밖으로 나가라고 소리치는 등의 방식으로 대체근로자들의 청소업무를 방해하였다고 하더라도 이러한 행위는 폭력, 협박 및 파괴행위에 나아가지 아니한 소극적·방어적 행위로서 사용자 측의 위법한 대체근로를 저지하기 위한 상당한 범위 내에 있다고 할 수 있다.

대체근로자들에 의해 수거된 쓰레기를 복도에 투기하여 A사의 공간의 미관이 훼손되고, 직원들의 통행에 불편을 초래하기는 하였으나, 이러한 쓰레기 투기행위 역시 불법 대체근로자들의 근로제공의 결과를 향유하지 못하게 하기 위한 소극적 저항행위에 불과하므로, 상당한 범위를 벗어난 실력 행사로 보기도 어렵다.

따라서 甲과 乙의 행위는 위법성이 조각된다. 따라서 대체근로 저지행위가 형사적으로 위법하다는 A공사와 C회사의 주장은 정당하지 않다.

#### V 결론

甲과 乙의 피케팅은 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사한 것이므로 정당하다. A공사와 C회사의 주장은 정당하지 않다.

A사는 열병합발전소를 운영하는 공기업인데 기업별 노동조합인 B노조가 있다. B노조는 정부가 열병합발전소 민영화 방침을 밝힌 이후 민영화 반대의 입장을 천명하며, 단체교섭을 요구하였다.

B노조는 이후 A사와 수회에 걸쳐 교섭을 진행하면서 정부의 민영화 방침의 철회를 주장하고, 단체교섭에서는 “노동조합의 최대 목적은 민영화를 저지하는 것이고, 민영화 철회시 모든 것을 철회할 수 있다.”는 안을 제시하였다. 하지만, A사가 민영화에 대한 입장을 고수하자, B노조는 민영화에 대한 단체교섭안을 철회하는 대신 i) 민영화에 따른 위로금 60개월치 지급, ii) 명예퇴직금 100%인상 iii) 임금 12% 인상 iv) 민영화시 발생하는 매각대금의 조합원 분배 등을 요구하였다. 하지만, A사는 객관적으로 파악할 수 있는 경영악화로 B노조의 요구안에 합의할 수 없는 상황이었다.

결국 해당 요구안에 대한 단체교섭이 결렬되자, B노조는 2019. 5.1.에서 2019.5.5.까지 파업을 하였다. 그런데, B노조는 파업을 하면서 열병합발전소의 발전기 등 전기시설, 보일러 등 스팀시설, 소방수 공급시설 등 용수시설, 플랜트 에어 압축기, 계기용 공기 공급시설 등의 가동을 중단하였다. 해당 시설을 정지하는 경우 인명이나 신체에 위해를 초래할 가능성이 있지만, B노조는 해당 스팀시설과 용수시설, 그리고 공급시설 등의 가동을 중단하면서 사전에 필요한 안전조치를 취하였다.

A사는 해당 시설은 노조법 제42조 제2항에 의한 안전보호시설로서 그 시설의 가동중단으로 사람의 생명이나 신체에 대해 어떠한 위험이 발생하지는 아니하였으나, 가동중단만으로도 그러한 위험이 발생하였다고 주장하고 있다. 그리고 검사는 해당 시설의 가동중단을 주도한 노조 위원장 甲을 노조법 제42조 제2항 위반죄로 기소하였다.

[문1] B노조의 쟁의행위가 정당한지 목적의 측면에서 논하시오.

[문2] B노조의 위원장 甲에 대하여 노조법 제42조 제2항 위반죄가 성립하는지 논하시오.

[문3] B노조는 파업을 실시하는 과정에서 필수유지업무 등을 유지하면서 파업을 하였다. 그래서 영업손실은 거의 발생하지 않았다. 또한 B노조는 2019. 4. 20.에 A사에 대하여 미리 파업을 예고하였다. 검사는 쟁의행위를 주도한 甲에 대하여 위력에 의한 업무방해죄로 공소를 제기하였다. 하지만, 甲은 위력에 의한 업무방해죄의 형사책임이 없다고 주장하고 있다. 甲의 주장이 타당한지 논하시오. (B노조의 쟁의행위는 정당하지 않다고 전제하시오)

### 문 1에 대한 풀이

#### 세부목차

- |  |                           |
|--|---------------------------|
| I. 문제의 소재                              | 2. 쟁의행위의 목적의 정당성 : 경영권 사항 |
| II. 쟁의행위의 정당성과 쟁의행위의 목적 : 경영권 사항을 중심으로 | III. 사안의 검토               |
| 1. 쟁의행위의 정당성의 의의                       | IV. 결론                    |

## I 문제의 소재

사안에 따르면 B노조는 처음에는 민영화를 반대하는 요구안을 내세웠다가 이를 철회하고, 무리한 임금인상 등을 요구조건으로 내세우면서 쟁의행위를 하였다.

- i) 즉 형식상 구조조정을 수용하면서도 결과적으로 구조조정 목적을 달성할 수 없게 하는 요구조건을 내세우면서 쟁의행위를 한 경우, 그 쟁의행위의 정당성을 어떻게 판단할 수 있을지가 문제된다.
- ii) 또한 부가적으로 쟁의행위의 목적이 복수인 경우에는 그 정당성을 어떻게 판단해야 하는지도 문제된다.

## II 쟁의행위의 정당성과 쟁의행위의 목적 : 경영권 사항을 중심으로

### 1. 쟁의행위의 정당성의 의의

근로자의 쟁의행위가 정당성을 가지려면

첫째, 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고,

둘째, 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며,

셋째, 그 시기는 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하거나 단체교섭의 자리에서 그러한 요구를 거부하는 회답을 했을 때 시작하되 그 절차는 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고,

넷째, 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다.<sup>183)</sup>

그리고, 쟁의행위가 헌법상 보장된 단체행동권의 행사로서 정당하게 행하여진 경우에는 민·형사상 어떠한 책임도 부담하지 아니하며(노조법 제3조, 제4조), 사용자가 근로자의 정당한 쟁의행위를 이유로 해고 등의 불이익 처분을 하는 것은 부당노동행위로서(노조법 제81조 제1항 제1호) 그 효력이 부정되고 형사처벌의 대상이 되는 등의 법적 효과가 인정된다.<sup>184)</sup>

### 2. 쟁의행위의 목적의 정당성 : 경영권 사항

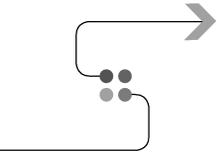
#### (1) 쟁의행위의 목적과 교섭사항

따라서 목적의 측면에서는, 쟁의행위에 의하여 달성하려는 요구사항이 의무적 단체교섭사항이 될 수 있는 것이어야 쟁의행위의 목적의 정당성이 인정된다.

판례는 일반적으로 “단체교섭의 대상이 되는 단체교섭사항에 해당하는지 여부는 헌법 제33조 제1항과 「노동조합법」 제29조에서 근로자에게 단체교섭권을 보장한 취지에 비추어 판단하여야 하므로, 노동조합의 구성원인 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우에 관한 사항(징계·해고 등 인사 기준

183) 대법원 2001.6.12. 선고 2001도1012 판결 등 다수

184) 사법연수원(노조법), 253p



이나 절차, 근로조건), 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항(노동조합의 활동, 노동조합에 대한 편의제공, 단체교섭의 절차와 쟁의행위에 관한 절차 등에 관한 사항)으로서 사용자가 처분할 수 있는 사항은 단체교섭대상이 될 수 있다”고 판시하고 있다.<sup>185)</sup>

따라서 임금 등에 관한 사항은 근로자의 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 사항으로서 당연히 교섭대상이 된다.

## (2) 경영권 사항

### 가. 경영권의 의의

기업은 사업 또는 영업을 선택하여 자유롭게 경영하기 위한 의사결정의 자유가 있고, 사업 또는 영업을 변경(확장·축소·전환)하거나 처분(폐지·양도)할 수 있는 자유를 가지는데 이를 경영권이라 한다.<sup>186)</sup> 그런데, 이러한 경영권이 단체교섭의 대상이 될 수 있는지에 대하여는 견해의 대립이 있다.

### 나. 경영권을 목적으로 한 쟁의행위의 정당성

판례는 경영권을 헌법상의 권리로 인정하고, 경영권과 노동3권이 충돌하는 경우 기업의 경쟁력을 강화하는 방향으로 해결책을 찾아야 한다는 점을 강조하면서 “정리해고나 사업조직의 통폐합, 공기업의 민영화 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한 노동조합이 그 실시를 반대하기 위하여 벌이는 쟁의행위에 나아간다면, 비록 그 실시로 인하여 근로자들의 지위나 근로조건이 변경이 필연적으로 수반된다고 하더라도, 목적의 정당성을 인정할 수 없다”고 한다.<sup>187)</sup>

그런데, 여기서 노동조합이 ‘실질적으로’ 그 실시를 반대한다고 함은 비록 형식적으로는 민영화 등 구조조정을 수용한다고 하면서도 결과적으로 구조조정의 목적을 달성할 수 없게 하는 요구조건을 내세움으로써 실질적으로 구조조정의 반대와 같이 볼 수 있는 경우도 포함한다고 보아야 한다는 것이 판례의 태도이다.<sup>188)</sup>

## (3) 쟁의행위의 목적이 복수인 경우 정당성의 판단기준

판례에 따르면 쟁의행위에서 추구되는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 당부를 판단하여야 할 것이고, 부당한 요구사항을 뺏더라도 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 그 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 한다.<sup>189)</sup>

185) 대법원 2003.12.26. 선고 2003두8906 판결

186) 대법원 2003.7.22. 선고 2002도7225판결

187) 대법원 2003.7.22. 선고 2002도7225 판결

188) 대법원 2006.5.12. 선고 2002도3450 판결

189) 대법원 2001.6.26. 선고 2000도2871 판결, 대법원 2003.2.28. 선고 2002도5881 판결 등 참조

### III 사안의 검토

해당 사안에서는 쟁의행위를 한 주된 목적이나 진정한 목적이 중요하다.

- i) 처음부터 B노조가 민영화 반대의 입장을 천명하면서 단체교섭을 요구하였다는 점,
- ii) 그리고 수회에 걸쳐 민영화 방침의 철회를 주장하면서, 단체교섭에서도 민영화 철회시 모든 것을 철회할 수 있다는 것을 밝혔다는 점,
- iii) A사가 민영화 방침을 고수하자 민영화에 대한 단체교섭안을 철회하기는 했지만, 위로금 60개월치 지급, 명예퇴직금 100% 인상, 임금 12%인상, 민영화시 발생하는 매각대금의 조합원 분배 등을 주장하는 등 결과적으로 구조조정의 목적을 달성할 수 없게 하는 요구조건을 내세웠다는 점 등을 고려하면,

B노조는 실질적으로 구조조정의 반대를 목적으로 해당 쟁의행위를 하였다고 볼 수 있다.

그런데, 해당 사안에서 A사는 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 민영화를 추진하는 등의 특별한 사정을 발견할 수 없다. 따라서 B노조는 단체교섭사항이 될 수 없는 경영권 사항인, 민영화 결정을 반대할 목적을 주된 목적으로 하여 쟁의행위에 돌입하였으므로, 그 정당성을 인정할 수 없다.

판례의 태도에 비추어 판단하면 B노조의 쟁의행위는 목적에 있어서 정당하지 않다.

### IV 결론

B노조의 쟁의행위의 목적은 실질적으로 구조조정의 반대라고 볼 수 있으므로 쟁의행위는 정당하지 않다.

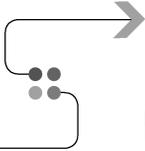
#### 문 2에 대한 풀이

##### 세부목차

- |  |  |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>I. 문제의 소재</li> <li>II. 안전보호시설 운영방해죄             <ul style="list-style-type: none"> <li>1. 안전보호시설의 의미</li> <li>2. 안전보호시설 운영방해죄의 보호법익</li> <li>3. 안전보호시설 운영방해죄의 보호법익의 침해정도</li> </ul> </li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>III. 사안의 적용             <ul style="list-style-type: none"> <li>1. 해당 시설이 안전보호시설인지 여부</li> <li>2. 해당 시설의 중단행위가 제42조 제2항 위반죄를 구성하는지 여부</li> </ul> </li> <li>IV. 결론</li> </ul> |
|--|--|

### I 문제의 소재

노동조합 및 노동관계조정법상(이하 노조법) 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운동을 정지·폐지 또는 방해하는 행위에 대하여는 안전보호시설 운영방해죄가 성립할 수 있는데, i) 해당 조항에서 규정된 안전보호시설의 의미 및 보호법익, ii) 이러한 범죄가 성립하기 위하여는 어느 정도 보호법익의 침해가 있어야 하는지 문제된다.<sup>190)</sup>



## II 안전보호시설 운영방해죄

### 1. 안전보호시설의 의의

판례는 “안전보호시설이라 함은 사람의 생명이나 신체의 위험을 예방하기 위해서나 위생상 필요한 시설을 말하고, 이에 해당하는지 여부는 당해 사업장의 성질, 당해 시설의 기능, 당해 시설의 정상적인 유지·운영이 되지 아니할 경우에 일어날 수 있는 위험 등 제반 사정을 구체적·종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 판시하고 있다.<sup>191)</sup>

### 2. 안전보호시설 운영방해죄의 보호법익

노조법 제42조 제2항에 따르면 사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다고 규정하고 있으며, 이를 위반시 1년이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처할 수 있다(노조법 제91조).

이 규정은 파업이나 태업을 하더라도 안전보호시설을 정상적으로 가동하도록 함으로써, 사람의 생명이나 신체의 안전이라는 중대한 법익을 보호하려는 취지의 규정이라 할 수 있다.<sup>192)</sup>

### 3. 안전보호시설 운영방해죄의 보호법익의 침해정도

형법이론상 보호법익의 침해 정도에 따라 범죄는 침해범<sup>193)</sup>과 위험범<sup>194)</sup>으로 나눌 수 있고 위험범은 다시 구체적 위험범<sup>195)</sup>과 추상적 위험범<sup>196)</sup>으로 구분되는데, 특히 안전보호시설 운영방해죄에 대하여는 구체적 위험범인지 아니면 추상적 위험범인지 여부가 문제되는 것이다.

#### (1) 학설

##### 가. 추상적 위험범에 해당한다는 견해

안전보호시설 운영방해죄의 법적 성질을 추상적 위험범으로 파악하는 경우 해당 행위가 경험칙상 법익침해의 일반적 위험만 있으면 성립하므로, 법원은 쟁의행위로 인하여 사람의 생명·신체에 대하여 위험을 초래하였는지 여부를 판단할 필요가 없다.

##### 나. 구체적 위험범에 해당한다는 견해

안전보호시설 운영방해죄가 성립하기 위해서는 구체적인 위험이 발생해야 한다는 견해이다. 이 견해에 따르면 형식적으로 안전보호시설의 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위가 있었다고 하

190) 노동관례백선(도재형), 343p

191) 대법원 2006.5.12. 선고 2002도3450 판결

192) 임종률 14판, 217p

193) 침해범이란 구성요건이 법익의 현실적 침해를 요하는 범죄이다.

194) 위험범이란 구성요건이 전제로 하는 보호법익에 대한 위험의 야기로 족한 범죄이다.

195) 구체적 위험범이란 법익침해의 구체적 위험, 즉 현실적 위험의 발생을 요건으로 하는 범죄를 말한다. 즉 구체적 위험 범의 경우 위험의 발생이 구성요건요소가 된다(노동관례백선(도재형), 344p).

196) 추상적위험범이란 법익침해의 일반적 위험이 있으면 구성요건이 충족되는 범죄를 말한다. 즉 행위 자체가 현실적 위험결과를 발생시킬 필요 없이 일반적인 위험성만 노출시켰으면 가벌성이 인정되는 범죄로써, 구체적 위험범과의 차이점은 구체적인 법익의 위태화, 즉 위험발생이 필요하지 않다는 점이다(노동관례백선(도재형), 344p).

더라도 그로 인하여 사람의 생명·신체에 대한 위험이 전혀 발생하지 않은 경우에는 그 죄가 성립하지 아니한다.<sup>197)</sup>

## (2) 판례

판례는 노조법 제42조 제2항의 입법 목적이 ‘사람의 생명·신체의 안전보호’라는 점과 노조법 제42조 제2항이 범죄의 구성요건이라는 점 등을 종합적으로 고려하여, “성질상 안전보호시설에 해당하고 그 안전보호시설의 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위가 있었다 하더라도 사전에 필요한 안전조치를 취하는 등으로 인하여 사람의 생명이나 신체에 대한 위험이 전혀 발생하지 않은 경우에는 노동조합 및 노동관계조정법 제91조 제1호, 제42조 제2항 위반죄가 성립하지 않는다.”고 판시하였다.<sup>198)</sup>

즉 우리 판례는 안전보호시설 운영방해죄가 성립하기 위해서는 구체적인 위험이 발생해야 한다고 하여 이 범죄의 구체적 성질을 구체적 위험범으로 판단하고 있는 것이다.

## III 사안의 적용

### 1. 해당 시설이 안전보호시설인지 여부

해당 시설을 정지하는 경우 인명이나 신체에 위해를 초래할 가능성이 있다고 전제하고 있으므로, 해당 시설은 노조법 제42조 제2항의 안전보호시설에 해당한다.

### 2. 해당 시설의 중단행위가 제42조 제2항 위반죄를 구성하는지 여부

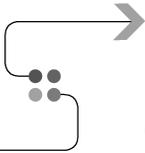
사안을 보면, 그 안전보호시설의 운영을 정지하는 행위가 있었다. 하지만, 사전에 필요한 안전조치를 취하는 등으로 인하여 사람의 생명이나 신체에 대한 위험이 전혀 발생하지 않았으므로, 판례에 따르면 노조법 제42조 제2항 위반죄를 구성하지는 아니한다.

## IV 결론

안전보호시설의 가동중단으로 사람의 생명이나 신체에 대해 어떠한 위험도 발생하지 않았으므로 노조위원장 甲에 대하여 노조법 제42조 제2항 위반죄가 성립하지 아니한다.

197) 헌법재판소 2005.6.30. 2002헌바83 참조

198) 대법원 2006.5.12. 선고 2002도3450 판결



## 문 3에 대한 풀이

### 세부목차

- |   |             |
|---|-------------|
| I. 문제의 소개                               | 3. 판례의 평가   |
| II. 쟁의행위와 위력에 의한 업무방해죄                  | III. 사안의 검토 |
| 1. 위력에 의한 업무방해죄의 의의                     | IV. 결론      |
| 2. 쟁의행위를 업무방해죄의 구성요건인 위력으로 평가할 수 있는지 여부 |             |

### I 문제의 소개

정당성을 상실한 쟁의행위라도 미리 그 쟁의행위를 예고하고 그 업무상 손해가 크지 않는 경우에도 위력에 의한 업무방해죄에 해당하는지가 문제된다.

### II 쟁의행위와 위력에 의한 업무방해죄

#### 1. 위력에 의한 업무방해죄의 의의

형법 제314조 제1항에서는 “제313조의 방법 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자”에 대해 업무방해죄로 처벌하도록 규정하고 있다. 위력이라 함은 범인의 위세, 사람 수, 주위의 상황 등에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하기 족한 세력을 말한다.<sup>199)</sup>

#### 2. 쟁의행위를 업무방해죄의 구성요건인 위력으로 평가할 수 있는지 여부

##### (1) 부정설

집단적인 노무 제공거부는 어떤 일을 하는 것이 아니라 어떤 일을 하지 않는 상태로, 본질적으로 부작위일 뿐이므로, 형법상 업무방해죄의 구성요건인 ‘위력’에 해당하지 않는다는 견해이다.<sup>200)</sup>

##### (2) 긍정설 : 종전 대법원 판례

종전 대법원 판례는 노무제공거부가 집단적으로 이루어진 경우에는 그 자체만으로 위력에 의한 업무방해에 해당하는 것으로 보고 있다.<sup>201)202)</sup>

199) 오영근, 『형법총론』 제2판, 박영사, 2009, 240-243p

200) 김성진, “과업에 대한 업무방해죄 적용의 헌법재판소 합헌 결정의 문제점”, 『노동과 법 제3호 : 쟁의행위와 형사책임』, 금속법률원, 2002, 333p(형사상 부진정부작위범이 성립되기 위해서 부작위가 작위와 같이 평가될 것이 요구된다는 점에서 집단적인 노무제공의 거부는 형법상 부작위에도 해당하지 않는다는 것이다)

201) 대법원 1999.3.26. 선고 97도3139 판결 등 참조

202) 이 견해에 따르면 정당한 쟁의행위도 업무방해죄의 구성요건인 위력에 해당하지만, 위법성을 조각하기 때문에 형사책임이 면제된다는 논리를 취하게 된다(임종률, 『쟁의행위와 형사책임』, 경문사, 1982, 91면 참조).

## (3) 제한적 긍정설 : 현재 대법원 판례(파업개시의 전격성 + 파업결과의 심각성)

대법원 전원합의체 판결에 따르면 “쟁의행위로서 파업도, 단순히 근로계약에 따른 노무의 제공을 거부하는 부작위에 그치지 아니하고 이를 넘어서 사용자에게 압력을 가하여 근로자의 주장을 관철하고자 집단적으로 노무제공을 중단하는 실력행사이므로, 업무방해죄에서 말하는 위력에 해당하는 요소를 포함하고 있다”고 판시하고 있다.<sup>203)</sup>

하지만, 대법원 전원합의체 판결은, 집단적인 노무제공 그 자체를 위력에 해당한다고 본 종전판례와는 달리 “근로자는 원칙적으로 헌법상 보장된 기본권으로서 근로조건 향상을 위한 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가지므로(헌법 제33조 제1항), 쟁의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져<sup>204)</sup> 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다”고 판시하여<sup>205)</sup>, 업무방해죄의 구성요건인 위력의 판단기준을 새롭게 제시하였다.

## 3. 판례의 평가

현재 판례는 부작위 형식의 단순파업도 위력에 해당할 수 있음을 인정하고 있지만, 종래의 판례와 달리 파업과 관련하여 위력의 개념을 제한 해석하는 새로운 기준을 제시하여 업무방해죄의 성립 가능성을 축소할 점에서 큰 의미가 있다고 평가받고 있다.<sup>206)</sup>

## III 사안의 검토

B노조는 민영화 추진이라는 경영권 사항을 목적으로 파업을 하였으므로, 그 파업은 정당성을 상실한다. 그런데, B노동조합은 2019.4.20.에 미리 파업을 예고하였으므로, 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 파업을 한 것이 아니며, 영업손실도 거의 발생하지 않아 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하지 않았다. 따라서 위력에 해당하지 아니한다.

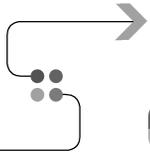
따라서 B노조 위원장 甲이 정당하지 않은 쟁의행위를 주도하였다고 하더라도 위력에 의한 업무방해죄의 죄책을 지지는 아니한다.

203) 대법원 2011.3.17. 선고 2007도482 전원합의체 판결

204) 파업의 전격성은 파업 전후 근로자단체와 사용자 사이의 협상경위, 노동조합의 파업 이전의 태도 및 사용자 등의 상호 대응조치, 근로자단체가 파업을 실시하기 전에 노동조합법 및 단체협약이 정한 사전 절차를 진행했는지 여부, 사용자의 사실상 또는 법률상 처분권한의 범위 내에 있는지 여부, 기타 사용자의 사전예측 가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단한다는 것으로 요약해 볼 수 있을 것이다(도재형, 『노동법의 회생』, 이화여자대학교출판문화원, 2016, 308p 참조).

205) 대법원 2011.3.17. 선고 2007도482 전원합의체 판결

206) 조용만·김홍영 3판, 657-658p



#### IV 결론

정당성을 상실한 과업이라고 하더라도, B노조의 쟁의행위가 업무방해죄의 구성요건으로서의 위력에 해당하지는 않으므로, B노조의 위원장 甲이 위력에 의한 업무방해죄의 형사책임을 지는 것은 타당하지 않다.

따라서 甲의 주장은 타당하다.

A사는 50명의 근로자가 근무하고 있는 운송회사이며, 40명으로 구성된 기업별 노동조합인 B노동조합이 있다. A사와 B노동조합은 2020. 4. 1. 5%임금인상을 요구하는 단체협약을 체결하였으나, 甲 등 조합원들 중 일부는 이에 대한 불만을 갖고, C비상대책위원회(위원장 甲)를 구성하여 A사에 10%의 임금인상을 요구하였다. C비상대책위원회는 내부적인 규약이나 총회 등이 구성되어 있지 않다. A사가 이에 불응하자, 2020. 5. 10. 파업을 실시하였고, A사는 이러한 파업이 정당하지 않다는 것을 이유로 비상대책위원회 위원장인 甲을 징계해고하였다.

[문] 비상대책위원회의 파업이 정당한지를 주체의 측면에서 논하시오.

세부목차

- I. 문제의 소재
- II. 쟁의행위의 정당성과 쟁의행위의 주체
  - 1. 쟁의행위의 정당성의 의미
  - 2. 쟁의행위의 주체의 정당성
- III. 사안의 적용
- IV. 결론

I 문제의 소재

B노조가 아닌, 일시적 쟁의단에 해당하는 C비상대책위원회가 정당한 쟁의행위의 주체인지가 문제된다.

II 쟁의행위의 정당성과 쟁의행위의 주체

1. 쟁의행위의 정당성의 의미

근로자의 쟁의행위가 정당성을 가지려면

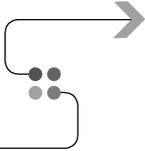
첫째, 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고,

둘째, 그 목적이 근로조건 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며,

셋째, 그 시기는 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하거나 단체교섭의 자리에서 그러한 요구를 거부하는 회답을 했을 때 시작되고 그 절차는 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고,

넷째, 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다.<sup>207)</sup>

207) 대법원 2001.6.12. 선고 2001도1012 판결 등 다수



## 2. 쟁의행위의 주체의 정당성

### (1) 쟁의행위의 주체와 단체교섭의 주체

판례는 쟁의행위의 정당성이 인정되기 위해서는 단체교섭의 주체로 인정될 수 있어야 한다고 한다. 즉 쟁의행위의 주체가 단체교섭 및 단체협약을 체결할 능력이 있어야 한다.<sup>208)</sup>

노조법 제2조 제6호에서는 쟁의행위의 주체를 ‘노동관계당사자’라고 규정하고 있는바, 노조법상 노동조합은 당연히 쟁의행위의 주체가 될 수 있다. 그런데, 노조법에서 정하지 아니한 근로자 단체가 헌법 제33조 제1항의 규정에 따라 직접 단체행동권의 주체로 인정되어 정당한 쟁의행위를 할수 있는지에 대해서는 많은 논란이 있다.

### (2) 비상대책위원회나 일시적 쟁의단의 쟁의행위의 주체성 여부

그런데, 소위 일시적 쟁의단이나 비상대책위원회가 단체교섭의 정당한 주체가 될 수 있는 노동조합으로서의 실질을 갖추고 있는 근로자단체에 해당되는지 여부에 따라 결론이 달라질 것이다.

판례에 따르면 단체성 등 노동조합으로서의 실질적 요건이 갖추어져 있지 않은 일시적 쟁의단이나, 비상대책위원회에 대하여는 단체교섭 및 단체협약 체결의 정당한 당사자가 될 수 없다고 하여<sup>209)</sup> 기존 노조 이외의 일시적 쟁의단이나 비상대책위원회가 단체교섭이나 단체협약체결능력이 없는 경우, 쟁의행위의 정당한 주체가 될 수 없다는 입장이다.

## III 사안의 적용

C비상대책위원회는 내부적인 규약이나 총회 등이 구성되어 있지 않아, 단체성 등 노동조합으로서의 실질적 요건이 갖추어져 있지 않으므로, 단체교섭 및 단체협약 체결의 정당한 당사자가 될 수 없다. 따라서 C비상대책위원회의 파업은 주체의 측면에서 정당하지 않다.

## IV 결론

C비상대책위원회는 노동조합으로서의 실질적 요건이 갖추어져 있지 않으므로, 해당 파업은 주체의 측면에서 정당하지 않다.

208) 대법원 1992.7.14. 선고 91다43800 판결

209) 대법원 1996.1.26. 선고 95도1959 판결, 대법원 1997.2.11. 선고 96누2125 판결, 대법원 2008.1.18. 선고 2007도 1557 판결 참조

[참조 : 헌법상 노조의 쟁의행위의 주체성]

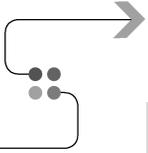
노조법 제2조 제4호에 정한 노동조합으로서의 실질적 요건을 구비하고 있으나 설립신고라는 형식적 요건만을 갖추지 못하고 있다면 이 역시 단체교섭 및 단체협약을 체결할 수 있는 근로자단체에 해당하므로 쟁의행위의 정당한 주체로 인정될 수 있다 할 것이다.<sup>210)</sup>

판례도 “노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추지 못한 경우에는 단체교섭권이나 쟁의행위의 정당한 주체로 될 수 있는 노동조합이라고 볼 수 없다는 것이지 노동조합법상의 노동조합이 아닌 근로자의 단결체는 무조건 단체교섭권 등이 없다는 것은 아니”라고 하여 간접적으로 이를 긍정하고 있는 것으로 보인다.<sup>211)</sup>

---

210) 사법연수원(노조법), 254p

211) 대법원 1997.2.11. 선고 96누2125 판결



A사는 1000명의 근로자가 근무하고 있는 방송국이며, C노조는 2018. 7. 1. 설립되었다. 이미 A사에는 2000.1.1. 설립된 B노조(조합원 700명)가 존재하고 있었다.

C노조는 신설노조에게 가장 중요한 것은 최초의 단체협약을 체결하는 것이며, 노동조합원의 임금인상이 가장 중요한 요구사항이라는 내부 회의를 통해 A사에게 임금 5% 인상을 내세우며, 2019. 1.1. 단체교섭을 요구하였다.

그런데, 당시 A사 내부에는 PD나 기자들에 대한 전직명령이 잦았고, 상급자들에 의해 기사 보도가 안 되는 경우까지 발생하였다. 전직명령을 받은 직원들은 B노조활동에 열심인 조합원이라는 소문도 떠돌았다. 전직명령으로 비어있는 자리는 신규로 채용된 계약직 근로자들이 채우게 되었다.

C노조는 조합원이 100명 정도였고, A사는 C노조의 조합원들에게는 전직명령을 내리지 않았다. 하지만 C노조는 5%의 임금인상을 1순위의 요구사항으로 하면서도, 조직개약 반대를 2순위의 요구사항으로 하였다. 단체교섭이 결렬될 위기에 처하자 2019. 7. 1. C노조는 '조직개약의 반대'라는 요구사항이 관철되지 않더라도 임금인상만 합의되면 단체협약을 체결할 것이라며, 사측에 통보하였다. 하지만 결국 협상이 결렬되자, C노조는 2019. 10. 1. 조정절차 및 조합원의 찬반투표를 거쳐서 쟁의행위를 단행하였다.

그런데, A사는 '조직개약의 반대'는 단체교섭의 대상이 될 수 없으므로, 해당 쟁의행위는 불법임을 주장하며, C노조의 대표자인 甲에게 정직징계처분을 내렸다.

[문] A사가 甲에게 내린 징계처분이 정당한지를 쟁의행위의 정당성과 관련하여 논하시오.

#### 세부목차

- |                         |             |
|-------------------------|-------------|
| I. 문제의 소개               | III. 사안의 검토 |
| II. 쟁의행위의 정당성과 쟁의행위의 목적 | IV. 결론      |
| 1. 쟁의행위의 정당성의 의의        |             |
| 2. 쟁의행위의 목적의 정당성        |             |

### I 문제의 소개

i) C노조는 임금인상과 조직개약반대도 요구하고 있으므로, 이러한 사항이 단체교섭 요구사항이 될 수 있는가를 논할 필요가 있다

또한 ii) 해당 사안처럼 쟁의행위에서 추구하는 목적이 여러 가지인 경우, 쟁의행위의 목적이 정당한지를 어떻게 판단해야 할지도 논하여야 한다.

### II 쟁의행위의 정당성과 쟁의행위의 목적

1. 쟁의행위의 정당성의 의의 : 앞의 사례 참조

## 2. 쟁의행위의 목적의 정당성 : 앞의 사례 참조

### (1) 쟁의행위의 목적과 교섭사항

### (2) 경영권 사항

#### 가. 경영권의 의의

#### 나. 경영권을 목적으로 한 쟁의행위의 정당성

### (3) 쟁의행위의 목적이 복수인 경우 정당성의 판단기준

## III 사안의 검토

C노조의 쟁의행위에서 추구되는 목적 중 5%의 임금인상은 정당한 목적으로 인정할 수 있지만, 조직개약 반대는 경영권사항으로서 쟁의행위의 정당한 목적으로 인정하기 어렵다.

그런데 C노조는

- i) 신설노조로서 최초의 단체협약 체결이 중요하다는 점,
- ii) 내부 회의를 통해 임금인상을 1순위의 요구사항으로 했다는 점
- iii) 조직개약의 반대라는 요구사항이 관철되지 않더라도 단체협약을 체결하겠다는 의지를 공표하였다는 점
- iv) 실제 C노조의 조합원들은 부당한 인사명령을 받은 적이 없는 점 등을 고려할 때,

C노조의 주된 목적은 5%의 임금 인상이라 할 수 있을 것이다.

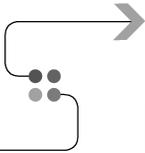
따라서 관례의 태도에 비추어 판단하면 C노동조합의 쟁의행위는 목적에 있어서 정당하다. 따라서 甲에게 정직징계처분을 내린 것은 정당하지 않다.

## IV 결론

C노조의 쟁의행위의 주된 목적은 5%의 임금인상이므로, 쟁의행위는 정당하다. 따라서 A사가 甲에게 내린 징계처분은 정당하지 않다.

[참고판례 : 노동조합의 요구가 과다하거나 무리한 경우 쟁의행위 목적의 정당성]

사용자가 수용할 수 없는 노동조합의 요구(관례의 사실관계 : 국회 근무하는 미화원 신분을 국회 고용직 공무원으로 환원해 줄 것을 요구)가 쟁의행위의 직접적이고 주된 목적인 아닌 경우에는 그 쟁의행위가 부당한 것이라고 할 수 없고, 노동조합이 회사로서는 수용할 수 없는 요구를 하고 있었다고 하더라도 이는 단체교섭의 단계에서 조정할 문제이지 노동조합측으로부터 과다한 요구가 있었다고 하여 막바로 그 쟁의행위의 목적이 부당한 것이라고 해석할 수는 없다(대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5204 판결).



A사는 1000명의 근로자가 근무하고 있는 방송국이며, B노조는 A사의 직원들로 구성된 노동조합이다. A사와 B노조는 2011년 10월 17일 단체협약을 체결하였는데, 그 단체협약의 내용 중에는 i) 공정방송을 위한 제도적 장치를 실효성 있게 보장하기 위하여 조합원들이 본부장의 공정방송 실현의지에 대한 의견을 조사하여 사장에게 의견을 표시할 수 있다는 견제장치가 포함되어 있었고, ii) 공정방송 침해 시 공정방송 협의회를 통해 관련자의 문책을 요구할 수 있는 규정 등이 포함되어 있었다.

그런데, 2011년 11월에 취임한 사장 甲이 공정방송을 위한 유일한 협의체인 공정방송협의회 개최요구를 특별한 이유없이 계속 거부하여 왔고, 불공정 보도에 대한 B노조의 지속적인 문제제기에도 이를 시정하려는 노력을 보이지 않았다. A사는 또한 일부 프로그램의 제작진에 대하여 종래에는 적용된 바 없었던 1년 이상 근무한 PD를 교체한다'는 인사원칙을 갑자기 적용하여 대거 인사발령을 하고, 방송 주제 선정 문제로 제작 책임자와 마찰을 빚은 일부 PD들을 기존 업무와 전혀 무관한 부서로 전보발령을 하였다가 법원의 가처분 결정을 받고 나서야 비로소 원래의 보직으로 복귀시키는 등 스스로 인사를 남용하여 노사 갈등을 야기하기도 하였다.

A사의 甲은 특정 방송에 대하여 방송보류를 지시하기도 하였고, 주요 보직 간부들을 통하여 방송내용을 거부하거나 출연진 교체를 시도하기도 하였다. 이에 대해 사내 게시판에 올린 근로자들의 자유로운 의견 개진마저 문제 삼았다.

이에, B노조는 2012년 1월경 단체협약의 내용대로 공정방송협의회를 통해 방송의 공정성을 확보하기 위한 방안을 마련할 것을 주장하면서 '사장 甲의 퇴진, 공정보도를 위한 채신인사 요구' 등을 목적으로 총파업에 돌입하기로 결정하고, 그 무렵부터 같은 해 7월경까지 사옥 로비 등에서 집회를 개최하고 방송 제작을 거부하는 등의 방식으로 파업을 진행하였다.

[문] B노조의 파업이 정당한지 목적의 측면에서 논하시오.

#### 세부목차

- |  |                                       |
|--|---------------------------------------|
| I. 문제의 소재  | 2. 쟁의행위의 목적의 정당성 : 공정방송과 권리분쟁사항을 중심으로 |
| II. 쟁의행위의 정당성과 쟁의행위의 목적 : 공정방송을 위한 방안마련과 권리분쟁 사항 | III. 사안의 검토                           |
| 1. 쟁의행위의 정당성의 의의                                 | IV. 결론                                |

### I 문제의 소재

B노조는 방송의 공정성 마련을 위한 제도적 장치를 준수하고, 이를 위반한 행위에 대해 시정을 요구하면서 쟁의행위에 돌입하였다.

- i) 따라서 방송의 공정성을 확보하기 위한 방안을 마련하자는 것이 쟁의행위의 정당한 목적이 될 수 있는지가 문제된다.
- ii) 또한 단체협약의 해석, 적용에 관한 노사간의 분쟁인 권리분쟁사항은 단체교섭 사항이 아니므로 쟁의행위의 정당한 목적이 될 수 없는데, 단체협약상 공정방송의 이행을 실효적으로 확보할 수 있는 방안을 강구하라는 것이 권리분쟁사항인지도 부차적으로 문제된다.

## II 쟁의행위의 정당성과 쟁의행위의 목적 : 공정방송을 위한 방안마련과 권리분쟁 사항

### 1. 쟁의행위의 정당성의 의의

근로자의 쟁의행위가 정당성을 가지려면

첫째, 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고,

둘째, 그 목적이 근로조건 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며,

셋째, 그 시기는 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하거나 단체교섭의 자리에서 그러한 요구를 거부하는 회답을 했을 때 시작하되 그 절차는 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고,

넷째, 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다.<sup>212)</sup>

그리고, 쟁의행위가 헌법상 보장된 단체행동권의 행사로서 정당하게 행하여진 경우에는 민·형사상 어떠한 책임도 부담하지 아니하며(노조법 제3조, 제4조), 사용자가 근로자의 정당한 쟁의행위를 이유로 해고 등의 불이익 처분을 하는 것은 부당노동행위로서(노조법 제81조 제1항 제1호) 그 효력이 부정되고 형사처벌의 대상이 되는 등의 법적 효과가 인정된다.<sup>213)</sup>

### 2. 쟁의행위의 목적의 정당성 : 공정방송과 권리분쟁 사항을 중심으로

#### (1) 쟁의행위의 목적과 교섭사항

따라서 목적의 측면에서는, 쟁의행위에 의하여 달성하려는 요구사항이 의무적 단체교섭사항이 될 수 있는 것이어야 쟁의행위의 목적의 정당성이 인정된다.

판례는 일반적으로 “단체교섭의 대상이 되는 단체교섭사항에 해당하는지 여부는 헌법 제33조 제1항과 「노동조합법」 제29조에서 근로자에게 단체교섭권을 보장한 취지에 비추어 판단하여야 하므로, 노동조합의 구성원인 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우에 관한 사항(징계·해고 등 인사의 기준이나 절차, 근로조건), 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항(노동조합의 활동, 노동조합에 대한 편의제공, 단체교섭의 절차와 쟁의행위에 관한 절차 등에 관한 사항)으로서 사용자가 처분할 수 있는 사항은 단체교섭대상이 될 수 있다”고 판시하고 있다.<sup>214)</sup>

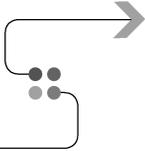
그리고 쟁의행위에서 추구되는 목적이 여러 가지이고 그중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 당부를 판단하여야 한다는 것이 判例의 태도이다.<sup>215)</sup>

212) 대법원 2001.6.12. 선고 2001도1012 판결 등 다수

213) 사법연수원(노조법), 253p

214) 대법원 2003.12.26. 선고 2003두8906 판결

215) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도11030 판결



(2) 공정방송확보를 위한 방안 마련

사용자가 공정방송의무를 위반하고 근로자들의 방송의 자유를 침해하는 경우, 그 구성원인 근로자의 구체적인 근로환경 또는 근로조건을 악화시키는 것이 된다.

따라서 판례에 따르면 ‘방송의 공정성을 확보하기 위한 방안을 마련하지는 것’은 방송사 근로자들의 구체적인 근로환경 또는 근로조건에 관한 사항으로서 쟁의행위의 정당한 목적이 될 수 있다고 판시하고 있다.

다만 ‘방송의 공정성 보장 그 자체’를 요구하기 위한 쟁의행위에 목적의 정당성이 인정된다는 취지의 판례는 아니다.<sup>216)</sup>

(3) 권리분쟁사항

권리분쟁이라 함은 기존의 법령·단체협약·취업규칙 등 규범의 해석·적용·이행에 관한 당사자 사이의 분쟁을 말하며<sup>217)</sup>, 근로조건에 관한 권리의 형성, 유지, 변경 등 단체협약의 체결·갱신을 둘러싸고 발생하는 분쟁인 이익분쟁과 구별되는 개념이다.<sup>218)</sup>

권리분쟁사항과 관련된 쟁의행위가 정당한지에 대하여는

- i) 민사소송 등의 사법적(司法的) 보호 또는 노동위원회 등 기타 법적 해결방법의 길이 열려 있다는 이유에서<sup>219)</sup>, 혹은 노동쟁의의 대상에서 권리분쟁이 제외되었으므로, 단체교섭의 대상이 될 수 없다는 이유에서 쟁의행위의 정당성을 부정하는 부정설,<sup>220)</sup>
- ii) 집단적 노사관계에서 당사자의 사적 자치에 의한 분쟁의 해결은 사법적 또는 행정적 구제절차의 존재여부와 관계없이 적극적으로 보장되어야 한다는 이유에서 쟁의행위의 정당성을 부정해서는 안된다는 긍정설<sup>221)</sup>,
- iii) 원칙적으로 쟁의행위의 정당한 목적이 될 수 없지만, 노사관계 전반에 중대한 영향을 미치고 그 시정이 시급한 경우에 그 위반에 항의하고 그 준수를 촉구하기 위한 쟁의행위는 예외적으로 정당성이 인정되어야 한다는 절충설 등이 있다.<sup>222)</sup>

판례에 따르면 공정방송을 위한 단체협약의 이행을 실효적으로 확보할 수 있는 방안을 강구하는 것은 단순히 기존의 단체협약의 해석, 적용에 관한 사항을 주장하는 것이 아니기 때문에 이를 목적으로 한 쟁의행위는 근로조건에 관한 사항을 목적으로 한 쟁의행위에 해당한다고 한다.

216) 대법원 2015도8190 업무방해 등 사건 보도자료(대법원 공보연구관실)

217) 임종률 14판, 134p

218) 임종률 14판, 134p

219) 김형배 25판, 1020p

220) 김형배 25판, 1020p ; 같은 취지로 임종률 14판, 134p ; 이상훈 13판, 692p

221) 조용만·김홍영 5판, 608p 참조

222) 조용만·김홍영 5판, 608p 참조

### III 사안의 검토

만약 해당 파업의 주된 목적이 A사 사장인 甲의 퇴진이라고 한다면 B노조의 파업은 정당성을 상실한다.

하지만, B노조가

- i) 하지만, 사장 甲이 공정방송협의회 개최요구를 이유없이 거부하고 B노조의 문제제기에도 시정하려는 노력이 없었던 점,
  - ii) 甲이 방송주제문제로 일부 PD들을 기존 업무와 전혀 무관한 부서로 전보발령을 한 적도 있었다는 점,
  - iii) 甲이 특정방송에 대한 방송보류를 지시하고, 간부들을 통해 방송내용을 거부하거나 출연진 교체를 시도하기도 했다는 점,
  - iv) 甲이 사내게시판에 올려진 근로자들의 자유로운 의견개진마저 문제를 삼았다는 점
- 등을 이유로 사장 甲의 퇴진과 공정보도를 위한 쉐신인사요구를 요구사항으로 내세운 것을 고려해 볼 때, B노조 파업의 주된 목적은 甲의 퇴진이 아닌 방송의 공정성 확보에 있다.

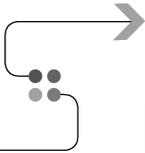
기  
타  
법  
률

그리고 B노조의 요구사항은 단순히 기존의 단체협약의 해석, 적용에 관한 사항을 주장하는 것이 아니라 공정방송을 위한 단체협약의 이행을 실효적으로 확보할 수 있는 방안을 강구하기 위한 것이다.

따라서 해당 파업의 주된 목적은 “방송의 공정성을 확보하기 위한 방안을 마련”하여 근로자들의 구체적인 근로환경 또는 근로조건을 유지·개선하기 위한 것이라고 할 수 있다. 즉 B노조의 파업은 근로조건  
의 결정에 관한 사항을 목적으로 한 쟁의행위로서, 목적의 정당성이 인정된다.

### IV 결론

‘방송의 공정성을 확보하기 위한 방안을 마련하자는 것’은 근로자들의 구체적인 근로환경 또는 근로 조건에 관한 사항이므로 파업의 정당한 목적이 될 수 있다. B노조의 파업은 목적의 측면에서 정당하다.



A사는 근로자가 300명인 교육업체이다. A사에는 조합원인 250명인 기업별 노조인 B노동조합이 있다. B 노동조합은 2019. 7. 18. A사에게 2019년 임금협약 교섭안으로 전년 대비 6.7% 임금인상을 요구했고, 이에 A사는 2019.11.10.에 임금인상을 할 수 없다고 응했다. 그러자 B노동조합은 2019. 11. 12. '2019년 임금인상'을 요구안으로 노동위원회에 노동쟁의 조정 신청을 했다.

이에 노동위원회가 2019. 11. 21. 제1차 조정회의를 시작했다. B노동조합은 그 전날인 2019. 11. 20.부터 '2019년 임금협상'에 관하여 직접, 비밀, 무기명 투표에 의한 조합원 찬반투표를 시작하여 2019. 11. 22. 그 찬반투표를 종료했다. 그 결과 투표자의 80%, 재적조합원의 73%의 찬성으로 쟁의행위를 가결했다. 찬 반투표 종료 며칠 후인 2019. 11. 27. 노동위원회는 '노사 양측 주장의 현격한 차이로 의견 조율이 어렵다'는 이유로 조정안 제시 없이 '조정 종료' 결정을 했다.

B노동조합은 2019. 12. 9. '임금인상'을 목적으로 파업을 시작하여 2019. 12. 31. 종료했다.

[문] A사는 노동위원회 조정종료후에 쟁의행위 찬반투표를 실시해야 하는데, 조정 종료전에 찬반투표를 실시했으므로, B노동조합의 쟁의행위는 절차적으로 정당하지 않다고 주장한다. A사의 주장이 타당한지 논하시오.

세부목차

- I. 문제의 소재
- II. 쟁의행위의 정당성과 찬반투표의 시기
  - 1. 쟁의행위의 정당성의 의미
  - 2. 찬반투표절차를 위반한 쟁의행위의 정당성
- 3. 쟁의행위의 찬반투표의 시기와 조정절차
- III. 사안의 적용
- IV. 결론

I 문제의 소재

- i) 우선, 쟁의행위 찬반투표의 방법과 의결정족수가 어떠한지, 그리고 찬반투표절차를 위반한 쟁의행위는 정당성이 상실되는지 여부가 문제된다.
- ii) 또한 쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표가 노동위원회의 조정종료결정 전에 실시되는 경우, 쟁의행위의 정당성이 상실되는지도 문제된다.

II 찬반투표의 시기와 쟁의행위의 정당성

- 1. 쟁의행위의 정당성의 의미 : 앞의 사례 참조

## 2. 찬반투표절차를 위반한 쟁의행위의 정당성

### (1) 찬반투표 관련 법규정

쟁의행위는 조합원인 근로자의 민주적인 쟁의의사에 의해 뒷받침되어야 하므로 우리 노조법은 쟁의행위를 하기 위해서는 조합원의 직접·비밀·무기명 투표에 의한 조합원 과반수의 찬성결정이라는 절차를 거치도록 하고 있다(노동조합법 제41조 제1항).

### (2) 찬반투표 절차를 위반한 쟁의행위의 정당성

그런데 만약 노동조합법이 규정하는 찬반투표의 요건을 갖추지 못한 쟁의행위를 한 경우, 그 정당성을 인정할 수 있는가가 쟁점이라 할 수 있다.

#### 가. 정당성 긍정설 : 종전 판례의 태도

종전 판례는 찬반투표규정의 취지를 노조내부의 민주적 운영 확보로 파악하여 찬반투표절차를 거치지 않은 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 사실상 확보된 때에는 쟁의행위의 정당성이 상실되지 않는다고 보았다.<sup>223)</sup>

#### 나. 정당성 부정설 : 현재 판례의 태도

그런데 이후 대법원 전원합의체 판결에서는 종전의 판결을 변경하여 “조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성결정이라는 절차를 거쳐야 한다는 규정은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이므로 찬반투표절차를 위반한 쟁의행위는 그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 정당성이 상실된다”고 판시하였다.<sup>224)</sup>

즉 내부의 민주적 의사결정절차가 근로자들의 집단적인 쟁의행위의 정당성요건으로 승격·강화되었다고 볼 수 있다.<sup>225)</sup>

## 3. 쟁의행위 찬반투표의 시기와 조정절차

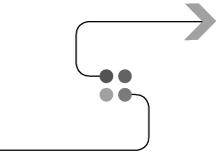
특히 쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표가 노동조합법 제45조에서 정한 노동위원회의 조정종료결정 전에 실시되는 경우, 쟁의행위의 정당성이 상실되는지가 문제된다.

판례는 “쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표가 노동조합법 제45조가 정한 노동위원회의 조정절차를 거치지 않고 실시되었다는 사정만으로는 그 쟁의행위의 정당성이 상실된다고 보기 어렵다”고 한

223) 대법원 2000.3.10. 선고 99도4838 판결 참조

224) 대법원 2001.10.25. 선고 99도4837 전원합의체판결 ; 판례는 찬반투표절차를 거치지 아니한 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 때에는 단지 노동조합 내부의 의사형성과정에 결함이 있는 정도에 불과하다고 하여 쟁의행위의 정당성이 상실되지 않는 것으로 해석한다면, 대리투표, 공개결의나 사후결의, 사실상의 찬성간주 등의 방법이 용인되는 결과가 되므로 해당 규정의 취지에 반하는 것이 된다고 하고 있다(하지만, 찬반투표를 거치지 않은 경우 노조법상의 벌칙(91조)이 적용되므로 그러한 결과를 용인하는 것은 아니라는 비판이 있다(임종률 14판,241p).

225) 김형배 24판, 1127p



다.226)

아래에서 그 이유를 두 가지로 제시하고자 한다

- i) 우선 노동조합법은 조합원의 찬반투표를 거쳐 쟁의행위를 하도록 제한하고 있을 뿐(제41조 제 1항) 쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표의 실시시기를 제한하는 규정을 두고 있지 않다는 점을 그 이유로 들 수 있다.

즉 노동조합은 근로자들이 스스로 ‘근로조건을 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위 향상’을 위하여 국가와 사용자에 대하여 자주적으로 단결한 조직이어서 국가나 사용자 등으로부터 자주성을 보장받아야 하므로<sup>227)</sup> 쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표의 실시시기도 법률로써 제한되어 있다는 등의 사정이 없는 한 노동조합이 자주적으로 결정하는 것이 헌법상 노동3권 보장의 취지에 부합한다는 것이다.<sup>228)</sup>

- ii) 판례는 쟁의행위에 대한 조정전치를 정하고 있는 노동조합법 제45조의 규정 취지는 “분쟁을 사전 조정하여 쟁의행위 발생을 회피하는 기회를 주려는 데에 있는 것이지 쟁의행위 자체를 금지하려는 데에 있는 것이 아니므로, 쟁의행위가 조정전치의 규정에 따른 절차를 거치지 않았더라도 무조건 정당성을 결여한 쟁의행위가 되는 것은 아니”라는 점을 제시하고 있다<sup>229)</sup>

즉 판례는 “이러한 노동조합법 제45조의 규정 내용과 취지에 비추어 보아도, 쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표 당시 노동쟁의 조정절차를 거쳤는지 여부를 기준으로 쟁의행위의 정당성을 판단할 것은 아니”라고 판시하고 있다.<sup>230)</sup>

### III 사안의 적용

B노동조합은 2019.11.12.노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하였고, 노동위원회는 2019.11.21.에 제1차 조정회의를 시작하였다.

그런데, B노동조합은 2019.11.20.에 쟁의행위에 대한 직접, 비밀, 무기명 투표에 의한 조합원 찬반투표를 시작하여 2019.11.22. 찬반투표를 종료하였는데, 재적조합원 73%가 찬성하였다. 따라서 법령이 규정한 찬반투표절차를 거쳤다고 볼 수 있다.

B노동조합은 비록 2019.11.27. 노동위원회의 조정종료결정이 있기 전에 찬반투표를 실시하였으나, 판례에 따르면 찬반투표 당시 조정절차를 거쳤는지 여부로 쟁의행위의 정당성을 판단하는 것은 아니다.

따라서, B노동조합의 쟁의행위는 절차적으로 정당하다.

226) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두40345 판결

227) 헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌마671, 2014헌가21(병합) 전원재판부 결정

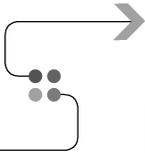
228) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두40345 판결

229) 대법원 2000.10.13. 선고 99도4812 판결

230) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두40345 판결

#### IV 결론

조정종료결정전 찬반투표를 실시하였다고 하더라도 찬반투표는 적법하게 실시되었으므로, B노동조합의 쟁의행위는 정당하다. 따라서 B노동조합의 쟁의행위는 절차적으로 정당하지 않다는 A사의 주장은 타당하지 않다.



甲은 A회사의 A회사노동조합의 위원장이다.

A회사노동조합은 2016년 중반 무렵 A회사가 도입한 성과연봉제에 반대하여 단체교섭을 진행하였으나 교섭이 결렬되었고, 중앙노동위원회에 조정신청을 하였으나 조정도 결렬되었다. 이에 A회사노동조합은 과업에 관한 찬반투표를 거쳐 조합원 과반수의 찬성으로 쟁의행위를 가결하였고 2016. 9. 19.부터 피켓 시위 및 천막 농성 등을 시작하였다.

그리고 A회사노동조합은 총파업을 앞두고 2016. 9. 22. 11:30부터 같은 날 12:00까지 천막 농성장 앞에서 성과연봉제 폐지에 대한 중식간담회를 개최하기로 하였다. 그런데, A회사는 이에 대하여 무노동 무임금의 원칙을 적용할 예정이라는 공지를 하였다.

甲과 그 외 노동조합 간부들은 2016. 9.22. 사무실을 돌아다니며 간담회 참석을 독려하였다. 그 과정에서 甲은 2016. 9. 22. 11:17경 노동조합 부위원장, 기획선전국장, 그리고 그 외 노동조합 간부 5명과 함께 24층 경영노무처 사무실로 찾아가 간담회 참석을 독려하는 방송을 하게 되었다. 甲은 경영노무처 사무실에 있던 직원에게 “방송 좀 하겠다”고 이야기한 후 곧바로 이를 방송을 하였다.

그런데, A회사 내부 규정상으로는 방송실 사용을 위해서는 ‘사진 사용신청서 작성, 제출 및 총무부장의 승인’이라는 절차가 있었다. 하지만, A회사는 그동안 A회사노동조합에 이를 엄격하게 적용하지 아니하였으며, 구두 사용신청과 사용통지 후에 별다른 제한없이 방송실을 사용하는 것을 허용하는 노사관행이 이어져 왔다.

그리고 방송을 하는 약 5분의 시간 동안 甲과 노동조합 간부들은 경영노무처 사무실에서 이루어지는 업무를 방해하지도 아니하였다. 그리고 방송실을 출입하면서 폭력 등의 파괴행위가 수반되지 아니하였고, 방송실은 잠금장치가 되어 있지도 아니하였다.

그런데, 甲은 방송실 관리자인 경영노무처 소속 총무부장의 승인이 없었음에도, 무단으로 방송실 안으로 들어가 방송을 하고, 다른 노동조합 간부들로 하여금 방송실 출입문 밖에서 방송실 관리직원이 방송실에 들어가지 못하도록 지시하였다는 이유로 업무방해 등의 혐의로 기소되었다.

[문] 甲은 자신의 행위가 정당한 쟁의행위에 수반되는 부수적 행위로서, 형법상 정당행위에 해당하므로 위법성이 조각된다고 주장하고 있다. 甲의 주장이 타당한지 논하시오. (대법원 2022. 10. 27. 선고 2019도10516 판결)

#### 세부목차

- |  |   |
|--|---|
| <p>I. 문제의 소재</p> <p>II. 쟁의행위의 정당성과 쟁의행위에 수반되는 부수적 행위의 정당성</p> <p>1. 쟁의행위의 정당성의 요건</p> <p>2. 쟁의행위에 수반되는 부수적 행위의 정당성</p> | <p>III. 사안의 적용</p> <p>1. 甲의 방송시설 사용행위의 성격</p> <p>2. 甲의 방송시설 사용행위의 정당성</p> <p>IV. 결론</p> |
|--|---|

### I 문제의 소재

甲의 주장이 정당한지 파악하기 위해서는

- i) 쟁의행위에 들어간 이후 조합원에게 간담회 등을 알릴 목적으로 A회사의 방송시설을 사용한 행위

의 성격을 어떻게 파악해야 할 것인지가 문제된다.

- ii) 또한 해당 행위를 적법한 쟁의행위에 수반되는 부수적 행위로 이해할 경우, 그 부수적 행위가 형법상 정당행위에 해당하여 위법성이 조각되는지를 어떤 기준으로 판단해야 할 것인지도 문제된다.

## II 쟁의행위의 정당성과 쟁의행위에 수반되는 부수적 행위의 정당성

### 1. 쟁의행위의 정당성의 요건

근로자의 쟁의행위가 정당성을 가지려면

첫째, 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고,

둘째, 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며,

셋째, 그 시기는 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하거나 단체교섭의 자리에서 그러한 요구를 거부하는 회답을 했을 때 시작하되 그 절차는 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고,

넷째, 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다.<sup>231)</sup>

그리고, 쟁의행위가 헌법상 보장된 단체행동권의 행사로서 정당하게 행하여진 경우에는 형법상 정당행위로서 위법성이 조각된다(노조법 제4조).

### 2. 쟁의행위에 수반되는 부수적 행위의 정당성

#### (1) 쟁의행위에 수반되는 부수적 행위의 의의

쟁의행위가 시작된 이후 간담회나 총회 등에서 쟁의행위의 목적을 알리거나 구체적인 쟁의행위의 방법에 대해서 노동조합원들에게 공지해야 할 경우가 있다.

이렇듯 쟁의행위에 대한 목적 및 구체적 방법 등의 공지행위를 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적 행위라고 할 수 있을 것이다.

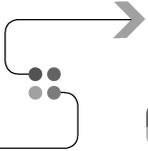
하지만, 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적 행위의 구체적인 의미에 대해서는 판례가 정확하게 판시하고 있지 아니하다.

#### (2) 쟁의행위에 수반되는 부수적 행위의 정당성

판례는 쟁의행위가 형법상 정당행위에 해당하기 위한 판단기준은 “쟁의행위의 목적을 알리는 등 적법한 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적 행위가 형법상 정당행위에 해당하는지 여부를 판단할 때에도 동일하게 적용된다”고 판시하고 있다.

즉 판례는 주체, 목적, 시기와 절차, 수단과 방법의 정당성 등 쟁의행위의 정당성 판단기준을 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적 행위에 대해서도 동일하게 적용하고 있다.

231) 대법원 2001.6.12. 선고 2001도1012 판결 등 다수



### III 사안의 적용

#### 1. 甲의 방송시설 사용행위의 성격

甲을 비롯한 노동조합 간부들은 사무실을 돌아다니며 간담회 참석을 독려하던 중 경영노무처 사무실에 이르러 그 안에 설치된 방송실에 들어가 방송을 하게 되었는데, 이러한 甲의 행위는 적법한 쟁의행위가 시작된 이후 그 목적인 '성과연봉제 폐지'에 대한 간담회를 홍보하기 위한 것으로, 성질상 정당한 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적 행위에 해당한다고 볼 수 있다.

#### 2. 甲의 방송시설 사용행위의 정당성

##### (1) 주체, 목적, 시기·절차의 정당성

우선 해당 행위는 A회사노동조합의 쟁의행위에 수반되는 행위로서 주체의 정당성을 인정할 수 있다. 또한 그 행위의 목적이 단체교섭사항에 해당하는 성과연봉제 폐지를 위한 간담회 참석을 독려하는 것으로서 목적의 정당성도 인정할 수 있다.

그리고 조정과 찬반투표라는 적법한 절차를 거친 후에 쟁의행위를 개시하였고, 방송시설 사용은 그 에 수반되는 부수적 행위이므로 시기와 절차의 정당성도 인정할 수 있을 것이다.

##### (2) 수단과 방법의 정당성

해당 행위가 사용자의 재산권과 조화를 이루고 있어서, 수단과 방법의 정당성을 인정할 수 있는지를 주로 살펴보기로 한다.

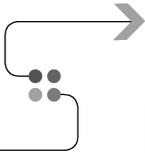
- i) 방송실이 잠금장치도 없었으며, 방송실을 사용하는 동안 경영노무처 업무를 방해하지 않았다는 점,
- ii) 방송실 사용을 위한 내부 절차가 있었으나, A회사가 그 동안 A회사노동조합에 이를 엄격하게 적용하지 아니하였으며, 구두 사용신청과 통지 후 제한 없이 사용하는 것을 허용하는 노사관행이 이어져 왔다는 점,
- iii) A회사는 간담회 개최 사실을 알고 있었으며 甲이 방송실 출입 과정에서 폭력이나 과포 행위를 하지 않았다는 점,
- iv) 甲은 약 5분 가량 방송을 했을 뿐이며, 그 내용은 조합원들의 간담회 참석 독려에 불과했다는 점
- v) A회사가 무노동 무임금을 공지한 상황에서 甲이 방송을 통해 간담회 참석을 독려할 긴급성과 필요성이 매우 컸다는 점, 등을 고려하면

A회사의 시설관리권의 본질적인 부분이 침해되었다거나 법익균형성의 측면에서 용인될 수 없는 정도에 이르렀다고까지 보기는 어렵다. 즉 甲의 행위는 A회사의 재산권과 조화를 이루고 있다고 볼 수 있다.

따라서 甲의 행위는 적법한 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적인 행위로서 주체, 목적, 시기와 절차, 수단과 방법의 측면에서 모두 정당하므로 형법상 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다.

#### IV 결론

甲의 행위는 적법한 정의행위에 통상 수반되는 부수적인 행위로서 주체, 목적, 시기과 절차, 수단과 방법의 측면에서 모두 정당하므로 형법상 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다. 甲의 주장은 타당하다.



A사는 섬유와 석유화학산업을 주된 업무로 하고 있는 회사로서 기업별 노동조합인 B노동조합이 구성되어 있다. B노동조합은 2022. 2.1. A사에 고용안정협약의 체결과 임금 10% 인상을 요구하면서 단체교섭을 하였으나 결국 단체교섭이 결렬되어 2022.7.1. 쟁의행위에 돌입하였다.

해당 쟁의행위는 경영권 사항이 주된 목적이었고 조정절차가 끝나기도 전에 쟁의행위를 개시하였다는 것을 전체적으로 고려하여 위법한 쟁의행위로 평가를 받았다.

그런데, B노동조합의 위원장 甲이 쟁의행위를 주도하였다. 한 편 B노동조합의 조합원 乙은 아크릴 공장에 근무하고 있었다. 아크릴 공장의 공정은 섭씨 250도 이상의 고온에서 이루어지는데, 공정을 갑자기 중단할 경우 원료들이 기계 내에서 그대로 굳어버려 원료 등을 폐기하여야 하므로 그 공정을 어떻게 중단해야 하는지에 대한 표준행동절차라는 규정을 두고 있었다. 그런데, 2022. 7. 3. 조합원 乙은 甲의 지시에 따라 표준행동절차를 거치지 않고 공정을 중단하였다.

이에 대하여 A사는 甲과 乙에 대하여 불법쟁의행위에 따른 5억원의 손해배상액을 산정하여 청구하였다. 하지만, 甲과 乙은 불법쟁의행위라고 하더라도 교섭에 대한 A사의 미온적 태도가 원인이 된 것이므로, 손해를 배상해야 할 의무가 없다고 주장하고 있다.

[문] 甲과 乙의 주장이 타당한지 논하시오. (불법쟁의행위라는 점은 전제하시오)

#### 세부목차

##### I. 문제의 소재

##### II. 정당하지 않은 파업에 대한 불법행위 책임

1. 불법행위책임의 귀속주체
2. 불법행위책임의 범위

##### III. 사안의 검토

1. 손해배상책임의 귀속주체 : 甲과 乙에게 불법행위 책임을 물을 수 있는지 여부
2. 손해배상책임의 범위

##### IV. 결론

## I 문제의 소재

- i) 정당성이 없는 쟁의행위에 대한 불법행위책임을 노동조합 간부와 조합원에게 부담시킬 수 있는지가 문제된다.
- ii) 또한 불법행위에 대한 손해배상책임을 진다면, 불법행위의 책임의 범위가 어디까지인지도 문제된다.

## II 정당하지 않은 파업에 대한 불법행위 책임

### 1. 불법행위책임의 귀속주체

노동조합법 제3조는 “사용자는 이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위로 인하여 손해를 입은 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다”고 규정하고 있으므로, 정당한 쟁의행위로 인정되는 경우에 한하여 손해배상책임이 면제되고, 그 밖의 쟁의행위에 대하여는 사법(私法)의

일반원리에 따라 손해배상책임이 발생한다.<sup>232)</sup>

그런데, 불법행위 책임의 귀속주체가 누구인지 문제된다.

#### (1) 노동조합 자체의 책임

민법 제35조 제1항의 유추적용에 따라 노동조합의 업무집행기관인 대표자 등 임원이 정당성이 없는 쟁의행위를 기획, 지시, 지도하는 등으로 주도한 경우에 노동조합이 불법행위책임을 부담한다.<sup>233)</sup>

#### (2) 노동조합 간부의 책임

그런데, 특히 노동조합 간부들 개인도 불법행위로 인한 손해배상책임을 지는지에 대하여는 견해의 대립이 있다.

##### 가. 간부책임 부정설

위법한 쟁의행위라 하더라도 쟁의행위의 주체성은 조합 전체에게 있는 것이며, 쟁의행위는 민법상의 사단의 활동과 달리 다수 조합원의 집단적 행위를 통하여만 수행될 수 있으므로, 노조간부의 책임을 부정하는 견해이다.<sup>234)</sup>

##### 나. 간부책임 부분긍정설 : 보증책임설

위법한 쟁의행위가 노동조합의 다수결에 의한 의사결정절차에 따라 이루어진 경우에는 간부의 책임은 노동조합의 책임에 대하여 부종성과 보충성을 갖는 제2차적인 책임으로서만 진다고 보는 견해이다.<sup>235)236)</sup>

##### 다. 간부책임 전면긍정설 : 관례의 태도

관례에 따르면, 조합간부들의 행위는 일면에 있어서는 노동조합 단체로서의 행위라고 할 수 있는 외에 개인의 행위라는 측면도 아울러 지니고 있고, 일반적으로 쟁의행위가 개개 근로자의 노무정지를 조직하고 집단화하여 이루어지는 집단적 투쟁행위라는 그 본질적 특징을 고려하여 볼 때 노동조합의 책임 외에 불법쟁의행위를 기획, 지시, 지도하는 등으로 주도한 조합의 간부들 개인에 대하여도 책임을 지우는 것이 상당하다고 하여, 적어도 쟁의행위를 주도한 조합간부에 대하여는 전면긍정설의 입장에 서 있다.<sup>237)</sup>

또한 관례는, 노동조합의 불법행위책임과 노동조합 간부들의 불법행위책임이 모두 인정되는 경우에 양자는 부진정연대채무관계에 있다고 본다.<sup>238)</sup>

232) 사법연수원(노조법), 281p

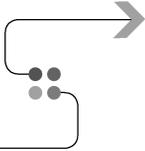
233) 사법연수원(노조법), 282p

234) 하경효 2판, 507p 참조

235) 사법연수원, 앞의 책(노동조합 및 노동관계조정법), 284p

236) 이 견해에 대하여는 보증관계가 성립하려면 사용자와 조직자(조합간부) 사이에 보증계약이 체결되어야 하는데, 피해자인 사용자에 대한 불법행위책임이 조합원들의 결의에 의하여 노동조합에 집중된다고 하여 불법행위자인 조직자(조합간부)의 책임이 보증책임으로 바뀐다고 주장하는 것은 법률상의 원인 없는 법률관계의 변동을 인정하는 것으로서 불가능한 일이라는 비판이 있다.(김형배, 앞의 책, 1158p) ; 우리 관례도 불법쟁의행위시 조합간부는 노동조합과 함께 부진정연대채무관계에서 배상책임을 부담한다고 판시하고 있다.

237) 대법원 1994.3.25. 선고 93다32828,32835 판결 참조



### (3) 조합원의 책임

노동조합의 대표자 등 간부를 제외하고서, 위법한 쟁의행위에 참가한 조합원에게 손해배상책임을 귀속시킬 수 있는지 여부에 관하여는 개인책임 부정설과 긍정설의 견해도 있으나, 판례는 부정설과 긍정설을 절충하는 입장에서, 구체적인 쟁의행위의 태양에 따라 개별적으로 근로자 개개인의 책임 여부를 결정해야 한다는 입장을 취하고 있다.

#### 가. 단순히 노무를 정지한 조합원의 공동불법행위<sup>239)</sup> 책임 : 부정

판례에 따르면 “쟁의행위는 언제나 단체원의 구체적인 집단적 행동을 통하여서만 현실화되는 집단적 성격과 근로자의 단결권은 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 하는데, 일반조합원에게 쟁의행위의 정당성 여부를 일일이 판단할 것을 요구하는 것은 근로자의 단결권을 해칠 수도 있는 점, 쟁의행위의 정당성에 관하여 의심이 있다 하여도 일반조합원이 노동조합 및 노동조합 간부들의 지시에 불응하여 근로제공을 계속하기를 기대하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 일반조합원이 불법쟁의행위 시 노동조합 등의 지시에 따라 단순히 노무를 정지한 것만으로는 노동조합 또는 조합 간부들과 함께 공동불법행위책임을 진다고 할 수 없을 것이다”고 한다.<sup>240)</sup>

#### 나. 특수한 노무를 수행하는 조합원의 의무위반으로 인한 손해발생 또는 확대시 공동불법행위 책임 : 긍정

판례에 따르면 다만, “근로자의 근로내용 및 공정의 특수성과 관련하여 그 노무정지시 발생할 수 있는 위험이나 손해 등을 예방하기 위하여 노무를 정지할 때에 준수하여야 할 사항 등이 정하여져 있는데,<sup>241)</sup> 이를 준수하지 않고 노무를 정지하여 손해가 발생하였거나 확대되었다면, 일반조합원이라고 할지라도 그와 상당인과관계에 있는 손해에 대하여는 이를 배상할 책임이 있다”고 판시하고 있다.<sup>242)</sup>

## 2. 불법행위책임의 범위

위법한 쟁의행위가 불법행위를 구성하는 경우에 노동조합이나 그 간부 등 근로자가 그 배상책임을 지는 배상액의 범위는 위법 쟁의행위와 상당인과관계가 있는 모든 손해라는 것이 판례의 태도이며<sup>243)</sup>, 위법쟁의행위와 상당인과관계에 있는 손해는 쟁의행위의 구체적 태양에 따라 개별적으로 파악되어야 할 것이다.<sup>244)</sup>

또한 판례는 사용자가 노동조합과의 성실교섭의무를 다하지 않거나 노동조합과의 기존합의를 파기하는 등 불법쟁의행위에 원인을 제공하였다고 볼 사정이 있는 경우 등에는 사용자의 과실을 참작하여 과실상계를 할 수 있다고 한다.<sup>245)</sup>

238) 대판 2006.9.22. 선고 2005다30610 판결 참조

239) 민법 제760조(공동불법행위자의 책임) ① 수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.

240) 대법원 2006.9.22. 선고 2005다30610 판결

241) 노조법 제38조 제2항, 제42조 제2항, 제42조의2 제2항 등 참조.

242) 대법원 2006.9.22. 선고 2005다30610 판결

243) 대법원 2006.9.22. 선고 2005다30610 판결 참조

244) 사법연수원, 앞의 책(노동조합 및 노동관계조정법), 286p

하지만, 이러한 판례에 대하여는 조합원의 생계가 어려워지고, 노동3권 등이 침해되고 있다는 비판도 제기된다.

### Ⅲ 사안의 검토

#### 1. 손해배상책임의 귀속주체 : 甲과 乙에게 불법행위 책임을 물을 수 있는지 여부

甲은 B노동조합의 위원장으로서 불법쟁의행위를 주도하였으므로, 판례에 따르면 불법행위책임을 진다.

乙의 경우, B노동조합의 간부는 아니지만, 근로내용과 공정이 특수하여 표준행동절차라는 준수사항이 정해져 있는데도 불구하고 이를 준수하지 않는 바람에 손해가 발생하였거나 확대되었다고 볼 수 있다. 따라서 판례에 따르면 乙도 손해배상책임의 귀속주체가 될 수 있다.

#### 2. 손해배상책임의 범위

甲과 乙은 A사의 미온적 태도가 원인이 되어 쟁의행위를 한 것이므로, 손해를 배상해야 할 의무가 없다고 주장하나, 이는 과실상계의 원인이 될 수 있을 뿐이다.

따라서 A사의 과실이 인정되는 경우라도 과실을 상계할 수 있을 뿐, 손해배상은 하여야 한다

### Ⅳ 결론

판례에 따라 판단하면, 甲은 노동조합 간부로서, 乙은 공정증단에 대한 특수한 의무가 있는 조합원으로서, 불법쟁의행위에 대한 손해배상책임은 부담한다. 다만 해당 쟁의행위가 교섭에 대한 A사의 미온적 태도가 원인이 된 것이므로 과실상계는 인정할 수 있을 것이다. 따라서 손해를 배상해야 할 의무가 없다는 甲과 乙의 주장은 타당하지 않다.

#### [유사기출문제]

A회사는 B지역에서 택시운수업을 하는 회사이고, 동 회사에는 A노동조합(기업별 노동조합)이 조직되어 있다. A노동조합에는 A회사 택시기사 전체 200명 중 100명이 조합원으로 가입되어 있고 2017. 2. 1. A회사와 10% 임금인상을 내용으로 하는 단체협약을 체결하였다. A노동조합은 A회사에 2017. 2. 1. 체결한 단체협약의 이행을 요구하면서 회사에 출근하지 아니한 채 택시 운행을 거부하는 파업에 돌입하였는데 이 과정에서 파업찬반투표를 거치지 아니하여 파업의 정당성을 상실하였다. A노동조합은 A회사에 사전통지하지 않은 채 갑자기 파업을 개시하였고, A회사는 파업으로 인하여 막대한 영업손실을 입었다.

[문] A노동조합이 찬반투표의무를 이행하지 아니하여 정당성을 상실한 파업을 적극적으로 지지·주도한 조합 간부의 불법행위책임에 대하여 논하시오. • 변호사시험 2018년 기출문제 축소각색

甲은 택시회사인 A회사에 조직되어 있던 전국택시산업노동조합(이하 전국택시노조)의 A택시분회(이하 A분회) 위원장으로 재임하다가 2015년 2월 A회사의 기업단위 노동조합인 A택시노동조합(이하 A노조)을 설립하여 그 위원장이 되었고 2015년 3월 전국택시노조에서 제명되었다.

이후 A노조는 전국택시노조의 부산지역본부 부분부장이 전국택시노조를 탈퇴한 후 2015년 2월 설립한 B 전국택시산업별노동조합(이하 "B산별노조")에 가입신청을 하였고 B산별노조로부터 인준장을 받았다.

2015년 2월 A회사에서 교섭창구단일화 절차가 개시되었는데 甲과 B산별노조의 활동 여하에 따라 오랜기간 A회사와 우호적인 관계를 유지하며 교섭대표노동조합 지위를 보유하고 있던 전국택시노조 A분회가 교섭대표노동조합 지위를 상실할 수도 있는 상태에 처하자, A회사의 상무이사 乙이 甲에게 'B산별노조에 가입하거나 연대하는 등으로 A노조를 개입시키지 않는다면 그에 따른 대가를 지급하겠다' 등의 회유성 발언을 하였다. 乙은 A회사 대표이사의 아들이며 노사관계에 대한 지휘감독권을 행사하고 있다. 그리고 노사관계에 대한 乙의 행위에 대해서 A회사는 어떠한 주의나 감독도 하지 않았다. 이에 甲과 B산별노조가 乙의 발언이 부당노동행위에 해당한다고 주장하며 A회사와 乙을 피 신청인으로 하여 부당노동행위구제신청을 제기하였다.

[문] 이 사안에서 i) 乙의 부당노동행위를 A회사의 부당노동행위로도 인정할 수 있는지, ii) 乙이 부당노동행위 구제신청과 구제명령의 상대방이 될 수 있는지, iii) B산별노조가 자신의 명의로 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있는지를 논하시오. (지배개입의 부당노동행위라고 전제하시오) (대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두54005 판결)

#### 세부목차

- |   |  |
|---|--|
| <p>I. 논의의 쟁점</p> <p>II. 부당노동행위 금지행위의 주체와 부당노동행위 구제신청의 피신청인 적격</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 부당노동행위 금지행위의 주체</li> <li>2. 부당노동행위 구제신청의 피신청인 적격</li> </ol> <p>III. 부당노동행위 구제신청의 신청인 적격</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 법규정</li> <li>2. 노동조합의, 부당노동행위 구제신청의 신청인 적격</li> </ol> | <p>IV. 사안의 적용</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 乙의 부당노동행위를 A회사의 부당노동행위로도 인정할 수 있는지 여부</li> <li>2. 乙이 부당노동행위 구제신청과 구제명령의 상대방이 될 수 있는지 여부</li> <li>3. B산별노조가 자신의 명의로 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있는지 여부</li> </ol> <p>V. 결론</p> |
|---|--|

### I 논의의 쟁점

- i) 乙의 부당노동행위를 A회사의 부당노동행위로도 인정할 수 있는지의 문제는, '그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람'이 사업주를 위하여 한 행위가 부당노동행위가 되는 경우, 이러한 행위를 사업주인 A회사의 부당노동행위로도 인정할 수 있는지의 문제이다.
- ii) 乙이 부당노동행위 구제신청과 구제명령의 상대방이 될 수 있는지의 문제는 부당노동행위 구제신청의 피신청인 적격이 인정될 수 있는지의 문제이다. 우선 乙의 법적 지위가 무엇인지, 그리고 사업주가 아닌 乙이 부당노동행위구제신청의 피신청인 적격이 인정될 수 있는지가 문제된다.

iii) B산별노조가 자신의 명의로 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있는지의 문제는 부당노동행위 구제신청의 신청인 적격이 인정될 수 있는지의 문제이다. 즉 특정 노동조합이 부당노동행위의 직접 상대방이 아닌 경우에도 자신의 명의로 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있는지가 문제된다.

이하에서는 이러한 물음에 대하여 i) 부당노동행위 금지행위의 구제 ii) 부당노동행위 구제신청의 피신청인 적격 iii) 부당노동행위 구제신청의 신청인 적격으로 구분하여 논하기로 한다.

## II 부당노동행위의 금지행위의 주체와 부당노동행위 구제신청의 피신청인 적격

### 1. 부당노동행위 금지행위의 주체

#### (1) 대내적 사용자의 범위

사용자는 부당노동행위를 해서는 안된다(노동법 제81조 제1항). 따라서 금지행위의 주체는 사용자이다.

여기서 사용자란 사업주, 사업의 경영담당자, 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위해 행동하는 자 모두가 해당된다 할 것이다.

여기서 ‘사업의 경영담당자’란 사업경영 일반에 관하여 책임을 지는 사람으로서 사업주로부터 사업 경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 사람을 말하고, ‘그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자’란 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘·감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 사람을 말한다.

#### (2) 사업주가 아닌 자의 부당노동행위와 사용자의 책임

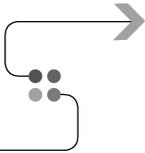
그런데 판례는 노동조합법 제2조 제2호의 ‘그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람이 그 권한과 책임의 범위 내에서 사업주를 위하여 한 행위가 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사로 한 것으로 부당노동행위가 되는 경우 이러한 행위는 사업주의 부당노동행위로도 인정할 수 있다.’고 판시하고 있다.

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 判例의 태도이다.<sup>246)</sup>

### 2. 부당노동행위 구제신청의 피신청인 적격

부당노동행위의 금지행위의 주체로서의 사용자에는 사업주뿐만 아니라 사업의 경영담당자, 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위해 행동하는 자도 포함되는데, 이러한 자들도 피신청인인

246) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두54005 판결



으로 할 수 있는가에 대하여는 견해의 대립이 있다.

(1) 학설<sup>247)</sup>

- i) 피신청인인 사용자에는 사업주 뿐만 아니라 사업의 경영담당자와 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위해 행동하는 자 등 부당노동행위 금지행위의 주체가 모두 포함될 수 있다는 입장과
- ii) 부당노동행위에 대한 원상회복은 사업주에게 명령하는 것으로 충분하므로 피신청인은 사업주로 한정된다는 입장이 있다.

(2) 판례

사용자는 구제명령을 받은 경우에는 이에 따라야 하는데(84조1,2항 85조4항), 구제명령이행 주체로서의 사용자는 금지행위의 주체와 달리 사업주로 한정된다고 해석된다는 것이 과거 판례의 태도였다.<sup>248)</sup>

하지만, 최근 판례는 “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.<sup>249)</sup>

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.<sup>250)</sup>

247) 김유성 II, 365p, 이상윤 13판, 913p 참조

248) 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).

249) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두54005 판결

### Ⅲ 부당노동행위 구제신청의 신청인 적격

#### 1. 법규정

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

다만 노동조합법에 따라 설립신고증을 받지 못한 소위 법외노조는 부당노동행위의 구제를 신청할 수 없다(7조 1항).

#### 2. 노동조합의, 부당노동행위 구제신청의 신청인 적격<sup>251)</sup>

##### (1) 부당노동행위의 직접 상대방인 경우

노동조합으로서는 자신에 대한 사용자의 부당노동행위가 있는 경우에는 자신의 명의로 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있다.

##### (2) 부당노동행위의 직접 상대방이 아닌 경우

판례에 따르면 노동조합은 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 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있는 권리를 가진다.

그런데 이러한 법리는 다른 노동조합에 가입하려고 하거나 다른 노동조합과 연대하려고 하는 노동조합에 대하여 사용자의 부당노동행위가 있는 경우에도 적용된다는 것이 판례의 태도이다.

따라서 판례에 따르면 “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 판시한다.

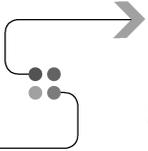
### Ⅳ 사안의 적용

#### 1. Z의 부당노동행위를 A회사의 부당노동행위로도 인정할 수 있는지 여부

Z은 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람으로서 A회사는 Z의 업무수행에 대해서 어떠한 주의나 감독도 하지 않았으므로, Z의 부당노동행위는 사업주인 A회사의 부당노동행위로도 인정할 수 있다.

250) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두54005 판결

251) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두54005 판결 참조



2. Z이 부당노동행위 구제신청과 구제명령의 상대방이 될 수 있는지 여부

Z은 A회사의 상무이사이고, A회사 대표이사의 아들이라서 'A회사의 근로자에 관한 사항에 대하여 A회사를 위하여 행동하는 자'에 해당한다고 보아야 한다.

따라서 판례에 따르면 Z은 부당노동행위 구제신청과 구제명령의 상대방이 될 수 있다.

3. B산별노조가 자신의 명의로 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있는지 여부

Z이 甲에게 'B산별노조에 가입하거나 연대하는 등으로 A노조를 개입시키지 않는다면 그에 따른 대가를 지급하겠다'는 등의 회유성 발언을 한 행위는 B산별노조의 단결권을 침해한 것으로 평가할 수 있다. 따라서 B산별노조가 부당노동행위의 직접 상대방이 아닌 경우이지만, 자신의 명의로 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있다.

**V** 결론

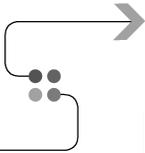
- i) Z은 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람으로서 Z의 부당노동행위는 사업주인 A회사의 부당노동행위로도 인정할 수 있다.
- ii) Z은 'A회사의 근로자에 관한 사항에 대하여 A회사를 위하여 행동하는 자'에 해당하므로 부당노동행위 구제신청과 구제명령의 상대방이 될 수 있다.
- iii) Z의 발언은 B산별노조의 단결권을 침해한 것으로 평가할 수 있으므로, B산별노조는 자신의 명의로 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있다.

[유사기출문제 : 변호사시험 2023년 (565쪽 추가)]

철강제품의 제조 및 판매업을 영위하는 A회사의 사업장에는 A회사와 근로계약을 체결한 근로자 5,000여 명과 A회사로부터 기계·설비의 수리와 청소 등을 도급받은 사내 하청업체들과 근로계약을 체결한 근로자 (이하 '하청 근로자'라 한다) 300여 명이 함께 근무하고 있다. A회사와 하청 근로자 사이에는 법적으로 목시적 근로계약관계나 근로자파견관계는 없었지만, A회사는 개별 도급계약이나 A회사의 관리자를 통하여 하청 근로자의 주요 작업 내용을 직접 관리하였고 작업 환경, 작업 일시와 시간, 연장 근로와 휴식 시간 등을 실질적이고 구체적으로 결정하였다. A회사는 사내 하청업체에 대하여 도급계약의 해지권한 등을 통해 우월적 지위를 가졌다.

하청 근로자들은 2020. 6. 25. A회사하청노동조합(이하 '하청노조'라 한다)을 설립하여 관할 행정관청으로부터 노동조합 설립신고증을 교부받았다. 그 직후 A회사는 사내 하청업체들에게 하청노조가 노동조합활동으로 A회사의 사업 운영을 방해하면 도급계약을 해지하겠다고 경고하였다. 하청노조 위원장인 마이 소속된 B기업과 같은 노조 사무국장인 Z이 소속된 C기업은 하청노조로부터 단체교섭을 요구받자 폐업할 별다른 사정이 없었는데도 2020. 7. 5. 폐업하였다.

[문] 하청노조는 A회사가 「노동조합 및 노동관계조정법」 제81조 제1항 제4호 소정의 지배·개입의 부당노동행위를 하였다는 이유로 2020. 7. 20. 관할 노동위원회에 구제신청을 하였다. A회사는 지배·개입의 부당노동행위가 금지되는 사용자에게 해당하는가? (단, 목시적 근로계약관계나 근로자파견관계는 논외로 한다.)



[심화사례 : 복수노조에서의 인사고과를 통한 불이익취급 (584쪽 추가)]

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, 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 조합원들중 B등급 이상을 받은 비율은 98%인 반면에, C지회의 조합원들중 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 입증 책임을 중심으로 논하고, 노동위원회의 구제명령이 적법한지에 대해서도 논하시오. (대법원 2018. 12. 27. 선고 2017두47311 판결, 노동판례백선 2판 사례)

세부목차

- 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 것인가가 문제된다.

또한 장래를 향하여 일정한 의무를 부과하는데 그치지 않고, “성과상여금을 차별지급한 것을 취소하고 정당한 성과평가를 재 실시하여 근로자들에게 성과상여금 차액분을 지급하라”는 구체명령이 적절 구체명령인지도 문제된다.

## II 부당노동행위의 입증책임과 인사고과를 통한 불이익취급의 입증방법

※ 위의 사례의 목차와 변화가 없음. 다만 특정노조의 조합원과 다른 노조의 조합원사이의 차별로 설명하면 됨.

1. 불이익취급의 부당노동행위의 의의

2. 불이익취급의 부당노동행위의 입증책임

3. 인사고과를 통한 불이익취급의 입증방법

(1) 의의 : 대량관찰방법의 도입

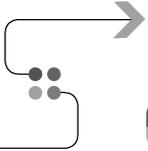
(2) 대량관찰방법의 판단기준

가. 근로자 집단의 비교 : 동질의 근로자 집단 사이의 통계적으로 유의미한 격차

나. 반조합적 의사

다. 해당 불이익취급이 인사고과의 차별에 기인한 것일 것.

(3) 대량관찰방법의 의의 및 한계



### 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.

판례에 따르면 노동조합법 제84조 또한 노동위원회가 전문적·합목적적 판단에 따라 개개 사건에 적절한 구제조치를 할 수 있도록 하기 위해, 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령을 발하여야 한다고 규정하고 있을 뿐 구제명령의 유형 및 내용에 관하여는 특별히 정하고 있지 아니하다.

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

### IV 사안의 적용

#### 1. A사의 행위가 부당노동행위에 해당하는지 여부

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.<sup>252)</sup>

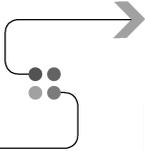
노동위원회의 구제명령의 내용을 노동조합법에서 특별히 정하고 있지 않고, 노동위원회가 전문적이고 합목적적인 판단에 따라 재량적으로 구제명령을 발할 수 있으므로, 성과평가를 재 실시한 후, 성과상여금과의 차액을 지급할 것을 명한 것은 적법하다.

**V** 결론

인사고과에서의 차별이 없었더라면, C지회 소속 근로자들이 더 높은 등급을 부여받았을 것이므로, A사의 행위는 부당노동행위에 해당한다.

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

252) 노동관계백선 2판 (피용호), 401p



[유사기출문제 : 변호사시험 2023년 (592쪽 추가)]

A회사의 근로자들로 구성된 기업별 노동조합인 D노동조합과 A회사는 2021. 3. 1. 체결한 단체협약(유효기간 2021. 3. 1. ~ 2023. 2. 28.) 제3조에서 유니온 슝에 관해 다음과 같이 규정하고 있다.

제3조 (유니온 슝)

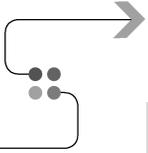
- ① 근로자는 A회사에 입사 후 1개월 이내에 D노동조합의 조합원이 된다.
- ② A회사는 제1항을 위반하여 D노동조합에 가입하지 않거나 D노동조합으로부터 탈퇴한 근로자를 지체 없이 해고한다.

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 유니온 슝 협정(단체협약 제3조)에 따라 이루어진 자신에 대한 해고가 부당하다고 주장한다. 丙의 주장은 타당한가?

노동법 사례연습

제3편  
기타 법률



## 02 기간제법상 사용기간제한 – 부당한 갱신거절기간 (618쪽)

- “부당한 해고기간”이라는 표현을 “부당한 갱신거절 기간”으로 수정해 주세요.

### 2. 기간제법상 사용기간 제한 : 부당한 갱신거절기간 포함여부 (619쪽)

#### (1) 기간제법상 사용기간 제한

...

그런데, 이러한 기간 속에 부당한 갱신거절기간이 포함되는지가 문제된다.

#### (2) 기간제법상 사용제한기간과 부당한 갱신거절기간 포함여부

판례에 따르면 “기간제법의 기간제근로자 보호 취지, 사용자의 부당한 갱신거절로 인한 효과 등을 고려하면, 사용자의 부당한 갱신거절로 인해 근로자가 실제로 근로를 제공하지 못한 기간도 계약갱신에 대한 정당한 기대권이 존속하는 범위에서는 기간제법 제4조 제2항에서 정한 2년의 사용제한기간에 포함된다고 보아야 한다”고 한다.<sup>253)</sup>

### III 사안의 적용

#### 1. 甲에 대한 1차 갱신거절이 무효인지 여부

판례에 따라 판단하면, A사가 부당하게 甲과의 근로계약의 갱신을 거절한 것은 부당해고와 마찬가지로 효력이 없다고 보아야 한다.

따라서 甲에 대한 1차 갱신거절기간(2007.9.30.~2009.12.24.)은 사실상 부당한 갱신거절기간으로 볼 수 있다.

#### 2. 甲에 대한 부당한 갱신거절기간이 2년의 사용제한기간에 포함되는지 여부

...

### IV 결론

1차 갱신거절 후 2009.12.24.자로 복직하기까지의 갱신거절기간도 기간제법상 사용제한 기간인 2년에 포함되므로, 甲의 청구는 인용될 수 있을 것이다.

253) 대법원 2018.6.19. 선고 2013다85523 판결

A사는 호텔업을 운영하는 회사이다. 甲은 A사와 딜러 업무를 수행하기로 하는 기간제 근로계약을 체결하고 2012. 8. 20.부터 2014. 3. 31.까지 A사의 카지노 사업장에서 근무하였다. 정규직 딜러는 8개 종목을 진행한 반면, 甲은 그 중 2개 종목만 진행하였다.

A사의 정규직 딜러로 채용되기 위해서는 기간제 딜러 등으로 2년 정도 근무해야 하는데, 甲은 외부 기간제 딜러 경력이 없었다.

A사의 '호텔봉사료 지급기준'에 따르면 호텔봉사료는 '전 직원'에게 균등 지급하도록 되어 있고, 그 지급대상에서 기간제근로자를 제외한다고 정하고 있지 않다. 그런데, A사는 甲과 같은 기간제 딜러를 제외한 전 직원들에게 호텔봉사료 명목의 금원을 균등 지급하였다. 고객들에게 제공한 서비스 대가의 10%를 봉사료로 징수했기 때문에 기간제 근로자들을 제외한 직원들은 매월 일정하지 않은 금액의 호텔봉사료를 균등하게 지급받았다.

甲은 연봉으로 3,000만원을 지급받았고, 호텔봉사료와 정기상여금은 지급받지 않았다. 그런데, A사의 정규직 딜러는 기본급 외에도 정기상여금과 호텔봉사료를 지급받았다.

같은 기간 동안 정규직 1호봉 딜러에게 지급되는 임금은 기본연봉 2,400만원, 정기상여금 연 1,200만원, 호텔봉사료 연 200만원 등 합계, 3,800만원이다. 정기상여금은 연봉이 인상되는 비율만큼 인상된다.

甲은 A사가 자신들에게 정기상여금과 호텔봉사료를 지급하지 않은 것이 차별적 처우라고 주장하면서 노동위원회에 차별시정신청을 하였다.

[문] A사는 甲이 기간제 딜러로 2년 정도 근무를 해야 정규직 딜러가 될 수 있으므로, A사와 정규직 1호봉을 비교할 수 없다고 주장하면서 마이너스 2호봉의 정규직 딜러를 가정하여 차별적 처우인지를 판단해야 한다고 주장한다. 또한 정기상여금과 호텔봉사료를 지급하지 않은 것은 차별적 처우가 아니라고 주장하고 있다. A사의 주장이 타당한지 논하시오.

#### 세부목차

##### I. 문제의 소재

- II. 기간제 근로자에 대한 차별적 처우의 판단
  1. 기간제 근로자에 대한 차별금지규정
  2. 차별적 처우금지의 비교대상
  3. 임금의 차별적 처우금지의 내용 및 판단기준

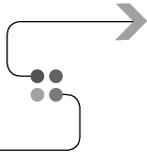
##### III. 사안의 적용

1. 가상의 정규직 딜러를 비교대상근로자로 삼을 수 있는지 여부
2. 정기상여금과 호텔봉사료 미지급에 대한 차별적 처우가 존재하는지 여부

##### IV. 결론

### I 문제의 소재

- i) 우선 기간제법상 차별적 처우가 있는지를 판단하기 위해서 직제에 존재하지 않는 근로자를 비교대상 근로자로 삼을 수 있는지가 문제된다.
- ii) 또한 정기상여금과 호텔봉사료 등 임금 지급에 불리한 처우가 있는지를 어떤 방법으로 판단해야 하는지가 문제된다.
- iii) 그리고 불리한 처우에 합리적 이유가 있는지를 어떤 방법으로 판단해야 하는지도 문제된다.



이하에서는 이러한 세 가지 쟁점을 중심으로 논하고자 한다.

## II 기간제 근로자에 대한 차별적 처우의 판단

### 1. 기간제 근로자에 대한 차별금지규정

사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.(기간제법 제8조 제1항)

이는 기간제 근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하려는 취지라고 할 수 있다.

### 2. 차별적 처우금지의 비교대상

판례에 따르면 “비교 대상 근로자로 선정된 근로자의 업무가 기간제 근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지는 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면, 특별한 사정이 없는 이상 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다.”고 판시하고 있다.<sup>254)</sup>

하지만, “이러한 근로자가 당해 사업 또는 사업장에 실제로 근무하고 있을 필요는 없으나 직제에 존재하지 않는 근로자를 비교대상 근로자로 삼을 수는 없다”는 것이 판례의 태도이다.<sup>255)</sup>

### 3. 임금의 차별적 처우금지의 내용 및 판단기준

#### (1) 차별적 처우금지의 내용

사용자는 기간제근로자임을 이유로 차별적 처우를 하는 것이 금지되는데(기간제법 8조1항), 차별적 처우란 가. 「근로기준법」에 따른 임금, 나. 정기상여금, 명절상여금 등 정기 상여금, 다. 경영성과금, 라. 그 밖에 근로조건 및 복리후생 사항에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다(기간제법 제2조 3호).

즉, 기간제에서 금지하는 차별적 처우에 해당하기 위하여는 우선 근로조건 등에 대한 불리한 처우가 존재하여야 하고, 그 불리한 처우에 합리적 이유가 없어야 한다. 그렇다면, 특히 임금지급에 대하여 불리한 처우가 존재하는지, 그리고 그 불리한 처우에 합리적 이유가 없는지를 어떻게 판단하여야 할 것인지가 쟁점이다.

254) 대법원 2012.3.29. 선고 2011두2132 판결

255) 대법원 2019.9.26. 선고 2016두47857 판결

## (2) 불리한 처우가 존재하는지의 판단방법

## 가. 원칙 : 세부 항목별 비교

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.

## 나. 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 적절하지 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.

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.

## (3) 합리적 이유가 있는지의 판단방법

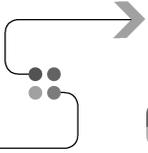
판례에 따르면 합리적인 이유가 없는 경우란 “기간제 근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나, 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 방법·정도 등이 적절하지 아니한 경우를 의미한다”고 한다.<sup>256)</sup>

그리고 “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”는 것이 판례의 태도이다.<sup>257)</sup>

그런데, 판례에 따르면 “임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 차별적 처우로 정의하고 있는 기간제법 제2조 제3호의 규정 내용을 고려하면, 임금 세부 항목별이 아닌 각 범주별로 기간제근로자에게 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 할 때에는 합리적 이유가 있는지 여부도 범주별로 판단하여야 한다”고 한다.

256) 대법원 2014.11.27. 선고 2011두6592 판결

257) 대법원 2012.3.29. 선고 2011두2132 판결



### III 사안의 적용

#### 1. 가상의 정규직 딜러를 비교대상근로자로 삼을 수 있는지 여부

판례에 따라 판단하면, 기간제 딜러에 대해 마이너스 2호봉에 해당하는 가상의 정규직 딜러를 비교대상 근로자로 삼을 수 없으며, 비교대상 근로자는 A사 소속 근로자 중 1호봉의 정규직 딜러로 보아야 할 것이다.

따라서 이에 대한 A사의 주장은 타당하지 않다.

#### 2. 정기상여금과 호텔봉사료 미지급에 대한 차별적 처우가 존재하는지 여부

##### (1) 정기상여금과 호텔봉사료 미지급이 불리한 처우인지 여부

비교대상 근로자의 임금 항목 중 호텔봉사료는 비교대상 근로자가 적용받는 임금체계와 무관하게 '호텔봉사료 지급기준'에 따라 기간제 딜러를 제외한 전 직원에게 균등 지급되고 있으며, 다른 지급 항목과 달리 매월 금액이 일정하지 않다.

따라서 甲의 기본급여가 호텔봉사료까지 고려하여 정해졌다고 보기 어려우므로, 비교대상 근로자가 받은 호텔봉사료는, 같은 근로자에게 지급된 다른 지급 항목들, 즉 기본급, 정기상여금 등을 합한 것과는 별도의 범주라고 보고, 각각의 범주별로 불리한 처우가 존재하는지를 판단해야 한다.

그런데, 甲은 호텔봉사료를 전혀 지급받지 못하였으므로 불리한 처우가 존재한다.

그리고 정규직 딜러에게 지급되는 연봉과 정기상여금은 근속연수에 따른 근로의 대가라고 판단할 수 있다. 따라서 정규직 딜러에게 지급되는 연봉과 정기상여금을 하나의 범주로 보고 甲의 연봉과 비교해야 한다. 연봉과 정기상여금을 하나의 범주로 묶어서 비교하면, 이에 대하여도 甲에게 불리한 처우가 존재한다.

##### (2) 불리한 처우에 합리적인 이유가 있는지 여부

불리한 처우 여부를 범주별로 비교하였으므로 합리적인 이유가 없는지도 범주별로 비교하여야 한다. 호텔봉사료는 甲과 같은 기간제 딜러를 제외한 직원들에게 지급하였는데,

- i) 직원들의 호봉이나 경력과 무관하게 동일한 액수로 정해졌다는 점,
- ii) 호텔봉사료 지급기준에 따르면 호텔봉사료 지급에 대하여 기간제 근로자를 제외한다고 정하고 있지 않은 점,
- iii) 기간제 딜러와 정규직 딜러 사이의 차이를 고려하더라도, 호텔봉사료의 성격, 지급 근거와 대상 등에 비추어 보면, 호텔봉사료 지급에서 기간제 딜러만 배제해야 할 특별한 이유를 찾기 어렵다는 점 등을 고려하면,

甲과 같은 기간제 딜러 근로자들에게 호텔봉사료를 전혀 지급하지 않은 것은 합리적 이유 있는 차별이라고 할 수 없다.

다만, 연봉과 정기상여금을 차등지급한 것은

- i) 경력을 고려할 때, 비교대상 근로자인 정규직 딜러가 甲에 비하여 업무숙련도가 높다고 볼 수

있는 점,

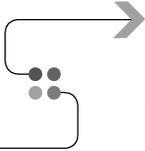
- ii) 비교대상 근로자인 정규직 딜러가 더 많은 종목을 수행하고 있었다는 점
  - iii) 甲이 외부경력이 없으므로 정규직 딜러에 비해서는 업무능력이 부족할 수 있다는 점 등을 고려하면 합리적 이유가 있다고 보아야 할 것이다.
- 따라서 정기상여금에 대한 불리한 처우는 합리적 이유가 있다고 보인다.

#### IV 결론

기간제 딜러에 대해 마이너스 2호봉에 해당하는 가상의 정규직 딜러를 비교대상 근로자로 삼아야 한다는 A사의 주장은 타당하지 않다.

그리고 범주별로 임금의 차별적 처우를 비교하면, 호텔봉사료를 甲에게 지급하지 않은 것은 차별적 처우가 아니라는 A사의 주장은 타당하지 않다.

하지만, 정기상여금에 대한 불리한 처우는 합리적 이유가 있으므로, 정기상여금에 관한 한 A사의 주장은 타당하다.



A사는 주택관리업 등을 목적으로 설립된 회사이다. 甲은 2015. 1. 10. A사에 입사하여 용인시 소재 아파트에서 경비원으로 근무하였다. 甲은 입사당시 만 56세였다.

甲은 A사와 사이에 2015. 1. 10. 최초로 근로계약을 체결한 이래 근로기간을 2개월 내지 6개월로 하는 근로계약을 11차례에 걸쳐 체결하였는데, 마지막으로 2018. 10. 1. 계약기간을 2018. 10. 1.~2018. 12. 31.로 하는 근로계약을 체결하였다. 마지막 근로계약의 내용은 아래와 같다.

<근로계약>

제2조(근로계약기간) 근로자는 1년 이하의 기간제 근무자임을 확인하였으며 재계약 등에 갱신기대권은 없는 것에 동의한다.

제7조(근로관계의 종료) 근로계약기간이 만료된 날을 퇴사하는 날로 한다.

또한 A사는 취업규칙에서 재계약에 대한 내용을 규정하고 있다.

<취업규칙>

제11조(재계약) ① 근로의 재계약은 근무평가에 따르며 근무평가 점수가 기준점수인 70점에 미달하는 경우에는 재계약하지 아니한다.

② 기간제 근로자의 근로계약은 필요에 따라 갱신 체결할 수 있다.

A사는 이러한 취업규칙의 내용에 따라 근무평가점수가 70점 이상인 경비근로자에 대하여는 재계약을 하였고, 70점 미만인 근로자에 대하여는 재계약을 하지 아니하였다. 70점 미만인 근로자는 대략 하위 10%에 해당한다.

근무평가표에는 복무규정, 근무태도, 지시사항, 민원발생, 동료화합, 출근건강 등의 평가항목이 있었다. 그 중 복무규정의 세부항목으로는 음주, 순찰미실시, 근무시간 무단이탈이 규정되어 있었고, 근무태도의 세부항목으로는 불친절한 언행, 책임감 부족, 허위 보고 등을 규정하고 있었다.

甲은 순찰경로를 누락하는 사실이 확인되었고, 근무지이탈을 종종 하는 것이 확인되어 복무규정 항목에서 下에 해당하는 점수를 받았다. 또한 아파트 입주민과 동료경비원들에게 불친절한 언행을 한 사실, CCTV 모니터링 업무를 숙지하여 못하여 다른 동료가 반복하여 모니터링을 해야 하는 사실 등이 확인되어 근무태도 항목에 대하여도 下에 해당하는 점수를 받았다. 기타 지시사항, 민원발생, 동료화합, 출근건강 등의 항목에서도 감점받을만한 사실이 확인되었다.

그 결과 甲은 근무평가가 기준에 미달되었고, A사는 甲에게 2018. 12. 31. 자로 근로계약이 만료됨을 구두로 통지하였다.

[문] 甲은 자신에 대한 계약갱신거절이 갱신기대권을 침해한 부당해고라고 주장한다. 또한 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하지 않았기 때문에 무효라고 주장한다. 甲이 주장이 타당한지 논하시오.

## 세부목차

- |   |  |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>I. 문제의 소재</li> <li>II. 고령자의 갱신기대권             <ul style="list-style-type: none"> <li>1. 갱신기대권의 의의</li> <li>2. 갱신기대권의 판단기준 및 위반의 효과</li> <li>3. 고령자의 갱신기대권</li> </ul> </li> <li>III. 갱신거절의 합리적 이유             <ul style="list-style-type: none"> <li>1. 갱신거절의 합리적 이유의 판단기준</li> <li>2. 갱신거절의 합리적 이유의 증명책임.</li> </ul> </li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>IV. 갱신거절의 통보와 서면통지 여부             <ul style="list-style-type: none"> <li>1. 해고의 서면통지의 의의</li> <li>2. 갱신거절의 통보와 서면통지 여부</li> </ul> </li> <li>V. 사안의 적용             <ul style="list-style-type: none"> <li>1. 甲에게 갱신기대권을 인정할 수 있는지 여부</li> <li>2. 甲에 대한 갱신거절에 합리적 이유가 있는지 여부</li> <li>3. 근로기준법 제27조를 위반한 갱신거절 통보의 효력</li> </ul> </li> <li>VI. 결론</li> </ul> |
|---|--|

## I 문제의 소재

- i) 甲의 주장이 타당한지 논하기 위해서는 우선 甲에게 갱신기대권이 인정되는지가 문제된다. 특히 甲은 만55세 이상의 고령자인데, 만55세 이상의 고령자에게도 갱신기대권을 인정할 수 있는지도 논하여야 한다.
- ii) 만약 갱신기대권을 인정할 수 있다면, 그 갱신거절에 합리적 이유가 있는지를 어떤 기준으로 판단해야 하는지도 문제된다.
- iii) 마지막으로 근로계약이 종료된 후 사용자가 갱신거절의 통보를 하는 경우에 근로기준법 제27조의 해고의 서면통지규정이 적용되는지도 문제된다.

이하에서는 이러한 세 가지 쟁점을 중심으로 논하고자 한다.

## II 고령자의 갱신기대권

### 1. 갱신기대권의 의의

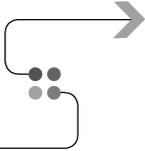
판례에 따르면 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다고 볼 만한 특별한 사정이 없더라도 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 그에 반하는 부당한 갱신거절은 부당해고와 마찬가지로 무효라고 보는 것이 ‘정당한 갱신 기대권의 법리’이다.<sup>258)</sup>

### 2. 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 신뢰관계

258) 대법원 2011.4.14. 선고 2007두1729 판결 참조.



가 형성”되어 있는 경우에는 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권을 인정할 수 있다고 한다.<sup>259)</sup>

## (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 없”으며, “이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다”고 판시하고 있다.<sup>260)</sup>

## 3. 고령자의 갱신기대권

판례에 따르면 기간제법의 입법 취지가 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 근로조건 보호를 강화하기 위한 것임을 고려하면, 기간제법 제4조 제1항 단서의 예외 사유에 해당한다는 이유만으로 갱신기대권에 관한 위 법리의 적용이 배제된다고 볼 수는 없다고 한다.

따라서, 고령자와 기간제 근로계약을 체결한 경우에도,

- i) 갱신기대권에 관한 일반적인 요건 외에
- ii) 해당 직무의 성격에 의하여 요구되는 직무수행 능력과 당해 근로자의 업무수행 적격성,
- iii) 연령에 따른 작업능률 저하나 위험성 증대의 정도,
- iv) 해당 사업장에서 정년을 경과한 고령자가 근무하는 실태 및 계약이 갱신되어 온 사례 등을 종합적으로 고려하여 근로계약 갱신에 관한 정당한 기대권이 인정되는지 여부를 판단하여야 한다.

## Ⅲ 갱신거절의 합리적 이유

### 1. 갱신거절의 합리적 이유의 판단기준

계약갱신에 대한 정당한 기대권이 인정될 경우 사용자의 갱신거절에는 해고제한의 법리가 유추적용되므로, 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적 이유가 있어야 한다.

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

- i) 사용자의 사업 목적과 성격,
- ii) 사업장 여건,
- iii) 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용,
- iv) 근로계약 체결 경위,
- v) 근로계약의 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부와 운용 실태,
- vi) 근로자에게 책임 있는 사유가 있는지 등

259) 대법원 2011.4.14. 선고 2007두1729 판결

260) 대법원 2011.4.14. 선고 2007두1729 판결

당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 갱신 거부의 사유와 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이며 공정한지를 기준으로 판단하여야 한다고 한다.<sup>261)</sup>

## 2. 갱신거절의 합리적 이유의 증명책임.

갱신거절에는 해고제한의 법리가 유추적용되고, 해고의 정당한 사유는 사용자에게 입증책임이 있듯이 갱신거절의 합리적 이유가 있다는 사정은 사용자가 입증책임을 부담한다는 것이 판례의 태도이다.<sup>262)</sup>

## IV 갱신거절의 통보와 서면통지 여부

### 1. 해고의 서면통지의 의의

근로기준법 제27조에 따르면 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지해야 하고, 서면으로 통지하지 않으면 해고의 효력이 발생하지 않는다.

판례에 따르면, 해고의 서면통지는 “해고사유 등의 서면통지를 통해 사용자로 하여금 근로자를 해고하는데 신중을 기하게 함과 아울러, 해고의 준비 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지”를 갖고 있다고 한다.<sup>263)</sup>

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

### 2. 갱신거절의 통보와 서면통지 여부

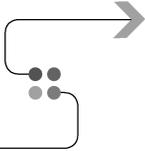
그런데 판례에 따르면 “기간제 근로계약의 종료에 따른 사용자의 갱신 거절은 근로자의 의사와 관계 없이 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료시키는 해고와는 구별되는 것이고, 근로관계의 지속에 대한 근로자의 신뢰나 기대 역시 동일하다고 평가할 수는 없다”고 한다.

판례는 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 보

261) 해당 사안과 직접 관련된 법리는 아니지만, 판례는 “신규채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서 대규모로 갱신 거절을 한 경우, 이는 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권을 전면적으로 배제하는 것”이라고 하면서, “사용자로서 그와 같은 조치를 취하지 않으면 안 될 경영상 또는 운영상의 필요가 있는지, 그에 관한 근거 규정이 있는지, 이를 회피하거나 갱신 거절의 범위를 최소화하기 위한 노력을 하였는지, 그 대상자를 합리적이고 공정한 기준에 따라 선정하기 위한 절차를 밟았는지, 그 과정에서 차별적 대우가 있었는지 등을 종합적으로 살펴보고 그 주장의 당부를 판단하여야 한다.”고 판시하고 있다.

262) 강선희, “근로계약 갱신거절의 합리적 이유 판단기준 및 이의 증명책임 등”, 『노동판례리뷰 2017』, 한국노동연구원, 274p; 대법원 2017.10.12. 선고 2015두44493 판결 참조

263) 대법원 2011.10.27. 선고 2011다42324 판결



기 어렵다”고 한다.

즉 판례에 따르면 기간제 근로계약이 종료한 후 사용자가 갱신거절의 통보를 하는 경우, 해고의 서면통지(근로기준법 제27조)가 적용되지 않는다고 한다.<sup>264)</sup>

## V 사안의 적용

### 1. 甲에게 갱신기대권을 인정할 수 있는지 여부

근로계약에는 ‘재계약 등에 갱신기대권이 없는 것에 동의한다’는 내용이 존재하기는 하나, 갱신기대권의 존재여부는 근로계약의 내용 뿐 아니라 취업규칙의 내용 및 근로계약을 둘러싼 제반 사정을 종합해서 판단하는 것이므로, 갱신기대권을 배제하는 근로계약의 내용이 있다는 것만으로는 甲의 갱신기대권을 부인할 수 없다.

- i) 오히려 A사의 취업규칙 제11조는 근로자들의 근무평가를 요건으로 근로계약이 갱신될 수 있다는 의미로 해석할 수 있다는 점,
- ii) A사는 甲과 근로계약을 11차례에 걸쳐 갱신하였다는 점,
- iii) 근무평가 점수가 70점 이상인 경비원에 대하여 재계약을 하였는데, 상위 90%에 해당하는 대다수의 경비원들이 재계약을 체결하였다는 점,
- iv) 甲이 수행하던 경비업무는 상시적 업무라는 점,
- v) 경비업무는 고령의 연령층에서도 널리 수행하고 있는 업무의 하나로서 甲의 연령에 따른 작업능률 저하나 위험성이 증대되었다는 사정은 보이지 않는다는 점

등을 종합고려할 때, 甲에게 갱신기대권을 인정할 수 있다.

### 2. 甲에 대한 갱신거절에 합리적 이유가 있는지 여부

- i) 근무평가표에서 규정한 평가항목(복무규정, 근무태도, 지시사항, 민원발생, 동료화합, 출근건강)의 합리성을 인정할 수 있으며, 복무규정 위반에 따른 세부 평가 항목으로 둔 음주, 순찰미실시, 근무시간 무단이탈과 근무태도 불량에 따른 세부 평가 항목으로 둔 불친절한 언행, 책임감 부족, 허위 보고 등도 합리성을 인정할 수 있다는 점,
- ii) 그리고 甲의 순찰경로 누락, 근무지이탈, 불친절한 언행 등의 사실이 확인되었고, 근무평가가 기준에 미달되었다는 점

등을 고려할 때, 甲에 대한 갱신거절은 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이며 공정하다고 보아야 할 것이다.

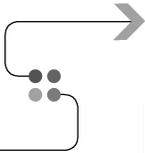
264) 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021두45114 판결

### 3. 근로기준법 제27조를 위반한 갱신거절 통보의 효력

전술한 바와 같이 근로계약 만료 통지는 근로관계 종료에 따른 갱신의 거절에 불과하기 때문에 해고에 관하여 적용되는 근로기준법 제27조에 정한 절차가 그대로 적용된다고 볼 수 없다. 따라서 서면으로 갱신거절을 통지하지 않았다고 하여 그 효력이 부정되는 것은 아니다.

## VI 결론

甲에게 갱신기대권을 인정할 수 있으나, 갱신거절이 객관적이고 합리적이며, 해당 거절에 근로기준법 제27조를 적용하지는 아니한다. 따라서 甲에 대한 계약갱신거절은 유효하다. 甲의 주장은 타당하지 않다.



[참조 : 근로자과건과 관련한 최근 판례의 흐름 (664쪽 추가)]

※ 파건의 판단기준에 대한 판례법리는 변하지 않았다. 다만, 파건의 징표로 인정되는 사항들이 확대되고 있는 상황이다.

1. MES(전산관리시스템)를 상당한 지휘·명령의 징표로 인정한 판례(대법원 2022.7.28. 선고 2021다 221638판결)

(1) MES(전산관리시스템, Manufacturing Execution System)의 의의 : 제조업에서 생산공정을 관리하기 위해서 넓게 사용되고 있는 전자시스템을 말한다.

(2) MES를 상당한 지휘·명령의 징표로 볼 수 있는지 여부

원청이 정보를 입력하면 MES는 작업내용, 작업장소, 작업위치, 작업순서 등과 같은 구체적인 공정계획을 자동으로 생성하여 이를 하청 근로자들에게 전달하는 기능을 하고 하청 근로자들은 MES를 통해 전달받은 바에 따라 원청과 협력 작업을 수행한다. MES는 원청이 사전에 설정해 둔 프로그램에 따라 공정계획·작업내용을 자동으로 생성할 뿐만 아니라, 생산과정의 오류 등이 있어 하청 근로자들의 업무 수행 간 수정이 필요한 경우 원청 소속 근로자가 직접 MES에 새로운 정보를 입력하여 업무를 조정하기도 하였다. (김영택, “MES를 통한 상당한 지휘·명령 여부”, 『노동리뷰』 2022년 9월호, 119p)

대법원에서는 이러한 MES를 상당한 지휘·명령의 징표로 판단하였다. 즉 원청의 제품생산과정과 조업체계가 MES에 의해 계획되고 관리되며, 협력업체(하청업체) 소속 근로자들은 MES를 통해 전달받은 바에 따라 협력작업을 수행하고 있다는 점을 주목한 것이다.

(3) 판례의 의의

전산시스템, 인공지능, 알고리즘 등 새로운 통제 도구에 대해서 종속에 대한 판단징표로 활용한 사례라고 할 수 있다. (김영택, 위의 글, 120p 참조)

2. 제조업에서 간접공정에 근로하는 하청 근로자 및 2차 하청업체 소속 근로자를 파견근로자로 인정 (대법원 2022.10.27. 선고 2017다9732 판결 등)

(1) 컨베이어벨트를 직접 활용하는 공정(직접생산공정) : 프레스공정, 차체공정, 도장공정, 조립공정

- 근로자과건관계 인정(대법원 20084367 판결 등)

(2) 컨베이어벨트를 직접 활용하지 않은 공정(간접생산공정) : 생산관리(서열, 불출), 품질관리, 내수출고 PDI(pre-delivery inspection), 수출방청

- 근로자과건관계 인정(해당 판결)

“ 간접 생산공정도 실제 업무수행 과정에서 시·중업시간, 휴게시간, 연장 및 휴일근무시간의 근무시간 등 근로조건 설정·관리 방식이 컨베이어벨트를 이용한 직접 생산공정과 크게 다르지 않을 뿐만 아니라 피고가 사양일람표, 서열 모니터, PDI 정비지침서 등을 통해 해당 업무의 수행에 필요한 업무지시를 하는 등의 지휘·명령권을 행사한 반면, 사내협력업체가 스스로 독자적인 지휘·명령을 하였다는 정황을 찾아보기 어렵고, 해당 공정의 작업량이나 투입 인원 또한 컨베이어벨트의 작동 속도 및 생산량을 감안하여 책정되는 등 간접 생산공정의 경우도 근로자과건관계가 인정된다.”

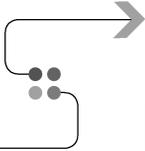
(3) 2차 하청업체(협력업체) 소속 근로자 (평석참조 : 강선희, “자동차제조업에서의 간접공정 및 2차 협력업체 소속 하청근로자의 파견근로자성”, 『노동리뷰』 2023년 1월호, 151p)

“ 근로자과건인지 여부는 형식적인 계약서의 작성 여부보다 해당 업체들 사이에서 근로자가 제공하는 근로의 실질적인 경위와 내용이 검토되어야 한다”

“ 1차 협력업체와 도급계약을 체결한 2차 협력업체 소속으로 수출방청업무를 담당하거나 의장라인 부근에서 생산관리업무를 담당한 근로자들이 2차 협력업체 소속 근로자라고 하여 원청업체를 사용사업주로 하는 근로자과건관계가 부정될 수 없다.”

(4) 판례의 의의

간접생산공정을 포함한 자동차 제조업의 전반적인 공정에 대해서 불법과건을 인정하였으며, 2차 협력 업체 소속 근로자에 대해서도 실질적인 사용사업주에게 과건법상 책임을 부담하도록 하였다는 점에서 의의가 있다. (강선희, 위의 글, 152p 참조)



파견사업주인 A사는 근로자파견 업무를 하는 회사이고 파견근로자인 甲은 A사의 근로자로서 2010. 7. 12.부터 2014. 7. 13.까지 방송사업자인 B사의 사업장에 파견되어 방송운행 업무를 수행하였다. 상시 파견인 경우라고 하더라도 2년을 초과한 경우 B사가 자신을 직접고용해야할 의무가 있다고 甲이 주장하자, 사용사업주였던 B사는 2014. 7. 14. 직접 甲과의 사이에 기간을 2014. 7. 14.부터 2015. 7. 13.로 정하여 甲이 B사의 방송운행 업무 등에 종사하기로 하는 근로계약을 체결하였다. 甲은 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하기 원했으나, B사는 이후에도 기간을 2015. 7. 14.부터 2016. 7. 13.까지로 하여 근로계약을 1회 갱신하였을 뿐이다. 그리고 이후에는 다시 근로계약을 갱신하지 않았다. B사에는 甲과 같은 방송운행업무를 수행하는 다른 정규직 근로자들이 다수 있다. 甲은 이에 대하여 B사를 상대로 근로계약의 갱신거절이 합리적 이유가 없어 무효라고 주장하고 있다.

[문] B사가 甲과 근로계약을 갱신, 체결하지 않은 것이 무효인지 논하시오.

#### 세부목차

- |   |  |
|---|--|
| <p>I. 문제의 소개</p> <p>II. 직접고용의무의 이행과 근로계약기간</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 직접고용의무의 의미</li> <li>2. 직접고용의무와 근로계약기간</li> <li>3. 특별한 사정이 없는 경우 기간제 근로계약의 효력</li> <li>4. 판례의 평가</li> </ol> | <p>III. 사안의 적용</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 甲과의 고용기간을 어떻게 정해야 하는지 여부</li> <li>2. 甲과 기간제 근로계약을 체결할만한 특별한 사정이 있는지 여부</li> <li>3. B사와 甲과의 근로계약을 갱신·체결하지 않은 것이 무효인지 여부</li> </ol> <p>IV. 결론</p> |
|---|--|

### I 문제의 소개

甲은 B사를 상대로 갱신거절의 합리적 이유를 다투고 있지만, 핵심적인 쟁점은 사용사업주가 파견근로자를 직접고용하는 경우 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결할 수 있는가이다.

- i) 그러므로 파견법 제6조의2 제1항에 따라 사용사업주가 파견근로자를 직접고용하는 경우, 고용기간을 어떻게 정하여야 하는지가 문제된다. 즉 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여야 하는지 여부가 문제된다.
- ii) 그리고 사용사업주가 파견근로자를 직접고용하는 경우, 기간제 근로계약을 체결할 수 있는 경우가 어떤 경우이며, 그에 관한 증명책임의 소재가 누구에게 있는지도 문제된다.
- iii) 또한 특별한 사정이 없음에도 기간제 근로계약을 체결한 경우, 그 효력이 문제된다.

## Ⅱ 직접고용의무의 이행과 근로계약기간

### 1. 직접고용의무의 의의

사용사업주는 ① 상시과건업무에 해당하지 아니하는 업무에서 과건근로자를 사용하는 경우(2년 초과 불요) ② 과건절대금지업무에 과건근로자를 사용하는 경우(2년 초과 불요) ③ 상시과건대상업무에서 2년을 초과하여 계속적으로 과건근로자를 사용하는 경우(2년 초과시) ④ 임시과건사유에서의 과건기간을 위반하여 과건근로자를 사용하는 경우(임시과건기간 위반시) ⑤ 과건사업허가를 받지 않은 과건사업주로부터 근로자과건의 역무를 제공받은 경우(2년 초과 불요), 해당 과건근로자를 직접고용해야 할 의무가 있다.(6조의2) 그리고 사용사업주가 직접고용의무를 위반하는 경우 3천만원 이하의 과태료가 부과된다.(46조2항)

다만, 직접고용의무규정은 당해 과건근로자가 명시적인 반대의사를 표시하거나 대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우<sup>265)</sup>에는 적용하지 아니한다.(6조의2 2항)

판례에 따르면 사용사업주에게 직접고용의무를 부과하는 것은 근로자과건의 상용화·장기화를 방지하면서 과건근로자의 고용안정을 도모할 목적에서 사용사업주와 과건근로자 사이에 발생하는 법률관계와 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것이라고 한다.<sup>266)</sup>

### 2. 직접고용의무와 근로계약기간

그런데, 사용사업주가 과건근로자를 직접고용하는 경우 고용기간을 규정하는 조항을 두고 있지는 않다. 따라서 직접고용을 하는 경우 고용기간을 어떻게 정하여야 하는지가 문제된다.

#### (1) 학설<sup>267)</sup>

직접고용시 고용기간은

- i) 부당하게 짧은 기간을 정한 것이 아니라면 기간제 근로계약을 하는 것도 가능하다는 견해<sup>268)</sup>
- ii) 직접고용간주규정을 두고 있던 시기와 마찬가지로 무기계약으로 근로계약을 체결해야 한다는 견해
- iii) 동종·유사업무를 수행하는 사용사업주의 근로자의 근로계약기간에 따른다는 견해 등이 있다.

#### (2) 판례<sup>269)</sup>

##### 가. 원칙

판례에 따르면 “과건법 제6조의2 제1항의 직접고용의무규정의 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 판시하고 있다.<sup>270)</sup>

265) 시행령은 i) 파산선고, 회생절차 개시결정, 임금채권보장법에 따른 고용노동부장관의 도산 등 사실인정의 경우,

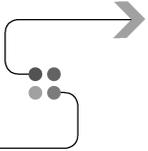
ii) 천재·사변 그 밖의 부득이한 사유로 사업의 계속이 불가능한 경우로 규정하고 있다. (영 제2조의2)

266) 대법원 2015.11.26. 선고 2013다14965 판결

267) 판례공보스터디 민사판례해설을 참조하였다.

268) 과거 고용노동부의 행정해석이다.

269) 이하 내용은 대법원 2022. 1. 27. 선고 2018다207847 판결을 인용한 것임.



## 나. 예외

다만 판례에 따르면 “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”이라고 판시하고 있다.

그리고 이러한 특별한 사정에 대해서는 파견법 제6조의2 제2항에서 파견근로자가 명시적으로 반대 의사를 표시하는 경우에는 직접고용의무의 예외가 인정되는 점을 고려할 때,

- i) 파견근로자가 사용사업주를 상대로 직접고용의무의 이행을 구할 수 있다는 점을 알면서도 기간제 근로계약을 희망하였다거나,
- ii) 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 등을 예로 들고 있다.

그리고 判例에 따르면 이러한 특별한 사정의 존재에 관하여는 사용사업주가 증명책임을 부담한다.

### 3. 특별한 사정이 없는 경우 기간제 근로계약의 효력

판례에 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 있다고 한다.

### 4. 판례의 평가

직접고용의무에 따른 근로계약의 기간에 관한 명시적인 규정이 없는 상황에서 무기계약 원칙을 선언한 판례로서, 파견근로자의 보호를 강화한 판례라고 할 수 있다.

다만, 근로계약의 내용 중 중요한 부분인 기간 설정에 관한 사용자의 자유를 판례법리로 제한하기는 하였으나, 특별한 사정에 의한 기간제 근로계약이 가능한 예외를 허용함으로써, 그 예외사유에 대한 쟁점은 남아 있다고 할 수 있다.

## III 사안의 적용

### 1. 甲과의 고용기간을 어떻게 정해야 하는지 여부

B사는 甲을 2년을 초과한 기간 동안 파견근로자로 사용하여 파견법상 직접고용의무 규정에 따라 甲을 직접고용할 의무를 부담하고 있다.

판례에 따르면 특별한 사정이 없다면, B사는 甲과 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결해야 한다.

2. 甲과 기간제 근로계약을 체결할만한 특별한 사정이 있는지 여부

하지만, 사안에 따르면 기간제 근로계약을 체결할만한 특별한 사정이 보이지 아니한다. 즉 甲은 무기계약체결을 원했으므로 기간제 근로계약을 희망하였다는 사정이 없다. 또한 B사에는 甲과 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자가 다수 있으므로, 애초에 기간을 정하지 않은 근로계약 체결을 기대하기 어려웠던 경우도 아니다.

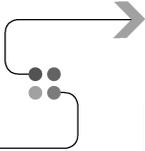
근로계약 중 기간을 정한 부분은 파견근로자를 보호하기 위한 파견법의 강행규정을 위반한 것에 해당하여 무효

3. B사와 甲과의 근로계약을 갱신·체결하지 않은 것이 무효인지 여부

B사가 甲을 직접고용하면서 체결한 근로계약 중 기간을 정한 부분은 무효이다. 따라서 B사가 甲과 근로계약을 갱신, 체결하지 않은 것도 무효이다. 다만, 그 이유는 갱신기대권의 법리가 아니라, 파견근로자를 직접고용할 때, 무기계약으로 체결해야 하는데, 무기계약 체결원칙에 대한 예외사유를 사용자가 입증하지 못했기 때문이라고 할 수 있다.

#### IV 결론

B사는 파견근로자인 甲을 직접고용하면서 특별한 사정이 없는 한 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여야 하므로, 근로계약중 기간을 정한 부분은 무효가 된다. 따라서 B사가 甲에 대하여 기간제 근로계약을 반복하면서, 갱신·체결을 거부한 것은 무기계약체결원칙에 위반한 것으로서 무효가 된다.



[태아의 건강손상과 업무상 재해 여부에 대한 입법내용(2023.1.12.시행) / 677쪽 추가]

(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, 장애급여, 간병급여, 장례비 및 직업재활급여를 지급하도록 하였다 (제36조제1항, 제91조의12 신설).
- 나. 건강손상자녀에 대한 장애등급 판정 시점을 ‘18세 이후’로 하였다(제1조의13 신설).
- 다. 건강손상자녀에 대한 장애급여 및 장례비의 산정기준을 각각 고용노동부장관이 고시하는 ‘최저보상기준 금액’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).

[참조 판례 1 : 작업시간 전후사고의 업무상 재해여부 (681쪽 참조판례1 수정)]

1. 법규정

[산재보험법 제37조(업무상의 재해의 인정 기준)] ① 근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장애가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만, 업무와 재해 사이에 상당인과관계(相當因果關係)가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 업무상 사고

- 가. 근로자가 근로계약에 따른 업무나 그에 따르는 행위를 하던 중 발생한 사고
- 나. 사업주가 제공한 시설물 등을 이용하던 중 그 시설물 등의 결함이나 관리소홀로 발생한 사고
- 다. 삭제
- 라. 사업주가 주관하거나 사업주의 지시에 따라 참여한 행사나 행사준비 중에 발생한 사고
- 마. 휴게시간 중 사업주의 지배관리하에 있다고 볼 수 있는 행위로 발생한 사고
- 바. 그 밖에 업무와 관련하여 발생한 사고

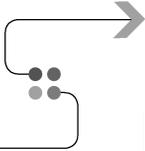
[산재보험법 시행령 제27조(업무수행 중의 사고)] ① 근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하던 중에 발생한 사고는 법 제37조제1항제1호가목에 따른 업무상 사고로 본다.

- 1. 근로계약에 따른 업무수행 행위
  - 2. 업무수행 과정에서 하는 용변 등 생리적 필요 행위
  - 3. 업무를 준비하거나 마무리하는 행위, 그 밖에 업무에 따르는 필요적 부수행위
  - 4. 천재지변·화재 등 사업장 내에 발생한 돌발적인 사고에 따른 긴급피난·구조행위 등 사회통념상 예견되는 행위
- ② 근로자가 사업주의 지시를 받아 사업장 밖에서 업무를 수행하던 중에 발생한 사고는 법 제37조제1항제1호가목에 따른 업무상 사고로 본다. 다만, 사업주의 구체적인 지시를 위반한 행위, 근로자의 사적(私的) 행위 또는 정상적인 출장 경로를 벗어났을 때 발생한 사고는 업무상 사고로 보지 않는다.
- ③ 업무의 성질상 업무수행 장소가 정해져 있지 않은 근로자가 최초로 업무수행 장소에 도착하여 업무를 시작한 때부터 최후로 업무를 완수한 후 퇴근하기 전까지 업무와 관련하여 발생한 사고는 법 제37조제1항제1호가목에 따른 업무상 사고로 본다.

2. 해당 판례

근로자가 어떠한 행위를 하다가 사망한 경우에 대해 근로자가 그 행위에 이르게 된 동기나 이유, 전후 과정 등을 종합적으로 고려하여 그 행위가 당해 근로자의 본래의 업무행위 또는 그 업무의 준비행위, 사회통념상 그에 수반되는 생리적 행위 또는 합리적·필요적 행위로서 그 전반적인 과정이 사용자의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 경우에는 업무상 재해로 인한 사망으로 인정될 수 있다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009두10246 판결 [요양 불승인처분취소청구]).

※ 체력단련실이 사업주의 지배관리하에 있는 복리후생시설이고, 사망한 근로자가 담당한 작업이 근골격계 질병을 유발할 수 있는 작업으로서 체력단련실에서 역기 운동을 한 것은 업무특성상 체력유지보강활동의 일환으로 한 것으로 볼 수 있으므로, 업무의 준비행위이거나 사회통념상 그에 수반되는 것으로 인정되는 합리적·필요적 행위로 보아 업무상 재해로 인정한 사례이다.



**[참조 판례 : 중앙선 침범사건 (684쪽 추가)]**

산재보험법 제37조 제2항 본문에서 규정하고 있는 ‘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 범위 내에 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.

※ 근로자가 출장 이후 복귀를 하기 위해 업무용 차량을 운전하던 중 중앙선을 침범하여 반대편에서 오던 트럭과 충돌하여 사망하여 유족들이 유족급여를 청구한 사안이다.

- 1) 1시간 30분 일정의 출장 업무를 마치고 이 사건 업무차량을 운전하여 돌아오던 중 이 사건 사고가 발생한 점,
  - 2) 이 사건 사고 당시 망인이 중앙선을 침범하였으나, 중앙선 침범 이유가 무엇인지는 규명되지 아니한 점,
  - 3) 혈액감정 결과 망인의 음주사실은 확인되지 아니한 점,
  - 4) 수사기관은 이 사건 사고의 원인을 졸음운전으로 추정한 점,
  - 5) 망인이 1,992. 3. 20. 자동차운전면허를 취득한 후 교통법규 위반 내지 교통사고 전력이 없는 점
- 등의 사정을 고려하면, 이 사건 사고와 그로 인한 망인의 사망이 범죄행위가 직접 원인이 되어 발생한 것이어서 업무상 재해에 해당하지 않는다고 단정할 수 없고, 오히려 이 사건 근로자의 업무수행을 위한 운전 과정에서 통상 수반되는 위험의 범위 내에 있는 것으로 볼 여지가 크다. (대법원 2022.5.26. 선고 2022두30072 판결).

甲은 A사의 생산직 사원으로 근무하여 왔다.

甲은 2001. 6. 8 퇴근하는 통근버스 안에서 언쟁을 하던 다른 사원들에게 조용히 하라고 외친 후 의식을 잃고 쓰러져 병원으로 후송되던 도중 사망하였다.

병원 의사는 甲의 정확한 사인은 알 수 없으나, 상황에 비추어 급성심근경색에 의한 심장마비 혹은 뇌혈관 질환으로 추정하였다.

甲은 매일 08:30 -17:20이 근무시간이고 1주일에 4일간 2시간씩 연장근무를 하여 왔다. 그리고 매월 2일간 휴일근무를 하였다.

그런데 A사에서는 2000년경부터 작업시간 중 잡담 및 라디오 청취금지 등의 조치를 시행하였고, 허락없이 화장실을 가지 못하도록 통제하였다. 甲은 2000년 건강검진에서 고혈압으로 내과치료를 요한다는 판정을 받았다.

이에 유족은 이를 업무상재해로 보고 유족급여를 청구하였다.

[문] 유족의 청구가 인용될 수 있을지를 논하시오.

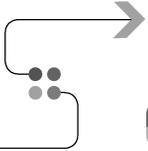
#### 세부목차

- |                        |                           |
|------------------------|---------------------------|
| I. 문제의 소재              | 3. 인과관계 유무의 판단기준          |
| II. 업무상 질병의 인과관계의 판단   | 4. 인과관계 증명책임의 소재 및 증명의 정도 |
| 1. 업무상 재해 및 업무상 질병의 의의 | III. 사안의 적용               |
| 2. 인과관계 인정기준           | IV. 결론                    |

### I 문제의 소재

직업성 질병의 경우 시간적·장소적 요소에 착안한 업무수행성의 문제는 거의 없고 업무기인성이 인정되는가가 직접적으로 문제된다.

- i) 인과관계를 어떤 기준으로 인정하는지 여부가 문제된다. 특히 질병의 주된 발생 원인이 업무수행과 직접적인 관계가 없는 경우에도 인과관계를 인정할 수 있는지가 문제된다.
- ii) 인과관계의 입증정도도 문제된다. 특히 업무와 질병 사이의 인과관계를 의학적·자연과학적으로 입증해야 하는 것인지가 문제된다.
- iii) 인과관계 유무의 판단기준도 문제된다. 즉 상당인과관계의 유무를 사회 평균인을 기준으로 판단해야 하는지, 아니면 해당 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 하여 판단해야 하는지가 문제된다.



## II 업무상 질병의 인과관계의 판단

### 1. 업무상 재해 및 업무상 질병의 의의

산재보험법은 “업무상 재해란 ‘업무상의 사유에 따른’ 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망을 말한다”라는 포괄적인 정의만을 두고 있다.(산재보험법 제5조 제1항)

즉 업무상 재해는 업무와 재해에 의한 손해 사이에 일정한 인과관계가 있어야 하며(업무기인성), 그 재해는 사용자의 지배 내지 관리 아래서 발생해야 한다(업무수행성).

그런데, 산업재해보상보험법 제37조 제1항 제2호에서는 “업무수행 과정에서 물리적 인자(因子), 화학물질, 분진, 병원체, 신체에 부담을 주는 업무 등 근로자의 건강에 장해를 일으킬 수 있는 요인을 취급하거나 그에 노출되어 발생한 질병, 업무상 부상이 원인이 되어 발생한 질병, 그 밖에 업무와 관련하여 발생한 질병”을 업무상 질병으로 규정하고 있으며, 업무와 질병 사이에 상당인과관계가 있을 것을 요구하고 있다.

### 2. 인과관계 인정기준

어떠한 경우에 업무상의 사유에 따른 질병으로 인정되는지가 문제되는데, 학설은 상당인과관계설<sup>271)</sup> 업무관련성설, 합리적관련성설 등으로 설명하고 있다.<sup>272)</sup>

판례에 따르면 “산업재해의 발생원인에 관한 직접적인 증거가 없더라도 근로자의 취업 당시 건강상태, 질병의 원인, 작업장에 발병원인이 될 만한 물질이 있었는지, 발병원인물질이 있는 작업장에서 근무한 기간 등의 여러 사정을 고려하여 경험칙과 사회통념에 따라 합리적인 추론을 통하여 인과관계를 인정할 수 있다”고 하는 등 상당인과관계설을 취하고 있는 것으로 평가되고 있다.<sup>273)</sup>

또한 “산업재해보상보험법 제5조 제1호 소정의 업무상 재해라고 함은 근로자의 업무수행 중 그 업무에 기인하여 발생한 질병을 의미하는 것이므로 업무와 사망의 원인이 된 질병 사이에 인과관계가 있어야 하지만, 질병의 주된 발생 원인이 업무수행과 직접적인 관계가 없더라도 적어도 업무상의 과로나 스트레스가 질병의 주된 발생 원인에 겹쳐서 질병을 유발 또는 악화시켰다면 그 사이에 인과관계가 있다고 보아야 할 것”이라고 판시하고 있다.

### 3. 인과관계 유무의 판단기준

또한 판례에 따르면 “업무와 재해 사이의 상당인과관계의 유무는 사회 평균인이 아니라 질병이 생긴 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 하여 판단”하여야 한다.<sup>274)275)</sup>

271) 한편 상당인과관계설을 취하는 입장에서도 업무가 재해의 발생에 어느 정도 기여하여야 상당인과관계가 있다고 볼 것인가와 관련하여 최유력원인설, 상대적 유력원인설, 과중부하론, 공동원인설 등으로 나뉘고 있다.(사법연수원(노동특수이론 및 업무상재해관련소송), 239p)

272) 사법연수원(노동특수이론 및 업무상재해관련소송), 238p

273) 대법원 2017. 8. 29. 선고 2015두3867 판결

274) 대법원 2005.11.10. 선고 2005두8009 판결

#### 4. 인과관계의 증명책임의 소재 및 증명의 정도

##### (1) 인과관계의 증명책임의 소재

근로자의 업무와 재해 사이의 인과관계에 관하여는 이를 주장하는 측에서 입증하여야 하므로,<sup>275)</sup> 근로자측에 증명책임이 있다.

##### (2) 인과관계의 증명의 정도

판례는 재해발생 이전의 업무수행의 구체적 상황을 기초로 업무와 재해 사이의 인과관계를 민법상의 손해배상책임과 관련한 인과관계의 경우보다 넓게 인정해 주는 경향을 보이고 있다.

즉 “그 인과관계는 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 입증하여야 하는 것은 아니고 제반 사정을 고려할 때 법적·규범적 관점에서 업무와 질병 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우에도 그 입증이 있다고 보아야 하며, 또한 평소에 정상적인 근무가 가능한 기초 질병이나 기존 질병이 직무의 과중 등이 원인이 되어 자연적인 진행 속도 이상으로 급격하게 악화된 때에도 그 입증이 있는 경우에 포함”된다는 것이 판례의 태도이다.

### III 사안의 적용

- i) 甲이 1주일에 4일간 2시간씩 연장근무를 하여 왔고, 매월 2일간 휴일근무를 하였다는 점,
  - ii) A사에서는 2000년경부터 작업시간 중 잡담 및 라디오 청취금지 등의 조치를 시행하였다는 점
  - iii) 그리고 허락없이 화장실을 가지 못하도록 통제하였다는 점을 고려해 볼 때,
- 과로와 스트레스가 고혈압을 자연적인 진행 속도 이상으로 악화시켜 급성 심근경색을 유발하거나 기존 질환인 고혈압에 겹쳐 급성 심근경색증을 유발하여 심장마비로 사망에 이르게 한 것으로 추단할 수 있다.

따라서 이를 업무상 재해로 볼 수 있고, 유족의 청구는 인용될 수 있을 것이다.

### IV 결론

甲은 중년의 여성으로서, 업무에 따른 스트레스가 고혈압을 자연적인 진행 속도 이상으로 악화시켜, 사망에 이르게 한 것으로 볼 수 있다. 따라서 甲의 과로사는 업무상 재해로 볼 수 있으므로, 유족급여청구는 인용될 수 있을 것이다.

275) 대법원 2017.8.29. 선고 2015두3867 판결

276) 대법원 2005.11.10. 선고 2005두8009 판결

甲은 2002. 11. 18. A사에 입사하여 2007. 2. 15. 퇴사할 때까지 첨단산업이라고 할 수 있는 LCD 패널 검사작업을 하였다. 甲이 담당하는 업무는 LCD 패널을 육안으로 관찰하여 색상과 패턴에 불량인지를 확인하는 것으로, 컨베이어벨트로 이동되는 LCD 패널을 1시간당 70~80개가량 검사하고, 1일 3~4회가량 유해화학물질인 이소프로필알코올(isopropyl alcohol ; IPA)을 사용해서 LCD 패널이나 팔레트 등에 묻어 있는 이물질을 닦아내야 했다.

甲이 검사작업을 한 A사의 사업장은 모듈공정 전체가 하나의 개방된 공간에서 이루어져, 작업장 내 어느 하나의 세부공정에서 유해화학물질이 발생하더라도 그것이 별도로 여과되거나 배출되지 않고 작업장 내에 계속 머무르는 구조였다. 甲은 A사의 사업장에서 근무하는 동안 3조 2교대로 근무하면서, 주·야간 교대로 매일 12시간을 근무하였다.

甲은 A사에 입사하기 전에는 건강에 별다른 이상이 없었다. 그런데 A사에 입사하여 약 1년 정도 근무한 시점인 2003. 10.경부터 오른쪽 눈의 시각과 팔다리 신경기능에 이상 증상이 발생하여 의료기관에서 진료를 받기 시작하였다. 이후 점차 증상이 심해져서 2007. 2. 15. 퇴사하였다.

그리고 2008.9.10. 종합병원에서 '다발성 경화증'으로 확진을 받았다. 甲은 다발성 경화증과 관련된 유전적 소인이 없다. 甲에게 다발성 경화증이 발병한 시점은 2005년 무렵으로 당시 甲의 나이는 21세였다. 이는 우리나라의 평균 발병연령보다 훨씬 이르다는 의학적 소견이 있다.

甲이 2010. 7. 23. 근로복지공단에게 요양급여 신청을 하자, 근로복지공단은 2010. 8. 4. 산업안전보건 관련된 전문기관인 B연구원에 역학조사를 의뢰하였고, B연구원은 2010. 9. 6. A사를 방문하여 공정과 작업 내용을 확인하고 동료 근로자와의 면담조사를 실시한 다음 역학조사 결과보고서를 작성하여 2010. 12. 28. 근로복지공단에 제출하였다. 역학조사 당시 A사는 유해화학물질의 현황 및 개선방안 등의 정보가 영업비밀에 해당한다고 주장하여, 이소프로필알코올(isopropyl alcohol ; IPA)의 노출정도나, 인접한 세부공정에서 발생하여 전파·확산되는 유해화학물질에 대한 노출 정도를 측정·조사하지는 않았다. 역학조사 결과보고서의 요지는 아래와 같다.

'甲의 작업조건과 업무내용은 충분히 신체적, 정신적으로 스트레스를 받을 만한 조건으로 판단되나, 현재 스트레스와 다발성 경화증에 대한 업무관련성을 판단할 만한 충분한 의학적 검토가 이루어지지 않은 상황에서 업무관련성이 높다고 단언하기에는 무리가 있다.'

근로복지공단은 역학조사 결과를 기초로 2011. 2. 7. 甲에 대하여 다발성 경화증 발병과 甲의 업무 사이에는 상당인과관계를 인정하기 어렵다는 이유로 요양불승인 처분을 하였다.

[문] 甲의 질병이 업무상재해인지에 대하여 논하시오.

#### 세부목차

- |  |   |
|--|---|
| <p>I. 문제의 소재</p> <p>II. 업무상 질병의 인과관계의 판단</p> <p>1. 업무상 재해 및 업무상 질병의 의의</p> <p>2. 인과관계의 인정기준</p> <p>3. 인과관계 유무의 판단기준</p> <p>4. 인과관계 증명책임의 소재 및 증명의 정도</p> | <p>5. 첨단산업현장의 새로운 유형의 질환인 경우 유의사항</p> <p>III. 사안의 적용</p> <p>1. 인과관계의 증명정도와 관련한 사안의 검토</p> <p>2. 인과관계의 유무 판단시 고려사항과 관련한 사안의 검토</p> <p>IV. 결론</p> |
|--|---|

## I 문제의 소재

직업성 질병의 경우 시간적·장소적 요소에 착안한 업무수행성의 문제는 거의 없고 업무기인성이 인정되는가가 직접적으로 문제된다.

- i) 인과관계를 어떤 기준으로 인정하는지 여부가 문제된다. 특히 산업재해의 발생원인에 대한 직접적인 증거가 없더라도 인과관계를 인정할 수 있는지가 문제된다.
- ii) 인과관계 유무의 판단기준도 문제된다. 즉 상당인과관계의 유무를 사회 평균인을 기준으로 판단해야 하는지, 아니면 해당 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 하여 판단해야 하는지가 문제된다.
- iii) 인과관계의 입증정도도 문제된다. 특히 업무와 질병 사이의 인과관계를 의학적·자연과학적으로 입증해야 하는 것인지가 문제된다.
- iv) 특별히 해당사안의 질병은 첨단산업현장의 새로운 유형의 질환이므로, 인과관계 판단시 유의사항이 있는지를 추가하여 논하기로 한다.

## II 업무상 질병의 인과관계의 판단

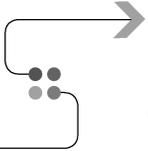
1. 업무상 재해 및 업무상 질병의 의의 : 앞의 사례 참조
2. 인과관계의 인정기준 : 앞의 사례 참조
3. 인과관계 유무의 판단기준 : 앞의 사례 참조
4. 인과관계 증명책임의 소재 및 증명의 정도 : 앞의 사례 참조
5. 첨단산업현장의 새로운 유형의 질환인 경우 유의사항

### (1) 인과관계의 증명에서의 유의사항

판례에 따르면 “근로자에게 발병한 질병이 이른바 ‘희귀질환’ 또는 첨단산업현장에서 새롭게 발생하는 유형의 질환에 해당하고 그에 관한 연구결과가 충분하지 않아 발병원인으로 의심되는 요소들과 근로자의 질병 사이에 인과관계를 명확하게 규명하는 것이 현재의 의학과 자연과학 수준에서 곤란 하더라도 그것만으로 인과관계를 쉽사리 부정할 수 없다”고 판시하여<sup>277)</sup>, 희귀질환이나 첨단산업현장의 새로운 질환의 경우에 법적·규범적인 상당인과관계를 쉽사리 부정해서는 안된다는 것을 확인하고 있다.<sup>278)</sup>

277) 대법원 2017.8.29. 선고 2015두3867 판결

278) 조용만·김홍영 4판, 448p



## (2) 인과관계의 유무 판단시 고려사항

가. 근로자에게 유리한 간접사실로 고려할 수 있는 특별한 사정

판례에 따르면 “특히, i) 희귀질환의 평균 유병률이나 연령별 평균 유병률에 비해 특정 산업 종사자 군이나 특정 사업장에서 그 질환의 발병률 또는 일정 연령대의 발병률이 높거나, ii) 사업주의 협조 거부 또는 관련 행정청의 조사 거부나 지연 등으로 그 질환에 영향을 미칠 수 있는 작업환경상 유해 요소들의 종류와 노출 정도를 구체적으로 특정할 수 없었다는 등의 특별한 사정이 인정된다면, 이는 상당인과관계를 인정하는 단계에서 근로자에게 유리한 간접사실로 고려할 수 있다.”고 판시하여<sup>279)</sup> 증명책임을 완화하고 있다.

나. 여러 유해물질, 유해요소가 특정질환의 발병이나 악화에 복합적·누적적으로 작용할 가능성

또한 판례에 따르면 “작업환경에 여러 유해물질이나 유해요소가 존재하는 경우 개별 유해요인들이 특정 질환의 발병이나 악화에 복합적·누적적으로 작용할 가능성을 간과해서는 안 된다.”고 판시하고 있다.<sup>280)</sup>

## III 사안의 적용

### 1. 인과관계의 증명 정도와 관련한 사안의 검토

- i) 甲은 A사에서 약 4년 3개월 근무하는 동안, 이소프로필알코올이라는 유해물질에 A사에서 약 4년 3개월 근무하는 동안 노출되었다는 점,
- ii) 또한 甲이 직접 수행한 작업은 아니지만, 작업장 자체의 개방 구조로 말미암아 유해화학물질이 전파·확산되어 甲도 이러한 유해화학물질에 노출된 것으로 볼 수 있다는 점 등을 고려해야 한다. 따라서 甲의 업무와 질병사이의 인과관계가 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명되지 않았다고 하더라도 법적·규범적 관점에서 이를 판단한다면, 업무와 질병 사이에 상당인과관계를 인정할 수 있을 것이다.

### 2. 인과관계의 유무 판단시 고려사항과 관련한 사안의 검토

한 편, B연구원의 역학조사에서는 근로자가 유해화학물질에 노출된 수준을 객관적으로 확인·측정하지 않았으며, A사가 유해화학물질 등에 관한 정보가 영업비밀이라면서 공개를 거부하였으므로, 甲이 유해화학물질의 구체적 종류나 그에 대한 노출 정도를 증명하는 것이 곤란했다는 점을 고려해야 한다.

또한 여러 유해화학물질에 복합적으로 노출되거나 주·야간 교대근무를 하는 작업환경의 유해요소까지 복합적으로 작용하는 경우 유해요소들이 서로 상승작용을 일으켜 질병 발생의 위험이 높아질 수 있다는 점도 고려하여야 한다.

279) 대법원 2017.8.29. 선고 2015두3867 판결

280) 대법원 2017.8.29. 선고 2015두3867 판결

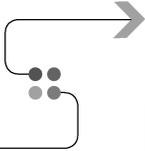
또한 甲이 입사 전에는 건강에 별다른 이상이 없었고, 다발성 경화증과 관련된 유전적 소인이 없는 데, A사에서 상당 기간 근무하던 도중에 우리나라의 평균 발병연령보다 훨씬 이른 시점인 21세 무렵에 다발성 경화증이 발병하였다는 점도 고려하여야 한다.

이러한 사정들은 甲의 업무와 질병 사이의 상당인과관계를 인정하는 데에 유리한 사정으로 작용할 수 있을 것이다.

이러한 점들을 고려하여 판단하면, 甲의 업무와 질병사이에 상당인과관계가 있다고 보아야 할 것이다.

#### IV 결론

첨단산업현장의 새로운 유형의 질환이라는 점을 감안한다면, 甲의 업무와 질병사이에 상당인과관계가 있다고 보아야 할 것이다. 甲의 질병은 업무상재해라 할 수 있다.



甲은 1992. 1. 6. 은행사업을 하고 있는 A사에 입사하여 약 20년 동안 근무하였다.  
 甲은 2013. 1. 17. A사의 지점장으로 부임하여 지점의 영업 및 고객관리를 총괄하는 업무를 수행하였다.  
 甲이 지점장으로 부임한 이후, 밝고 유쾌하였고, 동료들과도 원만한 대인관계를 유지하여 왔다고 동료직원  
 들은 진술하고 있다.  
 A사는 실적이 부진한 지점에 대하여는 지점장과 지점에 대하여 불이익을 줄 수 있다는 지침을 발표하고  
 2013.3.경부터 대책수립을 요구하였다. 하지만, 甲이 지점장으로 있는 지점은 실적을 개선하기가 쉽지 않  
 은 상황에 놓여 있었다.  
 A사의 발표 이후 甲은 불안, 우울 등의 증상을 호소하였으며, 2013.5.27. 정신과 의원으로부터 ‘정신병적  
 증상을 수반하지 않는 중증의 우울증’이라는 진단을 받았다. 甲은 그 이전에는 우울증 진단을 받아본 적이  
 없었다. 甲은 밤에 잠을 이루지 못하고 식사도 제대로 못하였으며, 끊었던 담배를 다시 피우기 시작하였고  
 사무실에서 자주 낮이 나가 있는 모습이 발견되었다. 죽기 전 2주 동안 甲은 자리에 잘 앉아 있지도 않고  
 업무도 거의 하지 않았으며, 스스로를 자책하기도 하였다는 동료 직원들의 진술이 있었다. 甲은 2013. 6.  
 13. 오전 등산로에서 목을 매어 자살한 상태로 발견되었다. 유족에게 남긴 유서는 발견되지 않았다. 甲은  
 자살 직전에 환각이나 망상 등의 정신병적 증상을 보인 적은 없는 것으로 확인되었으며, 다소 내성적인  
 성격 때문에 스트레스가 더 심했을 것이라는 주위 직원들의 진술이 있었다.  
 甲의 유족은 甲의 자살을 업무상 재해로 보고 유족급여를 청구하였으나, 근로복지공단은 자살 직전 정신병적  
 증상이 없으며, 개인의 내성적인 성격이 자살에 영향을 미쳤다는 점 등을 이유로 들면서, 이를 거부하였다.

[문] 근로복지공단의 유족급여 거부처분이 타당한지를 논하시오.

#### 세부목차

- |   |  |
|---|--|
| <p>I. 문제의 소개</p> <p>II. 근로자의 자살과 업무상 재해</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 업무상 재해의 의의 및 성립요건</li> <li>2. 근로자의 자살과 업무상 재해 여부</li> </ol> | <p>III. 사안의 적용</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 업무로 인해 정신적 이상상태가 발생하였는지 여부</li> <li>2. 정신적 이상상태로 인해 자살한 것인지 여부</li> </ol> <p>IV. 결론</p> |
|---|--|

### I 문제의 소개

근로자에게 부상·질병·장해·사망의 재해가 발생한 경우 산업재해보상보험법(이하 산재보험법)상 유족급여 등 보험급여의 대상이 되는지 여부는 그 재해가 업무상 재해인지, 업무외 재해인지에 달려 있다.<sup>281)</sup>

그런데, 해당 사안의 경우 특히 근로자가 자살을 한 경우에도 업무상 재해로 인정될 수 있는지가 문제 되는데, 업무와 정신적 이상상태, 그리고 정신적 이상상태와 자살사이의 인과관계의 판단을 중심으로 논하고자 한다.

281) 임종률 15판, 476p

## II 근로자의 자살과 업무상 재해 여부

### 1. 업무상 재해의 의의 및 성립요건

산재보험법은 제5조 제1호에서 “업무상 재해란 ‘업무상의 사유에 따른’ 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망을 말한다”라는 포괄적인 정의를 두고 있으며, 산재보험법 제37조 제1항은 업무상 재해를 업무상 사고와 업무상 질병으로 나누어서 그 구체적인 인정기준을 규정하고 있다.

판례에 따르면 업무상 재해 업무와 재해에 의한 손해 사이에 일정한 인과관계가 있어야 하며(업무기인성), 그 재해는 사용자의 지배 내지 관리 아래서 발생해야 한다(업무수행성).<sup>282)</sup>

### 2. 근로자의 자살과 업무상 재해 여부

#### (1) 관련 법령 : 산재보험법상 업무상 자살의 인정범위

산재보험법 제37조 제2항 본문은 “근로자의 고의·자해행위나 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 부상·질병·장해 또는 사망은 업무상의 재해로 보지 아니한다”고 규정하여 근로자의 고의에 의한 자살은 원칙적으로 업무상 재해에 해당하는 않는다고 하면서도, 제37조 제2항 단서에서 “다만, 그 부상·질병·장해 또는 사망이 정상적인 인식능력 등이 뚜렷하게 낮아진 상태에서 한 행위로 발생한 경우로서 대통령령으로 정하는 사유가 있으면 업무상의 재해로 본다”고 규정하여 자살한 경우에도 ‘대통령령’으로 정한 사유가 있으면 업무상 재해로 인정될 수 있다고 하고 있다.

이에 따라 산재보험법 시행령 제36조에서는 “업무상의 사유로 발생한 정신질환으로 치료를 받았거나 받고 있는 사람이 정신적 이상 상태에서 자해행위를 한 경우(제1호), 업무상의 재해로 요양 중인 사람이 그 업무상의 재해로 인한 정신적 이상 상태에서 자해행위를 한 경우(제2호), 그 밖에 업무상의 사유로 인한 정신적 이상 상태에서 자해행위를 하였다든 상당인과관계가 인정되는 경우(제3호)”를 업무상 재해로 인정하고 있다

즉, 산재보험법령에서는 업무로 인한 정신적 이상상태에서 자해한 경우에만 자살을 업무상 재해로 인정하고 있다.<sup>283)</sup> 이하에서는 해당 법령에 대한 판례의 태도를 검토하기로 한다.

#### (2) 판례의 태도

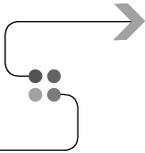
##### 가. 인과관계의 증명책임의 소재 및 증명의 정도

산재보험법 제37조 제1항에서 말하는 ‘업무상의 재해’란 업무수행 중 업무에 기인하여 발생한 근로자의 부상·질병·신체장애 또는 사망을 뜻하는 것이므로 업무와 재해발생 사이에는 인과관계가 있어야 한다.

판례에 따르면 “그 인과관계는 이를 주장하는 측에서 증명하여야 하지만, 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것이 아니며 규범적 관점에서 상당인과관계가 인정되는 경우에는

282) 대법원 2005.9.29. 선고 2005두4458 판결

283) 황규식·이승갈, “산업재해보상보험법상 업무상 자살의 인정범위 및 인정기준”, 『아주법학』 제12권 제3호, 310p



증명이 있다고 보아야 한다”고 한다.<sup>284)</sup>

#### 나. 인과관계의 인정기준

판례에 따르면 “근로자가 자살행위로 인하여 사망한 경우에, 업무로 인하여 질병이 발생하거나 업무상 과로나 스트레스가 그 질병의 주된 발생원인에 겹쳐서 질병이 유발 또는 악화되고, 그러한 질병으로 인하여 정상적인 인식능력이나 행위선택능력, 정신적 억제력이 결여되거나 현저히 저하되어 합리적인 판단을 기대할 수 없을 정도의 상황에서 자살에 이르게 된 것이라고 추단할 수 있는 때에는 업무와 사망 사이에 상당인과관계를 인정할 수 있다”고 한다.<sup>285)</sup>

그리고 그와 같은 상당인과관계를 인정하기 위해서는 “자살자의 질병 내지 후유증상의 정도, 그 질병의 일반적 증상, 요양기간, 회복가능성 유무, 연령, 신체적·심리적 상황, 자살자를 에워싸고 있는 주위상황, 자살에 이르게 된 경위 등을 종합적으로 고려하여야 한다”는 것이 判例의 태도이다.<sup>286)</sup>

즉 판례는 업무와 사망 사이에 상당인과관계가 있는지 여부를 인과관계의 인정기준으로 제시하면서 동시에 업무상 사유로 인하여 ‘정신적 이상상태’가 발생하였고, 이러한 ‘정신적 이상상태’로 인하여 자살에 이르게 되었다는 ‘이중의 인과관계’를 요구하는 것으로 판단된다.<sup>287)</sup> 그런데, 판례는 “자살 직전에 환각, 망상, 와해된 언행 등의 정신병적 증상에 이르지 않았다고 하여 달리 볼 것은 아니다”라고 하여, 정신적 이상상태가 정신병리학적 존재를 전제로 할 필요가 없다고 보고 있다.

이에 대하여는 근로자의 자살과 업무사이의 상당인과관계만 인정되면 업무상 재해로 인정해야 한다는 비판적 견해도 상당하다.<sup>288)</sup>

#### 다. 인과관계 유무의 판단기준

판례는 근로자의 “내성적인 성격 등 개인적인 취약성이 자살을 결의하게 된 데에 영향을 미쳤다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다”라고 판시하고 있다. 이는 “업무와 재해 사이의 상당인과관계의 유무는 보통 평균인이 아니라 당해 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 하여 판단하여야 한다”는 대법원의 확립된 판례를 다시 확인하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

284) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2016두58840 판결

285) 대법원 2019. 5. 10. 선고 2016두59010 판결, 대법원 2017. 5. 31. 선고 2016두58840 판결

286) 대법원 2019. 5. 10. 선고 2016두59010 판결

287) 김유나, “‘과로자살의 업무상 재해 인정가능성에 관한 검토’, 『인권법의 이론과 실제』 제13호, 한양대학교 공익소수자인권센터, 2016. 12, 64쪽. (권오성, “업무와 자살 사이의 상당인과관계의 판단기준”, 『노동법학』 제63호, 한국노동법학회, 2017, 134p에서 재인용)

288) 권오성 교수는 이중의 인과관계를 요구하는 법원의 판결을 “자살에 대한 도덕적, 종교적 비난은 잠시 비껴두고, 근로자가 스스로 그 귀한 목숨을 끊었다는 것보다 정신적 이상 상태에 있었음을 강하게 보여주는 증거가 또 있을까? 죽은 사람에게 자기가 미쳤다는 것을 입증하라는 것인가?”라는 표현으로 비판하고 있다. (권오성, “업무와 자살 사이의 상당인과관계의 판단기준”, 『노동법학』 제63호, 한국노동법학회, 2017, 137p)

### Ⅲ 사안의 적용

#### 1. 업무로 인해 정신적 이상상태가 발생하였는지 여부

甲의 언행과 주위 사람들의 진술에 비추어 보면 甲이 스트레스로 인한 극도의 불안감과 우울감을 계속적으로 느끼고 있었음을 알 수 있고, 자살 직전에는 정신적으로 매우 불안정한 모습을 보여 우울증세가 급격히 악화된 것으로 볼 수 있다.

甲은 평소 밝고 유쾌하였고, 동료들과도 원만한 대인관계를 유지하여 왔으며, 이전에는 우울증 등 신경정신병적 증상으로 치료를 받은 전력이 전혀 없었으므로, 업무 외의 다른 요인으로 위와 같은 증상에 이르렀다고 보기도 어렵다.

#### 2. 정신적 이상상태로 인해 자살한 것인지 여부

또한 甲은 자살 전 유서를 남겨놓지 않았고, 등산로에서 자살한 점 등에 비추어 보면, 우울증으로 인한 정신적 장애 상태에서 자살한 것으로 보인다.

따라서 이러한 사정들을 종합하여 보면, 甲은 극심한 업무상 스트레스로 인한 우울증으로 정상적인 인식능력이나 행위선택능력, 정신적 억제력이 현저히 저하된 정신장애 상태에 빠져 자살에 이르게 된 것이라고 보는 것이 타당하므로, 甲의 업무와 정신적 이상상태, 그리고 정신적 이상상태와 자살 사이에 상당인과관계를 인정할 수 있다.

또한 甲이 정신착란 등의 정신병적 상태에 이르지 않았다는 점과, 다소 내성적 성격을 갖고 있다는 점은 인과관계의 판단에 걸림돌이 되지 아니한다.

따라서 甲의 자살은 업무상재해에 해당한다.

### Ⅳ 결론

甲의 업무와 정신적 이상상태, 그리고 정신적 이상상태와 자살 사이에 상당인과관계가 인정되므로, 업무상 재해로 보아야 한다. 따라서 근로복지공단의 거부처분은 타당하지 않다.