

2022년 노동법 사례연습 추록

— 2021년판 소지자를 위한 —

2022년판 사례연습에서는 일부 목차를 수정하고, 표현 등을 수정한 것이 있으나, 그 부분을 추록에 반영하지는 않았습니다.

그리고 단체협약 최대 유효기간이 3년으로 개정되었으나, 그 부분도 워낙 내용이 흩어져 있어 추록에는 반영하지 않았습니다. 구판을 가지고 계신 분들은 3년으로 이해하시면 되겠습니다.

<제1편 추록>

- 사례 2 교체 -(26p)

법원 상호간의 충돌시 해결의 원칙

A회사는 직급이 1급인 근로자인 甲과 2014. 3.경 기본연봉을 70,900,000원으로 정한 연봉계약을 체결하였다. A회사는 2014. 6. 25. A회사 소속 근로자의 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 받아 취업규칙인 임금피크제 운용세칙을 제정, 공고하였다. 임금피크제 운용세칙 제정으로 개정된 취업규칙은 연봉 계약이 정하는 기본연봉에 복리후생비를 더한 총연봉을 임금피크 기준연봉으로 정하고, 정년이 2년 미만 남아 있는 근로자에게는 임금피크 기준연봉의 60%, 정년이 1년 미만 남아 있는 근로자에게는 임금피크 기준연봉의 40%를 지급하도록 규정하였다. 이에 대해 甲이 임금피크제의 적용에 동의하지 아니한다는 의사를 표시하였으나 A회사가 甲에게 취업규칙에 따라 삭감된 임금을 지급하였다. 즉 A회사는 甲에게 취업규칙이 정하는 바에 따라 2014. 10. 1.부터 2015. 6. 30.까지는 정년이 2년 미만 남아 있다는 이유로 기준연봉의 60%, 2015. 7. 1.부터 2016. 6. 30.(甲의 정년퇴직일)까지는 정년이 1년 미만 남아 있다는 이유로 기준연봉의 40%를 지급하였다.

A회사가 2014. 9. 23. 취업규칙에 따라 임금피크제 적용으로 감액된 임금 내역을 통지하자, 甲은 단체협약에서 노동조합원 자격이 없는 자로 정한 1급 직원이므로 甲에게 노동조합과의 합의 결과인 임금피크제를 적용하는 것은 위법하다고 주장한 다음, 甲은 A회사에게 임금피크제의 적용에 동의하지 아니한다는 의사를 표시하였다. 甲은 종전 업무를 그대로 수행하다가 2016. 6. 30.자로 정년퇴직하였다. 다음 물음에 답하시오.

[문 1] A회사가 노동조합원 자격이 없는 甲에게 노동조합과의 합의 결과인 개정된 취업규칙에서 정한 임금피크제를 적용하는 것은 위법하다고 하는 甲의 주장은 정당한지 논하시오. (25점) (노무사시험 2021년 기출문제)

[문 2] A회사가 기본연봉을 정한 근로계약을 체결한 甲의 동의 없이 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 얻어 개정된 취업규칙에 따라 임금피크제를 甲에게 적용할 수 있는지 논하시오. (25점) (노무사시험 2021년 기출문제)

문 1에 대한 풀이

- | | |
|------------------------------|-------------|
| I. 논의의 쟁점 | III. 사안의 적용 |
| II. 취업규칙의 불이익변경의 의의 및 동意的 주체 | IV. 결론 |
| 1. 취업규칙의 불이익변경의 의의 | |
| 2. 취업규칙의 불이익변경의 동意的 주체 | |

I. 논의의 쟁점

우선 해당 사안을 해결하기 위하여는 i) 취업규칙에 해당하는 임금피크제 운용세칙의 제정이 취업규칙의 불이익변경에 해당하는지를 간략히 논증한 다음 적법한 동의절차를 거쳤는지를 논하여야 한다. ii) 특히 해당 사안에서는 동意的 주체가 문제된다. 우선, 조합원의 자격을 가진 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 아니라, 전체 근로자의 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 받았는데, 이러한 노동조합이 동意的 주체가 될 수 있는지, 또한 “근로자”의 과반수로 조직된 노동조합의 동의 또는 그런 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 동의를 필요한데, 해당 사안의 경우 정년이 1년 내지 2년 미만이 남아있는 근로자가 직접 불이익을 받는다는 점에서 이 때의 근로자란 어떤 근로자 집단을 가리키는 것인지 등이 문제된다. 한 편 적법한 근로자집단의 동의를 얻었다고 하더라도 개별 근로자의 동의를 얻지 않은 경우에도 해당 취업규칙이 그 개별근로자에게 적용되는지도 문제된다.

II. 취업규칙의 불이익변경의 의의 및 동意的 주체

1. 취업규칙의 불이익변경의 의의

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.

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

또한 취업규칙의 변경이 근로자에게 전체적으로 유리한지 불리한지를 객관적으로 평가하기가 어려우며, 근로자 상호간의 이, 불리에 따른 이익이 충돌되는 경우에는 근로자에게 불이익한 것으로 취급하여 근로자들 전체의 의사에 따라 결정하게 하는 것이 타당하다는 것이 판례의 태도이다.¹⁾

2. 취업규칙의 불이익변경의 동意的 주체

(1) 원칙

판례에 따르면 ‘근로자의 과반수로 조직된 노동조합’이나 ‘근로자의 과반수’의 산정기준이 되는 ‘근로자’란 원칙적으로 해당 사업 또는 사업장에 종사하면서 기존의 근로조건

1) 대법원 1993.5.14. 선고 93다1893 판결

또는 취업규칙의 적용을 받고 있는 근로자를 말한다.²⁾

여기서 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이란 기존 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 중 조합원 자격 유무를 불문한 전체 근로자의 과반수로 조직된 노동조합을 의미하고, 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 중 조합원 자격을 가진 근로자의 과반수로 조직된 노동조합을 의미하는 것이 아니라는 것이 판례의 태도이다.³⁾

따라서 만약 취업규칙이 전체 근로자에게 적용되는 경우라면 전체 근로자를 뜻하겠지만, 근로자 일부에게만 적용되는 취업규칙의 경우에 여기서 말하는 “근로자의 과반수라 함은 기존의 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받는 근로자 집단의 과반수를 뜻한다고 할 수 있다.”⁴⁾

(2) 집단별로 근로조건을 달리 정하고 있는 경우 동의의 주체

가. 근로조건이 이원화되어 있는 경우 : 변경된 취업규칙 적용이 예상되는 근로자집단이 없는 경우

판례에 따르면 “근로조건이 이원화되어 있어 변경된 취업규칙이 적용되어 직접적으로 불이익을 받게 되는 근로자 집단 이외에 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 근로자 집단이 없는 경우에는 변경된 취업규칙이 적용되어 불이익을 받는 근로자집단만이 동의 주체가 된다”고 한다.⁵⁾

나. 여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있는 경우 : 변경된 취업규칙 적용이 예상되는 근로자 집단이 있는 경우

한 편 판례에 따르면 “여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있어 비록 취업규칙의 불이익변경 시점에는 어느 근로자 집단만이 직접적인 불이익을 받더라도 다른 근로자 집단에게도 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 경우에는 (직접적인 불이익을 받는) 일부 근로자 집단은 물론 장래 변경된 취업규칙 규정의 적용이 예상되는 근로자 집단을 포함한 근로자 집단이 동의주체”가 된다고 한다.⁶⁾

2) 김유성 I, 208p

3) 대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다85997 판결 등

4) 대법원 2005.11.10. 선고 2005다21494 판결

5) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009두2238판결 : 사원과 노무원으로 이원화된 개정 퇴직금규정이 개정 전의 그것보다도 퇴직금 지급일수의 계산 및 퇴직금 산정 기초임금의 범위에 있어 근로자에게 불리하게 변경된 경우에는 이에 관하여 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 집단의 동의가 있어야 유효하다고 할 것인 바, 노동조합원인 총근로자 중 85%가 넘는 수를 차지하는 노무원이 퇴직금 개정안에 완전히 동의하였다 하더라도 개정 퇴직금규정이 노무원에 대한 부분에 국한하여 효력이 있는 것일 뿐, 개정에 동의한 바 없는 사원에 대한 부분은 효력이 없다.(대법원 1990. 12. 7. 선고 90다카19647 판결)

6) 대법원 2009.5.28. 선고 2009두2238 판결

(3) 개별동의를 받지 않은 취업규칙 불이익변경의 효력

“근로자 과반수로 조직된 노동조합의 동의나 합의가 있는 한 근로자 개개인의 동의를 얻을 필요 없이 그 취업규칙의 변경은 유효하고, 이는 취업규칙의 변경에 의하여 기존의 근로조건이나 근로자의 권리를 소급하여 불이익하게 변경하는 경우에도 마찬가지”라는 것이 판례의 태도이다.⁷⁾

III. 사안의 적용

1. 취업규칙의 불이익변경인지 여부

해당 사안에 따르면, 정년이 2년 미만 남아 있는 근로자에게는 기준연봉의 60%를, 1년 미만 남아 있는 근로자에게는 기준연봉의 40%를 지급하도록 취업규칙에 해당하는 임금피크제 운용세칙을 제정하였으므로, 근로자의 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과한 것으로 볼 수 있다. 따라서 해당 임금피크제 운용세칙을 제정하여 취업규칙을 개정한 것은 취업규칙의 불이익변경에 해당한다.

2. 적법한 동의의 주체인지 여부

임금피크제 실시 시점에 정년이 2년 밖에 남아 있지 않는 근로자 뿐만 아니라, 당시 정년이 2년 이상 남아 있는 근로자도 임금피크제의 적용을 받게 된다. 따라서 임금피크제 실시로 불이익을 받는 근로자는 A회사 소속 전체 근로자라고 할 것이다. 따라서 그 근로자 전체의 과반수로 조직된 노동조합은 취업규칙 불이익변경의 동의의 주체가 된다. 또한 판례에 따라 노동조합원 자격이 없는 甲에게도 개정된 취업규칙에서 정한 임금피크제가 적용되는 것이 원칙이다.

한 편, 甲은 이러한 취업규칙에 의한 임금피크제의 적용에 동의하지 않았지만, 취업규칙 변경은 甲의 개별적 동의를 얻지 않더라도 효력이 있다.

IV. 결론

해당 취업규칙의 개정은 전체 근로자 집단에게 불리한 불이익변경에 해당하고 해당 취업규칙이 적용되는 전체 근로자의 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 받았으므로, 해당 취업규칙은 효력이 있다. 甲이 조합원 자격이 없다거나, 개별적으로 동의하지 않았다고 하더라도 甲에게는 개정된 취업규칙이 적용된다. 따라서 甲의 주장은 정당하지 않다.

(※ 원래 해당 기출문제의 모티브가 된 대법원 판례는 직급에 따라 임금피크제를 실시하는 사례였으므로, 여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계내에 있는 경우에 동의의 주체가 누구인지가 더욱 중요했지만, 해당 사례에서는 오직 연령만으로 임금피크제를

7) 대법원 1992. 11. 24. 선고 91다31753 판결 등

실시하는 경우이므로, 그러한 쟁점의 중요성이 다소 낮아진 케이스라고 할 수 있다. 또한 노동조합의 동의의 방법도 중요하지만, 해당 사안에서는 쟁점이 아니라고 할 수 있다.)

문 2에 대한 풀이

- | | |
|------------------------------------|-------------|
| I. 논의의 쟁점 | III. 사안의 적용 |
| II. 취업규칙과 근로계약의 충돌시 적용규범 | IV. 결론 |
| 1. 법원의 의의 및 상하위 법원의 충돌시 일반적 해결의 원칙 | |
| 2. 취업규칙과 근로계약의 충돌시 유리의 원칙 인정 여부 | |

I 논의의 쟁점

해당 사안은 취업규칙을 통해 임금피크제를 도입함으로써, 근로조건에 해당하는 연봉을 근로계약보다 불리하게 변경한 것이다. 따라서 해당 문제의 쟁점은 취업규칙과 근로계약이 충돌하는 경우 유리의 원칙을 적용할 수 있는지이다.

II 취업규칙과 근로계약의 충돌시 적용규범 : 유리의 원칙 인정 여부

1. 법원의 의의 및 상하위 법원의 충돌시 일반적 해결의 원칙

(1) 법원의 의의

법원이란 노동법상 분쟁에 관한 재판에서 법관에게 기준이 되는 규범의 존재형식이라고 할 수 있다. 그런데, 이러한 법원이 서로 충돌하는 경우에 어떤 규범이 우선 적용되는지의 문제가 발생한다.

(2) 상하위 법원의 충돌시 일반적 해결의 원칙

가. 상위법 우선의 원칙

노동법의 여러 가지 법원은 헌법을 최상순위로 하여 법률, 명령, 단체협약, 취업규칙과 조합규약, 근로계약의 순으로 적용순서를 가지고 있는데, 상·하위의 법원들이 서로 충돌하면 상위법우선의 원칙에 따른다.⁸⁾

나. 유리의 원칙

그런데, 당해 사안에 관해 적용되는 여러 법원 중에서 근로자에게 가장 유리하게 규정된 법원이 가장 우선적으로 적용된다는, 노동법상의 독특한 원칙이 있는데 이를 유리의 원칙이라 한다.⁹⁾

그런데, 해당 사안의 경우 취업규칙과 근로계약이 충돌하고 있는데, 이에 대해서 유리의 원칙이 인

8) 임종률 14판, 16p 참조

9) 김형배 25판, 96p 참조

정되는지가 특히 문제된다.

2. 취업규칙과 근로계약의 충돌시 유리의 원칙 인정 여부

(1) 취업규칙과 근로계약의 의의

취업규칙은 근로자의 근로조건과 복무규율에 관한 기준을 집단적·통일적으로 설정하기 위하여 사용자가 일방적으로 작성한 사업장 내부의 규칙이며, 근로계약은 사용자와 근로자의 합의의 의사표시에 의하여 근로관계를 성립시키는 법률행위이다.

(2) 유리의 원칙 인정여부를 판단하기 위한 법률 조문과 입법취지

가. 근기법 제 97조 : 취업규칙의 강행적·보충적 효력

근로기준법 제97조에 따르면 “취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효로 한다. 이 경우 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다.”고 규정되어 있다.

[판례]에 따르면 이 규정은 개별적 노사 간의 합의라는 형식을 빌려 취업규칙이 정한 기준에 미달하는 근로조건을 감수하도록 하는 것을 막아 종속적 지위에 있는 근로자를 보호하기 위하여 근로계약에 대한 취업규칙의 ‘강행적, 보충적 효력’만을 규정하고 있을 뿐 취업규칙에 대한 근로계약의 유리의 원칙을 인정할 것인지는 해석론에 의존할 수밖에 없다.¹⁰⁾

오히려 이 조항을 반대해석하면 취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용된다는 것이 [판례]의 태도이다.

나. 근기법 제94조 및 제4조 : 취업규칙의 불이익변경요건 및 근로조건 자유결정의 원칙

우선 근로기준법 제94조에 따르면 “사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받아야 한다.”고 규정되어 있다.

하지만, [판례]에 따르면 제94조는 근로계약과는 무관하게 취업규칙의 유효한 변경을 위한 요건을 규정한 것에 불과할 뿐이라고 한다.

또한 근로기준법 제4조에 따르면 “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다.”고 규정되어 있다.

그리고 [판례]에 따르면 근로기준법 제4조는 근로조건이 근로관계당사자 사이에서 자유로운 합의에 따라 정해져야 하는 사항임을 분명히 함으로써, 근로자를 보호하기 위한 것이 취지라고 설명하고 있다.

즉 취업규칙이 적법하게 집단적 동의를 받아 근로자에게 불리하게 변경된 경우라도 근로기준법 제4조가 정하는 근로조건 자유결정의 원칙은 여전히 지켜져야 한다는 것이 [판례]의 태도이다.

(3) 유리의 원칙 인정여부

10) 이정, “취업규칙 불이익변경과 유리성의 원칙”, 『월간 노동법률』, 2020.2월호 참조.

결론적으로 [판례]에 따르면 “근로자에게 불리한 내용으로 변경된 취업규칙은 집단적 동의를 받았다고 하더라도 그보다 유리한 근로조건을 정한 기존의 개별 근로계약 부분에 우선하는 효력을 갖는다고 할 수 없다. 이 경우에도 근로계약의 내용은 유효하게 존속하고, 변경된 취업규칙의 기준에 의하여 유리한 근로계약의 내용을 변경할 수 없으며, 근로자의 개별적 동의가 없는 한 취업규칙보다 유리한 근로계약의 내용이 우선하여 적용된다”고 한다.¹¹⁾ 즉 어떠한 근로조건에 관해 취업규칙과 근로계약이 각기 다르게 정하고 있다면, 취업규칙이 근로자에게 보다 유리하다는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 근로계약이 우선 적용된다고 보아야 한다.¹²⁾

하지만 이런 판례의 태도에 대하여 취업규칙 불이익 변경의 경우, 근로자 과반수의 동의라는 집단적 변경 법리가 확립되어 있음에도 불구하고 유리성의 원칙을 인정하게 되면, 개별적 동의 여부에 따라 변경된 취업규칙이 적용되는 경우와 적용되지 않는 경우로 나누어지게 되므로 근로조건에 대한 집단적 동일화라는 취업규칙 본래의 목적을 성취하기 어렵게 된다는 비판적 견해도 존재한다.¹³⁾

III 사안의 적용

해당 임금피크제는 근로자 과반수의 동의를 얻어 취업규칙을 통해 적법하게 도입된 것이라고 할 수 있다. 하지만, 甲과 A사에서 체결된 연봉근로계약서에 따르면 2014년에는 70,900,000원의 연봉을 지급하기로 정하였고, 70,900,000원의 연봉을 지급하기로 한 근로계약 부분을 甲의 동의를 받아 변경하지 아니하였다.

따라서 유리의 원칙을 긍정하고 있는 판례에 따라 판단하면 유리의 원칙에 따라 甲에게 연봉계약의 내용을 적용하여야 한다. 즉 70,900,000원의 근로계약 내용을 甲에게 적용하여야 할 것이다. 따라서 甲에게는 취업규칙에 따른 임금피크제를 적용할 수 없다.

IV 결론

판례에 따라 판단하면, 근로계약과 취업규칙의 내용이 충돌하는 경우 유리한 근로계약이 내용이 적용되므로, 개정된 취업규칙에 따른 임금피크제를 甲에게 적용할 수 없다.

11) 이전에 원심판결을 인용한 대법원 판결에서도 [판례]는 “취업규칙은 근로자의 근로조건과 복무규율에 관한 기준을 집단적·통일적으로 설정하기 위하여 사용자가 일방적으로 작성한 것인데 반해, 근로계약은 사용자와 근로자의 합의에 기초한 것이므로, 어떠한 근로조건에 관해 취업규칙과 근로계약이 각기 다르게 정하고 있다면, 취업규칙이 근로자에게 보다 유리하다는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 근로계약이 우선 적용된다고 봄이 상당하다”고 하면서 “근로계약을 체결한 이후 시점에 취업규칙이 적법한 절차를 거쳐 근로자에게 불리하게 변경되었다고 하여 유리한 근로계약에 우선하여 불리하게 변경된 취업규칙이 적용된다고 볼 수도 없다”고 판시하고 있다(대법원 2017.12.13. 선고. 2017다 261387 판결(원심판결 인용)).

12) 대법원 2017.12.13. 선고. 2017다261387 판결(원심판결 인용)

13) 이정, “취업규칙 불이익변경과 유리성의 원칙”, 『월간노동법률』 제2월호 참조.

사례 4번 II. 목차 수정 (33p)

II 임원의, 근로기준법상 근로자성

1. 근로기준법상 근로자의 개념과 판례법리 : 앞의 3번 사례 참조

2. 임원의 근로자성 판단

(1) 임원의 의의

가. 등기 임원

- 회사의 임원인 이사와 감사는 주주총회의 선임결의를 거쳐 임명하고 그 등기를 해야 하는데, 이러한 임원은 원래 회사의 기관으로서 업무집행을 결정하는 이사회와 회사와 위임계약을 체결한다.¹⁴⁾

나. 비등기 임원

- 주주총회의 결의와 등기라는 상법상 선임절차를 거치지 아니한 채 회사로부터 이사 또는 감사라는 직함을 받은 임원도 존재하는데, 이러한 임원은 상법상 이사로서의 직무권한을 행사할 수는 없다.

2. 임원의 근로자성 판단 기준

- 하지만 판례에 따르면 회사의 임원이 근로자인지 여부도 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다고 한다.¹⁵⁾

(1) 등기 임원의 근로기준법상 근로자성

- 이사회 구성원인 이사는 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받아 행위하는 자로서, 특별한 사정이 없는 한 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하고 소정의 임금을 받는 고용관계에 있는 것이 아니어서 근로기준법상의 근로자라고 볼 수는 없다. 따라서 실제로 업무집행권을 가진 임원의 경우에는 근로자성을 부정한다.
- 다만, 이러한 상법상의 임원이라고 하더라도 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상의 근로자에 해당한다는 것이 판례의 태도이다.¹⁶⁾

(2) 비등기 임원의 근로기준법상 근로자성

- [판례]에 따르면, “회사의 이사 또는 감사 등 임원이라고 하더라도 그 지위 또는 명칭이 형식적·명목적인 것이고 실제로는 매일 출근하여 업무집행권을 갖는 대표이사나 사용자의 지

14) 김형배·박지순 9판, 31p

15) 대법원 1997.12.23. 선고 97다44393 판결 ; 대법원 2000.9.8. 선고 2000다22591 판결 등

16) 대법원 2003.9.26. 선고 2002다64681 판결

회·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있다”면 그러한 임원은 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 한다 .17)

III 사안의 적용

해당 사안에 따르면, 甲은 생산직 사원에서 승진한 비등기 임원이지만, 이사회에 출석한 바도 없고, 이사로서의 대외업무도 본 적이 없으므로, 임원이라는 지위는 형식적·명목적이라고 볼 수 있다.

오히려 甲은 B공장에 매일 출근하여 위임받은 기술업무 총괄사무 이외에도 대표이사의 지시에 따라 생산공정변경 및 근로자 배치에 관한 의견서를 작성하고 있는 것으로 보아 사용종속관계에서 근로를 제공하였다고 볼 수 있다.

그러므로 甲은 근로기준법상 근로자에 해당한다고 보아야 한다. 따라서 甲이 근로기준법상 근로자가 아니므로 퇴직금을 지급할 수 없다는 A회사의 주장은 타당하지 않다.

IV 결론

甲은 형식적 명목적으로 임원이라는 지위를 가지고 있으나 실제로는 사용종속관계에서 근로를 제공하고 있으므로 근로기준법상 근로자에 해당한다, 따라서 甲이 근로기준법상 근로자가 아니라는 A회사의 주장은 타당하지 않다.

17) 대법원 2003.9.26. 선고 2002다64681 판결

- 사례 17 교체 -(73p)

취업규칙 2 - 동의의 주체

사무용품을 제작판매하는 A 회사는 상시 100명의 근로자를 사용하고 있다. A 회사는 근로자들을 생산직과 사무관리직의 2개 직종으로 구분하여 직종별로 별도의 취업규칙을 두고 있다. 2000. 1. 1. 甲은 생산직으로, 그리고 乙은 사무관리직으로 각각 입사하였다. 2019. 6. 15. 기준 A 회사의 직원 중 생산직은 70명이고 사무관리직은 30명이다. A 회사에는 기업별 노동조합인 B 노동조합만 존재하고 다른 노동조합에 가입한 근로자는 없다. B 노동조합의 규약에서는 조합원 자격을 A 회사에 재직 중인 생산직 직원과 사무관리직 직원으로 한다고 정하고 있고, 2019. 6. 15. 기준 생산직 직원 중 60명과 사무관리직 직원 중 10명이 B 노동조합의 조합원으로 가입하고 있다. A 회사는 2019. 6. 15. B 노동조합 대표자의 동의를 얻어 '생산직 인사규정'과 '사무관리직 인사규정'을 각각 개정하였다. 이 개정에 따라 생산직의 정년은 62세에서 60세로, 사무관리직의 정년은 65세에서 62세로 각각 단축되어 2020. 1. 1.부터 적용되었다. 생산직 직원 甲과 사무관리직 직원 乙은 각각 2020. 3. 31.과 2020. 4. 30. A 회사로부터 정년퇴직으로 인한 근로관계의 종료를 통보받았다. 甲과 乙은 2019. 6. 15. 개정된 '생산직 인사규정'과 '사무관리직 인사규정'은 적법하게 변경된 것이 아니어서 자신에게는 적용되지 않는다고 주장한다. 甲과 乙 각각의 주장은 타당한가?

[문] 甲과 乙은 2019. 6. 15. 개정된 '생산직 인사규정'과 '사무관리직 인사규정'은 적법하게 변경된 것이 아니어서 자신에게는 적용되지 않는다고 주장한다. 甲과 乙 각각의 주장은 타당한가? (5급행정고시 2021년 기출 문제)

I. 문제의 소재

II. 취업규칙의 불이익변경시 동의의 주체 및 동의의 방법

1. 취업규칙의 불이익변경시 동의의 주체
2. 취업규칙의 불이익변경시 동의의 방법

III. 사안의 적용

1. 甲의 주장이 타당한지 여부
2. 乙의 주장이 타당한지 여부

IV. 결론

I 문제의 소재

사용자가 취업규칙을 불이익하게 변경하는 경우에는 동의절차가 필요하다. 즉 근로자의 과반수로 조직된 노동조합의 동의 혹은 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 동의를 필요하다. 그런데, 이 경우, 근로자란 어떤 근로자 집단을 가리키는 것이 문제된다. 특히 사안에서처럼 생산직 근로자의 집단과 사무관리직 근로자의 집단이 집단별로 근로조건을 달리 정하고 있는 경우, 어떤 집단이 동의의 주체가 되는지가 문제된다. 또한 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우나 혹은 없는 경우 어떻게 동의를 하여야 하는지, 동의의 방법도 문제된다.

II 취업규칙의 불이익변경시 동의의 주체 및 동의의 방법

1. 취업규칙의 불이익변경시 동의의 주체

(1) 원칙

근로기준법 제94조 제1항에 따르면, 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.

그런데, 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.¹⁸⁾

따라서 만약 취업규칙이 전체 근로자에게 적용되는 경우라면 전체 근로자를 뜻하겠지만, 근로자 일부에게만 적용되는 취업규칙의 경우에 여기서 말하는 “근로자의 과반수라 함은 기존의 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받는 근로자 집단의 과반수를 뜻한다고 할 수 있다.”¹⁹⁾

또한 취업규칙의 변경이 근로자에게 전체적으로 유리한지 불리한지를 객관적으로 평가하기가 어려우며, 근로자 상호간의 이, 불리에 따른 이익이 충돌되는 경우에는 근로자에게 불이익한 것으로 취급하여 근로자들 전체의 의사에 따라 결정하게 하는 것이 타당하다는 것이 판례의 태도이다.²⁰⁾

(2) 집단별로 근로조건을 달리 정하고 있는 경우 동의의 주체

그런데, 근로자 집단별로 근로조건을 달리 정하고 있는 경우, 어떤 집단이 동의의 주체가 되는지가 문제된다.

가. 근로조건이 이원화되어 있는 경우 : 변경된 취업규칙 적용이 예상되는 근로자집단이 없는 경우

판례에 따르면 “근로조건이 이원화되어 있어 변경된 취업규칙이 적용되어 직접적으로 불이익을 받게 되는 근로자 집단 이외에 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 근로자 집단이 없는 경우에는 변경된 취업규칙이 적용되어 불이익을 받는 근로자집단만이 동의 주체가 된다”고 한다.²¹⁾

나. 여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있는 경우 : 변경된 취업규칙 적용이 예상되는 근로자 집단이 있는 경우

한 편 판례에 따르면 “여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있어 비록 취업규칙의 불이익 변경 시점에는 어느 근로자 집단만이 직접적인 불이익을 받더라도 다른 근로자 집단에게도 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 경우에는 (직접적인 불이익을 받는) 일부 근로자 집단은 물론 장래 변경된 취업규칙 규정의 적용이 예상되는 근로자 집단을 포함한 근로자 집단이 동의주체”가 된다고

18) 김유성 I, 208p

19) 대법원 2005.11.10. 선고 2005다21494 판결

20) 대법원 1993.5.14. 선고 93다1893 판결

21) 대법원 2009.5.28. 선고 2009두2238판결 : 사원과 노무원으로 이원화된 개정 퇴직금규정이 개정 전의 그것보다도 퇴직금 지급일수의 계산 및 퇴직금 산정 기초임금의 범위에 있어 근로자에게 불리하게 변경된 경우에는 이에 관하여 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 집단의 동의가 있어야 유효하다고 할 것인 바, 노동조합원인 총근로자 중 85%가 넘는 수를 차지하는 노무원이 퇴직금 개정안에 완전히 동의하였다 하더라도 개정 퇴직금규정이 노무원에 대한 부분에 국한하여 효력이 있는 것일 뿐, 개정에 동의한 바 없는 사원에 대한 부분은 효력이 없다(대법원 1990.12.7. 선고 90다카19647 판결).

한다.²²⁾

2. 취업규칙의 불이익변경시 동의를 방법

(1) 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우

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.²³⁾

(2) 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우

취업규칙의 불이익한 변경에 대한 동의방법으로는, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 “회의방식”에 의한 과반수의 동의가 있어야 한다는 것이 판례의 태도이다.²⁴⁾

III 사안의 적용

사안에 따르면, 생산직 근로자의 집단은 정년이 62세에서 60세로, 사무관리직 근로자의 집단은 정년이 65세에서 62세로 각각 단축되었으므로, 두 집단 모두 개정된 취업규칙의 적용으로 직접적인 불이익을 받고 있다.

그런데, A회사는 근로자들을 생산직과 사무관리직의 2개 직종으로 구분하고 있을 뿐 아니라, 직종별로 별도의 취업규칙을 두고 있으므로, 두 개의 집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있다고 보기는 어렵다. 즉 사무관리직 근로자 집단에게 적용되는 취업규칙 적용이 생산직 근로자 집단에게 예상되지 않으며, 생산직 근로자 집단에게 적용되는 취업규칙 적용이 사무관리직 집단에게도 예상되지 아니한다.

즉 해당 사안은 근로조건이 이원화되어 있는 경우로서 변경된 취업규칙이 적용되어 직접적인 불이익을 받는 생산직 근로자 집단과 사무관리직 근로자 집단이 각각 동의를 주체가 된다고 보아야 한다.

1. 甲의 주장이 타당한지 여부

따라서 생산직은 70명중 60명이 B노동조합의 조합원으로 가입되어 있으므로, B노동조합이 동意的 주체가 된다. 그런데, 노동조합의 동의는 특별한 사정이 없는 한 그 노동조합의 대표자의 동의로 족하다. A회사는 B노동조합 대표자의 동의를 얻어서 ‘생산직 인사규정’을 개정하였으므로, 해당 규정은 적법하게 변경된 것이라고 볼 수 있다.

22) 대법원 2009.5.28. 선고 2009두2238 판결

23) 대법원 1997.5.16. 선고 96다2507 판결

24) 대법원 2007.6.28. 선고 2007도1539 판결

따라서 ‘생산직 인사규정’이 적법하게 변경된 것이 아니어서 자신에게는 적용되지 않는다고 주장한 甲의 주장은 타당하지 않다.

2. 乙의 주장이 타당한지 여부

사무관리직은 30명 중 10명이 B노동조합의 조합원으로 가입되어 있으므로 B노동조합이 동의를 주체가 되지 아니한다. 즉 사무관리직 근로자집단의 과반수인 16명 이상이 회의방식을 통해서 동의해야 한다. 하지만, B노동조합 대표자의 동의를 얻어 ‘사무관리직 인사규정’을 개정하였으므로, 해당 규정은 적법하게 변경된 것이 아니다.

따라서 ‘사무관리직 인사규정’이 적법하게 변경된 것이 아니어서 자신에게는 적용되지 않는다고 주장한 乙의 주장은 타당하다.

IV 결론

‘생산직 인사규정’이 적법하게 변경된 것이 아니어서 자신에게는 적용되지 않는다고 주장한 甲의 주장은 타당하지 않지만, ‘사무관리직 인사규정’이 적법하게 변경된 것이 아니어서 자신에게는 적용되지 않는다고 주장한 乙의 주장은 타당하다.

- 사례 30 참고 자료 보완 -(123p)

VIII. 노사합의에 의한 임금인상 소급분

- i) 근로자와 사용자가 소정근로의 가치를 평가하여 그에 대한 대가로 정한 이상 단체협상의 지연이라는 우연한 사정으로 인해 소급적용되었다 하여 통상임금이 아니라고 할 수는 없는 점,
- ii) 임금인상 소급분이라고 하더라도 단체협약 등에서 이를 기본급, 정기상여금과 같이 법정 통상임금에 해당하는 임금으로 정하였다면 그 성질은 원래의 임금과 동일한 점,
- iii) 임금인상 소급분을 통상임금에 포함하지 않는다면 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금 등을 산정하는 기준임금으로서 통상임금의 기능적 목적에 반하는 점,
- iv) 근로자들은 매년 반복된 합의에 따라 임금이 인상되면 소급기준일 이후의 임금인상 소급분이 지급되리라고 기대할 수 있었고, 임금인상 소급분은 근로자가 업적이나 성과의 달성 등 추가 조건을 충족해야만 지급되는 것이 아니라 소정근로의 제공에 대한 보상으로 당연히 지급될 성질의 것이므로 고정성을 갖추고 있다고 보아야 하는 점,
- v) 회사가 임금인상 합의가 이루어지기 전에 퇴직한 근로자들에게는 임금인상 소급분을 지급하지 않았으나, 이는 임금 등 근로조건을 결정하는 기준을 소급적으로 변경하는 내용의 단체협약의 효력이 단체협약 체결 이전에 이미 퇴직한 근로자에게 미치지 않기 때문에 발생하는 결과에 불과한 점을 이유로,

임금인상 소급분은 근로기준법 시행령 제6조에서 정한 통상임금에 해당한다.²⁵⁾

IX. 임금지급관행과 단체협약, 취업규칙의 내용이 다른 경우

특정 임금 항목이 근로자가 소정근로를 했는지 여부와 상관없이 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하는 임금인지를 판단할 때에는, 그에 관한 근로계약이나 단체협약 또는 취업규칙 등 규정의 내용, 사업장 내 임금 지급 실태나 관행, 노사의 인식등을 종합적으로 고려해서 판단해야 한다.

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.²⁶⁾

(※명절상여금을 설날과 추석에 각각 50% 지급하고 있는데, 급여규정상으로 퇴직자에게도 일할 지급한다는 내용이 있는 반면, 관행상으로는 일할 지급하고 있지 않은 경우 통상임금성을 인정할 수 있는지 여부가 다뤄진 사례임)

25) 대법원 2021.8.19. 선고 2017다56226 판결

26) 대법원 2021.12.16. 선고 2016다7975 판결

- 사례 50 사례추가 -(183p)

영업양도 3

C 회사는 상시 1,000명의 근로자를 사용하여 자동차부품을 제작판매하는 회사이다. C 회사는 경영상황이 악화되자 2020. 3. 15. D 회사와, C 회사의 여러 사업 부문 중 하나인 조명장치 제작 부문을 D 회사에 양도하는 내용의 영업양도계약을 체결하였다. 조명장치 제작 부문에서 일하던 근로자들의 고용승계에 관한 해당 영업양도계약의 규정은 다음과 같다.

제10조(고용승계) D 회사는 C 회사 조명장치 제작 부문 근로자들의 고용을 원칙적으로 승계한다. 다만 2019년도 인사고과 및 평가에서 최하위 20 %의 점수를 받은 근로자들의 고용은 승계하지 아니한다.

위 영업양도계약에 따라 D 회사는 C 회사의 조명장치 제작 부문을 양수하면서, 2019년도 인사고과 및 평가에서 최하위 20 %의 점수를 받은 근로자 丙 등 30명의 고용은 승계하지 않았다. 고용승계에서 제외된 丙은 D 회사의 고용승계 거부가 부당하다고 주장한다.

[문] 丙의 주장은 타당한가? (5급 행정시험 2021년 기출문제)

I. 문제의 소재

II. 영업양도시 고용관계 승계배제특약에 따른 승계거부의 정당성

1. 영업양도의 의미

2. 영업양도와 근로관계의 승계

3. 근무성적 불량과 해고의 정당한 이유

III. 사안의 적용

IV. 결론

I 문제의 소재

영업양도계약을 체결하여 영업양도를 하는 경우 i) 근로관계가 승계되는지 여부, ii) 근로관계의 승계를 배제하는 특약을 체결하여 승계를 거부하는 경우 그 정당성을 어떻게 판단하여야 하는지가 문제된다.

II 영업양도시 고용관계 승계배제특약에 따른 승계거부의 정당성

1. 영업양도의 의미

영업양도는 ‘인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것’으로서 단순한 영업재산의 양도(자산양도)와는 구별된다.²⁷⁾ 해당 사안에서는 영업양도계획을 체결한 것으로 전제하고

27) 또한 영업양도는 합병등기만으로 모든 권리·의무가 포괄이전되는 합병과는 달리 포괄승계되는 것이 아니라 특정승계

이므로, 해당 계약이 실제로 영업양도계약에 해당하는지는 논할 필요가 없다.

2. 영업양도와 근로관계의 승계

그런데, 우리나라는 영업양도시 근로관계의 승계에 관한 명시적인 입법이 없기 때문에 이에 대하여 학설과 판례의 설명을 필요로 하게 된다.²⁸⁾

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

(1) 자동승계설

영업양도시에는 회사합병의 경우와 마찬가지로 양도당사자의 약정 여하에 관계없이 종래의 근로관계가 전체로서 법률상 당연히 사업양수인에게 포괄적으로 승계된다는 견해이다.

(2) 특약필요설

영업양도계약이 있다고 하여 종래부터 고용되어 있던 근로자의 근로관계가 양수인에게 당연히 승계되는 것은 아니고 양도당사자 사이에 근로관계의 승계에 관한 명시적인 특약 또는 묵시적인 합의와 이에 대한 근로자의 동의가 있어야만 승계된다는 견해이다.

(3) 원칙승계설 : 다수설 및 판례의 태도

영업양도 당사자 사이에 반대의 특약이 없는 한 영업양도의 합의 속에는 원칙적으로 근로관계를 포괄적으로 승계하기로 하는 합의가 포함된 것으로 추정하고, 특약을 통해 승계를 배제하는 경우에는 이에 대한 합리적 이유가 있어야 유효하다고 보는 견해이다. 현재 우리나라 판례의 태도이기도 한다.

가. 원칙적 승계

판례에 따르면 영업이 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계된다고 한다.²⁹⁾

나. 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 헤고나 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.³⁰⁾

3. 근무성적 불량과 해고의 정당한 이유

되는 것이므로, 계약의 이행에 의해 권리·의무가 이전되며, 부동산등기나 채권양도통지와 같이 개별적인 권리의 이전 절차가 필요하다(이상윤 13판, 435p).

28) 하경효 2판, 281p

29) 대법원 1994.6.28. 선고 93다33173 판결

30) 대법원 1994.6.28. 선고 93다33173 판결

(1) 해고의 정당한 이유에 대한 판례법리

근로자측의 사유에 의한 해고에 대하여 판례는 일관하여 “정당한 이유”라 함은 “사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임있는 사유가 있는 경우를 말하는 것”이라고 판시하고 있다.³¹⁾

그런데 판례에 따르면 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지의 여부는 “당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다”고 한다.³²⁾

(2) 근무성적 불량과 해고사유의 정당성

가. 근무성적 불량과 징계해고의 정당성

판례에 따르면 징계규정에 따라 근무성적이 불량한 근로자를 해고하기 위해서는 근로자의 근무성적이 다른 근로자에 비해서 상대적으로 낮은 정도가 아니라 일반적으로 기대되는 최소치에도 미치지 못하는 정도라면, 이는 근로자에게 요구되는 최소한도의 직무수행능력이 결여된 것으로서 정당한 해고사유, 즉 사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없는 정도로 근로자에게 책임이 있는 사유에 해당한다고 보고 있다. ³³⁾

나. 근무성적 불량과 통상해고의 정당성

판례는 “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 할 뿐 아니라, 근로자의 근무성적이나 근무능력이 다른 근로자에 비하여 상대적으로 낮은 정도를 넘어 상당한 기간 동안 일반적으로 기대되는 최소한에도 미치지 못하고 향후에도 개선될 가능성을 인정하기 어렵다는 등 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정”된다고 한다.³⁴⁾

판례가 인사평가를 근거로 한 통상해고의 정당성을 인정하였다는 점은 명확하나, 단순히 업무능력 부족을 이유로 한 것이 아니라, 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 실질적인 업무능력의 결여를 이유로 통상해고를 인정하고 있다고 할 수 있다.³⁵⁾

III 사안의 적용

31) 대법원 1992.5.22. 선고 91누5884 판결

32) 대법원 2009.5.28. 선고 2007두979 판결

33) 대법원 1991.3.27. 선고 90다카25420 판결 ; 조용만·김홍영 3판, 290-291p

34) 이 경우 “사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 근로자의 지위와 담당 업무의 내용, 그에 따라 요구되는 성과나 전문성의 정도, 근로자의 근무성적이나 근무능력이 부진한 정도와 기간, 사용자가 교육과 전환배치 등 근무성적이나 근무능력 개선을 위한 기회를 부여하였는지 여부, 개선의 기회가 부여된 이후 근로자의 근무성적이나 근무능력의 개선 여부, 근로자의 태도, 사업장의 여건 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.

35) 김근주, “통상해고의 정당성”, 『월간노동리뷰』 2021년 5월호, 한국노동연구원, 85p 참조

1. 丙의 고용이 원칙적으로 D회사에 승계되는지 여부

D사는 C사로부터 영업을 양수하였으므로, 원칙적으로 C사의 근로자 丙 등 30명의 근로관계도 포괄적으로 승계된다고 보아야 한다.

2. D사가 고용승계거부특약에 따라 丙의 고용을 승계하지 않는 것이 정당한지 여부

고용승계거부특약은 실질적으로 해고나 다름이 없으므로 근로기준법 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하다. 판례에 따르면 근무성적불량을 이유로 징계해고하는 경우 근로자로서 최소한도의 직무수행능력이 결여되었다고 인정되는 경우에 그 정당성을 인정하고 있으며, 통상해고인 경우에도 근로자의 근무성적이나 근무능력이 다른 근로자에 비하여 상대적으로 낮은 정도를 넘어 상당한 기간 동안 일반적으로 기대되는 최소한에도 미치지 못하고 향후에도 개선될 가능성을 인정하기 어려운 경우에 한하여 그 정당성을 인정하고 있다.

그런데, 해당 사안에서는 2019년도 단 1년간의 인사고과 및 평가에서 최하위 20%의 점수를 받은 근로자들의 고용을 승계하지 않았는데, 이 정도의 근무성적불량으로는 판례가 제시하고 있는 요건을 충족하지 못하였다고 할 수 있다.

따라서 D사의 고용승계거부가 부당하다는 丙의 주장은 타당하다.

IV 결론

D사는 丙의 고용을 원칙적으로 승계하며, 고용승계배제특약상의 사유만으로는 해고의 정당성을 인정하기 어려우므로 D사의 고용승계거부가 부당하다는 丙의 주장은 타당하다.

- 사례 50 사례추가 -(187p 뒤쪽에 추가)

용역업체의 변경과 고용승계기대권

A사는 외주 용역업체와 1년 또는 2년 단위로 용역도급계약을 체결하여 왔다.
B사는 2013. 9. 1.부터 2014. 8. 31.까지 A사의 청소용역을 위탁받아 수행하였고, 甲과 乙은 B사에 입사하여 2014. 8. 31.까지 A사의 사업장에서 청소업무를 수행하였다.
그런데, 청소용역을 영위하는 C사는 A사의 청소용역 공개입찰에 참여하여 2014. 8.27.에 A사와 2014. 9. 1.부터 2015. 8. 31.까지로 계약기간을 정하여 아래와 같은 내용으로 청소용역에 관한 용역도급계약을 체결하였다.

<청소용역계약서>

10조 1항

계약상대자는 종업원을 채용하고자 할 때는 당해 업무를 수행할 수 있는 자만을 채용하여야 하며, 특별한 사정이 없는 한 현재 근무하고 있는 종업원을 고용승계 및 용역계약기간 중 고용유지하여야 한다

10조 2항

근로계약서는 1년 단위로 계약이 성립되어야 한다.

10조 3항

계약상대자는 청소용역 작업원 확보 시 위험작업이 많은 A사의 특수성을 고려하여 특별한 경우를 제외하고는 기존 청소업체 종업원의 재채용을 원칙으로 하며, 결원자의 신규 채용 시는 A사 인근 주민을 채용하되 인근 주민의 수급이 불가할 때는 감독원의 승인을 받아 타 지역 인원을 채용할 수 있으며, 채용된 작업원은 특별한 사유가 없는 한 용역계약기간 중 고용을 유지해야 한다.

한편, A사의 청소용역을 도급받아 수행한 용역업체들은 특별한 사정이 없는 한 종전 용역업체에서 근무한 근로자들의 고용을 대부분 승계하여 왔다.

C사는 이전에도 2007. 9. 1.부터 2008. 8. 31.까지 A사의 청소용역을 도급받아 수행하였던 적이 있었는데, 그 당시에도 그 이전 용역업체에서 근무한 근로자 23명 전원의 고용을 승계했다.

甲과 乙은 B사 및 C사에서 근무하기 이전에도 A사의 청소용역업체가 바뀔 때마다 순차적으로 고용이 승계되어 왔다.

그런데, C사는 2014. 9. 1. B사에서 근무하던 근로자 23명 중 甲과 乙에 대하여 고용승계를 거부하였다. 이에 대하여 甲과 乙은 C사가 자신들에 대하여 고용승계의무를 부담한다고 주장하면서 노동위원회에 부당해고구제신청을 제기하였다.

[문] C사가 근로자 甲과 乙에 대하여 고용승계를 거부한 것이 정당한지 논하시오.

(대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결)

I 논점의 정리

도급인에 의해 외주용역업체가 변경되어 기존 용역업체가 수행하던 사업이 신규용역업체로 이전하는 경우, 종사하던 근로자들의 법적 지위가 신규 용역업체에 승계되는지가 문제되는데, 특히 i) 근로자 甲과 乙에게 고용승계에 대한 기대권을 인정할 수 있는지, ii) 만약 그렇다면, 고용승계거부에 합리적 이유가 있는지 여부가 문제된다.

II 용역업체의 변경과 고용승계기대권³⁶⁾

1. 고용승계기대권의 의의

도급업체가 용역업체와의 계약기간이 만료되고 새로운 용역업체가 해당 업무를 위탁받아 도급업체와 용역계약을 체결한 경우, 새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하여 새로운 근로관계가 성립될 것이라는 신뢰관계가 형성되었다면, 특별한 사정이 없는 한 근로자에게는 그에 따라 새로운 용역업체로 고용이 승계되리라는 기대권이 인정된다는 것이 판례의 태도이다.

갱신기대권이나 전환기대권 등 종전의 기대권 법리는 동일한 사용자를 대상으로 한 것이었지만, 고용승계기대권은 변경된 새로운 사용자를 대상으로 전개하였다는데 의의가 있다.³⁷⁾

2. 고용승계기대권의 판단기준

판례에 따르면 근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는지는

- i) 새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하기로 하는 조항을 포함하고 있는지 여부를 포함한 구체적인 계약내용,
- ii) 해당 용역계약의 체결 동기와 경위,
- iii) 도급업체 사업장에서의 용역업체 변경에 따른 고용승계 관련 기존 관행,
- iv) 위탁의 대상으로서 근로자가 수행하는 업무의 내용,
- v) 새로운 용역업체와 근로자들의 인식 등 근로관계 및 해당 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 한다.

한 편, 판례는 고용을 승계하기로 하는 명시적인 약정이 없는 경우에도 관행 등을 근거로 고용승계 의무를 인정하고 있다.³⁸⁾

3. 고용승계기대권이 인정되는 경우, 고용승계거절의 효력

“근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는 경우 근로자가 고용승계를 원하였는데도 새로운 용역업체가 합리적 이유 없이 고용승계를 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없다”는 것이 판례의 태도이다.

36) 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결 참조

37) 강선희, “용역업체 변경시 고용승계기대권”, 『월간노동리뷰』 2021년 7월호, 한국노동연구원, 103p 참조

38) 대법원 2021.7.29. 선고 2016두64876 판결

III 사안의 적용

1. 甲과 乙에게 고용승계기대권을 인정할 수 있는지 여부

1) 구체적인 계약내용과 해당 용역계약의 체결동기와 경위를 살펴보기로 한다.

해당 사안의 청소용역계약서 제10조 제1항 및 제2항은 위험작업이 많은 A사의 특수성을 고려하여 용역업체가 바뀌는 데 따른 안전사고를 방지하고 근로자들의 고용안정을 보장하기 위하여 특별히 명시된 사항이며, C사는 이를 수용하는 것을 전제로 해당 용역계약을 체결한 것이라고 할 수 있다.

2) 해당 업무의 내용과 기존 관행을 살펴보기로 한다.

청소용역은 상시·지속적으로 이루어져야 하는 업무이고, 이를 수행하는 용역업체가 변경될 때마다 새로운 용역업체가 종전 용역업체에서 근무한 근로자들에 대한 고용을 대부분 승계하는 관행이 형성되어 있었다는 점을 알 수 있다.

3) 새로운 용역업체인 C사와 甲과 乙의 인식을 살펴보기로 한다

C사는 이러한 고용승계 관행을 잘 알고 A사와 용역계약을 체결하였고, 甲과 乙도 용역계약의 내용과 고용승계 관행 등을 인식하고 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 2014. 9. 1.부터 C사로 고용이 승계되어 해당 청소용역 업무를 계속 수행할 것을 신뢰하였을 것으로 판단된다.

이러한 사정들을 종합하여 보면, 甲과 乙에게는 C사로 고용이 승계되리라는 기대권이 인정되었다고 보는 것이 타당하다.

2. 甲과 乙에 대한 고용승계거부에 합리적 이유가 있는지 여부

따라서 甲과 乙에 대한 고용승계거부에 합리적 이유가 인정되지 않는다면 이는 부당해고와 마찬가지로 효력이 없다고 보아야 할 것이다.

해당 사안에 따르면 C사가 특별하게 고용승계 거부의 사유로 제시한 정황이 발견되지 아니한다. 따라서 C사의, 甲과 乙에 대한 고용승계거부는 합리적 이유가 없으므로, 정당하지 않다.

IV 결론

근로자 甲과 乙에게는 고용승계기대권이 인정되고, C사는 고용승계의무를 부담하는데, 고용승계거부의 합리적 이유가 없으므로, 해당 고용승계거부는 정당하지 않다.

- 사례 77 사례 추가 -(268p 앞쪽에 추가)

사업 일부부문의 완전폐지와 경영상해고의 대상자 선정기준

A사는 여러 회사들을 순차적으로 합병하여, 합병 이전의 사업장과 생산 품목 등을 그대로 유지하면서 전력 선사업과 통신사업, 그리고 재료사업을 영위하고 있는 회사이다. 그리고 전력선 사업부는 수원공장(600명)에, 통신사업부와 재료사업부는 안산공장(100명)에 있다. A사에는 단일노조인 B노동조합이 구성되어 있으며 B노동조합은 650명(수원공장 : 580명, 안산공장 : 70명)이 가입되어 있다. 그리고 A사 본사가 경영을 총괄하고 있으며, 각 사업부별로 독자적인 영업조직을 갖추고 있지 않다.

A사의 매출 및 당기순이익, 영업이익은 아래의 표와 같다.

단위(단위 : 억원)		2010	2011	2012	2013	2014
법인전체	당기순이익	260	-115	-119	47	176
	영업이익	466	134	-59	201	351
	매출	10,446	10,178	9,872	8,767	7,856
통신사업부	영업이익	19	-33	-33	-7	-31
	매출	499	303	302	323	194

그리고 A사는 2013년을 제외하고 2010년부터 2014년까지 직원들의 기본급을 인상하였고, 2014년의 경우 9.5%를 인상하였다.

A사는 2012년 이후 통신사업부의 신규채용을 중단하였으며, 2014.10.20. B노동조합에 희망퇴직을 비롯한 비상경영안을 수용할 것을 요구하였으나, B노동조합은 교대조 변경이나 임금자진납납 방안 등을 제시하면서 회사의 비상경영안을 수용하지 않았다. 그리고 A사도 비상경영안을 관철하려고만 시도하였다.

A사는 2014.10.20.부터 2014.10.31.까지 통신사업부를 폐지한다고 알리면서 희망퇴직신청을 접수하였고, 통신사업부 근로자 56명 중 43명이 희망퇴직을 하였다. 또한 희망퇴직을 신청하지 않은 통신사업부 소속 생산직 근로자들에 대해서는 전환배치대상자 선정기준을 만들어서 7명의 근로자를 선정하여 전력선 사업부와 재료사업부에 배치하였고, 전환배치대상자 선정기준을 충족하지 못하는 근로자 甲과 乙 등 6명에 대하여는 통신사업부의 폐지와 함께, 해고예고를 거쳐 2014. 12.29.에 해고하였다.

전환배치대상자 선정기준은 아래와 같은데, 이 전환배치대상자 선정기준에 대하여 B노동조합은 근로자의 건강상태, 부양가족, 재취업가능성, 생계유지능력 등의 근로자의 개인사정을 추가하여야 한다며 이의를 제기하였으나, A사는 이에 대해 특별한 협의를 거치지 않는다고 하였다. 특히 甲은 업무상 재해에 따른 휴업에서 복귀한 지 1년이 지나지 않은 상황이었으며, 乙은 85세의 노모와 10세 이하의 아동 2명을 부양하고 있는 상황이었다.

기준	업무적합성	임금	근태	근속연수(근무적합성)
비중	40%	30%	20%	10%

A사의 재무제표는 사업부별로 작성하지 않고, A사를 기준으로 단일하게 작성·공시되었다. A사는 각 공장에서 근무할 직원의 모집공고 등을 거쳐 직원을 채용한 후 A사 대표이사를 사용자로 기재한 근로계약서를 작성하였으며, A사 소속 근로자들은 근로계약서에 기재된 근무 장소 및 사업부에서 근무하다가 A사의 필요에 따라 다른 업무를 수행하거나 다른 사업부로 전환배치되기도 하였다. A사의 각 사업부에서 생산하는 제품은 모두 전기 관련 제품이며, 전력선 사업부에서 생산하는 전력선과 통신사업부에서 생산하는 통신케이블은 그 제조 공정이 유사하다.

[문1] 甲과 乙에 대한 해고를 통상해고로 인정할 수 있는지 논하시오.

[문2] 甲과 乙에 대한 해고를 경영상 해고로 보는 경우, 경영상 해고로 정당인지 논하시오.

문 1에 대한 풀이

- | | |
|----------------------------|---------------------------------|
| I. 문제의 소재 | 1. 통신사업부를 별도의 사업체로 취급할 수 있는지 여부 |
| II. 일부 사업부문의 폐지와 통상해고의 정당성 | 부 |
| 1. 근로기준법상 해고의 정당한 이유 | 2. 업무 종사의 호환성이 없는지 여부 |
| 2. 통상해고의 의의 | IV. 결론 |
| 3. 일부 사업부문의 폐지와 해고의 정당성 | |
| III. 사안의 적용 | |

I 문제의 소재

하나의 기업이 여러 사업부문을 가지고 있는데 그 중 하나의 사업부문을 폐지하여 그 부문에 소속되어 있는 근로자를 해고할 때, 경영상 해고가 아닌, 통상해고로서 정당성을 인정할 것인가가 문제된다.

II 일부 사업부문 폐지와 통상해고의 정당성

1. 근로기준법상 해고의 정당한 이유 : 앞의 사례 참조

2. 통상해고의 의의

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. 그리고 사업의 폐지를 위하여 해산한 기업이 그 청산과정에서 근로자를 해고하는 것도 기업경영의 자유에 속하는 것으로서 정리해고가 아니라 통상해고에 해당한다는 것이 판례의 태도이다.

3. 일부 사업부문의 폐지와 해고의 정당성

(1) 원칙 : 경영상 해고

따라서 “어떤 기업이 경영상 이유로 사업을 여러 개의 부문으로 나누어 경영하다가 그중 일부를 폐지하기로 하였더라도 이는 원칙적으로 사업 축소에 해당할 뿐 사업 전체의 폐지라고 할 수 없으므로, 사용자가 일부 사업을 폐지하면서 그 사업 부문에 속한 근로자를 해고하려면 근로기준법 제24조에서 정한 경영상 이유에 의한 해고 요건을 갖추어야 하고, 그 요건을 갖추지 못한 해고는 정당한

이유가 없어 무효”라는 것이 판례의 태도이다.

(2) 예외 :통상해고

가. 통상해고 인정여부

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

나. 특별한 사정의 판단기준

한편 판례에 따르면 “일부 사업의 폐지가 폐업과 같다고 인정할 수 있는지는

- i) 해당 사업 부문이 인적·물적조직 및 운영상 독립되어 있는지,
 - ii) 재무 및 회계의 명백한 독립성이 갖추어져 별도의 사업체로 취급할 수 있는지,
 - iii) 폐지되는 사업 부문이 존속하는 다른 사업 부문과 취급하는 업무의 성질이 전혀 달라 다른 사업 부문으로의 전환배치가 사실상 불가능할 정도로 업무 종사의 호환성이 없는지 등
- 여러 사정을 구체적으로 살펴 종합적으로 판단하여야 한다.

근로기준법 제31조에 따라 부당해고구제 재심판정을 다투는 소송에서 해고의 정당성에 관한 증명 책임은 이를 주장하는 사용자가 부담하므로, 사업 부문의 일부 폐지를 이유로 한 해고가 통상해고로서 정당성을 갖추었는지에 관한 증명책임 역시 이를 주장하는 사용자가 부담한다.

III 사안의 적용

해당 사안의 경우, 통신사업부라는 일부 사업만을 폐지하고 있으므로, 해당 해고를 통상해고의 형태로 이해하기 위해서는 통신사업부의 폐지가 사업 전체의 폐지와 같다고 볼 만한 특별한 사정이 인정되어야 한다. 하지만, 그러한 특별한 사정을 인정하기는 어렵다.

1. 통신사업부를 별도의 사업체로 취급할 수 있는지 여부

- i) A사의 사업부가 생산하는 제품이 다르기는 하나 본사가 경영을 총괄하여 경영주체가 동일하고, 독립된 별도의 영업조직을 갖추고 있지 않고 있다는 점,
 - ii) 재무와 회계가 독립성은 객관적인 자료를 바탕으로 판단하여야 하는데, A사는 재무제표 등을 사업부별로 작성하지 않고 단일하게 작성하고 있다는 점을 보면, 재무와 회계가 명백하게 구분된 사업부로 운영하고 있는 것으로는 보이지 않는다는 점,
- 등을 고려할 때, 통신사업부를 별도의 사업체로 취급하기는 어렵다.

2. 업무 종사의 호환성이 있는지 여부

- i) A사의 필요에 따라 다른 업무를 수행하거나 다른 사업부로 전환배치되기도 한 점,
 - ii) A사의 각 사업부에서 생산하는 제품은 모두 전기 관련 제품일 뿐만 아니라, 전력선과 통신케이블의 제조공정이 유사하다는 점
- 등을 고려할 때, 각 사업부 사이에 업무종사의 호환성이 없다고 볼 만한 사정을 찾기 어렵다.

따라서 A사의 통신사업부의 폐지를 이유로 한 해고는 통상해고로서 보기 어렵다.

IV 결론

통신사업부의 폐지를 사업전체의 폐지와 같다고 볼 만한 특별한 사정이 없으므로, 甲과 乙에 대한 해고를 통상해고로 인정할 수 없다.

문 2에 대한 풀이

- | | |
|------------------------|---------------------------------|
| I. 문제의 소재 | 3. 합리적이고 공정한 대상자 선정기준을 정하였는지 여부 |
| II. 경영상 해고의 정당성 | 4. 근로자대표에 대한 통보 및 협의절차를 거쳤는지 여부 |
| 1. 경영상 해고의 의의 | |
| 2. 경영상 해고의 정당성 | |
| III. 사안의 적용 | IV. 결론 |
| 1. 긴박한 경영상의 필요가 있는지 여부 | |
| 2. 해고회피노력을 다하였는지 여부 | |

I 문제의 소재

해당 사안에서의 경영상 해고는 A사라는 법인의 한 사업부문에 해당하는 통신사업부에 종사하는 근로자들을 중심으로 이루어진 것을 알 수 있다.

따라서 경영상 해고를 하는 경우, i) 긴박한 경영상의 필요가 있는지를 판단할 때, 법인단위로 판단해야 하는 것인지 아니면 일부 사업부문을 단위로 판단해야 하는 것인지, 또한 긴박한 경영상의 필요의 정도가 어느 정도가 되어야 하는지도 문제된다. 또한 ii) 해고회피노력을 다하였는지도 문제된다. iii) 특별히 해당 사안에서는 전환배치대상자 선정기준이 사실상 경영상 해고의 기준으로 사용되고 있는데, 이 기준이 합리적이고 공정한 기준인지도 문제된다. iv) 또한 근로자 대표와 성실한 협의를 하였는지도 문제된다.

II 경영상 해고의 정당성

1. 경영상 해고의 의의

경영상 이유에 의한 해고(이하 “경영상 해고”라 한다)라 함은 “긴급한 경영상의 필요에 의하여 기업에 종사하는 인원을 줄이기 위하여 일정한 요건 아래에서 근로자를 해고하는 것으로서 기업의 유지·존속을 전제로 그 소속 근로자들 중 일부를 해고하는 것을 가리킨다.”³⁹⁾

근로기준법에 따르면 사용자가 경영상 해고를 하기 위해서는 i) 긴박한 경영상의 필요 ii) 사용자의 해고회피노력 iii) 합리적이고 공정한 해고의 기준에 따른 대상자 선정 iv) 해고회피방법 및 해고의 기준 등에 관해 50일전까지 근로자대표에게 통보하고 성실하게 협의할 것 등의 네 가지 요건을 충족해야 한다(제24조).⁴⁰⁾

이하에서는 이러한 경영상 해고의 정당성의 요건 중 근로자대표와의 성실한 협의라는 요건을 제외하고 논하기로 한다.

2. 경영상 해고의 정당성

(1) 긴박한 경영상의 필요

가. 긴박한 경영상의 필요의 정도

긴박한 경영상의 필요에 대하여 과거 판례는 해고를 하지 않으면 기업이 도산되거나 존속유지가 위태롭게 되는 것이 객관적으로 인정되는 경우에 한한다는 태도를 취하다가(도산회피설), 최근 판례는 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 인정되는 경우(경영합리화조치설)도 포함된다는 태도를 취하고 있다.⁴¹⁾

하지만, 경영상 해고는 경영상의 위기에 대처하기 위한 경영상 필요에 의해 행해져야 하는데, “단순한 인건비 절감 또는 노무관리의 편의를 위하여 단행된” 것은 ‘긴박한 경영상의 필요’에 따른 것으로 보기 어렵다는 것이 판례의 태도이다.⁴²⁾

나. 긴박한 경영상의 필요의 판단의 단위

한 법인의 특정 사업 부문에 한하여 경영상 해고를 하는 경우, 경영상 해고가 정당한지에 대한 심사

39) 대법원 2003.4.25. 선고 2003다7005 판결(따라서, 파산관재인이 파산선고로 인하여 파산자 회사가 해산한 후에 사업의 폐지를 위하여 행하는 해고는 정리해고가 아니라 통상해고이다)

40) 이와 같은 경영상 해고의 네 가지 요건은 근로기준법에 경영상 해고의 규정이 입법화되기 이전에도 이미 1989년 대법원이 최초로 제시한 이래로(대법원 1989.5.23. 선고 87다카2132 판결) 경영상 해고의 정당성을 판단하는 기준의 역할을 수행해 오고 있었다. 현행법의 규정은 경영상 해고의 요건에 관한 종전 판례의 법리를 계승하는 한 편, 이를 더 구체화하면서 더 엄격하게 제한한 것이다(임종률 15판, 533p)

41) 대법원 2004.1.15. 선고 2003두11339 판결

42) 대법원 2015.5.28. 선고 2012두25873 판결

를 법인별로 판단해야 하는 것인지, 아니면 한 법인의 일부 사업부문이나 사업소를 기준으로 해야 하는 것인지가 문제된다.

판례에 따르면 법인의 어느 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어 있고 재무 및 회계가 분리되어 있으며 경영여건도 서로 달리하는 예외적인 경우가 아니라면 법인의 일부 사업부문 내지 사업소의 수지만을 기준으로 할 것이 아니라 법인 전체의 경영사정을 종합적으로 검토하여 결정하여야 한다.⁴³⁾

(2) 해고회피노력

가. 해고회피노력의 의의

사용자가 근로자를 경영상 해고하려면 해고를 피하기 위한 노력을 다해야 한다.(24조2항) 즉 사용자는 긴박한 경영상의 필요가 있더라도 과잉인원을 해고하지 않고 노동관계를 유지할 수 있는 방안을 최대한 모색해야 하고, 해고는 그러한 방안이 강구될 수 없는 경우에 보충적 수단으로서만 허용되는 것이다.⁴⁴⁾

나. 해고회피노력의 방법 및 정도 : 판례법리

판례에 따르면, 경영상 해고에 정당한 이유가 있기 위하여 필요한 요건 중 “해고회피를 위한 노력을 다하여야 한다는 것은 사용자가 근로자의 해고범위를 최소화하기 위하여 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등의 가능한 조치를 취하는 것을 의미”한다.⁴⁵⁾ 그런데 판례에서 제시한 회피노력을 위한 조치는 예시적으로 열거된 것이므로 그 밖에도 조업시간 단축 등 여러 다른 방법이 제시될 수 있을 것이다.⁴⁶⁾ 판례도 “해고회피노력의 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것”⁴⁷⁾이라고 하면서, “사용자가 해고를 회피하기 위한 방법에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 정리해고 실시에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고회피노력의 판단에 참작되어야 한다”고 한다.⁴⁸⁾

다. 해고회피노력의 판단시점

해고회피노력을 다하였는지 여부는 경영상 해고가 이루어지기 이전의 시점을 기준으로 판단하여야 하므로 경영상 해고가 이루어진 이후의 조업단축, 희망퇴직 등은 고려대상이 아니라고 보아야 할 것이다.⁴⁹⁾

43) 대법원 2015.5.28. 선고 2012두25873 판결

44) 임종률 15판, 535p ; 김형배 25판, 701p 참조

45) 대법원 1992.12.22. 선고 92다14779 판결

46) 김형배 25판, 702p

47) 대법원 2014.11.13. 선고 2012다14517 판결

48) 대법원 2002.7.9. 선고 2001다29452 판결

49) 대법원 2002.6.28. 선고 2000두4606 판결 참조 ; 이 사건 정리해고 이후의 조업단축, 기능직 근로자들의 희망퇴직, 고정자산 매각 등을 해고범위를 최소화하기 위한 일련의 조치로 본 부분에는 잘못이 있다.

(3) 합리적이고 공정한 기준

가. 합리적이고 공정한 기준의 의의

사용자가 근로자를 경영상 해고하려면 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니 된다(근기법 제24조 제2항 후단). 따라서 사용자는 근로자들 중에 어느 근로자라도 임의로 선택하여 해고할 수 있는 것이 아니라 반드시 합리적이고 공정한 기준에 따라 해고대상자를 선별하여야만 정당한 해고로 인정받을 수 있다.⁵⁰⁾

그런데 합리성과 공정성 자체가 추상적인 개념일 뿐 아니라 근기법은 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니된다는 규정 이외에는 합리적이고 공정한 선정기준을 어떻게 정해야 하는 것인지 구체적으로 규정한 바가 없으므로, 이에 대해서는 판례의 태도를 검토해야 할 필요성이 있을 것이다.

나. 합리적이고 공정한 기준의 판단방법

① 일반적 판례법리

판례에 따르면“합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것”이라고 하면서,“사용자가 해고의 기준에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 해고의 기준에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고의 기준이 합리적이고 공정한 기준인지의 판단에 참작되어야 한다”고 판시하고 있다.

또한 최근 판례는 해고대상자의 선정기준에 대하여 기존 판례법리를 그대로 유지하면서도“객관적 합리성과 사회적 상당성을 가진 구체적인 기준이 마련되어야 하고 그 기준을 실질적으로 공정하게 적용하여 정당한 해고대상자의 선정이 이루어져야 한다”고 판시하는 등, 경영상 해고 대상자의 선정 기준에 대해서 객관적 합리성을 강조하고 있다.

② 구체적인 선정기준

판례에 따르면 해고대상자 선정기준을 설정하는 방법에 대하여

- i) 해고대상자 선정기준은 단체협약이나 취업규칙 등에 정해져 있는 경우라면 특별한 사정이 없는 한 그에 따라야 하고,
- ii) 만약 그러한 기준이 사전에 정해져 있지 않다면 근로자의 건강상태, 부양의무의 유무, 재취업 가능성 등 근로자 각자의 주관적 사정과 업무능력, 근무성적, 징계 전력, 임금 수준 등 사용자의 이익 측면을 적절히 조화시키되,
- iii) 근로자에게 귀책사유가 없는 해고임을 감안하여 사회적·경제적보호의 필요성이 높은 근로자들을 배려할 수 있는 합리적이고 공정한 기준을 설정하여야 한다.”고 판시하고 있다.

이러한 판례에 대하여는 i) 대상자의 선정기준을 정할 때, 사용자의 이익측면과 근로자의 생활보호

50) 사법연수원(해고와 임금), 420p

적 측면을 적절하게 조화시키는 것이 요구된다는 것을 확인했다는 점, ii) 사회적·경제적 보호의 필요성이 높은 근로자들을 배려할 수 있는 합리적이고 공정한 기준 설정이라는 법리를 제시했다는 점에서 주목할 만하다고 평가되고 있다.⁵¹⁾

(4) 근로자대표에 대한 사전통보 및 협의절차

경영상 해고의 실질적 요건이 모두 갖추어진 경우에도 사용자는 해고에 앞서 그 해고를 하고자 하는 날의 50일 전까지 근로자대표(당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자)에게 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등을 통보하고 성실하게 협의하여야 한다.(24조3항)

또한 판례에 따르면 근로자대표와 협의가 행해지면 그것으로 충분한 것이고 그 이외의 근로자들과 협의는 필요하지 않다고 한다.⁵²⁾

또한 판례에 따르면 이렇듯 경영상 해고의 절차적 요건을 규정한 취지는 “정리해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유”라고 판시하고 있다.⁵³⁾

III 사안의 적용

1. ‘긴박한 경영상의 필요’가 있는지 여부

통신사업부는 다른 사업 부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어있지 않고, 재무 및 회계가 분리되어 있지도 않다. 따라서 통신사업부만을 분리하여 긴박한 경영상의 필요 여부를 판단할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 보기 어렵다.

그런데, 해고 당시 A사의 전체 영업이익과 당기순이익 규모 등에 비추어 보면, 법인의 전반적인 경영 상태는 양호하였던 것으로 보인다. A사의 매출은 전체적으로 감소세에 있었으나, 통신사업부의 매출이 법인 전체의 매출에서 차지하는 비중은 크지 않으므로, 통신사업부의 부진이 기업 전체의 존립에 미치는 영향은 미미해 보인다.

그리고 법인은 2013년을 제외하고 2010년부터 2014년까지 직원들의 기본급을 인상하였고, 2014년의 경우 인상률이 9.5%에 이르고 있으며, 해고 근로자 6명이 차지하는 인건비 비중은 크지 않을 것으로 보인다.

따라서 통신사업부의 매출 부진 등이 쉽게 개선되기 어려운 구조적인 문제로서 해고 당시 회사의 통신사업부를 폐지할 필요성이 있었다고 하더라도, 그것만으로 A사 전체의 경영 악화를 방지하기 위하여 인원을 감축하여야 할 불가피한 사정이 있었던 것이라고 볼 수는 없다.

2. 해고회피노력을 다하였는지 여부

51) 김근주, “경영상 해고에서 ‘합리적이고 공정한 대상자 선정’의 의미”, 『월간 노동리뷰』 2021년 9월호, 한국노동연구원, 131p

52) 대법원 2002.7.9. 선고 2001다29452 판결 ; 정리해고가 임법화되기 이전에는 판례에 의해 노동조합만이 아니라 해고 대상근로자와의 협의도 필요하다고 판단하고 있었다.

53) 대법원 2002.7.9. 선고 2001다29452 판결

- i) 해고 무렵인 2014년에 직원들의 기본급을 9.5% 인상하였는데, 이는 경영상 해고를 피하여 고용을 유지할 수 있는 여력이 있었음을 보여준다는 점,
- ii) 노동조합으로부터 교대조 변경 및 임금자진반납 방안을 제시받았음에도, 비상경영안을 관철하려고만 하였다는 점
- iii) 희망퇴직을 실시하기는 하였으나, 희망퇴직 그 자체만으로는 주된 해고 회피 조치가 된다고 보기 어렵다는 점

등을 고려하면, A사는 해고를 피하기 위한 노력을 다하였다고 보기 어렵다.

3. 합리적이고 공정한 대상자 선정기준을 정하였는지 여부

해당 사안에서는 A사의 전환배치대상자 선정기준이 사실상 경영상 해고대상자 선정기준으로 기능하였다고 볼 수 있으므로, 그 선정기준이 합리적이고 공정한지를 살펴보기로 한다.

- i) A사가 통신사업부 근로자 전환배치 기준에 관하여 B노동조합과 사전 협의를 통해 합의에 도달하였다고 보이지 않는다는 점,
- ii) 전환배치자 선정기준은 회사공헌도(근속연수)를 제외하고는 A사의 이해관계를 반영하는 요소가 90%나 차지하고 있다는 점,
- iii) 전환배치자 선정기준에 근로자의 건강상태, 부양가족의 유무, 재취업 가능성, 생계유지능력 등 근로자 개인의 주관적 사정을 반영하지 않았기 때문에, 업무상 재해를 입은 甲이나 상당기간 가족을 부양해야 할 사정이 있는 乙 등 사회적·경제적보호의 필요성이 있는 근로자마저 일률적으로 해고대상자에 포함하는 결과를 초래하였다는 점

등을 고려할 때, 객관적 합리성과 사회적 상당성을 가진 기준이라고 평가하기 어렵고, 그러한 기준을 공정하게 적용한 것이라고도 보기 어렵다.

4. 근로자 대표에 대한 통보 및 협의절차를 거쳤는지 여부

B노동조합은 전체 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이므로 경영상 해고시 사전통보 및 협의를 해야 할 근로자 대표에 해당한다.

그런데, A사는 B노동조합에 대하여 비상경영안을 수용할 것을 요구하기는 하였으나, B노동조합에 대하여 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등을 통보하거나 이를 성실하게 협의하였다고 볼 만한 사실은 보이지 아니한다.

따라서 경영상 해고시 근로자 대표에 대한 통보 및 협의절차를 거쳤다고 볼 수 없다.

IV 결론

A사가 甲과 乙에게 단행한 경영상 이유에 의한 해고는 네 가지 요건 모두를 갖추지 못하였으므로, 정당하지 않다.

- 사례 77 참고 내용 추가 -(270p에 추가)

[참조 : 유사기출문제]

A회사는 레저사업을 운영하는 법인으로 서울사업부와 강릉사업부를 두고, 상시 근로자 240명을 고용하고 있다.

A회사는 서울사업부에서 2019회계연도에 약 18억 원, 2020회계연도에 약 20억 원 등 2년간 상당한 금액의 영업손실이 발생하여 서울사업부를 구조조정하기로 결정하였다. 같은 기간 A회사 전체로는 2019회계연도에 약 37억 원, 2020회계연도에 약 45억 원의 영업이익이 발생하였으며, A회사의 신용등급과 현금흐름등급은 신용평가회사의 2020년 평가에서 최상위 등급으로 평가되었다. A회사의 재무제표는 법인 전체를 기준으로 작성되고, A회사 전체의 인사와 재무를 담당하는 부서에서 각 사업부 소속 근로자의 근로조건을 통합적으로 관리하였다.

A회사는 경영합리화를 목적으로 전체 근로자의 과반수로 조직된 A노동조합(이하 'A노조')과 협의하여 서울사업부 근로자를 대상으로 '통상임금 12개월분의 위로금 지급을 조건으로 하는 희망퇴직 실시 방안'을 공고하였다. 2021년 7월 구조조정 대상 근로자 24명 중 20명은 희망퇴직에 동의하였고, 희망퇴직을 거부한 甲 등 4명은 「근로기준법」 제24조에 따라 해고되었다.

[문] 甲은 자신이 소속한 서울사업부에는 영업손실이 발생하였더라도 법인 전체로는 영업이익이 발생하였으므로 '긴박한 경영상의 필요'가 인정되지 않는다고 주장한다. 甲의 주장은 정당한지 논하시오. (변호사시험 2022년 기출문제)

[참조판례 : 긴박한 경영상의 필요'가 있는지 여부에 관한 예외적으로 두 개의 법인을 종합하거나 한 법인의 특정 사업부문만을 따로 떼어 판단할 수 있는 경우]

동종의 사업을 하는 두 개의 법인이 동시에 정리해고를 하거나 한 법인의 특정 사업부문에 한하여 정리해고를 하는 경우, 정리해고가 정당하다고 하기 위한 요건으로서 '긴박한 경영상의 필요'가 있는지 여부에 관하여는 원칙적으로 정리해고를 하는 법인별로 이를 판단하여야 한다.

그러나 한 법인의 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어 있고 재무 및 회계도 분리되어 있을 뿐만 아니라 노동조합도 각 사업부문별로 조직되어 있고, 경영여건도 서로 달라지고 있다면 그 사업부문만을 따로 떼어 긴박한 경영상의 필요 여부를 판단할 수 있고,

한편 두 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문이 동종의 사업을 경영하여 그 업종이 처한 경기상황에 동시에 반응하며, 상호 인적·물적 설비가 엄격하게 분리되어 있지 않고, 노동조합도 각각이 아닌 단일 노조로 구성되어 두 법인과 동일적으로 교섭하고 있는 등 사실상 하나의 법인으로 운영되어 그 경영상황이 하나의 기업으로 볼 수 있을 정도로 상호 밀접한 관련이 있는 경우에는 두 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문의 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단할 수 있다.(대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30580 판결)

※ 태광산업 주식회사 화섬부분과 대한화섬 주식회사는 별개의 법인으로 설립되어 있기는 하나, 인사교류, 자재 공동구입, 단일노조, 대표이사 겸직, 자금지원 등의 면에서 사실상 1개 단위의 회사로 운영되어 온 점, 태광산업 화섬부분뿐만 아니라 대한화섬도 경영실적이 악화되어 장래 경영전망이 어두웠던 점, 태광산업 화섬부분과 대한화섬의 경영실적 악화는 화섬업계의 전반적 사양산업화에 기인한 것인 점에 비추어 보면 태광산업 화섬부분과 대한화섬의 경영상황은 상호 밀접한 관련이 있는 것으로 보이므로 이를 종합적으로 판단하여 볼 때, 이 사건 정리해고는 경영상 필요에 의한 것이라고 판단할 수 있다.

- 사례 81 참고 내용 추가 -(282p에 추가)

[심화 판례 : 우선재고용의무불이행에 따른 손해배상액과 중간수입의 공제]

사용자의 고용의무 불이행을 이유로 고용의무를 이행하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 손해배상으로 청구하는 경우, 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.

한편 사용자의 고용의무 불이행을 이유로 손해배상을 구하는 경우와 같이 근로관계가 일단 해소되어 유효하게 존속하지 않는 경우라면 근로기준법 제46조가 정한 휴업수당에 관한 규정을 적용할 수 없다.

(대법원 2020. 11. 26. 선고 2016다13437 판결)

- 사례 83 참고 내용 추가 -(288p에 추가)

[심화 판례 1]

1. 징계해고사유의 추약기재 가능 여부

근로기준법 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 효력이 있다고 규정하고 있는바, 이는 해고사유 등의 서면 통지를 통해 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하게 함과 아울러 해고의 준부및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 쉽게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이므로, 사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때는 근로자의 처지에서 해고사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있어야 하고, 특히 징계해고의 경우에는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위내용을 기재 하여야 하지만, 해고 대상자가 이미 해고사유가 무엇인지 구체적으로 알고 있고 그에 대해 충분히 대응할 수 있는 상황이었다고 하면 해고통지서에 징계사유를 추약해 기재하는 등 징계사유를 상세하게 기재하지 않았더라도 위 조항을 위반한 해고통지라고 할 수는 없다.

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

2. 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)

[심화 판례 2 : 갱신거절의 통보와 서면통지]

기간제 근로계약의 종료에 따른 사용자의 갱신 거절은 근로자의 의사와 관계없이 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료시키는 해고와는 구별되는 것이고, 근로관계의 지속에 대한 근로자의 신뢰나 기대 역시 동일하다고 평가할 수는 없다.

한편 근로기준법 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 효력이 있다고 규정하고 있는데 이는 해고사유 등의 서면통지를 통하여 사용자로 하여금 근로자를 해고하는데 신중을 기하도록 하고, 해고의 존부 및 시기와 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하며, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이다. 기간제 근로계약은 기간이 만료됨으로써 당연히 종료하는 것이므로 갱신 거절의 존부 및 시기와 사유를 명확하게 하여야 할 필요성이 해고의 경우에 견주어 크지 않고, 근로기준법 제27조의 내용과 취지에 비추어 볼 때 기간제 근로계약이 종료된 후 갱신 거절의 통보를 하는 경우**에**까지 근로기준법 제27조를 준수하도록 예정하였다고 보기 어렵다.

이러한 사정을 종합하면, 기간제 근로계약이 종료된 후 사용자가 갱신 거절의 통보를 하는 경우에는 근로기준법 제27조가 적용되지 않는다.(대법원 2021. 10. 28. 선고 2021두45114 판결)

[제2편 추록]

사례 2 교제 -(311p)

특수형태근로 종사자의 노조법상 근로자성

A회사는 초등학교용 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 겸업을 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] A회사가 B노조의 단체교섭 요구를 거부하는 이유가 정당한지 논하시오. (2022년 변호사시험 기출문제)

- | | |
|-------------------------------|-------------|
| I. 문제의 소재 | III. 사안의 검토 |
| II. 노동조합법상의 근로자에 대한 규정 및 판례법리 | IV. 결론 |
| 1. 노동조합법상 근로자의 의의 및 입법목적 | |
| 2. 노동조합법상 근로자의 판단기준 | |
| 3. 판례의 평가 | |

III 사안의 검토

A회사의 학습지 교사가 노동조합법상 근로자에 해당하는지를 검토하고자 한다.

i) 학습지 교사가 겸업을 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 전속되어 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 B노조와의 단체교섭을 거부한 것은 정당하지 않다.

IV 결론

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

사례 3 교제 -(315p)

취업자격없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성

외국 국적을 가진 ㄱ 등은 적법한 체류자격 없이 수도권에 소재한 회사들에서 다년간 임금근로자로 일해 왔다. ㄱ은 외국인 근로자들을 가입 대상으로 하는 X 노동조합을 설립하고자 관할 행정관청에 설립신고서를 제출하였다. 해당 행정관청은 외국인 근로자의 경우에는 노동조합의 설립을 위해 적법한 체류자격과 취업자격이 있어야 한다면서 조합원명부의 제출을 추가로 요구하였다. X 노동조합은 행정관청의 요구에 법률상 근거가 없다면서 응하지 않았다. 이에 해당 행정관청은 불법체류 외국인 근로자들을 가입 대상으로 하는 X 노동조합은 「노동조합 및 노동관계조정법」에 따른 적법한 노동조합으로 볼 수 없다는 이유를 들어 ㄱ이 제출한 노동조합 설립신고서를 반려하였다.

[문] ㄱ은 행정관청의 설립신고서 반려처분이 「노동조합 및 노동관계조정법」에 위반한다고 주장한다. ㄱ의 주장은 타당한가? (2021년 5급 행정고시 기출문제)

- | | |
|-------------------------------|-------------|
| I. 문제의 소재 | III. 사안의 적용 |
| II. 취업자격없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성 | IV. 결론 |
| 1. 노조법상 근로자의 의의 및 입법목적 | |
| 2. 취업자격 없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성 | |
| 3. 행정관청의 설립심사권의 한계 및 방식 | |

I 문제의 소재

행정관청은 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 심사를 통해 설립신고를 반려할 수 있다. 따라서 해당 사안에서는 i) 행정관청이 외국인 근로자로 구성된 노동조합 설립심사를 하면서 체류자격과 취업자격유무를 확인하기 위해 조합원 명부의 제출을 요구할 수 있는지 여부, ii) 외국인 노동조합의 구성원 상당수가 취업자격이 없는 미등록 외국인 근로자인 경우 노조법상 근로자의 범위에 해당되는 것인지가 문제된다.

II 취업자격없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성

1. 노동조합 및 노동관계조정법(이하 노조법)상 근로자의 의의 및 입법목적

노조법 제2조 제1호에서는 근로자를 ‘직업의 종류를 불문하고 임금·급료, 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’로 규정하고 있으며, 판례에 따르면 노조법상 근로자에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자 뿐만 아니라, 일시적으로 실업상태에 있는 자나 구직중인 사람을 포함하여 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함된다고 한다.

2. 취업자격 없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성

(1) 출입국관리법령상 외국인고용제한규정의 취지와 성격

출입국관리 법령에서 외국인고용제한규정을 두고 있는 것은 “취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서 근로자로서의 신분에 따른 노동 관계법상의 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 규정으로는 보기 어렵다”고 판시하고 있다.

(2) 취업자격없는 외국인 근로자의 노조법상 근로자성

따라서 노동조합법상의 근로자성이 인정되는 한, 그러한 근로자가 외국인인지 여부나 취업자격의 유무에 따라 노동조합법상 근로자의 범위에 포함되지 아니한다고 볼 수는 없다.

물론, 외국인 근로자의 노조법상 지위가 인정된다고 해서 출입국관리법상 지위가 합법화되는 것은 아니다.

3. 행정관청의 설립심사권의 한계 및 방식

(1) 설립신고주의의 의의

실질적 요건을 갖춘 근로자단체가 설립신고서에 규약을 첨부하여 행정관청에 설립신고를 하고 신고증을 교부받으면 노동조합법상의 노동조합으로 인정되는데, 노동조합법 제10조 제 1항에 따르면 설립신고서에는 조합원수 등이 기재되어야 하나, 조합원명부는 기재할 의무가 없다.

노동조합법은 노동조합 설립에 대해서 신고주의를 채택하고 있는데, 그 취지는 노동조합의 설립의 자유를 보장하면서, 노동조합이 자주성과 민주성을 갖춘 조직으로 존속할 수 있도록 노동조합을 보호·육성하고 그 지도·감독하도록 노동정책적인 고려에서 마련된 것이라 할 수 있다.⁵⁴⁾

(2) 설립심사권의 한계 및 설립심사의 방식

가. 설립심사권의 한계

행정관청의 설립심사가 자의적으로 진행된다면, 노조자유설립주의의 원칙에 반하여 근로자의 단결권을 제약하고 노동조합 설립을 사실상 허가제로 변질시킬 우려가 있으므로,⁵⁵⁾ 행정관청의 심사권은 노동조합의 자주성·민주성 확보를 위한 최소한도에 그쳐야 할 것이다.⁵⁶⁾

나. 설립심사의 방식

설립심사의 방식에 대하여는 i) 노조자유설립주의의 원칙상 서면심사위주의 형식적 심사에 그쳐야 한다는 형식적 심사설, ii) 자주적이고 민주적인 단결권 행사를 보장하기 위하여는 실제로 심사해야 한다는 실질적 심사설이 대립하고 있다.

54) 대법원 1997.10.14. 선고 96누9829 판결[노동조합설립신고증교부(수리)처분취소]

55) 임종률, 위의 책, 61p

56) 하경효, 위의 책, 313p

판례는 설립심사제도의 취지가 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추지 못한 노동조합의 난립을 방지함으로써 근로자의 자주적이고 민주적인 단결권 행사를 보장하려는 데 있는 점을 고려하여 행정관청이 노동조합법 제2조 제4호 각 목에 해당하는지 여부를 실질적으로 심사할 수 있다고 한다. 다만, 판례에 따르면, 행정관청은 일단 제출된 설립신고서와 규약의 내용을 기준으로 노동조합법 제2조 제4호 각 목의 해당 여부를 심사하되, 설립신고서를 접수할 당시 그 해당 여부가 문제된다고 볼 만한 객관적인 사정이 있는 경우에 한하여만 설립신고서와 규약 내용 외의 사항에 대하여 실질적인 심사를 거쳐 반려 여부를 결정할 수 있다고 한다.⁵⁷⁾

따라서 그와 무관하게 외국인근로자의 취업자격유무를 확인하기 위한 서류의 제출을 요구하고, 그 서류에 따라 취업자격없음을 이유로 해서, 노동조합 설립신고서를 반려해서는 안될 것이다.

III 사안의 적용

노동조합 설립신고서의 기재사항에 조합원수는 포함되지만, 조합원 명부는 포함되지 아니한다. 또한 행정관청은 설립신고를 심사하면서 조합원들의 체류자격과 취업자격 유무를 확인하기 위한 서류를 요구할 수 없으므로, X노동조합이 조합원 명부를 제출하지 아니하였다는 이유로 설립신고를 반려한 것은 정당하지 않다.

또한 취업자격의 유무에 따라 노동조합법상의 근로자의 범위가 달라지는 것은 아니므로, X노동조합의 조합원이 불법체류 외국인 근로자라는 것을 이유로 행정관청이 설립신고를 반려한 것도 정당하지 않다. 따라서 행정관청의 설립신고서 반려처분이 노동조합법에 위반된 행정관청이 A노동조합의 설립신고를 반려한 것은 정당하지 않다.

IV 결론

행정관청이 조합원 명부를 제출하지 않았다는 점, 그리고 불법체류 외국인 근로자들을 가입대상으로 하고 있다는 점 등을 이유로 X노동조합의 설립신고를 반려한 것은 노동조합법상 정당하지 않다. 따라서 丁의 주장은 타당하다.

57) 대법원 2014.4.10. 선고 2011두6998 판결[노동조합설립신고반려처분취소]

사례 7 추가 -(325p)

무자격 노조

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.

A사와 C컨설팅은 D노조가 설립된 이후 직원들에게 D노조의 조합원이 될 것을 독려했으며, D노조를 A사의 과반수 노동조합으로 만들기 위한 방안을 지속적으로 논의하였다. 실제로 A사와 C컨설팅의 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 무효확인의 소를 제기하였다.

[문] B노조의 주장이 인용될 수 있을지를 논하시오.(단, D노조가 노동조합으로서의 지위를 가지고 있는지만을 논하고, 민사소송의 쟁점사항은 별도로 논하지 마시오)

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

- | | |
|------------------------|------------------|
| I. 문제의 소재 | III. 무자격조합의 법적지위 |
| II. 노동조합의 실질적 요건과 설립신고 | 1. 무자격조합의 의의 |
| 1. 노동조합의 실질적 요건 | 2. 무자격조합의 법적 지위 |
| 2. 노동조합의 설립신고 | IV. 사안의 적용 |
| | V. 결론 |

I 문제의 소재

B노조는 이미 행정관청에 의하여 설립신고증이 교부된 D노동조합을 상대로 그 설립이 무효임을 다투고 있다. 그런데, 노동조합의 설립신고가 행정관청에 의하여 형식상 수리된 경우에도 노동조합의 실질적 요건을 갖추지 못한 경우, 그 설립이 무효로서 노동조합으로서의 지위를 가지지 않는 것인지가 문제된

다.

II 노동조합의 실질적 요건과 설립신고

1. 노동조합의 실질적 요건

헌법 제33조 제1항에 따르면 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정되어 있으며, 노동조합법 제2조 4호는 노동조합의 개념에 관하여 “노동조합이란 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 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.

(1) 노동조합의 적극적 요건

노동조합법 제2조 4호의 본문에서 볼 수 있듯이 노동조합의 적극적 요건은 근로자의 주체성과 자주성, 근로조건의 유지·개선 등의 목적성, 단체성이라 할 수 있다.

가. 근로자의 주체성과 자주성

근로자의 주체성과 자주성이란 노동조합은 근로자가 주체가 되어 외부의 지배나 개입을 받지 않고 운영되어야 함을 말한다.

근로자가 주체가 된다는 것은 양적으로 노동조합법 제2조 제1호가 정의하는 근로자가 조합의 구성원이 되어야 한다는 것을 의미하고, 질적으로는 노조의 운영 및 활동을 주도하는 지위에 서는 것을 의미한다.⁵⁸⁾

그리고 ‘자주적’이라 함은 근로자 단체가 사용자 뿐 아니라 국가·정당·종교단체 등 외부세력의 간섭에서 독립하여 조직·운영되는 것을 의미한다.⁵⁹⁾

나. 목적성

목적성이란 노동조합은 ‘근로조건의 유지·개선, 그 밖에 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적’으로 해야 함을 말한다. 복리사업이나 정치활동도 노동조합의 활동으로 할 수는 있지만, 이러한 것들이 주된 목적인 단체는 노동조합이라 할 수 없다.

다. 단체성

단체성이란 함은, 노동조합은 2인 이상의 근로자로 조직된 계속적인 결사체여야 함을 의미한다.

(2) 노동조합의 소극적 요건 - 결격사유

한 편 노동조합이라 할 수 있으려면 ① 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하지 않을 것 ② 경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받지 않을 것 ③ 공제·수양, 그 밖의

58) 김유성 II, 58p

59) 김유성 II, 58p

복리사업만을 목적으로 하지 않을 것 ④ 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하지 않을 것 ⑤ 주로 정치 운동을 목적으로 하지 않을 것 등의, 노동조합법 제2조 제4호 단서에 나와 있는 소극적 요건도 충족해야 한다.

이러한 제2조 4호의 단서는 같은 호의 본문에서 정하고 있는 적극적 요건 중 특히 근로자의 주체성과 자주성에 부정적 영향을 줄 수 있는 경우 및 목적성에 위배되는 경우를 소극적 요건으로 정한 것이라 할 수 있다.⁶⁰⁾

2. 노동조합의 설립신고

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.

III 무자격조합의 법적지위

1. 무자격조합의 의의

무자격조합이란 노동조합의 실질적 요건을 갖추지 못한 노동조합이라 할 수 있다.

2. 무자격조합의 법적 지위

(1) 실질적 요건과 형식적 요건을 다 결여한 경우

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

(2) 신고증은 교부받았으나 실질적 요건을 결여한 경우

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.⁶¹⁾

판례에 따르면,

i) 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 개입하려는 사용자의 부당노동행위에 의해 노동조합이 설립된 것에 불과하거나,

60) 이상윤 13판, 571p

61) 대법원 1996.6.28. 선고 93도855 판결 참조

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.⁶²⁾

한 편 “단체교섭의 주체가 되고자 하는 노동조합으로서는 위와 같은 제약에 따르는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 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”는 것이 판례의 태도이다.⁶³⁾

이러한 판례는 노동조합의 자주성을 적극적인 관점에서 확인할 수 있다는 점을 보여주고 있으며, 동시에 노동조합이 다른 노동조합의 자주성을 확인해 달라고 요구할 수 있다는 점을 확인해 준 최초의 대법원 판례로서 의미가 있다.⁶⁴⁾

IV 사안의 적용

노동조합법의 취지에 따르면 노동조합은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 조직한 단체임을 요하고 그 목적은 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함에 있어야 한다.

사안에 따르면 A사와 C컨설팅이 D노조의 설립 과정 전반에 관한 사항을 구체적으로 논의하고, 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.

즉 A사는 B노조의 세력을 약화시키고, 새로운 노동조합을 설립하여 교섭대표노동조합의 지위를 확보하게 할 목적으로 치밀한 기획하에 D노조를 설립, 운영했다고 볼 수 있다.

따라서 D노조는 노동조합으로서의 자주성 및 독립성을 갖추지 못하였다고 보아야 한다.

62) 대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결

63) 또한 판례는 “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 사실들을 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”고 판시하고 있다

64) 김근주, “노동조합의 자주성에 관한 법적 판단”, 『월간노동리뷰』 2021년 4월호, 한국노동연구원, 100p 참조

그런데, D노조의 설립신고가 행정관청에 의해서 형식상 수리되었더라도 헌법 제33조 제1항과 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 실질적 요건을 갖추지 못한 경우, 그 설립 자체가 무효로서 노동조합의 지위를 가지지 않는다고 보아야 한다. D노조의 설립이 무효라는 확인을 구한 B노조의 주장은 인용될 수 있을 것이다.

V 결론

D노조는 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추지 못하였으므로, 노동조합의 지위를 가지지 않는다. 따라서 D노조의 설립에 대한 무효확인 소를 제기한 B노조의 주장은 인용될 수 있을 것이다.

[해당 사안의 추가 판례 법리]

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·적절한수단이 될 수 있는 경우에는 예외적으로 확인의 이익이 인정된다. (대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결)

2. 어느 한 노조가 다른 노조를 상대로 노동조합 설립무효확인 소를 제기할 수 있는지 여부

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), 교섭대표노동조합이 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.

그러므로 단체교섭의 주체가 되고자 하는 노동조합으로서 위와 같은 제약에 따르는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 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. 노동조합의 설립이 무효인 하자가 해소되거나 치유되지 아니한 채 존재하는지를 판단하는 기준 시점

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.

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)

사례 14 사안의 적용과 결론 변경 -(356p)

III 사안의 적용

사안에서 A회사는 甲에 대하여 일반 근로자의 통상근로시간인 2,800시간보다 약 200시간이나 많은 3,000시간분의 급여를 지급하였다.

이는 비록 고시된 근로시간면제한도내에 있기는 하나, 해당 급여는 근로제공의무가 면제되는 시간에 상응하지 않고 있으며, 동종 혹은 유사업무에 종사하는 동일 또는 유사직급·호봉의 일반 근로자의 통상근로시간과 근로조건등을 기준으로 판단하여 볼 때, 사회통념상 수긍할 만한 합리적인 범위를 초과할 정도로 과도한 것으로 보아야 할 것이다.

따라서 구법하에서의 판례에 따르면, A회사가 지배·개입의 적극적·구체적인 의도나 동기는 없었다 하더라도 과도한 급여지급이 모두 법상 허용되는 경우가 아님을 인식하고서 행위한 것이므로 그 행위자체로 지배·개입의사를 인정할 수 있다 할 것이다.

다만, 개정된 법률에 따르면 해당 급여지급은 근로시간면제한도내에 있으므로, 부당노동행위에 해당하지 않는다고 볼 수도 있으나, 개정된 법률하에서의 판례는 없으므로, 구법하에서의 판례에 따라 사안을 적용하기로 한다.

따라서 구법하에서의 판례에 따라 판단하면, A회사가 甲에 대하여 3,000시간분의 급여를 지원한 행위는 부당노동행위에 해당한다.

IV 결론

A회사가 甲에 대하여 3,000시간분의 급여를 지원한 행위는 타당한 근거없이 과도하게 책정된 급여를 지급한 것이므로, 부당노동행위에 해당한다.

- 사례 16, 17, 18. 목차 추가 -(363p, 367p, 371p)-

5. 시기수단방법의 정당성 판단시, 고려사항

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 하여⁶⁵⁾, 그 정당성을 객관적으로 실질적인 관점에서 판단하도록 하고 있다.

- 사례 18. 심화판례 추가 -(374p)

[심화판례 : 사용자에 대한 고소·고발·진정]

노동조합 또는 노동조합의 대표자가 사용자 측을 근로기준법이나 노동조합 및 노동관계조정법 위반 등으로 수사기관 등에 고소·고발·진정한 내용에 과장되거나 왜곡된 부분이 있더라도, 그것이 대체로 사실에 기초하고 있고 그 목적이 사용자에 의한 조합원들의 단결권 침해를 방지하거나 근로조건에 관한 법령을 준수하도록 하는 것이라면 고소·고발 등은 노동조합의 정당한 활동범위에 속하는 것으로 보아야 하므로, 이를 이유로 노동조합의 대표자에게 불이익을 주는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다.(대법원 2020. 8. 20. 선고 2018두34480 판결)

65) 대법원 2020.7.29. 선고 2017도2478 판결)

- 사례 21 변경 -(383p)-

단위노조 지부의 단체교섭 당사자성

A회사는 상시 근로자 100명을 고용하여 자동차 부품을 생산·판매하는 주식회사이다. A회사 내에는 A회사 근로자를 조직대상으로 하는 전국단위 산업별 노동조합인 전국자동차산업노동조합 A회가지부가 2018. 3. 10. 적법하게 설립되어 현재 노동조합 활동을 하고 있다. A회가지부는 지부장을 비롯하여 사무국장, 조직국장 등 노동조합 임원을 두고 있고, A회가지부 규약 제7조(노동조합 가입자격)는 “A회사에 재직하고 있는 근로자로서 부장 이하의 직급자는 노동조합에 가입할 자격을 갖는다. 다만, 경리직 및 인사부에 근무하는 경우 해당 근무기간 동안은 노동조합의 조합원 자격이 정지된다.”고 규정하고 있다. 실제로 A회사 근로자 가운데 노동조합 가입 자격이 있는 근로자 80명 전원이 A회가지부에 가입하고 있으며, A회사 근로자 가운데 A회가지부 외의 노동조합에 가입한 자는 없다. 그런데 A회가지부는 지부로서 노동조합 설립신고를 하지 않았다. 한편 2018. 3. 31. 단체교섭의 결과로 A회사와 A회가지부는 2018. 4. 1.부터 2020. 3. 31.까지를 유효기간으로 하는 단체협약을 체결하였다.

[문] A회사는 A회가지부의 경우 노동조합설립신고도 하지 않아 처음부터 단체 협약을 체결할 당사자 지위를 갖고 있지 않다고 주장한다. A회사 주장의 정당성에 관하여 논하시오. (2021년 공인노무사 기출문제)

- | | |
|------------------------------------|-------------|
| I. 논의의 쟁점 | III. 사안의 적용 |
| II. 단체교섭의 근로자측 당사자 및 단위노조 지부의 당사자성 | IV. 결론 |
| 1. 단체교섭의 근로자측 당사자 | |
| 2. 단위노조 지부의 ‘단체교섭의 당사자’성 | |

I 논의의 쟁점

A회가지부에 대해서 단체교섭의 당사자로서의 지위를 인정한다면, A사와 단체협약을 체결할 수 있을 것이다. 따라서 초기업노조인 전국자동차산업노동조합의 A회가지부를 단체교섭의 당사자로 인정할 수 있는지가 쟁점이다. 특히 A회사는 A회가지부가 노동조합 설립신고를 하지 않았다는 것을 주장하고 있는데, 노동조합설립신고를 하지 않은 경우, 단체교섭의 당사자로서의 지위를 인정할 수 없는 것인지도 쟁점이다.

II 단체교섭의 근로자측 당사자 및 단위노조 지부의 당사자성

1. 단체교섭의 근로자측 당사자

단체교섭의 당사자란 자기의 이름으로 단체교섭을 하고 그 법적 효과가 귀속되는 주체를 말한다.⁶⁶⁾

특히 단체교섭권은 그 성질상 단체를 통하여 행사할 수 있으므로 근로자측에서는 근로자 또는 노동조합의 대표자 개인이 아니라 노동조합이 교섭당사자가 된다. 따라서 단위노조는 당연히 교섭 당사자가 된다 할 것이다.

2. 단위노조 지부의 '단체교섭의 당사자'성

지부나 분회 등 단위노조의 산하조직의 경우 형식적인 측면에서는 독자적인 노동조합이 아니므로 독자적인 단체교섭의 당사자로서의 지위를 부정해야 하는가가 문제된다.

(1) 법령

특히 노동조합법 시행령 제7조에 따르면 “근로조건의 결정권이 있는 독립된 사업 또는 사업장에 조직된 노동단체는 지부·분회 등 명칭여하에 불구하고 법 제10조제1항의 규정에 의한 노동조합의 설립신고를 할 수 있다.”고 규정되어 있다. 따라서 설립신고를 필한 지부에 대해서만 단체교섭의 당사자 지위를 인정할 수 있는 것인지가 문제된다.

(2) 학설

가. 부정설(형식설)

지부 등 산하조직의 형식적 측면을 중시해 지부의 노동조합성을 부정하는 견해이다. 이 입장은 지부·분회 등 노동조합의 산하 조직은 노동조합의 효율적인 관리를 위한 내부 기구에 불과하기 때문에 그 자체로서 독자적인 노동조합이 될 수 없다고 보고 있으며, 이 경우 설령 지부로서의 독자적인 설립 신고를 한다고 하더라도 조합 활동성 인정 여부에는 영향을 미치지 않는다고 해석하고 있다.⁶⁷⁾

나. 제한적 긍정설(실질설)

지부·분회 등 산하조직의 독자적 실체성과 활동성을 중요시하면서, 지부·분회가 사단으로서의 조직성과 규약을 갖추고 있으며 독립적 조합활동을 하고 있으면 그 범위 내에서 교섭당사자가 될 수 있다는 견해이다.⁶⁸⁾ 이 입장은 산하조직이라는 형식적 측면보다는 실질적 측면을 중시해 어떤 단위노조의 산하조직으로 존재하고 있어도 실질적으로는 노동조합이라고 보는 입장이다.

(3) 판례의 태도 및 한계

가. 판례의 태도

판례는 분회나 지회의 독자적 실체성과 활동성을 중요시하여 “노동조합의 하부단체인 분회나 지부가 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립된 조직체로서 활동을 하는 경우” 노동조합법 시행령 제7조에 규정되어 있는 설립신고와 관계없이⁶⁹⁾ 단위노조의 분회나 지부도 독자적으로 단체교섭하

66) 김유성 II, 129p

67) 임종률 14판, 50-51p 참조

68) 김형배 25판, 1002p의 설명을 참조.

69) 노조법 시행령 제7조 규정의 취지는 산별노조를 사실상 강제하는 법제도하에서 산별노조의 기업별 지부 등을 실질적으로 기업별 노조로 운영할 수 있도록 하는데 있었다. 즉 기업별 지부 등에 설립신고를 허용하여 사실상 기업별 노조로 운영할 수 있도록 함으로써, 산별노조라는 조직형태를 실질적으로 강제하던 것을 정책적으로 포기한 것의 표현인

고 단체협약을 체결할 수 있는, 단체교섭의당사자가 될 수 있다고 한다.⁷⁰⁾

나. 판례의 한계

판례는 산하조직의 독립적 실체성과 활동성에 초점을 두고 단체교섭의 당사자성을 판단했지만, 초기업단위노조와 지부·분회 사이의 상대적·실질적 관계에 대해서는 특별한 언급을 하고 있지 않다는 한계가 있다.⁷¹⁾ 즉 단위노조의 규약이나 지부의 규약에서 교섭에 관해 정하고 있는 내용, 지부가 단위노조의 위임에 의해서만 교섭이 가능한지, 단위노조의 규약에서 지부의 교섭·협약체결 능력이 부정되고 있음에도 불구하고 관행상 지부가 교섭·협약체결을 행하여 왔는지 등에 대해서는 특별한 언급을 하고 있지 않다는 점이 한계로 지적되고 있다.⁷²⁾

또한 판례는 지부·분회의 교섭·협약체결능력에 대한 판단기준과 노조로서의 실질적요건을 충족하고 있지만 설립신고라는 형식적 요건을 갖추고 있지 않은, 소위 법외노조 판단기준 간에는 어떠한 관계가 있는 것인지 분명하게 제시하지 않고 있다는 한계가 있다.⁷³⁾

III 사안의 적용

A회사지부는 노동조합 설립신고를 하지는 않았다.

하지만, A회사지부는 독자적인 규약을 두고 있으며, 지부장과 사무국장, 조직국장 등 집행기관을 가지고서, 80명이 A회사지부에 가입하여 활동하는 등 독립된 조직체로서 활동을 하고 있다.

따라서 해당 사안을 판례에 따라 검토하면, A회사지부는 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립된 조직체로서 활동을 하는 경우이므로, 설립신고와는 무관하게 단체교섭의 당사자로서의 지위를 인정할 수 있을 것이다.

IV 결론

A회사지부는 설립신고를 하지 않았더라도 단체협약을 체결할 당사자 지위를 갖고 있으므로, A회사의 주장은 정당하지 않다.

것이다(노동판례백선(이승욱), 288p).

70) 대법원 2001.2.23. 선고 2000도4299 판결 ; 대법원 2008.1.18. 선고 2007도1557 판결 등

71) 조용만·김홍영 4판, 516p

72) 조용만·김홍영 4판, 516p

73) 즉 교섭·협약체결능력이 있는 지부를 법외노조로 보아야 하는 건지, 아니면 법내노조와 법외노조 사이의 어딘가에 위치하는 제3의 유형의 단결체로 보아야 하는지가 명확하게 제시되지 않고 있는 것이다.

- 사례 47 변경 -(469p)-

자동연장협정

A회사는 상시 근로자 100명을 고용하여 자동차 부품을 생산·판매하는 주식회사이다. A회사 내에는 A회사 근로자를 조직대상으로 하는 전국단위 산업별 노동조합인 전국자동차산업노동조합 A회사지부가 2018. 3. 10. 적법하게 설립되어 현재 노동조합 활동을 하고 있다.

한편 2018. 3. 31. 단체교섭의 결과로 A회사와 A회사지부는 2018. 4. 1.부터 2020. 3. 31.까지를 유효기간으로 하는 단체협약을 체결하였다. 단체협약 제29조는 “A회사는 해외 법인 설립을 하고자 하는 경우 A회사지부의 동의를 구하여야 한다”는 조항을, 제49조는 “단체협약의 유효기간이 경과한 후에도 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 때에는 새로운 단체협약이 체결될 때까지 종전 단체협약이 효력을 유지한다”는 조항을, 나아가 제50조는 “A회사는 단체협약 해지권을 행사하지 않는다”는 조항을 각각 두고 있다.

여기서 단체협약 유효기간 종료일 앞두고 A회사와 A회사지부 사이에 A회사의 해외 진출과 그에 따른 해외 법인 설립 등과 관련하여 A회사지부와 수차례에 걸쳐 단체교섭을 하였으나 상호 간에 이견을 좁히지 못한 채 단체협약의 유효기간이 경과하였고, 이에 A회사는 2020. 4. 30. A회사지부에 단체협약을 해지한다고 통보하였고, 2020. 11. 1.자로 단체협약이 해지되었다.

[문] A회사지부는 단체협약이 해지된 것은 A회사가 단체협약 제50조를 위반한 것으로서 무효라고 주장한다. A회사지부 주장의 정당성에 관하여 논하시오. (2021년 공인노무사 기출문제 / A회사지부는 노동조합법상 노동조합으로서의 법적지위를 가지는 것으로 전제하세요)

- | | |
|-----------------------------------|-------------|
| I. 문제의 소재 | III. 사안의 적용 |
| II. 자동연장협정시, 일방적인 단체협약 해지제한조항의 효력 | IV. 결론 |
| 1. 자동연장협정의 의의 및 종류 | |
| 2. 자동연장협정 해지권의 의의 및 제한조항의 효력 | |

I 문제의 소재

A회사와 A회사지부는 단체협약에서 자동연장협정을 체결하고 있는데, A회사의 단체협약 해지 제한조항도 두고 있다. A회사지부는 단체협약 해지제한조항을 근거로 A회사의 단체협약 해지를 무효라고 주장하고 있으므로, 이러한 일방의 단체협약 해지제한조항이 효력이 있는지가 문제된다.

II 자동연장협정시, 일방적인 단체협약 해지제한조항의 효력

1. 자동연장협정의 의의 및 종류

(1) 자동연장협정의 의의

단체협약의 유효기간은 3년을 초과하지 않는 범위에서 노사가 합의하여 정할 수 있으며, 단체협약에 그 유효기간을 정하지 아니한 경우 또는 3년의 기간을 초과하는 유효기간을 정한 경우에 그 유효기간은 3년으로 한다. (노조법 제32조 제1항, 제2항)

그런데 “단체협약에 그 유효기간이 경과한 후에도 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 때에는 새로운 단체협약이 체결될 때까지 종전 단체협약의 효력을 존속시킨다는 취지의 별도의 약정이 있는 경우에는 그에 따르”는데, 이를 자동연장협정(혹은 자동연장조항)이라 한다. (노조법 제32조 제3항 단서 전단)⁷⁴⁾

자동연장협정은 단체협약 자치의 원칙을 어느 정도 존중하면서 단체협약 공백 상태의 발생을 가급적 피하려는 취지에서 노동조합법이 허용한 것이라 할 수 있다.⁷⁵⁾

(2) 자동연장협정의 종류

가. 확정기한부 자동연장협정

일정한 기한을 정해놓고 그 기한까지만 해당 단체협약의 유효기간을 연장하는 협정이다. 예를 들어 ‘6개월 동안’처럼 일정한 기간 동안만 효력연장을 약정하는 것이다.

일정한 기한까지 단체협약의 공백상태의 발생을 피하기 위한 취지라 할 수 있다.

나. 불확정기한부 자동연장협정

일정한 기한 제한을 두지 아니하고 유효기간이 경과한 단체협약의 효력을 새로운 단체협약 체결 시까지 연장하기로 하는 협정이다.

불확정기한부 자동연장협정은 단체협약 자치의 원칙을 어느 정도 존중하면서 단체협약 공백 상태의 발생을 가급적 피하려는 취지에서 우리 노조법이 허용한 것이라 할 수 있다.⁷⁶⁾

2. 자동연장협정 해지권의 의의 및 제한조항의 효력

(1) 자동연장협정 해지권의 의의

노조법 제32조 제3항 단서 후단에 따르면 자동연장협정을 두고 있는 경우라도 “당사자 일방은 해지하고자 하는 날의 6월전까지 상대방에게 통고함으로써 종전의 단체협약을 해지할 수 있다”고 하여 새로운 단체협약의 체결 전에도 종전 단체협약의 연장적용을 저지할 수 있도록 하고 있다.

74) 이러한 자동연장조항협정을 두고 있는 경우 위 조항이 적법하게 해지되지 않는 한 당사자 일방이 그 유효기간의 연장에 반대한다고 하더라도 단체협약의 유효기간은 그 조항내용에 따라 새로운 단체협약이 체결될 때까지 연장되는 것이 원칙이다.

75) 대법원 2015.10.29. 선고 2012다71138 판결 참조

76) 대법원 2015.10.29. 선고 2012다71138 판결 참조

특히 불확정기한부 자동연장협정에 대하여 당사자 일방의 해지권을 인정하고 있는 노조법의 입법취지에 대해 판례는 “단체협약의 내용을 시의에 맞고 구체적 타당성이 있게 조정해 나가도록 단체협약의 유효기간을 3년으로 제한한 입법 취지가 훼손됨을 방지하고⁷⁷⁾ 당사자로 하여금 장기간의 구속에서 벗어날 수 있도록 하고 아울러 새로운 단체협약의 체결을 촉진하기 위하여”라고, 밝히고 있다.⁷⁸⁾

즉, 판례는 노조법 제32조 제3항 단서에 따른 해지권조항을 강행규정으로 파악하고 있다.

(2) 자동연장협정 해지권 제한조항의 효력

따라서 불확정기한부 자동연장협정의 해지권을 규정하고 있는 노동조합법 제32조 제3항 단서는 성질상 강행규정이므로, “당사자 사이의 합의에 의하더라도 단체협약의 해지권을 행사하지 못하도록 하는 등 적용을 배제하는 것은 허용되지 않는다”는 것이 판례의 태도이다.⁷⁹⁾

또한 판례에 따르면 자동연장협정을 두고 있는 경우 당사자 일방은 종전의 단체협약을 6월의 기간을 두고 해지할 수 있으며, 법률규정에 의한 효력연장의 요건처럼 당사자 쌍방이 새로운 단체협약을 체결하고자 단체교섭을 계속하여야만 해지권을 행사할 수 있는 것은 아니라고 판시하고 있다.⁸⁰⁾ 즉 당사자 쌍방이 새로운 단체협약을 체결하기 위해 단체교섭을 계속하고 있지 않은 경우라도 당사자 일방은 불확정기한부 자동연장협정에 대한 해지권을 행사할 수 있다고 한다.

III 사안의 적용

A회사와 A회사지부는 유효기간을 2년으로 하는 단체협약을 체결했는데, 제49조에 따라 불확정기한부의 자동연장협정을 체결한 것을 알 수 있다.

그런데, 단체협약 제50조에는 단체협약 해지권 제한조항을 두고 있다.

판례에 따르면 단체협약의 해지권을 인정하고 있는 노조법 제32조 제3항 단서는 성질상 강행규정이어서, 당사자 사이의 합의에 의하더라도 단체협약의 해지권을 행사하지 못하도록 하는 등 적용을 배제하는 것은 허용되지 않는다⁸¹⁾. 따라서 단체협약 제50조를 위반하여 단체협약이 해지된 것이 무효라는 A회사지부의 주장은 정당하지 않다.

또한 A사와 A회사 지부가 새로운 단체협약을 체결하고자 단체교섭을 계속하고 있는 상

77) 한 편 우리나라가 법으로 단체협약의 유효기간을 2년으로 제한하고 있는 입법취지에 대하여 판례는 “단체협약의 유효기간을 너무 길게 하면 사회적·경제적 여건의 변화에 적응하지 못하여 당사자를 부당하게 구속하는 결과에 이를 수 있어 단체협약을 통하여 적절한 근로조건을 유지하고 노사관계의 안정을 도모하고자 하는 목적에 어긋나게 되므로, 유효기간을 일정한 범위로 제한하여 단체협약의 내용을 시의에 맞고 구체적 타당성이 있게 조정해 나가도록 하자는 데에 그 뜻이 있다”고 그 취지를 판시하고 있다(대법원 2015.10.29. 선고 2012다71138 판결 참조).

78) 대법원 2015.10.29. 선고 2012다71138 판결 참조

79) 대법원 2016.3.10. 선고 2013두3160 판결

80) 제32조 제3항 단서의 규정에 의한 해지권은 종전의 단체협약에 그러한 자동연장협정이 있어 그에 따라 효력이 존속되는 종전의 단체협약을 6월의 기간을 두고 해지할 수 있는 권리이므로, 위 법 제32조 제3항 본문의 ‘당사자 쌍방이 새로운 단체협약을 체결하고자 단체교섭을 계속하였음에도 불구하고 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 경우’에 해당하여야만 위 법 제32조 제3항 단서의 규정에 의한 해지권을 행사할 수 있다고 할 것이 아니다 (대법원 2002.3.26. 선고 2000다3347 판결)

81) 대법원 2016.3.10. 선고 2013두3160 판결

황이 아니었다고 하더라도 A회사는 노동조합법 제32조 제3항 단서에 따라 단체협약의 해지권을 행사할 수 있다.

사안에 따르면, A회사는 단체협약이 해지되는 2020.11.1자의 6월전인 2020.4.30에 해지통보를 하였으므로, 단체협약은 적법하게 해지되었다. ,

따라서 A회사지부의 주장은 정당하지 않다.

IV 결론

단체협약상 일방적인 단체협약 해지제한 조항이라고 할 수 있는 단체협약 제50조는 강행규정인 노동조합법 제32조 제3항 단서조항을 위반한 것이어서, 효력이 없다. 따라서 단체협약 해지가 단체협약 제50조 위반으로써 무효라는 A회사지부의 주장은 정당하지 않다.

- 사례 56 변경 -(502p)-

쟁의행위의 정당성 - 평화의무 위반

B회사는 상시 근로자 50명을 고용하여 선박 부품을 제조판매하는 주식회사이다. B회사에는 B회사 근로자 가운데 노동조합 가입 자격이 있는 근로자 모두가 가입하고 있는 B회사노동조합이 설립되어 있으며, B회사에는 B회사노동조합 외에 다른 노동조합에 가입한 자는 없다. B회사와 B회사노동조합은 2021. 6. 20. 유효기간을 2021. 7. 1.부터 2022. 6. 30.까지로 하는 임금협약을 체결하였다. 임금협약 제2조는 “기본급은 1%를 인상하되, 경영성과에 따라 성과급을 지급하기로 한다.”고 규정하고 있다. 그런데 2021. 7. 5. B회사 노동조합은 동종 또는 유사 업종의 임금 인상 수준을 볼 때에 기본급 1% 인상은 너무 낮은 인상률이라고 하면서 B회사에게 임금에 대한 재교섭을 요구하였고, B회사가 이에 성실히 응하지 않을 경우 파업을 하겠다고 통보하였다. B회사는 2021. 7. 6. B회사노동조합에 임금 교섭은 이미 타결되었으므로 임금의 재교섭 요구에는 응할 수 없다고 통보하였고, 이에 B회사노동조합은 쟁의행위 찬반투표 등 적법한 파업절차를 거쳐서 2021. 8. 1.부터 전면 파업에 돌입하였다.

[문] B회사는 B회사노동조합의 파업은 정당하지 않다고 주장한다. B회사 주장의 정당성에 관하여 논하시오.
(2021년 공인노무사 기출문제)

- | | |
|-------------------------|-------------|
| I. 문제의 소재 | III. 사안의 적용 |
| II. 평화의무를 위반한 쟁의행위의 정당성 | IV. 결론 |
| 1. 평화의무의 의의 및 영향의무 | |
| 2. 평화의무의 법적 근거 | |
| 3. 평화의무를 위반한 쟁의행위의 정당성 | |

I 문제의 소재

B회사노동조합은 단체협약 유효기간 중에 임금에 대한 재교섭을 요구하며, 파업을 했는데, 이러한 쟁의행위의 정당성을 인정할 수 있는지가 문제된다. 즉 평화의무를 위반한 쟁의행위의 정당성이 쟁점이라고 할 수 있다.

II 평화의무를 위반한 쟁의행위의 정당성

1. 평화의무의 의의 및 영향의무

평화의무라 함은 협약 당사자가 단체협약에서 이미 정한 근로조건이나 기타 사항의 변경개폐를 요구하는 쟁의행위를 단체협약의 유효기간 중에 하지 않을 의무를 말한다. 단체협약에 규정되지 않은 사항이나 차기 단체협약의 체결을 위한 단체교섭이나 쟁의행위에는 평화의무가 적용되지 않는다는

것이 일반적 견해이며, 판례의 입장이기도 하다.⁸²⁾

그리고 평화의무는 이론상 당사자 쌍방에 부과된 의무이나 사실상 노동조합의 의무로 기능하며, 평화의무에는 영향의무가 포함되어 있다.⁸³⁾ 판례도 ‘노동조합은 단체협약 유효기간 중에 조합원들에게 대하여 통제력을 행사하여 쟁의행위를 행하지 못하게 방지하여야 할 의무를 지니고 있다’고 하여, 영향의무를 인정하고 있다.⁸⁴⁾

2. 평화의무의 법적 근거

평화의무의 근거에 관해서는,

- i) 평화협정이라는 단체협약의 내재적 성질에서 필연적으로 생긴다는 견해(내재설),
 - ii) 협약당사자 사이의 묵시적 합의에 따라 발생하는 의무로 보는 견해(묵시적 합의설),
 - iii) 이미 체결한 협약내용이 불만스럽다 하여 유효기간 도중에 변경하기 위하여 쟁의행위를 하는 것은 신의칙상 허용되지 않는다는 견해(신의칙설) 등이 대립하고 있다.⁸⁵⁾
- 어느 견해에 따르더라도 평화의무는 협약당사자 사이에 명시적 약정이 없더라도 당연히 발생한다는 점에서는 동일하다.

3. 평화의무를 위반한 쟁의행위의 정당성

(1) 학설

평화의무위반의 쟁의행위가 행해진 경우 평화의무위반에 대한 책임 이외에 쟁의행위의 정당성 자체가 당연히 부정되는가, 하는 점이 문제되는데, 학설에서는 채무불이행의 책임만이 문제된다고 보는 견해가 지배적이며⁸⁶⁾, 쟁의행위의 정당성이 부정된다고 보는 견해도 있다.

(2) 판례

하지만, 판례는 평화의무가 노사관계의 안정과 단체협약의 질서 형성적 기능을 담보하는 것인 점, 노사관계를 평화적·자주적으로 규율하기 위한 단체협약의 본질적 기능이라는 점을 실시하며, 평화의무위반의 쟁의행위는 정당성이 부정된다는 견해를 취하고 있다.

따라서 사용자는 노동조합에 대하여 채무불이행책임은 물론 불법행위 책임도 물을 수 있고, 조합원에 대하여 징계처분을 할 수도 있다.

82) 조용만·김홍영 4판, 661p ; 판례에 따르면 “이러한 평화의무는 단체협약에 규정되지 아니한 사항이나 단체협약의 해석을 둘러싼 쟁의행위 또는 차기 협약체결을 위한 단체교섭을 둘러싼 쟁의행위에 대해서까지 그 효력이 미치는 것은 아니므로 단체협약 유효기간 중에도 노동조합은 차기의 협약체결을 위하여나 기존의 단체협약에 규정되지 아니한 사항에 관하여 사용자에게 단체교섭을 요구할 수 있다고 할 것이고 또한 단체협약이 형식적으로는 유효한 것으로 보이지만 단체협약을 무효라고 주장할 만한 특별한 사정이 인정되는 경우에도 노동조합으로서 단체협약의 유효기간 중에 사용자에게 단체협약을 무효라고 주장하는 근거를 제시하면서 기존의 단체협약의 개폐를 위한 단체교섭을 요구할 수 있다”고 한다(대법원 2003.2.11. 선고.2002두9919판결).

83) 대법원 1992.9.1. 선고 92누7733 판결

84) 대법원 1992.9.1. 선고 92누7733 판결

85) 임종률 14판, 161p 참조

86) 임종률 14판, 162p; 김유성 II, 241p ; 김형배 25판, 1057p (반대견해로는 이상윤 13판, 728p 참조)

III 사안의 적용

판례에 따라 해당사안을 판단하기로 한다.

1. B회사노동조합의 쟁의행위가 평화의무 위반인지 여부

B회사와 B회사노동조합이 체결한 단체협약의 유효기간은 2021.7.1.부터 2022.6.30.까지이다. 그리고 그 단체협약에는 기본급 1% 인상이 규정되어 있다.

따라서 B노동조합이 2021. 7. 5.에 이미 정한 기본급 1%인상의 변경을 요구하면서 쟁의행위를 한 것은 평화의무 위반이라고 할 수 있다. 즉 B노동조합은 평화의무를 위반하여 쟁의행위를 한 것이다.

2. B회사노동조합의 쟁의행위가 정당인지 여부

판례에 따르면 평화의무를 위반한 쟁의행위는 정당성을 상실한 것이므로, B회사노동조합의 쟁의행위는 정당하지 않다.

IV 결론

B노동조합은 평화의무를 위반하여 쟁의행위를 한 것이므로, 해당 파업이 정당하지 않다는 B회사의 주장은 정당하다.

- 사례 60 참조사례연구 변경 -(519p)-

[심화 사례연구 : 불법적인 대체근로를 저지하기 위한 피케팅의 정당성]

A사는 수자원을 관리하는 공기업으로서 수급업체인 B사와 용역위탁계약을 체결하여 시설관리업무, 청소 미화업무 등을 수행해 왔다.

그리고 B사에는 기업별 노동조합인 C노조가 결성되어 있다.

C노조는 B사와 임금인상을 두고 단체교섭을 하다가 단체교섭이 결렬되자, 노동쟁의 조정절차를 거쳐 2012.6.25. 파업에 돌입하였다.

그런데, B사는 A사의 업무를 수행하기 위해서 불법적인 대체근로자들을 투입하였다.

그런데, C노조의 위원장 甲은 해당 근로자들이 불법적인 대체근로자인지를 확인하기 위해서 신분확인을 요구하였으나, 불법적인 대체근로자들은 신분확인을 거부한 채 청소업무를 수행하려고 하였다.

이에 甲을 비롯한 C노조의 조합원들은 대체근로자들의 앞을 막으면서 청소를 그만두고 밖으로 나가라고 소리치는 등의 방식으로 대체근로자들의 청소업무를 방해하였다. 또한 甲은 대체근로자들에 의해 수거된 쓰레기를 복도에 투기하여 본관 건물 일부 공간의 미관이 일시적으로 훼손되었고, A사 직원들의 통행에 불편을 초래하였다.

이에 대하여 검사는 甲을 업무방해죄로 기소하였으나 甲은 해당 행위가 형법 제20조에 의한 정당행위로서 위법성이 조각된다고 주장하고 있다.

[문] 위법성이 조각된다는 甲의 주장이 타당한지를 피케팅의 정당성을 중심으로 논하시오. (대체근로는 불법적인 것으로 전제하시오)

I. 문제의 소재

甲은 위법한 대체근로를 저지하기 위해서 어느 정도의 실력행사를 하였는데, 이러한 甲의 피케팅 행위를 정당행위로 볼 수 있는지가 문제된다.

II. 쟁의행위의 정당성과 피케팅

1. 쟁의행위의 정당성의 의의 : 위의 사례 참조

2. 피케팅의 의의 및 정당성

(1) 피케팅의 의의

(2) 피케팅의 정당성

노조법 제38조 제1항에서 “쟁의행위는 그 쟁의행위와 관계없는 자⁸⁷⁾ 또는 근로를 제공하고자 하는 자⁸⁸⁾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.⁸⁹⁾

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.⁹⁰⁾

한 편 판례는 사용자의 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 쟁의행위가 실효를 거둘 수 있도록 하기 위한 정당행위로서 위법성이 조각된다고 한다⁹¹⁾. 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.⁹²⁾

III. 사안의 적용

甲은 대체근로자들이 불법대체근로자들인지 여부를 확인하기 위한 시도를 하였을 뿐인데, 이를 거부한 상황에서 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의 행위는 B사뿐 아니라 A사에 대해서도 위법성이 조각된다.

IV. 결론

甲의 피케팅은 정당하므로, 위법성이 조각된다는 甲의 주장은 타당하다.

87) 해당 노동조합의 조합원으로서 원래의 파업·태업에 참가하도록 지시받은 자가 아닌 자를 말한다.(임종률 14판, 219p)

88) 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)

89) 김유성II, 251p 참조

90) 파업의 보조적 행위수단인 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)

91) 대법원 1992. 7. 14. 선고 91다43800 판결 등 참조

92) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결

- 사례추가 사례74뒤에 추가하면 됩니다 -(572p)-

지배·개입의 부당노동행위 - 운영비 원조

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

A회사의 상용근로자인 관리직원 30명은 C노동조합(이하 'C노조')에 가입하고 있다. A회사와 C노조 사이에 2019년에 체결된 단체협약에는 "A회사는 C노조에게 조합사무실 및 사무용 집기와 해당 사무실의 전기료 등 관리유지비를 부담한다."라는 조항이 있다. 그런데 2021년 4월 단체협약 갱신 과정에서 A회사는 "C노조에게 최소 규모의 조합사무실은 계속 제공할것지만, 그 외에 사무용 집기 및 사무실 관리유지비를 제공하는 것은 운영비 원조의 부당노동행위에 해당하기 때문에 더 이상 제공하지 않겠다."라고 주장하면서 해당 조항의 개정을 요구하였다.

[문] A회사가 C노조에게 해당 단체협약 조항의 개정을 요구하는 이유가 정당한지 논하시오.(2022년 변호사시험 기출문제)

I. 문제의 소재

II. 지배·개입의 부당노동행위와 운영비 원조

1. 지배·개입의 및 성립요건

2. 운영비원조행위가 지배·개입의 부당노동행위에 해당 하는지 여부

III. 사안의 적용

IV. 결론

I. 문제의 소재

A회사는 사무용 집기 및 사무실 관리유지비를 제공하는 것이 운영비 원조의 부당노동행위에 해당한다는 이유로 단체협약 개정을 요구하고 있다. 따라서 이러한 A회사의 요구가 정당한지에 대하여는 운영비 원조의 부당노동행위 규정 및 관련 판례의 태도를 점검할 필요가 있다. 이하에서는 해당 규정 및 판례의 태도를 중심으로 그 이유의 정당성을 논하기로 한다.

II. 지배·개입의 부당노동행위와 운영비 원조

1. 지배·개입의 의의 및 성립요건

(1) 지배·개입의 의의 및 취지

지배·개입의 부당노동행위는 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위를 하거나, 근로시간 면제한도를 초과하여 급여를 지급하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위를 함으로써 성립한다.(노조법 제81조 제1항 제4호 본문)

판례에 따르면 이는 단결권을 침해하는 행위를 배제·시정함으로써 정상적인 노사관계를 회복하려는 데에 취지가 있다고 한다.⁹³⁾

(2) 지배·개입의 의사 및 결과발생 필요 여부

판례에 따르면, 지배·개입의 부당노동행위가 성립하려면 사용자의 이러한 구체적인 반조합적 의욕, 즉 지배·개입의사가 필요하다고 한다. 그리고 이러한 지배·개입 의사의 유무는 노동위원회가 전문적 경험·능력에 기하여 제반사정(간접사실)을 종합하여 추정할 수 있는 것으로 족하다고 보고 있다.⁹⁴⁾

그런데, 지배·개입의 부당노동행위가 성립하기 위하여 사용자의 간섭·방해행위 때문에 노동조합의 자주성이나 조직력이 약화되는 등 “근로자의 단결권의 침해라는 결과의 발생을 요하는 것은 아니”라고 할 것이다.⁹⁵⁾

2. 운영비 원조행위가 지배·개입의 부당노동행위에 해당하는지 여부

노조법에서는 노동조합의 운영비를 원조하는 행위를 부당노동행위인 지배·개입의 하나로서 금지하고 있는데(81조 제1항 제4호 본문), 노동조합의 자주성이 저해될 구체적인 위험성이 없는 경우에도 부당노동행위의 성립을 인정할 수 있는지가 문제된다.

(1) 과거의 학설 및 판례의 태도

가. 실질설

노조법 제81조 제1항 제4호에 해당하는지의 여부를 판단하는데 있어서 형식적으로 운영비를 원조받는다는 사실만으로는 부당노동행위의 성립을 인정할 수는 없고, 실질적으로 조합의 자주성이 저해될 구체적인 위험성이 있는 경우에 한하여 부당노동행위의 성립을 인정할 수 있다는 견해이다.

나. 형식설 : 과거 판례의 태도

노조에 대한 운영비의 원조는 노동조합의 자주성을 해할 위험성이 있으므로 부당노동행위제도가 갖는 법리상 어떠한 경우에도 허용될 수 없다는 견해이다.

과거 판례에서는 주기적이거나 고정적으로 이루어지는 운영비 원조 행위는 노동조합의 자주성을 잃게 할 위험성을 지닌 것으로서 노동조합법 제81조 제1항 제4호 본문에서 금지하는 부당노동행위라고 해석되고, 비록 그 운영비 원조가 노동조합의 적극적인 요구 내지 투쟁으로 얻어진 결과라 하더라도 부당노동행위로 볼 수 있다고 판시하여⁹⁶⁾ 형식설의 입장을 취하였다.

(2) 헌법재판소의 헌법불합치 결정과 개정법의 내용

93) 대법원 2019. 4. 25. 선고 2017두33510 판결

94) 임종률 15판, 291p ; 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정되는 경우에는 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제39조 제4호에 정한 부당노동행위가 성립한다 (대법원 1998.5.22. 선고 97누8076 판결)

95) 대법원 1997.5.7. 선고 96누2057판결 참조

96) 대법원 2016.1.28. 선고 2012두12457 판결

가. 헌법재판소의 운영비원조 금지조항에 대한 헌법불합치 결정

그런데, 헌법재판소는 구 노조법 제81조 제4호의 운영비원조금지조항에 대하여 사용자로부터의 자주성을 확보하여 궁극적으로 근로3권의 실질적인 행사를 보장하기 위한 것인데, 해당 조항은 자주성을 저해하거나 저해할 현저한 위험이 없는 운영비 원조행위조차 부당노동행위로 금지하고 있다는 이유로, 2018.5.31. 헌법불합치 결정을 선고하였다.⁹⁷⁾ 이 결정에 따라 2020.6.9.부터 노조법 조항을 개정하여 시행하고 있다.

나. 개정 노조법의 내용

2020.6.9.부터 시행되고 있는 노조법 제81조 제1항 제4호 및 제2항에 따르면, 노동조합의 자주적인 운영 또는 활동을 침해할 위험이 없는 범위에서의 운영비 원조행위를 부당노동행위로 인정하지 않고 있으며, 노동조합의 자주적 운영 또는 활동을 침해할 위험 여부를 판단할 때에는 ① 운영비 원조의 목적과 경위 ② 원조된 운영비 횟수와 기간 ③ 원조된 운영비 금액과 원조방법 ④ 원조된 운영비가 노동조합의 총수입에서 차지하는 비율 ⑤ 원조된 운영비의 관리방법 및 사용처 등을 고려하도록 규정하고 있다.

III. 사안의 적용

이미 2018년 5.31. 자주성을 저해하거나 저해할 현저한 위험이 없는 운영비 원조행위 모두를 금지하고 있는 구 노조법상의 운영비금지조항에 대하여 헌법불합치결정이 선고되었으며, 2021년에는 개정된 노동조합법이 시행되고 있다.

따라서 부당노동행위여부를 판단하기 위해서는 헌법재판소의 결정의 이유 및 노조법 제81조 제1항 제4호 및 제2항에 따라 A회사가 C노조에게 해당 사무소 집기 및 관리유지비를 제공한 것이 C노조의 자주적 운영이나 활동을 침해할 위험이 있는지를 따져보아야 한다.

하지만, 해당 사안에서 그러한 위험은 발견되지 아니한다.

따라서 A회사가 C노조에게 사무용집기와 사무실 관리유지비를 제공하는 것을 운영비 원조의 부당노동행위라고 단정할 수 없을 것이다.

따라서 A회사가 이를 이유로 단체협약의 개정을 요구하는 것은 정당하지 않다.

IV. 결론

해당 사안에서는 A회사의 운영비 원조로 인하여 C노조의 자주적 운영이나 활동을 침해할 위험성을 발견할 수 없다. 따라서 A회사의 이유는 정당하지 않다.

97) 현재 2018. 5. 31. 2012헌바90. 다만, 헌법재판소는 단순위헌결정을 하지 않고, 헌법불합치결정을 선고했다.(운영비 원조금지조항은 위와 같이 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이지만, 운영비원조금지조항에 대하여 단순위헌결정을 하게 되면, 노동조합의 자주성을 저해하거나 저해할 현저한 위험이 있는 운영비 원조 행위를 부당노동행위로 규제할 수 있는 근거조항 자체가 사라지게 되는 법적 공백상태가 발생한다. 따라서 운영비원조금지조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치 결정을 선고하되, 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속 적용을 명하기로 한다.입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2019. 12. 31.까지는 이와 같은 결정의 취지에 맞추어 개선입법을 하여야 할 것이고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 운영비원조금지조항은 2020. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다.)

- 사례 77 수정 -(579-580p)

I 문제의 소재

우리 노동조합 및 노동관계조정법(이하 노조법)은 복수노조를 인정하면서 교섭창구단일화절차와 함께 개별교섭제도를 허용하고 있다.

하지만, 교섭대표노조와 사용자에 대해서는 명시적으로 공정대표의무를 부과하면서도 개별교섭시 사용자나 노조에 대해서는 별도의 의무조항이 없었다가, 노조법 제29조의2 제2항을 신설하여 “사용자는 모든 노동조합과 성실히 교섭하여야 하고, 차별적으로 대우해서는 아니 된다”는 조항을 신설하여, 이른바 개별교섭방식에서 사용자가 각 노동조합을 차별하여서는 안되는 이른바 중립유지의무를 규정하고 있다.

그런데, 해당 사안에 따르면 개별교섭시 사용자가 특정 노동조합의 조합원에게만 금품을 지급하고 있는데, 이러한 경우 중립의무 위반을 이유로 한 부당노동행위를 인정할 것인가가 문제되는 것이다.

II 지배·개입의 부당노동행위와 개별교섭시 사용자의 부당노동행위

1. 지배·개입의 부당노동행위의 의의 및 성립요건

2. 개별교섭시 사용자의 부당노동행위

(1) 사용자의 중립의무와 개별교섭⁹⁸⁾

사용자의 공정대표의무는 교섭창구단일화 방안의 일환으로 도입된 것으로 교섭대표노조의 존재를 전제하고 있으므로, 개별교섭시 복수의 노동조합 또는 조합원간 사용자의 합리적 이유없는 차별행위에 대하여는 적용되지 않는다.⁹⁹⁾

그런데, 노조법 제29조의2 제2항에서는 “사용자는 모든 노동조합과 성실히 교섭하여야 하고, 차별적으로 대우해서는 아니 된다”고 하여, 개별교섭방식에서 사용자가 각 노동조합을 차별하여서는 안되는 이른바 중립유지의무를 규정하고 있다.

즉 사용자는 노동조합들에 대해서 근로자의 단결권을 보장한 헌법 제33조와 노조법상의 부당노동행위 제도의 취지, 노조법 제29조의2 제2항 등에서 도출되는 **중립의무를 지는데, 이러한 중립유지의무를 위반하여, 사용자가 어느 노동조합은 우대하거나 반대로 어느 노동조합에게만 불이익을 주는 경우 사용자가 노동조합에 대해 지배·개입하는 행위로 부당**

98) 김홍영, “개별교섭에서의 중립의무와 지배·개입의 부당노동행위”, 『노동관계법 2019』, 한국노동연구원, 197-198p 참조

99) 방미진, 『사용자의 공정대표의무와 부당노동행위와의 관계』 고려대 노동대학원 석사학위논문, 2015, 24p

노동행위가 될 수 있다. 달리 말하면 노동조합 사이에서 차별을 하지 않아야 할 중립의무는
사용자가 복수 노동조합에 대해 개별 교섭을 하는 경우에도 마찬가지로 인정된다.

- 사례 추가, 사례 77뒤에 추가해 주세요 -(582p)

지배·개입의 부당노동행위 - 교섭창구단일화와 중립유지의무

A회사는 항공부품을 제작하는 회사이다.

A회사 내에는 2개의 노동조합이 있는데, 그 중 하나는 2014. 12.12. 설립된 전국금속노동조합 산하 A회사 지부 (이하 'A지부')이고, 다른 하나는 2014.12.16. 설립된 기업별 노동조합인 A기업노동조합(이하 'A기업노조')이다. A회사는 2014.12.12. A기업노조의 교섭요구를 받은 후 교섭창구 단일화절차를 진행하였고, 2015.1.23. A기업노조가 교섭대표 노동조합으로 결정되었다.

A회사와 교섭대표노동조합인 A기업노조가 단체교섭을 진행하던 과정에서 A지부의 조합원들 대부분은 2015.5.12. 및 2015.7.2. 정기상여금 등을 통상임금에 포함시켜 산정한 법정수당 등과 실제 지급받은 법정수당 등의 차액의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

A회사와 교섭대표노동조합인 A기업노조는 임금단체협상을 진행하여 2015.12.15. 합의를 하였는데, ①'노사화합 선언 격려금(인당 300만 원)'과 ②'무쟁의 달성 장려금(인당 기본급 기준 100%)'을 지급하기로 하였다.

이 합의에 의하면 노사화합 선언격려금과 무쟁의 장려금을 받기 위해서는 통상임금 소송을 제기하지 않겠다는 부제소특약을 하거나 또는 통상임금 소송을 취하하고 노사화합 등을 내용으로 하는 확인서를 제출하여야 했다.

이러한 합의 후에 통상임금 소송에 참가하고 있던 A지부 조합원들 중 상당수는 A지부를 탈퇴하고, 소를 취하하여 A회사로부터 노사화합선언격려금과 무쟁의 장려금을 지급받았다.

그런데, 무쟁의 달성 장려금을 받지 못한 A지부의 조합원인 甲과 乙은 A회사가 통상임금의 부제소를 노사화합 선언격려금과 무쟁의 달성 장려금의 지급조건으로 한 것은 불이익취급 및 지배개입의 부당노동행위에 해당하므로, A사는 이에 대해 손해를 배상하라는 소를 제기하였다.

[문] A회사가 통상임금의 부제소를 노사화합 선언격려금과 무쟁의 달성 장려금의 지급조건으로 하여 해당 금품을 지급한 것이 불이익취급 및 지배개입의 부당노동행위에 해당하는지 논하시오. (대법원 2021.8. 19. 선고 2019다200386 판결 참조)

I. 문제의 소재

II. 사용자의 중립유지의무 위반과 부당노동행위

1. 불이익취급 및 지배·개입의 부당노동행위의 의미

2. 사용자의 중립유지의무 위반과 부당노동행위

III. 사안의 검토

IV. 결론

I 문제의 소재

우리 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노조법')은 교섭창구 단일화 절차를 통하여 선정한 교섭대표노조와 교섭하는 방식(노조법 제29조의2 제1항 본문)과 사용자가 교섭창구 단일화를 거치지 아니하기로 동의한 경우 개별교섭하는 방식(노조법 제29조의2 제1항 단서) 두 가지를 인정하고 있다.

교섭창구 단일화 절차를 거친 교섭대표노조와의 단체교섭을 하는 경우 사용자와 교섭대표노조는 '공정대표의무'를 지게 되고(노조법 제29조의4 제1항), 개별교섭방식에는 사용자가 각 노동조합을 차별하여서는 안 되는 소위, '중립유지의무'를 지게 된다.(노조법 제29조의2 제2항)

그런데, 해당 사안에서는 A회사가 교섭대표노동조합인 A기업노조와 교섭을 하고 있는데, A지부 입장에서는 받아들이기 어려운 통상임금의 부제소라는 전제조건을 붙여서 일정한 금품을 지급하기로 합의하였는데, 교섭창구 단일화를 통한 교섭단계에서도 사용자가 중립유지의무를 부담하는 지가 특히 문제된다.

II 사용자의 중립유지의무 위반과 부당노동행위

1. 불이익취급 및 지배·개입의 부당노동행위의 의의

(1) 불이익취급의 부당노동행위의 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.

판례는 부당노동행위가 성립되기 위하여는 부당노동행위 의사가 필요하다고 하면서 다만, 그와 같은 의사는 사용자의 내심의 의사에 속하므로 그와 같은 의사의 존재에 대해서는 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 한다고 판시¹⁰⁰⁾하고 있어, 부당노동행위의사는 외부에 나타난 객관적 사실로부터 추정하는 것임을 분명히 하고 있다.

(2) 지배·개입의 부당노동행위의 의의

지배·개입의 부당노동행위는 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위를 하거나, 근로시간 면제한도를 초과하여 급여를 지급하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위를 함으로써 성립한다.(노조법 제81조 제1항 제4호 본문)

판례에 따르면, 지배·개입의 부당노동행위가 성립하려면 사용자의 이러한 구체적인 반조합적 의욕, 즉 지배·개입의사가 필요하다고 한다. 그리고 이러한 지배·개입 의사의 유무는 노동위원회가 전문적 경험·능력에 의하여 제반사정(간접사실)을 종합하여 추정할 수 있는 것으로 족하다고 보고 있다.¹⁰¹⁾

그런데, 지배·개입의 부당노동행위가 성립하기 위하여 사용자의 간섭·방해행위 때문에 노동조합의 자주성이나 조직력이 약화되는 등 “근로자의 단결권의 침해라는 결과의 발생을 요하는 것은 아니”라

100) 대법원 1999.11.9. 선고 99두4273 판결 등

101) 임종률 15판, 291p ; 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정되는 경우에는 구 노동조합법(1996.12.31. 법률 제5244호 부칙 제3조로 폐지되기 전의 것) 제39조 제4호에 정한 부당노동행위가 성립한다(대법원 1998.5.22. 선고 97누8076 판결).

고 할 것이다.¹⁰²⁾ 즉 지배·개입금지의 입법취지는 결과가 발생하지 않더라도 사용자의 개입행위만으로도 부당노동행위의 성립을 인정하려는 것이라 할 수 있다.¹⁰³⁾

2. 사용자의 중립유지의무 위반과 부당노동행위

(1) 사용자의 중립유지의무의 의의

노조법 제29조의2 제2항에서는 “사용자는 모든 노동조합과 성실히 교섭하여야 하고, 차별적으로 대우해서는 아니 된다”고 하여, 개별교섭방식에서 사용자가 각 노동조합을 차별하여서는 안되는 이른바 중립유지의무를 규정하고 있다.

즉 사용자는 노동조합들에 대해서 근로자의 단결권을 보장한 헌법 제33조와 노조법상의 부당노동행위 제도의 취지, 노조법 제29조의2 제2항 등에서 도출되는 중립의무를 지는데, 이러한 중립유지의무를 위반하여, 사용자가 어느 노동조합은 우대하거나 반대로 어느 노동조합에게만 불이익을 주는 경우, 혹은 어느 노동조합의 조합원에게 불이익을 주는 경우, 사용자가 노동조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위, 혹은 불이익취급의 부당노동행위에 해당할 수 있다.

즉 노동조합 사이에서 차별을 하지 않아야 할 중립유지의무는 사용자가 복수 노동조합에 대해 개별 교섭을 하는 경우에 적용되며, 이를 위반하는 경우 부당노동행위가 성립한다는 것에 대하여는 이견이 없다.

다만, 교섭창구 단일화를 통한 교섭단계에서도 사용자가 중립유지의무를 부담하는지에 대하여는 견해의 대립이 있다. 이하에서는 해당 견해의 대립에 대해 학설과 판례의 태도를 살펴보기로 한다.

(2) 교섭창구 단일화를 통한 교섭 절차와 사용자의 중립유지의무

가. 판례의 태도¹⁰⁴⁾

최근 대법원은 구체적인 이유를 밝히지 않은채 원심판결을 긍정하면서 교섭창구 단일화를 통한 교섭단계에서도 사용자의 중립유지의무가 인정된다는 판결을 내렸다.

원심판결에 따르면, “사용자가 복수 노동조합 하의 각 노동조합에 동일한 내용의 조건을 제시하였고, 또 그 내용이 합리적·합목적적이라면 원칙적으로 부당노동행위의 문제는 발생하지 않는다”고 하면서,

“예외적으로 사용자가 복수 노동조합 중 한 노동조합의 약체화를 피하기 위하여 해당 노동조합의 입장에서 받아들이기 어려울 것으로 예상되는 전제조건을 제안하고 이를 고수함으로써 다른 노동조합은 그 전제조건을 받아들여 단체교섭이 타결되었으나 해당 노동조합은 그 전제조건을 거절하여 단체교섭이 결렬되었고, 그와 같은 전제조건을 합리적·합목적적이라고 평가할 수 없는 경우와 같이 다른 복수 노동조합과의 단체교섭을 조작하여 해당 노동조합 또는 그 조합원의 불이익을 초래하였다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에는 사용자의 중립유지의무 위반으로서 해당 노동조합에 대한 불이익취급의 부당노동행위 내지는 지배·개입의 부당노동행

102) 대법원 1997.5.7. 선고 96누2057판결 참조

103) 김형배 25판, 1270p

104) 해당 내용은 대법원 2021.8.19. 선고 2019다200386 판결 참조

위가 성립한다”고 판시하면서 이러한 판단기준을 교섭창구 단일화 절차에 의하여 선정된 교섭 대표노조와의 교섭과 그 결과 체결된 단체협약에 대하여도 적용하였다.

한편 “위와 같은 특별한 사정은 전제조건의 합리성, 근로조건 등의 연관성, 전제조건이 각 노동 조합에 미치는 영향, 조건 제안의 사정, 교섭과정, 사용자의 노동조합에 대한 현재 및 과거의 태도등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 한다.

나. 판례의 평가

해당 판례는 사용자가 교섭대표노조와의 교섭을 통해 단체협약을 체결한 사실관계를 토대로 일반적으로 복수노조와의 개별교섭 하에서 인정되는 ‘전제조건에서의 차별’이라는 개념을 도입하여 중립유지의무를 위반하였다고 판단한 사례라고 평가할 수 있다.¹⁰⁵⁾

우선 교섭창구 단일화절차를 거친 단계에서는 사용자의 중립유지의무를 인정할 수 없다는 견해가 있다. 최근 개정 노조법 제29조의2 제2항을 보더라도 개별교섭 단계의 중립유지의무를 명시함으로써 교섭창구 단일화 절차를 거친 교섭 단계에서 인정되는 공정대표의무와는 구분되는 것임을 명확히 하고 있는데, 이러한 교섭방식을 고려하지 않고 개별교섭에 적용되는 ‘전제조건에서의 차별’이라는 중립유지의무 판단기준을 적용한 것은 오류라는 견해이다. 즉 소수노조가 우려하는 간접차별의 문제는 교섭창구 단일화 제도가 본래적으로 가지고 있는 내재적 한계에 해당하며, 이는 교섭대표노조 및 사용자의 공정대표의무 위반으로 해결해야 한다는 비판이라고 할 수 있다.¹⁰⁶⁾

반면 교섭창구 단일화절차를 거친 단계에서도 사용자의 중립유지의무를 인정할 수 있다는 견해가 있다. 교섭창구단일화절차를 거쳐서 단체협약이 체결된 경우, 조합차별사건은 공정대표의무위반의 문제로서 노동위원회에서 처리되어 왔는데, 그 경우에도 사용자의 중립유지의무 위반인지를 판단하고, 불이익 취급또는 지배개입의 부당노동행위의 성립을 긍정하여 사용자의 소수 노조 차별에 대해 법원에 의한 사법적 구제를 가능하게 하는 것은 큰 의미가 있다는 견해이다.¹⁰⁷⁾

III 사안의 검토

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

106) 박지순, 위의 온라인 판례평석에서 인용

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

A회사와 A기업노조와의 합의는 통상임금소송을 유지하는 A지부 조합원들로 하여금 노사화합 선언격려금과 무쟁의 장려금을 지급받을 수 없도록 하여 불이익하게 취급함으로써 A지부의 단결력을 약화시키려는 의도로 이루어진 것으로 판단할 수 있다.

통상임금부제소라는 조건은 A지부 조합원들뿐만 아니라 A기업노조 조합원들에게도 동일하게 적용되고 있기는 하지만, 통상임금 소송을 하고 있던 A지부 조합원들의 입장에서는 받아들이기 어려운 전제조건일 뿐만 아니라 합리성이 있다고 볼 수도 없다.

또한 이로 인하여 실제 A지부 조합원들 중 상당수가 통상임금 소송을 취하하고 A지부를 탈퇴함으로써 A지부의 단결력도 약화되었다고 할 것이다. 따라서 이는 노동조합법 제81조 제1항 제1호의 불이익취급 및 제81조 제1항 제4호의 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 보아야 할 것이다. 한 편 이러한 행위는 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 불법행위이기도 하므로, 불법행위에 따른 손해배상을 청구할 수도 있을 것이다.

IV 결론

A회사가 통상임금의 부제소를 노사화합 선언격려금과 무쟁의 달성 장려금의 지급조건으로 하여 해당 금품을 지급한 것은 중립유지의무를 위반한, 불이익취급 및 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다.

[제3편 추록]

- 사례 추가, 사례 16뒤에 추가해 주세요 -(640p)

파견근로자보호법 - 사용사업주의 안전배려의무

A사는 파견업 허가를 받은 파견업체로서, 자동차용 부품 등의 제조판매업체인 B사와 임시 근로자파견계약을 체결하였다.

A사는 근로자 甲과 고용계약을 체결하고, B사의 작업장으로 파견을 보냈다 (파견기간 2021. 2. 1 ~ 2021. 3. 31) 그리고 B사는 甲에 대한 노무지휘를 하면서, 자동차용 부품을 제조하게 하게 하였다.

그런데, B사에서 근로하던 파견근로자 甲은 2021. 2. 10.에 B사의 작업장에서 사출기로 작업하던 중 오른 쪽 팔과 손목 등이 금형 사이에 압착되어 상해를 입는 사고를 당하였다. 당시 B사는 甲에게 사출 작업 중의 이물질 제거 방법 등에 관하여 별다른 안전교육을 하지 아니하였고 사출기의 고장 사실을 제대로 확인하지도 아니하였다.

이에 대하여 甲은 B사를 상대로 안전보호의무 위반에 따른, 채무불이행의 손해배상을 청구하였다.

[문] 甲의 청구가 인용될 수 있을지를 논하시오. (파견근로관계라는 점을 전제하고, 파견근로관계는 적법하다는 것을 전제하시오)

I. 문제의 소재

II. 사용사업주의 안전배려의무와 손해배상책임

1. 근로자 파견의 의의

2. 사용사업주의 안전배려의무와 손해배상책임

III. 사안의 적용

IV. 결론

I. 문제의 소재

해당 사례에서 A사는 파견사업주, B사는 사용사업주, 그리고 甲은 파견근로자라고 할 수 있다.

사용자는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 안전배려의무를 부담하는데, 근로자파견관계에서 사용사업주인 B사도 이러한 안전배려의무를 부담하고, 이를 위반시에 손해배상책임을 부담하는지가 문제된다.

II. 사용사업주의 안전배려의무와 손해배상책임

1. 근로자 파견의 의의

근로자파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말하며, 파견근로자란 파견사업주가 고용한 근로자로서 근로자파견의 대상이 되는 자를 말한다.(파견법 2조)

2. 사용사업주의 안전배려의무와 손해배상책임

(1) 근로기준법 준수의 사용자 책임

파견중인 근로자의 파견근로에 관하여는 파견사업주 및 사용사업주를 「근로기준법」 제2조의 규정에 의한 사용자로 보아 근로기준법을 적용하는데(34조1항본문), 근로시간 및 휴게, 휴일, 휴가 등 근로의 제공과 관련된 사항은 사용사업주가(34조1항 단서 참조), 근로계약 체결, 해고나 그 밖의 근로관계 종료, 임금, 가산임금, 휴업수당, 재해보상에 관한 규정에 대하여는 파견사업주가 사용자로서 책임을 진다(34조1항 단서 참조).

그런데, 고용관계와 사용관계의 분리를 전제로 하는 파견근로관계의 경우에 사용사업주가 파견근로자에 대해 근로계약상 안전배려의무를 부담하는지가 문제된다.

(2) 사용사업주의 안전배려의무와 손해배상책임

가. 안전배려의무의 의의

사용자는 사업시설·기계 등의 위험으로부터 근로자의 생명·신체의 안전과 건강을 보호할 의무가 있는데, 이를 안전배려의무라고 한다.¹⁰⁸⁾ 그런데, 근로제공은 근로자가 자신의 인격·신체와 불가분의 일체를 이루는 노동력을 사용자의 처분에 맡기는 것, 즉 근로자의 안전·건강을 사용자의 지배 아래 두는 것이므로 안전배려의무는 당사자 사이에 약정이 없더라도 근로자가 사용자의 사업장 또는 경영체에 편입됨으로써 당연히 발생하는 의무라 할 수 있다.¹⁰⁹⁾

나. 사용사업주의 안전배려의무와 손해배상책임¹¹⁰⁾

[판례]에 따르면, “근로자파견에서의 근로 및 지휘·명령 관계의 성격과 내용 등을 종합하면, 파견사업주가 고용한 근로자를 자신의 작업장에 파견받아 지휘·명령하며 자신을 위한 계속적 근로에 종사하게 하는 사용사업주는 파견근로와 관련하여 그 자신도 직접 파견근로자를 위한 보호의무 또는 안전배려의무를 부담함을 용인하고, 파견사업주는 이를 전제로 사용사업주와 근로자파견계약을 체결하며, 파견근로자 역시 사용사업주가 위와 같은 보호의무 또는 안전배려의무를 부담함을 전제로 사용사업주에게 근로를 제공한다고 봄이 타당하다”고 한다.

그러므로 “근로자파견관계에서 사용사업주와 파견근로자 사이에는 특별한 사정이 없는 한 파견근로와 관련하여 사용사업주가 파견근로자에 대한 보호의무 또는 안전배려의무

108) 대법원 2002.11.26. 선고 2000다7301 판결 참조

109) 임종률 15권, 352p

110) 이하 내용은 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다60247 판결 참조 (해당 판결은 파견근로자에 대해 사용사업주의 보호의무를 긍정한 최초의 대법원 판결이라는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다)

를 부담한다는 점에 관한 묵시적인 의사의 합치가 있다고 할 것”이라는 것이 [판례]의 태도이다.¹¹¹⁾

따라서 [판례]에 따르면, “사용사업주의 보호의무 또는 안전배려의무 위반으로 손해를 입은 파견근로자는 사용사업주와 직접 고용 또는 근로계약을 체결하지 아니한 경우에도 위와 같은 묵시적 약정에 근거하여 사용사업주에 대하여 보호의무 또는 안전배려의무 위반을 원인으로 하는 손해배상을 청구할 수 있다”.¹¹²⁾

III. 사안의 적용

사용사업주인 B사가 파견사업주인 A사와의 근로자파견계약에 따라 그 작업장에 甲을 파견받아 사용사업주로서 지휘·감독하며 자신을 위한 근로에 종사하게 하고 甲이 이를 받아들여 B사에 근로를 제공하였다는 것을 알 수 있다.

판례에 따라 판단하면, 甲의 파견근로와 관련하여, 사용사업주인 B사가 파견근로자인 甲에 대하여 직접 보호의무 또는 안전배려의무를 부담한다는 점에 관한 묵시적 약정이 맺어졌다고 보아야 할 것이다.

그런데, B사가 안전교육 시행, 사출기 고장 여부 확인 등 甲의 생명, 신체의 보호와 안전 등을 위하여 필요한 조치를 제대로 하지 아니하여 甲이 손해를 입었으므로, B사는 약정상 보호의무 또는 안전배려의무의 위반으로 말미암아 甲이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

IV. 결론

파견사업주인 甲이 사용사업주인 B사를 상대로 청구한 안전보호의무 위반에 따른, 채무불이행의 손해배상은 인용될 수 있을 것이다.

111) 판결은 사용사업주의 보호의무의 근거를 ‘묵시적 약정’에서 구하고 있는데, 오히려 사업주의 노무급부청구권 내지 지시권(지휘감독권)에 내재하는 의무라고 보는 것이 더 설득력이 있다는 비판적 견해가 있다.(강선희, “파견근로자에 대한 사용사업주의 안전보호의무 위반의 손해배상책임”, 『월간노동리뷰』 2014년 2월호, 한국노동연구원, 77- 79p 참조)

112) 이러한 약정상 의무 위반에 따른 채무불이행책임을 원인으로 하는 손해배상청구권에 대하여는 불법행위책임에 관한 민법 제766조 제1항의 소멸시효 규정이 적용될 수는 없다.(대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다60247 판결)

- 사례 추가, 사례 21뒤에 추가해 주세요 -(656p)

산재보험법 - 자살과 업무상 재해

甲은 1991. 9. A사에 입사하여 약 20년 2개월 동안 근무하였고, 자살하기 전까지 회계팀장으로서 세금 및 자금 업무를 담당하고 있었다. 甲은 A사에서 근무하면서 사장으로부터 6회에 걸쳐 표창을 수여받았고, 재직기간 동안 징계를 받은 적은 없었으며, 평소 밝고 유쾌했고, 동료들과도 원만히 지냈다.

그런데, 감사원은 2010. 2. 16.부터 2011. 2. 18.까지 A사를 대상으로 감사를 실시하여 A사의 부가가치세 세율 적용의 잘못으로 손실을 입은 사실을 발견하였다.

감사원은 감사 이후 甲을 포함한 담당 직원들을 대상으로 추가조사를 실시하였고, 2011. 4.경부터 2011. 6.경까지 甲에 대하여 2회의 추가조사를 실시하였으며, 2011. 11. 6. A사에 甲을 포함한 4인에 대하여 정직 처분을 하라는 취지의 문책요구서를 보냈고, A사는 2011. 11. 25. 甲에게 그 문책요구서 사본을 교부하였다.

甲은 감사원의 문책 요구에 매우 억울해하면서 재심을 청구하려 하였으나 주위의 만류로 포기하였고, 문책 요구를 받은 직원들 중 甲을 제외한 나머지 3인은 2012. 2. 1. 정직 1월의 징계처분을 받았다가, 이후 자체 상벌위원회에서 모두 감봉 3월로 감경되었다.

甲은 감사원의 감사가 있기 전까지 불안, 우울 등의 증상으로 정신과적 치료를 받은 적이 없었으나, 2011. 11. 18. 감사원의 감사 결과를 알게 된 후 밤에 잠을 이루지 못하고 식사도 제대로 못하였으며, 끊었던 담배를 다시 피우기 시작하였고 사무실에서도 자주 낮이 나가 있는 모습이 발견되었다. 죽기 전 2주 동안 甲은 자리에 잘 앉아 있지도 않고 업무도 거의 하지 않았으며, 스스로를 자책하면서 동료 직원들에게 “회사 사람들도 모두 나를 범죄자 취급하며 욕하는 것 같다. 내가 지나가기만 해도 쳐다보면서 수군거리는 게 확실히 느껴지고 다들 손가락질하는 것 같다.”라는 말을 계속 반복하였다.

또한 甲은 동기들보다 승진이 늦은 상태에서 승진에 대한 기대감이 높았는데, 감사원의 문책 요구에 따른 징계로 승진에서 누락될지도 모른다고 걱정을 많이 했고, A회사가 입은 손실액에 대하여 구상권 행사를 당할지도 모른다는 생각에 매우 불안해하였다.

甲은 2011. 11. 25. A사로부터 감사원의 문책요구서 사본을 교부받은 후부터는 불면이 더욱 심해졌고, 배우자에게 “세상에 난 범죄자로 낙인찍혔다. 네 눈에도 내가 파렴치범으로 보이지?”라는 말을 하였으며, 매일 누르던 현관 비밀번호를 잊어버리기도 하고, 밤새 소파에 앉아서 머리카락을 쥐어뜯거나, 담배를 사러 나갔다가 빈손으로 돌아와서 다시 담배를 사러 나가는 등의 모습을 보였다.

甲은 다음 날인 2011. 11. 26. 11:00경 가벼운 차림으로 집을 나갔다가 같은 날 13:00경 들어와 등산화로 바뀌 신은 후 산에 간다고 하면서 다시 집을 나갔고, 그 다음 날 08:30경 등산로에서 목을 매어 자살한 상태로 발견되었다.

병원 정신건강의학과 전문의는 ‘甲의 자살이 업무 스트레스와 연관된 우울증에 기인했을 개연성이 있는 것으로 보인다’고 진단하였고, 신경외과 전문의 역시 ‘망인이 예상하지 못한 중징계와 구상권에 대한 심리적 부담으로 급성스트레스가 발현한 가능성이 있고, 현실적인 문제를 해결하기에는 본인 능력만으로는 한계를 느꼈을 가능성이 있었을 것으로 추정할 수 있으며, 우울증 증상이 심화된 상태에서 자살에 이른 것으로 본다’는 취지로 진단하였다.

이제 대하여 甲의 유족은 甲의 자살을 업무상 재해로 보고 유족급여를 청구하였으나, 근로복지공단은 이를 거부하였다

[문] 甲의 자살이 업무상 재해에 해당하는지를 논하시오.

I. 문제의 소재

II. 근로자의 자살과 업무상 재해

1. 업무상 재해의 의의 및 성립요건

2. 근로자의 자살과 업무상 재해 여부

III. 사안의 적용

IV. 결론

I. 문제의 소재

근로자에게 부상·질병·장해·사망의 재해가 발생한 경우 산업재해보상보험법(이하 산재보험법)상 보험급여의 대상이 되는지 여부는 그 재해가 업무상 재해인지, 업무외 재해인지에 달려 있다.¹¹³⁾

그런데, 근로자가 자살을 한 경우에도 업무상 재해로 인정될 수 있는지도 문제된다.

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.

[판례]는 업무상 재해에 관하여 “근로자가 사업주와의 근로계약에 기하여 사업주의 지배, 관리 하에서 당해 근로업무의 수행 또는 그에 수반되는 통상적인 활동을 하는 과정에서 이러한 업무에 기인하여 발생한 재해”라고 하고 있다.¹¹⁴⁾ 즉 업무상 재해는 업무와 재해에 의한 손해 사이에 일정한 인과관계가 있어야 하며(업무기인성), 그 재해는 사용자의 지배 내지 관리 아래서 발생해야 한다(업무수행성).

2. 근로자의 자살이 업무상 재해에 해당하는지 여부

(1) 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.

113) 임종률 15판, 476p

114) 대법원 2005.9.29. 선고 2005두4458 판결

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 하였다는 상당인과관계가 인정되는 경우(제3호)”를 업무상 재해로 인정하고 있다

즉, 산재보험법령에서는 정신적 이상상태에서 자해한 경우에만 자살을 업무상 재해로 인정하고 있다.¹¹⁵⁾

(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.

[판례]에 따르면 “그 인과관계는 이를 주장하는 측에서 증명하여야 하지만, 반드시 의학·자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것이 아니며 규범적 관점에서 상당인과관계가 인정되는 경우에는 증명이 있다고 보아야 한다”고 한다.¹¹⁶⁾

나. 인과관계의 인정기준 및 판단기준

[판례]에 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.¹¹⁷⁾

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 [판례]의 태도이다.¹¹⁸⁾

즉 판례는 업무와 사망 사이에 상당인과관계가 있는지 여부를 인과관계의 인정기준으로 제시하면서 동시에 업무상 사유로 인하여 ‘정신적 이상상태’가 발생하였고, 이러한 ‘정

115) 황규식이승감, “산업재해보상보험법상 업무상 자살의 인정범위 및 인정기준”, 『아주법학』 제12권 제3호, 310p

116) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2016두58840 판결

117) 대법원 2019. 5. 10. 선고 2016두59010 판결, 대법원 2017. 5. 31. 선고 2016두58840 판결

118) 대법원 2019. 5. 10. 선고 2016두59010 판결

신적 이상상태'로 인하여 자살에 이르게 되었다는 '이중의 인과관계'를 요구하는 것으로 판단된다.¹¹⁹⁾ 이에 대하여는 근로자의 자살과 업무사이의 상당인과관계만 인정되면 업무상 재해로 인정해야 한다는 비판적 견해도 상당하다.¹²⁰⁾

한 편 [판례]는 “업무와 재해 사이의 상당인과관계의 유무는 보통 평균인이 아니라 당해 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 하여 판단하여야 한다는 것이 대법원의 확립된 판례”라고 판시하여, 업무와 자살 사이에 상당인과관계가 있는지는 사회평균인이 아니라 근로자 본인을 기준으로 판단해야 한다는 점을 밝히고 있다.¹²¹⁾

또한 “망인의 내성적인 성격 등 개인적인 취약성이 자살을 결의하게 된 데에 영향을 미쳤다가 자살 직전에 환각, 망상, 와해된 언행 등의 정신병적 증상에 이르지 않았다고 하여 달리 볼 것은 아니다”라는 것이 [판례]의 태도이다.

III. 사안의 적용

甲의 발언이나 행동 등에 비추어 보면 甲이 스트레스로 인한 극도의 불안감과 우울감을 계속적으로 느끼고 있었음을 알 수 있고, 자살 직전에는 이상 행동에까지 이르는 등 정신적으로 매우 불안정한 모습을 보여 우울증세가 급격히 악화된 것으로 볼 수 있다.

또한 甲은 자살 전 가족이나 지인에게 유서를 남겨놓지 않았고, 등산객의 편의를 위해 설치된 로프를 나무에 걸고 목을 매어 자살한 점 등에 비추어 보면, 자살은 우울증으로 인한 정신적 장애 상태에서 우발적으로 이루어진 것으로 보인다.

甲은 평소 밝고 유쾌하였고, 동료들과도 원만한 대인관계를 유지하여 왔으며, 감사원의 감사를 받기 전까지는 우울증 등 신경정신병적 증상으로 치료를 받은 전력이 전혀 없었으므로, 업무 외의 다른 요인으로 위와 같은 증상에 이르렀다고 보기도 어렵다.

따라서 이러한 사정들을 종합하여 보면, 甲은 극심한 업무상 스트레스로 인한 우울증으로 정상적인 인식능력이나 행위선택능력, 정신적 억제력이 현저히 저하된 정신장애 상태에서 빠져 자살에 이르게 된 것이라고 보는 것이 타당하므로, 甲의 업무와 사망 사이에 상당인과관계를 인정할 수 있다.

따라서 甲의 자살은 업무상재해에 해당한다.

IV. 결론

甲의 업무와 자살 사이에 상당인과관계만 인정되므로, 업무상 재해로 보아야 한다.

119) 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)

120) 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)

121) 대법원 2011.6.9. 선고 2011두3944 판결

