

## 노동법의 정석 제3판 추록

### 75p 추가 내용

- 또한 판단징표 중 사용자의 지휘·감독 여부에 대하여 종속관계에 대한 1994년 최초의 판례에서는 “구체적·개별적인 지휘·감독”이라는 표현을 사용했지만, 최근 판례에서는 “상당한 지휘·감독”이라는 표현을 쓰고 있으며, “노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지” 여부도 판단 징표의 하나로 추가돼 있다.
- 또한 최근 [판례]에 따르면 **겸직여부나 겸직소득규모가 근로자성 부정의 징표는 될 수 없다고 판단하고 있다.**<sup>1)</sup>

### 78p 추가 내용

(2) 사용종속관계가 인정되는 임원

- 다만, 회사의 이사 또는 감사 등 임원이라고 하더라도 i) 그 지위 또는 명칭이 형식적·명목적인 것이고 ii) 실제로는 매일 출근하여 업무집행권을 갖는 대표이사나 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있거나 ii) 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. 즉 임원이라고 하더라도 사용종속관계가 있는 경우 근로기준법상의 근로자에 해당한다는 것이 판례의 태도이다.

## **IV. 보론 : 기업출자자의 근로기준법상 근로자성**

- 기업의 출자자(예컨대 주주나 유한회사의 사원)가 근로기준법상 근로자인지 문제된다. 하지만, 출자자와 근로자라는 법적 지위 역시 발생 근거가 상이하므로 하나의 법적 지위가 다른 법적 지위를 배제하는 것이 아니다. 따라서 근기법상 근로자성에 대한 판례법리에 따라 근로자성을 판단하면 될 것이다.<sup>2)</sup>
- [판례] 도 마찬가지로 ‘부사장’으로 호칭되고 또 일정 기간 동안 유한회사 사원의 지위에 있었으나 이는 형식적·명목적인 것에 불과하고, 실질적으로는 피고에 대하여 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 근로자의 지위에 있었다고 보아야 한다고 판시하고 있다.<sup>3)</sup>

### 132p 수정 내용

[근기법 제17조 (근로조건의 명시)]

① ...

② 사용자는 제1항 제1호와 관련한 임금의 구성항목·계산방법·지급방법 및 제2호부터 제4호까지의 사항이 명시된 서면(「전자문서 및 전자거래 기본법」 제2조제1호에 따른 전자문서를 포함한다)을 근로자에게 교부하여야 한다. ...

### 133p 수정 내용

1) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018다292418 판결

2) 권오성, “임원, 출자자, 근로자 지위의 상호독립성”, 『월간 노동리뷰』 2020년 9월호, 한국노동연구원, 75p

3) 대법원 2020.6.4. 선고 2019다297496 판결

I 근로조건의 명시 의무 및 취지

- 사용자는 근로계약 체결(혹은 변경)시에 근로자에 대하여 임금, 소정근로시간, 유급휴일, 연차휴가, 그 밖에 대통령령으로 정하는 근로조건을 명시해야 하며, 특정 사항의 경우 서면으로 명시해서 교부해야 한다.(17조) **서면에는 전자문서 및 전자거래 기본법 제2조제1호에 따른 전자문서도 포함한다.(이하 내용에서도 ‘서면’은 전자문서를 포함하는 것으로 한다)**

- 298p-

2. 소위 연쇄적 근로계약관계에 대한 계속근로기간 인정

(1) 근로계약기간 만료 후 근로계약기간이 반복·갱신된 경우

- [판례]에 따르면 근로계약이 만료됨과 동시에 근로계약기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우에는 갱신 또는 반복한 계약기간을 모두 합산하여 계속근로년수를 계산하여야 한다.
- **다만 기간제법 제4조의 계속 근로한 총기간에 해당하는지에 대하여 [판례]는 “기간제법의 규정 내용과 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 입법 취지 등을 고려하면, 기간제 근로계약이 반복하여 체결되거나 갱신되어 일정한 공백기 없이 기간제근로자가 계속적으로 근로한 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 최초 기간제 근로계약에서부터 최종 기간제 근로계약에 이르기까지 기간 전체가 기간제법 제4조에서 말하는 기간제근로자의 사용 기간으로서 ‘계속 근로한 총기간’에 포함되어야 한다”고 판시하면서도, “다만 기간제 근로계약의 대상이 되는 업무의 성격, 기간제 근로계약의 반복 또는 갱신과 관련한 당사자들의 의사, 반복 또는 갱신된 기간제 근로계약을 전후한 기간제근로자의 업무 내용·장소와 근로조건의 유사성, 기간제 근로계약의 종료와 반복 또는 갱신 과정에서 이루어진 절차나 경위 등을 종합적으로 고려할 때 당사자 사이에 기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 기간제근로자의 계속된 근로에도 불구하고 그 시점에 근로관계가 단절되었다고 보아야 하고, 그 결과 기간제법 제4조에서 말하는 ‘계속 근로한 총기간’을 산정할 때 그 시점을 전후한 기간제 근로계약기간을 합산할 수 없다”고 판시하여 객관적 사실보다 주관적 의사를 우선하여 판단한 것이라는 평가를 받고 있다. (대법원 2020. 8. 20. 선고 2018두 51201 판결)**
- ※ 해당 판결은 기간제법의 관련부분에서 별도로 논하기로 한다.

- 372p-

- 판례의 태도에 따르면 해고의 효력을 다투고 있는 자의 근로관계는 사업양도에도 불구하고 양수인에게 승계되지 않으므로, 사업양도에 있어서 근로관계의 승계를 인정하는 실익이 없어질 우려가 있다는 비판이 존재한다.
- 따라서 해고의 효력을 다투고 있는 근로자의 근로관계에 대해서, 양수인은 계속중인 재판에 있어서 근로자의 승소를 정지조건으로 하는 근로계약을 승계한다고 보는 것이 타당하다는 견해도 존재한다.

#### 라. 영업의 전부양도가 이루어진 경우 해고된 근로자의 근로관계 승계여부

- [판례]에 따르면 “근로자가 영업양도일 이전에 정당한 이유 없이 해고된 경우 양도인과 근로자 사이의 근로관계는 여전히 유효하고, 해고 이후 영업 전부의 양도가 이루어진 경우라면 해고된 근로자로서는 양도인과의 사이에서 원칙 복직도 사실상 불가능하게 되므로, 영업양도 계약에 따라 영업 전부를 동일성을 유지하면서 이전받는 양수인으로서는 양도인으로부터 정당한 이유 없이 해고된 근로자와의 근로관계를 원칙적으로 승계한다”고 한다. (대법원 2020. 11. 5. 선고 2018두54705 판결)
- 영업의 전부양도가 이루어진 경우에, “양수인이 영업양도 당시 근로자들에 대한 해고가 부당해고인지 여부를 판단할 수 있었는지에 따라서만 고용승계를 인정한다면 영업양도인과 양수인 사이에 근로자 승계 배제특약 없이 영업양도인이 영업양도 직전에 근로자들을 해고하는 경우 영업양도 방식을 통한 자유로운 해고가 가능하여 근로기준법 제23조 제1항의 해고사유를 제한하는 입법 취지를 잠탈하게 되는 결과가 초래되어 부당하다”는 것이 판례의 태도이다. (대법원 2020. 11. 5. 선고 2018두54705 판결)

- 482p -

#### 3. 사직서 제출의 법적 성격

- 사직서 제출의 법적 성격에 대하여는 사직서의 기재내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직 의사표시 철회의 동기 기타 여러 사정을 참작할 수 있을 것이다.
- 그런데, [판례]에 따르면 “사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지로 볼 것”이라고 판시하고 있다.
- 그런데, [판례]에 따르면 “사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 사직서를 작성·제출하게 한 후 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다.” 그리고 이때 “의원면직이 실질적으로 해고에 해당하는지는 근로자가 사직서를 제출하게 된 경위, 사직서의 기재 내용과 회사의 관행, 사용자 측의 퇴직권유 또는 종용의 방법, 강도 및 횡수, 사직서를 제출하지 않을 경우 예상되는 불이익의 정도, 사직서 제출에 따른 경제적 이익의 제공 여부, 사직서 제출 전후의 근로자의 태도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다. (대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다255910 판결)

- 499p-

나. 구체적 사례 2 :청산과정에서의 통상해고의 정당성

- [판례]는 사업의 폐지를 위하여 해산한 기업이 그 청산과정에서 근로자를 해고하는 것은 기업경영의 자유에 속하는 것으로서 정리해고가 아니라 통상해고에 해당하며, 이 경우, 근로계약의 해지는 근로관계가 계속되는 기업에서 행하여지는 해고와는 그 본질을 달리하는 것이어서 파산관재인에 의한 근로계약해지는 파산선고의 존재 자체가 정당한 해고사유가 되는 것이므로 결국 근로기준법 소정의 부당해고에 관한 규정은 그 적용이 없다고 한다.

다. 구체적 사례 3 :저성과자에 대한 통상해고의 정당성

- 근무성적이나 근무능력불량을 이유로 통상해고를 할 수 있는지가 문제된다.
- [판례]는 “일반적으로 사용자가 근무성적이나 근무능력이 불량하여 직무를 수행할 수 없는 경우에 해고할 수 있다고 정한 취업규칙 등에 따라 근로자를 해고한 경우, 사용자가 근로자의 근무성적이나 근무능력이 불량하다고 판단한 근거가 되는 평가가 공정하고 객관적인 기준에 따라 이루어진 것이어야 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. (대법원 2021.2.25. 선고 2018다253680 판결)
- 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. (대법원 2021.2.25. 선고 2018다253680 판결)

- 519p-

핵심쟁점 104-1 우선재고용의무 발생 여부 및 효과

[Key point] 우선재고용의무

1. 우선재고용의무 : 해고 근로자가 반대하는 의사를 표시하거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우가 아닌 한 해고 근로자를 우선 재고용할 의무
2. 우선재고용의무의 법적 성격 : 사법상 청구권
3. 우선재고용의무의 위반 효과 : 재고용의무발생시부터 고용관계성립시까지 임금상당 손해
4. 중간수입 공제여부 및 한계 : 중간수입 전액공제

[목차]

I. 문제의 소재

## II. 경영상 이유로 해고된 근로자에 대한 우선재고용의무

1. 우선재고용의무규정의 입법취지 및 내용
2. 우선재고용의무의 법적 성격 및 재고용의무의 위반효과
3. 고용의무불이행으로 인한 손해배상과 중간수입공제

### I. 문제의 소재

- 근로기준법 제25조 제1항에 의하면 경영상 이유로 해고한 근로자에 대한 우선재고용의무가 있는데, i) 이러한 우선재고용의무의 입법취지 및 내용이 무엇인지, ii) 우선재고용의무의 법적 성격 및 재고용의무의 위반효과가 무엇인지 iii) 우선재고용의무 불이행으로 인한 손해배상액을 산정할 때, 중간수입공제 여부 및 그 한도가 문제된다.

## II. 경영상 이유로 해고된 근로자에 대한 우선재고용의무

### 1. 우선재고용의무규정의 입법취지 및 내용

- 근로기준법에 따르면 경영상 이유로 “제24조에 따라 근로자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날부터 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우 제24조에 따라 해고된 근로자가 원하면 그 근로자를 우선적으로 고용하여야 한다”(근로기준법 제25조 제1항)
- 근로기준법 제25조 제1항은 자신에게 귀책사유가 없음에도 경영상 이유에 의하여 직장을 잃은 근로자로 하여금 이전 직장으로 복귀할 수 있는 기회를 보장하여 해고 근로자를 보호하려는 입법 취지를 갖고 있다는 것이 [판례]의 태도이다.
- 이러한 법규정내용과 입법취지 등을 고려하면 “사용자는 근로기준법 제24조에 따라 근로자를 해고한 날부터 3년 이내의 기간 중에 해고 근로자가 해고 당시에 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 한다면, 해고 근로자가 반대하는 의사를 표시하거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우가 아닌 한 해고 근로자를 우선 재고용할의무가 있다”는 것이 [판례]의 태도이다. [판례]에 따르면 이때 “사용자가 해고 근로자에게 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않은 채 제3자를 채용하였다면, 마찬가지로 해고 근로자가 고용계약 체결을 원하지 않았을 것이라거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로기준법 제25조 제1항이 정한 우선 재고용의무를 위반한 것으로 볼 수 있다”

### 2. 우선재고용의무의 법적 성격 및 재고용의무의 위반효과

- [판례]에 따르면 “근로기준법 제25조 제1항에 따라 사용자는 해고 근로자를 우선 재고용할의무가 있으므로 해고 근로자는 사용자가 위와 같은 우선 재고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용자를 상대로 고용의 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용자와 해고 근로자 사이에 고용관계가 성립한다.”고 판시하여 우선재고용의무에 대하여 사법상 청구권으로서의 성격을 가진 것으로 보고 있다.
- 또한 경영상 이유로 해고된 근로자는 “사용자가 우선재고용의무규정을 위반하여 우선 재고용의무를 이행하지 않은 데 대하여, 우선 재고용의무가 발생한 때부터 고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다”는 것이 [판례]의 태도이다.

### 3. 고용의무불이행으로 인한 손해배상과 중간수입공제

- [판례]에 따르면 “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” 하며, “사용자의 고용의무 불이행을 이유로 손해배상을 구하는 경우와 같이 근로관계가 일단 해소되어 유효하게 존속하지 않는 경우라면 근로기준법 제46조가 정한 휴업수당에 관한 규정을 적용할 수 없다”고 하여 중간수입을 전부공제해야 한다고 한다.

### 569p 수정 내용

#### 113 초기업 노조의 경우, 구직자의 노조법상 근로자성

| Key point | 초기업 노조의 경우, 구직자나 실업자의 노조법상 근로자성

1. 노조법 제2조 제4호 본문의 근로자 : 초기업노조의 경우 일시적으로 실업상태에 있는 자가 구직중인 자도 노동 3권을 보장할 필요성이 있는 한 근로자의 범위에 포함됨.

2021.7.6. 시행되는 노조법은 기업별 노조의 경우에도 해고된 조합원의 근로자성을 부인하는 규정을 삭제하여, 사업 또는 사업장에 종사하지 아니하는 근로자의 기업별 노동조합 가입을 허용하였음.

2. 노조법 제2조 제4호 단서 적용여부 : 기업별 노조에 한하여 적용되는 조항임. (2021. 7. 6.부터 단서조항은 삭제되었음)

#### [목차]

- I. 문제의 소재
- II. 초기업 노조의 경우, 구직자의 노조법상 근로자성
  1. 노조법상 근로자의 의의 및 입법목적
  2. 초기업노조의 경우, 구직자의 노조법상 근로자성
    - (1)노조법 제2조 제4호 본문의 근로자의 범위
    - (2)노조법 제2조 제4호 단서 조항의 적용여부

#### I. 문제의 소재

- 행정관청은 노조법 제2조 제4호 각목에 해당하는 경우 설립신고서를 반려할 수 있으므로 행정관청의 반려처분이 정당한지는 i) 실업자나 구직자가 초기업단위노조에 가입할 수 있는 노동조합 및 노동관계조정법(이하 “노조법”) 제2조 제4호 라목 본문의 근로자에 해당하는지, ii) 또한 근로자에 해당한다면 노조법 제2조 제4호 라목 단서를 적용해야 하는지가 문제된다.

#### II. 초기업 노조의 경우, 구직자의 노조법상 근로자성

## 2. 초기업노조의 경우, 구직자의 노조법상 근로자성

### (1) 노조법 제2조 제4호 본문의 근로자의 범위

- 노조법 제2조 제4호 라목 **본문**에 따르면 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다고 규정하고 있다.
- 그런데, [판례]에 따르면 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 기업별 노동조합의 경우와는 달리 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에는 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 것이 아니다.
- 따라서 초기업 노동조합의 경우, 노조법 제2조 제1호 및 제4호 라목 본문에서 말하는 근로자에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자 뿐만 아니라, 일시적으로 실업상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 근로자의 범위에 포함된다는 것이 [판례]의 태도이다.

### (2) 노조법 제2조 제4호 단서 조항의 적용여부

- ~~그런데 노조법 제2조 제4호 단서에서는 ‘다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다’고 규정하고 있다.~~
- ~~판례에 따르면 제2조 제4호 라목(이하 ‘라목’이라 한다)의 단서규정은 기업별 노조에서 해고의 효력을 다투는 근로자에 대해 노동조합의 조합원으로서의 지위를 인정하여 노동조합의 설립 및 존속을 보호하고 노동조합의 활동이 방해받지 않도록 하기 위한 규정이다.~~
- ~~제2조 제4호 라목 단서조항은 기업별 노조인 경우에 한하여 적용되는 조항이므로, 초기업노조에는 라목 단서 조항이 적용될 여지가 없다.~~

#### 582p 수정 내용 - 목차 부분

(4) 근로자가 아닌 자의 배제(2조 4호  
라목)

118 ~~노조법 제2조 제4호 라목 단서~~

#### 583p 수정 내용

[노조법 제2조(정의)]

라. 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우. 다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다.

#### 585p 수정 내용

## 3. 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 복리사업만을 목적으로 하지 않을 것 ④ 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하지 않을 것(단서는 생략) ⑤ 주로 정치운동을 목적으로 하지 않을 것 등의, 노조법 제2조 제4호 단서에 나와 있는 소극적 요건도 충족해야 한다.

588p 수정 내용

(4) 근로자가 아닌 자의 배제(2조 4호 라목)

근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우. ~~다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니 된다.~~

118 ~~노조법 제2조 제4호 라목 단서 (변14 / 행15)~~

※ 핵심쟁점 118번 전체 내용 삭제후 아래 내용으로 변경

118 사업 또는 사업장에 종사하지 아니하는 근로자의 근로자성.

| Key point | 2조 4호 라목

예전에는 기업에서 해고된 근로자의 경우, 기업별 단위노조에 가입하는 것을 원칙적으로 허용하지 않았으나, 2021.7.6. 개정된 노조법 시행으로 기업별 노동조합의 경우에도 해고된 조합원의 근로자성을 인정하여 기업별 노조에 가입하는 것을 허용함.

[목차]

- I. 문제의 소재
- II. 해고 근로자의 기업별 단위노동조합 가입 인정 여부
  1. 노조법 제2조 제4호 라목의 의의
  2. 해고 근로자의 기업별 단위노동조합 가입 인정 여부

I. 문제의 소재

- 노동조합 및 노동관계조정법(이하 “노조법”) 제2조 제4호 라목에 따라 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 노동조합으로 보지 아니하고, 행정관청은 설립신고서를 반려할 수 있다.
- 그런데, 과연 기업에서 해고된 자가 기업별 노동조합에 가입할 수 있는지가 문제된다.

II. 해고 근로자의 기업별 단위 노동조합 가입 인정 여부



## 1. 노조법 제2조 제4호 라목의 의의

- 노조법 제2조 제4호 라목은 “근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우’ 노동조합으로 보지 않는다고 규정하고 있다.
- 그런데, 구법에서는 기업에서 해고된 조합원의 근로자성을 원칙적으로 부정하고, 단서조항을 통해 ‘해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다’고 규정하여 예외적으로 기업별 노조가입을 허용하였다.
- 그런데, 2021.7.6. 시행된 신법에서는 노조법 제2조 제4호 라목 단서조항을 삭제하였다.

## 2. 해고 근로자의 기업별 단위 노동조합 가입 인정 여부

- 따라서, 노조법 제2조 제4호 라목 단서조항이 삭제되어 시행되고 있는 2021. 7. 6. 부터는 해고된 자를 비롯하여 사업 또는 사업장에 종사하지 아니하는 근로자도 기업별 노동조합 가입을 할 수 있다 할 것이다.

### 601p 수정 내용

[노조법 제6조(법인격의 취득)] ...

[노조법 제7조(노동조합의 보호요건)]

② 제1항의 규정은 제81조 **제1항** 제1호·제2호 및 제5호의 규정에 의한 근로자의 보호를 부인하는 취지로 해석되어서는 아니된다...

### 616p 수정 내용

[노조법 제17조(대의원회)]

① 노동조합은 규약으로 총회에 같음할 대의원회를 둘 수 있다.

② 대의원은 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의하여 선출되어야 한다.

③ 하나의 사업 또는 사업장을 대상으로 조직된 노동조합의 대의원은 그 사업 또는 사업장에 종사하는 조합원 중에서 선출하여야 한다. <신설 2021. 1. 5.>[시행일 : 2021. 7. 6.]

## 123 대의원의 선출

### | Key point | 대의원의 선출규정과 그 제한

1. 법률규정 : 직접, 비밀, 무기명 투표로 선출(→ 성격 : 강행규정)
2. 간접선출을 정한 규약 : 무효(∵ 강행규정 위반)
3. 하나의 사업 또는 사업장을 대상으로 조직된 노동조합의 대의원은 그 사업 또는 사업장에 종사하는 조합원 중에서 선출하여야 함.

### I. 문제의 소재

- 노조법은 규약으로 총회에 갈음할 대의원회를 둘 수 있도록 하고 있으며(노조법 제17조 1항), 대의원은 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의하여 선출되어야 한다고 규정하고 있다.(노조법 제17조 2항)
- 또한, 하나의 사업 또는 사업장을 대상으로 조직된 노동조합의 대의원은 그 사업 또는 사업장에 종사하는 조합원 중에서 선출하여야 한다고 규정하고 있다. (노조법 제17조 3항)
- 그런데, 노동조합이 내부의 규약이나 선거관리규정 등에서 간접적인 선출방법을 정하고 있는 경우, 그러한 규약의 효력이 문제된다.

### 617p 수정 내용

#### (3) 대의원의 임기

- 대의원의 임기는 규약으로 정하되 3년을 초과할 수 없다.(노조법 제17조 4항)

#### (4) 대의원회의 개최 및 기타 사항

- 대의원회를 둔 때에는 총회에 관한 규정은 대의원회에 이를 준용한다.(노조법 제17조 5항)

### 620p 수정 내용

#### (3) 임원의 선출·해임·임기에 관한 노조법상의 제한규정

##### 가. 임원의 선출방법

- 임원은 그 노동조합의 조합원 중에서 선출되어야 한다(노조법 제23조 1항).
- 임원의 자격은 규약으로 정하되, 하나의 사업 또는 사업장을 대상으로 조직된 노동조합의 임원은 그 사업 또는 사업장에 종사하는 조합원 중에서 선출하도록 정한다.(노조법 제23조 1항).

### 622p 수정 내용

[노조법 제5조(노동조합의 조직·가입)]

- ① 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다. 다만, 공무원과 교원에 대하여는 따로 법률로 정한다.

- ② 사업 또는 사업장에 종사하는 근로자(이하 “종사근로자”라 한다)가 아닌 노동조합의 조합원은 사용자의 효율적인 사업 운영에 지장을 주지 아니하는 범위에서 사업 또는 사업장 내에서 노동조합 활동을 할 수 있다.
- ③ 종사근로자인 조합원이 해고되어 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 종사근로자로 본다.

625p 수정 내용

125 단체협약에 의한 조합원의 자격제한

II. 단체협약상 조합원 범위조항의 의미 및 단체협약의 효력확장

1. 단체협약상 조합원 범위조항의 의미

(1) 조합원의 자격과 범위 : 규약

- **노조법 제11조 제4호에서는 조합원에 관한 사항을 규약의 의무적 기재사항으로 하고 있는데, 조합원의 자격이나 범위는 규약으로 자주적으로 결정하는 것이 단결권을 기초로 한 노동조합 자주성의 원칙에 부합한다 할 것이다.**

631p 수정 내용

V 조합원의 자격상실

- **또한 기업별 노동조합의 조합원인 근로자가 사용자에 의해 해고되어 근로자의 지위를 상실한 경우에는 조합원의 자격을 상실하게 되지만, 그 해고된 근로자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니되므로(노조법 제2조 제4호 라목 단서) 그러한 범위 안에서는 조합원의 지위를 유지하면서 노동조합의 활동에 참여할 수 있는 권리를 가진다.**
- 구법에 따르면, 기업별 노동조합의 조합원인 근로자가 사용자에 의해 해고되어 근로자의 지위를 상실한 경우에는 원칙적으로 조합원의 자격을 상실하게 되지만, 2021.7.6.부터 시행되고 있는 개정법에 따르면 해고된 자라고 하더라도 기업별 노동조합 가입을 할 수 있다. 또한 사업 또는 사업장에 종사하는 근로자, 이른바 종사근로자인 조합원이 해고되어 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 종사근로자로 본다는 조항을 두고 있다.(노조법 제5조 제3항)

- page 633-646 통째로 바꿔주세요-

2021. 7.6.자로 노조전임자에 대한 개념규정이 삭제되고, 노조전임자에 급여지급 금지 부분, 그리고 노조전임자에 대한 급여지급을 부당노동행위로 규정한 부분이 모두 삭제되었습니다. 부분적으로 수정하려고 했지만, 내용이 너무 지저분해져서 통으로 내용을 바꾸었습니다.

[노조법 제24조(근로시간 면제 등)]

- ① 근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의를 있는 경우에는 사용자 또는 노동조합으로부터 급여를 지급받으면서 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에 종사할 수 있다.
- ② 제1항에 따라 사용자로부터 급여를 지급받는 근로자(이하 “근로시간면제자”라 한다)는 사업 또는 사업장별로 종사근로자인 조합원 수 등을 고려하여 제24조의2에 따라 결정된 근로시간 면제 한도(이하 “근로시간 면제 한도”라 한다)를 초과하지 아니하는 범위에서 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있다.
- ③ 사용자는 제1항에 따라 노동조합의 업무에 종사하는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 제한해서는 아니 된다.
- ④ 제2항을 위반하여 근로시간 면제 한도를 초과하는 내용을 정한 단체협약 또는 사용자의 동의는 그 부분에 한정하여 무효로 한다.

## I 노동조합의 업무에만 종사하는 자의 의의

- 근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의를 있는 경우에는 사용자 또는 노동조합으로부터 급여를 지급받으면서 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에 종사할 수 있다.(노조법24조)
- 2021.7.6. 이전 법령에서는 노동조합의 전임자라는 개념을 인정하였으나, 개정법에서는 노동조합의 전임자라는 개념을 삭제하였다. 그렇다고 하더라도 여전히 개정법령에서도 노동조합의 조합원 중에 사용자와의 근로계약관계에 의한 근로자로서의 지위를 유지하면서 근로계약상의 노무제공의 무의 전부 또는 일부를 면제받아 노동조합의 업무에만 종사하는 자가 있을 수 있는데, 이러한 조합원의 법적 지위는 다른 조합원과 구별하여 살펴볼 필요가 있을 것이다.

## II 노동조합의 업무에만 종사하는 자의 법적근거

### 1. 문제의 소재

- 노동조합의 업무에만 종사하는 자가 종업원으로서의 지위를 유지하면서도 사용자에게 대한 노무제공의무를 면하고 기타 처우에 있어서도 불이익을 받지 않는 법적 근거가 무엇인지 문제된

다. 학설은 단결권설과 협정설로 구분되나, 현행법과 판례는 협정설의 입장에 서 있다고 할 수 있다.

## 2. 단결권설

- 단결권설은, 노동조합의 업무에만 종사하는 자를 인정하는 제도는 헌법상 보장된 단결권의 한 내용으로서 노동조합의 정상적인 활동을 위하여 노동조합으로서는 사용자에게 이를 적극적으로 요구할 수 있는 권리가 있고, 사용자는 이에 응할 의무가 있으므로 단체협약이나 사용자의 동의가 없다고 하더라도 사용자는 노동조합의 업무에만 종사하는 자를 인정하는 제도에 관한 노동조합의 요구가 있을 때 객관적이고 합리적인 이유가 없는 한 이를 거절할 수 없다고 보는 견해이다.<sup>4)</sup>

## 3. 협정설 : 현행법과 판례의 태도

- 협정설은 노동조합의 업무에만 종사하는 자를 인정하는 제도가 헌법상 보장된 단결권의 내용으로서 사용자가 이를 마련하여야 할 의무까지 당연히 인정되는 것이 아니라, 사용자의 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태에 지나지 않으므로 단체협약이나 사용자의 동의가 있는 경우에 한하여 비로소 인정될 수 있을 뿐이라고 보는 견해이다.<sup>5)</sup>
- 노조 전임자라는 개념을 인정한 과거 법령에 따른 [판례] 역시 협정설의 입장에 서 있으며<sup>6)</sup>, 현행법도 노조법 제24조 제1항에서 “근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에는 사용자 또는 노동조합으로부터 급여를 지급받으면서 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에 종사할 수 있다”고 규정하여 협정설을 명문화하고 있다.
- 그리고 사용자는 노동조합의 업무에 종사하는 자의 정당한 노동조합 활동을 제한하여서는 아니 되며(노조법 제24조 제3항), 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 불이익을 주는 행위는 부당노동행위에 해당할 것이다.(노조법 제81조 1호)

## III 노동조합의 업무에만 종사하는 자의 인정여부에 대한 교섭대상성

- 노동조합으로서는 사용자와의 단체교섭 등의 방법을 통하여 사용자에게 노동조합의 업무에만 종사하는 자에 대한 승인을 얻을 수 있다 할 것인데, 그렇다면 이와 같은 노동조합의 업무에만 종사하는 자에 관한 사항이 사용자의 단체교섭응낙의무가 인정되는 의무적 교섭사항에 해당하는지 여부가 문제된다.<sup>7)</sup>

4) 사법연수원(노조법), 94p

5) 사법연수원(노조법), 94p

6) 대법원 1997.4.25. 선고 97다6926 판결

7) 사법연수원(노조법), 96p

- 이에 대해 노조 전임제를 인정하고 있던 과거 [판례]에 따르면 “노조전임제는 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태로서 사용자가 단체협약 등을 통하여 승인하는 경우에 인정되는 것일 뿐 사용자와 근로자 사이의 근로계약 관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 근로조건이라고 할 수 없는 것이고, 단순히 임의적 교섭사항에 불과하여 이에 관한 분쟁 역시 노동쟁이라 할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 중재재정의 대상으로 할 수 없다”하다고 판시한 판례가 있지만<sup>8)</sup>, 이에 대해서는 노조법에 규정된 노동쟁의의 대상과 단체교섭의 대상을 같은 것으로 오해하였다는 비판<sup>9)</sup>이 있으며, 이후 판례<sup>10)</sup>에 의해 사실상 변경된 것으로 평가되고 있다.
- 의무적 교섭사항은 협의의 근로조건에 한정되지 않고 근로조건과 밀접한 관련이 있는 집단적 노사관계사항까지 포함시켜야 하므로 노동조합의 업무에만 종사하는 자에 대한 사항은 의무적 교섭사항으로 보아야 할 것이다.

#### IV 노조 업무에만 종사하는 자의 지위 취득시기, 상실시기 및 전임운용권의 남용

##### 1. 노조 업무에만 종사하는 자의 지위 취득시기 및 상실시기

##### 126 노조 업무에만 종사하는 자의 지위 취득시기 및 상실시기

###### [Key point] 노조 업무에만 종사하는 자의 지위 취득시기 및 상실시기

1. 단협상 노조업무에만 종사하는 자에 대한 규정의 법적 성질 : 규범적 부분이 아님
2. 지위취득시기 : 사용자로부터 노조 업무에만 종사하는 자로서의 발령을 받은 날(단협내용상 사용자의 발령없이도 근로제공의무가 면제됨이 명백하거나 그러한 관행이 확립되어 있다면 예외)
3. 지위상실시기 : 단협만료시에도 원직복귀명령에 불응한 경우 해고 사유(단, 판례가, 단협만료시 사용자의 원직복귀명령이 있는 시점에 지위가 상실한 것으로 보는지는 명확하지 않음)

###### [목차]

- I. 문제의 소재
- II. 노조 업무에만 종사하는 자의 지위 취득시기 및 상실시기
  1. 노조 업무에만 종사하는 자의 의의 및 해당 규정의 법적 성질
  2. 노조 업무에만 종사하는 자의 지위 취득시기 및 상실시기
    - (1) 노조 업무에만 종사하는 자의 지위 취득시기
    - (2) 노조 업무에만 종사하는 자의 지위 상실시기

8) 대법원 1996.2.23. 선고 94누9177 판결

9) 단체교섭대상과 중재재정 대상사항 양자가 반드시 일치하는 것은 아니라는 점에 주의할 필요가 있다. 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항은 교섭사항에 해당하지만, 노동쟁의의 정의에 관한 현행 노조법의 규정상 근로조건 이외의 사항은 특별한 사정(“노사관계 당사자 쌍방이 합의하여 단체협약의 대상이 될 수 있는 사항에 대하여 중재를 해줄 것을 신청한 경우이거나 이와 동일시할 수 있는 사정이 있는 경우”)이 없는 한 중재재정의 대상이 될 수 없다는 것이 판례의 입장이다.(조용만·김홍영 3판, 550p)

10) 대법원 2003.12.26. 선고 2003두8906 판결(무엇이 교섭사항에 해당하는지에 대해서 근로조건 및 기타 근로자의 대우에 관한 사항(징계·해고 등 인사의 기준이나 절차, 근로조건), 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항(노동조합의 활동, 조합조합에 대한 편의제공, 단체교섭의 절차와 쟁의행위의 절차 등)으로 사용자가 처분할 수 있는 사항이 교섭사항에 해당한다고 판시하고 있는 판결이다.)

## I. 문제의 소재

- 단체협약에 노조 업무에만 종사하는 자에 대한 규정을 두고 있는 경우, 그 지위는 언제 취득하는 것인지, 또한 언제 그 지위를 상실하는 것인지가 문제된다.

## II. 노조업무에만 종사하는 자의 지위 취득시기 및 상실시기

### 1. 노조 업무에만 종사하는 자의 의의 및 해당 규정의 법적 성질

- 노조법 제24조에 따르면 근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에는 사용자 또는 노동조합으로부터 급여를 지급받으면서 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에 종사할 수 있다. 따라서 노조법은 단체협약이나 사용자의 동의에 의해 노동조합의 업무에만 종사하는 자를 인정하고 있는 것이다.
- 노조전임제에 대한 개념을 인정하고 있는 과거 [판례]에 따르면 노조전임제는 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 근로조건은 아니라고 판시하고 있다.<sup>11)</sup> 즉 단체협약상 노조전임규정은 규범적 부분이 아니라는 것이 [판례]의 태도이다.<sup>12)</sup>

### 2. 노조 업무에만 종사하는 자의 지위 취득시기 및 상실시기

#### (1) 노조 업무에만 종사하는 자의 지위 취득시기

- 노조 업무에만 종사하는 자의 지위 취득시기가 언제인지 문제된다. 전임자에 대한 개념조항을 두고 있던 이전 판례에 따르면 전임자의 지위를 취득하게 되는 구체적인 시기에 대하여 “단체협약에 노조전임규정을 두었다고 하더라도 그 내용상 노동조합 대표자 등의 특정 근로자에 대하여 그 시기를 특정하여 사용자의 노조전임발령 없이도 근로제공의무가 면제됨이 명백하거나 그러한 관행이 확립되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 근로자의 근로계약관계를 직접 규율할 수 없고, 따라서 단체협약상 노동조합 전임자로 될 수 있는 노동조합 대표자 등에 선출되었다고 하여 곧바로 그 선출당시부터 노동조합 전임자의 지위에 있게 되는 것은 아니고 사용자로부터 현실적으로 노조전임 발령을 받아야만 비로소 노동조합 전임자의 지위를 취득하게 된다”고 판시하였다.<sup>13)</sup>

#### (2) 노조 업무에만 종사하는 자의 지위 상실시기

- 전임자에 대한 개념조항을 두고 있던 이전 [판례]에 따르면 노조전임자의 지위를 상실하는 시기에 관하여 노동조합전임자제도의 근거규정인 단체협약이 유효기간의 만료로 효력을 상실한 경우에, 단체협약상 노동조합전임제도를 정한 규정은 규범적 부분이 아니므로, 그 단체협약에 따라 노동조합 업무만을 전담하던 노동조합 전임자는 사용자의 원직복귀명령에 응하여야 할 것이므로 그 원직복귀명령에 불응한 행위는 취업규칙 소정의 해고사유에 해당한다고 한다.<sup>14)</sup>
- 따라서 노조 업무에만 종사하는 자의 정의행위 등 정당한 조합활동을 혐오하여 이를 곤란케 할 목적으로 원직복귀명령을 하였다면 이는 불이익취급이나 지배개입의 부당노동행위에 해당하지만<sup>15)</sup>, 노조 업무에만 종사하는 자의 근거규정인 단체협약이 유효기간의 만료로 효력을 상실한 경우 원직복귀명령에 불응한 노조 업무에만 종사하는 자에 대한 해고는 부당노동행위에 해당하지 않는다<sup>16)</sup>고 보아야 할 것이다.

## 2. 이전 노조법상 전임운용권의 남용

- 노조 전임제에 대한 개념규정을 두고 있던 이전 [판례]에 따르면 “노동조합 전임운용권이 노동조합에 있는 경우에도 그 행사가 법령의 규정 및 단체협약에 위배되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 그 내재적 제한을 위반한 것으로서 무효라고 보아야 하고, 노동조합 전임운용권의 행사가 권리남용에 해당하는지 여부는 전임운용권 행사에 관한 단체협약의 내용, 그러한 단체협약을 체결하게 된 경위와 당시의 상황, 노조원의 수 및 노조 업무의 분량, 그로 인하여 사용자에게 발생하는 경제적 부담, 비슷한 규모의 다른 노동조합의 전임자 운용 실태 등 제반 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다”<sup>17)</sup>고 한다.

## V 노조 업무에만 종사하는 자의 근로계약상 지위

### 1. 일반적 지위

- 노조 전임제에 대한 개념규정을 두고 있던 이전 [판례]에 따르면 노조전임자는 사용자와의 사이에 기본적 노사관계는 유지되고 기업의 근로자로서의 신분도 그대로 가지는 것이지만, 노동조합전임자의 근로제공의무가 면제되고 원칙적으로 임금지급의무도 면제된다는 점에서 휴직상태에 있는 근로자와 유사하다고 한다.<sup>18)19)</sup>

11) 대법원 1997.4.25. 선고 97다6926 판결 참조

12) 대법원 1997.6.13. 선고 96누17738 판결 참조

13) 대법원 1997.4.25. 선고 97다6926 판결 참조 / 그러나 노동조합이 단체협약의 규정에 따라 노동조합전임자를 선임하여 사용자에게 통지하였음에도 불구하고 사용자가 정당한 이유없이 노조전임발령을 미루고 있는 경우에도 위 판례의 입장이 그대로 유지될 수 있는지는 명확하지 않다.(사법연수원(노조법), 95p)

14) 대법원 1997.6.13. 선고 96누17738 판결 참조 / 그런데 위 판례의 취지가 노동조합전임자제도를 규정한 단체협약의 유효기간이 만료되었다 하더라도 사용자의 원칙복직명령이 있는 시점에서 노동조합전임자의 지위를 상실하는 것으로 보아야 한다는 것인지는 명확하지 않다.(사법연수원(노조법), 96p)

15) 조용만·김홍영 4판, 530p

16) 조용만·김홍영 4판, 530p

17) 이 판례는 노동조합의 전임자 통지가 사용자의 인사명령을 거부하기 위한 수단으로 이용된 것으로 보아, 이러한 경우의 노동조합 전임운용권의 행사는 ‘권리남용’에 해당한다고 한 사례이다.(대법원 2009.12.24. 선고 2009도9347 판결)

18) 대법원 1995.11.10. 선고 94다54566 판결 등

19) 이에 대해서 노조전임자는 노동조합과 사용자의 전임협정에 따라 노조업무에만 종사할 근로자에 대하여 사용자가 전임발령을 하는 것으로, 파견과 유사한 집단적 계약관계로 파악하는 견해도 있다. 즉 전임관계는 집단적 노동관계법상의 제도라는 특수성을 가지고 있지만, 비사업적 파견과 유사한 삼면관계이므로 사용자와 근로자라는 이면적 관계에서 인사발령으로 이루어지는 휴직과는 완전히 법률구조를 달리한다는 것이다.(이에 대하여는 강성태, “집단적 노사관계법에서 노동조합 전임자의 지위”, 『노동법 연구』제19호, 서울대노동법연구회, 2005, 403-404p 참조)



## 2. 노조 업무에만 종사하는 자에 대한 사용자의 급여지급

### (1) 노조 업무에만 종사하는 자에 대한 사용자의 급여지급이 부당노동행위에 해당하는지 여부

#### 127 노조 업무에만 종사하는 자에 대한 사용자의 급여지급과 부당노동행위

##### [Key point] 노조 업무에만 종사하는 자에 대한 사용자의 급여지급과 부당노동행위

1. 현행 개정법률 : 부당노동행위 규정 삭제 (노조법 제81조 제4호) - 2021. 7. 6. 시행
2. 판례
  - (1) 종전 판례 : 형식설 (::법에서 금지하고 있으므로, 전임자에 대한 급여지원행위는 그 자체로 부당노동행위)
  - (2) 개정법 하에서의 판례 : 없음 - 구법 시행전의 판례와 동일하게 실질설의 태도를 취할 가능성이 높음. (::노조의 적극적인 요구나 투쟁결과로 얻어진 것이라면 자주성 저해 위험 없다)

##### [목차]

##### I. 문제의 소재

##### II. 노조 업무에만 종사하는 자에 대한 사용자의 급여지급과 부당노동행위

1. 노조 업무에만 종사하는 자의 의의와 법적 지위
2. 노조 업무에만 종사하는 자에 대한 급여지급과 부당노동행위 해당 여부
  - (1) 법률규정
  - (2) 학설
    - 가. 실질설
    - 나. 형식설
  - (3) 판례의 태도
    - 가. 개정법 시행이전 종전 판례 : 형식설의 입장
    - 나. 개정법 시행이후 판례 : 실질설의 입장을 취할 가능성

##### I. 문제의 소재

- 2021. 7.6 이전의 과거 노조법에서는 노조전임자에 대한 급여지급을 부당노동행위인 지배·개입의 하나로서 금지하고 있었는데(81조4호), 2021. 7. 6. 시행되는 개정법률에서는 해당 조항을 삭제하였다.
- 따라서 노조 전임자에 대한 부당노동행위규정이 삭제된 현재 시점에도 노조 업무에만 종사하는 자에게 사용자가 급여를 지급하는 경우, 부당노동행위의 성립을 인정할 수 있는지가 문제된다.

##### II. 노조 업무에만 종사하는 자에 대한 사용자의 급여지급과 부당노동행위

##### 1. 노조 업무에만 종사하는 자의 의의 및 법적 지위

- 노조법 제24조에 따르면 근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에는 사용자 또는 노동조합으로부터 급여를 지급받으면서 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에 종사할 수 있다. 따라서 노조법은 단체협약이나 사용자의 동의에 의해 노동조합의 업무에만 종사하는 자를 인정하고 있는 것이다.
- 노조전임자에 대한 개념을 인정하고 있는 과거 [판례]에 따르면 노조전임자는 사용자

와의 사이에 기본적 노사관계는 유지되고 기업의 근로자로서의 신분도 그대로 가지는 것이지만, 노동조합전임자의 근로제공의무가 면제되고 원칙적으로 임금지급의무도 면제된다는 점에서 휴직상태에 있는 근로자와 유사하다고 한다.<sup>20)21)</sup>

## 2. 노조업무에만 종사하는 자에 대한 급여지급과 부당노동행위 해당 여부

### (1) 법률규정

- 노조전임자에 대한 개념을 인정하고 있던 구 노조법 제24조 제2항에 따르면 전임자가 전임기간 동안 사용자로부터 급여를 지급받는 행위를 금지하고 있었고 제81조 제4호에서는 사용자가 전임자에게 급여를 지급하는 것을 부당노동행위로 금지하고 있었다.
- 그런데, 노조 전임자에 대한 개념을 삭제한 현행 법에서는 전임자가 전임기간 동안 사용자로부터 급여를 지급받아서 안된다는 조항도 함께 삭제했으며, 사용자가 전임자에게 급여를 지급하는 것을 부당노동행위로 금지하고 있던 제81조 제4호의 해당 부분도 삭제하였다.
- 따라서, 노조 업무에만 종사하는 자에 대하여 사용자가 급여를 지급한 경우, 해당 행위가 부당노동행위에 해당하는지가 문제된다. 이하에서는 이에 대한 학설과 판례의 태도를 알아보기로 한다.

### (2) 학설

- 노조업무에만 종사하는 자에 대한 급여지급이 부당노동행위에 해당하는지에 대해서는 두가지의 견해대립이 있을 수 있다.

#### 가. 실질설

- 노조 전임자에 대한 급여지급을 부당노동행위로 규정한 법률규정이 삭제되었으므로, 근로시간면제자가 아님에도 불구하고 노조 업무에만 종사하는 자가 형식적으로 급여 지급을 받고 있다는 사실만으로는 부당노동행위의 성립을 인정할 수는 없고, 실질적으로 조합의 자주성이 저해될 구체적인 위험성이 있는 경우에 한하여 부당노동행위의 성립을 인정할 수 있다는 견해가 있을 수 있다.

#### 나. 형식설

- 근로시간면제자가 아님에도 불구하고 노조 업무에만 종사하는 자에 대한 급여지급은 노동조합의 자주성을 해할 위험성이 있으므로 부당노동행위제도가 갖는 법리상 허용될 수 없다는 견해도 있을 수 있다.

20) 대법원 1995.11.10. 선고 94다54566 판결 등

21) 이에 대해서 노조전임자는 노동조합과 사용자의 전임협정에 따라 노조업무에만 종사할 근로자에 대하여 사용자가 전임발령을 하는 것으로, 파견과 유사한 집단적 계약관계로 파악하는 견해도 있다. 즉 전임관계는 집단적 노동관계법상의 제도라는 특수성을 가지고 있지만, 비사업적 파견과 유사한 삼면관계이므로 사용자와 근로자라는 이면적 관계에서 인사발령으로 이루어지는 휴직과는 완전히 법률구조를 달리한다는 것이다.(이에 대하여는 강성태, “집단적 노사관계법에서 노동조합 전임자의 지위”, 『노동법 연구』제19호, 서울대노동법연구회, 2005, 403-404p 참조)

### (3) 판례의 태도

#### 가. 개정법 시행이전 종전 판례 : 형식설의 입장

- 2021.7.6. 개정법이 시행되기 이전의 구 노조법은 근로시간 면제제도에 의하지 않는 한, 명문으로 노조전임자에 대한 급여금지와 이의 위반에 대한 부당노동행위 성립을 인정하고 있으므로 노조전임자에 대한 급여지급은 허용되지 않는다고 보았다.
- 즉 구 노조법하에서의 [판례]는 “단순히 노동조합의 업무에만 종사하는 근로자에 불과할 뿐 근로시간 면제 대상으로 지정된 근로자로 지정된 바 없는 근로자에게 급여를 지원하는 행위는 그 자체로 부당노동행위가 된다”고 하여<sup>22)</sup>, 노조전임자 급여지원행위는 부당노동행위임을 분명히 하고 있다.

#### 나. 개정법 시행이후 판례 : 실질설의 입장을 취할 가능성

- 과거 판례가 형식설의 입장을 취한 이유는 구 노조법이 노동조합전임자에 대한 급여지급을 원칙적으로 금지하고, 노동조합 전임자에 대한 급여지급을 부당노동행위로 금지하고 있다는 점을 고려한 것으로 평가받고 있다.
- 하지만, 노조전임자에 대한 급여지급 금지와 노조전임자에 대한 급여지급이 부당노동행위라는 법률조항을 삭제한 현 시점에서는 실질설의 입장을 취할 가능성이 높다고 할 것이다. 노조 업무에만 종사하는 자(구법상 노조전임자)에 대한 급여지급이 조합의 적극적인 요구 내지는 투쟁결과로 얻어진 것이라면 그 급여의 지급으로 조합의 자주성이 저해될 위험은 거의 없으므로 부당노동행위가 성립하지 않는다는, 구 노조법 이전의 판례가 취했던 실질설의 태도<sup>23)</sup>를 인정할 가능성이 높을 것이다.

### (2) 근로시간면제제도의 도입<sup>24)</sup>

#### 가. 도입배경

- 2021. 7. 6. 이전 노조법에 따르면 노조전임자의 급여는 노동조합이 스스로 부담하는 것이 원칙이지만, 상당기간 동안 전임자의 급여를 사용자로부터 지급받아온 노동조합은 전임자에 대한 급여지급이 금지될 경우, 종전과 같은 전임자 수를 유지하려면 조합재정에서 그 급여를 부담하여야 하고, 그런 재정이 확보되지 아니하면 전임자를 줄이거나 없애야 하는데, 이 경우 노동조합의 여러 활동이 위축되거나 약화될 위험성도 존재하고 있었다.<sup>25)</sup>
- 따라서 이전 노조법상의 노조전임자에 대한 비용을 원칙적으로 노동조합 스스로 부담하도록 해 노동조합의 자주성과 독립성 확보에 기여하는 한편, 유급근로시간면제제도를 도입함으로써 사업장 내의 노동조합 활동을 일정 수준 계속 보호·지원함으로써 안정적인 노사관계를 구

22) 대법원 2016.1.28. 선고 2012두12457 판결

23) 대법원 1991.5.28. 선고 90누6392 판결 참조

24) 2014년 헌법재판소는 유급근로시간면제제도를 규정하고 있는 "해당 조항은 노조전임자에 대한 비용을 원칙적으로 노동조합 스스로 부담하도록 해 노동조합의 자주성과 독립성 확보에 기여하는 한편, 사업장 내의 노동조합 활동을 일정 수준 계속 보호·지원함으로써 안정적인 노사관계를 구축, 경영의 효율성을 제고하고자 하는데 목적이 있다"며 전원일치 의견으로 합헌결정을 내렸다.(헌재 2014.5.29., 2010헌마606)

25) 임종률 14판, 86p

축, 경영의 효율성을 제고하고자 하는데 그 도입의의가 있다고 할 수 있다.<sup>26)</sup>

#### 나. 근로시간면제제도의 의의

- 노조법 제24조 제1항에 따르면 “단체협약으로 정하거나 사용자가 동의하는 경우에는” “사용자로부터 급여를 지급받으면서 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에 종사할 수 있”으며, 제24조 제2항에 따르면 “사용자로부터 급여를 지급받는 근로자(근로시간면제자)는 사업 또는 사업장별로 종사근로자인 조합원 수 등을 고려하여 제24조의2에 따라 결정된 근로시간 면제 한도를 초과하지 아니하는 범위에서 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있”는데, 이를 흔히 근로시간면제제도라 한다.
- 즉 노사간에 합의한 경우 소정의 근로시간 면제 한도내에서는 근로자가 근로시간 중에 노동조합 활동 또는 관련 법률상의 의무이행이나 권리행사 등을 하는 경우 이를 근로를 제공한 것처럼 인정하여 임금을 지급하는 제도라 할 수 있다.

#### 다. 근로시간면제제도의 도입요건

##### ① 단체협약이나 사용자의 동의

- 근로시간면제제도는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에 채택이 된다. 노사당사자는 고용노동부장관이 고시한 근로시간면제한도 안에서 근로시간면제제도를 도입하여야 한다.

##### ② 유급처리가 허용된 대상 업무

- 유급근로시간 면제의 대상업무는 크게 ‘법정업무’와 ‘노조업무’로 구분할 수 있는데<sup>27)</sup>, 법정업무는 ‘사용자와의 협의·교섭<sup>28)</sup>, 고충처리<sup>29)</sup>, 산업안전 활동<sup>30)</sup> 등 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무<sup>31)</sup>’이며, 노조업무는 ‘건전한 노사관계발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무<sup>32)</sup>’이다.

26) 헌재 2014.5.29., 2010헌마606 참조

27) 이상윤 13판, 639p

28) 사용자와의 협의·교섭에는 노사협의회법에 의한 노사협의회 위원으로서 실제 회의와 직접 관련된 활동, 근로기준법에 의한 근로자 대표로서 탄력적 근로시간제 및 선택적 근로시간제 도입, 보상휴가제 실시, 재량근로제 실시 등 사용자와 실제 협의하는 활동, 노동조합법상 단체협약체결을 위하여 사용자와 실제 교섭하는 활동 등이 포함되며, 근로자파견법상 근로자대표와의 협의, 근로자퇴직급여보장법상 퇴직급여의 선택이나 변경시 근로자대표의 동의 등도 포함될 것이다.(이상윤 13판, 638p에서 재인용)

29) 고충처리업무에는 노사협의회법에 의한 고충처리위원으로서 근로자로부터 고충사항을 청취하고 이를 처리하기 위해 사용자와 협의하는 활동 등이 포함될 것이다. (이상윤 13판, 639p)

30) 산업안전활동에는 산업안전보건법상 산업안전보건위원회 위원으로 실제 회의에 참석하는 활동, 사업주의 산업재해예방 활동과 관련하여 개별조항의 규정에 따라 근로자대표로서 동의·입회·의견제시를 하는 활동 등이 이에 포함된다.(이상윤 13판, 639p)

31) 기타 근로복지기본법상 사내근로복지기금관련업무의 수행, 노동위원회법상 근로자위원으로 조정이나 심판 등의 업무에 참여하는 행위, 노동조합법 및 근로기준법에 의한 사업장내의 인사위원회 또는 징계위원회에 참여하는 활동 등이 이에 해당할 것이다.(이상윤 13판, 639p)

32) 보통 노조업무에는 노동조합의 관리업무로서 총회나 대의원회, 임원선거 및 회계감사 등 노동조합의 유지·관리를 위해 정기적이고 필수적인 활동, 생산성 향상 등을 위한 노사공동위원회, 사용자의 위탁 교육 등 기타 사업장내 노사공동의 이해관계에 속하는 노동조합의 유지, 관리업무 등이 이에 해당한다 할 것이다.(이상윤 13판, 639p)

- 그런데 특히 노조업무에 관하여 ‘건전한 노사관계발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무’가 무엇을 말하는지에 대하여 노조법은 아무런 예시나 지침을 제시하고 있지 않아, 쟁의행위 관련 업무 같은 것들이 이 대상업무에 포함되는지에 대해 견해대립이 있다. 이에 대한 구체적인 내용은 향후 판례나 학설에 의하여 보완되어야 할 것이다.

### ③ 근로시간 면제 한도

- 근로시간 면제한도는 사업 또는 사업장별로 종사근로자인 조합원수 규모를 고려하여 경제사회노동위원회법에 따른 경제사회노동위원회가 심의·의결한 바에 따라 고용노동부장관이 고시하게 된다.(노조법 제24조 제2항, 제24조의2 제2항)
- 그리고 근로시간면제한도를 초과하는 내용을 정한 단체협약이나 사용자의 동의는 그 부분에 한정하여 무효가 된다.(노조법 제24조 제4항)

### 라. 근로시간면제제도와 부당노동행위

- 그렇다면, 사용자로부터 급여를 지급받는 근로자(이하 ‘근로시간 면제자’라 한다)가 아닌 근로자에게 급여를 지원하는 행위와 근로시간 면제자에게 급여를 지급하는 행위가 부당노동행위가 되는지가 문제될 수 있는데, 이는 항목을 바꾸어 상세히 설명하고자 한다.

### (3) 노조 업무에만 종사하는 자에 대한 급여요구 및 근로시간면제한도 초과 요구에 대한 쟁의행위

- 2021. 7.6.이전의 노조법에 따르면 노동조합은 전임자의 급여지급 및 근로시간 면제 한도를 초과한 조합활동을 요구하고 이를 관철할 목적으로 쟁의행위를 하여서는 아니된다고 규정하고 있었다.(노조법 제24조 5항)
- 2021. 7.6.시행되는 노조법은 이전 노조법의 해당 조항을 삭제하고, “근로시간면제한도를 초과하는 내용을 정한 단체협약이나 사용자의 동의는 그 부분에 한정하여 무효가 된다”는 조항을 신설하였다.
- 따라서 특히 노조의 업무에만 종사하는 자에 대한 급여지급을 요구하는 쟁의행위를 어떻게 평가할지에 대하여는 개정법이 시행된 이후 등장하는 판례의 태도를 살펴 보아야 할 것이다.

### 3. 근로시간면제제도와 부당노동행위

128 근로시간면제제도와 부당노동행위 (노17 / 행20)

#### | Key point | 근로시간면제제도와 부당노동행위

1. 근로시간면제자가 아닌 자에게 급여 지급 : 2021.7.6. 이후 판례 검토 필요
2. 근로시간면제자에게 급여를 지급한 경우
  - (1) 원칙 : 특별한 사정이 없는 한 부당노동행위가 아님
  - (2) 근로시간면제자에게 급여지급시 부당노동행위의 판단기준
    - 고시된 근로시간면제한도를 초과한 시간을 유급처리 : 부당노동행위
    - 타당한 근거없이 과다하게 책정된 급여를 지급한 경우 : 부당노동행위
      - 지급되는 급여가 근로제공의무가 면제되는 근로시간에 상응해야 함
      - 타당한 근거없이 과다하게 책정된 급여를 지급하는 경우 부당노동행위(판단기준 : 동종 혹은 유사업무에 종사하는 동일 또는 유사 직급·호봉의 근로자의 통상 근로시간과 근로조건 등을 기준으로 받을 수 있는 급여수준이나 지급기준을 사회통념상 수급할 만한 합리적인 범위를 초과할 정도로 과다한지 등의 사정 판단)
  - (3) 지배개입의사의 판단 : 노조법 제81조 제4호 단서에 따라 예외적으로 허용되는 경우가 아님을 인식하고 행위하였다면, 그 행위 자체로 지배개입의사 인정(지배개입의 적극적·구체적인 의도나 동기 불요)

구분	급여지급 허용여부		부당노동행위성립 여부	임금성 여부
근로시간면제자	사회통념상 수급할 만한 합리적인 범위 내의 급여	허용	부당노동행위 아님	임금성 긍정
	사회통념상 수급할 만한 합리적인 범위를 초과한 급여	금지	부당노동행위 성립	임금성 부정

#### [목차]

- I. 문제의 소재
- II. 근로시간면제제도와 부당노동행위
  1. 근로시간면제제도의 의의 및 취지
  2. 근로시간면제자에 대한 급여지급과 부당노동행위
    - (1) 원칙
    - (2) 근로시간면제자에게 급여를 지급한 경우 부당노동행위의 판단기준
      - 가. 고시된 근로시간 면제한도를 초과한 시간을 유급처리하고 있는 경우
      - 나. 타당한 근거없이 과다하게 책정된 급여를 지급한 경우
    - (3) 지배·개입의사의 판단
- III. 결론 : 근로시간면제자에 대한 급여의 임금성

## I. 문제의 소재

- i) 근로시간면제자로 지정된 자에게 급여를 지급하는 것이 부당노동행위에 해당하지 여부, ii) 근로시간면제자로 지정된 경우에도 사용자가 고시된 근로시간 면제한도를 초과하여 임금을 지급하고 있는 경우, 혹은 iii) 고시된 근로시간 면제한도를 초과하지는 않았으나 근로제공의무가 면제되는 근로시간에 상응하는 급여가 아닌, 타당한 근거없이 과도하게 책정된 급여를 지급하는 경우에, 부당노동행위가 성립할 수 있는지가 문제된다.

## II. 근로시간면제제도와 부당노동행위

### 1. 근로시간면제제도의 의의 및 취지

- 노동조합 및 노동관계조정법(이하 노조법) 제24조 제1항에 따르면 “단체협약으로 정하거나 사용자가 동의하는 경우에는 사용자로부터 급여를 지급받으면서 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에 종사할 수 있으며”, 제24조 제2항에 따르면 이러한 근로시간 면제자는 “사업 또는 사업장별로 종사근로자인 조합원 수 등을 고려하여 제24조의2에 따라 결정된 근로시간 면제 한도를 초과하지 아니하는 범위에서 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있다”고 규정하고 있는데, 이를 흔히 근로시간면제제도라 한다.
- 즉 노사간에 합의한 경우 소정의 근로시간 면제 한도내에서는 근로자가 근로시간 중에 노동조합 활동 또는 관련 법률상의 의무이행이나 권리행사 등을 하는 경우 이를 근로를 제공한 것처럼 인정하여 임금을 지급하는 제도라 할 수 있다.
- 이러한 근로시간면제제도는 노동조합이 사용자에게 경제적으로 의존하는 것을 막고 노동조합의 자주성을 확보하기 위하여 구 노조법상 노조전임자 급여 지원 행위를 금지하는 대신, 사용자의 노무관리업무를 대행하는 구 노조법상 노조전임자 제도의 순기능도 고려하여 일정한 한도 내에서 근로시간 면제 방식으로 노동조합 활동을 계속 보장하기 위한 취지를 갖고 있다.<sup>33)</sup>

### 2. 근로시간면제자에 대한 급여지급과 부당노동행위

#### (1) 원칙

- 현행 노조법은 근로시간면제자로 지정된 자에 대해 근로면제시간에 대하여 급여를 지급하는 것은 부당노동행위에 해당하지 않는다고 보고 있으며(제81조 4호 단서 전단), 판례 역시 “근로시간 면제자에게 급여를 지급하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 부당노동행위가 되지 않는 것이 원칙이다”고 판시하고 있다.<sup>34)</sup>
- 그렇다면, 근로시간 면제자에게 급여를 지급하는 행위가 어떠한 경우에 부당노동행위에 해당할 수 있는지가 문제된다.

33) 대법원 2018.4.26. 선고 2012다8239 판결

## (2) 근로시간면제자에게 급여를 지급한 경우 부당노동행위의 판단기준

가. 고시된 근로시간 면제한도를 초과한 시간을 유급처리하고 있는 경우

- 우리 [판례]는 조합간부가 유급으로 노동조합활동을 할 수 있는 시간을 노조법 제24조 제4항(현행 제24조 제2항)에서 정한 근로시간 면제 한도 내로 제한하지 않고, 이를 초과하는 것까지 허용하고 있는 단체협약 조항은 노조법 제24조 제4항(현행 제24조 제2항), 제81조 제4호에 위배되어, 부당노동행위에 해당한다고 판시하고 있다.<sup>35)</sup>
- 판례의 취지에 비추어 보면, 법상 근로시간면제제도의 대상업무가 아닌 업무에 대해서도 임금을 지급하면 부당노동행위에 해당될 가능성이 높을 것이다.<sup>36)</sup>

나. 타당한 근거없이 과다하게 책정된 급여를 지급한 경우

- 그런데 근로시간면제자에게 고시된 근로시간면제한도 안에서 급여를 지급했지만, 그 지급하는 급여가 일반 근로자의 통상 근로시간이나 근로조건 등과 비교하여 과다한 경우, 어떤 판단기준으로 부당노동행위의 성립을 긍정 또는 부정할 것인지가 문제된다.
- [판례]는 “근로시간 면제자로 하여금 근로제공의무가 있는 근로시간을 면제받아 경제적 손실 없이 노동조합 활동을 할 수 있게 하려는 근로시간 면제 제도 본연의 취지에 비추어 볼 때, 근로시간 면제자에게 지급하는 급여는 근로제공의무가 면제되는 근로시간에 상응하는 것이어야 한다”고 판시하면서<sup>37)</sup>, “단체협약 등 노사 간 합의에 의한 경우라도 타당한 근거 없이 과다하게 책정된 급여를 근로시간 면제자에게 지급하는 사용자의 행위는 노조전임자 급여 지원 행위에 해당하는 부당노동행위가 될 수 있다”고 판시하고 있다.<sup>38)</sup>
- 이 경우 [판례]에 따르면, 근로시간 면제자에 대한 급여지급이 과다하여 부당노동행위에 해당하는지는 “근로시간 면제자가 받은 급여 수준이나 지급 기준이 그가 근로시간 면제자로 지정되지 아니하고 일반 근로자로 근로하였다면 해당 사업장에서 동종 혹은 유사 업무에 종사하는 동일 또는 유사 직급·호봉의 일반 근로자의 통상 근로시간과 근로조건 등을 기준으로 받을 수 있는 급여 수준이나 지급 기준을 사회통념상 수긍할 만한 합리적인 범위를 초과할 정도로 과다한지 등의 사정을 살펴서 판단하여야 한다”고 한다.<sup>39)</sup>

34) 대법원 2016.4.28. 선고 2014두11137 판결

35) 대법원 2016.4.15. 선고. 2013두11789 판결

36) 임종률 14판, 88p 참조

37) 대법원 2016.4.28. 선고 2014두11137 판결 ; 다만, 면제가 허용되는 근로시간을 소정 근로시간으로 엄격히 제한하면 일반 근로자로 근무하는 경우와 비교하여 임금의 손실이 불가피할 수 있으므로, 면제할 수 있는 근로시간을 반드시 소정 근로시간으로 한정할 것은 아니라고 한다.(대법원2018.5.15. 선고 2018.5.15. 판결)

38) 대법원 2016.4.28. 선고 2014두11137 판결

39) 대법원 2016.4.28. 선고 2014두11137 판결



(3) 지배·개입의사의 판단

- [판례]에 따르면, 근로시간면제자로 지정된 근로자에게 과도한 급여를 지급한 것이 노조법 제81조 제4호 단서에 따라 예외적으로 허용되는 경우가 아님을 인식하고서 행위하였다면, 그 행위자체로 지배·개입의사가 인정될 수 있다고 하면서, 지배·개입의 적극적·구체적인 의도나 동기까지 필요한 것은 아니라는 태도를 보이고 있다.<sup>40)</sup>

III. 보론 : 근로시간면제자에 대한 급여의 임금성

- [판례]에 따르면, “근로시간 면제 제도의 규정 내용, 취지, 관련 규정 등을 고려하면, 근로시간 면제자에 대한 급여는 근로시간 면제자로 지정되지 아니하고 일반 근로자로 근로하였다면 해당 사업장에서 동종 혹은 유사 업무에 종사하는 동일 또는 유사 직급·호봉의 일반 근로자의 통상 근로시간과 근로조건 등을 기준으로 받을 수 있는 급여 수준이나 지급 기준과 비교하여 사회통념상 수긍할 만한 합리적인 범위를 초과할 정도로 과다하지 않은 한 근로시간 면제에 따라 사용자에게 대한 관계에서 제공한 것으로 간주되는 근로의 대가로서, 그 성질상 임금에 해당하는 것으로 봄이 타당하다. 따라서 근로시간 면제자의 퇴직금과 관련한 평균임금을 산정할 때에는 특별한 사정이 없는 한 근로시간 면제자가 단체협약 등에 따라 지급받는 급여를 기준으로 하되, 다만 과다하게 책정되어 임금으로서 성격을 가지고 있지 않은 초과 급여 부분은 제외하여야 한다”고 판시하고 있다.<sup>41)</sup>

4. 취업규칙 등의 적용과 구 노조법상 노조전임자 (이하 내용은 동일)

5. 업무상 재해와 구 노조법상 노조전임자 (이하 내용은 동일)

6. 보론 : 노동조합 전임자에 대한 급여지급을 허용한 노조법하에서의 유의판례

7. 구 노조법상 노동조합 전임자와 연차휴가 (이하 내용은 동일)

40) 대법원 2016.4.28. 선고 2014두11137 판결

41) 대법원 2018. 4. 26. 선고 2012다8239 판결

## II. 조합활동의 정당성 요건

### 2. 조합활동의 정당성 요건

- 조합활동의 권리가 단체행동권에 포함된 것이라는 견해도 있고, 단결권에 포함된다는 견해도 있지만, 어떤 견해에 따르면 조합활동은 단결권 혹은 단체행동권을 통하여 보장되고 있으므로 그 당연한 효과로서 정당한 조합활동에 대하여는 해고나 그 밖의 불이익취급을 할 수 없고(노조법 81조1호), 형사책임이 면제되며, 민사책임도 물을 수 없다.
- **[판례]에 따르면 “노동조합의 조합활동은 근로자가 가지는 결사의 자유 내지 노동3권에 바탕을 둔 것으로서 노동조합 및 노동관계조정법 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여는 민형사상 면책이 된다”고 한다.**<sup>42)</sup> 그리고 정당한 조합활동에 대하여는 해고나 그 밖의 불이익취급을 할 수도 없다.(노조법 제81조 제1호)

### (1) 주체의 측면

- 조합원의 행위가 노동조합의 결의나 지시에 따라 한 조직적인 활동이라면 당연히 정당성이 인정될 것이다.
- 그런데, i) 조합원의 행위가 노동조합의 결의나 지시 없이 한 자발적·독자적 행위일 경우, 혹은 ii) 노동조합의 명시적인 결의나 지시에 반하는 행위일 경우, 노동조합 활동의 정당성을 인정할 수 있는지가 문제된다.
- **한 편, 비종업원인 산별노조 소속 조합원들이 기업지회의 쟁의행위에 참가한 경우, 이를 조합활동으로 볼 수 있는지 그렇다면 그 정당성을 어떻게 판단할 수 있는지도 문제된다.**

가. 조합원의 행위가 노동조합의 결의나 지시 없이 한 자발적·독자적 행위인 경우

나. 조합원의 행위가 노동조합의 명시적인 결의나 지시에 반하는 행위인 경우

### 다. 비종업원인 산별노조 소속 조합원들이 기업지회의 쟁의행위에 참가한 경우

- 비종업원인 산별노조 소속 조합원들이 기업지회의 쟁의행위에 참가한 경우, 우리 [판례]는 이를 “기업지회 및 그 소속 조합원들의 쟁의행위를 지원·조력하기 위한 산업별 노동조합의 조합활동으로서의 성격을 가진다”고 보고 있다.<sup>43)</sup>
- 그리고 비종업원인 조합원에 의해 이루어진 쟁의행위 지원·조력행위로서의 조합활동이 정당한지는, 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 있는지 등에 따라 판단하여야 할 것이다.<sup>44)</sup>

42) 대법원 2020.7.29. 선고 2017도2478 판결

43) 대법원 2020.7.9. 선고 2015도6173 판결

44) 이승욱, “비종업원인 조합원의 쟁의행위 참여행위의 법적 성격”, 『월간 노동리뷰』 2020.11월호, 한국노동연구원, 90p (산업별 노동조합 조합원의 아산공장 출입 방식이나 절차를 정한 노사 간의 합의 등을 위반하였다고 볼 만한 자료가 없을 뿐만 아니라, 아산공장 출입으로 인하여 Y기업의 사업 운영에 지장을 주었다고 보기도 어렵다. 이에 더하여 산별노조 조합원 등이 아산공장 내에서 머무른 장소와 시간 등을 함께 고려해 보면, 이러한 출입행위의 정당성을 부정할 정도로 그 수단과 방법의

- [판례]에 따르면 “비록 조합활동이 근무시간 외에 사업장 밖에서 이루어졌을 경우에도 근로자의 근로계약상의 성실의무(사용자의 이익을 배려해야 할)는 거기까지도 미친다고 보아야 하”기 때문이다. 이 경우, 주로 유인물의 내용이 어떠한 것인가에 따라 정당성의 여부가 달라질 수 있을 것이다.

#### (5) 시기·수단·방법의정당성의 판단에 관한 추가 판례법리

- [판례]에 따르면, 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 조합활동의 필요성과 긴급성, 조합활동으로 행해진 개별 행위의 경위와 구체적 태양, 사용자의 노무지휘권·시설관리권 등의 침해 여부와 정도, 그 밖에 근로관계의 여러 사정을 종합하여 충돌되는 가치를 객관적으로 비교·형량하여 실질적인 관점에서 판단하여야 한다”고 한다.<sup>45)</sup>

### 636p 수정 내용

#### I. 문제의 소재

- 노조법 제24조에 따르면 근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에는 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합으로부터 급여를 지급받으면서, 노동조합의 업무에 종사할 수 있다. (이하에서는 이러한 자를 노조전임자라는 용어를 사용하여 설명하기로 한다)
- 그런데, 단체협약에 노조전임규정을 두고 있는 경우, 노조 전임자의 지위는 언제 취득하는 것인지, 또한 언제 그 지위를 상실하는 것인지가 문제된다.

#### II. 노조 전임자의 지위 취득시기 및 상실시기

##### 1. 노동조합 전임자의 의의 및 노조전임규정의 법적 성질

상당성이 없다고 단정하기도 어렵다.(대법원 2020.7.9. 선고 2015도6173 판결)

- 45) 대법원 2020.7.29. 선고 2017도2478 판결(산업안전보건법 위반 사실의 증거수집 등을 할 목적으로 공장에 들어간 점, 그 이전에도 같은 목적으로 공장을 방문하여 관리자 측의 별다른 제지 없이 현장 순회를 해왔던 점, 공장의 시설이나 설비를 작동시키지 않은 채 단지 그 상태를 눈으로 살펴보았을 뿐으로 그 시간도 30분 내지 40분 정도에 그친 점, 현장순회 과정에서 회사 측을 폭행·협박하거나 강제적인 물리력을 행사한 바 없고, 근무 중인 근로자들의 업무를 방해하거나 소란을 피운 사실도 없었던 점 등에 비추어 볼 때, 산별노조 조합원피고인들의 행위는 근로조건의 유지·개선을 위한 조합활동으로서의 필요성이 인정되고, 그러한 활동으로 인하여 시설관리권의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다.)

- ~~노조법 제24조에 따르면 근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의를 있는 경우에는 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에만 종사할 수 있는데, 이렇게 단체협약이나 사용자의 동의에 의해 노동조합의 업무에만 종사하는 자를 노조 전임자라 한다.~~
- 우리 [판례]는 노조전임제는 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 근로조건은 아니라고 판시하고 있다. 즉 단체협약상 노조전임규정은 규범적 부분이 아니다.

- 708p-

## 2. 예외 : 개별교섭

- 다만, 하나의 사업 또는 사업장에서 2개 이상의 노동조합이 있더라도 교섭대표노조를 자율적으로 결정하는 기한(자율적 교섭대표 노조 결정기한은 참여노동조합으로 확정 또는 결정된 날부터 14일의 기한이다) 내에 사용자가 동의한 경우에는 노조별 개별교섭이 가능토록 허용하고 있다.(노조법 제29조의2 제1항 단서참조)
- 사용자가 개별교섭에 동의한 경우에는 **사용자는 교섭을 요구한 모든 노동조합과 성실히 교섭하여야 하고, 차별적으로 대우해서는 아니 된다. (노조법 제29조의2 제2항)**

- 713p-

## II. 교섭단위 분리의 의의 및 요건

### 1. 교섭단위 분리의 의의

- 교섭단위란 교섭대표노동조합을 결정하여야 하는 단위로서, 하나의 사업 또는 사업장을 원칙으로 하고 (노조법 제29조의3 제1항 참조), 산별노조, 직종별 노조 등 조직형태에 관계없이 모든 노조를 단일화 대상에 포함한다.
- 다만, 하나의 사업 또는 사업장에서 현격한 근로조건 차이, 고용형태, 교섭 관행 등을 종합적으로 고려하여 교섭단위를 분리하거나 분리된 교섭단위를 통합할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 노동위원회가 당사자의 양쪽 또는 어느 한쪽의 신청을 받아, 교섭단위를 분리하거나 분리된 교섭단위를 통합하는 결정을 할 수 있다.(노조법 제29조의3 제2항)

- 714p-

## III. 기타 : 교섭단위 분리의 절차 및 분리결정의 효과

### 1. 교섭단위 분리의 절차

#### (1) 교섭단위분리신청

#### (2) 교섭단위분리결정

- 다만, 하나의 사업 또는 사업장에서 현격한 근로조건 차이, 고용형태, 교섭 관행 등을 종합적으로 고려하여 교섭단위를 분리하거나 분리된 교섭단위를 통합할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 노동위원회가 당사자의 양쪽 또는 어느 한쪽의 신청을 받아, 교섭단위를 분리하거나 분리된 교섭단위를 통합하는 결정을 할 수 있다.(노조법 제29조의3 제2항)

(1) 단체교섭의 과정과 공정대표의무

- 단체교섭의 과정에서도 공정대표의무는 준수되어야 하므로, 교섭대표노조는 교섭과정에서 소수노조의 의견을 수렴하고, 교섭의제를 설명하고 이해를 구해야 할 것이다.
- 다만, i) 소수노조의 의견을 어느 정도로 수렴하고 이해를 구해야 하는지, 또한 ii) 이러한 절차적 측면에서의 공정대표의무를 위반한 경우, 그 법률효과가 어떠한지에 대해서는 판례법리가 보다 더 축적되어야 할 것이다.

가. 절차적 공정대표의무의 의의

- [판례]에 따르면 “교섭대표노동조합으로서 단체협약 체결에 이르기까지 단체교섭 과정에서 교섭창구단일화 절차에 참여한 다른 노동조합(이하 소수노동조합이라 한다)을 합리적인 이유없이 절차적으로 차별하지 않아야 할 공정대표의무를 부담한다”고 판시하여, 공정대표의무가 단체교섭의 과정에서도 준수되어야 한다는 점을 명확하게 제시하고 있다.<sup>46)</sup>

나. 절차적 공정대표의무의 내용 및 한계

- [판례]에 따르면 “교섭대표노동조합은 단체교섭 과정에서 절차적 공정대표의무를 적정하게 이행하기 위하여 소수노동조합을 동등하게 취급함으로써 단체교섭 및 단체협약 체결과 관련하여 필요한 정보를 적절히 제공하고 의견을 수렴할 의무 등을 부담한다”고 하여 단체교섭 과정에서의 정보제공 및 의견수렴의무를 절차적 공정대표의무의 내용으로 제시하고 있다.
- 다만 “단체교섭 과정의 동적인 성격 및 현실 속에서 구현되는 모습, 노동조합법에 따라 인정되는 대표권에 기초하여 교섭대표노동조합 대표자가 단체교섭 과정에서 보유하는 일정한 재량권 등을 고려하면, 교섭대표노동조합의 소수노동조합에 대한 이러한 정보제공 및 의견수렴의무는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다”는 것이 [판례]의 태도이다. <sup>47)</sup>

다. 절차적 공정대표의무 위반의 판단기준

- 교섭대표노동조합의 소수노동조합에 대한 정보제공 및 의결수렴의무가 일정한 한계가 있을 수밖에 없다는 점을 고려하면, “교섭대표노동조합이 단체교섭 과정의 모든 단계에서 소수노동조합에 대하여 일체의 정보제공 및 의견수렴 절차를 완벽하게 거치지 아니하였다”고 하여 곧바로 절차적 공정대표의무를 위반하였다고 단정할 것은 아니고, 단체교섭의 전 과정을 전체적·종합적으로 고찰하여, 소수노동조합에 기본적으로 중요한 사항에 대한 정보제공 및 의견수렴 절차를 충분히 거치지 아니한 경우 등과 같이 교섭대표노동조합이 가지는 재량권을 일탈·남용함으로써, 소수노동

46) 대법원 2020.10.29. 선고 2019다262582 판결, 대법원 2020.10.29. 선고 2017다263192 판결

47) 대법원 2020.10.29. 선고 2019다262582 판결, 대법원 2020.10.29. 선고 2017다263192 판결

조합을 합리적 이유 없이 차별하였다고 평가할 수 있는 때에 절차적 공정대표의무 위반을 인정할 수 있다”는 것이 판례의 태도이다.<sup>48)</sup>

① 단체협약 잠정합의안에 대한 총회의결에서 소수노조에게 참여기회를 부여하지 않거나 찬반의사를 고려·채택하지 않은 경우

• [판례]에 따르면, “교섭대표노동조합이 사용자와 단체교섭 과정에서 마련한 단체협약 잠정합의안(이하 ‘잠정합의안’이라고 한다)에 대하여 자신의 조합원 총회 또는 총회에 갈음할 대의원회의 찬반투표 절차를 거치는 경우, 소수노동조합의 조합원들에게 동등하게 그 절차에 참여할 기회를 부여하지 않거나 잠정합의안에 대한 가결 여부를 정하는 과정에서 그들의 찬반의사를 고려 또는 채택하지 않았더라도 그것만으로는 절차적 공정대표의무를 위반하였다고 단정할 수 없다”고 한다.<sup>49)</sup>

• 판례는 그 이유로 i) 교섭대표노조는 독자적인 단체협약체결권한을 가지므로, 단체협약의 체결 여부에 대해서는 원칙적으로 소수 노동조합이나 그 조합원의 의사에 기속되지 않는다는 점, ii) 교섭대표노조의 규약상 잠정합의안에 대한 찬반투표절차는 내부 절차에 불과할 뿐 법률상 요구되는 절차는 아니라는 점, iii) 잠정합의안에 대한 찬반투표에 대하여 참여한 소수노동조합의 규약상 규정이 다른 경우 조율할 수 있는 절차를 노동조합법령에서 찾을 수 없다는 점을 들고 있다.

② 단체협약 잠정합의안 마련 및 단체교섭 과정에서 소수노조에게 정보제공 및 의견수렴을 하지 않은 경우.

• [판례]에 따르면, “교섭대표노동조합이 잠정합의안 마련 전에 소수노동조합에 단체교섭과 관련된 일부 정보를 제공하고 의견을 수렴하였다고 하더라도, 단체교섭의 과정에서 중요한 사항인 잠정합의안에 대하여 자신의 대의원들에게만 이를 알리고 대의원회의 결의 절차를 거쳤을 뿐 소수노동조합에 대해서는 잠정합의안 마련사실을 알리거나 이에 대하여 설명하고 그로부터 의견을 수렴하는 절차를 전혀 거치지 않은 것은, 단체교섭의 전 과정을 전체적·종합적으로 살펴볼 때 교섭대표노동조합이 가지는 재량권의 범위를 일탈하여 소수노동조합을 합리적 이유 없이 차별함으로써 절차적 공정대표의무를 위반한 것”이라고 한다. <sup>50)</sup>

48) 대법원 2020.10.29. 선고 2019다262582 판결, 대법원 2020.10.29. 선고 2017다263192 판결

49) 대법원 2020.10.29. 선고 2019다262582 판결, 대법원 2020.10.29. 선고 2017다263192 판결

50) 대법원 2020.10.29. 선고 2019다262582 판결, 대법원 2020.10.29. 선고 2017다263192 판결

- 727p-

나. 노조 대표자의 단체협약체결권한의 절차적 제한 허용법리

- 최근 [판례]에서는 조합이 협약을 체결하고자 할 때 총회를 거쳐 위원장이 체결하도록 정한 조합규약에 대하여 위 전원합의체 판결의 요지를 적용하면서도, “노동조합이 조합원들의 의사를 반영하고 대표자의 단체교섭 및 단체협약 체결 업무 수행에 대한 적절한 통제를 위하여 규약 등에서 내부 절차를 거치도록 하는 등 대표자의 단체협약체결권한의 행사를 절차적으로 제한하는 것은, 그것이 단체협약체결권한을 전면적·포괄적으로 제한하는 것이 아닌 이상 허용된다고 보아야 한다”고 판시하여 전원합의체 판결의 무분별한 적용에 제동을 걸고 있다.
- 판례는 이러한 판단의 근거로 i) 헌법 제33조 제1항이 “근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 규정하고 있는 점, ii) 노조법 제22조에서는 “노동조합의 조합원은 균등하게 그 노동조합의 모든 문제에 참여할 권리와 의무를 가진다.”라고 규정하고 있다는 점, iii) 단체협약은 노동조합의 개개 조합원의 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준을 직접 결정하는 규범적 효력을 가지는 것이므로 단체협약의 실질적인 귀속주체는 근로자이고, 따라서 단체협약은 조합원들이 관여하여 형성한 노동조합의 의사에 기초하여 체결되어야 하는 것이 단체교섭의 기본적 요청이라는 점, iv) 노동조합법 제16조 제1항 제3호에서 단체협약에 관한 사항을 총회의 의결사항으로 정하여 노동조합 대표자가 단체교섭 개시 전에 총회를 통하여 교섭안을 마련하거나 단체교섭 과정에서 조합원의 총의를 계속 수렴할 수 있도록 규정하고 있다는 점을 들고 있다.
- 즉 판례는 노동조합 대표자가 가지는 교섭·협약체결권한에 대하여 규약 등에서 유효하게 제한할 수 있는 ‘민주적 통제론’을 제시하고 있는 것이다.

- 827-842p-

※ 해당 파트에서 단체협약의 최대유효기간을 “2년”이 아니라 “3년”으로 보시면 됩니다. (해당 조문이 너무 군데군데 흩어져 있어서 기간을 보실 때, 유의해서 보시기 바랍니다) - 2021.7.6. 시행

- 882p-

나. 불법 대체근로에 동원된 외부인에 대한 형사처벌 여부 및 물리적 행사의 평가

- 그런데, [판례]에 따르면, 채용 또는 대체하는 행위와 채용 또는 대체되는 행위는 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있음에도 불구하고 채용 또는 대체되는 자를 따로 처벌하지 않고 있는 노조법의 입법취지 등에 비추어보면, “쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하는 사용자에게 채용 또는 대체되는 자의 행위에 대하여는 일반적인 형법 총칙상의 공범 규정을 적용하여 공동정범, 교사범 또는 방조범으로 처벌할 수 없다”고 판시하고 있다.
- 또한 [판례]는 불법 대체근로에 동원된 외부의 제3자에 대해서는 처벌규정이 없으므로 처벌받지 않는 자인데, 처벌받지 않는 자를 현행범으로 체포할 수는 없으므로, 쟁의행위를 하고 있는 해당 노동조합의 조합원이 불법 대체근로에 동원된 외부의 제3자를 체포하는 과정에서 발생한 상해에 대해서 위법성을 부인할 수 없다는 점을 강

조하고 있다.

#### 다. 위법한 대체근로를 저지하기 위한 상당한 실력행사의 형법적 평가

- [판례]에 따르면 “사용자가 당해 사업과 관계없는 자를 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 채용 또는 대체하는 경우, 쟁의행위에 참가한 근로자들이 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 쟁의행위가 실효를 거둘 수 있도록 하기 위하여 마련된 위 규정의 취지에 비추어 정당행위로서 위법성이 조각된다.”고 하며, “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 한다”고 한다(대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결)

- 909p-

#### 4. 쟁의행위 개시 이후 새로운 쟁의사항 부가시 찬반투표의무

- [판례]에 따르면 “근로조건에 관한 노동관계 당사자 간 주장의 불일치로 인하여 근로자들이 조정전치절차 및 찬반투표절차를 거쳐 정당한 쟁의행위를 개시한 후 쟁의사항과 밀접하게 관련된 새로운 쟁의사항이 부가된 경우에는, 근로자들이 새로이 부가된 사항에 대하여 쟁의행위를 위한 별도의 조정절차 및 찬반투표절차를 거쳐야 할 의무가 있다고 할 수 없다”고 한다.

#### 5. 쟁의행위 찬반투표의 시기

특히 쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표가 노동조합법 제45조에서 정한 노동위원회의 조정절차를 거치지 않고 실시되는 경우, 쟁의행위의 정당성이 상실되는지가 문제된다.

우선 판례는 i) 노동조합은 국가나 사용자 등으로부터 자주성을 보장받아야 하므로, 쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표의 실시시기도 법률로써 제한되어 있다는 등의 사정이 없는 한 노동조합이 자주적으로 결정하는 것이 헌법상 노동3권 보장의 취지에 부합한다는 점, ii) 쟁의행위가 조정전치의 규정에 따른 절차를 거치지 않았더라도 무조건 정당성을 결여한 쟁의행위가 되는 것은 아니라는 점 등을 들고 있다. 즉 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>51)</sup>

이러한 노동조합법 제45조의 규정 내용과 취지에 비추어 보아도, 쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표 당시 노동쟁의 조정절차를 거쳤는지 여부를 기준으로 쟁의행위의 정당성을 판단할 것은 아니다. 이러한 점들을 고려하면, “쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표가 노동조합법 제45조가 정한 노동위원회의 조정절차를 거치지 않고 실시되었다는 사정만으로는 그 쟁의행위의 정당성이 상실된다고 보기 어렵다.”고 한다.<sup>52)</sup>

51) 대법원 2000. 10. 13. 선고 99도4812 판결

52) 대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두40345 판결



## - 1018p-

[노조법 제81조(부당노동행위)]

① 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 “부당노동행위”라 한다)를 할 수 없다.

4. 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 근로시간 면제한도를 초과하여 급여를 지급하거나 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위.

다만, 근로자가 근로시간중에 제24조제4항에 따른 활동을 하는 것을 사용자가 허용함은 무방하며, 또한 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 그 밖에 재액의 방지와 구제등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공 및 그 밖에 이에 준하여 노동조합의 자주적인 운영 또는 활동을 침해할 위험이 없는 범위에서의 운영비 원조행위는 예외로 한다.

## - 1019p-

### I 지배·개입의 의의

- 지배·개입의 부당노동행위는 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위를 하거나, 근로시간 면제한도를 초과하여 급여를 지급하거나 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 자주적인 운영 또는 활동을 침해할 위험이 있는 노동조합의 운영비를 원조하는 행위를 함으로써 성립한다.

## - 1020p-

### II. 지배·개입의 부당노동행위의 성립요건

#### 1. 지배·개입의 부당노동행위의 의의 및 취지

- 지배·개입의 부당노동행위는 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위를 하거나, 근로시간 면제한도를 초과하여 급여를 지급하거나 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 자주적인 운영 또는 활동을 침해할 위험이 있는 노동조합의 운영비를 원조하는 행위를 함으로써 성립한다.

## - 1022p-

### III 지배·개입의 주요 태양

#### 1. 전임자에 대한 급여지원

##### (1) 전임자에 대한 급여지원과 부당노동행위

- 노조법 제24조 제2항에서는 전임자가 전임기간 동안 사용자로부터 급여를 지급받는 행위를 금지(별칙 없음)하고 있고 제81조 제4호에서는 사용자가 전임자에게 급여를 지급하는 것을

부당노동행위로 금지(벌칙 있음)하고 있다. ~~그런데 이 조항은 2010.6.30.까지 유보되어 시행되지 않았으나, 2010. 7. 1.부터 시행되고 있다.~~

- ~~즉 현행법은 2010년 7월 1일 이후에는 근로시간 면제제도에 의하지 않는 한, 명문으로 노조 전임자에 대한 급여금지~~와 이의 위반에 대한 부당노동행위 성립을 인정하고 있으므로 ~~노조 전임자에 대한 급여지급은 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 즉 전임자에 대한 급여지원이 운영비원조의 부당노동행위에 포함되는지에 관한 해석론상의 다툼은 해소되었다고 보아야 할 것이다.~~

(※ 전임자에 대한 급여지원 금지에 대하여는 쟁점 127번 참조)

- 2021.7.6. 시행되는 개정 노동조합법은 노동조합의 전임자에게 급여를 지급하는 것을 부당노동행위로 규정한 조항을 삭제하고, 그 대신 근로시간면제자에게 ‘근로시간면제한도를 초과하여 급여를 지급’하는 것을 부당노동행위의 내용에 포함하였다.

### - 1052p -

[Key point] 기간제근로자의 사용기간 제한의 예외

1. 2. 3. 4. 5. 6.

7. 기간제 근로계약사이에 공백기간이 없는 경우(특히 공개채용절차를 거친 경우) → 특별한 사정이 없는 한 최초 기간제 근로계약에서부터 최종 기간제 근로계약에 이르기까지 기간 전체가 기간제근로자의 사용 기간으로서 ‘계속 근로한 총기간’에 포함되어야 함. 다만 기간제 근로계약의 대상이 되는 업무의 성격, 기간제 근로계약의 반복 또는 갱신과 관련한 당사자들의 의사, 반복 또는 갱신된 기간제 근로계약을 전후한 기간제근로자의 업무 내용·장소와 근로조건 유사성, 기간제 근로계약의 종료와 반복 또는 갱신 과정에서 이루어진 절차나 그 경위 등을 종합적으로 고려할 때 당사자 사이에 기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 기간제근로자의 계속된 근로에도 불구하고 그 시점에 근로관계가 단절되었다고 보아야 하고, 그 결과 기간제법 제4조에서 말하는 ‘계속 근로한 총기간’을 산정할 때 그 시점을 전후한 기간제 근로계약기간을 합산할 수 없음.

### - 1055p -

마. 기간제 근로계약 사이에 공백기간이 있는 경우

바. 기간제 근로계약 사이에 공백기간이 없는 경우 (특히 공개채용절차를 거친 경우)

- 원칙적으로 “기간제법 규정 내용과 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 입법 취지 등을 고려하면, 기간제 근로계약이 반복하여 체결되거나 갱신되어 일정한 공백기 없이 기간제근로자가 계속적으로 근로한 경우라면, 특별한 사정이 없는 한

최초 기간제 근로계약에서부터 최종 기간제 근로계약에 이르기까지 기간 전체가 기간제법 제4조에서 말하는 기간제근로자의 사용 기간으로서 ‘계속 근로한 총기간’에 포함되어야 한다”는 것이 [판례]의 태도이다.(대법원 2020. 8. 20. 선고 2018두51201 판결)

- 다만, [판례]에 따르면, “기간제 근로계약의 대상이 되는 업무의 성격, 기간제 근로계약의 반복 또는 갱신과 관련한 당사자들의 의사, 반복 또는 갱신된 기간제 근로계약을 전후한 기간제근로자의 업무 내용·장소와 근로조건의 유사성, 기간제 근로계약의 종료와 반복 또는 갱신 과정에서 이루어진 절차나 그 경위 등을 종합적으로 고려할 때 당사자 사이에 기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 기간제근로자의 계속된 근로에도 불구하고 그 시점에 근로관계가 단절되었다고 보아야 하고, 그 결과 기간제법 제4조에서 말하는 ‘계속 근로한 총기간’을 산정할 때 그 시점을 전후한 기간제 근로계약기간을 합산할 수 없다”고 한다. (대법원 2020. 8. 20. 선고 2018두51201 판결)

- 1087p -

(2) 사직의 의사표시와 사용사업주의 직접고용의무

- 직접고용의무규정은 당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하거나 대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우에는 적용하지 아니한다.(파견법 제6조의2 제2항)
- 그런데, [판례]에 따르면 “직접고용의무 규정의 입법 목적과 그 규정들이 파견사업주와는 직접적인 관련이 없는 점 등에 비추어 보면 ‘당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’란 근로자가 사용사업주에게 직접고용되는 것을 명시적으로 반대한 경우를 의미”하므로, “파견근로자가 파견사업주와의 근로관계를 종료하고자 하는 의사로 사직의 의사표시를 하였다고 하더라도 그러한 사정만으로는 ‘당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’에 해당한다고 단정할 수 없다”고 한다.
- 그런데, [판례]에 따르면 “사용사업주가 직접고용의무를 이행했다라도 파견근로자가 근로를 제공하지 않았을 것이라고 평가할 수 있는 예외적인 경우에는 사용사업주의 채무불이행으로 인하여 파견근로자에게 손해가 발생했다고 볼 수 없으므로, 이와 같은 경우에는 파견근로자가 손해배상을 청구할 수 없다”고 한다. (대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024 판결 - 외주사업체로부터 사직한 근로자들의 경우, 도로공사가 직접고용의무 발생일에 이들을 고용하였다면 도로공사로부터 급여를 받을 수 있었는데도, 직접고용의무를 이행하지 않았기 때문에 급여를 받지 못하는 손해를 입었으므로, 손해배상을 청구할 수 있다.)

2. 차별적 처우의 금지 및 시정 (1)의의 (2)비교대상

(3)차별의 합리적 이유의 판단방법 및 손해배상책임

- 차별에 합리적인 이유가 없는 경우라 함은, “파견근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나, 달리 처우할 필요성이 인정되더라도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 의미한다. 그리고 합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용과 정도, 불리한 처우가 발생한 이유를 기준으로 파견근로자의 업무의 내용과 범위·권한·책임 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”는 것이 판례의 태도이다. (대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024 판결)
- 또한 [판례]에 따르면 “파견법상 차별금지규정의 문언 내용과 입법 취지 등을 감안하면, 사용사업주가 파견근로자와 비교대상 근로자가 동종 또는 유사한 업무를 수행하고 있음을 알았거나 통상적인 사용사업주의 입장에서 합리적인 주의를 기울였으면 이를 알 수 있었는데도 파견근로자의 임금을 결정하는 데 관여하거나 영향력을 행사하는 등으로 파견근로자가 비교대상 근로자보다 적은 임금을 지급 받도록 하고 이러한 차별에 합리적 이유가 없는 경우, 이는 파견법 제21조 제1항을 위반하는 위법한 행위로서 민법 제750조의 불법행위를 구성”하며, “이 경우 사용사업주는 합리적인 이유 없이 임금 차별을 받은 파견근로자에게 그러한 차별이 없었더라면 받을 수 있었던 적정한 임금과 실제 지급받은 임금의 차액에 상당하는 손해를 배상할 책임이 있다”고 한다.(대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024 판결)