

통합노동법 제12판^[21.8월 출간] 추록

방강수 / 2021년 8월

본 추록의 무단전제 및 복제행위 역시 저작권법에 의해 처벌받을 수 있습니다.

제12판에 새롭게 추가된 내용을 중심으로 추록을 작성했습니다. 매년 개정작업을 할 때마다, 소소하게 수정하는 부분이 있는데, 이러한 부분까지 모두 담을 수 없다는 점, 양지해 주시기 바랍니다.

박스 안의 숫자는, 제11판의 페이지수입니다.

22p

3. 판례

(1) 종전 대법원

(2) 헌법재판소

(3) 대법원 전원합의체

2020. 9. 3. 대법원 전원합의체 판결의 다수의견은 “노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다”며 자유권설의 입장을 취하였다. “특히 노동3권 중 단결권은 결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것으로서, 연혁적·개념적으로 자유권으로서의 본질을 가지고 있으므로, ‘국가에 의한 자유’가 아니라 ‘국가로부터의 자유’가 보다 강조되어야 한다. 따라서 노동관계법령을 입법할 때에는 이러한 노동3권, 특히 단결권의 헌법적 의미와 직접적 규범력을 존중하여야 하고, 이렇게 입법된 법령의 집행과 해석에 있어서도 단결권의 본질과 가치가 훼손되지 않도록 하여야 한다”고 하였다(대판 [전합] 2020.9.3. 2016두32992, 이른바 ‘전교조 판결’).

4. 검토

3. 3월단위 탄력적 근로시간제

4. 3개월 초과 탄력적 근로시간제

(1) 요 건

1) 근로자대표와의 서면합의 사용자는 근로자대표와의 서면 합의에 따라 (i) 대상 근로자의 범위, (ii) 단위기간(3개월을 초과하고 6개월 이내의 일정한 기간으로 정하여야 한다), (iii) 단위기간의 주별 근로시간 (iv) 서면합의의 유효기간을 정해야 한다(근기법 제51조의2 제1항 및 시행령 제28조의2 제1항).

2) 주간 평균근로시간 제한 3개월을 초과하고 6개월 이내의 단위기간을 평균하여 1주의 평균근로시간이 40시간을 초과하지 않아야 한다(제51조의2 제1항).

3) 특정주·특정일의 상한시간 제한 어느 주라도 1주의 최장근로시간이 52시간을, 1일의 근로시간은 12시간을 초과하지 않아야 한다(제51조의2 제1항).

4) 일간휴식 보장 사용자는 제1항에 따라 근로자를 근로시킬 경우에는 근로일 종료 후 다음 근로일 개시 전까지 근로자에게 연속하여 11시간 이상의 휴식 시간을 주어야 한다. 다만, 천재지변

등 대통령령으로 정하는 불가피한 경우에는 근로자대표와의 서면 합의가 있으면 이에 따른다(제51조의2 제2항).

5) 근로일별 근로시간 통보 사용자는 단위기간의 주별 근로시간에 따른 각 주의 근로일이 시작되기 2주 전까지 근로자에게 해당 주의 근로일별 근로시간을 통보하여야 한다(제51조의2 제3항).

(2) 효 과

위의 요건을 갖춘 경우에는 특정한 주에 40시간을, 특정한 날에 8시간을 초과하여 근로하더라도, 법정근로시간을 준수한 것으로 인정되고 연장근로(즉, 가산임금 지급)가 적용되지 않는다(제51조의2 제1항).

사용자는 제1항에 따른 근로자대표와의 서면 합의 당시에는 예측하지 못한 천재지변, 기계 고장, 업무량 급증 등 불가피한 사유가 발생한 때에는 제1항제2호에 따른 단위기간 내에서 평균하여 1주간의 근로시간이 유지되는 범위에서 근로자대표와의 협의를 거쳐 '단위기간의 주별 근로시간'을 변경할 수 있다. 이 경우 해당 근로자에게 변경된 근로일이 개시되기 전에 변경된 근로일별 근로시간을 통보하여야 한다(제51조의2 제4항).

5. 적용제외

탄력적 근로시간제는 불규칙한 생활을 수반하기 때문에 15세 이상 18세 미만의 근로자와

임신 중인 여성 근로자에 대하여는 적용하지 아니한다(제51조 제3항, 제51조의2 6항).

6. 임금보전방안 강구

탄력적근로제를 시행하는 경우 연장수당 감소에 따른 임금이 저하될 우려가 있으므로, 사용자는 기존의 임금 수준이 낮아지지 아니하도록 임금보전방안을 강구하여야 한다(제51조 제4항). 3개월을 초과하는 탄력적 근로시간제의 경우는 임금보전방안(賃金補填方案)을 마련하여 고용노동부장관에게 신고하여야 한다. 다만, 근로자대표와의 서면합의로 임금보전방안을 마련한 경우에는 그러하지 아니하다(제51조의2 제5항).

7. 근로한 기간이 단위기간보다 짧은 경우의 임금 정산

사용자는 제51조 및 제51조의2에 따른 단위기간 중 근로자가 근로한 기간이 그 단위기간보다 짧은 경우에는 그 단위기간 중 해당 근로자가 근로한 기간을 평균하여 1주간에 40시간을 초과하여 근로한 시간 전부에 대하여 제56조제1항에 따른 가산임금을 지급하여야 한다(제51조의3). ‘(실제) 근로한 기간이 단위기간보다 짧은 경우’란 단위기간 도중에 채용 및 퇴직, 배치전환, 휴직 등으로 탄력근로제를 새로이 적용받거나 적용이 중지되는 경우를 의미한다.

2. 1개월 단위 선택적 근로시간제

(1) 요 건

① 취업규칙(취업규칙에 준하는 것 포함)에 의하여 시업 및 종업시각을 근로자의 결정에 맡기기로 할 것, ② 근로자대표와의 서면합의에 의하여 (i) 대상근로자의 범위(15세 이상 18세 미만의 근로자는 제외), (ii) 1개월(신상품 또는 신기술의 연구개발 업무의 경우에는 3개월로 한다) 이내의 정산기간, (iii) 정산기간 내 총근로시간, (iv) 의무근로시간대, (v) 선택적 근로시간대, (vi) 표준근로시간대 등을 정할 것, ③ 1개월 이내의 정산기간을 평균하여 1주의 평균근로시간이 40시간을 초과하지 아니할 것을 요건으로 한다(근기법 제52조 제1항 및 시행령 제29조).

(2) 효 과

근로자의 선택에 따라 '1주 간에 40시간을, 1일에 8시간을 초과'하여 근로하더라도, 정산기간을 평균하여 1주 간의 근로시간이 40시간을 초과하지 않으면, 법정근로시간을 준수한 것으로 인정되고 연장근로(즉, 가산임금 지급)가 적용되지 않는다.

3. 1개월 초과 선택적 근로시간제

사용자는 제1항에 따라 1개월을 초과하는 정산기간을 정하는 경우에는 다음 각 호의 조치를 하여야 한다(근기법 제52조 제2항).

1. 근로일 종료 후 다음 근로일 시작 전까지 근로자에게 연속하여 11시간 이상의 휴식 시간을 줄 것. 다만, 천재지변 등 대통령령으로 정하는 불가피한 경우에는 근로자대표와의 서면합의가 있으면 이에 따른다.

2. 매 1개월마다 평균하여 1주간의 근로시간이 40시간을 초과한 시간에 대해서는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 근로자에게 지급할 것. 이 경우 제56조제1항은 적용하지 아니한다.

3. 승계되는 근로자의 범위

(1) 일부양도의 경우

영업양도에 의하여 승계되는 근로관계는 계약체결일 현재 실제로 그 영업부문에서 근무하고 있는 근로자와의 근로관계만을 의미하고, 계약체결일 이전에 해당 영업부문에서 근무하다가 해고된 근로자로서 해고의 효력을 다투는 근로자와의 근로관계까지 승계되는 것은 아니다(대판 1996.5.31, 95다33238).

그러나 양수회사가 사업양수 당시에 해고가 무효임을 알고 있었음이 명백하다면, 특별한 사정이 없는 한 근로자들의 근로관계가 양수회사에 그대로 승계된다(대판 1996.5.31, 95다33238).

(2) 전부양도의 경우

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 영업의 전부를 동일성을 유지하면서 이전받는 양수인으로서의 양도인으로부터 정당한 이유 없이 해고된 근로자와의 근로관계를 원칙적으로 승계한다고 보아야 한다. 영업 전부의 양도가 이루어진 경우 영업양도 당사자 사이에 정당한 이유 없이 해고된 근로자를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 또 다른 해고나 다름이 없으므로, 마찬가지로 근로기준법 제23조 제1항에서 정한 정당한 이유가 있어야 유효하고, 영업양도 그 자체만으로 정당한 이유를 인정할 수 없다(대판 2020.11.5, 2018두54705).

영업양도일 이전의 해고가 무효임을 알았던 경우에만 근로관계 승계를 인정한다면, 양도회사가 영업양도 직전에 근로자들을 해고하는 경우 영업양도 방식을 통한 자유로운 해고가 가능하여 근로기준법 제23조 제1항의 해고사유를 제한하는 입법 취지를 잠탈하게 되는 결과가 초래되어 부당하기 때문이다(대판 2020.11.5, 2018두54705).

IV. 용역업체 변경 시 ‘고용승계 기대권’

1. 문제의 소재

기존 용역업체와의 용역계약기간이 만료되어, 도급업체(원청회사)가 새로운 용역업체와 계약을 체결하는 경우, 구(舊)용역업체 근로자의 근로관계가 신(新) 용역업체에 승계되는지 문제가 된다. 이 경우 구 용역업체와 신 용역업체가 수행하는 사업(영업)은 동일하지만, 구 용역업체와 신 용역업체 간의 계약관계가 없기 때문에 ‘영업양도 시 근로관계 승계 법리’는 적용되지 않는다.

이런 상황에서 최근 판례(대판 2021.4.29, 2016두57045)는 ‘고용승계 기대권’ 법리에 따라 근로관계 승계를 인정하여 주목되고 있다.

2. 판례

도급업체가 사업장 내 업무의 일부를 기간을 정하여 다른 업체(이하 ‘용역업체’라고 한다)에 위탁하고, 용역업체가 위탁받은 용역업무의 수행을 위해 해당 용역계약의 종료 시점까지 기간제근로자를 사용하여 왔는데, 해당 용역업체의 계약기간이 만료되고 새로운 용역업체가 해당 업무를 위탁받아 도급업체와 사이에 용역계약을 체결한 경우, ① 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 인정된다. ② 이와 같이 근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는 경우 근로자가 고용승계를 원하였는데도 새로운 용역업체가 합리적 이유 없이 고용승계를 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없다(대판 2021.4.29, 2016두57045).

이때 근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는지 여부는 새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하기로 하는 조항을 포함하고 있는지 여부를 포함한 구체적인 계약내용, 해당 용역계약의 체결 동기와 경위, 도급업체 사업장에서의 용역업체 변경에 따른 고용승계 관련 기존 관행, 위탁의 대상으로서 근로자가 수행하는 업무의 내용, 새로운 용역업체와 근로자들의 인식 등 근로관계 및 해당 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대판 2021.4.29, 2016두57045).

3. 검토

판례는 기간제근로자의 ‘갱신기대권’과 ‘정규직 전환기대권’ 법리의 취지를 참조하여, 새롭게 ‘고용승계 기대권’ 법리를 제시하였다. 용역업체 변경 시의 근로관계 승계를 인정할 입법이 없는 상황에서 판례의 고용승계 기대권 법리는 큰 의미가 있다.

(3) ‘근무성적 불량’과 해고의 정당성

일반적으로 사용자가 근무성적이나 근무능력이 불량하여 직무를 수행할 수 없는 경우에 해고할 수 있다고 정한 취업규칙 등에 따라 근로자를 해고한 경우, ① 사용자가 근로자의 근무성적이나 근무능력이 불량하다고 판단한 근거가 되는 평가가 공정하고 객관적인 기준에 따라 이루어진 것이어야 할 뿐 아니라, ② 근로자의 근무성적이나 근무능력이 다른 근로자에 비하여 상대적으로 낮은 정도를 넘어 상당한 기간 동안 일반적으로 기대되는 최소한에도 미치지 못하고 ③ 향후에도 개선될 가능성을 인정하기 어렵다는 등 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다(대판 2021.2.25, 2018다253680).¹⁾

이때 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(대판 2021.2.25, 2018다253680).

1) 근무성적 불량(보험회사에서 거수실적의 불량)의 정도가 추상적·자의적 기준에 의한 것이 아니라 제반사정을 참작하여 근로자로서 최소한의 직무수행능력이 결여되었다고 인정되는 경우라면 정당한 해고사유가 될 수 있다. 즉, 근무성적이 다른 근로자에 비하여 상대적으로 다소 낮은 정도가 아니라 일반적으로 기대되는 최저한의 실적에도 미치지 못하는 정도인 경우에는 정당한 해고사유에 해당된다(대판 1991.3.27, 90다카25420).

3) 경영해고된 근로자가 원할 것 해고 근로자가 반대하는 의사를 표시하거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우가 아닌 한 해고 근로자를 우선 재고용할 의무가 있다(대판 2020.11.26, 2016다13437).

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(대판 2020.11.26, 2016다13437).

(3) 효 과

근로기준법 제25조 제1항에 따라 사용자는 해고 근로자를 우선 재고용할 의무가 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. 또한 해고 근로자는 사용자가 위 규정을 위반하여 우선 재고용의무를 이행하지 않은 데 대하여, 우선 재고용의무가 발생한 때부터 고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다(대판 2020.11.26, 2016다13437).

(4) 임금 상당 손해배상금과 중간수입 공제

채무불이행이나 불법행위 등으로 손해를 입은 채권자 또는 피해자 등이 동일한 원인에 의하여 이익을 얻은 경우에는 공평의 관념상 그 이익은 손해배상액을 산정할 때 공제되어야 한다. 이와 같이 손해배상액을 산정할 때 손익상계가 허용되기 위해서는 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 피해자가 새로운 이득을 얻었고, 그 이득과 손해배상책임의 원인인 행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다.

사용자의 고용의무 불이행을 이유로 고용의무를 이행하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 손해배상으로 청구하는 경우, 그 근로자가 사용자에게 제공하였어야 할 근로를 다른 직장에 제공함으로써 얻은 이익이 사용자의 고용의무 불이행과 사이에 상당인과관계가 인정된다면, 이러한 이익은 고용의무 불이행으로 인한 손해배상액을 산정할 때 공제되어야 한다(대판 2020.11.26, 2016다13437).

한편 사용자의 고용의무 불이행을 이유로 손해배상을 구하는 경우와 같이 근로관계가 일단 해소되어 유효하게 존속하지 않는 경우라면²⁾ 근로기준법 제46조가 정한 휴업수당에 관한 규정을 적용할 수 없다(대판 2020.11.26, 2016다13437).³⁾

2) 즉, 정당한 해고라면

3) 우선재고용의무 불이행을 이유로 손해배상을 청구하는 경우는 정당한 경영해고를 전제로 하는 것이다. 근로관계는 경영해고로 적법하게 종료되었기 때문에 근로기준법 제46조가 적용될 여지가 없다. 즉, 중간수입 공제의 한도는 없으므로, 중간수입 전부를 공제할 수 있다는 의미이다. 만약에 부당해고라면, 중간수입의 공제 한도는 휴업수당을 초과하는 금액(즉, 평균임금의 30%)이다.

2. 해고서면통지의 방법

(1) 해고의 '사유'

사용자가 해고 사유를 서면으로 통지할 때에는, 근로자의 처지에서 해고사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있게 해야 한다. 특히 징계해고의 경우에는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위내용을 기재하여야 하며 징계대상자가 위반한 단체협약이나 취업규칙의 조문만 나열하는 것으로는 충분하다고 볼 수 없다(대판 2011.10.27, 2011다42324). 그러므로 구체적인 해고사유를 기재하지 않고 취업규칙 등의 위반 조문만 나열하는 경우, 그 해고는 근로기준법 제27조 위반으로 무효가 된다.

다만 해고 대상자가 이미 해고사유가 무엇인지 구체적으로 알고 있고 그에 대해 충분히 대응할 수 있는 상황이었다면 해고통지서에 해고사유를 상세하게 기재하지 않았더라도⁴⁾ 위 조항을 위반한 것이라고 볼 수 없다(대판 2014.12.24, 2012다81609).

그러나 근로기준법 제27조의 규정 내용과 취지를 고려할 때, 해고 대상자가 해고사유가 무엇인지 알고 있고 그에 대해 대응할 수 있는 상황이었다고 하더라도, 사용자가 해고를 서면으로 통지하면서 해고사유를 전혀 기재하지 않았다면 이는 근로기준법 제27조에 위반한 해고통지에 해당한다고 보아야 한다(대판 2021.2.25, 2017다226605).

4) 즉, '축약 기재'하더라도

3. 전합 판례

전합 판례는, 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도, 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지된다(그 결과 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다룰 소의 이익이 있다)고 하여, 종전 판례를 변경하였다. 또한 이러한 법리는 근로자가 금전보상명령(금품지급명령)을 신청한 경우에도 마찬가지로 적용된다고 한다(대판[전합] 2020.2.20, 2019두52386).

주요 근거는 다음과 같다. ① 부당해고 구제명령제도는 ‘원상회복(원직복직)’뿐만 아니라 ‘임금상당액 지급’도 목적으로 하고 있으며, 두 가지의 구제방법은 서로 목적과 효과가 다르기 때문에,⁵⁾ 원직복직이 가능한 경우에 한해 임금상당액 지급명령이 가능한 것은 아니다. ② 미지급 임금 관련하여 간접적 강제력 있는 구제명령을 얻을 이익이 있다. ③ 임금상당액 지급명령의 인정이 신속·간이하며 탄력적인 행정구제 제도의 취지에 부합한다. ④ 종전 판례는 금전보상명령을 도입한 개정 취지에 맞지 않고, 기간제근로자의 실효적인 구제를 부정하는 결과가 되어 부당하다(대판[전합] 2020.2.20, 2019두52386).

노동위원회 구제제도의 취지가 신속·탄력적인 구제라는 점에 비추어, 원직복직이 불가능한 경우에도 임금상당액 지급의 구제명령을 인정한 전합 판례의 입장은 매우 타당하다.

4. 근기법 개정

2021. 5. 18. 근기법 제30조에 제4항을 신설하여, 원직복직 또는 원상회복이 불가능한 경우에도 노동위원회가 구제명령을 할 수 있는 근거를 마련하여, 위 전원합의체 판결의 취지를 입법적으로 분명히 하였다(시행일 2021.11.19.).

근기법 제30조 제4항은 “노동위원회는 근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등으로 근로자가 원직복직(해고 이외의 경우는 원상회복을 말한다)이 불가능한 경우에도 제1항에 따른 구제명령이나 기각결정을 하여야 한다. 이 경우 노동위원회는 부당해고등이 성립한다고 판정하면 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액에 해당하는 금품(해고 이외의 경우에는 원상회복에 준하는 금품을 말한다)을 사업주가 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다.”라고 규정하였다.

5) 종전 판례는 ‘원직복직’과 ‘임금상당액 지급’을 일체의 구제명령으로 보거나 또는 양자를 주종관계로 보는 입장이라 할 수 있다.

(3) 계속근로한 총기간의 산정방법

1) 적용기간과 예외기간의 혼재

2) 공백기간이 있는 경우

3) 기간제 반복·갱신과 새로운 근로관계 형성 기단법 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(대판 2020.8.27, 2017두61874).

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 없다(대판 2020.8.20, 2017두52153⁶⁾; 대판 2020.8.27, 2017두61874⁷⁾).

판례는 ‘공개채용’을 “새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있는 특별한 사정”으로 인정하고 있다. 그러나 공개채용은 기단법 제4조 제1항 단서의 예외사유에 포함되지 않는다. 공개채용 여부에 따라 계속근로한 총기간을 판단하는 것이 타당한지는 의문이다.⁸⁾

6) 광역시장이 소속 학교별로 진행한 영어회화 전문강사 공개채용 절차를 통하여 을이 갑 초등학교에 최종 합격하여 계약 기간을 1년으로 하는 근로계약을 새로 체결하고 영어회화 전문강사로 계속 근무한 후 갑 초등학교장이 계약 만료일에 을에게 근로계약이 만료한다는 통보를 한 사안에서, 위 공개채용 절차를 거쳐 새로운 기간제 근로계약이 체결됨으로써 을과 광역시장 사이에 기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있어 그 시점에 근로관계가 단절되었다고 한 사례(대판 2020.8.20, 2017두52153)

7) 갑 대학교 예비군연대 참모가 갑작스럽게 사직함에 따라 갑 대학교가 긴급히 을과 계약기간을 1개월로 정하고 계약기간 중이라도 정규직이 선발되는 경우 자동 종료한다는 내용의 제1계약을 체결한 후, 공개채용 절차를 거쳐 최종합격자인 을과 계약기간을 1년으로 정하여 제2계약을, 다시 계약기간을 1년 연장하는 제3계약을 각각 체결하였고, 계약 종료를 앞두고 을에게 계약기간 만료를 통보하고 다시 공개채용 절차를 진행하였는데, 을이 위 절차에 응시하였다가 최종합격자로 선발되지 못하자 위 통보가 부당해고에 해당한다며 부당해고 구제신청을 한 사안에서, 공개채용 절차를 거쳐 제2계약이 체결됨으로써 을과 갑 대학교 사이에 기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있어 그 시점에 근로관계가 단절되었고, 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조에서 말하는 계속 근로한 총기간을 산정할 때 제2계약 체결 시점을 전후한 기간제 근로계약기간을 합산할 수 없어 을의 계속 근로한 총기간이 2년을 초과하지 않았으므로 을을 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자라고 할 수 없다고 한 사례(대판 2020.8.27, 2017두61874)

8) 박제성, “객관적 사실인가 주관적 의사인가 - 2년을 초과하는 기간제 근로계약을 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주할 때의 판단기준과 관련하여”, (월간)「노동리뷰」, 한국노동연구원, 2020.12월, 86면.

4. 법외노조의 문제

5. 실질적 요건의 흠결

설립신고증 교부만으로 노동조합으로 인정되는 것은 아니다. 실질적 요건을 결한 근로자 단체는 노조법상의 특별보호는 물론 헌법상 노동3권도 보장되지 않는다.

(1) 노동조합 설립 무효

노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 개입하려는 사용자의 부당노동행위에 의해 노동조합이 설립된 것에 불과하거나, 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 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 실질적 요건을 갖추지 못하였다면, 설령 그 설립신고가 행정관청에 의하여 형식상 수리되었다고 실질적 요건이 흠결된 하자가 해소되거나 치유되는 등의 특별한 사정이 없는 한 이러한 노동조합은 노동조합법상 그 설립이 무효로서 노동3권을 향유할 수 있는 주체인 노동조합으로서의 지위를 가지지 않는다고 보아야 한다(대판 2021.2.25, 2017다51610, 유성기업주식회사노동조합 사건).⁹⁾¹⁰⁾

(2) 과거 법률관계와 확인의 이익

일반적으로 과거의 법률관계는 확인의 소의 대상이 될 수 없지만, 그것이 이해관계인들 사이에 현재적 또는 잠재적 분쟁의 전제가 되어 과거의 법률관계 자체의 확인을 구하는 것이 관련된 분쟁을 일거에 해결하는 유효·적절한 수단이 될 수 있는 경우에는 예외적으로 확인의 이익이 인정된다(대판 2021.2.25, 2017다51610).

(3) 노동조합의 원고적격

복수 노동조합의 설립이 현재 전면적으로 허용되고 있을 뿐 아니라 교섭창구 단일화 제도가 적용되고 있는 현행 노동조합법 하에서, 단체교섭의 주체가 되고자 하는 노동조합¹¹⁾으로서는 위와 같은 제약에 따르는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 다른 노동조합¹²⁾을 상대로 해당 노동조합이 설립될 당시부터 앞서 본 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 주체성과 자주성 등의 실질적 요건을 흠결하였음을 들어 그 설립무효의 확인을 구하거나 노동조합으로서의 법적 지위가 부존재한다는 확인을 구하는 소를 제기할 수 있다(대판 2021.2.25, 2017다51610).

9) 이 판결은, 노동조합의 주체성과 자주성 등 실질적 요건을 갖추는 것이 중요함을 강조하면서, 사용자 측의 부당노동행위로 인하여 설립되는 이른바 ‘어용노조’의 경우 그 설립이 노동조합법상 무효이거나 노동조합으로서의 법적 지위를 갖지 아니할뿐더러, 이 점의 확인을 구하는 소 제기가 허용된다는 점 등을 명확히 선언함으로써, 향후 노동조합의 노동3권을 보다 신장시키는 데에 기여할 것으로 예상된다.(대법원 공보연구관실, “2017다51610 노동조합설립무효확인 사건 보도자료”, 2021.2.25, 8면)

10) 과거에도 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추지 못한 경우에는 신고증의 교부에도 불구하고 노동조합으로 보지 않는다는 판례(대판 1996.6.28, 93도855, 삼성중공업주식회사노동조합 사건)가 있었다.

11) 전국금속노동조합

12) 유성기업 주식회사 노동조합

2. 법외노조통보 규정의 위헌성

종전에 노조법 시행령 제9조 제2항은 “노동조합이 설립신고증을 교부받은 후 법 제12조 제3항제1호에 해당하는 설립신고서의 반려사유가 발생한 경우에는 행정관청은 30일의 기간을 정하여 시정을 요구하고 그 기간 내에 이를 이행하지 아니하는 경우에는 당해 노동조합에 대하여 이 법에 의한 노동조합으로 보지 아니함을 통보하여야 한다.”고 규정하고 있었다. 이 시행령에 따라 행정관청(고용노동부장관)은 ‘법외노조 통보 처분’을 했었다.

2020. 9. 3. 대법원 전원합의체 판결은, 헌법상 법률유보원칙(헌법 제37조 제2항)과 행정입법의 한계(헌법 제75조)에 비추어 보았을 때, “법외노조 통보는 적법하게 설립된 노동조합의 법적 지위를 박탈하는 중대한 침익적 처분으로서 원칙적으로 국민의 대표자인 입법자가 스스로 형식적 법률로써 규정하여야 할 사항이고, 행정입법으로 이를 규정하기 위하여는 반드시 법률의 명시적이고 구체적인 위임이 있어야 한다. 그런데 노동조합 및 노동관계조정법 시행령(이하 ‘노동조합법 시행령’이라 한다) 제9조 제2항은 법률의 위임 없이 법률이 정하지 아니한 법외노조 통보에 관하여 규정함으로써 헌법상 노동3권을 본질적으로 제한하고 있으므로 그 자체로 무효”이므로,¹³⁾ 이 시행령에 근거한 법외노조 통보처분은 그 법적 근거를 상실하여 위법하다고 판단하였다(대판[전합] 2020.9.3, 2016두32992, 이른바 ‘전교조 판결’).

이에 노조법 시행령 제9조 제2항은 “노동조합이 설립신고증을 교부받은 후 법 제12조제3항제1호에 해당하는 설립신고서의 반려사유가 발생한 경우에는 행정관청은 30일의 기간을 정하여 시정을 요구할 수 있다.”라고 개정되었다(시행 2021.7.6.). 즉, 행정관청은 시정요구만 할 수 있을 뿐 법외노조 통보처분은 할 수 없다.

13) 전원합의체 판결이 밝힌 구체적인 이유는 아래와 같다.

헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 규정함으로써 노동3권을 기본권으로 보장하고 있다. 노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다. 노동조합법 제1조가 ‘이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여’ 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 도모함을 목적으로 한다고 규정하고 있는 것도 이러한 차원에서 이해할 수 있다. 특히 노동3권 중 단결권은 결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것으로서, 연혁적·개념적으로 자유권으로서의 본질을 가지고 있으므로, ‘국가에 의한 자유’가 아니라 ‘국가로부터의 자유’가 보다 강조되어야 한다. 따라서 노동관계법령을 입법할 때에는 이러한 노동3권, 특히 단결권의 헌법적 의미와 직접적 규범력을 존중하여야 하고, 이렇게 입법된 법령의 집행과 해석에 있어서도 단결권의 본질과 가치가 훼손되지 않도록 하여야 한다.

법외노조 통보는 이미 법률에 의하여 법외노조가 된 것을 사후적으로 고지하거나 확인하는 행위가 아니라 그 통보로써 비로소 법외노조가 되도록 하는 형성적 행정처분이다. 이러한 법외노조 통보는 단순히 노동조합에 대한 법률상 보호만을 제거하는 것에 그치지 않고 헌법상 노동3권을 실질적으로 제약한다. 그런데 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다)은 법상 설립요건을 갖추지 못한 단체의 노동조합 설립신고서를 반려하도록 규정하면서도, 그보다 더 침익적인 설립 후 활동 중인 노동조합에 대한 법외노조 통보에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않고, 이를 시행령에 위임하는 명문의 규정도 두고 있지 않다. 더욱이 법외노조 통보 제도는 입법자가 반성적 고려에서 폐지한 노동조합 해산명령 제도와 실질적으로 다를 바 없다. 결국 노동조합법 시행령 제9조 제2항은 법률이 정하고 있지 아니한 사항에 관하여, 법률의 구체적이고 명시적인 위임도 없이 헌법이 보장하는 노동3권에 대한 본질적인 제한을 규정한 것으로서 법률유보원칙에 반한다.

제4절 해고의 효력을 다투는 자

I. 해고자의 노동조합 가입

1. 구(舊) 노조법 제2조 제4호 라목 단서

(1) 의 의

구 노조법(2021. 7. 6. 시행되기 이전의 것) 제2조 제4호 라목 단서는 “다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다.”라고 규정하여, ‘해고된 자’(이하 ‘해고자’)는 원칙적으로 근로자가 아니지만 일정한 경우에 한해(부당노동행위 구제신청시 재심판정까지) 근로자로서의 지위를 인정하고 있다. 이는 사용자가 노동조합 설립을 주도한 자를 해고하여(해고자가 있으면 노동조합의 결격사유에 해당) 노조법상 노동조합으로의 설립을 방해하는 것을 방지하기 위한 것이었다.

(2) 라목 단서의 적용범위

판례는, 해고된 사람이 구제신청을 한 경우에 예외적으로 근로자로 해석하는 노조법 제2조 제4호 라목 단서는, 일정한 사용자와의 종속관계가 전제되지 아니하는 산업별·직종별·지역별 노동조합이 아니라, 기업별 노동조합의 조합원이 해고되어 그 근로자성이 부인될 경우에만 한정적으로 적용된다고 했었다(대판 2004.2.27, 2001두8568; 대판 2017.6.29, 2014도7129 등).

(3) 해고자가 근로자로 인정되기 위한 요건

(구)노동조합법(1997년 이전의 것)에서는 해고자 중에 “해고의 효력을 다투는 자”를 근로자로 인정하였었는데¹⁴⁾, 1997년 개정 노조법은 아래와 같이 그 인정 요건을 축소하였다.

1) 노동위원회에 부당노동행위 구제신청 해고자가 노조법상 근로자의 자격을 유지하기 위해서는 ‘노동위원회에 부당노동행위 구제신청’을 해야 한다. 따라서 해고자가 노동위원회에 부당‘해고’ 구제신청을 하거나 법원에 해고무효확인소송 등의 민사소송을 제기한 것만으로는 근로자의 자격을 유지할 수 없다.

2) 중앙노동위원회의 재심판정시까지 해고자가 근로자의 지위를 인정받을 수 있는 경우는 ‘중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지’이다. 이때까지는 초심의 판정결과와 관계없이 조합원자격이 유지된다.

재심에서 부당노동행위가 성립하지 않는다는 취지로 판정된 경우에는 근로자측이 행정소송을 제기하더라도 근로자의 지위를 유지할 수 없다. 반대로 재심에서 부당노동행위 판정을

14) 구 노동조합법(1997년 이전의 것)에서는 “해고의 효력을 다투고 있는 자를 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다.”라고 규정하고 있었다. 그리하여 구법하에서는 부당해고구제신청이나 해고무효확인소송을 제기한 경우에도 그 확정판결이 있을 때까지는 근로자의 지위가 유지됐었다.

하는 경우에는 사용자가 행정소송을 제기하더라도 근로자의 지위가 유지된다.

(4) 근로자 지위 인정의 효과

1) 종업원 또는 공법상의 지위 “근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다”(즉, 근로자로서의 지위 인정·유지)의 의미에 대하여, 동 규정이 해고자의 종업원으로서의 지위(근기법상의 지위) 또는 공법상의 지위까지 인정하는 것은 아니다(대판 1993.6.8, 92다42354; 대판 1990.3.13, 89도2399).¹⁵⁾

2) 노조법상의 지위 ‘근로자로서의 지위 유지’의 의미가, ① 노동조합의 설립 및 존속만을 보호(노동조합의 결격 사유 배제)하기 위한 것인지, ② 아니면 여기에 더해 해고자의 조합원으로서의 지위와 활동까지 보장하는 것인지가 문제 된다.

판례는 라목 단서는 “노동조합의 설립 및 존속을 보호하고 사용자의 부당한 인사권의 행사에 의하여 노동조합의 활동이 방해되지 않도록 하기 위한 규정”이므로, 오직 노동조합의 설립 및 존속만을 보호하기 위한 규정이라고 할 수 없다”(대판 1997.5.7, 96누2057)고 하여, 해고자의 조합원으로서의 지위와 활동까지 보장하는 규정으로 해석하였다.¹⁶⁾

2. 라목 단서의 삭제

2021. 1. 5. 노조법 개정으로 제2조 제4호의 라목 단서는 삭제되었다(시행일 2021.7.6.). 이는 국제노동기구(ILO)¹⁷⁾의 핵심협약인 「결사의 자유에 관한 협약」(제87호 및 제98호 협약)의 비준을 추진하면서 해당 협약에 부합하는 내용으로 법률을 개정하기 위하여, 사업 또는 사업장에 종사하지 아니하는 근로자에 대하여 기업별 노동조합에 가입할 수 있도록 허용한 것이다.¹⁸⁾ 이로써 초기업 노동조합뿐만 아니라 기업별 노동조합에도 ‘취업관계 없는 자’(해고자 등)의 가입이 허용되게 되었다.

3. ILO 핵심협약 비준

2021. 2. 26. 국회 본회의에서 3개의 ‘ILO 핵심협약’ 비준동의안이 의결됐다. 비준된 핵심협약은 「제29호 강제 또는 의무노동에 관한 협약」¹⁹⁾, 「제87호 결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약」²⁰⁾, 「제98호 단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약」²¹⁾이다.

15) 해고자가 부당노동행위 구제신청을 했더라도 사원아파트에 계속 거주할 지위를 가지는 것은 아니며(대판 1993.6.8, 92다42354), 해고의 효력을 다투는 자에 대한 방위소집 입영영장의 발부행위를 당면무효라고 할 수 없다(대판 1990.3.13, 89도2399).

16) 헌법상 자주적인 단결권이 보장되고 있는 우리 법체계에서, 기업별 노조라 하더라도 해고자를 조합원으로 인정할지 여부는 노동조합 스스로 결정할 문제라고 생각한다. 그리고 해고자 일부가 노동조합에 가입해 있더라도 그 노동조합의 자주성이 곧바로 부정되지 않는다는 점에서, 해고자의 조합원 자격을 원칙적으로 부정하고 있는 노조법 제2조 제4호 라목 단서는 폐지하는 것이 바람직하다고 생각한다(방강수, 「통합노동법」 제11판, 2020, 457면)

17) 1919년 설립된 국제노동기구(ILO, International Labour Organization)는 국제노동기준 수립 및 이행 감독 등을 수행하는 유엔(UN) 산하의 노동분야 전문 국제기구이다. 우리나라는 1991년 ILO의 회원국으로 가입하였다.

18) 국가법령정보센터 개정이유

19) 비자발적으로 제공한 모든 형태의 강제노동을 금지하는 내용의 협약이다.

20) 노사의 자발적인 단체 설립 및 가입, 자유로운 대표자 선출 등 ‘결사의 자유’에 관한 기본 원칙을 규정하고 있다.

21) 근로자의 단결권 행사에 대한 보호와 자율적 단체 교섭 장려를 위한 조치 등을 보장하는 내용을 담고 있다.

핵심협약(Fundamental Conventions)은 국제노동기구(ILO)가 지금까지 채택한 190개 협약 중에 가장 기본적인 노동권과 관련된 8개 협약을 칭한다. 8개 협약이란 결사의 자유 관련 협약(87호, 98호), 강제노동 관련 협약(29호, 105호), 아동노동 관련 협약(138호, 182호), 균등대우 관련 협약(100호, 111호)이다. 이 중에 우리나라가 아직 비준하지 못한 것은 「제105호 강제노동 폐지 협약」이다.

II. 해고자의 노동조합 활동

1. 해고자의 조합활동 제한

노조법 제2조 제4호 라목 단서의 삭제(시행일 2021.7.6.)로 인해, 해고자는 초기업적 노조뿐만 아니라 “하나의 사업 또는 사업장을 대상으로 조직된 노동조합”²²⁾(이하 ‘기업별 노조’)²³⁾에도 자유롭게 ‘가입’할 수 있으나, 해고자의 노동조합 ‘활동’에는 일정한 제한이 따른다.

2021년 개정 노조법(시행일 2021.7.6.)에 따르면, 기업별 노조의 대의원과 임원은 그 사업 또는 사업장에 종사하는 조합원 중에 선출해야 하므로 원칙적으로 해고자는 대의원이나 임원이 될 수 없으며(노조법 제17조 제3항 및 제23조 제1항 후문), 해고자는 근로시간면제해도 결정 시 조합원수에 포함되지 않으며(제24조 제2항), 해고자는 교섭창구단일화절차에서 조합원 수 산정에 포함되지 않으며(제29조의2 제10항), 해고자는 쟁의행위 찬반투표 시 조합원 수 산정에 포함되지 않는다(제41조 제1항 후문).

2. 해고의 효력을 다투는 자의 조합활동

사업 또는 사업장에 종사하는 근로자(이하 ‘종사근로자’)인 조합원이 해고되어 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 종사근로자로 본다(노조법 제5조 제3항).

이는 해고자의 조합활동을 보장하기 위한 규정이다. 따라서 해고자는 이 규정의 요건을 갖춘 경우에는 종사근로자의 지위가 인정되므로, 기업별노조의 대의원이나 임원으로 선출될 수 있고(제17조 제3항 및 제23조 제1항 후문), 근로시간면제해도 결정 시 조합원 수에 포함되고(제24조 제2항), 교섭창구단일화절차에서 조합원 수 산정 시 포함되며(제29조의2 제10항), 쟁의행위 찬반투표 시 조합원 수 산정에 포함된다(제41조 제1항 후문).

22) 노조법 제17조 제3항 참조.

23) ‘사업별 노조’가 더 정확한 용어일 것이나, 이미 널리 쓰이고 있는 ‘기업별 노조’란 용어를 사용토록 한다.

IV. 조합활동 시기·수단·방법의 정당성

1. 정당성 판단기준

(1) 시기의 정당성

근무시간 중의 조합활동은 사용자의 노무지휘권²⁴⁾과 충돌될 수 있기 때문에 그 정당성이 문제된다.

조합활동이 정당하려면, 시기의 측면에서 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행이나 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 원칙적으로 근무시간 외에 행하여져야 한다(대판 2020.7.29, 2017도2478).²⁵⁾

(2) 수단·방법의 정당성

사업장 내의 조합활동은 사용자의 시설관리권²⁶⁾과 충돌될 수 있기 때문에 그 정당성이 문제된다.

조합활동이 정당하려면, 수단·방법의 측면에서 사업장 내 조합활동에서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하며 폭력과 파괴행위 등의 방법에 의하지 않는 것이어야 한다(대판 2020.7.29, 2017도2478).

(3) 시기·수단·방법의 요건 판단 시 고려 사항

시기·수단·방법 등에 관한 요건은 조합활동과 사용자의 노무지휘권·시설관리권 등이 충돌할 경우에 그 정당성을 어떠한 기준으로 정할 것인지 하는 문제이므로, 위 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(대판 2020.7.29, 2017도2478).

2. 근무시간 중의 총회 등의 개최²⁷⁾

3. 사업장 내의 조합활동²⁸⁾

24) 노무지휘권이란 사용자가 근로자와 근로계약상 사용자의 지휘명령에 따라 노무를 제공할 의무인 노무제공의무에 대응하여 근로계약에 약정된 노무제공의 구체적 태양을 정하거나 노무제공을 지휘·감독할 수 있는 권한을 말한다.

25) 반대로 ‘단체협약 등에 허용규정’ 또는 ‘사용자의 승낙’ 등이 있는 경우에는 근무시간 중에도 조합활동을 할 수 있음은 물론이다.

26) 시설관리권은 사용자가 사업수행을 위하여 갖추고 있는 물적 시설·설비를 사업 목적에 따라 사용할 수 있도록 적절히 관리하거나 그에 수반되는 필요조치를 취할 수 있는 권리를 말한다.

27) 시기의 정당성

(1) 벽보 등의 부착

(2) 유인물 배포

4. '비종사 조합원'의 조합활동

(1) 의 의

노조법 제5조 제2항은 “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.”라고 규정하고 있다.

이는 ‘종사근로자 아닌 노동조합의 조합원’(비종사 조합원)²⁹⁾이 어떤 사업장에 출입하여 조합활동을 하였을 때, 그 정당성의 범위(효율적인 사업 운영의 지장 여부)를 정한 규정이다.

(2) 구체적 사례

1) 타사 근로자의 쟁의행위 지원·조력 甲산별노조³⁰⁾와 A사³¹⁾의 단체교섭이 결렬되자, ‘甲산별노조 A사 지회’의 조합원(A사의 종사근로자)은 쟁의행위를 결의하고, A사 정문 안쪽에서 사내 집회를 개최하였다. 甲산별노조 충남지부 및 대전충북지부의 조합원들(A사의 근로자가 아니므로 ‘비종사 조합원’에 해당)은 사내 집회에 참여하기 위하여, 방송용 차량을 앞세우고 A사 정문을 통하여 공장 내 주차장에 들어갔다. 비종사 조합원들은 A사지회 조합원과 함께 그곳에서 약 25분 간 구호 및 파업가를 제창한 후 곧바로 공장 밖으로 퇴거하였다. 비종사 조합원들은 공장에 출입하는 과정에서 재물을 손괴하거나 경비원들에게 상해를 가하는 등의 행위를 하지는 않았다.

대법원은, ① 이 사건 사내 집회는 정당성이 인정되는 부분적·병존적 직장점거에 해당하는데, 이는 비종사 조합원들이 사내 집회에 참여하였다고 달라지지 않는다고 하였고, ② 비종사 조합원들이 집회에 참여한 것은 A사지회 조합원의 쟁의행위를 지원·조력하기 위한 산업별 노동조합의 조합활동으로서의 성격을 가지며, ③ 비종사 조합원의 공장 출입 방식이나 절차를 정한 노사 간의 합의 등을 위반하였다고 볼 만한 자료가 없을 뿐만 아니라, 공장 출입으로 인하여 A사의 사업 운영에 지장을 주었다고 보기도 어렵고, 공장 내에서 머무른 장소와 시간 등을 함께 고려해 보면, 이러한 출입행위의 정당성을 부정할 정도로 그 수단과 방법의 상당성이 없다고 단정하기도 어렵다³²⁾고 판단하였다(대판 2020.7.9, 2015도6173).

2) 산별노조 간부의 사업장 출입 甲산별노조의 간부들(A사 근로자 아님)이 A사의 산업안전보건법 위반 사실의 증거수집 등을 할 목적으로 공장에 들어간 것이, 공동주거침입죄에 해당하는지 문제가 되었다. 대법원은, 甲산별노조 간부들은 이전에도 같은 목적으로 이 사건 공장을 방문하여 관리자 측의 별다른 제지 없이 현장순회를 해왔던 점, 간부들은 이 사건 공장

28) 수단·방법의 정당성

29) 예컨대, 기업별노조에서 퇴직한 조합원, 산별노조 본부의 간부인 조합원, 같은 산별노조 소속이지만 다른 회사의 근로자인 조합원 등이다.

30) 전국금속노동조합

31) 유성기업 주식회사

32) 즉, 정당한 조합활동이다.

의 시설이나 설비를 작동시키지 않은 채 단지 그 상태를 눈으로 살펴보았을 뿐이고 그 시간도 30분 내지 40분 정도에 그친 점, 간부들이 이러한 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, 간부들의 행위는 근로조건의 유지·개선을 위한 조합 활동으로서의 필요성이 인정되고, 그러한 활동으로 인하여 A사 측의 시설관리권의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다고 하여, 정당한 조합활동으로 인정하였다(대판 2020.7.29, 2017도 2478).

제10절 노조업무 종사자와 근로시간면제제도

I. 서 설

노동조합은 헌법상의 단결권에 근거하여 조직된 근로자들의 단결체로서 사용자와의 실질적 대등성을 확보하고 근로자들의 근로조건을 유지·개선을 위한 조합활동을 하는데 이를 효과적으로 수행하기 위해서는 노동조합 업무에 종사하는 근로자가 필요하다.

어떤 기업에 재직하는 근로자 중에 “노동조합의 업무에 종사하는 근로자”³³⁾(이하 ‘노조업무 종사자’)에는 ‘노조 전임자(專任者)’와 ‘노조 겸임자(兼任者)’가 있다. 노조전임자란 근로를 전혀 제공하지 아니하고 노조 업무에만 종사하는 근로자를 의미하며, 노조겸임자³⁴⁾란 근로를 일부 제공하면서 부분적으로 노조 업무를 하는 근로자를 의미한다.

현실적으로 노조겸임자는 소수이고 노조전임자가 대부분이기 때문에, 구 노조법(2021. 7. 6 시행되기 이전의 것) 제24조는 “노동조합의 전임자”란 제목으로 규율하였고,³⁵⁾ 법적 쟁점도 노조전임자를 중심으로 논의되어 왔다(아래 II와 III 참조). 하지만 현실에는 노조겸임자도 분명 존재하기 때문에, 개정 노조법(2021. 7. 6 시행)은 “노동조합의 전임자”란 용어를 삭제하였다. 실정법상 노조전임자란 용어만 사라진 것일 뿐, 강학상 또는 현실상의 노조전임자란 개념이 사라진 것은 아니다.

현행 노조법 제24조 제1항은 “근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에는 사용자 또는 노동조합으로부터 급여를 지급받으면서 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에 종사할 수 있다.”고 하여, ‘노조업무 종사자’에 대한 근거를 규정하고 있다.³⁶⁾ 그리고 같은 조 제3항은 “사용자는 제1항에 따라 노동조합의 업무에 종사하는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 제한해서는 아니 된다.”고 규정하고 있는데, 이는 헌법상 단결권 보장과 부당노동행위제도의 취지에 비추어 보았을 때, 당연한 이치를 확인적으로 규정한 것으로 보아야 할 것이다(노조업무 종사자의 ‘급여’에 대해서는 IV에서 살펴 본다).

33) 노조법 제24조 제3항 참조

34) 실무상 ‘파트타임전임자’ 또는 ‘부분전임자’라고 불리웠으나, ‘전임(專任)’과 ‘파트타임 또는 부분’은 서로 양립할 수 없는 개념이란 점에서 부적절한 용어이다.

35) 제24조(노동조합의 전임자) ①근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에는 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에만 종사할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 노동조합의 업무에만 종사하는 자(이하 “專任者”라 한다)는 그 전임기간동안 사용자로부터 어떠한 급여도 지급받아서는 아니된다.

③ 사용자는 전임자의 정당한 노동조합 활동을 제한하여서는 아니 된다.

36) 노조법 제24조 제1항에서 “사용자 또는 노동조합으로부터 급여를 지급받으면서”란 표현은 삭제하는 것이 바람직하다. 사용자는 물론 노동조합으로부터도 급여를 받지 못하는 노조업무 종사자도 있을 수 있기 때문이다. 따라서 “사용자 또는 노동조합으로부터 급여를 지급받으면서”를 노조업무 종사자가 되기 위한 요건으로 파악해서는 아니 된다.

II. 노조전임자의 법적 근거³⁷⁾

III. 노조전임자의 법적 지위

IV. 노조업무 종사자의 급여 등

1. 연 혁

1997년 노조전임자에 대한 사용자의 급여지급을 금지하고(구 노조법 제24조 제2항),³⁸⁾ 이러한 급여지급을 부당노동행위로 규정하였으나(구 노조법 제81조 제4호), 부칙에 유예규정을 두어 2010.6.30.까지는 적용되지 않고 있었다. 그러다가 2010년 노조법 개정(2010.1.1 법률 제9930호)으로 2010.7.1.부터 원칙적으로 노조전임자에 대한 사용자의 급여지급이 부당노동행위로서 금지되었다. 노조업무 종사자의 일정한 활동과 업무에 대해서는 「근로시간면제 제도」를 통해 유급으로 처리되는 것이 허용되었다.

2. 근로시간면제자의 의미

노조업무 종사자 중에 “사용자로부터 급여를 지급받는 근로자”를 “근로시간면제자”라고 한다(노조법 제24조 제2항). 여기에는 근로계약 소정의 근로시간 전부를 면제받는 근로자(즉, 전부면제자)와 근로시간 일부를 면제받는 근로자(즉, 일부면제자)가 있다.³⁹⁾

한편 노조업무 종사자 중에는 노동조합으로부터 급여를 받는 근로자도 있다. 또는 급여를 전혀 받지 못하는 노조업무 종사자도 있을 수 있다. 노동조합이 노조업무 종사자에게 급여를 줄지 말지 또는 얼마의 급여를 지급할지는 ‘조합자치’의 영역이므로, 노조법이 관여할 바가 아니다. 따라서 노조법은 ‘사용자’가 지급하는 급여에 관한 「근로시간면제 제도」에 대해 규율하고 있다(제24조 제2항 및 제4항).

(중간 생략)

6. 근로시간면제자 관련 기타 쟁점

III에서 보았던 노조전임자의 “출근의무 적용 여부”와 “노동조합 업무 중의 재해”에 관한 판례법리는 근로시간면제자에게도 그대로 적용될 수 있을 것이다. 이 쟁점들은 ‘급여’와 무관하기 때문이다.

37) 노조전임자에 관한 이 논의는 ‘노조업무 종사자’에게도 그대로 적용될 수 있을 것이다.

38) ② 제1항의 규정에 의하여 노동조합의 업무에만 종사하는 자(이하 “專任者”라 한다)는 그 전임기간동안 사용자로부터 어떠한 급여도 지급받아서는 아니된다.

39) 달리 표현하면 ‘사용자’로부터 급여를 받는 노조전임자와 노조겸임자라고 할 수 있다.

2. 예외적 개별교섭

(1) 사용자의 동의

다만, 교섭대표노동조합을 자율적으로 결정하는 기한(14일) 내에 사용자가 이 조에서 정하는 교섭창구 단일화 절차를 거치지 아니하기로 동의한 경우에는 그러하지 아니하다(노조법 제29조의2 제1항 단서). 즉, 일정 기한(자율적 교섭대표노조 결정기한) 내에 사용자가 동의한 경우에는 모든 노동조합이 각각 「개별교섭」을 할 수 있다. 이 경우 ‘1사 복수교섭’이 가능해진다.

(2) 사용자의 차별대우금지 의무

개별교섭이 진행되는 경우, 사용자는 교섭을 요구한 모든 노동조합과 성실히 교섭하여야 하고, 차별적으로 대우해서는 아니 된다(노조법 제29조의2 제2항). 이 규정(개별교섭 시 차별대우 금지 규정)은 2021. 1. 5.에 신설된 것으로(시행 2021.7.6.), 종래 판례⁴⁰⁾와 학설이 언급했던 사용자의 중립의무와 같은 내용이다. 따라서 이 규정은 헌법 제33조의 단결권과 부당노동행위 제도에서 도출되는 사용자의 중립의무를 ‘확인’적으로 규정한 것으로 보아야 한다.⁴¹⁾

40) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2016도2446 판결은, 사용자가 제2노조와 단체협약을 체결한 후 제1노조에게는 더 불리한 단체협약안을 제시한 사안에서, “이는 근로자의 단결권을 보장한 헌법 제33조와 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다)상의 부당노동행위 제도의 취지 등에서 도출되는 사용자의 중립의무를 위반한 것으로, 제1노조의 운영과 활동을 위축시키려는 의도에서 이루어진 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다.”고 판시하였다. 또한 대법원 2019. 4. 25. 선고 2017두33510 판결(이른바 ‘무쟁의 타결 격려금 판결’)은 사용자가 중립의무(또는 노동조합 간 차별금지의무)를 위반하여 지배·개입이 인정된 사례로 평가될 수 있다.

41) 방강수, “복수노조에서 개별교섭 요건의 재검토”, 「노동법학」 제78호, 한국노동법학회, 2021.6, 177면.

2. 노동위원회의 교섭단위 분리·통합 결정

(1) 의 의

노조법은 하나의 ‘사업 또는 사업장’(원칙적인 교섭단위)에 복수의 노동조합이 있는 경우, 교섭창구 단일화를 원칙으로 하고 있다(노조법 제29조의2 제1항 본문 및 제29조의3 제1항). 이른바 ‘1사 1교섭’ 원칙이다. 그러나 노조법 제29조의3 제2항은 일정한 경우에 교섭단위의 분리를 인정하고 있다. 교섭단위가 분리되면 ‘1사 복수교섭’이 가능해진다.

한편 2021.1.5. 노조법 개정 시 ‘분리된 교섭단위를 통합’하는 제도가 신설되었다(시행 2021.7.6.). 이는 하나의 사업(장)에서 분리되었던 교섭단위를 다시 통합하는 제도일 뿐(일종의 원상회복), 노동계가 요구했던 ‘복수의 사업(장)을 하나의 교섭단위로 통합’⁴²⁾하는 제도는 아니다.

(2) 교섭단위 결정 절차

① 교섭단위 ‘분리 또는 분리된 교섭단위 통합’의 신청권자는 “노동관계 당사자의 양쪽 또는 어느 한 쪽”이다. 노동조합뿐만 아니라 사용자도 신청이 가능하다(노조법 제29조의3 제2항).

② 교섭단위 결정권자는 “노동위원회”이다(노조법 제29조의3 제2항).

③ 교섭단위 ‘분리 또는 분리된 교섭단위 통합’의 신청에 대한 ‘노동위원회의 결정’에 대한 불복절차 및 효력은 ‘중재재정의 불복절차 및 효력’을 준용한다(노조법 제29조의3 제3항). 따라서 노동위원회의 결정이 위법이거나 월권인 경우에 한해 불복이 허용된다.

(3) ‘교섭단위 분리 필요’의 판단기준

판례에 따르면, 노조법 제29조의3 제2항에서 규정하고 있는 ‘교섭단위를 분리할 필요가 있다고 인정되는 경우’란 하나의 사업 또는 사업장에서 별도로 분리된 교섭단위에 의하여 단체교섭을 진행하는 것을 정당화할 만한 현격한 근로조건의 차이, 고용형태, 교섭 관행 등의 사정이 있고, 이로 인하여 교섭대표노동조합을 통하여 교섭창구를 단일화하는 것이 오히려 근로조건 통일적 형성을 통해 안정적인 교섭체계를 구축하고자 하는 교섭창구단일화 제도의 취지에도 부합하지 않는 결과를 발생시킬 수 있는 예외적인 경우를 의미한다(대판 2018.9.13. 2015두39361).

(4) 노동위원회 결정에 대한 불복

노조법 제29조의3 제3항에 따르면, 교섭단위 분리 신청에 대한 노동위원회의 결정에 대한 불복절차는 노조법 제69조를 준용하므로, 그 결정에 ‘위법 또는 월권’이 있는 경우에 한해 불복이 허용된다.

판례에 따르면, 교섭단위 분리 신청에 대한 노동위원회의 결정에 관하여는 ① 그 절차가 위법하거나, 노동조합법 제29조의3 제2항이 정한 교섭단위 분리결정의 요건에 관한 법리를

42) 예컨대, 산별교섭을 위하여 여러 기업들을 하나의 교섭단위로 통합하거나 또는 원청회사와 하청회사를 하나의 교섭단위로 통합하는 것 등이다.

오해하여 교섭단위를 분리할 필요가 있다고 인정되는 경우인데도 그 신청을 기각하는 등 내용이 위법한 경우, ② 그 밖에 월권에 의한 것인 경우에 한하여 불복할 수 있다(대판 2018.9.13, 2015두39361).

③ 단순히 어느 일방에게 불리한 내용이라는 사유만으로는 불복이 허용되지 않는다(대판 2018.9.13, 2015두39361).

(5) 교섭단위 결정의 효과

노동위원회의 교섭단위 ‘분리’ 결정 시, 분리된 교섭단위 내에 복수노조가 있는 경우에는 교섭창구 단일화 절차에 따라 교섭대표노조를 결정한다. 그러나 분리된 교섭단위 내에 1개의 노동조합만이 있는 경우에는 그 노동조합은 독자적인 교섭권을 갖는다.

반대로 노동위원회의 ‘분리된 교섭단위 통합’ 결정 시, 다시 통합된 교섭단위에서 복수의 노동조합은 교섭창구단일화 절차를 거쳐야 할 것이다.

2. 공정대표의무의 범위

3. 증명책임

4. 절차적 공정대표의무

(1) 의 의

교섭대표노동조합으로서의 단체협약 체결에 이르기까지의 단체교섭 과정에서도 소수노동조합을 절차 면에서 합리적인 이유 없이 차별하지 않아야 할 공정대표의무를 부담한다. 이에 따라 교섭대표노동조합이 단체교섭 과정에서 소수노동조합을 동등하게 취급하고 공정대표의무를 절차적으로 적정하게 이행하기 위해서는 기본적으로 단체교섭 및 단체협약 체결에 관한 정보를 소수노동조합에 적절히 제공하고 그 의견을 수렴하여야 한다(대판 2020.10.29, 2017다263192; 대판 2020.10.29, 2019다262582).⁴³⁾

(2) 절차적 공정대표의무 위반 판단기준

다만 단체교섭 과정의 동적인 성격 및 실제 현실 속에서 구현되는 모습, 노동조합법에 따라 인정되는 대표권에 기초하여 교섭대표노동조합 대표자가 단체교섭 과정에서 어느 정도의 재량권 등을 가지는 점 등을 고려하면, 교섭대표노동조합의 소수노동조합에 대한 이러한 정보제공 및 의견수렴의무는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다(대판 2020.10.29, 2017다263192; 대판 2020.10.29, 2019다262582).

그러므로 교섭대표노동조합이 단체교섭 과정의 모든 단계에 있어서 소수노동조합에 일체의 정보를 제공하거나 그 의견을 수렴하는 절차를 완벽하게 거치지 아니하였다고 하여 곧바로 공정대표의무를 위반하였다고 단정할 것은 아니고, 이때 절차적 공정대표의무를 위반한 것으로 보기 위해서는 단체교섭의 전 과정을 전체적·종합적으로 고찰하여 기본적으로 중요한 사항에 관한 정보제공 및 의견수렴 절차를 누락하거나 충분히 거치지 아니한 경우 등과 같이 교섭대표노동조합이 가지는 재량권을 일탈·남용함으로써 소수노동조합을 합리적 이유 없이 차별하였다고 평가할 수 있는 정도에 이르러야 한다(대판 2020.10.29, 2017다263192; 대판 2020.10.29, 2019다262582).

(3) 잠정합의안 찬반투표(인준투표)와 절차적 공정대표의무

교섭대표노동조합이 사용자와 단체교섭 과정에서 마련한 단체협약 잠정합의안(이하 '잠정 합의안'이라고 한다)에 대하여 자신의 조합원 총회 또는 총회에 갈음할 대의원회의 찬반투표 절

43) 교섭창구단일화 제도는 비대표노조의 단체교섭권에 대한 중대한 제한이므로, 비대표노조의 의사를 교섭대표노조에 전달하는 체계가 마련되어야 한다. 이것을 실질화할 수 있는 규정이 바로 절차적 공정대표의무이다(장우찬, “단체교섭에서의 성실교섭의무에 관한 연구 - 한국과 미국의 비교를 중심으로 -”, 서울대학교 박사학위논문, 2012, 175면).

차를 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(대판 2020.10.29, 2017다263192; 대판 2020.10.29, 2019다262582).⁴⁴⁾

(4) 절차적 공정대표의무 위반 시 배상책임

교섭대표노동조합이 절차적 공정대표의무에 위반하여 합리적 이유 없이 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합(이하 '소수노동조합'이라 한다)을 차별하였다면, 이러한 행위는 원칙적으로 교섭창구 단일화 절차에 따른 단체교섭과 관련한 소수노동조합의 절차적 권리를 침해하는 불법행위에 해당하고, 이로 인한 소수노동조합의 재산적 손해가 인정되지 않더라도 특별한 사정이 없는 한 비재산적 손해에 대하여 교섭대표노동조합은 위자료 배상책임을 부담한다(대판 2020.10.29, 2019다262582).

5. 실체적 공정대표의무

(1) 의 의

(2) 노조사무실 제공 차별

6. 교섭대표노조의 대표권의 범위

교섭대표노동조합이 가지는 대표권은 법령에서 특별히 권한으로 규정하지 아니한 이상 단체교섭 및 단체협약 체결(보충교섭이나 보충협약 체결을 포함한다)과 체결된 단체협약의 구체적인 이행 과정에만 미치는 것이고, 이와 무관하게 노사관계 전반에까지 당연히 미친다고 볼 수는 없다(대판 2019.10.31, 2017두37772).

사용자가 교섭대표노동조합과 체결한 단체협약에서 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합 소속 조합원들을 포함한 사업장 내 근로자의 근로조건에 관하여 단체협약 자체에서는 아무런 정함이 없이 추후 교섭대표노동조합과 사용자가 합의·협의하거나 심의하여 결정하도록 정한 경우, 그 문언적 의미와 단체협약에 대한 법령 규정의 내용, 취지 등에 비추어 위 합

44) 판례가 제시한 이유는 다음과 같다.

- (1) 교섭창구 단일화 제도의 취지나 목적, 노동조합법 제29조 제2항의 규정 내용과 취지 등을 고려하면, 교섭대표노동조합의 대표자는 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 및 조합원 전체를 대표하여 독자적인 단체협약체결권을 가지므로, 단체협약 체결 여부에 대하여 원칙적으로 소수노동조합이나 그 조합원의 의사에 기속된다고 볼 수 없다.
- (2) 교섭대표노동조합의 규약에서 잠정합의안에 대하여 조합원의 찬반투표를 거치도록 규정하고 있더라도, 이는 해당 교섭대표노동조합 소속 조합원들의 의사결정을 위하여 마련된 내부적인 절차일 뿐이지, 법률상 요구되는 절차는 아니다.
- (3) 노동조합법 제29조의2는 교섭창구 단일화 절차를 규정하고 있고, 그 위임에 따른 노동조합 및 노동관계조정법 시행령 제14조의7에서는 교섭대표노동조합 확정에 필요한 조합원 수 산정 기준 등에 관한 상세한 규정을 두고 있다. 그리고 노동조합법 제41조 제1항 후문은 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원의 찬반투표 절차를 거친 경우에만 쟁의행위를 할 수 있다고 정하고 있다. 그러나 잠정합의안에 대한 찬반투표와 관련해서는 이러한 찬반투표를 거칠 것인지 여부는 물론이고, 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합별로 찬반투표 실시 여부, 실시기관, 실시방법 및 정족수 등에 관하여 각기 다른 규약상 규정을 두고 있는 경우 이를 어떻게 조율할 것인지 등에 관하여 노동조합법 및 같은 법 시행령에서 아무런 규정을 두고 있지 않다.

의·협의 또는 심의결정이 단체협약의 구체적인 이행에 해당한다고 볼 수 없고 보충협약에 해당한다고 볼 수도 없는 때에는, 이는 단체협약 규정에 의하여 단체협약이 아닌 다른 형식으로 근로조건을 결정할 수 있도록 포괄적으로 위임된 것이라고 봄이 타당하다. 따라서 위 합의·협의 또는 심의결정은 교섭대표노동조합의 대표권 범위에 속한다고 볼 수 없다. 그럼에도 사용자와 교섭대표노동조합이 단체협약 규정에 의하여, 교섭대표노동조합만이 사용자와 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합 소속 조합원들의 근로조건과 관련이 있는 사항에 관하여 위와 같이 합의·협의 또는 심의결정할 수 있도록 규정하고, 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합을 위 합의·협의 또는 심의결정에서 배제하도록 하는 것은, 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합이나 그 조합원을 합리적 이유 없이 차별하는 것으로서 공정대표의무에 반한다(대판 2019.10.31, 2017두37772).

7. 공정대표의무 위반에 대한 시정절차

5. 쟁의행위 찬반투표의 실시 시기

(1) 문제의 소재

노동법 제41조 제1항은 쟁의행위 찬반투표에 관해 규정하고 있는데, 그 찬반투표의 시기에 대해서는 아무런 규정이 없다. 쟁의행위에 관한 ‘최후수단의 원칙’에 비추어, 찬반투표는 노동쟁의(노동법 제2조 제5호)가 발생한 이후에 실시해야 할 것이다. 문제는 조정절차를 거치기 이전에 찬반투표를 실시할 수 있는지이다.

(2) 판례

쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표가 노동조합법 제45조가 정한 노동위원회의 조정절차를 거치지 않고 실시되었다는 사정만으로는 그 쟁의행위의 정당성이 상실된다고 보기 어렵다. 그 이유는 다음과 같다(대판 2020.10.15, 2019두40345).⁴⁵⁾⁴⁶⁾

노동조합법은 조합원의 찬반투표를 거쳐 쟁의행위를 하도록 제한하고 있을 뿐(제41조 제1항) 쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표의 실시시기를 제한하는 규정을 두고 있지 않다. 노동조합은 근로자들이 스스로 ‘근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위 향상’을 위하여 국가와 사용자에 대항하여 자주적으로 단결한 조직이어서 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 부합한다(대판 2020.10.15, 2019두40345).

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 아니다. 이러한 노동조합법 제45조의 규정 내용과 취지에 비추어 보아도, 쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표 당시 노동쟁의 조정절차를 거쳤는지 여부를 기준으로 쟁의행위의 정당성을 판단할 것은 아니다(대판 2020.10.15, 2019두40345).

(3) 검토⁴⁷⁾

45) “원심은 같은 취지에서 노동쟁의 상태에 이른 이후에 이루어진 조합원 찬반투표가 중앙노동위원회의 조정절차가 끝나기 전에 실시되었다는 사정만으로는 2차 파업의 정당성을 부정할 수 없다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 쟁의행위의 절차적 정당성에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.”(대판 2020.10.15, 2019두40345)

46) 한편 2001년 판례는, 쟁의행위 찬반투표는 “분쟁상태인 이른바 ‘노동쟁의’의 상태에 이르러야 할 뿐만 아니라, 조정절차에서 노동위원회로부터 조정안이 제시되었을 경우 그 조정안을 수용할지 여부에 관한 조합원의 의사 역시 반영되어야 함에 비추어 조정절차까지 거친후 쟁의행위에 돌입하기 직전에 실시하여야 하는 것이 원칙”이라고 판시한 바 있다(대판 2001.9.14, 2001도53). 이 판례는 노동쟁의 상태에 이르지 않은 상황에서 찬반투표를 실시했기에 그 절차가 위법하다고 한 것이다. 따라서 2020년 판례(대판 2020.10.15, 2019두40345)의 사안에, 2001년 판례를 원용하기에는 적절하지 않다.

47) 방강수, “쟁의행위 찬반투표의 시기 및 2차 파업시 찬반투표 의무 여부”, (월간)「노동리뷰」, 한국노동연구원, 2019.5월, 71~74면 참조.

입법정책적 차원에서 제공되는 노조법상의 조정서비스가, 근로자의 헌법상 단체행동권을 제약할 수는 없다. 조정절차까지 다 완료하고 찬반투표를 실시하고 쟁의행위에 돌입한다면, 조정절차를 통한 분쟁의 평화적 해결이라는 ‘기회’를 갖기 때문에 이것이 바람직할 수 있겠지만, 반드시 그래야 하는 것은 아니다. 판례의 입장은 타당하다.

3. 직장점거

4. 피케팅

5. 하청노조의 원청사업장 점거의 정당성

(1) 문제의 소재

하청근로자로 조직된 노동조합(하청노조)이 하청회사를 상대로 단체교섭 결렬에 따른 파업에 돌입하면서, 원청회사의 사업장을 점거한 경우 그 직장점거의 정당성이 문제 된다.

(2) 판례

단체행동권은 헌법 제33조 제1항에서 보장하는 기본권으로서 최대한 보장되어야 하지만 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등의 공익상의 이유로 제한될 수 있고 그 권리의 행사가 정당한 것이어야 한다는 내재적인 한계가 있다. 쟁의행위가 정당행위로 위법성이 조각되는 것은 사용자에 대한 관계에서 인정되는 것이므로, 제3자의 법익을 침해한 경우에는 원칙적으로 정당성이 인정되지 않는다. 그런데 도급인⁴⁸⁾은 원칙적으로 수급인⁴⁹⁾ 소속 근로자의 사용자가 아니므로, 수급인 소속 근로자의 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 일어나 도급인의 형법상 보호되는 법익을 침해한 경우에는 사용자인 수급인에 대한 관계에서 쟁의행위의 정당성을 갖추었다는 사정만으로 사용자가 아닌 도급인에 대한 관계에서까지 법령에 의한 정당한 행위로서 법익 침해의 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다(대판 2020.9.3, 2015도1927).

그러나 수급인 소속 근로자들이 집결하여 함께 근로를 제공하는 장소로서 도급인의 사업장은 수급인 소속 근로자들의 삶의 터전이 되는 곳이고, 쟁의행위의 주요 수단 중 하나인 파업이나 태업은 도급인의 사업장에서 이루어질 수밖에 없다.⁵⁰⁾ 또한 도급인은 비록 수급인 소속 근로자와 직접적인 근로계약관계를 맺고 있지는 않지만, 수급인 소속 근로자가 제공하는 근로에 의하여 일정한 이익을 누리고, 그러한 이익을 향수하기 위하여 수급인 소속 근로자에게 사업장을 근로의 장소로 제공하였으므로 그 사업장에서 발생하는 쟁의행위로 인하여 일정 부분 법익이 침해되더라도 사회통념상 이를 용인하여야 하는 경우가 있을 수 있다(대판 2020.9.3, 2015도1927).

따라서 사용자인 수급인에 대한 정당성을 갖춘 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 이루어져 형법상 보호되는 도급인의 법익을 침해한 경우, 그것이 항상 위법하다고 볼 것은 아니고,

48) 원청회사

49) 하청회사

50) 하청근로자의 “파업이나 태업은 도급인의 사업장에서 이루어질 수밖에 없다”는 판시 내용은, 그 취지는 공감하나, 엄밀히(조관하게?) 따지면 잘못된 표현이다. ‘파업’은 근로제공 거부이므로 회사 밖(예컨대, 집)에서, ‘태업’은 원청회사의 작업 장소에서, ‘직장점거’는 원청회사의 비(非)작업 장소에서 이루어지는 것이다.

법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당하는 경우에는 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’로서 위법성이 조각된다. 이러한 경우에 해당하는지 여부는 쟁의행위의 목적과 경위, 쟁의행위의 방식·기간과 행위 태양, 해당 사업장에서 수행되는 업무의 성격과 사업장의 규모, 쟁의행위에 참여하는 근로자의 수와 이들이 쟁의행위를 행한 장소 또는 시설의 규모·특성과 종래 이용관계, 쟁의행위로 인해 도급인의 시설관리나 업무수행이 제한되는 정도, 도급인 사업장 내에서의 노동조합 활동 관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대판 2020.9.3, 2015도 1927).

(3) 검 토

원청회사의 수인의무의 근거는 스스로 직접고용이 아니라 사내하청 방식을 선택했다는 선행행위에 있다는 점,⁵¹⁾ 노동 장소가 곧 쟁의행위 장소가 되는 것은 지극히 자연스럽다는 점⁵²⁾ 등에 비추어, ‘부분적·병존적 점거’의 범위 내에서 하청노조가 원청사업장을 점거하는 것은 문제될 것이 없다고 본다. 판례의 입장은 타당하다.

51) 권오성, “ILO 핵심협약 비준과 노동조합법 개정의 과제”, 「ILO 핵심협약 관련 노조법 개정 전문가 토론회」, 한국노동법학회, 2020.9.16, 38면.

52) 이른바 ‘장소기준설’이다. 산업안전의 경우에도 의무주체와 보호대상자를 판단할 때 근로자성이나 사용자성을 따지지 않아야 한다. 위험‘장소’를 지배하는 자가 의무주체이며, 그 ‘장소’에서 일하는 모든 사람이 보호대상자가 되도록 법을 정비할 필요가 있다.

VI. 산재유족 특별채용 협약

1. 문제의 소재

단체협약에 “회사는 조합원이 업무상 재해로 사망할 시 직계가족 또는 배우자 중 1인에 대해 결격사유가 없는 한 특별채용하도록 한다”라는 조항이 있는 경우, 이러한 조항이 민법 제 103조에 위반되어 무효가 되는지 문제가 된다.

2. 판례

(1) 민법 제103조와 단체협약

단체협약이 민법 제103조의 적용대상에서 제외될 수는 없으므로 단체협약의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배된다면 그 법률적 효력은 배제되어야 한다. 다만 단체협약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는지를 판단할 때에는 단체협약이 헌법이 직접 보장하는 기본권인 단체교섭권의 행사에 따른 것이자 헌법이 제도적으로 보장한 노사의 협약자치의 결과물이라는 점 및 노동조합 및 노동관계조정법에 의해 이행이 특별히 강제되는 점 등을 고려하여 법원의 후견적 개입에 보다 신중할 필요가 있다(대판[전합] 2020.8.27, 2016다248998).

(2) 임의적 교섭에 의한 협약 체결

헌법 제15조가 정하는 직업선택의 자유, 헌법 제23조 제1항이 정하는 재산권 등에 기초하여 사용자는 어떠한 근로자를 어떠한 기준과 방법에 의하여 채용할 것인지를 자유롭게 결정할 자유가 있다. 다만 사용자는 스스로 이러한 자유를 제한할 수 있는 것이므로, 노동조합과 사이에 근로자 채용에 관하여 임의로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 수 있고, 그 내용이 강행법규나 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되지 아니하는 이상 단체협약으로서의 효력이 인정된다(대판[전합] 2020.8.27, 2016다248998).

(3) 유효성 판단기준

사용자가 노동조합과의 단체교섭에 따라 업무상 재해로 인한 사망 등 일정한 사유가 발생하는 경우 조합원의 직계가족 등을 채용하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면, 그와 같은 단체협약이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나 채용 기회의 공정성을 현저히 해하는 결과를 초래하는 등의 특별한 사정이 없는 한 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 단정할 수 없다. 이러한 단체협약이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나 채용 기회의 공정성을 현저히 해하는 결과를 초래하는지는 단체협약을 체결한 이유나 경위, 그와 같은 단체협약을 통해 달성하고자 하는 목적과 수단의 적합성, 채용 대상자가 갖추어야 할 요건의 유무와 내용, 사업장 내 동종 취업규칙 유무, 단체협약의 유지 기간과 준수 여부, 단체협약이 규정한 채용의 형태와 단체협약에 따라 채용되는 근로자의 수 등을 통해 알 수 있는 사용자의 일반 채용에 미치는 영향과 구직희망자들에 미치는 불이익 정도 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대판[전합] 2020.8.27, 2016다248998).⁵³⁾

3. 검토

산재유족 특별채용 협약은 헌법 제32조 제6항⁵⁴⁾의 ‘사회적 연대’의 정신을 기업 단위에서 자치적으로 구현한 것이다. 그리고 결코 발생되어서는 안 될 산재 사망에 대하여 그 유족 1명을 특별채용하는 것을 과도한 보상이라고 보기 어렵다. 협약의 효력을 인정한 판례의 입장은 타당하다.

VII. 기타 제 조항

53) 갑 주식회사 등이 노동조합과 체결한 각 단체협약에서 업무상 재해로 인해 조합원이 사망한 경우에 직계가족 등 1인을 특별채용하도록 규정한 이른바 ‘산재 유족 특별채용 조항’이 민법 제103조에 의하여 무효인지 문제 된 사안에서, ① 업무상 재해에 대해 어떤 내용이나 수준의 보상을 할 것인지의 문제는 그 자체로 중요한 근로조건에 해당하고, 갑 회사 등과 노동조합은 이해관계에 따라 산재 유족 특별채용 조항이 포함된 단체협약을 체결한 것으로 보이는 점, ② 산재 유족 특별채용 조항은 사회적 약자를 배려하여 실질적 공정을 달성하는 데 기여한다고 평가할 수 있고, 보상과 보호라는 목적을 달성하기 위해 유효적절한 수단이라고 할 수 있는 점, ③ 갑 회사 등이 산재 유족 특별채용 조항에 합의한 것은 채용의 자유를 적극적으로 행사한 결과인데, 법원이 이를 무효라고 선언한다면 갑 회사 등의 채용의 자유를 부당하게 제한하는 결과가 될 수 있는 점, ④ 갑 회사 등의 사업장에서는 노사가 오랜 기간 산재 유족 특별채용 조항의 유효성은 물론이고 그 효용성에 대해서도 의견을 같이하여 이를 이행해 왔다고 보이므로 채용의 자유가 과도하게 제한된다고 평가하기 더욱 어려운 점, ⑤ 산재 유족 특별채용 조항으로 인하여 갑 회사 등이 다른 근로자를 채용할 자유가 크게 제한된다고 단정하기 어렵고, 구직희망자들의 현실적인 불이익이 크다고 볼 수도 없는 점, ⑥ 협약자치의 관점에서도 산재 유족 특별채용 조항을 유효하게 보아야 함이 분명한 점을 종합하면, 산재 유족 특별채용 조항이 갑 회사 등의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나 채용 기회의 공정성을 현저히 해하는 결과를 초래하였다고 볼 특별한 사정을 인정하기 어려우므로, 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되어 무효라고 볼 수 없다.(대판[전합] 2020.8.27, 2016다248998)

54) ⑥국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.

2. 노조 가입범위

노동조합에 가입할 수 있는 사람의 범위는 다음과 같다. (i) 일반직공무원, (ii) 특정직 공무원 중 외무영사직렬·외교정보기술직렬 외무공무원, 소방공무원 및 교육공무원(다만, 교원은 제외한다), (iii) 별정직공무원, (iv) 앞의 어느 하나에 해당하는 공무원이었던 사람으로서 노동조합 규약으로 정하는 사람이다(공노법 제6조 제1항).

종전에는 6급 이하의 공무원만이 노동조합에 가입할 수 있었고 퇴직공무원의 가입이 제한되었으나, 2021년 법개정으로 직급 제한을 폐지하고 퇴직공무원의 가입을 허용하였다(시행 2021.7.6.). 퇴직공무원 가입 허용으로 구 공무원노조법 제6조 제3항⁵⁵⁾은 삭제되었다. 이는 국제노동기구(ILO)의 핵심협약인 「결사의 자유에 관한 협약」(제87호 및 제98호 협약)의 비준을 추진하면서 해당 협약에 부합하는 내용으로 법률을 개정한 것이다.

다만, 업무의 내용에 따라 노동조합에 가입할 수 없는 공무원은 다음과 같다. (i) 업무의 주된 내용이 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원, (ii) 업무의 주된 내용이 인사·보수 또는 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니한 업무에 종사하는 공무원, (iii) 교정·수사 등 공공의 안녕과 국가안전보장에 관한 업무에 종사하는 공무원 등이며(제6조 제2항), 구체적인 범위는 대통령령으로 정한다(제6조 제4항).

55) ③ 공무원이 면직·파면 또는 해임되어 「노동조합 및 노동관계조정법」 제82조제1항에 따라 노동위원회에 부당 노동행위의 구제신청을 한 경우에는 「노동위원회법」 제2조에 따른 중앙노동위원회(이하 “중앙노동위원회”라 한다)의 제심판정이 있을 때까지는 노동조합원의 지위를 상실하는 것으로 보아서는 아니 된다.

II. 목적과 주체

1. 목 적

2. 교원의 정의와 노조 가입범위

(1) 교원의 정의

교원노조법에서 “교원”이란 (i) 「유아교육법」 제20조제1항에 따른 교원, (ii) 「초·중등교육법」 제19조제1항에 따른 교원,⁵⁶⁾ (iii) 「고등교육법」 제14조제2항 및 제4항에 따른 교원(다만, 강사는 제외한다) 등이다(교노법 제2조).

구 교원노조법(2020.6.9. 시행되기 이전의 것)은 적용대상을 「초·중등교육법」상 교원으로 한정했었다. 2018년 헌법재판소는 고등교육법에서 규율하는 대학 교원들의 단결권을 인정하지 않는 ‘구 교원노조법 제2조 본문’에 대하여, 대학 교원의 단결권을 전면적으로 부정하는 것으로 헌법에 합치되지 않는다고 결정하였다(헌재 2018.8.30, 2015헌가38). 2020년 교원노조법을 개정하여 교원의 범위를 현행법과 같이 규정하였다.

한편, 교원의 노동조합에 대해서는 유니언 쉘 등 단결강제 조항이 허용되지 않는다(제14조 제2항). 단결강제조항이 교원의 신분보장과 모순되기 때문이다.

(2) 노조 가입범위

교원 노동조합에 가입할 수 있는 사람은 (i) 교원, (ii) 교원으로 임용되어 근무하였던 사람으로서 노동조합 규약으로 정하는 사람이다(교노법 제4조의2).

구 교원노조법(2021.7.6. 시행되기 이전의 것)은 퇴직교원의 노조 가입이 원칙적으로 금지되었으나, 2021년 법개정으로 퇴직교원의 노조 가입을 허용하였다(시행 2021.7.6.). 퇴직교원 가입 허용으로 구 교원노조법 제2조 단서⁵⁷⁾는 삭제되었다.⁵⁸⁾ 이는 국제노동기구(ILO)의 핵심협약인 「결사의 자유에 관한 협약」(제87호 및 제98호 협약)의 기준을 추진하면서 해당 협약에 부합하는 내용으로 법률을 개정한 것이다.

56) 국·공·사립 학교에 관계없이 초·중·고교의 교원을 의미한다.

57) 제2조(정의) 이 법에서 “교원”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다. 다만, 해고된 사람으로서 「노동조합 및 노동관계조정법」 제82조제1항에 따라 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 사람은 「노동위원회법」 제2조에 따른 중앙노동위원회(이하 “중앙노동위원회”라 한다)의 제심판정이 있을 때까지 교원으로 본다.

58) 구 교원노조법 제2조 단서가 ‘해직 교원들의 단결권을 제한’하는 위헌적인 규정인지 문제가 되었는데, 2015년 헌법재판소는 합헌 결정을 한 바 있다(헌재 2015.5.28, 2014헌가21·2013헌마671(병합)).