

통합노동법 제10판 추록

2019년 9월

제10판에 새롭게 추가된 내용을 중심으로 본 추록을 작성했습니다. 매번 개정작업을 할 때마다, 소소하게 수정하는 부분이 있는데, 이러한 부분까지 모두 담을 수 없다는 점 양지해 주시기 바랍니다.

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

제9판 페이지	내 용
61	근로내용과 무관한 다른 사정에 따른 차별
122	평균임금의 산정기초가 되는 임금총액
123	평균임금 산정방법 - 제외되는 기간 및 임금
196	연차유급휴가 - II, IV
278	법률규정에 의한 공법인 변동
299	해고의 예고 - 3, 5
497	근로시간면제자 급여와 평균임금
533	교섭단위 결정
534	공정대표의무
571	쟁의행위 찬반투표의 시기
629	고용안정협약을 위반한 경영해고의 효력 (※ 기존내용 수정)
671	인사고과와 집단차별
686	특정 노조 조합원에게만 금품 지급
692	‘노동조합 운영비 원조’가 부당노동행위인지 (※ 기존내용 수정)

IV. 근로내용과 무관한 다른 사정에 따른 차별

‘국립대학교’가 전업강사와 비전업강사 간에 강사료를 달리 지급한 것이 차별에 해당하는지에 대해 최근 판례는 다음과 같이 판시하였다(대판 2019.3.14, 2015두46321).

(1) 근로기준법 제6조는 차별적 처우를 금지하고 있는데, 여기에서 ‘차별적 처우’란 사용자가 근로자를 임금 및 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 의미하고, ‘합리적인 이유가 없는 경우’라 함은 당해 근로자가 제공하는 근로의 내용을 종합적으로 고려하여 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나 달리 처우하는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 말한다(대판 2019.3.14, 2015두46321).

또한 남녀고용평등법¹⁾은 ‘동일가치노동 동일임금’ 원칙을 규정하고 있다. ‘동일 가치의 노동’이란 ① 서로 비교되는 노동이 동일하거나 ② 실질적으로 같은 성질의 노동 ③ 또는 직무가 다소 다르더라도 객관적인 직무평가에 의하여 본질적으로 동일한 가치가 인정되는 노동을 의미한다. 동일 가치의 노동인지 여부는 직무 수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건을 비롯하여 근로자의 학력·경력·근속연수 등의 기준을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대판 2019.3.14, 2015두46321).

(2) 근로기준법 제6조의 균등대우원칙이나 남녀고용평등법의 동일가치노동 동일임금 원칙 등은 어느 것이나 헌법 제11조 제1항의 평등원칙을 근로관계에서 실질적으로 실현하기 위한 것이다. 그러므로 국립대학의 장으로서 행정청의 지위에 있는 총장으로서는 근로계약을 체결할 때에 사회적 신분이나 성별에 따른 임금 차별을 하여서는 아니 됨은 물론 그밖에 근로계약상의 근로 내용과는 무관한 다른 사정을 이유로 근로자에 대하여 불합리한 차별 대우를 해서는 아니 된다(대판 2019.3.14, 2015두46321).

1) 제8조(임금) ① 사업주는 동일한 사업 내의 동일 가치 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다.

② 동일 가치 노동의 기준은 직무 수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업 조건 등으로 하고, 사업주가 그 기준을 정할 때에는 제25조에 따른 노사협의회의 근로자를 대표하는 위원의 의견을 들어야 한다.

③ 사업주가 임금차별을 목적으로 설립한 별개의 사업은 동일한 사업으로 본다.

IV. 평균임금의 산정기초가 되는 임금총액

1. 의 의

평균임금의 산정기초가 되는 임금은 산정사유가 발생한 날 이전 3월간에 지급된 “임금” 총액이다(근기법 제2조 제1항 제6호). 여기서의 “임금”이란 근로기준법 제2조 제1항 제5호의 임금을 의미하므로, 산정기간에 근로의 대가로서 지급된 모든 것을 포함한다.

2. 임금성 판단기준

평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에는 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금품으로서, ① 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 ② 그 지급에 관하여 단체협약, 취업규칙 등에 의하여 사용자에게 지급의무²⁾가 지워져 있으면 그 명칭 여하를 불문하고 모두 포함되는 것이고, ③ 비록 현물³⁾로 지급되었다 하더라도 근로의 대가로 지급하여 온 금품이라면 평균임금의 산정에 있어 포함되는 임금에 해당한다(대판 2005.9.9, 2004다41217).

3. 근로의 대가성

(1) 판단기준

어떤 금품이 근로의 대가로 지급된 것인지를 판단함에 있어서는, 그 금품지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있어야 하고, 이러한 관련 없이 그 지급의무의 발생이 개별 근로자의 특수하고 우연한 사정에 의하여 좌우되는 경우에는 그 금품의 지급이 단체협약·취업규칙·근로계약 등이나 사용자의 방침 등에 의하여 이루어진 것이라 하더라도 그러한 금품은 근로의 대가로 지급된 것으로 볼 수 없다(대판 1995.5.12, 94다55934; 대판 2011.3.10, 2010다77514; 대판 2011.7.14, 2011다23149).

(2) 구체적 사례

의사의 고유 업무인 진료·특진·협진의 횟수에 따라 지급하는 ‘진료포상비’는, 횟수에 차이가 있다 하더라도 근로의 대가로 지급되는 것으로 임금에 해당한다(대판 2011.3.10, 2010다77514). 또한 자동차 판매수량에 따라 영업사원들에게 지급되는 ‘인센티브’도 근로의 대가로서 임금에 해당한다(대판 2011.7.14, 2011다23149).

그러나 자기 차량을 보유한 직원에 한하여 지급되는 ‘자가운전보조비’는 개별 근로자의 특수하고 우연한 사정에 따라 좌우되는 것으로 임금에 해당하지 않는다(대판 1995.5.12, 94다55934

2) 사용자에게 지급의무가 있다는 것은 그 지급 여부를 사용자가 임의적으로 결정할 수 없다는 것을 의미한다. 지급의무의 발생근거는 단체협약·취업규칙·근로계약에 의한 것이든 또는 그 금품의 지급이 사용자의 방침이나 관행에 따라 계속적으로 이루어져 노사간에 그 지급이 당연한 것으로 여겨질 정도의 관례가 형성된 경우처럼 노동관행에 의한 것이든 이를 묻지 않는다(대판 1997.5.28, 96누15084; 대판 2002.5.31, 2000다18127).

3) 단체협약에 따라 설·추석에 지급된 선물포인트(현물)는 임금에 해당한다(대판 2005.10.13, 2004다13762 / 현대자동차 사건).

).4)

4. 성과급·상여금의 임금성

(1) 일반적 판단기준

취업규칙 등에 지급조건·금액·시기가 정해져 있어 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 임금으로 인정되지만, 구체적인 지급기준을 정함이 없이 그 지급이 사용자의 재량에 맡겨져 있거나 그 지급사유의 발생이 불확정이고 일시적으로 지급되는 것은 임금으로 인정되지 않는다(대판 1999.9.3., 98다34393; 대판 2002.5.31, 2000다18127; 대판 2005.9.9, 2004다41217).⁵⁾

(2) 공공기관 경영평가성과급

공공기관(공기업·준정부기관) 경영평가성과급은 공공기관의 운영에 관한 법률(이하 ‘공공기관운영법’이라 한다)에 근거하여 기획재정부장관의 경영실적 평가결과에 따라 지급되고 있다. 기획재정부장관이 매년 발표하는 예산지침⁶⁾에는 공공기관 경영평가성과급을 산정·지급하는 구체적인 방법이 포함되어 있다. 이에 따라 공공기관은 취업규칙 등에 경영실적 평가결과에 따라 경영평가성과급을 지급하는 시기, 산정방법, 지급 조건 등을 구체적으로 정하고 있다. 따라서 공공기관 경영평가성과급이 계속적·정기적으로 지급되고 지급대상, 지급조건 등이 확정되어 있어 사용자에게 지급의무가 있다면, 이는 근로의 대가로 지급되는 임금에 포함된다(대판 2018.12.13, 2018다231536).

한편 공공기관 경영평가성과급의 최저지급률과 최저지급액이 정해져 있지 않아, 경영실적 평가결과에 따라서는 경영평가성과급을 지급받지 못할 수도 있다 있다고 하더라도, 성과급이 전체 급여에서 차지하는 비중, 그 지급 실태와 평균임금 제도의 취지 등에 비추어 볼 때 근로의 대가로 지급된 임금으로 보아야 한다(대판 2018.12.13, 2018다231536).

4) 그러나 ‘가족수당’은 회사에게 그 지급의무가 있는 것이고 일정한 요건에 해당하는 근로자에게 일률적으로 지급되어 왔다면, 이는 임의적·은혜적인 급여가 아니라 근로에 대한 대가의 성질을 가지는 것으로서 임금에 해당한다(대판 2006.5.26, 2003다54322, 54339).

5) 목표달성 성과급은 매년 노사간 합의로 그 구체적 지급조건이 정해지며 그 해의 생산실적에 따라 지급 여부나 지급률이 달라질 수 있는 것이지 생산실적과 무관하게 계속적·정기적으로 지급된 것이라고 볼 수 없어 피고 회사에 그 지급의무가 있는 것이 아니라는 이유로 위 성과급은 위 원고들의 퇴직금 산정의 기초가 되는 평균임금에 산입될 수 없다(대판 2005.9.9, 2004다41217)

6) 예산편성지침, 예산집행지침

V. 평균임금의 산정방법(산정기간)

1. 문제의 소재

2. 제외되는 기간 및 임금

(1) 시행령 제2조 제1항의 성격과 취지

근로기준법 시행령 제2조 제1항⁷⁾은 수습, 휴업기간, 육아휴직 등 평균임금 산정시 제외되는 기간을 열거하고 있는데, 대체로 근로자의 정당한 권리행사 또는 근로자의 귀책사유 없이 근로를 제대로 제공하지 못한 경우를 상정하고 있다(대판 2009.5.28, 2006다17287).

이런 기간을 포함시키면 평균임금이 낮아지기 때문에, 평균임금 산정에서 불이익을 입지 않도록 특별히 배려하는 것이다(대판 2009.5.28, 2006다17287).

(2) 직위해제(휴직)기간

「근로자의 귀책사유」에 의한 직위해제나 휴직 등의 기간에 대하여, 판례는 “개인적인 범죄로 구속기소되어 직위해제되었던 기간은 근로기준법 시행령 제2조 제1항 소정의 어느 기간에도 해당하지 않으므로 그 기간의 일수와 그 기간 중에 지급받은 임금액은 근로기준법 제2조 제1항 제6호 본문에 따른 평균임금 산정기간에서 제외될 수 없다(대판 1994.4.12, 92다20309)”고 하였다.⁸⁾

(3) 수습기간

근로기준법 시행령 제2조 제1항 제1호는 “근로계약을 체결하고 수습 중에 있는 근로자가 수습

7) 제2조(평균임금의 계산에서 제외되는 기간과 임금) ① 「근로기준법」(이하 “법”이라 한다) 제2조제1항제6호에 따른 평균임금 산정기간 중에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기간이 있는 경우에는 그 기간과 그 기간 중에 지급된 임금은 평균임금 산정기준이 되는 기간과 임금의 총액에서 각각 뺀다.

1. 근로계약을 체결하고 수습 중에 있는 근로자가 수습을 시작한 날부터 3개월 이내의 기간

2. 법 제46조에 따른 사용자의 귀책사유로 휴업한 기간

3. 법 제74조에 따른 출산전후휴가 기간

4. 법 제78조에 따라 업무상 부상 또는 질병으로 요양하기 위하여 휴업한 기간

5. 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제19조에 따른 육아휴직 기간

6. 「노동조합 및 노동관계조정법」 제2조제6호에 따른 쟁의행위기간

7. 「명역법」, 「예비군법」 또는 「민방위기본법」에 따른 의무를 이행하기 위하여 휴직하거나 근로하지 못한 기간. 다만, 그 기간 중 임금을 지급받은 경우에는 그러하지 아니하다.

8. 업무 외 부상이나 질병, 그 밖의 사유로 사용자의 승인을 받아 휴업한 기간

8) 한편 본 사건(대판 1994.4.12, 92다20309)의 ‘원심(서울고판 1992.4.10, 91나33621)’은 근로기준법시행령 제2조 제1항에서 수습, 휴업기간 등을 평균임금의 계산에서 공제한다고 규정한 것은 그렇게 하지 아니하면 정상적인 근로의 제공을 전제로 이에 대하여 지급된 실제임금의 평균치를 산정하는 평균임금제도의 취지에 맞지 아니하고 평균임금이 부당하게 낮아질 염려가 있기 때문이라고 전제한 뒤, 근로자가 직위해제를 당하여 정상적인 근로를 제공하지 못한 경우도 이와 동일하므로 위 근로기준법시행령 제2조 제2항이 유추적용되어 그 기간 중에 지불된 임금도 그 일수와 함께 평균임금의 계산에서 제외되어야 한다며 직위해제 중에 있다가 퇴직한 원고의 퇴직금 계산을 위한 평균임금을 퇴직 전 3개월이 아닌 직위해제 전 3개월간의 임금을 기초로 계산하였다. 그러나 원심(서울고판 1992.4.10, 91나33621)은 대법원(대판 1994.4.12, 92다20309)에서 파기되었다.

을 시작한 날부터 3개월 이내의 기간”을 평균임금 산정시 제외되는 기간으로 규정하고 있다.

판례에 따르면, 산정사유 발생일 이전 3개월 동안 ‘정상적으로 급여를 받은 기간’과 ‘수습기간’이 함께 포함되어 있는 경우에 한해 그 수습기간을 제외하고 평균임금을 산정한다(대판 2014.9.4, 2013두1232).

따라서 수습기간이 끝나기 전에 평균임금 산정사유가 발생한 경우에는 그 수습기간을 제외하지 않고, 수습기간 중의 임금을 기준으로 평균임금을 산정한다(대판 2014.9.4, 2013두1232).

(4) 쟁의행위기간

근로기준법 시행령 제2조 제1항 제6호는 “「노동조합 및 노동관계조정법」 제2조제6호에 따른 쟁의행위기간”을 평균임금 산정시 제외되는 기간으로 규정하고 있다.

1) 근로자의 쟁의행위 근로기준법 시행령 제2조 제1항의 성격과 취지를 고려할 때, 평균임금 산정에서 제외되는 ‘쟁의행위기간’이란, 헌법과 노조법에 의하여 보장되는 적법한 쟁의행위로서의 주체, 목적, 절차, 수단과 방법에 관한 요건을 충족한 쟁의행위기간만을 의미한다(대판 2009.5.28, 2006다17287).

따라서 적법한 쟁의행위기간은 평균임금 산정시 제외되나, 위법한 쟁의행위기간은 평균임금 산정시 제외될 수 없다.

2) 사용자의 직장폐쇄 ① 근로기준법 시행령 제2조제1항의 입법취지와 목적을 감안하면, 사용자가 쟁의행위로 적법한 직장폐쇄를 한 결과 근로자에 대해 임금지급의무를 부담하지 않는 기간은 원칙적으로 같은 조항 제6호의 기간에 해당한다. 다만 이러한 직장폐쇄기간이 근로자들의 위법한 쟁의행위 참가기간과 겹치는 경우라면 근로기준법 시행령 제2조제1항제6호의 기간에 포함될 수 없다(대판 2019.6.13, 2015다65561).

② 위법한 직장폐쇄로 사용자가 여전히 임금지급의무를 부담하는 경우라면, 근로자의 이익을 보호하기 위해 그 기간을 평균임금 산정기간에서 제외할 필요성을 인정하기 어려우므로 근로기준법 시행령 제2조제1항제6호에 해당하는 기간이라고 할 수 없다(대판 2019.6.13, 2015다65561).

(5) 평균임금의 최저한도 보장

근로자의 귀책사유에 의한 기간이나 수습기간의 임금을 평균임금의 산정기간에 포함시킴으로 인하여 평균임금액수가 낮아져 통상임금보다 적은 경우에는, 그 통상임금액을 평균임금으로 한다(근기법 제2조 제2항).

II. 연차휴가권의 요건

1. 출근율 산정

연차휴가는 장기간의 근로제공에 대한 보상적 차원의 휴가이므로 일정한 「출근율」을 요건으로 한다. 기본적으로 1년간 80퍼센트 이상 출근을 해야 연차휴가권이 발생한다(근기법 제60조 제1항). 출근율은 「연간 소정근로일수」를 기준으로 그 중 「근로자가 현실적으로 근로를 제공한 일수(출근일수)」가 얼마인지를 비율적으로 따져서 판단한다.

여기서 ‘연간 소정근로일수’는, 연간 근로의무가 있는 일수로서, ‘1년간의 역상 총일수’에서 ‘휴일’(법정휴일과 약정휴일 모두 포함)을 제외한 날의 일수를 말한다.

문제는 ‘출근일수’와 관련하여, 근로자가 현실적으로 근로를 제공하지 않은 날로서 아래와 같은 기간을 출근으로 볼지 아니면 결근으로 볼지이다.

2. 출근 처리 기간

(1) 법령상 출근 간주

근로기준법 제60조 제6항에 따라 (i) 근로자가 업무상 부상 또는 질병으로 휴업한 기간, (ii) 출산전후휴가와 유산·사산휴가 기간, (iii) 육아휴직 기간은 출근한 것으로 본다(제1호 내지 제3호).⁹⁾ 예컨대, 근로자가 업무상 재해로 휴업한 기간은 장단(長短)을 불문하고 소정근로일수와 출근일수에 모두 포함시켜 출근율을 계산하여야 한다(대판 2017.5.17, 2014다232296).

(2) 사용자의 귀책사유 기간

1) 부당해고 기간 판례에 따르면, 부당해고 기간은 「사용자의 귀책사유」에 따른 것으로 그 기간 동안 근로관계는 계속되고 있는 것이므로, 연차유급휴가 산정시 부당해고로 출근하지 못한 기간을 근로자에게 불리하게 고려할 수는 없으므로, 그 기간은 연간 소정근로일수와 출근일수에 모두 산입되어야 한다(대판 2014.3.13, 2011다95519). 즉, 부당해고 기간은 사용자의 귀책사유에 의한 것이므로 출근한 것으로 간주한다.

2) 위법한 직장폐쇄 기간 사용자의 위법한 직장폐쇄로 인하여 근로자가 출근하지 못한 기간을 근로자에 대하여 불리하게 고려할 수는 없으므로, 원칙적으로 그 기간은 연간 소정근로일수 및 출근일수에 모두 산입되는 것으로 보는 것이 타당하다(대판 2019.2.14, 2015다66052).

(3) 해당 기간이 1년 전체인 경우

업무상 재해로 휴업한 기간 또는 부당해고 기간은 장단(長短)을 불문하고 소정근로일수와 출근일수에 모두 포함시켜 출근율을 계산하여야 한다. 설령 그 기간이 1년 전체에 걸치거나 연간 소정

9) 그리고 예비군훈련기간, 민방위훈련 또는 동원기간, 공민권행사를 위한 휴무일, 휴가기간(연월차휴가, 생리휴가) 등 근로자의 귀책사유 없이 근로의무가 「면제」되는 기간도 출근한 것으로 간주한다(2007.10.25, 임금근로시간정 책첩-3228).

근로일수 전부를 차지하고 있더라도, 이와 달리 볼 아무런 근거나 이유가 없다(대판 2014.3.13, 2011다 95519; 대판 2017.5.17, 2014다232296). 즉, 이러한 경우도 연차휴가권은 발생한다.

3. 결근 처리 기간¹⁰⁾

(1) 정직·직위해제 기간

판례에 따르면, 정직이나 직위해제 등의 징계를 받은 근로자는 징계기간 중 근로자의 신분을 보유하면서도 근로의무가 면제되므로, 사용자는 취업규칙에서 근로자의 정직 또는 직위해제 기간을 소정 근로일수에 포함시키되 그 기간 중 근로의무가 면제되었다는 점을 참작하여 연차유급휴가 부여에 필요한 출근일수에는 포함되지 않는 것으로 규정할 수도 있고, 이러한 취업규칙의 규정이 근로기준법 제60조에 반하여 근로자에게 불리한 것이라고 보기는 어렵다(대판 2008.10.9, 2008다41666).

즉, 판례는 징계처분으로서의 정직, 직위해제 기간은 비록 근로의무가 면제되는 기간이긴 하지만 「근로자의 귀책사유」에 의한 것이기 때문에 결근으로 처리할 수 있다는 것이다. 그러나 근로자가 ‘스스로 무단결근한 경우’와 ‘징계처분으로 출근할 수 없었던 경우’를 동일하게 취급할 수 있는지는 의문이다. 그리고 ‘징계처분’과 ‘그에 따른 연차휴가상의 불이익처분’은 이종의 불이익처분에 해당하는 것은 아닌지도 역시 의문이다.¹¹⁾

(2) 위법한 쟁의행위 기간

근로자가 위법한 쟁의행위(불법파업, 위법 직장점거 등)에 참가한 기간은 「근로자의 귀책사유」에 의한 것으로 결근으로 처리한다(대판 2019.2.14, 2015다66052).

노동조합의 쟁의행위에 대한 방어수단으로서 사용자의 적법한 직장폐쇄가 이루어진 경우, 이러한 적법한 직장폐쇄 중 근로자가 위법한 쟁의행위(위법 직장점거)에 참가한 기간은, 근로자의 귀책으로 근로를 제공하지 않은 기간에 해당하므로, 연간 소정근로일수에 포함시키되 결근한 것으로 처리하여야 할 것이다(대판 2019.2.14, 2015다66052).

III. 연차휴가권(휴가일수)

IV. 비례삭감설 법리

1. 기본법리

판례는 정당한 쟁의행위기간과 같이 근로제공의무가 「정지」되는 기간을, 연차휴가 산정 시 어떻게 처리할지에 대하여 비례삭감설의 입장을 취한 바 있다(대판 2013.12.26, 2011다4629).¹²⁾

10) 「근로자의 귀책사유에 의한 기간」은 결근으로 처리한다.

11) 조용만·김홍영, 205면.

12) 근로제공의무가 정지되는 기간을 어떻게 처리할 지에 대해, 종래에 ‘비례삭감설’과 ‘출근간주설’ 등의 견해 대립이 있었다.

그리고 최근 판례는 적법한 직장폐쇄와 노조전임기간에 대해서도 비례삭감설에 따라 연차휴가를 산정한다고 판시했다(대판 2019.2.14, 2015다66052).

(1) 연간 소정근로일수의 의미

판례는 출근을 산정을 위한 ‘연간 소정근로일수’란 본래 사용자와 근로자 사이에 ‘평상적인 근로관계’, 즉 근로자가 사용자에게 근로를 제공하여 왔고 또한 계속적인 근로제공이 예정되어 있는 상태를 전제로 한다고 하였다(대판 2013.12.26, 2011다4629).

(2) 출근율의 산정

1) 근로자의 정당한 쟁의행위기간 판례는 정당한 쟁의행위기간은 헌법이나 법률에 의해 보장된 정당한 권리행사이고 그 기간 동안 근로의무가 없으며, 쟁의행위를 이유로 불리하게 처우하는 것이 법률(노조법 제81조 제5호)상 금지되어 있으므로, 그 기간에 근로를 제공하지 않았더라도 이를 결근한 것으로 볼 수는 없다고 한다(대판 2013.12.26, 2011다4629).

한편 판례는 관련 법령에 쟁의행위를 ‘출근한 것으로 본다’는 규정이 없으므로, 그 기간을 출근한 것으로 의제(간주)할 수 없다고 한다(대판 2013.12.26, 2011다4629).

그러므로 출근율은 ‘연간 소정근로일수에서 쟁의행위기간 일수를 제외한 나머지 일수’를 기준으로 하여 근로자의 출근율을 산정하여 연차유급휴가 취득 요건의 충족 여부를 판단해야 한다고 한다(대판 2013.12.26, 2011다4629).

2) 노조전임기간 노조전임자는 휴직상태에 있는 근로자와 유사하고, 노조전임제는 노사합의에 기초한 것으로 근로자의 단결권 유지·강화뿐만 아니라 사용자의 노무관리업무를 대행하는 성격이 있으므로, 노조전임기간 동안 현실적으로 근로를 제공하지 않았더라도 결근으로 볼 수는 없다(대판 2019.2.14, 2015다66052).

한편 노동관계법령에 출근한 것으로 간주한다는 규정 역시 없으므로 출근한 것으로 의제(간주)할 수도 없다(대판 2019.2.14, 2015다66052).

따라서 출근율은 ‘연간 소정근로일수에서 노조전임기간 등을 제외한 나머지 일수’(이하 ‘실질 소정근로일수’)를 기준으로 산정한다(대판 2019.2.14, 2015다66052).

(3) 연차휴가의 일수

위와 같은 방법으로 출근율이 충족된 경우, 본래 평상적인 근로관계에서 8할의 출근율을 충족할 경우 산출되었을 연차유급휴가일수에 대하여 ‘실질 소정근로일수’를 ‘연간 소정근로일수’로 나눈 ‘비율’을 곱하여 산출된 연차유급휴가일수를 근로자에게 부여함이 합리적이다(대판 2013.12.26, 2011다4629).

2. 제한적 비례삭감

최근 판례는 일정한 경우에 한해 연차휴가일수를 비례삭감한다고 판시하였다.

최근 판례에 따르면, 노조전임기간 등을 연간 소정근로일수에서 제외하지 않고 결근으로 처리할 때 인정되는 연차휴가일수와의 불균형 등을 고려하면, 해당 근로자의 출근일수가 연간 소정근로일수의 8할을 밑도는 경우(즉, 노조전임기간 등을 결근처리했을 때의 비율이 80% 미만인 경우)에 한하

여, 비례삭감설에 따라 연차휴가일수를 산정한다(대판 2019.2.14, 2015다66052).

3. 해당 기간이 1년 전체인 경우

노조전임기간이 연차휴가 취득 기준이 되는 연간 총근로일 전부를 차지하고 있는 경우라면, 단체협약 등에서 달리 정하지 않는 한 이러한 노조전임기간에 대하여는 연차휴가에 관한 권리가 발생하지 않는다(대판 2019.2.14, 2015다66052).

제2절 합병, 분할, 공법인 변동

I. 회사의 합병

II. 회사의 분할

III. 법률규정에 의한 공법인 변동

1. 의 의

법률의 제정 또는 개정으로 어떤 법인이 수행하던 사업(기능, 업무 등)을 새로운 법인으로 이전시키는 것을 ‘법률규정에 의한 공법인 변동’이라 한다.

‘공법인 변동’과 ‘영업양도’는 모두 종전 회사의 ‘사업’을 새로운 회사에 ‘이전’한다는 점에서 공통적이다. 그러나 차이점은 다음과 같다. 영업양도는 양도회사와 양수회사 간의 ‘영업양도계약(즉, 법률행위)’에 의해 이루어지는 반면, 공법인 변동은 ‘법률규정’에 의해 이루어진다는 점이다.

2. 근로관계 승계 여부

법률의 제정, 개정 등으로 ‘새로운 특수법인’(이하 ‘신설법인’)이 설립되어 종전에 동일한 기능을 수행하던 ‘종전 단체’(또는 ‘종전 법인’)의 기능을 흡수하면서 그 권리·의무를 승계하도록 하는 경우, 해산되는 종전 단체의 직원들의 근로관계 승계 여부에 관하여 별도의 규정을 두지 아니한 채, 단순히 종전 단체의 모든 재산과 권리·의무는 신설법인이 승계한다는 경과규정만 두고 있다면, 이 경과규정은 종전 단체의 재산상 권리·의무를 신설법인이 승계하도록 하여 종전 단체의 해산 및 청산절차를 특별히 규율할 목적으로 규정된 것일 뿐이고, 종전 단체의 직원들의 근로관계를 당연히 신설법인에 승계하도록 하기 위한 것이 아니다(대판 1995.7.25, 95다14404; 대판 2018.9.28, 2018다207588 등).

따라서 그와 같은 경과규정만으로는 당해 법률에 의하여 종전 단체에 소속된 직원들의 근로관계가 신설법인에 당연히 승계된다고 볼 수는 없다(대판 1995.7.25, 95다14404; 대판 2018.9.28, 2018다207588 등).

3. 임금채무 승계 여부

종전 단체와의 근로관계가 신설법인에 승계되지 않는다고 하더라도, 법률의 제·개정에 의하여 종전 단체의 재산상 권리·의무는 신설법인에 포괄적으로 승계되므로, 종전 단체의 해산 시까지 발생한 근로자의 임금이나 퇴직금 등 채무도 근로관계 승계 여부에 관계없이 신설법인에 승계된다(대판 2018.9.28, 2018다207588 등).

3. 해고예고의 적용제외

(1) 단기취업자에 대한 적용제외

“근로자가 계속 근로한 기간이 3개월 미만인 경우”에는 해당 근로자에게는 해고예고 규정이 적용되지 않는다(근기법 제26조 단서 제1호). 취업의 단기성에 비추어 이들에게 까지 재취업을 위한 시간적·경제적 여유를 주도록 강제하지 않으려는 것이다.

2019. 1. 15. 개정 이전의 근로기준법 제35조는 “일용근로자로서 3월을 계속 근무하지 아니한 자, 2개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자, 계절적 업무에 6개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자, 수습 사용한 날부터 3개월 이내인 수습근로자”를 적용제외자로 규정하였으나, 이 규정(구 근기법 제35조)을 삭제하고, 현행법 제26조 단서 제1호와 같이 개정하였다.¹³⁾

(2) 특별한 사유에 따른 적용제외

“천재·사변, 그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우”(근기법 제26조 단서 제2호)와 “근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 사유¹⁴⁾에 해당하는 경우”(동조 단서 제3호)에도 해고예고 규정은 적용되지 않는다.

사용자의 사업계속이 불가능한 경우 또는 근로자가 노사의 신뢰관계를 저해하여 근로관계를 유지할 수 없는 이유로 해고되는 경우까지 해고예고를 하여야 한다는 것은 사회통념상 타당하지 않기 때문이다.

4. 해고예고의무 위반시 그 해고의 효력

13) 한편 구 근기법 제35조 제3호는 “월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자”도 적용제외자로 규정하였으나, 2015년 헌법재판소는 ‘대체로 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 자들로서 근로관계의 계속성에 대한 기대가 크기 때문에 보호의 필요성이 있다’고 하여, “월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자”에 대해 위헌 결정을 한 바 있다(헌재 2015.12.23, 2014헌바3).

14) 해고예고의 예외가 되는 근로자의 귀책사유(근로기준법 시행규칙 제4조)

1. 납품업체로부터 금품이나 향응을 제공받고 불량품을 납품받아 생산에 차질을 가져온 경우
2. 영업용 차량을 임의로 타인에게 대리운전하게 하여 교통사고를 일으킨 경우
3. 사업의 기밀이나 그 밖의 정보를 경쟁관계에 있는 다른 사업자 등에게 제공하여 사업에 지장을 가져온 경우
4. 허위 사실을 날조하여 유포하거나 불법 집단행동을 주도하여 사업에 막대한 지장을 가져온 경우
5. 영업용 차량 운송 수입금을 부당하게 착복하는 등 직책을 이용하여 공금을 착복, 장기유용, 횡령 또는 배임한 경우
6. 제품 또는 원료 등을 몰래 훔치거나 불법 반출한 경우
7. 인사·경리·회계담당 직원이 근로자의 근무상황 실적을 조작하거나 허위 서류 등을 작성하여 사업에 손해를 끼친 경우
8. 사업장의 기물을 고의로 파손하여 생산에 막대한 지장을 가져온 경우
9. 그 밖에 사회통념상 고의로 사업에 막대한 지장을 가져오거나 재산상 손해를 끼쳤다고 인정되는 경우

5. 해고가 무효인 경우 해고예고수당이 부당이득인지

해고가 무효인 경우 근로자가 해고예고수당을 부당이득으로 반환해야 하는지 여부에 대하여, 최근 판례는 다음과 같이 판시하였다(대판 2018.9.13, 2017다16778).

근기법 제26조 본문의 해고예고수당은 해고의 효력과 관계없이 지급되어야 하는 돈이다. 그 해고가 부당해고에 해당하여 무효가 되더라도, 근로자가 해고예고수당을 지급받을 법률상 원인이 없다고 볼 수 없다. 그 근거는 다음과 같다.

① 근기법 제26조 본문의 「문언」에 따르면, ‘사용자는 30일 전에 해고예고를 하거나 아니면 30일분 이상의 통상임금을 지급해야 한다’라고 규정할 뿐, 해고가 유효한 경우에만 해고예고 의무나 해고예고수당 지급 의무가 성립한다고 해석할 근거가 없다.

② 근기법 제26조는 그 「취지」상 해고의 효력 자체와는 관계가 없는 제도이다. 해고가 무효인 경우에도 해고가 유효한 경우에 비해 해고예고제도를 통해 근로자에게 위와 같은 시간적·경제적 여유를 「보장할 필요성」이 작다고 할 수 없다.

③ 사용자가 해고예고를 하지 않고 해고예고수당도 지급하지 않은 경우, 그 후 해고가 무효로 판정되어¹⁵⁾ 근로자가 복직을 하고 미지급 임금을 지급받더라도(즉, 「사후 구제」를 받더라도), 그것만으로는 해고예고제도를 통하여 해고 과정에서 근로자를 보호(즉, 해고 당시의 보호)하려는 근기법 제26조의 입법목적이 충분히 달성된다고 보기 어렵다. 해고예고 여부나 해고예고수당 지급 여부가 해고의 사법상(私法上) 효력에 영향을 미치지 않는다(이른바 ‘유효설’)는 점을 고려하면, 해고예고제도 자체를 통해 근로자를 보호할 필요성은 더욱 커진다(즉, 부당해고에 대해 사후 구제를 받긴 하지만, 해고 당시의 보호 필요성은 더욱 크다).

15) 근기법 제26조 위반이 아니라, 다른 사유로 무효가 된 경우를 의미한다.

6. 근로시간면제자 급여와 평균임금

노조법 제81조 제4호에 따르면, 근로시간 면제자에게 급여를 지급하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 부당노동행위가 되지 않는 것이 원칙이라고 할 수 있다. 다만 타당한 근거 없이 과도하게 책정된 급여를 근로시간 면제자에게 지급하는 사용자의 행위는 노동조합법 제81조 제4호 단서에서 허용하는 범위를 벗어나는 것으로서 노조전임자 급여 지원 행위나 노동조합 운영비 원조 행위에 해당하는 부당노동행위가 될 수 있고, 단체협약 등 노사 간 합의에 의한 경우라도 달리 볼 것은 아니다(대판 2016.4.2, 2014두11137 등).

따라서, 근로시간면제제도의 규정 내용과 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 사회 통념상 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 과도하게 책정되어 임금으로서 성격을 가지고 있지 않은 초과 급여 부분은 제외하여야 할 것이다(대판 2018.4.26, 2012다8239).

VII. 교섭단위 결정

1. 교섭단위

교섭단위란 ‘교섭대표노동조합을 결정하여야 하는 단위’로서, 하나의 사업 또는 사업장을 원칙으로 한다(노조법 제29조의3 제1항). 기업별 노조, 초기업적 노조(산별노조·직종별 노조 등)의 지부·분회 등 그 조직형태나 조직대상에 관계없이 모든 노조는 교섭창구 단일화 대상에 포함된다.¹⁶⁾

여기서 ‘사업 또는 사업장’의 의미는 근로기준법 제11조의 그것과 동일하게 해석된다. 즉 ‘사업’이란 특별한 사정이 없는 한 경영상의 일체를 이루는 기업체 그 자체를 의미한다(대판 1993.10.12. 93다18365). 물론 영리를 목적으로 하는 기업 뿐만 아니라 비영리 사업도 당연히 포함된다. 그리고 ‘사업장’이란 단순히 하나의 사업 내에 장소적으로 분리된 곳이 아니라, 독립적인 근로조건의 결정권이 있고 인사·회계의 독립성이 있는 사업장을 의미한다.

2. 노동위원회의 교섭단위 분리 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. 이는 복수의 단체교섭시 발생할 수 있는 문제점을 효과적으로 해결하기 위함이다.

그러나 노조법 제29조의3 제2항은 일정한 경우에 교섭단위의 분리를 인정하고 있다. 교섭단위가 분리되면 ‘1사 복수교섭’이 가능해진다.

(2) 교섭단위 분리 절차

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

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

③ 교섭단위 분리 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 단

16) 노동부, 앞의 자료, 22면.

체교섭을 진행하는 것을 정당화할 만한 현격한 근로조건의 차이, 고용형태, 교섭 관행 등의 사정이 있고, 이로 인하여 교섭대표노동조합을 통하여 교섭창구를 단일화하는 것이 오히려 근로조건의 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 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 분리결정의 효과

노동위원회의 교섭단위 분리결정시, 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.

534p

VIII. 공정대표의무 등

1. 공정대표의무의 의의

교섭대표노동조합과 사용자는 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원 간에 합리적 이유 없이 차별을 하여서는 아니된다(노조법 제29조의4 제1항). 공정대표의무란 본래 교섭대표노조가 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원을 차별하지 않고 공정하게 대표할 의무로서, 이는 교섭대표노조의 권한에 따른 의무라고 할 수 있다. 그런데 우리 노조법은 교섭대표노조 뿐만 아니라 사용자에게도 공정대표의무¹⁷⁾를 부과하고 있다.

노조법 제29조의2 제1항 본문이, 복수 노동조합에 대한 교섭창구 단일화 제도를 도입하여 단체교섭 절차를 일원화하도록 한 것은, 복수 노동조합이 독자적인 단체교섭권을 행사할

17) 사용자는 절차에 참여한 노동조합과 조합원을 '대표'하는게 아니므로, 엄밀히 보면 공정'대우'의무가 더 적절한 표현이다.

경우 발생할 수도 있는 노동조합 간 혹은 노동조합과 사용자 간 반목·갈등, 단체교섭의 효율성 저하 및 비용 증가 등의 문제점을 효과적으로 해결함으로써, 효율적이고 안정적인 단체교섭 체계를 구축하는 데에 그 주된 취지 내지 목적이 있다(대판 2018.8.30, 2017다218642).

교섭창구 단일화 제도 하에서 ‘교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합’(이하 ‘비대표노조’)은 독자적으로 단체교섭권을 행사할 수 없으므로, 노조법 제29조의4 제1항은 비대표노조를 보호하기 위해 사용자와 교섭대표노동조합에게 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원을 합리적 이유 없이 차별하지 못하도록 공정대표의무를 부과하고 있다. 공정대표의무는 헌법이 보장하는 ‘단체교섭권’의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하기 위한 제도적 장치로 기능하고, 교섭대표노동조합과 사용자가 체결한 ‘단체협약’의 효력이 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에게도 미치는 것을 정당화하는 근거가 된다(대판 2018.8.30, 2017다218642).

2. 공정대표의무의 범위

공정대표의무의 취지와 기능 등에 비추어 보면, 공정대표의무는 단체교섭의 과정이나 그 결과물인 단체협약의 내용뿐만 아니라 단체협약의 이행과정에서도 준수되어야 한다(대판 2018.8.30, 2017다218642).

3. 증명책임

교섭대표노동조합이나 사용자가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합 또는 그 조합원을 차별한 것으로 인정되는 경우, 그와 같은 차별에 합리적인 이유가 있다는 점은 교섭대표노동조합이나 사용자에게 그 주장·증명책임이 있다(대판 2018.8.30, 2017다218642).

4. 공정대표의무의 구체적 내용

(1) 절차적 공정대표의무

절차적 공정대표의무란 「단체교섭 과정」에서 ‘교섭대표노조’가 ‘교섭대표가 되지 못한 노동조합’(이하 ‘비대표노조’)의 의견을 충분히 수렴할 의무를 말한다. 교섭창구단일화 제도는 비대표노조의 단체교섭권에 대한 중대한 제한이므로, 비대표노조의 의사를 교섭대표노조에 전달하는 체계가 마련되어야 한다. 이것을 실질화할 수 있는 규정이 바로 절차적 공정대표의무이다.¹⁸⁾

따라서 교섭대표노조는 교섭요구안에 대한 의견을 수렴하고 이를 확정하는 과정에서, 비대표노조에게 의견을 제출할 기회를 충분히 부여하고 협의하여야 할 뿐 아니라 교섭요구안 결정 이유 등에 대하여 설명할 의무가 있다. 다만, 교섭대표노조에게는 교섭요구안 의제를 선택하고 구체적인 협상을 함에 있어 각 의제의 중요성 판단, 교섭력 집중과 목표달성을 위한 전략 선택 등에 관하여 재량권을 인정해야 할 것이다(서울중앙지판 2016.7.21, 2014가합60526).

18) 장우찬, “단체교섭에서의 성실교섭의무에 관한 연구 - 한국과 미국의 비교를 중심으로 -”, 서울대학교 박사학위논문, 2012, 175면.

(2) 실체적 공정대표의무

1) 의의 실체적 공정대표의무란 「단체협약의 내용과 그 협약의 이행과정」에서 합리적 이유 없이 비대표노조와 그 조합원을 차별하지 아니할 의무를 말한다.¹⁹⁾

2) 노조사무실 제공 차별 노동조합의 존립과 발전에 필요한 일상적인 업무가 이루어지는 공간으로서 노동조합 사무실이 가지는 중요성을 고려하면, 사용자가 단체협약 등에 따라 교섭대표노동조합에게 상시적으로 사용할 수 있는 노동조합 사무실을 제공한 이상, 특별한 사정이 없는 한 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에게도 반드시 일률적이거나 비례적이지는 않더라도 상시적으로 사용할 수 있는 일정한 공간을 노동조합 사무실로 제공하여야 한다고 봄이 타당하다(대판 2018.8.30, 2017다218642).

이와 달리 교섭대표노동조합에게는 노동조합 사무실을 제공하면서 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에게는 물리적 한계나 비용 부담 등을 이유로 노동조합 사무실을 전혀 제공하지 않거나 일시적으로 회사 시설을 사용할 수 있는 기회를 부여하였다고 하여 차별에 합리적인 이유가 있다고 볼 수 없다(대판 2018.8.30, 2017다218642).

5. 공정대표의무 위반에 대한 시정절차

노동조합은 교섭대표노동조합과 사용자가 공정대표의무를 위반하여 차별한 경우에는 그 행위가 있는 날(단체협약의 내용의 일부 또는 전부가 공정대표의무에 위반되는 경우에는 단체협약 체결일을 말한다)부터 3개월 이내에 노동위원회에 그 시정을 요청할 수 있다(노조법 제29조의4 제2항).

노동위원회는 노동조합의 신청에 대하여 합리적 이유 없이 차별하였다고 인정할 때에는 그 시정에 필요한 명령을 하여야 하며(노조법 제29조의4 제3항), 이러한 노동위원회의 명령 또는 결정에 대한 불복절차 등에 관하여는 부당노동행위 구제명령에 대한 불복절차(노조법 제85조 및 제86조)를 준용한다(노조법 제29조의4 제4항).

19) 단체협약의 내용은 크게 '규범적 부분'과 '채무적 부분'으로 나뉘는데, 실체적 공정대표의무가 주로 문제되는 것은 채무적 부분(즉, 노조활동에 관한 사항)이다. 비대표노조는 교섭대표노조가 사용자와 협상을 통하여 얻어내는 결과물을 기다릴 수밖에 없는 처지이므로 보호할 필요가 있고, 그 내용이 노조의 기본적 활동에 관한 것일 때에는 그 보호의 필요성은 더욱 크다(서울중앙지판 2016.7.21, 2014가합60526).

5. 쟁의행위 찬반투표의 시기²⁰⁾

(1) 의 의

노조법 제41조 제1항은 쟁의행위 찬반투표에 관해 규정하고 있는데, 그 찬반투표의 시기에 대해서는 아무런 규정이 없다.

쟁의행위에 관한 ‘최후수단의 원칙’에 비추어, 찬반투표는 노동쟁의(노조법 제2조 제5호)가 발생한 이후에 실시해야 할 것이다. 문제는 조정절차를 거치기 이전에 찬반투표를 실시할 수 있는지이다.

(2) 판례의 문제점

오래 전 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.²¹⁾ 이 판례는 노동쟁의의 상태에 이르지 않은 상황에서 찬반투표를 실시했기에 그 절차가 위법하다는 결론을 내리긴 하였으나, “조정절차까지 거친후 쟁의행위에 돌입하기 직전에 실시하여야 하는 것이 원칙”이라는 법리를 제시한 것은 매우 문제가 있다.

이 판례는 조정절차의 취지에 어긋난다. 조정절차는 쟁의행위를 ‘금지’(또는 제한)하기 위한 것이 아니라, 분쟁을 사전에 조정하여 쟁의행위 발생을 회피하는 ‘기회’를 주려는 것이다.²²⁾ 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.

(3) 조정기간 중의 찬반투표

최근 하급심 판결²³⁾은, ‘조정 기간 중’(즉, 조정절차가 종료되기 이전)이라도 조정이 이루어지지 않을 경우를 대비하여 미리 찬반투표를 하는 것도 허용된다고 판시하였다.

근거는 다음과 같다. ① 헌법 제33조의 자주적 단결권 보장에 따라, 쟁의행위 개시를 위한 조합원들의 민주적 의사결정은 최대한 존중되어야 한다. ② 노조법 제45조 제2항(조정전치주의)의 ‘법문’에 따르면, 이 규정은 조정절차를 거친 후 찬반투표를 해야 한다는 의미는 아니다. ③ 조정전치주의의 ‘취지’에 비추어, 찬반투표의 시기를 조정절차 종료 후로 제한할 수 없다.

위 하급심 판결은 쟁의행위 찬반투표의 시기와 관련하여 ‘노동조합의 주도성’을 인정했

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

21) 대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도53 판결.

22) 대법원 2000. 10. 13. 선고 99도4812 판결.

23) 서울고등법원 2019. 1. 11. 선고 2017누74728 판결.

다는 점에서 의의가 있다.

(4) 검 토

입법정책적 차원에서 제공되는 노조법상의 조정서비스가, 근로자의 헌법상 단체행동권을 제약할 수는 없다. 노동조합의 요구사항이 확정되고 노동쟁의라는 분쟁상태(즉, 교섭결렬)가 발생했다면, 노동조합은 조정신청을 하기 전이라도 쟁의행위를 위한 찬반투표를 실시할 수 있다고 보아야 한다.

6. 2차 쟁의행위시 별도의 절차 여부

근로조건에 관한 노동관계 당사자간 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 없다(대판 2012.1.27, 2009도8917).²⁴⁾

24) 그러나 단체협약의 체결로 쟁의행위가 종료된 경우에는 그렇지 않다.

3. 고용안정협약을 위반한 경영해고의 효력

(1) 문제의 소재

근기법 제24조의 요건을 갖추지 못한 경영해고는 당연히 정당성이 부정된다. 그렇다면 근기법 제24조의 요건을 갖추었으나 (또는 근기법 제24조의 충족 여부와 무관하게) 사용자가 고용안정협약을 위반하여 행한 경영해고의 정당성이 문제가 된다.

(2) 경영해고 금지조항

1) 원칙 - 무효 “인위적인 구조조정으로 근로관계를 종료하지 않겠다”라는 내용의 고용안정협약을 위반하여 경영해고를 한 사안에서, 판례는 고용안정협약은 규범적 부분에 해당하므로 그에 반하여 이루어진 정리해고는 원칙적으로 정당성 없는 해고라고 판시하였다(대판 2014.3.27, 2011두20406).

2) 예외 - 사정변경 다만 판례는 고용안정협약이 있더라도, 그 협약을 체결할 당시의 사정이 현저하게 변경되어 그 협약의 이행을 강요한다면 객관적으로 명백하게 부당한 결과에 이르는 경우에는, 예외적으로 고용안정협약에서 벗어나 정리해고를 할 수 있다고 하였다(대판 2014.3.27, 2011두20406).

예컨대, 고용안정협약 체결 당시 예상하지 못하였던 심각한 재정적 위기에 처했다는 사정이 인정되지 않으므로, 고용안정협약에 위반한 경영해고는 부당하다고 판단하였다(대판 2014.3.27, 2011두20406).

(3) 경영해고 합의조항

1) 원칙 - 무효 단체협약에 “정리해고를 포함한 인사처분을 할 때, 노동조합과 사전에 합의한다”라는 규정이 있는 경우, 사용자가 노동조합의 합의를 얻지 않고 행한 정리해고는 원칙적으로 무효가 된다(대판 2012.6.28, 2010다38007).

2) 예외 - 합의권 남용 노동조합이 사전합의권을 남용하거나 포기하였다고 인정되는 경우에는, 사용자가 이러한 합의 없이 한 정리해고도 유효하다고 보아야 한다(대판 2012.6.28, 2010다38007).

여기서 노동조합이 사전합의권을 남용한 경우란, ① 노동조합 측에 중대한 배신행위가 있고 이로 인하여 사용자 측의 절차 흠결이 초래되었다거나, ② 인사처분의 필요성과 합리성(즉, 정리해고 정리해고의 필요성과 합리성)이 객관적으로 명백하며, 사용자가 노동조합 측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도, 노동조합 측이 합리적 근거나 이유제시도 없이 무작정 인사처분에 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다는 등 사정이 있는 경우를 의미한다(대판 2012.6.28, 2010다38007).

[참조] ‘경영해고 합의조항’에서 ‘협약’으로 해석된 경우

“경영해고시 노조와 합의하여 시행한다”라는 내용의 고용안정협약을 위반하여 경영해고를 한 사안에서, 판례는 협약상의 ‘합의’의 의미에 대해 여러 사정(단체협약 체결 경위와 상황, 단체협약의 다른 조항과의 관계, 노동조합의 경영책임 분담 여부 등)을 종합적으로 검토하여 해석해야 한다며, 합의가 아닌 ‘협약’의 취지로 해석하였다. 그 결과 노동조합과 합의를 거치지 않았더라도 그 경영해고는 정당하다고 판시하였다(대판 2012.5.24, 2010두15964).

(4) 검 토

고용안정협약은 조합원들에 대한 경영‘해고’를 제한하는 것으로 규범적 부분에 해당한다. 그러므로 고용안정협약에 위반하는 경영해고는 원칙적으로 정당성이 없다고 보아야 한다.

‘경영해고 금지조항’ 위반의 경우, 예외적으로 「사정변경 원칙」을 적용하여 고용안정협약의 효력을 배제할 수 있다. 여기서 사정변경이란 ‘긴박한 경영상의 필요(근기법 제24조 제1항)’보다는 더 엄격한 ‘예상치 못했던 급격한(현저한) 경영 악화’여야 할 것이다.

그리고 ‘경영해고 합의조항’ 위반의 경우, 노동조합이 합의권을 남용한 경우에는 예외적으로 경영해고를 할 수 있는데(이른바 「권리남용금지 원칙」 적용), 합의권 남용 여부는 신중하고 엄격하게 판단할 필요가 있다.

V. 인사고과와 집단차별

인사고과는 기본적으로 사용자의 고유 권한으로서 근로자들을 평가하는 것이다. 인사고과를 통해 어떤 노동조합의 조합원들에 대한 불이익을 주는 것이 부당노동행위에 해당하는지 문제가 된다.

1. 부당노동행위 판단기준

판례는 인사고과를 이유로 하는 불이익이 부당노동행위에 해당하는지에 대해 다음과 같이 판시했다.

근로자에 대한 인사고과가 상여금의 지급기준이 되는 사업장에서 사용자가 특정 노동조합의 조합원이라는 이유로 다른 노동조합의 조합원 또는 비조합원보다 불리하게 인사고과를 하여 상여금을 적게 지급하는 불이익을 주었다면 그러한 사용자의 행위도 부당노동행위에 해당할 수 있다(대판 2018.12.27, 2017두47311).

이 경우 사용자의 행위가 부당노동행위에 해당하는지 여부는, 특정 노동조합의 조합원 집단과 다른 노동조합의 조합원 또는 비조합원 집단을 전체적으로 비교하여, 양 집단이 서로 동질의 균등한 근로자 집단임에도 불구하고, 인사고과에 양 집단 사이에 통계적으로 유의미한 격차가 있었는지, 인사고과의 그러한 격차가 특정 노동조합의 조합원임을 이유로 불이익취급을 하려는 사용자의 반조합적 의사에 기인한다고 볼 수 있는 객관적인 사정이 있었는지, 인사고과에서의 그러한 차별이 없었더라도 동등한 수준의 상여금이 지급되었을 것은 아닌지 등을 심리하여 판단하여야 한다(대판 2018.12.27, 2017두47311).²⁵⁾

2. 증명 책임

불이익취급의 부당노동행위에 대한 증명책임은 근로자측에 있다. 판례는, 사용자가 법원에 인사고과 자료를 제출하지 않은 사안에서, 비조합원에 비해 조합원을 차별적으로 인사고과를 했다는 점을 근로자측이 증명하지 못하여, 부당노동행위는 성립하지 않는다고 판단하였다(대판 2009.3.26, 2007두25695).

인사고과에서부터 조합원이 차별적 취급을 당했다는 것을 증명하려면, 조합원들과(비교

25) 같은 취지의 판례는 다음과 같다. “사용자가 근로자에 대하여 노동조합의 조합원이라는 이유로 비조합원보다 불리하게 인사고과를 하고 그 인사고과가 경영상 이유에 의한 해고 대상자 선정기준이 됨에 따라 그 조합원인 근로자가 해고되기에 이르렀다고 하여 그러한 사용자의 행위를 부당노동행위라고 주장하는 경우, 그것이 부당노동행위에 해당하는지 여부는, 조합원 집단과 비조합원 집단을 전체적으로 비교하여, 두 집단이 서로 동질의 균등한 근로자 집단임에도, 인사고과에서 두 집단 사이에 통계적으로 유의미한 격차가 있었는지, 인사고과에서 그러한 격차가 노동조합의 조합원임을 이유로 하여 비조합원에 비하여 불이익취급을 하려는 사용자의 반조합적 의사에 기인하는 것, 즉 사용자의 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 객관적인 사정이 있었는지, 인사고과에서의 그러한 차별이 없었더라면 해고 대상자 선정기준에 의할 때 해고대상자로 선정되지 않았을 것인지 등을 심리하여 판단하여야 한다.”(대판 2009.3.26, 2007두25695)

대상인) 비조합원들의 인사고과 자료가 있어야 한다. 그러나 인사고과 자료는 사용자만이 갖고 있기 때문에 근로자측이 증명하기는 매우 곤란하다. 따라서 인사고과를 통한 불이익취급 경우에는 증명책임을 전환하는 법리가 필요하다.

3. 특정 노조 조합원에게만 금품 지급

(1) 노조법 제29조의2 제1항 단서에 따라, 사용자는 교섭창구를 단일화하지 않고 복수의 노동조합과 개별적으로 교섭을 진행하여 체결 시기와 내용 등을 달리하는 복수의 단체협약을 체결할 수 있다(대판 2019.4.25, 2017두33510).

(2) 지배·개입 금지 규정과 취지를 고려하면, 노조법 제29조의2 제1항 단서에 따라 개별 교섭 절차가 진행되던 중에 사용자가 특정 노동조합과 체결한 단체협약의 내용에 따라 해당 노동조합의 조합원에게만 금품²⁶⁾을 지급한 경우, 사용자의 이러한 금품 지급 행위가 다른 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입하는 의사에 따른 것이라면 부당노동행위에 해당할 수 있다(대판 2019.4.25, 2017두33510).

이 경우 사용자의 행위가 부당노동행위에 해당하는지 여부는, 금품을 지급하게 된 배경과 명목, 금품 지급에 부가된 조건, 지급된 금품의 액수, 금품 지급의 시기나 방법, 다른 노동조합과의 교섭 경위와 내용, 다른 노동조합의 조직이나 운영에 미치거나 미칠 수 있는 영향 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대판 2019.4.25, 2017두33510).

26) 예컨대, 무쟁의 타결 격려금.

IV. ‘노동조합의 운영비 원조’가 부당노동행위인지

1. 문제의 소재

자주성이 없는 노동조합에게 운영비를 원조하는 행위가 노조법 제81조 제4호의 부당노동행위에 해당함은 물론이다. 문제는 자주성을 갖춘 노동조합이 적극적으로 요구하여 얻어낸 운영비원조가 부당노동행위에 해당하는지이다.

2. 대법원 판례

(1) 1997년 개정법 이전 ‘실질설’의 판례

종전 대법원 판례는 전임자 급여지급은 형식적으로는 부당노동행위에 해당하는 것 같지만, 이 부당노동행위의 성립 여부는 형식적으로만 볼 것은 아니고 그 급여지급으로 인하여 노동조합의 자주성을 잃을 위험성이 현저하게 없는 한 부당노동행위가 성립되지 않는다고 하였다(대판 1991.5.28, 90누6392).

또한 노동조합의 적극적인 요구 내지 투쟁으로 얻어진 급여지급이라면, 이로 인해 노동조합의 자주성이 저해될 위험은 거의 없다고 보아야 하므로 부당노동행위에 해당하지 않는다고 하였다(대판 1991.5.28, 90누6392).

(2) 이후 ‘형식설’의 판례

1) 의 의 최근 대법원 판례는, 노조법 제81조 제4호 본문은 종전에 운영비 원조의 하나라 해석되던 ‘전임자 급여지원’을 ‘운영비 원조’와 함께 병렬적으로 규정하고 이를 금지하고 있으므로, 제81조 제4호 단서에서 허용하는 범위를 넘어서는 전임자 급여 지급은 별도로 노동조합의 자주성을 저해할 위험성이 있는지 가릴 필요 없이 그 자체로 부당노동행위를 구성하고, 운영비 원조행위의 경우도 이와 마찬가지로 해석해야 한다고 하였다(대판 2016.1.28, 2012두12457).

또한 운영비 원조 등이 노동조합의 적극적인 요구 내지 투쟁으로 얻어진 결과라 하더라도 역시 부당노동행위는 성립한다고 하여(대판 2016.1.28, 2012두12457), 형식설의 입장을 명확히 했다.

판례의 입장은 명확히 실질설에서 형식설로 변화했는데, 그 사이에 전임자급여 금지 규정을 신설한 개정법이 있었기 때문이다. 판례는 전임자급여 금지 규정의 신설을 이유로 운영비 원조에 대해서까지 형식설의 입장을 취한 것이다.

2) 허용되는 운영비원조의 범위 노조법 제81조 제4호 단서는 운영비 원조의 예외로서 ‘기금의 기부’와 ‘사무소의 제공’을 허용하고 있다. 대법원 판례는 ‘형식설’의 입장에 따라, 예외적으로 허용되는 운영비원조의 범위에 대해 다음과 같이 판단하였다.

대법원 판례는 노조법 제81조 제4호 단서에 해당하는 행위와 그와 동일시할 수 있는 성질

의 것은 허용되지만, 그 범위를 벗어나서 주기적이거나 고정적으로 이루어진 운영비 원조 행위는 부당노동행위에 해당한다고 하였다. 구체적으로, 허용되는 ‘노동조합사무소’에는 사무소와 함께 통상 비치되어야 할 책상·의자·전기시설 등의 비품과 시설만 포함되고, 매월 상당한 금액의 운영비를 지급받는 것은 제81조 제4호 단서에 해당되지 않으므로 부당노동행위에 해당한다고 하였다(대판 2016.1.28, 2012두12457). 또한 노조활동의 편의를 위해 자동차를 무상으로 제공하는 것도 부당노동행위에 해당한다고 하였다(대판 2016.1.28, 2013다1419).

3. 최근 헌법재판소의 ‘실질설’(헌법불합치 결정)

헌법재판소는 노조법 제81조 제4호 중 “노동조합의 운영비를 원조하는 행위”에 관한 부분에 대하여, 노동조합의 자주성을 침해하거나 침해할 현저한 위험이 있는 운영비 원조 행위만을 금지하더라도, 노동조합의 자주성을 확보하고 근로3권의 실질적인 행사를 보장하고자 하는 입법목적을 달성할 수 있음에도 불구하고, 운영비원조금지조항이 단서에서 정한 두 가지 예외(기금의 기부, 사무소의 제공)를 제외한 운영비 원조 행위를 일률적으로 부당노동행위로 간주하여 금지하는 것은, 단체교섭권을 침해하는 것으로 헌법에 합치되지 않는다며, 해당 법률조항은 2019. 12. 31.을 시한으로 개정될 때까지만 적용된다고 결정하였다(헌재 2018.5.31, 2012헌바90). 즉, 헌법재판소는 ‘실질설’의 입장을 취하며 해당 법률조항에 대해 헌법불합치 결정을 한 것이다.

또한 헌법재판소는, ‘전임자 급여 지원’은 노조법 제81조 제4호 외에도 제24조 제2항에서 명시적으로 금지하고 있는 반면, ‘노동조합의 운영비 원조’는 노조법 제81조 제4호 외에는 별도로 금지하는 규정이 없으므로, 양자를 동일하게 볼 수는 없다고 하였다(헌재 2018.5.31, 2012헌바90). 그 결과 ‘전임자급여 금지’ 조항에 대한 종전의 합헌 결정은 그대로 유지한 채, ‘노동조합의 운영비 원조 금지’ 조항에 대해서만 헌법불합치 결정을 하게 된 것이다.

4. 소 결

사용자가 노동조합의 운영비를 원조하는 것을 금지하는 것은, 어용노조의 등장을 방지하고 노동조합의 자주성을 확보하기 위한 것이다. 이러한 취지에 비추어 최근에 ‘실질설’을 취한 헌법재판소의 입장은 매우 타당하다.