



전국금속노동조합 법률원

코로나발 위기와 자본의 공세!

법은 투쟁과 조직화의 무기

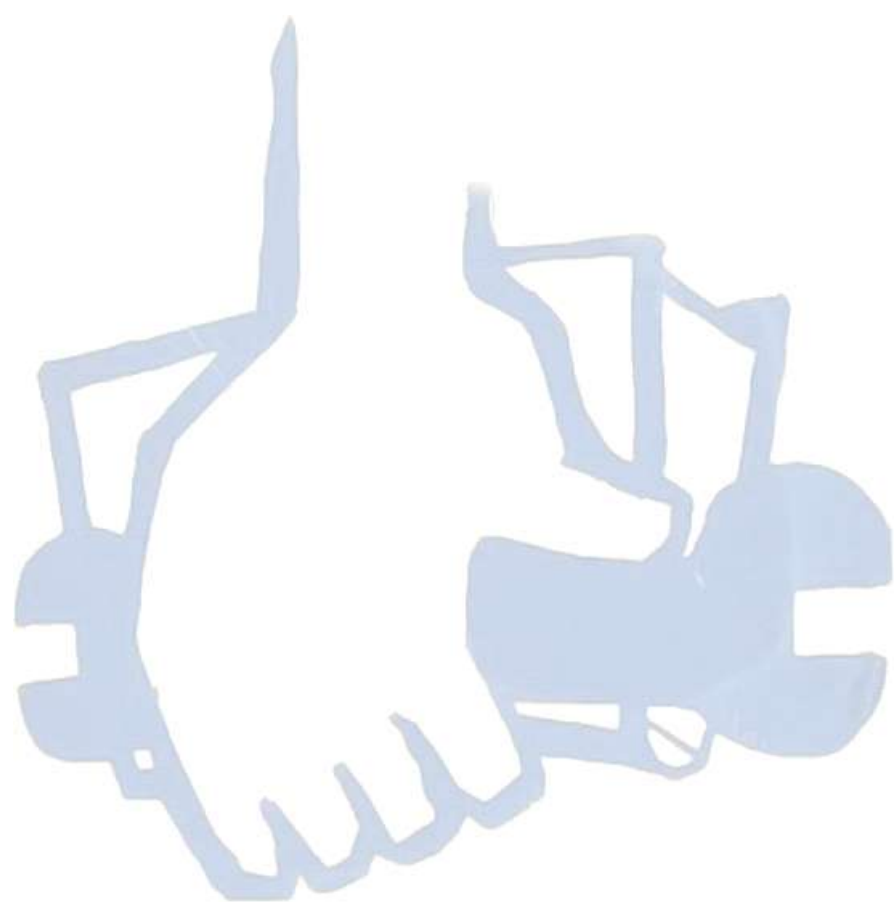
즐겁게 공부하여 힘차게 투쟁하고 조직하자!

2020

금속노조

METAL LAW SCHOOL

법률학교



목차

여는 말	<u>2</u>
제1강 조합활동과 쟁의행위 (김유정)	<u>6</u>
제2강 구조조정과 대응 (장석우)	<u>70</u>
제3강 임금과 임금체계 (탁선희)	<u>114</u>
제4강 근로시간 휴게, 휴일에 대한 이해 (박다혜)	<u>198</u>
제5강 단체교섭과 단체협약 (박현희)	<u>264</u>
제6강 부당노동행위와 대응 (최영주)	<u>334</u>
제7강 2020년 달라지는 노동관계법 (장석대)	<u>396</u>

여는 말

금속노조 법률원장 김유정 변호사입니다.

코로나 19 바이러스 사태가 언제 종식될지 가늠할 수 없는 상황입니다. 2020 법률학교도 코로나 19 바이러스 사태 여파로 인해 예정했던 2박 3일 숙박교육 방식을 고수하기 어려운 상황입니다. 불가피하게 권역별 법률학교를 진행하고 법률학교 교재를 배포하는 방식으로 2020 법률학교를 진행할 수밖에 없는 점 동지들의 너른 양해 부탁드립니다.

법률학교 교재는 “조합활동과 쟁의행위”, “구조조정과 대응”, “임금과 임금체계”, “근로시간, 휴게, 휴일에 대한 이해”, “단체교섭과 단체협약”, “부당노동행위와 대응”, “2020년 달라지는 노동관계법” 총 7가지 주제로 구성되어 있습니다.

“조합활동과 쟁의행위”, “구조조정과 대응”, “단체교섭과 단체협약”은 11기 첫 임·단협과 코로나 19 바이러스로 인한 고용위기 국면에서 동지들에게 슬기로운 대응과 관련한 영감을 줄 수 있기를 기대합니다.

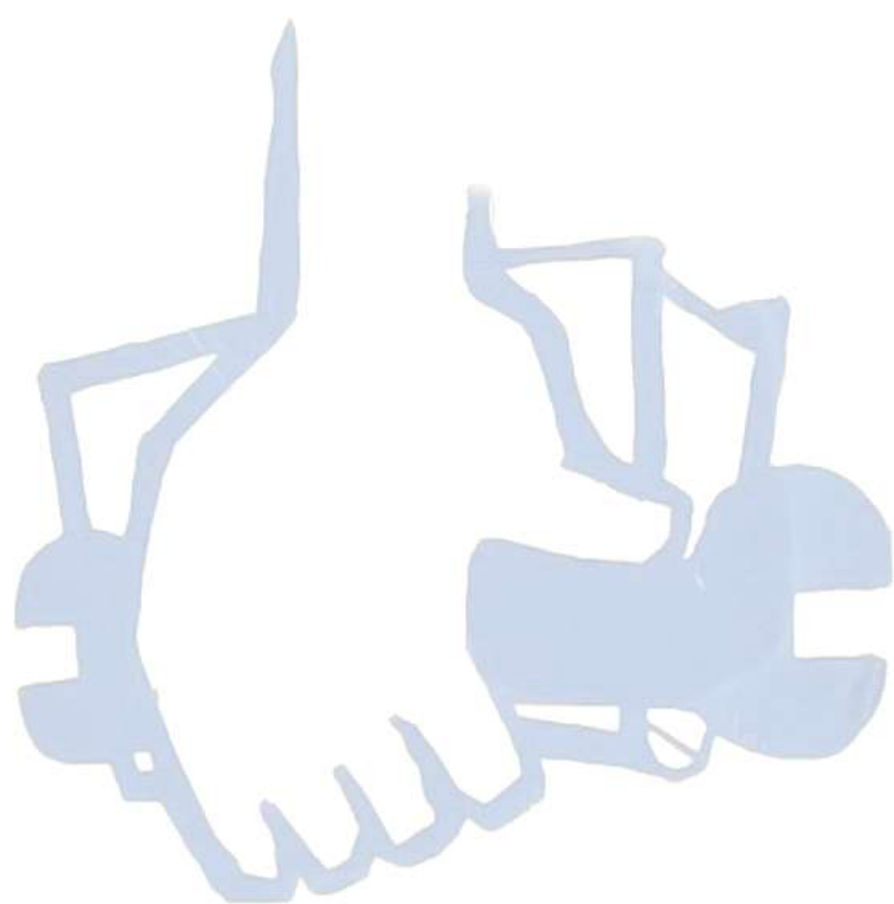
“임금과 임금체계”, “근로시간, 휴게, 휴일에 대한 이해”, “2020년 달라지는 노동관계법”은 동지들이 권리를 지키는데 유용한 정보의 보고로

작용하면 좋겠습니다.

“부당노동행위와 대응”은 지긋지긋한 노조파괴 공작을 분쇄하기 위한 투쟁과 신규 조직화 사업에 참고할만한 사례와 효과적인 대응이 담겨 있는 지침서로 활용되길 기대합니다.

법률원은 지금보다 더 열심히 여러 투쟁의 현장에서 동지들과 함께 함으로써 2박 3일간의 법률학교를 진행하지 못한 아쉬움을 달래도록 하겠습니다.

항상 건강하십시오.



01

조합활동과 쟁의행위

김유정

- 01 조합활동
- 02 쟁의행위

조합활동과 쟁의행위

김유정 | 금속노조 법률원 변호사

I. 조합 활동

1. 조합 활동의 의의 및 정당성 판단기준

가. 조합 활동의 정의

노동조합 설립 준비 과정에서부터 소멸할 때까지 노동조합 또는 조합원이 단결권의 유지, 강화를 위해 행하는 모든 활동을 조합 활동이라고 한다. 조합 활동의 폭을 넓게 보면 일상적인 조합 활동을 비롯하여 단체교섭과 쟁의행위 등 노동조합 또는 조합원이 하는 모든 활동을 의미한다.

통상 조합 활동이라 함은 단체교섭과 쟁의행위를 제외한 좁은 의미의 조합 활동을 의미하는데, 노동조합 가입, 총회, 대의원회 진행, 조합비 징수, 공제·수양·기타복리사업, 집회, 연설, 유인물 배포 및 부착, 조끼 등 기타 복장 착용 등이 이에 해당한다. 이 중 사용자에게 대항하는 대외적 의사표현 형태로 이루어지는 조합 활동의 경우(집회, 유인물 배포, 조끼 착용, 현장순회 등) 회사의 시설관리권과 충돌 문제(민·형사상 책

임), 쟁의행위와의 구별 문제(쟁의행위 개시 절차 준수 등)가 발생한다.

나. 쟁의행위와의 구별

1) 구별기준 - 핵심적 구별기준은 “업무 저해성”

노조법 제2조 제6호에서 쟁의행위라 함은 ① ‘근로조건 등에 대하여 그 주장의 관철을 위한 것’으로서 ② ‘사용자 업무의 정상적인 운영을 저해’하는 것이라고 규정하고 있는데, 두 가지 요건(주장 관철 목적, 업무 저해성) 중에 하나라도 갖추지 못하면 쟁의행위가 아니라 조합 활동이 된다. 그러나 조합 활동 역시 대부분 근로조건 등에 대하여 그 주장의 관철을 위한 목적에서 이루어지므로, ‘업무저해성’ 여부가 조합 활동과 쟁의행위를 구별하는 핵심 징표가 된다.

즉, 조합 활동이 회사의 정상적인 업무 운영을 방해하면 쟁의행위에 해당하고, 그렇지 않다면 단순 조합 활동에 해당한다.

대법원 판례 또한 “택시회사 노동조합의 조합장이 설날 연휴기간에 연차휴가를 사용할 것을 조합원들에게 교육하고, 조합원 합계 45명이 연차휴가를 이유로 결근함으로써 택시 90대가 결행된 사안에서 노동조합은 회사로부터 거부당한 요구사항을 관철하고 회사의 정상적인 업무수행을 저해할 의도로 근로자들에게 집단적으로 연차휴가를 사용할 것을 선동하고 이에 따라 근로자들의 집단적 연차휴가 사용 및 근로제공 거부행위가 이루어졌으므로 쟁의행위에 해당한다고 보는 등(대법원 1996.

7. 30. 선고 96누587 판결 등) 일관하여 집단행동의 실질적인 목적과 집단행동으로 인한 업무저해 여부를 기준으로 노동조합 활동과 쟁의행위를 구별하고 있다.

2) 구별실익 - 정당성 판단 기준이 다르다.

법은 쟁의행위에 대하여 시기, 절차 등에서 많은 특별 규정을 두고 이를 규율하지만 조합 활동에 관하여는 원칙적으로 특별한 규율을 정하고 있지 않다. 따라서 쟁의행위에 해당하면 노조법 등의 규율에 의하여 쟁의 행위 찬반투표(41조), 조정전치주의(제45조) 등의 시기·절차의 제한을 받게 된다.

앞의 대법원 판례 사안의 집단 연차휴가 사용 또한 쟁의행위 찬반투표 등의 절차 없이 이루어진 것이기에 위법한 행위로 평가되어 민·형사상의 책임 문제가 발생한다.

다. 조합 활동의 정당성 요건

우리나라 법원은 조합 활동이라고 하여 모두 민·형사상 면책을 시키는 태도를 취하지 않고 일정한 요건을 갖춘 ‘정당한’ 조합 활동만을 민·형사상 면책 대상으로 삼고 있다. 이에 따르면, 조합 활동의 정당성은 조합 활동의 면책 범위를 한정짓는 개념이라고 할 수 있다.

정당한 조합 활동으로 인정되어 모든 민·형사상 책임에서 면제되려면 안

래 4가지 요건을 모두 갖추어야 한다는 것이 우리나라 법원의 태도이다
(대법원 1994. 2. 22. 선고 93도613 판결 등).

1) 주체의 정당성

조합원이 조합의 결의나 구체적인 지시에 따라서 한 노동조합의 조직적
인 활동 또는 그와 같은 결의나 지시 없이 개인적으로 자발적으로 한
행위라도 성질상 노동조합의 업무를 위한 활동으로 볼 수 있거나 묵시
적으로 노동조합의 수권이나 승인을 받았다고 볼 수 있는 것이어야 한
다.

2) 목적의 정당성

근로조건의 유지, 개선과 근로자의 경제적, 사회적 지위의 향상을 도모
하기 위한 것이고 근로자의 단결 강화에 도움이 되는 행위에 해당하는
것이어야 한다.

3) 시기의 정당성

취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 노동관행·사용자의
승낙이 있는 경우 외에는 취업시간 외에 행해져야 한다.

4) 수단·방법의 정당성

사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하
고 폭력과 파괴행위 등의 방법에 의하지 않는 것이어야 한다.

2. 사내하청 노동자들의 원청 사업장 내에서의 조합 활동

가. 쟁 점

사내하청 노동자들의 근로제공 장소는 원청이 소유하고 관리하는 사업장에서 이루어진다. 따라서 조합 활동의 실효성 확보를 위해서는 필연적으로 원청 사업장 내에서 조합 활동이 이루어져야 한다. 그런데 원청은 간혹 사용자성 부정하며 사내하청 노동자들의 원청 사업장 내 조합 활동을 원청의 시설관리권 침해로 규정하며 허용하지 않는 경우가 있다.

나. 법원의 태도

1) 서울고등법원 2018. 6. 4.자 2017라21299결정

위 결정은 연세대학교 의료원(세브란스 병원)이, 자신과 청소용역계약을 체결한 용역업체 소속 청소 노동자들로 조직된 노조(민주노총 공공운수노조 서울경인지역 공공서비스지부)가 점심시간에 세브란스 병원 로비 등에서 세브란스 병원 및 용역업체를 대상으로 부당노동행위를 그만하라는 취지의 피켓 시위를 여는 것을 금지시켜 달라는 가처분을 신청한 사건과 관련하여 “세브란스 병원은 위 노조 소속 근로자들이 실제로 근로를 제공하는 장소로서 이들이 조합 활동을 하는 공간이 될 수밖에 없고 또한 중국적으로 세브란스 병원이 이들의 근로제공 결과를 향유하고 있는바, 이에 비추어 세브란스 병원에게는 그의 업무에 특별한 방해를

초래하지 않는 범위라면 위 근로자들의 조합 활동을 수인할 의무가 있다.”고 판시하였다.

2) 수원지방법원 성남지원 2018. 9. 19.자 2018카합50305 결정

위 결정은 한국잡월드가, 자신과 전시·체험관 운영 관리 업무와 관련한 도급계약을 체결한 서울랜드 주식회사 소속 노동자들로 조직된 노조(공공운수노조 경기지역본부 한국잡월드 분회)가 점심시간에 한국잡월드 사옥 내 로비 또는 중앙계단에서 현수막을 들고 구호를 외치는 방법으로 집회를 하는 것을 금지시켜 달라는 가처분을 신청한 사건과 관련하여 “노조 소속 조합원들이 한국잡월드 소속 근로자들은 아니지만, 한국잡월드 사옥에 위치한 한국잡월드가 운영하는 전시·체험관에서 운영관리 업무를 수행하고 있는 점, 노조원들이 집회 등을 하는 목적은 한국잡월드
가 추진하는 정규직 전환과 관련한 의견을 표명하고 자신들의 주장을 관철하기 위한 것인 점, 한국잡월드와 노조 및 노조원들은 정규직 전환
문제에 관한 실질적 이해당사자들에 해당하는 점 등을 종합하여 보면 노조 및 조합원들은 서울랜드 소속 근로자들의 정규직 전환을 추진하고
있는 한국잡월드를 상대로 정당한 집회 및 표현의 자유의 범위 내에서
노동조합 활동을 할 수 있다고 봄이 상당하고, 이와 달리 한국잡월드가
노조원들의 사용자가 아니라고 하여 곧바로 노조 및 노조원들이 한국잡
월드를 상대로 노동조합 활동을 전혀 할 수 없다고 볼 수 없다.”고 판시하였다.

3) 소 결

이 밖에도 하급심 판례¹⁾ 중에는 ‘채권자(원청) 주장과 같이 비록 채무자(하청) 종업원들은 형식상 채권자와 직접 고용계약을 체결한 채권자의 피용자가 아니라 하더라도 채권자의 하청업체 노동자로서 채권자 공장 안으로 출근 및 채권자 공장 안에서의 노동이 허용, 요구되는 자들이므로 채권자 공장 안에서도 정당한 절차에 따라 채권자 업무를 과도하게 방해하지 아니하는 범위 내에서 집회, 시위를 개최하거나 그러한 집회, 시위에 참가할 권리가 있다’한 사례가 있다. 또 ‘근로자에게는 헌법상 기본권인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권이 인정되는데, 위와 같은 근로3권이 실질적으로 보장되기 위해서는 조합원들이 근로에 종사하고 있는 당해 사업장 내에서 조합활동을 위하여 필요하다고 인정되는 장소에 출입할 수 있는 권리가 인정되어야 할 것인바...(중략)... ① 현재 이 사건 공장에서 근무하고 있는 조합원들은 당연히 이 사건 공장 내에서 일상적인 조합 활동을 할 권리가 있으며, ② 해고된 조합원들 또한 해고의 부당함을 다투고 있는 이상 해고에도 불구하고 이 사건 분회 소속 조합원의 지위는 계속 유지한다고 보아야 하므로, 분회 조합원으로서 조합 활동을 위하여 필요한 범위 내에서 이 사건 공장에 출입할 권리가 있다고 봄이 상당하다. 이 사건 분회 조합원들의 위와 같은 권리는, 위 조합원들이 단지 피신청인의 사내 하청업자(삼우 등) 소속 근로자에 불과할 뿐, 피신청인과 사이에 직접적인 근로계약 관계에 있지 않다고 하더라도, 위 조합원들의 상시 근로제공이 이루어지는 장소가 이 사건 공장인

1) 전주지방법원 2005. 12. 20. 선고 2005카합396 결정

이상 달리 볼 것은 아니다²⁾’고 한 사례가 있다.

이처럼 사내하청 노동자들은 원청이 소유하고 관리하는 사업장이라고 하더라도 그 곳이 근무 장소인 이상 조합 활동을 할 수 있고 원청은 이를 수인해야 할 의무를 부담한다.

‘기업 내 근무 장소는 노동자들이 자연스럽게 모여 근로조건이나 노동조합에 대한 정보와 의견을 나눌 수 있는 유일한 장소³⁾’이므로 조합 활동은 노동자가 자신의 근로를 제공하는 장소(공간)에서 이루어질 수밖에 없는 점⁴⁾, 원청 사용자와 하청업체간 도급계약에 따르면 원청 사용자는 자신의 사업장 공간을 하청업체와 그 소속 노동자들에게 출입과 사용을 허용하고 근로제공 장소로 정하고 있는 것이어서 사내하청 노동자들의 정당한 기본권의 행사에 대한 수인의무가 도급계약에 내재되어 있다고 볼 수 있는 점, 조합 활동은 집회 및 결사의 자유, 단결권 등 노동3권에 기초한 정당한 기본권 행사로 볼 수 있으므로 원청 사용자도 최소한의 수인의무는 있다고 볼 수 있는 점⁵⁾, 원청 사용자의 사업장내에서 종국적으로 원청 사용자의 사업내의 일부 업무를 수행하는 간접고용 노동자들을 원청 사용자와 전혀 무관한 제3자라고 보기 어려운 점, 이렇

2) 서울중앙지방법원 2009카합483 결정

3) 서울고등법원 1992. 1. 17. 선고 90구14449 판결

4) 예를 들어 간접 고용된 하청 노동자들로 조직된 노조가 설립되어 노조가입 홍보활동을 할 수 있는데, 이는 원청 사용자의 시설인 공장 내 출입도로나, 식당 등에서 이루어질 수밖에 없다.

5) 헌법재판소도 집회로 인해 불가피하게 발생하는 일반대중에 대한 불편함이나 법익에 대한 위협은 그 보호법익과 조화를 이루는 범위 내에서라면 국가와 제3자에 의하여 수인되어야 하고, 집회의 자유를 보장한다는 것은 이러한 국가나 제3자의 수인의무를 헌법 스스로 규정하고 있는 것이라 밝히고 있다(헌법재판소 2003. 10. 30. 2000헌바67·83(병합))

게 해석하더라도 원청 사용자에게는 피해가 별로 없는 반면에, 만약 반대로 조합 활동을 할 수 없다거나, 원청 사용자의 허가아래서만 가능하다고 해석하게 되면 간접고용 노동자들의 노동3권은 사실상 형해화 될 수 있는 점, 원청 사용자의 재산권(시설관리권)과 간접고용 노동자들의 기본권의 조화로운 보장취지 및 이익형량의 원칙을 고려하면 당연한 결론이다.

3. 유형별 사례 - 정당성 판단 관련 구체적 사례

가. 노동조합의 결의나 지시에 반하는 개별 조합원들의 활동 - 주체의 정당성

서울고등법원 2015. 1. 16. 선고 2014누53393 판결(회사의 상고포기로 확정)은 한국노총 기업별노조 소속 조합원들이 한국노총의 지침(통상임금 소를 제기해라.)을 불이행하는 노동조합 집행부의 행태를 비판하는 내용의 유인물을 노동조합 집행부의 구체적이고 명시적인 위임 내지 수권 없이 배포한 사례에서 “노동조합의 결정이나 방침에 반대하며 대항하는 행위는 노동조합 활동이라 할 수 없지만 노동조합 내부의 문제 해결을 위한 건전한 비판은 노동조합 활동으로 볼 수 있다.”고 판시하였다. → 성질상 노동조합의 업무를 위한 활동

이처럼, 노동조합의 결의나 지시 없이 이루어진 자발적이고 개인적인 활동이더라도 그 활동이 조합 업무를 위한 활동, 예를 들면 노동조합 가입 권유, 조합간부에 대한 정당한 비판활동이나 불신임활동이라면, 그 활동

은 노동조합의 단결이나 자주성 또는 민주성을 담보하기 위한 활동으로서, 단결권 보장이라는 헌법적 기본권의 취지에 비추어 분명 정당한 조합 활동에 해당한다.

나. 사내 집회 - 시기, 수단·방법의 정당성

1) 사실 관계

회사가 단체교섭에 성실히 응하지 않자 금속노조 지회 확대간부들이 출근 시간 약 47분 동안 회사 정문 안 경비실 앞에서 엠프를 틀어 놓고 구호를 외치며 출근하는 노동자들에게 유인물을 배포하는 사내집회를 진행하였다. 회사는 허가받지 않는 불법집회라며 당장 나가라고 퇴거 요청을 하였고 지회 간부들이 이를 거부하고 집회를 계속 진행하자 경찰에 신고·경찰이 출동하고 검찰은 지회 임원 및 집회에 참가한 간부들 전원(20명)에 대해 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동주거침입)죄, 집회및시위에관한법률위반죄, 업무방해죄로 기소하였다.

2) 법원의 판단 (대전지방법원 2017. 4. 27. 선고 2016노2695 판결 - 확정)

법원은 아래와 같은 사정을 근거로 위 집회는 정당한 노동조합 활동에 해당하여 기소된 범죄에 대해 모두 무죄를 선고했다.

① 위 집회는 공장 업무시간을 피하여 출근시간인 아침 07:28경부터 08:15경까지 47분 정도 개최되었다.

② 집회 참가인들은 모두 공장 직원들으로써 범죄 목적 등이 없는 한 공장에 드나들 수 있었다.

③ 집회로 인하여 공장 내부로 들어가는 차량이나 다른 직원들의 통행에 실질적으로 방해가 발생하지 않았다. 경비원들이 집회로 인하여 출입하는 사람들의 신원, 용무를 일부 누락한 사정도 있으나, 경비원들의 업무를 현저하게 곤란한 상태에 이르도록 하였다고 보기 어렵다.

④ 집회를 진행하는 과정에서 폭력을 행사하거나 회사 시설 등을 손괴하지 않았고 참가 어려운 소음을 발생시키지도 않았다.

⑤ 집회의 목적은 회사에 대해 성실한 단체교섭을 촉구하기 위한 것으로 근로조건의 유지, 개선과 노동자의 경제적 지위 향상을 도모하기 위한 것이다.

3) 시사점

① 출, 퇴근 시간, 중식 시간 등 회사의 근무시간이 아닌 시간에 ② 다른 직원들의 통행을 방해하거나 심각한 소음을 발생시키거나 폭력적이거나 파괴적인 방법을 사용하지 않는 한 금속노조 조끼를 입고 회사 정문, 식당 앞 등 회사 내부에서 피켓을 들고 구호를 외치거나 유인물을 배포하는 등의 선전활동(사내집회)을 하는 것은 정당한 노동조합활동으

로서 얼마든지 자유롭게 할 수 있다.

일부 노동자들의 근무시간 중이라도 교대제에 따라 출·퇴근 하거나, 식사를 위해 식당에 드나들거나, 환복·샤워 등 근무 준비 및 퇴근 준비를 위해 해당 시설(복지관 등)을 드나드는 노동자들을 상대로 해당 장소(회사 정문, 식당, 복지관 등)에서 피켓을 들고 구호를 외치거나 유인물을 배포하는 등의 선전활동(사내집회)을 하는 것은 정당한 노동조합활동으로서 얼마든지 자유롭게 할 수 있다.

다. 유인물 배포 - 시기, 수단·방법의 정당성

1) 사실관계

무노조 경영으로 유명한 자칭 세계 초일류 기업 삼성 계열사의 에버랜드 소속 노동자들이 노동조합을 설립하고 에버랜드 소속 노동자들에게 노조 설립 홍보 및 가입 독려를 하기 위하여 에버랜드 기숙사 앞에서 통근버스에서 하차하는 노동자들을 상대로 유인물을 배포하기로 계획하였다. 조합원들은 계획한 바대로 유인물을 들고 기숙사 앞으로 가려했으나 에버랜드 관리자들과 경비업체 소속 경비원들은 조합원들의 진입을 기숙사 입구부터 몸으로 막으며 유인물을 빼앗아 찢어버리는 등의 행위를 하여 유인물 배포 활동을 저지하였다. 그런데 기막히게도 검찰은 오히려 조합원들을 회사의 허락 없이 기숙사 현관까지 갔다는 이유로 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동주거침입)죄로 기소하였고 노조 또한 법원에 유인물 배포행위를 제지한 회사의 행위에 대해 부당노동행위라

는 판단을 해달라는 소를 제기하였다.

2) 법원의 판단

노조와 회사 및 검찰 사이에 치열한 법정공방 끝에 대법원은 아래와 같이 판시하였다(대법원 2016. 12. 29. 선고 2015두1151판결⁶⁾)

첫째, 정당한 노동조합 활동과 관련된 유인물을 배포하기 위해 기숙사 현관까지 나아간 행위는 동기나 목적, 수단이나 방법, 보호이익과 침해 이익, 경위 등에 비추어 사회상규에 위배되지 않는 정당행위로서 위법성이 조각된다고 봄이 상당하고 회사로부터 퇴거를 요구받고도 이에 응하지 않은 사실을 인정할 수 있으나, 이 또한 위 사회상규에 위배되지 않는 정당행위로서 위법성이 조각된다(유인물 배포하기 위하여 기숙사 현관까지 나아간 것은 정당한 행위로서 범죄가 성립되지 않는다는 의미).

둘째, 취업규칙에 허가 없이 사내에서 유인물을 배포하는 것을 금지하고 있다 하더라도 노동조합의 정당한 업무를 위한 행위까지 금지할 수는 없으므로, 정당한 노동조합 활동으로 평가되는 유인물 배포행위에 대해 상당수의 직원을 동원하여 제지한 행위는 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위로서 부당노동행위에 해당한다.

3) 시사점

6) 서울고등법원 2015. 2. 4. 선고 2013누18287 판결

사내에서 유인물을 배포하는 행위는 그 목적이 노조의 단결을 위한 것이고 근무시간이 아닌 시간에, 근무 장소가 아닌 곳에서 이루어지는 한 정당한 노동조합 활동에 해당한다. 따라서 회사가 이러한 유인물 배포 행위에 대하여 사전 허락을 받지 않았다는 이유, 회사 내부의 평온, 질서, 안전을 해친다는 이유 등의 명분을 내세워 제지하는 것은 부당노동행위의 범죄에 해당한다.

라. 현수막 게시 - 수단·방법의 정당성(명예훼손, 모욕)

1) 사실관계

대규모 정리해고에 맞서 금속노조 지회 조합원들이 회사 정문에서 “무능한 경영진 물러가라” “투기자본 경영진 때문에 노동자와 가족들이 죽어간다!” 등 현수막을 걸고 출퇴근 선전전을 진행하고, 영화 포스터 ‘범죄와의 전쟁’을 “정리해고와의 전쟁”으로, ‘반지의 제왕’을 “주식매각의 제왕”으로 패러디하여 대 시민 선전전을 하였다. 회사는 허위사실을 적시하여 회사와 경영진의 명예를 훼손하였다고 하면서 현수막, 피켓을 사용하지 말 것을 요구하고, 노동조합이 이에 응하지 않자 법원에 현수막, 피켓을 사용한 선전전을 금지시켜 달라고 가처분을 제기하였다.

2) 법원의 판단

법원은 다음과 같은 이유에서 회사의 가처분신청을 기각했다.

- ① 노사간의 이해대립은 노사대응의 원칙에 입각하여 자주적으로 해결

되는 것이 바람직하다.

② 조합원들의 출근 선전전이 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 넘어 회사의 사업 운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하지 않았다.

③ 현수막, 피켓의 주요내용은 회사나 경영진에 대한 비방이 목적이 아니라 정리해고 사태에 대한 회사의 해결노력 촉구에 중점을 두고 있다.

④ 선전물의 내용이 지분매각 이후 행해진 정리해고에 대하여 그룹회장에 대한 책임촉구라는 점에서 노동조합과 조합원들의 공공의 이해에 관한 사항이다.

⑤ 표현내용이 비판의 정도를 넘어 인신공격에 해당하거나 비속어를 사용하거나 모멸적인 표현으로 경영진을 모욕하는 수준에 이르지 않았다.

3) 시사점

① 노동조합 선전활동은 활발하게

헌법 제21조는 ‘모든 국민은 언론·출판의 자유를 가지고 언론·출판에 대한 허가제는 금지된다.’고 규정하고 있다. 노동조합의 선전활동 또한 헌법상 기본권 행사에 해당하므로 위축될 필요가 없으며 오히려 활발하게 해야 한다.

② 선전내용은 ‘사실’이어야 하고 ‘사실’이라는 근거를 확보한다.

명예를 훼손하는 내용이 있는 경우에도 그것이 <진실한 사실>이고 <공공의 이익>에 부합하면 처벌되지 않는다. 녹취파일이나 녹취록, 동영상, 사진, 진술서 등 근거는 다양하게 확보한다. 선전물의 기재사항이 ‘사실’이라는 근거를 사전에 확보하여 명예훼손 논란에서 자유롭도록 하자.

③ 욕설이나 비속어는 가능한 사용하지 않는다.

욕설이나 비속어 같이 모욕적인 표현을 사용한 경우에는 모욕죄에 해당할 여지가 크다. 맥락에 맞지 않는 욕설이나 비속어는 노동조합의 효율적인 홍보활동에도 도움이 되지 않는다는 점에서 삼갈 필요가 있다.

④ 풍자(諷刺)와 해학(諧謔)

“공개수배, 주요행동 : 노동자 탄압, 양심상태 불량, 노동자 탄압하는 악질 경영자, 노동자들을 해고한 죄”라고 기재된 공개수배 전단지 모형의 스티커를 부착한 것에 대하여, 판결은 “각 표현물들이 전제하고 있는 사실관계는 객관적인 상황에 상당부분 부합하고, 위 각 표현물에서 지나친 욕설이나 비속어의 사용까지는 이루어지지 아니한 점 등에 비추어 처벌 대상이 아니다”고 하였다. 악의적인 욕설이나 비속어가 아닌 이상 풍자와 해학이 넘치는 선전활동은 권장사항이다.

마. 현장순회 - 시기, 수단·방법의 정당성

1) 사실관계

금속노조 지회 간부 10여명은 근무 중인 근로자들을 상대로 공장 안을 돌면서 금속노조를 홍보하고 안부를 묻고 인사를 나누는 현장순회 활동을 진행하였다. 회사 관리자들은 안전상의 이유를 들어 위 현장순회 활동을 몸으로 막아 제지하였다. 금속노조 지회 간부들은 현장순회 활동을 제지하는 회사 관리자들에 대항하여 몸으로 밀거나 멱살을 잡아 넘어뜨렸다. 회사는 이를 이유로 금속노조 지회 간부들을 징계하고 상해죄 등으로 형사 고소하였다. 그런데 한국노총 기업별 노동조합 소속 간부들도 평소 현장순회 활동을 진행하였는데, 회사는 이를 막지 않았다.

2) 법원의 판단

법원은 아래와 같은 이유로 금속노조 지회 간부들의 현장순회 활동은 정당한 노동조합 활동에 해당하며, 이를 제지한 회사 관리자들에 대항하여 물리력을 행사한 행위는 사회상규에 위배되지 않는 정당행위에 해당한다고 보았다(대전고등법원 2018. 6. 14. 선고 2018누10437 판결) .

① 피고인은 2016. 6. 20. 12:50경 이 사건 공장에서 오후조(14:00부터 22:00까지) 근무를 앞두고 노조 간부 10여 명과 함께 위 공장에서 근무하는 근로자들의 애로사항을 듣거나 노조를 홍보하기 위하여 현장순회 활동을 하고 있었다. 위 현장순회는 행위의 성질, 목적, 방법 등을 고려할 때 이 사건 공장에서 근무하는 근로자들의 근로조건의 유지·개선을 도모하기 위하여 필요한 행위라 볼 수 있고, 피고인 등의 취업시간 외에

행하여졌으며, 비록 다른 근로자들의 근무시간 중이었기는 하나 아래 ②항에서 보는 바와 같이 주식회사 한국타이어(이하 ‘한국타이어’라고만 한다)에서는 근무하고 있는 근로자들을 상대로 하는 현장순회를 허용하는 관행이 있었던 것으로 보이고, 피해자 등으로부터 제지를 받기 전까지 피고인 등이 폭력과 파괴행위 등을 하였음을 인정할 자료는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 이는 정당한 노조활동이라고 할 수 있다.

② 피해자 등이 피고인 등의 현장순회를 막은 행위가 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약이라 할 수 있는지에 관하여 살펴본다.

피해자 등은 피고인 등의 현장순회를 제지한 이유로 이 사건 공장 내의 통로에 전동차가 다니는 점 등을 들며 안전사고의 우려가 있었기 때문이라고 주장한다. 그러나 당시 상황을 촬영한 CD 영상(증 5호)를 보면, 이 사건 공장에는 전동차가 다니는 길 옆으로 보행자 통로가 따로 있고, 피해자 등이나 다른 근로자들도 특별한 안전장구를 착용하고 있지는 않음을 알 수 있다. 전동차의 크기나 속도 등에 비추어 출입 자체를 금지해야 할 정도로 위해요소가 크다고 보아지도 않고 피고인 등은 현장순회 직후에 바로 이 사건 공장에서의 근무가 예정되어 있는 근로자들로써 이 사건 공장의 내부 상황을 잘 알고 있을 것으로 보인다.

또한 한국타이어에는 피고인 등이 소속된 금속노조 지부 외에 전국고무

산업 노동조합연맹 한국타이어노동조합(이하 ‘고무노조’라 한다)이 결성되어 있는데(위 고무노조는 한국타이어 전체 근로자 중 과반수가 가입한 대표노조이다). 고무노조에서는 수시로 근무시간 중 현장순회 활동을 펼쳐왔고 회사 측에서 이를 제지한 사실은 없었던 것으로 보이므로(원심 증인 송재호의 진술, 중 1,3,4호), 한국타이어에서는 근무 중인 근로자들을 상대로 하는 현장순회를 허용하는 관행이 있었던 것으로 봄이 타당하다.

결국 안전사고의 우려라는 것은 피해자 등이 형식적으로 내세우는 이유에 불과할 뿐이고, 그러한 이유로 피고인 등의 현장순회를 막은 것이 시설관리권에 기한 합리적인 규율이나 제약이라고 보기는 어렵다.

따라서 정당한 노조활동인 현장순회를 제지하는 피해자 등에게 대항하여 피고인이 몸싸움을 하다가 피해자의 목살을 잡고 밀어 넘어뜨린 행위는 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 법익의 균형성, 긴급성, 보충성의 요건을 갖춘 것으로서 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위라고 평가함이 타당하다.

3) 시사점

조합 활동이 정당성을 취득하려면 시기적으로, 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 노동관행·사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 취업시간 외에 행해져야 한다.

그러므로 관행에 의해 근무시간 중 가능한 조합 활동이 존재할 수 있다. 복수노조 사업장의 경우 다른 노동조합에게 허용되는 관행 또한 금속노조에게 동일하게 적용되어야 한다. 회사가 차별적으로 관행을 적용시키려고 한다면 이에 맞서 단호하게 대응해야 한다.

바. 근로관계를 맺지 않은 상급단체 및 산별노조 간부의 사업장 출입.

1) 사실관계

민주노총 세종·충남본부 조직국장, 조직부장은 국가 중요시설인 주식회사 중부발전 보령화력본부 정문에서 보령화력본부 발전노조 사무실에 방문 목적으로 출입허가를 받은 후 보령화력본부 안으로 들어가 위 발전노조 사무실로부터 약 40M 거리에 있는 보령화력본부 식당 앞 노상으로 이동하여 위 발전노조 조합원들과 함께 ‘쉬운 해고 반대’, ‘노동법 개악 반대’ 등의 문구가 적혀 있는 피켓을 들고 피켓팅을 하고, 유인물을 배포하였다.

위 주식회사 중부발전은 위 민주노총 간부들을 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동주거침입)죄로 고소하였고 검찰은 이를 그대로 기소하였다.

2) 법원의 판단(대전지방법원 2018. 5. 17. 선고 2017노3133 판결)

법원은 아래와 같은 사정을 근거로 피고인들이 피해자자가 관리하는 회

사로부터 시위 중단을 요구받고 이에 응하지는 않았으나, 피고인들의 피켓시위는 회사의 시설관리권의 본질적인 부분을 침해하지 않아 정당행위에 해당하는 것으로 봄이 타당하다.

① 피고인들은 주식회사 중부발전 보령화력본부 발전노조를 순회방문하기 위해 출입허가를 받았고 위 노조는 당시 자주 근무시간이 아닌 점심시간을 이용하여 보령화력 본부 식당 앞에서 피켓 시위를 하였는데, 회사도 위 노조의 피켓 시위는 허용하였다.

② 피고인들은 위 노조가 속한 전국민주노동조합총연맹 소속 조합원들이어서 위 노조와 전혀 무관하다고 볼 수 없다.

③ 위 노조 조합원은 종전에도 위 노조와 전국민주노동조합총연맹에 속한 조합원들이 함께 사내에서 집회나 시위를 한 적이 있다고 진술하였다.

④ 피고인들은 폭력과 파괴행위를 하지 않고 평화적인 피켓 시위를 하였고 시위 장소도 식당 앞이어서 보안유지가 반드시 필요한 것으로 보이지 않는다.

3) 시사점

법원은 이 밖에도 금속노조 대구지부 지부장이 산하 지회 사업장에 방

문하여 지회의 천막농성 및 집회를 주도한 사안에 대하여 “천막을 치고 집회를 개최한 것이 특별히 범죄행위에 해당한다고 볼 수도 없기에 건조물침입죄에 해당하지 않는다고 판시하였다.”

또한 회사가 해고조합원 및 산별노조 채용간부(회사와 근로관계를 맺지 않은)의 출입을 금지하는 취지의 가처분을 신청한 사건에서 “조합 활동에는 조합원들에 대한 교육 및 상담, 홍보활동 등이 필수적이고, 정당한 조합 활동을 위하여는 조합원들 및 조합 지부가 있는 소속 회사들에 출입하는 것이 필요하며, 헌법과 노조법 등이 노사간의 자주적 해결을 예정하고 기대하고 있으므로 조합 활동에 관하여 당사자가 사법적 구제를 구할 수 있는 것은 조합 활동이 본래 요청되고 있는 이성과 양식을 잃고 폭력의 장으로 변하는 경우에 한정되어야 하고, 쟁의행위 등을 자기에게 유리하게 이끌기 위한 수단으로 가처분을 구하는 것은 허용되지 않는 점 등을 이유로 피신청인들(해고조합원 및 채용간부)이 신청인들(소속 회사들)과 근로계약관계에 있지 않다는 이유로, 피신청인들에 대한 일반적인 「출입 및 퇴거불응 금지」나 「현수막 게시 또는 선전물 부착의 금지」를 구하는 가처분은 정당한 노동조합활동에 대한 과도한 제약이 될 우려가 있으므로, 허용하기 어렵다.”라고 하였다.⁷⁾

상급단체 및 산별노조 간부들의 조합원들에 대한 교육 및 상담, 홍보활동 등이 필수적이고 이를 위해서는 이들이 회사에 출입하는 것이 전제

7) 서울고등법원 2008. 2. 12.자 2007라397 결정

되어야 한다.

앞서 본 것처럼, 우리나라 법원 또한 해당 사업장과 근로관계를 맺지 않은 상급단체 및 산별노조 소속 간부들이 해당 사업장에서 노동조합 활동을 하는 것과 관련하여 해당 노동조합 활동이 법리적으로 정당한 노동조합 활동으로 평가되는 것이라면 이를 위해 해당 사업장을 출입하는 것은 정당한 것으로 보고 있다.

사. 근무시간 중 조기 착용. - 시기의 정당성

1) 쟁 점

금속노조 지회 조합원들이 단결력을 보이기 위해 근무시간 중 금속노조 조끼를 착용한 채 작업을 하고 있었다. 회사는 조기 착용이 취업규칙 상 근무복장 관련 규정을 위반하였다는 이유로 이를 제지하고 징계를 하겠다고 경고하였다.

앞서 살펴본 것처럼, 노동조합 활동은 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행 또는 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 근로시간 외에 이루어져야 정당한 조합 활동으로 인정될 수 있는 것이 원칙이다.

근무시간 중 노조 조끼를 착용하는 것과 관련 단체협약 규정, 관행 또는 사용자의 승낙이 없는 경우에도 정당한 조합 활동으로 인정될 수 있는

지 여부가 문제된다.

2) 법원의 태도

우리나라 법원이 “병원에 근무하는 직원인 조합원들이 위생복 위에 구호가 적힌 주황색 셔츠를 근무 중에도 착용함으로써 병원의 환자들에게 불안감을 주는 등 병원 내 정숙과 안정을 해치는 행위를 계속한 경우 정당성을 인정할 수 없다.”고 판단한 예도 있다.

하지만, <부산지방노동위원회 2005.9.15. 2005부노54판정>은 “단결력을 과시하거나 자신들의 요구사항을 홍보하기 위하여 근무시간 중에 노조 조끼(투쟁복)를 착용하는 것이 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위에 해당하는지 여부는 사업의 종류, 업무의 성질, 착용동기나 목적, 그 형태와 내용, 착용시기와 장소, 업무에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하는 바, ... 노동조합의 지시에 따라 조합원들이 노조 조끼를 착용한 행위는 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위에 해당한다고 할 것이므로 노조조끼 착용을 이유로 매장출입을 저지하여 노무수령을 거부하고 그에 따라 임금을 지급하지 아니한 피신청인의 행위는 노동조합의 업무를 위한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자에게 불이익을 준 경우로 부당노동행위에 해당한다고 할 것이다”라고 판시하였다(대형마트 사례).

<서울행정법원 2017.9.21. 선고 2016구합7323판결>도 “근무복장 위반행

위는 실제로 입은 옷의 종류나 행태, 옷을 입은 방식 등에 따라 다양한 양태를 띌 수 있는 점 등을 고려하면, 복장규정 위반을 징계한다는 취업규칙 규정을 적용할 때에는 모든 복장위반을 같이 볼 것이 아니라 위반한 복장의 종류나 행태, 이를 입은 방식 등을 살펴야 한다.”고 하면서 “회사가 제공한 와이셔츠를 착용하고 그 노동조합 조끼를 착용하였다는 것만으로 승객들에게 혐오감이나 불쾌감을 준다고 볼 수 없으므로, 회사의 정상적인 업무수행에 지장을 준다고 보기 어렵다.”고 판시하였다(버스회사 사례).

3) 시사점

이처럼 근무시간 중 노동조합 조끼 착용이 정당한 노동조합 활동에 해당하는지 여부는 일률적으로 판단할 수 없다.

다만, 금속노조 대부분 사업장의 경우 현장 및 수행업무 특성상 노조 조끼를 착용한다고 해서 고객들에게 혐오감 내지 불안감을 주거나 현장의 안정과 질서가 침해되는 것도 아니고 업무수행에 장애를 가져다주는 것도 아니어서 노조 조끼를 입고 근무를 하는 것은 정당한 노동조합 활동으로 인정받을 수 있는 여지는 있다고 보인다(쟁의기간 중 쟁의행위의 형태로 노조 조끼를 입고 근무하는 것은 논란의 여지없이 정당한 행위이다).

하지만, 법적 논란이 정리되지 않은 상황이니 노조가 가진 현장의 힘으

로 노조 조끼를 입고 근무하여도 사용자가 문제를 제기할 수 없는 현장 분위기(관행)를 형성하여 법적논란으로 비화되는 여지를 없게 하는 노력이 필요하다.

아. 근무시간 중 노동조합 총회 개최 등. - 시기의 정당성

판례는, 근무시간 중 조합 활동 특히 임시총회와 관련하여, 단체협약에 (노동조합 전임자가 아닌) 조합원의 조합 활동은 근무시간 이외에 하는 것을 원칙으로 하되 부득이한 사유로 근무시간 중에 조합 활동을 할 때는 사전에 회사에 통보해야 하며 특별한 사유가 없는 한 허용한다는 취지의 규정을 두고 있는데, 근무시간 중 조합 활동은 그것이 정당한 조합 활동을 목적으로 행하여질 경우로 제한하는 것이 그 규정을 둔 취지에 부합하므로, 조합원의 근무시간 중 조합 활동으로서 임시총회를 개최하기 위해서는, 예컨대 노동조합 임원의 대부분이 궐석되어 정상적인 조합 활동을 수행하기 어려운 급박한 사정이 있어 임시총회를 개최하여 궐석인 임원을 뽑을 필요가 있다든가, 노동조합의 합병 등 노동조합의 존속 및 조직변경에 관한 중대한 결정을 할 필요가 있는 경우, 또는 정당한 쟁의행위를 결행할 것인가를 의결하기 위하여 임시총회를 개최할 필요가 있는 경우 등의 특별한 사유가 있어야 한다고 판시 하였다.⁸⁾

나아가 판례는, 단체협약에 정한 조합원에 대한 교육시간을 핑계대고 사업결의대회 등에 참가하였는데, 진정으로 교육시간으로 쓸 의사에서 나

8) 대법원 94. 9. 30. 선고 94다4042

온 것이 아닐 뿐만 아니라 실제로 교육시간으로 사용한 바도 없으므로, 이는 불법파업에 동참하려는 의사에서 나온 것임이 분명하고, 그 결과로 회사의 업무수행이 지장을 받은 이상 업무방해의 죄책을 면할 수 없다고 한다.⁹⁾ 그러므로 이와 같은 방법의 활용은 주의해야 한다.

이렇듯 법원은 근무시간 중 조합 활동에 대하여 엄격한 태도를 취하고 있다. 그러나 쟁의행위 찬반투표를 위한 임시총회나 집회,¹⁰⁾ 정기총회를 끝낸 다음 가진 문화체육행사,¹¹⁾ 노동조합의 정상적 운영을 위한 불가피한 활동(임원 선출, 노동조합의 합병, 조직형태 변경, 쟁의행위의 결의 등)¹²⁾ 등이 비록 근무시간 중에 이루어졌다고 하더라도, 그러한 활동을 하게 된 필요성, 긴급성, 사용자에 대한 사전통보 등 배려 정도, 사용된 시간의 정도, 업무 형태 등에 비추어 불가피한 선택이었는지, 업무에 미친 영향 등 여러 사정을 고려하여 정당성 여부가 판단될 것이다.

9) 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000도3485

10) 대법원 94. 2. 22. 선고 93도613 판결은, 근무시간 중에 투표가 진행될 것임을 서면으로 미리 통보하였으므로 사용자가 충분히 대비할 수 있었고, 주야 교대근무 형태였기 때문에 조합원이 모두 모으려면 근무시간 중 총회 개최는 불가피하고, 쟁의행위에 들어갈 것인지 여부를 결정하기 위해서는 의견교환 등도 필요하였을 것이라는 사정 등을(근무시간 4시간 사용), 대법원 95.3.14. 94누5496 판결은, 조합원들은 레미콘차량 운전기사로서 대부분의 시간을 회사 밖의 공사현장에서 보내고 있어, 공사현장의 작업 상황에 따라 회사의 규정근무시간 이후라도 임의로 작업을 종료할 수 없을 뿐 아니라, 작업종료시간을 일률적으로 맞출 수 없는 업무의 특수성 등으로 인해 취업시간 중의 조합 활동이 불가피하고, 단체협약도 취업시간 중의 조합 활동을 허용하고 있다는 사정을, 각각 고려했다.

11) 대법원 95. 2. 17. 선고 94다44422 판결은, 지역의료보험 노동조합이 업무시간 중에 정기총회를 개최하면서 통상적인 노조활동 외에 체육행사 및 풍물놀이 등을 내용으로 하는 대동제를 실행하였지만, 다른 노동조합의 경우에도 정기총회에서 문화체육행사를 갖는 경우가 많을 뿐만 아니라, 의료보험조합이 위 정기총회 개최 전일 업무종료 직전까지 아무런 반대의사를 표시하지 않았고, 노동조합이 일부 인원을 사무실에 잔류케 하여 업무가 마비되지 않도록 조치를 강구한 점 등을 고려했다.

12) 대법원 94. 9. 30. 선고 94다4042

또한, 사용자의 단체협약 위반이나 부당노동행위가 노동조합 운영에 당장 중대한 영향을 미치고 있고, 즉시 항의하지 않으면 안 될 긴급한 사정이 있으며, 특히 사용자가 반복하여 단체협약을 위반하거나 부당노동행위를 저지르고 있기 때문에, 그에 대항하여 근무시간 중에 조합 활동을 할 수밖에 없게 되었다면, 사용자가 그 원인을 제공한 것이므로, 조합 활동의 정당성이 인정될 가능성이 많을 것이다.

4. 조합 활동 방해에 대한 대응

가. 실력행사

정당한 조합 활동을 방해하는 회사의 행위는 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호의 부당노동행위에 해당하는 범죄행위이다. 따라서 이에 대해 상당한 정도의 실력행사를 하여 정당한 노동조합 활동을 할 수 있는 권리를 실현하는 행위는 처벌받지 않는 사회상규에 위배되지 않는 정당한 행위 내지 정당방위에 해당한다.

나. 가처분 신청

회사의 정당한 조합 활동에 대한 방해 행위가 반복적으로 이루어지고, 이로 인하여 노조의 조합 활동이 원활하게 이루어지지 않는다면 회사를 상대로 조합 활동 방해 금지 가처분 신청을 할 수 있다.

다. 손해배상

회사의 정당한 조합 활동에 대한 방해 행위는 민법상 불법행위에 해당한다. 따라서 노조 및 조합원들은 회사를 상대로 불법행위에 따른 손해배상(재산상, 정신상) 청구를 할 수 있다.

라. 형사고소

회사의 정당한 조합 활동에 대한 방해 행위는 형사상 부당노동행위의 범죄 행위이다. 따라서 노조는 회사를 상대로 형사고소를 진행하여 회사 및 사용자들로 하여금 처벌받게 할 수 있다.

II. 쟁의행위

1. 쟁의행위란?

노조법

제2조 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

6. "쟁의행위"라 함은 파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 **업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위**를 말한다.

2. 쟁의행위의 정당성

쟁의행위의 정당성 판단에 있어서는 주체, 목적, 수단, 절차상의 정당성을 가지는가를 기준으로 정당성 여부를 판단한다. 정당한 쟁의행위의 경우에는 그 자체가 헌법상 보호의 대상이기 때문에 노동조합및노동관계

조정법 제3조 및 제4조에 의하여 민·형사상 면책(징계책임까지 포함)이 되기 때문에 쟁의행위의 정당성 판단은 중요한 문제다.

[관련 판례 : 대법원 1999. 6. 25. 선고 99다8377 판결]

“근로자의 행위가 정당한 쟁의행위라고 하기 위해서는 우선 ① 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, ② 또 단체교섭과 관련하여 근로조건의 유지, 개선 등을 목적으로 하는 것으로서 그 목적이 정당하여야 하며, ③ 그 시기와 절차가 법령의 규정에 따른 것으로서 정당하여야 하며, 그 시기와 절차가 법령의 규정에 따른 것으로서 정당하여야 할 뿐 아니라, ④ 그 방법과 태양에 있어서 폭력이나 파괴행위를 수반하는 등 그 밖에 반사회성을 띤 행위가 아닌 정당한 범위 내의 것 이어야 한다.”

가. 쟁의행위의 주체

노동조합법

제37조(쟁의행위의 기본원칙) ②조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위를 하여서는 아니된다.

제38조(노동조합의 지도와 책임) ③노동조합은 쟁의행위가 적법하게 수행될 수 있도록 지도·관리·통제할 책임이 있다.

노조법상 실질적 요건과 형식적 요건(설립신고)을 갖추고 있는 노동조합은 쟁의행위의 주체로서 당연히 아무런 문제가 없다. 노조법상 요건을

갖추지 못한 소위 ‘범외노조(헌법상 노조)’의 경우, 설립신고라는 형식적 요건을 갖추고 있지 못했더라도 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추었다면(노조법 제2조 제4호의 요건), 단체교섭과 단체협약을 체결할 수 있는 근로자단체에 해당하고 쟁의행위의 정당한 주체로 인정된다.

[관련 판례 : 대법원 1997. 2. 11. 선고 96누2125 판결]

“원심의 설시 취지는 전기협이 그 설시와 같은 여러 가지 점에서 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추지 못하였으므로 단체교섭권이나 쟁의행위의 정당한 주체로 될 수 있는 노동조합이라고 볼 수 없다는 것이지, 노동조합법상의 노동조합이 아닌 근로자의 단결체는 무조건 단체교섭권 등이 없다는 것은 아니므로”

기존노조가 있으나, 비조합원이 일시적 쟁의단을 꾸려 쟁의행위를 한 경우 노조가 어용인 상황에서 조합원들의 의사가 충분히 반영되지 않을 때와 같이 조직체의 구성경위, 조합원들의 의사의 대표기관성, 교섭과정과 사용자의 태도 등을 종합적으로 고찰하여 정당성을 판단해야 하나, 판례는 사실상 그 정당성을 부인하는 입장(1999.9.17. 대법원 99두5740 등)이며, 노조법(제37조 제2항)에서 노동조합이 주도하지 아니하는 쟁의행위를 금지(위반 시 3년 이하의 징역 또는 3,000만원 이하의 벌금)하고 있어 현실적으로는 정당성을 인정받기 어렵다는 점에 유의해야 한다.

한편, 노조법 제41조 제2항은 주요방산 노동자에 대한 쟁의행위를 금지

하고 있어, 방산사업장 노동자들의 노동3권을 지나치게 제한한다는 비판이 많다.

노동조합법

제41조(쟁의행위의 제한과 금지) ②방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 주요방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력·용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없으며 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자의 범위는 대통령령으로 정한다.

노동조합법 시행령

제20조(방산물자 생산업무 종사자의 범위) 법 제41조 제2항에서 "주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자"라 함은 방산물자의 완성에 필요한 제조·가공·조립·정비·재생·개량·성능검사·열처리·도장·가스취급 등의 업무에 종사하는 자를 말한다.

특히 주요방산노동자의 파업이 금지된다는 점을 악용해 사용자는 조합원들은 방산부문에, 비조합원은 민수부문으로 전보하는 방식으로 파업을 원천봉쇄하는 극악한 부당노동행위를 자행하기도 한다.(에스앤티모티브 사례) 또 노동조합 내부에서도 파업을 하는 민수부문 조합원들이 파업을 할 수 없는 방산부문 조합원들을 무임승차자로 인식하면서 내부적인 갈등이 발생하기도 한다.

이에 주요방산 노동자를 필수공익사업에 준하여 원칙적으로 쟁의행위를 허용하되, 국가안보를 현저하게 위태롭게 할 우려가 있는 경우에 긴급조정을 할 수 있도록 하는 노조법 개정안이 금속노조의 사업으로 추진, 발의되어 현재 국회 계류 중에 있다.

나. 쟁의행위의 목적

대한민국 헌법

제33조 ① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.

노동조합법

제1조【목적】 이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

대법원은 “그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하기 위한 것, 즉 그 쟁의행위에 의하여 달성하려는 요구사항이 단체교섭사항이 될 수 있는 것이어야 한다”라고 판시하고 있다.(대법원 1999. 6. 25. 선고 99다8377판결)

[관련 판례 : 대법원 1999. 6. 25. 선고 99다8377 판결(대우자판사건)]

“근로자의 행위가 정당한 쟁의행위라고 하기 위해서는 우선 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 또 단체교섭과 관련하여 근로조건의 유지, 개선 등을 목적으로 하는 것으로서 그 목적이 정당하여야 하며, 그 시기와 절차가 법령의 규정에 따른 것으로서 정당하여야 할 뿐 아니라, 그 방법과 태양에 있어서 폭력이나 파괴행위를 수반하는 등 그 밖에 반사회성을 띤 행위가 아닌 정당한 범위 내의 것이어야 한

다. ...(중략)... 회사의 단체협약이 “회사는 조합원의 지점 간 이동시에는 합의하며, 지점 및 출장소의 신설, 폐쇄에 따른 인원의 재배치가 필요한 경우에는 본인의 의사를 최대한 존중하여 협의한다.”고 규정하고 있는 경우, 그 규정취지는...지점폐쇄 자체에 관하여 조합 또는 조합원과 미리 합의 또는 협의하여야 한다는 뜻은 아니므로 회사의 지점폐쇄가 조합 또는 조합원들과의 사전합의 또는 협의 없이 행해졌다 하더라도 그것을 들어 단체협약 위반이라고 할 수는 없다 할 것이어서 지점폐쇄 조치 자체의 철회를 목적으로 한 점거 농성은 경영주체의 경영권에 속하는 사항을 목적으로 하는 것으로서 그 목적에 있어서 정당하다고 할 수 없다.“

[관련 판례 : 대법원 2001. 6. 26. 선고 2000도2871 판결(현대자동차서비스 사건)]

“노동조합이 위 쟁의행위의 주된 목적으로 내세운 것은 고용안정협약체결이고, 노동조합이 내세우는 위 고용안정협약안의 내용은 앞에서 본 바와같이 "노동조합 활동의 보장, 정리해고시 노동조합과의 사전합의, 노동시간 단축, 실업대책의 일환으로 일정한 기금의 노사분담마련"등인 바, 위와 같은 내용은 근로조건의 유지, 개선 및 근로자의 경제적, 사회적 지위향상을 목적으로 하는 것이어서 단체교섭의 대상이라고 할 수 있고, 가사 위 내용 중 정리해고 등은 사용자의 경영권에 속하는 사항이지만, 위 쟁의행위의 주된 목적은 '고용안정'에 있는바, 정리해고시 노조와 사전합의문제도 근로자의 근로조건의 개선·유지 및 경제적·사회적 지위향

상에 밀접한 관련이 있으므로 사용자의 경영권을 근본적으로 제약하지 않는 범위 내에서 단체교섭의 대상이 될 수 있으므로(대법원 1992. 5. 12. 선고 91다34523 판결, 1994. 8. 26 선고 93누8993 판결 등 참조), 결국 고용안정협약 체결을 목적으로 하는 노동조합의 위 쟁의행위는 그 목적에 있어 정당성이 인정된다고 할 것이다.”

[관련 판례 : 대법원 2006. 5. 25. 선고 2002도5577 판결]

“정리해고나 사업조직의 통폐합, 공기업의 민영화 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 노동조합이 실질적으로 그 실시 자체를 반대하기 위하여 쟁의행위에 나아간다면, 비록 그 실시로 인하여 근로자들의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반된다 하더라도 그 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없는 것이며, 쟁의행위에서 추구되는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 당부를 판단하여야 할 것이고, 부당한 요구사항을 뺏더라도 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 그 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 보아야 한다.”

[관련 판례 : 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010두20362 판결]

“이 사건 노조가 원고 회사와의 특별단체교섭과정에서 10년간 회사의

매각 금지 및 해고의 금지 등 회사의 구조조정의 실시와 관련하여 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항이라고 볼 여지가 있는 사항을 단체교섭의 대상으로 포함시킨 것은 사실이나, 이 사건 쟁의행위의 진정한 목적은 회사의 매각에 따른 고용안정이나 임금인상 등 근로조건의 유지와 향상에 있었다고 할 것이고, 이 사건 쟁의행위가 회사의 매각 금지 등을 주된 목적으로 하여 개시되었다거나 다른 쟁의행위의 목적이 모두 소멸되었음에도 오로지 회사의 매각 금지 등을 목적으로 하여 계속된 것으로 볼 수 없어 이 사건 쟁의행위의 목적은 정당하다.”

[관련 판례 : 서울남부지방법원 2014. 1. 23. 선고 2012가합3891 판결 (언론노조 공정방송파업)]

위 판결은 ① 문화방송이 방송법의 규율을 받는 방송사업자라는 특수한 사업목적과 지위를 고려, ② 노사 양측이 방송의 자유의 주체이자 공정방송 수범자로서의 지위를 가지고, ③ 방송사에서 근로계약이라는 사법상 계약은 방송의 자유의 객관적 질서로서의 성격으로 인해 일정한 제약을 받을 수 밖에 없고 이른바 경영권 또한 그 범위나 행사방식에 한계가 존재할 수 밖에 없다는 점을 근거로 “공정방송의무의 실현은 방송사업 종사자인 근로자들의 근로조건을 결정짓는 중요한 요소이자 의무적 교섭사항”에 해당한다고 판시한 다음 “사용자가 단체협약이나 취업규칙의 절차적 공정성 보장 규정을 무시하고 인사·경영권을 남용하여 방송을 통제할 경우 근로자가 위법상태의 시정을 요구하는 것”은 목적상 정당한 쟁의행위에 해당한다고 판시하였다.

[관련 판례 : 대법원 1991. 5. 14. 선고 90누4006 판결]

부당노동행위에 항의한 쟁의행위와 관련하여 쟁의행위에 앞서서 반드시 부당노동행위 구제절차를 밟아야만 정당성이 인정되는 것은 아니라고 판시.

[관련 판례 : 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결]

“쟁의행위에 의하여 추구되는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의행위의 목적의 당부를 판단해야 할 것이고, 부당한 요구사항을 뺏더라도 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 그 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다”

[관련 판례 : 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001도1863 판결]

“이러한 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이, 피고인이 위원장으로 있는 보건의료노조가 쟁의행위의 목적으로 내세운 것은 물론 병원개혁, 의료민주화 등도 그 내용 가운데 하나이나, 주된 목적은 임금인상과 고용안정쟁취라고 보고, 위 각 쟁의행위는 그 목적의 정당성이 인정된다고 판단한 것은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 쟁의행위의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

종합하면, 판례는 노사 쌍방의 교섭요구안과 교섭의 진행경과, 실제 교

섭의 내용 및 주요쟁점, 교섭결렬 및 쟁의행위로 나아가게 된 경위 등 전체 교섭 과정을 종합적으로 고찰하여 당해 요구사항을 뺏더라면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는지 여부(인과관계 여부)를 기준으로 쟁의행위의 주된 목적을 판단하고 있다.

다. 쟁의행위의 시기, 절차

노동조합법

제45조(조정지 전치) ①노동관계당사자는 노동쟁의가 발생한 때에는 어느 일방이 이를 상대방에게 서면으로 통보하여야 한다.

② 쟁의행위는 제5장 제2절 내지 제4절의 규정에 의한 조정절차(제61조의2의 규정에 따른 조정종료 결정 후의 조정절차를 제외한다)를 거치지 아니하면 이를 행할 수 없다. 다만, 제54조의 규정에 의한 기간 내에 조정이 종료되지 아니하거나 제63조의 규정에 의한 기간 내에 중재재정이 이루어지지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

노동조합법 시행령

제17조(쟁의행위의 신고) 노동조합은 쟁의행위를 하고자 할 경우에는 노동부령이 정하는 바에 따라 행정관청과 관할 노동위원회에 쟁의행위의 일시, 장소, 참가인원 및 그 방법을 미리 서면으로 신고하여야 한다.

단체교섭 결렬시 노동조합은 노동쟁의 조정신청서에 사업장 개요, 단체교섭 경위, 당사자간 의견의 불일치 사항 및 이에 대한 당사자의 주장내용을 기재하여 조정신청을 하여야 하고, 조정신청을 받은 노동위원회는 일반사업에 있어서는 10일, 공익사업에 있어서는 15일 이내에 조정절차를 종료하여야 한다. 다만 당사자간의 합의가 있는 경우 일반사업에 있

어서는 10일, 공익사업에 있어서는 15일 이내에서 조정기간을 연장할 수 있는데, 연장기간 중에도 쟁의행위는 할 수 없다.

노동쟁의 발생통보와 쟁의행위 신고는 처벌규정이 없어 단순 권고 수준의 규정으로 보아도 무방하겠으나 경우에 따라 시점이나 내용 및 근거를 분명히 해둘 필요가 있는 경우에는 활용할 필요도 있다. 다만 업무방해죄의 위력에 관한 대법원 판례 변경으로 사용자가 예측할 수 있었다는 주장을 할 때, 쟁의발생 통보를 사측에 하는 것이 유리할 수 있다. 문서 한 장 보내면 되므로 교섭 결렬시 ‘관련 절차(조정, 찬반투표)를 마치는 대로 언제든지 파업에 돌입할 수 있음’을 통지하는 것이 좋다.

[관련 판례 : 대법원 1991. 5. 14. 선고 90누4006 판결(절차 위반한 파업)]

“쟁의행위의 시기와 절차에 관하여 노동쟁의조정법 제14조는 쟁의행위는 일정기간 경과하지 않으면 이를 행할 수 없도록 냉각기간을 설정하고 있고 또 같은 법 제16조는 노동쟁의가 발생한 때에는 관계당사자 어느 일방이 행정관청과 노동위원회에 신고하고 이를 상대방에게 통고하도록 사전신고를 요구하고 있으며 같은 법 제47조, 제48조는 위 각 규정의 위반행위에 대하여 벌칙을 두고 있는 바, 위와 같은 냉각기간이나 사전신고에 관한 규정의 취지는 분쟁을 사전조정하여 쟁의발생을 회피하는 기회를 주고 또 쟁의발생을 사전예고케 하여 손해방지조치의 기회를 주려는 데에 있으며 쟁의행위 자체를 적극적으로 금지하려는 데에

있는 것이 아니므로, 위 각 규정에 위반함으로써 벌칙적용의 대상이 된다고 하여 이것만으로 바로 쟁의행위로서의 정당성이 상실된다고 볼 것이 아니라 그 위반행위로 말미암아 국민생활의 안정이나 사용자의 사업 운영에 예기치 않는 혼란이나 손해를 끼치는 것과 같은 부당한 결과를 초래하는지의 여부 등 구체적 사정을 살펴서 그 정당성 유무를 가려야 할 것이다.”

[관련 판례 : 대법원 2002. 11. 13. 선고 2002도4090 판결(시기집중 파업)]

“각 단위사업장 노동조합의 쟁의행위가 노동조합연맹에서 정한 시기에 맞추어 발생하였다고 하여 그 쟁의행위가 불법으로 되는 것은 아니며, 그 각 쟁의행위의 적법성은 각 단위사업장 별로 적법요건을 갖추었는지에 달려있다.”

노조법 제41조(쟁의행위의 제한과 금지) ①노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다.

쟁의행위 찬반투표는 조합원 총회에서 직접, 비밀, 무기명 투표에 의하여 하므로, 거수에 의한 찬반투표는 안되고, 출석 조합원이 아닌 재적 조합원 과반수찬성임을 유의해야 한다. 다만 총회개최가 어려운 경우 각 근무지에서 며칠간 총투표 형식으로 진행하거나, 투표함을 들고 순회할 수 있다.

쟁의행위 결의를 할 때 그 구체적 시기와 방법 등은 쟁의대책위원회나 상집간부회의 등에 위임하는 것이 보통이다. 따라서 위임받은 쟁대위나 상집회의에서 쟁의행위의 구체적 내용들을 결정하는 것은 위법이 아니다. 다만 쟁의행위를 일시적으로 종료할 경우에는 그것이 파상적 파업을 가능하게 하는 ‘일시적 종료’라는 것을 분명히 하여 잠시 파업을 중단하고 교섭을 하다가 다시 파업에 들어가는 경우 조정절차나 찬반투표절차를 다시 거치지 않도록 한다. 자칫하면 쟁의행위가 중단된 것으로 간주되어 다시 쟁의행위를 하기 위해서는 총회의 결의를 또 거쳐야 한다는 시비가 발생할 수 있기 때문이다. 동일한 내용(목적)을 가지고 파업을 다시 하는 경우 즉 잠시 파업을 중단하고 교섭을 하다가 다시 파업에 들어가는 경우에는 조정절차나 찬반투표절차를 다시 거치지 않아도 된다.

[관련 노동부 행정해석 : 98.10.30. 협력 68140-408]

“새로운 쟁점이 추가되어 교섭을 실시하는 등 두 시점 사이에 노동쟁의 상태의 동일성을 인정하기 어려운 객관적인 사정이 없다면 조정신청 등 별도의 절차를 거치지 아니하여도 무방하다.”

초기업단위노조(산별노조)가 특정한 사업장의 단체협약을 체결하고자 쟁의행위를 하는 경우에는 당해 특정 사업장 조합원들만의 찬반투표로 쟁의행위 의결 가능하다.(대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도4641 판결) 산별노조의 지역지부나 사내하청지회와 같이 일부 사업장에 한정된 쟁의

행위의 경우에는 역시 해당되는 업체에 소속된 조합원들을 대상으로 찬반투표를 실시하면 된다.(대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두12859 판결)

해고자 역시 쟁의행위 찬반투표 당시 조합원 자격을 유지하고 있다면 찬반투표의 대상이 된다.(대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두12859판결)

한편, 2006년 말 노조법 개정으로 노동조합 규약에 ‘쟁의행위와 관련된 찬반투표 결과의 공개, 투표자 명부 및 투표용지 등의 보존, 열람에 관한 사항’을 기재해야 한다.

라. 쟁의행위의 수단, 방법

노조법 제42조(폭력행위 등의 금지) ①쟁의행위는 폭력이나 파괴행위 또는 생산 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 점거하는 형태로 이를 행할 수 없다.

②사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운명을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다.

노조법 시행령 제21조(점거가 금지되는 시설) 법 제42조 제1항에서 "이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설"이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 시설을 말한다.

1. 전기·전산 또는 통신시설
2. 철도(도시철도를 포함한다)의 차량 또는 선로
3. 건조·수리 또는 정박중인 선박(다만, 「선원법」에 의한 선원이 당해 선박에 승선하는 경우를 제외한다)

4. 항공기·항행보안시설 또는 항공기의 이·착륙이나 여객·화물의 운송을 위한 시설
5. 화약·폭약 등 폭발위험이 있는 물질 또는 「유해화학물질 관리법」에 의한 유독물을 보관·저장하는 장소
6. 기타 점거될 경우 생산 기타 주요업무의 정지 또는 폐지를 가져오거나 공익상 중대한 위해를 초래할 우려가 있는 시설로서 노동부장관이 관계중앙행정기관의 장과 협의하여 정하는 시설

먼저, 업무저해성이 없는 일상적 조합활동은 쟁의권 확보 없이도 가능하다.

폐업한 회사 내 농성(대법원 1991. 6. 11. 선고 91도204 판결), 근무시간 외 사업장 밖 집회·시위 등은 업무저해성이 없으므로 쟁의행위가 아니다.

리본·완장·머리띠 등 규정된 복장을 벗어나는 복장을 착용한 것도 업무저해성이 없는 한 원칙적으로 쟁의행위가 아니나, 병원 간호사들이 병원 내에서 규정복장을 입지 않은 경우(대법원 1994. 6. 14. 선고 93다29167 판결)나, 호텔에서 접객업무를 하는 근무자가 공포감을 주는 가면을 착용한 경우 등은 대민(對民)업무라는 특성상 업무저해성이 있으므로 쟁의행위로 평가될 수 있다.

나아가 노조법상 절차에 따라 쟁의권을 확보하면 파업, 직장점거 등 업

무지해성이 있는 행위도 가능해진다.

파업, 태업은 다수의 근로자가 노무제공의 의사가 있음에도 상호 의사연락하에 집단적으로 작업장을 이탈하거나 조퇴, 지각, 결근을 하여 사용자의 정상적인 업무수행을 저해하는 것을 말한다.

[관련 판례 : 대법원 1991. 4. 23. 선고 90도2961 판결]

전체 근로자 50명 중 근로자 29명이 조합원인 회사에서 노조위원장이 다른 2명의 조합원과 함께 약 3시간정도 조기퇴근한 것은 업무저해행위가 아니다.

[관련 판례 : 대법원 1994. 2. 22. 선고 93도613 판결]

쟁의행위에 대한 찬반투표 실시를 위하여 전체 조합원이 참석할 수 있도록 근무시간 중에 노동조합 임시총회를 개최하고 3시간에 걸친 투표 후 1시간의 여흥을 가진 것은 업무저해행위가 아니다.

준법투쟁이란 근로자들이 그 주장 관철을 위해 집단적으로 평소 잘 지켜지지 않는 법령이나 단협, 취업규칙 등을 엄격히 지키는 등 권리를 일제히 행사함으로써 사용자의 업무를 저해하는 행위를 말한다.(대법원 1991. 11. 8. 선고 91도326 판결) 법원은 대체적으로 주장 관철의 목적으로 집단적으로 행하여지는 준법투쟁을 쟁의행위로 파악하고 있으므로 주의할 필요가 있다.

[관련 판례 : 대법원 1991. 12. 10. 선고 91누636 판결]

택시회사 근로자들이 평소 해 온 과속, 신호위반, 합승, 부당요금 징수 등 교통법규 위반을 중단한 것은 쟁의행위이다.

[관련 판례 : 대법원 1991. 10. 22. 선고 91도600 판결]

평소 해 온 연장근로를 거부한 것은 쟁의행위이다.

[관련 판례 : 대법원 1994. 6. 14. 선고 93다29167 판결]

연, 월차휴가를 일제히 사용한 것은 쟁의행위이다.

직장점거는 쟁의기간 중에 근로자가 기업시설에 머물면서 파업과 같은 주된 쟁의행위의 실효성을 확보하기 위해 기업시설을 점거하는 형태의 쟁의행위이다. 파업참가자들은 단결을 유지하기 위해 자연스럽게 파업과 동시에 직장점거가 이루어지는 경우가 많다.

[관련 판례 : 대법원 1991. 6. 11. 선고 91도383 판결]

“직장 또는 사업장 시설의 점거는 적극적인 쟁의행위의 한 가지 형태로서 그 점거의 범위가 직장 또는 사업장 시설의 일부분이고 사용자 측의 출입이나 관리지배를 배제하지 않는 일부 점거에 지나지 않을 때에는 정당한 쟁의행위로 볼 수 있으나 이와 달리 직장 또는 사업장 시설을 전면적, 배타적으로 점거하여 조합원 이외의 자의 출입을 제지하거나 사

용자 측의 관리지배를 배제하여 업무의 중단 또는 혼란을 야기케 하는 것과 같은 행위는 이미 정당성의 한계를 벗어난 것이라고 볼 수 있다”

[관련 판례 : 서울고등법원 2008. 2. 11. 선고 2007라397 결정]

“해고된 노동조합 간부들이 회사를 무단으로 점거하여 농성하고, 노동조합 게시물을 건물, 담벽 기타 시설물에 무단으로 부착한 것은 위법하다고 보기 어렵다.”

[관련 판례 : 대구지방법원 2014노1488 판결(대법원 2015도8306 판결로 확정)]

“노동조합 간부들이 노동조합 활동으로서 회사 안 공터에 천막을 설치하고 79일간 농성집회를 실시한 것은 정당한 집회에 해당하므로 위법성이 없다.”

[관련 판례 : 대전지방법원 서산지원 2015. 10. 28.자 2015카합3053 결정]

“노동조합이 사업장 내 건물과 잔디밭 등에 현수막 70여개와 깃발 3,000여개를 설치한 것이 사업장 시설을 전면적, 배타적으로 점거하는 정도에 이르지 않았고, 사업주의 명예에 관련된 구체적 사실의 적시라고 보기 어려우므로 위법하다고 보기 어렵다.”

피케팅은 조합원들의 파업가담을 설득하는 행위로, 법원은 조합을 계속하려는 자에 대한 평화적 설득, 구두와 문서에 의한 언어적 설득의 범위

내에서 정당성이 인정된다고 보고 있다.

[관련 판례 : 대법원 1992. 7. 14. 선고 91다43800 판결]

“피케팅은 파업에 참가한 근로자들이 파업에 동조하지 않고 조업을 하려는 자에게 파업에 협조하도록 하거나 파업의 방해행위를 방지하도록 하는 쟁의행위이다. 이 경우 피케팅은 파업에 가담하지 않고 조업을 계속하려는 자에 대하여 평화적 설득, 구두와 문서에 의한 언어적 설득의 범위 내에서 정당성이 인정되는 것이 원칙이고, 폭행, 협박 또는 위력에 의한 실력적 저지나 물리적 강제는 정당화될 수 없다”

[관련 판례 : 수원지방법원 2010. 11. 18. 선고 2010노2363 판결(대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도16485 판결로 상고기각 확정)]

“확성기를 통하여 노동가요를 크게 틀어놓고 집회 방송을 하고, 공장 건물 내 작업 공간이 아닌 통로를 이용하여 순회하면서 파업 참여를 호소한 것은 정당한 피케팅 ... 쟁의행위 주체가 금속노조인 이상 해당 사업장 소속이 아닌 금속노조 조합원들이 참가한 것이 문제되지도 않는다.”

3. 쟁의행위 관련 기타 문제

가. 쟁의행위의 종료

쟁의행위의 중단과 종료를 구분하여야 한다. 쟁의행위의 중단은 단체협약의 체결과 무관하게 노동조합이 전술적으로 선택할 수 있는 문제이며, 중단된 쟁의행위를 노동조합의 결정에 따라서 재개할 수 있다. 반면 쟁

의행위를 종료한 경우, 종료 시점 단체협약의 체결을 통하여 이미 합의된 내용의 변경 등을 목적으로 다시 쟁의행위를 할 수 없다.(평화 의무)

쟁의행위의 종료시점에서는 애초 쟁의행위의 목적이 되었던 단체협약에 대한 합의도 중요하나, 단체교섭 또는 쟁의행위과정에서 발생한 노사간의 제반 문제들에 대하여도 합의를 하는 것이 필요하다.(면책합의) 이미 법률적으로 진행 중인 사항이 있다면, 일괄 취하할 것을 합의하여야 하며, 특히 형사적인 문제의 경우 고소인의 취하에도 불구하고 검찰의 수사가 계속될 수 있으므로 “취하와 함께 양당사자가 탄원서 제출 등 원만한 문제해결을 위하여 최선의 노력을 다한다.”라는 합의가 필요하다.

[관련 판례 : 대법원 93다1503 판결]

노조는 ‘쟁의행위로 인한 구속자에 대하여 징계를 하지 않는다’라고 합의하려 하였으나 결국 ‘최대한 선처하겠다’는 문구로 합의가 된 경우, 구속자에 대한 징계면책합의로 볼 수 없다.

나. 면책 합의의 효력

쟁의행위의 정당성이 법원의 판단에 좌우될 경우 상당기간 동안 노사관계는 불필요한 갈등상황에 빠질 수 밖에 없으므로, 일반적으로는 쟁의행위를 종료하며 노사간에 면책합의를 행하고 있다.

쟁의행위 후 회사측과 교섭이 타결되어 ‘쟁의행위기간중의 행위에 대해

여 민, 형사상의 책임이나 신분상의 불이익처분 등 일체의 책임을 묻지 않는다’고 합의한 경우에는 징계해고사유가 있더라도 노사간 합의에 의하여 그 노동자의 책임을 면제하기로 합의하였다면 징계해고 할 수 없다. 농성중의 행위와 필연적으로 연속되는 행위로서 불가분적 관계에 있는 행위에 대해서도 면책시키기로 한 것이라고 보아야 한다. 따라서 면책합의 이전의 농성행위 등으로 인하여 면책합의 이후에 유죄판결을 선고받아 처벌을 받고 그로 인하여 결근한 행위가 형식상 회사의 인사규정 등의 징계해고사유에 해당한다고 하더라도 이를 따로 징계해고사유로 삼을 수 없다.(대법원 92다14786 판결 참조) 다만 노조는 ‘쟁의행위로 인한 구속자에 대하여 징계를 하지 않는다’라고 합의하려 하였으나 결국 ‘최대한 선처하겠다’는 문구로 합의가 된 경우에는 구속자에 대한 징계면책합의로 볼 수 없다.(대법원 93다1503 판결)

다. 대체근로의 제한

노동조합법

제43조(사용자의 채용제한) ①사용자는 쟁의행위 기간중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다.

②사용자는 쟁의행위기간중 그 쟁의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급 줄 수 없다.

③제1항 및 제2항의 규정은 필수공익사업의 사용자가 쟁의행위기간 중에 한하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하거나 그 업무를 도급 또는 하도급 주는 경우에는 적용하지 아니한다.

④제3항의 경우 사용자는 당해 사업 또는 사업장 파업참가자의 100분의 50을

초과하지 않는 범위 안에서 채용 또는 대체하거나 도급 또는 하도급 줄 수 있다.
이 경우 파업참가자 수의 산정 방법 등은 대통령령으로 정한다.

제91조(벌칙) 제38조제2항, 제41조제1항, 제42조제2항, 제43조제1항·제2항·제4항, 제45조제2항 본문, 제46조제1항 또는 제63조의 규정을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

쟁의기간 중 “당해 사업과 관련 없는 자”를 “쟁의행위로 중단된 업무 수행을 위해” 채용 또는 대체하거나 도급 또는 하도급 주어서는 안된다. 문제는 당해 사업(같은 회사) 내 타 사업장 노동자들이나 비조합원, 관리자들로 하여금 업무를 대체케 하는 것은 가능하다는 것이다.

[관련 노동부 행정해석 : 1997.8.20. 협력 68140-333]

“쟁의권 침해를 목적으로 하지 않는 자연감소 인원의 보충, 사업 확장 등으로 인한 신규채용 등은 쟁의권 침해를 목적으로 하지 않는 것이므로 가능할 것임.”

[관련 판례 : 대법원 2000. 11. 28. 선고 99도317 판결]

“사용자가 노동조합이 쟁의행위에 들어가기 전에 근로자를 새로 채용하였다 하더라도 쟁의행위기간 중 쟁의행위에 참가한 근로자들의 업무를 수행케 하기 위하여 그 채용이 이루어졌고 그 채용한 근로자들로 하여금 쟁의행위기간 중 쟁의행위에 참가한 근로자들의 업무를 수행케 하였다면 위 조항 위반죄를 구성하게 된다.”

[관련 판례 : 대법원 1992. 7. 14. 선고 91다43800 판결]

“이와 같이 사용자의 대체근로자 채용에 의한 대체근로행위가 위법한 경우, 쟁의행위에 참가한 근로자들이 쟁의행위기간 중 이를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 근로자에 의한 쟁의행위가 실효를 거둘 수 있도록 하기 위하여 마련된 위 노조법의 규정 취지에 비추어 허용된다고 할 것이다.”

[관련 판례 : 창원지방법원 2013. 2. 12. 자 2012카합672 결정]

“설비 매매계약서가 작성되기 전 노동조합이 임금협상을 계속 요구하여 왔고 노·사 갈등이 점점 고조되어 노동조합이 쟁의조정을 신청하기도 하였던 점, 매각 대상 설비가 전체 설비의 30%에 가까울 뿐만 아니라 핵심 설비로 반출될 경우 조합원들의 고용유지나 작업시간의 감소 등 고용조건에 변화가 생길 수밖에 없는 점 등을 고려할 때 설비에 대한 매매계약이 부당노동행위에 해당하여 그 효력이 부인될 여지가 있어 보이고 노조가 설비 반출을 저지하는 행위는 정당한 노동조합활동으로 볼 여지가 있다.”

[관련 판례 : 전주지방법원 2012. 11. 14. 선고 2012노762 판결]

버스 회사 노조원들이 회사의 위법한 대체인력에 의한 버스 운송을 저지하기 위하여 버스 출차 시 버스 아래로 들어가 드러눕고 버스 앞에서 양팔을 벌리고 가로막은 행위에 대해 “사회상규상 허용되는 정당한 행위”라고 판시.

4. 쟁의행위와 업무방해죄

소극적 노무제공 거부 쟁의행위의 경우에도 노조법상 쟁의행위의 요건을 결한 경우에는 형법상 ‘위력에 의한 업무방해죄’에 해당하는지 문제된다.

종전 대법원 판례는 오랜 기간 동안 많은 비판에도 불구하고 “다수의 근로자들이 상호 의사연락 하에 집단적으로 작업장을 이탈하거나 결근하는 등 근로의 제공을 거부함으로써 사용자의 생산, 판매 등 업무의 정상적인 운영을 저해하여 손해를 발생하게 하였다면, 그와 같은 행위가 노동관계 법령에 따른 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한, 다중의 위력으로써 타인의 업무를 방해하는 행위에 해당하여 업무방해죄를 구성한다.”고 판시하여 왔다. 그러한 전제하에 노무제공 거부라는 평화적인 방식으로 이루어지는 파업에 대해서도 구속영장청구 등 공안기관의 부당한 개입이 지속되어 왔다.

그러다 2006년 철도노조 파업사건에서 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결(다수의견)은 “쟁의행위로서의 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압, 혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경

우에 비로소 그 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다.”고 판시하여 정의행위에 관한 종전의 법리를 폐기하였다. 다만, 위 대법원 판결에서 실시한 요건인 “전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압, 혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우”가 무엇을 의미하는 것인지, 위 대법원 판결은 어디까지 적용될 수 있는 것인지 논란이 있어왔고, 그에 따라 하급심 판결에서 그 법리가 생성 중이다.

가. KEC사건 : 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012도3305판결

“KEC지회는 2010. 6. 9. 부분파업을 시작하기 약 3개월 전부터 타임오프와 관련한 회사와의 교섭을 시작하였고, 그 교섭에서 회사와 사이에 타임오프에 관한 안건을 상정하는 것에서부터 첨예한 의견대립이 있어 왔던 사실, 이에 2010. 5. 20. 피고인 ○○가 교섭결렬을 선언하였고, 2010. 5. 말과 2010. 6. 초 조합원의 투표와 조정절차를 거친 다음 2010. 6. 9.부터 부분파업을 시작으로 2010. 6. 21. 전면파업에 돌입한 사실, 회사는 이에 대응하여 2010. 6. 30. 직장폐쇄를 단행하고, 2010. 7. 2. 경 파업으로 중단된 업무수행을 위해 신규인력을 채용하여 업무를 영위한 사실을 인정할 수 있다.

이에 의하면 피고인 ○○, ◇◇, △△, □□, ■■■이 한 위 파업이 회사가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에

심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압, 혼란될 수 있다고 보기는 어렵고, 증인 박○○의 법정진술만으로는 이를 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 그렇다면 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로, 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한다.”고 판시하였다.

위 대법원 판결의 하급심(김천지원) 판결을 보면, 사실인정을 하면서 ① 파업에 돌입하기 전 교섭과정을 시간 순으로 나열하고, ②KEC지회가 노조법상 정해진 파업 절차를 거쳤음을 인정하고, ③이에 대한 사용자의 대응(전면파업 9일만의 직장폐쇄 및 11일만의 신규인원투입)을 순차로 인정한 후 위 전원합의체 판결의 법리를 적용하고 있다. 즉, 김천지원은 전원합의체 판결의 적용 요건으로서 ①사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어지고, ②사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하고, ③사용자의 사업계속에 관한 자유의사를 제압, 혼란케한다는 3가지 요건의 관계에 관하여 최소한 ①요건과 ②요건이 동시에 충족되어야 한다고 보았다. ③요건은 ①②의 요건과 인과관계가 있어야하나, 본 판결에서는 ①요건이 부정되어서 그 부분까지는 판단하지 않은 것으로 보인다.

즉, 위 판결이 사실인정을 한 부분을 보면 파업의 돌입과정, 노조법상 정한 절차를 거쳤다는 점이어서 “사용자의 예측가능성”에 대한 부분이

라고 볼 수 있고, 사용자의 신속한 직장폐쇄 및 신규인력 투입부분도 “사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해”와 관련된 부분이라기보다는 “사용자의 예측가능성”에 대한 부분으로 보는 것이 타당하다. 재판과정에서 손해액에 대하여 많은 심리가 이루어졌는데 그 부분에 대해서는 실시하지 않고 회사의 “대응”에 초점을 맞추어서 실시하였기 때문이다. 김천지원 판결은 위와 같은 사실인정 후 KEC파업이 “사용자의 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어진 것”이 아니므로 이후 손해의 정도에 대해서는 따로 실시하지 않은 것이다. 즉, 위 ①,②요건은 동시에 충족되어야 하는데, ①요건이 달성되지 않았으므로 ②요건은 더 나아가 살펴볼 필요가 없는 것이다.

또한 “사용자의 예측가능성”을 판단함에 있어 사용자의 내심 혹은 주관적 기준이 아니라 “전후 사정과 경위”에 비추어 판단하였다. 즉, 김천지원 판결이 부족하다고 인정한 박○○의 경우 증인신문과정에서 회사의 주관적 입장에서 파업이 예측불가능하였다고 수차 강조하여 진술하였다. 그러나 그러한 회사측의 주관적 기준만으로 사용자의 예측가능성을 판단할 수는 없고, “전후사정과 파업의 경위”에 비추어 판단하여야 함을 밝힌 것이다.

- 나. 2009년 금속 중집 쌍용차 시기집중파업 : 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013도9953판결(내용은 하급심인 수원지법 2013. 7. 15. 선고 2012노5406판결)

“... 집단적 노무제공 거부 형태로서의 파업을 업무방해죄로 의율함에 있어, 대법원이 기존의 견해(파업은 업무방해죄의 구성요건에 해당하고 다만 그 정당성이 인정되는 경우에 한하여 위법성이 조각된다는 견해)를 전원합의체 판결로 변경한 취지, 위 헌법재판소 2009헌바168 결정의 취지, 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노조법’이라 한다)이 단체행동권에 기한 쟁의행위에 대하여 같은 법 제37조 이하에서 그 절차·수단·방법 등에 대하여 규율하고, 이를 위반한 쟁의행위의 경우 같은 법 제88조 내지 91조에서 벌칙조항을 두고 있으므로 형법의 개입은 가능한 자체하여야 하는 점, 파업의 목적의 정당성이나 절차적 정당성 등의 요건은 사후적으로 법원에 의하여 판단되는 경우가 많고, 근로자들로서는 파업이 개시되는 시점에서 쟁의행위의 목적이나 절차적 정당성을 구비하였는지 여부를 명확히 판단하기 어려우므로 사후적으로 쟁의행위의 정당성을 구비하지 못하였다는 이유로 쟁의행위에 참가한 근로자들을 모두 업무방해죄로 처벌한다면 헌법상 보장되는 근로자들의 단체행동권을 침해하거나 지나치게 제약하는 결과를 초래할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 파업의 목적의 정당성이 결여되었거나 절차상 하자가 있다고 하여 쉽사리 그 전격성을 인정하여서는 안된다고 할 것이다. 그리고 파업의 전격성 인정여부는 대법원 전원합의체 판결(2007도482)이 판시하고 있는 바와 같이 ‘전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 이루어진 것인지’가 주요한 판단기준이 될 것인바, 통상적인 쟁의행위의 경우에는 단체교섭의 과정이 있고 그 결과 의견의 불일치가 있는 경우에 노동조합은 노조법상 정하여진 바에 따라 사전 조정절차를 거치

고 쟁의행위 찬반투표를 거치는 등 일련의 절차를 거쳐 쟁의행위에 이르게 되는데, 이와 같이 노동조합이 노조법에서 상정하고 있는 과정을 거쳤다면, 사용자는 헌법상 보장된 단체행동권의 행사를 충분히 예상할 수 있고 그 파업으로 인한 결과를 수인하여야 할 의무가 있다고 할 것이므로, 이와 같은 과정을 거친 쟁의행위에 대하여는 함부로 ‘전격적으로 이루어진 것’으로 인정하여서는 안된다고 할 것이다.”

☞ 2009. 6. 27. 금속노조 중집 지침으로 6. 29. 산하 전국 48개 사업장과 7. 1. 88개 사업장에서 시기집중파업을 실시하였다. 그러나 법원은 각 사업장 쟁의조정·쟁의행위 찬반투표 진행, 회사측 노무관리직원들이 지회 노조의 동향, 파업일정 등 체크, 노조 파업 사실 노조게시판에 공고 또는 선전물 배포, 이전 파업실시 등을 이유로 ‘전격성’ 요건을 부정하였고,

계약취소, 위약금 지급이나 손해배상사실 없음, 파업참가 노조원 고발하거나 손해보전조치 취하지 않았고 무노동무임금 원칙에 따라 임금 미지급, 회사 대체투입 방해한 사실 없음, 파업시간 동안의 생산량에 제품 판매가격을 곱하여 산출한 손해액은 그대로 손해액으로 받아들이지 않음, 노조에 대한 처벌을 원하지 않는다는 진술, 손해액 산출근거 객관적 자료 없음 등을 이유로 ‘사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해 초래’ 요건도 부정하면서, 기소된 전 사업장에 대하여 업무방해죄 무죄를 선고하였다.

5. 쟁의행위와 손해배상 책임

가. 간부들 및 노동조합의 손해배상 책임

대법원은 “노동조합의 간부들이 불법쟁의행위를 기획, 지시, 지도하는 등으로 주도한 경우에 이와 같은 간부들의 행위는 조합의 집행기관으로서의 행위라 할 것이므로 이러한 경우 민법 제35조 제1항의 유추적용에 의하여 노동조합은 그 불법쟁의행위로 인하여 사용자가 입은 손해를 배상할 책임이 있고, 한편 조합간부들의 행위는 일면에 있어서는 노동조합 단체로서의 행위라고 할 수 있는 외에 개인의 행위라는 측면도 아울러 지니고 있으며, 일반적으로 쟁의행위가 개개 근로자의 노무정지를 조직하고 집단화하여 이루어지는 집단적 투쟁행위라는 그 본질적 특징을 고려하여 볼 때 노동조합의 책임 외에 불법쟁의행위를 기획, 지시, 지도하는 등으로 주도한 조합의 간부들 개인에 대하여도 책임을 지우는 것이 상당하다”(대법원 1994. 3. 25. 선고 93다32828, 32835 판결)라고 판단하여, 불법쟁의행위의 경우 노동조합뿐만 아니라 기획, 지시, 지도한 조합 간부들에게도 손해배상책임을 인정하고 있다.

나. 개별 조합원의 손해배상 책임

개별 조합원의 행위가 노동조합의 쟁의행위로 포섭되지 않는 경우(즉, 일탈행위)에는 그로 인한 손해배상책임은 행위자인 조합원에게 귀속된다. 즉, 노동조합의 결의 없이 또는 결의에 반하여 독자적으로 개별 조합원이 쟁의행위를 하였거나, 정당한 쟁의행위가 진행되던 중 일부 조합

원이 불법행위로 나아간 경우에는 당해 행위에 참가한 개별 조합원만이 책임을 지게 된다. 이와 같은 개별 조합원의 일탈행위에 대해서는 쟁의 행위로서의 집단성을 인정할 수 없으며 그에 대한 조합 간부의 방지의 무도 인정할 수 없으므로 그로 인한 책임은 노동조합 자체 또는 조합 간부에게 전가될 수 없기 때문이다.

[관련 판례 : 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30610 판결]

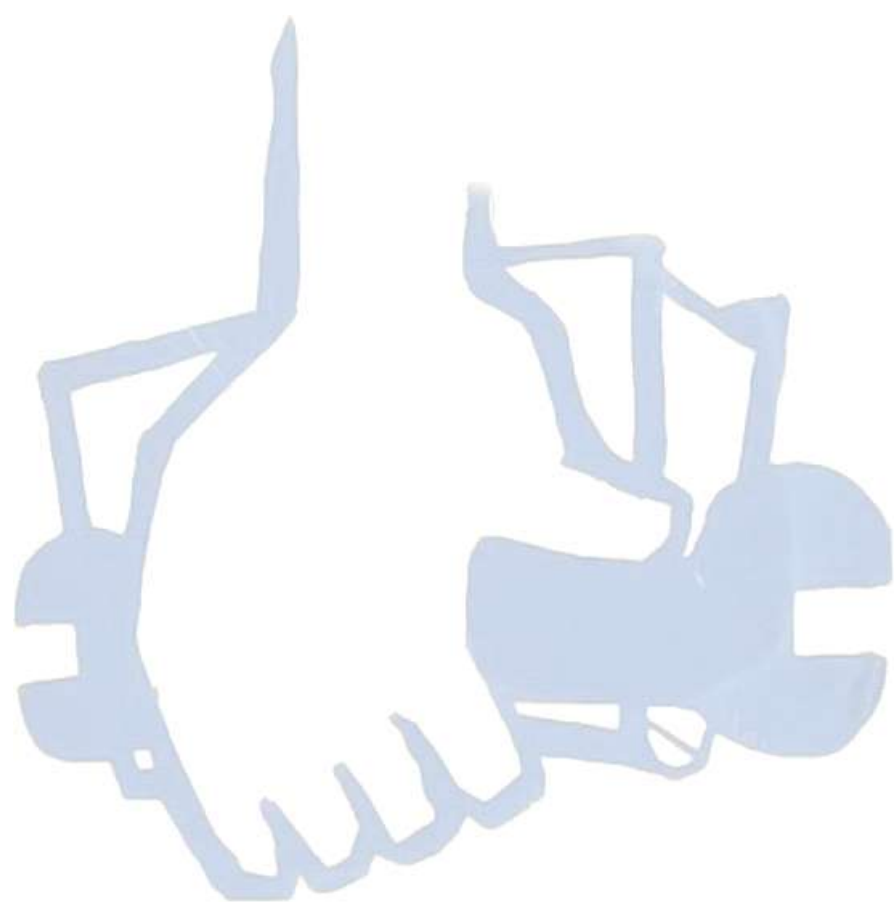
“노동조합 및 노동관계조정법 제3조는 「사용자는 이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위로 인하여 손해를 입은 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다.」고 규정하여 사용자의 손해배상 청구에 대하여 제한을 가하고 있는바, 여기서 민사상 그 배상책임이 면제되는 손해는 정당한 쟁의행위로 인한 손해에 국한된다고 풀이하여야 할 것이고, 정당성이 없는 쟁의행위는 불법행위를 구성하고 이로 말미암아 손해를 입은 사용자는 그 손해배상을 청구할 수 있다 할 것이지만, 불법쟁의행위를 기획·지시·지도하는 등으로 주도한 조합간부들이 아닌 일반조합원의 경우, 쟁의행위는 언제나 단체원의 구체적인 집단적 행동을 통하여서만 현실화되는 집단적 성격과 근로자의 단결권은 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 하는데, 일반조합원에게 쟁의행위의 정당성 여부를 일일이 판단할 것을 요구하는 것은 근로자의 단결권을 해칠 수도 있는 점, 쟁의행위의 정당성에 관하여 의심이 있다 하여도 일반조합원이 노동조합 및 노동조합 간부들의 지시에 불응하여 근로제공을 계속하기를 기대하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 일반조합원이 불법쟁의

행위 시 노동조합 등의 지시에 따라 단순히 노무를 정지한 것만으로는 노동조합 또는 조합 간부들과 함께 공동불법행위책임을 진다고 할 수 없을 것이다. 다만, 근로자의 근로내용 및 공정의 특수성과 관련하여 그 노무를 정지할 때에 발생할 수 있는 위험 또는 손해 등을 예방하기 위하여 그가 노무를 정지할 때에 준수하여야 할 사항 등이 정하여져 있고, 당해 근로자가 이를 준수함이 없이 노무를 정지함으로써 그로 인하여 손해가 발생하였거나 확대되었다면, 그 근로자가 일반조합원이라고 할지라도 그와 상당인과관계에 있는 손해에 대하여는 이를 배상할 책임이 있다고 할 것이다.”

 금속노조 법률원

[illegible]

This image shows a single page of white paper with horizontal blue or grey ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page, leaving small margins at the top and bottom. There are no vertical margin lines, and the page is completely blank except for the lines themselves.



02

구조조정과 대응

장석우

- 01 들어가며
- 02 2020년 경제·산업 전망
- 03 주요 금속 사업장 구조조정의 최근 양상
- 04 자본철수/회생·파산신청 위협에 대한 대응
- 05 기업의 구조변동(사업재편)에 대한 대응
- 06 게임이론과 구조조정대응전략
- 07 나가며

구조조정과 대응

장석우 | 금속노조 법률원 변호사

1. 들어가며 - 구조조정에 대한 전략적 대응

구조조정(構造調整, Restructuring)은 법률상의 용어는 아니지만, 일반적으로 빠르게 변화하는 경제환경에 적응하기 위해 기업이 기존의 사업구조 등을 변화시키는 것을 의미한다. 사업의 영역과 규모를 변경하는 사업구조조정, 부채·자본의 구성과 비율을 변경하는 재무구조조정, 조직과 인력규모와 운용방식을 변경하는 조직·인력구조조정으로 분류할 수 있다. 합병·분할 등과 같은 기업변동·사업재편, 워크아웃·회생·파산절차와 같은 부실기업 정리(整理)제도에서는 사업·재무·조직·인력구조조정이 동시에 일어나는 경우가 많다.

해마다 많은 금속사업장들이 구조조정 위협에 직면한다. 최근 2년여를 살펴보다도, 한국지엠, 금호타이어, STX조선해양 등 굵직한 금속사업장들의 구조조정 소식이 뉴스 지면을 뜨겁게 달궜다. 성동조선해양은 2018년 8월부터 무급휴직에 들어갔고, 기업회생절차에서 잇따른 매각실패로 파산 문턱까지 갔었다. 그러나 2019년 말 극적으로 HSG중공업 컨

소시엄과 주식매매계약을 체결하여 회생의 발판을 마련했고, 2020년 4월부터는 재가동에 들어갔다. 현대중공업과 같은 대기업도 2017년 인적분할을 통한 대대적인 사업구조재편이 있었고, 2019년에는 대우조선해양을 인수하는 등 여전히 구조조정이 진행 중이다. 그 과정에서 수많은 노동자들이 일터를 잃었다.

자동차부품사들 역시 완성차 업체 실적부진의 직격탄을 맞았다. 한국지엠 납품업체인 이래오토모티브는 2017년 공조부문의 지분 절반 이상을 중국회사에 매각하는 분할매각을 했고, 남은 전장·샤시 부문(이래AMS)도 이른바 ‘대구 미래형일자리 상생협약’으로 겨우 자금위기를 모면했다. 두원정공은 2018년 파산절차를 신청했었는데 다행히 파산선고 전 극적인 노사합의로 벗어났다. 하지만 여전히 경영정상화의 길은 요원하다. 현대·기아차를 따라 중국에 진출한 부품사들은 한때 호황을 누렸지만, 현재의 중국법인들은 대개 애물단지에 지나지 않는다.

앞서 언급한 사업장들의 상황은 모두 다르지만, 몇 가지 키워드를 뽑아낼 수는 있다. 자본철수, 회생(법정관리)/파산, 매각, 분할 등이 그것이다. 전자는 사업의 존폐와 관련된 것이고, 후자는 기업의 구조와 경영권 변동과 관련된 것이다. 물론 이들은 밀접하게 연관되어 있다. 한국지엠, 금호타이어, STX조선해양 등에서 산업은행 측은 위와 같은 구조조정에는 노동조합의 양보 혹은 동의를 이끌어 내기 위해 법원에 기업회생절차를 신청하겠다고 위협하기도 했다. 대량해고와 노동조건의 저하를

염려한 지부지회들은 결과적으로 이를 받아들였다. 이러한 결정을 현재는 어떻게 평가할 수 있을까. 그 평가의 실마리를 찾는 시간이 되었으면 한다.

전략(戰略, strategy)은 본래 군사에서 쓰이는 용어로, 특정한 목표를 효율적, 체계적으로 수행하기 위한 행동계획을 일컫는다. 노동조합의 구조조정 대응 목표는 충고용을 보장받고 임금·복리후생 손실을 최소화한다는데 다수가 공감할 것으로 생각한다.

그렇다면 결사투쟁으로 사용자의 구조조정 시도를 저지하는 것이 가장 좋은 구조조정 대응전략일까? 모든 경우에 그렇다고는 생각하지 않는다. 구조조정은 기본적으로 외부환경 변화에 적응하기 위한 것이므로 나쁘다고만 볼 수는 없다. 환경 변화를 따라가지 못할 경우, 결국 기업회생 절차를 통해 법원이 주도하는 구조조정을 당하거나, 파산/청산절차 혹은 자본철수를 거쳐 기업 자체가 소멸할 수 있기 때문이다. 그렇다면 전략적 구조조정 대응이란 도대체 무엇을 말하는 것일까. 정답은 없다. 각 사업장별로 노동조합의 상황과 외부 환경(회사의 경영상황 등)이 모두 다르기 때문이다.

이하에서는 2020년 경제·산업전망을 간략히 정리하고, 최근 진행된 주요 금속사업장 구조조정 경과를 살펴본 후, 자본철수/법정관리 위협과 매각/영업양도/분할 등의 구조변동·사업재편에 대한 대응이 각 사업장

에서 어떻게 이루어져왔고, 각 유형별 구조조정 대응 시 어떠한 점에 유의하여야 하는지에 대하여 살펴보도록 하겠다.

2. 2020년 경제·산업 전망

가. 세계 경제 전망

세계경제는 이미 3% 내외의 저성장 국면에 돌입한지 오래 되었다. 노동생산성¹³⁾과 인구증가가 둔화되면서 성장률은 점차 하락한다. 기관마다 조금씩 다르기는 하지만 OECD(경제협력개발기구)는 2019년 세계경제 성장률을 2.9%로 집계했다. 2020년은 더욱 비관적이다. 1월 초까지만 해도 미·중 무역협상 타결 등으로 2019년보다는 성장률이 오른다는 전망이 지배적이었다.

하지만 코로나19라는 변수가 등장했다. 기관들은 2월부터 속속 전망치를 수정했다. 국제통화기금(IMF)는 2020. 4. 14. 코로나19 여파로 2020년 세계경제가 1929년 세계대공황 이후 최악의 역성장을 할 것이라고 전망했다. 올해 세계경제성장률을 -3%로 잡았는데,

13) 노동생산성이란 간단히 노동이 얼마나 효율적인지를 의미한다. 일정한 기간에 동일한 노동으로 얼마나 많은 재화와 서비스를 생산했느냐 하는 것이다. 실제 노동생산성은 생산량을 노동투입량으로 나누어 추정한다. 생산량은 원재료와 중간재를 제외한 부가가치를 화폐가치로 환산해 사용하며 노동투입량은 노동시간으로 계산한다. 국가간 노동생산성을 비교하자면, 단위시간당 국내총생산(GDP), 만약 노동시간 측정이 어려운 경우 간편하게 1인당 GDP로 측정하기도 한다.

노동자들이 근면하지 못하여(혹은 주52시간 노동시간 제한 때문에) 노동생산성이 낮아진다는 것은 매우 큰 오해 중 하나다. 투입시간만큼 산출이 나오지 않으면 노동생산성은 오히려 감소한다. 또한 노동자의 역량이 같다고 본다면 더 우수한 생산설비로 교체하거나 새로운 기술로 생산하면 동일한 노동량으로 더 많은 부가가치가 발생한다. 노동생산성은 노동자의 숙련도와 역량, 자본설비의 양과 질, 그리고 기술 수준이 총체적으로 작용해 결정된다.

2020. 1. 제시한 성장률 전망보다 무려 6.3%를 하향조정한 것이다. 내년에는 5.8% 세계 경제가 성장할 것으로 전망했지만, 코로나19 방역이 길어진다면 올해 성장률은 3% 포인트 추가 하락할 수 있고, 내년에 재발하는 최악의 상황이 생기면 8% 포인트 추가로 떨어질 거라는 시나리오도 내놔다. 심지어 2020. 4. 27. 블룸버그통신 산하 연구기관인 블룸버그 인텔리전스(BI)는 올해 세계경제성장률이 -4.0%에서 -7.2%가 될 것으로 전망했다. 2분기부터 코로나19 확산이 통제되고 하반기부터 각국의 봉쇄령이 해제되어 경제활동이 재개된다고 가정했을때 가장 낙관적인 -4.0% 성장률을 예상하였고, 올해 하반기 백신이 개발되지 않은 상태에서 코로나19가 재유행하고 각국의 경기부양책이 효과를 못내는 등 최악의 경우에는 -7.2%까지 떨어진다는 분석이다.

나. 한국 경제 전망

2019년 정부의 확장적 재정정책으로 우리나라는 겨우 2% 성장을 달성했다. 2019년 말 기획재정부는 올해 2.4% 성장을 전망했다. 이는 코로나19 등으로 인하여 사실상 불가능한 목표가 되었다. IMF는 올해 우리나라 성장률을 -1.2%로 잡았다. 이는 세계금융위기 당시인 2009년(0.8%) 이후 최저치에 해당한다. 다른 국가들 보다는 재정투입 여력이 많은 것은 사실이나, 그것도 한계가 분명하다.

다. 주요 금속산업 전망

자동차산업은 자본집약도가 매우 높기 때문에, 가동률이 낮아지면 수익률이 크게 떨어진다. 2019년 국내 자동차 생산은 앞서 살펴본 경제성장세 둔화에 따른 소비 위축, 자동차 생산거점으로서의 역할 축소 등의 영향으로 심리적 저지선으로 여겼던 400만대 생산이 무너졌고, 2020년은 코로나19 사태로 인한 휴업과 수출부진 등으로 역시 400만대 생산이 어려울 것으로 전망된다. 수익성은 유럽(EU) 지역을 중심으로 한 전동화 경쟁의 심화로 인해 더욱 악화될 것이다. 네덜란드와 노르웨이는 2025년 이후, 프랑스와 영국은 2040년 이후 내연기관차의 판매를 금지할 예정이다. 이에 따라 글로벌 완성차업체들의 전기차 신차 출시가 가속화하고 가격경쟁도 심화될 전망이다. 현대·기아차는 이에 대한 대비를 어느 정도 해오고 있지만, 부품업체들은 무엇을 어떻게 해야 할지 여전히 당황하고 있는 것으로 보인다.

조선업은 경기에 매우 민감하다. 해운물동량에 직접 영향을 받는 탓이다. 국내 대형조선사들은 LNG선과 같은 선종에서 확실한 경쟁우위를 가지고 있지만, 코로나19로 인한 물동량 감소, 초저유가 상황으로 주요 LNG프로젝트 투자의사결정이 지연되어 신조선 발주가 감소할 것이다. 그래도 조선사 별 1~2년치 일감을 확보하고 있고, 그동안의 구조조정을 통해 확대된 재무여력이 있어 재무안정성은 양호할 것으로 전망된다. 그러나 STX, 성동, 한진 등 중형 조선사들은 여전히 끝이 보이지 않는 최악의 시간을 보내는 중이다. 2019

년 1~3분기 중형조선사 5곳은 선박 17척을 수주하는 데 그쳤다. 2016년의 120척과 비교하면 80% 이상 줄어든 수치다. 중형조선사들은 저마다 생존전략을 모색중이다. 성동조선해양은 그동안 조선업계에서 회생가능성이 불가능하다는 평가가 많았지만, 메가 블록과 리트로핏(개조)사업을 중심으로 회생계획을 짰고, 올해 4월부터 재가동을 시작하였다. 한진중공업은 필리핀 수빅조선소를 매각하며 군용함정을 신조하는 방산부문만 남아있다. 채권단에서는 올 하반기 매각작업을 본격화할 것인데, 만약 영도조선소부지를 분리매각하게 된다면 조선부문에서 아예 철수할 가능성도 없지는 않다. STX조선해양은 2년째 순환무급휴직을 이어오고 있는데, 수주잔량이 7척밖에 되지 않아 정상화가 요원하다.

철강산업은 수요부진과 중국발(發) 공급부담 확대, 보호무역주의 확산에 따라 교역 악화 등으로 작년과 마찬가지로 침체될 것으로 전망된다. 철강재의 주된 수요산업인 건설, 자동차, 조선산업 모두 코로나19 사태 등으로 2019년 대비 2020년 생산(투자)이 줄어든 것이기 때문이다. 중국경제둔화로 자국에서 소화하지 못하는 철강재들의 국내 유입 확대 가능성이 커지고 있으며, 이는 철강산업 수급에 부정적인 요인이 될 것이다. 세계경제성장률의 현격한 저하와 세계 각국의 보호무역주의 확산 추세로 수출 환경도 점점 악화되고 있다. 원료값은 대체로 상승세이나 수요부진과 공급물량증가로 단가는 하락하고 있으며, 이에 따라 국내 철강업체들은 모두 긴축경영에 돌입

한 상태다.

기계산업 역시 대체로 둔화할 것이라는 전망이다. 한국기계연구원은 2020년 국내 기계 산업 생산액을 지난해(104.1조 원) 대비 1% 안팎의 소폭 성장 또는 지난해 수준을 유지하는 105조 원대로 예측했다. 그러나 이는 유럽 제조업의 경기가 다소 회복세를 보이고 신흥국의 기반 투자가 확대된다는 것을 전제로 한 것이기 때문에 더 이상 유효하지 않다. 업종별로 보면 반도체 장비와 공작기계 분야가 그나마 낮고, 플랜트와 건설기계 분야는 침체될 것으로 보인다.

마지막으로 IT산업(반도체, 정보통신기기, 디스플레이, 배터리, 가전)은 코로나19로 인한 글로벌 공급망 붕괴와 수요 감소로 인해 올해 어느 정도 타격을 받을 것이나 곧 회복될 것으로 예상된다. 부문별로 살펴보면, 반도체와 디스플레이, 정보통신기기의 경우 코로나19 영향이 제한적이고, 사태가 어느 정도 안정되면 하반기 정보통신, IT 기기의 수요 폭발 가능성이 있어 가장 나을 것으로 보인다. 메모리 반도체의 공급과잉 현상도 완화되어 단가 하락세도 진정된 상황이다. 배터리의 경우 코로나19에도 전기차 시장은 성장세를 유지하고 있으며, 핵심부품인 2차전지 시장도 전망이 괜찮은 편이다. 수출은 선진국의 환경규제 강화, 친환경차 의무판매제 하에서 중형 이차전지와 핵심기술을 보유한 부분품의 세계수요 확대에 힘입어 회복될 전망이다. 가전분야는 미국, 브라질, 유럽, 인도 등 해외공장들의 섯

다운으로 인한 생산차질, 가전매장 폐쇄와 설치 애로 등으로 인한 수요감소 등으로 피해가 불가피하나, 역시 사태 종식 후에는 나아질 것이다.

3. 주요 금속 사업장 구조조정의 최근 양상

가. 한국지엠

2018년 2월 급작스런 군산공장 폐쇄발표로부터 시작된 한국지엠 구조조정은 여전히 현재 진행형이다. 자본철회 협박, 회생/파산 협박, 일방적 분할 실시 등 구조조정의 결정판 이었다고 해도 과언이 아니다. 한때 연간 26만대의 자동차를 생산하여 전 세계로 수출하던 군산공장은 폐쇄되었고 수많은 노동자들이 희망퇴직과 무급휴직을 받아들였다. 시한을 정해놓고 합의를 해주지 않으면 철수 내지는 기업회생을 신청하겠다는 지엠본사의 협박에 노동조합은 끝까지 저항했지만, 결국 합의서에 도장을 찍을 수밖에 없었다. 임금 및 단체협약 상 임금동결, 성과급 및 일시금 미지급, 귀성여비, 자가운전보조금 삭제, 차량구입시 할인을 저하 등 많은 내용을 양보하였다. 다만 희망퇴직을 받아들이지 않은 군산공장 조합원들의 고용을 지켜냈고, 막대한 글로벌 지엠으로부터의 차입금의 출자전환, 산업은행의 신규 자금지원을 이끌어낸 성과는 있었다. 그러나 그것이 끝이 아니었다. 연구개발법인(GMTCK, 지엠테크니컬센터코리아) 분할이 노동조합의 반대에도 일방적으로 이루어졌고, 제주부품사업소 등 일부 사업소들도 폐쇄되었다. 군산공장 폐쇄 때와 마찬가지로 글로벌지엠이

기획하고, 한국지엠 경영진은 좌고우면 하지 않고 이를 충실히 수행하며, 산업은행과 노동조합은 결국 받아들여지게 되는 형태의 구조조정이 당분간 이어질 것으로 보인다.

나. 금호타이어

금호타이어는 2014년 말 워크아웃을 졸업했지만, 그 다음해부터 이어진 매출액 감소와 막대한 이자비용 및 환차손 부담 등으로 독자 생존이 어려운 상황이었다. 특히 중국법인을 비롯한 해외법인의 부실 정도가 심각했다. 채권단은 주채권은행인 산업은행 주도로 금호타이어 지분매각을 위한 입찰을 실시했고, 중국회사인 더블스타가 우선협상대상자로 선정되었다. 한편, 박삼구 전 회장은 지분에 대한 우선매수청구권을 가지고 있었고, 행사여부와 관련하여 산업은행 측과의 분쟁이 계속 이어지면서 실적은 계속 악화되었다. 결국 박삼구 전 회장이 우선매수청구권을 포기했고, 더블스타는 제3자배정 신주인수 방식으로 금호타이어 지분을 인수했다. 산업은행은 2018년 3월 30일까지 해외매각에 동의하지 않을 경우 기업회생을 신청하겠다고 날마다 압박하였고, 노동조합은 마지막 날까지 저항하다가 결국 합의서에 도장을 찍고 말았다. 해당 특별합의의 주된 내용은 노동조합이 해외매각 동의, 임금 동결, 상여금 반납 등의 양보를 하되, 고용을 보장받고 노조 추천 사외이사를 통하여 경영에 참여하며 우리사주조합 출연, 스톡옵션 지급, 이익공유제 실시 등을 따낸 것이다. 더블스타의 경영권 인수 후인 2018년 연간 적자규모를 상당한

수준으로 줄었고, 2019년에는 연간 838억 원의 영업이익(당기순이익은 103억 원 적자)을 기록하며 흑자전환 하는 등 상황이 점점 나아지고 있는 것으로 보인다.

다. STX조선해양

STX조선해양은 2013년 경영악화로 채권단과 자율협약 절차를 통해 본격적인 구조조정을 시작하였다. 자율협약 전 3,560명의 직원이 희망퇴직 등을 통해 2,117명까지 감소되었지만 2016년에 접어들자 조선업 전체의 불황이 심각해져서 회사의 재무상황은 더욱 악화되었다. 2011년과 12년 무리한 사업확장과 저가수주가 회사를 망가뜨렸고, 부실을 숨기기 위하여 경영진은 대규모 회계조작을 하기에 이른다. 결국 2016년 6월 회생절차가 개시되었다. 회사는 다시금 742명 인력감축 등 인건비 50% 삭감을 시도하였고, 노동조합은 2016년 9월 21일부터 파업을 시작하였다. 노사는 같은 해 11월 2일 정리해고를 철회하고 직원들의 임금삭감과 순환휴직 등으로 고통을 분담하기로 하는 방안에 합의하였다. 법원은 같은 달 회생계획을 인가하였고, 2017년 7월 3일에는 회생절차를 종결하였다. 그런데 산업은행은 회사가 수주한 중형 탱커 2척에 대해 수익성이 불확실하다는 등의 이유로 RG발급을 거부하였고, 발급 조건으로 고정비 30% 추가 절감을 위한 인력감축, 임금동결, 쟁의행위금지 등을 내용으로 하는 노사확약서를 제출하라고 하였다. 당연히 노동조합은 격렬하게 반발하였고, 산업은행은 2018년 4월 9일까지 생산직 695명 중

75%인 520명을 줄이는 고강도 자구안을 받아들이지 않는다면 다시 회생신청을 하겠다고 협박하였다. 노동조합은 법정관리도 불사하겠다는 의지로 투쟁계획을 수립하였고, 회사는 당초 기한을 하루 넘긴 4월 10일 결국 노동조합의 요구를 일부 받아들여 인원 구조조정은 최소화 하고 임금 및 상여금 삭감, 무급휴직을 통해 총 인건비 절감분을 맞추는 방향으로 자구안을 수립하여 산업은행에 제출하였고, 다음 날 산업은행이 이를 수용했다. 2018년 연간 영업손실은 830억 원으로 전년 대비 규모를 줄였고, 2019년 98억 원의 영업흑자를 기록하여 흑자전환 하는 등 (당기순손실은 20억 원 발생) 상황은 조금씩 개선되는 중이다.

라. 성동조선해양

성동조선해양은 한때 수주잔량(CGT) 기준 세계 8위 조선소였다. 그러나 2008년 세계금융위기 후 발주사들의 주문취소, 신규수주 부진, 키코(KIKO)와 같은 파생상품거래손실이 이어졌다. 그 이전 성동자본은 수천억 원을 들여 최신설비를 야드에 설치하였지만 막대한 금융권 대출을 갚지 못하게 되자 회사는 2010년 수출입은행 등 채권단 자율협약 절차에 들어갔다. 그럼에도 2015년 조선업이 극도의 침체기를 겪으면서 유동성 위기가 심화되었고, 2018년 4월부터 기업회생절차에 들어가게 되었다. 매각에 번번이 실패하여 파산을 눈앞에 둔 2019년 말 극적으로 사모펀드 운용사인 큐리어스파트너스와 HSG중공업 컨소시엄이 회사를 인수대금 2천억 원에 인수하였

다. 그 과정에서 한때 직영 2,500명, 협력사 6천여 명 등 9천 명에 가깝던 직원들은 뿔뿔이 흩어졌고, 현재 남아있는 직원은 금속노조 성동조선해양지회 조합원 480여명, 관리직 직원 130여명 등 610명 정도밖에 되지 않는다. 대부분의 직원들이 무급휴직 상태였지만 올해 4월부터 순차적으로 복직, 공장이 재가동되고 있다.

마. 현대중공업

현대중공업은 조선경기와 유가 하락으로 인한 해양 플랜트 신규 발주가 급감하자 해양플랜트 등 해외공사로 인한 손실을 미리 반영하는 등의 방법으로 2014년 적자 3조 2천억 원, 2015년 적자 1조 5천억 원을 인식하는 이른바 ‘빅배스’를 단행하여 과거에 부풀렸던 회계를 다소 정상화시켰다. 그와 동시에 임원 30% 감축, 과장급 이상 사무직 희망퇴직, 15년 이상 근속 여직원 희망퇴직 등 대규모 구조조정을 실시했다. 2017년 4월 현대중공업은 현대중공업, 현대로보틱스, 현대일렉트릭, 현대건설기계 4개사로 인적분할되었다. 현대로보틱스가 그룹의 지주사(현대중공업지주)가 되면서 정몽준 일가의 그룹 지배력도 강화됐다. 2017년 7월에는 군산조선소 가동을 중단하였고, 같은 해 9월에는 조선, 엔진, 해양사업부에서 대규모 유급휴업 또는 휴직을 실시하였다. 분사도 계속되었다. 2016년 6월 설비지원 부문이 분사되었고, 7월에는 생산지원 설비부문이 분사되었다. 2018년 5월에는 중앙기술원이 분사되었고, 같은 해 6월에는 플랜트 보일러부문이 분사되었다. 2019년 5월 현대중공업은 중간지주

회사인 한국조선해양과 사업자회사인 현대중공업으로 다시 물적분할을 추진했다. 위 한국조선해양에 산업은행이 대우조선해양지분을 현물출자 하는 방식으로 현대중공업이 대우조선해양을 인수하기 위해서였다. 금속노조 현대중공업지부는 주주총회장 점거와 주총분할 결의 효력정지가처분 등의 수단을 통하여 저지시도를 하였으나, 결과적으로는 막지 못하였다.

바. 두원정공

두원정공은 2015년부터 매출이 급감하면서 경영위기가 가시화되었다. 10년 이상 계속 영업적자를 기록하였기 때문에 언제든 구조조정이 올 수 있었지만 사실상 국내독점 아이템이라는 이점과 단단한 조직력을 바탕으로 한 투쟁으로 자본의 구조조정시도를 저지해왔다. 이에 두원자본은 지분과 경영권을 태양기계라는 중소기업에 넘기고 전격 철수한다. 그 과정에서 노동조합은 우리사주조합을 통해 20%의 지분을 확보하였으며, 이사 1인 추천권도 가지게 되었다. 문제는 더 이상 기존 아이템만으로 전 조합원 고용을 보장할만한 매출이 나오지 않는다는 점이었다. 신규자금 수혈이 절실했지만 기존 차입금마저 상환해야 하는 실정이었다. 노동조합이 치열한 논의와 찬반투표를 거쳐 상여금 절반을 반납하는 자구안에 동의하면서 1차 위기를 넘겼다. 이후 새로운 경영진은 신규 아이템을 가져 오기 위해 노력했지만 사실상 성과는 없었다. 예상보다 매출이 더 감소하면서 경영상황은 걷잡을 수 없이 악화되었고 2018년 경영진은 결국 파산

을 신청하였다. 여기서 노동조합은 한 번 더 회사의 구원투수가 된다. 이대로 파산했다가는 퇴직금도 제대로 확보하지 못한 채 모든 조합원들이 회사를 떠나야 하기 때문이었다. 결국 상황이 나아질 때까지 퇴직금 적립을 최우선으로 하고 임금을 대폭 반납하는 고강도 자구안에 다시 동의하였고, 회사는 파산신청을 철회하였다. 그 과정에서 많은 조합원들이 회사를 떠났지만, 경영 상황은 조금씩 안정을 되찾아가는 중이다.

사. 이레오토모티브

이레오토모티브는 주된 납품처인 한국지엠의 실적 악화에 따라 2013년을 정점으로 매출액이 점점 감소해 왔다. 모기업인 이레cs 역시 마찬가지로 실적이 크게 악화되면서, 과거 이레오토모티브를 인수하기 위하여 차입한 거액의 자금에 대한 이자를 부담하는 것조차 어려운 지경이 되었다. 결국 이레 cs는 그나마 사정이 괜찮은 공조사업부문을 분할하여 지분 절반을 중국회사에 매각하는 분할매각을 시도했다. (현재는 추가매각으로 70%). 다행히 노동조합은 2011년 이레cs의 인수 당시 이레cs와 분할매각을 할 경우 노조와 사전합의를 하여야 한다는 특별합의서를 체결해놓고 있었다. 단체협약에도 마찬가지로 합병·분할·영업양도 등에 대한 노조의 합의권 규정이 있었다. 노동조합은 분할매각 절대반대 투쟁방침을 세우고, 파업과 더불어 분할매각절차 진행중지 가처분 신청을 하여 2017년 8월 말까지 분할매각절차를 중지한다는 법원의 결정을 얻었다. 그런데 회

사의 상황이 날이 갈수록 악화되어갔고, 이후 노사는 수십 차례의 협상을 통해 고용보장, 노조 및 단협 승계, 2사 1노조 보장과 존속 법인/신설법인 간의 인원 이동 등을 규정한 특별합의를 체결하여 분할매각을 받아들였다. 2018년 회사는 전장샤시부문(이래AMS) 중 구동부문 투자금 확보를 위한 분할을 다시금 추진하였으나, 이른바 ‘대구 미래형일자리 상생협약’으로 은행대출을 받아 분할 없이 자금 위기에서 겨우 벗어났다.

4. 자본철수/회생·파산신청 위협에 대한 대응

가. 자본철수

자본에 국적을 따지는 것은 무의미한 일일지도 모른다. 외국계 자본이라고 하여 반드시 먹튀자본인 것도 아니고, 국내 자본이라고 하여 외국계 자본보다 노동자들의 권리를 더 보장해주는 것도 아니다. 그러나 한국지엠 사태에서 알 수 있었듯이, 외국계 자본은 정치적(혹은 국민정서) 고려를 하지 않는다. 아니 오히려 지방선거 등의 정치적 상황을 자신들에게 최대한 유리하게 이용한다. 철저하게 수익성을 따져 사업을 한다. 수익이 나는 곳이면 철수하라고 해도 끝까지 남아있고, 수익이 안나는 곳이면 아무리 보조금을 주고 붙잡더라도 결국은 철수를 하게 마련이다. 그것은 물론 우리나라 자본이 해외공장을 운영할 때에도 마찬가지다. 수익성이 없으면 과감히 폐쇄 혹은 현지 자본에 매각하고 철수한다. 상하이차가 법정관리를 신청하고 쌍용차에서 철수했던 것처럼 자본이 진정으로 철수하고자 마음을

먹는다면, 그 누구도 막기 불가능하다. 자본이 경영을 포기하고 그 지분을 누군가 인수하지 않을 경우, 기업은 결국 워크아웃 등의 채권단 관리 체제나 기업회생 등 절차에서 고강도 구조조정을 겪는 것이 수순이다.

그러면 철수 가능한 기업과 그렇지 않은 기업을 어떻게 구분 가능할까. 일단 내수시장 규모가 크거나 주된 고객이 소재한 국가에서는 상식적으로 생각해도 철수가 쉽지 않다. 이를테면 삼성전자나 LG전자, 현대·기아차에 주되게(전속) 납품하는 업체이다. 그런 회사들의 경우 사측이 철수위협을 하더라도 진의가 아니라고 생각할 수 있다. 그러나 수출비중이 높은 회사들은 그렇지 않다. 외국계 자본으로서는 내수 노동력과 부품조달 등 생산에 유리한 제반 요소들을 고려하여 생산공장 입지를 결정할 것이다. 문제가 되고 있는 완성차의 경우 (국내에 본사를 두고 있는 현대·기아차를 제외하고는) 우려하고 있는 바처럼 언제든지 한국을 떠날 수 있다고 본다. 한국지엠과 르노삼성과 같은 외국계 완성차 회사들은 지난 시절 독자적 신차개발 기능과 해외판매망을 갖춘 종합자동차회사로서의 영광을 뒤로 하고 글로벌 회사의 하청생산기지로 전락한지 오래되었다.

특히 지엠이 자본철수를 이야기 하는 것은 단순한 협박으로 보기 어렵다. 언제 어느 나라에서든 철수할 수 있다. 지엠은 글로벌전략 자체를 판매량 확대에서 수익성으로 전면 수정했다. 그리하여 그 전

까지 연간 100만대 정도를 팔던 유럽에서 전면 철수했다. 인도, 호주공장을 비롯한 아태지역 여러 국가에서 철수결정을 내렸고, 미국 국내공장도 가차없이 폐쇄 등 구조조정을 하였다. 그렇다면 한국지엠의 경우는 어떤가. 바로 옆에는 상하이지엠이 있다. 중국 상하이 자동차와 합작회사이기는 하지만 중국 내 높은 시장점유율을 바탕으로 매년 수 조원의 이익을 지속적으로 내 왔다. 상하이지엠과 원가경쟁을 해서는 이기기 어렵다. 글로벌 지엠이라는 큰 조직에서 한국지엠은 소형차 생산 및 연구개발 기지 역할을 담당하고 있다. 최근 연구개발 부문은 별도 법인으로 분할하기도 하였다. 과거 유럽수출기지 역할을 하였으나, 쉘보레 브랜드가 유럽에서 철수하면서 역할이 대폭 감소하였다. 미국수출 역시 많이 하고 있지만 입지적으로 가깝고 관세문제도 없는 멕시코 공장에서 가능한 한 생산하는 것이 지엠 입장에서는 이익이다. 즉 한국지엠은 소형차 연구개발 기능(지엠테크니컬코리아)을 제외하고는 뚜렷한 경쟁력이 보이지 않는다. 입지조건에서 한국이 유리한 점은 높은 품질의 부품을 저렴한 가격에 적시에 공급할 수 있는 부품사들이 모여있다는 점인데, 이마저도 KD수출 등을 통한다면 조립 자체는 다른 나라에서 하는 것이 충분히 가능하다.

이와 같이 지난 노사협상은 노동조합에 절대적으로 불리한 조건에서 진행되었다. 그나마 지방선거를 앞두고 고용참사를 만들지 않으려는 정부/산업은행의 적극적 개입이 있었기에 이 정도를 지켜낼

수 있었다고 본다. 지엠자본과의 앞으로의 협상도 쉽지 않을 것이다. 그 협상의 성패는 한국지엠이 생산 및 연구개발기지로의 매력도를 얼마만큼 높이느냐에 달려있다. 다른 한편으로는 지엠이 완전 철수를 추진한다는 시나리오를 상정해보고 지금부터라도 대안을 마련해야 할 것이다. 이는 산업은행 측과도 충분히 공조 가능한 일이다.

자본철수를 근본적으로 막을 수 있는 방법은 없을까? 주주배당 또는 유상감자 등 국내에서 발생한 이익금의 사외유출을 막는 입법 내지 제도개선을 할 수 있을까? 불가능한 일이라고 생각한다. 외국계 자본은 배당을 막더라도 본사비용분담, 이전가격, 로열티지급, 연구개발성과공유 등 이익금을 유출할 수 있는 다양한 방법을 가지고 있다. 즉, 풍선효과처럼 특정 방법을 막을 경우 또 새로운 방법이 탄생한다. 배당의 형태로 세금을 내고 정당하게 가져가는 것이 다른 편법적 방법을 통해 가져가는 것보다 오히려 국부에 도움이 될 것이라 생각한다. 외국계 자본의 경우 아예 청산을 금지하는 법률이 제정되더라도, 국내 자본과의 차별로 위헌결정을 받을 가능성이 매우 높다. 몰수 내지는 강제 국유화 등은 앞으로 외국자본은 받지 않겠다고 선언하는 것과 같고, 국제적 고립을 자초하는 방안이다.

지엠 뿐 아니라 다른 외국계 기업들의 경우에도, 본사의 입장에서 한국자회사가 다른 나라 자회사들에 비하여 가지고 있는 핵심역량이 무엇인지 파악하고, 그에 대한 철저한 분석을 바탕으로 추가 투

자를 유도하는 교섭을 한다면 괜찮은 결과를 얻을 수 있으리라 본다. 최소한 투자금에 대한 이익을 충분히 뽑아내기 전까지는 남아 있게 될 것이다. 그러한 핵심역량은 무엇보다 품질과 가성비일 가능성이 높다. 기업에서 품질비용은 생각보다 엄청난 부분을 차지한다. 불량률 감소를 위하여서는 물론 최신설비 등 자본의 꾸준한 설비투자가 중요하지만, 그에 못지않게 개개인의 부단한 노력이 필요함은 더 말할 것도 없다.

나. 회생절차

회생절차란 기본적으로 회사를 청산시키기 위한 것이 아니라 최대한 살리기 위한 것이다. 다시 말하면 영업 자체는 괜찮지만 채무가 너무 많아 회사가 제대로 유지되기 어려울 경우 법원이 주도하여 채무를 조정(변제기 연장, 이자 삭감, 면제, 출자전환 등)하고 구조조정(매각, 합병, 분할, 사업부 폐쇄 등)을 하여 회사를 정상화 시키는 절차이다. 위 법률의 취지 자체가 신속하고 효율적인 회생이나 퇴출을 통하여 구조조정을 촉진하겠다는 것이다. 더 이상은 과도한 부채 때문에 위기가 오지 않도록 채무조정이 확실히 끝나야 절차가 종료된다.

회생절차가 개시될 경우 법원 파산부는 회사의 최종 의사결정자가 된다. 임금이나 자재대와 같은 통상적으로 발생하는 비용을 지출함에 있어서도 금액이 어느 정도 이상이라면 모두 법원의 허가가 필

요하다. 즉 이른바 ‘회장’ 역할을 법원 판사가 하게 되는 것이다. 판사가 모든 일에 다 관여할 수는 없으니 실무적으로는 주로 회계사나 변호사 출신의 법원 ‘관리위원’이 큰 역할을 하게 된다. 채권단 자율협약 중이나 워크아웃 기업의 경우 경영에 채권단이 상당한 영향력을 미치지만, 회생계획안 통과 시 채권액에 따른 의결권 행사 정도를 제외하고는 별로 권한이 없어진다.

실제 회생절차를 신청할 경우 비교적 빠른 시일 내(1달 내외)에 절차 개시여부가 결정된다. 보통은 회생 절차 개시 전 보전처분 및 포괄적금지명령 등을 통하여 채무자들의 강제집행을 저지하고 회사의 재산을 보전할 수 있다(채무자회생법 제43조, 제45조). 회생절차 개시와 동시에 법원은 조사위원(회계법인)을 선임하게 된다.¹⁴⁾ 선임된 조사위원은 채무자의 재산과 채무를 조사하여 ‘조사보고서’를 작성하여 법원에 보고한다. 그 과정에서 경영진의 배임/횡령이나 회계조작 여부가 밝혀지게 된다.

조사위원의 조사결과 존속가치(계속기업가치)¹⁵⁾보다 청산가치¹⁶⁾가 크다고 한다면 회사는 파산으로 가게 된다. 존속가치가 더 클 경우(즉, 회사를 살려두었을 때 채권자들에게 더 많은 액수를 갚을 수 있다면) 관리인은 회생계획안을 작성하여 채권자들이 의결을 할 수

14) 경우에 따라 법원이 회생절차 개시 전 조사위원을 선임하여 먼저 조사를 진행한 후 개시결정 여부에 대해 판단을 내리기도 한다.

15) 회사가 계속 운영될 경우 창출되는 현금흐름의 현재가치

16) 회사를 당장 청산하고 모든 자산을 매각할 경우 채권자들이 나눠가질 수 있는 액수

있도록 한다. 조사절차를 통해 확정된 채권채무관계와 채무자 영업에 대한 판단을 근거로 관리인은 회생계획안을 작성하여 제출한다. 회생계획안에는 불요 자산 매각, 사업의 전부 또는 일부의 M&A 등의 내용과 함께, 채무자가营业을 계속하면서 채권자에게 변제할 수 있는 수준으로 채무를 변경(감면, 변제기 유예, 출자전환 등)하는 내용과 어떤 시기에 얼마만큼 변제할 것인지에 대한 내용이 담긴다.

회생계획 인가 후 관리인은 회생계획대로 각종 채무를 변제해 나가게 된다. 회생계획은 통상 10년으로 작성되지만, 이러한 회생계획 수행이 어느 정도 안정화 되었다고 판단될 경우 법원은 회생절차의 종결을 선언한다(조기 졸업). 최근에는 패스트트랙 제도가 도입되어 회생절차 개시결정부터 종료까지 6개월 안팎으로 단축되는 경우도 있다. 또한 회생계획 수행 도중 M&A가 일어나서 그 대금으로 모든 채무를 청산하고 회생절차가 종결되는 경우도 많다. 한편, P-플랜(Pre-packaged plan)은 2017년 2분기부터 처음 도입된 제도로써 회생계획(채무변경계획)을 사전에 미리 제출하여 회생 진행기간을 크게 단축시키는 점을 그 핵심으로 한다.

이러한 회생절차에서 기존 주주들은 주식병합과 감자절차를 통해 지분을 소각당하고, 채권자들은 본인들의 채권이 강제로 조정을 당하게 됨으로써 큰 손해를 보게 된다. 보통 구조조정 기업에서 산업은행을 비롯한 채권단은 주주이자 동시에 채권자이기도 하므로 막

대한 손실을 입게 될 것이다. 그러므로 채권단이 기업회생을 신청하겠다고 하는 것은, 실제 그렇게 할 가능성이 없거나 매우 낮으면서도 단순히 노동조합을 압박하여 자구안에 대한 합의를 이끌어 내기 위한 것일 수 있으므로, 협상에 있어 이를 충분히 고려하여야 할 것이다.

쌍용자동차와 같이 인력구조조정이 수반되는 경우도 많다. 매년 약 13만대 팔리던 자동차가 회생절차가 개시된 2009년 4만대로 감소하였다. 그 경우 순환휴직 등의 조치 없이는 인력규모를 유지하기 어렵다. 조선산업도 마찬가지다. 건조하고 있는 선박이 줄어들고 신규수주가 없는 경우 언제까지나 무급휴직을 유지할 수 없으니 인력구조조정이 불가피한 측면이 있다. 한국지엠과 STX조선해양이 기업회생을 두려워 했던 것은 그런 이유 때문이 클 것으로 보인다. 자동차부품사의 경우 완성차에 대한 납품권이 보장되고 핵심 공급망과 영업망을 유지할 수 있다면, 즉 생산물량을 유지하거나 감소를 최소화할 수 있다면 정리해고 등 강제적인 인력구조조정은 수반되지 않을 가능성이 높다. 차입금 상환유예와 출자전환 등의 재무구조조정만으로도 건실한 기업으로 거듭날 수 있기에, 부품사들의 경우 회생절차신청을 너무 두려워할 필요는 없을 것이다.

다. 파산절차

금호타이어 등의 구조조정 과정에서 산업은행 등 채권단은 청산가

치가 존속가치(계속기업가치)보다 높다면서 마치 회생절차를 신청하게 되면 회사가 파산하게 되는 것처럼 공공연히 이야기 했다. 주요 언론들은 마치 산업은행이 팩트를 말하고 있는 것처럼 받아쓰기 바빴다. 하지만 이는 조합원들을 위협하여 노동조합의 동의를 요구하는 여론을 이끌어내기 위한 산업은행의 전략이었다. 실제로 산업은행 등 채권단이 회사의 파산을 감수할 가능성은 매우 낮았다고 본다. 물론 조사위원의 조사결과에서 일시적으로 존속가치보다 청산가치가 높게 나올 수는 있다. 그러나 존속가치는 향후 10년간의 예상 매출, 재료비, 인건비 등 영업비용, 투자액(CAPEX) 등을 추정, 적절한 할인율(이자율)을 이용하여 현재가치를 계산하는 것이다. 계산을 하는데 있어서 경제성장률, 산업부문의 성장률, 시장점유율, 재료비 상승률, 인건비 증가율, 시장이자율 등등 가정에 가정을 거듭하게 된다. 그 가정이 조금만 달라져도 존속가치가 크게 변동한다. 비영업자산의 처분가치는 따로 더한다. 보통 임금의 동결 내지 일부 삭감만으로도 충분히 존속가치가 더 클 수 있도록 만들 수 있다. 그러니 특별한 경우를 제외하고는 파산에 대한 두려움은 크게 가질 필요가 없다.

만약 자본이 파산신청을 할 경우, 노동조합은 어떻게 대응할 수 있을 것인가. 회생가능성부터 먼저 고려를 해야 한다. 법원에 파산신청과 회생신청이 동시에 접수될 경우 법원은 회생절차부터 먼저 판단을 해야 하기 때문이다. 독자생존이 어려운 상황이라면 법원은 제

3자 매각을 우선 고려하게 된다. 대표적인 사례가 성동조선해양의 경우이다. 성동조선해양은 회생절차 개시 후 수 차례의 매각에 실패했다. 그래도 채권단 입장에서 파산으로 가서 보유 재산을 헐값에 매각하느니 제3자 매각을 하여 일부라도 회수하는게 낫기에, 끝까지 매각 노력을 하였고 그 과정에서 정치권과 지역사회의 도움도 받았다. 결국 파산으로 가는 마지막 문턱에서 2,000억 원이라는 상대적 헐값에 HSG중공업 컨소시엄으로 매각된 것이다.

회생이 불가능한 경우일지라도 법원에 의한 파산절차가 아닌 이른바 ‘단계적 청산’이 노동자들에게는 더 나은 방안일 수 있다. 파산절차에서는 사실상 모든 영업이 종료되는 것과 마찬가지로 회사에 회사가 보유한 재고도 헐값에 팔려나가거나 폐기될 가능성도 있다. 그러나 회사를 조금 더 살려두고 수익성 높은 제품 위주로 생산하고 영업망을 당분간 유지해나가면서 재고를 적절히 처분한다면 최소한 퇴직금이라도 확보할 수 있는 여지는 더 커질 수 있기 때문이다.

두원정공의 사례가 그러하다. 두원정공은 생산 아이템 자체의 문제로 신규사업이 없을 경우 회사의 계속 운영이 어렵다. 그렇기에 회생신청을 하는 것은 의미가 없다. 신규아이템이 확실하지 않은 상태에서 회생신청을 한다면 기각될 가능성이 매우 높다. 재고자산을 많이 쌓아놓았지만 파산절차에서 경매를 통해 팔게 된다면 고철값도

받지 못할 가능성이 높았다. 그렇기에 노동조합은 고강도 자구안에 동의하더라도 파산신청을 철회하도록 경영진을 압박하는 방법을 택하였다.

자구안의 골자는 경영정상화가 될 때까지 순환휴업 등을 통해 모두가 같은 최소한의 임금을 받고 일을 하며, 재고판매 등으로 인하여 잉여현금이 들어올 경우 퇴직금 적립에 우선적으로 사용한다는 것이었다. 위와 같은 자구안은 회사가 일방적으로 작성한 것이 아니라, 지회가 현장토론 등 의견수렴 과정을 거쳐 주체적으로 회사와 협의하면서 도출하고, 지회 총회까지 통과한 것이다. 그 과정에서 100명이 넘는 인원이 회사를 자발적으로 떠났다. 판매량이 크게 감소하면서 잉여인원이 존재하니 다른 사람들에게 길을 터주자는 마음과, 불확실한 미래에 운명을 맡기느니 먼저 퇴직하여 퇴직금부터 확보하자는 마음에서 그랬을 것으로 추측된다. 어쨌든 파산철회 이후 공장을 가동하면서 퇴직자에 대한 퇴직금 정산과 재직자들의 퇴직금 적립은 많은 부분 완료되었고, 임금도 매우 소폭이기는 하지만 올랐으며(이익이 발생하면 반납한 임금을 일부 돌려받기로 하는 내용의 노사합의가 존재한다), 고강도 자구안에 동의하고서라도 파산신청을 철회시킨 노동조합의 선택은 옳았다고 생각한다. 파산위기에 직면한 다른 사업장이 있다면, 두원정공 사례를 충분히 참조할 필요가 있을 것이다.

5. 기업의 구조변동(사업재편)에 대한 대응

가. 매각 및 영업양도

일반적으로 회사의 매각은 대주주의 변경을 의미한다. 대주주가 변경되면서 새로운 경영진이 선임되고 그에 따라 경영전략이나 방침, 노동조합을 대하는 태도도 변하게 된다. 매각이 된다고 하여 기존의 고용이나 노동조합, 단체협약에 변화가 생기는 것은 아니다. 법인 자체는 변경 없이 유지되기 때문이다. 다만 경영진이 변경되므로 앞으로 변경될 가능성이 생긴다는 점이 중요하다.

현재의 대주주가 지분을 매각하려고 할 경우, 법률적으로 이를 막는 것은 사실상 불가능하다. 물론 영업이나 재무구조가 나쁘지 않은 회사에서 매각 자체(인수자)를 도저히 납득할 수 없는 경우, 힘으로 막을 수도 있다. 인수 후보자로 하여금 인수 후에 도저히 감당하기 어렵다는 사실을 인식시키는 방법이다. 유력 매수자의 본사 앞에서 집회를 한다거나, 현재의 대주주를 찾아가 여기에 대한 매각만은 도저히 받아들일 수 없으니 무슨 수를 써서라도 저지하겠다고 담판을 짓는 것이다. 실제 이래오토모티브는 한국텔파이 시절 그런 방법을 통해 S&T 그룹의 인수를 저지시킨 바도 있다. 특히 사모펀드들은 기업의 지속가능한 발전보다는 단기간의 이익 회수를 경영방침으로 하는 경우가 많으므로, 그로부터 확실한 발전방안에 대한 확약을 받지 못할 경우 힘으로라도 저지시켜야 할 필요성이 크다고 할 수 있다.

소규모 자본이 상대적으로 더 큰 회사를 인수하려고 한다면 어떻게 대응하는 것이 좋은 것일까. 이레오토모티브와 두원정공의 사례 모두 그러하다. 이러한 자본들은 기본적으로 노동조합 친화적인 입장을 가지고 있다. 그리고 인수과정에서 자본이 부족하기 때문에 우리 사주조합 등의 도움을 얻는 경우도 많다. 각종 구조조정 제한조항 등 경영권을 스스로 제한하는 노사합의에 서명을 하기도 한다. 그런 경우 노동조합은 반대로 일관하기가 어렵다. 인수 후 호황기에는 경영진과 노동조합의 밀월관계가 생길 수도 있다. 회사의 주식을 가지고 있다면 월급 이상으로 수익이 발생할 수도 있는 것이다.

그러나 문제는 항상 불황기에 닥친다. 불황을 이겨낼 수 있는 기초체력이 부실하기 때문이다. 그러므로 노동조합은 해당 회사를 새로운 대주주로 받아들이는 의사결정을 하는 경우, 대기업 자본에 대한 투쟁방식과는 다른 접근방식을 취하여야 할 필요가 있다고 생각한다. 경영에 적극적으로 개입하여 성과가 있다면 충분히 나누고, 위기가 오더라도 함께 책임을 질 각오가 되어 있어야 한다. 경영진은 언제든 비판할 수 있다. 그러나 위기를 해결하라고 비판만 하고 있기에는 현실은 너무나 엄중하고 급박하게 돌아간다. 회사의 경영정보에 대한 투명한 공개를 바탕으로, 회사의 생존과 일자리 보장을 최우선 순위에 놓아야 할 것이다. 요구할 수 있는 것은 당연히 요구하고, 생존을 위해 협조할 부분은 협조하는 자세가 필요하다. 그 점에서 두원정공과 이레오토모티브는 위기에 잘 대응해나가고 있다고

생각한다.

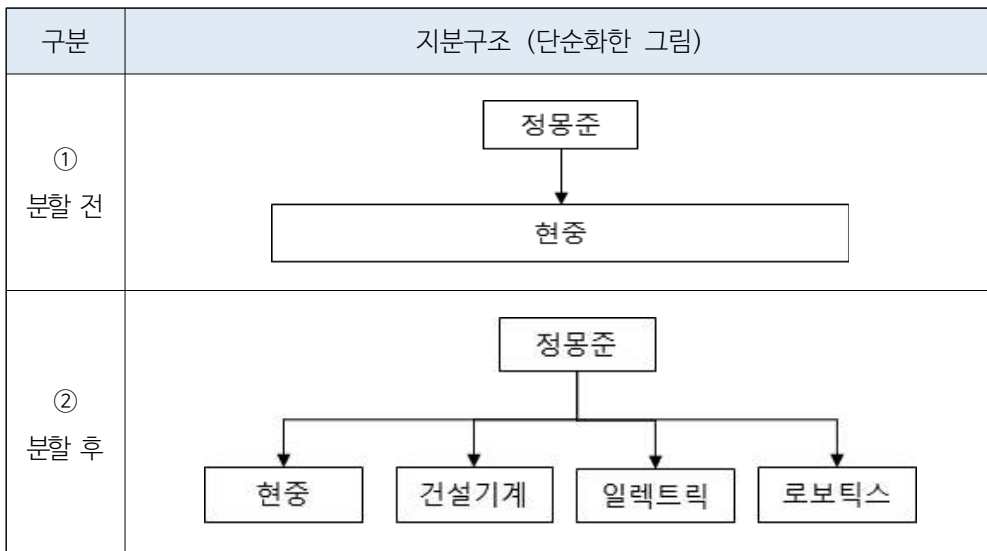
한편, 영업양도는 회사의 일부 사업부문을 떼 내어 매각한다는 점에서 일반 매각과 차이가 있다. 법적으로 포괄승계가 되기 때문에 고용, 노동조합, 단체협약 역시 새로운 회사로 당연히 승계된다. 그러므로 회사가 일부 영업부문을 양도하는 것을 시도할 경우, 노동조합은 그 전에 현재의 경영진과 최대한 유리한 단체협약을 체결할 필요성이 있다.

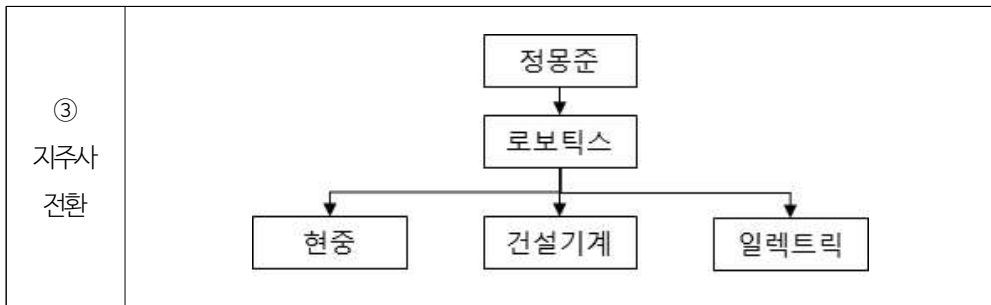
이러한 영업양도의 경우 매각과 달리 저지하는 것도 전혀 불가능한 것은 아니다. 영업양도에 있어 노동자들은 이른바 ‘승계거부권’을 가지게 된다. 매수자 회사로의 승계를 거부하고 기존 회사에 남을 것이라 요구하는 것이다. 만약 노동조합이 단결하여 승계거부권을 집단적으로 행사한다면 실제 이를 충분히 저지할 수 있다. 파업도 중요한 수단이 된다. 파업은 기본적으로 회사에 재무적으로 타격을 주기 위한 것이다. 실사가 끝나고 우선협상대상자가 이미 선정되었더라도 파업이 계속될 경우, 매각가격에 변동이 생길 수밖에 없고 그것이 장기화된다면 결국 양수인이 포기할 수밖에 없을 것이다. 물론 종국적으로 영업양도에 동의하게 되는 경우가 많겠지만, 위와 같이 집단적 승계거부권 행사와 파업을 충분히 활용한다면 노동조합은 더 유리한 조건을 얻어낼 가능성이 크다. 실제로 2018년 서울지부 모 지회가 이러한 전술을 활용하여 고용보장, 노조인정, 위로금 지

급 등의 조건으로 영업양도에 동의하였던 사례도 있다.

나. 분할

분할은 하나의 회사가 둘 이상으로 쪼개지는 것이다. 분할 전 회사가 분할 후 새로 생긴 회사의 주식을 가지는 물적분할과(모자회사 관계가 된다. 100% 소유), 분할 후 신설되는 회사의 주식을 분할 전 주주들에게 배당하는 인적분할이 있다. 인적분할 후 대주주가 지주회사가 될 것을 예정한 회사에 각 사업회사들의 지분을 출자하고, 그 대가로 그 지주회사의 지분을 수령할 경우(현물출자), 기존보다 지주회사를 통하여 각 회사들에 대한 지배력을 더 강화할 수 있게 된다.





분할은 특정 사업부문을 분할하여 해당 부분에 대한 투자를 받거나 매각하는 등의 구조조정 목적으로 활용되기도 하지만, 총수 일가의 그룹에 대한 지배력 강화를 위해 활용되는 사례도 많다.

문제는 분할 자체를 법률적으로 저지할 수단이 거의 없다는 점이다. 유일한 가능성은 미래오토모티브의 사례와 같이 단협이나 대주주와의 특별협약에 분할에 대한 노동조합의 사전합의권을 규정해 놓는 것이다. 그 경우 분할금지가처분 등을 제기하여 저지하는 것이 가능하다. 법원은 “비록 사용자의 경영권에 속하는 사항이라도 노사는 임의로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 수 있고, 그 내용이 강행법규나 사회질서에 위배되지 않는 이상 단체협약으로서의 효력이 인정된다.”라고 판시하고 있기 때문이다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20406 판결). 그러나 회사들은 일반적으로 이를 경영권 침해로 보아 강하게 반발하게 마련이므로, 그와 같은 사전합의권 규정이 있는 단협을 체결해 놓고 있는 사업장은 그리 많지 않다.

분할의 경우 대법원은 설명과 이해 협력을 구하는 절차를 거쳤다면

해당 근로자의 동의가 없더라도 신설회사에 승계되는 것이 원칙이라고 보고 있어(대법원 2013. 12. 12. 선고 2012다102124 판결), 영업양도와는 달리 집단적 승계거부권을 행사하더라도 법률적으로는 실익이 없다. 노동조건은 근로관계 승계에 따라 당연히 승계된다. 금속노조와 같은 산별노조는 내부 편제만 달리 하면 될 것이므로 노조 승계에 있어 별다른 문제는 없지만, 단협의 승계 여부는 문제가 된다.

법원은 현대중공업 단체협약 상 지위보전 가치분 사건에서, 노사합의를 거쳐 분할계획서에 단협이 승계됨을 명시하지 않는 이상, 단협상 지위는 분할신설회사에 승계되지 않는다고 보았다(서울중앙지방법원 2017. 9. 11. 자 2017카합80551 결정). 한국지엠 연구개발법인 분할 사건에서도 위 현대중공업 사건과 마찬가지로 신설법인에 단협이 승계되지 않는다고 보았다(대법원 2020. 1. 16. 자 2019마6332 심리불속행 기각 결정). 단협 개약과 노동조합의 세력을 약화시키기 위해 자본이 적극적으로 분할을 활용할 가능성이 커진 것이다.

위 한국지엠사건에 대한 대법원의 결정으로, 법원을 통한 단협승계 투쟁은 앞으로도 쉽지 않을 것으로 보인다. 물론 노조법에 분할시 단협승계에 대한 규정을 신설하는 등의 정치적 해결도 가능하다. 그 전까지는 노동조합의 힘으로 회사와의 교섭을 통해 단협 승계를 쟁

취해내는 수밖에 달리 대안이 없다.

6. 게임이론과 구조조정대응전략

가. 게임이론이란

“내가 생각하는 것을 내가 생각하고(알고) 있다고 내가 생각하고 있다는 것을 나는 생각한다(안다).”

게임이론(Game Theory)은 응용수학의 한 분야로서 상호 의존적인 의사결정에 관한 내용을 다루는 이론이다. 위 문장은 바둑이나 장기와 같은 게임에서 서로 상대방의 수를 몇 수 앞서 읽는다는 것을 보여준다. 게임이론에서 말하는 ‘게임’이란 자신의 이익을 가장 높게 하는 전략(Strategy)을 선택하는 각 참가자들이 선택할 수 있는 몇 개의 전략들을 선택하여 최고의 보상을 얻기 위해 벌이는 행위를 말한다. 이러한 게임이론에서는 참가자들이 모두 자신의 이익의 최대화만을 추구한다는 전제가 있다.

용의자의 딜레마(Prisoner's Dilemma)는 위 게임이론의 대표적인 예시 중 하나이다. 두명의 참여자가 2개의 선택권을 가지고 있는 대표적인 2×2 게임이다. 검사가 공범으로 의심되는 두 명의 용의자를 의사소통이 불가능하도록 따로따로 수사실로 불러 자백을 할 수 있는 기회를 준다. '둘 다 자백하지 않으면 1년 징역, 둘 다 서로의 죄를 자백하면 5년 징역, 둘 중 한 명이 자백하고 다른 한 명은 자

백하지 않았다면, 자백한 쪽은 석방, 자백하지 않은 쪽은 10년 징역에 처하게 된다'고 각자에게 제안한다. 이러한 상황에서 용의자는 자백을 하는 것이 이득인지, 아니면 자백하지 않는 것이 이득인지 따진다(우리나라의 형사사법제도와 달리 미국은 검사와 범죄용의자가 형량협상(plea bargaining)을 하는 것이 가능하다). 이를 표로 정리하면,

	상대의 자백	상대의 침묵
자신의 자백	자신, 상대 모두 5년	자신 석방, 상대 10년
자신의 침묵	자신 10년, 상대 석방	자신, 상대 모두 1년

두 사람이 각자의 이익을 위해서 이성적으로 행동한다고 가정하면, 상대방이 취하는 행동과 무관하게 자신이 자백하는 것이 이득이므로 둘 다 자백을 택하게 된다. 그 결과 둘 다 5년의 징역을 살게 된다. 각자가 최선의 이익을 보려는 행동으로 인해서 모두가 오히려 큰 손해를 본 것이다. 반대로 두 사람 모두 공공의 이익(두 사람의 형량 총합)을 위해 개인의 이익을 포기한다면 결과적으로는 두 사람 모두 적지 않은 이익을 볼 수 있다. 위 이론의 등장으로 '모두가 자신의 이익을 위해 노력하게 하면 자연스럽게 사회는 발전하게 된다'라는 이른바 '자유방임'의 논리는 당시 '절대적 진리'의 자리에서 한 발자국 물러나게 되었다.

이 게임이 반복된다면 어떤 결과가 발생할까. 무한히 반복되지 않는

다면 같은 결론이 도출된다. 위 게임의 횟수가 정해져 있고, 형기의 합계를 최소화하는 것이 이익이 되는 ‘게임’을 가정해보자. 마지막에 둘 중 한 사람이 자백을 선택하면 자신은 석방, 상대는 10년 징역이다. 그렇다면 마지막 바로 전은 어떨까. 어차피 마지막에 상대방이 배신할 것이므로 바로 전에도 의리를 지킬 필요가 없어진다. 이런 과정을 통해 결국 모든 최선의 선택지가 자백이 된다.

나. 딜레마 해결을 위한 전략

이러한 딜레마를 해결하기 위한 가장 좋은 전략으로 꼽는 것 중 하나가 바로 티포탯(Tit-for-Tat)이다.

티포탯의 전략은 매우 간단하다. ① 처음엔 항상 협력한다. ② 이후에는 상대방이 이전에 했던 판단을 똑같이 따라한다. 이러한 티포탯의 특징은 선제적 협력과 신뢰, 배반에 대한 즉각적 보복, 적극적인 용서, 높은 전략적 명료성이다. 이러한 간단한 전략이 내로라 하는 수학자, 정치학자, 경제학자, 심리학자, 공학자 등이 프로그래밍을 하여 겨루게 된 경기들에서 번번이 가장 높은 점수(각 게임들에서의 득점의 총합)를 얻었다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 티포탯을 상대로 고득점을 내기 위해서는, 반드시 티포탯에게도 고득점을 허용해야 했다. 이게 마음에 들지 않는다면, 자신이 고득점을 얻을 기회를 포기해야만 했다. 완벽한 협력이 아닌 모든 게

임에서 티포텃은 상대방보다 우월한 점수를 내지는 못했다. 티포텃은 상대방을 짓밟고 올라가려는 시도를 하지 않았다. 대신에, 자신과 상대방이 함께 같은 고득점을 얻을 수 있도록 했다. 심지어 조금 더 높은 점수를 얻고 싶어서 욕심을 부리지도 않았다.

둘째, 상대방이 티포텃을 상대로 얹은 수를 쓰다가는 즉각적으로 보복당했으며, 이러한 명확하고 분명한 메시지는 티포텃이 희망하는 협력(그리고 따라올 고득점의 향유)이라는 의미를 전달했다. 티포텃은 협력을 상정하고, 협력을 원하는 전략이지만, 그 협력이 파괴되었을 때에는 단호하게 보복하고 응징하는 과단성을 보인다. 이러한 가차없는 처벌이 결과적으로는 상대방에게 이 상호작용에서 궁극적으로 지향해야 할 가치가 무엇인지를 간접적으로 보여줄 수 있었던 것이다.

셋째, 티포텃의 단호한 보복은 무절제한 것이 아니었고, 이후에는 반드시 상대방에게 개심할 기회를 주었다. 상대방이 자신의 판단이 잘못되었음을 깨닫고 후회하고 있거나 다른 이유로 인하여 상호작용을 재건할 가망이 있을 수도 있다. 티포텃은 이러한 가능성을 보장할 수 있는 전략이다. 보복 후 즉각 협력으로 돌아감으로써 간접적으로 전하는 화해의 메시지는, 티포텃이 진정으로 원하는 것이 무엇인지를 직접적이고 명료하게 나타내 보인다.

이를 티포탯이 갖고 있는 네 가지 특징에 대입하여 요약하면 다음과 같다.

- ① 선량함 : 고득점(= 생존성)을 보장하는 가장 확실한 전략
- ② 보복성 : 상대방이 협력 관계를 훼손하고자 할 때 단호하게 개입하여 저지함
- ③ 관대함 : 보복 이후 상호협력 관계를 회복하도록 촉진함
- ④ 명료성 : 티포탯 전략의 기본 원칙과 의사결정 기준을 상대방이 눈치채기 쉽게 하여 현명한 판단을 유도함

다. 구조조정 시 노사관계에의 적용

위 게임을 조금 변형시켜보겠다. 두 명의 참가자를 노동조합과 자본으로 설정한다. 감사의 구속 위협 대신 경제 위기 내지는 기업의 위기 상황으로 설정한다. 자백과 침묵 대신 서로에 대한 강경대응과 협력으로 설정한다.

(노 사)	노조파괴, 정리해고	노조인정, 고용보장
강경투쟁	(-7, -7)	(0, -10)
협력	(-10, 0)	(-3, -3)

노동조합의 입장에서 생각해보자. 자본의 노조파괴, 정리해고 위협 앞에서 선택지는 총파업을 포함한 강경투쟁 뿐이다. 자본이 노조를

인정하고 총 고용을 보장하려는 태도를 취하고 있다고 하더라도, 강경한 태도를 보인다면 손해의 대부분을 자본에 넘길 수 있다. 즉 어떠한 상황 하에서도 노동조합의 좋은 선택지는 강경투쟁이다.

자본의 입장은 반대다. 노조가 강경투쟁을 결의할 경우 손실을 줄이려면 정리해고 등 각종 방법을 동원한 노조파괴를 택하려 할 것이다. 협력을 택한다고 하더라도 손실을 모두 노동자들에게 떠넘기기 위해 역시 노조파괴를 택하려 할 것이다. 그러면 결국 어떠한 상황 하에서도 자본의 좋은 선택지는 노조파괴가 된다.

고도 성장기이고 현재 위기를 겪고 있거나 앞으로도 예상되지 않는 경우, 자본의 의도가 어떻든 간에 강경투쟁이 최선의 전략일 것이다. 그러나 위기 상황에서 노사가 강경하게 맞붙을 경우 그렇지 않은 상황보다 양 당사자는 훨씬 큰 손해를 입게 된다. 자본은 투자금을 잃을 뿐이지만, 노동자들은 일자리를 잃고 생계 자체를 위협받는다. 결국 누구나 인정하는 위기상황에서는 티포탯 전략과 같이 협력한 다음, 자본의 노조파괴 의도가 체감될 경우 할 수 있는 가장 단호한 보복을 통해 노조파괴의 싹을 잘라버리는 것이 전략 중 하나가 될 수 있다고 생각한다. 회사가 어떤 점에서 약속을 어겼는지, 회사의 이러한 행동이 노조파괴로 이어진다는 점에 대하여 현장을 충분히 설득하면서 회사에 대한 적대감을 고취시켜야 할 것이다.

이와 같은 단호한 보복을 실행에 옮기기 위하여서는 노동조합(지부, 지회) 자신 강점과 약점을 냉정하게 파악하여야 한다. 우리가 소수 노조이고 이 상황을 이용하여 다수노조의 특정 현장조직이나 조합원들을 포섭할 수 없는 경우 강경투쟁은 쉽지 않다. 물론 금속노조 KEC지회의 사례와 같이 불가능한 것은 아니다. 물론 KEC지회는 2010년 당시의 쟁의권이 여전히 이어지고 있어 파업이라는 큰 무기를 가지고 있는데다가, 수 년 동안의 투쟁경험이 축적되어 있고 조합원들의 단결력도 좋으며 외부 시민사회단체들과의 연대도 활발히 하고 있기에 가능했다. 유일·다수노조라고 하여도 조합원 개개인이 싸움에 이길 수 있다는 확신이 없다면, 단결을 못한다면 자본의 위협에 흠어질 수밖에 없다. 결국 구조조정 상황에서 우리가 의도하는 바대로 상황을 이끌어가기 위해 가장 중요한 것은 바로 현장의 노동조합에 대한 지지를 바탕으로 한 ‘단결력’이라 생각한다.

7. 나가며

지금까지 주요 금속노조 사업장의 구조조정 사례와 유형별 구조조정 대응에서 유의하여야 할 점을 살펴보았다. 다시 말하지만 정답이 있는 것은 아니다. 각자의 회사가 처한 상황에 대하여 법률적, 재무적으로 냉철하게 판단하고, 다른 사업장의 사례를 참조하여 승산 있는 싸움을 해야 할 것이다. 노동조건을 일시적으로 양보하더라도 충고용을 보장받고 향후 회사 사정을 투명하게 공개하도록 하며 사외이사와 같이 경영에 참여할 수 있는 제도적 장치를 얻어낼 수 있다

면 반드시 양보라고만 보기는 어렵다고 생각한다.

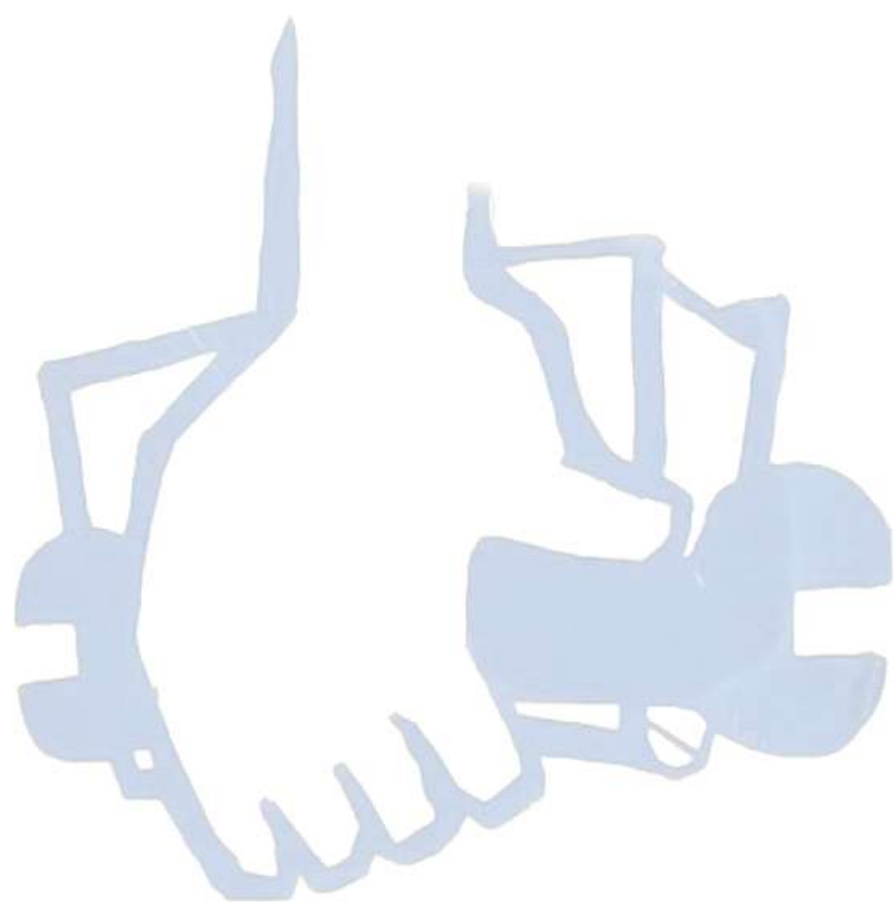
구조조정이 진행 중인 상황에서 사후적으로 대응하는 것은 어디까지나 한계가 있다. 중요한 것은 사전대응이다. 회사가 갑자기 구조조정이 필요할 정도로 상황이 악화되는 경우는 그리 흔하지 않다. 매년 또는 매분기 회사의 경영상황을 분석하고, 구조조정 조짐이 있을 경우 선제적으로 대응하는 것이 필요하다.

너무도 당연한 이야기지만 사회적 연대와 지지가 중요하다는 것을 마지막으로 강조하고 싶다. 특히 국내자본들은 구조조정 시 정치권과 여론을 살피지 않을 수 없다. 사회적 연대와 지지를 얻기 위해서는 구조조정 과정에서 가장 약자인 비정규직들이 처한 상황을 충분히 헤아리고, 총 고용보장에 대한 대책을 함께 고민할 필요가 있다.

메 모

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are no margins, text, or other markings on the paper.

This image shows a full page of blank, lined paper. It features approximately 20 evenly spaced horizontal grey lines across its entire width, providing a guide for handwriting or typing. The paper itself is a clean, off-white color.



03

임금과 임금 체계

탁선호

- 01 임금의 일반적 개념
- 02 평균임금
- 03 통상임금
- 04 최저임금
- 05 포괄임금약정
- 06 임금채권의 보호

임금과 임금체계

탁선호 | 금속노조 법률원 변호사

I. 임금의 일반적 개념

1. 개념

가. 근로기준법상 임금의 정의

○ 근로기준법 제2조 제1항 제5호에 의하면 “임금이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.”고 정의하고 있다. 즉 ① 사용자가 노동자에게 지급하는 금품으로 ② 근로의 대가인 것은 ③ 명칭을 불문하고 모두 임금이라고 할 것이다. 판례는 이를 구체화하여 “사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 지급하는 금품으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 지급의무가 지워져 있는 것”을 임금이라고 하고 있다(대법원 2006. 8. 24. 선고 2004다35052 판결 등).

나. 사례 ☞ 임금 해당 여부는 금품의 명칭에 구애되지 말고 임금성의

판단 지표를 통해 그 실질로 판단해야 함

○ 가족수당이 단체협약 등으로 사용자에게 지급의무가 지워져 있고 일정 요건에 해당하는 근로자에게 일률적으로 지급되면 임의적·은혜적 급여가 아니라 근로의 대가로서 임금에 해당된다고 본 사례(2003다54322, 53339 판결 등),

○ 회사가 취업규칙에 직원의 복지후생을 위하여 예산의 범위 내에서 각종 보조비, 후생비를 지급할 수 있게 하였고, 그에 따라 마련된 회사의 복지후생규정이 취학 자녀 중 2명 범위 안에서 중고생, 대학생의 공납금을 보조할 수 있도록 규정한 것에 따라 근로자가 받은 학비보조비는 임금이 아니라고 본 사례(90다15662 판결).

○ 사택은 복지후생시설이어서 그 이용에 따른 이익 상당액은 임금이 아니다. 그러나 사택을 제공받지 않는 다른 근로자에게도 일정액만큼 균형을 맞춘 급여로 사택수당이 지급된다면 사택수당은 임금에 해당하고, 그에 상당하는 사택의 제공 그 자체도 그 평가액의 한도 내에서는 임금에 해당된다고 본 사례(90다카6948 판결).

○ 식대가 모든 근로자에게 계속적·정기적·일률적으로 제공되거나(2002다50928 판결 등), 특정 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되었으므로 임금에 해당된다고 본 사례(81다697 판결). 근로자가 근로를 제공하면서

현물로 제공받거나 구매권으로 지급받는 식사의 평가액 역시 임금에 해당된다고 본 사례(93다4816 판결 등). 그러나 중식 제공에 관한 규정이 단체협약상 ‘임금’의 장이 아니라 ‘후생복지 및 교육훈련’의 장에 있고, 식권을 발행하지 않고 중식을 제공받지 아니한 자에게 따로 현금이나 다른 물건으로 보상하여 주지 않았으며, 오전 근무만 하는 자에게도 중식을 제공하였을 뿐만 아니라 식사를 하지 않은 근로자들에게 식사비에 상당하는 현금은 물론 다른 물건을 따로 제공하지도 아니한 사정 등이 인정된다면 중식에 상당하는 금원 임금이 아니라고 본 사례(2000다29370 판결 등), 급여규정 등에 명문으로 정한 바 없고 외근영업사원을 대상으로 그 영업활동에 소요되는 비용 명목으로 지급한 실비변상적 성격의 추가중식비는 임금이라고 본 사례(2001다82125 판결).

○ 출퇴근 교통비가 단체협약, 취업규칙 등에 명시되어 있지 않았더라도 정기적이고 제도적으로 지급되어 왔고 부서장을 제외한 부서 모든 직원에게 그 직급에 따라 일률적으로 지급되어 왔으며, 부서장에게는 이를 대신하여 출퇴근 차량이 제공된 경우 실비변상적인 성격의 금원이 아니라 근로의 대상인 임금이라고 본 사례(91다37522 판결), 차량유지비의 경우 그것이 차량 보유를 조건으로 지급되었거나 직원들 개인 소유의 차량을 업무용으로 사용하는 데 필요한 비용을 보조하기 위해 지급된 것이라면 실비변상적인 것으로서 근로의 대상으로 지급된 것으로 볼 수 없으나 전 직원에 대하여 또는 일정한 직급을 기준으로 일률적으로 지급되었다면 근로의 대상으로 지급된 임금이라고 본 사례(2000다18127

판결).

○ 축하금, 격려금 명목 금품이 문제된 사안에서 지급사유가 미리 확정되지 아니하고 그 지급대상과 지급금액을 포함한 지급조건을 피고 회사가 임의적으로 정한 점 등을 들어 임금에 해당하지 않은 사례(93다4649 판결), 노사합의에 따라 선물비를 연 200,000원 상당으로 책정한 후 그에 상응하는 선물을 현품으로 지급한 점을 들어 임금에 해당된다고 본 사례(2004다13762 판결)

○ 노사합의에 따라 모든 근로자에게 지급한 체력단련비, 휴가비 명목의 돈은 임금에 포함되나(92다20361 판결 등), 휴가 사용 여부와 상관없이 일률적으로 휴가비를 지급하였다면 임금에 해당되고, 실제 휴가를 쓴 근로자에게만 휴가비를 지급하였다면 은혜적으로 지급된 금품에 불과하여 임금에 해당되지 않는다고 본 사례(95다19256 판결)

○ 산재보험, 고용보험, 국민건강보험, 국민연금 등 각종 사회보험제도에 서 사용자가 부담하는 보험료 부분은 임금이 아니고(92다30801 판결), 그와 같은 사회보험제도에 따라 받는 각종 보험급여도 임금이 아님. 그러나 근로자가 피보험자인 공공보험에서 법률상 근로자가 납부하여야 할 보험료의 전부 또는 일부를 회사가 대신 납부할 경우 그 대신 납부하는 보험료 상당액은 임금에 해당함.

○ 회사가 노동조합 사이에 매월 개인연금으로 일정액을 불입하기로 노사합의를 하고 그 무렵부터 기타수당이라는 이름으로 지급하였고, 회사는 위 개인연금 보조금을 지급하면서 이를 월급여 총액에 포함시켜 소득세까지 공제했다면 이 개인연금보조금은 임금임(2002다8025 판결)

○ 경사, 상(喪)이나 재해 또는 질병을 당했을 경우에 지급하는 축의금, 조의금, 재해위로금 등은 임금에 해당하지 않음

○ 업무를 수행하는 데 소요되는 비용을 변상하기 위해 지급되는 실비 변상적 금원(여비, 출장비, 숙박비, 근무복·사무용품 등 구입비 등)도 임금에 해당하지 않음

○ 호텔이나 식당 같은 접객업소에 종사하는 근로자나 택시회사 운전기가 승객한테 받는 팁은 사용자가 지급하는 것이 아니므로 원칙적으로 임금이 아니나, 봉사료라고 하더라도 사용자가 일정률 또는 일정금액으로 정하여 이를 관리하면서 분배하는 경우나 사용자가 ‘팁’을 일정금액으로 정하거나 사실상 일정액을 받도록 직·간접적으로 규제한다면 임금에 해당된다고 볼 수 있음.

○ 노조 전임자에게 지급되는 금품

일반적으로 임금에 해당하지 않는 것으로 해석한다. 대법원 1998. 4. 24. 선고 97다54727 판결은 “노동조합전임자는 사용자와의 사이에 기본

적 노사관계는 유지되고 기업의 근로자로서의 신분도 그대로 가지는 것
이지만, 노동조합전임자의 근로제공의무가 면제되고 원칙적으로 사용자
의 임금지급의무도 면제된다는 점에서 휴직상태에 있는 근로자와 유사
하고, 따라서 사용자가 단체협약 등에 따라 노동조합전임자에게 일정한
금원을 지급한다고 하더라도 이를 근로의 대가인 임금이라고는 할 수
없으며, 노동조합전임자의 퇴직금을 산정함에 있어서는 노동조합전임자
로서 실제로 지급받아온 급여를 기준으로 할 수는 없고, 근로자의 통상
의 생활을 종전과 같이 보장하려는 퇴직금제도의 취지에 비추어 볼 때,
그들과 동일 직급 및 호봉의 근로자들의 평균임금을 기준으로 하여 퇴
직금을 산정하여야 한다."라고 판시한 바 있다.

○ 근로시간면제자에게 지급되는 금품

(1) 노동부 행정해석(근로개선정책과-5388, 2011-12-20)은 근로시간면
제자에게 지급되는 금품이 근로기준법상 임금이라는 의미는 아니라고
판단함_ (2) 그러나 대법원 2018. 4. 26. 선고 2012다8239판결은 근로시
간 면제자에 대한 급여는 근로시간 면제자로 지정되지 아니하고 일반
근로자로 근로하였다면 해당 사업장에서 동종 혹은 유사 업무에 종사하
는 동일 또는 유사 직급·호봉의 일반 근로자의 통상 근로시간과 근로조
건 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 간주
되는 근로의 대가로서, 그 성질상 임금에 해당하는 것으로 봄이 타당하

다고 봄

2. 변동 상여금 내지 성과급

가. 판례의 경향

매년 노사합의로 그 구체적 지급조건이 정해지며 그 해의 생산실적에 따라 지급 여부나 지급률이 달라지는 등 지급사유의 발생이 불확정적이고, 일시적으로 지급되거나 근로자 개인의 실적에 따라 금액이 결정되는 특별상여금이나 성과급은 근로의 대가가 아니어서 임금이 아니다(2001다6722 판결, 2011다76328 판결, 2004다41217 판결, 2004다13755 판결, 2004다13762 판결, 2005다54029 판결, 2003다54322, 53399 판결 등).

반면, 명목은 특별상여금 또는 성과급 등으로 불리지만 보수규정 등 취업규칙이나 단체협약 등에 그 지급근거가 마련되어 있어 그 지급여부가 미리 정하여져 있거나, 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 임금에 해당한다(2003다54322, 53339 판결 등).

최근 공공기관의 경영성과평가급에 대한 2건의 대법원 판결¹⁷⁾(경영실적 평가결과에 따라 그 지급 여부나 지급률이 달라질 수 있다고 하더라도 그러한 이유만으로 경영성과평가급이 근로의 대가로 지급된 것으로 임금

17) 한국감정원 경영평가성과급 사례, 2015두36157 판결. 한국공항공사 경영평가급 사례, 2018다231536 판결.

에 해당된다고 본 사례임)로 인해 계속적·정기적으로 지급되고 지급대상과 지급조건이 정해져 있다면 경영실적에 따라 지급여부나 지급율이 달라지는 경영성과급의 임금성을 주장할 근거가 생긴. 그러나 대법원이 지급사유 발생의 불확정성(목표나 등급을 충족하지 못하면 받지 못하게 되는 점)을 임금성 판단에서 더이상 고려하지 않는 것으로 입장을 변경한 것인지에 대한 논쟁이 있고, 최근 하급심은 SK하이닉스 사건에서 경영성과급의 임금성을 부정하기도 하였다.¹⁸⁾

나. 인정 사례

임금성을 인정한 사례들은 최초의 지급 경위(그 지급에 있어 경영성과를 감안하였다거나 당해 연도에 한하여 지급하기로 약정하였다는 점 등)로 보아서는 근로 제공의 대가라고 보기 어렵다 하더라도 그 이후 수년간 계속하여 전 직원에게 매년 같은 시기에 같은 명목으로 같은 지급률의 금액을 지급하여 왔거나, 경영실적의 변동이나 근로자들의 업무 성과와 관계없이 수년간 계속적·정기적으로 지급하여 온 경우 등은 비록 단체협약이나 급여규정 등에 그 지급 근거에 관한 규정이 없다 하더라도 관행에 의하여 회사에게 지급 의무가 생긴 것으로 보았다.¹⁹⁾

18) 수원지법 여주지원 2020.1.21.선고 2019가단50590판결은 SK하이닉스 퇴직자들이 생산성 격려금(productivity incentive, 이하 PI) 및 초과이익 분배금(profit sharing, 이하 PS)이 평균임금에 해당함을 전제로 퇴직금 차액을 청구한 사안에 대하여 “이 사건 노사합의안이 이 사건 PI 및 PS를 포함한 경영 성과급의 지급기준, 지급률 등을 구체적으로 정하고 있기는 하나 구체적인 지급 조건 등은 매년 피고 회사의 경영 상황에 따라 달라졌다. 따라서 이 사건 노사합의안의 존재만으로는 경영 성과급의 지급기준 등이 확정되어 피고 회사에 이를 지급할 의무가 있다거나, 노사 간에 그 지급이 당연한 것으로 여겨질 정도로 관례가 형성되었다고 보기 어렵다... 이 사건 PI 및 PS를 포함한 경영 성과급은 매년 노사 간 합의에 따라 구체적인 지급 조건이 정해지고, 그 해의 생산량 또는 영업실적에 따라 지급 여부나 지급률도 달라지므로, 이러한 사정과 무관하게 근로자에게 정기적, 계속적으로 지급되는 금원이라고 볼 수 없다”고 하면서 임금성을 부정하였다.

구체적으로 ▲ 회사가 특별생산격려금을 지급하게 된 경위가 노동쟁의의 조정 결과 생산격려금을 지급하기로 합의한 것에 따른 것이고 당시 조정안에서 위 생산격려금은 전년도의 경영성과를 감안한 특별상여금으로서 1회에 한하기로 약정하였더라도 이후 회사의 경영실적 변동이나 근로자의 업무성적과 관계없이 정기적·계속적·일률적으로 특별생산격려금으로 지급하여 온 경우(한일시멘트 특별생산격려금 사례, 2001다53950 판결) ▲ 매년 같은 시기에 같은 비율에 따라 지급하지 않고 회사가 일방적으로 정한 지급시기와 지급액수, 지급기준에 따라 지급하였지만, 구두류 제품 판매를 주업으로 하면서 그 역점 사업인 상품권 판매를 위해 직원들이 벌인 영업활동에 대하여 포상금을 지급한 경우(금강제화 개인포상금 사례, 2000다18127 판결) ▲ 한국산재의료원 소속 의사들에게 기본급과 제수당 외에 ‘진료포상비 지급기준’ 또는 ‘진료성과급 지급기준’에 따라 계속적·정기적으로 지급한 진료포상(한국산재의료원 의사 사례, 2010다77514 판결) ▲ 자동차 판매회사가 영업사원들에게 매월 자동차 판매수량에 따라 지급한 일정 비율의 인센티브(센트럴모터스 영업사원 사례, 2011다23149 판결) ▲ 정부산하기관 관리기본법, 공공기관의 운영에 관한 법률 등에 근거하여, 정부의 경영실적 평가결과에 따라 지급률이 정해진 공기업 경영평가성과급의 경우(한국감정원 경영평가성과급 사례, 2015두36157 판결²⁰). 한국공항공사 경영평가급 사례,

19) 2000년도 이후 판례 경향에 대하여 지급기준, 지급액수, 지급시기 등이 미리 정해져 있어 근로자에게 법적으로 보호할만한 기대권이 인정될 수 있으면 계속적, 정기적, 일률적이라는 임금의 일반요건은 다소 완화하여 해석할 수 있다는 견해도 있다.

20) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두36157 판결(한국감정원 경영평가성과급 사례)은 공공기관 경영평가성과급 중 최소공통분 이외에도 ‘경영실적 평가결과에 따라 달라질 수 있는 잔여상여금’도

2018다231536 판결) 등이 있다.

다. 부정 사례

임금성을 부정한 사례들은 ① 단체협약, 취업규칙 등에 지급근거, 지급 대상, 지급조건 등이 미리 정하여지지 아니한 점(급여규정 등에 지급근거가 있으나 다지 일반적인 근거규정만 있을 뿐 구체적인 지급기준, 지급액수, 지급시기 등에 관하여는 아무런 정함이 없는 경우도 포함), ② 생산목표 달성, 사업계획 초과, 경영실적 등 근로 제공과는 직접 관련이 없는 지급조건이 부가되어 있는 점, ③ 매년 꾸준히 지급되어 온 것이 아니라 지급과 중단이 반복되어 온 점 ④ 지급명목이 구구한 점, ⑤ 산재보험료나 평균임금 산정시에 제외하여 온 점, ⑥ 근로자가 퇴직할 당시를 기준으로 할 때 1회 지급되었을 뿐이고 향후 그 금품이 계속 지급될지 여부가 불확실한 상태였던 점 등의 사정을 들고 있다.

구체적으로 ▲ 당해 연도 경영실적에 따라 지급되는 특별상여금이 단 1회 지급되었을 뿐이고 장래 계속 지급될지 여부가 불확실하여 계속적으로 정기적으로 지급된다고 할 수 없는 경우(한진운수 사례, 97다18936 판결), ▲ 지급조건과 지급시기가 단체협약 등에 정하여져 있다고 하더라도 근로자 개인의 실적에 따라 성과급이 지급된 경우(동원증권 성과

평균임금에 해당되는지 문제된 사안이다. 대법원은 “경영평가성과급이 계속적·정기적으로 지급되고, 지급대상과 지급조건 등이 확정되어 있어 사용자에게 지급의무가 있다면, 이는 근로의 대가로 지급되는 임금의 성질을 가지므로 평균임금 산정의 기초가 되는 임금에 포함된다고 보아야 한다. 경영실적 평가 결과에 따라 그 지급여부나 지급률이 달라질 수 있다고 하더라도 그러한 이유만으로 경영평가성과급이 근로의 대가로 지급된 것이 아니라고 볼 수 없다”고 판시하면서 경영평가성과급 전체금액이 평균임금에 해당한다고 보았다.

급 사례, 2011다76328 판결)²¹⁾, ▲ 10여년 이상 매년 성과금이 지급되어 왔을지라도 급여규정이나 단체협약에 정하여진 바 없고, 매년 임금협약시 노사간 합의로 그 지급 여부나 구체적인 지급기준 등이 정해졌고, 무분규 등의 지급조건이 부가된 경우(현대미포조선 경영성과급 사례, 2003다54322 판결) 등이 있다.

3. 쟁의행위와 무노동무임금

가. 임금의 본질과 무노동무임금

대법원 1995.12.21.선고 94다26721판결은 우리 현행법상 임금을 사실상 근로를 제공한 데 대하여 지급받는 교환적 부분과 근로자로서의 지위에 기하여 받는 생활보장적 부분으로 2분할 아무런 법적 근거가 없다고 하면서(임금2분설 폐기), 모든 임금은 근로의 대상(代償)으로서 제공되는 것이라는 입장을 확고히 하였다. 이러한 대법원의 입장은 통상임금의 범위 확장에 일부 기여한 바도 있지만, 쟁의행위에 있어서 무노동무임금 원칙의 이론적 기초가 됨.

나. 쟁의행위 기간 중 임금청구

쟁의행위 기간에 대한 임금청구는 당사자간의 의사해석에 의하나, 지급

21) 대법원은 “원심이 확정된 사실관계에 의하면, 피고 회사가 영업직원에게 지급하는 이 사건 성과급은 근로자 개인의 실적에 따라 그 지급 여부와 지급액수가 결정되는 것인바, 근로자 개인의 실적에 따라 결정되는 성과급은 지급조건과 지급시기가 단체협약 등에 정하여져 있다고 하더라도 지급조건의 충족여부는 근로자 개인의 실적에 따라 달라지는 것으로서 근로자의 근로제공 자체의 대상이라고 볼 수 없으므로 임금에 해당된다 할 수 없다”고 판시함. ☞ 이에 대해서는 근로자 개인의 업무실적에 따라 지급되는 것이면 당연히 근로의 대가로서 임금으로 인정되어야 한다는 비판이 있다.

한다는 의사합치가 인정되지 않는다면 무노동무임금 원칙에 따라 임금 지급청구 어려움.

위 대법원94다26271판결의 다수 의견은 “단체협약이나 취업규칙 등에서 이를 규정하거나 그 지급에 관한 당사자 사이의 약정이나 관행이 있다고 인정되지 아니하는 한 ... 근로 제공을 하지 아니한 쟁의행위 기간 동안에는 근로 제공 의무와 대가관계에 있는 근로자의 주된 권리로서의 임금청구권은 발생하지 않는다”고 판시하면서, 쟁의행위 기간 중의 임금에 대하여 단체협약 등에서 별도로 정함이 있다면 쟁의행위 기간에 대한 임금도 청구가능하다는 것이나, 기존 단체협약등에 있는 결근자에 관한 조항은 그러한 약정으로 볼수 없다고 보고 있다.

○ 유급휴일(법정유급휴일, 약정유급휴일외에 유급휴무일, 유급휴가까지도 포함)도 임금공제의 대상이 되는 파업기간에 포함됨(2009.12.24. 대법원 2007다73277판결 등). 그러나 파업기간 중에 무급휴일이 포함되어 있다고 하더라도 그에 대한 임금을 공제할 수는 없음(2010.7.15.선고 2008다33399판결)

다. 쟁의행위 기간 중 전임자의 급여 청구

○ 대법원 2003. 9. 2. 선고 2003다4815,4822,4839판결은 아래와 같은 이유로 쟁의행위 기간 중 전임자의 급여청구권 부정함.

“... 사용자가 단체협약 등에 따라 노동조합 전임자에게 일정한 금원을

지급한다고 하더라도 이를 근로의 대가인 임금이라고 할 수는 없다. 회사와 노동조합 사이에 체결된 단체협약이 노동조합 전임자의 대우에 관하여 '회사는 전임을 이유로 일체의 불이익처우를 하지 않는다.'라고 규정하고 있는 것은, 노동조합 전임자를 근로계약상 본래의 근로제공업무에 종사하는 일반조합원보다 불리한 처우를 받지 않도록 하는 범위 안에서 노동조합 전임자에게 일정한 급여를 지급하기로 한 것이라고 할 것이므로, 일반조합원들이 무노동 무임금의 원칙에 따라 사용자로부터 파업기간 중의 임금을 지급받지 못하는 경우에는 노동조합 전임자도 일반조합원과 마찬가지로 사용자에게 급여를 청구할 수 없다는 내용으로 해석함이 상당하다.“고 판시

라. 쟁의행위 기간 중 변제기에 도달한 임금의 지급 여부

쟁의행위 기간 이전에 근로를 제공한 부분에 대한 임금은 쟁의행위 기간 중이라도 쟁의행위 기간 중이라도 당연히 지급되어야 한다. 이는 무노동무임금 원칙과 무관하다.

II. 평균임금

1. 개념

근로기준법 제2조 1항 제6호 “평균임금”이란 이를 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액을 말한다. 근로자가 취업한 후 3개월 미

만인 경우도 이에 준한다.

평균임금 산정시에는 노동자가 수령한 금원이 해당 기간 동안 지급된 “임금”인지 여부가 쟁점이 되기 때문에 평균임금을 둘러싼 논란은 주로 특정 수당 등의 “임금성” 여부에 초점이 맞추어 진다. 임금성 여부의 판단은 앞서 본 근로기준법 제2조 제5호를 기준으로 하는데, 근로기준법 시행령 제2조는 평균임금 계산에서 제외되는 기간과 임금에 대하여 정하고 있다.

평균임금에 따라 임금이나 그 외 근로자에게 지급할 급여액을 산정하는 경우는 퇴직금, 휴업수당, 연차휴가수당, 재해보상 중 휴업보상, 장해보상, 유족보상, 장의비, 일시보상, 산업재해보상보험 보험급여 중 휴업급여, 장해급여, 유족급여, 상병보상연금, 장의비등의 경우이고, 그 밖에 근로자 제재로서 감금 제한 규정에도 평균임금의 개념이 쓰이고 있다.

2. 평균임금에 산입되는 임금의 범위

가. 의의

평균임금의 산정기초가 되는 임금은 산정사유가 발생한 날 이전 3개월 간에 지급된 “임금”총액. 여기서 “임금”이란 근로기준법 제2조 제1항 제5호의 임금을 의미하므로 산정기간에 근로의 대가로서 지급된 모든 것을 포함. 이 경우 그 기간 동안 실제로 지급한 임금액뿐만 아니라 지급하지 않았더라도 임금채권으로 확정되어 있는 금액을 포함.

나. 임금 해당성 여부

평균임금의 산정기초가 되는 임금에 포함되는가의 여부는 근로법 제2조 제1항 제5호의 임금에 해당하는가의 여부에 따라 판단한다. 따라서 사용자에게 지급의무가 지워져 있고, 계속적·정기적으로 지급되며, 근로의 대가로서 지급되는 일체 금품의 경우 평균임금 산입범위에 포함된다.

3. 평균임금의 산정방법

평균임금의 산정은 원칙적으로 “산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월간에 그 근로자에 대하여 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액”으로 함. 근로자가 취업한 후 3개월 미만인 경우도 이에 준함.

$$\text{평균임금} = \frac{\text{사유가 발생한 날 이전 3월간의 임금총액}}{\text{사유가 발생한 날 이전 3월간의 총일수}}$$

4. 평균임금 산정방법

가. 사유가 발생한 날

여기서 산정하여야 할 사유가 발생한 날이란 퇴직금에 관하여는 퇴직하는 날, 휴업수당에 관하여는 휴업한 날, 재해보상에 관해서는 사상의 원인인 사고발생일 또는 진단에 의하여 질병의 발생이 확인된 날, 감급의

제한액에 관해서는 제재의 의사표시가 상대방에게 도달한 날이다.

나. 3월간의 총 일수

3월간은 90일이 아니라 기산일로부터 소급하여 역월상 3개월간에 포함 된 일수를 의미(89일 내지 92일). 즉 산정사유발생일 전날부터 역산하여 달력상의 일수를 의미함(사유발생 당일은 포함하지 않음)

예를 들어, 2020년 9월 5일 퇴사하게 되는 경우 92일이 총일수가 되며 사유발생 당일인 2020년 9월 5일은 산입하지 않음.

6월5일~ 6월30일	7월1일~ 7월31일	8월1일~ 8월 31일	9월1일~ 9월 5일	합계
26일	31일	31일	4일	92일

다. 제외되는 기간과 임금

(1) 근로기준법 시행령 제2조 제1항

근로기준법 시행령 제2조 제1항은 평균임금이 부당하게 낮아짐으로써 통상의 생활임금을 보장하려는 평균임금의 취지에 어긋나는 것을 방지 하기 위해 수습, 휴업기간, 육아휴직 등 평균임금 산정시 제외되는 기간 을 열거하고 있음.

<근로기준법 시행령 제2조>

① 수습사용중의 기간

- ② 사용자 귀책사유로 인하여 휴업한 기간
- ③ 산전후 휴가기간
- ④ 육아휴직기간
- ⑤ 쟁의행위기간
- ⑥ 병역법·향토예비군법 또는 민방위기본법에 의한 의무이행을 위하여 휴직하거나 근로하지 못한 기간. 다만, 그 기간 중 임금을 지급받은 경우에는 포함
- ⑦ 업무외 부상·질병 기타의 사유로 인하여 사용자의 승인을 얻어 휴업한 기간

(2) 근로자의 귀책사유에 직위해제·휴직기간

근로자의 귀책사유에 의한 직위해제, 휴직 등의 기간에 대하여 판례는 개인적인 범죄로 구속되어 직위해제되었던 기간은 근로기준법 시행령 제2조 제1항 소정의 어느 기간에도 해당하지 않으므로 그 기간의 일수와 그 기간 중에 지급받은 임금액은 평균임금 산정기초에서 제외될 수 없다고 함.

(3) 위법한 쟁의행위기간

대법원 2009. 5. 28. 선고 2006다17287 판결 등은 평균임금 산정에서 제외되는 ‘쟁의행위기간’이란 헌법과 노조법에 의하여 보장되는 적법한 쟁의행위로서의 주체, 목적, 절차, 수단과 방법에 관한 요건을 충족한 쟁의행위기간만을 의미한다고 하여 위법한 쟁의행위기간은 평균임금 산정시 제외될 수 없다고 함.

(4) 수습기간

판례는 산정사유 발생일 이전 3개월 동안 ‘정상적으로 급여를 받은 기간’과 ‘수습기간’이 함께 포함되어 있는 경우에 한해 그 수습기간을 제외하고 평균임금을 산정함. 따라서 수습기간이 끝나기 전에 평균임금 산정사유가 발생한 경우에는 그 수습기간을 제외하지 않고, 수습기간 중의 임금을 기준으로 평균임금을 산정.

(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)

5. 평균임금을 산정할 수 없는 경우

가. 의의

일반적인 평균임금의 산정방법에 의하여 평균임금을 산정할 수 없는 경우에는 고용노동부장관이 정하는 바에 따르게 된다.(근기법 시행령 제4조)

판례에 따르면 평균임금을 산정할 수 없는 경우란 ① 그 산정이 기술상 불가능한 경우, ② 근로기준법의 관계규정에 의하여 그 평균임금을 산정

하는 것이 현저하게 부적당한 경우를 포함한다.

판례는 시행령 제4조에서 정한 “평균임금을 정할 수 없는 사유가 발생한 경우”에 평균임금 산정방식에 관하여

① 근로자의 통상의 생활임금을 사실대로 산정할 수 있는 방법에 의하
되,(대법원 2002. 12. 27. 선고 2000다18714판결등 다수)

② ①과 같은 방법이 없는 경우 당해 근로자가 근로하고 있는 지역을
중심으로 한 일대에서 동종의 작업에 종사하고 있는 상용근로자의 평균
임금액을 표준으로 한다는 일반적 법리를 제시하였다.(대법원 1997. 11.
28. 선고 97누14798판결등 다수, 다만 이러한 판시는 주로 산재법상의
보험급여청구에 관한 사안이다.)

③ 특히 평균임금 산정기간에 근로자에 대하여 지급된 임금총액이 통상
의 사유보다 현저하게 많거나 적은 경우에는 그 특별한 사유가 계속된
기간을 산정기간에서 제외하고 그 직전의 3개월간의 임금을 기초로 하
여 평균임금을 산정함이 상당하다고 보고 있다²²⁾.(대법원 1995. 2.28. 선
고 94다8631판결, 1998.1.20. 선고 97다18936판결등)

④ 다만, 퇴직금과 관련하여 최근 선고된 2009. 10.15. 선고 2007다
72519판결은 택시기사인 근로자가 퇴직금을 더 많이 받기 위하여 의도
적으로 퇴직 직전 5개월 동안 평소보다 많은 사납금 초과 수입금을 납

22) “퇴직금제도는 근로자의 통상의 생활을 종전과 같이 보장하기 위한 것이므로 퇴직금 지급 사유가 발생하였을 때 그 지급하여야 할 금액의 산출 기초가 되는 '그 사유가 발생한 날 이전 3개월간에 그 근로자에 대하여 지급된 임금'이 특별한 사유로 인하여 통상의 경우보다 현저하게 많을 경우에도 이를 그대로 평균임금 산정의 기초로 삼는다면 이는 근로자의 통상의 생활을 종전과 같이 보장하려는 제도의 근본 취지에 어긋난다고 하지 않을 수 없고, 이러한 경우 평균임금은 근로자가 의도적으로 현저하게 평균임금을 높이기 위한 행위를 한 기간을 제외한 그 직전 3개월간의 임금을 기준으로 산정하여야 할 것이다(대법원 1995. 2. 28. 선고 94다8631 판결 참조)

부한 사안에서, 근로자가 지급받은 임금의 항목들 중 사납금 초과 수입금 부분에 대하여는 의도적인 행위를 하기 직전 3개월 동안의 임금을 기준으로 평균임금을 산정하되 ‘의도적인 행위를 한 기간 동안의 동종 근로자들의 평균적인 사납금 초과 수입금의 증가율’을 곱하여 산출하고, 이를 제외한 나머지 임금 항목들에 대하여는 퇴직 전 3개월 동안 지급받은 임금총액을 기준으로 평균임금을 산정함이 적절하다고 하였다.

나. 기술상 불가능한 경우

기술상 불가능한 경우란 ‘평균임금의 계산에서 제외되는 기간이 3월 이상인 경우’, ‘근로제공의 초일에 평균임금 산정사유가 발생한 경우’등과 같이 일반적인 평균임금 산정방법에 의하여 평균임금을 산정할 수 없는 경우에는 고용노동부장관이 정한 “평균임금 산정 특례 고시”에 따르게 된다.

평균임금산정특례고시 (노동부고시 제2015-77호)

제1조(평균임금의 계산에서 제외되는 기간이 3개월 이상인 경우) ① 「근로기준법 시행령」(이하 “영”이라 한다) 제2조제1항에 따라 평균임금의 계산에서 제외되는 기간이 3개월 이상인 경우 제외되는 기간의 최초일을 평균임금의 산정사유가 발생한 날로 보아 평균임금을 산정한다.

② 영 제5조는 제1항에 따라 평균임금을 산정할 때 이를 준용한다. 이 경우 영 제5조제1항 중 “부상 또는 질병이 발생한 달”은 “평균임금의 계산에서 제외되는 기간의 최초일이 속한 달”로 본다.

제2조(근로제공의 초일에 평균임금 산정사유가 발생한 경우) 근로를 제공한 첫 날(「근로기준법」 제35조제5호에 따라 수습기간 종료 후 첫 날을 포함한다)에 평균임금 산정사유가 발생한 경우에는 그 근로자에게 지급하기로 한 임금의 1일 평균액으로 평균임금을 추산한다.

제3조(임금이 근로자 2명 이상 일괄하여 지급되는 경우) 근로자 2명 이상을 1개조로 하여 임금을 일괄하여 지급하는 경우 개별 근로자에 대한 배분방법을 미리 정하지 않았다면 근로자의 경력, 생산실적, 실근로일수, 기술·기능, 책임, 배분에 관한 관행 등을 감안하여 근로자 1명당 임금액을 추정하여 그 금액으로 평균임금을 추산한다.

제4조(임금총액의 일부가 명확하지 아니한 경우) 평균임금의 산정기간 중에 지급된 임금의 일부를 확인할 수 없는 기간이 포함된 경우에는 그 기간을 빼고 남은 기간에 지급된 임금의 총액을 남은 기간의 총일수로 나눈 금액을 평균임금으로 본다.

제5조(임금총액의 전부가 명확하지 아니한 경우 등) 이 고시 제1조부터 제4조까지의 규정에 따라 평균임금을 산정할 수 없는 경우에는 지방고용노동관서장이 다음 각 호의 사항을 감안하여 적정하다고 결정한 금액을 해당 근로자의 평균임금으로 본다.

1. 해당 사업장이 있는 지역의 임금수준 및 물가사정에 관한 사항
2. 해당 근로자에 대한 「소득세법」 및 관련 법령에 따라 기재된 소득자별 근로소득원천징수부, 「국민연금법」·「국민건강보험법」·「고용보험법」에 따라 신고된 보수월액·소득월액·월평균임금 등에 관한 사항
3. 해당 사업장이 있는 지역의 업종과 규모가 동일하거나 유사한 사업장에서

해당 근로자와 동일한 직종에 종사한 근로자의 임금에 관한 사항

4. 해당 사업장의 근로제공기간 중에 받은 금품에 대하여 본인 또는 그 가족 등이 보유하고 있는 기록(이 경우 사업주가 인정하는 경우에만 한정한다) 등 증빙서류에 관한 사항

5. 고용노동부장관이 조사·발간하는 “고용형태별근로실태조사보고서” 및 “사업체노동력조사보고서” 등 고용노동통계에 관한 사항

제6조(재검토기한) 고용노동부장관은 이 고시에 대하여 2019년 1월 1일 기준으로 매 3년이 되는 시점(매 3년째의 12월 31일까지를 말한다)마다 그 타당성을 검토하여 개선 등의 조치를 하여야 한다.

다. 평균임금 산정이 현저히 부적당한 경우

(1) 현저히 부적당한 경우의 산정방법

판례는 평균임금 산정사유 발생일 이전 일정 기간 특별한 사유로 인하여 평균임금이 통상의 경우보다 ‘현저하게’ 적거나 많은 경우에 이를 그대로 평균임금의 산정기초로 삼는다면, 이는 근로자의 통상의 생활을 종전과 같이 보장하려는 제도의 근본취지에 어긋난다고 하여, 근로자의 통상적인 생활임금을 사실대로 반영할 수 있는 합리적이고 타당한 다른 방법으로 그 평균임금을 따로 산정하여야 한다며, 이러한 기간을 ‘제외’하고 평균임금을 산정해야 한다고 한다.²³⁾

23) 대법원 1999. 11. 22. 선고 98다49357

(2) 현저히 부적당한지 여부의 판단기준

평균임금이 현저하게 부적당한지 여부는 특수하고 우연한 사정으로 인하여 임금액 변동이 있었고, 그 때문에 위와 같이 산정된 평균임금이 근로자의 전체 근로기간, 임금액이 변동된 일정 기간의 장단, 임금액 변동의 정도 등을 비롯한 제반 사정을 종합해서 판단한다.

(3) 현저하게 부적당한 사례

(가) 3월간의 임금총액이 현저히 적은 경우

만일 직위해제나 대기발령, 징계로 인한 정직을 받은 경우나 개인의 귀책사유로 인하여 휴업한 기간 등은 평균임금 산정기간에서 제외되지 않는다. 따라서 이 경우 평균임금이 통상임금보다 저액일 경우에는 통상임금을 적용해야 한다.

다만, 판례 중 “보험회사의 영업소장으로서 그 급여의 대부분이 실적급인 능률급여로 구성되어 있어 능률급여를 제외하고 산정한 통상임금이 월 약 150만 원(휴직기간의 평균급여는 0원)이고, 이는 휴직 전의 평균임금인 월 약 500만 원의 3분의 1에도 미치지 못할 뿐만 아니라, 능률급여를 퇴직금 산정의 기초인 월평균 급여에 포함시키도록 한 원고 회사의 퇴직금 규정의 취지에도 반하게 되는 점을 고려하면...(생략)...퇴직금 산정기준으로서의 평균임금은 원칙적으로 근로자의 통상의 생활임금을 사실대로 반영하는 것을 그 기본원리로 하고, 이는 장기간의 휴직 등과 같은 특수한 사정이 없었더라면 산정될 수 있는 평균임금 상당액이

라 할 것인바, 앞서 본 피고의 급여실태와 원고 회사의 퇴직금 규정, 근로자의 퇴직 직전의 기간이 그 통상의 생활임금을 가장 잘 반영하고 있다고 보아 그 퇴직 직전 기간의 임금을 기준으로 평균임금을 산정하는 것으로 규정하고 있는 근로기준법의 규정 취지에 비추어, 피고의 평균임금(월평균 급여)은 그 휴직 전 3개월간의 임금을 기준으로 하여 산정함이 상당하다”며, 휴직기간의 평균급여는 0원이었는데, 통상임금이 기존 평균임금의 1/3에도 못 미쳤다하여 현저하게 부당하다고 본 사안에 한해서 휴직 전 3개월의 임금을 기준으로 하여 산정하라고 한 사안이 있다²⁴⁾.

(나) 3월간의 임금총액이 현저히 많은 경우

특정기간에 야근이나 잔업을 많이 하여 평균임금이 평상시에 비하여 현저히 많은 경우는 이를 평균임금으로 인정하지 않고 평상시 근무를 하였으면 받았을 임금을 기간으로 산정한다.

판례 역시 평균임금 산정기간에 근로자에 대하여 지급된 임금총액이 통상의 사유보다 현저하게 많은 경우에는 그 특별한 사유가 계속된 기간을 산정기간에서 제외하고 그 직전의 3개월간의 임금을 기초로 평균임금을 산정함이 타당하다고 판시하였다.²⁵⁾

24) 대법원 1999.11.12. 선고 98다49357 판결

25) 대법원 1995. 2. 28선고 94다8631 판결

Ⅲ. 통상임금

1. 근로기준법 시행령 규정

제6조 (통상임금) ①법과 이 영에서 “통상임금”이란 근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정(소정)근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액을 말한다.

2. 통상임금의 의의 및 기능

○ 통상임금이란 통상의 근로일이나 근로시간에 대해 노동자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액을 말함.

○ 이런 통상임금은 해고예고수당, 연장, 야간, 휴일 근로의 가산임금, 연,월차유급휴가수당, 주휴수당, 평균임금의 최저한도 보장의 산정기초 됨. 즉 통상임금은 이러한 각종 수당 등을 산정하기 위한 도구개념으로 사전적, 평가적 성격을 가짐.

○ 통상임금이 적게 계산되었으면, 각종 시간외 수당과 휴가수당도 적게 지급된 것임(최근 3년분 임금체불문제 발생되고, 평균임금에도 영향을 미침)

3. 통상임금의 판단기준

○ 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결과 같은

날 선고된 2012다94643 전원합의체 판결을 통해 통상임금의 범위와 판단표지가 다소 구체화되긴 하였지만 실무에서는 여전히 어떤 종류의 임금이 통상임금에 속하는 것인가에 관하여 다툼이 있고, 위 대법원 전원합의체 판결에서 실시한 판단표지들 역시 여전히 해석다툼의 여지가 커서 각 사업장들의 다양한 취업규칙 내용들에 실제적으로 적용됨에 있어 하급심 판결들은 매우 상반된 판단들을 내리고 있는 것들이 속출되고 있어 아직 통상임금 범위를 명백히 정립하는 것에는 어려움이 있음. 이에 이하에서는 위 대법원 전원합의체 판결에서 실시한 내용들만을 기초로 간단히 통상임금의 판단기준을 정리하도록 하겠음.

가. 대법원 전원합의체 판결 내용

	2012다89399 판결	2012다94643 판결
판단 대상 임금	① 정기상여금 판단	② 설·추석 상여금, 하기휴가비, 김장보너스, 단체보험료 등 판단
재직자 지급 요건 또는 중도퇴사자 요건 적용 여부	정기상여금의 통상임금성 판단하면서 재직자 지급 여부 또는 중도퇴사자 일할 지급 여부를 고정성 판단 기준으로 삼지는 않음	명시적으로 ②의 수당들의 통상임금성 판단하면서 재직자 지급 여부를 고정성 판단 기준으로 실시함

나. 소정근로의 대가

소정근로의 대가라 함은 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공

하기로 정한 근로에 관하여 사용자와 근로자가 지급하기로 약정한 금품을 말한다. 근로자가 소정근로시간을 초과하여 근로를 제공하거나 근로계약에서 제공하기로 정한 근로 외의 근로를 특별히 제공함으로써 사용자로부터 추가로 지급받는 임금이나 소정근로시간의 근로와는 관련 없이 지급받는 임금은 소정근로의 대가라 할 수 없으므로 통상임금에 속하지 아니한다

- 소정근로시간약정에 따라 지급하는 대가가 아니라 소정근로시간 외의 근로에 대해 지급하는 시간외수당 등의 임금은 통상임금에 포함되지 않음.

다. 정기성

통상임금에 속하기 위한 성질을 갖춘 임금이 1개월을 넘는 기간마다 정기적으로 지급되는 경우, 이는 노사간의 합의 등에 따라 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하는 근로의 대가가 1개월을 넘는 기간마다 분할지급되고 있는 것일 뿐, 그러한 사정 때문에 갑자기 그 임금이 소정근로의 대가로서의 성질을 상실하거나 정기성을 상실하게 되는 것이 아님은 분명하다. 따라서 정기상여금과 같이 일정한 주기로 지급되는 임금의 경우 단지 그 지급주기가 1개월을 넘는다는 사정만으로 그 임금이 통상임금에서 제외된다고 할 수는 없다

- 1개월 넘는 기간마다 정기적으로 지급되는 임금의 통상임금성 여부에 대해 다툼이 있어 왔는데, 위 전원합의체 판결은 이 경우에도 정기성을 충족하는 것으로 명확히 판시함.

라. 일률성

‘일률적’으로 지급되는 것에는 ‘모든 근로자’에게 지급되는 것뿐만 아니라 ‘일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자’에게 지급되는 것도 포함된다. 여기서 ‘일정한 조건’이란 고정적이고 평균적인 임금을 산출하려는 통상임금의 개념에 비추어 볼 때 고정적인 조건이어야 한다.....단체협약이나 취업규칙 등에 휴직자나 복직자 또는 징계대상자 등에 대하여 특정 임금에 대한 지급 제한사유를 규정하고 있다 하더라도, 이는 해당 근로자의 개인적인 특수성을 고려하여 그 임금 지급을 제한하고 있는 것에 불과하므로, 그러한 사정을 들어 정상적인 근로관계를 유지하는 근로자에 대하여 그 임금 지급의 일률성을 부정할 것은 아니다.....일정 범위의 모든 근로자에게 지급된 임금이 일률성을 갖추고 있는지 판단하는 잣대인 ‘일정한 조건 또는 기준’은 통상임금이 소정근로의 가치를 평가한 개념이라는 점을 고려할 때, 작업 내용이나 기술, 경력 등과 같이 소정근로의 가치 평가와 관련된 조건이라야 한다

○ 통상임금에서의 일률성이 ‘모든 근로자’에게 지급되는 것뿐만 아니라 ‘일정한 조건 또는 기준에 달한 모든 근로자’에게 지급되는 것도 포함된다는 기존 대법원 입장을 재확인함.

○ 다음과 같은 유형으로 휴직자, 복직자, 징계대상자 등에 대하여 특정 임금에 대한 지급 제한사유를 규정하고 있다 하더라도 그러한 지급제한 사유는 ‘일정한 조건 또는 기준’을 모든 근로자에게 일률적으로 적용하는 것이므로 일률성이 인정됨.

ex) 단체협약00조(상여금 지급기준)

① 2개월 이상 장기 휴직한 후 복직한 자에 대한 상여적용율은 다음 각호와 같다.

1. 지급대상기간 2개월 만근 : 100%
2. 지급대상기간 중 1개월 이상 근무 : 70%
3. 지급대상기간 중 1개월 미만 근무 : 30%

② 휴직자에 대한 상여적용율은 다음 각호와 같다.

1. 지급대상기간 중 15일 미만 휴직 : 100%
2. 지급대상기간 중 1개월 미만 휴직 : 70%
3. 지급대상기간 중 2개월 이상 휴직 : 지급제외

○ 일률성의 잣대인 ‘일정한 조건 또는 기준’은 통상임금이 소정근로의 가치를 평가한 개념이라는 점을 고려할 때, 작업 내용이나 기술, 경력 등과 같이 소정근로의 가치 평가와 관련된 조건이라야 한다는 기준을 새롭게 제시함.

ex) 1. 부양가족이 있는 근로자에게만 지급되는 가족수당 : 소정근로의 가치 평가와 무관한 사항을 조건으로 하여 지급되는 것이므로 그 조건에 해당하는 모든 근로자에게 지급되었다 하더라도 ‘일정한 조건 또는 기준’에 따른 것이라 할 수 없어 ‘일률성’이 인정되지 않음.

2. 모든 근로자에게 기본금액을 가족수당 명목으로 지급하면서 실제 부양가족이 있는 근로자에게는 일정액을 추가적으로 지급하는 경우 : 기본금액은 소정근로에 대한 대가로 ‘일률적’으로 지급되므로 통상임금에 해당.

3. 기술수당, 자격수당, 격오지수당, 직책수당, 품위유지비와 같이 작업

내용이나 기술 등과 관련된 내용의 임금 : 통상임금에 해당될 수 있음.

마. 고정성

“어떤 임금이 통상임금에 속하기 위해서는 그것이 고정적으로 지급되어야 한다. 이는 통상임금을 다른 일반적인 임금이나 평균임금과 확연히 구분 짓는 요소로서 앞서 본 바와 같이 통상임금이 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금을 산정하는 기준임금으로 기능하기 위하여서는 그것이 미리 확정되어 있어야 한다는 요청에서 도출되는 본질적인 성질이다.....‘고정성’이라 함은 ‘근로자가 제공한 근로에 대하여 그 업적, 성과 기타의 추가적인 조건과 관계없이 당연히 지급될 것이 확정되어 있는 성질’을 말하고, ‘고정적인 임금’은 ‘임금의 명칭 여하를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연히하고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금’이라고 정의할 수 있다.”

○ 전원합의체 판결은 ‘고정성’을 통상임금과 다른 일반적인 임금 및 평균임금과 확연히 구분 짓는 요소라고 하고, 고정성에 대한 새로운 판단표지를 제시함.

○ 전원합의체 판결은 “임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연히하고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금”이 고정성을 갖춘 임금이고, 근로자가 소정근로를 제공하더라도 ‘추가적인 조건’을 충족하여야 지급되는 임금이나, 그 조건 충족 여부에 따라 지급액이 변동되는 임금 부

분은 고정성이 없다고 하였음.

○ “당연히 지급될 것이 확정”된 임금인지 “지급여부 및 지급액이 변동”되는 임금인지에 대한 판단시점은 “가산임금 산정시점(연장·야간·휴일 근로를 한 날)”임.

○ 따라서 가산임금 산정시점을 기준으로 장차 지급받을 것이 “확정”된 임금은 통상임금이지만, 가산임금 산정시점 이후에 발생한 사정에 따라 지급여부 및 지급액이 변동되어 가산임금 산정시점을 기준으로 지급이 확정되지 않은 임금은 통상임금에 포함되지 않는다는 것임.

4. 유형별 판단

(1) 근속기간, 근무일수, 근무실적 등에 연동하는 임금의 고정성

구 분	예 시	판 단
■ 근속기간에 연동하는 임금 <u>일정 근속기간 이상을 재직할 것을 지급조건으로 하거나, 또는 일정 근속기간을 기준으로 하여 임금의 계산 방법을 달리하거나 근속기간 별로 지급액을 달리하는 경우와 같이 지급 여부나 지급액이 근속기간에 연동하는 임금 유형</u>	단체협약 제00조(상여금 지급기준) 근속 1년 미만인 자의 상여금 지급은 다음 각호와 같다. 1. 6개월 미만 : 기준금액의 100% 2. 3개월이상 6개월 미만 : 기준금액의 75% 3. 1개월이상 3개월 미만 : 기준금액의 50% 4. 1개월 미만 : 미지급	일률성○ 고정성○

■ 근무일수에 연동하는 임금 1 매 근무일마다 일정액의 임금을 지급하기로 정함으로써 근무일수에 따라 일할계산하여 임금이 지급되는 경우(근무일수를 기준으로 계산방법을 달리 정하지 않고, 단순히 근무일수에 따라 일할계산하여 지급하는 경우도 동일)	단체협약 제00조(식대) 근로자가 출근한 날을 기준으로 금 6,000원을 식대로 지급한다.	고정성○
■ 근무일수에 연동하는 임금 2 일정 근무일수를 충족하여야만 지급되는 임금은 소정근로를 제공하는 외에 일정 근무일수의 충족이라는 추가적인 조건을 성취하여야 비로소 지급되는 것이고, 이러한 조건의 성취 여부는 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 확인할 수 없는 불확실한 조건이므로 고정성을 갖춘 것이라 할 수 없음	단체협약 제00조(정근수당) 근로자가 월 20일 이상 만근하는 경우에는 금 100,000원을 지급한다.	고정성×
■ 근무일수에 연동하는 임	단체협약 제00조(근무수당)	고정성○

금 3 <u>일정 근무일수를 기준으로</u> <u>계산방법 또는 지급액이 달</u> <u>라지는 경우에도 소정근로를</u> <u>제공하면 적어도 일정액 이</u> <u>상의 임금이 지급될 것이 확</u> <u>정되어 있다면 그와 같이 최</u> <u>소한도로 확정되어 있는 범</u> <u>위에서는 고정성을 인정</u>	월간 근무일수가 15일 이상이 면 200,000원을 지급하고, 15 일 미만이면 근무일수에 따라 위 금액을 일할계산하여 지급 한다.	
■ 특정시점에 재직중인 근로자에게만 지급하는 임금 근로자가 소정근로를 했는 지 여부와는 관계없이 지급 일 기타 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기 로 정해져 있는 임금은 그 특정 시점에 재직 중일 것이 임금을 지급받을 수 있는 자 격요건이 된다. 그 임금은 이른바 ‘소정근로’에 대한 대가의 성질을 가지는 것이 라고 보기 어려울 뿐 아니라 근로자가 임의의 날에 근로 를 제공하더라도 그 특정 시 점이 도래하기 전에 퇴직하 면 당해 임금을 전혀 지급받 지 못하여 근로자가 임의의	- <u>설·추석상여금, 하기휴가</u> <u>비, 선물비, 생일자지원금 등 1</u> <u>년에 1회 지급되는 복리후생적</u> <u>급여</u> - ‘지급일 현재 재직 중’ 이라는 지급조건이 반드시 취 업규칙이나 단체협약에 명시될 필요는 없음. 대법원은 노사간 지급일에 재직 중일 것이라는 조건을 임금을 지급받을 수 있 는 자격요건으로 부가하는 ‘명시적 또는 묵시적 합의가 이루어졌다거나 그러한 관행이 확립’되어 있다면 고정성이 부정될 수 있다고 봄. - 또한 ‘지급일 현재 재직 중’인 근로자에게만 지급되는 성격의 급여라고 하더라도, 노	소 정 근 로 의 대가× 고정성×

<u>날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 그 지급 조건이 성취될지 여부는 불확실하므로, 고정성도 결여한 것으로 보아야 한다.</u>	<u>사 관행 등에 의해 실질적으로 퇴직시점까지의 근무일수에 비례하여 그 급여를 정산해 왔다면 고정성이 인정될 수 있음.</u>	
■ 퇴직시 근무일수에 비례하여 임금지급 근로자가 특정 시점 전에 퇴직하더라도 그 근무일수에 비례한 만큼의 임금이 지급되는 경우에는 앞서 본 매 근무일마다 지급되는 임금과 실질적인 차이가 없으므로, 근무일수에 비례하여 지급되는 한도에서는 고정성이 인정됨.	단체협약 제00조(정기상여금지급기준) 퇴사자의 경우 근무한 일수 만큼 일할계산 지급한다.	고정성○
■ 특수한 기술, 경력 등을 조건으로 하는 임금	단체협약 제00조(자격수당) 대형운전면허소지자에게 자격수당 월 50,000원을 지급한다.	고정성○
■ 근무실적의 최하등급시에 도 지급되는 최소한도의 지급액 지급 대상기간에 이루어진 근로자의 근무실적을 평가하여 이를 토대로 지급 여부나	단체협약 제00조(성과급) 반기별로 6월과 12월에 근로자의 실적을 A, B, C, D 등급으로 나누어 다음 각호와 같이 성과급을 지급한다. 1. A등급 : 기본급의 400%	기 본 급 의 100%는 고정성○

지급액이 정해지는 임금은 일반적으로 고정성이 부정된다. 그러나 근무실적에 관하여 최하 등급을 받더라도 일정액을 지급하는 경우와 같이 <u>최소한도의 지급이 확정</u>되어 있다면, 그 <u>최소한도의</u> 임금은 고정적 임금.	2. B등급 : 기본급의 300% 3. C등급 : 기본급의 200% 4. D등급 : 기본급의 100%	
■ 전년도 근무실적에 따라 당해연도 지급액이 정해진 경우 근로자의 전년도 근무실적에 따라 당해 연도에 특정 임금의 지급 여부나 지급액을 정하는 경우, 당해 연도에는 그 임금의 지급 여부나 지급액이 확정적이므로 당해 연도에 있어 그 임금은 고정적인 임금	단체협약 제00조(업적연봉) ①전년도의 인사평가를 한 다음 당해 연도의 업적연봉을 결정하고 이를 12개월로 나누어 지급한다. ②월 기본급의 700%는 전년도의 인사평가와 상관없이 모든 근로자에게 업적연봉으로 지급한다. ③평가에 따른 업적연봉의 차등 인상분은 “A : 100%, B : 75%, C : 50%, D : 25%, E : 0%”이다.	고정성○
■ 지급금액이 노사협의로 결정되는 경우 지급액을 결정하기 위한 객관적인 기준 없이 단지 사후에 노사협의를 통해 그 지	단체협약 제00조(김장보너스) 회사는 김장철에 김장보너스를 지급하며, 지급금액은 노사협의하여 지급한다. - 이에 따라 김장보너스는	고정성×

급액을 정하도록 한 경우라면 그 지급액이 사전에 확정되어 있다고 볼 수 없음	지급 직전에 노사협의를 통해 정해졌는데, 2007년부터 2009년까지는 220,000원, 2010년에는 240,000원으로 정해짐.	
--	---	--

(2) 기타

○ 주휴수당

판례는 ‘근로자에게 월급으로 임금을 지급할 경우 그 월급에는 근로기준법 제55조 소정의 유급휴일에 대한 임금이 포함되어 있다’고 하면서, ‘유급휴일에 대한 임금은 원래 소정근로일수를 개근한 근로자에게만 지급하는 것으로서 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금이라고 할 수 없’다며 주휴수당의 통상임금성을 부정(97다28421 판결).²⁶⁾

○ 가족수당, 자녀교육수당, 학비보조금 등

판례는 모든 근로자에게 기본금액을 가족수당 명목으로 지급하면서 실제 부양가족이 있는 근로자에게는 일정금액을 추가적으로 지급하는 경우 그 기본금액 또한 소정근로에 대한 대가인 통상임금으로 보았고(2012다10980 판결, 2013다69705 판결), 가족수당, 학비보조금 등 부양가족이나 취학자녀 유무, 자녀수에 따라 지급 여부나 지급액이 정해지는 급여는 통상임금이 아니라고 봄(2003다30777 판결 등).

26) 주휴수당은 최저임금의 비교대상임금에는 포함된다.

○ 특수근무 여건 하의 근로제공에 대한 수당

버스, 택시, 화물자동차, 선박, 항공기 등에서 운행·항해·항공 등의 업무에 종사하였을 때나 광산 등 채광현장 근무를 하였을 때 지급되는 승무수상, 항공수당, 항해수당, 입갱수당 등 명목의 돈은 통상임금에 해당한다(90다카6948 판결). 판례는 전년도 온도측정에 따라 확정된 고열등급대로 같은 공정 내의 직원들에게 지급된 고열작업수당 명목의 돈이 통상임금에 해당하는지 여부에 관해 일정한 공정에 투입된 고열작업장 종사라는 조건은 고정적인 조건으로 보아야 한다고 하면서 통상임금성을 인정하였으나(2004다41217), 일정한 거리를 초과하여 운행을 했을 때 일정액으로 지급된 이른바 연장킬로수당과 안내원 없이 버스를 운행했을 때 일정액으로 지급된 이른바 개폐수당(92다7306 판결), 일정 시간 이상 승무 내지 이·착륙을 해야 지급되는 이른바 비행수당(95다36817 판결), 국내선 탑승에 한하여 이·착륙 횟수에 따라 지급되는 이·착륙 수당(95다24074 판결), 대학 내로 운행하는 차량을 운전한 버스기사에게 운행일수에 따라 지급된 운행수당(2017다277184 판결) 등에 대해서는 실제 근무실적에 비례하여 지급된 것이라고 하여 통상임금성을 부정

○ 식대

식사제공이나 식대가 근로자 전원에게 급식수당 형식으로 일률적으로 지급되고, 그 식대가 매월 일정액으로 지급되었다면 통상임금에 해당(99다10806 판결), 그러나 시내버스 운전자들에게 1일 식권 3장으로 교부하거나 시외버스 운전자들에게 현금으로 지급한 식대가 은혜적으로 지

급하거나 실비변상적으로 성격을 가진 것으로서 통상임금에 해당되지 않는다고 본 사례가 있다(2013다7660 판결).

○ 복지포인트

주로 공공기관에서 지급되는 복지포인트의 통상임금성 여부를 두고 하급심 판결들이 엇갈렸는데, 대법원 전원합의체 2019. 8. 22. 선고 2016다48785 판결은 복지포인트가 근로기준법에서 정한 임금과 통상임금이 아니라고 보았다. 전원합의체 다수의견은 선택적 복지제도는 근로복지기본법에 기초한 것으로 근로복지의 개념에서 임금은 제외되고 있는 점, 그 연혁과 도입경위를 살펴볼 때 본래 임금성을 가진 복지수당 위주에서 벗어나기 위해 제도가 도입된 점, 여행, 건강관리, 문화생활 등으로 사용용도가 제한되어 있고 1년 내 사용하지 않으면 이월되지 않고 소멸되는 등 근로제공의 대가에 따른 생계의 기초라고 볼 수 없는 점, 근로제공과 무관하게 통상 매년 초에 일괄하여 배정되는 점, 선택적 복지제도를 도입한 개별 사업장에서 복지포인트는 단체협약이나 취업규칙 등에서 보수나 임금으로 명시하지 않는 경우가 대부분 인 점 등을 이유로 들었다.

5. 상여금의 통상임금성

가. 전원합의체 판결 이후 대법원 판결

○ 2014. 2. 13. 선고 2011다86287 판결(KEC)

“이 사건 하기휴가비 및 설-추석상여금은 단체협약에 의하여 근로자가

소정근로를 했는지 여부와는 관계없이 그 지급기준일에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정해져 있는 임금으로서, 위와 같은 불확실한 조건이 그 지급의 자격요건이 되는 것이므로 통상임금의 징표로서의 고정성이 결여”

○ 2014. 5. 29. 선고 2011다116871 판결(한국지엠-생산직)

이 사건 정기상여금은 근속기간에 따라 지급 여부와 지급액이 달라지는 하나, 일정 근속기간에 이른 근로자에 대해서는 일정액의 상여금이 확정적으로 지급되는 것으로서, 소정근로를 제공하기만 하면 그 지급이 확정된 것이라고 볼 수 있어 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금인 통상임금에 해당한다. 또한 휴직 후 복직한 근로자의 경우 복직 시점에 따라 이 사건 정기상여금의 지급액이 달라지지만, 이는 해당 근로자의 개인적인 특수성을 고려하여 지급액에 차등을 둔 것에 불과하므로, 이러한 사정을 들어 이 사건 정기상여금의 통상임금성을 부정할 것은 아니다.

제82조(상여금 지급기준) 회사는 정기상여금 지급시 통상임금 지급기준으로 30시간 가산 지급한다.

제83조(상여금 지급방법) 회사는 노조원에게 다음과 같이 상여금을 지급한다.

1. 2, 4, 5, 6, 8, 10, 12월 말일에 100%씩 지급한다.
2. 노조원의 근속년수가 1개월 이상 3개월 미만일 때는 지급액의 50%, 3개월 이상 6개월 미만일 경우에는 지급액의 75%, 6개월 이상일 경우에는 지급액의 100%를 지급한다.

3. 본인 귀책사유로 휴직 후 복직하는 노조원에 한하여 복직하는 날이 상여금 지급 15일 전인 경우에는 지급액의 100%, 15일 미만인 경우에는 일할 계산하여 지급한다.

제86조(근속기간)

1. 근속기간은 휴직기간 및 정직기간을 포함한다.

○ 2015. 11. 26. 선고 2013다69705판결, 2015. 11. 27. 선고 2012다 10980 판결(한국지엠-사무직)

업적연봉이 비록 전년도 인사평가 결과에 따라 그 인상분이 달라질 수 있기는 하지만, 일단 전년도 인사평가 결과를 바탕으로 한 인상분이 정해질 경우 월 기본급의 700%에 그 인상분을 더한 금액이 해당 연도의 근무실적과는 관계없이 해당 연도 근로의 대가로 액수 변동 없이 지급되는 것으로서, 근로자가 소정근로를 제공하기만 하면 그 지급이 확정된 것이라고 볼 수 있어, 모두 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금인 통상임금에 해당한다고 할 것이다. 그리고 업무 외의 상병으로 인한 휴직자에게는 업적연봉이 지급되지 아니하나, 이는 해당 근로자의 개인적인 특수성을 고려하여 지급 여부에 차등을 둔 것에 불과하므로, 그러한 사정만을 들어 업적연봉의 통상임금성을 부정할 것은 아니다.

○ 2014. 8. 20. 선고 2013다10017 판결(성남시내버스)

승무원 임금협정에서 정하는 바에 따라 승무원들 중 해당 월에 13일 이상을 승무(만근)한 근로자만을 대상으로 하여, 그 중 6개월을 초과하여 근무한 자에게는 매월 330,000원의 상여금을, 1년 이상 계속 근무한 자

에게는 1년당 10,000원씩을 가산한 근속수당을 지급한 경우, 위 상여금과 근속수당은 그 지급여부가 실제 근무성적에 따라 좌우되어 고정적 임금이라고 할 수 없으므로 통상임금에 해당하지 않는다.

나. 하급심 판결의 경향

(1) 지급일 당시 재직자 기준 (소위 재직자 요건)

(가) 중도퇴직자에 지급하지 않는다 혹은 지급일 당시 재직 중인 자에 한(限)한다는 조항이 있는 경우

○ 부산고법(대우여객) 판결²⁷⁾ ☞ 단체협약에서 “재직 중인자에 한하여 지급한다”고 되어있었고 실제 지급도 그렇게 되었던 사안에서 고정성 부정

“정기상여금은 1년 이상 근속하고 지급기준일에 재직하고 있는 자에 한하여 월 만근임금의 380%를 기준으로 4분하여 지급하는 것으로서, 근로자가 임의의 날에 근로를 제공하더라도 그 특정시점이 도래하기 전에 퇴직하면 당해 임금을 전혀 지급받지 못하여 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 그 지급조건이 성취될지 여부가 불확실하므로, 고정성이 없어 통상임금에 포함되지 않는다.”

○ 서울고법(삼양교통) 판결²⁸⁾

27) 부산고등법원 2014. 1. 18. 선고 2012나7816, 2012나7823, 2012나7830, 2012나7847판결 (대법원 2014다11208로 계류 중)

28) 서울북부지방법원 2015. 7. 15. 선고 2014가합20572 판결(1심) / 서울고등법원 2016. 4. 18. 선고 2015나2045114판결(2심) / 현재 대법원 계류 중(2016다220426사건)

단체협약에 “회사는 재직하고 있는 조합원에게 연 6회(연 600%)로 구분하여 근무성적에 따라 다음과 같이 지급한다. 단, 입사일로부터 6개월간은 지급하지 않는다.”고 되어 있고, 단체협약에 따라 2009년부터 2014년까지 중도 퇴직한 사람에게 근무기간에 상관없이 상여금을 지급하지 않은 사실을 인정된다. 위와 같이 피고 소속 근로자가 임의의 날에 근로를 제공하더라도 상여금 지급산정기간 완성 전에 퇴직할 경우 해당 기간의 이 사건 상여금을 전혀 받을 수 없다면, 근로자가 근로를 제공하는 시점에서는 이를 받을 수 있을지 확실하였다고 볼 수 없으므로 고정적인 임금이 아니다.

○ 서울고법(세아베스틸) 판결²⁹⁾ 정기상여금에 부가된 재직자조건이 무효라고 본 사안

정기상여금에 부가된 재직자조건은, 그날그날의 근로제공에 의하여 이미 발생한 임금을, 그 이후의 실제 지급일에 이르러 재직이라는 사실에 따라 지급여부만을 정하는 조건으로서, ‘지급’에 관한 조건에 해당한다. 재직자조건이 부가된 정기상여금은 그 발생에 대한 약정이 있고 그날그날의 근로제공으로 인하여 그 몫의 임금인 정기상여금이 이미 발생하였음에도 지급일 전에 퇴직한 근로자의 경우 재직자조건으로 인하여 결과적

29) 서울고등법원 2018. 12. 18. 선고 2017나2025282 판결(현대 대법원 2019다204876 사건으로 계속 중). 같은 취지로 부산고등법원 2019. 9. 18. 선고 2018나55282 판결(한국산업안전공단 사건)이 있다. 위 고등법원 판결은 대법원 1981.11.24. 선고 81다카174 판결의 취지(정근로의 대가성이 뚜렷한 임금의 경우 재직자에게만 지급하는 명시적인 규정이나 관행 등이 있다고 하더라도 이는 강행규정인 근로기준법에 반하므로 임금체불로 보아야 한다는 취지)를 “고정적 금액이 계속적·정기적으로 지급되는 형태의 정기상여금은 임금, 즉 근로의 대가에 해당하고, 그 지급기간이 수개월 단위인 경우에도 이는 근로의 대가를 수개월간 누적하여 후불하는 것에 불과하다. 그러므로 정기상여금의 지급일 이전에 퇴직하는 근로자도 퇴직 전에 자신이 실제로 제공한 근로에 상응하는 정기상여금에 대하여는 근로의 대가로서 당연히 그 지급을 청구할 수 있어야 한다”고 판시하였다.

으로 이를 지급 받지 못하게 되는 것이다. 따라서 사용자가 정기상여금에 일방적으로 재직자조건을 부가하여 지급일 전에 퇴직하는 근로자에 대하여 이미 제공한 근로에 상응하는 부분까지도 지급하지 아니하는 것은 기발생 임금에 대한 일방적인 부지급을 선언하는 것으로서 그 유효성을 인정할 수 없다. 정기상여금이 기본급에 준하는 임금으로서의 실질을 가진다고 보는 이상, 재직자조건의 유효성을 판단함에 있어서도 기본급과 정기상여금을 달리 취급하여야 할 합리적인 이유를 찾을 수 없다.

(나) 지급일 당시 재직자에 지급한다는 조항이 있는 경우

○ 부산지법(르노삼성)판결³⁰⁾

지급시점에 재직 중인 직원에 한하여 매년 짝수월에 정기상여금으로 지급되, 결근자 및 휴직자 등에게는 일할지급한 사안에서, 정기상여금의 지급형태에 비추어 회사는 소속 근로자의 근로가치를 평가하고 그에 대한 대가로서 정기상여금을 지급하였던 것으로 보이고, 소정근로 대가 성격이 뚜렷한 정기상여금을 퇴직자들에게 지급하지 않기로 한 단체협약 등이 오히려 근로기준법의 취지에 반한다고 볼 여지가 있다는 점 등을 근거로 정기상여금의 통상임금성 인정

○ 창원지법(르노삼성)판결³¹⁾

정기상여금의 지급실태와 관행에 대하여 보건데, 피고의 급여지급 규정은 정기상여금의 지급시기를 짝수월 급여지급일로 하고 지급기준을 지

30) 부산지법 2014.10.10. 선고 2011가합27496판결(항소심에서 소취하로 사건 종결)

31) 창원지법 2015.2.5. 선고 2011가합11382판결

급일이 속한 달의 전월 및 전전월로 하되 지급시점에 재직 중인 사원에 게 지급함을 명시하고 있고, 실제로 피고는 정기상여금의 지급 기준 기간 말일인 홀수월 말일 이전에 퇴직한 근로자에게는 지급 기간 중 근무한 날이 있더라도 해당 기간의 정기상여금을 전혀 지급하지 않았으며, 급여 중 적지 않은 부분을 차지하는 정기상여금이 전혀 지급되지 않은 위와 같은 경우에도 사대위나 노동조합 또는 근로자 개인이 이를 문제 삼거나 이의를 제기한 바 없다. 그렇다면 피고와 근로자들 사이에서 정기상여금은 위 급여지급규정에서 정한 바와 같이 그 지급기준 기간 말일인 홀수 월 말일에 재직 중인 근로자에게만 지급한다는 묵시적인 합의가 성립되었거나 적어도 그러한 관행이 확립되었다고 봄이 상당하고, 이에 의하면 정기상여금은 소정 근로의 제공외에 지급기준 기간 말일 재직이라는 추가적인 조건을 충족하여야 지급되는 것이므로 결국 고정적인 임금이라고 할 수 없다.

(다) 지급일 조항만 있는 경우

○ 부산고법(부산광역시 사하구)판결³²⁾

“정기상여금은 원고들의 근로제공과 밀접하게 관련되어 지급된 것으로서, 정기상여금의 특성상 매월 월급 형태로 지급되는 것이 아니지만 2008년 노사합의에서 미리 정해놓은 지급시기와 지급비율을 적용하여 산정한 금액에 따라, 기말수당의 경우 매년 3월, 6월, 9월, 12월 말일에, 정근수당의 경우 매년 1월, 7월 말일에, 체력단련비의 경우 매년 4월, 5

32) 부산고법 2014.10.23.선고 2012나50711판결(원고들은 도로관리원 및 환경미화원) / 같은 취지로 울산지법 2014.11.19.선고 2012가합1012판결 등

월, 8월, 10월, 11월 말일에 근로자들에게 정기적·일률적으로 일정액이 지급되어 왔다. 이러한 정기상여금의 지급시기, 지급기준, 지급비율 등에 비추어 정기상여금은 정기일 지급 임금의 성격을 띠고 있어, 단체협약 및 노사합의에서 정기상여금의 지급이 재직에 연동되는지 여부에 관하여 아무런 정함이 없는 것은 정기상여금 지급을 재직에 연동시키지 않기로 정한 것으로 봄이 타당하다. 한편 을 제11, 14호증의 각 기재에 의하면 피고가 일부 퇴직하는 도로관리원 및 환경미화원들에게 상여금을 일할계산하여 지급하지 않은 사실을 인정할 수 있으나, 앞서 본 정기상여금의 성격에 비추어 이러한 인정사실만으로 노사간에 정기상여금의 지급을 재직에 연동시키기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의가 이루어졌다거나 노사관행이 확립된 것으로 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 고정성이 없어 통상임금에 해당하지 않는다는 피고의 위 주장도 이유 없다.”

○ 서울고법(대동운수)판결³³⁾

단체협약에 “상여금은 전 조합원에게 월만근 기준 통상 임금의 연200%를 매년 분기 말일(3,6,9,12월)에 분할하여 지급하며, 매 분기별 만근기준(48일)에 미달한자는 근무일수에 따라 일할 계산 지급한다”고 된 사안

기말수당, 정근수당, 체력단련비를 상여금으로 지급한 사안에서 “기업의 특정 관행이 근로계약의 내용이 되려면, 관행이 기업에서 일반적으로 근

33) 서울고등법원(춘천) 2014. 11. 26. 선고 2013나1551판결

로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 기업의 구성원들이 아무도 이의를 제기하지 않고 당연한 것으로 받아들여서 기업 내부에서 사실상의 제도가 되었다고 할 수 있을 정도여야 하고(대법원 2014. 2. 27. 선고 2011나109531판결), 근로자가 임금의 일종인 상여금을 포기하려면 명백한 의사표시가 필요한 것이지, 회사가 일방적으로 상여금 지급을 중지하고, 근로자들이 그와 같은 조치에 관하여 별다른 이의없이 근무하여 왔다는 사정만으로 장래에 발생할 상여금 청구권을 포기하였다고 볼 수 없는 것(대법원 1999. 6. 11. 선고 98다22185판결)이므로, 앞서 본바와 같이 피고가 퇴직한 일부 근로자들에게 상여금을 지급하지 않았다는 것만으로는 피고와 근로자들이 상여금 지급을 재직 여부와 연동하기로 합의하였다거나 그러한 내용의 노사 관행을 확립한 것으로 볼 수 없다. 결국 상여금이 재직 여부에 따라 그 지급을 달리하여 고정성이 없다고 볼 수 없다.”

○ 광주고법(목포시)판결³⁴⁾

1년에 450~550%지급되는 상여금³⁵⁾의 통상임금성을 인정. 정기상여금을 중간퇴직자에게 지급하지 않는다는 사실상의 관행이 있다고 하더라도, 그 관행의 규범성에 대하여 근로자들이나 노동조합의 명시적 승인 내지 소송당사자들의 소송과정에서의 승인이 없는 한, 그 관행을 쉽게 규범적인 사실로 인정할 수 없다고 하여 (근로자들에게 불리한) 노동관행이 규범으로서 성립하는 요건을 엄격하게 판시.

34) 광주고등법원 2014. 8. 20. 선고 2013나11194판결(원고들은 환경미화원)

35) 기말수당, 정근수당, 체력단련비의 합계

○ 창원지법(KBR)판결³⁶⁾

단체협약과 취업규칙에서 연 800%의 상여금을 2,4,6,7,9,10,12월에 각 100%씩 지급한다고 정하였을 뿐 추가적인 조건을 정하지 않은 사안, 취업규칙상 채용,승급,감봉,휴직,퇴직 등의 경우 발령 당일부터(또는 발령 당일까지)일할 계산한다는 규정이 있음. 재직 중인 근로자이기는 하나, 근무일수에 따라 일할계산하여 지급한 사례가 있었음.

중도퇴직자에게 상여금을 지급하지 않은 사례가 6년간 24건 있었으나 이러한 사례들만 가지고 노사간의 명시적 합의의 결과 또는 피고가 근로자 전체에 통일적으로 적용될 근로조건에 관하여 정한 준칙인 이 사건 단체협약과 취업규칙에 우선하는 의미를 두어 상여금 지급일에 재직 중인 근로자에게만 상여금을 지급한다는 묵시적 합의 혹은 관행이 확립되었다고 추단할 수 없다.

다. 일정 근무일수 요건

○ 서울고등법원(현대자동차)판결³⁷⁾

“1. 상여금 세칙에 따라 15일 이상 근무일수 충족을 조건으로 하여 이 사건 상여금을 지급받아 왔거나 또는 피고와 이 사건 노동조합 사이에 15일 이상 근무일수 충족을 상여금의 지급조건으로 하는 묵시적 노사합의가 이루어졌거나 그러한 관행이 규범화된 것으로 판단되는 바, 상여

36) 창원지법 2014.11.20. 선고 2013가합7073판결

37) 구 현대자동차서비스 소속이었던 원고들의 상여금만 인정하고 구 현대자동차 및 현대정공 소속이었던 원고들은 부정. 서울고등법원 2015. 11. 27. 선고 2015나2009033판결

금 세칙의 지급제외자 규정에 따라 ‘기준기간 중 15일 이상 근무하여야 한다’는 추가적인 조건이 성취되어야 지급되는 이 사건 상여금은 고정성을 갖추지 못하여, 통상임금에 해당한다고 볼 수 없다.

라. 감율 규정

○ 부산고법(현대중공업)판결³⁸⁾

급여세칙에 1회 결근시 3%, 지각 1회시 1%, 견책 1건당 3%씩 기간상여를 감액하여 지급하는 감액규정을 둔 사안에서, 감율규정은 상여금의 지급의무는 인정된 채 결근, 징계 등의 사유가 있을 때의 제대로서 지급 비율을 감액하는 사유와 그 비율을 정한 규정일 뿐, 지급제외자를 설정하거나 이를 지급받기 위한 추가적인 조건을 설정하는 규정은 아니라는 점 등을 근거로 기간상여의 통상임금성 인정

○ 부산고법(창원)(S&T중공업)판결³⁹⁾

“무단결근, 지각, 견책, 출근정지, 정직은 근로자가 성실하게 근로를 제공할 의무의 최소한을 지키지 않는 경우로서 징계사유에 해당하는바, 이러한 예외적인 사유에 근거한 사후적인 감액을 정한 것은 이 사건 정기 상여금에 관하여 소정근로 외에 추가적인 조건을 정한 것이라고 할 수 없어 고정성을 인정하는데 방해가 되지 않는다.”

38) 부산고법 2016.1.13. 선고 2015나1888판결. 통상임금성은 인정하였으나 신이칙 적용으로 원고청구 기각. 현재 대법원 2016다7975 사건으로 상고심 계속 중

39) 부산고법(창원) 2015나604판결, 창원지법 2015.. 2. 5. 선고 2012가합4381, 2013가합7479판결, (현재 대법원 2016다45670 사건으로 계속 중)

6. 정기상여금과 신의칙

가. 전원합의체 다수의견

신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖추고, 근기법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 그 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다

전합 판결에 따라 추가임금의 청구가 허용되지 않는 ‘신의칙의 적용 요건’은 ① 정기상여금의 경우에만 신의칙이 적용되며, ② 노사가 정기상여금이 통상임금에 해당하지 않는다고 신뢰한 상태에서 이를 통상임금에서 제외하는 노사합의로 임금수준을 정하고, ③ 이후 근로자가 노사합의의 무효를 주장하며 추가임금을 청구하는 경우 예측하지 못한 재정적 부담으로 기업에 중대한 경영상 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 할 수 있다는 사정이 있어야 한다.

나. 최근 대법원 판결 ☞ 신의칙 요건 엄격히 적용

대법원은 최근 “근로관계를 규율하는 강행규정보다 신의칙을 우선하여 적용할 것인지를 판단할 때에는 근로조건의 최저기준을 정하여 근로자의 기본적 생활을 보장·향상시키고자 하는 근로기준법 등의 입법 취지를 충분히 고려할 필요가 있다. 또한 기업을 경영하는 주체는 사용자이고, 기업의 경영 상황은 기업 내·외부의 여러 경제적·사회적 사정에 따라 수시로 변할 수 있으므로, 통상임금 재산정에 따른 근로자의 추가 법정수

당 청구를 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업 존립을 위태롭게 한다는 이유로 배척한다면, 기업 경영에 따른 위험을 사실상 근로자에게 전가하는 결과가 초래될 수 있다. 따라서 근로자의 추가 법정수당 청구가 사용자에게 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하여 신의칙에 위반되는지는 신중하고 엄격하게 판단하여야 한다.”⁴⁰⁾고 판시하고 있다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다217287 판결, 대법원 2019. 4. 23. 선고 2014다27807 판결, 대법원 2019. 4. 23. 선고 2016다37167 판결, 대법원 2019. 7. 4. 선고 2014다41581 판결 등).

7. 통상임금의 산정(구체적인 계산 중심으로)

가. 시간급 원칙

(1) 통상임금은 시간급으로 산정함이 원칙인데, 이는 통상임금을 계산기초로 사용하는 근로조건 즉, 연장, 야간, 휴일근로가산수당이 시간단위로 산정되고, 각종 법정수당이 근로시간에 대한 임금으로 책정되기 때문임.

제6조 (통상임금) ②제1항에 따른 통상임금을 시간급 금액으로 산정할 경우에는 다음 각 호의 방법에 따라 산정된 금액으로 한다.

1. 시간급 금액으로 정한 임금은 그 금액
2. 일급 금액으로 정한 임금은 그 금액을 1일의 소정근로시간 수로 나눈 금액
3. 주급 금액으로 정한 임금은 그 금액을 주의 통상임금 산정 기준시간 수(법

40) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다217287

제2조제1항제7호에 따른 주의 소정근로시간과 소정근로시간 외에 유급으로 처리되는 시간을 합산한 시간)로 나눈 금액

4. 월급 금액으로 정한 임금은 그 금액을 월의 통상임금 산정 기준시간 수(주의 통상임금 산정 기준시간 수에 1년 동안의 평균 주의 수를 곱한 시간을 12로 나눈 시간)로 나눈 금액

5. 일·주·월 외의 일정한 기간으로 정한 임금은 제2호부터 제4호까지의 규정에 준하여 산정된 금액

6. 도급 금액으로 정한 임금은 그 임금 산정 기간에서 도급제에 따라 계산된 임금의 총액을 해당 임금 산정 기간(임금 마감일이 있는 경우에는 임금 마감기간을 말한다)의 총 근로 시간 수로 나눈 금액

7. 근로자가 받는 임금이 제1호부터 제6호까지의 규정에서 정한 둘 이상의 임금으로 되어 있는 경우에는 제1호부터 제6호까지의 규정에 따라 각각 산정된 금액을 합산한 금액

③제1항에 따른 통상임금을 일급 금액으로 산정할 때에는 제2항에 따른 시간급 금액에 1일의 소정근로시간 수를 곱하여 계산한다.

(2) 즉, 일급, 주급, 월급 형태로 지급된 임금이 통상임금에 해당하는 경우, ‘시간급 통상임금’은 특정 기간의 ‘통상임금 총액’을 그 특정 기간의 ‘통상임금 산정 기준시간수’로 나누어 구해야 함

$$\text{시간급 통상임금} = \frac{\text{통상임금 총액}}{\text{통상임금 산정 기준시간수}}$$

○ 분자(통상임금 총액)가 커지면 시간급 통상임금이 늘어나고, 분모(총

근로시간 수)가 커지면 시간급 통상임금이 줄어듬

○ 분자(통상임금 총액)는 ‘클수록’ 근로자에게 유리하고, 작을수록 사용자에게 유리함

○ 분모(총 근로시간 수)는 ‘작을수록’ 근로자에게 유리하고, 클수록 사용자에게 유리함

(3) 소정근로시간 1주 40시간 월급제 사업장의 경우

○ 토요일 무급휴일

월 통상임금 총액	월통상임금총액
(주 소정근로 40시간 + 주휴유급 8시간) ÷ 7일 × 365일 ÷ 12월	= 209

○ 토요일 4시간 유급

월 통상임금 총액	월통상임금총액
(주 소정근로 40시간 + 주휴유급 8시간 + 토요일 유급 4시간) ÷ 7일 × 365일 ÷ 12월	= 226

○ 토요일 8시간 유급

월 통상임금 총액	월통상임금총액
(주 소정근로 40시간 + 주휴유급 8시간 + 토요일 유급 8시간) ÷ 7일 × 365일 ÷ 12월	= 243

(4) 통상시급의 산정 문제 사례(2015다73067 전원합의체 판결)

근로기준법이 정한 기준근로시간(1일 8시간, 1주 40시간)을 초과하는 약정 근로시간에 대한 임금으로서 월급 형태로 지급되는 고정수당을 시간급 통상임금으로 환산하는 경우 시간급 통상임금 산정의 기준이 되는 총 근로시간 수에 포함되는 약정 근로시간 수를 산정하는 방법

(가) 사안의 개요

① 단체협약 등에서 임금산출 기준이 되는 1일 근로시간을 기본근로시간 8시간에 5시간의 연장근로(그중 30분은 야간근로시간)라고 정한 버스 회사 사안에서, ② 원고들은 근무일마다 근로기준법이 정한 기준근로시간을 초과하는 위 약정 근로시간(1일 8시간 + 연장 4.5 + 야간 0.5) 동안 근로하였고, ③ 위 약정 근로시간에 대한 대가로 월 기본급 외에도 월급 또는 일급 형태의 각종 고정수당(근속수당, 승무수당, 연초수당, 운전자 공제회비, 식대, 상여금)을 지급, ④ 버스 운전기사로 근무하다 퇴직한 원고들이 회사를 상대로 각종 고정수당(근속수당, 승무수당, 연초수당, 운전자 공제회비, 식대, 상여금)이 통상임금에 추가되어야 하고, 이를 기초로 각종 법정수당의 차액을 구하는 통상임금 소송을 제기함. ⑤ 위 각종 고정수당들은 원심 혹은 대법원에서 통상임금성이 인정되었는데(다만, 일부는 기간에 따라 다름), 그 고정수당을 시간급 통상임금으로 환산하기 위한 기준이 되는 ‘총 근로시간 수’의 산정을 어떻게 할 것인가가 문제된 사안임.

(나) 종전 판결

대법원은 근로자가 근로기준법 제50조의 기준근로시간을 초과하는 약정 근로시간에 대한 임금으로 매월 고정수당을 지급받았다면, 고정수당에는 통상임금으로 볼 수 없는 구 근로기준법(2018. 3. 20. 법률 제15513호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 근로기준법’이라 한다) 제55조 소정의 유급휴일에 대응하는 부분과 근로기준법 제56조 소정의 연장·야간근로에 대응하는 부분이 포함되어 있어 그 통상임금을 확정하기가 곤란하므로, 이러한 경우에는 근로자가 유급휴일에 근무한 것으로 의제하여 이를 약정 근로시간과 합하여 총 근로시간을 산정한 후, 고정수당을 총 근로시간 수로 나누는 방식에 의하여 시간급 통상임금을 산정하여도 무방하다고 보고, 총 근로시간 수에 포함되는 약정 근로시간 수 중 연장근로시간과 야간근로시간을 산정할 때에는 가산수당 산정을 위한 ‘가산율을 고려하여야 한다’는 취지로 판단하여 왔다(대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결, 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011다6106 판결, 대법원 2014. 8. 28. 선고 2013다74363 판결 등. 이하 ‘종전 판결’이라 한다).

(다) 대법원 2020. 1. 22. 선고 2015다73067 전원합의체 판결

근로기준법이 정한 기준근로시간을 초과하는 약정 근로시간에 대한 임금으로서 월급 형태로 지급되는 고정수당을 시간급 통상임금으로 환산하는 경우, 시간급 통상임금 산정의 기준이 되는 총 근로시간 수에 포함되는 약정 근로시간 수를 산정할 때는 특별한 정함이 없는 한 근로자가 실제로 근로를 제공하기로 약정한 시간 수 자체를 합산하여야 하는 것이지, 가산수당 산정을 위한 ‘가산율’을 고려한 연장근로시간 수와 야간

근로시간 수를 합산할 것은 아니다. 종전 판결의 해당 부분 판단은 부당하므로 더이상 유지하기 어렵다.

☞ 사례에서 바뀐 판례 따라 구한 ‘월급으로 정한 통상임금의 시간급 통상임금 산정을 위한 시간 수’ :

[1주 기본근로 40시간 + 주휴근로^{의제} 8시간 + (연장근로 22.5시간 ~~× 가산율 1.5~~) + (야간근로 2.5시간 ~~× 가산율 2.0~~) × 365일 ÷ 12월 ÷ 7일]

(라) 판례의 의미

대법원 전원합의체 판결은 기존 대법판결에 대한 비판을 수용하여 판례를 변경한 것으로 그 결론은 매우 타당하나, 이번 대법 판결이 적용되기 위해서는 위 “사건 개요”에서 보듯이 몇 가지 전제가 필요하다.

① 즉, 기존 근로시간(1일 8시간, 1주 40시간)을 초과하는 연장,야간, 휴일근로 등에 대한 약정이 존재하고, ② 그 약정한 근로시간에 대하여 각종 고정수당이 지급되었어야 하고, ③ 그 고정수당이 (기존에는 통상임금에 포함되지 않았지만) 법적으로 통상임금으로 인정되어야 하며, ④ 각 고정수당들을 시급으로 전환하는 방법에 대하여 당사자간 별다른 약정이 존재하지 않아야 함.

☞ 따라서, 위 판결이 사업장 임금에 적용되는지 판단하기 위해서는 먼저 i) 어떤 수당에 소정근로를 초과하는 근로시간에 대한 대가까지 포

함하고 있는지 여부, ii) 만약 그런 경우라면 일/주/월급 단위로 지급되는 그 수당을 시급으로 전환하는 방법에 관하여 노사간 명확히 합의된 사항이 있는지를 순서대로 검토해야 함.

IV. 최저임금

1. 최저임금제도란

연 도	2017년	2018년	2019년	2020년
최저임금	6,470	7,530	8,350	8,590
인상액	440	1,060	820	240
인상율	7.3%	16.4%	10.9%	2.9%
월급액 (월 209시간)	1,352,230	1,573,770	1,745,150	1,795,310

최저임금제도란 국가가 최저임금을 정하여 사용자로 하여금 노동자에게 그 금액 이상의 임금수준을 보장하도록 법률로서 강제함으로써 노동자의 최저 생활을 보장하는 제도로써 최저임금법에 의해 규율된다. 최저임금법에 따라 사용자는 최저임금의 적용을 받는 노동자에 대하여는 최저임금 이상의 임금을 지급하여야 하고, 이를 위반하면 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌칙이 적용된다. 한편 최저임금액에 미달하는 임금을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하며, 무효로 된 부분은 최저임금으로 정한 것으로 봅니다.

2. 최저임금 미달의 판단

최저임금 산입 대상 임금 (①)	<	최저시급 (2020년 8,590원)	최저임금법 위반
최저임금 산정 기준 시간 (②)			

사업장에서 노동자가 지급받는 임금이 최저임금에 위반되는지 여부를 판단하려면, 1) 지급받는 임금에서 최저임금에 포함되는 임금만을 가려서, 2) 이를 시간당 임금으로 환산하여(시급통상임금산출방식과 유사), 3) 고시된 최저임금과 비교하면 된다.

- 시간급의 경우 : 시간급과 시간급 최저임금과 그대로 비교
- 일급의 경우 : 일급÷일 소정근로시간수로 산정한 임금과 시간급 최저임금 비교
- 월급의 경우 : 월급÷월 소정근로시간수로 산정한 임금과 시간급 최저임금 비교

3. 최저임금 산정 기준 시간(분모)

- 주 또는 월 단위로 정해진 임금을 최저임금의 적용을 위한 시간급으로 환산할 때 주 또는 월 단위로 정해진 임금을 해당 기간 동안의 소정근로시간과 「근로기준법」 제55조제1항에 따라 주어야 하는 유급휴일에 해당하는 시간을 합산한 시간 수로 나누도록 명문화(2018. 12. 31. 최저임금법 시행령 개정)
 - 소정근로시간수 + 주휴시간수 ☞ 분모에 포함
 - 약정유급휴일시간수 ☞ 분자에서 제외

<최저임금법 시행령>

제5조(최저임금의 적용을 위한 임금의 환산) ① 근로자의 임금을 정하는 단위가 된 기간이 그 근로자에게 적용되는 최저임금액을 정할 때의 단위가 된 기간과 다른 경우에는 그 근로자에 대한 임금을 다음 각 호의 구분에 따라 시간에 대한 임금으로 환산한다. <개정 2018. 12. 31.>

1. **일(日) 단위로 정해진 임금:** 그 금액을 1일의 소정근로시간 수로 나눈 금액

2. **주(週) 단위로 정해진 임금:** 그 금액을 1주의 최저임금 적용기준 시간 수(1주 동안의 소정근로시간 수와 「근로기준법」 제55조제1항에 따라 유급으로 처리되는 시간 수를 합산한 시간 수를 말한다)로 나눈 금액

3. **월(月) 단위로 정해진 임금:** 그 금액을 1개월의 최저임금 적용기준 시간 수(제2호에 따른 1주의 최저임금 적용기준 시간 수에 1년 동안의 평균의 주의 수를 곱한 시간을 12로 나눈 시간 수를 말한다)로 나눈 금액

4. **시간·일·주 또는 월 외의 일정 기간을 단위로 정해진 임금:** 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하여 산정(算定)한 금액

② **생산고에 따른 임금지급제나 그 밖의 도급제로 정해진 임금**은 그 임금 산정기간(임금 마감일이 있는 경우에는 임금 마감기간을 말한다. 이하 이 항에서 같다)의 임금 총액을 그 임금 산정기간 동안의 총근로시간 수로 나눈 금액을 시간에 대한 임금으로 한다.

③ 근로자가 받는 임금이 제1항이나 제2항에서 정한 둘 이상의 임금으로 되어 있는 경우에는 해당 부분을 대하여 각각 해당 규정에 따라 환산한 금액의 합산액을 그 근로자의 시간에 대한 임금으로 한다.

④ 근로자의 임금을 정한 단위가 된 기간의 소정근로시간 수가 그 근로자에게 적용되는 최저임금액을 정할 때의 단위가 된 기간의 근로시간 수와 다른 경우에는 제1항 각 호의 구분에 따라 그 근로자의 임금

을 시간에 대한 임금으로 환산한다.

4. 최저임금 산입 대상 또는 제외 범위(분자)

○ 최저임금 산입 대상 ; 매월 1회 이상 정기적으로 지급되는 임금 & 산입제외 임금에 해당하지 않을 것

<최저임금법>

제6조(최저임금의 효력)

- ① 사용자는 최저임금의 적용을 받는 근로자에게 최저임금액 이상의 임금을 지급하여야 한다.
- ② 사용자는 이 법에 따른 최저임금을 이유로 종전의 임금수준을 낮추어서는 아니 된다.
- ③ 최저임금의 적용을 받는 근로자와 사용자 사이의 근로계약 중 최저임금액에 미치지 못하는 금액을 임금으로 정한 부분은 무효로 하며, 이 경우 무효로 된 부분은 이 법으로 정한 최저임금액과 동일한 임금을 지급하기로 한 것으로 본다.
- ④ 제1항과 제3항에 따른 임금에는 매월 1회 이상 정기적으로 지급하는 임금을 산입(算入)한다. ☞ **최저임금에 산입하는 임금은 매월 1회 이상 정기적 지급하는 임금**

다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 임금은 산입하지 아니한다.

<개정 2018. 6. 12.>

1. 「근로기준법」 제2조제1항제8호에 따른 소정(所定)근로시간(이하 “소정근로시간”이라 한다) 또는 소정의 근로일에 대하여 지급하는 임금 외의 임금으로서 고용노동부령으로 정하는 임금 ☞ **미산입**

<최저임금법 시행규칙>

제2조(최저임금의 범위)

- ① 「최저임금법」(이하 "법"이라 한다) 제6조제4항제1호에서 "고용노동부령으로 정하는 임금"이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.
1. 연장근로 또는 휴일근로에 대한 임금 및 연장·야간 또는 휴일 근로에 대한 가산임금
 2. 「근로기준법」 제60조에 따른 연차 유급휴가의 미사용수당
 3. 유급으로 처리되는 휴일(「근로기준법」 제55조제1항에 따른 유급휴일은 제외한다)에 대한 임금
 4. 그 밖에 명칭에 관계없이 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 것으로 인정되는 임금

2. 상여금, 그 밖에 이에 준하는 것으로서 고용노동부령으로 정하는 임금의 월 지급액 중 해당 연도 시간급 최저임금액을 기준으로 산정된 월 환산액의 100분의 25에 해당하는 부분 ☞ **2024년까지 단계적 산입**

〈최저임금법 시행규칙〉

제2조(최저임금의 범위)

- ② 법 제6조제4항제2호에서 "고용노동부령으로 정하는 임금"이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.
1. 1개월을 초과하는 기간에 걸친 해당 사유에 따라 산정하는 상여금, 장려가급(), 능률수당 또는 근속수당
 2. 1개월을 초과하는 기간의 출근성적에 따라 지급하는 정근수당

3. 식비, 숙박비, 교통비 등 근로자의 생활 보조 또는 복리후생을 위한 성질의 임금으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것 ☞ **2024년까지 단계적 산입**
- 가. 통화 이외의 것으로 지급하는 임금
- 나. 통화로 지급하는 임금의 월 지급액 중 해당 연도 시간급 최저임금

액을 기준으로 산정된 월 환산액의 100분의 7에 해당하는 부분

○ 매월 정기상여금 그 밖에 이에 준하는 것으로 인정되는 임금  단계적 산입(최저임금법 부칙 제2조 제1항)

매월 1회 이상 지급되는 정기상여금은 2019년부터 최저임금액의 월 100분의 25에 해당하는 부분(2019년 최저임금 기준으로 월 상여금 중 약 43만 원)을 제외한 나머지가 전부 최저임금 산입하며, 단계적으로 산입범위를 늘려 2024년에는 정기상여금 전액이 최저임금 산입된다.

[정기상여금의 최저임금 미산입 비율]

연 도	2019	2020	2021	2022	2023	2024
정기상여금	25%	20%	15%	10%	5%	0%

○ 매월 복리후생비로 통화로 지급하는 임금  단계적 산입(최저임금법 부칙 제2조 제2항).

매월 1회 이상 지급되는 식대, 숙박비, 교통비 등 근로자의 생활 보조 또는 복리후생을 위한 성질의 임금으로 통화로 지급하는 임금은 2019년부터 최저임금액의 월 100분의 7에 해당하는 부분(2018년 최저임금 기준으로 월 복리후생비 중 약 12만 원)을 제외한 나머지가 전부 최저임금 산입하며, 단계적으로 산입범위를 늘려 2024년에는 복리후생비로 통화로 지급하는 임금 전액이 최저임금 산입된다.

[현금성 복리후생비의 최저임금 미산입 비율]

연 도	2019	2020	2021	2022	2023	2024
현금성 복리후생비	7%	5%	3%	2%	1%	0%

○ 최저임금 산입 및 제외 범위 정리

구분			산입여부
매월 지급	소정근로 이외 의 임금	① 연장·휴일근로에 대한 임금 및 연장·야간 또는 휴일근로에 대한 가산임금	미산입
		② 연차유급휴가 미사용수당	
		③ 법정주휴일을 제외한 유급휴일에 대한 임금	
		④ 그밖에 명칭에 상관없이 위 ①, ②, ③에 준하는 임금	
	상여금, 그밖에 이에 준하는 임 금	1개월을 초과하는 사유에 따라 산정되는 상여금, 장려가금, 근속수당	단계적으로 산입
		1개월을 초과하는 기간의 출근 성적에 따라 지급하는 정근수당	
	생활보조, 복리 후생성 임금	통화 이외의 것으로 지급	미산입
		통화로 지급	산입
위 임금을 제외한 매월 1회 이상 정기적으로 지급되는 임금		산입	
1개월을 초과하여 지급되는 임금		미산입	

4. 취업규칙 변경절차의 특례 도입

최저임금법 (2018. 6. 12. 개정, 2019. 1. 1. 시행)
제6조의2(최저임금 산입을 위한 취업규칙 변경절차의 특례) 사용자가 제6조제4항에 따라 산입되는 임금에 포함시키기 위하여 1개월을 초과하는 주기로 지급하는 임금을 총액의 변동 없이 매월 지급하는 것으로 취업규칙을 변경하려는 경우에는 「근로기준법」 제94조제1항에도 불구하고 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다.
제28조(벌칙) ③ 제6조의2를 위반하여 의견을 듣지 아니한 자는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

격월, 분기 등 1개월을 초과하는 주기로 지급하던 상여금 등 임금을 총액의 변동 없이 매월 지급하는 식으로 쪼개기를 하는 내용으로 취업규칙을 변경하는 것은 최저임금법 위반만을 피하기 위한 것으로 노동자에게 불리하다고 볼 수 있다(2018. 1. 고용노동부 해석).

이러한 취업규칙 불이익 변경시에는 과반수 노동조합 또는 노동자 과반수의 “동의”를 받아야 하는 것이 근로기준법 제94조상 원칙이다. 그런데 개정법은 이를 불이익변경으로 보지 않는 것으로 하여, 동의가 아니라 “의견 청취”만 하면 된다고 규정하였다. → 하지만 단체협약은 취업규칙보다 우위에 있으므로 임금 지급주기 등 임금체계를 변경하고자 할 때에는 노동조합과의 합의가 필요하다. 한편, 노동부는 위 규정은 일반적

인 취업규칙 변경 절차의 특례인 점을 고려하여, 과반수 노동조합이 없는 경우 단순한 개별적 의견 청취보다는 ‘집단적 의사교환방식을 통한 의견청취’가 바람직하다고 한다. 하지만 의견청취 절차를 거치지 않았어도 취업규칙 변경이 무효는 아니라는 입장이다.

5. 최저임금과 통상임금의 비교(구별)

	최저임금	통상임금
산입임금 (분자)	매월 1회 이상 정기적 지급 & 산입제외 범위 아닐 것	소정 근로의 대가 & 정기성 & 일률성 & 고정성
기준시간 (분모)	소정근로시간 + 법정 주휴시간	소정근로시간 + 유급 처리되는 시간

○ 최저임금 비교대상임금과 통상임금의 기준을 구별하는 것이 타당하다는 주장은 헌법적 근거 및 입법취지에서 구별되므로 최저임금 산입범위와 통상임금을 일치시켜야 할 입법적 필요가 없다고 하고,

○ 구별이 타당하지 않다는 주장은 법적 안정성 및 통일성의 원칙에 비춰 볼 때 최저임금 산입범위는 통상임금 개념에 맞춰야 하므로, 최저임금법 및 시행규칙의 개정이 필요하다고 본다. 무엇보다 최저임금의 비교대상임금과 통상임금이 범위가 서로 달라 혼란을 초래한다. 판례 법리가 통상임금 판단 기준에 고정성을 요구하는데 고정성 판단은 논란도 많다. 누구나 쉽게 이해하여 최저임금법과 근로기준법의 준수 여부를 판단할

수 있도록 관련 법령의 개정이 필요하다.

6. 통상임금이 최저임금액보다 낮은 경우 통상임금의 계산 방법

가. 의의

○ 최저임금 위반인 경우 그 자체로 최저임금법 위반이기도 하지만, 최저임금 위반 차액분은 근로자가 받았어야 할 임금이므로 연장근로수당(통상임금을 기준으로 계산) 등을 재산정하여 지급하여야 하는 사항도 발생.

○ 그런데 연장·야간근로에 대한 기본임금(100%)은 최저임금 이상 지급해야 하나, 연장·야간근로에 대한 가산임금(50%)에 대해서는 시급으로 정한 통상임금이 최저임금에 미달한다 하여 최저임금을 기초로 지급하여야 할 필요가 없다고 본 행정해석(2011.10.14. 근로개선정책과 - 3589)등이 존재하여 혼란을 야기시켰고,

○ 최근 대법원 2017. 12. 28. 선고 2014다49074 판결은 통상임금과 최저임금은 다른 개념으로 통상임금이 최저임금액을 하한으로 하는 것은 아니라며, “최저임금의 적용을 받는 근로자에게 있어서 비교대상 임금 총액이 최저임금액보다 적은 경우에는 비교대상 임금 총액이 최저임금액으로 증액되어야 하므로, 이에 따라 비교대상 임금에 산입된 개개의 임금도 증액되고 그 증액된 개개의 임금 중 통상임금에 해당하는 임금들을 기준으로 통상임금이 새롭게 산정될 수 있다”고 보았다.⁴¹⁾

41) 위 대법원 판결의 파기환송심인 부산고등법원 2019. 7. 11. 선고 2018나18 판결(다시 상고하여 현재 대법원 2019다18426 사건으로 계속중)은 최저임금에 미달하여 임금이 증액될 때 통상임금을 계산하는 방식으로 ① 최저임금의 비교대상임금을 증액하여 최저임금 위반을 해소(가령 기본급, 근

나. 고용노동부는 2019. 12. 11. 『통상임금의 최저임금 미달 시 연장근로수당 등 산정방법』이라는 행정지침 발표

○ 통상임금은 최저임금과 별개의 개념이며, 최저임금법은 연장근로에 대한 임금 및 가산수당의 수준에 대해서는 규율하지 않고 있어, 연장근로에 대한 임금 및 가산수당 등의 산정기준인 통상임금이 최저임금에 미달하더라도 최저임금법 위반으로 볼 수는 없다,

○ 통상임금은 최저임금과 별개의 개념이고, 연장근로에 대해 기본임금(100%)은 최저임금을 기준으로 가산수당(50%)은 통상임금을 기준으로 각 구분·산정하여 지급할 근거도 없으므로, 통상임금이 최저임금에 미달하더라도 최저임금 위반으로 볼 수 없고, 통상임금이 최저임금보다 낮더라도 통상임금을 기준으로 연장근로에 대한 임금(100%) 및 가산수당(50%)을 산정하여야 한다((2011.10.14. 근로개선정책과 - 3589 폐기)

다. 사업장에서 사용자들의 예상되는 썸수에 대한 대비 필요

○ 법과 판례가 통상임금과 최저임금을 다른 개념으로 보고 있고, 통상임금이 최저임금에 미달하더라도 그 자체로 최저임금법 위반이 아니라고 보므로 사용자들은 이를 악용할 수 있음.

속수당, 주휴수당이 비교대상임금에 포함된다면 각 임금이 비교대상임금에서 차지하는 비율에 따라 증액) ② 증액된 금액을 기준으로 통상임금을 재산정. 이 때 통상임금에 포함되지 않은 임금(주휴수당)은 빼고 포함되는 임금(기본급과 근속수당)만 더하여 통상임금을 계산. ③ 새롭게 구한 시간급 통상시급을 기초로 법정수당을 계산의 순으로 산정하였다.

○ 가령, 최저임금에는 포함되나 (고정성이 없도록 하여) 통상임금에는 포함되지 않는 임금항목을 만들어 최저임금법위반 위반은 피하고 통상임금은 낮추어 각종 법정수당을 낮게 지급할 수 있음.

V. 포괄임금약정

1. 의의

포괄임금약정이란 ① 기본급을 미리 산정하지 아니한 채 법정수당까지 포함된 금액을 월급여액이나 일당임금으로 정하거나 ② 기본급을 미리 산정하면서도 법정 제 수당을 구분하지 아니한 채 일정액을 법정 제 수당으로 정하여 지급하는 임금산정방식을 의미한다. 포괄임금약정은 근로법상 임금계산의 원칙에 대한 예외로서 판례법리에 의해 인정되는 임금산정방식이다.

<정액급제 사례>

- ▶ A는 1일 24시간씩 격일 근무하기로 하고, 월 임금을 150만원으로 함
- ▶ B는 09시부터 21시까지 근무하기로 하고, 일당을 10만원으로 함

<정액수당제 사례>

- ▶ C는 연장·야간·휴일수당을 기본급의 25%로 함
- ▶ D는 연장·야간·휴일수당을 매월 10만원으로 함

포괄임금약정은 근로법의 임금과 근로시간 규정을 사실상 형해화 하는 관행으로서 사용자의 입장에서는 매우 편리한 제도이고, 한편으로는 연장근로수당 등의 법정수당의 지급을 회피하는 수단으로도 활용된다.

포괄임금약정이 무분별하게 남용되는 경우에, 근로자는 실근로시간에 대한 임금을 제대로 지급받지 못하는 문제가 발생하게 된다.

2. 근로기준법상 임금 계산의 원칙

근로기준법 제17조에 따르면 사용자는 근로계약 체결시에 임금과 소정근로시간 등을 명시해야 하고, 동법 제56조는 연장·야간·휴일근로에 대하여 통상임금 50% 이상을 가산하여 지급해야 한다고 규정하고 있다. 이러한 규정에 따르면, 사용자는 근로계약을 체결함에 있어서 기본급을 결정하고 이를 기초로 하여 근로자가 실제로 근무한 근로시간에 따라 연장근로·야간근로·휴일근로 등이 있으면 그에 상응하는 연장근로수당·야간근로수당·휴일근로수당 등의 법정수당을 산정하여 지급하는 것이 원칙이다.

즉, 근로기준법에 따른 원칙적인 임금계산 방식은 기본급을 미리 정한 후에 실제의 연장·야간·휴일근로에 대한 가산임금은 사후에 계산하는 것이다.

3. 포괄임금약정의 유효 요건

가. 근로시간 산정이 어려운 경우일 것

1) 판례

원칙적인 임금지급방법은 근로시간 수의 산정을 전제로 한 것인데, 예

외적으로 감시단속적 근로 등과 같이 근로시간, 근로형태와 업무의 성질을 고려할 때 근로시간의 산정이 어려운 것으로 인정되는 경우가 있을 수 있고, 이러한 경우에 근로시간 수에 상관없이 일정액의 법정수당을 지급하는 포괄임금제가 허용될 수 있다.

따라서 근로시간의 산정이 어려운 경우가 아니라면 달리 근로기준법상의 근로시간에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 앞서 본 바와 같은 근로기준법상의 근로시간에 따른 임금지급의 원칙이 적용되어야 할 것이므로, 이러한 경우에도 근로시간 수에 상관없이 일정액을 법정수당으로 지급하는 내용의 포괄임금제 방식의 임금 지급계약을 체결하는 것은 그것이 근로기준법이 정한 근로시간에 관한 규제를 위반하는 이상 허용될 수 없다. 즉, 근로시간 산정이 어려운 경우가 아니라면 포괄임금제는 허용될 수 없다.

2) 근로시간 산정이 어려운 경우란?

“근로시간 산정이 어려운 경우”란 근로시간의 산정이 물리적으로 아예 불가능하거나 거의 불가능한 경우만을 의미한다. 단순히 근로시간 관리가 곤란한 경우는 근로시간 산정이 어려운 경우에 해당하지 않으므로, 계산상의 편의나 직원의 근무의욕 고취라는 목적으로 포괄임금제를 활용하는 것은 허용될 수 없다. 또한 법정근로시간을 초과하는 연장·야간·휴일근로가 당연히 예상된다는 이유만으로 근로시간 산정이 어려운 경우에 해당하지 않다.

3) 근로시간 산정이 어려운 경우의 예시

고용노동부의 <포괄임금제 사업장 지도지침(2017. 10.)>에 따르면 근로시간 산정이 어려운 사례는 다음과 같다.

■ 관리자의 지휘감독을 벗어나 주로 사업장 밖에서 근로하며 근로시간을 노동자가 재량으로 결정하고 성과급 형태로 임금을 지급받는 등 근무형태가 도급적 성격이 강한 경우. 다만, 사업장 밖의 근로라 하더라도 사용자의 구체적인 지휘감독이 미치는 경우라면 근로시간 산정이 어려운 경우로 볼 수 없음

(예) 사업장 밖에서 함께 근무하는 구성원 중에 근로시간을 관리하는 자가 있는 경우, 미리 회사로부터 방문하는 곳과 돌아오는 시간 등 당일 업무를 구체적으로 지시받아 근무를 하고 사업장에 돌아오는 경우 등

■ 매일의 기상조건에 따라 근로시간이 달라지는 등 업무가 기상 기후 등 자연조건에 좌우되어 정확한 근로시간의 측정이 어려운 경우. 다만 자연조건에 영향을 받지 않는 사업장의 노동자 또는 이와 관련 없는 직무를 하는 경우라면 근로시간 산정이 어려운 경우에 해당되지 않음

■ 주로 사업장 밖에서 근로하면서 상황에 따라 근로시간의 장단이 결정되어 근로시간 산정이 어려운 경우

(예) 운수업의 경우라면 장거리 운행, 불확정적인 운행일정 등으로 인해 근로와 휴식의 구분이 어려운 경우이어야 하고 사용자가 근로자의 근로시간을 구체적으로 관리하는 경우는 근로시간 산정이 어려운 경우로 볼 수 없음. 배차 표에 따라 출발시간과 운행종료시간이 정해져 있는 정기노선버스 등.

■ 근로형태나 업무의 성질이 단속적 간헐적이어서 대기시간이 많아 정확한 실 근로시간 산정이 곤란한 경우. 다만, 감시단속적 업무라도 잠시라도 업무를 소홀히 할 수 없는 고도의 정신적 긴장이 요구되는 경우 또는 타 업무를 반복하여 수행하거나 겸직하는 경우라면 근로시간 산정이 어려운 경우에 해당되지 않음

나. 포괄임금제에 대한 명시적 합의가 있을 것.

1) 판례

판례는 앞서 살펴본 근로시간 산정이 불가능한 경우에 해당할 것에 이어 기본급을 미리 산정하지 아니한 채 법정수당까지 포함된 금액을 월급여액이나 일당임금으로 정하거나 기본임금을 미리 산정하면서도 법정 제 수당을 구분하지 아니한 채 일정액을 법정 제 수당으로 정하여 이를 근로시간 수에 상관없이 지급하기로 하는 약정을 체결하여야 한다고 판시하고 있다.

2) 명시적 합의의 수준

그렇다면 포괄임금제에 대한 명시적 합의는 어떤 수준에서 이루어져야 할까. 이에 대해 고용노동부의 <포괄임금제 사업장 지도지침>은 그 수준을 적시하고 있다.

■ 근로계약서에 포괄임금제를 적용한다는 내용이 명시적으로 기재되어 있어야 함

- 단체협약에 포괄임금제 적용에 대한 근거가 있는 경우에도 개별 근로자의 명시적 동의를 얻어야 함

- 근로계약서에 임금산정식만 제시하는 것으로 근로자가 내용을 알고 합의했다고 보기 어렵고 포괄임금제라는 문구가 명시되거나 법정수당이 실제 근로와 무관하게 기본급이나 정액수당에 포함되어 지급된다는 내용이 기재되어야 함.
- 단순히 근로자가 아무런 이의없이 급여를 수령하였다는 사실만으로는 합의가 있었다고 인정하기 어려움
- 단체협약 또는 취업규칙 등에 기본급과는 별도로 법정수당을 각 항목별로 나누어 지급하도록 규정하고 있다면 노사 간 일정시간을 연장근로시간으로 간주하기로 하는 합의가 있더라도 이를 포괄임금제에 대한 합의로 볼 수 없음

노동부의 사업장 지도지침은 단체협약에 포괄임금제에 대한 근거가 있는 경우라도 근로계약서상 포괄임금제도에 관한 사항을 명시하여 개별 근로자의 명시적 동의를 얻어야 한다고 한다. 또한 단순히 근로계약서상 임금산정식만 제시하는 것으로는 부족하고, 반드시 포괄임금제라는 문구가 명시되거나 법정수당이 실제 근무와 관계없이 기본급이나 정액수당에 포함되어 지급된다는 내용이 기재되어야 한다고 한다.

가. 불이익이 없을 것

앞서 살펴본 바와 같이 포괄임금약정이 유효하기 위해서는, 근로시간산정이 불가능할 뿐만 아니라 포괄임금제도에 관한 명시적 합의가 있어야 하며, 나아가 근로자에게 불이익이 없어야 한다.

이와 관련하여 판례는 “포괄임금약정에 의한 임금지급계약은 근로자에게 불이익이 없고 여러 사정에 비추어 정당하다고 인정되어야 한다.”

라고 판시한바 있다.

4. 포괄임금약정이 무효인 경우의 효과

근로기준법 제15조에서는 근로기준법에 정한 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하면서 그 무효로 된 부분은 근로기준법이 정한 기준에 의하도록 정하고 있으므로, 근로시간의 산정이 어려운 등의 사정이 없음에도 포괄임금제 방식으로 약정된 경우 그 포괄임금에 포함된 정액의 법정수당이 근로기준법이 정한 기준에 따라 산정된 법정수당에 미달하는 때에는 그에 해당하는 포괄임금제에 의한 임금지급계약 부분은 근로자에게 불이익하여 무효라고 할 것이고, 사용자는 근로기준법의 강행성과 보충성 원칙에 의해 근로자에게 미달되는 법정수당을 지급할 의무가 있다.

VI. 임금채권의 보호

가. 지급 방법에 의한 보호

1) 통화불 원칙

임금은 강제통용력이 있는 통화로 지급되어야 한다. 금융제도가 매우 발달되어 있는 관계로 은행에 의해 그 지급이 보증되는 보증수표(예컨대 은행발행 자기앞수표)로 임금을 지급하는 것은 무방하나, 은행에 의하여 그 지급이 보증되지 않는 당좌수표나 어음으로 임금을 지급하는 것은 통화 지급의 원칙에 위반되는 것으로 본다.

2) 직접불 원칙

임금은 노동자에게 직접 지급하여야 한다. 이 경우 친권자 또는 법정대리인에게 지급하는 경우도 법 위반이 된다. 노동자가 불가피한 사정으로 직접 임금을 수령 할 수 없는 경우에 한해 사자(使者)에게 지급하는 것은 무방하다. 직접 지급의 원칙과 관련하여 문제가 되는 것은 근로자가 임금채권을 제3자에게 양도하는 경우인데, 대법원 판례는 근로자의 임금채권은 그 양도를 금지하는 법률의 규정이 없으므로 이를 양도하는 것은 가능하나, 판례는 근로자가 임금채권을 양도하였다고 할지라도 임금 직접불의 원칙이 적용되어 사용자는 근로자에게 직접 임금을 지급하지 않으면 안 되고 그 결과 비록 양수인이라 할지라도 사용자에게 직접 임금의 지급을 청구할 수는 없다고 본다(87다카2803 판결). 즉, 양도로 인하여 실체법상 권리는 양수인에게 이전하지만 양수인이 사용자에게 직접 청구하지는 못한다. 또 임금채권의 양수인이나 임금채권의 추심을 위임받은 자등은 사용자의 집행재산에 대하여 배당을 요구할 수 없다(95다2630판결).

3) 전액불 원칙

○ 임금은 당해 임금지급기 동안 발생한 임금 전액을 지급하여야 하며 법령 또는 단체협약에 특별한 규정이 있는 경우에 한해 임금을 공제할 수 있다. 갑근세, 의료보험, 국민연금, 노동조합비등이 이에 해당한다. 따라서 사용자가 노동자에게 대출금채권이나 손해배상채권을 가지고 있

다고 하더라도 임금과 일방적으로 상계하는 것은 허용될 수 없다. 그런데 사용자의 일방적인 상계의 의사표시가 아니라, 근로자와 사용자 사이의 상계 합의에 따라 임금채권을 상계하는 것은 허용되는지 여부가 문제된다. 이에 관하여 대법원은 “사용자가 근로자의 동의를 얻어 근로자의 임금채권에 대하여 상계하는 경우에 그 동의를 근로자의 자유로운 의사에 터 잡아 이루어진 것이라고 인정할 만한 합리적인 이유가 객관적으로 존재하는 때에는 근로기준법 제42조 제1항 본문에 위반하지 아니한다고 보아야 할 것이고, 다만 임금 전액 지급의 원칙의 취지에 비추어 볼 때 그 동의를 근로자의 자유로운 의사에 기한 것이라는 판단은 엄격하고 신중하게 이루어져야 한다”고 판시하고 있다(2001다25184 판결).

○ 한편 대법원은 사용자가 일방적으로 상계할 수 있는 경우를 예외적으로 인정하고 있는데, “계산의 착오 등으로 임금이 초과 지급되었을 때 그 행사의 시기가 초과 지급된 시기와 임금의 정산, 조정의 실질을 잃지 않을 만큼 합리적으로 밀접되어 있고 금액과 방법이 미리 예고되는 등 근로자의 경제생활의 안정을 해할 염려가 없는 경우나 근로자가 퇴직한 후에 그 재직 중 지급되지 아니한 임금이나 퇴직금을 청구할 경우에는, 사용자가 초과 지급된 임금의 부당이득반환청구권을 자동채권으로 하여 상계할 수 있다”고 하고 있다(93다38529 판결 등)

○ 전액 지급의 원칙에 대하여는 법령 또는 단체협약에 의한 예외가 인

정되는데, 법령에 의하여 공제가 인정되는 것으로는 갑종근로소득세, 주민세, 국민연금보험료, 국민건강보험료 등이 있고, 단체협약을 통해 공제가 인정되는 예로는 노동조합비 공제를 들 수 있다.

○ 사용자가 근로자의 임금채권에 대하여 압류 및 전부명령을 받는 경우 사실상 상계와 같은 효과가 발생하므로 이를 금하여야 한다는 견해가 있으나, 판례는 이를 허용하고 있다. 다만, 그 범위는 이하에서 보는 바와 같은 압류가 허용되는 범위에서만 가능하다(93마1822,1823결정).

4) 정기불 원칙

○ 임금은 매월 1회 이상 일정한 기일을 정하여 지급하여야 한다. 따라서 1개월을 넘는 기간을 정하여, 가령 2개월마다 임금을 지급하기로 하는 근로계약은 위법·무효다. 따라서 임금을 연봉제로 정하였다고 하더라도 연봉 총액을 일시에 전액 지불할 수는 없으며 매월 1회 이상 일정액씩 분할하여 지급하여야 한다.

○ 매월 1회 이상 정기일 지급의 원칙에 대하여는 근로기준법시행령에 의하여 예외가 인정되는 임금이 있는데 ① 1월을 초과하는 기간의 출근 성적에 의하여 지급되는 정근수당, ② 1월을 초과하는 일정기간의 계속 근무에 대하여 지급되는 근속수당, ③ 1월을 초과하는 기간에 걸친 사유에 의하여 산정되는 장려금·능률수당 또는 상여금, ④ 기타 부정기적으로 지급되는 제 수당.(법 제 43조 제2항 단서, 시행령 제23조)

5) 위반시 형사책임

○ 사용자가 위 임금지급 원칙을 위반할 경우 3년이하 징역 또는 2,000만원 이하의 벌금형에 처하게 된다. 이 경우 노동자 1인에 대해 1죄가 성립하게 된다.

○ 임금을 체불할 경우 이에 대한 책임은 사업주 또는 사업경영담당자가 지게 되며, 사업경영담당자가 아닌 이사의 경우 사업주로부터 사업경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리할 때 책임을 지게 된다.

○ 기업의 합병 또는 양도, 양수전 체불된 임금에 대한 책임을 새로운 사용자에게 물을 수 없다(형사책임의 경우임. 민사책임은 당연히 승계된다고 봄.)

○ 제36조(금품청산), 제43조(임금지급), 제44조(도급사업에 대한 임금지급), 제44조의2(건설업에서의 임금지급 연대책임), 제46조(휴업수당) 또는 제56조(연장·야간·휴일근로에 대한 가산임금)를 위반한 자에 규정을 위반한 자에 대하여 노동자가 처벌을 원하는 경우에 한하여 처벌을 한다는 “반의사불벌죄”가 도입되었다. 따라서 노동자가 진정 또는 고소 이후 처벌을 원하지 않는다는 명시적 의사를 표한 경우 재고소나 재진정이 불가능하므로 고소 혹은 진정 취하시 신중하게 판단하여야 한다.

6) 지연 이자제

○ 사용자가 제36조의 규정에 의하여 지급하여야 하는 임금 및 퇴직금 전부 또는 일부를 그 지급사유가 발생한 날부터 14일 이내에 지급하지 아니한 경우 그 다음날(15일째)부터 지급하는 날까지 지연일수에 대하여 연 100분의 40이내의 범위에서 대통령이 정하는 이율(현 20%)의 이자를 지급하여야 한다(근기법 제37조).

○ 다만 사용자가 천재사변 그 밖의 대통령령이 정하는 사유에 의하여 임금지급을 지연하는 경우 그 사유가 존속하는 기간에 대하여는 적용하지 않는데, 파산선고나 회생절차개시나 도산 등 사실인정, 법령상 제약에 의하여 임금 및 퇴직금 지급에 충당할 자금 확보가 어려운 경우, 법원이나 노동위원회에서 지급여부에 대한 사실관계의 다툼이 존재하는 경우가 이에 해당한다.

○ 이 제도는 노동자가 사망 또는 퇴사한 경우 14일내 지급받지 못한 금품에 대한 것으로 재직중 체불된 임금에 대해서는 적용되지 않다. 사용자가 지연이자를 지급하지 않더라도 이를 이유로 형사상 처벌을 받지 않는다.

○ 그러나 14일 이내에 지급하지 않는 경우 그 이후부터 가산이자가 적용된다는 취지이지, 그 이전에는 지연이자를 지급하지 않아도 된다는 취지는 아니다. 즉, 근로자의 사망 또는 퇴직의 경우 금품 청산 의무는 해당 사유 발생일 다음날 발생하고 지연 이자는 상법(연6%) 혹은 민법(연

5%)으로 계산하여야 한다.

7) 압류금지 및 제한

○ 급여, 연금, 봉급, 상여금, 퇴직연금, 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여 채권의 2분의 1에 해당하는 금액. 다만, 최저생계비를 감안하여 대통령령이 정하는 금액에 미치지 못하는 경우 또는 표준적인 가구의 생계비를 감안하여 대통령령이 정하는 금액을 초과하는 경우에는 각각 당해 대통령령이 정하는 금액으로 한다(민사집행법 시행령 제3조 및 제4조)

- 퇴직금 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액
- 다만, 퇴직연금채권의 경우는 근로자퇴직연금법 규정에 의하여 그 전부 압류 불가능.

【급여압류가능 금액 비교표】단위 : 만원

급여액	100	120	150	200	240	250	300	400	500	600	700	800	900	1000
압류가능금액	0	0	30	80	120	125	150	200	250	300	375	450	525	600
채무자교부액	100	120	120	120	120	125	150	200	250	300	325	350	375	400

【계산식】

- **120만원**
압류가능금액 : 0원
- 120만원 초과~240만원
압류가능금액 = 급여 - 120만원
- 600만원 초과
압류가능금액 = 급여 - <<300만원 + [(급여/2) - 300만원]/2]>>

나. 휴업급여에 의한 보호

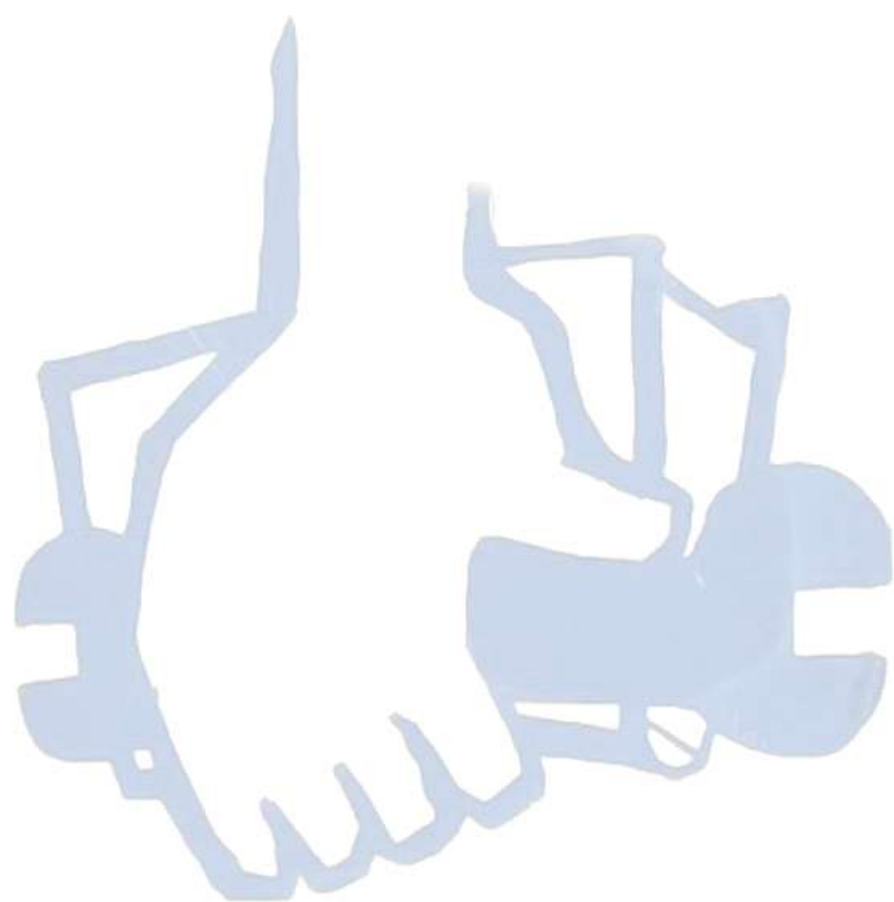
사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우에는 사용자는 휴업기간 중 당해 근로자에 대하여 평균임금의 70/100 이상의 평균임금을 지급하여야 하며 70/100의 평균임금이 통상임금을 초과하는 경우에는 통상임금을 휴업수당으로 지급하여야 한다.

사용자의 귀책사유라는 것은 판매부진, 자금난, 원자재부족, 공장이전, 주문량감소, 시장불황, 생산량 감축 등이나 돌발적인 폭설이나 강우의 경우는 귀책사유가 아니다. 사용자는 부득이한 사유로 사업계속이 불가능 하여 휴업을 하는 경우에는 노동위원회의 승인을 얻어 평균임금의 70/100에 미달하는 금액을 휴업수당으로 지급할 수 있다. 위 휴업수당에 대한 지방노동위원회 결정에 이의가 있는 경우에는 중노위에 재심신청을 하거나 행정소송을 제기할 수 있다.

메 모

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are no margins, text, or other markings on the paper.

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are no margins, text, or other markings on the paper.



04

근로시간 휴게, 휴일에 대한 이해

박다혜

- 01 근로시간의 개념
- 02 휴게시간
- 03 근로시간제의 변형 및 특례
- 04 연장근로, 야간근로, 휴일근로 및 가산수당
- 05 교대제 근로
- 06 연차유급휴가
- 07 근로시간제도 개악

근로시간, 휴게·휴일에 대한 이해

박다혜 | 금속노조 법률원 변호사

I. 근로시간의 개념

1. 법정근로시간(=기준근로시간)

가. 근로기준법(이하 ‘근기법’) 규정

제50조(근로시간) ① 1주 간의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 40시간을 초과할 수 없다.

② 1일의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 8시간을 초과할 수 없다.

③ 제1항 및 제2항에 따른 근로시간을 산정함에 있어 작업을 위하여 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래에 있는 대기시간 등은 근로시간으로 본다.

나. 법정근로시간

▶성인노동자 : 1주 40시간, 1일 8시간. 주 40시간제라고 해도 반드시 주5일 근무제를 시행해야 하는 것은 아니며 근로시간이 주40시간을 넘지 않는 범위에서 주6일근무제, 주5일 근무제, 주4일 근무제등 다양한 방식으로 도입가능. 따라서 토요일 근무가 당연히 휴일근로가 되는 것이

아니며, 1주 40시간 혹은 1일 8시간을 초과하는 경우에 연장근로가 될 뿐이다.

▶연소노동자 : 1주 40시간 1일 7시간(15세 이상 18세미만 노동자)

▶유해·위험작업 종사 노동자 : 1일 6시간, 1주 34시간(잠함·잠수 등 고 기압노동자)

다. 1주와 1일의 의미

▶1주 : 특정일을 기산일로 하여 역상(曆上)의 7일을 뜻한다.

근로기준법 제2조 제1항

7. "1주"란 휴일을 포함한 7일을 말한다

(근로기준법 2018.3.20. 일부개정)

☞ 종전 노동부 행정해석은 ‘1주 12시간 한도로 규제되는 연장근로시간에 휴일근로는 포함되지 않는다.’고 해석함으로써, 주당근로시간이 최대 68시간(소정근로 40 + 연장근로 12 + 휴일근로 8 + 휴일근로 8)까지 허용된다고 하였는데, 이를 법률로 폐기함으로써 주당 근로시간을 상한 52시간(소정근로 40 + 연장근로 12)으로 제한한 것임.

☞ 시행일

- 300명 이상 사업장 : 2018.7.1.,
- 50명 이상 300명 미만 사업장 : 2020.1.1.
- 5명 이상 50명 미만 사업장 : 2021.7.1.

▶1일 : 통상 0시-24시를 의미하나, 2일에 걸쳐 계속하여 일하는 경우에는 1일의 노동으로 봄.

라. 법정근로시간 초과의 효과

▶ 형사처벌 : 2년이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처함.(근기법 제110조 제1호)

2. 소정근로시간

소정근로시간이란 법정근로시간의 범위 안에서 노동자와 사용자간에 정한 노동시간을 말하는데 실근로시간과 달리 근로를 제공할 의무가 있는 시간으로 시간급 통상임금 산정을 위한 기초가 된다.

3. 실근로시간

가. 실근로시간의 의미

사용자의 명시적, 묵시적인 지휘 감독하에 있는 시간을 말하며, 사용자가 실제로 그 노동력을 이용하였는지와는 관계가 없고, 사용자의 지휘명령으로 근로제공이 가능한 상태에 두면 족함. 반면, 노동자가 자유롭게 사용할 수 있는 휴게시간은 실근로시간에 포함되지 않는다.

나. 실근로시간의 구체적 판단

○ 근무복 착용시간, 작업도구의 준비, 작업개시 전 회의, 교대시간, 작업 후 목욕시간, 작업장 정리시간등은 그것이 본래의 업무와 직접 또는 간접적으로 관련성이 있다면 실근로시간에 포함된다고 볼 수 있다.

○ 실근로에 부수된 작업이 취업규칙 등에 의무화되어 있다면 당연히 정하여진 시간 또는 사회통념상 합리적인 시간만큼 근로시간에 포함된다.

○ 취업규칙 등에 의무화되어 있지 않은 경우에는 노동자는 부수된 작업을 할 의무가 없으며, 이를 하지 않았음을 이유로 불이익을 준다면 실근로시간으로 보아야 한다.

○ 교육이 사용자의 지시, 명령에 의해 이루어지고 이를 노동자가 거부할 수 없다면 근로시간으로 본다.

○ 대기시간(=작업대기 상태)란 항상 주의를 기울이고 긴장하고 있는 상태를 의미하는 것이 아니라 통상적으로 사용자의 지시에 응할 수 있는 일정한 장소 내에서 작업준비의 상태를 갖추고 있다면 근로시간으로 볼수 있다.

따라서 운전기사가 배차를 기다리는 시간, 작업시간의 중도에 현실적으로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식, 수면시간이라고 하더라도 그것이 휴게시간으로서 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니고 실질적으로 사용자의 지휘, 감독 하에 놓여 있는 시간, 작업도중에 정전기계고장·원료공급중단 등으로 인한 대기시간, 식당종업원의 대기시간, 의사의 대기시간 등은 원칙적으로 임금이 지급되는 근로시간으로 보아야 한다.

○ 소정근로시간 외에 야유회나 행사가 행하여지더라도 참석이 의무화되어 있으면 근로시간에 포함된다.

II. 휴게시간

근기법 제54조(휴게) ① 사용자는 근로시간이 4시간인 경우에는 30분 이상, 8시간인 경우에는 1시간 이상의 휴게시간을 근로시간 도중에 주어야 한다.

② 휴게시간은 근로자가 자유롭게 이용할 수 있다.

1. 휴게시간의 의의 및 요건

- 노동자가 사용자의 관리감독 하에서 완전히 벗어나는 시간, 피로의 회복 목적으로 근로시간이 아니므로 특약이 없는 한 사용자는 임금지급 의무가 없음
- 이러한 휴게시간으로 볼 수 있으려면 i) 노동자가 현실적으로 근로로부터 떠나 있고, ii) 시간적·장소적으로 근로로부터 떠나는 것이 보장되어 노동자가 이를 자유롭게 이용할 수 있는 상태에 있어야 한다고 해석하는 것이 일반적이다. (대법원 92다24509 판결)

2. 휴게시간의 부여

가. 도중부여의 원칙

근로시간 도중에 부여(시업 전, 종업 후의 휴게부여는 위법) 하며, 4시간 근무일의 경우, 노사합의로 4시간 근무 후 퇴근하더라도 무방.

나. 휴게시간의 분할

근로시간 1시간마다 5분씩 지급하는 등 지나치게 짧은 휴게시간은 근로시간으로 보아야 함.

다. 휴게시간의 위치와 변경

휴게시간이 적법하게 주어진 경우 그 위치를 경우에 따라 앞뒤로 변경하는 것은 원칙적으로 허용. 다만, 단협, 취업규칙, 근로계약 등에 의해 휴게시간이 특정되어 있는 경우 사용자는 노동자의 동의 없이 일방적으로 그 위치를 변경할 수 없음.

일반적으로 낮 12시부터 1시까지를 점심시간으로 사용하는데 이것이 근기법상 1시간 휴게시간에 해당하는 경우가 대부분이다. 그러나 점심시간 자체는 법상 강제사항이 아니다. 대부분의 사업장에서 점심시간 1시간을 법상 휴게시간으로 활용하고 있다. 점심시간 1시간 외의 휴게시간은 법으로는 보장되지 못하고 단체협약을 통해서 규정할 부분이다.

라. 휴게시간의 자유이용 원칙

휴게시간은 노동자가 자유로이 이용할 수 있도록 보장되어야 하며, 사용자의 제약은 업무 계속을 위한 필요최소한의 범위 내에서만 인정받을 수 있음

〈관련 판례〉

① <대법원 2017.12.13.선고 2016다243078판결>

1. 근로기준법상의 근로시간이란 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간을 말한다. 근로자가 작업시간 도중에 현실로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식·수면시간 등이라 하더라도 그것이 휴게시간으로서 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니고, 실질적으로 사용자의 지휘·감독 아래 놓여 있는 시간이라면 근로시간에 포함된다.

2. 피고(아파트 입주자대표회의)가 관리소장을 통해 문서로 지시한 특별지시, 직원 중요숙지사항 등은 경비원들에게 별도의 취침시간과 취침장소가 없다는 전제에서, 야간휴게시간에 근무초소(경비실) 내의 의자에 앉아 가면상태를 취하면서 급한 일이 발생할 시 즉각 반응하도록 지시한 점, 야간휴게시간에 근무초소(경비실) 내의 조명을 켜 놓도록 한 점, 야간휴게시간에 피고의 지시로 시행된 순찰업무는 경비원마다 매번 정해진 시간에 이루어지지 않았고, 이로 인하여 나머지 휴게시간의 자유로운 이용이 방해된 것으로 보이는 점 등을 종합하며 보면, 원고(아파트 경비원)들의 야간휴게시간은 자유로운 이용이 보장되는 휴식·수면시간으로 보기 어렵고, 혹시 발생할 수 있는 긴급 상황에 대비하는 대기시간으로 볼 여지가 충분하다.

또한, 야간휴게시간에 근무초소(경비실)에서 불을 끄고 취침하는 경비원들에 대하여 입주민의 지속적인 민원이 제기된 점, 경비일지에 “심야시간: 가면 상태임, 초소 불 끄고 취침하는 행위 근절”이라고 기재되어 있는 점, 피고는 경비원들의 근무평가에서 입주민들의 민원사항 중 지적사항을 그 평가사유로 삼고 있고, 이와 같은 경비원들의 근무평가 결과는 경비원들의 재계약 여부에 영향을 미쳤던 것으로 보이는 점 등을 종합해 보면, 피고가 관리소장을 통해 야간휴게

시간 등에 관한 실질적인 지휘·감독을 하였다고 볼 여지가 크다.

또한, 피고가 원고들을 포함한 경비원들에게 휴게장소를 제공하였다거나 휴게 장소의 자유로운 이용을 보장하였다고 보기 어렵고, 경비원들의 휴게시간을 보장하기 위한 별다른 노력을 기울이지도 않았다.

결국 원고들의 휴게시간 중 상당시간은 실질적으로 피고의 지휘·감독을 벗어나 자유로운 휴식·수면시간의 이용이 보장되었다고 보기 어렵다.

② <서울중앙지방법원 2017.6.23.선고 2017노922판결>

1. 근로기준법상의 휴게시간이란 근로자가 근로시간의 도중에 사용자의 지휘명령으로부터 완전히 해방되고 또한 자유로운 이용이 보장된 시간을 의미한다.

2. 피고인(고시원 사장)이 고소인(고시원 총무)들에게 휴게시간으로 사용할 수 있는 구체적 시간을 미리 정하여 주지 않은 점, 방문자나 새로운 세입자가 찾아오는 것은 정해진 시간이 있는 것이 아니므로 고시원을 벗어나지 않고 자리를 지키고 있어야 하는 점, 피고인은 특별한 시간의 제약이 없이 그때 그때 필요한 업무지시를 고소인들에게 하였고, 고소인들은 피고인의 돌발적인 업무지시를 이행 하였던 점 등을 감안하면, 고소인들이 특별한 업무가 없어 휴식을 취하거나 공부를 하는 등으로 시간을 보냈다고 하더라도, 그 시간은 피고인의 지휘명령으로부터 완전히 해방되고 자유로운 이용이 보장되는 휴게시간이 아니라 근로를 위한 대기시간에 해당한다고 봄이 타당하다.

③ <서울고등법원 2016.10.12.선고 2016나2027113판결>(대법원 심리불속행기각으로 확정) - 헨즈코퍼레이션 사례

○ 사실관계 : 헨즈코퍼레이션 노동자들은 "2012년 11월부터 회사 측이 취업규

칙에 부여된 휴게시간 2시간 중 1시간을 제대로 보장하지 않았다”며 “이는 시간 외근로수당으로 지급해야 한다”고 2014년 11월에 임금 청구소송을 냈다.

이에 회사는 노사간 ‘자율선택적 휴게시간제’로 합의했고 기본급에 휴게잔업수당을 합산했기 때문에 시간외근로수당을 지급할 수 없다고 맞섰다.

○ 판결요지

피고(회사)는 정기적으로 자동화 설비에 재료를 투입하지 않는 ‘빈고리’시간이 있었고 위 ‘빈고리’시간은 하루 전 작업지시서로 미리 통보되었으므로 ‘빈고리’시간을 고려하여 휴게시간을 정하였다는 취지로 주장도 한다. 그러나 을 제35호 증의 각 기재에 의하면 ‘빈고리’시간은 짧게는 5분 이하인 경우도 있고, 일정한 간격으로 보장되지도 않는 것으로 보일 뿐이어서, 원고(노동자)들이 ‘빈고리’시간을 이용하여 자유로이 휴게하였다고 보기에는 부족하다. 틈틈이 흡연이나 전화 통화 등을 위하여 잠깐 자신의 작업 장소를 떠나있을 수 있다는 것만으로는 휴게시간을 보장한 것이라고 할 수 없다.

피고는 원고들이 휴게시간을 이용하여 목욕을 하였으므로 이를 근거로 원고들이 휴게시간을 실제로 이용하였다고 주장한다. 그러나 을 제37,38호증의 각 기재에 의하더라도, 근로자들의 목욕은 날씨가 더운 여름철에만 이루어졌고, 피고의 지시에 따라 작업 도중에 수시로 이루어졌으며, 작업 중간에 틈을 내어 목욕을 하고 바로 작업에 복귀하는 방식으로 이루어진 것으로 보일 뿐이어서 이를 근거로 원고들이 휴게시간을 실제로 이용하였다고 보기에는 부족하다.

☞ 이 판결은 “피고가 컨베이어 벨트 공정을 24시간 동안 가동했기 때문에 근로자들은 일정한 속도로 이뤄지는 생산라인 작업을 위해 취업규칙에서 부여된 휴게시간에 휴식을 취할 수 없었다.”라는 1심 판결이유도 긍정하면서 “피고는 2012년 11월~2014년 10월까지 근무일마다 1시간의 시간외근로에 해당하는 임금을 통상시

급의 1.5배로 지급하라”고 판결함으로써 피고 회사가 근로자 165명에게 시간외근로수당으로 1인 당 평균 350만 원씩 총 5억3천여만 원을 지급하도록 하였다.

④ <서울고등법원 2019.2.22.선고 2017나2058046판결> - 기아자동차 생산직 사례

- 단체협약 및 근태관리규정에서 ‘2시간마다 10분의 휴게시간을 갖되, 야간근무시에는 15분, 하절기 기온이 높을 시(7/1~8/31)에는 15분의 휴게시간을 갖는다.’고 규정하고 있는데, 이러한 휴게시간이 근로시간인지 여부가 쟁점

- (1) 다음과 같이 생산직 근로자가 이와 같은 짧은 시간을 자유롭게 이용하는 데에는 근본적으로 한계가 있을 수밖에 없다.

(가) 피고 회사(기아자동차)의 자동차 생산공장의 규모와 한꺼번에 휴게시간을 부여받는 생산직 근로자의 인원수 등을 고려할 때, 원고(기아자동차 노동자)들 주장과 같이 이는 생산직 근로자가 기본적인 생리현상을 해결하는 데 필요한 최소한의 시간일 뿐, 근무장소에서 벗어나거나 여가수면을 취하기에는 턱없이 부족한 시간이다. 근로시간과 휴게시간에 맞춰 컨베이어벨트를 따라 자동적으로 진행되는 작업 특성상, 생산직 근로자가 재량껏 휴게시간을 늘릴 수도 없다.

(나) 생산직 근로자는 자연스럽지 않은 자세에서 짧지 않은 시간 동안 일정한 업무를 반복해서 처리한다. 이와 같은 생산직 근로자가 근로제공 이후 육체적으로 소진된 노동력을 회복하거나 보충하기 위해서는 일정 시간의 작업중단이 반드시 필요하다. 짧은 작업중단(휴게) 이후 곧이어 다음 작업이 진행되는 점에서, ‘생산직 근로자에게 부여되었다는 10분 또는 15분의 작업중단 시간’은 제품의 하자 발생을 방지하고 고품질의 자동차를 효율적으로 대량생산함과 아울러 작업집중을 통한 산업재해 예방에 반드시 필요한 최소한의 것이다. 이와 같

은 의미에서 피고 회사가 부여하였다는 휴게시간은 '다음 근로를 위한 대기시간 또는 준비시간' 정도로 보는 것이 타당하다.

(다) 생산직 근로자는 대부분 연장근무시간 내 휴게시간에 근무장소 주변에서 간식으로 허기를 달래며 연장근로를 준비하였던 점(갑가 제10, 11호증)에서, 이는 연장근로를 준비하는 대기시간 정도로 이해하는 것이 타당하다(대법원 2018.9.28. 선고 2017다53210, 2017다53227, 2017다53234 판결 참조). 휴게시간에 근로를 중단한 근로자가 있기도 하지만, 다음 작업을 준비하는 근로자가 있었던 점에서도 그렇다.

(2) 단체협약과 근태관리규정은 생산직 근로자에 대해서만 '중간 휴게시간 부여에 관한 규정'을 두고 있을 뿐, 일반직·영업직·기술직 근로자에 대해서는 그와 같은 규정을 두지 않는다. 생산직 근로자와 같이 일반직·영업직·기술직 근로자도 근무시간 중간에 용변을 보거나 음료 등을 위해 자리를 비우기도 하고 근무 중 휴대전화를 사용하기도 하지만, 피고 회사는 이를 근로시간에서 제외하지 않았다. 업무와 업무 중간에 주어지는 휴게시간의 길이, 해당 시간이 효율적인 업무처리에 미치는 영향 등을 반영한 결과로 보인다(피고 회사뿐만 아니라 대부분의 사무직·영업직 근로자가 근무하는 사업장에서 그러하다). 기계가 아닌 이상 매일 8시간의 소정근로시간을 쉬지 않고 일하는 근로자는 상정할 수도 없다.

... (중략)

근로시간 중간에 휴게를 취하는 방법에 있어서 일반직·영업직·기술직 근로자와 생산직 근로자를 달리 볼 만한 특별한 사정을 찾을 수 없다. 위 시간은 일반직·영업직·기술직 근로자와 같이 다음 근로를 위한 대기시간 또는 준비시간으로 보는 것이 타당하다.

Ⅲ. 근로시간제의 변형 및 특례

1. 탄력적 근로시간제

가. 2주간 이내의 탄력적 근로시간

취업규칙에서 정함	취업규칙 등에 정하지 않은 채 실시할 경우 1주 법정근로시간을 초과할 경우 연장근로수당을 지급하여야 함
단위기간	2주 이내
단위기간을 평균한 1주간의 근로시간	40시간을 초과하지 않아야 함
특정 주의 근로시간	- 48시간을 초과하지 않아야 함 - 당사자 동의시 1주당 12시간 더 연장이 가능

나. 3개월 이내 탄력적 근로시간제

근로자대표와의 서면합의로 정함	- 서면 합의 내용 별도 규정
단위기간	3개월 이내
단위기간을 평균한 1주간의 근로시간	40시간을 초과하지 않아야 함
특정주 및 특정일의 근로시간	- 특정주의 근로시간은 52시간을 초과하지 않아야 함 - 특정일의 근로시간은 12시간을 초과하지 않아야 함 - 당사자 동의시 1주당 12시간 더 연장이 가능
서면합의의 내용	- 대상노동자의 범위 - 3월 이내의 단위기간 - 단위기간에 있어서의 근로일 및 당해 근로일별 근로시간

- 서면합의의 유효기간(유효기간이 정하여지지 않은 경우 언제든지 쌍방 해지가 가능하다고 해석할 것임)

다. 실시효과

일정기간을 평균하여 1일간 또는 1주일간 근로시간이 법정근로시간을 초과하지 않으면 특정일 또는 특정주에 기준근로시간을 초과하더라도 법정근로시간위반이 아님은 물론 연장근로에 대한 가산임금을 지급하지 않아도 됨.

2주 이내 탄력적 근로시간제의 경우 특정주에 48시간+12시간=60시간까지 근로가 가능하며, 3개월 이내 탄력적 근로시간제의 경우 52시간+12시간=64시간까지 근로가 가능하게 됨.

15세 이상 18세 미만의 노동자와 임신 중인 여성 노동자에 대하여는 적용 할 수 없음.

단, 야간·휴일근로에 대하여는 가산임금을 지급하여야 함.

* 1일, 1주 최대근로시간의 문제

☞ 1일 근로시간은 8시간으로 정하여져 있으나 연장근로에 대하여 제한이 없다. 따라서 1일 근로시간이 아무리 길더라도 근로기준법 위반은 아니다. 다만 탄력적 근로시간제도를 택하는 경우 1일 근로시간은 12시간을 초과할 수 없다. 탄력적 근로시간제도를 택하지 않은 경우 1일 근로시간에 제한이 없다. 법논리적으로는 하루 20시간까지 근로가 가능하나 입법상 불

비인 것으로 생각된다.

- ☞ 1주일간의 연장근로시간은 12시간을 초과할 수 없는 것이 원칙이다.
12시간을 초과하는 경우에는 근로기준법을 위반하였다는 이유로 처벌할 수 있다. (근로기준법 제110조 제1호)

2. 선택적 근로시간제

가. 의의

선택적 근로시간제란 일정기간 단위로 정하여진 총근로시간 범위내에서 출퇴근시각 및 1일의 근로시간을 노동자가 자율적으로 결정하도록 하는 제도

나. 요건

근로자대표와의 서면합의로 정함	- 서면 합의 내용 별도 규정
단위기간	1개월 이내
단위기간을 평균한 1주간의 근로시간	40시간을 초과하지 않아야 함
특정주 및 특정일의 근로시간	- 특정주 및 특정일의 근로시간 상한 없음 - 당사자 동의 시 1주당 12시간 더 연장이 가능
서면합의의 내용	- 대상노동자의 범위 - 1월 이내의 정산기간 - 정산기간에 있어 총 근로시간 - 반드시 근로하여야 하는 시간이 있는 경우에는 그 개시 및 종료시간(의무근로시간대)

- 노동자가 그의 결정에 의하여 근로할 수 있는 시간대를 정하는 경우에는 그 개시 및 종료시각(선택근로시간대)
- 표준근로시간 : 유급휴가 등의 계산 기준으로 사용자와 근로자대표가 합의하여 정한 1일의 근로시간

다. 실시효과

특정일의 근로시간이 8시간을 초과하거나 특정주의 근로시간이 40시간을 초과하여도 시간외근로가 되지 않고 가산임금의 대상이 되지 않음

다만, 선택적 근로시간제 실시 중 노동자가 근로시간을 자주적으로 선택한 결과 정산기간에서의 실제 근로시간이 당해 정산기간의 법정근로시간의 범위를 초과하는 경우는 연장근로가 성립하고, 가산수당도 발생함. 또한, 선택적 근로시간제에서도 근로가 야간작업에 해당하는 경우에는 야간근로수당이 지급되어야 함.

3. 사업장 밖 근로의 계산 특례(간주근로시간제)

제58조 【근로시간 계산의 특례】

- ① 근로자가 출장 기타의 사유로 근로시간의 전부 또는 일부를 사업장 밖에서 근로하여 근로시간을 산정하기 어려운 때에는 소정근로시간을 근로한 것으로 본다. 다만, 당해 업무를 수행하기 위하여 통상적으로 소정근로시간을 초과하여 근로할 필요가 있는 경우에는 그 업무의 수행에 통상 필요한 시간을 근로한 것으로 본다.
- ② 제1항 단서의 규정에 불구하고 당해 업무에 관하여 근로자대표와의 서면합의가 있는 때에는 그 합의에서 정하는 시간을 그 업무의 수행에 통상 필요한

시간으로 본다.

원칙 : 소정근로시간을 근로한 것으로 간주

예외 : 당해 업무를 수행하기 위하여 통상적으로 소정근로시간을 초과하여 근로할 필요가 있는 경우에는 그 업무의 수행에 통상 필요한 시간을 근로한 것으로 봄, 다만, 근로자대표와의 서면합의로 정한 근로시간이 있으면 그 시간을 업무수행에 통상 필요한 시간으로 봄. 그 시간내에 연장야간·휴일근로가 있으면 이에 대한 가산임금을 지급. 그러나 서면합의로 정한 근로시간이 아닌 연장야간·휴일근로에 대하여는 가산임금이 지급되지 않음.

IV. 연장근로, 야간근로, 휴일근로 및 가산수당

1. 연장근로

근기법 제53조 제1항은 당사자 간에 합의하면 1주간에 12시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다고 규정하고 있다.

가. 당사자 합의에 의한 연장근로

- 서면 또는 구두에 의한 개별적인 합의에 의해 가능하며, 단체협약등

을 통해 집단적 합의가 있더라도 개별 노동자의 합의권을 제한하지 않은 범위내에서만 인정된다. (대법원 1993.12. 21. 선고 93누5796판결) 따라서 단체협약에 연장근로를 할 수 있다고 규정되어 있다하더라도 본인이 원하지 않는 한 연장근로를 하지 않을 수 있으며 사용자는 이를 이유로 징계할 수 없다할 것이다. 그러나 이 합의를 개개의 연장근로에 대해서뿐만 아니라 사전에 고용계약에 정하는 방식으로 할 수도 있다고 보는 것이 노동부의 입장이다. 이 경우 개별 노동자는 연장근로에 대하여 여전히 거부권을 유보하고 있다고 보는 견해가 있다. 판례는 개별근로자와의 연장근로 합의는 연장근로를 할 때마다 할 필요는 없으므로, 근로계약 등으로 미리 약정할 수 있다고 판시하고 있다.(대법원 1995.2.10. 선고 94다19228판결)

○ 또한 단체협약, 취업규칙에 1일에 2시간씩 연장근로를 할 수 있다는 포괄적인 규정한 것만으로 당사자간의 합의가 있었다고 볼 수 없으며, 더군다나 연장근로가 관행화되어 있다고해서 당사자간에 합의가 성립된 것으로는 볼 수 없다. (대법원 1979.3.13. 선고 76도3657판결) 그러나 관행화된 연장근로를 묵시적 합의로 인정한 판례도 존재함.(대법원 2000. 6. 23. 선고 98다 54960 판결)

또한, 판례는 관행화된 연장근로를 집단적으로 거부하는 것을 쟁의행위로 보고 있으므로 주의를 요한다.(대법원 1991. 7. 9. 선고 91도1051 판결 등)

나. 연장근로의 제한

○ 1주에 12시간을 초과할 수 없으나 1일의 연장근로의 한도에 대하여는 정함이 없다.

○ 1주 12시간 연장근로의 상한에 휴일근로는 포함되지 않는다고 노동부행정해석은 보고 있었으나(즉, 1주 68시간이 최장 근로시간) 법원판결(하급심)은 휴일근로도 포함된다고 판시했다. 이에 대해 2018.2.28. 개정된 근로기준법 제2조 제7호는 “ ‘1주’란 휴일을 포함한 7일을 말한다.”라고 규정함으로써, 1주 12시간 연장근로의 상한에 휴일근로도 포함된다고 정리하였다.

○ 2018.2.28. 개정 근로기준법에 따를 때 검토해 볼 사례

(사례1) 평일 12시간 넘게 연장근무한 경우 주말근무 가능한가?

A : 할 수 없습니다. 예컨대 월~수요일에 4시간씩 연장근로를 했다면 1주의 연장근로한도 12시간(3일 x 4시간)을 다 쓴 것이고, 따라서 목·금요일은 물론 주말에도 연장근로를 할 수 없습니다. 개정된 근로기준법의 핵심은 1주를 휴일을 포함한 7일로 정의함으로써 평일이든, 주말이든 총 연장근로를 1주 최대 12시간으로 제한했다는 점에 있습니다.

○ (사례2) ■ 월요일 20시간, 화요일 20시간, 수요일 12시간 근무해도 1주 52시간만 넘지 않으면 적법한가?

A : 안됩니다. 1일의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 8시간을 초과할 수 없습니다(근기법 제50조 제2항). 또한 1일 연장근로는 제한이 없지만 1주 연장근로는 휴일을 포함해 12시간으로 제한됩니다(근기법 제53조 제1항). 월요일에 20시간을 일했다면 1일 기준근로시간(8시간)에 더해 1주 최대 연장근로시간(12시간)을 모두 사용한 것입니다. 1주 12시간의 연장근로시간을 모두 소진했기 때문에 화~금요일까지는 1일 8시간의 기준근로만 시킬 수 있습니다.

- 18세미만의 연소노동자는 1일 1시간, 1주 5시간 이내에서만 연장가능하다.
- 산후 1년이 경과하지 아니한 노동자는 1일 2시간, 1주일 6시간, 1년 150시간을 초과하는 연장근로를 하지 못한다.
- 사용자는 18세 이상의 여성을 야간근로(오후10시부터 오전6시까지의 근로) 및 휴일 근로를 시키고자 하는 경우에는 당해 노동자의 동의를 얻어야 한다.
- 사용자는 임신부와 18세 미만자를 야간근로 및 휴일에 근로시키지 못한다. 단 18세 미만의 동이가 있는 경우, 산후 1년이 경과되지 아니한 여성의 동이가 있는 경우, 임신 중의 여성이 명시적으로 청구하는 경우 노동부장관의 인가를 얻어 근로를 시킬 수 있다.

특별연장근로

■ 적용 대상 및 시기

- 상시 근로자 30명 미만 사업장, 2021. 7. 1. ~ 2022. 12. 31. 한시적

적용

- 1주 12시간에 추가하여 8시간 연장근로 가능 (단, 연소자는 제외)
- 결과적으로 상시 근로자 30명 미만 사업장은 1주 최장근로시간 한도 52시간은 2023. 1. 1. 부터 적용되는 셈.

■ 적용 요건

- 특별연장근로는 평일, 휴일 모두 가능하고, 50% 가산임금 지급 대상.
- 근로자 대표(=과반수 노조, 없다면 과반수 대표자)와 서면합의.
 - ① 1주 12시간을 초과할 필요가 있는 사유 및 기간 ② 대상 근로자의 범위를 포함해야.

■ 형사처벌

- 근로자대표와 서면합의 등 요건불비→ 제53조 1항,2항(연장근로한도) 위반으로 처벌(2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)

다. 탄력적·선택적 근로시간제 아래에서의 연장근로

(1) 요건 : 당사자 간의 합의('통상연장근로' 부분과 동일)

(2) 연장근로의 한도 : 주 12시간

탄력적 근로시간제에서 연장근로의 한도	- 1주 간에 12시간 - 2주 이내 탄력적 근로시간제에서의 한도 : 60시간 (48+12) - 3개월 이내 탄력적 근로시간제에서의 한도 : 64시간 (52+12) - 특정 주에서 근로시간 총 수의 상한은 정해져 있지만, 일 단위 근로시간 총 수의 상한은 규정이 없어 그 해석과 관련하여 논란 존재
----------------------------	---

선택적 근로시간제에서 연장근로의 한도	정산기간을 평균하여 1주 간에 12시간
----------------------------	-----------------------

라. 연장근로의 계산

(1) 연장근로에 대한 임금

연장근로에 대한 임금은 통상임금의 100%를 기준으로 지급하며, 추가로 통상임금의 50%이상을 가산하여 지급하여야 한다.(연장근로가산수당) 이 경우 연장근로가산수당이 지급되더라도 연장근로시간이 주당 12시간을 초과할 수 없다.

(2) 연장근로가산수당이 지급되는 연장근로

1일 8시간을 초과하는 근로시간 또는 1주 40시간을 초과하는 근로시간

(3) 법내 연장근로

주의할 점은 소정근로시간을 초과한 근로는 연장근로에 해당하나, 만약 연장근로시간을 합산한 총 근로시간이 법정근로시간 한도 이내라면 가산수당 지급의무는 발생하지 않는다는 점이다.

반면, 이 경우 단시간 노동자는 법정근로시간 내 근로를 강요받고 가산수당을 받지 못하는 경우가 많아, 2014년에 법정근로시간 범위이내라도 연장근로를 한 경우 통상임금의 50%를 가산하여 지급하도록 기간제

및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’)이 개정되었다.
(기간제법 제6조)

예를 들어, 1일 소정근로시간이 6시간인 통상 노동자가 1일 8시간을 근로한 경우 소정근로시간을 초과한 2시간에 대해서는 기본임금만 받고 연장근로수당은 법적으로 청구할 수 없는 반면, 단시간 노동자라면 기간제법에 따라 기본 임금 뿐만 아니라 연장근로수당 50%도 가산하여 청구할 수 있음.

(4) 역일을 달리하여 연속된 연장근로의 경우

근로가 역일을 달리하여 다음날까지 계속되었다면 취업규칙 등에 1일 근로시간에 대한 시업, 종업시각이 규정되어 있다하더라도 8시간 초과분 전체가 연장근로가 된다.

다만, 노동부 행정해석은 다음과 같은 해석들이 존재.

- 역일을 달리하여 계속적으로 근로가 이어지는 경우에는 이를 전일의 근로의 연장으로 보아 근로기준법 제55조에 의한 가산수당을 지급하여야 할 것이나, 역일의 소정근로시간대까지 계속 이어지는 경우에는 역일 시업 시각 이후의 근로는 근로계약·취업규칙 등에 의하여 당초 근로제공 의무가 있는 소정근로이므로 이를 전일의 근로의 연장으로 볼 수 없다고 사료됨.(근기 68207-402, 2003. 3. 31)

- 소정근로시간을 초과하는 계속 근로로써 역일을 달리하여 그 다음날 까지 이어지는 경우에도 전일의 근로의 연속으로 보아 가산임금을 지급해야 함. 교대조의 변경으로 인하여 전일의 근로와 다음날의 근로가 연속하여 이어지는 경우라면(예: 야간근무후 바로 주간근무로 이어지는 경우) 계속근로가 인정되는 한 전일의 근로의 연속으로 보아 8시간을 초과하는 부분에 대하여는 근로기준법 제55조에 의한 연장근로가산수당을 지급해야 함이 타당함.

(노동부 2002.2.27.회시 근기 68207-811)

<관련 판례>

서울중앙지방법원 2018.6.14.선고 2017가합529309판결

18:00-03:00까지 8시간 근무를 마친 후 연이어 03:00-12:00까지 추가로 8시간을 근무하여 결과적으로 18:00~12:00까지 총 16시간을 연속하여 근무한 것에 대하여 사용자가 “소정근로시간이 연속적으로 이어진 것이지 연장근로가 아니”라고 주장하면서 평소의 소정근로시간 시작시간이후에 대해서는 연장근로수당을 지급하지 않은 사안임.

이에 대해 법원은 24시를 지나 이틀에 걸쳐 연속하여 근로하는 경우에는 사업시각이 속하는 날의 근로로서 하나의 근로로 보는 것이 타당하므로, 연속 근무 16시간 중 8시간 초과 부분 근로는 연장근로에 해당한다고 보는 것이 타당하다고 판시.

☞ 이와 관련된 실제 금속사업장 사례로, 충남지역 A사업장에서 조합원들이 야간조로 근무하다가 주간조로 근무조가 변경되는 날에는 20:30

~ 08:30까지 근무한 후 연속해서 08:30 ~ 14:30까지 근무하였는데, 사용자가 평소 소정근로시간 시작시간인 08:30부터는 당초 근로제공의 무가 있는 소정근로로 보아 연장근로수당 지급을 거부. 이에 대해 조합원들이 노동부 진정을 제기하였는데, 노동부는 위에서 언급한 노동부 행정해석(노동부 2002.2.27.회시 근기 68207-811)과 법원판례 등을 근거로 이러한 연장근로수당 지급 거부에 대해 임금채불로 인정하고 시정 명령을 내림.

2. 야간근로

가. 야간근로의 시간 및 제한

근로기준법 제56조에 의하여 하오 10시부터 상오 6시까지 제공되는 근로는 야간근로에 해당한다. 성인 남성 근로자의 경우 야간근로를 제한하지 않고, 18세 이상의 여성 근로자에게는 근로자 본인의 동의가, 18세 미만자와 산후 1년이 경과하지 않은 여성 근로자에게는 본인의 동의와 노동부 장관의 인가가, 임신 중인 여성이 명시적으로 청구하는 경우 노동부 장관의 인가가 있는 경우에는 야간근로가 가능하다.

나. 야간근로에 대한 임금

근로기준법 제56조에 의하여 통상임금의 50%를 가산하여 지급한다.

다. 연장근로와 야간근로의 중복 문제

연장근로와 야간근로가 중복되는 경우 가산임금은 합산한다. 따라서 연장근로시간이 모두 야간근로에 해당하는 경우 한 시간당 통상임금의 200%가 각 지급되어야 한다.

3. 휴일근로

가. 휴일의 요건

과거 법률상 유급휴일은 주휴일(1주일에 평균 1회 이상, 다만 주휴일에서 주휴일까지의 간격은 7일을 초과해도 무방하다)과 노동절(매년 5월 1일)에 한했다. 1회의 휴일은 원칙적으로 오전 0시부터 하루를 의미하나 교대제 작업의 경우에는 계속하여 24시간의 휴식을 부여하면 휴일을 부여한 것으로 보는 것이 일반적이다. 주휴일은 특정한 요일일 필요는 없다.

과거 법률상 공휴일이나 기타 휴일은 법정 휴일이 아니므로, 취업규칙이나 단체협약, 근로계약 등에서 휴일로 정하여야 비로소 휴일이 되었다.

나. 2018.2.28. 개정 근로기준법 ☞ 관공서의 공휴일에 관한 규정에 따른 공휴일을 유급휴일화

- 개정 근로기준법은 여기에 더해 관공서의 공휴일에 관한 규정에 따른 공휴일을 유급휴일로보장하는 조항을 신설했다.

- 관공서 공휴일 유급휴일 조항은 기업규모별로 3단계, 2년에 걸쳐 시행됨.

즉, 상시 300명 이상 또는 공공기관은 2020년 1월 1일, 상시 30명 이상 300명 미만 사업장은 2021년 1월 1일, 상시 5인 이상 30명 미만 사업장은 2022년 1월 1일부터 시행된다.

다. 휴일에 대한 임금의 지급

법정 휴일에는 근로를 제공하지 않아도 임금이 지급되어야 한다. 다만 그 임금의 계산 방법이 법으로 정하여져 있지 않아 해석에 맡기고 있는 실정이다. 노동부 행정해석상으로는 1일에 대하여 8시간분의 통상임금을 지급하여야 한다고 보고 있다. 만약 소정근로시간이 8시간에 미만하는 경우라면 해당 시간만큼의 통상임금이 지급되어야 한다고 봄이 일반적이다. 그러나 이는 행정해석에 불과하므로 이 기준을 초과하는 노사합의가 있는 경우 당연히 그에 따라야 한다.

법정휴일이 아닌 약정휴일의 경우 무급으로 할 것인지, 유급으로 할 것 인지는 합의에 따른다. 유급으로 하는 경우에도 반드시 8시간분의 통상 임금을 지급할 필요가 없으며 노사합의에 따라 지급하면 족하다. 그러나 예컨대 단협에 별다른 계산방법 없이 “유급휴일로 한다”라고만 되어 있다면 법정 휴일과 같은 방법으로 계산하여야 할 것이다.

라. 휴일근로에 대한 임금의 지급

휴일근로를 시키기 위하여 여성 노동자에 대하여는 동의를 얻어야 하나 남성 노동자에 대하여는 그러한 규정이 없다. 그렇다면 남성 노동자의 경우 본인이 거부하더라도 휴일근로를 시킬 수 있는 것인지가 문제되나 여성 노동자와 마찬가지로 동의가 있어야 한다고 해석한다.

휴일에 근로를 한 경우에는 유급휴일수당(100%)이 지급되는 외에 휴일근로에 대한 임금으로 근로시간만큼의 통상임금(100%)이 주어져야 하고 거기에 휴일근로가산수당으로 통상임금의 50%를 추가하여 지급하여야 한다. (총 250%)

따라서 월급제의 경우 휴일근로에 대해 별도로 최소 통상임금(시급)의 150%가 추가 지급되어야 함.

< 휴무일 및 약정휴일근로의 문제 >

○ 무급 휴무일에 근로제공을 한 경우 휴일근로로 보아 가산수당을 지급해야 하는지 여부 : 노사간에 따로 정함이 없다면 가산수당은 발생하지 않는다고 보는 것이 노동부행정해석의 입장이다.

○ 법정휴일이 아닌 약정휴일에 근로제공을 한 경우
: 판례는 약정휴일에 근로제공을 한 경우에도 가산수당이 지급되어야 한다고 보고 있다.

<관련판례>

근로기준법 제46조(연장·야간·휴일근로의 가산수당 규정)에 따라 휴일근로수당으로 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 하는 휴일근로는, 동법 제45조 소정의 주휴일근로뿐만 아니라 단체협약이나 취업규칙에 의하여 휴일로 정하여진 법정공휴일 등의 근로도 가리키는 것이라고 보는 것이 상당하다.(대법원 1991.05.14.선고 90다14089판결)

[휴가 / 휴무 / 휴일]

① 휴가

- ▶ 본래 근무의무가 있으나(즉, 소정근로일) 법정 혹은 약정에 의하여 근로의무가 면제
- ▶ 유급 또는 무급 / 가산수당 없음

② 휴무일

- ▶ 약정에 의하여 본래 근무의무가 없는 날(즉, 소정근로일 아님)이므로 근로 제공하지 않더라도 결근이 아님. 다만, 교대제에 있어 전후 근무일에 근무를 하는 것을 조건으로 부여된 휴무일인 경우, 근무일에 결근할 경우 취업규칙 등에 정하여 휴무일까지 결근처리하는 것은 그 효력이 인정됨.
- ▶ 보통 무급휴무일(소정근로에서 제외된 날이므로 유급으로 할 의무가 없음) / 휴일가산수당은 미적용, 경우에 따라 연장근로가산수당은 적용가능.
- ▶ 주40시간제하에서 1주 5일근무제를 도입하는 경우 별도로 합의하지 않는한 통상 토요일은 무급휴무일, 일요일은 유급주휴일로 처리하는 것이 일반적임.

③ 휴일

- ▶ 법정 혹은 약정에 의하여 본래 근로제공의무가 없는 날
- ▶ 유급 또는 무급 / 법정 및 약정 휴일근로에 대하여 휴일근로가산수당 지급
- ▶ 1주 소정근로일수 개근하면 유급주휴일 1일 부여 / 1주 소정근로일수 개근 못하더라도 무급주휴일 1일은 보장(따라서 결근처리 할 수 없음.)

※ 교대제 근무에서의 비번일은 전날의 정상근무에 대한 피로를 회복하기 위한 목적으로 부여되는 것이므로 전날 근로제공이 없다면 비번일도 주어지지 않는다고 해석함 / 반면, 주휴일제도는 1주간 소정근로에 대한 피로회복에 그치는 것이 아니라 근로자가 사용자의 지휘명령으로부터 완전히 이탈하여 근로자의 사회적, 문화적, 생활의 향상을 위하여 마련된 것이므로 1주 개근여부와 무관하게 최소한 무급 주휴일은 보장되는 것임.

〈주40시간제에서 토요일 근무의 처리〉

구 분	근로제공시	토요일 근로제공시
무급휴무일	0%	임금 100% + 연장근로 할증(50%)(월 ~ 금요일 40시간 근무시)
무 급 휴 일	0%	임금 100% + 휴일근로 할증 50% *연장근로 할증(50%)는 8시간을 초과한 부분에 한해
유 급 휴 일	유급 100%	유급 100% + 임금 100% + 휴일근로 할증 50% *연장근로 할증(50%)는 8시간을 초과한 부분에 한해

마. 휴일 및 휴가의 중복

- 휴일과 휴일이 중복하는 경우, 예를 들어 주휴일과 다른 유급휴일이

중복될 경우에 노동부 행정해석으로는 단협에서 달리 정함이 없는 한 근로자에게 유리한 하나의 휴일만이 인정된다고 본다. 따라서 만약 5월 1일이 주휴일인 경우에는 1일의 유급휴일만 인정되는 것이다.

반면 무급휴일인 토요일과 취업규칙에 규정된 유급휴일이 중복되었을 경우 그 중복된 날은 유급휴일로 보아야 한다고 보며, 해당일에 근로하였을 경우 사용자는 유급으로 인정되는 임금(당사자가 약정한 임금)외에도 휴일에 근로한 시간에 대하여 근로기준법 제55조의 규정에 의하여 통상임금의 100분의 50 이상을 가산한 임금을 추가로 지급하여야 할 것으로 사료됨.(노동부 근로기준과-1270, 2004.3.1.)

○ 휴일과 휴가가 중복되는 경우 휴가제도의 취지 자체가 소정근로일에 근로제공의무를 면제하는 데에 있으므로 휴가기간 중에 휴일이 있더라도 그 휴일은 휴가기간에서 제외하고 휴가일수를 계산함이 일반적이다. 그러나 휴가가 예비군 훈련을 위한 공가이거나 경조휴가의 경우에는 다른 유급휴가와 달리 고유한 목적이 있는 휴가에 해당하므로 이 휴가기간의 중간에 유급휴일이 있더라도 휴가일수에서 제하지는 않는 것으로 해석한다.

바. 이른바 ‘대휴’의 문제

(1) 단체협약상 휴일로 지정된 날에 근로자가 근무하는 대신 근로의무가 있는 날에 대신 휴일을 사용하는 이른바 대휴의 요건에 대해서 판례는 다음과 같이 판시하고 있음.

① 단체협약 등에서 특정된 휴일을 근로일로 하고 대신 통상의 근로일을 휴일로 교체할 수 있도록 하는 규정을 두거나 그렇지 않더라도 근로자의 동의를 얻은 경우, 미리 근로자에게 교체할 휴일을 특정하여 고지하면, 다른 특별한 사정이 없는 한 이는 적법한 휴일대체가 되어, 원래의 휴일은 통상의 근로일이 되고 그 날의 근로는 휴일근로가 아닌 통상근로가 되므로 사용자는 근로자에게 휴일근로수당을 지급할 의무를 지지 않는다고 할 것이다.(대법원 2000. 9. 22. 선고 99다7367판결)

② 단체협약에 휴일대체에 관한 근거규정을 두고 있고, 근로자들이 자율적으로 그 다음 달 공휴일에 근로할 일정수의 근로자를 그 이전 달에 미리 정하고, 그 공휴일 대신 쉬는 날을 근로자 본인이 정하여 이를 스케줄표에 표시하도록 한 사실을 인정할 수 있는바, 이는 휴일대체근무에 대한 근로자들의 동의를 받은 것으로 보아야 할 것이므로 이 사건에 있어서의 휴일대체는 그 적법성 인정을 위한 모든 요건을 갖추었다고 할 것이다.(대법원 2008.11.13. 선고 2007다590판결)

(2) 이와 관련하여 개정 근로기준법은 근로자대표와 서면합의로 휴일에 갈음하여 다른 근무일로 대체할 수 있도록 정하고 있다.

근기법 제55조(휴일) ② 사용자는 근로자에게 대통령령으로 정하는 휴일을 유급으로 보장하여야 한다. 다만, 근로자대표와 서면으로 합의한 경우 특정한 근로일로 대체할 수 있다. <신설 2018. 3. 20.>

- 이때 ‘휴일에 갈음하여 다른 근로일로 대체’한다는 의미는 사전에 휴일의 유급휴일을 다른 근무일과 변경하는 것을 말한다. 이 경우 사전에 유급휴일인 휴일을 근무일로 하고, 다른 근무일을 유급휴일로 변경하는 것이기 때문에 휴일에 근무하더라도 휴일근로에 해당되지 않고 따라서 휴일근로 가산수당이 발생하지 않는다.
- 유급휴일을 다른 근로일로 대체하려면, ① 사전에, ② 근로자대표와, ③ 서면으로 합의해야 한다. 근로자대표의 의미는 앞서와 같다(과반수 노조, 없으면 과반수 대표자).
- 사용자가 근로자대표와 서면합의 없이 유급휴일에 근로를 시킨 경우 사후에 휴일을 변경하는 것은 허용되지 않고, 사용자는 휴일근로에 대한 가산임금을 지급하거나 근로기준법 제57조에 따라 근로자대표와 서면합의에 따라 가산임금에 상응하는 보상휴가를 주어야 한다.

4. 연장·야간·휴일근로의 중복

(1) 연장근로·휴일근로의 중복

☞ 2018.2.28. 개정 근로기준법 (시행 2018.3.20.)

제56조(연장·야간 및 휴일 근로)

① 사용자는 연장근로(제53조·제59조 및 제69조 단서에 따라 연장된 시간의 근로를 말한다)에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 근로자에게 지급하여야 한다. <개정 2018.3.20>

② 제1항에도 불구하고 사용자는 휴일근로에 대하여는 다음 각 호의 기준에 따른 금액 이상을 가산하여 근로자에게 지급하여야 한다. <신설 2018.3.20>

1. 8시간 이내의 휴일근로: 통상임금의 100분의 50

2. 8시간을 초과한 휴일근로: 통상임금의 100분의 100

③ 사용자는 야간근로(오후 10시부터 다음 날 오전 6시 사이의 근로를 말한 다)에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 근로자에게 지급하여야 한다.

휴일근로일 뿐만 아니라 이로 인해 1주 법정근로시간을 초과한 경우(즉, 1주 40시간을 초과하는 휴일근로)에 대하여 휴일근로가산(50%)과 연장근로가산(50%)을 중복 적용할 것인지 여부에 대해, 그동안 노동부 행정 해석은 1주를 5일로 보아 중복가산을 부인하는 입장이었던 반면 다수의 하급심 법원판결은 1주를 7일로 보아 중복가산을 인정하는 입장이었다.

그러나 위와 같이 개정 근로기준법(2018.3.20.시행) 제56조 제2항은 휴일근로가 주 40시간이상의 근로에 해당하더라도 8시간 이내의 휴일근로는 50%만, 8시간을 초과한 휴일근로는 100%만 가산수당을 주면 된다고 규정하였다.

또한 이러한 법 개정이후 <대법원 2018. 6. 21. 선고 2011다112391 전원합의체 판결>은 1주 40시간 초과 8시간 이내 휴일근로는 연장근로에 해당하지 않고, 가산임금 중복지급 필요하지 않다고 판결.

☞ 다만, 노동조합의 기존 단체협약에 있는 중복가산 조항 등은 당연히

유효하고, 이후 단체협약에 휴일근로에 대해 연장근로 중복할증을 한다는 조항을 넣는다면 당연히 그대로 지급받을 수 있음.

(2) 연장근로·야간근로, 휴일근로·야간근로의 중복

연장·야간근로 중복, 휴일·야간근로 중복 시 각각 50%가산하여 지급한다.

5. 보상휴가제도

근기법 제57조 (보상 휴가제) 사용자는 근로자대표와의 서면 합의에 따라 제56조에 따른 연장근로·야간근로 및 휴일근로에 대하여 임금을 지급하는 것을 갈음하여 휴가를 줄 수 있다.

연장근로 등을 행하게 되면 근로한 대가로서 통상임금 100%와 근기법 제56조에 의한 연장근로등에 따른 가산임금 50% 이상을 지급하여야 함. 그런데 사용자는 상기 조항에 의하여 근로자대표와의 서면합의를 요건으로 가산임금의 지급대신에 휴가를 부여할 수 있음.

V. 교대제 근로

1. 의 의

▶교대근로시간제(shift work system)란 장시간의 연속작업을 하기 위하

여 근로자를 2교대조 이상으로 조직하고 하루를 2개 이상의 시간계열로 구분하여 동일 근로자를 일정한 기간마다 교대로 작업하게 하는 근무형태이다.

▶ 교대제의 유형은 교대조의 수와 교대순번에 따라 주간 2교대제, 2조 격일제, 2조 1일 2교대제, 3조 1일 2교대제, 4조 1일 3교대제 등이 있다.

▶ 교대제 근로에 대해서도 당연히 휴일·휴가, 가산임금 등의 규정이 적용된다.

2. 교대제 근로 도입시 고려사항

가. 취업규칙 등에 제도화

▶ 교대제를 운영하기 위해서는 근로계약을 체결할 때 근로조건으로 약정이 되어 있어야 하며, 당초에는 교대제 운영을 하고 있지 않다가 교대제로 전환 할 때는 노동자의 동의가 있어야 한다.

▶ 교대제에 관한 사항은 취업규칙의 필수적 기재사항이며, 교대제의 형태를 바꾸고자 할 때는 취업규칙 변경에 대한 일반 법원리가 적용된다.

나. 주휴일

▶ 교대제를 운영하더라도 근기법 제55조에 규정된 주휴일을 부여해야 한다.

▶ 주휴일은 전 근로자에게 일률적으로 특정한 날을 지정하여 부여하는

것이 원칙이지만, 업무의 특성상 근로자 그룹별로 또는 교대조별로 각기 다른 날짜를 부여할 수 있다. 이 경우 교대조별로 주휴부여를 위한 ‘1주’의 기산점이 달라질 수 있으나 주휴일이 미리 예측 가능하도록 지정되어야 한다.

▶ 주휴일은 0시부터 24시까지 역일단위로 주어져야 하지만 교대제 운영을 위해 불가피한 경우에는 1주일에 1회 이상 계속하여 24시간의 휴식이 부여되면 주휴일을 부여한 것으로 본다.

▶ 교대조와 관계없이 주휴일을 특정일로 정한 상태에서 휴일의 사전대체가 규칙적으로 이루어짐으로써 결과적으로 주휴일의 취지에 맞게 운영되더라도 이는 유효하다.(노동부 행정해석 1994.5.9. 근기68207-761)

다. 법정기준근로시간, 연장근로, 야간근로

▶ 교대제 형태를 취하더라도 법정기준근로시간은 적용된다.

▶ 교대제 근로라 하더라도 연장근로는 당사자간 합의가 있어야 하며 1주에 12시간을 초과할 수 없다. 이 경우 주당 총근로시간이 주당기준근로시간을 넘는 연장근로시간이 12시간 이내여야 함과 동시에, 1일의 연장근로시간을 1주간 합한 시간도 12시간 이내여야 한다.

라. 휴게시간, 휴가

▶ 교대제 근로라 하더라도 8시간에 대해 1시간, 4시간에 대해 30분의 휴게시간을 주어야 한다.

- ▶ 연차휴가, 생리휴가, 산전·후 휴가 등 법정휴가나 기타 약정휴가가 있는 경우 비교대제 근로자와 동일하게 부여되어야 한다.
- ▶ 교대근로라고 하더라도 야간근로에 대한 가산임금이 지급되어야 하며, 연소근로자와 임신부의 야간근로에 대하여는 본인의 동의와 고용노동부장관의 인가가 있어야 한다.

마. 교대근무제 관련 실무사례

(1) 교대근무제를 새로 도입하는 경우

- ▶ 3조 3교대제에서 4조 3교대제로 변경하는 경우 - 교대제 근로형태를 3조 3교대제에서 4조 3교대제로 변경하는 경우, 실근로시간의 단축으로 연장근로가 줄게 되어 기존 3조 3교대제하에서 지급받던 연장근로수당이 감소하게 되나, 소정근로시간이 단축되고, 소정의 근로에 대한 기존의 임금은 감소되지 않는다면 이와 같은 제반사정을 볼 때 근로조건의 변경내용이 근로자에게 불이익한 변경에 해당하는 것으로 볼 수는 없음.(노동부 행정해석 1994.11.4. 근기 68207-1732)

(2) 교대제 근무에서 연차휴가의 사용

- ▶ 2일 근무 1일 휴무인 사업장에서 근로자가 근무일인 연속 2근무일에 연차휴가를 신청한 경우 휴가사용일수를 며칠로 봐야 하는지가 문제된다. 연차휴가는 원칙적으로 근로자가 청구하는 시기에 주어져 하므로 근로자가 휴가사용을 청구한 날에 한하여 휴가를 사용한 것으로 봐야 한다. 따라서 2근무일 1휴무일 형태의 교대제 근로에서 휴가사용일을 근

무일로 해서 1일을 신청한 경우에는 그 날에 대해서만 휴가로 처리해야 하므로 휴무일을 포함하여 2일의 휴일로 처리할 수 없다.(노동부행정해석 2002.10.7. 근기 68207-3014)

그런데, 24시간 격일제 교대제의 경우 24시간 휴무를 전제로 24시간의 근로를 시키는 것이므로 근무일에 휴가를 사용할 경우 1근무일에 대해 이어지는 비번일과 함께 휴가사용일을 2일로 처리해도 근로기준법 위반으로 볼 수 없다.(노동부행정해석 2001.9.26. 근기 68207- 3288) 또한 휴가날짜를 특정하지 않고 기간으로 정한 경우 비번일을 특별히 유급휴일로 정하지 않았다면 휴가일수에 포함되는 것으로 본다.

▶ 격일제 근로자에 대해서도 사용자는 근기법 제60조 제5항의 규정에 따라 근로자의 청구가 있는 시기에 연차휴가를 부여하여야 하는바, 격일제 근무의 경우 1일 근무를 전제로 그 다음날 1일의 휴무를 부여하는 것이므로 근무일과 바로 다음날(당초 비번일) 휴가를 사용한다면 연차휴가를 2일 사용한 것으로 보아도 되고, 근무일만 휴가를 사용하고 그 다음날(당초 비번일)에 근무를 하면 1일의 휴가를 사용한 것으로 보아야 할 것임.(노동부행정해석 1999.2.5. 근기 68207-313)

(3) 교대제에서의 주휴일 부여

▶ 주휴일은 매일 연속적으로 근로를 제공하는 경우에 한하지 않고, 2일 근무 1일 휴무(비번)를 되풀이하는 이른바 교대제근무에도 적용된다.

(대법원 1991.7.26. 선고 90다카11636판결)

▶ 주휴일은 전 근로자에게 일률적으로 특정한 날을 지정하여 부여하는 것이 원칙이지만 교대조별로 각기 다른 날짜를 지정하여 부여할 수도 있다. 이 경우 교대조별로 주휴부여를 위한 1주의 기산점이 달라질 수는 있으나, 주휴일이 미리 예측 가능하도록 지정되어야 한다. 또한 주휴일은 0시부터 24시까지 역일단위로 부여되어야 하지만 교대제운영을 위해 불가피한 경우에는 날짜를 달리하더라도 1주일에 1회이상 계속하여 24시간의 휴식이 보장된다면 주휴일을 부여한 것으로 볼 수 있다. 만약, 교대제 근무로 인하여 주휴일로 정하여진 날에 근로를 하고 대신 대휴를 주는 것이 사전 근로자의 동의하에 규칙적으로 실시되고 단체협약이나 취업규칙에 정하여지는 등 주휴일이 보장되고 있다면 주휴일로 정하여진 일요일에 2교대 또는 3교대 근무제가 근로기준법 제55조에 위반된다고 볼 수 없을 것임.(노동부행정해석 1994.5.9. 근기 68207-761)

(4) 교대제 근무에서의 연장근로

▶ 교대제 근로에서 24시간 안에 2회의 근로가 이루어진 경우 연장근로를 계산할 때에는 단속된 2회의 근로는 각각 별개의 근로로 본다. 예를 들어 14시에서 22시까지 근무한 근로자가 다시 다음날 6시에서 14시까지 근무한 경우 전체 24시간 안에서 16시간을 근무했다고 해서 8시간 초과시간을 연장근로로 보는 것이 아니다.(1980.8.6. 법무 811-19544) 3조 2교대 사업장에서 주간조(9시~19시)와 야간조(19시~9시)로 근무시

간이 편성된 상황에서 야간근무(19시~9시)를 한 후 주간근무조(9시~19시)와 교대하고 근무순번의 변경으로 당일 다시 야간근무조(19시~9시)에 편성되어 근무한 경우 이는 근로가 연속된 것으로 볼 수 없으므로 각각 별개의 근무로 보고 연장근로를 계산할 수 있다.(노동부행정해석 2002.2.27. 근기 68207-811)

<사례연습문제>

A사업장에서 근무하고 있는 노동자 감우성은 얼마 후 태어날 딸을 생각하면 너무 기분이 좋은 나머지 딸을 잘 키우기 위해서는 더욱 열심히 일을 하여 돈을 많이 벌어야 한다고 생각하고 연장근로를 뺄세게 하게 되었다. 감우성은 지난 2017.3.20.(월요일) ~ 2017.3.24.(금요일)까지 40시간을 근무한 후 취업규칙상 주휴일인 2017.3.26.(일요일) 오전 9시에 출근하여 밤 12시에 퇴근하였다.(점심식사시간 오후 12시 ~ 1시, 저녁식사시간 오후 6시 ~ 7시) 감우성의 통상시급이 10,000원이라고 가정할 때, 해당기간 동안 감우성이 받을 수 있는 임금은 얼마인가? (2018.2.28. 개정 근로기준법에 따름)

VI. 연차유급휴가

1. 요건 및 부여 휴가 일수

▶ 연차휴가는 1년간 8할 이상 출근한 경우 연 15일 휴가일을 부여하여야 한다. 계속근로년수가 1년 미만인 경우 1월의 개근 시 1일의 유급휴가를 주어야 한다. (근기법 제60조 제1항 내지 제2항)

▶ 그런데 2018.5.29.시행된 개정 근로기준법은 입사 1년 미만 노동자에 대한 연차유급휴가 부여에 관하여 다음과 같이 개정하였음.

- 기존 근기법 제60조 제3항은 최초 1년 동안의 근로에 대한 유급휴가는 매월 개근 시 발생하는 1일의 유급휴가를 포함하여 15일로 하고, 최초 1년 중 유급휴가를 이미 사용한 경우에는 그 사용한 휴가 일수를 15일에서 빼도록 하는 규정임. 개정법에서는 이러한 근로기준법 제60조 제3항이 삭제됨. 즉, 해당 조항이 삭제되면서, 입사 이후 1년 동안 최대 11일, 2년 차에는 15일의 연차유급휴가가 각각 보장되어 입사일로부터 2년 동안 최대 26일의 연차유급휴가 부여 가능.

예시) 개정 전 근기법 제60조 제3항에 따르면, 최초 1년 동안 3일의 유급휴가를 사용했을 경우 입사 후 1년간의 출근율이 80%이상인 경우 2년차에 발생하는 유급휴가는 12일(15일-3일)임. 반면, 이 경우 개정 근기법에 따르면 유급휴가는 23일(8일+15일)임.

- 입사 이후 2년간의 연차유급휴가를 확대 보장한 개정 근기법의 적용 대상은 2017.5.30.이후 입사 노동자임.(개정 근기법의 시행일이 2018.5.29.이므로 시행일 이후에 2년차가 되는 노동자가 적용대상) 즉, 2017년 5월 30일 입사자부터는 2년 차 연차휴가에서 1년 미만 근로기간동안 사용한 연차휴가일수를 삭감하지 않는다.

▶ 가산(加算)휴가 : 3년 이상 계속 근무시 위 제1항에 따른 휴가에 더

하여 최초 1년을 초과하는 계속근로 연수 매 2년에 대하여 1일을 가산한 유급휴가를 주어야 한다. 이 경우 가산휴가를 포함하여 총 휴가일수는 25일을 한도로 한다. (법제60조 제4항)

- 주40시간제사업장의 근속년수별 휴가일수 -

1년	2년	3년	4년	5년	10년	15년	20년	25년	30년
15일	15일	16일	16일	17일	19일	22일	24일	25일	25일

2. 출근율 산정

가. 산정기간

사용자가 사업장 내 근로자들의 연차휴가를 획일적으로 산정하기 위해 특정 시점부터 1년 기간을 연차휴가 산정 연도로 정하고 그 기간의 마지막 일을 산정 기준일로 정할 수는 있다. 하지만 이 경우에도 근로자에게 불이익이 있어서는 아니 된다. 따라서 산정 연도 도중에 입사한 근로자에 대해서는 다음 연도 시작일에 근속 기간에 비례하여 미리 휴가가 부여되는 것으로 보아야 하고, 다음 연도부터는 집단적으로 정한 기간인 연도를 기준으로 연차휴가를 부여하고, 다만 퇴직 시점에서는 그 동안 발생한 연차휴가가 입사일을 기준으로 산정한 일수에 미달하면 그 부분에 대하여 연차휴가수당으로 정산한다.

나. 소정근로일수 계산에서 제외하는 날

법적 기준이 없어 판례와 해석에 의하여 인정된다. 소정근로일수의 의미가 당사자 사이에 근로를 하기로 합의한 날을 의미하므로 소정근로일수 자체에서 제외되는 날은 ① 휴일 + ②기타 근로제공의무가 정지되는 날을 의미.

(1) 휴일

- ▶ 근로기준법에서 정한 주휴일
- ▶ 관공서의 공휴일에 관한 규정에 따른 공휴일 및 대체공휴일 (2020.1.1.부터 순차적으로 시행)
- ▶ 노동절(근로자의 날 제정에 관한법률)
- ▶ 약정휴일

(2) 기타 근로제공의무가 정지되는 날

취업규칙 또는 단체협약 등에서 당초 근로하기로 정하였으나 근로자 또는 사용자가 사전에 예측할 수 없는 특별한 사유가 발생하여(혹은 법에 의하여) 근로제공의무가 정지되는 경우가 있음. 따라서 이와 같은 경우에 해당하는 다음의 기간은 소정근로일수를 계산함에 있어 이를 제외함.

- ▶ 사용자의 귀책사유로 인한 휴업기간
- ▶ 적법한 쟁의행위기간
- ▶ 기타 이상의 기간에 준하여 해석할 수 있는 날 또는 기간

(3) 적법한 쟁의행위기간 등 근로제공의무가 정지되는 기간의 출근율의 산정과 연차휴가일수

① 문제의 소재

적법한 쟁의행위기간 등 근로제공의무가 정지되는 기간의 경우 소정근로일수에서 제외되는 것이나, 나아가 당해 기간을 출근한 것으로 간주하여 출근율을 산정하고 이에 따라 연차휴가일수를 산정할 것인지 아니면 나머지 출근일수와 소정근로일수의 비율에 따라 연차휴가일수를 비례적으로 삭감할 것인지 문제된다.

② 행정해석 및 판례의 태도

▶ 노동부 행정해석에 따르면 쟁의행위기간, 사용자의 귀책사유로 휴업한 기간, 육아휴직기간 등과 같이 특별한 사유로 근로제공의무가 정지되는 날로서 소정근로일수에서 제외하는 경우에 그 기간을 제외한 나머지 출근일수와 총소정근로일수의 비율에 따라 연차휴가가 발생한다고 본다.

▶ 대법원 판례(대법원 2013.12.26.선고 2011다4629판결)도 “연차유급휴가가 1년간의 근로에 대한 대가로서의 성질을 갖고 있고 현실적인 근로의 제공이 없었던 쟁의행위 등 기간에는 원칙적으로 근로에 대한 대가를 부여할 의무가 없는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 연간 소정근로일수에서 쟁의행위 등 기간이 차지하는 일수를 제외한 나머지 일수를 기준으로 근로자의 출근율을 산정하여 연차유급휴가 취득 요건의 충족

여부를 판단하되, 그 요건이 충족된 경우에는 본래 평상적인 근로관계에서 8할의 출근율을 충족할 경우 산출되었을 연차유급휴가일수에 대하여 ‘연간 소정근로일수에서 쟁의행위 등 기간이 차지하는 일수를 제외한 나머지 일수’를 ‘연간 소정근로일수’로 나눈 비율을 곱하여 산출된 연차유급휴가일수를 근로자에게 부여함이 합리적이라 할 것이다.”이라고 판시하여 비례삭감설의 태도를 취하였다.

③ 비 판

당해 노동자의 귀책사유로 인해서 결근한 기간과 달리 적법한 쟁의행위 기간은 정당한 권리행사기간임에도 불구하고 이를 행사하였다고 하여 연차휴가일수에 있어 불이익을 주는 것은 아무런 근거가 없는 해석일 뿐만 아니라 적법한 쟁의행위를 하였다는 이유로 불이익을 받는 매우 비합리적인 결과가 되므로 출근간주설이 타당하다고 할 것임.

④ 2018.5.29.시행 개정근로기준법

근기법 제60조 제6항에 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제19조 제1항에 따른 육아휴직으로 휴업한 기간(제3호)을 신설하여, 육아휴직으로 휴업한 기간도 출근일로 봄.

(4) 연차휴가 출근율 산정 기간 전체를 휴업 한 경우

연차휴가는 연간 소정근로일수를 80% 이상 출근한 근로자에게 누적된 피로를 회복하여 노동력을 재생산할 수 있도록 소정의 휴가를 부여하는

것으로 연간 근로일수 전체를 휴업한 경우에는 별도의 연차휴가를 부여하지 않아도 된다는 것이 노동부 행정해석임. 다만, 1년 전체가 업무상 질병 또는 부상으로 인하여 휴업한 경우에는 100% 출근한 것으로 보아 정상적인 연차휴가가 발생한다.

이와 관련하여 최근 대법원 판례(대법원 2017.5.17, 선고, 2014다 232296, 232302, 판결)도 “근로기준법 제60조 제6항 제1호는 위와 같이 출근율을 계산할 때 근로자가 업무상의 부상 또는 질병(이하 ‘업무상 재해’라고 한다)으로 휴업한 기간은 출근한 것으로 간주하도록 규정하고 있다. 이는 근로자가 업무상 재해 때문에 근로를 제공할 수 없었음에도 업무상 재해가 없었을 경우보다 적은 연차휴가를 부여받는 불이익을 방지하려는 데에 취지가 있다. 그러므로 근로자가 업무상 재해로 휴업한 기간은 장단(長短)을 불문하고 소정근로일수와 출근일수에 모두 포함시켜 출근율을 계산하여야 한다. 설령 그 기간이 1년 전체에 걸치거나 소정근로일수 전부를 차지한다고 하더라도, 이와 달리 볼 아무런 근거나 이유가 없다.”라고 판시하였다. 결국 대법원 판례에 따르면 업무상 재해로 1년 내내 휴업을 한 경우에도 연차휴가가 발생하고, 또 그 다음해에도 업무상 재해로 1년 내내 휴업을 하여 연차휴가를 사용할 수 없었으면 대신 연차휴가수당을 받을 수 있음.

다. 출근으로 간주하는 기간

근로의 의무가 있으나 근로제공이 면제된 날을 의미한다. ① 법령에 의

해 그 날 또는 그 기간을 출근한 것으로 보도록 하거나, ② 휴무일로 하지 않도록 한 규정이 있는 경우, ③ 이와 같은 규정이 없더라도 그 성질상 결근한 것으로 처리할 수 없는 날 또는 기간이 있음.

▶ 업무상 재해로 휴업한 기간 / 산전후 휴가 / 유산, 사산 휴가

▶ 육아휴직기간(2018.5.29.시행)

☞ 근로기준법 제60조 제6항에서 “출근한 날”로 본다고 규정

▶ 공민권행사를 위하여 필요한 시간

▶ 예비군훈련기간

▶ 민방위훈련 또는 동원기간

▶ 연·월차휴가기간 및 생리휴가

3. 휴가부여시기

가. 근로자의 시기지정권(근기법 제60조 제5항 본문)

▶ 사용자는 노동자가 청구하는 시기에 연차유급휴가를 부여하여야 한다.(법제60조 제5항 전단) 사용자가 미리 특정일을 정하여 그날을 휴가로 지정할 수 없도록 하거나 일정한 시기에 부서 등 일정한 범위의 노동자들로 하여금 일제히 휴가를 사용하게 하는 것은 노동자의 시기지정권을 침해하는 것으로서 허용되지 않는다.

▶ 취업규칙 등에 근로자가 휴가를 사용하기 위하여는 사전에 신청하여 사용자의 승인을 얻어야 한다고 규정하는 것이 시기지정권을 침해하는

것이 아닌지와 관련하여, 판례는 그와 같은 규정이 휴가 시기지정권을 박탈하는 것은 아니라고 하면서 이는 단지 사용자에게 유보된 휴가 시기변경권을 적절하게 행사하기 위한 규정이고 법 위반이 아니라고 보았다.

▶ 법원은 설날이나 추석 등 공휴일을 근무일로 지정해 놓고 노동자들이 이때 연차휴가를 쓰도록 만들어 놓은 일부 회사의 근로계약의 관행에 대해, “사용자가 특정일을 정해 휴가를 쓰도록 하는 것은 근로자의 시기결정권을 침해하는 것으로 허용되지 않는다.”며 “근로계약에 주휴일과 노동절만 휴일로 규정한 것만으로는 근로자들이 공휴일에 연차휴가를 사용하는 것으로 지정했다고 볼 수 없다”고 판단했다.

나. 사용자의 시기변경권(근기법 제60조 제5항 단서)

그러나 사용자는 “사업운영에 막대한 지장”이 있는 경우에는 그 시기를 변경할 수 있다. “사업운영에 막대한 지장”이 있는 경우란 사업의 정상적인 운영을 현저히 저해 하거나 중대한 영향을 주는 경우로서 당해 노동자가 지정한 휴가일에 휴가를 주게 되면 해당 단위의 업무의 운영이 불가능하게 될 뿐만 아니라, 이를 위한 대체근로자를 확보할 수 없는 경우로 해석될 수 있다.

▶ 여기서 사업운영에 막대한 지장이 있는지 여부는 기업의 규모, 업무의 성질, 작업의 바쁜 정도, 대행자의 배치난이도, 같은 시기에 휴가청

구자의 수 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.(노동부행정해석 1990.3.8. 근기01254-3454)

회사운영에 막대한 지장이 없는 경우에는 시기변경권이 인정될 수 없으며, 회사운영에 막대한 지장이 있다는 입증책임은 사용자에게 있다.

▶ 근로자가 휴가사용 시기를 특정하여 청구한 경우에는 사용자의 승인 없이 연차유급휴가를 사용했다 하더라도 사용자가 시기변경권을 행사하지 않는 한 이를 당연히 결근 처리할 수는 없으며, 사용자가 시기변경권을 행사하려면 근로자가 청구한 시기에 유급휴가를 주는 것이 사업운영에 막대한 지장이 있어야 함(노동부행정해석 2002.4.16. 근기68207-1569)

▶ 근로자의 연차휴가는 통상 예견되는 것이고 평상시에도 늘 행하여지는 것이므로 참가인 회사로서는 통상적인 근로자의 결원을 예상하여 그 범위 내에서 충분히 대체 근무자를 확보할 의무를 부담한다고 할 것인데, 앞서 인정할 사실에 의하면 참가인 회사는 통상 예상되는 결원이 8명 내지 12명임에도 예비기사를 불과 4명(산업재해로 인하여 배차가 불가한 3명, 분회장을 제외할 경우)밖에 확보하지 못하고 있어 통상 4명 내지 8명의 작업인원 부족상태가 지속되었음에도 아무런 조치를 취하고 있지 않았던 점에 비추어 5명의 결원이 평소 원고의 사업운영에 막대한 지장을 초래할 정도의 규모라고는 보여지지 아니하고, 달리 5명의 결원

이 부곡화물 사업장의 정상적인 업무를 마비시킬 우려가 있었다고 볼 증거도 없으며, 더욱이 참가인 회사가 시기변경권을 행사하면서 단체협약 제32조 제3항 소정이 본인의 동의를 받은 바도 없으므로 참가인 회사가 원고의 휴가를 시인하지 않았다 하더라도 이를 적법한 시기변경권의 행사라고 할 수 없고, 따라서 이를 거부하고 휴가를 실시한 행위를 가리켜 무단결근이라거나 회사의 업무를 방해한 것이라고 볼 수 없다.

(서울행정법원 1999.9.17. 선고 99구8731판결)

▶ 원고(시내버스 운수업)는 인가받은 버스노선이 결행될 경우 100만 원의 과징금을 부과받게 되고, 나아가 참가인들이 운전하는 준공영제 노선이 결행될 경우에는 이 사건 시내버스 수입금공동관리위원회로부터 운송원가 2배의 제재를 받게 되므로, 참가인들이 신청한 기간에 휴가를 부여함으로써 버스노선에 결행이 발생하는 것은 버스여객운송업체인 원고의 사업운영에 대한 중대한 지장이라 할 것이다.

그러나 근로자의 연차휴가는 통상 예견되는 것이고 평상시에도 늘 행하여지는 것이므로 원고로서는 통상적인 근로자의 결원을 예상하여 그 범위 내에서 대체 근로자를 충분히 확보하여야 할 것인데, 원고는 운영버스의 수 및 운행방식에 비하여 근로자들이 연차휴가를 사용할 수 있도록 대체 근로자를 충분히 확보하지 못한 점, 원고가 휴가 부여에 필요한 대체인력을 확보하기 위하여 인가차량의 2.35배를 초과하는 운전기사를 고용하는 것이 불가능하였다고 볼 수 없는 점, 원고가 노선별·조별 단위

휴무 제도를 도입하고, 휴무신청을 제도화하며, 근로자들의 합의에 따른 휴무일 교환 관행을 승인하였다는 사정만으로 근로자들에게 연차휴가를 보장하기 위한 충분한 노력을 하였다고 볼 수 없는 점등을 종합하면, 위와 같은 사업운영의 지장은 휴가 실시 및 그로 인한 인원 대체 방법을 제대로 강구하지 아니한 원고의 잘못에 의하여 발생한 것으로 보이므로, 이를 이유로 참가인들의 휴가신청을 불허한 원고의 행위는 정당한 시기 변경권의 행사에 해당한다고 보기 어렵고, 따라서 참가인들이 위 각 휴가신청일에 출근하지 아니한 것은 무단결근에 해당하지 아니한다.(서울 행정법원 2016.8.19 선고 2015구합73392판결)

4. 연차유급휴가미사용수당

▶ 연차휴가를 1년간 사용하지 못하여 휴가청구권이 소멸되더라도 임금 청구권은 소멸하지 않는데, 이를 ‘연차유급휴가 미사용수당’이라고 한다.

▶ 연차유급휴가미사용수당은 다음과 같은 경우에 발생한다.

- 1년간 출근율에 의해 발생한 휴가청구권을 근로자가 1년간 행사하지 않은 경우
- 사용자의 귀책사유로 휴가청구권을 1년간 행사하지 못한 후 근로자가 휴가사용 대신 수당지급을 원하는 경우
- 퇴직·해고 등으로 휴가청구권을 행사하지 못하게 된 경우
 - ☞ 연차휴가를 이용하지 아니하고 계속 근로한 근로자들은 사용자에게

대하여 그 휴가일수에 해당하는 임금(연차휴가미사용수당)을 더 청구할 수 있고 이러한 임금의 지급청구권은 근로자의 퇴직으로 소멸하지 않는다.

<관련 판례>

유급(연차휴가수당)으로 연차휴가를 사용할 권리는 근로자가 1년간 소정의 근로를 마친 대가로 확정적으로 취득하는 것이므로, 근로자가 일단 연차유급휴가권을 취득한 후에 연차유급휴가를 사용하기 전에 퇴직 등의 사유로 근로관계가 종료된 경우, 근로관계의 존속을 전제로 하는 연차휴가를 사용할 권리는 소멸한다 할지라도 근로관계의 존속을 전제로 하지 않는 연차휴가수당을 청구할 권리는 그대로 잔존하는 것이어서, 근로자는 근로관계 종료시까지 사용하지 못한 연차휴가일수 전부에 상응하는 연차휴가수당을 사용자에게 청구할 수 있는 것이다. (대법원 2005.5.27, 선고, 2003다48549, 판결 등)

▶ 연차유급휴가 미사용수당은 사용하지 못한 휴가일수에 해당하는 통상임금으로 계산하며, 가산수당은 발생하지 않는다.(대법원 1991.6.28.선고 90다카14758판결)

▶ 연차유급휴가 미사용수당의 산정은 휴가청구권이 있는 마지막 달의 임금지급일의 임금을 기준으로 계산한다.(노동부행정해석 1990.3.19. 근거 01254-3999)

▶ 연차유급휴가는 근로자가 사용자에게 근로를 제공하는 관계에 있다는 사정만으로 당연히 보장받을 수 있는 것이 아니라, 1년간 8할 이상 출근하였을 때 비로소 부여받을 수 있는 것이므로 다른 특별한 정함이 없는 이상 이는 1년간의 근로에 대한 대가라고 볼 수 있고, 근로자가

연차유급휴가를 사용하지 못하게 됨에 따라 사용자에게 청구할 수 있는 연차휴가수당은 임금이라고 할 것이다. (대법원 2013.12.26. 선고 2011다4629판결)

▶ 연차유급휴가 미사용수당청구권은 휴가청구권이 소멸된 직후의 임금 지급일에 발생하며(근기법 시행령 제33조), 청구권의 소멸시효는 휴가청구권이 소멸한 때로부터 3년이다.

5. 연차휴가 사용촉진제도

▶ 연차휴가 사용가능 기간이 종료되기 6월을 기준으로 10일내에 사용자가 미사용휴가일수를 알려주고 사용하도록 하였음에도 불구하고 노동자가 휴가를 사용하지 않은 경우에 연차휴가미사용수당의 보상의무를 면제할 수 있다. 이를 연차휴가사용촉진제도라고 하고(근기법 제61조), 요건은 다음과 같다.

① 휴가사용기간(연차휴가 발생후 1년) 만료 6개월 전을 기준으로 10일 이내에 사용자가 근로자별로 사용하지 아니한 휴가 일수를 알려주고, 근로자가 그 사용 시기를 정하여 사용자에게 통보하도록 서면으로 촉구할 것

② 위 서면 촉구에도 불구하고 근로자가 촉구를 받은 때부터 10일 이내에 사용하지 아니한 휴가의 전부 또는 일부의 사용 시기를 정하여 사용자에게 통보하지 아니하면 휴가사용기간(연차휴가 발생 후 1년) 만료 2

개월 전까지 사용자가 사용하지 아니한 휴가의 사용 시기를 정하여 근로자에게 서면으로 통보할 것

③ 위 방법을 취하였음에도 불구하고 근로자가 연차유급휴가수당을 사용하지 않았을 것

▶ 판례(대법원 2015.10.29.선고 2012다71138판결)는 “근로기준법이 규정한 연차휴가 사용촉진 제도가 오로지 근로자에게만 유리한 제도라고 단정할 수 없으며, 이 사건 단체협약을 체결하는 과정에서 이 사건 지회의 거부로 연차휴가 사용촉진 제도를 도입하지 못한 사실 등을 인정할 수 있으므로, 연차휴가 사용촉진 제도를 반영하지 아니한 이 사건 단체협약이 근로기준법상의 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 것이어서 무효라거나 근로기준법의 시행으로 연차휴가 사용촉진 제도가 당연히 적용된다고 해석하기는 어렵다.”라고 판시하였다.

따라서, 노동부 시정명령의 가능성이 있다고 하여도 단체협약에 ‘노조 또는 근로자대표와의 합의없이 연차휴가사용촉진을 실시하지 않는다’라는 등의 규정을 두어 연차휴가미사용수당의 지급을 보장받을 필요가 있다.

6. 연차유급휴가의 대체

▶ 연차유급휴가의 대체란 사용자는 근로자 대표와의 서면합의에 의하여 연차유급휴가일에 갈음하여 특정 근로일에 근로자를 휴무 시킬 수 있도록 한 제도이다. (근기법 제62조) 여기서 특정근로일이라 함은 근로

의무가 있는 소정근로일 중의 특정일을 의미한다.

▶ 시행요건

- 근로자 대표와의 서면합의를 요건으로 하며, 동 서면합의의 내용에는 노동력의 수급에 관한 제반 여건과 특정 근로일을 휴가일로 정하는 이유, 그 시기, 부서 및 인원 등에 관한 사항이 포함되어야 할 것이다. 따라서 사용자가 일방적으로 연차휴가를 대체시키는 것은 적법하게 대체된 것으로 볼 수 없다.

- 근로계약을 통한 도입이 가능한지 여부

서면합의 제도의 취지는 개별 근로자의 청구나 동의가 없더라도 사용자와 근로자대표와의 서면합의를 통해 사용자가 일방적으로 연차휴가를 대체하도록 하는 ‘집단적 성질’을 가진 제도이므로 원칙적으로 개별 근로자와의 근로계약을 통해 실시하는 것은 허용되지 않는다고 본다. 다만 개별근로자의 근로계약 체결시 특정 근로일에 휴무를 원하는 근로자에 한하여 자율적으로 연차휴가를 사용하도록 근로계약을 체결하는 것은 가능하다는 것이 노동부 행정해석이다.

▶ 효과

근로자의 시가지정권과 사용자의 시기변경권이 모두 배제된다.

▶ 휴일을 대체할 수 있는지 여부

법정휴일 및 약정휴일 모두 연차휴가를 대체 할 수 없다. 즉, 일요일이 주휴일이라면 소정근로일이 아니므로 연차휴가를 대체할 수 없으며, 토요일의 경우 취업규칙·단체협약 등에서 휴일로 정한 경우나 무급휴무일인 경우에는 소정근로일이 아니므로 연차휴가를 대체할 수 없다. ‘관공서의 공휴일에 관한 규정상의 공휴일’은 취업규칙, 단체협약 등으로 약정휴일로 지정하지 않았다면 소정근로일이므로 요건을 갖추어(근로자대표와의 서면합의) 연차유급휴가로 대체가 가능하다. 또한 하기휴가의 경우에도 단체협약, 취업규칙 등에서 유급휴가로 규정하고 있지 않다면 근로자대표와의 서면합의에 의해 연차유급휴가로 대체가 가능하다.

7. 연차유급휴가의 사전매수(환가)

근로자는 전년도의 출근율에 따라 당해 연도 1년 동안 실제로 연차휴가를 청구하여 사용할 수 있는 권리가 있다. 이렇듯 1년 동안 휴가를 청구 사용할 수 있는 권리가 있음에도 불구하고 그 휴가의 사용기간이 경과하기 전에 사용자가 미리 미사용 휴가분에 대체 하여 수당을 지급함으로써 근로자가 휴가사용을 하지 못하게 하는 것을 ‘사전매수’ 또는 ‘환가’라고 한다.

판례(대법원 1995.6.29. 선고 94다18553판결)는 “연차휴가권이 유효하게 존속하는 동안의 연차휴가의 환가는 주 40시간제하의 근로기준법에 따라 연차휴가일수 25일을 초과하는 부분이 아닌 한 근로기준법에 반하여 허용될 수는 없다.” 고 하였다. 행정해석 역시 연차 휴가를 부여하지

않고 사용자가 일방적으로 수당으로 대체지급하는 것은 근로기준법에 위반된다고 한다. 연차휴가는 근로자의 피로를 회복시켜 노동력의 건전한 유지와 사생활을 영위토록 기회를 부여 하는데 그 근본목적이 있는 것인 바, 연차휴가 발생 즉시 사용자가 일방적으로 수당으로 대체지급하는 것은 사실상 휴가사용을 금지하는 것이기 때문이다.

<사례연습문제>

A사업장에서 근무하고 있는 노동자 감우성은 2009.1.1. 입사하였는데, 2019.5.22. 태어난 딸이 너무 귀엽고 사랑스러운 나머지 딸의 출생 즉시 육아휴직을 60일을 사용하고 무단결근 30일을 하고 말았다.(딸의 출생이전과 나머지 기간에는 개근하고 해고나 징계는 당하지 않았다고 가정) 2019년 연간 소정근로일수는 240일라고 가정할 때, 2020에 감우성이 사용할 수 있는 연차휴가일수는 얼마인가? (2018.5.29.시행 개정근로기준법에 의함)

Ⅶ. 근로시간제도 개악

1. 주 52시간제 시행 계도기간 부여

〈50~299인 주52시간제 안착을 위한 보완대책〉(2019.12.11.관계부처 합동)

□ 주 52시간제가 2020.1.1. 시행예정이던, 50~299인 기업에 1년간의

제도기간 부여

※ 제도기간: △장시간근로감독 대상에서 제외, △근로자 진정 등으로
법위반 적발시 충분한 시정기간(최대 6개월) 부여, △고소·고발시 법위반
사실과 함께 개선노력, 고의성 여부 등도 감안(검찰과 협의)

2. 특별연장근로 인가 사유 대폭 확대(2020.1.31.시행)

가. 특별연장근로 인가제도 취지 및 기존 규정 및 인가사유

근기법 제53조 제4항은 예외적으로 ‘특별한 사정’이 있으면 고용노동부
장관의 인가와 근로자의 동의를 받아 1주 12시간을 초과하여 근로시간
을 연장할 수 있다고 규정하고 있고, 기존 근기법 시행규칙 제9조는 이
러한 특별한 사정을 ‘재해재난 및 이에 준하는 사고 수습을 위한 경우’
로만 한정해 왔음.

나. 정부의 특별연장근로 인가사유 확대

- 고용노동부는 2019년 1월 31일 ‘특별연장근로 인가사유 확대’를 내용
으로 하는 근로기준법 시행규칙을 개정하였고, 같은 날부터 시행됨
- 개정된 특별연장근로 인가제도 시행규칙의 주요내용은 아래와 같음

<특별연장근로 인가제도 시행규칙 개정 주요 내용>

※ 밑줄친 부분이 시행규칙 개정으로 추가된 내용

특별 연장근 로 인가 요건 (시행규 칙 제9조제1 항)	① 특별한 사정(인가 사유)	+	② 개별 근로자 동의	+	③ 고용노동부 장관 인가
	① 재해·재난 및 이에 준하는 사고 수습 또는 예방을 위한 긴급한 조치 필요 ② 인명 보호 또는 안전 확보를 위한 긴급한 조치 필요 ③ 시설·설비 고장 등 돌발상황 발생 수습을 위한 긴급한 조치 필요 ④ 통상적이지 않은 업무량 폭증 + 단기간 내 미처리 시 사업에 중대한 지장·손해 ⑤ 고용노동부 장관이 국가 경쟁력 강화 등을 위해 필요하다고 인정하는 연구개발				
건강보호 조치 (제9조제4 항)	■ 특별한 사정에 대처하기 위해 필요한 최소한의 기간으로 인가 ■ 사용자가 근로자의 건강 보호를 위한 적절한 조치를 하도록 지도				

다. 개정된 시행규칙의 문제점

(1) 인명보호 또는 안전을 확보하기 위하여 긴급한 조치가 필요한 경우

- 인명보호 또는 안전을 확보하기 위한 업무는 상시·지속·필수적 업무임
- 특별연장근로를 하기에 앞서 사전에 충분한 인력과 예산을 확보하여 통상근로로 대처해야 하고, 그래야 비로소 인명을 보호하고 안전을 확보할 수 있음

(2) 시설·설비·시스템 장애·고장 등 돌발상황 발생시

- 시설·설비·시스템 장애·고장 등 돌발적인 상황에 대처하는 것도 사업

수행에 필수적인 것이므로 당연히 사전에 충분한 인력과 예산을 확보하여 통상근로로 대처해야 함

(3) 일시적 업무량 급증

- ‘업무량 급증’이라는 경영상 사유에도 특별연장근로를 허용할 경우 사용자 편의에 따라 임의로 근로시간을 연장할 위험성 있음
- 예컨대 원청이 갑자기 물량을 늘리거나, 주문량이 급증하는 경우에도 특별연장근로가 무제한적으로 허용될 우려가 있음

(4) 고용노동부가 인정하는 연구개발

- ‘연구개발’의 범위가 불분명하여 무제한적으로 확대될 우려 있음
- ‘국가경쟁력 강화 및 국민경제 발전’을 위하여 노동자에게 장시간 노동을 강요하는 것은 전근대적 발상이자 헌법과 근로기준법에 따른 근로시간규제 원칙의 근간을 무너뜨리는 반헌법적 발상임

(5) 소결

- 이상과 같이 개정된 시행규칙에서 확대한 특별연장근로 인가사유는 ‘특별한 사정’이 아니라, ‘통상의 경영상 사유’에 불과함
- 개정된 시행규칙이 그대로 시행될 경우 사업주들이 ‘일시적 업무량 급증’, ‘연구개발’ 등 경영상 사유를 이유로 근로기준법상 근로시간규제 원칙을 잠탈하고, 장시간 노동을 강요하는 전가의 보도로 악용할 가능성이 높음

- 근로기준법에서 정한 최소한의 노동시간 규제원칙이 무력화될 위험이 있음

☞ 실제 시행일로부터 9일밖에 지나지 않은 2019.2.9.기준 고용노동부가 27건을 인가했다고 하고, 신청건 중 56.3%가 업무량 폭증을 사유로 했다고 함.

3. 탄력근로제 개악(단위기간 확대) 시도

☞ 현재까지 개정안 국회 통과X

가. 탄력근로제 개악안의 핵심 내용

※ 탄력근로제 단위기간 확대, 근로일별 근로시간 사전 특정 의무 면제가 핵심

✓ 현행 2주 단위, 3개월 단위에 <3개월을 초과하고 6개월 이내의 기간에서 활용되는 탄력근로제> 추가 신설 (주 최장 52시간, 1일 최장 12시간의 근로시간 한도는 유지)

✓ 사용자와 근로자 대표 서면합의로 시행

✓ 서면합의 시 근로일별 근로시간이 아닌 주별 근로시간을 합의
(근로일별 근로시간은 2주 전까지 사용자가 일방통보)

✓ 예상치 못한 사유 발생시 협의를 통해 주별 근로시간 변경 가능
(이때 근로일별 근로시간은 해당 근로일 전까지 통보하면 됨)

(예상치 못한 사유로 천재지변, 기계고장, 심지어 업무량 급증까지 예시하고 있음)

✓ 임금보전 방안 마련 의무(위반시 과태료), 근로일 사이 11시간의 연속 휴식 보장
: 그러나 이는 서면 합의로 대신하거나 변경이 가능함.

나. 탄력근로제 개악안의 문제점

(1) 단위기간 최대 6개월까지 확대 : 과로를 부르는 초장시간 노동

- 탄력근로제로 운영될 수 있는 최장 노동시간 52시간에 더해서 한주 12시간 한도의 연장근로가 가능하므로, 심각한 경우 주 64시간의 최장 노동시간을 장기간 운영하는 것도 가능.

<6개월 단위 탄력적 근로시간제 시행 예시2>											
(1~6월까지 6개월 단위로 탄력적 근로시간제 시행)						(7~12월까지 6개월 단위로 탄력적 근로시간제 시행)					
1월	2월	3월	4월	5월	6월	7월	8월	9월	10월	11월	12월
최소 노동시간으로 운영			주 52시간까지 최장 노동시간으로 운영			주 52시간까지 최장 노동시간으로 운영			최소 노동시간으로 운영		

=> <예시2>와 같이 최장 시간으로 활용하는 기간을 연달아 배치하여 장기간 최장 노동시간 운영을 유지하는 것도 가능해 짐.

(2) 11시간 연속 휴게시간 보장의 실효성 의문

11시간 연속 휴게시간을 보장한다고 하나, 11시간은 피로회복시간으로도 부족할뿐더러 ‘불가피한 경우’라는 막연한 사유, 서면합의로 대체 또는 변경 가능

(3) 도입요건 완화 : 노동시간 결정권과 생활의 안정성, 예측가능성 파괴

- 주별 근로시간만을 정하면 되고 근로일별 근로시간은 사용자가 일방 통보하도록 하여, 근로시간 책정 및 배치에 노동자의 의사가 전혀 반영

되지 못함.

- 특히 예측하지 못한 사유에 의한 주별 노동시간 재차 변경이 가능, 이렇게 다시 변경시, 근로일별 근로시간은 해당 근로일 전날까지만 통보 하면 되도록 하고 있음.

(4) 시간외수당 박탈로 인한 저임금화

- 단위기간 내 평균 주 40시간이면 되므로, 주 52시간까지의 근로에 대해서는 사용자에게 연장근로수당 지급 의무 자체가 없음. 또한 원래 사용자의 귀책사유로 일을 쉬게 되는 기간은 휴업수당이 지급되어야 하나, 이 또한 면하게 되는 결과
- 임금보전방안 마련하지 않을 경우 과태료 조항 있으나, 이 역시 서면 합의로 대체 가능



This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are no margins, text, or other markings on the paper.

This image shows a full page of blank white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page, providing a template for writing or drawing. There are no margins, text, or other markings on the page.

05

단체교섭과 단체협약

박현희

- 01 단체교섭
- 02 단체협약

단체교섭과 단체협약

박현희 | 금속노조 법률원 노무사

I. 단체교섭

대한민국 헌법 제33조 ① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.⁴²⁾

1. 단체교섭이란?

- 노동자가 자주적으로 단결하여 조직한 단체, 즉 노동조합이 노동조건 등 노동관계에 관한 사항에 대해 사용자와 교섭하는 모든 과정.
- 단체교섭 과정에서 노동조합에게는 회사에 자신의 요구사항을 관철하기 위하여 파업 등을 할 수 있는 헌법상의 권리 단체행동권이 보장됨.
- 단체교섭의 결과물은 단체협약. 따라서 단체교섭은 단체협약을 체결하기 위한 모든 과정이라 말할 수도 있음.

42) 외국의 입법례에 의하면 단결권 및 단체행동권과 달리 단체교섭권을 별도로 보장하지 않는 예들도 있음. 우리 헌법이 단체교섭권을 별도로 보장한 특별한 의미는 노동조합의 역량이 충분하지 않고 사용자가 쉽게 단체교섭 거부라는 태도로 나아가려는 상황에서 단체교섭권 자체를 독자적으로 보장할 필요가 있어 이를 헌법상의 기본권으로 명백하게 부각시킨 것과 이에 대한 법률상의 보호를 위한 기초를 마련했다는 점으로 의미를 부여하기도 한다. 이런 측면에서 복수노조에 대해 단체교섭창구를 단일화하도록 강제하고 소수노조의 교섭권을 박탈하는 현행 법제도는 위헌성이 다른 나라보다 더 크다고 할 것이다.

- 결국 단체교섭은 노동3권의 실현과정이라고 할 수 있음. 노동자 개인이 아니라 노동조합이라는 노동자들의 자주적인 단결체가 사용자인 회사에 교섭을 요구하고, 자신의 요구사항을 관철하기 위하여 파업 등 단체행동권을 행사하면서 사용자를 압박하여 단체협약이라는 노동조건 및 노사관계의 규범을 설정하게 되는 ‘노동과 자본의 역동적인 투쟁’ 과정.
 - 따라서 단체교섭의 진짜 핵심은 조합원인 노동자들의 단결이라는 힘을 활용하여 회사와 보다 대등한 지위에서 협약의 체결을 성취하는 것임.
- 반면 노동법이 규정하는 단체교섭 관련 쟁점들은 위 역동적인 단체교섭 과정에서 노사가 지켜야 할 최소한의 교섭 룰(rule)에 대한 것임.
- 우리 노동법은 단체교섭에 대하여 당사자가 될 수 있는 자와, 무엇을 반드시 교섭하여야 하는지 등을 정하고 있고, 단체교섭에 대하여는 성실교섭의무를 부과하여 사용자가 이에 불응할 시 부당노동행위로 처벌하는 등 특별한 보호를 하고 있음. (노사협의회 합의 과정은 단체교섭 ×, 따라서 거부·해태시 부당노동행위 ×)

2. 단체교섭의 양 당사자⁴³⁾ : 노동조합과 사용자

■ 노조법 제29조(교섭 및 체결권한) ① 노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다.

43) 단체교섭의 당사자란 누가 누구에게 교섭을 요구할 수 있고, 누가 응해야 하는가의 문제

- ② 제29조의2에 따라 결정된 교섭대표노동조합(이하 "교섭대표노동조합"이라 한다)의 대표자는 교섭을 요구한 모든 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다. 〈신설 2010.1.1.〉
- ③노동조합과 사용자 또는 사용자단체로부터 교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한을 위임받은 자는 그 노동조합과 사용자 또는 사용자단체를 위하여 위임받은 범위안에서 그 권한을 행사할 수 있다. 〈개정 2010.1.1.〉
- ④노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 제3항에 따라 교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한을 위임한 때에는 그 사실을 상대방에게 통보하여야 한다. 〈개정 2010.1.1.〉

가. 노동조합

1) 단체교섭의 당사자는 노동조합 / 단체교섭의 담당자는 위원장 등

- 단체교섭의 당사자(단체교섭의 주체, 단체교섭을 자신의 이름으로 행하고 그 법적 효과가 귀속되는 주체)는 노동조합(단위노조, 연합단체인 노조, 교섭대표노조) 그 자체임. 기업별노조의 경우 당해 기업별노조 자체가 교섭권자가 되지만, 산별노조의 경우 하나의 노동조합이므로 산별노조가 교섭권자이고 하부조직인 지부분회 등은 단체교섭의 당사자가 아님.⁴⁴⁾
- 판례는 초기업단위노조의 하부조직(지부, 지회, 분회 등)의 경우 독립된 조직체에 한하여 예외적으로 단체교섭권을 가진다는 입장. 단체교섭의 당사자가 될 수 있는지는 하부조직이 실질적인 독립된 조직체인지 여부, 특히 초기업단위노조 및 하부조직의 규약에 따라 결정. (‘교섭권 위임’과는 구별)

44) 실무적으로는 조합의 위임을 받아 교섭진행 하기도 함.

〈대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4299 판결〉

노동조합의 하부단체인 분회나 지부가 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 ‘독립된 조직체’로서 활동을 하는 경우 당해 조직이나 그 조합원에 고유한 사항에 대하여는 독자적으로 단체교섭하고 단체협약을 체결할 수 있고, 이는 그 분회나 지부가 노동조합및노동관계조정법시행령 제7조의 규정에 따라 그 설립 신고를 하였는지 여부에 영향받지 아니한다.

금속노조 규약 제66조(단체교섭의 권한)

- ① 단체교섭권은 조합에 있으며, 조합 내 모든 단체 교섭의 대표자는 위원장이 된다.
- ② 위원장은 산하 조직의 교섭단위에 교섭위원회를 구성하여 교섭권을 위임할 수 있다.
- ③ 기업 교섭단위에 교섭권을 위임할 수 없다.(2006.12.21 신설)

- cf) 단체교섭의 노동조합측 담당자(단체교섭 당사자를 위하여 사실행위로서 단체교섭을 하는 자)는 노조 대표자 및 노동조합의 위임을 받은 자임
- 노조법에서 노조 대표자의 단체교섭 권한 및 단체협약체결 권한이 명시됨.

2) 복수노조인 경우는 교섭대표노조

- 복수노조가 전면 허용되면서, 하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우라면 노동조합은 교섭창구단일화절차를 통하여 교섭대표노동조합을 정하여야만 하고, 이 경우 교섭대표노동조합만이 단체교섭의 당사자가 됨.
- 교섭창구단일화 절차에 따라 교섭대표노조를 자율적으로 결정하는 기

한 내에 사용자가 교섭창구단일화 절차를 거치지 아니하기로(개별교섭) 동의한 경우에는 예외적으로 그 노조가 소수노조 이더라도 단체교섭의 당사자.

- 교섭창구단일화 제도는 헌법이 보장하고 있는 노동3권의 취지와 달리 소수노조의 단체교섭권을 전면 제한하고 있어 위헌의 소지가 큼.

3) 법외노조

- 법외노조라 함은 “법”상 노동조합으로서의 실질적 요건은 갖추고 있으나 설립신고라는 형식적 요건이 흠결되어 있는 노동조합. 법 제29조에 의하면 노동조합은 그 대표자 등을 통하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다고 규정. 여기서 노동조합이라 함은 법 제2조 제4호에서 정의하고 있는 노동조합의 실질적 요건을 갖추고 있는 근로자단체를 가리키고, 법 제10조에 의한 설립신고까지를 마친 노동조합에 한정된다고 할 수 없으므로 법외노조도 단체교섭권의 정당한 당사자가 될 수 있다고 보아야 함.⁴⁵⁾

4) 노동조합측 당사자와 관련한 쟁점

〈유일교섭단체 조항〉

- 이 조항은 단체협약에서 특정 노동조합을 유일한 교섭단체로 인정하여 다른 노동조합을 교섭담당자에서 배제하는 것. 유일교섭단체조항은 다른 노동조합의 헌법상 보장된 단체교섭권을 침해하는 결과를 초래하기 때문에 무효라고 보는 것이 일반적.

45) 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추지 못하였다면 단체교섭권이나 쟁의행위의 정당한 주체로 될 수 있는 노동조합이라고 볼 수 없다 할 것이나, 법상의 노동조합이 아닌 근로자의 단결체는 무조건 단체교섭권 등이 없다는 것은 아니다.(대법원 1997. 2. 11. 선고 96누2125 판결)

- 고용노동부는 2013년 이후 유일교섭단체조항을 이유로 단체협약에 대한 시정명령을 내렸고, 이러한 사건에서 법원은 일관되게 “유일교섭단체 조항은 근로자들의 단결권이나 단결선택권, 장래 결성될 복수 노동조합의 단체교섭권을 침해”한다며 당해 시정명령이 적법하다고 봄.

〈총회 인준 조항〉

- 총회 인준 조항은 현행법에 따른 대표자의 단협 체결권한을 전면적·포괄적으로 제한하는 것(노조 규약 상의 총회 인준권 조항 등)은 위법하다고 해석하는 것이 판례의 입장.(이에 따라 실제로 행정관청에서 다수의 노조에 규약 시정명령을 발하고 있기도 하며, 총회 인준권 조항을 이유로 사용자가 단체교섭을 거부하는 경우 부당노동행위가 아니라고까지 해석하는 것이 판례나 노동부의 입장임)
- 그러나 조합민주주의의 원칙상 총회 인준권 조항의 적법·정당성이 인정되어야 하나 그렇지 못하고, 이에 따라 이른바 노조 위원장의 비민주적인 ‘직권조인’이 행해지는 문제점이 있음. 최근 대법원은 협약 체결 이전에 총회 인준을 거치도록 하는 절차만을 정한 경우에는 위법하다고 볼 수 없고, 규약에서 정한 인준투표조항의 내부적 유효성을 인정하면서, 그러한 규약에 위반하여 협약을 체결한 위원장 및 간부에 대한 손해배상 책임까지도 인정.

〈대법원 2013.9.27. 선고 2011두15404판결〉

노동조합의 대표자에게는 단체교섭의 권한뿐만 아니라 교섭한 결과에 따라 단체협약을 체결할 권한이 있다. 따라서 노동조합 규약에서 노동조합의 대표자가 단체교섭의 결과에 따라 사용자와 단체협약의 내용을 합의한 후 다시 그

협약안의 가부에 관하여 조합원 총회의 의결을 거치도록 규정하고 있다면, 그 노동조합 규약은 노동조합 대표자의 단체협약체결권한을 전면적, 포괄적으로 제한함으로써 사실상 단체협약체결권한을 형해화하여 명목에 불과한 것으로 만드는 것이어서 노동조합 대표자의 단체협약 체결권한을 규정한 노조법 제29조제1항의 취지에 반한다.

〈대법원 2018. 7. 26. 선고 2016다205908판결〉

1. 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 단체협약 체결권한을 전면적·포괄적으로 제한하는 것이 아닌 이상 허용된다.⁴⁶⁾

2. 노동조합의 대표자가 조합원들의 의사를 결집·반영하기 위하여 마련한 내부 절차를 전혀 거치지 아니한 채 조합원의 중요한 근로조건에 영향을 미치는 사항 등에 관하여 만연히 사용자와 단체협약을 체결하였고, 그 단체협약의 효력이 조합원들에게 미치게 되면, 이러한 행위는 특별한 사정이 없는 한 헌법과 법률에 의하여 보호되는 조합원의 단결권 또는 노동조합의 의사 형성 과정에 참여할 수 있는 권리를 침해하는 불법행위에 해당한다고 보아야 한다.

46) 이 사건 규약 제24조제1항제2호에서는 ‘산별 협약 체결에 관한 사항’을 원고 총회의 의결 사항으로 규정하고 있고, 같은 규약 제68조제1항 전단에서는 ‘조합이 협약을 체결하고자 할 때에는 총회를 거쳐 위원장이 체결하도록’ 규정하고 있다. 그런데 이 사건 규약 제24조제1항제2호와 같은 규약 제68조제1항 전단이 원고의 대표자인 위원장이 단체교섭의 결과에 따라 사용자와 단체협약의 내용을 합의한 후 다시 협약안의 가부에 관하여 조합원 총회의 의결을 거친 후에만 단체협약을 체결할 수 있는 것으로 한정된 것인지 불분명한 점, 원고의 대표자인 위원장은 총회의 의결을 거쳐 조합원들의 의견을 수렴한 후, 수렴한 의견을 반영하여 단체교섭을 할 수 있고, 단체교섭을 하는 과정에서도 사용자와 실질적인 합의에 이르기 전까지는 총회의 의결을 거칠 수도 있다고 보이는 점, 기록상 원고의 대표자인 위원장이 사용자와 단체교섭을 하고 단체협약의 내용에 합의한 후 단체협약을 체결하기에 앞서 다시 협약안의 가부에 관하여 조합원의 의견을 수렴하는 절차로서 총회를 거친 경우가 있었다고 볼 만한 자료가 제출된 바도 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 규약 제24조제1항제2호와 같은 규약 제68조제1항 전단이 노동조합 대표자의 단체협약 체결권한을 전면적·포괄적으로 제한하는 규정으로서 노조법 제29조제1항에 위배된다고 보기는 어렵다. (대법원 201

나. 사용자

- 1) 근로계약의 당사자 또는 그에 준하는 자인 사업주가 사용자측 단체교섭의 당사자임. 개인사업에 있어서는 사업주 개인, 법인인 경우에는 당해 법인.
- 2) 사용자단체도 단체교섭의 당사자가 될 수 있음(노조법 제29조 및 제30조). 노동조합의 단체교섭의 상대방으로서 사용자 측 단체교섭의 당사자로 논의되는 사용자단체란 노동관계에 관하여 그 구성원인 사용자에게 대하여 조정 또는 규제할 수 있는 권한을 가진 사용자의 단체로서(노조법 제2조 제3호), 그 정관이나 규약에서 개별 사용자를 위하여 통일적으로 단체교섭을 행하고 단체협약을 체결할 수 있도록 규정되어 있으며, 그 구성원들에 대하여 노사관계의 규제에 관하여 실질적인 통제력을 가져야 함.⁴⁷⁾ 사용자단체에 해당하는 이상 그 구성원인 사용자로부터 교섭권한을 위임받지 않더라도 단체교섭의 당사자가 됨. 그러나 현재 사실상 이러한 내용의 사용자단체가 거의 없음. 초기업단위노조가 보편화되고 있는 현 상황에서 사용자단체 구성을 강제하는 법제도적 장치가 마련될 필요.

〈대법원 1992. 2. 25. 선고 90누9049 판결〉

수산업협동조합은 조합원들의 경제적 지위 향상을 위하여 설립된 경제단체로

3.9.27. 선고 2011두15404판결)

- 47) 대법원 1999. 6. 22. 선고 98두137 판결 (: 참가인들은 구성원들의 경제적 지위의 향상 등을 목적으로 하는 경제단체이지 노동조합에 대응하는 단체가 아니고, 그 정관 및 관행상으로 노동조합과 사이에 단체교섭 및 단체협약을 체결할 권한이 있다거나 이러한 권한을 구성원들로부터 위임받았다고 볼 수 없으므로 노동조합의 단체교섭 요구에 응하여야 할 사용자단체에 해당되지 않는다. 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 정당하고 거기에 사실오인 및 단체교섭의 상대방인 사용자단체에 관한 위법이 없다.) 등

서 노동조합에 대응하는 단체가 아니라는 본질을 갖고 있으나 그 정관상 조합 사업의 하나로 '조합원의 경제적 이익을 도모하기 위한 단체협약의 체결'을 정하고 있어 단체교섭 기타의 단체협약의 체결을 그 목적으로 하고 있으며, 그 구성원에 대하여 다수결 원리를 통한 통제력을 가지고 있는데다가 조합원의 제명에 관하여 규정하고 있어 노동관계에 관하여도 그 조합원을 조정 또는 규제할 권한이 있으므로 단체교섭 등의 당사자인 사용자단체에 해당된다.

3) 회사정리개시결정이 있는 경우에는 회사정리법에 따라 회사사업의 경영과 재산의 관리 및 처분을 하는 권한이 관리인에게 전속되므로 정리 회사의 대표이사가 아니라 관리인이 근로관계상 사용자의 지위에 있게 되고 따라서 단체교섭의 사용자측 당사자는 대표이사가 아니라 관리인임.(대법원 2001. 1. 19. 선고 99다72422 판결)

4) 사용자개념의 확장 필요성 : 교섭 상대방이 근로계약의 당사자로서의 사용자에게 국한되어야 하는가?

- 기업결합의 강화, 하도급기업에 대한 대기업의 영향력 증가 등으로 인해 기업이 자본, 영업, 인사, 노무관리 등 여러 가지 면에서 상호 밀접한 제휴·결합관계가 이루어지고 있고, 그 결과 노사관계에 있어서도 근로계약상의 사용자가 노사간의 교섭에서 독자적인 결정능력을 상실하는 경우가 많이 발생. 고용형태 측면에서도 업무의 하도급화나 근로자파견사업의 확대 등으로 타인의 근로자를 사실상 자기의 지배 하에 둔 자를 단체교섭상의 사용자로 인정하지 않으면 근로자의 이익을 충분히 보호 불가능.
- 따라서 이와 같은 경우 단체교섭의 원래 목적에 적합하도록 근로조건

의 실효성 있는 규제를 위해 당해 노동관계에 대하여 실질적 지배력을 가지는 상대방을 단체교섭의 상대방으로서의 사용자로 인정할 필요 있음.

- 직접 고용관계를 맺고 있지 않은 근로자를 실질적으로 자기 지휘하에 취로시키고 있는 기업, 자본·임원구성·영업내용 등에서 특정 기업을 완전히 지배하고 있는 기업 등은 단체교섭의 의무를 진다고 보아야 할 것임.
- 우리 판례도 이러한 실질적 지배력·영향력을 가지고 있는 원청기업에 대하여 부당노동행위(지배·개입)주체로서의 사용자성을 인정한 바 있음. 따라서 단체교섭의 대상사항이 되는 근로조건 기타 노동관계상의 이익에 대하여 실질적 영향력 내지 지배력을 행사하고 있는 자는 널리 단체교섭의 상대방이 된다고 보아야 하고, 이를 입법화하여 명백히 하는 것이 필요.

〈대법원 2010.03.25. 선고 2007두8881판결〉

근로계약의 당사자가 아니더라도 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 법 제81조 제4호(지배·개입의 부당노동행위) 소정의 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당

〈대전지방법원 2011.10.6. 선고 2011카합782 결정〉

한국수자원공사 사건⁴⁸⁾에서 “근로계약관계의 당사자가 아니라고 하더라도 단체교섭의 대상이 되는 근로조건에 관한 사항의 전부 또는 일부에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼

정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있으면 단체교섭의 당사자로서의 사용자에게 해당”한다고 하면서 별지 목록 제1항(폐지처분), 제2항(휴게공간 개선), 제3항(노동조합 사무실 제공), 제4항(연장근로 조정), 제6항(업무범위 조정)에 관하여는 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이면서 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다고 봄이 상당

5) 파견근로자를 사용하는 사용사업주

- 파견근로자보호등에관한법률은 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 파견사업주 및 사용사업주를 근로기준법 제15조의 규정에 의한 사용자로 보아 근로기준법을 적용하되, 근로기준법의 특정 조항의 적용에 있어서는 그 중 일부 조항은 파견사업주를, 일부 조항은 사용사업주를 사용자로 보는 등 상세한 규정을 두고 있음(파견법 제34조)

■ 파견근로자보호등에관한법률 제34조(「근로기준법」의 적용에 관한 특례) ① 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 파견사업주 및 사용사업주를 「근로기준법」 제2조제1항제2호의 사용자로 보아 같은 법을 적용한다. 다만, 「근로기준법」 제15조부터 제36조까지, 제39조, 제41조부터 제43조까지, 제43조의2, 제43조의3, 제44조, 제44조의2, 제44조의3, 제45조부터 제48조까지, 제56조, 제60조, 제64조, 제66조부터 제68조까지 및 제78조부터 제92조까지의 규정을 적용할 때에는 파견사업주를 사용자로 보고, 같은 법 제50조부터 제55조까지, 제58조, 제59조, 제62조, 제63조, 제69조부터 제74조까지, 제74조의2 및 제75조를 적용할

- 48) 대전지법 2011카합782 결정 (가처분 일부 인용 후, 이의신청 절차에서 원가처분이 취소되고 항고 각하되었으나 이는 원가처분 일부 인용 후 기존 용역업체와의 도급계약이 기간만료되고 새로운 업체와 도급계약 체결하면서 계약 내용을 변경하였기 때문인 것으로 보임)

때에는 사용사업주를 사용자로 본다.

② 파견사업주가 대통령령으로 정하는 사용사업주의 귀책사유(歸責事由)로 근로자의 임금을 지급하지 못한 경우에는 사용사업주는 그 파견사업주와 연대하여 책임을 진다. 이 경우 「근로기준법」 제43조 및 제68조를 적용할 때에는 파견사업주 및 사용사업주를 같은 법 제2조제1항제2호의 사용자로 보아 같은 법을 적용한다.

- 근로계약의 당사자인 파견사업주 뿐만 아니라 파견근로자들을 지휘·명령하는 사용사업주도 근로기준법의 적용에 있어서 사용자로 되는 범위 안에서 근로조건에 관한 결정을 할 수 있는 지위에 있을 것이므로 단체교섭의무를 부담하는 당사자로서의 사용자에 해당한다고 보아야 하고, 이 범위 내에서는 사용사업주도 파견노동자 노동조합의 단체교섭요구에 응할 의무가 있다고 보아야 할 것임. 그러나 노동부는 “일반적으로 단체교섭의 당사자가 되는 사용자는 근로계약의 당사자인 파견업체”라 해석하고 있어 문제.

다. 단체교섭권 및 단체협약 체결권의 위임

- 1) 노조 대표자 및 사용자는 단체교섭권 및 단체협약 체결권을 타인에게 위임할 수 있음. 교섭사항의 전부 또는 일부도 위임이 가능하고, 교섭권만 또는 체결권까지 모두 위임하는 것도 가능함. 이 경우 교섭사항과 **권한범위**를 명시하여 위임해야 하며, 상대방에게 이를 통보해주어야 함.

□ 노조법 시행령 제14조(교섭권한 등의 위임통보) ①노동조합과 사용자 또는 사용자단체(이하 "노동관계당사자"라 한다)는 법 제29조제3항에 따라 교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한을 위임하는 경우에는 교섭사항과 권한범위를 정하여 위임하여야 한다. <개정 2010. 2. 12.>

②노동관계당사자는 법 제29조제4항에 따라 상대방에게 위임사실을 통보하는 경우에 다음 각호의 사항을 포함하여 통보하여야 한다. 〈개정 2010. 2. 12.〉

1. 위임을 받은 자의 성명(위임을 받은 자가 단체인 경우에는 그 명칭 및 대표자의 성명)
2. 교섭사항과 권한범위 등 위임의 내용

- 2) 초기업단위노조의 경우 규약상 금지되지 않는다면, 기업별 지부나 분회에 필요에 따라 기업단위 단체교섭 권한을 위임할 수 있으나 교섭권한만을 위임하거나 교섭위원회 본조 임원·간부 등을 포함시키는 등 노조법상 단체협약 체결권자는 본조 위원장임을 분명히 하는 형식이 바람직.

금속노조 규약 제66조(단체교섭의 권한)

- ① 단체교섭권은 조합에 있으며, 조합 내 모든 단체 교섭의 대표자는 위원장이 된다.
- ② 위원장은 산하 조직의 교섭단위에 교섭위원회를 구성하여 교섭권을 위임할 수 있다.
- ③ 기업 교섭단위에 교섭권을 위임할 수 없다.(2006.12.21 신설)

제67조(단체교섭의 체결)

- ① 조합이 사용자단체와 단체협약을 체결하고자 할 때에는 총회를 거쳐 체결하고 교섭위원들은 연명으로 서명한다.
- ② 교섭권을 위임받은 교섭단위가 협약을 체결하고자 할 때에는 해당 교섭단위 총회를 거쳐 체결하며 교섭위원들이 연명으로 서명한다.(2001.11.9 개정)

- 3) 위임 의결 방식에 법상 특별한 제한은 없으나, 다만, 그 중요성에 비추

어 적절한 의사결정기구에서의 의결을 거치도록 할 필요가 있음.

- 4) 사용자 또는 사용자단체는 그 대표자에 의하거나 타인에게 그 권한을 위임하여 노동조합 등 근로자단체에 대한 단체교섭의무를 이행하여야 하고, 교섭담당자로서 위임 받은 자가 자기에게 결정 권한이 없다는 이유로 단체교섭이나 단체협약 체결을 거부하는 것은 정당한 이유가 없으므로 부당노동행위에 해당.

2. 단체교섭의 방식

가. 단체교섭 방식(유형)과 교섭의 단위

- 단체교섭을 하는 방식이나 유형에 대하여 법률적으로 강제하지는 않음. 일반적으로 아래와 같은 방식들로 구분할 뿐임. 공동교섭이나 집단교섭에 대한 근거규정이 없어 사용자가 거부하는 경우 강제하기 어려움.

- 통일교섭 : 기업별 노동조합의 단체교섭권을 위임받은 산업별 연합단체 또는 업종별 연합단체 등 상급단체가 직접 또는 지역별, 산하 지부별로 그에 대응하는 사용자단체와 교섭하는 방식
- 대각선교섭 : 노조의 단체교섭권을 위임받은 상급단체가 사용자와 개별적으로 하는 방식
- 공동교섭 : 노동조합과 연합단체가 함께 개별 사용자를 상대로 교섭하는 방식
- 집단교섭 : 여러 명의 사용자를 상대로 다수 기업별 노조 혹은 연합단체(전국 조직)가 추진하는 교섭
- 기업별 교섭 : 기업의 사용자와 노조간에 개별적으로 추진하는 교섭

- 노조법상 사용자 또는 사용자단체가 교섭의 상대방이므로, 사용자단체 미구성시 교섭은 “사용자”와만 가능하며 기업이 교섭의 단위가 됨. 사용자 개념이 확장되지 않으면 결국 법인이나 개인 등 사업주가 노조의 단체교섭의 상대방이 되게 되어, 사업이나 사업장 단위로 교섭이 체결되는 구조.

■ 노조법

- 제2조[정의] 2. “사용자”라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다.

중앙노동위원회 조정업무매뉴얼 中

● 행정지도의 대상

(1) 당사자 부적격

- 조정을 신청한 자 또는 그 상대방이 노조법 제2조제5호의 노동관계 당사자가 아닌 경우
- 이 경우 적격성 있는 당사자를 찾아 단체교섭을 하는 해결방법을 알려 준다.

- 노조법 제29조의2 제1항은 “하나의 사업 또는 사업장”에서 복수노조 상황인 경우 교섭창구단일화 절차를 거치도록 하고 있고, 이때 교섭대표노조를 정하여야 하는 단위(교섭단위)는 “하나의 사업 또는 사업장”으로 정하고 있음. 다만 ① 현격한 근로조건의 차이 ② 고용형태 ③ 교섭관행 등을 고려하여 노동위원회의 결정으로 교섭단위를 그 이하로만 분리할 수 있음.

■ 노조법

제29조의3(교섭단위 결정) ① 제29조의2에 따라 교섭대표노동조합을 결정하여

야 하는 단위(이하 "교섭단위"라 한다)는 하나의 사업 또는 사업장으로 한다.

② 제1항에도 불구하고 하나의 사업 또는 사업장에서 현격한 근로조건의 차이, 고용형태, 교섭 관행 등을 고려하여 교섭단위를 분리할 필요가 있다고 인정되는 경우에 노동위원회는 노동관계 당사자의 양쪽 또는 어느 한 쪽의 신청을 받아 교섭단위를 분리하는 결정을 할 수 있다.

③ 제2항에 따른 노동위원회의 결정에 대한 불복절차 및 효력은 제69조와 제70조제2항을 준용한다.

④ 교섭단위 분리 신청 및 노동위원회의 결정 기준·절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

〈대법원 1993. 2. 9. 선고 91다21381 판결 등〉

사업은 특별한 사정이 없는 한 경영상 일체를 이루는 기업체 그 자체를 의미한다 할 것이고, 따라서 경영상 일체를 이루면서 유기적으로 운영되는 기업조직은 하나의 사업에 해당

- 이와 같이 노조법은 “사업 또는 사업장”이라는 기업단위 교섭을 강제하고 있으며, 현실에서도 기업단위 교섭이 강제되고 있음. 사용자단체가 구성되고, 산별교섭 등 초기기업단위의 교섭이 활성화되기 위하여는 교섭단위 강제의 문제가 해소될 필요성이 큼.

나. 교섭요구의 시기·방법 : 단체협약 유효기간 만료 3개월 전부터

- 단체협약이 있는 사업장은 유효기간 만료일 이전 3개월이 되는 날부터, 단체협약이 2개 이상 있는 경우에는 우선 도래하는 단체협약의 유효기간 만료일 이전 3개월부터 교섭을 요구할 수 있음. (단체협약이란 임금협약, 단체협약 등 그 명칭불문하고 노조법상 단체협약에

해당하는 것 모두)

- 유효한 단체협약이 없거나, 실효된 경우에는 언제든지 교섭요구 가능.
- 노조는 교섭 요구시 ① 노동조합의 명칭 ② 노동조합 대표자의 성명 ③ 사무소가 있는 경우 주된 사무소의 소재지 ④ 교섭을 요구한 날 현재의 조합원 수를 기재한 서면으로 하여야 함(노조법 시행규칙 제10조의2)

□ 노조법 시행령

제14조의2(노동조합의 교섭 요구 시기 및 방법) ① 노동조합은 해당 사업 또는 사업장에 단체협약이 있는 경우에는 법 제29조제1항 또는 제29조의2제1항에 따라 그 유효기간 만료일 이전 3개월이 되는 날부터 사용자에게 교섭을 요구할 수 있다. 다만, 단체협약이 2개 이상 있는 경우에는 먼저 이르는 단체협약의 유효기간 만료일 이전 3개월이 되는 날부터 사용자에게 교섭을 요구할 수 있다. <개정 2019. 7. 2.>

② 노동조합은 제1항에 따라 사용자에게 교섭을 요구하는 때에는 노동조합의 명칭, 그 교섭을 요구한 날 현재의 조합원 수 등 고용노동부령으로 정하는 사항을 적은 서면으로 하여야 한다.

다. 사용자의 교섭요구사실 공고의무

- 노동조합이 적법한 시기에 단체교섭을 요구하면 사용자는 노동조합의 교섭요구사실을 공고할 의무를 부담함. 복수노조인 경우 이때에 교섭 창구단일화 절차가 개시되게 됨.

□ 노조법 시행령 제14조의3(노동조합 교섭요구 사실의 공고) ① 사용자는 노동조합으로부터 제14조의2에 따라 교섭 요구를 받은 때에는 그 요구를 받은 날

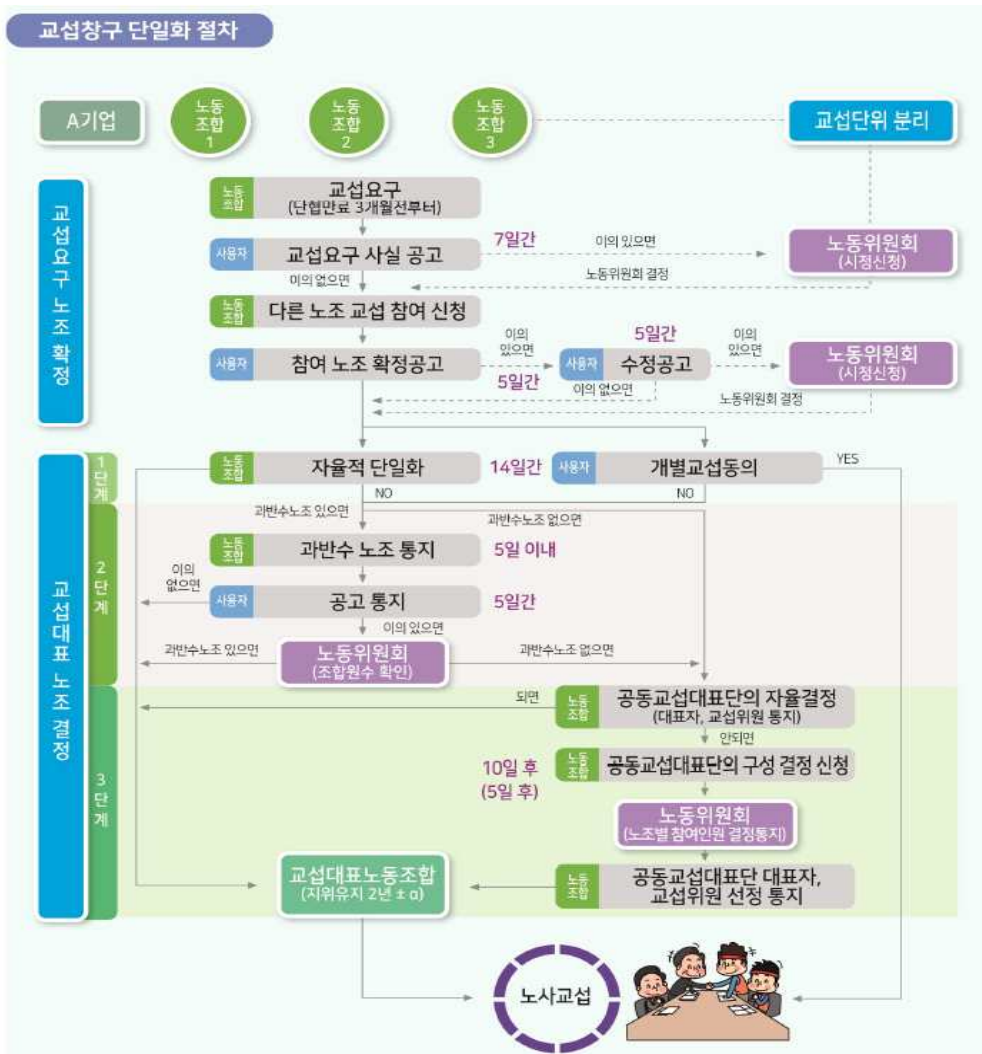
부터 7일간 그 교섭을 요구한 노동조합의 명칭 등 고용노동부령으로 정하는 사항을 해당 사업 또는 사업장의 게시판 등에 공고하여 다른 노동조합과 근로자가 알 수 있도록 하여야 한다.

② 노동조합은 사용자가 제1항에 따른 교섭요구 사실의 공고를 하지 아니하거나 다르게 공고하는 경우에는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 노동위원회에 시정을 요청할 수 있다.

③ 노동위원회는 제2항에 따라 시정 요청을 받은 때에는 그 요청을 받은 날부터 10일 이내에 그에 대한 결정을 하여야 한다.

라. 단체교섭의 절차

- 복수노조 사업장의 경우 교섭창구단일화 절차를 반드시 거쳐 교섭대표노조 등을 정하여야만 사용자와의 실제 교섭이 가능 함.



- 단수노조 사업장의 경우 교섭창구단일화 절차를 거치더라도 교섭대표 노조의 지위를 가지지 않음. 그럼에도 불구하고 노동부는 조정신청 단계에서 창구단일화 절차의 개시 여부를 확인하고 있어서 문제.

〈 대법원 2017. 10. 31. 선고 2016두36956 판결 〉

교섭창구 단일화 제도는 특별한 사정이 없는 한 복수 노동조합이 교섭요구노동조합으로 확정되고 그중에서 다시 모든 교섭요구노동조합을 대표할 노동조합이

선정될 필요가 있는 경우를 예정하여 설계된 체계라고 할 수 있다. 나아가 노동조합법 규정에 의하면, 교섭창구 단일화 절차를 통하여 결정된 교섭대표노동조합의 대표자는 모든 교섭요구노동조합 또는 그 조합원을 위하여 사용자와 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결할 권한이 있다(제29조 제2항).

그런데 해당 노동조합 이외의 노동조합이 존재하지 않아 다른 노동조합의 의사를 반영할 만한 여지가 처음부터 전혀 없었던 경우에는 이러한 교섭대표노동조합의 개념이 무의미해질 뿐만 아니라 달리 그 고유한 의의(意義)를 찾기도 어렵게 된다.

결국 위와 같은 교섭창구 단일화 제도의 취지 내지 목적, 교섭창구 단일화 제도의 체계 내지 관련 규정의 내용, 교섭대표노동조합의 개념 등을 종합하여 보면, 하나의 사업 또는 사업장 단위에서 유일하게 존재하는 노동조합은, 설령 노동조합법 및 그 시행령이 정한 절차를 형식적으로 거쳤다고 하더라도, 교섭대표 노동조합의 지위를 취득할 수 없다고 해석함이 타당하다.

cf. 중앙노동위원회 조정업무매뉴얼 中



교섭창구 단일화관련 쟁점 판단요령

- 노사 당사자가 1사1노조라고 주장하며 교섭창구 단일화절차 없이 조정 신청한 경우
 - 조정기간 중 교섭창구 단일화절차 중 교섭요구노동조합 확정절차까지 완료 후 단일노조임이 확인되면 조정절차 진행

3. 단체교섭의 대상 : 무엇이 의무적으로 교섭할 대상인가의 문제. 의무적 교섭대상이 아니더라도 노사간 교섭이 가능

1) 개요

- 법원은 단체교섭의 대상을 쟁의행위의 대상과 동일시하여, 쟁의행위

의 대상을 규정하고 있는 법 제2조 제5호의 ‘근로조건의 결정’이라는 규정을 중시하여 개별근로관계의 결정(이른바 권리분쟁 제외)에 관한 사항만을 사용자가 단체교섭에 응할 의무를 부담하는 이른바 의무적 교섭사항으로 보는 경향이 있음. 노동위원회 역시 조정절차에서 “근로조건의 결정에 관한 사항이 아닌 경우”만을 조정대상으로 하는 경우 행정지도의 대상으로 삼음.

중앙노동위원회 조정업무매뉴얼 中

○ 권리분쟁

- 법령·단체협약·취업규칙 등에 의하여 이미 확정된 권리에 관한 노사간 해석·적용·이행 등을 둘러싼 분쟁으로서 조정대상이 되지 않음
- ※ 체불임금 청산, 해고자 복직, 단체협약 이행, 부당노동행위 구제 등

○ 인사·경영권 관련사항

- 인사*·경영권**은 기업경영과 관련하여 사용자에게 귀속되는 일체의 권한을 의미하는 것으로서 인사·경영권의 본질을 침해하는 부분은 교섭 및 조정대상이 될 수 없음
- * (인사권) 근로자의 채용·배치·전보, 인사고과, 승진, 징계, 휴직, 해고 등에 관한 사항
- ** (경영권) 사업의 인수·합병·양도, 휴·폐업, 사업의 축소·확대, 사업장의 이전, 하도급·용역전환, 신기술 도입, 생산계획의 결정 등에 관한 사항
- 다만, 인사·경영권에 속하는 사항이라 할지라도 근로조건과 밀접한 관련이 있는 경우*에는 그 한도 내에서 교섭 및 조정대상이 될 수 있음
- * 회사 이전 시 이사비용 요구, 배치전환기준 등 일정한 “인사기준”의 설정 요구 및 징계해고 시 노조의견 청취 요구 등

○ 조합활동 관련 사항

- 노조전임제, 근로시간 중의 조합활동 등 집단적 노동관계에 관한 사항은 임의적 교섭사항이며 조정대상이 될 수 없음

- 그러나 헌법 제33조 제1항을 비롯한 관련 법조항들을 종합적으로 해석하면 반드시 단체교섭의 대상을 쟁의행위의 대상과 동일시할 필요 없으며, 관련법 조항들을 종합하면 근로조건에 관한 사항뿐만 아니라

노동조합에 관한 사항도 단체교섭의 대상으로 하고 있다고 볼 수 있고, 근로조건의 결정에 관한 사항(이른바 이익분쟁)뿐 아니라 기 결정되어 있는 근로조건 이행에 관한 사항(이른바 권리분쟁)도 단체교섭 대상으로 보아야 함. 위법한 사항이 아닌 한 교섭사항에 제한을 두지 않음으로써 노사관계 제반사항에 관하여 당사자에게 평화적 대화채널을 보장해주려는 취지로 해석해야 함. 단체교섭권의 보장 취지와 목적에 비추어 널리 근로조건의 유지개선, 기타 근로자의 지위향상과 직접 또는 간접으로 관련되는 사항이면 무방.

■ 헌법

제33조 ① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.

■ 노조법

- 제29조 ① 노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다.
- 제2조 4. “노동조합”이라 함은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다.
- 제47조 이 장의 규정은 노동관계 당사자가 직접 노사협의 또는 단체교섭에 의하여 근로조건 기타 노동관계에 관한 사항을 정하거나 노동관계에 관한 주장의 불일치를 조정하고 이에 필요한 노력을 하는 것을 방해하지 아니한다.
- 제2조 5. “노동쟁의”라 함은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체간에 임금·근로시간·복사해고 기타 근로자의 대우 등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 말한다.

2) 경영사항의 단체교섭 대상성

- 정리해고 등 구조조정의 실시 여부도 근로조건에 중대한 영향을 미치는 사항이므로, 새로운 단협을 체결하면서 정리해고의 불실시를 단협에 정하도록 하는 것은 단체교섭의 대상이 될 수 있다고 해야 할 것임. 다만 판례는 “정리해고나 구조조정(부서, 조직의 통폐합 등)의 실시여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없다.”(2003. 12. 26. 대법원 2001도3380)는 입장이며, 나아가 “단협에 구조조정 관련 사항을 노동조합과 ‘합의’하여야 한다는 취지의 조항이 존재하더라도, 그 조항 하나만을 주목하여 쉽게 사용자의 경영권의 일부 포기나 중대한 제한을 인정하여서는 아니 되고, 그와 같은 단체협약을 체결하게 된 경위와 당시의 상황, 단체협약의 다른 조항과의 관계, 권한에는 책임이 따른다는 원칙에 입각하여 노조가 경영에 대한 책임까지도 분담하고 있는지 여부 등을 종합적으로 검토하여 그 조항에 기재된 ‘합의’의 의미를 해석해야 할 것이다.”라고 하기도 함.(대법원 2002. 2. 26. 선고 99도 5380 판결) 경영권은 노동삼권과는 달리 법적인 개념, 법률상의 권리가 아니며, 설령 법적 개념이라 하더라도 판례의 태도는 양 권의 충돌 시 경영권만 배타적으로 우선시하는 태도임.
- 노사자치주의 원칙에 따라 자율교섭을 통해 사용자가 스스로 일부 권리를 포기한 경우까지 자의적으로 목적적인 해석을 하는 시대착오적인 판례의 경향은 비판받아야 하며, 이 판례를 인정하더라도 역으로 구조조정 불실시의 내용 및 사용자의 의사가 단체협약상 명백히 포함시 글자 그대로 해석 가능. 최근 대법원은 기존에 비해 진일보한 입장을 내놓고 있는 추세.

〈대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007판결 (알리안츠)〉

정리해고는 근로자에게 귀책사유가 없는데도 사용자의 경영상 필요에 의하여 단행되는 것으로서, 정리해고 대상과 범위, 해고 회피 방안 등에 관하여 노동조합의 합리적인 의사를 적절히 반영할 필요가 있고, 노사 쌍방 간 협상에 의한 최종 합의 결과 단체협약에 정리해고에 관하여 사전 ‘협의’와 의도적으로 구분되는 용어를 사용하여 노사 간 사전 ‘합의’를 요하도록 규정하였다면, 이는 노사 간에 사전 ‘합의’를 하도록 규정한 것이라고 해석하여야 하고, 다른 특별한 사정 없이 단지 정리해고 실시 여부가 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항이라는 사정을 들어 이를 사전 ‘협의’를 하도록 규정한 것이라고 해석할 수는 없다.

〈대법원 2013. 2. 15. 선고 2010두20362 판결 (경남제약)〉

쟁의행위에서 추구하는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 당부를 판단하여야 한다(대법원 2009.6.23. 선고 2007두12859 판결 등 참조). ··· 이 사건 노조가 원고 회사와의 특별단체교섭과정에서 10년간 회사의 매각 금지 및 해고의 금지 등 회사의 구조조정의 실시와 관련하여 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항이라고 볼 여지가 있는 사항을 단체교섭의 대상으로 포함시킨 것은 사실이나, 이 사건 쟁의행위의 진정한 목적은 회사의 매각에 따른 고용안정이나 임금인상 등 근로조건의 유지와 향상에 있었다고 할 것이고, 이 사건 쟁의행위가 회사의 매각 금지 등을 주된 목적으로 하여 개시되었다거나 다른 쟁의행위의 목적이 모두 소멸되었음에도 오로지 회사의 매각 금지 등을 목적으로 하여 계속된 것으로 볼 수 없다고 하여 이 사건 쟁의행위의 목적의 정당성을 인정···한 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 쟁의행위 목적의 정당성에 관한 법리오해 등의 위법이 없다. ...

회사매각에 따른 고용안정 등의 요구사항은 기존의 단체협약의 규율을 받고 있지 않은 사항이거나 사회적, 경제적 변화에 따라 수정이 요구되는 사항으로서 단체교섭 사항이 되므로 평화의무 위반이 아니라는 취지로 판단...한 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 쟁의행위의 절차 및 평화의무에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

〈대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20406판결 (포레시아)〉

정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없으나(대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결 등 참조), 사용자의 경영권에 속하는 사항이라 하더라도 그에 관하여 노사는 임의로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 수 있고, 그 내용이 강행법규나 사회질서에 위배되지 아니하는 이상 단체협약으로서의 효력이 인정된다. 따라서 사용자가 노동조합과의 협상에 따라 정리해고를 제한하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 단체협약이 강행법규나 사회질서에 위배된다고 볼 수 없고, 나아가 이는 근로조건 기타 근로자에 대한 대우에 관하여 정한 것으로서 그에 반하여 이루어지는 정리해고는 원칙적으로 정당한 해고라고 볼 수 없다. 다만 이처럼 정리해고의 실시를 제한하는 단체협약을 두고 있더라도, 그 단체협약을 체결할 당시의 사정이 현저하게 변경되어 사용자에게 그와 같은 단체협약의 이행을 강요한다면 객관적으로 명백하게 부당한 결과에 이르는 경우에는 사용자가 단체협약에 의한 제한에서 벗어나 정리해고를 할 수 있을 것이다.

3) 해고된 특정 근로자에 대한 해고 철회나 복직을 요구하는 경우

－ 원칙적으로는 단체교섭 대상이 되지 아니함. 그러나 표면상으로는 해

고된 특정 근로자에 대한 해고 철회나 복직을 요구하고 있으나 그 자체에 그치지 않고 이를 계기로 조합원 전체에 대한 인사기준이나 절차를 명확히 확립함으로써 근로조건 개선이나 경제적, 사회적 지위 향상을 도모하려는 데 그 실질적인 목적을 두고 있는 경우에는 가능. 또한 특정 근로자에 대한 해고가 조합활동 등을 이유로 한 것이라며 그 철회 또는 복직을 요구하는 경우 노조의 정상적인 활동을 보장받기 위한 내용을 확립하기 위한 것이 주된 목적이라면 단체교섭의 대상이 될 수 있어야 할 것임.

〈대법원 1992. 5. 12. 선고 91다34523 판결〉

비록 원고들이 이 건 쟁의행위를 함에 있어 피고 연구소장의 퇴진을 요구하였다 하더라도 이는 부차적인 것이고 주된 목적은 원심이 인정한 바와 같이 위 소외 인들에 대한 파면처분이 노동조합의 핵심적 관심사항인 연구자율수호운동을 주동한 것에 대한 보복조치라고 하여 이의 철회를 구하는 것이고 기록에 의하면 그 뜻은 조합원의 근로조건 개선요구에 있다고도 볼 수 있어 이는 단체교섭사항이 될 수 있는 것이라 할 것이므로 이 건 쟁의행위는 그 목적에 있어 정당하다고 보아야 할 것임

4) 이른바 권리분쟁에 관한 사항

- 권리분쟁이란 근로조건을 규율하는 법령·단체협약·취업규칙 등에 의하여 정해진 근로자의 권리에 관한 해석·적용·이행에 관한 사항을 의미 (예를 들면 ‘단협상 상여금지급의무를 이행하라.’). 판례는 권리분쟁에 관한 사항은 원칙적으로 단체교섭대상이 되지 않는다고 봄. 표면상 권리분쟁에 관한 주장으로 보이나 그 주된 목적이 조합원 전체의 근로조건 결정이나 조합활동 관련 이익분쟁 해결에 관한 요구라면 그

범위 안에서 가능.

5) 집단적 노동관계에 관한 사항(기타 노동관계에 관한 사항)

- 노조활동에 관한 사항(습제도, 조합비일괄공제제도, 노조전임자제도, 노조사무실 등 시설/물품/운영경비 등 편의제공 사항 등)이나 단체교섭의 절차와 방법, 쟁의행위에 관한 절차 등 집단적 노동관계에 관한 사항도 단체교섭대상. (그러나 이 쟁점만이 유일한 경우에는 주의를 요함)

〈대법원 2003. 12. 26. 선고 2003두8906 판결〉

판) 단체교섭의 대상이 되는 단체교섭사항에 해당하는지 여부는 헌법 제33조 제1항과 노동조합및노동관계조정법 제29조에서 근로자에게 단체교섭권을 보장한 취지에 비추어 판단하여야 하므로 일반적으로 구성원인 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항으로 사용자가 처분할 수 있는 사항은 단체교섭의 대상인 단체교섭사항에 해당한다. 원심이 전국 새마을금고노동조합의 부천시지부가 원고에게 단체교섭을 요구한 사항들은 대부분 징계하고 등 인사의 기준이나 절차, 근로조건, 노동조합의 활동, 노동조합에 대한 편의제공, 단체교섭의 절차와 쟁의행위에 관한 절차 등에 관한 사항인 사실을 인정하고, 그와 같은 사항들은 단체교섭의 대상인 단체교섭사항에 해당한다고 판단한 것은 옳고...

- 노조 전임자와 관련한 사항의 경우도 전임자로 될 요건을 갖춘 조합원에 대하여는 그 자체가 근로조건을 직접 정하는 사항이며, 전임자 관련 사항은 노동조합 활동에 관한 사항으로 근로조건 결정에 영향을 미치는 ‘기타 노동관계에 속하는 사항’이므로 단체교섭의 대상이 된다고 보아야 함.

4. 단체교섭 의무(응낙의무, 성실교섭의무, 단체협약체결의무)

■ 노조법

- 제30조(교섭 등의 원칙) ① 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 신의에 따라 성실히 교섭하고 단체협약을 체결하여야 하며 그 권한을 남용하여서는 아니 된다.
- ② 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 정당한 이유 없이 교섭 또는 단체협약의 체결을 거부하거나 해태하여서는 아니 된다.
- 제81조(부당노동행위) 3. 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위
- 법 제90조(벌칙) 제81조의 규정에 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

가. 개요

- 1) 사용자는 노동조합의 정당한 단체교섭 요구에 응해야 할 의무가 있으며, 단체교섭의무는 단체교섭응낙의무뿐만 아니라 성실교섭의무 및 단체협약체결의무까지를 포함하는 개념. 정당한 이유 없는 사용자의 단체교섭 거부 및 해태 행위는 노조법상 부당노동행위(§ 81③).
- 2) 노조법은 노사 모두에게 성실교섭의무를 부과하고 있으나 노조의 의무는 선언적. (미국은 노사 모두에게 부당노동행위 금지의무 부과)

나. 단체교섭 거부·해태의 정당성 판단 기준(판례)

- 1) 판례는 사용자에게 단체교섭의무의 이행을 기대하는 것이 어렵다고 인정되는지 여부를 단체교섭거부의 정당성 판단 기준으로 제시하고 있음.(교섭요구사항과 관련하여 사용자로부터 타협안을 제시받고도 합리적인 이유나 수정안을 제시하지 않은 채 객관적으로 사용자가 수용할 수 없는 주장만 무리하게 되풀이하는 경우, 교섭사항과 관련하여 사용자에게 요구할 수 있는 범위를 벗어나서 설명이나 자료제공을 요구하는 행위 등이 있는 경우. 한편 판례는, 단체교섭일이 내 부감사기간과 중복되거나 신임 임원의 업무파악에 시간이 필요하였다는 것 등의 사유는 사용자의 내부사정에 불과한 것으로 단체교섭 의무 이행이 어렵다거나 단체교섭을 강제하는 것이 부당하다고 할 수 없다고 해석하기도 함.)

판) 아무런 이유 없이 단체교섭을 거부 또는 해태하는 경우는 물론이고, 사용자가 단체교섭을 거부할 정당한 이유가 있다거나 단체교섭에 성실히 응하였다고 믿었다더라도 객관적으로 정당한 이유가 없고 불성실한 단체교섭으로 판정되는 경우에도 성립한다고 할 것이고, 한편 정당한 이유인지의 여부는 노동조합측의 교섭권자, 노동조합측이 요구하는 교섭시간, 교섭장소, 교섭사항 및 그의 교섭태도 등을 종합하여 사회통념상 사용자에게 단체교섭의무의 이행을 기대하는 것이 어렵다고 인정되는지 여부에 따라 판단할 것이다(대법원 1998.5.22. 선고 97누 8076 판결).

판) 쟁의행위는 단체교섭을 촉진하기 위한 수단으로서의 성질을 가지므로 쟁의기간 중이라는 사정이 사용자가 단체교섭을 거부할 만한 정당한 이유가 될 수 없고, 한편 당사자가 성의 있는 교섭을 계속하였음에도 단체교섭이 교착상태에 빠져 교섭의 진전이 더 이상 기대될 수 없는 상황이라면 사용자가 단체교섭을 거부하더라도 그 거부에 정당한 이유가 있다고 할 것이지만, 위와 같은 경우에

도 노동조합측으로부터 새로운 타협안이 제시되는 등 교섭재개가 의미 있을 것으로 기대할 만한 사정변경이 생긴 경우에는 사용자로서는 다시 단체교섭에 응하여야 하므로, 위와 같은 사정변경에도 불구하고 사용자가 단체교섭을 거부하는 경우에는 그 거부에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다(대법원 2006.2.24. 선고 2005도8606 판결).

판) 노동조합이 회사로서는 수용할 수 없는 요구를 하고 있었다고 하더라도 이는 단체교섭의 단계에서 조정할 문제이지 노동조합측으로 부터 과도한 요구가 있었다고 하여 막바로 그 쟁의행위의 목적이 부당한 것이라고 해석할 수는 없다.(대법원 1992.1.21. 선고 91누5204판결)

2) 교섭거부·해태시 사용자 고의·과실이 입증된다면 불법행위도 성립

판) 사용자가 노동조합과의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하였다고 하여 그 단체교섭 거부행위가 바로 위법한 행위로 평가되어 불법행위의 요건을 충족하게 되는 것은 아니지만, 그 단체교섭 거부행위가 그 원인과 목적, 그 과정과 행위태양, 그로 인한 결과 등에 비추어 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 것으로 인정되는 경우에는 그 단체교섭 거부행위는 부당노동행위로서 단체교섭권을 침해하는 위법한 행위로 평가되어 불법행위의 요건을 충족하게 되는 바, 사용자가 노동조합과의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하다가 법원으로부터 노동조합과의 단체교섭을 거부하여서는 아니된다는 취지의 집행력 있는 판결이나 가처분결정을 받고서도 이를 위반하여 노동조합과의 단체교섭을 거부하였다면, 그 단체교섭 거부행위는 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 행위로서 헌법이 보장하고 있는 노동조합의 단체교섭권을 침해하는 위법한 행위라고 할 것이므로, 그 단체교섭 거부행위는 노동조합에 대하여 불법행위를 구성한다(2006.10.26. 대법원 2004다11070).

다. 단체교섭 거부·해태에 대한 대응

○ 교섭대상을 문제 삼아 교섭을 거부하는 경우

- 근로조건의 결정에 관한 사항(이익분쟁)을 주된 요구안으로 형식을 갖추고 실질적으로는 각종 핵심 현안들은 형식상 부수적 교섭대상인 것으로 하여 교섭 진행. 예를 들어, 정리해고 저지가 긴급한 현안이라 하더라도 임금상, 복리후생제도 확대 등 이익분쟁사항의 요구안 제출
- 각종 경영권, 인사권, 등에 관한 사항 및 비조합원에 관한 사항은 그 내용상 근로조건과의 직·간접적인 상관관계가 있음을 강조하고 폭넓게 근로조건에 관한 사항으로 인정하고 있는 판례 등을 제시하며 교섭대상으로 쟁취

○ 정당한 사유 없이 교섭을 거부하는 경우

- 노동부(관할 지청)에 진정 또는 고소를 제기하거나 노동위원회에 부당노동행위 구제신청 제기
- 아무런 사유도 없이 막무가내로 사용자가 단체교섭을 거부하는 경우에는 몇 차례 교섭요구 후 곧바로 노동위원회에 노동쟁의 조정신청 제기 (노동위원회는 “노조에게 책임이 없는 사유로 교섭미진에 이르게 된 경우에는 노조의 단체행동권에 제약을 가져 올 수 있는 행정지도를 지양”하도록 ‘행정지도지침’을 두고 있음. 이 경우 대개 행정지도 대신 조정중지결정이 행해짐.)

☞ 정당한 사유없이 단체교섭을 거부·해태하는 것은 부당노동행위로서 2년 이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처해짐.(노조법 제90조)

○ 단체교섭응낙가처분신청

헌법상 단체교섭권은 객관적 가치질서(공공질서)로서의 의미만을 가지는

것은 아니며 사인관계에 대해서도 직접 적용되는 권리이기 때문에, 단체교섭권의 청구권성(즉, 사법상 가처분의 피보전권리성)이 인정된다고 할 것임. 대법원도 단체교섭청구권을 명시적으로 인정하여 사용자의 단체교섭응낙 의무이행을 재판상 청구할 수 있다고 판시하고 있음. 따라서 사용자가 정당한 이유없이 단체교섭 그 자체를 거부하거나 불성실하게 교섭에 임하는 경우 법원에 단체교섭응낙가처분신청이 가능함. 가처분신청은 다른 구제수단에 비해 법원의 결정이 비교적 신속하게 내려지고, 가처분결정에 대해 사용자가 항고를 제기하더라도 결정의 효력은 유지되므로 유효한 구제수단이 될 수 있다.

판) 노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭할 권한을 가지고, 사용자 또는 사용자단체는 신의에 따라 성실히 교섭하여야 하며 정당한 이유 없이 교섭을 거부하거나 해태하여서는 아니되므로, 노동조합의 대표자는 사용자 또는 사용자단체에 대하여 단체교섭에 응할 것을 요구할 권리가 있고, 사용자 또는 사용자단체가 그 요구를 거부하는 경우에는 소로써 그 이행을 청구할 수 있다.

판) 노조법이 정한 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖춘 근로자의 단결체에 해당하는 채권자는 사용자인 채무자들을 상대로 채권자 소속 조합원들의 근로조건에 관한 사항에 대하여 단체교섭요구에 성실하게 응할 것을 구할 피보전권리를 봄이 상당하다. 나아가 채무자들이 채권자의 단체교섭 요구에 성실하게 응하지 않음으로써 채권자 및 그 소속 근로자들에게 현저한 손해가 발생할 염려가 있다고 보이는 점 등 여러 사정에 비추어 보면, 가처분으로 채무자들에게 단체교섭을 명할 보전의 필요성도 소명된다. (인천지

방법원 2015.4.2.선고 2014카합1176결정)

○ 기타

- 초기업단위노조에 있어 조합원 확인을 요구하는 경우 : ㉠정공법, ㉢공개 가능한 조합원만 공개, ㉡간접적인 방법을 통해 조합원이 있음을 확인 등

- 잠정합의가 이뤄졌음에도 단체협약 체결을 거부하는 경우 : 매 교섭 때마다 합의서 작성 등

재결례) 단체교섭에서 합의된 단체협약안에 대해 사용자가 새로운 교섭안을 가지고 교섭에 임하자 하면서 교섭을 기피한 것은 부당노동행위이다.(1993.7.5.중노위93부노58)

- 임금교섭이 지연되고 있음을 핑계로 비조합원에 대하여만 임금인상을 실시하는 경우 부당노동행위 성립 가능.

- 사용자의 단체교섭 거부행위가 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 것으로 인정되는 경우에, 그 거부행위는 부당노동행위로서 단체교섭권을 침해하는 위법한 행위로 평가되어 불법행위의 요건을 충족하게 되어 손해배상청구가 가능.(대법원2006.10.26.선고 2004다11070판결)

II. 단체협약

단체협약이란? 노동조합 등 근로자단체가 사용자 또는 사용자단체에 대한 단체교섭권을 행사하여 교섭을 하고, 그 결과 교섭의 대상으로 삼은 근로조건에 관한 사항 기타 노동관계에 관한 사항에 대하여 위 당사자 사이에 결정한 내용을 협약의 형식으로 체결한 문서로, 그 문서의 명칭

이 단체협약, 임금협정, 노동협약, 각서, 합의서 등 무엇으로 되어 있던 관계없음.

〈대법원 2018. 7. 26. 선고 2016다205908 판결〉

단체협약은 노동조합이 사용자 또는 사용자단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항에 관한 협정(합의)을 문서로 작성하여 당사자 쌍방이 서명날인함으로써 성립하는 것이고, 그 협정(합의)이 반드시 정식의 단체교섭절차를 거쳐서 이루어져야만 하는 것은 아니다.”고 하면서 “노동조합과 사용자 사이에 근로조건 기타 노사관계에 관한 합의가 노사협의회 합의의 협의를 거쳐서 성립되었다고, 당사자 쌍방이 이를 단체협약으로 할 의사로 문서로 작성하여 당사자 쌍방의 대표자가 각 노동조합과 사용자를 대표하여 서명날인 하는 등으로 단체협약의 실질적·형식적 요건을 갖추었다면 이는 단체협약이라고 보아야 한다.

1. 단체협약 유효요건

■ 노조법 제31조(단체협약의 작성) ① 단체협약은 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명 또는 날인하여야 한다. 〈개정 2006.12.30.〉

② 단체협약의 당사자는 단체협약의 체결일부터 15일 이내에 이를 행정관청에게 신고하여야 한다. 〈개정 1998.2.20.〉

□ 시행령 제15조(단체협약의 신고) 법 제31조제2항의 규정에 의한 단체협약의 신고는 당사자 쌍방이 연명으로 하여야 한다.

가. 서면작성 및 쌍방의 서명 또는 날인

- 단체협약을 체결할 수 있는 권한은 단체교섭권자에게 인정될 것이므로 단체협약을 체결할 수 있는 정당한 당사자는 단체교섭권의 정당한 당사자임.

- 단체협약은 서면으로 작성하여 단체협약 당사자 모두가 서명⁴⁹⁾ 또는 날인⁵⁰⁾해야 함. 이러한 노조법 제31조는 강행규정. 이 요건을 갖추지 못한 노사간의 합의는 단체협약으로서의 효력 불인정. 대법원은 노조 위원장의 기명날인만 있고 회사 대표이사의 기명날인이 없는 경우, 노조위원장과 사용자 사이에 구두 합의만 있는 경우 등은 단협으로서의 효력이 없다고 봄.⁵¹⁾
- 단체교섭 도중 서로 합의된 일부 조항을 확인하기 위한 목적으로 작성된 문서는 그것이 곧바로 단체협약이라고 볼 수 없음(각각의 합의 사항을 그대로 단체협약의 내용으로서 효력을 발생시키려는 의사가 있다고 보기 어렵기 때문). 다만 회의록에 “단체협약과 동일한 효력을 갖는다”는 내용을 담아, 합의사항을 단체협약으로서의 효력을 갖게 하려는 노사 당사자의 의사를 분명히 하고 서명또는 날인을 했다면 단체협약이 될 수 있음.

나. 단체협약의 신고 : 단체협약이 체결되면 노사 당사자는 체결일로부터 15일 이내에 행정관청에 신고해야 할 의무 부담. 다만, 신고 않더라도 단체협약의 효력에는 영향이 없음. (미신고시 300만원 이하 과태료. 실제 부과사례는 거의 없음)

2. 단체협약의 내용 및 효력 : 단체협약에 대한 특별한 보호

49) 자신의 이름을 자필로 기재하는 것을 말한다.

50) 자신의 서명에 인감을 찍는 것을 말한다

51) 다만 서명 날인 대신 서명 무인이나 기명날인을 한 경우에는 위 법규정에 위반하지 않는다.

■ 노조법 제33조(기준의 효력) ①단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다.
②근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다.

1) 규범적 부분과 규범적 효력

가) 개요

- 규범적 부분 : 단체협약 내용 중 근로조건 기타 노동자의 대우에 관한 기준을 정한 부분을 말함. 임금, 근로시간, 휴게, 휴일, 휴가, 퇴직, 복리후생, 표창, 징계, 해고, 작업용품 부담, 노동안전보건, 산업재해보상 등
- 규범적 효력 : 규범적 부분은 개별 근로관계에 대하여 강행적·직접적으로 적용되며, 단체협약상의 규범적 내용에 위반되는 취업규칙이나 근로계약의 내용은 무효가 되며 단체협약 내용으로 대체됨. (강행적 효력) 취업규칙이나 근로계약으로 정해놓지 않은 사항에 대하여는 단체협약의 내용이 적용됨. (보충적 효력)

나) 규범적 효력을 받는 근로자의 범위

- 단협의 규범적 부분은 원칙적으로 단협 체결 당시 조합원으로서 근로관계가 유효하게 존속하고 있는 자에게 그 효력이 미침. 따라서 단협을 체결하면서 그 내용을 단협 체결 이전의 권리의무관계에 대하여도 소급하여 적용하도록 합의하였다 하더라도 단협 체결 이전 퇴사자에게는 그 효력이 미치지 않음. (※ 임금 소급인상시 중도퇴사자에 대한

적용 합의 필요)

- 조합원이 단협 유효기간 중에 노조를 탈퇴하거나 제명되거나 단협 해지가 되어도 개별적 근로관계에 있어서 단협의 규범적 내용은 그대로 적용됨.

2) 유리조건 우선의 원칙 적용 여부

- 단체협약보다 개별 근로계약에서 더 유리한 근로조건을 명시해놓은 경우 유리조건 우선의 원칙이 적용되는가에 대하여 적용된다는 견해도 있으나 개개 조합원이 사용자와 개별 교섭을 통해 근로조건에 관하여 더 유리한 합의를 할 수 있다면 노동조합의 단체교섭권이 실질적으로 침해될 우려가 있어 유리조건 우선의 원칙이 적용될 수 없다는 견해도 있음. 새로운 단체협약이 이전보다 불이익하게 변경될 수도 있음(근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약이 현저히 합리성을 결하여 노동조합의 목적을 벗어난 것으로 볼 수 있는 것과 같은 특별한 사정이 없는 한 유효함).⁵²⁾

52) cf. 취업규칙에 대하여는 근로계약의 유리한 부분이 적용

근로자에게 불리한 내용으로 변경된 취업규칙은 집단적 동의를 받았다고 하더라도 그보다 유리한 근로조건을 정한 기존의 개별 근로계약 부분에 우선하는 효력을 갖는다고 할 수 없다. 이 경우에도 근로계약의 내용은 유효하게 존속하고, 변경된 취업규칙의 기준에 의하여 유리한 근로계약의 내용을 변경할 수 없으며, 근로자의 개별적 동의가 없는 한 취업규칙보다 유리한 근로계약의 내용이 우선하여 적용된다.(대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결)

〈2002.12.27. 대법원 2002두9063〉

단체협약의 개정 경위와 그 취지에 비추어 볼 때, 단체협약의 개정에도 불구하고 종전의 단체협약과 동일한 내용의 취업규칙이 그대로 적용된다면 단체협약의 개정은 그 목적을 달성할 수 없으므로 개정된 단체협약에는 당연히 취업규칙상의 유리한 조건의 적용을 배제하고 개정된 단체협약이 우선적으로 적용된다는 내용의 합의가 포함된 것이라고 봄이 당사자의 의사에 합치한다고 할 것이고, 따라서 개정된 후의 단체협약에 의하여 취업규칙상의 면직기준에 관한 규정의 적용은 배제된다고 보아야 할 것이다.

3) 규범적 효력과 관련한 유의점

- “‘단체협약에 의해서만 징계할 수 있고 취업규칙 등에 의해서는 징계할 수 없다’거나 ‘단체협약에 정한 사유 이외의 사유로 징계할 수 없다’고 단체협약에 정하였다면 단체협약에 정한 사유가 아닌 취업규칙 등에 정한 사유로 징계할 수 없”음.(대법원 1994.6.14. 선고 93다 62126 판결 등) 따라서 단협에 특별한 제한이 없으면 취업규칙 등에 정한 사유로도 징계가 가능하다는 것. 그래서, 단순히 “단체협약은 취업규칙에 우선하여 적용한다”거나 “단체협약에 정하지 않은 사항은 취업규칙에 의하되 노동조건을 저하시킬 수 없다”는 정도로 단협을 정해 놓았다면, 이는 단협에 정한 사유로만 징계할 수 있다고 특별히 제한한 것이라고 할 수 없으므로 취업규칙에 의한 징계가 가능하다는 것(대법원 1995.1.20. 선고 94다37851 판결 등)에 주의.
- 다만, 예를 들어 단체협약에는 무단결근 3일 이상, 취업규칙에는 무단결근이 1일 이상으로 동일한 징계사유에 대한 내용이 틀릴 경우에는 단체협약이 우선 적용.(대법원 1994.6.14. 선고 93다26151 판결 등)

4) 규범적 효력의 한계(협약자치의 한계)

- 노사 당사자가 강행법규(근로기준법 등)나 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 내용(민법 제103조)을 단체협약에 넣었더라도 그 내용은 무효가 됨.(합리적인 이유 없이 정년에 남녀 차등을 두는 규정 등)
- 개별 노동자의 양심(사상)의 영역에 관한 사항(정치적 태도 표명 등), 이미 개별 노동자에게 귀속된 권리의 처분에 관한 사항(이미 발생한 상여금의 포기나 반납, 발생한 연차휴가의 포기, 퇴직금 청구권의 포기나 지급 유예 등)을 정한 부분도 무효임.(2002.4.12. 대법원 2001다 41384 판결 등)
- 개별 노동자들의 근로계약관계에서의 지위 변동을 가져오는 사항(정리해고, 배치전환, 전직 등의 대상으로 선정, 정년제를 폐지하고 계약제로 전환 등)은 무효임.
- 노동력 제공 의무를 새로이 만드는 사항(휴일근로나 시간외근로 실시 등)을 내용으로 하는 단체협약 조항은 효력이 없음. 따라서 시간외근로를 노조의 동의만으로 가능하도록 규정한 단체협약 조항은 시간외근로 의무발생요건이 ‘추가’된 것으로 보아야 함. 이 경우에도 개별조합원이 동의하지 않는 한 근로의무는 미발생(대법원 93.12.21. 선고 93누5796 판결 등)

5) 규범적 부분 위반의 효과

가) 민사상 효과

- 개별조합원의 경우 단체협약 상 자신의 근로조건 위반에 따른 청구(시정요구) 및 진정, 소송, 구제신청 등 각종 법적 절차 진행 가능
- 노동조합의 경우 단체협약 위반에 따른 손해배상을 청구할 수 있지만

이는 이론적으로는 가능하나 실익은 거의 없음. 따라서 단체협약에 협약준수의무위반에 대한 배상금을 규정해 두는 방법 등을 강구할 필요 있음.

나) 형사상 효과

- 구 노조법은 단체협약 위반의 경우 내용 구분 없이 모두 형사처벌의 대상으로 하였으나 그 규정에 대해 헌법재판소에서 위헌 결정 (1998.3.26.). 현재는 노조법 개정으로 아래 경우만 형사 처벌.

■ 노조법 제92조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

- 가. 임금복리후생비, 퇴직금에 관한 사항
- 나. 근로 및 휴게시간, 휴일, 휴가에 관한 사항
- 다. 징계 및 해고의 사유와 중요한 절차에 관한 사항
- 라. 안전보건 및 재해부조에 관한 사항
- 마. 시설편의제공 및 근무시간 중 회의참석에 관한 사항
- 바. 쟁의행위에 관한 사항

6) 채무적 부분과 채무적 효력

- 채무적 부분 : 협약체결 당사자인 노동조합과 사용자(단체) 사이에 적용될 권리의무관계를 정하고 있는 부분. 협약체결 당사자 사이에 계약 일반의 효력만이 인정되므로 이를 채무적 부분이라 함. 조합활동 관련 편의제공 조항, 단체교섭 및 쟁의행위의 방식과 절차에 관한 조항, 노동조합 전임자에 관한 사항, 사업장 내 노동조합 사무실 이용이나 조합계시판의 설치에 관한 사항, 조합비일괄공제(Check-off)에 관

한 사항, 솟조항 등 조합원들의 근로조건 이외의 대부분의 조항(협약 체결 당사자의 계약관계를 규정)

- 채무적 효력 : 단체협약도 계약이므로 계약 당사자는 단체협약 실행 의무⁵³⁾와 평화의무를 부담함. 이는 단체협약의 모든 내용에 대하여 일반적으로 인정되는 의무이다.(단체협약의 규범적 부분 역시 채무적 효력 발생)

7) 채무적 부분 관련 몇 가지 쟁점

가) 조합비일괄공제 조항(Check-Off)

- 노동조합에 대한 사용자의 대표적인 편의제공조항 중 하나
- 본래 임금 공제는 당사자의 개별적 동의가 있어야 하지만 단체협약 상 조합비일괄공제조항에 따른 공제는 개별적 동의 없이 가능.(근로기준법 제4조 제1항)
- 노조 규약에 조합원들의 조합비 납부의무가 명시되어 있고 그 규약 내용에 찬성하여 노조에 가입하고 조합원은 단체협약을 적용받으므로 사용자가 직접 개별적 동의를 받지 않았더라도 이미 조합비 공제에 개별적 동의가 있는 것으로 해석. 따라서 조합원이 개별적으로 사용자에게 공제 중지를 요구하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 함.

나) 평화의무

- 단체협약에 정한 사항에 대하여는 유효기간 중 이를 개정 또는 폐지할 것을 요구하는 쟁의행위를 하지 않을 의무

53) 이를 준수할 의무(협약준수의무)와 각 당사자의 구성원들로 하여금 단체협약을 위반하지 않도록 노력할 의무(영향의무)를 의미한다.

- 단, 단체협약에 정하지 않은 사항, 단체협약 유효기간 중이라도 차기 단체협약 체결을 위한 쟁의행위, 당사자가 단체협약 체결 당시에는 도저히 예견할 수 없었던 사정의 변경이 있고 이에 대해 당사자에게 귀책사유가 없는 경우 등에는 평화의무가 소멸한다고 봄.

8) 채무적 부분 위반의 효과

- 노동조합은 사용자에 대하여 채무이행소송 및 손해배상청구소송 등 가능. 단, 실제로는 사용자의 위반행위로 인한 노동조합의 손해에 대해 금전적 산정의 어려움이 있으므로 미리 배상액을 정해 두는 등 의무이행을 강제할 장치를 마련해둘 필요가 있음.
- 노조법 상 처벌대상에 해당하는 단체협약의 채무적 부분 위반행위(시설·편의제공 및 근무시간 중 회의참석에 관한 사항, 쟁의행위에 관한 사항)에 대하여는 형사처벌 가능(노조법 제92조)

3. 단체협약의 효력 확장

■ 노조법 제33조(기준의 효력) ①단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 **위반하는** 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다. ②근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다.

가. 일반적 구속력

1) 취지

- 미조직 노동자 보호 / 사용자가 지나치게 낮은 근로조건으로 노동력을 공급받는 것을 방지하여 노동조합의 단결력 확보

2) 요건

- 하나의 사업 또는 사업장 : 사업 또는 사업장이란, 개인사업체 또는 독립된 법인격을 갖춘 회사 등과 같이 경영상으로 일체를 이루면서 계속적, 유기적으로 운영되고, 전체로서의 독립성을 갖춘 하나의 기업체조직을 의미(대법원 1990.3.13. 선고 89다카24445판결).
- 상시 사용되는 근로자를 기준으로 산정 : 상시(常時)란 상태(常態)를 의미하는 것으로서 사회통념상, 객관적으로 판단하여 상태적으로 존재하는 자의 수로 산정(일용직, 임시직 등 모두 포함하는 평균적인 개념)
- 동종의 근로자 : 판례는 당해 단체협약 규정에 따라 단체협약이 적용될 것으로 예상되는 노동자는 모두 동종노동자라고 보아, 단체협약에서 일정 범위에 해당하는 노동자에게만 적용한다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 원칙적으로 조합원이 될 수 있는 자격이 있는 노동자는 모두 동종노동자라고 함. 그러면서도, “단체협약 등의 규정에 의하여 조합원 자격이 없는 자는 단체협약의 적용이 예상된다고 할 수 없어 단체협약의 일반적 구속력이 미치는 동종노동자라 할 수 없다”(대법원 2003.12.26. 선고 2001두10264판결)고 하고 있음. → 일반적 구속력 제도의 입법취지로 본다면, 규약 또는 단체협약으로 노조가입에 가입할 수 없게 정해 놓았다하더라도, 그 작업의 성격, 내용, 형태로 비추어 동종의 업무를 수행하는 것이라 볼 수 있는 경우에는 동종노동자로 보아야 할 것임.
- 반수 이상 : 위와 같이 판단한 동종노동자의 총수(분모)와 단체협약을 적용받는 노동자 수(분자)의 비율로서 판단하되, 과반수가 아니라

반수인 점, 사용자의 의사에 따라 결과적으로 단체협약과 같은 대우를 받는 비조합원은 단체협약을 적용받는 노동자 수에 포함되지 않는다는 점에 주의. 새로운 단체협약 체결 또는 그 효력 발생시기뿐만 아니라 단체협약의 유효기간 중이라도 반수 이상이면 일반적 구속력이 인정.

3) 효력

- 단체협약으로 일반적 구속력 적용배제 불가
- 단체협약 중 규범적 부분에 한해 일반적 구속력이 적용됨
- 효력이 확장되는 경우에도 비조합원은 유리의 원칙이 적용됨
- 효력을 확장하기 위한 요건으로서 동종근로자는 상시 사용될 것을 요건으로 하지만, 그 요건이 갖추어진 이후 단체협약의 적용을 받는 근로자는 상시 사용 중인 자가 아니더라도 단체협약이 확장 적용됨

나. 지역적 구속력

1) 요건

- 하나의 지역 : 행정구역상 지역으로 구분하지 않고, 단체협약의 효력을 확장할 만한 경제적 기초의 동질성 또는 유사성이 있는지 여부로 판단
- 종업하는 동종근로자의 3분의 2 : 상시 근로자에 한정되지 않음. 조합원 자격이 있는 자와 비교하여 직종 또는 산업별로 근로내용과 형태가 동일 또는 유사한 자를 의미
- 하나의 단체협약의 적용을 받고 있어야 : 형식상 여러 개의 단체협약이라도 실제적으로는 하나의 단체협약과 같으면 가능(예: 상급연합단

체가 대각선 교섭방식에 의하여 체결한 단체협약이 동일한 내용이라면 이에 해당)

2) 절차

- 일반적 구속력과는 달리 절차적으로 단체협약의 당사자 모두 또는 어느 한쪽의 신청에 의하거나 행정관청이 직권으로 노동위원회의 의결을 얻어 확장 적용 결정을 하고, 공고하여야 함.

3) 효과

- 지역 내 동종근로자에게 단체협약 적용
- 단체협약 중 규범적 부분에 한해 적용
- 지역 내 다른 노조의 단체협약이나, 단체교섭권 단체행동권을 제약할 수 없음. (다만, 단체협약을 보유하고 있는 노조라도 당해 조합원들에 대하여 요건이 되는 경우 자신의 단체협약을 포기하고 타 단체협약의 지역적 효력 확장 적용의 대상이 될 수도 있음.)

〈대법원 1993.12.21. 선고 92도2247판결〉

지역적 구속력 제도의 목적을 어떠한 것으로 파악하건 적어도 교섭권한을 위임하거나 협약체결에 관여하지 아니한 협약외의 노동조합이 독자적으로 단체교섭권을 행사하여 이미 별도의 단체협약을 체결한 경우에는 그 협약이 유효하게 존속하고 있는 한 지역적 구속력 결정의 효력은 그 노동조합이나 그 구성원인 근로자에게는 미치지 않는다고 해석하여야 할 것이고, 또 협약외의 노동조합이 위와 같이 별도로 체결하여 적용받고 있는 단체협약의 갱신체결이나 보다 나은 근로조건을 얻기 위한 단체교섭이나 단체행동을 하는 것 자체를 금

지하거나 제한할 수는 없다고 보아야 할 것이다

4. 단체협약의 해석

■ 노조법 제33조(기준의 효력) ①단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다.
②근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다.

가. 단체협약의 해석 기준

〈대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다102452 판결〉

처분문서는 진정성립이 인정되면 특별한 사정이 없는 한 처분문서에 기재되어 있는 문언의 내용에 따라 당사자의 의사표시가 있었던 것으로 객관적으로 해석하여야 하나, 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제되는 경우에는 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어지게 된 동기와 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다. 한편 단체협약과 같은 처분문서를 해석할 때에는, 단체협약이 근로자의 근로조건을 유지·개선하고 복지를 증진하여 경제적·사회적 지위를 향상시킬 목적으로 근로자의 자주적 단체인 노동조합과 사용자 사이에 단체교섭을 통하여 이루어지는 것이므로, 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 변형 해석할 수 없다.

- 노동조합은 단체교섭에서 노동조합의 요구사항을 가능하면 구체적으로 명확하게 하고, 교섭과 합의배경 및 그 과정 등에 대해 기록하고, 노사가 이를 즉시로 확인하는 노력을 해야 이후 해석 관련 문제에

대응 가능. 명문의 규정과 달리 해석되려면 합의 배경 등에서 밝혀진 당사자들의 의도가 가장 중요하기 때문에, 회의록 작성이나 동영상 촬영 등도 필요. 그 해석에 다툼이 있어 보이는 단어나 문장이 발견 되면 즉시 단체협약이 아니더라도 별도의 문서에 합의로 해석된 내용을 기재해 둘 필요 있음.

– 단체협약 해석기준에 관해 대법원은 오래전부터 일관되게 단체협약의 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 해석할 수 없다는 원칙

〈대법원 1996. 9. 20. 선고 95다20454 판결〉

근로자가 업무수행중 야기한 과실로 인한 교통사고에 있어서는 회사가 부담한다.’라는 단체협약규정에 대하여 “단체협약서와 같은 처분문서는 그 성립의 진정함이 인정되는 이상 법원은 그 기재내용을 부정할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 기재내용에 의하여 그 문서에 표시된 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 할 것이고, 또한 단체협약은 근로자의 근로조건을 유지 개선하고 복지를 증진하여 그 경제적, 사회적 지위를 향상시킬 목적으로 노동자의 자주적 단체인 노동조합이 사용자와 사이에 근로조건에 관하여 단체교섭을 통하여 이루어지는 것이므로 그 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 해석할 수는 없다 할 것인바 원고와 피고가, 조합원인 전국자동차노동조합연맹 충남국제상운 노동조합과 사이에 체결된 단체협약서 제42조가 원심인정과 같이 규정되어 있다면 이는 근로자가 업무수행중 그의 과실로 인한 교통사고로 인하여 회사가 입은 손해에 관하여는 그 과실이 경과실이나 또는 중과실이냐를 구별하지 아니하고 회사가 이를 부담하고 근로자에 대하여는 그 책임을 묻거나 구상권을 행사하지 아니하겠다는 취지로 해석함이 상당하다.

나. 단체협약 해석에 의견 불일치가 있는 경우 해결 방법

1) 노동위원회에 견해 제시 요청

- 당사자 쌍방 또는 단체협약에 정한 바에 의해 어느 일방이 노동위원회에 그 해석 또는 이행방법에 관한 의견 제시를 요청할 수 있음.(조합원 개인은 불가) 노동위원회는 그 요청이 있으면 30일 이내에 견해를 제시해야 하며 이때 제시된 견해는 중재재정과 동일한 효력. 그 제시된 견해에 대해 중노위에 재심신청 및 이후 행정소송 제기 가능.

2) 법원에 소송 제기

- 단체협약 불이행이나 위반 시 관련 내용에 대한 확인 또는 이행을 청구하는 소를 법원에 제기할 수 있음. 단체협약 체결 당사자인 노동조합뿐만 아니라 사용자의 단협 위반으로 권익을 침해당한 조합원도 소송 제기 가능.

3) 제3자에게 해석 요청

- 노동위원회나 법원이 아닌 제3자에게 해석 요청도 가능. 사전에 단협에 미리 이 절차를 정하거나, 분쟁 발생 이후 당사자의 합의에 의하여도 가능.

다. 쟁의행위 가능 여부

- 단체협약 해석에 불일치가 있거나 사용자의 단체협약 위반 또는 불이행이 있는 경우 쟁의행위를 할 수 있는지에 대하여 무조건 쟁의행위

가 정당하지 않다고 할 수 없지만(의견의 불일치가 있다는 것은 실질적으로 단체협약이 온전히 체결되지 않은 것이라는 견해 등), 단체협약의 유효기간 중 쟁의행위라는 점(평화 의무 위반 문제), 이미 체결된 유효한 단체협약임을 전제로 그 단체협약의 해석에 관한 다툼(이른바 권리분쟁)이고 이를 노동쟁의로 볼 수 없다고 일반적으로 해석되므로 상당히 주의해야 함.

판) 이러한 평화의무는 단체협약에 규정되지 아니한 사항이나 단체협약의 해석을 둘러싼 쟁의행위 또는 차기 협약체결을 위한 단체교섭을 둘러싼 쟁의행위에 대해서까지 그 효력이 미치는 것은 아니므로 단체협약 유효기간 중에도 노동조합은 차기의 협약체결을 위하여나 기존의 단체협약에 규정되지 아니한 사항에 관하여 사용자에게 단체교섭을 요구할 수 있다고 할 것이고 또한 단체협약이 형식적으로는 유효한 것으로 보이지만 단체협약을 무효라고 주장할 만한 특별한 사정이 인정되는 경우에도 노동조합으로서 단체협약의 유효기간 중에 사용자에게 단체협약을 무효라고 주장하는 근거를 제시하면서 기존의 단체협약의 개폐를 위한 단체교섭을 요구할 수 있다고 보아야 할 것”(2003.2.11. 대법원 2002두9919)

5. 단체협약의 종료와 종료 후의 근로관계

가. 유효기간

■ 노조법 제32조(단체협약의 유효기간) ①단체협약에는 2년을 초과하는 유효기간을 정할 수 없다.

②단체협약에 그 유효기간을 정하지 아니한 경우 또는 제1항의 기간을 초과하는 유효기간을 정한 경우에 그 유효기간은 2년으로 한다.

③단체협약의 유효기간이 만료되는 때를 전후하여 당사자 쌍방이 새로운 단체협약을 체결하고자 단체교섭을 계속하였음에도 불구하고 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 경우에는 별도의 약정이 있는 경우를 제외하고는 종전의 단체협약은 그 효력만료일부터 3월까지 계속 효력을 갖는다. 다만, 단체협약에 그 유효기간이 경과한 후에도 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 때에는 ‘새로운 단체협약이 체결될 때까지 종전 단체협약의 효력을 존속시킨다는 취지의 별도의 약장’이 있는 경우에는 그에 따르되, 당사자 일방은 해지하고자 하는 날의 6월전까지 상대방에게 통고함으로써 종전의 단체협약을 해지할 수 있다.

나. 유효기간 종료 후 효력

- 단체협약의 유효기간은 2년을 초과할 수 없으며 기간을 정하지 않았거나 2년을 초과하는 유효기간을 정한 경우는 모두 2년인 것으로 됨.
- 유효기간이 만료된 후 효력 : 단체협약의 유효기간이 만료되는 때를 전후하여 당사자 쌍방이 새로운 단체협약을 체결하고자 단체교섭을 계속하였음에도 불구하고 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 경우에는 별도의 약정이 없더라도 효력만료일부터 3개월까지 효력 지속

다. 자동연장협정

- 예를 들어 ‘새로운 단체협약이 체결될 때까지는 이전 단체협약의 효력은 존속된다’라는 단체협약 규정 등이 자동연장협정임. 이 예시사례는 “불확정기한부 자동연장협정”으로 유효기간이 2년에 한정되는 것은 아님.

〈대법원 2015.10.29. 선고 2012다1138 판결〉⁵⁴⁾

단체협약이 노동조합법 제32조제1항, 제2항의 제한을 받는 본래의 유효기간이 경과한 후에 불확정기간부 자동연장조항에 따라 계속 효력을 유지하게 된 경우에, 그 효력이 유지된 단체협약의 유효기간은 노동조합법 제32조제1항, 제2항에 의하여 일률적으로 2년으로 제한되지는 아니한다고 봄이 타당하다.

- 자동연장협정이 있더라도 당사자 일방이 이전 단체협약을 해지하고자 하는 날의 6월전까지 이전 단체협약의 해지를 통지하게 되면 이전 단체협약은 그 날에 해지됨.
- 대개 유효기간이 지난 후에 통지하나 유효기간 중에 통지했다면 유효기간이 끝난 날로부터 6월 후, 6개월을 넘는 기간을 따로 정하여 통지했다면 그 기간이 지난 후, 유효기간이 지난 후 6월을 넘지 않는 기간을 정하여 통지했다면 노동조합이 통지를 받은 날로부터 6월이 지난 후에 비로소 단체협약의 효력이 상실됨.
- 사용자의 일방적인 해지 통보로 인한 무협약 상태를 방지하기 위해 단체협약에 ‘합의해지조항’(당사자의 합의 하에서만 해지할 수 있다는 내용)을 두고, 위반시 손해배상 등의 규정을 둘 필요가 있음.

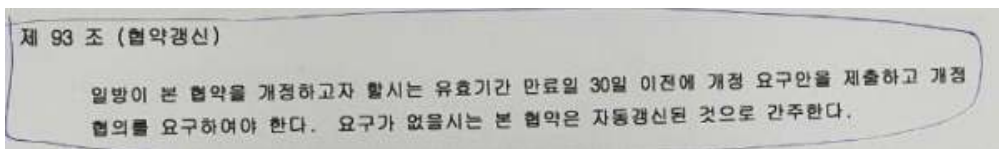
cf. 〈대법원 2016.3.10. 선고 2013두3160판결〉

단체협약의 유효기간을 제한한 노동조합법 제32조제1항, 제2항이나 단체협약의 해지권을 정한 노동조합법 제32조제3항 단서는 모두 성질상 강행규정이라고 볼 것이어서, 당사자 사이의 합의에 의하더라도 단체협약의 해지권을 행사하지 못하도록 하는 등 그 적용을 배제하는 것은 허용되지 않는다.

54) 예를 들어 어느 단체협약에 ‘협약의 유효기간이 만료되어도 갱신협약이 체결될 때까지는 본 협약의 효력은 지속한다.’는 규정이 있었는데 본래의 유효기간이 경과한 지 3년 후 시점에 당해 노동조합에 가입한 조합원에게도 그 단체협약이 적용될 수 있음.

라. 자동갱신협정

- ‘단체협약 유효기간 만료되기 이전 30일 전까지 서면으로 새로운 단체협약 체결을 위한 교섭 요청을 하지 않는 경우에는 이 단체협약과 같은 내용으로 새로운 단체협약이 체결된 것으로 본다’ 등의 단체협약 규정.
- 갱신된 단체협약의 유효기간은 노사 당사자의 의사가 단체협약에 분명히 표시되어 있다면 그 의사에 따를 것이지만 그렇지 않다면 종전 단체협약의 유효기간과 같음.



마. 단체협약의 당사자 변동 등에 의한 문제

1) 사용자

- 개인사업체가 사업주의 사망으로 소멸한 경우 단체협약도 소멸.(단, 영업의 상속이 있는 경우 모두 포괄 승계) / 법인의 경우 해산사유가 발생하게 되면 단체협약은 청산기간 중 그대로 존속하고 청산절차가 종료되는 시점에서 효력이 상실.
- 회사의 합병의 경우에는 합병으로 인해 설립된 회사에 포괄 승계 (2004.5.14. 대법원 2002다23185·23192 판결 등). 영업양도가 있는 경우에도 원칙적으로 양도인과 체결한 단체협약은 양수인에게도 그대로 효력을 가짐(1994.11.18 대법원 93다18938 판결 등). / 회사의 조직변경, 개인사업체의 법인 전환, 개인사업체의 영업 상속이 있

는 경우에는 회사의 동일성이 있으므로 역시 효력이 유지됨.

- 다만, 최근 현대중공업과 한국지엠 사건에서 회사 분할의 경우 단체협약 승계가 안된다는 하급심 존재.

2) 노동조합

- 노동조합에 해산사유가 발생하면, 청산절차를 거치게 되고 청산이 종료된 시점에서 효력이 종료
- 조직형태변경이 있는 경우 동일성을 전제한 것이므로 당연히 승계 / 노동조합이 합병되는 경우에는 소멸된 노동조합의 재산 및 단체협약도 흡수한 노동조합이나 합병으로 신설된 노동조합에 승계
- 노동조합이 분할된 경우에는 분할로 소멸하는 노동조합의 단체협약이 분할로 인해 신설되는 노동조합에도 승계될 것인지에 대해, 대체로 이전 노동조합과 신설노동조합간의 실질적 동일성이 있는가를 판단하여 승계 여부를 결정함(이견 있음). 다만, 규범적 부분은 승계

바. 단체협약 종료 후(무협약 상태)의 근로관계(이른바 여후효의 문제)

- 단체협약 유효기간이 지났거나 해지되었거나 하여 단체협약이 없는 상태(이른바 무협약 상태)의 경우 채무적 부분은 원칙적으로 효력을 상실(조합사무소의 경우 예외).
- 판례에 의하면, 노조전임제의 근거규정인 단체협약이 효력을 상실한 경우 원직복귀명령에 불응한 노조전임자를 해고한 것이 부당노동행위에 해당하지 않는다고 하여 채무적 부분은 단체협약의 유효기간 만료로 인하여 실효된다고 보고 있음. 그러나 채무적 부분이라도 일률적

으로 단체협약의 유효기간 만료로 인하여 실효된다고 보아야 할 것은 아님. 왜냐하면 노동조합이 존속하는 한 노동조합의 활동과 새로운 단체협약을 체결하기 위한 활동은 지속되어야 하므로 이와 관련된 단체협약조합의 효력은 유지한다고 보는 것이 협약체결 당사자의 의사에도 합치하는 해석일 것임. 노조사무실과 관련해서도 단체협약 해지를 이유로 무조건 사용자가 반환을 요구할 수 있는 것은 아니라고 판례는 판시하고 있음.

〈대법원 2002.3.26. 선고 2000다3347 판결〉

사용자가 노동조합에게 단체협약에 따라 무상 제공하여 온 노동조합의 사무실의 사용관계는 민법상 사용대차에 해당한다고 할 것이고 사용대차 목적물은 그 반환 시기에 관한 약정이 없는 한 계약이나 목적물의 성질에 의한 사용 수익이 종료한 때 또는 사용 수익에 족한 기간이 경과하여 대주(貸主)가 계약을 해지한 때에 반환하도록 되어 있는 것(민법 §613)에 비추어 보면, 노조사무실 제공을 포함하는 단체협약 전체가 해지된 지 6월이 경과되어 소멸하였다 하더라도 그 사유만으로 당연히 위와 같은 사용대차 목적물의 반환 사유인 사용수익의 종료 또는 사용수익에 족한 기간의 경과가 있다고 할 것은 아니어서 특히 그 반환을 허용할 특별한 사정(예컨대 기존 사무실의 면적이 과대하여 다른 공간으로 대체할 필요가 있다든지 사용자가 이를 다른 용도로 사용할 합리적인 사유가 생겼다는 등)이 있어야만 그 사무실의 명도를 구할 수 있다고 보는 것이 상당하다.

- 개별적 근로관계를 규율하는 규범적 부분의 경우에는 단체협약 실효 후에도 개별근로계약의 내용으로 여전히 효력을 유지

〈대법원 2000.6.9. 선고 98다13747 판결〉

단체협약이 실효되었다고 하더라도 임금, 퇴직금이나 노동시간, 그 밖에 개별적인 노동조건에 관한 부분은 그 단체협약의 적용을 받고 있던 근로자의 근로계약의 내용이 되어 그것을 변경하는 새로운 단체협약, 취업규칙이 체결, 작성되거나 또는 개별적인 근로자의 동의를 얻지 아니하는 한 개별적인 근로자의 근로계약의 내용으로서 여전히 남아 있어 사용자와 근로자를 규율한다고 할 것... 퇴직한 근로자가 기존 단체협약의 임금에 관한 부분을 1년 넘게 적용받는 결과가 된다고 하여 임금에 관한 단체협약의 유효기간을 1년으로 정하고 있는 노동조합법에 위반된 것이라고 할 수 없다.

6. 토론 : 사용자의 일방적 단체협약 해지에 대한 대응

- 사용자가 단체협약의 자동연장협정 조항에 따른 효력연장기간 중에 일방적으로 단체협약을 해지하는 경우가 빈번히 발생. 단협해지 이후 후속조치로 사용자는 노조 사무실 반환요구, 사무실의 사내 인트라넷 차단, 단전, 단수 등의 실행행사를 통하여 노조의 활동기반을 제거하고자 함. 단협의 채무적 부분은 그 효력이 상실되어 노조 사무실의 반환을 요구받거나 노조전임자제도가 부정당하는 등 기준에 보장되어 온 조합활동이 전면적으로 부정됨으로써 노동조합이 노사관계에서 매우 불리한 지위에 이름.
- 또한 단체협약의 규범적 부분들은 단체협약의 여후효로 근로계약의 내용이 되어 당장의 변화는 없으나, 노조법상 단체협약 위반에 대한 사용자처벌 조항이 적용되지 않고, 향후 사용자가 취업규칙을 변경하는 절차를 통하여 근로조건을 불이익하게 변경할 가능성이 커져 문제

가 될 것임.

- **사용자의 조합약화 의도의 해지권행사는 부당노동행위이자 무효**
법원에서 판단된 국내 사례는 없으나, 일본에서는 사용자가 조합 약체화의 의도를 갖고 협약을 해약하고 협약의 개폐에 관한 단체교섭도 거부하고 있는 경우 지배개입의 부당노동행위가 인정하고 단협해지의 사법적 효력을 부정한 사례 있음.(布施自動車教習所・長尾商社 사건 등)

→ 따라서 ① 해지권 행사 이전에 스스로 성실교섭의무를 위반한 사용자가 도리어 노조법에 따른 해지권을 행사하는 경우 기존 단체협약에 의하여 유지되고 있는 노사관계를 부당하게 깨트리려는 목적으로 행사된 것일 가능성(교섭해태 부당노동행위로서의 해지권 남용) ② 단협에 대한 해지의 합리적인 이유의 제시나 노동조합의 합의 획득을 위한 실질적인 노력 등 상당한 절차를 밟지 않은 경우 또는 사용자가 조합 약체화의 의도를 갖고 협약을 해지하고 협약의 개폐에 관한 단체교섭도 거부하고 있는 경우에는 지배개입의 부당노동행위에 해당할 가능성(지배·개입의 부당노동행위로서의 해지권 남용) ③ 대등한 당사자로서의 노사관계를 지향하고 있는 노조법 영역에서 일방 해지권이 입법취지에 반하여 행사되었는지, 정당한 노동조합 활동을 부당하게 제약하고 근로자의 기득권을 부당하게 침해하려는 목적으로 행사되었는지, 스스로 노조법 상의 성실교섭의무를 위반한자가 행사하였는지, 기존 단체협약의 효력만료에 즈음하여 개시된 단체교섭에서 노사 양측이 대부분의 사항에 의견일치를 보았음에도 불구하고 일부 조항에 합의에 이르지 못하였다는 이유로 기존 단체협약 전체를 해지하여 무

효로 돌리려는 등 과도하게 그 권한을 행사하였는지 등을 종합적으로 감안할때 해지권 행사가 그 권한의 남용에 해당하는 것일 가능성(신의성실의 원칙, 권리남용금지의 원칙에 반하는 해지권 남용) 등을 면밀히 살펴 대응할 필요가 있음.

7. 단체협약 내용 중 검토가 필요한 사례

가. 유일교섭단체 조항 - 다른 노조의 교섭권을 침해하는 위법한 단협조항으로 대법원이 판단 (헌법 33조 및 노조법 5조 위반)

제1조(유일교섭단체) 회사는 조합이 전 조합원을 대표하여 임금, 노동조건, 조합 활동 권리 및 기타 사항에 관하여 교섭하는 유일한 노동단체임을 인정하고 다른 어떠한 제2의 노동단체도 인정하지 않는다. 단 교섭권을 위임한 때에는 그러하지 아니한다.

- “2011. 7. 1.부터 개정 노조법 시행에 따라 복수노조의 설립이 허용 되었으므로, 유일교섭단체조항은 근로자들의 노동조합 결성 및 가입의 자유, 단체협약 체결을 보장하는 노조법 제5조, 제29조 제1항에 위반 된다.(대법원 2016. 1. 28. 선고 2012두15821 판결, 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013두3160 판결 등)”

나. 단협 해지권 제한 조항 - 위법한 조항으로 대법원 확정 판결

제119조(협약의 갱신) 회사는 유효기간 만료시까지 갱신요구가 없을 시는 기존의 단체협약을 자동갱신된 것으로 하며, 갱신체결을 위한 교섭이 진행 중일 때에는 본 협약의 효력은 유지되며 새로운 단체협약이 체결될 수 있도록 최선을 다한다. 단, 유효기간 만료를 이유로 어느 일방이 기존의 단체협약의 해지

를 요구할 수 없다.

제133조(유효기간) ③ 유효기간의 경과 6개월 전 일방해지 통고에 의해 단체협약의 효력이 상실된 경우에도 노동조합 활동 보장에 관해 본 협약의 규정은 새로운 단체협약이 체결될 때까지 효력을 갖는다.

- 단체협약 해지권에 관한 노조법 제32조 제3항 단서 규정은 강행규정이므로, 단체협약으로 위 규정상의 해지권을 제한하는 것은 강행규정에 반하여 허용되지 않는다.(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013두3160 판결)
- 대법원은 단체협약 조항에서 “...기존 단체협약의 해지를 요구할 수 없다.”라고 하여 해지권의 행사 자체를 금지하고 있는 조항에 대하여 판결한 것임을 유의. 단체협약 해지권 행사 자체를 금지하지는 않되 해지권 행사의 요건(사유·절차) 및 효과(해지의 범위)를 제한 한 것에 대해 위법이라 판단한 바는 없음.

다. 우선·특별채용⁵⁵⁾ - 산재 사망자 유족 관련 하급심 진행 중, 대법원 공개변론 예정(민법103조·고용정책기본법 7조1항·직업안정법2조 위반)

세부내용
업무상 사고·질병·사망자 자녀(또는 피부양가족) 우선·특별채용
정년퇴직자 자녀 (또는 피부양가족) 우선·특별채용
업무외 사고·질병·사망자 자녀 (또는 피부양가족) 우선·특별채용
장기근속자 자녀 (또는 피부양가족) 우선·특별채용
노조가 추천하는 사람 우선·특별채용

- 일자리의 부족이라는 근래의 사회적 상황하에서는 조합원 자녀나 노조추천자 등에 대한 우선채용 및 특별채용 하도록 강제하는 단체협약

55) 우선채용 : 공개 또는 제한경쟁모집에서 해당자가 채용규정상 적합하거나 자격구비 요건을 갖추었을 때 다른 지원자에 우선하여 채용/ 특별채용 : 경쟁모집절차 없이 해당자가 채용을 요구하면 결격사유가 없는 한 일정기간 내에 채용

조항은 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 내용이고, 헌법 제11조의 평등원칙에도 위배되며, 취업기회의 균등한 보장과 채용시 합리적 이유없는 차별을 금지하는 고용정책기본법 등에도 반하여 무효라는 것이 하급심의 입장.

- 다만, 산재 사망조합원의 유족 등에 대한 우선·특별조항이 위법한지에 대하여 현재 대법원 계류중임.

라. 노동조합 전임자 임금지급 - 노조법이 부당노동행위로 명시적으로 규정

제15조(전임자 처우) 1. 전임자의 임금 및 기타 급여일체는 회사가 지급한다.

마. 노조 시설편의 제공 및 운영비 등 원조 조항

제12조(회사시설의 제공)

1. 회사는 조합에서 필요로 하는 ~ (중략) 비품, 사무기기, 통신기구, 사무용품을 제공하며, 조합관련 사무실 유지에 대하여 부담한다.

제87조(복지후생 시설) 회사는 다음과 같은 시설을 마련하고 조합원들에게 편의를 제공한다. ⑤ 이외에 조합원에게 필요한 각종 시설을 마련하고 조합이 조합원을 위하여 소비조합, 신용협동조합, 주택조합을 운영할 경우 장소, 시설, 수송수단을 제공하며 ...

제91조(교통편의) ③ 회사는 조합의 자체행사, 교육 등으로 인하여 교통편의를 요청할 시에는 이를 제공한다.

■ **노조법 제81조(부당노동행위)** 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 "不當勞働行爲"라 한다)를 할 수 없다.

4. 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위

와 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 기타 재액의 방지와 구제등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공은 예외로 한다.

- 대법원은 부당노동행위 형식설⁵⁶⁾에 입각하여 무효인 조항으로 판단. 그러나 이후 헌법재판소는 아래와 같이 헌법불합치 결정.

〈헌법재판소 2018. 5. 31. 2012헌바90〉

노동조합의 자주성을 저해하거나 저해할 현저한 위험이 있는 운영비 원조 행위만을 금지하더라도 노동조합의 자주성을 확보하고 근로3권의 실질적인 행사를 보장하고자 하는 입법목적을 달성할 수 있음에도 불구하고, 운영비원조금지조항이 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공을 제외한 운영비 원조 행위를 일률적으로 부당노동행위로 간주하여 금지하는 것은 규제의 목적과 취지에서 벗어나 청구인의 단체교섭권을 과도하게 제한하는 것이다. ...운영비원조금지조항으로 인하여 청구인은 사용자로부터 운영비를 원조받을 수 없을 뿐만 아니라 집단적 노사관계에 관한 사항인 운영비 원조에 관하여 사용자와 자율적으로 정할 수 없어 궁극적으로 노사자치의 원칙을 실현할 수 없게 되므로, 이러한 청구인의 불이익이 위 공익에 비하여 결코 작다고 볼 수 없다. 운영비원조금지조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 단체교섭권을 침해하므로 헌법에 위반된다.... 입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2019.12.31.까지는 이와 같은 결정의 취지에 맞추어 개선입법을 하여야 할 것이고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 운영비원조금지조항은 2020.1.1.부터 그 효력을 상실한다.

56) 법문에 조합의 자주성이 침해될 위험을 추가적으로 고려하여 부당노동행위 여부를 판단할 필요가 없이, 노조법 제81조 문구에 형식적으로 해당하면 부당노동행위에 해당한다는 입장

※ 참고 - 〈정부 노조법 개정 입법 예고안〉

노조법 제81조 (부당노동행위)

4. 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 제24조제2항에 따른 근로시간 면제 한도를 초과하여 급여를 지급하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위. 다만, 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행, 그 밖의 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합 사무소의 제공 및 그 밖에 이에 준하여 노동조합의 자주적인 운영 또는 활동을 침해할 위험이 없는 범위 내의 운영비 원조행위는 예외로 한다.

바. 조합원 자격 조항 (삭제 필요)

- 조합원 자격은 노조규약에서 정할 문제임. 그러나 단체협약에서 정하게 되면 단체협약의 적용범위를 규정한 것으로 해석되며, 이후에 그 범위에서 벗어나는 조합원 가입시 단협이 적용되지 않고, 단체협약의 사업장 단위 효력확장제도(단체협약의 일반적 구속력)에서도 배제되게 됨.

〈대법원 2003. 12. 26. 선고 2001두10264 판결〉

회사와 노동조합 사이에 체결된 단체협약에 조합원의 범위에 관하여 규정함에 있어 회사의 근로자 중 조합원이 될 수 없는 자를 열거하고 있다면, 위 단체협약 조항은 노사간의 상호협약에 의하여 규약상 노동조합의 조직대상이 되는 근로자의 범위와는 별도로 조합원이 될 수 없는 자를 특별히 규정함으로써 일정 범위의 근로자들에 대하여는 위 단체협약의 적용을 배제하고자 하는 취지의 규정으로 보이고, 비록 이러한 규정이 노동조합규약에 정해진 조합원의 범위에 관한 규정과 배치된다 하여도 이로써 위 단체협약 조항이 무효라거나 그 효력을 상실한 것이라고 볼 수 없다. 법 제35조의 규정에 따라 단체협약의 일반적 구속력으로서 그 적용을 받게 되는 ‘동종의 근로자’라 함은 당해단체협약의 규정에 의하여 그 협약의 적용이 예상되는 자를 가리키며 단체협약의 규정

에 의하여 조합원의 자격이 없는 자는 단체협약의 적용이 예상된다고 할 수 없어 단체협약의 적용을 받지 아니한다.

사. 임금협약 등에서 소급합의 전 중도퇴사자 적용 조항 (반드시 도입 필요)

〈대법원 1992. 7. 24. 선고 91다34073 판결〉

단체협약은 노동조합이 사용자 또는 사용자단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항에 관하여 체결하는 협정으로서, 노동조합이 사용자측과 기존의 임금, 근로시간, 퇴직금 등 근로조건을 결정하는 기준에 관하여 소급적으로 동의하거나 이를 승인하는 내용의 단체협약을 체결한 경우에 그 동의나 승인의 효력은 단체협약이 시행된 이후에 그 사업체에 종사하며 그 협약의 적용을 받게 될 노동조합원이나 근로자들에 대하여만 생기고, 단체협약 체결 이전에 이미 퇴직한 근로자에게는 위와 같은 효력이 생길 여지가 없다.

아. 문구의 의미와 차이를 명확하게 인지할 필요

- 해고협의조항이란 사용자가 해고를 하고자 할 경우 노동조합과의 협의를 해야 한다는 단체협약 규정을 의미하고, 해고동의조항이란 사용자가 해고를 하고자 할 경우 노동조합의 동의를 얻어야 한다는 단체협약 규정임.
- 이러한 조항들이 규범적 효력을 가지는지(위반시 해고무효) 혹은 채무적 효력을 가지는지(위반해도 해고는 유효)에 대해 견해대립이 있음. 이와 관련하여 판례는 ①동의조항을 위반한 경우 특별한 사정이 없는 한 무효라고 판시하였지만, ②협의조항의 경우 협의 자체가 없었다 하더라도 반드시 무효라고 할 수 없다고 함으로써 동의조항에

대해서는 규범적 효력을 / 협의조항에 대해서는 채무적 효력을 인정하고 있음.

- 따라서 단체협약을 체결할 때 문구작성에 있어 명확한 표현을 사용해야 함. 예컨대, ‘사용자는 조합원을 해고할 경우 조합과 합의한다(조합의 동의를 받는다).’라는 규정은 해고를 제한하는 구속력 있는 절차가 될 수 있으나 ‘사용자는 조합원을 해고할 경우 조합과 협의한다(조합의 의견을 듣는다).’라는 규정은 사용자가 협의 자체를 아예 안 해도 노동조합이 이를 법률적으로 막을 수 없는 한계가 있기에 유의해야 함.

〈대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007판결〉

단체협약의 인사협의(협의)조항에 노동조합간부 인사에 대하여는 사전 ‘협의’를, 조합원 인사에 대하여는 사전 ‘협의를 하도록 용어를 구분하여 사용하고 있다면, 교섭 당시 사용자의 인사권에 관하여 노동조합간부와 조합원을 구분하여 제한 정도를 달리 정한 것으로 보아야 하고, 그 정도는 노동조합간부에 대하여는 조합원에 대한 사전 협의보다 더 신중하게 노동조합 측 의견을 참작하여야 한다는 정도의 차이만 있는 것으로 볼 수는 없으므로, 조합원에 대한 인사권의 신중한 행사를 위하여 단순히 의견수렴절차를 거치라는 뜻의 사전 ‘협의’와는 달리, 노동조합간부 인사에 대하여는 노동조합과 의견을 성실하게 교환하여 노사 간에 ‘의견의 합치’를 보아 인사권을 행사하여야 한다는 뜻에서 사전 ‘협의’를 하도록 규정한 것이라고 해석하는 것이 타당하다.

- 마찬가지로 ‘~까지 임금을 5% 인상하도록 노력한다.’, ‘조합원을 해고할 때 조합의 의견을 최대한 반영한다.’, ‘상여금 400%를 지급할 수 있도록 최선을 다한다.’ 등의 합의문은 사실상 그 효력이 강제될 수 없음.

〈대법원 1992. 9. 8. 선고 91다27556 판결〉

단체협약이나 취업규칙에서 근로자에 대한 해고사유를 제한하고 있는 경우에는 이러한 제한에 위배된 해고처분은 정당한 이유가 없는 것으로서 무효이다.

〈대법원 2007. 12. 28. 선고 2006다33999 판결〉

단체협약에서 '해고에 관하여는 단체협약에 의하여야 하고 취업규칙에 의하여 해고할 수 없다'는 취지로 규정하거나 '단체협약에 정한 사유 외의 사유로는 근로자를 해고할 수 없다'고 규정하는 등 근로자를 해고함에 있어서 해고사유 및 해고절차를 단체협약에 의하도록 명시적으로 규정하고 있거나 동일한 징계 사유나 징계절차에 관하여 단체협약상의 규정과 취업규칙 등의 규정에 상호 저촉되는 경우가 아닌 한 사용자는 취업규칙에서 단체협약 소정의 해고사유와는 관련이 없는 새로운 해고사유를 정할 수 있고, 그 해고사유에 터잡아 근로자를 해고할 수 있다.

- 징계사유에 대하여 단체협약에서 한정적으로 열거하고 있는 경우(회사는 직원중 다음 각호에 해당하는 자를 제외하고는 면직, 해고 등 징계하지 못한다.)와 예시적으로 열거하고 있는 경우(“~의 사유에 해당하는 경우 징계할 수 있다”)는 전혀 다르게 해석됨.

자. 고용안정협약 등의 필요성

회사는 노동조합과 합의 없이 **정리해고 등 인위적인 구조조정을 하지 않는다.**

- 정리해고 등 구조조정을 실시하지 않겠다는 고용안정협약을 체결할 당시와 달리 기업 자체가 존폐위기에 처할 심각한 재정적 위기가 도래 하였다거나 예상하지 못했던 급격한 경영상 변화 등 현저한 사정변경이 있고 따라서 위와 같은 고용안정협약의 이행을 강요한다면 객관적으로 명백하게 부당한 결과에 이르는 경우가 아니라면 고용안정

협약의 효력이 인정됨. 즉, 위와 같은 사정이 없는 이상 기업은 정리해고 등 구조조정을 일방적으로 단행하지 못함. 고용안정협약은 최소한 회사의 선제적 구조조정(기업 도산의 위험성이나 심각한 경영상 위기가 없음에도 불구하고 장래 경영위기 대비나 비용절감 차원에서 이루어지는 구조조정)에 제동을 거는 기능을 할 수 있음.

- 정리해고 조항에서 ‘긴박한 경영상의 필요’를 단협에서 구체적으로 “기업의 도산 등으로 더 이상 근로관계의 존속을 기대할 수 없을 정도로 급박한 경우”로 제한하고, 해고회피노력을 “경영진의 개인재산을 담보로 한 자구노력 및 손해배상, 인건비 이외 비용 절감, 불요불급한 부동산 등 회사자산의 매각 등을 선행하여야 하며, 그 이후 연장노동 시간 제한과 정상노동시간 단축, 신규채용중단, 교육훈련 및 재훈련을 통한 다른 부서로의 전환 배치나 사외 파견, 일시휴업, 순환휴업, 근무교대제의 개편 등 고용을 유지하기 위한 모든 노력을 기울여야 한다.”로 구체적이고 제한적으로 명시하면 회사가 이를 준수해야 유효한 정리해고를 할 수 있다. 즉, 회사의 선제적 구조조정을 막을 수 있는 조치로 작용할 수 있다. (풍산마이크로텍 사례)

차. 쟁의기간 중 신규채용 및 대체근무 금지(필요)

제179조 [신규채용 및 대체근무 금지]

① 회사는 **쟁의행위의 정당성 여부를 불문**하고, 쟁의기간중 타인을 취업시키지 못하며 **비조합원을 대체하여 근무시키지 못한다.**

- 노조법 제43조 제1항은 “사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다.”고 규정. 그런데, 판례는 쟁의행위가 적법한 경우에

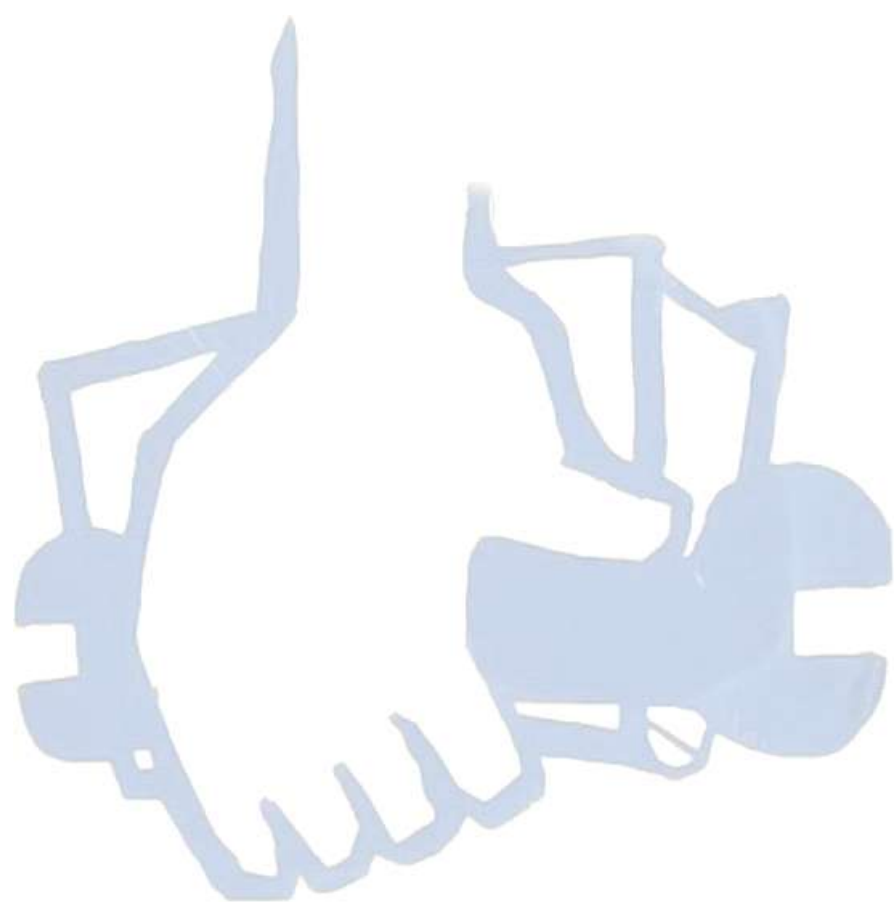
만 위 조항이 적용될 수 있고, 동일 기업(법인) 소속이지만 하면 다른 지역이나 다른 공장에 근무하는 사람까지 사업과 관계있는 자(대체인력으로 투입할 수 있는 자)로 해석. 따라서 쟁의행위의 적법성 불문, 비조합원 대체투입 금지를 단체협약에 명시할 필요.

하. 단체협약서 작성시 유의점

- 노사간의 다양한 여러 합의서들이 단체협약으로서의 효력을 가질 수 있도록 하여야 함(대의원합의, 부서합의 등이 단협으로서 효력을 가지도록 단협에 근거규정 마련)
- 노동3권 제한 규정 (조합원 가입범위, 단체행동권 제한, 일방중재가능 조항 등)은 담지 않아야 함.
- 노동조합 또는 조합원을 잠재적 범죄자로 보는 조항도 담아서는 안됨.
- 해석의 다툼이 발생하지 않도록 함.
- 표현은 명확해야 함(할 수 있다 X, 해야 한다 O).
- 규범적 효력을 가질 수 있도록 함.
- 합의서는 서면으로 각각 원본을 보관하되, 2장을 넘으면 각각 간인.
- 추가적인 합의협약이 필요한 합의는 피함(다만 전술적으로 활용 가능).
- 최종날인까지 신중하게 문구를 확인함.
- 민사, 형사, 인사상 면책확인을 받음. 중요한 조항은 위반시 책임 명시.
- 산별노조 지부지화분회의 경우 협약체결 주체가 산별노조임을 명확히.
- “근로” 대신 “노동”이라는 표현 사용할 필요(노동자, 노동조건 등).

This image shows a blank sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are no margins, text, or other markings on the paper.

[illegible]



06

부당노동행위와 대응

최영주

- 01 부당노동행위의 의의
- 02 부당노동행위 유형
- 03 부당노동행위 대응 방법

부당노동행위와 대응

최영주 | 금속노조 법률원 노무사

1. 부당노동행위의 의의

1. 부당노동행위제도의 목적

헌법 제33조 제1항은 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다고 규정하여 노동3권을 보장하고 있습니다. 국가와 사용자는 노동3권을 보호할 헌법적 의무가 있고, 이를 구체화한 것이 노동조합 및 노동관계조정법(이하 노동조합법)이다. 부당노동행위는 노동조합 및 노동관계조정법(노조법) 제81조에서 금지되는 행위를 말한다. 즉 사용자의 불이익취급(제1호, 제5호) 비열계약(제2호) 단체교섭거부(제3호) 지배개입(제4호) 등의 행위가 이에 해당된다.

부당노동행위 제도의 목적은 노동3권 보장을 전제로 하면서 노동3권의 침해에 대한 구제를 통해 정상적인 노사관계질서 내지 공정한 노사관계 질서를 확립해 나가려는 목적을 갖는다.

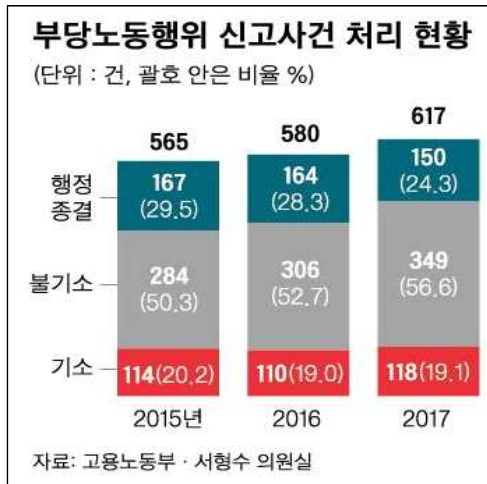
최근 삼성그룹의 노동조합 파괴 범죄에 대한 판결에서 법원은 “ 우리 헌법은, 근로자는 자주적 단결권, 단체교섭 권 및 단체행동권을 가진다고 선언 한다(제 33조 제1항). 이는 생존권적 기본권이자(대법 원 1990. 5. 15. 선고 90도 357판결), 사회적 보호기능을 담당하는 자유권으로 근로자단체라는 사회적 반대세력 창출을 가능하게 함으로써 노사관계 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사 간 실질적 자치를 보장하려는 데 의미가 있다(헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 94헌바13· 26,95헌바44 전원재판부 결정 참조). 피고인 강x훈 등은 회사 지침, 상사의 명령을 성실히 수행하였을 뿐이라고 강변하지만 우리 사회가 기초로 삼은 약속보다 더 무거울 수 없는 위 사정만으로 이들의 행위가 모두 이해받을 수는 없다. 이들은 자신들로 인하여 고통받는 동료의 있음을 알면서 그들이 모난 성격에 고집스럽고 이기적인 사람들이라는 이유로 그들이 받는 대접이 당연하다 여겼다. 더구나 에버랜드 소속 다른 근로자들이 노조활동을 하는 데 두려움을 가지는 결과를 낳고 에버랜드 내 노사관계의 건강한 발전을 막은 것은 물론 에버랜드가 우리 사회의 건강한 기업으로 올바르게 자리매김하지 못하게 하였다 ”라고 판결하였다. 노동3권의 보장은 노동자의 노동생존권등 기본권 보장뿐 아니라 노사관계형성에서 사회적 균형을 이루게 하고 이는 기업이 건강한 발전을 해가는데 있어 매우 중요한 부분이라고 하고 있어 노동자들이 제대로 노동3권이 보장되어야 기업도, 사회도 건강하게 발전할 수 있게된다는 점을 뜻하고 있다. 노동자들의 노동3권을 침해하고 노사관계 질서를 파괴하는 범죄인 부당노동행위로 노동자들은 노동3권을 잃는 것에 그치는

것이 아니라 직장도 잃고, 인간의 존엄성을 잃게 되고 어떤 경우 노동자 생명까지 위협하고 있다.

이에 부당노동행위는 당연히 금지되어야 하고, 이런 범죄를 저지르는 경우 반드시 엄벌에 처해져야 하고, 재발되지 않아야 한다. 그러나 현실에서는 부당노동행위로 판정, 판단, 판결받기 쉽지않고 부당노동행위라고 하여도 그로 인한 원상회복은 매우 멀고 형사처벌은 가볍고 매우 일부에 그치고 있어 부당노동행위제도가 제 기능을 못하고 있다.

2. 부당노동행위에 대한 수사와 처벌

문재인 정부들어 부당노동행위 수사와 처벌을 강하게 하겠다고 하였지만, 고용노동부가 밝힌 2017년 부당노동행위 신고사건처리현황을 보면 기대에 미치지 못하고 있다. 2017년 노동부 신고사건 617건 중 혐의가 입증돼 ‘기소’ 의견으로 검찰에 송치된 건은 단 118건(19.1%)에 불과, 10건 중 2건 만이 법의 심판을 받을 가능성이 있다는 뜻이다. 혐의가 불충분하다고 판단된 ‘불기소’ 의견 송치가 349건(56.6%), 진정 취소나 시정명령 이행 등으로 ‘행정 종결’된 건은 150건(24.3%)이었다. 문재인 정부들어 부당노동행위 집중감독, 상시기획 수사한다고 수사 매뉴얼까지 배포했지만 실제 수사, 처벌은 크게 달라지지 않았다.



2019년 노동위원회의 부당노동행위 인정률은 전년도보다 높아진 것으로 나온다. 노동위원회에 부당노동행위가 인정되어도 검찰에서 직장수사, 고의로 지연하면서 소송에서 부당노동행위가 취소되면 검찰에 그에따라 불기소 해버리는 경우도 발생한다.

5. 부당노동행위

■ '19년 12월말 현재 접수된 총 1,342건의 사건 중 1,129건이 처리되어 전년 동기(859건)보다 270건(31.4%)이 증가

< 부당노동행위 심판사건 처리 현황 >

(단위: 건, %)

연도	접수	처 리							진행
		계	판정				화해	취하	
			소계	인정	기각	각하			
'18	1,056	859	513	111	383	19	87	259	197
'18.12	1,056	859	513	111	383	19	87	259	197
'19.12	1,342	1,129	770	205	522	43	83	276	213

<중앙노동위원회 2020년 1월 소식지>

검찰은 부당노동행위범죄가 노동3권을 직접 침해하는 기업범죄인데도 기소율이 낮다. 최근 검찰이 사활을 건 특정사건 수사에 들인 노력의

100분의 1이라도 부당노동행위 사건에 투입했더라면⁵⁷⁾ 부당노동행위 범죄 기소율, 구속율이 높아져 부당노동행위 제도가 제대로 자리잡게 되었을 것이다. 부당노동행위 근절과 노동3권 보장은 고용노동부, 검찰의 엄정한 수사와 강력한 처벌로 가능해질 수 있다.

II. 부당노동행위 유형

1. 부당노동행위의 구체적 성립요건

1) 부당노동행위는 사용자의 행위에 대해서만 적용

부당노동행위가 성립하려면 ① 사용자가(주체적 요건), ② 노동조합법 제81조에 규정된 행위를(객관적 요건), ③ 부당노동행위 의사(주관적 요건)를 가지고 해야 합니다.

가. 주체 측면 : 사용자의 행위

(1) 사용자의 정의

부당노동행위를 하지 않을 의무를 부담하는 주체는 사용자입니다. 이 때 사용자라 함은 노동조합법 제2조 제2호가 정의하고 있는 사용자, 즉 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말합니다.

[서울중앙지법원2018고합557:(삼성전자서비스지회노조파괴공작) 판결]

57) 매일노동뉴스 2020.1.22. ‘그 정성의 100분의 1이라도 ’ 정준영변호사(금속노조법률원)

대법원 2007두8881 판결 근거로 삼성전자서비스를 노조법상 사용자로 인정하고, 이 판결은 부당노동행위 구제명령 과한 것이지만 형사처벌대상이 되는 부당노동행위에도 인용하여, 삼성전자피고인들을 공모 공동정범으로 인정함. 수천만원 자문받은 송00과 경총 교섭담당자들 2명을 공모 공동정범으로 인정함

(2) 중간 관리직

사업주를 위하여 행동하는 자에는 인사·급여·노무관리 등에 관하여 사업주 또는 사업경영담당자의 명령·지휘권을 대행하는 자도 포함되며, 일반적으로 이사·부장 등 고위 직원을 말하나 낮은 직위의 직원일지라도 대행이 인정되는 경우에는 사용자에 포함됩니다. 관리직 근로자의 경우 직위나 권한 및 직무내용에 따라 실질적·객관적으로 판단해야 합니다.

- 회사의 과장과 과장대리가 "근로자에 대한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자"에 해당하는지의 여부는 그가 근로자에 관한 어떤 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받고 있었는지의 여부에 따라 결정되는 것이라 할 것. (1989.11.14.대법88누6924)

[서울고등법원 2018.1. 18.선고 2017누 1699 문화방송 사건(확정)]

문화방송 보도국장이 ① 노동조합이 발간한 민주방송실천위원회 보고서를 훼손한 행위, ② 보도국 편집회의에서 민실위 간사의 취재에 불응할 것을 지시한 행위, ③ 민실위 간사와의 접촉사실을 보고하도록 지시한

행위가 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 판정한 사례

(3) 파견과 도급

고용사업주가 사용사업주의 지배 하에 있는 형식상의 사용주일 뿐이고 사용자로서 통상적인 의무와 책임을 부담할 능력이나 의사가 없는 위장 근로계약의 경우에는 처음부터 사용사업주와 근로자간에 직접 근로계약 관계가 성립하고 당연히 사용사업주는 부당노동행위의 주체인 사용자에게 해당한다고 보아야 합니다.

나아가 대법원은 직접 사용자가 아니더라도 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하였다면 그 시정을 명하는 구체명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다고 판시하고 있습니다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결).

[위 대법원 2007두8881 판결: 현대중공업 사내하청 노동자 부당노동행위 사건]

원청회사가 사내 하청업체 근로자들의 기본적인 노동조건 등에 관하여 고용사업주인 사내 하청업체의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적·구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있고 사내

하청업체의 사업폐지를 유도하고 그로 인하여 사내 하청업체 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 지배·개입행위를 하였다면, 원청회사는 부당노동행위 구제명령의 대상인 사용자에게 해당한다고 한 사례

[서울중앙지법원2018고합557:(삼성전자서비스지회노조파괴공작) 판결]

삼성전자서비스를 노조법상 사용자로 인정

[위 대법원 2011다78804 판결 : 골프장 캐디 사건]

원심은, 이 사건 골프장의 캐디인 원고들은 피고의 구체적인 지휘·감독에 따라 자신들의 노무제공을 하고 있고, 캐디들의 업무수행과정에 피고가 관여하는 정도가 커서 캐디들의 피고에 대한 업무의 종속성이 상당하다고 전제한 후 원고들은, 지역별 노조이자 그 조합원 자격으로 특정한 사용자에게 종속관계를 필요로 하지 않는, 즉 피고와 사이의 근로계약관계를 전제로 하지 않는 이 사건 노동조합의 정당한 조합원이고, 피고는 근로법상의 사용자가 아니어서 근로법에서 정한 의무를 부담하지는 않으나 노조법상의 사용자에게 해당하므로 노조법에 따른 의무를 부담한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 노조법상 사용자의 개념에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

나. 객관적 요건 : 노동조합 및 노동관계조정법 제81조에 규정된 행위

제81조(부당노동행위)

사용자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 "부당노동행위"라 한다)를 할 수 없다.

1. 근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나, 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위 (**불이익취급 행위**)
2. 근로자가 어느 노동조합에 가입하지 아니할 것 또는 탈퇴할 것을 고용조건으로 하거나 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위. 다만, 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때에는 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결은 예외로 하며, 이 경우 사용자는 근로자가 그 노동조합에서 제명된 것 또는 그 노동조합을 탈퇴하여 새로 노동조합을 조직하거나 다른 노동조합에 가입한 것을 이유로 근로자에게 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다. (2006.12.30 개정 ; 2010.1.1 시행) (**반조합계약행위**)
3. 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위 (**단체교섭 거부 해태행위**)
4. 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위. 다만, 근로자가 근로시간중에 사용자와 협의 또는 교섭하는 것을 사용자가 허용함은 무방하며, 또한 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공은 예외로 한다. (**지배 개입행위**)
5. 근로자가 정당한 단체행위에 참가한 것을 이유로 하거나 또는 노동위원회에 대하여 사용자가 이 조의 규정에 위반한 것을 신고하거나 그에 관한 증언을 하거나 기타 행정관청에 증거를 제출한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위 (**불이익취급행위**)

다. 부당노동행위 의사가 있어야 함

(1) 부당노동행위 의사 추정

사용자의 부당노동행위 의사는 문제된 행위 당시의 객관적·외형적 사정 등을 모두 종합적으로 판단하여 간접적으로 판단할 수밖에 없습니다. 부당노동행위 의사의 존재 여부는 ▲ 피해자의 노동조합에서의 지위 ▲ 노동조합 활동내용 ▲처분내용·사유·시기 ▲ 사용자가 주장하는 처분사유의 합리성 ▲ 종래 관행과의 균형 여부 ▲ 평소 사용자의 언동이나 태도 ▲ 처분 당시 노사관계 ▲처분 후의 노동조합 활동 쇠퇴 여부 등을 종합하여 판단하게 된다.

예컨대 해당 근로자가 평소 활발하게 조합활동을 하였고, 사용자가 주장하는 징계사유가 형식적인 것으로서 종래 관행에도 어긋나며, 처분 당시 노사관계가 극도로 악화되었거나 처분 후 노동조합 활동이 쇠퇴하였다면 사용자의 부당노동행위 의사가 추정된다고 할 것입니다.

[대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결]

“사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서는 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 해고를 한 시기, 사용

자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래 관행에의 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 할 것이다. ”

○ 판례는 “부당노동행위 의사를 필요로 하지만 이는 사용자의 내심의 의사에 속하므로 그와 같은 의사의 존재는 외부에 나타난 객관적 사실을 종합하여 추정할 수 있으면 족하다”는 입장.(1992.5.1.서울고법91구11447)

(2) 처분이유의 경합

“사용자의 부당노동행위 의사도 추정되고, 동시에 사용자가 주장하는 처분사유의 정당성도 인정되는 경우에 부당노동행위가 성립하는지 문제된다. 대법원은 부당노동행위 의사가 인정되는 경우라도 해고 등 불이익 처분에 정당한 사유가 있을 경우에는 부당노동행위가 성립하지 않는다(대법원 1997. 7. 8. 선고 96누6431 판결, 대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결).” 는 판결이 대부분이다.

○ 하지만 대법원은 1994.12..23.선고 94누3001판결에서 “노동조합활동을 실질적 해고사유로 삼았는지여부는 사용자측의 해고사유와 부당노동행위 의사존재를 추정할 수 있는 여러 사정을 비교검토해야한다’고 되어 있어, 궁극적으로 부당노동행위의 의사와 해고의 정당이유 사이에서 어

는 것이 실질적 내지 결정적 이유인가에 따라 판단해야한다.” 또 “여러 사정등에 비추어 볼 때 결국 근로자의 노동조합 활동을 혐오한 데서 나온 부당노동행위 의사가 결정적 원인이 되었다”(대법원 1991.2.22.선고 90누6132) “다른 사원 폭행하고, 야간작업방해, 상사작업지시 불이행등 이유로 해고했으나 이미 발생4-8개월 지난 사실문제삼아 해고한 것은 임금협상 시 강경입장 취한 노조활동 혐오하여 부당해고한 것”(대법원 1991.4.23.선고 90누7685)라고 판단하고있고, 발레오만도 징계사건에서 대법원은 “ 징계처분이 노조활동 이유로 한 것으로 볼여지가 없지않고, 조합원과 비조합원간의 제재불균형여부, 종래관행, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도등부당노동행위 의사 추정할 제반사정을 심리하여 노조활동이유로 징계한 것인지 판단했어야 한다”(대법원2013두13068)⁵⁸⁾며 파기환송 판결한 바도 있어 노동자의 정당한 노동조합 활동사실과 사용자의 부당노동행위 의사를 추정할 수 있는 모든 사정을 증명하여 인정될 경우 부당노동행위가 인정된다. 해고정당이유와 부당노동행위 의사중 어느것이 실질적 내지 결정적 이유인가에 따라 판단된다.

○“원고 회사는 노조지부장의 협박과 욕설을 징계사유로 삼아 해고하였으나 이는 부당해고에 해당하고, 단체교섭이 진행되는 중에 지부장을 해고하고, 다른 징계처분의 경우 지부장보다 더한 3명에 대해 감봉조치만 행한 점등을 고려해보면 회사는 실질적으로 지부장의 노조활동을 이유로 해고한 것이 명백하므로 그 해고는 부당노동행위에 해당한다(서울고

58) 파기환송심(서울고법2016393) 상고심(대법원 2017220)거쳐 확정

등법원2013.5.3.선고2013누15189)”

일부 징계사유가 인정된다고 해도“ 징계양정이 부당하다거나 그 징계절차가 단체협약에 정하여진 규정에 위반한다는 등의 사정은 회사의 부당노동행위의사를 판단하는 하나의 자료가 된다(1992.2.28.선고 대법91누9572 참조).”라는 취지 판결에 비추어 징계사유가 해고에 이를 정도에 해당하지 않음에도 부당노동행위 의사에 의하여 해고까지 한 경우 부당노동행위에 해당할 수 있다.

2. 불이익취급 : 노조법 제81조 제1호, 제5호

가. 불이익취급의 부당노동행위에 해당하려면 다음과 같은 세 가지 요건을 충족해야 한다.

첫째, 근로자가 정당한 노동조합 활동을 해야 합니다. 1호의 노동조합 가입 또는 가입 시도, 노동조합 조직, 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위, 5호의 정당한 단체행위 참가, 노동위원회 자료 제출 등은 모두 넓은 의미로 노동조합 활동이라고 할 수 있다.

둘째, 사용자가 불이익처분을 해야 합니다. 해고 등 경제적 불이익이 대표적이지만, 정신적인 불이익(생활상의 불이익), 조합활동상의 불이익 등 여러 가지 처분이 있을 수 있다.

셋째, 사용자가 근로자의 정당한 노동조합 활동을 불이익처분의 이유로 삼아야 합니다. 이는 앞서 본 부당노동행위 의사를 말합니다. 형식적으로 업무상 필요를 내세워도 실질적으로는 노동조합 활동에 대한 보복조치로 이루어진 전보발령 등이 이에 해당한다.

나. 정당한 노동조합 활동

(1) 기존 노조 가입, 새로운 노조 조직

근로자가 기존의 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하거나 새로운 노동조합을 조직하려고 하는 행위는 정당한 조합활동으로 보호된다. 노동조합 가입원서 배포, 가입을 위한 상담, 노동조합 조직의 필요성 설명, 노동조합 결성을 위하여 종업원 명부를 작성하고 서명을 받는 행위 등 노동조합 조직을 위한 예비단계는 정당한 노동조합 활동에 해당한다.

[대법원 1990. 10. 23. 선고 88누7729 판결]

전원에 대하여 집단적으로 해고조치, 회사의 방침에 순응하는 자들만 다시 재고용. 근로자가 조합을 설립하려고 하였음을 그 실질적 이유로 한 노동조합법 제39조 제1호 소정의 부당노동 행위에 해당한다.

(2) 근로자 개인의 자발적 행위

노동조합의 명시적인 결의나 구체적인 지시가 없이 근로자 개인이 자발적으로 행동한 경우에도 이를 정당한 노동조합 활동으로 볼 수 있는지 문제된다. 대법원은 노동조합법 제81조 제1호에서 정한 '노동조합의 업무

를 위한 정당한 행위'란 일반적으로 노동조합의 정당한 활동을 가리킨다고 할 것이나, 조합원이 조합의 결의나 구체적인 지시에 따라서 한 노동조합의 조직적인 활동 그 자체가 아닐지라도 ① 그 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 ② 노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수 있는 때에는 그 조합원의 행위를 노동조합의 업무를 위한 행위로 보아야 한다(대법원99두4273판결)

노동조합 위원장 등 정상적으로 선출된 집행부가 사퇴하고 대행체제에 의하여 운영되고 있던 중, 그들의 주도로 조합규약을 조합원의 토론 없이 찬반투표로 개정하려고 하자, 징계자가 이를 부당하다고 생각하고 그 개정안의 내용 및 개정 절차상의 문제점을 주된 내용으로 한 유인물을 작성하여 투표예정일 아침 출근버스 안에서 회사 근로자들에게 배포한 것을 "노동조합의 업무를 위한 행위"라고 보아야 한다고 판단 [대법원 1995. 6. 13. 선고 95다1323 판결 : 정당성 인정 사례]

노동조합과 회사 사이에 임금인상에 관한 협의가 이루어졌음에도 불구하고 이에 불만을 품은 원고가 다른 수십명의 근로자와 함께 임금의 보다 많은 인상 등을 요구하며 농성한 행위에 대해 “노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 인정할 만한 자료도 없어 노동조합의 활동이라고할 수 없다”. [대법원 1991. 9. 24. 선고 91누124 판결 : 정당성 부정 사례]

위 대법원 91누124 판결은 행위의 성질을 너무 좁게 해석하여 조합원들

의 의사를 제대로 대변하지 않는 이른바 어용노조가 있는 경우에 이를 민주적 노동조합으로 변화시키려는 활동을 위촉시킨다는 비판을 받고 있다.

(3) 취업시간 중 조합활동

조합활동은 원칙적으로 근무시간 외의 휴게시간에 하는 것이 원칙. 다만, ① 취업규칙이나 단체협약에서 취업시간 중 조합활동을 보장하거나, ② 노사관행이 있거나, ③ 사용자의 동의가 있는 경우에는 취업시간 중에도 조합활동이 가능합니다. 다만, 취업시간 중의 조합활동을 허용하는 규정을 두고 있지 않은 경우에도 당해 조합활동의 필요성과 긴급성, 노동지휘권의 침해 정도, 당해 행위의 원인과 구체적 태양 기타 노동관계의 제반 실태를 종합적으로 고려하여 조합활동의 정당성이 인정될 수 있다.

[업무시간 중 조합활동의 정당성이 인정된 사례]

여흥활동만을 따로 떼어 위법하다고 볼 것은 아니고, 이를 포함한 임시총회 개최 행위는 전체적으로 노동조합의 정당한 행위에 해당한다고 본 사례(대법원 1994. 2. 22. 선고 93도613 판결)

노동조합원인 운전기사가 노동조합 대의원 선거출마를 위해 결근한 행위(대법원 1992. 10. 25. 선고 92다20842 판결)

[업무시간 중 조합활동의 정당성이 부정된 사례]

단체협약에 정한 조합원에 대한 교육을 이유로 파업결의대회 등에 참가한 행위(대법원 2002. 4. 12. 선고 2000도3485 판결)

한편, 휴게시간 중 유인물을 배포한 사건에서 “취업시간 아닌 주간의 휴게시간 중의 배포는 다른 근로자의 취업에 나쁜 영향을 미치거나 휴게시간의 자유로운 이용을 방해하였거나 구체적으로 직장질서를 문란하게 하는 것이 아닌 한 허가를 얻지 아니하였다는 이유만으로 정당성을 잃는다고 할 수 없다”고 판단하였다(대법원 1991. 11. 12. 선고 91누4164 판결).

○ 근로시간면제자의 노조활동과 징계, 부당노동행위

“풀타임근로시간 면제자가 근무시간중 조합활동을 하고자 할 경우 대상자, 기간등을 통보하도록 하고 있고 대상업무등은 통지대상으로 규정하고 있지 않은 점, 회사 교육에 참석하지 않았다는 이유로 정직 1일 처분한 것은 부당징계이고, 불이익취급의 부당노동행위에 해당한다”(중노위 2015부해522,부노98, 2015.8.19.)’

(4) 리본착용과 사복근무

최근 우리나라에서도 방송사, 은행, 지하철 노동조합 등이 리본착용, 사복근무 등의 노동조합 활동을 활발하게 전개하고 있습니다. 그러나 현재 대법원 판례가 인정하는 정당성의 범위는 매우 좁은 편이므로 실제 노사 간에 분쟁이 발생할 경우 유념할 필요가 있다.

〈부산지방법노동위원회 2005.9.15. 2005부노54판정〉

“노조조끼(투쟁복)를 착용 .. **사업의 종류, 업무의 성질, 착용동기나 목적, 그 형**

태와 내용, 착용시기와 장소, 업무에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하는 바, ... 노조조끼 착용을 이유로 매장출입을 저지하여 노무수령을 거부하고 그에 따라 임금을 지급하지 아니한 피신청인의 행위는 노동조합의 업무를 위한 행위를 한 것을 이유로, 부당노동행위”라고 판시(대형 마트 사례)

〈중앙2015부해895/부노173, 선고일자 : 2015-11-16〉

근로자들이 근무시간에 근무복 대신 착용한 노동조합 티셔츠는 아무런 구호도 적혀 있지 아니한 녹색의 평범하고 단정한 옷으로서 그 복장만으로는 환자나 다른 구성원에 대하여 불안감을 조성하거나 근무를 방해할 소지가 없어 보이고, 이 정도 수준의 노동조합 티셔츠 착용은 노동조합의 정당한 활동범위 내에 있는 것으로 복무규정위반으로 보기 어려운 점..수간호사에서 3교대근무 간호사로 전직한 것은 조합활동을 이유로 이루어진 불이익취급 및 지배·개입의 부당노동행위에도 해당한다

〈서울행정법원 2017.9.21.선고 2016구합7323판결⁵⁹⁾〉

“근무복장 위반행위는 실제로 입은 옷의 종류나 행태, 옷을 입은 방식 등에 따라 다양한 양태를 띌 수 있는 점 등을 고려하면, 복장규정 위반을 징계한다는 취업규칙 규정을 적용할 때에는 모든 복장위반을 같이 볼 것이 아니라 위반한 복장의 종류나 행태, 이를 입은 방식 등을 살펴야 한다.”고 하면서 “회사가 제공한 와이셔츠를 착용하고 그 노동조합 조끼를 착용하였다는 것만으로 승객들에게 혐오감이나 불쾌감을 준다고 볼 수 없으므로, 회사의 정상적인 업무수행에 지장을 준다고 보기 어렵다.”고 판시하였습니다(버스회사 사례).

[조합활동의 일환으로 이루어진 사복근무가 위법하다고 본 사례]

(대법원 1996. 4. 23. 선고 95누6151 판결)

병원에 근무하는 직원인 노동조합원들이 병원의 승인 없이 조합원들로 하여금 모든 직원이 착용하도록 되어 있는 위생복 위에 구호가 적힌 주황색 셔츠를 근무중에도 착용하게 함으로써 병원의 환자들에게 불안감을 주는 등으로 병원 내의 정숙과 안정을 해치는 행위를 계속하...⁵⁹⁾벽보.중식시간 행동등은 징계사유에 해당한다고 본 사례.

(5) 유인물 배포

단체협약에 유인물 배포를 위한 허가제를 규정하고 있는 경우가 있다. 그러나 허가를 받지 않았다는 이유로 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위까지 금지시킬 수는 없다. 대법원도 같은 취지로 “취업시간 아닌 주간의 휴게시간 중의 배포는 다른 근로자의 취업에 나쁜 영향을 미치거나 휴게시간의 자유로운 이용을 방해하였거나 구체적으로 직장질서를 문란하게 하는 것이 아닌 한 허가를 얻지 아니하였다는 이유만으로 정당성을 잃는다고 할 수 없다”고 판단하였다(대법원 1991. 11. 12. 선고 91누4164 판결).

유인물로 배포된 문서에 타인의 인격, 신용, 명예를 훼손하는 내용이 있다 하더라도 그 문서를 배포한 목적이 조합원들의 단결이나 근로조건의 유지 개선과 근로자의 복지증진 기타 경제적, 사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것으로서 그 문서의 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면 이는 노동조합의 정당한 활동범위에 속한다.(대법원 2001.4.27. 선고99두11042)

59) 주식회사 예산교통 원고 패 종결

“원고는 근무시간이 시작되기 이전에 길가에 노동조합 방송차량을 세우고, 옆에 다른 노조원들 몇 명이 현수막을 들고 ..선전방송은 근무시간 외에 2개월 동안 12회, 유인물 게시는 1회..정당한 노조활동에 해당된다 고 볼 여지가 크고.. 징계부당”(대법원 2017.8.18.선고 2017다227325)

“노조 설립을 알리는 내용의 유인물 배포를 제지한 행위는 부당노동행위로서 단결권을 침해당하는 무형의 손해를 입게 하였으므로 정신적 손해를 배상할 책임이 있다”(서울동부지법 2018.8.22.선고 2017가합108910 삼성노조파괴 손배사건)

“출퇴근시간 및 휴게(식사)시간에 근로자들이 이동하는 공간에서 노조홍보를 위한 유인물을 배포하는 노조원(해고자, 휴직자)들의 행위를 방해한 것은 부당노동행위에 해당한다”(서울행법2013.10.10.선고 2012구합21062⁶⁰⁾)

원청 사업장에서 하청 노동자들이 노조결성하여 노조활동을 하며 유인물이나 현수막을 게시하는 경우 대법원은 “노동조합을 결성하여 자신들의 직장의 원청회사에 노동조합 설립에 관한 벽보나 현수막을 부착하고 원청회사 직원들에게 유인물을 배포하여 원청회사가 하청계약을 해지통지를 할 정도에 이른 경우 정당한 조합활동이라고 할 수 없다”(대법

60) 삼성에버랜드 사측이 항소, 상고했으나 기각됨 (대법원2015두11175)

원 2000.6.23. 98다54960)라고 하였으나,

최근 대학교내 청소미화 하청업체 노동조합의 유인물 살포, 확장기금지 등을 구한 사용자 가치분 사건에서 기각하고, 노조에서 신청한 현수막 철거, 훼손행위 금지가치분은 법원에서 인용하였다.(아래 부산지역일반노조 사례)

(6) 조합활동과 시설관리권의 충돌

노동조합의 조합활동과 사용자의 시설관리권이 충돌할 경우 조합활동의 필요성, 긴급성, 사용자에 대한 배려정도, 문제된 시설이나 설비의 성격, 그 침해 정도 등을 종합적으로 고려하여 조합활동의 정당성을 판단하게 됩니다. 구체적으로 ① 시설 자체의 효용을 떨어뜨리거나(시설의 부착물 또는 설비의 일부를 떼어내고 선전물을 붙이거나 선전물로 인해 출입이 어렵게 된 경우, 유리창에 붙인 선전물 때문에 외부를 전혀 볼 수 없는 경우, 설비의 가동이나 기능에 장애를 일으킨 경우), ② 복구가 불가능 또는 상당히 어렵게 하거나(벽에 페인트, 스프레이를 이용하여 글을 쓰거나 그림을 그리거나 선전물을 부착한 경우), ③ 타인의 명예나 인격, 신용 등을 훼손하는 선전물을 게시하는 경우에는 조합활동의 정당성을 인정받기 어렵습니다. 이러한 경우 조합활동의 정당성이 부인됨은 물론, 재물손괴, 명예훼손, 모욕, 신용훼손 등으로 형사처벌, 징계와 손해배상 책임을 부담할 수 있으므로 주의할 필요가 있다.

법원의 판단 기준 : 조합활동권과 시설관리권 각각의 권리의 성격을 바탕으로 이익형량의 관점에서 정당성을 판단

→ 조합원 기타에 대한 의사전달의 수단이라는 성격을 가지고 있지만, 사용자가 관리하는 기업시설과 접촉하여 미관상 문제를 생기게 할 가능성이 있다는 점이 존재. 그러나 상황에 따라 유인물 부착이라는 수단을 선택할 수밖에 없는 조합활동상의 필요도 무시할 수 없고, 현수막 부착이 소유권 등을 침해하는 형태로서는 경미하다는 것도 잊어서는 안 됨.

[서울중앙지법 2015.7.14. 선고 2014카합1207 판결]

이 사건 조합활동(업무시간 중 인터넷을 통한 노동조합 홈페이지 활동)은 유인물 배포 등과 같이 일시적·일회적인 활동이 아니라 계속적·반복적으로 이루어지는 활동이어서 이 사건 전산망에 대한 상당한 수준의 이용을 수반할 수밖에 없고 이는 채무자의 정당한 시설 관리권에 대한 상당한 제약을 초래하게 되므로, 조합원들이 사내 전산망을 이용하지 않고서는 도저히 정상적인 조합 활동을 할 수 없다는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 그에 관한 취업규칙이나 단체협약 관행이나 사용자의 승낙 없이 이 사건 전산망을 이용한 조합 활동을 폭넓게 허용하기는 곤란하다.

[중노위 2019.9.16. 판정 중앙2019부노138,141,]

이 사건 사용자로서는 정당한 시설관리·보호를 위해 사전 사용자의 승낙이 없는 게시물에 대해서는 어느 정도 통제와 합리적인 제약이 필요하고, 이런 차원에서 이 사건 사용자가 이 사건 노동조합의 게시물을 삭제한 것으로 보이므로 이는 노동조합활동권을 침해하는 지배·개입의 부당노동행위라고 보기 어렵다.

[중노위 2018.3.14.판정 중앙 2017부노217]

노동조합의 사전 승인 없는 사내 전산망 게시물 대해 사용자가 게시물을 삭제하게 하고 경고장 발부한 것은 시설관리권에 바탕을 둔 정당한 행위이다. 그러나 이후 노동조합의 메일을 수신 차단한 행위 및 사내 전산망을 통한 노조 홍보물 발송에 대해 두 차례 경고장을 발부한 행위, 2017. 6. 28. 박OO 상무가 직원들에게 신청 노동조합에 대하여 일단 지켜보아야 하지 않겠냐는 취지의 발언을 한 행위는 지배·개입의 부당노동행위에 해당함

[울산지노위 2017.8.24. 판정 2017부노10]

사용자가 노동조합에서 설문조사방에 올린 사장 리더십 설문조사 문건 삭제, 노동조합게시판의 폐쇄, 노동조합 근로시간면제자들의 전자우편 발송 권한 및 게시판 내 게시물 작성 권한 박탈, 노동조합 위원장이 발송한 전자우편물 삭제, 노동조합 이 일반알림방에 올린 게시물들 삭제 등의 조치를 한 것은 지배·개입의 부당노동행위에 해당하나, 사장의 부당노동행위에 대한 사과 및 재발방지 약속 서면 게시는 양심의 자유를 침해하는 것으로 받아들일 수 없다.

[부산지방법원서부지원2020.1.22.결정2019카합100320가처분 부산지역일반노조]

근로자들은 동아대학교 내 청소미화업무수행하고 사용자인 원봉사무실도 동아대 내 위치학 있어 동아대캠퍼스는 노조의 노조활동 장소가 될 수밖에 없고, 채무자 노조는 쟁의행위 할 것을 신고한 상태, 확성기 사용 민중가요 재생, 구호외치는 행위, 이런 행위 금지할 정도의 피보전 권리 소멸되었다고 보기 어렵다. 청소노동자 노조활동 탄압하는 동아대는 각성하라등 현수막은 전체적으로 사실에 기초한 주장으로 표현행위는 채무자의 교내 현수막 게시허용촉구하거나 하는 것으로 위법한 쟁의행위에 해당한다고 보기어려워 채권자가 신청한 출입, 고함, 확성기 및 앰프사용, 노래재생, 현수막 설치, 유인물 살포, 부착행위를 하여서는 아니된다는 가처분 신청을 전부기각

[부산지방법원서부지원 2020.1.23.결정2019카합24가처분결정부산지역일반노

조]

노동조합활동과 장소적 관련성이 있고, 대학교 직원이 노조탈퇴종용하는 부당노동행위를 한 사실로 볼 때 현수막 설치 허가를 기대하기 어려워, 현수막설치가 노동조합 정당한 활동범위를 넘어서서 시설관리권 침해했다고 볼 수 없으며, 채무자는 이를 방해하므로 피보전 권리 및 보전필요성이 있다

[서울서부지방법원 2017.2.10. 2016카합50431 업무방해금지가처분(연세대) 병원 건물내에 고성, 구호제창, 과격한 몸싸움등 헌법상 허용되는 집회, 시위 및 표현의자유 의 범위를 넘는 것으로 허용되지 않아 금지하나, 건물 및 부지에 출입하는 행위금지구하는 것은 단체행동권과 집회자유 과도하게 제한하는 것이고, 유인물 배포, 피켓, 벽보 또는현수막 게시행위 금지구하는 것은 채권자 비방하는 내용 일체 금지구하는 것은 자유과도하게 제한하는 것이고, 직접 사용자 지위에 있다고 보기는 어려우나 쟁의행위 수인할 의무가 있으므로 쟁의행위를 봉쇄할 우려도 있어 신청 받아들이기 어렵다.

대구지방법원김천지원 2019.8.23. 2019카합10027 출입금지등가처분(아사히비정규직)

원청에서 비정규직지회상대로 점거하거나 출입금지,게시된 현수막철거, 현수막설치,피켓설치등 금지구한 가처분에서 진입로 출입금지는 불파 노동청시정지시 및 파견소송도 있고 헌법의 노동3권보장되고있어기업시설 방해배제내지 방해예방청구권을 기한 가처분은 신중함 요하고, 가 게시한 현수막에 대해 일체의 현수막게시

다. 사용자의 불이익처분

(1) 불이익처분의 내용

사용자의 불이익처분은 신분 및 인사상 불이익, 경제적 불이익, 정신적 불이익 및 조합활동상 불이익으로 대별할 수 있습니다.

- 신분 및 인사에 관한 불이익으로는 해고, 휴직, 출근정지, 전근, 감봉, 계약갱신거부, 상벌, 정년의 차별적 적용, 휴직 후 복직 거부 등을 예로 들 수 있습니다.
- 경제상 불이익으로는 각종 임금, 퇴직금, 복리후생 급부 등에 있어서 불이익 대우를 들 수 있습니다. 가령 시간외근로에서 배제하거나 휴가 불처리 등을 예로 들 수 있습니다.
- 정신적 불이익으로는 직장 내 괴롭히기, 작업 배치를 하지 않거나 일반적으로 싫어하는 일만 시키는 것, 생활근거지에서 먼곳으로 전보하는 것(부당전보는 인사상 불이익에도 해당됩니다) 등이 이에 해당합니다.
- 조합활동상의 불이익으로는 조합 총회에 참석하지 못하게 총회 당일 출장을 보내는 것, 조합활동을 수행하기 어렵거나 할 수 없는 먼 곳으로 전근시키는 것, 조합에 가입할 수 없는 부서에 배치하거나 승진시키는 것 등을 예로 들 수 있습니다.

(2) 불이익처분은 현실적인 행위나 조치로 나타나야 함

불이익처분은 어느 것이나 현실적인 행위나 조치로 나타날 것을 요하므로 단순히 그 근로자에게 향후 불이익한 대우를 하겠다는 의사를 말로써 표시하는 것만으로는 노동조합법 제81조 제4호의 지배·개입의 부당노동행위 성립 여부는 별론으로 하고, 불이익취급의 부당노동행위에 해당한다고는 볼 수 없다(대법원 2004. 8. 30. 선고 2004도3891 판결 참

조).

[대법원2006.9.8. 선고 2006도388 연장근로 거부 불이익취급]

일반적으로 근로자가 연장또는 휴일근로희망할 경우 반드시 허가하여야할 의무는 없지만, 특정근로자가 파업참여나 노조활동 적극적이라는 이유로 연장근로 거부하는 것은 근로자에게 경제적 내지 업무상 불이익주는 것으로 부당노동행위

(3) 관련 재결례 및 판례

○ 해고 대법원 1991.4.23. 선고 대법 90누7685

회사가 근로자를 징계해고함에 있어 다른 사원을 폭행하고, 야간작업을 방해하였으며 상사의 작업지시를 불이행하고 회사측의 승낙없이 지게차의 밧을 제작한 잘못이 있다는 등 모두 발생한지 4 내지 8개월이 지난 사실들을 문제삼아 징계해고사유로 하였으나 실제로 이를 핑계삼아 임금협상시 강경한 입장을 취한 근로자의 노동조합활동을 혐오하여 부당해고한 것이다.

○ 정리해고 2009.6.25. 선고 대법2009두6063판결

“생산직 근로자를 대부분 해고하였던 점과 관리직 근로자와 생산직 근로자 간에 업무 대체등이 전혀 불가능한 것이 아님에도 불구하고 관리직은 제외하고 조합원인 생산직 근로자만을 대상으로 이 사건 정리해고를 단행하였고 그로인하여 노동조합원 16명중 조합장을 포함하여 12명이 해고를 당하여 노동조합의 정상적인 운영이 불가능하게 된 점등에 비추어 보면 이 사건 정리해고는 원고회사가 참가인들의 노동조합 활동을 혐오하여 한 것으로 불이익 처분에 의한 부당노동행위에 해당한다고 할 것이다”

○ 본계약 체결 거부 / 대법원2008.12.11.선고 2006두13220판결
“원고회사가 참가인 수습 근로자의 노조활동 방해하고 근로관계 일방적으로 단절
할 목적으로 다른 수습 근로자에 비해 비합리적 평가 기준 적용해 본계약 체결
거부한 행위는 해고로 부당노동행위”

○ 카마스터 자동차판매용역계약해지 불이익취급부당노동행위
(대법원 2019.8.14.선고 대법원 2019두41256/서울행법2017구합60383)
노조법상 근로자에 해당하는 자동차판매 카마스터에 대해 노동조합 활동 과정에
서 주도적 역할을 하자 판매용역계약 해지한 것은 불이익 취급 부당노동행위

○ 재계약을 거절할 만한 이유없이 노조임원이거나 대의원으로서 노조설립에 주
도적으로 활동한 점에 비추어 재계약 체결을 거부한 것은 노조설립에 대한 보복
조치로서 부당노동행위에 해당한다. (1997.6.30, 중노위 97부노28)

○ 부당노동행위 의사를 가지고 객관성이 결여된 부당한 평가를 실시하고 이를
근거로 인턴사원을 정규직으로 전환하지 않은 것은 부당노동행위 및 부당해고에
해당한다고 판정한 사례(2015.8.4.판정 중앙2015부해371부노64)

○ 단체교섭기간 중 노동조합활동 때문에 회사에 출근하지 못한 것을 사유로 해
고한 것은 부당해고및 부당노동행위이다 (2003.12.11, 대법 2003두 11384)

○ 적극적으로 노동조합 활동을 한 근로자에 대해 단1회 업무지시를 위한 호출에
불응했다고 감봉 3월의 징계처분을 한 것은 부당노동행위에 해당한다.
(2000.2.28, 중노위 99부해734)

○중앙노동위원회 2017. 10. 12. 2017부노129 판정 (주) 대한솔루션 복수노조

하에서 소수노조 승진차별에 대해 부당노동행위 인정

“금속노조 소속 조합원 47명, 기업노조 소속 조합원 82명이며 승진심사대상자를 볼 때 부조장 승진대상자의 경우 금속노조는 42명, 기업노조는 46명이고, 조장 승진대상자의 경우 금속노조는 3명, 기업노조도 3명으로 동일, 조합원 중에서 평가자 한명도 없고,..이사건 사용자가 제출한 항목별 점수가 공정성, 객관성, 타당성을 갖춘 것으로 보기 어렵다”는 점에서 이 사건 노동조합 조합원을 신청외 노동조합 조합원에 비하여 합리적 이유 없이 승진 차별한 것은 부당노동행위.”

○ 사용자가 2006년도 영업사원 승격기준을 정함에 있어 노조전임자는 근로제공 의무가 면제되어 영업활동을 하지 아니하는데도 노조전임자들에대한 승격기준을 별도로 정하지 아니한 채 다른 영업사원과 동일하게 판매실적을 따른 승격기준을 적용한 것은 이들이 노조전임자로 활동하였다는 이유만으로 승격가능성을 사실상 차단한 것이므로 이러한 승격기준에 의해 이루어진 노조전임자 승격배제는 부당노동행위에 해당함(대법원2011.7.28.선고 2009두9574)

○ 승진후보자 추천배제, 센터전보인사발령 불이익취급 부당노동행위(서울서부지법 2019.2.19. 선고 2018고합3. MBC 형사판결)

노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 불이익을 주는 행위.

○ 근무기강 확립차원에서 배치전환을 행한 것이라 주장하나 실질적으로는 노조 지부설립을 주도하고 지부장으로서 적극 활동해 온 점 등을 혐오한 부당노동행위이다 (2004.05.18, 중노위 2003부노 269, 2003부해 830)

○ 업무상 필요성 인정되지 않고 인사상불이익이 크며 단체협약에 정한 동의절차 준수하지 않은 전보는 부당전보이며, 노조활동 위축시키기 위한불이익취급 및 지배개입부당노동행위이다(2017.4.27.판정 중앙 2017부해296부노26)

○ 인사발령은 노조에 가입하고 대의원으로 활동하는등 정당한 노조활동을 이유로 한 불이익취급의 일환일뿐 아니라 노조탈퇴 유도하기 위한 지배개입 부당노동행위에 해당한다 (2017.12.8.판정 중앙2017부해907부노147,150)

○대법원2017두37031발레오전장시스템코리아성과급부당노동행위(불이익취급)

기업노조가 2014년 상여금 500%를 성과결과 평가에 따라 지급하는 것으로 변경하여 S등급 350%에서 D등급 0%까지 지급함. 중노위는 낮은 성과등급 부여하여 성과상여금 차등지급한 것은 불이익 취급의 부당노동행위로 인정한다.지회장등 부당해고되어 법원에서 부당노동행위 해당한다는 판결이 있었다.

동질의 균등한 근로자집단인데도 통계적으로 현격한 격차가 있고, 금속노조라는 이유로 불이익 취급하여 반조합적 의사에 기인한 것, 낮은등급은 부당노동행위이다. 지회가입후 평가 하락, 지회조합원 S,A,B+ 등급전혀없고, 기업노조 B+이상이 66%, 금속조합원 금전불이익, 그밖의 근로자 이익이므로 복수노조 가입 의사결정에 영향을준다. 금속노조와 사용자간 분쟁이 장기간 악화, 창조컨설팅이 작성한 문서내용이 금속노조 무력화 목표, 조직형태변경관련하여 금속노조 급격히 탈퇴 감소, 금속노조 조합원 증가할 시에 상여금 규정 체결, 사용자는 교섭대표노조와 우호적관계, 금속노조와 적대적 관계에 있다. 상여금 차등지급은 부당노동행위

○ 대법원 2017.7.11.선고 대법2013도7896

조합원들 하기휴가비와 추석상여금을 출근율에 비례하여 일부 지급한 반면 직장폐쇄가 철회된 이후 신규채용자들에게 근무시간이 채4개월도 되지않았음에도 휴가비나 상여금 전액을 지급한 점을 비추어 보면 노동조합활동을 이유로 휴가비와 상여금을 삭감한 것은 불이익 취급 부당노동행위.

(4) 원직복직 명령과 불이익 처분

노조전임자에 대한 원직복직 명령에 대하여, 대법원은 “부당노동행위 제

도의 목적은 근로자의 단결권 등 노동3권의 보장에 있으므로 노동조합 업무의 전임자나 노조간부 등의 조합활동상의 불이익도 불이익취급의 한 유형에 해당한다”고 전제한 후, 노조전임자 등에 대하여 그들의 쟁의 행위 등 정당한 조합활동을 혐오한 나머지 조합활동을 곤란하게 할 목적으로 원직복직 명령을 한 경우에는 불이익취급에 해당할 뿐만 아니라, 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 보았습니다(대법원 1991. 5. 28. 선고 90누6392 판결 참조).

반면, “단체협약이 유효기간의 만료로 효력이 상실되었고, 단체협약상 노조대표의 전임규정이 새로운 단체협약 체결 시까지 효력을 지속시키기로 약정한 규범적 부분도 아닌 경우, 그 단체협약에 따라 노동조합 업무만을 전담하던 노조전임자는 사용자의 원직복직 명령에 응해야 한다는 전제 아래, 그 원직복직 명령에 불응한 행위는 취업규칙이 정한 정당한 해고사유에 해당하고 불이익취급에 해당하지 않는다(대법원 1997. 6. 13. 선고 96누17738 판결 참조).” 판단.

그러나 중앙노동위원회는 전국언론노동조합 MBC본부의 근로시간면제자 전원에 대한 원직복귀명령이 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 판정하였고(중앙노동위원회 2017. 2. 10. 중앙2016부노20261), ② 서울지방노동위원회 역시 전국사무금융서비스노동조합 골든브릿지투자증권지부의 근로시간면제자에 대한 원직복귀명령이 지배·개입의 부당노동행위에

61) 서울행정법원 2017구합60079 소취하 확정

해당한다고 판정하였습니다(서울지방법노동위원회 2017. 7. 24. 서울2017 부노36). 단체협약의 유효기간이 만료하였다고 하더라도, 노사관계, 원직 복귀 경위 및 단체교섭 경과 등에 비추어 사용자의 원직복귀명령이 노동조합 활동에 대한 지배·개입으로 평가될 경우에는 부당노동행위에 해당할 수 있다는 진일보한 결정들이다.

라. 불이익취급의 효과

(1) 민사적 효과

사용자가 강행규정인 불이익취급 금지 규정을 위반하여 근로자를 부당하게 해고하거나 징계, 전보발령 등 불이익처분을 한 경우 그 인사처분은 무효입니다. 나아가 사용자가 그러한 불이익처분을 함에 있어서 내세우는 사유가 표면상의 사유에 불과하고 실질적으로는 근로자가 정당한 노동조합활동을 한 것을 이유로 근로자를 사업장에서 배제하려는 의도하에 일부러 어떤 표면상의 해고사유 등을 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고 등의 불이익처분이 이루어진 경우처럼, 그러한 징계권 남용이 건전한 사회통념이나 사회상규상 도저히 용인될 수 없음이 분명한 경우에는 불법행위를 구성하여 위자료 청구권도 인정될 수 있다(대법원 1993. 12. 21. 선고 93다11463 판결 참조).

대법원은 사용자가 근로자에 대하여 해고 등 불이익처분을 할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 명목상의 불이익처분 사유를 내세우거나 만들어 불이익처분을

한 경우에 대해 ‘불이익처분이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에는 그 불이익처분은 재량권의 범위를 일탈하거나 재량권을 남용한 위법한 처분으로서 그 효력이 부정됨에 그치지 아니하고, 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다.’(2011.10.13. 선고 대법 2009다86246) 라고 판단하였다.

배치전환에서도 “배치전환을 해야 할 업무상 필요성, 그 대상자의 선정에 있어서의 구체적 기준에 대하여 별다른 주장, 입증을 하지 못하고 있고 배치전환 횟수를 종합하여 보면 배치전환은 불법행위를 구성한다고 판단되는 바, 피고들은 원고에게 배치전환으로 인한 정신적 고통에 대한 정신적 손해를 배상할 의무가 있다”(2017.11.14. 선고 수원지방법원 2016가단42607)

삼성노조 파괴에 대해서 노조설립을 알리려는 유인물 배포 제지한 행위는 부당노동행위이고 노조조직 및 노조활동이유로 해고한 것은 불법행위이므로 재산상 손해배상과 정신적 위자료지급, 노조활동이유로 감급징계 위자료 지급할 의무가 있다고 하였다(2018.8.22. 선고 서울동부지법 2017가합1089106⁶²⁾ 삼성노조(삼성지회) 위원장해고등에 대한 손해판결)

62) 서울고등법원 2018나2054881 사건 진행중

(2) 형사적 효과

노동조합법 85조제3항에 따라 확정되거나 행정소송을 제기하여 확정된 구제명령에 위반한자 3년이하징역 3,000만원 이하벌금,
노조법 81조 각 호에 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

○ 헌법재판소 2019.4.11. 2017헌가30 결정

노동조합법 제94조 중 ‘법인의 대리인·사용인 기타의 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 제90조의 위반행위를 한 때에는 그 법인에 대하여도 해당 조의 벌금형을 과한다’ 부분 가운데 제81조제4호 본문 전단에 관한 부분은 헌법에 위반된다. 법인 대리인이나 사용인등이 노조 노직 또는 운영지배개입하면 법인에게도 노조법 90조제가 정한 벌금형 과하도록 정하고 있다. 심판대상조항은 종업원 등의 범죄행위에 관하여 비난할 근거가 되는 법인의 의사결정 및 행위구조, 즉 종업원 등이 저지른 행위의 결과에 대한 법인의 독자적인 책임에 관하여 전혀 규정하지 않은 채, 단순히 법인이 고용한 종업원 등이 업무에 관하여 범죄행위를 하였다는 이유만으로 법인에 대하여 형벌을 부과하도록 정하고 있는바, 이는 다른 사람의 범죄에 대하여 그 책임 유무를 묻지 않고 형사처벌하는 것이므로 헌법상 법치국가원리로부터 도출되는 책임주의원칙에 위배된다고 판단하였다.

3. 반조합계약(노동조합법 제81조 제2호)

가. 서론

노동조합법 제81조 제2호 본문은 근로자가 어느 노동조합에 가입하지 아니할 것 또는 탈퇴할 것을 고용조건으로 하거나 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위를 부당노동행위로 금지하고 있다. 노조 불가입이나 그로부터 탈퇴 또는 특정한 노조 가입 등을 고용조건으로 하는 계약을 반조합계약이라고 하며, 황견계약, 비열계약 또는 조건부계약으로 부르기도 한다.

노동조합법 제81조(부당노동행위) 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 "부당노동행위"라 한다)를 할 수 없다.

2. 근로자가 어느 노동조합에 가입하지 아니할 것 또는 탈퇴할 것을 고용조건으로 하거나 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위. 다만, 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때에는 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결은 예외로 하며, 이 경우 사용자는 근로자가 그 노동조합에서 제명된 것 또는 그 노동조합을 탈퇴하여 새로 노동조합을 조직하거나 다른 노동조합에 가입한 것을 이유로 근로자에게 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다.

나. 반조합계약의 내용

노동조합 불가입이나 탈퇴 또는 특정 노동조합 가입을 고용조건으로 하는 것 외에도 조합을 결성하지 않는 것, 조합에 가입하여도 조합활동을 일체 하지 않는 것 등을 고용조건으로 하는 행위도 반조합계약에 포함된다. 나아가 소속 노동조합의 특정 상급 연합단체에 대한 가입이나 탈퇴를 조건으로 하는 것도 역시 금지된다. 반조합계약은 채용이나 고용

계약 등 고용 자체 뿐만 아니라, 임금·승진 등의 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 고용상의 여러 이익을 조건으로 하는 것도 포함된다고 해석된다.

대전지법 2015고단2056 갑을오토텍 대표이사 등 부당노동행위 형사판결

대표이사 징역10월선고, 총무부장(징역8월)과 신규사원(징역6월)은 2년 집행유예 // 경찰 특전사 출신을 신입사원으로 채용하여 제2노조 만든후 제1노조 약화시키는 것을 공모하고, 노무법인으로부터 2노조설립 1노조 약화 시나리오 받은 후, 이를 실행, 제1노조에 가입하지 않거나 탈퇴할 것을 고용조건으로 함.

다. 반조합계약의 효력

반조합계약은 강행규정인 노동조합법 제81조 제2호에 위배되는 것으로서 당연 무효이다. 다만, 반조합계약의 약정 부분만 무효이고 근로계약 전체가 무효로 되는 것은 아니다.

라. 유니언 쉘 협정

(1) 조직 강제와 유니언 쉘 협정의 의의

소위 조직강제조항이라고 통칭되며, 조직강제조항은 노동조합 조직의 유지, 강화를 목적으로 노동자가 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약상의 조항

유니온 쉘이라는 조직강제조항은 노조법 제81조 제2호 단서 조항의 요건에 한하여 허용된다. 조직강제조항의 성격상 노동조합에 가입하지 아

니할 자유 및 탈퇴할 자유(소위 소극적 단결권)와 자기가 좋아하는 노조를 결성하거나 가입할 권리(조합 또는 단결선택권)을 침해할 가능성이 있어 문제의 소지가 있으나, 실무상 노조법 제81조 제2호 단서의 요건을 충족할 경우 유효한 것으로 보고 있다.

(2) 유니언 쉘 협정의 요건

유니언 쉘 협정을 체결할 수 있는 노동조합은 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하는 노동조합이어야 한다. 조합원이 대량으로 탈퇴하여 노동조합이 근로자의 3분의 2 이상을 대표하지 못하는 경우 그 효력은 발생할 수 없으며 탈퇴자를 해고할 수도 없다. 【노조 68107-1019, 01.9.3】 (회시번호 : 노사관계법제과-1368 회시일자 : 2011-07-25)

○“단체협약 체결시 노동조합이 근로자의 2/3 이상을 대표하고 있지 않음에도 불구하고 위와 같이 특정한 노동조합에 가입할 것을 고용조건으로 하는 단체협약을 체결한 것은 허용되지 아니하며 노동조합법 제39조 제2호 (현행 제81조제2호)에 위반되고, 이에 대해 노동조합법 제34조 제3항에 의한 단체협약시정명령은 정당하다” (대법원 1997. 4. 11. 선고 96누3005 판결)

(3) 유니온 쉘 협정의 효과

사용자가 유니온 쉘 협정에 의한 노조탈퇴 근로자의 해고의무를 이행하

지 않는다고 하더라도 단체협약상의 채무이행과는 별론으로, 당연히 부당노동행위에 해당되는 것은 아니다.

▲ 단체협약상의 유니온숍협정에 의하여 사용자가 노동조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무는 단체협약상의 채무일 뿐이고, 이러한 채무의 불이행 자체가 바로 구 노동조합법(1996.12.31 법률 제5244호로 폐지되기 이전의 것) 제39조 제4호 소정 노동조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 단정할 수 없다 (대법원 1998. 3. 24. 선고 96누16070 판결)

▲ 노조를 탈퇴한 근로자 11명이 노조탈퇴의사를 철회하고 노조에 다시 가입하기 위한 노력을 하였음에도 불구하고 그 중 일부에 대하여는 노조탈퇴의사 철회를 받아들이지 않고 회사에 대하여 해고를 요구하여 결국 회사가 이들을 해고한 것으로서, 이와 같이 노조탈퇴의사를 철회하고 노조에 다시 가입하려는 근로자에 대하여 이를 거부하고 해고되게 한 것은 노조 자체가 단결권의 정신을 저버리고 실질상 제명과 같은 효과를 발생시킨 것으로서, 노동조합법 제39조 제2호 단서에 위반될 뿐만 아니라 유니온숍 협정에 기한 해고의 목적범위를 일탈한 것이다 (대법원 1995. 2. 28. 선고 94다 15363 판결)

▲ 복수의 노동조합이 있는 사업장에서 지배적 노동조합이 유니온숍 협정을 체결하고 있는 때, 신규입사한 근로자가 지배적 노조가 아닌 노동조합에 이미 가입한 경우에는 유니온숍 협정의 효력이 해당근로자에게까지 미친다고 볼 수 없으므로 유니온숍 협정을 들어 신규입사 근로자 해고한 것은 정당한 이유없는 해고, 근로자의 노동조합 선택의 자유 및 지배적 노동조합이 아닌 노동조합의 단결권까지 침해되는 경우까지 유니온숍협정 효력을 그대로 인정할 수 없다.(대법원 2019.11.28. 선고 2019두47377 금남여객운수 주식회사)

4. 단체교섭 거부(노동조합법 제81조 제3호)

가. 부당노동행위 성립요건

사용자가 정당한 이유 없이 단체교섭을 거부 또는 해태하거나 단체교섭이 타결되었음에도 정당한 이유 없이 단체협약의 체결을 거부하는 경우에 부당노동행위가 성립한다. 다만, 대법원은 “당사자가 성의 있는 교섭을 계속하였음에도 단체교섭이 교착상태에 빠져 교섭의 진전이 더 이상 기대될 수 없는 상황이라면 사용자가 단체교섭을 거부하더라도 그 거부에 정당한 이유가 있다”(대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도8606 판결 참조).

사용자가 아무런 이유 없이 단체교섭을 거부 또는 해태하는 경우는 물론이고, 사용자가 단체교섭을 거부할 정당한 이유가 있다거나 단체교섭에 성실히 응하였다고 믿었더라도 객관적으로 정당한 이유가 없는 경우에도 부당노동행위가 성립. 정당한 이유가 있는지 여부는 “노동조합 측의 교섭권자, 노동조합 측이 요구하는 교섭시간, 교섭장소, 교섭사항 및 교섭태도 등을 종합하여 사회통념상 사용자에게 단체교섭 의무의 이행을 기대하는 것이 어렵다고 인정되는지 여부에 따라 판단하게 된다”(대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8076 판결 참조).

“복수노동조합이 존재하는 사업 또는 사업장의 사용자가 교섭대표노동조합과의 단체협약체결 또는 단체교섭을 거부하거나 해태하는 행위뿐

아니라 교섭대표노동조합을 정하기 위한 교섭창구 단일화 절차를 거부하거나 해태하는 행위 역시 단체교섭을 거부하거나 해태하는 것으로서 부당노동행위에 해당한다.”(서울행법 2013.7.17.선고 2013구합50678⁶³⁾)

“단수 노동조합만 존재하는 상황에서.. 신설 노조의 교섭요구에 일체 응하지 아니한 것은 단체교섭거부의 부당노동행위에 해당한다”(2019.8.16. 판정 중앙 2019부해672, 부노115)

나. 단체교섭 대상과 단체교섭 거부

교섭권한이 없는 노동자단체, 교섭 권한이 없는 노동조합 대표자나 그로부터 위임받은 자와의 교섭은 거부할 수 있다. 사용자에게 처분 권한이 없거나 근로조건과 노동자의 지위 개선과 관계되지 않은 사항 역시 거부할 수 있다고 본다. 다만, 경영권에 속하는 사항이라고 하더라도 근로조건이나 노동자의 경제적·사회적 지위 개선에 관련된 사항은 단체교섭 대상이 된다.

단체교섭 대상과 관련하여 “노동조합 활동의 보장, 정리해고시 노동조합과의 사전협의, 노동시간 단축, 실업대책의 일환으로 일정한 기금의 노사분담마련”등인 바, 위와 같은 내용은 근로조건의 유지, 개선 및 근로자의 경제적, 사회적 지위향상을 목적으로 하는 것이어서 단체교섭의 대

63) 대법원 2014두35034 심리불속행 기각

상이라고 할 수 있고, 가사 위 내용 중 정리해고 등은 사용자의 경영권에 속하는 사항이지만, 위 쟁의행위의 주된 목적은 '고용안정'에 있는바, 정리해고시 노조와 사전합의문제도 근로자의 근로조건 개선·유지 및 경제적·사회적 지위향상에 밀접한 관련이 있으므로 사용자의 경영권을 근본적으로 제약하지 않는 범위 내에서 단체교섭의 대상이 될 수 있으므로(대법원 1992. 5. 12. 선고 91다34523 판결)“라고 판결하고 있다.

버스회사에서 단체협약 중 조합원의 차량별 고정승무발령, 배차시간, 대기기사 배차순서 및 일당기사 배차에 관하여 노조와 사전합의를 하도록 한 것은 사용자의 경영권에 속하는 사항이지만 또 한편으로는 근로자들의 근로조건과도 밀접한 관련이 있는 부분으로서 사용자의 경영권을 근본적으로 제약하는 것도 아니라고 보여지므로 단체협약의 대상이 될 수 있다(대법원1994.8.26.선고 93누8993판결)고 보았다.

노조전임자등 임의교섭사항이 있지만 ”대부분 징계·해고 등 인사의 기준이나 절차, 근로조건, 노동조합의 활동, 노동조합에 대한 편의제공, 단체교섭의 절차, 쟁의행위에 관한 절차 등에 관한 사항 등 의무적 교섭사항을 담고 있“ 쟁의행위는 정당성이 있다. (서울행법 2002.9.19. 2002구합 8091 판결)

법정관리회사에 법원허가이유로 단협체결 지연시킨 것은 정당한 이유가 아니라고 보았다.(중노위 2003.12.29. 2003부노109)

5. 지배개입과 운영비 원조(노동조합법 제81조 제4호)

가. 서 론

근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위는 지배·개입의 부당노동행위로 금지됩니다(노동조합법 제81조 제4호).

노동조합법 제81조(부당노동행위) 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 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위. 다만, 근로자가 근로시간 중에 사용자와 협의 또는 교섭하는 것을 사용자가 허용함은 무방하며, 또한 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공은 예외로 한다.

나. 지배개입의 구체적인 형태

(1) 노동조합 조직에 대한 개입

노동조합 결성에 대한 사용자의 개입은 가장 전형적인 지배·개입의 부당노동행위 양상입니다. 노조 결성에 대한 비난 또는 결성 포기의 설득, 회유 또는 강요나 협박, 노조 결성의 중심인물에 대한 해고·전근 그 밖의 불이익취급, 노동조합 창립총회의 감시·방해 등 다양한 형태의 부당

노동행위를 상정할 수 있습니다. 노동조합이 결성된 이후 여기에 가입하지 않거나 탈퇴할 것을 권고 또는 요구하거나 불이익 위협 등으로 압박하는 행위, 특정 직급·보직의 근로자를 조합원에서 배제할 것을 요구함으로써 노동조합이 자율적으로 정할 조합원 범위 설정에 개입하는 행위 등은 노동조합 조직에 대한 지배개입이 될 수 있다.

[대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8076 판결]

전쟁기념사업회 회장이 사업회의 성질상 태어나지 말아야 할 노동조합이 생겼으며, 전 직원으로부터 사표를 받고 공개채용으로 다시 충원해야 하는 일이 없기 바란다는 취지로 발언한 사례

(2) 복수의 노동조합 사이의 차별

복수 노동조합에 대한 사용자의 차별적 행위나 처우도 지배개입의 한 형태로서 부당노동행위가 성립할 수 있다.

대법원 2018.5.15. 선고 2018두33050, 근로시간면제자 급여

근로시간 면제자가 면제받은 근로시간이 동일한 호봉의 근로자들이 제공하는 근로시간보다 많고, 지급받은 급여 및 상여의 합계액이 평균 급여 및 상여의 합계액을 초과하는 경우, 근로시간 면제자에 대한 급여 지급이 과다하여 부당노동행위에 해당한다 (같은취지 대법2014도8831/2014두11137)

서울행정법원 2018.8.30.선고 2018구합2483⁶⁴⁾ 근로시간면제자 급여

제1 노동조합에 관계 법령에 따른 근로시간면제 한도를 초과한 근로시간면제를 부여하고 참가인에 대하여 근로시간면제 박탈을 묵인한 행위는 근로시간면제자에게 과다한 급여를 지급하는 행위와 본질적으로 다르지 않으며, 이는 참가인과 제 1 노동조합의 운영에 대한 사실상의 지배·개입행위에 해당한다.

중노위 2017.2.10.판정 중앙 2016부노202 (문화방송)

단체협약이 실효된 상태에서도 오랜 기간 근로시간면제자를 인정하여 왔고, 특별한 사정 변경이 없었음에도 불구하고, 원직복직을 명하고, 근로시간면제시간을 전혀 부여하지 않았으며 노동조합의 정당한 활동을 방해하고 교섭력을 약화시키려는 목적으로 이루어진 지배·개입의 부당노동행위에 해당된다.

기존 노조에 인도할 조합비를 새로 설립된 노조에 인도하고, 기존 노조와 단체교섭을 하면서 신설 노조에 비해 불리한 단체협약안을 제시한 한 것은 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다 (대법원 2018.9.13.선고 2016도2446)

(3) 노동조합 내부 운영에 대한 개입

노동조합의 회의나 모임, 결의에 대한 방해·감시, 임원 선거나 자금 조달, 상급 단체의 선택, 내부 통제권의 행사 등 노동조합 내부운영에 대한 간섭이나 방해, 단체협약이나 취업규칙, 노동관행 등을 통하여 제공되던 각종 편의(조합비 일괄공제, 회의실, 게시판 사용의 허용 등)의 일방적 중지, 조합 분열 공작, 조합 임원 등에 대한 미행, 조합 내지 조합

64) 주식회사 삼화고속 사건, 확정

원에 대한 정보수집 등은 지배개입의 부당노동행위로 금지됩니다.

사무금융노조 대신증권지부 대법원2019.4.25.선고 2017두33510 판결

2개 노조와 개별 교섭을 진행하던 중, 사용자는 제2노조와 단체협약, 무쟁의 타결 격려금(150만원)과 경영 목표 달성 및 성과 향상을 위한 격려금 (150만원)을 지급하기로, 단체협약 체결일 이전에 제2노조에 가입하면 위 격려금을 지급받을 수 있다고 홍보, 개별교섭 중인 특정 노조에 지급된 무쟁의 타결 격려금은 그 자체로 부당노동행위에 해당할 가능성이 크다고 보았음. 제2노조가 격려금 지급을 조합원 유치의 수단으로 적극 활용하였음. 위 격려금(300만원) 지급이 부당노동행위라고 본 노동위원회 및 하급심 판단을 그대로 확정함.

대의원입후보 등록서류로서 재직증명서를 요구하고 있는데 회사가 재직증명서의 발급을 거절한 것은 지배개입의 부당노동행위이고[대법원 1992. 6. 23. 선고 92누3496 판결], 사용자가 쟁의행위 기간 중 트로이 컷이라는 프로그램을 이용하여 노동조합이 파업 관련 사건에서 제출한 진술서, 노동조합 특보 관련 내부 논의, 노동조합 대의원 간담회 비밀 대화 등을 열람하는 것은 단결권과 단체행동권을 침해한 불법행위로서 손해배상책임이 있다고 판단[대법원 2016. 5. 27. 선고 2016다5429 판결] 한 사례가 있다.

(4) 노동조합 활동에 대한 지배개입

정당한 조합활동을 방해하는 사용자의 일련의 행위들도 전형적인 지배개입의 부당노동행위에 해당합니다. 쟁의행위를 이유로 개별 조합원에게

불이익을 가하거나 선제적·공격적 직장폐쇄, 위장폐업 등을 위협하거나 실행에 옮김으로써 쟁의행위를 좌절시키려고 하는 시도, 노동조합 유인물 배포를 방해하거나 노동조합 간부의 사업장 출입을 제한하는 것도 부당노동행위에 해당한다.

[대법원2016.3.24. 2013두13051판결 파기환송심 발레오만도지회]

금속노조 지회소속 노동자에 대한 정직처분은, 파업과 직장폐쇄로 악화되었고, 창조컨설팅자문받아 노조탈퇴유도, 조직형태변경을 하였고, 쟁의행위 대응전략회의등 노조탈퇴, 조직형태 변경등에 사용자가 개입하였고, 발레오전장노조원에게 가벼운징계, 금속노조는 정직등 중징계한 것은 기업노조 우회적 지원의도, 금속노조탈퇴종용, 부당노동행위고 기소되고 공인노무사등록이 취소된 사정등을 종합하여 보면 지배개입부당노동행위라고 판단.

[서울행정법원 2002. 4. 11. 선고 2001구25456⁶⁵⁾ 판결]

조합원이라는 이유로 부당하게 승진인사에서 탈락시키는 등 불이익을 가하고, 간부급 직원을 통해 승진 등을 빌미로 노조 탈퇴를 종용하였으며, 관행에 반하여 노조전임자에게 출근시간을 준수할 것을 강요하는 등의 행위가 지배개입으로서 부당노동행위에 해당한다고 본 사례

노동조합이 결성된 이래 노조전임자의 출근시간을 조합의 자체 규율로

65) 서울고등법원 2002누6264 사용자 항소기각, 대법원2003두4133 상고이유서부제출기각, 의료법인 청구성심병원 사건

통제하여 왔고, 회사도 이에 대하여 아무런 이의를 제기하지 아니하다가 . 노조 전임자가 3교대하는 조합원들을 만나기 위하여 또는 외근.. 계속 8:30 이전에 출근할 것을 요구하는 등 이제까지의 관행에 반하여 노조 전임자에게 출근시간을 준수할 것을 강요하는 것은 노조활동에 대한 지배개입 행위에 해당한다 (상급심 : 2003.6.24 대법원 2002누6264 확정)

○ 삼성의 노조파괴 형사판결

서울중앙지법 2019.12.13.선고 2019고합25(삼성노조 파괴)

삼성그룹 미래전략실과 에버랜드 상황실이 상호작용하여 비노조 경영 기조아래 노조설립 저지 및 조기외해와 삼성노조 무력화를 위한 대항노조 육성, 투입 전략 목표를 가지고 한 행위로, 대항노조 설립제안,지원, 임금협약체결, 노조수 조절, 한국노총가입등 노조운영지배 행위를 하였고 (에버랜드 1기,2기위원장도 부당노동행위 공모 공동정범 인정), 노조탈퇴종용등 회유하며 노조 조직또는 운영하는 것을 지배하거나 개입하는 부당노동행위 / 삼성노조 외해목적으로 조00를 해고, 김00 및 박00징계하여 이로 인해 삼성노조는 주축 노조원들 심리적위축, 노동위원회 구제신청,소송등 시간소모등 정상적 노조활동이 저해되었고일반직원들에게 노조에 가입하면 징계받는다는 심리적 압박이 가해져 삼성노조 노조원수 확보에 어려움을 겪게하여 삼성노조의 조직운영등에 관한 업무를 방해하였다.

서울중앙지법2019.12.17.선고2019고합557병합(삼성전자서비스 지회 파괴)

삼성그룹 미래전략실 - 삼성전자- 삼성전자서비스-협력업체로 이어지는 부당노동행위 공모 공동정범관계이며, 삼성전자 자문인 송00는 기획폐업 부당노동행위 방조, 노조탈퇴종용등 지배개입과 불이익취급 부당노동행위 공모 공동정범, 경총 교섭 담당자 2명은 단체교섭 해태 부당노동행위 공모 공동정범, 삼성전자서비스

(주)는 노조법상 사용자에 해당. 동래등 외근 협력업체 노조설립 징후 포착하자 전격폐업하여 노조조직또는 운영지배개입,노조원들에게 탈퇴종용하고 조합원 정보 수입한 행위도 지배개입부당노동행위, 중수리 금지대상자 지정등 불이익취급, 단체교섭해태, 노조원 대상 표적감사하여 노조조직또는 운영 지배개입

삼성그룹 삼성테크윈(한화테크윈) 금속노조 파괴 부당노동행위

①중앙2016부노161 한화테크윈 (2016.12.2. 판정)삼성테크윈 지회

중노위는 “이사건 사용자가 이사건 노동조합 조합원인 반장들을 대상으로 노조탈퇴 계획을 세워 조직적으로 실행한 지배,개입의 추정적 의사가 인정될 수 있다할 것이다.반장 조합원 탈퇴와 3사업장 안00 조합원 노조탈퇴종용은 지배개입

②중앙2016부노166 조합원 노조탈퇴부당노동행위 인정 (2016.11.21.판정)

③창원지방법원 2018고단3605 한화테크윈(삼성테크윈) 부당노동행위

피고인들은 직반장을 금속노조에 탈퇴시켜 금속노조 삼성테크윈지회 활동을 위축 시키기위하여 관리직 사원과 함께 순차공모하여, 현장관리자 우군화 방안이 기재되어 있는 ‘중장기 노사안정화전략’을 보고 받고 ... 직책간부 워크샵에서 금속노조를 우리사원으로 보지말라, 노조탈퇴는 이번 연말까지 해야한다며 이를 지시하고, ... 생산그룹장 간담회 실시하여 직장반장들 면담하고 노조탈퇴 종용하였고, ‘현장관리자 우군화 방안’을 수립하고 금속노조 세척소 및 기업노조 교섭대표유지방안 등 지시하여 금속노조 세척소 전략이 기재된 ‘2016년 노사협력팀 수행계획서’를 작성, ‘차기교섭대표노조 지위 유지방안’작성하여 직반장 노조탈퇴 종용요구 하하여, 금속노조 소속 반장47명중25명이 노조탈퇴하였다. 이는 노동조합의 운영에 지배개입한 행위로 부당노동행위이다

[서울고등법원 2018.9.5.선고 2018누40562 문화방송 사건66]

주식회사 문화방송 사용자가 휴직 중인 노동조합 집행부의 경영센터 로비 출입을 금지하고 노보 배포를 방해한 행위/ 노조직원들이 노보 배포하는 것을 방해한 행위는 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 본 사례

[서울고등법원 2017.11.30. 2017누71699 문화방송 사건(확정)]

주식회사 문화방송의 사용자(보도국장)가 ① 노동조합이 발간한 민실위 보고서를 훼손한 행위, ② 보도국 편집회의에서 노동조합 민실위 간사의 취재에 불응할 것을 지시한 행위, ③ 민실위 간사와의 접촉사실을 보고하도록 지시한 행위가 모두 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 본 사례

[대전지방법원 천안지원 2017고단1027 - 유성기업지회]

현대차 임직원들이 유성기업 대표이사등과 공모하여 유성기업지회 노조 탈퇴나 제2노조 가입확대등 행위한 것에대해, 유성기업임직원과 공모하여 노조조직또는 운영하는 것을 지배하거나 개입하는 부당노동행위로 징역1년(집유)등 형사처벌

(5) 사용자의 언론의 자유의 한계

사용자도 연설, 사내방송, 게시문 서한 등을 통하여 의견을 표명할 수 있는 언론의 자유를 가지고 있으나, 그 표명된 의견의 내용과 함께 그것

66) 사측이 중노위 판정에 행정소송 제기하였으나 패소한 뒤 확정 서울행법2017구합63573. 이사건은 중노위에서 부노기각된 부분을 노조가 행정소송제기. 일부 인정받았고 고법에서 확정

이 행하여진 상황, 시점, 장소, 방법 및 그것이 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정되는 경우에는 지배개입의 부당노동행위가 성립합니다(대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8076 판결, 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도388 판결 등 참조). 또한 그 지배개입으로서의 부당노동행위 성립에 반드시 근로자의 단결권 침해라는 결과 발생까지 요하는 것도 아닙니다(대법원 1997. 5. 7. 선고 96누2057 판결 참조).

(6) 공격적 직장폐쇄와 지배개입

근로자가 쟁의행위 중단하고 진정으로 업무 복귀할 의사를 표시하였음에도 사용자가 직장폐쇄를 계속 유지하면서 근로자의 쟁의행위 방어목적에서 벗어나 적극적으로 노조 조직력 약화시키기 위한 목적등 공격적 직장폐쇄로서 변질된 것으로 노조운영에 지배개입할 의사에 기한 부당노동행위에 해당한다. (대법원 2017.7.11. 선고 2013도7896)

(7) 단체협약의 해지

일본의 하급심에서는 사용자에 의한 협약의 해지나 갱신 거부가 노조의 약체화를 의도하고 이루어진 경우 지배개입의 부당노동행위가 성립할 수 있다고 본 사례도 있습니다.

다. 노동조합 운영비 원조

노동조합법 제81조 제4호는 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나

노동조합의 운영비를 원조하는 행위도 지배개입의 한 태양으로 금지하고 있습니다. 다만 그 단서에서 허용되는 원조행위로 ① 근로자가 근로시간 중에 사용자와 협의 또는 교섭하는 것을 사용자가 허용하는 것, ② 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부, ③ 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공을 열거하고 있다.

○ 헌법재판소 2018.5.31.선고 헌재2012헌바90 위헌판결⁶⁷⁾

노동조합의 자주성을 침해하거나 침해할 위험이 현저하지 않은 운영비 원조 행위를 부당노동행위로 규제하는 것은 노동조합의 자주성을 확보함으로써 실질적인 근로3권의 행사를 보장하는 데에 기여하는 바가 전혀 없는 반면, 운영비원조금지조항으로 인하여 청구인은 사용자로부터 운영비를 원조받을 수 없을 뿐만 아니라 궁극적으로 노사자치의 원칙을 실현할 수 없게 되므로, 운영비원조금지조항은 법익의 균형성에도 반한다. 따라서 운영비원조금지조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 단체교섭권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

■단체협약 시정명령관련 판결

노동조합이 사용자에게 경제적으로 종속되거나 어용화되는 것을 막고 노동조합의 자주성을 확보하고자 하는 노동조합법 관련 규정의 입법 취

67)고용노동지청이 금속노조 단체협약 중 전입자, 조합사무실집기, 비품제공, 조합사무실관리비, 차량 제공등에 대해 단협시정명령, 금속노조 취소 소송제기(대전지법2011구합183), 금속노조가 헌법소원 심판청구한 사건, 단협시정명령은 대법원에서 확정됨(대법원2013두3160)

지를 종합하여 보면, 노동조합법 제81조제4호 단서에 따라 허용되는 범위를 넘어 주기적이나 고정적으로 이루어지는 운영비 원조 행위는 노동조합 전임자에 대한 급여 지원 행위와 마찬가지로 노동조합법 제81조제4호 본문에서 금지하는 부당노동행위라고 보아야 하고, 설령 그 운영비 원조가 노동조합의 적극적인 요구나 투쟁으로 얻은 결과라고 하더라도 달리 볼 수 없다(대법원 2016.1.28. 선고 2012두12457판결) 유류비, 노조 사무소 관리유지비등 시설편의제공도 운영비원조 (대법원 2016.3.10. 선고 2013두3160)

○ 이 사건 단체협약과 임금협정에서 근로자의 소정근로시간을 주 40시간으로 정하였으므로 원고(주식회사 A), 연간 3,000시간의 근로시간에 해당하는 임금을 지급. 급여 지원 행위의 경우에는 사용자의 지배·개입의사가 없더라도 급여 지원 행위 자체로서 부당노동행위가 성립한다고 할 것이다(대법원 2016.4.28. 선고 2014두11137 판결)

〈직장내 괴롭힘과 부당노동행위〉

직장내괴롭힘이란 사용자 또는 근로자가 직장에서 지위 또는 관계등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른근로자에게 신체적, 정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위(근기법제76조의2)를 말한다. 노조활동과 관련하여 노조탈퇴종용이나 괴롭힘등도 부당노동행위에도 해당되거나, 부당노동행위에 해당하지않는다 하더라도 직장내괴롭힘에 해당할 수 있다.

III. 부당노동행위 대응 방법

1. 구제절차

가. 진정, 고소, 고발

○ 진정

사용자의 각종 부당한 행위에 대한 시정조치를 촉구하는 단순 민원. 근로감독관이 조사 및 시정조치(시정하지 않을 경우 범죄인지로 수사개시하여 검찰에 사건 송치) 또는 종결처리. 고소와는 달리 노동부에서 내사 종결처리를 하면 당해 결과에 대한 불복절차가 없음. 처벌보다 우선 시정을 목표로할때

○ 고소(고발)

사용자의 위법행위에 의한 피해자가 수사기관(검찰-검사, 노동부-근로감독관)에 사용자의 범죄사실을 신고하고 가해자(범죄행위자)에 대한 처벌을 구하는 신고행위.

① 위법행위의 시정이 어렵거나 이제 와서 시정하는 것이 별다른 의미가 없는 경우, ②사용자에 대한 처벌을 통한 압박과 재발방지 등의 필요가 더 큰 경우, ③처벌규정이 존재하고 증거가 분명한 경우 등에 제기.

○ 특별근로감독 신청

노동관계법·단체협약·취업규칙 등을 위반하는 행위로 인해 노사분규가 발

생하거나, 발생 우려가 큰 사업장의 경우에는 특별근로감독을 신청하는 것도 고민할 필요가 있습니다. 문재인 정부 들어 고용노동부의 감독 권한을 강화하는 추세에 있고, 실제로 2017년 6월 고용노동부 서울서부지청이 MBC에 대하여 특별근로감독을 한 바 있음. 특별근로감독이 실시 되면 근로감독관이 사업장으로 나와 현장 실지조사를 하고, 위법행위가 드러날 경우 검찰에 사건을 송치하게 됨.

나. 노동위원회에 의한 구제

부당노동행위로 인해 권리를 침해당한 노동자 또는 노동조합은 부당노동행위가 있는 날로부터 3개월 이내에 사업장의 소재지를 관할하는 지방노동위원회에 구제신청을 할 수 있음. 만일 지방노동위원회에서 기각 결정을 할 경우 다시 중앙노동위원회에 재심신청을 할 수 있고, 여기서도 기각이 되면 법원에 행정소송을 제기하게 됨. 반대로 피신청인인 사용자가 노동위원회의 결정에 불복하는 경우 마찬가지로 재심, 행정소송을 할 수 있음.

* 노동위원회에 부당노동행위 구제신청(노조법제82조)시 제척기한 주의
: 부당노동행위가 있는 날로부터 3월이내, 계속하는 행위는 그 종료일로부터 3월 이내

다. 법원에 의한 민사상 구제

본래 부당노동행위는 노동3권을 침해하는 행위이므로 사법적인 구제 가

능

- 부당노동행위로 인한 해고에 따른 해고무효확인소송
- 방해배제청구소송, 단체교섭응낙청구소송 등 본안 소송(본안 소송이 확정될 때까지 가처분신청 가능)

부산고법(창원)2016라10059부당노동행위 금지가처분 결정(2017.1.4.결정)

- ▶ 단체협약에 조합원 제외범위에 해당되었다라도 노조탈퇴의무를 부담시킨다거나 탈퇴하지않는 경우 책임부과, 불이익 고지, 그런 불이익 조치등을 하는 것은 부당노동행위,그러한 행위를 해서는 아니된다
- ▶ 사용자가 축탁직 조합원에 대해, 잔업취소, 축탁직 계약상 불이익, 부서전환배치, 인사고과, 승진불이익 언급하며노조탈퇴하라거나 탈퇴 권유하는 유인물게시또는 구두전달은 금지되어야함

- 노동자 또는 노동조합에게 손해가 발생했을 때에는 민사상 손해배상 청구

대전고등법원2015나13940판결,콘티넨탈오토모티브일렉트로닉스유한회사⁶⁸⁾

사용자가 복수노조 사업장에서 사용자의 중립유지의무가 있고, 해당노조에 대해 단체교섭응하지 않거나 불합리한 차별을 두거나 차별적 교섭안 제시하는 것은 중립유지의무위반이므로 부당노동행위내지 불법행위에 해당한다. 복수노조 상황에서 무분규격려금지급은 자유로운의사로 쟁의행위 하기보다는 노조탈퇴의사결정하게 되고 사용자가 노조의 의사결정에 부당한 영향을 미쳐 헌법상 보장된 단체행동권을 제약하는 행위라고 평가 된다

서울고등법원2017.8.18.선고2016나2057671판결⁶⁹⁾(콘티넨탈등 손해배상청구)

단체협약 제103조, 단체협약 세부지침 제48조 주요 근로조건에 관해 사용자와 심의·결정·합의할 권한을 교섭대표노조에게만 부여, 실체적 공정대표의무 위반이라고 봄

- 위 조항들은 소수노조 및 소수노조 조합원들에게 중대한 영향을 미칠 뿐만 아니라 소수노조의 존립 또는 근간을 좌우할 수 있는 중대한 차별적 내용을 담고 있는 점에서 소수노조에게 해당 규정의 취지와 교섭과정을 충분히 설명하면서 의견을 수렴하고 일정한 경우 소수노조의 의견을 존중할 필요가 있음. 절차적 공정대표의무 위반 정도가 중대하다.

- 피고 교섭대표노조가 단체협약 제103조, 단체협약 세부지침 제48조를 추가하거나 이에 관하여 원고 지회 또는 조합원의 의견수렴절차 또는 정보제공을 제대로 하지 않은 것은 '객관적 정당성을 상실하였다'고 인정할 수 있을 정도로 산업 또는 근로현장에서 일반적으로 요구되는 객관적 주의의무'를 다하지 않은 것으로 평가되므로 불법행위를 구성한다고 봄. 손해배상책임 인정.

서울중앙지법 2019.5.16. 2017가합57165270)부노손배(KEC)

1노무사동원하여 부당노동행위 문건작성하고 노조탈퇴종용부당노동행위(형사처벌), 2부당노동행위 정리하고 단행(대법판결확정)등의 행위에 대해 3무파업타결 금지급(대법원에서 불이익취급, 지배개입부노확정), 4금속노조 2014인사고과C등급부여(불이익취급부노 대법원확정), 5, 2012고과C등급 (지노위에서 차액지급화해), 6산재조합원징계(지노위화해), 7교섭위원무급(지노위 부노판정), 8노조비 횡령했다고 사측관리자가 인터넷게시(명예훼손벌금)손배청구에 대해 1,2행위로 인해 노조활동할수없게되고 생존권위협 정신적 고통, 인사상 불이익받을지도 모른다는 정신적 고통 등 불법행위로 금속노조와 조합원 손배책임인정, 4인사고과로 인해 노조가입대상자 노조탈퇴등 손해, 근로조건 악화될지도 모르는 정신적 고통, 피고회사가 불법행위가 적극가담하여 방조하여 손배인정함.

부산지방법원 2020.1.5. 2019나53297 (확정)

노사간에 신규채용시 노조와 합의하기로 합의서작성하였음에도, 합의유효기간중에 8명을 노조와 합의하지 않고 신규채용한 것은 명백하므로 채무불이행 책임이 성립한다. 다만 노조 파괴하려는 부당노동행위의도가 있었다고 단정할 수는 없으나, 사용자 채무불이행 책임으로 노조의 활동이 위축되고 조합단결력이나 교섭력이 약화되는 무형의 손해를 입었다고 보이고 사회통념상 금전평가가 가능한 손해라고 할 것이다.

2. 부당노동행위 관련 현장대응지침

- 가. 조합 활동에 대한 근거를 반드시 명시적으로 남긴다.
- 나. 사용자와는 반드시 “공문”을 주고 받는다.
- 다. 단체교섭시 반드시 녹음을 하고, 교섭회의록을 작성한다.
- 라. 부당노동행위 관련 진술서, 확인서 는 자세히
- 마. 사진 및 동영상 촬영의 체계화.전문화
- 바. 불법에 대하여는 단호히 대처
- 사. 법률 상담 및 자문

3. 탄압에 대한 대응

- 가. 노조가입 또는 설립 시기 대응

(1) 노조탈퇴 종용등 : 당사자진술, 특히 녹음자료중요 없으면 매우 상세

68) 대전지법 2014가합102474 / 대법원 2016다249472 소취하

69) 사건 진행중 (대법원2017다263192)

70) 사건진행중(서울고등법원2019나2026517)

한 진술서등 법적다툼 시 증거확보가 가장 중요하게 영향

(2) 노조 비방

: 방송사, 언론중재위에 정정보도, 반론보도요청, 법원에 손해배상

(3) 위법한 지시나 인사권 이용하여 탄압

: 위법한 지시에 대응시 징계등 위험있을 수 있으니 사전검토, 인권침해 행위등을 거부하는 것은 노동조합 활동으로서 정당한 행위에 해당될 수 있음

나. 단체교섭 관련 대응

- 교섭 연기하며 미루거나 할때는 사유등에 대해 검토 분석하고, 항의 공문등 수용할수 없는 의사표시 분명히하고, 실무적으로 단체교섭과 관련하여 채증해야 할 사항은 우선 노조는 공문을 통해 첫째 사용자의 교섭거부 해태사유가 합리적이지 못한 것, 둘째 지정된 일시에 교섭을 진행해 줄 것, 셋째 노조는 지정일시에 교섭 장소에서 기다릴 것(이 부분은 전술적으로 선택가능한 부분입니다.) 등의 내용을 담아서 사용자에게 즉각 발송한다.

권리분쟁사항등이라며 교섭사유로 해태할 경우, (가령 해고자복직)이 전체요구안의 일부에 불과하며 주된 교섭요구사항이 아닐 수 있음을 입증할 수있어야

그리고 복수노조 사업장에서 교섭요구사실 미공고등 교섭창구단일화 절

차에 대해 시비를 거는 경우에도 부당노동행위 구제신청등으로 대응해야 함.

다. 개별조합원 탄압에 대한 대응

해고등 신분 및 인사에 관한 불이익, 경제적 불이익, 정신적인 불이익, 조합 활동상의 불이익에 대해서는 징계관련 규정수집하고, 사전 부당노동행위 교육, 노조가 징계초기부터 조사등 대응 시작하고, 노조차원에서 회사와 면담하면서 징계부당성 근거 녹취하며 징계과정에 적극 대응하며 법률쟁송 대비하여 근거마련

인사명령에 대한 반발과 무단결근

- 판례(대법원 94.5.10. 93다47677)에 따르면, 인사명령에 대한 반발과 무단결근에 따라 징계가 이루어질 경우, 그 징계가 정당한지는 결국 인사명령이 정당한지에 관한 판단에 달려있음.

인사명령 자체가 부당할 경우, 무단결근 등을 이유로 징계 불가

→ 원직에 복귀할 때까지의 기간 동안 이전 근무지에서 계속 노동력을 제공했을 경우에 받을 수 있는 임금 지급을 청구

- 유의사항

인사명령이 정당한지를 미리 단정하기 어려운 경우가 많고 결국 사법기관의 사후 판단에 달려있으므로, 특히 어떻게 해야 할지 신중해야 함.

→ 이전 근무지로 출근하거나 어느 곳으로도 출근하지 않는 경우
: 무단결근 또는 업무명령 위반 기간이 길다는 이유로 해고할 가능성 존재. 자칫 인사명령이 정당하다는 판단이라도 있게 되면, 해고도 정당하다는 판단이 내려질 가능성이 매우 높기 때문에 신중해야 함.

→ 새로운 근무지로 출근하고 있거나 할 경우
: 인사명령에 동의할 수 없다는 취지를 밝히고(공문이나 내용증명) 새로운 근무지로 출근하는 것이 유리함.



This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are no margins, text, or other markings on the paper.

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are no margins, text, or other markings on the paper.

07

2020년 달라지는 노동관계법

장석대

- 01 근로기준법
- 02 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률
- 03 산업재해보상보험법
- 04 산업안전보건법
- 05 고용보험법
- 06 채용절차의 공정화에 관한 법률
- 07 산업현장 일·학습병행 지원에 관한 법률

2020년 달라지는 노동관계법

장석대 | 금속노조 법률원 변호사

1. 근로기준법

가. 주당근로시간 52시간으로 제한 - 2018. 3. 20. 개정 근로기준법

1) 내용

- 근로기준법 제2조 제1항 제7호로 [“1주”란 휴일을 포함한 7일을 말한다.]라는 조항을 신설하여, 1주의 개념을 휴일을 포함한 7일로 명시함.

개정 전	개정 후
	제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다 7. "1주"란 휴일을 포함한 7일을 말한다.

- 종전 노동부 행정해석은 ‘1주 12시간 한도로 규제되는 연장근로시간에 휴일근로는 포함되지 않는다.’고 해석함으로써, 주당근로시간이 최대 68시간(소정근로 40 + 연장근로 12 + 휴일근로 8 + 휴일근로 8)까지 허용된다고 하였는데, 이를 법률로 폐기함으로써 주당 근로시간을 상한 52시간(소정근로 40 + 연장근로 12)으로 제한함.

- 사용자가 이를 위반한 경우 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금(근로기준법 제110조 제1호).

※ 다만, 탄력적·선택적 근로시간제 하에서는 주당 52시간을 초과하여 연장근로가 가능함에 유의.

- 2주 이내 탄력근로제 주당 근로시간 상한은 60시간(소정근로 48시간 + 연장근로 12시간).
- 3개월 이내 탄력근로제 주당 근로시간 상한은 64시간(소정근로 52시간+연장근로 12시간).
- 선택적 근로시간제 시행시 주당 근로시간의 상한은 없음.

2) 시행일

- 300명 이상 사업장, 공공기관, 지자체 등 : 2018. 7. 1.
- 50명 이상 300명 미만 사업장 : 2020. 1. 1.
- 5명 이상 50명 미만 사업장 : 2021.7.1.

※ 50~299인 기업 주52시간제 안착을 위한 보완대책 (2019. 12. 11. 관계부처 합동)

- 1년간의 제도기간 부여(시정기간 내 자율개선 시 처벌유예)
- 근로기준법 시행규칙 개정을 통한 특별연장근로 인가사유 확대방침 예고

나. 근로시간 및 휴게시간 특례업종 축소 - 2018. 3. 20. 개정 근로기준법

1) 내용

- 근로기준법 제59조를 개정하여 근로시간 및 휴게시간 특례업종을 기존 26개 업종에서 5개 업종으로 축소함.

특례업종 (한국표준산업분류표의 중분류 또는 소분류)	
개정 전 (26)	개정 후 (5)
육상운송업(노선여객자동차운수사업 제외), 수상운송업, 항공운송업, 기타 운송관련 서비스업, 보건업 (5개 업종)	육상운송업(노선여객자동차운수사업 제외), 수상운송업, 항공운송업, 기타 운송관련 서비스업, 보건업 (5개 업종)
자동차 및 부품판매업, 도매 및 상품중개업, 소매업, 보관 및 창고업, 금융업, 보험 및 연금업, 금융 및 보험 관련 서비스업, 우편업, 교육 서비스업, 연구개발업, 숙박업, 음식점 및 주점업, 광고업, 시장조사 및 여론조사업, 건물·산업설비 청소 및 방제서비스업, 미용, 욕탕 및 유사 서비스업, 영상·오디오 기록물제작 및 배급업, 방송업, 전기통신업, 하수·폐수 및 분뇨처리업, 사회복지서비스업 (21개 업종)	

- 특례업종에서 제외된 21개 업종에 대해서는 ‘1주 7일’ 및 ‘연장 상한 주 52시간’을 내용으로 하는 개정법을 사업장 규모별로 2019. 7. 1.부터 단계적으로 적용.
- 잔존 특례업종(5개) 중 특례 합의 사업장의 근무일 사이 11시간 연속 휴식시간 신설

2) 시행일

○ 특례업종(5개)의 경우

(1) 특례를 도입한 경우에는 주당 연장근로시간 제한에 관한 산·구법의 적용에 큰 차이가 없음(무제한 근로 가능).

(2) 특례업종이나 특례 미도입시 ‘1주 7일’ 및 ‘연장 상한 주 52시간’ 시행일

- 300명 이상 사업장, 공공기관, 지자체 등 : 2018.7.1.
- 50명 이상 300명 미만 사업장 : 2020.1.1.
- 5명 이상 50명 미만 사업장 : 2021.7.1.

○ 특례제외업종(21개)의 경우 ‘1주 7일’ 및 ‘연장 상한 주 52시간’ 시행일

- 300명 이상 사업장, 공공기관, 지자체 등 : 2019.7.1.
- 50명 이상 300명 미만 사업장 : 2020.1.1.
- 5명 이상 50명 미만 사업장 : 2021.7.1.

다. 공휴일을 근로기준법상 유급휴일로 지정 - 2018. 3. 20. 개정 근로기준법

1) 내용

- 근로기준법 제55조 및 시행령 제30조를 개정하여 관공서의 공휴일에 관한 규정에 따른 공휴일을 근로기준법상 유급휴일로 보장함.
- 구법상 법정유급휴일은 주휴일(근로기준법), 노동절(근로자의 날 제정에 관한 법률)뿐이었고, 공휴일(관공서의 공휴일에 관한 규정)은 약정휴일이었음.

유급휴일	
개정 전	개정 후
주휴일, 노동절	주휴일, 노동절 3·1절, 광복절, 개천절, 한글날, 1월 1일, 설날 전날, 설날, 설날 다음날, 부처님오신날, 어린이날, 현충일, 추석 전날, 추석, 추석 다음날, 기독탄신일, 임기만료에 따른 대선·총선·지선 선거일, 기타 정부에서 수시 지정하는 날, 대체공휴일.

- 대체 공휴일은 설날 3일, 추석 3일이 다른 공휴일과 겹치거나 어린이날이 토요일 또는 다른 공휴일과 겹치는 경우 부여하는 공휴일을 말함.

2) 시행일

- 300명 이상 사업장, 공공기관, 지자체 등 : 2020.1.1.
- 30명 이상 300명 미만 사업장 : 2021.1.1.
- 5명 이상 30명 미만 사업장 : 2022.1.1.

라. 근속기간 3개월 미만 해고예고 예외 - 2019. 1. 15. 개정 근로기준법

1) 내용

- 근로기준법 제26조, 제35조를 개정하여 근속 3개월 미만의 경우에만 해고예고제도의 예외로 함.
- 구법은 ‘월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자’를 해고예고의 적용예외로 규정하고 있었는데, 이에 대하여 현재에서 위헌 결정에 함에 따라 해고예고 예외 조항 전체를 개정.
- 구법상 해고예고의 적용 예외 사유 중 1호 내지 5호를 ‘근속 3개월 미만’으로 일원화.
- ‘천재·사변 등 사업 계속이 불가능한 경우’, ‘근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래한 경우’ 등은 해고예고 적용 예외 사유로 유지함.

개정 전	개정 후
제26조(해고의 예고) 사용자는 근로자를 해고(경영상 이유에 의한 해고를 포함한다)하려면 적어도 30일 전에 예고를 하여야 하고, 30일 전에 예고를 하지 아니하였을 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급하여야 한다. 다만, 천	제26조(해고의 예고) 사용자는 근로자를 해고(경영상 이유에 의한 해고를 포함한다)하려면 적어도 30일 전에 예고를 하여야 하고, 30일 전에 예고를 하지 아니하였을 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급하여

재·사변, 그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우 또는 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 사유에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 제35조(예고해고의 적용 예외) 제26조는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 근로자에게는 적용하지 아니한다. 1. 일용근로자로서 3개월을 계속 근무하지 아니한 자 2. 2개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자 3. 월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자 4. 계절적 업무에 6개월 이내의 기간을 정하여 사용된 자 5. 수습 사용 중인 근로자	야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 근로자가 계속 근로한 기간이 3개월 미만인 경우 2. 천재·사변, 그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우 3. 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 사유에 해당하는 경우 제35조 (삭제)
---	--

2) 시행일

- 2019. 1. 15. 이후 근로계약을 체결한 근로자부터 적용

3) 신규 조문 비교

마. 직장 내 괴롭힘 방지 - 2019. 1. 15. 개정 근로기준법

1) 내용

- 근로기준법 제76조의2등을 신설하여 직장 내 괴롭힘을 금지함.
- ‘직장 내 괴롭힘’의 정의 : 사용자 또는 근로자가 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위(제76조의2).
- 직장 내 괴롭힘이 발생한 경우 사용자에게 사실확인을 위한 조사, 피해자 보호조치, 가해자 징계 등 조치, 신고자 및 피해자에 대한 불리한 처우 금지 의무를 부여함(제76조의3).
- 취업규칙에 포함되어야 할 내용에 직장 내 괴롭힘의 예방 및 발생 시 조치 등에 관한 사항을 추가함(제93조).
- 사용자가 신고자 및 피해자에게 불리한 처우를 할 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금으로 형사처벌(제109조).

※ 직장 내 괴롭힘 자체는 형사처벌의 대상이 아니고, 직장 내 성희롱에 관한 규정과 달리 사용자의 조치의무 위반에 대한 과태료 규정이 존재하지 않음.

2) 시행일

- 2019. 7. 16., 법 시행 후 발생한 직장 내 괴롭힘의 경우부터 적용

2. 남녀고용평등과 일가정 양립 지원에 관한 법률

가. 배우자 출산휴가 및 육아기 근로시간 단축 확대

1) 내용

○ 배우자 출산휴가 확대(제18조의 2)

- 배우자 출산휴가 기간을 3~5일(최초 3일 유급)에서 10일로 확대하고 그 휴가기간 전체를 유급으로 함.
- 휴가 청구가 가능한 시기도 출산한 날부터 30일 이내에서 90일 이내로 확대하고 1회 분할 사용할 수 있도록 함.

○ 육아기 근로시간 단축 확대(제19조의 2)

- 육아휴직 1년과 별도로 육아기 근로시간 단축을 1년 사용할 수 있으며, 육아휴직 미사용 기간은 추가로 근로시간 단축으로 사용할 수 있게 함(합산하여 최대 2년).

※ (예시) 육아휴직 1년 + 근로시간 단축 1년, 육아휴직 6개월 + 근로시간 단축 1년 6개월, 육아휴직 미사용 + 근로시간 단축 2년

- 단축 후 근로시간을 주 15~30시간으로 정하고 있었으나 주 15~35시간으로 변경함. 따라서 육아기에 하루 1시간씩 근로시간을 단축하는 것도 가능.

※ 주 5시간 단축분에 대한 육아기 근로시간 단축급여를 월 통상임금 200만 원을 상한으로 100%를 지급하고, 나머지 단축분에 대하여는 월 150만 원을 상한으로 통상임금의 80%(현행과 동일)

- 육아기 근로시간 단축도 육아휴직과 같이 1회 분할 사용만 가능하였

으나, 육아기 근로시간 단축의 경우 1회의 기간이 3개월 이상이 되는
선에서 횟수의 제한 없이 분할 사용할 수 있도록 함.

2) 시행일

- 2019. 10. 1.

※ 법 시행 이전 육아휴직(또는 육아기 근로시간 단축) 1년을 전부 사
용한 경우에는 개정 조항을 적용받지 못함. 법 시행 전 육아휴직 등
을 분할하여 최초 사용하고 법 시행 후 육아휴직 기간이 남아 있는
경우(법 시행 전부터 연속하여 육아휴직을 사용하는 경우 제외), 남
은 육아휴직에 추가하여 1년의 육아기 근로시간 단축을 사용할 수
있음.

나. 가족돌봄 등을 위한 지원 확대

1) 내용

○ 가족돌봄휴가 신설(제22조의 2 제2항등)

- 최소 30일 이상 사용해야 하는 기존의 ‘가족돌봄휴직’ 외 ‘가족돌봄휴
가’를 신설함.
- 노동자가 가족의 질병, 사고, 노령 또는 자녀의 양육으로 인하여 긴급
하게 그 가족을 돌보기 위하여 필요한 경우 연간 10일의 범위에서 휴
가를 사용할 수 있도록 함.

○ 돌봄 대상 ‘가족’의 범위 확대(제22조의 2 제1항등)

- 기존에 가족돌봄의 요건이 되는 가족의 범위가 부모, 배우자, 자녀 또는 배우자의 부모였으나, 이에 조부모 및 손자녀를 추가함. 다만 본인 외에도 조부모의 직계비속 또는 손자녀의 직계존속이 있는 경우는 제외함.

○ 가족돌봄 등을 위한 근로시간 단축청구권 도입(제22조의 3등)

- ① 근로자가 자신의 가족이나 자신의 건강을 돌보기 위한 경우, ② 55세 이상의 근로자가 은퇴를 준비하는 경우, ③ 근로자의 학업을 위한 경우에 근로시간 단축을 사용할 수 있도록 하고, 단축 후 근로시간, 단축기간 등 근로조건 등에 관한 사항을 규정함.

2) 시행일

- 300명 이상 사업장, 공공기관, 지자체 등 : 2020. 1. 1.
- 30명 이상 300명 미만 사업장 : 2021. 1. 1.
- 30명 미만 사업장 : 2022. 1. 1.

다. 적극적 고용개선조치

1) 내용

- 구법은 적극적 고용개선조치 제도 대상(공공기관, 500인 이상 사업장 등)의 사업주에 대하여 직종별·직급별 남녀 근로자 현황을 제출하도록 하고 이를 기반으로 적극적 고용개선조치 미이행 사업주 명단을 공표하고 있었음. 개정법은 이에 더하여 남녀 근로자 임금 현황도 추가 제출하

도록 함(제17조의 3).

2) 시행일

- 2019. 7. 16.

3. 산업재해보상보험법 관련(법, 헌재결정, 시행령)

가. 업무상 정신적 스트레스로 인해 발생한 질병을 업무상 질병에 추가 - 개정 산업재해보상보험법

1) 내용

- 산업재해보상보험법 제37조(업무상 재해의 인정기준)에 “「근로기준법」 제76조의2에 따른 직장 내 괴롭힘, 고객의 폭언 등으로 인한 업무상 정신적 스트레스가 원인이 되어 발생한 질병”을 업무상 질병에 추가함.

- 구법은 업무상 질병 인정기준에 업무상 정신적 스트레스가 원인이 되어 발생한 질병이 명시되어 있지 않아 근로자가 업무로 인한 정신적 스트레스가 원인이 되어 질병이 발생한 경우에도 산업재해로 인정받기가 힘든 실정이었음.

개정 전	개정 후
제37조(업무상의 재해의 인정 기준) ① 근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상, 질병 또는 장애가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만, 업무와 재해 사이에 상당인과관	제37조(업무상의 재해의 인정 기준) ① ----- ----- ----- -----

계가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.	-----.
2. 업무상 질병	2. -----
가. 나. (생 략)	가. 나. -----
다. (생 략)	다. 「근로기준법」제76조의2에 따른 직장 내 괴롭힘, 고객의 폭언 등으로 인한 업무 상 정신적 스트레스가 원인이 되어 발생한 질병 라. (현행 다목과 같음)

2) 시행일

– 2019. 7. 16.

나. 통상의 출퇴근 재해를 업무상재해로 인정하는 기간 확대 -
헌법재판소 헌법불합치 결정[헌법재판소 2019. 9. 26. 2018헌바
218, 2018헌가12(병합)]

1) 쟁점

– 업무상 재해에 통상의 출퇴근 재해를 포함시키는 개정 산업재해보상
보험법 조항을, 개정법 시행(시행일 2018. 1. 1.)후 최초로 발생하는 재
해부터 적용하도록 하는 산업재해보상보험법 부칙(2017. 10. 24. 법률
제14933호) 제2조 중 ‘제37조의 개정규정’에 관한 부분이 헌법상 평등
원칙에 위반되는지 여부

산업재해보상보험법

[시행 2018. 1. 1.] [법률 제14933호, 2017. 10. 24., 일부개정]

부 칙

제1조(시행일) 이 법은 2018년 1월 1일부터 시행한다.

제2조(출퇴근 재해에 관한 적용례) 제5조 및 제37조의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 발생하는 재해부터 적용한다.

2) 헌법재판소 결정요지

- 심판대상조항이 신법 조항의 소급적용을 위한 경과규정을 두지 않으므로써 개정법 시행일 전에 통상의 출퇴근 사고를 당한 비해택근로자를 보호하기 위한 최소한의 조치도 취하지 않은 것은 산재보험의 재정상황 등 실무적 여건이나 경제상황 등을 고려한 것이라고 하더라도, 그 차별을 정당화할 만한 합리적인 이유가 있는 것으로 보기 어렵고, 근로자가 사업주의 지배관리 아래 출퇴근하던 중 발생한 사고로 부상 등이 발생한 경우만 업무상 재해로 인정하던 구법 조항에 대하여 “통상의 출퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하지 아니한 것은 헌법에 합치되지 않는다.”는 2016. 9. 29. 2014헌바254 결정(이하, ‘이 사건 헌법 불합치결정’)의 취지에도 어긋나므로, 심판대상조항은 헌법상 평등원칙 위반임.
- 심판대상조항의 위헌성을 제거하기 위해서는 헌법불합치결정과 그에 따른 개선입법이 필요함. 입법자는 적어도 이 사건 헌법불합치결정일인 2016. 9. 29. 이후에 통상의 출퇴근 사고를 당한 근로자에 대해서는 신법 조항을 소급적용하도록 하여 심판대상조항의 위헌성을 제거할 의무가 있음.
- 심판대상조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하되, 다만 입법자의 개선입법이 있을 때까지 적용할 수 없도록 함이 상당함. 입법자는 가능한 한 빠른 시일 내에 이와 같은 결정의 취지에 맞추어 개선입법을 해야 할 의무가 있고, 늦어도 2020. 12. 31.까지 개선입법을 이행해야 함.

3) 적용

- 위 헌재결정의 취지에 따라 2016. 9. 29.이후 발생한 출퇴근 재해에 대하여 산재신청 가능.
- 그 이전 발생한 출퇴근 재해에 대하여는 개선 입법내용을 지켜보아야 할 것으로 판단됨.

다. 개정 산업재해보상보험법 시행령

1) 내용

○ 산재보험적용을 받는 특수형태근로종사자 특례적용 대상 확대(제125조)

- 전속성 및 보호필요성이 높은 직종인 방문판매원, 대여제품방문점검원, 방문강사, 가전제품설치기사 및 화물차주를 특수형태근로종사자의 범위에 추가함.

○ 중소기업사업주 특례적용 대상 확대(제122조 제1항)

- 구 시행령은 “50인 미만의 근로자를 사용하는 사업주”만 산재보험 가입을 허용하고 있었는데, 이를 “300인 미만 근로자를 사용하는 사업주”로 확대.
- 구 시행령은 근로자를 사용하지 않는 1인 자영업자의 경우, 일부 업종(12개)에 한해 산재보험 가입을 허용하고 있었는데, 이를 전체 업종으

로 확대함.

○ 자해행위에 따른 업무상 인정기준 합리화(제36조 제3호)

자해행위에 따른 업무상 재해 인정요건을 법원 판결취지에 부합하도록 의학적 기준보다는 업무관련성에 따라 판단하도록 개선함.

개정 전	개정 후
제36조(자해행위에 따른 업무상의 재해의 인정 기준) 법 제37조제2항 단서에서 “대통령령으로 정하는 사유”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.	제36조(자해행위에 따른 업무상의 재해의 인정기준) ----- ----- -----
1. 2. (생략)	1. 2. -----
3. 그 밖에 업무상의 사유로 인한 정신적 이상 상태에서 자해행위를 하였다는 것이 의학적으로 인정되는 경우	3. 그 밖에 업무상의 사유로 인한 정신적 이상 상태에서 자해행위를 하였다는 상당 <u>인과관계가</u> 인정되는 경우

2) 시행일

- 특수형태근로종사자 특례적용 대상 확대(제125조)는 2020. 7. 1.부터 시행.
- 나머지 규정은 2020. 1. 7. 시행

4. 산업안전보건법(2019. 1. 15. 전부 개정)

가. 법의 보호대상 확대

1) 주요 내용

- 법의 목적을 ‘노무를 제공하는 자’의 안전 및 보건을 유지·증진하는 것으로 확대(제1조)
- 산업재해 예방을 위해 필요한 안전 및 보건조치를 해야 할 사업주의 범위에 ‘특수형태근로종사자로부터 노무를 제공받는 자와 이동통신단말장치로 물건의 수거·배달 등을 중개하는 자’를 포함하고, 근로자의 범위에 ‘특수형태근로종사자, 이동통신단말장치로 물건의 수거·배달 등을 하는 자’를 포함함(제5조, 제77조, 제78조).
- 가맹본부는 가맹점사업자와 그 소속 근로자의 산업재해 예방을 위하여 가맹점의 안전 및 보건에 관한 프로그램을 마련·시행하도록 하는 등 일정한 조치를 하도록 함(제79조).

2) 시행일

2020. 1. 16.

나. 위험의 외주화 금지(도급금지·도급승인 등)

1) 주요 내용

- 도급, 수은·납·카드뮴을 사용하는 작업 등의 사내도급을 원칙적으로 금지함. 다만, 일시간혈적 작업이나 수급인이 보유한 기술이 전문적이고 도급인의 사업 운영에 필수불가결한 경우로서 고용노동부 장관의 승인을 받은 경우 예외적으로 도급을 허용함(제58조).
- 안전 및 보건에 유해하거나 위험한 작업 중 급성 독성, 피부 부식성

등이 있는 물질의 취급 등 대통령령으로 정하는 작업을 도급하려는 경우에는 고용노동부 장관의 승인을 받도록 함(제59조).

○ 고용노동부 장관의 승인을 받은 작업을 도급받은 수급인은 그 작업의 하도급을 금지함(제60조).

○ 사업주에게 적격수급인 선정 의무를 부과함(제61조).

2) 시행일

2020. 1. 16.

다. 원청 책임 강화(도급인의 안전·보건조치 등)

1) 주요 내용

○ 산업안전보건법에서 사용하는 ‘도급’, ‘도급인’, ‘수급인’, ‘관계수급인’을 정의규정을 신설함(제2조).

[산업안전보건법 제2조(정의)]

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

6. "도급"이란 명칭에 관계없이 물건의 제조·건설·수리 또는 서비스의 제공, 그 밖의 업무를 타인에게 맡기는 계약을 말한다.
7. "도급인"이란 물건의 제조·건설·수리 또는 서비스의 제공, 그 밖의 업무를 도급하는 사업주를 말한다. 다만, 건설공사발주자는 제외한다.
8. "수급인"이란 도급인으로부터 물건의 제조·건설·수리 또는 서비스의 제공, 그 밖의 업무를 도급받은 사업주를 말한다.
9. "관계수급인"이란 도급이 여러 단계에 걸쳐 체결된 경우에 각 단계별로 도급받은 사업주 전부를 말한다.

○ 관계수급인 근로자에 대하여 도급인이 안전 및 보건조치, 산업재해 예방조치를 하여야 하는 장소를 도급인의 사업장뿐만 아니라 도급인이 제공하거나 지정한 장소로 확대(제10조 제2항)하여 도급인의 관계수급인에 대한 산업재해 예방책임을 강화함(제63조, 제64조).

제10조(산업재해 발생건수 등의 공표) ① 생략

② 고용노동부장관은 도급인의 사업장(도급인이 제공하거나 지정한 경우로서 도급인이 지배·관리하는 대통령령으로 정하는 장소를 포함한다. 이하 같다) 중 대통령령으로 정하는 사업장에서 관계수급인 근로자가 작업을 하는 경우에 도급인의 산업재해발생건수등에 관계수급인의 산업재해발생건수등을 포함하여 제1항에 따라 공표하여야 한다.

③ ④ (생략)

- 구법은 안전 및 보건조치 의무를 부담하는 도급인의 범위를 일부 도급인지, 같은 장소에서 행해지는 작업인지 등으로 한정하고 있어, 사안마다 법 적용의 논란이 발생하였음. 도급인의 수급인 노동자에 대한 안전·보건조치 책임은 도급인이 수급인 또는 수급인 노동자의 작업 장소, 시설 등의 위험에 대하여 지배·관리권이 있다면, 도급의 유형, 위험장소 여부 등에 관계 없이 수급인 노동자의 안전·보건조치에 대해 책임지게 함이 타당하다는 정책적 고려로 도급인의 산업재해 예방책임을 강화.

○ 도급인이 폭발성·발화성·인화성·독성 등의 유해성·위험성이 있는 화학물질을 제조·사용·운반·저장하는 저장탱크 등으로서 고용노

동부령으로 정하는 설비를 개조·분해·해체 또는 철거하는 작업 등을 수행하는 수급인에게 관련 안전 및 보건에 관한 정보를 제공하지 아니하는 경우에는 수급인은 해당 도급 작업을 하지 아니할 수 있고, 계약의 이행 지체에 따른 책임을 지지 아니하도록 함(제65조).

○ 관계수급인 또는 관계수급인의 근로자가 도급인의 사업장에서 작업을 하는 경우, 도급인에게 작업환경측정 의무를 부과함(제125조).

2) 시행일

2020. 1. 16.

라. 작업중지

1) 주요 내용

○ 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있는 경우에는 근로자가 작업을 중지하고 대피할 수 있음을 명확히 규정하고, 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있다고 근로자가 믿을 만한 합리적인 이유가 있음에도 작업을 중지하고 대피한 근로자에 대하여 해고나 그 밖의 불리한 처우를 금지함.(제52조)

- 구법은 산업재해가 발생한 급박한 위험이 있는 경우, 작업을 중지하고 긴급대피 할 수 있는 권한이 노동자에게 있는지 여부가 불명확하고, 이로 인해 노동자가 잘 알지 못해서 급박한 위험에도 작업중지 권한을 행사하지 못함. 또한, 작업중지를 한 경우, 사업주의 불이익 조치를 우

려하여 적극적으로 행사하기 어려웠음.

개정 전	개정 후
제26조(작업중지 등) ① 사업주는 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있을 때 또는 중대재해가 발생하였을 때에는 즉시 작업을 중지시키고 근로자를 작업장소로부터 대피시키는 등 필요한 안전·보건상의 조치를 한 후 작업을 다시 시작하여야 한다. ② 근로자는 산업재해가 발생할 급박한 위험으로 인하여 작업을 중지하고 대피하였을 때에는 지체 없이 그 사실을 바로 위 상급자에게 보고하고, 바로 위 상급자는 이에 대한 적절한 조치를 하여야 한다. ③ 사업주는 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있을 때에는 제2항에 따라 작업을 중지하고 대피한 근로자에 대하여 이를 이유로 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 된다.	제51조(사업주의 작업중지) 사업주는 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있을 때에는 즉시 작업을 중지시키고 근로자를 작업장소에서 대피시키는 등 안전 및 보건에 관하여 필요한 조치를 하여야 한다. 제52조(근로자의 작업중지) ① 근로자는 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있는 경우에는 작업을 중지하고 대피할 수 있다. ② 제1항에 따라 작업을 중지하고 대피한 근로자는 지체 없이 그 사실을 관리감독자 또는 그 밖에 부서의 장(이하 "관리감독자 등"이라 한다)에게 보고하여야 한다. ④ 사업주는 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있다고 근로자가 믿을 만한 합리적인 이유가 있을 때에는 제1항에 따라 작업을 중지하고 대피한 근로자에 대하여 해고나 그 밖의 불리한 처우를 해서는 아니 된다.

○ 중대재해(산업재해 중 사망 등 재해 정도가 심하거나 다수의 재해자가 발생한 경우로서 고용노동부령으로 정하는 재해)가 발생하였을 때, 해당 사업장에 산업재해가 다시 발생할 급박한 위험이 있다고 판단되는 경우, 고용노동부장관이 작업을 중지할 수 있음을 규정함.(제55조)

- 구법은 산업재해 발생의 급박한 위험이 있는 경우에 고용노동부장관의 작업중지 명령만 규정하고 있고, 중대재해 발생을 이유로 작업중지 명령을 할 수 있는 법적 근거가 명확하지 않았음.

2) 시행일

2020. 1. 16.

마. 물질안전보건자료 작성 · 제출 등

1) 주요 내용

○ 화학물질 등을 제조하거나 수입하는 자가 물질안전보건자료를 해당 물질을 양도받거나 제공받는 자에게 제공하도록 하는 외에 고용노동부장관에게도 제출하도록 함으로써 국가가 근로자의 건강장해를 유발하는 화학물질에 대한 관리를 강화하여 산업재해를 예방하고 건강장해를 유발하는 사고에 대하여 신속히 대응하도록 함(제110조).

- 구법은 물질안전보건자료 작성자를 ‘양도 · 제공자’로 규정함에 따라 물질안전보건자료 대상물질을 제조 · 수입하여 직접 취급하고, 양도 · 제공하지 않는 경우에는 물질안전보건자료 작성 의무가 제외되어 사각

지대가 발생함. 또한 물질안전보건자료 대상물질을 양도받거나 제공받는 자에게만 물질안전보건자료를 제공하기 때문에 노동자가 질병의 업무관련성 규명 등을 위해 물질안전보건자료가 필요한 경우에도 사업주가 거부하거나 회사가 폐업한 상태라면 확보하기 어려움.

○ 영업비밀과 관련되어 화학물질의 명칭 및 함유량을 적지 아니하려는 자는 고용노동부장관의 승인을 받아 그 화학물질의 명칭 및 함유량을 대체할 수 있는 자료를 적도록 함(제112조).

- 구법은 양도·제공자가 영업비밀 여부를 자의적으로 판단하여 물질안전보건자료에 적지 않을 수 있기 때문에 노동자의 알권리가 심각하게 제약됨.

2) 시행일

2021. 1. 16.

바. 법 위반에 대한 제재 강화

1) 주요 내용

○ 사업주 또는 도급인의 안전·보건조치 의무 위반으로 근로자가 사망한 경우, 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하고, 형이 확정된 후 5년 이내에 다시 같은 죄를 범한 자는 그 형의 2분의 1까지 가중 처벌을 할 수 있도록 함.(제167조)

- 구법은 형을 선고받고도 동일한 죄를 반복하여 노동자를 사망에 이르

게 한 경우에 대해 가중처벌을 규정하고 있지 않았음.

- 또한 유해 · 위험작업의 도급이 일반화되고, 산업재해 대부분이 수급인 노동자에게 발생하고 있으므로, 수급인 노동자의 산업재해 예방을 위해서는 작업장소, 시설 등에 대해 실질적인 지배관리권을 가지고 있는 도급인의 책임이 중요한 바, 그 위반에 따른 제재도 강화함.

○ 사업주 또는 도급인의 안전 · 보건조치 의무 위반으로 근로자가 사망한 경우, 법인인 사업주에 대한 벌금액을 ‘10억원 이하’로 상향함.(제173조)

- 구법상 양벌규정은 기업 규모, 개인, 법인의 구분 없이 동일한 처벌수준으로 규정하여, 실제 법인인 사업주에게 선고되는 벌금액이 크지 않아 범죄 억제 효과가 미미하여 산안법 위반에 대한 형벌의 예방적 기능 수행을 위해 법인인 사업주에게 벌금형을 상향함.

○ 사업주 또는 도급인의 안전 · 보건조치 의무 위반으로 근로자가 사망한 경우, 산업재해 예방에 필요한 수강명령을 병과(併科)할 수 있도록 함.(제174조)

- 제재조치를 받더라도 산업재해의 피해, 안전 · 보건조치의 중요성 등에 대한 인식을 갖는 것이 필요한 바, 실형이나 벌금형을 선고하는 경우에도 수강명령 제도를 도입.

2) 시행일

2020. 1. 16.

5. 고용보험법

가. 2019. 1. 15.자 일부 개정 고용보험법

1) 내용

○ 제10조(적용제외)를 개정하여 65세 전부터 피보험자격을 유지하던 사람이 65세 이후에 계속하여 고용된 경우는 실업급여를 적용 - 실업급여의 보장성 강화.

개정 전	개정 후
제10조(적용 제외) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 이 법을 적용하지 아니한다. 다만, 제1호의 근로자 또는 자영업자에 대한 고용안정·직업능력개발 사업에 관하여는 그러하지 아니하다. 1. 65세 이후에 고용되거나 자영업자를 개시한 자	제10조(적용 제외) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 이 법을 적용하지 아니한다. 1. 삭제 <2019.1.15> ② 65세 이후에 고용(65세 전부터 피보험 자격을 유지하던 사람이 65세 이후에 계속하여 고용된 경우는 제외한다)되거나 자영업을 개시한 사람에게는 제4장 및 제5장을 적용하지 아니한다. <신설 2019.1.15.>

○ 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」의 적용을 받는 외국인근로자에게는 고용안정·직업능력개발 사업을 적용(제10조의2).

○ 건설일용근로자의 경우에는 수급자격 인정신청일 이전 14일간 연속 하여 근로내역이 없는 경우에도 구직급여를 받을 수 있도록 하고, 7일 간의 대기기간 없이 구직급여가 지급될 수 있도록 함(제40조).

○ 구직급여 수급자격자가 실업의 인정을 받으려는 기간 중에 근로를 제공한 모든 경우에 대하여 그 사실을 신고하도록 하였으나, 고용노동부령으로 정하는 기준에 해당하는 취업을 한 경우에만 신고하도록 함(47조).

○ 육아휴직을 부여받은 피보험자가 육아휴직 기간 중에 취업한 경우에 구법은 취업한 이후의 모든 기간에 대하여 육아휴직 급여를 지급하지 아니하도록 하였으나, 개정법은 취업한 기간에 대해서만 육아휴직 급여를 지급하지 아니하도록 함(제73조).

○ 피보험자격의 취득·상실 확인에 관한 심사의 청구의 경유기관을 직업안정기관에서 근로복지공단으로 변경함(제90조).

2) 시행일

- 2019. 1. 15. (제10조, 제90조등)
- 2019. 7. 16. (제10조의2, 제40조, 제47조, 제73조등)

나. 2019. 8. 27.자 일부 개정 고용보험법

1) 내용

○ 사업주가 피보험자격의 상실을 신고할 때 이직확인서를 고용노동부장관에게 제출하게 하는 제도를 폐지하고, 직업안정기관의 장이 신청인에 대한 수급자격의 인정 여부를 결정하는데 필요하여 요청한 경우에만 이직확인서를 제출하도록 함(제16조, 제43조).

○ 고용노동부장관은 고용안정·직업능력개발 사업의 지원을 받은 자에게 잘못 지급된 지원금이 있으면 그 지급금의 반환을 명할수 있도록 함(제35조).

○ 이직 당시 1주 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자가 일정한 요건에 모두 해당하는 경우의 구직급여 수급 기준기간을 종전의 18개월에서 24개월로 연장함(제40조).

- 초단시간 근로자(1주 소정근로시간이 15시간 미만, 1주 소정근로일수가

2일 이하 근로자)는 18개월 동안 유급근로일이 최대 156일에 불가하여 실업급여를 받을 수 없었지만, 앞으로는 초단시간 근로자도 이직 전 24개월 동안 180일 이상 근로하면 실업급여를 받을 수 있음.

○ 구직급여일액은 수급자격자의 기초일액에 100분의 50을 곱한 금액에서 100분의 60을 곱한 금액으로 인상하고, 최저구직급여일액은 수급자

격자의 기초일액에 100분의 90을 곱한 금액에서 100분의 80을 곱한 금액으로 조정함(제46조, 제69조의5).

- 실업급여 지급수준을 기존 하루 평균임금의 60%로 인상함에 따라 현행 하한액 60,120원을 최저금액으로 보장하게 됨.

○ 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 구직급여를 받은 사람이 구직급여를 받은 날 또는 실업인정의 신고를 한 날부터 소급하여 10년간 3회 이상 부정행위로 구직급여를 받지 못한 경우에는 3년의 범위에서 새로운 수급자격에 따른 구직급여를 지급하지 않도록 함(제61조).

○ 같은 자녀에 대하여 배우자가 30일 이상의 육아휴직 또는 육아기 근로시간 단축을 실시하지 아니하고 있을 것을 육아휴직 급여 및 육아기 근로시간 단축 급여 지급 요건으로 정하고 있던 현행 규정을 삭제함(제70조, 제73조의2).

○ 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」에 따른 배우자 출산휴가를 받은 경우에 출산전후휴가 급여 등을 지급할 수 있는 근거를 마련함(제75조).

○ 사업주와 공모하여 부정한 방법으로 고용안정·직업능력개발사업 지원금 등 급여를 받은 자와 공모한 사업주는 각각 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 함(제116조).

○ 구직급여 소정급여일수를 30일 연장(별표1)

- 현행 실업급여 지급기간 90~240일에서 120~270일로 연장

2) 시행일

- 2020. 8. 28.
- 2019. 10. 1. (제40조, 제46조제1항, 제69조의5, 제75조, 별표 1등)
- 2020. 2. 28. (제70조제1항 및 제73조의2제1항)

6. 채용절차의 공정화에 관한 법률

1) 내용

○ 채용의 공정성을 침해하는 행위 중 법령을 위반하여 채용에 관한 부당한 청탁, 압력, 강요 등을 하는 행위와 채용과 관련한 금전, 물품, 향응 또는 재산상 이익을 제공하거나 수수하는 행위를 금지함(제4조의2).

○ 직무수행에 필요하지 않은 구직자 본인의 용모·키·체중 등의 신체적 요건, 구직자 본인의 출신지역·혼인여부·재산, 구직자 본인의 직계 존비속 및 형제 자매의 학력·직업·재산에 관하여 기초심사자료에 기재하도록 요구하거나 입증자료로 수집하는 행위를 금지함(제4조의3).

○ 구인자가 구직자에게 알려야 할 사실 중 채용심사 지연에 채용과정의 변경사실을 추가함(제8조).

○ 제4조의2 신설에 따라 이를 위반하여 채용강요 등의 행위를 한 자에게는 3천만원 이하의 과태료를 부과함. 다만, 형법 등 다른 법률에 따라 형

사처벌을 받은 경우에는 과태료를 부과하지 아니하며, 과태료를 부과한 후 형사처벌을 받은 경우에는 그 과태료 부과를 취소함(제17조).

2) 시행일

2019. 7. 17.

7. 산업현장 일학습병행 지원에 관한 법률 - 2019. 8. 27. 제정

1) 내용

○ 고용노동부장관은 고용정책심의회 심의를 거쳐 3년마다 일학습병행에 관한 추진계획을 수립하도록 하고, 지역단위의 일학습병행 촉진 및 목적 달성을 위하여 지방자치단체의 장 등과 긴밀한 협력 관계를 유지하도록 함.

○ 고용노동부장관은 일학습병행에 관한 자료의 수집·관리·제공 및 학습기업과 구직자의 효율적 연계를 위하여 일학습병행정보망을 구축·운영하도록 함.

○ 고용노동부장관은 일학습병행을 실시할 수 있는 직종 및 해당 직종별 교육훈련기준을 개발하도록 하고, 일학습병행 직종 등의 개발 및 보완을 위하여 필요한 경우에는 시범사업을 실시할 수 있도록 함.

○ 고용노동부장관은 일정한 경영 기준, 인력·시설·장비 기준을 갖추어 신청한 자를 학습기업으로 지정할 수 있도록 함.

○ 학습기업의 사업주는 일학습병행을 실시하기 위하여 일학습병행 직종 및 교육훈련기준에 따라 해당 기업의 일학습병행 실시에 적합한 교

육훈련과정을 개발하도록 함.

○ 고용노동부장관은 학습기업들이 공동으로 일학습병행을 할 수 있도록 직업능력개발훈련시설, 기능대학, 산업교육기관 등을 일학습병행을 위한 공동교육훈련시설로 지정함.

○ 학습기업의 사업주는 일학습병행과정을 운영하려는 경우 일정한 요건을 갖춘 자를 기업현장교사로 지정하도록 함.

○ 일학습병행과정을 실시하려는 학습기업의 사업주는 학습근로자와 2년 이내의 학습근로계약을 체결하도록 하고, 학습근로계약에는 임금, 소정근로시간, 휴일, 연차 유급휴가 등의 근로조건을 포함하도록 함.

○ 학습기업의 사업주는 학습근로자가 고용노동부장관이 실시하는 외부 평가에 합격한 경우에는 그 학습근로자를 기간의 정함이 없는 근로자로 전환하도록 함.

○ 학습기업 사업주 및 학습근로자의 준수사항, 학습근로시간 및 휴식, 차별적 처우의 금지 등 학습기업 사업주 및 학습근로자의 의무에 관한 사항을 정함.

○ 학습근로자에 대한 이수증명서 발급, 평가, 일학습병행자격 취득 및 자격증 발급, 자격 취소 등 평가 및 자격에 관한 사항을 정함.

2) 시행일

2020. 8. 28.

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are no margins, text, or other markings on the paper.

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are no margins, text, or other markings on the paper.