

노동법 강론 제1판 오탈자 및 추록

- 2021. 1. 8. 기준

▣ 내용 안내

- 오탈자 안내는 조문박스, 판례박스, 본문(조문박스과 판례박스를 제외한 부분, 목차 포함)으로 나누어서 표시됩니다.
- 상은 위에서부터, 하는 아래에서부터 의미입니다.
- 오탈자는 오탈자 및 최신 개정법 조문 등을 반영하였습니다.
- 추록은 일부 누락된 부분과 최신판례 및 최신 개정법에 대한 추가적인 부분입니다.
- 누락된 부분과 최신판례의 추록은 페이지수별로 구분하여 작성되었습니다.
- 추록을 위해서 본 자료는 B5용지 기준으로 작성되었습니다.
- 오탈자가 예상보다 많은 부분에 대해서 죄송하다는 말씀을 드립니다.

▣ 오탈자 정리

| 페이지 | 구분 | 위치 | 기존 | 수정 |
|-----|----|--------|-----------------------|------------------------|
| 6 | 본문 | 하 4줄 | 근로자를 보호가 | 근로자를 보호하기 |
| 6 | 본문 | 하 1줄 | 노동합의 단결을 | 노동조합의 단결을 |
| 31 | 본문 | 상 13줄 | 우월한 지위에 | 우월한 지위에 |
| 31 | 본문 | 하 2줄 | 전차금 상계의 금지(근로기준법 제1조) | 전차금 상계의 금지(근로기준법 제21조) |
| 34 | 본문 | 하 6줄 | 취업을 방해지 | 취업을 방해하지 |
| 36 | 본문 | 상 1줄 | 요직 | 효직 |
| 40 | 본문 | 상 3줄 | 중간착취가 ~ 불문한다. | <삭제> |
| 41 | 본문 | 상 2~3줄 | (각각 ~ 다름) | <삭제> |
| 42 | 본문 | 상 12줄 | 근로조건으로 | <삭제> |
| 48 | 본문 | 하 2줄 | 군무하는 사람이 | 근무하는 사람이 |
| 49 | 본문 | 하 2줄 | 근로자는 사용자에게 | 근로자는 사용자에게 |
| 56 | 본문 | 상 3줄 | 하여 무료로 하며 | 하여 무효로 하며 |
| 64 | 본문 | 상 2줄 | 교육훈련 또는 연수를 | 교육훈련 또는 연수를 |
| 64 | 본문 | 상 4줄 | 그 상황의무를 | 그 상황의무를 |
| 70 | 본문 | 하 3줄 | 제26조에 해고예고가 | 제26조의 해고예고가 |
| 76 | 본문 | 하 2줄 | 시용시간은 퇴직금이나 | 시용기간은 퇴직금이나 |
| 78 | 본문 | 하 13줄 | 구속하는 벌규범 | 구속하는 벌규범 |
| 78 | 본문 | 하 2줄 | 근로계약서 정하지 않은 | 근로계약서에 정하지 않은 |
| 86 | 본문 | 상 5줄 | 사용자 기존의 | 사용자가 기존의 |

| | | | | |
|-----|------|---------------|----------------------------------|---|
| 103 | 본문 | 하 2줄 | 해당규정을 취지는 | 해당규정의 취지는 |
| 103 | 본문 | 하 2줄 | 지나치게 되어 | 지나치게 적거나 많게 되어 |
| 124 | 본문 | 상 5줄 | 제도로써 <u>상요자</u> 의 | 제도로써 <u>사용자</u> 의 |
| 140 | 본문 | 하 13줄 | 소정근로일은 개근하지 | 소정근로일을 개근하지 |
| 141 | 본문 | 하 9~10줄 | 따라서 상기~좋을 것이다 | <삭제> |
| 152 | 본문 | 하 3줄 | '연장 소정근로일수'로 | '연간 소정근로일수'로 |
| 172 | 본문 | 하 5줄 | 동인한 사유로 | 동일한 사유로 |
| 203 | 판례박스 | 두 번째 박스 제목 | <u>업무수행 능력 결여(신체장해)</u> 를 | 직무 적격성의 결여를 |
| 223 | 판례박스 | 사실관계 상 1줄 | 종료 후 <u>회사</u> 에 비위 | 종료 후 <u>회사</u> 에 비위 |
| 254 | 본문 | 상 3줄 | <u>근로계약을 체결한 근로계약을 체결한 근로자</u> 를 | <밑줄 부분 삭제> |
| 282 | 본문 | 상 1줄 | 고용노동부장 관여에 | 고용노동부장관 관여에 |
| 285 | 본문 | 상 8줄 | 피해근로자서 감당하기 | 피해근로자로서 감당하기 |
| 301 | 본문 | 하 10줄 | 산업을 대상으로 | 산업을 대상으로 |
| 306 | 본문 | 상 4줄 | 노조법 제81조 제4호 | 노조법 제81조 제1항 제4호 |
| 312 | 본문 | 상 3줄 | <u>해고된자가 노동위원회에</u> | <u>해고된 자가 노동위원회에</u> |
| 316 | 본문 | 상 8줄 | 제81조 제1호·제2호 | 제81조 제1항 제1호·제2호 |
| 332 | 본문 | 상 3줄 | 노조법 제17조 제3항 | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 노조법 제17조 제4항 |
| 332 | 본문 | 상 4줄 | 노조법 제17조 제4항 | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 노조법 제17조 제5항 |
| 334 | 본문 | 상 16줄 | <u>임원은 ~ (노조법 제23조 제1항),</u> | 개정법(7.6. 시행) 반영 : <u>임원 자격은 규약으로 정하며, 하나의 사업 또는 사업장을 대상으로 조직된 노동조합의 임원은 그 사업 또는 사업장에 종사하는 조합원 중에서 선출해야 하며(노조법 제23조 제1항),</u> |
| 343 | 본문 | 상 1줄 | 노조전임자의 | 노조전임자의 |
| 349 | 본문 | 상 3~4줄 | 노조법은 ~ (노조법 제24조 제2항), | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 개정 노조법은 노조전임자에 대하여 전임기간 동안 사용자로부터 급여지급이 허용되기는 하나(노조법 |

| | | | | |
|-----|------|--------|--------------------------|---|
| | | | | 제24조 제1항), |
| 349 | 본문 | 상 6줄 | 노조법 제24조 제4항 | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 노조법 제24조 제2항 |
| 349 | 본문 | 하 4줄 | 고용노동위원회에 두고 | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 경제사회노동위원회에 두고 |
| 350 | 본문 | 상 4~5줄 | 노조법 제24조 제4항 | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 노조법 제24조 제2항 |
| 351 | 본문 | 상 2줄 | 노조법 제81조 제4호 | 노조법 제81조 제1항 제4호 |
| 351 | 본문 | 상 2~3줄 | 근로시간 ~ 부당노동행위에 해당하지 않는다. | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 근로시간 면제자에게 근로시간면제 한도 범위 내에서 급여를 지급하는 행위는 부당노동행위에 해당하지 않는다. |
| 351 | 본문 | 하 1~2줄 | 노조법 제81조 제4호 | 노조법 제81조 제1항 제4호 |
| 357 | 본문 | 상 9줄 | 기존 노동조합은 | 기존 노동조합의 단체협약은 |
| 365 | 본문 | 상 8줄 | 구성원의 노동조합을 | 구성원인 노동조합을 |
| 369 | 조문박스 | 하 1~4줄 | 제14조의3 ~ 한다 | <삭제> |
| 370 | 조문박스 | 상 1~4줄 | ② 노동조합은 ~ 하여야 한다 | <삭제> |
| 372 | 본문 | 상 15줄 | 노조법 제29조의2 제2항 | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 노조법 제29조의2 제3항 |
| 373 | 본문 | 상 3줄 | 노조법 제29조의2 제3항 | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 노조법 제29조의2 제4항 |
| 373 | 본문 | 상 6줄 | 노조법 제29조의2 제6항 | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 노조법 제29조의2 제7항 |
| 373 | 본문 | 하 12줄 | 노조법 제29조의2 제4항 | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 노조법 제29조의2 제5항 |
| 373 | 본문 | 하 9줄 | 노조법 제29조의2 제5항 | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 노조법 제29조의2 제6항 |
| 374 | 본문 | 상 14줄 | <추가> | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 또한 2021. 7. 6. 시행 예정인 개정 노조법 제29조의3조 제2항에 의하면 분리된 교섭단위를 통합할 수 있도록 하였다. |
| 374 | 본문 | 하 10줄 | 노조법 제29조의3 제2항 | 노조법 제29조의3 제2항 |
| 376 | 본문 | 상 3줄 | 법 제29조의2 제2항 내지 제8항 | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 법 제29조의2 제3항 내지 제10항 |
| 380 | 본문 | 상 2줄 | 노조법 제81조 제3호 | 노조법 제81조 제1항 제3호 |

| | | | | |
|-----|------|---------------|------------------------------|---|
| 382 | 본문 | 상 8줄 | 근로조건에 영향을 미치는 영향을 | 근로조건에 미치는 영향을 |
| 387 | 본문 | 하 3줄 | 노조법 제81조 제3호 | 노조법 제81조 제1항 제3호 |
| 388 | 본문 | 하 6줄 | 노조법 제81조 제3호 | 노조법 제81조 제1항 제3호 |
| 395 | 본문 | 상 4줄 | 되어 있는 사실을 | 되어 있는 사실을 |
| 398 | 본문 | 상 10줄 | 조건에 근로자의 처우에 | 조건과 근로자의 처우에 |
| 399 | 판례박스 | 두 번째 박스 제목 | 강행법규와 단체협약 | 이미 발생한 권리(임금)를 처분하는 단체협약의 효력 |
| 412 | 본문 | 하 6줄 | 2년을 초과하는 | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 3년을 초과하는 |
| 412 | 본문 | 하 5줄 | 2년을 초과하는 ~ 2년으로 | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 3년을 초과하는 ~ 3년으로 |
| 414 | 본문 | 하 9줄 | 독일의 단체협약법은 | 독일의 단체협약법은 |
| 433 | 본문 | 하 1줄 | 조합원인지 여부와 | 조합원인지 여부와 |
| 434 | 본문 | 상 11~17줄 | 2. 전임자 급여를 ~ 쟁의 행위에 해당한다. | 개정법(7.6. 시행) 반영 : <삭제> |
| 436 | 본문 | 상 5줄 | <추가> | 개정법(7.6. 시행) 반영 : 또한 2021. 7. 6. 시행예 정인 개정노조법 제37조 제3항에 의하면 노동조합 은 사용자의 점유를 배제 하여 조업을 방해하는 형 태의 쟁의행위가 금지된다. |
| 436 | 본문 | 하 6줄 | 생명, 건강, 신체 안전이나 | 생명, 건강, 신체 안전이나 |
| 465 | 본문 | 상 3줄 | 근로3권의 침해에 | 노동3권의 침해에 |
| 466 | 각주 | 2) | 현대중공업 | 현대중공업 |
| 492 | 본문 | 하 7줄 | 부당해고 구제신청이 | 부당노동행위 구제신청이 |
| 494 | 본문 | 하 3줄 | 5천만원 이하의 | 5백만원 이하의 |

▣ 판례 및 내용관련 추록

- 교재 23P. 에 추가.

나. 구체적 사례

목시적 근로계약관계를 인정한 최근 사례(대우조선해양 자회사 사건)

원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 목시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다267013 판결).

사실관계 대우조선해양 주식회사(이하 '甲' 회사) 자회사인 주식회사 웰리브(이하 '乙' 회사)는 甲회사와 단체급식, 수송, 시설물유지관리, 경비업 등 업무를 도급받아 수행. 이후 '乙' 회사의 직원이었던 A는 '엘리브투어(이하 '丙' 회사)'를 설립하여 '乙' 회사로부터 수송업무에 대해 도급을 받음.

근로자 B는 '丙' 회사와 근로계약을 체결하고 통근버스 운행 등 수송업무를 수행해 온 근로자로 '乙' 회사의 근로자임을 확인해달라는 소송을 제기한 사안으로 이에 대법원은 목시적 계약론에 따라 근로자 B의 청구를 인용하는 취지의 파기환송 판결을 함.

대법원은 ① '乙' 회사 직원 정보 전산망에 '丙' 회사 대표 A를 수송지원팀장으로 표기하고, '丙' 회사 근로자 B를 수송지원팀 소속으로 표기하고, A는 '乙' 회사 우수사원 해외연수 프로그램으로 참여한 사실이 있다는 점, ② A가 '丙' 회사를 설립(2007.1.1.)한 이후 2014.12.31.에 '乙' 회사가 A의 정년퇴임식을 열어주고 이후 촉탁직으로 고용하기도 한 점, ③ A가 '乙' 회사 직원이었던 C에게 '丙' 회사를 양도(회사 명칭 변경)하였지만, C는 계속적으로 '乙' 회사의 업무를 담당했고, 근로자 B도 근로계약이 새로 바뀐 회사로 승계된 점, ④ '乙' 회사가 '丙' 회사에게 지급한 도급금액 대부분은 노무비로, 그 지급 금액을 세부적, 구체적으로 나누고 있으며, '丙' 회사 근로자들의 출장비를 '乙' 회사가 직접 지급하기도 하고, 두 회사의 취업규칙이 거의 유사하다는 점, ⑤ '乙' 회사가 '丙' 회사 직원 채용을 안내하기도 하고 교육도 통합하여 실시하기도 하였으며, '乙' 회사 상조회에 '丙' 회사 직원이 가입할 수 있도록 했다는 점, ⑥ '丙' 회사 사무실의 소유권은 '甲' 회사에 있고 이를 '乙' 회사가 임대하여 '丙' 회사에게 재임대하여 제공하였고, 수송업무에 필수적으로 요구되는 차량도 '甲' 또는 '乙' 회사의 소유물이어서 **사업영상 필요한 물적 시설이나 자산 대부분을 독자적 또는 독립적으로 갖추지 못하였다**는 점 등을 근거로 '丙' 회사의 실체를 부정하여 목시적 계약관계를 인정하였음.

- 교재 42P. 에 추가.

5. 합리적 이유

근로내용과 무관한 사정을 이유로 한 차별은 금지

근로기준법 제6조에서 정하고 있는 균등대우원칙이나 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제8조에서 정하고 있는 동일가치노동 동일임금 원칙 등은 어느 것이나 헌법 제11조 제1항의 평등원칙을 근로관계에서 실질적으로 실현하기 위한 것이다. 그러므로 국립대학의 장으로서 행정청의 지위에 있는 총장으로서는 근로계약을 체결할 때에 사회적 신분이나 성별에 따른 임금 차별을 하여서는 아니 됨은 물론 그 밖에 근로계약상의 **근로 내용과는 무관한 다른 사정을 이유로** 근로자에 대하여 불합리한 차별 대우를 해서는 아니 된다(대법원 2019. 3. 14. 선고 2015두46321 판결).

사실관계 갑이 국립대학인 을 대학과 시간강사를 전업과 비전업으로 구분하여 시간당 강의료를 차등지급하는 내용의 근로계약을 체결하고 자신이 전업강사에 해당한다고 고지함에 따라 전업 시간강사 단가를 기준으로 강의료를 지급받았으나, 국민연금공단으로부터 갑이 부동산임대사업자로서 별도 수입이 있다는 사실을 통보 받은 을 대학은 기존 전업 시간강사를 기준으로 지급한 강사료 중 비전업강사 기준으로 한 강사료와의 차액 반환 통보 및 이후 강사료를 비전업 시간강사를 기준으로 지급한 사안.

이에 대해서 대법원은 시간제 근로자인 시간강사에 대하여 근로제공에 대한 대가로서 기본급 성격의 임금인 강사료를 근로의 내용과 무관한 사정에 따라 차등을 두는 것은 합리적이지 않은 점, 예산 사정으로 부득이 전업 여부에 따라 강사료 단가에 차등을 둔 것이라는 사용자 측의 재정 상황은 시간제 근로자인 시간강사의 근로 내용과는 무관한 것으로서 동일한 가치의 노동을 차별적으로 처우하는 데 대한 합리적인 이유가 될 수 없는 점 등을 이유로 위 각 처분은 위법함에도, 을 대학 총장이 시간강사를 전업과 비전업으로 구분하여 시간당 강의료를 차등지급하는 것이 부당한 차별적 대우에 해당하지 않는다고 본 원심판단에 헌법 제11조 제1항, 근로기준법 제6조, 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제8조 등의 해석에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례

- 교재 114P. 에 추가.

다. 최근 판결

상여금을 통상임금에 포함한 추가 법정수당 청구가 신의칙에 위배되지 않는다고 판단한 사례

근로자의 추가 법정수당 청구가 사용자에게 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하여 신의칙에 위반되는지는 신중하고 엄격하게 판단하여야 한다. 이 사건 상여금을 통상임금에 포함하게 됨에 따라 발생하는 추가 법정수당액의 규모, 피고의 당기순이익과 매출액 등 규모, 피고가 동원가능한 자금의 규모, 피고 기업의 계속성과 수익성 등의 사정을 고려하면, 제출된 증거만으로는 이 사건 청구로 인해 피고에게 중대한 경영상 어려움이 초래되거나 기업의 존립이 위태로워진다고 단정하기 어렵다(대법원 2020.8.20. 선고 2019다14110 판결).

상여금을 통상임금에 포함한 추가 법정수당 청구가 신의칙에 반하지 않는다고 사례(기아차 사건)

가. 노사 합의에서 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다는 전제로, 정기상여금을 통상임금 산정기준에서 제외하기로 합의하고 이를 전제로 임금수준을 정한 경우, 근로자 측이 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 추가적인 법정수당의 지급을 구함으로써, 사용자에게 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하는 것은 정의와 형평 관념에 비추어 신의에 현저히 반할 수 있다.

다만 근로관계를 규율하는 강행규정보다 신의칙을 우선하여 적용할 것인지를 판단할 때에는 근로조건의 최저기준을 정하여 근로자의 기본적 생활을 보장·향상하고자 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 법정수당 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 한다¹⁾.

나. 원심은, 상여금을 통상임금에 포함하게 됨에 따라 발생하는 추가 법정수당액의 규모, 피고의 당기순이익과 매출액 등 규모, 피고가 동원 가능한 자금의 규모, 피고 기업의 계속성과 수익성 등의 사정을 고려하면, 제출된 증거만으로는 이 사건 청구로 인해 피고에게 중대한 경영상 어려움이 초래되거나 기업의 존립이 위태로워진다고 단정하기 어렵다고 판단하여, 피고의 신의칙 항변을 배척하였다.

다. 원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 신의칙에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다(대법원 2020. 8. 20. 선고 2019다14110, 14127, 14134, 14141).

1) 동지판례(한진중공업) - 대법원 2019. 4. 20. 선고 2016다37167, 2016다37174, 결론도 동일.

V. 통상임금의 산정방법

고정수당을 통상시급으로 환산하기 위한 '총 근로시간 수'

근로기준법이 정한 기준근로시간을 초과하는 약정 근로시간에 대한 임금으로서 월급 형태로 지급되는 고정수당을 시간급 통상임금으로 환산하는 경우, 시간급 통상임금 산정의 기준이 되는 총근로시간 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 야간근로시간 수를 합산할 것은 아니다.** 이와 달리 기준근로시간을 초과하는 약정 근로시간에 대한 임금으로 지급된 월급 또는 일급 형태 고정수당의 시간급 환산 시 연장근로시간 수와 야간근로시간 수에 '가산율'을 고려하여 총근로시간 수를 산정하여야 한다는 취지로 판단한 종전 판결의 해당 부분 판단은 부당하므로 더 이상 유지하기 어렵다(대법원 2020. 1. 22. 선고 2015다73067 전원합의체 판결).

- 교재 135P. 에 추가.

3. 근로시간과 휴게시간의 구별 기준

휴게시간과 근로시간의 구별기준

근로계약에서 정한 휴식시간이나 수면시간이 근로시간에 속하는지 휴게시간에 속하는지는 근로계약의 내용이나 해당 사업장에 적용되는 취업규칙과 단체협약의 규정, 근로자가 제공하는 업무의 내용과 해당 사업장에서의 구체적 업무 방식, 휴게 중인 근로자에 대한 사용자의 간섭이나 감독여부, 자유롭게 이용할 수 있는 휴게 장소의 구비 여부, 그 밖에 근로자의 실질적 휴식을 방해하거나 사용자의 지휘·감독을 인정할 만한 사정이 있는지와 그 정도 등 여러 사정을 종합하여 개별 사안에 따라 구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2020. 8. 20. 선고 2019다14110, 14127, 14134, 14141).

사실관계 생산직 근로자가 약 2시간씩 제공하는 근로시간 중간중간에 부여받은 10분 또는 15분의 짧은 휴게시간을 부여 받은 것에 대해서, 대법원은 ① 단체협약 및 근태관리규정에서 1일 소정근로시간 8시간을 산정함에 있어서 시업과 종업시간(중식 1시간 제외)을 기준으로 산정하도록 규정하고 실제 그렇게 한 점, ② 해당 휴게시간 사용여부와 상관없이 근로자의 연장·야간·휴일 근로에서 이를 공제하지 않은 점, ③ 노사 양측이 명시적·묵시적 해당 휴게시간을 근로시간으로 인정해온 점, ④ 해당 휴게시간은 자동차 생산공장의 규모, 작업특성 등을 고려할 때 자유롭게 이용하는데 근본적으로 한계가 있는 점 등으로 고려하여 해당 휴게시간에 대해서 다음 근로를 위한 대기시간 또는 준비시간(= 근로시간)으로 보았음.

- 교재 136P. 에 추가.

IV. 소정근로시간

1. 소정근로시간의 결정

기준근로시간 범위 내에서 소정근로시간의 결정(=사용자와 근로자의 합의)

구 근로기준법(2018. 3. 20. 법률 제15513호로 개정되기 전의 것)은 휴게시간을 제외하고 1주간의 근로시간은 40시간을, 1일의 근로시간은 8시간을 초과할 수 없도록 기준근로시간을 정하여 규제하면서(제50조 제1항, 제2항), 그 기준근로시간의 범위 내에서 근로자와 사용자가 합의한 근로시간을 소정근로시간으로 규정하고 있다(제2조 제1항 제7호).

근로자는 합의한 소정근로시간 동안 근로의무를 부담하고, 사용자는 그 근로의무이행에 대하여 임금을 지급하게 되는데, 사용자와 근로자는 기준근로시간을 초과하지 않는 한 원칙적으로 자유로운 의사에 따라 소정근로시간에 관하여 합의할 수 있다(대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체 판결).

2. 소정근로시간에 대한 합의가 무효가 되는 경우

소정근로시간에 대한 합의가 무효가 되는 경우

소정근로시간의 정함이 단지 형식에 불과하다고 평가할 수 있는 정도에 이르거나, 노동관계법령 등 강행법규를 잠탈할 의도로 소정근로시간을 정하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 소정근로시간에 관한 합의로서의 효력을 부정하여야 한다(대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체 판결).

3. 최저임금법 취지에 반하는 소정 근로시간에 대한 합의

소정근로시간에 대한 합의가 무효인 사례(최저임금법 잠탈 목적의 소정근로시간 합의는 무효)

헌법 및 최저임금법 관련 규정 내용과 체계, 이 사건 특례조항(최저임금법 제6조 제5항)의 입법 취지와 입법 경과, 여객자동차 운수사업법의 규정 취지 및 일반택시운송사업의 공공성, 소정근로시간을 단축하는 합의 관련 전후 사정 등을 종합적으로 고려하면, 정액사납금제하에서 생산고에 따른 임금을 제외한 고정급이 최저임금에 미달하는 것을 회피할 의도로 사용자가 소정근로시간을 기준으로 산정되는 시간당 고정급의 외형상 액수를 증가시키기 위해 택시운전근로자 노동조합과 사이에 실제 근무형태나 운영시간의 변경 없이 소정근로시간만을 단축하기로 합의(이하 ‘소정근로시간 단축 합의’라 한다)한 경우, 이러한 합의는 강행법규인 최저임금법상 이 사건 특례조항 등의 적용을 잠탈하기 위한 탈법행위로서 무효라고 보아야 한다. 이러한 법리는 사용자가 택시운전근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자 과반수의 동의를 얻어 소정근로시간을 단축하는 내용으로 취업규칙을 변경하는 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체 판결).

- 교재 143P. 에 추가.

2. 휴일근로

가. 지급대상

근로기준법 제56조의 휴일근로에는 약정휴일의 근로도 포함

구 근로기준법 제56조에 따라 휴일근로수당으로 통상임금의 100분의 50이상을 가산하여 지급하여야 하는 휴일근로에는 같은 법 제55조 소정의 주휴일 근로뿐만 아니라 단체협약이나 취업규칙 등에 의하여 휴일로 정하여진 날의 근로도 포함된다. 그리고 휴일로 정하였는지 여부는 단체협약이나 취업규칙 등에 있는 휴일 관련 규정의 문언과 그러한 규정을 두게 된 경위, 해당 사업장과 동종 업계의 근로시간에 관한 규율 체계와 관행, 근로제공이 이루어진 경우 실제로 지급된 임금의 명목과 지급금액, 지급액의 산정 방식 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2020. 8. 20. 선고 2019다14110, 14127, 14134, 14141).

- 교재 155P. 에 추가.

Ⅵ. 연차유급휴가의 소멸

2. 연차수당

특별히 정함이 없는 경우 연차수당, 미사용연차수당 산정 기준임금(=통상임금)

근로기준법 제60조제5항 본문은 “사용자는 제1항부터 제4항까지의 규정에 따른 휴가를 근로자가 청구한 시기에 주어야 하고, 그 기간에 대하여는 취업규칙 등에서 정하는 통상임금 또는 평균임금을 지급하여야 한다.” 라고 정하고 있다. 이와 같이 연차휴가기간에 근로자가 근로를 제공하지 않더라도 근로를 제공한 것으로 보아 지급되어야 하는 연차휴가수당은 취업규칙 등에서 산정 기준을 정하지 않았다면, 그 성질상 통상임금을 기초로 하여 산정하여야 한다.

그리고 근로자가 연차휴가에 관한 권리를 취득한 후 1년 이내에 연차휴가를 사용하지 아니하거나 1년이 지나기 전에 퇴직하는 등의 사유로 인하여 더 이상 연차휴가를 사용하지 못하게 될 경우에 연차휴가일수에 상응하는 임금인 연차휴가수당을 청구할 수 있는데(대법원 2017.5.17. 선고 2014다232296, 232302 판결 등 참조), 이러한 연차휴가수당 역시 취업규칙 등에 다른 정함이 없다면 마찬가지로 통상임금을 기초로 하여 산정할 수당으로 보는 것이 타당하다(대법원 2019. 10. 18. 선고 2018다239110).

- 교재 155P. 에 추가.

VII. 연차유급휴가의 사용촉진

연차사용촉진제도와 보상의무

구 근로기준법(2017. 11. 28. 법률 제15108호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제61조에서 정한 ‘연차휴가 사용촉진 제도’를 도입한 경우 사용자는 연차휴가를 사용할 수 있게 된 날부터 1년의 기간이 끝나기 6개월 전을 기준으로 10일 이내에 근로자별로 사용하지 아니한 휴가 일수를 알려주고, 근로자가 그 사용 시기를 정하여 사용자에게 통보하도록 서면으로 촉구하여야 한다(같은 조 제1호). 이러한 촉구에도 불구하고 근로자가 촉구를 받은 때부터 10일 이내에 사용하지 아니한 휴가의 사용 시기를 정하여 사용자에게 통보하지 아니하면 사용자는 휴가 사용 가능 기간이 끝나기 2개월 전까지 근로자가 사용하지 아니한 휴가의 사용 시기를 정하여 근로자에게 서면으로 통보하여야 한다. 근로자가 촉구를 받은 때부터 10일 이내에 사용하지 아니한 휴가 중 일부의 사용 시기만을 정하여 사용자에게 통보한 경우에는 사용자는 휴가 사용 가능 기간이 끝나기 2개월 전까지 나머지 휴가의 사용 시기를 정하여 근로자에게 서면으로 통보하여야 한다(같은 조 제2호).

사용자가 위와 같은 조치를 하였음에도 근로자가 휴가를 사용하지 아니하여 연차휴가가 소멸된 경우에는 사용자는 그 사용하지 아니한 휴가에 대하여 보상할 의무가 없다(구 근로기준법 제61조). 다만 위와 같은 휴가 미사용은 **근로자의 자발적인 의사에 따른 것이어야 한다. 근로자가 지정된 휴가 일에 출근하여 근로를 제공한 경우, 사용자가 휴가일에 근로한다는 사정을 인식하고도 노무의 수령을 거부한다는 의사를 명확하게 표시하지 아니하거나 근로자에 대하여 업무 지시를 하였다면 특별한 사정이 없는 한 근로자가 자발적인 의사에 따라 휴가를 사용하지 않은 것으로 볼 수 없어** 사용자는 근로자가 이러한 근로의 제공으로 인해 사용하지 아니한 휴가에 대하여 여전히 보상할 의무를 부담한다(대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다279283 판결).

사실관계 갑 주식회사가 을의 연차휴가 사용 기간의 말일부터 6개월 전을 기준으로 10일 이내에 을에게 사용하지 아니한 연차휴가 일수가 21일임을 알려주면서 휴가 사용 시기를 정하여 통보해 줄 것을 서면으로 촉구하였으나 을은 그중 11일에 대하여만 사용 시기를 정하여 통보하였고, 그 후 을이 연차휴가 사용 기간의 말일부터 1개월 전에 다시 미사용 연차휴가 20일에 대하여 연차휴가사용(변경)계획서를 제출하였으나 실제로는 지정된 휴가일에 미국으로 출장을 다녀오거나 정상적으로 출근하여 갑 회사에 근로를 제공한 사안에서,

갑 회사가 별다른 이의 없이 을의 노무제공을 수령한 점, 위 연차휴가사용(변경)계획서는 연차휴가 수당의 지급을 면하기 위해 형식적으로 작성된 것에 불과하다고 봄이 타당한 점에 비추어, 갑 회사는 미사용 연차휴가 중 10일에 대하여는 구 근로기준법(2017. 11. 28. 법률 제15108호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제61조에서 정한 조치를 제대로 이행하였다고 볼 수 없고, 나머지 지정된 날짜에 대하여 휴가를 사용하지 않은 것이 을의 자발적인 의사에 따른 것이었다고도 볼 수 없어 구 근로기준법 제61조에서 정한 미사용 연차휴가에 대한 보상의무가 면제되기 위한 요건을 충족하였다고 인정하기 어려우므로, 갑 회사는 을에게 연차휴가수당을 지급할 의무가 있다고 본 사례

- 교재 155P. 에 추가.

VIII. 연차유급휴가의 대체

연차휴가 대체는 소정근로일에 대해서만 가능(약정휴일을 포함한 휴일로 연차휴가 대체 불가)

근로기준법상 휴일은 근로의무가 없는 날이므로 소정 근로일이 아니다. 근로기준법 제62조는 “사용자는 근로자대표와의 서면 합의에 따라 제60조에 따른 연차 유급휴가일을 갈음하여 특정한 근로일에 근로자를 휴무시킬 수 있다.” 라고 규정하고 있다. 대체휴가일을 근로일로 한정된 이러한 규정 내용과 취지 및 휴일의 의의 등을 고려하면, 휴일을 대체휴가일로 정할 수는 없다(대법원 2019. 10. 18. 선고 2018다239110).

- 교재 214P. 에 추가.

2. 사용자의 우선 재고용 의무

가. 경영상 이유에 의해 해고된 근로자에 대한 우선 재고용 의무

경영상 이유에 의한 해고자에 대한 사용자의 우선 재고용 의무

사용자는 근로기준법 제24조에 따라 근로자를 해고한 날부터 3년 이내의 기간 중에 해고 근로자가 해고 당시에 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 한다면, 해고 근로자가 반대하는 의사를 표시하거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우가 아닌 한 해고 근로자를 우선 재고용할 의무가 있다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2016다13437).

나. 우선 재고용 의무 위반으로 볼 수 있는 경우

우선 재고용의무를 위반한 것으로 볼 수 있는 경우

이때 사용자가 해고 근로자에게 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않은 채 제3자를 채용하였다면, 마찬가지로 해고 근로자가 고용계약 체결을 원하지 않았을 것이라거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로기준법 제25조제1항이 정한 우선 재고용의무를 위반한 것으로 볼 수 있다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2016다13437).

다. 우선 재고용 의무 위반의 효과

우선 재고용 의무에 따른 근로관계 성립 시기와 의무 위반의 효과

근로기준법 제25조제1항에 따라 사용자는 해고 근로자를 우선 재고용할 의무가 있으므로 해고 근로자는 사용자가 위와 같은 우선 재고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용자를 상대로 고용의 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용자와 해고 근로자 사이에 고용관계가 성립한다. 또한 해고 근로자는 사용자가 위 규정을 위반하여 우선 재고용의무를 이행하지 않은 데 대하여, 우선 재고용의무가 발생한 때부터 고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2016다13437).

- 교재 236P. 예 교체

10. 구제이익

가. 문제점

노동위원회를 통한 부당해고 구제절차 진행 중 판정 시점에 사용자가 근로자를 복직시킨 경우에는 권리구제의 이익이 없어 각하가 된다. 다만 노동위원회의 부당해고 구제절차가 진행 중에 근로관계가 종료된 경우에도 권리구제 이익이 없는 것인지가 문제된다.

나. 판례의 기본 태도

종래 판례는 “근로자가 부당해고구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 근로계약기간의 만료로 근로관계가 종료하였다면 근로자로서는 비록 이미 지급받은 해고기간 중의 임금을 부당이득으로 반환하여야 하는 의무를 면하기 위한 필요가 있거나 퇴직금 산정시 재직기간에 해고기간을 합산할 실익이 있다고 하여도, 그러한 이익은 민사소송절차를 통하여 해결될 수 있어 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되었으므로 구제이익은 소멸한다고 보아야 한다” 라고 하여 구제이익이 없다는 입장이었다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두22136 판결).

그러나 대법원은 최근 전원합의체 판결을 통하여 “근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지되므로 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다툼 소의 이익이 있다” 라고 판시하면서 그 입장을 변경하였다(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결).

노동위원회 부당해고 구제절차(금전보상 명령신청) 진행 중 근로관계가 종료된 경우 (= 권리구제 이익 o)

(가) 부당해고 구제명령제도에 관한 근로기준법의 규정 내용과 목적 및 취지, 임금 상당액 구제명령의 의의 및 법적 효과 등을 종합적으로 고려하면, 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지되므로 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다툼 소의 이익이 있다고 보아야 한다. 상세한 이유는 다음과 같다.

① 부당해고 구제명령제도는 부당한 해고를 당한 근로자에 대한 원상회복, 즉 근로자가 부당해고를 당하지 않았다면 향유할 법적 지위와 이익의 회복을 위해 도입된 제도로서, 근로자 지위의 회복만을 목적으로 하는 것이 아니다. 해고를 당한 근로자가 원직에 복직하는 것이 불가능하더라도, 부당한 해고라는 사실을 확인하여 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받도록 하는 것도 부당해고 구제명령제도의 목적에 포함된다.

② 부당한 해고를 당한 근로자를 원직에 복직하도록 하는 것과, 해고기간 중의 임금 상당액을 지급

받도록 하는 것 중 어느 것이 더 우월한 구제방법이라고 말할 수 없다. 근로자를 원직에 복직하도록 하는 것은 장래의 근로관계에 대한 조치이고, 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받도록 하는 것은 근로자가 부당한 해고의 효력을 다투고 있던 기간 중의 근로관계의 불확실성에 따른 법률관계를 정리하기 위한 것으로 서로 목적과 효과가 다르기 때문에 원직복직이 가능한 근로자에 한정하여 임금 상당액을 지급받도록 할 것은 아니다.

③ 근로자가 구제명령을 통해 유효한 집행권원을 획득하는 것은 아니지만, 해고기간 중의 미지급 임금과 관련하여 강제력 있는 구제명령을 얻을 이익이 있으므로 이를 위해 재심판정의 취소를 구할 이익도 인정된다고 봄이 타당하다.

④ 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받기 위하여 민사소송을 제기할 수 있다는 사정이 소의 이익을 부정할 이유가 되지는 않는다.

⑤ 종래 대법원이 근로자가 구제명령을 얻는다고 하더라도 객관적으로 보아 원직에 복직하는 것이 불가능하고, 해고기간에 지급받지 못한 임금을 지급받기 위한 필요가 있더라도 민사소송절차를 통하여 해결할 수 있다는 등의 이유를 들어 소의 이익을 부정하여 왔던 판결들은 금품지급명령을 도입한 근로기준법 개정 취지에 맞지 않고, 기간제근로자의 실효적이고 직접적인 권리구제를 사실상 부정하는 결과가 되어 부당하다.

(나) 위와 같은 법리는 근로자가 근로기준법 제30조 제3항에 따라 금품지급명령을 신청한 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결).

다. 금전보상명령을 신청한 경우

근로자가 금전보상명령을 신청한 경우 구제절차 진행 중에 근로관계가 종료된 경우에도 구제이익이 없는 것인지 문제된다. 이와 관련하여 종래의 판례는 심리불속행 판결이긴 하나 “금전보상명령은 구제명령을 할 때 원직복직이 객관적으로 가능한 것을 전제로 부당해고에 대한 구제명령인 원직복직 명령을 대신하여 금전보상을 명할 수 있다는 것일 뿐 원직복직이 객관적으로 가능하지 않는 경우까지 금전보상명령을 할 수 있다는 의미는 아니다” 라고 하여, 원직복직을 신청한 경우와 마찬가지로 구제이익이 없다는 입장이었다(대법원 2019. 1. 17. 선고 2018두58349 선고²⁾).

그러나 대법원은 최근 전원합의체판결을 통하여 금전보상명령을 신청한 경우에 있어서도 원직복직을 목적으로 한 부당해고구제신청과 마찬가지로 구제이익이 있다는 입장으로 변경하였다(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결).

2) 원심판결 : 대전고법 2018.8.31. 선고 2018누11324 판결

- 교재 256P. 에 추가

나. 2년을 초과한 기간제 근로계약과 계속근로의 판단

기간제법 제4조의 ‘계속 근로한 총기간’ 산정 방법(공개채용 절차를 계속근로 단절로 볼 수 있는지 여부)

기간제법 규정 내용과 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 입법 취지 등을 고려하면, 기간제 근로계약이 반복하여 체결되거나 갱신되어 일정한 공백기 없이 기간제 근로자가 계속적으로 근로한 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 최초 기간제 근로계약에서부터 최종 기간제 근로계약에 이르기까지 기간 전체가 기간제법 제4조에서 말하는 기간제근로자의 사용 기간으로서 ‘계속 근로한 총기간’에 포함되어야 한다.

다만 기간제 근로계약의 대상이 되는 업무의 성격, 기간제 근로계약의 반복 또는 갱신과 관련한 당사자들의 의사, 반복 또는 갱신된 기간제 근로계약을 전후한 기간제근로자의 업무 내용·장소와 근로조건의 유사성, 기간제 근로계약의 종료와 반복 또는 갱신 과정에서 이루어진 절차나 그 경위 등을 종합적으로 고려할 때 당사자 사이에 기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 기간제근로자의 계속된 근로에도 불구하고 그 시점에 근로관계가 단절되었다고 보아야 하고, 그 결과 기간제법 제4조에서 말하는 ‘계속 근로한 총기간’을 산정할 때 그 시점을 전후한 기간제 근로계약기간을 합산할 수는 없다(대법원 2020. 8. 20. 선고 2017두52153 판결³⁾).

판단근거가 된 사실관계 기간제 근로계약을 1년 단위로 갱신하여 온 참가인들은 초·중등교육법 시행령에서 정한 근무기간 4년이 지난 후에는 기존 기간제 근로계약을 종료하는 절차를 거친 후 **별도의 이 사건 공개채용 절차**를 거쳐 2014.3.1.부터 새로이 영어회화 전문강사로 근무하게 되었던 점, 참가인들이 응시한 **이 사건 공개채용 절차**는 객관적이고 합리적인 기준에 따라 실질적인 경쟁이 이루어진 **신규 채용 절차로 평가할 수 있는 점**, 한편 원고는 이 사건 공개채용 절차에서의 1차 서류심사와 관련하여 평가 기준을 변경하였지만 원고가 **기존 영어회화 전문강사들을 계속 채용하겠다**는 의사를 가지고 그 기준을 변경한 것이라고 보기 어려운 점, 참가인들을 포함한 기존 영어회화 전문강사에게 이 사건 공개채용 절차에도 불구하고 이전의 **기간제 근로계약을 반복 또는 갱신한다**는 인식이나 의사가 있었던 것으로 보이지 않는 점, 2014.3.1.을 전후하여 참가인들에 대해 이루어진 **중전 기간제 근로계약의 종료 절차 및 이 사건 공개채용 절차가 기간제법 제4조제2항 적용을 회피하기 위한 의도로 이루어진 형식적인 절차에 불과하다고 할 수도 없는 점** 등을 종합하면, 이 사건 공개채용 절차를 거쳐 2014.3.1. 새로운 기간제 근로계약이 체결됨으로써 참가인들과 원고 사이에 기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있어 그 시점에 근로관계는 단절되었고, 결국 기간제법 제4조에서 말하는 계속 근로한 총기간을 산정할 때 2014.3.1.을 전후한 기간제 근로계약기간을 합산할 수 없어 참가인들의 계속 근로한 총기간이 4년을 초과하지 않으므로, 참가인들을 기간제법 제4조제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자라고 할 수 없다.

3) 동지판결 - 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018두51201, 해당 판결은 상고판례와 동일하게 초·중등교육법에 따라 임용된 기간제 영어회화 전문강사 사안으로, 근무하는 학교를 옮기는 과정에서 퇴직금정산을 하는 절차를 거쳤지만, 공개채용 절차를 거치지 않았고, 도중에 공개채용 과정을 거치는 등의 기존과는 다른 새로운 관계가 형성되었다고 볼 만한 사정이 없어서, 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자라고 판단하였다.

- 교재 272P. 에 변경 및 추가

4. 사용사업주의 직접고용의무의 불이행

가. 과태료 처분

사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 않은 경우에는 3천만원 이하의 과태료가 부과된다(파견법 제46조 제2항).

나. 사법상 파견근로자가 직접고용의무 이행 청구가 가능한지 여부

판례는 “개정된 파견법하에서 파견기간 제한을 위반한 사용사업주는 직접고용의무 규정에 의하여 파견근로자를 직접 고용할 의무가 있으므로, 파견근로자는 사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용사업주를 상대로 고용 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다” 라고 판시하였다(대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결).

다. 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대한 손해배상청구

사용사업주가 파견근로자에 대한 직접고용의무를 불이행하는 경우, 파견근로자가 이에 대한 손해배상을 청구할 수 있는지와 관련하여 판례는 “파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다” 라고 판시하였다(대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결; 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024, 239031, 239048, 239055, 239062 판결).

다만 최근 판례는 이러한 직접고용의무 불이행에 따른 손해배상청구와 관련하여 “직접고용의무를 이행했더라도 파견근로자가 근로를 제공하지 않았을 것이라고 평가할 수 있는 예외적인 경우에는 사용사업주의 채무불이행으로 인하여 파견근로자에게 손해가 발생했다고 볼 수 없으므로, 이와 같은 경우에는 파견근로자가 손해배상을 청구할 수 없다” 고 하여 그 청구가 제한되는 경우에 대해서 판시한 바 있다(대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024, 239031, 239048, 239055, 239062 판결).

라. 사용사업주에게 직접고용의무가 발생한 후, 파견근로자가 파견사업주와의 관계에서 사직을 하거나 해고를 당한 경우

사용사업주에게 직접고용의무가 발생한 후에 파견근로자가 파견사업주와의 관계에서 사직을 하거나 해고를 당한 경우, 사용사업주의 직접고용의무에 영향을 미치는지 문제될 수 있으나, 이와 관련하여 판례는 “이러한 사정은 원칙적으로 사용사업주와 파견근로자 사이의 직접고용의무와 관련된 법률관계에 영향을 미치지 않는다” 는 입장이다(대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024, 239031, 239048, 239055, 239062 판결).

또한 파견근로자가 파견사업주에게 사직의 의사표시를 한 것이 파견법 제6조의2 제2항에서 규정하고 있는 ‘해당 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’ 에 해당하는지 문제되나, 이에 대해서 판례는 “파견근로자가 파견사업주와의 근로관계를 중

료하고자 하는 의사로 사직의 의사표시를 하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 파견법 제6조의2 제2항에서 직접고용의무 규정의 적용 배제사유로 정하고 있는 ‘해당 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’에 해당한다고 단정할 수 없다”고 판시하였다(대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024, 239031, 239048, 239055, 239062 판결).

직접고용의무 발생 후 파견근로자가 사직하거나 해고를 당한 경우

파견근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’이라고 한다)상의 직접고용의무 규정의 내용과 개정 경과, 입법 목적 등에 비추어 보면, 사용사업주에게 직접고용의무가 발생한 후 파견근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고를 당하였다고 하더라도, 이러한 사정은 원칙적으로 사용사업주와 파견근로자 사이의 직접고용의무와 관련된 법률관계에 영향을 미치지 않는다. 또한 파견근로자가 파견사업주와의 근로관계를 종료하고자 하는 의사로 사직의 의사표시를 하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 파견법 제6조의2 제2항에서 직접고용의무 규정의 적용 배제사유로 정하고 있는 ‘해당 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우’에 해당한다고 단정할 수 없다(대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024, 239031, 239048, 239055, 239062 판결).

- 교재 278P. 에 추가

다. 비교대상자(동종·유사업무 종사자)

기간제근로자에 대한 차별적 처우 판단을 위한 비교대상 근로자

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’ 이라 한다) 제8조 제1항의 문언 내용과 기간제근로자에 대해 실제로 존재하는 불합리한 차별을 시정하고자 하는 기간제법의 취지 등을 고려하면, 기간제근로자에 대하여 차별적 처우가 있었는지를 판단하기 위한 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 비교대상 근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자 중에서 선정하여야 하고, 이러한 근로자가 당해 사업 또는 사업장에 실제로 근무하고 있을 필요는 없으나 직제에 존재하지 않는 근로자를 비교대상 근로자로 삼을 수는 없다(대법원 2019. 9. 26. 선고 2016두47857 판결).

라. 차별금지영역

임금에 대해서 차별적 처우가 있다고 주장한 경우 그 판단 방식(=임금 세부항목별 비교)

기간제근로자가 기간제근로자임을 이유로 임금에서 비교대상 근로자에 비하여 차별적 처우를 받았다고 주장하며 차별 시정을 신청하는 경우, 원칙적으로 기간제근로자가 불리한 처우라고 주장하는 임금의 세부 항목별로 비교대상 근로자와 비교하여 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다. 다만 기간제근로자와 비교대상 근로자의 임금이 서로 다른 항목으로 구성되어 있거나, 기간제근로자가 특정 항목은 비교대상 근로자보다 불리한 대우를 받은 대신 다른 특정 항목은 유리한 대우를 받은 경우 등과 같이 항목별로 비교하는 것이 곤란하거나 적정하지 않은 특별한 사정이 있는 경우라면, 상호 관련된 항목들을 범주별로 구분하고 각각의 범주별로 기간제근로자가 받은 임금 액수와 비교대상 근로자가 받은 임금 액수를 비교하여 기간제근로자에게 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다. 이러한 경우 임금의 세부 항목이 어떤 범주에 속하는지는, 비교대상 근로자가 받은 항목별 임금의 지급 근거, 대상과 그 성격, 기간제근로자가 받은 임금의 세부 항목 구성과 산정 기준, 특정 항목의 임금이 기간제근로자에게 지급되지 않거나 적게 지급된 이유나 경위, 임금 지급 관행 등을 종합하여 합리적이고 객관적으로 판단하여야 한다(대법원 2019. 9. 26. 선고 2016두47857 판결).

- 교재 311P. 추가

2. 법외조합(법외노조) 통보처분

법외노조 통보 처분의 유효성(=법률유보원칙 위반으로 무효)

법외노조 통보는 적법하게 설립된 노동조합의 법적 지위를 박탈하는 중대한 침익적 처분으로서 원칙적으로 국민의 대표자인 입법자가 스스로 형식적 법률로써 규정하여야 할 사항이고, 행정입법으로 이를 규정하기 위하여는 반드시 법률의 명시적이고 구체적인 위임이 있어야 한다. 그런데 노동조합 및 노동관계조정법 시행령(이하 '노동조합법 시행령' 이라 한다) 제9조 제2항은 법률의 위임 없이 법률이 정하지 아니한 법외노조 통보에 관하여 규정함으로써 헌법상 노동3권을 본질적으로 제한하고 있으므로 그 자체로 무효이다. 구체적인 이유는 아래와 같다.

법외노조 통보는 이미 법률에 의하여 법외노조가 된 것을 사후적으로 고지하거나 확인하는 행위가 아니라 그 통보로써 비로소 법외노조가 되도록 하는 형성적 행정처분이다. 이러한 법외노조 통보는 단순히 노동조합에 대한 법률상 보호만을 제거하는 것에 그치지 않고 헌법상 노동3권을 실질적으로 제약한다. 그런데 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법' 이라 한다)은 법상 설립요건을 갖추지 못한 단체의 노동조합 설립신고서를 반려하도록 규정하면서도, 그보다 더 침익적인 설립 후 활동 중인 노동조합에 대한 법외노조 통보에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않고, 이를 시행령에 위임하는 명문의 규정도 두고 있지 않다. 더욱이 법외노조 통보 제도는 입법자가 반성적 고려에서 폐지한 노동조합 해산명령 제도와 실질적으로 다를 바 없다. 결국 노동조합법 시행령 제9조 제2항은 법률이 정하고 있지 아니한 사항에 관하여, 법률의 구체적이고 명시적인 위임도 없이 헌법이 보장하는 노동3권에 대한 본질적인 제한을 규정한 것으로서 법률유보원칙에 반한다(대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결).

- 교재 325P. 추가

5. 근로자의 단결선택권과 유니온 슝 협정의 인적효력 범위

가. 근로자의 단결선택권과 유니온 슝 협정을 체결하지 않은 노동조합(소수 노조)의 단결권

근로자의 단결선택권과 소수노조의 단결권

헌법 제33조 제1항, 제11조 제1항, 제32조 제1항 전문, 노동조합 및 노동관계조정법 제5조 본문, 제81조 제2호, 근로기준법 제23조 제1항 등 관련 법령의 문언과 취지 등을 함께 고려하면, 근로자에게는 단결권 행사를 위해 가입할 노동조합을 스스로 선택할 자유가 헌법상 기본권으로 보장되고, 나아가 근로자가 지배적 노동조합에 가입하지 않거나 그 조합원 지위를 상실하는 경우 사용자로 하여금 그 근로자와의 근로관계를 종료시키도록 하는 내용의 유니온 슝 협정이 체결되었더라도 지배적 노동조합이 가진 단결권과 마찬가지로 유니온 슝 협정을 체결하지 않은 다른 노동조합의 단결권도 동등하게 존중되어야 한다(대법원 2019. 11. 28. 선고 2019두47377 판결).

나. 유니온 슝 협정의 인적 효력 범위

유니온 슝 협정의 인적 효력 범위

유니온 슝 협정이 가진 목적의 정당성을 인정하더라도, 지배적 노동조합이 체결한 유니온 슝 협정은 사용자를 매개로 한 해고의 위협을 통해 지배적 노동조합에 가입하도록 강제한다는 점에서 허용 범위가 제한적일 수밖에 없다. 이러한 점들을 종합적으로 고려하면, 근로자의 노동조합 선택의 자유 및 지배적 노동조합이 아닌 노동조합의 단결권이 침해되는 경우에까지 지배적 노동조합이 사용자와 체결한 유니온 슝 협정의 효력을 그대로 인정할 수는 없고, 유니온 슝 협정의 효력은 근로자의 노동조합 선택의 자유 및 지배적 노동조합이 아닌 노동조합의 단결권이 영향을 받지 아니하는 근로자, 즉 어느 노동조합에도 가입하지 아니한 근로자에게만 미친다(대법원 2019. 11. 28. 선고 2019두47377 판결).

다. 신규 입사자가 소수 노조에 가입한 경우

유니온 슝 협정의 인적 효력 범위

신규로 입사한 근로자가 노동조합 선택의 자유를 행사하여 지배적 노동조합이 아닌 노동조합에 이미 가입한 경우에는 유니온 슝 협정의 효력이 해당 근로자에게까지 미친다고 볼 수 없고, 비록 지배적 노동조합에 대한 가입 및 탈퇴 절차를 별도로 경유하지 아니하였더라도 사용자가 유니온 슝 협정을 들어 신규 입사 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 없는 해고로서 무효로 보아야 한다(대법원 2019. 11. 28. 선고 2019두47377 판결).

- 교재 335P. 추가

I. 조합활동의 의의

산별 노조 지회가 실시한 직장점거에 종업원 아닌 조합원 참여 행위의 법적성격(=조합활동)

산업별 노조(‘이 사건 노조’)와 특정 회사(‘회사’)의 단체교섭이 결렬되자 이 사건 노조는 주장을 관철할 목적으로 회사 내 공장 주차장에 들어가 구호를 외치고 노래를 부르는 등 집회를 개최하였다. 이 집회는 부분적·병존적 직장점거로 쟁의행위로서 정당성이 인정된다. 이 집회에 회사 종업원이 아닌 이 사건 노조 조합원들이 참가하였다고 하여 정당성을 상실하는 것은 아니다.

비종업원인 조합원의 쟁의행위 참여 행위는 이 사건 노조 지회 및 그 소속 조합원들의 쟁의행위를 지원·조력하기 위한 **산업별 노동조합의 조합활동으로서의 성격**을 가진다. 비조합원인 조합원의 공장 출입이 회사의 사업 운영에 지장을 주지 않은 점, 이 회사 공장 내에 머무른 장소와 시간 등을 고려하면 출입행위의 정당성을 부정할 정도로 수단과 방법의 상당성이 없다고 할 수 없다.(대법원 2020. 7. 9. 선고 2015도6713 판결).

- 교재 342P. 추가

아. 산별 노조 간부의 지회 사업장 출입(사용자의 시설관리권과의 충돌)

조합활동의 정당성(사용자의 시설관리권과의 충돌)

노동조합의 활동이 정당하다고 하려면, 첫째 주체의 측면에서 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 목적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수 있는 것이어야 하고, 둘째 목적의 측면에서 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적 지위의 향상을 도모하기 위하여 필요하고 근로자들의 단결 강화에 도움이 되는 행위이어야 하며, 셋째 시기의 측면에서 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행이나 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 원칙적으로 근무시간 외에 행하여져야 하고, 넷째 수단·방법의 측면에서 사업장 내 조합활동에서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하며 폭력과 파괴행위 등의 방법에 의하지 않는 것이어야 한다.

이 중에서 시기·수단·방법 등에 관한 요건은 조합활동과 사용자의 노무지휘권·시설관리권 등이 충돌할 경우에 그 정당성을 어떠한 기준으로 정할 것인지 하는 문제이므로, 위 요건을 갖추었는지 여부를 판단할 때에는 조합활동의 필요성과 긴급성, 조합활동으로 행해진 개별 행위의 경위와 구체적 태양, 사용자의 노무지휘권·시설관리권 등의 침해 여부와 정도, 그 밖에 근로관계의 여러 사정을 종합하여 충돌되는 가치를 객관적으로 비교·형량하여 실질적인 관점에서 판단하여야 한다(대법원 2020. 7. 29. 선고 2017도2478 판결).

사실관계 산업별 노동조합 간부가 소속 지회 사업장에 산업안전보건법 위반 사실의 증거수집을 할 목적으로 방문한 것과 관련하여 ① 그 이전에도 같은 목적으로 방문하여 관리자 측의 별다른 제지가 없었다는 점, ② 공장의 시설이나 설비를 눈으로만 살펴보고 그 소요시간도 30~40분 정도에 그친 점, ③ 현장순회 과정에서 폭행·협박·강제적 물리력을 행사한 바 없고, 근무 중인 근로자들의 업무를 방해하거나 소란을 피운 사실도 없다는 점 등을 고려하여 근로조건의 유지·개선을 위한 조합활동으로서의 필요성이 인정되고, 그러한 활동으로 인하여 회사 측의 시설관리권의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다는 이유로 조합활동의 정당성을 인정하였다(폭력행위 등 처벌에 관한 법률 상 공동주거침입에 대해 무죄 판결).

- 교재 347P. 변경

다. 검토

개정 노조법(2021. 7. 6. 시행 예정) 제24조 제1항은 노조전임자에 대해서 사용자의 임금지급이 가능하도록 변경되었으나 이 역시 현행 노조법과 마찬가지로 개정 노조법 제24조 제2항에서 근로시간 면제 한도를 초과하지 아니하는 범위에서 임금의 손실없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 노조법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있다는 점, 쟁의행위를 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무로 보기 어렵다는 점, 노조법 제44조에 따라 쟁의행위 기간 중 임금지급 요구가 금지된다는 점, 일반 조합원들은 쟁의행위 기간 중 급여를 받지 못함에도 불구하고 노조 전임자에게만 급여를 지급하는 것은 형평성에 맞지 않는다는 점 등을 고려할 때 쟁의행위 기간 중 노조전임자에 대한 급여 지급 의무가 없다는 판례의 태도는 타당하다고 할 것이다.

Ⅳ. 노조전임자 급여지급 금지와 근로시간면제제도

1. 의의

1997년 노조법 제정 당시 노조법은 사용자의 노조전임자에 대한 급여지급을 금지하고(노조법 제24조 제2항), 노조전임자에 대한 급여지급을 부당노동행위로 규정하되(노조법 제81조 제4호), 부칙에 유예규정을 두어 2010. 6. 30.까지는 이를 적용하지 않고 있다가 2010년 노조법 개정으로 2010. 7. 1.부터 원칙적으로 노조전임자에 대한 급여지급이 부당노동행위로서 금지되었고, 노조전임자의 일정한 활동과 업무에 대해서는 근로시간 면제 방식을 통해 유급으로 처리되는 것이 허용되었다(노조법 제24조 제4항).

그리고 최근 개정 노조법(2021. 7. 6. 시행예정) 제24조 제1항 및 제2항에 의하면 노조전임자는 근로시간면제 한도 범위 내에서 사용자로부터 급여를 지급받으면서 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에 종사할 수 있도록 변경되었다. 또한 개정 노조법 제81조 제1항 제4호에서는 근로시간 면제한도를 초과하는 노조전임자에 대한 급여지급을 부당노동행위로 보도록 변경하였다.

2. 노조전임자에 대한 급여 금지 및 부당노동행위 성립

현행 노조법 제24조 제2항에 따라 노조전임자는 전임기간 동안 사용자로부터 어떠한 급여도 지급받아서 안되고, 만일 사용자가 이를 위반하여 노조전임자에게 급여를 지원하는 것은 부당노동행위에 해당한다. 이에 다수의 사례에서 판례는 전임자에 대한 급여 지급 등 운영비 원조가 노동조합의 적극적인 요구 내지 투쟁으로 얻어진 결과라도 이러한 사정만으로 부당노동행위에 대한 판단을 달리 할 수 없다고 판단하였다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2014다78362 판결).

그러나 이러한 판례의 법리는 개정 노조법이 시행되는 2021. 7. 6. 이후부터는 그대로 유지되기는 어렵다고 할 것이다. 그 이유는 사용자는 근로시간 면제한도 내에서 노조전임자에게 급여를 지급하는 것이 허용되며(개정 노조법 제24조 제2항), 현행 노조법 제24조 제5항에서 규정하고 있는 노조 전임자에 대한 임금지급 요구 및 이를 관철한 목적의 쟁의행위 금지는 개정 노조법으로 삭제될 뿐만 아니라 개정 노조법 제81조 제1항 제4호에서는 근로시간 면제한도를 초과하는 노조전임자에 대한 급여지급에 대해서 부당노동행위로 보고 있기 때문이다. 따라서 이후에는 개정 노조법 규정에 따라 해당 사안을 판단해야 할 것이다.

57-2 노동조합의 (내부)통제권

〈노동조합 및 노동관계조정법〉

제11조(규약) 노동조합은 그 조직의 자주적·민주적 운영을 보장하기 위하여 당해 노동조합의 규약에 다음 각 호의 사항을 기재하여야 한다.

15. 규율과 통제에 관한 사항

제21조(규약 및 결의처분의 시정) ① 행정관청은 노동조합의 규약이 노동관계법령에 위반한 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 시정을 명할 수 있다.

② 행정관청은 노동조합의 결의 또는 처분이 노동관계법령 또는 규약에 위반된다고 인정할 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 시정을 명할 수 있다. 다만, 규약위반시의 시정명령은 이해관계인의 신청이 있는 경우에 한한다.

③ 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 시정명령을 받은 노동조합은 30일 이내에 이를 이행하여야 한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그 기간을 연장할 수 있다.

I. 노동조합의 통제권 의의

1. 의의

노동조합의 통제권이란 조합원이 조합 규약이나 지시 등을 위반한 경우 노동조합이 제 처분을 가질 수 있는 권한을 의미한다. 이러한 노동조합의 통제권의 근거에 대해서 견해의 대립은 있으나, 통설은 헌법 제33조에 따라 단결권을 보장받고 있는 노동조합은 그 조직을 유지하고 목적을 달성하기 위하여 강고한 단결력이 유지되어야 하고, 이를 위하여 조합원에 대하여 일정한 강제와 제재를 가할 수 있는 권한을 가진다고 본다(단결권설)⁴⁾.

판례도 “헌법 제33조 제1항에 의하여 단결권을 보장받고 있는 노동조합은 그 조직을 유지하고 목적을 달성하기 위하여는 조합의 내부질서가 확립되고 강고한 단결력이 유지되지 않으면 안되고 따라서 노동조합은 단결권을 확보하기 위하여 필요하고도 합리적인 범위 내에서 조합원에 대하여 일정한 규제와 강제를 행사하는 내부통제권을 가진다.” 고 판시하고 있다(대법원 2005. 1. 28. 선고 2004도227 판결).

2. 통제권의 한계

노동조합의 통제권은 단결권 보장에서 유래하는 것으로 노동조합은 헌법과 노조법에 따라 근로조건 규제의 권능을 가지고 특별한 보호도 받고 있다. 따라서 노동조합의 통제

4) 임종률 제16판 88면, 김형배·박지순 제8판 469면

권은 단결권 확보를 위하여 필요하고도 합리적인 범위 내에서 행사될 경우에만 그 정당성이 인정된다고 할 것이다.

이와 관련하여 판례는 “노동조합이 그 내부통제권을 행사함에 있어서는 구성원인 조합원이 일반 국민으로서 가지는 헌법상의 기본적 권리의 본질적인 내용이나 다른 헌법적 가치를 침해하지 않아야 할 내재적 한계가 존재한다.” 고 판시⁵⁾하여(대법원 2005. 1. 28. 선고 2004도227 판결), 그 한계가 있음을 인정하고 있다.

II. 통제처분의 대상(통제권 행사의 대상)

1. 비판행위(조합원 언론의 자유)

노동조합 방침이나 집행부에 대한 조합원의 비판행위는 조합원이 가지는 언론의 자유를 존중하고 노동조합의 민주적 운영을 위하여 가능한 허용되어야 한다. 따라서 노동조합 내부의 일부 집단 또는 조합원 개인이 독자적으로 하는 학습회 개최, 집행부 비판 내용의 유인물 배포, 쟁의기간 중의 설문조사 등은 허용되고 통제처분의 대상이 되지 않는다고 할 것이다.

다만, 비판 내용이 허위사실에 근거하거나 사실을 왜곡하고 집행부를 악의적으로 비방하는 것으로 평가되는 경우에는 통제처분의 대상이 될 수 있다.

2. 결의 또는 지시 불복종

노동조합의 합법적 방침이나 결의에 반대하여 일부 조합원이 독자적인 활동을 감행하거나 노동조합의 행동통일에 관한 지시에 대하여 노동조합의 전략을 저해하는 독자적인 활동을 하는 경우 통제처분의 대상이 될 수 있다. 다만, 해당 결의나 지시가 위법한 경우 조합원은 이에 따를 의무가 없고, 이는 통제처분의 대상이 되지 않는다고 할 것이다.

3. 단체교섭의 방해

단체교섭의 성공적 타결을 위해 노동조합이 지시한 쟁의행위에 참가하지 않거나 이를 방해하는 경우에는 통제처분의 대상이 된다.

4. 정치활동 방침 위반

조합원이 노동조합의 정치활동 방침에 따르지 않거나 위반한 경우 통제처분의 대상이 되는지 문제된다. 이는 조합원에게 그 활동에 협력할 의무 또는 그 방침에 따를 의무가 있는지 여부에 따라 판단해야 할 것이다⁶⁾.

5) 노동조합이 공직선거에서 특정 정당이나 후보자를 지지하기로 하고, 노조원에게 이를 강제한 사례로 이에 대해 대법원은 노동조합의 통제권 한계를 벗어난 것으로 판단.

노동조합이 조합원총회에서 공직선거의 선거기간 중에 그 명의로 특정 정당이나 후보자를 지지하라는 방침을 결정하고, 이를 따르지 않는 조합원에게는 통제권을 행사하겠다고 한 사안에서, 판례는 “노동조합이 총회의 결의 등을 거쳐 지지하거나 반대하는 정당이나 후보자를 결정하고 그 명의로 선거운동을 할 수 있다고 하더라도, 그 구성원인 조합원 개개인에 대하여 노동조합의 결의 내용에 따르도록 권고하거나 설득하는 정도를 넘어서 이를 강제하는 것은 허용되지 아니한다.” 고 판단하였다(대법원 2005. 1. 28. 선고 2004도 227 판결).

Ⅲ. 통제처분의 내용과 절차

1. 통제처분의 내용

노동조합의 조합원에 대한 규율과 통제에 관한 사항은 규약의 필요적 기재사항에 해당한다(노조법 제11조 제15호). 따라서 통제처분의 내용, 절차를 규약에서 정한 경우에는 이에 따라야 하고, 정함이 없는 경우에는 조합원의 의사에 따라야 할 것이다.

규약으로 정하는 통제처분의 내용은 경고, 벌금부과, 권리정지, 제명 등이 있다. 다만 통제처분이 사회통념상 현저히 가혹한 경우 통제권 남용으로 무효가 된다고 보아야 한다.

2. 통제처분의 절차

통제처분은 노동조합의 민주적이고 공정한 절차에 따라 이루어져야 하므로 규약에서 정한 절차를 준수해야 하며, 규약에서 정한 절차가 없는 경우에는 노동조합의 본질과 운영의 기본원리에 따라 일정한 절차를 마련해야 한다.

통제처분의 절차는 우선 해당 조합원에게 통제처분의 사유를 통지하고 변명의 기회를 부여해야 하며, 통제처분에 대해서는 규약에서 정한 기관의 의결을 거쳐야 한다.

이러한 통제처분의 절차적 요건을 흠결한 경우에는 이는 무효라고 할 것이다.

3. 위법한 통제처분의 구제

위법한 통제처분을 받은 조합원은 통제처분의 무효를 주장하는 등의 민사소송을 제기할 수 있다. 또한 노동조합의 통제처분이 규약에 위반하는 경우에 해당한다면 해당 조합원은 행정관청에 시정명령을 신청할 수 있으며 이러한 경우 행정관청은 노동위원회 의결을 얻어 시정명령을 할 수 있고(노조법 제21조 제2항), 노동조합은 정당한 이유가 있는 경우를 제외하고 30일 이내 시정명령을 이행하여야 한다(노조법 제21조 제3항).

6) 임종률 제16판 90면

- 교재 378P. 추가

4. 절차적 공정대표 의무

가. 절차적 공정대표 의무의 범위

절차적 공정대표 의무의 범위(=단체교섭 및 단체협약 체결 관련 필요정보 제공과 의견 수렴)

교섭창구 단일화 제도하에서 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합은 독자적으로 단체교섭권을 행사할 수 없으므로, 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’ 이라 한다)은 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합을 보호하기 위해 사용자와 교섭대표노동조합에게 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원을 합리적 이유 없이 차별하지 못하도록 공정대표의무를 부과하고 있다(제29조의4 제1항). 공정대표의무는 헌법이 보장하는 단체교섭권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하기 위한 제도적 장치로 기능하고, 교섭대표노동조합과 사용자가 체결한 단체협약의 효력이 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합(이하 ‘소수노동조합’ 이라 한다)에게도 미치는 것을 정당화하는 근거가 된다. 이러한 공정대표의무의 취지와 기능 등에 비추어 보면, 공정대표의무는 단체교섭의 결과물인 단체협약의 내용뿐만 아니라 단체교섭의 과정에서도 준수되어야 하고 (대법원 2018.8.30. 선고 2017다218642 판결 등 참조), 교섭대표노동조합으로서는 단체협약 체결에 이르기까지 단체교섭 과정에서 소수노동조합을 합리적인 이유 없이 절차적으로 차별하지 않아야 할 공정대표의무를 부담한다고 봄이 타당하다. 따라서 교섭대표노동조합은 단체교섭 과정에서 절차적 공정대표의무를 적절하게 이행하기 위하여 소수노동조합을 동등하게 취급함으로써 단체교섭 및 단체협약 체결에 관련하여 필요한 정보를 적절히 제공하고 그 의견을 수렴할 의무 등을 부담한다(대법원 2020. 10. 29. 선고 2019다262582 판결).

나. 절차적 공정대표 의무 위반

절차적 공정대표 의무 위반에 따른 불법행위 책임

교섭대표노동조합이 사용자와 단체교섭 과정에서 마련한 단체협약 잠정합의안(이하 ‘잠정합의안’ 이라 한다)에 대해 자신의 조합원 총회 또는 총회에 갈음할 대의원회의 찬반투표 절차를 거치면서도 소수노동조합의 조합원들에게 동등하게 그 절차에 참여할 기회를 부여하지 않거나 그들의 찬반의사까지 고려하여 잠정합의안에 대한 가결 여부를 결정하지 않았더라도, 그러한 사정만으로 이를 가리켜 교섭대표노동조합의 절차적 공정대표의무 위반이라고 단정할 수는 없다. 이러한 경우 특별한 사정이 없는 한 교섭대표노동조합이 소수노동조합을 차별한 것으로 보기 어렵기 때문이다.

교섭대표노동조합이 절차적 공정대표의무에 위반하여 합리적 이유 없이 소수노동조합을 차별하였다면, 이러한 행위는 원칙적으로 교섭창구 단일화 절차에 따른 단체교섭과 관련한 소수노동조합의 절차적 권리를 침해하는 불법행위에 해당하고, 이로 인한 소수노동조합의 재산적 손해가 인정되지 않더라도 특별한 사정이 없는 한 비재산적 손해에 대하여 교섭대표노동조합은 위자료 배상책임을 부담한다(대법원 2020. 10. 29. 선고 2019다262582 판결).

사실관계 단체교섭 과정에서 중요한 사항인 잠정합의안에 관하여 원고 조합에 대해 설명하거나 의견을 수렴하는 절차를 전혀 거치지 않은 것은 절차적 공정대표의무 위반으로 불법행위가 성립한다고 판단한 사례

- 교재 399P. 추가

(2) 강행법규 등에 의한 한계

민법 제103조와 단체협약(단체협약의 강행법규에 의한 한계)

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

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

사용자가 노동조합과의 단체교섭에 따라 업무상 재해로 인한 사망 등 일정한 사유가 발생하는 경우 조합원의 직계가족 등을 채용하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면, 그와 같은 단체협약이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나 채용 기회의 공정성을 현저히 해하는 결과를 초래하는 등의 특별한 사정이 없는 한 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 단정할 수 없다. 이러한 단체협약이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나 채용 기회의 공정성을 현저히 해하는 결과를 초래하는지는 단체협약을 체결한 이유나 경위, 그와 같은 단체협약을 통해 달성하고자 하는 목적과 수단, 적합성, 채용대상자가 갖추어야 할 요건의 유무와 내용, 사업장 내 동종 취업규칙 유무, 단체협약의 유지 기간과 준수 여부, 단체협약이 규정한 채용의 형태와 단체협약에 따라 채용되는 근로자의 수 등을 통해 알 수 있는 사용자의 일반 채용에 미치는 영향과 구직희망자들에 미치는 불이익의 정도 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다248998 전원합의체 판결).

(3) 이미 발생한 권리를 처분하는 단체협약의 효력

이미 발생한 권리(임금)를 처분하는 단체협약의 효력(2)

현실적으로 지급되었거나 이미 구체적으로 그 지급청구권이 발생한 임금은 근로자의 사적 재산 영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이기 때문에 노동조합이 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않는 이상, 사용자와 사이의 단체협약만으로 이에 대한 반환이나 포기 및 지급유예와 같은 처분행위를 할 수는 없다. [...] 피고 등 개별근로자의 동의나 수권을 받지 아니한 이상, 이 사건 노동조합은 이 사건 합의 및 2011년도 임금협정만으로 이미 피고 등에게 지급된 임금 중 일부를 사납금 인상분이라는 명목으로 원고에게 소급하여 반환하기로 하는 내용의 처분행위를 할 수는 없다고 할 것이다(대법원 2019. 10. 19. 선고 2015두60207 판결).

- 교재 409P. 추가

라. 단체협약 상 쟁의행위 중 신분보장 조항

단체협약에 쟁의행위 중 신분보장 조항의 효력(=일체의 인사조치 불가)

단체협약에서 ‘쟁의기간 중에는 징계나 전출 등의 인사조치를 아니 한다’ 고 정하고 있는 경우, 이는 쟁의기간 중에 쟁의행위에 참가한 조합원에 대한 징계 등 인사조치 등에 의하여 노동조합의 활동이 위축되는 것을 방지함으로써 노동조합의 단체행동권을 실질적으로 보장하기 위한 것이므로, 쟁의행위가 그 목적이 정당하고 절차적으로 노동조합 및 노동관계조정법의 제반 규정을 준수함으로써 정당하게 개시된 경우라면, 비록 쟁의 과정에서 징계사유가 발생하였다고 하더라도 쟁의가 계속되고 있는 한 그러한 사유를 들어 쟁의기간 중에 징계위원회의 개최 등 조합원에 대한 징계절차의 진행을 포함한 일체의 징계 등 인사조치를 할 수 없다(대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다257869 판결).

단체협약에 쟁의행위 중 신분보장 조항을 축소 해석 가능여부(허용 x)

단체협약의 ‘쟁의 중 신분보장’ 규정이 “회사는 정당한 노동쟁의 행위에 대하여 간섭방해, 이간 행위 및 쟁의기간 중 여하한 징계나 전출 등 인사조치를 할 수 없으며 쟁의에 참가한 것을 이유로 불이익 처분할 수 없다.” 라고 규정하고 있는 경우, 이러한 문언 자체로 징계사유의 발생기나 그 내용에 관하여 특별한 제한을 두고 있지 않음이 분명하므로, 위 규정은 그 문언과 같이 **정당한 쟁의 행위 기간 중에는 사유를 불문하고 회사가 조합원에 대하여 징계권을 행사할 수 없다는 의미로 해석함이 타당하다.**

만일 이와 달리 비위사실이 쟁의행위와 관련이 없는 개인적 일탈에 해당하거나 노동조합의 활동이 저해될 우려가 없는 경우에는 정당한 쟁의행위 기간 중에도 회사가 징계권을 행사할 수 있다는 식으로 **‘쟁의 중 신분보장’ 규정의 적용 범위를 축소하여 해석하게 되면, 위 규정의 문언 및 그 객관적인 의미보다 근로자에게 불리하게 되어 허용되지 않는다**고 보아야 한다. 이와 같이 근로자에게 불리한 해석은, 쟁의기간 중에 쟁의행위에 참가한 조합원에 대한 징계 등 인사조치에 의하여 노동조합의 활동이 위축되는 것을 방지함으로써 노동조합의 단체행동권을 실질적으로 보장하기 위한 위 규정의 도입 취지에 반한다(대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다257869 판결).

- 교재 429P. 추가

4. 대체근로금지 의무 위반으로 채용되거나 대체되는 인원에 대한 처벌 가능 여부

쟁의행위 기간에 대체금지 의무를 위반하여 채용, 대체되는 자의 처벌 가능 여부(=불가)

사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없고, 이를 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금으로 처벌된다[노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’ 이라 한다) 제91조, 제43조 제1항]. 여기서 처벌되는 ‘사용자’ 는 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다(노동조합법 제2조 제2호).

노동조합법 제91조, 제43조 제1항은 사용자의 위와 같은 행위를 처벌하도록 규정하고 있으므로, 사용자에게 채용 또는 대체되는 자에 대하여 위 법조항을 바로 적용하여 처벌할 수 없음은 문언상 분명하다. 나아가 채용 또는 대체하는 행위와 채용 또는 대체되는 행위는 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있음에도 채용 또는 대체되는 자를 따로 처벌하지 않는 노동조합법 문언의 내용과 체계, 법 제정과 개정 경위 등을 통해 알 수 있는 입법 취지에 비추어 보면, 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하는 사용자에게 채용 또는 대체되는 자의 행위에 대하여는 일반적인 형법 총칙상의 공범 규정을 적용하여 공동정범, 교사범 또는 방조범으로 처벌할 수 없다(대법원 2020. 6. 11. 선고 2016도3048 판결).

5. 쟁의행위 기간 중 위법한 대체근로를 저지하는 행위

위법한 대체근로를 저지하는 행위가 위법성이 조각되는 경우와 그 판단기준

사용자가 당해 사업과 관계없는 자를 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 채용 또는 대체하는 경우, 쟁의행위에 참가한 근로자들이 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 쟁의행위가 실효를 거둘 수 있도록 하기 위하여 마련된 위 규정의 취지에 비추어 정당행위로서 위법성이 조각된다. 위법한 대체근로를 저지하기 위한 실력 행사가 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위로서 정당행위에 해당하는지는 그 경위, 목적, 수단과 방법, 그로 인한 결과 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 사정 아래서 합목적적·합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결).

- 교재 449P. 추가

4. 조정절차와 쟁의행위

조정전치주의와 쟁의행위의 정당성 판단

노동조정법 제45조의 조정전치에 관한 규정의 취지는 분쟁을 사전 조정하여 쟁의행위 발생을 회피하는 기회를 주려는 데에 있는 것이지 쟁의행위 자체를 금지하려는 데에 있는 것이 아니므로, 쟁의행위가 조정전치의 규정에 따른 절차를 거치지 아니하였다고 하여 무조건 정당성이 결여된 쟁의행위라고 볼 것이 아니고, 그 위반행위로 말미암아 사회·경제적 안정이나 사용자의 사업운영에 예기치 않은 혼란이나 손해를 끼치는 등 부당한 결과를 초래할 우려가 있는지의 여부 등 구체적 사정을 살펴서 그 정당성 유무를 가려 형사상 죄책을 판단하여야 한다(대법원 2020. 10. 15. 선고 2019두 40345 판결).

- 교재 458P. 추가

V. 도급인의 사업장 내에서 사내하청업체 소속 근로자들이 쟁의행위를 한 경우의 법률관계

1. 도급인 사업장 내에서 사내하청업체 소속 근로자들이 정당한 쟁의행위를 한 경우 도급인에 대한 관계에서 정당행위로 인정받을 수 있는지 여부

수급인 소속 근로자의 쟁의행위가 도급인의 사업장에 발생한 경우 쟁의행위의 정당성을 갖추었다는 사정만으로 도급인에 대한 관계에서 정당행위로 법익침해의 위법성이 조각되는지 여부(소극)

쟁의행위가 정당행위로 위법성이 조각되는 것은 사용자에게 대한 관계에서 인정되는 것이므로, 제3자의 법익을 침해한 경우에는 원칙적으로 정당성이 인정되지 않는다. 그런데 도급인은 원칙적으로 수급인 소속 근로자의 사용자가 아니므로, 수급인 소속 근로자의 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 일어나 도급인의 형법상 보호되는 법익을 침해한 경우에는 사용자인 수급인에 대한 관계에서 쟁의행위의 정당성을 갖추었다는 사정만으로 사용자가 아닌 도급인에 대한 관계에서까지 법령에 의한 정당한 행위로서 법익 침해의 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다(대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결).

2. 도급인과의 관계에서 위법성이 조각되는 경우와 판단기준

도급인과의 관계에서 위법성이 조각되는 경우와 그 판단기준

사용자인 수급인에 대한 정당성을 갖춘 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 이루어져 형법상 보호되는 도급인의 법익을 침해한 경우, 그것이 항상 위법하다고 볼 것은 아니고, 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당하는 경우에는 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’로서 위법성이 조각된다. 이러한 경우에 해당하는지 여부는 쟁의행위의 목적과 경위, 쟁의행위의 방식·기간과 행위 태양, 해당 사업장에서 수행되는 업무의 성격과 사업장의 규모, 쟁의행위에 참여하는 근로자의 수와 이들이 쟁의행위를 행한 장소 또는 시설의 규모·특성과 종래 이용관계, 쟁의행위로 인해 도급인의 시설관리나 업무수행이 제한되는 정도, 도급인 사업장 내에서의 노동조합 활동 관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결).

6. 노동조합 탈퇴 중용 행위

사용자가 노동조합의 조합원에 대해서 노동조합을 탈퇴할 것을 중용하는 하는 행위는 원칙적으로 노동조합을 조직 또는 지배하거나 이에 개입하는 행위에 해당한다. 다만, 노동조합에 가입할 수 있는 자격이 없는 자(사용자, 이익대표자)에게 노동조합을 탈퇴할 것을 중용하는 경우에도 부당노동행위에 해당하는지가 문제된다. 이와 관련하여 판례는 사립대학교를 설치·운영하는 갑 학교법인이 직책상 노동조합에 참가할 수 없는 자라며 소속 직원 48명에게 전국대학노동조합 지부 탈퇴를 요구한 행위에 대하여, 전국대학노동조합이 부당노동행위 구제신청을 하였으나 중앙노동위원회가 이를 기각하는 재심판정을 한 사안에서, 직원 중 주임급 이하 직원 전부 또는 대부분이 조합원 자격이 없는 ‘항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자’에 해당한다며 이들에게 노동조합 탈퇴를 요구한 행위가 부당노동행위에 해당하지 않는다고 본 원심판결에 법리오해 등 위법이 있다고 파기환송한 사례가 있다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두13873 판결). 참고로 이후 파기환송심에서는 노동조합 탈퇴요구를 받은 조합원들이 이익대표자에 해당하는 지 여부를 그 실질에 따라 판단하여 이익대표자에는 해당하지 않으나, 사용자에게 부당노동행위의 의사가 없다고 하여 무죄를 선고하였다.

이익대표자의 의미

노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다) 제2조 제2호, 제4호 단서 (가)목에 의하면, 노동조합법상 사용자에 해당하는 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자와 항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자는 노동조합 참가가 금지되는데, 그 취지는 노동조합의 자주성을 확보하려는 데 있다. 여기서 ‘그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자’란 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건 결정 또는 업무상 명령이나 지휘·감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 자를 말하고, ‘항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자’란 근로자에 대한 인사, 급여, 징계, 감사, 노무관리 등 근로관계 결정에 직접 참여하거나 사용자의 근로관계에 대한 계획과 방침에 관한 기밀사항 업무를 취급할 권한이 있는 등과 같이 직무상 의무와 책임이 조합원으로서 의무와 책임에 직접적으로 저촉되는 위치에 있는 자를 의미한다. 따라서 이러한 자에 해당하는지는 일정한 직급이나 직책 등에 의하여 일률적으로 결정되어서는 안 되고, 업무 내용이 단순히 보조적·조언적인 것에 불과하여 업무 수행과 조합원 활동 사이에 실질적인 충돌이 발생할 여지가 없는 자도 여기에 해당하지 않는다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두13873 판결).

- 교재 498P. 변경

나. 공무원노조와 설립신고

(1) 공무원노조의 노동기본권

공무원으로 조직된 근로자단체는 공무원노조법에 따라 설립된 공무원노동조합인 경우에 한하여 노동기본권의 향유 주체가 될 수 있다.

공무원으로 조직된 근로자단체의 노동기본권 향유 주체성(=부정)

헌법 제33조 제2항은 공무원인 근로자의 경우 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다고 규정함으로써 공무원인 근로자의 노동기본권에 대하여 헌법적 제한을 두고 있으며, 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’ 이라 한다) 제5조 단서는 공무원으로 구성된 노동조합(이하 ‘공무원노동조합’ 이라 한다)의 설립이나 가입에 관하여 따로 법률로 정하도록 규정하고 있다. 그리고 이에 따라 제정된 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(이하 ‘공무원노조법’ 이라 한다)은 노동기본권이 보장되는 공무원의 범위와 공무원노동조합의 설립 및 운영 등에 관한 사항을 정하면서, 제3조 제1항에서 공무원노조법에 따른 공무원노동조합의 조직·가입, 공무원노동조합과 관련된 정당한 활동에 대하여는 노동운동 등 공무 외의 집단 행위를 금지한 국가공무원법 및 지방공무원법을 적용하지 아니하도록 규정하고 있다. 이러한 헌법과 노동조합법, 공무원노조법 등 공무원의 노동기본권 관련 규정 내용을 종합하면, 공무원으로 조직된 근로자단체는 공무원노조법에 따라 설립된 공무원노동조합인 경우에 한하여 노동기본권의 향유 주체가 될 수 있다(대법원 2016. 12. 27. 선고 2011두921 판결).

(2) 합병의 효력발생 및 기존 노조의 소멸시점

공무원노조의 신설합병의 경우, 기존 공무원노조는 바로 소멸하는 것이 아니라 새로운 공무원노조가 설립신고증을 교부받은 때 비로소 합병의 효력이 발생하여 소멸하게 된다.

공무원노동조합 신설합병의 효력발생 시점(=신설노조의 설립신고 시)

나아가 이는 기존 공무원노동조합이 신설합병 형태로 새로운 공무원노동조합을 설립하는 경우에도 마찬가지이다. 따라서 기존 공무원노동조합은 합병결의 및 새로운 공무원노동조합 설립을 위한 결성·조직행위가 있었다는 사정만으로 당연히 소멸하는 것이 아니라, 공무원노동조합의 실체를 갖추어 공무원노조법에 따른 설립신고를 마침으로써 새로운 공무원노동조합으로 설립되는 때에 비로소 합병의 효력이 발생하여 소멸하게 된다(대법원 2016. 12. 27. 선고 2011두921 판결).

[참고] 일반노동조합 신설합병의 효력발생 시점(=실질적 요건을 갖추었을 때)

노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’ 이라 한다) 제28조 제1항 제2호는 합병을 노동조합이 소멸하는 해산사유로 규정하고 있는데, 둘 이상의 노동조합이 소멸하고 새로운 노동조합이 설립되는 형태인 신설합병의 경우, 노동조합법이 새로운 노동조합의 설립신고를 합병의 효력 발생 요건으로 정하고 있지 않은 점이나 설립신고의 취지 또는 법적 의미 등을 고려하면, 합병에 의하여 설립되는 근로자단체가 노동조합법 제2조 제4호에서 정한 노동조합의 실질적 요건을 갖추어 노동기본권의 향유 주체로 인정될 수 있는 때에 합병이 완료되어 기존 노동조합은 소멸하고, 이와 달리 신고증을 교부받아야만 합병의 효력이 발생하는 것은 아니다. 다만 그 근로자단체가 노동조합법상 노동조합으로 일정한 보호를 받기 위해서는 신고증을 교부받아야 함은 물론이다(대법원 2016. 12. 27. 선고 2011두921 판결).

신설합병으로 소멸이 예정된 공무원노조의 지위

이 경우 합병결의 및 새로운 공무원노동조합 설립을 위한 결성·조직행위가 이루어진 시점부터 새로운 공무원노동조합의 설립신고가 수리되는 시점까지 존재하는 기존 공무원노동조합은 소멸이 예정된 조직이어서 지위가 잠정적인 것이지만, 기존 법률관계를 정리·청산하는 데에 필요한 범위 내에서는 공무원노동조합으로 활동할 수 있다(대법원 2016. 12. 27. 선고 2011두921 판결).

▣ 개정법 관련 추록(근기법 개정사항은 교재에 반영 대상 없음)

- 교재 300P, 312P, 319P. 조문박스에 개정법(2021. 7. 6. 시행) 반영

제2조 제4호 라목 단서 : 다만, 해고된 자가 ~ 아니된다. => 삭제

- 교재 303P, 319P 조문박스 제5조 개정법(2021. 7. 6. 시행) 반영(교체)

〈노조법〉

- 제5조(노동조합의 조직·가입·활동) ① 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다. 다만, 공무원과 교원에 대하여는 따로 법률로 정한다.
- ② 사업 또는 사업장에 종사하는 근로자(이하 “종사근로자” 라 한다)가 아닌 노동조합의 조합원은 사용자의 효율적인 사업 운영에 지장을 주지 아니하는 범위에서 사업 또는 사업장 내에서 노동조합 활동을 할 수 있다.
- ③ 종사근로자인 조합원이 해고되어 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙 노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 종사근로자로 본다.

- 교재 303P, 315P. 조문박스 제7조 개정법(2021. 7. 6. 시행) 반영(교체)

〈노조법〉

- 제7조(노동조합의 보호요건) ① 이 법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동위원회에 노동쟁의의 조정 및 부당노동행위의 구제를 신청할 수 없다.
- ② 제1항의 규정은 제81조제1항제1호·제2호 및 제5호의 규정에 의한 근로자의 보호를 부인하는 취지로 해석되어서는 아니된다.
- ③ 이 법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동조합이라는 명칭을 사용할 수 없다.

- 교재 327P. 조문박스 제17조 개정법(2021. 7. 6. 시행) 반영(교체)

〈노조법〉

- 제17조(대의원회) ① 노동조합은 규약으로 총회에 갈음할 대의원회를 둘 수 있다.
- ② 대의원은 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의하여 선출되어야 한다.
- ③ 하나의 사업 또는 사업장을 대상으로 조직된 노동조합의 대의원은 그 사업 또는 사업장에 종사하는 조합원 중에서 선출하여야 한다.
- ④ 대의원의 임기는 규약으로 정하되 3년을 초과할 수 없다.
- ⑤ 대의원회를 둔 때에는 총회에 관한 규정은 대의원회에 이를 준용한다.

- 교재 328P. 조문박스 제23조 개정법(2021. 7. 6. 시행) 반영(교체)

〈노조법〉

제23조(임원의 자격 등) ① 노동조합의 임원 자격은 규약으로 정한다. 이 경우 하나의 사업 또는 사업장을 대상으로 조직된 노동조합의 임원은 그 사업 또는 사업장에 종사하는 조합원 중에서 선출하도록 정한다.

② 임원의 임기는 규약으로 정하되 3년을 초과할 수 없다.

- 교재 343P. 조문박스 제24조 개정법(2021. 7. 6. 시행) 반영(교체)

〈노조법〉

제24조(근로시간 면제 등) ① 근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에는 사용자 또는 노동조합으로부터 급여를 지급받으면서 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에 종사할 수 있다.

② 제1항에 따라 사용자로부터 급여를 지급받는 근로자(이하 “근로시간면제자”라 한다)는 사업 또는 사업장별로 종사근로자인 조합원 수 등을 고려하여 제24조의2에 따라 결정된 근로시간 면제 한도(이하 “근로시간 면제 한도”라 한다)를 초과하지 아니하는 범위에서 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있다.

③ 사용자는 제1항에 따라 노동조합의 업무에 종사하는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 제한해서는 아니 된다.

④ 제2항을 위반하여 근로시간 면제 한도를 초과하는 내용을 정한 단체협약 또는 사용자의 동의는 그 부분에 한정하여 무효로 한다.

⑤ 삭제(기존 : 노조전임자 급여지급 요구, 관철 목적 쟁의행위 금지)

- 교재 352P, 464P, 482P. 조문박스 및 485P 본문 박스 제81조 제1항 제4호 개정법(2021. 7. 6. 시행) 반영(교체)

〈노조법〉

제81조(부당노동행위) ① 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 “不當勞動行爲”라 한다)를 할 수 없다.

4. 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 근로시간 면제한도를 초과하여 급여를 지급하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위. 다만, 근로자가 근로시간 중에 제24조제2항에 따른 활동을 하는 것을 사용자가 허용함은 무방하며, 또한 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 그 밖에 채해의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공 및 그 밖에 이에 준하여 노동조합의 자주적인 운영 또는 활동을 침해할 위험이 없는 범위에서의 운영비 원조행위는 예외로 한다.

- 교재 362P. 조문박스 제30조 제3항 개정법(2021. 7. 6. 시행) 반영(교체)

<노조법>

- 제30조(교섭 등의 원칙) ① 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 신의에 따라 성실히 교섭하고 단체협약을 체결하여야 하며 그 권한을 남용하여서는 아니된다.
- ② 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 정당한 이유없이 교섭 또는 단체협약의 체결을 거부하거나 해태하여서는 아니된다.
- ③ 국가 및 지방자치단체는 기업·산업·지역별 교섭 등 다양한 교섭방식을 노동관계 당사자가 자율적으로 선택할 수 있도록 지원하고 이에 따른 단체교섭이 활성화될 수 있도록 노력하여야 한다.

- 교재 369P. 조문박스 제29조의2(2021. 7. 6. 시행) 반영(교체)

<노조법>

- 제29조의2(교섭창구 단일화 절차) ① 하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합은 교섭대표노동조합(2개 이상의 노동조합 조합원을 구성원으로 하는 교섭대표기구를 포함한다. 이하 같다)을 정하여 교섭을 요구하여야 한다. 다만, 제3항에 따라 교섭대표노동조합을 자율적으로 결정하는 기한 내에 사용자가 이 조에서 정하는 교섭창구 단일화 절차를 거치지 아니하기로 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 제1항 단서에 해당하는 경우 사용자는 교섭을 요구한 모든 노동조합과 성실히 교섭하여야 하고, 차별적으로 대우해서는 아니 된다.
- ③ 교섭대표노동조합 결정 절차(이하 “교섭창구 단일화 절차”라 한다)에 참여한 모든 노동조합은 대통령령으로 정하는 기한 내에 자율적으로 교섭대표노동조합을 정한다.
- ④ 제3항에 따른 기한까지 교섭대표노동조합을 정하지 못하고 제1항 단서에 따른 사용자의 동의를 얻지 못한 경우에는 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원 과반수로 조직된 노동조합(2개 이상의 노동조합이 위임 또는 연합 등의 방법으로 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 전체 조합원의 과반수가 되는 경우를 포함한다)이 교섭대표노동조합이 된다.
- ⑤ 제3항 및 제4항에 따라 교섭대표노동조합을 결정하지 못한 경우에는 교섭창구 단일화 절차에 참여한 모든 노동조합은 공동으로 교섭대표단(이하 이 조에서 “공동교섭대표단”이라 한다)을 구성하여 사용자와 교섭하여야 한다. 이 때 공동교섭대표단에 참여할 수 있는 노동조합은 그 조합원 수가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원 100분의 10 이상인 노동조합으로 한다.
- ⑥ 제5항에 따른 공동교섭대표단의 구성에 합의하지 못할 경우에 노동위원회는 해당 노동조합의 신청에 따라 조합원 비율을 고려하여 이를 결정할 수 있다.
- ⑦ 제1항 및 제3항부터 제5항까지에 따른 교섭대표노동조합을 결정함에 있어 교섭요구 사실, 조합원 수 등에 대한 이의가 있는 때에는 노동위원회는 대통령령으로 정하는 바에 따라 노동조합의 신청을 받아 그 이의에 대한 결정을 할 수 있다.
- ⑧ 제6항 및 제7항에 따른 노동위원회의 결정에 대한 불복절차 및 효력은 제69조와 제70조제2항을 준용한다.
- ⑨ 노동조합의 교섭요구·참여 방법, 교섭대표노동조합 결정을 위한 조합원 수 산정 기준 등 교섭창구 단일화 절차와 교섭비용 증가 방지 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ⑩ 제4항부터 제7항까지 및 제9항의 조합원 수 산정은 중사근로자인 조합원을 기준으로 한다.

- 교재 412P. 조문박스 제32조 개정법(2021. 7. 6. 시행) 반영(교체)

〈노조법〉

- 제32조(단체협약 유효기간의 상한) ① 단체협약의 유효기간은 3년을 초과하지 않는 범위에서 노사가 합의하여 정할 수 있다.
- ② 단체협약에 그 유효기간을 정하지 아니한 경우 또는 제1항의 기간을 초과하는 유효기간을 정한 경우에 그 유효기간은 3년으로 한다.
- ③ 단체협약의 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 약정이 있는 경우에는 그에 따르되, 당사자 일방은 해지하고자 하는 날의 6월전까지 상대방에게 통고함으로써 종전의 단체협약을 해지할 수 있다.

- 교재 425P, 430P, 440P. 조문박스 제37조 개정법(2021. 7. 6. 시행) 반영(교체)

〈노조법〉

- 제37조(쟁의행위의 기본원칙) ① 쟁의행위는 그 목적·방법 및 절차에 있어서 법령 기타 사회질서에 위반되어서는 아니된다.
- ② 조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위를 하여서는 아니된다.
- ③ 노동조합은 사용자의 점유를 배제하여 조업을 방해하는 형태로 쟁의행위를 해서는 아니 된다.

- 교재 430P, 440P. 조문박스 제41조 개정법(2021. 7. 6. 시행) 반영(교체)

〈노조법〉

- 제41조(쟁의행위의 제한과 금지) ① 노동조합의 쟁의행위는 그 조합원(제29조의2에 따라 교섭대표노동조합이 결정된 경우에는 그 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원)의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다. 이 경우 조합원 수 산정은 종사근로자인 조합원을 기준으로 한다.
- ② 「방위사업법」에 의하여 지정된 주요방위산업체에 종사하는 근로자중 전력, 용수 및 주요 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없으며 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자의 범위는 대통령령으로 정한다

- 교재 495P. 조문박스 공무원노조법 제1조, 제6조 개정법(2021. 7. 6. 시행) 반영(교체)

〈공무원노조법〉

제1조(목적) 이 법은 「대한민국헌법」 제33조제2항에 따른 공무원의 노동기본권을 보장하기 위하여 「노동조합 및 노동관계조정법」 제5조제1항 단서에 따라 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제6조(가입 범위) ① 노동조합에 가입할 수 있는 사람의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 일반직공무원
 2. 특정직공무원 중 외무영사직렬·외교정보기술직렬 외무공무원, 소방공무원 및 교육공무원 (다만, 교원은 제외한다)
 3. 별정직공무원
 4. 제1호부터 제3호까지의 어느 하나에 해당하는 공무원이었던 사람으로서 노동조합 규약으로 정하는 사람
 5. 삭제
- ② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 공무원은 노동조합에 가입할 수 없다.
1. 업무의 주된 내용이 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원
 2. 업무의 주된 내용이 인사·보수 또는 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니한 업무에 종사하는 공무원
 3. 교정·수사 등 공공의 안녕과 국가안전보장에 관한 업무에 종사하는 공무원
 4. 삭제 <2021. 1. 5.>
- ③ 삭제 <2021. 1. 5.>
- ④ 제2항에 따른 공무원의 범위는 대통령령으로 정한다.

- 교재 499P. 조문박스 교원노조법 제1조, 제4조의2 개정법(2021. 7. 6. 시행) 반영(교체)

〈교원노조법〉

제1조(목적) 이 법은 「국가공무원법」 제66조제1항 및 「사립학교법」 제55조에도 불구하고 「노동조합 및 노동관계조정법」 제5조제1항 단서에 따라 교원의 노동조합 설립에 관한 사항을 정하고 교원에 적용할 「노동조합 및 노동관계조정법」에 대한 특례를 규정함을 목적으로 한다.

제4조의2(가입 범위) 노동조합에 가입할 수 있는 사람의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 교원
2. 교원으로 임용되어 근무하였던 사람으로서 노동조합 규약으로 정하는 사람