논문

https://doi.org/10.22999/hraj..497.202105.006

2020년 노동법 중요판례평석

노 상 헌

서울시립대학교 법학전문대학원 교수

Analysis of Major Cases on Labor Law in 2020

Sang-Heon Roh

Professor, Law School of University of Seoul

초록 : 판례는 사실과 법의 통합으로서 해석과 적용의 축적이다. 2020년 대법원 판결 중에서 노동법적으로 중요한 의미가 있는 판결들을 개별적 근로관계법, 집단적 노사관계법, 비정규직 노동관계법으로 분류하여 평석하였다. 노동사건에 관한 대법원 판결은 기존에 형성되어 온 관행과 당사자의 추정적 의사보다는 관련 법령의 엄격한 해석과 공평성을 중시한다는 경향이 이어지고 있는 것으로 보인다.

구체적으로 시간급 통상임금 산정에서 가산수당 산정을 위한 가산율을 고려한 종래 판례법리를 변경하였고, 경영해고 후 우선 재고용의무 위반 시점과 위반의 효력에 관한 판결과 소속 근로자가 아닌 조합원의 쟁의행위 참여의 법적 성격에 관한 판결 등은 법해석을 정립한 판결에 해당한다. 나아가 파견법상 직접고용의무의 법적 성격과 내용 및 효력범위 등을 정리한 판결은 대법원 노동법 해석의 시각을 보여준다.

Abstract : The judicial precedent is accumulation of interpretation and application as integration of the facts and law. The article reviews major decisions of the Supreme Court on labor law cases in 2020 which are categorized into three categories: employment law, labor relations law and non-regular labor law. In labor cases, it appears that the Supreme Court prefers to prioritize the strict interpretation and fairness of related law over existing practices and the parties' presumed intentions.

Specifically, the existing case law considering an additional rate for calculating an additional allowance was changed in the calculation of the hourly ordinary wage, and the ruling on timing and validity of violation of reemployment duty after dismissal and the judgment on the legal nature of union activities done by the union members, not the workers, are the judgments that established the interpretation of the law. Furthermore, the judgment that arranged the legal character, contents, and permits of direct employment duty shows the perspective of the Supreme Court's labor law interpretation.

• 논문접수 : 2021. 3. 7. • 심 사 : 2021. 3. 10. • 게재확정 : 2021. 4. 5.

Ⅰ. 선정기준

이 글에서 평석하는 2020년 노동법 중요 판례는 선례에 따라 1차적으로 한국노동법학회와 한국노동연구원이 매월 수행하는 노동판례리뷰 작업 대상이 된 대법원 판결과 「월간 노동법률」에 게재된 2020년 화제의 판례 12선 등을 참고하여 선정하였다.[1)]

노동법은 전통적으로 근로관계의 형성, 존속, 소멸을 다루는 개별적 노동관계법과 노동조합과 사용자 사이의 단체교섭, 노동쟁의 조정, 쟁의행위, 부당노동행위 등을 다루는 집단적 노사관계법으로 구분하여 연구한다. 이 글은 전통적인 두 영역 외에 비정규직 근로자와 외국인 근로자의 비중이 커지고 또한 관련 중요한 판례가 많이 선고되고 있는 점을 고려하여 '비정규직 노동관계법' 영역으로 분류하여 평석하였다. 이하 평석에서는 위와 같은 기준으로 선정한 13개 판결을 개별적 근로관계법, 집단적 노사관계법, 비정규직 노동관계법으로 나누어 각 쟁점을 살펴본다.

Ⅱ. 개별적 노동관계법

1. 시간급 통상임금의 산정방법(대법원 2020. 1. 22. 선고 2015다73067 전원합의체 판결)

가. 사실관계

피고는 지역의 운수사업자이고, 원고들은 피고에 고용되어 버스 운전기사로 근무하다가 퇴직한 자들이다. 원고들은 근무일마다 근로기준법이 정한 기준근로시간을 초과하여 약정한 근로시간 동안 근로하였고, 단체협약 및 임금협정에 따라 정해진 기본시급을 기준으로 기본급(일급)과 연장근로수당, 야간근로수당, 주휴수당 등의 법정수당을 지급받았다. 피고는 임금협정에 따라 산정한 시급을 시간급 통상임금으로 보고, 시급을 기준으로 계산한 기본급, 연장근로수당, 야간근로수당, 주휴수당이 포함된 '일당액'을 정한 다음, 원고들이 근무한 일수에 일당액을 곱한 금액을 월 기본급으로 지급하였다.

피고는 기본시급으로 계산한 기본급여 외에도 승무수당, 연초수당, 식대, 근속수당, 상여금, 운전자 공제회비 등을 지급하였다. 원고들은 피고가 통상임금에서 제외한 각종 고정수당이 통상임금에 해당한다고 주장하면서, 이를 기초로 재산정한 연장근로수당, 야간근로수당, 주휴수당, 만근수당, 유급휴일수당 등을 청구하였다. 제1심과 원심은 원고들의 청구를 일부 받아들였고, 원고들과 피고가 각각 상고를 제기하였다.

나. 판결 요지

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.

단체협약이나 취업규칙 등으로 주휴수당에 가산율을 정한 경우, 이는 주휴수당을 지급할 때에 기본 주휴수당에 일정한 비율을 가산하여

1) 박수근, "2018년 노동법 중요판례평석" 「인권과정의」 2019년 5월호, 57면 ; 도재형, "2019년 노동법 중요판례평석" 「인권과정의」 2020년 5월호, 31면.

지급하기로 하는 취지에 불과하므로 위와 같은 법리는 이 경우에도 동일하게 적용된다. 따라서 총근로시간 수에 포함되어야 하는 주휴일에 근무한 것으로 의제되는 시간 수를 산정할 때 주휴수당에 정한 가산율을 고려할 것은 아니다.

다. 평석

쟁점은 기준근로시간(1일 8시간, 1주 40시간)을 초과하는 약정 근로시간에 대한 임금으로 '월급 또는 일급 형태의 고정수당'이 지급되었는데, 사용자가 그러한 고정수당을 통상임금에서 제외하였으나 심리 결과 고정수당이 통상임금에 해당하는 것으로 밝혀진 경우, 그 고정수당을 시간급으로 환산하기 위한 '총근로시간 수'의 산정 방법이다. 예컨대 1일 10시간(8시간 + 2시간) 근로에 대한 대가로 10만 원의 일급이 지급되었고, 그 일급이 통상임금에 해당하는 경우이다. 종래 판례에 따르면 일급 10만 원을 연장근로시간에 대한 가산율을 합산한 11시간[8시간 + 3시간(=2×1.5)]으로 나눈 약 9,090원이 시간급이 된다. 대상판결은 당사자 사이에 다른 정함이 없는 한, 각각의 근로제공시간에 대한 급여는 같은 액수로 정해져 있다고 보는 것이 통상적인 임금 계산의 원리에 부합하고 가장 공평하며 합리적이므로, 고정수당의 시간급은 10만 원을 10시간으로 나눈 1만 원으로 구하는 것이 타당하다고 하면서 종래 대법원 판례를 변경한 것이다.

대상판결은 보충의견에서 밝히고 있듯이 '고정수당의 시간급 산정 방식에 관한 당사자의 의사가 형성되어 있다고 보기 어려운 사안'을 전제로 하는 것이다. 따라서 법정근로시간의 범위 이내에서 소정근로시간을 정하는 대부분의 사업장은 물론 '유효'한 포괄임금 약정을 체결한 사업장이나 소위 '고정OT' 약정을 체결하여 법정근로시간 내의 근로와 이를 초과하는 연장근로 등에 대한 임금을 사전에 명확하게 구분한 사업장에 대하여는 적용될 여지가 없다.[2)]

2. 포괄임금제에 관한 약정 성립 여부(대법 2020. 2. 6. 2015다233579)

가. 사실관계

원고들은 피고 회사의 버스운전기사로 격일제 형태로 1일 5회 정해진 노선을 운행하였으며, 평균 1회 운행시간을 고려해 1일 총 17시간이나 19시간으로 근로시간을 사전에 정하고, 그 중 연장근로시간 수와 야간근로시간 수도 함께 정하였다. 피고는 '시간급 통상임금'을 상여금, 근속수당, 성실수당, 휴가비 등을 제외한 기본급만으로 산정하였다. 원고들은 상여금 등을 포함해 시간급 통상임금을 재산정하고 이에 따른 미지급 수당을 요구하였고, 피고는 미리 근로자들과 연장근로, 야간근로, 휴일근로시간 등을 약정하고 포괄임금제로 임금을 지급해 왔다고 주장하였다. 1심은 포괄임금 약정을 인정하지 않았지만, 원심은 임금지급은 포괄임금제 방식에 의거한다는 임금협정서를 근거로 원고의 주장을 배척하였다.

나. 판결 요지

포괄임금제에 관한 약정이 성립하였는지는 근로시간, 근로형태와 업무의 성질, 임금 산정의 단위, 단체협약과 취업규칙의 내용, 동종 사업장의 실태 등 여러 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 구체적으로 판단하여야 한다. 비록 개별 사안에서 근로형태나 업무의 성격상 연장·야간·

2) 권오성, "고정수당을 시간급 통상임금으로 환산하는 계산식(計算式) - 대법원 2020. 1. 22. 선고 2015다73067 전원합의체판결" 「월간 노동리뷰」 2020년 3월호, 111면.

휴일근로가 당연히 예상된다고 하더라도 기본급과는 별도로 연장·야간·휴일근로수당 등을 세부항목으로 나누어 지급하도록 단체협약이나 취업규칙, 급여규정 등에 정하고 있는 경우에는 포괄임금제에 해당하지 아니한다. 그리고 단체협약 등에 일정 근로시간을 초과한 연장근로시간에 대한 합의가 있다거나 기본급에 수당을 포함한 금액을 기준으로 임금인상률을 정하였다는 사정 등을 들어 바로 위와 같은 포괄임금제에 관한 합의가 있다고 섣불리 단정할 수는 없다.

다. 평석

쟁점은 원고들이 소속한 노동조합과 피고가 체결한 임금협정서에 포괄임금방식으로 임금을 지급한다는 취지의 문구에 관한 해석이다. 대상판결은 임금협정서에 기본급과는 별도로 연장근로수당, 야간근로수당 등을 세부항목으로 나누어 지급할 것을 정하고 있고, 피고는 실제로 임금협정서, 임금조견표, 급여명세서에 기재된 세부항목에 따라 원고들에게 임금을 지급한 것으로 보이며, 임금협정상 임금 체계가 법정 기준근로시간을 초과하는 약정 근로시간에 대한 사전 합의를 전제로 월별 근무일수에 따른 기본급과 약정 근로시간 등에 대한 제 수당 금액을 합산하여 월별 보수를 지급하는 형태에 불과할 뿐 포괄임금제에 관한 합의를 포함하고 있다고 할 수 없다고 판단하였다.

대상판결은 포괄임금 약정의 유효성을 실질적이고 구체적으로 판단하겠다는 취지로 보인다. 한편, 대법원은 '시외버스운송사업 등을 영위하는 피고와 그 노동조합 사이에 체결된 이 사건 임금협정이 기본임금을 미리 산정하지 않고 실제 근로시간과 관계없이 총 주행거리에 비례하여 각종 수당을 산정하며, 총 주행거리에 비례하여 산정된 각종 수당은 근로기준법이 정하고 있는 연장근로수당과 야간근로수당 등을 포함하면 포괄임금제에 해당한다'고 보아 포괄임금 약정의 유효성을 인정하였다(대법원 2020. 6. 25. 선고 2015다8803 판결).

3. 부당해고 구제신청의 구제이익과 소의 이익(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결)

가. 사실관계

원고는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 근무하던 중 2016. 12.경 사용자로부터 무단외출 등의 사유로 징계해고를 통보받고 서울지방노동위원회에 구제신청을 하였다. 그 후 근로기준법 제30조 제3항에 따라 원직복직 대신 임금 상당액 이상의 금품지급명령을 구하는 것으로 신청취지를 변경하였다. 근로자의 부당해고 구제신청은 서울지방노동위원회 및 중앙노동위원회에서 정당한 이유가 있다고 기각되었다. 이에 불복하여 서울행정법원에 재심판정 취소를 구하는 소를 제기하였다. 소송이 진행되던 중 적법한 절차를 거쳐 신설된 정년(만 60세)의 시행일인 2017. 10. 1. 원고는 정년이 되어 당연퇴직하였다. 이에 서울행정법원과 서울고등법원은 종래 대법원 판례를 좇아 해고의 효력을 다투던 중 정년에 도달하여 근로관계가 종료되었으므로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 되어 소의 이익이 없다고 각하하였다.

나. 판결 요지

부당해고 구제명령제도에 관한 근로기준법의 규정 내용과 목적 및 취지, 임금 상당액 구제명령의 의의 및 그 법적 효과 등을 종합적으로 고려하면, 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하

는 것이 불가능하게 된 경우에도 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지되므로 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다툴 소의 이익이 있다고 보아야 한다.

다. 평석

종래 근로관계가 적법하게 종료되어 원직복직명령을 구하거나 유지할 수는 없어도 부당해고기간에 받지 못한 임금 상당액을 구할 독자적 구제이익이 있는지를 두고 논란이 되어 왔었다. 종전 판례는 해고기간 중 임금 상당액 지급명령을 구할 필요가 있더라도 이는 민사소송절차를 통해 해결할 수 있다는 등의 이유를 들어 소의 이익이 없다며 임금 상당액 지급명령의 독자적 구제이익을 부정하였다. 기존 판례에 의하면 기간제근로자 등이 노동위원회 부당해고구제를 신청하더라도 해당 근로계약 기간이 만료하면 부당해고 여부를 심리하지 않은 채 '소의 이익이 없다'고 각하하여 사실상 사용자의 부당해고를 용인해 주는 결과를 초래하는 것이다. 이에 입법적으로 개선하자는 노동계의 요구가 있었지만, 입법이 지지부진하던 중 대법원은 전원합의체 판결을 통해 기존 판례를 변경함으로써 이를 해결하였다.

대상판결은 원직복직이 불가능하게 된 경우를 '해고의 효력을 다투던 중 사직하거나 정년에 도달하거나 근로계약기간이 만료하는 등의 이유로 근로관계가 종료한 경우'를 들고 있다. 대상판결의 사안은 '정년'이고, '근로계약기간 만료(기간제근로자)'는 대상판결에서 명시적으로 언급하고 있어 다툼의 여지가 없다. 따라서 임금 상당액 지급명령 및 금품지급명령의 대상기간은 해고일로부터 근로관계 종료일(정년 내지 근로계약기간 만료일)까지이다. '사직'의 경우도 대상판결의 법리를 적용할 수 있을 것으로 보이는데 적어도 '해고의 효력을 다투던 중에 사직'한 때에 한정하여 구제이익이 있는지를 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 해고의 효력을 다투던 중 '폐업'된 경우도 위 근로계약기간 만료 등과 마찬가지로 해고일로부터 사실상 폐업으로 인해 원직복직이 불가능하게 된 때까지 임금 상당액의 지급을 구할 이익이 있다.[3)]

4. 경영해고 후 우선 재고용의무 위반 시점과 위반의 효력(대법원 2020. 11. 26. 선고 2016다13437 판결)

가. 사실관계

원고는 피고 사회복지재단에서 생활부업무 담당 생활재활교사로 근무하던 중 2010. 6. 경영상 이유로 해고되었다. 피고는 2010. 12. 원고와 다른 업무를 담당하는 사무행정업무 교사 4명을 채용한 이후, 2011. 11.에는 피고와 같은 직군인 생활부업무 담당 교사를 채용하기 시작했다. 원고가 담당하였던 생활부업무 담당 교사 2명을 채용한 사실을 안 원고는 2013. 4. 피고에게 재고용을 요청했지만, 피고는 2013. 11. 다른 두 명의 생활부업무 생활재활교사를 추가로 채용했다. 이에 원고는 2016. 3. 피고가 근로기준법 제25조 제1항에 따른 우선 재고용의무를 위반하였다며 소송을 제기하였다.

나. 판결 요지

근로기준법의 규정 내용과 자신에게 귀책사

3) 강선희, "해고기간 중의 임금 상당액 지급명령 및 금전보상명령을 구할 독자적 구제이익이 있다 - 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결"「월간 노동리뷰」2020년 4월호, 90면 ; 박은정/권오성, "부당해고구제신청의 구제이익과 소의 이익 - 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결"「이화여자대학교 법학논집」제24권 제3호(2020. 3), 355면.

유가 없음에도 경영상 이유에 의하여 직장을 잃은 근로자로 하여금 이전 직장으로 복귀할 수 있는 기회를 보장하여 해고근로자를 보호하려는 입법 취지 등을 고려하면, 사용자는 근로기준법 제24조에 따라 근로자를 해고한 날부터 3년 이내의 기간 중에 해고근로자가 해고 당시에 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 한다면, 해고근로자가 반대하는 의사를 표시하거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우가 아닌 한 해고근로자를 우선 재고용할 의무가 있다.

이때 사용자가 해고근로자에게 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않은 채 제3자를 채용하였다면, 마찬가지로 해고근로자가 고용계약 체결을 원하지 않았을 것이라거나 고용계약을 체결할 것을 기대하기 어려운 객관적인 사유가 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로기준법 제25조 제1항이 정한 우선 재고용의무를 위반한 것으로 볼 수 있다.

다. 평석

쟁점은 ① 재고용의무의 법적 성격, ② 우선 재고용의무 발생 시점, ③ 재고용의무 위반 효과, ④ 중간수입 공제 여부 및 한도 등이다.

첫째, 재고용의무의 법적 성격에 대하여 1심과 원심, 대상판결 모두 근로기준법 제25조 제1항의 경영상 해고자에 대한 우선 재고용의무 규정을 근거로 경영상 해고자는 사용자에 대하여 고용의무 이행을 구할 수 있는 사법상 청구권으로서의 성격을 가진다고 판단하였다.

둘째, 우선 재고용의무 발생 시점이다. 원심은 원고가 재단에 재고용을 원한다는 의사를 표시했음에도 불구하고, 재단이 경영상 해고자가 담당하였던 업무와 같은 업무에서 근로자를 채용한 때부터 우선 재고용의무를 위반한 것으로 보았다. 대상판결은 경영상 해고자가 담당하던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우 원고에게 채용공고를 고지하거나 고용계약을 체결할 의사가 있는지 확인하지 않고 근로자를 신규 채용한 때부터 재고용의무를 위반한 것으로 보았다. 즉 재고용의무 위반 시점이 원심은 2013. 11.부터이고, 대상판결은 2011. 11부터이다.

셋째, 재고용의무 위반 효과이다. 대상판결은 근로기준법 제25조 제1항에 따라 사용자는 해고근로자를 우선 재고용할 의무가 있으므로 해고근로자는 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 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결 참조)는 종래의 판례를 확인했다. 즉 피고가 재고용의무를 이행하여 원고가 재고용되었다면 받았을 임금 상당액'이다.

넷째, 중간수입 공제 여부 및 한도이다. 원심은 중간수입공제에 관한 대법원의 판례에 따라 원고가 재고용 되었을 경우 얻을 수 있었던 월 임금 상당액의 30%를 초과하는 기간 동안에는 월 임금의 70%에 해당하는 금액이 중간수입 공제 후 손해라고 보았다. 대상판결은 사용자의 고용의무 불이행을 이유로 손해배상을 구하는 경우와 같이 근로관계가 일단 해소되어 유효하게 존속하지 않는 경우라면 근로기준법 제46조가 정한 휴업수당에 관한 규정을 적용할 수 없다고 하며 '중간수입을 전부 공제'하여야 한다고 판시하였다. 부당해고를 전제로 하는 근로기준법 제46조가 정한 휴업수당에 관한 규정을 적용

할 수 없어 전부를 공제해야 한다는 대상판결의 결론은 타당하다.[4)]

대상판결은 근로기준법이 재고용 노력의무를 재고용의무로 개정한 이후, 사용자에게 고용의무 이행을 구하는 사법상 청구권으로서 성격을 가진다는 점과 재고용의무 위반 시점을 확인한 최초의 대법원 판결이다.

5. 연차 유급휴가 사용촉진의 유효성(대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다279283 판결)

가. 사실관계

피고 회사는 연차휴가소멸 예정일 6개월 전 2016. 7. 원고에게 '사용하지 않은 연차휴가 일수가 21일'이라고 알려주면서, 연차휴가 사용 시기를 정하여 회사에 통보해 줄 것을 서면으로 촉구하였다. 이에 원고는 2016. 7. 8. 11일의 연차휴가에 대해서만 사용 시기를 정하여 서면 통보하였고, 미사용 10일에 대해서는 사용 시기를 정하여 통보하지 않았다. 이후 원고는 2016. 11. 24. 피고에게 미사용 연차휴가 20일에 대하여 사용 시기를 다시 정한 서면을 제출하였고, 피고는 이를 결재하였다. 그러나 연차휴가 계획서를 제출할 당시 원고는 외국 출장이 예정되어 있어 외국 출장을 다녀왔으며, 사전 통보된 연차휴가일에도 출근하여 근로를 제공하였고, 피고도 별다른 이의 없이 노무제공을 수령하였다.

나. 판결 요지

사용자가 위와 같은 조치(연차 유급휴가의 사용촉진) 하였음에도 근로자가 휴가를 사용하지 아니하여 연차휴가가 소멸된 경우에는 사용자는 그 사용하지 아니한 휴가에 대하여 보상할 의무가 없다. 다만, 위와 같은 휴가 미사용은 근로자의 자발적인 의사에 따른 것이어야 한다. 근로자가 지정된 휴가일에 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.

다. 평석

휴가제도는 근로자의 재충전과 사회적·문화적 생활을 영위하기 위한 것이다. 이러한 휴가제도의 취지는 상실되고 임금 보전을 위한 수단으로 사용되고 있는 실상이기도 하다. 이에 근로자가 적극적으로 연차휴가를 사용하도록 하여, 연차휴가제도가 임금보전의 수단으로 이용되는 상황을 개선하고, 근로자의 휴식권을 보다 강화할 필요에서 연차휴가 사용촉진 제도를 두었다.[5)] 근로기준법 제61조 연차 유급휴가의 사용 촉진 요건을 보면, 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(동조 제1항 제1호). 이러한 촉구에도 불구하고 근로자가 촉구를 받은 때부터 10일 이내에 사용하지 아니한 휴가의 전부 또는 일부의 사용 시기를 정하여 사용자에게 통보하지 아니

4) 강선희, "경영상 이유로 해고된 근로자에 대한 재고용의무의 발생시점과 위반의 효력 등 - 대법원 2020. 11. 26. 선고 2016다13437 판결" 「월간 노동리뷰」 2021년 1월호, 151면.
5) 노동법실무연구회, 「근로기준법 주해 Ⅲ」 제2판, 박영사, 2020., 343면.

하면, 사용자는 휴가 사용 가능 기간이 끝나기 2개월 전까지 그 근로자가 사용하지 아니한 휴가의 사용 시기를 정하여 근로자에게 서면으로 통보하여야 한다(동조 제1항 제2호). 이와 같이 휴가 사용을 촉구했음에도 불구하고 근로자가 휴가를 사용하지 않은 경우 미사용 휴가에 대해서는 사용자의 금전보상 의무를 면제하는 것이다.

원래 연차휴가 사용촉진제도는 연차휴가에 관한 권리를 사용자가 근로자에게 알려주고, 이를 사용하도록 '촉구'하는 것으로 휴가를 적극적으로 사용하기 위한 사용자의 배려의무에 근거한 제도이다. 다만, 연차휴가 사용촉진제도가 연차휴가 미사용 수당을 회피하기 위한 수단으로 악용되는 것을 방지하기 위하여 사용자의 시기지정 촉구와 휴가사용 촉구의 내용을 법정화하였다. 그렇다면 제도의 운용은 물론 해석에 있어서 제도의 취지를 고려하여야 한다.[6)]

대상판결은 사용자가 근로기준법 제61조에서 정한 조치를 제대로 이행하였다고 볼 수 없는 경우, 근로자가 지정된 휴가일에 휴가를 사용하지 않은 것이 근로자의 자발적 의사에 따른 것이 아니라면 사용자의 미사용 연차휴가에 대한 보상의무가 면제되지 않는다고 판단하였다. 기존 관행과 당사자의 추정적 의사보다는 노동법령의 엄격한 해석과 공평성을 중시한 판결이다.

Ⅲ. 집단적 노사관계법

1. 법외노조 통보의 위법성(대법원 2020. 9. 3. 2016두32992)

가. 사실관계

1999. 1. 29. 제정된 교원의 노동조합설립 및 운영 등에 관한 법률(교원노조법)에 근거하여 전교조는 '부당해고된 교원은 조합원이 될 수 있다'는 취지의 내용을 정한 규약을 첨부하여 1999. 7. 1. 설립신고서를 제출하였고, 설립증을 교부받아 노동조합의 법적 지위를 획득하였다. 고용노동부는 2013. 9. 23. 해직교원에 대하여 조합원 자격을 부여하는 규약의 시정과 9명의 해직자는 교원노조법 제2조에 의한 조합원 자격이 없는 자에 해당하므로 조합에 가입·활동하지 않도록 조치하기 바란다는 내용의 시정을 요구하였다. 고용노동부는 시정기한까지 시정요구를 이행하지 않았음을 이유로 2013. 10. 24. 전교조에 대하여 '교원노조법에 의한 노동조합으로 보지 아니 한다'고 통보하였다. 전교조는 고용노동부의 법외노조 통보가 위법하다고 주장하면서 행정소송을 제기하였고, 1심과 원심 모두 법외노조 통보는 적법하다고 판단하였다.

나. 판결 요지

이 사건 시행령 조항은 법률이 정하고 있지 아니한 사항에 관하여, 법률의 구체적이고 명시적인 위임도 없이 헌법이 보장하는 노동3권에 대한 본질적인 제한을 규정한 것으로서 법률유보원칙에 반한다. 피고(고용노동부장관)는 이 사건 시행령 조항이 유효함을 전제로 이에 근거하여 이 사건 법외노조 통보를 하였다. 이 사건 시행령 조항은 헌법상 법률유보원칙에 위반되어 그 자체로 무효이다. 따라서 이 사건 시행령 조항에 기초한 이 사건 법외노조 통보는 그 법적 근거를 상실하여 위법하다고 보아야 한다.

6) 김근주, "연차휴가 사용촉진제도의 의의와 유효성 - 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다279283 판결"「월간 노동리뷰」2020년 6월호, 122면.

다. 평석

대상판결에서 다수의견(8명)은 ① 법외노조 통보는 이미 법률에 의하여 법외노조가 된 것을 사후적으로 고지하거나 확인하는 행위가 아니라 그 통보로써 비로소 법외노조가 되도록 하는 형성적 행정처분이고, ② 이러한 법외노조 통보는 단순히 노동조합에 대한 법률상 보호만을 제거하는 것에 그치지 않고 헌법상 노동3권을 실질적으로 제약하는데, ③ 노동조합법은 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, ④ 이를 시행령에 위임하는 명문의 규정도 두고 있지 않으며, 더욱이 법외노조 통보 제도는 입법자가 반성적 고려에서 폐지한 노동조합 해산명령 제도와 실질적으로 다를 바 없다는 이유로, ⑤ 이 사건 시행령 법외노조 통보 조항은 법률이 정하고 있지 아니한 사항에 관하여 법률의 구체적이고 명시적인 위임도 없이 헌법이 보장하는 노동3권에 대한 본질적인 제한을 규정한 것으로서 법률유보원칙에 위반하여 무효라고 보아, ⑥ 이 사건 시행령 조항이 유효함을 전제로 이에 근거한 법외노조 통보는 위법하다고 판단하였다.[7] 다수의견에 따르면 법외노조 통보가 모법에 규정되어 있고, 모법에 근거하여 고용노동부장관이 법외노조 통보를 하였다면 적법하다고 볼 수 있다는 해석이 가능하다. 그렇다면 노동조합법을 개정하여 법외노조 통보에 관한 조항을 시행령이 아닌 모법에서 규정하면 전교조는 또다시 법외노조 통보를 받을 수 있다. 이와 같은 다수의견의 판단구조를 비판하는 별개의견은 법외노조 통보 조항을 법률로 두더라도 행정관청에 의한 법외노조 통보 자체가 가지는 실질적 위헌성 문제는 고스란히 남아 있다고 상세하게 설시하고 있다. 법외노조 통보의 위헌성을 설시한 별개의견과 노동조합 해산명령 제도를 폐지한 이유를 상기하면 대상판결로 효력을 상실한 이 사건 시행령의 법외노조 통보 조항을 모법에 두는 개정을 생각할 수 없을 것이다.[8]

2. 조합활동과 시설관리권(대법원 2020. 7. 29. 2017도2478)

가. 사실관계

피고인들은 전국금속노동조합 소속 노동안전보건실장, 지역지부 미조직 비정규부당을 맡고 있었으며, 산업안전보건법 위반 사실에 대한 증거수집과 조합원 교육을 위해 A기업 영동공장 내 생산1공장을 출입하였다. 이에 대하여 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동주거침입)으로 기소되었다. 원심은 이전에도 금속노조 B지부 소속 간부들이 같은 목적으로 이 사건 공장을 방문하여 관리자 측의 별다른 제지 없이 현장순회를 해온 점, 피고인들이 이 사건 공장의 설비나 시설은 건들지 않은 채 단지 눈으로만 상태를 살펴보았고 시간도 30분 내지 40분에

7) 다수의견에 대하여, (1) 원고에 대한 법외노조 '통보'의 당부를 판단하기에 앞서 원고를 '법외노조'로 보는 것에 잘못이 있다는 대법관 김재형의 별개의견, (2) 이 사건 법외노조 통보가 위법한 것은 이 사건 시행령 조항이 무효이기 때문이 아니라 원고의 위법사항에 비하여 과도한 것이기 때문이라는 대법관 안철상의 별개의견, (3) 이 사건 법령의 규정은 매우 일의적이고 명확하므로 다른 해석의 여지는 없고, 따라서 이러한 법령의 규정에 따른 이 사건 법외노조 통보는 적법하다는 대법관 이기택, 대법관 이동원의 반대의견이 있고, (4) 다수의견에 대한 대법관 박정화, 대법관 민유숙, 대법관 노정희, 대법관 김상환, 대법관 노태악의 보충의견이 있다.

8) 노상헌, "전교조에 대한 법외노조 통보는 위법하다 - 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결" 「월간 노동리뷰」 2020년 10월호, 97면.

그친 점, 피고인들이 현장순회 과정에서 A기업 측을 폭행·협박하거나 물리력을 행사한 사실이 없고, 근무 중인 근로자들의 업무를 방해하지도 않은 점에 비추어 볼 때, A기업의 시설관리권의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다고 하여 무죄를 선고한 제1심 판결을 유지하였다.

나. 판결 요지

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, 그밖에 근로관계의 여러 사정을 종합하여 충돌되는 가치를 객관적으로 비교·형량하여 실질적인 관점에서 판단하여야 한다.

다. 평석

조합활동이 정당한지의 판단 기준은 판례법리가 정립되어 있다. 첫째, 주체의 측면에서 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 묵시적인 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(대법원 1992. 4. 10. 선고 91도3044 판결 등 참조).

대상판결은 원심과 달리 단체협약상의 명백하게 출입 권한을 규정하고 있지 않더라도 산별노조 간부의 사업장 출입은 주체와 목적의 측면에서 정당할 수 있다는 점을 밝혔다는 점에서 의미가 있다. 즉 단체협약에서 명백하게 제한하지 않는 한, 원칙적으로 산별노조의 간부에게도 정당한 조합활동을 위한 출입 권한이 인정되는 것이다. 정당한 조합활동인지는 사업장에서의 행위가 목적뿐만 아니라 시기·수단·방법 등에 관한 요건을 갖추어야 한다. 노조의 조합활동권과 사용자의 노무지휘권·시설관리권을 객관적으로 비교·형량하여 실질적인 관점에서 판단하게 되므로, 산별노조 간부가 사업장에서 하는 조합활동은 사용자의 권한을 존중하고 배려해야 하고, 마찬가지로 사용자도 산별노조의 조합활동권을 존중하고 배려해야 한다.[9]

3. 소속 근로자가 아닌 조합원의 쟁의행위 참여의 법적 성격(대법원 2020. 7. 9. 선고 2015도6173 판결)

가. 사실관계

전국금속노동조합(이하 금속노조)은 지부 소속 A기업과 단체교섭을 진행하였으나 교섭이 결렬되었다. 쟁의절차를 거쳐 A기업 지회 조합원들은 2012. 10. 26. 2011년도 임금교섭 및 성실교섭 등의 요구사항을 관철할 목적으로 회사 정문 안쪽에서 사내 집회를 개최하였다. 피고인 갑 등은 금속노조 충남지부 및 대전충북지부 조합원들로서, 충남지부 조합원들과 함께 같은 날

9) 김홍영, “산별노조 간부의 사업장 출입 권한 - 대법원 2020. 7. 29. 선고 2017도2478 판결” 「월간 노동리뷰」 2020년 11월호, 93면.

16:35경 A기업 아산공장 부근 굴다리에서 'A기업 부당징계 철회, 노동탄압 분쇄, 야간노동철폐를 위한 전국 노동자 결의대회'를 진행하던 중, A기업 아산공장 정문을 통하여 공장 내 주차장에 들어갔다. 이후 피고인 갑 등과 충남지부 조합원들은 A기업 지회 조합원들과 함께 그곳에서 약 25분 간 구호 및 파업가를 제창한 후 곧바로 아산공장 밖으로 퇴거하였다. 피고인 갑 등과 충남지부 조합원들이 아산공장에 출입하는 과정에서 재물을 손괴하거나 경비원들에게 상해를 가하는 등의 행위를 하지는 않았다. 피고인 갑 등은 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동주거침입), 폭행, 업무방해죄로 기소되었다.

나. 판결 요지

피고인 갑 등과 충남지부 조합원들이 이 사건 집회에 참여하게 된 경위와 참여 방식, 집회 이후 사정 및 금속노조 충남지부 차원에서는 쟁의행위에 관한 찬반투표 절차를 거치지 않았던 점 등에 비추어 보면, 이들의 이 사건 집회 참여 행위는 이 사건 지회 및 그 소속 조합원들의 쟁의행위를 지원·조력하기 위한 산업별 노동조합의 조합활동으로서의 성격을 가진다.

다. 평석

쟁점은 산별노조 소속 기업별 지회가 정당한 쟁의행위를 하고 있는데, 해당 기업에 소속하지 않는 산별노조 조합원이 그 쟁의행위에 참여한 경우, 그 행위가 쟁의행위인지 아니면 조합활동으로 볼 것인지 여부이다. 그 이유는 그 정당성을 판단하는 기준이 달라지기 때문이다.

우선 대상판결은 A지부 조합원의 직장검거가 단체교섭이 결렬된 후 주장을 관철할 목적으로 적법한 절차를 거쳐, A지부 공장 주차장에서 부분적으로 이루어졌으며, 사용자 측의 출입이나 관리지배를 배제하지 않는 병존적 점거에 해당하여 판례가 정당성을 인정하는 부분적·병존적 직장점거로서 인정되었다.

다음 A지부 집회 참가를 쟁의행위로 본 원심과 달리, 대상판결은 소속 조합원들의 쟁의행위를 지원·조력하기 위한 산업별 노동조합의 조합활동으로 보았다. 즉 A지부의 쟁의행위가 정당하게 결정되어 직장점거가 이루어지고 있는 상황에서 해당 쟁의행위에 대한 찬반투표에 참가하지 않은 산별노조 조합원의 참여 행위는 해당 쟁의행위를 지원·조력하기 위한 산별노조의 조합활동으로서의 성격을 가진다고 판단한 것이다. 타당한 결론이다.

대상판결은 산별노조의 조합활동 정당성은 정립된 판례법리에 따라(앞의 판례에서 검토함) 해당 사업장에 출입할 근거가 있는지, 조합활동이 사용자의 사업 운영에 지장을 주었는지, 출입의 목적이나 장소와 시간 등 제반 사정을 고려할 때 수단과 방법에 상당성이 있는지 등을 검토한 다음 산별조합원의 조합활동에 해당하므로 부당하다고 할 수 없다고 판시하였다.

대상판결은 산업별 노동조합의 지회가 실시한 직장점거에 소속 근로자가 아닌 산별조합원이 참여한 행위가 쟁의행위로서의 성격을 가지고 있는지, 아니면 조합활동으로서의 성격을 가지고 있는지에 대해 판단한 최초의 판결이라는 점에서 의미가 있다.[10]

10) 이승욱, "비종업원인 조합원의 쟁의행위 참여 행위의 법적 성격 - 대법원 2020. 7. 9. 선고 2015도6173 판결" 『월간 노동리뷰』 2020년 11월호, 90면.

4. 절차적 공정대표의무 위반 판단 기준 (대법원 2020. 10. 29. 선고 2017다 263192 판결)

가. 사실관계

피고들은 A회사 각 사업장에 설립된 기업별 노동조합이고, 원고는 전국단위 산업별 노동조합이다. 원고는 산하에 지부와 지회를 두고 있는데, A회사 사업장에 각각 원고 지회를 두고 있다. 원래 A회사 사업장은 원고 지회만이 노동조합으로 하였지만, 복수노조 허용 이후 원고 지회에서 탈퇴한 조합원 등이 각 사업장에 노동조합을 설립하였고, 피고들이 다수노동조합이 되었다. 원고 지회와 피고들은 각각 사용자에게 단체협약 체결을 위한 단체교섭을 요구하였고, 노동조합법에 따라 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 피고들이 교섭대표노동조합이 되었다. 피고들이 A회사와 단체협약 체결과정에서 교섭창구 단일화 과정에서 참여한 원고 지부에 대해서 정보제공 및 의견수렴절차를 거치지 않았다는 이유로 단체교섭 및 단체협약 체결 과정과 관련한 피고들의 절차적 공정대표의무 및 수임인으로서의 선관주의의무 위반을 주장하면서 손해배상을 청구하였다.

나. 판결 요지

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

다. 평석

교섭창구 단일화는 공정대표의무가 전제된다. 공정대표의무는 교섭대표노동조합이 ① 사전에 적정한 절차에 따라 소수노동조합 및 조합원 간의 이해를 조정하였는지 여부, ② 교섭과정에서 노동조합 및 조합원 간의 이익을 적정하게 반영하여 합의하였는지 여부, ③ 협약이행과정에서 소속 노동조합과 관계없이 공정하게 실시하였는지 여부 등 절차적인 면과 실체적인 면에서 모두 검토되어야 하며, 사용자는 이를 중립적으로 반영해야 할 의무를 부담하는 것이다. 특히 절차적인 면에서는 교섭의제, 교섭과정 및 교섭결과에 관한 설명과 정보제공의무가 핵심내용이 된다.

대상판결은 단체교섭 과정의 동적인 성격 및 실제 현실 속에서 구현되는 모습, 노동조합법에 따라 인정되는 대표권에 기초하여 교섭대표노동조합 대표자가 단체교섭 과정에서 어느 정도의 재량권 등을 가지는 점 등을 고려하면, 교섭대표노동조합의 소수노동조합에 대한 이러한 정보제공 및 의견수렴의무는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다고 전제한다. 이와 같은 판단구조에서 쟁점이 된 잠정합의안에 대한 조합원 찬반투표와 관련하여 원고 지회 조합원들에게 동등하게 해당 절차에 참여할 기회를 부여하지 않았다거나 그들의 찬반의사까지 동등하게 고려하여 잠정합의안에 대한 가결 여부를 결정하지 않았더라도, 절차적 공정대표의무를 위반하는 정도에 이르렀다고 볼 수 없다고 판시하였다. 그 이유는 ① 교섭대표노동조합의 대표자는 단체협약 체결 여부에 대하여 원칙적으로 소수노

동조합이나 그 조합원의 의사에 기속된다고 볼 수 없고, ② 잠정합의안에 대하여 조합원의 찬반투표를 거치도록 규정하고 있더라도, 이는 내부적인 절차일 뿐이지 법률상 요구되는 절차는 아니며, ③ 잠정합의안에 대한 찬반투표와 관련해서는 노동조합법 및 같은 법 시행령에서 아무런 규정을 두고 있지 않다는 점이다.

대상판결에서 주의할 점은 교섭과정에서 교섭대표노동조합이 잠정합의안 찬반투표를 실시할 때 자신의 조합원들 의견만 수렴하면 되고 소수노동조합 조합원들의 의견을 수렴할 필요는 없다고 확대해서는 아니 된다. 대상판결이 교섭대표노동조합이 가지는 재량권을 일탈·남용하여 소수노동조합을 합리적 이유 없이 차별하는 것까지 허용하는 것은 아니기 때문이다. 대상판결은 절차적 공정대표의무 위반 판단 기준을 구체적으로 제시하였다는 점에서 의의가 있다.

5. 산재 유족 특별채용 단체협약의 적법성(대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다248998 판결)

가. 사실관계

망인은 1985. 2. 피고 기아자동차에 고용되어 피고 기아자동차의 소하리 공장 및 시화연구소의 간이금형반 등에서 근무하다가, 2008. 2.경 피고 현대자동차 남양연구소로 전적하여 근무하였다. 망인은 2008. 8. 급성 골수성 백혈병으로 진단받은 후 2010. 7. 사망하였고, 업무상 재해로 판정되었다. 망인의 유족은 '조합원이 산업재해로 사망할 경우 결격사유가 없는 직계가족 1명에 대해 요청일로부터 6개월 내 특별채용하도록 한다'는 내용의 단체협약 규정을 근거로 자녀 1명을 채용해달라며 회사를 상대로 소송을 냈다. 1심과 원심은 산재 유족 특별채용의 단체협약 규정은 사용자의 채용 자유를 현저히 제한하고, 취업기회 제공의 평등에 반한다며 민법 제103조가 정하는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되어 무효라고 판단하였다.

나. 판결 요지

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 초래하는지 여부는 단체협약을 체결한 이유나 경위, 그와 같은 단체협약을 통해 달성하고자 하는 목적과 수단의 적합성, 채용대상자가 갖추어야 할 요건의 유무와 내용, 사업장 내 동종 취업규칙 유무, 단체협약의 유지 기간과 그 준수 여부, 단체협약이 규정한 채용의 형태와 단체협약에 따라 채용되는 근로자의 수 등을 통해 알 수 있는 사용자의 일반 채용에 미치는 영향과 구직희망자들에 미치는 불이익 정도 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

다. 평석

쟁점은 단체협약상 산재 유족 특별채용 조항이 ① 채용의 자유를 현저히 제한하고, ② 채용의 공정성을 침해하여 민법 제103조에 위배하는가이다. 대상판결은 단체협약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는지를 판단할 때에는 단

체협약이 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 있다고 전제하고 있다. 이어 대상판결은 사용자는 노동조합과 사이에 근로자 채용에 관하여 임의로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 수 있고, 그 내용이 강행법규나 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되지 아니하는 이상 단체협약으로서의 효력이 인정된다고 판단하였다.

채용의 공정성에 대해서는, 피고들의 사업 규모, 피고들이 신규채용한 근로자 숫자 대비 산재 유족 특별채용 조항에 따른 유족 채용의 비율과 이에 더하여 산재 유족 특별채용 조항이 피고들이 시행하는 공개경쟁채용 절차에서 유족을 우선적으로 채용하도록 하는 것이 아니라 별도의 특별채용 절차를 예정하고 있는 점까지 감안하면 산재 유족 특별채용 조항에 따른 채용이 피고들에 대한 구직희망자들의 채용 기회에 중대한 영향을 미친다고 보기도 어렵다고 판단하였다.

정리하면, 산재 유족 특별채용 조항은 그 도입배경이나 내용에 비추어 보면, 사용자의 채용의 자유를 박탈하거나 제3자의 구직에 관한 기대이익을 박탈하기 위한 것이 아니라, 생계를 유지하던 근로자가 업무상 재해로 사망한 때 그 유족의 생활을 보장하기 위한 것이다. 그렇다면, 단체협약으로 근로기준법상 사용자의 재해보상 책임(제8장 재해보상 참조)을 보충하는 규정으로 평가되어야 한다.[11]

Ⅳ. 비정규직 노동관계법

1. 기간제법상 '계속 근로한 총기간' 산정 방법(대법원 2020. 8. 27. 선고 2017두61874 판결)

가. 사실관계

원고는 A대학교 직장예비군연대 참모가 2013. 6. 19. 갑작스럽게 사직하자 공채절차를 거치지 않고 계약기간을 6. 20.부터 7. 19.까지 1개월 정해 제1계약을 체결하면서 계약기간 중이라도 정규직이 선발되는 경우 자동 종료한다는 규정을 두었다. 이후 공개채용 절차를 거쳐 최종합격자인 원고와 2013. 7. 22.부터 계약기간을 1년으로 정하여 제2계약을, 다시 계약기간을 1년 연장하는 제3계약을 각각 체결하였고, 계약종료를 앞두고 원고에게 계약기간 만료를 통보하고 다시 공개채용 절차를 진행하였는데, 원고가 위 절차에 응시하였다가 최종합격자로 선발되지 못하였고, 2015. 7. 21. 계약기간 만료로 제3계약이 해지되었다. 이에 원고는 계속 근로기간이 2년 1개월로써 이미 2년을 초과하여 기간의 정함이 없는 근로자로 전환됐음에도 기간만료로 계약해지한 것은 부당해고라고 노동위원회에 구제신청을 하였고, 지노위와 중노위는 정당한 계약해지라고 보았으나, 1심과 원심은 계약기간 동안 동일한 근무장소에서 같은 업무를 수행했으며, 각 계약일 동안 공백이 존재하지 않으므로, 기간의 정함이 없는 근로자로 볼 수 있다고 하면서 부당해고에 해당한다고 판결하였다.

11) 권오성, "산재유족 특별채용 단체협약 조항의 적법성 - 대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다248998 전원합의체 판결"「월간 노동리뷰」2020년 10월호, 94면.

나. 판결 요지

당사자 사이에 기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 기간제근로자의 계속된 근로에도 불구하고 그 시점에 근로관계가 단절되었다고 보아야 하고, 그 결과 기간제법 제4조에서 말하는 '계속 근로한 총기간'을 산정할 때 그 시점을 전후한 기간제 근로계약기간을 합산할 수 없다.

다. 평석

쟁점은 원고의 주장과 같이 계속 근로한 기간이 2년을 초과했는지 여부이다. 기간제법상 기간제근로자는 최대 2년까지 사용할 수 있고 2년을 초과하면 근로계약 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다(기간제법 제4조 ②). 대상판결이 판시한 '계속 근로 총기간' 산정 법리이다. 기간제 근로계약의 대상이 되는 업무의 성격, 기간제 근로계약의 반복 또는 갱신과 관련한 당사자들의 의사, 반복 또는 갱신된 기간제 근로계약을 전후한 기간제 근로자의 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 기간제 근로자의 계속된 근로에도 불구하고 그 시점에 근로관계가 단절되었다고 보아야 하고, 그 결과 기간제법 제4조에서 말하는 '계속 근로한 총기간'을 산정할 때 그 시점을 전후한 기간제 근로계약기간을 합산할 수 없다는 것이다. 이 법리에 따라 1개월 계약직계약과 달리 공개채용에 의한 기간제 계약에 대하여 '새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있는 특별한 사정'으로 인정하였다.

대상판결의 판시 이유이다. 제1계약은 전임자의 중도사직이라는 우연한 사정으로 긴급하게 임시로 체결된 것으로 정규직이 선발되는 경우 종료시키고, 공개채용 절차에 따른 계약관계는 최대기간을 총 2년으로 하기로 합의하였다. 또한 공개채용 절차는 인사세칙에 따라 객관적이고 합리적인 기준에 따라 실질적인 경쟁이 이루어진 신규 채용 절차로 보이고, 원고가 제1계약을 반복 또는 갱신한다는 인식이나 의사가 있었던 것으로 보이지 않는다. 나아가 공개채용 절차가 기간제법 제4조 제2항 적용을 회피하기 위한 의도로 이루어진 형식적인 절차에 불과하다고 할 수 없고, 원고는 신규응시자로서 이에 응시하였다. 그렇다면, 제1계약은 '계속 근로한 총기간'을 산정할 때 반복 체결되거나 갱신된 시점을 전후한 기간제 근로계약기간으로 합산할 수 없다는 것이다. 이 법리는 근로계약기간의 통산에서 진정한 의사로 인정되는 경우에는 객관적 사실보다 주관적 의사를 우선하겠다는 견해로 보인다.[12)]

2. 파견법상 직접고용의무의 법적 성격과 내용 (대법원 2020. 5. 14. 2016다239024)

가. 사실관계

한국도로공사는 2007년 직접 고용하던 안전순찰업무 외주화를 결정하고 외주사업체들과 위탁계약을 맺었다. 이후 관리 도로 구간별로

12) 박제성, "객관적 사실인가 주관적 의사인가 : 2년을 초과하는 기간제 근로계약을 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주할 때의 판단기준과 관련하여 - 대법원 2020. 8. 27. 선고 2017두61874 판결" 「월간 노동리뷰」 2020년 12월호, 87면.

직접 고용 순찰원과 외주 순찰원이 섞여 운용되다가 2013. 4.경 도로공사 산하 45개 전 지사의 안전순찰업무가 외주화되었다. 공사와 위탁계약을 체결한 외주사업체에 고용돼 고속도로 안전순찰원 업무를 수행한 원고들은 공사를 상대로 불법파견 관계를 주장하며 근로자지위확인 소송을 제기했다. 원고들의 주장은 ① 원고들이 공사는 파견근로관계에 있고, ② 공사는 원고들에게 파견법에 따라 직접고용의무 발생 이전 기간에 차별로 인해 발생한 손해를 배상할 의무가 있고, ③ 직접고용의무 발생 이후 직접고용의무 불이행으로 인한 손해를 배상할 의무가 있다고 주장하였다.

나. 판결 요지

사용사업주가 파견근로자와 비교대상 근로자가 동종 또는 유사한 업무를 수행하고 있음을 알았거나 알 수 있었는데도 파견근로자의 임금을 결정하는 데 관여하거나 영향력을 행사하는 등으로 파견근로자가 비교대상 근로자보다 적은 임금을 지급받도록 하고 이러한 차별에 합리적인 이유가 없는 경우, 사용사업주가 임금 차별에 대한 손해배상책임을 부담한다.

사용사업주에게 직접고용의무가 발생한 후 파견근로자가 파견사업주로부터 사직하는 등으로 근로 제공을 중단하였다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용의무 발생일부터 직접고용관계가 성립할 때까지 사용사업주에게 직접고용되었다면 받았을 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다.

다. 평석

쟁점은 ① 원고들과 공사와 파견근로관계에 있는지, ② 직접고용의무 발생 전 공사가 원고들이 받은 임금 차별에 대해 손해배상 책임을 부담하는지, ③ 직접고용의무 발생 후 공사가 원고들을 직접고용 했더라면 지급했을 임금상당액에 대한 손해배상 책임을 부담하는지 ④ 외주업체에서 사직한 원고들에 대해서도 손해배상의 책임을 부담하는지이다.

첫째, 대상판결은 근로자파견의 판단 기준 등에 관한 법리(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결)에 따라 검토한 다음 원고들과 공사와는 파견근로관계라고 판단했다.

둘째, 대상판결은 사용사업 주가 파견근로자와 비교대상 근로자가 동종 또는 유사한 업무를 수행하고 있음을 알았거나 통상적인 사용사업주의 입장에서 합리적인 주의를 기울였으면 이를 알 수 있었는데도 파견근로자의 임금을 결정하는데 관여하거나 영향력을 행사하는 등으로 파견근로자가 비교대상 근로자보다 적은 임금을 지급받도록 하고 이러한 차별에 합리적 이유가 없는 경우, 이는 파견법 제21조 제1항을 위반하는 위법한 행위로서 민법 제750조의 불법행위를 구성하며, 이 경우 사용사업주는 합리적인 이유 없이 임금 차별을 받은 파견 근로자에게 그러한 차별이 없었더라면 받을 수 있었던 적정한 임금과 실제 지급받은 임금의 차액에 상당하는 손해를 배상할 책임이 있다고 판단했다.

셋째, 대상판결은 사용사업주에게 직접고용의무가 발생한 후 파견근로자가 파견사업주로부터 사직하는 등으로 근로 제공을 중단하였다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용의무 발생일부터 직접고용관계가 성립할 때까지 사용사업주에게 직접고용 되었다면 받았을 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있지만, 사용사업주가 직접고용의무를 이행했더라도 파견근로자가 근로를 제공하지 않았을 것이라고 평가할 수 있는 예외적인 경우에는 사용사업주의 채무불이행으로 인하여 파견근로자에

게 손해가 발생했다고 볼 수 없으므로, 이와 같은 경우에는 파견근로자가 손해배상을 청구할 수 없다고 판시했다.

넷째, 대상판결은 "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 '당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우'에 해당한다고 단정할 수 없다(대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다219072 등 판결 참조)"는 판례를 확인한 다음, 파견법상 직접고용의무가 발생한 이후 근로자가 외주사업체로부터 사직하거나 해고를 당한 경우 그로 인하여 이미 발생한 직접고용의무 효과가 소멸되지 않는다고 재차 설시했다.

대상판결은 파견근로관계의 판단기준, 파견법상 직접고용의무의 법적 성격과 내용, 파견법상 차별금지 규정의 사용사업주 적용 및 손해배상의 범위를 정립한 판결이다.

3. 취업 자격 없는 외국인근로자 파견 '사용'과 출입국관리법상 '고용'의 구별(대법원 2020. 5. 14. 선고 2018도3690 판결)

가. 사실관계

화장품 용기를 만드는 제조업체 A회사 대표이사는 근로자 파견사업 허가를 받은 인력파견업체와 도급계약을 체결하고, 취업자격이 없는 외국인근로자 40명을 약 1년 8개월(2015. 1. 1. 경부터 2016. 8. 22. 경까지) 동안 고용하였다는 범죄사실로 기소되었다.

나. 판결 요지

출입국관리법 제18조 제1항, 제3항, 제94조 제9호의 문언, 형벌법규의 해석 법리, 파견근로자 보호 등에 관한 법률의 규율 내용 등에 비추어 보면, 출입국관리법 제94조 제9호, 제18조 제3항의 '고용'의 의미도 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가지지 않은 외국인으로부터 노무를 제공받고 이에 대하여 보수를 지급하는 행위를 말한다고 봄이 타당하다. 따라서 사용사업주가 근로자파견계약 또는 이에 준하는 계약을 체결하고 파견사업주로부터 그에게 고용된 외국인을 파견받아 자신을 위한 근로에 종사하게 하였더라도 이를 출입국관리법 제94조 제9호, 제18조 제3항이 금지하는 고용이라고 볼 수 없다.

다. 평석

출입국관리법상 외국인이 우리나라에서 취업하려면 취업활동을 할 수 있는 체류자격이 있어야 하고, 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 가지지 아니한 외국인에 대해서는 고용을 금지하며, 이에 위반하여 체류자격을 가지지 아니한 외국인을 '고용'한 자를 처벌한다(출입국관리법 제18조, 제94조 제9호). 다만 법원은 일찍부터 취업자격 없는 외국인이 출입국관리법상의 고용제한 규정을 위반하여 근로계약을 체결하고 취업한 것만으로 그 근로계약이 당연히 무효라고는 할 수 없다고 하여 이미 존재하는 근로관계를 보호하였다(대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12067 판결).

대상판결은 ① 출입국관리법은 외국인 체류관리를 위한 법으로 노동자의 기본적인 생활보장을 목적으로 하는 근로기준법과는 입법목적

이 다르므로 출입국관리법의 '고용'은 근로기준법에서 폭넓게 인정되는 '근로관계'와 같이 넓게 해석할 것은 아니므로, 피고인 회사가 인력파견업체로부터 취업자격 없는 외국인을 공급받아 사용하였더라도 이는 외국인을 '고용'한 것으로 보기 어렵고, ② 인력공급업체인 B가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 상실하여 A회사의 노무대행기관과 동일시 할 수 있을 정도로 그 존재가 형식적·명목적인 것으로 볼 수 없어서 A회사와 외국인 노동자들 사이에 묵시적 근로관계가 성립하였다고 볼 수도 없으며, ③ A회사와 인력공급업체B가 형식적으로는 도급계약을 체결하였으나, 실질적으로 파견법 제2조 제1호에 따른 근로자 파견관계에 해당하며 인력공급업체B가 외국인 노동자의 체류자격을 허위로 통보하여 사용사업주인 A회사로서는 파견 노동자의 체류자격을 알 수 없었다면서 피고인은 출입국관리법 제18조에 따른 불법고용을 했다고 볼 수 없다는 이유로 무죄를 선고했다.

대상판결에 대하여 외국인노동자를 실제 사용한 사업주에게 불법고용 면죄부를 준 판결이라는 비판이 가능하다.[13] 다만, 만약 출입국관리법에서 사용사업주가 근로자를 파견 받아 사용하는 것을 명시적 규정없이 '고용'으로 간주하여 벌칙을 적용하게 되면, 파견법의 해석과 적용에서 정합성을 담보할 수 없다. 요컨대 취업자격이 없는 외국인근로자를 파견 받아 사용하는 것은 파견법상 위법한 행위로서 처벌의 대상이 되면, 사용사업주의 직접고용의무가 발생하는지 여부이다. 대상판결은 파견법 적용에 대해서는 검토하지 않고, 파견계약 등을 통해 파견받아 '사용'하는 근로자가 취업 자격이 없는 외국인임을 몰랐거나 혹은 사후에 알게 된 것만으로는 '고용'으로 간주하여 출입국관리법 위반으로 처벌할 없다는 점만 밝혔다. 우리 노동시장과 산업 활동의 일부를 구성하는 외국인근로자의 존재를 인정하는 현실적합적 판단이라 생각한다. 여하튼 대상판결은 출입국관리법에서 규제하는 외국인 고용은 파견법상 사용과는 구별되는 개념이라는 유권해석을 제시한 최초의 판결이다.[14]

Ⅴ. 종합 평가

2020년 노동사건에 관한 대법원 판결은 기존에 형성되어 온 관행과 당사자의 추정적 의사보다는 관련 법령의 엄격한 해석과 공평성을 중시한다는 경향이 이어지고 있는 것으로 보인다. 구체적으로 시간급 통상임금 산정에서 종래 판례법리를 변경하여 가산율을 고려하지 않고 연장근로시간 1시간 또는 야간근로시간 1시간을 각각 그대로 1시간으로 반영한 새로운 법리 제시이다. 또한 경영해고 후 우선 재고용의무 위반 시점과 위반의 효력에 관한 판결과 소속 근로자가 아닌 조합원의 쟁의행위 참여의 법적 성격에 관한 판결, 여기서는 검토하지 않았지만 태아의 선천성 질환에 대하여 업무상 재해 인정 판결(대법원 2020. 4. 29. 선고 2016두41071 판결)은 법해석을 정립한 판결에 해당한다. 나아가 파견법상 직접고용의무의 법적 성격과 내용 및 효력범위 등을 정리한 판결은 2020년 노동판례의 특징을 보여준다.

판결은 당사자 간 변론과 증명을 통해 사실로서 존재하는 법위반상태를 시정하는 법원의 판단이다. 판례는 사실과 법의 통합으로서 해석과 적용의 축적이다. 노동판례는 구체적 타당성이

13) 조영관, "외국인노동자를 실제 사용한 사업주에게 불법고용 면죄부를 준 판결 - 대법원 2020. 5. 14. 선고 2018도3690 출입국관리법위반", 매일노동뉴스 2020. 7. 8.

14) 노호창, "불법취업 외국인을 파견받아 사용한 행위가 출입국관리법 상 고용인지 여부 - 대법원 2020. 5. 14. 선고 2018도3690 판결"「노동법학」제74호(2020. 6), 200면.

라는 영역에서 법형성과 확정으로써 정당성을 갖추어야 하며, 노동법 해석은 노동존중의 가치를 담아야 한다. 한정된 지면으로 대법원의 노동판례 검토가 충분하다 할 수 없겠지만, 각 쟁점에 대한 설시로부터 대법원의 노동기본권과 노동법리의 전향적인 시각을 알 수 있다.

< 참고문헌 >

■ 강선희, “경영상 이유로 해고된 근로자에 대한 재고용의무의 발생시점과 위반의 효력 등 - 대법원 2020. 11. 26. 선고 2016다13437 판결”「월간 노동리뷰」2021년 1월호.

■ 강선희, “해고기간 중의 임금 상당액 지급명령 및 금전보상명령을 구할 독자적 구제이익이 있다 - 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결”「월간 노동리뷰」2020년 4월호.

■ 권오성, “산재유족 특별채용 단체협약 조항의 적법성 - 대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다248998 전원합의체 판결”「월간 노동리뷰」2020년 10월호.

■ 권오성, “고정수당을 시간급 통상임금으로 환산하는 계산식(計算式) - 대법원 2020. 1. 22. 선고 2015다73067 전원합의체판결”「월간 노동리뷰」2020년 3월호.

■ 김근주, “연차휴가 사용촉진제도의 의의와 유효성 - 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다279283 판결”「월간 노동리뷰」2020년 6월호.

■ 김홍영, “산별노조 간부의 사업장 출입 권한 - 대법원 2020. 7. 29. 선고 2017도2478 판결”「월간 노동리뷰」2020년 11월호.

■ 노동법실무연구회,「근로기준법 주해 Ⅲ」제2판, 박영사, 2020.

■ 노상헌, “전교조에 대한 법외노조 통보는 위법하다 - 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결”「월간 노동리뷰」2020년 10월호.

■ 노호창, “불법취업 외국인을 파견받아 사용한 행위가 출입국관리법 상 고용인지 여부 - 대법원 2020. 5. 14. 선고 2018도3690 판결”「노동법학」제74호(2020. 6).

■ 도재형, “2019년 노동법 중요판례평석”「인권과정의」2020년 5월호.

■ 박수근, “2018년 노동법 중요판례평석”「인권과정의」2019년 5월호.

■ 박은정/권오성, “부당해고구제신청의 구제이익과 소의 이익 - 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결”「이화여자대학교 법학논집」제24권 제3호(2020. 3).

■ 박제성, “객관적 사실인가 주관적 의사인가 : 2년을 초과하는 기간제 근로계약을 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주할 때의 판단기준과 관련하여 - 대법원 2020. 8. 27. 선고 2017두61874 판결”「월간 노동리뷰」2020년 12월호.

■ 이승욱, “비종업원인 조합원의 쟁의행위 참여행위의 법적 성격 - 대법원 2020. 7. 9. 선고 2015도6173 판결”「월간 노동리뷰」2020년 11월호.

■ 조영관, “외국인노동자를 실제 사용한 사업주에게 불법고용 면죄부를 준 판결 - 대법원 2020. 5. 14. 선고 2018도3690 출입국관리법위반”, 매일노동뉴스 2020. 7. 8.

주제어 : 통상임금, 포괄임금제, 부당해고, 재고용의무, 조합활동, 공정대표의무, 단체협약, 직접고용의무

Keywords : ordinary wage, fixed-wage system, unfair dismissal, reemployment duty, union activities, fair representative duty, collective agreement, direct employment duty