

## 제26회 공인노무사 2차 시험 노동법 총평

공인노무사 유성하

먼저 제26회 공인노무사 2차 시험에 응시하신 모든 분들이 준비한 것 이상의 성과를 얻으셨기를 간절히 바랍니다.

이번 제26회 공인노무사 2차 시험에서는 기존과는 달리 개별적 근로관계법과 집단적 노사관계법이 순서를 바꾸어 출제된 변화(일종의 뒤통수 치기)를 빼면 이른바 불의의 타격이라고 볼릴 만한 주제는 출제되지 않았다고 보이며, 수험가의 노동법 강사님들께서도 누차 중요하다고 강조해왔을 주요 쟁점을 출제가 되었기에 노동법 전반에 관한 학습과 이해가 충분하신 수험생이시라면 큰 어려움 없이 답안을 기술하셨을 것으로 생각합니다. 특히 각 문제들의 쟁점과 기술방향이 명확하기에 지문에 숨어 있는 추가논점을 도출할 필요 없이 기본기에 충실한 답안을 기술하셨다면 합격권 점수를 확보하실 수 있으리라 봅니다.

출제된 문제들을 간략히 살펴보면 다음과 같습니다.

### (1) 노동법2 (집단적 노사관계법)

1) 집단적 노사관계법의 첫 문제로는 사용자로 하여금 단체교섭에 임하도록 하기 위하여 노동조합이 집단적 연장근로 거부를 한 경우 이 연장근로 거부가 쟁의행위에 해당하는지 여부를 묻는 문제가 25점 배점으로 출제되었습니다.

이 문제는 노동조합 및 노동관계조정법(이하 “노동조합법”) 제2조 제6호의 쟁의행위의 개념 중 업무의 정상적인 운영을 어떻게 볼 것인가(사실정상설, 법률정상설)에 핵심이 있고, 학설을 간략히 정리한 후에 “통상적으로 해오던 연장근로를 집단적으로 거부하도록 함으로써 회사 업무의 정상운영을 저해하였다면 이는 쟁의행위로 보아야 한다”는 대법원 판례(1991.10.22. 선고 91도600 등)에 따라 연장근로거부는 쟁의행위에 해당한다고 결론지으시면 되겠습니다.

2) 두 번째 문제로는 사용자의 직장폐쇄의 법적 정당성을 묻는 문제가 25점 배점으로 출제되었는데요. 바로 2년 전인 2015년에 직장폐쇄의 정당성을 묻는 문제가 출제된 적이 있어 이 문제가 오히려 불의타가 아니었나 싶습니다. 그래도 직장폐쇄의 정당성은 워낙 강조되는 문제이기에 수험생 여러분 모두가 잘 기술하셨으리라 믿습니다.

이 문제의 핵심은 노동조합이 쟁의행위를 종료한 후에도 사용자가 직장폐쇄를 유지하는 경우에 직장폐쇄의 정당성이 인정될 것인가에 있으며, 적법하게 개시된 직장폐쇄가 사후적으로 그 적법성을 상실할 수 있는가에 관한 대법원 판례(2016.5.24. 선고 2012다85335 판결)

의 논지에 따라 “근로자의 쟁의행위 등 구체적인 사정에 비추어 직장폐쇄의 개시 자체는 정당하지만, 어느 시점 이후에 근로자가 쟁의행위를 중단하고 진정으로 업무에 복귀할 의사를 표시하였음에도 사용자가 직장폐쇄를 계속 유지하면서 근로자의 쟁의행위에 대한 방어적인 목적에서 벗어나 적극적으로 노동조합의 조직력을 약화시키기 위한 목적 등을 갖는 공격적 직장폐쇄의 성격으로 변질된 경우에는 그 이후의 직장폐쇄는 정당성을 상실한다”는 논지로 답안을 작성하여야 하는 문제입니다.

3) 세 번째 문제는 법규상 한도를 초과하여 근로시간면제한도를 부여한 것이 부당노동행위에 해당하는지 여부를 묻는 문제가 25점 배점으로 출제되었는데요. 작년 제25회 시험에서도 조합 운영비 원조의 부당노동행위(지배·개입) 해당 여부에 관한 문제가 출제되었는데, 올해도 비슷한 문제가 출제되어 조금 당황스럽고, 또 이번 시험에서 가장 어려운 문제가 아니었나 싶습니다.

이 문제의 핵심은 단체협약으로 근로시간면제한도를 초과하는 범위의 근로시간 면제한도를 노동조합에게 부여한 것이 적법한가에 있습니다. (근로시간 면제자에게 일반근로자보다 많은 급여를 지급하는 것이 부당노동행위에 해당하는지 여부를 묻는 문제로 파악할 여지가 전혀 없지는 않습니다만, 사안에서는 노동조합에 근로시간 면제한도를 부여하였기 때문에 근로시간면제자가 몇 명인지, 또 노동조합 전임자나 노동조합 간부 등에게 일반 근로자가 정상적으로 근무하였더라면 받을 수 있는 급여보다 많은 급여를 지급받았는지 여부는 확인이 불가능하기 때문입니다.)

즉, 이 문제는 2014년 5월 29일에 선고된 헌법재판소 판례 “노동조합 및 노동관계 조정법 제24조 제2항 등 위헌확인”(2010헌마606) 사건에서 다루어진 법리를 묻는 문제라고 보는 것이 보다 타당하다고 생각됩니다.

그리고 이와 같이 문제의 핵심을 파악할 경우, 근로시간면제심의위원회가 정한 근로시간 면제한도를 초과하는 시간을 노사가 자율적으로 합의하여 단체협약에서 정한 경우 그 단체협약은 헌법재판소 판례 법리(근로시간 면제 범위를 초과하는 범위 내에서는 사용자와 노동조합 간의 교섭 및 협약 체결 권한이 제한됨)에 따라 무효(동 조항의 강행법규성)라는 전제를 도출한 후에 B사와 甲노동조합이 강행법규에서 정한 한도를 초과한 노동조합 활동에 대한 급여를 지급하도록 한 것은 노동조합에 대한 지배개입에 해당할 수 있다는 논조로 부당노동행위 성립 여부를 검토하여야 하겠습니다.

물론 여기에 더하여 노동조합의 자주성이 상실되지 않거나 사용자의 지배개입의사가 인정되지 않는 한 바로 부당노동행위가 성립하는 것은 아니라는 취지에서 기술하셨다고 하더라도 무방한 답안이 될 것이라고 생각합니다.

## (2) 노동법1 (개별적 근로관계법)

1) 개별적 근로관계법 첫 번째 문제는 징계절차에 관한 내부규정(단체협약)의 법적 유효성과 관련하여 해고의 정당성을 묻는 문제가 25점 배점으로 출제되었습니다.

이 문제의 핵심쟁점은 징계해고의 징계사유의 유무가 아직 확정되지 않은 상태에서 단체협약에서 정한 징계절차 개시시기에 관한 규정을 근거로 행한 징계해고의 정당성이라고 할 수 있습니다. 비록 배임수증 혐의 등으로 형사기소가 제기되어 재판이 진행중인 점에 비추어 볼 때 징계사유가 있다는 것에 대한 합리적인 의심은 있지만, 아직 징계사유가 존재한다는 사실이 법원의 재판을 통해 확정되지 않은 상태에서 합리적인 의심만을 근거로 행한 징계해고이므로 징계사유가 불명하여(없어) 해고의 정당성이 인정되지 않는다는 결론을 내려 주시면 되는 문제입니다.

2) 두 번째 문제는 매년 지급되는 연봉에 퇴직금을 포함하여 지급하기로 한 약정이 유효한지를 묻는 문제가 25점짜리 문제로 출제되었습니다.

이 문제는 퇴직금 분할 지급에 관한 대법원 판례(대법원 2007.8.23. 선고 2007도4171, 대법원 2010.5.20. 선고 2007다90760 전원합의체 등)를 사례화한 것으로서, 사용자기 근로자에게 매월 지급하는 월급이나 매월 지급하는 일당과 함께 일정 금액의 퇴직금을 미리 지급하리라고 한 '퇴직금 분할 약정'은 원칙적으로 무효이고, 이 약정에 따라 사용자가 근로자에게 퇴직금 명목의 금원을 지급한 경우 퇴직금 지급의 효력이 없다는 판례의 취지에 따라 사례를 해결 하시면 되는 문제입니다.

3) 개별적 근로관계법 세 번째 문제는 기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률(이하 “기간제법”)에서 정하고 있는 차별적 처우의 금지 원칙 및 근로기준법 제6조의 균등처우 원칙에 관한 문제가 25점 배점으로 출제되었습니다.

문제의 지문에 함정이 있는 것처럼 여겨질 수도 있고 최근 대법원 판례를 확인하지 못한 수험생 입장에서는 다소 어려운 문제라고 느끼셨을 것으로 생각되지만, 이 문제는 차별적 처우에 관한 최근 대법원 판례(2015.10.29. 선고 2013다1051)의 법리에 따라 순차적으로 기간제법 상의 차별적 처우에 해당하는지 여부와 근로기준법 제6조의 균등처우 원칙에 위반되는지 여부를 검토해주면 되는 간단한 문제입니다.

먼저, 기간제법 상 차별적 처우는 ‘근로계약에 기간의 제한이 있는 근로자’와 ‘근로계약 기간에 제한이 없는 근로자’ 간에 문제되는 것으로서 이미 정규직으로 전환되어 ‘근로계약 기간에 제한이 없는 근로자’가 된 甲은 기간제법 상 차별적 처우 금지를 주장할 여지가 없기 때문에 사안에서는 기간제법에서 정한 차별적 처우 금지의 원칙은 적용될 여지가 없다고 할 수 있습니다.

따라서 이 문제는 “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 하는 차별적 처우를 하지 못한다”라고 규정하고 있는 근로기준법 제6조의 해석에 관한 문제라고 할 수 있으며, 채용절차의 차이를 근로기준법 제6조에 포섭할 수 있는지 여부(법문에 명시된 성별, 국적, 신앙, 사회적 신분이

예시에 해당하는지 제한적 열거에 해당하는지에 대한 견해의 다툼)를 간략히 검토하고, 판례의 법리에 따라 합리적인 이유가 있다고 결론을 내거나 혹은 동일가치노동 동일임금의 관점에서 채용절차의 차이로 인한 초임의 차등은 합리적인 이유가 없는 차별에 해당하는 것으로 결론내리면 되겠습니다.

수개월 혹은 수년 동안 열심히 공부하시고 이번 2차 시험을 치르신 모든 분들이 절대평가 합격선을 넘어 최종 합격의 결실을 얻으시길 다시 한 번 간절히 기원합니다. 수험생 여러분 수고하셨습니다.

아울러 내년 이후의 시험을 준비하시는 분들 입장에서는, 이번 출제 경향을 볼 때 노동법에 있어서만큼은 직전연도 기출문제도 출제범위에서 제외할 수는 없겠다는 생각이 듭니다. 기출문제에 대한 대비를 철저히 하셔야 하겠습니다. 특히, 판례를 변형하여 사례문제로 출제하는 경향이 지속적으로 강화되고 있는 점을 감안할 때, 주요 판례는 법리뿐만 아니라 법리(결론)가 도출된 배경인 사건의 주요 개요를 파악하는 등을 통해 판례 법리를 보다 구체적으로 명확히 이해하고 개별 사안(Case)에 직접 적용해보는 훈련을 지속하시는 것이 향후 공인노무사 시험 노동법 과목에서 고득점을 올릴 수 있는 비결이 될 것으로 보입니다.

노무사단기 노동법 전임  
유성하 노무사 드림

## 제26회 공인노무사 2차 시험 노동법 예시답안

유성하 노무사

### 1교시 [노동법2 : 집단적 노사관계법]

1. A사는 상시 근로자 100명이 종사하는 전열기구 제조회사이다. A사에는 70명의 근로자로 조직된 노동조합 乙이 있다. 2015년 2월 1일 A사 사용자 甲은 기존의 직원자녀학자금지원제도를 2016년 1월부터 폐지하겠다고 발표하였다. 이에 대해 乙은 강력하게 반발하면서 甲과의 교섭을 정식으로 요구하였다. 甲이 망설이자, 乙은 관행적으로 이루어져 오던 연장근로를 2015년 2월 4일부터 집단적으로 거부하였다. 이후 乙은 2015년 4월 1일부터 쟁의행위 찬반 투표 등의 절차를 거쳐 태업을 개시하였다.

甲은 2015년 6월 1일자로 사업장 전체에 대하여 노동조합 조합원의 출입을 전면금지하는 직장폐쇄를 단행하였다. 2015년 7월 3일 乙은 전체 조합원이 다시금 업무에 정상적으로 복귀하겠다는 의사를 甲에게 표시하고 단체교섭을 하자고 요청하였다. 甲이 노동조합 측 대화 요구의 진정성의 의문을 제기하면서, 대표이사 비방 등에 대한 사과를 요구하자, 乙은 공식 사과함은 물론 만약 직장폐쇄를 철회한다면 노동조합 집행부 사퇴를 포함한 모든 것을 열어 놓고 사용자와 교섭에 임하겠다고 밝혔다. 그러나 甲은 직장폐쇄조치를 계속 유지하고 조합원의 직장 출입을 막으면서, 개별적인 접촉을 통하여 40여명의 조합원들을 선별적으로 업무에 복귀시켰다. 다음 물음에 답하십시오. (50점)

(1) 연장근로거부의 법적 성질에 대하여 설명하십시오. (25점)

(2) 직장폐쇄조치의 법적 정당성에 대하여 설명하십시오. (25점)

[예시답안]

(1) 연장근로거부의 법적 성질에 대하여 설명하시오. (25점)

I. 문제의 제기

사안에서는 연장근로가 관행적으로 이루어져 왔고 乙노동조합이 연장근로를 집단적으로 거부함으로써 기존 관행에 따른 업무가 이루어지지 않는다는 변화가 발생하였음.

그런데 이러한 변화가 발생한 이유가 乙노동조합이 요구한 단체교섭에 사용자인 甲이 응하도록 압박하기 위한 것에 있으므로, 만약 乙노동조합의 연장근로 거부(소위 ‘준법투쟁’에 해당하는 행위)가 노동조합법 제2조 제6호의 쟁의행위의 특성인 업무의 정상적 운영을 저해하는 것에 해당하는 경우에는 乙노동조합이 실시한 집단적 연장근로 거부는 노동조합법 상의 쟁의행위, 즉 노동관계 당사자가 그 주장의 관철을 목적으로 행하는 행위에 해당하게 되며, 이 경우 쟁의행위가 적법하게 인정되기 위한 제반 요건을 준수하여야만 하므로, 집단적인 연장근로의 거부가 노동조합법상 쟁의행위에 해당하는지 문제됨.

II. 집단적 연장근로 거부의 쟁의행위 해당성 검토

1. 쟁의행위의 개념

사안의 집단적 연장근로 거부가 쟁의행위에 해당하는지 여부를 확인하기 위하여 먼저 쟁의행위의 의미와 주요 구성요소를 확인함.

(1) 의미

노동조합법 제2조 제6호 “파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위”

(2) 쟁의행위의 개념요소

1) 의미

쟁의행위는 ① 노동관계 당사자, 즉 노동조합 또는 사용자의 행위일 것, ② 그 주장을 관철할 목적으로 행할 것, ③ 업무의 정상적 운영을 저해하는 행위일 것 등 세 가지를 그 개념요소로 함.

2) 업무의 정상성 판단기준

가. 사실 정상설(쟁의행위 해당설)

업무의 정상적 운영이란 적법 여부를 불문하고 ‘사실상 관행화되어 있는 평상시의 운영’이

라고 보고 사실상 관행화되어 있는 평상시의 운영을 저해하는 행위도 쟁의행위에 포함된다는 견해임.

나. 법률 정상설(쟁의행위 불해당설)

업무의 정상적인 운영이란, '적법한 운영'이어야 하므로, '사실상 관행화되어 있는 평상시의 운영'이 적법한 경우에 한하여 쟁의행위에 해당하고, 노사관계 당사자가 자신의 주장을 관철하기 위하여 행위한 경우에도 연장근로 거부와 같이 법률에 의해 허용되는 경우에는 쟁의행위 해당성을 부정하는 견해임.

다. 이분설

준법투쟁을 안전투쟁과 권리행사형 투쟁으로 이분하여 권리행사형 투쟁은 쟁의행위 해당성을 인정하나, 안전투쟁은 근로자의 생명·신체의 안전을 확보하려는 목적이 있으므로 쟁의행위로 볼 수 없다는 견해임.

라. 판례의 태도

대법원은 사실 정상설에 입각하여 택시운전기사들이 평소 해온 과속·신호위반·합승·부당요금 징수 등 교통법규 위반행위를 중단하도록 한 경우, 평소 해온 연장근로나 휴일근로를 거부하도록 한 경우, 집단적으로 연차휴가를 사용하도록 한 경우 등에 있어서 준법투쟁이 실질적으로 업무의 정상적인 운영을 저해한다는 점에서 쟁의행위에 해당한다고 파악하고 있음.

## 2. 사안의 경우

위에서 확인한 쟁의행위 해당성 구분 요건에 따라 본 사안을 검토하면 다음과 같음.

### (1) 행위의 당사자와 목적

① 먼저 사안의 집단적 연장근로 거부는 노동관계의 일방 당사자인 乙노동조합에 의해 행해진 것이며, ② 그 목적에 있어서도 乙노동조합이 요구한 단체교섭에 사용자인 甲이 응하도록 하기 위한 것에 해당하여 당사자의 주장을 관철하기 위한 행위에 해당함.

### (2) 업무의 정상성 저해 여부

관행에 의하여 행해진 연장근로를 거부한 것이 비록 근로기준법에 의하여 인정되는 권리의 행사(연장근로에 대한 근로자의 동의 철회 내지 미동의)에 해당한다고 하더라도, 종래 통상적으로 실시해오던 연장근로를 집단적으로 거부하였다면 이는 회사업무의 정상적인 운영을 저해하는 것으로서 업무의 정상성을 저해하는 것으로 보아야 할 것임.

### (3) 소결

乙노동조합의 집단적 연장근로 거부는, 노동관계의 당사자인 乙노동조합이 자신의 주장을 관철하기 위하여 기존 관행에 의해 인정되는 회사의 정상적인 업무를 저해한 행위에 해당하여 노동조합법 제2조 제6호의 쟁의행위에 해당함.

### III. 결론

乙노동조합의 집단적 연장근로 거부는, 노동조합법 제2조 제6호에 규정된 쟁의행위의 개념 요소인 노동관계 당사자인 乙노동조합이 학자금 지원제도 폐지에 관한 단체교섭에 응하라는 주장을 관철하기 위하여 종래 관행적으로 실시해오던 연장근로를 거부함으로써 사실상 인정된 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위에 해당하므로 쟁의행위에 해당함.



[예시답안]

(2) 직장폐쇄조치의 법적 정당성에 대하여 설명하시오. (25점)

I. 문제의 제기

사안에서 사용자 甲은 乙노동조합의 쟁의행위에 대응하여 직장폐쇄를 단행하였으나, 乙노동조합이 쟁의행위 종료 의사를 표명한 이후에도 직장폐쇄를 유지하였음. 그리고 노동조합 및 노동관계조정법(이하 “노동조합법”) 제46조 제1항에서는 노동조합의 쟁의행위에 대한 대상적·방어적 수단으로써만 사용자의 직장폐쇄를 인정하고 있으므로, 이하에서는 노동조합법 제46조에 규정된 직장폐쇄의 대항적·방어적 요건과 대법원이 제시한 직장폐쇄의 적법성 판단기준을 중심으로 사용자 甲의 직장폐쇄가 개시될 당시의 법적 정당성과 乙노동조합이 쟁의행위 종료를 표명한 이후의 직장폐쇄의 법적 정당성을 구분하여 검토함.

II. 직장폐쇄의 정당성 요건 검토

1. 직장폐쇄의 의의

직장폐쇄란 사용자가 노무의 수령을 집단적으로 거부하면서 그 노무제공의 반대급부인 임금을 지급하지 않음으로써 경제적인 압력을 가하려는 것으로서 노동조합의 쟁의행위에 대한 대상수단으로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위임(노동조합법 제46조 제1항 및 동법 제2조 제6호).

2. 직장폐쇄의 적법성 요건

(1) 노동조합법의 규정

노동조합법 제46조 제1항에서는 사용자는 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 직장폐쇄를 할 수 있다고 규정함으로써 직장폐쇄의 정당성 요건으로 대항성과 방어성 두 가지 요건을 규정하고 있음.

(2) 대항성 요건

1) 의의

직장폐쇄는 파업이나 태업 등 노동조합의 쟁의행위에 대응하는 수단으로 인정되는 것이므로, 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에 실시하여야만 그 정당성이 인정될 수 있음.

2) 노동조합 쟁의행위 종료 후의 직장폐쇄

노동조합의 쟁의행위가 개시되어 사용자가 직장폐쇄를 한 이후, 다시 노동조합이 쟁의행

위를 종료한 후에도 사용자가 계속하여 직장폐쇄를 할 수 있는지 문제됨.

#### ① 직장폐쇄 긍정설

파업종료 후의 직장폐쇄가 당연히 정당성을 상실하는 것은 아니고, 노동조합이 평화적 교섭에 의한 분쟁의 타결 가능성을 구체적으로 제시하거나 직장폐쇄의 유지가 무의미하게 된 경우에 한하여 직장폐쇄를 위법한 것으로 보아야 한다는 견해.

노사간의 분쟁상태가 계속되는 상황에서 노동조합이 단순히 경제적 압력을 회피하기 위한 의도로 쟁의행위 종료를 선언한 경우, 사용자가 직장폐쇄를 중단한다면 쟁의행위의 분쟁해결 촉진기능이 충분히 발휘될 수 없기 때문이라는 것이 이 견해의 논거임.

#### ② 직장폐쇄 부정설

직장폐쇄는 근로자의 쟁의행위로 교섭력의 균형이 현실적으로 파괴된 경우에 이를 회복하기 위한 예외적인 조치로서만 허용된다는 것이 노동조합법 제46조 제1항의 취지이므로, 노동조합이 쟁의행위를 종료한 이상 사용자도 직장폐쇄를 중단하여야 하며, 대항성 요건은 직장폐쇄의 개시요건이자 존속요건이라는 견해임.

#### ③ 판례의 태도

대법원은 “노동조합이 직장폐쇄가 이루어진 다음 날부터 회사에 여러 차례 근로복귀 의사를 표명하는 서면을 보내고, 조합원 일부의 근로제공 약속서를 발송하였으며, 그 후 지방노동위원회에 쟁의행위 철회신고를 제출하는 등 쟁의행위 종료의사를 표명하였음에도 불구하고 회사가 그로부터 상당기간 동안 직장폐쇄를 계속 유지한 것은 쟁의행위에 대한 방어수단으로서 상당성이 있다고 할 수 없어 위법한 직장폐쇄에 해당한다”고 판시함으로써 직장폐쇄 부정설에 가까운 태도를 취하고 있음.

#### ④ 검토의견

직장폐쇄의 대항성은 개시요건일 뿐만 아니라 직장폐쇄 유지요건이라고 봄이 타당하므로, 노동조합의 쟁의행위가 종료된 이후의 직장폐쇄는 위법하다고 보아야 할 것임.

### (3) 방어성 요건

#### 1) 의의

직장폐쇄는 노동조합의 쟁의행위에 대한 방어적 수단으로 인정되는 것으로서, 사용자가 노동조합을 굴복시킬 목적이나 자신의 주장을 관철하기 위한 경우에는 그 정당성이 인정될 수 없음.

#### 2) 공격적 직장폐쇄의 위법성

대법원 판례에 의할 때, 사용자의 직장폐쇄는 사용자와 근로자의 교섭태도와 교섭과정, 근로자의 쟁의행위의 목적과 방법 및 그로 인하여 사용자가 받는 타격의 정도 등 구체적인 사정에 비추어 근로자의 쟁의행위에 대한 방어수단으로서 상당성이 있어야만 정당한 쟁의행위로 인정될 수 있음.

#### 3) 노동조합 쟁의행위 종료와 공격적 직장폐쇄

특히 노동조합의 쟁의행위가 종료된 이후의 직장폐쇄와 관련하여 대법원은 “근로자의 쟁

의행위 등 구체적인 사정에 비추어 직장폐쇄의 개시 자체는 정당하지만, 어느 시점 이후에 근로자가 쟁의행위를 중단하고 진정으로 업무에 복귀할 의사를 표시하였음에도 사용자가 직장폐쇄를 계속 유지하면서 근로자의 쟁의행위에 대한 방어적인 목적에서 벗어나 적극적으로 노동조합의 조직력을 약화시키기 위한 목적 등을 갖는 공격적 직장폐쇄의 성격으로 변질된 경우에는 그 이후의 직장폐쇄는 정당성을 상실하고, 이에 따라 사용자는 그 기간 동안의 임금지불의무를 면할 수 없다”고 판시함으로써 노동조합이 쟁의행위를 실질적으로 종료한 이후에도 사용자가 직장폐쇄를 유지한 경우 쟁의행위 종료 이후의 기간에 행해진 직장폐쇄의 정당성을 부정하였음.

### 3. 사안의 경우

위에서 확인한 직장폐쇄의 대항성, 방어성 요건에 관한 대법원 판례에 따라 甲의 직장폐쇄의 정당성 여부를 그 시기에 따라 구분하여 판단하면 아래와 같음.

#### (1) 개시 당시 직장폐쇄의 법적 정당성

사용자 甲이 직장폐쇄를 개시할 당시에는 乙노동조합의 쟁의행위(집단적 연장근로거부 및 태업)가 4개월 가까이 지속된 상황이므로, 노동조합법 제46조 제1항의 직장폐쇄 실시 요건인 대항성 요건은 충족하고 있다고 볼 수 있음. 다만, 乙노동조합의 집단적 연장근로 거부 및 태업이라는 쟁의행위에 대하여 전면적인 직장폐쇄라는 수단으로 대응한 점에서 사용자 甲의 직장폐쇄가 방어성 요건을 충족하는지 여부, 즉 방어수단으로서의 상당성이 인정되는지 여부는 판단하기 어렵다고 할 수 있음.

그러나 4개월이라는 장기간에 걸쳐 집단적 연장근로 거부가 지속되었고, 직장폐쇄 직전 2개월 동안 진행된 태업으로 인한 업무의 정상성 저해도가 파업보다 클 수도 있음을 고려할 때, 사안에서 직장폐쇄를 개시할 당시에는 직장폐쇄의 적법성 요건을 충족하였다고 볼 것임.

#### (2) 노동조합 쟁의행위 종료 후의 직장폐쇄의 법적 정당성

그러나 사용자 甲의 직장폐쇄 개시 1개월 후인 2015년 7월 3일에 乙노동조합은 전체 조합원이 업무에 정상적으로 복귀하겠다는 의사를 명시적으로 甲에게 표시하였고, 甲의 대표이사 비방에 대한 사과 요구에도 응하였으며, 甲이 직장폐쇄를 철회할 경우 노동조합 집행부 사퇴를 포함한 모든 항목에 대해 甲과 성실히 교섭할 것임을 표명하였음에도 불구하고 사용자 甲은 직장폐쇄를 중단하지 않았을 뿐만 아니라, 일부 조합원을 선별적·개별적으로 접촉하여 업무에 복귀시켰는 바, 이러한 甲의 행위는 직장폐쇄의 대항성 요건을 결여하였을 뿐만 아니라 ‘근로자의 쟁의행위에 대한 방어적인 목적에서 벗어나 적극적으로 乙노동조합의 조직력을 약화시키기 위한 공격적 직장폐쇄의 성격으로 변질된 경우에 해당한다’고 보아야 한다는 점에서 乙노동조합이 쟁의행위를 종료한 이후에 계속된 甲의 직장폐쇄는 그 적법성

을 상실하였다고 볼 것임.

### (3) 소결

사용자 甲이 직장폐쇄를 개시할 당시, 甲의 직장폐쇄는 노동조합법 제46조 제1항의 직장폐쇄의 적법성 요건인 대항성, 방어성 요건을 충족한 적법한 직장폐쇄로 볼 수 있으나, 乙노동조합이 쟁의행위 종료를 명확히 표명한 2015년 7월 3일 이후에 계속된 甲의 직장폐쇄는 직장폐쇄의 적법 요건인 대항성 요건을 갖추지 못하였을 뿐만 아니라 乙노동조합에 대한 공격적인 수단으로 변질되었다고 봄이 상당하므로, 그 법적 정당성이 인정될 수 없다고 할 것임.

### III. 결론

사안에서 사용자 甲의 직장폐쇄는 乙노동조합이 쟁의행위를 중단한 시점 전후를 구분하여 판단하여야 하는 바, 甲이 직장폐쇄를 개시할 당시 甲의 직장폐쇄는 노동조합법 제46조 제1항에 따라 행해진 적법한 직장폐쇄로 볼 수 있으나, 乙노동조합이 쟁의행위 종료를 명확히 표명한 2015년 7월 3일 이후에 계속된 직장폐쇄는 직장폐쇄의 적법 요건인 대항성 요건을 흠결하였고, 乙노동조합에 대한 공격적인 수단으로 변질되었다고 봄이 상당하므로, 그 법적 정당성이 인정될 수 없음.

[예시답안]

2. B사에는 노동조합 甲과 乙이 있다. B사는 甲과 노동조합 및 노동관계조정법상 근로시간면제한도를 현저히 초과하여 근로시간면제를 부여하는 내용의 단체협약을 체결하였다. 한편 乙과의 근로시간 면제를 포함한 단체협약은 체결되지 못하고 있다. B사와 甲이 체결한 단체협약이 부당노동행위에 해당하는지 여부에 대하여 설명하시오. (25점)

I. 문제의 소재

본 사안에서는 B사와 甲노동조합은 노동조합 및 노동관계조정법(이하 “노동조합법”) 상의 근로시간면제한도를 현저히 초과한 근로시간면제를 부여하는 단체협약을 체결하고 있고, 乙노동조합과는 근로시간 면제를 포함한 단체협약은 체결하지 못하고 있는 바, 문제에서 요구한 사항인 B사와 甲노동조합이 체결한 단체협약이 부당노동행위에 해당하는지 여부를 검토하기 위해서는 먼저 노동조합법 제24조 제4항에 위반한 단체협약의 효력이 어떻게 되는지를 검토하여야 함. 이는 노동조합법 제81조 제4호 단서에서 “근로자가 근로시간 중에 제24조 제4항에 따른 활동을 하는 것을 사용자가 허용하는 것”을 부당노동행위에서 제외하고 있으므로, 만약 B사와 甲노동조합 간에 체결된 근로시간 면제에 관한 단체협약 내용이 노동조합법 제24조 제4항에 위반된 바가 없거나 위반되었다고 하더라도 그 효력이 인정되는 경우라면 동법 제81조 제4호의 부당노동행위에도 해당하지 않게 되기 때문임.

II. 근로시간면제한도 규정 위반의 효과

1. 근로시간면제한도 규정의 법적 성격

(1) 법률의 규정

노동조합법에서는 노동조합 전임자에 대한 급여지급 금지와 근로시간면제제도를 규정하고 있고, 동법 제81조 제4호는 노동조합의 자주성 침해를 방지하기 위해 노동조합 전임자에게 급여를 지급하는 행위와 노동조합의 운영비를 원조하는 행위를 부당노동행위로 규정하되, 동법 제24조 제4항에 따른 활동을 하는 것을 사용자가 허용하는 행위는 부당노동행위로 보지 않고 있음.

그리고 노동조합법 제24조 제4항은 “단체협약으로 정하거나 사용자가 동의하는 경우에는 사업 또는 사업장별로 조합원 수 등을 고려하여 제24조의2에 따라 결정된 근로시간 면제 한도를 초과하지 않는 범위에서 근로자는 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”고 규정하고 있음.

## (2) 근로시간면제한도 규정의 법적 성격

이러한 노동조합법 제24조 제4항의 규정과 관련하여 헌법재판소는 “유급처리가 가능한 근로시간 면제의 허용한도를 총량으로 제한하는 방식을 채택하여 그 한도 내에서 노사가 자유로이 근로시간 면제의 범위를 정할 수 있지만, 노동조합이 근로시간 면제 한도를 초과하는 요구를 하고 이를 관철할 목적으로 쟁의행위를 하는 것은 금지되고, 그 위반 시 형사처벌의 대상이 된다고 함으로써, 동 조항이 강행규정임을 명확히 밝히고 있음.

## (3) 근로시간면제한도 규정 위반의 효과

위와 같은 헌법재판소의 판례에 의할 때, 노동조합법 제24조 제4항에 위반하여 근로시간면제한도를 초과하는 단체협약은 근로시간면제한도를 초과하는 범위 내에서 효력이 인정될 수 없고, 그 결과 노동조합법 제81조 제4호 단서가 적용될 수 없게 되어 동법 제81조 제4호 본문의 “노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위”로서 부당노동행위에 해당하며, 대법원도 노동조합법 제81조 제4호 단서에서 허용하는 범위를 초과하는 노조전임자 급여 지원 행위나 노동조합 운영비 원조 행위는 부당노동행위가 될 수 있다고 함으로써 헌법재판소와 동일한 견해를 취하고 있음.

## 2. 사안의 경우

사안에서 B사와 甲노동조합은 노동조합법 제24조 제4항에 위반하여 근로시간면제한도를 초과하는 단체협약을 체결하였으므로, 앞서 헌법재판소 판례와 대법원의 견해에 의할 때 강행법규에 위반하여 무효인 단체협약을 체결한 경우에 해당하며, B사와 甲노동조합 간의 단체협약에 대하여는 노동조합법 제81조 제4호 단서의 적용이 배제되고, B사가 단체협약에 따라 甲노동조합의 근로시간면제자에 대하여 단체협약에 따라 급여를 지급하는 경우에는 “노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위”, 즉 부당노동행위로 인정될 수 있음.

## III. B사와 甲노동조합 간 단체협약의 부당노동행위 해당성

설문의 B사와 甲노동조합 간의 근로시간면제한도 초과 단체협약이 노동조합의 전임자에 대한 급여 지원에 해당하여 부당노동행위에 해당하는지 검토함.

### 1. 전임자 급여지급과 부당노동행위

운영비 원조를 부당노동행위의 한 형태인 지배·개입의 한 유형으로 금지한 취지가 노동조

합이 사용자로부터 재정적 원조를 받게 되면 노동조합의 자주성이 상실 내지 침해되거나 그렇게 될 우려가 있기 때문이라는 점에는 이견이 없음. 그러나 노동조합 전임자의 급여지원과 관련하여서는 논란이 있음.

#### (1) 학설의 대립

노동조합 전임자의 급여를 사용자가 지급하는 것은 노동조합의 자주성을 해칠 우려가 큰 것이기 때문에 부당노동행위에 해당한다고 보는 형식설과 노동조합 전임자 급여가 노동조합이 투쟁으로 쟁취한 것이거나 노동조합의 자주성이 침해될 구체적 위험이 인정되지 않을 경우에는 부당노동행위에 해당하지 않는다고 보는 실질설이 대립하고 있음.

#### (2) 판례의 견해

대법원은 종래 사용자가 노동조합 전임자의 급여를 지원하거나 노동조합 운영비를 지원하는 경우라고 하더라도 노동조합의 자주성이 침해될 우려가 적은 경우에는 부당노동행위에 해당하지 않는다는 실질설의 입장을 취하였으나, 최근 판결을 통하여 형식설로 입장을 변경하였음.

#### (3) 검토

현행 노동조합법 제24조 제2항은 “전임자는 그 전임기간 동안 사용자로부터 어떠한 급여도 지급 받아서는 아니 된다”고 명시하고 있고, 사용자가 노동조합 전임자에게 급여를 지원하는 경우 동법 제81조 제4호 단서에 해당하지 않는 이상 동조 동호 본문의 부당노동행위가 성립함은 이론의 여지가 없음.

### 2. 사안의 경우

사안에서 B사와 甲노동조합이 체결한 근로시간면제에 관한 단체협약은 노동조합법 제24조 제4항에 위반하는 것으로서 동법 제81조 제4호 단서의 요건을 충족하지 못하고 있음. 따라서 B사와 甲노동조합 간에 체결된 근로시간면제한도를 초과한 단체협약은 노동조합법 제81조 제4호 본문 “노동조합의 전임자에게 급여를 지원한 행위”에 해당하여 부당노동행위에 해당함.

## IV. 결론

B사와 甲노동조합 간에 체결된 근로시간 면제한도에 관한 단체협약은 노동조합법 제24조

제4항에 위반되는 것으로서, 동법 제81조 제4호 단서에 의해 예외적으로 인정되는 급여 지원 행위로 인정받을 수 없고, 그 결과 동법 제81조 제4호 본문의 노동조합 전임자에 대한 급여 지원에 해당하는 부당노동행위라고 할 것임.

[참고사항 - 보충논의]

사안에서 B사에는 甲과 乙이라는 복수의 노동조합이 조직되어 있고 B사는 甲노동조합과만 근로시간면제에 관한 단체협약을 체결하고, 乙노동조합과는 근로시간면제한도에 관한 단체협약을 체결하고 있지 않은 점이 특정 노동조합에 대한 지원 내지 불이익 취급 등의 일견 부당한 행위에 해당하는지 여부가 쟁점이라고 생각될 수 있으나, 복수노조 사업장에서 근로시간면제한도를 각 노동조합 간에 배분하는 문제는 사용자와 노동조합 간의 자율에 맡겨져 있고, 복수노조 각각의 조합원 수에 따라 특정 노동조합은 근로시간면제한도를 전혀 배정받을 수 없는 경우(A조합은 조합원수 1천명, B조합은 조합원수 2명인 경우 등)도 있으므로, 설문에서 논의할 필요가 없는 사항이라고 하겠음.



## 2교시 [노동법1]

1. 근로자 甲은 금융회사A에서 근무하고 있는데, “근로자 甲이 고객으로부터 금품을 수수하였다”는 투서가 접수되었다. A사는 고소를 하였고 2015년 11월 말경 검찰은 고객으로부터 금 1,000만원을 받은 혐의로 甲을 불구속기소하였다. 그러나 근로자 甲은 재판절차에서 변호사를 선임하여 무죄를 주장하고 있었다. 형사재판이 진행중이던 2016년 1월 말경 A사는 근로자 甲에 대한 징계절차를 개시하여 해고로 결정하고 그 사유와 시기를 서면으로 통지하였다. 근로자 甲이 조합원으로 가입한 노동조합과 A사가 체결한 단체협약에는 아래와 같이 규정되어 있다.

1. 직원이 고객 또는 거래처로부터 돈을 받은 경우 그 액수를 불문하고 해고사유가 된다.
2. 징계사유가 형사사건으로 기소되면 징계절차를 개시할 수 있다.

한편, A사는 모든 근로자들과 1년 단위로 연봉계약을 체결하였다. 연봉계약서에는 기본급, 수당 및 상여금, 1년에 1개월 평균임금 상당액인 퇴직금과 이를 12개월로 분할 지급되는 금액이 기재되었다. 이에 따라 근로자 乙은 A사로부터 퇴직금 명목의 금원을 매월 균분하여 지급받았다. 이후 근로자 乙은 퇴직하면서 퇴직금 지급청구를 하였다. 다음 물음에 답하시오. (50점)

(1) 근로자 甲에 대한 해고는 정당한지를 설명하시오. (25점)

(2) 근로자 乙의 퇴직금지급 청구의 정당성에 대해 설명하시오. (25점)

[예시답안]

(1) 근로자 甲에 대한 해고는 정당한지를 설명하시오. (25점)

I. 문제의 소재

설문은 형사기소되어 재판이 진행중일 뿐 징계사유와 직접 연관된 범죄에 대한 유무죄의 확정판결이 없는 상태에서 사용자인 A사가 단체협약 상 징계개시 조항만을 근거로 하여 근로자 甲을 징계해고한 사안에서 해당 징계해고의 정당성이 인정되는지를 묻고 있는 바, 근로기준법 제23조의 규정과 대법원 판례의 법리에 따라 甲에 대한 A사의 해고처분의 정당성을 검토하겠음.

II. A사의 甲에 대한 해고의 정당성 여부

사용자의 일방적인 근로계약 종료의 의사표시인 해고가 적법하게 인정되기 위해서는 근로기준법 제26조와 제27조 등의 규정에 따라 절차적 요건을 준수하여야 하며, 동법 제23조 제1항에 따른 정당한 이유가 존재하여야 함.

특히 사안과 같은 징계해고인 경우에는 징계사유와 해고처분 간에 비례원칙에 따른 상당성이 인정되어야 하는 바, 해고의 정당한 이유에 관하여 대법원은 “사회통념상 고용계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 사유가 있는 경우”를 의미한다고 하고 있음.

1. 해고의 절차적 정당성 인정 여부

사용자가 근로자를 해고하기 위하여는 근로기준법 제26조에 따라 해고예고를 하거나 그에 갈음하는 해고예고수당을 지급하고, 제27조에 규정된 바에 따라 해고사유와 해고시기 등을 명시한 서면으로 해고통지를 하는 등의 절차적 요건을 준수하여야 함. 다만, 해고예고(해고예고수당 지급) 여부는 해고의 효력에는 영향을 미치지 않는다는 것이 대법원 판례의 견해임.

사안에서는 A사는 근로자 甲이 소속된 노동조합과 체결한 단체협약 규정 중 “징계사유가 형사사건으로 기소되면 징계절차를 개시할 수 있다”라는 규정에 따라 2016년 1월 말경 근로자 갑에 대한 징계절차를 개시하였고, 그 사유와 시기를 서면으로 통지하였다고 하였으므로, 해고예고 유무는 확인할 수 없다고 하더라도 해고의 서면통지 요건을 충족하였으므로, A사의 근로자 갑에 대한 해고는 근로기준법이 규정한 해고의 절차적 요건을 충족한 것으로 볼 것임.

2. 해고의 실체적 정당성 인정 여부

### (1) 해고의 정당한 이유의 존재 여부

대법원은 징계해고가 정당한 것으로 인정되기 위한 요건으로 “사회통념상 고용계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 사유가 있는 경우”라는 개념적 징표를 들고, “사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지 여부는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다”고 함으로써 각 사안에 따라 해고사유의 정당성 여부를 판단하고 있음.

또한 대법원은 “해고의 정당한 이유의 구체적 기준 및 사유 등에 관하여 단체협약이나 취업규칙 등에서 정하고 있다고 하더라도 취업규칙이나 단체협약 내에 규정된 이유라고 하여 그 사유가 반드시 근로기준법 제23조의 정당한 이유에 해당하는 것은 아니며, 해고의 이유에 관한 실질적 정당성에 대해서는 근로기준법 제23조 제1항에 따른 법적 평가가 이루어져야 한다”고 하고 있음.

이하에서는 이와 같은 대법원의 판례 법리에 따라 A사가 甲에게 행한 징계해고에 정당한 이유가 있는지 여부를 검토함.

#### 1) 징계(해고)사유의 존재 여부

본 사안에서 근로자 甲은 형사재판을 통해 무죄를 다투고 있는 상황으로 이 형사재판은 현재 진행중일 뿐 확정된 것이 아님. 즉, A사가 甲을 징계해고한 사유로 제시한 고객으로부터의 금품수수 사실은 현재 해당 사실이 존재하는지 여부에 관하여 다툼이 진행되고 있을 뿐 그 존재 여부가 권한 있는 기관인 법원에 의하여 확인되지 않은 상황임.

이와 같은 경우 굳이 형사재판절차에서 적용되는 ‘무죄추정의 원칙’, ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’와 같은 대원칙을 원용하지 않는다고 하더라도, ‘징계해고 시에는 징계(해고)사유가 존재하지 않았다’라는 결론을 내리기에 충분함.

#### 2) 단체협약의 규정에 따른 해고 가부

사안에서 A사와 근로자 甲이 소속된 노동조합 간에 체결된 단체협약에서는 “1. 직원이 고객 또는 거래처로부터 돈을 받은 경우 그 액수를 불문하고 해고사유가 된다”, “2. 징계사유가 형사사건으로 기소되면 징계절차를 개시할 수 있다”라고 징계해고사유와 징계절차 개시에 관하여 규정하고 있으나, 이와 같이 단체협약에 해고사유가 규정되어 있다는 사실만으로 해고의 정당한 이유가 인정되는 것은 아니며, 해당 단체협약의 규정이 근로기준법 제23조 제1항의 정당한 사유로 인정될 수 있는지에 대한 법적 평가 결과에 따라 해고의 정당한 이

유로 인정될 수 있는지 여부가 결정된다는 것이 대법원의 확고한 판례임.

먼저 A사와 근로자 甲이 소속된 노동조합 간에 체결된 위 단체협약 규정의 내용 중에서 “고객 또는 거래처로부터 돈을 받은 경우 그 액수를 불문하고 해고사유가 된다”라는 규정은 금융회사라는 A사의 특수성을 고려할 때, 합리적인 이유가 있다고 할 수 있음.

그러나 “징계사유가 형사기소가 되면 징계절차를 개시할 수 있다”는 규정은 법원 등 유권기관을 통해 징계사유의 존재 사실이 확정되기 전에 존재 여부가 불확실한 사유만으로 징계절차를 개시하여 징계가 가능하도록 규정한 것으로서 형법의 무죄추정의 원칙이라는 강행법규에 위반될 뿐만 아니라, 의심스러운 때는 피고인의 이익으로와 같은 대원칙에 정면으로 반하는 규정에 해당하여 그 효력이 인정될 수 없음.

따라서 본 사안에서 단체협약에 근거규정이 있다는 사실은 갑에 대한 해고의 실체적 정당성을 인정하는 논거가 될 수 없음.

## (2) 징계사유와 징계 처분간의 비례원칙 준수(징계양정의 정당성) 여부

본 사안은 징계해고의 근거가 되는 징계사유가 존재하지 아니하는 경우에 해당하므로, 원칙적으로 징계양정의 정당성은 논의할 필요가 없음. 다만 고객으로부터의 금품수수 사실로 인해 형사기소된 사실 자체가 직장질서를 문란하게 할 우려가 있는 사실로서 징계사유에 해당한다고 가정하더라도, 해당 징계사유에 대하여 가장 중한 징계수단인 해고처분을 한 것은 징계사유와 징계처분 간에 비례원칙이 준수되지 않았고 징계양정이 과다하다고 할 것이므로 이 경우에도 역시 징계해고 처분은 무효라고 할 수 있음.

## 3. 소결

A사의 근로자 甲에 대한 (징계)해고는 해고의 절차적 요건은 준수하였다고 볼 수 있으나, 애초에 징계해고의 사유의 존재가 불명한 상태에서 그 법적 효력이 인정될 수 없는 단체협약의 규정에 따라 실시된 것으로서 무효이며, 해고의 정당성이 인정될 수 없음.

## III. 결론

설문에서 A사가 근로자 甲에게 행한 징계해고는 징계해고 사유가 존재하는지 여부가 불명한 상황임에도 불구하고, 그 법적 효력이 인정될 수 없는 “징계사유가 형사기소가 되면 징계절차를 개시할 수 있다”는 단체협약의 규정에 따라 행해진 것으로서 무효이며, 그 정당성이 인정될 수 없음.

만약 추후 甲에 대한 형사재판이 진행되어 甲의 유죄가 확정되는 경우, A사가 금융회사라는 특수성을 감안할 때 고객이나 거래처로부터 금품을 수수하는 직원이 있는 경우 A사의 사업의 목적과 성격, 사업 운영의 질서가 문란하게 될 위험성이 특히 높다는 점에서 단체협

약 규정 중 “직원이 고객 또는 거래처로부터 돈을 받은 경우 그 액수를 불문하고 해고사유가 된다”는 규정이 정당한 징계사유로 인정되고 징계양정에 있어서도 비례원칙을 준수한 것에 해당할 여지가 있음.

[예시답안]

(2) 근로자 乙의 퇴직금지급 청구의 정당성에 대해 설명하시오. (25점)

I. 문제의 소재

근로자 乙이 A사로부터 퇴직하면서 A사에게 퇴직금 지급을 청구한 것이 정당한지 여부는, A사가 근로자와 연봉계약을 체결하면서 연봉 내에 퇴직금을 미리 포함시켜 매월 임금에 퇴직금 명목의 금품을 포함시켜 분할 지급한 것이 정당한 퇴직금의 지급에 해당하는지 여부에 따라 달라질 수 있음.

따라서 이하에서는 본래 근로관계의 종료시에 근로자에게 청구권이, 사용자에게는 지급의무가 발생하는 퇴직금을 사전 합의를 통해 미리 월급에 포함시켜 매월 지급할 수 있는지에 대하여 검토함.

II. 퇴직금 지급원칙에 따른 검토

1. 퇴직금의 지급 시기

근로자퇴직급여보장법 제9조는 “사용자는 근로자가 퇴직한 경우 그 지급사유가 발생한 날로부터 14일 이내에 퇴직금을 지급하여야 한다”고 규정하고 있음. 즉, 퇴직금은 근로자의 퇴직이라는 근로관계의 종료를 요건으로 하여 그 청구권 및 지급의무가 발생하는 것이므로, 원칙적으로 근로계약이 존속하는 동안에는 (퇴직금 중간정산 사유가 인정되고 근로자가 퇴직금의 중간정산을 사용자에게 요청하지 않는 한) 퇴직금 지급 청구권과 지급의무가 발생할 여지가 없음.

2. 퇴직금 분할 약정의 유효성 인정 여부

(1) 관련 판례

대법원은 “사용자의 퇴직금 지급의무는 근로계약이 존속하는 한 발생할 여지가 없고 근로계약이 종료되는 때에야 비로소 그 지급의무가 발생하는 후불적 임금이므로, 근로자는 퇴직일에 사용자에게 퇴직금의 지급을 구할 수 있고, 사용자 또한 그 퇴직 당시에야 비로소 그 지급의무가 발생하는 것이므로, 근로계약에서 퇴직금을 미리 연봉 속에 포함시켜 지급하였다 하더라도, 이는 근로자퇴직급여보장법 제8조에서 정하는 법정퇴직금 지급으로서의

효력이 없다”고 하여 퇴직금 분할약정의 효력을 부정하고 있다.

## (2) 사안의 경우

위와 같은 대법원 판례에 비추어 볼 때, A사가 근로자 乙과 약정한 퇴직금 분할지급에 관한 연봉계약은 퇴직금 분할지급이라는 범위에 한하여 무효라고 할 것임

## 3. 퇴직금 분할 지급 약정이 퇴직금 중간정산으로 인정될 수 있는지 여부

### (1) 검토 필요성

근로자퇴직급여보장법 제8조 제2항에서는 “제1항에도 불구하고 사용자는 주택구입 등 대통령령으로 정하는 사유로 근로자가 요구하는 경우에는 근로자가 퇴직하기 전에 해당 근로자의 계속근로기간에 대한 퇴직금을 미리 정산하여 지급할 수 있다. 이 경우 미리 정산하여 지급한 후의 퇴직금 산정을 위한 계속근로기간은 정산시점부터 새로 계산한다”고 규정함으로써 퇴직금의 중간정산을 인정하고 있는 바, 사안의 퇴직금 분할지급 약정이 적법한 퇴직금 중간정산으로 인정되는 경우에는 乙이 퇴직시점에 퇴직금 지급을 청구한 행위는 이미 적법하게 퇴직금을 중간정산받았음에도 불구하고 이중으로 퇴직금 지급을 청구하는 것에 해당하여 그 정당성이 부정될 수 있으므로, 퇴직금 분할 지급 약정이 적법한 퇴직금 중간정산에 해당하는지 여부를 검토함.

### (2) 퇴직금 분할지급이 퇴직금 중간정산에 해당하는지 여부

근로자퇴직급여보장법 시행령 제3조는 퇴직금의 중간정산 사유를 제한적으로 열거하고 있으며, 그 사유는 무주택자의 주택구입 또는 임차, 근로자가 6개월 이상의 요양을 필요로 하는 경우 등에 엄격하게 제한되어 있음.

즉, 사안에서와 같이 어떠한 근거사유도 없이 사용자와 근로자 간의 사전 약정을 통해 매년 퇴직금을 분할 지급하는 것은 퇴직금의 중간정산 사유가 인정될 수 없어 적법한 퇴직금 중간정산이 이루어졌다고 볼 수도 없으며, 따라서 근로자 乙이 비록 매년 A사로부터 퇴직금 명목의 금원을 분할지급받기는 하였으나, 이러한 퇴직금 분할 지급이 퇴직금의 중간정산에 해당한다고 볼 여지는 없다고 할 것임.

## III. 결론

사안에서 A사가 근로자 乙과 체결한 연봉계약의 내용 중에서 퇴직금 분할 지급에 관한 약정 내용은 강행법규인 근로자퇴직급여보장법의 제 규정에 위반되어 무효임. 이와 같이 무효인 약정에 기초하여 근로자 乙이 A사로부터 매년 퇴직금 명목의 금원을 분할 지급받았다고 하더라도 이는 근로자퇴직급여보장법의 규정에 따른 적법한 퇴직금의 지급에 해당한다고 볼 수 없고, 또한 근로자 乙이 매년 A사로부터 퇴직금을 지급받은 것이 퇴직금 중간정산을 받은 것에 해당하지도 아니하므로, 근로자 乙이 A사로부터 퇴직하면서 A사를 상대로 퇴직금의 지급을 청구한 것은 근로자퇴직급여보장법에 의하여 보장된 근로자의 퇴직금(급여) 청구권을 행사하는 행위로서 정당함.

한편, 근로자 乙의 퇴직금 지급청구가 정당한 것과는 별개로 매년 분할 지급받은 퇴직금 명목의 금원이 법률상 원인없이 지급받은 부당이득에 해당하는지 여부 등이 문제될 수 있으나, 설문에서는 이에 대하여 묻고 있지 아니하므로 논의하지 아니함.

[보충의견 - 부당이득반환 관련 문제]

설문에서는 퇴직금 분할지급 약정에 따라 매년 분할 지급된 퇴직금이 부당이득으로 반환되어야 하는지 여부에 관하여는 전혀 언급하고 있지 아니하므로, 해당 이슈에 관하여 언급하는 것은 논점을 이탈한 답안이 됨.

다만, 관련 문제 수준으로 간략하게 기 지급된 퇴직금 명목의 금원의 처리문제를 두세 줄 언급함으로써 해당 이슈도 알고 있다는 사실을 어필하는 정도로 그치는 것이 좋음.



[예시답안]

2. 공기업인 B사의 보수규정에 따르면 공개채용을 통하여 입사한 정규직 사원의 경우 공기업 근무경력의 100%를 인정하여 초임 연봉을 정하고 있다. 한편 계약직에서 정규직으로 전환된 직원들의 경우 채용경로와 업무성격이 정규직 사원과 구별되므로, 계약직 근무경력의 50%만을 근무경력으로 인정하여 초임 연봉을 책정하고 있다. 계약직에서 정규직으로 전환된 직원인 甲은 B사의 보수규정이 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률과 근로기준법상 차별적 처우 금지규정에 위반된다고 주장하고 있는 바, 그 주장의 정당성에 대해 설명하시오. (25점)

I. 문제의 소재

설문에서는 B사의 보수규정이 공개채용을 통해 채용한 정규직 사원(이하 “정규사원”)과 계약직에서 정규직으로 전환된 사원(이하 “전환사원”) 간에 초임 연봉의 결정에 차등을 두고 있는 것이 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 “기간제법”)과 근로기준법상 차별적 처우 금지규정에 위반된다고 하는 전환사원 甲의 주장이 타당한지 여부를 묻고 있으므로, 기간제법과 근로기준법상의 차별적 처우 금지규정의 규정과 그에 관한 대법원 판례의 법리에 따라 갑의 주장의 정당성 여부를 판단함.

II. 기간제법 상 차별적 처우 금지 위반에 해당하는지 여부

1. 기간제법의 관련 규정

기간제법 제2조 제1호는 “기간제근로자라 함은 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 근로자를 말한다”라고 하고 있으며, 동조 제3호는 “차별적 처우라 함은 임금, 상여금, 성과금, 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항에 있어서 합리적 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다”라고 하고 있음.

또한 기간제법 제8조 제1항은 “사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다”라고 규정하고 있음.

2. 사안의 경우

사안에서 근로자 甲은 기간제 근로자에 해당하는 계약직 근로자에서 기간의 제한이 없는 정규직 근로자로 이미 전환된 자로서 기간제법 제2조 제1호의 기간제 근로자에 해당하지 아니하므로, 기간제법의 적용을 받지 아니함.

따라서 본 사안에서 B사의 보수규정이 기간제법 상의 차별적 처우금지에 위반된다고 하

는 甲의 주장은 적용 법률을 오인한 것으로서 정당하지 않음.

### III. 근로기준법상 차별적 처우 금지 위반에 해당하는지 여부

#### 1. 근로기준법의 규정과 해석

근로기준법 제6조는 “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다”라고 규정하여 균등한 처우를 하도록 규정하고 있음.

##### (1) 비교 대상의 존재

대법원은 근로기준법 제6조를 해석함에 있어서 “근로기준법에서 말하는 차별적 처우란 본질적으로 같은 것을 다르게, 다른 것을 같게 취급하는 것을 말하며, 본질적으로 같지 않은 것을 다르게 취급하는 경우에는 차별 자체가 존재한다고 할 수 없다. 따라서 근로기준법에서 금지하는 차별적 처우에 해당하기 위해서는 우선 그 전제로서 차별을 받았다고 주장하는 사람과 그가 비교대상자로 지목하는 사람이 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있어야 한다”라고 하고 있는 바, 차별적 처우 유무를 판단하기 위해서는 비교대상이 반드시 필요함.

##### (2) 차별금지사유

위 근로기준법 조항에 명시된 성별, 국적, 신앙, 사회적 신분이 예시적인 것인지 한정적인 것인지 해석상 문제되는 바, 학설은 이를 예시적인 것으로 보고 이에 한정되지 않는다고 보는 것이 일반적임. 그러나, 근로기준법 제6조는 위반시 형벌이 부과되는 특별형법 규정이므로 죄형법정주의 원칙상 예시규정으로 볼 수 없고 제한 열거로 보는 것이 보다 타당함.

##### (3) 차별금지 영역

근로기준법 제6조는 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다라고 하고 있으므로, 차별적 처우가 금지되는 영역은 임금, 근로시간, 승진, 배치, 복리후생 등 근로관계의 유지를 전제로 하는 것과 해고, 정년 등 근로관계의 종료과 관계된 제반 근로조건을 포함함.

##### (4) 합리적 이유

근로기준법 상의 차별적 처우 금지에 있어서도 차별을 정당화하는 이유가 있는 때에는 그 차별행위는 위법한 것으로 볼 수 없음.

근로자가 수행하는 업무의 종류나 업무수행조건에 있어서 해당 차별이 직무상 불가피한 경우에는 그 차별은 차별적 처우에 해당하지 않는 다는 것으로서, 근로자의 근속년수의 차이, 업무의 성질과 내용의 차이, 근무형태의 차이, 능률이나 성과, 직책이나 직급, 권한이나 책임, 작업조건 등에 차이가 있고 차별의 정도가 그 차이에 상응하는 경우에는 합리적인 이유가 있는 경우라고 보아야 할 것임.

## 2. 사안의 경우

정규사원과 전환사원의 초임연봉 산정기준을 달리하고 있는 B사의 보수규정이 근로기준법 제6조에 위반한 차별적 처우에 해당하는지 여부를 위에서 정리한 근로기준법 제6조의 차별적 처우 판단 기준과 순서에 따라 검토함.

### (1) 비교대상의 존재 여부

사안에서 정규사원은 공개채용을 통해 입사한 자이고, 전환사원은 계약직으로 채용되었다가 정규직으로 전환된 자인 바, 대법원의 판례에 따르면 채용경로의 차이가 있는 경우 본질적으로 동일한 비교집단에 속한다고 볼 수 없어, 사안의 경우에도 차별적 처우 이슈는 문제될 여지가 없고, 이 경우 근로자 甲의 주장은 부당한 것이 됨.

그러나, 비교대상 근로자인지 여부는 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 있는지 여부로 판단하는 것이 동일가치노동 동일임금이라는 대원칙에 보다 부합한다고 할 것임.

### (2) 기타 요건의 검토

대법원 판례에 따를 때 정규사원과 전환사원은 동일한 비교집단에 속하지 아니하므로, 차별금지 사유에 해당하는지, 차별적 처우 영역에 해당하는지, 차별에 합리적 이유가 있는지 등은 검토할 필요가 없다고 할 수 있음.

그러나 동일가치노동 동일임금이라는 대원칙에 비추어 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 있는지 여부를 기준으로 차별적 처우의 유무를 판단하는 것이 보다 합리적이고 타당한 방안이라고 볼 것인바, 이하에서는 각각의 요건을 간략히 검토함.

#### 1) 차별금지 사유에 해당하는지 여부

설문에서 언급된 정규사원과 전환사원이라는 차이가 성별, 국적, 신앙에 해당하지 않음은 명백하므로, 이 차이가 사회적 신분의 차이에 해당하는지 문제됨. 사회적 신분이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 의미한다는 헌법재판소의 판례에 의할 때 정규사원과 전환사원이라는 구분은 사회적 신분에 해당한다고 봄이 타당함.

## 2) 차별금지 영역에 해당하는지 여부

본 사안에서 문제되는 B사의 보수규정이 가장 중요한 근로조건인 임금에 있어서 정규사와 전환사원 간에 차등을 두고 있으므로, 차별금지 영역 내의 근로조건에 차별이 있음은 이론의 여지가 없을 것임.

## 3) 합리적 이유의 유무

설문에 언급된 사실관계만으로는 정규사원과 전환사원의 초임연봉에 차등을 둔 것에 합리적인 이유가 있는지 여부를 판단하기 어려움. 다만, 동일가치노동 동일임금이라는 관점에서 볼 경우 사안에서 정규사원과 전환사원이 담당하는 주된 업무에 차이가 있는지 여부 등을 가리지 않고 일률적으로 초임연봉에 차등을 두도록 규정한 B사 보수규정은 근로기준법 제6조에 위반될 가능성이 높다고 볼 것임.

## 3. 소결

대법원 판례와 같이 채용경로에 차이가 있는 경우에는 비교대상 집단에 해당하지 않는다고 볼 경우 사안의 정규사원과 전환사원 간에는 차별적 처우 자체가 문제되지 않을 것임.

그러나 채용경로의 차이는 차별적 처우 이슈와는 무관하다고 할 수 있으며, 차별적 처우 판단기준인 차별금지 사유와 영역, 합리적 이유의 존재 여부 등을 구체적으로 검토하여 차별적 처우 금지 위반에 해당하는지 여부를 판단하는 것이 보다 바람직하다고 생각됨.

사안의 경우에 정규사원과 전환사원이 담당하는 주된 업무에 차이가 있는지 여부 등을 가리지 않고 일률적으로 초임연봉에 차등을 두도록 규정하고 있는 B사 보수규정은 근로기준법 제6조에 위반에 해당할 가능성이 크다고 할 것임.

## IV. 결론

B사의 보수규정이 기간제법상 차별적 처우 금지에 위반된다는 甲의 주장은 적용 법률을 오해한 것으로서 부당함.

근로기준법의 차별적 처우 금지 규정 위반에 관한 주장은 대법원 판례의 기준에 의할 경우에는 부당한 것으로 인정될 것이나, 동일가치노동 동일임금이라는 균등처우의 대원칙에 비추어 볼 때 B사의 현행 보수규정은 정규직으로 채용된 근로자와 계약직을 거쳐 정규직으로 전환된 근로자가 수행하는 주된 업무가 무엇인지는 전혀 구분하지 않은 상태에서 일률적으로 초임연봉에 차등을 두고 있다는 점에서 근로기준법 제6조에 위반에 해당할 가능성이 높다고 생각됨.