목차

제1장 당사자 적격 ····· 1

제1절 노동조합법상 근로자 ····· 3

1. 노동조합법상 근로자의 개념 ····· 3
2. 근로자 개념의 비교 ····· 3
3. 노동조합법상 근로자성 판단기준 ····· 4
   3.1. 기존 판례의 태도 ····· 4
   3.2. 최근 판례가 제시한 판단기준 ····· 5
4. 판례 ····· 7
   4.1 노동조합법상 근로자성을 긍정한 사례 ····· 7
      가. 골프장 경기보조원 ····· 7
      나. 구직중인 근로자 또는 실업자 ····· 10
      다. 방송연기자 ····· 10
      라. 취업자격 없는 외국인 근로자 ····· 12
   4.2 노동조합법상 근로자성을 부정한 사례 ····· 13
      가. 레미콘 지입차주 겸 기사 ····· 13
      나. 학습지 교사 ····· 14

제2절 노동조합법상 사용자 ····· 16

1. 의의 ····· 16
2. 사업주 ····· 16
   2.1 사업주의 의의 ····· 16
   2.2 실질적 지배력을 인정한 판례 ····· 16
3. 사업의 경영담당자 ····· 17
4. 사업주를 위하여 행동하는 자 ····· 17

제3절 노동조합법상 노동조합 ····· 18

1. 의의 ····· 18
2. 노동조합의 실질적 요건 ····· 18
   2.1 적극적 요건 ····· 18
      가. 주체성 ····· 19
         1) 근로자주체 ····· 19

목차

2) 단위노동조합과 연합단체 ····· 19
가) 단위노동조합 ····· 19
나) 연합단체 ····· 21
나. 자주성 ····· 22
다. 목적성 ····· 22
라. 단체성 ····· 22
2.2 소극적 요건 ····· 24
가. 사용자 또는 그 이익 대표자의 참가가 허용되지 않을 것 ····· 24
나. 사용자로부터 경비의 주된 부분을 원조 받지 않을 것 ····· 26
다. 복리사업만을 목적으로 하지 않을 것 ····· 27
라. 근로자 아닌 자의 가입이 허용되지 않을 것 ····· 27
마. 정치운동을 주된 목적으로 하지 않을 것 ····· 27
3. 초기업별노조 지회·분회의 법적 지위 ····· 28
3.1 지부·분회의 노동조합성 인정 여부 ····· 28
3.2 지부·분회가 독자적으로 조직형태 변경을 하는 것이 가능한지 ····· 30
가. 조직형태 변경의 의의 ····· 30
나. 조직형태 변경의 효과 ····· 30
다. 지부·분회가 조직형태변경의 주체가 될 수 있는지 ····· 30

제2장 복수노조 교섭창구단일화 제도 ····· 33

제1절 복수노조 교섭창구단일화 절차 ····· 35

1. 교섭창구 단일화 절차 ····· 35
1.1 교섭창구 단일화 절차의 의의 ····· 35
1.2 교섭창구 단일화 절차 개관 ····· 35
1.3 단수노조 사업장에서 교섭창구단일화 절차 적용의 문제 ····· 38
가. 단수노조의 교섭요구에 대하여 사용자가 교섭요구사실 공고 의무가 있는지 ····· 39
나. 교섭창구단일화 절차를 거친 단수노조의 교섭대표노동조합 지위 인정 여부 ····· 42
2. 교섭대표 노동조합의 결정 ····· 44

목차

2.1 교섭요구 ····· 44
가. 개요 ····· 44
나. 교섭요구의 시기 ····· 44
다. 교섭요구의 방법 ····· 45
1) 노동조합이 사용자에 팩스로 교섭요구를 한 것이 서면교섭 요구에 해당하는지 ····· 45
2) 수신자가 불분명하게 기재된 교섭요구가 적법한지 ····· 47
2.2 교섭요구 사실의 공고 ····· 47
가. 교섭요구 노동조합이 노동조합법상 노동조합인지 여부가 문제 되는 경우 ····· 48
나. 사용자가 사용자성의 문제를 제기하며 교섭요구 사실의 공고를 하지 않는 경우 ····· 48
다. 다른 노동조합이나 근로자들의 접근이 어려운 곳에 교섭요구 사실을 공고한 경우 ····· 49
2.3 교섭요구 노동조합의 확정 ····· 50
가. 사용자의 공고 또는 수정공고에 의해 교섭요구 노동조합으로 확정되는 시점 ····· 51
나. 노동위원회에 의해 교섭요구 노동조합으로 결정되는 시점 ····· 52
다. 노동위원회 결정에 '각하' 결정이 포함되는지 ····· 53
2.4 자율적 교섭대표노동조합의 결정 ····· 54
가. 의의 ····· 54
나. 개별교섭 동의 기한 ····· 54
다. 개별교섭과 단체협약의 일반적 구속력 ····· 55
1) 일반적 구속력의 법리 ····· 55
2) 복수노조가 존재하는 경우 일반적 구속력의 문제 ····· 55
3) 구체적인 사례 ····· 56
가) 소수노조가 별도의 단체협약을 이미 체결한 경우 ····· 56
나) 소수노조가 단체협약 체결을 진행 중인 경우 ····· 56
2.5 과반수 노동조합에 대한 교섭대표노동조합의 지위 인정 ····· 57
가. 조합원 수 산정 기준 시점 ····· 57
나. 해고의 효력을 다투는 근로자의 조합원수 산정 문제 ····· 58

목차

1) 논의의 전제 ····· 58
2) 쟁점 1 : 노동조합법 제2조 제4호 라목 단서의 적용 여부 ····· 58
3) 쟁점 2 : 해고된 조합원의 중노위 재심판정 후 조합원수 산정 여부 ····· 60
다. 이중가입 조합원의 조합원수 산정 문제 ····· 61
1) 이중가입 조합원의 조합원수 산정방식 ····· 61
2) 노동조합법 시행령 제14조의7 제6항의 취지 ····· 62
3) 시행령 제14조의7 제6항의 '조합비'를 납부한 경우로 볼 수 없는 경우 ····· 62
3. 교섭대표노동조합의 지위 ····· 63
3.1 교섭대표노동조합의 지위 유지기간 ····· 63
3.2 교섭대표노동조합의 권한 범위 ····· 65

제2절 교섭단위 분리 ····· 66

1. 교섭단위 분리제도의 의의 ····· 66
2. 교섭단위 분리의 요건에 관한 판단 ····· 66
2.1 교섭단위 분리 필요성에 관한 판단 원칙 ····· 66
2.2 현격한 근로조건의 차이 ····· 67
가. 현격한 근로조건의 차이를 인정한 경우 ····· 67
나. 현격한 근로조건의 차이를 인정하지 않은 경우 ····· 68
2.3 고용형태 ····· 71
가. 고용형태의 차이를 인정한 경우 ····· 72
나. 고용형태의 차이를 인정하지 않은 경우 ····· 73
2.4 교섭관행 ····· 74
가. 교섭관행의 차이를 인정한 경우 ····· 75
나. 교섭관행의 차이를 인정하지 않은 경우 ····· 75
3. 교섭단위 분리결정에 대한 불복 ····· 76
3.1 불복의 대상 ····· 76
3.2 행정소송 제기 시 원고적격 ····· 76

제3절 공정대표의무제도 ····· 78

1. 공정대표의무의 의의 ····· 78

목차

1.1 개설 ····· 78
가. 제도의 의의 ····· 78
나. 판례의 경향 ····· 79
1.2 공정대표의무의 내용 ····· 79
가. 교섭대표노동조합의 공정대표의무 ····· 79
나. 사용자의 공정대표의무 ····· 81
1.3 공정대표의무의 범위 ····· 83
2. 공정대표의무 위반시 시정절차 ····· 84
2.1 신청기간 ····· 85
2.2 입증책임 ····· 85
3. 절차상 공정대표의무 ····· 86
3.1 절차상 공정대표의무 판단기준 ····· 86
3.2 정보제공 및 의견수렴의무 ····· 87
3.3 교대노조가 소수노조의 요구사항을 관철하지 못한 경우 ····· 90
4. 실체적 공정대표의무 ····· 90
4.1 단체협약의 규범적 부분에서의 공정대표의무 ····· 90
가. 복지기금, 해외연수 경비, 학자보조금 등 차별 ····· 91
나. 격려금 및 성과금 차별 ····· 91
4.2 단체협약의 채무적 부분에서의 공정대표의무 ····· 92
가. 판단 기준 ····· 92
나. 노조사무실 제공 ····· 94
1) 일반적인 판단기준 ····· 94
2) 구체적인 사례 ····· 94
가) 교대노조에게만 노조사무실 제공 ····· 94
나) 공간제공을 위한 협의가 가능한 경우 ····· 96
다) 조합원수가 절대적으로 적고 여유 공간도 없는 경우 ····· 97
라) 조합원수가 절대적으로 적고 제공 요청을 하지 않은 경우 ····· 98
마) 노조사무실을 교섭대표노조에게만 임대하는 경우 ····· 99
바) 조합원 수에 다툼이 있는 경우 노조사무실 제공 문제 ····· 100
다. 근로시간 면제한도 ····· 100
1) 판례의 기본적 입장 ····· 100

목차

2) 근로시간면제 배분에 관한 사용자의 공정대표의무 위반 ····· 102
3) 구체적인 사례 ····· 103
라. 노조전임자 ····· 106
1) 판례의 기본적 입장 ····· 106
2) 구체적인 사례 ····· 106
가) 일정규모 이상의 상급단체 임직원으로 피선된 자를 노동조합 전임자로 인정 ····· 106
나) 교섭대표노동조합에 대하여만 노조전임자 인정 ····· 107
마. 근로시간 중 조합활동 ····· 108
1) 신입사원에 대한 노동조합 교육시간 배분 ····· 108
2) 소노사협의회 구성에 교섭대표노동조합만 참여 ····· 109

제3장 쟁의행위와 필수유지업무결정 ····· 111

제1절 쟁의행위 ····· 113

1. 쟁의행위의 개념 ····· 113
1.1 노동조합법상 쟁의행위의 정의 ····· 113
1.2 쟁의행위인지 여부가 문제되는 경우(조합활동과의 구별) ····· 114
가. 업무저해성 ····· 114
나. 준법투쟁의 문제 ····· 115
1) 준법투쟁의 쟁의행위 해당여부 ····· 115
2) 학설 ····· 115
3) 판례의 태도 ····· 116
4) 권리행사투쟁과 안전투쟁 ····· 116
가) 권리행사투쟁 ····· 116
나) 안전투쟁 ····· 117
2. 쟁의행위의 정당성 요건 ····· 118
2.1 일반론 ····· 118
2.2 쟁의행위의 주체 ····· 119
가. 노동조합법상 노동조합 ····· 119
나. 실질적 요건을 갖추지 못한 노동조합 ····· 120

목차

다. 일시적 쟁의단 ····· 121
1) 일반론 ····· 121
2) 판례의 태도 ····· 121
라. 쟁의행위의 주체가 될 수 없는 근로자 ····· 122
1) 공무원 및 교원 ····· 122
2) 주요 방위산업체 근로자 및 그 하수급업체 근로자 ····· 123
2.3 쟁의행위의 목적 ····· 124
가. 일반론 ····· 124
1) 쟁의행위의 목적과 단체교섭사항의 범위 ····· 124
2) 쟁의행위의 목적이 여러 가지인 경우 ····· 125
3) 쟁의행위의 목적을 판단하는 기준 ····· 126
4) 쟁의행위의 주된 목적 판단 사례 ····· 127
가) 쟁의행위 주된 목적이 대정부투쟁이라고 본 사례 ····· 127
나) 쟁의행위 주된 목적이 공공기관 선진화 정책 저지라고 본 사례 ····· 128
다) 쟁의행위 주된 목적이 노동쟁의 대상이 될 수 없는 요구사항이라고 본 사례 ····· 130
라) 쟁의행위 주된 목적이 근로조건의 유지·향상이라고 본 사례 ····· 131
나. 쟁점별 판단 사례 ····· 132
1) 의무적 교섭사항인지 임의적 교섭사항인지 여부 ····· 132
가) 노조전임제에 관한 사항 ····· 132
나) 사업부의 폐지, 지점폐쇄 등과 같은 경영주체의 경영상 의사결정 ····· 133
다) 구조조정이나 합병 등 기업의 경쟁력을 강화하기 위한 경영주체의 경영상 조치 ····· 133
2) 사용자의 처분권한에 속하지 않는 사항 ····· 134
3) 정치파업 ····· 135
4) 단체협약상 노사협의회 결정사항으로 정한 사항 ····· 136
5) 쟁의행위 당시 유효한 단체협약에 의해 규율을 받고 있는 사항 (평화의무) ····· 136

목차

가) 판례의 기본적인 입장 ····· 136
나) 구체적인 사례 ····· 137
6) 권리분쟁에 관한 사항 ····· 139
2.4 쟁의행위의 절차 ····· 140
가. 시기·절차에 관한 법규정 ····· 140
나. 판례의 입장 ····· 140
1) 절차적 정당성 판단기준 ····· 140
2) 조정전치절차의 준수 ····· 141
3) 조합원 찬반투표 ····· 141
4) 쟁의행위 도중 새로운 쟁의사항의 부가 ····· 142
다. 쟁의행위와 조합원 찬반투표 ····· 143
1) 의의 ····· 143
2) 주체 : 노동조합 조합원의 범위 ····· 143
가) 문제의 소재 ····· 143
나) 판례의 태도 ····· 143
다) 집단교섭이 개별교섭으로 변경된 경우의 문제 ····· 144
3) 방법 : 직접·비밀·무기명 투표에 의한 과반수 찬성 ····· 146
가) 모바일투표 방식에 의한 쟁의행위 찬반 투표 ····· 146
나) 쟁의행위 찬반투표에서의 공정대표의무 ····· 147
다) 투표권자 명부 없이 실시한 쟁의행위 찬반투표 ····· 148
라) 쟁의행위 찬반투표의 기간 연장 ····· 149
마) 비밀 무기명투표 원칙의 위반 ····· 150
4) 시기 ····· 150
가) 문제의 소재 ····· 150
나) 판례의 태도 ····· 151
5) 찬반투표를 거치지 않은 쟁의행위의 정당성 ····· 152
가) 판례의 태도 ····· 152
나) 구체적인 사례 ····· 154
라. 조정전치주의 ····· 155
1) 일반론 ····· 155
2) 구체적인 사례 ····· 155

목차

가) 조정절차를 거치지 아니하였더라도 정당성이 인정된 사례 · 156
나) 조정절차를 거치지 아니하여 정당성이 부정된 사례 ····· 157
2.5 쟁의행위의 방법 ····· 158
가. 쟁의행위 수단·방법상 정당성 ····· 158
1) 노동조합법상 규정 ····· 158
2) 판례의 입장 ····· 159
나. 업무방해죄 관련 ····· 160
1) 형사면책의 법리 ····· 160
2) 업무방해죄에 대한 대법원 판결 법리 변경 ····· 160
다. 구체적인 사례 ····· 164
1) 폭력을 수반하여 정당성이 부정된 사례 ····· 164
2) 안전보호시설 정지·폐지행위 ····· 165
가) 일반론 ····· 165
나) 쟁점별 사례 ····· 165
(1) 사람의 생명·신체에 대한 위험의 발생 ····· 165
(2) 안전보호시설인지 여부 ····· 166
3) 쟁의행위 유형에 따른 수단·방법의 정당성 ····· 167
가) 피케팅 ····· 167
(1) 의의 ····· 167
(2) 정당성 판단기준 ····· 167
(3) 구체적인 사례 ····· 168
나) 직장점거 ····· 169
(1) 의의 ····· 169
(2) 정당성 판단기준 ····· 169
(3) 구체적인 사례 ····· 170
(가) 직장점거의 정당성을 부정한 경우 ····· 170
(나) 직장점거의 정당성을 인정한 경우 ····· 171
3. 사용자의 쟁의대항행위 ····· 174
3.1 신규채용 대체근로의 금지 등 ····· 174
가. 의의 ····· 174
나. 신규채용 대체근로의 금지 ····· 174

목차

1) '사업'의 의미 ····· 174
2) 채용과 대체 ····· 175
가) 채용과 대체의 의미 ····· 175
나) 금지기간 ····· 175
다) 금지의 범위 ····· 176
3.2 직장폐쇄 ····· 177
가. 의의 ····· 177
나. 정당성 요건 ····· 178
1) 시기(대항성 요건) ····· 178
2) 목적 ····· 181
가) 직장폐쇄의 방어성 요건 ····· 181
나) 공격적 직장폐쇄의 구체적인 사례 ····· 182
다. 효과 ····· 185
1) 사용자의 임금지급의무 면제 ····· 185
2) 사업장 점유의 배제 ····· 185

제2절 필수유지업무 ····· 187

1. 필수유지업무제도의 개관 ····· 187
1.1 제도 도입 ····· 187
1.2 노동조합법상 필수유지업무 ····· 187
1.3 필수유지업무의 운영 절차 ····· 188
2. 필수유지업무결정 사례 ····· 190
2.1 필수유지업무결정에 대한 불복사유 및 판단기준 ····· 190
가. 필수유지업무결정의 취소사유가 위법·월권에 국한되는지 ····· 190
나. 필수유지업무결정의 위법여부에 관한 판단기준 ····· 190
1) 일반적인 기준 ····· 190
2) 판례의 태도 ····· 191
2.2 필수유지업무 결정의 절차적 위법성 문제 ····· 192
가. 신청적격 ····· 192
1) 문제의 소재 ····· 192
2) 판례의 태도 ····· 192

목차

나. 필수유지업무결정 신청사건의 관장 ····· 193
다. 법제42조의4 제1항 '필수유지업무협정이 체결되지 아니하는 때'의 의미 ····· 194
1) 일반론 ····· 194
2) 구체적인 사례 ····· 194
라. 교섭이 미진한 경우 행정지도의 가능 여부 ····· 195
2.3 필수유지업무 결정대상 ····· 196
가. 대상직무·필요인원의 결정 ····· 196
1) 대상직무 특정 방법 ····· 196
2) 대상직무의 범위 결정에 관한 구체적인 사례 ····· 196
나. 필수유지업무의 유지·운영수준 ····· 198
2.4 필수유지업무 결정방법 ····· 199
가. 대체근로 또는 도급 등을 고려하지 않은 것이 위법인지 ····· 199
나. 대체수단을 고려하지 않은 것이 위법인지 ····· 200
다. 대체인력을 고려하지 않은 것이 위법인지 ····· 201
3. 필수유지업무협정·결정과 쟁의행위 ····· 201
3.1 문제의 소재 ····· 201
3.2 판례의 태도 ····· 201

제4장 부당노동행위 ····· 203

제1절 총론 ····· 205

1. 부당노동행위제도 개관 ····· 205
1.1 부당노동행위제도의 의의 ····· 205
1.2 부당노동행위의 주체 ····· 206
가. 원칙 ····· 206
1) 사업주 ····· 206
2) 사업의 경영담당자 ····· 206
3) 사업주를 위하여 행동하는 자 ····· 207
나. 원청의 부당노동행위 사용자성 ····· 207
1) 원청의 부당노동행위 사용자성을 인정한 대표적인 판례 ····· 207

목차

2) 그 이후의 판결 ····· 209
2. 부당노동행위 구제절차 ····· 210
2.1 당사자 ····· 210
가. 신청인 ····· 210
1) 노동조합 ····· 211
가) 설립신고 전 노동조합 ····· 211
나) 부당노동행위 이후에 설립된 노동조합 ····· 211
다) 복수노조 상황에서의 다른 노동조합 ····· 212
라) 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 노동조합 ····· 213
2) 근로자 ····· 213
나. 피신청인 ····· 214
1) 사업주 ····· 214
2) 사업의 경영담당자 또는 사업주를 위하여 행동하는 자 ····· 215
3) 사업주인 사용자를 위하여 행동하는 자 ····· 216
4) 사업주의 일부조직이나 업무집행기관 ····· 217
다. 당사자 지위의 변동과 승계 ····· 218
2.2 구제신청 절차 ····· 218
가. 신청취지와 노동위원회의 판단 대상 ····· 218
1) 신청취지 ····· 218
2) 노동위원회의 판단 대상 ····· 219
나. 노동위원회 심문절차 ····· 220
다. 구제명령의 내용과 한계 ····· 220
1) 구제명령의 내용 ····· 220
2) 구제명령의 유형 ····· 221
가) 부작위명령 ····· 221
나) 그 밖의 구제명령 ····· 221
2.3 구제신청 기간 ····· 224
가. 부당노동행위가 있은 날 ····· 224
나. 계속하는 행위는 그 종료일 ····· 225
2.4 구제이익과 소의 이익 ····· 226
가. 개념 ····· 226

목차

나. 판단 기준시점 ····· 227
1) 구제이익 판단 기준시점 ····· 227
2) 소의 이익 판단 기준시점 ····· 227
다. 구제이익 및 소의 이익 판단 사례 ····· 228
1) 다른 사정이나 절차 등으로 구제의 목적이 달성된 경우 ····· 228
가) 사용자가 부당노동행위를 중지한 경우 ····· 228
나) 부당노동행위 결과가 회복된 경우 ····· 229
2) 구제의 목적이 달성된 것으로 볼 수 없는 경우 ····· 229
가) 부당해고에 대한 구제명령만 발하여진 경우 ····· 229
나) 감봉처분이 취소되면서 견책처분으로 변경된 경우 ····· 231
3) 구제명령의 실현이 불능인 경우 ····· 231
가) 근로관계가 종료(계약기간 만료, 정년도래 등)한 경우 ····· 231
나) 사업체의 소멸 ····· 232
다) 노조의 조합원이 없어진 경우 ····· 232
4) 그 밖에 구제이익 및 소의 이익이 문제되는 사례 ····· 234
가) 다른 노조에 대한 전임자급여 지원행위 ····· 234
나) 일시적으로 조합원 자격을 상실하는 노사합의 ····· 234
다) 구제신청의사 포기로 간주되는 경우 ····· 235
라) 관련 민사소송의 패소판결이 확정된 경우 ····· 236

제2절 불이익취급 ····· 237

1. 불이익취급 개관 ····· 237
2. 불이익취급의 요건 ····· 238
2.1 정당한 노동조합 활동 또는 정당한 단체행동 ····· 238
가. 노동조합의 업무를 위한 행위의 판단기준 ····· 238
1) 일반적인 판례의 태도 ····· 238
2) 구체적인 사례 ····· 239
가) 노동조합 활동으로 볼 수 있는 경우 ····· 239
나) 노동조합의 업무를 위한 행위로 볼 수 없는 경우 ····· 241
나. 정당한 노동조합활동인지 여부를 판단하는 기준 ····· 242
1) 일반적인 판례의 태도 ····· 243

목차

2) 구체적인 사례 ····· 245
가) 취업시간 중 조합 활동 ····· 245
(1) 취업시간 중 조합활동을 정당한 노동조합 활동으로 인정한 경우 ····· 246
(2) 일반적인 경우 취업시간 중 조합 활동의 정당성 여부 ····· 249
(3) 휴게시간 내의 조합활동 ····· 250
나) 리본착용이나 조합 조끼 착용 ····· 251
(1) 리본착용 등을 정당한 노동조합 활동으로 인정한 경우 ··· 252
(2) 리본착용 등을 정당한 노동조합 활동으로 인정하지 않은 경우 ····· 254
다) 사업장 내 유인물 배포행위 ····· 256
(1) 유인물 배포가 정당한 노동조합 활동이 아니라고 본 경우 ·· 256
(2) 유인물 배포가 정당한 노동조합 활동이라고 본 경우 ····· 258
(3) 유인물 배포행위의 주체·목적·수단방법에 따른 정당성 판단 ···· 261
2.2 사용자의 불이익취급 ····· 264
가. 불이익취급의 개념 ····· 264
나. 징계와 부당노동행위 ····· 264
1) 일반적인 판례의 태도 ····· 264
2) 예외를 인정한 사례 ····· 265
다. 불이익취급의 유형 ····· 266
1) 조합활동상의 불이익 ····· 266
가) 노조전임자에 대한 복귀명령 등 ····· 266
나) 승진 ····· 267
다) 전보명령 ····· 270
2) 신분적·경제적 불이익 ····· 271
가) 해고 ····· 271
나) 승진 누락 ····· 272
다) 연장근로 거부 ····· 273
라) 배차시간 단축 등 업무의 축소 ····· 273
3) 정신적 또는 생활상의 불이익 처분 ····· 274
4) 불이익취급으로 보지 않은 경우 ····· 276

목차

가) 정년퇴직처리 ····· 276
나) 불이익처분의 의사표시 ····· 278
다) 직종·근무처에 따른 수당의 차이 ····· 278
2.3 부당노동행위 의사 ····· 279
가. 부당노동행위 의사의 추정 ····· 279
나. 구체적인 경우의 부당노동행위 의사 추정 ····· 280
1) 징계양정의 불합리, 징계절차의 하자 등이 있는 경우 ····· 280
가) 불합리한 징계양정 ····· 280
나) 경영상의 이유에 의한 해고 ····· 281
다) 징계절차의 위반 ····· 283
2) 차별적 대우 ····· 283
3) 조합활동과 징계처분 사이의 시간적 접근 ····· 285
4) 처분원인과 처분시기가 떨어져 있는 경우 ····· 288
5) 인사처분에 대한 경영상 필요성이나 인사기준의 합리성 ····· 288
다. 정당한 사유와 부당노동행위 의사의 경합 ····· 290
1) 의의 ····· 290
2) 판례의 태도 ····· 291

제3절 반조합계약 ····· 293

1. 반조합계약 개관 ····· 293
2. 유니언 숍 협정 ····· 293
2.1 의의 및 요건 ····· 293
가. 의의 ····· 293
나. 요건 ····· 294
1) 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의2 이상을 대표할 것 ··· 294
2) 단체협약 조항일 것 ····· 294
다. 조직강제와 유니언 숍 협정 ····· 295
2.2 효과 ····· 296
2.3 적용범위 ····· 297
가. 신규채용 근로자의 경우 ····· 297
나. 노동조합 가입절차 준수 여부 ····· 297

목차

다. 합병회사의 노동조합이 유니언 숍인 경우 ····· 298
2.4 사용자의 해고의무 위반 및 부당노동행위 해당 여부 ····· 298

제4절 단체교섭 거부·해태 ····· 299

1. 단체교섭 거부·해태 개관 ····· 299
1.1 단체교섭의 주체(당사자와 담당자) ····· 299
가. 의의 ····· 299
나. 근로자측 당사자와 담당자 ····· 299
1) 근로자측 교섭당사자 ····· 299
2) 근로자측 교섭담당자 ····· 300
3) 근로자측 교섭권한과 한계 ····· 300
가) 문제의 소재 ····· 300
나) 원칙 : 전면적·포괄적 제한금지 ····· 300
다) 절차적 제한을 허용하는 최근 판례 ····· 301
다. 사용자측 당사자와 담당자 ····· 303
1) 사용자측 교섭당사자 ····· 303
가) 사용자의 개념 ····· 303
나) 사용자단체 ····· 304
2) 사용자측 교섭담당자 ····· 306
1.2 단체교섭 대상사항 ····· 306
가. 일반론 ····· 306
1) 개요 ····· 306
2) 내재적 한계 ····· 307
가) 사용자가 처리 또는 처분할 수 있는 사항 ····· 307
나) 강행법규나 공서양속에 위반하지 않는 사항 ····· 308
3) 특정인에 대한 처분을 요구하는 것이 아닐 것 ····· 310
나. 단체교섭 대상사항에 대한 구체적인 검토 ····· 311
1) 임금·근로시간 등 근로조건의 결정에 관한 사항 ····· 311
2) 인사에 관한 사항 ····· 311
가) 임의적 교섭사항 ····· 311
나) 단체협약에서 인사권 제한을 인정한 경우 ····· 311
3) 경영상의 권한에 속하는 사항 ····· 313

목차

가) 문제의 소재 ····· 313
나) 판례의 원칙적인 입장 ····· 313
다) 구체적인 사례 ····· 314
(1) 구조조정 자체를 반대하기 위한 교섭 요구 ····· 314
(2) 정리해고 관련 단체교섭 가능 여부 ····· 317
(3) 사용자의 경영권을 근본적으로 제한하는 교섭 요구 ····· 317
4) 특정인에 관한 사항 ····· 318
5) 집단적 노동관계에 관한 사항 ····· 319
다. 공무원노조법상 단체교섭 대상 ····· 320
1) 원칙 ····· 320
2) 구체적인 사례 ····· 321
1.3 단체교섭의 방법 ····· 322
가. 일반론 ····· 322
나. 교섭일정 ····· 322
다. 교섭시간·횟수 ····· 323
라. 교섭장소 ····· 323
1.4 단체교섭 태도(성실교섭의무) ····· 323
2. 단체교섭 거부의 정당성 ····· 324
2.1 정당성 판단기준 ····· 324
2.2 구체적인 경우 단체교섭 거부의 정당성 여부 ····· 325
가. 단체교섭의 주체가 문제되는 경우 ····· 325
1) 사용자성을 문제 삼아 단체교섭을 거부하는 경우 ····· 325
2) 노동조합성을 문제 삼아 단체교섭을 거부하는 경우 ····· 329
3) 단체교섭 권한의 위임 ····· 332
4) 산업별 노동조합의 조합원에 대한 단체교섭 거부 ····· 333
나. 단체교섭 대상사항인지 여부가 문제되는 경우 ····· 333
다. 단체교섭 방법이 문제되는 경우 ····· 336
1) 노동조합 측 교섭위원이 1명만 참석한 경우 ····· 336
2) 사회통념상 합리적이고 정상적인 교섭요구가 아닌 경우 ····· 336
3) 교섭장소를 이유로 단체교섭을 거부한 경우 ····· 337
4) 집단교섭 방식 등에 동의하지 않는 경우 ····· 338

목차

5) 조합원 명단 제공 거부 등 노동조합의 비협조 ····· 339
라. 단체교섭의 교착 ····· 339
1) 단체교섭의 결렬 ····· 339
2) 단체교섭의 교착 이후 단체교섭 거부 ····· 340
3) 교섭결렬 후 기간의 경과 및 사정의 변경 ····· 340
마. 불성실한 단체교섭 거부 사례 ····· 341
1) 가처분 결정을 위반한 경우 ····· 341
2) 합리적 이유 없는 단체협약 안 거부 ····· 342
3) 이미 체결한 단체협약을 이유로 거부한 경우 ····· 342

제5절 지배·개입 ····· 344

1. 지배·개입 개관 ····· 344
1.1 의의 ····· 344
1.2 지배·개입의 요건 ····· 344
가. 지배개입 행위(운영비 원조 포함) ····· 344
나. 지배개입 의사 ····· 346
다. 근로자의 단결권 침해라는 결과는 불요 ····· 346
2. 지배·개입에 대한 구체적인 검토 ····· 346
2.1 노동조합 설립, 조직, 가입에 대한 지배개입 ····· 346
가. 노동조합 가입을 이유로 한 불이익 조치 ····· 347
나. 특정 노동조합 가입을 종용한 경우 ····· 347
다. 조합원 범위 설정에 개입한 경우 ····· 348
라. 노동조합 탈퇴서 제출을 종용한 경우 ····· 349
마. 부당노동행위로 볼 수 없는 경우 ····· 349
1) 노동조합에 가입할 수 없는 조합원의 노동조합 탈퇴를 요구하는 경우 ····· 349
2) 노동조합 가입이 금지된 공무원에 대한 기준 등 시달 ····· 350
3) 노동조합 비가입 대상자에 대한 탈퇴지시 ····· 351
4) 유니언 숍 협정을 위반한 행위 ····· 351
2.2 노동조합 운영에 대한 지배개입 ····· 352
가. 노동조합 선거에 관여하는 행위 ····· 352

목차

나. 노동조합 조합비 공제 및 자금 조달 ····· 354
1) 조합비 공제 ····· 354
가) 조합비 일괄공제를 중지하는 행위 ····· 354
나) 조합원 자격 상실된 자에 대한 조합비 공제 중단 ····· 355
다) 조합원의 요청에 따른 조합비 공제 중단 ····· 355
라) 노노갈등 상황에서 신설노조에 대한 조합비공제 거부 ····· 356
2) 노동조합 자금 조달 ····· 356
다. 사용자의 시설관리방법의 변경 ····· 357
1) 일반론 ····· 357
2) 구체적인 사례 ····· 358
2.3 노동조합의 조합 활동에 대한 개입 ····· 360
가. 쟁의행위에 대한 개입 ····· 361
1) 파업참가자의 감사문답서 작성 ····· 361
2) 파업 참가자들에 대한 행동기록표 작성 및 서약서 징수 ····· 361
3) 적법한 쟁의행위 중 근로자 신규채용 ····· 362
4) 신원보증인들에게 불법쟁의 통지 ····· 363
나. 직장폐쇄 ····· 363
1) 직장폐쇄가 지배개입의 부당노동행위인 경우 ····· 363
가) 진정한 업무 복귀 의사표시에도 직장폐쇄를 유지한 경우 ····· 363
나) 선제적 직장폐쇄 ····· 365
2) 직장폐쇄 중 노조사무실 출입 통제 ····· 365
3) 파업종료 확인서 서명 요구 ····· 367
다. 노조전임자 복귀명령 ····· 368
라. 노동조합의 대외적 활동 방해 ····· 368
2.4 노동조합 활동에 대한 사용자의 혐오 발언 ····· 370
가. 판례의 입장 ····· 370
나. 구체적인 사례 ····· 371
1) 부당노동행위로 인정된 경우 ····· 371
2) 부당노동행위로 인정되지 않은 경우 ····· 374
2.5 사업장 출입통제 등 시설사용에 관한 제한 ····· 376
가. 일반론 ····· 376

목차

나. 문제되는 경우 ····· 376
2.6 단체협약의 해지 ····· 378
가. 노동조합법 제32조 규정의 취지 ····· 378
나. 단체협약 실효시 법률관계 ····· 379
다. 판례의 태도 ····· 380
2.7 편의제공 관련 ····· 381
가. 일방적인 편의제공 거절 ····· 381
나. 게시판 사용 거부 ····· 382
다. 노조사무실에 대한 단전·단수조치 ····· 382
라. 노동조합 사무실 축소이전 요구 ····· 383
마. 홈페이지 차단 ····· 384
2.8 노동조합 간 차별 ····· 385
가. 제1노조에게만 교섭타결수당 지급 ····· 386
나. 특정노조에게 무파업 타결금 지급 ····· 387
다. 특정노조에 무분규 격려금 지급 ····· 388
라. 기타 차별적 행위 ····· 389
2.9 노조전임자 급여지원 및 노동조합 운영비 원조 ····· 390
가. 부당노동행위 의사 판단 기준 ····· 390
나. 노조전임자 및 근로시간면제자 급여 지급 ····· 390
1) 일반론 ····· 390
2) 구체적인 사례 ····· 391
다. 노동조합 운영비 원조 ····· 393
1) 일반론 ····· 393
2) 구체적인 사례 ····· 397
가) 복지기금 또는 재정자립기금 지급 ····· 397
나) 전기요금 지원 ····· 397

판례색인 ····· 399

제 1 장
당사자 적격

제1절 노동조합법상 근로자 / 3
1. 노동조합법상 근로자의 개념 / 3
2. 근로자 개념의 비교 / 3
3. 노동조합법상 근로자성 판단기준 / 4
4. 판례 / 7

제2절 노동조합법상 사용자 / 16
1. 의의 / 16
2. 사업주 / 16
3. 사업의 경영담당자 / 17
4. 사업주를 위하여 행동하는 자 / 17

제3절 노동조합법상 노동조합 / 18
1. 의의 / 18
2. 노동조합의 실질적 요건 / 18
3. 초기업별노조 지회·분회의 법적 지위 / 28

제1절 노동조합법상 근로자

1. 노동조합법상 근로자의 개념

노동조합법 제2조 제1호는 “근로자”를 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”로 규정하고 있음

즉, 노동조합법이 적용되는 근로자의 개념은 ‘직업의 종류를 불문’, ‘임금·급료 기타 이에 준하는 수입’, ‘이에 의하여 생활하는 자’라는 세 가지 개념요소로 구성

2. 근로자 개념의 비교

근로기준법 제2조제1항제1호는 “근로자”를 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다.”고 정의하는 반면 노동조합법 제2조제1호에서는 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.”라고 규정하고 있어 근로기준법과 노동조합법은 근로자의 개념을 서로 다르게 정의하고 있음

근로기준법과 노동조합법의 근로자 개념이 다르게 규정된 이유는 근로기준법이 ‘현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가’라는 관점에서 개별적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것인 반면에, 노동조합법은 ‘노무제공자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가’라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것으로 그 입법 목적이 서로 다르기 때문이라는 것이 대법원 판례의 설명임[1)]

특히, 최근 대법원 판결(대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12***판결)은 학습지 교사들이 근로기준법상 근로자에는 해당하지 않지만 노동조합법상 근로자에는 해당한다고 판시하면서 “노동조합법은 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근로기준법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등을 목적으로 제정되었다. 이러한 노동조합법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의 규정 등을 고려하면, 노동조합법상 근로자에 해당

1) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8*** 판결

하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다(대법원 2011. 3, 24. 선고 2007두4*** 판결, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78*** 판결, 대법원 2015. 6. 26. 선고 2007두4*** 전원합의체 판결 참조)"라고 하여 노동조합법상 근로자 개념과 근로기준법상 근로자 개념이 서로 상이함을 재차 확인한 바 있음

즉 근로기준법상 근로자는 개별적 근로관계에서 노동법이 정한 보호를 받을 사람이 누구인가를 정하는 개념으로서, 집단적 노사관계에서 노동 3권을 행사할 수 있는 사람의 범위를 정하는 노동조합법상 근로자 개념과는 구별되는 것인바, 사업이나 사업장에 취업할 의사를 가진 자 또는 이에 준하여 생활하고 있거나 그렇게 할 의사를 가진 자들이 스스로 단결하여 근로조건을 개선할 수 있는 길을 열어 줄 필요가 있으므로, 사용자의 지휘·감독 정도가 근로기준법상 근로자에 해당할 정도가 아니라거나 비록 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는 경우라도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 노동조합법상 근로자의 범위에 포함될 수 있다는 것임

따라서 근로기준법상 근로자에는 해당하지 않더라도 노동조합법상 근로자에는 포함되는 노무 제공자가 있을 수 있으며, 실제로 대법원은 근로기준법상 근로자로는 볼 수 없는 골프장 캐디를 노동조합법상 근로자로 인정해 왔고(대법원 2014.2.13. 선고 2011다78*** 판결, 대법원 2014.3.27. 선고 2010누 22*** 판결 등) 최근 학습지교사들에 대하여 근로기준법상의 사용종속성에는 해당하지 않지만 사용자와 경제적·조직적 종속관계를 이루고 있으므로 노동조합법상 근로자에 해당(대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12***판결)한다는 판시를 하였음

3. 노동조합법상 근로자성 판단기준

3.1. 기존 판례의 태도

노동조합법상 근로자성 판단 기준에 대하여 판례(대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 90누1***판결)는 근로기준법상·노동조합법상 근로자성의 기준을 동일하게 '사용종속관계'로 보면서도 종속관계의 정도에 따라 양자를 구별하였으나, 이후 대법원

2004. 2. 27. 선고 2001두8*** 판결에서 근로기준법상 근로자성은 사용종속관계가 기준이 되는 반면 노동조합법상 근로자성은 사용종속관계가 아닌 '근로3권의 보장 필요성'이라는 관점에서 판단하여야 한다고 판시하여 노동조합법상 근로자성 판단 기준의 특수성을 인정한 바 있음

이후, 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두23*** 판결에 이르러 대법원은 근로기준법상 근로자성 판단과 노동조합법상 근로자성 판단 기준이 구별된다는 입장을 명확히 밝히면서 근로기준법상 근로자성과 노동조합법상의 근로자성은 모두 동일하게 '사용종속관계'에 따라 판단하지만, 근로기준법은 '임금의 종속성' 측면이 강조되고 노동조합법은 '업무의 종속성 및 독립사업자성 여부' 측면이 강조되는 것으로 양자를 구별하였음

특히 '업무의 종속성 및 독립사업자성'은 사용자의 지휘감독 정도, 근로자가 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 여부에 따라 판단하였음[2)]

3.2. 최근 판례가 제시한 판단기준

최근 대법원은 '학습지교사들'의 근로기준법상 근로자성은 부정되지만 노동조합법상 근로자성은 인정된다고 한 판결(대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12***판결)에서 노동조합법상 근로자성을 인정할 수 있는 판단기준을 상세히 설시하였음

즉, "구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는, **①노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지 ② 노무를 제공받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지 ③ 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지 ④ 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상**

2) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두23*** 판결 (...원심판결 이유에 의하면, 원심은 노조법상의 근로자로 인정하는 데 묵시적 근로관계의 존재가 요구되는 것은 아니므로 사용자의 근로자에 대한 지휘감독의 정도 및 근로자가 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 등 주로 '업무의 종속성 및 독립사업자성'을 노조법상의 근로자성을 판단하는 평가요소로 삼아야 한다고 전제한 다음, 이 사건 골프장의 경기보조원들은 원고의 구체적인 지휘감독에 따라 노무 제공을 하고 있고, 업무수행과정에 원고가 관여하는 정도가 커서 경기보조원들의 원고에 대한 업무의 종속성이 상당하며, 특히 경기보조원들의 캐디 피 수입은 원고에 의하여 상당한 영향을 받고 있으므로 경기보조원 스스로 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는 독립사업자성의 징표가 미흡하고, 원고가 피고 보조참가인을 노동조합으로 인정하여 단체협약, 별도의 합의, 노동쟁의 조정절차 등을 거쳐 온 점 등에 비추어 이 사건 골프장의 경기보조원들은 노조법상의 근로자에 해당한다고 판단하였다. 앞서 본 법리와 기록에 비추어 보면, 이 사건 골프장의 경기보조원들에 대하여 노조법상의 근로자성을 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 노조법상의 근로자성의 개념에 관한 법리오해 등의 위법이 없다...)

당한 정도로 지속적, 전속적인지 ⑤ 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지 ⑥ 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금 급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. (대법원 1993.5.25.선고 90누1*** 판결, 대법원 2006.5.11. 선고 2005다20*** 판결 참조)"고 판시하였음[3)]

【 대법원 2018. 6. 15. 선고 2015두12* 판결 】**

"노동조합법상 근로자는 타인과의 사용종속관계 하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말한다. **구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는 지는, 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, 노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적, 전속적 인지, 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다**(대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1*** 판결, 대법원 2006. 5. 11. 선고 2005다20*** 판결 참조),

노동조합법은 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근로기준법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등을 목적으로 제정되었다. 이러한 노동조합법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의 규정 등을 고려하면, 노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다(대법원 2011. 3, 24. 선고 2007두4*** 판결, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78*** 판결, 대법원 2015. 6. 26. 선고2007두4*** 전원합의체 판결 참조),

⑵ 원심판결 이유와 기록에 의하여 알 수 있는 다음 사정들을 위 법리에 따라 살펴보면, 원고 학습지교사들은 노동조합법상 근로자에 해당한다고 봄이 타당하다.

① 업무 내용, 업무 준비 및 업무 수행에 필요한 시간 등에 비추어 볼 때 원고 학습지교사들이 겸업을 하는 것은 현실적으로 어려워 보여, 참가인으로부터 받는 수수료가 원고 학습지교사들의 주된 소득원이었을 것으로 보인다.

② 참가인은 불특정 다수의 학습지교사들을 상대로 미리 마련한 정형화된 형식으로 위탁사업계약을 체결하였으므로, 보수를 비롯하여 위탁사업계약의 주요 내용이 참가인에 의하여 일방적으로 결정되었다고 볼 수 있다.

③ 원고 학습지교사들이 제공한 노무는 참가인의 학습지 관련 사업 수행에 필수적인 것이었고, 원고 학습지교사들은 참가인의 사업을 통해 학습지 개발 및 학습지 희원에 대한 관리·교육 등에

3) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12*** 판결

관한 시장에 접근하였다.

④ 원고 학습지교사들은 참가인과 일반적으로 1년 단위로 위탁사업계약을 체결하고 계약기간을 자동연장하여 왔으므로 그 위탁사업계약관계는 지속적이었고, 참가인에게 상당한 정도로 전속되어 있었던 것으로 보인다.

⑤ 참가인은 신규 학습지교사들을 상대로 입사실무교육을 실시하고, 사무국장 및 단위조직장을 통하여 신규 학습지교사들을 특정 단위조직에 배정한 후 관리회원을 배정하였다. 일반 직원에게 적용되는 취업규칙과는 구별되지만 원고 학습지교사들에게 적용되는 업무처리 지침 등이 존재하였고, 참가인은 원고 학습지교사들에게 학습지도서를 제작, 배부하고 표준필수업무를 시달하였다. 학습지교사들은 매월 말일 지국장에게 회원 리스트와 회비 납부 여부 등을 확인한 자료를 제출하고 정기적으로 참가인의 홈페이지에 로그인하여 회원들의 진도상황과 진단평가결과 및 회비수납 상황 등을 입력하며, 2-3달에 1회 정도 집필시험을 치렀다. 또한 참가인은 회원관리카드 및 관리현황을 보유하면서 때때로 원고 학습지교사들에게 일정한 지시를 하고, 주 3회 오전에 원고 학습지교사들을 참여시켜 지국장 주재 조회와 능력향상과정을 진행하기도 하였다.

이러한 사정에 비추어 보면 원고 학습지교사들은 비록 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 정도는 아니지만 어느 정도 참가인의 지휘·감독을 받았던 것으로 볼 수 있다.

⑥ 원고 학습지교사들은 참가인으로부터 학습지회원에 대한 관리·교육, 기존회원의 유지, 회원모집 등 자신이 제공한 노무에 대한 대가 명목으로 수수료를 지급받았다.

⑦ 비록 근로기준법이 정하는 근로자로 인정되지 않는다 하더라도, 특정 사업자에 대한 소속을 전제로 하지 아니할 뿐만 아니라 '고용 이외의 계약 유형에 의한 노무제공자까지도 포함할 수 있도록 규정한 노동조합법의 근로자 정의 규정과 대등한 교섭력의 확보를 통해 근로자를 보호하고자 하는 노동조합법의 입법취지를 고려할 때, 참가인의 사업에 필수적인 노무를 제공함으로써 참가인과 경제적·조직적 종속관계를 이루고 있는 원고 학습지교사들을 노동조합법상 근로자로 인정할 필요성이 있다. 또한 경제적 약자의 지위에서 참가인에게 노무를 제공하는 원고 학습지교사들에게 일정한 경우 집단적으로 단결함으로써 노무를 제공받는 특정 사업자인 참가인과 대등한 위치에서 노무제공조건 등을 교섭할 수 있는 권리 등 노동3권을 보장하는 것이 헌법 제33조의 취지에도 부합한다."

4. 판례

4.1 노동조합법상 근로자성을 긍정한 사례

가. 골프장 경기보조원

대법원은 골프장 경기보조원이 일정한 통제와 지휘감독 아래 일하고 있는 점, 캐디피를 노동조합법의 '기타 이에 준하는 수입'으로 볼 수 있는 점, 전속성 등을 고려하여 종속적 노동관계에 있다고 판단하였음[4)]

4) 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1*** 판결

【 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1* 판결 】**

"⑵ 노동조합법 제3조는 노동조합의 주체는 근로자임을 명시하고 있고, 같은 법 제4조는 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다고 규정하고 있는바, **노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금등을 받아 생활하는 자를 말한다고 할 것이고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관 없다고 보아야 할 것이며, 그 사용종속관계는 사용자와 노무제공자 사이에 지휘 감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정된다 할 것이고, 그 사용종속관계가 인정되는 한 노동조합법상의 근로자로 보아도 무방할 것이다.**

기록에 의하면 ① 소외회사에 소속된 캐디들은 **내장객의 경기보조업무를 수행함에 있어서 캐디마스터등 소외회사의 직원의 지시를 받으며, 출근에 있어서도 소외회사에 의하여 지정된 번호순서에 따라 출근시간이 정하여지며, 새벽근무도 해야 하고, 휴장일에도 출근하여 교육이나 골프장 시설청소 등을 해야하는 등 소외회사의 지휘감독하에 노무를 제공**하여야 하며, 캐디가 캐디마스터 등 소외회사측의 업무지시나 결정에 위반하거나, 무단결근 등의 경우에는 벌칙으로서 캐디들의 수입에 결정적인 타격을 주는 **일정기간 근무정지나 배치거부 등의 제재를 가하고 있고, 소외회사측에 의하여 지명된 캐디조장에 의하여 캐디를 통제하고 있는 점,** ② 또한 캐디는 내장객 보조업무가 종료되면 소외회사로부터 보수 즉 캐디피를 지급받는 바, 위 **캐디피는 근로기준법상의 임금이라고 단정하기는 어렵지만** 캐디가 소외회사에 의하여 소외회사의 골프장 캐디로 선발·채용될 때에 캐디와 소외회사 사이에 캐디는 소외회사가 임의로 지정하는 내장객에게 노무제공을 하기로 하고 그 대가로 소외회사로부터 캐디피로서 1경기당 일정한 금원인 금 5,000원을 지급받기로 하는 묵시적인 약정이 있는 것으로 엿보이고, 이와 같은 약정은 고용계약관계에 근사하다고 보이므로 **캐디피를 노동조합법 제4조 소정의 "기타 이에 준하는 수입"으로 못볼 바도 아니라고 보여지는 점**(캐디피의 지급방법을 내장객이 캐디에게 직접 지급하는 방법으로 변경하였다고 해도 이는 위에 보인 바와 같이 캐디피의 지급의무가 있는 것으로 보이는 소외회사가 소외회사의 골프장에서 경기에 임하려면 어차피 캐디피를 지불해야만 할 입장에 있는 내장객으로부터 캐디피를 수령한 것으로 하고 그 대신 내장객에게 캐디에 대한 캐디피의 지급을 위임한 것으로 보아야 할 것이므로 캐디피의 지급방법 변경으로 캐디피의 지급주체가 달라진다고 볼 수는 없을 것이다), ③ **그 외에도 캐디의 업무의 성질이나 소외회사에 의하여 근무시간 등이 정해져 있고 매일 출근하여야 하는 관계상 다른 회사에의 취업이 사실상 곤란하여 캐디들은 소외회사에 거의 전속되어 있다고 보여지는 점** 등이 엿보이는바, 이러한 사정들에 비추어 보면 소외회사 골프장 소속의 캐디들은 소외회사와의 사이에 종속적 노동관계에 있다고 보아야 할 것이다."

한편, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78*** 판결에서 대법원은 골프장 캐디가 근로기준법상의 근로자는 아니지만 노동조합법상 근로자에는 해당한다고 판시하였는데, 이 판결은 현실적 노무제공자에 대하여 근로기준법과 노동조합법의 근로자 개념이

구분된다는 점을 명확히 하였다는 의미가 있음

【 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78* 판결 】**

"[1] 골프장에서 일하는 캐디는, ① 골프장 시설운영자와 **근로계약·고용계약 등의 노무공급계약을 전혀 체결하고 있지 않고,** ② 경기보조업무는 원래 골프장 측이 내장객에 대하여 당연히 제공하여야 하는 용역 제공이 아니어서 캐디에 의한 용역 제공이 골프장 시설운영에 있어서 필요불가결한 것이 아니며, ③ **내장객의 경기보조업무를 수행한 대가로 내장객으로부터 직접 캐디 피(caddie fee)라는 명목으로 봉사료만을 수령하고 있을 뿐 골프장 시설운용자로부터는 어떠한 금품도 지급받지 아니하고,** ④ 골프장에서 용역을 제공하면서 순번의 정함은 있으나 근로시간의 정함이 없어 자신의 용역 제공을 마친 후에는 골프장 시설에서 곧바로 이탈할 수 있고, **⑤ 내장객의 감소 등으로 예정된 순번에 자신의 귀책사유 없이 용역 제공을 할 수 없게 되더라도 골프장 시설운용자가 캐디 피에 상응하는 금품이나 근로기준법에서 정한 휴업수당을 전혀 지급하고 있지도 아니하며,** ⑥ **내장객에 대한 업무 수행과정에서 골프장 시설운용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 않으며,** ⑦ 근로소득세를 납부하고 있지 않고, ⑧ 내장객에 대한 경기보조업무 수행을 해태하여도 용역을 제공하는 순번이 맨 끝으로 배정되는 등의 **사실상의 불이익을 받고 있을 뿐 달리 골프장 시설운용자가 캐디에 대하여 회사의 복무질서 위배 등을 이유로 한 징계처분을 하지 아니하는 등**의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 골프장 시설운영자에 대하여 사용종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자로 볼 수 없다....(중략)

원심은, 노조법상의 근로자의 경우 직접적인 근로계약의 존재가 요구되는 것은 아니므로 그 근로자성 판단 기준의 징표를 임금의 종속성 판단 요소보다는 사용자의 지휘·감독의 정도 및 근로자가 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 등의 주로 '업무의 종속성 및 독립사업자성'을 판단하는 평가요소로 삼아야 한다고 전제한 다음, 피고가 캐디들의 근무내용, 근무시간 및 근무장소에 대하여 상당한 정도의 지휘·감독을 하고 있다고 볼 수 있는 점, 캐디들은 경기보조업무 수행 과정에서 필요한 작업도구를 피고로부터 제공받아 사용하며 노무 이외에 자신의 자본을 투여하는 일이 없고, 그 업무내용이 단순 노무제공의 측면이 강하며, 피고가 지정한 순번에 따라 출장의 기회를 제공받으므로 이용객을 임의로 선택하거나 교체를 요구할 수 없고, 캐디 피의 액수도 캐디들이 이용객과 사이에 임의로 정할 수 있는 것이 아니어서 캐디들 스스로 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 위험을 부담하는 독립사업자로 볼 수 없는 점, 이 사건 골프장의 캐디들은 출장일수가 적지 않고, 피고가 정하는 출장순번에 따라 출장하는데 자신의 출장순번이 언제 돌아올지 정확히 예측할 수 없어 실제로 이 사건 골프장 외의 다른 골프장에서 경기보조업무를 수행하는 것은 사실상 불가능하므로 피고에 전속되어 계속적인 경기보조업무를 수행하는 것으로 보아야 하는 점, 피고와 이 사건 노동조합 상호 간에 상대방을 노조법상 사용자 또는 노동조합으로 인정하여 단체협약과 별도의 합의나 노동쟁의 조정절차 등을 거쳐 왔고 원고들은 이 사건 노동조합 소속 조합원들로 활동하여 온 점 등에 비추어 이 사건 골프장의 캐디들에 대하여는 노조법상의 근로자성을 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심의 채택 증거들에 비추어 살펴보면, 설령 원심이 근로자성 판단에 있어서 인적 종속성 보다는 '업무의 종속성 및 독립종속성(경제적 종속성)'의 평가요소에 더 중점을 두었다고 하더라도, 원고들에 대하여 노조법상의 근로자성을 인정한 원심의 판단은 정당한

것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 노조법상의 근로자성의 개념에 관한 법리오해 등의 위법이 없다."

나. 구직중인 근로자 또는 실업자

대법원은 "**근로기준법은 '현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가'라는 관점에서 개별적 노사관계를 규율할 목적으로 제정**된 것인 반면에, **노동조합법은 '노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가'라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율**할 목적으로 제정된 것"으로 양 법의 입법목적이 상이하다는 점을 강조하면서 노동조합법상 근로자에는 **일시적 실업자나 구직중인 자도 포함**된다고 판시하였음[5]

【 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8* 판결 】**

"원심판결 및 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 근로기준법은 '현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가'라는 관점에서 개별적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것인 반면에, 노동조합및노동관계조정법(이하 '노조법'이라 한다)은 '노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가'라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것으로 그 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고 있는 점, **일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 기업별 노동조합의 경우와는 달리 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에는 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 것이 아닌 점**에 비추어, **노조법 제2조 제4호 (라)목 단서는 '기업별 노동조합'의 조합원이 사용자로부터 해고됨으로써 근로자성이 부인될 경우에 대비하여 마련된 규정으로서, 이와 같은 경우에만 한정적으로 적용되고,** 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 필요로 하지 않는 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에까지 적용되는 것은 아닌 점 등을 근거로, **노조법 제2조 제1호 및 제4호 (라)목 본문에서 말하는 '근로자'에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자뿐만 아니라, 일시적으로 실업 상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함되고, 따라서 지역별 노동조합의 성격을 가진 원고가 그 구성원으로 '구직중인 여성 노동자'를 포함시키고 있다 하더라도, '구직중인 여성 노동자' 역시 노조법상의 근로자에 해당하므로,** 구직중인 여성 노동자는 근로자가 아니라는 이유로 원고의 이 사건 노동조합설립신고를 반려한 이 사건 처분을 위법하다고 판단하였는바, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 노조법에 정한 근로자의 개념에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다."

다. 방송연기자

5) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8***판결

서울고등법원은 방송연기자들의 근로기준법상 근로자성은 부정될 수도 있다는 판단을 하면서, 방송 출연 기간 중에는 사용자의 지휘 감독을 받는 사용종속관계에 놓여 있다고 볼 것이므로 방송연기자로 구성된 노동조합은 사용자의 사업장 내에서의 교섭단위 분리를 신청할 적격이 없다고 본 중노위 재심결정은 위법하다고 판단한 바 있음[6)]

【 서울고등법원 2015. 1. 22. 선고 2013누50* 판결 】**

"그렇지만 앞서 든 사실 및 증거들에다가 을나 제7호증의1 내지 4의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정을 앞서 본 근로자 여부에 관한 판단 기준에 비추어 보면 앞서 본 사정과 사실들을 모두 고려하더라도 **방송연기자들은 노동조합법상의 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다.**

가) 참가인의 방송연기자에 대한 지휘 감독 등

방송연기자는 참가인에게 연기라는 형태로 노무를 제공하고, 참가인은 방송연기자에게 이에 대한 대가로 출연료를 지급한다.....(중략) **연출감독 등이 의도하여 연출하고자 하는 역할 범위 내에 있음을 전제로 제한적으로 인정되는바, 방송연기자의 연기는 연출감독이나 현장진행자의 개별적이고 직접적인 지시를 받으며 진행된다.**

나) 참가인에 의해 연기시간 및 장소의 구속을 받는지 여부

방송연기자는 고정된 출퇴근 시간이나 근무 장소가 있지는 않으나 기본적으로 연기 과정에서 참가인이 결정한 시간과 장소의 구속을 받는다. 또한, 연기를 위한 준비과정인 대본연습이나 리허설도 방송연기자의 능력이나 숙련도와 무관하게 기본적으로 참가하여야 하고, 자신의 촬영순서가 될 때까지 촬영현장 부근에서 대기하고 있어야 한다.

다) 출연료의 근로대가성

편성시간을 기준으로 방송연기자의 연기에 대한 보수를 정하는 것은 근로 대가의 결정 수단으로서 나름의 합리성이 있다. 따라서 방송연기자의 출연료는 연기에 의한 예술적 가치를 평가한 것이라기보다는 연기라는 노무 제공 자체의 대가로 정액의 급여를 지급한 것으로 보는 것이 상당하다.

라) 방송연기자의 사업자성

① 모든 방송연기자의 역할이 대체 불가능하지는 않을 것이지만 방송연기자가 다른 방송연기자를 고용하여 자신의 연기를 대행하도록 하는 사례는 없다. ② 방송연기자들이 사업자라면 일응 부담해야 할 것으로 보이는 숙박비와 식비, 교통비는 참가인이 별도로 지급하고 있다.

마) 그간의 당사자의 인식 및 노사관행

① 원고와 참가인은 노동조합법상 규정들이 적용됨을 전제로 이에 따라 노동쟁의 조정절차 등을 거쳐 단체협약을 체결하고, 단체협약의 규범적 효력을 전제로 단체협약의 규정내용을 방송연기자들과의 개별 계약의 내용으로 적용하여 오는 등의 집단적 노사관계를 진행하여 온 점 등에 비추어 참가인도 방송연기자 및 원고를 사실상 노동조합법상 근로자 및 노동조합으로 인정하여 왔고, 약 25년간 노동조합법에 따른 법률관계가 형성되어 정착되었다."

6) 서울고등법원 2015. 1. 22. 선고 2013누50*** 판결(현재 대법원 상고심 계속중)

라. 취업자격 없는 외국인 근로자

대법원 전원합의체 판결은 불법체류 외국인근로자로 구성된 노동조합에 대한 설립신고반려처분 취소소송에서 출입국관리법령에서 외국인고용제한규정을 두고 있는 것은 취업활동을 할 수 있는 체류자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지, 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에서 근로자로서의 신분에 따른 노동관계법상의 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 것으로 보기는 어려우므로 타인과의 사용종속 관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람은 노동조합법상 근로자에 해당하고, 그러한 근로자가 외국인인지 여부나 취업자격의 유무에 따라 노동조합법상 근로자의 범위에 포함되지 아니한다고 볼 수는 없다고 판단하였음[7)]

【 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4* 전원합의체 판결 】**

"노동조합법상 근로자라 함은 '직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 사람'을 말하고(제2조 제1호), 그러한 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있으며(제5조), 노동조합의 조합원은 어떠한 경우에도 인종, 성별, 연령, 신체적 조건, 고용형태, 정당 또는 신분에 의하여 차별대우를 받지 아니한다(제9조).

한편 구 출입국관리법(2010. 5. 14. 법률 제10282호로 개정되기 전의 것) 관련 규정에 의하면, 외국인이 대한민국에서 취업하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격(이하 '취업자격'이라고 한다)을 받아야 하고, 취업자격 없이 취업한 외국인은 강제퇴거 및 처벌의 대상이 된다.

위 각 규정의 내용이나 체계, 그 취지 등을 종합하여 살펴보면, 노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람을 의미하며, 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 사람뿐만 아니라 일시적으로 실업 상태에 있는 사람이나 구직 중인 사람을 포함하여 노동3권을 보장할 필요성이 있는 사람도 여기에 포함되는 것으로 보아야 한다(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8***판결, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다7*** 판결, 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012두28*** 판결 등 참조). 그리고 출입국관리 법령에서 외국인고용제한규정을 두고 있는 것은 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지, 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서 근로자로서의 신분에 따른 노동관계법상의 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 것으로 보기는 어렵다(대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12***판결 등 참조).

따라서 **타인과의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람은 노동조합법상 근로자에 해당하고, 노동조합법상의 근로자성이 인정되는 한,**

7) 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4*** 전원합의체 판결

그러한 근로자가 외국인인지 여부나 취업자격의 유무에 따라 노동조합법상 근로자의 범위에 포함되지 아니한다고 볼 수는 없다.

취업자격 없는 외국인이 노동조합법상 근로자의 개념에 포함된다고 하여 노동조합의 조합원 지위에 있는 외국인이 출입국관리 법령상 취업자격을 취득하게 된다든가 또는 그 체류가 합법화되는 효과가 발생하는 것은 아니다. 취업자격 없는 외국인근로자들이 조직하려는 단체가 '주로 정치운동을 목적으로 하는 경우'와 같이 노동조합법 제2조 제4호 각 목의 해당 여부가 문제 된다고 볼 만한 객관적인 사정이 있는 경우에는 행정관청은 실질적인 심사를 거쳐 노동조합법 제12조 제3항 제1호 규정에 의하여 설립신고서를 반려할 수 있을 뿐만 아니라(대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두6* 판결 참조), 설령 노동조합의 설립신고를 마치고 신고증을 교부받았다고 하더라도, 그러한 단체는 적법한 노동조합으로 인정받지 못할 수 있음은 물론이다.**

같은 취지에서 원심은 취업자격 없는 외국인도 노동조합 결성 및 가입이 허용되는 근로자에 해당한다고 보고, 피고가 이와 다른 전제에서 단지 외국인근로자의 취업자격 유무만을 확인할 목적으로 조합원 명부의 제출을 요구하고 이에 대하여 원고가 그 보완 요구를 거절하였다는 이유로 원고의 설립신고서를 반려한 이 사건 처분은 위법하다고 판단하였다.

원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 취업자격 없는 외국인의 노동조합법상 근로자 지위 인정 여부에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다."

4.2 노동조합법상 근로자성을 부정한 사례

가. 레미콘 지입차주 겸 기사

레미콘 제조회사와 레미콘운반도급계약을 체결하고 위 회사가 제조한 레미콘을 수요자에게 운반하는 업무를 담당하고 있는 **레미콘 차주 겸 운송기사는 위 회사에 대하여 사용종속적인 관계에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 노동조합법상 근로자라고 볼 수 없다**고 한 원심의 판단을 수긍한 사례[2)]

【 대법원 2006. 5. 11. 선고 2005다20* 판결 】**

"원심은, 그 채택 증거를 종합하여, 피고(선정당사자) 및 선정자들(이하 '피고 등'이라 한다)은 **레미콘 제조 및 판매를 주된 영업으로 하는 원고와 사이에 레미콘운반도급계약을 체결하고 원고가 제조한 레미콘을 수요자에게 운반하는 업무를 담당하고 있는 레미콘 차주 겸 운송기사(이하 '레미콘운송차주'라 한다)인데,** 피고 등의 업무가 레미콘 운반 업무로 정해져 있고, 원고의 운반 지시를 거부할 수 없으며, 출·퇴근 등 근무시간 및 근무장소에 대하여 원고의 지시에 따라야 하고, 위 지시를 어기는 경우 배차중지 등 불이익을 받으며, 피고 등의 복장이나 차량 관리에

2) 대법원 2006. 5. 11. 선고 2005다20*** 판결

관하여 구체적으로 점검을 받고, 피고 등이 운행하는 차량을 다른 레미콘 회사의 운송업무에 이용할 수 없는 등 업무 수행 과정에 있어서 일정 부분 원고의 구체적인 지휘·감독을 받고 있는 등 그 판시와 같은 사실을 인정하면서, **① 피고 등이 원고의 레미콘 운반 지시에 성실히 응할 의무가 있음은 피고 등이 체결한 레미콘운반도급계약의 성질상 당연히 요구되는 것으로서 이를 업무의 내용이 사용자에 의해 일방적으로 정해진 것이라고는 볼 수 없고,** ② 근무시간 및 근무장소에 관하여 원고의 지시에 따라야 함은, 레미콘을 필요로 하는 건설현장으로부터 공급 주문을 받는 주체가 원고인 이상, 원고가 운반도급계약의 상대방인 피고 등으로 하여금 운반장소를 지정하여 운송을 위탁하는 것은 **운반도급계약의 기본적인 내용**이 될 수밖에 없고, 레미콘 제조회사가 레미콘의 타설시간을 조정할 수 있는 것이 아니라 수요자인 건설현장의 공정에 따라 수요자가 원하는 시간에 맞추어 타설하여야 하는데, 레미콘운송차주들이 건설현장에서 원하는 시간을 개별적으로 파악하기는 힘들기 때문에 제조회사인 **원고가 피고 등에게 구체적인 출하 시간을 알려 줄 수밖에 없는 점에 비추어 레미콘 운송의 특성상 불가피하다 할 것이며,** ③ **피고 등의 복장이나 차량관리를 통제하는 것은, 공사현장에 상시로 출입하는 피고 등의 안전을 위한 것이거나, 장기적이고 전속적인 레미콘운반도급계약에 수반되는 것으로 레미콘 제조회사인 원고의 대외적인 이미지 제고와 제조회사의 식별을 위한 것으로서, 피고 등과 사이에 레미콘 운반도급계약시에 양해된 사항이라 볼 것이고,** ④ 원고가 제조한 레미콘만을 운반하도록 하여 레미콘운송차주들의 사업상 독립성을 일정 범위 내에서 제한하는 것은, 레미콘은 생산된 시점으로부터 일정시간이 경과하면 품질에 문제가 발생하여 신속히 수요자에게 운송될 것을 필요로 하고, 레미콘의 정확한 강도와 규격에 대한 품질보증이 필요하기 때문으로, 이는 안정적인 운송수단을 확보함으로써 적정 품질의 레미콘 공급에 차질이 발생하는 것을 방지하기 위한 것일 뿐만 아니라, 레미콘운송차주들인 피고 등 또한 레미콘 제조회사와의 전속적이고 장기적인 운반계약을 통하여 자신들의 경제적 이익을 안정적으로 유지, 증대시킬 수 있다는 이로운 점이 있어 그와 같은 운반도급계약을 체결하였다고 볼 것이라고 하여, **피고 등이 업무수행과정 등에서 어느 정도 원고의 지휘·감독을 받는 것은 레미콘 운송업무의 성질상 불가피하거나, 피고 등이 운송이익 증대를 위하여 스스로 감수한 결과라고 할 것이고, 이에 더하여, 레미콘운송차주들의 복귀시간이 정해져 있지 않고 그 복귀 여부도 자유로운 점, 스스로 제3자를 고용하여 업무를 대행하는 것이 불가능하지 않은 점, 레미콘운송차량의 소유권이 레미콘운송차주들에게 있고 그 차량의 관리를 레미콘운송차주들 스스로 하여 온 점, 레미콘운송차주들이 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받지 아니하고, 기본급이나 고정급이 정하여져 있지 아니한 점, 근로소득세를 원고가 원천징수한 것이 아니라 레미콘운송차주들이 각자 사업자등록을 하여 사업소득세 및 부가가치세를 납부한 점 등을 종합하여, 피고 등을 원고에 대하여 사용종속적인 관계에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 노동조합법 소정의 근로자라고 볼 수 없다고 판단하였다.**"

나. 학습지 교사

대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다39*** 판결에서는 근로자성 판단 기준을 별도로 설시하지 않으면서, 학습지 교사가 업무의 내용이나 수행방법 및 업무수행시간 등에

관하여 피고 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 아니한 점, 회사에 전속되어 있지 않은 점, 지급받은 수수료가 근로제공의 대가로 보기 어려운 점 등을 이유로 학습지 교사의 노동조합법상 근로자성을 부인한 바 있음

【 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다39* 판결 】**

"1. 원심은, 그 채용 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, **학습지교사가 피고 회사로부터 위탁계약에 따른 최소한의 교육 등을 받을 의무가 있을 뿐 위탁업무의 수행과정에서 업무의 내용이나 수행방법 및 업무수행시간 등에 관하여 피고 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 아니한 점,** 학습지교사는 피고 회사의 정사원과는 달리 그 채용부터 출퇴근시간, 위탁관계의 종료에 이르기까지 그 제한이 거의 없고 **다른 곳의 취업에도 특별한 제한이 없는 점에 비추어 피고 회사에 전속되어 있다고 볼 수 없는 점,** 학습지교사가 피고 회사로부터 지급받는 수수료 등은 그 위탁업무수행을 위하여 학습지교사가 제공하는 근로의 내용이나 시간과는 관계없이 오로지 **신규회원의 증가나 월회비의 등록에 따른 회비의 수금실적이라는 객관적으로 나타난 위탁업무의 이행실적에 따라서만 그 지급 여부 및 지급액이 결정되는 것이어서 근로제공의 대가로서의 임금이라고 보기 어려운 점** 등에 비추어 보면, 원고(선정당사자) 및 선정자 OOO와 같은 학습지교사는 피고 회사와 사이에 사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자로 볼 수 없으므로, 선정자 전국OOO산업노동조합은 결국 근로자가 아닌 자로 구성된 단체로서 '노동조합 및 노동관계조정법'(이하 '노동조합법'이라 한다)상 노동조합에 해당한다고 볼 수 없어 피고 회사가 위 선정자조합의 단체교섭요구에 응하지 않은 것은 노동조합법상 부당노동행위로 볼 수 없다고 판단하였다.

관계 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 노동조합법상의 근로자의 해석에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다."

이후 서울고등법원은 학습지교사들의 근로기준법상 근로자성을 부정하면서, 노동조합법상 근로자성은 인정한 1심 판단을 취소하면서 노동조합법상 근로자성도 부정하였으나, 대법원은 '학습지교사들'의 근로기준법상 근로자성은 부정되지만 노동조합법상 근로자성은 인정된다고 하여 원심 일부를 파기환송 하였음 (대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12***판결)

제2절 노동조합법상 사용자[3)]

1. 의의

노동조합법 제2조 제2호는 “사용자”를 “사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자”로 규정함

노동조합법상 사용자는 근로계약의 당사자인 고용주(개인사업체의 경우 대표 개인, 법인사업체의 경우 법인 자체) 외에 기업 내부적으로는 법인의 대표이사(사업경영담당자)나 인사과장(근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자)까지 포함하며, 대법원 판례[4)]에 따르면 예외적인 경우 기업 외부적으로는 고용주가 아니면서도 노동관계에 대하여 실질적인 지배력을 갖는 자에게까지 확장될 수 있음

2. 사업주

2.1 사업주의 의의

일반적으로는 **근로자와 근로계약을 체결한 고용주가 사업주**에 해당하나, **근로자파견이나 사내하도급 등의 고용관계에서는 사용사업주나 도급인**이 파견사업주 또는 수급인 소속의 근로자와의 관계에서 근로계약상 고용주가 아니면서도 이들이 근로자의 근로조건과 노동조합 활동에 대하여 실질적인 지배력이나 영향력을 가질 수 있어 사업주의 범위가 근로계약 외부의 자로 확대될 수 있는 것인지 문제될 수 있음

2.2 실질적 지배력을 인정한 판례

대법원은 ○○중공업 사내협력사 근로자들로 구성된 사내하청노동조합이 결성된 후 소속 협력사가 연달아 폐업하여 조합원들이 실직하게 되자 사내하청노동조합과 실직된 노동조합원들이 ○○중공업을 상대로 부당해고 및 불이익취급과 지배·개입의 부당노동행위로 구제신청을 한 사건에서, 불이익취급 및 부당해고 주장에 대하여는 원청업체와 사내협력사 근로자들 간 묵시적 근로계약 관계가 성립되지 않아 이를 받아들이지 않았으나, 지배·개입 부분에 대해서는 “지배·개입 주체로서의 사용자인지 여부도 당해 구제

3) 자세한 내용은 제4장. 제1절 부당노동행위 총론 부분에서 검토함
4) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8*** 판결

신청의 내용, 그 사용자가 근로관계에 관여하고 있는 구체적 형태, 근로관계에 미치는 실질적인 영향력 내지 지배력의 유무 및 행사의 정도 등을 종합하여 결정하여야 할 것"이라면서 "근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 노동조합법 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에 해당한다."고 판시하여 원청업체의 부당노동행위책임을 인정하였음[5)]

3. 사업의 경영담당자

사업의 경영담당자는 사업의 경영 일반에 관하여 책임을 지는 자로서 사업주로부터 사업 경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 자를 말함

이에 해당하는 자로 주식회사의 대표이사(상법제389조 제3항), 합명회사나 합자회사의 업무집행사원(상법 제201조, 제209조, 제269조), 유한회사의 이사(상법 제567조), 상법상 지배인(상법 제11조), 학교법인이 설립하여 경영하는 영조물의 대표자인 의료원장이나 학교장 등을 들 수 있음

4. 사업주를 위하여 행동하는 자

'근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'란 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 자를 말함

5) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8*** 판결

제3절 노동조합법상 노동조합

1. 의의

노동조합법 제2조 제4호 본문에는 “노동조합”을 “근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체”로 규정하면서, 다만 그 단서에서 사용자 또는 항상 그의 이익을 위하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 경우(가목), 경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받는 경우(나목), 공제·수양 기타 복리사업만을 목적으로 하는 경우(다목), 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우(라목), 주로 정치운동을 목적으로 하는 경우(마목)에는 노동조합으로 보지 아니한다고 규정하고 있음

한편, 노동조합법 제10조는 노동조합을 설립하고자 하는 자는 법에 따른 설립신고를 하도록 하고, 노동조합법 제12조 제4항은 노동조합이 설립신고 후 신고증을 교부받으면 설립신고가 접수된 때에 설립된 것으로 보도록 하고 있으며, 노동조합법 제7조는 노동조합법에 의하여 설립된 노동조합에 한하여 특정한 보호를 부여하는 것으로 규정하고 있음

따라서, **노동조합법상 노동조합은 노동조합법 제2조 제4호의 요건을 충족시키고 설립신고 후 신고증을 교부받아야만 함**

2. 노동조합의 실질적 요건

2.1 적극적 요건

노동조합법 제2조 제4호 본문은 “노동조합이라 함은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다.”라고 규정하여, 헌법 제33조 제1항에 의하여 보장되는 근로3권의 주체로서의 근로자단체의 개념을 구체화 하고 있으며, 노동조합은 다음과 같은 실질적 요건을 갖추어야 함

가. 주체성

1) 근로자 주체

노동조합은 근로자가 주체가 되어 조직되어야 하며, 여기서 "근로자"라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말함

대법원 판례에 따르면, 노동조합법 제2조 제1호 및 본문 제4호(라목)에서 말하는 '근로자'에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자 뿐만 아니라 일시적으로 실업상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함된다고 함[6)]

2) 단위노동조합과 연합단체

노동조합의 조직형태로서 개개의 근로자가 주체가 되어 조직하는 단위노동조합과 이러한 단위노동조합이 주체가 되어 조직하는 연합단체로 구분할 수 있음

가) 단위노동조합

단위노동조합은 개별 사업 또는 사업장에서 근로관계를 맺고 있는 근로자들이 중심이 되어 사업 또는 사업장 단위 노동조합을 결성할 수도 있고, 그 밖에 사업 또는 사업장 단위를 벗어나 산업별, 직종별, 지역별 등의 조직 단위를 기초로 한 노동조합 설립도 가능함

사업 또는 사업장에서 종사하는 근로자들을 조합원으로 하는 규약을 두고 당해 사업 또는 사업장 단위에서 노동조합을 결성하는 경우, 만약 실제로 조합원으로 가입한 구성원들이 그 사업 또는 사업장의 사용자와 사이에 고용에 따른 사용종속관계에 있는 근로자들이 아니라면 그 노동조합은 그 사용자에 대한 관계에서 당해 사업 또는 사업장을 단위로 하는 적법한 노동조합에 해당하지 아니함

관련 판례로 근로자와 사용주 사이에 고용에 따른 종속관계가 있는 근로자들로 구성된 노동조합이 아니라면 해당 사용주에 대한 적법한 노동조합이 될 수 없다는 취지의 판결이 있음[7)]

6) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8*** 판결
7) 대법원 1992. 5. 26. 선고 90누9***판결

【 대법원 1992. 5. 26. 선고 90누9* 판결 】**

"소외 조합의 규약(을 제1호증이다)제6조에 의하면 동조합은 소외 회사의 사업장에 종사하는 근로자로서 소정의 절차를 거쳐 가입한 자로 구성한다고 규정되어 있어 이러한 점만을 본다면 **외견상 소외 조합은 일응 소외 회사에 근무하는 근로자들이 조직한 노동조합으로 보이는 사실, 그러나 그 실질에 있어서는 소외 조합은 소외 회사로부터 아무런 간섭을 받음이 없이 소외 조합의 규약 등이 정한 바에 따라 독자적으로 그 조합원을 가입, 구성하고 있어 소외 조합의 조합원과 소외 회사의 종업원은 각각 별도로 구성, 채용되며(소외 조합의 조합원으로서의 지위는 소외 회사의 관여없이 수백만원에 매매되어 양도·양수되고 있다),** 소외 회사는 소외 조합 내지 그 구성원에 대하여 근로시간과 장소 및 방법 등의 작업조건에 관하여 지시하거나 감독을 할 수 없고(위 단체협약 제2조에 의하면 소외 회사는 입·출고되는 화물의 상하차 및 운반작업에 관한 일체의 권한을 소외 조합에게 위임한다고 규정되어 있다), 신규채용, 인사이동, 해고 및 퇴직 등에 관하여 아무런 권한을 갖지 못하며, 소외 조합의 조합원들은 소외 회사로부터 일정한 임금을 받는 것이 아니라 위 단체협약에서 정한 작업비요율표(갑 제7호증의 1이다)에 의거하여 하역한 물건의 품목과 그 작업량에 비례한 보수를 소외 회사 혹은 소외 회사에 소속된 중매인으로부터 그날 그날 수령하여 이를 적립하였다가 15일마다 소외 조합의 전조합원들이 일정한 비율에 따라 분배하고 있으며, 소외 회사와는 별도로, 소외 조합의 조합장을 그 대표자로 하고 업태를 용역, 종목을 써비스업으로 하여 소외 조합의 이름으로 사업자등록을 마쳤으며, 조합장을 대표로 하여 조합원의 갑종근로소득세를 자체적으로 원천징수하고 있으며, 의료보험 역시 따로 가입되어 있고, 소외 회사는 산업재해보상보험에 가입되어 있으나 소외 조합은 이에 가입되어 있지 아니한 사실, 또한 소외 회사와 관계 없이 소외 조합에서 근로기준법 제31조 소정의 사용증명서를 교부하고 같은법 제32조 소정의 근로자명부를 작성·비치하고 있으며(따라서 소외 회사에는 소외 조합의 조합원들에 대한 인적사항이나 숫자조차 확인할 수 있는 자료가 비치되어 있지 아니하다), 그외 소외 회사와 소외 조합 사이에서 체결된 단체협약은 하역작업에 관련하여서만 그 적용이 있다고 규정하고(위 단체협약 전문 및 제2조 등 참조), 소외 조합으로서는 자체적으로 항상 필요한 인부를 확보하고 작업에 필요한 기계장비를 구입하여 소외 회사의 요청에 따라 작업을 수행할 태세를 갖추어야 하고(위 단체협약 제5조 참조), 하역작업에 관한 안전관리, 장비운용 및 교육은 소외 회사와 관계없이 소외 조합이 수행하고 작업수행 중 일어난 사고로 인한 손해는 소외 조합이 그 배상책임을 지고 소외 회사는 소외 조합 소속 노무자의 채용과 복지조건 및 근로조건에는 관여치 아니하도록 되어 있는 사실(위 단체협약제7조, 제10조, 제12조 및 제13조 등 참조), 그 반면 원고 조합은 소외 회사의 취업규칙에 따라 그 사용주에 의하여 채용된 경매직, 영업직, 사무직 사원들로서 구성되어 있고 조합원수는 현재 49명 정도인 바, 이들은 통상의 사용주와 근로자 사이의 관계에서와 같이 지휘, 감독관계에 있고 소외 회사가 인사권을 가지며 월급제로 임금을 지급하고 있는 사실을 인정한 다음, 위 인정사실에 의하면 소외 조합의 조합원과 소외 회사와의 사이에는 종속적인 관계가 있다 할 수 없으므로 **소외 조합의 조합원은 소외 회사에 대하여서는 노동조합을 조직할 수 있는 근로자가 될 수 없다고 할 것이고, 따라서 소외 조합은 소외 회사에 대한 관계에 있어서는 적법한 노동조합이라 볼 수 없다**."

위 판례의 태도와 관련, 기업별 단위 노동조합의 경우 언제나 하나의 기업만을 조직단위로 삼아야 하는지 문제될 수 있는데, 이에 관한 하급심 법원의 판단에 따르면 (해당 사용자와 사용종속관계를 맺고 있는 근로자가 노동조합에 조합원으로 포함되어 있다면) 수 개의 기업에 속한 근로자들을 대상으로 조직된 노동조합도 적법한 노동조합이 될 수 있다고 판시한 바 있음[8)]

【 서울행정법원 2013. 3. 22. 선고 2012구합29* 판결 】**

"살피건대, **기업별·지역별·직종별·산업별 노동조합의 구분은 편의상 조직형태에 따라 노동조합을 유형화한 것에 불과할 뿐, 위와 같은 분류에 얽매여 노동조합의 조직형태가 제한되는 것은 아니므로 기업별 단위 노동조합의 경우 언제나 하나의 기업만을 조직단위로 삼아야 한다는 원고의 주장을 그대로 받아들일 수 없고,** 참가인 노조와 같이 4개의 기업에 속한 근로자들을 조직대상으로 하는 노동조합의 형태도 가능한 점, 앞서 본 바와 같이 참가인 노조의 대표자인 OOO은 참가인 희사 소속 근로자인 데다가 **참가인 노조와 같이 4개의 기업에 속한 근로자들을 조직대상으로 하는 노동조합의 경우 그 조합원이나 대표자는 4개의 기업 중 어느 하나에만 속하더라도 무방하므로** 참가인 노조의 대표자인 OOO의 대표자 자격에 문제가 있다고 볼 수 없는 점 등에 비추어 보면, 원고의 첫 번째 주장은 이유 없다."

또한, 전국항운노동조합연맹 산하 단위노동조합의 조합원이 그 단위노동조합에 가입하거나 등록함으로써 그 단위노동조합과의 사이에 조합의 지시나 감독 아래 각 하역업체에게 노무를 제공하고 그에 따른 대가를 위 단위노동조합으로부터 지급받아 왔다면, 위 조합원은 위 단위노동조합과 실질적인 사용종속관계가 있는 근로자라고 할 것이고[9)] 위 조합원을 파견받아 하역잡역을 시켜 온 하엽업체 사이에는 실질적인 사용종속관계가 없으며, 전국항운노동조합연맹 사이에도 근로자 계약관계 기타 어떠한 직접적인 계약법·단체법상의 권리의무관계가 존재한다고 볼 수 없다는 것이 판례의 입장인 바, 이 경우에 있어서 **단위노동조합은 적어도 하역업체에 대한 관계에서는 그 사업장 단위의 적법한 노동조합이라고는 할 수 없을 것임**

나) 연합단체

노동조합법 제10조 제2항은 "연합단체인 노동조합"을 동종 산업의 단위 노동조합을 구성원으로 하는 산업별 연합단체와 산업별연합단체 또는 전국 규모의 산업별 단위노동

8) 서울행정법원 2013. 3. 22. 선고 2012구합29*** 판결 (해당 판결은 노동조합의 기업별, 초기업별 노동조합으로의 구별은 편의상 구분에 불과하여 노동조합의 조직형태가 노동조합의 적법유무를 판단하는 기준이 될 수 없다는 취지인 것으로 보임)

9) 대법원 1998. 1. 20. 선고 96다56*** 판결

조합을 구성원으로 하는 총연합단체"로 규정함

'동종 산업의 단위노동조합을 구성원으로 하는 산업별 연합단체'와 관련, 여러 가지 업종의 단위노동조합을 구성원으로 하는 산업별 연합단체는 노동조합법상의 산업별 연합단체에 해당할 수 없는지 문제되는데, 판례는 '동종 산업'이라 함은 동일한 업종을 뜻하며 여러 가지 업종의 단위노동조합을 구성원으로 하는 산업별 연합단체는 노동조합법상의 산업별 연합단체에 해당한다고 볼 수 없다고 하였음[10)]

【 대법원 1993. 5. 25. 선고 92누14* 판결 】**

"물론 현대 산업사회에 있어서 업종의 다양화와 복합화로 인하여 동일 업종의 범위를 한정하는 것이 용이하다고는 할 수 없고, 과거에는 동일 업종에 속하였던 것이 산업의 고도화로 인하여 서로 다른 업종으로 분화되기도 하고, 그 산업기술의 혁신에 의하여 그 반대 현상이 나타날 수도 있겠지만 동일 업종 여부는 위의 입법목적의 관점에서 판단할 수 있을 것이며, 경우에 따라서는 예컨대 은행업과 보험업과 같이 동일하지는 아니하나 유사하거나 상호관련성이 있는 2개 이상의 업종이 함께 복합적 산업별 연합단체를 구성하는 것도 가능하다고 보아야 할 것이나, 이 사건에서의 소외 연맹과 같이 **건설업, 요식업, 의료업 등 전혀 이질적인 55개 업종이 포함되고, 더구나 다른 산업별 연합단체에 속하지 아니하는 기타 업종까지 모두 포괄하는 업종을 대상으로 하는 단위노동조합으로 구성되는 산업별 연합단체라는 것은 그 인정의 필요성도 적을 뿐 아니라 산업별 연합단체 본래의 기능을 하기도 어렵다고 보여지고 또 위 법조 소정의 '동일 업종'의 단위노동조합으로 구성되었다고 볼 수도 없으므로 위 법조 소정의 산업별 연합단체는 아니라고 보아야 할 것이다.**"

나. 자주성

외부의 지배·개입 없이 근로자의 자주적인 의사결정에 의해 독립하여 조직·운영되어야 함

다. 목적성

근로조선의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하는 것을 목적으로 하여야 함

라. 단체성

노동조합이 권리의 귀속 주체가 되려면 그 전제로서 권리능력이 있어야 함

10) 대법원 1993. 5. 25. 선고 92누14*** 판결 (노동조합법 제10조 제2항의 산업별 연합단체에는 해당하지 않지만, 노동조합법상 연합단체에 해당한다고 인정하였음)

일반적으로 어떠한 인적결합체가 법인격이 없이 권리능력의 주체가 되려면 권리·의무의 주체가 될 수 있는 독자적 존재로서의 단체적 조직을 갖추어야 함

이러한 단체적 조직으로서의 단체성은 최소한 비법인 사단으로서의 실체를 가질 것을 말하는 바, 그 결합체가 고유의 목적을 가지고 사단적 성격을 가지는 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등 조직을 갖추고 있으며, 구성원의 가입이나 탈퇴에 관계없이 단체 그 자체가 존속되고 그 조직에 의하여 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 자본의 구성, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요 사항이 확정되어 있어야 함을 뜻함[11)]

복수의 근로자들에 의한 인적 결합체로서 조직되어야 하므로 근로자 1인으로 된 노동조합은 있을 수 없고, 판례는 조합원이 1인 밖에 남지 아니한 경우에는 그 조합원이 증가될 일반적 가능성이 없는 한, 노동조합으로서의 단체성을 상실하므로 청산목적과 관련되지 않는 한 권리의무의 귀속 주체로 될 수 없다고 하였음[12)]

【 대법원 1998. 3. 13. 선고 97누19* 판결 】**

"**노동조합은 그 요건으로 단체성이 요구되므로 복수인이 결합하여 규약을 가지고 그 운영을 위한 조직을 갖추어야 하는바, 법인 아닌 노동조합이 일단 설립되었다고 할지라도 중도에 그 조합원이 1인밖에 남지 아니하게 된 경우에는, 그 조합원이 증가될 일반적 가능성이 없는 한, 노동조합으로서의 단체성을 상실하여 청산목적과 관련되지 않는 한 당사자능력이 없다고 볼 것이다.**

원심판결의 이유에 의하면, 원심은 거시 증거에 의하여, 원고 조합은 .... ○○○자동차학원에서 각 근로하고 있는 근로자들을 조직대상으로 하여 1995. 10. 21. 설립된 단위노동조합인데, 설립 당시에는 ○○○자동차학원 소속 근로자 7인이 조합원으로 가입하고 있었으나... 나머지 조합원들이 원고 조합을 탈퇴하거나 퇴사하여 그 무렵부터 원심 변론종결시에 이르기까지 위 ○○○만이 원고 조합에 남아 있는 사실, ...(중략).... **원고 조합은 그 조합원이 1명만인 사정이 일시적인 현상으로 보이지 아니하므로 노동조합으로서의 실체를 상실하였고 그 청산목적 수행으로 볼 수 없는 이 사건 청구는 결국 당사자능력이 없는 원고 조합에 의하여 제기된 부적법한 소라고 판단하였는바,** 앞에서 본 법리에 비추어 볼 때 원심판단은 수긍이 가고, 거기에 소론과 같은 노동조합의 소멸 내지 해산사유에 관한 법리오인의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유 없다."

11) 대법원 1992. 7. 10. 선고 92다2***판결, 1997. 1. 24. 선고 96다39721,39***판결
12) 대법원 1998. 3. 13. 선고 97누19***판결

2.2 소극적 요건

가. 사용자 또는 그 이익 대표자의 참가가 허용되지 않을 것

노동조합법 제2조 제4호 단서 (가)목은 "사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 경우"에는 이를 노동조합법상의 노동조합으로 보지 아니한다고 규정하고 있음

"사용자의 이익대표자"라 함은 사용자(노동조합법 제2조 제2호에 따라 '사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는자)의 이익을 대표하여 행동하는 자이므로 노동조합법상 사용자의 개념보다 광범위한 내용으로 볼 수 있음

판례[13]는 "사용자의 이익대표자"라 함은 근로자에 대한 **인사, 급여, 징계, 감사, 노무관리 등 근로관계 결정에 직접 참여하거나 사용자의 근로관계에 대한 계획과 방침에 관한 기밀사항 업무를 취급할 권한이 있는 등**과 같이 **직무상 의무와 책임이 조합원으로서의 의무와 책임에 직접적으로 저촉되는 위치에 있는 자**를 의미한다고 판시하여 노동조합법상 사용자로서 '그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'의 개념과 구분하고 있음

【 대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두13* 판결 】**

"노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라고 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 노동조합에의 참가가 금지되는데, 그 취지는 노동조합의 자주성을 확보하려는 데 있다.

여기서 '그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'라 함은 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 자를 말하고(대법원 1989. 11. 14. 선고 88누6*** 판결 등 참조), **'항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'라 함은 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 그 직무상의 의무와 책임이 조합원으로서의 의무와 책임에 직접적으로 저촉되는 위치에 있는 자를 의미하므로, 이러한 자에 해당하는지 여부는 일정한 직급이나 직책 등에 의하여 일률적으로 결정되어서는 아니 되며, 그 업무의 내용이 단순히 보조적·조언적인 것에 불과하여 그 업무의 수**

13) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두13*** 판결

행과 조합원으로서의 활동 사이에 실질적인 충돌이 발생할 여지가 없는 자도 이에 해당하지 않는다고 할 것이다.

....(중략)

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, **원심이 과장급 이상의 직원들에 대하여 소속 직원의 업무분장·근태관리 등에 관하여 전결권을 부여받은 자들로서 '근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'에 해당한다고 본 것은 정당한 판단으로 수긍할 수 있다. 주임급 이하의 직원들의 경우 그들이 인사, 노무, 예산, 경리 등의 업무를 담당한다거나 총장의 비서 내지 전속 운전기사, 수위 등으로 근무한다는 사정만으로 그들이 곧바로 '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'에 해당한다고 할 수 없고, 실질적인 담당 업무의 내용 및 직무권한 등에 비추어 볼 때 그 직무상의 의무와 책임이 노동조합원으로서의 의무와 책임에 저촉되는 것으로 평가할 수 있을 때에만 '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'에 해당한다고 할 수 있다.**

그렇다면 원심으로서는 이 사건 직원들 중 주임급 직원들이 실제 담당하는 업무의 내용 및 직무권한 등을 확인하여 이들이 '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'에 해당하는지 여부를 심리하여야 하고, 나아가 조합원 가입 자격 유무에 관한 사정만으로 부동노동행위 의사의 유무를 단정할 것이 아니라 그 밖에 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 사정이 있는지에 관하여 더 심리한 후 부당노동행위 해당 여부를 판단하였어야 할 것이다."

한편, 공동주택 자치관리기구의 대표자는 아파트입주자대표회의의 의결과 관리규약에 따라 아파트의 관리업무를 보조하는데 지나지 아니하고, 인사급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정에 관한 권한과 책임을 아파트입주자대표회의로부터 위임받지 않았다고 할 것이므로, 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자에 해당한다고 단정하기 어렵다고 본 사례가 있음[14]

【 서울행정법원 2011. 2. 25. 선고 2010구합20* 판결 】**

"(1) 노동조합법 제2조 제4호 단서 가목은 근로자단체라고 하더라도 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는자의 참가를 허용하는 경우에는 이를 '법상의 노동조합으로 보지 아니한다'고 규정하고 있고, 노동조합법 제2조 제2호는 사용자에 관하여 '사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다'고 규정하고 있다.

.....(중략).....

(2) 이 사건에 돌아와 보건대, 위 인정 사실과 더불어 을 제115 내지 120, 124, 125, 128, 129, 130, 131호증의 기재 및 변론 전체 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, **참가인 OOO은 공동주택 자치관리기구의 대표자 지위에 있기는 하나 원고의 의결과 관리규약에 따라 이 사건 아파트의 관리업무를 보조하는데 지나지 아니하고, 인사급여, 후생, 노무관**

14) 서울행정법원 2011. 2. 25. 선고 2010구합20***판결

리 등 근로조건의 결정에 관한 권한과 책임을 원고로부터 위임받지 않았다고 할 것이므로, 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자에 해당한다고 단정하기 어렵다.

① 원고를 포함한 관리사무소 직원들은 원고 회장과 사이에 근로계약을 체결하였고, 원고 입주자대표회의 또는 원고 회장이 직원의 해임, 승진, 징계, 휴가, 경비 및 미화반장의 선임 등 구체적인 근로조건을 결정하였다.

② 원고가 임금, 각종 수당, 퇴직금 등의 지급과 그 지출에 대한 계정과목에 대하여 결정하고, 그 회계처리에 있어 결재권을 행사하였다,

③ 이 사건 아파트 관리규약 제31조 제4항에서 직원의 채용은 관리소장의 추천에 의하여 입주자대표회의에서 임명하도록 되어 있으나, 관리소장의 권한은 추천권에 불과하고, 실제 경비, 미화원의 채용에 있어서 원고 회장이 직접 채용권한을 행사하였다.

④ 이 사건 아파트는 이른바 '예산제'가 아닌 매월 사용한 비용을 총평수로 환산하여 부과하는 방법인 '월별정산제'의 방법으로 관리비를 부과하고 있어서, 참가인 OOO에게 예산의 집행권이 없었다. 참가인 OOO은 30만 원 미만의 공사 등에 관하여서만 전결권을 가지고 있었으나 원고 회장에게 즉시 보고하여야 할 의무가 있었다.

⑤ 앞서 본 바와 같이 참가인 OOO은 참가인 조합의 지회장으로서 원고 임원들과의 관계에 있어서 쓰레기 분리수거, 상가 건물 청소 등 근무조건에 대하여 관리사무소 직원의 입장을 대변하고 있다.

⑥ 노동조합법에서 '사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 단체'를 법상 노동조합으로 보지 않는 취지는 노동조합의 자주성을 확보하기 위한 것인바, 노동조합은 노동조합에서 배제되어야 할 자를 자주적으로 판단하여야 하므로, 위 범위를 제한적으로 해석하여야 할 것이다."

또한, 판례는 일반직 3급으로서 업무가 독립된 부서의 최고 책임자인 팀장 또는 부장으로 근무하면서 각 부서의 업무분장이나 업무지휘·감독권을 행사하는 자가 정직 3개월의 처분을 받은 이후 실질적인 보직을 부여받지 못한 상태에서 노동조합의 조합원이 된 경우 '사용자의 이익대표자'에 해당하는지 여부가 문제된 사례에서, 실질적인 보직이 부여되지 않은 상태라면 **근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독을 하는 등의 사항에 대하여 일정한 권한과 책임을 부여받았다거나 원고의 직무상의 의무와 책임이 조합원으로서의 의무와 책임에 직접적으로 저촉되는 위치에 있었다고 할 수 없으므로**, 노동조합 비가입대상자에 해당하지 않는다고 판시한 바 있음[15]

나. 사용자로부터 경비의 주된 부분을 원조 받지 않을 것

노동조합법 제2조 제4호 단서 (나)목은 "경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받는

15) 서울고등법원 2016. 1. 16. 선고 2015누455*** 판결(대법원 2016. 5. 27. 선고 2016두33***판결에서 심리불속행기각으로 확정됨)

경우"에는 그 자주성이 침해될 소지가 있으므로 노동조합으로 보지아니하도록 규정함

다. 복리사업만을 목적으로 하지 않을 것

노동조합법 제2조 제4호 단서 (다)목은 "공제·수양 기타 복리사업만을 목적으로 하는 경우" 노동조합으로 보지 아니하도록 규정함

라. 근로자 아닌 자의 가입이 허용되지 않을 것

노동조합법 제2조 제4호 단서 (라)목 본문은 "근로자 아닌 자의 가입을 허용하는 경우"에는 노동조합으로 보지 아니하도록 규정함

여기에서 '근로자 아닌 자'라 함은 노동조합법 제2조 제1호의 '근로자'에 해당되지 않는 자를 의미하는 것임은 당연하나, 노동조합법 제2조 제4호 (라)목 단서가 "다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다."라고 규정하고 있어 해고의 효력을 다투는 근로자에 대하여 노동조합법 제2조 제4호 (라)목 단서를 어떻게 해석하여야 하는지가 문제됨

대법원 판례는 이와 관련하여 **노동조합법 제2조 제4호 라목 단서는 '기업별 노동조합'의 조합원이 사용자로부터 해고됨으로써 근로자성이 부인될 경우에 대비하여 마련된 규정으로서 이와 같은 경우에만 한정적으로 적용**되고, 원래부터 일정한 사용자에 대한 종속관계를 필요로 하지 않는 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우까지 적용되는 것은 아니라고 판시하고 있음[16)]

마. 정치운동을 주된 목적으로 하지 않을 것

노동조합법 제2조 제4호 단서 (마)목은 "주로 정치운동을 목적으로 하는 경우"에는 노동조합으로 보지 아니하도록 규정하고 있는데, 이는 '주된 목적'을 정치운동으로 하지 않아야 한다는 것이므로 근로조건의 향상이라는 목적성을 갖추고 있으면서 **부수적으로 정치운동을 행하는 것은 위 규정에서 말하는 경우에 해당하지 않는 것으로 보아야 할 것임**

16) 대법원 2004. 2. 27. 선고 90누9*** 판결

【 서울행정법원 2010. 10. 28. 선고 2010구합25*** 판결[17] 】

"(1) 이 사건 노조가 노조법상 노동조합에 해당하지 아니한다는 주장에 대하여

이 사건 노조의 규약·규정집(갑 3호증) 중 '선언' 및 '강령'에는 "다수의 빈곤을 기반으로 소수의 부를 보장하는 정치, 경제, 사회구조를 개혁하고 평등사회 건설을 위해 투쟁한다.", "노동자, 민중의 정당 강화를 통해 노동자, 민중 정권 창출을 위해 투쟁한다.", "우리의 국토를 강점한 미군을 조속히 철수시키며 자주·평화·민족대단결의 원칙에 기초해 통일조국을 건설하기 위해 투쟁한다."라는 등의 내용이 기재되어 있기는 하나, 이러한 기재 내용만으로 이 사건 노조가 노조법 제2조 제4호 마목에서 규정하는 '주로 정치운동을 목적으로 하는 단체'에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 위 노조가 노조법상 노동조합에 해당하지 아니한다고 볼 만한 아무런 자료가 없다. 따라서 이와 다른 전제에 선 원고의 위 주장은 이유 없다."

3. 초기업별노조 지회·분회의 법적 지위

3.1 지부·분회의 노동조합성 인정 여부

초기업별노조 산하에 노동조합의 원활한 운영을 위하여 지역이나 사업 또는 기업단위로 지부, 지회 또는 분회라는 이름의 하부조직을 두고 있음

지부, 지회 또는 분회는 **단위노동조합의 내부조직으로서 독자적인 노동조합으로 볼 수 없는 것이 원칙**임

【 대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다96*** 판결 】

"산업별 노동조합은 동종 산업에서 일하는 근로자들을 조직대상으로 하는 초기업적 노동조합으로서 그 자체가 개별 근로자를 구성원이자 조합원으로 하는 1개의 단위노동조합이다. 산업별 노동조합이 내부에 하부조직을 두더라도, 이는 별개의 노동조합이 아니라 산업별 노동조합 내부의 조직 관리를 위한 기구나 그 조직 체계의 일부인 구성요소가 되는 것이 원칙이다."

다만, 노동조합법 시행령 제7조에는 "근로조건의 결정권이 있는 독립된 사업 또는 사업장에 조직된 노동단체는 지부·분회 등 명칭 여하에 불구하고 노동조합법 제10조 제1항의 규정에 의한 노동조합의 설립신고를 할 수 있다"라고 규정되어 있고, 대법원은

17) 노동조합 강령상 기재된 정치 목적의 문구가 노동조합법 제2조 제4호의 정치운동을 목적으로 하는 경우에 해당할 수 있으나, 다른 증거가 부족하여 '주로 정치운동을 목적으로 하는 경우'에 해당하지 않는다고 판결한 것임. 한편, 대법원 1997. 2. 11. 선고 96누2*** 판결에서는 전국○○○협의회가 근로조건의 유지·개선을 통한 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상만이 아니라 정치적 지위의 향상도 그 목적으로 하고 있는 점을 들어 법상의 노동조합이라고 볼 수 없다고 판단하기도 함

"노동조합의 **하부단체인 지부나 분회가 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립된 조직체로서 활동을 하는 경우**, 설립신고 유무와 관계없이 당해 조직이나 그 조합원에 고유한 사항에 대하여는 독자적으로 교섭하고 단체협약을 체결할 수 있다."라고 판시하여 독립적 조직체로 활동하는 지부나 지회는 독자적인 노동조합에 해당한다고 보았음[18]

【 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4*판결 】**

"노동조합의 하부단체인 분회나 지부가 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립된 조직체로서 활동을 하는 경우 당해 조직이나 그 조합원에 고유한 사항에 대하여는 독자적으로 단체교섭하고 단체협약을 체결할 수 있고, 이는 그 분회나 지부가 노동조합및노동관계조정법시행령 제7조의 규정에 따라 그 설립신고를 하였는지 여부에 영향받지 아니한다.

피고인이 공소외 1 합자회사대표이사로서 상시근로자 59명을 고용하여 택시운수업을 하는 사용자인바, 위 사업장에 재직하고 있는 공소외 2 등 근로자 50명에 대하여 임금지급일인 1998. 6. 10. 지급하여야 할 1998년 5월분 임금 중 6,690,000원 및 1998. 7. 10. 지급하여야 할 1998년 6월분 임금 중 11,230,000원 등 합계 금 17,920,000원을 법령 또는 단체협약에 특별한 규정이 없음에도 임금지급시 공제하고 이를 지급하지 아니하였다는 공소사실에 대하여, 위 임금공제는 피고인이 노동조합의 설립신고를 마치지 않았을 뿐 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추고 있던 지역택시노동조합 위 회사 지부 대표자인 공소외 3과 체결한 단체협약에 따른 것이어서 정당하다는 이유로 무죄를 선고한 제1심판결을 유지한 원심의 조치는 위와 같은 법리에 따른 것으로서 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 노동조합지부의 단체협약권에 관한 법리오해 등의 위법이 없다. 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다."

특히 최근 대법원 전원합의체 판결에서 산업별 노동조합의 지회 등이라 하더라도, **독립한 단체로서 활동하거나 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력을 갖춘 경우**에는 **법인 아닌 사단인 근로자단체로서의 지위** 내지는 **기업별 노동조합에 준하는 지위**를 가지고 있다고 하여 기존의 입장을 명확히 하였음

【 대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다96* 판결 】**

"일반적으로 사단은 특정한 목적을 위하여 조직된 다수인의 결합체로서 대외적으로 대표할 기관에 관한 정함이 있는 단체를 뜻하고, 법인격이 없더라도 일정한 자격을 가진 사람들을 구성원으로 삼아 정관·회칙 등의 규약과 임원 등의 기관을 두고 총회 등 회의를 개최하여 주요 업무에 관한 의사를 결정하여 온 경우에는 법인 아닌 사단의 실질을 갖추고 있다고 본다(대법원 1997. 9. 12. 선고 97다20*** 판결, 대법원 2006. 12. 21. 선고 2006다52*** 판결 등 참조).

그동안 대법원은 사단법인의 하부조직이라 하더라도, 이와 같은 사단의 실질을 갖추고 독자적인 활동을 하고 있다면, 그 사단법인과는 별개의 독립된 법인 아닌 사단으로 볼 수 있다고 밝혀

18) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4*** 판결

왔다(대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다59*** 판결, 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다60*** 판결 등 참조). **또한 대법원은 산업별 노동조합 등 초기업적 노동조합의 지회 등이라 하더라도, 관행 또는 해당 초기업적 노동조합의 규약에 따라 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립한 단체로 활동하면서 그 조직이나 조합원에 고유한 사항에 관하여 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 있는 경우에는 노동조합법 시행령 제7조 규정에 의한 산하조직의 설립신고 여부와 관계없이 그 지회 등을 기업별 노동조합에 준하여 볼 수 있음을 긍정**함으로써(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두5*** 판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006두7*** 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011다1***, 1859, 1***, 1***판결 등 참조), **산업별 노동조합의 지회 등의 성격은 외형이 아닌 실질을 기준으로 가려야 하며, 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력 유무와는 상관없이 독립한 단체로서의 활동이 이루어질 수 있음을 인정하여 왔다. 따라서 산업별 노동조합의 지회 등이라 하더라도, 위와 같이 독립한 단체로서 활동하거나 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력을 갖춘 경우에는 법인 아닌 사단인 근로자단체로서의 지위 내지는 기업별 노동조합에 준하는 지위를 가지고 있다고 평가할 수 있다.**"

3.2 지부·분회가 독자적으로 조직형태 변경을 하는 것이 가능한지

가. 조직형태 변경의 의의

조직형태 변경은 노동조합이 그 존속 중에 변경 전후 실질적 동일성을 유지하면서 그 구성원의 자격과 단결체와 조합원의 결합방식을 변경하는 것을 의미

나. 조직형태 변경의 효과

노동조합은 조직형태 변경 이후에도 변경 전과 실질적 동일성을 유지하므로 노동조합 자체의 조직 내부적 변화는 없고, 조직형태 변경 전의 재산관계나 단체협약상의 지위도 변경 후의 조직에 그대로 유지됨

다. 지부·분회가 조직형태변경의 주체가 될 수 있는지

노동조합의 하부조직에 불과한 초기업별 노동조합의 지회 등이 기업별 노동조합으로 조직형태를 변경할 수 있는지에 관하여 **대법원 전원합의체**는 **노동조합법 제16조 제1항 제8호 및 제2항**은 노동조합법에 의하여 설립된 노동조합을 그 대상으로 삼고 있어 노동조합의 단순한 내부적인 조직이나 기구에 대하여는 적용되지 아니하지만, 산업별 노동조합의 지회 등이라 하더라도, **독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 있어 기업별 노동조합에 준하는 실질을 가지고 있는 경우**와 (독자적으로 단체교섭을 진행하고 단

체협약을 체결하지는 못하더라도) **법인 아닌 사단의 실질을 가지고 있어 기업별 노동조합과 유사한 근로자단체로서 독립성이 인정되는 경우**까지도 조직형태 변경의 주체가 될 수 있다고 판시하였음

【 대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다96* 판결 】**

"또한 산업별 노동조합의 지회 등이 **독자적으로 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결하지는 못하더라도, 법인 아닌 사단의 실질을 가지고 있어 기업별 노동조합과 유사한 근로자단체로서 독립성이 인정되는 경우에, 그 지회 등은 스스로 고유한 사항에 관하여 산업별 노동조합과 독립하여 의사를 결정할 수 있는 능력을 가지고 있다**. 이러한 의사 결정 능력을 갖춘 이상, 그 지회 등은 소속 근로자로 구성된 총회에 의한 자주적·민주적인 결의를 거쳐 그 지회 등의 목적 및 조직을 선택하고 변경할 수 있으며, 나아가 단결권의 행사 차원에서 정관이나 규약 개정 등을 통하여 단체의 목적에 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 추가함으로써 노동조합의 실체를 갖추고 활동할 수 있다. 그**리고 그 지회 등이 기업별 노동조합과 유사한 독립한 근로자단체로서의 실체를 유지하면서 산업별 노동조합에 소속된 지회 등의 지위에서 이탈하여 기업별 노동조합으로 전환할 필요성이 있다는 측면에서는, 단체교섭 및 단체협약체결 능력을 갖추고 있어 기업별 노동조합에 준하는 실질을 가지고 있는 산업별 노동조합의 지회 등의 경우와 차이가 없다.** 이와 같은 법리와 사정들에 비추어 보면, **기업별 노동조합과 유사한 근로자단체로서 법인 아닌 사단의 실질을 가지고 있는 지회 등의 경우에도 위에서 본 기업별 노동조합에 준하는 실질을 가지고 있는 경우와 마찬가지로 이 사건 규정에서 정한 결의 요건을 갖춘 소속 근로자의 의사 결정을 통하여 종전의 산업별 노동조합의 지회 등이라는 외형에서 벗어나 독립한 기업별 노동조합으로 전환할 수 있다고 봄이 타당하다.**

라. 결론적으로 산업별 노동조합의 지회 등이라 하더라도, 그 외형과 달리 독자적인 노동조합 또는 노동조합 유사의 독립한 근로자단체로서 법인 아닌 사단에 해당하는 경우에는, 자주적·민주적인 총회의 결의를 통하여 그 소속을 변경하고 독립한 기업별 노동조합으로 전환할 수 있다고 보아야 하고, 이와 같이 노동조합 또는 법인 아닌 사단으로서의 실질을 반영한 이 사건 규정에 관한 해석이 근로자들에게 결사의 자유 및 노동조합 설립의 자유를 보장한 헌법 및 노동조합법의 정신에 부합한다. **다만 이와 같은 견해가 산업별 노동조합의 지회 등에 대하여 그 실질을 명확히 가리지 아니하고 폭넓게 법인 아닌 사단으로서 처우하여 이 사건 규정에서 정한 조직형태 변경 결의를 허용하여야 한다는 취지는 아니다.** 산업별 노동조합의 지회 등이 산업별 노동조합의 활동을 위한 내부적인 조직에 그친다면 그와 같은 결의를 허용할 수 없을 것이므로, 먼저 독자적인 노동조합 또는 노동조합 유사의 독립한 근로자단체로서의 실질을 갖추고 있는지에 관하여 신중하게 심리·판단하여야 한다."

제 2 장

복수노조 교섭창구단일화 제도

제1절 복수노조 교섭창구단일화 절차 / 35

1. 교섭창구 단일화 절차 / 35
2. 교섭대표 노동조합의 결정 / 44
3. 교섭대표노동조합의 지위 / 63

제2절 교섭단위 분리 / 66

1. 교섭단위 분리제도의 의의 / 66
2. 교섭단위 분리의 요건에 관한 판단 / 66
3. 교섭단위 분리결정에 대한 불복 / 76

제3절 공정대표의무제도 / 78

1. 공정대표의무의 의의 / 78
2. 공정대표의무 위반시 시정절차 / 84
3. 절차상 공정대표의무 / 86
4. 실체적 공정대표의무 / 90

제1절 복수노조 교섭창구단일화 절차

1. 교섭창구 단일화 절차

1.1 교섭창구 단일화 절차의 의의

노동조합법에 따르면, 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있고(제5조), 노동조합은 조합원을 위하여 사용자에게 단체교섭을 요구할 수 있으며(제29조 제1항), 하나의 사업 또는 사업장 단위에서 노동조합이 그 조직형태와 관계없이 2개 이상 병존하는 경우에는 원칙적으로 교섭창구 단일화 절차에 따라 교섭대표노동조합을 정하여 사용자에게 단체교섭을 요구하여야 함(제29조의2 제1항 본문).

노동조합법이 이처럼 복수 노동조합에 대한 교섭창구 단일화 제도를 도입하여 단체교섭 절차를 일원화하도록 한 것은 복수 노동조합이 독자적인 단체교섭권을 행사할 경우 발생할 수 있는 노동조합 간 혹은 노동조합과 사용자 간 반목과 갈등, 단체교섭의 효율성 저하 및 비용 증가 등의 문제점을 효과적으로 해결함으로써, 효율적이고 안정적인 단체교섭 체계를 구축하는 데에 그 주된 취지 내지 목적이 있음(헌법재판소 2012. 4. 24, 선고 2011헌마338 결정 참조)

1.2 교섭창구 단일화 절차 개관[1)]

노동조합법 제29조, 제29조의2, 노동조합법 시행령 제14조의2 내지 14조의10의 규정에 따른 교섭창구 단일화 절차는, 하나의 사업 또는 사업장에서 복수의 노동조합이 있는 경우 다음과 같은 절차를 거쳐 이루어지게 되는데, 이는 크게 복수 노동조합 중에서 실제로 단체교섭에 참여하려는 노동조합을 특정하는 교섭요구노동조합 확정 절차(아래①~④)와 그러한 복수의 교섭요구노동조합 중에서 다시 교섭대표노동조합을 결정하는 교섭대표노동조합 확정 절차(아래⑤~⑦)로 구성됨[2)]

① 한 노동조합이 단체협약 등의 체결을 위하여 사용자에게 교섭을 요구한다.

② 사용자는 위 요구를 받은 날부터 7일간 이러한 교섭요구 사실을 공고하여 다른 노동조합 및 근로자가 알 수 있도록 하여야 하고, 사용자가 위 공고를 제대로 하지 않

1) 서울고등법원 2014. 6. 2. 선고 2014누41*** 판결 참조 (대법원 2014. 10. 30. 선고 2014두38750으로 확정)
2) 대법원 2017. 10. 31. 선고 2016두36*** 판결

은 경우 노동조합은 노동위원회에 시정을 요청할 수 있다.

③ 위 7일간의 공고기간 중 교섭을 원하는 다른 노동조합은 사용자에게 교섭을 요구하여야 한다.

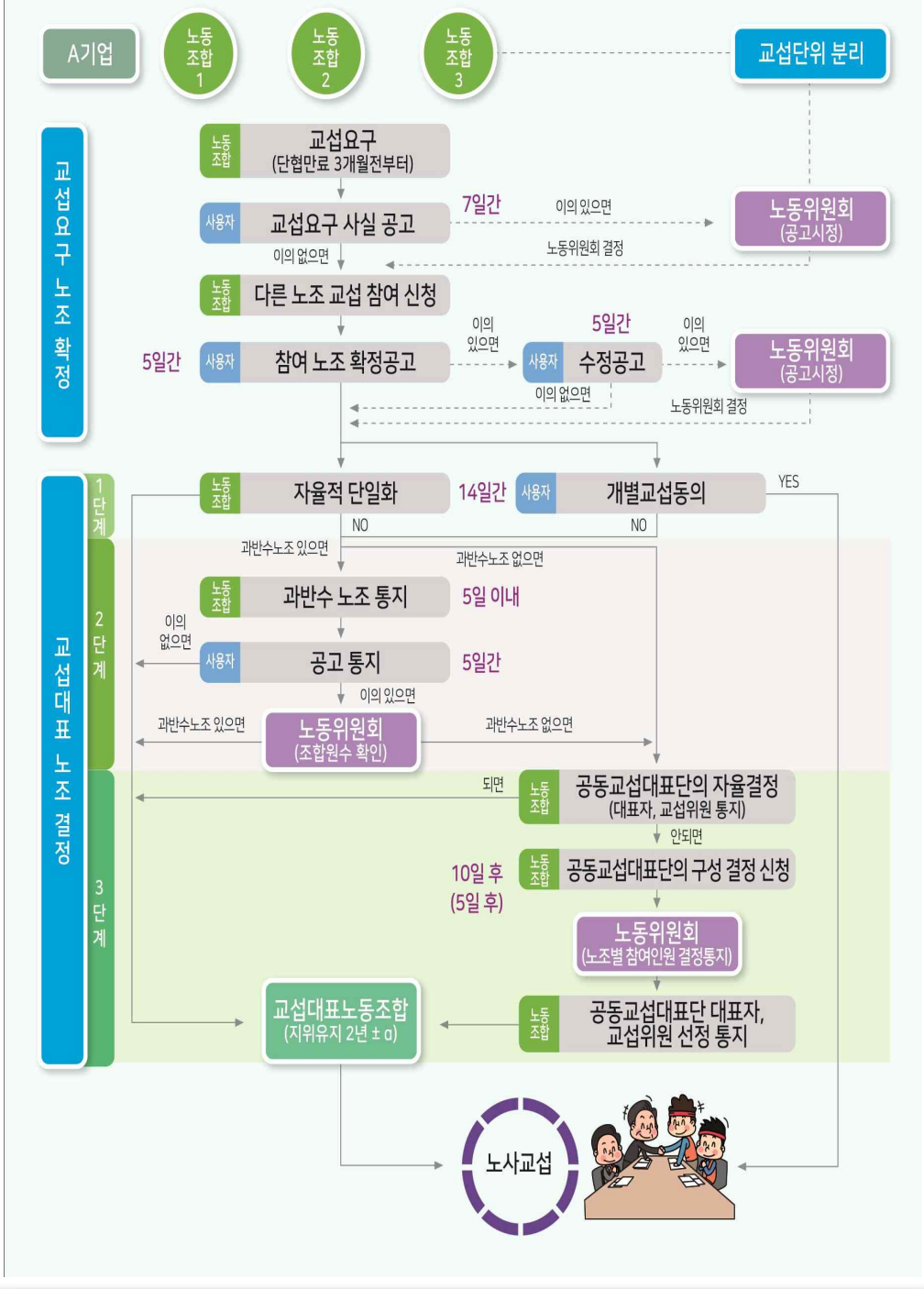
④ 사용자는 위 7일간의 공고기간이 끝난 다음 날 교섭을 요구한 노동조합을 확정하여 통지 및 공고(5일간)한다. 사용자가 위 교섭요구 노동조합 확정공고를 제대로 하지 않는 경우 노동조합은 사용자에게 이의를 신청할 수 있고, 그 이의신청 결과에 불복하는 경우 공고기간이 끝난 다음 날부터 5일 이내에 노동위원회에 시정을 요청할 수 있다.

⑤ 위와 같이 교섭요구 노동조합으로 확정 또는 결정된 노동조합은 확정 또는 결정된 날부터 14일이 되는 날을 기한으로 하여 자율적으로 교섭대표노동조합을 정할 수 있고, 그 결과를 사용자에게 통지하여야 한다. 사용자도 그 기한 내에 교섭창구 단일화 절차를 거치지 아니하기로(각 노동조합과 개별교섭) 동의할 수 있다.

⑥ 위와 같이 자율적으로 교섭대표노동조합을 정할 수 없는 경우 교섭창구 단일화 절차에 참여한 모든 노동조합의 전체 조합원 과반수로 조직된 노동조합(과반수 노동조합임을 확인하는 기준일은 교섭요구 노동조합 확정공고일)이 자율적 교섭대표노동조합을 정하는 기한 만료일부터 5일 이내에 사용자에게 과반수 노동조합임을 통지하고, 이에 사용자는 그 통지를 받은 때부터 5일간 그 내용을 공고하여야 한다. 과반수 여부에 대한 이의를 제기하려는 노동조합은 위 공고기간 내에 노동위원회에 이의신청을 하여야 하고, 이의신청이 없는 경우 그 과반수 노동조합이 교섭대표노동조합으로 확정된다.

⑦ 자율적으로 교섭대표노동조합을 정할 수 없고, 과반수 노동조합도 없는 경우에는 노동조합 사이에 자율적으로 공동교섭대표단을 구성하여 사용자에게 통지하여야 하고, 노동조합들이 공동교섭대표단 구성에 합의하지 못한 경우 공동교섭대표단 구성에 참여할 수 있는 노동조합은 노동위원회에 공동교섭대표단 구성에 관한 결정을 신청하여야 한다.

[교섭대표노동조합 결정 절차]



1.3 단수노조 사업장에서 교섭창구단일화 절차 적용의 문제

그동안 단수노조 사업장에서도 교섭창구단일화 절차가 적용되는지의 문제에 대하여 단수노조의 경우에도 교섭요구 사실을 공고해야 한다는 입장을 취하는 판결[3]과 단수노조가 교섭창구단일화 절차를 이행하더라도 교섭대표노조로서의 지위를 인정할 수 없다는 입장을 취한 판결[4] 등이 있었음

그러나, 최근 **대법원은 "교섭창구단일화제도는 특별한 사정이 없는 한 복수 노동조합이 교섭요구노동조합으로 확정되고 그 중에서 다시 모든 교섭요구노동조합을 대표할 노동조합이 선정될 필요가 있는 경우를 예정하여 설계된 체계"**라고 판단하고 나아가 **하나의 사업 또는 사업장 단위에서 유일하게 존재하는 노동조합은, 설령 노동조합법 및 그 시행령이 정한 절차를 형식적으로 겨쳤다고 하더라도 교섭대표노동조합의 지위를 취득할 수 없다고 해석함이 타당하다고 판시하였음 (대법원 2017. 10. 31. 선고 2016두36*** 판결)**

【 대법원 2017. 10. 31. 선고 2016두36* 판결 】**

"한편 노동조합법(제29조의2 제2항 내지 제8항) 및 그 위임에 따른 시행령(제14조의2 내지 제14조의9)은 교섭창구 단일화를 위한 세부 절차를 규정하고 있는데, 이는 크게 복수 노동조합 중에서 실제로 단체교섭에 참여하려는 노동조합을 특정하는 교섭요구노동조합 확정 절차와 그러한 복수 교섭요구노동조합 중에서 다시 교섭대표노동조합을 결정하는 교섭대표노동조합 확정 절차로 구성된다.

아울러 노동조합법 시행령(제14조의10)은 교섭대표노동조합의 지위 유지기간을 정하면서 이러한 지위 유지기간을 보장받는 교섭대표노동조합이 되는 경우를, '① 모든 교섭요구노동조합이 자율적으로 교섭대표노동조합을 정한 경우(노동조합법 제29조의2 제2항), ② 교섭요구노동조합의 전체 조합원 중 과반수로 조직된 노동조합이거나 2개 이상의 노동조합이 위임·연합 등의 방법으로 그 전체 조합원의 과반수가 되는 경우(노동조합법 제29조의2 제3항), ③ 교섭요구노동조합이 자율적으로 공동교섭대표단을 구성하는 경우(노동조합법 제29조의2 제4항), ④ 노동위원회가 노동조합의 신청에 따라 조합원 비율을 고려하여 공동교섭대표단을 결정하는 경우(노동조합법 제29조의2 제5항)'로 한정하여 명시하고 있다. 이에 비추어 보면, 교섭창구 단일화 제도는 특별한 사정이 없는 한 복수 노동조합이 교섭요구노동조합으로 확정되고 그 중에서 다시 모든 교섭요구 노동조합을 대표할 노동조합이 선정될 필요가 있는 경우를 예정하여 설계된 체계라고 할 수 있다.

3) 서울고법 2014. 3. 19. 선고 2013누16*** 판결 (상고포기로 2심 확정)

4) 서울고법 2016. 1. 22. 선고 2015누54*** 판결 (대법원 2016. 6. 15. 선고 2016두37*** 심리불속행기각에서 확정됨), 서울고법 2014. 11. 27. 선고 2014누44***, 2014누44*** 판결(병합)상고취하로 2심 확정됨

나아가 노동조합법 규정에 의하면, 교섭창구 단일화 절차를 통하여 결정된 교섭대표노동조합의 대표자는 모든 교섭요구노동조합 또는 그 조합원을 위하여 사용자와 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결할 권한이 있다(제29조 제2항).

그런데 해당 노동조합 이외의 노동조합이 존재하지 않아 다른 노동조합의 의사를 반영할 만한 여지가 처음부터 전혀 없었던 경우에는 이러한 교섭대표노동조합의 개념이 무의미해질 뿐만 아니라 달리 그 고유한 의의(意義)를 찾기도 어렵게 된다.

결국 위와 같은 교섭창구 단일화 제도의 취지 내지 목적, 교섭창구 단일화 제도의 체계 내지 관련 규정의 내용, 교섭대표노동조합의 개념 등을 종합하여 보면, **하나의 사업 또는 사업장 단위에서 유일하게 존재하는 노동조합은, 설령 노동조합법 및 그 시행령이 정한 절차를 형식적으로 거쳤다고 하더라도, 교섭대표노동조합의 지위를 취득할 수 없다고 해석함이 타당하다.**"

이하에서는 하급심 법원의 논의 과정을 쟁점별로 정리하고자 함

가. 단수노조의 교섭요구에 대하여 사용자가 교섭요구사실 공고 의무가 있는지

단수노조 사업장에서 사용자가 교섭요구사실 공고의무가 있는지 여부에 대하여 서울고등법원은 상반된 입장으로 결론은 달리하였음

서울고등법원은 시행령 제14조의3에서 정하는 사용자의 교섭요구사실 공고의무가 있는지 여부가 핵심적인 쟁점이었던 사안에서 시행령 제14조의3 문언 및 제14조의2와의 체계적 해석 및 교섭요구 사실 공고제도의 악용 가능성 등을 이유로 단수노조 사업장이라도 사용자는 교섭요구 사실을 공고해야 한다고 판시한 바 있으나[5)6)]

유일 노동조합이 교섭창구단일화절차를 거치지 않고 쟁의행위로 나아간 경우 쟁의행위의 주체의 정당성이 인정될 수 있는지 여부가 쟁점으로 된 사건에서는 노동조합법 제29조의2 제1항에서 하나의 사업 또는 사업장에 노동조합이 2개 이상 존재하는 경우로 한정하여 교섭창구단일화 절차를 이행하라고 명확히 규정하고 있음을 지적하면서 문언에 충실하게 노동조합이 하나만 존재하는 경우에는 교섭창구 단일화 절차를 거칠 필요가 없으며, 특히 실제 다른 노동조합이 존재하지 않는데도 그러한 점이 명백하지 않는다는 이유로 교섭창구 단일화 절차를 강제하는 것은 노동조합법 제29조의2 제1항에 반하는 해석으로서 받아들일 수 없다는 판단을 하였음[7)]

5) 서울고법 2014.3.19. 선고 2013누16***판결 (상고포기로 2심 확정)
6) 동일한 취지로 서울행정법원 2014. 5. 1. 선고 2013구합20*** 판결 등
7) 서울고법 2014.11.27. 선고 2014누44***, 2014누44*** 판결(병합). 상고취하로 2심 확정

【 서울고등법원 2014. 3. 19. 선고 2013누16* 판결 】**

"다. 판단

관련 규정의 문언 등 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 시행령 제14조의3에서 정한 교섭요구 사실 공고 절차는 하나의 사업장에 하나의 노동조합만이 존재하는 경우라도 적용된다고 봄이 옳다. 같은 취지의 이 사건 재심 결정은 적법하고, 이를 다투는 원고 주장은 받아들이지 않는다.

① 시행령 제14조의3 문언 및 제14조의2와의 체계적 해석

시행령 제14조의3은, 사용자는 노동조합으로부터 제14조의2에 따라 교섭요구를 받은 때에는 그 요구를 받은 날부터 7일간 그 교섭을 요구한 노동조합의 명칭 등을 공고하여야 한다고 규정하고 있을 뿐, 이러한 공고제도가 하나의 사업장에 복수의 노동조합이 존재하는 경우에 한하여 적용된다는 취지의 규정을 두고 있지는 않다. 또한, 시행령 제14조의2 제1항은, 노동조합은 사업장에 단체협약이 있는 경우 노동조합법 제29조 제1항 또는 제29조의2 제1항에 따라 그 유효기간 만료일 이전 3개월이 되는 날부터 사용자에게 교섭을 요구할 수 있다고 규정하여, 해당 사업장에 하나의 노동조합만이 존재하는 경우를 포함하는 제29조 제1항의 상황에서도 같은 절차가 적용됨을 규정하고 있다. 따라서 시행령 제14조의3에서 제14조의2에 따라 '교섭 요구를 받은 때'란 복수노조를 전제로 한 노동조합법 제29조의2 제1항뿐 아니라 단수노조인 경우도 포함하는 노동조합법 제29조 제1항에 따라 교섭요구가 있는 때에도 적용된다고 봄이 옳다.

이와 관련하여 원고는, 시행령 제14조의3은 노동조합법 제29조의2 제8항의 위임규정에 근거한 것인데, 노동조합법 제29조의2는 복수노조를 전제로 그 단일화 절차를 규정한 것이므로 시행령 제14조의3도 복수노조를 전제로 한 것으로 보아야 하고, 따라서 이와 달리 단수노조인 경우에도 적용되는 것으로 해석한다면 이는 위임범위를 벗어난 것이라고 주장한다.

그러나 노동조합법 제29조의2 제8항에서는 단순히 노동조합의 교섭요구 참여 방법에 관하여 필요한 사항을 대통령령으로 정한다고 규정하고 있을 뿐이어서 복수노조일 때의 교섭요구에 한정된다고 단정하기는 어렵다. 뿐만 아니라 만일 그와 같이 본다면 단수노조일 때의 교섭요구에 관하여는 결국 아무런 규정도 없게 되는 셈이어서 입법자의 의사에 부합하는 것이라고 보기도 어렵다. 원고 주장은 받아들일 수 없다.

② 교섭요구 사실 공고 제도의 악용 가능성

노동조합법 제29조의2에서는 하나의 사업장에 복수의 노동조합이 존재할 경우, 자율결정기간 내에 사용자의 동의가 있는 경우 등 노동조합법에서 정하는 예외사유가 있지 않은 한, 교섭창구 단일화 절차를 통해 교섭대표노동조합을 정하여 단체교섭을 요구하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 사업장에 복수노조가 존재하는데도 이러한 절차를 거치지 않은 채 단체교섭이 이루어진다면 이는 법령에 위반된 것이고, 그에 근거한 단체협약이나 노동쟁의 역시 위법하게 된다고 보아야 한다.

그런데 현행 법령에 따르면, 근로자는 언제든지 사업장 내에서 노동조합을 결성할 수도 있고 또 산업별 노동조합 등 상급 노동조합에 가입할 수도 있어서, 사용자가 노동조합으로부터 단체교섭을 요구받았을 당시 사용자나 근로자가 해당 사업장에 복수의 노동조합이 존재하는지를 알기란 쉽지 않다(원고는 근로자가 노동조합을 결성할 경우 통상 사용자 측에 이를 통보하기 때문에

사용자 측이 파악할 수 있다는 것이나, 법령상 반드시 그러한 통보를 하여야 할 의무가 있는 것도 아니고 또 그 통보만으로 다른 근로자들이 새로운 노동조합 결성 혹은 어떤 근로자가 상급 노동조합에 가입한 사실을 알 수 있다고 볼 수도 없다).

따라서 만일 교섭요구 사실 공고제도가 복수노조가 있을 때만 적용된다고 한다면, 복수노조의 존재가 명확하지 않은 상태에서 그에 관한 사용자의 주관적인 인식에 따라 교섭요구 사실 공고 여부가 좌우될 수 있게 되어 집단적 노동관계의 법적 안정성이 현저히 침해될 우려가 있고, 경우에 따라서는 사용자가 이를 악의적으로 이용할 여지도 있는 불합리한 결과가 발생할 수 있다. 이러한 점에서도 복수노조가 존재할 때만 사용자가 교섭요구 사실을 공고할 의무가 있다고 보는 것은 타당하지 않다.

③ 기타

원고는, 노동조합법 및 시행령에서 노동조합이 1개일 경우에는 교섭창구 단일화를 위한 절차 규정을 두고 있지 않다는 점도 그 주장의 근거로 삼고 있다. 그러나 하나의 사업장 내에 복수의 노동조합이 존재하는 경우라도 어느 노동조합이 교섭요구를 하여 그 사실이 공고된 기간 내에 나머지 다른 노동조합들이 교섭요구를 하지 않으면 교섭을 요구한 노동조합은 결국 1개인 것으로 확정되는데, 이 경우에도 교섭창구를 단일화하는 절차규정이 없다는 점에서 원래 노동조합이 1개인 경우와 다를 것이 없다.

또한 원고는, 노동조합이 1개일 경우에 교섭요구 사실을 공고하고 이후의 절차가 진행되어 그 노동조합이 교섭대표노동조합으로 결정되면 단체협약 유효기간 만료일까지 교섭대표노동조합의 지위를 유지하게 되므로 다른 노동조합이 신설되더라도 교섭요구를 할 수 없는 불합리한 결과가 발생한다고 주장한다. 그러나 복수의 노동조합이 존재 하고 그들이 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 어느 노동조합이 교섭대표 노동조합으로 결정된 때에도 마찬가지로 이후 새로운 노동조합은 신설될 수 있는 것이며, 이 경우 그 신설된 노동조합에 대해서는 원고 주장과 같은 문제가 발생한다.

따라서 원고가 주장하는 위와 같은 사정들은 하나의 사업장에 복수의 노동조합이 존재하는 경우에만 사용자가 교섭요구 사실 공고의무를 부담한다고 제한적으로 해석할 근거가 되지 못한다.

그리고 교섭요구 사실 공고는 사용자가 노동조합의 교섭요구를 받은 날로부터 7일간 그 노동조합의 명칭 등을 사업장 게시판 등에 공고하는 방법으로 이루어지는 것인바, 이러한 공고의 방법과 내용, 기간 등에 비추어볼 때 사업장에 하나의 노동조합이 존재하는 경우에도 사용자가 공고 의무를 부담한다고 하여 그로 인하여 달성하고자 하는 제도적 목적에 비해 사용자가 입는 불이익이 과도한 것이라고 보기도 어렵다."

【 서울고등법원 2014. 11. 27. 선고 2014누44*, 44*** 판결(병합) 】**

"라. 판단

1) 부당해고 및 부당정직 부분

가) 노동조합 및 노동관계조정법(이하, '노동조합법'이라 한다) 제29조의2 제1항은 하나의 사업 또는 사업장에 노동조합이 2개 이상 존재하는 경우에 교섭대표노동조합을 정하여 교섭을 요구하여야 한다고 규정하고 있어, **노동조합이 하나만 존재하는 경우에 그 노동조합(이하, '유일 노동조합'이라 한다)은 교섭창구 단일화 절차를 거치지 않고도 단체교섭을 요구할 수 있으며 단체교섭이 결렬되면 쟁의행위로 나아갈 수 있다.** 참가인 회사는, 노동조합법 제29조 제1항은 하나의 노동조합이 있는 경우에 적용 되는 조항인데, 노동조합법 시행령 제14조의2 제2항, 제1항이 노동조합법 제29조 제1항에 따른 교섭요구에도 교섭창구 단일화 절차가 요구된다고 규정하고 있으므로 유일 노동조합도 반드시 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 다른 노동조합이 존재하지 않는다는 점을 확인받은 후 단체교섭 절차로 나아가야 한다고 주장하나, **노동조합법 시행령 제14조의2 제1항이 '교섭할 수 있다'라고 규정한 점에 비추어 이 조항에서 노동조합법 제29조 제1항이 언급된 취지는 하나의 노동조합만이 있는 경우에도 그 노동조합의 선택에 따라 노동조합법 시행령 제14조의10 등에 따른 교섭대표노동조합의 지위를 획득하기 위하여 교섭창구 단일화 절차를 이용하고자 하는 경우도 있을 수 있기 때문이지, 노동조합이 하나인 경우에도** 의무적으로 창구 단일화 절차를 거치도록 하기 위함이 아니다. 한편, 피고는 유일 노동조합임이 명백하지 않은 경우에는 반드시 교섭창구 단일화 절차를 거쳐야 한다는 취지로 주장하나, 실제 다른 노동조합이 존재하지 않는데도 그러한 점이 명백하지 않는다는 이유로 교섭창구 단일화 절차를 강제하는 것은 노동조합법 제29조의2 제1항에 반하는 해석으로서 이를 받아들일 수 없다."

나. 교섭창구단일화 절차를 거친 단수노조의 교섭대표노동조합 지위 인정 여부

종전 판례[8]는 단수노조는 교섭창구 단일화 절차를 거칠 필요가 없다는 전제에서 단수노조가 선택에 따라 교섭대표노동조합의 지위를 획득하기 위하여 교섭창구 단일화 절차를 이용할 수도 있다는 판단을 한 바가 있었으나, 교섭창구단일화 절차를 거친 단수노조의 교섭대표노동조합 지위를 명시적으로 인정한 사례는 없었음

최근 대법원의 판결이 나오기 직전에도 확정된 고등법원 판결에서 교섭창구단일화 절차는 복수노조 사업장에서 진행되는 절차이며, 단수노조인 해당 사업장은 사용자가 단수노조를 교섭요구 노동조합으로 확정 공고한 이후 노동조합법에서 정한 교섭창구 단일화 절차가 진행되었다고 볼 수 없어 해당 단수노조는 교섭대표노동조합으로서의

8) 서울고법 2014. 11. 27. 선고 2014누44***, 2014누44*** 판결(병합), 상고취하로 2심 확정

지위가 인정되지 않는다고 하였음

그러나 최근 대법원은 2016두36*** 판결에서 단수노조가 형식적으로 교섭창구단일화 절차를 거쳤더라도 교섭대표노동조합의 지위를 취득할 수 없다는 점을 명확히 판시하였음

【 서울고등법원 2016. 1. 22. 선고 2015누54*판결[9] 】**

"살피건대, 노조법 시행령 제14조의10 제1항 제2호에 의하면, 법 제29조의2 제2항부터 제5항까지의 규정에 따라 결정된 교섭대표노동조합은 그 결정 후 사용자와 체결한 첫 번째 단체협약의 유효기간이 2년 미만인 경우에는 그 결정일로부터 단체협약의 효력이 발생한 날을 기준으로 2년이 되는 날까지 교섭대표노동조합의 지위를 유지하되, 새로운 교섭대표노동조합이 결정된 경우에는 그 결정된 때까지 교섭대표노동조합의 지위를 유지한다고 규정하고 있으므로, 이 사건 노동조합이 위 규정에 따라 원고와의 2013년도 단체협약일인 2013. 3. 21.부터 2년간 교섭대표노동조합의 지위를 유지하기 위해서는 이 사건 노동조합에게 노조법 제29조의2 제2항부터 제5항까지의 규정, 즉 복수 노동조합 사이에 교섭창구 단일화 절차에 따라 결정된 교섭대표노동조합으로서의 지위가 인정되어야 한다.

한편, ① 노조법 제29조의2는 '교섭창구 단일화 절차'라는 제목 하에 제1항 본문에서 하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우에 노동조합은 교섭대표노동조합을 정하여 교섭을 요구하여야 한다고 규정하고 있는 점, ② 교섭창구 단일화 제도는 근로조건의 결정권이 있는 사업 또는 사업장 단위에서 복수 노동조합과 사용자 사이의 교섭절차를 일원화하여 효율적이고 안정적인 교섭체계를 구축하고, 소속 노동조합과 관계없이 조합원들의 근로조건을 통일하기 위한 것인 점(헌법재판소 2012. 4. 24. 선고 2011헌마338 결정 참조) 등을 종합하면, 교섭창구 단일화 절차는 하나의 사업 또는 사업장에 복수의 노동조합이 존재하는 경우에 진행되는 절차로 해석함이 타당하다.

그런데 이 사건 노동조합이 원고와 2013년도 단체협약을 체결할 당시에는 원고 사업장에 이 사건 노동조합 외에는 다른 노동조합이 존재하지 아니한 사실은 앞에서 본 바와 같으므로, 원고가 이 사건 노동조합을 교섭요구 노동조합으로 확정 공고한 이후 노조법에서 정한 교섭창구 단일화 절차가 진행되었다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 노동조합은 교섭대표노동조합으로서의 지위가 인정되지 아니하므로, 이와 다른 전제에서 선 참가인의 위 주장은 이유 없다."

9) 이 판결은 대법원 2016.6.10. 선고 2016두33*** 판결에서 심리불속행 기각으로 확정

2. 교섭대표 노동조합의 결정

2.1 교섭 요구

가. 개요

사용자와의 교섭을 원하는 노동조합은 노동조합법 시행령 제14조의 2에 따라 해당 교섭단위 내 단체협약의 유효기간 만료일 이전 3개월이 되는 날부터 사용자에게 교섭 요구 노동조합의 명칭, 조합원 수 등을 기재한 서면으로 교섭을 요구할 수 있음

즉, 교섭대표노동조합을 결정하는 절차는 사업장 내의 어느 한 노동조합이 사용자에게 단체교섭을 요구함으로써 시작됨

나. 교섭요구의 시기

노동조합이 노동조합법 시행령 제14조의2 제1항을 위반하여 교섭을 요구할 수 있는 시기 이전에 교섭요구를 한 경우, 교섭창구 단일화 절차에 따라 교섭대표 노동조합을 결정하였더라도 유효한 교섭창구단일화 절차가 될 수 없어 교섭대표노동조합의 지위를 인정받지 못함

판례는 노동조합이 교섭요구 가능 시기 이전에 교섭요구를 한 경우에는 교섭창구단일화가 개시될 수 없음에도 노동위원회가 사실상 교섭창구단일화 절차가 유효하게 개시되었음을 전제로 과반수 여부를 조사하는 등 교섭대표노동조합을 결정하였다면 이는 위법한 결정에 해당한다고 판시함[10]

【 서울고등법원 2013. 3. 13. 선고 2012누24* 판결[11] 】**

"위와 같이 법 시행령은 과반수 노동조합의 과반수 여부에 대한 이의신청 절차에서 노동위원회로 하여금 노동조합의 교섭요구가 법 시행령 제14조의2 제1항을 위반하였는지 여부까지 조사하도록 하는 규정을 명문으로 두고 있지는 아니하다.

그러나 **① 법 제29조의2 제1항에 따른 노동조합의 교섭요구는 교섭창구 단일화 절차의 첫 단계로서 노동조합의 교섭요구가 있어야 사용자가 교섭요구 사실 및 교섭요구 노동조합의 공고를 할 수 있고, 사용자의 교섭요구 노동조합 공고일은 교섭대표노동조합을 정하는 조합원 수를 확인하는 기준일이 되는 것이어서(법 시행령 제14조의7 제5항), 노동조합의 교섭요구 시기에 따라 교섭대표노동조합이 달라질 수 있는 점, ② 법 시행령이 노동조합의 교섭요구에 대한 이의신청 절차를 따로 마련하고 있지 아니한 점, ③ 법 시행령 제14조의7 제3항은 과반수 노동조합의 과반수 여부에 대하여 이의신청이 없는 경우 그 과반수 노동조합이 교섭**

10) 서울고등법원 2013. 3. 13. 선고 2012누24*** 판결(대법원 심리불속행기각으로 확정)

대표노동조합으로 확정된다고 정하고 있고, 법 시행령 제14조의7 제8항은 노동위원회가 과반수 노동조합의 과반수 여부를 결정하는 것이 아니라 교섭대표노동조합을 결정하도록 정하고 있는 점 등을 종합하면 노동위원회는 과반수 노동조합의 과반수 여부에 대한 이의신청 절차에서 과반수 여부뿐만 아니라 교섭창구 단일화 절차를 개시하는 노동조합의 교섭요구 시기가 법 시행령 제14조의2 제1항에 위반되지 않는지 여부 역시 조사하여 판단할 권한이 있다고 보이고, 노동조합의 교섭요구가 법 시행령 제14조의2 제1항에 위반되었음에도 불구하고, 노동위원회가 교섭창구 단일화 절차가 유효하게 개시되었음을 전제로 과반수 여부를 조사하여 교섭대표노동조합을 결정하였다면 이는 교섭대표노동조합 결정에 관한 법리를 오해한 위법을 범한 것으로 법 제69조에서 정한 불복사유인 위법 사유가 있는 경우에 해당한다(대법원 2005. 9. 9, 선고 2003두*** 판결 참조)."

다. 교섭요구의 방법

노동조합법 시행령 제14조의2 제2항은 '노동조합은 사용자에게 교섭을 요구하는 때에는 노동조합의 명칭, 그 교섭을 요구한 날 현재의 조합원 수 등 고용노동부령으로 정하는 사항을 적은 서면으로 하여야 한다.'고 규정하고 있음

이와 같이 시행령 제14조의2 제2항에서 노동조합이 사용자에게 교섭을 요구하는 때에는 노동조합의 명칭, 그 교섭을 요구한 날 현재의 조합원 수 등을 적은 서면으로 하여야 한다고 규정한 것은, 교섭요구자의 기본적인 정보를 교섭 상대방 및 사업장 내에 존재하는 다른 노동조합이 파악할 수 있도록 하여 단체교섭을 요구한 노동조합을 특정하고, 교섭요구일자를 명확히 하고자 하는 데에 그 목적이 있다고 할 수 있음

1) 노동조합이 사용자에 팩스로 교섭요구를 한 것이 서면교섭요구에 해당하는지

판례는 노동조합이 단체교섭 요구를 팩스로 하여 그 적법여부가 문제된 사안에서 팩스는 "서면"의 전달방법을 의미하므로 **팩스의 방법으로 단체교섭을 요구하는 것은 적법하다**고 하면서, 복수노조의 허용에 따른 교섭창구 단일화 절차에서 교섭요구서의 제출 여부는 노동조합의 교섭절차 참여권을 보장하기 위한 중요한 사항이고, 노동조합의 단체교섭권은 노동 3권 중의 하나로써 헌법상 보장받고 있는 권리이므로 **노동조합법 시행령상 서면 전달방법을 반드시 교부에 의한 전달방법만을 의미한다는 등으로 제한하여 해석할 이유가 없다는 입장**을 밝힘

11) 서울고등법원은 1심(서울행정법원 2012. 7. 26. 선고 2011구합388*** 판결)을 인용하는 판결을 하였으며, 이 판결은 대법원 2013.7.17. 선고 2013두6*** 판결에서 심리불속행 기각으로 확정

【 서울고등법원 2016. 6. 29. 선고 2015누50* 판결[12] 】**

"원고는 교섭창구 단일화 절차에서의 교섭요구는 교섭대표 노동조합을 결정하는데 있어서 매우 중요한 절차이므로 서면의 직접 교부 또는 증명이 가능한 우편송달의 방법만 허용되어야 하고, 팩스는 서면에 해당하지 않을 뿐만 아니라 제대로 송달되었는지에 관하여 다툼의 소지가 발생할 여지가 커 법적 안정성을 해칠 수 있으므로 적법한 교섭요구 방법으로 볼 수 없다고 주장한다.

팩스는 서면과 구분되는 서면의 전달방법 중 하나라는 점은 앞서 본 바와 같고, 시행령 제14조의3 제1항 , 제14조의4 , 제14조의5 제1항을 종합하면 노동조합의 단체교섭 요구일은 사용자의 교섭요구 사실 공고기간의 기산점이 되고 위 공고기간이 경과하면 더 이상 다른 노동조합은 사용자에게 단체교섭을 요구할 수 없어 교섭요구 노동조합에서 제외되는 효과가 발생하므로 위 공고기간의 기산점이 되는 노동조합의 단체교섭 요구일자를 명확히 할 필요성이 있다. 그러나 서면의 전달 여부에 관한 불확실성의 문제는 내용증명 우편이나 등기우편과 같이 송달일자를 증명할 수 있는 우편의 경우를 제외하고는 서면의 직접 교부 등에서도 똑같이 발생할 수 있다. 이러한 문제는 의사표시의 도달에 관하여 일반원칙에 따라 도달을 주장하는 자에게 증명책임을 부담시키는 방법으로 해결이 가능하다. 게다가 이 사건에서는 원고도 참가인이 팩스로 전송한 2014. 9. 30.자 교섭요구서를 수신한 사실 자체에 관하여는 다투지 않고 있다.

관련 법령에서 서면의 전달방법에 관하여 따로 제한하고 있지 않음에도 이를 서면의 직접 교부 및 증명이 가능한 우편 송달 방식만 허용되는 것으로 제한적으로 해석하는 것은 헌법상 보장된 단체교섭권을 침해할 우려가 있다.

⑤ 근로기준법 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 효력이 있다고 규정하고 있는데, 이는 해고사유 등을 서면으로 통지하도록 함으로써 사용자가 해고 여부를 더욱 신중하게 결정하도록 하고, 해고의 존부 및 그 시기와 사유를 명확히 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결되고 근로자도 해고에 적절히 대응할 수 있도록 하기 위한 취지이다.(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42*** 판결 등 참조).

여기서 '서면' 이란 일정한 내용을 적은 문서를 의미하고 이메일 등 전자문서와는 구별되지만, ㉮ 전자문서 및 전자거래 기본법 제3조는 '이 법은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 모든 전자문서 및 전자거래에 적용한다.'고 규정하고 있고, 같은 법 제4조 제1항은 '전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지 아니한다.'고 규정하고 있는 점, ㉯ 출력이 즉시 가능한 상태의 전자문서는 사실상 종이 형태의 서면과 다를 바 없고 저장과 보관에 있어서 지속성이나 정확성이 더 보장될 수도 있는 점, ㉰ 이메일(e-mail)의 형식과 작성 경위 등에 비추어 사용자의 해고 의사를 명확하게 확인 할 수 있고, 이메일에 해고사유와 해고시기에 관한 내용이 구체적으로 기재되어 있으며, 해고에 적절히 대응하는 데에 아무런 지장이 없는 등 서면에 의한 해고통지의 역할과 기능을 충분히 수행하고 있다면, 단지 이메일 등 전자문서에 의한 통지라는 이유만으로 서면에 의한 통지가 아니라고 볼 것은 아닌 점 등을 고려하면, 근로자가 이메일을 수신하는 등으로 그 내용을 알고 있는 이상, 이메일에 의한 해고통지도 앞서 본 해고사유 등을 서면 통지하도록 규정한 근로기준법 제27조의 입법취지를 해치지 아니하는 범위 내에서 구체적 사안에 따라 서면에 의한 해고통지로서 유효하다고 보아야 할 경우가 있을 것이다.(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두41*** 판결 참조).

> 앞서 본 바와 같이 시행령 제14조의2 제2항도 근로기준법 제27조와 마찬가지로 노동조합의 교섭요구 존부, 교섭요구일자를 명확하게 하기 위한 취지를 포함하고 있는데, 팩스는 이를 전송받는 즉시 출력된 서면의 형태로 전달되는 점, 그 내용에 있어서 교섭요구 노동조합을 특정 하는 데에 아무런 문제가 없는 점 등 서면에 의한 통지의 역할과 기능을 충분히 수행하고 있으므로, 팩스로 교섭요구를 하였다고 하여 서면에 의한 교섭요구가 아니라고 볼 수 없다."

2) 수신자가 불분명하게 기재된 교섭요구가 적법한지

교섭요구서에 수신자가 '외주사'로 기재되어 있는 사안에서, 서울고등법원은 시행령 제14조의2 제2항이 '노동조합은 사용자에게 교섭을 요구하는 때에는 노동조합의 명칭, 그 교섭을 요구한 날 현재의 조합원 수 등 고용노동부령으로 정하는 사항을 적은 서면으로 하여야 한다'고 규정하고 있고, 그 위임을 받은 노동조합법 시행규칙 제10조의2는 단체교섭 요구서에 기재할 사항으로 ① 노동조합 명칭과 대표자의 성명, ② 사무소가 있는 경우에는 주된 사무소의 소재지, ③ 교섭을 요구한 날 현재의 조합원의 수를 규정하고 있는데, 이를 종합하면 수신자는 단체교섭 요구서의 필수적 기재사항이 아니어서 **수신자가 다소 불분명하게 기재되어 있다고 하더라도 그러한 사정만으로 단체교섭 요구가 부적법하다고 볼 수 없다**고 판시함[13]

2.2 교섭요구 사실의 공고

사용자는 **노동조합으로부터 교섭요구를 받으면 그 요구를 받은 날부터 7일간 교섭요구 사실을 해당 사업 또는 사업장의 게시판 등에 공고하여 다른 노동조합과 근로자가 알 수 있도록 하여야 함**

이 때 주로 문제되는 사안은 사용자가 교섭을 요구한 노동조합이 노동조합법상 노동조합이 아니라는 이유로 교섭요구 공고를 하지 않거나 사용자성을 다투며 교섭당사자가 아니라는 이유로 교섭요구 공고를 하지 않는 경우임

또한, 교섭요구 사실의 공고를 불완전하게 한 경우 하자가 치유될 수 있는지에 관한 문제도 쟁점사항임

12) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두45*** 판결에서 심리불속행 기각으로 확정됨
13) 서울고등법원 2016. 6. 29. 선고 2015누50***판결 (대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두45*** 판결에서 심리불속행 기각으로 확정)

가. 교섭요구 노동조합이 노동조합법상 노동조합인지 여부가 문제되는 경우

법원은 사용자가 교섭요구를 해 온 노동조합이 노동조합법상 노동조합이 아니라는 이유로 교섭요구 공고를 하지 않는 경우 노동조합의 실질적 요건을 판단하여 노동조합법상 노동조합으로 볼 수 없다면 사용자에게는 교섭요구 공고 의무가 없다는 취지의 판단을 하고 있음

특히 노동조합법 제2조 제4호 단서가 "다음 각목의 1에 해당하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다."고 하고 있어, 노동조합으로 보지 아니하는 경우를 판별하기 위하여 반드시 법외 노조통보가 필요한 것으로 보이지는 않는다고 판시한 바 있음[14)]

판례는 매점운영자들이 조합원으로 포함된 노동조합은 근로자가 아닌 자의 가입이 허용된 단체로서 노동조합법상의 노동조합에 해당한다고 볼 수 없고, 참가인이 노동조합법상의 노동조합임을 전제로 사용자가 참가인의 교섭요구에 대하여 공고하지 아니하였다고 판단한 재심판정은 위법하다고 판시함

【 서울고등법원 2016. 5. 19. 선고 2016누35* 판결 】**

"가. 참가인의 주장

참가인은 노동청으로부터 설립심사를 받고 노동조합설립신고서를 교부받은 적법한 노동조합이고 매점운영자들의 가입을 이유로 법외노조 통보를 받거나 한 사실이 전혀 없는데, 이러한 통보를 받기 전까지는 노동조합설립신고증을 교부받고 적법하게 활동하고 있는 노동조합에 대하여 쉽사리 그 노조법상의 노동조합 지위를 박탈할 수 없고, 더욱이 참가인은 여러 사업장의 근로자들이 소속되어 있는 산별노조로서 참가인 소속 조합원들은 2만여 명이 넘고 그 중에서 매점운영자들은 극소수(탈퇴 당시 34명)에 불과하다.

나. 판단

노조법 제2조 제4호 라목의 규정 내용에 의하면, 위 규정은 '노동조합이 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다.'라고 해석되는바, 이에 비추어 볼 때 위 규정에 의하여 노동조합으로 보지 아니하는 경우를 판별하기 위하여 반드시 법외노조 통보가 필요한 것으로 보이지는 않을 뿐만 아니라, 위와 같이 '근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우'에 위 규정이 적용되는 이상 근로자가 아닌 자들의 숫자는 위 규정의 적용 여부에 영향을 미치지 아니한다. 참가인의 위 주장은 받아들일 수 없다."

나. 사용자가 사용자성의 문제를 제기하며 교섭요구 사실의 공고를 하지 않는 경우

지방자치단체가 공립학교 회계직원 등으로 구성된 노동조합의 사용자가 아니라는

14) 서울고등법원 2016. 5. 19. 선고 2016누35*** 판결(현재 상고심 계류 중)

이유로 교섭요구 사실의 공고를 하지 않은 사안에서 법원은 지방자치단체가 단체교섭의 사용자라고 판단하였음

【 서울고등법원 2013. 9. 26. 선고 2013누5*판결[15] 】**

"**노동조합법상 사업주인 사용자에 해당하는지 여부는 실효성 있는 단체교섭이라는 측면에서 볼 때 형식적으로 근로계약을 체결한 명의자만을 기준으로 판단할 것이 아니라, 단체교섭의 대상이 되는 근로조건의 전부나 일부를 결정하는 데에 구체적·실질적인 영향력이나 지배력을 가진 자가 누구인지를 함께 고려하여 단체교섭 당사자로서의 사용자 지위를 부여하여야 한다.** 그런데 ① 초·중등교육법 제30조의2에 의하면 각급 공립학교의 수입에는 학부모가 부담하는 경비와 학교발전기금으로부터 받은 전입금 이외에 국가의 일반회계나 지방자치단체의 교육비특별회계로부터 받은 전입금과 국가나 지방자치단체의 보조금 및 지원금이 포함되어 있는 점, **② 초·중등교육법 제30조의3 제6항에 따라 각 지방자치단체의 교육규칙으로 마련된 공립학교 회계규칙에 의하면 각 지방자치단체의 교육감은 매년 예산편성지침을 작성하여 회계연도 개시 3개월 전까지 소속 학교의 장에게 시달하여야 하고 학교의 장은 그 예산편성지침에 따라 예산안을 편성하여야 하는 점, ③ 위 규정에 따른 학교회계 예산편성 기본지침을 준수하지 않는 공립학교에 대하여는 행정·재정적 불이익 조치가 수반될 수 있어 각급 공립학교의 학교장이 개별적으로 학교회계직원을 채용하여 근로계약을 체결하더라도 그 채용 여부의 결정은 물론이고 임금, 계약기간 등 세부적인 근로기준의 기본적인 내용은 결국 위 학교회계 예산편성 기본지침에 따라 이루어지게 되는 점,** ④ 위 학교회계 예산편성 기본지침에 의하면 원고들을 포함한 대부분의 지방자치단체의 교육감은 대체적으로 학교회계직원의 연간 인건비, 4대 보험료, 퇴직금을 비롯하여 맞춤형복지비, 장기근무가산금 등을 비롯한 각종 수당 등을 학교운영비에 포함하여 지원하는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, **개별 공립학교가 재정과 회계에서 지방자치단체로부터 독립성을 가진다고 보기 어렵다.** 또한 학교회계직원의 채용·관리·처우 등 근로조건과 인사관리 전반에 관한 사항 역시 각급 학교장에 의하여 학교 단위로 독자적으로 결정되는 것이 아니라 실질적으로는 시·도 교육청의 지침에 근거하여 통일적으로 이루어지는 것으로 보인다. 따라서 실효성 있는 단체교섭이라는 측면에서도 지방자치단체인 원고들이 단체교섭의 당사자인 사용자의 지위에 있다고 보는 것이 타당하다.

다) 따라서 이 사건 교섭요구 사실을 공고하고 이 사건 각 노조와 단체교섭을 하여야 할 당사자는 원고들이라 할 것이므로, 이와 다른 전제에 선 원고들의 위 주장은 이유 없다."

다. 다른 노동조합이나 근로자들의 접근이 어려운 곳에 교섭요구 사실을 공고한 경우

사용자가 A 노동조합의 교섭요구 사실을 공고하면서 운전기사들의 접근이 용이하지 않은 본점 사무실에만 공고하고 지점에는 공고하지 않아 B 노동조합이 교섭요구 사실 공고에 대한 이의신청을 한 사안에서, 법원은 사용자가 관련 법령을 준수하여 A

15) 대법원2014. 2. 18. 선고 2013두22***판결로 확정됨

노동조합의 교섭요구 사실을 공고하고, A, B 노동조합을 교섭요구 노동조합으로 확정 공고하여 교섭창구 단일화 절차를 유효하게 지켰고, 설령 교섭요구 사실을 공고함에 있어 운전기사들의 접근이 용이하지 않은 곳에만 공고하는 등 불완전하게 공고하였음을 인정하더라도 사용자가 B노동조합을 포함하여 교섭요구 노동조합을 확정 공고하였기에 교섭기회를 박탈당했다고 볼 수 없다고 하였음[16]

【 서울행정법원 2013. 2. 1. 선고 2012구합26* 판결 】**

"2) 참가인 OO교통의 2012. 5. 1.자 교섭요구사실 공고의 하자 여부

노조법 제14조의3 제1항은 사용자는 노동조합으로부터 교섭요구를 받은 때에는 그 요구를 받은 날부터 7일간 그 교섭을 요구한 노동조합의 명칭 등 고용노동부령으로 정하는 사항을 해당 사업 또는 사업장의 게시판 등에 공고하여 다른 노동조합과 근로자가 알 수 있도록 하여야 한다고 규정하고 있는바, 을다 제1호증의1 내지 9의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 참가인 OO교통은 2012. 5. 1. 참가인 조합으로부터 교섭요구를 받고 그 사실을 공고하였고, 2012. 5. 7. 원고로부터 교섭요구를 받자 2012. 5. 9. 원고와 참가인 조합을 교섭요구 노동조합으로 확정·공고한 후 교섭창구 단일화절차를 진행하였던 점, 복수노조의 경우 사용자가 특정 노동조합으로부터 교섭요구를 받은 경우 그 사실을 공고하여 다른 노동조합과 근로자가 알 수 있도록 하는 것은 다른 노동조합에게도 교섭요구를 할 기회를 부여함으로써 실질적인 교섭창구 단일화절차를 도모하고자 하는 데 그 의미가 있는 것이므로 **설령 참가인 OO교통이 2012. 5. 1.자 참가인 조합의 교섭요구사실을 다른 노동조합이나 근로자들의 접근이 어려운 곳에만 공고하였다고 하더라도 그 후 참가인 OO교통이 원고로부터 교섭요구를 받자 2012. 5. 9. 원고와 참가인 조합을 모두 포함하여 교섭요구 노동조합으로 확정공고한 이상 원고의 교섭기회를 박탈하였다고 볼 수 없는 점 등을 종합하면, 참가인 OO교통의 교섭요구 사실의 공고에는 하자가 있다고 할 수 없고, 설령 원고 주장과 같은 하자가 있었다 하더라도 그 이후 참가인 OO교통이 행한 교섭요구 사실의 확정공고에 의해 그 하자는 치유되**었다고 할 것이다."

2.3 교섭요구 노동조합의 확정

사용자는 교섭요구 사실에 대한 공고기간이 끝난 다음날에 교섭요구 노동조합을 확정하여 통지하고, 교섭요구 노동조합 확정공고를 하여야 하는데, **노동조합법 시행령 제14조의5에 따라 교섭을 요구한 노동조합으로 확정 또는 결정되는 시점은 교섭대표 자율결정기간의 기산점이 되는 등 이후 교섭창구 단일화 절차에서 중요한 기준**이 되므로 정확한 시점이 문제됨

16) 서울행정법원 2013. 2. 1. 선고 2012구합26*** 판결

가. 사용자의 공고 또는 수정공고에 의해 교섭요구 노동조합으로 확정되는 시점

(시행령 제14조의6 제1항의 '시행령 제14조의5 에 따라 확정된 날'의 의미)

교섭대표 자율결정기간의 기산일이 되는 '시행령 제14조의5에 따라 확정된 날'은 시행령 제14조의5 제1항에 따른 사용자의 공고에 대하여 노동조합이 이의를 신청하지 아니한 경우에는 그 **공고기간이 만료된 날**을, 노동조합이 이의를 신청하여 사용자가 수정공고를 한 경우에는 그 **수정공고기간이 만료된 날**을 의미함[17]

【 대법원 2016. 2. 18. 선고 2014다11* 판결 】**

"1.「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 '노동조합법'이라 한다)제29조의2 제1항은 하나의 사업 또는 사업장에서 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합은 교섭대표노동조합을 정하여 교섭을 요구하여야 하고, 다만 교섭대표노동조합을 자율적으로 결정하는 기한(이하 '교섭대표 자율결정기간'이라 한다)내에 사용자가 교섭창구 단일화 절차를 거치지 아니하기로 동의한 경우에는 개별교섭을 할 수 있다고 규정하고 있고, 노동조합법 시행령(이하 '시행령'이라 한다)제14조의6 제1항은 교섭대표 자율결정기간, 즉 사용자가 개별교섭에 동의할 수 있는 기간을 '시행령 제14조의5에 따라 확정 또는 결정된 날부터 14일'로 규정하고 있다.

한편 **노동조합법과 시행령은 교섭창구 단일화 절차를 교섭요구 노동조합 확정절차와 교섭대표노동조합 확정절차로 구분하고 있는데, 시행령 제14조의5는 교섭요구 노동조합 확정절차로서 사용자의 교섭요구 노동조합 통지·공고와 이에 대한 노동조합의 사용자에 대한 이의신청 및 노동위원회에 대한 시정 요청 등을 규정하고 있고, 시행령 제14조의6 내지 제14조의9는 교섭요구 노동조합으로 확정된 노동조합 중에서 교섭대표노동조합의 자율적 결정, 과반수 노동조합의 교섭대표노동조합 확정, 공동교섭대표단 구성 등의 순서에 따라 교섭대표노동조합을 확정하는 절차를 규정하고 있다.**

이러한 노동조합법 및 시행령 규정의 내용과 함께, 교섭대표 자율결정기간은 교섭창구단일화 절차에 참여한 모든 노동조합이 자율적으로 교섭대표노동조합을 정하는 기간이므로 그 결정절차 참여의 전제가 되는 교섭을 요구한 노동조합의 명칭과 대표자, 조합원 수, 교섭요구일 등이 그 기간 진행 전에 모두 특정될 필요가 있는 점, 교섭창구 단일화 절차를 규정하고 있는 노동조합법과 시행령의 각 규정에 비추어 볼 때 교섭대표 자율결정기간의 기산일이 되는 '시행령 제14조의5에 따라 확정 또는 결정된 날'은 시행령 제14조의5에서 정한 교섭요구 노동조합 확정절차가 종료된 날을 의미하는 것으로 해석되는 점 등을 종합하여 보면, **교섭대표 자율결정기간의 기산일이 되는 '시행령 제14조의5에 따라 확정된 날'은 시행령 제14조의5 제1항에 따른 사용자의 공고에 대하여 노동조합이 이의를 신청하지 아니한 경우에는 그 공고기간이 만료된 날을, 노동조**

17) 대법원 2016. 2. 18. 선고 2014다11*** 판결

합이 이의를 신청하여 사용자가 수정공고를 한 경우에는 그 수정공고기간이 만료된 날을 의미한다고 보는 것이 타당하다."

나. 노동위원회에 의해 교섭요구 노동조합으로 결정되는 시점

(시행령 제14조의6 제1항의 '시행령 제14조의5에 따라 결정된 날'의 의미)

시행령 제14조의5에 따른 사용자의 공고에 대하여 노동조합이 노동위원회에 시정을 요청하여 노동위원회가 결정을 한 경우에는 **노동위원회의 결정서가 사용자에게 송달된 때가 결정시점이 된다는 것이 판례의 태도**임[18]

【 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다84*, 84*** 판결 】**

"또한 시행령 제14조의5는 사용자의 교섭요구 노동조합 공고에 대하여 이의가 있는 노동조합은 사용자에게 이의를 신청할 수 있고, 사용자가 이의 신청에 따른 공고를 하지 않거나 신청한 내용과 다르게 공고한 경우에는 노동위원회에 시정을 요청할 수 있으며, 시정요청을 받은 노동위원회는 요청을 받은 날부터 10일 이내에 그에 대한 결정을 하여야 한다고 규정하고 있다.

이러한 노동조합법 및 시행령 규정의 내용과 함께 노동위원회법 제17조의2는 노동위원회는 처분 결과를 당사자에게 서면으로 송달하여야 하고, 처분의 효력은 결정서 등을 송달받은 날부터 발생한다고 규정하고 있는 점, 교섭대표 자율결정기간은 그 기간이 경과하면 더는 자율적으로 교섭대표노동조합을 결정하거나 사용자가 개별교섭 동의를 할 수 없는 효력이 발생하므로 그 기간의 기산일은 당사자 간에 다툼의 여지가 없을 정도로 명확하여야 하는 점 등에 비추어 보면, **시행령 제14조의5에 따른 사용자의 공고에 대하여 노동조합이 노동위원회에 시정을 요청하여 노동위원회가 결정을 한 경우에는 그 결정이 당사자에게 송달되어 효력이 발생한 날**부터 교섭대표 자율결정기간이 진행한다고 보는 것이 타당하다.

2. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 피고는 2012. 1. 18. 시행령 제14조의5 제1항에 따라 공고기간을 2012. 1. 18.부터 2012. 1. 22.까지로 하여 원고와 독립당사자 참가인(이하 '참가인'이라 한다)을 교섭요구 노동조합으로 공고한 사실, 원고는 2012. 1. 20. 피고가 공고한 참가인의 조합원 수에 원고의 조합원이 포함되어 있다는 이유로 피고에게 이의를 신청하였으나 피고는 이의 신청에 따른 공고를 하지 않은 사실, 이에 원고는 2012. 1. 26. 전▽▽▽노동위원회에 시정 요청을 하였으나 전▽▽▽노동위원회는 2012. 2. 3. 신청 적격이 없다는 이유로 각하 결정을 하였고, 원고와 피고는 2012. 2. 7. 그 결정문 정본을 송달받은 사실, 이후 원고는 2012. 2. 16. 피고에게 개별교섭을 요구하였고, 피고는 2012. 2. 21. 원고에게 단체교섭을 개별교섭으로 진행하는 것에 동의한다

18) 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다84643,84*** 판결

는 통지를 한 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고가 노동조합법 제29조의2 제1항 단서에 따라 개별교섭에 동의할 수 있는 교섭대표 자율결정기간의 기산일은 위 결정이 당사자에게 송달된 2012. 2. 7.로 보아야 하므로, 같은 취지에서 원심이 2012. 2. 7.로부터 14일 이내인 2012. 2. 21. 이루어진 피고의 원고에 대한 개별교섭 동의가 유효하다고 보아 피고에게 원고와의 2012년도 단체교섭의 개별교섭 절차를 이행할 의무가 있다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 시행령 제14조의6 제1항에서 정한 교섭대표 자율결정기간의 기산일에 관한 법리를 오해한 위법이 없다."

다. 노동위원회 결정에 '각하' 결정이 포함되는지

교섭요구 노동조합이 다른 노동조합과 관련된 공고 내용에 관하여 사용자에게 이의를 신청하고, 노동위원회에 시정 요청을 하였는데 노동위원회가 교섭요구 노동조합은 자신과 관련된 공고 내용에 대해서만 이의신청을 할 수 있다는 취지로 그에 관하여 '각하' 결정을 한 경우, 이러한 '각하' 결정도 이를 노동조합법 시행령 제14조의5 제5항의 노동위원회의 '결정'에 포함되는 것으로 보아 교섭대표노동조합 자율결정 기간도 노동위원회의 결정(각하)이 있은 날부터 진행되는 것으로 볼 수 있는지 문제된 사안에서, 서울고등법원은 노동조합법 시행령 제14조의6 제1항에서 노동위원회가 한 결정의 종류에 따라 법적 효과를 달리 정하고 있지 않은데다가, 노동조합법 시행령 제14조의5 제2항은 공고 내용이 자신이 제출한 내용과 다르게 공고되거나 공고되지 아니한 것으로 판단하는 주체를 교섭요구 노동조합이라고만 규정하고 있으므로, 교섭요구 노동조합이 다른 노동조합과 관련된 공고 내용에 관하여 사용자에게 이의를 신청하고, 노동위원회에 시정 요청을 하여 노동위원회가 그에 관하여 결정을 하였다 하더라도, 그 결정 절차를 노동조합법 시행령 제14조의5에 따른 절차가 아니라고 단정하기 어렵다고 판시한 바 있음[19]

19) 서울고등법원 2013. 10. 11. 선고 2013나15***, 2013나15*** 판결(이후 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다84***, 84*** 판결로 확정) 교섭요구 노동조합이 자신에 관한 사항이 아닌 다른 노동조합에 관한 사항에 대하여 이의신청 내지 시정요청을 한 경우 교섭대표 자율결정기간이 노동위원회의 결정이 있은 날부터 진행하는 것이 아니라, 사용자가 교섭요구 노동조합으로 확정한 날 또는 그 확정공고기간 만료일부터 진행하는 것이라고 해석한다면, 사용자 및 교섭요구 노동조합으로서는 교섭요구 노동조합의 시정요청 내용이 적법한 것인지 아닌지 및 노동위원회가 각하결정을 할 것인지 아닌지를 노동위원회의 결정이 나오기 전에 미리 판단하여 대처해야 한다는 결과가 된다. 이는 사용자 또는 교섭요구 노동조합으로 하여금 노동관계에 있어서의 판정기관인(노동위원회법 제1조) 노동위원회의 결정 전에 그에 관한 법률적 판단을 하고 그 결과 발생하는 위험을 부담하도록 요구하는 것이 되어 부당하다. 따라서 노동조합의 노동위원회에 대한 시정요청이 누가 보더라도 명백히 부당하다는 등의 특

즉, 교섭요구 노동조합이 다른 노동조합과 관련된 공고내용에 대하여 노동위원회에 시정요청을 하고, 노동위원회가 그에 대하여 '각하' 결정을 한 경우에도, 교섭대표 자율결정 기간을 노동위원회의 '각하' 결정이 있은 날부터 진행되는 것으로 보아야 한다는 것임

2.4 자율적 교섭대표노동조합의 결정

가. 의의

교섭요구 노동조합이 확정되면 ① 자율적으로 교섭대표노동조합을 결정하거나 (또는 사용자가 자율적 교섭대표노동조합 결정기간(14일) 내에 교섭창구단일화 절차를 거치지 아니하기로 동의하는 것도 가능) ② 교섭참여 노동조합의 전체 조합원 과반수로 조직된 노동조합으로 교섭대표노동조합을 결정하거나 ③ 공동교섭대표단 구성 등의 방식으로 교섭대표노동조합을 결정하게 됨

나. 개별교섭 동의 기한

노동조합법 제29조의2 제1항, 제2항에 의하면, 하나의 사업장에 복수의 노동조합이 있는 경우 노동조합은 교섭대표노동조합을 정하여 단체교섭을 요구하여야 하고, 다만 사용자가 교섭창구 단일화 절차를 거치지 아니하기로 동의하는 경우(즉, 사용자가 노동조합과의 개별교섭에 동의하는 경우)에는 사용자는 각각의 노동조합과 개별교섭을 할 수 있는데, 그러한 사용자의 개별교섭 동의는 노동조합이 교섭대표노동조합을 자율적으로 결정하는 기한(이하 '교섭대표 자율결정기간'이라 한다)내에 이루어져야 함

판례는 사용자의 개별교섭 동의가 교섭대표 자율결정기간을 준수하지 않은 경우 이후 개별교섭 동의는 효력이 없다는 입장[20]과, 단수노조의 단체교섭 중 신설노조가 설립되어 신설노조와 단체협약을 체결한 사안에서, 개별교섭 동의 가능 기간을

별한 사정이 없는 한, 적어도 노동위원회에 대한 시정요청이 노동조합에 의하여 그 법정기간을 준수하여 제기된 경우에는, 그 시정요청에 대한 노동위원회의 결정이 있기 전에는 교섭대표 자율결정기간이 진행되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

20) 서울고등법원 2013. 10. 11. 선고 2013나15***, 2013나15*** 판결(이후 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다84***, 84*** 판결로 확정) (교섭대표 자율결정기간에 관한) 위 조항의 취지는 교섭요구 노동조합들이 교섭대표 노동조합을 자율적으로 정하거나 사용자가 개별교섭에 동의할 것인지 여부를 결정함에 필요한 충분한 기간을 보장하는 한편 단체교섭이 이루어지는 시기가 부당하게 늦춰지는 것을 막고자 하는 데 있다고 보이므로, 위 조항은 강행규정이며, 사용자가 개별교섭 동의가 교섭대표 자율결정기간 내에 이루어지지 않는 경우 그 개별교섭 동의는 효력이 없음

벗어나 체결되었다는 이유만으로 단체협약의 효력을 부정할 수는 없다고 한 사례[21]가 있어 구체적 사안에 따라 다르게 판단하고 있음

【 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다84*, 84*** 판결 】**

"이러한 노동조합법 및 시행령 규정의 내용과 함께 노동위원회법 제17조의2는 노동위원회는 처분 결과를 당사자에게 서면으로 송달하여야 하고, 처분의 효력은 결정서 등을 송달받은 날부터 발생한다고 규정하고 있는 점, 교섭대표 자율결정기간은 그 기간이 경과하면 더는 자율적으로 교섭대표노동조합을 결정하거나 사용자가 개별교섭 동의를 할 수 없는 효력이 발생하므로 그 기간의 기산일은 당사자 간에 다툼의 여지가 없을 정도로 명확하여야 하는 점 등에 비추어 보면..."

다. 개별교섭과 단체협약의 일반적 구속력[22]

1) 일반적 구속력의 법리

노동조합법 제35조는 '하나의 사업 또는 사업장에 상시 사용되는 동종의 근로자 반수 이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 당해 사업 또는 사업장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대하여도 당해 단체협약이 적용된다'고 규정

이는 본래 사용자와 단체협약을 체결한 해당 노동조합의 조합원 사이에서만 인정되는 단체협약의 규범적 효력을 조합원이 아닌 동종의 근로자에 대하여도 확장함으로써 다수 근로자가 가입한 노동조합의 지위, 단결권, 단체교섭권 등을 유지·강화함과 아울러 동종 근로자에 대한 근로조건을 통일하여 공정·타당한 근로조건의 실현을 도모하고자 하는데 그 취지가 있는데, 이러한 단체협약의 일반적 구속력은 노사 간 집단적 자치에 공백이 존재하는 경우에 국가가 보충적으로 입법을 통해 다수 노조의 협약자치의 산물인 단체협약상의 근로조건을 사업장 단위의 협약 외부자에게 확대적용시킴으로써 헌법 제33조 제1항의 노동 3권을 실질적으로 보장하는 제도임

2) 복수노조가 존재하는 경우 일반적 구속력의 문제

현행 노동조합법이 복수노조가 존재하는 경우에 교섭창구를 단일화하도록 하면서도 일정한 요건(사용자의 동의, 교섭단위 분리결정) 하에 예외적으로 개별교섭을 허용하고 있음을 고려할 때, 복수노조가 사용자와 개별적으로 교섭을 하는 상황에서 일반적

21) 서울고등법원 2014. 7. 10. 선고 2013누53*** 판결(이후 대법원 2014.11.27. 선고 2014두39722에서 심리불속행 기각으로 확정됨)
22) 대전지방법원 2015. 9. 2. 선고 2014가합102*** 판결 참조

구속력의 법리를 통해 다수노조의 단체협약의 효력을 소수 노조에 확장하는 것은 교섭창구 단일화 제도에 대한 예외 (개별교섭을 통한 개별적 협약자치)에 또 다른 예외(일반적 구속력을 통한 근로조건 통일)를 인정하는 것과 다름없음

이러한 측면에서 보더라도 현행 노동조합법 하에서 일반적 구속력의 법리는 노사 간 집단적 자치에 공백이 존재하는 경우에 한하여 보충적으로 적용되어야 함

3) 구체적인 사례

가) 소수노조가 별도의 단체협약을 이미 체결한 경우

사용자와 다수노조 사이의 단체협약 체결에 관여하지 아니한 소수노조가, 독자적으로 단체교섭권을 행사하여 이미 별도의 단체협약을 체결한 경우에는 그 협약이 유효하게 존속하고 있는 한 일반적 구속력에 의하여 다수노조 단체협약의 효력이 소수 노조 또는 그 조합원에 미치지 않는다고 봄이 타당

나) 소수노조가 단체협약 체결을 진행 중인 경우

또한 노조가 사용자와 개별교섭을 진행하고 있는 중이라면, 설령 소수노조의 단체협약이 아직 체결된 단계에까지 이르지는 못하였다 하더라도, 다음과 같은 이유에서 다수노조 단체협약의 효력이 소수노조의 조합원들에게 확정되지 않는다고 보는 것이 타당함

① 일반적 구속력은 노동조합법상의 요건이 갖추어진 경우 그 개별 단체협약 조항의 유·불리를 불문하고 근로조건 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 부분, 즉 규범적 부분 전체에 관하여 법률상 당연히 발생하는 것인데 만일 소수노조가 개별교섭을 계속하고 있는 상황에서 아직 단체협약이 체결되지 않은 상태라 하여 다수노조가 체결한 단체협약의 효력이 법률상 당연히 확장된다고 본다면, 예컨대, 다수노조가 체결한 단체협약의 내용 중 소수노조가 수용하기를 꺼리는 규범적 부분이 있어 그 부분에 관하여 이견을 좁히기 위한 단체교섭이 계속되고 있는 상황에서 해당 교섭기간 동안 다수노조 단체협약의 내용대로 소수노조 조합원들의 근로조건 등이 결정되어 버리는 결과가 되며,

② 소수노조의 개별교섭기간이 여러 요인들로 인해 장기화될 수 있고, 그에 따라 소수노조 조합원들의 근로조건 등에 대한 규율에 일시적인 공백이 발생할 수는 있으나,

만일 소수노조의 개별교섭기간 장기화가 사용자의 고의적이고 불성실한 교섭태도에 기인하는 경우 사용자의 행위가 부당노동행위에 해당될 여지가 있음은 별론으로 하더라도, 소수노조가 다수노조와 별개로 개별교섭을 통해 집단적 자치를 추구하는 통상의 경우에 그러한 일시적인 규율 공백은 부득이하게 발생할 수 있는 예측가능한 상황임. 따라서 소수 노조로서는 스스로의 교섭력을 고려하여 효과적인 교섭전략을 수립함으로써 스스로에게 치명적인 규율 공백상태를 방지하거나, 단체협약 내용에 소급조항 등을 삽입함으로써 사후적으로 공백을 보충할 수 있을 뿐, 다수노조가 체결한 단체협약 중 그 적용을 희망하는 유리한 내용이 있다고 하여 그러한 일시적 규율 공백상태를 일반적 구속력의 법리를 통해 보충할 수는 없다고 할 것임

2.5 과반수 노동조합에 대한 교섭대표노동조합의 지위 인정

노동조합법상 교섭창구 단일화 절차는 먼저 교섭을 희망하는 노동조합이 교섭대표결정 절차에 참여하여 자율적으로 교섭대표를 정하고(노동조합법 제29조의2 제1항, 제2항) 이것이 이루어지지 않으면 교섭창구 단일화 절차에 참여한 모든 노동조합의 전체 조합원 과반수로 조직된 노동조합이 교섭대표노동조합이 됨(시행령 제14조의7 제1항)

가. 조합원 수 산정 기준 시점

노동조합법 시행령 제14조의7 제5항에 의하면 노동위원회가 과반수 노동조합을 결정하기 위해 그 조합원 수를 확인하는 기준일은 노동조합법 제14조의5 제1항에 따라 교섭요구 노동조합의 명칭 등을 공고한 날임

과반수 노동조합을 결정하는 기준일인 교섭요구 '노동조합 확정공고일'이라 함은 실제 사용자가 교섭요구 노동조합 확정공고를 한 날이 아니라, 법에 따라 정상적으로 진행되었을 경우 교섭요구 노동조합 확정공고일이 되어야 하는 날로 보아야 함

이렇게 해석하지 않을 경우에는 사용자가 확정공고를 지연함에 따라 과반수 노동조합이 달라지게 되어 불합리한 결과가 초래될 수 있기 때문임[23)24)]

23) 서울고등법원 2014. 6. 2. 선고 2014누41*** 판결 참조 (대법원 2014. 10. 30. 선고 2014두38*** 판결로 확정)

24) 대전지방법원 2013. 4. 17. 선고 2012가합35*** 판결은 동일한 취지로 판시하면서 "과반수 노동조합을 결정하는 기준일이 언제인가에 따라 어느 노동조합이 과반수 노동조합인지가 결정되므로 그 기준일은 엄격하게 특정일로 확정될 수 있어야 하는데, 만약 실제로 확정공고를 한 날을 기준일로 삼는다면 사용자가 자의적으로 과반수 노동조합을 결정하는 기준일을 정하는 것이 가능하게 되고, 결국 노동조합 간의 형평성 문제가 발생할 수 있기 때문"이라고 함

따라서, 사용자가 확정공고를 법정 기한을 지나서 한 경우에 노동조합법령에 따라 공고가 되어야 할 날을 기준으로 조합원 수를 산정하여야 함

【 서울고등법원 2014. 6. 2. 선고 2014누41* 판결[25] 】**

"위와 같은 교섭창구 단일화 절차는 복수의 노동조합이 허용되는 현행 노조법 체계하에서 헌법상 보장된 단체교섭권을 합리적으로 조정·제한하기 위한 것으로서 그 성격상 교섭창구 단일화 절차에 관한 규정은 전반적으로 강행규정으로 해석되어야 한다. 그러한 연장선상에서 과반수 노동조합을 결정하는 기준일인 교섭요구 노동조합 확정공고일이라 함은 실제 사용자가 교섭요구 노동조합 확정공고를 한 날이 아니라 법에 따라 정상적으로 진행되었을 경우 교섭요구 노동조합 확정공고일이 되어야 하는 날로 보아야 한다, 이렇게 해석하지 않을 경우에는 사용자가 확정공고를 지연함에 따라 과반수 노동조합이 달라지게 되어 불합리한 결과가 초래되게 되기 때문이다."

나. 해고의 효력을 다투는 근로자의 조합원수 산정 문제[26]

1) 논의의 전제

과반수 노동조합 결정을 위한 조합원수 산정은 조합원이 특정 사업 또는 사업장과의 사용종속관계를 맺고 있는 근로자일 것을 전제로 함

과반수 노동조합 결정시 특정 사업 또는 사업장의 근로자가 아닌 조합원을 포함하여 조합원 수를 산정하게 되면 그 사업 또는 사업장에 종사하지 아니하여 그 사업 또는 사업장의 근로조건과 무관한 다수의 조합원이 존재하는 노동조합이 과반수 노동조합으로서 교섭대표노동조합으로 결정될 수 있게 되고, 이러한 노동조합이 사용자와 단체교섭을 하여 일반적 구속력을 갖는 단체협약을 체결하는 것은 교섭창구 단일화절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원의 과반수로 조직된 노동조합을 교섭대표노동조합으로 결정함으로써 근로자 다수 의사에 의해 당해 사업장의 근로조건을 결정하려는 노동조합법 제29조의2 제3항의 입법취지에 반함[27]

2) 쟁점 1 : 노동조합법 제2조 제4호 라목 단서의 적용 여부

과반수 노동조합을 결정하는 경우 조합원 수는 노동조합의 전체 조합원 중 그 사업 또는 사업장의 사용자와 사용종속관계가 있는 근로자에 해당하는 조합원 수를 기준으로

25) 1심 판결인 서울행정법원 2013. 12. 13. 선고 2013구합18*** 판결을 인용(이후 대법원 2014. 11. 4. 선고 2014두38*** 판결로 심리불속행 기각되어 확정되었음)

26) 산별노조 지회의 조합원인 해고자 48명에 대한 정리해고가 부당노동행위임을 다투는 부당노동행위 구제신청이 중노위에서 기각 된 이후 과반수 노동조합의 조합원수 산정이 문제된 사례

27) 서울고등법원 2015. 4. 3. 선고 2014누42*** 판결

하여야 함

다만, 해고된 근로자가 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하여 중노위의 재심판정이 있을 때까지는 그 해고된 근로자는 노동조합법 제2조 제4호 라목 단서에 의해 그 사업 또는 사업장의 근로자로 간주되게 되는 것이고, 교섭대표노동조합을 결정하기 위해 각 노동조합의 조합원 수를 산정함에 있어서도 그 해고된 근로자를 조합원 수에 산입하여야 함

이 경우, 노동조합법 제2조 제4호 라목 단서는 기업별 노동조합에만 적용되고 산업별·직종별·지역별 노동조합에는 적용되지 않는 것이 원칙이므로[28] 해고된 근로자가 산별노조의 조합원인 경우 조합원 수에 포함되지 않는지 문제될 수 있음

이에 대하여 법원은 **교섭대표노동조합 결정을 위한 조합원 수 산정에 있어서는 기업별 노동조합과 초기업별 노동조합을 불문하고 노동조합법 제2조 제4호 라목 단서가 적용되어 그 노동조합의 조합원으로서 그 사업 또는 사업장의 근로자이다가 사용자로부터 해고당한 사람이 있더라도 그 사람이 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하였고 그에 대한 중노위의 재심판정이 있을 때까지는 그 사람 또한 조합원 수에 산입되어야 한다는 입장이므로 이에 유의할 필요가 있음**[29]

【 서울고등법원 2015. 4. 3. 선고 2014누42* 판결 】**

"노조법 제2조 제4호는 노동조합의 정의 규정이므로 위와 같이 교섭대표노동조합을 결정하기 위해 특정 노동조합의 조합원 수를 산정함에 있어 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서가 적용되는지 여부가 문제되나, ① 앞서 본 것과 같이 노조법 제2조 제4호 (라)목은 노동조합의 요건을 정한 것이면서 동시에 노동조합 조합원의 자격요건을 정한 것이기도 한 점, ② 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서의 취지는 단지 사용자가 정당한 이유 없이 근로자를 해고함으로써 노동조합의 설립이나 존속을 저지하는 것을 막기 위한 것에 그치는 것이 아니라, 해고된 근로자가 해고된 때로부터 상당한 기간 내에 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하여 그 해고의 효력을 다투고 있는 경우에는, 그 해고에도 불구하고 근로자의 신분이나 노동조합원으로서의 신분을 계속 보유하는 것으로 보아 그 지위를 보장하여 주려는 데에도 있는 점(대법원 1992. 3. 31. 선고 91다144*** 판결 참조), **③ 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서는 사용자의 해고권 남용으로부터 노동조합의 설립·존립과 자주성을 보호하기 위한 규정이므로, 사용자가 특정 노동조합 소속 근로자들을 집중적으로 해고함으로써 자신이 원하는 노동조합이 교섭대표노동조합으로 되게**

28) 대법원 판례는 이와 관련하여 노동조합법 제2조 4호 라목 단서는 '기업별 노동조합'의 조합원이 사용자로부터 해고됨으로써 근로자성이 부인될 경우에 대비하여 마련된 규정으로서, 이와 같은 경우에만 한정적으로 적용되고, 원래부터 일정한 사용자에 대한 종속관계를 필요로 하지 않는 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우까지 적용되는 것은 아니라고 판시하였음(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8*** 판결)

29) 서울고등법원 2015. 4. 3. 선고 2014누429*** 판결

만드는 것을 방지하기 위해 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서를 적용할 필요가 있는 점을 종합하면, 교섭대표노동조합을 결정하기 위해 특정 노동조합의 조합원 수를 산정함에 있어서도 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서가 적용된다고 봄이 옳다(이와 같이 볼 경우 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서는 "노동조합의 설립·존속·활동과 관련된 문제에 있어 해고당한 근로자의 지위가 문제되는 경우 그 근로자가 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투고 있다면 그에 관한 중노위의 재심판정이 있을 때까지는 근로자의 지위가 있는 것으로 간주되고, 따라서 그 근로자와 그가 소속되어 있는 노동조합의 설립·존속·활동을 침해하여서는 아니 된다"는 의미로 해석할 수 있을 것이다).

따라서 해고된 근로자가 노동위원회에 부당노동행위 구체 신청을 하여 중노위의 재심판정이 있을 때까지는 그 해고된 근로자는 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서에 의해 그 사업 또는 사업장의 근로자로 간주되게 되는 것이고, 교섭대표노동조합을 결정하기 위해 각 노동조합의 조합원 수를 산정함에 있어서도 그 해고된 근로자를 조합원 수에 산입하여야 한다.

이와 같은 법리는 기업별 노동조합과 산업별 직종별 지역별 노동조합을 불문하고 동일하게 적용되어야 할 것이다. 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서는 기업별 노동조합에만 적용되고 산업별 직종별 지역별 노동조합에는 적용되지 않는 것이 원칙이지만(대법원 2010, 2. 11. 선고 2009두8* 판결),** 이는 산업별·직종별·지역별 노동조합의 경우 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자 뿐만 아니라 일시적으로 실업 상태에 있는 자, 구직 중인 자, 해고당한 자도 조합원 자격이 인정되므로 조합원의 자격을 근로자에 한정하는 노조법 제2조 제4호 (라)목 '본문'이 적용되지 않는다고 보아 그 예외인 '단서' 또한 적용되지 않는다고 보는 것인데(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8*** 판결 참조), **교섭대표노동조합 결정을 위해 각 노동조합의 조합원수를 산정함에 있어서는 산업별·직종별·지역별 노동조합도 그 전체 조합원수가 아니라 그 사업 또는 사업장에 종사하는 조합원수만 산정하여야 하므로 해고당한 '근로자'의 지위가 문제되는 것이고, 해고당한 근로자가 '근로자'의 지위를 갖는지에 관하여는 산업별·직종별·지역별 노동조합을 기업별 노동조합과 달리 취급할 이유가 없으며, 기업별 노동조합에게만 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서가 적용되고 산업별·직종별·지역별 노동조합에게는 위 규정이 적용되지 않는다고 보면 산업별·직종별·지역별 노동조합에 대한 부당한 차별이 되기 때문이다."**

3) 쟁점 2 : 해고된 조합원의 중노위 재심판정 후 조합원수 산정 여부

해고당한 근로자가 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하였는데 중노위의 재심판정이 있은 후에는 그 근로자를 교섭대표노동조합 결정을 위한 조합원 수 산정에 있어 제외하여야 할 것인지가 문제됨

판례는 이러한 경우, 정당한 이유가 없는 해고는 처음부터 무효라는 일반 법리로 돌아가 그 해고의 유무효를 따져 해고당한 근로자가 여전히 근로자의 지위를 유지하는지 여부에 따라 조합원 수 산입여부를 결정하여야 한다고 하며, **노동위원회는 조합원**

수에 대한 이의신청이 있으면 원칙적으로 당해 사업장에 종사하는 근로자에 해당하는 조합원 수를 실체적으로 판단하여 결정할 의무가 있으므로, 그 중에 해고된 근로자가 있을 경우 마땅히 해고가 정당한 이유가 있는지를 따져서 조합원 수에 포함할 것인지 판단해야 한다고 판시하였음[30]

【 서울고등법원 2015. 4. 3. 선고 2014누42* 판결 】**

"이 사건에서 문제 되는 쟁점은, 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서의 해석상 중노위가 이 사건 재심판정을 통하여 OOO 등 근로자들에 대한 이 사건 정리해고는 부당노동행위에 해당하지 아니한다고 판정한 상황에서 참가인의 이 사건 정리해고가 정당한 이유가 있는지를 판단하여야 하는지, 만일 부당해고라고 판단할 경우 당해 근로자를 교섭대표노동조합 결정을 위한 조합원 수 산정에 포함하였어야 하는지 여부이다. 노조법의 문언, 연혁, 입법취지에다가 제1심이 든 사실관계 및 증거들에 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 고려하면, **중노위는 위와 같은 상황에서 참가인의 이 사건 정리해고가 정당한 이유가 있는지 판단할 의무가 있고, 이 사건 정리해고는 부당해고로서 위법·무효이므로 OOO 등 근로자들을 교섭대표노동조합 결정을 위한 조합원 수 산정에 포함하였어야 하는데도 그러지 않았으므로 이 사건 재심결정은 위법하다.** 피고 및 참가인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

…(중략)…

⑤ (중략) 위 규정의 문언과 입법취지를 고려하면, 노동위원회는 조합원 수에 대한 이의신청이 있으면 원칙적으로 당해 사업장에 종사하는 근로자에 해당하는 조합원 수를 실체적으로 판단하여 결정할 의무가 있으므로, 그 중에 해고된 근로자가 있을 경우 마땅히 해고가 정당한 이유가 있는지를 따져서 조합원 수에 포함할 것인지 판단해야 한다. 다만 앞서 본 바와 같이 노조법 제2조 제4호 (라)목에 해당하는 경우에는 해고의 효력을 따질 필요 없이 근로자 지위를 바로 인정할 수 있는 것이다. 이와 달리 피고 및 참가인의 주장과 같이 노조법 제2조 제4호 (라)목이 정한 일정한 경우에만 근로자 지위가 인정된다고 해석한다면, 부당해고임을 인정하는 판결이 확정되어도 근로자 지위가 인정되지 못하는 경우가 있게 되어 심히 부당하다."

다. 이중가입 조합원의 조합원수 산정 문제

1) 이중가입 조합원의 조합원수 산정방식

과반수 노동조합 여부를 결정할 때 조합원 수를 확인하는 경우에 2개 이상의 노동조합에 가입한 조합원에 대해서는 조합비를 납부하는 노동조합이 1개라면 조합비를 납부하는 노동조합의 조합원 수에 숫자 1을 더하고, 조합비를 납부하는 노동조합이 2개 이상이라면 숫자 1을 조합비를 납부하는 노동조합의 수로 나눈 후에 그 산출된 숫자를 그 조합비를 납부하는 노동조합의 조합원 수에 각각 더함(노동조합법 시행령 제14조

30) 서울고등법원 2015. 4. 3. 선고 2014누42***판결

의7 제6항)

2) 노동조합법 시행령 제14조의7 제6항의 취지

일반적으로 조합원이 노동조합에 조합비를 충실하게 납부하는 경우에는 조합비를 납부하지 않는 노동조합 보다 노동조합 활동에 더 적극적으로 참여하려는 의사가 있는 것으로 볼 수 있고, 조합원들로부터 조합비를 납부 받아 운영하는 노동조합이 그렇지 않은 노동조합 보다 자주적·민주적으로 운영되고 있는 것으로 볼 수 있으므로 노동조합법 시행령 제14조의7 제6항은 과반수 노동조합 여부를 결정할 때 조합원 수를 산정하면서 2개 이상의 노동조합에 가입한 조합원에 대해서 조합비 납부 여부를 기준으로 한 것으로 볼 수 있음

3) 시행령 제14조의7 제6항의 '조합비'를 납부한 경우로 볼 수 없는 경우

사용자가 조합원들에게 지급한 급여에서 조합비를 공제하여 노동조합에게 송금해 준 것이 아니라 **아직 지급기일이 도래하지 않은 급여에서 미리 조합비를 공제하여 노동조합에 송금해 준 경우 조합원들이 노동조합에 적극적으로 참여할 의사가 있었다거나 노동조합이 자주적·민주적으로 운영되고 있는 것으로 보기 어려움**[31]

【 서울행정법원 2014. 4. 24. 선고 2013구합56* 판결 】**

"앞서 든 각 증거에 을 제7호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 고려하면, 원고 참가인이 2013. 4. 12. 및 2013. 4. 15. 원고에게 원고 참가인 조합원 81명(이중가입 조합원이 포함된다)의 2013년 4월분 조합비를 아직 지급기일이 도래하지 않은 2013년 4월분 급여에서 미리 공제하여 원고 참가인에게 송금해 줄 것을 요청하고 이에 원고의 경리부장 OOO이 2013. 4. 15. 이 사건 대학의 교비에서 돈을 인출하여 원고 참가인 명의의 예금계좌로 405,000원(=원고 참가인 조합원 81명 × 5,000원)을 송금하였다고 하더라도, 이중가입 조합원들이 2013. 4. 16. 이전에 원고 참가인에게 노조법 시행령 제14조의7 제6항에 따른 조합비를 납부하였다고 보기 어렵다. 따라서 원고 및 원고 참가인의 위 주장은 이유 없다.

가) **일반적으로 조합원이 노동조합에 조합비를 충실하게 납부하는 경우에는 조합비를 납부하지 않는 노동조합 보다 노동조합 활동에 더 적극적으로 참여하려는 의사가 있는 것으로 볼 수 있고, 조합원들로부터 조합비를 납부 받아 운영하는 노동조합이 그렇지 않은 노동조합 보다 자주적·민주적으로 운영되고 있는 것으로 볼 수 있으므로 노조법 시행령 제14조의7 제6항은 과반수 노동조합 여부를 결정할 때 조합원 수를 산정하면서 2개 이상의 노동조합에 가입한 조합원에 대해서 조합비 납부 여부를 기준으로 한 것으로 보인다.** 이와 같은 **노조법 시**

31) 서울행정법원 2014. 4. 24. 선고 2013구합56*** 판결

행령의 취지를 고려하면, 사용자인 원고가 조합원들에게 지급한 급여에서 조합비를 공제하여 원고 참가인에게 송금해 준 것이 아니라 **아직 지급기일이 도래하지 않은 급여에서 미리 조합비를 공제하여 원고 참가인에게 송금해 준 경우에는 그 후 미리 지급한 조합비를 조합원들로부터 반환받았다거나 조합원들의 급여에서 공제하였다고 하더라도 이러한 경우에 원고 참가인 조합원들이 원고 참가인에 적극적으로 참여할 의사가 있었다거나 원고 참가인이 자주적·민주적으로 운영되고 있는 것으로 보기는 어려우므로 이를 노조법 시행령 제14조의7 제6항의 '조합비'를 납부한 경우로 볼 수 없다.**

나) 특히 2013. 4. 15. 원고 참가인에게 이중 납부 조합원들의 조합비를 송금한 담당자는 원고 참가인의 조합원인 경리부장 OOO였던 점, OOO는 관계 법령상 임의로 사용할 수 없는 것으로 보이는 교비회계에서 돈을 인출하여 원고 참가인에게 조합비를 송금해 준 것으로 보이는 점, 원고 참가인이 2013. 4. 16. 이전에 조합원들로부터 조합비를 지급 받을 의사였다면 조합원들 스스로 원고 참가인에게 조합비를 송금하도록 하는 방법으로 조합비를 지급받을 수도 있었던 점, 아래 4)항에서 보는 바와 같이 원고 참가인에는 '사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자'가 가입되어 있는 점 등을 고려하면, 원고가 2013. 4. 15. 원고 참가인에게 조합원들의 조합비를 교비회계에서 송금한 것은 오히려 원고 참가인의 자주적·민주적 운영을 저해하는 것으로 보인다."

3. 교섭대표노동조합의 지위

3.1 교섭대표노동조합의 지위 유지기간

노동조합법 시행령 제14조의10은 교섭대표노동조합 지위 유지기간의 종기를 '교섭대표노동조합으로 결정된 후 사용자와 체결한 첫 번째 단체협약의 유효기간이 2년인 경우 그 단체협약의 유효기간이 만료되는 날(제1호)', '2년 미만인 경우 그 단체협약의 효력이 발생한날을 기준으로 2년이 되는 날(제2호)'로 규정하고 있음

법원은 가처분결정 항고사건에서 교섭대표노동조합으로 결정되면서 2개의 단체협약이 동시에 체결된 경우 어느 협약을 첫 번째 단체협약으로 볼 것인가의 문제에 대하여 유효기간의 시작일이 빠른 단체협약을 첫 번째 체결된 단체협약으로 보는 것이노동조합법 시행령 제14조의 10 규정의 취지에 부합된다고 판단하였는데, 위 규정은그 문언상 교섭대표노동조합으로 결정된 노동조합으로 하여금 '2년간의 근로조건 및 노동관계'에 관하여 단체협약을 체결할 지위를 부여하려고 한 것으로 보아야 하기 때문이라고 판시[32]하였음

32) 부산고등법원 2017. 6. 7.자 2017라10013결정

【 부산고등법원 2017. 6. 7. 선고 2017라10013 결정 】

"2) 2개의 단체협약이 동시에 체결된 경우 교섭대표노동조합의 지위 유지기간

앞서 본 바와 같이 제1, 2단체협약이 동시에 체결되었으므로, 어느 단체협약을 첫 번째 체결협약으로 볼 것인가가 문제되는바, 다음과 같은 점을 모두 종합하여 보면, 유효기간의 시작일이 빠른 제2단체협약을 첫 번째 체결된 단체협약으로 보아 이를 기준으로 교섭대표노동조합의 지위 유지기간을 정하여야 한다.

① 쟁점규정은 ..(중략).. 이와 같이 **교섭대표노동조합지위 유지기간의 종기를 교섭대표노동조합으로 결정된 날이나 단체협약체결일을 기준으로 하지 않고, 유효기간이 2년이면 그 유효기간 만료일을, 유효기간이 2년 미만이면 그 단체협약의 효력이 발생한 날을 기준으로 2년이 되는 날로 하고 있으므로,** 그 문언상 교섭대표노동조합으로 결정된 노동조합으로 하여금 '2년간의 근로조건 및 노동관계'에 관하여 단체협약을 체결할 지위를 부여하려고 한 것으로 볼 수 있다.
② 교섭창구 단일화 제도는 근로조건의 결정권이 있는 사업 또는 사업장 단위에서 복수 노동조합과 사용자 사이의 교섭절차를 일원화하여 효율적이고 안정적인 교섭체계를 구축하고, 소속 노동조합과 관계없이 조합원들의 근로조건을 통일하기 위한 것으로 불가피한 제도이기는 하나(헌법재판소 2012. 4. 24. 선고 2011헌마338 전원재판부 결정 참조), 교섭대표노동조합이 되지 못한 소수 노동조합의 단체교섭권 등을 제한하므로 교섭대표노동조합 지위 유지기간을 적정하게 규정해야 한다. **단체협약을 체결하는 경우 유효기간을 협약체결일로부터 하는 것이 원칙적이기는 하지만, 실제 체결되는 단체협약 특히 임금협약의 경우 체결일 이전으로 소급하여 유효기간을 정하고 있는경우가 많기 때문에, 만일 유효기간의 시작일을 기준으로 교섭대표노동조합 지위 유지기간을 정하지 않으면, 한번 교섭대표노동조합으로 결정된 노동조합이 지나치게 장기간 동안의 근로조건 및 노동관계에 관하여 협약을 체결할 권한을 갖게 될 가능성이 생기고, 이는 소수 노동조합의 단체교섭권 등을 과도하게 제한하는 것이어서 허용될 수 없다. 이러한 점을 반영하여 쟁점규정과 같이 규정한 것으로 볼 수 있다.**

③ 이 사건의 경우 기업별노조는 교섭대표노동조합으로 결정된 이후 제2단체협약에 따라 2015. 3. 1. ~ 2016. 2. 28. 1년 동안의 임금에 관하여 협약체결권을 행사하고, 2016년 임금협약을 통하여 2016. 3. 1. ~ 2016. 2. 28. 1년 동안의 협약체결권을 행사할 수 있었다. 제1단체협약의 유효기간은 2015. 12. 15. ~ 2017. 12. 14.이므로 제1단체협약에 포함된 사항에 관하여도 2년 동안의 근로조건 및 노동관계에 관한 협약체결권을 행사할 수 있었다. 만일 기업별노조의 교섭대표노동조합 지위 유지기간을 유효기간 시작일(제2단체협약의 유효기간에 관하여는 뒤에서 다시 본다)이 빠른 제2단체협약에 따라 결정하지 않고, 유효기간 시작일이 늦은 제1단체협약에 따라 결정하게 되면 기업별노조는 2017년 임금협약에 관한 단체교섭권도 행사할 수 있게 되어 결국 3년 동안의 근로조건에 관한 협약권을 갖게 되고 이는 쟁점규정의 취지에 반한다.

④ 따라서 **이 사건과 같이 교섭대표노동조합으로 결정된 후 첫 번째로 단체협약을을 체결하면서 동시에 2개의 단체협약을 체결한 경우 그 유효기간 시작일이 빠른 단체협약을 첫 번째로 체결한 단체협약으로 보아 이를 기준으로 교섭대표노동조합 지위 유지기간을 정하여야 한다고 해석하는 것이 쟁점규정의 문언 및 교섭창구 단일화 제도의취지에 맞고, 합리적이다.**"

3.2 교섭대표노동조합의 권한 범위

교섭대표노동조합이 단체협약 체결 및 전후 과정상 요구되는 부가적인 권한을 넘어 단체협약 이행과정에서 발생할 수 있는 문제 등 전반에 걸친 포괄적인 권한을 가지는지 여부에 관하여 판례는 **교대노조는 노동조합법 제29조의 5에 따른 제한적·열거적인 권한 만을 가질 뿐 포괄적 대표권을 갖는다고 볼 수 없다는 입장임**[33]

【 서울고등법원 2017. 1. 18. 선고 2016누52* 판결 】**

"노동조합법 제29조의2 제1항 및 제29조 제2항은 복수노조 사업장에서 교섭대표가 된 노동조합에게 사용자와 단체교섭을 하고 단체협약을 체결할 법적 지위를 부여하고 있고, 노동조합법 제29조의5는 교섭대표노동조합이 있는 경우에 같은 법 제2조 제5호(노동관계 당사자의 정의), 제29조 제3항, 제4항(교섭권 위임 관련), 제30조(교섭 등의 원칙), 제37조 제2항(노조의 쟁의행위 주도), 제38조 제3항(노조의 쟁의행위 적법수행 지도의무), 제42조의6 제1항(필수유지업무 근무 근로자 통보 주체), 제44조 제2항(쟁의행위 기간 중 임금지급 목적의 쟁의행위 금지), 제46조 제1항(노조의 쟁의행위 개시 이후 직장폐쇄 가능), 제55조 제3항(조정위원회 구성시 사용자위원에 대한 노조 추천권), 제72조 제3항(특별조정위원회 구성시 노조 참여권) 및 제81조 제3호(정당한 이유 없는 교섭거부 관련 부당노동행위 구제신청권)에서 말하는 '노동조합'은 '교섭대표노동조합'으로 본다고 규정하여 단체협약의 체결을 전후한 과정에서 필요한 부가적인 권한을 부여하고 있는바, 원고의 주장처럼 이러한 노동조합법이 교섭대표노동조합에게 부여하고 있는 권한이 공정대표의무로 인하여 포괄적으로 확장된다고 해석한다면 이는 오히려 노동조합법이 위와 같이 교섭대표노동조합에게 구체적으로 필요한 권한을 부여하는 규정이 불필요하게 되는 등 노동조합법의 규정형식에 부합하지 않는다. 따라서 이와 달리 공정대표의무가 있으므로 교섭대표노동조합의 대표권의 범위가 포괄적으로 확장된다는 전제에 선 원고의 주장은 이유 없다."

33) 대법원 2017. 1. 18. 선고 2016누52*** 판결(대법원 계속 중)

제2절 교섭단위 분리

1. 교섭단위 분리제도의 의의

교섭단위란 노동조합법상 교섭대표를 결정하기 위한 단위를 말하며, 복수 노동조합이 병존하는 경우 교섭창구 단일화를 하여야 하는 근로자집단의 범위를 의미함

노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제29조, 제29조의2, 제29조의3의 각 규정에 의하면, 하나의 사업 또는 사업장 내에 복수의 노동조합이 존재하는 경우 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 교섭대표노동조합으로 정해진 노동조합만이 사용자와 교섭하고 단체협약을 체결하도록 하면서도 현격한 근로조건의 차이, 고용형태, 교섭관행 등을 고려하여 교섭단위의 분리가 필요한 경우 노동관계 당사자의 신청에 따라 노동위원회의 결정으로 교섭단위를 분리할 수 있도록 하고 있음

이러한 교섭단위 분리제도는 일반적으로 인정되는 것으로 볼 수 없고, 교섭창구 단일화 제도의 예외에 관한 것으로 특정한 요건이 충족되는 경우에 한하여 제한적·한정적으로 허용되는 것으로 보아야 할 것임

노동위원회의 결정으로 분리된 교섭단위를 다시 조정하거나 통합할 수 있는지가 문제가 될 수 있는데, 이에 대한 법원의 판례는 없으나 노동조합법 제29조의3은 "노동위원회는 노동관계 당사자의 양쪽 또는 어느 한 쪽의 신청을 받아 교섭단위를 분리하는 결정을 할 수 있다."라고 하여 '분리'만을 규정하고 있는 바, 문언 해석상 노동위원회의 결정으로 분리된 교섭단위를 다시 통합하는 결정은 불가능한 것으로 보아야 하며 이는 입법적으로 해결되어야 할 문제로 보임

2. 교섭단위 분리의 요건에 관한 판단

2.1 교섭단위 분리 필요성에 관한 판단 원칙

노동위원회는 교섭단위 분리 여부를 결정함에 있어 상당한 재량을 가진다고 할 것이나, 현행 노동조합법은 복수 노동조합과 사용자 사이의 교섭절차를 일원화하여 효율적이고 안정적인 교섭체계를 구축하고, 또한 소속 노동조합과 관계없이 조합원들의 근로조건을 통일하기 위하여 교섭창구를 단일화하는 것이 교섭 및 단체협약 체결

의 원칙이며, **교섭단위의 분리는 교섭창구 단일화 제도의 예외적인 모습이라는 점을 고려할 필요가 있음**

따라서, **노동위원회는 그 재량을 행사함에 있어서 객관적인 자료에 인정된 사실을 기초로 하나의 사업 또는 사업장에서 별도로 분리된 교섭단위에 의하여 단체교섭을 진행하는 것을 정당화할 만한 현격한 근로조건의 차이, 고용형태 및 교섭 관행 등의 사정이 인정되는지 여부, 교섭대표노동조합에 의하여 교섭 및 단체협약을 체결하는 것이 불합리하여 교섭단위를 분리할 필요성이 있는지 여부 등을 엄격하게 심사하여야 한다는 것이 판례의 태도임**[34]

2.2 현격한 근로조건의 차이

교섭단위 분리를 정당화 시킬 수 있는 근로조건의 차이는 **근로조건의 주관적인 차이가 아니라 객관적인 차이로서 단체교섭을 별도로 행하는 것이 합리적이라고 볼 수 있을 정도의 근로조건 차이가 있어야 함**

판례는 **임금 등 근로조건을 구성하는 중요한 요소들(임금의 구성항목, 임금액수 산정기준)**이 동일하거나 유사한지 여부 및 동일한 보수규정을 적용받는지 여부를 주된 판단 근거로 삼고 있으며, 동일한 근로조건 결정 규범을 적용받고 있고 상여금 지급 여부 등이 동일하다면 근로조건에 차이를 인정하지 않고 있음

판례는 **호봉제근로자와 비호봉제근로자로 서로 다른 보수규정**의 적용을 받는 경우,[35] **상용직과 일반·기능직 등 직종간 서로 다른 보수규정**을 적용 받는 경우[36] 등에는 현격한 근로조건의 차이를 인정하였으나, 공영버스 운전원과 다른 직종의 공무직 근로자 간,[37] 및 환경미화원과 다른 직종의 공무직 근로자 간[38], 판매직군 근로자와 생산직 등 다른 직군 근로자 간[39]에는 현격한 근로조건 차이를 인정하지 아니함

가. 현격한 근로조건의 차이를 인정한 경우

① 호봉제근로자와 비호봉제근로자로서 서로 다른 보수규정의 적용을 받는 경우 현격한 근로조건의 차이를 인정함

34) 서울고등법원 2016. 9. 20. 선고 2016누33*** 판결 등 다수
35) 서울행정법원 2016. 3. 24. 선고 2015구합6*** 판결
36) 대전지방법원 2014. 11. 5. 선고 2014구합101*** 판결
37) 서울고등법원 2016. 9. 30. 선고 2016누33*** 판결
38) 서울고등법원 2016. 10. 19. 선고 2016누48*** 판결
39) 서울행정법원 2017. 8. 11. 선고 2017구합6*** 판결

【 서울행정법원 2016. 3. 24. 선고 2015구합64* 판결 】**

"가) 현격한 근로조건의 차이

다음과 같은 사정들을 종합하면, 호봉제근로자는 비호봉제근로자에 속한 다른 직종의 근로자와는 담당업무, 근무형태, 임금 적용규정과 그에 따른 임금구조와 그 수준, 성과상여금 지급 여부, 명절상여금 지급수준 등 근로조건에서 현격한 차이가 있다고 봄이 타당하다.…(중략)…

③ 호봉제근로자는 '지방공무원보수규정'에 따른 9급 지방공무원 보수기준을 적용받는 반면, 비호봉제근로자는 '공무원이 아닌 근로자 처우개선 계획'에 따른 보수표를 적용받는다. 그에 따라 호봉제근로자는 근속연수에 따라 봉급이 최소 1,282,800원(1호봉)에서, 최대 2,815,000원(31호봉)까지 인상되지만, 비호봉제근로자는 기본급이 유형1(영양사, 중사서, 전문상담사 등)의 경우에는 1,676,920원, 유형2(교육/행정실무사, 교육행정지원사 등)의 경우에는 1,501,900원으로 각 고정되어 있어 근무연수가 길어질수록 호봉제근로자와 비호봉제근로자 간에는 상당한 임금격차가 벌어질 수밖에 없는 구조를 가지고 있다.

④ 호봉제근로자는 등급에 따라 매년 1,700,000원 - 2,600,000원의 성과상여금을 지급 받는데 비해 비호봉제근로자에게는 성과상여금이 지급되지 않고, 명절상여금 또한 호봉제근로자는 매년 1,539,360원 - 3,378,000원(봉금의 120%)을 지급 받는데 비해 비호봉제근로자는 매년 400,000원을 지급 받는데 그친다."

② 상용직과 그 외 직종이 서로 다른 보수규정을 적용 받는 경우[40]

【 대전지방법원 2014. 11. 5. 선고 2014구합101* 판결 】**

"원고의 상용직은 기본적으로 그 외 직종과 달리 상용직 관리규정의 규율을 받는 점, 특히 임금체계에서 원고의 일반·기능직 등의 직종이 공무원 보수규정을 적용받아 호봉제를 원칙으로 하는 것과는 달리 상용직은 상용직 관리규정의 적용을 받아 직종별로 단일화된 기본급과 제수당을 지급받는 구조로 이루어져 있는 점 등이 인정되며, …(중략)…

이를 종합하면, 원고의 상용직 근로자와 그 외 직종 근로자들 사이에 현격한 근로조건의 차이가 있음을 넉넉히 인정할 수 있다."

나. 현격한 근로조건의 차이를 인정하지 않은 경우

공영버스 운전원과 다른 직종의 공무직 근로자 간에는 현격한 근로조건의 차이를 인정하지 아니함[41]

40) 대전지방법원 2014. 11. 5. 선고 2014구합10***** 판결
41) 서울고등법원 2016. 9. 30. 선고 2016누33*** 판결

【 서울고등법원 2016. 9. 30. 선고 2016누33* 판결 】**

"(1) 근로조건

① 원고의 주장과 같이 **공영버스 운전원과 다른 직종의 공무직 근로자 사이에 근로시간, 휴게시간, 유급휴일에서 다소 차이가 있다는 점은 인정된다. 그러나 위와 같은 차이는 일과 시간 중 업무를 수행하면 족한 다른 직종들과 달리 이른 오전과 늦은 오후 및 휴일에도 운행될 필요가 있는 버스 운전 업무의 고유한 특성에서 비롯된 것으로 보이고, 교섭단위를 분리할 정도로 현격한 차이에 이른다고 보기는 어렵다.**

② 오히려 버스 운전 업무의 특성에 따른 근로시간, 휴게시간, 유급휴일에 있어서의 차이에도 불구하고, 그 차이는 연장근로시간에 대한 수당 등을 통해 조절되는 한편, 그 외에 임금 등 근로조건을 구성하는 중요한 요소들에 있어서는 다른 직종의 공무직 근로자들과 아무런 차이가 없다. 즉, 기본급, 정액급식비, 장기근속수당 등을 비롯한 각종 수당, 퇴직금 등으로 구성된 임금의 구성항목이나 임금액수의 산정 기준 등이 모두 동일하고, 상여금도 차등 없이 지급된다. 또한 복리후생, 교육훈련제도, 정년 등에 있어서도 다른 직종의 공무직 근로자들과 동일한 근로조건이 적용된다.

③ 원고는 공영버스 운전원들의 경우 취업규칙 외에 여객자동차 운수사업법 제26조에 규정된 사항을 준수하여야 한다는 점도 다른 직종의 공무직 근로자들과 현격하게 다른 근로조건이라고 주장한다. 그러나 여객자동차 운수사업법이 규정한 사항들은 버스 운전 업무에 종사하는 근로자들이 당연히 준수해야 할 일반적인 의무에 불과할 뿐이고, 이를 참가인과 사이에 특별히 정한 근로조건이라고 볼 수는 없다."

환경미화원과 참가인 소속 다른 직종의 공무직 근로자 간[42]에는 현격한 근로조건의 차이를 인정하지 아니함

【 서울고등법원 2016. 10. 19. 선고 2016누48* 판결 】**

"가) 근로조건

① 참가인 소속 환경미화원을 비롯한 모든 공무직 근로자는 참가인 소속 근로자의 근로조건을 정함을 목적으로 하는 'OOOOOO도 공무직 및 기간제 근로자 취업규정' 및 공무직 근로자의 정원에 관한 'OOOOOO도 공무직 및 기간제 근로자 정원규정', 보수에 관한 'OOOOOO도 공무직 보수지침'을 동일하게 적용 받는다.

② **OOOOOO도 공무직 보수지침은 '환경미화원'과 그 이외의 '일반공무직'을 구분하여 다른 직종의 공무직 근로자에게는 등급제를 적용하면서 환경미화원의 경우 호봉제를 적용하고 있고, 직종별로 통상임금의 범위 및 각종 수당의 세부적인 구성항목 등에 있어 다소 차이가 존재하기는 한다. 그러나 환경미화원도 다른 직종의 공무직 근로자와 마찬가지로 제주특별자치도 보수지침에 따른 등급별 또는 호봉제 임금표를 기준으로 근무연수에 따라 기본급이 증가하는 동일 또는 유사한 임금체계로 운용되고 있고, 기본급과 정액급식비, 연장·야간·휴일**

42) 서울고등법원 2016. 10. 19. 선고 2016누48*** 판결

근로수당이나 가족수당 등의 각종 수당 등으로 구성된 임금의 구성항목이나 각 항목의 산정 기준, 지급 기준 등이 동일하거나 유사하다고 보이므로 전체적인 임금체계에 있어 현격한 차이가 있다고 볼 수는 없다.

③ 한경미화원의 평일 근무시간은 OO시의 경우 하절기는 05:00~14:00, 동절기는 06:00~15:00이고 OOO시의 경우 지역별로 상이한 반면, 환경미화원 이외의 공무직 근로자(운전원 제외)의 평일 근무시간은 09:00~18:00이지만, 이와 같은 차이는 다른 직종과 달리 이른 오전 시간에 업무를 수행할 필요성이 있는 환경미화원 업무의 고유한 특성에서 비롯된 것으로 보이고, 환경미화원 역시 휴게시간, 휴일의 적용 등에 있어 다른 공무직 근로자들 대부분과 거의 동일한 조건을 적용받고 있다.

④ 원고들은 환경미화원은 위험한 장소에서 업무를 수행하는 특성상 각종 사고발생의 위험 등에 노출되므로 다른 직종의 공무직 근로자와 근로조건이 차별화된다고 주장하나, 참가인 소속의 관광교통, 운전, 도로보수 등 다른 직종의 공무직 근로자의 경우에도 다양한 작업 장소에서 업무를 수행하면서 그에 수반되는 위험에 노출되고 있으므로 근무 장소의 특성에 따른 위험 역시 환경미화원만의 특별한 근로조건이라고 보기 어렵다."

판매직군 근로자와 다른 직군 근로자 간에는 현격한 근로조건의 차이를 인정하지 아니함[43]

【 서울행정법원 2017. 8. 11. 선고 2017구합65* 판결 】**

"앞서 본 인정사실과 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 판매직군 근로자와 다른 직군 근로자 사이에 현격한 근로조건의 차이가 있다고 볼 수 없다.

(1) 원고 소속 근로자들의 임금, 근로시간, 휴가, 재해보상 등 근로조건에 관한 제반사항 등을 규정한 원고의 취업규칙은 판매직군 근로자를 포함한 원고 소속 근로자들 모두에게 적용된다.

(2) 판매직군 근로자는 다른 직군 근로자와 마찬가지로 원고로부터 기본급, 명절상여, 자격수당, 휴일근로수당, 연차수당을 공통적으로 지급받고 있다. 또한 판매직군 근로자는 다른 직군 근로자와 마찬가지로 원고로부터 정기상여 명목의 금원을 지급받고 있고, 경영성과급도 지급받고 있다. 나아가 판매직군 근로자와 다른 직군 근로자의 퇴직금제도는 동일하고, 2010년부터 2016년까지의 임금인상률도 동일하거나 거의 유사하다.

(3) 다만, 판매직군 근로자의 월 평균급여는 291만 원인 반면, 사무직군 근로자의 월 평균급여는 434만 원, 생산직군 근로자의 월 평균급여는 433만 원이고, 판매직군 근로자는 호봉급(월급제)으로 임금을 지급받고 있는 반면, 사무직군 근로자는 연봉급으로, 생산직군 근로자의 경우 호봉급(일급제)으로 임금을 지급받고 있기는 하다. 또한 별지 2 표 기재와 같이 판매직군 근로자와 생산직군 근로자의 호봉테이블에 차이가 있어 동일한 근속기간에

43) 서울행정법원 2017. 8. 11. 선고 2017구합65074

도 불구하고 일정 부분 임금의 차이가 존재한다.

그러나 판매직군 근로자의 평균근속기간은 4.87년인 반면, 생산직군 근로자의 평균근속기간은 18.10년인바, 위와 같은 월 평균급여의 차이는 평균근속기간의 차이에 기인한 것에 불과하다. 또한 위와 같은 임금제와 호봉테이블의 차이는 판매직군 근로자와 다른 직군 근로자가 담당하는 업무의 내용과 특수성 및 난이도의 차이에 의하여 당연히 발생하는 차이에 불과한바, 위 (2)항에서 본 바와 같이 판매직군 근로자와 다른 직군 근로자의 임금구성항목이나 각 항목의 산정기준 및 지급기준이 동일하거나 유사하여 전체적인 임금체계가 유사한 상황에서 위와 같은 다소의 차이점을 두고 판매직군 근로자와 다른 직군 근로자의 임금체계에 현격한 차이가 있는 것이라고 평가할 수는 없다.

(4) 판매직군 근로자와 다른 직군 근로자의 근무형태는 주간 전일로 동일하고, 소정 근무시간도 일 8시간과 주 40시간으로 동일하며, 휴일과 휴가기준도 마찬가지로 동일하다.

다만, 판매직군 근로자와 사무직군 근로자 및 생산직군 근로자의 시업·종업시간에 다소 차이가 있다. 그러나 이는 각 직군 근로자의 업무환경의 차이, 즉 사무직군 근로자의 경우 시업·종업시간에 변동이 있을 만한 특별한 이유가 없는 반면, 판매직군 근로자의 경우 각 면세점과 백화점마다 개점시간과 폐점시간이 상이하여 그에 따라 시업·종업시간이 변동될 수밖에 없고, 생산직군 근로자의 경우 공장이 24시간 가동하는 경우 교대제로 근무하여야 하기 때문에 시업·종업시간이 변동될 수밖에 없는 업무환경의 차이에서 발생하는 것에 불과하므로, 이를 두고 판매직군 근로자와 다른 직군 근로자의 근로조건에 현격한 차이가 있는 것이라고 평가할 수는 없다.

(5) 원고는 판매직군 근로자, 사무직군 근로자, 생산직군 근로자 모두에게 주택자금, 경조지원, 자녀교육비, 단체실손의료보험, 난임치료비, 단체정기보험, 건강검진, 장기근속수당 등의 복리후생제도를 제공하고 있다. 또한 원고는 주택자금 지원금액 상향, 건강검진 대상 확대 등 OOOO건강노동조합과의 단체협약에서 새로 정하거나 상향시킨 복리후생제도를 기존의 OOOO건강노동조합 조합원들인 생산직군 근로자들 뿐만 아니라 기존에 위 조합에 가입하지 않았던 판매직군 근로자들에게도 동일하게 제공하고 있다.…(중략)…"

2.3 고용형태

판례는 노동조합법 제29조의3 제2항이 교섭단위 분리의 필요성을 판단함에 있어 고용형태의 차이를 고려하도록 한 것은 근로계약기간의 정함이 있는지 여부에서 비롯되는 근로조건의 차이를 위 판단에 반영하기 위함에 있다고 하며, 비교대상 직군 간에 빈번한 인사교류가 있었는지 여부나 채용방식의 차이 등은 교섭단위 분리의 필요성을 판단함에 있어 유의미하게 고려해야 할 요소에 해당하지 않는다는 입장을 취함

다만, 하급심 판결 중 근로계약 형태가 동일한 경우이나 상용직은 직제규정상 정원에 포함되지 않고 상용직과 그 외 직종 간 업무내용이 명확히 구분되며 직종 간 인사교

류가 허용되지 않는 점을 들어 고용형태의 차이를 인정한 경우가 있음[44]

가. 고용형태의 차이를 인정한 경우

호봉제근로자는 기간의 정함이 없는 근로자로만 구성되어 있지만, 비호봉제근로자는 기간의 정함이 없는 근로자 외에 기간제근로자, 단시간근로자 등이 직종별로 혼재되어 있는 경우[45] 고용형태의 차이를 인정함

【 서울행정법원 2016. 3. 24. 선고 2015구합64244 판결 】

"앞서 인정한 사실과 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 호봉제근로자는 비호봉제근로자에 속한 다른 직종의 근로자와 근로계약기간, 자격 및 면허 등의 채용자격, 적용되는 정원관리규정 등 고용형태에서 차이가 있다고 봄이 타당하다.

① 호봉제근로자는 기간의 정함이 없는 근로자로만 구성되어 있지만, 비호봉제근로자는 기간의 정함이 없는 근로자 외에 기간제근로자, 단시간근로자 등이 직종별로 혼재되어 있다.

② 호봉제근로자는 특별한 자격이나 면허가 요구되지 않지만, 비호봉제근로자에 속한 일부 직종의 경우에는 일정한 자격이나 면허를 필수적으로 요구하고 있다.

③ 호봉제근로자의 정원은 'OOOO시교육청 행정기구 설치조례'에 의하여 관리되고 있는 반면, 비호봉제근로자의 정원은 '학교회계직원 정원책정기준'에 따라 직종별로 관리되고 있다."

상용직은 직제규정상 정원에 포함되지 않고 상용직과 그 외 직종 간 업무내용이 명확히 구분되고 직종 간 인사교류가 허용되지 않는 점을 들어 고용형태의 차이를 인정함[46]

【 대전고등법원 2015. 2. 5. 선고 2014누12* 판결 】**

"① 원고는 2011. 4. 1. ○○시 시설관리공단과 ○○도시공사가 합병하여 출범하였는데, 원고 소속 상용직 근로자들은 본래 ○○시 시설관리공단에 소속되어 있었으며, 통합 전 위 사용자와 위 상용직 근로자들로 구성된 별도의 협의체간 임금협약을 진행, 체결해 왔고, 통합 후에도 위 상용직 근로자들로 구성된 '무기계약직 운영위원회'가 2012. 4. 13. 원고와 2011년 무기계약직 임금협약을 체결하였다.

② 2013. 2. 19. 원고의 상용직 근로자들로 조직된 ○○도시관리공사△△노동조합이 설립되었다.

44) 대전고등법원 2015. 2. 5. 선고 2014누12***판결
45) 서울행정법원 2016. 3. 24. 선고 2015구합6*** 판결
46) 대전고등법원 2015. 2. 5. 선고 2014누12*** 판결(현재 대법원에서 소송 계속 중임)

③ 한편, 원고와 ○○도시관리공사 노동조합은 2013. 6. 21. 2013년 단체협약을 체결하였으나, 위 단체협약은 ○○도시관리공사 노동조합 소속 조합원만을 적용대상으로 하고 있었고, ○○도시관리공사△△노동조합은 별도로 원고 대표이사와 2013. 7. 19. '2012년 상용직 임금 협약서'를 체결하였다.…(중략)…

1) 채용형태와 관련하여 원고의 상용직은 직제 규정상 정원에 포함되지 않는 점, 상용직은 시설물관리원, 주차원, 상담원 등의 직역으로 구성되어 그 외 직종과 업무내용이 명확히 구분되고 다른 직종 사이에 이동(인사교류)이 허용되지 않는 점이 인정되고, (중략)

이를 종합하면, 원고의 상용직 근로자와 그 외 직종 근로자들 사이에 고용형태의 차이가 있음을 넉넉히 인정할 수 있다."

나. 고용형태의 차이를 인정하지 않은 경우

판매직군 근로자와 다른 직군 근로자가 근로계약기간의 정함이 없는 정규직으로 채용되고 있다면 유의미한 고용형태의 차이가 없다고 봄[47]

【 서울행정법원 2017. 8. 11. 선고 2017구합65* 판결 】**

"나) 고용형태

앞서 본 인정사실과 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 판매직군 근로자와 다른 직군 근로자 사이에 유의미한 고용형태의 차이가 있다고 볼 수 없다.

(1) **노동조합법 제29조의3 제2항이 교섭단위 분리의 필요성을 판단함에 있어 고용형태의 차이를 고려하도록 한 것은 근로계약기간의 정함이 있는지 여부에서 비롯되는 근로조건의 차이를 위 판단에 반영하기 위함에 있다**. 원고는 판매직군 근로자와 다른 직군 근로자를 구분하지 않고 원칙적으로 근로계약기간의 정함이 없는 정규직으로 채용하고 있다. 뿐만 아니라 원고는 판매직군 근로자를 다른 직군 근로자와 마찬가지로 공개채용 방식을 통하여 채용하고 있으며, 판매직군 근로자와 다른 직군 근로자의 정년은 60세로 동일하다.

(2) **원고는 판매직군 근로자의 경우에는 일정 기간의 계약직을 거치도록 한 후 정규직으로 채용하는 반면, 다른 직군 근로자의 경우에는 일정 기간의 인턴과정 등을 거치도록 한 후 정규직으로 채용하고 있다. 그러나 위와 같은 차이는 각 직군의 특수성을 반영한 것에 불과해 보이고, 정규직 채용 전 일정한 평가기간을 가진다는 점에서는 실질적인 차이가 있다고 보이지 아니하므로, 이와 같은 차이를 두고 판매직군 근로자와 다른 직군 근로자 사이에 유의미한 고용형태의 차이가 있는 것이라고 평가할 수는 없다.**

(3) 중앙노동위원회는 판매직군 근로자와 다른 직군 근로자 상호간에 인사교류가 거의 없었던 점을 주요근거로 하여 판매직군 근로자와 다른 직군 근로자 사이에 고용형태의 차이가 있다고 판단하였다. 그러나 앞서 본 바와 같이, 노동조합법 제29조의3 제2항이 교섭단위 분리의 필요성을 판단함에 있어 고용형태의 차이를 고려하도록 한 것은 근로계약기

간의 정함이 있는지 여부에서 비롯되는 근로조건의 차이를 위 판단에 반영하기 위함에 있으므로, 비교대상 직군 간에 빈번한 인사교류가 있었는지 여부는 교섭단위 분리의 필요성을 판단함에 있어 유의미하게 고려해야 할 요소에 해당하지 않는다."

공영버스 운전원의 고용형태가 일반사무 공무직, 도로보수직, 청소차량 운전직, 환경미화원 등 다른 직종의 공무직 근로자들과 모두 동일하게 근로계약기간의 정함이 없는 '무기계약직'이라면 다른 직종과 고용형태의 차이가 없다고 봄[48]

【 서울고등법원 2016. 9. 30. 선고 2016누33*판결 】**

"(2) 고용형태

노동조합법 제29조의3에서 교섭단위 분리의 필요성 판단 시 고용형태 차이를 고려하도록 한 것은 근로계약기간의 정함이 있는지 여부에서 비롯되는 근로조건에 차이가 있는지 여부를 교섭단위 분리 필요성 판단에 반영하기 위한 것으로 봄이 상당하다. 이 사건의 경우, 앞서 채택한 증거들에 의하면 공영버스 운전원의 고용형태는 일반사무 공무직, 도로보수직, 청소차량 운전직, 환경미화원 등 다른 직종의 공무직 근로자들과 모두 동일하게 근로계약기간의 정함이 없는 '무기계약직'임이 인정된다. 뿐만 아니라 공영버스 운전원들은 다른 직종 근로자들과 마찬가지로 공개채용 방식으로 채용되고, 복무규정으로 'OOOOOO도 공무직 및 기간제 근로자 취업규정', 'OOOOOO도 곰무직 보수지침' 등을 비롯하여 공무직 직원 관리규정이 동일하게 적용되며, 정년도 60세로 동일하다.

이와 달리 공영버스 운전원의 경우 1종 대형 운전면허와 버스운전 자격증 및 일정경력이 필요하고 자격과 면허가 필요 없는 다른 직종의 근로자와 직종 변경이 이루어질 수 없다는 점은 버스를 운전하는 업무에 내재된 고유한 특성에 불과할 뿐, 이를 들어 다른 직종과의 고용형태에 별다른 차이가 있다고 볼 수는 없다(을가 제5증의 기재에 따르면 참가인 소속 다른 직종의 공무직근로자들 중 상당수도 담당 업무의 특성에 따라 필수적으로 자격증을 소지하도록 하고 있다).

그렇다면 공영버스 운전원들과 다른 직종 근로자 사이에는 고용형태에 있어서 현격한 차이가 있다고 볼 수 없다."

2.4 교섭관행

판례는 상용직 근로자들이 그 외 직종의 근로자들과 별도의 협의체 또는 노동조합을 조직·구성해 왔던 점이나 그 외 직종과 별도로 임금협약을 체결하여 온 점 등이 교섭 관행의 차이로 인정될 수 있다고 본 사례도 있으나, 교섭창구단일화 제도 시행 전 개별 노동조합 단위로 교섭한 교섭관행은 교섭단위 분리 결정에 있어

47) 서울행정법원 2017. 8. 11. 선고 2017구합65*** 판결
48) 서울고등법원 2016. 9. 30. 선고 2016누33*** 판결

고려할 사정이 아니라고 함

가. 교섭관행의 차이를 인정한 경우

상용직 근로자들이 그 외 직종 근로자들과 별도의 협의체 또는 노동조합을 조직 구성해 왔던 점이나 그 외 직종과 별도로 임금협약을 체결하여 온 점 등을 교섭 관행의 차이로 인정함[49]

【 대전고등법원 2015. 2. 5. 선고 2014누12* 판결 】**

"3) **교섭관행과 관련하여, 원고의 상용직 근로자들은 그 외 직종 근로자들과 별도의 협의체 또는 노동조합을 조직·구성해 왔던 점, 원고의 상용직 근로자들은 원고의 출범 전 ○○시 시설관리공단 소속 당시부터 그 외 직종과는 별도로 임금협약을 체결하여 온 점, ○○도시관리공사 노동조합이 체결한 2013년 단체협약은 상용직 근로자에게 적용되지 않고 그 외에 ○○도시관리공사 노동조합은 교섭대표노동조합으로 결정된 후에도 상용직 근로자들에 대한 부분을 포함하여 단체교섭을 진행한 사실이 없는 점, 이 사건 노동조합에는 원고의 상용직 근로자만 가입되어 있고, ○○도시관리공사 노동조합에는 그 외 직종 근로자만이 가입되어 있는 등 조합 별로 소속 직종이 명확히 구분되어 있는 점 등**이 인정된다. 이를 종합하면, 원고의 상용직 근로자와 그 외 직종 근로자들 사이에 교섭관행의 차이가 있음을 넉넉히 인정할 수 있다."

나. 교섭관행의 차이를 인정하지 않은 경우

플랜트건설 관련 노동조합이 2007년부터 2015년까지 지역별 사용자들 또는 그들로 구성된 사용자단체와의 사이에 지역별로 교섭을 하고, 단체협약 및 임금협약을 체결하여 온 사실을 인정하면서도, 플랜트 건설산업의 지역별 교섭 관행만으로 단체교섭을 별도로 진행하는 것을 정당화할 만한 교섭관행이 인정된다고 보기 어렵고 함[50]

【 서울고등법원 2016. 11. 17. 선고 2016누50* 판결 】**

"가) 플랜트 건설산업의 지역별 교섭관행은 원고를 포함한 초기업적 노동조합인 전국 또는 지역 단위의 산업별 노동조합과 그 지역의 사용자들 또는 그들로 이루어진 사용자단체 사이에 자율적인 합의에 따라 체결되어 온 것으로 보이는데, 이 사건 포천현장을 별도의 교섭단위로 분리할 필요성에 관하여 우선적으로 고려되어야 할 교섭 관행은 이 사건 사용자들과 그들 소속 근로자들 사이의 교섭 관행이어야 할 것이므로, 위와 같은 플랜트 건설산업의 일반적인 교섭 관행은 이 사건 포천현장을 별도의 교섭단위로 분리할 필요성

49) 대전고등법원 2015. 2. 5. 선고 2014누12*** 판결
50) 서울고등법원 2016. 11. 17. 선고 2016누50*** 판결

을 판단하는데 있어서 부차적으로 고려될 수 있는 것에 불과하다.

나) 이 사건 포천현장은 이 사건 사용자들이 체결한 하도급계약의 공사기간이 각 개시된 2015. 2. 11.(제1사용자) 및 2015. 2. 5.(제2사용자) 새로이 생긴 현장이므로, 과거에 이 사건 포천현장을 단위로 하여 별도로 교섭이 이루어진 관행은 없다.

다) 전국을 일정 지역으로 나누어 지역별로 교섭을 하는 경우와 이를 그 보다 세분하여 각 현장별로 교섭을 하는 것 사이에는 교섭비용, 교섭단위에 속한 근로자들의 교섭력, 사용자 및 복수의 노동조합 등 노동관계 당사자 사이의 이해관계 등에 있어서 상당한 차이가 있을 것으로 보이므로, 위와 같은 플랜트 건설산업의 지역별 교섭관행이 이 사건 포천현장을 별도의 교섭단위로 분리하는 것을 정당화할 만한 교섭 관행이라고 보기도 어렵다."

3. 교섭단위 분리결정에 대한 불복

3.1 불복의 대상

노동조합법 제29조의3, 제69조 제1항, 제2항에 따라 지방노동위원회의 교섭단위 분리에 관한 결정이 위법하거나 월권에 의한 경우 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있고, 중앙노동위원회의 결정이 위법하거나 월권에 의한 것이라고 인정하는 경우 행정소송을 제기할 수 있는 바, 여기에서 '위법' 또는 '월권'이라 함은 교섭단위 분리에 관한 결정 절차가 위법하거나 그 내용이 근로기준법 위반 등으로 위법한 경우 또는 당사자 분쟁의 범위를 벗어난 결정을 한 경우를 말하고, 단순히 어느 일방에 불리하거나 불합리한 내용이라는 사유만으로는 불복이 허용되지 아니함[51]

특히, 교섭단위 분리 결정에서의 '위법'이 무엇인지에 관한 명확한 대법원의 판단은 나오지 않고 있으나, 하급심 판결은 '교섭단위 분리 필요성에 대한 심리 미진 내지 노동조합법에서 정한 교섭단위 분리와 관련한 법리오해의 위법'이 그 내용이라고 설시한 바 있음[52]

3.2 행정소송 제기 시 원고적격

노동조합법 제29조의3 제2항, 제69조 제2항에 따라 중앙노동위원회의 교섭단위 분리에 관한 재심결정에 대해 **행정소송을 제기할 원고적격이 있는 노동관계 당사자는 교섭단위 분리신청을 하지 아니한 노동조합 및 사용자도 포함**됨[53]

51) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008두8*** 판결 등 참조
52) 대전지방법원 2014. 11. 5. 선고 2014구합101*** 판결
53) 서울행정법원 2016. 3. 24. 선고 2015구합64*** 판결

【 서울행정법원 2016. 3. 24. 선고 2015구합64* 판결 】**

"행정소송으로 불복할 수 있는 노동조합 당사자의 범위에 관하여 보건대, 노동조합법 제2조 제5호는 노동조합과 사용자 또는 사용자단체를 노동관계 당사자로 정의하고 있고, 교섭단위가 분리되면 소수노조에게는 단체교섭권이 배분되고 다수노조는 단체교섭권을 제한받으며 사용자로서도 교섭단위별로 교섭의무를 부담하게 된다는 면에서 노동위원회의 교섭단위 분리결정은 신청당사자뿐만 아니라 다른 노동조합과 사용자가 갖는 법률상 이익에 직접적으로 영향을 미치는 점, 이 점을 고려하여 같은 법 시행령은 노동위원회로 하여금 교섭단위 분리결정 신청내용을 해당 사업 또는 사업장의 모든 노동조합과 사용자에게 통지하도록 하는 한편, 이들 노동조합과 사용자에게 의견을 제출할 기회를 부여하고 있으며(제14조의11 제2항), 노동위원회가 교섭단위 분리에 관한 결정을 한 경우에는 이를 해당 사업 또는 사업장의 모든 노동조합과 사용자에게 통지하도록 하고 있는 점(제14조의11 제3항) 등을 종합하면, **노동조합법 제29조의3 제3항, 제69조 제2항에 따라 중앙노동위원회의 교섭단위 분리에 관한 재심결정에 대해 행정소송을 제기할 원고적격이 있는 노동관계 당사자에는 교섭단위 분리신청을 하지 아니한 노동조합 및 사용자도 포함된다고 봄이 타당하다.**"

제3절 공정대표의무제도

1. 공정대표의무의 의의

1.1 개설[54)]

가. 제도의 의의

헌법 제33조 제1항은 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체 교섭권 및 단체행동권을 가진다고 규정하여 근로자의 단결권, 단체교섭권(단체협약 체결권 포함) 및 단체행동권을 보장하고 있음

한편, 노동조합법은 하나의 사업 또는 사업장에 복수 노동조합이 존재하는 경우 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 교섭대표노동조합을 결정하도록 하고(법 제29조의2), 교섭대표노동조합에게만 단체교섭권과 쟁의행위 주도권을 인정하여(법 제29조 제2항, 제29조의5, 제30조, 제37조 제2항), 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합(이하 '소수노동조합'이라 함)의 단체교섭권 및 단체행동권을 제한하고 있음

노동조합법이 이와 같이 소수노동조합의 단체교섭권 및 단체행동권을 제한하는 것은 교섭절차를 일원화하여 효율적이고 안정적인 교섭체계를 구축하고, 소속 노동조합이 어디든 관계없이 조합원들의 근로조건을 통일하고자 하는 데 그 목적이 있는 것임(헌법재판소 2012. 4. 24. 선고 2011헌마338 결정 참조)

노동조합법은 이러한 제한을 최소화하기 위하여 교섭대표노동조합의 대표자에게 교섭을 요구한 모든 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 부여하고(제29조 제2항), 교섭대표노동조합과 사용자에게 **교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원 간에 합리적 이유 없이 차별을 하여서는 아니 된다는 공정대표의무를 부과하고 있음(제29조의4 제1항)**

그런데 단체협약에는 개별 근로자의 근로조건을 정한 규범적 부분 외에 '근로시간 중 조합활동의 인정', '전임자의 인정', '노동조합 사무실의 제공'과 같은 노조활동에 관한 조항(이는 단체협약 중 채무적 부분의 일부)이 포함될 수 있고, 이러한 노조활동에 관한 내용은 개별 근로자의 근로조건에 관한 것이 아니라 노동조합 자체의 존속·

54) 서울고등법원 2017. 9. 21. 선고 2017누60*** 판결 참조

유지·활동에 관한 것으로 노동조합법이 소수노동조합의 단체교섭권을 제한하는 목적, 즉 교섭절차의 일원화를 통한 효율적이고 안정적인 교섭체계의 구축이나 근로조건의 통일과는 별다른 관련이 없음

그럼에도 불구하고 **소수노동조합은 노조활동에 관한 부분이 규범적 부분과 함께 단체협약의 내용이 된다는 사정으로 인하여 규범적 부분뿐만 아니라 노조활동에 관한 부분에 대하여도 단체교섭권을 행사하지 못하고 단지 교섭창구 단일화 절차에서 경쟁관계에 놓여있던 교섭대표노동조합이 사용자와 협상을 통하여 얻어내는 결과물을 기다릴 수밖에 없는 처지이므로 소수노동조합을 보호할 필요가 있고, 그 내용이 노조의 기본적 활동에 관한 것일 때에는 그 필요성이 더욱 크다고 할 것임**(서울행정법원 2013. 11. 21, 선고 2013구합17*** 판결 참조).

나. 판례의 경향

복수노조 체제하의 교섭창구단일화 제도 시행 이후 공정대표의무를 다룬 다수의 하급심 판결이 축적되었음

법원은 공정대표의무가 교섭창구 단일화의 강제로 인한 소수노조의 단체교섭권 제한을 최소화하는 제도적 장치로서 의미를 가지므로 기본권 보장 측면에서 공정대표의무를 적극적으로 인정하는 경향임

특히, 노조활동에 관한 조항(단체협약 중 채무적 부분)에 대해 소수노조를 보호할 필요가 더욱 크다는 일관된 판시를 하며, 노조사무실, 근로시간면제, 근로시간 중 조합활동 등에 관한 공정대표의무 위반 여부에 대하여는 더욱 엄격하게 판단하고 있음

최근 민사 판결[55]에서는 교섭대표노조가 잠정합의안 찬반투표에서 소수노조를 배제하는 것을 공정대표의무 위반으로 판시하는 등 향후 절차적 공정대표의무도 중요하게 판단할 것으로 예상됨

1.2 공정대표의무의 내용

가. 교섭대표노동조합의 공정대표의무

교섭대표노동조합의 공정대표의무는 자신과 그 조합원에 비하여 다른 노동조합과

55) 서울고등법원 2017. 8. 18. 선고 2016나2057*** 판결

그 조합원을 합리적인 이유 없이 차별하지 않을 의무로서, 교섭대표행위를 함에 있어서 불합리한 차별을 하여서는 안 된다는 소극적 의미에 그치는 것이 아니라 경우에 따라서는 **소수 노동조합이 받는 불합리한 차별을 제거하기 위해 노력해야 하는 적극적 의무까지 포함**하는 것으로 볼 수 있음[56]

판례는 사용자로부터 노조사무실을 제공받은 교섭대표노조는 **소수노조에 대하여도 노조사무실이 제공될 수 있도록 사용자에게 적극적으로 요구**하고, 요구가 받아들여지지 않을 경우 **제공받은 사무실 중 일부를 소수노조에게 제공하는 방안**도 진지하게 고려하여야 한다고 판시한 바 있음[57]

【 서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016누70* 판결 】**

"(1) 제1 행위(단체협약 체결 이전부터 원고에게만 노조사무실을 제공) 관하여

앞서 본 인정사실과 앞서 거시한 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, **원고는 참가인 지회가 원고와 달리 이 사건 회사로부터 노동조합 사무실을 제공받지 못하였음을 알면서도 참가인 지회에 노동조합 사무실의 공동사용을 제안하거나 참가인 지회에도 노동조합 사무실이 제공되도록 이 사건 회사에 적극적으로 요구하는 등 불합리한 차별을 제거하기 위한 노력을 다하였다고 보기 어렵다.**

따라서 제1 행위는 공정대표의무 위반에 해당 한다.

① 원고는 이 사건 회사가 참가인 지회의 노동조합 사무실 제공 요청에 응하지 않고 있음을 알고 있었음에도 원고가 노동조합 사무실을 제공받은 것은 이 사건 회사에 협조를 요청해 얻은 결과물임을 강조하며 참가인 지회 스스로 해결할 것을 암시했을 뿐 참가인 지회가 사무실을 사용할 수 있도록 하기 위하여 별다른 노력을 기울이지 않았다.

…(중략)…

③ 원고는 참가인 지회의 조합원 수에 다툼이 있어 이 사건 회사로부터 노동조합 사무실을 제공받을 수 없었다고 주장한다.

사용자가 노동조합 사무실을 제공할 때 조합원 수가 고려 대상이기는 하나 반드시 조합원 수에 따른 산술적 비례에 따라 사무실 제공 의무를 부담하는 것은 아니므로, 원고는 이 사건 회사 사업장의 여건, 조합의 규모, 노동조합 사무실의 필요성 등을 고려해 참가인 지회에도 합리적인 규모의 사무실이 제공될 수 있도록 이 사건 회사에 적극적으로 요구하고, 그러한 요구가 받아들여지지 않을 경우 원고가 제공받은 사무실 중 일부를 참가인 지회에 제공하는 방안도 진지하게 고려하여야 한다.

그런데 원고가 이 사건 회사와 마찬가지로 참가인 지회의 거듭된 요구에도 조합비를 원천공제하는 조합원만을 조합원으로 인정하겠다는 주장을 고수한 점에 비추어 보면, 원고가 참가인 지회의 이익을 대변할 의사를 가지고 있었다고 보기 어렵다."

56) 서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016누70*** 판결(서울행정법원 2016. 9. 29. 선고 2015구합8*** 판결을 인용하였으며, 원고 상고포기로 2심 확정됨)

57) 서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016누70*** 판결

최근 서울고등법원은 공정대표의무의 구체적 내용에 대하여 '소수노조의 단체교섭권이 형해화되는 것을 막는 정도'에 그쳐서는 아니 되고, '소수노조가 교섭대표노조를 통해 단체교섭권을 실현한다'고 평가할 수 있는 정도여야 하며, 공정대표의무의 부담에 따른 교섭대표노조의 행동 제한이나 불편함은 소수노조의 단체교섭권 제한을 상쇄하기 위한 것이므로, 교섭대표노조로서는 마땅히 이를 감수해야 한다고 판시하기도 하였음[58]

【 서울고등법원 2017. 8. 18. 선고 2016나2057*판결 】**

"가. 피고들의 공정대표의무

1) 공정대표의무의 내용과 위반 여부의 판단 기준

이 법원이 이 부분에 적을 이유는 아래 내용을 추가하는 외에는 제1심 판결 제2항 기재 내용과 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 그대로 인용한다.

『① '교섭청구 단일화 제도가 소수노조의 노동삼권 특히 단체교섭권을 제한하는 것임이 분명한데도 그 헌법적 정당성을 수긍할 수 있는 것'은 그러한 제한을 통하여 얻게 되는 법익이 있다는 점뿐만 아니라 입법자가 단체교섭권 제한에 따른 문제점을 상당 정도 제거 또는 완화할 수 있는 수단을 동시에 마련하였기 때문이다. 위와 같은 문제점을 제거 또는 완화할 수 있는 가장 의미 있는 수단이 바로 교섭대표노조의 공정대표의무이다. 노동조합법에서 정한 추상적인 공정대표의무가 구체적으로는 어떤 내용을 담고 있는지를 밝힐 때는 위와 같은 공정대표의무의 헌법적 의미와 비중을 염두에 둘 필요가 있다.

② 교섭창구 단일화 이후 소수노조는 교섭대표노조를 통해서만 단체교섭 과정에 자신의 의사를 반영할 수 있다. 경우에 따라 사용자는 소수노조와 직접 단체교섭에 응할 의무를 부담하지 않는다. 이런 점에서 교섭대표노조는 '소수노조 역시 우리 헌법에서 정한 단결권과 단체교섭권을 보유하고 있고, 독자적 존재의의를 갖고 있음'을 승인하고 존중하는 관점을 가져야 한다.

③ 이와 같이 해석할 경우, **공정대표의무의 구체적 내용은 '소수노조의 단체교섭권이 형해화되는 것을 막는 정도'에 그쳐서는 아니 되고, '소수노조가 교섭대표노조를 통해 단체교섭권을 실현한다'고 평가할 수 있는 정도여야 한다. 공정대표의무의 부담에 따른 교섭대표노조의 행동 제한이나 불편함은 소수노조의 단체교섭권 제한을 상쇄하기 위한 것이므로, 교섭대표노조로서는 마땅히 이를 감수해야 한다.**"

나. 사용자의 공정대표의무

사용자의 공정대표의무는 교섭대표노동조합이 교섭대표권을 가진다는 이유로 합리적인 이유 없이 유리하게 처우하여서는 아니 되고, **각 노동조합에 대해 중립적인 태도를 유지하고, 그 단결권을 평등하게 인정하고 존중하여야 할 의무를 부담하며, 노동**

58) 서울고등법원 2017. 8. 18. 선고 2016나2057***판결

조합 소속을 이유로 차별하여서는 안 된다는 것을 의미함[59]

또한, 사용자의 공정대표의무는 교섭대표노동조합과 소수 노동조합 사이에 합리적 차별이 발생하지 않도록 하는 **소극적 의무뿐만 아니라 경우에 따라서는 교섭대표노동조합 등에 의하여 이미 발생한 차별을 제거하기 위해 노력을 기울여야 하는 적극적 의무까지 포함한다고 볼 수도 있음**[60][61]

【 서울고등법원 2017. 5. 12. 선고 2016누68*판결 】**

"⑵ 제2 행위에 관하여

원고는 양 노동조합이 함께 사용할 수 있는 노동조합 게시판을 마련해 주었고, 참가인 지회가 게시판을 사용하지 않은 것은 ○○○노동조합과의 다툼으로 인해 ○○○노동조합이 게시판의 명패를 교체한 데 따른 것이기는 하다.

그러나 앞서 본 인정사실과 앞서 거시한 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 노동조합 게시판 이용에 있어 교섭대표노동조합인 ○○○노동조합과 참가인 지회 사이에 차별이 있었고, 원고는 그와 같은 차별을 해소하기 위한 별다른 노력을 기울이지 않았으므로 공정대표의무를 다하였다고 보기 어렵다.

따라서 제2 행위는 공정대표의무 위반에 해당한다.

① ○○○노동조합이 노동조합 게시판의 명패를 교체하였다고 하여 참가인 지회가 게시판을 사용하는 것이 물리적으로 불가능해 진 것은 아니나, ○○○노동조합과 원만한 관계에 있지 않았음을 고려할 때 참가인 지회로서는 ○○○노동조합의 명패가 부착된 게시판을 사용하는 것에 대하여 독자적인 노동조합으로서의 자존감이 훼손되는 데 따른 거부감이 들 수밖에 없을 것이므로 이러한 사정은 참가인 지회가 사실상 노동조합 게시판을 사용하는 데 현저한 장애사유가 되었다고 봄이 상당하다.

② **사용자의 공정 대표의무는 교섭대표노동조합과 소수 노동조합 사이에 합리적 차별이 발생하지 않도록 하는 소극적 의무뿐만 아니라 경우에 따라서는 교섭대표노동조합 등에 의하여 이미 발생한 차별을 제거하기 위해 노력을 기울여야 하는 적극적 의무까지 포함한다고 봄이 상당한데다가, 이 사건 단체협약 제18조는 원고에게 조합의 적법하고 정당한 홍보활동을 보장할 책무를 부여하고 있다.**

그런데 앞서 본 바와 같이 게시판 사용에 있어 차별이 발생한 상황에서 참가인 지회가 ○○○노동조합과의 협의를 통한 해결이 어려워지자 원고에게 해결책을 강구해 줄 것을 요청하였음에도 원고는 분쟁을 해결하려는 별다른 노력도 기울이지 않은 채 막연히 노동조합 상호간 원만한 해결을 제안하였을 뿐이다."

59) 서울행정법원 2016. 6. 16. 선고 2015구합83***, 서울행정법원 2016. 5. 12. 선고 2015구합9*** 판결 등

60) 서울고등법원 2017. 5. 12. 선고 2016누68*** 판결

61) 현재까지 법원의 판결이 나온 적은 없으나, 절차상 공정대표의무에 대하여도 사용자의 공정대표의무가 인정될 수 있는지 검토가 필요. 다만, 특정노조에 불리한 내용을 담고 있는 교섭요구안이 사측에 전달되었음에도 그 사유를 설명하거나, 노조 간 조정 등 절차를 거치지 않는 경우 공정대표의무 위반이 문제될 수 있을 것임(2016. 11. 21. 판정 중앙2016공정24 사건의 경우, 보충협약을 체결하는 과정에서 소수노조에게 다소 불리한 교섭안을 소수노조에게 알리거나 의견을 청취하는 등 협의를 거치지 않았다는 이유로 사용자의 공정대표의무 위반을 인정하였음(원고가 소 취하)

특히, **근로시간면제 배분에 관한 사용자의 공정대표의무 위반**에 관하여 노동조합별로 면제시간을 배분하는 것은 **사용자의 개입이 불가피하고 노동조합이 자율적으로 결정하도록 방치할 수 없는 사항이라고 하여**[62] **근로시간면제 배분에 관하여는 사용자의 공정대표의무가 특별히 중요하다는 취지**로 판시한 바 있음

1.3 공정대표의무의 범위

공정대표의무는 단체협약 내용뿐만 아니라 교섭준비와 교섭과정, 단체협약의 적용·이행 및 운영과정 전반에 미친다고 할 수 있음

특히, 교섭대표노동조합이 그 지위를 유지하는 기간 동안 단체협약을 해석 적용하는 경우에도 준수되어야 하고, 교섭을 전후하여 노동조합간 그리고 조합원간의 이해를 조정하는 전과정에서 실체적인 면을 물론 절차적인 면에서도 관철되어야 함[63]

한편, 사용자가 단체협약을 체결한 이후, 단체협약 내용상 교섭대표노동조합과 소수노조의 협의 등으로 해결되어야 한다면 이 때에도 사용자는 공정대표의무를 부담하는지 문제될 수 있음

판례는, 단체협약상 1시간으로 정해진 신입사원에 대한 노동조합 교육시간에 대하여 교섭대표노동조합과 소수노조가 논의하여 결정하라고 회신하였으나, 협의가 되지 않자 조합원 수 등에 따라 교섭대표노조에게 교육시간 50분, 소수노조에게는 교육시간 10분을 부여한 사례에서, **단체협약 이후에 단체협약에 기초하여 이루어진 회사와 교섭대표노동조합 사이의 협의나 회사의 노동조합들에 대한 조치도 그것이 애초부터 단체교섭과정에서 교섭대표노동조합과 회사 사이에 논의될 수 있는 성질의 것이라면 공정대표의무 위반 여부가 문제될 수 있다**고 하여[64] (단체협약 체결 이후 협약 이행과정 상) 사용자의 공정대표의무 부담을 인정하였음

【 서울행정법원 2014. 4. 4. 선고 2013구합4* 판결 】**

"이러한 단체교섭 창구 단일화 제도와 공정대표의무의 입법목적에 비추어 보면 공정대표의무 위반 여부는 단체교섭의 결과물인 단체협약만을 놓고 판단할 수는 없고 그 단체협약 이후에 단체협약에 기초하여 이루어진 회사와 교섭대표노동조합 사이의 협의나 회사의 노동조합들에 대한

62) 서울행정법원 2015. 12. 3. 선고 2015구합64***판결
63) 서울고등법원 2017. 1. 18. 선고 2016누52*** 판결(대법원에서 소송 계속 중임)
64) 서울행정법원 2014. 4. 4. 선고 2013구합4*** 판결

조치도 그것이 애초부터 단체교섭과정에서 교섭대표노동조합과 회사 사이에 논의될 수 있는 성질의 것이라면 공정대표의무 위반 여부가 문제될 수 있다고 보아야 한다.

나) 이러한 법리에 따라 이 사건에 관하여 보면, **이 사건에서 문제가 된 이 사건 단체협약 제18조는 노동조합에게 신입사원 교육시간을 1시간 부여한다고만 정하고 있을 뿐 복수의 노동조합이 있는 경우 그 노동조합들 사이에 교육시간을 어떻게 배분할 것인지에 대하여는 정하고 있지 아니하다. 이와 같은 상황에서 신입사원 교육시간 배분 문제는 회사와 복수의 노동조합이 상호 협의하여 정하여야 할 것이나, 협의가 이루어지지 않는 경우 결국 단체교섭과정에 준하여 회사와 교섭대표노동조합이 논의하여 정하여야 할 것으로 보인다.**

그런데 앞서 본 바와 같이 공정대표의무 위반 여부가 문제된 원고의 이 사건 조치는 원고가 참가인 노동조합과 소외 노동조합에게 이 사건 단체협약에 따라 부여된 이 사건 교육시간의 사용에 관한 협의를 요청한 후위 두 노동조합이 각자 이 사건 교육시간 전부를 사용하겠다고 회신함에 따라 원고가 그 시간을 임의로 배분한 것으로서, **복수의 노동조합이 있는 경우 그 노동조합들 사이에 교육을 어떻게 배분할 것인지는 단체교섭과정에서 교섭대표노동조합과 회사 사이에 논의될 수 있는 성질의 것이고 그것이 논의되지 아니하여 결국 원고가 이 사건 조치에 이르게 된 것이므로 원고의 공정대표의무 위반 여부가 문제될 수 있다. 따라서 이 부분 원고의 주장은 받아들이지 아니한다.**"

2. 공정대표의무 위반시 시정절차

교섭대표노동조합과 사용자가 공정대표의무를 위반하여 특정의 교섭참여노동조합 또는 그 조합원을 차별한 경우에는 해당 노동조합은 그 행위가 있은 날(단체협약 내용의 일부 또는 전부가 공정대표의무에 위반되는 경우에는 단체협약 체결일)로부터 3개월 이내에 노동위원회에 그 시정을 요청할 수 있음(노동조합법 제29조의4 제2항)

노동위원회는 그 신청에 대하여 합리적 이유 없이 차별을 하였다고 인정한 때에는 그 시정에 필요한 명령이나 결정을 서면으로 해야 함(법 제29조의4 제3항, 시행령 제14조의12 제5항)

노동위원회의 명령 또는 결정에 대한 불복절차 등에 관해서는 부당노동행위 구제명령에 대한 불복 및 판정의 효력에 관한 규정(법 제85조 및 제86조)을 준용함(법 제29조의4 제4항)

2.1 신청기간

공정대표의무는 교섭대표노동조합으로 결정된 때부터 발생하고, 시정신청 기간은 단체협약 내용의 일부 또는 전부가 불합리한 차별에 해당할 경우에는 단체협약 체결일로부터 3개월 이내이며, 단체협약의 내용 이외의 경우에는 그 차별의 행위가 있은 날로부터 3개월 이내임

판례는 근로시간 면제에 대한 차별이 있어 공정대표의무 위반이 문제되는 경우 그 차별행위가 있은 날은 최종적으로 근로시간 면제를 차별적으로 부여해 달라는 교섭대표노동조합의 요청에 따라 사용자와 교섭대표노동조합이 단체협약을 체결하거나 사용자가 그러한 요청에 동의함으로써 그 차별 행위가 완성된 날을 뜻한다고 보아야 한다고 판시함[65)]

【 서울고등법원 2017. 2. 8. 선고 2016누64* 판결 】**

"그 차별행위는 단순히 교섭대표노동조합의 사용자에 대한 근로시간 면제의 차별적인 부여 요청으로만 이루어지는 것이 아니라 그러한 요청에 따른 사용자와 교섭대표노동조합 간의 단체협약 체결 또는 그러한 요청에 대한 사용자의 동의가 있어야 완성된다고 봄이 타당하다. 그러므로 이러한 경우에 노동조합법 제29조의4 제2항에 따라 공정대표의무 위반에 대한 시정을 신청할 수 있는 3개월의 기산점이 되는 '차별행위가 있은 날'은 최종적으로 근로시간 면제를 차별적으로 부여해달라는 교섭대표노동조합의 요청에 따라 사용자와 교섭대표노동조합이 단체협약을 체결하거나 사용자가 그러한 요청에 동의함으로써 그 차별 행위가 완성된 날을 뜻한다고 보아야 하고, 설령 교섭대표노동조합이 사용자에게 근로시간 면제의 차별적인 부여를 요청하여 공정대표의무를 위반한 차별 행위를 개시하였다고 하더라도 사용자가 이에 응하여 단체협약을 체결하지도 않고 이에 동의하지도 않고 있는 동안에는 그 차별 행위는 완성되지 않고 여전히 진행 중이서 위 3개월의 신청 기간은 진행되지 않는다고 보아야 한다."

2.2 입증책임

공정대표의무의 취지 및 "교섭대표노동조합과 사용자는 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원 간에 합리적 이유 없이 차별을 하여서는 아니 된다"로라고 규정하고 있는 노동조합법 제29조의4 제1항 문언의 해석상 사용자나 교섭대표노동조합이 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합을 교섭대표노동조합과 다

65) 서울고등법원 2017. 2. 8. 선고 2016누6*** 판결

르게 대우하는 경우, 사용자나 교섭대표노동조합의 적극적인 주장·증명에 의하여 그와 같은 차별에 합리적 이유가 있다는 것이 인정되지 않는 이상 공정대표의무를 위반하였다고 보아야 함[66]

즉, 노동조합법 제29조의4 제1항의 문언과 관련법 규정들의 해석상 사용자나 교섭대표노동조합이 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합을 교섭대표노동조합과 다르게 대우하는 경우, 차별의 존재 여부에 관한 입증책임은 이를 주장하는 소수노동조합이 부담하고, 차별이 입증된 경우 그와 같은 차별에 합리적 이유가 있는지 여부는 이를 주장하는 교섭대표노동조합과 사용자가 부담하여야 함[67]

3. 절차상 공정대표의무

3.1 절차상 공정대표의무 판단기준

판례는 대체적으로 **교섭대표노조는 교섭요구안에 대한 의견을 수렴하고 이를 확정하는 과정에서 신의성실의 원칙에 입각하여 교섭창구단일화 절차에 참여한 노동조합 등에 대하여 의견을 제출할 기회를 충분히 부여하고 협의하여야 할 뿐 아니라 교섭요구안 결정 이유 등에 대하여 설명할 의무**가 있으나, **교섭요구안 의제를 선택하고 구체적인 협상을 함에 있어 각 의제의 중요성 판단, 교섭력 집중과 목표달성을 위한 전략 선택 등에 관하여는 교섭대표노조의 재량권이 인정**된다는 입장임[68]

【 서울고등법원 2017. 8. 18. 선고 2016나205* 판결 】**

"노동조합법은 교섭대표노조와 사용자에게 공정대표의무를 부과하여 교섭창구단일화절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원에 대한 차별을 금지하고 있는바, **이러한 공정대표의무상 교섭대표노조는 교섭요구안에 대한 의견을 수렴하고 이를 확정하는 과정에서 신의성실의 원칙에 입각하여 교섭창구단일화 절차에 참여한 노동조합 등에 대하여 의견을 제출할 기회를 충분히 부여하고 협의하여야 할 뿐 아니라 교섭요구안 결정 이유 등에 대하여 설명할 의무가 있다.**

다만, 노동조합법이 교섭대표노조의 대표자에게 모든 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자와 교섭할 권한을 부여하고 소수노조 역시 교섭의 결과를 함께 향유할 수 있도록 한 노동조합법의 취지 및 구체적인 협상 과정이 쉽게 예상되는 것이 아니고 신속하고 즉각적인 판단이 필요한 경우도 존재한다는 점 등을 고려할 때, **교섭대표노조에는 교섭요구안 의제를 선택하고 구체적인**

66) 서울고등법원 2017. 5. 12. 선고2016누68*** 판결
67) 서울고등법원 2017. 1. 18. 선고 2016누52***판결(대법원에서 소송 계속 중임)
68) 서울고등법원 2017. 8. 18. 선고 2016나205*** 판결

협상을 함에 있어 각 의제의 중요성 판단, 교섭력 집중과 목표달성을 위한 전략 선택 등에 관하여 재량권이 인정된다고 보아야 할 것이다. 따라서 구체적인 의제나 개별적인 협상 절차에까지 무조건적으로 소수노조의 의견을 수렴하여야 하거나 소수노조의 참여를 보장하여야 할 의무까지 존재하는 것은 아니나, **그 절차적 보장이 형식적인 것에 그치거나 특별히 소수노조에게 핵심적이고 중요한 의제임에도 불구하고 소수노조에 의견수렴 절차를 충분히 거치지 않는 등 신의성실의 원칙에 비추어 앞서 인정된 교섭대표노조의 재량권의 범위를 일탈하는 경우에는 교섭대표노조가 절차적 공정대표의무를 위배한 것이라고 봄이 상당하다.**"

3.2 정보제공 및 의견수렴의무

교섭대표노동조합은 교섭요구안에 대한 의견을 수렴하고 이를 확정하는 과정에서 교섭창구단일화 절차에 참여한 노동조합 등에 대하여 의견을 제출할 기회를 충분히 부여하고 협의할 뿐만 아니라 교섭요구안 결정 이유 등에 대하여 설명할 의무가 있음[69]

판례는 단체협약 내용이 전년도와 대동소이 하고, 소수노조의 요구사항이 특별한 내용이 없는 경우 교섭 과정이나 내용을 통지하거나 설명하지 아니하였더라도 공정대표의무 위반이 아니라고 판단함[70]

【 서울고등법원 2014. 4. 24. 선고 2013누53* 판결 】**

"나) 이 사건에 관하여 살피건대, 위 인정 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ① 앞서 본 바와 같은 노조법 취지에 비추어 볼 때 교섭요구안 의제 선정에 있어서는 교섭대표동조합인 참가인 노동조합에게 재량권이 인정되는 점, ② 참가인 노동조합으로서는 원고가 통상 예측하기 어려운 교섭 과정이나 불리한 교섭 내용을 공개할 의무가 인정되나, 교섭대표노동조합을 인정하는 노조법 취지상 그 교섭과정이나 내용을 일일이 제공할 의무가 있다고 보기 어려운 점, ③ 이 사건 단체협약의 내용이 전년도 단체협약과 비교하여 단일화 절차에 관한 내용이 추가된 외에 대동소이한 점, ④ 또한, 원고의 요구사항에는 단일화 절차에 관한 특별한 내용이 없는 점 등을 고려하면, 참가인 노동조합이 원고에게 교섭 과정이나 내용을 통지하거나 설명하지 아니하였더라도 원고에 대한 불합리한 차별로서 공정대표의무를 위반하였다고 보기 어렵다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다."

또한, 교대노조가 소수노조에게 확정요구안을 통지한 이상 별도로 소수노조의 요구안이 확정요구안에서 배제되었다는 사실을 통지할 의무는 없다고 보았음[71]

69) 서울행정법원 2013. 11. 19.선고 2013구합16*** 판결
70) 서울고등법원 2014. 4. 24. 선고 2013누53*** 판결

【 서울행정법원 2013. 7. 11. 선고 2012구합39* 판결 】**

"앞서 본 바와 같이 참가인은 2012. 4. 19. 확정요구안을 원고에게 통보하였다. 원고는 원고 요구안과 확정요구안을 비교하여 원고 요구안이 반영되었는지 여부를 충분히 알 수 있었다. 따라서 참가인이 확정요구안을 원고에게 통지한 이상 별도로 원고 요구안이 확정요구안에서 배제되었다는 사실을 통지할 의무가 있다고 보이지 않는다.(참가인이 확정요구안 결정과정에서 원고에 대하여 협의 및 설명절차를 이행하지 아니한 부분이 공정대표의무를 위반하였음은 앞서 본 바와 같이 이 사건 재심판정에서 이미 인정되었다). 원고의 이 부분 주장은 이유 없다."

반면, 교섭대표노동조합이 소수노조에 단체협약 또는 근로시간 면제 한도 배분에 관한 의견을 묻는 공문을 두어 차례 보낸 사실만으로는 의견 수렴 절차나 협의하는 절차를 충실하게 이행하였다고 인정하기는 부족하다고 판단함[72]

【 서울행정법원 2016. 1. 21. 선고 2015구합4* 판결 】**

"참가인이 2014년 3월경 원고와 단체협약 체결을 위한 교섭을 시작하여 2014. 6. 3. 이 사건 합의를 포함한 2014년 단체협약 등을 체결할 때까지 OOOO노조에 단체협약 또는 근로시간 면제한도 배분에 관한 의견을 묻는 공문을 두어 차례 보냈던 사실을 인정할 수 있으나, 위 인정사실만으로는 원고와 참가인이 이 사건 협의를 하는 과정에서 OOOO노조로부터 의견을 수렵하는 절차나 OOOO노조와 협의하는 절차를 충실하게 이행하였다고 인정하기에 부족하다. 오히려 갑 제7, 9호증의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면 OOOO노조는 위와 같이 단체협약과 근로시간 면제 한도 배분에 관한 의견을 묻는 참가인의 공문에 답신을 하면서 몇 차례 직접 만나서 의견을 조율하고 싶다는 의사를 전하였으나 참가인은 그에 응하지 않았던 사실을 인정할 수 있고, 이에 따르면 원고와 참가인은 이 사건 합의를 하는 과정에서 OOOO노조로부터 의견을 수렴하거나 공공운수노조와 협의하는 절차를 충실하게 이행하지 않았다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 합의는 절차적인 합리성도 갖추고 있지 못하다."

한편, 최근 판례[73]는 **교대노조 대표자가 단협 잠정합의안에 대하여 총회 또는 대의원회 결의 절차(찬반투표)를 거치기로 하였다면, 소수노조 조합원에게도 동등하게 절차에 참여할 기회를 부여하거나 소수노조 조합원의 찬반의사를 교대노조 조합원의 것과 동등하게 취급할 의무를 부담한다고 판시**하여 소수노조의 의견 제출 권한을 적극적으로 인정한 바 있음

71) 서울행정법원 2013. 7. 11. 선고 2012구합39*** 판결
72) 서울행정법원 2016. 1. 21. 선고 2015구합4*** 판결
73) 서울고등법원 2017. 8. 18. 선고 2016나20*** 판결

【 서울행정법원 2017. 8. 18. 선고 2016나205* 판결 】**

"4) 잠정합의안에 관한 찬반투표에서 원고 지회 조합원을 배제한 점

가) 공정대표의무 위반 여부

노동조합 대표자의 단체협약 체결권한을 전면적·포괄적으로 제한하는 것이 아닌 이상, '노동조합 대표자가 단체교섭 전에 또는 단체교섭 과정 중에 사용자와의 협상에 필요한 협약안을 총회 또는 대의원회 결의를 통해 확정하도록 하거나 의견수렴의 일환으로 위와 같은 결의를 거치도록 하는 정도의 절차적 제한을 가하는 것'은 허용된다(대법원 2014. 4. 24. 선고 2010다24*** 판결의 취지 참조). 다음과 같은 이유로, 교섭대표노조 대표자가 위와 같은 목적으로 교섭대표노조의 총회 또는 대의원회 결의절차를 거치기로 하였다면, 단체협약 체결권한의 전면적·포괄적 제한이 아닌 이상 소수노조 조합원에게도 동등하게 절차에 참여할 기회를 부여하거나 소수노조 조합원의 찬반의사를 교섭대표노조 조합원의 것과 동등하게 취급할 의무를 부담한다. 교섭대표노조 대표자가 소수노조 조합원에게만 위와 같은 절차참여권을 부여하지 않았다면, 이는 공정대표의무를 위반한 것이다. 따라서 피고 ○○○노동조합이 잠정합의안에 관한 찬반투표 과정에서 원고 지회 조합원의 절차참여권을 배제하였던 이상, 이는 공정대표의무를 위반한 것이다.

(1) 합리적인 이유 없는 차별

'교섭대표노조 대표자가 사용자와 체결한 단체협약'은 교섭대표노조 조합원뿐만 아니라 교섭과정에서 배제된 소수노조 조합원에게도 동일하게 효력을 미친다(노동조합법 제29조 제2항). 특히 근로자의 생존권과 직결되는 근로조건에 관한 부분도 동일하게 효력을 미친다. 따라서 교섭대표노조 대표자가 교섭대표노조 조합원의 총의만을 수렴하기 위하여 협상안에 관한 교섭대표노조의 총회 또는 대의원회 결의만을 거친 다음 사용자와 단체협약을 체결하였다면, 이는 노동조합의 소속에 따라 조합원을 차별하는 것이다. 단체협약이 조합원에 미치는 영향을 고려하면, 교섭의 효율성만으로는 위와 같은 차별행위에 합리성이나 정당성을 부여할 수 없다.

(2) 공정대표의무의 의의

…(중략)…

결국, '단체협약의 규범적 효력'은 조합원의 수권적 동의와 조합민주주의에 기초한다. 그러나 노동조합법 제29조의2 제2항에 따라 자율적으로 교섭대표노조를 정한 경우를 제외하고, '교섭대표노조 대표자가 체결한 단체협약의 효력'이 소수노조 또는 소수노조 조합원에게까지 미친다는 점과 관련해서는 위와 같은 정당성의 기초를 인정하기 어렵다. 대법원 1993. 4. 27. 선고 91누1***전원합의체 판결은 노동조합 대표자의 단체협약 체결권을 인정하는 근거로 '노동조합이 하나의 사단이라는 점'과 '노동조합이 자주적으로 대표자를 선출하거나 교체할 수 있다는 점'을 들었으나, 교섭창구 단일화 절차에 참여한 소수노조와의 관계에서 교섭대표노조 대표자에게는 이와 같은 이론적 근거를 인정할 수 없다. 이런 의미에서, '교섭대표노조에 부여된 공정대표의무'는 '조합원의 수권적 동의나 조합민주주의 실현을 대체한다'는 중요한 의미를 지닌다. 따라서 교섭대표노조가 단체협약의 효력을 받는 조합원의 총의를 수렴할 때에는, 수권적 동의 또는 조합민주주의의 관점에서 최소한 소수노조 조합원에게도 동등하게 위와 같은 절차에 참여할 권리를 부여해야 한다. 특히 단체교섭권은 헌법에서 보장하는 노동삼권 중 가장 핵심적인 권리이고(대법원 1990. 5. 15. 선고 90도*** 판결), 교섭창구 단일화 제도는 이와 같은 단체교섭권을 중대하게 제한하는 것이라는 점에서 그렇다."

3.3 교대노조가 소수노조의 요구사항을 관철하지 못한 경우

일반적으로는 교대노조가 소수노조의 요구사항을 단체교섭에서 관철하지 못한 경우, **교대노조 스스로도 그와 동일한 사항을 자신의 단체협약에 포함시키지 못했다면 소수노조를 차별한 것은 아니어서 공정대표의무를 위반하였다고 볼 수 없음**

다만, 산별노조인 교대노조가 사업장 단위의 단체교섭 없이도 **산별협약에 따라 일정한 사항을 사용자로부터 보장받고 있는 상황에서 내용이 동일한 소수노조 요구사항에 대해서는 적극적 교섭을 하지 않음으로써 단체협약에 반영하지 못한 경우는 공정대표의무 위반에 해당될 수 있음**[74]

【 서울행정법원 2013. 6. 12. 선고 2012구합35*판결 】**

"일반적으로는 교섭대표노조가 소수노조의 요구사항을 단체교섭에서 관철하지 못했다 하더라도 교섭대표노조 스스로도 그와 동일한 사항을 자신의 단체협약에 포함시키지 못했다면, 소수노조를 차별한 것은 아니어서 공정대표의무를 위반하였다고 볼 수 없지만,

…(중략)…

즉 **교섭대표노조가 속한 산별노조가 체결한 산업별 단체협약에서 이미 합의가 이루어져 사업장 단위의 보충협약에서 다시 다룰 필요가 없는 교섭사항의 경우, 교섭대표노조는 사업장 단위에서 회사와 합의한 것이 없기 때문에 위 교섭사항에 관하여 소수노조를 위하여 단체협약을 체결하지 않아도 사업장 단위에서의 단체교섭만을 떼어 놓고 보면 소수노조를 불리하게 취급한 것이 없기는 하나, 다음의 요건을 모두 만족하는 경우, 즉 ① 산별협약을 포함한 단체교섭 전체를 보았을 때에는 교섭대표노조만이 회사로부터 보장받게 되는 단체협약 조항이 있고, ② 이러한 조항을 소수노조에게는 확대하여 적용하지 말아야 할 합리적인 이유가 존재하지 않으며, ③ 이러한 조항을 소수노조에게도 보장하지 않는 것이 복수노조를 허용한 취지나 단체교섭 창구단일화 제도를 도입한 목적에 반하는 결과를 가져오는 경우에는, 교섭대표노조와 회사가 이러한 조항에 대하여 소수노조를 위하여 단체협약을 체결하지 않은 부작위는 합리적인 이유 없이 소수노조를 차별한 것에 해당하여 공정대표의무를 위반한 것으로 보아야 한다.**"

4. 실체적 공정대표의무

4.1 단체협약의 규범적 부분에서의 공정대표의무

근로조건에 관한 부분에서의 차별은 단체협약에서 명시적으로 특정 근로조건에 대하여 교섭대표노조 소속 조합원에만 적용한다는 규정을 두거나 소수노조의 조합원에

74) 서울행정법원 2013. 6. 12. 선고 2012구합3*** 판결

대해서는 적용을 배제한다는 규정을 두거나 소속 노조에 따라 차이를 두는 경우인데, **단체협약의 규범적 부분에서 명시적인 차별규정을 두는 경우는 드물게 나타남**

가. 복지기금, 해외연수 경비, 학자보조금 등 차별

소수노조에게 복지기금, 해외연수경비 및 학자보조금을 지급하지 않은 것이 합리적 이유가 없는 차별인지 문제된 사례에서 (복지기금 등이 단체협약의 채무적 부분에 해당하지 않음은 별론으로) 해당 조항으로 인해 소수노동조합으로부터 탈퇴 여부를 심각하게 고민하게 될 개연성이 있고 이러한 사정은 소수노동조합의 존립과 직결되기 때문에 **차별취급에 합리적인 이유가 있는지에 관한 판단은 단체협약의 채무적 부분에 대한 판단기준과 같이 엄격하게 이루어져야 한다**고 판시한 바 있음[75]

【 대전고등법원 2016. 6. 16. 선고 2016누10* 판결 】**

"그런데 이 사건의 경우, 참가인이 복지기금, 해외연수경비 및 학자보조금의 지급에 관하여 이 사건 사용자들과 원고로부터 차별받고 있음은 앞에서 본 것과 같은바, 위 각 자금이 지급되는지 여부가 소수노동조합인 참가인 자체의 존속·유지에 관한 내용에 해당하는지는 별론으로 하더라도, 앞에서 본 증거 및 변론 전체의 취지에 의하면, 적어도 위 각 자금이 지급되지 않음으로 인하여 참가인 소속의 조합원들로서는 참가인으로부터 탈퇴를 할지 여부를 심각하게 고민하게 될 개연성은 충분이 있다고 보이고, 그러한 사정은 소수노동조합인 참가인의 존립과 직결되는 문제로 평가되며, 이러한 점 때문에 참가인이 부산지방노동위원회에 시정신청을 하였다고 봄이 상당하다.

그렇다면 앞서 본 공정대표의무의 취지, 소속 노동조합이 어디든 관계없이 조합원들의 근로조건을 통일하고자 하는 데 그 목적이 있는 소수노동조합의 단체교섭권 제한제도의 취지 등을 고려하여 볼 때, 참가인에 대한 복지기금, 해외 연수 경비 및 학자 보조금의 지급에 관한 차별취급에 합리적인 이유가 있는지에 관한 판단 역시 엄격하게 이루어져야 할 것으로 보인다."

나. 격려금 및 성과금 차별

생산장려금에 관한 노사협의를 하면서 징계처분 받은 자를 격려금 대상에서 제외하기로 하였는데, 소수노조 간부 상당수가 징계처분을 받은 사안에서, 지급대상자 제외 조항을 단체협약에 포함시키면서 별도 유예기간을 두지 않아 소수노조 조합원 상당수가 단체협약 체결 당시 격려금을 지급받을 수 없는 상태라면 공정대표의무 위반에 해당한다고 판시함[76]

75) 대전고등법원 2016. 6. 16. 선고 2016누1*** 판결 등
76) 서울고등법원 2017. 5. 12. 선고 2016누68*** 판결

【 서울고등법원 2017. 5. 12. 선고 2016누68* 판결 】**

"이 사건 단체협약 제29조 제3항 단서 조항은 '회사의 명예를 실추시키거나 시말서 이상의 징계를 받은 근로자에게 격려금을 지급하지 않는다'는 것으로 그 문언만 놓고 보면, ○○○노동조합과 참가인 지회를 차별하는 징표를 찾기는 어렵다.

그런데 앞서 본 인정사실과 앞서 거시한 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, **위 단서 조항은 참가인 지회를 차별한 것으로 볼 수 있고, 나아가 그와 같은 차별에 합리적 이유가 있다는 점을 인정할 증거가 없다. 따라서 제4 행위는 공정대표의무 위반에 해당한다.**

① 원고는 ○○○노동조합과 2014. 9. 3. 생산장려금에 관한 노사협의를 하면서 회사규율에 반하여 징계처분을 받은 자를 격려금 지급대상자에서 제외하기로 하였는데, 그 무렵 징계처분을 받은 9명의 근로자 가운데 7명이 참가인 지회의 조합원이었고, 특히 참가인 지회의 간부 조합원들의 상당수가 징계처분을 받았다.

그런데 원고는 위 지급대상자 제외 조항을 이 사건 단체협약에 포함시키면서 별도의 유예기간도 두지 않아 참가인 지회의 간부 조합원들의 상당수는 단체협약 체결 당시 이미 격려금을 지급받을 수 없는 상태였다.

② 앞서 본 바와 같이 원고는 **참가인 지회의 설립이나 활동을 저지하려 하였고, 그 과정에서 참가인 지회의 간부 조합원들과 갈등을 겪었음을 고려하면, 원고가 참가인 지회의 간부 조합원들의 상당수가 징계를 받은 상황에서 이 사건 단체협약에 유예 기간도 두지 않은 채 지급대상자 제외 조항을 신설하기로 ○○○노동조합과 합의한 것은 결국 참가인 지회의 간부 조합원들에게 격려금을 지급하지 않으려 한 의도에서 비롯된 것으로 보인다.**"

4.2 단체협약의 채무적 부분에서의 공정대표의무

가. 판단 기준

단체협약 중 채무적 부분에서의 공정대표의무에 대하여 판례는 일관된 입장을 보이고 있는데, 교섭창구단일화제도의 목적은 근로조건을 통일하는데 있는 것인 반면 단체협약 중 채무적 부분에 관하여는 규범적 부분과 채무적 부분이 함께 교섭된다는 사정 때문에 단체교섭권이 제한되므로 채무적 부분에 대한 공정대표의무의 합리성 판단은 엄격하여야 한다는 것임[77]

77) 서울고등법원 2014. 6. 12. 선고 2013누52*** 판결(대법원 2014. 10. 30 선고 2014두38*** 판결로 확정)

【 서울고등법원 2014. 6. 12. 선고 2013누52* 판결 】**

"(1) 노조활동에 관한 공정대표의무

헌법 제33조 제1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."고 규정하여 근로자의 단결권, 단체교섭권(단체협약체결권이 포함된다, 이하 같다) 및 단체행동권을 보장하고 있는데, 노동조합법은 하나의 사업 또는 사업장에 복수 노동조합이 존재하는 경우 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 교섭대표노동조합을 결정하도록 하고(제29조의2), 교섭대표노동조합에게만 단체교섭권과 쟁의행위 주도권을 인정하며(제29조 제2항, 제29조의5, 제30조, 제37조 제2항), 쟁의행위 찬반투표의 참여자를 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원으로 정하여(제41조 제1항) 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합(이하 '소수노동조합'이라 한다)의 단체교섭 및 단체행동권을 제한하고 있다.

노동조합법이 이와 같이 소수노동조합의 단체교섭권 및 단체행동권을 제한하는 것은 교섭절차를 일원화하여 효율적이고 안정적인 교섭체계를 구축하고, 소속 노동조합이 어디든 관계없이 조합원들의 근로조건을 통일하고자 하는 데 그 목적이 있는 것으로(헌법재판소 2012. 4. 24. 선고 2011헌마338 전원재판부 결정 참조), 노동조합법은 이러한 제한을 최소화하기 위하여 교섭대표노동조합의 대표자에게 교섭을 요구한 모든 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 부여하고(제29조 제2항), 교섭대표노동조합과 사용자에게 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 조합원 간에 합리적 이유 없이 차별을 하여서는 아니 된다는 공정대표의무를 부과하고 있다(제29조의4 제1항).

그런데 **단체협약에는 개별 근로자의 근로조건을 정한 규범적 부분 외에 '근로시간 중 조합활동의 인정', '전임자의 인정', '노동조합 사무소의 제공'과 같은 노조활동에 관한 조항(이는 단체협약 중 채무적 부분의 일부이다)이 포함될 수 있고, 이러한 노조활동에 관한 내용은 개별 근로자의 근로조건에 관한 것이 아니라 노동조합 자체의 존속·유지·활동에 관한 것으로 노동조합법이 소수노동조합의 단체교섭권을 제한하는 목적, 즉 교섭절차의 일원화를 통한 효율적이고 안정적인 교섭체계의 구축이나 근로조건의 통일과는 별다른 관련이 없다.**

그럼에도 불구하고 소수노동조합은 노조활동에 관한 부분이 규범적 부분과 함께 단체협약의 내용이 된다는 사정으로 인하여 규범적 부분뿐만 아니라 노조활동에 관한 부분에 대하여도 단체교섭권을 행사하지 못하고 단지 교섭창구 단일화 절차에서 경쟁관계에 놓여있던 교섭대표노동조합이 사용자와 협상을 통하여 얻어내는 결과물을 기다릴 수밖에 없는 처지이므로 소수노동조합을 보호할 필요가 있고, 그 내용이 노조의 기본적 활동에 관한 것일 때에는 그 필요성이 더욱 크다고 할 것이다.

따라서 단체협약 중 노조의 기본적 활동에 관하여 교섭대표노동조합과 소수노동조합 사이에 차별을 둔 경우, 그 차별 기준의 합리성에 대하여는 이를 주장하는 자가 입증책임을 부담하고, 차별 기준의 합리성 여부는 엄격하게 판단되어야 할 것이다."

나. 노조사무실 제공

1) 일반적인 판단기준

노동조합 사무실은 조합원 교육이나 회의뿐만 아니라 상시적인 신규 조합원 모집과 조합원 상담이 이루어지는 등 노동조합의 존립과 발전에 필요한 일상적인 업무들이 이루어지는 공간으로서 **노동조합법이 보호하는 노동조합의 활동을 위하여 필수적이고 핵심적인 요소임**

따라서 사무실 제공이 비록 공간 할애가 필요하고 물리적·비용적 부담이 있어 현실적으로 **모든 노동조합에 대하여 일률적 내지 비례적인 조건으로 이를 제공할 수 없다고 하더라도**, 교섭대표노동조합에 대하여만 노동조합 사무실을 제공하고 교섭창구 단일화 절차에 참여한 **소수 노동조합에 대해서는 이를 전혀 제공하지 않는 행위까지 합리적 이유 있는 차별행위라고 보기 어렵다**고 할 것임

판례는 현실적으로 더 이상 제공할 공간이 없거나 소수노조 조합원 수가 교섭대표노동조합의 조합원 수에 비해 그 숫자나 비율이 절대적으로 적은 경우가 아닌 한 교섭대표노동조합에게만 노조사무실을 제공하는 것에 대해 합리적 이유를 인정하지 않고 있음

2) 구체적인 사례

가) 교대노조에게만 노조사무실 제공

소수노조의 조합원 수는 15명으로 교대노조의 조합원 수 대비 비율이 약 17%에 이르는데도 단체협약에서 교대노조에게만 노동조합 사무실을 제공한다고 명시한 것은 합리적인 이유없는 차별로 공정대표의무를 위반한 것이라고 판시함

특히 판례는 위 단체협약이 교대노조가 아닌 노조에 대해 노조사무실을 제공받을 기회를 원천 봉쇄하고, 교대노조는 조합원 비율이 변동되어도 기득권을 유지하는 반면, 소수노조는 규모가 커지더라도 교대노조가 되지 않는 한 노조사무실을 제공받을 수 없다는 점을 지적함[78]

78) 대전고등법원 2017. 3. 23. 선고 2016누13*** 판결

【 대전고등법원 2017. 3. 23. 선고 2016누13* 판결[79] 】**

"2) 이 사건 단체협약 제14조 제1항에 관한 주장에 대하여

위 인정사실 및 앞서 든 각 증거에 갑 제5, 6, 7호증 및 을가 제1호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하면, 참가인 회사들이 교섭대표노동조합에게만 회사시설 내 노동조합사무실을 설치할 수 있도록 한 이 사건 단체협약 제14조 제1항은 합리적인 이유 없이 원고들과 참가인 조합을 차별하는 것이다. 따라서 참가인들은 노동조합법 제29조의4 제1항에서 정한 공정대표의무를 위반하였다고 봄이 타당하므로 원고들의 이 부분 주장은 이유 있다.

가) 노동조합 사무실은 조합원 교육이나 회의뿐만 아니라 상시적인 신규 조합원 모집과 조합원 상담 등 노동조합의 존립과 발전에 필요한 일상적인 업무들이 이루어지는 공간으로서 노동조합법이 보호하는 노동조합의 활동을 위하여 필수적이고 핵심적인 요소이다. **따라서 사무실 제공이 비록 공간 할애가 필요하고 물리적·비용적 부담이 있어 현실적으로 모든 노동조합에 대하여 일률적 내지 비례적인 조건으로 이를 제공할 수 없다고 하더라도, 오직 교섭대표노동조합에 대하여만 노동조합 사무실을 제공하고 교섭창구 단일화 절차에 참여한 소수 노동조합에 대해서는 이를 전혀 제공하지 않는 행위까지 합리적 이유 있는 차별이라고 보기 어렵다.**

나) 참가인들은 교섭대표노동조합인 참가인 조합의 조합원 수에 비해 원고들 조합원 수가 현저하게 적다는 이유로 노동조합 사무실을 제공하지 않은 행위에 합리적 이유가 있다는 취지로 주장한다. 그러나 **이 사건 단체협약 제14조 제1항에 의하면 교섭대표노동조합이 아닌 경우 노동조합 사무실을 제공받을 기회가 원천 봉쇄되는바, 참가인 조합은 교섭대표노동조합으로서 조합의 규모, 즉 조합원 비율이 변동되더라도 기득권을 유지하여 사업장 내에 사무실을 확보할 수 있는 반면, 원고들은 이 사건 단체협약 체결 당시보다 규모가 커지더라도 교섭대표노동조합이 되지 않는 한 사무실을 설치할 수 없어 공정하지 않은 결과를 초래한다**(단체협약상 '세부사항을 별도 노사협의로 정한다'는 정도로만 규정하고 구체적인 시행과정에서 참가인 회사별로 교섭창구 단일화 절차에 참여한 각 노동조합의 규모, 회사의 건물 사정 등에 따라 유연하고 탄력적으로 노조사무실 제공 문제를 풀어나가는 게 보다 더 합리적으로 보인다).

다) 앞서 본 바와 같이 **기본적인 노동조합 활동은 언제든지 근로자들이 조합을 방문할 수 있도록 안정적이고 상시적인 공간을 필요로 하는 것이어서, 필요할 때마다 회사 회의실을 대여할 기회가 부여되어 있다는 점만으로 충분히 보장된다고 할 수도 없다.**

라) 참가인들은 참가인 조합에 제공된 사무실도 공간이 비좁아 원고들에게 배정할 수 있는 실질적인 공간이 없다는 취지로 주장한다. 그러나 **원고들은 회사 건물 옥상이나 택시 주차장 부지 한쪽에 컨테이너를 설치하여 노동조합 사무실로 이용할 수 있게 해달라고 요청하고 있는바 이러한 요청이 현실적으로 불가능하다고 보이지 않는데다가, 이조차 사정상 여의치 않을 경우 회사 건물의 기존 공간을 재배치하여 가용 공간을 확보해 주거나 적어도 참가인 조합에 제공된 사무실을 일정 부분 공유할 수 있도록 사용자와 복수 노동조합 3자 간에 성실한 협의를 거쳐 원만한 합의를 도출하는 등의 방법으로 차별 방지를 위하여 상당한 노력을 할 의무가 있음**에도, 참가인들이 이와 같이 차별 방지를 위한 상당한 노력을 하였다고 볼 만한 자료가 없다(특히 참가인 ○○○○ 주식회사의 경우, ○○○노동조합의 조합원 수는 15명으로 참가인 조합의 조합원 수 대비 비율이 약 17%에 이르고, 참가인 조합에게 제공된 노동조합 사무실의 면적은 약 14평 정도인바, 위 조합원 비율 및 사무실 면적을 고려하면 위 노동조합 사무실의 일부를 ○○○ 노동조합에게 제공할 여지가 충분하다)."

나) 공간제공을 위한 협의가 가능한 경우

교섭대표노동조합의 조합원수가 165명인데 비해 소수노조의 조합원은 10명 미만에 해당하나, **교섭대표노동조합은 20여 년간 계속 노조사무실을 제공받아 왔고 소수노조는 조직된 이래 수년간 사무실 없이 운영되고 있으며,** 또한 사업장 내 빈공간이 있거나 기존 공간의 재배치로 가용한 공간이 있다고 보이며 사정이 여의치 않은 경우에는 교대노조와 사무실을 공유할 수 있도록 하는 등 **공간 제공을 위한 협의가 가능한 경우** 소수노조에 노조사무실을 제공하지 않은 것은 합리적 이유가 없음[80]

【 서울고등법원 2016. 6. 17. 선고 2015누57* 판결 】**

"가. 노동조합법은 제29조의4 제1항에서 '교섭대표노동조합과 사용자는 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원 간에 합리적 이유 없이 차별을 하여서는 안 된다'고 규정하고 있다. 그러므로 사용자가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합을 교섭대표노동조합과 서로 다르게 대우하여 차별한 경우에는, 사용자의 적극적인 주장·증명에 의하여 그 행위에 합리적인 이유가 있음이 인정되지 않는 이상, 사용자가 위 조항에서 정한 공정대표의무를 위반하였다고 봄이 타당하다.

…(중략)…

② 노동조합 사무실은 조합원 교육이나 회의뿐만 아니라 상시적인 신규 조합원 모집과 조합원 상담이 이루어지는 등 노동조합의 존립과 발전에 필요한 일상적인 업무들이 이루어지는 공간으로서 노동조합법이 보호하는 노동조합의 활동을 위하여 필수적이고 핵심적인 요소이다. **따라서 사무실 제공이 비록 공간 할애가 필요하고 물리적·비용적 부담이 있어 현실적으로 모든 노동조합에 대하여 일률적 내지 비례적인 조건으로 이를 제공할 수 없다고 하더라도, 교섭대표노동조합에 대하여만 노동조합 사무실을 제공하고 교섭창구 단일화 절차에 참여한 소수노동조합에 대해서는 이를 전혀 제공하지 않는 행위까지 합리적 이유 있는 차별행위라고 보기 어렵다.**

이에 대하여 원고는 교섭대표노동조합인 한국○○○○노동조합의 조합원 수가 165명임에 비해 참가인의 이 사건 지회 소속 조합원 수는 10명 미만이라는 이유로 노동조합 사무실을 제공하지 않은 행위에 합리적 이유가 있다는 취지로 주장한다. **그러나 노동조합 사무실이 노동조합의 존립과 발전에 필수적이고 핵심적인 요소라는 점과 한국○○○○노동조합이 약 20년간 원고로부터 사무실을 제공받아온 반면 이 사건 지회는 2011년에 조직된 이래 현재까지도 사무실 없이 운영되고 있는 점에 비추어 볼 때, 조합원 수가 적거나 감소하고 있다는 사정은 오히려 원고가 이 사건 지회에 노동조합 사무실을 제공하지 않은 행위가 하나의 원인이 된 것으로 평가할 여지가 있을 뿐 차별행위의 합리적 이유로 인정되기는 어렵다.**

79) 현재 대법원에서 소송 계속 중임
80) 서울고등법원 2016. 6. 17. 선고 2015누57*** 판결

③ 참가인 소속 이 사건 지회의 노동조합 활동에는 상부단체인 참가인의 노동조합 활동 외에도 원고 소속 근로자들에 대한 조합원 모집과 그 조합원들의 근로조건 개선 등을 위한 기본적인 조합 활동이 포함되어 있고, 이러한 활동은 주로 회사 내에서 이루어지게 되는 특성상 원고가 조합의 활동 공간을 보장해 주지 않을 경우 위와 같은 기본적인 조합 활동조차 용이하게 진행하기 어려울 것으로 보인다. 또한 이와 같은 기본적인 조합 활동은 언제든지 원고 소속 근로자들이 조합을 방문할 수 있도록 안정적이고 상시적인 공간을 필요로 하는 것이어서, 필요할 때마다 본사의 회의실을 대여할 기회가 부여되어 있다는 점만으로 충분히 보장된다고 할 수도 없다.

④ 원고는 한국○○○○노동조합에 제공된 사무실도 약 11평 남짓한 공간에 불과하고 한국○○○○(주)상조회와 함께 사용되고 있어서 매우 협소하므로 참가인의 이 사건 지회에 배정할 수 있는 실질적인 공간이 없다는 취지로 주장한다. 그러나 을나 제4~13호증의 각 영상에 따르면 원고 사업장(삼성동 본사 터미널 및 상계동 수락터미널)에는 사용되지 않는 빈 공간들이 있거나 기존 공간의 적절한 재배치로 가용할 수 있는 공간을 확보할 수 있는 것으로 보이는 바, 그렇다면 원고는 참가인의 기본적인 조합 활동을 보장하기 위하여 필요최소한의 공간을 별도로 확보해 주거나 사정상 여의치 않을 경우에는 적어도 한국○○○○노동조합에 제공된 사무실을 참가인도 일정 부분 공유할 수 있도록 사용자와 복수 노동조합 3자 간에 성실한 협의를 거쳐 원만한 합의를 도출하는 등의 방법으로 차별 방지를 위하여 상당한 노력을 하여야 할 의무가 있다고 할 것인데, 원고가 이와 같이 차별 방지를 위한 구체적인 방안을 제시하는 등 상당한 노력을 하였다고 볼 만한 자료가 없다. 이와 전제가 다른 원고의 주장은 받아들이지 아니한다."

다) 조합원수가 절대적으로 적고 여유 공간도 없는 경우

교대노조 조합원수가 219명인데 비해 소수노조 조합원이 6명으로 **절대적으로 숫자가 적고 사무실로 제공할 여유 공간이 없는 경우**

【 서울고등법원 2017. 1. 20. 선고 2016누52* 판결[81] 】**

가) 참가인의 근로자 중 원고 소속 조합원, ○○○ 노동조합 소속 조합원의 숫자, 비율은 다음과 같다. 원고 소속 조합원은 ○○○ 노동조합 소속 조합원과 비교하였을 때 절대적으로 숫자가 적다.

	숫자	비율
○○○ 노동조합	219명	97.3%
원고		2.7%

나) 참가인의 본사 건물(OO시 소재)에는 여유 공간이 없다. 원고는 참가인이 '전산 서버가 있는 공간'과 '안전교육장' 중 일부를 노조사무실로 제공할 수 있다고 주장한다. '전산 서버가 있는 공간'은 보안 등 문제로 관리자와 동행하는 경우를 제외하고 출입자체가 금지되어 있고, '안전교

육장'은 신입사원 면접 및 근로자 교육에 사용되고 있다. 따라서 이들 공간 중 일부를 노조사무실로 제공할 수 있다고 보기 어렵다.

다) ○○○ 노동조합이 사용하고 있는 노조사무실 면적은 40㎡(약 12.1평)인데, 원고의 조합원 비율(2.7%)에 따라 노조사무실을 분할한다 하더라도 1.08㎡(약 0.33평)에 불과하여 실제 사무실로 기능하기 어렵다. 이에 대해 원고는 위 노조사무실 일부에 책상 하나 놓을 공간이라도 요구하고 있다. 그러나 참가인이 임의로 ○○○ 노동조합의 사무실을 나누어 원고와 함께 사용하도록 할 수 없고 ○○○ 노동조합의 동의가 있어야 가능한데, ○○○ 노동조합은 원고와 노조사무실을 분할하여 사용할 의사가 없음을 밝히고 있어, 참가인이 원고에게 ○○○○ 노동조합의 사무실 중 일부를 제공할 수 없다.

라) 원고의 조합원들은 모두 본사가 있는 OO시가 아닌 OO시에 근무하고 있어 본사에 노조사무실을 둘 이유가 부족하다. 그리고 OO영업소에도 여유 공간이 없어 현실적으로 제공할 공간이 없다. 원고는 OO 영업소에는 정비사들이 7명에 불과한데 그들을 위한 휴게공간이 두 개 있으므로 그 중 하나를 노조사무실로 제공할 수 있다고 주장한다. 정비사는 업무상 유류 제품을 취급하는 관계로 정비복으로 갈아입은 후 작업을 실시하게 되는데 정비사 휴게공간 중 한 곳은 탈의실이 있고, 다른 한 곳은 당직 근무나 외지로 발령받은 정비사들의 임시 숙소를 위하여 사용되고 있어서 , 노조사무실로 제공할 수 있다고 보기 어렵다. ○○○ 노동조합 또한 원고에게 속초 영업소에 노조사무실을 제공하여 달라고 요청하나, 원고는 ○○○ 노동조합에도 공간의 협소함을 이유로 이를 거절하고 있다.

마) 단체협약 제14조 제3항에서 "조합의 회의, 교육 등 행사를 위하여 회사의 시설 및 장소의 사용이 필요한 때에는 회사의 동의를 득한 후에 사용할 수 있다"고 규정하고 있어, 원고는 참가인으로부터 노동조합 활동을 위한 장소를 임시로 제공받을 수 있다.

바) 참가인이 원고에게 노조사무실을 제공할 만한 공간이 없는 데다 원고 조합원의 숫자를 고려할 때 조합원의 만남 장소, 고충 처리 활동 장소, 회의 장소 등으로 사용할 사무실이 기본적으로 제공되어야만 원고의 노동조합 활동이 가능해진다고 보기 어렵다."

라) 조합원수가 절대적으로 적고 제공 요청을 하지 않은 경우

교대노조 조합원수는 3,132명인데 비해 소수노조 조합원 수는 0.9%에 해당하는 27명인 경우 소수노조에게 조합사무실을 제공하지 않아도 공정대표의무 위반이 아니며, 또한 소수노조가 단체교섭 과정에서 자신이 필요로 하는 시설제공 등의 내용을 교대노조에 전달하지 않은 경우 교대노조가 소수노조를 위하여 조합사무실 이외의 다른 보장책을 마련하지 않았다 하여 공정대표의무 위반이라고 볼 수 없다고 함[82]

81) 서울행정법원 2016. 6. 16. 선고 2015구합83*** 판결을 인용하였고, 원고가 상고 포기하여 2심 판결로 확정됨
82) 서울행정법원 2013. 6. 26. 선고 2013구합50***판결

【 서울행정법원 2013. 6. 26. 선고 2013구합50*[83] 판결 】**

"나) 위와 같은 법리에 따라 이 사건에 관하여 보건대, 2012년 8월 말 기준 원고 노동조합의 조합원은 27명, 소외 노동조합의 조합원은 3,132명으로 원고 노동조합원 수는 소외 노동조합원 수의 0.9%에 불과하고 그 절대적 숫자도 적은 점을 고려하면 소외 노동조합이 참가인 회사와 이 사건 단체협약을 체결하면서 원고 노동조합에게 조합사무실을 제공하는 내용을 포함시키지 아니하거나 참가인 회사가 원고 노동조합에게 조합사무실을 제공하지 않은 것을 두고서 공정대표의무를 위반하였다고 볼 수 없고, 또한 원고 노동조합이 단체교섭 과정에서 자신이 필요로 하는 시설제공 등의 내용을 소외 노동조합에 전달하지 않아 소외 노동조합으로서는 원고 노동조합이 조합활동 공간과 관련하여 구체적으로 어떤 것을 필요로 하는지 파악할 수 없었던 상황이었던 점 등을 고려하면, 소외 노동조합이 원고 노동조합을 위하여 조합사무실 이외의 다른 보장책을 마련하지 않았다 하여 이것이 공정대표의무를 위반한 것이라고 보기도 어렵다."

마) 노조사무실을 교섭대표노조에게만 임대하는 경우

단체협약상 "회사는 노조활동에 필요한 사무실, 전기시설 등을 임대할 수 있다 (단, 회사의 여건을 고려하여 단일화 절차에 따라 선임된 교섭단체에 한하여 임대한다)"라고 규정된 경우, **교섭대표노동조합에 임대할 수 있다고만 규정되어 있을 뿐 독점적인 사용권한을 부여한 것은 아니므로** 소수노조에 대한 불합리한 차별이 아님[84]

【 서울행정법원 2013. 11. 19. 선고 2013구합16* 판결 】**

"4) 단체협약 제12조에 관한 판단

살피건대, 위 인정 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ① 참가인 회사의 규모에 비추어 모든 노동조합에 조합사무실을 제공하는 것은 어려울 것으로 보이는 점, ② 참가인 노동조합의 조합원 수가 161명인데 비해 원고의 조합원 수가 8명으로 그 비율이 현저하게 낮은 점, ③ 따라서 노동조합 사무실을 단일화절차를 거쳐 '참가인 회사 내 모든 노동조합을 대표할 수 있는' 교섭단체에 대하여 임대한다는 것이 현실적으로 선택 가능한 대안이라고 볼 수 있는 점, ④ 이 사건 단체협약 제12조가 참가인 노동조합에 임대를 할 수 있다고 정하고 있을 뿐이고 이 사건 단체협약과 노사협정서의 내용에 비추어 독점적인 사용권한을 부여한 것으로 보이지 않는 점 등을 고려하면, 이 사건 단체협약 제12조가 원고에 대한 불합리한 차별이라고 보기 어렵다. 원고의 위 주장은 이유 없다."

83) 원고가 항소를 포기하여 1심 판결로 확정
84) 서울행정법원 2013. 11. 19. 선고 2013구합16609

바) 조합원 수에 다툼이 있는 경우 노조사무실 제공 문제

소수노조 조합원의 조합원 수가 불확실한 사정은 노조사무실 제공의 차별에 대한 합리적인 이유라고 볼 수 없음[85]

【 서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016누70* 판결 】**

"② 노동조합 사무실은 조합원 교육이나 회의뿐만 아니라 상시적인 신규 조합원 모집과 조합원 상담이 이루어지는 등 노동조합의 존립과 발전에 필요한 일상적인 업무들이 이루어지는 공간으로서 노동조합법이 보호하는 노동조합의 활동을 위하여 필수적이고 핵심적인 요소이므로, 소수 노동조합의 경우 교섭창구단일화 절차에서 교섭대표노동조합으로 되지 못해 단체교섭으로 나아가지 못한다고 하더라도 노동조합 사무실의 필요성이라는 측면에서는 교섭대표노동조합과 다를 바가 없다.

더욱이 참가인 지회는 소수 노조이기는 하나 조합원 수가 적어도 111명(원고가 인정하는 조합원 수)이 넘는 상당한 규모이므로 그에 상응하여 상당한 규모의 노동조합 사무실이 필요하다고 볼 수 있다.

③ 원고는 참가인 지회의 조합원 수에 다툼이 있어 이 사건 회사로부터 노동조합 사무실을 제공받을 수 없었다고 주장한다.

사용자가 노동조합 사무실을 제공할 때 조합원 수가 고려 대상이기는 하나 반드시 조합원 수에 따른 산술적 비례에 따라 사무실 제공 의무를 부담하는 것은 아니므로, 원고는 이 사건 회사 사업장의 여건, 조합의 규모, 노동조합 사무실의 필요성 등을 고려해 참가인 지회에도 합리적인 규모의 사무실이 제공될 수 있도록 이 사건 회사에 적극적으로 요구하고, 그러한 요구가 받아들여지지 않을 경우 원고가 제공받은 사무실 중 일부를 참가인 지회에 제공하는 방안도 진지하게 고려하여야 한다. 그런데 원고가 이 사건 회사와 마찬가지로 참가인 지회의 거듭된 요구에도 조합비를 원천공제하는 조합원만을 조합원으로 인정하겠다는 주장을 고수한 점에 비추어 보면, 원고가 참가인 지회의 이익을 대변할 의사를 가지고 있었다고 보기 어렵다."

다. 근로시간 면제한도

1) 판례의 기본적 입장

다수의 하급심 판례는 **노동조합 활동을 위한 시간**은 노동조합 설립과 유지·존속을 위해서는 반드시 필요하므로 노동조합 사무실 등 노동조합 존립에 필요한 다른 요소와는 달리 **그것이 전제되지 않으면 노동조합의 존재 자체가 불가능하다는 점에서 다른 어떤 요소보다도 노동조합 존립의 본질적·핵심적 요소라고 함**

85) 서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016누70088

또한, 교섭대표노동조합과 다른 노동조합 사이에 근로시간 면제를 동등하게 인정하거나 소속 조합원의 수에 따라 그 면제시간을 비례적으로 배분해야 하는 것은 아니라고 하더라도, **노동조합법 제24조 제4항이 근로시간 면제 한도는 '조합원 수 등'을 고려하여 결정한다고 규정하여 조합원의 수가 근로시간 면제 한도에 관한 일차적이고 기본적인 기준이 됨**을 명시하고 있으므로 조합원 수에 비례하지 않는 방식으로 근로시간 면제 한도를 배분하는 경우에는 그러한 배분을 정당화할 만한 충분한 사정이 있어야 합리성을 인정할 수 있다고 함

즉, **특정 노동조합에게 근로시간 면제를 전혀 인정하지 않는 것은 특별한 사정이 없는 한 합리적인 이유가 없다는 입장**임[86]

【 서울행정법원 2015. 9. 17. 선고 2015구합65* 판결 】**

"노동조합법 제29조의4 제1항에서 정하고 있는 공정대표의무가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 사이에 절대적인 평등이 유지되어야 한다거나 소속 조합원 수에 따른 단순 비례적 평등이 무조건적으로 인정되어야 한다는 의미는 아니다. 그러나 ① 노동조합의 설립과 유지·존속을 위해서는 노동조합 활동을 위한 시간이 반드시 필요한데, 이러한 활동 시간은 노동조합 사무실 등 노동조합 존립에 필요한 다른 요소와는 달리 그것이 전제되지 않으면 노동조합의 존재 자체가 불가능하다는 점에서 다른 어떤 요소보다도 노동조합 존립의 본질적·핵심적 요소인 점, ② 노동조합법도 이러한 노동조합 활동 시간의 중요성을 인식하여 노동조합이 사용자와 충실하게 협의·교섭하고 조합원들의 고충처리와 산업안전 확보에 힘쓸 수 있도록 노동조합의 실무자에게 임금 손실 없이 노동조합 활동을 할 수 있는 시간을 보장하는 '근로시간 면제 제도'(제24조 제4항)를 특별히 규정하고 있는 점, ③ 이와 같은 근로시간 면제 제도로 노동조합의 실무자에게 보장되는 **노동조합 활동 시간은 사용자와의 협의·교섭, 조합원들의 고충처리, 산업안전의 확보, 노동조합의 유지·관리, 건전한 노사 관계의 발전 등을 위해 사용되는데, 이러한 활동은 조합원의 다소(多少)와 상관없이 최소한의 범위에서나마 모든 노동조합에게 필수적으로 보장될 필요가 있는 점 등을 고려해 보면, 교섭대표노동조합과 다른 노동조합 사이에 근로시간 면제를 동등하게 인정하거나 소속 조합원의 수에 따라 그 면제 시간을 비례적으로 배분해야 하는 것은 아니라고 하더라도, 특정 노동조합에게 근로시간의 면제를 전혀 인정하지 않는 것은 특별한 사정이 없는 한 합리적인 이유가 없다고 보아야 한다.**

원고는 ① 제1 노동조합의 조합원은 2013. 5. 11.경 25명, 2014. 10. 14.경 13명으로 전체 조합원 수에서 차지하는 비중이 7% 정도에 불과하고, 제2 노동조합의 조합원은 2014. 12. 24.경 97명이어서 위 각 노동조합의 조합원 수는 현격한 차이가 나므로 이러한 점을 고려하여 제1 노동조합에 근로시간 면제를 부여하지 않는 것에는 합리적 이유가 있고, ② 이 사건 단체협약에 따르면 원고는 제2 노동조합의 의사와 상관없이 근로시간 면제를 임의로 재조정할 수 없고, 근로시간 면제 대상을 누구로 정할 것인지는 노동조합끼리 자율적으로 합의해야할 문제이며, OO광역

86) 서울행정법원 2015. 9. 17. 선고 2015구합65*** 판결 등

시에서 노조 전임자 1명에 대하여만 추가지원이 있는 점 등을 고려하면 제1 노동조합에 근로시간 면제를 부여하지 않은 것에 합리적 이유가 있다는 취지로 주장한다.

그런데, **① 제1 노동조합의 조합원 수는 제2 노동조합의 조합원 수보다 현저히 적은 것은 사실이나, 근로시간 면제 제도는 노동조합 전임자로 하여금 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전활동 등 노동조합의 활동 및 노동조합의 유지·관리 업무를 할 수 있는 시간을 확보하여 주기 위한 것인데, 제1 노동조합의 전임자도 위와 같은 조합 활동에 시간이 소요되고, 조합원 수에 따라 있을 수 있는 그 정도의 차이가 제1 노동조합에 근로시간 면제 시간을 전혀 배분하지 아니할 정도로 본질적이라고 보기는 어려우며, ② 비록 이 사건 단체협약 제39조에서 교섭대표노동조합의 대표자가 지정하는 사람에게 근로시간을 면제하여 주도록 규정하고 있다고 하더라도, 그러한 지정이 법에 어긋나거나 노동조합 간의 자율적 합의에 따라 이루어진 것이 아닐 때에는 사용자는 그러한 지정에 따른 근로시간 면제를 얼마든지 거부할 수 있으며, 근로시간 면제시간 배분이 노동조합 사이의 자율적인 협의사항이라거나 OO광역시에서 노조 전임자 1인에 한해 추가지원을 해주고 있다는 사정만으로는 제1 노동조합에 근로시간 면제를 전혀 인정하지 않을 합리적인 이유가 있다고 보기는 어렵다.**"

2) 근로시간면제 배분에 관한 사용자의 공정대표의무 위반

법원은 노동조합법 제24조 제4항에 의하면 노동조합에 어느 정도 근로시간 면제를 인정할 것인지는 단체협약 또는 사용자의 동의에 의해 정해지고, 노동조합법 제29조의4에서 교섭대표노동조합뿐만 아니라 사용자의 공정대표의무를 규정함으로써 사용자도 교섭대표노동조합을 다른 노동조합에 비해 합리적인 이유 없이 유리하게 처우하여서는 안 된다는 의무를 부과하고 있으므로, 노동조합별로 면제시간을 배분하는 것은 **사용자의 개입이 불가피하고 노동조합이 자율적으로 결정하도록 방치할 수 없는 사항이라고 판시**한 바 있음[87]

【 서울행정법원 2015. 12. 3. 선고 2015구합64* 판결 】**

"다. 판단

갑 제1, 2호증의 각 기재와 변론 전체의 취지로부터 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 노동조합법 제24조 제4항에서 근로시간 면제는 단체협약으로 정하거나 사용자가 동의하는 경우 사업 또는 사업장별로 조합원 수 등을 고려하여 근로시간 면제한도를 초과하지 아니하는 범위에서 정할 수 있다고 규정하고 있고, 「노동조합 및 노동관계조정법 시행령」(이하 '노동조합법 시행령'이라 한다) 제11조의2와 그 위임을 받은 근로시간면제 한도 (고용노동부고시 제2013-31호, 이하 '이 사건 고시'라 한다)에서 면제될 근로시간의 상한을 규정하고 있을 뿐 면제될 근로시간을 정하

87) 서울행정법원 2015. 12. 3. 선고 2015구합64*** 판결

는 방법에 관해서는 별도로 규정하고 있지 않은 점, ② 노동조합법 제29조의4에 따른 공정대표의 무가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 사이에 절대적인 평등이나 단순비례의 원칙이 적용되어야 한다는 의미는 아니지만 불합리하거나 자의적인 차별까지 허용하는 것은 아닌 점, ③ **따라서 복수 노조인 사업장에서 각각의 노동조합이 노동조합법 제24조 제4항에 따라 면제받을 근로시간은 조합원 수에 비례하여 배분되어야 하는 것은 아니지만 소수 노동조합도 노동조합의 유지·관리에 어느 정도 시간이 필요한 점을 고려할 때 특별한 사정이 없는 한 소수 노동조합의 근로시간 면제를 완전히 배제하는 것은 합리성을 인정받기 어려운 점**, ④ 참가인의 지회의 조합원 수(25명)는 원고의 전체 조합원 수(139명)의 약 18%에 해당하므로 참가인의 지회가 근로시간 면제가 필요 없을 정도로 소규모 노동조합이라고 보기 어려운 점, ⑤ 노동조합법 제24조 제4항에 의하면 노동조합에 어느 정도 근로시간 면제를 인정할 것인지는 단체협약 또는 사용자의 동의에 의해 정해지고, **노동조합법 제29조의4에서 교섭대표노동조합뿐만 아니라 사용자의 공정대표의무를 규정함으로써 사용자도 교섭대표노동조합을 다른 노동조합에 비해 합리적인 이유 없이 유리하게 처우하여서는 안 된다는 의무를 부과하고 있으므로, 노동조합별로 면제시간을 배분하는 것은 사용자의 개입이 불가피하고 노동조합이 자율적으로 결정하도록 방치할 수 없는 사항인 점**, ⑥ 원고가 인천광역시에서 지원받는 노조전임자 인건비는 반드시 1명에 한하여 집행되어야 하는 것은 아니므로 원고가 인천지역노동조합 ○○버스지부 외에 참가인의 지회에 근로시간 면제를 인정하더라도 인천지역노동조합 ○○버스지부와 참가인의 지회에 위 지원금을 배분하여 집행하면 경영상 부담이 가중된다고 볼 수 없는 점, ⑦ 참가인의 지회가 근로시간 면제를 조합원 수 확대수단으로 악용할 가능성이 있다고 인정할 증거가 없는 점, ⑧ 원고는 노동조합별 조합원수와 업무 등을 고려하여 각각의 노동조합이 면제받을 근로시간의 배분기준을 마련하는 등 노동조합들에 면제시간을 합리적으로 배분하려는 노력을 기울여야 함에도 이를 인정할 증거가 없고, 오히려 원고는 전체 조합원 수가 139명이어서 노동조합법 시행령 제11조의2, 이 사건 고시에 따라 근로시간 면제 한도가 연 3,000시간 이내이므로 인천지역노동조합 ○○버스지부에 부여한 연 2,717시간 외에 추가로 연 283시간의 범위 내에서 근로시간 면제를 인정할 수 있음에도 경영상 부담이 가중된다는 이유로 근로시간 면제를 인정해 달라는 참가인의 지회의 요구를 거부한 점 등에 비추어 보면, 원고와 인천지역 노동조합 ○○버스지부가 참가인의 지회에 근로시간 면제를 인정하지 않은 것은 합리적인 이유가 없으므로 공정대표의무 위반이라고 봄이 타당하다."

3) 구체적인 사례

교섭대표노동조합과 사용자가 근로시간 면제한도 내에서 근로시간을 면제하되 구체적인 안에 대해서는 교대노조와 사용자의 별도 합의로 결정한다는 단체협약을 체결한 후, 교섭대표노동조합에게만 근로시간 면제 한도를 부여하는 합의를 한 경우 사용자는 공정대표의무를 위반한 것이라고 판시함[88]

88) 서울행정법원 2014. 12. 11. 선고 2014구합64*** 판결

【 서울행정법원 2014. 12. 11. 선고 2014구합64* 판결 】**

"이 사건 단체협약 제12조 및 '근로시간 면제한도 고시'의 내용을 종합하면, 노동조합 위원장에게 근로시간 면제한도 3,000시간의 범위 내에서 근로시간을 면제하되, 구체적인 안에 대해서는 원고와 교섭대표노동조합인 선정자의 별도의 합의로 결정한다는 것이고, 원고와 선정자는 별도의 합의 결과 위 3,000 시간 중 선정자의 위원장 1명에게 2,080시간을 배분하는 한편 이 사건 지회에게는 근로시간 면제시간을 배분하지 않고 있음은 앞서 본 바와 같은 바, 위와 같은 근로시간면제 합의는 교섭대표노동조합인 선정자와 교섭창구 단일화 절차에 참여한 이 사건 지회를 차별하는 것이 된다.

위 차별에 합리적인 이유가 있는지에 관하여 살피건대, 위 인정사실 및 변론 전체의 취지를 통하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ① 교섭창구 단일화제도 하에서 교섭대표노동조합으로 선정되지 못한 이 사건 지회는 스스로 단체교섭권을 행사하지 못하고 단지 교섭대표노동조합이 사용자와 협상을 통하여 얻어낼 결과물을 기다릴 수밖에 없는 처지에 놓이게 되는 바, 교섭대표노동조합인 선정자로서는 앞서 본 소수노동조합 보호라는 공정대표의무의 취지를 고려하여 이 사건 지회의 교섭요구사항을 성실히 확인·반영하고, 가사 이 사건 지회가 근로시간 면제시간 배분을 적극적으로 요청한 바 없다고 하더라도 근로시간 면제시간을 독점할 것이 아니라 이 사건 지회에도 노조활동에 필요한 시간을 제공할 수 있도록 노력해야 할 것인 점, ② 근로시간 면제 제도는 노동조합 전임자로 하여금 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 노동조합의 활동 및 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있는 시간을 확보하여 주기 위한 것인데(노조법 제24조 제4항 참조), 교섭대표노동조합이 아닌 노동조합의 경우에도 위와 같은 조합 활동에 시간이 소요 되고, 조합원 수가 적은 노동조합의 경우에도 정도의 차이가 있을 뿐 조합 활동에 소요되는 시간이 전혀 없다고는 할 수 없는 점, ③ 노조법 제29조의4에 따른 공정대표의무가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 사이에 절대적인 평등이나 무조건적인 단순비례의 원칙이 적용되어야 한다는 의미는 아니지만 불합리하거나 자의적인 차별까지 허용하는 것은 아닌 점, ④ 따라서 노조전임자와 근로시간 면제한도 시간을 조합원 수에 비례하여 할당해야 하는 것은 아니더라도 특별한 사정이 없는 한 소수노동조합의 근로시간 면제를 완전히 배제 하는 것은 합리성을 인정받기 어려운 점, …(중략)… 등을 종합할 때, 원고와 선정자가 이 사건 지회에 근로시간 면제시간을 배분하지 않은 것은 차별의 합리적 이유가 없는 것으로서, 공정대표의무를 위반한 것이다."

교섭대표노동조합이 소수노조보다 근로시간 면제 한도를 약 60배 가량 더 배분 받은 경우 그 차별에 합리적 이유가 없다 봄[89]

【 서울행정법원 2013. 4. 25. 선고 2012구합35*판결 】**

"(2) 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 보충협약과 이 사건 근로시간 면제 합의의 내용을 종합하면 소외 법인의 노동조합 전임자의 연간 근로시간 면제 한도 6,000시간을 원고에게 5,900시간, 참가인에게 100시간으로 배분한다는 내용이므로, 이 사건 근로시간 면제 합의는 교섭대표노

89) 서울행정법원 2013. 4. 25. 선고 2012구합35*** 판결

동조합인 원고와 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합인 참가인을 차별하는 것이 된다.

위 차별에 합리적 이유가 있는지에 관해 살피건대, ① 노조법 제24조 제4항에 의하면 근로시간 면제 한도에 관하여 조합원 수 등을 고려하도록 되어 있는바, 조합원 수에 있어 원고가 631명이고 참가인이 32명으로 원고가 참가인의 약 20배인데 반해, 위 근로시간 면제 한도는 59배에 달하는 점, ② 참가인은 2011. 7. 25. 설립되었으나 설립 전에도 설립을 위한 준비행위에 상당한 시간이 소요되었을 것으로 보이는 점, ③ 이 사건 보충협약 체결 후 새로운 보충협약이 체결되지 아니함으로써 이 사건 보충협약에 따른 위 근로시간 면제 시간 배분의 효력이 2013년 현재까지 유지되고 있는 사실은 당사자 사이에 다툼이 없는 점, ④ 근로시간 면제 제도는 노동조합 전임자로 하여금 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 노동조합의 활동 및 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있는 시간을 확보하여 주기 위한 것인데(노조법 제24조 제4항 참조), 교섭대표노동조합이 아닌 노동조합의 전임자라고 해서 위와 같은 조합 활동에 소요되는 시간이 교섭대표노동조합의 전임자에 비해 훨씬 적다고 보기 어려운 점을 종합하면, 위와 같은 근로시간 면제 시간 배분에 합리적 이유가 없다고 판단된다."

조합원 점유율 24%이상인 노동조합에만 근로시간 면제 한도를 부여하는 단체협약 조항이 공정대표의무 위반에 해당하는 것으로 봄[90]

【 대전지방법원 2016. 1. 20. 선고 2015구합101* 판결 】**

"2) 단체협약 제4조 제5항에 관하여

위 인정사실 및 관련 규정으로부터 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 근로시간 면제제도는 노조전임자에 대한 비용을 원칙적으로 노동조합 스스로 부담하도록 함으로써 노동조합의 자주성 및 독립성 확보에 기여하는 한편, 기존의 노조전임자로 하여금 사업장 내에서의 노동조합 활동을 일정 수준 계속 보장받을 수 있도록 하기 위하여 마련된 제도인 점(헌법재판소 2014. 5. 29. 선고 2010헌마606 결정 참조), ② 노동조합법 제24조 제4항은 '사업 또는 사업장' 별로 '조합원 수' 등을 고려하여 근로시간면제 한도를 정하도록 하고 있으며, 이에 따라 고용노동부 장관은 조합원 수가 99명 이하인 경우 연간 최대 2,000시간 이내, 조합원 수가 100명 이상 199명 이하인 경우 연간 최대 3,000시간 이내, 조합원 수가 200명 이상 299명 이하인 경우 연간 최대 4,000시간 이내의 근로시간 면제 한도를 정하여 고시하고 있는 점(2,000시간이면 1인이 주당 40시간씩 50주를 면제받을 수 있는 시간이다), ③ 복수 노동조합인 사업장에서 교섭대표노동조합은 소수 노동조합과 달리 '사용자와의 교섭' 등을 위한 시간이 필요하므로 각 노동조합이 '조합원 수'에 정비례하여 근로시간 면제한도를 배분받아야 하는 것은 아니라고 하더라도, ㉠ 조합원 수가 늘수록 노동조합이 처리할 노동조합법 제24조 제4항 소정의 '건전한 노사관계의 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무'도 늘게 되며 ㉡ 조합원 점유율이 24% 미만의 노동조합의 조합원이라 하더라도 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률이나 산업안전보건법, 근로복지기본법 등의 근로자위원이나 고충처리위원이 되어 위 각 법상의 노사협의회 업무, 고충처리업무, 산업안전보건위원회 업무 등을 할 수도 있으므로, 소수 노동조합도 그에 상응하게 근로시간 면제한도를 배분받아야 하는 점, ④ 참가인의 사업장별로 조합원 점유율은 최소 1.3%에서 최대 11.4% 에 이르나, 단체협약 제4조 제5항에 따를

90) 대전지방법원 2016. 1. 20. 선고 2015구합101*** 판결

경우 사실상 교섭대표노동조합인 원고에게만 근로시간 면제한도가 배분되는 점, ⑤ 총 조합원 수에 참가인 소속 조합원 수의 비율에 따라 참가인에게 근로시간 면제한도를 배분하는 경우 최소 52시간에서 최대 456시간이 배분될 수 있고, 위와 같이 산출된 참가인의 근로시간 면제한도가 무시할 수 있을 정도로 작은 시간이 아니며, 참가인에게 이를 배분하는 것이 현실적으로 어려운 것으로 보이지도 않는 점, ⑥ 복수 노동조합인 사업장에서 교섭대표노동조합이 근로시간면제한도를 충분히 배분받지 못한다고 하더라도 그로 인하여 노조전임자 수가 제한되는 것은 아니고, 필요한 경우 교섭대표노동조합은 여전히 단체협약이나 사용자의 동의로 사용자로부터 급여를 받지 않는 전임자의 수를 정할 수 있는 점(대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두8*** 판결 참조) 등을 종합하여 보면, 단체협약 제4조 제5항은 조합원 점유율 24% 이상인 노동조합에만 근로시간 면제한도를 배분함으로써 합리적인 이유 없이 교섭대표노동조합인 원고와 소수 노동조합인 참가인을 차별한 것이므로, 공정대표의무를 위반하였다고 봄이 타당하다. 원고의 이 부분 주장도 이유 없다."

라. 노조전임자

1) 판례의 기본적 입장

노조전임제는 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태로서 전임제를 인정할 것인지 여부는 물론 노동조합 전임자의 선임과 해임절차, 전임기간, 전임자 수, 전임자에 대한 대우 등 구체적인 제도 운용에 관하여도 기본적으로 사용자의 동의에 기초한 노사합의에 의하여 유지되는 것임(대법원 2011. 8. 18. 선고 2010다106*** 판결 참조)

따라서, 모든 노동조합에 대하여 반드시 노동조합 전임자가 인정되어야만 하는 것은 아니고, 사용자는 합리적 이유가 있다면 노동조합별로 노동조합 전임자의 임명 여부 또는 전임자 수 등을 달리 인정할 수 있음

다만, 판례는 단체협약에서 노조전임자 규정을 두고 있는 이상, 사용자는 교섭대표노동조합과 소수노조를 차별하여서는 안 되며 교섭대표노동조합에게만 노조전임자를 인정하고 소수 노동조합에 노조전임자를 전혀 인정하지 않는 것은 특별한 사정이 없는 한 합리성을 인정받기 어렵다고 한 바 있음

2) 구체적인 사례

가) 일정규모 이상의 상급단체 임직원으로 피선된 자를 노동조합 전임자로 인정[91]

상급단체의 규모 등에 관하여 아무런 제한 없이 상급단체의 임직원을 모두 노동조합 전임자로 인정할 경우 발생할 수 있는 인사 운용 내지 노무 관리상의 어려움 등에

91) 대전고등법원 2017. 3. 23. 선고 2016누13*** 판결(대법원에서 소송 계속 중임)

비추어 **상급단체의 규모를 제한하는 것이므로 해당 규정 자체만으로 교섭대표노동조합과 소수노조간 차별이 존재한다고 볼 수 없음**

【 대전고등법원 2017. 3. 23. 선고 2016누13* 판결 】**

"2) 이 사건 단체협약 제13조 제2항에 관한 주장에 대하여

가) **이 사건 단체협약 제13조 제2항에 의하면, ○○○조합에 신고된 운수종사자수 중 1/3 이상이 가입한 상급단체에 임직원으로 피선된 사람은 노조전임자로 인정한다는 것인바, 참가인 조합(분회) 소속 노동조합원뿐만 아니라 원고들 소속 노동조합원일지라도 위 규정이 정한 요건을 충족하기만 하면 노조전임자로 인정될 수 있으므로, 위 규정 자체만으로 참가인 조합과 원고들 사이에 차별이 존재한다고 보기 어렵다.**

나) 나아가 설령 참가인 조합(○○지역본부)은 현재 ○○○조합에 신고된 운수종사자수 중 1/3 이상이 가입한 상급단체에 해당하기 때문에 참가인 조합분회 소속 노동조합원은 이 사건 단체협약 제13조 제2항에 의하여 노조전임자로 인정될 수 있는 반면, 원고들의 상급단체인 ○○○○노동조합연맹은 ○○○조합에 신고된 운수종사자수 중 1/3 이상이 가입한 상급단체에 해당하지 않아 원고들 소속 노동조합원은 이 사건 단체협약 제13조 제2항에 의하여 노조전임자로 인정될 수 없다는 사정으로 인해 결과적으로 참가인 조합과 원고들 사이에 차별이 존재할 수 있다 하더라도, 앞서 본 사실 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하면 이를 노동조합법 제29조의4에 규정된 공정대표의무를 위반한 불합리한 차별이라고 볼 수 없다."

나) 교섭대표노동조합에 대하여만 노조전임자 인정[92]

교섭대표노동조합은 공정대표의무의 취지를 고려하여 소수노조의 교섭요구사항을 성실히 확인하여 반영하고, **소수노조가 노조전임자에 관하여 적극적으로 요청한 것이 아니라도 노조전임자를 독점할 것이 아니라 소수노조에게도 노조전임자를 인정되도록 노력할 의무가 있음**

따라서, 특별한 사정이 없는 한 소수노조에 노조전임자를 전혀 인정하지 않는 것은 합리성을 인정받기 어려움

【 서울행정법원 2016. 5. 12. 선고 2015구합9* 판결 】**

"가) 교섭창구 단일화 제도 아래서 교섭대표노동조합으로 선정되지 못한 참가인은 스스로 단체교섭권을 행사하지 못하고 단지 교섭대표노동조합이 사용자와 협상을 통하여 얻어낼 결과물을 기다릴 수밖에 없는 처지에 놓이게 된다. **교섭대표노동조합인 ○○○○노동조합은 소수 노동조합 보호라는 공정대표의무의 취지를 고려하여 참가인의 교섭 요구 사항을 성실히 확인하여 반영하고, 설령 참가인이 노조전임자에 관하여 적극적으로 요청한 바 없고 이에 대해 이**

92) 서울행정법원 2016. 5. 12. 선고 2015구합9*** 판결

의를 제기한 바 없다고 하더라도, 노조전임자를 독점할 것이 아니라 참가인에게도 노조전임자를 인정되도록 노력해야 한다. 사용자인 원고 또한 ○○○○노동조합과 참가인을 합리적 이유 없이 차별하여서는 안 된다.

나) 단체협약 중 '노조전임자 인정'과 같은 노동조합 활동에 관한 내용은 개별 근로자의 근로조건에 관한 것이 아니라 노동조합 자체의 존속·유지·활동에 관한 것으로, 교섭대표노동조합이 아닌 노동조합의 경우에도 위와 같은 노조전임자가 필요하다. 특히 '면제되는 근로시간'이 적은 소수 노동조합으로서는 무급이더라도 근로 제공 의무가 면제되는 노조전임자의 필요성이 크다고 할 수 있다. 참가인으로서는 노조전임자 확보를 통해 노동조합 스스로 비용을 부담하면서 노동조합 활동의 최소한을 영위할 수 있기 때문이다.

다) **노동조합법 제29조의4에 따른 공정대표의무가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 사이에 절대적인 평등이나 무조건적인 단순 비례의 원칙이 적용되어야 한다는 의미는 아니지만, 불합리하거나 자의적인 차별까지 허용하는 것은 아니다. 노조전임자를 조합원 수에 비례하여 할당해야 하는 것은 아니더라도, 특별한 사정이 없는 한 소수 노동조합에 노조전임자를 전혀 인정하지 않는 것은 합리성을 인정받기 어렵다. 이러한 조항이 오랜 기간 시행되었다 하더라도 마찬가지이다.**

라) 교섭대표노동조합에만 노조전임자를 인정하는 것은 참가인이 노조전임자를 사용할 필요가 있을 경우 이를 사용하지 못하게 되는 결과를 초래한다. 특히 참가인의 조합원이 원고의 노조위원장으로 선출되었을 경우 노조전임자 혜택을 받지 못한다면, 사실상 참가인의 정상적인 조합 활동·운영이 사전에 차단될 수도 있다.

마) 노조전임자를 1명만 인정하는 경우에도 반전임과 같은 형태로 사용함으로써 참가인의 이익을 실질적으로 반영할 수 있는 방안도 있다.

바) 2012년 단체협약에서는 면제되는 총 근로시간이 7,000시간이었으나, 2014년 단체협약에서는 면제되는 총 근로시간이 10,700시간으로 2012년 단체협약에 비하여 면제되는 총 근로시간이 늘어난 것은 맞다. 그러나 소수 노동조합인 참가인은 2014년 단체협약 체결 전까지 보장받던 노조전임자를 보장받지 못하였는바, 2012년 단체협약에 비해 2014년 단체협약의 면제되는 근로시간이 늘었다고 하여 합리적인 차별이라고 보기는 어렵다.

사) ○○○○노동조합은 면제되는 근로시간이 8,732시간이고 면제되는 총 근로시간 10,700시간 내에서 20%가 우선 배분되며, '단체교섭, 노사협의회, 고충처리 및 산업안전보건위원회 회의 참석 시' 유급으로 인정하고 있는 등 이미 교섭대표노동조합으로서의 지위와 활동을 보장받고 있는바, 노조전임자를 독점적으로 인정받아야 할 필연성이 없다."

마. 근로시간 중 조합활동

1) 신입사원에 대한 노동조합 교육시간 배분[93]

신입사원의 교육시간에 노동조합 설명회 시간을 부여할 때 설명에 관한 시간이 소속

93) 서울행정법원 2014. 4. 4. 선고 2013구합4*** 판결

노동조합원의 수에 따라 달라질 것은 아니고, 오히려 소수 노동조합일수록 조합원 수를 늘리기 위한 홍보가 더 필요하므로 조합원 수에 따라 교육시간을 배분하는 것은 합리적 이유 없는 차별에 해당함

【 서울행정법원 2014. 4. 4. 선고 2013구합4* 판결 】**

"2) 다음으로 참가인 노동조합을 차별한 원고의 이 사건 조치가 합리적 이유가 있는 차별인지에 관하여 보건대, 앞서 본 사실과 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 원고가 차별적으로 이 사건 교육시간을 배분한 데에 합리적 이유가 있다고 보기 어렵다.

가) 참가인 노동조합의 조합원 수가 소외 노동조합의 수에 비하여 현저히 적은 사실은 앞서 본 바와 같으나, 이 사건 **단체협약 제18조는 노동조합의 활동에 관한 조항이므로 노동조합 조합원의 규모에 따라 그 정도에 차등을 두어야 할 별다른 이유를 찾을 수 없다. 오히려 참가인 노동조합은 소수노동조합으로서 이 사건 단체협약에 자신이 요청한 교섭사항이 반영되지 않더라도 그 결과를 수인할 수밖에 없게 되는 점을 감안한다면 근무시간 중 노동조합 활동과 같이 노동조합의 설립·존속에 관한 사항에 대해서는 소수노동조합을 보호할 필요성이 더욱 크다.**

나) **신입사원의 교육시간에 노동조합 설명회 시간을 부여하는 것은 노동조합 제도 및 관련 법령의 이해와 노동조합에 대한 홍보, 가입 안내 등을 위한 것인데, 이러한 설명에 관한 시간이 소속 노동조합원의 수에 따라 크게 달라질 것이라고 보이지는 않는다.** 오히려 소수노동조합인 참가인 노동조합으로서는 다수의 근로자에 대한 접촉 및 홍보가 어려울 것이기 때문에 조합의 규모 확대를 위하여 신입사원이 집결해 있는 교육과정에서 자신들을 홍보할 필요성이 더욱 높아 보인다. 그런데 원고가 참가인 노동조합에게 할당한 10분은 노동조합의 홍보 및 가입 안내를 하기에 지나치게 짧아 정상적인 노동조합 활동을 할 수 있는 시간으로 보기 어렵다."

2) 소노사협의회 구성에 교섭대표노동조합만 참여[94]

단체협약에 규정된 소노사협의회가 「근로자참여 및 협력증진에 관한 법률」상 노사협의회로 운영되고 있다면, 노사협의회의 참여 여부는 노동조합 자체로서의 존속, 유지에 관련한 기본적 활동에 해당하는 것으로 보기 어렵다는 점을 감안할 때 합리적 이유 있는 차별에 해당함

【 서울행정법원 2014. 4. 4. 선고 2013구합4* 판결 】**

"2) 단체협약 제6조(소노사협의회)에 관한 주장에 대하여

앞서 본 바와 같이 이 사건 단체협약 제6조는 소노사협의회의 구성에 참여할 수 있는 노동조합에 제한을 두고 있지 않음에도, 이 사건 사용자들과 참가인 노조는 소 노사협의회의

94) 대전지방법원 2015. 5. 6. 선고 2014구합101*** 판결

구성에 참가인 노조만 참여토록 할 뿐 원고를 배제하고 있으므로, 이는 단체협약 이행과정에서의 원고에 대한 차별에 해당한다.

나아가 이러한 원**고에 대한 차별이 합리적 이유가 있는지**에 관하여 본다.

살피건대, 위 인정 사실 및 관계법령에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉, **①이 사건 단체협약 제6조에 의한 소노사협의회가 이 사건 사용자들의 사업장에서 실제로는 근로자참여법 상의 노사협의회로서 운영되고 있는 점, ② 이에 따라 소노사협의회의 근로자위원은 근로자참여법 제6조 제2항에 의해 근로자의 과반수로 조직된 노동조합인 참가인 노조 측이 위촉하는 자로 정해지고 있는 것으로 보이는 점,** ③ 근로자참여법 제20조 제1항은 노사협의회가 근로자의 채용, 배치 및 교육훈련(제2호)에 관하여도 협의할 수 있는 것으로 규정하고 있는데, 이는 이 사건 단체협약 제28조가 소노사협의회를 거치도록 규정한 정년에 도달한 종업원의 재고용에 관한 내용으로 볼 수 있는 점, ④ 그 구성이나 기능 내지 역할에 비추어, 이 사건 사용자들의 사업장에 근로자참여법 상의 노사협의회와 별도로 이 사건 단체협약 상의 명칭에 따른 소노사협의회가 반드시 설치되어야만 이 사건 단체협약 제6조가 이행된 것이라고 보기는 어려운 점, ⑤ 근로자참여법에 의한 노사협의회의 근로자위원의 수는 최대 10명인데, 이 사건 사용자들의 각 사업장에 고용된 원고 소속 조합원 수(1 - 21명)의 참가인 노조 소속 조합원 수(109 - 436명)에 대한 비율은 0.4 - 7.8%에 불과하여, 공정하게 각 노동조합의 대표성이 인정될 비율로서 원고에 배분할 근로자 위원의 수를 객관적으로 산정하기 곤란한 점, **⑥ 노사협의회의 참여 여부는 원고의 노동조합 자체로서의 존속,유지에 관련한 기본적 활동에 해당하는 것으로 보기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 소노사협의회의 구성에 원고를 배제하여 차별한 것에 합리적 이유가 있다고 할 것이다.**"

제 3 장

쟁의행위와 필수유지업무결정

제1절 쟁의행위 / 113

1. 쟁의행위의 개념 / 113
2. 쟁의행위의 정당성 요건 / 118
3. 사용자의 쟁의대항행위 / 174

제2절 필수유지업무 / 187

1. 필수유지업무제도의 개관 / 187
2. 필수유지업무결정 사례 / 190
3. 필수유지업무협정·결정과 쟁의행위 / 201

제1절 쟁의행위

1. 쟁의행위의 개념

1.1 노동조합법상 쟁의행위의 정의

노동조합법 제2조 제6호는 "쟁의행위라 함은 파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계당사자가 **그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위**를 말한다"고 정의하고 있음

노동조합법은 노동조합이 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 파업·태업 등의 행위뿐 아니라 사용자 또는 사용자단체가 노동조합의 위 행위에 대항하기 위하여 행하는 직장폐쇄 등의 행위도 쟁의행위에 포함시키고 있음

본래의 의미에서의 쟁의행위라 함은 근로자가 헌법 제33조 제1항에 의해 보장된 근로3권 중 단체행동권에 기하여 행할 수 있는 단체행동 중 가장 대표적이고 정형적인 유형의 행위를 가리키며, **노동조합법이 규율하는 쟁의행위 중에서 노동조합에 의한 쟁의행위는 헌법상 보장된 단체행동권의 행사로서의 그 정당성이 인정되는 범위 안에서 특별한 법적 보호의 대상**이 되고 있음[1)]

따라서, 이러한 노동조합의 쟁의행위에 있어 그것이 근로자의 단체행동권의 행사로서 정당성을 인정받기 위해서는 어떠한 요건을 갖추어야 할 것인가가 주된 관심사가 되며, 노동조합법상 쟁의행위에 관한 규정들도 대부분 이 점을 규율 대상으로 삼고 있음[2)]

이와 관련 노동조합법 제37조 내지 제46조는 쟁의행위에 대한 여러 제한금지 규정을 두고 있고, 이러한 제한금지규정에 위반한 행위는 노동조합법 제88조 내지 제91조에 따라 형사처벌의 대상이 됨

한편, 노동조합법 제45조 제2항에 의하여 쟁의행위에는 조정전치주의가 적용되고, 노동조합법 제2조 제6호, 제46조는 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에 사용자의

1) 노동조합법은 노동조합법상 쟁의행위에 대하여 민사상 면책규정(법 제3조)과 정당한 쟁위행위에 대한 형사상 면책규정(법 제4조)을 규정

2) 사용자가 근로자측 쟁의행위에 대항하여 행하는 직장폐쇄 등의 쟁의행위는 노동조합법의 규정에 의하여 비로소 인정되는 것이므로, 노동조합의 쟁의행위와는 그 기초를 전혀 달리하며 노동조합법 제46조의 규정의 해석에 의해 그 정당성 여부를 살펴야 할 것임

대항행위로서 직장폐쇄를 허용하고 있으며, 노동조합법 제81조 제5호는 “근로자가 정당한 단체행위에 참가한 것을 이유로 하거나 또는 노동위원회에 대하여 사용자가 이 조의 규정에 위반한 것을 신고하거나 그에 관한 증언을 하거나 기타 행정관청에 증거를 제출한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위”를 부당노동행위로 규정하여 제한하고 있음

1.2 . 쟁의행위인지 여부가 문제되는 경우(조합활동과의 구별)

가. 업무저해성

노사관계 현실에서는 **근로자의 집단적 행동이 쟁의행위인지 조합활동인지** 불분명한 경우가 적지 않게 발생하는데, **양자는 ‘업무저해성’ 여부에 의해 구별**할 수 있음

판례는 ‘노조탄압, 성실교섭’등과 같은 내용의 리본을 패용하고 휴대전화 발신자 표시에 ‘성실교섭 촉구’ 등의 문구를 입력하여 한 **레터링 행위**는 단순히 노동조합의 내부적 단결을 위한 행위가 아니라 **회사에게 유형적 위력을 보이는 외부적인 집단행동으로서 일응 노동조합 활동의 범위를 벗어난 쟁의행위에 해당**한다고 할 것이라고 한 사례가 있는데[3], **결국 쟁의행위인지 조합활동인지 여부는 구체적인 사안에서 업무저해성의 여부에 따라 판단**하게 될 것임[4]

【 서울행정법원 2008. 8. 26. 선고 2008구합15* 판결 】**

“사외 대고객 제품설치 및 A/S업무를 담당하는 원고 근로자들이 근무시간 중에 ‘노조탄압 중단, 성실교섭촉구’ 등의 문구가 표시되어 있는 리본을 패용하는 한편, 핸드폰발신자 표시에 ‘성실교섭촉구’ 등의 문구를 입력하여 같은 통신회사에 가입된 수신자들에게 위 문구를 자동 레터링하게 하였다는 것인바, 이와 같이 원고 **근로자들이 ‘노조탄압, 성실교섭’ 등과 같은 내용의 리본을 패용하고 휴대전화 발신자표시에 ‘성실교섭촉구’ 등의 문구를 입력하여 한 레터링 행위는 단순히 노동조합의 내부적 단결을 위한 행위가 아니라 참가인 회사에게 유형적 위력을 보이는 외부적인 집단행동으로서 일응 조합활동의 범위를 벗어나 쟁의행위에 해당**한다고 할 것이고, 이와 같은 리본패용이나 레터링 행위가 근무시간 중에 상시적으로 이루어졌고 고객들에게 쉽게 노출될 수 있는 것이라는 점(고객과 사이에 휴대폰으로 연락을 취하는 경우 레터링문구가 고객에게 노출될 수 있다)에 비추어 보면, 정당한 쟁의행위의 범주를 벗어난 것으로 볼 것이다.”

3) 서울행정법원 2008. 8. 26. 선고 2008구합15*** 판결(이후 서울고등법원 2009. 3. 20. 선고 2008누26***판결이 1심 인용 판결을 하였고 대법원 2009.6.11. 선고 2009두5473에서 심리불속행기각으로 확정되었음)

4) 쟁의행위에 해당하는 경우에는 쟁의행위의의 정당성 판단기준에 따라 해당 행위의 정당성 여부를 판단하여야 함

나. 준법투쟁의 문제

1) 준법투쟁의 쟁의행위 해당여부

노동조합법 제2조 제6호에 의하면, 쟁의행위란 '파업, 태업, 직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위'를 말함

준법투쟁이라 함은 **본격적인 쟁의행위에 앞서 사용자에게 본격적인 경제적 압력의 행사를 경고하거나 단결력을 시위하기 위해서 준법을 명분으로 하는 단체행동**을 뜻하는데, 이는 **사용자에 대한 주장 관철을 목적으로 한다는 점과 업무가 사용자의 의사에 반하여 평상시와는 다른 양태로 운영될 수 있다는 점**에서 쟁의행위로 파악될 여지를 안고 있음

준법투쟁은 다시 안전과 관련한 법령, 작업규칙의 엄격한 준수를 집단적으로 조직함으로써 간접적으로 업무 저해의 효과를 발생시키는 이른바 **'안전투쟁'**과 정시 출퇴근, 휴가 사용, 시간외 근무 거부와 같은 집단적 권리행사를 일컫는 이른바 **'권리투쟁'** 등으로 구분할 수 있음

만약 준법투쟁이 쟁의행위에 해당한다면, 쟁의행위에 대하여 요구되는 목적, 절차, 방법의 정당성 등을 갖추어야 하며, 그러지 않는다면 이로 인한 민형사상 책임을 부담하게 될 수도 있을 것임

2) 학설

준법투쟁을 쟁의행위로 보아야 할 것인지 여부에 관하여는 '업무의 정상적인 운영을 저해'하였는지 여부를 기준으로 하여야 할 것인데, 이 '정상적인 운영'이 무엇을 뜻하는지에 관하여는 **사실정상설과 법률정상설**이 기준으로 제시되고 있음

사실정상설은 사실상의 업무운영 실태를 기준으로 하여야 한다는 견해로서, 평소 해 온 업무운영을 집단적으로 거부하게 하는 행위는 그 업무운영의 적법여부에 관계없이 쟁의행위에 해당한다고 보며,

법률정상설은 법률적 평가를 정상적 운영의 평가기준으로 삼아야 한다는 견해로서, 평소 해 온 적법한 업무운영을 거부하게 한 것은 쟁의행위에 해당하지만 평소 해 온 위법한 업무운영을 거부하게 한 것은 업무의 정상적인 운영을 저해한 것이 아니므로 쟁의행위가 아니라는 것임

3) 판례의 태도

대법원은 **쟁의행위의 대상이 되는 '정상적인 업무'**는 '적법한 업무'에 국한되는 것이 아니라 **'관행상 지속되던 업무' 혹은 '평상시대로 운영되는 업무'**도 포함된다는 입장에서 **준법투쟁을 쟁의행위로 파악하여 사실정상설의 입장**[5]인 것으로 보임

다만, 판례에서 다루어진 준법투쟁의 양태는 대개 권리투쟁에 해당하는 것들이고, 안전투쟁에 관해서는 아직까지 명시적인 판례가 발견되지 않고 있음

안전투쟁에 관련된 판례로는, 택시회사의 노조가 불법운행을 자제하면서 사납금을 일정금액으로 통제한 사례(대법원 1991. 12. 10. 선고, 91누*** 판결)와 역시 택시회사의 노조가 준법운행을 하면서 사납금을 통제하지 않은 사례(대법원 2000. 5. 26. 선고 98다34*** 판결)가 있으나 전자의 경우 사납금까지 통제한 것은 순수한 안전투쟁으로 보기 어려운 면이 있고, 후자의 경우 그 쟁점이 준법투쟁의 정당성이 아니라 이에 맞선 직장폐쇄의 정당성이어서 안전투쟁에 관한 명시적 판례라고 보기 어려움

4) 권리행사투쟁과 안전투쟁

가) 권리행사투쟁

집단적인 정시출퇴근, 휴가사용, 시간 외 근로 또는 휴일근로거부 등이 이에 해당함

대법원 판례는 일반적으로 권리행사투쟁이 근로조건의 결정에 관한 주장을 관철할 목적으로 집단적인 의사 연락 하에 이루어졌다면 그와 같은 **집단적인 노무제공거부행위로 인하여 사용자의 통상적인 사실상의 업무운영에 저해를 초래**하는 것이므로 **쟁의행위에 해당**한다는 입장[6]임

【 대법원 1996. 7. 30. 선고 96누*판결 】**

"택시회사 노동조합의 조합장이 실질적으로 회사로부터 거부당한 요구사항을 관철시키고 회사의 **정상적인 업무수행을 저해할 의도로 근로자들에게 집단적으로 연차휴가를 사용할 것을 선동하고 이에 따라 근로자들의 집단적 연차휴가 사용 및 근로 제공 거부행위가 이루어진 경우, 이는 이른바 쟁의적 준법투쟁으로서 쟁의행위에 해당하고,** 이와 같은 행위를 함에 있어 노동조합의 결의를 거치거나 쟁의발생신고를 하는 등의 노동쟁의조정법상의 적법한 절차를 거치지 아니하였음은 물론 이로 말미암아 회사에게 예상치 못한 업무의 저해를 초래하였으며 택시 이용

5) 대법원 1991. 1. 29. 선고 90도2*** 판결, 1991. 7. 9. 선고 91도1*** 판결, 1991. 10. 22. 선고 91도*** 판결, 1996. 2. 27. 선고 95도2***판결, 1996. 5. 10. 선고 96도*** 판결, 대법원 1991. 12. 10. 선고, 91누*** 판결

6) 대법원 1996. 7. 30. 선고 96누*** 판결

자들에게 많은 불편을 초래한 점 등이 인정된다면, 이와 같은 준법투쟁은 정당한 쟁의행위의 한계를 벗어난 것으로서 이를 선동한 조합장의 행위는 단체협약 소정의 면직사유에 해당한다고 보아 이를 이유로 한 면직처분은 정당한 인사권의 행사로서 부당노동행위에 해당하지 아니한다."

나) 안전투쟁

하급심 판결에 따르면 직원 식당 외주화에 반대하면서 '기관차 승무조합원은 입환할 때에는 수송요원의 안전을 최대한 고려해 운전한다. 소송원은 규정입환, 검수원의 규정검수에 협력한다. 각종 제한속도를 준수한다. 제동시험을 철저히 한다. 소송 조합원은 입환속도를 항상 안전속도로 유지한다. 규정대로 관통 입환을 철저히 시행한다.…(이하 생략)'라는 내용의 **안전운행 지침을 발령하고 조합원들은 열차의 입환과 구내 운행시 작업규정 내지 안전규칙에 의한 제한속도의 준수 등 위 지침에 따른 안전운행 투쟁을 한 경우** 이러한 안전운행 투쟁은 사용자의 통상적이고 정상적인 정시 열차운행을 저해하기 위한 수단으로 쟁의행위에 해당한다고 판시함[7)]

【 서울고등법원 2011. 8. 24. 선고 2010누37*판결 】**

"이 사건 **안전운행 투쟁이 '쟁의행위'에 해당하는지 여부는 앞서 본 바와 같이 이 사건 안전운행 투쟁은 원고 노조 조합원들이 작업의 능률을 저하시켜 자신들의 주장을 관철시키기 위하여 상호 의사연락 아래 집단적으로 종전부터 관행화되어 있던 근무방식을 그에 관한 규정이나 지침이 객관적으로 요구하는 정도와 내용을 벗어나는 방법으로 변경하는 것으로서 당해 노사관계에 있어서 관행적 사실을 고려하여 기대될 수 있는 참가인의 통상적이고 정상적인 업무운영을 저해하는 것에 해당한다고 봄이 상당하므로, 태업과 유사한 '쟁의행위'**라고 볼 것이다."

안전투쟁에서의 안전규정 준수가 당해 규정이 객관적으로 요청하는 정도를 현저히 넘어서, 혹은 준수되는 법규가 이미 객관적으로 사문화한 것으로 간주되어야 하는 경우에는, 일상적으로 반복되는 업무행위가 다소간의 규칙위반의 소지를 안고 있다 하더라도 **이로 인하여 얻는 사용자의 이익이 보호받을 가치가 전혀 없다고 할 수는 없으므로, 이 경우에는 안전투쟁이라 하더라도 쟁의행위(태업)로서 평가**될 수 있다는 판례가 있음[8)]

7) 서울고등법원 2011. 8. 24. 선고 2010누37*** 판결(대법원 2011. 12. 8. 선고 2011두23*** 심리불속행 판결로 확정)
8) 대전지방법원 2011. 1. 28. 선고 2010고단1581, 2*** 판결

2. 쟁의행위의 정당성 요건

2.1. 일반론

노동위원회에서 취급하는 구제신청 사건들 중 쟁의행위[9]의 정당성 판단이 전제가 되는 사건들이 다수 있음

쟁의행위가 정당할 경우 근로자는 노동조합법에 의하여 민·형사 책임이 면제(제3조 내지 제4조)되고 부당노동행위제도에 의하여 보호(제81조) 받게 되나, 그렇지 않은 경우 민·형사 책임을 지거나 회사의 취업규칙 등에 의하여 징계를 받을 수 있음[10]

근로자가 정당한 쟁의행위를 하였음에도 불구하고 사용자가 부당해고 등의 불이익한 처분을 한 경우 노동위원회는 근로자의 구제신청을 받아 사용자에게 구제명령을 내리게 됨(근로기준법 제28조, 노동조합법 제82조 제1항)

쟁의행위의 정당성 여부는 쟁의행위가 근로자에게 헌법상 보장된 단체행동권(제33조 제1항)의 범위 내에서 정당하게 이루어졌느냐에 따라 판단되어야 할 것인데, 노동조합법 제1조는 "이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 근로관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다."고 규정하고, 노동조합법 제4조는 "형법 제20조의 규정은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로서 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다. 다만, 어떠한 경우에도 폭력이나 파괴행위는 정당한 행위로 해석되어서는 아니 된다."고 규정하며, 노동조합법 제37조 제1항은 "쟁의행위는 그 목적·방법 및 절차에 있어서 법령 기타 사회질서에 위반되어서는 아니 된다."고 규정하고, 제2항은 "조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위를 하여서는 아니 된다."고 규정하며, 노동조합법 제41조 제1항은 "노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다."고 규정하고 있음

그리고 대법원도 이들 규정에 따라 근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위

9) "쟁의행위"란 파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위(노조법 제2조 제6호)인데, 여기서는 노동조합의 쟁의행위만을 가리키는 개념으로 사용함

10) 쟁의행위에 대한 민·형사 사건에서의 정당성 판단과 쟁의행위에 대한 부당노동행위에 대한 정당성 판단이 반드시 일치하는 것은 아니므로 각 경우에 따라 개별적으로 판단되어야 함

하여는 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다고 판시하여 왔음[11]

이하에서는 노동조합법이 규율하고 있는 사항과 판례의 입장을 중심으로 쟁의행위의 정당성 요건을 검토하고자 함

2.2. 쟁의행위의 주체

가. 노동조합법상 노동조합

쟁의행위는 노동조합에 의하여 주도되어야 하는 바(제37조 제2항) 노동조합법에서 정한 실질적(제2조 제4호)·형식적 (제10조) 요건을 모두 갖춘 노동조합이 쟁의행위의 정당한 주체가 됨

2011. 7. 1.부터 복수노조가 허용되고 교섭창구단일화제도가 시행됨에 따라 하나의 사업 또는 사업장에서 교섭대표노동조합이 아닌 노동조합은 단체교섭권과 협약체결권이 제한되고 교섭대표노동조합이 주도하는 쟁의행위에 참여할 수 있을 뿐 독자적인 쟁의행위 주체는 될 수 없음

한편, **교섭대표노동조합이 쟁의행위의 주체가 되는 점과 관련한 문제**로 **단수노조가 파업하는 도중에 신설노조가 생긴 경우 기존 단수노조는 교섭대표노동조합이 확정될 때까지 진행 중인 쟁의행위를 정지해야 하는지 여부**가 문제된 사례가 있으나, 해당 사건에서는 기존 단수노조의 쟁의행위가 종료된 후에 신설노조의 단체교섭 요구가 있었다는 점에서 파업의 정당성에는 문제가 없는 것으로 보았음[12]

11) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도*** 판결, 1991. 5. 24. 선고 91도*** 판결, 1996. 1. 26. 선고 95도1*** 판결, 1996. 2. 27. 선고 95도2*** 판결, 1998. 1. 20. 선고 97도*** 판결, 2000. 5. 12. 선고 98도3*** 판결, 2001. 6. 12. 선고 2001도1***판결 등 참조

12) 서울행정법원 2014. 1. 24. 선고 2013구합14*** 판결

【 서울행정법원 2014. 1. 24. 선고 2013구합14* 판결 】**

"가) 노동조합 및 노동관계조정법(이하, '노동조합법'이라 한다) 제29조의2 제1항은 하나의 사업 또는 사업장에 노동조합이 2개 이상 존재하는 경우에 교섭대표노동조합을 정하여 교섭을 요구하여야 한다고 규정하고 있어, 노동조합이 하나만 존재하는 경우에 그 노동조합(이하, '유일 노동조합'이라 한다)은 교섭창구 단일화 절차를 거치지 않고도 단체교섭을 요구할 수 있으며 단체교섭이 결렬되면 쟁의행위로 나아갈 수 있다. …(중략)…

나) 이 사건으로 돌아와 살피건대, 위 인정 사실에 의하면 원고 노동조합이 단체교섭을 요구하고 쟁의행위에 나아간 때에 참가인 회사에는 다른 노동조합이 존재하지 않았고, 달리 이 사건 파업에 주체, 목적, 절차, 태양 등에 있어 위법이 있다는 사정이 엿보이지 않으므로 이 사건 파업은 적법하고 이를 징계사유로 한 원고 근로자들에 대한 해고 및 정직은 부당하다.

다) 한편, 이 사건 파업이 진행 중인 2012, 1. 26. 제2노동조합이 설립된 사실은 앞서 본 바와 같으나, **제2노동조합은 이 사건 파업이 종료된 이후인 2012, 8. 13. 참가인 회사에 단체교섭을 요구하여 교섭창구 단일화 절차가 개시되었으므로 제2노동조합이 이 사건 파업 중에 설립되었다는 사정은 이 사건 파업의 정당성에 아무런 영향을 미치지 않는다(제2노동조합이 교섭요구를 한경우 기존의 유일 노동조합이 교섭 창구 단일화 절차를 통해 교섭대표노동조합이 확정될 때까지 진행 중인 쟁의행위를 정지해야 하는지 여부에 관하여 노동조합법 및 그 시행령은 아무런 규정을 두고 있지 않아 해석상 문제가 될 수 있으나, 어떻게 해석하든 파업이 종료된 이후에 제2노동조합이 교섭요구를 한 이 사건의 경우에는 결론에 영향이 없다).**"

나. 실질적 요건을 갖추지 못한 노동조합

판례는 쟁의행위의 정당성이 인정되기 위해서는 그 주체가 **단체교섭의 주체로서 단체협약을 체결할 능력이 있어야 한다**고 보고 있음(대판 1995. 10. 12. 선고 95다1016 등)[13]

또한 판례는 '노동조합이 설립되어 있는 철도청에 그 조합원인 철도청 기관사들 일부로 구성된 특별단체교섭추진위원회는 단체교섭권이 없다'(대판 1991. 5. 24. 선고 91도324)고 하거나, 사업장 단위 근로자단체인 전국기관차협의회는 근로자가 아닌 자(해직이 확정된 자)의 회원자격을 인정하고 있을 뿐 아니라 기존의 전국○○노동조합과 그 조직대상을 같이 하고 있어 (구)노동조합법상의 노동조합이라고 볼 수 없고, 따

13) 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추고 있으나 설립신고라는 형식적 요건이 흠결되어 있는 법외노조가 단체교섭권을 정당하게 행사할 수 있는 당사자에 해당하는지에 관하여 직접 판시하고 있는 판례는 없으나, '노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추지 못하였다면 단체교섭권이나 쟁의행위의 정당한 주체로 될 수 있는 노동조합이라고 볼 수 없다 할 것이나, 노조법상의 노동조합이 아닌 근로자의 단결체는 무조건 단체교섭권 등이 없다는 것은 아니'라고 판시(대판 1997. 2. 11, 96누2125)한 것을 들어 판례가 이를 간접적으로 긍정하고 있다는 견해도 있음('노동조합 및 노동관계조정법', 사법연수원, 2016, 249p)

라서 단체교섭권도 없다.'(대판 1997. 2. 11. 선고 96누2125 등)고 판시하고 있어 **노동조합으로서 적극적(노동조합법 제2조 제4호 본문)·소극적 요건(노동조합법 제2조 제4호 단서)에 해당하는 실질적 요건을 모두 갖춘 노조가 아닌 경우에는 단체교섭권이나 단체행동권의 정당한 주체가 될 수 없다는 입장**을 취하고 있다는 견해도 있음 14)

다. 일시적 쟁의단

1) 일반론

이미 노동조합이 설립되어 있는 사업장에서 비조합원이나 조합원이 일정 사항을 주장·관철시키기 위하여 **일시적으로 조직체(독립된 노동조합의 지위를 갖고 있는 지부·분회와 구별됨)를 결성하여 쟁의행위를 하는 경우 그 정당성이 인정될 수 없을 것**임

즉 비조합원이 일시적 쟁의단을 만들어 쟁의행위를 하는 경우('비노조파업') 기존의 노동조합과 별도로 위 쟁의단에게 단체교섭능력이나 단체협약능력이 인정된다고 보기 어려우므로 쟁의행위 정당성을 인정할 수 없을 것이며,

일부 조합원이 노동조합의 의사와 무관하게 또는 조합의 의사에 반하여 쟁의행위를 하는 경우('비공인파업') 노동조합법 제37조 제2항에 위반되므로 쟁의행위 정당성을 인정할 수 없을 것임

2) 판례의 태도

판례는 **쟁의행위의 정당성이 인정되기 위해서는 그 주체가 단체교섭 및 단체협약을 체결할 능력이 있어야 하고 이는 쟁의행위의 내재적 한계라는 입장**인 바, 설립신고를 마치지 않은 법외노조의 단체교섭 및 단체협약체결능력을 부인하는 이상 일시적 쟁의단이 노동조합의 실질을 갖추었다 하더라도 쟁의행위의 정당한 주체가 되지는 못할 것이라고 함15)

【 대법원 1996. 1. 26. 선고 95도1* 판결 】**

"기록에 의하면 이 사건 **쟁의행위의 주체인 ○○협은 적법한 절차를 거쳐 쟁의주체로서 조직된 단체가 아니어서 단체교섭권이 없는 임의단체일 뿐만 아니라, 이 사건 쟁의에 관해서는 ○○협 중앙본부의 지시에 따라 이루어진 것일 뿐 노동쟁의 발생신고 등의 적법한 절차를 거치지도 아니한 사실을 인정할 수 있으므로** 피고인 등의 이 건 파업에 이른 행위는 근로자의 정

14) '노동조합 및 노동관계조정법', 사법연수원, 2016, 249p
15) 대법원 1996. 1. 26. 선고 95도1*** 판결 등

당한 쟁의행위로서 위법성이 조각된다고 볼 수 없다고 판단하고 있는바, 기록과 관계 법령에 비추어 살펴보면 원심의 위 판단은 옳고, 거기에 소론과 같은 위법이 없다."

조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위는 하여서는 아니 되는 것이므로 조합원 전체가 아닌 특정부서 소속 조합원만의 의사로 이루어진 이상, 노동조합의 결의나 구체적인 지시에 따른 노동조합의 조직적인 활동 그 자체가 될 수 없음은 물론 그 행위의 성질상 노동조합의 활동으로도 볼 수 없음[16]

【 대법원 1999. 9. 17. 선고 99두5* 판결 】**

"원고의 위 옥외작업거부 종용행위는 집단적인 옥외작업거부를 선동하여 참가인 회사의 업무를 방해하는 행위라고 할 것인데, 노동조합 및 노동관계조정법에 의하면 노동조합은 조합원 투표에 의한 과반수의 찬성 등 일정한 절차상의 요건을 갖추어야만 사용자의 업무의 정상적인 운영을 저해하는 쟁의행위를 실행할 수 있고, 조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위는 하여서는 아니 되는 것이므로, 원고가 위와 같은 행위로 나아간 것이 1997. 8. 26.의 결의에 따른 것이라고 하더라도 그 결의는 조합원 전체가 아닌 곡블럭조립부 소속 조합원만의 의사로 이루어진 이상, 원고의 위 행위는 노동조합의 결의나 구체적인 지시에 따른 노동조합의 조직적인 활동 그 자체가 될 수 없음은 물론 그 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있다거나 노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수도 없고, 단지 조합원으로서의 자발적인 행동에 불과할 뿐이어서 정당한 노동조합 활동이라고 할 수 없다(대법원 1992. 9. 25. 선고 92다18*** 판결, 1996. 2. 23. 선고 95다13*** 판결 등 참조). 원심이 같은 취지에서 원고의 위 행위는 근로조건의 유지·향상에 그 목적이 있다고 하더라도 정당치 못하고 그 판시와 같은 취업규칙 소정의 징계사유에 해당한다고 한 것은 옳고, 노동조합의 정당한 활동의 범위에 관한 법리오해의 위법이 없으므로 이에 대한 상고이유는 받아들일 수 없다."

라. 쟁의행위의 주체가 될 수 없는 근로자

1) 공무원 및 교원

헌법 및 관련 법령 등에 의하여 일부 근로자들에 대하여는 쟁의행위 주체성이 부인되거나 제한됨

즉, **공무원인 근로자**는 법률이 정하는 자에 한하여 근로3권의 주체가 될 수 있고(헌법 제33조 제2항), 이에 따라 사실상 노무에 종사하는 공무원을 제외하고는 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 하여서는 아니되며(국가공무원법 제66조

16) 대법원 1999. 9. 17. 선고 99두5*** 판결

제1항, 지방공무원법 제58조 제1항), 이들 공무원인 근로자는 쟁의행위의 정당한 주체가 될 수 없음

사립학교 교원은 공무원이 아니면서도 국가공무원법 제60조 제1항의 적용을 받게 되어 결과적으로 쟁의행위를 할 수 없음

2) 주요 방위산업체 근로자 및 그 하수급업체 근로자

방위사업법에 의해 지정된 주요방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없음(헌법 제33조 제3항, 노동조합법 제41조 제2항)

최근 대법원은 주요방위산업체의 원활한 가동이 국가의 안전보장에 필수불가결한 요소라는 점에서 법률로써 주요방위산업체 종사자의 단체행동권을 제한하거나 금지하는 것이 불가피한 면은 있으나, 헌법 제37조 제2항 이 규정하는 기본권 제한입법에 관한 최소침해의 원칙과 비례의 원칙, 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 형벌법규 엄격해석의 원칙에 비추어 볼 때 **노동조합법 제41조 제2항에 의하여 쟁의행위가 금지됨으로써 기본권이 중대하게 제한되는 근로자의 범위는 엄격하게 제한적으로 해석하여야 하는 바, 주요방위산업체로 지정된 회사가 사업의 일부를 사내하도급 방식으로 다른 업체에 맡겨 방산물자를 생산하는 경우, 하수급업체에 소속된 근로자가 위 조항에서 쟁의행위를 금지하는 '주요방위산업체에 종사하는 근로자'에 해당하지 않는다고 판시**한 바 있음[17]

【 대법원 2017. 7. 18. 선고 2016도3* 판결 】**

"주요방위산업체의 원활한 가동이 국가의 안전보장에 필수불가결한 요소라는 점에서 법률로써 주요방위산업체 종사자의 단체행동권을 제한하거나 금지하는 것이 불가피한 면은 있으나, 헌법 제37조 제2항이 규정하는 기본권 제한입법에 관한 최소침해의 원칙과 비례의 원칙, 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 형벌법규 엄격해석의 원칙에 비추어 볼 때 노동조합법 제41조 제2항에 의하여 쟁의행위가 금지됨으로써 기본권이 중대하게 제한되는 근로자의 범위는 엄격하게 제한적으로 해석하여야 한다.

방위사업법 등 관계 법령이 정한 요건과 절차에 따라 산업자원부장관이 주요방위산업체를 개별적으로 지정하도록 되어 있고, 노동조합법 제41조 제2항은 주요방위산업체로 지정된 업체에 종사하는 근로자 가운데에서도 전력, 용수 및 대통령령에서 구체적으로 열거한 업무에 종사하는 자로 그 적용 범위를 제한하고 있다. 위에서 본 법해석 원칙에 기초하여 위 법규정의 문언, 내용,

17) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2016도3*** 판결

체계와 목적을 종합해 보면, **주요방위산업체로 지정된 회사가 그 사업의 일부를 사내하도급 방식으로 다른 업체에 맡겨 방산물자를 생산하는 경우에 그 하수급업체에 소속된 근로자는 노동조합법 제41조 제2항이 쟁의행위를 금지하는 '주요방위산업체에 종사하는 근로자'에 해당한다고 볼 수 없다.** 주요방위산업체로 지정된 하도급업체의 사업장과 동일한 장소에 근무하면서 주요 방산물자를 생산하는 업무에 노무를 제공한다는 사정만으로 주요방위산업체로 지정되지 않은 독립된 사업자인 하수급업체에 소속된 근로자가 하도급업체인 주요방위산업체에 '종사'한다고 보는 것은 형벌규정을 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하는 것으로서 허용되지 않는다."

2.3. 쟁의행위의 목적

가. 일반론

1) 쟁의행위의 목적과 단체교섭사항의 범위

판례는 쟁의행위의 목적은 근로조건의 향상을 위한 노사 간의 자치적 교섭을 조성하기 위한 것이어야 한다고 보고 있는데, 이는 쟁의행위로 달성하려는 요구사항이 단체교섭사항이 될 수 있는 것이어야 한다는 의미임(대판 1994. 9. 30, 94다4042 ; 2002. 2. 26, 99도5380 등)

여기서 **단체교섭사항이 될 수 있는 것이라 함은 의무적 교섭사항에 해당하는 것**을 의미함

이에 반하여 **단체교섭사항이 될 수 없는 것**이라 함은 그 성질상 본래부터 단체교섭의 대상이 되지 아니하는 **임의적 교섭사항이나 위법적 교섭사항**에 해당하는 것은 물론이고, **단체협약에 의하여 단체교섭의 대상에서 제외한 사항**, **쟁의행위 당시 유효한 단체협약에 의하여 규율을 받고 있는 사항** 및 **사용자가 단체교섭을 거부할 수 있는 정당한 사유가 있는 경우까지**를 포함함

따라서 **의무적 교섭사항**, 즉 근로조건의 결정에 관한 사항과 그에 영향을 미치는 기타 노동관계에 관한 것으로서 노사관계 당사자가 스스로 결정할 수 있고 당해 노사관계 당사자에 관련되는 사항이 **쟁의행위의 정당한 목적**이 될 수 있다고 할 것임[18][19]

18) 노조전임제에 관한 사항은 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태로서 사용자가 단체협약 등을 통하여 승인하는 경우에 인정되는 것일 뿐 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 근로조건이라고 할 수 없는 것이고, 단순히 임의적 교섭사항에 불과하여 이에 관한 분쟁은 노동쟁의라 할 수 없음(대판 1996. 2. 23. 선고 94누9*** 판결)

19) 이러한 판례의 태도를 따를 때 정치파업(국가나 공공단체를 상대로 하거나, 근로자의 정치적 주장을 관철할 목적으로 하는 쟁의행위), 동정파업(노동조합이 다른 기업 또는 산업에서 진행되는 쟁의행위를 지원하기 위한 파업)의

2) 쟁의행위의 목적이 여러 가지인 경우

한편, 쟁의행위에 의하여 추구되는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 **주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 당부를 판단**하여야 할 것이고, **부당한 요구사항을 뺐더라면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 그 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 할 것임**[20][21]

즉 쟁의행위의 목적의 정당성은 **주된 목적 내지 진정한 목적의 당부**에 의하여 판단하여야 함

쟁의행위의 **주된 목적이 근로조건 개선에 있다면 부차적으로 부당한 목적이 있더라도 전체적으로 쟁의행위 목적의 정당성이 인정**됨

【 대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5*판결 】**

"**하나의 쟁의행위에서 추구되는 목적이 여러 가지이고 그중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 당부를 판단하여야 할 것이고, 부당한 요구사항을 뺏더라면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 그 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 보아야 할 것인바,** 기록에 의하면 이 사건에서 위 노동조합은 원고 회사와 단체교섭을 진행하면서, 다른 한편으로는 ○○에서 근무하는 미화원들의 신분을 국회고용직 공무원으로 환원되도록 하여 달라는 취지의 진정을 대통령, 국회, 정당 및 언론기관 등에 계속하였고, 쟁의기간 중 "고용직으로 환원하라"는 리본을 착용한 사실은 인정할 수 있다 할 것이나, 원심이 적법하게 인정한 바와 같이 위 노동조합은 원고 회사에 대하여 임금인상 등 근로조건의 개선을 위한 요구를 계속하였고, 또 그에 관하여 노사간에 진지한 교섭을 장기간에 걸쳐 벌여 온 점에 비추어 보면, 위 노동조합의 고용직 공무원에로의 환원운동은 대외적 활동이거나 쟁의행위의 부차적 목적에 지나지 아니하고 이 사건 쟁의행위의 직접적이고 주된 목적은 아니라고 보아야 할 것이므로 이 때문에 이 사건의 쟁의행위가 부당한 것으로 된다고 할 수 없고, 위 노동조합이 원고 회사로서는 수용할 수 없는 요구를 하고 있었다고 하더라도 이는 단체교섭의 단계에서 조정할 문제이지 노동조합측으로부터 과다한 요구가 있었다고 하여 막바로 그 쟁의행위의 목적이 부당한 것이라고 해석할 수는 없고, 원고 회사가 참가인들을 해고한 것이 정당방위나 자구행위에 해당한다고 할 수 없으며, 이 해고가 정당하다고 할 수 없다."

경우에는 근로자의 요구사항이 사용자의 처분권한에 속하지 않고, 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하기 위한 것으로 볼 수 없다는 것을 이유로 쟁의행위 목적의 정당성이 부정될 가능성이 높을 것임

20) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5***판결 등 다수. 한편 구체적·실질적인 면에서 정치파업이나 동정파업도 근로조건의 개선이 주목적이고 정치적 목적이 불가피하게 부수되는 경우 정당한 쟁의행위로 인정될 수 있음(대판 2001. 4. 24. 선고 99도4*** 판결)

21) 대법원 2001. 6. 26. 선고 2000도2*** 판결

【 대법원 2001. 6. 26. 선고 2000도2*** 판결 】

"쟁의행위가 형법상 정당행위로 되기 위하여는 그 목적이 근로조건의 유지·개선을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하고 그 절차에 있어 특별한 사정이 없는 한 노동위원회의 조정절차를 거쳐야 하는바, 쟁의행위에서 추구되는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의행위 목적의 당부를 판단하여야 하므로 부당한 요구사항을 뺐더라면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에만 그 쟁의행위 전체가 정당성을 가지지 못하고(대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5*** 판결 참조), …(중략)…

이 사건에서 그 쟁의행위의 목적은 "전년 대비 6.6%~9.0%의 임금인상" 등을 내용으로 하는 임금협약안의 체결, "정리해고시 노동조합과의 사전합의, 노동시간 단축을 통한 일자리 창출, 실업대책의 일환으로 일정한 기금의 노사분담마련" 등을 내용으로 한 **고용안정협약안의 체결, "인사징계위원회의 노사동수 구성, 노조활동보장, 산업안전장치제도 및 후생복지제도 보장" 등을 내용으로 하는 공동단체협약안의 체결 등에 있고, 그 중 정리해고에 관한 사항은 여러 목적 가운데 주된 목적이 아니므로, 같은 취지에서 이 사건 쟁의행위는 그 목적에 있어 정당성이 인정된다는 원심의 판단은 정당하고,** 또한 이 사건 쟁의행위는 노동위원회의 조정절차를 거친 뒤에 이루어진 것으로서 그 절차에 있어 정당성이 인정된다는 원심의 판단 역시 정당하며, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해 등의 위법이 없다. 따라서 이 부분 상고이유는 모두 받아들이지 아니한다."

3) 쟁의행위의 목적을 판단하는 기준

최근 판례는 쟁의행위의 목적은 **단체교섭의 내용 및 경과, 쟁의행위에 이르게 된 경위, 쟁의행위 전후의 노동조합과 사용자의 상황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단**하여야 한다고 판시한 바 있음

특히, **쟁의행위의 목적이 무엇인지는 쟁의행위의 정당성 여부를 가르는 중대한 요건이므로 그 판단에는 신중을 기하여야 하고, 가정적인 판단을 기초로 목적을 쉽사리 추단하여서는 안된다고 함**

【 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016도16*** 판결 】

"근로자단체와 사용자 사이의 단체교섭이나 쟁의행위는 상대방의 태도와 주변상황의 변화, 쟁의행위 자체가 향후 어떠한 규범적 평가를 받을 것인가에 대한나름의 검토 결과 등 여러 사정을 고려하여 진행되는 역동적이고 유동적인 과정이라고 일반적으로 설명되고 있다. 따라서 ○○노조가 정부의 '철도민영화 정책'에 대한 반대의 입장과 의견을 갖고 있었다고 하더라도, ○○노조가 그러한 반대 입장의 관철을 단체교섭이나 쟁의행위의 목적으로 삼을지 여부는 또 다른 국면의 문제라고 보아야 한다. 가령 ○○노조로서는 명백한 정치파업이라는 규범

적 평가를 무릅쓰고라도 정부의 '철도민영화 정책'에 대한 반대 입장의 관철 자체를 목적으로 쟁의행위를 시도할 수도 있겠지만, 그러한 목적의 쟁의행위를 선택하지 않고 이 사건의 경우처럼 근로조건과의 관련성이나 사용자의 처분권을 나름 주장할 수 있는 주제인 '수서발 △△△ 법인 설립을 위한 이사회 출자 결의 저지'를 쟁의행위의 목적으로 삼을 수도 있기 때문이다. 다시 말하면, 정부의 '철도민영화 정책'에 대한 반대 입장이 '수서발 △△△ 법인 설립을 위한 이사회 출자 결의 저지'를 쟁의행위의 목적으로 삼게 된 배경이 되었다고 평가할 여지는 있을지언정, 그러한 배경이 바로 쟁의행위의 목적 또는 '진정한 목적'이라고 단정할 수는 없다.

따라서 **쟁의행위의 목적이 무엇인지는 단체교섭의 내용 및 경과, 쟁의행위에 이르게 된 경위, 쟁의행위 전후의 노동조합과 사용자의 상황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.** 그리고 쟁의행위의 목적이 무엇인지는 쟁의행위의 정당성 여부를 가르는 중대한 요건이므로 그 판단에는 신중을 기하여야 하고, 특히 단체교섭 당사자가 실제 사건과 다른 상황에 있었다면 이러저러하게 행동하였으리라는 가정적인 판단을 기초로 목적을 쉽사리 추단하여서는 아니 된다."

4) 쟁의행위의 주된 목적 판단 사례

가) 쟁의행위 주된 목적이 대정부투쟁이라고 본 사례

임금교섭을 진행하면서 파업을 자제하던 노조가 노동조합총연맹의 **투쟁 지침 및 일정에 맞추어 쟁의행위를 하는 등 쟁의행위의 경위와 상황 등을 볼 때,** 노조가 쟁의행위 당시 내세운 **임금협상 조기타결은 쟁의행위를 합법화하기 위한 부수적인 목적**일 뿐이고, 쟁의행위의 **주된 목적은 정부의 정리해고 정책을 반대하기 위한 대정부 투쟁**으로 볼 수 있다고 판단함[22]

【 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5*판결 】**

"노조가 일응 임금협상안을 내세우며 공사와 단체교섭을 진행하면서도 파업은 자제하다가 민주노총의 **총파업투쟁 지침 및 일정에 맞추어 각 쟁의행위를 일으켰음을 알 수 있고, 검사가 제출한 노조 발행의 각종 유인물(노조속보, 행동지침 등)에 의하면, 정부의 일방적인 구조조정 방침을 철회시키기 위하여 민주노총의 투쟁방침과 일정에 보조를 맞추되 다만 합법화된 테두리 안에서 쟁의행위를 하기 위하여 임금협상안을 내세웠음을 알 수 있으므로(경찰 및 노동**관청이 작성한 정보상황 내지 집회동향 보고서에 의하더라도 각 쟁의행위 당시 조합원들이 참여한 결의대회는 민주노총이 개최한 집회로서 공사 노조 조합원들 뿐만아니라 ○○공업, ○○아산, ○○보험조합, ○○통신 노동조합 조합원들도 연대하여 함께 참여하였고, 그 자리에서 피고인 1가 "민주노총과 단결하여 현정부의 정리해고 방침에 대하여 투쟁하자"는 내용의 투쟁사를 하였음을

22) 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5*** 판결

알 수 있다), 이와 같은 쟁의행위에 이르기까지의 경위와 쟁의행위 당시의 상황 등을 종합하면, 노조가 쟁의행위 당시 내세운 임금협상 조기타결은 쟁의행위를 합법화하기 위한 부수적인 목적일 뿐이고, 쟁의행위의 주된 목적은 정부의 정리해고 정책을 반대하기 위한 대정부 투쟁에 있음이 명백한바, 이러한 사실관계를 위와 같은 법리에 비추어 보면 위 쟁의행위는 그 목적에 있어 정당성을 상실하였다고 할 것이다.…(중략)…

다음 제2차 파업에 관하여 보건대, 기록에 비추어 살펴보면, 정부 산하 기획예산위원회에서 공기업 구조조정의 일환으로 1998. 5.경 공사 창통폐합 등을 내용으로 하는 경영혁신안을 마련하였고, 이에 공사가 인건비 50% 절감을 통하여 이를 막아보려고 기획예산위원회와 절충하는 한편 노조에 대하여는 위와 같은 사정을 설명하면서 공사의 임금협상안을 받아들이도록 설득하였으나 노조는 여전히 공사가 수용할 수 없는 종전의 무리한 임금협상안만을 고집하였으며, 결국 기획예산위원회가 같은 해 8. 4. 창통폐합을 2001년까지 완료한다는 내용을 포함한 공사 구조조정안을 확정, 발표하였고, 정부 전액출자기관인 공사로서도 노조와의 임금협상 타결이 불가능한 상황에 이르러 1998. 10. 2. 창통폐합을 1999. 3.까지 조기완료하기로 하는 구조조정안을 의결하였으며, 이에 같은 해 7. 16.자 파업 이후 별다른 파업 없이 단체교섭을 끌어오던 노조가 갑자기 쟁의행위에 돌입하였음을 알 수 있고, 앞서 본 **노조 발행의 각종 유인물에 의하면, 노조는 조합원들에게 공사가 같은 해 11. 24.까지 노조의 요구안인 '창통폐합 백지화', '노조간부 징계철회' 등을 받아들이지 않을 경우 파업에 돌입하고 그 이전이라도 창통폐합을 위한 기계철거 등을 강행할 경우 그 즉시 파업에 들어가도록 지시하였음을 알 수 있으므로**(앞서 본 정보상황 내지 집회동향 보고서에 의하더라도 같은 해 11. 26.자 파업에서 노조 옥천지부장 김○○이 "군수와 국회의원에게 압력을 행사하여 창통폐합 저지를 위한 확답을 받아오자."는 내용의 투쟁사를, 같은 해 11. 28.자 파업에서 피고인 1가 "우리의 투쟁은 임금삭감저지가 아니고 창통폐합 저지이다."라는 내용의 개회사를 하였음을 알 수 있다), 위와 같은 쟁의행위에 이르기까지의 경위와 쟁의행위 당시의 상황 등을 종합하면, **이 사건 제2차 파업의 쟁의행위는 그 주된 목적이 정부산하 공기업 구조조정의 일환으로 추진되는 공사 창통폐합의 백지화관철에 있음을 넉넉히 인정할 수 있어, 그 쟁의행위의 목적 역시 임금 등 근로조건 개선에 있었다는 원심의 사실인정에는 채증법칙을 위배한 잘못이 있음이 분명하다.**

그렇다면 공사의 창통폐합 조기시행방침이 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 결정되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 앞에서 본 법리에 의하여 제2차 파업의 목적 또한 그 정당성을 인정받을 수 없다 할 것이다."

나) 쟁의행위 주된 목적이 공공기관 선진화 정책 저지라고 본 사례

노조가 교섭결렬을 선언하면서도 단체교섭을 계속 진행하였고, 이 과정에서 임금요구안에 대한 조정을 신청하기도 하는 등 임금 수준 개선 등의 의도가 전혀 없었다고 볼 수는 없을지라도 그 경위나 전개 과정 등으로 미루어 공공기관 선진화 정책 반대 등 구조조정 실시 그 자체를 저지하는 데 주된 목적이 있었다고 판단함[23]

【 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013도* 판결 】**

"원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 아래와 같은 사실을 알 수 있다.

1) 정부가 2008. 12.경 ○○○○공사의 정원 5,115명 감축 등을 내용으로 하는 4차 공공기관 선진화 계획을 발표하였고, 그에 따라 ○○○○공사가 2009. 1.경 5,115명의 정원을 감축하기로 하는 철도선진화 세부 실천계획을 수립한 후, 실제로 2009. 4.경 열린 이사회에서 2012년경까지 정원 5,115명을 연차적으로 감축하기로 하는 내용의 구조조정 안건을 의결하자, 전국○○노동조합은 이에 대응하여 정원감축 철회 등 구조조정 저지 및 해고자 복직 등을 꾸준히 주장해 왔다.

또한 전국○○노동조합을 포함한 전국민주노동조합총연맹 산하 전국공공운수사회 서비스노동조합연맹 소속 공공부문 노동조합들은 2009. 9.경 공동투쟁본부를 결성하여 공공부문 민영화 중단 등 공공기관 선진화 정책 저지를 목표로 대정부 총력투쟁에 돌입할 것을 발표하고 상호 유대를 강화하기로 하였다.

2) 한편 선행 파업이 끝난 뒤인 2009. 9. 30. 재개된 단체협약 및 임금협약의 본교섭에서 전국○○노동조합은 당일 노사간 입장 차이가 크다는 이유로 교섭결렬을 선언하면서도 2009. 10. 27.까지 단체교섭을 계속 진행하였다. 이 과정에서 전국○○노동조합은 임금요구안에 대한 조정을 신청하였다가 중앙노동위원회가 제시한 임금 동결 취준의 조정안을 거부하기도 하였다.

3) 그런데 전국○○노동조합 등으로 구성된 공동투쟁본부는 2009. 10. 10.경 정부의 공공기관 선진화 정책 반대와 함께 정부가 교섭에 나서지 않을 경우 공동투쟁본부 소속 사업장을 중심으로 2009. 11. 6. 쟁의행위에 돌입하겠다고 발표하였다. 비슷한 시기인 2009. 10. 12. 전국○○노동조합도 임시대의원대회에서 공공기관 선진화 정책 철회 이슈화, 해고자 복직 합의 이행 등을 목표로 제1차 파업은 순환파업으로 진행하되 공동투쟁본부의 위 쟁의행위 예고 시점에 맞추어 2009. 11. 5.에는 서울 이외의 지역, 2009. 11. 6.에는 서울 지역의 파업을 실시하며, 제2차 파업은 대통령의 공기업 선진화워크숍 일정(당초 2009. 11. 21. 예정)을 전후로 전면파업으로 진행하기로 결의한 다음(2009. 10. 29. 열린 확대쟁의대책위원회에서 이를 재확인하였다), 2009. 10. 23.까지 쟁의행위 찬반투표를 마치고 2009. 10. 31. 순환파업 투쟁명령을, 2009. 11. 3. 투쟁지침을 각각 하달하였다.

공동투쟁본부는 2009. 11. 4.에 이르러 다시 2009. 11. 6.에 총파업 출정식을 하고, 대통령의 공기업 선진화 워크숍 일정(2009. 11. 28.로 변경)에 맞추어 전면파업을 하기로 하는 등의 투쟁계획을 구체적으로 밝혔고, 전국○○노동조합은 2009. 11. 5.부터 2009. 11. 7.까지 지역별 순환파업을 감행하였는데, 여객열차 327대, 화물열차 355대의 운행이 중단됨으로써 영업수익 손실과 대체인력 보상금 지출 등으로 ○○○○공사에 큰 규모의 손해가 발생하였다.

4) 이후 전국○○노동조합과 ○○○○공사 사이에 단체교섭이 2009. 11. 12.부터 재개되어 2009. 11. 24.까지 4차례에 걸쳐 특별 집중교섭 형태로 임금교섭과 실무교섭이 진행되었다.

그러나 전국○○노동조합은 이와 별도로 2009. 11. 9.과 2009. 11. 13. 및 2009. 11. 18.에 중앙상임집행위원회 또는 확대쟁의대책위원회를 열어 대통령의 공기업 선진화 워크숍 일정 변경에 따른 전면파업 시점 연기를 논의한 끝에 최종적으로 신규사업 및 부족인력 증원, 해고자 복직 합의 이행 등을 목표로 2009. 11. 26. 전면파업을 실시하기로 결의하였으며, 2009. 11. 21. 전면파업 투쟁지

23) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013도***판결

침을, 2009. 11. 23. 결의대회 참석 투쟁지침을 각각 하달하였다.

이어 전국○○노동조합은 2009. 11. 24. 마지막으로 개최된 특별 집중교섭에서 해고자 복직 요구 수용 등을 단체교섭 타결의 선결 조건으로 내세우면서 ○○○○공사의 거부를 이유로 한 전면파업 돌입을 언급하였다. ○○○○공사도 같은 날 늦게 대화를 통한 모범적인 단체협약의 체결은 어렵다고 판단하였음을 사유로 들어 효력연장조항에 따라 그 효력이 잠정적으로 유지되던 기존 단체협약의 해지를 통보하였다. …(중략)…

다. 위 사실관계에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 임금 수준 개선 등의 의도가 전혀 없었다고 볼 수는 없을지라도 그 경위나 전개 과정 등으로 미루어 위 순환파업과 전면파업은 공동투쟁본부가 정한 일정과 방침에 맞추어 단체교섭의 대상이 될 수 없는 공공기관 선진화 정책 반대 등 구조조정 실시 그 자체를 저지하는 데 주된 목적이 있었음이 뚜렷이 드러나는 점, 순환파업과 전면파업의 직전까지 계속 진행되었던 단체교섭이 완전히 결렬될 만한 상황도 아니었던 것으로 보이는 점, 그리고 ○○○○공사가 단체협약의 해준를 통보한 것은 전면파업 돌입을 자제하고 단체교섭의 대상이 될 수 있는 사항에 한정하여 단체교섭을 진행하자는 의도였다고 볼 수 있고 그 때문에 해지의 효력이 발생하기까지 6개월의 기간 동안 단체교섭의 진행이 방해받을 이유는 없었던 점, 덧붙여 사업장의 특성상 업무의 대체가 용이하지 않아 ○○○○공사의 대응에는 한계가 있을 수밖에 없었던 점 등을 종합할 때, 공중의 일상생활이나 국민경제에 큰 영향을 미치는 필수공익사업을 영위하는 ○○○○공사로서는 전국○○노동조합이 위와 같은 부당한 목적을 위하여 순환파업과 전면파업을 실제로 강행하리라고는 예측하기 어려웠다고 평가함이 타당하고, 비록 그 일정이 예고되거나 알려지고 필수유지업무 종사자가 참가하지 아니하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다."

다) 쟁의행위 주된 목적이 노동쟁의 대상이 될 수 없는 요구사항이라고 본 사례

쟁의행위의 목적에 임금 기타 근로조건에 관한 사항이 일부 포함되어 있다고 하더라도 쟁의행위가 노동쟁의의 대상이 될 수 없는 노조전임자 및 근무시간 중 조합활동, 계열사의 라인 증설 및 부지 매입에 관한 요구사항을 주된 목적으로 하고 있어, 그 전체가 정당성을 갖추지 못한 불법파업에 해당한다고 판단함[24]

【 대구지방법원 2012. 11. 23. 선고 2011가합5* 판결 】**

"① **○○노조가 2010년 임금단체협상(이하 '임단협'이라 한다) 방침이 확정되기도 전인 2010. 2. 4. 이미 '노조 전임자의 수와 처우를 기존과 동일하게 보장한다'라는 것을 주된 내용으로 하는 특단협 요구안을 확정하면서 특별단체교섭이 원만히 합의되지 않을 경우의 조정신청 및 쟁의행위를 계획한 점**, ② ○○노조 ○○지부가 2010. 5. 24. 발행한 소식지인 금속○○ 6-21호에는 **정부의 근로시간면제 심의위원회 안을 노동조합에 대한 선전포고로 보고 쟁의행위**

24) 대구지방법원 2012. 11. 23. 선고 2011가합5*** 판결

찬반투표를 압도적으로 가결시키자는 내용이 포함된 점, ③ 임금교섭권한 및 특별단체교섭권한이 ○○지회에 이양된 후 불과 8일 만에 지회 차원의 이 사건 1차 쟁의행위가 개시된 점, ④ ○○지회가 2010. 6. 22. 발행한 소식지인 소금꽃 6-22호에는 2010. 6. 25. 열릴 11차 보충교섭에서 **특단협 요구안에 의견이 접근되지 않는다면 모든 투쟁전술이 열려있다는 내용이 포함되어 있고, 2010. 6. 28. 발행한 소금꽃 6-23호에는 특단협 요구안에 노동조합의 운명이 걸린 것이므로 투쟁을 통해 돌파해야 한다는 내용이 포함된 점**, ⑤ ○○지회가 2010. 7. 28. 18차 보충교섭에서 제시한 현안문제 관련 특별요구안 1) ① 2010. 1. 7. 임시노사협의회 합의사항 위반 사안에 대해 즉각 중단한다. ② 현재 진행되고 있는 외주처리 관련하여 중단하며 노사합의하여 처리한다. ③ 달성산업2차단지 신규 부지와 관련하여 단체협약에 따라 노동조합과 합의한다. ④ 현안문제 관련하여 조인식 전에 노사합의한다. 은 원고의 계열사인 ○○회사의 라인 증설 및 공장 부지 매입에 대한 것으로 이는 기업의 경쟁력을 강화하기 위한 경영주체의 경영상 조치라 할 것이어서 단체교섭의 대상이 될 수는 없는 사항인 점, ⑥ 그런데 ○○지회는 현안문제 관련 특별요구안을 18차 보충교섭에서 제시하였고, 원고가 현안문제 관련 특별요구안을 단체교섭에서 다루기 어렵다고 하자 단체교섭이 결렬된 점, ⑦ 그 무렵 발행된 소식지에는 ○○지회가 사측에 현안문제 관련 특별요구안을 임단협과 함께 풀어나가자고 전달했지만 사측이 거절하였고 더 이상 교섭을 진척할 수 없기에 교섭결렬을 선언하였다는 내용이 포함된 점, ⑧ 현안문제 관련 특별요구안이 제시된 2010. 7. 28. 당시에는 노조 전임자의 근로시간 면제 한도에 관한 노동조합 및 노동관계조정법 제24조 제4항, 제5항이 이미 시행된 점 등에 비추어 보면, **이 사건 각 쟁의행위의 목적에 임금 기타 근로조건에 관련된 사항이 일부 포함되어 있다고 하더라도 이 사건 각 쟁의행위는 노동쟁의의 대상이 될 수 없는 노조전임자 및 근무시간 중 조합활동, 계열사의 라인 증설 및 부지 매입에 관한 요구사항을 주된 목적으로 하고 있으므로 그 전체가 정당성을 갖지 못하여 불법파업에** 해당한다."

라) 쟁의행위 주된 목적이 근로조건의 유지·향상이라고 본 사례

단체교섭대상에 고도의 경영상 결단에 속하는 사항이 속한 것은 사실이나, **쟁의행위의 주된 목적은 고용안정이나 임금인상 등 근로조건의 유지와 향상에 있어 정당하다고 본 사례**[25]

【 대법원 2013. 12. 4. 선고 2010두17* 판결 】**

"전국○○노동조합이 원고 회사와의 특별단체교섭과정에서 10년간 회사의 매각 금지 및 해고의 금지 등 회사의 구조조정 실시와 관련하여 **경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항이라고 볼 여지가 있는 사항을 단체교섭의 대상으로 포함시킨 것은 사실이나, 이 사건 쟁의행위의 진정한 목적은 회사의 매각에 따른 고용안정이나 임금인상 등 근로조건의 유지**

25) 대법원 2013. 12. 4. 선고 2010두17*** 판결

와 향상에 있었다고 할 것이고, 이 사건 쟁의행위가 회사의 매각 금지 등을 주된 목적으로 하여 개시되었다거나 다른 쟁의행위의 목적이 모두 소멸되었음에도 오로지 회사의 매각 금지 등을 목적으로 하여 계속된 것으로 볼 수 없으므로 이 사건 쟁의행위의 목적의 정당성이 인정된다고 판단하였다. 위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 거기에 상고이유의 주장과 같이 쟁의행위의 목적의 정당성에 관한 법리를 오해한 등의 위법이 없다."

나. 쟁점별 판단 사례

1) 의무적 교섭사항인지 임의적 교섭사항인지 여부

사용자가 단체교섭의 의무를 부담하는 사항은 **근로조건의 결정에 관한 사항과 그에 영향을 미치는 기타 노동관계에 관한 것으로서 노사관계 당사자가 스스로 결정할 수 있고 당해 노사관계 당사자에 관련되는 사항**임

구체적으로 어느 것이 의무적 교섭사항에 해당하는지에 대하여 구체적 사안별로 판례의 태도를 검토하면 다음과 같음

가) 노조전임제에 관한 사항

노조전임제에 관한 사항은 임의적 교섭사항으로 이에 관한 분쟁은 노동쟁의라 할 수 없음[26]

【 대법원 1996. 2. 23. 선고 94누9* 판결 】**

"**노조전임제는 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태로서 사용자가 단체협약 등을 통하여 승인하는 경우에 인정되는 것일 뿐 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 근로조건이라고 할 수 없는 것**이고, 단순히 임의적 교섭사항에 불과하여 이에 관한 분쟁 역시 노동쟁의라 할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 이것 또한 중재재정의 대상으로 할 수 없다."

유급 노조 전임자 수(7명)와 처우를 종전과 동일하게 보장할 것을 단체교섭으로 요구 하였으나 합의에 이르지 못하자 파업에 이른 경우 쟁의행위의 목적의 정당성이 인정되지 아니함[27]

26) 대법원 1996. 2. 23. 선고 94누9*** 판결
27) 대전지방법원 2016. 1. 28. 선고 2014구합101*** 판결

【 대전지방법원 2016. 1. 28. 선고 2014구합101*** 판결 】

"**근무시간 중의 노동조합활동이나 노동조합전임자에 관한 사항은 근로조건 이외의 사항으로서 이에 관한 노동관계 당사자 사이의 주장의 불일치는 노동쟁의 라고 할 수 없으므로**(대법원 2003. 7. 25. 선고 2001두4*** 판결 등 참조), 위와 같은 사항을 목적으로 하는 쟁의행위는 목적의 정당성이 인정되지 않는다. 게다가 2010. 7. 1.부터 시행되는 구 노동조합법 제24조 제5항은 노조 전임자에 대한 임금 지급을 요구하고 이를 관철할 목적으로 하는 쟁의행위를 금지하고 있다."

나) 사업부의 폐지, 지점폐쇄 등과 같은 경영주체의 경영상 의사결정

사업부의 폐지, 지점폐쇄 등과 같은 경영주체의 경영의사결정 자체는 원칙적으로 단체교섭사항이 될 수 없으므로 그 폐지에 따른 근로자의 배치전환 등 근로조건의 변경에 관하여 교섭하자는 회사의 요청을 전적으로 거부하고 사업부 폐지 백지화나 지점 폐쇄 자체의 철회 주장을 관철시킬 목적으로 쟁의행위를 한 것은 목적에 있어 정당하다고 봄[28]

다) 구조조정이나 합병 등 기업의 경쟁력을 강화하기 위한 경영주체의 경영상 조치

정리해고나 사업조직의 통폐합 등 **기업의 구조조정의 실시 여부**는 경영주체의 **고도의 경영상 결단에 속하는 사항**으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 노동조합이 실질적으로 그 실시 자체를 반대하기 위하여 쟁의행위에 나아간다면, 비록 그 실시로 인하여 근로자들의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반된다고 하더라도 그 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없다고 판단함[29]

반면, OOO공사가 자회사에는 이익을 내는 황금노선을 맡기고 OOO공사에는 적자노선이 포함된 노선의 운영을 맡도록 한 사안에서, 법원은 결국 OOO공사의 재무상태가 나빠지고 근로조건도 악화할 것임을 누구라도 쉽게 예상할 수 있었으며 이에 대해 OOO공사로서도 자회사 설립을 추진할 경우 노조가 쟁의행위에 돌입할 것이라는 예측을 할 수 있었다고 봄이 상당하다면서, 쟁의행위 목적에 불법이 있다고 하기 어렵다고 판단함[30]

28) 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다30*** 판결
29) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도11*** 판결
30) 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016도1*** 판결

【 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016도1*** 판결 】

"'수서발 △△△ 법인 설립 여부'는 근로조건 결정에 상당한 영향을 미칠 것이어서 근로자들에게는 중대한 현안이었고, 따라서 근로자들이 이에 관하여 비상한 관심을 두고 있었음을 인정할 수 있다. 보다 구체적으로는 자회사에는 이익을 내는 소위 '황금노선'의 운영을 맡기고, 반면 ○○○○공사에는 손해를 감수하고서라도 운영할 수밖에 없는 적자노선이 포함된 노선의 운영을 맡긴다면, 결국 ○○○○공사의 재무상태가 나빠지고 그로 인하여 근로조건도 악화될 것임은 누구라도 쉽게 예상할 수 있었다. 사정이 이러하다면 사용자인 ○○○○공사로서도 '자회사, 즉 수서발 △△△ 법인 설립을 추진할 경우 ○○노조가 쟁의행위에 돌입할 수 있다'는 예측을 할 수 있었다고 봄이 상당하고, 거기에 실제로 파업을 강행하리라고는 도저히 예측할 수 없을 정도로 중대한 목적의 불법이 있다고 하기는 어렵다.

① ○○○○공사는 2011년 12월경 정부가 '○○○ 민간개방'을 추진하자, 내부적으로 "철도운영 부문 경쟁 도입시 고려사항"이라는 제목의 문서를 작성하고, 이를 바탕으로 "고속철도 민간개방, 무엇이 문제인가?", "고속철도 민간개방, 국가와 국민 모두 손해입니다"라는 제목의 문서들을 작성하였다(공판기록 2권 711쪽 이하). 위 문서들에는, "철도산업에는 '규모·범위의 경제'가 작동하기 때문에 다수의 운영자가 존재할 때는 비용 측면에서 오히려 비효율이 발생한다", "철도운영자에게는 적자노선을 존속시켜야 할 사회적 책무가 있는데, 민간 기업이 고속철도만을 운영할 때에는 비수익노선의 서비스 유지가 어려워지게 된다"는 내용이 기재되어 있다. 이와 같이 **사용자인 ○○○○공사 스스로도 수서발 △△△ 노선이 분리될 경우 회사의 재무상태가 나빠질 것이라는 점을 인식하고 있었다**. 구체적으로, ○○○○공사는 수서발 △△△ 노선 분리로 인한 매출 감소를 연 3,000~4,000억 원 정도로 예측한 것으로 보인다(공판기록 5권 2274쪽).

② **○○노조와 ○○○○공사의 2013. 11. 6.자 2차 본교섭에서도 수서발 △△△ 법인 설립 문제는 중요 현안으로 논의되었고(증거기록 3권 1248쪽 이하), ○○노조는 "3,000~4,000억 원 영업손실이 발생할 것이고, 당연히 ○○○○공사에 돈이 없으니 구조조정이 수반될 수밖에 없다. 이에 대하여 ○○○○공사의 분명한 입장을 밝혀 달라"는 취지로 발언하여, 수서발 △△△ 법인 설립 문제를 가장 절박한 현안으로 인식하고 있음을 분명히 밝혔다.**"

2) 사용자의 처분권한에 속하지 않는 사항

집단조퇴, 월차휴가신청에 의한 결근 및 집회 등 쟁의행위가 주로 **구속근로자에 대한 항소심구형량이 1심보다 무거워진 것에 대한 항의와 석방촉구**를 목적으로 이루어진 것이라면 근로조건의 유지 또는 향상을 주된 목적으로 한 쟁의행위라고 볼 수 없다고 판단함[31]

31) 대법원 1991. 1. 29. 선고 90도2*** 판결

【 대법원 1991. 1. 29. 선고 90도2* 판결 】**

"쟁의조정법 제3조에 규정된 쟁의행위는 쟁의관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위로서 여기에서 그 주장이라 함은 같은 법 제2조에 규정된 임금·근로시간·후생·해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 노동관계 당사자 간의 주장을 의미한다고 볼 것이므로, 위와 같은 근로조건의 유지 또는 향상을 주된 목적으로 하지 않는 쟁의행위는 노동쟁의조정법의 규제대상인 쟁의행위에 해당하지 않는다고 보아야 할 것인바, 피고인이 노동조합의 위원장으로서 조합원들과 함께 한 집단조퇴, 월차휴가신청에 의한 결근 및 집회 등 쟁의행위가 주로 구속 근로자에 대한 항소심구형량이 1심보다 무거워진 것에 대한 항의와 석방 촉구를 목적으로 이루어진 것이라면 피고인의 행위는 근로조건의 유지 또는 향상을 주된 목적으로 한 쟁의행위라고 볼 수 없어 노동쟁의조정법의 적용대상인 쟁의행위에 해당하지 않는다고 할 것이다."

3) 정치파업

노동조합총연맹의 파업지침에 따라 **'미국산쇠고기 수입 전면 재협상 및 산별중앙교섭쟁취'** 등을 주된 목적으로 하는 파업은 근로조건의 개선 등에 관한 사항에 해당하지 아니하여 **노동쟁의의 대상이 될 수 없다고 하였고,**[32] 단체교섭의 대상이 될 수 없는 **미국산 쇠고기 수입 반대** 등을 주된 목적으로 한 파업이 단위 노동조합의 단체교섭과 쟁의행위의 시기를 한 시기로 집중하는 이른바 **'시기집중 동시파업'이라도** 불법파업에 해당한다고 보았음[33]

또한, 판례는 **전교조 교육행정정보시스템(NEIS) 폐기 촉구를 위한 대회**도 근로조건의 유지 또는 향상을 목적으로 한 것이 아니므로 **노동조합법의 규제대상인 쟁의행위가 아니라고 판단하였음**[34]

【 헌법재판소 2004. 7. 15. 선고 2003헌마878 결정 】

"청구인들이 전교조 조합원으로서 다수 조합원들과 함께 집단 연가서를 제출한 후 수업을 하지 않고 무단 결근 내지 무단 조퇴를 한 채 교육인적자원부가 추진하고 있는 교육행정정보시스템(NEIS) 반대집회에 참석하는 등의 쟁의행위는 청구인들이 자인하는 바와 같이 주로 학생들의 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 교육행정정보시스템(NEIS)의 시행을 저지하기 위한 목적으로 이루어진 것인바, 청구인들의 행위는 직접적으로는 물론 간접적으로도 근로조건의 결정에 관한 주장을 관철할 목적으로 한 쟁의행위라고 볼 수 없어 노동조합및노동관계조정법의 적용대상인 쟁의행위에 해당하지 않는다고 할 것이다."

32) 서울행정법원 2011. 9. 22. 선고 2010구합41*** 판결
33) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도3*** 판결
34) 헌법재판소 2004. 7. 15. 선고 2003헌마878 결정

4) 단체협약상 노사협의회 결정사항으로 정한 사항

단체협약에서 이미 노사협의 사항으로 합의하여 단체교섭대상이 되지 아니하는 인센티브의 지급에 관하여 노동조합이 그 교섭을 요구하다가 그 요구가 받아들여지지 아니하자 그 요구를 관철하기 위하여 이루어진 위 쟁의행위는 그 요구사항이 단체교섭사항이 될 수 없는 것을 목적으로 한 것으로 **목적의 정당성이 없다고 봄**[35]

【 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다4* 판결 】**

"원고들이 소속된 노동조합이 경영성과에 따른 특별상여금(단체협약 제53조 제3항 소정의 인센티브)의 지급을 둘러싸고 그 교섭을 요구하다가 피고 회사가 이를 거부하자 이른바 준법투쟁이라는 형태의 쟁의행위를 통하여 인센티브의 지급액을 노조 주장대로 관철시킬 목적으로 1989. 10. 7.부터 인센티브 쟁의행위를 하였다는 것이고 한편, 그 당시 유효하게 성립된 단체협약 제53조 제3항에서는 인센티브의 지급을 노사협의로 결정한다고 규정하고 있고, 제88조에서는 "본 협약에 규정된 사항에 대해서는 협약해석을 둘러싼 분쟁을 제외하고는 본 협약 유효기간 중 평화의무를 진다"고 규정하고 있는 바, 그렇다면 **피고 회사의 경우 위 단체협약의 유효기간 중에는 인센티브의 지급 여부나 지급방법 등에 관한 근로조건은 노사협의사항으로 규정하여 이를 단체교섭대상에서 제외하는 노사간의 협약이 이루어졌다 할 것이고, 따라서 단체협약에서 이미 노사협의사항으로 합의하여 단체교섭대상이 되지 아니하는 인센티브의 지급에 관하여 노동조합이 그 교섭을 요구하다가 그 요구가 받아들여지지 아니하자 그 요구를 관철하기 위하여 이루어진 위 쟁의행위는 그 요구사항이 단체교섭사항이 될 수 없는 것을 목적으로 한 것일 뿐 아니라, 위에서 본 평화의무에 반하는 것으로 정당성이 없다고 할 것이다.**"

5) 쟁의행위 당시 유효한 단체협약에 의해 규율을 받고 있는 사항(평화의무)

가) 판례의 기본적인 입장

단체협약의 당사자인 노동조합은 **단체협약의 유효기간 중에 단체협약에서 정한 근로조건 등에 관한 내용의 변경이나 폐지를 요구하는 쟁의행위를 행하지 아니하여야 함**은 물론, 조합원들에 대하여도 통제력을 행사하여 쟁의행위를 행하지 못하게 방지하여야 할 이른바 평화의무를 지고 있음[36]

단체협약에서 이미 정한 근로조건이나 기타 사항의 변경·개폐를 요구하는 쟁의행위를 단체협약의 유효기간 중에 하여서는 아니 된다는 이른바 평화의무를 위반하여 이루어진 쟁의행위는 노사관계를 평화적·자주적으로 규율하기 위한 **단체협약의 본질적 기능을**

35) 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다4*** 판결
36) 대법원 1992. 9. 1. 선고 92누7***판결

해치는 것일 뿐 아니라 노사관계에서 요구되는 신의성실의 원칙에도 반하는 것이므로 정당성이 없음[37]

나) 구체적인 사례

임단협 별도합의서에서 정한 도급화의 무효를 목적으로 하는 쟁의행위는 평화의무에 반하는 위법한 쟁의행위라고 봄[38]

【 서울행정법원 2013. 선고 2011구합 39*판결 】**

"한편, 단체협약의 당사자인 노동조합은 단체협약의 유효기간 중에 단체협약에서 정한 근로조건 등에 관한 내용의 변경이나 폐지를 요구하는 쟁의행위를 행하지 아니하여야 함은 물론, 조합원들에 대하여도 통제력을 행사하여 그와 같은 쟁의행위를 행하지 못하게 방지하여야 할 이른바 평화의무를 지고 있다고 할 것인바, 이와 같은 평화의무가 노사관계의 안정과 단체협약의 질서형성적 기능을 담보하는 것인 점에 비추어 보면, 단체협약이 새로 체결된 직후부터 뚜렷한 무효사유를 내세우지도 아니한 채 단체협약의 전면무효화를 주장하면서 평화의무에 위반되는 쟁의행위를 행하는 것은 이미 노동조합활동으로서의 정당성을 결여한 것이라고 하지 아니할 수 없다(대법원 1992. 9. 1. 선고 92누7*** 판결 참조).

위 법리에 비추어 살피건대, 갑 6, 8호증, 을 22호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 지회와 참가인 사이에 **2010. 4. 22. 체결된 '2010년 임단협 별도 합의서'에는 인력에 관한 사항으로 "현재 운영 중인 597개 직무를 도급화하되, 정년 퇴임자 및 결원을 감안하여 도급화 우선순위에 따라 단계적으로 시행한다. 단, 2010년은 4월에 실시하고 이후는 매년 12월에 실시한다"는 내용이 포함된 사실, 이 사건 지회는 2011. 3. 5. "사측이 도급화 추진을 철회하지 않을시 2011. 3. 5.부터 연장·휴일근로, 사측의 집회 및 교육을 거부한다"는 내용의 대의원대회 결의를 한 후 근로자들로 하여금 2011. 3. 5.부터 연장·휴일근로 및 작업 전 교육을 거부하고, 2011. 3. 9. 야간부터 각 작업조마다 1시간씩 근로를 하지 못하도록 하는 방법으로 쟁의행위를 한 사실** 이 사건 지회는 2011. 3. 11. 밤에야 비로소 전남지방노동위원회에 조정을 신청하였고, 2011. 3. 17. 쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표를 거친 사실을 각 인정할 수 있는바, **이 사건 지회가 2011. 3. 5.부터 개시한 쟁의행위는 2010년 임단협 별도합의서에서 정한 도급화의 무효를 목적으로 하는 것으로서 평화의무에 반하고,** 조합원 찬반투표 및 조정신청절차를 거치지 아니하였으며, 그 절차를 따를 수 없는 객관적 사정이 보이지도 아니하므로 위법한 쟁의행위라 할 것이다."

단체협약이 체결된 직후 노동조합의 조합원들이 자신들에게 불리하다는 이유만으로 위 **단체협약의 무효화를 주장하면서 쟁의행위를 한 경우** 그 쟁의행위에 정당성이 있다고 할 수 없다고 봄[39]

37) 대법원 1991. 1. 15. 선고 90누6***판결, 대법원 1992. 9. 22. 선고 91다4*** 판결 등
38) 서울행정법원 2013.. 선고 2011구합 39*** 판결

【 대법원 2007. 5. 11. 선고 2005도8* 판결 】**

"한편, 노동조합 및 노동관계조정법 제29조 제1항은 단체협약을 체결할 권한은 노동조합의 대표자에게 있다고 규정하고 있으며, 노동조합은 단체협약의 유효기간 중에 단체협약에서 정한 근로조건 등에 관한 내용의 변경이나 폐지를 요구하는 쟁의행위를 행하지 아니하여야 할 이른바 평화의무를 지고 있다고 할 것인바, 이와 같은 평화의무가 노사관계의 안정과 단체협약의 질서형성적 기능을 담보하는 것인 점에 비추어 보면, 단체협약이 체결된 직후 노동조합의 조합원들이 자신들에게 불리하다는 이유만으로 위 단체협약의 무효화를 주장하면서 쟁의행위를 한 경우 그 쟁의행위에 정당성이 있다고 할 수 없다."

"본 협약에 규정된 사항에 대해서는 협약해석을 둘러싼 분쟁을 제외하고는 본 협약 유효기간 중 평화의무를 진다"는 단체협약 조항에도 불구하고 유효한 단체협약에서 이미 단체교섭 대상에서 제외하기로 한 인센티브 지급을 목적으로 한 쟁의행위는 평화의무에 반하여 위법함[40]

【 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다4* 판결 】**

"그리고 **단체협약에서 이미 정한 근로조건이나 기타 사항의 변경 개폐를 요구하는 쟁의행위를 단체협약의 유효기간 중에 하여서는 아니된다는 이른바 평화의무를 위반하여 이루어진 쟁의행위도 노사관계를 평화적 자주적으로 규율하기 위한 단체협약의 본질적 기능을 해치는 것일 뿐 아니라 노사관계에서 요구되는 신의성실의 원칙에도 반하는 것이라 할 것이므로 정당성이 없다**고 하여야 할 것이다.

그런데 이 사건의 경우 기록에 의하면, 원고들이 소속된 노동조합이 경영성과에 따른 특별상여금(단체협약 제53조 3항 소정의 인센티브)의 지급을 둘러싸고 그 교섭을 요구하다가 피고회사가 이를 거부하자 이른바 준법투쟁이라는 형태의 쟁의행위를 통하여 인센티브의 지급액을 노조 주장대로 관철시킬 목적으로 1989.10.7.부터 인센티브쟁의행위를 하였다는 것이고 한편, 그 당시 유효하게 성립된 단체협약 제53조 제3항에서는 인센티브의 지급을 노사협의로 결정한다고 규정하고 있고, 제88조에서는 본 협약에 규정된 사항에 대해서는 협약해석을 둘러싼 분쟁을 제외하고는 본 협약 유효기간 중 평화의무를 진다고 규정하고 있는 바, 그렇다면 피고회사의 경우 위 단체협약의 유효기간 중에는 인센티브의 지급 여부나 지급방법 등에 관한 근로조건은 노사협의사항으로 규정하여 이를 단체교섭대상에서 제외하는 노사간의 협약이 이루어졌다 할 것이고, 따라서 단체협약에서 이미 노사협의사항으로 합의하여 단체교섭대상이 되지 아니하는 인센티브의 지급에 관하여 노동조합이 그 교섭을 요구하다가그 요구가 받아들여지지 아니하자 그 요구를 관철하기 위하여 이루어진 위 쟁의행위는 그 요구사항이 단체교섭사항이 될 수 없는 것을 목적으로 한 것일 뿐 아니라, 위에서 본 평화의무에 반하는 것으로 정당성이 없다고 할 것이다."

39) 대법원 2007. 5. 11. 선고 2005도8*** 판결
40) 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다4*** 판결

6) 권리분쟁에 관한 사항

단체협약에 포함할 근로조건에 관한 새로운 합의의 형성을 위한 요구사항을 주장하는 이익분쟁에 관한 사항이 쟁의행위의 정당한 목적이 되는 것은 당연한데, 이익분쟁과 달리 근로조건을 규율하는 규범인 법령, 단체협약, 근로계약 등에 의하여 정해진 근로자의 권리 해석에 관한 사항을 주장하는 권리분쟁도 쟁의행위의 정당한 목적이 될 수 있는지 문제됨

구 노동쟁의조정법 제2조에서는 "이 법에서 노동쟁의라 함은 임금·근로시간·후생·해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 노동관계 당사자 간의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태를 말한다"고 규정하였으며, 대법원은 여기서의 '근로조건에 관한 노동관계 당사자 간의 주장'이란 개별적 근로관계와 집단적 노동관계에 관한 주장을 모두 포괄하고 권리분쟁과 이익분쟁도 모두 포함하는 것이라고 해석하였음[41]

그러나, **현행 노동조합법은 '노동쟁의'에 관한 정의규정(노동조합법 제2조 제5호)을 변경하였는바, 현행 노동조합법은 '노동쟁의'를 '임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 "근로조건의 결정"에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태'라고 규정하고 있음**

따라서, 근로조건을 규율하는 규범인 법령, 단체협약 및 근로계약 등에 의하여 이미 정해진 근로자의 권리에 관한 해석·적용에 관한 사항으로 사법적 구제절차에 의하여 해결할 수 있는 소위 '권리분쟁'에 해당하는 사항을 관철하기 위해서는 쟁의행위를 할 수 없다고 보아야 할 것임[42]

【 서울남부지방법원 2007. 4. 26. 선고 2005가합14*판결 】**

"또한 노동조합 및 노동관계조정법에서는 노동쟁의의 정의에 관하여 노동관계 당사자 간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로조건의 '결정'에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 말한다고 규정하고 있고(제2조 제5호), 쟁의행위는 노동관계 당사자가 위와 같은 노동쟁의의 원인이 된 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위를 말한다고 규정하고 있으므로(제2조 제6호), **쟁의행위의 목적은 노동조합과 사용자 사이의 근로조건의 결정을 목적으로 하여야 하고, 근로조건을 규율하는 규범인 법령, 단체협약 및 근로계약 등에 의하여 이미 정해진 근로자의 권리에 관한 해석·적용에 관한 사항으로 사법적 구제절차에 의하여 해결할 수 있는 소위 '권리분쟁'에 해당하는 사항을 관철하기 위해서는 쟁의행위를 할 수 없다 할 것이다.**

41) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도*** 판결, 대법원 1990. 9. 28. 선고 90도***판결, 대법원1991. 3. 27. 선고 90도2*** 판결

42) 서울남부지방법원 2007. 4. 26. 선고 2005가합14*** 판결

⑶ …(중략)… 또한 이 사건 쟁의행위의 목적은 부당계약해지 및 부당노동행위의 중단, 비정규직의 정규직화 등의 관철에 있었고, 이러한 요구사항은 소위 권리분쟁에 관한 사항이거나, 근로조건의 결정과 관계없는 내용이라 할 것이므로, 이 사건 쟁의행위는 목적에 있어서 정당성을 인정하기 어렵다고 할 것이다."

2.4. 쟁의행위의 절차

가. 시기·절차에 관한 법규정

노동조합법은 쟁의행위의 시기·절차와 관련하여 조합원의 찬반투표(법 제41조 제1항), 쟁의발생시 상대방에 대한 통보(법 제45조 제1항), 쟁의행위에 앞서 반드시 조정절차를 밟도록 하는 조정전치주의(법 제45조 제2항 본문), 법정조정·중재기간 중 쟁의행위 금지(법 제45조 제2항 단서, 제63조), 사적조정·중재시 쟁의행위 금지(법 제52조 제3항), 긴급조정시 쟁의행위 중지(법 제77조) 등의 규정을 두고 있음

또한, 하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우로서 제29조의 2에 따라 교섭대표노동조합이 결정된 경우에는 그 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 과반수 찬성으로 결정하지 아니하면 쟁의행위를 할 수 없는 것으로 규정하고 있음(법 제41조 제1항 2문)

나. 판례의 입장

1) 절차적 정당성 판단기준

쟁의행위는 **사용자가 근로자의 근로조건의 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하거나 단체교섭의 자리에서 그러한 요구를 거부하는 회답을 했을 때 쟁의행위를 개시**하여야 하고, 특별한 사정이 없는 한 그 절차가 법령의 규정에 따른 경우 그 절차적 정당성이 인정될 수 있음[43]

다만 판례는 쟁의행위의 절차적 정당성의 판단에 관하여 **쟁의행위의 시기·절차 등을 규정한 법령의 제한에 위반하였다고 하더라도** 그것만으로 바로 쟁의행위의 정당성이 상실되는 것은 아니고, 그 절차를 따를 수 없는 **납득할 만한 객관적인 사정이 인정되는지의 여부, 그 위반행위로 말미암아 국민생활의 안정이나 사용자의 사업운영에**

43) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도*** 판결

예기치 않는 혼란이나 손해를 끼치는 것과 같은 부당한 결과를 초래하는지의 여부 등 구체적 사정을 살펴서 그 정당성 유무를 가려야 한다는 입장임[44]

2) 조정전치절차의 준수

조정전치절차의 준수 여부와 관련하여 판례는 노동조합이 노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정절차가 마쳐지거나 조정이 종료되지 아니하였다고 하더라도 조정기간이 끝나면 노동조합은 쟁의행위를 할 수 있는 것으로 **노동위원회가 반드시 조정을 한 뒤에 쟁의행위를 하여야 하는 것은 아니라는 입장**임[45]

【 대법원 2001. 6. 26. 선고 2000도2* 판결 】**

"쟁의행위가 형법상 정당행위로 되기 위하여는 그 목적이 근로조건의 유지·개선을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하고 그 절차에 있어 특별한 사정이 없는 한 노동위원회의 조정절차를 거쳐야 하는바, …(중략)… 한편 노동조합이 노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정절차가 마쳐지거나 조정이 종료되지 아니한 채 조정기간이 끝나면 노동조합은 쟁의행위를 할 수 있는 것으로 노동위원회가 반드시 조정결정을 한 뒤에 쟁의행위를 하여야지 그 절차가 정당한 것은 아니다."

3) 조합원 찬반투표

판례는 **조합원의 찬반투표에 대하여 엄격한 입장**을 취하고 있는데, 대법원은 전원합의체 판결에서 "쟁의행위를 함에 있어 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성결정이라는 절차를 거쳐야 한다는 규정은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이므로, **위의 절차를 위반한 쟁의행위는 그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 정당성이 상실**된다"고 판시하였음[46][47] 즉, **노동조합원의 찬반투표 절차를 거치지 아니한 쟁의행위는 형법상 정당행위로 인정 될 수 없을 것임**

44) 대법원 1991. 5. 14. 선고 90누4***판결
45) 대법원 2001. 6. 26. 선고 2000도2*** 판결
46) 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4*** 전원합의체 판결
47) 종래에는 쟁의행위 찬반투표를 거치지 아니한 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 때에는 쟁의행위의 정당성이 인정된다고 본 판례도 있었으나(대판 2000. 3. 10. 선고 99도4*** 판결) 이에 따르면 위임에 따른 대리 투표, 공개 결의나 사후 결의, 사실상의 찬성 간주 등의 방법도 용인되는 결과가 되어 쟁의행위 찬반투표 규정 및 그 취지에 반한다고 보아 위 판결은 전원합의체 판결(대판 2000. 3. 10. 선고 99도4***판결)로 이와 저촉되는 한도 내에서 변경되었음

【 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4*** 전원합의체 판결 】

"특히 그 절차에 관하여 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성결정이라는 절차를 거쳐야 한다는 노동조합및노동관계조정법 제41조 제1항의 규정은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이므로 위의 절차를 위반한 쟁의행위는 그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 정당성이 상실된다. **이와 달리 쟁의행위의 개시에 앞서 노동조합및노동관계조정법 제41조 제1항에 의한 투표절차를 거치지 아니한 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 때에는 단지 노동조합 내부의 의사형성 과정에 결함이 있는 정도에 불과하다고 하여 쟁의행위의 정당성이 상실되지 않는 것으로 해석한다면 위임에 의한 대리투표, 공개결의나 사후결의, 사실상의 찬성간주 등의 방법이 용인되는 결과, 그와 같은 견해는 위의 관계 규정과 대법원의 판례취지에 반하는 것이 된다.** 따라서 견해를 달리하여 노동조합및노동관계조정법 제41조 제1항을 위반하여 조합원의 직접·비밀·무기명 투표에 의한 과반수의 찬성결정을 거치지 아니하고 쟁의행위에 나아간 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 경우에는 위와 같은 투표절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 쟁의행위가 정당성을 상실한다고 볼 수 없다는 취지의 대법원 2000. 5. 26. 선고 99도4*** 판결은 이와 어긋나는 부분에 한하여 변경하기로 한다."

4) 쟁의행위 도중 새로운 쟁의사항의 부가

근로조건에 관한 주장의 불일치로 노동쟁의 상태가 발생하여 근로자들이 쟁의행위로 나가기 위한 적법한 절차를 거쳐 정당한 쟁의행위를 개시하게 되었다면, 정당한 쟁의행위를 계속하고 있는 도중에 새로운 쟁의사항이 부가되었다 하더라도, **다시 그 사항에 관하여 별도의 쟁의행위를 개시하기 위한 절차를 거칠 의무는 없다**는 것이 대법원 판례의 태도임[48]

【 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010두20*** 판결 】

"근로조건에 관한 주장의 불일치로 노동쟁의 상태가 발생하여 근로자들이 노동쟁의발생신고를 하고 냉각기간을 거쳐 정당한 쟁의행위를 계속하고 있는 도중에 새로운 쟁의사항이 부가되었다 하더라도, 다시 그 사항에 관하여 별도의 노동쟁의발생신고를 하고 냉각기간을 거쳐야 할 의무는 없다(대법원 1992. 11. 10. 선고 92도*판결 참조).**

원심은 채택 증거에 의하여 인정되는 판시와 같은 사정을 토대로 이 사건 쟁의행위는 적법한 절차에 따라 개시되었고, **회사 매각 금지가 포함된 특별단체교섭안건에 대한 찬반투표가 없었다고 하더라도 임금인상 등 이 사건 쟁의행위의 주된 목적에 대하여 정당한 쟁의절차를 진행**

48) 대법원 1992. 11. 10. 선고 92도*** 판결, 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010두20*** 판결 등

하고 있었던 이상 위 특별단체교섭사항에 관하여 별도의 쟁의행위를 개시하기 위한 절차를 거쳐야 할 의무는 없으므로 이 사건 쟁의행위에 절차적 위법은 없으며, 회사 매각에 따른 고용안정 등의 요구사항은 기존의 단체협약의 규율을 받고 있지 않은 사항이거나 사회적, 경제적 변화에 따라 수정이 요구되는 사항으로서 단체교섭 사항이 되므로 평화의무 위반이 아니라는 취지로 판단하였다.

위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 쟁의행위의 절차 및 평화의무에 관한 법리오해 등의 위법이 없다."

다. 쟁의행위와 조합원 찬반투표

1) 의의

노동조합법 제41조 제1항에 따라 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원의 과반수 찬성으로 결정하지 않으면 쟁의행위를 할 수 없음

이 조항의 취지에 관하여 대법원은 "노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 **쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무**와 관련하여 어떠한 **불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중**을 기하기 위하여 마련된 규정"이라는 입장[49]

2) 주체 : 노동조합 조합원의 범위

가) 문제의 소재

투표에 참석할 조합원의 범위와 관련하여 **초기업별 노동조합의 특정 지부·분회**에서 교섭이 결렬됨으로 말미암아 쟁의행위를 하게 될 경우 해당 지부·분회 소속 조합원만이 투표에 참가하고 그 과반수 찬성으로 결정한 쟁의행위가 절차적으로 적법한 지가 문제될 수 있음

나) 판례의 태도

초기업별 노동조합의 경우에는 **총파업이 아닌 이상 쟁의행위를 예정하고 있는 당해 지부나 분회 소속 조합원의 과반수 찬성이 있으면 절차적으로 적법**하다고 보아야 할 것이고 쟁의행위와 무관한 지부나 분회의 조합원을 포함한 전체 조합원의 과반수 이상 찬성을 요하는 것은 아니라는 것이 대법원 판례의 입장임[50]

49) 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4*** 전원합의체 판결

【 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도4* 판결 】**

"1. 근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위한 절차적 요건으로서, 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성결정이라는 절차를 거치도록 한 노동조합및노동관계조정법 제41조 제1항은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이라고 할 것이다(대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4*** 전원합의체 판결 참조).

이와 같은 취지에 비추어 보면, **지역별·산업별·업종별 노동조합의 경우에는 총파업이 아닌 이상 쟁의행위를 예정하고 있는 당해 지부나 분회소속 조합원의 과반수의 찬성이 있으면 쟁의행위는 절차적으로 적법하다고 보아야 할 것이고, 쟁의행위와 무관한 지부나 분회의 조합원을 포함한 전체 조합원의 과반수 이상의 찬성을 요하는 것은 아니라고 할 것이다.**

원심은, 2001. 7. 16. 피고인 등 ○○자동차 ○○지역 협력업체노동조합(이하 '협력업체노동조합'이라고 한다) 한국○○ 지부의 전체 조합원 15명 중 14명이 참석하여 쟁의행위 찬반투표를 하여 참석자 전원의 찬성으로 쟁의행위의 결의를 하였고, 같은 달 18. 군산지방노동사무소에 노동쟁의 발생신고를 한 사실을 인정한 다음, 협력업체노동조합 한국○○ 지부 조합원 과반수 이상이 위와 같이 쟁의행위를 결의한 이상, 협력업체노동조합의 전 조합원의 과반수 찬성이 없어도 이 사건 쟁의행위는 절차적으로 적법하다고 판단하였다."

다) 집단교섭이 개별교섭으로 변경된 경우의 문제

처음부터 지부·분회의 독립된 교섭이 이루어지다가 결렬된 경우와 달리 집단교섭을 하다가 개별(대각선) 교섭으로 변경되었을 때, **이미 초기업별 단위에서 찬반투표가 있었는데도 불구하고 반드시 개별사업장 단위에서 별도의 찬반투표를 하여야 하는지** 문제될 수 있음

이에 대하여 대법원은 **이미 산별협약이 체결**되어 쟁의행위가 종료된 이후 별도로 지부 차원의 교섭을 실시하고 쟁의행위로 나간 경우에는 **별도의 파업찬반투표**를 거쳐야 한다고 하였으나[51], **당초 집단교섭을 추진하다가 전략적인 측면에서 개별교섭으로 전환된 사건에서는 별도의 찬반투표가 필요하지 않다고 판시**하였음[52]

50) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도4*** 판결, 대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두12*** 판결
51) 대법원 2007. 5. 11. 선고 2005도8*** 판결
52) 대법원 2009. 6. 25. 선고 2007두10*** 판결

【 대법원 2007. 5. 11. 선고 2005도8* 판결 】**

"○○○○노조 차원의 파업찬반투표가 있었다고 하여 위 투표가 각 지부별 단체교섭거부에 대응한 파업찬반투표로서의 성격까지 겸한다고 할 수는 없고, **○○○○노조 차원의 단체협약이 체결되어 쟁의행위가 종료된 이상 지부 차원의 구체적인 요구사항들에 대하여 사용자와 협상을 거친 후 그 협상이 거부당하거나 결렬되었을 때 지부 차원의 파업찬반투표를 별도로 거쳐야 한다**고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항에 대한 법리를 오해하거나 채증법칙 위배 또는 심리미진으로 인한 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없으므로 피고인들의 이 부분 상고이유 역시 받아들일 수 없다."

【 대법원 2009. 6. 25. 선고 2007두10* 판결 】**

"○○노조는 협력업체들에게 '2004년 임금 및 단체협약 요구안'을 발송하였고, 그 후 협력업체들과 2004년 단체협약체결을 위한 단체교섭 권한을 사내하청지회의 지회장에게 위임하였다. 사내하청지회는 협력업체들과의 사이에 처음에는 집단교섭을 추진하였으나 협력업체들이 교섭방식을 문제 삼아 이에 불응하자, 개별교섭(대각선교섭)으로 그 단체교섭의 형태를 변경하여 협력업체들과의 사이에 임금 및 단체협약을 체결하려고 하였으나 이에 이르지 못하였고, 이에 ○○노조는 충남지방노동위원회에 사내협력업체들을 사용자로 하여 두 차례에 걸쳐 노동쟁의 조정신청을 하였으며, 2004. 9. 9. 및 같은 달 10. 사내하청지회의 조합원을 대상으로 쟁의행위에 대한 찬반투표를 실시하여, 총 102명의 조합원 중 63명이 투표에 참석하여 53명이 찬성함으로써 쟁의행위가 결정되었다고 발표하였다. ○○노조는 2004. 11. 19. 충남지방노동위원회에 쟁의행위신고서를 제출하였는데, 그 신고서에는 '사용자로 협력업체들을, 쟁의행위 일시는 2004. 11. 19.부터 임금 및 단체협약의 체결시까지로, 쟁의행위 방법은 기자회견, 태업, 전면파업, 점거농성, 집회, 피케팅 등'으로 각 기재되어 있었는데, 그 이후인 2005. 1. 17. 이후 행하여진 참가인의 작업장 이탈, 잔업거부, 집단점거 농성 참여 등도 이 사건 쟁의행위에 해당한다. 그리고 기록에 의하면 쟁의행위 찬반투표 이후 이루어진 이 사건 쟁의행위 이후에도 2005. 3.경까지 사내하청지회는 협력업체들에 대하여 5차례 이상 임금 및 단체협약체결을 위한 단체교섭을 요청하였으나 단체협약의 체결에는 이르지 못한 사정을 알 수 있다.

이러한 각 사정을 앞서 살펴 본 법리에 비추어 살펴보면, **이 사건의 경우 ○○노조는 총 파업이 아닌 사내하청지회에 한정한 쟁의행위를 예정하고 있었으므로, 사내하청지회에 소속된 조합원을 대상으로 이 사건 쟁의행위 찬반투표를 실시한 결과 그 조합원 과반수의 찬성을 얻음으로써 노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항에서 정한 절차를 적법하게 이행한 것이라 할 것이다.** 이와 달리 당초에는 집단교섭을 추진하다가 쟁의행위 찬반투표 직전에 사내하청지회가 협력업체별로 개별교섭을 진행하여 왔다는 사정만으로, 쟁의행위 찬반투표도 쟁의행위가 예정되어 있던 사내하청지회가 아닌 각 협력업체별로 당해 업체 소속의 조합원들에 대하여 실시하여야 한다는 전제에서 이 사건 쟁의행위는 그 절차의 정당성이 없다고 판단한 원심의 판단은 받아들일 수 없다."

3) 방법 : 직접・비밀・무기명 투표에 의한 과반수 찬성

가) 모바일투표 방식에 의한 쟁의행위 찬반 투표

노동조합법 제41조 제1항은 투표 방식을 제한하는 규정을 두고 있지 않으므로 노동조합은 **현장투표, 우편투표, ARS투표, 전자투표 등의 방식 중에서 하나 또는 여럿을 선택하여 활용**할 수 있다고 봄이 타당하다고 판단함[53]

【 서울중앙지방법원 2017. 4. 28. 선고 2016가합520* 판결 】**

"이 사건 투표가 직접·비밀·무기명 투표의 원칙에 위배되었다고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이를 전제로 한 원고의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

1) **노조법 제41조 제1항은 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의하여 노동조합의 쟁의행위에 관한 찬반 투표를 하도록 규정하고 있을 뿐 투표 방식을 제한하는 규정을 두고 있지 않다. 모바일투표 방식은 시간적, 장소적 제약에 구애받지 않고 투표가 가능하고, 시간이 단축되며, 비용이 절감된다는 장점이 있으므로, 노동조합은 직접·비밀·무기명투표 원칙을 준수하는 범위에서 그 실정에 맞게 현장투표, 우편투표, ARS 투표, 전자투표 등의 방식 중에서 하나 또는 여럿을 선택하여 활용할 수 있다고 봄이 타당하다.**

2) 조합원들은 이 사건 투표 당시 투표 계정에 접속할 때에 자신의 휴대폰번호 뒷자리 숫자를 인증번호로 입력하여 본인 인증을 하였는데, 휴대폰번호 뒷자리 숫자는 타인이 쉽게 알 수 있는 정보이기는 하나, 이 사건 투표에서 조합원 아닌 자 또는 조합원 중 일부가 다른 조합원의 휴대폰을 이용하여 인증번호를 입력한 후 대리투표를 함으로써 직접투표의 원칙이 침해되었다고 인정할 만한 사정이 없다.

3) ○○○에스는 투표 데이터를 2 중 암호화하여 저장하고 개별 투표 내용을 확인하기 위해서는 투표자의 검증 코드와 ○○○에스의 검증코드를 요구함으로써 비밀투표 및 무기명투표의 원칙을 보장하고 있다. 그런데 ○○○에스는 모바일투표 이용자에게 실시간 투표 정보 모니터링 서비스 및 투표 독려 서비스를 제공하고 있으므로, 투표 진행 중에 실시간으로 개별 유권자의 투표 참여 여부를 식별할 수 있고 투표 종료 전이라도 투표 결과의 집계가 가능하여 결국 유권자가 특정 시각에 투표를 하는 즉시 투표 결과의 변동 내역을 확인하는 방식으로 해당 유권자의 투표 내용을 확인하는 것이 가능해 보이기는 한다. 그러나 ○○○에스는 이 사건 투표 종료 시점 이후에 피고들에게 투표 결과를 통보하였다고 진술하였고, 실제로 이 사건 투표에서 위와 같은 방식으로 특정 유권자의 투표 내용이 확인됨으로써 비밀투표 또는 무기명투표의 원칙이 침해 되었다거나 그러한 사정이 이후의 투표에 영향을 미쳤다고 인정할 만한 사정도 없다.

4) 노조법 제41조 제1항은 조합의 민주적인 의사결정을 담보하기 위하여 직접·비밀·무기명투표의 원칙을 정하고 있다 할 것인데, 이 사건 쟁의행위는 재적조합원 311명 중 310명이 참가한 이 사건 투표에서 305명의 압도적인 찬성으로 결정되었는바, 이 사건 투표에서 직접·비밀·무기명투표의 원칙이 침해되었다는 어떠한 증거도 없는 상태에서 단지 위 원칙이 제대로 보장되지 않았을 위험성이 있다는 이유만으로 이 사건 쟁의행위가 민주적인 의사결정을 거치지 않고 부당하게 이루어졌다고 보기는 어렵다."

53) 서울중앙지방법원 2017. 4. 28. 선고 2016가합520*** 판결

나) 쟁의행위 찬반투표에서의 공정대표의무

노동조합법 제41조 제1항은 교섭창구 단일화 절차가 진행된 사업장의 경우 그 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 과반수의 찬성이 있어야 쟁의행의를 할 수 있다고 규정하고 있는 반면 위 투표를 구체적으로 어떻게 진행하여야 하는지에 대해서는 규정하고 있지 않으므로, 교섭창구 단일화 절차에 참여한 복수의 노동조합은 위 투표절차를 통합하여 진행할 수도 있고 노동조합별로 따로 진행할 수도 있다고 해석할 수 있어 **쟁의행위 찬반투표에서는 공정대표의무가 적용되지 않는다고 해석함이 상당하다고 봄**54)

【 서울남부지방법원 2016. 4. 14. 자 2016카합20061 결정 】

"가) 공정대표의무 위반 주장에 관한 판단

(1) 채권자 회사는 채무자 조합의 쟁의행위 찬반투표 방식이 노동조합법 제29조의4 제1항의 공정대표의무에 위배된다고 주장하고 있다. 그러나 다음에서 보는 바와 같이 쟁의행위 찬반투표에 대해서는 위 공정대표의무가 적용되지 않는다고 해석함이 상당하므로, 채권자 회사의 이 부분 주장은 나머지 점에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

① 복수의 노동조합이 존재하는 사업장에서 교섭창구 단일화 절차가 진행되는 경우, 사용자·사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권리를 가지는 노동조합은 교섭대표 노동조합에 한정되는바(노동조합법 제29조 제2항), 이때 교섭대표 노동조합이 자신의 조합원만이 아닌 모든 노동조합의 조합원을 위하여 그 권리를 공정하고 성실하게 행사 하여야 한다는 점을 규정한 것이 노동조합법상 공정대표의무이다(노동조합법 제29조의4). 이와 같이, 노동조합법 제29조의4는 교섭대표 노동조합이 다른 노동조합을 대표하여 사용자와 교섭하고 단체협약을 체결하는 상황을 염두에 두고 제정된 조항인바, 단체교섭 및 단체협약 체결과 직접적 관련이 없는 쟁의행위 찬반투표까지 위 조항의 적용 범위에 당연히 포함된다고 해석하기는 어렵다.

② 노동조합법 제41조 제1항은 교섭창구 단일화 절차가 진행된 사업장의 경우 그 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 과반수의 찬성이 있어야 쟁의행의를 할 수 있다고 규정하고 있는 반면 위 투표를 구체적으로 어떻게 진행하여야 하는지에 대해서는 규정하고 있지 않으므로, **교섭창구 단일화 절차에 참여한 복수의 노동조합은 위 투표절차를 통합하여 진행할 수도 있고 노동조합별로 따로 진행할 수도 있다고 해석함이 상당하다. 이와 같이, 쟁의행위 찬반투표 시에는 단체교섭 및 단체협약 체결 시와는 달리 교섭대표 노동조합 이외의 노동조합과 소속 조합 원도 그 절차를 자유로이 선택할 수 있는 권리를 가지므로, 굳이 교섭대표 노동조합의 공정대표의무가 쟁의행위 찬반투표에 대해서까지 적용되는 것으로 확장 해석하여야 할 필요성도 크지 않다.**"

54) 서울남부지방법원 2016. 4. 14. 자 2016카합20061 결정

다) 투표권자 명부 없이 실시한 쟁의행위 찬반투표

교섭대표노동조합이 다른 노동조합의 조합원들을 대상으로 쟁의행위 찬반투표를 실시하면서 **투표권자 명부를 제공받지 못한 채 투표를 실시**하였으나 **절차상 하자로 볼 수 없다**고 본 사례[55]

【 서울남부지방법원 2016. 4. 14. 자 2016카합20061 결정 】

"살피건대, 채무자 조합이 새노조 조합으로부터 투표권자 명부를 제공받지 못한 상태에서 새노조 조합원들을 상대로 찬반투표를 실시한 사실은 소명되나, 이 사건 기록에 심문 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음 사정들에 의하면 위 사실만으로 채무자 조합이 실시한 찬반투표에 잘못이 있거나 그에 근거한 쟁의행위가 정당성을 상실하였다고 단정할 수 없으므로, 채권자 회사의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

① 노동조합법 제11조 제12호는 노동조합의 규약에 '투표자 명부 및 투표용지 등 의 보존·열람에 관한 사항'을 명시하도록 하고 있고, 채무자 조합의 규약 제52조 제2항은 쟁의행위 찬반투표 관련 투표자 명부 및 투표용지는 1년간 보존하여 조합원으로 하여금 열람할 수 있도록 하여야 한다고 규정하고 있다. 채권자 회사는 위 각 조항을 쟁의행위 찬반투표 이전에 투표권자 명부를 확보하여야 한다는 취지로 해석하였으나, 위각 조항은 쟁의행위 찬반투표가 제대로 이루어진 것인지 사후적으로 평가할 수 있도록 찬반투표 과정에서 생성된 투표자 명부와 투표용지를 보존하여야 한다는 점을 명시한 취지의 조항이지, 찬반투표 이전에 투표권자 명부를 미리 확보하여야 한다는 취지의 조항은 아니다. 따라서 채무자 조합이 투표권자 명부를 구비하지 못한 상태에서 찬반투표를 진행하였다 하여 위 각 조항을 위반하였다고 볼 수는 없다.

② 채무자 조합은 새노조 조합으로부터 투표권자 명부를 제공받지 못한 상태에서 새노조 조합원들을 대상으로 투표를 진행하기 위하여 '새노조 조합원 투표인 명부'를 만들었다. 채무자 조합은 위 명부의 상단에 "본인은 ㈜○○항공 조종사 직종 교섭단위 2015년 임금교섭의 결렬에 따라 실시되는 전체 조합원 쟁의행위 찬반투표 공고일 2016년 1월 15일 현재 새노조 조합원임을 확인하며, 아래 사항을 기재하고 쟁의행위 찬반투표에 참여합니다."라는 내용을 기재하였고, 투표를 하고자 하는 새노조 조합원들로 하여금 위 명부의 하단에 '성명', '고유번호', '기종', '직급'을 기재하도록 하였는바 (채무자들은 신분증도 확인하였다고 주장하고 있다), 위와 같이 채무자 조합은 투표권자 명부가 없는 상태에서 신분 확인을 위해 최선의 노력을 다한 것으로 보인다. 채권자 회사의 이 부분 주장에 따르면, 만일 교섭대표 노동조합이 교섭창구 단일화 절차에 참여한 모든 조합의 투표권자 명부를 확보하지 못할 경우 쟁의행위 찬반투표를 진행할 수 없게 되고, 이는 결국 일부 노동조합이 투표권자 명부 제공을 거부함으로써 모든 근로자의 쟁위행위를 막는 부당한 결과를 초래할 수 있어 도저히 받아들이기 어렵다.

③ 노동조합법 제41조 제1항에 의할 때, 채무자 조합이 쟁의행위를 하기 위해 확보하여야 하는 채무자 조합원과 새노조 조합원의 찬성표는 923표(=채무자 조합원과 새노조 조합원의 수 합계 1,845명 ÷ 2, 소수점 이하 올림)였는데, 채무자 조합은 그 소속원 917명의 찬성을 이미 확보하였으므로 6명의 새노조 조합원의 찬성만 확보하면 쟁의행위를 할 수 있는 상태였다. 이에 비추어

55) 서울남부지방법원 2016. 4. 14. 자 2016카합20061 결정

보면, 설령 새노조 조합원들의 투표권자 명부를 구비하지 못한 상태에서 투표가 진행됨에 따라 그 조합원이 아닌 사람이 일부투표에 참여하였다 하더라도, 집계된 새노조 조합원의 찬성표 189표 중 183표 이상이 무효임이 밝혀지지 않는 이상, 그 하자가 전체 찬반투표의 결과에 영향을 미쳤다고 보기 어렵다."

라) 쟁의행위 찬반투표의 기간 연장

투표기간 연장으로 인하여 투표기간이 지나치게 길어질 경우에는 투표자들의 의사가 왜곡되고 관련 법령이나 자치규범에서 의결정족수나 의사정족수를 규정한 취지가 잠탈될 여지가 있으므로, 지나친 투표기간 연장은 규제할 필요가 있으나, **29일~39일 정도의 투표 기간은 과도하게 길지 않고** 투표 결과 조합원들의 자유로운 판단에 의한 투표가 방해되거나 자유와 공정이 침해되었다고 단정할 수 없다면 **투표기간 연장으로 인해 투표 절차상 하자가 있다고 할 수 없다고 함**[56]

【 서울남부지방법원 2016. 4. 14. 자 2016카합20061 결정 】

"① 관련 법령이나 자치규범에서 정하지 않은 사항은, 단체의 설립목적에 배치되거나 단체 구성원들의 기본적 권리를 침해하지 않는 한 단체 구성원들의 의사와 그 동안의 관행에 따라 행하는 것이 허용된다고 보아야 한다. 그런데 관련 법령이나 자치규범(규약, 선거관리규정)을 보더라도 투표기간 연장 자체를 금하는 규정은 없다. ② 물론 투표기간 연장으로 인하여 투표기간이 지나치게 길어질 경우에는 투표자들의 의사가 왜곡되고 관련 법령이나 자치규범에서 의결정족수나 의사정족수를 규정한 취지가 잠탈될 여지가 있으므로, 지나친 투표기간 연장은 규제할 필요가 있다. 그러나 이 사건에서 채무자 조합원들은 39일, 새노조 조합원들은 29일의 투표기간을 각각 허여 받았는데 외근이 잦은 조종사들의 업무 특성을 고려하면, 그 기간이 과도하게 길다고 보기 어렵다.

⑵ 다음으로, 채권자 회사는 투표기간 연장을 선거관리위원회에서 결정하지 않고 채무자 조합에서 일방적으로 결정한 것이 절차상 하자에 해당하므로, 이에 근거한 채무자들의 쟁의행위는 정당성이 없다고 주장한다. 살피건대, 채무자 조합의 규약 제19조에 의하면 임시총회의 소집권한은 채무자 조합의 위원장에게 있음이 소명되는바, 이 사건과 같이 쟁의행위 찬반투표를 위한 임시총회 기간을 연장한 경우 그 연장권한도 위원장에게 있다고 볼 여지가 있다. 따라서 위 규약의 하위규범인 채무자 조합의 선거관리규정 제1조가 쟁의행위 찬반투표를 위 규정의 적용대상으로 삼고 있고, 제22조가 선거관리위원장이 투표의 종료를 선언하도록 하고 있다 하더라도 이 사건 쟁의행위 찬반투표와 관련하여 채무자 조합의 위원장인 채무자 이○○이 투표기간 연장 및 종료시기를 결정하여 공고한 것이 절차를 위반한 것이라고 단정하기 어렵다.

설령 채무자 조합, 이○○이 투표기간을 연장한 것과 관련하여 다소 절차상 잘못이 있었던 것으로 평가할 여지가 있다 하더라도, 그 투표결과의 무효 여부 내지는 쟁의행위의 정당성 유무는

56) 서울남부지방법원 2016. 4. 14. 자 2016카합20061 결정

그 절차상 잘못이 자유로운 판단에 의한 투표를 방해하여 자유와 공정을 현저히 침해하고 그로 인하여 찬반투표의 결과에 영향을 미쳤다고 인정되는지 여부 등을 참작하여 판단하여야 한다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2010다10*** 판결 등 참조). 그런데 연장된 투표기간이 과도하게 길다고 보기 어려움은 앞서 본 바와 같으므로 위 투표기간 연장을 선거관리위원회가 아닌 채무자 이○○이 결정하였다고 하여 투표에 참여한 조합원들 대다수가 최초 투표기간 만료일인 2016. 1. 22. 이전에 투표하여(2016. 1. 22.까지 채무자 조합원 886명과 새노조 조합원 23명이 투표하였다) 위 시점에 이미 의결정족수에 가까운 찬성자 수가 확보된 점을 고려하면 채무자조합과 채무자 이○○이 행한 절차상 잘못이 위 찬반투표의 결과에 영향을 미쳤다고 보기도 어렵다."

마) 비밀 무기명투표 원칙의 위반

비밀 투표란 **누가 어떤 내용의 투표를 하였는지 알 수 없도록 하는 투표**를 의미하고, **무기명 투표**란 **투표용지에 투표자의 성명을 기재하지 않는 방식**으로 하는 투표를 의미함

투표용지를 특정한 방법으로 접어서 투표함에 투입한 경우, 비밀 및 무기명투표 원칙에 위반하여 무효인 투표가 될 수 있음[57]

【 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다43* 판결 】**

"조합원 개인 또는 특정 친목단체에 속한 조합원들이 특정 후보자의 개별적인 주문에 따라 그 투표에 의하여 나타난 자신들의 의사 내용을 그 후보자가 알 수 있도록 의도적으로 투표용지를 특정한 방법으로 접어서 투표함에 투입한 경우, 그 투표는 조합의 선거관리규정에서 정한 유·무효에 관한 판정 기준의 내용을 따져볼 필요 없이 조합 민주주의를 실현하기 위하여 규정한 강행법규인 노동조합법 제19조 제3항 무기명·비밀선거의 원칙에 위반되어 그 자체로 무효이다"

한편, 찬반투표 시 노동조합마다 투표용지 색깔을 다르게 한 경우, 비밀, 무기명 투표원칙에 반하는지 문제된 사안에서 판례는 **특정 색깔의 투표용지로 투표에 참여**한 조합원들의 수가 195명에 이르는 상황에서 누가 어떠한 내용의 투표를 하였는지 아는 것은 불가능하므로 문제되지 않는다고 판단한 바 있음[58]

4) 시기

가) 문제의 소재

노동조합이 **단체교섭 요청을 하기도 전**에 또는 **노동쟁의가 발생하기 전**에 **미리** 쟁의

57) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다43*** 판결
58) 서울남부지방법원 2016. 4. 14. 자 2016카합20061 결정

행위 **찬반투표를 실시**한 경우, 그 후 단체교섭이 진행되다가 노동쟁의 상태에 도달하였을 때 별도의 쟁의행위 찬반투표를 실시하지 않고 **종전 찬반 투표 결과를 원용**하여 바로 쟁의행위에 돌입하더라도 절차규정에 위반된 것인지 여부가 문제될 수 있음

나) 판례의 태도

대법원은 "쟁의행위에 대한 조합원의 찬반투표는 노동관계 당사자 간에 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태인 이른바 노동쟁의의 상태에 이르러야 할뿐만 아니라 조정절차에서 노동위원회로부터 조정안이 제시되었을 경우 그 조정안을 수용할지 여부에 관한 조합원의 의사 역시 반영되어야 함에 비추어 **조정절차까지 거친 후 쟁의행위에 돌입하기 직전에 실시하여야 하는 것**이 원칙"이라고 본 경우[59]도 있으나

최근에는 노동조합이 **조정절차가 종료되기 전에 미리 쟁의행위 찬반투표를 실시하였다고 하여 그 찬반투표가 위법하다거나 나아가 그 효력이 부인된다고 할 수는 없다**고 판시[60]한 원심이 대법원 판결로 확정되었으므로, **찬반투표가 중앙노동위원회의 조정 종료 결정 전에 실시된 사정이 절차적 위법은 아니라는 것이 법원의 입장**이라고 할 수 있음[61][62]

【 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016도1* 판결 】**

"나) 조합원 찬반투표의 시기에 관하여

(1) 검사는 대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도*** 판결을 들어, 쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표는 조정절차까지 거친 후 쟁의행위에 돌입하기 직전에 실시되어야 하는데, ○○노조는 중앙노동위원회의 조정 종료 결정이 있기 전에 이 사건 찬반투표를 실시함으로써 노동조합법에 규정된 절차를 위반하였다고 주장한다.

(2) 그러나 노동조합이 조정절차가 종료되기 전에 미리 쟁의행위 찬반투표를 실시하였다고 하여 그 찬반투표가 위법하다거나 나아가 그 효력이 부인된다고 할 수는 없다. 다음과 같은 이유에서이다.

❑ 헌법 제33조 제1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권을 가진다"고 규정하여 근로자와 근로자단체의 단결권을 보장하고 있다. 헌법 제33조 제1항의 단결권은 근로자단체의 존속, 유지, 발전, 확장 등을 국가공권력으로부터 보장하고(단체존속의 권리), 근로자단체의 조직 및 의사형성절차에 관하여 규약의 형태로 자주적으로 결정하는 것을 보장하며(단체자치

59) 대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도***판결
60) 서울고등법원 2016. 1. 15. 선고 2015노*** 판결
61) 대법원 2017.2.3. 선고 2016도1*** 판결
62) 서울고등법원 **2018.1.11. 선고 2017누71*** 판결** (동일 쟁점의 행정소송)

의 권리), 근로조건의 유지와 향상을 위한 근로자단체의 활동, 즉 단체교섭, 단체협약 체결, 단체행동, 단체의 선전 및 단체가입의 권유 등을 보호한다(단체활동의 권리)(헌법재판소 1999. 11. 25. 선고 95헌마154 결정 참조).

따라서 근로자단체인 노동조합은 조직형태나 내부운영 및 대외적 활동과 관련하여 자주적으로 결정하고 행동하며 그에 대해서 외부로부터의 간섭을 받지 아니할 권리를 가지며, 국가는 노동조합의 조직·운영에 대한 개입을 자제하여야 한다. 그러므로 조합원의 직접·비밀·무기명투표를 거쳐 조합원 과반수가 파업에 찬성한 것으로 확인된 때에는 쟁의행위를 개시하기로 한 조합원들의 민주적 의사결정은 최대한 존중되어야 하며, 특별한 사정이 없는 한 그러한 찬반투표의 효력을 부정하여서는 아니 된다.

❑ 찬반투표를 거치지 않은 쟁의행위는 그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 정당성이 상실되고(대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4*** 전원합의체 판결 등 참조), 쟁의행위에 참가한 근로자들에게 업무방해죄라는 형사책임을 물을 수도 있게 된다. 그런데 노동조합법은 쟁의행위는 법에 의한 사전조정절차를 거치지 아니하면 이를 행할 수 없다고 규정하고 있으나(제45조 제2항), 조정절차를 거친 후에 쟁의행위에 대한 찬반투표를 실시해야 한다고 규정하고 있지는 아니하며, 달리 찬반투표의 시기에 관하여 어떠한 규정도 두고 있지 않다. 노동조합법에 명문으로 규정되어 있지 아니한 '조정절차를 종료한 후에 쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표를 실시할 것'이라는 요건을 추출하여 찬반투표의 효력을 부정하고 이를 형사처벌의 기초로 삼는 것은 죄형법정주의의 관점에서도 받아들일 수 없다.

❑ **노동조합법 제45조의 조정전치에 관한 규정의 취지는 분쟁을 사전 조정하여 쟁의행위 발생을 회피하는 기회를 주려는 데에 있는 것이지 쟁의행위 자체를 금지하려는 데에 있는 것이 아니고(대법원 2000. 10. 13. 선고 99도4*** 판결 등 참조), 쟁의행위를 개시한 이후에도 당사자의 신청에 의하여 조정절차를 개시하는 것이 여전히 가능한 점 등을 종합하여 보면, 찬반투표 실시시기를 반드시 조정절차 종료 후로 제한하여야 할 이유를 찾기 어렵다.**

⑶ 검사가 들고 있는 대법원 2001. 9. 14. 선고 2001도*** 판결은, 관련 사실관계가 어떤 것인지와 무관하게, 쟁의행위에 대한 조합원 찬반투표가 반드시 노동위원회 조정안이 제시된 이후에 실시되어야 한다는 취지로 해석되지는 아니할 뿐만 아니라, 이 사건과는 다른 사실관계를 기초로 법리가 제시된 것으로 보여 이 사건에 그대로 원용하기에는 적절하지 않다.

⑷ 위와 같은 판단에 더하여, 중앙노동위원회는 2013. 11. 27. 노사 양측 주장의 현격한 차이로 의견조율이 어렵다고 판단하여 조정 종료 결정을 하였으므로, 결국 ○○노조가 수용하거나 찬반투표에 반영할 만한 조정안이 제시된 바 없다는 점까지 고려하여 보면, 이 사건 찬반투표가 중앙노동위원회의 조정 종료 결정 전에 실시되었다고 하여 위법하다거나 효력이 없다고 할 수는 없다."

5) 찬반투표를 거치지 않은 쟁의행위의 정당성

가) 판례의 태도

대법원 전원합의체는 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성결정이라는 절차를 거쳐야 한다는 노동조합법 제41조 제1항의 규정은 노동조합의

자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이므로 위의 절차를 위반한 쟁의행위는 **그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 정당성이 상실**된다고 하였음[63]

따라서, 조합원의 찬·반투표를 실시하지 아니한 것은 단지 노동조합 내부의 의사형성 과정상의 결함에 지나지 아니하고 파업에 참여한 인원 등에 비추어 조합원 대다수가 파업에 찬성한 것으로 보이므로 찬·반투표를 실시하지 아니하였다는 사정만으로 파업절차가 위법하다고 할 수 없다는 논리는 노동조합법이 규정한 찬·반투표의 성격을 오해한 것으로서 잘못되었다는 것이 대법원 판례의 입장임

【 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4* 전원합의체 판결 】**

"대법원도 그 규정들에 좇아 근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위하여는 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다고 되풀이 판시하고(대법원 1990. 5. 15. 선고 90도*** 판결, 1991. 5. 24. 선고 91도*** 판결, 1996. 1. 26. 선고 95도1*** 판결, 1996. 2. 27. 선고 95도2***판결, 1998. 1. 20. 선고 97도*** 판결, 2000. 5. 12. 선고 98도3***판결, 2001. 6. 12. 선고 2001도1***판결 등 참조), 특히 그 절차에 관하여 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성결정이라는 절차를 거쳐야 한다는 규정은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이므로 위의 절차를 위반한 쟁의행위는 그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 정당성이 상실된다고 잇달아 판시하여(대법원 1992. 3. 13. 선고 91누10*** 판결, 1992. 9. 22. 선고 91다4***판결, 1992. 12. 8. 선고 92누1*** 판결, 2000. 3. 10. 선고 99도4*** 판결 등 참조) 위의 규정들의 취지를 분명히 하여왔다.

그러하니 이러한 해석견해와 달리 **쟁의행위의 개시에 앞서 노동조합법 제41조 제1항에 의한 투표절차를 거치지 아니한 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 때에는 단지 노동조합 내부의 의사형성 과정에 결함이 있는 정도에 불과하다고 하여 쟁의행위의 정당성이 상실되지 않는 것으로 해석한다면 위임에 의한 대리투표, 공개결의나 사후결의, 사실상의 찬성간주 등의 방법이 용인되는 결과, 그와 같은 견해는 위의 관계 규정과 대법원**

63) 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4*** 전원합의체 판결

의 판례취지에 반하는 것이 된다.

따라서 견해를 달리하여 노동조합법 제41조 제1항을 위반하여 조합원의 직접·비밀·무기명 투표에 의한 과반수의 찬성결정을 거치지 아니하고 쟁의행위에 나아간 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 경우에는 위와 같은 투표절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 쟁의행위가 정당성을 상실한다고 볼 수 없다는 취지의 대법원 2000. 5. 26. 선고 99도4*** 판결은 위의 판결들과 어긋나는 부분에 한하여 변경하기로 한다."

나) 구체적인 사례

쟁의행위에서 **투표절차를 생략할 수 있는 긴박한 사정이 인정될 수 있는지**에 대하여 판례는 **엄격하게 해석하여야 한다는** 입장임[64]

【 서울남부지방법원 2007. 4. 26. 선고 2005가합14* 판결 】**

"나. 피고들의 주장에 관한 판단

피고들은 원고 회사가 ○○전자분회 조합원들 대부분에 대하여 계약해지 등의 방법으로 해고를 하려고 하여 이를 알게 된 피고들이 시간적으로 정상적인 쟁의행위의 절차를 밟을 수 없는 긴박한 상황에 놓여 있었다고 주장하나, 쟁의행위의 개시에 앞서 노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항에 의한 투표절차를 거치지 아니한 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 때에는 단지 노동조합 내부의 의사형성 과정에 결함이 있는 정도에 불과하다고 하여 쟁의행위의 정당성이 상실되지 않는 것으로 해석한다면 위임에 의한 대리투표, 공개결의나 사후결의, 사실상의 찬성간주 등의 방법이 용인되는 결과를 초래하므로(대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4*** 판결 참조), **쟁의행위에서 투표절차를 생략할 수 있는 긴박한 사정은 엄격하게 해석하여야 할 것인바,** 이 사건에서 쟁의행위에 대한 찬반투표를 시행할 시간이 전혀 없었던 것으로 볼만한 아무런 증거가 없으므로 피고들 주장은 이유 없다."

한편, 특별단체교섭안건에 대한 찬반투표가 없었다고 하더라도 쟁의행위의 주된 목적에 대하여 정당한 쟁의절차를 진행하고 있었던 이상 위 특별단체교섭사항에 관하여 별도의 쟁의행위를 개시하기 위한 절차를 거쳐야 할 의무는 없다고 보았음[65]

【 대법원 2013. 2. 14. 선고 2010두17* 판결 】**

"3. 상고이유 제3점에 대하여

근로조건에 관한 주장의 불일치로 노동쟁의 상태가 발생하여 근로자들이 노동쟁의 발생신고를 하고 냉각기간을 거쳐 정당한 쟁의행위를 계속하고 있는 도중에 새로운 쟁의 사항이 부가되었다

64) 서울남부지방법원 2007. 4. 26. 선고 2005가합14*** 판결
65) 대법원 2013. 2. 14. 선고 2010두17*** 판결

하더라도, 다시 그 사항에 관하여 별도의 노동쟁의 발생신고를 하고 냉각기간을 거쳐야 할 의무는 없다(대법원 1992. 11. 10. 선고 92도*** 판결 참조).

원심은 그 판시와 같은 사실 등을 인정한 다음, ① 이 사건 쟁의행위는 적법한 절차에 따라 개시되었고, 회사 매각 금지가 포함된 특별단체교섭안건에 대한 찬반투표가 없었다고 하더라도 임금인상 등 이 사건 쟁의행위의 주된 목적에 대하여 정당한 쟁의 절차를 진행하고 있었던 이상 위 특별단체교섭사항에 관하여 별도의 쟁의행위를 개시하기 위한 절차를 거쳐야 할 의무는 없으므로 이 사건 쟁의행위에 절차적 위법은 없고, ② 회사 매각에 따른 고용안정 등의 요구사항은 기존의 단체협약의 규율을 받고 있지 아니한 사항이거나 사회적, 경제적 변화에 따라 수정이 요구되는 사항으로서 단체교섭 사항이 되므로 평화의무 위반이 아니라는 취지로 판단하였다. 위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍 할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 쟁의행위의 절차 및 평화의무에 관한 법리를 오해한 등의 위법이 없다."

라. 조정전치주의

1) 일반론

노동조합법 제45조 제2항은 '노동조합법상의 조정절차를 거치지 아니하면 쟁의행위를 할 수 없다'고 규정하면서, 법정 조정기간 또는 중재기간 내에 조정이 종료되지 아니하거나 중재재정이 이루어지지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다고 하여 쟁의행위를 하기 전에 조정절차를 거치도록 하는 조정전치주의를 규정하고 있음

이에 대해 판례는 노동조합법 제45조의 **조정전치에 관한 규정의 취지**는 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 가려야 한다는 입장임[66]

2) 구체적인 사례

판례는 조정전치절차를 위반한 것 자체만 가지고 쟁의행위 전체에 대한 정당성 판단을 하지 않는 대신 사회경제적 안정이나 사용자의 사업운영에 예기치 않은 혼란이나 손해를 끼치는 등 부당한 결과를 초래할 우려가 있는지의 여부 등을 구체적이고 종합

66) 대법원 2000. 10. 13. 선고 99도4***판결

적으로 고려하여 판단하는 입장을 취하고 있음

가) 조정절차를 거치지 아니하였더라도 정당성이 인정된 사례

사회경제적 안정이나 사용자의 사업운영에 혼란이나 손해를 끼치는 등 부당한 결과를 초래하였다고 보기 어려워 정당성을 인정한 경우[67]

【 대법원 2000. 10. 13. 선고 99도4* 판결 】**

"노동조합 및 노동관계조정법 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 죄책 유무를 판단하여야 할 것인바, 피고인들이 파업에 이르게 된 과정에 관한 주장과 기록에 의하여 드러나는 바와 같이, ○○○○○○노동조합연맹이 같은 달 13일 기자회견 등을 통하여 미리 파업시기를 공표한 점 등에 비추어 보면, **결과적으로 피고인들이 조정절차를 거치지 않고 파업에 이르기는 하였지만, 사회·경제적 안정이나 사용자의 사업운영에 예기치 않은 혼란이나 손해를 끼치는 등 부당한 결과를 초래하였다고 보기도 어렵다.**

그럼에도 불구하고, 중앙노동위원회의 조정신청 반려조치가 정당하고, 관할 노동위원회인 OO지방노동위원회의 조정절차를 거치지 아니한 이상 피고인들의 행위는 정당한 쟁의행위가 아니라고 판단한 원심판결에는 쟁의행위 개시를 위한 조정절차에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 상고이유 중 이 점을 지적하는 부분은 이유 있다."

쟁의행위가 사용자의 사업운영에 예기치 않은 혼란과 손해를 끼치지 않아 정당성을 인정한 경우 [68]

【 대법원 1991. 5. 14. 선고 90누4* 판결 】**

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

67) 대법원 2000. 10. 13. 선고 99도 4*** 판결
68) 대법원 1991. 5. 14. 선고 90누4*** 판결

규정에 위반함으로써 벌칙적용의 대상이 된다고 하여 이것만으로 바로 쟁의행위로서의 정당성이 상실된다고 볼 것이 아니라 그 위반행위로 말미암아 국민생활의 안정이나 사용자의 사업운영에 예기치 않는 혼란이나 손해를 끼치는 것과 같은 부당한 결과를 초래하는 지의 여부 등 구체적 사정을 살펴서 그 정당성 유무를 가려야 할 것이다.

원심 판결이유에 의하면 원심은 원고가 이 사건 쟁의행위에 이른 경위, 쟁의행위의 결정방법, 목적, 수단 등 제반사정을 참작하면 위 쟁의행위를 함에 있어 노동쟁의조정법 소정의 쟁의발생신고나 냉각기간을 거치지 아니하였다는 등의 사유만으로 위 쟁의행위가 정당성을 결여한 것이라고 볼 수 없고 위 쟁의행위를 이유로 원고를 해고한 것은 원고의 노동조합활동을 방해할 의도로 이루어진 것이라고 봄이 상당하므로 이는 노동조합법 제39조 제1호 및 제5호 소정의 부당노동행위에 해당한다고 판단하고 있다. 원심의 이러한 이유 설시는 미흡한 점이 없지 않으나, 원심은 앞에서 설시한 바와 같은 **사용자의 사업운영에 예기치 않는 혼란과 손해의 초래여부 등 구체적 사정을 살펴서 이 사건 쟁의행위가 사전신고나 냉각기간을 거치지 않았다고 하여도 그 정당성을 부인할 것이 아니라고 판단하고,** 또 피고보조참가인이 징계해고 사유로 들고 있는 취업규칙 제8조 제8항의 국가법령상 금지된 파업·태업 등의 쟁의행위라 함은 위에서 본 바와 같은 정당성을 결여한 쟁의행위를 가리키는 것으로서 원고의 쟁의행위는 징계사유에 해당하지 않는다고 보아 피고의 징계해고 처분이 부당노동행위에 해당한다고 판단한 취지로 보여지는 바, 기록에 의하면 이러한 원심판단은 정당하게 수긍된다."

나) 조정절차를 거치지 아니하여 정당성이 부정된 사례

회사의 규모 및 사업내용, 파업의 경위, 기간, 횟수 및 파업의 예측성 등 여러 가지 사정을 종합하면, 쟁의행위가 사회경제적 안정이나 회사의 사업운영에 예기치 않은 혼란과 손해를 끼쳤다고 판단하면서 쟁의행위의 정당성을 부정한 사례[69]

【 대법원 2001. 11. 27. 선고 99도4* 판결 】**

"다음 쟁의행위의 절차 중 조정절차에 관하여 보면, 조정전치에 관한 규정의 취지는 분쟁을 사전에 조정하여 쟁의행위 발생을 회피하는 기회를 주려는 데에 있는 것이지 쟁의행위 자체를 금지하려는 데에 있는 것이 아니므로, 쟁의행위가 조정전치의 규정에 따른 절차를 거치지 아니하였다고 하여 항상 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 죄책 유무를 판단하여야 할 것인바(대법원 2000. 10. 13. 선고 99도4*** 판결 참조), 원심이 확정한 사실관계를 기록에 비추어 살펴보면 **이 사건 각 쟁의행위 중 1998. 4. 28.까지의 쟁의행위(별표 2 내지**

69) 대법원 2001. 11. 27. 선고 99도4*** (이 대법원 판결은 6차례의 파업이 노동위원회의 조정절차를 거치지 아니한 채 이루어졌으나 노동조합이 쟁의행위에 이르게 된 경위 및 목적과 쟁의행위의 결정방법, 시간, 장소, 수단 등 여러 사정을 종합하여 볼 때 피고인들이 조정절차를 거치지 않은 데 따른 처벌을 받는 것은 별론으로 하고 노동조합이 쟁의행위를 함에 있어 조정을 거치지 않았다고 하여 곧바로 쟁의행위의 정당성이 상실되는 것이 아니라고 한 원심 판결(춘천지법 1999. 10. 7. 선고 98노1*** 판결)을 파기한 것임

6, 8)는 노조가 중앙노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정절차가 마쳐지기 전에 벌인 파업임이 명백한데다가, 당시 회사는 자동차 중요부품을 국내 최대 규모로 생산하는 상황이었고, 노조 본조(노동조합 본부의 약칭)의 지시로 사업장이 있는 노조 7개 지부(피고인들은 그 중 하나인 ○○지부에 소속된 간부들이다)에서 동시에 파업에 돌입하였으며, 노조는 회사에 파업을 예고하지도 아니한 채 1998. 1. 15.부터 같은 해 4. 28.까지 6차례에 걸쳐 파업을 벌인 점을 알 수 있고, 이와 같은 **회사의 규모 및 사업내용, 파업의 경위, 기간, 횟수 및 파업의 예측성 등 여러 가지 사정을 종합하면 위 각 쟁의행위로 말미암아 사회·경제적 안정이나 회사의 사업운영에 예기치 않은 혼란과 손해를 끼쳤다고도 판단되므로,** 위 각 쟁의행위는 그 절차에 있어서도 정당성을 인정할 수 없다 할 것이다."

택시회사의 노동조합 간부들이 운영위원회의 결의를 거쳐 준법운행을 주도하여 시행하면서 그 준법운행사항 외에 수입금의 상한선까지 정하여 1일 입금액을 통제함으로써 회사에 큰 손해를 입하고 일부 조합원들은 이에 맞추기 위하여 파행적인 운행까지 하게 된 경우, 조정전치절차 등을 위반한 점과 쟁의행위의 경위와 그 목적 및 수단, 그로 인하여 회사가 입게 된 손해의 정도 등 구체적인 제반 사정을 종합하여, 회사가 위와 같은 쟁의행위를 주도한 노동조합의 간부들의 책임을 물어 징계해고한 것이 부당노동행위에 해당하지 아니한다고 본 사례도 있음[70]

2.5 쟁의행위의 방법

가. 쟁의행위 수단·방법상 정당성

1) 노동조합법상 규정

노동조합법은 쟁의행위의 수단·방법에 관하여 ① 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하는 자의 출입·조업 기타 정상적인 업무의 방해 금지 및 쟁의행위 참가를 호소·설득하는 행위로서 폭행·협박 금지(제38조 제1항), ② 작업시설의 손상이나 원료·제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 작업의 쟁의행위기간 중 정상적 수행(제38조 제2항), ③ 폭력·파괴행위 및 생산 기타 주요 업무에 관련되는 시설의 점거 금지(제42조 제1항), ④ 안전보호시설의 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위 금지(제42조 제2항), ⑤ 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위금지(제42조의2 제2항) 등을 규정하고 있음

70) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91누***판결

2) 판례의 입장

쟁의행위가 그 방법에 관하여 정당성을 가지려면 소극적으로 근로제공을 전면적 또는 부분적으로 정지함으로써 사용자의 업무를 저해하는 것이어야 하고, 노사관계의 신의성실의 원칙에 비추어 공정성의 원칙에 따라야 하며, 사용자의 기업시설에 대한 소유권이나 그 밖의 재산권과 조화를 기함은 물론 폭력이나 파괴행위를 수반하거나 기타 고도의 반사회성을 띤 행위가 아닌 정당한 범위 내의 것이어야 함[71]

【 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다4* 판결 】**

"근로자의 쟁의행위가 정당성을 갖추기 위하여는, 그 주체가 단체교섭이나 단체협약을 체결할 능력이 있는 노동조합이어야 하고, 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하기 위한 것이어야 하며, 그 시기는 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하거나 단체교섭의 자리에서 그러한 요구를 거부하는 회답을 했을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 법령이 정하는 바에 따라 조합원의 찬성결정 및 노동쟁의 발생신고를 거쳐야 하고, 그 방법은 소극적으로 근로의 제공을 전면적 또는 부분적으로 정지하여 사용자에게 타격을 주는 것이어야 하며 노사관계의 신의성실의 원칙에 비추어 공정성의 원칙에 따라야 하고, 사용자의 기업시설에 대한 소유권 기타의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력이나 파괴행위를 수반하여서는 아니 된다."

다만 이 경우에도 당해 쟁의행위 자체의 정당성과 이를 구성하거나 부수되는 개개의 행위의 정당성은 구별되어야 하므로 일부 소수의 근로자가 폭력행위 등의 위법행위를 하였다고 하더라도 전체로서의 쟁의행위가 위법하게 되는 것은 아니라고 할 것임[72]

【 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003두8* 판결 】**

"노동조합의 쟁의행위가 정당하기 위해서는 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 노동조합과 사용자의 교섭과정에서 노사 대등의 입장에서 근로조건의 향상 등 근로자의 경제적 지위를 향상시키려는 목적에서 나온 것이어야 하며, 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하거나 단체교섭에서 그와 같은 요구에 반대의 의사표시를 하거나 묵살하고 반대하고 있는 것을 분명하게 하고 있을 경우에 개시할 수 있으며 특별한 사정이 없는 한 법령이 규정한 절차를 밟아야 하고, 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 할 뿐 아니라, 다른 기본적 인권을 침해하지 아니하는 등 그 밖의 헌법상의 요청과 조화되어야 한다. 다만 이 경우에도 당해 쟁의행위 자체의 정당성과 이를 구성하거나 부수되는 개개의 행위의 정당성은 구별되어야 하므로 일부 소수의 근로자가 폭력행위 등의 위법행위를 하였다고 하더라도 전체로서의 쟁의행위가 위법하게 되는 것은 아니다."

71) 대법원1994. 9. 30. 선고 94다4*** 판결, 대법원 1998. 1. 20. 선고 97도*** 판결
72) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003두8*** 판결

나. 업무방해죄 관련

1) 형사면책의 법리

단체행동권이라 함은 노동쟁의가 발생한 경우 쟁의행위를 할 수 있는 쟁의권을 의미하며 이는 근로자가 그의 주장을 관철하기 위하여 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 할 수 있는 권리라고 할 수 있음

따라서 쟁의행위는 업무의 저해라는 속성상 그 자체가 형법상의 여러 가지 범죄의 구성요건에 해당될 수 있음에도 불구하고 그것이 정당성을 가지는 경우에는 형사책임이 면제되며 민사상 손해배상 책임도 발생하지 아니함

이는 헌법 제33조에 당연히 포함된 내용이라 할 것이며 정당한 쟁의행위의 효과로서 민사 및 형사면책을 규정하고 있는 노동조합법 제3조와 제4조로 명문화 됨

2) 업무방해죄에 대한 대법원 판결 법리 변경

위법한 쟁의행위를 형법 제314조의 업무방해죄로 의율할 수 있는지 여부에 관하여 과거 판례는 “형법 제314조 업무방해죄에서 말하는 위력이란 사람의 의사의 자유를 제압, 혼란케 할 세력을 가리키는 것으로서, 쟁의행위는 본질적으로 위력에 의한 업무방해의 요소를 포함”하고, “근로자들이 작업시간에 집단적으로 작업에 임하지 아니한 것은 다른 위법의 요소가 없는 한 근로제공의무의 불이행에 지나지 않는다고 할 것이지만, 단순한 노무제공의 거부라고 하더라도 그것이 정당한 쟁의행위가 아니면서 위력으로 업무의 정상적인 운영을 방해할 정도에 이르면 형법상 업무방해죄가 성립”된다고 하였음[73]

즉, 쟁의행위는 본질적으로 위력에 의한 업무방해의 요소를 포함하고 있는 것이고 그것이 단순한 노무제공의 거부라는 형태라도 업무방해죄의 ‘위력’의 구성요건에 해당될 수 있는 것이라고 하였음

그러나, 대법원은 2011. 3. 17. 선고 2007도*** 전원합의체 판결을 통하여 “쟁의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가될 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의

73) 대법원 1991. 11. 8. 선고 91도***판결

거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다"고 하며 근로자들의 집단적 노무제공 거부가 당연히 '위력'에 해당함을 전제로 노동관계법령에 따른 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한 업무방해죄를 구성한다는 기존의 대법원 판결을 변경하였음

쟁의행위의 업무방해죄 성립 여부에 관한 대법원 전원합의체 판결 (대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도* 판결)**

○ 종래 판례는 단체행동권에 속하는 쟁위행위가 형식적으로 업무방해죄의 구성요건에 해당하는 경우라도 그것이 근로조건의 유지, 개선, 기타 근로자의 정당한 이익을 주장하기 위한 상당한 수단인 경우에는 정당행위로서 위법성이 조각된다고 하였음 (위법성 조각설)

– 즉, 근로자들이 집단적으로 근로 제공을 거부하여 사용자의 정상적 업무운영을 저해하고 손해를 발생하게 한 행위는 당연히 업무방해죄의 구성요건인 위력에 해당함을 전제로 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한 업무방해죄를 구성한다는 취지

> 근로조건의 유지 또는 향상 등 쟁의행위의 목적이 아닌 다른 목적을 위하여 다수 근로자들이 상호 의사연락 하에 집단적으로 일시에 조퇴하거나 결근하는 등 노무제공을 거부함으로써 회사업무의 정상적인 운영을 저해하였다면 이는 다중의 위력에 의한 업무방해행위에 해당한다고 보아야 할 것이다. (대법원 1991. 1. 29. 선고 90도2*** ; 대법원 1991. 11 .8. 선고 91도*** ; 대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2*** ; 대법원 1996. 5. 10. 선고 96도***)

○ 그러나 대법원은 전원합의체 판결에 의해 이러한 입장을 파기하고 파업의 업무방해죄 해당성과 관련하여 위력에 해당하는 파업의 범위를 축소해석 하는 것으로 입장을 변경

– 즉, 쟁의행위로서의 파업이 언제나 위력에 해당하여 업무방해죄를 구성하는 것이 아니고, 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업 운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 경우에만 업무방해죄의 위력에 해당한다는 것임

> 쟁의행위로서의 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 그 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 봄이 상당 (대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482)

【 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도*판결 】**

"[1] [다수의견] (가) **업무방해죄는 위계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 경우에 성립하며(형법 제314조 제1항), '위력'이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력을 말한다. 쟁의행위로서 파업(노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제6호)도, 단순히 근로계약에 따른 노무의 제공을 거부하는 부작위에 그치지 아니하고 이를 넘어서 사용자에게 압력을 가하여 근로자의 주장을 관철하고자 집단적으로 노무제공을 중단하는 실력행사이므로, 업무방해죄에서 말하는 위력에 해당하는 요소를 포함하고 있다.**

(나) 근로자는 원칙적으로 헌법상 보장된 기본권으로서 근로조건 향상을 위한 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가지므로(헌법 제33조 제1항), 쟁의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다.

(다) 이와 달리, **근로자들이 집단적으로 근로의 제공을 거부하여 사용자의 정상적인 업무운영을 저해하고 손해를 발생하게 한 행위가 당연히 위력에 해당하는 것을 전제로 노동관계 법령에 따른 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한 업무방해죄를 구성한다는 취지로 판시한 …(중략)… 대법원 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경한다.**

[대법관 박○○, 대법관 김○○, 대법관 이○○, 대법관 전○○, 대법관 이○○의 반대의견]

(가) 다수의견은 폭력적인 수단이 동원되지 않은 채 단순히 근로자가 사업장에 출근하지 않음으로써 근로제공을 하지 않는 '소극적인 근로제공 중단', 즉 '단순 파업'이라고 하더라도 파업은 그 자체로 부작위가 아니라 작위적 행위라고 보아야 한다는 것이나, 이러한 견해부터 찬성할 수 없다. 근로자가 사업장에 결근하면서 근로제공을 하지 않는 것은 근로계약상의 의무를 이행하지 않는 부작위임이 명백하고, 근로자들이 쟁의행위의 목적에서 집단적으로 근로제공을 거부한 것이라는 사정이 존재하다고 하여 개별적으로 부작위인 근로제공의 거부가 작위로 전환된다고 할 수는 없다.

(나) '단순 파업'을 다수의견의 견해와 달리 부작위라고 보더라도, 부작위에 의하여 위력을 행사한 것과 동일한 결과를 실현할 수 있고 근로자들이 그러한 결과 발생을 방지하여야 할 보증인적 지위에 있다고 볼 수 있다면, 비록 다수의견과 논거를 달리하지만 위력에 의한 업무방해죄의 성립을 인정할 수 있다. 그러나 일반적으로 사용자에게 근로자들의 단순 파업으로부터 기업활동의 자유라는 법익을 스스로 보호할 능력이 없다거나, 근로자들이 사용자에 대한 보호자의 지위에서 사태를 지배하고 있다고는 말할 수 없다. 무엇보다 근로자 측에게 위법한 쟁의행위로서 파업을 해서는 안 된다는 작위의무를 인정하는 것은 서로 대립되는 개별적·집단적 법률관계의 당사자 사이에서 상대방 당사자인 사용자 또는 사용자단체에 대하여 당사자 일방인 근로자 측의 채무의 이행을 담보하는 보증인적 지위를 인정하자는 것이어서 받아들일 수 없고, 근로자들의 단순한 근로제공 거부는 그것이 비록 집단적으로 이루어졌다 하더라도 업무방해죄의 실행행위로서 사용자의 업무수행에 대한 적극적인 방해 행위로 인한 법익침해와 동등한 형법가치를 가진다고 할 수도 없다.

(다) 다수의견의 견해와 같이 '단순 파업'도 예외적인 상황에서는 작위로서 위력에 해당한다고 보는 입장에 서더라도, 위력의 해당 여부에 관하여 다수의견이 제시하는 판단 기준에는 찬성할 수 없다. 단순 파업이 쟁의행위로서 정당성의 요건을 갖추지 못하고 있더라도 개별적 근로관계의 측면이나 집단적 근로관계의 측면에서 모두 근본적으로 근로자 측의 채무불이행과 다를 바 없으므로, 이를 위력의 개념에 포함시키는 것은 무엇보다 죄형법정주의의 관점에서 부당하다. 또한 파업 등 쟁의행위가 정당성을 결여한 경우 쟁의행위를 위법하게 하는 각각의 행위에 대하여는 노동조합 및 노동관계조정법에 별도의 처벌규정을 두고 있어 같은 법 위반죄로 처벌할 수 있으므로, 위법한 단순 파업이 위력에 의한 업무방해죄를 구성하지 않는다 하더라도 위법의 원인행위 자체에 대한 처벌의 공백이 생기는 것이 아니다. 따라서 근로자들이 단결하여 소극적으로 근로제공을 거부하는 파업 등 쟁의행위를 하였으나 폭행·협박·강요 등의 수단이 수반되지 않는 한, 같은 법의 규정을 위반하여 쟁의행위로서 정당성을 갖추지 못하였다고 하더라도 당해 쟁의행위를 이유로 근로자를 형법상 업무방해죄로 처벌할 수는 없고, 근로자에게 민사상 채무불이행 책임을 부담시킴과 함께 근로자를 노동조합 및 노동관계조정법 위반죄로 처벌할 수 있을 뿐이며, 그것으로 충분하다.

(라) 다수의견이 '단순 파업'이 쟁의행위로서 정당성이 없는 경우라 하여 언제나 위력에 해당한다고 볼 수 없다고 보아 위력의 개념을 어느 정도 제한하여 해석한 것은 종래 판례의 태도에 비추어 진일보한 입장이다. 그러나 다수의견이 제시하는 위력의 해당 여부에 관한 판단 기준에 의하더라도 과연 어떠한 경우를 전격적으로 이루어졌다고 볼 수 있을 것인지, 어느 범위까지를 심대한 혼란 또는 막대한 손해로 구분할 수 있을 것인지 반드시 명백한 것은 아니다. 따라서 다수의견의 해석론에 따른다 할지라도 형법 제314조 제1항 에 규정한 '위력' 개념의 일반조항적 성격이 충분히 해소된 것은 아니고, 위력에 의한 업무방해죄의 성립 여부가 문제되는 구체적 사례에서 자의적인 법적용의 우려가 남을 수밖에 없다.

[2] [다수의견] 피고인을 비롯한 전국○○노동조합 집행부가 중앙노동위원회 위원장의 직권중재회부결정에도 불구하고 파업에 돌입할 것을 지시하여, 조합원들이 전국 사업장에 출근하지 아니한 채 업무를 거부하여 철도 운행이 중단되도록 함으로써 ○○○○공사에 영업수익 손실과 대체인력 보상금 등 막대한 손해를 입힌 사안에서, 중앙노동위원회 위원장의 중재회부보류결정의 경위 및 내용, 노동조합의 총파업 결의 이후에도 노사 간에 단체교섭이 계속 진행되다가 최종적으로 결렬된 직후 위 직권중재회부결정이 내려진 점을 감안할 때, ○○○○공사로서는 노동조합이 필수공익사업장으로 파업이 허용되지 않는 사업장에서 구 노동조합 및 노동관계조정법(2006. 12. 30. 법률 제8158호로 개정되기 전의 것)상 **직권중재회부 시 쟁의행위 금지규정 등을 위반하면서까지 파업을 강행하리라고는 예측할 수 없었다 할 것이고, 나아가 파업의 결과 수백 회에 이르는 열차 운행이 중단되어 ○○○○공사의 사업운영에 예기치 않은 중대한 손해를 끼친 사정들에 비추어, 위 파업은 사용자의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 세력으로서 형법 제314조 제1항에서 정한 '위력'에 해당한다고 보기에 충분하다는 이유로, 같은 취지에서 피고인에 대한 업무방해의 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결을 수긍한 사례.**"

다. 구체적인 사례

1) 폭력을 수반하여 정당성이 부정된 사례

노동조합법 **제42조 제1항은 폭력행위에 의한 쟁의행위를 금지**하고, **제38조 제1항**에서 **쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위로서 폭행과 협박을 금지**하고 있음

방송국 노동조합이 사무실 일부를 점거하여 구호를 외치거나 북 등을 두드리며 소란행위를 계속하고 근무하는 직원들에게 야유와 협박을 하고 텔렉스기기의 작동을 중단시키는 행위에 대하여 정당성을 부정함[74]

【 대법원 1992. 5. 8. 선고 91도3* 판결 】**

"방송국 노동조합이 적법한 절차를 따라 파업결의를 한 후 사태를 지켜보던 중 일부 기자가 징계를 당하자 노조원 40여 명이 파업농성투쟁에 돌입할 것을 결의하고 다른 노조원들과 공동하여 방송국 보도국 사무실 일부를 점거하여 야간에는 10여 명씩 조를 짜서 교대로 철야농성을 하고 주간에는 다 함께 모여 농성을 하면서 구호를 외치거나 노래를 부르고 북, 장구, 징, 꽹과리를 두드리며 소란행위를 계속하고, 농성에 가담하지 아니하고 근무하는 직원들에게 '노조원들과 적이 되려 하느냐'는 등의 야유와 협박을 하며 농성가담을 적극 권유하고, 그 곳에 있는 테렉스기기에 들어가는 테렉스용지를 찢거나그 작동을 중단시키는 등의 행위를 한 것이 그 방법이나 수단에 있어서 쟁의행위의 정당성의 한계를 벗어난 위법한 것이다."

또한, 노조원이 회사공장의 정문을 실력으로 점거하고 미리 준비한 자물쇠를 채워 봉쇄한 채 회사측 또는 회사의 대리점 경영자들이 동원한 수송용 차량의 출입을 부분적으로 또는 전면적으로 통제하거나 막음으로써 회사나 대리점 경영자들의 제품 수송업무를 방해한 사례,[75] 구호 및 노동가 등을 제창하고 대표이사에게 욕설을 하고 멱살을 잡았으며 사무직원들을 쫓아내는 행위를 한 사례,[76] 소위 청소투쟁의 명분 아래 노조간부들이 노조원을 인솔하여 공사 본관 건물 각층으로 난입하여 노조원들과 함께 책상, 의자 캐비넷 등 사무실 집기를 닥치는 대로 뒤엎어 부수고, 미리 준비한 적색페인트 스프레이 40여 개로 복도계단과 사무실벽등 200여 군데에 '노동해방', '김○○퇴진', '독재타도' 등의 구호를 낙서한 사례 등에 대해서도 정당성을 부정함[77]

74) 대법원 1992. 5. 8. 선고 91도3*** 판결
75) 대법원 1991. 7. 9. 선고 91도1*** 판결
76) 대법원 1992. 11. 10. 선고92도1*** 판결
77) 대법원 1990. 9. 28. 선고 90도*** 판결

2) 안전보호시설 정지·폐지행위

가) 일반론

노동조합법 제42조 제2항이 **안전보호시설의 정상적인 유지·운영을 정지·폐지·방해하는 행위를 금지**한 것은 사업장에서 발생하는 위험으로부터 사람의 생명·신체의 안전을 보호하고자 함에 그 입법목적이 있다고 할 수 있음

노동조합법 **제38조 제2항**은 "작업시설의 손상이나 원료·제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 작업은 쟁의행위 기간 중에도 정상적으로 수행되어야 한다."고 하여 이른바 **'보안작업' 중 사람의 생명·신체의 안전과 관련이 없는 작업**을 따로 규율하고 있으며, 법 제42조 제1항은 "쟁의행위는 폭력이나 파괴행위 또는 생산 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 점거하는 형태로 이를 행할 수 없다."고 하여 생산 기타 주요업무에 관련되는 시설 등에 대한 보호를 따로 규율하고 있으므로, **법 제42조 제2**항은 **사람의 생명·신체의 안전보호에** 관한 조항으로서 이를 그 입법목적으로 하고 있는 규정이라고 할 것임[78]

나) 쟁점별 사례

(1) 사람의 생명·신체에 대한 위험의 발생

판례는 안전보호시설 운영방해죄가 성립하는지를 판단하기 위해서는 **사람의 생명이나 신체에 위험이 발생하였는지 여부를 판단하여야 한다고 판시**하여 노동조합법 제42조 제2항 위반죄를 **구체적 위험범**으로 판단하는 것으로 보임[79]

【 대법원 2006. 5. 12. 선고 2002도3* 판결 】**

"한편, **노조법 제42조 제2항의 입법 목적이 '사람의 생명·신체의 안전보호'라는 점과 노조법 제42조 제2항이 범죄의 구성요건이라는 점 등을 종합적으로 고려하면, 성질상 안전보호시설에 해당하고 그 안전보호시설의 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위가 있었다 하더라도 사전에 필요한 안전조치를 취하는 등으로 인하여 사람의 생명이나 신체에 대한 위험이 전혀 발생하지 않는 경우에는 노조법 제91조 제1호, 제42조 제2항 위반죄가 성립하지 않는다 할 것이다.**

그런데 원심은 이 사건 각 시설을 모두 '안전보호시설'에 해당한다고 판단하면서도 그 각 시설의 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하면 어떠한 이유로 사람의 생명·신체에 대하여

78) 헌법재판소 2005. 6. 30. 자 2002헌바*** 결정
79) 대법원 2006. 5. 12. 선고 2002도3*** 판결

위험을 초래하게 되는지에 관하여는 아무런 설명을 하지 않고 있다. 또한, 이 사건 각 시설이 노조법 제42조 제2항 소정의 안전보호시설이라는 점에 부합하는 증거로는 공단이 노동부에 보낸 질의자료와 공단 본사 인사노무팀 과장 김○○의 진술이 있으나, 위 증거들만으로는 이 사건 각 시설이 어떤 이유에서 사람의 생명이나 신체에 대한 위험을 예방하기 위한 시설인지, 그 각 시설의 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하면 구체적으로 어떠한 위험이 있는지 확인하기 어렵다.

그러므로 원심으로서는 이 부분 공소사실에서 들고 있는 이 사건 각 시설이 어떤 근거에서 사람의 생명이나 신체에 대한 위험을 예방하기 위한 시설이고 구체적으로 어떠한 위험성이 있는 시설인지, 위 각 시설의 가동을 중단함에 있어 사전에 필요한 안전조치를 취하였는지, 위 각 시설의 가동중단에 의하여 사람의 생명이나 신체에 대한 어떠한 위험이 발생하였는지, 이 사건 열병합발전소로부터 증기를 공급받는 수용업체가 예정된 시간에 증기를 공급받지 못하여 사람의 생명이나 신체에 대한 피해를 입은 사실이 있는지 등에 대하여 더 자세히 심리한 다음 이 부분 공소사실에 대하여 노조법 제91조 제1호, 제42조 제2항 위반죄의 성립을 인정할 수 있는지를 가려보았어야 할 것임에도, 원심은 앞서 본 바와 같이 이 사건 각 시설이 어떠한 이유로 안전보호시설에 해당되는지에 관하여 언급함이 없이 피고인들의 주장을 배척하고 이 부분 범죄사실을 유죄로 인정하였으니, 원심판결에는 심리미진 또는 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 노조법 제42조 제2항에서 규정하고 있는 '안전보호시설'의 개념에 관한 법리오해 등의 위법이 있다."

(2) 안전보호시설인지 여부

안전보호시설이란 **사람의 생명이나 신체의 위험을 예방하거나 위생상의 필요에 의해 설치된 시설을 의미**하며, 안전보호시설에 해당하는지 여부는 당해 사업장의 성질, 당해 시설의 기능 등의 제반 사정을 구체적·종합적으로 고려하여 판단하여야 하므로 **석유화학제품**의 생산 및 유지를 위하여 전기, 증기, 공업용수, 압축공기 등의 동력을 생산하여 공급하는 **동력부문**은 **안전보호시설**에 해당함[80]

【 대법원 2005. 9. 30. 선고 2002두7* 판결 】**

"'노동조합 및 노동관계조정법'(이하 '법'이라고만 한다) 제42조 제2항은 사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다고 규정하고 있는바, 여기서 '안전보호시설'이라 함은 사람의 생명이나 신체의 안전을 보호하는 시설을 말하는 것으로, 이에 해당하는지 여부는 당해 사업장의 성질, 당해 시설의 기능 등의 제반 사정을 구체적·종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거를 종합하여, **피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)의 공장은 나프타를 원료로 하여 에틸렌, 프로필렌 등 가연성·폭발성·유독성이 강한 석유화학제품을 생산하는 시설과 위 석유화학제품의 생산 및 유지를 위하여 전기, 증기, 공업용수, 압축공기 등의 동력을 생산**

80) 대법원 2005. 9. 30. 선고 2002두7***판결

하여 공급하는 동력부문으로 이루어져 있는 사실, 위 동력부문에는 그 대부분이 원고 소속 조합원인 100여 명의 근로자가 4개조를 편성하여 1일 3교대제로 근무하고 있는데, 5~9명으로 구성된 각 조의 근무자 중 2~3명의 인원은 위 동력부문 조정실에서 모니터를 통하여 기기 작동을 점검하고 나머지 인원은 현장시설을 점검·관리하는 업무를 수행하고 있으며, 원고 소속 조합원이 아닌 위 동력부문 근무 관리직원만으로는 위 동력시설을 정상적으로 가동시키기가 어려운 사실, 위 각 공장에서 생산되어 고압·저온 상태로 보관되고 있는 에틸렌, 프로필렌 등의 화학물질에서는 평상시에도 대기와의 온도 차이로 인해 가연성 가스가 발생하고 있고 이는 소각탑에서 소각되고 있는데, 위 동력부문의 가동이 중단되면 저장탱크의 온도 상승으로 인하여 위 화학물질의 기체화 현상이 가속화되어 더욱 많은 가연성 가스가 발생하게 되고 소각탑에도 충분한 동력이 공급되지 않아, 결국 소각탑에 모인 가연성 가스가 전량 소각되지 못하고 공장 전체로 퍼져 조그마한 점화원에 의해서도 엄청난 폭발사고가 일어날 우려가 있는 사실, 또한 위 공장의 안전 및 소방시설도 동력이 공급되어야만 유지될 수 있어 동력 공급이 중단될 경우에는 안전사고를 예방하기 위한 소방수의 공급 및 화재 진압 설비의 작동이 어려워 작은 규모의 화재사고도 대형 재난으로 이어질 수 있는 사실, 위 동력부문의 가동이 중단될 경우 비록 한전 등 외부로부터 전기, 증기 등의 공급이 일부 이루어지도록 되어 있으나, 이 경우에도 증기계통의 압력 및 유량 조절, 수전설비인 변압기의 전선 및 절연유의 상태 점검 등 동력의 원활한 공급을 확인하고 점검하기 위한 직원들의 지속적인 근무가 필요한 사실, 위 공장의 생산공정이 완전히 중단되더라도 원료 및 제품을 보관하고 있는 저장탱크에는 다른 곳으로 이동시킬 수 없는 가연성·폭발성 물질이 남아 있게 되는데, **이와 같은 물질을 안전하게 유지하기 위해서도 전기, 증기 등의 동력이 공급되어야 하는 사실 등을 인정한 다음, 위 동력부문이 정상적으로 가동되지 못하였을 경우에는 위 화학물질에서 발생하는 가연성 가스 등이 누출되거나 전량 소각되지 못하여 대규모 폭발사고를 야기할 수 있고, 또한 소방수의 공급 및 재해 진압 설비의 작동이 곤란하여 대형화재를 초래할 수도 있어, 사람의 생명과 신체의 안전이 구체적으로 위협받는다고 할 것이므로 위 동력부문은 위 법조항 소정의 안전보호시설이라고 판단**하였다."

3) 쟁의행위 유형에 따른 수단·방법의 정당성

가) 피케팅

(1) 의의

피케팅이란 근로희망자 등의 사업장 출입을 저지하고 쟁의행위에 협조할 것을 권유하거나 설득하는 행위 등 노동조합법 제38조 제1항에 의하면 "쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위"로서 보조적 쟁의수단임

(2) 정당성 판단기준

대법원 판례는 "보조적 쟁의수단인 파케팅은 파업에 가담하지 않고 조업을 계속하려는 자에 대하여 평화적 설득, 구두와 문서에 의한 언어적 설득의 범위 내에서 정당성이

인정되는 것이고, **폭행, 협박 또는 위력에 위한 실력적 저지나 물리적 강제는 정당화 될 수 없는 것이며"**라고 판시하여 근로를 희망하는 근로자에 대하여 평화적 설득 내지 구두나 문서에 의한 **언어적 설득의 방법**을 이용하는 경우에만 정당성이 인정된다는 입장임[81]

(3) 구체적인 사례

대체 투입된 근로자들에 대한 협박이나 물리력을 사용하여 생산라인에서 끌어내거나 끌어내려함으로써 생산라인이 정지되게까지 한 경우 피케팅의 범위에 포함되는 행위로서 정당행위라 할 수 없다고 판단함[82]

【 울산지방법원 2014. 10. 17. 선고 2013고합*(병합) 판결 】**

"'피케팅'은 파업에 가담하지 않고 조업을 계속하려는 자에 대하여 평화적 설득, 구두와 문서에 의한 언어적 설득의 범위 내에서 정당성이 인정되는 것이 원칙이고(대법원 1990. 10. 12. 선고 90도1* 판결 참조),** 노동조합 및 노동관계조정법 제38조 제1항은 "쟁의행위는 그 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 출입·조업 기타 정상적인 업무를 방해하는 방법으로 행하여져서는 아니 되며 쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위로서 폭행·협박을 사용하여서는 아니 된다."고 규정하고 있는데, **피고인들은 대체 투입된 근로자들에 대한 협박이나 물리력을 사용하여 생산라인에서 끌어내거나 끌어내려함으로써 생산라인이 정지되게까지 이른 점 등을 고려하면, 피해자 회사의 대체근로자 투입이 불법으로서 이를 이용한 자동차생산업무가 보호가치 없는 업무라거나, 피고인들의 행위가 쟁의행위에 수반되는 피케팅의 범위에 포함되는 행위로서 정당행위라고 할 수는 없고, 피고인들이 위력으로 피해자 회사의 자동차 생산 업무를 방해한 사실을 인정할 수 있다.**"

또한, 파업기간 중 협박에 의한 출근저지행위, 고지서 탈취 등의 방법에 의한 고지서 발송 작업 저지행위,[83] 농성에 가담하지 아니하고 근무하는 직원들에게 "노조원들과 적이 되려 하느냐"는 등의 야유와 협박을 하며 농성가담을 적극 권유하고, 그 곳에 있는 테렉스기기에 들어가는 테렉스용지를 찢거나 그 작동을 중단시키는 등의 행위[84]에 대해서는 정당한 피케팅으로 볼 수 없다고 판단함

81) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도***판결
82) 울산지방법원 2014. 10. 17. 선고 2013고합***(병합) 판결
83) 대법원 1992. 7. 14. 선고 91다43*** 판결
84) 대법원 1992. 5. 8. 선고 91도3***판결

나) 직장점거

(1) 의의

직장점거란 근로자들이 그 주장을 관철하기 위하여 사용자의 의사에 반하여 사업장이나 공장 등 회사 내에서 퇴거하지 않고 장시간 체류하거나 점거하는 쟁의수단으로 연좌농성 등이 일반적인 형태로서, 파업 방해를 저지하기 위하여 행하여지는 부수적 쟁의행위라고 할 수 있음

(2) 정당성 판단기준

직장 또는 사업장 시설의 점거는 적극적인 쟁의행위의 한 형태로서 그 **점거의 범위가 직장 또는 사업장 시설의 일부분이고 사용자측의 출입이나 관리지배를 배제하지 않는 병존적인 점거에 지나지 않을 때에는 정당한 쟁의행위**로 볼 수 있으나, 이와 달리 직장 또는 사업장 시설을 전면적, 배타적으로 점거하여 조합원 이외의 자의 출입을 저지하거나 사용자측의 관리지배를 배제하여 업무의 중단 또는 혼란을 야기케 하는 것과 같은 행위는 이미 정당성의 한계를 벗어난 것임[85]

직장점거는 한편으로 사용자의 시설관리권과 충돌하기 때문에 그 허용범위가 문제되는데, 이와 관련하여 노동조합법 제42조 제1항은 "쟁의행위는 생산 기타 주요 업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정한 시설을 점거하는 형태로 이를 할 수 없다"라고 규정하여 직장점거에 대한 일정한 제한을 두고 있다. 따라서 **사업장내 구내운동장·종업원식당·조합사무소 등과 같이 생산 기타 주요 업무와 무관한 시설의 부분적·병존적 점거는 특별한 사정이 없는 한 허용**된다고 보아야 할 것임[86]

【 대법원 2007. 12. 28. 선고 2007도5* 판결 】**

"직장 또는 사업장 시설의 점거는 적극적인 쟁의행위의 한 형태로서 그 점거의 범위가 직장 또는 사업장 시설의 일부분이고 사용자측의 출입이나 관리지배를 배제하지 않는 병존적인 점거에 지나지 않을 때에는 정당한 쟁의행위로 볼 수 있으나, 이와 달리 직장 또는 사업장시설을 전면적, 배타적으로 점거하여 조합원 이외의 자의 출입을 저지하거나 사용자측의 관리지배를 배제하여 업무의 중단 또는 혼란을 야기케 하는 것과 같은 행위는 이미 정당성의 한계를 벗어난 것이라고 볼 수밖에 없다(대법원 1991. 6. 11. 선고 91도*** 판결 등 참조)."

85) 대법원 2007. 12. 28. 선고 2007도5*** 판결
86) 서울고등법원 2012. 3. 28. 선고 2011누9*** 판결

(3) 구체적인 사례

(가) 직장점거의 정당성을 부정한 경우

노동조합 조합원들 약 30~40명이 집회 사전준비를 이유로 서울 본사 건물 앞에 도착하였다가 미화원들이 출입문을 개방한 상태로 청소를 하고 있는 틈을 이용하여 서울 본사 사무실 핵심 업무시설과 부서가 위치한 22층을 무단으로 침입하여 5일간 점거하고, 사무실에 있던 책상, 의자, 캐비닛 등을 꺼내 22층으로 통하는 엘리베이터 문 앞과 비상구 앞 등에 쌓아 참가인 소속 직원들의 출입을 통제함으로써 참가인의 회사 경영 업무를 방해한 경우[87]

【 서울고등법원 2013. 6. 19. 선고 2012누26* 판결 】**

"이 사건 노동조합의 조합원들 약 30-40명은 2010. 9. 6. 참가인의 서울 본사 사무실 22층에 무단으로 침입하여 2011. 9. 10.까지 이를 점거하였고, 침입 직후 엘리베이터 문 앞이나 비상구 앞을 봉쇄하여 참가인 소속 직원들의 출입을 통제하였으며(비록 일부 직원들의 출입을 허용했던 것으로 보이기는 하나 이는 매우 제한적이었다), 위 사무실 22층은 참가인의 핵심 업무시설 및 부서가 위치해 있어 그로 인한 참가인의 피해가 상당하였음을 인정할 수 있는바, 이 사건 노동조합의 조합원들이 점거한 곳의 범위와 평소의 사용형태, 사용자측에서 이를 사용하지 못하게 됨으로써 입은 피해의 내용과 정도 등에 비추어 이를 폭력의 행사에 해당하지 않는 사업장시설의 부분적·병존적인 점거로서 정당한 행위라고 보기는 어렵다."

보험회사의 노조 쟁의대책위원회의 총무가 쟁의대책위원 등과 공모공동하여, 일요일을 제외한 1주일 동안 매일 약 1,500명 내지 약 2,000명의 노조원들을 동원하여 회사 건물에서 복도 점거, 꽹과리 등에 의한 소음발생 등의 방법으로 한 점거농성은 직장 또는 사업장시설의 전면적 또는 배타적인 점거에 해당함[88]

【 대법원 1991. 6. 11. 선고 91도* 판결 】**

"보험회사의 노조 쟁의대책위원회의 총무가 쟁의대책위원 등과 공모 공동하여, 일요일을 제외한 1주일 동안 매일 약 1,500명 내지 약 2,000명의 노조원들을 동원하여 18:00경에 회사 건물 1층 로비에서 정기적으로 당일 참가노조원의 총회를 갖고, 나머지 시간에는 쟁의대책위원회에서 지정한 대로 위 건물 1층 로비, 5층 계약부 영업장 등의 사무실 앞 복도 등에 플래카드를 걸고 대자보를 붙이고 각 농성장에서 다수의 인원으로 농성장을 점거하여 고객 및 근무사원들의 통행을 방해하고, 구호, 노래 등의 제창과 앰프와 꽹과리 등의 사용 등으로 각종 소음을 발생시키고, 영업대 등을 점거하거나 사무실 진입을 시도하면서 관리직 사원들과 몸싸움과 욕설 등을 하고,

87) 서울고등법원 2013. 6. 19. 선고 2012누26*** 판결(대법원 심리불속행 기각)

복도를 점거하고 출입문을 다중의 힘으로 봉쇄하여 감금하는 등의 방법으로 점거농성을 하였다면, 위의 쟁의행위는 직장 또는 사업장 시설의 전면적 또는 배타적인 점거에 해당할 뿐 아니라 폭력에 의한 업무저해 행위까지도 수반한 것이어서 쟁의행위의 정당성의 한계를 벗어난 것이므로 업무방해죄를 구성한다."

회사 측이 행정관청에 직장폐쇄를 신고하고 공장을 점거 중인 노동조합원들에게 퇴거를 요구하는 등으로 회사 측 관리자 외의 출입을 금지하는 의사를 표시하였음에도 공장을 전면적으로 점거한 채 파업을 진행한 경우[89]

【 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010도9* 판결 】**

"근로자들의 직장 또는 사업장시설의 점거는 적극적인 쟁의행위의 한 형태로서 그 점거의 범위가 직장 또는 사업장시설의 일부분이고 사용자 측의 출입이나 관리지배를 배제하지 않는 병존적인 점거에 지나지 않을 때에는 정당한 쟁의행위로 볼 수 있으나, 이와 달리 직장 또는 사업장 시설을 전면적·배타적으로 점거하여 조합원 이외의 자의 출입을 저지하거나 사용자 측의 관리지배를 배제하여 업무의 중단 또는 혼란을 야기케 하는 것과 같은 행위는 정당성의 한계를 벗어난 것이라고 볼 수밖에 없고(대법원 2007. 12. 28. 선고 2007도5*** 판결 등 참조), 단체교섭 사항이 될 수 없는 사항을 달성하려는 쟁의행위도 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다

원심은, 전국○○노조 △△자동차 지부의 노동조합원들이 ○○공장을 전면적으로 점거하여 회사 측의 시설관리권을 배제한 채 점거파업이 진행되었고 그 점거의 목적이 회사의 구조조정 추진을 저지하는 데 있어 이는 정당한 쟁의행위로 볼 수 없다는 등의 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 유지하면서, 회사 측이 행정관청에 직장폐쇄를 신고하고 위 공장을 점거 중인 위 노동조합원들에게 퇴거를 요구하는 등으로 회사 측 관리자 외의 출입을 금지하는 의사를 표시하였으며, 피고인들은 그와 같은 사정을 알고 있었음에도 불구하고 회사 측의 의사에 반하여 ○○공장에 들어간 이상 이러한 행위는 건조물침입죄에 해당하고, 피고인들이 위 노동조합원들의 승낙을 얻어 전국○○○노동조합 교육활동의 일환으로 평화적인 방법에 의해 위 공장에 들어갔다는 사정만으로는 정당한 행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였는바, 원심의 판단은 정당함."

(나) 직장점거의 정당성을 인정한 경우

판례는 쟁의행위와 관련하여 노동조합 사무실 용도 등으로 사용하기 위하여 사용자 회사의 경비실 옆 주차장 부지에 천막을 설치한 것은 부분적·병존적 점거에 불과하다고 판단하였음[90]

88) 대법원 1991. 6. 11. 선고 91도*** 판결
89) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010도9*** 판결

【 서울고등법원 2012. 3. 28. 선고 2011누9*판결 】**

"② 참가인들을 비롯한 이 사건 지회의 조합원들이 2008. 6. 5. 쟁의행위 결의를 한 후 쟁의행위와 관련하여 이 사건 지회의 사무실 용도 등으로 사용하기 위하여 원고 회사의 경비실 옆 주차장 부지에 천막을 설치하였던 사실, 원고는 2008. 6. 5.과 2008. 6, 7. 이 사건 지회에게 위 천막을 철거하여 줄 것을 요청하였고, 2008. 6. 12. 직장폐쇄를 한 후 2008. 6. 12.과 2008. 6. 14. 2회에 걸쳐 이 사건 지회의 조합원들에게 위 천막을 철거하고 퇴거할 것을 요청하였던 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

그러나 갑 53호증, 을 35호증(각 가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 보면, 참가인들이 원고의 직장폐쇄 이전에 이미 위 천막을 설치하였고 참가인들이 천막을 설치한 곳은 정문 출입로와 떨어져 있는 주차장 부지의 일부로서 직원들과 차량의 통행에 지장을 주지 않는 위치임을 인정할 수 있고, 달리 참가인들이 직장 또는 사업장시설을 전면적·배타적으로 점거하였다는 사실을 인정할 만한 증거는 없다. 그렇다면 이는 생산 기타 주요 업무와 무관한 시설에 대한 부분적·병존적 점거에 불과한 것이어서 정당한 쟁의행위의 범위에 속한다."

전체 약 40평의 협회 사무실 내부에 칸막이로 구분되어 있는 약 15평의 공간으로서, 협회 직원들이나 임원들이 통상적인 업무를 수행하는 공간이 아니라, 비상근 협회장이 자신의 업무를 처리하고, 협회의 임원들이 개인 사물함을 보관해 두며, 협회장과 임원들이 임원회의를 하는 공간으로 활용되던 장소인 회의실을 점거한 경우[91]

【 대법원 2007. 12. 28. 선고 2007도5* 판결 】**

"이 사건 회의실 점거행위는 쟁의행위에 해당하는데, 피고인들은 단체협약을 체결할 수 있는 노동조합의 대표자 지위에 있었고, 위 쟁의행위의 목적 또한 임금협약 및 단체협약의 체결이 그 주된 목적이었다고 보이며, 피고인들이 위와 같은 쟁의행위에 앞서 서울지방노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하였고(서울지방노동위원회에서 조정을 시도하였으나 결국 조정이 불성립되었다), 조합원들에 대한 쟁의행위 찬반투표를 거치는 등의 절차를 밟았다. **그리고 피고인들이 점거하였던 이 사건 회의실은 전체 약 40평의 협회 사무실 내부에 칸막이로 구분되어 있는 약 15평의 공간으로서, 협회 직원들이나 임원들이 통상적인 업무를 수행하는 공간이 아니라, 협회장(기록에 의하면 협회장은 비상근으로서 가끔씩 출근을 하여 업무를 처리하고 있음을 알 수 있다)이 자신의 업무를 처리하고, 협회의 임원들이 개인 사물함을 보관해 두며, 협회장과 임원들이 임원회의를 하는 공간으로 활용되던 장소인데, 피고인들을 비롯한 노동조합 조합원들이 위 회의실을 점거하고 있는 동안 비조합원들 및 협회가 고용한 대체근로자들이 사무실에서 통상의 업무를 처리하는 데에는 별다른 지장이 없었고, 다만 협회장과 임원들은 위 회의실을 사용할 수 없게 되어 음식점 등에서 임원회의를 진행하기도 하였다**(그러나 기록에 의하면 임원회의는 1달에 1, 2회 정도 개최되고, 이 사건 회의실 점거 개시 이전이나 종료 이후

90) 서울고등법원 2012. 3. 28. 선고 2011누9*** 판결
91) 대법원 2007. 12. 28. 선고 2007도5*** 판결

에도 이 사건 회의실이 아닌 음식점 등에서 개최된 적이 있음을 알 수 있다).

앞서 본 바와 같은 법리 및 위와 같은 사정들에 비추어 보면, **피고인들의 이 사건 회의실 점거행위는, 협회의 사업장 시설을 전면적, 배타적으로 점거한 것이라고 보기 어렵고, 오히려 그 점거의 범위가 협회의 사업장 시설의 일부분이고 사용자측의 출입이나 관리지배를 배제하지 않는 부분적, 병존적인 점거에 지나지 않으며, 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루면서 폭력의 행사에 해당되지 아니하는 것으로 봄이 상당하다.** 그리고 쟁의행위의 본질상 사용자의 정상업무가 일부 저해되는 경우가 있음은 부득이한 것으로서 이 사건의 경우 **이 사건 회의실 점거행위로 인하여 위와 같이 1달에 1, 2회 정도 개최되는 임원회의를 이 사건 회의실이 아닌 음식점 등에서 개최하게 된 사정 정도는 사용자가 이를 수인하여야 할 범위 내라고 봄이 상당하고, 그 외에는 실질적으로 협회의 업무의 중단 또는 혼란을 초래한 바도 없어, 협회의 업무가 실제로 방해되었거나 또는 적어도 그 업무방해의 결과를 초래할 위험성이 발생하였다고 보이지도 아니 한다.**"

노조원 40여명이 공식적인 진료개시 시간 이전인 08:00경부터 08:55경까지 병원 1층 로비의 벽에 밀착한 상태로 열을 맞추어 앉아서 피켓을 들고 점거농성을 한 경우로, 내원객이나 환자들의 통행이나 진료 등을 특별히 방해하지는 않았으며 피케팅 내용에는 '노동환경 최악인데 친절을 기대말라', '직원무시, 조합탈퇴공작 ○○병원 각오하라', '병원이 수백억 수익 낼 때 직원은 입에 풀칠도 힘들다'. '비인간적 노조탄압, 사람 살리는 병원 아닌 사람 죽이는 병원', '임금에 노동강도 최악, 나도 행복하게 살고 싶다', '최저임금 최악복지, 악랄한 ○○병원 규탄', '○○병원은 교섭파행 책임지고 노동조합 즉각 인정하라' 등의 문구가 새겨져 있던 사례[92]

【 서울고등법원 2013. 4. 4. 선고 2012누23* 판결 】**

"① 먼저 이 사건 파업은 주체, 목적, 절차에 있어서 정당성이 인정 되고, **피케팅 및 직장점거의 2차 쟁의행위는 그 태양, 방법 및 수단 등에 비추어 내원 내지 입원 환자의 병원 접수 업무나 영상진단, 종합검진 등의 업무에 별다른 지장을 초래하였다고 보기 어려운 점, ② 비록 피켓의 내용에 일부 허위 또는 다소 과장된 표현이 있다고 하더라도 전체적으로 보아 원고의 권리나 이익을 침해하려는 것보다는 그 간의 사용자측인 원고 법인의 무성의한 교섭태도 등을 지적하면서 기본적으로 임금이나 근로시간 등 근로조건의 유지·개선 등을 도모하기 위한 것으로 보이는 점,** ③ 2차 쟁의행위로 인하여 원고의 접수 업무에 지장이 있었다는 듯한 증거로 제출된 갑 11의 1-7의 각 확인서의 기재는 그 작성시기(2차 쟁의행위 후 1년 정도 지난 시점)나 파업기간(이 사건 노조가 2010. 6. 30.부터 두 달 정도 파업을 하였던 관계로 확인서 작성자들이 1차 쟁의행위와 혼동하였을 가능성을 배제할 수 없다) 등에 비추어 이를 선뜻 믿기 어려

92) 서울고등법원 2013. 4. 4.선고 2012누23*** 판결

운 점, ④ 갑 15의 각 확인서는 그 기재 내용 자체에 의하더라도 환자들이 2010. 8. 18. 2차 쟁의행위로 인하여 불편을 겪었다는 내용은 아닌 것으로 보이는 점을 종합적으로 고려하면, 참가인들이 가담한 직장점거나 피케팅의 2차 쟁의행위는 쟁의행위에 수반될 수 있는 정당한 피케팅 또는 직장점거의 범위 내에 있는 것으로 봄이 상당하다."

3. 사용자의 쟁의대항행위

3.1. 신규채용 대체근로의 금지 등

가. 의의

현행법은 쟁의행위기간 중 노동조합의 쟁의행위에 대항하는 사용자의 행위수단에 일정한 제한을 가하고 있는데, 신규채용 및 대체근로의 금지, 도급·하도급의 금지(노동조합법 제43조)와 쟁의행위 중인 사업장에 그 쟁의행위로 중단된 업무 수행을 위한 근로자 파견의 제한(파견근로자보호 등에 관한 법률 제16조 제1항)이 그것임

나. 신규채용 대체근로의 금지

사용자는 쟁의행위기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없음(노동조합법 제43조 제1항)

1) '사업'의 의미

'사업'이라 함은 개인사업체 또는 독립된 법인격을 갖춘 회사 등과 같이 경영상의 일체를 이루면서 계속적, 유기적으로 운영되고 전체로서의 독립성을 갖춘 하나의 기업체 조직을 뜻한다는 것이 판례의 일반적인 해석이며, 노동조합법 제43조의 채용제한에 관한 '사업'의 의미도 그와 같은 의미로 해석하고 있음

【 대법원 1999. 8. 20. 선고 98다* 판결 】**

"구 근로기준법(1980. 12. 31. 법률 제3349호로 개정된 것, 이하 같다) 제28조 제2항의 입법 취지는 하나의 사업 내에서 직종, 직위, 업종별로 서로 다른 퇴직금 제도를 두어 차별하는 것을 금지하고 하나의 퇴직금 제도를 적용하게 하고자 함에 있으므로, 여기에서 말하는 '사업'이란 특별한 사정이 없는 한 경영상의 일체를 이루는 기업체 그 자체를 의미한다 할 것이다(대법원 1993. 2. 9. 선고 91다21*** 판결, 1993. 10. 12. 선고 93다18*** 판결, 1997. 11. 28. 선고 97다24*** 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면 원심은, 피고 법인 산하의 ○○대학교와 그 부속의료원·병원이 하나의 직제규정에 의하여 조직되고, 회계와 인사 등에 있어서도 동일한 총장 및 이사회의 지시 내지 결의에 의하여 유기적으로 일체를 이루면서 운영되어 온 사실을 인정한 다음, ○○대학교 부속의료원·병원은 피고 법인이 설치·경영하는 학교의 하나인 ○○대학교에 소속된 하나의 기구에 불과하다 할 것이어서 결국 ○○대학교와 그 부속의료원·병원은 동일한 사업이라 할 것이고, 노동조합이 따로 설립되어 활동하고 있다거나 단체협약이 독립적으로 체결되어 왔다고 하여 이와 달리 볼 것은 아니므로, 피고로서는 ○○대학교와 그 부속의료원·병원 내에 구 근로기준법 제28조 제2항에 따라 차등적인 퇴직금 제도를 설정할 수 없다."

2) 채용과 대체

가) 채용과 대체의 의미

채용이라 함은 근로자를 새로 고용하는 것으로서 고용형태나 기간은 불문하므로 파업 등 쟁의행위에 참가한 조합원의 업무를 수행하기 위해 아르바이트 학생 등 임시직 근로자를 채용하는 것도 이에 해당함

이와 관련, ○○○○관리공단 근로자들의 파업기간 중 국민연금각출료 고지서 발송업무를 위하여 아르바이트 학생까지 동원하여 돕게 한 경우 위 공단이 쟁의에 관계없는 자를 채용 또는 대체하여 고지서 발송작업을 하게 하거나 도와주도록 한 부분은 정당한 쟁의대항행위라고 할 수 없다고 한 사례가 있음[93]

나) 금지기간

이러한 채용 또는 대체가 '쟁의행위 기간 중'에 행하여지는 것이 금지되는 것이 원칙이나, 사용자가 노동조합이 쟁의행위에 들어가기 전에 근로자를 새로 채용하였다고 하더라도 쟁의행위기간 중 쟁의행위에 참가한 근로자들의 업무를 수행하게 하기 위하여 그 채용이 이루어졌고 그 채용한 근로자들로 하여금 쟁의행위기간 중 쟁의행위에 참가한 근로자들의 업무를 수행케 하였다면 비록 쟁의행위 기간 전에 신규채용이 있었다 하더라도 노동조합법 제43조를 위반한 것임[94]

93) 대법원 1992. 7. 14. 선고 91다43*** 판결
94) 대법원 2000. 11. 28. 선고 99도*** 판결

【 대법원 2000. 11. 28. 선고 99도* 판결 】**

"3. 구 노동쟁의조정법(1996. 12. 31. 법률 제5244호 노동조합및노동관계조정법 부칙 제3조에 의하여 폐지, 아래에서도 같다) 제15조는 노동조합의 쟁의행위권을 보장하기 위한 규정으로서 사용자가 노동조합의 쟁의행위기간 중 당해 사업 내의 비노동조합원이나 쟁의행위에 참가하지 아니한 노동조합원 등 기존의 근로자를 제외한 자를 새로 채용 또는 대체할 수 없다는 것으로 풀이되는바, **사용자가 노동조합이 쟁의행위에 들어가기 전에 근로자를 새로 채용하였다 하더라도 쟁의행위기간 중 쟁의행위에 참가한 근로자들의 업무를 수행케 하기 위하여 그 채용이 이루어졌고 그 채용한 근로자들로 하여금 쟁의행위기간 중 쟁의행위에 참가한 근로자들의 업무를 수행케 하였다면 위 조항 위반죄를 구성하게 된다.** …(중략)…

나아가 원심이, 피고인이 쟁의행위로 인하여 근로를 제공하지 않는 근로자를 대체하기 위하여 회사에서 10명의 운전기사를 고용한 사실을 인정한 다음, 이와 같이 **새로이 창출된 업무의 필요에 따라 고용한 것이 아니고 쟁의행위에 가담한 기존의 근로자를 대체하기 위하여 고용하였다면 운전기사를 채용한 시점이 쟁의행위 발생신고 후 쟁의행위신고 이전이라 하더라도 쟁의기간 중 채용제한에 관한 구 노동쟁의조정법 제15조를 위반한 것이라고 판단한 것도 정당**하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해나 채증법칙 위배 등의 위법이 없다. 따라서 이 부분 상고이유 역시 모두 받아들이지 아니한다."

다) 금지의 범위

노동조합법 제43조 제1항에 의하면, 사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없고, 여기서 당해 사업과 관계없는 자란 당해 사업의 근로자 또는 사용자를 제외한 모든 자를 가리키는바, 이 규정은 노동조합의 쟁의행위권을 보장하기 위한 것으로서 쟁의행위권의 침해를 목적으로 하지 않는 사용자의 정당한 인사권 행사까지 제한하는 것은 아니어서 자연감소에 따른 인원충원 등 쟁의행위와 무관하게 이루어지는 신규채용은 쟁의행위 기간 중이라고 하더라도 가능하다고 할 것이나, 결원충원을 위한 신규채용 등이 위 조항 위반인지 여부는 표면상의 이유만을 가지고 판단할 것이 아니라 종래의 인력충원 과정·절차 및 시기, 인력부족 규모, 결원 발생시기 및 그 이후 조치내용, 쟁의행위기간 중 채용의 필요성, 신규채용 인력의 투입시기 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다는 것이 대법원 판례의 태도임[95]

95) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도4*** 판결

【 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도4*** 판결 】

"사용자가 쟁의기간 중 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위해 당해 사업과 관계있는 자인 비노동조합원이나 쟁의행위에 참가하지 아니한 노동조합원 등 당해 사업의 근로자로 대체하였는데 그 대체한 근로자마저 사직함에 따라 사용자가 신규채용하게 되었다면, 이는 사용자의 정당한 인사권 행사에 속하는 자연감소에 따른 인원충원에 불과하다고 보아야 하므로 특별한 사정이 없는 한 위 조항 위반죄를 구성하지 않는다.

원심이 인정한 사실관계와 기록에 의하면, 이 사건 회사의 노동조합은 2006. 6. 13.부터 전면파업에 돌입한 사실, ○○리 - △△간 도로건설공사 사전설계 검토 및 평택 청북지구 택지개발사업조성공사 특수구조물 설계검토용역은 이 사건 파업 이전에는 조합원인 공소외 1, 2 등이 수행하였던 업무이었으나 이들 조합원이 파업에 참여한 후 파업에 참여하지 않았던 공소외 3 과장이 위 업무를 담당하다가 공소외 3 과장이 2006. 6. 25.자로 사직하자 이 사건 회사는 2006. 7. 1. 공소외 4 및 공소외 5를 신규채용하여 구조부에 배치하고 파업에 참여하지 않은 다른 직원들과 함께 위 업무를 수행하게 한 사실, 창원시 관내 국도대체우회도로(○○ ~ △△) 건설공사 실시설계용역 및 국도7호선 주문진 입체교차로 설치공사 감리용역 중 현장에서 의뢰한 종단선형검토 사무는 파업 이전에는 공소외 6 이사와 조합원인 공소외 7, 공소외 8이 주로 수행하였던 업무이었으나 파업으로 인하여 2006. 6. 13. 그 업무가 중단되자 파업에 참여하지 않던 공소외 9 차장이 공소외 6 이사와 함께 위 업무를 수행하였고 공소외 6 이사와 공소외 9 차장이 사직하자 이 사건 회사는 2006. 7. 10. 공소외 10을 신규채용하여 도로부의 차장으로 배치하고 파업에 참여하지 않은 다른 직원들과 함께 위 업무를 수행하게 한 사실, 한편 이 사건 회사는 2006년 4월 초순경 발표된 경영합리화를 위한 구조조정계획에서 13명의 감원을 목표로 하였는데 2006. 6. 30.까지 그 보다 훨씬 많은 27명이 사직하였고, 2006. 6. 30. 기준으로 볼 때 이 사건 회사의 구조부의 경우 14명에서 9명으로 인원이 감소되었고 도로부의 경우 원래 20명에서 14명으로 인원이 감소되어 인원충원의 필요가 있었던 사실을 알 수 있고, 사정이 이와 같다면 이 사건 회사가 공소외 4, 공소외 5, 공소외 10을 신규채용한 것은 사용자가 쟁의기간 중 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위해 당해 사업의 근로자로 대체하였는데 그 대체한 근로자마저 사직함에 따른 것으로서, 그 대체한 근로자가 계속 근무하였다면 신규채용이 없었을 것이라는 점을 감안하면 **이 사건 신규채용은 사용자의 정당한 인사권 행사에 속하는 자연감소에 따른 인원충원에 불과하다고 보아야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 노동조합 및 노동관계조정법 제43조 제1항 위반죄를 구성하지 않는다고 할 것이다.**"

3.2. 직장폐쇄

가. 의의

직장폐쇄라 함은 **사용자가 노동조합의 쟁의행위에 대항하여 근로자 측이 제공하는 노무의 수령을 집단적으로 거부하겠다는 의사표시**를 함으로써 근로계약상 반대급부인 **임금을 지급하지 않고 사업장의 점유를 배제시키는 효과를 생기게 하여 근로자 측에게**

경제적인 압력을 가하고 노동조합과의 교섭력의 균형을 도모하려는 행위를 말함

우리 헌법과 노동관계법은 근로자의 쟁의권에 관하여는 이를 적극적으로 보장하는 명문의 규정을 두고 있는 반면 사용자의 쟁의권에 관하여는 이에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않은바, 이것은 일반 시민법에 의하여 압력행사 수단을 크게 제약받고 있어 사용자에 대한 관계에서 현저히 불리할 수밖에 없는 입장에 있는 근로자를 그러한 제약으로부터 해방시켜 노사대등을 촉진하고 확보하기 위함이므로, 일반적으로는 힘에서 우위에 있는 사용자에게 쟁의권을 인정할 필요는 없다 할 것임

그러나, 개개의 구체적인 노동쟁의의 장에서 근로자 측의 쟁의행위로 노사 간에 힘의 균형이 깨지고 오히려 사용자측이 현저히 불리한 압력을 받는 경우에는, 사용자측에게 그 압력을 저지하고 힘의 균형을 회복하기 위한 대항·방위 수단으로 쟁의권을 인정하는 것이 형평의 원칙에 맞는다 할 것이고, 우리 법도 바로 이 같은 경우를 상정하여 사용자의 직장폐쇄를 노동조합의 파업이나 태업 등과 나란히 쟁의행위의 한 유형으로서 규정하고 있는 것으로 보임

다만, 구체적인 노동쟁의의 장에서 단행된 사용자의 직장폐쇄가 정당한 쟁의행위로 평가받기 위하여는, **노사 간의 교섭태도, 경과, 근로자 측 쟁의행위의 태양, 그로 인하여 사용자측이 받는 타격의 정도 등에 관한 구체적 사정에 비추어 형평의 견지에서 근로자 측의 쟁의행위에 대한 대항·방위 수단으로서 상당성이 인정되는 경우에 한한다 할 것이고,** 그 직장폐쇄가 정당한 쟁의행위로 평가받을 때 비로소 사용자는 직장폐쇄 기간 동안의 대상 근로자에 대한 임금지불의무를 면한다 할 것임[96]

나. 정당성 요건

1) 시기(대항성 요건)

사용자는 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 직장폐쇄를 할 수 있음(노동조합법 제46조 제1항) 이는 **직장폐쇄의 대항성 요건**인데, 직장폐쇄는 노동조합의 쟁의행위에 대항하는 행위수단으로서 인정되고, 노동조합이 쟁의행위를 개시하기 이전에 하는 **선제적 직장폐쇄는 어떠한 경우에도 허용되지 아니함**[97]

96) 대법원 2000. 5. 26. 선고 98다34*** 판결
97) 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003두1***판결

【 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003두1* 판결 】**

"원심이 인정한 사실을 기록에 비추어 살펴보면, 원고 회사는 피고 보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)이 이른바 '파업출정식'을 하기도 전인 2000. 8. 15. 회사 정문을 폐쇄하는 한편, 같은 날 22:00경 참가인 분회장인 오○○을 비롯한 조합원 3인이 예정대로 차량을 배차받기 위하여 회사 앞으로 나왔다가 정문이 폐쇄된 것을 발견하고는 수회에 걸쳐 원고 회사 배차담당직원에게 전화를 걸어 배차를 요구하면서 다음날 파업출정식을 거행하는 1~2시간을 제외하고는 승무할 의사가 있음을 분명히 표시하였음에도 불구하고, 원고 회사가 배차를 거부한 채 다음날인 같은 달 16. 청주시에 조합원들이 운행하는 소수의 차량에 한하여 부분직장폐쇄신고를 하였고, 이에 대하여 청주시가 참가인의 쟁의행위가 있기도 전에 먼저 직장폐쇄를 하였음을 이유로 신고서를 반려하였고, 그 후 수회에 걸쳐 참가인은 물론 청주지방노동사무소도 원고 회사에 배차 및 노무수령을 촉구하였으나, 원고 회사는 이에 응하지 아니한 채 비조합원들에게만 차량을 배차하여 사업을 계속 영위하면서 참가인의 교섭요구에 대하여는 통지서의 수령조차 거부하거나 교섭장소에 불참하는 등으로 교섭에 거의 응하지 아니하다가, 청주시로부터 허가 없이 사업을 일부 휴지하였다는 등의 이유로 감차명령 및 과징금부과 등의 제재처분을 받는 한편, 참가인이 쟁의행위를 개시하기 전에 선제적으로 직장폐쇄를 하고, **이와 같이 불법적인 직장폐쇄로 인한 휴업기간에 근로자들에게 휴업수당을 지급하지 아니하는 등으로 노동조합및노동관계조정법과 근로기준법을 위반한 데 대하여 유죄의 확정판결을 받았음을 알 수 있는바, 우선 원고 회사의 직장폐쇄는 참가인의 쟁의행위가 개시되기 전에 이미 행해졌다는 점에서 노동조합및노동관계조정법 제46조 제1항에 위배될 뿐만 아니라, 나아가 위와 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 참가인의 쟁의행위에 대한 방어적인 목적을 벗어나 적극적으로 참가인의 조직력을 약화시키기 위한 목적 등을 갖는 선제적, 공격적 직장폐쇄에 해당하므로 그 정당성이 인정될 수 없다 할 것이다.**"

직장폐쇄의 시기상 대항성 요건은 직장폐쇄를 개시하는데 필요한 요건일 뿐 아니라 **직장폐쇄를 계속하기 위한 요건**으로도 해석되므로 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에 직장폐쇄를 실시하였다가 그 후 쟁의행위가 종료되었다면 원칙적으로 그 시점에서는 더 이상 직장폐쇄를 계속할 수 없음

대법원 판례는 직장폐쇄의 개시 자체는 정당하지만 이후 근로자가 쟁의행위를 중단하고 **진정으로 업무에 복귀할 의사를 표시**하였음에도 사용자가 직장폐쇄를 계속 유지하면서 적극적으로 노동조합의 조직력을 약화시키기 위한 목적 등을 갖는 **공격적 직장폐쇄의 성격으로 변질된 경우, 그 이후의 직장폐쇄는 정당성을 상실한다고 판시함**[98]

98) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013도7*** 판결

【 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013도7* 판결 】**

"근로자의 쟁의행위 등 구체적인 사정에 비추어 직장폐쇄의 개시 자체는 정당하다고 할 수 있지만, 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 변질되었다고 볼 수 있는 경우에는, 그 이후의 직장폐쇄는 정당성을 상실한 것으로 보아야 한다(대법원 2016. 5. 24. 선고 2012다85*** 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거들에 의하여, **① 공소외 주식회사(이하 '공소외 회사'라 한다)가 ○○○○노동조합 △△지부 공소외 회사지회(이하 '공소외 회사지회'라 한다)의 태업에 대항하여 2007. 9. 21. 조합원들을 대상으로 직장폐쇄를 단행한 사실, ② 2007. 11. 29. 이후에도 피켓 시위나 구호연호 등은 있었으나, 공소외 회사지회에 의한 불법적인 쟁의행위는 일어나지 않은 사실, ③ 공소외 회사는 2007. 11. 말경부터 사무직 근로자들을 생산라인에 투입하여 대체생산을 한 사실, ④ 공소외 회사지회는 2007. 12. 28. '현장으로 복귀하여 근무하겠다.'는 내용인 조합원 56명의 자필 '근로의사표명서'를 첨부하여 공소외 회사에 발송한 것을 비롯하여 2007. 12. 31.부터 2008. 3. 17.까지 약 44여 회에 걸쳐 위와 같은 내용의 문서를 보냈는데, 공소외 회사는 '직장폐쇄 철회를 원한다면 공식적 입장을 통해 불법파업을 인정하고 향후 매각반대 등 목적을 위하여 폭력과 파괴를 동반한 불법파업을 하지 않겠다는 점을 명확히 하라.'는 입장만을 여러 차례 밝힌 사실,** ⑤.. ⑥ 공소외 회사지회의 수석지부장이 2008. 3. 6. 피고인과의 대질조사에서 '업무복귀의 의미가 쟁의행위 이전과 같이 근무하겠다는 의사'임을 분명히 하였음에도 공소외 회사는 2008. 4. 7.에 이르러서야 직장폐쇄를 철회한 사실 등을 인정한 다음, 위 직장폐쇄 기간 중 조합원들의 경제적 어려움이 가중된 점, 조합원들이 제출한 자필 '근로의사표명서'의 진정성을 의심할 근거가 없고 피고인은 그 진의 확인을 위한 면담 등의 절차를 진행한 적도 없는 점, 공소외 회사가 직장폐쇄 철회를 거부한 이유가 정당하다고 볼 수 없는 점 등 판시 사정을 종합하여 보면, **2007. 12. 28. 이후의 직장폐쇄는 공소외 회사에 유리한 방향으로 협상을 이끌기 위한 목적에서 비롯된 공격적 직장폐쇄로서 방어수단을 넘어선 것이고, 피고인이 조합원들의 개별적 근로의사표명이 시작된 2007. 12. 28. 이후에도 계속하여 직장폐쇄를 유지한 것은 노동조합의 운영에 지배·개입할 의사에 기한 부당노동행위**에 해당한다고 판단하여, 그로 인한 노동조합법 위반의 공소사실을 유죄로 인정하였다.

앞서 본 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 직장폐쇄의 정당성, 죄형법정주의에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다."

A공장에 대한 직장폐쇄가 B공장에 대한 직장폐쇄의 여파로 B공장이 노조 소속 조합원들에게 **점거될 우려가 있다는 이유로 개시된 것에 불과한 경우** 정당한 직장폐쇄의 개시로 볼 수 없다고 함[99]

99) 대전고등법원 2014. 4. 24. 선고 2012나6*** 판결

【 대전고등법원 2014. 4. 24. 선고 2012나6* 판결 】**

"영동공장에 대한 직장폐쇄는 아산공장에 대한 직장폐쇄의 여파로 영동공장이 원고들 노조 소속 조합원들에게 점거될 우려가 있다는 이유로 개시된 것에 불과하다. 더욱이 그러한 우려가 현실화될 것이 분명하다거나 그로 인하여 피고 회사에게 뚜렷한 손해가 생긴다는 점을 인정할 만한 자료도 없다. 영동공장은 이 사건 직장폐쇄가 이루어질 무렵 일거리가 별로 없고 재고에 여유가 있었다. 이 사건 직장폐쇄가 이루어지자 영동공장의 관리직 직원들 대부분이 영동공장이 아닌 아산공장에서 생산업무를 수행하였다. **또한 영동공장에 대한 직장폐쇄를 전후하여 영동공장에서 결품사태가 우려되거나 결품사태가 실제로 발생한 적이 없다. 영동공장에서 생산되는 제품이 결품되는 경우 그로 인하여 피고 회사에게 현저한 손해가 발생한다는 점을 인정할 자료가 없다. 이러한 사정 등에 비추어 보면, 영동공장에 대한 직장폐쇄는 원고들 노조의 쟁의행위에 대한 대항·방위 수단으로서 상당성이 있다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.**

⑵ 피고 회사는 앞서 든 바와 같이 이 사건 직장폐쇄가 정당방위에 해당한다는 취지의 주장도 하고 있으나 아래의 이유로 이를 받아들일 수 없다.

민법 제761조 제1항은 '타인의 불법행위에 대하여 자기 또는 제삼자의 이익을 방위하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 자는 배상할 책임이 없다'고 정한다. 정당방위에 있어서는 반드시 방위행위에 보충의 원칙은 적용되지는 않으나 방위에 필요한 한도 내의 행위로서 사회윤리에 위배되지 않는 상당성 있는 행위임을 요한다(대법원 1991. 9. 10. 선고 91다19***판결 등 참조).

그런데 위와 같이 영동공장에 대한 이 사건 직장폐쇄가 적법한 쟁의행위로서의 요건을 갖추지 않은 점을 염두에 두고 앞서 본 사실관계를 종합적으로 고려하면, 피고 회사의 영동공장에 대한 직장폐쇄가 자기 또는 제삼자의 이익을 방위하기 위한 부득이한 행위로서 방위에 필요한 한도 내의 사회윤리에 위배되지 않는 상당성 있는 행위에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다."

2) 목적

가) 직장폐쇄의 방어성 요건

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 사용자의 정당한 쟁의행위로 인정**될 수 있음

노동조합의 쟁의행위에 대한 방어적인 목적을 벗어나 적극적으로 노동조합의 조직력을 약화시키기 위한 목적 등을 갖는 선제적, 공격적 직장폐쇄에 해당하는 경우에는 정당성이 인정될 수 없고, 직장폐쇄가 정당한 쟁의행위로 평가받지 못하는 경우에는 사용자는 직장폐쇄 기간 동안의 대상 근로자에 대한 임금지불의무를 면할 수 없음[100]

나) 공격적 직장폐쇄의 구체적인 사례

사용자의 직장폐쇄가 정당하게 개시되었으나 '쟁의행위 전략문건'이라는 문서의 내용에 따라 조합원들의 선별적 업무복귀 및 조직형태 변경을 위한 총회 개최를 계획적으로 추진하거나 개입한 경우 공격적 직장폐쇄에 해당할 수 있다고 본 사례[101]

【 대법원 2016. 5. 24. 선고 2012다85* 판결 】**

"먼저 원심판결 이유와 제1심 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, ① ○○○○○ 지회는 이 사건 직장폐쇄 개시 이후 2010. 2. 22. 피고에게 2010. 2. 23.까지 전체 조합원이 업무에 복귀하겠다는 의사를 표시하면서 2010. 2. 24.에 단체교섭을 하자고 요청한 사실, ② 피고가 2010. 3. 2. ○○○○○ 지회에게 대화의 진정성 등에 의문을 제기하면서 대표이사 비방 등에 대한 사과를 요구하자, ○○○○○ 지회는 2010. 3. 8. 피고가 요구하는 모든 문제에 대해 유감을 표현하고 피고를 비방한 부분에 대해서도 사과한 사실, ③ ○○○○○ 지회는 2010. 3. 9. 노사간 대화 시 피고의 요청을 그대로 수용하여 ○○노조 경주지부 위원들을 배제한 채 지회 위원들만 참석하겠다고 통지한 사실, ④ 피고는 직장폐쇄 이후 조합원들이 노동조합 사무실이나 공장 내부를 출입하는 것을 원천봉쇄하였고, 이에 ○○○○○ 지회는 2010. 3. 16. 노조사무실을 점거하거나 흉기를 휴대하고 출입할 의사가 없음을 밝히고 향후 피고 주장대로 문제가 발생하면 모든 책임을 지회가 지겠다는 입장을 표시하면서 노동조합 및 복지시설 출입을 허용해달라고 요청한 사실, ⑤ ○○○○○ 지회는 2010. 4. 22. 피고가 직장폐쇄를 철회하고 정상조업을 재개한다면 지회에서는 집행부 사퇴를 포함하여 모든 것을 열어놓고 임할 용의가 있음을 표명한 사실 등을 알 수 있다. 사실관계가 위와 같다면, ○○○○○ 지회는 여러 차례에 걸쳐 명시적·묵시적으로 쟁의행위를 중단하고 업무에 복귀할 것과 피고가 우려하는 폭력적 행위나 생산활동에 대한 방해행위 등을 하지 않고 피고의 요구사항을 조건 없이 수용할 것을 약속하면서 직장폐쇄의 철회 및 대화에 의하여 문제를 해결할 것을 요청해온 것으로 볼 수 있다.

나아가 기록에 의하면 피고는 이 사건 직장폐쇄조치를 계속 유지하면서도 개별적인 접촉을 통하여 2010. 3.경까지 약 100여 명, 2010. 4.경까지 약 300여 명의 조합원들을 선별적으로 업무에 복귀시킨 사실, 소외인 등 일부 조합원들이 주도하여 2010. 5. 19. 및 2010. 6. 7. 두 차례에 걸쳐 ○○○○○ 지회의 노동조합 조직형태 변경을 위한 총회를 개최한 사실, 피고는 노무법인 ○○컨설팅과 노사관계에 관한 자문을 제공받고 보수를 지급하기로 하는 계약을 체결하고 2010. 3.경부터 위 노무법인으로부터 여러 차례 '쟁의행위 전략문건'이라는 문서를 제공받았는데, 그 주요 내용은 피고가 직장폐쇄를 유지하면서 협력적인 노사관계의 구축을 위하여 ○○○○○ 지회의 조합원 수가 감소하도록 조합원들의 탈퇴를 유도하고 ○○○○○ 지회의 조직형태를 기업별 노동조합으로 변경하는 방안을 추진하는 것으로서 그 구체적인 절차까지 포함되어 있었던 사실 등을 알 수 있는데, 그렇다면 피고가 의도적으로 ○○○○○ 지회의 조직력, 투쟁력을 약화시키는 것을 목표로 삼고 위와 같은 조합원들의 선별적 업무복귀 및 조직형태 변경을 위한 총회 개최를 계획적으로 추진하거나 개입하였을 개연성도 적지 않다고 볼 수 있다.

100) 대법원 2016. 5. 24. 선고 2012다85*** 판결
101) 대법원 2016. 5. 24. 선고 2012다8*** 판결

앞서 본 법리에 비추어 위와 같은 사실관계와 정황들을 살펴보면, 이 사건 직장폐쇄는 2010. 2. 16.부터 2010. 5. 24.까지 98일이나 되는 장기간 동안 지속되었는데, 조합원 상당수가 복귀한 2010. 3.경 이후의 어느 시점부터는 이 사건 직장폐쇄가 피고가 ○○○○○ 지회와의 교섭력의 균형을 도모하기 위한 목적, 즉 ○○○○○ 지회의 쟁의행위에 대한 방어적인 목적을 벗어나 적극적으로 ○○○○○ 지회의 조직력을 약화시키기 위한 목적 등을 갖는 선제적, 공격적 직장폐쇄에 해당하여 정당성을 상실한 것으로 볼 여지가 크다고 할 것이다.

다. 그렇다면 원심으로서는 ○○○○○ 지회가 피고 측에 진정한 업무복귀 의사를 표명한 것으로 볼 수 있는 시기 또는 위법행위나 피고에 대한 적대적 행위 등을 종료한 시기와 ○○○○○ 지회의 투쟁력이 급격하게 약화된 것으로 볼 수 있는 시기 등이 언제인지, 피고가 선별적으로 조합원들의 업무복귀를 추진한 경위와 목적 및 구체적 방법이 무엇인지, ○○○○○ 지회가 조직형태를 변경하는 결의를 추진한 실질적인 목적과 배경 및 피고가 이에 관여하였는지 여부, 그 밖에 ○○○○○ 지회와 피고의 관계의 변화를 추정할 수 있는 제반 사정 등에 대하여 보다 구체적으로 심리하여, 피고가 이 사건 직장폐쇄조치를 2010. 3.경 이후에도 유지한 것이 ○○○○○ 지회의 쟁의행위에 대한 방어적인 목적을 벗어나 적극적으로 ○○○○○ 지회의 조직력을 약화시키기 위한 목적 등을 갖는 선제적, 공격적 직장폐쇄에 해당하는지를 판단함으로써 그 시기 이후에 해당하는 임금에 대해서는 피고의 지불의무를 인정하였어야 할 것이다."

대법원 판례에 따르면 사용자의 직장폐쇄는 노동조합의 쟁의행위에 대한 방어수단으로 인정되는 것이므로, 근로자가 업무에 복귀하겠다는 의사 역시 일부 근로자들이 개별적·부분적으로 밝히는 것만으로는 부족하고, 그 **복귀 의사는 반드시 조합원들의 찬반투표를 거쳐 결정되어야 하는 것은 아니지만 사용자가 경영의 예측가능성과 안정을 이룰 수 있는 정도로 집단적·객관적으로 표시되어야 함**[102]

따라서, 지방노동위원회에 쟁의행위 철회신고를 제출하여 지방고용노동청이 회사에 '직장폐쇄의 지속 여부에 대한 재검토 및 성실한 교섭을 촉구'하는 서면을 발송하였고, 회사가 같은 날 위 서면을 확인하였다면 회사가 지방고용노동청이 발송한 서면을 받은 날부터 22일간 직장폐쇄를 계속 유지한 것은 위법한 직장폐쇄에 해당한다고 보았음

【 대법원 2017. 4. 7. 선고 2013다101* 판결 】**

"근로자의 쟁의행위 등 구체적인 사정에 비추어 직장폐쇄의 개시 자체는 정당하더라도 어느 시점 이후에 근로자가 쟁의행위를 중단하고 진정으로 업무에 복귀할 의사를 표시하였음에도 사용자가 직장폐쇄를 계속 유지함으로써 근로자의 쟁의행위에 대한 방어적인 목적에서 벗어나 공격적 직장폐쇄로 성격이 변질되었다고 볼 수 있는 경우에는 그 이후의 직장폐쇄는 정당성을 상실하게 되므로, 사용자는 그 기간 동안의 임금에 대해서는 지불의무를 면할 수 없다. 그리고

102) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2013다101*** 판결

노동조합이 쟁의행위를 하기 위해서는 투표를 거쳐 조합원 과반수의 찬성을 얻어야 하고(노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항) 사용자의 직장폐쇄는 노동조합의 쟁의행위에 대한 방어수단으로 인정되는 것이므로, 근로자가 업무에 복귀하겠다는 의사 역시 일부 근로자들이 개별적·부분적으로 밝히는 것만으로는 부족하다. 복귀 의사는 반드시 조합원들의 찬반투표를 거쳐 결정되어야 하는 것은 아니지만 사용자가 경영의 예측가능성과 안정을 이룰 수 있는 정도로 집단적·객관적으로 표시되어야 한다.

갑 주식회사가 노동조합의 쟁의행위가 불법파업에 해당한다는 이유로 조합원 전원에 대하여 직장폐쇄를 실시하자, **노동조합이 직장폐쇄가 이루어진 다음 날부터 갑 회사에 여러 차례 근로복귀 의사를 표명하는 서면을 보내고, 을 등을 포함한 조합원 일부의 근로제공 확약서를 발송하였으며, 그 후 지방노동위원회에 쟁의행위 철회신고를 제출하여 지방고용노동청이 갑 회사에 '직장폐쇄의 지속 여부에 대한 재검토 및 성실한 교섭을 촉구'하는 서면을 발송하였고, 갑 회사가 같은 날 위 서면을 확인하였는데, 그로부터 22일 후 직장폐쇄가 종료되자, 을 등이 갑 회사를 상대로 직장폐쇄 기간 동안 미지급 임금의 지급을 구한 사안에서, 갑 회사가 지방고용노동청으로부터 '직장폐쇄의 지속 여부에 대한 재검토 및 성실한 교섭을 촉구'하는 서면을 받은 시점에는 노동조합이 쟁의행위 철회신고서를 제출한 사실 및 을 등을 포함한 조합원들의 근로복귀 의사의 진정성을 확인하였다고 보이므로, 갑 회사가 그로부터 22일간 직장폐쇄를 계속 유지한 것은 쟁의행위에 대한 방어수단으로서 상당성이 있다고 할 수 없어 위법한 직장폐쇄에 해당한다.**"

또한, 직장폐쇄가 정당하게 개시되었으나, 이 사건 지회가 원고에게 **수차례에 걸쳐 파업 철회 및 근로복귀의사를 표명하고, 조합원 241명의 근로제공 확약서를 보낸 이후부터는 쟁의행위에 대한 방어수단으로서 상당성이 없어 위법한 직장폐쇄**라고 보았음[103]

【 서울고등법원 2013. 6. 28. 선고 2012누29* 판결 】**

"가) 이 사건 파업은 노동쟁의의 대상이 될 수 없는 특별단체협약 요구안, 현안문제 관련 특별요구안을 관철하기 위하여 2010. 6. 25.부터 2010. 8. 20.까지 약 2개월에 걸쳐 부분파업, 잔업 및 특근 거부, 전면파업 등의 형태로 진행되었는바, 이 사건 파업의 목적, 기간, 방법에 비추어 원고의 생산에 현저한 차질이 초래되었을 것으로 보이므로 이 사건 직장폐쇄의 개시는 이 사건 파업에 대한 방어수단으로서 상당성이 있다고 할 것이다.

나) 그러나 ① 이 사건 지회가 이 사건 직장폐쇄가 이루어진 다음날부터 원고에게 근로복귀 및 이 사건 파업의 중단 의사를 표명한 이래 수차례에 걸쳐 같은 내용의 서면을 보낸 점, ② 원고는 이 사건 지회에 특별단체협약 요구안, 현안문제 관련 특별요구안의 철회뿐만 아니라 징계책임 및 민사·형사책임까지 수용할 것을 요구하면서 직장폐쇄를 유지한 점, ③ 이 사건 지회가 2010. 9. 6. 원고에게 조합원 241명의 근로제공 확약서를 보낸 점, ④ 원고가 2010. 9. 13. 열린 제20차 보충교섭에서 2010년도 임금 및 단체협약을 회사에 일임할 것을 요구한 점, ⑤ 이 사건 지

103) 서울고등법원 2013. 6. 28. 선고 2012누29*** 판결

회가 2010. 9. 15. 경북지방노동위원회에 쟁의행위 신고 철회서를 제출한 점 등을 종합하면, 이 사건 지회가 2010. 9. 14. 회사진입을 시도하고, 2010. 10. 4. 회사에 진입하였다고 하더라도 이는 위법한 직장폐쇄로 인하여 촉발된 것으로 보일 뿐, 늦어도 2010. 9. 6. 무렵 이 사건 지회의 근로복귀 및 파업 중단 의사표시는 진정한 것으로 보이고, 원고가 그 무렵 이후에도 2010. 10. 19. 까지 이 사건 직장폐쇄를 유지한 것은 쟁의행위에 대한 방어수단이라기보다는 원고에게 유리한 단체협약을 체결하기 위한 적극적인 조치라고 보이므로 2010. 9. 6. 이후의 직장폐쇄는 공격적 직장폐쇄에 해당하여 정당한 쟁의행위라 할 수 없다."

다. 효과

1) 사용자의 임금지급의무 면제

직장폐쇄가 정당성의 요건을 갖추어 행하여지면 사용자는 직장폐쇄의 대상으로 삼은 근로자가 직장폐쇄가 없었더라면 지급받을 수 있는 임금의 지급의무를 면제받게 되며[104] 직장폐쇄 대상이 아닌 근로자에 대하여는 노무를 수령하고 임금을 지급해야 함

2) 사업장 점유의 배제

근로자들의 직장점거가 개시 당시 적법한 것이었다 하더라도 사용자가 이에 대응하여 적법하게 직장폐쇄를 하게 되면 사용자의 사업장에 대한 물권적 지배권이 전면적으로 회복되는 결과 사용자는 점거중인 근로자들에 대하여 정당하게 사업장으로부터의 퇴거를 요구할 수 있고 퇴거를 요구받은 이후의 직장점거는 위법하게 되므로 적법하게 직장폐쇄를 단행한 사용자로부터 퇴거요구를 받고도 불응한 채 직장점거를 계속한 행위는 퇴거불응죄에 해당하게 됨[105]

한편, 사용자의 직장폐쇄가 정당한 쟁의행위로 평가받는 경우 사용자가 조합원들의 노조사무실 출입을 제한할 수 있는지 여부가 문제될 수 있음

직장폐쇄를 단행하면서 '조합원들은 회사 사업장 전체의 출입을 금지한다'는 내용의 출입금지 안내문을 사업장 내에 부착한 다음, 사전에 통보한 조합원 3명에 한하여 노조사무실 출입을 허용한 사안에서, **사업장 내의 노조사무실** 등 정상적인 노조활동에 필요한 시설, 기숙사 등 기본적인 생활근거지에 대한 출입은 허용되어야 하므로 회사가 노조사무실 출입을 제한하는 것은 허용되지 아니한다고 보았음[106]

104) 대법원 2000. 5. 26. 선고 98다34*** 판결
105) 대법원 1991. 8. 13. 선고 91도1*** 판결
106) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2009도12*** 판결

【 대법원 2010. 6. 10. 선고 2009도12*판결 】**

"사용자의 직장폐쇄는 사용자와 근로자의 교섭태도와 교섭과정, 근로자의 쟁의행위의 목적과 방법 및 그로 인하여 사용자가 받는 타격의 정도 등 구체적인 사정에 비추어 쟁의행위에 대한 방어수단으로서 상당성이 있어야만 사용자의 정당한 쟁의행위로 인정될 수 있고, **직장폐쇄가 정당한 쟁의행위로 평가받는 경우 사용자의 사업장에 대한 물권적 지배권이 전면적으로 회복되므로 사용자는 직장폐쇄의 효과로서 사업장의 출입을 제한할 수 있다**고 할 것이다(대법원 2005. 6. 9. 선고 2004도7*** 판결 등 참조). 그러나 이러한 경우에도 사업장 내의 노조사무실 등 정상적인 노조활동에 필요한 시설, 기숙사 등 기본적인 생활근거지에 대한 출입은 허용되어야 하고, **다만 쟁의 및 직장폐쇄와 그 후의 상황전개에 비추어 노조가 노조사무실 자체를 쟁의장소로 활용하는 등 노조사무실을 쟁의행위와 무관한 정상적인 노조활동의 장소로 활용할 의사나 필요성이 없음이 객관적으로 인정되거나, 노조사무실과 생산시설이 장소적·구조적으로 분리될 수 없는 관계에 있어 일방의 출입 혹은 이용이 타방의 출입 혹은 이용을 직접적으로 수반하게 되는 경우로서 생산시설에 대한 노조의 접근 및 점거가능성이 합리적으로 예상되고, 사용자가 노조의 생산시설에 대한 접근, 점거 등의 우려에서 노조사무실 대체장소를 제공하고 그것이 원래 장소에서의 정상적인 노조활동과 견주어 합리적 대안으로 인정된다면, 합리적인 범위 내에서 노조사무실의 출입을 제한할 수 있다고 할 것**이다.,,,(중략)

앞서 본 법리에 위와 같은 사실을 비추어 보면, 2007. 9. 3.과 같은 달 6. 회사 진입 과정에서의 물리적 충돌을 비롯하여 직장폐쇄 당일에도 ○○지회 조합원들이 충남지부 조합원들과 함께 회사 사업장에 난입하면서 폭력행위와 기물파손행위가 있었으나, **노조사무실 자체를 쟁의장소로 활용하거나 사업장 2층에 위치한 생산시설을 점거하였다는 자료는 없는 점에서 노조사무실을 노조활동의 장소로 활용할 의사나 필요성이 없음이 객관적으로 인정된다거나 생산시설에 대한 노조의 접근 및 점거가능성이 합리적으로 예상된다고 볼 수 없고, 회사가 노조사무실 대체장소를 제공하는 등의 방법을 전혀 고려하지 않았다면, 회사가 '사전에 통보한 3명에 한하여 노조사무실 출입'을 하도록 제한하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다.**"

제2절 필수유지업무

1. 필수유지업무제도 개관[107]

1.1. 제도 도입

2006. 12. 개정된 노동조합법은 종전의 필수공익사업에 직권중재제도를 폐지하고, 기존의 필수공익사업에 항공운수사업, 혈액공급사업을 추가하는 한편(노동조합법 제71조 제2항 제1호, 제3호), 필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지 또는 폐지되는 경우 공중의 생명, 보건, 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무를 필수유지업무로 규정하였음

그리고 필수유지업무에 대해서는 쟁의행위 기간 중에도 정당한 유지·운영 의무를 부과하는 등의 필수유지업무 제도를 도입하였음(노동조합법 제42조의2 내지 6 등)

1.2. 노동조합법상 필수유지업무

노동조합법 제42조의2 제1항은 필수유지업무에 대하여 '제71조 제2항의 규정에 따른 필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지되거나 또는 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무'라고 규정하고 있음

노동조합법 제71조 제2항에서는 필수공익사업을 '제1항의 공익사업으로서 그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 아니한 사업'으로 규정하고, 이에 해당하는 사업을 1. 철도사업, 도시철도사업 및 항공운수사업, 2. 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유정제사업 및 석유공급사업, 3. 병원사업 및 혈액공급사업, 4. 한국은행사업, 5. 통신사업으로 하고 있으며, 노동조합법 시행령 제22조의2 별표 1에서 해당 필수공익사업의 필수유지업무를 자세히 규정하고 있음

한편, 노동위원회 결정서에 필수유지업무의 실질적 요건에 대한 판단이 반드시 명시되어야 하는지 여부에 대하여, 판례는 노동위원회 결정서에 필수유지업무의 실질적 요건에 대한 검토가 없는 경우이더라도 시행령 별표의 업무는 필수유지업무로서의 실질을

107) 헌법재판소 2011. 12. 29. 자 2010헌바385 결정 참조

가지고 있는 것으로 보아야 한다고 판단함[108]

이러한 필수유지업무에 대해서는 쟁의행위 기간 중에도 그 업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 쟁의행위를 할 수 없도록 하고 있음(노동조합법 제42조의 2 제2항)

1.3. 필수유지업무의 운영 절차

필수유지업무는 그 요건과 내용을 법령에서 정하고 있는데, 필수공익사업장에서 쟁의행위에 돌입할 경우 어떤 업무가 필수유지업무의 대상 업무가 되는지, 이를 유지·운영하기 위한 인력은 어느 정도 되는지 등은 사업장에 따라 다를 것이므로 그 내용을 다시 구체적으로 정하는 절차가 필요한 바, 노동조합법에서는 이에 관하여 구체적인 규정을 두고 있음(노동조합법 제42조의3 내지 6, 제69조, 제70조 제2항)

① 필수유지업무협정

필수공익사업장의 근로자와 사용자는 노동조합법 시행령에서 정한 필수유지업무 범위에서 그 유지·운영을 위한 필요최소한의 유지·운영수준, 대상직무, 필요인원 등 그 구체적 운용방법을 협정으로 체결하여야 하며, 필수유지업무협정 체결을 위한 교섭요구는 노동관계 당사자 어느 일방이 다른 일방에게 할 수 있음

② 필수유지업무협정의 내용

노사는 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 위한 필수유지업무의 필요 최소한의 범위를 쟁의권과 공익이 조화되는 합리적 범위에서 정할 필요가 있으므로 대상직무와 필요인원을 필수유지업무에 해당하는 직무중 서비스 제공에 필수불가결한 직무를 중심으로 정하게 되는데, 노동조합은 필수유지업무협정이 체결되는 등의 경우에 사용자에게 필수유지업무에 근무하는 조합원 중 쟁의행위기간 동안 근무하여야 할 조합원을 통보하여야 하고, 사용자는 이에 따라 근로자를 지명하고 이를 노동조합과 그 근로자에게

108) 서울고등법원 2011. 9.1. 선고 2010누31*** 판결(살피건대 위 각 규정의 체계상 필수유지업무를 정함에 있어서 노조법 제42조의 2 제1항이 필수공익사업의 업무 중 '대통령령이 정하는 업무로서 … 그 업무가 정지되거나 … 현저히 위태롭게 하는 업무'라고 규정하지 않고, 필수공익사업의 업무 중'그 업무가 정지되거나 … 현저히 위태롭게 하는 업무로서 … 대통령령이 정하는 업무'로 정하고 있는 점에 비추어, 노조법 시행령 제22조의 2에서 정한'천연가스의 인수, 제조, 저장 및 공급 업무 및 이와 관련된 시설의 긴급정비 및 안전관리 업무'는 곧바로 필수유지업무에 해당한다고 봄이 상당할뿐더러 실질적으로도 천연가스에 관한 위 일련의 업무들은 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무에 충분히 해당한다고 볼 수 있다).

통보하여야 하므로 이에 대한 절차를 정할 필요가 있음

또한, 기 통보 또는 지명된 조합원을 변경하는 절차나 필수유지업무협정의 유효기간에 대해서도 정할 필요가 있음

③ 필수유지업무협정서 체결

당해 필수공익사업 노동관계 당사자는 위와 같은 내용에 관하여 필수유지업무협정을 서면으로 체결하여 쌍방이 서명 또는 날인하여야 하나, 필수유지업무협정을 행정관청에 신고할 의무는 없고, 필수유지업무협정 체결을 위한 노사간 교섭은 근로조건의 결정을 둘러싼 단체교섭과는 다르므로 어느 일방이 교섭을 거부하는 경우에는 노동위원회에 결정을 신청할 수 있음

④ 노동위원회의 결정과 결정에 대한 불복

노사간에 협정이 체결되지 않을 경우 관계 당사자 일방 또는 쌍방은 노동위원회에그 결정을 신청하고 노동위원회는 이를 결정할 수 있음

이 경우 노동위원회는 특별조정위원회를 구성하여 사업장별 필수유지업무의 특성 및 내용 등을 고려하여 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요 인원 등을 정함

다만 필수유지업무제도는 노동위원회가 일방적 결정으로 쟁의권을 제한하는 직권중재제도에 대한 반성적 고려에서 도입된 제도이므로 노사간 교섭이 교착상태에 빠졌을 때에만 보충적으로 양 당사자 사이의 의견을 최대한 좁혀 노동위원회가 필수유지업무 유지수준을 결정하여야 함

노사도 양 당사자 사이의 필수유지업무협정 체결 교섭이 교착상태에 빠졌을 때 비로소 필수유지업무 결정을 신청해야 하고, 노동위원회도 노사 양 당사자 사이의 교섭이 불충분하다고 판단될 때에는 좀 더 적극적인 교섭을 권고하여 양 당사자의 의견 접근을 최대한 이끌어내도록 노력하여야 할 것임

한편, 지방노동위원회의 결정이 위법하거나 월권에 의한 것이라고 인정되는 경우 당사자는 결정서의 송달을 받은 날로부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심을 요청할 수 있고, 중앙노동위원회의 재심결정이 위법하거나 월권에 의한 것일 경우에는 재심결정서의 송달을 받은 날부터 15일 이내에 행정소송을 제기할 수 있음

2. 필수유지업무 결정 사례

2.1 필수유지업무 결정에 대한 불복사유 및 판단기준

가. 필수유지업무 결정의 취소사유가 위법·월권에 국한되는지

노동조합법 제42조의4 제5항에 의하면, 필수유지업무의 유지·운영 수준 등에 관한 노동위원회의 결정에 대한 불복절차에 관하여도 위 중재재정의 불복절차에 관한 법 제69조의 규정이 동일하게 적용되므로, 위 결정이 위법한 경우 또는 월권으로 결정을 한 경우와 같이 위법하거나 월권에 의한 것임을 이유로 하는 때에 한하여 불복할 수 있고, 단순히 노사 일방에게 불리한 내용이라는 사유만으로는 불복이 허용되지 아니한다는 것이 판례의 태도임[109]

【 서울고등법원 2010. 7. 23. 선고 2009누38* 판결 】**

"노동위원회의 중재재정은 그 절차가 위법하거나 그 내용이 근로기준법 위반 등으로 위법한 경우 또는 당사자 사이에 분쟁의 대상이 되어 있지 않은 사항이나 정당한 이유 없이 당사자의 분쟁범위를 벗어나는 부분에 대하여 월권으로 중재재정을 한 경우와 같이 위법이거나 월권에 의한 것임을 이유로 하는 때에 한하여 불복할 수 있고, 중재재정이 단순히 노사 어느 일방에게 불리한 내용이라는 사유만으로는 불복이 허용되지 않는다(대법원 2009. 8. 20. 선고 2008두8*** 판결 등 참조). 그리고 노동조합 및 노동관계조정 제42조의4 제5항에 의하면, 필수유지업무의 유지·운영 수준 등에 관한 노동위원회의 결정에 대한 불복절차에 관하여도 위 중재재정의 불복절차에 관한 법 제69조의 규정이 동일하게 적용되므로, 위 결정이 법 위반 등으로 위법한 경우 또는 필수유지업무의 범위를 벗어나는 부분에 대하여 월권으로 결정을 한 경우와 같이 위법하거나 월권에 의한 것임을 이유로 하는 때에 한하여 불복할 수 있고, 단순히 노사 일방에게 불리한 내용이라는 사유만으로는 불복이 허용되지 아니한다고 봄이 상당하다."

나. 필수유지업무 결정의 위법 여부에 관한 판단기준

1) 일반적인 기준

노동조합법은 필수유지업무의 유지·운영 수준 등에 관한 노동위원회의 결정에 대한 불복절차 및 그 효력에 관해 **중재재정의 불복절차를 준용**하므로, 이와 같은 입법취지에 의하면 법원은 필수유지업무 결정의 절차상의 위법이나 그 내용이 근로기준법 등 강행규정을 위반한 경우, 노동위원회의 필수유지업무 결정이 단체행동권을 본질적으로

109) 서울고등법원 2010. 7. 23. 선고 2009누38*** 판결

침해하는 경우 등 **중재재정의 위법, 월권 여부만 심사**할 뿐 그 실질적 내용에 대하여는 판단할 수 없다고 볼 것임[110]

2) 판례의 태도

법원으로서는 노동위원회의 필수유지업무 결정이 신청권 없는 자의 신청에 의한 경우, 필수유지업무 결정 절차 및 특별조정위원회의 구성, 의결과정 등이 노동관계 법령에 위반된 경우 등과 같은 절차상 위법이 있는지 또는 법 제42조의4 제2항의 문리해석상 필수유지업무의 유지·운영 수준, 대상직무, 필요인원이 '필요최소한'으로 결정되어야 함에도 노동위원회의 필수유지업무 결정이 필수유지업무에 속하지 않는 직무를 대상으로 삼거나 노동위원회의 필수유지업무 결정에서 정한 유지·운영 수준이 단체행동권을 본질적으로 침해하여 헌법의 단체행동권 보장정신을 무가치하게 만들 정도인 경우 등의 내용상 위법이 있거나 당사자 사이에 분쟁의 대상이 되어 있지 않은 사항이나 정당한 이유 없이 당사자의 분쟁범위를 벗어나는 부분에 대하여 결정한 경우 등의 월권이 있는지 여부만 심사할 수 있을 뿐, **필수유지업무 결정이 어느 일방에게 다소 유리한 것을 넘어 부당하다고 여겨지더라도 이른바 행정청의 재량권 남용법리에 따른 심사를 할 수는 없다고 보아야 함**[111]

따라서, 필수유지업무를 결정함에 마땅히 고려하였어야 할 기준들을 적절하게 적용하거나 고려하지 아니함으로써 결과적으로 그 **유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원의 산정이 모두 일방에게 지나치게 불리하여 부당하다는 취지는 필수유지업무 결정의 위법, 월권을 다투는 내용이라고 보기 어렵다는 것이 판례의 태도임**[112]

【 서울고등법원 2011. 7. 7. 선고 2011누* 판결 】**

"노조법 제42조의4 제5항에 의하면, 필수유지업무의 유지·운영 수준 등에 관한 노동위원회의 결정에 대한 불복절차에 관하여도 위 중재재정의 불복절차에 관한 노조법 제69조의 규정이 동일하게 적용되므로, 위 결정이 신청권이 없는 자가 결정을 신청하였음에도 필수유지업무결정을 내린 경우, 노동위원회의 필수유지업무결정에서 정한 유지·운영 수준이 단체행동권을 본질적으로 침해하여 헌법의 단체행동권 보장정신을 무가치하게 만들 정도인 경우, 필수유지업무결정 절차

110) 서울행정법원 2011. 5. 27. 선고2010구합46*** 판결(따라서 중재재정이 어느 일방에게 다소 유리한 것을 넘어 부당하더라도 법원은 이른바 행정청의 재량권 남용법리에 따른 심사를 할 수 없다. 한편, 이러한 법률의 취지는 필수유지업무제도는 공익과 쟁의권의 상호 조화와 양보를 통해 달성할 수 있는데 공익을 위하여 파업 중에도 유지되어야 할 필요최소한의 정도를 정하기 위해서는 매우 다양한 요소들을 고려하여야 하고 그 결정과정이 전문적이고 기술적이어서 이를 일도양단식으로 규범적 판단을 하는 것이 용이하지 않을 뿐 아니라 집단적 노사관계의 문제에 사법적 개입을 자제한다는 측면을 고려한 것으로 볼 수 있음)

111) 서울고등법원 2011. 9. 1. 선고 2010누31*** 판결

> 및 특별조정위원회의 구성, 의결과정 등이 노동관계 법령에 위반된 경우 등과 같이 위법이거나 월권에 의한 것임을 이유로 하는 때에 한하여 불복할 수 있고, 단순히 노사 어느 일방에게 불리한 내용이라는 사유만으로는 불복이 허용되지 아니한다고 보아야 한다.
>
> 나) 이 사건에 관하여 보건대, **원고의 이 부분 주장들은 필수유지업무를 결정함에 마땅히 고려하였어야 할 기준들을 적절하게 적용하거나 고려하지 아니함으로써 결과적으로 그 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원의 산정이 모두 원고에게 지나치게 불리하여 부당하다는 취지**이어서, 이 사건 필수유지업무결정의 위법, 월권을 다투는 내용이라고 보기 어렵고, 나아가 다음과 같은 사정에 비추어볼 때, 이 사건 재심결정이 참가인 노조의 단체행동권을 본질적으로 침해하는 정도에 이른 것으로 보기 어렵다."

2.2 필수유지업무 결정의 절차적 위법성 문제

가. 신청적격

1) 문제의 소재

노동조합법은 필수유지업무 결정을 신청할 수 있는 자를 '노동관계 당사자'라고 규정하는데, 노동관계 당사자가 단순히 당해 필수유지업무의 대상 사업인 필수공익사업을 직접 영위하는 사용자 및 그 노동조합을 의미하는지, 아니면 필수공익사업을 직접 영위하지 않더라도 도급·위탁 등을 통하여 그 필수유지업무에 속하는 업무의 일부를 수행하고 있다면 그와 같은 수급수탁업체의 사용자 및 노동조합도 포함하는지 문제됨

2) 판례의 태도

판례는 노동조합법이 필수유지업무의 수행주체와 필수유지업무협정의 체결주체, 신청주체를 모두 필수공익사업의 운영주체로 한정하고 있지 않으므로 필수유지업무는 **필수공익사업의 운영주체가 직접 이를 수행하는지 여부와 관계없이 외주업체가 필수유지업무 결정을 신청할 당사자적격이 있다**고 함[113]

판례는 **병원사업의 일부 업무를 도급받아 운영하는 업체의 필수유지업무 결정 신청권을 인정**하여 필수공익사업의 직접 운영주체가 아니어도 필수유지업무 결정 신청을 할 수 있다는 취지로 판단함

112) 서울고등법원 2011. 7. 7. 선고 2011누*** 판결
113) 서울고등법원 2010. 7. 23. 선고 2009누38*** 판결[1심 판결(서울행법 2009구합16***)을 인용함]

【 서울고등법원 2010. 7. 23. 선고 2009누38*** 판결 】

"① 참가인 회사가 필수공익사업인 병원사업을 운영하고 있는 ○○대학교병원측으로부터 수탁받아 수행하고 있는 이 사건 업무는 법 제42조의2 제1항, 제71조 제2항 제3호, 법 시행령 제22조의2 [별표 1] 제7호 다목에 정한 필수유지업무에 해당한다.

② 법 제42조의2와 제42조의3, 그리고 제42조의4 제1항은 필수유지업무의 수행주체와 필수유지업무협정의 체결주체, 그리고 필수유지업무 결정의 신청주체를 모두 필수공익사업의 운영주체로 한정하고 있지 않다.

③ 필수유지업무는 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무이기 때문에 필수공익사업의 운영주체가 직접 이를 수행하는지 여부와 관계없이 항상 최소한의 범위 내에서 그 유지 운영이 담보되어야 할 필요가 있다.

④ ○○대학교병원측이 참가인 회사에 필수유지업무인 이 사건 업무를 위탁하여 병원사업을 운영하고 있다는 사정만으로 곧바로 이 사건 업무의 대체가 용이하다고 단정하기는 어렵다."

나. 필수유지업무 결정 신청사건의 관장

필수유지업무결정 신청사건의 관장과 관련, 필수유지업무 결정 신청사건은 노동쟁의 조정 또는 중재사건과 성격이 같으므로 노동위원회법 제3조 제1항 제2호에 따라 2이상의 **지방노동위원회의 관할구역에 걸친 노동쟁의의 조정사건**은 중앙노동위원회가 해당 사건을 관장하여야 하는지 문제되나, 다수의 하급심 판례는 필수유지업무 결정을 노동쟁의의 조정사건이라고 볼 수 없으므로 **노동위원회법 제3조 제2항에 따라 지방노동위원회에서 관장하면 된다고 판결함**[114]

【 서울고등법원 2011. 9. 1. 선고 2010누31*** 판결 】

"노동위원회법 제3조 제1항 제2호에 의하면, 2 이상의 지방노동위원회의 관할구역에 걸친 노동쟁의 조정사건은 중앙노동위원회가 관장하도록 되어 있는 반면에, 같은 조 제2항, 제5항에 의하면, 노동쟁의 조정사건을 제외한 사건이 2 이상의 관할구역에 걸쳐 있는 경우에는 주된 사업장의 소재지를 관할하는 지방노동위원회가 관장하도록 하고 있는데, 구 노조법 제42조의4 제3항은 필수유지업무결정을 제72조의 규정에 따른 특별조정위원회에서 담당한다고 규정하고 있으나, 이는 필수유지업무 결정이 노동쟁의 조정 사건과 같아서가 아니라 특별조정위원으로 구성되는 특별조정위원회에서 필수유지 업무결정 사건을 관장하도록 하는 규정에 불과한 것으로 보이는 점, 필수유지업무에 관한 분쟁상태는 그 내용상 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로조건의 결정에 관한 분쟁이 아니므로 구 노조법 제2조 제5호 소정의 노동쟁의에 해당되는 것으로

114) 서울고등법원 2011. 9. 1. 선고 2010누31***판결

보기 어려운 점, 구 노조법 제42조의4 제5항이 준용하는 제69조 제1항에 의하면 관계 당사자는 지방노동위원회의 중재재정에 대하여 중앙노동위원회에 재심을 신청하도록 규정하고 있는 점, 노동위원회 규칙 제30조 제2항에서는 지방노동위원회의 관장 사항으로 노동쟁의 조정사건과 별도로 필수유지업무 결정사건을 규정하고 있는 점 등에 비추어보면, 필수유지업무의 유지·운영수준 등의 결정신청 사건은 노동쟁의의 조정사건과 같은 것으로 볼 수 없으므로 이 사건 필수유지업무 결정의 관할은 중앙노동위원회가 아니라 주된 사업장 소재지의 지방노동위원회임이 명백하고 …(중략)… 경기지방노동위원회가 이 사건 필수유지업무 결정을 한 것이 위법하다고 볼 수 없다."

다. 법제42조의4 제1항 '필수유지업무협정이 체결되지 아니하는 때'의 의미

1) 일반론

노동조합법 제42조의3, 제42조의4 제1항의 각 규정에 의하면, 노사는 필수유지업무의 정당한 유지·운영 수준을 위하여 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준 등을 정한 협정을 체결하여야 하고, 협정이 체결되지 않은 때에는 노동위원회에 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준 등에 대한 결정 신청을 하여야 함

한편, 노동조합법 시행규칙 제12조의2에 의하면, 필수유지업무의 필요최소한의 유지·운영수준 등에 대한 결정 신청을 할 때에는 사업장 개요(제1호), 필수유지업무 협정 미체결 경위(제2호) 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준 등에 대한 의견의 불일치 및 이에 대한 당사자의 주장(제3호) 등을 적은 서류를 제출하여야 함

이러한 규정은 노동위원회가 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준 등의 결정 과정에 개입하는 것을 노사의 자율적 교섭이 교착 상태에 이르러 교섭의 전개 가능성이 없거나 기대하기 어려운 상황으로 제한한 것으로 보이는바, 이러한 취지에 비추어 볼 때, 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준에 대한 아무런 협의가 없었던 상태에서 노사 일방이 노동위원회에 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준에 대한 결정신청을 하는 것은 적절하지 아니함

2) 구체적인 사례

필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준 등에 대한 결정 절차를 진행하고 있는 중이라도, 노사 양측이 자율적으로 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준 등에 대한 협정을 체결할 수 있다고 할 것임에도 노동조합과 사용자는 따로 교섭을 하지 않은 경우[115]는 필수유지업무협정이 체결되지 아니하는 때에 있었다고 할 것임

【 서울고등법원 2011. 9. 1. 선고 2010누31*** 판결 】

"위 인정사실에 의하면, 참가인이 2008. 2. 11., 2008. 2. 26. 한국○○공사지부에 필수유지업무 교섭을 요구하였으나, 한국○○공사지부로부터 필수유지업무 협정체결을 위한 교섭권을 원고에게 위임하였다는 통지를 받고, 2008. 3. 18. 원고에게 위 교섭을 요구하였다가 원고의 상급단체인 ○○운수연맹으로부터 2008. 4. 8. **참가인에게 '한국○○공사지부 및 원고로부터 교섭권을 위임받았으니 다른 필수공익사업장과 함께 집단교섭을 할 것'을 요청 받고, 성격이 다른 산업부문과 함께 교섭하여 협정을 체결하는 것은 부당하다는 관점에서 위 요청을 거부한 사실**을 인정할 수 있고, 참가인이 필수유지업무결정 신청을 한 2008. 5. 6.은 노사 간의 약 3개월간의 노력이 아무런 결실을 보지 못한 시점으로서 필수유지업무 제도가 2008. 1. 1.부터 새롭게 시행되어 그에 따른 필수유지업무결정이 필요한 상태였던 점, **원고는 경인지방노동위원회가 개최한 현장조사, 특별조정회의 및 자료제출에 전혀 응하지 않은 점, 지방노동위원회나 중앙노동위원회가 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영수준 등에 대한 결정절차를 진행 하고 있는 중 이라도, 노사 양측이 자율적으로 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영수준 등에 대한 협정을 체결할 수 있다고 할 것임에도 원고와 참가인은 따로 교섭을 하지 않은 것으로 보이는 점** 등이 사건 재심판정에 이르기까지의 과정에 비추어 볼 때, **참가인이 이 사건 결정신청을 할 무렵에는 원고와 참가인 사이에 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영수준 등에 대한 자율적 교섭의 전개를 기대하기 어려운 상황 이었다고 봄이 상당하고,** 원고와 참가인 간에 자율교섭을 위한 기회가 보장되지 않았다고 보기 어려우므로, 원고와 참가인은 구 노조법 제42조의4 제1항 소정의 '필수유지 업무협정이 체결되지 아니하는 때'에 있었다고 할 것이다."

라. 교섭이 미진한 경우 행정지도의 가능 여부

필수유지업무는 결정 절차에 이르기 전에 반드시 노사 간에 자율적인 협정체결을 위한 교섭을 전제로 하고 있고, 교섭과정을 통해 이루어진 의견교환 내용을 필수유지업무 결정에 고려요소로 삼아야 한다는 점을 근거로 필수유지업무 결정의 경우에도 조정사건과 같이 교섭이 미진할 경우에는 행정지도를 하여야 한다는 주장이 있을 수 있으나 판례는 **필수유지업무 사건은 조정사건이 아니므로 교섭이 미진한 경우에 필수유지업무 결정신청이 있더라도 노동위원회가 이를 행정지도할 의무는 없다**고 보고 있음[116]

【 서울행정법원 2010. 7. 16. 선고 2009구합22*** 판결 】

"노조법, 노동위원회법 등 관련 법령에서 필수유지업무협정 체결에 있어서 노사간에 자율적 교섭을 원칙으로 하고 있다고 할 것이나 **노사 일방이 협정체결을 지연한다거나 상당한 시간이 경과하였음에도 협정이 체결되지 아니한 경우까지 협정 체결을 위한 협의를 지속하도록 요구하는 것은 아니라고 할 것이다.**"

115) 서울고등법원 2011. 9. 1. 선고 2010누31*** 판결
116) 서울행정법원 2010. 7. 16. 선고 2009구합2*** 판결

2.3 필수유지업무 결정대상

가. 대상직무·필요인원의 결정

1) 대상직무 특정 방법

대상직무를 특정하는 방법은 ① 실질적인 직무를 기준으로 결정하는 방법(예 : 중앙관제업무), ② 대상직무가 이루어지는 장소를 하나의 직무로 결정하는 방법(예 : 중환자실 업무), ③ 부서의 업무를 하나의 직무로 결정하는 방법, ④ 직종을 하나의 직무로 결정하는 방법(예 : 보조기관사 업무) 등이 있을 수 있음

판례는 "노동조합법 시행령에서 정한 필수유지업무가 여러 직종별로 나뉘어져 운영되고 있는 경우에는 각 직종별로 필요인원을 정할 필요가 있다. 그렇지 아니 하면, 실제 쟁의행위가 발생하였을 때 노사 간에 해석을 둘러싼 다툼이 발생할 소지가 크다"고 하여 직종별로 대상 직무를 특정하거나,[117] 병원사업의 경우 업무가 직종별로 세분화, 전문화 되어 있어 직종이 다른 근로자들 사이의 대체가 쉽지 않는 점 등에 비추어 직종별로 필수유지업무를 결정하는 것이 해당업무 소속 근로자 전체를 기준으로 하는 것보다 합리적이라고 함[118]

2) 대상직무의 범위 결정에 관한 구체적인 사례

판례는 병원 사업 관련 사건에서 형식적으로 대통령령 별표에 명시적으로 규정되어 있지 않더라도 필수유지 대상 직무로 본 사례가 있음[119]

【 서울고등법원 2011. 6. 16. 선고 2010누40*판결 】**

"⑥ 노조법 시행령 제22조의2 [별표 1] 제7호 나목에서 필수유지업무로 규정한 '수술업무'란 수술행위 그 자체만을 의미하는 것이 아니라 수술을 준비하고, 행하며, 마무리하는 수술과정 전반과 관련한 업무를 의미한다고 할 것인데, 중앙공급실은 수술기구 및 재료를 준비하는 업무를 담당하는 부서로서 그 업무도 수술업무로 보아야 한다.

⑦ 피고는 응급의료, 중환자 치료, 분만, 수술, 투석업무의 수행을 위한 진단검사, 응급약제 업무, 치료식 환자급식, 산소공급, 비상발전 및 냉난방업무의 유지·운영수준을 결정함에 있어 위 진단검사 등의 담당 직원이 위 응급의료 등의 업무를 지원하는 근로자와 다른 업무를 지원하는 근로자가 명백히 구분되어 있지 않은 점 등을 고려하면 모든 지원대상업무를 기준으로 유지·운영수준 인원을 결정하였다고 하여 위법하다고 할 수 없다."

117) 서울고등법원 2011. 5. 11. 선고 2010누3*** 판결
118) 서울고등법원 2011. 6. 16. 선고 2010누40*** 판결
119) 서울고등법원 2011. 6. 16. 선고 2010누40*** 판결

판례는 철도 사업 관련 사건에서는 독자적으로 시행령 상의 필수유지업무에 해당하지 않음에도 불구하고 이를 대상 직무에 추가하거나 열차승무원을 필요인원에 추가하는 것은 자칫 필수유지업무제도의 취지에 반하여 과도한 노동쟁의권의 제한이 될 우려가 있으므로 허용될 수 없다는 취지로 판시한 바 있음[120]

【 서울고등법원 2010. 6. 10. 선고 2009누38* 판결 】**

"(2) 열차승무업무가 필수유지업무에 해당하는지 여부

법 제42조의2 제1항에 의하면 필수유지업무라 함은 같은 법 제71조 제2항의 규정에 따른 필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 말하고, 법 시행령 별표 1은 철도사업과 도시철도사업의 필수유지업무로서 철도·도시철도 차량의 운전 업무, 철도·도시철도 차량 운행의 관제 업무(정거장·차량기지 등에서 철도신호 등을 취급하는 운전취급 업무를 포함한다), 철도·도시철도 차량 운행에 필요한 전기시설·설비를 유지·관리하는 업무, 철도·도시철도 차량 운행에 필요한 전기시설·설비를 유지·관리하는 업무, 철도·도시철도 차량운행과 이용자의 안전에 필요한 신호시설·설비를 유지, 관리하는 업무, 철도·도시철도 차량 운행에 필요한 통신시설·설비를 유지·관리하는 업무, 안전 운행을 위하여 필요한 차량의 일상적인 점검이나 정비 업무, 선로점검·보수 업무를 규정하고 있다.

한편, 갑 4호증의1 내지 7, 갑 5호증의1 내지 3의 각 기재에 의하면 원고는 ○○○ (고속열차), 새마을호, 무궁화호, 통근열차와 같은 일반열차와 서울지역과 수도권지역 여객운송을 하는 수도권전동열차를 운행하고 있는데, 내부규정상 이들 열차승무원은 ① 열차의 출발 전후에 열차 출입문을 개폐하고 승객의 승하차 상태를 확인한 후 이상 이 없을 시 기관사에게 출발전호를 보내어 열차가 안전하게 출발할 수 있도록 하는 업무(운전취급규정 제50조 제3호, 제81조 제3항, 제310조 제1호, 311조 제3호, 제315조, 제316조 등), ② 전동열차승무원의 경우 정차역 정차여부 및 정위치 정차를 확인하여 불량시 비상정차를 시키고 정차위치를 수정하는 업무(전동열차 차장 업무 매뉴얼 참조), ③ 열차의 각종 기기 및 설비를 확인, 점검하여 이상시 응급조치 하는 업무(운전취급규정 제31조 제2호, 철도차량관리지침 제99조 등), ④ 일반열차승무원의 경우 무인역에서 신호 및 선로전환기를 취급하는 업무, ⑤ 열차사고나 열차장애와 같은 비상사태 발생시 열차방호 및 구원을 위하여 기관사에게 전호를 보내는 업무(운전취급규정 제103조 제2항, 제379조 등) 등을 담당하고 있음을 알 수 있다.

살피건대, 위 각 규정 및 인정사실에 의하면, **열차승무원의 위업무 중 ①, ②는 법 시행령 별표 1 필수유지업무 중 '1의 가. 철도. 도시철도 차량의 운전업무'로, ③은 '1 의 바. 안전 운행을 위하여 필요한 차량의 일상적인 점검이나 정비 업무'로, ④는 '1의 나. 철도·도시철도 차량 운행의 관제 업무'로 모두 포섭 가능한 것으로 보이는데, 앞서 본 바와 같이 위 각 필수유지업무에 대하여 이미 별지 1 기재와 같이 대상직무별 필요최소한의 유지 운영수준(%), 필요인원 등이 구체적으로 정하여진 이상 위 필요인원 및 운영수준만으로도 정상적인 열차운행을**

120) 서울고등법원 2010. 6. 10. 선고 2009누38*** 판결

위한 최소한의 조건이 충족된 것으로 봄이 상당하고, 나아가 열차승무원의 업무가 독자적으로 시행령 상의 필수유지업무에 해당하지 않음에도 불구하고 이를 대상직무에 추가하거나 열차승무원을 필요인원에 추가 하는 것은 자칫 필수유지업무제도의 취지에 반하여 과도한 노동쟁의권의 제한이 될 우려가 있으므로 허용될 수 없다."

무인경전철의 비상운전업무 등은 노동조합법 시행령 제22조의2 [별표 1] 제1호의 가항에서 규정한 '도시철도 차량의 운전업무'에 해당하지 않는다고 판단한 사례[121]

나. 필수유지업무의 유지·운영수준

판례는 필수유지업무의 유지·운영 수준을 평상시 업무 수준을 기준으로 결정하는 것이 상당하고 이러한 결정이 단체행동권의 행사를 무의미하게 만드는 것은 아니라는 이유로 **필수유지업무의 유지·운영수준을 평상시의 100%로 정한 것**은 필요최소한의 범위 내에 있다고 판시한 바 있음[122]

【 서울고등법원 2011. 9. 1. 선고 2010누31* 판결 】**

"이 사건 초심결정이 가스사업의 설비 및 운영의 특성과 가스공급 시스템의 특성, 참가인의 가스공급 시장에서의 독점성 등을 감안하여 업무별 중요도와 근무형태 등을 상세히 분석한 다음 그 필요인원을 산정하였는데, 그 결과 일부 업무의 경우에는 필요인원의 현원 대비율이 100%에 이르기도 하나, 천연가스 인수 업무, 제조 및 공급 시설의 운전 및 긴급정비, 제조시설 소방업무 부분의 경우에는 필요인원을 현원보다 대폭 낮게 산정하였고, 참가인의 신청대상 업무 중 긴급정비업무의 예방정비와 정기정비업무, 사옥부대시설 정비업무 및 안전관리업무의 당직 및 비상계획업무를 제외하는 등 위 업무분석에 따른 대상직무 및 필요인원을 차등적으로 산정하여 결정하였다.

이 사건 초심결정은 필수유지업무의 유지·운영수준을 100%로 보아 필요인 원을 1,032명으로 결정하였는바, 그 비율이 대상직무 인원의 67.45%(1,032/1,530)에 이르기는 하나, 정원 대비 36.6%(1,032/2,816), 전체 조합원 대비 42.1%(1,032/2,449)에 불과하여 원고 또는 한국○○공사지부 조합원의 단체행동권을 상당한 정도로 보장하고 있고, 이 사건 초심결정에 따라 파업이 이루어질 경우 참가인의 수익성이나 운영효율성은 불가피하게 떨어질 것은 분명하므로, 이를 담보로 한 단체행동권의 행사목적 달성이 가능하다고 할 것이어서 이와 같은 비율이 원고 내지 개별 조합원들의 단체행동권을 유명무실하게 할 정도에 이르렀다고 보기 어렵다."

병원의 경우 일시적인 태업만으로도 환자를 비롯한 전체 국민의 생명, 신체, 건강에 돌이킬 수 없는 치명적인 결과를 야기할 수 있는 필수서비스이므로, 그 필요 최소한의

121) 서울행정법원 2012. 5. 24. 선고 2011구합35***판결
122) 서울고등법원 2011. 9. 1. 선고 2010누31***판결

유지·운영수준이나 대상직무, 필요인원을 정함에 있어 다른 업무보다 관대한 기준을 적용하는 것이 타당함[123]

따라서, 병원사업의 필수유지업무의 유지·운영 수준을 **평상시 업무 수준을 기준으로 결정하는 것이 상당하고 이러한 결정이 단체행동권의 행사를 무의미하게 만드는 것은 아니라고 봄**

【 서울고등법원 2011. 6. 16. 선고 2010누40* 판결 】**

"(나) 병원의 경우는 일시적인 태업만으로도 적시에 치료를 받지 못함으로써 환자를 비롯한 전체 국민의 생명, 신체, 건강에 돌이킬 수 없는 치명적인 결과를 야기할 수 있는 필수서비스이므로, 그 필요 최소한의 유지·운영 수준이나 대상직무 및 필요인원을 정함에 있어 다른 업무보다 관대한 기준을 적용하는 것이 타당하다.

(다) 의료법상 의사, 간호사 등의 각 업무는 엄연히 구분되어 있는 점, 의료업무는 전문적인 기술을 요하는 부분이 많을 뿐만 아니라 그 기술의 발달 속도가 빨라 그 업무가 직종별로 세분화, 전문화되어 있으므로 직종이 다른 근로자들 사이의 대체가 용이하지 않은 점, 위와 같은 사정으로 다른 병원으로부터 대체인력을 수급하는 것도 어려운 점, 대체인력의 투입 여부는 사용자의 결정에 달려 있는 점 등에 비추어 보면, 의사 등 대체인력을 고려하여야 한다고 볼 수 없다. 병원을 찾는 환자가 평일과 휴일, 주간과 야간을 구별하여 병원응급실, 분만실 등을 찾는 것은 아닌 점, 쟁의행위가 어느 정도 지속될지는 사전에 예측할 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 병원사업의 필수유지업무의 유지·운영 수준을 평상시 업무 수준을 기준으로 결정하는 것이 상당하고 이러한 결정이 단체행동권의 행사를 무의미하게 만드는 것은 아니다."

2.4 필수유지업무 결정방법

가. 대체근로 또는 도급 등을 고려하지 않은 것이 위법인지

필요인원을 정할 때 사용자가 쟁의행위기간 중 그 쟁의행위로 인해 중단된 업무의 수행을 위해 노동조합법 제43조 제3항 및 제4항에 의해 근로자를 채용·대체하거나 도급·하도급을 이용하는 것을 고려하여 정하지 않으면 위법인지 여부가 문제되나

판례는 필수유지업무에 근무해야 하는 필요인원은 파업참가자가 아니므로 대체근로, 도급 등은 필수유지업무 종사자가 아닌 근로자를 대상으로 하는 것이므로 필수유지업무 결정에 이를 고려할 필요가 없다고 보았음[124][125]

123) 서울고등법원 2011. 6. 16. 선고 2010누4*** 판결
124) 서울행정법원 2010. 7. 16. 선고 2009구합22*** 판결
125) 서울행정법원 2010. 9. 9. 선고 2009구합27*** 판결

【 서울행정법원 2010. 9. 9. 선고 2009구합27* 판결 】**

"의료법상 의사, 간호사 등의 각 업무는 엄연히 구분되어 있을 뿐더러 의료업무는 전문적인 기술을 요하는 부분이 많고 그 기술의 발달 속도도 빨라 그 업무가 직종별로 아주 세분화, 전문화되어 있어 직종이 다른 근로자들 사이의 대체가 쉽지 않고, 다른 병원으로부터 대체인력을 수급하는 것도 사실상 어려울 것으로 보인다.

또한, 노조법 제43조 제3항, 제4항에 의하면, 필수공익사업의 사용자는 당해 사업 또는 사업장 파업 참가자의 100분의 50을 초과하지 않는 범위 안에서 쟁의행위기간 중에 한하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 있는바, 필수유지업무에 근무해야 하는 필요인원은 파업참가자가 아니므로 대체고용인원은 필요인원을 제외한 파업참가자를 기준으로 하여야 할 것이므로, 필요인원을 산정함에 있어서는 대체고용여부를 고려할 것이 아니다."

【 서울행정법원 2010. 7. 16. 선고 2009구합22* 판결 】**

"필수유지업무 유지·운영 수준은 쟁의행위기간 동안 당해 필수유지업무에 종사하는 비조합원의 근로제공을 전제로 하고 있는 점, 대체근로는 쟁의행위 개시 이후에 사용자의 경영상 판단에 의하여 투입 여부가 결정되는 점, 철도사업의 근로자는 철도안전법 등 철도사업과 관련한 법령에서 일정한 자격을 갖출 것을 요구하는 경우가 많은 점, 철도관련 업무는 경험이 필요할 뿐만 아니라 전문적 지식이 필요한 업무가 많은 점 등에 비추어 보면, 충남지노위가 대체인력을 고려하지 않았다고 하여 부당하다고 할 수 없다."

나. 대체수단을 고려하지 않은 것이 위법인지

철도파업의 경우 다른 교통수단의 존재, 병원파업의 경우 다른 진료기관의 존재 등 필수공익사업을 대체할 다른 사업주체가 있는지 여부를 고려하여 결정을 하여야 하는지 여부가 문제됨

판례는 다른 대체수단을 고려하여 볼 필요는 있으나, 이를 고려하지 않았다고 하여 필수유지업무 결정이 위법이라고 볼 수는 없다고 판시함[126]

【 서울행정법원 2010. 7. 16. 선고 2009구합22*판결 】**

"운송수단의 다양성, 타 교통수단과의 수송실적, 국도 현황 등에 비추어 보면, 열차 운행률의 결정에 타 교통수단으로의 대체가능성도 고려해 봄직하다.

그러나 철도의 고속화로 중장거리 주요 시도간 연계수송 수요에 대한 집중된 분담률과 도시철도의 조밀화, 광역화로 단거리 수송수요에 대한 분담률이 높은 현실에서 쟁의행위시 긴급한 대체교통수단의 확보가 쉽지 않은 점, 교통수단별 수송분담률 중 철도 운송분담률이 상당한 비중을 차지하는 점, 고속 및 일반철도차량의 경우 차종별로 운행방식 이용목적 이용승객의 특성

126) 서울행정법원 2010. 7. 16. 선고 2009구합22***판결

에 따라 운행률을 결정하고, 공역철도차량의 경우 열차의 감축운행 가능성과 혼잡도를 기준으로 하여 결정하되, 운행횟수 감축에 따른 배차 시격 증가에 대한 국민의 수용가능성 및 생계지장 여부 등에 타 교통수단의 대체 가능성이 감안되었다고 할 것인 점 등에 비추어 보면, 충남지노위가 결정을 함에 있어 타 교통수단으로의 대체가능성을 직접 고려하지 않았다는 사정만으로 위 결정이 위법하다거나 월권에 의한 것이라고 보기 어렵다."

다. 대체인력을 고려하지 않은 것이 위법인지

노동위원회가 필요인원을 결정할 때에 사용자가 쟁의행위시 사업 내 다른 근로자들로 쟁의행위 근로자들을 대체할 것을 고려하지 않은 것이 위법한지 여부에 대해,

판례는 사용자의 대체인력 투입은 필연적으로 뒤따르는 조치라기보다는 가능성 있는 조치에 불과하므로, 쟁의행위 시에 항상 있는 것이 아니므로 이를 고려하지 않더라도 위법하지 않다고 봄[127]

3. 필수유지업무협정·결정과 쟁의행위

3.1 문제의 소재

필수유지업무 근무 조합원으로 지명된 자가 쟁의행위에 참가한 경우, 공중의 생명·보건·신체의 안전이나 일상생활에 위해가 발생할 것을 기다릴 것 없이 노동조합법 제42조의2 제2항에서 정한 필수유지업무 방해죄가 성립하는지 문제됨

3.2 판례의 태도

이에 대하여 최근 대법원은 국제공항에서 파업기간 동안 필수유지업무자로 지명되었음에도 불구하고 **파업에 참가하기 위해 근무지에서 이탈하였더라도 실제 운영에 있어 지연 등 별다른 문제가 발생하지 않아** 필수유지업무의 '정당한' 유지·운영이 방해받았다고 평가하기도 어려운 경우 **노동조합법 제42조의2 제2항 위반이라고 할 수 없다고 판결**하여 필수유지업무의 유지운영을 정지폐지 또는 방해하는 행위가 있다는 점만으로 위 죄가 성립하는 것은 아니고 공중의 생명보건신체의 안전이나 일상생활에 대한 구체적 위험이 발생하여야만 그 죄가 성립한다는 입장을 명확히 하였음[128]

127) 서울행정법원 2010. 9. 3. 선고 2009구합34*** 판결
128) 대법원 2016. 4. 12. 선고 2015도17*** 판결

【 대법원 2016. 4. 12. 선고 2015도17* 판결 】**

"노동조합 및 노동관계조정법 제42조의2 제2항은 필수유지 업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위를 쟁의행위로 할 수 없고 이를 위반할 경우 처벌한다고 규정하고 있을 뿐, 그 결정을 위반하는 행위 자체를 처벌하는 규정을 두고 있지 아니하며, 필수유지업무 결정의 내용이 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영을 초과하는 경우가 있을 수 있고, 혹은 쟁의행위가 필수유지업무결정의 구체적 내용을 위반하지만 필수유지업무의 '정당한' 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 결과를 초래하지는 않을 수 있기에, 그 결정을 위반하였다는 이유만으로 처벌의 대상이 될 수는 없는 점, 그런데 이 사건 필수유지업무 결정에 따른 운영 인력은 2개 탑승교 운영까지 가능한 수준이었기에, 필요 최소한의 운영을 상당한 정도로 초과하는 내용으로 보이며, 더욱이 실제 운영에 있어 지연 등 별다른 문제가 발생하지 않아 피고인들의 행위로 인해 필수유지업무의 '정당한' 유지·운영이 방해받았다고 평가하기도 어려운 점, 검사는 당심에서 쟁의 당시 사고 기사를 언급하며 위험이 현실화되었다고 주장하나, 이는 인천공항공사가 필수유지업무에서 빠진 탑승교까지 운영하기 위해 투입한 미숙련 대체인력에 의한 사고로 보일 뿐, 피고인들이나 피고인들이 속한 노동조합의 잘못으로 보이지 않는 점 등을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들이 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지하는 쟁의행위를 하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다."

제 4 장
부당노동행위

제 I 절 총론 / 205

1. 부당노동행위제도 개관 / 205
2. 부당노동행위 구제절차 / 210

제2절 불이익취급 / 237

1. 불이익취급 개관 / 237
2. 불이익취급의 요건 / 238

제3절 반조합계약 / 293

1. 반조합계약 개관 / 293
2. 유니언 숍 협정 / 293

제4절 단체교섭 거부 · 해태 / 299

1. 단체교섭 거부 · 해태 개관 / 299
2. 단체교섭 거부의 정당성 / 324

제5절 지배·개입 / 344

1. 지배·개입 개관 / 344
2. 지배·개입에 대한 구체적인 검토 / 346

제1절 총론

1. 부당노동행위제도 개관

1.1 부당노동행위제도의 의의

부당노동행위제도는 노동3권 보장질서에 대한 사용자측의 침해를 막기 위한 제도로서 "부당노동행위"란 근로자 또는 근로자단체가 헌법이 보장하고 있는 노동3권을 자주적으로 행사하지 못하도록 방해하거나 개입하는 사용자의 행위를 의미함

부당노동행위제도의 목적에 대하여 판례는 집단적 노사관계질서를 파괴하는 사용자의 행위를 예방·제거함으로써 **근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 확보하여 노사관계의 질서를 신속하게 정상화하고자 함**에 그 목적이 있다고 하여 **개별적 근로관계에 있어 근로자에 대한 권리침해를 구제하기 위한 부당해고 등 구제제도의 목적과 구별**된다고 함[1)]

이러한 부당노동행위 제도는 우선 헌법 제33조 제1항의 단결권 등의 보장을 확인하고 구체화한 것이라는 성격을 가짐과 동시에 사법적 구제와는 별도로 노동위원회를 통한 행정적 구제제도를 마련하고 사용자의 부당노동행위에 대하여 처벌까지 하도록 한 점에서 특별한 제도적 배려라고 할 수 있으며, 단결권 보장을 통하여 형성되는 단결권 보장질서를 유지하려는 데 그 목적이 있다 할 것임

따라서, 부당노동행위에 해당하는가 여부를 판단함에 있어서는 사용자의 행위가 객관적인 단결권 보장질서를 침해하였는가 여부가 중요한 관점이며, 이러한 점에서 주관적인 권리침해 여부를 중시하는 불법행위와 다르며 권리침해의 결과발생도 불필요함

노동조합법 제81조는 부당노동행위로서 ① 노동조합의 조직·가입·활동에 대한 불이익대우 (제1호) ② 황견계약의 체결 (제2호) ③ 단체교섭의 거부 또는 해태 (제3호) ④ 노동조합의 조직·운영에 대한 지배·개입과 경비원조 (제4호) ⑤ 단체행동에의 참가 기타 노동위원회와 관계되는 행위에 대한 불이익대우(제5호) 등 5가지 유형의 행위를 규정하고 있고, 노동조합법 제82조 이하에서 노동위원회를 통한 특별한 구제절차와

1) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97누7*** 판결

형사처벌을 규정하고 있음. 부당노동행위제도는 법이 설정한 금지규범과 그 위반의 구제 절차 및 처벌을 총칭함

1.2 부당노동행위의 주체

가. 원칙

부당노동행위를 하지 않을 의무를 부담하는 주체는 노동조합법 제81조가 "사용자는~ 행위를 할 수 없다"라고 규정하고 있음에 비추어 알 수 있듯이 사용자이며, 이때의 **사용자란 노동조합법 제2조 제2호가 정의하고 있는 사용자, 즉 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말함**

1) 사업주

'사업주'라 함은 사업 또는 사업장의 경영주체로서 **개인사업체의 개인** 및 **회사 기타 법인체의 법인**을 뜻함

2) 사업의 경영담당자

'사업의 경영담당자'라 함은 **사업경영 일반에 관하여 책임을 지는 자**로서 사업주로부터 사업경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 자를 말함[2)]

사업의 일부에 대하여 대표권을 가지는 상법상 지배인(상법 제11조)이나 **학교법인이 설립하여 경영하는 영조물의 대표자인 의료원장**[3)]**이나 학교장**[4)] 도 사업경영담당자에 해당함

사업경영담당자는 노동조합법에 규정된 사용자로서 개별 규정 취지에 따라 사용자

---

2) 이에 해당하는 자로서는 주식회사의 대표이사(상법 제389조 제3항, 제209조), 합명회사·합자회사의 업무집행사원(상법 제200조, 제201조, 제202조, 제209조, 제269조), 유한회사의 이사(상법 제562조), 회생회사의 관리인(채무자회생 및 파산에 관한 법률 제74조), 상법상 지배인(상법 제11조)등을 들 수 있음. 단, 주식회사의 이사는 대표이사와는 달리 업무집행에 관하여 회사를 대표하거나 대리하는 지위에 있는 것이 아니라 이사회의 구성원으로서 업무집행에 관한 의사결정에 참여하는 것에 불과하므로 여기서 말하는 사업의 경영담당자에는 해당하지 아니함('노동조합 및 노동관계조정법', 사법연수원, 2016, 50p)

3) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도1*** 판결(대학교 의료원장은 의료원을 대표하며 의료원 산하 각 병원 및 기관의 운영 전반을 관장하고, 의료원은 의료원 산하 각 병원의 연간 종합 예산 등의 편성조정통제, 각 병원별 자금운용수지 현황 관리 등의 업무를 담당해 온 사안에서, 의료원 산하 각 병원이 독립채산제로 운영되고 해당 병원장이 그 전결사항으로 소속 근로자들에 대한 임금을 지급하여 왔다 하더라도, 의료원장은 의료원 산하 병원 등 소속 근로자들에 대한 관계에 있어서 구 근로기준법 제15조가 정한 사용자에 해당한다고 본 사례)

4) 대법원 1986. 7. 8. 선고 86도*** 판결

책임이 인정되는 경우도 있고 그렇지 않은 경우도 있는데, 단체교섭의무를 부담하는 사용자는 사업주에 한정되지만 부당노동행위에 대한 형사책임은 사업경영담당자에게도 부과될 수 있음

한편, 노동위원회는 사업주에 대하여만 부당노동행위 구제명령을 내리게 되는데, 최근 사업주가 아닌 사업경영담당자 등에 대하여도 부당노동행위 구제명령을 내릴 수 있는지에 대하여 학계의 논의가 있으며, 이를 반영하는 판례도 등장하였음[5)]

3) 사업주를 위하여 행동하는 자

'근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'라 함은 **근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임**을 부여받은 자를 말함[6)]

나. 원청의 부당노동행위 사용자성

부당노동행위의 주체인 사용자는 **부당노동행위 금지명령의 수규자**로서의 사용자를 가리키며, 이는 노동조합법 **제2조 제2호가 정의하고 있는 사용자이고 형벌부과 대상**자로서의 사용자와 동일함

1) 원청의 부당노동행위 사용자성을 인정한 대표적인 판례

다만, 판례[7)]는 노동위원회 구제명령을 이행할 사용자인지 여부는 당해 구제신청의 내용, 그 사용자가 근로관계에 관여하고 있는 구체적 형태, 근로관계에 미치는 실질적인 영향력 내지 지배력의 유무 및 행사의 정도 등을 종합하여 결정하여야 할 것이어서 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 **사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가 노동조합법 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면 노동위원회의 구제명령을 이행할 사용자에 해당한다고 판시[8)]한** 바 있음

5) 이에 대하여는 후술하는 "2. 부당노동행위 구제절차 2.1. 당사자 나. 피신청인"부분 참고
6) 대법원 1989. 11. 14. 선고 88누6*** 판결, 대법원 2006. 5. 11. 선고 2005도8*** 판결
7) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8*** 판결
8) 이는 노동조합법 제81조 제4호에 대한 부당노동행위 구제명령의 경우만 예외적으로 인정한 것으로 노동조합법 제81조 제1호, 제5호의 불이익취급의 구제명령을 실현할 수 있는 사용자는 직접 근로계약 관계가 있는 사업주에 한정될 수밖에 없어 확대하여 적용할 것은 아님. 또한, 형사절차에서는 노동조합법 제2조 제2호 사용자의 범위보다 유추·확대 해석하는 것은 죄형법정주의 원칙에 위배되는 것이므로 판례의 법리는 제한적으로 적용되어야 함

【 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8* 판결 】**

"1. 노동조합 및 노동관계조정법(이하, '법'이라 한다) 제81조 제4호 소정의 사용자인지에 관하여

가. 법 제1조는 "헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다"고 규정하고 있다. 그리고 법 제81조는 '사용자는 그 각 호에서 정하는 부당노동행위를 할 수 없다'고 하고, 제82조 제1항은 "사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다"고 하며, 제84조 제1항은 "노동위원회는 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령을 발하여야 하며, 부당노동행위가 성립하지 아니한다고 판정한 때에는 그 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다"고 규정하는 등, 법 제81조 내지 제86조는 헌법이 규정하는 근로3권을 구체적으로 확보하고 집단적 노사관계의 질서를 파괴하는 사용자의 행위를 예방·제거함으로써 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 확보하여 노사관계의 질서를 신속하게 정상화하기 위하여 부당노동행위에 대한 구제제도에 관하여 규정하고 있다(대법원 1993. 12. 21. 선고 93다11*** 판결, 대법원 1998. 5. 8. 선고 97누7*** 판결 등 참조). **이에 의하면 부당노동행위의 예방·제거는 노동위원회의 구제명령을 통해서 이루어지는 것이므로, 구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서는 부당노동행위의 주체로서 구제명령의 대상자인 사용자에 해당한다고 볼 수 있을 것이다**.

나아가 법 제81조 제4호는 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위' 등을 부당노동행위로 규정하고 있고, 이는 단결권을 침해하는 행위를 부당노동행위로서 배제·시정하여 정상적인 노사관계를 회복하는 것을 목적으로 하고 있으므로, 그 지배·개입 주체로서의 사용자인지 여부도 당해 구제신청의 내용, 그 사용자가 근로관계에 관여하고 있는 구체적 형태, 근로관계에 미치는 실질적인 영향력 내지 지배력의 유무 및 행사의 정도 등을 종합하여 결정하여야 할 것이다. **따라서 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 법 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에 해당한다**.

나. 원심은, ① 원고 회사가 공정의 원활한 수행 및 품질관리 등을 위해서 사내 하청업체 소속 피고보조참가인 참가인 1, 참가인 2, 참가인 3, 참가인 4(이하, '참가인들'이라 한다)을 포함한 근로자들이 해야 할 작업 내용 전반에 관하여 직접 관리하고 있었고, 또 개별도급계약을 통하여 작업 일시, 작업 시간, 작업 장소, 작업 내용 등에 관하여 실질적·구체적으로 결정하는 등 원고 회사가 작업시간과 작업 일정을 관리·통제하고 있기 때문에 근로자들이 노동조합의 총회나 대의원대회 등 회의를 개최하기 위하여 필요한 노조활동 시간 보장, 노조간부의 유급 노조활동시간 보장 등에 대하여 실질적인 결정권을 행사하게 되는 지위에 있는 점, ② 사내 하청업체는 위와 같은 작업 일시, 장소, 내용 등이 개별도급계약에 의해 확정되기 때문에 사실상 이미 확정되어 있는 업무에 어느 근로자를 종사시킬지 여부에 관해서만 결정하고 있던 것에 지나지 않았던 점, ③ 사내 하청업체

소속 근로자는 원고 회사가 제공한 도구 및 자재를 사용하여 원고 회사의 사업장 내에서 작업함으로써 원고 회사가 계획한 작업 질서에 편입되고 원고 회사 직영근로자와 함께 선박건조업무에 종사하고 있었던 점, ④ 작업의 진행방법, 작업시간 및 연장, 휴식, 야간근로 등에 관하여서도 위 근로자들이 실질적으로 원고 회사 공정관리자(직영반장이나 팀장)의 지휘·감독하에 놓여 있었던 점 등을 종합하여, 원고 회사가 참가인들을 포함한 사내 하청업체 소속 근로자들의 기본적인 노동조건 등에 관하여 고용사업주인 사내 하청업체의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이면서 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다고 보고, 사내 하청업체의 사업폐지를 유도하는 행위 및 그로 인하여 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 지배·개입 행위를 한 원고 회사를 법 제81조 제4호 소정의 부당노동행위의 시정을 명하는 구제명령을 이행할 주체로서의 사용자에 해당한다고 판단하였다.

원심의 이러한 판단은 위 법리에 비추어 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 법 제81조 제4호가 정하는 사용자 개념 등에 관한 법리오해의 위법은 없으며, 상고이유에서 내세우는 대법원판결들은 사안을 달리 하는 것이어서 이 사건에 원용될 것은 아니다."

원청회사가 사내 하청업체 소속 근로자들의 기본적인 노동조건 등에 관하여 고용사업주인 사내 하청업체의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 **실질적·구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위**에 있고 **사내 하청업체의 사업폐지를 유도하고 그로 인하여 사내 하청업체 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해**하는 지배개입을 하였다면 **예외적으로 원청회사도 부당노동행위 구제명령의 대상인 사용자에 해당할 수 있다는 것임**[9]

2) 그 이후의 판결

원고가 원고에게 경비원과 미화원을 공급하는 수급업체와 도급계약을 체결하였는데, 원고 사업장에서 근무하는 수급업체의 근로자들의 기본적인 근로조건에 대하여 그들을 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배.결정할 수 있는 지위에 있었다고 한다면, 원고는 노동조합법 제81조 제4호 소정의 행위의 시정을 명하는 구제명령을 이행할 사용자에 해당할 수 있다고 본 사례[10]

9) 원청의 사용자성을 인정한 판례의 태도는 부당노동행위 중 지배·개입에 한정한 판단일 뿐 불이익취급의 주체, 단체교섭거부에 관한 부당노동행위 구제명령을 이행할 수 있는 사용자로 본 것이 아니며, 파업의 상대방인 사용자로도 인정한 것이 아니라는 점을 유의하여야 함

10) 서울고등법원 2017. 5. 24. 선고 2016누68*** 판결(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017두48*** 판결에서 심리불속행기각으로 원심 확정)

【 서울고등법원 2017. 5. 24. 선고 2016누68*** 판결 】

"위 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉① **이 사건 도급계약 및 원고와 동우유니온과 사이에 체결된 용역계약에 따라 원고에게 씨앤에스 및 동우유니온이 근로자를 채용함에 있어서 채용 여부 및 근로조건의 결정에 관하여 상당한 권한을 가지고 있었던 점, ② 원고 소속 김원태 관리실장은 씨앤에스가 근로자를 채용함에 있어 면접을 실시하는 등으로 그 채용 여부의 결정에 관여하였던 점**, ③ 이 사건 도급계약에 의하여 원고 사업장에서 근무하는 씨앤에스 소속 근로자들에 대하여 광범위한 관리, 감독을 할 수 있는 권한이 원고에게 부여되어 있었던 점, **④ 원고 소속 직원이 씨앤에스 소속 경비원 및 미화원의 근무일정과 휴무일정 등 근로의 내용을 결정하였고, 구체적으로 업무에 관하여 지시하였으며, 씨앤에스 소속 근로자들이 작성한 업무일지에 대한 결재 등을 통하여 그들이 수행하는 업무를 감독하였던 점,** ⑤ 원고가 씨앤에스 소속 근로자들에게 임금의 일부를 직접 지급하기도 하였던 점, **⑥ 원고는 직접 고용한 관리직 및 미화원과 씨앤에스와 근로계약을 체결한 경비원 및 미화원을 원고가 계획한 동일한 작업 질서에 편입하여 함께 관리하였던 점 등을 종합하여 보면, 원고는 이○○, 윤○○ 등 원고 사업장에서 근무하는 씨앤에스 소속 근로자들의 기본적인 노동조건에 관하여 그들을 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배.결정할 수 있는 지위**에 있었다고 할 것이므로, 원고가 참가인을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 **노조법 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행 할 사용자에 해당한다고 할 것이다.**"

2. 부당노동행위 구제절차

2.1 당사자

가. 신청인

부당노동행위 구제신청을 할 수 있는 자는 사용자의 부당노동행위로 인하여 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합임(노동조합법 제82조 제1항). 근로자와 노동조합 모두가 부당노동행위의 상대방 또는 이해관계인으로서 각자 독자적 신청권을 가짐[11]

이때 부당노동행위의 상대방이 아닌 이해관계인의 신청권도 독자적인 것으로 구제신청권을 대위하거나 대리하는 것이 아님[12]

11) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007두19*** 판결
12) 대법원 1979. 2. 13. 선고 78다*** 판결

【 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007두19* 판결 】**

"노동조합 및 노동관계조정법(이하 '법'이라 한다) 제82조 제1항에 의하면, 노동조합은 사용자의 부당노동행위에 대하여 근로자 개인의 구제신청권과는 별개의 독자적인 구제신청권을 가진다고 할 것인바 (대법원 1979. 2. 13. 선고 78다2*** 판결), 노동조합에게 이와 같은 구제신청권을 인정한 이유가 노동조합의 단결권 또는 그 지위 및 기능의 보호·유지에 있고, 법 제5조가 근로자의 노동조합 결성 및 가입의 자유를 보장하고 있으며, 법 제81조 제1호에서 사용자가 노동조합에 가입한 근로자에게 불이익을 주는 행위뿐만 아니라 노동조합에 가입하려고 한 근로자에게 불이익을 주는 행위에 대하여도 부당노동행위로 규정하여 이를 금지하고 있는 점에 비추어 보면, 노동조합으로서는 자신에 대한 사용자의 부당노동행위가 있는 경우뿐만 아니라, 그 소속 조합원으로 가입한 근로자 또는 그 소속 조합원으로 가입하려고 하는 근로자에 대하여 사용자의 부당노동행위가 있는 경우에도 노동조합의 권리가 침해당할 수 있으므로, 그 경우에도 노동조합은 자신의 명의로 그 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있는 권리를 가진다고 할 것이다."

1) 노동조합

가) 설립신고 전 노동조합

노동조합법 제7조 제1항은 "이 법에 의한 노동조합이 아니면....구제신청을 할 수 없다"라고 규정하고 있으므로 설립신고 전 노동조합은 부당노동행위 구제신청을 할 수는 없을 것이나, 노동조합법 제7조 제2항은 "제1항의 규정은 제81조 제1호, 제2호, 및 제5호의 규정에 의한 근로자의 보호를 부인하는 취지로 해석되어서는 아니 된다"라고 규정하고 있어, 노동조합법 제81조 제1호·제2호·제5호의 경우 노동조합법상 설립신고를 마치지 않은 노동조합의 경우라도 그 소속 근로자가 직접 구제신청을 할 수 있지만, 노동조합법 제81조 제3호·제4호의 부당노동행위에 대하여는 노동조합법상 설립신고를 마친 노동조합과 그 소속 근로자만이 구제신청권을 가짐

나) 부당노동행위 이후에 설립된 노동조합

한편, 노동조합의 조직을 이유로 한 불이익취급 등의 부당노동행위에 대하여는 후에 설립된 노동조합도 독자적인 구제신청권을 가짐

【 대법원 1991. 1. 25. 선고 90누4*판결 】**

"노동조합법 제40조 제1항에 의하면, 사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있도록 되어 있으므로 **노동조합을 조직하**

려고 하였다는 것을 이유로 근로자에 대하여 한 부당노동행위에 대하여는 후에 설립된 노동조합도 독자적인 구제신청권을 가지고 있다고 보아야 할 것이므로 이러한 취지의 원심판결은 정당하고 거기에 논지가 지적하는 바와 같은 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다."

다) 복수노조 상황에서의 다른 노동조합

복수노조 상황에서 어느 한 노동조합은 사용자가 사업 또는 사업장 내의 **다른 노조 전임자에게 과다한 급여를 지원하는 행위** 등에 대하여 부당노동행위 구제를 신청할 이익이 있는지 문제된 사안에서 판례는 교섭대표노동조합의 자주성 침해가 있는 경우 여전히 부당노동행위제도를 통해 소수 노동조합을 보호할 필요가 있는 점 등을 들어 전임자 급여를 지급받지 아니한 **다른 노조도 구제신청의 이익이 있다**고 판시한 바 있음[13]

【 서울고등법원 2014. 7. 23. 선고 2013누27* 판결 】**

"① 교섭창구단일화제도는 적정한 근로조건의 구현이라는 단체교섭권의 실질적 보장을 위한 불가피한 제도로서 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합(이하 '소수 노동조합'이라 한다)도 교섭대표노동조합을 통해 사용자와 실질적인 대등성의 토대 위에서 이뤄낸 결과를 함께 향유하는 주체가 되는바(헌법재판소 2012. 4. 24. 2011헌마338결정 참조) 소수 노동조합의 단체교섭권 행사는 교섭대표노동조합을 통해 실현되는 점, ② 그에 따라 교섭대표노동조합의 자주성이 사용자에 의해 침해될 경우 소수 노동조합의 단체교섭권도 침해 될 수밖에 없는 점, ③ 교섭대표노동조합은 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합이 자율적으로 구성하는 것이 원칙이므로 어느 노동조합도 교섭대표노동조합이 될 수 있고, 조합원이 소수인 노동조합도 위임 또는 연합의 방법으로 교섭대표노동조합이 되거나 공동교섭대표단에 참여할 수 있는 점, ④ 노조법 제29조의4 제2항은 교섭대표노동조합의 공정대표의무 위반행위로부터 소수 노동조합을 보호하기 위해 노동위원회에 시정을 요청할 수 있는 제도를 마련했지만, 그밖에 교섭대표노동조합의 자주성 침해가 있는 경우 여전히 부당노동행위제도를 통해 소수 노동조합을 보호할 필요가 있는 점 ⑤ 만약 노조법 제81조 제4호 후단의 전임자 급여지원행위에 대한 구제신청의 이익이 전임자 급여를 지급받은 당해 노동조합 내지 조합원인 근로자에게만 있다고 볼 경우 위 조항이 사실상 사문화될 우려가 있는 점 등을 종합하면, 하나의 사업 또는 사업장 에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합은 사용자가 같은 사업 또는 사업장 내의 다른 노조 전임자에게 급여를 지원 하는 행위에 대해, 그 노동조합이 실제 교섭대표노동조합인지 여부와는 상관없이, 구제를 신청할 이익이 있다고 봄이 상당하다. 따라서 참가인은 원고가 같은 사업장 내에 설립된 전북자동차노조의 전임자 이 광용에게 급여를 지원한 행위에 대해 구제를 신청할 이익이 있다. 이와 견해를 달리하는 원고의 주장은 받아들일 수 없다."

13) 서울고등법원 2014. 7. 23. 선고 2013누27*** 판결

라) 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 노동조합

위와 같이 **노동조합법상 노동조합이 아닌 노동조합이 소를 제기한 경우** 소가 부적법하여 각하하여야 함[14]

【 서울행정법원 2009. 2. 6. 선고 2008구합30* 판결 】**

"3. 이 사건 소의 적법 여부

먼저 본안에 관하여 판단하기에 앞서, 이 사건 소는 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '법'이라 한다)상의 노동조합에 해당하지 않는 원고 조합이 제기한 것으로서 부적법하므로 각하되어야 한다는 피고측의 본안 전 항변에 관하여 살펴본다.

가. 법 제2조 제4호 라목, 제82조 제1항의 각 규정에 의하면, 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 노동조합은 법상 노동조합에 해당하지 않아 사용자의 부당노동행위에 대하여 구제신청을 할 수 없는데, 을 제1호증의 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고 조합은 대한예수교장로회 총회 소속 교회의 업무에 종사하는 사람들을 조합원으로 하여 설립된 단체로서 교회의 부목사 등도 그 조직대상으로 하고 있는 사실을 인정할 수 있으므로, 과연 교회의 부목사가 근로자인지 여부에 관하여 보기로 한다.

…(중략)…

다. 위 법리에 비추어 보건대, …(중략)…교회의 부목사는 그 실질에 있어 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 교회에 근로를 제공하고 있다고 평가하기 어렵다.

라. 따라서 위와 같이 **근로자로 볼 수 없는 교회 부목사의 가입을 허용하고 있는 원고 조합은 법상 노동조합에 해당한다고 할 수 없으므로, 결국 법상 노동조합에 해당하지 않는 원고 조합이 제기한 이 사건 소는 당사자적격이 없는 자가 제기한 것으로서 부적법**하다."

2) 근로자

불이익취급 내지 반조합계약의 경우 권리를 침해당한 근로자가 구제를 신청할 수 있고, 지배개입의 부당노동행위에 관하여는 조합 간부 외에 일반 근로자들에게까지 구제신청권을 주어야 할지에 관하여 논란이 있으나, 노동조합이 친사용자화 되어 지배개입에 대하여 다툴 의사가 없는 경우 등을 고려하여 근로자 개인에게도 구제신청권을 주어야 한다는 것이 다수설의 입장임[15]

14) 서울행정법원 2009. 2. 6. 선고 2008구합30*** 판결
15) 사법연수원교재(2016), 380면

나. 피신청인

1) 사업주

노동위원회의 부당노동행위 구제명령의 수규자로서의 사용자는 원칙적으로 사업주(사업주 개인, 법인기업은 법인)인 사용자에 국한됨[16]

피신청인으로서 사용자는 노동위원회의 **구제명령에 따라 이를 시정할 수 있는 지위에 있어야 하므로 부당노동행위 금지의무자인 사용자(노동조합법 제2조 제2호의 사용자)와 동일할 수는 없고** 원칙적으로 **사업주인 사용자에게 피신청인 적격**이 있다는 것이 **판례의 확립된 입장**임

즉, 부당노동행위구제신청 사건은 부당노동행위에 대한 구제를 목적으로 하는 절차이므로 그 **피신청인의 당사자적격은 구제명령의 이행의무를 지는 자에 한정**된다고 봄이 타당하고, (특히 불이익취급 내지 단체교섭 거부·해태의 부당노동행위의 경우) 구제명령을 이행할 주체가 사업주인 사용자인 이상 **사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자는 부당노동행위구제신청 사건에서 당사자적격이 인정되지 않는다고 봄이 타당함**[17]

【 서울행정법원 2010. 11. 12. 선고 2009구합50* 판결 】**

"1) 선임연구부장 등이 부당노동행위구제신청 사건의 당사자적격이 인정되는지 여부

부당해고나 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령이 발하여진 경우 그 명령에 따라 이를 시정할 주체는 사업주인 사용자가 되어야 한다, 그러므로 그 구제명령이 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 행하여진 경우에는 사업주인 사용자에 대하여 행하여진 것으로 보아야 한다(대법원 2006.2.24 선고 2005두5*** 판결 참조).

부당노동행위구제신청 사건은 부당노동행위에 대한 구제를 목적으로 하는 절차이므로 그 피신청인이 될 당사자적격은 구제명령의 이행의무를 지는 자에 한정된다고 봄이 타당하고, 구제명령을 이행할 주체가 사업주인 사용자인 이상 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자는 부당노동행위구제신청 사건에서 당사자 적격이 인정되지 않는다고 봄이 타당하다(위 대법원 판결의 취지는 노동위원회가 당사자적격의 흠결을 간과하고 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 구제명령을 발하였다 하더라도 이는 사용주인 사용자에 대한 구제명령으로 보아야 한다는 것이다)."

16) 부당노동행위에 대한 원상회복은 현실적으로 사업주인 사용자에게 명령하는 것으로 충분하기 때문이며, 사업주 자신이 부당노동행위를 한 경우 이를 즉시 시정하여 원상회복하여야 함은 물론 사업주가 아닌 사용자가 부당노동행위를 행한 경우에도 사업주는 이의 시정을 구체적으로 지시명령 하여야 할 것임

17) 서울행정법원 2010. 11. 12. 선고 2009구합50*** 판결(이후 대법원 2014. 5. 29.선고 2011두24***판결로 확정)

2) 사업의 경영담당자 또는 사업주를 위하여 행동하는 자

최근 대전고등법원 판례[18]는 지배·개입 부당노동행위와 관련 "부당노동행위 금지의무를 위반할 경우 현실적 행위자인 사업경영담당자 등도 형사처벌이 되는바(노동조합법 제90조), 노동조합법 제82조와 제84조가 부당노동행위 구제신청의 상대방 또는 구제명령의 대상으로 규정한 '사용자'를 위 제81조와 제90조의 경우와 달리 '사업주'로 제한하여 해석할 법적 근거가 없는 점, 부당노동행위 구제명령은 부당노동행위 금지의무의 존재를 전제로 하므로 노동위원회는 금지의무자에게 구제명령을 발할 수 있다고 보는 것이 법규 해석상 논리적으로 자연스러운 점 등에 비추어 보면, 사업경영담당자 등에 대해서도 노동위원회에 구제신청을 할 수 있다고 봄이 타당하다"고 판시한 바 있어, 지배개입 부당노동행위에 대한 금지를 구제명령으로 신청하는 경우 사업경영담당자 등의 사용자를 피신청인으로 할 수 있는지 여부는 대법원의 최종적인 해석을 기다려 볼 필요가 있음

【 대전고등법원 2017. 6. 22. 선고 2017누10*판결 】**

"라. 판단

1) 최○○을 상대로 부당노동행위 구제신청을 할 수 있는지 여부

노동조합법에 의하면, 노동조합법상 '사용자'라 함은 '사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'를 말하고(제2조 제2호), 사용자는 부당노동행위를 할 수 없으며(제81조), 사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있고(제82조 제1항), 노동위원회는 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령을 발하여야 하는바(제84조 제1항), **근로자나 노동조합이 사업주 외에 사업경영담당자나 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자(이하 '사업경영담당자 등'이라 한다)를 상대로 노동위원회에 구제신청을 할 수 있는지, 노동위원회가 사업경영담당자 등에게 부당노동행위 구제명령을 내릴 수 있는지가 문제된다.**

살피건대, 노동조합법 제2조가 '사용자'의 범위를 '사업주'보다 넓은 개념으로 규정한 취지는 노동조합법의 각 조항에 대한 준수의무자를 사업경영담당자 등으로 확대함으로써 노동현장에 있어서 노동조합법의 각 조항에 대한 실효성을 확보하기 위한 것으로, 위 '사용자' 정의규정이 부당노동행위 등 구제신청절차에서도 동일하게 적용됨으로써 위 사용자 범위를 확대한 취지가 제대로 반영되어야 하는 점, 노동조합법 제81조가 금지하고 있는 부당노동행위의 행위주체에 사업주 뿐 아니라 사업경영담당자 등도 포함된다고 해석하는 데 달리 이견이 없고, 부당노동행위 금지의무를 위반할 경우 현실적 행위자인 사업경영담당자 등도 형사처벌이 되는바(노동조합법 제90조), 노동조

18) 대전고등법원 2017. 6. 22. 선고 2017누10*** 판결(대법원 상고심 계속 중)

합법 제82조와 제84조가 부당노동행위 구제신청의 상대방 또는 구제명령의 대상으로 규정한 '사용자'를 위 제81조와 제90조의 경우와 달리 '사업주'로 제한하여 해석할 법적근거가 없는 점, 부당노동행위 구제명령은 부당노동행위 금지의무의 존재를 전제로 하므로 노동위원회는 금지의무자에게 구제명령을 발할 수 있다고 보는 것이 법규해석상 논리적으로 자연스러운 점 등에 비추어 보면, 사업경영담당자 등에 대해서도 노동위원회에 구제신청을 할 수 있다고 봄이 타당하다."

3) 사업주인 사용자를 위하여 행동하는 자

중노위의 구제명령이 사업주인 사용자를 위하여 행동하는 자에 대하여 행하여진 경우, 그 구제명령은 사업주인 사용자에게 행하여진 것이므로 중노위 구제명령의 취소소송은 당해 사업주만 제기할 수 있음[19]

【 서울행정법원 2017. 12. 15 선고 2017구합54* 판결[20]】**

"다. 판단

근로기준법 제2조 제2호, 노동조합법 제2조 제2호는 모두 위 각 법의 적용대상이 되는 사용자를 "사업주 또는 사업 경영 담당자, 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다."라고 정의하고 있고, 여기서 사업주인 사용자는 사업 또는 사업장의 경영 주체를 말한다.

원고가 ○○요셉의 집을 설립하고 박○○를 그 시설장으로 임명하여 ○○요셉의 집을 운영하게 한 사실, 원고는 ○○요셉의 집과 관련한 행정규제와 관련하여 그 운영주체를 원고로 하여 가평군수에게 장애인 요양시설 신고를 마친 사실, 원고는 감독관청으로부터 시설장이었던 박○○가 그 자격을 상실하였다는 지적을 받고서 시설장대행으로 이○○를 임명하였던 사실은 앞서 본 바와 같다. 나아가, **원고의 주장과 같이 박○○가 이 사건 근로자들과의 근로계약 체결 여부를 결정하고 그 근로관계에 관한 일체의 사항을 결정하였다고 하더라도, 이는 원고가 박○○를 시설장으로 임명하여 ○○요셉의 집 운영을 담당하게 하였던 데에서 비롯된 것이고, 그에 기하여 박○○가 ○○요셉의 집 운영상 한 행위는 모두 원고를 위하여 한 것으로 보아야 할 것이다. 이러한 근로계약의 실질을 모두 종합하면, 이 사건 근로자들과의 근로계약상 사업주인 사용자는 원고로 봄이 타당하고, 박○○는 이 사건 근로자들과 ○○○○노동조합 사이에서 사업주인 원고를 위하여 행위 하는 자로서 근로기준법과 노동조합법상의 사용자가 된다.**

한편, 부당해고나 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령이 발하여진 경우 그 명령에 따라 이를 시정할 주체는 사업주인 사용자가 되어야 한다. 그러므로 **그 구제명령이 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 행하여진 경우**에는 **사업주인 사용자에 대하여 행하여진 것으로 보아야 한다. 따라서 이에 대한 중앙노동위원회에의 재심 신청이나 그 재심판정 취소 소송 역시 당사자능력이 있는 당해 사업주만**

19) 서울행정법원 2017. 12. 15 선고 2017구합54500

이 원고적격자로서 소송을 제기할 수 있다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5*** 판결 등 참조). **이와 같은 법리에 따라 중앙노동위원회가, 초심판정서에 구제명령 상대방으로 박○○가 기재되어 있으나 그 구제명령의 효력은 사업주인 원고에게 미친다고 판단하여 그 판정서의 구제명령 상대방의 표시를 원고로 경정한 조치는 결론에 있어 정당하다**."

4) 사업주의 일부조직이나 업무집행기관

대법원 판례에 따르면 노동위원회가 당사자적격의 흠결을 간과하고 사업주인 사용자의 **일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 구제명령을 발하였다 하더라도 이는 사업주인 사용자에 대한 구제명령**으로 보아야 함[21]

【 대법원 2006. 2. 24. 선고2005두5* 판결 】**

"2. 원고 서울특별시립 ○○시각장애인복지관의 소에 관하여 직권으로 본다.

부당해고나 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령이 발하여진 경우 그 명령에 따라 이를 시정할 주체는 사업주인 사용자가 되어야 한다. 그러므로 그 구제명령이 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 행하여진 경우에는 사업주인 사용자에 대하여 행하여진 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 이에 대한 중앙노동위원회에의 재심 신청이나 그 재심판정 취소소송 역시 당사자능력이 있는 당해 사업주만이 원고적격자로서 소송을 제기할 수 있다고 하여야 할 것이다(대법원 1999. 4. 9. 선고 97누19*** 판결 등 참조).

그런데 원심판결의 이유와 기록에 의하면, 원고 법인은 한국 시각장애인들의 교육문화, 직업재활 및 사회복지활동과 생활부조 등을 통하여 시각장애인들의 복지증진 및 권익옹호 등을 목적으로 1981. 5. 1. 설립인가를 받은 법인이고, 원고 서울특별시립 ○○시각장애인복지관(이하 '원고 복지관'이라고 한다)은 원고 법인이 운영하는 장애인 복지시설로서, 이 사건 원고 법인과 참가인 등과의 사이에서 작성된 근로계약서들에는 사업주란에 원고 법인과 함께 원고 복지관도 기재되어 있지만, 원고 법인의 대표자인 회장이 기명·날인하였음을 알 수 있다.

그렇다면 **원고 복지관은 원고 법인이 운영하는 사회복지시설에 불과할 뿐 원고 법인과 별도의 당사자능력을 갖는 법인격 없는 사단 또는 재단으로 볼 수 없어, 이 사건 재심판정에서 원고 복지관에게 부당해고 구제명령을 발한 것은 실질적으로 사업주인 원고 법인을 상대로 한 것이라 보아야 하고, 따라서 이 사건 재심판정에 대한 취소소송 역시 당사자능력이 있는 원고 법인만이 제기할 수 있다고 할 것이므로**, 원고 복지관이 이 사건 재심판정의 취소를 구하는 부분은 당사자능력이 없는 자에 의하여 원고적격 없이 제기된 것으로서 부적법하다고 할 것이다. 이를 간과하고 이 부분 소의 본안에 관하여 심리·판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다."

20) 현재 2심 계속 중

21) 대법원 1999. 4. 9. 선고 97누19*** 판결, 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5*** 판결

다. 당사자 지위의 변동과 승계

노동조합의 합병이나 조직형태의 변경이 있는 경우, **합병 후 설립 또는 존속되는 노동조합이나 조직형태를 변경한 후의 노동조합이 그 지위를 승계**함(노동위원회 규칙 제34조 제1항)

단위노동조합이 총회의 의결을 거쳐 산업별 노동조합의 하부조직으로 편입되는 조직형태 변경의 경우 산업별 노동조합은 특별한 사정이 없는 한 단위노동조합의 권리·의무나 법률관계를 승계하므로 조직형태 변경 전의 단위노동조합이 수행하던 소송절차를 수계할 수 있다는 것이 판례의 태도[22]이므로, 조직형태 변경 전 노동조합이 신청할 수 있던 부당노동행위 구제신청은 조직형태 변경 후 노동조합이 유지할 수 있다고 보아야 함

산업별 노동조합 지회가 기업별 노동조합으로 조직형태를 변경하더라도 사용자에 대하여 가지는 교섭요구 노동조합의 지위도 그대로 승계된다고 함[23]

2.2 구제신청 절차

가. 신청취지와 노동위원회의 판단 대상

1) 신청취지

구제신청서에 기재해야 하는 '청구할 구제의 내용'은 민사소송의 청구취지처럼 엄격하게 해석할 것은 아니고 **신청의 전 취지로 보아 어떠한 구제를 구하고 있는지를 알 수 있을 정도**면 되는 것으로서, 노동위원회는 재량에 의하여 신청하고 있는 구체적 사실에 대응하여 적절·타당하다고 인정하는 구제를 명할 수 있음

【 대법원 1999. 5. 11. 선고 98두9* 판결 】**

"노동위원회규칙에 의하면 사용자로부터 부당노동행위로 인하여 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합, 그리고 사용자로부터 정당한 이유 없이 해고·휴직·정직·전직·감봉 기타 징벌을 당한 근로자가 지방노동위원회에 그 구제를 신청하기 위하여 제출하는 구제신청서에는 '부당노동행위 또는 정당한 이유가 없는 해고 등을 구성하는 구체적인 사실'과 '청구할 구제의 내용' 등을 기재하도록 되어 있으나, **'청구할 구제의 내용'은 민사소송의 청구취지처럼 엄격하게 해석할 것은 아니고 신청의 전취지로 보아 어떠한 구제를 구하고 있는지를 알 수 있을 정도**면 되는 것으로서, **노**

22) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2015두1*** 판결
23) 서울행정법원 2013.11.19. 선고 2013구합18*** 판결

동위원회는 재량에 의하여 신청하고 있는 구체적 사실에 대응하여 적절·타당하다고 인정하는 구제를 명할 수 있는 것이므로, 구제신청서에 구제의 내용이 구체적으로 특정되어 있지 않다고 하더라도 해당 법규에 정하여진 부당노동행위 또는 정당한 이유가 없는 해고·휴직·정직·전직·감봉 기타 징벌 등을 구성하는 구체적인 사실을 주장하고 있다면 그에 대한 구제도 신청하고 있는 것으로 보아야 한다."

2) 노동위원회의 판단 대상

부당노동행위 구제신청의 심사대상은 구제신청의 대상이 된 **부당노동행위를 구성하는 구체적 사실에 한정됨**

따라서, ① 부당노동행위 구제신청의 대상이 된 징계처분이 그 후 변경된 경우, 노동위원회의 심판대상은 당초 징계처분을 그 대상으로 하여야 하며 ② 부당노동행위라고 주장된 구체적 사실이 1개인 이상 그에 대하여 노동위원회가 발한 구제방법이 수개이고 또 각 구제방법이 독립하여 이행될 수 있는 것이라고 하더라도 행정처분으로서의 구제명령은 1개라고 할 것이나, 부당노동행위라고 주장된 구체적 사실이 복수인 경우에는 그에 대한 행정처분으로서의 노동위원회의 구제명령 또는 기각결정은 복수라고 보아야 함[24]

【 대법원 1995. 4. 7. 선고 94누1* 판결 】**

"그리고, 부당노동행위의 구제제도는 근로자가 부당노동행위라고 주장하는 구체적 사실에 대하여 그것이 부당노동행위에 해당하는지 여부를 심리하고 그것이 부당노동행위인 경우에 적절한 구제방법을 결정·명령하는 제도이므로, 부당노동행위라고 주장되는 구체적 사실이 심사의 대상이 되는 것이고, 따라서 부당노동행위라고 주장된 구체적 사실이 1개인 이상 그에 대하여 노동위원회가 발한 구제방법이 수개이고 또 각 구제방법이 독립하여 이행될 수 있는 것이라고 하더라도 행정처분으로서의 구제명령은 1개라고 할 것이나, **부당노동행위라고 주장된 구체적 사실이 복수인 경우에는 그에 대한 행정처분으로서의 노동위원회의 구제명령 또는 기각결정은 복수라고 보는 것이 타당하다고 할 것이다.**

이 사건에 있어서 사실관계가 원심이 적법하게 확정한 바와 같다면, 부당노동행위라고 주장된 구체적 사실은 징계처분과 전보명령이므로, 이에 대한 행정처분으로서의 노동위원회의 기각결정의 수는 2개라고 할 것이고, 따라서 징계처분에 관한 재심판정이 위법하다면 그 재심판정만을 취소하여야 하고, 징계처분에 관한 재심판정이 위법하다는 이유만으로 그와는 별개의 독립된 행정처분인 전보명령에 관한 재심판정까지 취소할 수는 없는 것이므로, 원심으로서는 전보명령에 관한 재심판정이 위법한 것인가의 여부에 관하여 더 나아가 심리판단 하였어야 할 것이다."

24) 대법원 1995. 4. 7. 선고94누1***판결

즉, **부당노동행위라고 주장된 구체적 사실이 복수인 경우, 그에 대한 노동위원회 구제명령 또는 기각결정의 행정처분으로서의 개수는 복수로 보아야 하므로 외형상 단일 사건으로 처리되었더라도 복수의 재심판정이 있는 것**으로 보게 됨[25]

나. 노동위원회 심문절차

부당노동행위 구제신청을 한 신청인이 2회 이상 출석통지를 받고도 이에 응하지 아니하는 경우에는 그의 책임 없는 사유로 인하여 심문기일에 출석하지 못한 경우가 아닌 한, 노동위원회는 구제 신청을 각하할 수 있음[26]

다. 구제명령의 내용과 한계

1) 구제명령의 내용

노동조합법 제8조의 규정은 노동위원회가 전문적·합목적적 판단에 따라 개개 사건에 적절한 구제조치를 할 수 있도록 하기 위해서 사용자의 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에 사용자에게 구제명령을 발하여야 한다고 규정하고 있을 뿐 부당노동행위의 성립이 인정되는 경우 노동위원회가 어떠한 내용의 구제명령을 발하여야 하는가에 관하여 구제명령의 내용, 유형에 대하여 정하고 있지 아니한 바, 이는 노동위원회의 재량에 맡겨져 있다고 볼 수 있을 것임

단, **노동위원회는 행정기관**이므로 **법원이나 다른 행정기관의 권한에 속하는 사항을 판단하거나 시정을 명할 수 없으므로 사용자의 행위가 사법상 무효인지 여부 등에 대하여 판단할 수 없는 등의 한계**가 있음[27]

---

25) 서울고법 2009.4. 15. 선고 2008누26*** 판결, 대법원 1995. 4. 7. 선고 94누1*** 판결

26) 대법원 1990. 2. 27. 선고 89누*** 판결 "노동위원회법 제18조에 의하면, 중앙노동위원회는 중앙노동위원회, 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 운영과 기타 필요한 사항에 관한 규칙을 제정할 수 있게 하는 규칙제정권을 규정하고 있고, 이에 따라 중앙노동위원회는 위 법조의 위임에 근거하여 노동위원회의 권한과 직무를 신속 공정히 처리하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 노동위원회 규칙을 제정하였는데, 지방노동위원회에서의 초심절차에 관한 동 규칙 제32조는 제1항에서 노동위원회가 구제신청을 각하할 수 있는 사유를 열거하면서 제6호에서 신청인이 2회이상 출석통지를 받고도 이에 응하지 아니하거나 신청인의 주소변경 등으로 소재불명 또는 기타 사유로 신청의 의사를 명백히 포기한 것으로 인정될 경우를 신청각하 사유의 하나로 들고 있으면서도 위 규칙 제32조 제4항에서는 심사를 개시한 후 신청을 각하할 사유가 있음이 판명되었을 경우에는 제3항의 "각하" 규정을 적용하도록 규정하고 있다.
위 각 규정취지에 의하면 위 규칙은 위 법 제18조의 위임규정에 근거하여 그 범위 내에서 제정된 것이라고 볼 수 있고, 구제신청을 한 신청인이 2회 이상 출석통지를 받고도 이에 응하지 아니하는 경우에는 그의 책임 없는 사유로 인하여 심문기일에 출석하지 못한 경우가 아닌 한, 노동위원회는 위 신청을 각하할 수 있고, 구제신청의 당부에 관하여 판단하여야 하는 것은 아니라고 할 것이다."

27) 대법원 1976. 2. 11. 자 75마496 결정

2) 구제명령의 유형

가) 부작위명령

판례는 현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형은 다양하고, 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 그에 대응하는 부당노동행위 구제의 방법과 내용도 유연하고 탄력적일 필요가 있는바, 사용자의 지배·개입 행위가 사실행위로 이루어진 경우 그 행위 자체를 제거내지 취소하여 원상회복하는 것이 곤란하며 또한 사용자의 행위가 장래에 걸쳐 계속 반복하여 행하여질 가능성이 많기 때문에 사용자의 지배·개입에 해당하는 행위를 금지하는 부작위명령은 적절한 구제방법이 될 수 있다[28]고 하여 **지배·개입 부당노동행위에 대한 부작위명령 형태의 구제명령**을 인정하고 있음

【 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두* 판결 】**

"현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형은 다양하고, 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 그에 대응하는 부당노동행위 구제의 방법과 내용도 유연하고 탄력적일 필요가 있는바, **사용자의 지배·개입 행위가 사실행위로 이루어진 경우 그 행위 자체를 제거 내지 취소하여 원상회복하는 것이 곤란하며 또한 사용자의 행위가 장래에 걸쳐 계속 반복하여 행하여질 가능성이 많기 때문에 사용자의 지배·개입에 해당하는 행위를 금지하는 부작위명령은 적절한 구제방법이 될 수 있다. 법 제8조의 규정 또한 노동위원회가 전문적·합목적적 판단에 따라 개개 사건에 적절한 구제조치를 할 수 있도록 하기 위해서 사용자의 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에 사용자에게 구제명령을 발하여야 한다고 규정하고 있을 뿐, 구제명령의 유형 및 내용에 관하여는 특별히 정하고 있지 아니하다.**

위와 같은 취지에서 보면, 중앙노동위원회가 이 사건 지배·개입을 부당노동행위로 인정한 후 원고 회사에 대하여 발한, **"실질적인 영향력과 지배력을 행사하여 사업폐지를 유도하는 행위와 이로 인하여 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 행위를 하여서는 아니 된다"**는 구제명령이 위법하다고 볼 것은 아니므로, 이를 다투는 상고이유의 주장은 이유 없다."

나) 그 밖의 구제명령

① 특별성과상여금을 차별 지급한 것을 취소하고 성과평가를 재실시하여 그 차액분을 지급하라는 구제명령이 불명확하고 사실상 실현이 불가능하여 위법한지 여부

이에 대하여 판례는 **연간 성과 평가를 정당하게 다시 실시한 후 평가 결과에 따라 산정된 특별성과상여금에서 기존 지급했던 특별성과상여금을 공제한 나머지 금액을**

28) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두*** 판결

지급하라는 의미로 노동위원회의 구제명령에 관한 재량권 내에서 발할 수 있는 적법한 명령에 해당한다고 판시함[29)]

【 서울고등법원 2017. 4. 27. 선고 2016누67* 판결 】**

"다. 구제명령의 내용이 위법하다는 주장에 대한 판단

1) 이 사건 재심판정 주문 제3항의 구제명령에 관한 주장에 대한 판단

현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형은 다양하고 노사 관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 그에 대응하는 부당노동행위 구제의 방법과 내용도 유연하고 탄력적일 필요가 있고, 노동조합 및 노동관계조정법 제84조의 규정 또한 노동위원회가 전문적·합목적적 판단에 따라 개개 사건에서 적절한 구제 조치를 할 수 있도록 하기 위해서 사용자의 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령을 발하여야 한다고 규정하고 있을 뿐, 구제명령의 유형 및 내용에 관해서는 특별히 정하고 있지 아니하다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두*** 판결 참조).

이러한 점을 염두에 두고 살펴보면, 중앙노동위원회가 원고의 행위를 부당노동행위로 인정하면서 이 사건 재심판정 주문 제3항에서 한 "이 사건 사용자는 이 판정서를 받은 날부터 2개월 이내에 이 사건 근로자들에게 2014년 연간 성과 평가를 하면서 불이익취급의 부당노동행위로 낮은 성과 등급을 부여하여 2014. 12. 31. 특별성과상여금을 차별 지급한 것을 취소하고, 이 사건 근로자들에게 2014년 연간 성과 평가를 정상적으로 재실시하여 2014년도 특별성과상여금 차액분을 지급하라."라는 구제명령은, **참가인들 등을 비롯한 이 사건 지회 소속 조합원들에 대한 반조합적 의사를 배제한 채 이 사건 지회 소속 조합원들을 제외한 나머지 근로자들에 대하여 실시한 것과 동일한 기준으로 참가인들 등에 대하여 2014년 연간 성과 평가를 정당하게 다시 실시한 다음 그 평가 결과에 따라 산정된 특별성과상여금에서 기존에 지급했던 특별성과상여금을 공제한 나머지 금액을 지급하라는 의미로 충분히 해석된다.** 그리고 중앙노동위원회가 원고를 대신하여 참가인들 등에 대한 성과 평가를 직접 시행한 후 이에 따라 산정한 특별성과상여금의 지급을 원고에게 명하는 것은 원고의 인사에 관한 재량권을 침해할 소지가 있어 적절하지 않으며, 임금의 차별적 지급을 내용으로 하는 부당노동행위의 결과를 제거하지 아니한 채 미래를 향하여 일정한 의무를 부과하는 것만으로는 이와 같은 유형의 부당노동행위에 대한 실효성 있는 구제명령이 되기 어렵고, 달리 원고의 부당노동행위에 대하여 더 구체적인 원상회복의 방법을 생각하기도 어렵다. 이러한 점 등을 고려하면 이 사건 재심판정 주문 제3항의 **구제명령이 불명확하고 사실상 실현이 불가능하다고 보기는 어려우므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다."**

② '부당노동행위임을 인정하는 노동위원회의 판정서를 게시하라'는 차원을 넘어서서 '사용자가 부당노동행위를 하였음을 인정한다는 내용의 공고문을 게시하라'는 취지의 구제명령의 위법여부

사용자가 스스로 인정하거나 형성하지 않은 판단의 표시를 강제하는 것이 될 우려가 있어 **인격권을 제한하는 정도가 큰 '원고가 부당노동행위를 하였음을 인정한다'는**

29) 서울고등법원 2017. 4. 27. 선고 2016누*** 판결(현재 상고심 계속 중)

취지의 공고문을 게시하도록 하는 구제명령은 판정서를 게시하라는 등 원고의 인격권에 대한 보다 **덜 제한적인 방법으로 목적을 실현할 수 있는데도 더 제한적인 방법을 선택하여 이루어진 것으로서 비례의 원칙에 위배**되어 위법함[30]

【 서울고등법원 2017. 4. 27. 선고 2016누67* 판결 】**

"2) 이 사건 재심판정 주문 제4항의 구제명령에 관한 주장에 대한 판단

법인도 법인의 목적과 사회적 기능에 비추어 볼 때 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 인격권의 한 내용인 사회적 신용이나 명예 등의 주체가 될 수 있다. 그리고 법인이 이러한 사회적 신용이나 명예 유지 내지 법인격의 자유로운 발현을 위하여 의사 결정이나 행동을 어떻게 할 것인지를 자율적으로 결정하는 것도 법인의 인격권의 한 내용을 이룬다(헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2009헌가27 결정 참조). 앞에서 살펴본 바와 같이 이 사건 재심판정 주문 제4항의 구제명령은 원고에게 이 사건 재심판정서를 받은 날부터 10일 이내에 '참가인들 등에게 2014년 연간 성과 등급을 낮게 부여하여 2014. 12. 31. 특별성과상여금을 차별적으로 지급한 것은 불이익취급의 부당노동행위임을 인정한다'는 내용의 공고문을 게시하라는 것이다. **이러한 구제명령은 마치 원고 스스로의 의사로 부당노동행위임을 인정하는 것처럼 원고의 이름으로 대외적으로 표명되도록 하고 그 결과 원고의 근로자들 등으로 하여금 원고가 부당노동행위를 하였음을 스스로 인정한 것으로 생각하게 만듦으로써 원고의 사회적 신용이나 명예를 저하시키고 법인격의 자유로운 발현을 저해하므로 원고의 인격권을 제한한다(헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2009헌가27 결정, 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2013헌가8 결정 등 참조).** 그런데 기본권의 제한이 정당한 공익 실현을 위한 것이라고 하더라도 그 목적을 달성하기 위하여 선택할 수 있는 여러 수단 중에서 기본권을 가장 덜 제한하는 수단을 채택하여야 하고, 보다 덜 제한적인 방법으로도 동일한 목적을 실현할 수 있는데도 더 제한적인 방법을 선택하였다면 이는 비례의 원칙에 위배되어 위법하다고 보아야 한다. 이러한 법리를 바탕으로 살피건대, 원고가 스스로 인정하거나 형성하지 않은 판단의 표시를 강제하는 것이 될 우려가 있어 인격권을 제한하는 정도가 큰 '원고가 부당노동행위를 하였음을 인정한다'는 취지의 공고문을 게시하도록 하는 위 구제명령과 같은 방법을 굳이 취하지 않더라도, 그러한 우려가 없어 인격권을 보다 덜 제한한다고 볼 수 있는 '원고가 노동위원회로부터 부당노동행위를 하였다는 판정을 받았다'는 사실을 게시하거나 그 판정서를 게시하도록 하는 방법을 통해서도 집단적 노사 관계 질서를 파괴하는 사용자의 행위를 예방·제거함으로써 근로자의 단결권·단체교섭권·단체행동권을 확보하여 노사 관계의 질서를 신속하게 정상화하고자 하는 부당노동행위 구제 제도의 목적을 충분히 달성할 수 있다고 판단 된다(헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 2001헌바43 결정, 헌법재판소 2012, 8. 23. 선고 2009헌가27 결정, 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2013헌가8 결정 등 참조). 그리고 을나 제35호증의 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 보면 실제로 중앙노동위원회 역시 다른 부당노동행위 구제 재심신청 사건에서 **'부당노동행위를 하였음을 인정 한다'는 취지의 공고문을 게시하게 하는 방법이 아니라 재심판정서를 게시하게 하는 방법으로 구제명령을 하고 있음을 알 수 있는바, 이러한 중앙노동위원회의 태도에 비추어 보더라도 위와 같이 판정서**

30) 서울고등법원 2017. 4. 27. 선고 2016누67*** 판결(현재 상고심 계속 중)

를 게시하게 하는 방법만으로도 충분히 부당노동행위 구제 제도의 목적을 달성할 수 있음을 추인할 수 있다. 그렇다면 이 사건 재심판정 주문 제4항의 구제명령은 원고의 인격권에 대한 보다 덜 제한적인 방법으로 목적을 실현할 수 있는데도 더 제한적인 방법을 선택하여 이루어진 것으로서 비례의 원칙에 위배되어 위법하다고 봄이 타당하고 {한편 참가인들 등이 지방노동위원회에 대한 구제신청취지 및 중앙노동위원회에 대한 재심신청취지에서 '부당노동행위임을 인정하는 판정서의 게시'만을 구하였는데도 중앙노동위원회가 이를 초과하는 주문 제4항의 구제명령을 한 것임은 앞서 '재심판정의 경위' 마.의 1) 및 3)항에서 본 바와 같다}, 이를 지적하는 원고의 이 부분 주장은 이유 있다."

2.3 구제신청 기간

가. 부당노동행위가 있은 날

노동조합법 제82조는 사용자의 부당노동행위에 의하여 그 권리를 침해당한 노동조합 등은 부당노동행위가 있은 날(계속하는 행위는 그 종료일)로부터 3개월 내에 구제 신청을 할 수 있는 것으로 규정하고 있는 바, 이는 보다 신속하게 사용자의 반조합적 침해행위를 배제하고 그 재발을 방지하여 조속히 정상적인 노사관계를 회복하도록 하기 위한 취지임

구제신청기간의 기산일은 사용자의 불이익처분이 있은 날이므로 무기정직의 처분은 그 처분과 동시에 처분행위가 종료되는 것이지 그 정직 기간 내내 처분행위가 계속되는 것은 아니므로 구제신청기간도 그 처분일로부터 기산하며[31], 감봉처분에 대한 구제신청기간도 실제 급여가 삭감된 시점부터가 아니라 징계처분일부터 산정하여야 함[32]

【 서울행정법원 2006. 12. 19. 선고 2006구합33*판결 】**

"(1) 근로기준법 제33조 제1항, 제2항, 노동조합 및 노동관계조정법 제82조 제2항에 의하면 사용자의 근로자에 대한 정당한 이유 없는 해고 등의 불이익처분에 대한 구제신청은 그 행위가 있은 날(계속하는 행위는 그 종료일)부터 3월 이내에 행하도록 규정하고 있는데, 이는 해고 등의 불이익처분에 대한 노동위원회의 행정적 구제절차는 민사소송을 통한 통상적인 구제방법

31) 대법원 1993. 3. 23. 선고 92누15*** 판결 "논지는 참가인이 원고를 무기정직한 것은 부당노동행위이고, 이는 노동조합법 제40조 제2항 이 규정하는 부당노동행위가 '계속하는 행위'에 해당하고, 원고를 퇴직조치한 때에 종료하므로 이때부터 3월의 구제신청기간이 진행한다는것이나, 무기정직의 처분은 그 처분과 동시에 처분행위가 종료되는 것이지 무기정직의 기간동안 그 처분행위가 계속하여 위 법조항에서 말하는 '계속하는 행위'에 해당하는 것은 아니라고 할 것이므로, 받아들일 수 없다".

32) 서울행법 2006. 12. 19. 선고 2006구합33***판결

에 따른 소송절차의 번잡성, 절차의 지연, 과다한 비용부담 등의 폐해를 지양하고 신속· 간이하며 경제적이며 탄력적인 권리구제를 도모하기 위한 것이므로, 구제신청 기간은 제척기간으로서 그 기산일을 사용자의 불이익처분이 있은 날로부터 기산되는 것이고, 해고 등 불이익처분에 대하여 근로자가 인사규정, 취업규칙 등의 규정에 따른 재심절차를 밟고 있다 하더라도 그러한 재심절차는 근로자에 대한 구제절차에 불과하여 징계는 즉시 효력을 발생하는 것이며, 다만 재심에서 징계가 취소되는 경우에는 소급하여 징계처분의 효력이 소멸하는 것으로 될 뿐이다(대법원 1993. 5. 11. 선고 91누11*** 판결, 1996. 8. 23. 선고 95누11*** 판결 등 참조).

⑵ 위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 보건대, 원고는 자인하는 바와 같이 2005. 5. 11. 이 사건 징계의 존재를 알았음에도 그로부터 3개월이 경과하였음이 역수상 명백한 2005. 10. 10. 비로소 이 사건 징계에 불복하는 구제신청을 제기하였으므로, 이는 근로기준법 제33조 제1항, 제2항, 노동조합 및 노동관계조정법 제82조 제2항의 신청기간을 도과한 부적법한 구제신청이라고 할 것이고, 이는 원고가 참가인 회사에 이 사건 징계에 대한 재심을 청구하였다 하더라도 마찬가지이다.

⑶ 이에 대하여 원고는, 이 사건 징계에 대한 구제신청기간은 원고의 급여가 실제로 삭감된 2005. 8. 25. 비로소 기산한다고 주장하므로 보건대, 근로기준법 제33조 제1항에는 사용자가 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 감봉 기타 징벌을 한때에는 당해 근로자는 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다고 규정하고 있고, 노동조합 및 노동관계조정법 제82조 제1항, 제2항은 사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자는 부당노동행위가 있은 날로부터 3개월 이내에 구제신청을 제기하도록 규정하고 있는데, 여기서 감봉처분은 사용자의 일방적 의사표시에 의한 근로자의 급여를 삭감하는 불이익한 처분으로서 그 징계처분 자체가 구제신청의 대상이 되는 것이고, 그 감봉처분에 기하여 실제 급여가 삭감되는 것은 감봉처분의 집행행위에 불과하여 그러한 행위가 다시 감봉징계처분과 독립하여 별개의 구제신청의 대상이 되거나, 부당노동행위가 된다고 볼 수 없으므로, 이 사건 징계에 대한 구제신청기간 기산점이 실제 급여가 삭감된 시점부터 비로소 기산하는 것은 아니라고 할 것이다."

나. 계속하는 행위는 그 종료일

노동조합법 제82조 제2항의 "계속하는 행위"라 함은 1개의 행위가 바로 완결되지 않고 일정 기간 계속되는 경우뿐만 아니라 수 개의 행위라도 각 행위 사이에 부당노동행위 의사의 단일성, 행위의 동일성·동종성, 시간적 연속성이 인정될 경우도 포함되나[33] 행위 사이의 객관적 관련성 없이 참가인의 부당노동행위 의사가 계속되었다는 사정만으로는 행위 상호간에 시간적 중단이 없는 것으로 평가할 수는 없음[34]

33) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2011두24*** 판결
34) 서울행정법원 2010. 11. 12. 선고 2009구합50*** 판결

노동조합 홈페이지 접속 차단 등과 같이 사용자의 행위가 전산망의 설정변경 등을 통해 완결되고 그 이후 접속이 차단된 상태가 지속될 뿐인 경우에는 "계속하는 행위"로 볼 수 없음[35)]

【 서울행정법원 2012. 7. 5. 선고 2011구합42*판결 】**

"1) 홈페이지 접속 차단 부분에 관한 판단

갑 제1, 2호증, 을 제5호증의 6의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하면, 참가인이 2010. 12. 8. 원고 조합의 홈페이지 전체에 관하여 참가인 청사 내 접속을 차단한 사실, 원고는 2011. 6. 13.에 이르러서야 전남지방노동위원회에 참가인의 홈페이지 접속 차단이 부당노동행위에 해당한다고 주장하며 구제신청을 한 사실을 인정할 수 있다. 노동조합법 제82조는 사용자의 부당노동행위에 의하여 그 권리를 침해당한 노동조합 등은 부당노동행위가 있은 날(계속하는 행위는 그 종료일)로부터 3개월 내에 구제신청을 할 수 있는 것으로 규정하고 있는바, 부당노동행위에 대한 노동위원회의 구제절차를 둔 취지가 보다 신속하게 사용자의 반조합적 침해행위를 배제하고 그 재발을 방지하여 조속히 정상적인 노사관계를 회복하도록 하기 위한 것인 점, 위 3월의 구제 신청기간은 이와 같은 신속한 행정적 구제절차로서의 기능을 확보하기 위한 것으로 제척기간으로 해석되는 점, 노동조합법 제82조 제2항의 "계속하는 행위"라 함은 예고 있는 해고(종료일 : 해고 예고 기간 종료시) 등과 같이 '그 행위가 완결되지 아니하고 일정 기간 계속되는 행위'를 말하는 것이어서 참가인의 원고 조합 홈페이지 접속 차단 등과 같이 참가인의 행위가 참가인 청사를 통제하는 전산망의 설정변경 등을 통해 완결되고 그 이후 접속이 차단된 상태가 지속될 뿐인 경우는 이에 포함되지 아니하는 것으로 보이는 점, 만약 이와 같이 해석하지 아니할 경우 전산망이 차단되어 있는 이상 구제신청기간이 도과하지 아니하게 되어 신속한 구제를 통한 노사관계 정상화라는 부당노동행위 구제제도의 취지에 반하게 되는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 재심판정 중 이 부분에 대한 판단은 정당한 것으로 판단된다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다."

2.4 구제이익과 소의 이익

가. 개념

부당노동행위구제의 신청인인 근로자나 노동조합이 노동위원회의 구제명령에 의한 구제를 받으려면 구제를 받을 구체적인 이익을 가지고 있어야 하며, 이러한 이익을 구제이익이라 함

한편, 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 행정소송을 제기하여 그 취소를 구하는 경우(노동조합법 제85조 제2항), **일반적인 행정쟁송과 마찬가지로 소의 이익 즉, 당**

35) 서울행정법원 2012. 7. 5. 선고 2011구합42*** 판결

해 명령이나 처분의 취소를 구할 법률상 이익의 존재가 필요함

소의 이익 유무가 문제되는 것은 대부분 중앙노동위원회의 명령·결정 이후 사정의 변화에 따라 당해 명령·결정이 위법성을 다툴 실익이 존재하지 않게 된 경우임

나. 판단 기준시점

1) 구제이익 판단 기준시점

행정처분의 적법 여부는 특별한 사정이 없는 한 그 처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 판단하여야 하며(처분시주의)[36], 부당노동행위구제 재심판정 취소의 소에서 처분이 있을 때라 함은 노동위원회가 구제명령을 발하거나 구제신청 기각 판정을 한 때이므로 **노동위원회는 구제명령 여부의 판정시를 기준으로 부당노동행위의 구제신청 이익의 존부를 판단**하게 됨

따라서, 근로자를 해고한 회사가 (구제절차가 계속되는 중에) 실질적으로 폐업하여 법인격까지 소멸됨으로써 그 복귀할 사업체의 실체가 없어졌다면 기업의 존재를 전제로 하여 기업에 있어서의 노사의 대립관계를 유지하는 것을 목적으로 하는 부당노동행위 구제신청의 이익도 없게 되는 것임[37]

2) 소의 이익 판단 기준시점

소의 이익 존부에 관하여 판례는 일반적으로 사실심 변론종결시설로 보고 있음

따라서, 부당노동행위 구제신청을 기각한 지방노동위원회의 결정을 유지한 중앙노동위원회의 **재심판정이 있은 후 그 재심판정의 취소를 청구하는 행정소송의 사실심 변론종결 전에 사정의 변경으로 인하여 구제이익이 없게 된 경우**에는 소의 이익도 없게 되는 것이므로 재심판정의 당부에 관하여는 실체적인 판단을 할 것도 없이 그 소를 각하할 수밖에 없다고 함[38]

【 대법원 1995. 4. 7. 선고 94누3* 판결 】**

"그러나 부당노동행위구제신청에 따른 구제명령을 얻는다고 하더라도 객관적으로 보아 그 실현이 불능인 경우와 구제를 구하는 사항이 다른 방법에 의하여 이미 실현되어 구제신청이 이미 목적을 달성한 경우 등에는 중앙노동위원회 판정의 취소를 구할 소의 이익은 없다고 보아야 할 것이므로,

36) 대법원 2002, 10, 25. 선고 2002두4***판결 등 참조
37) 대법원 1991. 12. 24. 선고 91누2*** 판결 등 참조
38) 대법원 1995. 4. 7. 선고 94누3***판결

이 사건에서와 같이 **특정사항에 관한 단체교섭의 거부를 이유로 한 부당노동행위구제신청에 대한 각하결정의 취소를 구하는 소송 중 그에 관한 단체교섭이 타결된 경우에는 그 구제신청은 이미 목적을 달성한 경우로서 위 결정의 취소를 구하는 소송은 소의 이익이 없어 부적법하다고 할 것이고, 따라서 원심판결이 1993년도 임금협상이 모두 타결되어 피고의 이 사건 판정을 취소할 실익이 없다고 판시하면서도 이 사건 소를 각하하지 아니하고 피고의 재심판정이 적법하다는 이유로 원고들의 청구를 기각한 것은 잘못이라고 할 것이다.**

그러므로 원심판결을 파기하고, 원심이 확정한 사실관계에 의하여 당원이 직접 판결하기에 충분하므로 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제407조 제1호에 따라 당원이 자판하기로 하는 바, 위에서 설시한 이유에 좇아서 이 사건 소를 모두 각하하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다."

다. 구제이익 및 소의 이익 판단 사례[39]

1) 다른 사정이나 절차 등으로 구제의 목적이 달성된 경우

가) 사용자가 부당노동행위를 중지한 경우

원칙적으로 부당노동행위의 구제신청을 할 이익이 인정되지 않고, 다만 노동조합이 부당노동행위로 인하여 침해받았던 단결권을 회복하기 위하여 부당노동행위의 중지를 넘어서는 구제명령이 필요하다는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 구제이익 또는 소의 이익이 인정된다고 할 것임[40]

39) 이하에서는 '부당노동행위구제신청'과 관련된 사항 위주로 기술
40) 서울행정법원 2011. 1. 7. 선고 2010구합16***판결

【 서울행정법원 2011. 1. 7. 선고 2010구합16* 판결 】**

"나. 판단

1) 이 사건 소 중 원고 노조가 제기한 부분에 소의 이익이 있는지 여부

사용자가 부당노동행위를 중지한 경우에는 원칙적으로 부당노동행위의 구제신청을 할 이익이 인정되지 않고, 다만 노동조합이 부당노동행위로 인하여 침해받았던 단결권을 회복하기 위하여 부당노동행위의 중지를 넘어서는 구제명령이 필요하다는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 구제의 이익 및 소의 이익이 인정된다. …(중략)… 참가인은 2010. 1. 1. 이후로는 이 사건 중재재정에 따라 이 사건 배차단축을 시정한 사실, 이 사건 중재재정은 참가인의 거부에도 불구하고 개시된 것이 아니라 노동조합이나 사용자 중 일방의 중재신청이 있는 경우 상대방도 중재개시에 동의할 것을 단체협약을 통하여 미리 용인하였기 때문에 개선된 점, …(중략)… 등을 종합하면, 비록 이 사건 배차단축은 참가인의 근로자 중 원고 노조 소속 근로자들만을 대상으로 한 것으로서 부당노동행위로 보이는 측면이 있으나 그와 같은 부당노동행위가 이미 시정되었을 뿐 아니라 참가인의 부당노동행위 중지에도 불구하고 특별히 회복되어야 할 단결권의 침해가 현재까지 남아 있는 것으로 판단되지는 않는다. 따라서 이 사건 소 중 원고 노조가 제기한 부분은 소의 이익이 없다."

나) 부당노동행위 결과가 회복된 경우

중앙노동위원회의 구제명령에 의한 구제를 받으려면 구제명령을 통하여 얻는 구체적인 이익이 있어야 하는데, 만약 구제명령을 통하여 얻고자 하는 내용이 이미 다른 방법에 의해 실현된 경우에는 구제명령을 구할 구체적 이익이 소멸된 것으로 보아야 함

판례는 **단체교섭의 거부를 이유로 한 부당노동행위 구제신청에서 그 후 단체교섭이 타결된 경우에는 그 구제신청은 이미 목적을 달성한 것이므로 그 재심판정의 취소를 구하는 소송은 소의 이익이 없어 부적법하다**고 봄[41]

【 대법원 1995. 4. 7. 선고 94누3* 판결 】**

"부당노동행위구제신청에 따른 구제명령을 얻는다고 하더라도 객관적으로 보아 그 실현이 불능인 경우와 구제를 구하는 사항이 다른 방법에 의하여 이미 실현되어 구제신청이 이미 목적을 달성한 경우 등에는 중앙노동위원회 판정의 취소를 구할 소의 이익은 없다고 보아야 할 것이므로, 이 사건에서와 같이 특정사항에 관한 단체교섭의 거부를 이유로 한 부당노동행위구제신청에 대한 각하결정의 취소를 구하는 소송 중 그에 관한 단체교섭이 타결된 경우에는 그 구제신청은 이미 목적을 달성한 경우로서 위 결정의 취소를 구하는 소송은 소의 이익이 없어 부적법하다고 할 것이고, 따라서 원심판결이 1993년도 임금협상이 모두 타결되어 피고의 이 사건 판정을 취소할 실익이 없다고 판시하면서도 이 사건 소를 각하하지 아니하고 피고의 재심판정이 적법하다는 이유로 원고들의 청구를 기각한 것은 잘못이라고 할 것이다."

41) 대법원 1995. 4. 7. 선고 94누3*** 판결

한편, 부당노동행위 구제명령을 받은 사용자들이 구제명령 취소를 구하는 취지로 소송을 제기하였으나, 이미 단체교섭이 타결되었으므로, 단체교섭에 응하지 아니한 것이 정당하다는 등 사유를 주장하여 재심 판정 취소를 구할 법률상 이익이 없어 소를 각하한 사례[42]가 있음

2) 구제의 목적이 달성된 것으로 볼 수 없는 경우

가) 부당해고에 대한 구제명령만 발하여진 경우

해고된 근로자가 부당노동행위 및 부당해고 구제신청을 동시에 하여 **부당해고 구제명령**이 발하여진 경우, **그 구제명령은 근로자에 대한 해고처분이 부당노동행위에 해당함을 전제로 이루어진 것이라고 할 수 없으므로** 부당해고 구제명령이 있었다는 사정만으로 부당노동행위 구제신청에 대한 구제이익 또는 구제신청을 받아들이지 않은 중앙노동위원회의 재심판정에 대한 취소소송에서 소의 이익마저 없게 되는 것은 아님[43]

【 대법원 1998. 5. 8. 선고 97누7* 판결 】**

"2. 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 법률, 이하 같다) 제39조 제1호에 의하면 '근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위' 등을 부당노동행위로 규정하고, 같은 법 제40조 내지 제44조에서 이와 같은 부당노동행위에 대하여 노동위원회에 구제를 신청할 수 있도록 함과 아울러 그 신청 및 심사의 절차와 구제명령의 효력 등에 관하여 규정하고 있으며, 같은 법 제46조에서 확정된 기각결정 또는 재심판정에 따르지 않은 자를 처벌할 수 있도록 규정하고 있다.

한편 구 근로기준법(1996. 12. 31. 법률 제5245호로 개정되기 전의 법률, 이하 같다) 제27조의3 제1항에 의하면 "사용자가 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고·휴직·정직·전직·감봉 기타 징벌을 한 때에는 당해 근로자는 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다."고 규정하고, 같은 조 제2항에서 구제신청과 심사절차 등에는 구 노동조합법 제40조 내지 제44조의 규정을 준용하도록 규정하고 있다.

이 두 개의 제도 중 구 노동조합법에 의한 부당노동행위 구제제도는 집단적 노사관계질서를 파괴하는 사용자의 행위를 예방·제거함으로써 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 확보하여 노사관계의 질서를 신속하게 정상화하고자 함에 그 목적이 있음에 비하여, 구 근로기준법에 의한 부당해고 등 구제제도는 개별적 근로계약관계에 있어서 근로자에 대한 권리침해를 구제하기 위함에 그 목적이 있는 것으로, 이는 그 목적과 요건에 있어서 뿐만 아니라 그 구제명령의 내용 및 효력 등에 있어서도 서로 다른 별개의 제도라고 할 것이다.

그러므로 **사용자로부터 해고된 근로자는 그 해고처분이 구 노동조합법상 부당노동행위에 해당됨을 이유로 같은 법에 의한 부당노동행위구제신청을 하면서 그와는 별도로 그 해고처분이**

42) 서울고등법원 2011. 1. 12. 선고 2010누13*** 판결
43) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97누7*** 판결

구 근로기준법상 부당해고에 해당됨을 이유로 같은 법에 의한 부당해고구제신청을 할 수 있는 것이고, 근로자가 이와 같은 두 개의 구제신청을 모두 한 경우에 부당해고구제절차에서 부당해고에 해당함을 이유로 구제명령이 발하여졌다고 하여도 그 구제명령은 근로자에 대한 해고처분이 부당노동행위에 해당함을 전제로 이루어진 것이라고 할 수 없으므로(대법원 1992. 5. 22. 선고 91누5* 판결 참조), 그와 같은 부당해고에 대한 구제명령이 있었다는 사정만으로 부당노동행위구제신청에 대한 구제이익 또는 그 구제신청을 받아들이지 않은 중앙노동위원회의 재심판정에 대한 취소소송에서의 소의 이익마저도 없게 되었다고 할 수 없다.**

구 근로기준법 제27조의3 제2항, 구 노동조합법 제44조가 부당해고 등 구제신청에 따른 구제명령의 효력이 중앙노동위원회에의 재심신청이나 행정소송의 제기에 의하여 정지되지 아니한다고 규정하고 있다고 하여 달리 볼 것이 아니다.

그럼에도 불구하고 원심이, 피고는 이미 원고가 별도로 제기한 부당해고구제신청과 관련하여 원고에 대한 해고를 부당해고로 인정하여 원고의 복직을 명하는 재심판정을 하였다는 이유만으로 원고의 이 사건 부당노동행위구제신청의 목적이 달성되었음을 이유로 이 사건 재심판정의 취소를 구할 소의 이익이 없다고 판단한 것은, 부당노동행위구제신청에 관한 취소소송에서의 소의 이익에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라고 하겠다."

나) 감봉처분이 취소되면서 견책처분으로 변경된 경우

사용자가 근로자에 대한 감봉처분을 취소하고 견책 처분으로 변경함에 따라 **감봉처분은 실효**된 경우에도 그로 인하여 노동조합활동이 침해됨으로써 받은 불이익은 제거되지 않은 채 여전히 존속한다고 할 것이므로 **부당노동행위임을 다툴 법률상 이익이 인정된다고 할 것**임[44]

【 대전고등법원 2015. 8. 20. 선고 2015누10* 판결 】**

"(1) 관련법리

근로자에 대한 불이익취급이 부당해고 등에 해당할 뿐만 아니라 부당노동행위에도 해당할 경우 그러한 불이익취급은 근로자 개인의 고용관계상의 이익을 침해함과 동시에 노동조합의 활동을 침해하는 성격을 가지고 있으므로, 사용자가 시정조치를 하거나 근로자가 사직원을 제출하여 근로계약관계가 종료되는 등으로 부당해고 등에 대한 근로자의 구제이익이 소멸하는 경우에도 그로 인하여 노동조합활동 등과 관련하여 받은 불이익은 제거되지 않는다. 따라서 노동조합이 신청인이 된 경우에는 사용자가 시정조치를 취하거나 근로자와의 근로계약관계가 종료되었어도 조합에 대한 단결권 침해사실이 남아있는 한 부작위명령, 공고문 게시명령 등을 구하는 구제이익은 여전히 존속한다고 보아야 한다(대법원 1998. 5. 8. 선고 97누7*** 판결 등 참조).

(2) 원고 ○○○에 대한 감봉처분과 관련하여

살피건대, 을나 제23호증의2, 제26호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하면, 참가인은 2015. 1. 12. 이 사건 초심판정의 구제명령에 따라 원고 ○○○에 대한 감봉 1월의 징계처분을

44) 대전고등법원 2015. 8. 20 선고 2015누10*** 판결

견책으로 감경하고 위 감봉처분이 없었다면 지급받을 수 있었던 임금상당액인 45,418원을 원고 이○○에게 지급한 사실을 인정할 수 있다. 그러나 참가인의 시정조치로 인하여 원고 ○○○에 대한 감봉처분이 실효됨으로써 감봉처분이 부당징계임을 다툴 법률상 이익이 사라졌다 하더라도 그로 인하여 노동조합활동이 침해됨으로써 받은 불이익은 제거되지 않은 채 여전히 존속한다고 할 것이다. 따라서 원고 ○○○와 원고 노동조합은 원고 ○○○에 대한 감봉처분에 따른 부당노동행위를 다툴 법률상 이익이 있다 할 것이다."

3) 구제명령의 실현이 불능인 경우

가) 근로관계가 종료(계약기간 만료, 정년도래 등)한 경우

근로자가 구제신청을 하여 처분의 효력을 다투던 중 근로계약 기간의 만료 등으로 근로관계가 종료되면 구제이익은 소멸함[45][46]

나) 사업체의 소멸

대법원 판례는 **회사가 실질적으로 폐업하여 법인격까지 소멸**함으로써 근로자가 복귀할 사업체의 실체가 없어졌다면 기업의 존재를 전제로 하여 기업에 있어서의 노사의 대립관계를 유지하는 것을 목적으로 하는 부당노동행위 구제신청의 이익도 없다는 입장임[47][48]

【 서울행정법원 2006. 4. 20. 선고 2005구합3* 판결 】**

"사용자가 그 경영의 사업체 전부를 폐업하고 이에 따라 그 소속 근로자 전원과의 근로관계를 종료시키는 것은 원칙적으로 기업 경영의 자유에 속하는 것이고, 근로자를 해고한 사용자가 사업장을 실질적으로 폐업하여 근로자들이 복귀할 사업장이 없어졌다면 사업체의 존속을 전제로 하는 근로계약관계 역시 유효하게 종료되는 것이어서 복직을 명하는 구제명령이 내려진다고 하더라도 그 실현이 객관적으로 불가능하게 되어 구제이익이 없다(대법원 1991. 12. 24. 선고 91누2*** 판결 등 참조).

살피건대, 앞서 본 바에 의하면 참가인 ○○이 실질적으로 폐업한 이상 원고들이 근무하거나 복귀할 사업장이 소멸함에 따라 원고들과 참가인 ○○ 사이의 근로계약관계 역시 종료되었다고 할 것이므로, 결국 원고들이 구하는 부당해고 구제신청은 그 구제신청의 이익이 없다."

그러나, 사용자의 폐업이 **위장폐업이거나 근로자가 위장폐업임을 주장하며 다툰 경**

45) 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000두7*** 판결
46) 근로관계의 종료와 관련한 구제이익에 관하여는 주제별 판례분석집(개별적 근로관계) 제1절 제3장 구제이익 136 페이지 등 참조
47) 대법원 1990. 2. 27. 선고 89누6*** 판결
48) 서울행정법원 2006. 4. 20. 선고 2005구합*** 판결

우에는 구제이익이 인정되며[49], 사용자가 사업 일부만을 폐업한 경우[50] 및 사업체는 존속하는 상태에서 근로자가 복직할 직제만 폐지된 경우[51]에는 구제이익 인정

다) 노조의 조합원이 없어진 경우

중앙노동위원회의 재심결정에 대하여 관계 당사자가 행정소송을 제기하여 그 취소를 구하려면 일반 취소소송과 마찬가지로 사실심 변론 종결 당시를 기준으로 하여 그 취소를 구할 구체적인 법률상의 이익, 즉 소의 이익이 있어야 하는데, 중앙노동위원회의 **재심결정 이후에 '사정변경'이** 생겨 더 이상 중앙노동위원회가 내린 **시정명령의 실현이 무의미하거나 객관적으로 불능하게 된 경우 그 시정명령은 기초를 상실하여 구속력을 잃게 되는 바**, 이 경우 사용자는 더 이상 중앙노동위원회가 내린 시정명령에 따를 의무가 없게 되므로 원칙적으로 그 **재심결정의 취소를 구할 법률상 이익이 없게 됨**[52]

사용자가 노동조합의 교섭요구 사실을 공고하더라도 사업장 소속 노동조합의 조합원이 없어져 단체교섭을 위한 교섭창구 단일화 절차를 진행할 수 없게 된 상황에서 **교섭 요구 사실 공고의무는 이를 이행할 상대방의 부재로 이미 소멸하였다고 보아야 하므로, 사용자로서는 새삼스럽게 교섭요구 사실 의무를 다투기 위하여 재심판정 취소의 소를 제기할 법률상의 이익이 없음**[53]

49) 서울고등법원 2007. 11. 27. 선고 2007누6*** 판결 등
50) 서울행정법원 2006. 5. 19. 선고 2005구합3*** 판결 등
51) 서울행정법원 2007. 4. 26. 선고 2006구합2*** 판결
52) 서울행정법원 2017. 9. 29. 선고 2017구합*** 판결
53) 서울행정법원 2017. 8. 24. 선고 2016구합*** 판결

【 서울행정법원 2017. 8. 24. 선고 2016구합5* 판결 】**

"3. 이 사건 소의 적법여부

피고는 원고가 이 사건 재심판정의 취소를 구할 소의 이익이 없다고 본안전항변을 하므로 이에 관하여 살펴본다.

갑 제1 내지 3호증, 을가 제2 내지 4호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 보면, 원고와 설○○이 2014. 6. 11. 설○○은 이 사건 대리점에서 자동차의 판매 행위 및 수급·채권관리 등의 부수적 행위를 수행하고 원고는 그 대가로 설○○에게 용역수당을 지급하기로 하는 내용의 이 사건 용역계약을 체결한 사실, 설○○이 2105. 12. 18. 참가인 조합에 가입한 사실, 원고가 참가인의 교섭요구 전인 2016. 4. 7. 이 사건 용역계약을 해지한 사실, 참가인이 2016. 4. 19. 이 사건 대리점에 설○○ 외 5명의 조합원이 존재한다고 주장하면서 원고에게 교섭요구를 한 사실, 설○○은 2016. 5. 23. 인천지방노동위원회에 이 사건 용역계약의 해지가 부당노동행위라고 주장하면서 그 구제를 신청하였으나 2016. 7. 20. 이 사건 용역계약의 해지가 정당하고 부당노동행위에 해당하지 않는다는 이유로 기각결정을 받은 사실, 설○○이 이에 불복하여 2016. 8. 23. 중앙노동위원회에 재심을 신청하였으나 2016. 12. 1. 원고가 이 사건 용역계약의 해지 당시 설○○이 참가인 조합에 가입한 사실을 알고 있었다고 보기 어려워 부당노동행위가 성립하지 않는다는 이유로 기각결정을 받은 사실, 참가인은 인천지방노동위원회 심문 당시 설○○, 이○○, 강○○ 등 3명의 노동조합 가입 신청서만을 제출하였는데, 이 중 이○○, 강○○이 2016. 5. 11. 참가인 조합을 탈퇴하여 이 사건 재심판정 당시에는 이 사건 대리점에 설○○ 외 참가인의 다른 조합원이 존재하지 않았던 사실이 인정된다. **위 인정사실에 의하면, 설령 설○○이 노동조합법에서 규정하고 있는 근로자에 해당된다고 보는 경우에도, 중앙노동위원회로부터 이 사건 용역계약의 해지가 부당노동행위에 해당하지 않는다는 내용의 재심판정을 받았으므로, 노동조합법 제2조 제4호 라목 단서에 의하여 2016. 12. 1.까지만 원고의 근로자로서 참가인의 조합원 자격이 인정될 뿐이므로 2016. 12.. 1. 이후 이 사건 대리점에 참가인의 조합원은 더 이상 존재하지 않는다.**

결국 원고가 참가인의 교섭요구 사실을 공고하더라도 참가인이 더 이상 이 사건 대리점에서 단체교섭을 위한 교섭창구 단일화 절차를 진행할 수 없게 된 상황에서 교섭 요구 사실 공고의무는 이를 이행할 상대방의 부재로 이미 소멸하였다고 보아야 하므로, 원고로서는 새삼스럽게 위 의무를 다투기 위하여 이 사건 재심판정의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다."

4) 그 밖에 구제이익 및 소의 이익이 문제되는 사례

가) 다른 노조에 대한 전임자급여 지원행위

복수노조 하에서 1노조에 대한 전임자급여 지원행위에 2노조가 지배개입 부당노동행위 구제를 신청할 이익이 있는지 여부[54]

54) 대법원 2016. 4. 28. 선고 2014두11***판결(원심 서울고등법원 2014. 7. 23. 선고 2013누27*** 판결의 판시 내용)

【 대법원 2016. 4. 28. 선고 2014두11*** 판결 】

"1노조에 대한 전임자급여 지원행위를 부당노동행위로 보아 구제명령을 하더라도 2노조의 전임자가 같은 수준의 근로시간을 면제받거나 1노조 전임자에게 과다 지급된 부분이 2노조 전임자에게 배분되는 것은 아니므로 구제이익이 없다는 주장에 대하여, **판례는 교섭창구단일화 제도의 취지상 소수 노동조합은 교섭대표노동조합을 통해 그 단체교섭권이 실현되므로 교섭대표노동조합의 자주성이 사용자에 의해 침해될 경우 소수 노동조합의 단체교섭권도 침해될 수밖에 없는 점 및 노동조합법 제81조 제4호 후단의 전임자 급여지원행위에 대한 구제신청 이익을 전임자 급여를 지급받은 당해 노동조합 내지 조합원인 근로자에게만 있다고 볼 경우 위 조항이 사실상 사문화될 우려가 있는 점 등을 종합하면, 복수노조 사업장에서 노동조합은 사용자가 다른 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하는 행위에 대하여 그 노동조합이 실제 교섭대표노동조합인지 여부와 상관없이 구제 신청할 이익이 있다.**"

나) 일시적으로 조합원 자격을 상실하는 노사합의

노동조합원이 사용자부서에 근무하는 동안에 일시적으로 노동조합원 자격을 상실한다는 노사합의가 이루어진 경우 더 이상 근로자들이 노동조합원 자격을 유지하면서 사용자부서에 근무할 수 없게 되었으므로 부당노동행위 구제신청은 구제이익을 상실하는지의 여부가 문제될 수 있음

판례는 이러한 경우 중앙노동위원회가 이러한 전환배치를 근로자들의 단결권 등을 침해하는 부당노동행위로 인정하는 경우에 사용자에 대하여 '근로자에 대한 영향력과 지배력을 행사하여 근로자의 노동조합 가입을 제한하는 행위와 이로 인하여 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 행위를 하여서는 안 된다'는 등과 같은 **부작위명령 등의 구제명령을 할 수 있으므로 지배·개입행위의 부당노동행위에 해당하는지 여부를 심의하여 판단할 구제이익이 있다고** 하였음[55]

55) 서울고등법원 2010. 10. 14 선고 2010누*** 판결

【 서울고등법원 2010. 10. 14. 선고 2010누* 판결 】**

"2. 본안 전 항변에 대한 판단

참가인은, 이 사건 재심판정 이전에 원고들과 사이에 원고들의 노동조합원이 참가인 의 사용자부서에 근무하는 동안에 일시적으로 노동조합원 자격을 상실한다는 노사합의가 이루어져서 더 이상 이 사건 근로자들이 노동조합원 자격을 유지하면서 사용자부서에 근무할 수 없게 되었으므로 원고들의 위 부당노동행위 구제신청은 구제이익이 없어 부적법하고, 따라서 이 사건 소는 소의 이익이 없다는 취지로 본안 전 항변을 한다.

그러므로 살핀다. 현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형은 다양하고, 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 그에 대응하는 부당노동행위 구제의 방법과 내용도 유연하고 탄력적일 필요가 있는바, 사용자의 지배·개입 행위가 사실행위로 이루어진 경우 그 행위 자체를 제거 내지 취소하여 원상회복하는 것이 곤란하며 또한 사용자의 행위가 장래에 걸쳐 계속 반복하여 행하여질 가능성이 많기 때문에 사용자의 지배·개입에 해당하는 행위를 금지하는 부작위명령은 적절한 구제방법이 될 수 있다. 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '법'이라 한다) 제84조 제1항의 규정 또한 노동위원회가 전문적·합목적적 판단에 따라 개개 사건에 적절한 구제조치를 할 수 있도록 하기 위해서 사용자의 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에 사용자에게 구제명령을 발하여야 한다고 규정하고 있을 뿐, 구제명령의 유형 및 내용에 관하여는 특별히 정하고 있지 않다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8*** 판결 참조). 그리고 부당노동행위제도의 목적은 근로자의 단결권 등 근로3권의 보장에 있다. 이러한 취지에서 보면, 참가인이 이 사건 재심판정 전에 원고들과 사이에 '노동조합원이 사용자부서에서 근무하는 동안 일시적으로 조합원 자격을 상실한다'는 노사합의를 하였더라도, **이 사건 전환배치가 부당노동행위에 해당하지 않는다는 것을 원고들이 위 노사합의에서 인정하였다는 점에 관한 주장·입증이 없는 이상 중앙노동위원회가 이 사건 전환배치를 원고들의 단결권 등을 침해하는 부당노동행위로 인정하는 경우에 참가인에 대하여 '근로자에 대한 영향력과 지배력을 행사하여 근로자의 노동조합 가입을 제한하는 행위와 이로 인하여 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 행위를 하여서는 안 된다'는 등과 같은 부작위명령 등의 구제명령을 할 수 있으므로, 중앙노동위원회는 이 사건 전환배치가 원고들의 조직 및 운영에 대한 지배·개입행위의 부당노동행위에 해당하는지 여부를 심의하여 판단할 구제이익이 있다.**"

다) 구제신청의사 포기로 간주되는 경우

신청인이 2회 이상 출석통지를 받고도 이에 응하지 아니하거나 출석통지서가 주소불명 또는 소재불명으로 2회 이상 반송된 경우에는 신청의사를 포기한 것으로 인정되어 구제이익이 소멸함[56] (노동위원회 규칙 제60조 제1항 제7호)

근로자 또는 노동조합이 명시적으로 구제신청을 포기한 경우에는 구제이익이 소멸

56) 대법원 1990. 2. 27. 선고 89누7*** 판결 등

하며, 근로자가 부당해고 구제신청을 한 후에 당해 해고에 대하여 동의 또는 승인한 경우[57] 구제이익을 포기한 것으로 간주되므로 구제이익이 소멸함

라) 관련 민사소송의 패소판결이 확정된 경우

해고무효확인의 소에서 청구기각의 판결이 확정된 경우, 부당노동행위를 이유로 한 구제이익은 소멸한다고 보아야 함[58]

【 대법원 1996. 4. 23. 선고 95누6* 판결 】**

"근로자가 자신에 대한 해고 등의 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 주장하며 부당노동행위 구제신청을 하여 그 구제절차가 진행 중에 자신이 별도로 사용자를 상대로 제기한 해고등무효확인청구의 소에서 청구기각 판결이 선고되어 확정된 경우에 있어서는 사용자의 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분이 정당한 것으로 인정되었다 할 것이어서 노동위원회로서는 그 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 하여 구제명령을 발할 수 없게 되었다 할 것이므로 구제이익은 소멸한다고 보아야 할 것이고, 이와 같은 경우 근로자의 부당노동행위 구제신청을 기각한 지방노동위원회의 결정을 유지하여 재심신청을 기각하거나 구제명령을 발한 지방노동위원회의 결정을 취소하여 구제신청을 기각하는 내용의 중앙노동위원회의 재심판정의 취소를 구하는 소송은 그 소의 이익이 없어 부적법하다 할 것이다."

57) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97누18*** 판결
58) 대법원 1996. 4. 23. 선고 95누6*** 판결

제2절 불이익취급

1. 불이익취급 개관

불이익취급의 부당노동행위와 관련하여, 노동조합법 제81조 제1호, 5호는 "근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 근로자를 해고하거나 근로자에게 불이익을 주는 행위"와 "근로자가 정당한 단체행위에 참가한 것을 이유로 하거나 또는 노동위원회에 대하여 사용자가 이 조의 규정에 위반한 것을 신고하거나 그에 관한 증언을 하거나 기타 행정관청에 증거를 제출한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위"를 규정하고 있음

이와 같은 불이익취급의 요건은 다음 세 가지로 나누어 볼 수 있는데 ① 근로자가 노조가입 및 조직, 노조업무를 위한 정당한 행위, 정당한 단체행동 등 단결활동 내지 노조활동을 한 사실이 있어야 하며 ② 사용자가 근로자를 해고하거나 기타 근로자에게 불이익을 준 사실이 있어야 하고 ③ 사용자의 불이익처분이 근로자의 노조활동을 '이유'로 한 것이어야 함(부당노동행위 의사). 이상 3가지 요건의 **증명책임은 이를 주장하는 근로자나 노동조합에게 있음**[59]

즉, 부당노동행위에 대한 입증책임은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합에게 있으므로, 필요한 심리를 다하였어도 사용자에게 부당노동행위 의사가 존재하였는지 여부가 분명하지 아니하여 그 존재 여부를 확정할 수 없는 경우에는 그로 인한 위험이나 불이익은 그것을 주장한 근로자 또는 노동조합이 부담할 수밖에 없음

【 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두9* 판결 】**

"사용자의 행위가 노동조합 및 노동관계조정법에 정한 부당노동행위에 해당하는지 여부는 사용자의 부당노동행위 의사의 존재 여부를 추정할 수 있는 모든 사정을 전체적으로 심리 검토하여 종합적으로 판단하여야 하고, 부당노동행위에 대한 입증책임은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합에게 있으므로, 필요한 심리를 다하였어도 사용자에게 부당노동행위 의사가 존재하였는지 여부가 분명하지 아니하여 그 존재 여부를 확정할 수 없는 경우에는 그로 인한 위험이나 불이익은 그것을 주장한 근로자 또는 노동조합이 부담할 수밖에 없는데, 이와 관련

59) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두9*** 판결

하여 사용자가 근로자에게 징계나 해고 등 기타 불이익한 처분을 한 경우 그에 관하여 심리한 결과 그 처분을 할 만한 정당한 사유가 있는 것으로 밝혀졌다면 사용자의 그와 같은 불이익한 처분이 부당노동행위 의사에 기인하여 이루어진 것이라고 섣불리 단정할 수 없다고 보는 것이 종래 대법원의 확립된 판례이다.

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 표현은 다소 달리하였으나 원심의 판단은 결국, 이 사건 정직 2월의 징계처분이 피고 보조참가인의 부동노동행위 의사에 기인하여 이루어졌다고 인정하기에 부족하다는 취지와 다를 바 없고, 이러한 사실인정은 사실심인 원심의 전권사항에 속하는 것으로서 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법한 것이라고 볼 수 없으므로 그 결론에 있어 정당하다. 원심판결에는 이에 관하여 상고이유에서 주장 하는 바와 같은 채증법칙 위반, 부당노동행위에 관한 법리오해 등의 위법이 없다."

2. 불이익취급의 요건

2.1. 정당한 노동조합 활동 또는 정당한 단체행동

정당한 조합활동 또는 단체행동인지를 판단하기 위하여는 그 행위가 조합활동 또는 단체행동에 해당하는가와 그것이 정당한가라는 문제를 검토하게 되는 바, 판례는 대체적으로 조합활동 또는 단체행동인지의 여부를 판단하기 위하여 노조의 결의나 지시가 있었는지 및 묵시적 수권이나 승인을 받았다고 할 만한가를 그 기준으로 삼거나, 조합활동 또는 단체행동의 정당성을 판단하기 위하여는 단체협약이나 취업규칙에 위반되는지, 근로시간 중 활동이라면 사용자의 승낙이나 관행이 있는지, 사용자의 시설관리권을 침해하고 있지는 않는지 등을 그 기준으로 삼고 있음

가. 노동조합의 업무를 위한 행위의 판단 기준

1) 일반적인 판례의 태도

노동조합의 업무를 위한 행위란 일반적으로 통상적인 노동조합 활동을 의미한다고 할 것이나 조합원이 조합의 결의나 구체적인 지시에 따라서 한 노동조합의 조직적인 활동 그 자체는 아닐지라도 **행위의 성질상 노동조합의 활동**으로 볼 수 있거나 노동조합의 **묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수 있을 때** 노동조합의 업무를 위한 행위로 볼 수 있을 것이라고 함[60]

60) 대법원 1989. 4. 25. 선고 88누1*** 판결

【 대법원 2011. 2. 24. 선고 2008다29*** 판결 】

"[1] 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호 의 '노동조합의 업무를 위한 정당한 행위'란 일반적으로는 노동조합의 정당한 활동을 가리킨다고 할 것이나,조합원이 조합의 결의나 구체적인 지시에 따라서 한 노동조합의 조직적인 활동 그 자체가 아닐지라도 그 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수 있을 때에는 그 조합원의 행위를 노동조합의 업무를 위한 행위로 보아야 한다.

[2] 노동조합활동으로 배포된 문서에 기재되어 있는 문언에 의하여 타인의 인격·신용·명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고, 또 그 문서에 기재되어 있는 사실 관계의 일부가 허위이거나 그 표현에 다소 과장되거나 왜곡된 점이 있다고 하더라도, 그 문서를 배포한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 노동조합원들의 단결이나 근로조건의 유지 개선과 근로자의 복지증진 기타 경제적 사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것이고, 또 그 문서의 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면, 그와 같은 문서의 배포행위는 노동조합의 정당한 활동범위에 속하는 것으로 보아야 하고, 따라서 그와 같은 행위를 한 것을 이유로 그 문서를 작성·배포한 근로자를 해고하거나 근로자에게 불이익을 주는 행위는 허용되지 않는 것이다.

[3] OOO이 인터넷 신문에 게재된 기사를 그대로 복사하여 개인 홈페이지 등에 게시한 행위가 노동조합의 정당한 활동범위에 속하는지 여부가 문제된 사안에서, 기사 내용에 일부 과장되거나 왜곡된 표현의 사용으로 회사의 명예 등이 훼손되거나 그러한 염려가 있다고 하더라도, 기본적으로는 OOO이 속한 노조원들의 단결을 도모하여 근로조건의 향상과 복지 증진 등을 도모하기 위한 것이고 기사 내용도 전체적으로는 진실한 것이라 할 수 있으므로, 甲의 위 신문기사 게시행위는 노동조합의 업무를 위한 정당한 활동범위에 속한다."

2) 구체적인 사례

가) 노동조합 활동으로 볼 수 있는 경우

판례는 ① 조합원이 **노동조합 규약의 개정 내용 및 절차상 문제점을 주된 내용**으로 한 **유인물을 작성하여 출근버스 안에서 배포한 행위**[61], ② 취업규칙과 노사협의에 의하여 지급하도록 정해진 **목욕권과 예비군 훈련기간의 수당을 지급하지 않는다고 노동부에 진정**한 행위[62], ③ 근로자가 노동조합의 위원장으로 출마한 행위 및 다수의 노동조합 위원장 입후보자 중 일부만 사퇴하고 복수 이상의 후보자가 남았는데 그 중 한사람이 사퇴자의 사퇴 이유를 왜곡하여 선거운동에 이용하는 경우 당해 **사**

61) 대법원 1995. 6.13. 선고 95다1*** 판결
62) 대법원 1990. 8. 10. 선고 89누8*** 판결

퇴자가 그의 사퇴 이유를 유인물 배포로 조합원에게 알리는 행위[63], ④ 상무의 도박 등의 비행을 폭로하거나 고소하고 **대기기사 수입의 인상을 요구하는 글을 휴게실에 게시 부착**한 행위[64], ⑤ 조합 회계감사인 근로자가 다른 회사보다 낮은 수준으로 임금협약을 체결한 **노조대표자의 불신임운동을 주도하고 이에 따라 노조대표자가 그 직을 사퇴하기 위하여 임시총회를 개최하기로 한 경우의 불신임행위**[65] 등을 노동조합의 업무를 위한 행위로 보아야 한다고 판시하였음

또한, 조합원이 **노조집행부의 의사에 반하는 내용의 유인물을 배포한 경우라도** 그 유인물 배포행위가 통상임금 소송, 임금피크제 도입과 관련하여 근로자들의 **근로조건의 유지 개선을 목적으로 하는 것인 이상 그 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있다고 하였으며**[66] 노동조합의 결정이나 방침에 반대하며 대항하는 행위는 노동조합 활동이라 볼 수 없지만 **노동조합 내부의 문제 해결을 위한 건전한 비판**은 노동조합 활동으로 볼 수 있다고 함[67]

【 서울행정법원 2015. 2. 12. 선고 2014구합61* 판결 】**

"가) 유인물의 내용

제1 유인물의 주된 내용은 ① OOO가 대법원 판결에 따라 복직되었음을 알리는 것, ② 원고의 회유 또는 강요에 따라 통상임금 관련 소를 취하하는 사례가 있음을 알리면서 이에 대한 대처요령을 주지시키는 것, ③ 통상임금 관련 소송의 진행경과를 보고하고 소송에 참여할 근로자를 모집하는 것, ④ 원고와 이 사건 노조가 임금피크제 도입에 관한 협상을 하는 것에 대해 반대 입장을 나타내는 것, ⑤ 통상임금 관련 소송에 대한 이 사건 노조의 태도를 비판하는 것이다.

제2 유인물의 주된 내용은 원고가 제1 유인물 배포를 이유로 참가인들을 징계하려 하는 것을 비판하는 것이다.

나) 노동조합의 업무를 위한 행위

"노동조합이라 함은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체이다"(노조법 제2조 제4호).

따라서 제1, 2 유인물에 이 사건 노조 집행부를 비판하는 내용이 포함되어 있고 위 유인물의 배포행위가 이 사건 노조 집행부의 의사에 반하는 것이라고 하더라도, 위 유인물 배

63) 대법원 1991. 11. 12. 선고 91누4*** 판결
64) 대법원 1999. 11. 9. 선고 99두4***판결
65) 대법원 1990. 10. 23. 선고 89누2*** 판결
66) 서울행정법원 2015. 2. 12. 선고 2014구합61***판결
67) 서울고등법원 2015. 1. 16. 선고 2014누53*** 판결

포행위가 통상임금 소송, 임금피크제 도입과 관련하여 원고 소속 근로자들의 근로조건의 유지·개선을 목적으로 하는 것인 이상 이는 그 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있다."

나) 노동조합의 업무를 위한 행위로 볼 수 없는 경우

조합원 일부가 노동조합의 노선과 다른 행동을 하는 경우, 노동조합의 결정이나 방침에 반대하거나 이를 비판하는 행위는 **원칙적으로 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 없고,** 노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 인정할 만한 사정이 없는 한 **조합원으로서의 자의적인 활동에 불과**하여 노동조합의 활동이라고 할 수 없음[68]

【 대법원 1992. 9. 25. 선고 92다18* 판결 】**

"**조합원의 일부가 조합 집행부와 조합원 전체의 의사에 따르지 않고 노동조합의 결정이나 방침에 반대하거나 이를 비판하는 행위는 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있다거나 노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 인정할 만한 사정이 없는 한 조합원으로서의 자의적인 활동에 불과하여 노동조합의 활동이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 설사 그 행위가 조합활동으로서 취업시간 외에 행하여졌다고 하더라도 장소가 사업장 시설 내인 경우에는 시설에 대한 소유권 또는 관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하고**(당원 1990. 5. 15. 선고 90도*** 판결 참조), 한편 연장근로는 노사의 합의에 의하여 행하여지는 것이라고 하더라도 사용자가 근로시간을 연장할 필요가 있어 근로자들에게 연장근로를 제의한 경우에 집단적으로 이를 거부하고 연장근로를 하지 말라고 선동하는 행위는 사용자의 업무를 방해하는 것으로서 정당하다고 할 수 없는 것이다. 따라서 원심이 이를 전제로 원고가 노조 집행부와 피고 회사가 타결한 임금협상의 내용에 불만을 품고 조합원의 찬반투표를 요구하며 조합 집행부와 대립하여 오다가 점심시간에 식당입구에서 조합원 40여 명을 모아 놓고 노조가 어용이라고 주장하며 조합장의 퇴진 서명운동을 벌일 것과 연장근로의 거부를 선동하여 이에 동조한 근로자 120여 명으로 하여금 잔업을 거부하게 한 행위를 정당한 노동조합 활동이라고 볼 수 없고…(중략)…"

따라서 ① 회사 통합 노동조합장으로 취임한 사람에 대하여 적법한 조합장 선거가 없었다는 이유로 **신임 조합장을 선출하자는 내용의 진정서를 조합원들에게 배포**한 행위나 회사 운전기사들에게 **회사에서 운전기사들의 사납금을 교육시간에 해당하는**

68) 대법원 1992. 9. 25. 선고 92다18*** 판결

만큼 감해 주지 않으면 승무하지 말자고 제의한 행위 또는 자신에게 배차중지 하는 것은 부당하다는 내용의 호소문 100여 장을 회사 근로자에게 배포한 행위[69] ② 노조 간부가 아닌 **평조합원인 근로자가 세차비 문제, 구상권 문제, 인사 및 배차 문제 등과 관련하여 대표이사를 단체협약 위반혐의로 진정한 행위**[70] ③ **단체협약 체결을 비난하는 내용의 유인물**을 단체협약에 규정된 절차를 무시하고 **노동조합의사에 반하여 임의로 게시한 행위**[71] 등은 노동조합의 결의를 거쳤다거나 구체적인 지시에 의한 조합의사에 따른 것이 아닌 조합원으로서의 자발적 활동에 불과한 것이며, 그 행위의 성질상으로도 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 인정할 자료가 없어 정당한 노동조합 활동이라고 볼 수 없으며 ④ 노동조합의 결의 또는 지시에 의한 것은 아니었음에도 **사용자의 주주총회에 참석한 것은 근로조건의 개선을 위한 것도 아니므로 노동조합 활동과 직접적인 관련이 있다고 보기 어려움**[72]

나. 정당한 노동조합활동인지 여부를 판단하는 기준[73]

노동조합법 제81조 제1호 및 제5호 소정의 부당노동행위가 성립하려면 먼저 근로자가 정당한 노동조합활동을 하거나 정당한 단체행위에 참가한 것을 이유로 근로자에게 해고 등 불이익처분을 한 경우이어야 하므로, 근로자의 행위가 정당한 노동조합 활동에 해당하는 것으로 볼 수 없다면 비록 사용자가 근로자의 노조활동과 관련하여 해고 등의 불이익처분을 하였다 하더라도 이는 부당노동행위에 해당할 수가 없음[74]

따라서, 근로자의 노조활동이 **근로자에게 인정되는 조합활동 권리의 범위 안에서 행하여진 것인지 여부가 정당한 조합활동을 이유로 불이익취급 부당노동행위의 주된 쟁점**이므로 근로자의 조합활동에 정당성이 인정되기 위해서는 어떠한 요건을 갖추어야 하는지를 살펴보아야 함

69) 대법원 1989. 4. 25. 선고 88누1*** 판결
70) 대법원 1994. 12. 23. 선고 94누3*** 판결
71) 대법원 1991. 5. 28. 선고 90누6*** 판결
72) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2011두9*** 판결
73) 이하에서는 넓은 의미에서의 조합활동이라고 말할 수 있는 단체교섭 및 쟁의행위에 대하여는 제외하고 조합원인 근로자가 하는 좁은 의미의 조합활동에 관한 문제에 대하여만 검토함
74) 대법원 1995. 4. 28. 선고 94누11*** 판결

1) 일반적인 판례의 태도

근로자가 노동조합을 조직하거나 가입했을 때에는 **단체행동권으로서 쟁의권과 조합활동권**이 있음

이러한 조합활동권도 쟁의권과 함께 정당성이 있는 범위 내에서 적법한 것이며 **쟁의권처럼 주체, 목적, 행사방법 등의 각 방면에 걸쳐 정당성이 있어야 하고**, 일반적으로 조합 활동이 정당하려면 **취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나** 관행, **사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 취업시간 외에 행해져야 하며** 사업장 내의 조합 활동에 있어서는 **사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 함**

또한, 비록 조합 활동이 **근무시간 외에 사업장 밖에서 이루어졌을 경우**에도 근로자의 **근로계약상의 성실의무(사용자의 이익을 배려해야 할)는 근무시간 외에도 미친다**고 보아야 하므로 그 점도 이행되어야 할 것임[75]

【 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도* 판결 】**

"근로자가 노동조합을 조직하거나 가입했을 때에는 단체행동권으로서 쟁의권과 조합활동권이 있음은 노동조합법 제2조가 "…노동조합의 단체교섭기타의 행위로 제1조에 계기한 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위…" 전반에 대하여 형사면책을 할 것을 확인하고 특별히 쟁위행위로서 정당한 것이라고 한정하지 않고 있음에 의해서도 분명할 뿐만 아니라 실제상으로도 쟁의권과 단체교섭 이외의 단결체의 행동(전형적으로 삐라 첩부나 배포, 완장착용집회, 머리띠, 연설 등의 활동)을 일정한 범위내에서 보장할 필요성이 있기 때문에도 이를 인정하여야 한다.

그런데 **이러한 조합활동권도 쟁의권과 함께 정당성이 있는 범위내에서 형사면책이 되는 것임은 위에서 본 바에 의하여 명백하고 이 권리도 쟁의권처럼 주체, 목적, 행사방법 등의 각 방면에 걸쳐 정당성이 있어야 함은 물론이나 여기서는 이 사건 가운데 폭력행위등처벌에 관한법률위반(손괴) 사건의 판단을 위하여 필요한 범위내에서 조합활동의 방법의 정당성에 관한 일반적 기준을보기로 함에 그친다. 조합활동이 정당하려면 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행, 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 취업시간 외에 행해져야 하며 사업장 내의 조합활동에 있어서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하고 비록 조합활동이 근무시간 외에 사업장 밖에서 이루어졌을 경우에도 근로자의 근로계약상의 성실의무(사용자의 이익을 배려해야 할)는 거기까지도 미친다고 보아야 하므로 그 점도 이행되어야 한다.** 이 사건에 있어서 원심판결 이유에 의하면 설시 피고인 들은 설시일자의 근무시간 중에 조합간부들과 공동하여 설시 지하철공사의 3층 본부, 5층, 7

75) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도*** 판결

층 사무실 내의 집기 등을 부수고 적색 페인트, 스프레이 40여개로 복도계단과 사무실 벽등 200여 군데에 "노동해방" "김○○ 퇴진" "양키고홈" 등의 낙서를 하여 수리비금 42,900,000원이 소요되는 재물손괴를 하였다는 것인바, 이와 같은 사실인정 과정에 각 소론과 같은 위법이 없으며 이 인정사실이 위에서 본 조합활동권의 정당성의 범위 밖에 속한다는 것은 구태여 위에서 본바 외에 더 자세한 설명을 할 것까지도 없이 명백하므로 원심이 유죄로 판단한 것도 옳고 여기에 소론과 같은 위법도 없다."

즉 노동조합 활동이 정당하다고 하기 위하여는 **행위의 성질상 노동조합의 활동**으로 볼 수 있거나 **노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수 있는 것**으로서 **근로조건의 유지 개선과 근로자의 경제적 지위의 향상을 도모**하기 위하여 필요하고 근로자들의 단결 강화에 도움이 되는 행위이어야하며, **취업규칙이나 단체협약**에 별도의 허용규정이 있거나 관행, 사용자의 승락이 있는 경우 외에는 **취업시간 외**에 행하여져야 하고, 사업장 내의 조합활동에 있어서는 **사용자의 시설관리권에** 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하며 **폭력과 파괴행위 등의 방법에 의하지 않는 것**이어야 할 것임[76]

정당한 노동조합활동인지 여부를 판단하는 기준에 관하여 대법원의 판례는 "취업규칙이나 단체협약에 의하여 별도의 허용규정이 있거나 관행, 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 사업장내의 조합활동에 있어서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 한다"거나,[77] "노동조합의 업무를 위한 정당한 행위에 해당되는가 여부는 구체적 사건에 있어 노사쌍방의 태도, 사용자가 할 불이익취급의 태양, 정도 등을 종합하여 사회통념에 따라 판단하여야 한다"[78]고 판시하여 **정당한 노동조합활동의 범위를 이와 대립하는 사용자의 법익인 사용자의 시설관리권과의 관계에 있어 합리성 내지 사회통념에 따른 상당성에 의해 조정하고 있음**

76) 1992. 4. 10. 선고 91도3*** 판결(전보된 노조원의 원직 복귀를 요구하였으나 거절당하고 그 과정에서 노조원이 폭행당하였음을 구실로 노조 간부 및 노조원 80여 명과 농성에 돌입한 후 병원 복도를 점거하여 철야농성하면서 노래와 구호를 부르고 병원 직원들의 업무 수행을 방해하고, 출입을 통제하거나 병원장을 방에서 나오지 못하게 한 행위는 다중의 위력을 앞세워 근무 중인 병원 직원들의 업무를 적극적으로 방해한 것으로서 노동조합활동의 정당성의 범위를 벗어난 것이라고 본 사례)

77) 대법원 1990. 5. 15. 선고90도*** 판결

78) 대법원 1992. 3. 13. 선고 91누5*** 판결(근로자가 사용자와 사전합의도 안된 노조간부 수련회 참가 등을 내세워 출장 명령을 거부하였다면 그 출장명령거부행위는 정당한 노동조합활동이라고 볼 수 없다고 한 사례)

2) 구체적인 사례

가) 취업시간 중 조합 활동

조합활동은 원칙적으로 취업시간 외에 행해져야 하나 취업규칙이나 단체협약에 취업시간 중의 조합활동을 허용하는 규정이 있거나 노동관행·사용자의 승낙이 있는 경우에는 취업시간 중에 조합활동을 할 수 있고, 노동조합법 제81조 제4호 단서에 따라 "근로자가 근로시간 중에 사용자와 협의 또는 교섭하는 것을 사용자가 허용"하는 것은 무방함

판례는 취업규칙이나 단체협약에 전임이 아닌 조합원의 조합활동은 취업시간 외에 함을 원칙으로 하고 다만 '부득이한 사유로 인한 경우'에 한하여 취업시간 중에 조합활동을 할 수 있도록 규정하고 있을 경우, 여기서 말하는 '부득이한 사유'의 의미에 관하여, 예를 들어 전임이 아닌 조합원이 취업시간 중에 조합활동으로서 임시총회를 개최하기 위해서는 노조임원의 대부분이 궐석되어 노조의 정상적인 활동을 수행하기 어려운 급박한 사정이 있어 임시총회를 개최하여 궐석임원을 선출할 필요가 있다든가 노조의 합병 등 노조의 존속 여부 및 조직변경에 관한 중대한 결정을 할 필요가 있는 경우, 또는 정당한 쟁의행위를 결행할 것인가를 의결하기 위하여 임시총회를 개최할 필요가 있는 경우 등으로 국한시켜야 한다고 함[79]

【 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다4* 판결 】**

"단체협약에서 "전임이 아닌 조합원의 조합활동은 취업시간 외에 행함을 원칙으로 하나 부득이한 사유발생으로 취업시간 중에 조합활동을 하고자 할 경우에는 사전에 회사에 통보하여야 하며 특별한 사유가 없는 한 허용하여야한다"고 규정하고 있는 경우, 전임이 아닌 조합원의 취업시간 중의 조합활동은 그것이 정당한 조합활동을 목적으로 행하여질 경우로 제한하는 것이 그 규정을 둔 취지에 부합하고, 또한 이는 단체협약 규정 자체에 의하여 예외적으로 허용되는 것일 뿐 아니라 더욱이 회사는 노동조합측에서 전임이 아닌 조합원의 취업시간 중의 조합활동을 통보한 경우 특별한 사유가 없는 한 허용하도록 규정되어 있는 점 등에 비추어 위 규정 소정의 "부득이한 사유"는 매우 제한적으로 해석하여야 하며, 따라서 전임이 아닌 조합원의 취업시간 중의 조합활동으로서 임시총회를 개최하기 위하여는 예컨대 노조임원의 대부분이 궐석되어 노조의 정상적인 활동을 수행하기 어려운 급박한 사정이 있어 임시총회를 개최하여 궐석임원을 선출할 필요가 있다든가 노조의 합병 등 노조의 존속여부 및 조직변경에 관한 중대한 결정을 할 필요가 있는 경우, 또는 정당한쟁의행위를 결행할 것인가를 의결하기 위하여 임시총회를 개최할 필요가 있는 경우 등으로 국한시켜야 할 것이므로, 정당하지 아니한 쟁의행위를 결행할 것인가 여부를 결정하기 위하여 취업시간 중에 임시총회를 개최하는 것은 단체협약에서 전임이 아닌 조합원의 취업시간

중의 조합활동을 허용하도록 규정한 취지에 어긋날 뿐 아니라 단체협약 소정의 "부득이한 사유"에도 해당하지 않는다."

(1) 취업시간 중 조합활동을 정당한 노동조합 활동으로 인정한 경우

판례는 예외적으로 **회사 업무의 특수성**으로 인하여 취업시간 중 조합활동이 불가피하고 단체협약에 근로시간 중의 조합활동을 허용하고 있는 경우 근로시간 중의 노동조합 활동을 정당하다고 인정함[80]

【 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누5* 판결 】**

"피고보조참가인 회사(이하 '참가인'이라 한다) **노동조합원들은 레미콘차량 운전기사로서 대부분의 시간을 회사 밖의 공사현장에서 보내고 있어 공사현장의 작업상황에 따라 회사의 규정근무시간 이후라도 임의로 작업을 종료할 수 없을 뿐 아니라 작업종료시간을 일률적으로 맞출 수 없는 업무의 특수성 등으로 인하여 취업시간중의 조합활동이 불가피하고, 참가인회사의 단체협약도 취업시간 중의 조합활동을 허용하고 있는 것이라면, 노동조합총회 등이 취업시간 중에 개최되었다는 사유만으로 위 총회 등의 개최가 정당한 노동조합의 활동범위를 벗어난다고 할 수는 없다.**

…(중략)…

원심이 인정한 사실관계에 의하면, 위 징계사유는 표면적인 것에 불과하고 참가인 회사는 원고의 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 그 실질적인 해고사유로 삼았다고 할 것이므로, 원고에 대한 해고는 앞서 본 법리에 비추어 부당노동행위라고 인정하기에 충분하다"

또한, 판례는 지역의료보험 노동조합이 **업무시간 중에 정기총회를 개최하면서 통상적인 노조활동 외에 체육행사 및 풍물놀이 등을 내용으로 하는 대동제**를 실행한 사례에서, 다른 노동조합의 경우에도 정기총회시에 문화체육행사를 갖는 경우가 많을 뿐만 아니라 ○○보험조합이 위 정기총회 **개최 전일 업무종료 직전까지 아무런 반대의사를 표시하지 않았고,** 노동조합측에서 일부 인원을 사무실에 잔류케 하여 업무가 마비되지 않도록 조치를 강구한 점 등 제반 경위에 비추어 위 정기총회의 개최를 불법쟁의 등의 불순한 의도에 의한 것이라고 볼 수 없다고 하여 취업시간 중 노조활동의 정당성을 인정함[81]

79) 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다4***판결
80) 대법원 1995. 3. 14. 선고 94누5***
81) 대법원 1995. 2. 17. 선고 94다44*** 판결

【 대법원 1995. 2. 17. 선고 94다44* 판결 】**

"단체협약이나 취업규칙 등에 특별한 정함이 없는한 노동조합이 일방적으로 업무시간 중에 체육대회 등을 개최하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니하고, 사용자는 노무지휘권에 기하여 사전에 위와 같은 업무시간 중의 체육대회 등을 허용하지 아니할 수 있다 할 것이나, 이 사건의 경우 원심이 적법하게 인정한 사실 및 관계증거에 의하면, 이 사건 노동조합은 위와 같이 예정된 정기총회에서 체육행사 등의 행사가 개최됨을 조합원들에게 미리 공고하였을 뿐 아니라 총회 전날까지 각 노조지부별로 체육행사 등에 대비한 연습을 하여왔고, 총회 당일에 결승전이 치루어질 각종 경기의 예선전을 완료하는 등으로 사전준비 활동을 거의 전부 마친 상태였는데, 피고 조합은 위 정기총회와 함께 위와 같은 체육행사 등을 포함한 대동제가 진행된다는 사실을 알고서도 **이 사건 노동조합으로부터 위 정기총회의 개최를 통보 받은 지 18일이 지나도록 아무런 이의를 제기하지 아니하고 있다가 총회 바로 전날 관할구청의 지시가 있자 비로소 체육행사를 문제삼아 총회 전날 업무 종료 직전인 17:00경에 이르러서야 그 개최 예정일 오전에는 정상근무를 하고 위 정기총회를 오후에 개최하도록 지시하였고,** 당시 이 사건 노동조합으로서는 총회장소의 사용허가시간이 오전에 한정되어 오후부터의 총회개최는 장소문제상 불가능한 데다가 피고 조합측의 위와 같은 지시가 너무 늦게 이루어져 노조규약에 따른 적법한 총회변경 공고를 할 24시간의 시간적 여유마저 없었던 탓으로 부득이 총회를 그대로 개최할 수 밖에 없었다는 것이므로 이에 비추어 피고가 **위 정기총회와 함께 위와 같은 체육행사 등을 포함한 대동제가 실시된다는 사실을 알고 있어 이에 대하여 사전에 노조와 충분히 협의할 시간적인 여유가 있었음에도 개최 전날 오전까지 아무런 반대의사를 표시하지 않다가 뒤늦게 총회 전날 업무 종료 직전인 17:00경에 이르러서 총회 예정일 오전에는 정상근무를 하고 위 정기총회를 오후에 개최하도록 지시한 것은 비록 그것이 소론 주장처럼 민원인들의 불편을 피하기 위한 것이라 하더라도 노사관계에 있어서의 신뢰를 해하는 것으로서 부당하다고 할 것이다."**

한편, 취업규칙이나 단체협약 등에 취업시간 중의 조합활동을 허용하는 규정을 두고 있지 않은 경우 어떠한 사유로도 취업시간 중의 조합활동은 전혀 허용될 수 없는 것인지 문제되는데, 판례 중에는 **쟁의행위에 대한 찬반투표 실시를 위하여 전체 조합원이 참석할 수 있도록 근무시간 중에 노동조합 임시총회를 개최**하고 **3시간에 걸친 투표 후 1시간의 여흥시간**을 가졌더라도 그 임시총회 개최행위가 전체적으로 노동조합의 정당한 행위에 해당한다고 본 사례가 있으며[82] 노동조합원인 운전기사가 **노동조합 대의원 선거출마를 위해 결근**한 것에 대하여 그 필요성과 긴급성을 이유로 정당성을 인정한 사례가 있음[83]

82) 대법원 1994. 2. 22. 선고 93도*** 판결
83) 대법원 1992. 10. 25. 선고 92다20*** 판결

【 대법원 1994. 2. 22. 선고 93도* 판결 】**

"1. 노동조합의 활동은 그것이 정당하다고 인정되는 경우에는 노동조합법 제2조, 형법 제20조에 의하여 그 위법성이 부인되는 것인바, 노동조합의 활동이 정당하다고 하기 위하여는 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 묵시적인 수권 또는 승인을 받았다고 볼 수 있는 것으로서 근로조건의 유지 개선과 근로자의 경제적 지위의 향상을 도모하기 위하여 필요하고 근로자들의 단결강화에 도움이 되는 행위이어야 하며, 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행 또는 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 취업시간 외에 행하여져야 하고, 사업장내의 조합활동에 있어서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하며, 폭력과 파괴행위 등의 방법에 의하지 않는 것이어야 할 것이다 (당원 1992. 4. 10. 선고 91도3*** 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 피고인 진○○은 ○○실업주식회사 노동조합의 사무국장, 피고인 유○○은 쟁의부장, 피고인 이○○은 부위원장으로서 노동조합에서 1991. 5. 4. 쟁의발생신고를 한후 위 회사측과 임금협상을 계속하여도 협상이 이루어지지 않자 쟁의행위 돌입 여부에 대한 조합원의 찬반투표를 실시하기 위하여 위 회사에 대하여 같은 달 18. (토요일) 08:00부터 12:00까지 위 찬반투표를 실시하기 위한 노동조합의 임시총회를 개최할 예정이니 협조를 구한다는 취지를 2회에 걸쳐 서면으로 통보하였으나 회사측에서 이를 거부하자 노동조합측에서는 야간근무조합원들을 포함한 조합원 모두를 소집할 수 있는 것은 아침시간 뿐이라는 이유로 예정대로 1991. 5. 18. 08:00부터 12:00까지 위 회사의 본관 앞 광장에서 조합원 390명 정도를 모아 놓고 찬반투표를 실시하였는데, 같은 날 08:00부터 09:00까지는 준비작업과 함께 투표방법에 대한 설명 등을 하고 09:00경부터 투표에 들어가 11:00까지 투표를 완료한 후 12:00까지 여흥시간을 가졌다는 것인바, 기록에 비추어 보면 원심의 위와 같은 사실인정은 수긍할 수 있고, 거기에 채증법칙을 어겨 사실인정을 잘못한 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 그리고 사실이 원심이 인정한 바와 같다면, 비록 위 노동조합 임시총회가 근무시간 중에 열렸고 4시간의 전체 총회시간 중 찬반투표를 실시하고 남은 1시간을 여흥에 사용하기는 하였으나, 위 임시총회가 노동쟁의조정법상 쟁의행위를 하기 위한 필수적요건인 조합원의 투표를 위한 것으로서 2회에 걸친 서면통보를 거쳐 개최되어 회사가 이에 대비할 여유가 충분히 있었고, 일부 조합원들이 야간근무를 하는 회사의 근무형태 때문에 전체 조합원이 총회에 참석할 수 있게 하려면 비록 근무시간 중이기는 하지만 야간근무가 끝나고 주간근무가 시작되는 교대시간에 총회를 소집하는 것이 필요하였으며, 쟁의행위에 들어갈 것인지 여부를 결정하기 위하여는 의견교환등도 필요하였을 것이라는 사정 등과 위 조합원의 수 등에 비추어 보면, 위 총회가 근무시간 중에 열렸다는 사정만으로 위법하다고 할 수 없고, 4시간의 시간이 필요 이상의 시간이었다고 보기도 어려울 것이며, 위와 같은 여흥은 임시총회중 찬반투표를 실시하고 남는 시간에 부수적으로 치루어진 행사로서 전체 예정시간중의 일부 시간 안에 치루어진데 불과하고 전체 행사가 예정된 시간 안에 끝마쳐진 점 등에 비추어 보면 위와 같은 여흥활동만을 따로 떼어 위법하다고 볼 것은 아니고, 이를 포함한 임시총회 개최행위는 전체적으로 노동조합의 정당한 행위에 해당한다고 보는 것이 상당할 것이다.

따라서 원심이 같은 이유에서 업무방해의 점에 관하여 무죄를 선고한 제1심 판결을 유지한 조치는 옳고, 거기에 노동조합활동의 정당성이나 업무방해죄의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다."

(2) 일반적인 경우 취업시간 중 조합 활동의 정당성 여부

조합활동은 원칙적으로 취업시간 외에 행하여져야 하므로 경비용역업체 직원들이 있던 정문 앞에는 퇴근하던 다른 조합원들이 있었으므로, 굳이 근무시간 중에 있던, 위 원고가 근무 장소인 생산 공장을 이탈해 정문 앞까지 나가 경비용역업체 직원들의 행위를 휴대전화로 촬영할 합리적인 필요성이 있었다고 보기 어려워 위 촬영 행위를 정당한 노동조합 활동으로 인정할 수 없고[84], 또한 **근무시간 중에 사내 전산망을 통해 임직원 개인정보를 수집하고 외부 이메일로 발송한 행위**는 굳이 근무시간을 이용하여 행위를 하여야 할 부득이한 사정이 발견 되지 않는 바 정당한 단결권 행사로 볼 수 없음[85]

【 서울고등법원 2015. 1. 21. 선고 2013누29* 판결 】**

"① 원고는 이 사건 노동조합의 설립 등 단결권 행사에 필요하다는 이유로 참가인 회사에 이 사건 정보를 이용할 수 있도록 허용하여 달라고 요청한 사실이 전혀 없다. 이와 관련하여 원고는 참가인 회사가 이 사건 노동조합에 적대적이었고 그 설립을 방해하기도 하였다고 주장한다. 그러나 우선 원고의 주장과 같이 조○○가 2010년 1월경 참가인 회사의 사내 전산망을 통하여 이 사건 노동조합의 설립과 관련하여 게시한 글이나 다른 직원들에게 보낸 이메일이 참가인 회사에 의하여 삭제되었다고 인정하기에 충분한 증거가 없다. 그 밖의 원고 주장들은 모두 원고의 이 부분 행위가 있은 이후에 비로소 발생한 사정에 관한 것에 불과하다. 나아가 원고로서는 이메일이나 휴대폰 메시지 이외에 다른 방법을 통해서도 얼마든지 참가인 회사의 직원 등에게 이 사건 노동조합을 홍보하거나 조합 가입을 권유할 수 있었다.

이러한 사정들을 종합할 때, 제출된 증거만으로는 원고가 이 부분 행위를 할 무렵 이 사건 노동조합을 설립하고 조합원을 모집하는 등 단결권을 행사하기 위해서 **약 1,900명에 이르는 참가인 회사 임직원 등의 개인정보를 수집하고 이를 참가인 회사의 동의 없이 외부 이메일로 발송하는 방법을 선택할 수밖에 없는 불가피한 상황에 처해 있었다고 인정하기 어렵다.**

② 원고가 이 사건 파일을 생성, 편집, 전송한 시간 중 대부분이 근무시간에 해당한다. 그런데 원고가 굳이 근무시간을 이용하여 이러한 행위를 하여야 할 부득이한 사정이 발견되지 않는다.

84) 서울고등법원 2014. 10. 22.선고 2013누51***판결
85) 서울고등법원 2015. 1. 12. 선고 2013누29*** 판결

③ 이 사건 노동조합은 원고의 **이 부분 행위가 있었던 날부터 약 6개월이 지나 비로소 설립**되었다. 그런데 원고 등 이 사건 노동조합 설립을 주도한 사람들이 이 사건 정보를 이용하여 노동조합 설립을 위한 어떠한 활동을 하였다고 인정할 만한 증거가 부족하다."

(3) 휴게시간 내의 조합활동

휴게시간은 원칙적으로 자유로운 이용이 보장되어 있으나(근로기준법 제54조 제2항) **휴게시간 내의 노동조합 활동이 기업시설의 관리나 기업질서를 해칠 실질적인 위험성이 있는 경우,** 다른 근로자의 취업에 나쁜 영향을 미치거나 휴게시간의 자유로운 이용을 방해하거나 구체적으로 직장질서를 문란하게 하는 경우에는 정당한 노동조합 활동이라고 할 수 없음[86]

따라서, 휴게시간에 중식집회를 개최하였으나 다수의 인원이 다른 직원들의 업무나 휴식을 방해할 수 있는 사거리를 점거하는 형태로 집회를 하였다면, 정당한 노동조합 활동으로 볼 수 없을 것임[87]

【 서울행정법원 2016. 11. 22. 선고 2016구합* 판결 】**

"앞서 본 사실관계 및 위에서 인정되는 사실관계에 따라 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① **제2사업장 중식집회는 비록 휴게시간에 개최되었으나 휴게시간 중이라도 차량 등의 이동이 필요한 사거리를 다수의 인원이 점거하는 형태로 집회가 이루어 짐으로써 다른 직원들의 업무 수행 내지 휴식을 방해하였거나 방해할 위험성이 충분하였던 점,** ② 또한, 제12사업장의 중식집회가 개최된 장소인 해피스마트 사거리 옆에는 운동장이 위치하고 있어서 이 사건 지회의 간부 직위에 있는 위 참가인들로서는 **다른 직원들의 업무 수행 및 휴식에 방해를 최소화하기 위하여 운동장에서 집회를 개최할 수 있었음에도 위 사거리에서 집회를 개최하였던 점 등에 비추어 보면, 제2사업장의 중식집회는 정당한 노동조합활동의 범위를 벗어난 것이라고 봄이 타당하다."**

86) 대법원 1991. 10. 11. 선고91다20*** 판결, 대법원 1991. 11. 12. 선고 91누4*** 판결, 대법원 1994. 5. 13. 선고 93다32*** 판결, 대법원 1994. 12. 13. 선고 93다59*** 판결 등 참조

87) 서울행정법원 2016. 11. 22. 선고 2016구합***판결

나) 리본착용이나 조합 조끼 착용

회사의 취업규칙이나 사용자의 지시에 따라 근무복을 착용하도록 되어 있는 경우나 리본이나 투쟁조끼 등을 착용하고 근무하지 못하도록 되어 있는 경우, 사내 규정이나 지시가 있다면 이를 위반한 것은 일반적으로 정당한 노동조합 활동에 해당한다고 볼 수 없음

특히, 판례는 **근무시간에 취업규칙의 복장규정을 위반하여 노동조합 조끼를 착용**한 사건에서 근로자들은 사내 규정을 준수할 의무가 있고, 달리 근무시간 중에 상시적으로 이 사건 조끼를 착용해야 할 긴급한 필요가 있었다거나 노동조합 활동을 하는데 이 사건 조끼를 착용하는 것이 유일하고 적절한 수단이었다고 볼 만한 사정도 보이지 않는다고 판시하여[88] 근무시간 중의 조합조끼 착용 등의 조합활동은 **긴급한 필요나 유일하고 적절한 수단이라고 볼 사정이 없다면** 정당한 조합활동으로 인정하지 않고 있어 기본적으로 **정당성의 범위는 매우 좁은 편**이라고 할 수 있음

【 서울행정법원 2017. 11. 30. 선고 2017구합51* 판결 】**

"(나) 노동조합의 활동이 정당하다고 하기 위해서는 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행, 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 근무시간 외에 행하여져야 하는데(대법원 1993. 9. 28. 선고 91다30*** 판결 참조), 원고의 단체협약(갑 제67호증 참조)에 따르면 노동조합 활동은 원칙적으로 근무시간 외에 행하여야 하고, 다만 일자, 장소, 인원, 소용시간을 명기하여 사전에 서면으로 원고의 승인을 받은 경우에는 근무시간 중이라도 예외적으로 가능하다(제8조).

참가인들은 근무시간(운행시간 및 휴게시간)에 이 사건 조끼를 착용하였는데, 원고의 단체협약이나 취업규칙에서는 근무시간 중의 노동조합 활동을 허용하는 별도의 규정이 없고, 근무시간 내 노동조합 활동이 관행상 허용되어 왔다거나 그에 대한 원고의 승낙이 있었다고 볼 만한 사정도 보이지 않는다.

(다) **여객자동차 운수사업의 공공적 특성에 비추어 볼 때 다수의 승객을 대상으로 공공서비스를 제공하는 운송사업자가 내부 기업질서를 확립·유지하기 위해 근무복장에 관한 규정을 두는 것이 불합리하다고 볼 수는 없다. 참가인들은 원고의 사내 규정을 준수할 의무가 있고, 달리 근무시간 중에 상시적으로 이 사건 조끼를 착용해야 할 긴급한 필요가 있었다거나 노동조합 활동을 하는 데 이 사건 조끼를 착용하는 것이 유일하고 적절한 수단이었다고 볼 만한 사정도 보이지 않는다."**

88) 서울행정법원 2017. 11. 30. 선고 2017구합51*** 판결

다만, **리본이나 완장, 머리띠 등의 착용, 복장규정을 위반한 사복근무 등**이 사용자의 의무 위반에 대한 **항의수단으로 이루어진 경우** 등 노사관계가 동적인 대항관계의 장에서 이루어지는 점을 고려하여 **구체적으로 정당성을 판단할** 필요도 있을 것임

(1) 리본착용 등을 정당한 노동조합 활동으로 인정한 경우

근무복에 관한 취업규칙 규정을 별도로 두고 있지 않거나, 근무복이 복리후생 차원으로 지급되어 온 경우 등에는 투쟁조끼나 리본 착용 등이 업무수행에 지장을 준다고 볼 수 없어 정당한 노동조합 활동으로 볼 여지가 있음

근무시간 중 투쟁조끼나 리본 착용 등을 정당한 노동조합 활동으로 본 법원의 명시적인 판단은 없는 것으로 보이나, 판례는 **취업규칙상 복장규정을 위반하여 근무시간 중 조합조끼를 착용한 것은 징계사유에 해당한다고 판단한 사례**에서 근로자들이 사용자가 제공한 와이셔츠를 착용하고 그 위에 노동조합 조끼를 착용하였으며 노동조합 조끼는 주로 남색이고 어깨 부분만 일부 빨간색이며 왼쪽 가슴 부위에 노동조합명이 적혀있는 형태여서 사용자가 제공한 와이셔츠에 위와 같은 형태의 노동조합 조끼를 착용하는 것만으로 승객들에게 혐오감이나 불쾌감을 준다고 볼 수 없으므로, 원고의 정상적인 업무수행에 지장을 준다고 보기 어렵고, 근로자들이 **조합조끼를 착용한 목적은 노동조합의 단결력 고취로 보이므로 이러한 사정이 참작되어 징계재량권 행사를 판단하여야 한다고 판시**[89]한 바 있음

【 서울행정법원 2017. 9. 21. 선고 2016구합7* 판결 】**

"이 사건 각 징계처분은 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 봄이 타당하다.

(가) 취업규칙 제47조 제6호는 '사원은 여객자동차운수사업법 등이 정하는 운전자 준수사항 및 금지사항과 이에 준하는 회사의 일반적 지시사항(근무 시 제복착용, 신분증 지참 등 포함 1)을 준수하여야 하고 임의로 운행코스를 변경할 수 없다'라고 정하면서 이를 1년에 4회 위반 시 해고로 정하고 있다. 그러나 그 규정의 문언상 회사의 일반적 지시사항은 여객자동차운수사업법 등이 정하는 운전자 준수사항이나 금지사항에 준하는 것이어야 하는 점, 그 위반행위에 대한 징계기준이 매우 무거운 점, 근무복장 위반행위는 실제로 입은 옷의 종류나 형태, 옷을 입은 방식 등에 따라 다양한 양태가 될 수 있는 점 등을 고려하면, 위 취업규칙 규정을 적용할 때에는 모든 복장위반을 같이 볼 것이 아니라 위반한 복장의 종류나 형태, 이를 입은 방식 등을 살펴 그 규정에 포섭할지 여부를 판단하여야 한다.

89) 서울행정법원 2017. 9. 21. 선고 2016구합7*** 판결

(나) 이 사건 근로자들은 원고가 제공한 와이셔츠를 착용하고 그 위에 노동조합 조끼를 착용하였다. 또 위 노동조합 조끼는 주로 남색이고 어깨 부분만 일부 빨간색이며 왼쪽 가슴 부위에 노동조합명이 적혀있는 형태이다. 원고가 제공한 와이셔츠에 위와 같은 형태의 노동조합 조끼를 착용하는 것만으로 승객들에게 혐오감이나 불쾌감을 준다고 볼 수 없으므로, 원고의 정상적인 업무수행에 지장을 준다고 보기 어렵다.

(다) 여객자동차운수사업법 시행규칙 제44조 제3항 [별표4]는 운송사업자와 운수종사자의 준수사항으로 운송사업자는 여객에 대한 서비스의 향상 등을 위하여 관할관청이 필요하다고 인정하는 경우에는 운수종사자로 하여금 단정한 복장 및 모자를 착용하게 해야 한다라고 규정하고 있다. 그러나 위와 같은 근무 복장이 취업규칙이나 원고의 지시에 어긋날지라도 단정하지 않은 복장에 해당한다고 볼 수 없으므로, 위 법령을 위반하였다고 보기도 어렵다.

(라) 이 사건 근로자들은 이 사건 노동조합 분회의 단결력을 고취하기 위한 노동조합 활동으로서 노동조합 조끼를 착용한 것일 뿐, 다른 목적이 있었던 것으로 보이지 않는다. 이 사건 근로자들의 노동조합 조끼 착용 및 그에 대한 경위서 제출거부에는 그 동기나 경위에 참작할 만한 사정이 있다."

한편, 하급심 형사판결에서 **조합원들이 파업진행 후 업무에 복귀하여 정당한 단체행위로서 노동조합 조끼를 착용하였다는 이유로** 수리 업무를 부여하지 않아 수리건수에 따라 산정하는 임금을 삭감 당하게 한 경우 노동조합 업무를 위해 정당한 행위를 한 **근로자들에게 불이익을 준 것으로 인정하여 사용자에게 불이익취급 부당노동행위 유죄를 인정한 사례**가 있음[90]

【 서울남부지방법원 2015. 4. 10. 선고 2015고정* 판결 】**

"3. 불이익 취급 및 지배·개입

사용자는 근로자가 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 하거나 정당한 단체행위에 참가한 것을 이유로 근로자에게 불이익을 주는 행위, 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위를 해서는 아니 된다.

그럼에도 **피고인은 위 B 소속 근로자로서 위 전국○○노동조합 소속 조합원들인 김○○ 등 22명이 2014. 2. 4.경부터 2014. 2. 7.경까지 파업을 진행한 후 2014. 2. 10.경부터 업무에 복귀하였으나 노동조합의 정당한 단체행위로서 노동조합 조끼를 착용하였다는 이유로 2014. 3. 7.경까지 위 김○○ 등 22명에게 수리 업무를 부여하지 않아 수리건수에 따라 산정하는 임금을 삭감 당하게 하여 노동조합 업무를 위해 정당한 행위를 한 근로자들에게 불이익을 주고, 근로자들의 노동조합 조직 또는 운영을 지배하거나 이에 개입하였다."**

90) 서울남부지방법원 2015. 4. 10. 선고 2015고정*** 판결

(2) 리본착용 등을 정당한 노동조합 활동으로 인정하지 않은 경우

대법원은 "병원에 근무하는 직원인 노동조합원들이 병원의 승인 없이 조합원들로 하여금 모든 직원이 착용하도록 되어 있는 **위생복 위에 구호가 적힌 주황색 셔츠**를 근무 중에도 착용"하도록 한 사건에서, **병원의 환자들에게 불안감을 주는 등** 병원 내의 정숙과 안정을 해치는 행위라고 평가하여 조합활동으로서의 정당성이 인정되지 않는다고 판단한 바 있음[91]

【 대법원 1996. 4. 23. 선고 95누6151 판결 】

"병원에 근무하는 직원인 노동조합원들이 병원의 승인 없이 조합원들로 하여금 모든 직원이 착용하도록 되어 있는 위생복 위에 구호가 적힌 주황색 셔츠를 근무 중에도 착용하게 함으로써 병원의 환자들에게 불안감을 주는 등으로 병원 내의 정숙과 안정을 해치는 행위를 계속하였고, 아울러 병원이 노동조합의 정당한 홍보활동을 보장하기 위하여 노동조합의 전용 게시판을 설치하여 이를 이용하도록 통보하였음에도 조합원들이 주동이 되어 임의로 벽보 등을 지정 장소 외의 곳에 부착하였고, 또한 노동조합이나 병원과는 직접적인 관련이 없는 전국○○○○위원장의 구속을 즉각 철회하라는 내용의 현수막을 병원 현관 앞 외벽에 임의로 각 설치한 후 병원의 거듭된 자진철거요구에 불응한 사실이 인정된다면, 조합원들의 이와 같은 행위는 병원의 인사규정 제51조 제1호 소정의 징계사유인 "직원이 법령 및 제 규정에 위배하였을 때"에 해당하거나 제4호 소정의 징계사유인 "직무상의 의무를 위반 및 태만히 하거나 직무상의 정당한 명령에 복종하지 아니한 경우"에 해당할 뿐만 아니라, **조합원들이 점심시간을 이용하여 집단행동을 하였더라도 그러한 집단행동이 병원의 질서와 규율을 문란하게 한 경우에는 복무규정을 위반한 것이 되어 역시 위 인사규정 제51조 제1호 소정의 징계사유에 해당한다."**

판례는 ① 버스운전기사가 사용자의 규정 및 지시를 위반하여 **노동조합 조끼**를 착용한 채 버스를 운행한 것은 **사내질서를 어지럽히고 사용자의 대외 이미지에 손상**을 가하는 행위라고 하거나[92] ② 참가인 소속 근로자들이 근무시간 중에 근무복이 아님은 물론 참가인에 대한 **비난문구까지 기재된 투쟁조끼**를 입고 근무하는 경우 직장 내 질서의 유지와 근무 분위기의 조성에 악영향을 끼치게 될 뿐만 아니라 참가인의 **생산현장을 방문하는 고객들에게 좋지 않은 인상**을 줄 우려가 있는 것으로 보인다고 하여 근무시간 중 조합조끼 착용 등을 정당한 조합활동으로 인정하지 아니함[93]

91) 대법원 1996. 4. 23. 선고 95누6*** 판결
92) 서울행정법원 2013. 4. 18. 선고 2012구합34*** 판결
93) 서울고등법원 2011. 1. 20. 선고 2011누26*** 판결

【 서울고등법원 2011. 1. 20. 선고 2010누26* 판결 】**

"① 참가인은 그 전신인 ○○○○광업 주식회사일 때에 제정된 '휘장 및 복제규정'을 그대로 계수하여 사용하고 있었고, 위 '휘장 및 복제규정'을 제정한 이래 매년 근로자들에게 근무복을 제작하여 지급해 왔던 것으로 보이는 점, **② 참가인의 초기 단체협약에는 작업복에 관한 규정이 '복리후생(및 교육훈련)'의 장에 기재되었지만, 1996년도 이후부터 현재까지의 참가인의 각 단체협약에서는 작업복에 관한 규정이 '복리후생 및 교육훈련'의 장과는 구별된 '산업안전보건'의 장에 규정되어 왔던 점,** ③ 참가인은 2004. 7. 21. 및 2005. 4. 11, 2회에 걸쳐 소속 근로자들에게 작업현장에서는 지급된 근무복을 착용하도록 하는 내용의 시행문을 공고하였고, 2007. 6. 28.에는 종전보다 근무복의 착용범위를 확대하여 모든 근로자에 대하여 원칙적으로 회사 내에서 근무복을 착용하도록 하는 내용의 시행문을 공고하였던 점, **④ 참가인 소속 근로자들이 근무시간 중에 근무복이 아님은 물론 참가인에 대한 비난문구까지 기재된 투쟁조끼를 입고 근무하는 경우 직장 내 질서의 유지와 근무 분위기의 조성에 악영향을 끼치게 될 뿐만 아니라 참가인의 생산현장을 방문하는 고객들에게 좋지 않은 인상을 줄 우려가 있는 것으로 보이는 점,** ⑤ 참가인이 2005.경 근로자들이 노동조합의 조끼를 착용하였을 때 이를 문제 삼지 않았고, 이 사건 징계처분 후에도 청색 바탕의 노동조합 조끼나 사복을 입고 근무하는 것에 대하여 특별히 경고를 하는 등의 조치를 취하지 않았다 하더라도, 참가인은 위와 같이 2004. 7. 21.부터 2007. 6. 28.까지 3회에 걸쳐 소속 근로자들에 대하여 근무복을 착용하도록 하는 내용의 시행문을 공고하였던 점에 비추어 볼 때, 참가인이 근로자들에게 아무런 제한 없이 근무복 이외의 복장을 착용하는 것을 허용하였다거나 투쟁조끼를 착용하는 것을 묵인하였다고 보기 어려운 점, ⑥ 원고 노동조합의 간부들인 원고 근로자들이 장기화되는 참가인의 휴업방침에 대한 부당성을 근로자들에게 알릴 필요가 있었다고 하더라도, **투쟁조끼의 착용에 이를 만큼 그에 대한 긴급한 필요가 있었다고 보이지 않을 뿐만 아니라, 투쟁조끼의 착용만이 유일하고도 적절한 수단이라고도 보이지 않는 점,** ⑦ 노동조합의 활동은 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행, 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 근무시간 외에 행하여져야 하고(대법원 1993. 9. 28, 선고 91다30*** 판결 참조), 참가인의 단체협약 제10조에서는 '조합활동은 조합전임자를 제외하고는 취업시간 외에 행함을 원칙으로 한다'고 규정하고 있을 뿐이며, 그 외 참가인의 단체협약이나 취업규칙에서 조합전임자 이외의 근로자들에 대하여 근무시간 중의 조합활동을 인정하고 있는 규정이 없고, 조합전임자 이외의 근로자들의 근무시간 중의 조합활동을 허용하는 관행이나 그에 대한 사용자의 승낙이 있었다고 인정할만한 증거도 없으며, 원고 노동조합이 확대간부회의에서 참가인의 휴업정책에 반대하고 참가인의 휴업정책을 조합원들에게 알리기 위하여 간부들을 중심으로 투쟁조끼를 착용하도록 결정하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로는 근무시간 중 투쟁조끼를 착용한 행위가 정당한 노동조합의 활동으로서 허용된다고 보기 어려운 점에 비추어 볼 때, …(중략)… 원고의 이 부분 주장은 이유 없다."

한편, **집단적으로 위생복 미착용, 리본 패용** 등을 하여 정상적인 업무 운영을 방해하는 경우[94] 판례는 **일상적인 조합활동이 아닌 쟁의행위**로 판단하고 있음

94) 대법원 2009.6.11. 선고 2009두5*** 판결 ('노조탄압, 성실교섭' 등과 같은 내용의 리본을 채용하고 휴대전화 발신자 표시에 '성실교섭 촉구' 등의 문구를 입력하여 한 레터링 행위는 단순히 노동조합의 내부적 단결을 위한 행

다) 사업장 내 유인물 배포행위

판례는 유인물 배포인 경우 **그 유인물의 내용, 매수, 배포의 시기, 대상, 방법, 이로 인한 기업이나 업무에의 영향 등이 정당성을 판단하는데 있어 기준이 된다는 입장을 원칙**으로 함[95]

특히, 유인물 배포와 관련하여 단체협약 등에 유인물 배포의 허가제를 규정하고 있는 경우가 문제되는데, **허가제를 채택하고 있다고 할지라도** 노동조합의 정당한 업무를 위한 행위까지 금지할 수는 없는 것이므로 그 배포 행위가 정당한가 아닌가는 허가 여부만을 가지고 판단할 것은 아니고, **그 행위의 정당성을 판단하려면 그 유인물의 내용, 매수, 배포의 시기·대상·방법, 이로 인한 기업이나 업무에의 영향 등을 기준으로 하여야 한다는 입장**임[96] 따라서 허가 없는 유인물 배포도 경우에 따라 정당성이 인정될 수 있음

한편, 취업시간이 아닌 **휴게시간 중에 배포한 경우에는 다른 근로자의 취업에 나쁜 영향**을 미치거나 **휴게시간의 자유로운 이용을 방해**하거나 구체적으로 직장질서를 문란하게 한 것인지의 여부 등이 정당성을 판단하는 기준이 될 수 있음

(1) 유인물 배포가 정당한 노동조합 활동이 아니라고 본 경우

유인물 배포가 노동조합 활동의 일환으로 이루어진 것이라도 **기업이나 사용자의 임원 등에 대한 신용이나 명예를 훼손하거나 실추시켜 정당성을 부정**한 사례[97]

【 서울행정법원 2014. 4. 10. 선고 2013구합60* 판결 】**

"이 사건 유인물의 내용은 참가인이 인천광역시로부터 운전직 근로자에 대한 인건비 명목으로 받은 재정지원금을 운전직 근로자들에게 지급하지 않고 횡령하고 있다는 취지의 내용인데 실제로는 참가인이 위와 같이 지급받은 재정지원금을 운전직 근로자에게 지급한 것으로 보이므로 원고 김○○는 결과적으로 허위사실이 포함된 이 사건 유인물을 배포하여 참가인을 비방한 점, 원고 김○○가 참가인으로부터 임금과 별도로 재정지원금을 지급받았음에도 그 돈의 성격을 제대로 알지 못해 이 사건 유인물을 배포하였다고 하더라도 원고 김○○로서는 이 사건 유인물의 내용이 자신이 2011. 1. 23. 참가인 회사에 입사하기 전에 발생한 사실에 관한 것이므로 그 진위여부를 제대로 확인한 후 이 사건 유인물을 배포하여야 할 것으로 보이는데 **원고 김○○는 이 사**

위가 아니라 회사에게 유형적 위력을 보이는 외부적인 집단행동으로서 일응 노동조합 활동의 범위를 벗어난 쟁의행위에 해당한다고 할 것임)

95) 대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54*** 판결 등 참조

96) 대법원 1991. 11. 12. 선고 91누4*** 판결 등 참조

97) 서울행정법원 2014. 4. 10. 선고 2013구합60*** 판결

건 유인물의 내용이 진실한 것인지 여부를 확인하지 아니한 점, 원고 김○○는 이와 같이 허위 사실이 포함된 이 사건 유인물을 참가인의 허가를 받지 아니한 채 참가인이 운영하는 버스의 종점 정류장에서 다른 운전직 근로자들의 근무시간인 2012. 5. 27. 13:30경 운전직 근로자 14명에게 배포한 점, 이와 같은 이 사건 유인물 배포의 시기, 장소, 대상 및 내용을 고려하면 원고 김○○의 이 사건 유인물 배포로 인해 근로자들의 업무에 영향이 없었다고 단정할 수 없는 점, 이 사건 유인물에는 참가인이 운전직 근로자에게 인천광역시에서 지급받은 재정지원금을 주지 않고 있는 것이 명백한 사실인 것처럼 기재되어 있어서 이 사건 유인물을 읽은 근로자들로서는 참가인이 인건비를 횡령하고 있다는 인식을 갖게 되어 참가인에 대한 상당한 적개심을 가질 가능성이 매우 높은 점 등에 비추어 보면, 원고 김○○의 이 사건 유인물 배포가 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위에 해당한다고 보기 어렵다."

유인물 배포행위 등이 **사회적 상당성**을 갖추지 못하여 정당한 노동조합 활동이 아니라고 판단한 사례

【 대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54* 판결[98]】**

"가. 원고들의 벽보 및 현수막 부착행위, 유인물 배포행위의 정당성에 대하여 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 제정된 노동조합 및 노동관계조정법에 의하여 폐지되기 전의 것) 제39조 제1호가 규정한 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위에 해당되는가의 여부는 구체적 사건에 있어서 노사 쌍방의 태도, 사용자가 할 불이익취급의 태양, 정도 등을 종합하여 사회통념에 따라 판단하여야 하고, 사용자가 불이익취급의 사유로 한 근로자의 행위가 유인물의 배포인 경우에는 그 유인물의 내용, 매수, 배포의 시기, 대상, 방법, 이로 인한 기업이나 업무에의 영향 등이 정당성을 판단하는 데 있어 기준이 될 것이다(대법원 1992. 3. 13. 선고 91누5*** 판결 참조). 기록에 의하면 원심은, 원고들은 1996. 9. 15. 피고 회사의 노동조합을 결성한 후 ○○자동차의 사전 승인 없이 같은 달 16일 ○○자동차 ○○공장 내의 식당과 정문 등지에 노동조합의 설립에 관한 벽보를 부착하고, 위 공장의 정문에서 ○○자동차 소속 직원들에게 노동조합 설립에 관한 유인물을 배포하였으며, 이에 ○○자동차측에서 피고 회사에게 위와 같은 행위를 중지시켜 줄 것을 촉구하는 내용의 공문을 보내자 피고 회사는 원고들에게 위와 같은 행위를 중지할 것을 요구하였고, 또한 그 무렵 원고들이 피고 회사와의 사이에 단체협약 체결에 관하여_상호 교섭을 벌이던 과정이었음에도 **원고들은 그 교섭이 원만히 진행되지 아니한다는 이유로 피고 회사 소유의 카캐리어 차량들에 '축 창립 ○○운수 노동조합'이라고 씌여진 현수막을 부착한 채 ○○자동차 공장 내를 운행하였으며, 이에 ○○자동차에서 피고 회사에게 위 현수막을 부착한 차량의 출입을 금지시키겠다고 통보하여 피고 회사가 원고들에게 이를 철거하도록 요구하자, 원고들은 이는 정당한 노동조합활동을 방해하는 것이라며 이를 거절하는 한편 이에 대항하여 피고 회사의 운송작업 지시를 거부하여 온 사실을 인정한 다음, 원고들의 이러한 행위는 정당한 조합활동이라고 보기 어렵다 할 것이고, 원고들이 피고 회사의 중지 요구에 대항하여 운송작업 지시를 거부한 것은 대기발령사유 및 해고사유에 해당한다고 판단하였다**.

기록에 의하면, 원고들의 이러한 행위로 인하여 ○○자동차에서 피고 회사에게 차량운송 하청계약을 해지할 뜻을 통지할 지경에 이른 점을 알 수 있는바, 원심의 위와 같은 인정 사실 및 위와 같은 사정을 종합하면, 원고들의 위와 같은 행위는 그 행위의 태양, 장소, 대상 및 피고 회사의 업무에의 영향 등에 비추어 사회적 상당성을 갖추었다고는 볼 수 없어 정당한 노동조합활동이라고 할 수 없다."

사용자의 허가를 받지 않고 은밀히 뿌려 **사용자의 시설관리권**을 침해하고 직장질서를 문란시킬 구체적인 위험성이 있는 것으로 본 사례[99]

【 대법원 1992. 6. 23. 선고 92누4* 판결 】**

"유인물의 배포가 정당한 노동조합의 활동에 해당되는 경우라면 사용자는 비록 취업규칙 등에서 허가제를 채택하고 있다 하더라도 이를 이유로 유인물의 배포를 금지할 수 없을 것이지만, 원심이 인정한 사실에 의하면 이 사건에서 원고가 배포한 **유인물은 참가인의 허가를 받지 아니하였을 뿐 아니라 허위사실을 적시하여 참가인을 비방하는 내용을 담고 있는 것이어서 근로자들로 하여금 사용자인 참가인에 대하여 적개감을 유발시킬 염려가 있는 것이고, 또 원심이 인정한 사실에 의하면 위 유인물은 근로자들에게 직접 건네주지 않고 사용자인 참가인회사 대전공장에 은밀히 뿌렸다는 것이므로 이는 참가인의 시설관리권을 침해하고 참가인의 직장질서를 문란시킬 구체적인 위험성이 있는 것으로서**, 비록 위 유인물의 배포시기가 노동조합의 대의원선거운동기간이었다 할지라도 위 배포행위는 정당화 될 수 없다고 할 것인바, 이와 같은 취지의 원심의 판단은 정당하다."

(2) 유인물 배포가 정당한 노동조합 활동이라고 본 경우

판례는 유인물로 배포된 문서에 타인의 인격, 신용 등을 훼손하는 내용이 있더라도 그 **문서를 배포한 목적이 조합원들의 단결이나 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지 증진 기타 경제적·사회적 지위 향상을 도모하기 위한 것**으로서 그 문서의 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면 노동조합의 정당한 활동범위에 속한다는 입장[100]

특히, 대법원 판례는 노동조합활동으로 이루어진 선전방송이나 배포된 문서의 문언에 의하여 타인의 인격 등이 훼손되고 사실관계의 일부가 허위 등이더라도, 목적이

98) 근로자들이 노동조합을 결성한 후 자신들의 직장의 원청회사에 노동조합 설립에 관한 벽보나 현수막을 부착하고 원청회사 직원들에게 유인물을 배포하여 원청회사가 하청계약의 해지통지를 할 정도에 이른 경우, 근로자들의 이와 같은 유인물 배포행위 등이 사회적 상당성을 갖추었다고 볼 수 없어 정당한 노동조합활동이라고 할 수 없다고 한 사례

99) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92누4*** 판결

100) 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다13*** 판결

노동조합원들의 단결이나 근로조건의 유지·개선 등을 도모하기 위한 것이고 내용이 전체적으로 보아 진실한 경우, 선전방송이나 문서를 배포한 행위가 노동조합의 정당한 활동범위에 속한다고 함[101]

【 대법원 2017. 8. 18. 선고 2017다227* 판결 】**

"사용자가 징계사유로 삼은 근로자의 행위가 선전방송이나 유인물의 배포인 경우 선전방송이나 유인물의 배포가 사용자의 허가를 받도록 되어 있다고 하더라도 노동조합의 정당한 업무를 위한 선전방송이나 유인물의 배포 행위까지 금지할 수는 없는 것이므로 행위가 정당한지는 사용자의 허가 여부만을 가지고 판단하여서는 아니되고, 선전방송이나 유인물의 내용, 매수, 배포의 시기, 대상, 방법, 이로 인한 기업이나 업무에의 영향 등을 기준으로 노동조합의 정당한 업무를 위한 행위로 볼 수 있는지를 살펴본 다음 판단하여야 한다.

한편 **노동조합활동으로 이루어진 선전방송이나 배포된 문서에 기재되어 있는 문언에 의하여 타인의 인격·신용·명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고, 또 선전방송이나 문서에 기재되어 있는 사실관계의 일부가 허위이거나 표현에 다소 과장되거나 왜곡된 점이 있다고 하더라도, 선전방송이나 문서를 배포한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 노동조합원들의 단결이나 근로조건의 유지 개선과 근로자의 복지증진 기타 경제적, 사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것이고, 또 선전방송이나 문서의 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면, 그와 같은 행위는 노동조합의 정당한 활동범위에 속하는 것으로 보아야 한다.**"

또한, 판례는 근로자가 '회사의 임금이 최저임금에 미달한다'라는 내용이 포함된 문자메시지를 조합원들에게 발송한 경우 그 내용이 일부 사실과 다르다고 하더라도 전체적으로는 회사의 임금체계에 대한 의견을 기재한 것으로 볼 수 있고, 그 발송 목적도 회사의 명예를 훼손하려는 데에 있기 보다는 **노동조합의 대의원으로서 임금체계의 문제점을 지적하고 조합원들의 단결을 도모하여 근로조건의 향상과 복지 증진**을 도모하기 위한 경우에는 **노동조합의 업무를 위한 정당한 활동범위**에 속한다고 판시함[102]

【 대법원 2013. 5. 23. 선고 2012두28*판결 】**

"원심이 인용한 제1심 판결이 적법하게 확정한 사실 관계 및 기록에 의하면, 원고가 발송한 문자메시지의 내용 중 참가인이 2009년에 최저임금에 미달하는 수준의 임금을 지급하였다는 내용이 포함되어 있지만, 이는 최저임금 관련 법령 규정의 해석에 관계된 것으로서 구체적인 사실의 적시라

101) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2017다227***판결
102) 대법원 2013. 5. 23. 선고 2012두28*** 판결

기 보다는 법령 해석에 대한 의견의 표명으로 볼 수 있는 점, 참가인은 2009년에 승무사원들에게 30,160원(시급 3,770원)의 기본급을 지급하고, 이와 별도로 승무일수 1일당 4,920원의 승무수당을 지급하였는바, 승무수당을 제외하고 기본급만을 기준으로 보면 최저임금법에서 정한 2009년도의 최저임금인 시급 4,000원에 미달하고, 참가인이 기본급을 기준으로 제 수당의 액수를 산정하였기 때문에 원고나 다른 근로자들로서는 참가인이 최저임금법을 위반하였다고 오해할 가능성이 있었던 점, 2010. 11. 23. 개최된 참가인 회사 노동조합의 제38차 임시대의원 대회에 '임금의 불합리한 부분에 대한 조합 차원의 회사를 상대로 한 소송진행과 조합비로 소송비용 충당에 대한 건'이 상정되었는데, 위 안건이 결과적으로 부결되기는 하였지만 당시 표결에 참석한 대의원 14명 중 7명이 위 안건에 찬성할 정도로 참가인 회사 노동조합의 대의원들 상당수가 참가인의 임금체계에 문제가 있는 것으로 인식하고 있었던 점, 원고를 포함한 노동조합의 대의원 3명이 2011. 1. 18. 참가인의 대표이사에게 2009년 최저임금 미달의 건 등이 포함된 임금 및 근로조건 개선에 대한 면담요청을 하였으나 거절당하였고, 원고는 그 이후부터 조합원들에게 문자메시지를 발송하기 시작한 점, 원고는 참가인이 2011. 2. 15. 외부 전문기관의 법적 검토의견 등을 근거로 제시하면서 최저임금법을 위반한 사실이 없다는 내용의 공고문을 부착한 이후에는 최저임금법을 위반하였다는 단정적인 표현을 사용하지 않은 점, 원고를 포함한 참가인 회사 노동조합의 대의원 3명이 2011. 2. 19. 대전지방고용노동청 천안지청에 2009년 최저임금 위반 여부 등에 관한 진정서를 제출한 이후에는 위 진정서를 제출하였다는 취지의 문자메시지만을 발송하고, 그 이후에는 더 이상 문자메시지를 발송하지 않은 점, 원고는 노동조합의 조합원에 한정하여 문자메시지를 발송하였고, 원고가 발송한 문자메시지의 전체적인 취지도 노동조합원들의 단결을 유지 강화하고 임금체계의 문제점을 지적하는 수준을 넘어 다른 근로자들의 불법적인 행동을 선동하거나 참가인을 비방하는 내용을 포함하고 있지 않은 점 등을 알 수 있다.

이와 같은 사정 및 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고가 노동조합의 조합원들에게 문자메시지를 발송한 행위는 비록 그 문자메시지의 내용에 일부 단정적인 표현을 사용한 부분이 있기는 하나 전체적으로는 회사의 임금체계에 대한 원고의 의견을 기재한 것으로 볼 수 있고, 그 발송 목적도 참가인의 명예를 훼손하려는 데에 있기 보다는 노동조합의 대의원으로서 임금체계의 문제점을 지적하고, 조합원들의 단결을 도모하여 근로조건의 향상과 복지 증진 등을 도모하기 위한 것으로 보이므로, 결국 노동조합의 업무를 위한 정당한 활동범위에 속하는 것이고, 원고의 위 행위가 취업규칙 및 인사규정, 승무원 징계기준표 소정의 징계사유에 해당하는 비위행위라고 할 수 없다."

인터넷 신문에 게재된 **신문기사를 그대로 복사하여 개인 홈페이지 등에 게시한 경우**, 그 신문기사의 내용에 일부 과장되거나 왜곡된 표현의 사용으로 사용자의 명예 등이 훼손되거나 그러한 염려가 있다고 하더라도 기본적으로는 노조원들의 단결을 도모하여 근로조건의 향상과 복지 증진 등을 도모하기 위한 것으로서 **전체적으로는 그 내용이 진실한 것이라면 정당한 조합활동이라고 볼 수 있다고 판시함**[103]

103) 대법원 2011. 2. 24. 선고 2008다29*** 판결

(3) 유인물 배포행위의 주체·목적·수단방법에 따른 정당성 판단

일부 판례[104]는 유인물 배포행위의 정당성을 노동조합 활동의 주체·목적·수단방법의 정당성이 있는지 여부에 따라 판단하였음

즉, 유인물 배포행위에 가담한 자가 노동조합 활동과 무관한 자인지 여부 및 노동조합과 무관한 자에 의하여 주도되었는지 여부에 따라 주체의 정당성을 판단하고, 유인물 배포행위의 목적이 사용자를 비방하는데 있는 것인지 근로조건의 개선 등을 목적으로 하는 것인지 여부에 따라 목적의 정당성을 판단하며, 유인물 배포 행위로 사용자의 시설관리권을 중대하게 침해하였는지 여부에 따라 수단방법상 정당성을 판단하였음

【 서울고등법원 2015. 2. 4. 선고 2013누29* 판결[105]】**

"제1심이 적절하게 들고 있는 사정들에다가 앞서 인정한 사실과 채택한 증거 및 갑 제40호증, 을나 제4호증의 각 기재에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 더하여 보면, 이 사건 유인물 배포행위는 정당한 노동조합 활동에 해당한다고 봄이 옳다. 따라서 이 사건 유인물 배포행위가 위법하다는 원고의 주장은 이유 없다.

(가) ○○노동조합의 조직 대상, 박○○ 등과 ○○노동조합의 관계 등 앞서 인용한 제1심판결 이유에서 들고 있는 사정들을 고려할 때, **이 사건 유인물 배포는 ○○노동조합이 주도하였다고 인정된다. 따라서 노동조합 활동으로서의 주체의 정당성이 인정된다.**

(나) 이 사건 유인물에 다소 자극적이거나 일부 과장된 표현이 포함되어 있는 사실이 인정되기는 한다. 그러나 이 사건 유인물의 주된 내용은 ○○노동조합을 홍보하고, 원고 소속 근로자들의 관심과 적극적인 참여를 독려하는 것이었다. 원고가 문제 삼는 부분이 유인물에서 차지하는 비중은 매우 낮았을 뿐 아니라 그 내용이 사회통념상 용인되는 비판의 수준을 넘어 사실을 왜곡, 과장함으로써 사용자인 원고를 비방하는 것이라고는 보이지 않는다. **결국 이 사건 유인물 배포행위는 단결권의 행사를 위해서 ○○노동조합을 적극적으로 알리려는 의도에서 이루어진 것으로서 그 목적의 정당성 역시 인정된다.**

(다) 이 사건 유인물이 배포된 장소들이 모두 원고의 시설관리권이 미치는 사업장 또는 그 부대시설에 해당하는 사실이 인정되기는 한다. 그러나 아래와 같은 사정들을 종합할 때, 이 사건 **유인물 배포행위가 원고의 시설관리권을 본질적으로 침해하는 것으로서 수단·방법의 정당성이 인정되지 않는다고 볼 수는 없다**.

1) **이 사건 유인물 배포가 이루어진 장소들은 원고의 근로자들이 출퇴근시간이나 휴게시간에 이동하는 곳으로서 박○○ 등의 입장에서는 단시간에 보다 많은 원고의 근로자들에게 ○○노동조합을 효과적으로 홍보하기에 적합하였다.** 반면 에버랜드를 이용하는 고객들이 일반적으로 백합보안실 앞이나 이 사건 기숙사의 정문 부근까지 접근하지 않는 점 등을 감안 할 때, 이 사건

104) 대법원 2016. 12. 19. 선고 2015두1***판결, 대법원 2016. 12. 29. 선고 2015두38***판결

유인물 배포로 말미암아 **원고의 정상적인 영업활동에 큰 지장이 초래되었다고 보기는 어렵다.**

2) 이 사건 **유인물 배포행위는 원고 소속 근로자의 퇴근 시간, 통근버스 운행시간, 중식시간 전후와 같이 제한된 시간에만 이루어졌고, 박○○ 등이 유인물 배포에서 나아가 원고의 영업장 내부까지 들어가려고 하거나 폭력을 행사한 사실은 없다.**

3) 박○○ 등이 퇴근 중이거나 휴식 중인 원고의 근로자들 외에도 OOOO를 이용하는 일부 고객이나 업무 목적으로 이동 중인 원고의 근로자들에게까지 이 사건 유인물을 배포하였던 사실이 인정되기는 한다. 그러나 고객들에 대하여 부수적으로 이루어진 유인물 배포가 단결권 행사와 전혀 무관하다고 단정하기는 어렵다. 여기에다가 박○○ 등이 유인물을 배포한 시간이나 장소 등을 감안할 때, 앞서 본 사정만으로 이 사건 유인물 배포가 노동조합의 활동으로 볼 수 없을 정도로 그 대상을 무작위로 하여 이루어졌다고 보기는 어렵다.

4) 박○○ 등이 원고의 사전 허가를 받지 않은 채 이 사건 유인물을 배포한 사실이 인정되기는 한다. 그런데 ○○노동조합은 2011. 7. 15.과 7. 22. 및 8. 19. 원고에게 조○○에 대한 징계 중단, 김○○에 대한 징계재심위원회에 ○○노동조합 대표자의 참석 허용, 단체교섭 등을 요구하는 내용이 담긴 공문을 발송하였으나 원고로부터 어떠한 답변도 받지 못하였다. **더욱이 원고는 박○○가 원고의 근로자들에게 보낸 ○○노동조합의 홍보 이메일을 삭제하였고, 원고의 근로자들이 사내 전산망을 통하여 ○○노동조합 홈페이지로 접속할 수 없도록 차단하였다. 따라서 박○○ 등으로서는 원고에게 이 사건 유인물을 배포할 수 있도록 허가하여 달라고 요청하는 것 자체가 무의미한 절차에 불과하다고 인식할 여지가 충분하였다.**"

특히, **유인물 배포행위의 주체**에 대하여는 **해당 사업장의 근로자가 아닌 노동조합 자문위원 등이 포함되어 있더라도 노동조합활동과 무관한 것이 아니라면** 노동조합 활동으로서의 주체의 정당성이 인정된다고 판단하였음[106]

【 서울고등법원 2015. 2. 4. 선고 2014누47* 판결 】**

"(가) 주체의 정당성 여부

1) 참가인은, 제1심이 참가인의 근로자가 아니면서 이 사건 유인물 배포 등 행위에 가담한 사람이 이oo, 임oo, 김oo, 정oo 등 4인에 불과하다고 인정하였으나, 2011. 9. 9,에는 3명의 외부인이, 2011. 9. 16에는 5명의 외부인이 더 가담하였고, 나아가 외부인들이 이 사건 유인물 배포 등 행위를 주도하였으므로, 이 사건 유인물 배포 등 행위는 그 주체의 측면에서 정당한 노동조합 활동으로 볼 수 없다고 주장한다.

2) 박oo 등이 2011. 9. 9.과 9. 16. 이 사건 유인물 배포 등 행위를 할 당시 참가인의 근로자가 아닌 이oo 등 4인이 있었을 뿐 아니라 2011. 9. 16.의 경우 이oo 등 4인 이외에도 참가인의 근로자가 아닌 박정o, 박종o, 정진o, 박태o, 허재o이 현장에 함께 있었던 사실이 인정되기는 한다(다만 2011,

105) 대법원 2016. 12. 19. 선고 2015두1***판결로 확정

106) 서울고등법원 2015. 2. 4. 선고 2014누4***판결(대법원 2016. 12. 29. 선고 2015두38***판결로 확정)

9. 9.의 경우 제출된 증거만으로는 참가인의 주장과 같이 참가인의 근로자가 아닌 사람이 이oo 등 4인 이외에도 3인이 더 있었다고 인정하기에 부족하다).

그러나 박oo 등은 2011년 8월에 이미 두 차례 이 사건 유인물을 배포하려고 시도하였다가 참가인 측으로부터 이를 제지당한 사실이 있다. 반면 2011년 9월 당시 oo노동조합의 조합원은 10명을 넘지 않았다. 한편, 이oo, 박종o는 oo노동조합의 조합원이고, 임oo, 김oo은 oo노동조합의 자문위원이므로 oo노동조합의 활동과 무관한 사람이라고 볼 수 없다. 이러한 사정들에 비추어 볼 때, 박oo 등은 2011년 9월에도 참가인이 이 사건 유인물 배포를 제지할 것으로 예상되자 이에 대응하면서 oo노동조합을 홍보하기 위해서 참가인의 근로자가 아닌 사람들의 도움을 받은 것에 불과하다고 보일 뿐이고, 이 사건 유인물 배포 등 행위가 oo노동조합과 무관한 사람들에 의하여 주도되었다고 인정할 만한 증거는 부족하다."

최근 하급심 판결에서는 유인물 배포행위의 주체와 관련 유인물 배포 당시 육아휴직중인 근로자들은 조합의 조합원 지위 및 사용자 회사의 근로자 지위가 유지되고 있었으므로 유인물 배포행위의 주체가 된다고 하였을 뿐 아니라[107], 사용자 회사의 근로자가 아닌 노동조합이 고용한 직원을 통하여 유인물을 배포하는 행위도 노동조합의 활동으로서 정당하다고 판단한 바 있음[108]

【 서울행정법원 2018. 2. 22. 선고2017구합63* 판결 】**

"① 모든 노동조합활동이 '조합원' 또는 '노동조합의 조직대상 근로자'에 의하여 이루어져야 정당하다고 볼 법적 근거가 없다. 오히려 노동조합의 헌법상 기본권인 집단적 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 실질적으로 보장하기 위해서는 노동조합의 활동 중 '조합원'이나 '노동조합의 조직대상 근로자'의 자격이 요구되는 행위가 아닌 한, 노동조합이 직원을 고용하여 노동조합의 활동을 보조 받음으로써 그 활동 범위를 확장할 수 있도록 할 필요가 있다. 특히 노동조합전임자나 근로시간면제자 등을 확보하지 못한 '소수 조합원 노동조합'의 경우 그 필요성이 더욱 크다. 따라서 노동조합이 고용한 직원을 통하여 노동조합의 홍보물을 인쇄하거나 이를 배포하는 행위, 노동조합의 집회에 필요한 물품을 준비하는 행위 등 조합원 자격이 요구되지 아니한 노동조합의 활동을 하는 것은 정당하다고 보아야 한다. **이 사건 조합 직원들은 참가인 회사 소속 직원이나 원고 조합의 조합원이 아니고 원고 조합이 자체적으로 채용한 직원이지만, 이 사건노보 배포는 이 사건 조합 직원들을 통해 이루어져도 무방한 노동조합의 활동에 해당하고 원고 조합의 설립 목적에 들어맞는 행위이므로 원고 조합의 정당한 활동으로 봄이 타당하다**."

107) 서울행정법원 2018. 2. 22. 선고 2017구합63***판결(항소심 계속 중)
108) 서울행정법원 2018. 2. 22. 선고 2017구합6***판결(항소심 계속 중)

2.2. 사용자의 불이익취급

가. 불이익취급의 개념

불이익취급은 근로자를 해고하거나 근로자에게 불이익을 주는 사용자의 행위로, 근로자의 노동조합 활동을 방해하려는 의도의 인사명령(노조전임자 원직 복귀명령, 승진, 전환배치 등), 신분적·경제적 불이익조치(해고, 차별적 승급, 강등, 수당의 차별적 지급, 연장근로의 차별적 거부, 복직 거부 등),정신적·생활상의 불이익처분(배치전환 등) 다양한 형태가 있음

구제의 대상으로서 불이익취급 등은 확정적으로 근로관계에 부정적 영향을 미치는 것이어야 하며, 부수적이거나 잠정적인 조치에 대하여는 구제신청을 할 수 없음[109]

따라서, ① 감봉처분은 사용자의 일방적 의사표시에 의한 근로자의 급여를 삭감하는 불이익한 처분으로서 그 징계처분 자체가 구제신청의 대상이 되는 것이고, 그 처분에 따라 실제 급여가 삭감되는 것은 감봉처분의 집행행위에 불과하여 그러한 행위가 다시 감봉 징계처분과 독립한 별개의 구제대상이 되거나 부당노동행위가 된다고 할 수 없고[110] ② 사용자의 인사고과는 근로기준법 제23조 제1항의 '그 밖의 징벌'에 해당한다고 할 수 없어 노동위원회의 구제대상으로 볼 필요가 없을 뿐 아니라 실질적으로 제재에 해당한다고 할 수도 없다고 함[111]

나. 징계와 부당노동행위

1) 일반적인 판례의 태도

판례는 ① 사용자가 근로자에 대하여 해고 등의 징계처분을 함에 있어서 **표면적으로 내세우는 징계사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 조합활동 등을 이유로 해고 등의 징계처분을 한 것으로 인정되는 경우**에 있어서 그 징계처분은 부당노동행위라고 보아야 할 것이라고 함[112]

그러나 ② 사용자가 표면적으로 내세우는 징계사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 조합활동 등을 이유로 해고 등의 징계처분을 한 것인지 여부는 **사용자가**

109) 주해 3권, 136페이지
110) 서울행법 2006. 12. 19. 선고 2006구합33*** 판결
111) 서울고등법원 2012. 4. 18. 선고 2011누2*** 판결 (심리불속행 상고기각으로 확정됨)
112) 대법원 1993. 12. 10. 선고 93누4*** 판결, 1994. 8. 26. 선고 94누3*** 판결, 1994. 12. 23. 선고 94누3*** 판결 등 참조

내세우는 징계사유와 근로자가 한 노동조합활동 등의 행위의 내용, 징계처분을 한 시기, 징계처분을 하기까지 사용자가 취한 절차, 동종 사례에 있어서의 제재의 불균형, 사용자와 노동조합과의 관계 등 부당노동행위 의사를 추정할 수 있는 제반 사정을 비교 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다고 함[113]

한편 ③ **단순히 징계절차에 하자가 있다거나 징계양정이 부당하다는 사정**은 그것이 부**당노동행위 의사 여부를 판단하는 하나의 자료가 되기는 하여도** 그러한 사정만으로 곧바로 부당노동행위를 인정할 수는 없는 것이라고 판단함 (위 94누3*** 판결, 94누3*** 판결 등 참조),

④ 특히 **근로자에 대한 해고 등의 징계처분을 포함한 불이익처분에 정당한 이유가 있는 것으로 인정되는 경우**에는 비록 사용자가 근로자의 조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합 의사가 추정된다고 하더라도 당해 징계사유 등이 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없어 그와 같은 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없다[114]는 입장으로 **징계사유가 인정되는 경우 기본적으로 불이익취급 부당노동행위를 부정하는 입장에 있음**

2) 예외를 인정한 사례

판례는 **징계처분이 근로자의 일부 위반행위를 기화로 하여,** 근로자가 노동조합 지회를 조직하여 노동조합 활동을 한 것을 이유로 **과중한 불이익**을 준 경우, 실질적으로는 노동조합 지회의 조직 및 활동을 이유로 이루어진 징계처분이라고 볼 수 있는 경우에는 부당노동행위에 해당한다고 판시[115]한 바 있음

【 서울고등법원 2017. 3. 15. 선고 2016누68* 판결 】**

"3. 보충판단

참가인은 일부라도 근로자에게 징계사유가 존재한다면 사용자의 부당노동행위의 성립은 부정되고, 징계의 적정성 및 징계양정의 문제는 징계 자체의 정당성 판단에서 고려하여야 할 사항으로 부당징계 구제절차에서 다툴 사안이며 부당노동행위 성립 여부에 영향을 미치지 않으므로, 원고 박○○ 등에게 징계사유가 일부라도 존재하는 이상 참가인의 징계처분은 부당노동행위에 해당하지 않는다는 취지로 주장한다.

그러나 사용자가 근로자에 대하여 해고 등 징계처분을 함에 있어서 표면적으로 내세우는 징계사

113) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2*** 판결 등 참조

114) 대법원 1996. 4. 23. 선고 95누6*** 판결, 1996. 7. 30. 선고 96누*** 판결, 1996. 11. 15. 선고 95누16*** 판결, 1996. 12. 20. 선고 95누18*** 판결 등 참조

115) 서울고등법원 2017. 3. 15. 선고 2016누68*** 판결

유와 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 징계처분을 한 것으로 인정되는 경우에는 그 징계처분은 부당노동행위에 해당한다고 보아야 하고, 근로자의 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 징계사유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는 징계사유와 근로자가 한 노동조합업무를 위한 정당한 행위의 내용, 징계를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 징계재량의 남용 여부 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반사정을 비교, 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다(대법원 1994. 12. 23. 선고 94누3*** 판결 등 참조). **따라서 징계사유에 일부 부합하는 근로자의 행위가 존재한다 하더라도, 사용자의 징계처분이 근로자의 위반행위에 비하여 지나치게 과중하여 징계재량을 남용한 것으로, 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 징계가 이루어진 것으로 볼 수 있는 경우에는 이는 부당노동행위에 해당한다 봄이 타당하다.** 이와 다른 전제에 있는 참가인의 이 부분 주장은 이유 없다(이 사건의 경우, 원고 오○○, 이○○에 대하여는 정당한 징계사유가 있다고 보기 어렵고, 원고 박○○에 대한 징계처분 역시 참가인이 원고 박○○의 일부 위반행위를 기화로 하여, 원고 박○○이 이 사건 지회를 조직하여 노동조합 활동을 한 것을 이유로 과중한 불이익을 준 것으로 실질적으로는 이 사건 지회의 조직 및 활동을 이유로 이루어진 징계처분이라 봄이 타당함은 앞서 본 바와 같다)."

다. 불이익취급의 유형

1) 조합활동상의 불이익

가) 노조전임자에 대한 복귀명령 등

노조전임자나 노조간부 등의 조합활동상의 불이익도 불이익취급의 한 유형이므로 노조활동을 곤란하게 할 목적으로 노조전임자에게 원직복귀명령을 한 것은 부당노동행위가 된다고 할 것임[116]

그러나 판례는 노조전임제의 근거규정인 **단체협약이 유효기간의 만료로 효력을 상실한 경우, 원직 복귀명령에 불응**한 노조전임자를 해고한 것은 부당노동행위에 해당하지 않는다고 판시하였음[117]

【 대법원 1997. 6. 13. 선고 96누17* 판결 】**

"단체협약이 유효기간의 만료로 효력이 상실되었고, 단체협약상의 노조대표의 전임규정이 새로운 단체협약 체결시까지 효력을 지속시키기로 약정한 규범적 부분도 아닌 경우, **그 단체협약에 따라 노동조합 업무만을 전담하던 노조전임자는 사용자의 원직 복귀명령에 응하여야 할 것이므로 그 원직 복귀명령에 불응한 행위는 취업규칙 소정의 해고사유에 해당하고, 따라서 사용자가**

116) 대법원 1991. 5. 28. 선고 90누6***판결
117) 대법원 1997. 6. 13. 선고 96누1*** 판결

원직 복귀명령에 불응한 노조전임자를 해고한 것은 정당한 인사권의 행사로서 그 해고사유가 표면적인 구실에 불과하여 징계권 남용에 의한 부당노동행위에 해당하지 않는다."

위와 같은 법리에 따라, 판례는 노조전임자의 인정은 사용자와의 협정에 의한 편의제공이므로 노조전임자를 인정한 단체협약이 종료되어 그 효력을 상실한 이상 사용자의 정당한 근무복귀 명령에 응하지 아니한 행위는 무단결근에 해당한다고 판단하였음 118)

【 서울행정법원 2012. 9. 27. 선고 2012구합5* 판결 】**

"나) …(중략)… 위 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 앞서 본 바와 같이 노조전임자의 인정은 사용자와의 협정에 의한 편의제공인데, 노조전임자를 인정한 이 사건 단체협약이 2010. 6월경 종료되어 그 효력을 상실한 이상, 원고가 노조전임자로서 근로제공 의무가 면제된다고 하려면 참가인 회사와 사이의 별도의 협정 내지 참가인 회사의 동의가 필요한 점, ② 참가인 회사는 이 사건 단체협약의 유효기간이 경과한 후 곧바로 이 사건 분회에 단체협약의 종료를 알리고 원고 등에게 근무에 복귀할 것을 수차례 명하였음에도, 원고는 참가인 회사의 근무복귀 명령에 응하지 아니하였고 이에 참가인 회사는 원고에게 무단결근으로 처리할 것임을 통보하기도 한 점, ③ 참가인 회사가 이 사건 분회와 사이에 이 사건 노사합의를 체결하고, 그 이후 원고를 교섭위원으로 하여 이 사건 분회와 단체교섭을 진행하기는 하였으나, 이 사건 노사합의서 및 그 경위를 살펴보더라도 원고를 노조전임자로 한다는 내용의 명시적 내지 묵시적 합의가 있었음을 인정할 만한 자료가 보이지 아니하는 점, ④ 참가인 회사가 이 사건 노사합의 체결 후 약 8개월가량 동안 원고를 단체교섭 위원으로 인정하고 근무복귀를 명하지 아니하였다는 사정만으로 참가인 회사가 원고를 노조전임자로 보아 근로제공의무를 면제하는 묵시적 동의가 있었다거나 그러한 관행이 있었다고 단정하기도 어려운 점, ⑤ 참가인 회사는 2011. 7월 내지 8월경 세차례에 걸쳐 원고에게 근무복귀 명령을 하였음에도 원고는 한 달이 넘는 기간동안 근무에 복귀하지 아니한 점 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 사정만으로 원고를 참가인 회사가 인정한 노조전임자로서 근로제공의무가 면제되는 자라고 볼 수 없는바, 참가인 회사의 정당한 근무복귀 명령에 응하지 아니한 원고의 행위는 무단결근에 해당하는 것으로 봄이 상당하므로, 원고에 대한 이 사건 징계사유는 인정된다고 할 것이다.…(중략)…

앞서 본 바와 같이 원고에 대한 징계사유가 인정되고 원고에 대한 징계양정에 재량 일탈·남용이 있다고 보이지 아니하므로, 이 사건 해고가 부당노동행위에 해당한다고 보이지 아니한다."

나) 승진

근로자의 승진은 개인적으로는 이익이 되는 것으로 볼 수 있으며, 승진 여부의 결정은 원칙적으로 사용자의 권한과 재량에 속하는 사항이나 **적극적으로 노조활동에**

118) 서울행정법원 2012. 9. 27. 선고 2012구합5*** 판결

참여하는 자를 승진시켜 조합원의 자격을 잃게 하면 노동조합 활동상으로는 불이익한 처분이 되므로 부당노동행위가 될 수 있음

판례는 근로자의 승진이 사용자의 부당노동행위 의사에 의하여 이루어진 것인지의 여부는 **승진의 시기와 조합 활동과의 관련성, 업무상 필요성, 능력의 적격성과 인선의 합리성 등의 유무와 당해 근로자의 승진이 조합 활동에 미치는 영향 등 제반사정을 고려하여 판단**하여야 할 것이라고 하면서, 조합원에 대한 승진조치가 회사의 정기승진인사의 일환으로 입사동기생간의 형평을 고려한 결과인 경우 부당노동행위에 해당할 수 없다고 판단한 바 있음[119]

【 대법원 1992. 10. 27. 선고 92누9* 판결 】**

"근로자의 승진은 근로자 개인에게는 경제적, 신분적 이익이 되는 것으로서 승진여부의 결정은 원칙적으로 사용자의 권한과 재량에 속하는 것이지만, 사용자가 근로자의 노동조합활동을 혐오하거나 노동조합활동을 방해하려는 의사로 노동조합의 간부이거나 노동조합활동에 적극적으로 관여하는 근로자를 승진시켜 조합원 자격을 잃게 한 경우에는 노동조합활동을 하는 근로자에게 불이익을 주는 행위로서 부당노동행위가 성립될 수 있을 것인바, 이 경우에 근로자의 승진이 사용자의 부당노동행위 의사에 의하여 이루어진 것인지의 여부는 승진의 시기와 조합활동과의 관련성, 업무상 필요성, 능력의 적격성과 인선의 합리성 등의 유무와 당해 근로자의 승진이 조합활동에 미치는 영향 등 제반사정을 고려하여 판단하여야 할 것이다. 원심은 원고가 노동조합 대의원과 부위원장을 지내는 등 적극적인 노동조합활동을 하여온 사실과 원고가 1991년도 정기인사를 앞두고 참가인회사의 간부들에게 노동조합활동을 계속하기 위하여 승진을 원하지 않는다는 의사를 표명한 사실은 인정되지만 그 사실만으로 원고의 승진이 조합활동을 봉쇄할 목적으로 반조합적 의사에 의하여 이루어진 것이라고 단정할 수 없고, **오히려 참가인회사가 특정직책을 제외한 일정한 직급 이하의 사원에 대하여 무조건 조합원의 자격을 부여하는 규정을 둔 단체협약을 체결하였고 노조간부에 대하여도 그 동안 차별 없이 승진시켜 온 사실, 참가인회사는 승진대상자에 대하여 인사고과 점수 등을 기초로 한 승진심사를 거쳐 특별한 결격사유가 없는 한 매년 정기인사에 승진시켜 왔고 원고의 경우도 1990년도 정기 승진 인사때 승진되어야 할 처지였으나 당시 노동조합 부위원장으로서의 조합활동 계속을 위하여 승진인사에서 제외시킨 사실, 원고의 입사동기생 12명 중 10명은 이미 1990년 정기인사에서 승진하였고 1991년 정기인사로서 원고의 입사동기생 전원이 과장대리로 승진하게 된 사실, 참가인회사의 영업전무가 원고로부터 승진을 원하지 않는다는 말을 듣고 그의 집에까지 찾아가서 원고의 부인에게 남편의 설득을 요청한 사실 및 참가인회사 인사위원회가 당시 노동조합의 직책을 맡고있지 아니한 원고가 장래에 직책을 맡을 수 있도록 배려하면서까지 회사의 인사질서를 문란하게 할 수 없다는 점과 인사고과점수가 승진대상자 12명 중 3위인 점을 감안하여 원고를 승진시키기로 결정한 사실 등에 미루어 볼 때,** 원고에 대한 승진조치는 참가인회사가 정기승진인사의 일환으로 승진대상자에 대한

119) 대법원 1992. 10. 27. 선고 92누9***판결

합리적 사정을 거쳐 **회사의 인사질서와 입사동기생간의 형평을 고려하여 행한 것일 뿐 원고의 종전 노동조합활동을 혐오하여 이에 대한 예방적 차원의 조치로서 행한 것은 아니라고 보여지고,** 또 승진인사에 앞서 원고가 참가인회사의 간부에게 승진거부의 의사를 표명하였다고 하여도 사용자에게 인사질서의 문란을 감수하면서까지 노동조합활동을 계속하고자 하는 평 조합원의 희망을 무조건 존중하여야 할 의무가 있는 것도 아니므로 이를 받아들이지 않고 원고를 승진시켰다고 하여 그것이 부당노동행위가 될 수 없다고 판단하였다. 기록에 비추어 검토하면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 소론이 지적하는 바와 같은 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으며, 개인적 불이익 취급이 행하여 질 때 그것이 노동조합활동과 어떤 연관이 있다면 반조합적 의사가 있는 것으로 보아야 한다는 논지는 독자적인 견해에 지나지 아니한 것으로서 받아들일 것이 못된다."

한편, 조합 활동을 할 수 없는 과장으로 승진시킴과 동시에 연락사무소를 신설하여 연락 담당 및 원료 상차 감독으로 배치 전환한 경우, **근로자에 대한 승진 및 배치전환이 실질적으로는 근로자의 노동조합활동을 혐오한 나머지 이에 대한 예방적 차원의 조치로서 노동조합활동을 방해하려는 의사로 행한 것이라는 이유로, 부당노동행위에 해당한다고 본 사례도 있음**[120]

【 대법원 1998. 12. 23. 선고 97누18* 판결 】**

"참가인이 산업안전기사 1급의 국가기술자격증을 소지하고 주로 원고 회사 대전공장 관리부 안전관리과장 대리로서 방화관리책임자로 근무하던 중 1992. 8.부터 1995. 8. 31.까지 노동조합의 위원장으로 재직하면서 적극적으로 정당한 노조활동을 하다가 같은 해 8. 23. 노조위원장 선거에서 낙선하고 같은 해 9. 1. 위 안전관리과장 대리로 원직 복귀하였는데, 원고는 같은 해 7. 10. 참가인 등 노동조합 간부들 9명에 대하여 노동쟁의조정법위반 및 업무방해 등의 혐의로 고소하는 한편, 같은 해 8. 23.에는 위 9명을 상대로 불법노동쟁의로 인한 손해배상청구소송을 제기하였고, 참가인은 노조위원장 선거에서 낙선한 후 불법선거임을 주장해 오다가 같은 해 9. 14. 선거무효확인소송을 제기하는 등 노동조합원으로서 노동조합의 조직 및 운영에 영향을 미칠 활동을 계속적으로 하여 오던 상태에서 원고 회사가 **같은 해 9. 15. 업무상 필요성을 이유로 갑자기 참가인을 조합원 자격이 없어 조합활동을 할 수 없는 과장으로 승진시킴과 동시에 서울 본사 자재부 소속 경인지역 폐지구매 연락사무소를 다른 회사 수원 공장 내 2평정도 탈의실에 급조하여 신설하고 원고를 그 연락담당 및 원료 상차 감독으로 배치 전환하여 참가인을 본래 업무와는 동떨어지고 참가인 생활근거지와 이격된 곳에서 근무하도록 하였으며,** 그 후 참가인이 이에 불복하여 출근을 거부하자 원고가 위와 같이 고소 및 손해배상을 청구한 전임 노조간부들을 순차로 위 연락사무소로 배치 전환한 것이라면, **이 사건 승진 및 배치전환은 실질적으로는 참가인의 종전 노동조합활동을 혐오한 나머지 이에 대한 예방적 차원의 조치로서 노동조합활동을 방해하려는 의사로 행한**

120) 대법원 1998. 12. 23. 선고 97누18*** 판결

것으로서 업무상 필요성은 표면적으로 내세운 사유에 불과한 것이라고 보아야 할 것이므로, 이 사건 승진 및 배치전환은 부당노동행위에 해당한다 할 것이어서, 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 소론이 주장하는 바와 같이 부당노동행위 또는 승진 및 배치전환에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다."

근로계약상 **근로의 장소가 국회현장으로 되어 있는 미화원인 근로자를 다른 곳으로 전직 명령**한 것은 비록 승진이기는 하나 근로자의 노동조합 활동을 이유로 한 불이익처분이라고 본 바 있음[121]

【 대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5* 판결 】**

"근로자에 대한 전직이나 전보는 원칙적으로 사용자(인사권자)의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 사용자에게 인정하여야 할 것이나, 그것이 근로기준법 제27조 제1항 또는 제105조에 위반하거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 허용되지 않는다고 할 것이고(당원 1991. 2. 22. 선고 90다카27*** 판결 참조), 또 근로계약상 근로의 장소가 특정되어 있는 경우에 이를 변경하는 전직이나 전보명령을 하려면 근로자의 동의가 있어야 할 것인데, 이 사건에서 원고회사가 근로계약상 근무장소가 국회현장으로 되어 있는 참가인 박○○을 다른 곳으로 전직명령한 것은 이것이 승진이기는 하나 그의 의사에 반하여 이루어진 것으로서 인사권의 남용에 해당된다고 할 것이고, 한편 위 참가인에 대한 전직명령의 시기가 노사간의 노동쟁의가 한창인 무렵에 이루어진 점, 사용자인 원고회사가 노동조합의 활동을 주도한 조합간부들만을 재계약포기의 방법으로 해고함과 동시에 위 참가인에 대하여는 노동조합활동을 할 수 없는 곳으로 전직시킴으로써 조합활동상 불리한 조치를 한 점, 위 전직명령이 업무상의 정상적인 인사권의 범위를 벗어난 것인 점 등에 비추어 보면 위 전직명령은 정당한 인사권의 행사라기보다는 위 참가인의 노동조합활동을 이유로 그에 대하여 한 불이익처분으로서 부당노동행위에 해당한다고 보아야 하고, 따라서 이를 거부한 것을 이유로 한 해고도 정당성을 갖지 못한다고 할 것이다."

다) 전보명령

생산공장으로부터 근로자를 격리하여 노동조합 활동에의 참여를 사실상 불가능하게 하려는 의도에서 전보명령을 한 경우 조합활동상의 불이익에 해당할 수 있음[122]

【 대법원 1992.11.13. 선고 92누* 판결 】**

"한편 참가인에 이어 위 곽○○ 이 1991. 1. 3. 경 노동조합에 가입원서를 제출하자 원고회사는 1991. 1. 17.자로 동인을 내수사업부의 수선사원으로 전보조치하고 동인이 이에 불응하자 1991. 1.

121) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5*** 판결
122) 대법원 1992. 11. 13. 선고 92누*** 판결

28.자로 동인도 징계해고한 사실, 원고회사의 생산공장에는 미싱공만 하여도 670여 명이 배치되어 있는데 반하여 내수사업부에는 기능직 사원이 2-3명밖에 배치되지 아니하여 독자적인 노동조합활동은 사실상 불가능하고 내수사업부는 생산공장과도 상당히 멀리 떨어져 있어 생산부 조합원들과의 교류도 여의치 아니한 사실 등 …(중략)… 원심은 나아가 위 인정사실에 나타난 바와 같은 **원고회사 노동조합의 재결성경위와 그 후의 활동상황, 원고회사 간부인 위 지○○이 평소 노동조합에 대하여 보여 온 태도와 언동, 참가인이 위 노사분규와 관련하여 원고회사로부터 경고를 받은 적이 있는 점, 참가인이 노동조합에 가입하려고 시도하는 시점에 때맞추어 그에 대한 전보발령이 이루어졌고 위 곽○○의 경우도 노동조합에 가입한 직후에 참가인과 마찬가지로 내수사업부로 전보 조치된 점 등에 비추어 보면, 참가인에 대한 전보발령은 원고회사가 근로자들의 권익옹호를 위한 활동에 열성적인 참가인의 노동조합가입 및 그 가입후의 적극적인 노동조합활동을 우려한 나머지 이를 사전에 봉쇄하고자 소속 근로자들의 주된 노동조합활동 장소가 될 수밖에 없는 생산공장으로부터 참가인을 격리하여 노동조합활동에의 참여를 사실상 불가능하게 하려는 의도에서 내수사업부의 결원충원의 필요를 표면적인 사유로 하여 이를 행한 것으로 보여지므로 이는 노동조합법 제39조 제1호 소정의 부당노동행위에 해당하는 것임이 분명하고,** 위 전보발령이 부당노동행위에 해당하여 아무런 효력도 없는 것인 이상 이에 응하지 아니한 참가인의 행위를 징계사유로 삼아 이루어진 해고조치 역시 부당노동행위로서 부당해고에 해당한다고 판단하였다. 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 채증법칙을 어겨 사실을 오인한 위법이나 이로 인한 이유모순의 위법이 있다고 할 수 없다."

2) 신분적·경제적 불이익

신분적·경제적 불이익처분은 불이익처분의 전형적인 예로 해고, 차별적 승급이나 강등, 기타 각종 수당의 차별적 지급, 연장근로의 차별적 거부, 복직 거부 등을 들 수 있음

가) 해고

신분적·경제적 불이익처분의 가장 전형적인 예는 해고처분으로 근로자가 노동조합을 조직하거나 가입한 것을 이유로 해고하는 경우임[123]

【 서울행정법원 2016. 6. 24. 선고 2016구합52* 판결 】**

"가) 이 사건 해고통보가 부당해고에 해당하는지 여부

살피건대, 원고가 이 사건 근로자들을 포함한 60명의 근로자를 제1노조에서 탈퇴하고 이 사건 노조에 가입할 것을 조건으로 하여 채용한 것과 그들을 채용한 이후 이 사건 근로자들로 하여금 제1노조에서 탈퇴하여 이 사건 노조에 가입하게 하고 이 사건 근로자들에게 이 사건 노조 활동비

123) 갑을오토텍

명목으로 금원을 지급한 것이 부당노동행위에 해당한다고 하더라도 이는 원고 스스로의 잘못에 기한 것이고, 이 사건 근로자들이 원고의 부당노동행위에 가담하였는지 여부 및 그 가담 정도 등 그들의 개별적인 귀책사유의 유무 및 그 정도, 그 밖에 이 사건 근로자들에 대하여 해고의 사유가 될 수 있는 사정 등에 관하여는 이를 알 수 있는 아무런 증거가 없다.

…(중략)…

나) 이 사건 해고통보가 부당노동행위에 해당하는지 여부

살피건대, 이 사건 해고통보에 해고사유로서 정당한 이유가 없고, 원고는 2014. 12. 29. 신규채용한 근로자 58명 중 이 사건 노조에 가입한 이 사건 근로자들 52명 전원에 대하여 이 사건 해고통보를 한 반면 제1노조에 잔류한 나머지 6명의 근로자에 대하여는 아무런 조치를 취하지 아니하였으며, 이와 같은 원고의 행위의 근거가 된 이 사건 합의의 내용 자체도 이 사건 근로자들을 비롯하여 이 사건 노조에 가입한 근로자 전원을 퇴사 조치한다는 것임은 앞서 본 바와 같고, 이 사건 근로자들에 대한 이 사건 해고통보에 다른 합리적인 이유를 찾을 수 없는바, 이에 의하면 이 사건 해고통보는 이 사건 근로자들이 이 사건 노조에 가입한 것을 이유로 한 것으로서 부당노동행위에 해당한다고 봄이 타당하다."

나) 승진 누락

승진여부의 결정에는 사용자의 광범위한 권한과 재량이 인정되므로 **노조원과 비노조원을 전체적으로 비교하여 승진에 있어서 격차가 있더라도 바로 부당노동행위라고 할 수는 없음**

그러나 노조전임자들에 대한 승격기준을 별도로 정하지 않은 채 다른 영업사원과 동일하게 판매실적에 따른 승격기준만을 적용하여 승격대상에 포함시키지 않은 경우에는 부당노동행위에 해당할 수 있음[124]

【 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두9*판결 】**

"원고가 2006년도 영업사원 승격기준을 정함에 있어 노조전임자인 보조참가인들과 그 선정자 소외 6, 소외 7은 사용자에 대한 근로제공의무가 면제되어 영업활동을 하지 아니하는데도 노조전임자들에 대한 승격기준을 별도로 정하지 아니한 채 다른 영업사원과 동일하게 판매실적에 따른 승격기준만을 적용한 것은, **이들이 노조전임자로 활동하였다는 이유만으로 승격가능성을 사실상 차단한 것이므로**, 이러한 승격기준에 의해 이루어진 위 보조참가인 등에 대한 승격배제는 부당노동행위에 해당한다."

124) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두9*** 판결

다) 연장근로 거부

특정근로자가 파업에 참가하였거나 노조활동에 적극적이라는 이유로 해당 근로자에게 연장근로 등을 거부하는 행위[125]도 경제적 불이익처분에 해당함

【 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도* 판결 】**

"일반적으로 근로자가 연장 또는 휴일근로를 희망할 경우 회사에서 반드시 이를 허가하여야 할 의무는 없지만, 특정 근로자가 파업에 참가하였거나 노조활동에 적극적이라는 이유로 해당 근로자에게 연장근로 등을 거부하는 것은 해당 근로자에게 경제적 내지 업무상의 불이익을 주는 행위로서 부당노동행위에 해당할 수 있다. 한편, 사용자가 근로자를 해고함에 있어 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에는 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 하고, 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자 측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래 관행에의 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 하는바, 이는 근로자에게 연장근로 등을 거부하여 해당 근로자에게 경제적 내지 업무상의 불이익을 주는 행위의 경우에도 마찬가지이다."

라) 배차시간 단축 등 업무의 축소

노동조합 소속 근로자에 대하여 비노동조합원들인 택시기사들과 다르게 **택시 배차시간을 종래의 12시간에서 7시간 40분으로 단축하고, 콜 서비스 배정을 중지**한 경우[126]도 불이익취급의 부당노동행위에 해당한다고 판단함

【 광주지방법원 2010. 11. 16. 선고 2010노1* 판결 】**

"① 이 사건 노동조합은 2008. ○○노총에 가입한 이후 기존의 사납금 제도의 문제점을 지적하며 택시 근로자의 안정적인 생활임금 확보를 위하여 전액관리제의 시행요구, 부가세 환금금의 지급요구, 임금제도로서 가감누진형 성과수당식 월급제의 시행을 요구하면서 사납금의 인상만을 요구하는 사업자인 피고인들과 대립되어 왔던 점, ② 2009. 2. 1. 목포시의 택시요금 인상 후 그에 따른 노, 사간의 협상이 진행 중인 2009. 5. 14. 피고인들은 이 사건 노동조합에 가입하지 아니한 근로자 96명과 택시요금 인상에 따른 사납금, 임금의 인상 여부, 부가세 경감세액 인상에 따른 부가세 경감 지급액의 인상 여부에 관한 협의를 체결하였으나, 이 사건 노동조합과는 2009. 9. 초까지 협의를 체결하지 못한 점, ③ 단체협약상의 근로조건 중 배차시간, 근로시간은 전액납입제를 전제로 한 규정으로 배차시간은 운송수입금 전액관리제 및 완전 월급제의 시행에 따라 정액급여의 산

125) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도*** 판결
126) 광주지방법원 2010. 11. 16. 선고 2010노1***판결

정을 위한 기준으로의 의미가 있고, 근로시간은 근로기준법에 정한 근로시간을 반영하는 한편, 운송수입금 전액관리제 및 완전월급제의 시행에 따라 지급될 정액급여를 산정하기 위한 우선의 기준을 정하는 의미가 있는데, 피고인들이 운영하는 유한회사 ○○○○은 이 당시 사납금제를 시행하는 업체였던 점, ④ 사납금제로 운영되는 대부분의 택시업계에서는 1일 2교대의 경우 배차시간을 12시간으로 인정하고 있는데, 이는 사납금제의 근로형태 및 실태에 있어서 근로자들에 대한 최소한의 적정 수준의 임금을 보장하기 위한 필요한 조처로 이를 택시회사가 근로자들에게 제공하는 시혜적인 조치, 혹은 단순한 관행으로 보기는 어려운 점, ⑤ 이 사건 노동조합의 근로자들이 사납금, 임금에 관한 협상이 장기간 이루어지지 않아 2009. 2. 1.부터 택시요금 인상으로 발생하게 되는 수익을 독점하게 되는 결과가 되기는 하나 그 수익이 현저히 부당하다고 단정하기 어렵고(이 사건 노동조합의 근로자들은 임금협상을 마친 근로자들에 비하여 사납금 인상분 1일 5,000원을 회사에 납입하지는 않으나 이들에 비해 매달 임금 인상분 25,000원과 부가세 환급금 20,000원을 더 받지 못하게 된다), 피고인들은 이 사건 노동조합의 근로자들과의 협상과정에서 위와 같은 독점적인 이익을 시정할 수 있는 협상을 진행하거나 추후 그러한 이익을 반환받기 위한 민사적인 절차를 취할 여지도 있는 점, ⑥ 반면, 사업자인 피고인들이 협상이 이루어지 않은 이 사건 노동조합의 근로자들을 제외한 상당수의 근로자들과 택시요금 인상에 대한 협의를 마쳐 택시 요금 인상에 따른 수익을 상당부분 보전 받고 있어서 이 사건 노동조합의 근로자들에 대한 불이익처분을 할 경영상의 필요성은 크지 않았던 점, ⑦ 또한 임금협상을 마친 근로자들도 1일 사납금으로 5,000원을 회사에 더 납입하면서도 회사로부터 매달 임금인상분 25,000원과 부가세 환급금 20,000원을 더 수령하게 되어 그 불이익이 크다고 할 수 없는 점, ⑧ 피고인들이 이 사건 조합원인 근로자들에 대한 배차시간을 기존의 12시간에서 무려 7시간 40분으로 제한하고 콜 서비스 배정을 중지함으로 인해 절대적인 근로시간의 축소를 가져와 이 사건 조합원인 근로자들이 매일 사납금을 납입하기에도 힘든 운송수입금을 얻게 되어 그 생계에 큰 지장이 초래된 점, **⑨ 피고인들이 보다 합리적인 조치에 대한 고려 없이 일방적으로 2009. 9. 12.경부터 이 사건 노동조합 근로자들에게 종래의 12시간 배차시간에서 7시 40분으로 단축하고, 콜 서비스 배정을 중지하였으며, 부가세 환급금을 비노조원들과 비교하여 차등하여 지급한 점 등을 종합하여 보면, 피고인들이 이 사건 조합원인 근로자들에 대하여 택시 배차시간 단축, 배차시간 이외의 콜서비스 배정을 중지하도록 한 것에 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다.**

따라서, 피고인들이 이 사건 노동조합 소속 근로자에 대하여 **비노동조합원들인 택시기사들과 다르게 택시 배차시간을 종래의 12시간에서 7시 40분으로 단축하고, 콜 서비스 배정을 중지하도록 한 것은 부당노동행위에 해당한다** 할 것이므로, 이 점을 지적하는 검사의 항소는 이유 있다."

3) 정신적 또는 생활상의 불이익 처분

정신적 또는 생활상의 불이익처분은 전보·전근·배치전환, 시말서 제출, 장기간 출근정지나 대기발령, 일거리를 주지 않으면서 책상을 치워버리는 경우 등이 이에 해당함

판례는 사용자가 근로자의 정당한 노동조합활동을 실질적인 이유로 삼으면서도 표면적으로는 업무상 필요성을 들어 전보한 것으로 인정되는 경우에는 부당노동행위라

고 보아야 할 것이고, **전보가 부당노동행위에 해당되는지 여부**는, **전보의 동기, 목적, 전보에 관한 업무상의 필요성이나 합리성의 존부, 전보에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교형량, 전보의 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 전보를 하기에까지 이른 과정이나 사용자가 취한 절차, 그 밖에 전보 당시의 외형적 객관적인 사정에 의하여 추정되는 부당노동행위 의사의 존재유무 등을 종합적으로 검토하여 판단**하여야 한다[127]고 하여 **생활상의 불이익과 업무상 필요성을 비교·교량해야 한다는 점**을 명확히 하고 있음

이러한 관점에서 전보대상 근로자가 **신설된 노조의 조합장**이 되었으나 사용자가 그러한 사정을 **알고 원격지 발령을 한 것이라고 볼 수 없다면 불이익취급이 아니라고 판단함**[128]

【 서울행정법원 2014. 7. 17. 선고 2013구합28* 판결 】**

"위 인정 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ① 참가인이 2013. 1. 22.경 이 사건 노동조합이 설립되었음을 알게 되었으나, 달리 위 노동조합의 활동 내역 또는 원고 등 이 위 노동조합의 조합장 또는 조합원이라는 사정까지 알았던 것으로 보기 어려운 점, **② 원고가 2013. 4. 1. 이 사건 노동조합의 조합장이 되었고, 참가인이 2013. 4. 12. 이 사건 각 전보를 결정하였으나, 위 사정만으로 참가인이 원고가 위 노동조합의 조합장이 되었다는 사정을 알고 원격지로 전보발령을 하였다고 단정하기 어려운 점, ③ 이 사건 노동조합의 설립 직후 위 노동조합이 참가인에게 노동조합 설립을 공식적으로 통보하거나 이후 단체교섭 또는 조합비 공제 등을 요구한 적이 없었던 점,** ④ 이 사건 각 전보는 앞서 본 바와 같이 업무상 필요성이 인정되고 그로 인한 원고 등의 생활상의 불이익은 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어나지 아니하여 정당한 점 등을 고려하면, 이 사건 각 전보가 불이익취급의 부당노동행위에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다."

사용자가 일방적으로 근로자와 노동조합 의사에 반하여 무급 노조전임자 발령을 낸 경우에는 불이익취급에 해당하는 것으로 보았음[129]

【 서울고등법원 2016. 3. 24. 선고 2015누67* 판결 】**

"③ **원고는 이 사건 노동조합과 단체협약을 체결한 사실이 없고 참가인과 이 사건 노동조합으로부터 노동조합의 전임자를 지정해 달라는 명시적인 요구가 없었음에도 일방적으로 참가인을 무급 노조전임자로 인사명령을 냈다(이 사건 노동조합이 단체협약 안에 유급 노조전임자 조**

127) 대법원 1998. 12. 23. 선고 97누18***판결
128) 서울행정법원 2014. 7. 17. 선고 2013구합28***판결
129) 서울고등법원 2016. 3. 24. 선고 2015누67***판결

항을 둔 것을 원고에게 노조전임자를 지정해 달라고 요구한 것으로 볼 수 있다고 하더라도 원고가 참가인과 이 사건 노동조합의 의사에 반하여 참가인을 무급 노조전임자로 지정한 것에는 변함이 없다).

④ 이 후 참가인은 **무급 노조전임자라는 이유로 원고로부터 임금을 지급받지 못하는 등 상당한 생활상의 불이익을 받았고**, 이로 인하여 참가인이 유일한 조합원인 이 사건 노동조합의 원고 사업장에서의 활동이 크게 위축된 것으로 보인다."

짧은 기간 동안에 생활근거지에서 멀리 떨어진 곳으로 수차례 전근명령을 한 경우[130]

【 대법원 1993. 2. 23. 선고 92누11* 판결 】**

"위 OOO은 참가인이 1990.8.29. 숙직 근무중 근무지를 이탈하였다가 적발되었음을 이유로 1990.9.8. 참가인을 원고 조합의 포항출장소로 전보시켰다가 1991.2.28. 정기 순환보직 인사시에 다시 조합본부의 사업과로 전보시킨 다음 1991.5.경 농림수산부장관으로부터 농지개량조합직원의 조합 간 인사교류명령권한을 위임받은 경상북도지사에게 참가인의 전출을 건의하여 1991.5.13. 경상북도지사로 부터 참가인을 의성농지개량조합으로 전출시키라는 인사교류명령이 있자 이에 따라 같은 달 17. 참가인을 의성농지개량조합으로의 전출명령을 한 사실 및 원고 조합은 참가인을 전출시킴으로써 조합 내에 전기사업법에 의한 전기보안담당자의 자격을 가진 직원이 없게 되어 참가인이 관리해 오던 10개 양수장에 대한 전기보안관리를 소외 대한안전관리공사에 위탁하게 됨에 따라 그 비용으로 연간 금 200여 만원의 예산을 추가로 지출하게 된 반면 참가인은 위 전출명령으로 말미암아 생활근거지인 영일군 홍해읍을 떠나 경북 의성군 의성읍에서 근무하는 불이익을 입게 된 사실을 인정하였는바,…(중략)… 전출명령 당시의 제반사정이 원심이 인정한 바와 같다면, 참가인에 대한 전출명령으로 말미암아 원고조합은 적지 않은 예산을 추가로 지출하게 된 반면 참가인은 생활근거지로부터 멀리 떨어진 곳으로 가야하는 불이익을 입게 된 점과 위 O○○이 조합장으로 취임한 후 불과 4개월 만에 조합원의 수가 격감된 것은 위 O○○이나 원고조합이 평소 노동조합활동을 혐오하여 노동조합원에게 눈에 보이지 않은 탄압을 한데서 비롯된 것으로 엿보이는 점 등의 제반정황에 비추어 보면 위 전출명령은 조합업무의 효과적인 수행 등 경영상의 필요에 의한 정당한 인사권의 행사라기보다는 참가인이 원고조합 측의 탈퇴권유에 불응하면서 노동조합에 계속 가입하고 있는 것을 혐오하여 그에 대한 보복조치로서 이루어진 불이익처분이라고 판단한 원심의 조처는 정당하다."

4) 불이익취급으로 보지 않은 경우

가) 정년퇴직처리

정년퇴직처리가 관념의 통지에 불과하여 '불이익을 주는 행위'에 해당하지 않는 경우[131]

130) 대법원 1993. 2. 23. 선고 92누11*** 판결
131) 서울행정법원 2015. 10. 22. 선고 2014구합16*** 판결

【 서울행정법원 2015. 10. 22. 선고 2014구합16* 판결 】**

"2) 부당노동행위 주장에 대한 판단

정년 등을 당연퇴직사유로 규정한 취업규칙이 유효한 이상 그러한 사유의 발생만으로 그 사유발생일 또는 소정의 일자에 당연히 근로관계가 종료하고, 정년 등과 같은 근로관계의 자동소멸사유로 인한 퇴직처리는 법률상 당연히 발생한 퇴직의 사유 및 시기를 공적으로 확인하여 알려주는 '관념의 통지'에 불과할 뿐 근로자의 신분을 상실시키는 해고와 같은 새로운 형성적 행위가 아니다(대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다85***판결 참조).

앞서 본 바와 같이 간부사원의 정년퇴직을 규정한 간부사원 취업규칙은 유효하고 이 사건 인사발령은 원고들에게 간부사원 취업규칙에 따라 정년퇴직되었음을 알려주는 관념의 통지에 불과하므로 원고들을 해고하거나 원고들에게 불이익을 주는 행위에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 이를 전제로 한 원고들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다."

정년퇴직처리가 법익의 제한이나 침해로 볼 수 없어 불이익을 주는 행위로 볼 수 없다는 사례[132]

【 서울고등법원 2015. 5. 27. 선고 2013누27* 판결 】**

"(2) 이 사건 정년퇴직 처리가 '부당해고 등' 및 '해고, 불이익'에 해당하는지 여부

(가) 근로기준법 제23조 제1항은 "해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(이하 '부당해고등'이라 한다)"을, 노동조합법 제81조 제1호는 "해고하거나 불이익을 주는 행위"를 각 구제신청의 대상으로 규정하고 있다.

(나) 원고가 참가인의 정년 연장을 거부하고 이 사건 정년퇴직처리를 한 것이 '부당해고등' 또는 '해고하거나 불이익을 주는 행위'에 해당하는지 살피건대, ① 이 사건 정년퇴직 처리는 근로관계의 자동소멸사유인 정년의 도래에 따른 사용자의 조치에 해당하는 것으로서 해고처분과 같은 새로운 형성적 법률행위가 아닌 점, ② 2011. 6. 30.자 단체협약 제29조가 "조합원의 모든 인사권은 회사 대표에게 있다"고 규정하여 정년 연장이 원고의 권한임을 명백히 하고 있고, 제31조 제2항이 "정년 만료자의 정년 연장은 노사간 협의하여 연장하기로 한다"고 규정하여 노사간 협의를 거치도록 한 취지는 노동조합으로부터 제시된 의견을 참고자료로 고려하게 하려는 것에 지나지 않는 것으로, 규정 형식 및 내용에 비추어 원고가 필요한 경우 정년에 도달하여 당연퇴직하게 된 직원의 정년을 연장할 수 있는 것이지 정년에 도달한 직원이 제31조 제2항을 근거로 하여 원고에 대하여 정년 연장을 요구할 수 있는 권리를 가지는 것으로 볼 수 없는 점 등을 종합하면, 원고가 2011. 6. 30.자 단체협약 제31조 제1항에 명시된 정년인 만 58세에 도달한 참가인의 정년을 연장하지 않고 이 사건 정년퇴직처리를 한 것으로 인하여 참가인의 법익에 어떠한 제한이나 침해가 가해진 것으로 볼 수 없으므로(대법원2008. 2, 29. 선고 2007다85*** 판결 참조), 이는 근로기준법 제23조 제1항의 '부당해고 등' 또는 노동조합법 제81조 제1호의 '해고하거나 불이익을 주는 행위'에 해당하지 않는다."

132) 서울고등법원 2015. 5. 27. 선고 2013누27***판결

나) 불이익처분의 의사표시

현실적인 조치가 아닌 **단순히 불이익 처분의 의사표시에 그친 경우**[133] 지배개입의 부당노동행위에 해당함은 별론으로 불이익을 주는 행위라고 볼 수 없음

【 대법원 2004. 8. 30. 선고 2004도*판결 】**

"노동조합및노동관계조정법은 제81조 제1호에서 '근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위'를 부당노동행위라고 규정하고 사용자가 이 규정에 위반했을 경우 제90조에 이를 처벌하는 규정을 두고 있는바, **여기서 '불이익을 주는 행위' 란 해고 이외에 그 근로자에게 휴직·전직·배치전환·감봉 등 법률적·경제적으로 불이익한 대우를 하는 것을 의미하는 것으로서 어느 것이나 현실적인 행위나 조치로 나타날 것을 요한다고 할 것이므로, 단순히 그 근로자에게 향후 불이익한 대우를 하겠다는 의사를 말로써 표시하는 것만으로는, 위 법 제81조 제4호에 규정된 노동조합의 조직 또는 운영을 지배하거나 이에 개입하는 행위에 해당한다고 할 수 있음은 별론으로 하고 위 법 제81조 제1호 소정의 불이익을 주는 행위에 해당한다고는 볼 수 없다.**

원심이 같은 견해 아래, 회사 대표이사인 피고인 1이 노동조합 위원장인 피고인 2에게 노동조합을 없애라는 말을 하고, 부위원장인 이○○에게 사직서를 제출하라는 말을 하고, 부장인 피고인 OOO이 노동조합원인 백△△와 주○에게 노동조합을 탈퇴하지 않으면 공연팀에서 일하지 못하도록 하겠다는 말을 한 사실은 인정되나, 피고인들이 위와 같은 의사표시를 현실화하여 노동조합을 없애거나 이○○을 해고하거나 백△△와 주○을 공연팀에서 방출하였음을 인정할 증거가 없는 이상, 위 법 제81조 제1호에 해당함을 전제로 한 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 판단하여 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고한 것은 옳고, 거기에 상고이유가 들고 있는 채증법칙의 위반 또는 법리오해가 있다고 할 수 없다."

또한, 사용자가 인사고과에 따른 **정률제 임금조정안을 제시**하였다고 하더라도 이는 임금협약 체결과정에서 **사용자가 제시한 의사표시에 불**과하여 그 자체를 '불이익을 주는 행위'로 보기 어렵다고 판단함[134]

다) 직종·근무처에 따른 수당의 차이

한편, 비조합원인 간호사에게 수당을 지급하면서 조합원인 응급 구조사에게는 수당을 지급하지 않는 경우, 임금협약에서 조합원이라는 이유로 차별받지 않도록 한다라

133) 대법원 2004. 8. 30. 선고 2004도*** 판결

134) 서울행정법원 2012. 7. 19. 선고 2011구합3*** 판결(설령, 인사고과 평정결과와 결부되어 임금인상에 있어 불이익이 예상된다고 하더라도 앞서 본 바와 같이 참가인들의 인사고과에 있어 정당성이 인정되는 이상 그것이 조합원들에게 불이익을 주는 것이라 할 수도 없음)

고 기재되어 있더라도 이는 직종 또는 근무처에 따라 수당을 달리 지급하는 것을 금지하는 것으로 보기는 어려운 점 등을 볼 때 조합원들에게 수급조정수당을 지급하지 아니한 행위는 불이익취급이 아니라고 판단한 사례가 있음[135]

2.3. 부당노동행위 의사

사용자의 불이익처분이 근로자의 정당한 노동조합 활동을 '이유로' 행하여져야 불이익취급이 성립하며, 이 요건을 '부당노동행위 의사'로 부를 수 있음

부당노동행위가 성립되기 위하여 부당노동행위 의사가 필요한가에 대하여 학설의 대립이 있으나 판례는 부당노동행위 의사가 필요하다고 하면서 그와 같은 의사는 내심의 의사에 속하므로 외부에 나타난 객관적 사실로부터 추정하여야 한다는 입장임

가. 부당노동행위 의사의 추정

부당노동행위 의사가 있는지를 판단하는 판례의 법리는 다음과 같이 정형화되어 있음

"사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서는 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래의 관행에 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 할 것이다"

즉, 실질적인 해고사유가 무엇인지를 판단하기 위해 ① 사용자측이 내세우는 해고사유, ② 근로자의 정당한 조합활동의 내용, ③ 해고 시기, ④ 사용자와 노동조합과의 관계, ⑤ 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원의 비교, ⑥ 종래의 관행, ⑦ 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, ⑧ 기타 여러 사정 등을 종합하여 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는지에 따라 판단하여야 한다는 것임[136]

135) 서울행법 2015. 1. 15. 선고 2014구합11*** 판결

136) 판례가 예시한 제반 사정들은 반드시 모든 사항들을 다 갖춰야 부당노동행위 의사의 존재가 추정된다는 의미가

나. 구체적인 경우의 부당노동행위 의사 추정

1) 징계양정의 불합리, 징계절차의 하자 등이 있는 경우

징계양정이 부당하다거나 징계절차에 하자가 있다는 사정은 부당노동행위 의사를 판단하는 하나의 자료가 되기는 해도 그것만으로 부당노동행위를 인정할 수는 없음[137]

즉, 징계양정이나 징계절차의 문제는 징계 자체의 정당성 판단의 자료로 삼는 것은 별론으로 하더라도 그것만으로 부당노동행위 의사를 판단하는 기준으로 삼지 않는 것이 일반적이라고 할 수 있으며, 다만, 징계양정시 재량권의 남용 등은 부당노동행위 의사를 판단하는 하나의 자료가 될 수 있을 것임

가) 불합리한 징계양정

하급심 판례는 징계양정의 불합리가 부당노동행위 의사를 인정하는 근거가 될 수 있다고 판단하면서, **징계사유에 일부 부합하는 근로자의 행위가 존재한다 하더라도,** 사용자의 징계처분이 **근로자의 위반행위에 비하여 지나치게 과중하여 징계재량을 남용한 것으로,** 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 징계가 이루어진 것으로 볼 수 있는 경우에는 이는 부당노동행위에 해당한다고 봄이 타당하다고 하였음[138]

【 서울고등법원 2017. 3. 15. 선고 2016누68*판결 】**

"3. 보충판단

참가인은 일부라도 근로자에게 징계사유가 존재한다면 사용자의 부당노동행위의 성립은 부정되고, 징계의 적정성 및 징계양정의 문제는 징계 자체의 정당성 판단에서 고려하여야 할 사항으로 부당징계 구제절차에서 다툴 사안이며 부당노동행위 성립 여부에 영향을 미치지 않으므로, 원고 박○○ 등에게 징계사유가 일부라도 존재하는 이상 참가인의 징계처분은 부당노동행위에 해당하지 않는다는 취지로 주장한다.

그러나 사용자가 근로자에 대하여 해고 등 징계처분을 함에 있어서 표면적으로 내세우는 징계사유와 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 징계처분을 한 것으로 인정되는 경우에는 그 징계처분은 부당노동행위에 해당한다고 보아야 하고, 근로자의 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 징계사유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는 징계사유와 근로자

아니라, 부당노동행위 의사가 존재한다고 추정하기에 도움이 되는 사실들을 적시하려는 것이라는 점에 주의하여야 함. 두세 가지의 사정들의 검토만으로도 부당노동행위 의사가 존재한다고 추정될 수 있는 경우도 있고, 많은 사정들을 검토하여야 비로소 부당노동행위 의사가 존재한다고 추정될 수 있는 경우도 있음

137) 대법원 1994. 12. 23. 선고 94누3*** 판결 등

138) 서울고등법원 2017. 3. 15. 선고 2016누68***판결

가 한 노동조합업무를 위한 정당한 행위의 내용, 징계를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 징계재량의 남용 여부 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반사정을 비교, 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다(대법원 1994. 12. 23. 선고 94누3*** 판결 등 참조). 따라서 징계사유에 일부 부합하는 근로자의 행위가 존재한다 하더라도, 사용자의 징계처분이 근로자의 위반행위에 비하여 지나치게 과중하여 징계재량을 남용한 것으로, 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 징계가 이루어진 것으로 볼 수 있는 경우에는 이는 부당노동행위에 해당한다 봄이 타당하다. 이와 다른 전제에 있는 참가인의 이 부분 주장은 이유 없다(이 사건의 경우, 원고 오○○, 이○○에 대하여는 정당한 징계사유가 있다고 보기 어렵고, 원고 박○○에 대한 징계처분 역시 참가인이 원고 박○○의 일부 위반행위를 기화로 하여, 원고 박○○이 이 사건 지회를 조직하여 노동조합 활동을 한 것을 이유로 과중한 불이익을 준 것으로 실질적으로는 이 사건 지회의 조직 및 활동을 이유로 이루어진 징계처분이라 봄이 타당함은 앞서 본 바와 같다)."

나) 경영상의 이유에 의한 해고

사용자가 정리해고를 함에 있어 급박한 경영상의 필요성이나 합리적인 정리기준의 적용 등 그 요건을 갖추지 못하여 정당한 이유가 없다는 등의 사정은 그 해고의 무효사유는 될 수 있어도 **부당노동행위인지 여부를 결정하는 표준이 될 수는 없음**[139]

【 대법원 1990. 10. 23. 선고 89누* 판결 】**

"원심판결 이유에 의하면 원심은, 그 거시증거들을 종합하여 피고보조참가인회사 산하 중기사업소(이하 사업소라 한다)는 1급자동차정비사업 및 중기임대업을 운영하면서 중장비 약 513대를 보유하였는데 1987년도의 계획을 수립함에 있어 당시 국내외 건설경기의 불황으로 인한 경영난과 사업실적의 감소추세에 따라 사업규모를 전년도의 107억원에 비해 금 95억원 규모로 축소하여 경제성이 적은 노후 된 중장비 131대를 매각 또는 폐기처분하고 그에 상응한 인원을 감축하기로 한 사실, 이에 따라 사업소에서는 1986. 12. 1. 당시 사업소의 노동조합장인 소외 이○○과 협의를 거쳐 첫째 재직 중 징계를 받은 사실이 있는 자, 둘째 과거 3개년간 인사고과시 근무성적불량으로 유급된 자, 세째 최근 1년간 근태불량자, 네째 위 각항 이외 인사위원회에서 결정된 자로 하고, 그 순위는 고령자, 고호봉자, 무면허자 순으로 감원키로 하는 "매각장비에 따른 인원감축기준"을 설정하고 같은 달 17. 개최된 노사협의회에서 위 감원방침을 밝힌 뒤, 1987.1.10. 위 이○○도 참석한 인사위원회에서 위 감축기준에 따라 덤프 및 믹사트럭직종운전원 159명 중 원고 서○○를 포함한 운전원 25명과 중기정비사직종 116명 중 원고 호○○을 포함한 5명 중기정비사와 중기관리자 1명 등 합계 31명을 해고하기로 하여 소외회사가 같은 달 15.자로 위 31명을 해고한 사실, 원고 서○○는 1980. 4. 2. 인사사고를 야기하여 감봉 3개월의 징계처분을 받은 일이 있고, 원고 호○○은 1982. 7.부터 1984. 7.까지 5회 및 1986. 중 1회 등 모두 6회에 걸친 인사고과시 근무성적불량 등으로 유급된 적이 있고 중기정비사면허가 없어 위 감원기준에 해당된

139) 대법원 1990. 10. 23. 선고 89누*** 판결

사실, 원고 서○○는 1985. 11.경 위 사업소노동조합의 대의원으로 선임되고 1986. 5. 26. 대의원대회에서 회계감사로 선임된 후 전조합장인 소외 강○○의 조합비 횡령비리를 조사 고발하였고, 같은 해 7.경 당시 조합장인 이○○에 임금인상을 건의하여 같은 해 10월 중순경 약 9퍼센트의 임금인상이 되는데 일익을 담당하였고, 사업소 측이 1985년도분 상여금 100퍼센트와 1986년 1/4분기 상여금 10퍼센트를 덜 지급하였다고 위 이○○이 같은 해 11. 18.까지 위 노동조합간부 3명과 같이 사업소 소속 전국 7개 공사현장을 방문하여 그 현장조합원의 고충을 반영하는 등 노동조합활동을 하여 왔고, 원고 호○○은 1980. 12. 15., 1983. 12. 27., 1987. 1. 세 차례에 걸쳐 위 노동조합의 대의원으로 선임되어 1984. 3.경 및 1986. 7.경 조합원이 산재를 입었을 때 받는 임금의 인상과 인사고과제도개선 등을 위한 건의를 하는 등 노동조합활동을 한 한편, 위 이○○의 상여금 미지급부분의 고발은 전 조합장과의 합의가 이루어진 것임을 알고 그 뒤 취하하였고, 원고 서○○ 등의 위 전국 7개 공사현장방문은 정기적인 노동조합활동으로 평온한 가운데 이루어졌고 그 때 동행하였던 다른 노동조합원은 모두 감원되지 않았으며 그 밖에는 원고들이 사업소를 상대로 이렇다 할 조합활동을 한 일이 없는 사실 및 1987. 1. 21. 개최된 위 노동조합의 정기대의원대회에 원고 서○○가 참석하려다 다른 대의원들이 위 원고가 이미 해고되었음을 이유로 이의가 제기되어 결국 다수결로 위 원고들 무자격자로 결의하여 참석시키지 않은 채 그 회의가 진행되었고 회의결과 위와 같이 31명이나 해고된 데 따른 인책으로 조합장인 위 이○○의 불신임결의가 이루어진 사실 등을 각 인정한 다음, 참가인회사는 사업소 경영상태의 호전을 기하기 위한 방편으로 경제성이 적은 노후 된 중장비를 매각 또는 폐기처분함에 따라 당시 그 노동조합장과 협의를 거친 위 감원기준에 의하여 원고들을 포함한 31명을 대량으로 해고한 한편, 원고들의 위 노동조합활동은 소외회사와는 직접관련이 없는 전임노동조합장의 비리를 조사, 고발한다거나 임금인상건의 등 일상적이고 정례적인 것이어서 소외회사가 원고들의 위 노동조합활동을 특히 핍박하거나 혐오할 사유가 있다고 보이지 않으며, 더우기 위 1987. 1. 21.자 정기대의원대회에 특히 원고들이 참석하지 못하게 방해할 이렇다 할 이유도 없어 소외회사의 원고들에 대한 위 해고가 근로기준법 소정의 정당한 이유가 있는 지는 별론으로 하더라도 노동조합법 제39조 소정의 부당노동행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였다.

기록에 의하여 살펴볼 때 원심의 위 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고 거기에 소론과 같은 채증법칙 위반이나 법리오해의 위법이 있다 할 수 없으며 나아가 참가인이 위 정리해고를 함에 있어 급박한 경영상의 필요성이나 합리적인 정리기준의 적용 등 그 요건을 갖추지 못하여 정당한 이유가 없다는 등 사정은 위 해고의 무효사유는 될 수 있어도 부당노동행위인지 여부를 결정하는 표준이 될 수는 없는 것일 뿐만 아니라 원심은 이 사건 정리해고가 중기사업소의 경영난 등 그 요건을 갖추어 정당한 이유가 있다고 판단한 것도 아니므로 논지는 모두 이유 없다."

다) 징계절차의 위반

징계절차의 위반도 해고무효사유가 되는 것은 별론으로 부당노동행위의 성립과 직접적으로 관계있는 것은 아닌 바[140], 부당노동행위구제 재심판정취소청구 사건에서 징계해고 절차의 위법성이나 징계양정의 부당함에 대한 판단을 하지 않아도 무방하다는 것이 판례의 태도임[141]

2) 차별적 대우

노동조합 활동에 적극 참여한 자와 그렇지 않은 자 간의 차별은 사용자에게 부당노동행위 의사가 있었음을 추단하게 하는 중요한 요소가 될 수 있음

동일 내지 유사한 교통사고를 일으킨 운전사들 중 노동조합 탈퇴자 또는 미가입자에 대하여는 감봉처분을 하면서 노동조합 총무에 대하여는 징계사유로서는 미흡한 사유를 추가하여 징계해고 처분을 한 것이 부당노동행위에 해당한다고 본 사례가 있음[142]

【 대법원 1991. 2. 22. 선고 90누6* 판결 】**

"[1] 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 근로자의 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 그 결정적인 이유로 삼았으면서도 표면적으로는 다른 해고 사유를 들어 해고한 것으로 인정되는 경우에는 노동조합법 제39조 제1호에 정한 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 근로자의 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고이유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합업무를 위한 정당한 행위의 내용, 징계해고를 한 시기, 회사와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 처분후에 있어서 다른 노동조합원의 탈퇴 등 노동조합활동의 쇠퇴 내지 약화 여부, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정을 비교 검토하여 종합적으로 판단하여야 할 것이다.

[2] 시내버스운수회가 교통사고를 일으킨 운전사들에 대한 징계를 함에 있어서 노동조합을 탈퇴하였거나 노동조합에 가입하지 아니한 운전사들에 대해서는 감봉처분을 하면서도 그들과 동일 내지 유사한 교통사고를 일으킨 운전사로서 노동조합업무를 실질적으로 이끌고 가던 조합의 총무에 대하여는 징계사유로서는 미흡한 징계불복 등의 사유를 추가하여 징계해고 처분을 한 경우 위 징계해고 처분은 그의 노동조합활동을 혐오한데서 나온 부당노동행위라고 보아야 한다."

140) 대법원 1994. 2. 22. 선고 92누11*** 판결
141) 대법원 1991. 9. 24. 선고 90누5***판결
142) 대법원 1991. 2. 22. 선고 90누6*** 판결

노조설립 중인 노조간부들에 대하여 갑자기 출장명령을 내리고 그 전원을 정당한 절차도 밟지 아니한 채 해고조치를 하였다가 회사 방침에 순응하는 자만을 재고용하는 경우에도 부당노동행위 의사를 인정하였음[143]

【 대법원 1990. 10. 23. 선고 88누7729 판결 】

"원고 등의 조합설립 추진과정, 원고 등의 조합설립을 저지하려고 설득하던 끝에 원고를 비롯한 대부분의 조합간부들에게 돌연히 출장지시를 하고, 그 지시에 순응한 자나 그 지시를 받지 못한 자를 포함한 전원에 대하여 정당한 절차도 밟지 아니한 채 전격적, 집단적으로 해고조치를 하였으며, 그로 인하여 조합설립이 좌절된 후 회사의 방침에 순응하는 자들만 다시 재고용한 제반정황에 비추어 참가회사의 원고에 대한 이 사건 해고조치는 근로자가 조합을 설립하려고 하였음을 그 실질적 이유로 한 노동조합법 제39조 제1호 소정의 부당노동행위에 해당한다."

이전에 근무 일수 미달을 이유로 징계받은 사실이 없고 근무일수가 더 적은 근무자가 4명이나 있었음에도 적극적인 조합활동을 한 자만을 징계해고한 경우 부당노동행위 의사를 인정함[144]

【 대법원 1990. 1. 12. 선고 89누1193 판결 】

"소외 1이 징계사유 기간 동안 근무를 하지 아니하였으나 이는 대부분 부정기적 불확정적 근무상황 속에서 고정기사로부터 승무교대요청이 없었기 때문이고, 조합장선거에 종사하면서 한달에 4,5일 가량만을 무단으로 승무하지 아니한 사실, 원고 회사 소속 운전기사의 1987. 1월부터 7월까지의 월간 근무상황을 보면 92명 가운데 23일 근무자는 29명 뿐이고 15일 근무자가 25명, 그 이하 근무자가 34명이며, 소외 1보다 월간 승무일수가 적은 운전기사가 4명이나 있었음에도 어느 누구도 근무일수 미달을 이유로 징계를 받은 일이 없는 사실을 볼 때 근로자에 대한 해고가 노동조합 활동을 배제하기 위한 수단으로 행해진 부당노동행위라고 본 사례"

노동조합 소속 근로자에 대하여 비노동조합원들인 택시기사들과 다르게 택시 배차시간을 종래의 12시간에서 7시 40분으로 단축하고, 콜 서비스 배정을 중지한 경우 부당노동행위 의사를 인정함[145]

그러나, 사용자가 근로자에 대하여 노동조합의 조합원이라는 이유로 **비조합원보다 불리하게 인사고과를 하고 그 인사고과가 경영상 이유에 의한 해고 대상자 선정기준**

143) 대법원 1990. 10. 23. 선고 88누7*** 판결
144) 대법원 1990. 1. 12. 선고 89누1*** 판결
145) 광주지방법원 2010. 11. 16. 선고 2010노1***판결

이 됨에 따라 그 조합원인 근로자가 해고되기에 이르렀다고 하여 그러한 사용자의 행위를 부당노동행위라고 주장하는 경우에서[146] 판례는 해고 대상자 선정기준으로 사용한 인사고과 자료인 근로자들의 개인별 종합평가표, 개인별 최종합계표 등 평정결과가 기재된 모든 문서가 제출되지 않은 상태에서 사용자가 조합원들에 대하여 비조합원들에 비하여 불리하게 차별적으로 평정하여 인사고과를 한 것으로 단정할 수 없고, 증거가 없다는 취지에서 부당노동행위 의사를 추정할 수 없다고 판단함

【 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007두25* 판결 】**

"이와 관련하여, 사용자가 어느 근로자에 대하여 노동조합의 조합원이라는 이유로 비조합원보다 불리하게 인사고과를 하고 그 인사고과가 경영상 이유에 의한 해고 대상자 선정기준이 됨에 따라 그 조합원인 근로자가 해고되기에 이르렀다고 하여 그러한 사용자의 행위를 부당노동행위라고 주장하는 경우, 그것이 부당노동행위에 해당하는지 여부는, 조합원 집단과 비조합원 집단을 전체적으로 비교하여 양 집단이 서로 동질의 균등한 근로자 집단임에도 불구하고, 인사고과에 있어서 양 집단 사이에 통계적으로 유의미한 격차가 있었는지, 인사고과에 있어서의 그러한 격차가 노동조합의 조합원임을 이유로 하여 비조합원에 비하여 불이익취급을 하려는 사용자의 반조합적 의사에 기인하는 것, 즉 사용자의 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 객관적인 사정이 있었는지, 인사고과에 있어서의 그러한 차별이 없었더라면 해고 대상자 선정기준에 의할 때 해고대상자로 선정되지 않았을 것인지 등을 심리하여 판단하여야 한다.

원심은, 피고 보조참가인으로부터 경영상 이유로 해고된 근로자들은 모두 원고의 지부 소속 조합원들이기는 하나, 피고 보조참가인이 해고 대상자 선정기준으로 사용한 인사고과자료인 근로자들의 개인별 종합평가표, 개인별 최종합계표 등 평정결과가 기재된 모든 문서가 제출되지 않은 상태에서, 피고 보조참가인이 조합원들에 대하여 비조합원들에 비하여 불리하게 차별적으로 평정하여 인사고과를 한 것으로 단정할 수 없고, 달리 원고의 주장사실을 인정할 증거가 없다는 취지에서 피고보조참가인의 원고의 지부 조합원들에 대한 이 사건 해고가 위 제81조 제1호에 정한 부당노동행위에 해당한다는 원고의 주장을 받아들이지 않았다.

위에서 본 법리와 기록상 나타나는 증거관계에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 사실인정과 판단은 정당하다."

3) 조합활동과 징계처분 사이의 시간적 접근

근로자의 조합활동과 해고 사이의 시간적 접근은 부당노동행위 의사를 추단케 하는 중요한 근거임

조합원에 대한 무급 전임자 인사명령이 불이익취급의 부당노동행위에 해당하는지 여부에 관한 사례에서, 이 사건 인사명령은 사용자와 노동조합의 단체교섭이 사실상

146) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007두25*** 판결

결렬되고 해당 **근로자가 복직하여 다른 근로자들을 상대로 노동조합 홍보 및 가입 권유 등의 조합 활동을 재개하기 시작한 직후**에 이루어진 점 등을 종합하여 부당노동행위로 본 사례가 있음[147]

또한, 대의원 회의 등을 통하여 임의 수당을 신설할 것을 주장하는 등 계속하여 조합 활동을 하여온 근로자에 대하여 **근무시간 중 약 2시간 정도 무단이탈**을 한 사실이 드러나자 수차에 걸쳐 **원고에게 사직을 요구하다가 원고가 이를 거절하자 원고를 징계해고**하기에 이른 경우, 노동조합활동을 방해할 의도로 위 해고사유를 핑계 삼아 이루어졌다고 봄이 상당하다고 한 사례도 있음[148]

【 대법원 1990. 11.27. 선고 90누3683 판결 】

"입사할 무렵부터 노동조합에 가입한 후 적극적인 조합활동을 하여 노조대의원으로 선출된 원고가, 조합총회나 대의원회의의 동의도 없이 사용자측의 뜻에 따라 임금인상 시기를 변경하는 내용의 단체협약을 체결하려는 노조집행부에 반대하면서 조합원들로부터 조합총회 소집을 요구하는 서명을 받기 시작하여 노조집행부와 사용자인 참가인회사가 임금인상시기를 늦추는 데에 따르는 보상안을 마련하자 위 서명작업을 중단하였으며, 그 후에도 대의원회의 등을 통하여 임의 수당을 신설할 것을 주장하는 등 계속하여 조합활동을 하여 왔는데, 원고가 야간근무시간 중 2시간 정도 무단이탈을 한 사실이 드러나자 참가인회사에서 수차에 걸쳐 사직을 요구하다가 이를 거절하는 원고를 징계해고하기에 이르렀다면, 이 사건 해고는 원고의 노동조합활동을 방해할 의도로 위 해고사유를 핑계삼아 이루어졌다고 봄이 상당하므로 노동조합법 제39조 제1호 소정의 부당노동행위에 해당한다."

징계사유들의 적발 시점이 노조 설립이 구체화 되던 시기에 집중되어 노조 설립을 주도한 근로자를 해고한 경우 노동조합 활동과 관련이 없다고 보기 어렵다고 보았음[149]

【 대법원 2016. 12. 29. 선고 2015두2* 판결 】**

"참가인은 ○○노조가 설립된 바로 다음날인 2011. 7. 13. ○○노조 부위원장인 원고 조○○에 대한 감사를 시행하였고, 7. 16.에는 ○○노조 회계감사인 김○○에 대한 감사를 시행하였다. 참가인은 전 직원을 대상으로 실시한 정보자산 보안점검 결과 원고 조○○, 김○○의 보안위반 사실이 적발되었다는 점 등을 이유로 2011. 7. 14.과 7, 18. 인사위원회를 개최한 후 원고 조○○에 대하여 이 사건 해고를 하였고, 2011. 7. 30. 인사위원회를 개최하여 김○○에 대하여 정직 2월의 징계처분

147) 서울고등법원 2016. 3. 24. 선고 2015누67***판결
148) 대법원 1990. 11.27. 선고 90누3*** 판결
149) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2015두2*** 판결

을 의결하였다. 그런데 당시 조○○, 김○○ 외에 ○○노조와 무관한 참가인의 근로자 4명도 보안 위반 사실이 적발되었으나, 위 4명에 대한 징계절차는 특별한 사정 없이 원고 조○○, 김○○의 경우보다 1개월가량이 지난 2011. 8.경이 되어서야 진행되었다. 이러한 사정들에다가 원고 조○○의 다른 징계사유들의 적발 시점이 ○○노조 설립이 구체화 되던 시기에 집중된 점까지 고려하여 볼 때, ○○노조가 설립된 직후 이를 주도한 원고 조○○, 김○○에 대하여 이 사건 해고 등 중징계를 한 것이 원고 조○○ 등의 노동조합활동과는 아무런 관련이 없다고 보기는 어렵다."

단체교섭 요청이 있을 때마다 조합원들을 징계한 경우 사용자 실질적으로 근로자들의 단체교섭 요청 등 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 이유로 불이익처분을 한 것으로 부당노동행위에 해당한다고 보았음 150)

【 서울행정법원 2009. 3. 27. 선고 2008구합33* 판결 】**

"이 사건 노동조합이 2008. 1. 11. 원고 회사에게 단체교섭을 개최할 것을 제의하며 2008. 1. 15. 까지 교섭장소를 선정하여 통보하여 줄 것을 요청하자 원고 회사는 2008. 1. 15. 참가인 이○○에 대하여 징계위원회를 개최하여 출근정지 1월의 징계를 하였고, 이 사건 노동조합이 2008. 1. 28. 원고에게 2008. 2. 4. 단체교섭을 실시할 것을 요청하자 원고 회사는 2008. 2. 4. 참가인 라○○에 대한 징계위원회를 개최하여 출근정지 1월의 징계를 하는 등 이 사건 노동조합과 사이의 단체교섭을 회피하고, 단체교섭 요청이 있을 때마다 유일한 조합원인 참가인들을 징계한 점, …(중략)… 그 밖에 원고회사와 참가인들 사이의 그 동안의 분쟁의 경위 등에 비추어 보면 이 사건 출근정지, 건강보험 미가입, 임금미지급은 원고 회사가 실질적으로 참가인들의 이 사건 노동조합 가입 및 그에 따른 단체교섭 요청 등 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 이유로 참가인들에게 불이익처분을 한 것으로서 부당노동행위에 해당한다."

단체교섭이 진행되는 도중에 경미한 징계사유로 노조 지부장을 해고한 경우 부당노동행위 의사의 판단자료로 삼은 사례도 있음151)

【 서울고등법원 2013. 5. 3. 선고 2013누15* 판결 】**

"(참가인이 성○○에게 욕설을 하고 공문을 바닥에 집어던진 행위를 징계사유로 놓고 판단할 때), ① 참가인의 위 행동은 우발적이고 일회적 행위로 보이는 점, ② 노조 지부장으로서 단체교섭 중에 회사가 일방적으로 근로조건을 변경한 것에 대하여 관리부장에게 의견을 표명하는 과정에서 나온 것인 점, ③ 참가인은 이전에 상사에게 욕설하는 등의 사유로 징계처분을 받은 전력이 없고, 오히려 모범사원으로 1회 표창받은 사실이 있는 점 등 이 사건에 나타난 여러 사정을 종합해 보

150) 서울행정법원 2009. 3. 27. 선고 200833*** 판결
151) 서울고등법원 2013. 5. 3. 선고 2013누15***판결

면, 참가인에 대한 해고는 징계사유와 징계처분 사이의 균형을 현저하게 상실하여 부당하다고 밖에 볼 수 없다."

4) 처분원인과 처분시기가 떨어져 있는 경우

회사가 **발생한지 4 내지 8개월이 지난 잘못들을 문제 삼아 징계해고** 사유로 하여 근로자를 징계해고 하였으나 실제는 근로자의 노동조합활동을 혐오하여 부당해고 하였다고 보았음[152]

【 대법원 1991. 4. 23. 선고 90누7* 판결 】**

"가. 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면상의 해고이유와는 달리 실질적으로는 근로자가 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 근로자의 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고이유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 징계해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반사정을 비교 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다.

나. **회사가 근로자를 징계해고 함에 있어 다른 사원을 폭행하고, 야간작업을 방해하였으며 상사의 작업지시를 불이행하고 회사측의 승낙 없이 지게차의 발을 제작한 잘못이 있다는 등 모두 발생한지 4 내지 8개월이 지난 사실들을 문제 삼아 징계해고사유로 하였으나 실제는 이를 핑계 삼아 임금협상시 강경한 입장을 취한 근로자의 노동조합활동을 혐오하여 부당해고 하였다."**

5) 인사처분에 대한 경영상 필요성이나 인사기준의 합리성

20년 이상 생산부서에 근무하여 온 노조원을 특별히 궁벽한 사업소로 보내야 할 경영상의 필요성도 엿보이지 않음에도 전근 발령하여 직원협의회 회장의 업무 수행을 어렵게 한 경우 부당노동행위 의사를 인정함[153]

【 대법원 1991. 12. 10. 선고 91누3* 판결 】**

"탄광의 단체협약에 의하여 노동조합에 가입할 수 없도록 되어 있는 직원들로 결성된 직원협의회의 회장인 원고가 노동조합 가입추진 등의 활동을 주도적으로 하고 있는 동안, 20년 이상 생산과에 근무해 온 원고를 전혀 생소한 업무분야인 공무과에 전보발령하고, 곧이어 본사에서 멀리 떨어진 출장소에 전근발령을 하여 원고가 각종 수당을 지급받지 못하게 되어 실수입액이 200,000원 가

152) 대법원 1991. 4. 23. 선고 90누7*** 판결
153) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91누3*** 판결

량 감소되고, 위 출장소는 파견직원 3-4명만이 근무하는 외진 곳이어서 그곳에서는 원고가 직원협의회 회장의 업무를 계속 수행하기가 곤란한 데다가 원고를 위와 같이 전격적으로 특별히 그곳으로 전근발령하여야 할 경영상의 필요성이 없다면, 위의 전근발령은 부당노동행위에 해당한다."

노조활동에 적극적으로 참여하여 온 근로자를 다른 지사로 전보시킴으로써 종전 근무지에는 그와 같은 자격을 가진 직원이 없게 되어 그가 담당하던 업무를 외부에 용역을 줌에 따라 연간 약 200여 만 원의 추가지출이 있게 되고 근로자 역시 생활근거지를 떠나는 불이익을 입은 경우 부당노동행위를 인정함[154]

【 대법원 1998. 12. 23. 선고 97누18*판결 】**

"참가인이 산업안전기사 1급의 국가기술자격증을 소지하고 주로 원고 회사 대전공장 관리부 안전관리과장 대리로서 방화관리책임자로 근무하던 중 1992. 8.부터 1995. 8. 31.까지 노동조합의 위원장으로 재직하면서 적극적으로 정당한 노조활동을 하다가 같은 해 8. 23. 노조위원장 선거에서 낙선하고 같은 해 9. 1. 위 안전관리과장 대리로 원직 복귀하였는데, 원고는 같은 해 7. 10. 참가인 등 노동조합 간부들 9명에 대하여 노동쟁의조정법위반 및 업무방해 등의 혐의로 고소하는 한편, 같은 해 8. 23.에는 위 9명을 상대로 불법노동쟁의로 인한 손해배상청구소송을 제기하였고, 참가인은 노조위원장 선거에서 낙선한 후 불법선거임을 주장해 오다가 같은 해 9. 14. 선거무효확인소송을 제기하는 등 노동조합원으로서 노동조합의 조직 및 운영에 영향을 미칠 활동을 계속적으로 하여 오던 상태에서 원고 회사가 같은 해 9. 15. 업무상 필요성을 이유로 갑자기 참가인을 조합원 자격이 없어 조합활동을 할 수 없는 과장으로 승진시킴과 동시에 서울 본사 자재부 소속 경인지역 폐지구매 연락사무소를 다른 회사 수원 공장 내 2평정도 탈의실에 급조하여 신설하고 원고를 그 연락담당 및 원료 상차 감독으로 배치전환하여 참가인을 본래 업무와는 동떨어지고 참가인 생활근거지와 이격된 곳에서 근무하도록 하였으며, 그 후 참가인이 이에 불복하여 출근을 거부하자 원고가 위와 같이 고소 및 손해배상을 청구한 전임 노조간부들을 순차로 위 연락사무소로 배치전환한 것이라면, 이 사건 승진 및 배치전환은 실질적으로는 참가인의 종전 노동조합활동을 혐오한 나머지 이에 대한 예방적 차원의 조치로서 노동조합활동을 방해하려는 의사로 행한 것으로서 업무상 필요성은 표면적으로 내세운 사유에 불과한 것이라고 보아야 할 것이므로, 이 사건 승진 및 배치전환은 부당노동행위에 해당한다."

반면, 전근명령이 단체교섭위원으로 활동 중인 노사협의기간에 이루어졌지만 그 경력과 능력 및 연고지 등을 참작하여 직원직무이동 규정에 정한 절차와 인사이동 기준에 의해 이루어진 경우에는 부당노동행위 의사를 인정하지 않았음[155]

154) 대법원 1998. 12. 23. 선고 97누18*** 판결
155) 대법원 1992. 12. 8. 선고 91누1***판결

【 대법원 1992. 12. 8. 선고 91누11* 판결 】**

"원고에 대한 전근명령은 참가인 회사가 매년 행하는 정기인사이동의 일환으로서 참가인 회사의 업무상 필요에 따라 원고의 경력과 능력 및 연고지 등을 참작하여 직원직무이동규정에 정한 절차와 인사이동기준에 의하여 이루어진 것이고, 특별히 원고에 대하여 부당하게 이루어진 것으로 인정되지 아니하므로 비록 **원고에 대한 전근명령이 노사협의기간 중에 이루어졌고, 원고가 노동조합측 단체교섭위원으로 활동하였다고 하더라도 그 점만으로 참가인 회사가 원고의 노동조합 활동을 이유로 원고를 전근시킨 것으로 단정할 수 없고, 원고에 대한 전근명령이 부당노동행위에 해당되지 않는 이상 원고가 참가인 회사의 계속적인 부임 촉구에도 불구하고 전근명령에 불응한 채 무단결근한 것은 징계해고의 상당한 사유가 된다 할 것이므로,** 참가인 회사가 취업규칙의 규정에 의하여 원고를 징계해고한 것은 정당하다고 판단하였는바, 원심이 인정한 사정하에서라면 참가인 회사의 원고에 대한 전근명령이 권리의 남용이나 부당노동행위에 해당된다고 볼 수 없으므로 위 전근명령은 정당하다고 할 것이며, 원고가 위 전근명령에 불응하면서 교육에 불참하고 10일 이상 무단결근한 것은 참가인 회사 취업규칙 소정의 징계해고 사유에 해당되고, 참가인 회사가 이를 이유로 원고를 징계해고한 것은 정당한 징계권의 행사로서 징계권의 남용에 해당된다고 볼 수 없으므로, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 소론이 지적하는 인사권과 징계권의 한계에 관한 법리나 부당노동행위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다."

다. 정당한 사유와 부당노동행위 의사의 경합

1) 의의

사용자의 부당노동행위 의사가 추정되는데 사용자가 주장하는 징계사유의 정당성이 함께 인정되는 경우(처분이유의 경합), 부당노동행위를 인정할 수 있는지 문제됨

이에 대해서는 학설의 대립이 있음

① 부당노동행위 성립부인설(정당사유설)

해고 등의 불이익처분을 함에 족한 정당한 사유가 있는 경우에는 부당노동행위는 성립되지 않는다는 견해

② 부당노동행위 긍정설(조건설)

부당노동행위의사가 존재하는 경우에는 설사 해고 등의 불이익처분에 정당한 사유가 있다 하더라도 부당노동행위가 성립한다는 견해

③ 결정적원인설

사용자가 근로자에 대하여 불이익취급을 함에 있어서 근로자의 정당한 조합활동과 해고 등의 정당사유 중 전자를 결정적 원인 또는 우월적 동기로 하여 해고 등의 불이익취급을 하였다면 부당노동행위가 성립한다는 견해

④ 상당인과관계설

근로자의 조합활동이 없었더라면 근로자에 대한 불이익취급이 없을 것이라는 정도의 상당인과관계가 존재하면 부당노동행위가 성립한다는 견해

2) 판례의 태도

판례의 주류는 근로자에 대한 해고가 부당노동행위에 해당하는지 여부에 관하여 "사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 조합활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 부당노동행위라고 보아야 한다"라는 표현을 사용함[156]

대법원의 판례의 태도를 따른다면 사용자의 근로자에 대한 해고 등의 불이익 처분이 단순히 표면상의 구실에 불과한 것이 아니고 정당한 것이라고 판정된 이상 그것이 실질적으로 근로자의 정당한 조합활동을 이유로 한 것으로 볼 수 없을 것이므로 부당노동행위가 성립할 수 없을 것임

【 대법원 1994. 12. 23. 선고 94누3* 판결 】**

"가. 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면상의 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자가 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 근로자의 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합업무를 위한 정당한 행위의 내용, 해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 징계절차의 준수 여부, 징계재량의 남용 여부 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반사정을 비교, 검토하여 종합적으로 판단하여야 하고(당원 1994. 8. 26. 선고. 94누3***판결; 1993. 12. 10. 선고 93누4***판결 등 참조) 적법한 징계해고 사유가 있어 징계해고한 이상 사용자가 근로자의 노동조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다 하여 그 사유만으로 위 징계해고가 징계권 남용에 의한 부당노동행위에 해당한다고 단정할 것도 아니다(당원 1988. 2. 9. 선고 87누*** 판결 참조).

나. 기록에 의하면 원고를 노동조합에서 제명함에 대하여 참가인회사가 당시 노조조합장과 결탁하였다는 원고의 주장은 이를 인정할 아무런 증거가 없고 한편, 참가인회사의 회장인 소외 하○○

156) 대법원 1989. 10. 24. 선고 89누4*** 판결 등

가 원고에 대한 징계절차가 진행되기에 앞서 '원고에 대한 제명이 철회되도록 노조와 화해하라. 그렇지 못하면 회사를 위하여 사직서를 제출하라. 위 제명처분이 철회되면 선처하겠다'는 취지의 발언을 한 사실은 인정되나(갑 제8호증의3 참조) 이는 참가인회사의 단체협약 제2조 제3항에 '회사는 종업원이 노동조합 가입을 거부하거나 탈퇴할 때에는 즉시 해고하여야 하며 노동조합에서 제명한 자의 경우 특별히 업무에 지장이 없는 한 회사는 적절한 조치를 취하여야 한다'는 규정에 따라 노동조합으로부터 제명처분이 이루어진 원고에 대하여 적절한 조치를 취할 수밖에 없고 원고에 대하여 노동조합의 제명처분에 따른 어떤 조치를 취하지 아니하는 경우 노동조합과의 관계에 부정적인 영향을 끼칠 것을 염려한 참가인회사가 원고 개인을 위하여 노동조합으로부터의 제명처분이 철회되도록 노력할 것을 권하면서 위 제명처분이 철회되면 징계에 있어서 선처하겠다는 취지에서 이루어진 것으로 보여지므로 그것이 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위를 하였다고 할 수 없고, 원심이 적법하게 인정한 바와 같이 정당한 징계해고 사유가 있어 원고를 해고한 것으로 인정되는 이 사건에 있어서 참가인회사가 이 사건 해고에 앞서 위와 같은 취지의 발언을 하였다는 점만으로 이 사건 해고가 부당노동행위 의사로 한 것이라고 할 수도 없다."

제3절 반조합계약

1. 반조합계약 개관

노동조합법 제81조 제2호 본문은 '근로자가 어느 노동조합에 가입하지 아니할 것 또는 탈퇴할 것을 고용조건으로 하거나 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위'를 부당노동행위에 해당한다고 하여 금지함(반조합계약)

반조합계약을 체결한 사실만으로서 부당노동행위가 성립하며, 반조합계약은 강행규정인 노동조합법 제81조 제2호에 위배되는 것으로서 사법상 당연무효임

다만, 이 경우 반조합계약의 약정 부분만 무효가 되는 것으로, 근로계약 전체가 무효로 되는 것은 아니며, 반조합계약을 계기로 노동조합에 가입하였더라도 근로자들 스스로 노동조합에 가입하려는 의사를 가지고 있었다면 이로써 노동조합의 가입계약은 유효하게 성립된 것으로 보아야 할 것임[157]

2. 유니언 숍 협정

2.1. 의의 및 요건

가. 의의

노동조합법 제81조 제2호 단서 전단에서는 근로자의 단결권 강화를 위하여 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 유니언 숍의 협정 체결을 승인하고, 같은 단서 후단에서 "이 경우 사용자는 근로자가 노동조합에서 제명된 것 또는 그 노동조합을 탈퇴하여 새로 노동조합을 조직하거나 다른 노동조합에 가입한 것을 이유로 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다"고 규정함으로써 실질적으로 유니언 숍 협정의 효력을 약화시키고 있음[158]

157) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2003다*** 판결
158) 사법연수원, 노동조합 및 노동관계조정법, 2016년, 357p

나. 요건

1) 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표할 것

판례는 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있지 아니함에도 불구하고 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약을 체결하는 것은 허용되지 아니한다고 하여 유니언 숍 협정의 성립요건으로 노동조합이 근로자의 3분의 2 이상을 대표하여야 한다는 입장을 분명히 하였음[159]

【 대법원 2004. 11. 12. 선고 2003다* 판결 】**

"(1) 위 노사협의회 개최 당시인 1970. 9.경에는 **노동조합의 조합원 수가 총 근로자 1,637명 중 과반수에도 못 미치는 510명에 불과하여 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있는 것이 아니므로 당시 시행되던 구 노동조합법 제39조 제2호의 규정에 따라 위 노사협의회에서 합의한 유니언 숍 협정이 부당노동행위에 해당하여 무효라고 판단한 원심의 조치에는 잘못이 없다.** (2) 그러나 노동조합 가입행위는 원칙적으로 근로자의 청약과 조합의 승낙이라는 의사의 합치에 의하여 성립하는 계약이라고 할 것이므로, 비조합원들이 자발적인 가입의사가 없음에도 불구하고 무효인 유니언 숍 협정에 의하여 급여에서 노동조합비가 일괄 공제됨에 따라 일방적으로 조합원으로 간주된 것에 불과하다면 노동조합에 가입하려는 청약의 의사표시 자체가 결여된 것으로서 그러한 사실만으로 조합원의 자격을 취득하였다고는 볼 수 없을 것이나, 비조합원들이 유니언 숍 협정이 체결된 것을 계기로 또는 유니언 숍 협정과 무관하게 스스로 노동조합에 가입하려는 의사를 가지고 급여에서 노동조합비를 공제하는 것에 동의하는 방식으로 청약의 의사표시를 하고 노동조합이 조합비를 수령함으로써 이를 승낙하였다는 특별한 사정이 인정된다면, **비록 노동조합 가입의 계기가 된 유니언 숍 협정이 부당노동행위에 해당하여 무효라고 하더라도, 근로자와 노동조합 사이에 노동조합의 가입계약이 성립하고 이로써 조합원의 자격을 적법하게 취득하였다고 보아야 할 것이다.**"

2) 단체협약 조항일 것

유니언 숍 협정은 노동조합의 조직강화를 위하여 근로자의 노동조합 가입을 강제하는 단체협약상의 조항이고 법문의 규정도 단체협약의 체결에 의하도록 되어 있으므로 **사용자의 일방적인 취업규칙 등에 의한 것은 인정되지 아니함**[160]

159) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2003다*** 판결
160) 대법원 1989. 1. 17. 선고 87다카2***판결

【 대법원 2004. 11. 12. 선고 2003다* 판결 】**

"원고가 피고 회사로부터 해고처분을 받은 당시의 노동조합법 제39조 제2호(1987. 11. 28. 법률제3966호로 개정되기 전의 것)에 의하면, 근로자로 하여금 특정노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위를 사용자의 부당노동행위의 하나로 규정하여 이를 금지하고 있는 바, 그 취지는 원래 노동조합에의 가입 및 탈퇴는 근로자 개개인의 자유의사에 의하여야 하고 특정노동조합에의 소속을 고용조건으로 하여 근로자를 취업시키거나 그 탈퇴 또는 제명을 이유로 근로자를 해고할 수 있도록 하는 약정은 근로자의 단결선택의 자유를 침해하는 것으로서 허용될 수 없기 때문에 나온 것이다.

그런데 피고 회사의 노동조합규약 제38조 및 취업규칙 제54조 제17호 규정을 보면, 피고 회사의 종업원이 노동조합 상벌위원회로부터 정권이나 제명처분을 당하여 노동조합으로부터 해고요청이 있을 때에는 피고는 그 종업원을 해고할 수 있도록 하고 있는바 이러한 취업규칙의 규정은 비록 노동조합의 미가입자나 탈퇴자는 제외하였지만 노동조합으로부터 제명된 자에 대하여 그 제명사실만을 이유로 해고할 수 있도록 되어 있는 만큼 결국 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 것이 되고 이는 노동조합법에서 금지하고 있는 행위를 용인하는 셈이 되어 부당하다고 할 것이다. 원심이 확정한 바에 의하면, 피고노동조합은 조합원인 원고가 노동조합 조합장선거에서 조합장후보로 입후보하였다가 낙선되자 노동조합과는 별도로 친목회 명목의 단체를 구성하고 근거없이 조합집행부의 사무집행에 반대하여 노동조합의 분열을 꾀하였다는 이유로 상벌위원회를 개최하여 원고를 노동조합에서 제명하기로 의결한 다음 피고 회사에 대하여 원고의 해고처분을 요청하자 피고는 취업규칙에 따라 30일간의 해고예고기간을 두고 1985. 10. 28.자로 원고를 해고처분 하였다는 것이다.

그리하여 위 취업규칙의 규정은 노동조합법에 저촉되어 그 효력을 인정할 수 없을 뿐만 아니라 노동조합과 피고사이에 체결된 단체협약의 해고사유에도 노동조합으로부터 자격정권이나 제명처분을 당한 것을 포함하고 있지 아니한 것이 분명하므로 원고에 대한 해고처분은 무효라고 할 것이고 같은 취지의 원심판단은 정당하다. 논지는 채택할 수 없다."

다. 조직강제와 유니언 숍 협정

조직강제란 조합원 지위를 고용의 조건으로 하도록 하여 비노조 근로자에 대하여 **조합원 자격의 취득 및 유지를 강제하는 단체협약상 제도**를 말하며, 특히 사용자가 **단체협약을 통하여 노동조합에 가입하지 않은 자나 노동조합에서 탈퇴 또는 제명에 의해 조합원자격을 상실한 자를 해고하기로 하는 규정**을 **유니언 숍 협정**이라고 함

한편 조직강제 조항으로 취업단계부터 조합원이 될 것을 강제하는 **클로즈드숍(closed shop) 조항은 우리 법제상 허용되지 않는 바,** 울산○○○노조가 건설산업의 사용자에게 울산○○○노조 조합원의 채용을 요구하는 것을 넘어서서 울산○○○노조

조합원만을 채용하고 **다른 노동조합의 조합원이나 비조합원은 채용하지 말 것까지 요구하는 것은 허용되지 않는다고 할 것임**[161]

【 울산지방법원 2017. 6. 8. 선고 2017노* 판결 】**

"② 노동조합의 하부단체인 지부, 분회, 지회 등이 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립된 조직체로서 활동을 하는 경우 당해 하부단체나 조합원 고유의 사항에 대하여는 독자적으로 단체교섭을 하고 단체협약을 체결할 수 있는데(대법원 2008. 1. 18. 선고 2007도1*** 판결 등 참조), **울산○○○노조가 위와 같은 단체교섭 및 단체협약 체결 능력이 있는 것으로 보이는 점 등을 감안할 때, 울산○○○노조가 건설산업의 사용자에게 울산○○○노조 조합원의 채용을 요구하는 것 자체는 적법하다 할 것이다[다만, 근로자로 하여금 특정 노동조합의 조합원이 되어 있거나 될 것을 강제하는 제한적 조직강제는 근로자의 단결하지 아니할 자유뿐만 아니라 단결권의 한 내용인 단결선택의 자유까지도 제한하는 것으로서 법률에 명문의 규정이 없는 한 허용되지 않는다고 봄이 타당한데, 우리 법률이 일정한 요건하에서 수정된 형태의 유니언숍(Union Shop) 만을 허용하고 있는 점(노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제2호 단서)에 비추어 볼 때, 클로즈드숍(Closed Shop)은 우리 법제상 허용되지 않는다 할 것이**다. 따라서 울산○○○노조가 건설산업의 사용자에게 울산○○○노조 조합원의 채용을 요구하는 것을 넘어서서 울산○○○노조 조합원만을 채용하고 다른 노동조합의 조합원이나 비조합원은 채용하지 말 것까지 요구하는 것은 허용되지 않는다]."

2.2 효과

이른바 유니언 숍(Union Shop) 협정은 노동조합의 단결력을 강화하기 위한 강제의 한 수단으로서 근로자가 대표성을 갖춘 노동조합의 조합원이 될 것을 '고용조건'으로 하고 있는 것이므로 단체협약에 유니언 숍 협정에 따라 근로자는 노동조합의 조합원이어야만 된다는 규정이 있는 경우에는 **다른 명문의 규정이 없더라도 사용자는 노동조합에서 탈퇴한 근로자를 해고할 의무가 있음**[162]

【 대법원 1998. 3. 24. 선고 96누16* 판결 】**

"구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 이전의 것) 제39조 제2호 단서에 의하면 '노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때에는 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결'이 허용되고 있고, 이러한 단체협약의 조항, **이른바 유니언 숍(Union Shop) 협정은 노동조합의 단결력을 강화하기 위한 강제의 한 수단으로서 근로자가 대표성을 갖춘 노동조합의 조합원이 될 것을 '고용조건'으로 하고**

161) 울산지방법원 2017. 6. 8. 선고 2017노*** 판결
162) 대법원 1998. 3. 24. 선고 96누16*** 판결

있는 것이므로 단체협약에 유니언 숍 협정에 따라 근로자는 노동조합의 조합원이어야만 된다는 규정이 있는 경우에는 다른 명문의 규정이 없더라도 사용자는 노동조합에서 탈퇴한 근로자를 해고할 의무가 있다(대법원 1996. 10. 29. 선고 96다28* 판결 참조).**

원심이 인정한 사실관계에 의하면 원고 조합과 피고보조참가인(이하 참가인이라 한다) 사이에 체결된 단체협약 제5조는 '주임급(55호봉) 이하 전 직원을 노조원으로 하는 유니언 숍으로 한다', 제6조는 '제5조에 해당되는 직원은 입사와 동시에 자동적으로 노조원이 된다', 제7조는 '회사는 노조원의 제명·탈퇴 여부를 일방적으로 해석할 수 없으며 노조의 확인에 따라야 한다'라고 각 규정하고 있다는 것인바, 그렇다면 이는 근로자가 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 통상적인 유니언 숍 협정이 체결된 것으로 보아야 할 것이므로 참가인으로서는 그에 따라 원고 조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무가 있다.

따라서 원심이 이와 달리 유니언 숍 협정이 있더라도 사용자는 노동조합에서 탈퇴한 근로자를 해고할 의무도 없고, 또 해고할 수도 없다는 입장에서 참가인은 원고 조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무가 없다고 판시한 것은 잘못이다."

2.3. 적용범위

가. 신규채용 근로자의 경우

유니언 숍 협정에 따라 신규채용 근로자는 입사한 때로부터 일정한 기간 내에 당해 노동조합의 조합원이 되어야 고용이 유지될 수 있음

나. 노동조합 가입절차 준수 여부

대법원 판례는 노동조합 가입행위는 원칙적으로 근로자의 청약과 조합의 승낙이라는 의사의 합치에 의하여 성립하는 계약이라고 할 것인바, 단체협약상 유니언 숍 조항에서 입사와 동시에 조합원이 된다는 취지를 정하고 있는 경우라 하더라도, 비조합원들의 자발적인 가입의사가 없었다면 노동조합에 가입하려는 청약의 의사표시 자체가 결여된 것으로서 그러한 사실만으로는 조합원의 자격을 취득하였다고 볼 수 없다고 판시한 바 있음[163]

따라서, 단체협약상 '회사의 운전자는 고용계약일로부터 조합원이 된다'는 취지의 규정이 있는 경우 노동조합의 형식적인 가입절차는 생략될 수 있을 것이지만 근로자가 입사와 동시에 노동조합원이 되었다는 것을 인식하고 이후 조합원으로 활동을 하는 등 노동조합 가입의 의사표시를 갈음할 수 있는 행위는 필요하다고 할 것임[164]

163) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2003다*** 판결
164) 울산지방법원 2015. 4. 16. 선고 2014나10*** 판결

다. 합병회사의 노동조합이 유니언 숍인 경우

복수의 회사가 합병되더라도 피합병회사와 그 근로자 사이의 집단적인 근로관계나 근로조건 등은 합병회사와 합병 후 전체 근로자들을 대표하는 노동조합과 사이에 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있을 때까지는 피합병회사의 근로자들과 합병회사 사이에 그대로 승계되는 것이고, **합병회사의 노동조합이 유니언 숍의 조직형태를 취하고 있었다고 하더라도 피합병회사의 근로자들이 자동적으로 합병회사의 노동조합의 조합원으로 되는 것은 아니라는 것이 대법원 판례의 태도임**[165]

2.4. 사용자의 해고의무 위반 및 부당노동행위 해당 여부

단체협약상의 유니언 숍 협정에 의하여 사용자가 노동조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무는 단체협약상의 채무일 뿐이고, 이러한 **채무의 불이행 자체가 바로 노동조합법 제81조 제4호의 노동조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 단정할 수는 없다**는 것이 대법원 판례의 태도임[166]

【 대법원 1998. 3. 24. 선고 96누16* 판결 】**

"그러나 단체협약상의 유니언 숍 협정에 의하여 사용자가 노동조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무는 단체협약상의 채무일 뿐이고, 이러한 채무의 불이행 자체가 바로 같은 법 제39조 제4호 소정 노동조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 단정할 수는 없다. 이 부당 노동행위가 성립하려면 사용자에게 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 개입할 의사가 있어야 하는 것인바, 뒤에서 보는 바와 같은 이 사건 경위에 비추어 볼 때 그 해고조치를 취하지 아니함에 있어 사용자인 참가인에게 그러한 의사가 있었던 것으로 볼 수가 없다."

165) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다23***, 2*** 판결
166) 대법원 1998. 3. 24. 선고 96누1*** 판결

제4절 단체교섭 거부 · 해태

1. 단체교섭 거부·해태 개관

노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위를 말함(노동조합법 제81조 제3호)

노동조합법 제81조 제3호가 정하는 부당노동행위는 사용자가 아무런 이유 없이 단체교섭을 거부 또는 해태하는 경우는 물론이고, 사용자가 단체교섭을 거부할 정당한 이유가 있다거나 단체교섭에 성실히 응하였다고 믿었더라도 객관적으로 정당한 이유가 없고 불성실한 단체교섭으로 판정되는 경우에도 성립함

한편 정당한 이유인지의 여부는 노동조합측의 교섭권자, 노동조합측이 요구하는 교섭시간, 교섭장소, 교섭사항 및 그의 교섭태도 등을 종합하여 사회통념상 사용자에게 단체교섭의무의 이행을 기대하는 것이 어렵다고 인정되는지 여부에 따라 판단하게 됨[167]

단체교섭 거부·해태가 부당노동행위에 해당한다는 것에 관한 증명책임은 부당노동행위의 일반적인 증명책임과 동일하게 신청인인 노동조합이 부담하므로, 노동조합은 사용자의 단체교섭 거부·해태에 정당한 이유가 없다는 사실에 대한 증명책임을 부담함

1.1 단체교섭의 주체(당사자와 담당자)

가. 의의

단체교섭 당사자라 함은 단체교섭의 주체로서 단체교섭을 자신의 이름으로 행하고 그 법적 효과가 귀속되는 주체를 말하며, 단체교섭의 담당자란 단체교섭 당사자를 위하여 사실행위로서 단체교섭을 하는 자를 말함

나. 근로자측 당사자와 담당자

1) 근로자측 교섭당사자

근로자측의 교섭당사자는 노동조합법 소정의 요건을 갖춘 적법한 노동조합이어야 하며, 판례는 교섭요구를 해온 노동조합이 노동조합법상 실질적 요건을 흠결하여 노동조합이 아닌 경우 사용자는 교섭요구 공고 의무를 지지 않는다고 판시하였음.

167) 대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8*** 판결 참조

특히 노동조합법 제2조 제4호 단서가 "다음 각목의 1에 해당하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니 한다"고 하고 있어 노동조합으로 보지 아니하는 경우를 판별하기 위하여 반드시 법외노조 통보가 필요한 것으로 보이지는 않는다고 판시한 바 있음[168]

따라서, 노동조합으로서 실질적 요건을 갖추지 못한 일시적 쟁의단 등의 단결체는 단체교섭권한이 없으므로 이들의 단체교섭 요구를 거부하더라도 부당노동행위가 되지 아니함

2) 근로자측 교섭담당자

한편, 근로자측 교섭담당자는 노동조합 대표자와 노동조합으로부터 교섭 또는 단체협약 체결에 관한 권한을 위임 받은 자를 말함

3) 근로자측 교섭권한과 한계

가) 문제의 소재

노동조합법 제29조 제1항에 의해 노동조합 대표자에게 단체교섭 및 단체협약체결 권한이 인정되는데, 노동조합의 규약이나 단체협약에서 단체협약 체결시 총회 의결을 거치도록 하는 '총회인준권 조항'으로 노동조합 대표자의 단체협약 체결권한을 제한하는 것이 허용되는지 문제됨

나) 원칙 : 전면적·포괄적 제한금지

노동조합의 대표자가 단체교섭 결과에 따라 **사용자와 단체협약의 내용을 합의한 후 다시 협약안의 가부에 관하여 조합원 총회의 의결을 거쳐야만 한다는 것**은 대표자 또는 수임자의 **단체협약 체결권한을 전면적·포괄적으로 제한함**으로써 사실상 단체협약 체결권한을 형해화하여 명목에 불과한 것으로 만드는 것이어서 법 제29조 제1항 취지에 위반하는 것으로 볼 수 있음[169]

【 대법원1993. 4. 27. 91누12* 전원합의체 판결 】**

"노동조합법 제33조 제1항 본문은 "노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자는 그 노동자 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 단체협약의 체결 기타의 사항에 관하여 교섭할 권한이 있다"고 규정하고 있는바, "교섭할 권한"이라 함은 사실행위로서의 단체교섭의 권한 외에 교섭한 결과에 따라 단체협약을 체결할 권한을 포함한다.

나. 노동조합의 대표자 또는 수임자가 단체교섭의 결과에 따라 사용자와 단체협약의 내용을 합

168) 서울고등법원 2016. 5. 19. 선고 2016누3*** 판결(현재 상고심 계류 중)
169) 대법원1993.4.27. 91누1*** 전원합의체 판결

의한 후 다시 협약안의 가부에 관하여 조합원총회의 의결을 거쳐야만 한다는 것은 대표자 또는 수임자의 단체협약체결권한을 전면적, 포괄적으로 제한함으로써 사실상 단체협약체결권한을 형해화하여 명목에 불과한 것으로 만드는 것이어서 위 법 제33조 제1항의 취지에 위반된다."

다) 절차적 제한을 허용하는 최근 판례

노동조합이 조합원의 의사를 반영하기 위해서 규약 등으로 단체협약 체결시 총회 의결 등 내부 절차를 거치도록 하는 등 **노동조합 대표자의 단체협약 체결권을 절차적으로 제한하는 것은 허용**된다고 할 것임

① ○○노조 규약 시정명령 취소 사건

"조합이 협약을 체결하고자 할 때에는 총회를 거쳐 위원장이 체결하고, 단체교섭 위원들이 연명으로 서명한다"는 내용의 노동조합 규약의 노동조합법 제29조 제1항의 위반 여부가 문제된 사안에서, 판례는 위 규약을 전단과 후단으로 나누어 **전단은 노동조합 대표자의 단체협약 체결권한을 본질적으로 제한하지 않는다**고 하면서 후**단은 교섭 결과 합의에 이른 경우에도 교섭위원들이 연명으로 서명하지 않는 한 대표자가 그 권한으로 단체협약을 체결할 수 없기 때문에 법 위반으로 판단**하였음[170]

【 대법원 2013. 9. 27. 선고 2011두15* 판결 】**

"나. 이 사건 규약 제24조 제1항 제2호와 제68조 제1항 전단에 관하여

(1) 노조법 제29조 제1항은 "노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다."라고 규정하고 있는바, 노동조합의 대표자에게는 단체교섭의 권한뿐만 아니라 교섭한 결과에 따라 단체협약을 체결할 권한이 있다. 따라서 노동조합 규약에서 노동조합의 대표자가 단체교섭의 결과에 따라 사용자와 단체협약의 내용을 합의한 후 다시 그 협약안의 가부에 관하여 조합원 총회의 의결을 거치도록 규정하고 있다면, 그 노동조합 규약은 노동조합 대표자의 단체협약체결권한을 전면적, 포괄적으로 제한함으로써 사실상 단체협약체결권한을 형해화하여 명목에 불과한 것으로 만드는 것이어서 노동조합 대표자의 단체협약체결권한을 규정한 노조법 제29조 제1항의 취지에 반한다(대법원 1993. 4. 27. 선고 91누12*** 전원합의체 판결 참조).

(2) 이 사건 규약 제24조 제1항 제2호에서는 '산별 협약 체결에 관한 사항'을 원고 총회의 의결 사항으로 규정하고 있고, 같은 규약 제68조 제1항 전단에서는 '조합이 협약을 체결하고자 할 때에는 총회를 거쳐 위원장이 체결하도록' 규정하고 있다. 그런데 ① 이 사건 규약 제24조 제1항 제2호와 같은 규약 제68조 제1항 전단이 원고의 대표자인 위원장이 단체교섭의 결과

170) 대법원 2013. 9. 27. 선고 2011두15*** 판결

에 따라 사용자와 단체협약의 내용을 합의한 후 다시 협약안의 가부에 관하여 조합원 총회의 의결을 거친 후에만 단체협약을 체결할 수 있는 것으로 한정한 것인지 불분명한 점, ② 원고의 대표자인 위원장은 총회의 의결을 거쳐 조합원들의 의견을 수렴한 후, 수렴한 의견을 반영하여 단체교섭을 할 수 있고, 단체교섭을 하는 과정에서도 사용자와 실질적인 합의에 이르기 전까지는 총회의 의결을 거칠 수도 있다고 보이는 점, ③ 기록상 원고의 대표자인 위원장이 사용자와 단체교섭을 하고 단체협약의 내용에 합의한 후 단체협약을 체결하기에 앞서 다시 협약안의 가부에 관하여 조합원의 의견을 수렴하는 절차로서 총회를 거친 경우가 있었다고 볼 만한 자료가 제출된 바도 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 규약 제24조 제1항 제2호와 같은 규약 제68조 제1항 전단이 노동조합 대표자의 단체협약 체결권한을 전면적·포괄적으로 제한하는 규정으로서 노조법 제29조 제1항에 위배된다고 보기는 어렵다.

같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 노조법 제29조 제1항의 해석과 적용범위에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다."

② 규약상 절차를 위반한 단체협약 체결에 대한 손해배상 청구사건

노동조합 대표자가 규약상 내부절차 이행하지 않고 직권으로 단체협약을 체결하자, 조합원들이 노동조합 대표자등에게 선관주의 의무 위반에 의한 손해배상을 청구한 사건에서, 판례는 노동조합이 조합원 의사를 반영하기 위해 규약 등에서 단체협약 체결시 내부 절차를 거치도록 하는 등 노동조합 대표자의 단체협약 체결권을 절차적으로 제한하는 것은 허용된다고 판시하여 전원합의체 판결을 변경하지 않으면서, 노동조합 대표자의 단체협약 체결권은 절차적으로 제한될 수 있다는 대법원의 입장을 확인하였음[171)172)]

【 대법원 2014. 4. 24. 선고 2010다24* 판결 】**

"상고이유를 판단한다.

노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라고만 한다) 제29조 제1항에 따르면 노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가지고, 이러한 대표자의 단체협약체결권한을 전면적, 포괄적으로 제한하는 것은 노동조합법 제29조 제1항에 반한다(대법원 1993. 4. 27. 선고 91누1*** 전원합의체 판결 등 참조).

그런데 **단체협약은 노동조합의 개개 조합원의 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준을 직접 결정하는 규범적 효력을 가지는 것이므로 단체협약의 실질적인 귀속주체는 근로자이고, 따라서 단체협약은 조합원들이 관여하여 형성한 노동조합의 의사에 기초하여 체결되어야 하는 것이 단체교섭의 기본적 요청인 점, 노동조합법 제16조 제1항 제3호는 단체협약에 관한 사**

171) 대법원 2014.4.24.선고 2010다24***판결

172) 다만, 노동조합 대표자는 노동조합의 위임을 받은 대표기관으로 노동조합에 대한 수임자로서 선관주의 의무를 부담할 뿐이고, 개별 조합원에게는 선관주의 의무를 부담하지 않는다고 하여, 규약 위반은 있정하였으나 개별 조합원은 선관주의 위반으로 노동조합 대표자에게 손해배상을 청구할 수 없다고 하였음

항을 총회의 의결사항으로 정하여 노동조합 대표자가 단체교섭 개시 전에 총회를 통하여 교섭안을 마련하거나 단체교섭 과정에서 조합원의 총의를 계속 수렴할 수 있도록 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 노동조합이 조합원들의 의사를 반영하고 대표자의 단체교섭 및 단체협약 체결 업무 수행에 대한 적절한 통제를 위하여 규약 등에서 내부 절차를 거치도록 하는 등 대표자의 단체협약체결권한의 행사를 절차적으로 제한하는 것은, 그것이 단체협약체결권한을 전면적·포괄적으로 제한하는 것이 아닌 이상 허용된다고 보아야 한다.

그러나 위와 같이 단체협약의 실질적인 귀속주체가 근로자이고 노동조합 대표자는 단체협약을 체결함에 있어 조합원들의 의사를 반영하여야 할 의무가 있다고 하더라도, 노동조합 대표자는 노동조합의 위임에 따라 그 사무를 집행하고 노동조합을 대표하는 기관으로서 노동조합에 대하여 수임자로서 선량한 관리자의 주의의무를 부담할 뿐이고, 개별 조합원에 대하여서까지 위임관계에 따른 선량한 관리자의 주의의무를 부담한다고 볼 수는 없다. 그런데도 원심은 이와 달리 노동조합 대표자가 개별 조합원에 대하여 수임자로서 선량한 관리자의 주의의무를 부담함을 전제로 하여, 피고가 이 사건 규약이 정한 내부절차를 거치지 아니한 채 교섭과정에서 논의된 적도 없는 근로조건에 관하여 종전보다 불리하게 개정된 내용으로 이 사건 단체협약을 체결함으로써 조합원인 원고들에게 정신적인 고통을 가하였다는 이유로 피고에 대하여 선량한 관리자의 주의의무 위반에 따른 손해배상책임을 인정하였다. 이러한 원심의 판단에는 노동조합 대표자와 개별 조합원의 관계에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이러한 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다."

다. 사용자측 당사자와 담당자

1) 사용자측 교섭당사자

사용자측의 교섭당사자는 협의의 사용자(사업자)와 사용자단체가 있음

가) 사용자의 개념

'사용자'라 함은 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자를 말한다 할 것임[173]

국가의 행정관청이 사법상 근로계약을 체결한 경우 그 근로계약관계의 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속되므로, 국가는 그러한 근로계약관계에 있어서 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제2호에 정한 사업주로서 단체교섭의 당사자의 지위에 있는 사용자에 해당함

173) 대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3*** 판결, 대법원 1997. 9. 5. 선고 97누3*** 판결 등

【 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40* 판결 】**

"'노동조합 및 노동관계조정법' 제2조 제2호는 "사용자라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다"고 규정하면서, 같은 법 제29조 제1항에서는 "노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다"고 규정하고, 같은 법 제81조 제3호에서는 사용자가 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위를 부당노동행위의 하나로 규정함으로써 사용자를 노동조합에 대응하는 단체교섭의 당사자로 규정하고 있는바, 위와 같은 법조항에 규정한 '사용자'라 함은 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자를 말한다 할 것인데(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3*** 판결, 대법원 1997. 9. 5. 선고 97누3*** 판결 등 참조), 국가의 행정관청이 사법상 근로계약을 체결한 경우 그 근로계약관계의 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속되므로, 국가는 그러한 근로계약관계에 있어서 같은 법 제2조 제2호에 정한 사업주로서 단체교섭의 당사자의 지위에 있는 사용자에 해당한다 할 것이다.

원심은, 원고는 전국 155개 노동부 고용안정센터에서 취업알선, 실업급여 지급 등의 업무를 담당하는 공무원이 아닌 직업상담원을 조합원으로 한 노동조합인 사실, 노동부장관의 하위 행정관청인 각 지방노동청장이 위 각 직업상담원들과 사법상 근로계약을 체결하여 그들을 지휘·감독하고 있는 사실을 인정한 다음, 각 지방노동청장이 '노동조합 및 노동관계조정법'상의 사업주라고 판단하여, 피고가 단체교섭의 상대방인 사용자 지위에 있다는 원고의 주장을 배척하였다.

그러나 위 법리에 비추어 원심이 인정한 사실관계를 살펴보면 각 지방노동청장이 그 이름으로 직업상담원들과 사법상 근로계약을 체결하였다고 하더라도, 이는 각 지방노동청장이 행정주체인 국가 산하의 행정관청으로서 근로계약체결사무를 처리한 것에 지나지 아니하므로, 사법상 근로계약관계의 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속된다 할 것이고, 이에 따라 피고가 '노동조합 및 노동관계조정법' 제2조 제2호 소정의 사업주인 사용자로서 원고에 대응하는 단체교섭의 상대방 당사자의 지위에 있다고 보아야 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 피고가 단체교섭의 상대방인 사용자로 볼 수 없다고 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 위 법리를 제대로 이해하지 못하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다."

나) 사용자단체

사용자단체도 단체교섭의 당사자가 될 수 있으나, 이 경우의 사용자단체란 노동관계에 관하여 그 구성원인 사용자에 대하여 조정 또는 규제할 수 있는 권한을 가진 사용자의 단체일 것을 요하는데 (노동조합법 제2조 제3호), 판례는 사용자단체가 이러한 권한을 갖기 위하여는 그 **사용자단체가 노동조합과의 단체교섭 및 단체협약을 체결하는 것을 그 목적으로**

하고 또 그 구성원인 각 사용자에 대하여 통제력을 가지고 있어야 한다고 판시하였음[174]

따라서, 식품위생법 제44조에 의하여 조직된 '동업자조합'은 노동조합과 단체교섭을 하는 상대방인 사용자단체에 해당하지 않고[175] 수산업협동조합은 그 정관상 조합사업의 하나로 규정한 '조합원의 경제적 이익을 도모하기 위한 단체협약의 체결'에는 노동조합법상의 단체협약이 포함된다고 보아야 할 것이어서 단체교섭 기타의 단체협약의 체결을 그 목적으로 한다고 할 것이고, 한편 그 구성원에 대하여 다수결 원리를 통한 통제력을 가지고 있는데다가 정관에 조합원의 제명에 관하여 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면 노동관계에 관하여도 그 조합원을 조정 또는 규제할 권한이 있다고 보여지므로 결국 노동조합법 소정의 사용자 단체에 해당하며[176], 자동차운송사업자들을 위해 설립된 법인인 서울특별시버스운송사업조합은 '운임, 운송 등 조합원의 사업에 관한 통할 및 지도와 조사, 연구, 단체협약과 임금협정의 교섭, 체결 및 이에 관한 조정, 중재에 관한 사항 및 운송수입금 공동관리에 관한 사항' 등을 그 목적사업으로 하고 있고, 설립 이후 현재까지 조합원들을 위해 노동조합과 단체협약을 체결하여 온 사실을 볼 때 노동조합법 제29조 제1항, 제2조 제3호의 '사용자단체'에 해당한다고 보았음[177]

【 대법원 1999. 6. 22. 선고 98두* 판결 】**

"구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지) 제33조 제1항, 제4항에 의하여 노동조합과 단체교섭을 할 상대방인 사용자단체는 노동관계에 관하여 그 구성원인 사용자에 대하여 조정 또는 규제할 수 있는 권한을 가진 자이어야 하는데, 사용자단체가 이러한 권한을 갖기 위하여는 노동조합과의 단체교섭 및 단체협약을 체결하는 것을 그 목적으로 하고 또 그 구성원인 각 사용자에 대하여 통제력을 가지고 있어야 한다(대법원 1979. 12. 28. 선고 79누*** 판결, 1992. 2. 25. 선고 90누9*** 판결 참조). 원심판결 이유에 의하면, 원심은, 참가인들이 일반음식점 허가를 받아 영업을 하는 자들을 구성원으로 하여 식품위생법 제44조에 따라 조직된 동업자조합으로서, 회원들의 화합과 권익을 증진시키고 식문화 향상을 도모함으로써 국민보건향상에 이바지할 목적으로 소정의 사업을 수행할 뿐이고, 그 목적과 사업에 노동조합과의 단체교섭 및 단체협약의 체결에 관한 사항이나 노동관계 사항을 규정한 바 없으며, 1988. 이전에 참가인 ○○시지부의 전신인 구 ○○시조합측과 노동조합 사이에 단체교섭이 이루어지고 단체협약이 체결된 적도 있으나, 위 단체협약은 구 ○○시조합의 임원이 단체교섭 담당자로서 위임을 받아 요식업체의 대표로서 체결한 것으로서 그 당사자가 사용자단체인 구 ○○시조합이라기 보다는 개개의 사용자라고 봄이 상당할 뿐만 아니라 참가인들은 그 설립 이래 구성원들에게 고용된 근로

174) 대법원 1999. 6. 22. 선고 98두***
175) 대법원 1999. 6. 22. 선고 98두*** 판결
176) 대법원 1992. 2. 25. 선고 90누9***판결
177) 대전지방법원 2015. 5. 6. 선고 2014구합1*** 판결(현재 대법원 계속 중)

자들로 구성된 노동조합과 사이에 단체교섭을 하거나 그 구성원들로부터 단체교섭 권한을 위임받은 바도 없는 사실을 인정한 다음, 이러한 사실관계에 의하면 참가인들은 구성원들의 경제적 지위의 향상 등을 목적으로 하는 경제단체이지 노동조합에 대응하는 단체가 아니고, 그 정관 및 관행상으로 노동조합과 사이에 단체교섭 및 단체협약을 체결한 권한이 있다거나 이러한 권한을 구성원들로부터 위임받았다고 볼 수 없으므로 노동조합의 단체교섭요구에 응하여야 할 사용자 단체에 해당하지 않는다고 판단하였다."

2) 사용자측 교섭담당자

사용자측의 교섭담당자란 사용자를 위하여 사실행위로서 단체교섭을 수행하는 자를 말함

1.2. 단체교섭 대상사항

가. 일반론

1) 개요

사용자가 단체교섭 의무를 부담하는 사항(이른바, 의무적 교섭사항)은 근로조건의 결정에 관한 사항과 그에 영향을 미치는 기타 노동관계에 관한 것으로서 노사관계 당사자가 스스로 결정할 수 있고 당해 노사관계 당사자에 관련되는 사항에 한정되고 이에 해당하지 아니하는 사항에 대하여는 사용자가 단체교섭의 요구를 거부할 수 있는 것이 원칙임

다만, 의무적 교섭사항에 해당하지 않는다고 하더라도 노동관계법상의 강행규정에 위반하는 사항에 해당하지 않는 한, 사용자가 이러한 단체교섭 요구를 거부할 수 있는 권리를 포기하고 임의로 단체교섭에 응하여 단체협약을 체결하는 것까지 금지할 이유는 없다 할 것임**(이른바 임의적 교섭사항)**

의무적 교섭사항에 대하여는 단체교섭을 통하여 당사자간 주장의 불일치에 대한 합의를 위하여 노력을 계속하여도 더 이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없어 교섭이 결렬된 상태에 이르면 그 주장을 관철하기 위해 이를 **쟁의행위의 목적으로 삼는 데 정당성이 인정**될 수 있으나, **임의적·위법적 교섭사항**에 대하여는 사용자와의 단체교섭 과정에서 그 주장의 불일치로 자주적 합의에 도달하지 못하더라도 **쟁의행위 등 단체행동에 의하여 그 주장을 관철할 수는 없다고 해석됨**[178]

178) 사법연수원 교재, 노동조합 및 노동관계조정법, 2016, 163p

【 서울고등법원 2016. 8. 18. 선고 2015나2067* 판결 】**

"1) 단체협약의 교섭사항의 구분

가) 단체협약이란, 노동조합 등 근로자단체가 사용자 또는 사용자 단체에 대한 단체교섭권을 행사하여 교섭을 하고 그 결과 교섭의 대상으로 삼은 근로조건에 관한 사항 기타 노동관계에 관한 사항에 대하여 평화적·자주적으로 합의에 도달하거나 혹은 그 합의를 위하여 계속 노력하였으나 더 이상 평화적·자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없을 정도로 주장의 불일치가 있어 쟁의행위를 함으로써 그 주장을 관철하는 등의 과정을 거쳐 당사자 사이에 결정한 내용을 협약의 형식으로 체결한 것을 말한다.

나) 한편 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제2조 제4호 본문에서는 노동조합이 '근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적'으로 조직하는 단체라고 규정하고 있고, 같은 법 제29조 제1항에서는 노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다고 규정하고 있다. 한편 같은 법 제47조에서는 노동쟁의의 조정에 있어서 노동관계 당사자가 직접 노사협의 또는 단체교섭에 의하여 근로조건 기타 노동관계에 관한 사항을 정하는 자주적 교섭이 우선한다고 규정하고 있고, 이를 위하여 같은 법 제48조는 노동관계 당사자는 그 책무로서 단체협약에 노동관계의 적정화를 위한 단체교섭의 절차와 방식을 규정하고 노동쟁의가 발생한 때에는 이를 자주적으로 해결하도록 노력하여야 한다고 규정하고 있다. **이러한 규정들을 종합하여 볼 때, 사용자가 단체교섭의 의무를 부담하는 교섭대상이 되는 사항(이하 '의무적 교섭사항'이라 한다)은 '근로조건의 결정에 관한 사항'과 그 밖에 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 위하여 필요한 노동조합의 활동이나 단체교섭의 절차와 방식, 단체협약의 체결 등 '근로조건의 결정에 영향을 미치는 기타 노동관계에 관한 사항'이라고 볼 수 있다.**

다) **나아가 단체협약의 대상은 원칙적으로 의무적 교섭사항만을 의미하고, 이에 해당하지 아니하는 사항에 대하여는 사용자가 단체교섭 요구를 거부할 수 있는 것이지만, 의무적 교섭사항에 해당하지 아니하는 사항이라고 하더라도, 그것이 노동관계법 등의 강행규정을 위반하거나 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 사항(이하 '위법적 교섭사항'이라 한다)에 해당하지 아니하는 한, 사용자가 단체교섭 요구를 거부할 수 있는 권리를 포기하고 임의로 단체교섭에 응하여 합의·결정된 사항 (이하 '임의적 교섭사항'이라 한다)은 단체협약의 대상이 될 수 있다.**"

2) 내재적 한계

단체교섭의 성질에 비추어 교섭사항에는 일정한 내재적 한계가 있음

가) 사용자가 처리 또는 처분할 수 있는 사항

교섭사항은 당해 노사관계에서 해결될 수 있는 사항이어야 하는데, 대법원은 단체교섭의 대상이 되는 단체교섭사항에 해당하는지 여부는 헌법 제33조 제1항과 노동조합법 제29조에서 근로자에게 단체교섭권을 보장한 취지에 비추어 판단하여야 하므로 일반적으로 구성

원인 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항으로 사용자가 처분할 수 있는 사항은 단체교섭의 대상인 단체교섭사항에 해당한다고 봄이 상당하다고 판시하였음[179]

한편, 학자금 등 복지기금의 재원은 버스운송수입금 및 부대사업 수입금 등인데, 사업조합 내의 운송수입금 공동관리업체협의회가 운송수입금 등을 공동으로 관리하며 서울특별시의 승인을 얻어 노동조합 측에 복지기금을 지급하는 것이어서, 복지기금에 관하여는 단체교섭의 당사자인 사용자들의 처분가능성이 없는 것이므로 단체교섭의 대상이 될 수 없는지 여부가 문제된 사안에서, 사용자는 서울시의 승인을 얻어 복지기금을 처분할 권한을 가지고 있으므로 복지기금은 단체교섭 대상이 된다고 한 사례가 있음

【 대전지방법원 2015. 5. 6. 선고 2014구합1* 판결 】**

"단체교섭의 대상이 되는 단체교섭사항에 해당하는지 여부는 헌법 제33조 제1항과 노동조합법 제29조에서 근로자에게 단체교섭권을 보장한 취지에 비추어 판단하여야 하므로 일반적으로 구성원인 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항으로 사용자가 처분할 수 있는 사항은 단체교섭의 대상인 단체교섭사항에 해당한다고 할 것이다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2003두8*** 판결 등 참조).

이 사건에서 보건대, 사업조합이 '운송수입금 공동관리에 관한 사항'을 담당하면서, 그 심의기구인 관리협의회를 통하여 '운송수입금의 배분, 정산, 관리에 관한 사항, 운송 수입금 부족액 충당에 관한 사항, 운송수입금 잉여금 적립 및 사용에 관한 사항'을 처리하여 온 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제3, 4호증의 각 기재에 의하면, ① 서울특별시와 사업조합은 2004. 2. 4. 서울특별시가 정하는 운송수입금공동관리지침에 따라 사업조합 내에 관리협의회를 두고 서울특별시로부터 시내버스 운송사업면허를 받은 운송사업자의 운송수입금을 공동관리하기로 하는 공동운수협정을 체결한 사실, ② 운송수입금공동관리지침 제18조 제4항은 '관리협의회는 시내버스의 광고수입을 시내버스산업 발전 및 시내버스운송사업체의 공동이익을 위해 버스업체 종사자 자녀 학비 지원금, 버스발전기금 및 운송수입 전출금에 사용할 수 있으며, 광고수입의 지출과 관련하여 사전에 서울시의 승인을 구하여야 한다'고 규정하고 있는 사실을 인정할 수 있다.

위 인정 사실에 의하면, 사업조합은 서울시의 승인을 얻어서 운송수입금 등을 재원으로 하는 복지기금을 처분할 권한을 가지고 있다고 할 것이므로, 복지기금은 단체교섭의 대상으로서 시정신청의 대상이 된다."

나) 강행법규나 공서양속에 위반하지 않는 사항

강행법규나 공서양속에 위반하는 사항에 대하여는 단체교섭을 할 수 없고, 당사자가 임의로 합의하여 단체협약을 체결하였다고 하더라도 **그 부분은 무효가 됨**

179) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003두8***판결

따라서 사용자로 하여금 업무상 재해로 사망한 조합원의 유족에 대한 채용의무를 부과하는 단체협약 조항은 민법 제103조를 위반한 무효라는 것이 판례의 태도임[180]

【 서울고등법원 2016. 8. 18. 선고 2015나2067*판결 】**

"가) 관련 법리

단체협약은 그 내용이 강행법규나 사회질서에 위배되지 아니하는 범위에서 단체협약으로서의 효력을 가진다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20*** 판결 등 참조) 따라서 단체협약의 체결이 사적 자치의 영역에 존재한다고 하더라도, 그 내용이 민법 제103조 소정의 '선량한 풍속 기타 사회질서'에 위배되는지 여부를 판단할 필요가 있다. 이때 민법 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서 행위는 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 경우뿐만 아니라, 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법률적으로 이를 강제하거나 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우 등을 포함한다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200*** 전원합의체 판결 등 참조).

나) 판단

살피건대, 앞서 인정한 사실에다가 앞서 든 각 증거 및 을나 제1 내지 3호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어보면, 이 사건 단체협약 규정은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되어 무효라고 할 것이다.

(1) 고용계약은 사용자와 노무자 간의 특수한 인적 신뢰관계가 전제되는 계약이자 장기간 계속적 급부의 제공을 내용으로 하는 계약인데, 이와 같은 성질의 고용계약을 장래 불특정 시점에 불특정인과 체결하도록 강제하는 내용의 단체협약은 사용자의 고용계약의 자유를 현저하게 제한하는 것으로 보인다.

(2) 헌법 제11조 제1항에서는 '모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다'고 규정하고 있고, 제2항은 '사회적 특수계급제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다'고 규정하고 있다. 또한 고용정책기본법 제7조에서는 '사업주는 근로자를 모집·채용할 때에 합리적인 이유 없이 성별, 신앙, 연령, 신체조건, 사회적 신분, 출신지역, 학력, 출신학교, 혼인·임신 또는 병력 등을 이유로 차별을 하여서는 아니 되며, 균등한 취업기회를 보장하여야 한다'고 규정함으로써, 합리적 이유가 없는 이상 특정 집단에 대해 취업기회와 관련하여 우월한 지위를 부여하는 것을 금지하고 있다. 최근 청년실업이 심각한 사회적 문제로 부상하고 있고, 20~30대 청년들의 기회의 불공정성에 대한 좌절감과 분노가 유래 없이 커져가고 있는 지금의 상황 속에서, 취업기회 제공의 평등에 관한 기준은 종전보다 엄격하게 정립되어야 할 필요가 있다. 이 사건에서처럼 결격사유가 없는 한 유족의 채용을 확정하도록 단체협약을 통하여 제도화하는 방식은 사실상 일자리를 대물림하는 결과를 초래하고 나아가 사실상 고착된 노동자 계급의 출현으로 이어질 가능성도 있어 우리 사회의 정의관념에 반하는 것으로 보인다.

180) 서울고등법원 2016. 8. 18. 선고 2015나2067*** 판결

⑶ 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률은 국가유공자 유족의 생활안정 및 자아실현을 위하여 취업지원제도를 규정하면서, 채용시험의 가점(제31조), 국가기관등의 채용의무(제32조), 기업체 등의 우선고용(제332조의2)에 대하여 규정하고 있다.

또한 동일한 취지의 취업지원 규정이 5·18 민주유공자예우에 관한 법률, 보훈보상대상자 지원에 관한 법률, 특수임무유공자 예우 및 단체설립에 관한 법률 등에도 존재하고 있다. 그러나 위와 같은 취업지원 규정은 ① 취업지원에 관한 사회적 합의가 충분히 이루어진 후 법률의 형태로 규정되어 있었다는 점, ② 국가 또는 민주주의를 위한 희생 및 공헌에 대한 보상의 성격을 가진다는 점, ③ 단순히 채용시험에 가점을 부과하거나 채용비율만을 정하여 일정 수준의 경쟁을 전제로 하고 이 사건 단체협약 규정과 같이 채용의무를 바로 발생시키는 것은 아닌 점 등의 점에서 이 사건 단체협약 규정과 다르다고 할 것이다.

⑷ 사용자의 보호의무 위반으로 근로자가 업무상 재해로 사망한 경우 유족의 생계보장은 금전으로 이루어지는 것이 채무불이행에 의한 손해배상의 원칙에 부합하는 방식이고, 그것으로 상당부분 목적을 달성할 수 있다. 물론 사용자와 근로자의 합의에 따라 금전 외의 적절한 배상방법이 마련될 수 있으나, 이 사건 단체협약 규정과 같은 방식을 통한 배상은 기회의 공정성에 대한 사회구성원들의 신뢰를 희생한 결과 얻어지는 것이므로, 그 인정 여부 및 인정범위를 정함에 있어 신중을 기할 필요가 있다고 할 것이다.

⑸ 이 사건 단체협약 규정의 취지는 업무상 재해로 사망한 근로자 유족의 생계보장을 위한 것으로서 일응 그 타당성이 인정될 수 있을 것이다. 그러나 이 사건 단체협약 규정은 업무상 재해로 사망한 조합원의 유족에게 생계보장이 필요한지 여부를 구체적으로 따지지 아니한 채 일률적으로 사용자에게 직계가족 1인에 대한 채용의무를 부과할 뿐만 아니라, 그 요건에 관하여 살펴보더라도 직계가족 1인에게 결격사유가 존재하지 아니하는 한 근로자의 능력적 측면에서는 어떠한 요건도 요구하지 아니한 채 곧바로 채용의무를 부과함으로써 과도한 혜택을 부여하고 있다. 따라서 설령 이 사건 단체협약 규정과 같은 규정을 두게 되더라도, 재능과 노력 이외의 것으로 취업할 수 있는 길은 사회구성원의 충분한 합의 후 부작용을 최소화할 수 있는 요건 설정을 통하여 예외적으로 마련되어야 할 것이고, 단체협약 규정의 하나에 의하여 무제한적으로 인정되어서는 안 될 것이다."

3) 특정인에 대한 처분을 요구하는 것이 아닐 것

특정인에 대한 해고 철회나 복직을 요구하는 것은 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없음

구속근로자에 대한 구형량을 항의하며 석방촉구를 요구하는 것[181]과 같은 사항은 노동관계 당사자가 당해 노동관계에서 스스로 결정할 수 없는 것이므로 교섭대상에서 제외된다고 할 것임

181) 대법원 1991. 1. 29. 선고 90도2*** 판결

나. 단체교섭 대상사항에 대한 구체적인 검토

1) 임금·근로시간 등 근로조건의 결정에 관한 사항

임금의 결정·계산과 지급방법, 임금의 산정기간, 지급시기 및 승급에 관한 사항, 퇴직금 및 상여금에 대한 사항, 시업이나 종업의 시각, 휴게시간, 휴일, 복지후생에 관한 사항, 근로자들 위한 교육시설에 관한 사항, 안전과 보건에 관한 사항, 재해보상·부조에 관한 사항, 표창과 징계 등 제재에 관한 사항 등 근로계약관계의 내용을 이루는 근로조건의 결정에 관한 사항을 말함[182]

한편, 사용자가 취업규칙의 개정을 통하여 성과연봉제를 도입하려고 취업규칙 제정 및 변경절차를 진행하자 노동조합이 성과연봉제 도입을 취업규칙변경이 아닌 임금협약 체결을 통하여 할 것을 수차례 요구한 경우, 성과연봉제의 도입은 반드시 취업규칙의 변경이 아닌 교섭노조와의 임금협약을 통하여 이루어져야 된다고 볼 별다른 근거가 없으므로[183] 사용자가 교섭에 응하지 않는 것을 부당노동행위로 볼 수는 없을 것임

2) 인사에 관한 사항

가) 임의적 교섭사항

기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위하여는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요 불가결하므로, 인사권은 원칙적으로 사용자의 고유권한에 속함

단체교섭의 대상이 되는 사항은 근로조건의 결정에 관한 사항 및 그 밖에 근로조건의 결정에 영향을 미치는 기타 노동관계에 관한 사항에 한정되고, **기업경영과 인사에 관한 사항은 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없으나, 사용자가 스스로의 의사에 따라 인사권에 제약을 가할 수는 있을 것임(임의적 교섭사항)**

나) 단체협약에서 인사권 제한을 인정한 경우

사용자가 노동조합과 사이에 체결한 단체협약에 의하여 조합원의 인사에 대한 조합의 관여를 인정하였다면, 그 **효력은 협약규정의 취지에 따라 결정**되어야 하고[184] 사용자가 인사처분을 함에 있어 노동조합의 **사전 동의나 승낙**을 얻어야 한다거나 노동조합과 인사처분에 관한 논의를 하여 의견의 합치를 보아 인사처분을 하도록 단체협약 등에 규정된 경우에는

182) 노동조합 및 노동관계조정법, 사법연수원, 2016년, 164p
183) 대전지방법원 홍성지원 2016. 4. 22. 자 2016카합10*** 판결
184) 대법원 1992. 9. 25. 선고 92다18*** 판결 등 참조

그 절차를 거치지 아니한 인사처분은 원칙적으로 무효로 보아야 할 것임[185)186)]

【 대법원 2012. 6. 20. 선고 2010다38* 판결 】**

"가. 단체협약의 인사협의(합의)조항에 노동조합간부의 인사에 대하여는 사전 '합의'를 조합원의 인사에 대하여는 사전, '협의'를 하도록 용어를 구분하여 사용하고 있다면, 교섭 당시 사용자의 인사권에 대하여 노동조합간부와 조합원을 구분하여 제한의 정도를 달리 정한 것으로 보아야 하고, 그 정도는 노동조합간부에 대하여는 조합원에 대한 사전 협의의 경우보다 더 신중하게 노동조합 측의 의견을 참작하여야 한다는 정도의 차이만 있는 것으로 볼 수는 없는 것이므로, 조합원에 대한 인사권의 신중한 행사를 위하여 단순히 의견수렴 절차를 거치라는 뜻의 사전 '협의'와는 달리, 노동조합간부의 인사에 대하여는 노동조합과 의견을 성실하게 교환하여 노사간에 '의견의 합치'를 보아 인사권을 행사하여야 한다는 뜻에서 사전 '합의'를 하도록 규정한 것이라고 해석하는 것이 타당하다(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50*** 판결 등 참조). 그리고 정리해고는 근로자에게 귀책사유가 없는데도 사용자의 경영상의 필요에 의하여 단행되는 것으로서, 정리해고의 대상과 범위, 해고 회피 방안 등에 관하여 노동조합의 합리적인 의사를 적절히 반영할 필요가 있고, 노사 쌍방 간의 협상에 의한 최종 합의 결과 단체협약에 정리해고에 관하여 **사전 '협의'와 의도적으로 구분되는 용어를 사용하여 노사 간 사전 '합의'를 요하도록 규정하였다면, 이는 노사 간에 사전 '합의'를 하도록 규정한 것 이라고 해석함이 상당하고, 다른 특별한 사정없이 단지 정리해고의 실시 여부가 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항이라는 사정을 들어 이를 사전 '협의'를 하도록 규정한 것이라고 해석할 수는 없다.**

한편 **사용자가 위와 같이 인사처분을 함에 있어 노동조합의 사전 동의나 승낙을 얻어야 한다거나 노동조합과 인사처분에 관한 논의를 하여 의견의 합치를 보아 인사처분을 하도록 단체협약 등에 규정된 경우에는 그 절차를 거치지 아니한 인사처분은 원칙적으로 무효로 보아야 할 것이지만, 이처럼 사전합의 조항을 두고 있다고 하더라도 사용자의 인사권이 어떠한 경우라도 노동조합의 동의나 합의가 있어야만 행사할 수 있는 것은 아니고 노동조합이 사전합의권을, 남용하거나 스스로 사전합의권의 행사를 포기하였다고 인정되는 경우에는 사용자가 이러한 합의 없이 한 인사처분도 유효하다고 보아야 한다.** 여기서 노동조합이 사전합의권을 남용한 경우라 함은 노동조합측에 중대한 배신행위가 있고 이로 인하여 사용자측의 절차의 흠결이 초래되었다거나, 인사처분의 필요성과 합리성이 객관적으로 명백하며, 사용자가 노동조합측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합측이 합리적 근거나 이유제시도 없이 무작정 인사처분에 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다는 등의 사정이 있는 경우에 인정된다 할 것이다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두8*** 판결, 대법원2010. 7. 15. 선고 2007두15*** 판결 등 참조)."

185) 대법원 2012. 6. 20. 선고 2010다3***판결 등 참조

186) 그러나 조합원의 인사에 대한 노동조합의 관여를 인정한 사안은 대부분 노동조합 임원의 징계, 해고 등 불리한 인사에 대한 사전협의 또는 동의조항이 문제된 경우인바, 이는 사용자가 노동조합 간부에 대한 자의적인 인사권 행사로 인하여 노동조합의 활동이 저해되는 것을 방지하기 위한 규정임. 기업경영과 인사에 관한 사항은 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 근로자의 근로조건에 직접적으로 관련되거나 중대한 영향을 미치는 경우 단체교섭이나 합의의 대상이 될 수 있다고 할 것임

한편 인사에 관한 사항은 **사용자의 경영권을 본질적으로 침해하지 않는 범위 내에서** 근로조건의 변경, 인사권 행사의 기준 등 근로조건과 관련이 있는 사항에 대하여 (임의적) 단체교섭 사항이 된다고 할 것임

【 대법원 1994. 8. 26. 선고 93누8* 판결 】**

"**단체협약 중 조합원의 차량별 고정승무발령, 배차시간, 대기기사 배차순서 및 일당기사 배차에 관하여 노조와 사전합의를 하도록 한 조항**은 그 내용이 한편으로는 사용자의 경영권에 속하는 사항이지만 다른 한편으로는 근로자들의 근로조건과도 밀접한 관련이 있는 부분으로서 **사용자의 경영권을 근본적으로 제약하는 것은 아니라고 보여지므로 단체협약의 대상이 될 수 있고 그 내용 역시 헌법이나 노동조합법 기타 노동관계법규에 어긋나지 아니하므로 정당하다.**"

3) 경영상의 권한에 속하는 사항

가) 문제의 소재

근로조건에 관한 사항이지만 동시에 사용자의 경영상 권한에 속하는 성격을 갖는 사업의 합병이나 양도, 휴·폐업, 사업의 축소나 확대, 업무의 기계화·자동화 등이 단체교섭의 대상 사항인지가 문제됨

나) 판례의 원칙적인 입장

판례는 기본적으로 사용자의 고도의 경영상 결단 사항은 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없으나, 노사가 임의로 교섭을 진행하면 단체협약 체결은 가능한 것으로 보고 있음

특히, 대법원은 **경영해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정 실시 여부**는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 **실시 자체를 반대하기 위한 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없다고 판시하여 구조조정에 관한 결정 자체는 단체교섭의 대상이 될 수 없음**[187]**을 명확히** 하였음

【 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5*판결 】**

"정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 노동조합이 실질적으로 그 실시 자체를 반대하기 위하여 쟁의행위에 나아간다면, 비록 그 실시로 인하

187) 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5***판결

여 근로자들의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반된다 하더라도 그 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없다 할 것이다. 한편, 쟁의행위에서 추구되는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 당부를 판단하여야 할 것이고, 부당한 요구사항을 뺐더라면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 그 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 보아야 할 것이다(대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5***판결 등 참조).

우선 제1차 파업에 관하여 보건대, 기록에 비추어 살펴보면, 노조가 일응 임금협상안을 내세우며 공사와 단체교섭을 진행하면서도 파업은 자제하다가 ○○노총의 총파업투쟁 지침 및 일정에 맞추어 각 쟁의행위를 일으켰음을 알 수 있고, 검사가 제출한 노조의 각종 유인물(노조속보, 행동지침 등)에 의하면, 정부의 일방적인 구조조정 방침을 철회시키기 위하여 ○○노총의 투쟁방침과 일정에 보조를 맞추되 다만 합법화된 테두리 안에서 쟁의행위를 하기 위하여 임금협상안을 내세웠음을 알 수 있으므로(경찰 및 노동관청이 작성한 정보상황 내지 집회동향 보고서에 의하더라도 각 쟁의행위 당시 조합원들이 참여한 결의대회는 ○○노총이 개최한 집회로서 공사 노조 조합원들뿐만 아니라 ○○공업, ○○아산, ○○보험조합, ○○통신 노동조합 조합원들도 연대하여 함께 참여하였고, 그 자리에서 피고인 1가 "○○노총과 단결하여 현정부의 정리해고 방침에 대하여 투쟁하자"는 내용의 투쟁사를 하였음을 알 수 있다), **이와 같은 쟁의행위에 이르기까지의 경위와 쟁의행위 당시의 상황 등을 종합하면, 노조가 쟁의행위 당시 내세운 임금협상 조기타결은 쟁의행위를 합법화하기 위한 부수적인 목적일 뿐이고, 쟁의행위의 주된 목적은 정부의 정리해고 정책을 반대하기 위한 대정부 투쟁에 있음이 명백한바,** 이러한 사실관계를 위와 같은 법리에 비추어 보면 위 쟁의행위는 그 목적에 있어 정당성을 상실하였다고 할 것이다.

…(중략)…

사용자가 경영권의 본질에 속하여 단체교섭의 대상이 될 수 없는 사항에 관하여 노동조합과 '합의'하여 결정 혹은 시행하기로 하는 단체협약의 일부 조항이 있는 경우, 그 조항 하나만을 주목하여 쉽게 사용자의 경영권의 일부포기나 중대한 제한을 인정하여서는 아니되고, 그와 같은 단체협약을 체결하게 된 경위와 당시의 상황, 단체협약의 다른 조항과의 관계, 권한에는 책임이 따른다는 원칙에 입각하여 노동조합이 경영에 대한 책임까지도 분담하고 있는지 여부 등을 종합적으로 검토하여 그 조항에 기재된 '합의'의 의미를 해석하여야 한다."

다) 구체적인 사례

(1) 구조조정 자체를 반대하기 위한 교섭요구

판례는 노동조합이 **구조조정 실시 자체를 반대하기 위하여 단체교섭을 요청**한 경우, 사용자가 그 요청을 거부하거나 해태할 정당한 이유가 있다고 하였음[188]

188) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2009도4***판결

【 대법원 2010. 11. 11. 선고 2009도4* 판결 】**

"노조 측은 이 사건 단체협약에 따라 2008. 3. 1.부터 단체협약 갱신을 요구할 수 있음에도 이례적으로 2008. 2. 15. 피고인 2 주식회사에 공문을 보내 특별단체교섭을 요구하기 시작하였고, 오히려 피고인 2 주식회사가 이 사건 단체협약의 규정대로 2008. 3. 26.경 노조 측에 2008. 3. 31. 단체협약 갱신을 위한 단체교섭을 요청하였는바, 노조 측의 사정으로 2008. 4. 3.부터 단체교섭이 이루어진 사실, 노조 측은 2008. 2. 14.자, 2008. 2. 19.자, 2008. 3. 1.자 각 공문에서 피고인 2 주식회사에서 구조조정의 일환으로 시행하는 명예퇴직 실시의 중단을 요청한 사실, 노조 측은 2008. 2. 19.자 공문에서 특별단체교섭 요구내용 중 구조조정 관련 내용을 우선적으로 진행하자고 명시적으로 밝히기도 한 사실, 피고인 2 주식회사는 노조 측의 단체교섭 요청에 대한 2008. 3. 6.자, 2008. 3. 10.자, 2008. 3. 12.자, 2008. 3. 14.자 각 회신에서 노조 측이 구조조정을 제외한 임금 및 단체협상 갱신 등을 위한 단체교섭을 요청해 올 경우 예년과 같이 성실하게 임할 것임을 통보한 사실, 한편 피고인 2 주식회사의 구조조정으로 정리해고된 근로자들이 노동위원회에 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 하였는바, 중앙노동위원회는 2008. 10. 14. 피고인 2 주식회사가 '인원 및 부서정리' 문제를 협의하기 위하여 노조 측에 수차례 임시 노사협의회에 참여하여 줄 것과 명예퇴직 시행지침에 대한 의견 제시를 요청하였는데도 노조 측은 이에 응하지 아니하였고, 피고인 2 주식회사의 구조조정의 실시 여부가 고도의 경영상 결단에 속하는 사항이어서 원칙적으로 단체교섭 사항에 해당되지 아니함에도 노조 측이 계속하여 이를 특별단체교섭의 형식으로 다루어야 한다고 주장함에 따라 피고인 2 주식회사의 구조조정 초창기에는 노사 간 협의가 정상적으로 이루어지지 않았다는 사정 등을 인정한 다음, 피고인 2 주식회사의 정리해고가 정당함은 물론 부당노동행위에도 해당하지 않는다고 보아 위 구제신청을 받아들이지 아니한 사실 등을 알 수 있다.

사정이 이와 같다면 노조 측은 실질적으로 피고인 2 주식회사의 구조조정 실시 자체를 반대하기 위하여 단체교섭을 요청한 것으로 보이고, 위 법리에 비추어 비록 위 구조조정의 실시로 인하여 근로자들의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반된다 하더라도 피고인 2 주식회사가 위 단체교섭의 요청을 거부한 것에 정당한 이유가 없다고 할 수 없다."

또한, 판례는 정리해고 자체를 전혀 수용할 수 없다는 노동조합 측의 입장을 관철하기 위한 노동조합 측의 요구는 **사용자의 정리해고에 관한 권한 자체를 전면적으로 부정하고 경영권의 본질적인 내용을 침해하는 것**으로서 단체교섭의 대상이 될 수 없는 사항에 관한 것이라고 한 사례에서, **노동조합과 '합의'하여 시행한다는 취지의 단체협약의 일부 조항이 있는 경우, 그 합의의 의미는 '협의'로 해석하여야 한다고 판시함**[189]

189) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도11*** 판결

【 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도11* 판결 】**

"가. 상고이유 제1점에 관하여

정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체의 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 노동조합이 실질적으로 그 실시 자체를 반대하기 위하여 쟁의행위에 나아간다면, 비록 그 실시로 인하여 근로자들의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반된다고 하더라도 그 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없다(대법원 2001. 4. 24. 선고 99도4*** 판결 , 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5*** 판결 등 참조). 또한 쟁의행위에서 추구되는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 당부를 판단하여야 할 것이고, 부당한 요구사항을 제외하였다면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 그 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 보아야 한다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2001도1*** 판결, 대법원 2004. 4. 9. 선고 2002도7*** 판결 등 참조). 한편 사용자가 경영권의 본질에 속하여 단체교섭의 대상이 될 수 없는 사항에 관하여 노동조합과 '합의'하여 시행한다는 취지의 단체협약의 일부 조항이 있는 경우, 그 조항 하나만을 주목하여 쉽게 사용자의 경영권의 일부 포기나 중대한 제한을 인정하여서는 아니되고, 그와 같은 단체협약을 체결하게 된 경위와 당시의 상황, 단체협약의 다른 조항과의 관계, 권한에는 책임이 따른다는 원칙에 입각하여 노동조합이 경영에 대한 책임까지도 분담하고 있는지 여부 등을 종합적으로 검토하여 그 조항에 기재된 '합의'의 의미를 해석하여야 한다(대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5*** 판결, 대법원 2003. 2. 11. 선고 2000도4*** 판결 등 참조).

원심은, 그 판시와 같은 이 사건 정리해고의 추진 배경, 당시의 회사 재무상태, 정리해고의 회피를 위한 회사의 노력과 그에 대한 노동조합의 반응, 이 사건 쟁의행위 과정에서 노동조합이 보인 태도 등의 여러 사정을 종합하여, **이 사건 쟁의행위의 주된 목적은 회사의 긴박한 경영상의 필요에 의하여 실시되는 정리해고 자체를 전혀 수용할 수 없다는 노동조합 측의 입장을 관철하기 위한 것이라고 인정한 다음, 이러한 노동조합 측의 요구는 사용자의 정리해고에 관한 권한 자체를 전면적으로 부정하고 경영권의 본질적인 내용을 침해하는 것으로서 단체교섭의 대상이 될 수 없는 사항에 관한 것이므로, 그와 같은 요구사항을 내용으로 하는 이 사건 쟁의행위는 그 목적의 정당성을 인정받을 수 없다고 판단하였다.**

나아가 원심은, 그 판시와 같은 이 사건 단체협약서의 전체 내용, 단체협약 체결 당시의 상황 등 여러 사정에 비추어 보면, **'노동조합과의 합의에 의하여 정리해고를 실시할 수 있다'는 취지의 그 판시 단체협약 조항의 진정한 의미는 "회사가 정리해고 등 경영상 결단을 하기 위해서는 반드시 노동조합과 사전에 합의하여야 한다는 취지가 아니라 사전에 노동조합에 해고의 기준 등에 관하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 노동조합의 의견을 성실히 참고하게 함으로써 구조조정의 합리성과 공정성을 담보하고자 하는 '협의'의 취지"로 해석함이 상당하다고** 전제한 다음, 그와 같은 단체협약 조항에 의하더라도 이 사건 쟁의행위의 목적이 정당화될 수는 없다는 이유로, 피고인 10, 피고인 16, 피고인 17, 피고인 19를 제외한 나머지 피고인들에 대하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심이 적법하게 채용한 증거들을 원심판결 이유 및 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 모두 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 논리와 경험칙에 반하여 사실을 오인하거나 쟁의행위의 정당성 등에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 없다."

(2) 정리해고 관련 단체교섭 가능여부

새로운 단체협약을 체결하면서 정리해고의 불실시를 단체협약에 정하도록 요구하는 것은 근로조건의 결정에 관한 사항으로 단체교섭의 정당한 대상이 될 수 있으나, 이미 실시한 정리해고가 무효임을 이유로 그 철회를 요구하는 것은 근로조건의 '결정'에 관한 사항이 아니므로 단체교섭의 대상이 될 수 없음

단체협약상 정리해고를 실시할 수 있는 근거가 있는데 그 유효기간 중 정리해고를 실시하지 않도록 요구하는 것은 근로조건의 결정에 관한 사항으로 단체교섭의 대상이 될 수는 있지만 쟁의행위의 목적으로는 삼을 수 없다고 할 것임(협약당사자의 평화의무)[190]

(3) 사용자의 경영권을 근본적으로 제한하는 교섭요구

판례는 회사가 그 **산하 시설관리사업부를 폐지시키기로 결정한 것**은 경영주체의 **경영의사 결정에 의한 경영조직의 변경**에 해당하여 그 폐지 결정 자체의 백지화를 요구하는 것은 단체교섭사항이 될 수 없다고 하여 **사용자의 경영권을 근본적으로 제한하는 사항**으로서 단체교섭 대상이 될 수 없는 경우를 제시하고 있음[191]

【 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다30* 판결 】**

"원심이 확정한 사실관계에 의하면, **피고회사가 그 산하 시설관리사업부를 폐지시키기로 결정한 것**은 적자가 누적되고 시설관리계약이 감소할 뿐 아니라 계열사인 ○○항공, ○○항공과의 재계약조차 인건비 상승으로 인한 경쟁력 약화로 불가능해짐에 따라 불가피하게 취해진 조치로서 **이는 경영주체의 경영의사 결정에 의한 경영조직의 변경에 해당하여 그 폐지 결정 자체는 단체교섭사항이 될 수 없다고 할 것인데도 피고회사 노동조합은 원고들의 주도하에 시설관리사업부 폐지 자체의 백지화만을 고집하면서 그 폐지에 따를 근로자의 배치전환 등 근로조건의 변경에 관하여 교섭하자는 피고회사의 요청을 전적으로 거부하고 폐지 백지화 주장을 관철시킬 목적으로 쟁의행위에 나아갔다는 것이므로 이 사건 쟁의행위는 우선 그 목적에 있어 정당하다고 보이지 아니할 뿐만 아니라** …(중략)…

피고회사의 단체협약 제55조에 "회사는 휴폐업(폐쇄), 분할, 합병, 양도, 이전, 업종전환 등으로 조합원의 신분변동(인원감축, 직종변경, 전환배치)이 불가피할 경우 사전에 노동조합과 협의하여 사후대책을 마련한다"고 규정되어 있음은 소론이 지적하는 바와 같지만, 이는 불가피한 휴폐업 등의 경우 그 사후대책에 관하여 노동조합과 협의할 것을 정한 것에 불과한 것이고 휴폐업 등을 할 것인지 여부자체에 관하여 노동조합과 협의할 것을 정한 것은 아니라고 보이므로 위 조항에 의하여 시설관리사업부의 폐지문제가 단체교섭의 대상이 된다고 할 수는 없고, 또 위 문제와 관련해서 피고회사가 노동조합과 수차례 만나 상호간의 상반된 입장을 확인한 적이 있었다 하더라도(원고들 주장과 같이 직접 위 문제에 관하여 단체교섭을 벌인 적은 없었다) 그러한 사실만으로 당연히 위 문제가 단체교섭사항으로 되는 것도 아니라 할 것이다."

190) 노동조합 및 노동관계조정법, 사법연수원, 2016년, 166p 참조
191) 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다3*** 판결

4) 특정인에 관한 사항

해고된 특정 근로자에 대한 해고의 철회나 복직을 요구하는 것이 단체교섭의 대상이 될 수 있는지 문제되나, **특정 근로자에 한하여 적용되는 근로조건의 내용을 정하기 위한 사항은 단체협약으로서 기능할 수 없는 처분적 성격의 사항을 정하는 것이기 때문에 해고근로자에 대한 해고철회나 복직 그 자체를 목적으로 하는 것은 원칙적으로 단체교섭 대상이 될 수 없음**

판례는 일부 조합원들에 대한 파면처분이 노동조합의 핵심적 관심사항인 연구자율수호운동을 주동한 것에 대한 보복조치라 하여 노동조합에서 이의 철회를 요구하는 것이 조합원의 근로조건 개선 요구에 그 본래의 뜻이 있다고 볼 수 있는 경우에는 단체교섭의 대상으로서 쟁의행위의 정당한 목적이 될 수 있다고 판시한 바 있음[192]

또한, 하급심 판례는 노동조합이 해고근로자의 복직을 요구하게 된 것이 노조간부인 근로자에 대한 징계해고 처분이 평소의 적극적인 노조활동에 대한 보복조치의 성격이 있을 뿐 아니라 해고를 의결한 징계위원회의 구성이나 징계절차에 하자가 있는 부당한 해고라고 보아 그 철회를 구하는 취지로 보이므로 근로조건의 개선 요구에 있다고 하여 단체교섭 대상임을 인정한 사례가 있는 바,[193]판례는 특정인에 관한 사항이 있더라도 쟁의행위의 주된 목적이 근로조건 개선 요구에 있다면 단체교섭 대상이 될 수 있는 것으로 판단하고 있음

【 대구지방법원 1995. 2. 26. 선고 94노2* 판결 】**

"노조가 회사측에 요구한 임금인상이나 단체협약 개정에 관한 사항은 단체교섭대상이 됨이 명백하다 할 것이고(설사 노조가 징계위원회의 노사동수 구성 등 회사의 방침상 수용하기 힘든 요구를 하였다고 하더라도 이는 단체교섭의 단계에서 조정할 문제이지 노조로부터 과다한 요구가 있었다고 하여 막바로 그 쟁의행의의 목적이 부당한 것이라고 볼 수는 없다 할 것이다 : 대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5***판결 참조), 나아가 쟁의행위의 목적이 정당하다고 하기 위하여서는 노동쟁의조정법 제3조에서 말하는 노동관계 당사자의 주장이 같은 법 제2조 소정의 임금, 근로시간, 후생, 해고, 기타 대우 등 근로조건에 관한 주장 모두를 가리키고 반드시 임금 등 근로자의 경제적 지위의 유지, 향상에 국한되는 것은 아니라 할 것이며, 기록에 의하면 노조가 해고근로자인 OOO의 복직을 요구하게 된 취지는 노조간부인 위 OOO에 대한 징계해고처분이 평소 노조활동에 적극적이었다는 것에 대한 보복조치의 성격이 있을 뿐만 아니라 해고를 의결한 징계위원회의 구성이나 징계절차에 하자가 있는 부당한 해고라고 보아 이의 철회를 구하는 취지로 보여지고 그 뜻은 조합원의 근로조건의 개선요구에 있다고도 볼 수 있다 할 것이므로 이는 단체교섭사항이 될 수 있는 것(대법원 1992. 5. 12. 선고 91다34***판결 참조)이라 할 것이다.

따라서 노조의 이 건 쟁의행위는 전체적으로 보아 근로조건의 유지, 개선 등을 목적으로 하고 있다 할 것이므로 그 목적에 있어 정당하다 할 것이다."

192) 대법원 1992. 5. 12. 선고 91다34*** 판결
193) 대구지방법원 1995. 2. 26. 선고 94노2*** 판결

5) 집단적 노동관계에 관한 사항

근로조건 결정에 관한 사항 이외에 노동조합의 활동이나 단체교섭 절차와 방식, 단체협약의 체결, 쟁의행위 개시절차 등 근로조건의 결정에 영향을 미치는 기타 노동관계에 관한 사항도 단체교섭의 대상이 된다는 것이 통설임

판례는 노조전임자제도에 관하여 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태로서 단순히 임의적 교섭사항에 불과하여 이에 관한 분쟁 역시 노동쟁의라 할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 중재재정의 대상으로 할 수 없다고 하는데, 이는 단체교섭 대상으로 할 수는 있으나 쟁의행위의 목적으로 할 수 없다는 입장임[194]

【 대법원 1996. 2. 23. 선고 94누9* 판결 】**

"[1] 중재절차는 원칙적으로 노동쟁의가 발생한 경우에 노동쟁의의 대상이 된 사항에 대하여 행하여지는 것이고, 노동쟁의조정법 제2조에서는 노동쟁의를 "임금·근로시간·후생·해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 노동관계 당사자 간의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태"라고 규정하고 있으며, 근로조건은 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말하고, 구체적으로는 근로기준법에 정하여진 임금·근로시간·후생·해고뿐만 아니 고 같은 법 제94조 제1호 내지 제11호 , 같은법 시행령 제7조 제1호, 제3호 소정의 사항이 포함될 것인바, 따라서 이러한 근로조건 이외의 사항에 관한 노동관계 당사자 사이의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태는 근로조건에 관한 분쟁이 아니어서 현행법상의 노동쟁의라고 할 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 이러한 사항은 중재재정의 대상으로 할 수 없다.

[2] 면직기준은 근로계약관계의 종료사유를 결정하는 것이므로 근로기준법 제94조 제4호 소정의 "퇴직에 관한 사항"에 해당하는 것으로서 근로조건에 해당하여 이에 관한 주장의 불일치는 결국 노동쟁의라 할 것이고 따라서 중재재정의 대상이 된다 할 것이고, 상벌위원회의 설치 및 그 구성 등 상벌위원회 관련 사항도 그것이 사업장에서의 합리적이고 공정한 인사나 제재를 도모하기 위하여 필요한 범위 내에서는 같은 법 제94조 제10호 소정의 "표창과 제재에 관한 사항"에 속하는 것으로서 근로조건에 해당하므로 같은 이유로 중재재정의 대상이 된다. 그러나 노동조합 조합원의 근무시간 중의 노조활동은 원칙적으로 근로자의 근로제공의무와 배치되는 것이므로 허용되는 것이 아니고, 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 근로조건에 해당하는 것이라고 할 수 없고, 종전의 단체협약이나 단체교섭을 진행하던 노동관계 당사자 쌍방의 단체협약 안에 그 사항에 관한 규정이 있다 하더라도 그것이 당연히 근로조건으로 되는 것이라고 할 수도 없으므로 이에 관한 노동관계 당사자 사이의 주장의 불일치는 노동쟁의라고 할 수 없고, 따라서 특별한 사정이 없는 한 이를 중재재정의 대상으로 할 수 없다. 그리고 노조전임제는 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태로서 사용자가 단체협약 등을 통하여 승인하는 경우에 인정되는 것일 뿐 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 근로조건이라고 할 수 없는 것이고, 단순히 임의적 교섭사항에 불과하여 이에 관한 분쟁 역시 노동쟁의라 할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 이것 또한 중재재정의 대상으로 할 수 없다."

194) 대법원 1996. 2. 23. 선고 94누9*** 판결

다. 공무원노조법상 단체교섭 대상

1) 원칙

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(이하 '공무원노조법'이라 한다)은 제8조 제1항 본문에서 '노동조합에 관한 사항 또는 조합원의 보수·복지 그 밖의 근무조건에 관한 사항'을 단체교섭의 대상으로 하되, 그 단서에서 '법령 등에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항'은 단체교섭의 대상이 될 수 없도록 하는 한편, 동법 시행령 제4조에서 단체교섭의 대상이 되지 아니하는 비교섭사항을 '정책의 기획 또는 계획의 입안 등 정책결정에 관한 사항, 공무원의 채용·승진 및 전보 등 임용권의 행사에 관한 사항, 기관의 조직 및 정원에 관한 사항, 예산·기금의 편성 및 집행에 관한 사항, 행정기관이 당사자인 쟁송에 관한 사항, 기관의 관리·운영에 관한 그 밖의 사항'으로 더 자세히 규정하고 있음

이러한 공무원노조법 관련 규정의 내용을 종합하여 보면, **법령 등에 따라 국가나 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항이 단체교섭의 대상이 되려면 그 자체가 공무원이 공무를 제공하는 조건이 될 정도로 근무조건과 직접 관련된 것이어야 하며**[195], 또한 이 경우에도 기관의 본질적·근본적 권한을 침해하거나 제한하는 내용은 허용되지 않는다 할 것임[196]

【 대법원 2014. 12. 11. 선고 2010두5*판결 】**

"원심은 먼저 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 단체교섭 사항 중 제16조의 ○○○도 소속 도, 시·군 간 지방공무원 인사교류에 관한 사항은 인사교류의 일반적인 기준이나 절차를 정하는 것으로 단위노동조합 소속 공무원들의 근무조건과 직접 관련되어 있어 교섭대상에 해당한다고 판단하였고, 이 사건 단체교섭 사항중 원고의 조합활동 보장, 조합전임자의 처우, 시설편의 제공, 자료열람 및 정보제공 협조, 노사협의회 구성 등을 요구하는 등의 사항은 노동조합인 원고에 관한 사항으로서 교섭대상에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 교섭대상에 관한 법리오해의 잘못이 없다.

또한 원심은 원고의 이 사건 단체교섭 사항 중 제9조 (노사교육 협조) 제1항 "○○○도는 노사발전을 위해 공무원교육원에서 노사관계 교육을 강화한다.", 제2항 "○○○도는 ○○연맹이 공무원교육원에서 노사교육을 실시하도록 행·재정적으로 지원할 수 있다."는 부분과 관련하여, 그 판시

195) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2010두5*** 판결, 헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2012헌바169 전원재판부 결정
196) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2011두13***판결

와 같은 사실을 인정한 다음, 노사관계 교육과 관련된 사항은 원고 소속 단위노동조합 일반의 공통된 사항으로서 단위노동조합 소속 공무원이 교육생으로 선발되어 교육명령이 내려지면 ○○○도지방공무원교육원으로 출근하여 정해진 기간 교육을 받게 되므로 이는 공무원의 근무조건에 관한 사항이라 할 수 있고, 이러한 교육이 참가인 소속하에 설치한 ○○○도지방공무원교육원에서 실시되는 이상 참가인의 관리, 결정 권한 범위 내에 있다고 할 것이므로, 위 사항은 교섭대상에 해당한다고 판단하였다.

우선 이 사건 단체교섭 사항 중 제9조 제1항 부분에 대한 원심의 판단은 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 정당하다.

다만 원심은 이 사건 단체교섭 사항 중 제9조 제2항 부분도 교섭대상으로 보았으나, 이 부분은 노동조합의 운영에 관한 사항으로서 이에 대해 참가인이 재정적 지원을 하는 것은 노동조합법 제81조 제4호 소정의 부당노동행위에 해당할 여지가 있다 할 것이므로, 원심의 이 부분 설시는 적절하다고 할 수 없다. 그러나 앞서 본 것과 같이 이 사건 단체교섭 사항에 교섭대상이 포함되어 있는 이상, 참가인은 정당한 사유가 없는 한 원고의 이 사건 단체교섭 요구에 응하여야 한다고 본 원심의 결론은 정당하므로, 이러한 잘못은 판결의 결론에는 영향이 없다."

2) 구체적인 사례

노동조합의 선출직 임원과 사무국장의 전보인사를 할 때 노동조합과 사전 협의하도록 하는 경우 지방자치단체장의 **인사권 행사를 본질적으로 제한할 가능성**이 있어 단체교섭의 대상이 될 수 없음[197]

【 대법원 2017. 1. 12. 선고 2011두13* 판결 】**

"가. 이 사건 단체협약 제10조 제3항에 대하여

⑴ 원심은, 이 사건 단체협약 제10조 제3항이 부산광역시 ○○○청장으로 하여금 노동조합의 선출직 임원과 사무국장의 전보인사를 할 때 노동조합과 사전 협의하도록 정한 것과 관련하여, 공무원노조법 제8조 제1항은 '노동조합에 관한 사항'을 단체교섭의 대상으로 규정하였고, 위 단체협약 조항의 사전협의는 부산광역시 ○○○청장의 자의적인 인사권 행사로 노동조합의 정상적인 활동이 저해되는 것을 방지하려는 취지에서 노동조합에 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 제시된 의견을 참고자료로 고려하게 하는 차원에 그치는 것으로 볼 수 있을 뿐만 아니라, 임용권의 행사 시 이러한 사전협의를 거치지 않았다 하더라도 반드시 그 효력이 없는 것도 아니어서, 위 단체협약 조항의 내용이 부산광역시 ○○○청장의 인사에 관한 본질적 권한을 침해하여 단체교섭의 대상이 될 수 없는 것은 아니라는 이유로, 그에 대한 피고의 시정명령은 위법하다고 판단하였다.

⑵ 그런데 **전보 등 임용권의 행사에 관한 사항은 그 내용 자체가 근무조건과 직접 관련되어야만 단체교섭의 대상이 될 수 있으며, 이 경우에도 기관의 본질적·근본적 권한을 침해하는 것은 허용될 수 없다는 앞에서 본 법리에 비추어 보면, 노동조합의 임원 등에 대한 인사가 조합원의 근무조건과 직접 관련이 있다고 하기는 어려운 데다가, 사전협의라는 필수적인 절차에 의하여 부산광역시 ○○○청장의 인사권 행사가 본질적으로 제한될 가능성도 있는 만큼, 위 단체협약 조항과 같은 내용은 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없다고 해석함이 타당하다.**

> 따라서 이와 달리 위 단체협약 조항의 내용이 단체교섭의 대상이 될 수 있음을 전제로 한 원심의 판단에는 비교섭사항에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다."

하급심 판례로 건전한 노사관계 정립을 위하여 인재개발원의 교육과정에 **조합원에 대한 교육프로그램을 운영한다는 내용의 단체교섭사항**은 공무원의 근무조건에 관한 사항이므로 의무적 교섭사항이라고 한 사례가 있음[198]

1.3. 단체교섭의 방법

가. 일반론[199]

단체교섭의 태양, 개시절차, 장소, 출석자 등 단체교섭의 규칙을 어떻게 설정하여야 하는지 법률상 규정은 없는데 이는 집단적 자치의 원칙에 의해 기본적으로 교섭당사자의 자치에 의하여 정하여야 한다는 의미임

단체교섭의 규칙에 관한 합의나 관행이 존재하는 경우 그러한 규칙이 특별히 불합리한 것이 아니라면 노사관계자를 구속한다고 봄이 타당하며[200], 노동조합의 단체교섭요구에 대하여 사용자가 규칙 미확립을 이유로 단체교섭을 거부하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다고 할 것임[201]

나. 교섭일정

단체교섭의 일시를 정하는 데에 관하여 노사간에 합의된 절차나 관행이 있는 경우에는 그에 따라 단체교섭 일시를 정하여야 할 것이나, 그와 같은 절차나 관행이 없는 경우, 노동조합측이 어느 일시(이하 '노조제안 일시'라 한다)를 특정하여 사용자에게 단체교섭을 요구하더라도 사용자가 교섭사항 등의 검토와 준비를 위하여 필요하다는 등 합리적 이유가 있는 때에는 노동조합측에 교섭일시의 변경을 구할 수 있을 것임

197) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2011두13*** 판결
198) 대전지방법원 2017. 10. 18. 선고 100*** 판결
199) 노동조합 및 노동관계조정법 주해Ⅱ권, 박영사, 2015, 12p 참고
200) 즉, 사용자가 합의·관행에 따른 단체교섭 요구를 거부하면 부당노동행위가 되는 한편 노동조합이 합의·관행에 반하는 태양으로 단체교섭 요구를 한다면 사용자가 합의·관행을 이유로 거부하여도 원칙적으로 부당노동행위가 성립하지 아니함
201) 사회통념상 상당한 단체교섭의 태양은 자연히 정하여져 있고, 단체교섭 규칙에 관한 교섭과 병행하여 본 의제에 관한 단체교섭을 하는 것도 가능하기 때문임

이와 같은 경우에는 노동조합측이 사용자의 교섭일시 변경요구를 수용하였는지 여부에 관계없이 사용자가 노조제안 일시에 단체교섭에 응하지 아니하였다 하더라도 사용자의 단체교섭 거부에 정당한 이유가 있다고 할 것임[202]

교섭 시간대에 대해서는 실제로는 취업시간 중에 개최되는 경우가 많고, 노동조합법도 근로시간 중의 단체교섭을 운영비의 원조로 보지 않는다는 취지로 규정하고 있기 때문에(노동조합법 제24조 제4항, 제81조 4호 단서) 일종의 노사관행으로 볼 수도 있음

그러나 노동조합 측이 당연히 취업시간 내에 단체교섭을 요구할 수 있는 것은 아님[203]

다. 교섭시간 · 횟수

교섭시간에 대하여 객관적인 기준을 설정하는 것은 곤란하지만 통상 1회당 4~5시간을 한도로 해야 할 것이며 단체교섭의 횟수는 미리 한도를 설정할 성질의 것이 아니고 교섭진행 상황에 따라야 할 것임[204]

라. 교섭장소

단체교섭은 통상 기업 내의 회의실 등에서 이루어지나, 사용자측과 노동조합측이 교섭장소를 상호 교대로 하기로 합의한 경우 사용자가 회사 내 회의실만을 교섭 장소로 주장하면서 노동조합이 요구하는 특정 장소에서의 교섭을 거부하는 것은 교섭 거부의 정당한 이유가 될 수 없다고 할 것임[205]

1.4. 단체교섭 태도(성실교섭의무)

사용자는 성실교섭의무를 부담하기 때문에 단체교섭이 개시되고 나서 사용자의 교섭태도가 불성실하면 단체교섭 거부로 간주될 수 있음

노동조합법 제81조 제3호가 사용자의 단체교섭 거부·해태를 부당노동행위의 한 형태로 규정하고 있는 것은 사용자에게 조합 승인의 법적 의무를 부과함과 아울러 노동조합이 제

202) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도8*** 판결 (다만, 사용자가 합리적인 이유 없이 노조제안 일시의 변경을 구하다가 노동조합측이 이를 수용하지 아니하였음에도 노조제안 일시에 단체교섭에 응하지 아니하였거나 사용자가 위 일시에 이르기까지 노조제안 일시에 대하여 노동조합측에 아무런 의사표명도 하지 아니한 채 노조제안 일시에 단체교섭에 응하지 아니한 경우에는 사용자가 신의에 따라 성실하게 교섭에 응한 것으로 볼 수 없으므로, 사용자의 단체교섭 거부에 정당한 이유가 있다고 할 수 없음)

203) 일본노동조합법, 니시타니 사토시, 박영사, 2009, 364p를 참조

204) 일본노동조합법, 니시타니 사토시, 박영사, 2009, 364p

205) 서울행정법원 2014. 1. 17. 선고 2013구합19*** 판결

기능을 발휘할 수 있도록 보호하려는 것이므로 노동조합의 요청이 있음에도 회의 자체를 차일피일 미루어 아예 교섭이 불가능하게 하거나 대안도 없이 무조건 거부하는 경우, 단체교섭의 시기와 장소를 비합리적으로 요청하는 경우, 기타 신의를 가지고 성실히 교섭에 임하지 않는 경우에는 부당노동행위에 해당한다고 할 것임[206]

다만, 사용자의 단체교섭의무는 사용자가 신의를 가지고 성실히 교섭에 임하는 것을 의미하는 것이지 단체협약을 반드시 타결하여야 한다는 의무를 말하는 것은 아님

따라서, 당사자가 성의 있는 교섭을 계속하였음에도 단체교섭이 교착상태에 빠져 교섭의 진전이 더 이상 기대될 수 없는 상황이라면 사용자가 단체교섭을 거부하더라도 그 거부에 정당한 이유가 있다고 할 것임[207]

2. 단체교섭 거부의 정당성

2.1. 정당성 판단기준

노동조합법 제81조 제3호는 사용자가 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약 체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태할 수 없다고 규정하고 있는바, 단체교섭에 대한 사용자의 거부나 해태에 정당한 이유가 있는지 여부는 노동조합측의 교섭권자, 노동조합측이 요구하는 교섭시간, 교섭장소, 교섭사항 및 그의 교섭태도 등을 종합하여 사회통념상 사용자에게 단체교섭의무의 이행을 기대하는 것이 어렵다고 인정되는지 여부에 따라 판단하여야 함[208]

【 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009도8* 판결 】**

"1. 피고인의 상고이유에 대하여

노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제3호는 '사용자가 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약 체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태할 수 없다'고 규정하고 있는바, 단체교섭에 대한 사용자의 거부나 해태에 정당한 이유가 있는지 여부는 노동조합측의 교섭권자, 노동조합측이 요구하는 교섭시간, 교섭장소, 교섭사항 및 그의 교섭태도 등을 종합하며 사회통념상 사용자에게 단체교섭의무의 이행을 기대하는 것이 어렵다고 인정되는지 여부에 따라 판단하여야 한다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도8*** 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면 원심은, 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 의하여 그 판시와 같은 사

206) 서울고등법원 1997. 4. 25. 선고 96구31***판결
207) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도8*** 판결
208) 대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8*** 판결, 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009도***판결 등

실을 인정한 다음, ○○지역건설플랜트노동조합(이하 '이 사건 조합'이라 한다)은 그 조합원인 공소외인이 근무 중인 주식회사 ○○엔지니어링(이하 '이 사건 회사'라 한다)의 사업주인 피고인에 대하여 단체교섭을 요구하고 단체협약을 체결할 권한을 가지고 있고, 그 권한에 따라 피고인에 대하여 단체협약 체결을 위한 단체교섭을 요구하였다고 할 것이므로, 피고인이 정당한 이유 없이 이에 응하지 아니한 이상 이는 노동조합 및 노동관계조정법에서 금지하고 있는 부당노동행위에 해당한다고 판단하였다.

그러나 원심판결의 이유 및 이 사건 기록에 의하면, 공소외인은 2006. 8. 21. 이 사건 회사에 용접공으로 채용되었고 그 근로계약기간은 2006. 8. 31.로 종료예정되어 있던 공사의 완료시까지로 묵시적으로 정해진 사실, 이 사건 회사와 공소외인은 구두로 1일 근로시간을 9시간으로 하고 일급 12만 원을 지급하기로 약정하였는데, 공소외인은 처음에는 1일 9시간씩 근무하다가 2006. 8. 23.경부터 현장소장에게 1일 8시간 근무를 주장한 사실, 이 사건 조합은 이 사건 회사와의 사전 협의 없이 2006. 8. 28. '단체협약 체결건(1차 교섭요구건)'이라는 제목의 문서(이하 '이 사건 교섭요구서'라 한다)를 팩스로 이 사건 회사에 보낸 사실, 이 사건 교섭요구서에는 구체적인 단체교섭 사항에 대한 언급 없이 조합원 공소외인의 근로조건 등 단체협약 체결을 위해 단체교섭을 요구한다는 것과 교섭일시는 2006. 8. 30. 오후 2시로, 장소는 이 사건 조합 사무실로 기재되어 있었던 사실, 공소외인은 이 사건 회사와 사이에 근로조건에 관한 이견이 좁혀지지 않자 2006. 9. 2. 스스로 이 사건 회사를 떠난 사실을 알 수 있다.

이처럼 이 사건 조합은 공소외인이 이 사건 회사에 채용된 지 7일 만에 이 사건 회사와의 사전 협의 없이 일방적으로 단체교섭을 요구하는 이 사건 교섭요구서를 팩스로 보내었고, 이 사건 교섭요구서에 구체적인 단체교섭의 사항을 기재하지도 않았으며, 교섭일시를 문서전송일로부터 2일 후로, 교섭장소도 자신의 조합사무실로 정하였던바, 위와 같은 이 사건 교섭요구서의 내용, 전달방식 등에 비추어 보면, 이 사건 교섭요구서를 통한 교섭요구가 사회통념상 합리적이고 정상적인 교섭요구라고 보기 어려워 피고인이 이 사건 교섭요구서에 정해진 일시·장소에 출석하지 않았다는 것만으로 정당한 이유 없이 단체교섭을 거부하거나 해태한 것이라고 단정하기는 어렵다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 이를 부당노동행위로 보아 이 사건 공소사실 중 노동조합 및 노동관계조정법 위반의 점을 유죄로 인정하였으니, 이러한 원심의 판단에는 단체교섭 거부 및 해태에 있어서의 정당한 이유에 관한 법리를 오해하며 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이고, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다."

2.2 구체적인 경우 단체교섭 거부의 정당성 여부

가. 단체교섭의 주체가 문제되는 경우

1) 사용자성을 문제 삼아 단체교섭을 거부하는 경우

노동조합법상 사용자단체에 해당하지 않는다는 이유로 노동조합의 단체교섭을 거부한 경우, 구성원들의 경제적 지위의 향상 등을 목적으로 하는 경제단체이지 노동조합에 대응하는 단체가 아니고, 그 정관 및 관행상으로 노동조합과 사이에 단체교섭 및 단체협약을 체결할

권한이 있다거나 이러한 권한을 구성원들로부터 위임받았다고 볼 수 없으므로 노동조합의 단체교섭요구에 응하여야 할 사용자단체에 해당하지 않는다고 본 바 있음[209]

【 대법원 1999. 6. 22. 선고 98두* 판결 】**

"구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지) 제33조 제1항, 제4항에 의하여 노동조합과 단체교섭을 할 상대방인 사용자단체는 노동관계에 관하여 그 구성원인 사용자에 대하여 조정 또는 규제할 수 있는 권한을 가진 자이어야 하는데, 사용자단체가 이러한 권한을 갖기 위하여는 노동조합과의 단체교섭 및 단체협약을 체결하는 것을 그 목적으로 하고 또 그 구성원인 각 사용자에 대하여 통제력을 가지고 있어야 한다(대법원 1979. 12. 28. 선고 79누*** 판결, 1992. 2. 25. 선고 90누9***판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 참가인들이 일반음식점 허가를 받아 영업을 하는 자들을 구성원으로 하여 식품위생법 제44조에 따라 조직된 동업자조합으로서, 회원들의 화합과 권익을 증진시키고 식문화 향상을 도모함으로써 국민보건향상에 이바지할 목적으로 소정의 사업을 수행할 뿐이고, 그 목적과 사업에 노동조합과의 단체교섭 및 단체협약의 체결에 관한 사항이나 노동관계 사항을 규정한 바 없으며, 1988. 이전에 참가인 여수시지부의 전신인 구 여수시조합측과 노동조합 사이에 단체교섭이 이루어지고 단체협약이 체결된 적도 있으나, 위 단체협약은 구 여수시조합의 임원이 단체교섭 담당자로서 위임을 받아 요식업체의 대표로서 체결한 것으로서 그 당사자가 사용자단체인 구 여수시조합이라기 보다는 개개의 사용자라고 봄이 상당할 뿐만 아니라 참가인들은 그 설립 이래 구성원들에게 고용된 근로자들로 구성된 노동조합과 사이에 단체교섭을 하거나 그 구성원들로부터 단체교섭 권한을 위임받은 바도 없는 사실을 인정한 다음, 이러한 사실관계에 의하면 참가인들은 구성원들의 경제적 지위의 향상 등을 목적으로 하는 경제단체이지 노동조합에 대응하는 단체가 아니고, 그 정관 및 관행상으로 노동조합과 사이에 단체교섭 및 단체협약을 체결할 권한이 있다거나 이러한 권한을 구성원들로부터 위임받았다고 볼 수 없으므로 노동조합의 단체교섭요구에 응하여야 할 사용자단체에 해당하지 않는다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 들고 있는 바와 같은 사실오인 및 단체교섭의 상대방인 사용자단체에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다."

전국 초·중·고등학교에서 근무하는 비정규직 근로자를 주된 조직대상으로 설립된 甲노동조합 등이 乙지방자치단체 등에 임금 및 단체협약 체결을 위한 교섭을 요구하였으나 乙등이 단체교섭의 당사자는 각급 공립학교 학교장이라는 이유로 교섭을 거부하며 교섭요구사실을 공고하지 않은 경우 정당한 이유를 인정하지 아니함[210]

209) 대법원 1999. 6. 22. 선고 98두*** 판결
210) 서울행정법원 2013. 7. 17. 선고 2013구합50***판결

【 서울행정법원 2013. 7. 17. 선고 2013구합50* 판결 】**

"나) 위와 같은 법리를 토대로 이 사건에 관하여 보건대, 아래에서 보는 바와 같은 사정을 종합하면, 지방자치단체가 설립한 각급 공립학교의 학교장이 학교회계직원과 사법상 근로계약을 체결하였다고 하더라도 그 근로계약관계에 있어서 노조법 제2조 제2호에 정한 사업주로서 단체교섭의 당사자의 지위에 있는 사용자는 각급 공립학교의 학교장이 아니라 각급공립학교를 설치·운영하는 지방자치단체인 원고들이라고 보는 것이 타당하다.

(1) 노조법 제29조의2 제1항은 '하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합은 교섭대표노동조합을 정하여 교섭을 요구하여야 한다'고 규정하고 있고, 제29조의3 제1항은 '제29조의2에 따라 교섭대표노동조합을 결정하여야 하는 단위(이하 "교섭단위"라고 한다)는 하나의 사업 또는 사업장으로 한다'고 규정하고 있는바, 여기서 교섭단위로서의 '사업 또는 사업장'이라 함은 경영상의 일체를 이루면서 유기적으로 운영되고 전체로서 독립성을 갖춘 권리·의무의 주체를 의미한다고 할 것이다. 그런데 지방교육자치에 관한 법률 제2조, 제18조, 제32조, 지방자치법 제3조 등에 의하면, 지방자치단체 관내에서 이루어지는 교육 그 밖의 학예에 관한 사무와 관련된 권리·의무는 궁극적으로 법인격을 보유하는 지방자치단체에 귀속되고, 교육감은 해당 지방자치단체의 교육 사무에 관한 집행기관으로서의 권한을 부여받고 있으므로, 위 규정에 따른 사업주에 대응하는 교섭단위는 개별 공립학교나 그 학교장이 아니라 교육에 관한 궁극적인 권리·의무 및 책임의 주체가 되는 해당 지방자치단체라고 보는 것이 타당하다.

(2) 지방교육자치에 관한 법률 제3조, 제18조, 제20조, 지방자치법 제105조 등의 규정에 비추어 보면, 학교회계직원의 임면권은 교육·학예에 관한 전반적인 사무를 관장하는 집행기관인 교육감에게 부여된 것이지만, 채용절차의 편의나 학교 운영의 자율성 등을 고려하여 각급 공립학교의 학교장이 근로계약체결 사무를 처리하는 것에 불과하므로 학교회계직원의 채용 등에 따른 종국적인 책임은 해당 지방자치단체가 부담한다고 보는 것이 타당하다. 따라서 각급 공립학교의 학교장이 현실적으로 자신의 이름으로 학교회계직원들을 채용하여 근로계약서를 작성하였다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 지방자치단체에 의하여 설치된 인적·물적 시설의 결합체로서 영조물에 불과한 개별 공립학교가 노조법상의 교섭단위에 해당한다거나 그 학교장이 사업주라고 보기 어렵다.

…(중략)…

① 원고들은 각 공립학교에 속한 학교회계직원들의 사용자로서 참가인들의 교섭요구에 응해 교섭창구 단일화 절차를 거치고 그에 따라 결정된 교섭대표노동조합과 단체협약체결 및 이를 위한 일련의 단체교섭을 하여야 할 지위에 있음에도 원고들은 이를 거부한 점, ② 특히 각 지방노동위원회 및 중앙노동위원회가 원고들과 참가인 사이의 교섭요구사실 공고에 대한 시정신청 사건에 대하여 원고들에게 교섭요구사실을 공고할 것을 명하는 시정명령을 하였음에도 원고들이 이를 거부한 점 등 …(중략)…

원고들이 참가인들의 교섭요구사실을 공고하지 않은 데에 정당한 이유가 있다고 볼 수 없다."

또한 아이돌보미 190명이 가입되어 있는 전국단위 노동조합이 **아이돌봄 지원법상 아이돌봄서비스 제공기관으로 지정된 비영리 사단법인**에게 3차례 단체교섭을 요구하였으나, 해당 법인은 지원업무를 수행하는 기관으로서 아이돌보미의 보수 등을 결정할 수 있는 권한이

없어 **노동조합법상 사용자의 지위에 있지 아니하므로 단체교섭에 응하지 않은 것이 부당노동행위인지 여부가 문제된 사례**에서 **노동조합법상 사용자**에 해당하므로 단체교섭을 거부할 정당한 이유가 없다고 판시함[211]

【 서울고등법원 2017. 7. 5. 선고 2016누62* 판결 】**

"가) 관련법리

노동조합법 제2조 제2호는 "사용자라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다."고 규정하고 있고, 제29조 제1항은 "노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다."고 규정하고 있으며, 제81조 제3호는 사용자가 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위를 부당노동행위의 하나로 규정함으로써 사용자를 노동조합에 대응하는 단체교섭의 당사자로 규정하고 있다.

한편, 노동조합법 제1조는 "헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다."고 규정하고 있고, 제81조는 '사용자는 그 각 호에서 정하는 부당노동행위를 할 수 없다'고 규정하고 있으며, 제82조 제1항은 "사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다"고 규정하고 있고, 제84조 제1항은 "노동위원회는 제83조의 규정에 의한 심문을 종료하고 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령을 발하여야 하며, 부당노동행위가 성립하지 아니한다고 판정한 때에는 그 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다."고 규정하고 있는 등, 노동조합법 제81조 내지 제86조는 헌법이 규정하는 노동3권을 구체적으로 확보하고 집단적 노사관계의 질서를 파괴하는 사용자의 행위를 예방·제거함으로써 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 확보하여 노사관계의 질서를 신속하게 정상화하기 위하여 부당노동행위에 대한 구제제도에 관하여 규정하고 있다(대법원 1993. 12. 21. 선고 93다11*** 판결, 대법원 1998. 5. 8. 선고 97누7***판결 등 참조). 이에 의하면 부당노동행위의 예방·제거는 노동위원회의 구제명령을 통해서 이루어지는 것이므로, 구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서는 부당노동행위의 주체로서 구제명령의 대상자인 사용자에 해당한다고 볼수 있다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8***판결 참조).

나) 이 사건에 관한 판단

앞서 인정한 사실과 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 원고는 **단체교섭의 당사자의 지위에 있는 노동조합법 제2조 제2호의 사용자에 해당한다고 봄이 타당하다.**

(1) 원고는 아이돌보미 모집, 양성교육 및 보수교육 실시, 활동일지 및 활동상황 점검 등의 사무를 처리하는데, 원고가 ○○광역시장 등으로부터 아이돌봄 지원사업의 운영을 위탁받았으

211) 서울고등법원 2017. 7. 5. 선고 2016누62*** 판결

므로 수탁자인 원고가 위탁받은 범위 내에서 위와 같은 권한을 가진다.

⑵ 원고는 이 사건 센터 이름으로 **아이돌보미들과 체결한 근로계약에 따른 권리·의무**를 가진다.

⑶ 원고는 앞서 본 바와 같이 활동일지 작성, 전화 및 방문 모니터링에 의한 활동실태 점검 등을 통해 **원고의 아이돌보미가 돌봄서비스를 제공하는 과정에서 상당한 지휘·감독**을 하고 있다.

⑷ 원고가 아이돌봄서비스 업무를 처리함에 있어 여성가족부가 마련한 아이돌봄 지원사업 안내 등에서 제시한 서비스 이용요금 책정, 서비스 제공 절차, 사업 예산 편성 및 집행 절차 등을 준수하여야 하지만, **아이돌보미에 관하여 법령에 규정되어 있지 아니하거나 법령에 따른 제한을 받지 않는 근로조건 등에 관하여는 원고가 이를 결정할 수 있는 실질적인 권한을 가지고 있다고 봄이 타당하다.**

3) 이 사건 재심판정의 적법 여부에 관한 판단

그렇다면, 원고가, 원고의 아이돌보미가 노동조합법상의 근로자에 해당하지 아니하고 원고가 단체교섭의 당사자의 지위에 있는 사용자에 해당하지도 아니한다는 이유로 참가인과의 단체교섭을 거부한 것은 정당한 이유 없이 단체교섭을 거부한 것으로서 부당노동행위에 해당하고, 이와 결론을 같이 한 이 사건 재심판정은 적법하다."

2) 노동조합성을 문제 삼아 단체교섭을 거부하는 경우

사용자가 노동조합에 **사용자성이 의심되는 조합원이 포함되어 있음을 이유로 단체교섭을 거부**하거나[212] 노동조합이 노동조합법 제2조 제4호 각 목에 해당하여 노동조합으로 볼 수 없다는 이유로 단체교섭을 거부[213]하는 경우, **노동위원회는 조합원의 사용자성을 판단하거나 노동조합의 실질적 요건을 판단하여 사용자가 단체교섭을 거부하는데 정당한 이유가 있는지 판단하여야 함**

【 서울행정법원 2010. 10. 28. 선고 2010구합25*판결 】**

"다. 판단

⑴ 이 사건 노조가 노조법상 노동조합에 해당하지 아니한다는 주장에 대하여

이 사건 노조의 규약·규정집(갑 3호증) 중 '선언' 및 '강령'에는 "다수의 빈곤을 기반으로 소수의 부를 보장하는 정치, 경제, 사회구조를 개혁하고 평등사회 건설을 위해 투쟁한다.", "노동자·민중의 정당 강화를 통해 노동자·민중 정권 창출을 위해 투쟁한다.", "우리의 국토를 강점한 미군을 조속히 철수시키며 자주·평화·민족대단결의 원칙에 기초해 통일조국을 건설하기 위해 투쟁한다."라는 등의 내용이 기재되어 있기는 하나, 이러한 기재 내용만으로 이 사건 노조가 노조법 제2조 제4호 마목에서 규정하는 '주로 정치운동을 목적으로 하는 단체'에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 위 노조가 노조법상 노동조합에 해당하지 아니한다고 볼 만한 아무런 자료가 없다. 따라서 이와 다른 전제에선 원고의 위 주장은 이유 없다.

212) 서울고등법원 2017. 1. 26. 선고 2015누65*** 판결
213) 서울행정법원 2010. 10. 28. 선고 2010구합25***판결

…(중략)…

따라서, 원고가 수차례에 걸친 단체교섭 요구에도 불구하고 이 사건 노조와의 단체교섭을 거부한 데에는 정당한 이유가 있다고 볼 수 없으므로, 이와 결론을 같이 한 이 사건 재심판정은 적법하다."

【 서울고등법원 2017. 1. 26. 선고 2015누65* 판결 】**

"나) 앞서 인정한 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 지부 사무국장인 최○○의 업무와 조합원으로서의 활동 사이에 실질적인 충돌이 발생할 여지가 없으므로, 최○○은 노동조합법 제2조 제2호, 제4호 단서 가목의 '사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자' 또는 '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다. 따라서 원고가 참가인 위원장 최○○이 노동조합법상 '사용자'에 해당함을 이유로 단체교섭을 거부한 것은 '노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약 체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위'로서 노동조합법 제81조 제3호가 정한 부당노동행위에 해당한다(노동조합법 제84조 제1항, 제85조 제1, 2항은 부당노동행위 성립 여부를 판정할 권한을 중앙노동위원회에 부여하고 있고, 원고의 위 행위가 부당노동행위에 해당하는지를 판단하기 위해서는 그 전제로서 참가인 위원장이자 원고 지부장인 최○○이 사용자에 해당하는지 여부에 대한 판단이 선행되어야 할 것이므로, 중앙노동위원회에 이를 판단할 권한이 없다는 원고의 주장은 받아들이지 아니한다)."

전○○○사업회 **노동조합의 조합장**이 학예부장의 차하위자인 3급직 학예담당관으로 그 부하직원을 지휘하고 그 휘하의 6급 이하 직원에 대한 1차적 평가를 하지만, 부장이 2차 평정권자로서 그 평정의 권한 및 책임은 궁극적으로 부장에게 귀속되고, 부하직원의 지휘도 부장을 보조하는데 지나지 아니하며, 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 **근로조건의 결정에 관한 권한과 책임을 전○○○사업회로부터 위임받은 점이 없다면,** 위 조합장이 노동조합법상 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자에 해당하지 아니하므로, 위 사업회가 위 조합장은 노동조합원이 될 수 있는 자격이 없다는 이유로 당해 조합의 단체교섭요구에 응하지 아니한 것은 정당하다고 볼 수 없다고 판단함[214]

【 대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8* 판결 】**

"1. 단체교섭 거부의 점에 대하여

구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 것, 이하 '법'이라고 한다) 제39조 제3호가 정하는 부당노동행위는, 사용자가 아무런 이유 없이 단체교섭을 거부 또는 해태하는 경우는 물론이고, 사용자가 단체교섭을 거부할 정당한 이유가 있다거나 단체교섭에 성실히 응하였다고 믿었더라도 객관적으로 정당한 이유가 없고 불성실한 단체교섭으로 판정되는 경우에도 성립한다고

214) 대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8*** 판결

할 것이고, 한편 정당한 이유인지의 여부는 노동조합측의 교섭권자, 노동조합측이 요구하는 교섭시간, 교섭장소, 교섭사항 및 그의 교섭태도 등을 종합하여 사회통념상 사용자에게 단체교섭의무의 이행을 기대하는 것이 어렵다고 인정되는지 여부에 따라 판단할 것이다.

법 제3조 단서 제1호의 규정은 노동조합의 자주성을 확보하기 위하여 사용자 또는 항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자의 노동조합에의 참가를 금지하고 있는바, 원심이 적법하게 인정한 바와 같이, 전○○○사업회노동조합(이하 이 사건 조합이라고 한다)의 조합장인 소외 홍○○는 학예부장의 차하위자인 3급직 학예담당관으로 그 부하직원을 지휘하고 그 휘하의 6급 이하 직원에 대한 1차적 평가를 하지만, 부장이 2차 평정권자로서 그 평정의 권한 및 책임은 궁극적으로 부장에게 귀속되고, 부하직원의 지휘도 부장을 보조하는데 지나지 아니하며, 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정에 관한 권한과 책임을 원고로부터 위임받은 사실이 없다면, 위 홍○○는 법 제3조 단서 제1호에 정한 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자에 해당하지 아니하므로, 원고가 위 홍○○는 노동조합원이 될 수 있는 자격이 없다는 이유로 이 사건 조합의 단체교섭요구에 응하지 아니한 것은 정당하다고 볼 수 없다.

그리고 원심이 확정한 사실에 의하면, 원고는 이 사건 조합으로부터 교섭을 위임받은 상급노동단체인 소외 전국○○기술노동조합연맹이 1996. 1. 31. 일자를 같은 해 2. 5.로 지정하여 한 단체교섭요구에 대하여, 신임 사무총장이 업무파악을 다하지 못하였다는 이유로 같은 달 말로 연기하자고 통보한 뒤, 그 무렵에 이르러서는 이 사건 조합이 같은 달 23. 스스로 해산결의를 하였다는 이유로 다시 교섭에 불응하였는데, 위 해산결의는 이미 그 전인 같은 해 2. 4. 이 사건 조합을 탈퇴한 부조합장이던 소외 조○○이 같은 달 17.자로 소집공고를 하여 개최한 같은 달 22.의 임시총회가 정족수 미달로 무산되고, 다음 날 오전으로 연기된 임시총회 역시 정족수가 미달되어, 같은 날 오후 원고의 총무부장 등의 조합원 참석독려 등 도움을 받아 근무시간 중에 개최된 임시총회에서 이루어졌고, 그 뒤 같은 달 27. 용산구청장에게 제출된 조합해산신고서는 같은 해 3. 5. 위 임시총회가 정당하게 소집되지 아니하였다는 사유로 반려되었는바, 원고 사무총장의 업무파악이 끝나지 않았다는 사유는 원고의 내부 사정에 불과한 것으로 사회통념상 단체교섭을 행하기 어려운 사유라고 할 수 없고, 조합해산결의는 정당한 소집권한이 없는 자에 의하여 소집된 임시총회에서의 결의로서 무효라고 할 것이므로 조합이 해산되었다는 이유로 원고가 단체교섭에 불응한 것도 역시 정당하다고 볼 수 없다.

따라서 모두 객관적으로 정당한 이유가 없는 위 사유들을 내세워, 이 사건 조합의 최초 단체교섭요구시부터 계속된 일련의 원고의 단체교섭거부 또는 지연행위는 법 제39조 제3호에 정한 부당노동행위에 해당한다고 할 것이니, 같은 취지의 원심의 판단은 옳고, 거기에 상고이유로 주장하는 부당노동행위에 대한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로 이 점에 관한 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다."

한편, 판례는 사용자가 사용자성이 의심되는 조합원이 포함되어 있음을 이유로 단체교섭을 거부하였고 조합원이 사용자에 해당한다고 볼 수 없더라도 **사용자가 사용자성을 의심하여 단체교섭을 거부한 데에 정당한 이유가 있다면 단체교섭 거부의 부당노동행위에 해당하지 않는다고 함**[215]

215) 서울고등법원 2017. 1. 26. 선고 2015누65*** 판결

【 서울고등법원 2017. 1. 26. 선고 2015누65* 판결 】**

"(4) 그러나, 다른 한편으로 앞서 든 증거들 등에 의해 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 노동조합법에 의해 노동조합 가입이 제한되는 '근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자(사용자)' 내지 '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'에 해당하는지 여부는 앞서 본 바와 같이 일정한 직급, 직책 등의 의해 형식적·일률적으로 결정될 수 있는 것이 아니라 그 실질적인 직무내용 등에 비추어 구체적 사안에 따라 법적인 판단을 요하는 사항인 점, ② 이 사건 행위 당시 이 사건 근로자들이 노동조합 비가입대상자에 해당하는지 여부는 객관적으로 볼 때 명확하였다고 할 수 없고, 실제로 "인사, 노무, 예산, 경리업무를 담당하는 자, 전속비서·운전기사, 수위 등은 통상 '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'에 해당한다."는 취지의 노동부 행정해석도 존재하였으며, 참가인은 위와 같은 노동부의 행정해석에 따라 이 사건 행위를 한 것으로 보이는 점, ③ 이 사건 당시 ○○○대 직원 중 대다수가 노조에 가입한 상황에서, 참가인으로서는 사용자 측 교섭위원 내지 간사로 지정된 조합원이 단체교섭 과정에서 참가인에게 불리하게 행동할 우려를 배제할 수 없었던 점, ④ 앞서 본 바와 같이 이 사건 근로자들 중 과장급 직원은 노동조합 가입대상자가 아니므로, 참가인은 교섭력 저하를 우려하여 그들의 조합 탈퇴를 요구한 것으로 볼 수 있는 점, ⑤ 이 사건 이후 2007. 1. 22. 참가인과 한국 ○○지부가 단체협약을 체결함에 있어, 참가인이 조합원 자격을 다투었던 해당 직위의 직원들 대부분을 조합원의 범위에서 제외함으로써 결국 참가인의 주장이 노동조합측에도 수용되기에 이른 점을 종합하여 보면, 참가인에게 부당노동행위 의사가 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다."

3) 단체교섭 권한의 위임

노동조합이 **단체교섭 권한을 위임**하였다 하더라도 그 노동조합의 단체교섭권한은 수임자의 **단체교섭권과 중복하여 남아있으므로** 사용자가 교섭권 위임을 이유로 해당 노동조합의 교섭요구를 거부하는 것은 부당노동행위에 해당할 수 있음

【 대법원 1998. 11. 13. 선고 98다20* 판결 】**

"구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 것, 이하 법이라고 한다) 제33조 제1항 본문은 "노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 단체협약의 체결 기타의 사항에 관하여 교섭할 권한이 있다.", 제2항은 "단위노동조합은 총회 또는 대의원회의 의결을 거쳐 당해 노동조합이 가입한 연합단체인 노동조합에 교섭을 위임할 수 있다."라고 규정하고 있는바, **법 제33조 제1항에서 규정하고 있는 단체교섭권한의 '위임'이라고 함은 노동조합이 그 조직상의 대표자 이외의 자에게 그 조합 또는 조합원을 위하여, 그 조합의 입장에서 사용자 측과 사이에 단체교섭을 하는 사무처리를 맡기는 것을 뜻하고, 그 위임 후 이를 해지하는 등의 별개의 의사표시가 없더라도 그 노동조합의 단체교섭권한은 여전히 그 수임자의 단체교섭권한과 중복하여 경합적으로 남아 있다고 할 것이며, 같은 법조 제2항의 규정에 따라 단위노동조합이, 당해 노동조합이 가입한 상부단체인 연합단체에 그러한 권한을 위임한 경우에 있어서도 달리 볼 것은 아니다.**"

4) 산업별 노동조합의 조합원에 대한 단체교섭 거부

판례는 "산업별 노동조합은 같은 종류의 산업에 종사하는 근로자에 의하여 직종과 기업을 초월하여 조직된 노동조합인데, 산업화의 진전에 따라 업종이 다양화되고 복합화되는 현상은 불가피하고 그에 따라 각 산업별 노동조합 사이에서도 그 조직대상이 중첩되는 현상은 피할 수 없는 바, **그러한 경우 규약을 해석하여 조합원으로 가입을 허용할지 여부에 관하여 각 산업별 노동조합은 합리적인 범위 내에서 자율적으로 결정할 수 있는 권한이 있다"고 판단하여 산업별 노동조합의 단체교섭 당사자적격을 인정함**[216]

나. 단체교섭 대상사항인지 여부가 문제되는 경우

단체교섭 대상사항이 될 수 없는 구조조정 실시 자체를 반대하기 위한 단체교섭 요구를 거부한 것은 정당한 이유가 있다고 보았음[217]

【 대법원 2010. 11. 11. 선고 2009도4* 판결 】**

"원심판결 및 원심이 적법하게 조사한 증거 등에 의하면, 원심이 인정하는 바와 같이 노조 측은 이 사건 단체협약에 따라 2008. 3. 1.부터 단체협약갱신을 요구할 수 있음에도 이례적으로 2008. 2. 15. 피고인 2 주식회사에 공문을 보내 특별단체교섭을 요구하기 시작하였고, 오히려 피고인 2 주식회사가 이 사건 단체협약의 규정대로 2008. 3. 26.경 노조 측에 2008. 3. 31. 단체협약 갱신을 위한 단체교섭을 요청하였는바, 노조 측의 사정으로 2008. 4. 3.부터 단체교섭이 이루어진 사실, 노조 측은 2008. 2. 14.자, 2008. 2. 19.자, 2008. 3. 1.자 각 공문에서 피고인 2 주식회사에서 구조조정의 일환으로 시행하는 명예퇴직 실시의 중단을 요청한 사실, 노조 측은 2008. 2. 19.자 공문에서 특별단체교섭 요구내용 중 구조조정 관련 내용을 우선적으로 진행하자고 명시적으로 밝히기도 한 사실, 피고인 2 주식회사는 노조 측의 단체교섭 요청에 대한 2008. 3. 6.자, 2008. 3. 10.자, 2008. 3. 12.자, 2008. 3. 14.자 각 회신에서 노조 측이 구조조정을 제외한 임금 및 단체협상 갱신 등을 위한 단체교섭을 요청해 올 경우 예년과 같이 성실하게 임할 것임을 통보한 사실, 한편 피고인 2 주식회사의 구조조정으로 정리해고 된 근로자들이 노동위원회에 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 하였는바, 중앙노동위원회는 2008. 10. 14. 피고인 2 주식회사가 '인원 및 부서정리' 문제를 협의하기 위하여 노조 측에 수차례 임시노사협의회에 참여하여 줄 것과 명예퇴직 시행지침에 대한 의견 제시를 요청하였는데도 노조 측은 이에 응하지 아니하였고, 피고인 2 주식회사의 구조조정의 실시 여부가 고도의 경영상 결단에 속하는 사항이어서 원칙적으로 단체교섭 사항에 해당되지 아니함에도 노조 측이 계속하여 이를 특별단체교섭의 형식으로 다루어야 한다고 주장함에 따라 피고인 2 주식회사의 구조조정 초창기에는 노사 간 협의가 정상적으로 이루어지지 않았다는 사정 등을 인정한 다음, 피고인 2 주식회사의 정리해고가 정당함은 물론 부당노동행위에도 해당하지 않는다고 보아 위 구제신청을 받아들이지 아니한 사실 등을 알 수 있다.

216) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2005다67*** 판결, 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다25*** 판결
217) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2009도4*** 판결

사정이 이와 같다면 노조 측은 실질적으로 피고인 2 주식회사의 구조조정 실시 자체를 반대하기 위하여 단체교섭을 요청한 것으로 보이고, 위 법리에 비추어 비록 위 구조조정의 실시로 인하여 근로자들의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반된다 하더라도 피고인 2 주식회사가 위 단체교섭의 요청을 거부한 것에 정당한 이유가 없다고 할 수 없다.

그럼에도 불구하고 원심은 노조 측의 이 사건 단체교섭의 요구가 실질적으로 피고인 2 주식회사의 구조조정의 실시 자체를 반대하려는 것이 아니라는 전제 아래 피고인 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 위와 같이 8회에 걸쳐 노조 측의 특별단체 교섭요구를 거부한 것은 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제3호의 부당노동행위에 해당하고 정당한 사유가 있다고 하기도 어렵다고 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 채증법칙 위반 및 단체교섭의 대상과 단체교섭 거부의 정당한 이유에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다."

쟁의행위의 **주된 목적이 정부의 가스산업구조 개편정책 및 그 입법정책을 반대하기 위한 것으로서 실질적으로 구조조정의 실시 자체의 반대를 위한 것**인 경우, 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없어 목적이 불법인 쟁의행위라고 보았음[218][219]

【 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7* 판결 】**

"1. 헌법 제23조 제1항 전문은 '모든 국민의 재산권은 보장된다.'라고 규정하고 있고, 제119조 제1항은 '대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.'라고 규정함으로써, 우리 헌법이 사유재산제도와 경제활동에 관한 사적자치의 원칙을 기초로 하는 자본주의 시장경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고 있다.

헌법 제23조의 재산권에는 개인의 재산권뿐만 아니라 기업의 재산권도 포함되고, 기업의 재산권의 범위에는 투하된 자본이 화체된 물적 생산시설뿐만 아니라 여기에 인적조직 등이 유기적으로 결합된 종합체로서의 '사업' 내지 '영업'도 포함된다.

그리고 이러한 재산권을 보장하기 위하여는 그 재산의 자유로운 이용·수익뿐만 아니라 그 처분·상속도 보장되어야 한다.

한편, 헌법 제15조는 '모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.'라고 규정하고 있는바, 여기에는 기업의 설립과 경영의 자유를 의미하는 기업의 자유를 포함하고 있다.

이러한 규정들의 취지를 기업활동의 측면에서 보면, 모든 기업은 그가 선택한 사업 또는 영업을 자유롭게 경영하고 이를 위한 의사결정의 자유를 가지며, 사업 또는 영업을 변경(확장·축소·전환)하거나 처분(폐지·양도)할 수 있는 자유를 가지고 있고 이는 헌법에 의하여 보장되고 있는 것이다. 이를 통틀어 경영권이라고 부르기도 한다.

그러나 물론 기업의 이러한 권리도 신성불가침의 절대적 권리일 수는 없다. 모든 자유와 권리에는 그 내재적 한계가 있을 뿐만 아니라, 헌법 제23조 제2항이 '재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.'라고 규정하고 있고, 기업의 이러한 권리의 행사는 경우에 따라 기업에 소속된

218) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7*** 판결
219) 통상 '경영권'이라는 개념을 대법원에서 판례로 인정한 의미가 있음

근로자의 지위나 근로조건에 영향을 줄 수 있어 근로자의 노동3권과 충돌이 일어날 수 있기 때문이다.

경영권과 노동3권이 서로 충돌하는 경우 이를 조화시키는 한계를 설정함에 있어서는 기업의 경제상의 창의와 투자의욕을 훼손시키지 않고 오히려 이를 증진시키며 기업의 경쟁력을 강화하는 방향으로 해결책을 찾아야 함을 유의하여야 한다.

왜냐하면 기업이 쇠퇴하고 투자가 줄어들면 근로의 기회가 감소되고 실업이 증가하게 되는 반면, 기업이 잘 되고 새로운 투자가 일어나면 근로자의 지위도 향상되고 새로운 고용도 창출되어 결과적으로 기업과 근로자가 다 함께 승자가 될 수 있기 때문이다.

그리고 이러한 문제의 해결을 위해서는 추상적인 이론에만 의존하여서는 아니되고 시대의 현실을 잘 살펴 그 현실에 적합한 해결책이 모색되어야 한다.

이러한 관점에 서서 오늘의 우리나라가 처하고 있는 경제현실과 오늘의 우리나라 노동쟁의의 현장에서 드러나는 여러 가지 문제점 등을 참작하면, 구조조정이나 합병 등 기업의 경쟁력을 강화하기 위한 경영주체의 경영상 조치에 대하여는 원칙적으로 노동쟁의의 대상이 될 수 없다고 해석하여 기업의 경쟁력 강화를 촉진시키는 것이 옳다.

물론 이렇게 해석할 경우 우선은 그 기업에 소속된 근로자들의 노동3권이 제한되는 것은 사실이나 이는 과도기적인 현상에 불과하고, 기업이 경쟁력을 회복하고 투자가 일어나면 더 많은 고용이 창출되고 근로자의 지위가 향상될 수 있으므로 거시적으로 보면 이러한 해석이 오히려 전체 근로자들에게 이익이 되고 국가경제를 발전시키는 길이 된다.

뿐만 아니라 근로기준법 제31조는 구조조정 등으로 인한 정리해고에 관하여 그 요건을 엄격하게 규정하고 있고, 근로자들과의 사전협의를 필수적인 절차로 규정하고 있으며, 그 효력에 대하여는 사법심사의 길이 열려 있다.

또한, 근로자참여및협력증진에관한법률은 경영사항을 포함한 광범위한 영역에서 노·사가 협의하도록 제도화하고 있다.

이러한 사정을 종합하여 보면 위와 같은 해석이 결코 노동3권의 본질적인 내용을 침해하거나 헌법 및 노동관계법의 체계에 반하는 해석이라 할 수 없다.

대법원은 이미 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한 노동조합이 그 실시를 반대하기 위하여 벌이는 쟁의행위에는 목적의 정당성을 인정할 수 없다는 입장을 누차 밝혀왔고(대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5* 판결, 2003. 2. 11. 선고 2000도4*** 판결, 2003. 2. 28. 선고 2002도5*** 판결, 2003. 3. 14. 선고 2002도5*** 판결, 2003. 3. 28. 선고 2002도6*** 판결 등)**, 상고이유는 이러한 대법원의 입장을 변경해 달라는 취지인바, 위에서 본 바와 같은 이유로 오늘의 우리나라의 현실에서는 위 견해를 변경할 수 없다. 이 부분 상고이유는 받아들이지 아니한다."

다. 단체교섭 방법이 문제되는 경우

1) 노동조합측 교섭위원이 1명만 참석한 경우[220]

노동조합법 등 관계 법령은 단체교섭에 참석할 수 있는 노동조합측 교섭위원의 수에 관하여 아무런 제한을 두지 않고 있으며, 단체협약안인 잠정합의안에서 교섭위원의 숫자를 6명 이내로 제한하고 있을 뿐, 최소 인원에 대하여는 아무런 제한을 두지 않음에도 사용자가 **노동조합측 교섭위원이 1명만 참석하였음을 이유로 단체교섭을 거부한 것**은 **정당한 이유가 없다고 한 사례가 있음**

【 서울고등법원 2017. 1. 26. 선고 2016누65* 판결 】**

"2) 원고가 노동조합측 교섭위원이 1명만 참석하였음을 이유로 단체교섭을 거부한 것이 정당한지 여부에 관하여

가) 노동조합법 제29조는 제1항에서 '노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다'고 규정하면서, 제2항에서 '노동조합과 사용자 또는 사용자단체로부터 교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한을 위임받은 자는 그 노동조합과 사용자 또는 사용자단체를 위하여 위임받은 범위 안에서 그 권한을 행사할 수 있다'고 규정하고 있는바, **위 노동조합법 규정은 단체교섭 및 단체협약 체결이 노동조합의 대표자 1인 또는 노동조합으로부터 권한을 위임받은 자 1인에 의해서도 이루어질 수 있음을 당연히 전제한 것으로 보이고, 노동조합법 등 관계 법령은 단체교섭에 참석할 수 있는 노동조합측 교섭위원의 수에 관하여 아무런 제한을 두지 않고 있다(노동조합법이 전제하고 있는 '집단적 노사관계'란 근로자가 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단적으로 사용자에 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건에 형성에 영향을 미칠 수 있는 기회를 가지게 된다는 의미로서, 단체교섭에 참여하는 노동조합측 교섭위원의 숫자는 위 '집단적 노사관계'와 아무런 관계가 없다).**

…(중략)…

라) 따라서 원고가 노동조합측 교섭위원이 1명이라는 이유로 단체교섭을 거부한 것은 '정당한 이유 없는 단체교섭 거부·해태행위'로서 노동조합법 제81조 제3호가 정한 부당노동행위에 해당한다."

2) 사회통념상 합리적이고 정상적인 교섭요구가 아닌 경우

교섭요구서에 단체교섭 사항도 기재하지 않고 교섭일시를 문서전송일로부터 2일후로 정하는 등 **사회통념상 합리적이고 정상적인 교섭요구라고 보기 어려워** 교섭요구서에 정해진 일시장소에 출석하지 아니한 것만으로 정당한 이유 없이 단체교섭을 거부한 것이라고 단정하기 어렵다고 한 사례[221]

220) 서울고등법원 2017. 1. 26.선고 2016누65*** 판결(서울행정법원 2016. 9. 2. 선고 2016구합56587)
221) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009도8*** 판결

【 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009도8* 판결 】**

"이 사건 조합은 이 사건 회사와의 사전 협의 없이 2006. 8. 28. '단체협약 체결건(1차 교섭요구건)'이라는 제목의 문서(이하 '이 사건 교섭요구서'라 한다)를 팩스로 이 사건 회사에 보낸 사실, 이 사건 교섭요구서에는 구체적인 단체교섭 사항에 대한 언급 없이 조합원 공소외인의 근로조건 등 단체협약 체결을 위해 단체교섭을 요구한다는 것과 교섭일시는 2006. 8. 30. 오후 2시로, 장소는 이 사건 조합 사무실로 기재되어 있었던 사실, 공소외인은 이 사건 회사와 사이에 근로조건에 관한 이견이 좁혀지지 않자 2006. 9. 2. 스스로 이 사건 회사를 떠난 사실을 알 수 있다.

이처럼 이 사건 조합은 공소외인이 이 사건 회사에 채용된 지 7일만에 이 사건 회사와의 사전 협의 없이 일방적으로 단체교섭을 요구하는 이 사건 교섭요구서를 팩스로 보내었고, 이 사건 교섭요구서에 구체적인 단체교섭의 사항을 기재하지도 않았으며, 교섭일시를 문서전송일로부터 2일 후로, 교섭장소도 자신의 조합사무실로 정하였던바, 위와 같은 이 사건 교섭요구서의 내용, 전달방식 등에 비추어 보면, 이 사건 교섭요구서를 통한 교섭요구가 사회통념상 합리적이고 정상적인 교섭요구라고 보기 어려워 피고인이 이 사건 교섭요구서에 정해진 일시·장소에 출석하지 않았다는 것만으로 정당한 이유 없이 단체교섭을 거부하거나 해태한 것이라고 단정하기는 어렵다고 할 것이다."

3) 교섭장소를 이유로 단체교섭을 거부한 경우

사용자가 회사 내 회의실만을 교섭 장소로 주장하였고 노동조합 측의 요구에 따른 단체교섭은 한 차례도 이루어지지 않은 점 등을 볼 때 사용자가 교섭 장소를 이유로 단체교섭을 거부한 데 정당한 이유가 없다고 판시한 사례[222]

【 서울행정법원 2014. 1. 17. 선고 2013구합19* 판결 】**

"2) 이 사건에 관하여 보건대, 앞서 든 사실 및 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉 ① 원고는 참가인 조합이 주장하는 교섭장소가 부적당하고, 원고가 주장하는 원고 회사 내 회의실이 교섭장소로 적당하므로 교섭장소를 이유로 참가인 조합과의 단체교섭을 거부한 데에 정당한 이유가 있다고 주장하나, 원고와 참가인 조합 사이의 2011. 11. 25.자 임금교섭 회의록에 참가인 조합 측이 '교섭장소에 대해서 전과 같이 분란이 없도록 상호교대로 하겠습니다"라고 말하자 원고측이 " 교섭장소는 불러만 주시면 가겠습니다"라고 말한 사실이 기재되어 있음에 비추어 당시 참가인 조합과 원고는 적어도 교섭장소를 상호 요구하는 바대로 번갈아가며 정하기로 하였다고 봄이 상당함에도 원고는 2011. 11. 25. 이후 여전히 교섭장소를 원고 회사 내 회의실로만 주장하였고, 이에 참가인 조합이 원고의 주장에 응하여 원고 회사 내 회의실에 찾아갔을 때만 교섭이 이루어졌을 뿐, 참가인 조합의 요구에 따른 교섭장소에서는 단 한 차례도 단체교섭이 이루어지지지 않았으며 원고가 참가인 조합이 주장하는 교섭장소가 교섭장소로서 부적절하다는 점에 대하여 추정에 근거한 주장만을 할 뿐, 이에 대한 증거를 제출하지 못하고 있고, 원고와 참가인 조합 사이에 2011년 임금협상과 관련하여 최초교섭을 시작한 때로부터 2년이 경과한 시점에서도 제대로 된 단체교섭이 이루어지지 않았다는 사정을 모두 고려하여 볼 때, 원고가 교섭장소를 이유로 참가인 조합과의 단체교섭

222) 서울행정법원 2014. 1. 17. 선고 2013구합19*** 판결

을 거부하거나 해태한 데에 정당한 이유가 있다고 보기 어려운 점, ② 또한 원고는 광주고등법원의 2012. 11. 30.자 결정이 이루어지기 전에는 교섭범위가 불명확하였다고 주장하여 그 이전에는 부당노동행위가 되지 않는다는 취지의 주장을 하나, 이미 그 이전에도 전주지방법원의 단체교섭응낙가처분 결정이 있었고, 원고가 이에 대해 이의신청을 하거나 항고하였을 뿐, 그 결정 자체의 집행을 정지하는 신청을 하여 인용되었다는 사정이 없는 이상 원고는 전주지방법원의 단체교섭응낙가처분 결정이 확정되지 않았더라도 이에 따라 성실하게 단체교섭에 응하였어야 할 것이므로 원고의 위 주장을 받아들이기 어려운 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 원고가 정당한 이유 없이 교섭장소만을 문제 삼아 참가인 조합의 단체교섭 요구에 제대로 응하지 않은 것은 노조법 제81조 제3호의 부당노동행위에 해당한다고 할 것이다."

4) 집단교섭 방식 등에 동의하지 않는 경우

산별노조의 사용자단체에 가입한 회사가 노조의 집단교섭요구에 대하여 **노조의 일방적 요구에 의한 교섭방식이라는 이유로 교섭을 거부한 행위** 및 임금협약에도 단체협약상의 자동갱신 규정이 적용됨을 이유로 교섭을 거부한 행위는 **정당한 이유 없는 교섭거부**라고 판시한 사례[223]

【 인천지방법원 2011. 1. 25. 선고 2010고정* 판결 】**

"2) 인정사실

위에서 기재한 각 증거에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(가) ○○악기는 2003년경부터 2006년경까지 인천지부 집단교섭, 중앙교섭에 참가하여 합의서에 서명하였다.

(나) 위 기간 동안의 중앙교섭 합의서에 의하면, 전국○○노동조합과 ○○산업사용자협의회는 해마다 금속산업 최저임금에 관한 기준과 그 적용기간을 정하여 합의서에 기재한다.

(다) ○○악기는 위 기간 동안 ○○노조 사용자단체인 ○○산업사용자협의회에 가입하였고, 2008. 8. 30.까지 ○○노조 관계 사용자단체에 회비도 납부해 왔다.

(라) 한편, 2006. 9. 21.에 체결된 2006년 집단교섭 합의서에 의하면, '① 인천지부 집단교섭에서 임금인상은 최저인상 기준으로 15,000원으로 하고 지회에서 임금을 다룬다, ② 인천지부와의 집단교섭시 원만하고 발전적인 노사관계와 책임있는 결정을 위해 노, 사는 임원급이 참석하는 것을 원칙으로 한다, ③ 위 합의내용은 체결일로부터 시행하며 갱신 체결시까지 협약의 효력이 자동연장된다'고 규정되어 있다.

(마) 전국○○노동조합은 별지 범죄일람표 순번 1, 2 기재 각 일시에 ○○악기에 2007년도 임금단체협약을 위한 요구안과 교섭위원 명단 및 교섭의 일시, 장소를 첨부하여 교섭에 응해줄 것을 요청하는 공문을 발송하였다.

(바) 이에 대하여 ○○악기는 2007. 5. 31.자 공문을 통해 '당사는 지속적 경영악화로 인하여 부득이 2007. 4. 12.자 정리해고를 실시하였고, 정리해고 후 발생한 당면과제와 조직의 효율화를 통한

223) 인천지방법원 2011. 1. 25. 선고 2010고정***판결

생산성 회복을 위하여 여러 가지 처리해야 할 현안과제가 산재하여 있습니다. 더욱이 금년도 임금 협상과 관련하여서 당사는 정리해고를 한 상황 하에서는 무리라고 사료되고, 이에 앞서 현안문제를 근로자들에게 설명하고 이해를 구하여 근로자들과의 합일점을 찾아가는 것이 선결문제라고 판단되어 금번 지부교섭에는 참가할 수 없음을 알려드린다'는 취지로 회신을 보냈다.

또한 ○○악기는 2007. 8. 7.자 회신으로, '○○노조 인천지부가 2007. 5. 31.자 지부집단교섭에 참석할 것을 당사에 요청하였으나, 초기업적인 노조의 경우에 회사는 노조가 요구하는 특별한 방식으로 교섭을 요청할 경우(지부 집단교섭 등) 이에 반드시 응하여야 할 의무가 없다는 것이 유권해석인 바, 당사는 귀 노조의 지부 집단교섭의 요청에 응할 수 없다'는 취지의 공문을 보냈다.

⑶ 판 단

위에서 본 바와 같이 ○○악기가 2003년 이후 ○○산업사용자협의회에 가입하여 중앙교섭 합의서와 집단교섭 합의서를 체결한 점이나 위 각 합의서의 내용에 비추어 보면, 별지 범죄일람표 순번 1, 2 기재 각 교섭요구는 노조가 일방적으로 요구하는 방식에 의한 것이 아니라 2006년까지의 인천지부 집단교섭, 중앙교섭 시에 ○○악기 스스로 동의하였던 교섭의 원칙적인 방식으로 보인다.

또한 ○○악기가 노조 측에 보낸 각 공문의 내용을 보더라도 교섭방식이나 교섭장소에 관하여 회사 측의 대안을 제시하거나 다른 방식으로 협의를 하겠다는 의사를 표명하지 않았고, 오히려 아래에서 보는 바와 같이 계속되는 노조의 임금협상 요구에 대해 2007년 임금인상과 관련하여 이미 노조는 단체교섭권을 상실하였으므로 이에 응할 수 없다고 답변하며 교섭에 응하지 아니한 것을 알 수 있어 교섭방식에 대한 이견이 교섭불응의 주된 이유는 아닌 것으로 보인다.

따라서 피고인들은 노조가 주장하는 일방적인 방식에 따른 교섭참가를 거부한 것이 아니라 정당한 이유 없이 교섭을 거부한 것으로 봄이 상당하다."

5) 조합원 명단 제공 거부 등 노동조합의 비협조

가입대상 범위가 대구광역시 내 개별 자치구를 넘는 지역단위 노동조합의 단체교섭 요구에 대하여 사용자들이 노동조합 소속 근로자들을 확인하기 위하여는 노동조합의 협조가 필요함에도 **노동조합이 조합원 명단 확인을 거부하는 등 협조하지 않은 경우 사용자의 단체교섭 거부에 정당한 이유가 있다고 보았음**[224]

라. 단체교섭의 교착

1) 단체교섭의 결렬

수차례에 걸친 단체교섭에서 원만한 합의가 이루어지지 아니하였으나, 이는 임금 30% 인상, 인사배치시 근로자 사전 동의를 받을 것 등의 내용을 포함한 단체협약을 체결할 것을 요구하는 노동조합과 재정적 어려움 및 사용자의 고유한 인사권 등을 이유로 노동조합의

224) 대전지방법원 2017. 6. 28. 선고 2016구합104***판결(현재 대법원에서 소송 계속 중임)

요구를 수용할 수 없다는 **사용자의 견해차이**로 인한 것으로서, **단체교섭이 결렬**된 사정을 들어 사용자가 정당한 이유 없이 **단체교섭을 해태하였다고 할 수 없음**[225]

2) 단체교섭의 교착 이후 단체교섭 거부

사용자가 성실한 태도로 단체교섭에 임하였지만 노사 쌍방의 주장차이가 커서 교섭이 교착 상태에 빠진 경우 사용자는 단체교섭을 중단할 수 있는지 문제되는데, 사용자의 단체교섭응낙의무는 노동조합의 요구를 수락할 의무가 아니고 특정한 문제에 대해서 시간적 한도 없이 교섭을 계속할 의무도 아니므로 일반론으로는 단체교섭이 교착상태에 빠지면 사용자는 그 이후 단체교섭을 거부할 수 있다고 보아야 할 것임[226]

3) 교섭결렬 후 기간의 경과 및 사정의 변경

교섭이 일단 결렬 상태에 이른 경우에도 일정 기간의 경과 그 자체나 사정의 변경에 따라 교섭에 새로운 전개를 보일 가능성도 있기 때문에 노동조합이 그러한 것을 이유로 내세워 단체교섭을 요구하는 경우 사용자는 이에 응할 의무가 있음[227]

【 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도8* 판결 】**

"쟁의행위는 단체교섭을 촉진하기 위한 수단으로서의 성질을 가지므로 쟁의기간 중이라는 사정이 사용자가 단체교섭을 거부할 만한 정당한 이유가 될 수 없고, 한편 당사자가 성의 있는 교섭을 계속하였음에도 단체교섭이 교착상태에 빠져 교섭의 진전이 더 이상 기대될 수 없는 상황이라면 사용자가 단체교섭을 거부하더라도 그 거부에 정당한 이유가 있다고 할 것이지만, 위와 같은 경우에도 노동조합측으로부터 새로운 타협안이 제시되는 등 교섭재개가 의미 있을 것으로 기대할 만한 사정변경이 생긴 경우에는 사용자로서는 다시 단체교섭에 응하여야 하므로, 위와 같은 사정변경에도 불구하고 사용자가 단체교섭을 거부하는 경우에는 그 거부에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다.

원심의 채택 증거에 의하면 사단법인 서울○○협회(이하 '협회'라 한다)의 노동조합으로부터 단체교섭권을 위임받은 전국○○○○○○서비스 노동조합연맹(이하 '연맹'이라 한다)이 2004. 3. 12. 협회에 대하여 같은 달 18.에 단체교섭을 하자고 요구한 데 대하여 협회의 대표자인 피고인이 위 요구를 거부한 사실을 인정하기에 충분하다.

그리고 원심의 채택 증거에 의하면, 위 노동조합은 단체교섭의 결렬에 따라 2004. 2. 23.경부터 파업에 들어갔고, 협회는 2004. 2. 28.경부터 직장폐쇄에 들어간 사실을 인정할 수 있는바, **이러한 상태에서 위 노동조합으로부터 단체교섭권을 위임받은 연맹이 협회에 대하여 2004. 3. 12.자로 같은 달 18.에 단체교섭을 하자고 요구한 것은, 노사간에 쟁의를 거치면서 상호 양보의 가능성**

225) 서울행정법원 2010. 12. 2. 선고 2010구합25***판결
226) 노동법실무연구회, 노동조합 및 노동관계조정법 주해Ⅱ, 박영사, 2015. 21p
227) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도8*** 판결

이 고려되고 있는 상황에서의 교섭요구라고 할 것이어서 교섭재개가 의미 있을 것으로 기대할 만한 사정변경이 생겼다고 볼 수 있으므로, 앞서 본 법리에 비추어 보면 단체교섭이 교착상태에 빠졌음을 전제로 피고인이 연맹의 2004. 3. 12.자 단체교섭 요구를 거부한 것은 정당한 이유가 있다고 할 수 없고, 또한 파업과 직장폐쇄가 진행되고 있다는 사정 역시 피고인이 위 단체교섭 요구를 거부할 만한 정당한 이유가 될 수 없다고 할 것이다."

마. 불성실한 단체교섭 거부 사례

1) 가처분 결정을 위반한 경우

사용자가 '노동조합과의 단체교섭을 거부하여서는 아니 된다'는 취지의 가처분결정을 받기 전에 해당 노동조합과의 단체교섭을 거부한 것은 불법행위가 되지 않으나, 위 가처분결정 후에도 해당 노동조합과의 단체교섭을 거부한 것은 그 노동조합에 대하여 불법행위가 된다고 본 사례[228]

【 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다11* 판결 】**

"원고는 구 노동조합 및 노동관계조정법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정되기 전의 것) 부칙 제5조 제1항에 의하여 설립이 금지된 복수노동조합에 해당하지 않아서 피고에 대하여 단체교섭권을 가지고 있었던 것으로 보이고, 또 피고는 2000. 2. 11. 부산지방법원으로부터 "원고가 설립이 금지된 복수노동조합에 해당하지 않으므로 피고는 단체교섭 창구의 단일화 등을 내세워 원고와의 단체교섭을 거부하여서는 아니 된다."는 취지의 가처분결정을 받고서도 위 가처분결정에 위반하여 원고와의 단체교섭을 거부하여 왔음을 알 수 있는바, 사정이 이와 같다면 피고가 위 가처분결정 이후에 **위 가처분결정에 위반하여 원고와의 단체교섭을 거부한 행위는 정당한 이유 없이 단체교섭을 거부한 행위에 해당할 뿐 아니라,** 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 행위로서 원고의 단체교섭권을 침해한 위법한 행위에 해당한다고 보지 않을 수 없고, 이는 원심 판시와 같이 피고가 위 가처분결정 이전에 노동부로부터 원고가 설립이 금지된 복수노동조합에 해당한다는 취지의 회신을 받았고, 그 당시에 원고가 설립이 금지된 복수노동조합에 해당하는지의 여부에 관하여 학설·판례 등에서 견해의 대립이 있었으며, 피고가 위 가처분결정에 대하여 바로 이의신청을 하였고, 위 가처분결정이 그 후의 사정변경에 따라서 종국적으로는 취소되었다고 하더라도, 위 가처분결정에서 원고가 설립이 금지된 복수노동조합에 해당하지 않으므로 피고가 이를 이유로 원고와의 단체교섭을 거부할 수 없다는 취지로 판단되어 있고, 또 피고가 위 가처분결정에 대하여 집행정지신청을 하여 법원으로부터 집행정지결정을 받지 않았던 이상, 달리 볼 것이 아니다(다만, 원심이 판시하고 있는 위와 같은 사정들에 비추어 보면, 피고가 위 가처분결정 이전에 원고와의 단체교섭을 거부한 행위는 비록 정당한 이유가 있는 행위로 볼 수는 없으나, 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 위법한 행위로서 원고에 대하여 불법행위를 구성한다고 볼 수는 없다)."

228) 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다11*** 판결

2) 합리적 이유 없는 단체협약 안 거부

사용자가 노동조합으로부터 단체협약 안을 제시받고도 합리적인 이유를 설명하거나 수정안을 제시하지 않은 채 이를 거부하고 사용자 측 단체협약안의 수용만을 요구하면서 그에 대한 노동조합의 측의 수정 요구를 수용하지 아니함으로써 단체교섭이 결렬되도록 한 행위는 객관적으로 정당한 이유가 없고 불성실한 단체교섭에 해당함[229]

【 서울행정법원 2015. 10. 23. 선고 2015구합62* 판결 】**

"나) 원고는 2014. 2. 7.부터 2014. 9. 17.까지의 기간 동안 참가인에게 원고 측 단체협약 안에 따른 단체협약의 체결을 요구하였을 뿐, 단체협약 내용에 관하여 참가인과 사이에 합의를 도출하기 위한 성의 있는 노력을 하지 아니하였고, 정당한 이유 없이 참가인의 원고 측 단체협약안 수정요구를 거절하였다.

특히 정년, 승진, 휴직, 복직, 징계, 해고 등 인사에 관한 사항과 교대근무, 연차휴가, 경조휴가 등 근무시간에 관한 사항, 교대 근무자 휴일근무수당, 자격, 면허 수당, 성과급 등 임금에 관한 사항은 조합원 전체에 적용될 근로조건에 관한 사항으로서 단체교섭 대상에 해당하고 원고는 참가인 측으로부터 위 각 사항에 관한 구체적인 내용이 기재된 단체협약 안을 제시받았으므로 원고는 그에 대한 원고 측의 입장을 밝히고 참가인 측과 협의함으로써 교섭 과정에 성실하게 임하였어야 할 것이나, 원고가 참가인 측에 제시한 원고 측 단체협약 안은 위 각 사항에 관하여 아무런 규정을 두지 아니하거나 사규 등 취업규칙 또는 법에 의한다고만 규정하였다. **또한 원고 측은 2014. 2. 21. 4차 교섭에서는 '원고 측 단체협약안을 끝까지 고수할 의사가 없으나 그에 대한 의견을 밝혀달라'고 하였다가 2014. 3. 5.차 교섭에서 참가인 측으로부터 '원고 측 단체협약안 중 '사규 등 취업규칙에 의한다'고 한 부분은 사규에 보장된 수준 이상의 내용을 담고 싶지 않다. 인사에 관한 부분을 단체협약에 직접 규정하게 되면 취업규칙을 불이익하게 변경하더라도 조합원들에게 적용할 수 없다'는 입장만을 거듭하여 밝히면서 정당한 이유 없이 단체교섭 대상인 인사 등 사항에 관한 참가인 측의 교섭요구를 거절하였다**(앞서 본 바와 같이 원고는 참가인과의 2008년 단체교섭과정에서도 '취업규칙과 노동관계법령으로 규율하면 충분하다'며 단체협약 체결에 불성실하게 임함으로써 단체교섭 거부·해태의 부당노동행위를 하였다)."

3) 이미 체결한 단체협약을 이유로 거부한 경우

이미 체결한 단체협약이 있다는 이유로 단체교섭을 거부하는 것은 정당한 이유가 될 수 없음[230]

【 서울행정법원 2010. 4. 29. 선고 2009구합50* 판결 】**

"살피건대, 원고가 매년 환경미화원 노조와 단체협약을 체결하여 온 사실은 앞서 본 바와 같고, 노조법 제35조는 하나의 사업 또는 사업장에 상시 사용되는 동종의 근로자 반수 이상이 하나의 단

229) 서울행정법원 2015. 10. 23. 선고 2015구합62*** 판결

체협약의 적용을 받게 된 때에는 당해 사업 또는 사업장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대하여도 당해 단체협약이 적용된다고 규정함으로써 노동 조합원이 아닌 근로자에 대하여 단체협약의 효력을 확장하고 있으므로, 환경미화원들의 절대 다수가 환경미화원 노조의 조합원으로 가입되어 있는 상황에서 위 단체협약이 체결된 이상, 참가인 소속의 환경미화원 조합원들도 일단 위 단체협약의 적용을 받는다고 할 것이다. 그러나 참가인 소속의 환경미화원 조합원들이 노조법 제35조에 따라 위 단체협약의 적용을 받는다고 하더라도, 노조법 제35조를 위 단체협약의 당사자가 아닌 참가인 노조가 더 나은 근로조건을 얻기 위한 단체교섭을 하는 것 그 자체를 금지하거나 제한하는 규정으로 해석할 경우 단지 소수 조합원들로 구성된 노동조합이라는 이유만으로 소수 조합원들로 구성된 노동조합의 고유한 단체협약안에 관하여 단체교섭을 할 기회를 박탈하는 결과를 초래하고, 다수 조합원들로 구성된 노동조합에만 단체교섭을 허용하는 결과가 되어 소속 조합원들의 수로 노동조합을 차별대우하는 것에 다름이 아니라는 점 등을 고려하여 보면, 참가인 노조는 그 소속 조합원 환경미화원들의 근로조건의 향상을 위하여, 원고에 대하여 이 사건 교섭사항에 대한 단체교섭을 요구할 수 있다고 보아야 할 것이다. 따라서, 원고가 이 사건 교섭사항에 대하여 이미 환경미화원 노조와 단체협약을 체결한 바 있다는 이유로 참가인 노조의 단체교섭 요구 자체를 거부한 것은 정당한 이유 가 있다고 볼 수 없다."

230) 서울행정법원 2010. 4. 29. 선고 2009구합50*** 판결

제5절 지배·개입

1. 지배·개입 개관

1.1 의의

헌법상 보장된 노동3권에 대한 사용자의 부당한 침해행위를 방지하고 노동조합 또는 개개의 근로자를 보호하고자 노동조합법 제81조는 사용자의 일정행위를 부당노동행위로 규정하여 금지하고 있으며, 부당노동행위의 유형 중 "근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위"와 "노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위"를 지배·개입 유형의 부당노동행위라 함(노동조합법 제81조 제4호)

노동조합법은 좁은 의미의 지배·개입행위 이외에도 별도로 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위도 지배·개입의 부당노동행위로 보고 있음.

다만, ① 근로자가 근무시간 중에 사용자와 협의 또는 교섭하는 것을 사용자가 허용하는 경우, ② 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 그 밖의 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금을 기부 및 최소한의 규모의 노동조합 사무소의 제공 등은 제외하고 있음

1.2 지배·개입의 요건

가. 지배개입 행위(운영비 원조 포함)

'지배 및 개입'이란 근로자가 자주적으로 결정하여야 할 노동조합의 조직 및 운영에 관해 사용자가 부당하게 간섭하는 모든 행위를 말함.

'지배'라 함은 노동조합을 사용자에게 종속시키거나 사용자의 의도대로 조정하는 것을, '개입'이란 노동조합이 어떠한 의사결정을 하거나 행동을 하는 데 있어 자신의 의사를 반영시켜 그 결정이나 행동이 사용자의 의도대로 변경되도록 하는 것을 의미함231)

231) 서울고등법원 2014. 9. 5. 선고 2013누25*** 판결(대법원 2015. 12. 2. 선고 2014두13*** 판결에서 심리불속행 기각으로 확정)

지배와 개입은 개념상 사용자의 간섭·방해 정도에 따라 구별될 수는 있으나 모두 헌법상 보장된 노동3권에 대한 침해이고 이에 대한 구제의 내용과 방법도 차이가 없어서 엄격하게 구별할 실질적 이익은 없음.

따라서 노동조합에 대한 일체의 간섭 및 방해 행위를 넓은 의미의 지배·개입 행위로 취급함

지배·개입의 대상이 되는 '조직'은 조직준비행위 등 노동조합의 결성을 지향하는 근로자의 일체의 행위를 모두 포함하며, '운영'은 조합의 내부적 운영을 포함하여 단체교섭, 쟁의행위 등 그 목적을 달성하기 위한 활동, 홍보·교육활동 등 대내적 활동, 각종 문화 활동 등의 대외적 활동 등 노동조합의 유지·존속 및 발전을 위한 모든 행위를 말함.

'운영비 원조'는 사용자가 노동조합의 운영비를 지원하는 행위로 노동조합 결성비용이나 운영비의 제공, 전임자에 대한 급여지원[232] 등이 해당하며, 최근 대법원 판례는 **운영비 원조 행위가 실제 노동조합의 자주성을 저해할 위험성이 있는지 여부와 상관없이 그 자체로 부당노동행위에 해당**한다는 입장을 명확하게 밝힌 바 있음

【 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013두3* 판결 】**

"노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제81조 제4호는 본문에서 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위'를 부당노동행위로서 금지하면서, 그 단서에서 '근로자가 근로시간 중에 제24조 제4항에 따른 활동을 하는 것을 사용자가 허용하는 행위, 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합 사무소의 제공'은 예외적으로 허용하고 있다.

위 규정의 내용과 노동조합이 사용자에게 경제적으로 종속되거나 어용화되는 것을 막고 노동조합의 자주성을 확보하고자 하는 노동조합법 관련 규정의 입법 취지를 종합하여 보면, 노동조합법 제81조 제4호 단서에 따라 허용되는 범위를 넘어 주기적이나 고정적으로 이루어지는 운영비 원조 행위는 노동조합 전임자에 대한 급여 지원 행위와 마찬가지로 노동조합법 제81조 제4호 본문에서 금지하는 부당노동행위라고 보아야 하고, 설령 그 운영비 원조가 노동조합의 적극적인 요구나 투쟁으로 얻은 결과라고 하더라도 달리 볼 수 없다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2012두12*** 판결 등 참조).

원심은, 사용자가 차량이나 유류비 등을 노동조합에 제공하고 노동조합 사무소의 관리유지비 등을 부담하도록 하는 이 사건 각 시설·편의제공 조항(주식회사 ○○테크 단체협약 제12조 등)

232) 노동조합 전임자에 대한 급여지급 금지규정은 1996. 12. 31. 제정되었으나 계속하여 그 시행이 유예되었다가 2010. 1. 1. 노조법 개정으로 유예규정이 폐지됨으로써 효력이 발생하게 되었음

은 노동조합법 제81조 제4호 본문이 정한 부당노동행위에 해당하는 운영비 원조를 내용으로 하는 것이어서, 그에 대한 피고의 시정명령이 적법하다고 판단하였다. 앞서 본 법리에 비추어 보면 이러한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 부당노동행위로서 금지되는 운영비 원조 행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다."

나. 지배개입 의사

노동조합법 제81조 제4호의 부당노동행위가 성립하려면 사용자에게 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 개입할 의사가 있어야 함(대법원 1998. 3. 24. 선고 96누16*** 판결 등)

이는 사용자의 내심의 문제이고 이를 증명하는 것은 사실상 불가능하므로 여러 가지 객관적·외형적인 상황을 고려하여 그 의사를 추정할 수 있는 정도면 충분함

다. 근로자의 단결권 침해라는 결과는 불요

사용자의 지배·개입 행위 자체만으로 부당노동행위가 성립되며, 노동조합 조직의 약화 등 구체적이고 현실적인 결과나 손해의 발생을 필요로 하는 것은 아님[233]

【 대법원 2013. 1. 10. 선고 2011도15* 판결 】**

"사용자가 연설, 사내방송, 게시문, 서한 등을 통하여 의견을 표명하는 경우 표명된 의견의 내용과 함께 그것이 행하여진 상황, 시점, 장소, 방법 및 그것이 노동조합의 운영이나 활동에 미치거나 미칠 수 있는 영향 등을 종합하여 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정된다면 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호에 규정된 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위'로서 부당노동행위가 성립하고, 또 그 지배·개입으로서 부당노동행위의 성립에 반드시 근로자의 단결권 침해라는 결과 발생까지 요하는 것은 아니다."

2. 지배·개입에 대한 구체적인 검토

2.1 노동조합 설립, 조직, 가입에 대한 지배개입

노동조합 결성에 대한 비난 또는 결성 포기의 설득, 회유 또는 강요나 협박 등은

233) 사용자의 지배개입을 통해 노동조합의 자율성·독립성이 실제로 침해된 구체적 결과까지 요구하지 않는다는 의미이며, 이에 대한 추상적 위험조차도 필요 없다는 의미는 아니라고 보아야함. 노동3권에 대한 침해가능성이 전혀 없는 행위를 구제대상으로 삼을 필요나 이익이 없기 때문임

부당노동행위에 해당하며, 노동조합 결성의 중심인물에 대한 해고·전근 그 밖의 불이익취급 또한 지배·개입의 부당노동행위에 해당함

노동조합이 결성된 이후 가입하지 못하게 하거나 탈퇴할 것을 권고하거나 불이익취급 위협 등을 하는 행위도 부당행위에 해당하나, 노동조합원 자격이 없는 조합원에 대한 탈퇴 요구 등은 지배개입 행위로 볼 수 없는데, 판례는 사용자가 사업주를 위하여 행동하는 자로서 조합원 자격이 없는 자들을 노동조합에서 탈퇴시키려 한 행위는 지배개입 부당노동행위에 해당하지 않는다고 하거나[234] 노동조합가입 자격이 명확하지 않고 사용자성을 인정하는 노동부 해석이 있었다면 사용자의 부당노동행위 의사를 인정하지 아니한 사례가 있음[235]

가. 노동조합 가입을 이유로 한 불이익 조치

사용자가 노동조합에 가입할 수 있는 근로자에 대하여 노동조합원의 자격이 없다고 하면서 노동조합에 가입한 것을 이유로 하여 직위해제 및 대기발령의 처분을 한 것은 지배·개입의 부당노동행위에 해당함[236]

【 서울고등법원 2010. 1. 26. 선고 2009누19061 판결 】

"참가인이 노동조합의 자격이 없음에도 노동조합에 가입하려 하였다는 점만으로 원고 정관 규정에 의하여 준용되는 사립학교법 제58조의2 제1항 제1호에 정한 "직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자 또는 교원으로서 근무태도가 심히 불성실한 자"에 해당한다고 볼 수 없다. 설령 위 사유가 직위해제와 대기발령 사유가 된다고 하더라도.....참가인은 단체협약 제5조 제1항, 이 사건 노조 규약 제7조 제2항에 정한 "사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자"라고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 처분은 부당한 인사처분이다.

이와 같이 참가인이 노동조합원의 자격이 없다고 하여 참가인에게 이 사건 노조에 가입하지 못하게 한 것은 결국 근로자가 노동조합을 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위에 해당한다."

나. 특정 노동조합 가입을 종용한 경우

사용자가 휴가비 및 상여금 지급 등을 조건으로 하여 회사 내의 특정 노동조합에 가입할 것을 종용한 행위는 지배·개입의 부당노동행위에 해당함[237]

234) 서울고등법원 2011. 6. 24. 선고 2011누24***판결
235) 서울고등법원 2012. 6. 29. 선고 2011누36*** 판결
236) 서울고등법원 2010. 1. 26. 선고 2009누1*** 판결
237) 서울고등법원 2007. 9. 21. 선고 2007누3***판결

【 서울고등법원 2007. 9. 21. 선고 2007누3* 판결 】**

"이 사건 계약에는 비록 근로관계의 승계여부에 관하여 아무런 언급이 없으나, 원고가 이 사건 계약에서 인수·인계일로 정하고 있는 관할 관청의 인가일인 2005. 5. 19. 이후에도 별다른 언급 없이 ○○강남고속 해운대 영업소의 운송부대시설을 그대로 사용하면서 이 사건 양도버스를 운행하던 운전기사들로 하여금 계속 운행하게 한 점 등을 미루어 보면, 원고 회사는 이 사건 계약을 통하여 ○○강남고속의 영업을 양수한 것으로 보이며 이에 따라 ○○강남고속지부도 그 동일성을 유지한 채 원고 회사의 노동조합으로 존속한다. 이러한 법리에서 ○○강남고속지부가 그 조직대상을 원고 회사 해운대 영업소 소속 근로자들로, 명칭을 △△강남지부로 각 변경하고, 위와 같이 변경된 △△강남지부가 원고 회사에 대한 노동조합으로서 원고를 상대로 이 사건 부당노동행위 구제신청을 한 것은 적법하다.

(이와 같이) △△강남지부가 원고 회사에 대한 노동조합으로서 적법하게 존속하고 있음에도 불구하고 원고 회사 부장 박○○가 ○○강남고속에서 원고 회사로 이적된 근로자들에게 휴가비 및 상여금 지급을 조건으로 원고 회사에 별도로 설립된 △△강남노조에 가입할 것을 종용하는 것은 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위로서 부당노동행위에 해당한다."

다. 조합원 범위 설정에 개입한 경우

특정 직급·보직의 근로자를 노동조합원에서 배제할 것을 요구하면서 조합원의 범위 설정에 개입하는 행위 또한 지배개입의 부당노동행위가 될 수 있음[238]

【 대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두13* 판결 】**

"○○대학교를 설치·운영하는 甲학교법인이 직책상 노동조합에 참가할 수 없는 자라고 판단한 소속 직원 48명에게 ○○대학노동조합 지부 탈퇴를 요구한 행위에 대하여, ○○대학노동조합이 이는 '노동조합의 조직·운영에 대한 지배·개입'에 해당하는 행위라며 부당노동행위 구제신청을 하였으나 중앙노동위원회가 이를 기각하는 재심판정을 한 사안에서, 탈퇴를 요구한 과장급 이상의 직원들은 소속 직원의 업무분장·근태관리 등에 관하여 전결권을 부여받은 자들로서 '근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'에 해당하지만, 주임급 이하의 직원들은 인사, 노무, 예산, 경리 등 업무를 담당한다거나 총장 비서 또는 전속 운전기사, 수위 등으로 근무한다고 하여 곧바로 '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'에 해당한다고 할 수 없으므로, 이들이 실제 담당하는 업무 내용 및 직무권한 등을 확인하여 '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'에 해당하는지를 심리해야 하고, 또한 조합원 가입자격 유무에 따라 부당노동행위의사가 있었는지를 판단할 것이 아니라 그 밖에 이를 추정할 수 있는 사정이 있는지 더 심리한 후 부당노동행위 해당 여부를 판단했어야 한다는 이유로, 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 있다."

238) 대법원 2011. 9.8. 선고 2008두13*** 판결

라. 노동조합 탈퇴서 제출을 종용한 경우

노조 결성에 대한 비난 또는 결성 포기의 설득, 회유 또는 강요나 협박 및 노동조합이 결성된 이후 여기에 가입하지 않거나 탈퇴할 것을 권고· 요구하거나 불이익의 위협 등으로 압박하는 행위는 지배·개입의 부당노동행위에 해당함[239]

【 서울행정법원 2014. 4. 17. 선고 2013구합18* 판결 】**

"참가인의 관리상무 김○훈은 2013. 1. 4. 노동조합 탈퇴서 양식을 출력한 후 김○석에게 "요것도 써라"라고 말한 점, 당시 김○석이 김○훈에게 "아이, 이건... 안되겠는데요. 이거 탈퇴서잖아요, 노조"라고 말하자 김○훈은 김○석에게 "너 오늘 안 쓰면 끝장 나, 쓰라구"라고 말하였고, 김○석이 "노조 아예 없애시려구요"라고 말하자 김○훈은 "응, 없어질 거야"라고 말하는 등 김○석이 **노동조합 탈퇴서를 작성하지 않으려는 의사를 표시하였음에도 김○훈은 김○석에게 노동조합 탈퇴서를 작성할 것을 계속 종용하였고 만약 노동조합 탈퇴서를 작성하지 않으면 불이익한 취급을 받을 것처럼 말한 점,** 이에 김○석은 같은 날 참가인에게 노동조합 탈퇴서를 작성하여 제출한 점 등에 비추어 보면, 원고가 김○석으로 하여금 노동조합 탈퇴서를 제출하도록 종용·강요하였다고 봄이 타당하다. 원고의 이와 같은 행위는 참가인 노동조합의 조직 또는 운영에 지배·개입 행위로서 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노조법'이라 한다) 제81조 제4호의 부당노동행위에 해당한다."

마. 부당노동행위로 볼 수 없는 경우

1) 노동조합에 가입할 수 없는 조합원의 탈퇴를 요구하는 경우

판례는 노동조합원 자격이 없는 자들을 노동조합에서 탈퇴시키기 위한 사용자의 조치는 노동조합 자격이 없는 자들에 대한 행위이므로 지배개입 행위로 볼 수 없다고 함[240]

【 서울고등법원 2011. 6. 24. 선고 2011누24* 판결 】**

"위 인정사실 및 을 제9, 10, 12, 13호증에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 현업 과장은 사업주를 위하여 행동하는 자로서 노동조합의 조합원 자격이 없는 것으로 판단된다.

현업 과장은 일정 자격을 갖춘 자들 중 시험을 통하여 선발된 자들로서, 노경협의회에 회사측 위원으로 참석하기도 한다.

현업 과장은 상사의 명을 받아 소속 직원을 지휘·감독하고, 4급 이하의 직원들에 대한 근무성적을 평정한다.

239) 서울행정법원 2014. 4. 17.선고 2013구합18*** 판결
240) 서울고등법원 2011. 6. 24. 선고 2011누24*** 판결

원고의 규약 제8조 제1항은 '직원은 ○○단체협약에 의거 취업함과 동시에 본 조합에 가입이 된다'라고 규정하고 있고, 단체협약 제2조는 조합원의 자격과 가입에 관하여 정하면서 임원, 회계·인사 등 담당 직원, 법령에 의하여 노동조합 가입이 금지된 자와 아울러 '현업의 팀장급 이상(열차팀장 제외)'을 ○○노조의 조합원이 될 수 없는 것으로 규정하고 있는데, 위와 같은 규정은 그 규정체계상 현업 과장의 조합원 자격을 제한하는 것으로 판단되고, 원고의 주장대로 노동조합가입강제(유니언 숍)를 배제하는 효력만 있는 것으로 보이지는 않는다.

따라서 참가인이 사업주를 위하여 행동하는 자로서 조합원 자격이 없는 현업 과장들을 노동조합에서 탈퇴시키기 위하여 한 일련의 조치는 노동조합원 자격이 없는 자들만을 대상으로 한 것이므로 이를 지배·개입의 부당노동행위로 볼 수 없다."

2) 노동조합 가입이 금지된 공무원에 대한 기준 시달

노동조합 가입이 금지된 공무원이 노동조합에 가입하고 있을 경우 이를 시정하도록 하는 내용의 '공무원단체 불법관행 해소 추진계획'과 '공무원 노조 가입범위 등 적용기준'을 중앙부처 및 지자체에 통보한 것은 공무원노조법령 등의 취지에 따라 **당해 공무원이 노동조합 가입대상자인지 판단하라는 취지에 불과하므로 지배·개입의 부당노동행위로 볼 수 없음**[241]

【서울고등법원 2010. 4. 15. 선고 2009누24* 판결】**

"참가 행정청은 인사·예산·감사분야 등 노동조합 가입이 금지된 공무원들의 노조 가입을 문제점으로 지적하고 불법 노조가입자에 대한 징계 등 조치를 추진하도록 하였으며, 원고 조합의 가입범위에 관한 적용기준을 각 중앙행정부처 및 지방자치단체에 통보한 사실이 있다.

공무원은 공무원노조법에 의한 노동조합 조직 및 가입과 노동조합과 관련한 정당한 활동을 하는 경우에 한하여 집단행위가 허용되므로 일반 근로자와 차이가 있고, 공무원노조법에 의하여 허용된 범위를 벗어난 노동운동 등 집단행위를 하는 것은 징계대상이 될 뿐만 아니라 형사처벌 대상이기도 하므로, 공무원노조법에 의한 노동조합 가입범위를 벗어난 자의 가입에 대하여 가입자체를 이유로 징계 등의 조치를 취하는 것을 위법하다고 할 수 없다.

이 사건 적용기준에는 노동조합 가입이 금지된 공무원에 관하여 "일부 고유 업무와 지휘·감독 총괄업무를 수행하는 경우"를 들고 있고 "고유 업무에만 종사하는 6급은 노조가입 가능"이라고 기재하고 있으나, 한편 일반적 기준으로 "노조 가입범위는 공무원노조법 제6조 및 시행령 제3조를 기준으로 직제 및 개인별 사무분장 등에 따라 소속 기관장이 판단"하도록 하고 있고, 노동조합 가입대상 여부에 관한 질의회신 사례에서 판단기준으로 "공무원노조법 제6조 제2항 제1호 및 동법 시행령 제3조 제1호 나목에 의거 '훈령 또는 사무분장 등에 따라 부서장을 보조하여 부서 내 다른 공무원의 업무수행을 지휘·감독하거나 총괄하는 업무에 주로 종사하는 공무원'은 노동조합 가입이 제한되는 것"을 들고 있는바, 위와 같은 이 사건 적용기준의 내용을 종합해 보면, 이 사건 적용기준

241) 서울고등법원 2010. 4. 15. 선고 2009누24*** 판결

은 일부라도 지휘·감독 총괄업무를 수행하는 경우에는 그 업무가 차지하는 비중과 관계없이 노동조합 가입을 금지하라는 취지가 아니라, 공무원노조법 및 시행령에 따라 그 업무에 주로 종사하는지 여부를 따져 노동조합의 가입대상인지를 판단하라는 취지에 불과하다고 보이므로, 이를 들어 참가 행정청이 지배·개입의 의사로 이 사건 추진계획 및 적용기준을 시행한 것으로 볼 수 없다."

3) 노동조합 비가입 대상자에 대한 탈퇴지시

사용자가 **노동조합 비가입 대상자에 대하여 노동조합 탈퇴를 지시**한 것과 노동조합에서 탈퇴서 수령을 거부하자 일부 노동조합 비가입 대상자들이 노동조합 탈퇴서를 소속장에게 직접 제출하여 소속장이 이를 노동조합에 송부한 것을 지배·개입의 **부당노동행위로 볼 수 없음**[242]

【 서울고등법원 2005. 6. 24. 선고 2004누9* 판결 】**

"노동조합 비가입대상 직원들이 원고에게 가입되어 있다면 관련 법령을 위반한 것임에도 참가인이 그동안 원만한 노사관계를 위하여 이를 묵인하여 왔던 점, 그러나 원고가 대화와 타협보다는 대결국면을 조성하면서 불법적인 총파업을 강행하여 국가의 기간수송수단인 철도 사업수행에 지장을 초래하게 함으로써 요구사항을 관철시키려 함에 따라 참가인이 그 대응조치로 관련 법령에 의거하여 노동조합 비가입대상 공무원에 대하여 노조탈퇴 지시를 내린 점, 참가인이 기능직 공무원이라 하더라도 서무·구급차운전 등 업무를 담당하고, 참가인의 소속 역장, 팀장 등은 상사의 명을 받아 소속공무원을 지휘·감독하면서 철도청 소속기관의 업무 중 일부를 책임지고 수행하여 온데다가 승진심사위원회, 징계위원회에 위원이 되고 노사협의를 하는 경우 사용자측 위원으로 참석하는 점 등에 비추어 역시 감독공무원으로서 비가입대상 직원에 해당한다고 보이는 점, 한편 참가인이 노조탈퇴 지시를 함에 있어 …(중략)…

일반적·포괄적으로 비가입 대상자의 직명·직위를 명시하고 그 해당자가 스스로 탈퇴할 것을 유도한 점, 일부 노동조합 비가입대상 직원들은 원고 산하 지부에서 탈퇴서 수령을 거부하여 이를 소속장에게 직접 제출하고 일부 소속장은 편의상 이를 수령하여 원고에게 송부한 점 (중략) 등을 종합하여 볼 때, 참가인의 노동조합 비가입 대상자에 대한 탈퇴지시나 노동조합 탈퇴 공무원들의 일부 소속장이 탈퇴서를 수령하여 원고에게 송부한 행위에 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 개입하려는 의도가 있다고 보기는 어렵다."

4) 유니언 숍 협정을 위반한 행위

단체협약상의 유니언 숍 협정에도 불구하고 사용자가 노동조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무를 이행하지 않은 것만으로 부당노동행위가 성립된다고 단정할 수 없고,

242) 서울고등법원 2005. 6. 24. 선고 2004누*** 판결

사용자가 노동전문가의 자문을 받아 노동조합의 탈퇴 근로자에 대한 해고 요청을 거부한 것이라면 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 볼 수 없음[243]

【 대법원 1998. 3. 24. 선고 96누16* 판결 】**

"그러나 단체협약상의 유니언 숍 협정에 의하여 사용자가 노동조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무는 단체협약상의 채무일 뿐이고, 이러한 채무의 불이행 자체가 바로 같은 법 제39조 제4호 소정 노동조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 단정할 수는 없다. 이 부당노동행위가 성립하려면 사용자에게 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 개입할 의사가 있어야 하는 것인바,

…(중략)… 참가인이 전 사업장에 대하여 위 문서를 발송한 행위는 단체협약의 해석에 관한 부서장들의 질의에 대하여 회신하기 위한 것일 뿐이고, 원고 조합에 대하여 위 통보를 한 것 또한 원고 조합의 해고 요구에 대하여 답변하기 위한 것일 뿐이며 설사 그 내용에 잘못된 점이 있다 하더라도 참가인이 전문가의 자문을 받아 그와 같이 믿고 회신이나 통보를 한 이상 그것이 원고 조합의 단결활동의 자주성을 저해하거나 거기에 영향을 미치려 한 것이라고는 볼 수 없으므로 위와 같은 회신이나 통보가 원고 조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 볼 수 없다."

2.2 노동조합 운영에 대한 지배개입

가. 노동조합 선거에 관여하는 행위

특정후보를 지지·반대하거나, 선거에 입후보할 수 없도록 불이익을 주는 등 노동조합선거에 개입하는 것은 노동조합의 자주적 조직 및 운영을 크게 훼손시킬 뿐 아니라 건전한 노사관계의 정립에 악영향을 미칠 우려가 큰 바, 부당노동행위에 해당함

판례는 노동조합분회 대의원선거의 입후보등록용으로 재직증명서의 발급을 신청하였음에도 대표이사가 직인을 소지한 채 부재중이라는 이유로 입후보등록 마감시한까지도 재직증명서를 발급하지 아니한 행위는 노동조합 대의원선거에 입후보하는 것을 막으려는 의도하에서 이루어진 것으로 부당노동행위라고 판시함[244]

【 대법원 1992. 6. 23. 선고 92누3* 판결 】**

"원고회사의 운전사 겸 원고회사에 설립되어 있는 전국자동차노동조합연맹 경기여객분회의 조합원인 소외 김학○, 김월○가 1990. 5. 29. 13:00경 원고회사 총무부장인 소외 백○○에게 동년 6. 7. 실시될 노동조합분회의 대의원선거에의 입후보등록용으로 재직증명서의 발급을 신청하였음에도 **원고회사 대표이사인 소외 허○○가 대표이사 직인을 소지한 채 부재중이라는 이유로**

243) 대법원 1998. 3. 24. 선고 96누16*** 판결
244) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92누3***판결

입후보 등록마감시한인 동년 5. 31. 18:00까지도 재직증명서를 발급하지 아니하여 결국 위 소외인들이 대의원입후보등록을 하지 못하게 되자 위 소외인들이 원고회사의 재직증명서 발급거부행위는 노동조합의 운영을 지배, 개입하는 부당노동행위에 해당한다는 이유로 구제신청을 제기하였고, 지방노동위원회는 위 소외인들의 구제신청을 기각하였으나, 피고는 초심결정을 취소하고 위 소외인들의 구제신청을 인용하는 재심판정을 내렸으며, 원고회사가 이 재심판정에 불복하여 그 취소를 구하는 이 사건에 있어, **원심은 거시증거에 의하여 원고회사가 위 소외인들에게 재직증명서를 발급하지 아니한 것은 위 소외인들이 노동조합분회의 대의원선거에 입후보하는 것을 막으려는 의도 하에 이루어진 것이라는 사실을 인정한 다음, 이는 노동조합의 운영에 대한 지배·개입으로서 부당노동행위에 해당된다고 판단하였다.**

기록에 비추어 보면 원심이 원고회사의 위 재직증명서 발급거부행위는 위 소외인들의 대의원 입후보등록을 막으려는 의도 하에서 이루어진 것이라고 한 사실인정은 수긍이 가고, 거기에 소론이 지적하는 바와 같은 채증법칙이나 경험칙 등에 위배되어 사실을 오인한 위법이 없다. 논지는 이유 없다.

또한, 특별한 사정이 없는 한 근로자의 지위를 상실하면 조합원의 지위마저 상실하는 것이 원칙이므로 노동조합이 규약 등에 의하여 대의원 입후보등록에 재직증명서의 첨부를 요구하는 것은 입후보자격인 조합원의 지위를 갖고 있는가를 심사함에 필요한 것으로서 그 합리성이 충분히 있다 할 것이고, 만약 노동조합의 규약 등에서 대의원입후보 등록서류로서 재직증명서를 요구하고 있다면 이를 존중해주어야 함이 마땅하다."

회사의 간부직원이 노동조합 임원선거에서 **노동조합 선거관리위원회의 위원장, 부위원장, 위원들을 여러 차례 접촉하여 각종 접대 및 편의를 제공**하면서 당선무효선언과 재선거를 종용한 행위가 노동조합의 조직에 개입하는 행위에 해당한다고 보았음245)

【 대구지방법원 2006. 10. 17. 선고 2006노2* 판결 】**

"[3] 당심법원의 판단

1. 피고인의 행위가 노동조합의 조직에 개입하는 행위인지 여부

피고인이 부하직원인 원○○, 협력업체 대표인 김○○과 함께 노동조합 선거관리위원장과 부위원장에게 식사와 술을 대접하고, 도피처와 이동수단을 제공하고, 금원을 지급하면서 당선무효선언과 재선거를 종용한 사실을 인정할 수 있고, 당시는 노동조합 선거관리위원회가 2005. 7. 25. 제10대 임원선거에서 정리해고자인 최○○ 후보가 노조위원장으로 당선되었음을 최종확정 발표함과 동시에 임원선거를 종결함을 공고하였고, 이에 낙선자인 김○○ 후보측이 개표과정 중 노조위원장 선거 투표용지가 아닌 파업찬반 투표용지가 발견된 점을 들어 이의제기하였으나, 선거관리위원장으로부터 부정적인 답변을 들은 시점이었던 점, **피고인은 위 노동조합 임원선거 및 당선무효선언을 전후하여 회사의 임원회의 및 팀장회의 등에서 회사 간부들과 함께 회사측이 선호하는 김○○ 후보의 당선을 위한 대책 등을 논의하였고, 당선무효선언 이후 그에 따**

245) 대구지방법원 2006. 10. 17. 선고 2006노2*** 판결

른 후속절차로 공고문을 작성하여 이를 공고하는 과정에도 관여한 것으로 보이는 점, 그 밖에 피고인, 원○○, 김○○이 위 선거관리위원장, 부위원장 및 다른 선거관리위원들과 만난 시기와 회수, 제공한 접대와 편의의 내용 및 그것이 이 사건 노동조합 임원선거에 미친 영향 등을 종합하여 고려하여 보면, 피고인, 원○○, 김○○의 위와 같은 행위는 단순히 선거관리위원들의 신변보호하기 위한 차원을 넘어 노동조합 선거관리위원회로 하여금 정리해고자인 최○○ 후보의 당선을 무효선언 하도록 한 후 재선거를 실시하여 회사측에서 선호하는 김○○ 후보를 노조위원장에 당선되게 하려는 시도로서 노동조합의 조직에 개입하는 행위라고 볼 수밖에 없다."

나. 노동조합 조합비 공제 및 자금 조달

1) 조합비 공제

가) 조합비 일괄공제를 중지하는 행위

단체협약·취업규칙 및 노동관행 등을 통해 이루어지던 **조합비 일괄공제를 중지**하는 행위는 **부당노동행위에 해당할 수 있음**[246]

【 대법원 1997. 5. 7. 선고 96누2* 판결 】**

"1. 원심판결 이유에 의하면, 원심은, 소외 김○○이 참가인의 운전기사로 근무하다가 1993. 4. 29. 원고의 조합장으로 선출되어 노조 전임자로 활동하던 중 1994. 8. 19. 해고된 사실, 김○○은 같은 달 26. 참가인을 상대로 대전지방법원에 해고무효 확인소송을 제기하여 소송 계속 중이던 같은 해 9. 9. 부조합장인 소외 류○○을 조합장 직무대행자로 지명하였다가 같은 해 12. 1. 조합장으로 복귀하고는 복귀사실을 같은 날 및 그 다음날 참가인에게 문서로 통지하였으나 참가인은 통지문을 각 반려한 사실, 참가인은 1994. 단체협약에 따라 원고가 공제를 요청하는 노동조합비 등의 금원을 종업원의 급료에서 일괄공제하여 원고에게 인계하여 왔는데, 원고는 조합장인 위 김○○의 명의로, 1994. 12. 5. 참가인에게 같은 해 11.분 조합비를 미납한 조합원 9명의 노동조합비 및 전별금을 그들의 월급에서 일괄 공제하여 원고에게 인계하여 줄 것을 요청하고, 같은 해 12. 31. 같은 조합원 9명의 같은 해 12.분 노동조합비 및 전별금을 일괄 공제하여 인계하여 줄 것을 요청하였으나, 참가인은 이미 해고된 김○○이 원고를 대표하여 한 위와 같은 요청에는 응할 수 없다는 이유로 이를 모두 거부한 사실을 인정한 다음, 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제3조 제4호 단서가 "해고의 효력을 다투고 있는 자를 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니 된다."고 규정하고 있으므로 위 김○○은 노동조합 내부관계에서는 물론이고 조합원의 지위에서 하는 대외적인 조합활동 등 조합원의 지위와 관련된 대외관계에서도 근로자 및 조합원으로서의 신분을 보유함에도 불구하고 참가인이 조합장으로서의 김○○의 자격을 부인하여 조합장 복귀 통지문을 반려하고, 조합비 등의 일괄공제 요구를 김○○이 아닌 다른 조합원의 명의로 할 것을 요청한 것은 조합장인 위 김○○의 노동조합활동을 방해하려는 의도에서 이루어진 것으로서 지배·개입으로서의 부당노동행위에 해당한다고 판단하였다. (중략)

246) 대법원 1997. 5. 7. 선고 96누2***판결

사실관계가 원심이 인정한 바와 같다면, 참가인이 김○○을 해고하였다고 하더라도 김○○이 상당한 기간 내에 해고무효확인의 소를 제기하여 그 해고의 효력을 다툰 이상 김○○은 노동조합의 설립이나 존속뿐만 아니라 노동조합원으로서의 활동의 점에 있어서도 조합원의 지위를 유지한다고 할 것임에도 불구하고, **원심판시와 같이 참가인이 김○○의 조합장 복귀 통지문을 반려하고, 김○○이 아닌 다른 조합원의 명의로 조합비 등의 일괄공제 요구를 할 것을 요청한 것은 조합장인 김○○의 노동조합활동을 방해하려는 의도에서 이루어진 것으로서 비록 이로 인하여 근로자의 단결권 침해라는 결과가 발생하지 아니하였다고 하더라도 지배·개입으로서의 부당노동행위에 해당한다고 할 것이다.**"

나) 조합원 자격 상실된 자에 대한 조합비 공제 중단

그러나, 노조탈퇴·해고·근로계약 만료 등으로 조합원 자격이 상실된 자에 대한 조합비 공제를 중단하는 것은 부당노동행위로 볼 수 없는데, 판례는 현업 과장은 사업주를 위하여 행동하는 자로서 조합원 자격이 없으므로 **사용자가 현업과장들을 노동조합에서 탈퇴시키기로 한 일련의 조치로서 조합비 공제를 취소한 것은 지배개입의 부당노동행위가 아니라고 함**[247]

다) 조합원의 요청에 따른 조합비 공제 중단

노동조합 임시총회 이후 조합원 간의 내부 갈등이 심한 상황에서 일부 조합원들의 요청에 따라 노동조합비의 공제를 보류하였다가 다음 달에 2개월분의 조합비를 일괄 공제하여 노동조합에 지급한 것을 지배·개입의 부당노동행위로 볼 수 없음[248]

【 서울행정법원 2009. 7. 1. 선고 2008구합46* 판결 】**

"사용자 회사의 노동조합이 2008. 2. 26. 임시총회를 개최하여 노동조합규약 개정, 노사협의회 위원 선출, 2008년 예산안 등을 결의한 후, 2008. 3. 7.자로 기업별 노조에서 OO노총 소속의 상급단체인 전국OO산업노동조합 OO기업분회로 조직형태를 변경한 사실, 박○○, 김OO 등 위 임시총회 결의에 반대하는 일부 조합원들이 2008. 3.경 비상대책위원회를 구성하고, 임시총회의 소집 및 결의절차 위반을 이유로 2008. 4. 4. 관할관청에 "노동조합 결의처분 시정명령 요청서"를 제출하고, 2008. 4.경 춘천지방법원에 '임시총회 결의 무효확인소송'을 제기한 사실, 사용자 회사는 위 임시총회에 반대하는 일부 조합원들이 자신들의 임금에서 노동조합비를 공제하여 노조에 지급하는 것을 반대한다는 이유로 2008. 3. 5. 조합원들의 임금에서 공제해야 할 노동조합비를 공제하지 않았다가 2008. 4. 11. 2개월분을 일괄공제하여 노동조합에 지급한 사실은 인정된다. 이러한 사실

247) 서울고등법원 2012. 1. 12. 선고 2011누24*** 판결
248) 서울행정법원 2009. 7. 1. 선고 2008구합46*** 판결

에 따르면 2008. 2. 26. 노동조합의 임시총회 이후 조합원 간의 내부 갈등이 심한 상황에서 일부 조합원들의 요청에 따라 2008. 3. 5. 조합원들의 임금에서 노동조합비의 공제를 보류하였다가 2008. 4. 11. 2개월분의 조합비를 일괄 공제하여 노동조합에 지급하였으므로 사용자 회사가 2008년도 3월분 조합비를 제 때에 공제하여 지급하지 않은 행위에 정당한 이유가 있어 이를 부당노동행위로 보기 어렵다."

라) 노노갈등 상황에서 신설노조에 대한 조합비공제 거부

복수노조 설립 후 노동조합들 간 조합원 변동과 조합비 공제 등 관련 갈등이 생긴 경우 신설노조의 조합비 공제요청에 대한 거부는 부당노동행위 아님[249]

【 서울행정법원 2013. 7. 3. 선고 2012구합41* 판결 】**

"1) 참가인 공사에 대한 부분

앞서 본 바와 같이 이 사건 단체협약 규정은 변동된 조합원 명단을 매월 5일까지 제출토록 하고 있는 점, 참가인 공사에 복수노조가 설립되면서 노동조합들 간에 조합원 변동과 조합비 공제 등과 관련하여 갈등이 발생하였고, 특히 원고 노동조합이 원고 노동조합을 탈퇴하고 신설 노동조합에 가입한 것으로 보이는 조합원에 대해서까지 계속하여 조합비 공제를 요청해 오고 있는 상황에서 **참가인 공사로서는 노동조합 가입 여부를 별도로 확인할 필요가 있고 여기에는 일정한 시간이 소요될 것으로 보여 매월 5일까지의 공제요청만을 당월 급여에 반영하는 것으로 업무처리 관행을 바꾼 것에는 합리적인 이유가 있다고 보이는 점, 참가인 공사는 이 사건 재가입자의 2012년 4월분 조합비를 2012년 5월분 급여에서 함께 공제해준 점, 참가인 공사가 이렇게 관행을 바꾼 이후에 신설 노동조합에 대해서만 5일 이후의 조합비공제 신청을 받아 주었다고 보이지 않는 점, 참가인 공사가 2010년 9월 및 10월 원고 노동조합의 조합비 공제요청을 거부한 90명 중 참가인 공사가 행정착오임을 시인한 23명 외에 나머지 근로자들이 당시 원고 노동조합을 탈퇴하지 않은 상태였다는 점에 대하여 원고는 증명하지 못하고 있고 위 23명의 경우도 이러한 일회적 사건만으로 참가인 공사에 부당노동행위의 의사가 있다고 추단하기 어려운 점** 등의 사정을 종합해 보면, 참가인 공사가 2012년 4월부터 관행을 바꿔 원고 노동조합의 이 사건 조합비공제 요청을 거부한 것이 원고 노동조합을 불리하게 취급하고 신설 노동조합을 지원하는 지배·개입행위라고 볼 수 없다."

2) 노동조합 자금 조달

사용자가 조합비에 대하여 가압류한 것으로 인한 경제적인 어려움을 타개하기 위하여 노동조합이 채권을 발행하자 사용자는 당시 지회가 임단협 미타결을 이유로

249) 서울행정법원 2013. 7. 3. 선고 2012구합41*** 판결

한 쟁의행위를 준비함에 있어 쟁의기금을 마련하려는 것으로 판단하고 이에 개입하려는 목적으로, 2회에 걸쳐 '지회 채권발행에 관한 회사입장 통보'라는 제목으로 '즉각 채권발행 행위를 중단하여 줄 것을 촉구합니다.', '사내에서의 채권발행 행위가 이루어지고 회사 직원의 업무수행에 지장을 초래하거나 근무시간 중 채권발행 행위가 발생할 경우 회사는 법과 사규에 따라 엄중 조치할 것임을 통보'한다는 내용의 공문을 발송하여 마치 실제 채권발행이 이루어질 경우 이에 관련된 지회 간부들에게 불이익을 부과할 것임을 고지함으로써 노동조합의 운영에 개입하는 경우 노동조합에 대한 지배·개입 행위로 인정함[250]

【 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도* 판결 】**

"회사의 조합비에 대한 가압류로 인해 경제적인 어려움을 겪고 있던 지회가 이를 극복하기 위한 방안으로 채권을 발행하기로 하자, 피고인 1, 2 등이 2회에 걸쳐 지회의 채권발행을 중단할 것을 촉구하고, 업무에 지장을 초래하는 채권발행이나 근무시간 중의 채권발행에 대하여 엄중 조치하겠다는 내용의 공문을 발송한 사실이 인정되고, 당시 노동조합의 경제적 상황과 회사 측 공문 내용 등에 비추어 보면 위와 같은 행위는 단순히 사용자의 입장에서 노사현안에 대한 의견을 개진하는 수준을 넘어 조합원 개개인의 판단과 행동, 노동조합의 운영에까지 영향을 미치려는 시도로서 노동조합의 운영에 개입하는 행위임을 충분히 인정할 수 있고, 이 사건에 있어 실제로 지회가 회사의 의견을 무시한 채 채권발행을 강행하여 사용자 측의 위와 같은 의사표명이 노조활동에 전혀 영향을 미치지 못하였다고 하더라도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하는 데 장애가 되지 아니한다고 판단한 것은 정당하다."

다. 사용자의 시설관리방법의 변경

1) 일반론

원래 사용자는 자신의 시설관리의 방법을 자유로이 변경할 수 있고, 그로 인하여 노동조합의 활동에 다소간의 불편이 초래되더라도 그것은 불가피한 것이라고 할 수 있으나, **그와 같은 시설관리방법의 변경이 구체적인 경우에 권리남용에 해당하는 때에는 노동조합의 운영에 대한 지배·개입이 될 수 있음**

어떠한 경우에 사용자의 시설관리방법의 변경이 권리남용이 되는가는 그 변경의 시기와 사유, 그 필요성과 그것이 노동조합활동에 미치는 일반적 또는 구체적 영향, 그 시설의 특성과 노동조합 운영과의 관련성, 사용자의 의도와 같은 관련 사항을 모

250) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도*** 판결

두 종합하여 판단하여야 하는 것으로서 예를 들어, 단체교섭의 결과로 또는 확립된 노사간의 관행에 의하여 노동조합이 사용자의 시설을 이용해 온 경우로서 그 시설이 노동조합의 운영에 긴요한 것이지만 기업의 운영에는 그다지 현저한 지장을 주지 아니하는 경우에는 원칙적으로 사용자는 노동조합의 시설이용을 수인하여야 할 것이므로, 그 같은 경우에 사용자가 일방적으로 노동조합의 시설이용을 거부하거나 종전의 관행을 파기하는 것은 노동조합의 운영에 대한 지배·개입행위가 된다고 할 것임

2) 구체적인 사례

사용자가 **노조사무실이 있는 승용공장 건물과 본관 건물 사이에 컨테이너박스로 바리케이드를 설치**한 것은 시설관리권에 기초한 정당한 업무집행으로서 노동조합 운영에 대한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판단함[251]

【 서울고등법원 2016. 3. 24. 선고 2015누60251 판결 】

"① 참가인 노조 지회 조합원들은 원고 회사와 장기간 대치하는 과정에서 노조사무실에 스피커를 설치하여 본관 건물을 향해 원고 대표이사 등을 노골적으로 비방하는 내용의 방송을 계속하여 내보내고, 정문을 출입하는 업무차량을 가로막거나 원고 회사 임직원들을 여러 차례 폭행하기도 하였는바, 원고는 참가인 노조지회 조합원들의 이 같은 불법행위를 최소화하고 상호간의 충돌을 방지하기 위하여 노조사무실이 있는 승용공장 건물과 본관 건물 사이에 컨테이너박스로 바리케이드를 설치한 것으로 보인다.

② 참가인들은 원고가 위와 같이 바리케이드를 설치함으로써 노조사무실 출입과 그 이용을 방해받고 있다고 주장하나, 참가인 노조지회 조합원들은 설치된 바리케이드와 관계없이 노조사무실에 자유로운 출입이 가능하고 다만 본관 건물과 직원 식당을 이용할 때 다소 우회를 해서 가야 하는 불편이 있을 뿐이다.

③ 이러한 원고의 바리케이드 설치는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약으로서 그로 인해 참가인 노조 지회의 활동에 다소간의 불편이 초래되었다고 하더라도 원고가 시설관리권을 남용한 것으로 보기 어렵다."

그러나 **노조사무실에 대하여 일방적으로 단전·단수 조치를 한 것**은 노동조합 운영에 대한 간섭 또는 방해행위로서 지배·개입행위에 해당한다고 봄[252]

【 서울고등법원 2016. 3. 24. 선고 2015누60* 판결 】**

"① 노조사무실은 노동조합의 운영에 필요한 긴요한 시설로서 정상적인 조합활동이 이루어지

251) 서울고등법원 2016. 3. 24. 선고 2015누60*** 판결
252) 서울고등법원 2016. 3. 24. 선고 2015누60*** 판결

기 위해서는 노조사무실에 전기와 물의 공급이 보장되어야 하는데, 원고는 참가인 노조와의 단체협약에 따라 상당 기간 참가인 노조 지회에 노조사무실을 무상으로 제공해 왔다.

② 그런데 원고는 2013. 9. 27. 참가인 노조에 단체협약 해지통보를 한 후 노조사무실을 인도하여 줄 것을 여러 차례 요청하였고, 참가인 노조가 이에 응하지 않자 2014. 4,경 노조사무실에 대하여 일방적으로 단전·단수 조치를 하였는바, 이로 인하여 참가인 노조는 정상적인 조합활동을 하는데 상당한 제약과 지장을 받았을 것으로 보인다.

③ 원고는 인도단행가처분 또는 인도소송 등의 법적인 절차를 통해 적절한 문제 해결을 시도하기도 전에 노조사무실에 대하여 단전·단수 조치를 감행하였고, 당시 단전·단수 조치가 불가피한 사정이 있다고 볼만한 사정도 엿보이지 않는다.

④ 또한 원고는 단체협약을 해지하기 전인 2013. 7. 20. 참가인 노조와 합의서를 작성하면서 조합 사무실 비품과 관련하여 조합의 업무수행이 가능하도록 협조할 것을 약속한 바 있다."

사무실 공간이 부족한 사용자가 노조사무실을 축소 이전할 것을 요구한 것은 부당노동행위에 해당하지 아니함[253]

【 서울행정법원 2015. 9. 3. 선고 2014구합75209 판결 】

"5) 조합사무실 축소 이전 요구의 부당노동행위 성립 여부

갑 제331호증, 을 제16 내지 18호증, 증인 박○○의 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 참가인은 사무실 공간 부족으로 상당한 어려움을 겪고 있었던 점, 참가인은 2010. 초순경 신관을 증축하였으나 사무실 공간부족 문제는 여전히 해결되지 않은 점, 이 사건 지부 사무실은 그와 같은 참가인의 공간 부족 상황을 고려하면 다소 여유가 있는 편인 점, 참가인이 새로이 마련해 주려고 한 이 사건 지부 사무실의 위치가 조합활동에 그다지 불리한 것으로 보이지 않는 점 등을 종합하여 보면, 참가인의 조합사무실 축소 이전 요구는 정당한 사유가 있는 것으로 보이고, 따라서 위 4)항에서 본 법리에 비추어 보면 참가인이 주장하는 조합사무실 축소 이전 요구 사유를 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없으므로, 이는 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없다."

파업 이후 사용자측이 노동조합측 홈페이지 접속 자체를 일괄 차단한 행위가 부당노동행위에 해당한다고 보았음[254]

【 서울행정법원 2004. 7. 22. 선고 2003구합32* 판결 】**

"원고 회사의 홈페이지 접속 차단에 관하여 보건대, 원래 사용자는 자신의 시설관리의 방법을 자유로이 변경할 수 있고, 그로 인하여 노동조합의 활동에 다소간의 불편이 초래되더라도 그것은 불가피한 것이라고 할 수 있으나, **그와 같은 시설 관리 방법의 변경이 구체적인 경우에 권**

253) 서울행정법원 2011. 12. 9. 선고 2011구합***판결
254) 서울행정법원 2004. 7. 22. 선고 2003구합3***판결

리남용에 해당하는 때에는 노동조합의 운영에 대한 지배·개입이 될 수 있으며, 어떠한 경우에 사용자의 시설 관리 방법의 변경이 권리남용이 되는가는 그 변경의 시기와 사유, 그 필요성과 그것이 노동조합 활동에 미치는 일반적 또는 구체적 영향, 그 시설의 특성과 노동조합 운영과의 관련성, 사용자의 의도와 같은 관련 사항을 모두 종합하여 판단하여야 하는 것으로서, 예를 들어, 단체교섭의 결과로 또는 확립된 노사간의 관행에 의하여 노동조합이 사용자의 시설을 이용해 온 경우로서 그 시설이 노동조합의 운영에 긴요한 것이지만 기업의 운영에는 그다지 현저한 지장을 주지 아니하는 경우에는 원칙적으로 사용자는 노동조합의 시설 이용을 수인하여야 할 것이므로, 그 같은 경우에 사용자가 일방적으로 노동조합의 시설 이용을 거부하거나 종전의 관행을 파기하는 것은 노동조합의 운영에 대한 지배·개입행위가 된다고 할 것이다. 이러한 관점에서 보면, 앞에서 인정한 바와 같이, **① 산업별 노동조합인 참가인 조합은 이 사건 파업 이전부터 전국에 흩어져 있는 조합원들에게 각종 공지사항이나 긴급한 사안에 대한 행동지침 등을 전달하기 위하여 인터넷 홈페이지를 활용하여 왔고, ② 원고 회사도 그 동안 근로자들이 회사의 컴퓨터를 이용하여 참가인 조합의 홈페이지에 접속하는 것을 아무런 제한 없이 허용하여 오다가, ③ 이 사건 파업 이후 원고 회사가 사무실 등의 업무용 컴퓨터뿐만 아니라 노동조합 사무실의 컴퓨터와 일부 사택에 설치된 컴퓨터의 홈페이지 접속마저 차단하였고**, ④ 이 사건 파업 전후를 비교하여 볼 때 근로자들의 참가인 조합 홈페이지 접속으로 인하여 파업 이후에 원고 회사의 운영에 더 많은 지장이 초래되었다고 볼 수 없는 점에 비추어 보면, 비록 이 사건 파업이 종료된 후에도 참가인 조합의 홈페이지에 원고 회사 및 그 경영진들의 명예를 훼손하는 내용의 글이 계속 게시되는 등의 사정이 있었다고 하더라도, 원고 회사가 근로자들의 참가인 조합 홈페이지 접속 자체를 일괄 차단한 것은 노동조합 운영에 대한 간섭 또는 방해행위로서 지배·개입에 해당한다고 할 것이다."

2.3 노동조합의 조합 활동에 대한 개입

정당한 쟁의행위 및 단체교섭 등에 관여하여 사용자의 의도에 맞게 조종하려는 행위, 쟁의행위 참석을 이유로 개별 조합원에게 불이익을 가하는 행위는 부당노동행위에 해당할 수 있음

대법원 판례에 따르면 회사의 대표이사나 전무가 일부 조합원들을 개별적으로 만나는 등의 방법으로 조합 운영위원회의 결의에 의해 시행되고 있는 준법운행에 참여하게 된 경위를 묻고 종전과 같은 방식으로 근무할 것을 종용하는 행위를 한 경우 부당노동행우에 해당한다고 본 사례가 있음[255]

【 대법원 1991. 12. 10. 선고 91누* 판결 】**

"원심은 노동조합법 제39조 제4호가 부당노동행위의 한 유형으로서, '근로자가 노동조합을 조

255) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91누*** 판결

직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 노동조합의 운영비를 원조하는 행위'를 규정하고 있는바, 앞에서 사실을 인정한 바와 같이 참가인회사의 대표이사나 전무가 원고조합의 일부 조합원들을 개별적으로 만나거나 원고조합의 결의에 불만을 품은 일부 조합원들을 모아서, 원고조합 운영위원회의 결의에 의하여 시행하고 있는 위 준법운행에 참여하게 된 경위를 묻고, 위 준법운행에 반대하여 종전과 같은 방식으로 근무할 것을 종용하는 등의 행위를 하고, 그 결과로 조합원들 중의 일부가 원고조합의 위 준법운행을 반대하고 종전과 같은 방식으로 근무할 것을 결의하는 등의 행위를 하게 되었다면, 참가인회사가 위와 같이 원고조합의 준법운행에 대항하여 한 행위는 위 법조 소정의 부당노동행위에 해당된다고 인정함이 상당하다고 판단하였는바, 노동조합법 제39조 제4호 등 관계법령의 규정내용에 비추어 볼 때, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 원심판결에 소론과 같이 판단을 유탈하거나 이유를 제대로 갖추지 못한 위법이나 법률을 잘못 해석한 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 논지도 이유가 없다."

가. 쟁의행위에 대한 개입

1) 파업참가자의 감사문답서 작성

파업참가자들의 쟁의행위 전후 태도에 관한 감사 문답서를 작성하여 징계양정의 자료로 사용한 행위는 **지배개입 행위에 해당하지 아니한다고 판단한 사례가 있음**256)

【 서울행정법원 2008. 10. 7. 선고 2007구합42*판결 】**

"다) 또한 이 사건에서 참가인이 원고 근로자들을 포함한 이 사건 파업 참가자에 대하여 감사를 통하여 쟁의행위 전후의 조합원들의 태도에 관한 자료를 수집하여 감사 문답서를 작성하고 이를 징계양정자료로 사용한 사실은 앞에서 본 바와 같으나, 감사 문답서의 질문내용에 노동조합에서의 직책, 파업 후 사업소 복귀 시간, 향후 불법파업 참석 여부에 관한 사항이 포함되어 있다고 하여 참가인에게 원고 발전노조의 조직 또는 운영을 지배하거나 개입할 의사가 있었다거나, 그러한 질문사항이 조합원의 양심의 자유를 침해한다고 볼 수 없고, 원고들 제출의 증거만으로는 참가인의 행위가 지배개입의 부당노동행위를 구성한다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다."

2) 파업 참가자들에 대한 행동기록표 작성 및 서약서 징수

파업이 끝난 직후 **파업참가자들에 대한 행동기록표**를 작성하고, 파업 종료 이후 업무에 복귀한 조합원들을 상대로 교육을 실시한 다음 일부 조합원들로부터 '이 사건 파업이 불법임을 인정하고, 앞으로 정당한 이유 없이 회사의 정상 조업을 방해하

256) 서울행정법원 2008. 10. 7. 선고 2007구합 42*** 판결

는 일체의 불법행위를 하지 않겠다'는 등의 내용으로 이루어진 **서약서**를 받았고, 회사측 간부들은 위 행동기록표나 등급분류 결과가 징계 양정에서 결정적인 역할을 할 것이라고 조합원들에게 공공연하게 말한 경우[257]는 지배개입의 부당노동행위에 해당한다고 보았음

【 서울행정법원 2004. 7. 22. 선고 2003구합32* 판결 】**

"다음으로 행동기록표의 작성에 관하여 보건대, 위와 같은 2002. 4. 5.자 '사장단 회의결과' 및 2002. 4. 7.자 '파업 종결에 따른 경영정상화 추진 기본계획'에 비추어 볼 때, 원고 회사는 징계양정의 자료로 활용하기 위한 목적뿐만 아니라 노동조합의 조직력을 파악하고 근로자들에 대한 사업소의 관리능력을 제고하기 위한 방편으로 파업 참가자들에 대한 행동기록표를 작성한 것으로 볼 수 있는 점, **실제로 원고 회사가 파업 참가자들에 대한 교육과 행동기록표의 작성 결과 등을 토대로 일부 조합원들로부터 서약서를 징구하였고, 회사간부들이 조합원들에게 행동기록표나 등급분류 결과가 징계 양정에서 결정적인 역할을 할 것이라고 공공연하게 말해 온 점, 행동기록표에 파업 참가자들의 그날그날의 특기사항뿐만 아니라 주로 노동조합의 주장에 대한 동조 여부를 기준으로 판단한 매일의 성향분석 결과가 기재된 점을 종합하여 보면, 원고 회사가 파업 참가자들에 대한 행동기록표를 작성한 행위 역시 노동조합 활동에 대한 간섭 또는 방해 행위로서,** 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호에서 정한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 할 수 있다."

3) 적법한 쟁의행위 중 근로자 신규채용

산업별 노동조합이 총파업이 아닌 사내하청지회에 한정한 쟁의행위를 예정하고 지회에 소속된 조합원을 대상으로 찬반투표를 실시하여 그 조합원 과반수의 찬성을 얻어 쟁의행위를 하자 사업주가 쟁의행위 기간 중에 근로자를 신규 채용한 사안[258]에서 적법한 쟁의행위 중 근로자 신규채용은 부당노동행위라고 판시함

【 대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두12* 판결 】**

"산업별 노동조합이 총파업이 아닌 사내하청지회에 한정한 쟁의행위를 예정하고 지회에 소속된 조합원을 대상으로 찬반투표를 실시하여 그 조합원 과반수의 찬성을 얻어 쟁의행위를 하자 사업주가 쟁위기간 중에 근로자를 신규 채용한 사안에서, 그 쟁의행위가 절차와 목적의 정당성이 없다며 사업주의 근로자 신규채용이 부당노동행위에 해당하지 않는다."

257) 서울행정법원 2004. 7. 22. 선고 2003구합32*** 판결
258) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두1*** 판결

4) 신원보증인들에게 불법쟁의 통지

불법 쟁의행위를 한 조합원들의 신원보증인들에게 '노동조합원 등의 불법행위로 인한 회사의 손해가 발생하여 신원보증인들에게 향후 책임을 물을 수 있다'는 내용의 통지를 한 경우[259]는 지배개입의 부당노동행위에 해당하지 않는다고 판시함

【 서울행정법원 2009. 11. 13. 선고 2009구합18* 판결 】**

"참가인 등이 일반 시민들을 상대로 원고 운행의 버스에 안전상 문제가 있는 것처럼 오인시켜 운행수입의 감소를 초래케 하거나 회사 기물을 파손하는 등의 행위는 근로조건의 유지·개선을 위한 적법한 쟁의행위로 볼 수 없고, 구체적인 손해액수를 떠나 그로 인한 원고의 재산상 손해 등 발생을 충분히 인정할 수 있는 점, **신원보증법상 신원보증인의 책임(피용자의 고의 또는 중과실로 인한 손해배상책임) 및 사용자의 신원보증인에 대한 통지의무(신원보증인의 책임을 야기할 우려가 있음을 안 경우 등에 있어 통지의무) 등에 비추어 참가인 등의 불법행위로 인해 손해가 발생하는 경우 그 신원보증인들에 대하여 해당 내용을 통지하는 것은 원고의 권리이자 의무이기도 한 점,** 참가인 등을 제외한 나머지 일부 조합원들(정○○, 김○규, 한○○, 남○○, 김○국, 박○○) 은 이 사건 통지가 있기 훨씬 전에 자진하여 조합에서 탈퇴하였던 관계로 이 사건 통지와 무관하다 할 것이고 달리 이 사건 통지로 인해 일부 조합원이 조합에서 탈퇴하였다고 볼 증거가 없는 점 등 제반사정에 비추어 볼 때, 신원보증계약 존속기간(원칙적으로 계약 성립일로부터 2년간 효력을 갖되 갱신할 수 있다)의 도과 여부를 떠나 원고가 이 사건 통지를 함에 있어 나름의 정당한 사유가 있는 것으로 보이고, 달리 이 사건 통지가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배·개입하고자 하는 부당노동행위 의사에 기인하여 이루어진 것이라고 단정할 수 없다."

나. 직장폐쇄

1) 직장폐쇄가 지배개입의 부당노동행위인 경우

위법한 직장폐쇄가 곧 바로 부당노동행위가 되는 것은 아니고, **직장폐쇄의 개시 내지 유지를 통해 노동조합의 조직력을 약화시키기 위한 의도 등 부당노동행위 의사 존재 여부에 따라 판단하게 됨**

가) 진정한 업무 복귀 의사표시에도 직장폐쇄를 유지한 경우

최근 대법원은 직장폐쇄의 개시 자체는 정당하다고 할 수 있지만, 어느 시점 이후에 근로자가 쟁의행위를 중단하고 진정으로 업무에 복귀할 의사를 표시하였음에도 사용자가 직장폐쇄를 계속 유지하면서 근로자의 쟁의행위에 대한 방어적인 목적에

259) 서울행정법원 2009. 11. 13. 선고 2009구합18*** 판결

서 벗어나 적극적으로 노동조합의 조직력을 약화시키기 위한 목적 등을 갖는 **공격적 직장폐쇄의 성격으로 변질**되었다고 볼 수 있는 경우 지배개입의 부당노동행위에 해당한다고 판시하였음[260]

【 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013도7* 판결 】**

한편 근로자의 쟁의행위 등 구체적인 사정에 비추어 직장폐쇄의 개시 자체는 정당하다고 할 수 있지만, 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 변질되었다고 볼 수 있는 경우에는, 그 이후의 직장폐쇄는 정당성을 상실한 것으로 보아야 한다(대법원 2016. 5. 24. 선고 2012다85* 판결 등 참조).**

원심은 그 채택 증거들에 의하여, ① 공소 외 주식회사(이하 '공소 외 회사'라 한다)가 ○○○○노동조합△△지부 공소 외 회사 지회(이하 '공소 외 회사 지회'라 한다)의 태업에 대항하여 2007. 9. 21. 조합원들을 대상으로 직장폐쇄를 단행한 사실, ② 2007. 11. 29. 이후에도 피켓시위나 구호연호 등은 있었으나, 공소 외 회사 지회에 의한 불법적인 쟁의행위는 일어나지 않은 사실, ③ 공소 외 회사는 2007. 11. 말경부터 사무직 근로자들을 생산라인에 투입하여 대체생산을 한 사실, ④ 공소 외 회사 지회는 2007. 12. 28. '현장으로 복귀하여 근무하겠다.'는 내용인 조합원 56명의 자필 '근로의사표명서'를 첨부하여 공소 외 회사에 발송한 것을 비롯하여 2007. 12. 31.부터 2008. 3. 17.까지 약 44여 회에 걸쳐 위와 같은 내용의 문서를 보냈는데, 공소 외 회사는 '직장폐쇄 철회를 원한다면 공식적 입장을 통해 불법파업을 인정하고 향후 매각반대 등 목적을 위하여 폭력과 파괴를 동반한 불법파업을 하지 않겠다는 점을 명확히 하라.'는 입장만을 여러 차례 밝힌 사실, ⑤ 대전지방노동청□□지청은 2008. 1. 21. 공소 외 회사에 대하여 노동조합이 조업복귀의사를 명확히 한 경우 직장폐쇄를 해제해야 한다는 내용의 행정지도를 하고 그 직장폐쇄 해제 지시에 따르지 않음을 이유로 2008. 2. 25.부터 3일간 특별근로감독을 실시한 사실, **⑥ 공소 외 회사 지회의 수석지부장이 2008. 3. 6. 피고인과의 대질조사에서 '업무복귀의 의미가 쟁의행위 이전과 같이 근무하겠다는 의사'임을 분명히 하였음에도 공소 외 회사는 2008. 4. 7.에 이르러서야 직장폐쇄를 철회한 사실 등을 인정한 다음, 위 직장폐쇄 기간 중 조합원들의 경제적 어려움이 가중된 점, 조합원들이 제출한 자필 '근로의사표명서'의 진정성을 의심할 근거가 없고 피고인은 그 진의 확인을 위한 면담 등의 절차를 진행한 적도 없는 점,** 공소 외 회사가 직장폐쇄 철회를 거부한 이유가 정당하다고 볼 수 없는 점 등 판시 사정을 종합하여 보면, **2007. 12. 28. 이후의 직장폐쇄는 공소 외 회사에 유리한 방향으로 협상을 이끌기 위한 목적에서 비롯된 공격적 직장폐쇄로서 방어수단을 넘어선 것이고, 피고인이 조합원들의 개별적 근로의사표명이 시작된 2007. 12. 28. 이후에도 계속하여 직장폐쇄를 유지한 것은 노동조합의 운영에 지배·개입할 의사에 기한 부당노동행위에 해당한다고 판단하여,** 그로 인한 노동조합법 위반의 공소사실을 유죄로 인정하였다."

260) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013도7*** 판결

나) 선제적 직장폐쇄

쟁의행위를 시작하기도 전에(파업 출정식을 하기도 전에) 직장폐쇄를 한 것은 쟁의행위에 대한 방어적인 목적을 벗어나 적극적으로 참가인의 조직력을 약화시키기 위한 목적 등을 갖는 선제적, 공격적 직장폐쇄에 해당하여 정당하지 못하다고 판단함[261]

【 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003두1* 판결 】**

"원고 회사는 피고 보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)이 이른바 '파업출정식'을 하기도 전인 2000. 8. 15. 회사 정문을 폐쇄하는 한편, 같은 날 22:00경 참가인 분회장인 오○○을 비롯한 조합원 3인이 예정대로 차량을 배차받기 위하여 회사 앞으로 나왔다가 정문이 폐쇄된 것을 발견하고는 수회에 걸쳐 원고 회사 배차담당직원에게 전화를 걸어 배차를 요구하면서 다음날 파업출정식을 거행하는 1~2시간을 제외하고는 승무할 의사가 있음을 분명히 표시하였음에도 불구하고, 원고 회사가 배차를 거부한 채 다음날인 같은 달 16. 청주시에 조합원들이 운행하는 소수의 차량에 한하여 부분직장폐쇄신고를 하였고, 이에 대하여 청주시가 참가인의 쟁의행위가 있기도 전에 먼저 직장폐쇄를 하였음을 이유로 신고서를 반려하였고, 그 후 수회에 걸쳐 참가인은 물론 청주지방노동사무소도 원고 회사에 배차 및 노무수령을 촉구하였으나, 원고 회사는 이에 응하지 아니한 채 비조합원들에게만 차량을 배차하여 사업을 계속 영위하면서 참가인의 교섭요구에 대하여는 통지서의 수령조차 거부하거나 교섭장소에 불참하는 등으로 교섭에 거의 응하지 아니하다가, 청주시로부터 허가 없이 사업을 일부 휴지하였다는 등의 이유로 감차명령 및 과징금부과 등의 제재처분을 받는 한편, 참가인이 쟁의행위를 개시하기 전에 선제적으로 직장폐쇄를 하고, 이와 같이 불법적인 직장폐쇄로 인한 휴업기간에 근로자들에게 휴업수당을 지급하지 아니하는 등으로 노동조합 및 노동관계조정법과 근로기준법을 위반한 데 대하여 유죄의 확정판결을 받았음을 알 수 있는바, 우선 원고 회사의 직장폐쇄는 참가인의 쟁의행위가 개시되기 전에 이미 행해졌다는 점에서 노동조합 및 노동관계조정법 제46조 제1항에 위배될 뿐만 아니라, 나아가 위와 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 참가인의 쟁의행위에 대한 방어적인 목적을 벗어나 적극적으로 참가인의 조직력을 약화시키기 위한 목적 등을 갖는 선제적, 공격적 직장폐쇄에 해당하므로 그 정당성이 인정될 수 없다 할 것이다."

2) 직장폐쇄 중 노조사무실 출입 통제

직장폐쇄 기간 동안 노동조합 사무실 출입을 통제하는 것은 조합원들의 노동조합 운영을 지배하거나 이에 개입하는 행위에 해당한다고 보았음[262]

261) 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003두1***판결
262) 대전지방법원 2009. 10. 20. 선고 2009노1*** 판결

【 대전지방법원 2009. 10. 20. 선고 2009노1* 판결 】**

"원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인은 2007. 9. 21. 노조원들의 쟁의행위에 대항하여 이 사건 직장폐쇄를 단행하였는바, 이 사건 사업장 건물은 _층 건물로 이루어져 있는데 _층에는 식당, 휴게실, 총무과, 회의실 등이 있고, _층에는 생산시설, 남자휴게실 등이 있으며, _층에는 조합사무실, 창고, 남자휴게실 등이 있는 구조로 _층 조합사무실에 들어가기 위하여서는 _층 현관을 통해 생산시설이 있는 _층을 거쳐 건물 내 계단으로 올라가는 방법과 건물 외벽에 설치되어 있는 비상계단을 통해 올라가는 방법이 있는 사실, 직장폐쇄 당시 피고인은 용역경비원을 이용하여 _층 현관문을 통제하였고, 비상계단 _층에서 _층으로 올라가는 중간에 철문을 설치하고 출입을 봉쇄하였으며, 위 사업장 _층 출입문과 각 층 출입문 한 곳씩을 제외한 모든 출입문을 용접하거나 쇠사슬을 설치하여 폐쇄하였고, 출입금지 안내문과 직장폐쇄공고문을 조합사무실 옆에 부착하도록 하는 한편, 직장폐쇄 이후에는 회사 정문조차 용접한 사실, 2007. 9. 21. 직장폐쇄 소식을 들은 조합원 남○○는 조합사무실에 출입하려고 하였으나 용역경비원들로부터 제지를 받았고, 2007. 9. 28. 조합원 박○○은 조합사무실에 있는 물건을 가지고 나오기 위하여 용역경비원을 대동하여 조합사무실에 들어갈 수밖에 없었던 사실, 피고인의 이러한 직장폐쇄에 대항하여 일부 노조원들이 회사간부들을 폭행하고 생산시설을 점거하는 등 폭력행위를 한 사실을 인정할 수 있다.

직장폐쇄란(lock-out)란 "사용자가 근로자측의 쟁의행위에 대항하여 근로자에 대하여 노무의 수령을 거부하는 행위"로 노동조합 및 노동관계조정법에 규정되어 있다. 일반적으로 힘의 우위에 있는 사용자에게 쟁의권을 인정할 필요는 없다 할 것이나, 개개의 구체적인 노동쟁의의 장에서 근로자측의 쟁의행위로 노사간에 힘의 균형이 깨지고 오히려 사용자측이 현저히 불리한 압력을 받는 경우에는 사용자측에게 그 압력을 저지하고 힘의 균형을 회복하기 위한 대항·방위의 수단으로 쟁의권을 인정하는 것이 형평의 원칙에 맞다고 할 것이므로(대법원 2000. 5. 26. 선고 98다34*** 판결 참조) 사용자의 쟁의행위로서 직장폐쇄를 인정할 필요성이 있다. 그러나 사용자의 직장폐쇄는 근로자의 쟁의행위에 대항하여 노사 간의 실질적인 대등을 확보하기 위하여 인정되는 것이고, 일반적으로 노사관계에 있어서 근로자는 사실상 약자의 위치에 있으며, 근로자의 쟁의행위가 헌법상 노동3권에 의하여 보장되어 있는 것과는 달리 직장폐쇄는 노동조합 및 노동관계조정법을 근거로 하고 있고, 위 법에서도 노동조합이 쟁의행위를 개시한 경우에만 직장폐쇄를 할 수 있도록 그 요건을 제한하고 있는바, 이러한 현행법의 체계상 직장폐쇄는 방어적·대항적으로만 사용하여야 하고, 이를 넘어서는 경우라면 그 정당성이 인정될 수 없다고 할 것이다. 따라서 직장폐쇄의 효과로서 사업장의 출입을 제한할 수 있다고 하더라도, 직장폐쇄는 근로자의 쟁의행위와 조화를 이루는 범위 내에서 방어적으로 이루어져야 하고 근로자들의 단결권을 최소한으로 침해하는 한도 내에서만 행사되어야 할 것이므로 직장폐쇄를 할 경우에도 **사업장 내의 노조사무실 등 정상적인 노조활동에 필요한 시설, 기숙사 등 기본적인 생활근거지에 대한 출입은 허용되어야 하고, 노조사무실의 위치 등 제반 사정을 보아 다른 시설의 점거 및 생산활동의 저해가 우려되는 상황인 경우에만 그 출입을 제한 또는 금지할 수 있다고 할 것이다.**

그런데 위에서 인정한 사실에 비추어 보면, 피고인은 조합원들이 조합사무실에 출입하는 것조차 통제하는 방식으로 직장폐쇄를 단행하였는데, 다른 시설의 점거 및 생산활동의 저해가 우려되어 조합사무실의 출입을 통제하지 않으면 안 될 만한 사정은 기록상 보이지 않는다.

피고인은 3명 정도의 조합원이 출입하는 것을 허용하였으므로 조합사무실의 출입을 통제한 것이 아니라고 주장하나 위에서 인정한 사실에 의하면 조합원들의 조합사무실 출입이 실질적으로 통제된 것으로 봄이 타당하고 비록 일부 조합원들이 폭력적인 방법으로 쟁의행위를 하거나 생산시설을 점거하긴 하였으나, 그러한 폭력행위는 피고인의 조합사무실 출입통제에서 비롯되었던 것으로 보이고, 이러한 불법적인 쟁의행위가 피고인의 조합사무실 출입통제 이전부터 있었던 것으로 보이지 않는다. 그렇다면 위와 같이 조합사무실의 출입을 실질적으로 통제하는 것은 조합원들의 기본적인 단결권을 침해하는 것으로 조합원들의 노동조합 운영을 지배하거나 이에 개입하는 행위라고 할 것이고 정당행위를 넘어선 것이다."

3) 파업종료 확인서 서명 요구

노동조합의 파업 경위, 금융기관이라는 사업장의 특수성, 경영개선명령을 받은 긴박한 경영상의 위기 등에 비추어, 사용자가 업무에 복귀하려는 노동조합원들의 진의를 확인한 후 **직장 폐쇄 유지를 결정할 필요성 때문에 노동조합원들에게 파업종료 확인서에 서명을 요구한 경우 등은 부당노동행위에 해당하지 않는다고 보았음**[263]

【 대법원 2005. 6. 9. 선고 2004도7* 판결 】**

"원심은, 전국○○○협동조합노동조합 (지역명 생략)(이하 '공소 외 ○○노조'라 한다)가 2001. 12. 말경부터 33차례에 걸쳐 사용자인 (지역명 생략)○○○협동조합(이하 '공소 외 ○○'이라 한다)과 임금단체협약에 관한 교섭을 하여 오다가 타 조합과의 합병에 수반된 고용안정 부분에 관하여 교섭이 결렬되자 2002. 11. 7. 파업을 시작하였고, 이에 대응하여 사용자인 공소 외 ○○도 같은 해 11. 12. 전북지방노동위원회와 (지역명 생략) 시청에 직장폐쇄신고를 한 점, 당시 공소 외 ○○은 부실조합으로 지정되어 농림부장관으로부터 2002. 10. 10.까지 '부실자산처분, 지사무소 폐쇄, 인력감축(정규직 20%), 조합원의 출자금 감액' 등을 내용으로 한 경영개선을 실시한 후 타 조합과 합병하라는 경영개선명령을 받아 긴박한 경영상의 위기상황에 처해 있었기 때문에 신속하게 농림부장관의 경영개선명령에 따른 조치들을 이행하여야 할 상황이었음에도, 공소 외 ○○노조는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 단체교섭 대상이 될 수 없는 합병에 따른 근로자들의 신분보장, 고용안정 등을 단체교섭의 주된 요구사항으로 주장하면서 이러한 요구사항이 받아들여지지 아니하자 전면파업을 실시한 점, 공소 외 ○○노조는 2002. 11. 14. 전면파업에서 노조 부지부장을 제외한 나머지 파업참가 조합원들이 업무에 복귀하는 내용의 부분파업으로 파업형태를 변경하기로 하고 이를 공소 외 ○○에 통지하였으나, **파업을 전면적으로 철회하는 것인지 여부를 확인하기 위하여 파업종료확인서를 작성해 달라는 피고인의 요구를 거부하면서 업무에 복귀하지 않았고, 과거 공소 외 ○○노조의 파업태양 등에 비추어 언제든지 다시 전면파업으로 진행될 개연성이 높았으며, 실제로 2002. 11. 26. 직장폐쇄 종료 후에도 공소 외 ○○노조원들은 정시출근 등을 통한 준법투쟁, 익산○○○협동조합 앞에서의 합병반대집회, 업무에 복귀하였던 노조원 공소 외 1의 파업 참가 등으로 쟁의행위를 계속한 점, 공소 외 ○○의 경우 사업장이 금**

263) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2004도7*** 판결

융기관이라는 특수성 때문에 업무의 연속성과 철저한 보안이 필수적이었던 점 등을 종합하면, 피고인이 업무에 복귀하고자 하는 노조원들의 진의를 확인한 후 직장폐쇄 유지 여부를 결정할 필요성 때문에 노조원들의 진정한 의사를 확인하는 차원에서 파업종료 확인서에 서명을 요구한 것이 노조원들에게 부당한 요구를 한 것이거나 노동조합의 조직과 운영에 개입하기 위한 것으로 보이지 않으므로, 노조원들의 업무복귀 의사를 확인할 수 없다고 하여 직장폐쇄를 계속 유지한 것이 위법하다고 볼 수 없고, …(생략)…

다. 노조전임자 복귀명령

노조전임자 등에 대하여 그들의 쟁의행위 등 정당한 조합활동을 혐오한 나머지 조합활동을 곤란하게 할 목적으로 **원직복귀명령을 하였다면** 이는 사용자의 고유인사권에 기한 정당한 조치라 볼 수 없고, 또한 노조의 조직과 운영에 지배, 개입하는 행위로서 부당노동행위에 해당한다고 보았음[264]

【 대법원 1991. 5. 28. 선고 90누6* 판결 】**

"부당노동행위제도의 목적은 근로자의 단결권 등 근로3권의 보장에 있다할 것이므로 노동조합업무의 전임자나 노조간부 등의 조합활동상의 불이익도 노동조합법 제39조 제1호 소정의 불이익취급의 한 유형에 해당한다 할 것이고 노조전임자 등에 대하여 그들의 쟁의행위 등 정당한 조합활동을 혐오한 나머지 조합활동을 곤란하게 할 목적으로 원직복귀명령을 하였다면 이는 사용자의 고유인사권에 기한 정당한 조치라고는 볼 수 없고 노동조합법 제39조 제1호, 제5호 소정의 부당노동행위에 해당한다고 봄이 상당하고 또한 노조의 조직과 운영에 지배, 개입하는 행위로써 같은 조 제4호 소정의 부당노동행위에도 해당한다고 보아야 할 것이다.

원심이 이와 같은 취지에서 소외 이○○이 원고조합의 노조업무 전임자임을 전제로 하여 동인에 대한 원직복귀 명령은 동인의 원고조합에서의 직책, 쟁의기간 중의 활동 내용, 참가인회사의 쟁의기간 중 원고조합 및 동인에 대한 대응태도, 동인에 대한 처분의 시기 및 절차, 참가인회사의 규모 및 경영상태 등에 비추어 동인의 쟁의행위 등 정당한 조합활동을 혐오한 데서 나온 보복행위인 동시에 원고조합의 운영에 지배 또는 개입하는 행위라고 봄이 상당하다하여 이를 노동조합법 제39조 제1호, 제4호 및 제5호 소정의 부당노동행위라고 판시한 것은 정당하고 거기에 소론과 같은 부당노동행위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다."

라. 노동조합의 대외적 활동 방해

사용자가 단체교섭이나 쟁의행위와 같이 노동조합과 사용자 사이의 관계에서 직접 문제되는 행위가 아닌 노동조합의 다른 **대외적 활동을 문제삼아 조합활동에 간**

264) 대법원 1991. 5. 28. 선고 90누6*** 판결

섭 방해하는 경우, 판례는 사용자가 **예산상 비위를 고발한 조합원들을 상대로 질문서에 대한 답변을 요구하고 이에 응하지 않을 경우 무고로 조치하겠다고 위협**하여 일부 조합원들이 탈퇴에 이른 사안에서 지배개입의 부당노동행위를 인정함[265]

【 서울행정법원 2005. 9. 15. 선고 2005구합7* 판결 】**

"(가) 일반적으로 사용자가 근로자를 징계하기에 앞서 그 혐의사실에 대하여 조사가 필요하므로 이를 위하여 질문서를 작성하여 사실관계를 확인하는 것 자체는 특별한 사정이 없는 한 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호에서 정한 부당노동행위가 성립한다고 보기 어려우나, 질문서가 행하여진 상황, 장소, 그 내용, 방법, 노동조합의 운영이나 활동에 미친 영향 등을 종합하여 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정되는 경우에는 부당노동행위가 성립한다 할 것이다(대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8*** 판결 참조)

(나) 그런데 위 인정사실에서 나타나는 바와 같이, 참가인조합이 원고학원의 학사운영 등에 대한 문제점을 원고학원과 대화를 통하여 개선하는 등의 노력을 취하지 아니한 채 관할청인 서울특별시 교육청에 직접 민원을 제기한 점은 그 절차적 적정성에 의문을 가질 수도 있다. 그러나 그렇다고 하더라도 사립학교법이 제29조 제4항에서 학교의 회계예산은 당해 학교의 예산·결산자문위원회의 자문을 거쳐 학교의 장인 편성하여 학교법인의 이사회가 심의·의결하고 학교의 장이 집행한다고 규정하고 있고, 같은 조 제5항에서 사립학교의 예산회계를 위하여 교직원으로 구성된 예산·결산자문위원회를 둔다고 규정하고 있으며, 제31조 제1항에서 학교법인은 대통령령이 정하는 바에 의하여 매회계년도 개시 전에 예산을 매회계년도 개시 후에는 결산을 관할청에 제출하여야 하고, 제2항에서 관할청은 제1항의 예산이 부당하게 편성되었다고 인정할 때에는 그 시정을 지도할 수 있으며, 제3항에서 학교에 속하는 회계의 결산은 회계연도 종료 후 예산·결산자문위원회의 자문을 거쳐야 한다는 규정을 둔 것은 사립학교에 있어서 그 회계예산 운영의 투명성을 제고하기 위한 것으로 풀이되는 점에 비추어 볼 때, 참가인 조합의 조합원들이 원고학원의 회계예산 운용상의 문제점을 개선하기 위하여 관할청에 지도·감독을 바란다는 민원을 제기한 것이 참가인조합의 정당한 조합 활동의 범위를 벗어난 것이라고 볼 수는 없다 할 것이고, 원고학원은 C중학교 등의 재정적 운영과 관련하여 참가보조인과 서로 의견대립이 있었으며 그런 과정에서 서울특별시 교육청으로부터 특별감사를 받아 다수의 위반사항에 대한 지적을 받는 등 관계가 악화되어 있었던 점, **원고학원은 민원 제기와 관련하여 C중학교 등의 교장들에게 이를 주도한 자와 단순 가담한 자를 분류하도록 지시를 내리고 이에 대한 방법으로 문답서를 제출하도록 요구한 점, 원고학원이 작성한 질문서에는 조합원들이 제기한 민원 내용이 모두 허위라는 전제 하에 민원을 제기한 사실을 확인하는 차원을 넘어서서 허위의 민원을 제기한 이유, 민원을 제기하여 물의를 일으켜 학교의 명예를 훼손시킨 의도 등을 묻는 공격적 내용들이 다수 기재되어 있으며, 이러한 질문에 대하여 답변을 하지 아니하였을 경우 허위사실의 민원을 제기한 것을 인정하는 것으로 간주하여 그에 따른 법적인 절차를 취하겠다고 함으로써 답변 여부에 따라 조합원들에게 불이익 조치를 취할 것임을 예고하기까지 하고 있는 점,** 나아가 원고학원은 민원을 제기한 조합원들 중 C분회의 분회

265) 서울행정법원 2005. 9. 15. 선고 2005구합7*** 판결

장 등에 대하여 사문서위조죄 등을 이유로 하여 형사고소를 한 점 및 이 사건 질문서 작성 요구행위 등이 이루어지는 과정에서 조합원 3명이 참가인조합을 탈퇴한 점 등 이 사건 질문서 작성 요구행위에 이르게 된 경위, 그 내용 및 참가인조합의 운영이나 활동에 미친 영향을 종합하여 보면, **원고학원의 이 사건 질문서 작성 요구행위는 조합원으로 하여금 조합 활동에 대한 참여를 위축시키고 노동조합의 조직력 약화라는 결과를 초래함을 목적**으로 하여 참가인조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입할 의사에 의한 것이라 할 것이므로, 이는 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호 소정의 부당노동행위에 해당한다 할 것이다. 이에 반하는 원고학원의 주장은 받아들일 수 없다."

2.4 노동조합 활동에 대한 사용자의 혐오 발언

가. 판례의 입장

사용자가 연설, 사내방송, 게시문, 서한 등을 통하여 의견을 표명할 수 있는 언론의 자유를 가지고 있음은 당연하나, **그것이 행하여진 상황, 장소, 그 내용, 방법, 노동조합의 운영이나 활동에 미친 영향 등을 종합하여 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정되는 경우 부당노동행위가 성립**[266]

【 대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8* 판결 】**

"사용자가 연설, 사내방송, 게시문, 서한 등을 통하여 의견을 표명할 수 있는 언론의 자유를 가지고 있음은 당연하나, 그것이 행하여진 상황, 장소, 그 내용, 방법, 노동조합의 운영이나 활동에 미친 영향 등을 종합하여 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정되는 경우에는 법 제39조 제4호에 정한 부당노동행위가 성립한다고 볼 것이다(대법원 1991. 12. 10. 선고 91누*** 판결, 1994. 12. 23. 선고 94누3*** 판결 등 참조). 기록에 의하면, 이 사건 조합의 조합원들이 연명으로 1995. 12. 5. 원고의 대표자인 회장 소외 이○○ 등을 업무상횡령혐의로 수사기관에 고소함으로써 원고와 이 사건 조합간의 갈등이 형사문제로 비화된 사실을 알 수 있고, 이러한 상황 속에서, 원심이 적법하게 인정한 사실과 같이, 위 이○○이 1995. 12. 29. 종무식상에서 전직원을 상대로 원고 조직의 성질상 태어나지 말아야 할 노동조합이 생겼으며, 자신을 포함한 우리 모두가(감독관청인 국방부에 대하여) 노동자인 것이고, 원고 조직의 성격상 노조활동에는 한계가 있다고 보며, 계속하여 분쟁이 야기되어 전직원으로부터 사표를 받고 공개채용으로 다시 충원해야 하는 일이 없기 바란다는 취지로 발언한 것은, 이 사건 조합을 부인하는 태도를 명백히 함과 동시에 조합활동이 계속되는 경우 직원의 신분이 박탈될 수도 있다는 신분상의 불안감을 느끼게 하여 조합활동을 위축시킴으로써 조합의 조직과 활동에 영향을 미치고자 하는 의도임이 충분히 인정되므로, 원심이 위 연설행위를 법 제39조 제4호에 정한 부당노동행위로 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 부당노동행위에 대한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다."

266) 대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8*** 판결

사용자의 의견 표현 중 어떠한 내용을 노동조합의 조직운영에 관한 지배개입 행위로 볼 것인지가 문제인데, 대법원 판례는 사용자의 발언 등에 "징계 등 불이익의 위협 또는 이익제공의 약속 등이 포함되어 있거나 다른 지배개입의 정황 등 노동조합의 자주성을 해칠 수 있는 요소가 연관되어 있지 않는 한, 사용자에게 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 있다고 가볍게 단정할 것은 아니라 할 것이다"라고 판시[267]하여 **'불이익의 위협 또는 이익제공의 약속'** 이라는 일정한 기준을 제시한 바 있음

나. 구체적인 사례

1) 부당노동행위로 인정된 경우

노동조합과의 갈등관계가 지속되던 상황에서 사용자가 조합원과 노동조합의 활동에 강한 반감이나 비난을 드러내는 유인물을 배포하고, 근로자로 하여금 이를 낭독하게 하였다면 지배·개입의 부당노동행위 의사를 인정할 수 있다고 한 사례가 있음[268]

【 대법원 2003. 6. 24. 선고 2003두4133 판결 】

"사용자가 연설, 사내방송, 게시문, 서한 등을 통하여 의견을 표명할 수 있는 언론의 자유를 가지고 있음은 당연하나, 그것이 행하여진 상황, 장소, 내용, 방법, 노동조합의 운영이나 활동에 미친 영향 등을 종합하여 볼 때 그 의견표명에 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 있다고 인정되는 때에는 부당노동행위가 성립한다(대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8076 판결 참조).

위 유인물의 내용이 노조원과 노동조합의 활동에 강한 반감이나 비방을 드러내는 것이고, 당시 노조원의 승진누락이나 사용자 측에 의한 노동조합 탈퇴종용 등의 문제와 관련하여 노동조합과의 갈등관계가 지속되던 상황에서 사용자가 그와 같은 유인물을 배포하고 간호사들로 하여금 인수인계 낭독하게 한 점 등의 여러 사정에 비추어 볼 때, 위 유인물의 작성, 배포 등 행위에는 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 있음을 인정할 수 있다."

원고 전무이사가 직원회의에서 공개적으로 **'노동조합 때문에 회사를 정리할 수도 있다'는 취지의 발언**을 하고 특정인의 잘못을 일반화하여 노동조합을 원색적으로 비난한 경우[269]는 지배개입의 부당노동행위에 해당한다고 보았음

267) 대법원 2013. 1. 10. 선고 2011도15*** 판결
268) 대법원 2003. 6. 24.자 2003두4*** 판결
269) 서울행정법원 2015. 11. 12. 선고 2015구합60*** 판결

【 서울행정법원 2015. 11. 12. 선고 2015구합60* 판결 】**

"(나) 이 사건에 관하여 보건대, 앞서 인정한 사실과 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 이○○ 전무이사가 한 이 사건 각 발언행위는 참가인의 노동조합 활동에 대하여 단순히 비판적 견해를 표명한 것을 넘어 원고 소속 근로자들이 이 사건 노동조합에 가입하여 활동하는 것을 방해하기 위한 의도로 행하여진 것으로서 '노동조합 및 노동관계조정법' 제81조 제4호에서 정한 노동조합의 운영에 관한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 봄이 타당하고, 이 사건 각 발언행위에 관하여 부산지방검찰청이 원고와 이○○ 전무이사의 노동조합 및 노동관계조정법 위반 혐의에 대하여 불기소처분을 한 사정은 이와 같은 인정에 방해가 되지 아니한다.

① 원고의 이○○ 전무이사가 한 이 사건 각 발언은 원고가 이 사건 노동조합과 약 4개월에 걸친 단체협약 교섭과정에서 상당한 갈등을 빚고, 원고 소속 근로자로서 이 사건 노동조합의 유일한 조합원인 참가인이 원고의 부당해고로부터 복직을 하자마자 다른 근로자들을 상대로 이 사건 노동조합에 대한 홍보 및 가입 권유 등의 조합 활동을 재개하기 시작한 직후에 이루어졌다.

② 이○○ 전무이사가 2014. 6. 27. 직원회의에서 한 제1 발언은 '노동조합 때문에 회사를 정리할 수도 있다'는 취지의 것으로 근로자들이 노동조합 가입 및 활동을 하는 경우 원고 회사의 폐업을 고려할 수도 있음을 암시하여 근로자들로 하여금 실직자가 될 수도 있다는 신분상의 불안감을 조성함으로써 노동조합의 조직과 활동을 위축시키고자 하는 의도에서 비롯된 것으로 보인다.

③ 이○○ 전무이사가 2014. 6. 30. 직원회의에서 한 제2 발언 또한 특정인의 잘못을 일반화하여 이 사건 노동조합을 원색적으로 비난한 것으로서 근로자들에게 노동조합에 대한 부정적인 시각과 노동조합이 필요 없는 존재임을 인식시키고 이를 통해 노동조합의 단결력 내지는 교섭력을 약화시킬 목적으로 발언한 것으로 보인다.

④ 더욱이 이○○ 전무이사는 원고 대표이사의 아들이고 직원회의를 하던 중 공개적으로 이 사건 각 발언을 함으로써 당시 직원회의에 참석한 근로자들로서는 이○○ 전무이사가 한 이 사건 각 발언에 의하여 향후 노동조합 가입 여부 등을 결정하는 데 있어 상당한 영향을 받았을 것으로 보인다."

사용자가 **이메일에서 쟁의행위 찬반투표를 자신에 대한 신임투표로 간주하고, 조합원들이 파업을 선택하면 깨끗이 병원장 자리에서 물러나겠다고 한 경우**[270]는 지배개입의 부당노동행위에 해당한다고 보았음

【 서울행정법원 2011. 9. 22. 선고 2011구합16* 판결 】**

"위 인정사실과 갑 1(각 가지번호 포함) 내지 3호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 인정할 수 있는 아래의 사정을 종합하면, B대학교 E병원장의 이 사건 각 이메일 발송행위는 쟁의행위 찬반투표결과에 영향을 미칠 의도로 행하여진 것으로서 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호에서 정한 노동조합의 운영에 관한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 봄이 옳다. 따라서

270) 서울행정법원 2011. 9. 22. 선고 2011구합16*** 판결

이와 결론을 같이 한 이 사건 재심판정은 적법하다.

(가) B대학교 E병원장이 전체 직원들에게 쟁의행위 찬반투표(투표시간 : 2010. 10. 5.부터 2010. 10. 7.까지)와 관련한 이 사건 각 이메일을 보낸 시점은 참가인과 B대학교 C 사이의 2010년도 임금 및 단체교섭이 결렬되어 참가인이 쟁의행위 찬반투표를 실시하기 직전(2010. 10. 1. 및 2010. 10. 4.)과 그 투표기간에 속한 날(2010. 10. 6.)이었다. 그리고 B대학교 E병원장이라는 직위에 비추어 조합원들은 위 E병원장이 발송한 이 사건 각 이메일의 내용에 따라 쟁의행위 찬반투표에 참여하여 투표권을 행사하는 데에 영향을 받을 수 있었다.

(나) B대학교 E병원장은 2010. 10. 1.자 이메일에서 "시설도, 장비도, 서비스도 딱히 내세울 것 없는 병원이 파업을 한다면 수많은 환자들이 순식간에 우리에게서 등을 돌리고 말 것입니다. 그리고 그것은 회복되지 않을 수도 있습니다. 여러분들의 월급은 어디서 나오던가요? 환자가 없으면 나와 여러분의 월급도 나올 곳이 없습니다."라고 하였는데, 이는 파업의 결과를 현저히 비관적으로 표현하여 조합원들로 하여금 쟁의행위 찬반투표에 참여하지 아니하도록 압박하는 시도로 비추어질 수 있다.

(다) B대학교 E병원장은 2010. 10. 4.자 이메일에서 쟁의행위 찬반투표를 자신에 대한 신임투표로 간주하고, 조합원들이 파업을 선택하면 깨끗이 병원장 자리에서 물러나겠다고 하였는데, 이러한 의견표명은 쟁의행위 찬반투표에 관하여 단순히 개인적인 의견을 개진하는 수준을 넘어 조합원 개개인의 판단과 행동에까지 영향을 미치게 할 의도에서 비롯된 것이라고 이해될 수 있다. 그리고 B대학교 E병원장의 위와 같은 의견표명으로 인하여 조합원들은 쟁의행위 찬반투표에 참여하는 것 자체에 부담감을 가지게 되었을 것으로 보인다.

(라) B대학교 E병원장은 2010. 10. 6.자 이메일에서 쟁의행위 찬반투표소의 분위기를 언급하면서 '어떻게 해서든 투표율을 올리기 위해 소리를 지르며 옷소매를 잡아끄는 호객행위'라고 부정적인 표현을 사용하였는데, 이는 쟁의행위 찬반투표 결과에 영향을 미치게 하는 시도로 보여질 수 있다."

사용자가 "임금인상의 재원은 남아 있지만 위원장과 교섭하기 싫어 임금인상을 해주지 못할 수도 있다"는 등 **노동조합 위원장의 사퇴를 촉구하는 취지의 발언**을 한 경우[271], **노사 간 갈등이 고조된 상황에서 사용자 대표이사와 감사실장이 임시조회와 노동조합 간부들에 대한 감사 도중에 위와 같은 취지의 발언을 한 것은 노동조합 활동을 위축시키고 노조의 조직과 활동에 영향을 끼치고자 하는 의도가 인정되어 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 보았음**

【 서울고등법원 2008. 6. 13. 선고 2007누30* 판결 】**

"이 사건 노조의 위원장인 원고가 청와대. 부패방지위원회, 문화관광부, 한국관광공사에 진정서를 제출하여 참가인이 한국관광공사의 감사를 받음으로써 참가인과 이 사건 노조 사이의 갈등이 고조되었고, 이러한 상황 속에서 참가인 회사 사장 김○○와 감사실장이 임시조회와 노조간부들에 대한 감사 도중 노조위원장의 사퇴를 촉구하는 취지로 발언한 것은, 노조 위원장이 계속 그 직을 수

271) 서울고등법원 2008. 6. 13. 선고 2007누30*** 판결

행하는 경우 노조 간부들이 징계될 수 있다는 신분상의 불안감을 느끼게 하여 조합활동을 위축시키고 노조의 조직과 활동에 영향을 미치고자 하는 의도가 인정되어 이와 같은 행위는 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다."

직원회의를 소집하여 노조 설립은 재정지원을 중단시켜 결국 구조조정에까지 이를 수 있다고 말한 경우 부당노동행위를 인정함[272]

【 제주지방법원 2015. 9. 10. 선고 2015노* 판결 】**

"F는 이 사건 노조를 설립하는 데 단순히 참가하거나 개인의 참가 여부만을 결정한 근로자가 아니라 위 노조 설립을 주도하던 사람이고, 2008년경부터 2013. 3. 17.경까지 약 5년 동안 피고인과 아무런 개인적인 교류가 없던 사이인데, 피고인은 이 사건 노조를 만들려는 움직임이 있는 상황에서 위 노조 설립을 주도하는 F에게 노조를 만들지 말라고 매우 분명하게 말한 점, 피고인이 E대학교 총장일 뿐만 아니라 E대학교 운영주체인 학교법인 D 이사장의 아들이기도 하여 E대학교 직원들로서는 피고인이 실질적, 장기적으로 자신들의 지위에 영향을 미칠 수 있을 것으로 받아들일 수 있는바, 그럼에도 피고인이 2014. 3. 18. 직원회의를 소집하여 노조 설립은 재정지원을 중단시켜 결국 구조조정에까지 이를 수 있다고 말한 점, 피고인은 이 사건 노조가 설립되자 2014. 10. 경까지 위 노조원들에 대하여 노동조합 활동을 이유로 부당정직 등 부당노동행위를 한 점 등을 노동3권의 헌법적 의미, 노동조합에서 근로자의 자주성이 가장 우선적으로 보장되어야 하는 점 등 관련 법리에 비추어 평가하면, 피고인의 위와 같은 행위에는 노동조합의 자주성을 해칠 수 있는 요소가 상당하다. 또한 마찬가지의 이유에서 위 행위는 사용자의 단순한 견해표명, 입장설명, 이해를 구하는 행위의 정도를 초과하였다.

따라서 피고인은 E대학교 노동조합의 조직에 개입하려는 의사로 위와 같은 행위를 한 것으로 보아야 하고, 피고인의 행위는 사용자의 의견표명의 자유로 정당화되는 범위를 벗어난 것이다."

2) 부당노동행위로 인정되지 않은 경우

교회 담임목사가 기독교 언론과의 인터뷰 과정에서 종교인으로서 신앙적 관점에서 교회 직원 등의 노동조합 활동이 바람직스럽지 않다고 발언한 경우

이는 종교적 관점에서 자신의 소신을 밝힌 것이라 할 것이고, 노동조합을 지배·개입할 의사로 위와 같이 발언하였다고 볼 수 없다고 보았음[273]

272) 제주지법 2015. 9. 10. 선고 2015노197 사건이 대법원 2016 3 24 선고 2015도15146 판결에서 심리불속행기각으로 확정

273) 서울고등법원 2009. 1. 15. 선고 2006누28*** 판결

【 서울고등법원 2009. 1. 15. 선고 2006누28* 판결 】**

"외부인이 원고 교회의 내부 시설을 사용하기 위하여는 원고 교회의 시설 관리권이 있는 담임목사인 김○○으로부터 사전 승인을 받아야 함에도, 참가인들이 원고 교회의 사전 승인 없이 위 출범식을 개최하려 하자, 원고 교회의 담임목사인 김○○이 2004. 6. 6 원고 교회의 제직회에서 '노조 강서지부 출범식이 교회 앞에서 열리기로 되어 있다. 남녀 선교회 회장 중심으로 출범식을 막고 …(중략)… 교회를 사수해 달라'는 발언을 하게 되었고, 또한 위 발언의 취지가 참가인 등의 위 출범식 자체를 못하게 하라는 것으로 볼 수 없다 할 것이어서, 김○○의 위 발언의 경위 및 취지 등을 고려하면, 김○○의 위 제직회에서의 발언 등은 원고 교회의 시설 관리권에 기하여 원고 교회 안에서 위 출범식을 하지 못하게 한 것일 뿐 참가인들이 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없다.

위에서 본 **교회 총회 헌법 규정 내용, 원고 교회의 서리집사 내지 안수집사라는 참가인들의 신분 및 그 업무 내용, 원고 교회와 참가인들 사이의 종교적 상호 관계를 부정할 수 없는 점을 고려하면, 김○○이 기독교 언론과 위와 같이 각 인터뷰를 하는 과정에서 종교인으로서 신앙적 관점에서 교회 등과 기독교 신자인 그 직원들 사이의 종교적 상호 관계를 강조하면서 다소 정제되지 아니한 표현으로 교회 직원 등의 노조 활동이 종교적 측면에서 볼 때 바람직스럽지 않다는 자신의 소신을 밝힌 것이라 할 것이고, 김○○이 소외 조합을 지배·개입할 의사로 위와 같이 발언하였다고 보기는 어렵다 할 것이다.**

참가인들은 위 무대 장치 철거·폐기 비용 80만 원, 매트리스 처리 비용 12만 원 및 쓰레기 처리 비용 25만 원을 업무상 횡령하였고, 또한 참가인 유○○은 원고 교회의 관리팀장이라는 지위를 이용하여 원고 교회의 토지 매수와 관련하여 부동산 중개인으로부터 100만 원을 받았으며, 원고 교회의 기물을 파손하였다 할 것이므로, 원고 교회가 사무장인 윤○○을 통하여 참가인들을 위와 같이 원고 재판국에 고발한 내용은 사실이라 할 것이고, 참가인들의 신분 및 참가인들의 위와 같은 금원 횡령의 횟수 내지 수법, 참가인들이 횡령한 위 각 금원과 참가인 유○○이 손괴한 재물은 원고 교인들의 헌금으로 마련된 것이므로 참가인들의 위와 같은 행위는 종교적으로 부도덕할 뿐만 아니라 불법 행위에 해당한다 할 수 있는 점 등을 고려하면, 원고 교회가 사무장인 윤○○을 통하여 참가인들을 위와 같이 원고 재판국에 고발한 행위는 정당하며, 참가인들의 노동조합 활동을 위축시킬 목적으로 이루어진 것이라고 할 수 없다."

사용자의 **경영상태가 악화된 상황**에서 **불법적인 노동조합 활동**을 하자 사용자가 노동조합을 비난하는 발언을 한 경우[274], **판례는 사용자의 경영상태가 악화된 상황에서 노동조합이 구조조정에 반대하여 회사경영의 존립기반인 위탁계약 해지 등을 주장하는 내용의 현수막을 게시하고 집회를 개최하기로 하자 사용자가 사내 사무실에서 조합원들에게 "이제 민주노총은 나와 상관이 없고 노동조합은 없다. 단체협약도 없고, 공휴일 유급휴가도 없애고, 임금지급일도 다음 달 5일로 하겠다"고 발언한 경우, 노동조합에 대한 지배·개입의 의사를 인정할 수 없다고 하였음**

274) 서울행정법원 2008. 11. 20. 선고 2008구합13*** 판결

【 서울행정법원 2008. 11. 20. 선고 2008구합13* 판결 】**

"관할 관청과의 위탁계약에 의하여 액상폐기물 정화조 내부 분뇨처리업을 영위하는 참가인 회사 소속 근로자(모두 원고 조합원들임)가 관할관청에 대하여 위탁계약의 해지를 주장하는 내용의 현수막을 게시하고 집회를 개최하는 것은 근로자들의 존립기반인 기업의 존재를 부정하는 것으로 사회적 상당성을 갖추었다고 볼 수 없어서 정당한 노동조합 활동이라고 할 수 없는 점, 참가인 대표이사와 관리부장은 누적적자로 인하여 기업경영이 위축된 상황에서 원고 조합 및 조합원들의 부당한 집회와 현수막게시로 인하여 경영상황이 더욱 악화되는 것을 방지할 필요가 있었던 상황에서 위와 같은 발언을 하게 된 점 등의 여러 사정을 종합해 보면, 참가인이 원고 조합의 조직이나 운영을 지배·개입하려는 의사가 있었다고 볼 수 없다."

2.5 사업장 출입통제 등 시설사용에 관한 제한

가. 일반론

사용자는 사업장 전반에 대한 시설관리권을 갖고 있고 노동조합의 편의를 위해 사무실을 당연히 제공하여야 할 의무는 지지 않는 것이 원칙이나 노사 간 체결된 단체협약이나 사업장 내의 취업규칙, 노동관행 등으로 **일정한 시설이 조합 활동에 제공되어 온 경우 사용자가 합리적 이유 없이 이를 일방적으로 폐지하면 조합 활동에 대한 지배개입이 성립할 수 있음**

나. 문제되는 경우

특히 해당 사업장에 직접 소속하지 않는 **상급 산별노조의 간부들이 조합 활동을 위하여 사업장에 출입하는 경우** 사용자가 이를 금지하는 것이 지배개입에 해당하는지 여부가 문제됨[275]

산업별 노동조합에는 동일한 산업계에 종사하는 여러 사업장에 고용된 근로자들이 조합원으로 가입할 수 있고, 심지어 해고되거나 일시 실직 상태에 있더라도 조합원으로 가입하여 활동할 수 있는데, 이러한 산업별 노동조합 구성원의 특성을 감안하면, 특정 사업자의 사업장 내부에 위치한 노동조합사무소에 출입하면서 노조활동을 하는 것은 원칙적으로 그 사업장에 고용된 근로자에 한정되고, **조합의 상급 간부 등 그 사업장 소속이 아닌 조합원은 단체협약에서 따로 출입을 허용하는 별도 규정**

275) 우선 이러한 경우 산별노조와 사용자간 민법상 사용대차계약이 성립하였다고는 볼 수 없음. 즉, 사용자가 소속 근로자들에게 노동조합사무소를 제공하고 있다고 하더라도 그와 같은 사정만으로 산업별 노동조합과 민법상 사용대차계약을 체결하였다고 볼 수 없으므로 조합원들이 민법상 사용대차계약에 기하여 노동조합사무소를 이용할 권리가 있다고 볼 수 없음

을 두고 있거나, 정당한 조합 활동을 위하여 출입이 필요한 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 출입이 허용된다고 할 것임

또한, 사용자로서는 노동조합사무소에 출입하는 외부인으로 인하여 조합사무소 외 다른 기업시설의 관리, 보존에 지장을 초래할 위험이 있으므로 그러한 위험을 방지할 필요가 있고, **조합사무소가 기업시설인 조합사무소를 출입하는 외부인의 인적사항이나 출입목적을 파악할 필요도 있으므로 회사를 방문하는 외부인으로 하여금 시설관리권한에 터잡아 면담신청서를 작성하도록 하고 출입에 관한 승인을 받도록 할 수 있을 것임**276)

【 서울행정법원 2012. 11. 1. 선고 2012구합17* 판결 】**

"(나) **박○○ 외 2인을 노동조합사무소에 출입시킨 행위가 정당한 조합활동에 해당하는지 여부 및 원고의 출입통제와 퇴거조치가 부당노동행위에 해당하는지 여부**

산업별 노동조합에는 동일한 산업계에 종사하는 여러 사업장에 고용된 근로자들이 조합원으로 가입할 수 있고, 심지어 해고되거나 일시 실직 상태에 있더라도 조합원으로 가입하여 활동할 수 있다. 이러한 산업별 노동조합 구성원의 특성을 감안하면, 특정 사업자의 사업장 내부에 위치한 노동조합사무소에 출입하면서 노조활동을 하는 것은 원칙적으로 그 사업장에 고용된 근로자에 한정되고, 조합의 상급 간부 등 그 사업장 소속이 아닌 조합원은 단체협약에서 따로 출입을 허용하는 별도 규정을 두고 있거나, 정당한 조합활동을 위하여 출입이 필요한 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 출입이 허용된다고 할 것이다. 그리고 원고로서는 노동조합사무소에 출입하는 외부인으로 인하여 조합사무소 외 다른 기업시설의 관리, 보존에 지장을 초래할 위험이 있으므로 그러한 위험을 방지할 필요가 있고, **조합사무소가 기업시설인 이상 조합사무소를 출입하는 외부인의 인적사항이나 출입목적을 파악할 필요도 있으므로 회사를 방문하는 외부인으로 하여금 시설관리권한에 터잡아 면담신청서를 작성하도록 하고 출입에 관한 승인을 받도록 할 수 있다.**

살피건대, 앞서 본 바와 같이 ○박○○ 외 2인은 원고 소속 근로자가 아니고, 정당한 조합활동을 위하여 원고 회사 내부에 위치한 위 노동조합사무소를 출입해야 할 특별한 사정을 제시하지도 않았으므로 원고로서는 그 출입을 통제할 수 있다고 할 것이므로 박○○ 외 2인이 이 사건 노조의 조합원이라는 사정만으로 이 사건 공장 부지 내에 위치한 노동조합사무소의 출입이 허용된다고 할 수 없다. **따라서 참가인들이 ○○○ 외 2인을 무단으로 출입시키고 원고의 박○○ 외 2인에 대한 퇴거조치를 저지한 행위는 정당한 조합활동의 범위 내에 포함된다고 할 수 없고, 원고가 ○○○ 외 2인의 출입을 통제하고, 무단으로 출입한 ○○○ 외 2인을 퇴거하도록 조치한 행위를 부당노동행위에 해당한다고도 할 수 없다.**"

276) 서울행정법원 2012. 11. 1. 선고 2012구합17*** 판결

【 서울행정법원 2008. 11. 20. 선고 2008구합13* 판결 】**

"사업장 내의 노동조합활동에 있어서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 규율이나 제약에 따라야 하지만, 그러한 규율이나 제약도 합리적인 범위 내에서 정당한 노동조합활동과 조화를 이루어야 한다. 그러므로 노동조합이나 조합원들이 조합활동을 함에 있어서 시설관리권의 본질적인 부분을 침해하지 않는 한도 내에서 사용자의 합리적인 규율이나 제약에 따라 정당한 조합활동을 할 수 있다고 보아야 할 것이고, **단체교섭 및 협약체결을 위임받은 교섭위원의 경우 교섭 당일이 아니라고 하더라도 단체교섭 준비, 단체교섭 논의 및 교섭 등 단체교섭을 목적으로 하여 사업장을 출입하고자 하는 경우에는, 정당한 노조활동 범위 내에서 그 출입은 허용되어야 한다고 봄이 상당하며, 이는 그 교섭위원이 해당 사업장의 소속 직원이 아니라고 하더라도 마찬가지이다.**

피고인이 이 사건 노동조합으로부터 단체교섭을 위임받은 ○○지부 미조직비정규부장인 L이 단체교섭 준비를 위해 노동조합 사무실을 방문하려고 하였으나 교섭당일이 아니라는 이유만으로 출입을 거부한 행위는 이 사건 노동조합의 조직·운영에 지배·개입하는 부당노동행위에 해당한다."

한편, 단체교섭을 위임받은 ○○지부 미조직비정규부장인 L이 단체교섭 준비를 위해 노동조합 사무실을 방문하려고 하였으나 **교섭당일이 아니라는 이유만으로 출입을 거부한 행위**는 노동조합의 조직·운영에 지배·개입하는 부당노동행위에 해당한다고 본 사례가 있음[277]

2.6 단체협약의 해지

가. 노동조합법 제32조 규정의 취지

노동조합법 제32조는 제1, 2항에서 단체협약의 유효기간은 2년을 초과할 수 없다고 정하고 있고, 제32조 제3항에서 '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.'고 정하고 있는바, 이와 같이 단체협약의 유효기간을 제한하는 규정을 둔 것은 단체협약의 유효기간을 너무 길게 하면 변동하는 산업사회의 사회적, 경제적 여건의 변화에 적응하지 못하여 당사자를 부당하게 구속하는 결과가 되고, 그렇게 되면 단체협약에 의하여 적절한 근로조건을 유지하고 노사관계의 안정을 도모하고자 하는 목적에도 어긋나게 되므로 그 유효기간을 일정한 범위로 제한하여 단체협약의 내용을 시의에 맞고 구체적 타당성 있게 조정해 나가도록 하자는데 그 뜻이 있는 것임

277) 대전지방법원 2015. 9. 17. 선고 2015노*** 판결

한편, 노동조합법 제32조 제3항 단서는 '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.'라고 정하고 있어, 자동연장협정을 규정한 경우 당사자 일방은 해지하고자 하는 날의 6월 전까지 상대방에게 통고하여 종전의 단체협약을 해지함으로써, 실정에 맞지 않는 단체협약의 지속방지와 단체협약의 공백방지를 조화시켜 노사관계의 안정을 도모할 수 있도록 하고 있음

나. 단체협약 실효시 법률관계

단체협약이 실효되었다고 하더라도 임금, 퇴직금이나 노동시간, 그 밖에 개별적인 노동조건에 관한 부분은 그 단체협약의 적용을 받고 있던 근로자의 근로계약의 내용이 되어 그것을 변경하는 새로운 단체협약, 취업규칙이 체결·작성되거나 또는 개별적으로 근로자의 동의를 얻지 아니하는 한 개별적인 근로자의 근로계약의 내용으로서 여전히 남아 있어 사용자와 근로자를 규율하게 됨[278]

【 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다13* 판결 】**

"단체협약이 실효되었다고 하더라도 임금, 퇴직금이나 노동시간, 그 밖에 개별적인 노동조건에 관한 부분은 그 단체협약의 적용을 받고 있던 근로자의 근로계약의 내용이 되어 그것을 변경하는 새로운 단체협약, 취업규칙이 체결, 작성되거나 또는 개별적인 근로자의 동의를 얻지 아니하는 한 개별적인 근로자의 근로계약의 내용으로서 여전히 남아 있어 사용자와 근로자를 규율한다고 할 것이므로, 새로운 단체협약이 늦게 체결됨에 따라 근로자가 기존 단체협약의 임금에 관한 부분을 1년 넘게 적용받는 결과가 된다고 하여 임금에 관한 단체협약의 유효기간을 1년으로 정하고 있는 구 노동조합법 제35조에 위반된 것이라고 할 수 없다."

그러나 **노조대표의 전임규정과 같이 단체적 노사관계의 운영에 관한 부분은 단체협약이 실효되면 효력이 상실**되므로, 사용자가 노동조합의 업무만을 전담한 노조대표에게 **원직 복귀 명령을 하였는데 노조대표가 이에 불응하자, 사용자가 노조대표를 해고한 것은 정당한 인사권의 행사**로서 부당노동행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판단함[279]

278) 대법원 2000.6.9.선고 98다13*** 판결, 대법원 2011.7.28.선고 2009두2*** 판결 등 참조
279) 대법원 1997.6.13.선고 96누17*** 판결 참조

【 대법원 1997. 6. 13. 선고 96누17*** 판결 】

"단체협약이 유효기간의 만료로 효력이 상실되었고, 단체협약상의 노조대표의 전임규정이 새로운 단체협약 체결시까지 효력을 지속시키기로 약정한 규범적 부분도 아닌 경우, 그 단체협약에 따라 노동조합 업무만을 전담하던 노조전임자는 사용자의 원직 복귀명령에 응하여야 할 것이므로 그 원직 복귀명령에 불응한 행위는 취업규칙 소정의 해고사유에 해당하고, 따라서 사용자가 원직 복귀명령에 불응한 노조전임자를 해고한 것은 정당한 인사권의 행사로서 그 해고사유가 표면적인 구실에 불과하여 징계권 남용에 의한 부당노동행위에 해당하지 않는다."

다. 판례의 태도

단체협약이 **유효기간의 만료로 종료된 경우 그 갱신여부는 원칙적으로 당사자의 자유이고 자동연장조항(노동조합법 제32조 제3항 단서)에 따른 효력의 존속을 저지하기 위한 해지도 당사자의 자유**이며, 노동조합법은 단체협약의 해지를 제한하는 규정을 두고있지 않은 점 등을 들어 **단체협약의 해지가 부당노동행위가 될 수는 없다**는 것이 판례의 태도임[280]

【 광주고등법원 2012. 7. 11. 선고 2011나4*** 판결 】

"⑷ 이 사건 단체협약의 해지가 부당노동행위에 해당하는지 여부

이 사건 단체협약은 2008. 11. 14. 유효기간의 만료 단체협약 제2조 제2항에 따라 갱신될 때까지 그 효력을 가지게 되었으나, 피고가 노조법 제32조 제3항 단서규정에 따라 2009. 6. 19. 이 사건 해지통고를 하여 이때부터 6월이 경과한 2009. 12. 20. 그 해지의 효력이 발생함으로써, 이 사건 단체협약 중 노조대표의 전임규정과 같이 단체적 노사관계의 운영에 관한 부분은 효력을 상실하게 되는바, 종전에 인정되던 원고의 조합 활동에 대한 보장이 축소되게 되었음을 인정할 수 있다.

그러나, **① 앞서 본 바와 같이 피고의 이 사건 단체협약의 해지의 근거 규정인 노조법 제32조 제3항 단서는 노사가 어느 일방에게 불리한 기존의 단체협약에 장기간 구속되는 것을 방지하기 위하여 마련된 것인 점, ② 이 사건 단체협약이나 노조법에는 노조법 제32조 제3항 단서규정에 의한 해지권을 제한하는 규정이 없는 점, ③ 원고는 피고가 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하였다는 사정을 주장하고 있으나, 피고의 그와 같은 행위는 노조법 제81조 제3호에서 따로 부당노동행위로 정하고 있으므로 원고는 피고의 그와 같은 행위 자체를 부당노동행위라고 주장하여야 할 것인 점,** ④ 종전에 인정되던 원고의 조합 활동이 제한되더라도 원고는 노조법 등 노동관계법에 의하여 단체행동권 등을 행사하는 등 법적으로 일정한 범위의 조합 활동을 보장 받을 수 있으므로, 이 사건 단체협약이 실효됨으로써 피고가 노동조합의 조직 또는 운영을 지배·개입할 수 있다고 할 수 없는 점, ⑤ 이 사건 단체협약 해지가 부당노동행위로 인정되지 않더라도 피고에 의한 노동조합의 조직 또는 운영을 방해하는 행위가 발생하는 경우 원고는 그 개별 행위에 대하여 부당노동행위임을 주장하여 권리구제를 받을 수 있는 점 등에 비추어 보면, 피고의 이 사건 단체협약 해지가 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위로서 부당노동행위에 해당한다고 볼 수는 없다."

280) 광주고등법원 2012. 7. 11. 선고 2011나4***판결

2.7 편의제공 관련

가. 일방적인 편의제공 거절

사용자가 기업별 노동조합의 설립에 대하여 사업장에 설치된 산업별 노동조합 지부의 유효한 조직형태 변경결의 따른 것이라고 오인하였다 하더라도 산업별 노동조합의 지부에게 제공하던 사무실을 폐쇄하는 등 **편의 시설의 제공을 일방적으로 거절한 것은 산업별 노동조합의 운영에 개입하는 부당노동행위**에 해당한다고 봄[281]

【 대법원 2008. 10. 9. 선고 2007두 15* 판결 】**

"1. 사용자가 기업별 노동조합의 설립이 같은 사업장에 설치된 산업별 노동조합의 지부의 유효한 조직형태변경의 결의에 따른 것이라고 오인하였다고 하여도, 사용자가 산업별 노동조합의 지부에게 제공하던 사무실을 폐쇄하는 등 편의시설의 제공을 일방적으로 거절한 것은 산업별 노동조합의 운영에 개입하는 부당노동행위에 해당한다.

2. 원심은, 원고가 산업별 노동조합인 피고보조참가인 ○○○○○○노동조합(이하 '참가인 노조'라고 한다) 산하 조직으로 원고 사업장에 설치된 ○○○○○○노동조합○○○○기술평가원지부(이하 'ㅇㅇㅇ지부'라고 한다)를 압박하여 노조원들에게 유리한 기존 단체협약을 변경할 목적으로, 경영상 긴급한 필요가 없음에도 구조조정을 시도한 사실, 평가원지부 소속 노조원 상당수가 2003. 10. 22. 신분보장에 불안을 느끼고 집단으로 참가인 노조와 OOO지부를 탈퇴한 사실, 위 탈퇴한 근로자들이 집단으로 평가원지부에 재가입신청을 함과 아울러 OOO지부의 기업별 노동조합으로의 조직형태변경, 조직형태변경에 따른 신규규약 제정 및 집행부 선출 등을 위하여 임시총회의 소집을 요구한 사실, OOO지부가 그 요구를 거절하자, 위 탈퇴한 근로자들은 2004. 9. 14. 그들만이 모인 자리에서 임시총회를 개최하여서 OOO지부의 조직형태를 기업별 노동조합으로 변경하여, 그에 따른 규약을 제정하고, 신규 임원을 선출한 사실, 서울특별시 강남구청장이 위 임시총회의 결의에 따라 설립된 OOOO기술평가원노동조합(이하 'OOO 노조'라고 한다)에게 설립신고증을 교부한 사실, 원고는 평가원 노조로부터 요청을 받고, 일방적으로 같은 달 28. 원고 사업장 내에서의 OOO지부의 인터넷 홈페이지에 대한 접속을 차단하고, 같은 달 말경 OOO지부 사무실을 폐쇄한 사실 및 원고가 OOO 노조 설립에 참여한 근로자들이 설립신고를 위하여 임차한 버스의 임차료를 지원한 사실을 인정한 다음, OOO지부에서 평가원 노조로의 조직형태 변경의 효력이 없으므로, OOO 노조가 OOO지부를 승계한 원고 사업장 내의 단일 노동조합이 아님에도, 원고가 일방적으로 위와 같이 인터넷 홈페이지에 대한 접속 차단 및 사무실을 폐쇄한 행위와 원고가 평가원 노조 설립을 지원한 행위를 참가인 노조의 운영에 개입하는 부당노동행위로 판단하고, 원고가 위 조직형태변경의 효력이 유효한 것으로 믿고 평가원 노조의 요청에 따라서 한 행위는 정당성이 있으므로, 부당노동행위의 의사가 없었다는 취지의 원고의 주장을 배척하였다앞서 본 법리에 의하면 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 지적하는 바와 같은 법리오해로 인한 위법은 없다."

281) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2007두15*** 판결

나. 게시판 사용 거부

노동조합의 게시판 사용 요청에 대해 자료 첨부를 요구하면서 이를 거부한 것은 노동조합 운영에 대한 지배·개입의 부당노동행위라고 보았음[282]

【 서울행정법원 2013. 10. 25. 선고 2013구합9*판결 】**

"3) 게시판 사용거부 행위의 부당노동행위 인정 여부

노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호는 사용자가 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위'를 부당노동행위로 인정하고 있는데, 앞서 든 사실 및 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 원고가 이 사건 노동조합에게 수입지출 상세 내역, 통장사본 등 자료첨부를 요구하면서 이 사건 노동조합의 회계감사 결과의 공개를 위한 게시판 사용을 거부하였으나, 회계감사의 내용은 이 사건 노동조합 내부의 문제로서 그 회계감사결과의 정확성을 담보하는 수입·지출 상세 내역, 통장사본 등과 같은 자료첨부는 원고와 아무런 관련이 없음에도 그와 같은 자료첨부를 요구하면서 게시판 사용을 거부하는 것은 받아들이기 어려운 점, 원고는 노동조합이 위 게시판 사용을 요구할 권리가 없다고 주장하나, 원고는 다른 조합에게도 게시판 사용을 허용했었던 것으로 보이는데다가 이 사건 노동조합에 대한 게시판 사용거부의 이유가 자료첨부일 뿐이므로 관행적으로 원고는 특별한 사정이 없는 한 노동조합에게 게시판 사용을 허락하였던 것으로 보이는 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 원고가 2012. 7. 16. 회계감사의 결과를 조합원들에게 공개하기 위한 이 사건 노동조합의 게시판 사용 요청에 대해 자료첨부를 요구하면서 이를 거부한 것은 노동조합 운영에 대한 지배·개입의 부당노동행위라고 보인다."

다. 노조사무실에 대한 단전·단수조치

노조에 단체협약 해지통보를 한 후 노조사무실을 인도하여 줄 것을 여러 차례 요청하였고, 참가인 노조가 이에 응하지 않자 **노조사무실에 대하여 일방적으로 단전·단수 조치를 한 경우 지배개입의 부당노동행위에 해당한다고 봄**[283]

【 서울행정법원 2015. 9. 3. 선고 2014구합75* 판결 】**

"3) 단전·단수 조치에 관하여

(가) 앞서 인정한 사실과 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 원고가 참가인 노조 지회의 노조사무실에 대하여 일방적으로 단전·단수 조치를 한 것은 노동조합 운영에 대한 간섭 또는 방해행위로서 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

282) 서울행정법원 2013. 10. 25. 선고 2013구합9*** 판결
283) 서울행정법원 2015. 9. 3. 선고 2014구합75***판결

① 노조사무실은 노동조합의 운영에 필요한 긴요한 시설로서 정상적인 조합활동이 이루어지기 위해서는 노조사무실에 전기와 물의 공급이 보장되어야 하는데, 원고는 참가인 노조와의 단체협약에 따라 상당 기간 참가인 노조 지회에 노조사무실을 무상으로 제공해 왔다.

② 그런데 원고는 2013. 9. 27. 참가인 노조에 단체협약 해지통보를 한 후 노조사무실을 인도하여 줄 것을 여러 차례 요청하였고, 참가인 노조가 이에 응하지 않자 2014. 4.경 노조사무실에 대하여 일방적으로 단전·단수 조치를 하였는바, 이로 인하여 참가인 노조는 정상적인 조합활동을 하는데 상당한 제약과 지장을 받았을 것으로 보인다.

③ 원고는 인도단행가처분 또는 인도소송 등의 법적인 절차를 통해 적절한 문제 해결을 시도하기도 전에 노조사무실에 대하여 단전·단수 조치를 감행하였고, 당시 단전·단수 조치가 불가피한 사정이 있다고 볼만한 사정도 엿보이지 않는다.

④ 또한 원고는 단체협약을 해지하기 전인 2013. 7. 20. 참가인 노조와 합의서를 작성하면서 조합 사무실 비품과 관련하여 조합의 업무수행이 가능하도록 협조할 것을 약속한 바 있다."

라. 노동조합 사무실 축소이전 요구

사무실 공간 부족으로 상당한 어려움을 겪고 있었던 사용자가 다소 여유가 있는 노동조합 사무실을 축소 이전할 것을 요구한 것은 부당노동행위에 해당하지 아니함[284]

【 서울행정법원 2011. 12.9. 선고 2011구합9* 판결 】**

"갑 제331호증, 을 제16 내지 18호증, 증인 ○○○의 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 참가인은 사무실 공간 부족으로 상당한 어려움을 겪고 있었던 점, 참가인은 2010. 초순경 신관을 증축하였으나 사무실 공간 부족 문제는 여전히 해결되지 않은 점, 이 사건 지부 사무실은 그와 같은 참가인의 공간 부족 상황을 고려하면 다소 여유가 있는 편인 점, 참가인이 새로이 마련해 주려고 한 이 사건 지부 사무실의 위치가 조합활동에 그다지 불리한 것으로 보이지 않는 점 등을 종합하여 보면, 참가인의 조합사무실 축소 이전 요구는 정당한 사유가 있는 것으로 보이고, 따라서 위 4)항에서 본 법리에 비추어 보면 참가인이 주장하는 조합사무실 축소 이전 요구 사유를 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없으므로, 이는 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없다."

한편, 사용자가 병원 내의 조합사무실 제공을 거부함으로써 단체협약에 따른 의무를 불이행하였다고 할 것이나 부당노동행위 의사가 있었다고 단정하기는 어렵다고 한 사례가 있음[285]

284) 서울행정법원 2011. 12. 9. 선고 2011구합9***판결
285) 서울행정법원 2008. 3. 28.선고 2007구합42*** 판결

【 서울행정법원 2008. 3. 28. 선고 2007구합42* 판결 】**

"① 이 사건 단체협약 제14조 제1항의 '조합사무실'이 '○○○병원 내의 조합사무실'로 해석됨은 앞에서 본 바와 같으나, 그와 같은 결론이 이 사건 단체협약 자체의 문언 상 명백하지 아니하므로, 참가인들이 자신들의 의무불이행 사실을 명확히 인식하였다고 보기는 어렵다.

② 변론 전체의 취지에 의하면 현재 ○○○병원 내의 공간은 모두 그 용도가 이미 정하여진 사실을 인정할 수 있는바, 참가인들이 ○○○병원 내에 조합사무실을 마련하기 위해서는 공간의 기존 용도를 변경하고 그에 따라 공사나 건축법령상의 절차를 거쳐야 하는 등의 현실적 부담이 있을 것으로 보이는 이상 위 의무불이행은 의도적인 행위가 아니라 부득이한 결과일 소지가 있으며, ○○○병원 내의 공간들에 대한 원고의 여러 주장사실 및 갑 제20 내지 38호증의 각 기재 또는 영상만 가지고는 이러한 판단을 뒤집기에 부족하다.

③ 참가인들은 이 사건 노조에게 이 사건 원외사무실을 제공하였던바, 이 사건 노조의 조합사무실이 ○○○병원 외부에 있을 경우에는 그것이 내부에 있을 경우에 비하여 조합활동에 다소 불편이 있을 것으로 예상되나, ○○○병원과 이 사건 원외사무실 사이의 거리 및 왕복시간을 감안할 때 그러한 불편이 사회통념상 이 사건 노조의 운영에 영향을 미칠 만큼 중대한 것으로 보이지는 아니하고, 원고도 이 사건 변론기일에 '만약 이 사건 단체협약상 참가인들이 ○○○병원 외부에 조합사무실을 제공할 수 있도록 되어 있다면, 이 사건 원외사무실은 선택가능한 적절한 위치에 있'을 자인하였다.

④ 참가인들이 ○○○에 대하여 한 위 징계처분이나 방사선과 소속 근로자들에 대하여 한 조치 등은 근로자의 당연한 의무이행을 강제하는 취지로서 일응 정당한 이유가 있고 설령 위 조치들이나 참가인들의 야간근무수당 미지급 등이 원고의 주장과 같이 이 사건 노조에 대한 혐오감에서 비롯된 것이라고 하더라도, 그러한 사정만으로는 참가인들에게 단순한 혐오감을 넘어선 지배·개입의 부당노동행위 의사가 있었음을 인정하기 어렵다."

마. 홈페이지 차단

파업 이후 사용자측이 노동조합측 홈페이지 접속 자체를 일괄 차단한 행위가 부당노동행위에 해당한다고 한 사례[286]

【 서울행정법원 2004. 7. 22. 선고 2003구합32* 판결 】**

"(2) 홈페이지 접속차단 경위

(가) 참가인 조합은 2001. 7. 28. 설립된 이후 500여 개 시민사회단체가 속해 있는 ○○네트워크센터(○○넷)에 홈페이지를 개설하였는데, 위 홈페이지는 집행부의 활동과 사업의 결과, 회의 일정, 조합원 활동지침 등을 게시하는 '공지/지침'란, 노동관련 핵심뉴스 등을 게시하는 '소식/속보'란, 참가인 조합 위원장을 포함한 본부장, 지부장 등이 조합원들에게 보낸 서신과 성명서 등을 게시하는 '위원장 서신/성명서'란, 조합원들은 물론 일반인들도 자유롭게 의견을 개진할 수 있는 '게시판' 등

286) 서울행정법원 2004. 7. 22. 선고 2003구합32*** 판결

으로 구성되어 있고, 평소 참가인 조합은 위 홈페이지를 통하여 전국에 있는 조합원들에게 각종 공지사항이나 긴급한 사안에 대한 행동지침 등을 전달하며 노동조합 활동을 해 왔다.

…(중략)…

(다) 그런데 이 사건 파업이 종료하고 조합원들이 업무에 복귀한 뒤에도, 참가인 조합의 홈페이지에 이 사건 파업의 정당성을 옹호하는 글들이 게재될 뿐만 아니라 게시판에 원고 회사 및 그 경영진들의 명예를 훼손하는 내용의 욕설과 그들을 위협하는 내용의 글들이 계속 게시되자, 원고 회사는 그 무렵부터 2002. 5. 4.경까지 회사의 컴퓨터를 이용하여 참가인 조합의 홈페이지에 접속하지 못하도록 회사 내의 모든 시설과 노동조합 사무실 및 일부 사택에 설치된 컴퓨터에 대하여 ○○넷으로 연결되는 통로를 차단하였다. …(중략)…

다. 판 단

(1) 먼저, 원고 회사의 홈페이지 접속 차단에 관하여 보건대, 원래 사용자는 자신의 시설관리의 방법을 자유로이 변경할 수 있고, 그로 인하여 노동조합의 활동에 다소간의 불편이 초래되더라도 그것은 불가피한 것이라고 할 수 있으나, 그와 같은 시설 관리 방법의 변경이 구체적인 경우에 권리남용에 해당하는 때에는 노동조합의 운영에 대한 지배·개입이 될 수 있으며, 어떠한 경우에 사용자의 시설 관리 방법의 변경이 권리남용이 되는가는 그 변경의 시기와 사유, 그 필요성과 그것이 노동조합 활동에 미치는 일반적 또는 구체적 영향, 그 시설의 특성과 노동조합 운영과의 관련성, 사용자의 의도와 같은 관련 사항을 모두 종합하여 판단하여야 하는 것으로서, 예를 들어, 단체교섭의 결과로 또는 확립된 노사간의 관행에 의하여 노동조합이 사용자의 시설을 이용해 온 경우로서 그 시설이 노동조합의 운영에 긴요한 것이지만 기업의 운영에는 그다지 현저한 지장을 주지 아니하는 경우에는 원칙적으로 사용자는 노동조합의 시설 이용을 수인하여야 할 것이므로, 그 같은 경우에 사용자가 일방적으로 노동조합의 시설 이용을 거부하거나 종전의 관행을 파기하는 것은 노동조합의 운영에 대한 지배·개입행위가 된다고 할 것이다. 이러한 관점에서 보면, 앞에서 인정한 바와 같이, ① 산업별 노동조합인 참가인 조합은 이 사건 파업 이전부터 전국에 흩어져 있는 조합원들에게 각종 공지사항이나 긴급한 사안에 대한 행동지침 등을 전달하기 위하여 인터넷 홈페이지를 활용하여 왔고, ② 원고 회사도 그 동안 근로자들이 회사의 컴퓨터를 이용하여 참가인 조합의 홈페이지에 접속하는 것을 아무런 제한 없이 허용하여 오다가, ③ 이 사건 파업 이후 원고 회사가 사무실 등의 업무용 컴퓨터뿐만 아니라 노동조합 사무실의 컴퓨터와 일부 사택에 설치된 컴퓨터의 홈페이지 접속마저 차단하였고, ④ 이 사건 파업 전후를 비교하여 볼 때 근로자들의 참가인 조합 홈페이지 접속으로 인하여 파업 이후에 원고 회사의 운영에 더 많은 지장이 초래되었다고 볼 수 없는 점에 비추어 보면, 비록 이 사건 파업이 종료된 후에도 참가인 조합의 홈페이지에 원고 회사 및 그 경영진들의 명예를 훼손하는 내용의 글이 계속 게시되는 등의 사정이 있었다고 하더라도, 원고 회사가 근로자들의 참가인 조합 홈페이지 접속 자체를 일괄 차단한 것은 노동조합 운영에 대한 간섭 또는 방해행위로서 지배·개입에 해당한다고 할 것이다."

2.8 노동조합 간 차별

사용자가 어느 한 노동조합을 우대하거나 상대적으로 불리하게 처우하여 복수인 노동조합을 차별하면 불리한 처우를 받는 노동조합 소속 조합원들의 노동조합 활동

을 위축시키거나 저해할 우려가 있음

이는 노동조합법 제29조의4에서 정한 **공정대표의무를 위반**한 것이거나, 복수노조 상황에서 사용자가 노동조합간의 경쟁에 개입하거나 특정 조합을 우대하고 다른 조합을 차별하는 정책을 실시해서는 아니 된다는 이른바 **'사용자의 중립의무'에 반하는 것**으로, 사용자가 노동조합의 **조직 또는 운영에 개입한 부당노동행위에 해당될 수 있음**

헌법 제33조, 노동조합법상의 부당노동행위 제도의 취지에 비추어 보면, 복수의 노동조합은 고유의 단결권, 단체교섭권을 보장받고 있으므로, 사용자가 특정 노동조합을 우대하여 노동조합 간의 조직 경쟁에 개입하는 것은 허용되지 아니하고 사용자는 **모든 노동조합에 대하여 중립적인 태도를 유지할 의무를 부담함**

즉, 사용자는 복수 노동조합의 단결권을 평등하게 승인·존중하여야 하고 복수 노동조합과 성실히 단체교섭을 하여야 할 의무가 있으며 복수 노동조합에 대해 중립적 태도를 유지하면서 노동조합의 단체교섭권 및 단체협약체결권을 평등하게 존중하여야 함

한편, **사용자의 중립 유지 의무**는 단지 단체교섭의 과정에 한하는 것이 아니라 **단체교섭의 결과에 대해서도 유지되어야 할 것**임[287]

가. 제1노조에게만 교섭타결수당 지급

다수 노동조합인 제1노조에의 노동조합 활동 참가율을 기준으로, **교섭타결수당을 통상임금에 산입하여 급여를 차별 지급한 경우** 소수 노동조합인 제2 노조 소속 조합원들의 노동조합 활동을 위축시키거나 저해할 우려가 있다고 하면서 부당노동행위라고 판단함[288]

【 광주지방법원 2015. 4. 2. 선고 2015고정* 판결 】**

2. 판단

이 법원이 적법하게 채택한 증거를 종합하면, 다음과 같은 사정 등이 인정된다.

① 이 사건 사업장(○○대학교 청소용역)에는 ○○노총을 상급단체로 하고 조합원 120명(교섭요구일 기준)이 가입한 ○○○○일반노동조합(이하 '제1 노조'라 한다)과 한○노총을 상급단체로 하고 조합원 19명(교섭요구일 기준)이 가입한 ○○○○노동조합(이하 '제2 노조'라 한다)이 있다.

② 제1 노조는 2012. 5. 17. 사용자 측에게 임금 및 단체협약 체결을 위한 교섭을 요구하여 같은 달 21. 교섭요구사실을 공고하였고, 제2 노조도 같은 달 22. 사용자 측에게 위와 같은 교섭을 요구하여 같은 달 21. 교섭요구 노동조합 확정 공고를 하였다.

287) 서울행정법원 2016. 11. 3. 선고 2016구합***판결
288) 광주지방법원 2015. 4. 2. 선고 2015고정*** 판결

③ 제1 노조와 제2 노조는 2012. 6. 12. 제1 노조를 교섭대표노동조합으로 합의하였고, 사용자 측은 같은 달 13. 제1 노조에게 교섭대표노동조합 결정을 통지하였다.
④ 사용자 측과 제1 노조는 2013. 4. 30. 2013년도 임금협약서를 체결하였는데, 교섭타결수당 관련 내용은 아래와 같다.
6. 교섭타결수당은 다음과 같이 지급한다. 지급대상자와 관련하여 교섭대표노동조합이 결정하며 통상임금에 산입한다.
① 성실한 교섭과 조속한 교섭타결을 위한 노동조합 활동에 적극 참가한 조합원에 한하여 지급한다. ② 지급기준은 다음과 같으며 지급대상자는 별첨한다.
- 노동조합 활동 참가율 0%~50% 이하 : 지급하지 않는다.
- 노동조합 활동 참가율 51%~100% : 월 10,000원
⑤ 교섭대표노동조합인 제1 노조는 제1 노조에서 주관한 집회에 참석하는 회수를 기준으로 노동조합 활동 참가율을 결정하였고, 제2 노조는 위 임금협약 체결 무렵에 별다른 집회를 한 적이 없었다. 이에 따라 사용자 측은 제1 노조의 경우 그 조합원 중 7명을 제외한 101명에게, 제2 노조의 경우 2명(이후 이들은 제2 노조를 탈퇴하여 제1 노조에 가입하였다)에게만 교섭타결수당을 지급하였다.

위와 같은 사정 등을 종합하면, 사용자인 피고인이 다수 노동조합인 제1 노조에의 노동조합 활동 참가율을 기준으로 한 교섭타결수당을 통상임금에 산입하여 급여를 차별 지급함으로써 소수 노동조합인 제2 노조 소속 조합원들의 노동조합 활동을 위축시키거나 저해할 우려가 있고, 결국 이로 인하여 제2 노조 자체의 조직 또는 활동이 위축되거나 저해될 수밖에 없다고 보인다. 이는 노동조합 및 노동관계조정법 제29조의4에서 정한 공정대표의무를 위반한 것이거나, 복수노조 상황에서 사용자가 노동조합간의 경쟁에 개입하거나 특정 조합을 우대하고 다른 조합을 차별하는 정책을 실시해서는 아니 된다는 이른바 '사용자의 중립의무'에 반하는 것으로, 사용자인 피고인이 제2 노조의 조직 또는 운영에 개입한 부당노동행위에 해당한다고 판단된다.

나아가 위 교섭타결수당의 지급대상, 지급방법 등에 관하여 제2 노조도 합의하였다고 보이지 아니하고, 위에서 본 교섭타결수당의 지급대상, 지급방법 등에 비추어 위 교섭타결수당은 노동조합법 제81조 제4호 단서 소정의 근로자의 후생자금에 해당한다고 보이지 아니하므로, 피고인 및 변호인의 위 주장은 모두 받아들이지 않는다.

나. 특정노조에게 무파업 타결금 지급

복수노조 상황에서 **특정 노조에게만 무파업 타결금 등 명목으로 금원을 지급**한 행위는 지배개입 행위에 해당하는 것으로 봄[289]

【 서울고등법원 2017. 4. 6. 선고 2016누76* 판결 】**

"라) 참가인 노동조합 지회가 교섭창구 단일화 절차에 참여하지 않았고 원고와 단체협약을 체결하지 않았으나, 노동조합법 제35조에 따라 참가인 노동조합 지회 조합원들은 원고와 ○○○노동조합 사이에 체결된 단체협약의 적용을 받게 된다. 원고는 2015. 6. 5. ○○○노동조합과 '노사화합을 통한 신교섭문화 구축 협정서'를 체결하면서 그 협약서가 단체협약과 동일한 효력을 갖는다고 약정

289) 서울고등법원 2017. 4. 6. 선고 2016누76***판결

하였다. 그런데 원고는 그 협정서를 통해 ○○○노동조합 조합원들에게 무파업 타결금 등 명목으로 1인당 212만 원을 지급하였고, 이는 앞서 본 바와 같이 성과급과 유사한 것으로 보아야 하므로, 원고는 참가인 노동조합 지회 조합원들에게도 이를 지급하였어야 하나 원고는 그러하지 않았다. 따라서 원고는 참가인 노동조합 지회에 가입하였다는 이유로 그 조합원들에게 212만 원을 지급하지 않았다고 볼 수밖에 없다.

마) 복수 노동조합과 사용자 사이의 다자간 관계에서 사용자가 복수의 노동조합 중 일부 노동조합을 상대로 무파업을 조건으로 하여 금전 지급을 약속한다면, 사용자와의 관계뿐만 아니라 다른 노동조합과의 관계까지 고려하여 교섭에 임하여야 하는 복수 노동조합으로서는 오로지 자유로운 의사에 기초하여 쟁의행위 여부를 결정하기보다는, 다른 노동조합이 쟁의행위를 하지 아니하여 사용자로부터 금전적 보상을 받을 경우에 자기 노동조합에 미칠 불이익(예컨대 소속 조합원들이 금전적 보상을 받기 위해 노동조합을 탈퇴하여 다른 노동조합에 가입하는 경우)을 고려하여 의사를 결정할 수밖에 없게 된다. 원고에서 복수 노동조합이 설립된 후 교섭창구 단일화 절차에 참가할 경우 교섭대표노동조합만이 원고와 단체교섭권을 갖게 되어 교섭대표노동조합이 되지 못한 참가인 노동조합 지회는 원고와 단체교섭권을 갖지 못하게 되어 자신의 의견을 표출하지 못하게 되었고, 그러한 이유로 2015년경 교섭창구 단일화 절차에 참여하지 않았다. 교섭창구 단일화 절차에 참여하지 않았더라도, 참가인 노동조합 지회는 헌법상 보장되는 노동삼권에 근거하여 단체교섭권, 단체협약체결권 및 단체행동권을 가진다(노동조합법 제29조 제1항, 제37조 제2항). 그럼에도 원고가 ○○○노동조합의 조합원들에게만 무파업 타결금 등을 지급하기로 한 행위는, ○○○노동조합에는 이익을 주나 참가인 노동조합 지회에는 불이익을 줌으로써 조합원 또는 조합 가입 대상자로 하여금 불이익을 받는 노동조합을 탈퇴하고 이익을 받는 노동조합으로 소속을 옮기게 만드는 결과를 초래하여, 불이익을 받는 노동조합의 조직 활동 및운영을 저해한다. 원고의 무파업 타결금 등 지급 행위는 참가인 노동조합 지회의 단결권을 평등하게 존중하지 아니하여 중립 유지 의무를 위반한 것이고, 3) 참가인 노동조합 지회의 의사결정이나 행동을 원고가 의도한 대로 변경시키려 한 행위에 해당한다고 본다."

다. 특정노조에 무분규 격려금 지급

복수노조 **개별교섭 상황에서 사용자의 무분규 격려금 지급행위**는 사용자의 중립유지의무 위반에 해당한다고 판단함[290]

【 대전지방법원 2015. 9. 2. 선고 2014가합102* 판결 】**

"가) 피고가 제2 노조 조합원들에게 지급한 무분규 격려금을 제1 노조 조합원들에게 지급하지 않은 사실은 앞서 본 바와 같다. 위 관련 법령에 비추어 복수 노조의 개별교섭 상황하에서 사용자의 무분규 격려금 지급행위가 중립유지의무 위반행위로서 부당노동행위 내지 불법행위가 되는지 여부에 대해 살펴본다.

나) 종래 한 사업장 내에 단일한 노조만이 허용되었던 법제하에서도 원활한 단체교섭이 진행되어 노조의 쟁의행위 없이 단체협약이 체결될 경우에 사용자가 '무쟁의, 무분규, 노사상생'등의 명칭

290) 대전지방법원 2015. 9. 2. 선고 2014가합10*** 판결

을 불인 상여금 내지 격려금을 지급하는 경우가 적지 않았고, 그러한 명목의 금원 지급행위에 대해서는 특별히 적법성에 관한 문제가 제기되지 아니하였던 것으로 보인다.

다) 그러나 단일한 노조와 사용자 사이의 양자 관계에서 사용자가 무분규를 조건으로 금원을 지급하는 것과 복수 노조와 사용자 사이의 다자간 관계에서 사용자가 무분규를 조건으로 금원을 지급하는 것은 다음과 같은 점에서 본질적인 차이가 있다.

ⅰ) 전자의 경우, 단일한 노조로서는 쟁의행위에 나아감으로써 보다 유리한 조건의 단체협약을 체결하려고 시도할 것인지, 아니면 쟁의행위를 자제함으로써 사용자로부터 금전적 보상을 받을 것인지 여부를 그 이해득실을 비교·교량하여 자유로운 의사에 따라 결정할 수 있다. 따라서 사용자가 단체교섭 과정에서 무쟁의·무분규 등을 조건으로 노조에 금원지급을 약속하고, 이후 체결된 단체협약에 따라 실제로 조합원들에게 금원을 지급하는 행위는 모두 집단적 자치의 일방 당사자로서 얼마든지 취할 수 있는 조치라고 볼 수 있다.

반면 ⅱ) 후자의 경우, 사용자가 개별교섭에 임하는 복수의 노조들을 상대로 무쟁의·무분규 등을 조건으로 하여 금원 지급을 약속한다면, 사용자의 관계뿐만 아니라 타 노조와의 관계까지 고려하여 교섭에 임하여야 하는 복수 노조들로서는 오로지 자유로운 의사에 기초하여 쟁의행위 여부를 결정하기 보다는, 다른 노조가 쟁의행위를 하지 아니하여 사용자로부터 금전적 보상을 받을 경우에 자기 조합에 미칠 불이익(소속 조합원들이 금전적 보상을 받기 위해 조합을 탈퇴하여 다른 노조에 가입하는 등)을 고려하여 의사를 결정할 수밖에 없게 된다.

라) 가령, 복수 노조가 모두 쟁의행위에 나아감으로써 각각 보다 유리한 내용으로 단체협약을 체결하는 것이 전체적인 관점에서 가장 이익인 상황에서도 각 노조들은 모두 타 노조가 무쟁의를 선택할 가능성을 염두에 두고 자기 조합의 쟁의행위 여부를 결정하게 되고, 그 결과 타 노조가 쟁의와 무쟁의 중 어느 쪽을 선택하든지 보다 안전하고 유리해 보이는 무쟁의를 선택하게 되기 쉬운 것이다.

마) 물론, 복수 노조들이 서로 무분규 지급금을 포기하고 사용자에 대항하여 쟁의행위를 하기로 합의 하였다거나, 일방 노조가 쟁의행위를 통해 보다 유리한 내용으로 체결하고자 하는 단체협약 사항이 무분규 지급금의 금액에 비하여 훨신 중요하고 영향력이 클 뿐만 아니라 쟁의행위의 성공 가능성까지 상당히 높은 것으로 예상되는 등의 예외적인 경우에는, 복수 노조들이 사용자의 무분규 지급금 약속에도 불구하고 쟁의행위를 선택할 수도 있다.

바) 그러나 통상의 경우 사용자가 복수 노조를 상대로 쟁의행위를 하지 않을 것 혹은 하지 않을 것을 조건으로 금원의 지급을 약속하거나 이를 실제로 지급하는 행위는 실질적인 관점에서 집단적 자치의 일방 당사자(사용자)가 상대방(노조들)의 각 의사결정과정에 부당한 영향을 미쳐 헌법상 보장된 단체행동권을 제약하는 행위라고 평가될 수 있다."

라. 기타 차별적 행위

사용자가 특정노조의 조합원들에 대하여만 구내식당 이용금지, 통근버스 미배정하거나 정신교육 후 반성문쓰기 등의 행위를 하였다면, 차별적 취급이 인정되는 이상 지배개입의 부당노동행위가 성립한다고 봄[291]

291) 서울고등법원 2009. 4. 15. 선고2006누2*** 판결

2.9 노조전임자 급여지원 및 노동조합 운영비 원조

가. 부당노동행위 의사 판단 기준

대법원은 노동조합법 제24조 제2항, 제4항, 제81조 제4호의 형식이나 내용, 입법 목적, 다른 부당노동행위 유형과 구별되는 특성 등을 종합하면 노조전임자 급여지원 행위 또는 노동조합 운영비 원조 행위에서 **부당노동행위 의사**는 **노동조합법 제81조 제4호 단서에 따라 예외적으로 허용되는 경우가 아님을 인식하면서도** 급여 지원행위 혹은 운영비 원조 행위를 하는 것 자체로 인정할 수 있고, **지배·개입의 적극적·구체적인 의도나 동기까지 필요한 것은 아니라고 하며,** 이는 근로시간 면제 대상으로 지정된 근로자에게 과다한 급여를 지급한 것이 노조전임자 급여 지원 행위나 노동조합운영비 원조 행위로 평가되는 경우에도 마찬가지라고 판시함[292)]

【 대법원 2016. 4. 28. 선고 2014두1* 판결 】**

"한편 위와 같은 노동조합법 관련 규정의 형식이나 내용, 그 입법 목적, 다른 부당노동행 위 유형과 구별되는 특성 등을 종합하여 보면, 노조전임자 급여 지원 행위 또는 노동조합운영비 원조 행위에서 부당노동행위 의사는 노동조합법 제81조 제4호 단서에 의하여 예외적으로 허용되는 경우가 아님을 인식하면서도 급여 지원 행위 혹은 운영비 원조 행위를 하는 것 자체로 인정할 수 있고, 지배·개입의 적극적·구체적인 의도나 동기까지 필요한 것은 아니다. 이는 근로시간 면제자에게 과다한 급여를 지급한 것이 노조전임자 급여 지원행위나 노동조합 운영비 원조 행위로 평가되는 경우에도 마찬가지이다."

나. 노조전임자 및 근로시간면제자 급여 지급

1) 일반론

노동조합법 제81조 제4호 단서는 근로시간 면제제도 도입 이후 "다만, 근로자가 근로시간 중에 제24조 제4항에 따른 활동을 하는 것을 사용자가 허용함은 무방하며, 또한 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공은 예외로 한다"라고 개정됨

이에 단순히 노동조합의 업무에만 종사하는 근로자(노조전임자)에 불과할 뿐 근로시간 면제 대상으로 지정된 바 없는 근로자에게 급여를 지원하는 행위는 그 자체

292) 대법원 2016. 4. 28. 선고 2014두1*** 판결

로 부당노동행위가 되지만, 근로시간 면제자에게 급여를 지급하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 부당노동행위가 되지 않는 것이 원칙임

다만, 근로시간 면제자로 하여금 근로제공의무를 면제받아 경제적인 손실 없이 노동조합 활동을 할 수 있게 하려는 근로시간 면제 제도 본연의 취지에 비추어 볼 때, **근로시간 면제자에게 지급하는 급여는 근로제공의무가 면제되는 근로시간에 상응하는 것이어야 함**

여기서 근로시간 면제자에 대한 급여 지급이 과다하여 부당노동행위에 해당하는지는 근로시간 면제자가 받은 급여 수준이나 지급 기준이 **그가 근로시간 면제자로 지정되지 아니하고 일반 근로자로 근로하였다면 해당 사업장에서 동종 혹은 유사 업무에 종사하는 동일 또는 유사 직급·호봉의 일반 근로자의 통상 근로시간과 근로조건 등을 기준으로 받을 수 있는 급여 수준이나 지급 기준을 사회통념상 수긍할 만한 합리적인 범위를 초과할 정도로 과다한지 등**의 사정을 살펴서 판단하여야 한다는 것이 대법원의 입장임[293]

2) 구체적인 사례

근로시간 면제자의 급여가 유사직급호봉의 일반근로자보다 9.9% 내지 16.9% 정도 더 많고, 지부장으로 선출된 후 동일 호봉 근로자 기본급 보다 약 10.7% 더 많은 기본급을 지급받았다면 노동조합법 제81조 제4호 본문을 위반한 경우에 해당함[294]

【 서울고등법원 2017. 9. 27. 선고 2016누7*판결 】**

"근로시간 면제자의 경우, 사용자가 일반 근로자와 동일한 방식으로 근로시간 면제자의 근태를 관리하거나 파악할 수 없어 일반 근로자와 동일한 임금체계에 따라 임금을 산정할 수 없다 하더라도, 근로시간 면제자에게 근로제공의무가 있는 **근로시간을 면제하여 경제적 손실 없이 노동조합 활동을 할 수 있도록 하려는 제도 취지에 비추어 보면, 근로시간 면제자에게 지급하는 급여는 근로제공의무가 면제되는 근로시간에 상응 하는 것이어야 한다.** 또한, 근로시간 면제자가 초과근무를 하더라도 일반 근로자의 초과근무와 달리, '사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무'(노동조합법 제24조 제4항)를 한 것이므로 당초 제도의 취지를 넘어서까지 특별히 고려할 것은 아니다. 따라서 근로시간 면제자의 급여에 관하여, 해당 사업장의 동일 또는 유사 직급·호봉의 일반 근로자의 급여 수준이나 지급 기준과 비교하여 사회통념상 수긍할 만한 합리적인 범위를 초과할 정도로 과다한 것이라면 노동조합법 제81조 제4호 본문을 위반 하는 것이 된다. **노사합의**

293) 대법원 2016. 4. 28. 선고 2014두1*** 판결
294) 서울고등법원 2017. 9. 27. 선고 2016누7*** 판결

로 근로시간 면제자의 급여 수준을 정할 수 있지만, 앞서 살펴본 바와 같이 2015년 운전직 근로자의 임금 인상률이 3.7%인데 비하여 원고 윤○○은 지부장 취임 후 급여액이 22.4%나 상승하였고, 원고 회사의 일반적인 운전직 8호봉 근로자들의 임금격차는 적게는 0.9%에서 많아도 6.3%에 불과함에도, 원고 윤○○은 유사 직급·호봉의 일반 근로자보다 9.9% 내지 16.9% 정도 더 많은 급여를 지급받았으며, 원고 윤○○이 원고 지부의 지부장으로 선출된 후 특별한 이유 없이 동일 호봉 근로자의 기본급보다 약 10.7% 더 많은 기본급을 지급받았다면, 근로시간 면제를 인정한 취지, 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위를 원칙적으로 금지하는 노동조합법 제81조 제4호에 비추어 이를 사회통념상 수긍할 만한 합리적인 범위 내라고 볼 수 없다. 따라서 원고들의 위 주장은 받아들일 수 없다

다. 원고들은, 근로시간이 면제된 노동조합 전임자의 업무는 운전직 근로자들의 업무 보다 업무량이 많거나 그 강도가 높으므로 이를 독자적으로 반영한 급여를 제공할 수 있다고 주장한다. 그러나 갑 제11호증의 1 내지 40의 각 기재만으로 노동조합 전임자의 업무가 일반 근로자들의 업무보다 상당한 수준으로 업무량이 많거나 그 강도가 높다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 설령 위와 같은 업무 수준의 차이가 인정된다고 하더라도, 노동조합 전임자는 원칙적으로 사용자로부터 급여를 받지 아니하되 근로시간 면제자로 지정되면 면제된 근로시간 한도 내에서 '임금의 손실 없이' 노동조합의 유지·관리 업무를 할 수 있도록 한 것이 노동조합법 제24조 제2항, 제4항의 취지이므로, 노동조합 전임자에게 '임금 손실 없는' 범위를 넘어 동일 또는 유사 직급·호봉의 일반 근로자의 급여 수준이나 지급 기준과 무관하게 노동조합의 유지·관리 업무에 업무량과 강도를 독자적으로 평가하여 과다하게 급여를 지급하여도 무방하다고 볼 수 없다. 따라서 원고들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

라. 원고들은, **면제되는 근로시간도 단체협약이나 임금협정에 따라 근로제공의무가 있는 근로시간으로서 연간 최대 2,470시간에 그치는 것은 아니고, 원고 회사 소속 일반 근로자가 통상적으로 제공하는 근로시간은 실제 근로시간을 기준으로 산정한 연간 2,648시간이므로 이에 따라 원고 ○○○의 급여 수준을 판단하여야 한다는 취지로 주장한다.**

그러나 원고들의 주장처럼 원고 회사 소속 일반 근로자가 통상적으로 제공하는 근로시간이 실제로 최대 연 2,648시간이거나 원고 회사가 원고 ○○○에게 연 3,000시간의 근로시간면제를 부여하는 합의를 하였다고 하더라도, 앞서 살펴본 바와 같이 원고 회사 소속 운전직 근로자의 경우 단체협약이나 임금협정으로 근로제공의무를 인정할 여지가 있는 근로시간 연 2,470시간을 초과한 근로시간면제가 허용된다고 볼 수 없으므로, 이를 전제로 하는 원고들의 위 주장도 이유 없다."

한편, 근로시간면제자와 **동일호봉 근로자간 월 평균 311,588원의 급여 차이가 존재한고, 일반근로자의 급여 수준이 근로시간 면제자보다 더 많은 경우도 있다면 지급받을 수 있는 급여 수준에 비하여 사회통념상 수긍할 만한 합리적인 범위를 초과할 정도로 과다하다고 보기는 어렵다**고 본 사례도 있음[295]

295) 서울고등법원 2017. 12. 20. 선고 2017누3***판결(상고심 계속 중)

다. 노동조합 운영비 원조

1) 일반론

종전 판례[296]는 경비원조를 금지하는 목적이 조합의 자주성 확보에 있으므로 부당노동행위 성립여부를 형식적으로만 볼 것은 아니고 그 급여의 지급으로 인하여 조합의 자주성을 현저하게 잃을 위험이 없는 한, 특히 그 급여의 지급이 조합의 적극적인 요구 내지는 투쟁결과로 얻어진 것이라면 그 급여 지급으로 조합의 자주성이 저해될 위험은 거의 없으므로 부당노동행위가 성립하지 않는다고 해석하였음

그러나 법 개정이후 판례[297]는 노동조합법 제81조 제4호 단서에서 정한 범위를 벗어나서 주기적이나 고정적으로 이루어지는 사용자의 노동조합 운영비에 대한 원조 행위는 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하는 행위와 마찬가지로 노동조합의 자주성을 잃게 할 위험성을 지닌 것으로서 노동조합법 제81조 4호의 본문에서 금지하는 부당노동행위라고 해석되고 비록 운영비 원조가 노동조합의 적극적인 요구 내지 투쟁으로 얻어진 결과라도 이러한 사정만으로 달리 볼 것은 아니라고 함

【 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012두* 판결 】**

"1. 부당노동행위를 할 수 없도록 정한 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제81조는 제4호 본문에서 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위'를 금지하되, 그 단서에서 '근로자가 근로시간 중에 제24조 제4항에 따른 활동을 하는 것을 사용자가 허용하는 행위, 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공'은 예외적으로 허용하고 있다. 위 규정이 사용자의 노동조합 운영비에 대한 원조 행위(이하 '운영비 원조 행위'라 한다)를 금지하는 입법목적은 노동조합이 사용자에게 경제적으로 의존하거나 어용화되는 것을 막고 노동조합의 자주성을 확보하는 데에 있다고 할 것이다.

그런데 노동조합법 제2조 제4호가 노동조합은 '근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다'고 하면서, 그 (나)목에서 '경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받은 경우'에는 노동조합으로 보지 않고 있으므로, 이에 비추어 보면, 노동조합이 사용자로부터 경비를 원조받는 행위는 노동조합의 자주성을 해칠 우려가 큰 것이라고 할 수 있다.

그리고 노동조합법 제81조 제4호 본문은 종전에 운영비 원조 행위의 하나로서 해석되던 "노동조합의 전임자(이하 '노조전임자'라 한다)에게 급여를 지원하는 행위(이하 '노조전임자 급여 지원 행위'라 한다)"를 운영비 원조 행위와 병렬적으로 규정하고 이를 금지하고 있다. 한편 노

296) 대법원 1991. 5. 28. 선고 90누*** 판결
297) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012두*** 판결

조전임자라 하더라도 노동조합법 제24조 제4항에 따라 근로시간 면제 한도를 초과하지 아니하는 범위에서 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭 등의 업무를 할 수 있지만, 그 외에는 노동조합법 제24조 제2항에 따라 전임기간 동안 사용자로부터 일체의 급여를 지급받는 것이 금지되며, 노동조합법 제81조 제4호 본문과 단서는 이를 반영하여 규정하고 있으므로, 노조전임자 급여 지원 행위는 별도로 노동조합의 자주성을 저해할 위험성이 있는지 가릴 필요 없이 그 자체로 부당노동행위를 구성한다고 해석된다. 따라서 노조전임자 급여 지원 행위와 대등하게 규정되어 있는 운영비 원조 행위의 경우에도 이와 마찬가지로 해석할 수 있을 것이다... 또한 노동조합법 제81조 제4호 단서에서는 '근로자의 후생 및 재액의 방지와 구제 등 목적의 기금에 대한 기부와 최소한 규모의 노동조합사무소 제공'을 예외적으로 허용하고 있을 뿐이므로, 그 예외를 둔 노동조합법의 입법목적 등에 비추어 사회통념상 통상적으로 위 단서에서 정한 경우에 포함되는 행위나 그와 동일시할 수 있는 성질의 것이라고 평가될 수 있는 행위는 허용될 수 있지만, 이를 벗어나는 운영비 원조 행위는 노동조합법 제81조 제4호 본문에 의하여 금지된다고 할 것이다.

위와 같은 노동조합법 관련 규정의 입법 취지와 내용을 종합하여 보면, 노동조합법 제81조 제4호 단서에서 정한 행위를 벗어나서 주기적이나 고정적으로 이루어지는 운영비 원조 행위는 노조전임자 급여 지원 행위와 마찬가지로 노동조합의 자주성을 잃게 할 위험성을 지닌 것으로서 노동조합법 제81조 제4호 본문에서 금지하는 부당노동행위라고 해석되고, 비록 그 운영비 원조가 노동조합의 적극적인 요구 내지 투쟁으로 얻어진 결과라 하더라도 이러한 사정만을 가지고 달리 볼 것은 아니다.

2. 원심은 판시와 같은 이유를 들어, 이 사건 단체협약 중 이 사건 사무보조비 조항은 노동조합이 사용자로부터 최소한의 규모의 노동조합사무소와 함께 통상 비치되어야 할 책상, 의자, 전기시설 등의 비품과 시설을 제공받는 것을 넘어 매월 상당한 금액의 돈을 지급받는 것을 내용으로 하고 있으므로, 그로 인하여 노동조합의 자주성을 침해할 현저한 위험성이 없다고 보기 어려워 노동조합법 제81조 제4호 본문에서 정한 부당노동행위에 해당한다고 판단하고, 이와 달리 이 사건 사무보조비 조항이 1992년 단체협약 체결 당시 원고가 그 지급을 요구하여 합의된 규정으로 현재까지 시행해 오고 있다는 사정 등을 내세워 부당노동행위에 해당하지 아니하므로 그에 대한 시정명령이 위법하다는 원고의 주장을 받아들이지 아니하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 판시에 일부 적절하지 않은 부분이 포함되어 있기는 하나 이 사건 사무보조비 조항이 노동조합법 제81조 제4호 단서에 정한 행위를 넘어서는 것으로 보고 그에 대한 시정명령의 적법성을 다투는 원고의 주장을 배척한 원심의 결론은 위와 같은 법리에 부합된다고 할 수 있다."

다만, 이후 헌법재판소는 운영비원조 금지조항이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하여 단체교섭권을 침해한다고 보아 헌법불합치 결정을 하였고, 만일 단순위헌결정을 하게 되면 노동조합의 자주성을 저해하거나 저해할 현저한 위험이 있는 운영비 원조 행위를 부당노동행위로 규제할 수 있는 근거조항 자체가 사라지게 되는 법적 공백상태가 발생한다는 이유로 2019. 12. 31.까지 잠정적용을 명하였으

므로[298], 운영비원조 금지조항 위반을 이유로 한 부당노동행위 여부 판단에는 이러한 취지를 고려하여야 함

【 헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2012헌바90 결정 】

⑵ 단체교섭권 침해 여부

(가) 목적의 정당성

운영비원조금지조항은 사용자가 운영비 원조 행위를 통해 노동조합에 영향력을 행사하는 것을 금지함으로써 노동조합의 사용자로부터의 자주성을 확보하여 궁극적으로 근로3권의 실질적인 행사를 보장하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하다.

(나) 수단의 적합성

사용자가 노동조합의 운영비를 원조하더라도 그 목적과 경위, 원조된 운영비의 내용, 금액, 원조 방법, 원조된 운영비가 노동조합의 총수입에서 차지하는 비율, 원조된 운영비의 관리 방법 및 사용처 등에 따라서 노동조합의 자주성을 저해할 위험이 없는 경우도 존재하고, 이러한 경우에는 운영비 원조 행위를 금지하더라도 노동조합의 자주성을 확보하고자 하는 입법목적의 달성에 아무런 도움이 되지 않는다.

그런데 운영비원조금지조항은 운영비 원조 행위를 금지하면서, 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공만을 예외적으로 허용하고 있다. 이처럼 운영비원조금지조항이 위 두 가지 예외에 해당하지 않지만 노동조합의 자주성을 저해할 위험이 없는 경우까지도 운영비 원조 행위를 금지하는 것은 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이라고 볼 수 없다.

(다) 침해의 최소성

1) (전략) 운영비 원조 행위는 그 자체로는 부당한 것으로 볼 수 없음에도 불구하고 운영비원조금지조항이 이에 대한 제한을 가하는 이유는 사용자가 운영비 원조 행위를 통해 노동조합의 자주성을 저해하는 것을 막기 위한 것이므로, 그 제한은 실질적으로 노동조합의 자주성이 저해되었거나 저해될 위험이 현저한 경우에 한하여 이루어져야 한다.

2) (전략) 운영비 원조 행위로 인하여 노동조합의 자주성이 저해되거나 저해될 현저한 위험이 있는지 여부는 그 목적과 경위, 원조된 운영비의 내용, 금액, 원조 방법, 원조된 운영비가 노동조합의 총수입에서 차지하는 비율, 원조된 운영비의 관리 방법 및 사용처 등에 따라 달리 판단될 수 있는 것이다.

그럼에도 불구하고 운영비원조금지조항은 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공을 제외한 일체의 운영비 원조 행위를 금지함으로써 노동조합의 자주성이 저해되거나 저해될 위험이 현저하지 않은 경우까지도 운영비 원조 행위를 금지하고 있으므로, 그 입법목적 달성을 위해서 필요한 범위를 넘어서 노동조합의 단체교섭권을 과도하게 제한하고 있다.

3) 노동조합의 자주성을 저해하거나 저해할 현저한 위험을 야기하지 않는 운영비 원조 행위를 금지하는 것은 노동조합의 자주성 확보라는 입법목적 달성을 위해서 불필요한 제한일뿐만 아니라, 노사 간 힘의 균형을 확보해 줌으로써 집단적 노사자치를 실현하고자 하는 근로3권의 취지에도 반

298) 헌법재판소 2018. 5. 31. 결정 2012헌바90 결정

하는 결과를 초래한다. (후략)

4) (전략) 복수 노동조합의 존재를 고려하더라도, 운영비 원조 행위를 일률적으로 금지할 필요성을 인정할 수 없다.

5) (전략) 이러한 전임자급여 지원 행위와는 달리 운영비 원조 행위에 대해서는 노동조합법 제81조 제4호에서 사용자의 부당노동행위로서 금지하고 있을 뿐, 노동조합법상 노동조합이 운영비 원조를 받는 것 자체를 금지하거나 제한하는 별도의 규정이 없고, 운영비 원조 행위와 전임자급여 지원 행위는 그 금지의 취지와 규정의 내용, 예외의 인정 범위 등이 다르므로 노동조합의 단체교섭권을 침해하는지 여부를 판단하면서 운영비 원조 행위를 전임자급여 지원 행위와 동일하게 볼 수는 없다.

6) (생략)

7) 이상의 내용을 종합하여 보면, 노동조합의 자주성을 저해하거나 저해할 현저한 위험이 있는 운영비 원조 행위만을 금지하더라도 노동조합의 자주성을 확보하고 근로3권의 실질적인 행사를 보장하고자 하는 입법목적을 달성할 수 있음에도 불구하고, 운영비원조금지조항이 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공을 제외한 운영비 원조 행위를 일률적으로 부당노동행위로 간주하여 금지하는 것은 규제의 목적과 취지에서 벗어나 청구인의 단체교섭권을 과도하게 제한하는 것이다. 따라서 운영비원조금지조항은 침해의 최소성에 반한다.

(라) 법익의 균형성

운영비원조금지조항은 노동조합의 자주성을 확보함으로써 실질적인 근로3권의 행사를 보장하기 위한 것이지만, 노동조합의 자주성을 저해하거나 저해할 위험이 현저하지 않은 운영비 원조 행위를 부당노동행위로 규제하는 것은 이러한 공익 달성에 기여하는 바가 전혀 없다. 반면, 운영비원조금지조항으로 인하여 청구인은 사용자로부터 운영비를 원조받을 수 없을 뿐만 아니라 집단적 노사관계에 관한 사항인 운영비 원조에 관하여 사용자와 자율적으로 정할 수 없어 궁극적으로 노사자치의 원칙을 실현할 수 없게 되므로, 이러한 청구인의 불이익이 위 공익에 비하여 결코 작다고 볼 수 없다. 따라서 운영비원조금지조항은 법익의 균형성에도 반한다.

(마) 소결

운영비원조금지조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 단체교섭권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

다. 헌법불합치결정과 잠정적용명령

운영비원조금지조항은 위와 같이 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이지만, 운영비원조금지조항에 대하여 단순위헌결정을 하게 되면, 노동조합의 자주성을 저해하거나 저해할 현저한 위험이 있는 운영비 원조 행위를 부당노동행위로 규제할 수 있는 근거조항 자체가 사라지게 되는 법적 공백상태가 발생한다. 따라서 운영비원조금지조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치 결정을 선고하되, 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속 적용을 명하기로 한다.

입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2019. 12. 31.까지는 이와 같은 결정의 취지에 맞추어 개선입법을 하여야 할 것이고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 운영비원조금지조항은 2020. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다.

2) 구체적인 사례

가) 복지기금 또는 재정자립기금 지급

판례[299]는 “복지기금”에 관하여는 노동조합법 제81조 제4호 단서의 “근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부”에 해당한다고 하여 부당노동행위가 될 수 없다고 보았음

반면, “재정자립기금”은 운영비 원조에 해당할 수 있으나 법 개정 당시 전임자에 대한 급여지급 금지와 근로시간 면제 한도 제도가 실시되기 전 노동조합법 부칙(법률 제5310호, 1997, 3. 13.) 제6조 제2항은 “노동조합과 사용자는 전임자에 대한 급여지원 규모를 노사협의에 의하여 점진적으로 축소하도록 노력하되, 이 경우 그 재원을 노동조합의 재정자립에 사용하도록 한다”고 규정하여 전임자에 대한 급여지원의 재원을 노동조합의 재정자립에 사용하도록 유도한 점 등을 감안하여 운영비 원조의 부당노동행위 의사가 인정되지 않는다고 하였음

그러나, 운영비 원조에 관하여는 노동조합법 제81조 제4호 단서에 따라 예외적으로 허용되는 경우가 아님을 인식하면서도 급여 지원행위 혹은 운영비 원조 행위를 하는 것 자체로 인정할 수 있다는 대법원의 명확한 판시가 있었으므로 부당노동행위에 해당한다고 보아야 할 것임

나) 전기요금 지원

단체협약 조항에서 정한 ‘사무실의 제공’에 사무실이라는 공간적인 시설과 사회통념상 그 안에 일반적으로 비치되는 책상, 의자, 전기시설 등 부대시설의 제공을 넘어 운영비의 성격을 지닌 전기요금의 지급까지 포함된다고 해석할 수는 없음[300]

【 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011다109* 판결 】**

“[1] 기업 내부에 존재하는 특정 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 하기 위하여는 그러한 관행이 기업 사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 기업의 구성원에 의하여 일반적으로 아무도 이의를 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여져서 기업 내에서 사실상의 제도로서 확립되어 있다고 할 수 있을 정도의 규범의식에 의하여 지지되고 있어야 한다.

[2] ○○○○공사와 ○○○○노동조합이 체결한 단체협약에 ‘공사는 조합활동을 위한 사무실을

299) 서울행정법원 2014. 1. 9. 선고 2013구합19***판결
300) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011다109*** 판결

제공한다'라고 규정하고 있는데, 노동조합이 공사를 상대로 조합 사무실의 전기요금 지급을 구한 사안에서, 단체협약에서 정한 '사무실 제공'에 사무실이라는 공간적인 시설과 사회통념상 그 안에 일반적으로 비치되는 책상, 의자, 전기시설 등 부대시설의 제공을 넘어 운영비의 성격을 지닌 전기요금의 지급까지 포함된다고 해석할 수 없을 뿐만 아니라, 전기요금 지원 관행이 공사 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되었다거나 사실상의 제도로서 확립되어 있다고 할 수 있을 정도의 규범의식에 의하여 지지되고 있었다고 볼 수 없는데도, 단체협약에서 정한 '사무실 제공'에는 전기요금의 지급까지 포함된다고 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례."

이 책을 만든 사람들

박 준 성 중앙노동위원회 위원장
이 수 영 중앙노동위원회 사무처장
장 근 섭 중앙노동위원회 조정심판국장
장 현 석 중앙노동위원회 법무지원과장
송 미 나 중앙노동위원회 법무지원과 사무관(주 집필자)
송 이 섭 중앙노동위원회 법무지원과 송무관
전 은 정 중앙노동위원회 법무지원과 송무관

검 토

조 원 식 중앙노동위원회 교섭대표결정과장
김 재 훈 중앙노동위원회 교섭대표결정과 사무관
오 세 창 중앙노동위원회 교섭대표결정과 조사관

감 수

이 승 욱 이화여자대학교 법학전문대학원 교수
권 태 성 경북지방노동위원회 위원장

◇ 발 행 일 : 2018년 8월
◇ 발 행 처 : 중앙노동위원회 조정심판국 법무지원과
☎ 044) 202-8276
◇ 인 쇄 : 문중기획 ☎ 044) 858-8580

<비매품>

이 『주제별 판례 분석집』은 주요 판례를 선별하여 정리한 자료로서 중앙노동위원회 및 각 지방노동위원회의 업무처리를 위한 참고자료로 활용하기 위해 제작한 것이며, 우리 위원회의 입장을 제시하는 것은 아님을 알려드립니다.