

2017년 노동법 중요 판례

박 수 근

한양대 법학전문대학원 교수

A Review on the Labor Cases in 2017

Su-Keun, Park

Professor, Law School of Hanyang University

초록 : 이 글에서는 법원과 헌법재판소가 2017년 선고한 노동판례 중 12개 판결을 선정하고, 이를 개별적 근로관계법과 집단적 노사관계법 영역으로 구분하여 검토하였다. 위 판결들의 중요한 쟁점은, 항공회사에서 용모규정과 국적차별 여부, 아파트경비원의 근로시간과 휴게시간, 성희롱 피해자 및 조력자에 대한 사업주의 책임, 용역업체의 교체와 묵시적 영업양도계약, 파견근로자 차별적 처우와 징벌적 손해배상, 고령자의 재고용과 기간제 근로에서 갱신기대권, 성과연봉제의 확대에서 절차와 취업규칙, 청원경찰의 근로3권 제한과 헌법 위반, 쟁의행위가 제한되는 주요방위산업체 종사근로자의 범위, 공무원 노조와 단체교섭의 대상, 모바일투표와 쟁의행위 찬반투표, 공정대표의무의 범위와 차별의 증명책임 등이다.

Abstract : This article reviews 12 major decisions of the Supreme Court and the Constitutional Court on labor law in 2017. They are categorized according to employment law or labor relation law. The main issues of above case study are a dress code in airline company and discrimination of nationality, working hours and rest time of apartment guard, liability of business owners about victim and helper in sexual harassment, discriminatory treatment about temporary agency workers and exemplary damages, rehire of retirement age and renewal expectation right of fixed-term work, procedure and work rules for annual salary system of performance, restrict about basic labor rights of security policemen and violation of the constitution, the limit of application workers in major defense industrial companies that strike action is restricted, government employees union and object of collective bargaining, mobile voting and yeas or nays about strike action, scope of fair representation in bargaining representative union and burden of proof.

• 논문접수 : 2018. 3. 18.

• 심 사 : 2018. 3. 20.

• 게재확정 : 2018. 4. 2.

I. 선정기준

이 글에서 소개하는 노동판례는 네 가지의 기준과 경로를 통해 선정하였다. 첫째, 한국노동법학회와 한국노동연구원이 매년 공동으로 진행하는 노동판례 리뷰사업의 대상이 된 판결을 중심으로 하였다. 둘째, 노동관계법에 관한 전문잡지인 ‘월간 노동법률’에 게재된 2017년 화제의 판례12를 참고하였다. 셋째, 민변 노동위원회가 매년 출간하는 2017년 노동판례비평을 위해 선정한 주요 대상판결을 참고하였다. 넷째, 한국노동법학회에 1년에 3회 발간하는 노동법학에 게재된 노동판례리뷰를 참고하였다. 노동법을 전공으로 하는 교수 또는 연구기관에 근무하는 연구원들이 관심을 가질 노동판례는 노동사건을 전문적으로 다루는 변호사들이 중요시하는 기준과 대체로 일치하겠으나 구체적으로는 조금 다를 수도 있다. 즉, 교수 등 연구자들은 노동법의 적용과 해석에 관한 논쟁 뿐 아니라 입법정책의 관점도 고려하지만, 변호사들은 노동현장 또는 실무에서 자주 분쟁이 발생하거나 의문점을 해결해 주는 판례에 관심을 가지게 될 것이다. 이러한 점에서 2017년 노동법 중요 판례는 연구자와 노동분쟁을 다루는 변호사들에게도 중요하다고 판단되는 것을 선정하려고 하였다. 특히, 노동법 연구자들에게는 관심도가 약해도 변호사들이 기본적으로 알아야 할 쟁점 또는 새로운 쟁점이 다루어진 경우는 대법원 판례가 아니라도 선정하였다. 노동법은 대체로 근로자와 사용자 간에 근로관계의 형성, 존속, 소멸을 다루는 개별적 근로관계와 노동조합과 사용자 사이의 단체교섭, 노동쟁의조정, 파업, 부당노동행위를 다루는 집단적 노사관계로 구분되므로, 이런 관점에서 노동판례를 나누어 설명하였다. 선정된 노동판례에 대해 노동법 연구자들도 입장이 대립하고, 변호사들도 가치관이 다르거나 근로자 또는 사용자 중에서 누구를 많이 대리하여

활동하는가에 따라 그 의미를 다르게 평가할 수 있다. 대한변호사협회가 발간하는 인권과정의는 변호사 등 실무가들이 많이 읽는 점을 고려하여, 여기서는 주관적인 측면보다는 중립성을 유지하기 위해 선정된 노동판례의 내용을 소개하면서 간단하게 검토를 하였다.

II. 개별적 근로관계법

1. 항공회사의 승무원에 대한 용모제한 규정의 국적차별 (서울고등법원 2017. 2. 8. 선고 2016누50206 판결)

1) 판결요지

종교나 관습 등에 의하여 수염 허용 여부를 달리 규제할 합리적 필요성이 있다면 이는 ‘국적’이 아닌 그러한 사유를 기준으로 내외국인에게 동일하게 적용되어야 할 것이다. 이 사건조항이 ‘국적’을 기준으로 수염을 기르는 것에 대한 허용 여부를 달리 규제하는 것은 합리적 이유 없는 부당한 차별로 헌법 제11조 및 근로기준법 제6조가 규정한 평등원칙에 반한다. 원고는 일단 용모규정이 제정되어 시행되고 있는 이상 그 내용에 동의하지 않거나 그러한 규제가 개인의 자유를 과도하게 제한한다고 생각하더라도 근로자는 이를 준수할 의무가 있고 임의로 이를 위반하는 것이 정당하다고 볼 수 없으므로 이 사건 비행정지는 정당하다는 취지로 주장한다. 그러나 위와 같은 원고의 주장은 결국 부당한 규정에 대하여도 사업주가 이를 규정하였다면 근로자는 일단 이를 준수할 의무만이 있고, 근로자가 그 부당성을 주장하며 시정지시를 이행하지 않는 경우 사업주가 업무상 필요성이 인정되지 않음에도 그 근로자를 업무에서 배제하는 등의 업무명령을 할 수 있다는 것이므로 이는 받아들일 수 없다.

2) 주장과 쟁점

근로자는 회사의 ‘임직원 근무복장 및 용모규정’(이하 ‘용모규정’)은 근로자 과반수 동의를 받지 아니하여 그 효력이 없고, 헌법상 평등권과 자유권을 침해하며, 비행정지처분은 업무상 필요성이 없어 부당하다고 주장한다. 그러나 회사는 근로자가 입사하기 전부터 용모규정을 제정하여 운영하여 왔고, 운항승무원은 항상 단정하고 깔끔한 용모로 고객들에게 신뢰감을 주어야 하므로 회사가 이를 규율하는 것은 타당하며, 수염을 기른 상태에서 비행임무를 수행하여 규정을 위반하고 수염을 깎으라는 지시를 거부하여 비행정지처분은 업무상 필요성에 의해 타당하다고 주장한다. 따라서 비행정지처분이 정당한지가 다투어진 대상판결에서 쟁점은, 용모규정은 취업규칙이므로 불이익변경에 해당하는지, 그 내용이 헌법과 법률(평등권과 일반적 행동자유권)을 위반하였는지, 비행정지처분에 업무상 필요성이 인정되는지가 될 것이다.

경우에는 타인에게 혐오감을 주지 않는 범위 내에서 이를 허용한다.

3) 검토¹⁾

주로 금융 또는 판매 등 업종에서 고객에 대한 신뢰도는 매우 중요하고, 서비스를 제공하는 근로자의 복장과 태도 등도 영향을 미친다. 이런 점 때문에 회사들은 복장과 용모 등에 관해 일정한 기준을 제시하고, 근로자들도 이에 벗어나지 않는 복장 또는 용모를 하고 근무하게 된다. 근로를 할 때 착용하는 옷과 모자 등은 근로자가 가진 내면적인 것이 아니라 외부적 평가 등이 강하게 작용한다. 따라서 사용자가 근로자에게 특정한 복장 내지 모자 등을 착용하도록 요구하는 것은, 업무상 필요성이 인정된다면, 이에 거부감을 가지거나 개인적인 취향에 맞지 않는다는 근로자의 생각은 용모에 관한 사항과 비교할 때 약하게 보호될 것이다.

헌법상 평등권의 침해에서 합리적인 이유가 존재하는지, 용모나 복장에서 자기결정권을 과도하게 제한하였는지 여부는 추구하는 이념과 가치에 따라 다르게 판단될 수 있는 어려운 문제이다. 이런 점 때문에 대상판결에서도 회사의 용모규정이 헌법상 평등권에 위반되고, 내국인 남성 직원의 자유권(용모나 복장에 대한 자기결정권)을 과도하게 제한하여 무효라고 하면서도, 가사, 이 사건 용모규정이 무효가 아니라고 하여도 비행정지처분에 업무상 필요성이나 합리적 이유가 인정된다고 볼 수 없다고 판단하였다. 본건에서 근로자는 승객들과 직접 대면하여 직무를 수행하는 것이 아니므로 대상판결이 타당하다. 만약 대법원에서 대상판결과 같은 취지

(임직원 근무복장 및 용모 규정)

제5조(근무용모 원칙) 임직원의 용모는 단정하고 청결을 유지하여야 한다.

① 남직원

두발은 옆머리가 귀를 덮지 않으며, 뒷머리는 와이셔츠 깃에 닿지 않게 하고 단정하게 청결한 상태를 유지하며, 삭발 등 지나치게 짧은 머리, 장발, 지나친 염색, 탈색을 비롯하여 기타 혐오감이나 불안감을 유발할 수 있는 머리모양을 하여서는 아니 된다. 안면은 항상 면도가 된 청결한 상태를 유지하며 수염을 길러서는 아니 된다. 다만, 관습상 콧수염이 일반화된 외국인의

1) 구미영, “내국인 승무원에 대한 용모제한 규정의 국적차별 여부” 『노동리뷰(2017년 5월호)』, 한국노동연구원, 103면 참조 ; 박수근, “항공회사에서 조종사의 턱수염과 복장(용모)규정의 효력” 『판례연구(제31집의1)』, 서울지방변호사회, 2018., 339면.

가 유지된다면 금융, 판매 등 서비스산업 현장에서 근로자의 복장과 용모에 관한 규정과 판단 기준에서 변화가 예상된다.

2. 아파트 경비원들의 근로시간과 휴게시간 (대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다 243078 판결)

1) 판결요지

원고들의 휴게시간 중 상당시간은 실질적으로 피고의 지휘·감독을 벗어나 자유로운 휴식·수면시간의 이용이 보장되었다고 보기 어렵다. 그렇다면 원심으로서서는 원고들이 피고로부터 근무초소(경비실) 외에 독립된 휴게공간을 제공 받았는지, 독립된 휴게공간이 아닌 근무초소(경비실)에서 휴게시간을 보낸 것이 원고들의 자발적인 의사에 의한 것인지, 원고들이 휴게시간에 피고의 지휘·감독을 받지 않고 자유롭게 휴식이나 수면을 취하였는지, 피고가 휴게시간에 원고들에게 경비 또는 순찰을 지시하거나 원고들의 근무상황을 감시하거나 보고를 받은 적이 있는지, 피고의 휴게시간 중 경비 또는 순찰의 지시로 인하여 원고들의 나머지 휴게시간이 방해받았는지, 이와 같은 휴게시간의 방해가 불가피한 사정에 의한 것인지 등에 관하여 충분히 심리한 다음, 원고들이 휴게시간에도 피고의 실질적인 지휘·감독 아래 있었는지 여부를 판단하여야 한다. 원심의 판단은 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실관계를 오인하거나 근로기준법상의 근로시간 및 휴게시간에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 검토

감시·단속적 근로에 종사하는 자는 근로하면서 휴식을 충분히 취하기 때문에 근로시간을 엄격하게 규제할 필요가 높지 않아서 근로기준법 제63조에서 특별하게 취급하고 있다. 그러나 수위·경비·물품감시원 등 심신의 피로가 적은 업무가 감시적 근로에 해당하지만, 이러한 업무 중에서도 고도의 정신적 긴장을 요하거나 건강상 유해·위험하거나 수시로 다른 업무를 겸하는 경우에는 제외된다.²⁾ 통상적으로 사용자는 휴게시간으로 주장하지만 근로자들은 근로시간으로 주장하는 경우가 많아서 이 사건에서도 주된 쟁점은 아파트 경비원들이 가면(parasleep, ‘일탈수면’) 상태로 취한 휴게시간이 근로시간에 해당하는지 여부이다. 경비원은 대표적인 감시·단속적 근로자에 해당하며, 이는 동법 제63조 제3호에 의해 근로시간·휴게와 휴일에 관한 규정(연장·휴일근로 가산수당 및 1일 근로시간에 제한)이 적용 제외되는 직종이다. 동법 제50조 제3항에 따르면 “작업을 위해 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래에 있는 대기시간 등은 근로시간으로 본다”라고 규정하므로, 감시·단속적 업무를 수행하는 경우 휴게시간 또는 대기시간 인지에 관한 판단은 중요하다.

대법원은 경비원들의 휴게시간에 대해 원심법원과 다르게 판단하였다. 즉, “피고가 관리소장을 통해 문서로 지시한 특별지시, 직원중요숙지 사항 등은 경비원들에게 별도의 취침시간과 취침장소가 없다는 전제에서, 야간휴게시간(24:00~4:00)에 근무초소(경비실) 내의 의자에 앉아 가면상태를 취하면서 급한 일이 발생 할 시 즉각 반응하도록 지시한 점, 야간휴게시간에 근무초소(경비실) 내의 조명을 켜 놓도록 한 점, 야간휴게시간에 피고의 지시로 시행된 순찰업무는 경

2) 임종률, 『노동법(제16판)』, 박영사, 2018, 475면.

비원마다 매번 정해진 시간에 이루어지지 않았고, 이로 인하여 나머지 휴게시간의 자유로운 이용이 방해된 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 경비원들의 야간휴게시간은 자유로운 이용이 보장되는 휴식·수면시간으로 보기 어렵고, 혹시 발생할 수 있는 긴급상황에 대비하는 대기시간으로 볼 여지가 충분하다”라고 판단하였다. 대상판결은 경비원의 휴게시간 판단에 대해 사용자가 어떻게 지휘하고 감독하였는지를 실질적으로 판단하였고, 휴게시간의 보장을 위해 사용자는 어떤 노력을 해야 하는가를 알 수 있다는 점에서 시사하는 바가 크다.

3. 성희롱 피해자 및 조력자에 대한 불리한 조치와 사업주의 책임 (대법원 2017. 12. 22. 선고, 2016다202947 판결)

1) 판결요지

사업주의 조치가 피해근로자 등에 대한 불리한 조치로서 위법한 것인지 여부는 불리한 조치가 직장 내 성희롱에 대한 문제 제기 등과 근접한 시기에 있었는지, 불리하게 조치한 경위와 과정, 불리한 조치를 하면서 사업주가 내세운 사유가 피해근로자 등의 문제 제기 이전부터 존재하였던 것인지, 피해근로자 등의 행위로 인한 타인의 권리나 이익 침해 정도와 불리한 조치로 피해근로자 등이 입은 불이익 정도, 불리한 조치가 종전 관행이나 동종 사안과 비교하여 이례적이거나 차별적인 취급인지 여부, 불리한 조치에 대하여 피해근로자가 구제신청 등을 한 경우에는 그 경과 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다. 피해근로자 등을 가까이에서 도와준

동료 근로자에게 불리한 조치를 한 경우에 그 조치의 내용이 부당하고 그로 말미암아 피해근로자 등에게 정신적 고통을 입혔다면, 피해근로자 등은 불리한 조치의 직접 상대방이 아니더라도 사업주에게 민법 제750조에 따라 불법행위책임을 물을 수 있다.

2) 검토

우리나라의 사업장에서는 오래전부터 성희롱과 성차별³⁾을 둘러싼 사업주의 책임문제가 자주 발생하여 오고 있다. 성희롱을 방지하고 피해자를 보호하기 위해 사업주에게는 개별 법률에 의해 의무가 부과된다. 남녀고용평등법 제12조는 사업주, 상급자 또는 근로자에게 직장 내 성희롱을 하여서는 아니되는 금지규정을, 동법 제13조 내지 제14조에서 사업주는 직장 내 성희롱을 예방하고 근로자가 안전한 근로환경에서 일할 수 있는 여건 조성을 위하여 직장 내 성희롱의 예방 교육을 실시하거나 성희롱이 발생한 경우 조치를 할 의무규정을 두고, 사업주가 이를 위반하면 벌칙 또는 과태료가 부과된다. 성희롱의 형태상 특수성을 전제로 피해 근로자에게 근로계약상의 보호의무를 위반한 사업주의 채무불이행, 또는 가해 근로자를 고용한 사업주로서 남녀고용평등법 등에서의 업무관련성과 민법 제750조 이하의 불법행위책임을 인정 여부와 손해배상의 범위가 주로 문제된다.⁴⁾

대상판결에서 쟁점은 성희롱 사건 조력자에 대한 불리한 조치에 대해 조력자뿐만 아니라 피해자도 배상을 청구할 수 있는가이다. 대상판결은 남녀고용평등법 제14조 제2항은 피해자 등에 대한 불리한 조치를 금지한 것이기 때문에 조력자를 보호대상으로 볼 수 없다는 원심 판단을

3) 김엘림, 『성차별 관련판례와 결정례 연구』, 에프스테마, 2013, 142면.

4) 박수근, “사업장에서 성희롱과 노동법의 적용” 『판례연구(제24집 2호)』, 서울지방변호사회, 2011., 260면.

유지하였다. 그러나 조력자에 대한 불리한 조치는 피해자의 인격적 이익을 침해하는 것으로 민법 제750조의 불법행위로 구성되거나 근로자에 대한 보호의무 위반으로 보아 사용자의 손해배상 책임을 인정할 수 있다고 판단하였다. 대상판결은 성희롱 사건의 맥락을 고려하여 조력자에 대한 압박과 제재가 피해자의 인격적 이익 또는 안전한 환경에서 근로할 권리 침해로 연결된다는 점을 확인하였다. 이것은 성희롱 예방 및 피해자 보호는 사용자의 의무이고 조력자에 대한 보복조치가 갖는 위법성을 확인하였다는 점에서 유의미한 판결이었다. 대상판결은 성희롱 사건 처리과정에서 사용자의 불리한 조치 금지 조항 위반에 대한 법적책임을 인정한 첫 대법원 판결이어서 의미가 있다. 또한 조력자에 대한 불리한 조치를 피해자에 대한 불법행위로 판단할 수 있는 법리를 제시하였다.⁵⁾

4. 용역업체의 교체와 묵시적 영업양도계약 (서울고등법원 2017. 6. 14. 선고 2016누 62223 판결)

1) 판결요지

용역업체의 변경과정에서 종전 사업체와 신규 사업체 사이에 묵시적 영업양도계약이 성립되었음을 인정하여, 종전 사업체의 근로자들에 대한 근로관계가 신규 사업체에게 승계되고 종전 사업체와의 단체협약 또한 참가인들에게 적용되므로 정년 만료를 이유로 한 이 사건 해고는 부당하며, 또한 부당노동행위에 해당하므로 이와 결론을 달리한 1심판결을 취소하였다.

2) 검토

도급인에 의해 외주 용역업체가 변경되어 기존 용역업체가 수행하던 사업이 신규 용역업체로 이전되는 경우, 기존 용역업체는 그 사업의 전부 또는 일부를 폐지하게 된다면, 종사하던 근로자들의 법적 지위가 신규 용역업체에 승계되는지, 승계된다면 근로조건은 어떠한 기준으로 정해지는지 등의 문제가 오래전부터 발생하여 왔다. 이때 근로자의 고용승계를 주장하는 법리는 묵시적 근로계약관계, 영업양도, 사업이전 등이다. 판례는 일반적으로 사업의 외주화와 관련된 사업주체의 변경은 영업양도에 해당되지 않는다고 판단하여 왔다. 이러한 판례의 경향은 사업의 양수인 입장에서 마음에 들지 않는 양도인의 일부 근로자들을 제거할 수단으로 활용되기 쉽다.⁶⁾ 따라서 용역업체의 교체로 인하여 종전 용역업체 소속 근로자가 해고되는 경우 이들을 구제할 적절한 방법을 찾기 어려웠다. 2017년에는 하급심이지만 용역업체 교체 시 고용이 승계된다는 2개의 판례가 나온 것으로 확인된다. 이것은 제3자를 위한 계약법리로 판단한 경우⁷⁾(대전지방법원 2017. 11. 21. 선고 2015가단228541 판결)와 묵시적 영업양도의 법리로 판단한 대상판결이다. 즉, 종전 용역업체와 신규 용역업체 사이에 ‘묵시적 영업양도계약’이 성립되었고 이를 전제로 종전 용역업체가 체결한 단체협약이 신규 용역업체에 승계되었다고 판단한 경우이다.

한편, 공공부문에서는 종전 용역업체에 고용된 근로자의 보호를 위해 입찰조항에 고용관계를 계속 유지할 수 없는 특별한 사정이 없는 한 고용승계를 명시하고 신규 용역업체가 이를 수용하므로 고용을 거부할 특별한 사정에 대한 해

5) 구미영, “성희롱 피해자 및 조력자에 대한 불리한 조치와 사업주의 책임” 『노동리뷰(2018년 2월호)』, 한국노동연구원, 63면.

6) 전형배, 『노동판례연구IV』, 노사신문사, 2016., 192면.

7) 권오성, “용역업체의 교체와 제3자를 위한 계약” 『노동리뷰(제2018년 1월호)』, 한국노동연구원, 134면.

석이 주로 문제된다. 그러나 민간부문에서는 이러한 입찰조항이 없는 경우가 대부분이므로 용역업체 또는 하청업체의 변경으로 인한 고용승계의 문제는 해석상 어려움이 많다. 만약, 현행법을 전제로 한 해석에서 고용승계가 어렵다면 용역업체의 이전에 따른 고용승계 등을 해결하는 입법적 보완이 요청된다.⁸⁾

5. 파견근로자 차별적 처우금지영역과 차별시정책임자 그리고 징벌적 손해배상 (서울고등법원 2017. 5. 17. 선고 2016누79078 판결)

1) 판결요지

연차유급휴가수당의 미지급과 같이 근로기준법에 정해진 의무를 위반한 것도 파견법상 차별적 처우의 금지 범위에 포함된다. 파견근로계약관계에서 연차유급휴가수당지급의무를 부담하는 것은 파견사업주이지만, 파견법 제21조에 따라 차별적으로 지급된 연차유급휴가수당에 대한 차별시정의무는 파견사업주와 함께 사용자업주도 연대하여 책임을 진다. 파견근로자가 동일한 사용자업주의 사업장에서 계속하여 근무하면서 차별적 처우를 받아왔고, 다만 그 기간 중 소속 파견사업주만이 변경되었다면, 사용자업주의 차별적 처우에 대한 차별시정의 제척기간은 사용자업주와의 근로관계가 종료한 날로부터 기산되어야 한다. 차별적 처우에 명백한 고의가 있고 장기간 계속되었다면 기간제법 제13조 제2항 단서에 따라 손해액의 2배의 배상을

명한 것은 정당하다.

2) 검토

파견법은 파견계약관계에서 파견근로자임을 이유로 하는 차별적 처우를 금지하고 있고, 동법 제34조에서는 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여 원칙적으로 파견사업주 및 사용자업주를 근로기준법의 준수 의무를 부담하는 사용자로 보는 한편, 임금 등에 대한 책임은 파견사업주가, 근로시간과 휴게 및 휴일 등에 대한 책임은 사용자업주가 부담하는 것으로 규정한다. 이에 따라 연차유급휴가를 보장할 의무는 파견사업주가 부담하고, 근로자가 연차유급휴가를 모두 사용하지 못해 발생하는 연차유급휴가수당청구권도 임금으로서 파견사업주의 책임이다. 지금까지 차별시정의 사례는 대부분 기간제근로자와 관련된 문제들이었고, 파견근로자에 대한 차별시정사례는 많지 않았다. 이 사건은 파견근로자임을 이유로 하는 차별시정과 관련하여 많은 쟁점들을 포함하고 있으며, 특히 2014년 기간제법의 개정으로 도입된 징벌적 손해배상제도가 중노위와 법원에서 처음으로 적용된 경우이다.⁹⁾ 향후 반복적이고 고의적인 차별적 처우와 관련하여 징벌적 손해배상명령이 많아질 것으로 예상되지만, 기간제법 제13조 제2항 단서의 적용을 위한 사용자의 ‘명백한 고의성’과 차별적 처우의 ‘반복성’을 입증하는 문제는 계속 논란이 예상된다.¹⁰⁾

8) 권오성, “용역업체의 교체와 근로관계의 승계” 『노동법학(제63호)』, 한국노동법학회, 2017., 5면 ; 조경배, “노무용역 공급업체의 변경과 고용승계” 『민주법학(제46호)』, 민주법학연구회, 2011., 186면 ; 전형배, “외주위탁사업의 이전과 근로관계의 승계” 『노동법학(제41호)』, 한국노동법학회, 2012., 155면 ; 하경효, “아파트 관리추체 변경에 따른 노동법 쟁점과 입법과제” 『노동법포럼(제14호)』, 노동법이론실무학회, 2015., 167면.

9) 김홍영, “한국의 파견근로자에 관한 차별시정제도와 사례” 『노동법논총(제41집)』, 한국비교노동법학회, 2017., 53면.

10) 박은정, “파견근로자 차별적 처우금지영역과 차별시정책임자 그리고 징벌적 손해배상” 『노동리뷰(2017년 8월호)』, 한국노동연구원, 103면.

6. 정년 후 고령자의 재고용과 기간제 근로에서 갱신기대권 (대법원 2017. 2. 3. 선고 2016두50563 판결)

1) 판결요지

기간제법 제4조 제1항 단서의 예외 사유에 해당한다는 이유만으로 갱신기대권에 관한 법리의 적용이 배제된다고 볼 수는 없다. 갱신기대권 법리와 함께 기간제법 및 고령자고용법의 규정들의 입법취지와 사업장 내에서 정한 정년의 의미 및 정년 이후에 기간제근로계약을 체결하는 근로계약 당사자의 일반적인 의사 등을 모두 고려하면, 정년을 이미 경과한 상태에서 기간제 근로계약을 체결한 경우에는, 일반적으로 갱신기대권이 인정되는지 여부를 판단하기 위해 고려하는 제반 사정 외에 해당 직무의 성격에 의하여 요구되는 직무수행 능력과 당해 근로자의 업무수행 적격성, 연령에 따른 작업능률 저하나 위험성 증대의 정도, 해당 사업장에서 정년을 경과한 고령자가 근무하는 실태 및 계약이 갱신되어 온 사례 등을 종합적으로 고려하여 근로계약 갱신에 관한 정당한 기대권이 인정되는지 여부를 판단하여야 한다.

2) 검토

기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우, 그 기간이 만료됨으로써 근로관계는 당연히 종료되는 것이 원칙이겠으나, 판례상 몇 가지 예외를 인정한다. 즉, 기간의 정함이 형식에 불과하고 실제로는 기간을 정한 것이 아닌 경우, 기간제 근로자가 근로계약이 갱신되리라는

기대권을 가지거나 기간의 정함이 없는 근로자로 전환되리라는 전환기대권을 가지는 경우 등이다. 판례에 의해 인정되어 온 기간제 근로계약에서 갱신기대권의 법리는 기간제법의 제정과 고용현상의 변화로 인해 크게 두 가지의 쟁점이 제기되었다. 우선, 기간제법의 제정으로 인해 갱신기대권은 더 이상 적용할 수 없는지 여부이다. 이에 대해 입장대립이 있었으나 관련 판결(대법원 2011. 4. 14. 2007두1729 판결 등)과 연구자들의 입장¹¹⁾을 고려할 때 기간제법에도 불구하고 기간제 근로에 대한 판례상 갱신기대권 법리는 영향이 없는 것으로 본다. 또 다른 쟁점은 주로 기간제법에 의해 2년의 사용기간의 제한에서 예외에 해당되는 고령자에 해당되었으나 정년 이후 기간제 근로계약을 체결하여 근무하는 근로자에 대한 갱신기대권의 인정 여부 또는 갱신거절의 합리적 이유에 관한 것이다. 업종과 직종에 따라 조금 다르겠지만 통상적으로 직장에서 정년으로 퇴직하고서도 계약직 등을 근무하는 경우가 계속 증가하고 있다. 이러한 현상을 인정하면서도 고령자 또는 정년 이후의 기간제 근로에 대한 갱신기대권을 인정할 것인지, 만약 인정한다면 통상적인 기간제 근로에 대한 내용과 어떻게 다르지 등이 명확하게 정리되지 못해 실무에서도 혼선이 계속 되었다. 기간제법상 고령자에 관한 사항이지만, 대상판결은 정년이 도과하여 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수는 없다고 하더라도 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정되며, 그 갱신거절의 정당한 이유를 찾아볼 수도 없다고 판단했다.¹²⁾ 고령자 또는 정년이 지난 후 계약직으로 근무하며 계약기간이 종료한 경우 갱신기대권이 적용된다면, 그렇지 아니한 일반적인 계약

11) 도계형, 『노동법의 회생』, 이화여대출판부, 2016, 108면 이하 ; 전형배, 『노동판례연구IV』, 노사신문사, 2016, 203면.
 12) 김홍영, “고령자이며 정년 후 재고용된 기간제 근로자에게 갱신기대권 법리를 인정할 사례” 『노동리뷰(2017년 5월호)』, 한국노동연구원, 95면 ; 신용간, “정년 경과 기간제 근로자의 계약갱신 기대권” 『월간노동법률(2017년 12월호)』, 중앙경제사, 35면.

직 근로자와 비교할 때, 갱신기대권과 정당성의 판단기준은 동일하지 아니면 다른 것인지가 문제에 대해서는, 대상판결을 통해 명확하게 확인하기 어렵다. 이 점에 대해서는 해석상 입장대립이 있을 것이고, 향후 면밀한 검토와 연구가 필요할 것으로 생각된다.

7. 성과연봉제의 확대에서 절차와 취업규칙 (서울중앙지방법원 2017. 8. 10. 선고 2016 가합26526 판결)

1) 판결요지

성과연봉제규정의 개정으로 인하여 기본급 및 성과연봉의 등급 분류 결과에 따라 지급받게 되는 총임금의 액수가 증가 또는 감소하게 되는 등 근로자 개인에 따라 유·불리의 결과가 달라질 수 있게 되었으나, 하위평가를 받게 되는 근로자들은 기존 임금이 저하될 것으로 보이는바, 가령 위 규정의 개정으로 인하여 피고가 근로자들에게 지급하게 되는 임금의 총액이 기존의 급여 체계에 비하여 증가하였다 하더라도, 위와 같이 위 규정의 적용을 받게 되는 근로자 개인에 따라 그 유·불리의 결과가 달라진다면, 위 규정은 근로자에게 불이익한 것으로 취급하여 근로기준법에 따른 변경절차를 따라야 한다.

2) 검토

2016년 1월 당시 정부가 정년연장과 노동개혁 등 정책적 변화에 맞추어 그동안 성과연봉제의 확산을 독려했던 상황에서 2016년 공기업과 금융권을 중심으로 성과연봉제의 도입을 둘러싼 노사관계는 매우 불안정하였다. 은행연합회가

발표한 ‘민간은행 성과연봉제 도입 가이드라인’에는 영업실적 등의 성과에 따라 동일 직급 내 연봉 차등 폭이 최대 40%까지 생기는 내용이 담겼다. 금융당국이 금융개혁의 명분으로 성과연봉제 도입에 앞장서고 은행권이 동참하는 모양을 갖추었는데, 이를 반대하는 금융산업노조의 파업이 사실상 실패로 돌아간 바가 있고, 2016년 12월 우리은행 등은 긴급이사회를 열고 성과연봉제 도입을 의결하자, 다른 은행들도 이를 추진할 것으로 알려져 노사 갈등은 계속되었다. 이와 같이 공기업과 금융권을 중심으로 한 성과연봉제의 실시 여부는 민간 대기업 또는 제조업 등에도 영향을 미칠 것이다.

통상적으로 공기업 또는 금융기관은 일정한 직급 이상의 근로자 보수와 관련하여 직원별로 평가받는 성과에 따라 보수를 차등지급하는 성과연봉제를 시행해 왔고, 이에 대한 근거는 취업규칙으로 평가되었다. 그런데 2016년 여름경부터 성과연봉제를 일반 직원들에 대해서도 확대하여 시행하려고 하였으나 과반수 노동조합 또는 근로자대표의 동의를 얻지 못하자 이사회 결의로 시행하는 경우가 많았다. 그러나 노동조합들은 성과연봉제를 확대 시행하는 것은 취업규칙을 불리하게 변경하는 것이므로 근로기준법 제94조 제1항 단서에 위반하여 무효라는 주장을 하고 이에 대한 가처분도 신청하였다.¹³⁾ 이러한 소송에서 쟁점¹⁴⁾은 크게 두 가지이다. 근로기준법 제94조의 적용과 관련하여 불이익 변경에 해당되는지, 성과연봉제 규정에 불이익한 면이 있다 하더라도 사회통념상 합리성이 존재하는지 여부이다. 대상판결은 이러한 두 가지 쟁점에 대해 이미 확립되어 있는 판례법리에 따라 판단했다.¹⁵⁾ 즉, 성과연봉제 도입은 노사가 대화와 타협을 통해 이해관계를 조정하면서 풀

13) 다만, 서울중앙지방법원 2016. 12. 27. 2016카합622(효력정지가처분) 결정은 보전의 필요성이 부족하다는 취지에서 노조의 가처분신청이 기각된 것에 불과하므로 이사회결의에 대한 직접적인 법적 판단으로 볼 수는 없다.

14) 서울중앙지방법원 2017. 5. 18. 선고 2016가합566509 판결.

어나가도록 하는 것이 헌법과 근로기준법이 추구하는 기본 정신이며 정부의 지침을 이행한다는 이유로 근로기준법에서 정한 절차를 무시하고 일방적으로 임금체계를 변경한다면 그 효력을 인정할 수 없다라고 했다.

III. 집단적 노사관계

1. 청원경찰의 근로3권을 제한한 청원경찰법의 위헌 (헌법재판소 2017. 9. 28. 2015헌마653 결정)

1) 결정 요지

청원경찰은 일반근로자일 뿐 공무원이 아니므로 원칙적으로 헌법 제33조의 근로3권이 보장된다. 또한 신분 보장 등 법제도적 보호도 경찰 등 공무원에 비해 낮기 때문에 근로3권으로 보호될 필요성이 크다. 모든 청원경찰의 근로3권을 전면적으로 제한하는 것은 입법목적 달성을 위해 필요한 범위를 넘어선 것으로서 침해의 최소성 원칙에 위배되며, 모든 청원경찰에 대한 근로3권의 전면적 박탈이라는 불이익은 청원경찰이 경비하는 중요시설의 안전이라는 공익과의 관계에서 법익의 균형성을 상실한 것이기 때문에 청원경찰법 제5조 제4항은 과잉금지원칙을 위반하여 근로3권을 침해한다. 다만, 단순위헌결정이 아니라 헌법불합치결정을 선고하여 입법자가 2018. 12. 31.까지 개선입법을 할 때까지 계속 적용한다.

2) 검토

근로3권은 헌법 제33조 제2항, 제3항에 의한 헌법 직접적 제한 이외에 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보에 의하여 제한할 수 있다. 이와 관련하여 오래전부터 위헌이라는 의심을 받아 온 경우가 청원경찰법에 의한 근로3권의 제한이다. 청원경찰법 제5조 제4항은 청원경찰의 복무에 관하여는 국가공무원법 제57조, 제58조 제1항, 제60조, 제66조 제1항 및 경찰공무원법 제18조를 준용한다. 약 10년 전에 청원경찰법을 적용받는 근로자들이 청원경찰법 제5조 제4항의 근로3권을 침해한다고 제기한 청구에 대해 헌법재판소는 합헌 결정을 내렸다.¹⁶⁾ 다만, 그 당시 결정에서 일부 재판관은 과잉금지원칙에 위반된다고 하여 위헌 의견을 제시하였고, 헌법 제33조 제1항 자체에 대한 위반이라는 견해도 있었으나 제37조 제2항의 일반유보조항에 의한 제한이라고 설명한다.¹⁷⁾ 이 사건 청구인들은 A 주식회사에서 청원경찰로 근무하고 있는 자들로서 청원경찰법 제5조 제4항이 국가공무원법 제66조 제1항을 준용하여 청구인들의 헌법상의 근로3권을 침해할 뿐만 아니라, 쟁의행위만을 금지하고 있는 경비업법의 특수경비원과 비교하여 평등권 또한 침해한다고 주장한다. 청원경찰법에는 명확히 규정되어 있지 않지만, 동법의 입법 취지와 각 조항의 내용을 종합적으로 고려하면, 청원경찰은 공무원의 신분을 가지고 있지 않다는 점은 명확하다. 다만 형법이나 그 밖의 법령에 따른 벌칙을 적용하는 경우와 청원경찰법에서 특별히 규정한 경우에만 공무원으로 의제될 뿐이다. 청원경찰의 이러한 신분관계로부터 보면 청원경찰의 근로3권은 헌법 제33조 제1

15) 노상현, “공공기관 성과연봉제의 확대와 사회통념상 합리성 판단” 『노동법학(제64호)』, 한국노동법학회, 2018, 216면 ; 김근주, “공공부문 성과연봉제와 도입절차의 적법성” 『노동리뷰(2017년 7월호)』, 한국노동연구원, 123면.

16) 헌법재판소 2008. 7. 31. 2004헌바9 결정.

17) 정종섭, 『헌법학원론(제8판)』, 박영사, 2013, 729면.

항에 따라서 보장되어야 하고, 청원경찰의 근로 3권을 제한하는 경우에는 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 한계를 준수하여야 한다. 그렇다면 이 사건 청구에 대한 위헌결정과 과거 합헌 결정에는 어떤 차이점이 있는지가 궁금할 수 있다. 이 점에 대해 청원경찰 업무의 공공성과 근로 3권의 사회적 기본권 성격을 정면으로 반박하기보다는 범주가 다른 측면(側面)적 접근으로 청원경찰의 근로자적 성격과 근로 3권의 자유권적 성격을 근거하여 실시하였음을 알 수 있다.¹⁸⁾ “만약 심판대상조항에 대해 단순위헌결정을 하여 즉시 효력을 상실시킨다면, 청원경찰의 근로 3권 행사를 제한할 근거규정이 모두 사라지게 되고, 이로 인해서 근로 3권의 제한이 필요한 청원경찰까지 근로 3권 모두를 행사하게 되는 혼란이 발생할 우려가 있다”라고 한 것은 모든 청원경찰에 대해서 노조법에 따라서 단체행동권을 보장하는 경우에 발생할 수 있는 혼란을 염두에 둔 것이라고 한다.¹⁹⁾

2. 쟁의행위가 제한되는 ‘주요방위산업체 종사근로자’의 범위 (대법원 2017. 7. 18. 선고 2016도3185 판결)

1) 판결요지

주요방위산업체의 원활한 가동이 국가의 안전보장에 필수불가결한 요소라는 점에서 법률로써 주요방위산업체 종사자의 단체행동권을 제한하거나 금지하는 것이 불가피한 면은 있으나, 헌법 제37조 제2항이 규정하는 기본권 제한 입법에 관한 최소침해의 원칙과 비례의 원칙,

죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 형벌법규 엄격해석의 원칙에 비추어 볼 때 노조법 제41조 제2항에 의하여 쟁의행위가 금지됨으로써 기본권이 중대하게 제한될 근로자의 범위는 엄격하게 제한적으로 해석하여야 한다.

2) 검토²⁰⁾

헌법 제33조 제3항에 근거하여 노조법 제41조는 주요방위산업체에 종사하는 근로자는 단체행동권의 행사가 제한되지만 그 범위는 종전과 비교할 때 축소되었다²¹⁾라고 한다. 이 조항은 단체행동권에 대한 단순한 제한이 아니라 제한 또는 금지를 할 수 있음을 명시적으로 정하고 있다. 헌법에서 보장되는 근로 3권에 관한 제한을 근로자의 근로의 성질과 사업의 성질에 의한 것으로 구분한다면, 그 대표적인 것으로 전자는 공무원 후자는 주요방위산업체에 종사하는 경우 또는 노조법에 규정된 공익사업이 될 것이다. 특히, 사업의 성질상 근로 3권에 제한을 가하는 경우에도 공익적 사업의 내용을 보다 엄격하게 구체적으로 해석하여 사회적 기본권으로서의 근로 3권의 보장의 취지가 형해화되지 않도록 해야 한다.²²⁾

이 사건은 주요방위산업체인 A주식회사의 사내협력업체인 B주식회사에 종사하는 근로자가 2014년 11월 6일부터 2015년 1월 23일까지 총 32회에 걸쳐 파업을 한 것이 주요방위산업체 종사자의 쟁의행위를 금지하고 있는 노조법 제41조 제2항에 위배된다고 보아 동법 제91조의 벌칙 조항을 적용하여 기소하였다. 원심은 해당 근로자가 주요방위산업체의 하수급업체 근로자

18) 양승엽, “청원경찰의 신분 및 근로형태와 근로 3권의 허용 필요성” 『노동법학(제64호)』, 한국노동법학회, 2017., 231면.
 19) 정영훈, “청원경찰의 복무와 청원경찰법 제5조” 『노동리뷰(2017년 11월호)』, 한국노동연구원, 88면.
 20) 오세웅, “쟁의행위가 제한되는 ‘주요방위산업체 종사근로자’의 범위” 『노동리뷰(2017년 9월호)』, 한국노동연구원, 71면.
 21) 성낙인, 『헌법학(제17판)』, 법문사, 2017., 1442면.
 22) 김형배, 『노동법(제24판)』, 박영사, 2015., 180면.

이기 때문에 노조법 제41조 제2항의 적용대상이 되지 않는다는 이유로 무죄로 판단하자 검사가 상고하였다. 원심과 대법원이 해당 근로자가 쟁의행위가 금지되는 주요방위산업체 종사근로자에 해당하지 않아 무죄라고 판단한 논거는 크게 두 가지이다. 그것은 기본권 제한입법에 관한 최소침해의 원칙과 비례의 원칙 및 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 형벌법규 엄격해석의 원칙이다. 헌법 제33조 제3항을 근거로 한 노조법 제41조 제2항의 주요방위산업체 종사근로자에 대한 기본권 제한은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 기본권 제한의 원칙에 따라 그 침해는 목적 달성을 위한 최소한에 그쳐야 한다. 그리고 노조법 제41조 제2항 위반은 형사처벌 대상이기 때문에 죄형법정주의원칙에 따라 그 적용에 있어 엄격한 해석이 요구된다. 이러한 취지에서 주요방위산업체의 하수급업체 근로자에 대해서는 노조법 제41조 제2항이 적용되지 않는다고 판단한 것은 타당하다.

3. 공무원노조와 전보인사에 관한 단체교섭의 대상 여부 (대법원 2017. 1. 12. 선고 2011두13392 판결)

1) 판결요지

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, 이 경우에도 기관의 본질적·근본적 권한을 침해하거나 제한하는 내용은 허용되지 아니한다. 이 법리에 비추어 보면, 노동조합의 임원 등에 대한 인사가 조합원의 근무조건과 직접 관련이 있다고 하기

는 어렵고, 사전협의라는 필수적인 절차에 의하여 ○○광역시 △△구청장의 인사권 행사가 본질적으로 제한될 가능성도 있는 만큼, 위 단체협약 조항과 같은 내용은 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없다고 해석함이 타당하다.

2) 검토

노동조합의 정당한 단체교섭의 요구에 대해 교섭이 결렬되면 노동쟁의조정절차를 거쳐 쟁의행위를 할 수 있고, 사용자가 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하면 부당노동행위가 된다. 이와 관련하여 단체교섭의 대상은 무엇이고 어떻게 이를 확정해야 하는가는 노동법 연구자들 사이에서 입장이 대립하는 어려운 쟁점이고, 구체적으로는 사용자가 가진 인사권의 행사를 제한할 수 있는 내용은 더욱 그러하다. 이러한 단체교섭의 대상에 관한 점은 가끔 노조법 제31조 제2항에 규정된 위법한 단체협약의 시정명령제도와도 연결되기도 하는데, 이 규정은 공무원노조법 제17조 제2항에 의하여 공무원의 노동조합 및 노동관계 조정에 대해서도 적용된다.

이 사건은 공무원노조법에 따라서 설립된 □□공무원노동조합 ○○광역시지역본부 △△구지부가 △△구청장과 체결한 단체협약 중 일부 조항들이 위법하다고 하여 고용노동부장관이 시정명령을 내리자 □□공무원노동조합이 시정 명령의 취소를 구하는 소송을 제기한 것이다. 시정 명령의 대상이 된 단체협약의 내용이 많으나 중요한 사항은 “공무원인 근로자를 조직하는 노동조합의 선출직 임원 등의 전보인사를 할 때 노동조합과 사전 협의하도록 하는 것이 단체교섭의 대상이 될 수 있는지의 여부”가 될 것이다. 1심 법원은 단체협약의 모든 조항에 관해서 시정 명령이 정당하다고 판단하였지만, 2심 법원은 일부 조항에 관해서는 1심 판결을 유지하고 나머지 일부조항에 관해서는 시정명령을 취소하였다.

그러나 대법원은 원심 판결 중 피고 패소 부분을 파기환송하였다. 대상판결은 두 가지 점을 이유로 문제가 된 단체협약의 내용은 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없으므로 고용노동부의 시정명령은 정당한 처분이라고 판단하였다. 그것은 노동조합의 임원 등에 대한 인사가 조합원의 근무조건과 직접 관련이 있다고 하기는 어렵다는 점과 사전협의라는 필수적인 절차에 의하여 ○○광역시 △△구청장의 인사권 행사가 본질적으로 제한될 가능성도 있다는 것이다.

공무원의 노동3권에 관한 헌법 제33조 제2항은 두 가지 의미를 가지는데, 법률로 인정하는 공무원에 한하여 노동3권이 인정된다는 점에서 헌법직접적 제한이고, 어느 범위의 공무원에게 어느 정도의 노동3권이 인정되느냐는 법률에 맡겨져 있는 점에서 기본권 형성적 법률유보에 해당된다²³⁾고 한다. 공무원노조법이 제정되었으나 공무원노조의 단체교섭권은 법령, 조례, 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용에 대해서는 규범력을 가진 단체협약을 체결할 수 없다. 이런 점에서 공무원노조가 가지고 있는 단체교섭권은 매우 불완전한 것으로서 실질적으로 헌법이 보장한 단체교섭권이라고 볼 수 없다.²⁴⁾ 공무원노조는 이러한 상황을 극복하고 단체협약을 체결하였으나, 그 내용이 “근로조건과 직접 관련 되기 어렵고 기관의 본질적·근본적 권한을 침해하거나 제한”하는 것으로 위법하다고 판단한 것은 법리적으로나 노사관계의 안정 측면에서도 수긍하기 어렵다. 또한 대상판결에 대해 공무원의 근무관계가 공법상 법률관계라고 하더라도 사전협의 조항을 위법한 것으로 보는 것은 단체

교섭권을 제한하는 것을 정당화할 만한 근거 없이 공무원의 지위를 일반 근로자에 비하여 상당히 불리하게 하는 것으로 타당하지 않을 것이다²⁵⁾라는 취지의 비판이 있다.

4. 모바일투표로 진행된 쟁의행위 찬반투표의 적법성 (서울중앙지방법원 2017. 4. 28. 선고 2016가합520510 판결)

1) 판결요지

노동법 제41조 제1항은 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의하여 노동조합의 쟁의행위에 관한 찬반투표를 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, ARS투표, 전자투표 등의 방식 중에서 하나 또는 여럿을 선택하여 활용할 수 있다고 봄이 타당하다.

2) 검토

IT기술의 발전은 생활방식에 변화를 초래할 뿐 아니라 정당선거, 주주총회, 학생회선거, 노동조합의 선거에도 영향을 미치고 있다. 예컨대, 2009년 회사법 제368조의4는 전자투표제를 규정하고 있으나 그 장단점에 관해서는 다양한 의견이 있다.²⁶⁾ 이와 같이 모바일을 포함한 전자투표는 신속하고 간편하다는 점에서 효율성이

23) 양건, 「헌법강의(제4판)」, 법문사, 2013., 809면.

24) 김형배, 「노동법(제24판)」, 박영사, 2015., 176면.

25) 오세웅, “공무원 단체협약 시정명령” 「노동법학(제61호)」, 한국노동법학회, 2017., 230면 ; 정영훈, “공무원의 전보인사와 단체교섭의 대상” 「노동리뷰(2017년 3월호)」, 한국노동연구원, 93면.

26) 김진희, “전자투표제 의무화 도입에 관한 비판적 검토” 「KERI Brief(2017년 6월호)」, 한국경제연구원, 3면.

장점이지만, 보완성의 한계로 인해 공정성과 신뢰성에 의문을 제기하는 경우가 많다. 이 사건은 노조법 제41조에서 쟁의행위를 위한 조합원의 찬반투표에서 모바일투표가 허용되는지 여부에 관해 노사 간에 입장 차이에서 발생한 것이다. 사용자인 원고는 노동조합의 파업은 쟁의행위 찬반투표를 모바일 전자투표의 방식으로 진행하여 노조법 제41조 제1항을 위반한 불법파업으로 인하여 원고에게 발생한 3억 원의 손해를 연대하여 배상하라는 것이다.

노동조합의 내부적 의사결정에 있어서도 전자투표의 방식을 사용하는 사례가 늘고 있으며, 이에 비례하여 관련 분쟁도 증가하여 왔다. 다만, 이러한 분쟁은 대부분 전자투표 방식으로 진행된 임원선거의 공정성에 관하여 낙선한 후보자가 문제를 제기하는 등 노동조합 내부의 이해관계자 사이에 발생한 분쟁이었고, 쟁의행위 찬반투표가 전자투표 방식으로 진행되었음을 이유로 사용자가 노동조합이나 그 조합원들에게 손해배상을 소구(訴求)하는 사례는 찾아보기 어려웠다.

종래 고용노동부는 “노조법상 노조 임원은 노동조합의 민주적 운영을 위하여 총회(대의원회)에서 조합원의 직접·비밀·무기명 투표에 의하여 선출토록 규정하고 있을 뿐 구체적인 투표 방식 등에 대하여는 정하고 있지 아니하다. 노동조합은 투표권자 본인이 직접 투표권을 행사하고 투표과정과 결과에 대한 비밀이 보장되는 범위 내에서 구체적인 투표방식을 정할 수 있다”고 하여 ARS 전자투표 방식으로 노동조합 임원선거를 진행하는 것이 가능하다는 입장을 취하다가, 2013년 1월 작성된 집단적노사관계 업무매뉴얼에서 “인터넷 투표, ARS 투표 등 전자투표는 조합원들의 직접·비밀 투표를 확인하는 것이 사실상 어려우므로 원칙적으로 그 정당

성을 인정하기 어렵다며, 선거의 공정성, 투명성에 대해서는 노동조합이 입증하여야 할 것”이라고 입장을 변경하였고, 2016년 9월 개정된 업무매뉴얼도 동일하다. 이러한 상황에서 “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”는 대상판결의 판단은 고용노동부의 행정해석과 매뉴얼의 불일치로 인한 혼란을 정리하였다는 점에서 의미가 있다.²⁷⁾

5. 공정대표의무의 범위와 차별의 증명책임 (서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016누 70088 판결)

1) 판결요지

교섭대표노동조합과 사용자에게 부과된 공정대표의무는 헌법이 노동조합과 근로자에게 부여하고 있는 기본권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하기 위한 제도적 장치로 기능하며, 교섭대표노동조합과 사용자가 체결한 단체협약의 효력이 교섭창구단일화 절차에 참여한 소수노동조합에게도 미치도록 하는 정당성의 기초를 제공하고 있는데, 이러한 공정대표의무의 기능에 비추어 볼 때 공정대표의무는 단체교섭 과정이나 그 결과물인 단체협약의 내용뿐만 아니라 교섭을 전후하여 노동조합 간 그리고 조합원 간의 이해를 조정하는 전 과정에서 준수되어야 하고, 나아가 위와 같은 공정대표의무의 취지에 비추어 교섭대표노동조합의 공정대표의무는 교섭대표행위를 함에 있어 불합리한 차별을 하여서는 안 된다는 소극적 의미에 그치는 것이 아니라 소수노동조합이 받는 불합리한 차별을 제

27) 권오성, “모바일투표로 진행된 쟁의행위 찬반투표의 적법성” 『노동리뷰(2017년 8월호)』, 한국노동연구원, 117면.

거하기 위해 노력해야 하는 적극적 의무까지 포함하는 것으로 볼 수 있다. 사용자나 교섭대표 노동조합이 교섭창구단일화 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 교섭대표 노동조합과 사용자가 부담한다고 해석하는 것이 타당하다.

2) 검토

노동법 제29조의4는 복수의 노조가 교섭창구 단일화를 통해 교섭대표노조가 사용자와 교섭을 진행하는 경우 단체교섭에 참여할 수 없는 다른 노조와 조합원의 보호를 목적으로 하는 공정대표의무를 규정하고 있다. 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 조치도 그것이 애초부터 단체교섭과정에서 교섭대표노동조합과 회사 사이에 논의될 수 있는 성질의 것이라면 공정대표의무 위반 여부가 문제될 수 있다. 교섭대표노조와 사용자는 단체교섭을 하고 단체협약을 체결하는 과정에서 소수노조의 의견을 충분히 수렴하는 등의 절차적인 공정대표의무, 협약의 구체적인 내용을 정함에 있어서도 합리적인 이유 없이 소수노조를 차별하지 않을 실체적인 공정대표의무를 포함한다.²⁸⁾ 이에 관한 분쟁

사례는 복수노조에서 노조간 차별과 공정대표의무의 내용은 노사협의절차에 참여제한, 인사와 관련된 권한의 인정, 노조사무실의 제공, 근로시간면제의 분할 등 다양하다.²⁹⁾

이 사건에서 참가인 소수노조는 네 가지 행위, 즉 회사가 ① 단체협약체결 이전부터 원고에게만 노동조합 사무실을 제공한 것, 교섭대표노동조합이 ② 노조게시판 사용에 있어 참가인 지회를 차별한 것, 회사와 교섭대표노동조합이 ③ 단체협약 체결 이전부터 근로시간면제한도 배분에 있어 참가인 지회를 차별한 행위와 ④ 단체협약에서 참가인 지회에 차별적 효과를 미치는 격려금 및 성과금 지급제외 기준을 명시한 행위 등이 공정대표의무위반이며 회사의 부당노동행위라고 주장하였다. 공정대표의무는 교섭창구단일화절차에 의해 단체교섭권과 쟁의행위권의 주도권을 상실하게 되는 소수노동조합과 그 조합원의 보호를 위한 필수불가결한 것이다. 공정대표의무는 체결된 단체협약의 내용과 단체교섭의 전 과정에 걸쳐서 차별하지 않는 소극적인 것에 머물지 않고 존재하는 차별을 제거하기 위해 합리적으로 노력할 적극적인 것까지 포함된다.³⁰⁾

< 참고문헌 >

단행본

- 김엘립, 「성차별 관련판례와 결정례 연구」, 에피스테마, 2013.
- 김형배, 「노동법(제24판)」, 박영사, 2015.
- 도재형, 「노동법의 회생」, 이화여대출판부, 2016.
- 임종률, 「노동법(제16판)」, 박영사, 2018.

28) 박종희, “교섭대표노조의 법적 지위관점에서 본 공정대표의무의 의의와 내용” 『노동법포럼(제17호)』, 노동법이론실무학회, 2016, 95면.

29) 조상균, “복수노조하의 조합간 차별과 공정대표의무” 『노동법학(제52호)』, 한국노동법학회, 2015, 313면.

30) 강성태, “공정대표의무의 범위와 차별의 증명책임” 『노동리뷰(2017년 7월호)』, 한국노동연구원, 108면.

- 전형배, 『노동판례연구Ⅳ』, 노사신문사, 2016.
- 성낙인, 『헌법학(제17판)』, 법문사, 2017.
- 양건, 『헌법강의(제4판)』, 법문사, 2013.
- 정종섭, 『헌법학원론(제8판)』, 박영사, 2013.

논문

- 구미영, “내국인 승무원에 대한 용모제한 규정의 국적차별 여부” 『노동판례리뷰(2017년 5월호)』, 한국노동연구원.
- 신수정, “감시단속적 근로자인 아파트 경비원들의 가면 휴게시간” 『노동판례리뷰(2018년 2월호)』, 한국노동연구원.
- 김용진, “용역업체의 교체와 묵시적 영업양도계약” 『월간노동법률(2017년 12월호)』, 중앙경제사.
- 권오성, “용역업체의 교체와 근로관계의 승계” 『노동법학(제63호)』, 한국노동법학회, 2017.
- 조정배, “노무용역 공급업체의 변경과 고용승계” 『민주법학(제46호)』, 민주법학연구회, 2011.
- 전형배, “외주위탁사업의 이전과 근로관계의 승계” 『노동법학(제41호)』, 한국노동법학회, 2012.
- 하경효, “아파트 관리추제 변경에 따른 노동법 쟁점과 입법과제” 『노동법포럼(제14호)』, 노동법이론실무학회, 2015.
- 김홍영, “한국의 파견근로자에 관한 차별시정제도와 사례” 『노동법논총(제41집)』, 한국비교노동법학회, 2017.
- 박은정, “파견근로자 차별적 처우금지영역과 차별시정책임자 그리고 징벌적 손해배상” 『월간 노동리뷰(2017년 8월호)』, 한국노동연구원.
- 신용간, “정년 경과 기간제근로자의 계약갱신 기대권” 『월간노동법률(2017년 12월호)』, 중앙경제사.
- 노상헌, “공공기관 성과연봉제의 확대와 사회 통념상 합리성 판단” 『노동법학(제64호)』, 한국노동법학회, 2018.
- 김근주, “공공부문 성과연봉제와 도입절차의 적법성” 『월간 노동리뷰(2017년 7월호)』, 한국노동연구원.
- 양승엽, “청원경찰의 신분 및 근로형태와 근로3권의 허용 필요성” 『노동법학(제64호)』, 한국노동법학회, 2017.
- 정영훈, “청원경찰의 복무와 청원경찰법 제5조” 『노동리뷰(2017년 11월호)』, 한국노동연구원.
- 오세웅, “쟁의행위가 제한되는 ‘주요방위산업체 종사근로자’의 범위” 『월간노동리뷰(2017년 9월호)』, 한국노동연구원.
- 김진희, “전자투표제 의무화 도입에 관한 비판적 검토” 『KERI Brief(2017년 6월호)』, 한국경제연구원.
- 박종희, “교섭대표노조의 법적 지위관점에서 본 공정대표의무의 의의와 내용” 『노동법포럼(제17호)』, 노동법이론실무학회, 2016.
- 조상균, “복수노조하의 조합간 차별과 공정대표의무” 『노동법학(제52호)』, 한국노동법학회, 2015.
- 강성태, “공정대표의무의 범위와 차별의 증명책임” 『노동리뷰(2017년 7월호)』, 한국노동연구원.

주제어 : 용모규정과 국적차별, 아파트경비원의 근로시간과 휴게시간, 성희롱에서 사업주의 책임, 용역업체의 교체와 묵시적 영업양도계약, 파견근로자 차별적 처우와 징벌적 손해배상, 고령자의 재고용과 갱신기대권, 성과연봉제와 취업규칙, 청원경찰의 근로3권 제한, 주요방위산업체 종사근로자의 범위, 공무원노

조와 단체교섭, 모바일투표와 정의행위
찬반투표, 공정대표의무의 범위와 차별
의 증명책임

Keywords : a dress code and discrimination
of nationality, working hours and
rest time of apartment guard,
liability of business owners in
sexual harassment,
discriminatory treatment about
temporary agency workers and
exemplary damages, rehire of
retirement age and renewal

expectation, annual salary
system of performance, basic
labor rights of security policemen
and violation of the constitution,
workers in major defense
industrial companies that strike
action is restricted, government
employees union and object of
collective bargaining, mobile
voting about strike action, scope
of fair representation in
bargaining representative union
and burden of proof