

## [1문]

### 1. 설문(1)에 대하여

#### 1. 논점의 정리

甲이 가산임금을 청구할 수 있는 근로자에 해당하는지와 관련하여 ① 판매용역이라는 위임과 유사한 계약의 형식에 불구하고, 실질에 있어 甲이 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부 ② 근로기준법상 근로자에 해당한다면 甲에게 근기법 제56조 1항에 따른 연장근로수당을 청구할 권리가 있는지 여부가 문제 된다<sup>1)</sup>.

#### 2. 근로기준법상 근로자 해당여부

##### (1) 근로자의 개념

근로자란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다. (근기법 제2조 1항1호).

##### (2) 판단기준

###### 1) 판례

###### 가. 판단 원칙

계약의 형식이 고용·도급·위임인지보다 근로관계의 실질이 임금을 목적으로 종속적 관계에서 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단한다.

###### 나. 판단기준

① 취업규칙의 적용, 근무시간과 근무 장소의 적용, 업무 수행 과정에서의 지휘·감독여부와 같은 「노동의 종속성」 ② 비품·원자재의 작업도구 소유사실, 제3자를 고용한 업무 대행사실 등이 있어 독립하여 자신의 계산으로 이윤 창출·손실 초래의 위험을 부담하는지 여부와 같은 「독립 사업자성」 ③ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지 여부와 같은 「보수의 근로대가성」 ④ 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 정도를 의미하는 「계약관계의 계속성과 전속성」 ⑤ 기본급이나 고정급이 정하여 졌는지 및 근로소득세의 원천 징수 여부 등 보수에 관한 사항 ⑥ 사회보장제도 관련 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는 지 여부 등을 기준으로 하여 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단해야 한다고 보았다.

###### 다. 부차적 요소

최근 판례는 이 중 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천 징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다 보았다.

###### 2) 검토<sup>2)</sup>

양 당사자 간 경제·사회적 조건을 개별적으로 살피고, 노동법적 보호의 필요성을 고려하여 구체적 타당성을 기하는 판례의 태도는 타당하다.

##### (3) 사안의 적용

① [종속노동성] 가방의 제조·판매업을 영위하는 A사의 사업 특성을 고려할 때 판매업무는 핵심적이고 중요한 업무로 적절한 업무 수행을 보장하기 위해 상당한 지휘·감독을 하고자 하는 유인이 큰 것으로 보이고, 근무장소·근무시간·판매물품·가격이 지정되었으며 실적과 근무사항을 실시간으로 파악하

1) 물어본 것은 근로자에 해당하는가인가? 이지만, 실제 시험장에서는 이부분을 약간 설명하고 가는 편이 안전하다고 판단됨.

2) 개별적·구체적으로 검토해야 한다는 판례를 지지할 수 있는 무난한 의견

여 수시로 업무관련 지시를 전달한바 업무 수행과정에서의 지휘 감독이 상당한 종속적 노동관계로 볼 수 있다.

② **[독립사업자성 및 보수의 근로대가성]** 아르바이트 직원의 노무비용, 비품등은 모두 A사가 부담한바 甲 등이 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위한 것으로 보기 어렵고, 노무의 대가로 상한선, 하한선이 정해져 있는 수수료를 지급받았으므로 노무제공을 통한 이윤창출,손해의 위험을 스스로 안고 있다기 보다는 근로의 대가로서 임금을 지급받은 것으로 보인다.

③ **[계약관계 계속, 전속성]** 백화점 영업시간이라는 상당한 시간 동안 사업장을 이탈하지 못하고 업무에 종사하여야 하는바 사실상 타 사업장에 대한 노무 제공 가능성이 있다고 볼 수 없어 전속성이 인정되고 근무기간이 4년 내지 10년이라는 장기간이라는 점에서 근로계약관계의 계속성도 인정된다.

④ **[부차적 요소]** 취업규칙을 적용하지 아니하고 사업소득세를 원천 징수하였으며 4대보험에 가입시키지 아니한 사정이 인정되나, 이들은 A사가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 것에 불과하다.

#### (4) 소결

甲은 그 실질에 있어 종속적인 관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자에 해당한다.

### 3. 가산임금의 청구 가부

근기법 제15조의 강행성·보충성에 비추어 볼 때 甲이 근로기준법상 근로자에 해당하는 이상, 그가 휴게시간을 제외하고 일 8시간·주40시간 이상 근로하였다면 A사에게는 근기법 제56조1항 소정의 연장근로수당을 지급할 의무가 있다.

### 4. 사안의 해결

甲은 근기법 제56조1항에 따른 연장근로수당을 청구할 권리가 있는 근로자에 해당한다.

## II. 설문(2) 에 대하여

### 1. 논점의 정리

수수료가 실질적 지급기준에 비추어, 근기법상의 통상임금에 해당하는지가 특히 문제 된다. 사안의 수수료는 근로기준법상의 근로자인 판매원 甲이 근로의 대가로서 계속적·정기적으로 수령하였으며 실질이 근로계약인 용역계약에 따라 사용자에게 지급의무가 발생한 임금에 해당한다.

### 2. 통상임금

#### (1) 의의

통상임금이란 근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액을 말한다(근기법 시행령 제6조1 항).

#### (2) 판단원칙

소정근로의 대가로서 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적, 일률적, 고정적으로 지급되는지를 기준으로 객관적 성질에 따라 판단한다.

### 3. 정기성

임금이 일정 간격을 두고 계속적으로 지급되어야 한다는 것을 말한다. 1임금 산정 기간 외에 1개월을 초과해서 지급되는 금액도 1개월을 초과하는 기간마다 정기적, 일률적으로 지급되는 경우 통상임금에 해당한다.

### 4. 일률성

그 사업 또는 사업장의 근로자 모두에게 지급되는 것 뿐만 아니라 일정한 조건 또는 기준(소정근로의 가치평가와 관련된 고정적 조건)에 달한 모든 근로자에게 지급되는 금액의 경우를 포함한다.

### 5. 고정성

#### (1) 개념

고정성이란 해당 임금이 실제 근무 성적에 따라 그 지급여부나 그 지급액이 달라지지 않아야 한다는 것으로, 판례는 「근로자가 임의의 날에 소정근로를 제공하면 추가적인 조건의 충족 여부와 관계없이 당연히 지급될 것이 예정되어, 지급 여부나 지급액이 사전에 확정된 임금은 고정 성을 갖춘 것으로 볼 수 있다」고 하여 근무 성적뿐 아니라 임의의 날 근로 여부에 의해 지급 여부나 지급 금액이 달라지지 않아야 한다는 조건을 명확히 하였다.

#### (2) 근무실적에 따른 성과급

① 지급 대상기간에 이루어진 근로자의 근무실적을 평가하여 이를 토대로 지급 여부나 지급액이 정해지는 임금이라도 근무실적에 최소한도의 지급이 확정되어 있다면, 그 최소한도의 임금은 고정적 임금이라고 할 수 있고 ② 전년도 근무실적에 따라 당해 연도에 특정 임금의 지급 여부나 지급액을 정하는 경우, 당해 연도에는 그 임금의 지급 여부나 지급액이 확정적이므로 당 해 연도에 있어 그 임금은 고정적인 임금에 해당하는 것으로 보아야 하나, ③ 전년도에 지급할 것을 그 지급 시기만 늦춘 것에 불과하다고 볼만한 특별한 사정이 있는 경우에는 고정성을 인정할 수 없다. ④ 다만 이러한 경우에도 근무실적에 관하여 최하 등급을 받더라도 일정액을 최소한도로 보장하여 지급하기로 한 경우에는 그 한도 내에서 고정적인 임금으로 볼 수 있다.

### 6. 사안의 적용

A사의 수수료 지급기준 및 지급상태에 미루어 볼 때 ① 1지급기일인 매월 일정 간격을 두고 계속적으로 지급된바 「정기성」을 충족하고 ② 판매원 모두를 지급대상으로 하는바 「일률성」을 충족한다. ③ 지급대상기간에 이루어진 근무실적은 추가적·유동적 조건이므로 이를 토대로 지급여부나 지급액이 정해지는 부분은 고정성이 부정되나, 甲의 주니어 직급이라는 기왕에 확정된 사실에 따라 미리 정

해진 200만원의 기준금액 85%라는 최소한도의 지급은 확정되어 임의의 날의 근로나 근무 성적에 의해 지급금액이 달라지지 않으므로 「고정성」을 충족한다.

#### **7. 설문(2)의 해결**

甲이 회사로부터 지급받은 수수료 중 85%에 해당하는 170만원은 통상임금에 해당한다.

## [2문]

### I. 서

기간제 근로자 보호의 필요성과 현행 기간제법을 고려하여, 근로계약이 만료된 기간제 근로자에 대한 계약갱신 거부가 부당해고가 되는 경우에 대하여 대법원 판례를 중심으로 논한다.

### II. 기간제 근로계약과 기간 만료

기간을 정한 근로계약을 체결한 경우, 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료됨이 원칙이다.

### III. 계약이 형식에 불과한 경우

계약서의 내용, 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려해 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는 계약서의 문언에도 불구하고 사용자가 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 정당한 이유가 존재하지 않는 경우 무효로 된다.

### IV. 갱신기대권이 인정되는 경우

#### 1. 갱신기대권

##### (1) 의의

근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다.

##### (2) 갱신기대권의 존부 판단

① 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, ② 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우 갱신기대권이 인정된다.

##### (3) 갱신기대권이 있는 근로자에 대한 갱신거절의 합리적 이유

사용자의 사업 목적과 성격, 사업장 여건, 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 근로계약 체결 경위, 근로계약의 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부와 그 운용 실태, 근로자에게 책임 있는 사유가 있는지 여부 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 갱신 거부의 사유와 그 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이며 공정한지를 기준으로 판단하여야 하고, 그러한 사정에 대한 증명책임은 사용자가 부담한다.

### 2. 기간제법 시행과의 관계

#### (1) 기간제법 규정

기간제법 제4조1항 단서 각호의 예외사유에 해당하지 않는 한, ① 사용자는 2년의 기간 내에서 기간제 근로자를 사용할 수 있고, ② 기간제 근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 기간제 근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주된다. (기간제법 제4조1항 및 2항)

#### (2) 기간제법 시행 이후 갱신기대권 인정여부

기간제법의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, ① 기간제법의 시행만으로 그 시행 전에 이미 형성된 기간제근로자

의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없고 ② 위 규정들에 의하여 기간제 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권 형성이 제한되는 것도 아니라고 하며 ③ 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에도 이를 위반한 계약 갱신 거절은 해고와 마찬가지로 무효라고 하였다<sup>3)</sup>.

### **(3) 기간제법 제4조1항 단서 각호 예외에 해당하는 자의 경우**

① 기간제법의 입법 취지가 기간제 근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 근로조건 보호를 강화하기 위한 것임을 고려하면, 기간제법 제4조제1항 단서의 예외 사유에 해당한다는 이유만으로 갱신기대권에 관한 위 법리의 적용이 배제된다고 볼 수는 없고 ② 동법 제4조1항 단서 4호의 고령자로서 정년을 이미 경과한 상태에서 기간제 근로계약을 체결한 경우 직무성격 고려 업무수행 적격성, 연령에 따른 작업능률저하 위험성 증대정도, 해당 사업장의 정년 경과 고령자 근무실태 등을 종합적으로 고려하여 계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정되는지 판단하여야 한다.

## **V. 결**

① 기간의 정함이 형식에 불과한 경우 ② 갱신기대권이 인정되는 근로자에 대하여 그가 가지는 정당한 기대권을 위반하여 합리적 이유 없이 갱신을 거절한 경우 사용자의 계약 갱신 거부는 부당해고로 판단될 수 있다. ③ 이 때 기간제법이 시행된 이후 기간제 근로계약을 체결하였다는 사정 ④ 기간제법 제4조1항 단서의 예외에 해당하는 기간제 근로자라는 사정은 갱신기대권의 성립에 영향을 주지 않는다.

---

3) 물어본 게 갱신의 사례이므로 전환기대권을 독립된 목차로 부각시킬 필요까지는 없어 보임.

## 2교시 [문1]

### I. 설문(1)에 대하여

#### 1. 논점의 정리

A사의 1차 단체교섭거부가 정당하지 않은 이유와 관련하여 ① 노동조합 대표자의 단체협약 체결권을 제한하는 A노조 규약 제21조가 노조법 제29조1항과의 관계에서 위법한지 ② 위 규약을 이유로 사용자가 단체교섭을 거부할 수 있는지 여부가 문제된다.

#### 2. 단체교섭과 성실교섭의무

##### (1) 의의

단체교섭은 단결권·단체행동권과 함께 노동3권의 하나로, 노동조합 기타 근로자단체(법외노조)와 사용자 또는 사용자 단체 사이에 근로조건·의지, 개선과 근로자의 경제·사회적 지위 향상에 대한 집단적 교섭을 말한다. 근로자에 대한 단체교섭권 보장의 효과로서 사용자는 단체교섭의무(단체교섭 승낙 의무와 성실 교섭의무)를 진다.

##### (2) 판단기준

성실교섭의무를 다하였는지 여부는 단체교섭조건, 배경 및 경위, 양당사자 측의 주장내용 및 태도 등을 종합하여 사회통념상 사용자에게 단체교섭의무의 이행을 기대하는 것이 어렵다고 인정되는지 여부에 따라서 판단하여야 한다.

#### 3. 규약 제21조를 이유로 한 교섭 거부의 정당한 이유<sup>4)</sup>

##### (1) 문제점

노조법은 ① 노조 운영상의 중요 사항은 조합원의 민주적인 총 의사를 반영하기 위하여 총회의 의결을 얻는 것이 타당하므로, 단체협약에 관한 사항은 총회의 의결을 거쳐야 한다고 규정하는 표한편(노조법 제16조 1항 3호) ② 노동조합의 대표자가 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 「단체협약」을 체결할 권한을 가진다고 규정하는바(노조법 제29조 1항), 노동조합 대표자의 단체협약 체결권한을 제한하는 노동조합 규약이 허용될 수 있는지 문제된다.

##### (2) 판례

###### 1) 노조 대표자의 협약체결권에 대한 전면적·포괄적 제한이 있는 경우

① 전원합의체 판결은 대표자의 단체협약 체결권한을 전면적·포괄적으로 제한함으로써 사실상 단체협약 체결권한을 형해화 하여 명목에 불과한 것으로 만드는 것이어서 노조법 제29조 1항에 반하여 효력이 없다고 하였고 ② 규약에 노조 대표자의 협약체결권에 대한 전면적·포괄적 제한이 있는 경우 최종적 결정 권한이 없는 교섭대표와의 교섭 내지 협상을 회피하는 것은 정당한 이유가 있다고 판시하였다.

###### 2) 단체협약 체결권한의 행사에 대한 절차적 제한

최근 판례는 ① 단체협약은 규범적 효력을 가지는 것이므로 실질적인 귀속주체는 근로자이고, ② 조합원들이 관여하여 형성한 노동조합의 의사에 기초하여 체결되어야 하는 것이 단체교섭의 기본적인 점 ③ 노동조합법 제16조 제1항 제3호는 단체협약에 관한 사항을 총회의 의결사항으로 정하고 있는 점 등에 비추어, 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.

4) 학설을 조금 적어주는 것도 방법이 될 수 있음.

### (3) 검토

법 제29조1항이 규정한 바에 따라 단체협약 체결권의 전면적·포괄적 제한을 정한 규약을 위법하다 보더라도 규약 등 총회 의결규정이 있다고 해서 그 의미를 바로 29조1항에 반한다고 해석한다면 전면적·포괄적 제한에 이르지 않는 적절한 민주적 통제까지 불허하는 그릇된 결과<sup>5)</sup>를 초래할 위험이 있어, 단체협약체결권의 행사를 절차적으로 제한하는 것은 허용하여야 한다고 봄이 타당하다.

### 4. 설문(1)의 해결

A노조 규약 제21조는 노동조합 대표자의 협약 체결권을 확인하되 단체협약 체결 과정에서 조합원의 총의를 수렴하기 위하여 위 협약 체결권을 절차적으로 제한하는 규정으로 해석되며, 단체협약체결권의 전면적·포괄적 제한이라고 볼 수 없어, 적법하다.

① 적법한 규약을 이유로 하여 사용자가 교섭을 거부하는 것은 정당한 이유가 될 수 없다는 점 ② A 노동조합은 2015.10. 교섭대표노동조합으로 결정된바 노조법 시행령 제14조의 10에 따라 그 지위를 유지하고 있다는 점 ③ 시행령 제14조의 2에 따른 교섭요구기간 내인 단체협약 만료 2개월 전 교섭을 요구하였다는 점 ④ 달리 사회통념상 단체교섭의무의 이행을 기대하기 어렵다고 볼 사정도 보이지 않는다는 점에서 볼 때 A사의 1차 교섭거부는 정당한 이유가 없다<sup>6)</sup>.

---

5) 노동판례리뷰 조용만

6) 사용자가 저 부분을 문제삼고 있는 것은 아니고 + 이를 언급하지 아니하더라도 이 문제는 풀리므로, 밑줄 그은 부분을 어필하는 것이 효과적인 가점요소가 될지는 불분명함. 다만 사안에서 복수의 노동조합에 대한 상황을 준비, 본인이 이 시험을 보는 수험생의 입장에 있었다면 이점도의 분량으로는 약간 적었을 것 같음.



## II. 설문(2)에 대하여

### 1. 논점의 정리

A사에게 단체교섭의무 이행을 기대하기 어렵다는 사정이 보이지 않음에도 A사는 교섭을 거부하고 있고 이 교섭거부가 가처분 결정이후에도 계속되고 있다는 점에서 위 2차 단체교섭 거부가 노조법 제 30조 위반을 넘어 노동조합에 대한 불법행위가 되는지 살펴본다.

### 2. 노조법 제81조 3호

노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위는 부당노동행위로서 금지된다. 사용자가 단체교섭을 거부할 정당한 이유가 있다거나 단체교섭에 성실히 응하였다고 믿었더라도 객관적으로 정당한 이유가 없고 불성실한 단체교섭으로 판정되는 경우 부당노동행위에 해당한다<sup>7)</sup>.

### 3. 단체교섭 거부의 불법행위

#### (1) 판례

##### 1) 판단기준

사용자가 노동조합과의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하였다고 하여 그 단체교섭 거부행위가 바로 위법한 행위로 평가되어 불법행위의 요건을 충족하게 되는 것은 아니지만, 그 단체교섭거부행위가 그 원인과 목적, 그 과정과 행위태양, 그로 인한 결과 등에 비추어 「건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 것」으로 인정되는 경우에는 그 단체교섭 거부행위는 부당노동행위로서 단체교섭권을 침해하는 위법한 행위로 평가되어 불법행위의 요건을 충족하게 된다.

##### 2) 가처분 결정을 받은 이후의 교섭 거부

사용자가 노동조합과의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하다가 법원으로부터 노동조합과의 단체교섭을 거부하여서는 아니 된다는 취지의 집행력 있는 판결이나 가처분결정을 받고서도 이를 위반하여 노동조합과의 단체교섭을 거부하였다면, 그 단체교섭 거부행위는 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 행위로서 헌법이 보장하고 있는 노동조합의 단체교섭권을 침해하는 위법한 행위라고 할 것이므로, 그 단체교섭 거부행위는 노동조합에 대하여 불법행위를 구성한다.

### 4. 설문(2)의 해결

A사에게는 단체교섭의무 이행을 기대하기 어렵다는 그 어떤 사정도 보이지 않으며, 교섭거부가 법원의 가처분 결정을 받은 이후에도 무단히 계속되고 있다는 점에서 볼 때 이 거부행위는 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이르렀다고 보이므로 단체교섭권을 침해하는 위법행위로서 불법행위를 구성한다.

7) 이견 들어가야 하는 것으로 보임. 3호 부노라고 바로 불법행위 요건을 충족하지 않는 이유기 때문 (사법상의 불법행위는 고의 과실을 요구하기 때문)

## [문2]

### I. 서

노동조합이 직장 점거 이후에도 직장점거를 계속 하는 행위의 정당성을 ① 직장점거가 정당할 경우와 부당할 경우 ② 직장점거에 이은 직장폐쇄가 정당할 경우와 부당할 경우로 나누어 대법원 판례에 따라 살펴본다.

### II. 직장 점거

#### 1. 의의

직장점거는 사업장의 일부 또는 전부를 점거하는 부수적·적극적인 쟁의행위의 한 형태로, 정당성이 인정되는 경우에 한하여 노조법 제3조·제4조의 면책규정과 노조법 제81조 1호·5호 소정의 불이익취급 금지의 보호를 받을 수 있다.

#### 2. 정당성 판단 기준

① 그 범위가 일부분이고 사용자 측의 출입이나 관리·지배를 배제하지 않는 병존적인 점거에 지나지 않을 때에는 정당한 쟁의행위로 볼 수 있으나, ② 직장 또는 사업장시설을 전면적·배타적으로 점거하여 조합원 이외의 자의 출입을 저지하거나 사용자측의 관리·지배를 배제하여 업무의 중단 또는 혼란을 야기케 하는 것과 같은 행위는 정당성의 한계를 벗어난다(판례).

### III. 직장폐쇄

#### 1. 의의

직장폐쇄란 사용자가 근로자 측의 쟁의행위에 대한 대항수단으로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 말한다(노조법 제2조 1호). 근로자 측의 쟁의행위의 태양에 따라 노·사간의 세력 균형이 파괴되고, 사용자 측이 현저히 불리한 압력을 받는 경우가 생길 수 있어 사용자측에 그 압력을 저지하고 힘의 균형을 회복하기 위한 대항·방위 수단으로 인정된다.

#### 2. 정당성 판단 기준

① 직장폐쇄는 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 가능하다(노조법 제46조 1항, 대항성) ② 사용자가 현저히 불리한 압력을 받는 경우에 이것을 임금부담의 경감 등을 통해 최소화시키는 방어적 수단이어야 한다(방어성). ③ 노·사간의 교섭태도, 경과, 근로자 측 쟁의행위의 태양, 그로 인하여 사용자 측이 받는 타격의 정도 등에 관한 구체적 사정에 비추어 형평의 견지에서 근로자 측의 쟁의행위에 대한 대항·방위수단으로서 상당성이 인정되어야 한다(상당성).

#### 3. 정당한 직장폐쇄의 효과

직장점거가 개시 당시 적법한 것이었더라도 적법한 직장폐쇄를 하게 되면 사용자에게 사업장에 대한 물권적 지배권이 전면적으로 회복되는 결과가 되어 사용자는 근로자에 대하여 소유권에 기한 방해배제청구권을 근거로 사업장 출입을 금지하고 직장점거중인 근로자에 대하여 퇴거를 요구할 수 있다. 퇴거를 요구받은 이후의 직장점거는 위법하게 되어, 퇴거 불응죄를 구성한다.

#### 4. 위법한 직장폐쇄의 경우

선제적·공격적 직장폐쇄로서 정당하지 않은 경우 사용자측 시설을 정당하게 점거한 조합원들이 사용자로부터 퇴거요구를 받고 불응하여도 주거침입죄 내지는 퇴거 불응죄는 성립하지 아니한다.

#### IV. 결론

- ① 임원 회의실의 점거는 그 범위가 사업장의 일부분으로 보이므로, 관리·지배를 배제하지 아니하는 병존적인 점거에 지나지 않는 것으로 평가될 경우 적법한 직장점거행위에 해당한다. 다만 사용자가 정당한 직장폐쇄를 통하여 퇴거를 요구한 경우 그 이후 직장점거를 계속하는 것은 정당성을 상실한다.<sup>8)</sup>
- ② 직장폐쇄가 정당하지 아니할 경우 이에 기한 사용자의 퇴거 요구에 불응한다고 하여도 직장 점거가 그것만으로 정당성을 상실하지는 아니한다.
- ③ 노동조합의 직장점거가 정당하지 아니한 것으로 평가된다면 사용자는 직장폐쇄의 정당성과 무관하게 자신에게 유보된 시설관리권을 통하여 노동조합에게 퇴거를 요구할 수 있다.

---

8) 사실관계가 부족하나, 정당한 직장점거행위임을 전제하고 들어가도 될 것으로 보임.