

대법원 2023. 5. 11. 선고 전원합의제 판결 요지

민 사

2017다35588, 2017다35595(병합) 부당이득금반환 (나) 파기환송

[근로자에게 불이익하게 변경하면서 근로자의 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 받지 않은 취업규칙의 효력이 문제된 사건]

◇ 1. 사용자가 취업규칙을 근로자에게 불리하게 작성·변경하면서 근로자의 집단적 동의를 받지 않은 경우 그 작성·변경에 사회통념상 합리성이 있음을 이유로 유효성을 인정할 수 있는지 여부(소극) 2. 근로자의 집단적 동의를 받지 않았더라도 근로자나 노동조합이 집단적 동의권을 남용하였다는 특별한 사정이 있는 경우 취업규칙의 불이익변경이 유효한지 여부(적극) ◇

1. 종전 판례의 변경

종래 대법원은, 취업규칙의 작성·변경이 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 내용일 때에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 받아야 하지만, 해당 취업규칙의 작성 또는 변경이 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 그에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 여전히 해당 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그의 적용을 부정할 수는 없다는 취지로 판단하여 왔다(대법원 1978. 9. 12. 선고 78다1046 판결, 대법원 2015. 8. 13. 선고 2012다43522 판결 등).

사용자가 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 의사결정방법에 따른 동의를 받지 못한 경우, 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 해당 취업규칙의 작성 또는 변경에 사회통념상 합리성이 있다는 이유만으로 그 유효성을 인정할 수는 없다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 취업규칙의 불리한 변경에 대하여 근로자가 가지는 집단적 동의권은 사용자의 일방적 취업규칙의 변경 권한에 한계를 설정하고 헌법 제32조 제3항의 취지와 근로기준법 제4조가 정한 근로조건을 노사대등결정 원칙을 실현하는 데에 중요한 의미를 갖는 절차적 권리로서, 변경되는 취업규칙의 내용이 갖는 타당성이나 합리성으로 대체될 수 있는

것이라고 볼 수 없다.

나. 대법원은 1989. 3. 29. 법률 제4099호로 개정된 근로기준법이 집단적 동의 요건을 명문화하기 전부터 이미 취업규칙의 불리한 변경에 대하여 근로자의 집단적 동의를 요한다는 법리를 확립하였다. 즉, 근로자의 집단적 동의권은 명문의 규정이 없더라도 근로조건의 노사대등결정 원칙과 근로자의 권익 보장에 관한 근로기준법의 근본정신, 기득권 보호의 원칙으로부터 도출된다. 이러한 집단적 동의는 단순히 요식적으로 거쳐야 하는 절차 이상의 중요성을 갖는 유효요건이다. 나아가 현재와 같이 근로기준법이 명문으로 집단적 동의절차를 규정하고 있음에도 취업규칙의 내용에 사회통념상 합리성이 있다는 이유만으로 근로자의 집단적 동의를 받지 않아도 된다고 보는 것은 취업규칙의 본질적 기능과 그 불이익변경 과정에서 필수적으로 확보되어야 하는 절차적 정당성의 요청을 도외시하는 것이다.

다. 근로조건의 유연한 조정은 단체교섭이나 근로자의 이해를 구하는 사용자의 설득과 노력을 통하여 이루어져야 한다. 또한 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 취업규칙의 불이익변경의 유효성을 인정할 여지가 있으므로, 근로자의 집단적 동의가 없다고 하여 취업규칙의 불리한 변경이 항상 불가능한 것도 아니다.

라. 단체협약은 법률보다 하위의 규범임에도 대법원은 단체협약에 의하여 발생한 노동조합의 동의권을 침해하여 행해진 인사처분을 무효라고 보았고, 다만 동의권 남용 법리를 통해 구체적 타당성을 확보하였다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007 판결 등 참조). 취업규칙의 불이익변경에 대하여는 단체협약보다 상위 규범인 법률에서 근로자의 집단적 동의권을 부여하고 있으므로, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 동의를 받지 않았다면 이를 원칙적으로 무효로 보되, 다만 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용한 경우에 한하여 유효성을 인정하는 것이 위 대법원 판례의 태도와 일관되고 법규범 체계에 부합하는 해석이다.

마. 사회통념상 합리성이라는 개념 자체가 매우 불확정적이어서 어느 정도에 이르러야 법적 규범성을 시인할 수 있는지 노동관계 당사자가 쉽게 알기 어려울 뿐만 아니라, 개별 사건에서 다툼의 대상이 되었을 때 그 인정 여부의 기준으로 대법원이 제시한 요소들을 종합적으로 고려한 법원의 판단 역시 사후적 평가일 수밖에 없는 한계가 있다. 이에 취업규칙 변경의 효력을 둘러싼 분쟁이 끊이지 않고 있고, 그 유효성이 확정되지 않은 취업규칙의 적용에 따른 법적 불안정성이 사용자나 근로자에게 끼치는 폐해 역시 적지 않았다.

바. 종전 판례의 해석은 강행규정인 근로기준법 제94조 제1항 단서의 명문 규정에 반

하는 해석일 뿐만 아니라, 근로기준법이 예정한 범위를 넘어 사용자에게 근로조건의 일방적인 변경 권한을 부여하는 것이나 마찬가지로여서 헌법 정신과 근로자의 권익 보장에 관한 근로기준법의 근본 취지, 근로조건의 노사대등결정 원칙에 위배된다.

사용자가 근로자의 집단적 동의 없이 일방적으로 취업규칙을 작성·변경하여 근로자에게 기존보다 불리하게 근로조건을 변경하였다더라도 해당 취업규칙의 작성 또는 변경에 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우 그 적용을 인정한 종전 판례는 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 이를 모두 변경한다.

2. 집단적 동의권 남용 법리

취업규칙의 불이익변경 과정에서 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의를 행사할 때도 신의성실의 원칙과 권리남용금지 원칙이 적용되어야 한다. 따라서 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의를 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 동의가 없더라도 취업규칙의 불이익변경을 유효하다고 볼 수 있다. 여기에서 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의를 남용한 경우란 관계 법령이나 근로관계를 둘러싼 사회 환경의 변화로 취업규칙을 변경할 필요성이 객관적으로 명백히 인정되고, 나아가 근로자의 집단적 동의를 구하고자 하는 사용자의 진지한 설득과 노력이 있었음에도 불구하고 노동조합이나 근로자들이 합리적 근거나 이유 제시 없이 취업규칙의 변경에 반대하였다는 등의 사정이 있는 경우를 말한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에 근로자의 집단적 동의를 받도록 한 근로기준법 제94조 제1항 단서의 입법 취지와 절차적 권리로서 동의권이 갖는 중요성을 고려할 때, 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의를 남용하였는지 여부는 엄격하게 판단할 필요가 있다.

한편 신의성실 또는 권리남용금지 원칙의 적용은 강행규정에 관한 것으로서 당사자의 주장이 없더라도 법원이 그 위반 여부를 직권으로 판단할 수 있다.

☞ 피고는 취업규칙을 제정하여 전체 직원에게 적용해 왔는데, 법정근로시간을 주 40시간으로 단축하여 주 5일 근무제를 도입한 개정 근로기준법이 2004년 7월부터 피고의 사업장에 시행되자, 피고는 그 무렵 과장급 이상의 간부사원에게만 적용되는 간부사원 취업규칙을 별도로 제정하였음. 간부사원 취업규칙은 종전 취업규칙과는 달리 월 개근자에게 1일씩 부여하던 월차휴가제도를 폐지하고, 총 인정일수에 상한이 없던 연차휴가에 25일의 상한을 신설하는 내용을 두었음

☞ 원고들은, 간부사원 취업규칙 중 연월차휴가 부분이 무효라고 주장하면서, 종전 취업규칙에 따라 계산한 연월차휴가수당에서 피고가 지급한 연월차휴가수당을 공제한 나머지 금액을 청구함

☞ 원심은, 간부사원 취업규칙 중 연월차휴가 부분이 취업규칙의 불이익변경에 해당하는 데, 근로자의 집단적 동의를 받지 않았고 사회통념상 합리성도 인정되지 않으므로 무효라고 판단하여 원고들의 청구를 일부 인용하였음

☞ 대법원은 전원합의체 판결을 통하여, 사용자가 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 의사결정방법에 따른 동의를 받지 못한 경우, 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 해당 취업규칙의 작성 또는 변경에 사회통념상 합리성이 있다는 이유만으로 그 유효성을 인정할 수는 없다고 판단하고, 이와 달리 판단하여 온 중전 판례를 변경하였고, 원심이 사회통념상 합리성 법리를 적용하여 간부사원 취업규칙 중 연월차휴가 부분의 효력을 판단하였을 뿐, 노동조합의 부동의가 집단적 동의권 남용에 해당하는지 여부에 관하여 전혀 판단하지 않았으므로 법리오해 및 심리미진의 위법이 있다는 이유로 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기·환송함

이러한 다수의견에 대하여 ① 대법관 조재연, 대법관 안철상, 대법관 이동원, 대법관 노태악, 대법관 천대엽, 대법관 오석준의 별개의견, ② 다수의견에 대한 대법관 이흥구, 대법관 오경미의 보충의견, ③ 별개의견에 대한 대법관 조재연, 대법관 안철상, 대법관 노태악의 보충의견이 있음

☞ 별개의견의 요지는 다음과 같음

- 1989년 개정된 근로기준법은 취업규칙 불이익변경에 관한 판례 법리를 전면적으로 수용하여 근로자의 집단적 동의 요건을 명시적으로 규정하였는데, 이는 사회통념상 합리성 법리도 함께 수용한 것으로 보아야 함. 이후 현재까지 근로기준법 개정 과정에서도 사회통념상 합리성 법리를 배제한 규정은 도입되지 않았음

- 취업규칙의 불이익변경에 사회통념상 합리성이 있는 경우 사용자의 취업규칙 작성·변경 권한을 제한할 이유가 없고, 사회통념상 합리성은 신의칙이나 조리 등 법의 일반원칙으로서의 성격을 가지므로 법문에 명시되지 않았다고 하여 적용이 배제되지 않음

- 대법원이 지금까지 사회통념상 합리성 법리를 적용하여 취업규칙의 불이익변경을 유효하다고 본 사례들은 누구나 그 타당성을 수긍할 수 있고, 오히려 위 사례들에서 취업규칙의 불이익변경이 무효라고 한다면 이는 일반적인 정의관념이나 구체적 타당성에 반함

- 다수의견이 제시하는 집단적 동의권 남용 법리는 그 판단기준이 불명확하고, 그것이 사회통념상 합리성 법리와 비교하여 결과적으로 어떠한 차이가 있는지도 불분명함. 사회통념상 합리성 법리는 그동안 사례가 축적되어 법적 안정성과 예측가능성이 확보되어 있

고, 오랜 기간 판례 법리로 타당성을 인정받아 사회일반의 신뢰가 구축되어 있으므로, 종전 판례를 변경할 필요성을 납득하기 어려움

- 이 사건의 경우 간부사원 취업규칙 중 연월차휴가 부분은 사회통념상 합리성이 분명하게 인정됨

2018다248626 유해인도 (마) 파기환송

[망인의 유해에 대한 권리의 귀속주체가 문제된 사건]

◇공동상속인들 사이에 제사주재자에 관한 협의가 이루어지지 않는 경우 제사주재자 결정방법◇

1. 종전 판례의 변경

2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결(이하 '2008년 전원합의체 판결'이라 한다)은 피상속인의 유체·유해가 민법 제1008조의3 소정의 제사용 재산에 준해서 제사주재자에게 승계되고, 제사주재자는 우선적으로 공동상속인들 사이의 협의에 의해 정하되, 협의가 이루어지지 않는 경우에는 그 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정이 있지 않는 한 장남 또는 장손자 등 남성 상속인이 제사주재자라고 판시하였다.

공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우 제사주재자 결정방법에 관한 2008년 전원합의체 판결의 법리는 더 이상 조리에 부합한다고 보기 어려워 유지될 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 과거에는 조리에 부합하였던 범규범이라도 사회관념과 법의식의 변화 등으로 인해 헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면, 대법원은 전체 법질서에 부합하지 않는 부분을 배제하는 등의 방법으로 그러한 범규범이 현재의 법질서에 합치하도록 하여야 한다.

나. 공동상속인들 사이에 협의가 성립되지 않는 경우 특별한 사정이 없는 한 장남 또는 장손자 등 남성 상속인을 제사주재자로 우선하는 것은 성별에 의한 차별을 금지한 헌법 제11조 제1항 및 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활의 성립과 유지를 보장하는 헌법 제36조 제1항의 정신에 합치하지 않는다.

다. 현대사회의 제사에서 부계혈족인 남성 중심의 가계계승의 의미는 상당 부분 퇴색하고, 망인에 대한 경애와 추모의 의미가 보다 중요해지고 있다. 이와 같은 현재의 법질서, 국민들의 변화된 의식 및 정서와 생활양식 등을 고려하면, 장남 또는 장손자 등 남성 상속인이 여성 상속인에 비해 제사주재자로 더 정당하다거나 그 지위를 우선적으로 인정받아야 한다고 볼 수 없다.

라. 제사 및 제사용 재산의 승계제도는 조상승배라는 전통에 근거하는 것이면서도 헌법상 개인의 존엄 및 양성평등의 이념과 조화되도록 운영하여야 한다는 한계를 가진다. 제사주재자를 정할 때 여성 상속인을 열위에 두는 것은 이러한 현대적 의미의 전통에 부합하지 않는다. 제사주재자로 남성 상속인을 우위에 두지 않는다고 하여 제사제도에 내포된 숭조사상, 경로효친과 같은 전통문화나 미풍양속이 무너진다고 볼 수도 없다.

2. 제사주재자의 결정 방법

공동상속인들 사이에 협의가 이루어지지 않는 경우에는 제사주재자의 지위를 인정할 수 없는 특별한 사정이 있지 않는 한 피상속인의 직계비속 중 남녀, 적서를 불문하고 최근친의 연장자가 제사주재자로 우선한다고 보는 것이 가장 조리에 부합한다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 2008년 전원합의체 판결에서 조리에 부합한다고 본 제사주재자 결정방법이 현재의 법질서와 조화되지 않는다면 기존 법규범의 연장선상에서 현재의 법질서에 부합하도록 이를 조금씩 수정·변형함으로써 명확하고 합당한 기준을 설정할 필요가 있다.

나. 민법 제1008조의3은 제사용 재산의 특수성을 고려하여 제사용 재산을 유지·보존하고 그 승계에 관한 법률관계를 간명하게 처리하기 위하여 일반 상속재산과 별도로 특별승계를 규정하고 있다. 이러한 취지를 고려하면 어느 정도 예측 가능하면서도 사회통념상 제사주재자로서 정당하다고 인정될 수 있는 특정한 1인을 제사주재자로 정해야 할 필요가 있다.

다. 피상속인의 직계비속 중 최근친의 연장자를 제사주재자로 우선하는 것은 우리의 전통 미풍양속과 현행 법질서 및 사회 일반의 보편적 법인식에 부합한다고 볼 수 있다.

3. 제사주재자의 지위를 인정할 수 없는 특별한 사정

제사주재자의 지위를 인정할 수 없는 특별한 사정에는 2008년 전원합의체 판결에서 판시한 바와 같이 장기간의 외국 거주, 평소 부모를 학대하거나 모욕 또는 위해를 가하는 행위, 조상의 분묘에 대한 수호·관리를 하지 않거나 제사를 거부하는 행위, 합리적인 이유 없이 부모의 유지 또는 유훈에 현저히 반하는 행위 등으로 인하여 정상적으로 제사를 주재할 의사나 능력이 없다고 인정되는 경우뿐만 아니라, 피상속인의 명시적·추정적 의사, 공동상속인들 다수의 의사, 피상속인과의 생전 생활관계 등을 고려할 때 그 사람이 제사주재자가 되는 것이 현저히 부당하다고 볼 수 있는 경우도 포함된다.

☞ 원고들은 망인의 배우자, 장녀, 차녀임. 망인은 원고 1과 혼인관계에 있던 중 피고 2와 사이에 장남을 두었음. 망인이 사망하자 피고 2는 망인의 유체를 화장한 후 그 유해를 피고 1 재단이 운영하는 추모공원 내 봉안당에 봉안하였음. 이에 원고들이 피고들을

상대로 망인의 유해인도를 구하였음

☞ 원심은, 망인의 장남이 제사주재자로서 망인의 유해에 대한 권리를 가지고 있고 피고 2는 장남의 법정대리인(친권자 모)으로서 그 유해를 점유·관리하고 있다고 보아, 원고들의 청구를 모두 기각한 제1심판결을 그대로 유지하였음

☞ 대법원은 공동상속인들 사이에 제사주재자에 관한 협의가 이루어지지 않은 경우, 망인의 직계비속 중 남녀를 불문하고 최근친의 연장자를 제사주재자로 우선하고, 다만 그 사람이 제사주재자가 되는 것이 현저히 부당하다고 볼 사유가 있는지를 심리하여 누가 망인에 대한 제사주재자인지를 판단하여야 한다고 하면서, 원심은 제사주재자 결정방법에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하였다는 이유로 원심을 파기함

☞ 대법관 민유숙, 대법관 김선수, 대법관 노정희, 대법관 이흥구의 별개의견과, 다수의 견에 대한 대법관 조재연, 대법관 노태악, 대법관 오경미의 보충의견 및 별개의견에 대한 대법관 민유숙의 보충의견, 대법관 김선수의 보충의견이 있음

☞ 별개의견의 요지는 다음과 같음

- 망인의 유체·유해에 대한 권리의무의 귀속에는 제사용 재산의 승계에 관한 민법 제 1008조의3이 적용된다. 공동상속인들 사이에 협의가 성립되지 않아 망인의 유체·유해에 대한 권리의무의 귀속이 다투어지는 경우, 법원은 망인의 명시적·추정적 의사, 망인이 생전에 공동상속인들과 형성한 동거·부양·왕래·소통 등 생활관계, 장례 경위 및 장례 이후 유체·유해나 분묘에 대한 관리상태, 공동상속인들의 의사 및 협의가 불성립된 경위, 향후 유체·유해나 분묘에 대한 관리 의지와 능력 및 지속가능성 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 누가 유체·유해의 귀속자로 가장 적합한 사람인지를 개별적·구체적으로 판단하여야 한다. 따라서 다수의견과 달리, 여기에는 배우자가 포함된다.