

부당해고

(징계, 해고, 인사이동)

부당해고 문제는 각종 노동법 위반행위 중 가장 심각한 위법행위라고도 할 수 있습니다. 근로자의 개개 권리에 대한 침해나 노동조건에 대한 저하 정도가 아니라 경우에 따라서는 노동권 자체를 무너뜨리는 생존권 박탈행위인 것이 해고이기 때문입니다. 아울러 이러한 생존권 박탈은 당해 근로자 한 사람만의 문제가 아니라 그 근로자가 부양하고 있는 한 가계에 대한 파괴행위일 수도 있습니다.

그러므로 우리 근로기준법(근기법)은 사용자의 근로자에 대한 해고를 제한하는 근로자 보호제도를 두고 있습니다. 또한 해고뿐만 아니라 징계나 인사이동(전직, 전보, 배치전환) 발령에 대해서도 제한규정을 통해 사용자의 인사권 남용을 금지하고 있습니다.

관련 법률 - 근로기준법 제23조(해고 등의 제한)

- ① 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌을 하지 못한다.

이번 장에서는 이러한 징계, 해고, 인사이동 등이 적법하기 위해서는 법적으로 어떠한 요건들을 갖추어야 하는지, 부당한 해고 등을 당했을 때는 어떤 법적 구제절차를 활용할 수 있는지에 대해서 살펴보도록 하겠습니다.

1 부당해고(징계, 인사이동) 상담 시 주의사항

(1) 상담 시 주의사항

① 존중과 공감

상담의 기본은 존중과 공감을 전제로 한 소통임을 명심해야 합니다. 존중과 공감은 그 자체도 중요하지만 내담자에게 위로와 지지를 받는다는 느낌을 주어 더 정확한 사실관계를 진술할 수 있게 만드는 중요한 기능도 합니다.

② 사실관계 구체화 및 정리

내담자에게 사실관계는 파편화되어 있는 기억일 뿐입니다. 내담자가 기억에 의존하여 진술하는 내용들을 일자별·사안별로 구체화해서 정리해야하며, 가급적 6하 원칙에 따라 기록하도록 합니다. 법적 절차 진행을 위한 사실관계 조사 시에는 녹음기를 사용하여 상담내용을 녹음하고 추후 다시 들으면서 놓친 부분이 없는지 확인해보는 것도 좋습니다.

③ 확증편향 경계

대부분의 내담자는 확증편향(자신에게 유리한 내용은 받아들이고 그렇지 않은 내용은 무시하는 경향)이 있으므로 당사자에게 오히려 불리한 정황이나 사실관계를 더 파고들어 정확히 파악해야 합니다. 내담자들은 자신에게 불리한 내용은 인정하지 않기

때문에 진술하지 않거나 의도적으로 회피하는 경향이 있습니다. 따라서 그러한 부분을 더욱 캐내야 하며, 법적 절차에서는 그런 불리한 사항에 대한 대응이 더 중요할 수 있음을 잊지 말아야 합니다.

④ 규정과 전례 확인

당사자들은 대개 당해 사안에만 집중하기 때문에 그 인사처분의 적법성을 판단함에 있어 중요한 근거 규정과 전례(관행)를 놓치는 경우가 많습니다. 회사의 각종 관련 규정과 제도 및 관행, 그리고 유사한 사례에서의 전례를 꼭 확인하고 꼼꼼히 검토해야 합니다.

⑤ 법적 절차의 목적과 한계 확인

법의 속성과 한계를 충분히 인식시켜서 지나치게 법에 의존하지 않도록 해야 합니다. 경우에 따라서는 법적 절차에서 이기더라도 실효성이 없을 수 있으므로 법적 절차를 진행하기로 결정할 때는 반드시 ‘목적’(이 법적 절차를 왜 진행하는지)과 ‘목표’(이 법적 절차를 통해 구체적으로 무엇을 얻고자 하는지)를 분명히 정하고 시작해야 합니다.

⑥ 내담자의 판단과 책임을 대신하지 말 것

최종 판단은 결국 당사자의 몫입니다. 당사자 본인의 삶이니까요. 상담을 해주는 사람은 당사자가 가장 올바르게 적절한 판단을 할 수 있도록 최대한의 지식과 정보를 제공해주는 역할을 해야 합니다.

(2) 부당해고(징계, 인사이동) 상담 시 체크 리스트

부당해고(징계, 인사이동)에 대해 부당해고 구제신청 등의 법적 구제절차를 고려하는 경우 먼저 아래의 체크리스트를 통해 구제신청이 가능한지 등의 요건을 먼저 확인해야 합니다. 기본 요건이 충족돼야 다음 단계 상담 진행의 의미가 있습니다. 아울러 각 유형별로 꼭 확인해야 할 사항들을 정리해보겠습니다.

① 공통 확인 사항

항목	세부내용
상시 사용 근로자 수	• 근기법 제23조 제1항은 상시 5인 이상 근로자 사용 사업장에만 적용 (5인 미만 사업장이라도 ① 절대해고금지기간(근기법 제23조 제2항, 남녀고용평등법 제19조)과 ② 해고예고제도(근기법 제26조)는 적용되므로 노동청에 진정 또는 고소 제기 가능)
구제신청 제척기간 등	• 사유발생일(해고의 경우 해고일, 다른 인사처분의 경우 인사처분을 안 날(노동위원회규칙 제40조)로부터 3개월 경과 여부 → 3개월이 경과한 경우에는 구제신청 불가(민사소송 안내) • 지노위 판정서를 받은 날부터 10일, 중노위 판정서를 받은 날부터 15일 경과 여부 → 각 기간이 지난 경우 재심신청 또는 행정소송 제기 불가(민사소송 안내)
구제이익	• 기간제 근로자인 경우 계약기간 만료일, 정년에 임박한 경우 정년 도달일 확인(구제이익은 있으나 구제명령이 제한적일 수 있음) • 회사가 도산하거나 폐업신고 예정인지 여부(폐업신고를 한 경우 청산절차가 완료되었는지 여부 포함)
사용자	• 실질적 사용자와 형식상(명의상)의 사용자가 다른지 여부(회사가 법인인 경우 대법원 홈페이지에서 법인등기부등본 확인)

목적과 목표	• 법률위반 여부 확인, 법적 구제절차 등을 통해 얻고자 하는 목적과 목표가 무엇인지 확인(복직, 징계취소, 금전적 보상, 명예회복, 사용자와 합의, 전반적인 사업장 내 위법·부당한 제도 및 관행 개선, 이주근로자의 경우 사업장 이동 등) → 당사자의 목적과 목표에 부합하는 유효적절한 대응방안 검토 및 지원
--------	--

표1 공통 확인 사항 체크리스트

② 징계(해고)의 경우

항목	세부내용
절대해고 금지기간	• 근기법 제23조 제2항 또는 남녀고용평등법 제19조에 해당하는 절대해고금지기간 중 해고 해당 여부 • 산재신청을 하지 않은 경우 바로 신청, 사안에 따라 고소와 구제신청 선택 또는 함께 진행
해고통보서 (해고의 존부)	• 해고통보서를 받았는지 여부(해고일자와 해고사유가 구체적으로 명시되어 있는지 여부도 확인) → 해고통보서를 받지 못했으면 지금이라도 해고사실을 입증할 수 있는 자료(전화 녹취, 문자, 메일 등) 확보 • 사직서 제출 여부 → 사직의사표시가 통보인지 청약인지 확인. 아직 사직서 수리가 되지 않은 상황이면 즉시 사직의사 철회하고 철회사실 자료 확보(전화 녹취 등) • 기타 사실관계(퇴직금 청구 여부, 실업급여 관련 회사에 지원요청 여부 등) 확인 → 필요 시 부당해고에 항의하는 전화(녹음) 또는 항의서한(내용증명) 발송
징계(해고)사유	• 해고통보서나 징계의결통보서 등에 기재되어 있는 해고사유 확인 • 징계위원회 회부 통보서(징계위원회 참석 통보서)와 징계의결통보서 또는 해고통보서 상의 징계사유가 동일한지 여부 확인 • 문서 외에 구두로 들은 해고사유, 표면상의 해고사유 외에 실질적 해고사유로 추정되는 내용도 확인 → 각각의 사실관계를 검토하고 해고사유의 진위 여부 확인 • 동일한 사유로 경고 등의 징계를 이미 받았는지 여부, 징계사유 중에서 이미 이전에 행해진 징계대상에 포함되었던 것이 있는지 여부, 징계사유에 대한 면책합의가 존재하는지 여부 등 확인
각종 규정 등	• 단체협약, 취업규칙, 근로계약 상 관련 규정(징계(해고) 사유 조항, 징계절차 조항, 징계양정 조항, 징계시효 조항 등 관련 조항 일체) 검토 및 각 조항 준수 여부 확인. 각종 규정은 반드시 전체 검토(징계회의록도 검토하여 징계위원 구성에 하자가 없는지, 공정하게 징계위원회가 진행되었는지 등 확인) • 징계절차 규정이 없는 경우 제대로 소명기회가 부여되었는지와 과거 징계 관행도 확인 • 징계재심절차가 마련되어 있는 경우 재심 이행 여부 및 재심에서의 하자 존재 여부 • 규정이 개정된 경우 그 개정의 효력 유무(취업규칙의 경우 적법한 개정절차를 거쳤는지 여부 등)
전례 및 형평성	• 여러 명의 징계(해고) 대상자가 있는 경우 각각의 징계양정과 징계사유에 대한 책임정도 • 유사한 사례에서의 과거 전례나 다른 동료 대상자들과의 형평성 여부
양정 참작사유 등	• 해당 사업장의 사업 목적과 성격, 사업장의 여건, 대상자의 지위 및 업무내용 • 비위행위를 하게 된 동기나 경위, 그로 인해 기업질서가 문란하게 되거나 기업이 입은 구체적 손해 • 과거 징계전력과 회사에 기여한 공로 및 표창전력, 근무태도 등
입증자료 확보	• 동료들의 진술서, 각종 증거 등의 입증자료가 필요한 경우 즉시 확보(법적 절차가 제기된 후에는 사용자의 압박 등으로 인해 확보가 어려울 수 있으므로 미리 확보 필요)

표2 징계(해고) 체크리스트

③ 정리해고의 경우

항목	세부내용
공동사항	• 절대해고금지기간 중 해고인지 여부 • 해고통보서를 받았는지 여부
근박한 경영상 필요성 관련	• 회사의 경영 상태를 확인할 수 있는 각종 자료 • 회사의 업종 및 조직구조와 조직체계, 사업장 및 부서별 인력 현황, 해당 산업 전반의 경기 현황 등 • 정리해고를 전후하여 임금 인상 여부, 신규 채용 여부, 투자확대 여부, 주주들에 대한 고을 배당 여부, 시간외근로 증가 여부 등
해고 회피 노력 관련	• 정리해고에 앞서 어떠한 해고 회피 노력이 있었는지 확인 • 각 노력의 내용들과 더 해볼 수 있었다고 보이나 하지 않은 해고 회피 노력들은 어떤 것인지 확인
사전 절차 관련	• 과반수 노동조합의 존재 여부, 근로자대표 선출 방식 • 통보 시점, 이후 협의의 내용과 방식 및 합의 여부 • 고용안정협약서, 고용승계합의서 등과 같이 단체협약, 취업규칙, 근로계약, 회사 간의 도급계약서 등 각종 규정이나 계약서에서 인력구조조정을 제한하는 합의 등이 있는지 여부
대상자 선정 관련	• 정리해고 대상자 선정 기준 확인 • 기준의 결정 방식, 합리성과 타당성 여부 등

표3 정리해고 체크리스트

④ 전직(각종 인사발령)의 경우

항목	세부내용
특정여부	• 근로계약서와 채용과정을 확인하여 담당업무나 근무 장소가 특정되어 있는지의 여부 확인
경영상 필요성 및 생활상 불이익	• 전보조치를 해야 할 업무상 필요성이 있었는지 여부 • 대상자 선정의 합리성 여부 • 당해 발령으로 당사자가 받게 되는 각종 불이익과 그 정도(임금삭감 여부, 업무상 권한과 지위 축소 여부, 출퇴근거리 증가 여부, 원거리 발령에 따른 교통비 또는 주거비 등 비용 증가 여부, 부양가족 등 생활상의 불이익과 관련한 내용 및 그 정도 등. 한편으로는 이러한 불이익을 상쇄시킬 회사의 보전조치 여부 및 수준)
각종 규정	• 단체협약, 취업규칙, 근로계약서 상의 관련 규정(대상, 절차 등) 검토

표4 전직 등 인사발령 체크리스트

⑤ 계약기간 만료에 따른 계약해지의 경우

항목	세부내용
기간제법 적용대상 여부 등	• 기간제 근로자인지 여부(근로계약서 상의 근로계약기간 확인. 참고로, 근로계약서가 아닌 연봉계약서의 계약기간은 원칙적으로 근로계약의 기간이 아님) • 상시 사용 근로자 수(기간제법 제4조의 기간제한 조항은 상시 5인 이상 근로자를 사용하는 사업체와 국가 및 지자체의 기관에만 적용) • 계약직으로 2년 초과 여부와 기간제법 상의 기간제한 예외대상인지 여부(기간제법 제4조 제1항 단서, 기간제법 시행령 제3조) • 근무기간 중 휴지기(일을 하지 않은 기간)나 형식상의 재입사절차가 있었던 경우 그 이유와 기간의 길이, 구체적인 재입사절차 내용 등
각종 규정	• 단체협약, 취업규칙, 근로계약서 등 각종 규정 검토(계약기간의 설정 취지와 목적, 실질성 여부, 갱신 관련 규정이 있는지 및 그 내용 등) • 공공부문 사업장이나 수탁기관, 하청회사 등의 경우 국가·지자체, 위탁기관, 원청회사 등의 관련 규정이나 위수탁계약서 또는 도급계약서 등도 검토 및 확인 • 갱신 관련 규정이나 기준의 공정성 및 합리성 여부(평가 기준은 물론 평가자체가 공정하고 합리적으로 이뤄졌는지 여부)
관행 등	• 근로계약이 얼마나 갱신되었고 어떻게 갱신되었는지 확인(계약서 제작성방식 또는 묵시적 갱신의 방식이었는지 등) • 사업체에서 기간제 근로자를 사용하는 목적과 이유 • 다른 기간제 근로자들의 갱신 관행과 갱신이 이뤄지지 않은 경우 그 각각의 사유 • 담당 업무(당해 사업장의 상시·필수 업무인지의 여부, 전문성이 있어 계속 고용의 기대가 큰지, 직책과 직위 등도 확인) • 계약해지 이후 후임자가 채용되었는지 여부 • 실제로 갱신을 약속한 사실이 있었는지 여부 • 갱신기대권이 인정되더라도 특별히 갱신거절을 할 만한 사유가 있는지(갱신거절 사유를 통보받은 경우 그 사유의 진위 여부)

표5 계약기간 만료 체크리스트

2 해고가 아닌 퇴직

(1) 퇴직의 유형

유형	구분	판단
해고가 아닌 퇴직	사직	• 개인사정에 따른 사직 외에도 권고사직, 명예퇴직, 희망퇴직 등
	자동퇴직	• 근로자의 사망 • 회사의 폐업 • 정년 도달 • 근로계약 기간 만료 • 용역업체 변경
해고		• 사직서 일괄제출 후 선별 수리한 경우 등 예외적인 경우가 아닌 한 해고가 아님
		• 회사의 폐업 여부나 정년 도달 여부에 다름이 있는 경우 부당해고 성립 가능 • 근로계약 기간 만료의 경우에도 기간의 정함이 형식에 불과하거나 갱신기대권이 인정되는 경우 부당해고 성립 가능 • 용역업체 변경도 고용승계의무가 있는 경우에는 해고
해고		• 징계해고: 근로자의 비위행위, 복무규율 위반 등 근로자 귀책사유에 의한 해고 • 정리해고: 경영상 이유에 의한 해고로서 근로자에게 귀책사유가 없는 해고 • 통상해고: 일신상의 사유로 근로제공이 불가능한 경우의 해고
		• 정당한 사유 등이 없는 경우 부당해고 • 회사 규정에 따른 ‘당연면직’의 경우에도 위 ‘자동퇴직’ 유형이 아니라면 원칙적으로는 해고

표6 퇴직의 유형

근로자가 직장에서 퇴직하는 유형은 1) ‘사직’, 2) ‘해고’, 3) ‘자동퇴직’(근로계약의 자동소멸)으로 크게 구분할 수 있습니다.

‘사직’은 근로자가 스스로 퇴직을 하는 것으로서 해고가 아니므로 부당해고의 문제가 발생할 여지가 없습니다.

‘해고’는 근로자의 의사에 반하여 사용자에게 의해 퇴직을 당하는 것이므로 노동법의 제한을 받으며, 법적 요건을 갖추지 못한 경우에는 위법하여 부당해고가 됩니다.

‘자동퇴직’은 사직도 해고도 아닌 것으로서 일정한 사유가 발생한 경우 자동적으로 근로관계가 종료되는 것입니다. 근로자의 사망, 회사의 폐업, 정년 도달, 근로계약 기간 만료 등이 이에 해당합니다. 자동퇴직 역시 해고가 아니므로 원칙적으로는 부당해고의 문제가 발생하지 않습니다.

(2) 사직

① 주의할 점

사직은 근로자가 스스로 퇴직하는 것이므로 해고가 아니라서 부당해고의 문제가 발생하지 않습니다. 흔히, 권고사직(의원면직), 명예퇴직, 희망퇴직이라 불리는 형식들 역시 결과적으로는 근로자가 사용자의 사직권고에 응해서 사직하는 것이므로 해고가 아닙니다.

그런데, 사용자의 퇴직 강요에 따라 자신의 의사에 반해 사직서를 제출하는 경우가 있습니다. 사직서를 제출하게 되면, 그것이 사용자의 사기나 협박에 의해 작성된

것이라는 명백한 입증을 해내지 못하는 한 법적으로는 사직이라 해석되므로(즉, 해고가 아님) 반드시 주의해야 합니다. 단지 수차례 사직서 제출 강요행위가 있었다는 정도로는 협박에 의한 사직서 제출이라 보지 않으므로 자의에 의한 사직이 아닌 한 절대로 사직서를 써서는 안 됩니다.

사용자가 해고를 하면서도 사직서를 내야만 퇴직금이 지급된다거나 실업급여를 받을 수 있다면서 사직서 제출을 유도하는 경우도 종종 있습니다. 모두 잘못된 내용입니다. 사직이건 해고건 퇴직금은 물론 퇴직일까지의 임금은 모두 지급되어야 하고, 사직서를 내면 오히려 실업급여를 못 받을 수 있습니다(실업급여는 원칙적으로 비자발적 실업을 지급대상으로 함). 사용자가 사직을 강요하는 경우에는 힘들더라도 사직서를 제출하지 않고 버텨서, 차라리 해고를 당해야만 부당해고 문제를 법적으로 다룰 수 있습니다.

한편, 사직서 제출이 해고로 인정되는 경우도 예외적으로는 있습니다. 회사에서 전체 직원들 또는 특정 직원들에게 모두 사직서를 제출하게 한 후 그 중 일부만 수리하는 것이 여기에 해당됩니다. 이런 경우에는 해고로 보아 부당해고의 문제를 제기할 수 있습니다. 그 외 사용자가 감원 대상을 일방적으로 선정 후 사직서 제출을 종용하고 불응한 사람들은 보직해임이나 대기발령을 하면서까지 사직을 강요하여 결국 사직 압박을 견디지 못하고 다른 선택 여지가 없는 상황에서 사직서를 제출했고, 사용자가 이를 모아 일괄 처리했다면 예외적으로 해고라고 판단한 판례가 있습니다(대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다38270 판결).

관련 판례

회사의 대표이사가 부장급 이상 간부들에게 공제회 이사장에게 재신임을 물겠다고 하면서 일괄하여 사직서를 제출하도록 지시를 하여 간부들은 모두 사직할 의사 없이 일괄하여 사직서를 제출하였는데 회사의 대표이사가 의원면직 처리하였다면 이는 실질적으로 대표이사의 일방적 의사에 의하여 근로계약을 종료시킨 것으로서 해고에 해당한다(대법원 1994. 4. 29. 선고 93누16185 판결).

근로자가 회사의 경영방침에 따라 사직원을 제출하고 회사가 이를 받아들여 퇴직처리를 하였다가 즉시 재입사하는 형식을 취함으로써 근로자가 그 퇴직 전후에 걸쳐 실질적인 근로관계의 단절이 없이 계속 근무하였다면 그 사직원제출은 근로자가 퇴직을 할 의사 없이 퇴직의사를 표시한 것으로서 비진의의사표시에 해당하고 재입사를 전제로 사직원을 제출케 한 회사 또한 그와 같은 진의 아님을 알고 있었다고 봄이 상당하다 할 것이므로 위 사직원제출과 퇴직처리에 따른 퇴직의 효과는 생기지 아니한다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두14090 판결).

Q&A

- Q. 업무상 회사에 큰 손해를 입혔다는 이유로 징계해고처분을 받았습니다. 그런데 사직서를 제출하면 의원면직(사직)으로 처리해주겠다고 해서 어쩔 수 없이 사직서를 냈는데, 어쨌든 사직서를 냈으니 부당해고라고 주장할 수는 없는 걸까요?
- A. 그렇지는 않습니다. 회사가 징계해고처분을 통보하면서 덧붙여서 사직서를 내면

사직으로 처리해주겠다고 조건을 단 경우에는, 징계해고를 수용할 수 없음에도 해고라는 퇴직의 형식을 피하기 위해 자신의 의사에 반해서 어쩔 수 없이 사직서를 낸 것으로도 해석될 수 있습니다. 따라서 부당해고라고 주장하고 법적 다툼을 해볼 수 있고, 만약 해고처분이 정당한 사유가 없거나 절차상의 하자 등 무효로 판단되는 경우에는 사직서를 수리한 면직처분도 무효라고 해석될 수 있습니다(대법원 1995. 11. 14. 선고 95누1422 판결). 다만, 사직서를 낸 경우 해고로 해석되기가 쉽지는 않은 일이므로 사직서 제출은 어떤 경우에도 신중하게 해야 합니다.

② 사직서 철회

사직서를 제출했더라도 사용자가 사직서를 수리하기 전까지는 철회할 수 있습니다. 보다 정확하게 말하자면, 사직서 제출이 근로계약 해지의 ‘통고’인 경우와 ‘청약’인 경우로 나뉩니다. 통고인 경우는 통고가 사용자에게 도달하면 철회가 불가능하고 청약인 경우에는 그에 대한 사용자의 승낙이 근로자에게 도달하기 전까지는 철회할 수 있습니다(대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8657 판결). 사직서에서 “사직한다.”라고 통보하는 경우를 ‘해지의 통고’로 보고 “사직하고자 하니 승인해 달라.”는 투의 의사표시를 ‘해지의 청약’이라고 해석합니다. 현실에서는 양자를 구분하는 것이 명확하지 않을 수도 있습니다만 법적으로는 이렇게 구분해서 판단한다는 점도 알아두어야 합니다.

따라서 사기나 강요에 의해 사직서를 제출했거나 경솔하게 사직서는 냈지만 퇴직의사가 없는 경우에는 즉시 철회한다는 의사를 사용자에게 전달해야 합니다. 이때 문자메시지나 이메일, 녹음 등을 통해 철회했다는 근거를 남기는 것도 필요합니다. 만약 사직서 제출이 유효하게 철회되었음에도 사용자가 이를 무시하고 퇴직처리를 해버리게 되면 이는 사직이 아니라 해고로서 부당해고가 성립될 수 있습니다.

참고로, 예를 들어 10월 말일 자로 사직하겠다는 사직서를 냈더니 오늘부로 또는 이번주까지만 일하고 퇴직하라면 회사가 일방적으로 퇴직일자를 앞당겨 퇴직처리를 하는 경우도 간혹 있죠. 이것은 결과적으로는 사용자에 의한 일방적인 퇴직처리이므로 사직이 아니라 해고가 됩니다.

③ 사직서를 수리하지 않는 경우

퇴직하고자 사직서를 냈는데 사용자가 오히려 사직서 수리를 해주지 않고 계속 근무를 강요하는 경우에는 어떻게 해야 할까요? 이와 관련해서 노동법에는 아무런 규정이 없어 민법에 따라 해석하게 됩니다. 민법(제660조)은 사용자가 수리를 하지 않더라도 사직서 제출일로부터 1개월(정확히는, 월급지급 대상기간을 매월 1일부터 말일까지로 정한 경우에는 사직서를 제출한 다음 달의 말일)이 지나면 사용자가 사직서 수리를 해주지 않아도 법적으로는 사직의 효력이 발생하는 것으로 규정하고 있습니다.

그러므로 사용자가 사직서를 수리해주지 않으면 법적으로 사직의 효력이 발생할 때까지는 출근을 해야 합니다. 그렇지 않으면 무단결근으로 처리되어 퇴직금 금액 등에 있어 불이익이 생기거나 갑작스런 퇴직에 따른 손해배상의 책임이 생길 수도 있으니 주의해야 합니다.

관련 법률 – 민법 제660조(기간의 약정이 없는 고용의 해지통고)

- ① 고용기간의 약정이 없는 때에는 당사자는 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있다.
- ② 전항의 경우에는 상대방이 해지의 통고를 받은 날로부터 1월이 경과하면 해지의 효력이 생긴다.
- ③ 기간으로 보수를 정한 때에는 상대방이 해지의 통고를 받은 당기후의 일기를 경과함으로써 해지의 효력이 생긴다.

④ 명예퇴직, 희망퇴직

회사에서 인력구조조정의 일환으로 진행하는 이른바 명예퇴직(희망퇴직)의 경우에도 결국 회사가 제시하는 일정한 조건(일정금액의 명예퇴직금 수령 등)을 수용하여 근로자가 사직서를 제출하는 것이므로 해고가 아니라 사직입니다.

따라서 회사에서 제시한 조건을 수용하여 퇴직할 의사가 있는 것이 아니라면 명예퇴직에 응해서는 안 됩니다. 그 결과 만약 정리해고의 대상이 되어 정리해고를 당한다면 그 정리해고가 적법한 요건을 갖췄는지에 따라 해고의 정당성 여부를 판단하게 됩니다.

다만, 사용자가 감원 대상을 일방적으로 선정한 후 사직서 제출을 종용하고 이에 불응한 사람들에 대해서는 보직해임 및 대기발령을 하면서까지 사직을 강요하여, 결국 사직 압박을 견디지 못하고 다른 선택의 여지가 없는 상황에서 사직서를 제출했고, 사용자가 이를 모아서 일률적으로 특정 일자에 사직처리 했다면 예외적으로 해고라고 판단한 판례(대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다38270 판결)가 있습니다.

(3) 자동퇴직

① 회사의 폐업

회사가 폐업하면 근로계약의 일방 당사자가 없어지는 것이므로 근로계약도 자동적으로 종료됩니다. 다만, 회사가 폐업신고를 했다가나 도산 또는 파산을 했다는 것만으로는 회사가 폐업한 것으로 볼 수는 없습니다. 특히 법인(주식회사 등)인 경우에는 청산절차까지 종료되어 회사가 완전히 소멸한 경우에만 근로계약이 자동 종료되는 것입니다. 따라서 회사가 파산신청을 한다거나 폐업신고를 한다는 이유로 해고를 했다면 이것은 자동퇴직이 아니라 해고이므로 부당해고의 문제가 발생할 수 있습니다.

한편, 형식상 폐업을 했으나 실질적으로는 동일한 다른 사업체를 만들어서 운영하는 이른바 위장폐업인 경우에는 위장폐업 사실이 입증되면 부당해고로 볼 수 있습니다(서울고법 2007. 11. 27. 선고 2007누6009 판결).

② 당연면직

흔히 회사 취업규칙 등에서 어떤 사유의 발생을 이른바 당연면직(당연퇴직, 직권면직) 사유로 정해놓은 경우가 있습니다. 예를 들어 형사상 금고 이상의 형을 선고받은 자, 대기발령을 받은 후 ○월이 지나도록 업무를 부여받지 못한 자, 업무평가 결과 하위 ○%에 해당하는 자 등을 규정하고, 해당되는 자는 자동으로 퇴직된다는 식으로

정해놓은 경우입니다.

이와 같은 당연면직 규정에 따른 퇴직도 사용자가 근로자의 의사에 반하여 일방적으로 근로계약을 종료시키는 것이므로, 판례는 이를 자동퇴직이 아니라 해고라고 해석합니다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2007다62840 판결).

따라서 단지 취업규칙 상의 당연면직 사유에 해당된다는 것만이 아니라 근기법 상 해고의 적법 요건(도저히 근로관계를 지속시킬 수 없을 정도의 해고사유 존재, 해고통보서 교부 등)을 갖춘 경우에만 정당한 해고가 됩니다.

관련 판례

대기발령 또는 직위해제 이후 일정한 직책을 부여받지 못하면 당연퇴직 또는 직권면직이 가능하다고 단체협약 등에 정한 경우, 결국 그것은 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약관계가 종료되는 것이므로 해고에 해당되고, 대기발령이 정당한 사유가 있는지와 함께 당연퇴직의 정당성 여부를 따져야 한다(대법원 2004. 10. 28. 선고 2003두6665 판결).

용역업체 소속으로 일하는 경우 원청업체와 용역업체간의 용역계약 종료를 근로계약서에서 당연면직사유로 정하고 있는 경우도 많습니다. 이와 같은 용역계약 종료는 자동퇴직이 아니라는 것이 판례의 일관된 입장입니다. 따라서 근로계약기간이 남아 있다면 사용자는 다른 사업장으로 배치전환이라도 해줘야 합니다.

관련 판례

근로자가 근무하는 건물주 등과 사용자 사이의 관리용역계약이 해지될 때 근로자와 사용자 사이의 근로계약도 해지된 것으로 본다고 약정하였다고 하여 그와 같은 해지사유를 근로관계의 자동소멸사유라고 할 수는 없다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2017다22315 판결).

당연면직 사유로 정한 것이 사회통념상 상당성을 인정하기 어려운 경우 등의 특별한 사정이 없는 한 당연면직 규정의 취지는 존중되어야 한다는 것 또한 판례(대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두10548 판결)의 태도이므로, 일반적인 해고에 비해서는 부당해고로 인정받기가 조금 더 어려울 수도 있습니다. 또한 당연면직 사유가 취업규칙 상의 징계 사유에도 해당하는 경우가 아니라면 취업규칙 상의 징계절차를 거칠 필요는 없다는 것이 판례(대법원 1998. 4. 24. 선고 97다58750 판결)의 입장입니다.

③ 정년 도달

단체협약이나 취업규칙에서 정한 정년에 도달한 경우에도 근로관계는 자동적으로 종료됩니다. 정년도달 역시 자동퇴직의 한 유형으로서 해고가 아닙니다. 그런데 정년이 지난 후에도 별다른 조치 없이 계속해서 근무를 해오다가 어느 날 갑작스레 사용자가 정년이 지났음을 이유로 퇴직처리 할 수 있을까요? 안 됩니다. 이런 경우에는 정년 도달에 따른 자동퇴직이 아니라 해고로 해석됩니다. 따라서 정당한 해고사유가 있어야만 적법합니다(대법원 2003. 12. 12. 선고 2002두12809 판결).

참고로, 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률(고령자고용법)은 정년을 60세 이상으로 정하고 있어 60세 미만의 정년을 정한 단체협약이나 취업규칙은 무효입니다.

관련 법률 – 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 제19조(정년)

- ① 사업주는 근로자의 정년을 60세 이상으로 정하여야 한다.
- ② 사업주가 제1항에도 불구하고 근로자의 정년을 60세 미만으로 정한 경우에는 정년을 60세로 정한 것으로 본다.

한편, 정년 이후에는 촉탁직으로 고용하기로 각종 규정에서 정하고 있는 경우에는 정년 이후 재고용하지 않은 것도 부당해고가 될 수 있습니다.

④ 근로계약 기간 만료

기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 경우, 기간만료로 계약해지를 당했을 때는 해고가 아니라 당연히 근로계약이 종료되는 것이지만 어떤 경우에는 부당해고로 판단되기도 합니다. 그 계약해지가 부당해고인가를 판단하는 순서는, 1) 기간의 정함이 형식에 불과한지 여부 → 2) (형식이 아니라면) 갱신기대권의 존재 유무 → 3) (갱신기대권이 존재한다면) 갱신거절의 합리성 유무 → 4) (갱신거절의 합리성이 없다면) 부당해고라고 판단하게 됩니다.

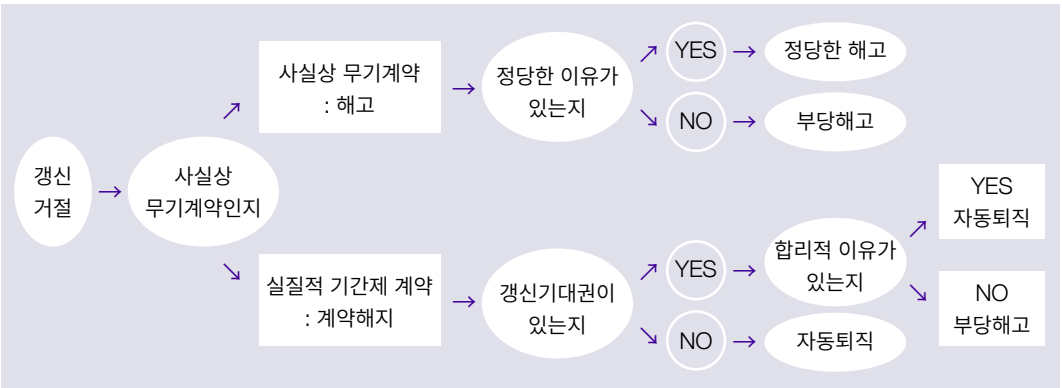


그림1 기간제 근로계약 판단 순서

가) 원칙

근로계약서에 근로계약의 기간을 정했다면(기간제 근로자: 일용직, 계약직, 임시직, 촉탁직 등) 기간의 만료에 따라 근로계약은 자동적으로 종료되어 근로자는 자동퇴직이 되는 것이 원칙입니다. 따라서 실질적인 기간제 근로자의 근로계약 기간 만료에 따른 계약해지는 해고가 아니므로 부당해고의 문제가 발생하지 않습니다.

그러나 근로계약의 기간을 정한 것이 누가 보더라도 형식에 불과한 것이라고 인정될 수 있는 경우라면 그 근로계약은 기간의 정함이 없는 것으로 볼 수

있습니다. 즉, 실질적으로는 기간제 근로자가 아니라는 것이죠. 이때에는 단지 형식상의 기간 만료를 이유로 한 계약해지는 해고로 해석됩니다.

관련 판례

근로계약을 체결하면서 기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려한 결과 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는 근로계약서의 문언에도 불구하고 그 근로계약은 기간의 정함이 없는 근로계약이라고 봄이 상당하다(대법원 1998. 5. 29. 선고 98두625 판결).

나) 갱신기대권

법원이나 노동위원회에서 실제로 위와 같이 근로계약 기간의 정함이 형식에 불과하다고 법적으로 인정되는 경우는 대단히 드뭅니다. 대신, 근로계약 기간의 정함 자체는 인정하되 그 갱신거절(계약해지)이 근로자의 ‘갱신기대권’을 침해한 권리남용의 인사권 행사라고 판단하는 경우가 있습니다. 이러한 사용자의 권리남용으로서 갱신거절은 부당해고나 마찬가지로 해석합니다.

즉, 근로자에게 계약의 갱신을 기대할 만한 충분한 기대권이 존재한다고 볼 수 있는 경우 이에 반하는 합리적 이유 없는 계약해지는 부당해고라는 것입니다.

단, 이때는 사실상 정규직(기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자)이라고 보는 것이 아니라 기존과 동일한 기간으로 계약이 갱신되었어야 한다고 해석하는 차이가 있습니다.

갱신기대권 인정의 주요 요소로는 1)관련 규정 내용, 2)규정상의 근거가 없더라도 기간제 근로자 사용관행을 들 수 있고, 덧붙여 3)담당업무의 성격(상시·필수업무 여부)도 꼽을 수 있습니다. 참고로, 회사의 기간제 근로자 반복 갱신 사용 관행이 충분하다면 당사자에게는 반복 갱신 전례가 없더라도 인정될 수 있습니다.

관련 판례

기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신거절의 의사표시가 없어도 그 근로자는 당연 퇴직되는 것이 원칙이다. 그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 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 있어 근로자에게 그에 따라 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 동일하다고 할 것이다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결).

1	단기 근로계약의 수차례 반복 갱신
2	갱신 시 형식적으로 근로계약서가 작성되었던 사실 또는 근로계약서 작성 없이 자동 갱신되어온 경우
3	당해 사업장의 다른 기간제 근로자들의 갱신 관행. 특히 동종·유사업무를 하는 기간제 근로자들의 경우 특별한 사정(해고에 준하는 사정)이 없는 한 대부분 반복 갱신되어온 사실
4	담당 업무가 당해 사업장의 상시적인 필수업무인 관계로 단기의 근로계약을 체결할 특별한 이유가 없고 후임자가 채용된 사실
5	특별히 근로계약 갱신을 하지 않을 만한 사유가 없는 사실
6	단체협약, 취업규칙, 근로계약서 등에 근로계약의 계속을 보장하고 있거나 근로계약의 계속을 전제하는 규정들이 존재하는 경우 또는 갱신 가능성에 관한 근거규정

표7 갱신기대권 인정 기준

다) 갱신거절의 합리적 이유

갱신기대권이 인정되면 다음으로 갱신거절(계약해지)에 합리성이 있는지의 여부를 따져보아야 합니다. 근무기간 중 해고할 만한 징계사유가 있다가거나 담당 업무가 폐지된 경우 등이 갱신거절에 합리성이 있다고 인정되는 대표적인 이유들입니다. 특히 일정한 평가를 거쳐 갱신하게 되어 있는 경우 그 평가규정과 실제 평가에 합리성과 공정성이 있는지를 기준으로 갱신거절의 정당성을 따지게 됩니다. 결국 갱신기대권이 존재하는데도 합리적인 이유 없이 갱신을 거절한 경우 부당해고가 되는 것입니다. 여기서 갱신거절의 합리성에 대한 입증책임은 사용자에게 있다는 것이 판례의 일관된 입장입니다.

관련 판례

근로자에게 이미 형성된 갱신에 대한 정당한 기대권이 있음에도 불구하고 사용자가 이를 배제하고 근로계약의 갱신을 거절한 데에 합리적 이유가 있는지가 문제될 때에는 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 거부 사유와 그 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이며 공정한지를 기준으로 판단하여야 하고, 그러한 사정에 대한 증명책임은 사용자가 부담한다(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8225 판결).

기간제 근로자들에 대해 계속 집단적으로 재계약절차를 밟아오다가 어느 날 신규채용(공개채용) 절차로 전환하면서 기존 기간제 근로자들을 지원하게 한 후 심사결과 상당수를 탈락시킨 경우에 대해서도 대법원은, 갱신기대권이 인정됨에도

갱신거절의 합리적 이유가 없다며 부당해고라고 판단한바 있습니다(대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두44493 판결).

라) 정규직전환 및 정규직전환기대권

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(기간제법)은 기간제 근로자를 최대 2년까지만 쓸 수 있도록 하고 있습니다. 따라서 2년이 초과된 경우에는 그 즉시 사용자의 어떠한 조치도 필요 없이 법적으로는 정규직으로 전환되므로 2년이 초과되었음에도 형식상 근로계약기간의 종료를 이유로 계약해지하였다면 그 자체로 부당해고가 됩니다. 다만, 기간제법(제4조 제1항 단서, 기간제법 시행령 제3조)은 기간제한 예외대상도 규정하고 있으므로 예외대상인지 여부도 잘 확인해 봐야 합니다. 예외대상인 경우에는 갱신기대권의 존재여부와 갱신거절의 합리성 유무를 통해 부당해고인지를 판단하게 됩니다.

1	사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우
2	휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우
3	근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우
4	만 55세 이상인 고령자와 근로계약을 체결하는 경우
5	전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우
6	그 밖에 위에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우

표8 기간제법상 기간제한 예외(기간제법 제4조 제1항, 시행령 제3조)

기간제법이 기간제 근로자 사용기한을 2년으로 제한하고 이를 초과하면 정규직으로 전환되도록 하고 있어 기간제법 시행 후에도 2년을 초과하는 갱신기대권이 인정될 수 있는가에 대한 논란도 있었는데, 대법원은 이를 명확하게 인정하는 판결을 내려 논란을 종식시켰습니다(대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두56765 판결). 이에 따라 2년을 초과하는 시점에서의 갱신기대권을 특별히 ‘정규직전환기대권’이라 부르기도 합니다. 또한, 2년이 되지 않았더라도 규정, 관행 등을 종합해 볼 때 일정 요건이 충족되면 정규직으로 전환된다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우 역시 정규직전환기대권이 인정됩니다.

한편, 문재인정부 출범 후 정부정책에 따라 공공부문을 중심으로 비정규직 정규직화가 진행되었습니다. 이 과정에서 정규직 전환 대상에서 제외되거나 정규직전환심의위원회 심사에서 탈락해 계약이 해지되는 기간제 근로자의 부당해고 사건이 증가하기도 했죠. 이와 관련해서 법원의 판례가 아직 명확하게 정리되지는 않았으나 노동위원회는 ‘정규직 전환 평가에서 소정 기준을 충족할 경우 정규직으로 전환될 수 있다는 신뢰관계가 형성되었다고 볼 수 있다면 정규직전환기대권을 인정’하여 이에 반한 계약해지를 부당해고라고 판정하기도

했습니다(중노위 2018. 3. 30. 중앙2018부해131 등).

Q&A

- Q. 회사의 경영(예산)방침에 따라 매년 11개월 근로계약을 하고 1개월을 신 후 신규입사형식으로 다시 11개월 근로계약을 하는 방식으로 4년째 일하고 있습니다. 그런데 이번 11개월 근로계약 만료일에 계약해지를 한다는데요. 부당해고로 볼 수 있을까요?
- A. 반복하여 체결된 기간제 근로계약 사이에 근로관계가 존재하지 않는 공백기간이 있더라도 그 전후의 근로관계가 단절 없이 계속되었다고 평가할 수 있다면 공백기간 전후의 근로기간을 합산하여 계속근로한 것으로 해석합니다.
- 근로관계가 단절 없이 계속되었다고 평가할 수 있는지의 여부는, 그 공백기간을 둔 것이 기간제법 상 기간제한 조항의 적용을 잠탈하려는 사용자의 의도에 따른 것인지를 중심으로, 공백기간의 길이와 전체 사용기간 중 공백기간이 차지하는 비중, 공백기간을 전후한 업무내용 및 근로조건의 유사성, 사용자가 공백기간 동안 해당 기간제 근로자의 업무를 대체한 방식과 기간제 근로자에 대해 취한 조치, 공백기간에 대한 당사자의 인식, 다른 기간제 근로자들에 대한 근로계약 반복·갱신 관행 등을 종합적으로 고려하여 판단합니다(대법원 2018.6.19. 선고 2017두54975 판결).
- 따라서 매년 11개월의 근로계약기간을 정하고 1개월을 신 후 다시 11개월 근로계약을 체결하는 형태로 근로해온 것이 회사의 경영방침에 따른 것이었고 무엇보다 그것이 퇴직금 미지급, 연차휴가 미부여와 함께 기간제법 상 기간제한 조항 적용을 회피하기 위한 사용자의 취지와 동기에 따른 것으로 인정된다면, 공백기간을 제외한 전체 근로기간이 2년을 초과한 시점에 이미 근로계약기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 것이므로 기간만료만을 이유로 계약해지한 것은 부당해고라고 볼 수 있습니다.

⑤ 용역(하청)업체 변경의 경우

아파트 등의 건물이나 시설을 관리하는 근로자들의 경우 흔히 건물주와 시설관리 위탁계약을 체결한 용역(하청)업체 소속인 경우가 많습니다. 실제로는 한 아파트에서 계속 근무해왔지만 그 사이 소속 용역업체가 위탁계약기간에 따라 변경되어 법적으로는 퇴사와 입사를 반복해온 것이죠.

이 경우 그동안 용역업체가 변경되더라도 기존 근로자들이 계속 승계되어 근무해왔는데 새로운 업체가 들어오면서 일부 근로자들은 채용(승계)을 하지 않는 경우 부당해고라고 할 수 있을까요? 안타깝지만 일반적으로는 어렵습니다. 판례는 용역업체 변경 시 새로운 업체가 기존 업체 소속 근로자들의 고용을 승계할 의무가 없다고 해석하고 있습니다(대법원 2003. 10. 9. 선고 2003두5563 판결). 따라서 새 용역업체에 대해 부당해고의 문제를 제기하기는 어렵습니다.

그런데 원청이 주로 공공부문 사업체인 경우 용역업체를 공개입찰하면서 기존 용역업체 근로자들을 고용승계 한다는 내용을 담은 입찰서류를 받는 경우가 종종 있습니다. 이런 경우에는 새 용역업체가 정당한 이유 없이 고용승계를 하지 않으면 부당해고가 됩니다. 나아가 최근에는 용역계약상의 고용승계의무 조항 외에도

용역계약의 체결 동기와 경위, 용역업체 변경 시 고용승계 관련 기존 관행, 업무 내용, 새 용역업체와 근로자들의 인식 등을 종합적으로 보아 용역업체 근로자들에게 ‘고용승계기대권’이 인정된다면 합리적 이유 없는 고용승계 거부는 부당해고라는 판결이 나오고 있기도 합니다(대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결).

참고로 건물주가 직접 고용하다가 위탁관리 방식으로 변경하는 경우와 위탁관리에서 직접 고용으로 전환하는 경우에는 용역업체가 변경되는 경우와는 달리 고용승계의무가 있는 ‘영업양도’라고 해석합니다. 따라서 고용승계를 하지 않는 경우 부당해고가 됩니다.

관련 판례

영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉 인적, 물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말하는 것이고, 영업이 포괄적으로 양도되면 양도인과 근로자 간에 체결된 고용계약도 양수인에게 승계된다고 보아야 할 것이다(대법원 1991. 8. 9. 선고 91다15225 판결).

한편, 1) 용역업체가 완전히 형식에 불과해서 실질적으로는 원청업체 소속 근로자라고 볼 수 있는 경우, 2) 도급(용역)계약으로 위장되어 있으나 실질은 근로자파견인 경우에는 예외적으로 원청업체 사용자를 노동법상의 사용자로 볼 수 있습니다(대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결). 이 경우 용역업체가 근로계약 기간 만료 또는 원청업체와의 위탁계약 해지 등을 이유로 행한 계약해지는 원청업체가 행한 부당해고로 해석될 수 있습니다. 다만, 이렇게 법적으로 인정되기 위해서는 대개 복잡한 법리적 다툼을 거쳐야 하고 시간이 오래 걸리는 소송을 통해야 하는 경우가 많습니다.

⑥ 채용내정, 시용, 수습

채용내정이 취소되거나 시용 또는 수습기간 중이라는 이유로 쉽게 근로계약을 해지하는 경우가 종종 있습니다. 정당한 이유가 없는 채용내정 취소, 시용 또는 수습 중 근로계약 해지는 모두 부당해고입니다.

가) 채용내정

공채절차에 지원해서 최종 합격통보를 받았는데 예정된 입사일 직전에 갑자기 채용이 취소되는 경우가 있습니다. 이처럼 본채용을 지연하거나 뒤늦게 채용내정을 취소하는 경우 내정자는 이미 기존 직장에서 퇴직해서 실업자가 되거나 다른 취업 기회를 상실하는 불이익을 입게 됩니다. 이런 경우에도 부당해고라고 주장할 수 있을까요?

판례는 채용내정과 동시에 근로계약이 성립한 것이라고 봅니다. 따라서 채용내정자에 대해 정당한 사유 없이 정식채용을 거부하거나 채용내정을 취소하는 것은 일관되게 부당해고라고 판단하고 있습니다(대법원 2001. 11. 28. 선고 2000다51476 판결).

Tip.

채용내정 취소의 해고 사건에서는 채용내정 여부 자체가 쟁점이 되는 경우도 많습니다. 최종 채용결정 통보를 분명히 받은 것이 맞는지, 그 통보가 권한있는 채용권자로부터 행해졌는지 확인하고 근거를 확보해둘 필요가 있습니다.

나) 시용, 수습

시용 또는 수습기간을 마치 근로계약의 기간인양 이해하는 경우가 많습니다. 시용 또는 수습기간 만료만을 이유로 회사가 계약해지를 할 수 있을까요? 절대 그렇지 않습니다.

시용과 수습 모두 근로계약 기간을 정한 것이 아닙니다. 시용과 수습은 원칙적으로 정규직을 전제로 하는 개념입니다. 따라서 시용 또는 수습 기간 중에는 물론 그 기간의 만료를 이유로 계약을 해지하는 것은 자동퇴직이 아니라 해고입니다. 그러므로 해고의 정당한 사유와 절차 등의 요건을 모두 갖추어 정당한 해고로 인정됩니다. 대개 시용이나 수습 근로자에 대해서는 일을 잘 못한다거나 근태가 불량하다는 이유로 해고를 하는데, 업무능력 부족이나 근태불량의 구체적이고 객관적인 입증이 있어야만 정당한 해고로 인정됩니다. 시용 또는 수습기간 평가를 통해 해고한 경우에는 그 평가가 객관적으로 공정하고 합리적이어야 합니다. 다만, 시용 또는 수습의 특성(그 근로자의 능력, 자질 등의 업무적격성 여부를 관찰 및 판단하려는 제도) 상 보통의 해고사유보다는 다소 넓게 그 정당성을 인정해주는 것이 판례의 입장입니다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결).

참고로, 시용과 수습은 근로계약서에 명확히 시용 또는 수습임과 함께 그 기간이 명시되어 있어야 합니다. 취업규칙에 명시해놓은 경우에는 채용 시 명확히 그 내용을 주지시켰어야 합니다. 계약서에는 아무런 내용이 없는데, 우리 회사는 무조건 신규 입사 시 1개월간은 다 시용기간이라며 1개월이 경과되는 시점에서 사용자가 주장할 수는 없다는 것입니다.

Tip.

시용과 수습은 계약직이 아닙니다. 따라서 시용·수습 기간이 종료됐더라도 근로계약은 자동으로 종료되지 않습니다. 즉, 시용·수습기간 종료에 따른 사용자의 계약해지는 해고이며, 시용과 수습의 경우에도 해고 시 해고통보서를 주지 않으면 부당해고입니다(대법원 2015. 11. 27. 선고 2015두48136 판결).

3
해고

(1) 해고의 유형

해고를 크게 구분하면, 1) 근로자의 잘못으로 해고되는 ‘징계해고’와 2) 회사의 경영상 사정에 의해 해고되는 ‘정리해고’(경영상 이유에 의한 해고)로 나눌 수 있습니다. 그 외에 3) ‘통상해고’라는 개념을 하나 더 두어 해고를 세 가지로 구분하기도 합니다. 통상해고는 ‘일신상 사유에 의한 해고’라고도 합니다. 정신적·육체적 장애 또는 적성, 능력, 자격 등 업무를 수행하기에 부적합한 사유가 있어 해고하는 것을 말합니다.

(2) 절대해고금지기간

노동법에는 크게 두 개의 절대해고금지기간 규정이 있습니다. 우선, 근기법(제23조 제2항)은 “사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일 동안 또는 산전·산후의 여성이 이 법에 따라 휴업한 기간과 그 후 30일 동안은 해고하지 못한다.”라고 하여 어떤 경우에도 해고할 수 없는 절대해고금지기간을 두고 있습니다. 따라서 위 기간 중에 행한 해고는 사유를 불문하고 위법한 부당해고입니다(다만, 사용자가 근기법 제84조에 따른 산재 일시보상을 행했을 경우와 사업을 계속할 수 없게 된 경우는 예외).

또한 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제19조 제3항은 “사업주는 육아휴직을 이유로 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 되며, 육아휴직 기간에는 그 근로자를 해고하지 못한다.”고 정하고 있습니다(다만, 사업을 계속할 수 없는 경우는 예외).

법률	유형
근로기준법	• 업무상 부상 또는 질병으로 요양을 위하여 휴업한 기간(산재휴업기간)과 그 후 30일 동안 • 산전·산후의 여성이 이 법에 따라 휴업한 기간(출산전후휴가)과 그 후 30일 동안
남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률	• 육아휴직기간

표9 절대해고금지기간

일반적인 부당해고 제한 규정(근기법 제23조 제1항)은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업장에만 적용되고 위반 시 처벌규정도 없습니다. 반면, 절대해고금지기간 중의 해고 제한 규정은 모든 사업장에 적용됩니다. 위반 시에는 근기법 위반의 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금형(근기법 제107조)에, 남녀고용평등법 위반 시에는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금형에 처해지는 벌칙이 규정되어 있습니다(남녀고용평등법 제37조).

(3) 해고 서면통보와 해고예고

① 해고 서면통보

가) 개요

근기법(제27조)은 “사용자는 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 한다.”고 규정하고 있고 그렇게 해야만 “효력이 있다”고 하고 있습니다. 즉, 아무리 정당한 해고사유가 있다 해도 서면으로 해고통보를 하지 않으면 무조건 그 해고는 무효가 됩니다. 결국, 해고통보서를 썼는가가 부당해고 여부를 판단하는 1차적 기준이라고 할 수 있습니다.

해고통보서에는 ‘해고사유’와 ‘해고시기’가 모두 명확히 기재되어야 합니다. 둘 중 어느 하나라도 적혀 있지 않으면 적법한 서면통보가 아니라서 효력이 없습니다. 해고사유가 적혀 있더라도 해당 취업규칙 조항번호만을 적은 경우 등 구체적 내용이 특정되어 있지 않으면 역시 무효입니다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결).

한편, 휴대전화 문자메시지, SNS 채팅 등의 방식으로 통보한 것 역시 ‘서면’ 통보가 아니므로 원칙적으로는 무효입니다. 다만, 근래 대법원은 이메일을 통한 해고통보의 경우에는 해고통보서의 형식을 갖춰 통보했다면 서면통보로 볼 수 있다고 판단하고 있습니다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두41401 판결).

나) 대응

해고서면통보제도는 2007년부터 시행됐는데 이후 부당해고 관련 법적 다툼에서 사용자들의 허위주장도 부쩍 늘어났습니다. 즉, 해고 자체를 한 사실이 없다고 주장하는 것이죠. 이런저런 사유로 사직을 권고했더니 근로자가 이에 응해 그만두었다거나 또는 일방적으로 무단결근을 하고 있다는 식으로 말입니다. 한편으로는 동일한 사실관계를 근로자와 사용자가 서로 다르게 인식한 경우도 많습니다. 이렇게 되면 해고되었다는 사실 자체를 입증해야 하는 복잡한 문제가 발생합니다. 따라서 해고를 당한 경우에는 부당해고에 대한 이의제기를 하고, 해고통보서를 주도록 사용자에게 요구하거나 녹음 등을 통해 해고사실 자체를 입증할 수 있는 근거를 꼭 확보해야 합니다.

Tip.

- 사용자가 핑계에 ‘그런 식으로 일할거면 그만 뒤’라고 한 발언 정도로는 명확한 해고통보라고 인정되지 않는 경우도 많습니다. 따라서 구두로 해고통보를 받은 경우에는 상황상 힘들더라도 해고하는 것이 맞는지 정확히 확인하고 근거를 꼭 남겨둬야 합니다. 부당해고에 항의하는 의사표시를 함께 하는 것도 좋습니다.
- 해고로 이해되는 발언 때문에 회사를 나왔더니 회사에서 곧바로 출근을 독촉하는 연락이 온다면 해고로 보기 어려울 수 있습니다. 감정이 상해서 연락을 회피하는 경우도 많은데 그렇게 되면 이후 법적 다툼에서 근로자에게 유리하지 않을 수 있습니다.
- 사용자가 개최하는 환송회에 참석해서 작별인사를 나누거나 사용자에게 퇴직금 지급을 요구하는

행위, 실업급여를 받기 위한 조치 요청 등도 해고가 아니라 합의퇴직으로 해석하는 근거가 될 수 있으니 주의해야 합니다.

② 해고예고

근기법(제26조)은, “사용자는 근로자를 해고(경영상 이유에 의한 해고를 포함) 하려면 적어도 30일 전에 예고를 하여야 하고, 30일 전에 예고를 하지 아니하였을 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급하여야 한다.”고 정하고 있습니다. 따라서 30일 전에 예고하지 않으면 해고예고수당을 줘야 합니다. 29일 전에 예고했건 5일 전에 예고했건 모두 30일분의 해고예고수당 지급대상입니다. 다만, 1) 근로자가 계속 근로한 기간이 3개월 미만인 경우, 2) 천재·사변, 그 밖의 부득이한 사유로 사업을 계속하는 것이 불가능한 경우, 3) 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 사유에 해당하는 경우에는 해고예고를 하지 않아도 됩니다.

관련 법률 – 근로기준법 시행규칙 별표 ‘해고예고의 예외가 되는 근로자의 귀책사유(제4조 관련)’

1. 납품업체로부터 금품이나 향응을 제공받고 불량품을 납품받아 생산에 차질을 가져온 경우
2. 영업용 차량을 임의로 타인에게 대리운전하게 하여 교통사고를 일으킨 경우
3. 사업의 기밀이나 그 밖의 정보를 경쟁관계에 있는 다른 사업자 등에게 제공하여 사업에 지장을 가져온 경우
4. 허위 사실을 날조하여 유폐하거나 불법 집단행동을 주도하여 사업에 막대한 지장을 가져온 경우
5. 영업용 차량 운송 수입금을 부당하게 착복하는 등 직책을 이용하여 공금을 착복, 장기유용, 횡령 또는 배임한 경우
6. 제품 또는 원료 등을 몰래 훔치거나 불법 반출한 경우
7. 인사·경리·회계담당 직원이 근로자의 근무상황 실적을 조작하거나 허위 서류 등을 작성하여 사업에 손해를 끼친 경우
8. 사업장의 기물을 고의로 파손하여 생산에 막대한 지장을 가져온 경우
9. 그 밖에 사회통념상 고의로 사업에 막대한 지장을 가져오거나 재산상 손해를 끼쳤다고 인정되는 경우

위에서 얘기했듯이, 부당해고 제한규정(근기법 제23조)은 상시 5인 이상 근로자 사용 사업장에만 적용되고 위반 시 처벌규정도 없습니다. 그러나 해고예고제도는 상시 사용 근로자수를 불문하고 모든 사업장에 적용되며, 위반 시에는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금형에 처하는 벌칙이 부과됩니다(근기법 제110조). 즉, 5인 미만 사업장에서 갑작스레 부당해고를 당한 경우 근기법 위반의 부당해고로 법적 구제절차를 진행하기는 어렵지만 해고예고수당은 청구할 수 있습니다.

참고로, 사용자가 해고예고를 하면서 해고사유와 해고시기를 명시하여 서면으로 한 경우에는 위에서 언급한 해고 서면통보를 한 것으로 인정됩니다(근기법 제27조 제3항).

그렇다면 해고예고를 하지 않은 경우 그 해고는 부당해고일까요? 그렇지 않습니다. 판례는 해고예고 여부는 그 해고의 정당성 판단에는 영향을 미치지 않는다고 해석하고 있습니다. 물론 해고예고를 했다고 해서 그 자체로 해고가 정당한 해고가 되는 것도 아닙니다.

(4) 통상해고

① 개요

업무에 필수적인 자격을 잃거나 장기간 활용이 불가능한 경우가 발생했을 때, 질병이나 신체장애로 업무수행이 불가능해졌을 때가 대표적인 통상해고의 대상입니다. 복무규율을 위반했거나 비위행위를 저지른 경우 등 징계해고 대상과는 구분이 됩니다. 회사에 따라서는 통상해고 대상을 이른바 당연면직 대상으로 규정해놓은 경우도 있습니다.

② 정당성 판단

일단 절차적 측면을 보면, 통상해고는 당연면직과 마찬가지로 원칙적으로는 취업규칙상의 징계절차를 거치지 않아도 된다고 봅니다. 그러나 단체협약이나 취업규칙에 ‘징계해고 절차’로 특정되지 않고 ‘해고의 절차’라고 포괄적으로 규정되어 있거나, 통상해고 시에도 절차를 거치도록 규정되어 있는 경우에는 절차를 거쳐야만 정당성이 인정됩니다(대법원 1994. 10. 25. 선고 94다25889 판결).

다음으로 해고의 정당한 사유가 있는지의 여부를 따져보면, 취업규칙 등에서 통상해고의 대상으로 정해놓은 사유가 발생했다는 것만으로는 해고가 정당하다고 해석되지는 않습니다. 즉, 그러한 사유가 생겼더라도 업무 수행하지 못하는 기간이 짧거나 훈련이나 교육으로 회복이 가능하거나 다른 업무로의 전환이 가능하다면 그 해고는 정당할 수 없습니다. 따라서 통상해고의 경우 규정상의 해고대상인가 뿐만 아니라 실제로 도저히 근로관계를 지속할 수 없는 정도에 해당된다고 해석되어야만 정당한 해고로 인정되는 것입니다.

지난 박근혜정부 하에서는 소위 일반해고지침에 영향을 받아 이른바 저성과자해고사건이 종종 발생했습니다. 일을 잘 못한다는 것은 원칙적으로 정당한 해고의 사유가 될 수 없습니다. 더욱이 저성과자라는 것은 근로계약상 의무이행이 불가능한 통상해고의 대상이 아닙니다. 왜냐하면 근로계약상 근로자의 의무는 성실히 일할 의무까지이지 꼭 그 결과 높은 성과를 보여야 하는 것 까지는 아니기 때문입니다. 이른바 저성과자 해고는 평가가 공정하고 객관적이어야 할 뿐 아니라 근무성적이나 근무능력이 다른 근로자에 비해 상대적으로 낮은 정도를 넘어 상당한 기간 동안 일반적으로 기대되는 최소한에도 미치지 못하고 향후에도 개선될 가능성을 인정하기 어렵다는 등 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인 경우에 한해서만 지극히 예외적으로 인정된다는 것이 판례의 입장입니다(대법원 2021.2.25. 선고 2018다253680 판결). 특히 역량향상을 위한 교육, 배치전환 등 사용자가 할 수 있는 노력들이 다 선행됐어야 하는데, 만약 역량향상 과정이 실제로는 퇴출을 위한 수단이였다면 부당해고가 될 수 있습니다.

(5) 징계해고(징계의 정당성 판단기준 포함)

① 개요

징계란, 근로계약상의 의무나 기업질서 위반 등 근로자에게 책임 있는 사유가 있음을 이유로 사용자가 근로자에게 불이익한 처분을 하는 것을 말합니다. 징계의 종류에는 경고(견책), 감봉, 정직, 해고 등이 있으며 이 중 가장 중한 처분이 해고(징계해고)입니다.

징계가 적법하기 위해서는 세 가지 요건을 모두 갖추어야 합니다. 1) 징계사유의 정당성, 2) 징계절차의 적법성, 3) 징계양정의 적정성이 그것입니다. 이 중 어느 하나라도 갖추지 못하거나 중대한 하자가 있는 경우 그 징계는 위법하여 무효가 됩니다.

② 징계사유의 정당성

가) 징계의 대상

• 규정상의 징계사유

근로계약상의 의무 불이행이나 복무규율 위반, 사업장 내 질서를 훼손한 행위 등이 징계의 대상이 됩니다. 근로계약서나 취업규칙, 단체협약 등에 징계사유가 명시되어 있는 경우에는 그 사유에 해당되는 대상에 대해서 징계가 가능합니다(대법원 1992. 9. 8. 선고 91다27556 판결).

한편, 징계(해고)사유에 관해 “단체협약에 규정된 이외의 사유로는 징계(해고)할 수 없다.”는 단체협약 규정이 있는 경우에는 이와 다른 취업규칙상의 사유로는 징계(해고)를 할 수 없습니다(대법원 1997. 7. 25. 선고 97다7066 판결). 또한 단체협약이나 취업규칙에서 징계사유와 해고사유를 구분해서 규정하고 있다면 해고사유로 특정되어 있는 대상에 대해서만 해고를 할 수 있습니다.

그렇다면 근로계약서나 취업규칙에서 예를 들어 “결근 1회 이상, 지각 3회 이상”을 해고사유로 정하고 있는 경우처럼 누가 봐도 과도한 해고사유라도 규정에 있으면 적법하다고 볼 수 있을까요? 그렇지 않습니다. 규정에 명시된 사유라 하더라도 법에 위반되는 사유는 당연히 무효이며, 나아가 사회통념상 징계대상이라고 인정될 수 있는 타당성이 있어야만 적법한 규정이라고 볼 수 있습니다. 특히, 해고사유는 근로계약을 도저히 더 이상 지속시킬 수 없을 정도의 타당한 사유라고 인정되는 경우여야 합니다.

규정상의 징계사유로 인정되더라도 사용자와 별도의 면책합의가 있다면, 면책합의에 위반된 징계 역시 사유의 정당성이 인정될 수 없습니다.

• 이중징계 금지

이미 한번 징계처분이 행해진 대상은 다시 징계사유로 삼을 수 없습니다.

한번 징계를 한 경우에는 다시 할 수 없다는 이른바 ‘이중징계 금지 원칙’에 반하기 때문입니다. 단, 법원 등에서 절차상 하자로 무효판결을 받아 원래의 징계를 취소하고 다시 징계를 하는 것은 가능합니다(대법원 1998. 11. 27. 선고 97누14132 판결).

• 징계사유 추가

사내 징계재심절차가 있는 경우에는 새로운 사유를 재심절차에서 추가하는 것은 허용되지 않습니다. 추가한 징계사유에 대해서는 재심의 기회가 박탈되기 때문입니다(대법원 1998. 5. 22. 선고 98다2365 판결).

징계사유의 정당성을 판단할 때 그 대상이 되는 징계사유는 징계결과통보서에 명시된 사항만입니다. 징계결과통보서에 명시한 징계사유가 아닌 사항들을 이후 구제신청이나 소송과정에서 추가하거나 변경하는 것은 인정되지 않습니다.

• 징계시효

단체협약이나 취업규칙 등에서 징계시효를 정하고 있는 경우(“사유발생일로부터 3년 이내에 징계할 수 있다.” 등)에는 시효가 도과되면 징계대상으로 삼을 수 없습니다(대법원 2013. 2. 15. 선고 2010두20362 판결).

다만, 징계가 절차상 하자로 법원 등에서 무효판결을 받아 취소하고 곧바로 다시 징계하는 경우에는 시효가 도과되었어도 가능하다는 것이 판례의 입장입니다(대법원 1998. 6. 12. 선고 97누16084 판결).

한편, 징계전력이나 시효가 도과된 징계사유들도 직접적인 징계대상이 아니라 징계양정을 결정짓는 참작사유로는 삼을 수 있다는 것이 판례의 입장입니다(대법원 1999. 11. 26. 선고 96두10424 판결).

나) 징계사유에 대한 입증책임

징계사유 존재 자체에 대해서 다툼이 있는 경우도 많습니다. 예를 들어, 정황상 근로자가 공금을 유용했다고 추정되어 징계위원회에 회부되었는데, 근로자는 그러한 사실을 부정하고 있고 명확한 공금유용 사실이 확인되지 않는 경우처럼 말입니다.

사용자가 근로자에게 어떠한 징계사유가 존재한다고 하여 징계처분을 하는 경우 징계사유의 존재를 입증할 책임은 사용자에게 있습니다(대법원 1992. 8. 14. 선고 91다29811 판결). 따라서 단지 추정만 되고 명확한 입증이 되지 않는 경우에는 징계사유의 정당성을 인정하기 어렵습니다. 징계사유의 정당성이 인정되지 않으면 그 징계는 위법하여 무효입니다.

그래서 사용자가 징계사유를 제시하나 입증하지 못하는 경우 먼저 추정해서 변명하거나 반대증거를 제출하는 행위는 신중하게 해야 합니다. 성급하게 변명하다가 오히려 불리한 증거를 만들 수도 있기 때문입니다.

Q&A

Q. 도박죄로 유죄판결을 받았다는 이유로 회사에서 징계를 한다고 합니다. 도박을 잘했다는 것은 아니지만, 업무시간 중에 한 것도 아니고 일종의 사생활인데 회사가 징계를 할 수 있나요?

A. 구체적인 내용에 따라 징계대상이 될 수도 있고 아닐 수도 있습니다.

일단, 근로자의 사생활에서의 범죄행위도 회사 내에서의 징계사유가 될 수는 있습니다. 사용자가 근로자에 대해 징계권을 행사할 수 있는 것은 사업 활동을

원활하게 수행하는데 필요한 범위 내에서 규율과 질서를 유지하기 위한 것에 그 근거가 있으므로 이를 기준으로 징계사유가 되는 것인지를 따져보아야 합니다. 즉, 사생활에서의 비위행위가 사업 활동에 관련이 있거나 기업의 사회적 평가를 훼손할 염려가 있는 것에 한해서는 정당한 징계사유가 될 수도 있습니다(대법원 1994. 12. 13. 선고 93누23275 판결).

예를 들어, 사적으로 위법한 부동산 투기행위를 한 근로자에 대해 주택 공급 및 관리 사업을 하는 사업체가 징계를 한 경우, 업무와 관련된 것은 아니더라도 금융관련 범죄행위를 행한 근로자에 대해 금융회사가 징계를 한 사례 등에 대해 적법한 징계로 인정한 판례가 있습니다. 그 비위행위의 정도에 따라서는 징계해고도 적법할 수 있습니다.

Q. 부족한 생활비를 벌기 위해 퇴근 후에 대리운전기사로 부업을 하고 있습니다. 그런데 취업규칙에 겸직이 금지되어 있다는 이유로 회사에서 해고를 당했습니다. 부당해고인가요?

A. 단지 겸직금지 규정 위반만으로 해고했다면 부당해고로 판단됩니다. 겸직 및 겸업을 금지하는 취업규칙을 두고 있는 회사들이 많으며, 겸직 및 겸업 금지규정은 그 자체로 위법하지는 않습니다. 그러나 겸직 금지의 타당한 사유가 있어야하므로 기업질서나 노무제공에 지장이 없는 겸직까지 전면적이고 포괄적으로 금지하는 것은 부당합니다. 따라서 퇴근 후 대리운전기사로 부업을 한 것이 회사의 기업질서나 노무제공에 지장을 초래한 사실이 없다면 징계사유가 될 수는 없다고 판단됩니다.

다만, 야간에 행한 부업으로 인해 휴식 및 수면시간이 부족하여 회사 업무에 지장을 주었고 이에 대한 시정을 회사에서 요구하였으나 거부하고 계속하여 회사 업무에 지장을 끼친 사실이 있다면 정당한 징계사유로 인정될 수 있습니다.

한편, 회사와 경쟁관계에 있는 사업체에서 겸직을 하거나 회사업무와 관련된 개인적인 영리사업을 한 경우 등 겸직 금지 규정의 취지에 분명하게 위반되는 겸직인 때에는 그 자체로 징계사유가 될 수도 있습니다.

③ 징계절차의 적법성

가) 규정상의 징계절차
단체협약이나 취업규칙에 징계절차규정이 있는 경우에는 그 규정을 위반하여 행해진 징계처분은 무효입니다(대법원 2006. 2. 26. 선고 2005두14806 판결). 징계절차규정이 없는 경우에는 징계위원회를 개최하는 등의 징계절차를 거치지 않아도 무방하다는 것이 판례의 입장입니다(대법원 1998. 11. 27. 선고 97누14132 판결).

단체협약 등에서 징계위원회 개최 전 당사자에게 사전 통지, 증인 신청권 부여, 소명서 제출, 징계위원회 출석 및 진술권 행사, 노동조합측 인사의 징계위원회 참여 등을 규정하고 있는 경우 그 각각의 절차를 이행하지 않았을 때도 절차상의 하자가

커서 그 징계는 무효가 될 수 있습니다. 또한, 규정과 달리 징계위원회 위원이 구성되었거나 위원 구성에 공정성이 없는 경우 등도 중대한 절차상의 하자가 있는 것으로 해석됩니다(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000두7605 판결). 특히, 징계사유와 관련 있는 상대방 당사자가 징계위원으로 참여한 경우에는 징계의 공정성이 보장될 수 없다고 보아 그 징계처분의 효력을 인정하기 어렵습니다(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006두18027 판결).

관련 판례

징계규정에 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있다면 그 통보의 시기와 방법에 관하여 특별히 규정한 바가 없다고 하여도 변명과 소명자료를 준비할 만한 상당한 기간을 두고 개최일시와 장소를 통보하여야 하며, 이러한 시간적 여유를 주지 않고 촉박하게 이루어진 통보는 징계규정이 규정한 사전 통보의 취지를 몰각한 것으로서 위법하다고 보아야 할 것인바, 징계위원회의 개최일시 및 장소를 징계위원회가 개최되기 불과 30분 전에 통보하였다면 이러한 촉박한 통보는 징계 대상자로 하여금 사실상 변명과 소명자료를 준비할 수 없게 만드는 것이어서 적법한 통보라고 볼 수 없다(대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결).

단체협약 등에서 조합원의 징계시에 사전통지와 진술권 부여를 의무조항으로 규정하고 있다면 이는 징계의 객관성과 공정성을 확보하기 위한 것으로서 징계의 유효요건이라고 할 것이므로, 그 징계사유의 내용이 객관적으로 명확하다거나 징계대상자가 다른 절차에서 자신의 행위의 정당성을 이미 주장한 바 있다고 하여도 사전통지를 결한 이상 그 징계는 무효라고 할 것이다(대법원 1992. 9. 22. 선고 91다36123 판결).

징계대상자가 구속 중이더라도 서면 또는 대리인을 통해 소명(해명)을 할 수 있으므로 단체협약 등에 따라 통지해야 한다(대법원 1996. 9. 6. 선고 95다16400 판결).

나) 징계재심절차

사내 징계재심절차가 정해져 있다면 재심절차까지 합하여 하나의 징계절차이기 때문에 징계절차 모두에 하자가 없어야 합니다. 따라서 재심절차를 아예 진행하지 않았거나 재심절차를 진행했더라도 재심절차에 중대한 하자가 있다면 징계절차 전체가 무효가 됩니다(대법원 1998. 12. 8. 선고 98다31172 판결).

다만, 초심징계절차에 하자가 있었으나 재심절차에서 충분한 해명의 기회가 주어졌다면 최초 징계절차의 하자는 치유가 되어 전체적으로 징계절차의 문제는 없게 된다는 것이 판례의 입장입니다(대법원 1992. 9. 22. 선고 91다36123 판결).

관련 판례

징계처분에 대한 재심청구를 이유 없이 반려한 채 징계결정을 확정시킨 후 재심기간을 상당히 경과하여 그 징계결정이 재심절차를 거치지 않아 무효라는 판결이 선고되자 비로소 인사위원회를 개최하여 재심청구를 기각하는 결정을 한 경우 그 징계처분은 무효이다(대법원 1997. 9. 30. 선고 97다10956 판결).

다) 사전협의 또는 합의(동의, 승인) 조항

단체협약에서 “노동조합 간부에 대한 징계는 노동조합과 사전에 협의(또는 합의) 하에 실시해야 한다.”와 같이 사전 협의 또는 합의 조항을 둔 경우가 있습니다. 이에 대해 판례는 ‘협의’의 경우 노조의 의견을 제시받아 참고하도록 하려는 것이지 강행규정은 아니라고 보아 협의를 거치지 않더라도 징계 자체가 무효가 되는 것은 아니라고 해석하고 있습니다.

반면, ‘합의’의 경우에는 노동조합의 동의하에서만 징계를 할 수 있는 강행규정으로 보아, 노조와의 합의가 없었다면 그 징계는 무효라고 판단합니다(대법원 1994. 9. 13. 선고 93다50017 판결). 다만, 노동조합이 일체의 대화 자체를 거부하는 등 합의권을 남용했다고 볼 수 있는 경우에는 예외를 인정하고 있기도 합니다(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005두3608 판결).

④ 징계양정의 적정성

가) 징계양정

사용자가 징계처분을 하는 경우에 그 징계의 양정(징계의 종류)이 적정해야 하는데 징계사유에 비해서 과도한 양정인 경우에는 징계권한을 남용한 것으로서 무효가 됩니다.

특히, 근로관계를 단절시키는 해고는 ‘도저히 근로관계를 더 이상 지속시킬 수 없을 정도’인 경우에 한해 행해져야 정당합니다. 즉, 해고보다 가벼운 조치를 취해도 징계 목적을 달성할 수 있음에도 가장 극단적인 처분인 해고를 했다면 그 해고는 징계권 남용이므로 정당성을 인정받을 수 없습니다.

관련 판례

징계대상자에게 징계사유가 있어 징계처분을 하는 경우, 어떠한 처분을 할 것인가는 징계권자의 재량에 맡겨진 것이고 다만, 징계권자가 재량권의 행사로 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자의 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하여 그 처분을 위법하다고 할 수 있고, 그 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 재량권의 범위를 벗어난 위법한 처분이라고 할 수 있으려면 구체적인 사례에 따라 징계의 원인이 된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의해 달성하려는 목적, 징계양정의 기준 등 여러 요소를 종합하여 판단할 때에 그 징계내용이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정할 수 있는 경우라야 할 것이다(대법원 2002. 8. 23. 선고 200다60890 판결).

나) 판단기준

우선, 단체협약이나 취업규칙에서 징계양정의 기준을 정하고 있다면 그에 따라 징계양정이 결정되어야 합니다.

또한 무엇보다 징계양정의 적정성을 판단할 때는 비례의 원칙과 평등의 원칙에 부합되어야 합니다. 즉, 비행의 정도에 비해 균형을 잃은 과중한 징계양정이어서는 아니 되고, 동시에 징계대상자가 된 여러 명 사이의 형평은 물론 기존의 유사사례에 있어 어떠한 징계양정이 행해졌는지 등을 따져야 합니다.

비례의 원칙과 평등의 원칙에 반하여 징계권 남용에 해당하는 경우에도 그 징계처분은 무효가 됩니다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2004두12766 판결).

여러 개의 징계사유 중 일부가 정당한 징계사유로 인정되지 않는 경우에도 징계양정이 문제가 될 수 있습니다. 예를 들어 5가지의 징계사유로 정직 1개월의 징계를 당했는데, 그 중 3가지는 징계사유의 정당성 자체가 인정되지 않는다면 나머지 2가지로는 정직 1개월의 징계양정이 과하다고 판단될 수 있습니다. 다만 판례는 여러 개의 징계사유 중 인정되는 사유만으로도 당해 징계처분의 타당성을 인정하기에 충분한 경우에는 그 징계처분을 그대로 유지하여도 위법하지 않다고 해석하고 있습니다(대법원 2007. 12. 28. 선고 2006다33999 판결).

한편, 단체협약이나 취업규칙에서 징계양정을 감경할 사유(예를 들어 표창전력, 고의성이 없는 행위, 개전의 정 등)를 정하고 있다면 그에 따라 징계양정을 감경할 수 있습니다. 따라서 감경대상인지도 살펴봐야 합니다. 다만, 규정상의 감경사유가 단지 참작사유에 지나지 않는지 또는 꼭 감경을 해야 하는 것인지에 관해서는 다툼이 있을 수 있습니다.

- Q. 입사 지원 서류에 일부 경력을 허위로 기재한 사실이 있습니다. 채용이 되어 1년 이상 근무 중인데 뒤늦게 허위 기재사실이 확인되었다며 해고를 당했습니다. 정당한 해고인가요?
- A. 허위기재 내용에 따라 정당한 해고일수도 아닐 수도 있습니다.

판례는 채용 당시 회사가 그와 같은 허위기재사실을 알았더라면 그 근로자를 고용하지 않았거나 적어도 동일한 근로조건으로 고용하지는 않았을 것으로 보인다면 정당한 해고사유가 된다는 입장입니다(대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결). 나아가 그러한 경력 허위 기재사실이 노사 간의 신뢰관계나 회사의 기업질서에 부정적인 영향을 준다는 점도 징계사유로 인정하고 있습니다.

다만, 허위로 기재한 내용이 채용이나 업무에 직접적인 영향을 주는 사항이 아니라면 그것을 이유로 해고할 수는 없다고 봐야하겠습니다. 또한 직접적인 영향을 주는 사항이라 하더라도 그 결과 실제로 근로조건을 체계적으로 문란하게 하거나 적절한 노무배치를 저해하는 등 현실적으로 기업질서를 해친 결과가 발생한 경우에만 해고가 정당하다고 보는 것이 타당합니다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2013두11031 판결).

(6) 정리해고

① 개요

정리해고는 근로자의 잘못이 아니라 사용자의 경영상 사정을 이유로 근로자가 직장을 잃게 된다는 점에서 보다 더 엄격한 제한이 필요합니다. 이에 근기법(제24조)은 정리해고가 정당하기 위해서는 1) 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, 2) 해고를 피하기 위한 노력을 다해야하며, 3) 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등에 관해 근로자대표 또는 과반수 노조와 성실히 협의해야 하고, 4) 합리적이고 공정한 기준을 정해서 이에 따라 대상자를

선정해야 함을 규정하고 있습니다.

근기법 조문상으로는 위 네 가지 요건을 모두 갖춰야 정리해고가 정당하다고 해석되나, 법원은 제반 사정을 종합적으로 고려하여 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 인정될 수 있으면 일부 하자가 있더라도(특히 절차상 하자) 해고가 유효하다는 입장을 취하고 있습니다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2000두9373 판결).

② 정리해고의 정당성 요건

가) 긴박한 경영상의 필요성

과거 법원은 정리해고를 하지 않으면 기업이 도산할 정도에 이르렀다고 객관적으로 인정되는 경우에만 긴박한 경영상의 필요성이 있는 것으로 해석했습니다. 그러나 근래에는 경쟁력의 회복을 위한 필요나 산업의 구조적 변화에 대응하기 위한 경우에도 긴박한 경영상의 필요성을 인정하는 경향이 있습니다. 심지어 장래에 올 수 있는 위기에 대처하기 위한 필요까지도 긴박한 경영상의 필요성이 있는 것으로 인정하고 있는 문제점이 있습니다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결).

한편, 근기법(제24조 제1항)은 “경영 악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다.”로 규정하고 있습니다. 이 경우 경영악화 방지를 위한 것인지의 여부는 사용자가 입증해야 합니다.

단순히 당기순이익이나 매출이 감소한 경우 등 경영이 좀 어려워졌다는 것만으로는 긴박한 경영상의 필요가 인정될 수 없습니다. 경영 및 재정 악화가 계속 누적되어 왔거나 앞으로도 쉽게 해결되지 않을 개연성이 있어야 합니다(대법원 1995. 11. 24. 선고 94누10931 판결).

긴박한 경영상 필요성이 있는지에 대해서는 정리해고의 대상이 되는 특정 사업장이나 부서만이 아니라 사업 전체를 대상으로 종합적으로 보아야합니다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두25873 판결). 따라서 특정 부서를 폐지하는 경우 그 부서 근로자들만 정리해고 대상자로 삼아서도 안 됩니다. 그리고 긴박한 경영상 필요성 여부는 정리해고를 할 당시를 기준으로 판단해야 합니다(대법원 1992. 11. 10. 선고 91다19463 판결).

다만, 경영사정에 대한 평가는 회사 재무제표, 사업보고서, 감사보고서 등 각종 경영·회계 관련 서류 등을 전문적으로 검토하여 객관적으로 판단해야 하는 복잡한 문제라서 쉽게 판단하기 어렵습니다. 만약 정리해고를 전후하여 오히려 임금 상승이 있었다거나, 정리해고 이후 남은 직원들의 시간외근로가 늘어났거나, 사업부서 확대 또는 신규 채용을 한 사실, 주주들에게 고율 배당을 하는 등의 사정이 있다면 긴박한 경영상의 필요가 없었던 것으로 해석되는 근거들이 될 수도 있습니다.

긴박한 경영상의 필요성을 인정할 근거	긴박한 경영상의 필요성을 부정할 근거
• 경영 악화 방지를 위한 사업의 양도·인수·합병 • 재정상황 악화(매출감소, 당기순이익 감소, 부채 증가, 유동성 위기 등이 현격히 심각한 경우)	• 사업 확대 및 신규투자 • 임금인상, 시간외근로 증가 • 주주들에 대한 배당 확대 • 신규 채용 • 일부 영업부분만의 경영실적 악화

표10 긴박한 경영상의 필요성 판단

관련 판례

이 사건 해고 당시 원고의 재무구조상 성장성 또는 수익성 측면에서 경영 상태가 나빠지고 있었다고 볼 수 있으나, 2000년도 이후 2006년도에 처음으로 당기순손실이 발생하였을 뿐 그전에는 계속하여 당기순이익을 유지하고 있었고, 2006년도에 처음으로 매출 수량 및 매출액이 평균을 크게 벗어났을 뿐인 점, 원고의 유동비율과 부채비율, 차입금과 이익잉여금의 규모, 신용등급 등에 비추어 볼 때 이 사건 해고 당시 원고는 재무구조 측면에서 매우 안전하였다고 볼 수 있는 점, 원고가 이 사건 해고를 전후하여 직원들의 임금을 인상하였고 이 사건 해고 이후에 남아 있는 직원들로 하여금 연장근로 및 휴일근로를 하도록 한 점, 2006년부터 2010년까지 정년퇴직 예상인원이 30명에 이르러 원고로서는 정년퇴직에 의한 자연스러운 인력감축을 통해 이 사건 해고 범위를 일정 부분 피할 수 있었던 점 등을 종합하여 보면, 원고에게 이 사건 해고를 해야 할 정도의 긴박한 경영상 필요가 있었던 것으로 볼 수 없다(대법원 2012. 2. 23. 선고 2009두15401 판결).

나) 해고회피 노력

긴박한 경영상의 필요가 있다 하더라도 사용자는 정리해고를 최후의 수단으로 사용해야 하므로 정리해고를 피하기 위한 노력들을 우선 다해야 합니다.

해고회피노력으로서는 경영방침 개선, 작업방식의 합리화, 불필요한 자산매각, 운영경비 감축, 조업단축, 신규채용 중단, 일시휴직 및 희망퇴직 활용, 전근 등 배치전환 실시 등 사용자가 해고 자체를 피하거나 해고 범위를 최소화하기 위한 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미합니다(대법원 1999. 4. 27. 선고 99두202 판결).

그 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 경영위기의 정도, 정리해고를 실시해야 하는 경영상의 이유 및 목적, 사업의 내용과 규모 및 성질, 직급별 인원상황 등에 따라 판단이 달라질 수 있습니다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11339 판결).

다) 사전 통보와 성실한 협의

근기법(제24조 제3항)은 사용자가 정리해고에 앞서 먼저 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등에 관해 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우 그 노동조합, 그렇지 않는 경우에는 근로자 과반수를 대표하는 자(근로자대표)에게 해고를 하려는 날의 50일 전까지 통보하고 성실하게 협의해야함을 규정하고

있습니다. 다만, ‘근로자대표’와 관련해서 근기법은 그 선출절차나 지위 등에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않고, 법원 역시 엄격한 선출절차를 요구하고 있지는 않은 경향입니다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15964 판결).

또한 법원은 불가피한 사정없이 사전 절차를 전혀 이행하지 않은 등의 특별한 사정이 없는 한, 반드시 50일 전에 통보하는 등의 사전 협의절차를 거치지 않았다고 해서 그것만으로 정리해고가 무효는 아니라고 해석하고 있는 문제점도 있습니다(대법원 2003. 11. 13. 선고 2003두4119 판결).

그런데 만약 단체협약에서 사용자의 정리해고를 제한하는 이른바 ‘고용안정협약’(“현 재직인원에 대해 고용을 보장한다.”, “인력구조조정 시 노동조합과 사전 합의 하에 실시한다.” 등의 내용)을 체결하고 있는 경우에는 고용안정협약을 위반한 정리해고는 위법하여 무효가 될 수 있습니다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007 판결).

관련 판례

사용자가 노동조합과의 협상에 따라 정리해고를 제한하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 단체협약이 강행법규나 사회질서에 위배된다고 볼 수 없고, 나아가 이는 근로조건 기타 근로자에 대한 대우에 관하여 정한 것으로서 그에 반하여 이루어지는 정리해고는 원칙적으로 정당한 해고라고 볼 수 없다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20406 판결).

라) 해고대상자 선정의 합리성과 공정성

어떤 기준이 합리적이고 공정한 기준인지에 관해 근기법은 구체적인 규정을 두고 있지 않습니다. 다만, 성별을 이유로 차별할 수 없다고만 정하고 있습니다(근기법 제24조 제2항).

법원은 합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 경영위기의 강도와 정리해고의 경영상 이유, 사업부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이라고 해석하고 있습니다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결). 또한 해고의 기준에 관해 노조 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 합의에 이르렀다면 이러한 합의는 존중되어야 한다는 입장이기도 합니다.

구체적인 해고대상자 선정기준에는 사용자측 사정(업무능력, 인사고과, 포상 및 징계전력 등)과 근로자측 사정(연령, 가족관계, 근속연수, 재취업가능성, 건강상태 등)이 함께 포함되어야 합니다. 나아가 정리해고라는 것이 순전히 사용자측의 이유로 근로자들을 해고하는 것이므로 근로자측의 주관적인 사정을 더 중요하게 고려해야 하는 것이 타당합니다. 그러나 법원이 항상 그러한 입장에서 선정기준의 합리성을 판단하고 있지는 않습니다.

정리해고의 다른 요건들을 모두 갖추었어도 해고대상자 선정기준에 공정성과 합리성이 없는 경우 그 정리해고는 위법하여 무효입니다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014다13556 판결). 다만, 법원은 기업의 잉여인력이 몇 명인지에 대해서는

사용자의 판단을 존중하고 있으며(대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60193 판결), 해고대상자 선정기준의 공정성과 합리성에 대해서도 엄격한 기준을 두고 있지는 않은 경향입니다.

관련 판례

이 사건 정리해고 대상자 선정기준은 근무태도에 대한 주관적 평가와 객관적 평가 및 근로자 측 요소가 각 1/3씩 비중을 차지하고 있는데, 근무태도라는 단일한 대상을 주관적 평가와 객관적 평가로 나누어 동일하게 배점하고 주관적 평가 항목에서 참가인들과 잔존 근로자들 사이에 점수를 현격하게 차이가 나도록 부여함으로써 결국 근무태도에 대한 주관적 평가에 의하여 해고 여부가 좌우되는 결과가 된 점, 근무태도에 대한 주관적 평가의 개별 항목 중 현장직 근로자들의 업무 특성에 비추어 적절해 보이지 않는 부분이 있고, 참가인들에 대하여 부여된 주관적 평가 점수가 객관적 평가 점수나 잔존 근로자에 대한 주관적 평가 점수와 비교해 볼 때 납득하기 어려울 만큼 차이가 큰 점 등 그 판시와 같은 사정들에 비추어 보면 그 선정기준 자체가 합리적이고 공정하다고 인정하기 어렵고, 그 기준을 정당하게 적용하여 해고 대상자를 선정하였다고 보아지도 아니하므로 이 사건 참가인들에 대한 해고가 위법하다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2011두11310 판결).

- Q. 회사가 정리해고에 앞서 명예퇴직신청을 받고 있습니다. 명예퇴직을 하지 않으면 정리해고 대상이 될 것이라면서 압박하고 있습니다. 어떻게 해야 할까요?
- A. 명예퇴직은 정리해고에 앞서 또는 정리해고를 피하기 위한 수단으로 행해지는 인력감원수단 중 하나입니다. 만약, 부당하게 대상으로 선정하고 압력을 행사해서 명예퇴직신청을 하게 하여 퇴직시켰다면 부당해고에 해당할 수도 있습니다(대법원 2002. 6. 14. 선고 2001두11076 판결).
- 그러나 일반적으로는 회사가 제시하는 일정한 조건을 수용하여 결과적으로는 근로자가 사직서를 제출하고 퇴직하는 것이므로 해고가 아닙니다. 그 과정에서 회사가 경영사정을 다소 과장하거나 퇴직권유에 응하지 않으면 불이익이 있을 수 있다고 했어도, 그것만으로는 근로자가 사직서를 내게 만든 강박이나 기망행위라고 보기 어렵다는 것이 판례의 태도이기도 합니다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결).
- 결국 회사가 제시하는 조건을 수용하여 퇴직하겠다는 의사가 있는 것이 아니라면, 쉽지 않더라도 버텨야 하며 명예퇴직신청을 해서는 안 됩니다. 끝까지 불응할 경우 실제로 정리해고 대상자가 될 수도 있습니다. 그러나 정리해고는 긴박한 경영상의 필요 등 엄격한 요건 하에서만 적법합니다. 그러므로 그러한 사정들을 잘 살펴서 실제로 회사가 정리해고를 단행할 가능성이 있는지, 정리해고를 한다면 본인이 대상으로 선정되는 것이 합리적이고 타당한 기준범위 내에 있는지 등을 신중히 따져봐야 하겠습니다.

③ 재고용의무

근기법(제25조)은 정리해고 이후 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시 담당했던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 사용자가 채용할 경우에는 정리해고됐던 근로자가

원하면 그 근로자를 우선적으로 고용해야 한다고 정하고 있습니다.

따라서 사용자는 해고된 노동자에게 개별적으로 연락해 재고용될 의사가 있는지 확인해야 합니다. 이를 위반하여 다른 근로자를 채용하면 정리해고가 됐던 근로자는 재고용의무 발생시점부터 재고용이 될 때까지의 임금상당액을 사용자에게 청구할 수 있습니다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2016다13437 판결).

4 전직 및 기타 인사발령

(1) 전직

① 개요

근무 장소와 업무내용은 근로자의 생활에 있어 중요한 의의를 가지고 있으므로 근기법은 경제적·사회적 약자인 근로자 보호의 원칙에 입각하여 근로계약을 체결할 때 이러한 사항을 명시하도록 하고 있습니다.

전보·전근 등의 인사이동과 배치전환은 근로자가 제공해야 할 근로의 종류와 내용 또는 장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수도 있습니다. 따라서 사용자의 근로자에 대한 이러한 전직발령은 근기법 제23조 제1항에서 규정하고 있는 정당한 이유가 있는 경우에만 적법합니다.

Tip. 전보, 전근, 전직

- 흔히 담당 업무가 변경되는 것을 ‘전보’(보직 변경), 근무 장소가 바뀌는 것을 ‘전근’이라 하고 이를 통칭하여 ‘인사이동’, ‘배치전환’, ‘전직’ 등으로 표현합니다. 그러나 실제 현장에서는 각 용어들이 다른 의미로 또는 혼용하여 사용되기도 하며, 법률상으로도 각 개념들을 명확히 구분하여 정의하고 있지는 않습니다.
- 근기법 제23조 제1항에서는 ‘전직’이라는 표현만 쓰고 있는바, 여기에서는 근무장소와 보직 변경 등을 총칭하여 ‘전직’이라 표현합니다.
- 다른 회사로 근무지 등이 변경되는 것은 ‘전직’이라 하는데(원칙적으로는 기존 회사에서 퇴사 후 다른 회사에 입사하는 형식), 넓은 의미의 ‘전직’에 포함하기도 하나 엄격하게 보면 ‘전직’과 구분됩니다.

② 근무 장소와 담당업무가 특정되어 있는 경우

근로계약서에 근무 장소와 담당업무가 명확히 특정되어 있는 경우 또는 사실상 특정한 사업장에서만 근무하고 특정 업무를 담당할 목적으로 채용한 것이 명백한 경우가 있습니다. 이런 경우에는 근무 장소와 담당업무는 근로계약의 중요한 내용이므로 이를 변경하려면 당사자 간의 합의가 있어야 합니다(대법원 2009. 4. 23. 선고

2007두20157 판결).

예를 들어, 병원에서 환자들에 대한 간호업무를 담당시킬 목적으로 간호사인 근로자를 채용한 것이 명백한 경우 그 근로자와의 합의 없이 병원의 행정업무 담당자로 일방적으로 인사발령을 하였다면 이는 근로계약을 위반한 것으로서 위법하여 무효가 됩니다.

③ 근무 장소와 담당업무가 특정되어 있지 않은 경우

가) 판단기준

근로계약서에 근무 장소와 담당업무를 기재했더라도 대개의 경우 사용자의 경영상 필요에 의해 인사이동발령을 할 수 있다고 부기하는 것이 일반적입니다. 이런 경우에는 원칙적으로 근무 장소와 담당업무가 특정되어 있지 않다고 해석됩니다.

이 때 인사발령의 정당성은, 당해 발령의 경영상(업무상) 필요성과 합리성의 유무를 먼저 따지고, 그러한 필요성과 합리성이 있다고 하더라도 당해 발령으로 입게 되는 근로자의 각종 불이익과 비교하여 어느 것이 큰가에 따라 판단합니다. 즉, 경영상 필요성과 합리성이 있더라도 그 인사발령으로 인한 근로자의 생활상 불이익이 더 크다면 사용자가 인사권을 남용한 것으로서 위법하여 무효가 됩니다.

덧붙여, 인사발령과정에서 당사자인 근로자와의 사전협의 등 절차 이행여부도 전직발령의 정당성을 판단하는 기준입니다. 다만, 절차 위반의 하자는 그 자체로 인사발령의 정당성을 부정하는 중대한 하자로 해석하지는 않는 것이 판례의 일반적인 입장입니다.

관련 판례

근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량을 가지며 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지의 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하여 결정되어야 할 것이고, 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 할 것이며, 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다(대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165,18172 판결).

나) 업무상 필요성

업무상의 필요성은 사용자의 주관적 판단에 의할 것이 아니라 노동력의 적절한 배치로 인한 업무의 능률증진, 근로자의 능력개발과 노동의욕 고양 등 기업의 합리적 운영에 기여하는 것인지에 대한 객관적 기준에 의해 판단해야 합니다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다47677 판결). 덧붙여, 업무상의 필요성이

있다는 것에 대해서는 사용자가 입증해야합니다.

한편, 업무상의 필요성이라는 판단기준에는 대상자 선정의 합리성도 포함됩니다. 누군가를 해당 보직 또는 근무지로 발령을 해야 할 필요성이 있는 경우 더 적임의 다른 근로자가 있음에도 해당 근로자를 본인의 의사에 반하여 생활상의 불이익도 큰 발령을 하였다면 업무상의 필요성이 부정될 수 있습니다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결).

관련 판례

사용자가 전직처분 등을 함에 있어서 요구되는 업무상의 필요란 인원 배치를 변경할 필요성이 있고 그 변경에 어떠한 근로자를 포함시키는 것이 적절할 것인가 하는 인원선택의 합리성을 의미하는데, 여기에는 업무능률의 증진, 직장질서의 유지나 회복, 근로자 간의 인화 등의 사정도 포함된다(대법원 2013. 2. 28. 2010두20447 판결).

다) 생활상 불이익

생활상 불이익에는 물질적 요소(임금 감소, 교통비용이나 주거비용 등의 증가), 시간적 요소(출퇴근시간 증가), 정신적 요소(부양가족과의 별거에 따른 문제, 출퇴근시간 증가에 따른 사회활동 제한 등) 등이 모두 포함됩니다(대법원 1997. 12. 12. 선고 97다36316 판결). 나아가 향후 경력 상의 불이익, 직장 내외부에서의 인식과 평가 등도 모두 포함된다고 봐야 합니다.

만약 일정한 생활상의 불이익에 대응하는 사용자의 보상조치(교통비 또는 숙소 지급, 특별수당 보전 등)가 있다면 그 수준과 적정성도 함께 고려하여 판단하게 됩니다. 즉, 교통비가 증가하는 불이익이 있는 경우 증가되는 교통비를 사용자가 추가 지급하는 조건의 인사발령이라면 생활상의 불이익이 상쇄된다고 해석될 수 있습니다.

라) 사전 협의 등의 절차

인사발령 시 당사자와의 사전절차에 대해 단체협약이나 취업규칙에 아무런 규정이 없다면 단지 사전에 당사자와 협의를 하지 않았다는 사실만으로는 그 인사발령이 무효라고 해석되지는 않습니다. 그러나 인사발령을 행할 경영상의 필요성이 크지 않고 그 인사발령으로 인한 생활상의 불이익이 큰데 사전에 당사자와의 어떠한 협의절차도 거치지 않았다면 그 발령은 인사권을 남용한 것으로 해석될 수도 있습니다.

한편, 단체협약에서 노동조합 간부 등에 대한 인사발령을 노동조합과의 합의 또는 동의를 거쳐야 할 수 있도록 되어 있는 경우에는, 이를 위반한 인사발령은 위법하여 무효입니다(대법원 1994. 9. 13. 선고 93다 50017 판결).

마) 주의할 점

전직의 정당성에 대한 1차적인 판단기준은 경영상의 필요성 유무입니다. 경영상의 필요성 유무는 사용자의 경영 상황 및 방침과 경영자료 등을 기초로 판단해야 하므로 법리적인 판단이 쉽지 않습니다. 또한 그러한 자료 등은 대부분 사용자에게

의해서 만들어지는 것이므로 설령 사실이 아니더라도 반박하기가 어려운 경우도 많습니다. 게다가 법원은 인사발령에 있어서 사용자의 상당한 재량권을 인정하고 있습니다.

따라서 명백하게 경영상의 필요성이 인정되지 않는 경우를 제외하면 대부분 주로 근로자의 생활상 불이익을 중심으로 당해 인사발령의 정당성을 판단하게 됩니다. 이 때 생활상의 불이익과 관련해서 법원과 노동위원회는 주로 임금 삭감 여부 및 원거리로의 인사발령인가를 중심으로 판단하고 있는 문제점도 있습니다.

부당한 인사발령에 불응했을 때 이를 이유로(인사발령에 응하지 않아 무단결근이라는 이유 등으로) 징계해고에까지 이르게 될 수 있습니다. 판례는 인사발령이 부당한 경우 이에 대한 거부는 정당한 거부권의 행사이므로 징계해고도 부당하다고 해석하나, 인사발령이 정당한 경우에는 징계해고도 정당하다는 입장입니다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다47677 판결).

그러면 부당하다고 판단되는 인사발령을 받은 경우 일단 발령에 응한 상태로 법적인 구제절차를 진행해야 할까요? 판단하기가 참으로 어려운 문제입니다. 도저히 응할 수 없는 발령이라면 해고를 감수하고 불응할 수도 있겠지만, 발령에 일단 응한 상태로 법적인 구제절차를 진행하는 것이 보다 안전한 선택일 수도 있습니다.

(2) 대기발령(직위해제)

① 판단기준

대기발령과 직위해제(보직해임)는 사업장마다 조금씩 다른 의미로 사용하기도 하고 두 가지를 구분하기도 하지만 일반적으로는 같은 의미로 해석됩니다. 즉, 일정기간 업무를 부여하지 않는 인사처분을 말합니다. 대기발령 기간 중 출근의무가 있는 경우도 있지만 대개는 자택대기발령이 보편적인 형태라 할 수 있습니다.

직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태도가 불량한 경우, 징계절차가 진행 중인 경우, 형사사건으로 기소된 경우 등이 주로 대기발령의 대상이 됩니다.

대기발령은 1) 징계의 한 형태로 행해지는 경우와 2) 징계가 아닌 인사처분인 경우로 구분됩니다. 다만, 실제의 대기발령이 징계인지 아닌지를 구분하는 자체가 법적으로는 간단하지 않을 수도 있어 양자의 가능성을 모두 열어놓고 정당성 여부를 판단해 봐야 합니다.

가) 징계로서 행해진 경우

대기발령이 징계처분으로 행해진 것이라면, 위에서 설명한 징계의 정당성을 판단하는 기준이 대기발령의 정당성 판단에도 그대로 적용됩니다. 이 경우 대기발령은 사실상 정직의 징계와 유사한 것이라고 보면 됩니다. 따라서 징계사유의 정당성, 징계절차의 적법성, 징계양정의 적정성이라는 세 가지 기준을 모두 충족한 경우에만 그 정당성을 인정받을 수 있습니다.

나) 징계가 아닌 경우

대개의 대기발령은 그 대상자가 장래에도 그 직무를 계속 담당할 경우

예상되는 업무상 장애 등을 예방하기 위해 일시적으로 직무를 부여하지 않는 인사처분으로서 징계와는 그 성질을 달리하는 것으로 파악합니다. 이런 경우에는 위에서 설명한 일반적인 전직의 정당성 판단기준에 따라 그 정당성을 판단하게 됩니다. 즉, 업무상 필요성과 합리성이 있어야 하고 그에 비해 당사자가 입는 생활상 불이익이 크지 않아야 합니다(대법원 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결).

징계절차 개시와 함께 행해진 징계를 위한 대기발령의 경우에는 대개 그 자체로 업무상 필요성이 인정되는데, 이때는 대기발령과 이후 행해진 징계를 사실상 하나의 처분으로 보아 징계가 정당하면 대기발령도 정당한 것으로, 징계가 부당하면 대기발령도 부당한 것으로 해석합니다.

징계가 아닌 대기발령은 징계절차를 거치지 않아도 되며, 판례는 전직의 정당성보다도 다소 넓게 사용자의 재량권을 인정하는 경향이 있습니다.

관련 판례

취업규칙 등에 직위해제에 관한 특별한 절차규정이 있는 경우가 아닌 한 직위해제를 함에 있어서 징계에 관한 절차 등을 거쳐야 하는 것은 아니며 나아가 위에서 본 직위해제의 성질 및 근로자의 비위행위에 대하여 여러 종류의 징계처분을 할 수 있도록 되어 있는 징계의 경우와는 달리 사용자로 하여금 직위해제사유가 존재하는 근로자에 대하여 직위해제처분 외의 다른 처분을 하도록 강제할 수 있는 것이 아닌 점 등에 비추어 근로자에 대한 직위해제처분의 정당성은 근로자에게 당해 직위해제사유가 존재하는지 여부나 직위해제에 관한 절차규정을 위반한 것이 당해 직위해제처분을 무효로 할 만한 것이냐에 의하여 판단할 것이고, 단지 당해 직위해제처분이 근로자에게 가혹하고 다른 근로자의 유사한 비위행위에 대한 징계처분 등에 비추어 형평에 어긋난다는 사정만으로 그 정당성이 없는 것이라고 단정할 수 없다(대법원 1996. 10. 29. 선고 1995누15926 판결).

② 대기발령과 당연면직

대기발령 기간이 지났음에도 대기발령의 사유가 소멸되지 않으면 당연면직(직권면직)된다는 취업규칙 상의 규정이 있는 경우 당연면직이 가능할까요? 일단, 앞서 살펴보았듯이 이러한 당연면직 역시 해고이므로 취업규칙 상의 규정만으로는 가능하지 않고 근기법 제23조 제1항 상의 정당한 이유가 있어야 합니다. 그러므로 대기발령의 경위, 대기발령사유를 소멸시키기 위한 당사자의 노력 정도, 그 노력에 대한 사용자의 적정한 배려 정도, 그 결과 대기발령사유가 소멸된 사정 여부(직위를 부여할 만한 사정의 존재 여부) 등을 살펴 당연면직의 정당성을 판단하게 됩니다(대법원 2004. 10. 28. 선고 2003두6665 판결).

③ 대기발령 기간의 적정성

징계나 전직의 정당성은 그 인사처분을 한 시점을 기준으로 판단하는 것이 원칙이지만, 대기발령은 그 기간이 얼마나 지속되고 있는가도 정당성을 판단하는 기준이 됩니다. 대기발령을 한 것 자체는 유효하더라도 대기발령의 기간이 지나치게 장기간이라면 그

정당성이 부정되어 위법할 수 있습니다. 잠정적 조치라는 대기발령의 성격에 비추어 맞지 않고, 장기간의 대기발령은 당사자의 생활상 불이익을 가중시키기 때문입니다. 즉, 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 긴 대기발령 조치를 유지하는 것은 특별한 사정이 없는 한 정당한 이유가 있다고 보기 어렵습니다(대법원 2007. 2. 23. 선고 2005다3991 판결).

(3) 기타 인사발령

① 전직

원래 소속 회사가 아닌 다른 회사로의 인사발령인 전직은 기존 회사와의 근로계약을 해지하고 다른 회사와 새로운 근로계약을 체결하는 것입니다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 당사자인 근로자의 동의가 있어야만 유효합니다.

그러나 예외적으로, 그룹 계열사와 같이 그 구성이나 활동에 밀접한 관련성을 갖고 있는 법인체 사이의 전직은, 전직의 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 인정되는 경우 당사자의 동의 없이도 발령이 가능하다고 해석됩니다(대법원 1996. 5. 10. 선고 95다42270 판결). 다만, 단지 취업규칙 등에서 계열사 간의 전직발령이 가능하다는 규정이 있는 정도로는 안 되고 그러한 전직의 관행이 규범적인 사실로서 명확히 승인되어 있고 그 구성원들이 이의제기 없이 당연한 것으로 받아들여져 기업 내에서 사실상의 제도로써 확립되어 있어야 합니다(대법원 1994. 6. 28. 선고 93누22463 판결).

② 휴직명령

휴직명령(강제휴직)은 직무에 종사하게 하는 것이 불가능하거나 적당하지 않은 사유가 발생했을 때 근로관계는 유지하면서 일정한 기간 그 직무에 종사하는 것을 금지시키는 처분을 말합니다. 대개 휴직에 관한 규정은 단체협약이나 취업규칙 등에 규정되어 있습니다.

그런데 위와 같은 휴직 규정에 따라 사용자에게 휴직처분권이 부여되어 있더라도, 역시 근기법 제23조 제1항 상의 정당한 이유가 있어야 합니다. 즉, 휴직 규정의 설정 목적과 그 실제 기능, 휴직처분의 합리성 및 그로 인해 근로자가 받게 될 신분상·경제상 불이익 등 구체적 사정을 모두 참작하여 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 노동력을 제공할 수 없거나 노동력을 제공함이 매우 부적당하다고 인정되는 경우에만 정당성이 인정됩니다(대법원 1992. 11. 13. 선고 92다16690 판결).

관련 판례

형사사건으로 기소되었을 때는 법원의 판결이 확정될 때까지 휴직시킨다는 취지의 휴직 규정이 있는데(이른바 기소휴직), 형사사건으로 구속되었다가 제1심 판결에 따라 집행유예로 석방되었다면, 휴직명령을 할 수 있는 사유 그 자체는 발생하였고 석방되기 전까지는 상당한 기간에 걸쳐 노동력을 제공할 수 없으므로 사용자의 휴직명령처분에는 정당한 이유가 있다고 할 수 있으나, 구속취소로 석방된 후에는 상당한 기간에 걸쳐 노동력을 제공할 수 없는 경우에 해당한다고 할 수 없고, 명령휴직 규정의 설정 목적 등 제반 사정에 비추어, 노동력을 제공함이

매우 부적당한 경우라고도 할 수 없으므로, 명령휴직처분을 계속 유지하는 것에 정당한 이유가 없게 된다(대법원 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결).

- Q. 회사의 승진규정에 따르면 이번 정기인사에서 승진이 되었어야 하는데 아무런 이유도 없이 승진누락이 되었습니다. 이런 승진누락에 대해서도 노동위원회에 구제신청이 가능한가요?
- A. 근기법(제23조 제1항, 제28조 제1항)은 ‘부당한 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌’을 노동위원회 구제신청 대상으로 규정하고 있습니다. 이것은 구제신청 대상을 하나하나 열거하고 있는 것이 아니라 예시하고 있는 것으로 보는 것이 타당하고 구제신청제도의 입법취지에 따라 구제신청 대상 여부를 해석하는 것이 타당합니다.
- 따라서 명확한 해고, 전직, 징계뿐만 아니라 징벌적 성격을 가지거나 근로자에게 불이익한 효과가 발생하는 사용자의 각종 인사처분은 일단 구제신청의 대상이 된다고 판단됩니다. 다만, 이에 대해 대법원의 명확한 입장을 밝힌 판례는 아직 없습니다. 대신 이러한 취지의 하급심 판례가 몇 건 있습니다(서울행정법원 2009. 7. 1. 선고 2008구합47949판결, 서울행정법원 2006. 11. 21. 선고 2006구합25278 판결 등).
- 또한 사용자의 근로자에 대한 불이익한 인사처분에는 어떤 처분이 행해진 경우뿐만 아니라 어떤 처분을 해야 함에도 하지 않은 경우도 포함됩니다. 현재 승진누락, 승급누락·정지, 직위 강등, 업무미부여 등에 대해서 노동위원회는 일반적으로 폭넓게 구제신청의 대상으로 인정하여 심판이 이뤄지고 있기도 합니다.

5 법적 구제절차

(1) 개요

① 부당해고 등을 당했을 때 법적 구제절차

부당해고 등(부당징계, 부당전직 등)을 당했을 때 구제를 받을 수 있는 법적 절차로는, 법원에 ‘해고(징계, 전직)무효확인소송’을 제기하거나 노동위원회에 ‘부당해고(징계, 전직) 구제신청’을 제기하는 방법이 있습니다.

그런데 법원에 소송을 제기하는 방법은 절차 자체가 상당히 복잡하여 법률지식이 없는 일반인들이 홀로 진행하기에는 어려움이 있습니다. 대리인으로 변호사를 선임하는 것은 비용이 많이 들고, 판결을 받기까지 시간도 대단히 많이 걸립니다. 따라서 비용이 들지 않고 상대적으로 신속하게 판정이 행해지며, 효율적인 구제명령을 받을 수 있는 노동위원회 절차를 1차적으로 활용해보는 것이 좋습니다.

물론 노동위원회 역시 법리적인 판단을 하는 곳이므로, 법률전문가인

공인노무사나 변호사를 대리인으로 선임하는 것이 혼자서 진행하는 것보다 더 나을 수도 있습니다. 비용의 문제 때문에 대리인을 선임하기 어려운 저소득 근로자들을 위해 노동위원회에서는 무료로 국선 대리인제도를 운영하고 있습니다.

Tip. 권리구제대리인 제도

노동위원회는 저소득 근로자들을 위해 이른바 국선 대리인(노무사 또는 변호사)으로 불리는 ‘권리구제대리인’제도를 무료로 운영하고 있습니다. 월 평균 임금이 250만원 미만이면 신청 가능합니다.

한편, 각종 노동법 위반사항이 있는 경우 고용노동부(고용노동부 산하 각 노동지청)에 진정 또는 고소를 제기하는 것이 일반적인 법적 구제절차입니다. 그런데, 부당해고 등을 금지하고 있는 근기법 제23조 제1항은 처벌규정이 없기 때문에 부당해고 등을 당한 경우에는 사실상 진정 또는 고소를 제기할 수 없는 문제점이 있습니다(노동청에 부당해고 등에 대한 진정을 제기하면 당사자의 동의를 얻어 관할 지방노동위원회로 이관처리).

이하에서는 노동위원회에 제기하는 부당해고 등의 구제신청 절차에 대해 살펴보겠습니다.

② 노동위원회 제도 이해

노동위원회는 고용노동부 소속의 정부기관인데, 준사법기구로서의 역할을 하기 때문에 일정한 독립성을 가지고 운영됩니다. 노동위원회 내에서 부당해고 등 구제신청사건에 대해 심리 및 판정을 하는 ‘심판위원회’는 판정권한을 가진 공익위원 3인으로 구성되며 근로자위원과 사용자위원 각 1인이 심문회의에 참여합니다. 공익위원들은 대부분 비상임위원으로서(주로 대학교수나 변호사 등) 노사관계 및 노동법에 대한 전문성을 가진 인물입니다. 근로자위원은 민주노총과 한국노총에서 추천한 각 노동조합의 임원·간부들이 대부분이고, 사용자위원은 경총에서 추천한 각 기업체의 전·현직 임원·간부들입니다.

관할 지방노동위원회에 구제신청을 제기하면 60일 이내에 심판회의가 개최되어 그 해고 등이 정당한지에 대한 판정을 받게 됩니다. 부당해고로 판정되면 노동위원회는 사용자에게 해고 근로자를 복직시킬 것과 해고기간 중의 임금상당액을 지급하도록 명령합니다. 근로자가 복직을 원하지 않는 경우에는 금전보상명령만을 받을 수도 있습니다. 노동위원회의 구제명령을 이행하지 않는 사용자에게는 일종의 과태료인 이행강제금이 부과됩니다.

지방노동위원회(지노위)의 판정에 불복하는 당사자는 중앙노동위원회(중노위)에 재심을 신청할 수 있고 중노위의 판정에 불복하는 당사자는 행정소송을 제기할 수 있습니다. 현재 노동위원회에 제기되는 구제신청 사건의 수는 연간 약 12,000건이며 그 중 약 95%가 노동위원회 단계에서 해결(판정 확정, 취하 또는 화해)되고 있습니다. 부당해고 등 노사관계 분쟁사건에 대한 노동위원회의 영향력이 대단히 높다고 평가할 수 있겠습니다.

피해당사자 (근로자, 노조)	3개월 이내 구제신청	지방노동위원회 (약 2~3개월)	10일 이내 재심신청	중앙노동위원회 (약 2~3개월)	15일 이내 소송제기	행정소송
--------------------	----------------	----------------------	----------------	----------------------	----------------	------

그림2 노동위원회 구제신청 개요

(2) 구제신청 절차

① 구제신청

가) 제척기간

부당해고 등을 당한 경우 3개월 이내에만 노동위원회에 구제신청을 할 수 있습니다. 해고의 경우에는 해고일로부터 3개월 이내이고, 징계 또는 전직발령 등의 인사처분은 그 인사처분을 안 날로부터 3개월 이내입니다. 특히, 사내 재심절차를 거친 경우라도 원칙은 초심 징계일로부터 3개월 이내에 구제신청을 해야 됩니다.

Tip.

사내 징계재심절차가 있는 경우에도 노동위원회에 제기하는 부당징계 구제신청은 원칙적으로 초심 징계일로부터 3개월 이내에 해야 합니다. 재심결과를 기다리다가 제척기간을 놓치는 경우도 있으므로 주의하세요(단, 재심 징계처분일로부터 3개월 이내에 구제신청을 해도 되는 두 가지의 예외가 있음. ① 초심 징계처분의 내용(양정)이 재심에서 변경된 경우, ② 재심신청 시 초심 징계처분의 효력이 정지된다고 단체협약 또는 취업규칙에서 정하고 있는 경우).

나) 관할 지방노동위원회

지노위는 전국에 걸쳐 총 13개가 있는데 자신의 사업장을 관할하는 지노위에 구제신청을 제기해야 합니다. 예를 들어, 본사는 서울에 있지만 대구 지사에서 일하다가 해고를 당했다면 대구지역을 관할하는 경북지노위가 그 사건을 담당할 관할 지노위가 됩니다.

지방노동위원회	관할 지역	지방노동위원회	관할 지역
서울지노위	서울	전북지노위	전라북도
부산지노위	부산	전남지노위	광주, 전남
울산지노위	울산	강원지노위	강원도
인천지노위	인천	경북지노위	대구, 경북
경기지노위	경기도	경남지노위	경상남도
충북지노위	충청북도	제주지노위	제주도
충남지노위	대전, 충남, 세종		

표11 지방노동위원회 관할

다) 구제신청서

구제신청서는 노동위원회규칙에 있는 서식에 따라 작성하여 제출합니다. 서식은 중앙노동위원회 홈페이지에서 다운받을 수 있고, 지노위 민원실에 가서 받을 수도 있습니다.

• 사용자

‘사용자’ 항목에는 자신의 사용자를 적으면 되는데, 회사가 법인인 경우 사용자는 법인이며 개인사업체인 경우 사용자는 사업주인 사장입니다. 직장이 국가기관인 경우 사용자는 ‘대한민국’이며 실제 근무했던 소속기관을 부기해주면 됩니다.

한편, 실경영주와 명의상의 대표자가 다르거나 회사의 인수합병 등 기업변동이 있는 경우, 불법파견이나 불법하도급 등의 문제가 있어 피신청인인 사용자를 누구로 할 것인지 애매한 때에는 모든 사업주(파견사업주와 사용사업주 등)를 피신청인인 사용자로 기재하여 일단 구제신청을 하는 것이 안전합니다. 사용자를 잘못 적은 경우 각하될 수 있기 때문에 일단 모두 적은 후 사용자가 누구인지도 노동위원회에서 판단해달라고 하면 됩니다.

• 신청취지

구제신청서 상의 ‘신청취지’ 항목에는 부당해고 등으로 판정해달라는 내용과 함께 신청하는 구제명령의 내용을 적으면 됩니다. 구제명령은 원상회복(원직복직, 임금상당액 지급)으로 다소 정형화되어 있습니다.

예를 들어, 부당해고이면

“1. 이 사건 해고는 부당해고임을 인정한다. 2. 사용자는 근로자를 즉시 원직에 복직시키고 해고가 없었다면 받았을 임금상당액을 지급하라.”

부당징계이면

“1. 이 사건 징계는 부당징계임을 인정한다. 2. 사용자는 즉시 징계를 취소하고 징계로 인해 삭감된 임금을 지급하라.”

부당전직이면

“1. 이 사건 전직은 부당전직임을 인정한다. 2. 사용자는 근로자를 즉시 원직에 복직시켜라.” 라고 쓰면 됩니다.

• 신청이유

‘신청이유’는 대개 별지로 작성해서 제출합니다. 어떻게 해고가 됐는지, 왜 구제신청을 하게 됐는지에 대해 6하 원칙에 입각해서 핵심적인 내용들을 간략하게 적어주면 됩니다. 대개 왜 해고를 당했는지조차 알 수 없는 경우가 많으므로 구제신청서와 함께 제출하는 신청이유서에는 굳이 해고이유를 추정해서 반박하는 내용까지 담을 필요는 없습니다. 해고를 당했다는 사실과 억울하니 구제해달라는 내용만 들어가면 됩니다. 구체적인 내용은 왜 해고를 했고 그게 왜 정당한지에 대해 적은 사용자측의 답변서를 받아본 후 추가 서면을 통해 반박하면 됩니다. 또한, 법률적인 판단은 심판위원회의 몫이므로 특별한 법리 주장이나 인용이 필요한 경우가 아닌 한 법조문이나 판례를 장황하게 적어주기 보다는 사실관계를 6하 원칙에 입각해서 잘 정리해주는 것이 가장 중요합니다.

노동위원회규칙[별지 제9호의2서식]

부당해고등 구제 신청서

근로자	성명	(생년월일: , 성별:)
	주소	(☎:)
사용자	사업체명	대표자
	소재지	(☎:)
	해고 등 사업장	사업장명: 대표자: 직위 및 성명 소재지: * 해고 등 불이익처분 당시의 사업장과 본사가 다른 경우 기재
신청취지		1. 2. * 계약갱신 또는 무기계약 전환에 대해 다툼이 있습니까? 예 □, 아니오 □ * 근로계약 기간(기간제의 경우):
신청이유 (별지 기재 가능)		1. 해고 등 경위 2. 부당한 이유 * 관련 입증 자료가 있는 경우 별첨 가능

위 근로자는 「근로기준법」제28조와 「노동위원회규칙」제39조에 따라 부당해고등 구제를 위와 같이 신청합니다.

년 월 일
신청인 (서명 또는 날인)

○○지방노동위원회위원장 귀하

구비서류 없음(다만, 대리인이 신청한 경우 대리인 선임 신고서, 위임장, 직무개시등록증 등)

210mm × 297mm(백상지 80g/m²)

〈신청이유서 예시〉

신청이유서1

사건	서울2018부해123 (주)뽀뽀기업 부당해고 구제신청 사건
근로자 (신청인)	이노동 서울시 마포구 성산동 123-56 (전화: 010-000-0000)
사용자 (피신청인)	(주)뽀뽀기업(대표이사 김사장) 서울시 강남구 대치동 123-45 (전화: 02-123-4567)

위 사건에 대하여 이 사건 근로자 이노동은 다음과 같이 이유서를 제출합니다.

2021년 9월 15일 위 근로자 이노동(인)

신 청 취 지

1. 이 사건 사용자가 이 사건 근로자에 대하여 행한 이 사건 해고는 부당해고임을 인정한다.
2. 이 사건 사용자는 이 사건 근로자를 즉시 원직에 복직시키고 부당해고 기간 동안 정상적으로 근로하였다면 지급 받았을 임금상당액을 지급하라.

신 청 이 유

I. 당사자 관계

1. 신청인

“신청인 이노동”(이하 “신청인”이라 함)은 “(주)뽀뽀기업”에 영업부 사원으로 2017. 7. 20. 입사하여 성실하게 근무하던 중 회사의 경영상 사정이 어렵다는 이유로 2021. 7. 31. 부당하게 해고된 근로자입니다.

2. 피신청인

“피신청인 (주)뽀뽀기업”(이하 “피신청인”이라 함)은 근로자 약 80명을 고용하여 의료기기를 제조 및 판매하는 법인 사업체로서 대표자는 “대표이사 김사장”이며, 서울시 강남구 대치동에 본사를 두고 전국 10여 곳에 소재한 직영대리점을 운영하고 있는 회사입니다.

II. 구제신청 이유

1. 이 사건 해고에 이르게 된 경위

신청인은 피신청인의 구인공고를 보고 입사 지원을 하여 최종 합격통보를 받고 2017. 7. 20.자로 피신청인 회사에 입사하였고 영업부에 배치되어 업무를 성실하게 수행하였습니다.

[노 제1호 증. “근로계약서”]

그러던 중 올해 5월초부터 영업업무가 이전보다 줄었다며 영업부서 인원을 감원한다는 소문이 사내에 돌기 시작했습니다. 이후 5. 10.부터 회사 인사부장이 영업부 부서원들을 일일이 면담하기 시작했고 신청인은 인사부장의 면담요구에 따라 5. 25. 15시에 인사부장실에서 약 10분간 면담을 하였습니다. 인사부장은 일방적으로 퇴사할 것을 신청인에게 강요하였고 이에 대해 신청인은 영업업무의 축소로 조직개편이 불가피하다면 타 부서로의 배치전환도 요청하였으나 묵살 당했습니다.

[노 제2호 증. 인사부장의 면담요구 내용(카카오톡 채팅화면 캡처 사진)]

이후 회사의 사직강요에 따라 영업부서 소속 근로자 2명이 결국 잇달아 퇴직하였고 신청인에 대해서도 인사부장과 영업부서장이 지속적으로 퇴사를 강요하였습니다.

[노 제3호 증. 영업부서 근로자 2명의 퇴직 관련 사내 공고문(사진)]

[노 제4호 증. 영업부서장이 신청인에게 보낸 퇴직 강요 메일]

신청인의 요청에 따라 부서 배치전환과 관련한 협의(인사부장과 신청인간의 면담)가 6. 25.과 6. 29.에 걸쳐 각 오후 2시경 인사부장실에서 각 30분 정도씩 있었으나, 회사는 배치전환의 계획이 일체 없으며 퇴직 외에는 다른 대안을 생각하지 않고 있다고 하여 결국 아무런 합의점도 찾지 못했습니다.

배치전환 관련 2차 협의가 있었던 바로 다음날인 6. 30. 출근 직후 회사는 7. 31.을 해고일로 하는 해고(예고)통보서를 주면서 신청인을 해고하였습니다.

[노 제5호 증. “해고(예고)통보서”]

2. 이 사건 해고가 부당한 이유

“해고(예고)통보서”에도 해고사유로 명시되어 있듯이 이 사건 해고는 ‘경영상 이유에 의한 해고’입니다. 즉, 회사의 경영사정에 따른 이른바 정리해고이므로 「근로기준법」 제24조 상의 각 요건과 절차들을 충족했어야 합니다. 그러나 정리해고가 불가피한 긴박한 경영상 필요성도 부재할 뿐만 아니라 피신청인은 해고회피노력과 사전 협의 등 일체의 절차를 거치지 않았습니다.

따라서 이 사건 해고는 명백한 부당해고이므로 신청인이 복직되어 다시 성실하게 근무할 수 있도록 신청취지의 구제명령을 해주시기 바랍니다.

입 증 방 법
1. 노 제1호 증. “근로계약서” 2. 노 제2호 증. 인사부장의 면담요구 내용(카카오톡 채팅화면 캡처 사진) 3. 노 제3호 증. 영업부서 근로자 2명의 퇴직 관련 사내 공고문(사진) 4. 노 제4호 증. 영업부서장이 신청인에게 보낸 퇴직 강요 메일 5. 노 제5호 증. “해고(예고)통보서” - 기타 필요한 입증자료들은 추후 제출하겠습니다.
첨 부 서 류
1. 위 입증방법 각 1부 1. 이유서 부분 1부
서울지방노동위원회위원장 귀하

② 조사 및 서면 공방

가) 조사

구제신청이 제기되면 노동위원회는 대략 7일 이내에 사건이 접수됐음을 알리고 진행절차를 안내하는 공문을 신청인 근로자와 피신청인 사용자에게 보냅니다. 그 안내문에 따라 출석조사에 응하거나 추가적인 서면(신청이유서) 및 입증자료들을 제출합니다.

특히 사용자와 합의(화해)의 의사가 있다면 지노위 담당 조사관에게 합의를 지원해줄 것을 신청해보는 것도 좋습니다. 복직 의사보다는 금전적인 보상을 원하거나 설령 부당해고 판정을 받더라도 회사가 판정에 불복하여 법적 다툼이 길어질 가능성이 있다면 차라리 일정하게 서로 양보하여 화해로서 분쟁을 끝내는 것이 더 실익이 있을 수도 있습니다. 복직 의사가 없고 판정을 통한 금전보상명령을 받고자 하는 경우에는 금전보상명령신청서를 제출합니다.

• 금전보상명령신청서 서식 및 작성방법

서식은 조사관에게 요청하면 받을 수 있습니다. ‘보상요구금액’ 항목 중 ‘임금상당액’은 해고일로부터 판정회의일까지(판정회의가 언제인지 통보받기 전에 금전보상명령신청을 하는 경우에는 판정회의 예상일로 하고, 판정회의 예상일은 구제신청일로부터 60일 뒤로 하면 됨) 해고가 되지 않았다면 받았을 임금상당액을, ‘비용’은 구제신청 사건 진행에 들어간 비용을, ‘기타’ 항목에는 복직포기에 따른 위로금 등을 적어주면 됩니다. 노동위원회는 관행적으로 해고일로부터 판정회의일까지의 임금상당액만을 금전보상명령액으로 인정하는 문제점이 있어왔습니다(따라서 ‘비용’과 ‘기타’ 금액은 거의 인정되지 않음). 이에 대한 비판이 제기되어 중노위는 2020년 말 내부 지침(금전보상액 산정 기준에 관한 권고)을 만들어 2021년부터는 변경된 금전보상명령액 산정방식을 적용하고 있습니다. 해고일로부터 판정회의일까지의 임금상당액에 판정서 송달기간을 고려한 1개월분을 기본으로 더하고, 1년 이상 근무자의 경우 근속연수(최대

10년)에 따라 일정액을 추가한 후 근로자 및 사용자의 귀책사유 등을 감안하여 다시 1개월분 범위 내에서 증액 또는 감액한 금액으로 산정하고 있습니다.

Tip.

- 부당해고 판정을 받더라도 복직을 원하지 않는 경우에는 금전보상명령신청을 통해 금전보상명령만을 받을 수도 있습니다. 신청은 원칙적으로 심문회의 개최 통보를 받기 전까지 해야 합니다(노동위원회규칙 제64조).
- 지노위에서 한번 특정된 금전보상명령액은 사용자가 지노위의 판정에 불복하여 재심신청을 하고 이후 중노위의 초심유지 판정에 불복하여 행정소송을 제기해도, 복직일까지 계속 늘어나는 해고기간 중 임금상당액과는 달리 변동이 없습니다. 따라서 이런 특성을 고려하여 금전보상명령신청을 할 것인지 여부를 잘 판단해야 합니다.
- 참고로, 과거에는 지노위에서 원직복직명령을 신청한 경우 중노위에서 금전보상명령 신청으로 바꾸는 것은 근로자가 재심신청을 한 경우에만 허용됐는데, 현재는 사용자가 재심신청을 한 경우에도 지노위에서의 원직복직 신청취지를 중노위에서 금전보상명령으로 바꿀 수 있습니다.
- 한편, 구제신청사건 진행 중에 정년퇴직일이 되거나 기간제 근로자의 근로계약기간이 만료되는 경우에는 금전보상명령신청을 하지 않았더라도 구제명령은 해고일로부터 정년퇴직일 또는 근로계약기간 만료일까지의 임금상당액 지급명령이 됩니다.

나) 서면 공방

일반적으로 신청인의 구제신청서(신청이유서)에 대한 피신청인의 답변서가 제출되고 이에 대해 다시 신청인이 추가서면(신청이유서2)을 제출하면 피신청인이 추가답변서(답변서2)를 제출하는 식으로 통상 쌍방 2~3회 정도의 서면공방을 진행하게 됩니다.

법적다툼이 진행되면 당연히 온갖 허위·왜곡주장이 넘쳐나는 것이 일반적이므로 사용자의 답변서 내용에 지나치게 비문강개하지 말고 차분히 그 내용을 검토·분석해야 합니다. 이 때 사측 답변서의 장황한 사실기술과 주장에 말려들지 말고, 스스로 판단하는 이 사건의 사실관계를 일목요연하게 정리하고 일관된 논리전개를 할 필요가 있습니다. 특히, 사건의 법리적인 쟁점이 무엇인지를 잘 파악해서 쟁점과 관련한 사실관계를 우선적으로 적어주면서 필요한 주장들을 하고 나머지 사항들은 부수적인 참고사항 정도로 간략히 기술하는 방식이 좋습니다.

노동위원회 공익위원들은 대부분 비상임이기 때문에 서면을 너무 길고 두서없이 작성하는 경우 꼼꼼히 보지 않을 수도 있기 때문에, 서면은 최대한 간략하고 핵심적인 내용을 보기 좋고 이해하기 쉽게 적어주는 것이 중요합니다.

사실관계에 대한 다툼이 있는 경우에는 자신의 주장을 뒷받침할 수 있는 각종 증거자료들(동료 진술서, 녹취나 사진·영상자료, 각종 서류 등)을 확보하여 제출해야 합니다. 한편, 사실관계에만 너무 치중하다보면 각종 규정 검토를 놓칠 수도 있음에 주의해야 합니다. 판단의 근거가 되는 단체협약, 취업규칙, 근로계약

등의 관련 규정을 꼼꼼히 검토해서 그 해고 또는 징계 등에 규정 위반 사항이 있는지를 꼭 확인해야 합니다. 아울러 유사한 사례를 회사 내외부에서 찾아 정리해보고 자신의 경우와 형평에 반하지 않는지도 확인합니다.

필요한 증인이나 참고인이 있는 경우에는 노동위원회에 증인 또는 참고인 신청을 하여 심문회의 당일 함께 출석할 수 있도록 하며, 노동위원회에서 직접 조사를 할 필요가 있는 사항들은 직권으로 조사를 해줄 것을 신청할 수도 있습니다.

③ 심문회의

구제신청일로부터 60일 이내에 심문회의가 개최되며, 개최일 약 1주일 전에 개최통보서를 받게 됩니다.

심문회의는 약 1시간 정도 진행되며, 먼저 공익위원 3인이 돌아가며 심문을 하고 그 후 근로자위원과 사용자위원이 심문을 합니다. 긴장하지 말고 차분하게 답변을 하면서 본인 주장의 타당성과 자신의 억울함을 잘 부각시키는 것이 중요합니다. 답변은, 질문의 요지를 정확히 파악하여 요지에 맞는 답변을 결론부터 먼저 얘기하고 설명을 부연하는 방식이 좋습니다.

심문을 진행하기에 앞서 또는 심문 도중에 위원들이 화해를 제안하면서 정회를 하는 경우가 많습니다. 따라서 이에 대비해 적정한 화해안을 미리 생각해둘 필요도 있습니다. 화해가 성립되는 경우에는 노동위원회에서 화해조서를 작성해줍니다. 이렇게 성립된 화해는 법원에서 재판상 화해를 한 것과 동일한 효력을 가지므로 당사자는 추후 화해내용을 번복하거나 불복할 수 없고 화해조서의 내용대로 이행할 의무를 부담합니다. 화해는 심문회의 전에 조사관의 주선에 따라 이뤄질 수도 있고 심문회의에서 위원들의 제안에 따라 이뤄질 수도 있습니다. 드물게는 심문회의 이후 일정한 화해기간이 부여되는 경우도 있습니다.

Tip.

- 노동위원회는 분쟁의 종국적 해결이라는 취지에서 화해를 적극 권장하는 경향이 있습니다. 당사자들 입장에서는 때때로 과도한 화해 압박처럼 느껴질 수도 있습니다. 노동위원회의 화해 권유를 수용하지 않더라도 판정에서 불이익은 없으니 화해의사가 없다면 거부해도 됩니다.
- 지노위에서 이기더라도 상대방의 재심신청, 행정소송을 통해 분쟁이 장기화됨에 따른 기회비용, 100% 승산을 자신할 수는 없는 점, 복직 후 정상적인 근무가 어려울 수도 있는 현실 등을 고려하면 경우에 따라서는 화해가 판정보다 나은 선택일 수도 있지만 신중한 판단이 필요합니다.
- 화해란 기본적으로 양보와 타협을 전제하므로 판정을 통해 이겼을 때보다는 적은 수준의 이익을 얻는 선에서 행해진다고 볼 수 있습니다. 화해를 하겠다고 결정했으면 사용자가 일정한 금전적 보상을 하는 것 자체가 책임을 인정하는 것이라고 선해하는 자세도 필요합니다.
- 해고사건에서 화해의 내용은, 복직을 하지 않기로 하는 경우 퇴직사유에 대한 합의(대개 합의퇴직, 권고사직으로 합의), 합의금의 금액(해고기간 중 임금상당액 일부에 보통 근속기간에 따라 가감)과 지급기한, 다른 분쟁이 있는 경우 그 정리 내용(임금체불, 민·형사 분쟁 등은 원칙적으로 노동위원회 관할이 아니지만 함께 종결한다는 취지에서 화해내용에 포함하는 경우가 많음), 추후 해고에 대해 또는 근로관계에서 발생한 모든 사안에 대해 법적인 이익제기를 하지

않는다는 내용 정도를 포함하게 됩니다.

- 심문회의 전에 당사자 간 합의가 이뤄지는 경우에는 그냥 구제신청을 취하지 말고 조사관에게 화해조서를 작성해달라고 요청하는 것이 좋습니다. 노동위원회는 공익위원 1인이 참석하는 단독심판을 열어 화해조서를 작성해줍니다. 당사자간 합의서와는 달리 노동위원회에서 작성한 화해조서는 재판상 화해와 같은 효력을 가지기 때문입니다. 만약 화해조서의 내용을 상대방이 불이행하면 법원에 바로 지급명령신청 등을 할 수 있습니다.
- 화해조서에 금전 지급 내용을 적는 경우 명목은 ‘화해 합의금’으로 하고 지급액은 ‘실수령액 ○○○원’으로 특정해주는 것이 좋습니다. 그렇지 않으면 세금 공제와 관련한 추가적인 논란이 발생할 수 있기 때문입니다.
- 실업급여(구직급여) 수급과 관련한 내용도 화해 시 종종 언급되는 사항입니다. 고용보험 상실신고 상의 퇴직사유 문제로 실업급여를 받지 못한 경우, 노동위원회에서 화해조서를 통해 실업급여 수급 가능한 퇴직사유(경영상 이유에 의한 권고사직 등)를 합의하고 그에 따라 사용자가 정정신고를 하면 사용자에게 정정에 따른 과태료가 부과되지 않습니다.

④ 판정 및 불복

가) 판정

심문회의가 끝나면 당사자들이 퇴장한 상태에서 판정회의가 개최되어 판정이 행해집니다. 특별한 사정이 없는 한 당일 판정결과를 통보받게 됩니다. 부당해고 등이 인정된 경우에는 구제명령이 행해지고 부당해고 등이 인정되지 않은 경우에는 기각판정이 내려집니다.

구제의 내용	
부당해고	원직복직 및 해고기간 동안의 임금상당액 지급 명령(부당해고라 판단되나 근로자가 복직의 의사가 없어 금전보상 명령을 신청한 경우에는 금전보상 명령 가능)
부당징계	징계 취소 및 징계로 인한 불이익 원상회복(일반적으로는 부당징계 기간 동안 정상적으로 근로했을 때와의 임금 차액 상당액 지급) 명령
부당전직	원직복직 및 전직으로 인한 불이익 원상회복(일반적으로는 부당전직으로 인한 임금감소분 지급) 명령
부당휴직	원직복직 및 휴직기간동안의 임금상당액 지급 명령
기타 부당인사명령	각 원상회복(부당인사명령 취소 및 임금 불이익분 지급) 명령

표12 구제의 내용

- Q. 해고기간 중에 생계를 위해 다른 회사에 취업해서 일을 했습니다. 이 경우에도 노동위원회나 법원에서 부당해고로 인정될 때 해고기간 중의 임금상당액 전부를 다 받을 수 있나요?
- A. 그렇지 않습니다. 해고기간 중의 수입(이를 흔히 ‘중간수입’이라 함)은 공제됩니다. 원칙적으로 해고가 위법하여 무효인 경우 사용자의 부당해고로 일을 하지 못한 것이므로

해고가 없었더라면 받을 수 있었던(해고일로부터 복직 시까지) 임금 전부를 사용자로부터 받을 수 있습니다(대법원 2002. 5. 31. 선고 2000다18127 판결). 이때 임금의 전부란 평균임금에 준하는 금액으로서 각종 고정 시간외근로수당은 물론 연월차휴가수당도 포함됩니다. 또한 해고기간 중 단체협약 등으로 임금 인상이 있었거나 호봉승급이 있었을 것이라면 그에 따른 인상분 역시 모두 지급되어야 합니다(대법원 1993. 9. 24. 선고 93다21736 판결).

다만, 해고기간 중 다른 직장에 취업하여 수입을 얻은 경우 이 수입은 해고기간 중의 임금상당액에서 공제됩니다. 그러나 근기법(제46조)은 사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우 평균임금의 70% 이상을 휴업수당을 지급하도록 하고 있기 때문에, 공제를 하더라도 휴업수당에 준하는 임금은 반드시 지급되어야 합니다(대법원 2005. 1. 13. 선고 2004다37744 판결). 결국 해고기간 중 다른 직장에서 번 수입이 있어 공제를 하더라도 최소한 받아야 할 평균임금의 70%는 지급되어야 하는 것입니다.

한편, 금전보상명령의 경우에는 근기법(제30조 제3항)에서 ‘임금 상당액 이상의 금품’을 지급하도록 되어 있기도 하고 금전보상명령 자체가 심판위원회의 재량사항이라 금전보상명령액에서는 꼭 중간수입을 공제해야 하는 것은 아니라는 판례(서울행정법원 2013. 4. 11. 선고 2012구합23617 판결)가 있습니다.

한편, 구제신청의 요건 자체가 충족되지 않는 경우에는 각하를 하게 됩니다. 각하 대상은 1)신청기간을 지나서 신청한 경우, 2)노동위원회의 보정요구나 출석요구에 2회 이상 불응한 경우 등 신청의사를 포기한 것으로 인정되는 경우, 3)신청인이 근기법상 근로자가 아니거나 피신청인 사용자를 잘못 지정한 경우 또는 상시 사용 근로자 5인 미만 사업체인 경우, 4)구제신청의 내용이 노동위원회의 구제명령 대상이 아닌 경우, 5)같은 취지의 구제신청을 거듭 제기한 경우, 6)신청 내용이 법령상이나 사실상 실현할 수 없거나 신청의 이익이 없음이 명백한 경우입니다.

과거에는 구제신청 사건 계류 중에 근로계약기간이 만료되거나 정년에 도달한 경우, 부당해고가 맞더라도 복직이 불가능하므로 신청의 이익(구제이익)이 없다고 하여 각하 대상이었습니다. 그런데 최근 대법원은 복직이 불가능하더라도 임금상당액 지급의 구제명령은 할 수 있으니 구제이익이 있어 판정을 해야 한다고 판례를 변경하였고(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 판결), 이에 따라 근기법도 개정되었습니다(근기법 제30조 제4항 신설. 2021. 11. 19. 시행).

Tip.

- 근로자의 부당해고 구제신청 후 사용자가 복직발령을 하는 경우가 있습니다. 실질적으로 해고를 철회하고 정상적인 복직을 시키는 것이라면 바람직한 일이지만 부당해고 판정을 피하기 위한 목적으로 형식적인 복직발령을 하는 경우도 있습니다. 복직발령을 하면 기본적으로는 신청취지가 이미 달성됐다는 이유로 원칙적으로는 노동위원회가 각하 판정을 하게 됩니다.
- 해고기간 중 임금상당액도 지급하지 않고 실질적인 복직발령도 아니라면 근로자가 취할 수

있는 방법은 통상 2가지입니다. 1)복직을 포기하고 금전보상명령을 신청하는 방법입니다. 사용자가 해고를 철회한 경우에는 구제이익이 없어 노동위원회가 금전보상명령도 할 수 없다고 볼 수도 있으나 복직발령보다 금전보상명령신청을 먼저 한 경우에는 구제이익을 인정한 사례가 대부분이고, 복직발령을 먼저 했어도 해고기간 중 임금상당액이 지급되지 않은 경우에는 금전보상명령이 행해진 사례가 있습니다. 2)복직발령에 진정성이 없어 유효한 복직발령이 아님을 주장하는 방법입니다. 노동위원회는 사용자가 복직발령을 했어도 해고기간 중 임금상당액을 지급하지 않고 실질적인 복직자리가 없는 등 복직발령이 내려진 경위와 시점, 복직발령의 내용 등을 종합적으로 검토해서 복직발령에 진정성이 없다고 판단되면 실질적인 복직발령이 행해지지 않은 것으로 보아 구제이익이 있다고 판단하고 있습니다.

나) 재심신청과 행정소송

지노위 판정에 불복하는 당사자는 판정서를 받은 날로부터 10일 이내에 중노위에 재심을 신청할 수 있습니다. 중노위 재심은 지노위 초심과 유사한 형식으로 사건에 대한 공방을 다시 한번 진행하게 됩니다(초심서류가 중노위로 전달되므로 초심에서 제출한 서면을 요약하여 서면을 제출하거나 추가적인 자료만 제출해도 됨).

중노위 판정에 불복하는 당사자는 중노위의 재심판정서를 받은 날로부터 15일 이내에 중노위 위원장을 상대로 행정소송을 법원에 제기합니다. 행정소송에서 피고는 중노위 위원장이므로 중노위가 당사자로서 소송을 진행하나 중노위에서 이긴 쪽은 피고보조참가인신청을 하여 소송에 참여할 수 있습니다.

참고로, 노동위원회에 구제신청을 제기한 것과 별개로 법원에 해고무효확인소송(민사소송)을 제기할 수도 있습니다. 중노위에서 정당한 해고라고 구제신청이 기각된 경우 이에 대한 행정소송을 제기하지 않고 별도의 민사소송을 제기하는 것도 가능하며, 구제신청을 통해 행정소송이 계류 중인 경우에도 역시 별도로 민사소송을 제기할 수 있습니다.

다) 이행강제금

지노위나 중노위의 구제명령을 사용자가 이행하지 않을 경우 노동위원회는 사용자에게 이행강제금을 부과합니다. 이행강제금은 해고의 경우 최소 500만원에서 최대 3,000만원이 부과되는데, 1년에 2회 최대 2년까지 총 4회 부과됩니다. 원직복직과 해고기간 중 임금상당액 지급 중 어느 하나라도 이행되지 않은 이른바 부분이행은 불이행으로 보아 이행강제금이 부과됩니다. 다만, 원직이 아닌 직으로 복직시켰거나 임금상당액 지급이 됐으나 금액에 다툼이 있는 경우 등은 다른 구제수단(부당전보 구제신청, 임금상당액차액 청구소송 등)을 통해 다투면 된다는 이유로 노동위원회는 불이행으로 보지 않고 이행강제금도 부과하지 않는 경향이 있습니다. 물론, 원직복직이 충분히 가능한데 고의로 원직이 아닌 직으로 복직시켰거나 임금상당액을 명백히 적게 지급한 경우에는 이행강제금 부과대상입니다.

이행강제금은 재심신청이나 행정소송 중이라는 이유로 부과가 유예되지

않으며, 중노위가 행한 부당해고 등의 인정 판정이 행정소송에서 뒤집히더라도 판결이 확정될 때까지는 계속해서 부과가 됩니다(최종적으로 법원에서 부당해고 등이 아니라는 판결이 확정되면 그동안 사용자가 납부한 이행강제금은 반환됨).

라) 구제명령 확정

사용자가 지노위 판정에 대한 재심신청 또는 중노위 판정에 대한 행정소송을 기간 내에 제기하지 않거나 행정소송에서 노동위원회의 판정을 유지한 판결에 대해 기간 내에 항소, 상고를 하지 않거나 최종 대법원에서 노동위원회 판정이 유지되면 구제명령은 확정됩니다.

확정된 구제명령을 위반한 사용자에게는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형이 부과됩니다(근기법 제111조). 처벌은 노동위원회가 고발하는 경우에만 가능하므로(근기법 제112조) 구제명령이 확정되면 구제명령을 행한 노동위원회는 고발을 하게 됩니다.

Q&A

Q. 직원 수가 4명인 사업체에서 일하다가 부당하게 해고가 되었습니다. 5인 미만 사업체라 노동위원회에 부당해고 구제신청을 할 수도 없다고 들었습니다. 법적으로 부당해고를 다뤄볼 수 있는 방법이 전혀 없나요?

A. 상시 사용 근로자 수가 5인 미만인 사업체의 근로자는 절대해고금지기간 중의 해고가 아니라면 근기법상의 부당해고 금지제도(근기법 제23조 제1항)가 적용되지 않고 노동위원회 구제신청절차도 이용할 수 없습니다.

그러나 우선 단체협약이나 취업규칙 또는 근로계약서에서 부당해고를 금지하는 규정이 있다면 그 규정 또는 특약 위반을 이유로 법원에 해고무효확인소송을 제기할 수 있습니다(대법원 2008. 3. 14. 선고 2007다1418 판결). 고용노동부에 진정도 가능하다고 봅니다. 한편, 관련 규정이 없더라도 사용자의 해고가 민법상 권리남용금지원칙에 위반됨을 이유로 소송을 제기해볼 수도 있으나 실제로 인정되는 경우는 드뭅니다.

그런데 기간제 근로자가 계약기간 만료 전에 해고된 경우에는 민법에 근거하여 남은 계약기간의 임금상당액을 청구하는 소송을 제기할 수 있습니다. 또한 기간제 근로자가 계약기간 만료로 계약해지된 경우에도 ‘갱신기대권’은 노동법상의 권리가 아니므로 5인 미만 사업체에도 적용될 수 있다고 보아, 갱신기대권이 인정되고 갱신거절의 합리성이 없는 경우 사용자의 갱신거절은 무효라고 판결한 최근의 하급심 판례가 있습니다(서울중앙지법 2021. 6. 25. 선고 2019가합586061 판결).

Q. 부당해고로 인정되는 경우 해고기간 중의 임금상당액 뿐만 아니라 정신적 고통에 대한 위자료도 사용자에게 청구할 수 있나요?

A. 부당해고가 불법행위로까지 인정되는 경우에는 가능합니다. 불법행위란 고의 또는 과실로 위법행위를 하여 타인에게 손해를 끼치는 행위를 말하는데, 모든 위법행위가 다 불법행위인 것은 아닙니다. 부당해고 역시 그 자체로 불법행위가 되는 것은 아닙니다. 사용자가 법률전문가가 아닌 이상 징계의 경중에 관한 관련 법령의 해석을 잘못된 데 불과한 경우에는

사용자에게 불법행위책임을 물을 수 있는 과실이 없다고 일반적으로 해석됩니다. 그러나 사용자가 징계해고를 할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도로 해고를 한 경우, 조금만 주의를 기울이면 징계사유가 되지 않음을 알 수 있었던 경우 등 사회통념에 비춰 용인할 수 없음이 명백한 경우에는 불법행위가 성립될 수 있습니다. 부당해고가 불법행위로 인정되는 경우에는 그에 따라 입게 된 근로자의 정신적 고통에 대해서도 사용자가 배상할 의무가 있습니다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다86247 판결).

또한, 징계해고가 무효라는 판결이 확정되었음에도 장기간에 걸쳐 복직발령을 거부하는 경우에도 근로자의 인격권을 침해한 행위로서, 사용자에게 근로자의 정신적 고통에 대해 배상할 의무가 있다고 봅니다(대법원 1994. 2. 8. 선고 92다893 판결).

참고로, 실제로 부당해고를 불법행위로까지 보아 위자료 지급의무를 인정한 판례는 많지 않습니다. 그리고 정신적 고통에 대한 위자료를 받기 위해서는 법원에 소송을 제기해야 합니다.

심판사건 처리 흐름도

