

전면개정판

주제별 판례 분석집

• 개별적 근로관계 •

2020. 11.



중앙노동위원회
National Labor Relations Commission

이 책은 기존 2017년도판 「주제별 판례 분석집(개별적 근로관계)」의 체계를 개편하고, 최신 주요 판례들을 추가 수록하여 개정한 것입니다.

특히 노동위원회 조사관들과 위원들의 조사, 심문 및 판정 과정에 참고 자료로 활용될 수 있도록 판례를 분석하여 정리한 것이고, 학문적·이론적 입장에서 작성한 것은 아님을 밝혀 드립니다.

본 자료가 노동위원회 조사관의 조사보고서 및 판정서 작성, 위원들의 심문과 판정에 적극 활용되어 노동위원회의 효율적·전문적인 업무수행에 많은 도움이 될 수 있기를 기대합니다.

제1부 구제신청의 요건 1

제1장 개관 7

제2장 구제신청의 당사자 11

제1절 근로자(신청인) 13

1. 개설 13
2. 근로기준법상 근로자의 개념 31
3. 근로기준법상 근로자성 판단기준에 관한 판례의 변화 41
4. 판례에 나타난 사용종속관계의 구체적인 징표에 관한 판단 81
5. 근로기준법상 근로자와 노동조합법상 근로자의 관계 32
6. 2006년 이후 근로기준법상 근로자성 관련 판례 52

제2절 사용자(피신청인) 81

1. 개설 81
2. 사용자의 개념 및 사용자 지위 판단기준 18
3. 피신청인 적격에 관한 주요 쟁점 38
4. 사용자 적격 불비 사건의 처리 14
5. 사용자 적격 관련 판례(간접고용·근로자공급사업·고용승계 중심) 401

제3장 구제대상 129

제1절 대상적격 개관 131

1. 대상적격의 의의 및 판단기준 11
2. 대상적격이 없는 경우의 처리 절차 3

제2절 대상적격 관련 판례 135

1. 개별 처분유형별 판례 135
2. 연속된 두 개의 처분이 있는 경우 10
3. 근로조건 위반에 대한 손해배상이 문제된 경우 3

제4장 구제이익	145
제1절 구제이익 개관	147
1. 구제이익의 의의	147
2. 구제이익 판단의 기준시기	148
제2절 임금 상당액 지급 명령과 관련한 독자적 구제이익의 인정 여부	149
1. 쟁점	149
2. 판례의 경향	149
3. 판례 변화에 따른 실무적 쟁점 검토	151
제3절 구제이익 관련 판례	154
1. 구제신청의 목적이 이미 달성된 경우	154
2. 사정변경으로 인하여 원상회복이 불가능해진 경우(근로관계 종료, 폐업 등)	851
3. 별개의 민사소송에서 근로자 패소 판결이 확정된 경우	151
4. 기타 각하 요건에 해당하는 경우	155
제5장 제척기간 및 법 적용 범위	169
제1절 제척기간	171
1. 개관	171
2. 제척기간 관련 판례	171
제2절 법 적용 범위	175
1. 근로기준법상 해고 등 제한 규정 적용 사업장	175
2. 하나의 사업·사업장의 판단기준	176
3. 상시근로자수 산정방식	178

제2부 구제신청의 내용 181

제1장 채용내정·시용·수습	195

제1절 채용내정	197
1. 의의와 법적 성질	197
2. 채용내정자에 대한 해고	198
3. 채용내정 관련 판례	199
제2절 시용·수습	204
1. 의의와 법적 성질	204
2. 시용근로관계의 성립	205
3. 시용근로자에 대한 본채용 거부 및 그 합리성	207
4. 시용 관련 판례	210
제2장 인사명령	235
제1절 인사명령의 의의	237
1. 개념	237
2. 구별 개념	237
3. 구체신청의 근거	238
제2절 전직·전보	239
1. 전직·전보의 개념 및 필요성	239
2. 전직·전보의 정당성 판단	239
3. 전직·전보 관련 판례	243
제3절 전적	262
1. 전적의 개념	262
2. 전적의 정당성 판단	262
3. 전적 관련 판례	264
제4절 대기발령·직위해제	268
1. 대기발령과 직위해제의 의의	268
2. 대기발령의 구체이익 판단	271
3. 대기발령의 정당성 판단	273
4. 대기발령 관련 판례	276

제5절 휴직명령	290
1. 휴직의 개념	290
2. 휴직의 정당성 판단	291
3. 휴직 종료와 복직 등	292
4. 휴직 관련 판례	293
 제3장 해고의 존부와 직권면직	297
제1절 의의	299
제2절 사직·합의해지(해고의 존부)	300
1. 사직·합의해지의 개념	300
2. 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임	301
3. 사직의 의사표시와 하자	306
4. 사직의 의사표시의 철회	309
5. 사직·합의해지 관련 판례	310
제3절 직권면직(통상해고)	336
1. 개관	336
2. 직권면직의 의의 및 성질	336
3. 직권면직의 제한	338
4. 직권면직 또는 당연퇴직 규정의 해석	340
5. 직권면직규정과 징계규정의 관계(직권면직에의 징계절차 적용 여부) ...	143
6. 대기발령에 이은 직권면직	342
7. 직권면직 사유별 검토	345
8. 직권면직 관련 판례	350
 제4장 징계와 징계해고	381
제1절 의의	383
제2절 징계사유	383
1. 의의	383

2. 징계사유의 유형	383
3. 징계사유별 정리	384
4. 징계사유별 판례	402
제3절 징계양정	449
1. 징계양정의 의의와 방법	449
2. 징계양정의 원칙	452
3. 징계양정 시 고려사항 세부 검토	452
4. 징계양정 관련 판례	457
제4절 징계절차	483
1. 개관	483
2. 징계절차 규정의 법적 지위	483
3. 소명(변명)기회 부여	487
4. 사전통지 관련 문제	488
5. 징계위원회의 구성 및 운영	492
6. 근로자대표를 참여시키지 않은 징계절차의 적법 여부	494
7. 사전동의 또는 사전협의 규정	498
8. 징계재심절차와 관련한 문제	500
9. 해고 사유 및 시기의 서면통지	503
10. 징계절차 관련 판례	506
제5절 징계시효	567
1. 개설	567
2. 징계시효 관련 판례	572
제6절 이중징계 및 재징계	581
1. 이중징계	581
2. 재징계	584
제5장 경영상 해고	589
제1절 경영상 해고의 의의 및 성격	591

제2절 경영상 해고의 정당성 요건	591
1. 의의	591
2. 긴박한 경영상의 필요성(제24조 제1항)	595
3. 해고회피노력(제24조 제2항)	595
4. 해고대상자 선정의 합리성·공정성(제24조 제2항)	595
5. 근로자대표에 대한 사전통보 및 성실한 협의(제24조 제3항)	595
제3절 기타 경영상 해고 관련 논점	604
1. 고용안정협약	604
2. 우선재고용 의무	605
제4절 경영상 해고 관련 판례	607
1. 긴박한 경영상 필요성 인정 여부	607
2. 해고회피노력 충족 여부	622
3. 해고대상자 선정의 합리성·공정성 인정 여부	608
4. 근로자대표에 대한 사전통보 및 성실한 협의 인정 여부	605
5. 기타 경영상 해고 관련 논점	606
제6장 기간제 근로계약 종료	673
제1절 기간제 근로계약 개관 및 주요쟁점	675
1. 개설	675
2. 기간제 근로계약의 종료	675
3. 갱신기대권	681
4. 무기계약 전환기대권	681
5. 사용기간제한의 예외 관련	683
제2절 기간제 근로계약 종료 관련 판례	699
1. 사실상 무기계약으로 인정한 판례	699
2. 갱신기대권이 인정된 판례	705
3. 갱신기대권이 부정된 판례	702
4. 갱신거절에 있어 합리적 이유가 있다고 본 판례	699

5. 갱신거절에 있어 합리적 이유가 없다고 본 판례	6
6. 무기계약 전환기대권 관련 판례	76
7. 사용기간제한의 예외 관련 판례	78
8. 기타 판례	764

제3부 비정규직 차별시정 767

제1장 차별시정제도의 개관 771

제1절 차별시정제도의 의의 773

제2절 도입배경 및 연혁 773

제3절 차별시정제도의 특징 774

제2장 차별시정제도(차별시정 명령)의 구체적 요건 777

제1절 개설 779

제2절 신청요건 판단 요소 779

1. 당사자적격 779

2. 제척기간 785

3. 시정이익 785

제3절 본안 판단 요소 787

1. 비교대상근로자 787

2. 차별금지영역 797

3. 불리한 처우 799

4. 차별의 합리적 이유 존부 801

제3장 차별시정 요건별 관련 판례 805

제1절 당사자적격 관련 판례 807

제2절 제척기간과 신청범위 관련 판례	809
제3절 기간제법 적용여부 관련 판례	812
제4절 시정이익과 소의 이익 관련 판례	814
1. 근로관계 종료 시 금전배상의 시정이익	814
2. 금전보상명령 또는 배상명령의 독자적 시정이익	814
제5절 비교대상근로자 관련 판례	816
1. 대학교 시간강사 관련 비교대상근로자	816
2. 조리원 관련 비교대상근로자	816
3. 은행 종사 관련 비교대상근로자	818
4. 철도 매표원 등에 대한 비교대상근로자	818
5. 중형버스 운전원에 대한 비교대상근로자	818
6. 기간제 부지점장의 비교대상근로자	818
7. 연구소의 참여연구원에 대한 비교대상근로자	818
8. 공항전력시설 유지관리업무 기간제근로자	818
9. 직업상담원과 전화상담원	820
10. 부자재보조와 약품원료보조 업무담당 기간제근로자	820
11. 사료연구위원	825
12. 사무보조원(비서)	825
13. 카지노 계약직 딜러	826
14. 육아휴직 대체 사서	827
15. 군인 복지시설의 현장 행정지원 업무 담당자	828
16. 기간제 근무 기간제교원	828
17. 교육공무직 대체근로자	829
18. 기간제 연구시설 운영직	829
19. 프로젝트 계약직과 학예연구직	830
20. 기간제 환경미화원과 무기계약직 환경미화원	830
21. 기간제 환자이송원	831
22. 기간제 운전강사	832

제6절 불리한 처우 존재 관련 판례	833
1. 항목별 비교 방식에 따라 판단한 사례	3
2. 범주화 비교 방식에 따라 판단한 사례	3
제7절 합리적 이유 관련 판례	837
1. 합리적 이유를 부정한 판례(차별을 인정한 판례)	73
2. 합리적 이유를 인정한 판례(차별을 부정한 판례)	38

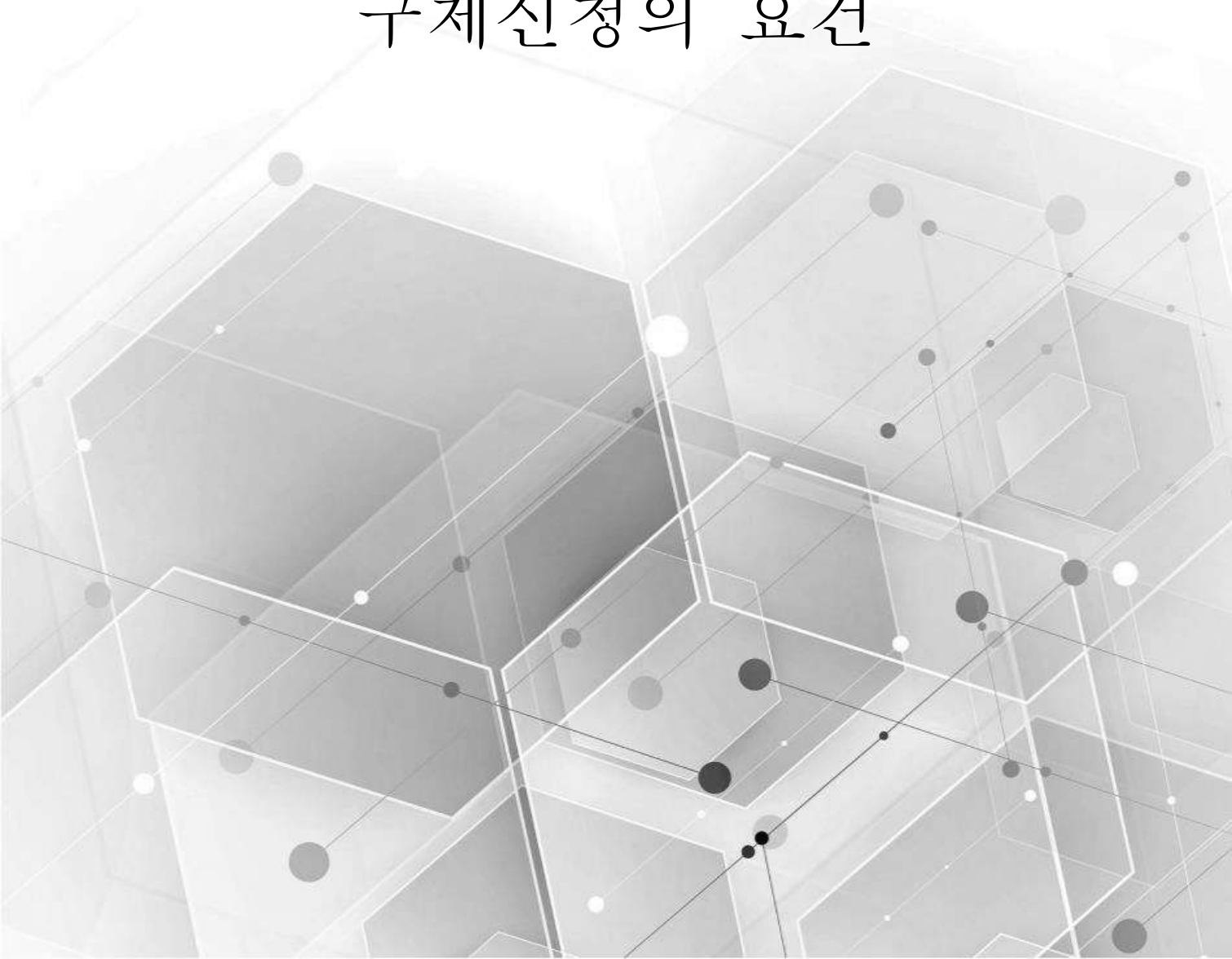
제4부 근로기준법상 이행강제금 851

제1장 이행강제금 개관 및 주요쟁점	855
제1절 의의	857
제2절 법적 근거 및 성질	857
제3절 근로기준법상 이행강제금	858
제2장 부과처분에 대한 불복	859
제1절 의의	861
제2절 본안 전 판단	861
1. 원고(청구인)적격·대상적격	8
2. 피고(피청구인)적격	8
3. 재송기간	862
제3절 근로기준법상 이행강제금 부과처분에 대한 사용자 측 주장	863
1. 구제명령의 하자과 이행강제금 부과처분의 관계	8
2. 구제명령의 이행 여부 또는 이행할 수 없는 사유에 대한 판단	38
3. 이행강제금 부과금액의 적정성	8
4. 이행강제금 부과절차의 적법성	8
제4절 이행강제금 부과처분에 대한 집행정지 인정 여부	868

제3장 불복절차 관련 판례	869
제1절 구제명령의 하자과 이행강제금 부과처분의 관계에 관한 판례	871
제2절 구제명령의 이행 여부 또는 이행할 수 없는 사유에 대한 판례	873
1. 원직복직 관련 판례	873
2. 구제명령을 이행하지 않았거나, 이행하지 못함에 있어 정당한 사유가 없다고 본 사례	875
제3절 임금 상당액 지급에 관한 판례	878
1. 임금 상당액 지급 일반론에 관한 판례 및 구제명령을 이행하였다고 본 사례	878
2. 구제명령을 이행하지 않았거나, 이행하지 못함에 있어 정당한 사유가 없다고 본 사례	879
3. 구제명령 불이행의 판단시점에 관한 판례(재결례)	888
제4절 이행강제금 부과금액 관련 판례	885
제5절 부과절차 관련 판례	888
제6절 이행강제금 부과처분에 대한 집행정지 관련 판례	892

제 1 부

구제신청의 요건



목 차

제1장 개관	7
제2장 구제신청의 당사자	11
제1절 근로자(신청인)	13
1. 개설	13
2. 근로기준법상 근로자의 개념	13
3. 근로기준법상 근로자성 판단기준에 관한 판례의 변화	14
3.1 2006년 이전 판단기준	14
3.2 2006년 이후 판단기준	17
가. 근로자성 판단기준	17
나. 2006년 이전 판례와의 차이점	18
4. 판례에 나타난 사용종속관계의 구체적인 징표에 관한 판단	18
4.1 업무 내용을 사용자가 정하는지 여부 · 19	
4.2 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용 여부	19
4.3 업무수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지	20
4.4 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속받는지 여부 · 21	
4.5 노동제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노동 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지 여부	21
4.6 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득 세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항	22
4.7 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도	22
4.8 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지	23
5. 근로기준법상 근로자와 노동조합법상 근로자의 관계	23
6. 2006년 이후 근로기준법상 근로자성 관련 판례	25
6.1 근로자성을 인정한 판례	26
가. 객공 재봉공(2009년)	26
나. 고시원 총무(2017년)	27
다. 공무원(2014년)	27
라. 대학 시간강사(2007년)	28
마. 도급제 사원(소사장, 2016년)	29
바. 등기 임원(2019년)	29
사. 매장관리자(2013년)	30
아. 방과후학교 강사(2013년)	30
자. 백화점 매니저(2011년) 및 판매원(2017년)	31
차. 법무법인의 구성원으로 등기된 변호사(2012년)	34
카. 비등기 임원(2013년)	35
타. 사업자등록을 한 의사(2011년)	36
파. 시립교향악단 비상임단원(2013년) · 37	
하. 영농조합법인의 등기이사(2017년) · 37	
거. 영상취재요원(VJ, 2011년)	38
너. 병원의 원목(2015년)	39
더. 원어민 영어강사(2014년, 2015년, 2019년)	40
러. 웨딩플래너(2017년)	41
머. 일용 공사현장의 심장(2018년)	42
버. 입시학원 단과반 강사(2019년)	43
서. 재택위탁집배원(2019년)	44
어. 전기검침원(전기요금 청구서 송달업무 포함, 2014년)	45
저. 전화 보험설계사(2010년)	46
처. 주민자치센터의 자원봉사자(2019년) · 46	
커. 채권추심원(2008년, 2015년, 2016년, 2018년, 2020년)	47
터. 텔레마케터(2008년, 2016년)	52
퍼. 프리랜서 방송제작PD(2014년)	54
히. 프리랜서 아나운서(2019년)	56

목 차

고. 학원버스 기사(2007년, 2015년) ····· 56	3.1 권리·의무 귀속주체와 사용자 지위 판단 · 83
노. 형식적 대표이사(실제 경영자가 별도로 있는 경우, 2009년) ····· 58	가. ‘사업 경영 담당자’ 또는 ‘근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자’ ····· 83
도. 화물운송 지입차주 겸 운전기사 (2013년, 2018년) ····· 59	나. 법인이 설치한 하부기관 ····· 84
로. AS대행계약을 체결한 가전수리기사 (2016년) ····· 60	다. 국가의 하부기관, 행정관청 및 시설 등 · 84
6.2 근로자성이 부정된 판례 ····· 62	3.2 간접고용관계와 사용자 지위 판단 ··· 86
가. 간병인(2009년) ····· 62	가. 간접고용과 사용자 지위 판단요소 · 87
나. 골프장 경기보조원(캐디, 2014년) · 63	나. 간접고용 관련 사용자 지위 인정 주요 유형 ····· 90
다. 교회 부목사, 교육전도사(2005년) · 64	3.3 근로자공급사업(항운노조원) ····· 92
라. 국민기초생활보장법에 따른 자활사업 참여자(2014년) ····· 65	가. 항운노조의 사용자 지위 인정에 관한 판례 경향 ····· 92
마. 도급제 사원(소사장, 2016년) ····· 65	나. 사용자 지위를 인정한 사례 ····· 93
바. 배움터지킴이(2015년) ····· 66	다. 사용자 지위를 인정하지 않은 사례 · 93
사. 백화점 매장관리자(2018년) ····· 67	3.4 고용승계와 사용자 지위 판단 ····· 94
아. 보험관리사(2013년) ····· 68	가. 영업양도에 따른 고용승계와 사용자 지위 판단 ····· 94
자. 비등기 임원(2016년, 2017년) ····· 69	나. 수탁업체 변경에 따른 고용승계와 사용자 지위 판단 ····· 98
차. 야쿠르트 위탁판매원(2016년) ····· 70	다. 회사합병과 회사분할에 따른 근로관계 승계 ····· 101
카. 영상취재요원(VJ, 2013년) ····· 71	라. 법률규정과 행정기관 지침에 따른 새로운 법인 설립과 근로관계 승계 · 102
타. 위탁 수영강사(2018년) ····· 72	4. 사용자 적격 불비 사건의 처리 ····· 104
파. 유치원 버스기사(2014년) ····· 73	4.1 사용자가 아닌 자를 상대로 한 구제신청 104
하. 음식배달대행기사(2018년) ····· 73	4.2 사용자가 아닌 자에 대한 노동위원회의 구제명령 ····· 104
거. 지자체와 위탁계약을 체결한 어린이집 원장(2011년) ····· 74	5. 사용자 적격 관련 판례(간접고용·근로자 공급사업· 고용승계 중심) ····· 104
너. 채권추심원(2009년, 2013년, 2015년, 2020년) ····· 75	5.1 묵시적 근로계약관계 관련 판례 ··· 104
더. 학습지 교사(2018년) ····· 78	가. 묵시적 근로계약관계가 인정된 판례 · 104
러. 학원버스 기사(2008년) ····· 78	나. 묵시적 근로계약관계가 인정되지 않은 판례 ····· 109
머. 헬스장 개인교습 트레이너(2014년) · 79	5.2 근로자파견관계 관련 판례 ····· 111
버. 화물 운송 지입차주 겸 운전기사(2013년) · 79	가. 근로자파견관계가 인정된 판례 ··· 111
제2절 사용자(피신청인) ····· 81	나. 근로자파견관계가 인정되지 않은 판례 ····· 116
1. 개설 ····· 81	
2. 사용자의 개념 및 사용자 지위 판단기준 · 81	
2.1 사용자의 개념 ····· 81	
2.2 사용자 지위 판단기준 ····· 82	
3. 피신청인 적격에 관한 주요 쟁점 ····· 83	

목 차

5.3 근로자공급사업자의 사용자 지위 관련 판례	122
가. 근로자공급사업자의 사용자 지위가 인정된 판례	122
나. 근로자공급사업자의 사용자 지위가 인정되지 않은 판례	123
5.4 고용승계 관련 판례	124
가. 고용승계가 인정된 판례	124
나. 고용승계가 인정되지 않은 판례	126
제3장 구제대상	129
제1절 대상적격 개관	131
1. 대상적격의 의의 및 판단기준	131
2. 대상적격이 없는 경우의 처리 절차	133
제2절 대상적격 관련 판례	135
1. 개별 처분유형별 판례	135
1.1 직위해제 및 대기발령	135
1.2 소급하여 대기발령을 한 사안	136
1.3 근속승진 누락	137
1.4 인사고과	137
1.5 인사평가에 따른 성과급 및 임금 미지급	138
1.6 승급보류 처분	139
2. 연속된 두 개의 처분이 있는 경우	140
2.1 감봉처분 후 행해진 실제 급여 삭감행위	140
2.2 원직복직명령을 이행 후 복직을 취소한 경우	141
2.3 원징계 처분 후에 행해진 징계심의 결과의 통보	141
2.4 직위해제 후 이루어진 전직 처분	142
2.5 2차에 걸쳐 해고처분을 한 경우	143
3. 근로조건 위반에 대한 손해배상이 문제된 경우	143
제4장 구제이익	145
제1절 구제이익 개관	147
1. 구제이익의 의의	147
2. 구제이익 판단의 기준시기	148
제2절 임금 상당액 지급 명령과 관련한 독자적 구제이익의 인정 여부	149
1. 쟁점	149
2. 판례의 경향	149
3. 판례 변화에 따른 실무적 쟁점 검토	151
3.1 구제신청 절차 중 계약기간 만료, 정년 도래의 경우	151
3.2 구제신청 전 계약기간 만료, 정년 도래의 경우	152
3.3 구제신청 절차 중 사업장이 소멸하는 경우	152
3.4 구제신청 절차 진행 중 근로자가 사망한 경우	153
3.5 해고 외 정직 등의 경우	153
제3절 구제이익 관련 판례	154
1. 구제신청의 목적이 이미 달성된 경우	154
1.1 해고 후 원직복직된 경우	154
1.2 해고 처분을 철회하면서 전보명령을 한 경우	157
1.3 대기발령(직위해제) 이후 처분이 해제된 경우	157
2. 사정변경으로 인하여 원상회복이 불가능해진 경우(근로관계 종료, 폐업 등)	158
2.1 근로관계가 종료된 경우	158
2.2 사업체가 소멸된 경우(사실상 사업계속이 불가능한 경우)	162
2.3 전보명령, 승진 및 배치전환 후 해고된 경우	163
3. 별개의 민사소송에서 근로자 패소 판결이 확정된 경우	164
4. 기타 각하 요건에 해당하는 경우	165
4.1 구제신청의 포기가 있는 것으로 인정되는 경우	165

목 차

4.2 근로자가 동의한 경우	166
4.3 복수의 구제신청 중 하나가 인용된 경우의 나머지 구제신청의 효력	166
4.4 구제신청의 중복 제기 등의 경우 ...	167
4.5 보정요구를 2회 이상 하였음에도 보정을 하지 아니한 경우	167

제5장 제척기간 및 법 적용 범위 169

제1절 제척기간 171

1. 개 관	171
2. 제척기간 관련 판례	171
2.1 ‘권리구제신청기간’의 성격	171
2.2 ‘부당해고 등이 있는 날’의 의미	172
2.3 ‘계속하는 행위’의 의미	174

제2절 법 적용 범위 175

1. 근로기준법상 해고 등 제한 규정 적용 사업장	175
2. 하나의 사업·사업장의 판단기준	175
3. 상시근로자수 산정방식	178
3.1 상시근로자수의 계산	178
3.2 근로자의 범위	179
3.3 사업장 가동일수	180

제 1 장
개관

제1장 개관

근로기준법 제23조 제1항은 ‘사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌을 하지 못한다.’라고 규정하고 있고, 동법 제28조 제1항은 ‘사용자가 근로자에게 부당해고 등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다.’라고 규정하고 있음

부당해고 등 구제신청이 신청요건을 갖추지 못하였거나, 사건 진행 중 그 요건을 상실한 경우에는 해고 등의 정당성 및 부당노동행위·차별적 처우의 존부를 판단할 필요 없이 구제신청을 각하해야 함.¹⁾²⁾ 노동위원회규칙 제60조³⁾는 7가지 사유에 해당하는 경우 해당 구제신청이 ‘신청요건’을 결여하고 있다고 보아 각하하도록 하고 있음.⁴⁾ 각하사유에 관하여는 근로기준법·노동조합 및 노동관계조정법·기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률·노동위원회법 등에 아무런 규정이 없기 때문에 노동위원회규칙 제60조의 해석에 따를 수밖에 없음⁵⁾

노동위원회규칙 제60조 제1항 제1호·제2호·제3호·제5호·제7호의 각하사유는 기각과

- 1) 이하는 중앙노동위원회 변성영 차별시정전문위원, “각하와 기각”(2019. 10.)을 참조함
- 2) 각하와 구별되는 개념으로 ‘기각’이 있음. 기각이란, 심판위원회가 근로자의 구제신청의 내용이 이유가 없다고 인정하여 이를 배척하는 본안에 관한 판정을 말하는 것으로(근로기준법 제30조 제1항, 노동위원회 규칙 제60조 제2항), 구제신청이 적법요건을 모두 갖추어 노동위원회규칙 제60조 제1항 각 호의 사유에는 해당되지 않음이 전제되어야 함
- 3) 노동위원회규칙 제60조(판정) ① 심판위원회는 심판사건이 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 각하한다.
 1. 관계 법령의 규정에 따른 신청기간을 지나서 신청한 경우
 2. 제41조에 따른 보정요구를 2회 이상 하였음에도 보정을 하지 아니한 경우
 3. 당사자적격이 없는 경우
 4. 구제신청의 내용이 노동위원회의 구제명령 대상이 아닌 경우
 5. 같은 당사자가 같은 취지의 구제신청을 거듭하여 제기하거나 같은 당사자가 같은 취지의 확정된 판정(법 제16조의3에 따른 화해조서를 포함한다)이 있음에도 구제신청을 제기한 경우나 판정이 있은 후 신청을 취하하였다가 다시 제기한 경우
 6. 신청하는 구제의 내용이 법령상이나 사실상 실현할 수 없거나 신청의 이익이 없음이 명백한 경우
 7. 신청인이 2회 이상 출석에 불응하거나 주소불명이나 소재불명으로 2회 이상 출석통지서가 발송되거나 그 밖의 사유로 신청 의사를 포기한 것으로 인정될 경우
- 4) 한편 소송에서 소가 적법하기 위한 요건(소송요건)으로는 ① 법원에 관한 소송요건(제소한 법원에 재판권 및 관할권이 있을 것), ② 당사자에 관한 소송요건(당사자가 실재하고, 당사자능력, 당사자적격 및 소송능력이 있을 것 등), ③ 소송물에 관한 소송요건(소의 이익이 있을 것 등)이 있음. 이러한 소송요건을 구비하지 못한 경우 그 소는 각하되고, 소송요건에 흠이 없을 경우 본안심리에 이르게 됨
- 5) 한편 노동위원회규칙에 명시된 것은 아니나, 근로기준법에 따르면 부당해고 등 구제신청은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여만 가능하므로(근로기준법 제11조, 제28조) 상시근로자가 5인 미만인 사업장에 대한 구제신청은 각하되어야 함

혼동할 여지가 없는 내용으로, 정한 요건에 해당하는 경우 그대로 각하하면 되나, 동 규칙 제60조 제1항 제4호(대상적격)와 제6호(구제이익)의 경우 기각 사유와 혼동하기 쉬움

대상적격(규칙 제60조 제1항 제4호)은 구제신청의 내용이 노동위원회 구제명령의 대상이 되는지 여부를 판단하는 문제임. 노동위원회의 구제명령 대상인지 여부는 해당 구제신청의 내용이 근로기준법 제23조 제1항의 “해고 등”에 포함되는지를 기준으로 판단해야 함(이에 관하여는 ‘제1부 제3장 구제대상’ 부분 참조)

구제이익(규칙 제60조 제1항 제6호)은 부당해고 등이나 부당노동행위에 관하여 노동위원회의 판단, 즉 구제명령을 구할 이익 또는 필요를 의미함. 신청인이 노동위원회 구제절차를 유지할 이익이라고도 정의할 수 있는데, 최근 대법원 전원합의체 판결에서 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 근로계약기간 만료, 정년 등의 사유로 원직복직이 불가능하게 된 경우에도 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지된다고 판시한 바가 있어, 구제신청 후 원직복직 불가 사유가 발생하게 된 경우 구제이익 존부 판단에 있어 유의하여야 함(이에 관하여는 ‘제1부 제4장 구제이익’ 부분 참조)

제1부에서는 위 대상적격과 구제이익을 포함하여, 구제신청이 본안판단으로 넘어가기 위하여 갖추어야 할 적법요건 및 관련 판례들에 대하여 다루고자 함

제 2 장

구제신청의 당사자

제1절 근로자(신청인)	13
1. 개설	13
2. 근로기준법상 근로자의 개념	13
3. 근로기준법상 근로자성 판단기준에 관한 판례의 변화	14
4. 판례에 나타난 사용종속관계의 구체적인 징표에 관한 판단	18
5. 근로기준법상 근로자와 노동조합법상 근로자의 관계	23
6. 2006년 이후 근로기준법상 근로자성 관련 판례	25
제2절 사용자(피신청인)	81
1. 개설	81
2. 사용자의 개념 및 사용자 지위 판단기준	81
3. 피신청인 적격에 관한 주요 쟁점	83
4. 사용자 적격 불비 사건의 처리	104
5. 사용자 적격 관련 판례(간접고용·근로자공급사업·고용승계 중심) ..	104

제1절 근로자(신청인)

1. 개설

근로기준법 제28조 제1항은 근로자만이 노동위원회에 부당해고 등의 구제신청을 제기할 수 있도록 하고 있고, 노동위원회규칙 제60조 제1항 제3호는 당사자적격이 없는 경우 노동위원회의 심판사건을 각하하도록 하고 있음

즉 근로자 적격이란 구제신청 절차에 있어서 신청인이 될 수 있는 자격을 말함

근로기준법은 근로자에 대한 정의 규정을 두고 있으나 근로자성에 대한 구체적인 판단이 쉽지 않은 경우가 있음

따라서 아래에서는 근로기준법상 근로자성 판단에 관한 판례의 태도와 구체적인 판단 사례를 살펴봄으로써 근로자성 판단에 대한 이해를 돕고자 함

2. 근로기준법상 근로자의 개념

근로기준법 제2조 제1항 제1호는 ‘근로자’를 ‘**직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에서 근로를 제공하는 자**’로 정의하고 있음

판례는 근로자성 인정 여부를 ‘**계약형식과 관계없이 실질적으로 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공했는지**’에 따라 판단해야 한다고 보고 있음⁶⁾

따라서 직업의 종류를 불문하므로 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자이면 예를 들어, 교육·훈련과 근로제공을 겸할 수 있는 위탁실습생⁷⁾이나 전공의⁸⁾도 근로자에 해당할 수 있고, 회사 이사 등 임원이 지위가 형식적·명목적일 뿐, 실질적으로 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하고 대가로 보수를 받아 온 경우⁹⁾에는 근로자에 해당할 수 있음

결국 근로기준법상 근로자성 판단 요소 중 핵심은, ① “사용종속관계 아래에서 근로를 제공하는지”와 ② “사용자로부터 자신이 제공한 근로의 대상으로 賃金을 지급받기로 한

6) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다99*** 판결(신용정보회사와 ‘채권추심업무위탁계약’을 체결하고 채권추심업무를 처리한 채권추심원은 근로기준법상 ‘근로자’에 해당한다) 등 참조

7) 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2*** 판결(고교 졸업예정자인 실습생도 근로의 실질관계가 인정된다면 근로자로 보아야 한다)

8) 대법원 1991. 11. 8. 선고 91다27*** 판결(전공의는 통상적으로 근로기준법상 근로자로 보므로 퇴직금의 적용대상이 된다), 대법원 1998. 4. 24. 선고 97다57*** 판결(공립병원의 전공의는 근로기준법상 근로자에 해당한다)

9) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64*** 판결(대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상 근로자에 해당한다), 대법원 2013. 6. 27. 선고 2010다57*** 판결(등기임원이 아니면서 전무라는 직함으로 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 받았다면 근로기준법상 근로자에 해당한다) 등 참조

것인지”의 두 가지인데, 근로자, 임금 그리고 근로계약의 개념은 서로 순환논리적인 관계에 있음을 부정하기 어려우므로, 근로기준법상 근로자성 판단에서 가장 본질적이고 중요한 기준은 계약의 형식 내지 직업의 종류나 직위가 아닌 사용자의 지휘·감독 아래 노동을 제공하는지 여부, 즉 실질적 내지 사실상의 ‘사용종속관계’ 인정 여부에 있다고 할 것임

3. 근로기준법상 근로자성 판단기준에 관한 판례의 변화

3.1 2006년 이전 판단기준

2006년 대법원의 대학입시학원 종합반강사의 퇴직금청구 사건¹⁰⁾에 관한 판결(이하 ‘2006년 대입종합반강사 판결’이라 함)이 나오기 이전까지 근로자성은 대체적으로 1994년도에 대법원에서 선고된 판결¹¹⁾(이하 ‘1994년 대법원 판결’이라 함)의 입장에 따라 판단되었음

1994년 대법원 판결은 “계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부”를 기준으로 근로자성을 판단하였으며, 이때 **종속적인 관계가 있는지 여부는 아래의 징표 등을 종합적으로 고려하여 판단하였음**

- ① 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지는지 여부
- ② 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받는지 여부
- ③ 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 **구체적·개별적인 지휘·감독**을 받는지 여부
- ④ 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부
- ⑤ 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 **업무의 대체성 유무**
- ⑥ 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계
- ⑦ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 **보수에 관한 사항**
- ⑧ 근로제공관계의 계속성과 사용자에게의 전속성의 유무와 정도
- ⑨ **사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부**
- ⑩ 양 당사자의 경제·사회적 조건

【대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22*** 판결】

근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으

10) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29*** 판결(학원강사가 매년 근로계약을 체결하는 형식을 취했다라도 실질적으로 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었다면 근로계약 갱신거절은 실질적으로 해고이다)

11) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22*** 판결(근로자 여부의 판단은 실질에 있어서 사용종속관계가 있는지 판단해야 한다)

로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

〈표〉 근로자성에 관한 구체적 판단 사례¹²⁾

직종	근로자성 인정	근로자성 부정
외근형 노무제공자	신문사 광고외근원 ¹³⁾ , 방송사 시청료 위탁징수원 ¹⁴⁾ , 신문판매확장 요원 ¹⁵⁾	전기요금 위탁 수금원 ¹⁶⁾ , 생명보험회사 외무 사원 ¹⁷⁾ , 학습지 교사 ¹⁸⁾ , 보험설계사 ¹⁹⁾ , 방문판매회사 판매대리인 ²⁰⁾ 등
차량 운전자	수영장 전속기사 ²¹⁾ , 오토바이 소유 퀵서비스 택배종사자 ²²⁾	지입차주 겸 운전자 ²³⁾ , 회사 소유 차량 운전 레미콘 운전기사 ²⁴⁾ , 레미콘 차주 겸 운전기사 ²⁵⁾
전문직 종사자, 강사, 예술인 등	학술 용역 계약 형태를 취한 노무 제공자 ²⁶⁾ , 전공의로 임명된 인턴·레지던트 ²⁷⁾ , 공중보건의사로 일반 병원에 배치되어 근무하던 자 ²⁸⁾ , 대학교 언어교육연구원 시간강사 ²⁹⁾ , 방송사 소속 관현악단원 ³⁰⁾	입시학원 단과반 강사 ³¹⁾ , 유흥업소 가수 ³²⁾
특수 형태 노무 제공자	방송사드라마제작국외부제작요원 ³³⁾ , 초등학교과학실험조교 ³⁴⁾ , 안마시술사 ³⁵⁾	향토 예비군 중대장 ³⁶⁾ , 골프장 캐디 ³⁷⁾ , 신문사 지사장 ³⁸⁾ , 재봉공 ³⁹⁾ , 애니메이션 채화 작업자 ⁴⁰⁾

12) 노동법실무연구회, 근로기준법 주해 I (제2판), 박영사, 2020, 138~150면 참조

13) 대법원 1988. 11. 8. 선고 87다카*** 판결(회사에서 지급되는 고정급보다 리베이트에 의존하는 광고외무원이라도 사용종속관계가 인정된다면 직원으로 보아야 한다)

14) 대법원 1993. 2. 9. 선고 91다21*** 판결(기본급이나 고정급이 없이 정수한 수수료에 대한 비율만을 수수료로 받는 위탁지시청료징수원은 근로기준법상 근로자에 해당한다)

15) 대법원 1996. 10. 29. 선고 95다카53*** 판결(신문사의 신문판매확장 요원)

16) 대법원 1970. 7. 21. 선고 69누*** 판결(전기회사 수금원이 수금방법이나 과정에 있어서 회사로부터 지휘감독을 받지 않는다면 회사에 대하여 종속관계가 있다고 할 수 없다), 대법원 1978. 7. 25. 선고 78다510 판결(수탁수금원에게 적용되는 수금규정들은 수금능률의 증진과 수금업무의 정확을 기하기 위한 규정에 불과하여 그 성질이 취업규칙과는 다르다)

17) 대법원 1990. 5. 22. 선고 88다카28*** 판결(외판원에 대하여 별도의 인사규정과 외무원규정 등을 두고 있다면 회사와 종속적 관계로 보기 어렵다)

18) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다20*** 판결(학습지 제작·판매 회사와 위탁업무계약을 체결하여 실적에 따

- 라 수수료를 받는 교육상담교사는 근로자로 볼 수 없다), 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다39*** 판결(학습지도교사는 회사와 사이에 사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자로 볼 수 없다)
- 19) 대법원 2000. 1. 28. 선고 98두9*** 판결(보험회사의 보험모집인의 근로시간 및 근로내용이 회사에 의해 지배·관리되지 않는다면 근로자는 회사와 종속적인 근로관계가 아니므로 근로자라 할 수 없다)
- 20) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001도5*** 판결(직업안정법 제34조 제1항 소정의 ‘근로자모집을 하는 자나 이에 종사하는 자’의 의미, 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부의 판단 기준)
- 21) 대법원 2000. 1. 18. 선고 99다48*** 판결(자기 소유의 버스를 수영장 사업주의 명의로 등록하고 수영장에 전속되어 회원운송용으로 왕복운행 하면서 매월 정액을 받은 자는 근로기준법상 근로자에 해당한다)
- 22) 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003두13*** 판결(자기 소유의 오토바이로 택배 업무에 종사하는 배달원은 근로자에 해당한다)
- 23) 대법원 1997. 11. 14. 선고 97누13*** 판결(예비군수송협회와 그 법인에 자기 소유의 버스를 기증하고 그 회원으로 가입하여 버스 관리자로 지정받아 이를 직접 관리·운행하여 온 자 사이에 사용종속관계가 없다)
- 24) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96누1*** 판결(독립적 운송사업을 하는 레미콘차량 운전자는 근로기준법상 근로자가 아니다)
- 25) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다57*** 판결(레미콘 운송차주들은 고용종속관계에 있는 근로자로 볼 수 없다)
- 26) 대법원 1991. 12. 13. 선고 91다24*** 판결(학술용역계약의 형식을 취하였지만 근로의 실질관계에 의하여 퇴직금을 청구할 수 있는 근로기준법 제14조 소정의 근로자에 해당한다)
- 27) 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카21*** 판결(전공의가 갑종근로소득세를 납부하고 병원장의 지휘감독을 받아 진료를 행하고 다른 의료기관을 개설하지 않고 있다면 근로자로 본다)
- 28) 대법원 1996. 2. 9. 선고 95다28*** 판결(공중보건의로서 일반 병원에 배치되어 업무에 관한 구체적 지시·지휘를 받으면서 노무를 제공하고 보수를 지급받는 자는 근로자이다)
- 29) 대법원 1994. 1. 11. 선고 93다17*** 판결(사실상 계약갱신이 관행화되었다면 갱신계약의 체결거부는 부당해고이다)
- 30) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다17*** 판결(방송사 소속 관현악단원은 근로기준법상 근로자에 해당한다)
- 31) 대법원 1996. 7. 30. 선고 96도*** 판결(입시학원 단과반 강사는 학원 측과 종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자로 볼 수 없다)
- 32) 대법원 1994. 4. 29. 선고 93누16*** 판결(유형업소 출연가수가 장소적, 시간적 구속하에서 노무를 제공한 것이 아니고 그에 대한 보수도 근로의 대가로 지급된 것이 아니므로 종속적인 관계하에서 노무를 제공하였다고 볼 수 없어 근로기준법 소정의 근로자에 해당하지 아니한다)
- 33) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다27*** 판결(한국방송공사 드라마제작국의 외부제작요원은 근로기준법상 근로자에 해당한다)
- 34) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다45*** 판결(일용 잡급의 형식으로 학교의 노무원으로 채용된 자도 근로자이므로 근로기준법이 적용된다)
- 35) 대법원 1992. 6. 26. 선고 92도*** 판결(수입의 일정 비율을 수당의 형식으로 받았더라도 사용종속관계가 유지되는 안마사는 근로자이다)
- 36) 대법원 1979. 4. 24. 선고 78다*** 판결(향토예비군 중대장은 향토예비군관계법령에 따라 향토의 방위를 위하여 의무적으로 그 직을 수행하여야 하는 것으로서 그에게 직책수당 명목의 돈이 지급된다고 하여 그를 근로기준법 제14조 소정의 “임금을 목적으로 근로를 제공하는 자”라고는 할 수 없어 동법에 의한 퇴직금을 청구할 수 없다)
- 37) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13*** 판결(골프장 시설운영자에 대하여 사용종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 제14조 소정의 근로자로 볼 수 없다)
- 38) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도2*** 판결(지사장이 위 신문사의 이름으로 행하고 있다고 하더라도 그의 신문판매 및 광고수주활동은 위 신문사에 고용된 근로자로서 제공하는 근로라기보다는 독립적인 자신의 사업으로 수행하는 것이라고 볼 여지가 더 많다)
- 39) 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001도2*** 판결(기본적 고정급여가 정해지거나 지급되지 않고 완성한 양복상의 또는 하의 1장당 일정액의 보수만이 지급되어 왔다면 근로자로 보기 어렵다)
- 40) 대법원 2004. 1. 15. 선고 2002도3*** 판결(채화 작업자들이 임금을 목적으로 ‘종속적인 관계’에서 근로를 제공하는 근로자라고 할 수 없다)

3.2 2006년 이후 판단기준

가. 근로자성 판단기준

2006년 대입종합반강사 판결⁴¹⁾은 근로기준법상 근로자성 판단기준에 대한 변화를 보여줌

동 판결도 “계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부”를 고려하여 근로자성을 판단하였으나, 이때 **종속적인 관계가 있는지 여부는 아래와 같이 판단하였음**

- ① 업무의 내용을 사용자가 정하고 있는지 여부
- ② 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받는지 여부
- ③ 업무수행과정에서 사용자가 **상당한 지휘·감독**을 하는지 여부
- ④ 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지 여부
- ⑤ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 **독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 여부, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지 여부**
- ⑥ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항
- ⑦ 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 정도
- ⑧ 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부
- ⑨ 양 당사자의 경제적·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단함

다만, **기본급·고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정해서는 안 된다고 판시**하여 근로자성 판단에서 부차적인 것으로 봄

【대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29***판결】

근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 위에서 말하는 **종속적인 관계가 있는지 여부**는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에서 사용자가 **상**

41) 동일한 직종에 해당하는 입시학원 단과반 강사의 근로자 여부에 대해 종전 판례는 근로자성을 부인했던 반면, 2006년 판례는 종합반강사의 근로자성을 인정하면서 종전의 판단기준에 수정을 가하였음

당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22*** 판결 등 참조). 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 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.

나. 2006년 이전 판례와의 차이점⁴²⁾

2006년 이후 판례는 종전 판례와 아래와 같이 몇 가지 점에서 구분됨

〈표〉 근로자성 판단기준에 관한 판례의 변화

구분	2006년 이전	2006년 판례
사용자의 지휘·감독의 정도	구체적·개별적 지휘·감독	‘상당한 지휘·감독’으로 완화
사업자성에 관한 적극적 징표 제시	‘근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재나 작업도구 등의 소유관계’로만 설시	‘독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지’를 기준으로 제시
기본급이나 고정급의 유무, 근로소득세 원천징수 여부, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 여부	주요 판단 기준으로 봄	‘사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점’을 고려하여 근로자성 판단에서 부차적인 것으로 봄

4. 판례에 나타난 사용종속관계의 구체적인 징표에 관한 판단⁴³⁾

근로자성 판단에 관한 판례의 특징은 **계약의 형식이 아닌 노무공급관계의 실질⁴⁴⁾**에

42) 이러한 판례의 변화는 종전 판례에 대한 학계의 비판을 상당 부분 수용한 것으로 보임. 종전 판례에 대하여 학계는 사용종속성 판단을 위한 다수 요소들 사이의 비중이나 우열관계를 고려하지 않고, “업무 내용 및 업무수행에 구체적·직접적 노무지휘”가 있었는지로 단순화함으로써, 사실상 “계약의 실질”에 따라 근로자성을 판단할 수 없도록 하고, 고용형태의 다양화 및 비전형적 근로관계의 확산이라는 현 노동시장의 상황을 반영하고 있지 못하고 있다고 비판함

43) 이 부분은 노동법실무연구회, 근로기준법 주해 I (제2판), 박영사, 2020, 126~135면을 재정리한 것임

44) “근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것”(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22*** 판결)

나타난 제 요소를 종합적으로 고려하여 종속적인 관계의 유무를 판단함. 즉 전형적인 근로자의 모습에서 도출되는 다양한 징표를 추출하고 유형화하여 그러한 징표 중 일부가 해당되지 않는다고 근로기준법상 근로자성을 부정하는 것이 아니라 전체 징표를 종합적으로 고려하여 근로자성을 판단함⁴⁵⁾

4.1 업무 내용을 사용자가 정하는지 여부

판례는 대체적으로 업무의 내용이 업무의뢰자에 의하여 결정되거나 업무의뢰자의 구체적인 업무의뢰를 노무제공자가 거부할 수 없는 사정이 인정되는 경우 사용종속관계를 인정함 특히 2006년 대입종합반강사 판결 이후 업무의 구체적인 내용까지 사용자에게 의하여 정해지지 않은 경우라 하더라도 그것이 업무 자체의 특성이나 전문직종의 상대적 자율성에 기인한 것이라면 근로자성을 부정해서는 안 된다고 함⁴⁶⁾

4.2 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용 여부

판례는 근로자명부, 인사기록카드, 출근부 등 인사관리체제가 갖추어져 있고 복무규율을 위하여 취업규칙, 복무규정 등 업무관리가 이루어지고 있거나, 지시나 명령에 불응한 경우, 해지나 손해배상 외 다른 징계제도가 있는 경우, 사용종속관계 인정이 쉬우나 이는 사용자가 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수도 있는 것이어서 이 요소가 인정되지 않는다고 하여 근로자성 부정을 단정해서는 안 된다고 봄⁴⁷⁾

- 45) “종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서는 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재나 작업 도구 등의 소유관계, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여야 하고(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22*** 판결 참조), 이러한 사용종속성의 판단에 있어서는 노동관계법에 의한 보호필요성도 고려하여야 하며(대법원 2001. 6. 26. 선고 99다5*** 판결 참조), 전체적으로 보아 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였다고 인정되는 이상, 근로자에 관한 여러 징표 중 근로조건에 관한 일부의 사정이 결여되었다고 하여 그러한 사유만으로 근로기준법상 근로자가 아니라고 할 수는 없다(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57*** 판결 참조).”(대법원 2004. 3. 6. 선고 2003두13*** 판결)
- 46) “시간강사들이 원고들로부터 강의내용이나 방법 등에 관한 구체적인 지휘·감독을 받지 않은 것은 지적 활동으로 이루어지는 강의업무의 특성에 기인하는 것일 뿐 그들이 근로자가 아니었기 때문이라고 할 수도 없다. 따라서 위와 같은 사정들만으로는 이 사건 각 대학교의 시간강사들의 근로자성을 부정할 수 없다.”(대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13***, 13*** 판결)
- 47) “시간강사가 위와 같은 업무를 수행하면서 업무수행에 불성실하거나 대학교의 제반 규정을 위반하고 교수로서의 품위를 유지하지 못하는 경우 등에는 전임교원(총장, 학장, 교수, 부교수, 조교수 및 전임강사)에 대한 재임용제한 및 해임 또는 파면 등 징계처분과 동일한 의미를 갖는 조치인 재위촉제한 또는 해촉(해임)을

2006년 대입종합반강사 판결 이후에는 취업규칙 또는 복무규정의 적용이 근로자성 판단의 요소이기는 하지만 이는 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있으므로 이 요소가 인정되지 않는다고 하여 근로자성이 부정된다고는 보지 않음⁴⁸⁾

4.3 업무수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지

업무의 내용과 수행방법에 관하여 사용자의 구체적·직접적 지시나 명령 또는 감독을 받고 있다는 점은 사용종속관계를 판단하는 중요한 요소임

특히 2006년 ‘대입종합반강사’ 판결에서는 취업·고용형태의 다양화를 반영하여 ‘구체적 개별적인 지휘·감독’을 ‘상당한 지휘·감독’으로 변경하여 근로자성을 인정하였으며, 이후 이를 수용한 판례들이 나오고 있음.⁴⁹⁾⁵⁰⁾ 나아가 전산시스템에 의한 관리나 업무운용수칙도 지휘·감독의 방법으로 인정하며,⁵¹⁾ 검침과 송달 등의 업무나 판매원들의 판매 업무 등⁵²⁾ 해당 업무가 사업에서 주요 업무라면 구조적으로 지휘·감독의 가능성이 있다고 봄

받도록 되어 있는 점”(대법원 2007. 3. 29. 선고 13***, 13*** 판결)이라고 하여 재위촉 제한이나 해촉 역시 징계제도의 일환으로 보고 있음. 백화점 판매원 사건에서도 “피고가 횡령 등 비위행위를 저지른 판매원과 판매용역계약을 중도 해지하거나 매출이 부진한 매장 매니저와의 판매용역계약을 해지하는 등의 조치를 한 것도 실질적으로는 징계하고 권한을 행사하는 것과 별로 다르지 않다”고 봄(대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다62*** 판결)

- 48) “채권추심원에게는 정규직 직원에게 적용되는 취업규칙·복무규정·인사규정 등이 적용되지 않았고, 위임직의 관리를 위하여 마련된 참가인 회사의 지침에도 통상 취업규칙 등에 포함되는 사항이 규정되어 있지 않은 점, …(중략)… 등은 최근에 급격하게 증가하고 있는 시간제 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상이거나 사용자인 참가인이 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정한 사정들에 불과하다. …(중략)… 따라서 위와 같은 사정들만으로는 망인의 근로자성을 부정하기는 어렵다고 할 것이다.”(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1*** 판결)

“피고인이 강사들에 대하여 복무·징계 등에 관한 취업규칙, 복무규정, 인사규정 등 일체의 규정을 정하지 않았던 사정들은, 최근에 급격하게 증가하고 있는 시간제 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상이거나 사용자인 피고인이 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정한 사정들에 불과하다. …(중략)… 따라서 위와 같은 사정들만으로는 위 공소외인의 근로자성을 부정할 수 없다.”(대법원 2007. 9. 7. 선고 2006도*** 판결)

- 49) “위 위임계약서에 의하더라도, 참가인은 망인으로 하여금 관계 법령에 의하거나 교육 등 필요한 경우 일정한 시간과 장소를 정하여 업무를 수행하게 할 수 있고, 필요한 경우 망인에게 업무의 효율적 수행과 관련한 지시를 할 수 있으며, 참가인의 요구가 있을 경우 망인은 그 업무처리상황을 즉시 참가인 회사에 통보하도록 규정하고 있었으므로, 참가인이 비록 망인의 채권추심업무수행에 관하여 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 하지는 않는다고 하더라도 참가인의 필요에 따라 적절한 방법으로 망인에 대한 상당한 지휘·감독을 할 수 있는 여지는 있다고 할 것이다.”(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1*** 판결)
- 50) 2019년 판결 중에는 “원고들은 종속적인 관계에서 피고 산하 우정사업본부의 지휘·감독 아래 노무를 제공하는 근로자라고 판단하였다.”라고 하여, ‘상당한’이라는 용어를 사용하지 않은 사례도 있음(대법원 2019. 4. 23. 선고 2016다277*** 판결)
- 51) “목표설정에서부터 채권추심업무의 처리에 이르기까지 모든 업무의 과정을 채권관리시스템에 입력하게 한 것”(대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252*** 판결), “업무운용수칙과 스크립트 등은 관련 법령 준수를 위한 지침으로서의 성격뿐만 아니라, 피고를 위한 업무수행의 내용과 방법 등에 관한 지침으로서의 성격도 함께 포함되어 있다.”(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29*** 판결)

소의 판례는 업무의 구체적인 내용이 정해지지 않은 경우에도 그것이 업무 자체의 특성이나 전문 직종의 상대적 자율성에 기인한 것이거나, 지휘·감독의 모습이 ‘해당 업무’가 가진 특성에 기인한 것이라면 근로자성을 부정해서는 안 된다고 함⁵³⁾

4.4 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속받는지 여부

근무시간과 장소가 사용자의 지시에 따라 좌우되는 경우 사용종속관계 인정이 용이함
다만, 탄력적 시간제, 재택근무제 등의 경우 또는 외근형 근무인 경우에는 근무시간과 근무장소에서 업무 특성이 있으므로 이러한 점을 고려해야 함⁵⁴⁾

4.5 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지 여부

2006년 이후 판결들은 “독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지”도 근로자성 판단에 포함함

따라서 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는 독자적인 전문성과 경제적 능력을 가지는지 여부, 다른 사업자와도 거래할 수 있고 이윤의 창출과 손실의 초래 등 사업운영에서 비롯되는 위험도 인수하고 있는지 여부도 고려되어야 함⁵⁵⁾

52) “검침과 송달 등의 업무는 피고의 사업에서 핵심적이고 중요한 업무라 할 수 있으므로, 피고로서는 적절한 업무수행을 보장하기 위하여 위탁원들의 업무에 대하여 상당한 지휘·감독을 하고자 하는 유인이 크다.”(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29*** 판결), “판매원들의 판매업무는 피고의 사업에서 핵심적이고 중요한 부분이다. 그리고 피고의 매장에서 고객을 직접 응대하는 판매원의 근무태도는 매출에도 영향이 있을 뿐만 아니라 피고의 대외적인 이미지에도 큰 영향을 줄 수 있으므로, 피고로서는 판매원의 적절한 업무수행을 보장하기 위하여 판매원의 업무에 대하여 지휘·감독을 하고자 하는 유인이 크다.”(대법원 2014. 11. 13. 선고 2013다25***, 2013다25*** (병합)판결)

53) “시간강사들이 원고들로부터 강의내용이나 방법 등에 관한 구체적인 지휘·감독을 받지 않은 것은 지적 활동으로 이루어지는 강의업무의 특성에 기인하는 것일 뿐 그들이 근로자가 아니었기 때문이라고 할 수도 없다.”(대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13***, 13*** 판결)

54) “참가인이 망인의 근무시간이나 근무장소에 대하여 제한하지 않았다고 하더라도, 이는 채무자와의 면담 등을 위하여 주로 출장근무의 형식으로 이루어지는 채권추심업무의 특성에 기인하는 것으로 보일 뿐이다. 따라서 위와 같은 사정들만으로 망인의 근로자성을 부정하기는 어렵다고 할 것이다.”(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1***판결)

55) “원고 운행 버스의 소유권 등록 명의를 피고 앞으로 하였다면 위 버스로 위 학원의 학원생들을 통학시키는 것 외에 원고가 그 버스를 운전하여 다른 영업을 할 경우, 이는 여객자동차 운수사업법에서 정하는 여객자동차운송사업을 면허 없이 영위하는 것이 되고, 사고가 생겼을 때 보험금을 받지 못하게 되는 등의 사정 때문에 원고로서는 위 학원의 학원생을 통학시키는 것 외에 사실상 다른 운송사업을 영위할 수 없었다는 점 등을 보태어 보면, 원고는 버스 운행업무수행 과정에서 피고로부터 상당한 지휘·감독을 받

4.6 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항

제공된 근로시간에 대응하여 대가로서 보수가 지급되거나, 결근·지각의 경우 보수를 공제하거나 연장근로에 따른 별도의 수당을 지급하는 경우처럼, 대가관계의 비례성이 큰 경우에는 그 대가를 임금으로 볼 수 있으므로 당해 노무제공자를 근로자로 파악하기가 용이함

또한 ‘기본급이나 고정급이 정하여졌는지,⁵⁶⁾ 근로소득세 원천징수 여부’의 경우 사용자가 우월한 지위에서 일방적으로 정할 수 있어 주요한 실질적 징표와 동일한 비중으로 고려되는 것은 문제가 있으므로 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 됨

4.7 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도

근로자가 하나의 사업장에만 근무하는 경우에는 업무의 전속성이 있어 사용종속관계를 인정하기 쉬움. 이에 비해 시간제 근로자는 근로제공관계가 단속적인 경우가 많으며 특정 사용자에게 전속되어 있지 않지만 이를 이유로 근로자성을 부정할 수는 없을 것임⁵⁷⁾

있고, 피고가 지정한 근무시간과 근무장소에 구속되었으며, 이 사건 버스 운행과 관련하여 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하지 못하였고, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안지 못하였으며, 피고로부터 월정액의 급여를 받고 피고가 원고에 대하여 근로소득세를 원천징수하여 관할 세무서에 납부하고 이른바 4대 보험의 보험료를 납부하는 등 피고와 사이에 근로기준법에서 말하는 근로자의 지위를 가지고 있었다고 보인다.”(대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다37*** 판결)

- 56) “원고들이 받은 보수는 기본급이나 고정급 없이 성과급의 형태로만 지급되었지만 이는 채권추심업무의 특성에 의한 것일 뿐이고, 원고들이 제공한 근로의 양과 질에 대한 대가로서의 임금의 성격을 지니지 아니한 것이라고 보기는 어렵다.”(대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252*** 판결), “망인이 매월 지급받는 보수는 기본급이나 고정급이 아니라 운반물량에 의하여 정산한 금액이기는 하나 이러한 성과급의 형태의 금액은 노동의 양과 질을 평가하는 것이라 할 수 있어 근로의 대가인 임금의 성격이 반드시 부정된다고 볼 수 없는 점”(대법원 2010. 5. 27. 선고 2007두9***판결)

성과급이 임금임을 전제로 한 판결: “일정한 대상기간에 제공되는 근로에 대응하여 1개월을 초과하는 일정 기간마다 지급되는 정기상여금은 통상임금에 해당한다.”(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89*** 전원합의체 판결, “경영평가성과급이 계속적·정기적으로 지급되고 지급대상, 지급조건 등이 확정되어 있어 사용자에게 지급 의무가 있다면 평균임금 산정의 기초가 되는 임금에 포함된다.”(대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두36*** 판결), “공공기관의 경영평가성과급은 평균임금 산정의 기초가 되는 임금에 포함된다.”(대법원 2018. 12. 13. 선고 2018다231*** 판결)

- 57) “시간강사들이 …(중략)… 근로제공관계가 단속적인 경우가 일반적이며 특정 사용자에게 전속되어 있지도 않을 뿐만 아니라 …(중략)… 이러한 사정들은 최근에 급격하게 증가하고 있는 시간제 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상으로 볼 수 있는 데다가 …(중략)… 따라서 위와 같은 사정들만으로는 이 사건 각 대학교의 시간강사들의 근로자성을 부정할 수 없다.”(대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13***, 13*** 판결)

4.8 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지

이러한 징표도 사용자가 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 근로자성 판단에 큰 영향을 미치지 않음⁵⁸⁾

5. 근로기준법상 근로자와 노동조합법상 근로자⁵⁹⁾의 관계

대법원은 ‘2018년 학습지교사 사건⁶⁰⁾’에서 취업 중인 노무제공자에 대해서도 노동조합법상 근로자성 인정 범위가 근로기준법상 근로자성 인정 범위보다 넓다는 것을 분명히 하였고, 근로기준법상 근로자성 판단기준과 다른 노동조합법상 근로자성 판단기준으로 아래와 같은 6개의 주요 요소를 제시하였음

즉 ① 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, ② 노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, ③ 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, ④ 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, ⑤ 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, ⑥ 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 여부 등을 판단기준으로 제시함⁶¹⁾

【대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12***, 2014두12***(병합) 판결】

노동조합법상 근로자는 타인과의 사용종속관계 하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말한다. 구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는, 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, 노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에

58) “공소외인 등은 건강보험, 국민연금, 고용보험, 산재보험 등 이른바 ‘4대 보험’에 위 학원의 사업장 근로자로 가입되어 있지 않았던 사정, …(중략)… 사용자인 피고인이 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정한 사정들에 불과하다. …(중략)… 따라서 위와 같은 사정들만으로는 위 공소외인의 근로자성을 부정할 수 없다.”(대법원 2007. 9. 7. 선고 2006도*** 판결)

59) 노동조합법상 근로자성에 관한 상세한 내용은 「주제별 판례 분석집(집단적 노사관계)」, 중앙노동위원회, 2018. 8. 참고

60) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12*** 판결(학습지교사들이 근로기준법상 근로자에 해당하지는 않으나 노동조합법상 근로자에는 해당한다)

61) 학습지교사 판결은 근로기준법과 노동조합법 각각의 목적(개별적 근로관계 규율 대(對) 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등)과 근로자에 대한 정의 규정이 다르므로, 이를 고려하면 노동조합법상 근로자는 반드시 근로기준법상 근로자에 한정되지 않는다고 하면서, 고용 이외의 계약유형 - 위임 또는 도급계약 등 - 에 근거하여 노무를 제공하고 있더라도 집단적으로 계약조건에 대하여 교섭할 필요가 있으면 노동3권을 보장할 필요가 있다고 판단함. 즉 경제적·조직적 종속관계를 헌법상 노동3권을 보장할 필요성으로 본 것으로 보임

필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1*** 판결, 대법원 2006. 5. 11. 선고 2005다20***판결 참조).

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

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

또한 대법원은 ‘2018년 방송연기자 사건⁶²⁾’에서 방송연기자가 노동조합법상 근로자에 해당하는지 여부에 대해 판단하면서 **2018년 학습지교사 판결에서 제시한 6가지 노동조합법상 근로자성 판단요소를 기준으로 판단**하였으며, 학습지교사 판결에서 나아가 방송연기자의 경우 전속성과 특정 사업자에 대한 소득 의존성이 강하지 않은 측면이 있다고 하더라도 다른 요소에 관한 제반 사정 등을 고려할 때 노동조합법상 근로자로 인정될 수 있다고 판단함으로써 노동조합법상 근로자성 인정범위를 더욱 넓게 보았음

—【대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38*** 판결】—

(6) 방송연기자 중에는 참가인에게 전속된 것으로 보기 어렵거나 그 소득이 참가인으로부터 받는 출연료에 주로 의존하고 있다고 단정하기 어려운 경우도 있을 수 있다. 그러나 앞서 든 사정을 통해 알 수 있는 방송연기자와 참가인 사이의 노무제공관계의 실질에 비추어 보면, 방송연기자로 하여금 노동조합을 통해 방송사업자와 대등한 위치에서 노무제공조건 등을 교섭할 수 있도록 할 필요성이 크므로, 전속성과 소득 의존성이 강하지 아니한 측면이 있다 하더라도 이를 들어 방송연기자가 노동조합법상 근로자임을 부정할 것은 아니다.

62) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38*** 판결(방송연기자는 노동조합법상 근로자에 해당하고, 한국방송연기자노동조합은 노동조합법상 노동조합으로서 교섭단위 분리를 신청할 자격이 있다)

같은 취지로 판례는 ‘2019년 카마스터 사건⁶³⁾’에서 노동조합법상 근로자성 주요 판단 기준 가운데 하나인 ‘경제적·조직적 종속관계’를 강조함

— 【대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33*** 판결】 —

(7) 상고이유 주장과 같이 카마스터들이 △△자동차 이외의 다른 회사 자동차도 판매하는 등으로 독립사업자의 성격을 가지고 있다고 하더라도, 위에서 살펴 본 바와 같이 원고와 경제적·조직적 종속 관계가 있는 이상, 카마스터들에게 대등한 지위에서 노무제공계약의 내용을 결정할 수 있도록 노동3 권을 보장할 필요가 있다.

6. 2006년 이후 근로기준법상 근로자성 관련 판례

〈표〉 2006년 이후 근로자성에 관한 구체적 판단 사례

직 종	근로자성 인정	근로자성 부정
강사	대학 시간강사(2007년), 방과후학교 강사(2013년), 원어민 영어강사(2014년, 2015년, 2019년), 입시학원 단과반 강사(2019년)	위탁 수영강사(2018년)
기업의 임원 등	도급제 사원(소사장, 2016년), 동기임원(2019년), 비등기 임원(2013년), 영농조합법인의 동기이사(2017년), 형식적 대표이사(실제 경영자가 별도로 있는 경우, 2009년)	도급제 사원(소사장, 2016년), 비등기 임원(2016년, 2017년)
차량 운전자	학원버스 기사(2007년, 2015년), 화물운송 지입차주 겸 운전기사(2013년, 2018년)	유치원 버스기사(2014년), 음식배달대행기사(2018년), 학원버스 기사(2008년), 화물운송 지입차주 겸 운전기사(2013년)
채권추심원, 전기검침원	전기검침원(전기요금 청구서 송달업무 포함, 2014년) 채권추심원(2008년, 2015년, 2016년, 2018년, 2020년)	채권추심원(2009년, 2013년, 2015년)
텔레마케터, 보험설계사, 백화점 판매원 등	매장관리자(2013년), 백화점 매니저(2011년) 및 판매원(2017년), 전화 보험설계사(2010년), 텔레마케터(2008년, 2016년)	백화점 매장관리자(2018년), 보험관리사(2013년), 야쿠르트 위탁판매원(2016년)
전문직 종사자	법무법인 구성원으로 등기된 변호사(2012년), 사업자등록을 한 의사(2011년)	-
방송제작 관련 종사자	영상취재요원(VJ)(2011년), 프리랜서 방송제작 PD(2014년), 프리랜서 아나운서(2019년)	영상취재요원(VJ)(2013년)
예술인	시립교향악단 비상임단원(2013년)	-
종교인	병원의 원목(2015년)	교회 부목사, 교육전도사(2005년)
공무원	공무원(2014년)	-
기타	재공 재봉공(2009년), 고시원 총무(2017년), 웨딩플래너(2017년), 일용 공사현장의 심장(2018년), 재택위탁집배원(2019년), 주민자치센터 자원봉사자(2019년), AS대행계약을 체결한 가전 수리기사(2016년)	간병인(2009년), 골프장 경기보조원(캐디)(2014년), 국민기초생활보장법에 따른 자활사업 참여자(2014년), 배움터지킴이(2015년), (지자체와 위탁계약을 체결한) 어린이집 원장(2011년), 학습지 교사(2018년), 헬스장 개인교습 트레이너(2014년)

63) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33*** 판결(자동차회사 판매대리점주와 판매용역계약을 체결한 카마스터는 노동조합법상 근로자에 해당한다)

6.1 근로자성을 인정한 판례⁶⁴⁾

가. 객공 재봉공(2009년)

의류제조업을 영위하는 사업장에서 별도의 사업자등록을 하고 의류제조공정 중 봉제업무를 수행하고 기본급 없이 작업량에 따른 성과급만을 지급받은 객공 재봉공의 근로기준법상 근로자성을 인정함

【대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다51*** 판결】

원심은 그 채택증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 원고(선정당사자)와 선정자들(이하, 원고와 선정자들을 ‘원고들’이라 한다)은 매일 오전 9시부터 오후 7시까지(토요일에는 오후 5시까지) 피고의 작업장에서 일하였고, 야근을 할 경우에는 피고의 별도 지시에 따라고 자의적 판단으로 야근을 한 적은 없었으며, 결근하여야 할 경우 미리 관리자 소외인의 허락을 받았고, 쉬는 날 및 하계휴가 기간 등도 피고에게 고용된 다른 일반 직원들과 동일하게 적용받는 등 피고의 작업장에서 다른 일반 직원들과 사실상 같은 근무형태(출·퇴근시간, 야근, 휴일, 휴가사용)로 고정적·계속적으로 근무하였으며, 업무의 성격이나 형식에 비추어 원고들이 임의로 이를 변경하기는 어려웠다고 보이는 점, 원고들은 피고 또는 관리자 소외인의 작업지시에 따라 디자인-재단-봉제-마도메(마감수작업)-다림질-포장으로 이어진 작업공정 중 봉제 부분을 맡아 맞춤옷을 제작하였는데, 가위 등 손에 익어야 작업능률이 오르는 소모성 작업비품 외에는 피고가 제공하는 재봉틀, 원단, 실 등 작업도구와 원자재를 사용하여 작업한 점, 원고들이 피고로부터 일정 수준 이상의 보수를 비교적 안정된 형태로 지급받은 점, 원고들의 근무는 피고의 의류제작에 필수적이고 핵심적인 봉제 업무에 종사하는 것으로서 근무기간 중 피고 이외의 동종업체의 일을 받아서 하는 것은 사실상 불가능하였다고 보이는 점, 1997년 이후로 피고 운영 업체에서의 봉제 업무의 근로형태가 월급제에서 객공 형태로 바뀌었는데, 피고는 봉제일을 원하는 사람들에게 일률적으로 사업자등록을 요구함으로써, 원고들에게 객공 형태로 일할 것인지 아니면 월급제로 일할 것인지에 대한 선택권이 없었다고 보이는 점, 원고들이 임의로 자신이 아닌 제3자로 하여금 피고의 작업장에 출근하여 일을 하도록 할 수는 없는 것으로 보여 그 업무의 대체성을 인정하기 어려운 점, 원고들이 피고 운영 업체의 봄, 가을 두 차례의 패션쇼를 앞두고는 야근과 휴일 근무를 지속하였고 또한 피고 운영 업체의 사정에 따라 원래 소속된 맞춤팀(맞춤복팀)에서 봉제 업무를 하다가 메인팀(기성복팀)의 일을 맡아 하기도 하였는데, 이러한 것은 원고들이 수익을 더 올리기 위한 자발적인 행위라기보다는 피고의 경영상 목적을 위한 것으로 보는 것이 상당한 점 등을 종합하여 보면, 원고들은 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단하였다.

원심이 인정한 위와 같은 사정들을 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원고들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다.

한편 원심판결 이유 및 기록에 의하면, 피고가 주장하는 바와 같이, 원고들은 다른 일반 직원들에게 적용되는 취업규칙·복무(인사)규정·징계규정 등의 적용을 받지 않고 보수에 기본급이나 고정급이 없이 그 작업량에 따른 성과급만을 지급받았으며 부가가치세법상의 사업자등록을 함으로써 근로소득세가 아닌 사업소득세를 납부하였고 산업재해보상보험, 고용보험 등 이른바 4대 보험에 가입되어 있지 않은 사정 등이 있기는 하나, 이러한 사정들은 사용자인 피고가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정에 불과하여 원고들의 근로자성을 뒤집는 사정이라고 보기는 어렵다.

64) 주요 판례에 대한 소개는 직종별 명칭의 가나다순으로 서술하였음

나. 고시원 총무(2017년)

고시원 총무가 처리해야 할 업무가 정리되어 있고, 각 업무별로 구체적 주의사항 등이 명기되어 있어 이를 준수하여야 했던 점과 고시원 운영의 성과에 관계없이 총무에게 고정된 급여를 지급하고 무료로 방을 제공한 점, CCTV를 통해 근무상황 확인이 가능한 점 등을 근거로 고시원 총무의 근로자성을 인정함

【서울중앙지방법원 2017. 6. 23. 선고 2017노*** 판결】

① 이 사건 고시원에는 총무의 일과시간별 업무정리표와 개별 업무 정리표(이하 ‘일과표 등’이라 한다)가 있었다. 위 일과표에는 출입문 개방 및 환기, 손님이 오는 경우 방 안내 및 계약서 작성, 부엌·공실 청소 및 주말 화장실 청소, 밥 짓기 및 음식물 쓰레기 처리, 입실자 요구사항 확인 및 시정, 시설물 점검·관리 등 총무가 처리해야 할 업무가 정리되어 있고, 각 업무별로 구체적 주의사항 등이 명기되어 있어 고소인들은 이를 준수하여야 했다.

② 고소인들은 피고인으로부터 매월 40만 원의 고정된 급여와 입실료 49만 원 상당의 방을 제공받았는데, 이는 고소인들이 총무로서의 업무를 수행한 대가임이 명백하다. 또한 고시원 운영의 성과에 관계없이 고소인들에게 지급되는 급여 내지 혜택은 동일하였다.

③ 피고인은 핸드폰에 연결된 CCTV를 통해 위 총무실의 근무상황을 확인할 수 있었고, 고소인들도 그 사실을 인지하고 있었던 것으로 보인다. 피고인도 수사기관에서 ○○○이 미리 정해진 업무 시작 시간인 9시에 총무실에 있는지, ◇◇◇과 17시에 교대를 하는지 정도는 확인하였다고 진술하였다.

④ 피고인은 필요한 경우 전화나 문자를 하거나 총무실에 들러 고소인들에게 직접 업무지시를 하기도 하였고, 고소인들은 간헐적으로 피고인의 지시를 받아 별지 도배, 시설물 수리, 가구 이동 등의 돌발적인 업무를 수행하기도 하였다.

⑤ 피고인은 고소인들과의 분쟁 이후 새로 들어오는 총무들에 대하여 단시간 표준근로계약을 작성하였는데, 새로운 총무들의 업무는 고소인들의 업무와 크게 다르지 아니한 것으로 보인다.

⑥ 고소인들의 업무가 근무시간 내내 이어지지 않고, 정해진 업무를 하지 않는 시간에는 자유롭게 공부를 하거나 자신의 업무를 처리할 수 있었던 것으로 보이는 한다. 그러나 이러한 사실들은 고시원 총무가 감시, 단속적 근로자에 해당한다고 볼 근거가 되겠지만, 근로자성 자체를 부정할 수 있는 사유가 되지 못한다고 할 것이다.

다. 공무원(2014년)

공무원의 경우 근로기준법상 근로자에 해당하므로 법령상 달리 특별한 구제절차가 마련되어 있지 않은 계약직 공무원의 경우 노동위원회에 구제신청을 할 수 있고, 기간제법 제8조 제1항의 비교대상근로자가 사법상 근로계약을 체결한 근로자에 한정되지 않으므로 공무원도 기간제근로자의 비교대상근로자에 해당할 수 있다고 판단함

【서울행정법원 2014. 5. 23. 선고 2013구합24*** 판결⁶⁵⁾】

지방공무원도 근로기준법상 근로자이므로 다른 특별한 규정이 있지 않은 한 근로기준법이 적용된다(대법원 1987. 2. 24. 선고 86다카1*** 판결 참조). 그리고 지방공무원법상 계약직공무원에 대해서는 징계 그 밖에 의사에 반하는 불리한 처분이나 부작위에 대하여 지방소청심사위원회의 소청심사절차를 거치도록 한 규정이 적용되지 않으며(지방공무원법 제3조), 법령상 달리 특별한 구제절차가 마련되어 있지 않다. 따라서 참가인들과 같은 계약직공무원은 근로기준법에 따라 노동위원회에 구제신청을 할 수 있다고 보아야 한다.

【대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5*** 판결】

공무원은 인사와 복무, 보수 등에서 국가공무원법 및 공무원보수규정 등 관련 법령의 적용을 받기는 하나 기본적으로 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자에 해당한다(대법원 2002. 11. 8. 선고 2001두3*** 판결 참조). 그리고 기간제법 제3조 제3항은 국가 또는 지방자치단체의 기관에 대하여도 이 법이 적용됨을 명시적으로 규정하여 공공부문에서 근무하는 비공무원인 기간제근로자와 공무원 사이의 비교가능성을 열어 두고 있다. 이러한 사정들과 함께 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자의 근로조건 보호를 강화함으로써 노동시장의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하는 기간제법의 입법취지를 종합하여 보면, 기간제법 제8조 제1항이 비교대상근로자로 들고 있는 ‘기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’를 ‘사법상 근로계약’을 체결한 근로자로 한정하여 해석할 것은 아니다.

라. 대학 시간강사(2007년)

시간강사들이 학교로부터 강의내용이나 방법 등에 관한 구체적인 지휘·감독을 받지 않은 것은 지적 활동으로 이루어지는 강의업무의 특성에 기인하는 것일 뿐이므로 근로자성을 인정함

【대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13***, 13*** 판결⁶⁶⁾】

원고들이 운영하는 각 대학교(이하 ‘이 사건 각 대학교’라 한다)에서 강의를 담당한 시간강사들은 학교 측에서 시간강사들의 위촉·재위촉과 해촉 또는 해임, 강의시간 및 강사료, 시간강사의 권리와 의무 등에 관하여 정한 규정(그 명칭은 ‘시간강사 위촉 및 관리규정’, ‘촉탁강사 위촉규정’ 등 각 대학교마다 다양하다)에 따라 총장 등에 의하여 시간강사로 위촉되어 대학교 측이 지정한 강의실에서 지정된 강의시간표에 따라 대학교 측이 개설한 교과목의 강의를 담당한 점, 대학교 측의 학사관리에 관한 규정 및 학사일정에 따라 강의계획서를 제출하고 강의에 수반되는 수강생들의 출·결석 관리, 과제물 부과와 평가, 시험문제의 출제, 시험감독, 채점 및 평가 등 학사관리업무를 수행한 점, 위와 같은 업무수행의 대가로 시간당 일정액에 실제 강의시간 수를 곱한 금액(강사료)을 보수로 지급받은 점, 시간강사가 제3자를 고용하여 위와 같은 업무를 수행하는 것은 규정상 또는 사실상 불가능한 점, 시간강사가 위와 같은 업무를 수행하면서 업무수행에 불성실하거나 대학교의 제반 규정을 위반하고 교

65) 대법원 2015. 7. 9.자 2015두39*** 판결(심리불속행 기각)의 1심 판결

수로서의 품위를 유지하지 못하는 경우 등에는 전임교원(총장, 학장, 교수, 부교수, 조교수 및 전임강사)에 대한 재임용제한 및 해임 또는 파면 등 징계처분과 동일한 의미를 갖는 조치인 재위촉제한 또는 해촉(해임)을 받도록 되어 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 각 대학교의 시간강사들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고들에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다.

그리고 원심이 확정한 사실관계에 나타난 바와 같이 이 사건 각 대학교의 시간강사들이 전임교원들과 같은 정해진 기본급이나 고정급을 지급받지 아니하고 근로제공관계가 단속적인 경우가 일반적이며 특정 사용자에게 전속되어 있지도 않을 뿐만 아니라 원고들로부터 근로소득세를 원천징수 당하지 아니하는 등의 사정이 있다 하더라도, 이러한 사정들은 최근에 급격하게 증가하고 있는 시간제 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상으로 볼 수 있는 데다가 사용자인 원고들이 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정들에 불과하다. 또한 시간강사들이 원고들로부터 강의내용이나 방법 등에 관한 구체적인 지휘·감독을 받지 않은 것은 지적 활동으로 이루어지는 강의업무의 특성에 기인하는 것일 뿐 그들이 근로자가 아니었기 때문이라고 할 수도 없다. 따라서 위와 같은 사정들만으로는 이 사건 각 대학교의 시간강사들의 근로자성을 부정할 수 없다.

마. 도급제 사원(소사장, 2016년)⁶⁷⁾

별도의 사업자등록을 한 소사장도 근로시간을 기준으로 시급을 받고 출퇴근 카드를 작성하는 등 사용자로부터 지휘·감독을 받았다면 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단함

【창원지방법원 2014. 9. 3. 선고 2014노*** 판결⁶⁸⁾】

종전에는 단순한 근로자에 불과하였다가 어떠한 계기로 하나의 경영주체로서의 외관을 갖추고 종전의 사용자(모기업)와 도급계약을 맺는 방법으로 종전과 동일 내지 유사한 내용의 근로를 제공하게 된 경우(이른바 소사장의 형태를 취한 경우)에는, 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 스스로 종전의 근로관계를 단절하고 퇴직한 것인지 아니면 그 의사에 반하여 강제적·형식적으로 소사장(小社長)의 형태를 취하게 되었는지 여부, 사업계획, 손익계산, 위험부담 등의 주체로서 사업운영에 독자성을 가지게 되었는지 여부, 작업수행과정이나 노무관리에 있어서 모기업의 개입 내지 간섭의 정도, 보수지급방식과 보수액이 종전과 어떻게 달라졌으며 같은 종류의 일을 하는 모기업 소속 근로자에 비하여는 어떠한 차이가 있는지 여부 등도 참작하여야 한다.

바. 등기 임원(2019년)

등기이사인 상근임원에 대하여 회장, 상근부회장의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있다고 보아 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단함

66) 유사 판례로 대법원 2007. 9. 7. 선고 2006두*** 판결(미용학원 강사), 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008다27*** 판결(회사전속 강사), 서울고등법원 2013. 1. 9. 선고 2012누9*** 판결(국립대학교 어학원 시간강사), 서울중앙지방법원 2018. 7. 26. 선고 2017가합581*** 판결(강의전담교수) 등이 있음

67) 도급제 사원에 관한 판례 중 근로자성이 인정되지 않은 경우는 ‘제1절 6. 6.2 마. 도급제 사원(소사장, 2016년)’ 참조

68) 대법원 2016. 5. 26. 선고 2014도12*** 판결의 원심 판결

【서울고등법원 2018. 12. 20. 선고 2018누37*** 판결⁶⁹⁾】

원고는 상근임원이라고 하더라도 그 직위 또는 명칭이 참가인의 일반적인 이사와는 달리 형식적·명목적인 것이고 실제로는 매일 출근하여 업무집행권을 갖는 회장, 상근부회장의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있었거나 상근임원으로서 참가인으로부터 일부 위임받은 사무를 처리하는 외에 대부분은 회장, 상근부회장 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 제공하고 그에 대한 대가로 보수를 제공받는 관계에 있었다고 보아야 할 것이므로 근로기준법상 근로자라고 봄이 타당하다.

사. 매장관리자(2013년)

회사와 매장관리계약을 체결한 뒤 사업자등록은 하지 아니한 채 회사의 매장을 맡아 관리하면서 회사로부터 매월 고정적인 수수료를 받는 외에 실적에 따라 판매수수료를 받는 매장관리자(샵마스터)가 근로자에 해당한다고 판단함

【서울중앙지방법원 2011. 9. 8. 선고 2011나22*** 판결⁷⁰⁾】

원고의 근로자성 인정 여부 관련하여, 원고가 실적에 따른 판매수수료에 비하여 그 비중이 낮지 않은 월 100만 원의 고정급을 받았고, 원고의 업무형태, 판매장소의 제공 및 지정, 소외 회사와의 근로계약에 의한 근로자들과 원고와의 업무관계, 상품의 공급 및 관리방식, 업무수행의 지시와 감독, 계약해지사유 규정 등 이 사건에 나타난 제반 사정을 종합하면, 원고는 소외 회사에 전속되어 소외 회사의 사업에 대하여 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자이고, 실적에 따른 판매수수료의 임금성 여부와 관련하여, 근로기준법상 임금은 '사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품'인데, 소외 회사가 원고에게 지급하는 고정급 외의 수수료는 원고가 소외 회사에 근로를 제공하여 의류를 판매하면 미리 정한 지급기준과 지급비율에 따라 매출액 중 일정액을 지급하는 것으로서 근로 제공과의 대가성이 인정되는 '임금'에 해당한다.

아. 방과후학교 강사(2013년)

방과후학교 프로그램 위탁업체와 업무위탁계약을 체결한 방과후학교 강사가 해당 업체와 업무위탁계약을 맺었다고 하더라도 사용종속관계를 전제로 하는 내용의 청렴서약서를 제출하고 지속적인 지휘·감독을 받았다고 보아 근로기준법상 근로자성을 인정함

【서울행정법원 2013. 9. 26. 선고 2013구합5*** 판결⁷¹⁾】

원고와 참가인이 2012. 1. 11. 작성한 위탁교육계약서 제2조 제1항은 참가인이 원고에게 고용된 것이 아닌 원고가 위탁한 회원에 대해 모집 및 학습관리 용역을 제공하고 그 성과에 따라 위탁관리수수료 등의 대가를 받는 수탁자라고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 참가인이 원고의 취업규칙 등 규

69) 동 사건은 대법원(대법원 2019. 4. 25.자 2019두31*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

70) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다84*** 판결로 상고기각됨

정의 적용을 받지 않는다고 규정하고 있는 사실, 또한 참가인이 같은 날 원고에게 제출한 서약서 제5호에는 참가인이 근로기준법상 근로자의 지위로 취할 수 있는 민·형사상 조치를 취하지 않기로 하는 내용이 기재되어 있는 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 위 위탁교육계약서 및 서약서의 내용에 비추어 보면 참가인이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고에게 근로를 제공하는 근로자가 아니라고 볼 여지도 있다. 그러나 앞서 본 사실들과 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 참가인은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고에게 근로를 제공한 근로기준법상 근로자에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

1) 참가인은 원고에게 위 위탁교육계약서 및 서약서를 제출하면서 청렴서약서도 제출하였는데, 위 청렴서약서에는 위 위탁교육계약서와는 달리 참가인이 원고의 복무규정 및 취업규칙과 이에 관련된 원고의 명령을 성실히 이행하겠다는 내용(제1호), 출·퇴근 시간 준수를 하겠다는 내용(제7호), 원고의 인사이동 명령에는 원고가 인정할 만한 특별한 사유가 없는 한 따르겠다는 내용(제10호), 취업규칙에 따른 징계처분(해고, 권고사직, 강등, 급여감봉 등)에 따르겠다는 내용(제11호)이 기재되어 있다. 참가인이 원고와 학습관리용역 위탁사업계약을 체결한 계약 상대방에 불과하다면 참가인이 원고에게 종속되어 있음을 전제로 한 이와 같은 내용의 청렴서약서를 제출받겠다는 것은 상식적으로 납득하기 어렵다.

2) 참가인은 자신이 담당하던 학교에 07:50경부터 16:30경까지 근무하면서 팀장에게 출·퇴근 보고를 하였고, 전화 및 문자메시지 등을 통해 팀장으로부터 수시로 업무지시를 받았으며 방과후 학교 컴퓨터 교육을 하지 않는 시간에는 팀장에게 매출 및 강의 수강 인원 등을 보고하였다. 참가인은 원고로부터 강의 운영 관련 교육을 받았으며, 그 후에도 새로운 프로그램 출시교육, 방학특강 및 인원 모집 등에 대한 추가교육을 받기도 하였다. 위와 같은 사정들을 고려하면 참가인이 원고로부터 업무에 관하여 계속적인 지휘·감독을 받은 것으로 볼 수 있다.

3) 원고는 참가인에게 2011. 9. 30. 및 2011. 10. 31. 900,000원에서 사업소득세를 공제한 870,300원을, 2012. 3. 31. 및 2012. 4. 30. 1,000,000원에서 사업소득세를 공제한 967,000원을 지급하였는데, 그 이유에 대하여 영업독려차원에서 수수료보다 많은 돈을 지급한 것이라고 주장하나 참가인이 원고와 학습관리용역 위탁사업계약을 체결한 계약 상대방이라면 원고는 참가인에게 위탁사업계약에 따른 수수료만 지급하면 되는 것으로 보이고, 원고가 참가인에게 위와 같이 수수료보다 많은 돈을 줄 이유는 없어 보인다. 그리고 수강생 수나 교재 판매에 따른 수수료의 차등 지급은 학생 유치를 촉진하기 위한 유인책으로 볼 수 있으므로 이러한 수수료의 차등 지급만으로 참가인이 근로자가 아닌 원고와 위탁사업계약을 체결한 사업자로 보기는 어렵다.

자. 백화점 매니저(2011년) 및 판매원(2017년)⁷²⁾

1) 프랜차이즈 업체가 백화점 내 임대매장을 개설하기 위해 백화점 매니저의 명의로 사업자등록을 하고, 기본연봉에 월 매출액의 1%를 급여로 정하는 계약을 체결한 매니저의 경우 종속적인 관계가 있다고 판단하여 근로기준법상 근로자성을 인정함

71) 원고 항소 포기로 소송 종료됨. 유사 판례로는 울산지방법원 2014. 1. 17. 선고 2013노*** 판결이 있음

72) 백화점 판매원에 관한 판례 중 근로자성이 부정된 경우는 ‘제1절 6. 6.2 사. 백화점 매장관리자(2018년)’ 참조

【서울고등법원 2011. 6. 9. 선고 2010누44*** 판결⁷³⁾】

참가인은 원고 회사에 고용되어 ◇◇점에서 판매부 실장으로 근무하였고, 협력사원 입문교육을 받는 등 원고 회사의 지시를 받은 점, 원고가 ▽▽ 매장의 임대차보증금 및 인테리어 비용을 모두 부담한 점, 원고 회사의 지시에 따라 참가인의 업무는 매니저로서 우수고객 및 얼굴 관리 업무를 담당하였는데, 참가인 및 ▽▽ 매장 내 다른 직원들의 위 업무 배분은 사용자에게 의하여 정하여진 것으로 보이는 점, 원고 회사 직원인 김○○가 ▽▽ 매장 직원의 근무시간을 지정하고 위 근무시간에 참가인이 구속을 받는 점, 참가인이 스스로 ▽▽ 매장 내 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 것이 불가능한 것으로 보이는 점, 참가인의 임금은 연봉으로 정하여졌고, ▽▽ 매장의 수익은 회사의 수익으로 귀속되고, 참가인은 그 수익의 극히 일부만을 원고 회사로부터 받게 되는 점 등을 종합하면, 참가인이 ▽▽ 매장에서 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고 회사에게 근로를 제공하였다고 할 것이다.

2) 의류판매업을 하는 회사와 판매용역 계약을 체결하고 백화점에서 물품을 판매하고 판매용역 수수료 또는 연봉을 받은 백화점 판매원들은 그 회사에 대하여 종속적 관계가 있다고 보아 근로기준법상 근로자성을 인정함⁷⁴⁾

【대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59*** 판결】

가. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음의 사실 및 사정을 알 수 있다.

(1) 넥타이, 스카프(머플러), 가방 등 수입·제조·판매업을 영위하는 피고는 ○○백화점, △△△백화점 등 백화점을 운영하는 회사들과 각 백화점 운영회사가 피고가 수입·제조한 물품을 외상으로 매입하여 운영하는 백화점에서 판매한 후 그 판매 수익에서 수수료를 공제한 나머지 금액을 피고에 지급하기로 하는 ‘백화점 특약매입거래계약’을 체결하면서, 각 백화점 내에서 판매 업무를 수행할 인력은 피고가 파견하기로 약정하였다.

(2) 피고는 처음 원고들을 비롯한 백화점 판매원들(이하 단순히 ‘백화점 판매원들’이라고 할 경우, 원고들을 포함하는 의미이다)을 영업부 소속 정규직으로 고용하여 오다가, 2005. 8. 무렵 백화점 판매원들로부터 일괄적으로 사직서를 제출받고 2005년 말경 퇴직금을 지급한 다음, 위 백화점 판매원들과 판매용역계약을 체결하였고, 이후부터는 고용계약이 아닌 판매용역계약을 체결하는 방식으로 백화점 판매원들을 충원하였다. 그러나 판매용역계약을 체결하는 방식 전·후로 백화점 판매원들의 업무 내용이 달라진 것은 없는 것으로 보인다.

(3) 백화점 판매원들과 피고 사이에 체결된 판매용역계약서에는 ① 계약기간(1년), ② 근무장소, ③ 판매브랜드, ④ 판매용역 수수료 등이 기재되어 있는데, 일부 판매원들에 대한 판매용역계약서에는 수수료가 기재되어 있지 않거나 수수료가 아닌 연봉이 기재되어 있는 것도 있었으며, 1년마다 계약이 갱신되는 경우에도 판매용역계약서를 새로 작성하지 않는 것으로 보인다.

(4) 백화점 판매원들은 피고와 판매용역계약을 체결할 때 지정된 근무장소(주로 백화점)에서 그 백화점 영업시간 동안 지정된 물품(피고가 백화점에 납품한 물품)만을 지정된 가격으로 판매하여 왔다. 피고와 백화점 운영회사들 중 ○○역사 주식회사와 체결한 ‘특약매입 표준거래계약서’ 등에 의하

73) 1심 판결(서울행정법원 2010. 11. 12. 선고 2010구합15*** 판결)을 인용함. 피고 상고 포기로 소송 종결됨

74) 같은 취지의 서울중앙지법 2018. 9. 6. 선고 2017가합526*** 판결(회사가 실질적으로 업무 내용을 결정하고 지휘·감독하는 백화점 내 매장의 위탁판매원은 근로자에 해당한다)

면, 파견된 종업원 등은 피고가 납품한 상품의 판매업무와 상품의 진열·보관 및 관리 등 판매촉진 활동과 관련된 업무를 백화점 운영회사들의 매장관리 지침을 준수하는 범위에서 수행하여야 하고(제13조 제3항), 피고는 파견된 종업원 등으로 하여금 고객이 백화점에서 통상적으로 제공받을 것으로 기대하는 수준 이상의 서비스 품질을 유지할 의무가 있으며(제14조 제1항), 백화점 운영회사들은 파견된 종업원 등에 대하여 고객 서비스 향상을 위한 교육을 실시할 수 있고(제14조 제2항), 파견된 종업원 등이 통상의 상품정보 및 판매능력을 보유하고 있지 못하거나, 법률과 사회상규의 위반, 고객에 대한 서비스 마인드 부족 등으로 종업원 등으로 근무하기가 부적합하다고 판단되는 경우, 백화점 운영회사들은 피고에게 당해 종업원의 교체를 요구할 수 있다(제14조 제3항)고 되어 있는바, 이에 의하면, 백화점 판매원들은 백화점 등에서 근무할 때 피고 본사 직원이 상주하지 않더라도 백화점 매장관리 지침을 준수하면서 백화점에서 요구하는 통상적인 수준의 서비스 품질을 유지할 것이 요구된다고 보인다.

(5) 피고는 전산 시스템을 통하여 각 매장의 재고 현황을 실시간으로 파악할 수 있었고, 피고 본사 영업부 직원이 약 1주일 간격으로 매장을 방문하여 판매 현황 등을 확인하였으며, 연 2회 신상품 소개 등에 관한 상품설명회를 연 것 외에는 업무수행과 관련하여 별도의 교육을 실시한 바 없다. 이는 백화점 판매원들이 피고와 판매용역계약을 체결하는 방식 전·후로 큰 차이가 없는 것으로 보인다.

(6) 피고는 판매용역계약을 체결한 이후 내부 전산망을 통하여 백화점 판매원들에게 업무와 관련하여 각종 공지를 한 적도 있었는데, 대표적으로 ① 출근시간 및 시차의 등록 공지, ② 아르바이트 근무현황표 제출 공지, ③ 수선실 관련 공지, ④ 상품의 로스, 반품, 가격, 할인행사 등 관련 공지, ⑤ 재고실사 관련 공지, ⑥ 택배 관련 공지, ⑦ 상품 DP 수량 조사(사장님 지시사항) 관련 공지 등이 있었다. 피고는 위와 같이 근무를 관리하거나 업무 관련 공지를 한 것은 일시적이었다고 주장하나, 그 기간 등은 명확하지 않다.

(7) 백화점 판매원들은 판매용역계약을 체결한 이후 휴가 등을 사용할 때 피고 본사 직원이 사용하는 ‘휴가계’라는 양식을 통하여 사전에 승인을 받지 않은 것으로 보이나, 휴가, 병가 등을 사용할 경우 사전에 또는 사후에 피고에게 보고하고, 아르바이트생 근무현황표, 장기사원 근무현황표 등을 작성하여 피고에게 보고하기도 한 것으로 보이며, 피고는 백화점 판매원들의 ‘병가 및 출산휴가 현황표’를 작성하여 보관하고 있었다.

(8) 각 백화점 매장에 다수의 백화점 판매원들이 있을 수 있는데, 각 판매원들은 피고와 각각 판매용역계약을 체결하였고[각 백화점 판매원들은 경력, 나이 등으로 매니저(첫째), 시니어(둘째), 주니어(셋째)로 서로 호칭하였으나, 공식적인 직급은 아닌 것으로 보인다], 피고는 매장 전체 매출에서 각자의 수수료 비율에 따라 각각 수수료를 지급하였다. 백화점 판매원들은 매장의 필요에 따라 아르바이트 사원을 채용할 수 있었으나, 그 비용은 최종적으로 피고가 부담한 것으로 보인다. 다만, 백화점 판매원들이 개인적인 출산, 휴가 등의 사유로 매장에서 근무할 수 없을 경우 자신의 계산으로 일시적으로 제3자를 통하여 근무를 대체하기도 한 것으로 보인다.

(9) 각 매장에서 사용되는 비품, 작업도구 등은 모두 피고 소유로 무상으로 제공되었고, 백화점 판매원들의 책임 있는 사유로 발생하는 멸실, 훼손, 도난, 분실 등을 대비하여 판매보증금(기준연봉의 5%)이 적립되었으나, 실제 적립된 판매보증금이 비품 등의 멸실로 피고에 의하여 공제되었는지 여부는 명확하지 않다(피고는 매장경비를 절약하자는 취지의 공지를 한 적도 있는 것으로 보인다). 또한 피고는 일정한 기간마다 본사 인테리어 담당자를 각 매장으로 파견하여 무상으로 매장 진열 등을 새로 하여 주기도 하였다.

(10) 백화점 판매원들은 피고와 판매용역계약을 체결한 이후 2008. 9.경까지는 판매용역계약에서 정해진 수수료 비율에 의하여 각 매장에서 발생한 매출에 따라 계산된 수수료를 상한선(기준 연봉의 120% 또는 130%), 하한선(기준 연봉의 85%, 하한선은 매출액 대비 일정한 비율이 아니라 기준 연봉

의 일정한 비율로서 실질적으로 고정 수수료의 의미로 보인다)의 범위 내에서 지급받았으나, 앞서 본 바와 같이 일부 백화점 판매원들에 대한 판매용역계약서에 수수료 비율의 기재가 없는 것도 있고, 계약기간이 종료되어 수수료율이 변경되는 경우에도 판매용역계약을 새로 체결하지도 않는 등에 비추어 백화점 판매원들과 피고가 협의하여 그 수수료 비율을 정하였는지 여부가 명확하지 않다.

이어 백화점 판매원들은 2008. 9.경 이후부터 2011. 말경까지는 판매용역계약 체결 이전과 같이 고정급을 지급받았고, 2012년부터는 다시 수수료를 지급받은 것으로 보이나, 2012년 이후 구체적인 수수료 지급 현황은 명확하지 않다(2012년 및 2013년에도 고정급을 받은 일부 백화점 판매원들이 있는 것으로 보인다).

그런데 보수체계가 위와 같이 변화되는 동안, 백화점 판매원들과 피고 사이에 새로운 계약을 체결한다든지, 종전 판매용역계약을 새로 작성한다든지 하는 등의 사정은 없었고, 피고가 백화점 판매원들의 동의를 받은 적도 없는 것으로 보이며, 백화점 판매원들의 업무 내용도 달라진 것이 없었다. 게다가 원고들 중 일부는 피고가 위와 같이 고정급을 지급하는 시기에 입사하기도 하였다.

(11) 피고는 명절, 근로자의 날 등 특정한 날에 백화점 판매원들 모두에게 정기금을 지급하기도 하였다.

(12) 피고는 일부 백화점 판매원들에 대하여, 2012. 8. 13. 임시직원 임금의 허위청구로 인한 횡령, 회식비 허위청구 등을 이유로 징계권을 행사한 적도 있고, 일정한 경우 다른 매장으로 이동조치를 취하기도 한 것으로 보인다.

(13) 백화점 판매원들은 피고의 취업규칙의 적용을 받지 못하고, 근로소득세가 아닌 사업소득세를 납부하였으며, 4대 보험 등 사회보장제도에서 근로자로서의 지위를 인정받지 못하고 있었는데, 이는 앞서 본 바와 같이 피고가 각 백화점 매장에 판매원들을 파견하는 방식을 변경하면서 백화점 판매원들에게 일괄적으로 사직서를 받고 판매용역계약을 체결하는 과정에서 사용자로서 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정하였다고 볼 여지도 있다.

나. 앞서 본 법리에 비추어 위에서 본 사실 및 사정을 고려하여 보면, 원고들을 비롯한 백화점 판매원들은 피고와 판매용역계약을 체결하여 그 계약의 형식이 위임계약처럼 되어 있지만, 그 실질은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로계약관계라고 봄이 상당하다 할 것이다.

차. 법무법인의 구성원으로 등기된 변호사(2012년)

변호사법상 구성원 변호사의 경우 법무법인 운영 전반에 관여할 수 있어야 하는데 그러하지 못한 경우에는 비록 구성원 변호사로 등기되어 있더라도 진정한 구성원 변호사로 볼 수 없다고 전제한 후, 대표변호사의 지시·감독을 받는 선임변호사로부터 할당받은 업무를 수행한 점 등을 이유로 근로기준법상 근로자성을 인정함

【대법원 2012. 12. 13. 선고 2012다77*** 판결⁷⁵⁾】

법무법인에 근무하는 변호사의 근로자 해당 여부도 변호사법에 규정된 변호사의 추상적 지위나 구성원 등기 여부 등의 형식만을 따질 것이 아니라 위와 같은 기준을 종합적·실질적으로 고려하여 판단하여야 한다.

원심판결 및 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 변호사법상 구성원 변호사는 법무법인의 설립, 존속, 해산의 주체로서, 일반적인 변호사 업무수행은 물론 법무법인의 자산 및 회계, 조직 변경, 합병 등을 포함한 모든 영역에서 자율적·독자적 권한을 가지고 있고, 구성원 회의를 통하여

법무법인 운영 전반에 관여할 수 있어야 하는데 그러하지 못한 경우에는 비록 구성원 변호사로 등기되어 있더라도 진정한 구성원 변호사로 볼 수 없다고 전제한 다음, ① 원고들이 사법연수원 수료 직후 경력이 없는 신입 변호사로서 피고의 소속변호사로 취업함으로써 변호사 업무를 시작하였음에도 취업 다음 해에 구성원으로 등기된 점, ② 원고들이 피고의 구성원으로 등기되거나, 탈퇴하는 과정에서 지분을 양수하거나 양도하였다는 점에 대한 아무런 증거자료가 없으며, 구성원 등기 전후의 원고들 근무 형태 역시 큰 변화 없이 유지된 것으로 보이는 점, ③ 원고들은 피고로부터 이익배당을 받거나 손실을 부담한 사실이 없으며, 사건 수입에 상관없이 매달 일정한 금액의 급여를 받은 점, ④ 원고들은 스스로 사건을 수임한 사례가 거의 없는 상태에서 피고로부터 배당받은 업무를 처리하는 것이 업무 내용이었던 점, ⑤ 원고들에 대한 급여는 본봉이 정해져 있었으며, 피고는 갑종근로소득세를 원천징수하고, 국민연금, 건강보험, 요양보험을 제공한 점, ⑥ 원고들이 제3자로 하여금 업무를 대행하게 할 수 없었고, 사실상 다른 법무법인에 대한 노무제공 가능성도 없었던 점, ⑦ 원고들은 자신들이 구성원으로 등기된 사실을 알지 못하였다가 원고 1의 경우에는 퇴직 1년 전에, 원고 2의 경우에는 퇴직 시에야 알게 되었다고 주장하고 있으며, 피고의 구성원이었다가 원고 2에게 지분을 양도하고 탈퇴한 것으로 등기된 소외인 역시 자신이 구성원으로 등기되어 있었다는 사실을 알지 못하였다고 진술하고 있으며, 업무 처리 역시 대표변호사의 지시·감독을 받는 선임변호사로부터 할당받은 업무를 수행하였다고 진술하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 원고들이 피고의 구성원으로 등기되어 있음에도 실질적으로 원고들은 피고에 대하여 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 근로자 지위에 있다는 취지로 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 법무법인 구성원 변호사의 근로자성 여부에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

카. 비등기 임원(2013년)⁷⁶⁾

주식회사의 등기 임원이 아니면서 전무라는 직함으로 근무한 임원에 대하여 대표이사 등의 지휘·감독 아래에 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 온 점 등을 이유로 근로기준법상 근로자성을 인정함

【대법원 2013. 6. 27. 선고 2010다57*** 판결】

원심이 그 채용 증거들을 종합하여 인정한 그 판시의 사실관계에 의하면, ① 원고는 피고 회사에 전무라는 직함으로 근무할 당시 피고 회사의 자금 관련 업무를 주로 담당하였고, 피고 회사의 등기 임원이 아니었던 점, ② 피고 회사가 속한 ○○그룹의 소외 1 회장은 계열회사들을 순환출자방식으로 지배하며 그룹 전반의 경영을 총괄하면서 피고 회사의 1인 주주이자 실소유자로서 피고 회사에 대해 구체적인 경영사항에 관하여 원고로부터 일일이 보고를 받고 필요한 지시를 내리는 등 실질적인 경영권을 행사해 온 점, ③ 원고는 피고 회사의 경영에 관한 최종 의사결정권자인 소외 1 또는 소외 1의 비서실 직원에게 피고 회사의 경영에 관한 보고를 하거나 요청을 하였고, 2007. 1.경부터는 소외

75) 유사 판례로는 ‘의정부지방법원 2015. 11. 5. 선고 2014나54***판결(법무법인의 대표변호사가 개인적으로 변호사를 고용하였다면 실질적인 사용자는 대표변호사 개인으로 보아야 하므로, 퇴직금 지급도 법무법인이 아니라 대표변호사 개인이 하여야 한다.)’이 있음

76) 비등기 임원에 관한 판례 중 근로자성이 부정된 경우는 ‘제1절 6. 6.2 자. 비등기 임원(2016년, 2017년)’ 참조

1의 지시에 따라 소외 1이 개인적으로 운영하는 ○○○라는 일식 음식점의 경영에 관한 업무도 담당하였으며, 그에 따른 보고를 하였고, 이에 따라 필요한 경우 위 비서실 등을 통하여 소외 1로부터 피고 회사 또는 ○○○의 운영에 관한 업무 지시를 받은 점, ④ 피고 회사가 원고에게 월급여를 지급할 때 근로소득세 등을 원천징수하였고, 원고가 퇴직한 후 피고 회사는 세무서에 원고의 퇴직금을 4,250만 원으로 산정하여 신고하였던 점, ⑤ 피고 회사의 등기 임원으로는 대표이사 소외 2, 이사 소외 3, 4, 감사 소외 5 등이 있었던 점 등을 알 수 있는바, 이러한 사정과 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고와 피고 회사와의 관계는 아직 상법상의 이사에 해당하는 수준의 위임관계에 이르지 못하는 것이고, 비록 원고가 형식상 전무라는 고위 직함을 가지고 피고 회사의 업무 전반을 처리함에 있어 사실상 다소 큰 권한을 행사하고 있었다 하여도 이는 등기 임원과 동등한 지위 및 권한을 부여받은 것이 아니라 ○○○그룹의 총수이며 피고 회사의 경영에 관한 최종 의사결정권자인 소외 1의 강한 신임을 바탕으로 그의 구체적·개별적인 지휘·감독하에 근로를 제공하고, 경영성과나 업무성적에 따른 것이 아니라 근로 자체의 대상적 성격으로 보수를 지급받은 것에 지나지 않으며, 특히 회사로부터의 위임사무 처리 이외에 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받은 이상, 그 실질에 있어 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자에 해당할 뿐이라 할 것이다.

타. 사업자등록을 한 의사(2011년)

병원의 경영을 위탁받아 자신의 명의로 사업자 등록 및 의료기관 개설신고를 하였으나 의사고용계약서를 작성하고 시설·수익에 대한 권리의무 없이 일한 안과의사에 대하여 근무시간, 임금 등 근로조건에 관한 합의가 있었던 점 등을 이유로 근로기준법상 근로자성을 인정함

【서울고등법원 2011. 6. 29. 선고 2010누15*** 판결77)】

① 원고와 참가인 사이에 의사고용계약서에 따른 근무시간, 근무기간, 진료범위, 휴가, 숙소, 임금 등 근로조건에 관한 합의가 있었던 점, ② 위 의사고용계약서에는 원고가 참가인을 고용한다고 명시되어 있고, 동업에 따른 출자, 사업의 운영 주체, 이익의 분배 등에 관한 규정은 존재하지 않는 점, ③ ○○○○안과의 개설이 지연되어 참가인은 2008. 5. 13.경부터 원고가 직접 운영하던 △△△△안과의 원으로 출근하였던 점, ④ 원고는 참가인이 출근하기 시작한 2008. 5. 13.로부터 약 한 달 뒤인 2008. 6. 14. 참가인에게 1,200만 원을 지급하였고, 위 1,200만 원은 의사고용계약서에 기재된 봉급과 동일한 점, ⑤ ○○○○안과에서 관리하고 있는 비품, 물건에 대한 권리 및 리스 또는 할부대금, 제약회사의 의료기기 납부대금 지급 의무 또한 원고에게 있었던 점, ⑥ 원고는 ○○○○안과에서 부과되는 세금을 부담하고, ○○○○안과의 운영수익을 모두 가지는 점, ⑦ 참가인은 ○○○○안과 명의로 채권·채무관계를 형성할 수 없고, 원고가 ○○○○안과에서 발생하는 각종 채권·채무의 의무를 부담하는 점, ⑧ 참가인의 봉급은 ○○○○안과의 수익과는 관계없이 고정되어 있고, 해외 출국, 병원 입원 등으로 참가인이 근로를 제공하지 못한 기간에 대하여 봉급이 삭감되어 지급된 점, ⑨ 참가인의 근무기간은 5년이고 연장이 가능한바, 장기간에 걸쳐 근로제공의무를 부담하는 점, ⑩ 원고가 ○○○○안과의 직원을 채용하고, 필요한 물품을 공급하였고, ○○○○안과에서 수금된 돈을 매일 △△△△안과의원으로 송금한 점, ⑪ 원고가 제출한 공동운영약정서는 위조된 것으로 형사기소되어 진위 여부가 의심되는 점 등을 종합하면, 참가인은 근로기준법상 근로자라고 할 것이다.

파. 시립교향악단 비상임단원(2013년)

지방자치단체의 조례로 설립된 시립교향악단의 비상임단원 위촉은 공법상 근무관계 설정을 목적으로 하는 공법상 근로계약에 해당하고, 비상임단원에 대해서는 지자체장과 예술단 단장 등의 지휘·감독을 받는 점 등을 이유로 근로기준법상 근로자성을 인정함

【서울고등법원 2013. 3. 13. 선고 2012누24* 판결⁷⁸⁾】**

참가인의 시장이 원고들에게 한 ○○시립교향악단 단원 위촉은 공법상 근무관계 설정을 목적으로 하는 공법상 근로계약에 해당한다고 봄이 옳다(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001두7*** 판결 참조). 따라서 원고들은 참가인 시장의 단원 위촉으로 지방공무원법상 계약직 공무원으로서 근로기준법상 근로자 지위를 가진다고 보아야 한다(대법원 1987. 2. 24. 선고 86다카1*** 판결 참조). …(중략)…

② ○○시립예술단의 구성 및 단원의 지휘·감독

○○시립예술단은 단장(부시장)과 부단장(자치행정국장) 그리고 각 단의 지휘자와 단원으로 구성된다. 단장은 참가인 시장의 명을 받아 예술단을 총괄하고 단원을 지휘·감독하며, 부단장은 단장을 보좌하고 단장 유고 시 그 직무를 대행한다. 각 단의 지휘자는 단장의 명을 받아 단원을 지휘한다. 단원은 상임단원과 비상임단원으로 구분되는데, 상임단원은 일반공무원에 준하여 근무하는 자를 말하고 비상임 단원은 그 외의 자를 말한다(예술단 조례 제2조, 제3조, 제8조), 원고들은 별지 목록(2)에서 보는 바와 같이 모두 예술단 중 ○○시립교향악단의 비상임단원들이다. 따라서 원고들은 단원으로서의 업무에 관하여 참가인의 시장과 예술단 단장 및 교향악단 지휘자의 지휘·감독을 받는다. 그리하여 단원의 연습일정 및 시간은 원칙적으로 지휘자가 결정한다(갑5-1-4의 기재, 증인 백○○의 증언). …(중략)…

⑦ 수당 등

단원들에게는 예산의 범위 안에서 시장이 정하는 바에 따라 월 급여, 수당 및 여비를 지급한다. 원고들과 같은 비상임단원의 경우 다음에서 보는 바와 같이 매월 1일 지휘자나 단장 등에게는 직책수당과 예능수당, 나머지 단원에게는 연습수당이 지급된다. 그리고 공연시에는 공연수당이 지급된다. (예술단 조례 제13조, 시행규칙 제6조, 을나9, 10의 기재). …(표 생략)…

이와 관련하여 피고는 원고들이 4대 보험에도 가입되어 있지 않고 근로소득세도 납부하지 않은 점을 지적하고 있으나, 이는 참가인이 지방자치단체이고 또 원고들의 1개월간 소정근로시간이 60시간 미만이어서 고용보험과 산재보험 및 직장건강보험의 가입 대상이 되지 않는 것이며, 지급 받는 수당도 근로소득세를 납부할 수준에 이르지 못하여 근로소득세 납부대상도 아니기 때문일 뿐이어서 이를 내세워 원고들의 근로자성을 부정할 수는 없다.

하. 영농조합법인의 등기이사(2017년)

영농조합법인 대표이사의 아들인 원고가 법인의 등기이사라고 하더라도 소득, 근무형태, 업무대체성 등 근로제공관계의 실질을 살펴볼 때 대표이사의 지휘·감독 아래 임금을 목적으로 근로를 제공한 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단함⁷⁹⁾

77) 대법원 2011. 6. 29. 선고 2011두20*** 판결의 원심 판결

78) 대법원 2013. 3. 13.자 2013두6*** 판결(심리불속행 기각)의 원심 판결

【대법원 2017. 9. 7. 선고 2017두46*** 판결】

회사나 법인의 이사 또는 감사 등 임원이라고 하더라도 그 지위 또는 명칭이 형식적·명목적인 것이고 실제로는 매일 출근하여 업무집행권을 갖는 대표이사나 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있다거나 또는 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상 근로자에 해당한다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64*** 판결 등 참조). ... (중략) ...

가. 비록 원고가 명목상으로 이 사건 법인의 조합원 및 이사이기는 하나, 이는 형식적인 것에 불과하였을 가능성이 높고, 가족들이 주축이 된 영농조합법인이 상당수 존재하는 현실을 고려하지 않을 수 없으므로, 원고가 조합원 등에 해당한다고 하여 그 사정만으로 곧바로 근로자성을 부인할 수는 없고, 근로제공 관계의 실질이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공한 것인지 여부에 따라 그 근로자성을 판단하여야 한다.

나. 원고에게 지급된 월 급여액이 우리나라 임금근로자의 평균소득 내지 중위소득 수준으로 보이고, 원고, 소외 2, 소외 3 사이의 매월 급여액 차이가 그리 크지 않으며, 원고가 위 나머지 2인보다 평소 근무시간이 길었고 퇴비 업무가 계란 업무보다 고된 육체노동에 해당할 뿐 아니라, 위 나머지 2인보다 나이가 17~25세 가량 적은 원고가 제공한 육체노동의 질과 강도가 더 높을 것으로 보이므로, 원고에게 지급된 월 급여액이 상대적으로 높다는 사정만으로 그 급여액에 사업소득(이익배당)이 포함되어 있다고 평가하기도 어렵다.

다. 원고는 이 사건 법인의 사업내용인 퇴비 업무에 종사하면서 일정한 근무시간 및 근무장소에 구속되어 일하였고, 스스로 비품 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행한 적이 없으며, 이 사건 법인의 사업실적과 상관없이 일정한 액수의 급여를 받아왔고, 나아가 사업주도 원고에 대한 4대 보험료 관련 보험관계 성립신고 등을 마치고 이 사건 재해 발생일까지 원고에 대한 4대 보험료를 지속적으로 납부하였으므로, 원고는 대표이사인 소외 1 등의 지휘·감독 아래 임금을 목적으로 근로를 제공한 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 여지가 크다.

가. 영상취재요원(VJ, 2011년)⁸⁰⁾

촬영작업부터 편집작업까지 지속적으로 수정 지시를 받아 온 영상취재요원들에 대하여 카메라를 직접 소유하고 있고, 명시적인 출·퇴근시간 등 근태관리를 받지 않았다 하더라도 근로기준법상 근로자성을 인정함

【대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10*** 판결⁸¹⁾】

비정규직보호법 시행을 앞두고 사업자등록을 거부했다는 이유로 VJ와의 계약을 종료한 이 사건에서, 비록 참가인들(VJ, 근로자들)이 6mm 카메라를 직접 소유하고 있고, 원고(사용자)로부터 명시적인

79) 동 사건은 업무수행 중 입은 재해로 산업재해보상 지급 여부가 다투어진 사안이었음

80) 영상취재요원에 관한 판례 중 근로자성이 부정된 경우는 ‘제1절 6. 6.2 카. 영상취재요원(VJ, 2013년)’ 참조

81) 이후 하급심에서 VJ의 근로자성을 부정한 판결도 있어 구체적 사실관계를 파악하여 근로자로서의 지위를 판단하여야 할 것임

출·퇴근시간 등의 근태관리를 받지 않았으며, 참가인들에 관하여 4대 보험이 가입되어 있지 않다고 하더라도, 아래와 같은 사정으로 볼 때, 참가인들은 원고와의 근로관계에 있어 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 보인다.

① 참가인들이 원고의 채용공고에 의하여 영상취재요원으로 채용되어 원고가 기획·의도한 특정한 장소에서 특정한 시간 내에 일정한 영상을 촬영하여 이를 수정·편집하여 왔다. ② 참가인들은 영상제작에 관하여 그 작업의 특성상 일정한 재량을 가지고 작업을 하여 오긴 하였으나, 원고 소속 취재담당기자의 기획의도에 따라 제작된 촬영 및 편집구성안에 따라 구체적인 인터뷰 내용 및 방법, 촬영방법, 기타 영상내용 등에 대하여 촬영작업부터 편집작업까지 지속적으로 수정 지시를 받아 왔고, 위와 같은 촬영 및 편집구성안 이외에도 현장에서 구두로 또는 이메일을 통하여 지속적인 수정 지시를 받아 왔다. ③ 참가인들은 위와 같은 업무수행의 대가로 프로그램 아이템의 촬영 영상당 일정액으로 계산된 금액을 지급받은 것이 아니라, 매월을 기본단위로 하여 일당 일정액에 실제 근무일수를 곱한 금액을 급여로 지급받아 왔다. ④ 원고가 참가인들에게 다른 회사의 영상취재요원으로 근무하는 것을 금지하지 아니하였다고 하더라도, 참가인들의 원고에 대한 업무일지 등에 기재된 실제 근무일과 근무시간에 비추어 보면, 참가인들이 원고의 영상취재요원으로 근무하면서 원고가 아닌 다른 회사의 영상관련업무에 종사하는 것은 사실상 불가능한 것으로 보인다. ⑤ 원고는 영상취재요원에게 위와 같은 업무를 수행하게 하면서 그 업무수행에 잘못이 있는 경우 그 잘못의 경위를 기재한 시말서 등을 징구하여 왔다. ⑥ 원고는 2년 또는 5년 동안 참가인들과의 근로관계를 지속적으로 유지해 오다가 이른바 비정규직 보호법 발효를 앞둔 2007. 8. 2. 참가인들에 대하여 위와 같은 비정규직보호법의 적용을 배제하기 위한 목적으로 사업자등록을 요구한 후 이 사건 계약종료에 이르게 된 점, 원고 스스로 작성한 'VJ운영개선방안'의 내용 등을 종합하면, 원고 스스로도 참가인들과 같은 영상취재요원의 근로형태가 근로기준법에 정한 근로자로 인정받을 수 있다는 것을 충분히 예상하고 있었다. ⑦ 참가인들이 정해진 기본급이나 고정급을 지급받은 것은 아니고 원고로부터 근로소득세를 원천징수당하지 아니하였으며 원고가 참가인들에 대하여 취업규칙 등의 규정을 적용하지 않은 사정이 있다고 하더라도, 이러한 사정들은 최근에 급격하게 증가하고 있는 비정규직 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상으로 볼 수 있는데다가, 사용자인 원고가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정들에 불과하다.

따라서 참가인들은 근로기준법에 정한 근로자에 해당한다고 할 것인바, 원고가 근로자인 참가인들에 대하여 사업자등록을 요구한 것은 부당하다고 할 것이므로, 이 사건 계약종료는 부당해고에 해당한다.

너. 병원의 원목(2015년)⁸²⁾

포괄적인 지휘 감독을 받으며 근무시간 및 근무장소, 업무가 정해진 병원의 원목에 대하여 예배내용에 대해서 구체적인 지휘·감독을 받지 않더라도 근로기준법상 근로자성을 인정함

82) 종교인과 관련한 판례 중 근로자성이 부정된 경우는 '제1절 6. 6.2 다. 교회 부목사, 교육전도사(2005년)' 참조

【서울고등법원 2015. 4. 3. 선고 2014누46*** 판결⁸³⁾】

참가인이 원고의 포괄적인 지휘·감독을 받으며 주중예배, 직원 및 환자 신앙상담 등의 업무를 담당하고 원고의 지시에 따라 외부 행사에 참석하였으며 그 대가로 매월 일정한 급여를 지급받아 왔으므로, 참가인은 근로기준법상 근로자에 해당한다 할 것이다. …(중략)… ⑥ △△요양병원의 아침예배시간은 오전 8시 30분부터 시작하는데, 이 시간은 원고 직원들의 근무시간으로 정해져 있어 원고 직원들은 예배에 참석하여야 하고, 이는 원목인 참가인도 마찬가지이다. 참가인은 이러한 원고 직원들의 아침예배를 인도하기 위해 매주 월요일부터 토요일까지 오전 8시 30분에 예배실에 출근하여 업무를 수행하였고, 예배 후의 시간은 병원 안의 환자들을 심방하여 신앙생활지도, 상담 및 전도 등의 업무를 하거나, 원목실에서 원고의 선교와 관련된 일을 논의하였다. 위 각 병원의 의사들도 출퇴근명부에 서명하지 않고 지정된 시간에 출근하여 지정된 장소에서 근무하였다는 점을 고려하면, 참가인이 출퇴근명부를 작성하지 않았다는 점만으로 바로 근무시간이나 근무장소가 자유로웠다는 사실을 추단할 수는 없다. 또한 참가인은 △△요양병원 병원장의 지시에 따라 의료선교대회, 한중일 기독교원 최고경영자회의 등 위 병원과 관련된 각종 외부행사에 참석하였고 원고로부터 출장비를 지급받았으며, 휴가를 갈 때는 휴가신청서를 작성하여 병원장의 허가를 받았다. 이러한 점들에 비추어 볼 때, 참가인이 아침예배 인도를 하면서 원고로부터 그 내용에 관하여 구체적이고 직접적인 예배내용을 지휘·감독받았다고 보기 어렵지만, 이는 목사 업무의 특성상 제3자의 지시를 받아 수행할 수 없기 때문일 뿐, 위와 같이 원고의 설립목적에 따라 원고가 정한 시간과 장소에서 원고가 요구한 업무를 수행하였다는 점에서 참가인은 원고로부터 포괄적으로 상당한 지휘·감독을 받았다고 볼 수 있다.

더. 원어민 영어강사(2014년, 2015년, 2019년)⁸⁴⁾

근로계약서상의 내용 또는 근로자가 스스로를 프리랜서라고 생각하는 것과 상관없이 근로관계의 실질을 판단하여 강의시간에 비례하여 미리 정하여진 비율에 따른 금액으로 보수를 받는 원어민 강사의 근로기준법상 근로자성을 인정함

【서울고등법원 2014. 11. 24. 선고 2013나68***, 68*** 판결⁸⁵⁾】

피고가 이 사건 원어민강사 계약의 명칭을 어그리먼트 포 티칭서비스(Agreement for Teaching Services)로 하고, 계약서상 원고들의 명칭을 인스트럭터(Instructor)로 정하는 등 계약서를 일반적인 근로계약의 내용과 다르게 작성한 것은 원고들을 근로자로 처우하겠다고 인식될만한 소지를 최대한 배제하겠다는 의도에서 비롯된 것으로 보여 위 사정들이 근로관계의 실질을 판단하는 중심적인 요소라고 보기는 어렵다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29*** 판결 및 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005두8*** 판결은 계약명칭이 ‘학원강의 및 수강생 지도·관리에 관한 용역계약’ 또는 ‘강의용역제공계약서’로 되어 있음에도 해당 원고들의 근로자성을 인정한 바 있다). 그리고 설령 피고의 영어학원에서 근무하는 일부 원어민강사들이 피고 주장과 같이 스스로를 근로자가 아니라 프리랜서로 생각하고 있다고 하

83) 대법원 2015. 8. 13.자 2015두40*** 판결(심리불속행 기각)의 원심 판결

84) 같은 취지의 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다88*** 판결(원어민 강사는 근로기준법상 근로자에 해당하므로 퇴직금과 주휴수당 등을 지급할 의무가 있다), 대법원 2019. 10. 18. 선고 2018다239*** 판결(1. 취업규칙 등에서 연차휴가수당 산정기준을 정하지 않은 경우, 연차휴가수당은 통상임금을 기초로 산정하여야 한다. 2. 휴일을 대체휴가일로 정할 수는 없다.)

여, 원고들과 피고 사이의 근로관계의 실질이 달라지는 것은 아니다. …(중략)…

보수의 성격에 관하여 살피건대, 원고들은 강의시간에 비례하여 미리 정하여진 비율에 따른 금액으로 보수를 받았으므로, 원고들은 근로제공에 대한 대가로서 보수를 수령하였다고 보아야 한다(대법원은 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005두8436 판결 등에서 당해 사건의 원고들이 피고로부터 시간당 일정액에 정해진 강의시간수를 곱한 금액을 보수로 지급받았고, 수강생수와 이에 따른 학원의 수입 증감이 보수에 영향을 미치지 않은 사정을 근로자성을 인정하는 징표들 중의 하나로 보았다). 이에 관하여 피고는 원고들이 주당 평균 24시간(월 104시간)만 강의를 하였음에도 불구하고, 한국인 학원강사의 월 평균 소득인 1,030,000원보다 높고, 피고의 정규직 직원들의 보수보다 높으며, 교육청 소속인 원어민 영어보조교사의 급여인 월 1,800,000원에서 2,700,000원보다 높은, 월 3,469,128원에서 3,979,976원에 달하는 보수를 받았기에, 원고들의 근로자성은 희박하다고 주장하나, 원고들의 근로의 내용 및 조건을 한국인 일반 학원강사, 피고의 정규직 직원, 교육청 소속의 원어민 영어보조교사의 것과 동일하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 노무제공자가 지급받는 보수의 액수가 근로자인지 여부를 결정하는 것도 아니므로 피고의 위 주장은 이유 없다. …(중략)…

그렇다면 원고들은 임금을 목적으로 피고가 운영하는 사업장에서 근로를 제공한 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단된다. 따라서 ‘원고들이 주로 미국 등 선진국의 명문대 출신의 외국인으로 한국 문화를 체험함과 동시에 자유로운 생활을 영위하면서 단기간 동안 높은 보수를 받고 일하다가 다시 본국으로 귀국하려는 사람들로, 그 특수성으로 인하여 사회·경제적으로 피고와 대등 또는 우월한 지위에 있었으며, 이러한 점에서 이 사건 원어민강사 계약은 위임계약이거나 도급적 성격이 강한 비전형 무명계약인 강의서비스계약에 해당한다’는 취지의 피고의 주장은 이유 없다.

러. 웨딩플래너(2017년)

웨딩컨설팅업체와 계약을 체결하고 판매수당을 받으며 업무에 종사하는 웨딩플래너는 근무시간, 휴무일, 근무태도 및 각 내용 위반에 따른 제재에 관하여 규정한 ‘플래너 근무규정’을 준수하여야 하고, 외근이 없는 날에는 사무실에 출근하여 교육을 받거나 출퇴근 시간을 관리받는 등 사용자로부터 지휘·감독을 받았으므로 근로기준법상 근로자에 해당한다고 봄

【서울행정법원 2017. 12. 7. 선고 2017구합56*** 판결】

원고(웨딩플래너)들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 이 사건 회사(웨딩컨설팅업체)에 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하므로, 이와 다른 전제에 선 체당금지급대상 부적격처분은 위법하다.

① 원고(웨딩플래너)들은 이 사건 회사(웨딩컨설팅업체)에 입사할 당시 회사와 ‘웨딩플래너들의 근무시간 및 휴무일, 웨딩플래너 업무수행에 따른 수당의 지급방법과 지급시기, 회사의 웨딩플래너에 대한 관리·감독권 및 회사가 지시하는 업무에 대한 웨딩플래너들의 이행 의무, 회사의 웨딩플래너들에 대한 교육의 실시, 원고들의 영업 방식 및 협력업체와의 관계, 웨딩플래너들의 매출에 대한 회사의 관리, 계약기간 동안의 경업금지의무 및 계약해지에 따른 동종업계 취업 제한, 계약해지시 웨딩플

85) 대법원(대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다88***, 2014다88*** 판결)에서 확정됨

래너들의 업무에 대한 회사의 관리·처분권 등'에 관하여 규정한 '웨딩플래너 관리계약'을 체결하여 계약기간 동안 이 사건 회사와의 관계에 있어 위 관리계약의 적용을 받았고, 또한 회사는 웨딩플래너들의 근무시간, 휴무일, 지각 및 병가, 월차·반차·연차, 휴가, 근무태도, 인포근무 및 위 각 내용의 위반에 따른 제재에 관하여 상세하게 규정한 '플래너 근무규정'을 만들어 실시하였다.

② 원고들은 웨딩컨설팅 업무를 수행함에 있어 회사와 체결한 웨딩플래너 관리계약에 따라 원칙적으로 회사가 지정한 협력업체만을 이용할 의무와 협력업체로 지정되지 않은 업체와 거래를 할 경우 판매수당을 지급받지 못하게 될 위험을 부담하고 있었으며, 실제로 원고들이 협력업체로 지정되지 않은 업체와 거래한 경우 판매수당에서 5만 원 내지 10만 원이 패널티로 공제되는 불이익이 주어졌다.

③ 원고들은 웨딩플래너 업무의 특성상 외근을 하는 경우가 많았으나 외근이 없는 날에는 사무실에 출근하여 협력업체 교육을 받거나, 가망고객을 계약고객으로 만들기 위한 전화를 하거나, 고객의 스케줄을 작성 및 회사에서 요구하는 서류를 작성하는 등의 업무를 하였을 뿐만 아니라 출퇴근 시간도 회사 지문인식 시스템을 통해 관리됐으며, 컴퓨터로 작성한 매일의 스케줄과 업무 내용이 실장·국장 등에게 자동 보고 되었고, 원고들은 외근시에 정해진 스케줄대로 일정을 마치면 별도의 등록을 하지 않으나 실장에게 구두보고를 하였고, 현장 출근은 허용되지 않았던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 회사가 원고들을 비롯한 웨딩플래너들의 근무장소와 근무시간을 지정하고, 웨딩플래너들은 이에 구속을 받았다고 할 것이다.

④ 근로자가 그 보수를 정액의 월급이 아니라 자기가 제공한 근로의 양에 따라 수입의 일정비율을 수당의 형식으로 지급받았다고 하더라도, 그 근로형태가 사용자와의 사이에 있어서 사용종속관계를 유지하면서 특정한 근로를 제공하는 것이라면 근로기준법 제2조 소정의 근로자에 해당한다고 할 것인데, 원고들이 웨딩컨설팅 업무를 수행하여 회사에 발생한 매출액 중 비용을 제외한 순수익이 관리계약에서 정한 비율에 따라 계산된 후 관리계약에서 정한 지급시기와 방법에 따라 원고들에게 판매수당 명목으로 지급되었고, 회사와 원고들 사이에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다고 볼 만한 사정도 인정되므로, 원고들이 회사로부터 지급받은 위 판매수당은 성과급 형태의 금원으로 봄이 상당하고, 웨딩플래너 업무의 특수성 등을 고려할 때, 위 판매수당이 원고들의 근로 내용이나 시간과는 관계없이 오로지 판매 실적에 따라 계산되었다고 하더라도, 이것만으로 위 판매수당이 원고들이 제공한 전체 근로에 대한 대가로서 지급된 것이 아니라고 할 수는 없다.

⑤ 한편 이 사건 회사는 웨딩플래너들과는 근로기준법 및 기타 관련 법률상 근로관계가 형성되지 아니한다는 내용이 포함된 관리계약을 체결한 반면, 운영팀 직원들과는 연봉 및 퇴직금을 정하여 연봉계약을 체결한 점, 회사가 웨딩플래너들과 체결한 관리계약에는 징계 및 업무상 제재에 관한 규정이 별도로 존재하지 않는 점, 회사가 원고들에게 수당을 지급함에 있어 근로소득세를 원천징수하지 않고, 사업소득세, 주민세만을 공제하여 온 점, 웨딩플래너들은 4대 보험에 있어 회사의 직장 근로자로 가입되어 있지 않았던 점 등은 웨딩플래너 업무의 특수성에 기인한 것이거나 사용자인 이 사건 회사가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정한 사정에 불과하다고 볼 여지가 크다.

머. 일용 공사현장의 십장(2018년)

일용 공사현장의 십장이 사업자등록을 하고 자신이 불러 모은 팀원들과 함께 작업을 하였더라도 투입인력을 기준으로 도급액을 산정하고 건설사로부터 상당한 지휘·감독을 받았다면 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단함

【대법원 2018. 8. 30. 선고 2018두43*** 판결】

원고는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 볼 여지가 크다.

(1) 원고는 이 사건 공사의 원수급자인 ○○건설에 단열재를 납품한 소외 2로부터 단열재 시공 작업을 해줄 것을 요청받고 이 사건 공사에 참여하였다. 공사에 사용된 단열재 등 자재의 구입비용도 원고가 부담한 것은 아니다.

(2) ○○건설의 현장작업지시자들은 원고에게 작업현장의 도면을 건네주거나 보여주지 않고 단열재 부착 위치와 방법 등 원고가 수행하여야 할 구체적인 업무의 내용을 직접 지시하는 등 업무수행 과정에서 원고와 그 팀원들에게 상당한 지휘·감독을 한 것으로 보인다.

(3) 원고는 이 사건 공사현장에서 ○○건설 또는 소외 2의 지시에 따라 단열재 시공 업무를 수행하고 일정한 보수를 지급받기로 하였다. 원고와 그 팀원들이 지급받기로 한 보수는 그 산정 경위 등에 비추어 시공면적보다는 공사에 투입될 인력을 기준으로 산정된 것으로 보여 근로제공 자체에 대한 대가로서의 성격이 커 보인다.

(4) 이 사건 공사 이전에 원고가 사업자등록을 하고 부가가치세를 신고·납부한 적이 있으나 그러한 사정만으로 근로자성이 부정된다고 단정할 수 없다(더구나 원고는 이 사건 공사와 관련하여서는 세무계산서를 발행하지도 않았다).

버. 입시학원 단과반 강사(2019년)⁸⁶⁾

법원은 입시학원 단과반 강사가 학원이 개설하여 배정한 시간에 학원이 지정한 장소에서 강의를 하였고, 학원으로부터 업무를 구체적으로 관리·감독받은 경우 입시학원 단과반 강사에게 근로기준법상 근로자성이 인정됨을 전제로 하여, 특강 시간, 정규반 강의나 질의응답 시간이 소정근로시간에 해당하는 것으로 판단함

【대법원 2019. 1. 17. 선고 2018다260*** 판결】

원고들이 피고 학원에서 한 특강 시간 또한 정규반 강의나 질의응답 시간과 마찬가지로 원고들의 소정근로시간에 포함된다고 봄이 타당하다.

(1) 특강의 개설이나 폐지 여부를 피고 학원이 결정하였다. 강사들은 피고 학원이 개설하여 배정한 시간에 피고 학원이 지정한 장소에서 피고 학원의 수강생들을 대상으로 특강 강의를 하였다.

(2) 기숙학원인 피고 학원은 정규반 강의와 질의응답 시간 외에 특강 시간까지 포함하여 수강생들의 일정을 관리해 왔다. 이를 위해 피고 학원과 강사들은 특강의 개설과 배정, 보수의 지급 등에 관하여 미리 정하고 있었던 것으로 보이고, 피고 학원이 강사들의 특강 업무를 구체적으로 관리·감독한 것으로 보인다.

(3) 원고들이 특강에 대한 대가로 수강생이 지급한 수업료의 50%를 지급받았다고 하여 그러한 보수가 근로의 대가로 지급된 임금이 아니라고 볼 수 없다.

라. 따라서 원심로서는 원고들이 수행한 특강 시간까지 소정근로시간에 포함하여 피고가 원고들

86) 근로기준법상 근로자성을 인정한 학원 강사 판결: 입시학원 보직 담당 종합반 강사(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005두8*** 판결), 미용학원 강사(대법원 2007. 9. 7. 선고 2006도*** 판결), 수학학원 강사(대법원 2011. 8. 18. 선고 2011도2*** 판결), 대학입시 기숙학원 강사(대법원 2012. 7. 26. 선고 2010도15*** 판결) 등

에게 지급할 의무가 있는 주휴일수당과 연차휴가근로수당 액수를 계산하고, 퇴직금 지급의무를 부담하는지 여부를 판단하였어야 한다. 그런데도 원심은 그 판시와 같은 이유만을 들어 정규반 강의, 질의응답 시간과 달리 특강 시간은 원고들의 소정근로시간에 포함되지 않는다고 전제한 다음 원고들의 주휴일수당과 연차휴가근로수당을 산정하고, 퇴직금청구권이 인정되지 않는다고 단정하고 말았다. 이러한 원심판결에는 소정근로시간에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 있다.

서. 재택위탁집배원(2019년)

재택위탁집배원에 대하여 사용자가 업무처리 과정이나 결과, 근태를 관리·감독하였고, 다른 근로자들인 상시위탁집배원 등과 본질적으로 같은 업무를 동일한 방식으로 처리해 왔다면, 종속적인 관계에서 사용자의 지휘·감독 아래 노무를 제공한 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단함

【대법원 2019. 4. 23. 선고 2016다277*** 판결】

원고들은 종속적인 관계에서 피고 산하 ◇◇사업본부의 지휘·감독 아래 노무를 제공하는 근로자라고 판단하였다.

1) 피고는 이 사건 위탁계약 등에 따라 재택위탁집배원의 업무 내용과 범위, 처리방식, 매일 처리할 우편물의 종류와 양을 정하였다.

2) 피고는 우편업무편람, 각종 공문, 휴대전화 메시지를 통하여 구체적인 업무처리 방식 등을 지시하였는데, 이는 우편배달업무 관련 정보를 알리는 정도를 넘는 것이었다.

3) 피고는 확실적인 업무수행을 위하여 재택위탁집배원에게 정해진 복장을 입고, 관련 법령 등에서 정해진 절차에 따라 배달하도록 하였으며, 정기적 또는 비정기적으로 교육을 시행하였다.

4) 피고는 현지점검 등을 통하여 재택위탁집배원의 업무처리 과정이나 결과를 지속적으로 관리·감독하였다.

5) 피고는 원고들로 하여금 정해진 장소에서 우편배달업무를 처리하도록 하였고, 일정기간 근무상 황부, 인계인수부 등을 마련하여 재택위탁집배원의 근태를 관리하였으며, PDA에 입력되는 배달 정보를 통하여 재택위탁집배원의 업무 처리 상황을 확인할 수 있었다.

6) 우편물 배달업무의 중요성과 업무수행에 따르는 책임, 피고가 재택위탁집배원들에게 근무복과 용품을 무상 대여 한 취지 등을 고려하면 재택위탁집배원이 제3자로 하여금 배달업무를 대신하게 하거나 다른 일을 겸업하는 것은 사실상 어렵다.

7) 이 사건 위탁계약서에는 우편물 배달업무 관련 각종 주의사항과 계약해지사유 등이 자세히 기재되어 있다.

8) 원고들이 근무시간에 비례하여 받은 수수료는 피고를 위하여 제공하는 근로의 양과 질에 대한 대가에 해당한다. 원고들이 일정 시점부터 사업소득세를 냈다는 사실만으로 원고들의 근로자성을 쉽게 부정하여서는 아니 된다.

9) 원고들이 수행한 우편배달업무는 피고가 체계적 조직을 갖추어 전 국민에게 제공해 온 본연의 업무로, 관련 법령에서 취급자격과 업무처리 방식, 위반 시 민·형사상 제재에 관하여 엄격한 규율을 하고 있다. 원고들은 우편배달업무를 수행하는 피고의 다른 근로자인 상시위탁집배원·특수지위탁집배원과 본질적으로 같은 업무를 동일한 방식으로 처리하였다.

어. 전기검침원(전기요금 청구서 송달업무 포함, 2014년)

한국전력공사로부터 전기계량기 검침, 전기요금 관련 청구서 등의 송달, 전기요금 체납 고객에 대한 해지시공(단전) 및 재공급(송전) 등의 업무를 위탁받은 회사가 근로계약을 체결한 정규직원들뿐만 아니라 위탁계약을 체결한 위탁원들에 대하여 사용자가 업무에 대하여 일반적·추상적인 지시 등을 하는 것에서 더 나아가 상당한 지휘·감독을 하였을 가능성이 있다는 점 등을 이유로 근로기준법상 근로자성을 인정함

【대법원 2014. 11. 13. 선고 2013다77*** 판결⁸⁷⁾】

① 피고는 한국○○으로부터 전기계량기 검침, 전기요금 관련 청구서 등의 송달 등의 업무를 위탁받아 이를 그대로 위탁원들에게 위탁한 것이어서 그들이 담당한 검침과 송달 등의 업무는 피고의 사업에서 핵심적이고 중요한 업무라 할 수 있으므로, 피고로서는 적절한 업무수행을 보장하기 위하여 위탁원들의 업무에 대하여 상당한 지휘·감독을 하고자 하는 유인이 크다고 할 수 있다. 실제 위탁원들이 피고로부터 업무를 배정받은 후 검침과 송달 등의 업무를 수행한 과정 등에 비추어 보면 피고가 위탁계약에 따라 제공받는 노무의 품질 등이 일정한 수준에 맞도록 요구하는 방법으로 위탁계약에 기하여 위탁원들의 업무에 대하여 일반적이고 추상적인 지시 등을 하는 것에서 더 나아가 상당한 지휘·감독을 하였을 가능성이 있다. ② 소외 검침과 송달 등의 업무를 담당한 위탁원들의 예상 업무량은 그들의 담당구역이 지정되어 있는 이상 그 담당구역에 거주하는 전기수용가구의 수에 따라 정해지고 위탁원들이 업무를 하는 날 피고로부터 직접 검침이나 송달을 할 고객을 배정받았으므로, 위탁원들은 스스로의 노력으로 고객을 유치하여 검침이나 송달 업무의 양을 늘림으로써 그 수입의 규모를 확대할 수 없는 상황이었고, 이에 따라 위탁원들이 독립하여 자신들의 계산으로 사업을 영위하거나 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등의 위험을 스스로 안고 있었다고 보기도 어렵다. ③ 또한 위탁원들이 하는 검침이나 송달 등의 업무가 전문성을 요하는 분야에 해당한다고 보기 어려울뿐더러 그들이 피고 외의 다른 사업자로부터 검침이나 송달 등의 업무를 위탁받아 이를 수행할 수도 없었고 그 업무를 정규직 직원이나 다른 위탁원이 아닌 제3자에게 수행하도록 재위탁할 수 없었으므로, 이러한 측면에서도 위탁원들이 독립하여 자신들의 계산으로 그 업무를 사업으로 영위하거나 그 사업으로 인한 수익과 손실의 위험을 스스로 부담할 수 없었다.

이러한 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 위탁원들에 대하여 취업규칙, 복무규정, 인사규정 등을 적용하지 아니하였고 위탁원들이 정규 직원과 달리 기본급이나 고정급을 지급받지 아니하였으며, 위탁원들의 급여에서 근로소득세 대신 사업소득세를 원천징수하고 피고가 위탁원들을 위하여 건강보험, 국민연금, 고용보험, 산업재해보상보험 등에 가입하지 아니하였더라도, 원고와 같이 검침이나 송달 업무를 담당하는 위탁원들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 여지가 많다.

87) 동 판결은 원심판결(춘천지방법원 강릉지원 2013. 9. 3. 선고 2013나1*** 판결)을 파기하고, 다시 원심법원에 환송하여, 원심법원(춘천지방법원 강릉지원 2015. 4. 23. 선고 2014나2*** 판결)에서 확정되었음

저. 전화 보험설계사(2010년)

사무실 내에서 전화로 보험모집을 하는 보험설계사의 경우 업무의 내용과 처리방식이 사용자가 정한 지침에 의하여 사전에 결정되었고, 근무시간의 관리를 받는 등 사용자로부터 상당한 지휘·감독을 받았다고 판단하고 근로기준법상 근로자성을 인정함

【대전지방법원 2010. 6. 29. 선고 2010나11*** 판결⁸⁸⁾】

업무의 내용과 업무처리방식이 피고(사용자)가 정한 보험영업지침에 의하여 사전에 결정되어 있고, 근무시간이 피고에 의해 관리되었으며, 업무수행과정에서 피고가 상당한 지휘, 감독을 하였음이 인정되고, 비품, 원자재나 작업도구 등을 피고가 제공하였고, 여기에 보험업법 시행령 제43조 제2항이 전화를 이용하여 보험을 모집하는 자는 보험계약의 청약이 있는 경우 보험계약자의 동의를 얻어 청약내용, 보험료의 납입, 보험기간, 고지의무, 약관의 주요내용 등 보험계약 체결을 위하여 필요한 사항을 질문 또는 설명하고 그에 대한 보험계약자의 답변 미 확인 내용을 음성 녹음하는 등 증거자료를 확보·유지하여야 하며, 우편이나 모사전송 등을 통하여 지체없이 보험계약자로부터 청약서에 자필서명을 받아야 한다고 규정하여 근무 내용이 법령에 의하여 규정되어 있는 점 등을 더하여 보면, 원고는 피고의 지휘감독을 받아 근로를 제공하였다 할 것이므로, 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로기준법상 근로자로 봄이 타당하다(위촉계약서에서 원고를 독립사업자로 규정하면서 근로기준법 및 기타 관련 법률상 근로관계가 성립되지 않는다고 한 사정이 있기는 하나, 이는 앞서 본 원고와 피고 사이의 근로관계의 실질에 비추어 원고의 근로자성을 뒤집는 사정이라고 보기는 어렵다).

저. 주민자치센터의 자원봉사자(2019년)

지방자치단체의 주민자치센터 시설관리 운영을 위한 자원봉사자가 주민자치센터로부터 근무장소와 근무시간을 관리받았고, 운영세척에서 정한 업무를 수행하였으며, 근무일지 및 업무자료를 작성 및 제출하여 확인받는 등 업무수행에 관한 상당한 지휘·감독을 받았으므로 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단함

【대법원 2019. 5. 30. 선고 2017두62*** 판결⁸⁹⁾】

1) 2013. 2.경 이후 참가인이 추가 업무를 수행하게 된 경위와 추가 업무 내용, 이와 관련하여 지급 받은 돈의 명목과 액수, 대가성에 대한 당사자들의 인식과 의사 등을 고려하면, 참가인이 이 사건 재위촉 거부 무렵에는 「자원봉사활동 기본법」 등에 따른 자원봉사활동으로 이 사건 주민센터에서 시설관리 등 업무를 수행하였다고 보기 어렵고, 참가인 자신이 제공하는 근로에 대한 대가로 임금을 지급받았다고 봄이 타당하다. ... (중략) ...

88) 원고의 업무는 사무실 내에서 사용자 소유의 전화를 이용하여 보험모집을 하는 일종의 텔레마케터와 같은 성격의 업무였으므로 이 판결을 통상의 외근 보험모집인의 경우에까지 확대하여 일반화할 수는 없음 [통상의 외근형 보험모집인에 대하여 대법원은 근로자성을 부인해왔음(대법원 2000. 1. 28. 선고 98두 9*** 판결 등)]

2) 원고 측은 참가인의 근무장소와 근무시간을 지정하였고, 참가인으로 하여금 근무일지와 근무상황부를 작성하도록 하였다. 참가인은 이 사건 운영세척에서 정한 업무를 수행하고 그 밖에 원고 소속 지방공무원인 ○○○동 총무주무관으로부터 지시를 받아 각종 업무자료를 작성 및 제출하였으며, 근무일지를 확인받기도 하는 등 원고로부터 업무수행에 관한 상당한 지휘·감독을 받았던 것으로 보인다.

3) 한편 참가인이 위와 같이 추가 업무와 관련하여 지급받은 돈은 원고 소관 자치사무를 수행하는데 대한 대가이고, 이 사건 조례 등을 통하여 원고 내부 행정기관의 지위에 있는 이 사건 주민자치위원회의 수강료 징수·운용 등에 대해 일정한 규율이 이루어지고 있다는 점을 고려하면, 이러한 돈이 이 사건 주민자치위원회가 수강료를 재원으로 하여 별도로 관리·집행하는 예산에서 지급되었다는 사정을 들어 참가인이 원고에 대한 관계에서 근로를 제공한 것이 아니라고 할 수 없다.

4) 앞서 든 사정들 및 원고가 소속 구청에 근로복지공단과 협의 후 시설관리 자원봉사자의 4대 보험 가입대상 여부를 판단하여 그 가입을 추진하고, 자원봉사자의 현황을 보고할 것을 요구하는 공문을 보내기도 한 점을 소외 고려하면, 참가인이 원고를 사업주로 한 4대 보험에 가입되어 있지 않다는 점을 들어 원고의 근로자가 아니라고 할 수는 없다.

커. 채권추심원(2008년, 2015년, 2016년, 2018년, 2020년)⁹⁰⁾

카드회사로부터 채권회수 업무를 위임받아 수행하던 채권추심원에 대하여 사용자가 채권추심원의 업무 내용을 감시·통제한 점 등을 이유로 근로기준법상 근로자성을 인정함

1) 2008년 채권추심원 판례

【대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1*** 판결⁹¹⁾】

망인과 같은 채권추심원들은 참가인(사용자)으로부터 추심을 위임받은 채권에 관한 채무자의 정보를 확인하거나 자신의 추심실적을 입력하기 위하여 참가인의 사무실에 설치되어 있는 컴퓨터를 이용하여야 하였으므로 미리 지정된 사무실에 출근하지 않고서는 자신의 업무를 수행하는 것이 불가능하였던 점, 이에 채권추심원은 통상 08:20~09:00경 참가인이 제공한 사무실에 출근하여 그 곳에 설치되어 있는 컴퓨터를 이용하여 채무자의 정보를 확인하거나 전화를 이용하여 채무자에 대한 채무변제를 독촉하는 등의 업무를 수행하였고, 참가인은 채권추심원들에게 사무실이나 그 곳에 설치된 컴퓨터 전화 등의 이용요금을 따로 부담시키지 않았던 점, 망인이 소속되어 있던 위 ○○파트에서는 채권추심원 6~8명이 한 팀을 이루어 업무를 처리하였고 참가인은 정규직 주임 또는 대리로 하여금 팀장으로서 채권추심원을 관리하도록 하였는데, 채권추심팀의 팀장은 채권추심원들의 위와 같은 통상 출근 시간에 맞추어 1주에 2~3회 회의를 하면서 대부기준, 수수료기준, 대부업 관련 법령, 민원방지사항 등을 교육하거나 채권추심원의 실적, 수수료 등을 알려준 점, 또한 위 ○○파트 파트장이나 팀장은 외근하는 채권추심원에게도 수시로 휴대전화 문자메시지를 이용하여 목표액, 현재 달성액, 마감시각

89) 서울고등법원(환송심) 2019누46*** 판결에서 확정됨

90) 채권추심원에 관한 판례 중 근로자성이 부정된 경우는 ‘제1절 6. 6.2 너. 채권추심원(2009년, 2013년, 2015년, 2020년)’ 참조

등을 상기시키는 등 목표달성을 독려하여 왔던 점, 채권회수실적은 채권추심원의 능력을 평가하는 중요한 요소로서 팀장은 전산기록을 통하여 채권추심원별 채권회수실적을 확인하고 그 실적과 업무 부실 처리에 따른 벌점을 종합하여 채권의 배분을 조정할 수 있었고, 채권회수실적이 평균에 현저히 미달하여 업무수행이 곤란하다고 판단되는 경우에는 참가인 회사가 위임계약을 해지할 수도 있었던 점, 채권추심원들로서는 그와 같은 불이익을 피하기 위하여 파트장이나 팀장의 그와 같은 채권회수 독려나 업무지시를 거절하기가 사실상 곤란하였을 것으로 보이는 점, 참가인은 그 외에도 불법추심 방지와 민원방지를 위하여 채권추심원이 채무자들과 나눈 전화통화를 녹음하는 방법으로 업무 내용을 감시·통제하고, 참가인의 이미지 관리를 위하여 채권추심원에게 정장을 착용하도록 지시한 점, 채권추심원이 채권추심업무를 처리하는 과정에서 여러 가지 채권회수방안을 모색하여 팀장에게 의견을 제시하면 팀장은 제시된 의견을 검토하여 법적 조치사항이 필요한 경우 정규직 직원으로 하여금 가압류나 소송진행 등의 업무를 수행하도록 하는 등 채권추심원과 정규직원의 유기적인 협조 아래 채권추심업무가 처리되어 온 점, 참가인 회사의 사전 서면 승낙을 받으면 채권추심원의 위임사무를 제3자로 하여금 처리하게 할 수 있으나, ○○파트에서는 개인신용정보보호 등을 이유로 제3자에 대한 재위임이 요청되거나 승인된 적이 없는 점, 채권추심원에게 따로 기본급이나 고정급이 정해져 있지 않았으나 신규 위촉된 채권추심원에게는 업무를 시작한 때부터 3개월간 순차로 70만 원, 50만 원, 30만 원의 정착지원금이 지급되었고 수수료는 매월 계산되어 다음달 21일 지급되었는데, 망인은 2004년 10월부터 2005년 4월 사이에 적게는 1,323,126원에서 많게는 2,876,910원의 수수료를 매월 지급받아 온 점 등을 종합하여 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 망인은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 참가인에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다.

그리고 원심이, 망인이 근로자에 해당하지 아니하는 근거로 거시하고 있는 다음과 같은 사정들 즉 망인을 비롯한 참가인 회사의 채권추심원에게는 정규직 직원에게 적용되는 취업규칙·복무규정·인사규정 등이 적용되지 않았고, 위임직의 관리를 위하여 마련된 참가인 회사의 지침에도 통상 취업규칙 등에 포함되는 사항이 규정되어 있지 않은 점, 채권추심원은 채권회수업무수행을 위하여 자신이 제공한 근로의 내용이나 시간과는 관계없이 그가 회수한 채권액에 따라 그 일정 비율에 상당하는 금액의 수수료를 지급받은 점, 참가인이 위 수수료에 대하여 근로소득세가 아닌 사업소득세를 원천징수하였고 채권추심원에 대하여 건강보험, 국민연금, 고용보험, 산업재해보상보험 가입신고를 하거나 그 보험료를 납부하지 아니한 점 등은, 최근에 급격하게 증가하고 있는 시간제 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상이거나 사용자인 참가인이 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정한 사정들에 불과하다. 또한 참가인이 망인의 근무시간이나 근무장소에 대하여 제한하지 않았다고 하더라도, 이는 채무자와의 면담 등을 위하여 주로 출장근무의 형식으로 이루어지는 채권추심업무의 특성에 기인하는 것으로 보일 뿐이다. 따라서 위와 같은 사정들만으로 망인의 근로자성을 부정하기는 어렵다고 할 것이다.

91) 유사 판례로 ‘신용정보회사와 채권추심업무용역계약을 체결하고 채권추심업무를 처리한 채권추심원은 근로기준법상 근로자에 해당한다’고 한 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도816 판결, 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다99*** 판결이 있음

2) 2015년 채권추심원 판례

사용자가 채권추심원의 근로기준법상 근로자성이 인정되는 것을 방지하기 위한 대책으로 계약서 양식을 변경하여 재계약을 한 사안에서, 사용자가 변경된 양식에 따라 채권추심업무 계약을 체결한 이후에도 팀제도, 전산시스템 관리제도, 상벌제도 등을 통해 채권추심원들의 출퇴근과 업무실적 등을 계속 관리해 왔던 점 등을 이유로 채권추심원에 대하여 근로기준법상 근로자성을 인정함

【대법원 2015. 7. 9. 선고 2012다20*** 판결⁹²⁾】

2008. 2. 1. 피고와 채권추심업무계약을 체결한 채권추심원들이 근로기준법상 근로자에 해당한다는 판결이 대법원에서 확정되자, 피고는 대책을 마련하기 위해 2008. 2. 12. 지사장 회의를 개최하였다. 그 회의자료에는 ‘추심원의 사무실 입퇴실 시간을 구속하지 않고, 출장 관련 기록부 등을 운영하지 않으며, 추심원 개인별 회수 계획 및 실적 등에 대한 보고를 받지 않기로 한다’는 등의 내용이 기재되어 있었다. 또한 피고는 2008. 6. 13. 본사와 각 지사, 센터에 ‘추심원 실적관리 폐지, 시상 및 주의제도 폐지, 추심원의 업무수행 시간 및 장소를 별도로 정할 수 있다는 단서조항 삭제, 근로자성으로 인정될 소지가 있는 용어와 계약서의 변경 등’을 주요 내용으로 하는 ‘채권추심 업무방법서 개정 시행’을 보냈다.

피고는 2008. 2. 12.경부터 공식적으로는 추심원에 대한 출근부, 출장기록부, 추심원 활동현황 등을 작성하지 않고, 팀별, 개인별 회수예상액 및 예상목표 달성률, 채권 미회수 사유 등에 대한 작성·보고와 일부 지사에서 이루어지던 주간회수계획서 작성·제출을 폐지하였으며, 불법추심 및 민원 예방교육 외에 추심원들에 대한 업무수행 교육을 실시하지 않고, 채무자 실태조사를 위한 월 3회 이상 의무 방문제도를 폐지하였다.

한편 피고는 2008. 3. 17.부터 2010. 11. 1.까지 7회에 걸쳐 채권추심원과 체결하는 계약서 양식을 변경하였는데, 그중 2008. 6. 16.자로 변경된 계약서 양식에서는 ‘재계약 규정, 필요한 경우 업무수행 시간과 장소를 별도로 정할 수 있다는 규정, 추심업무수행 횟수에 관한 규정, 추심원에 대한 실적관리 규정, 제3자로 하여금 업무를 처리하도록 할 수 없다는 규정, 채권회수 실적이 현저히 부진하거나 업무수행자로서 부적격하다고 인정되는 경우 또는 기타 경영상의 필요성에 의하여 계약을 지속하기 어려운 중대한 사유가 있을 경우 계약을 해지할 수 있도록 한 규정’ 등이 삭제되었다.

그러나 피고는 2008. 6. 16.자로 변경된 계약서 양식에 따라 계약을 체결한 이후에도 채권추심원들을 팀별로 관리하는 팀제도를 계속 유지하였고, 전산시스템을 통해 채권추심원들의 출퇴근과 실적을 관리할 수 있었으며, 일부 지사에서는 ‘월별 교육자료’, ‘지사장 당부 사항’, ‘담당자별 실적’ 등을 통해 채권추심원들의 업무실적을 관리하고 실적에 따라 시상이나 경고 등을 하여 왔다.

이러한 사실관계와 함께 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고는 2008. 6. 16.자로 계약서 양식이 변경된 이후에도 채권추심원들과 재계약을 하면서 종전의 계약서를 사용하기도 하고, 변경된 계약서를 사용하였다가 이후 다시 과거의 계약서 양식을 사용하기도 하는 등 피고 스스로도 계약서 양식 자체에는 큰 의미를 두지 않았던 것으로 보이는 점, ② 피고는 ○○협동조합법에 의한 조합 등의 부실자산 매입 및 매각과 인수한 부실자산의 보전 및 추심 등을 주목적으로 설립된 법인으로 채권추심업무는 피고의 사업에서 핵심적이고 중요한 업무라 할 수 있으므로, 피고로서는 채권추심을 담당하는 인력이 상시적으로 필요하였고, 적정한 업무수행을 보장하기 위하여 채권추심원

들의 업무에 대하여 상당한 지휘·감독을 하고자 하는 유인이 크다고 할 수 있는 점, ③ 실제로 피고는 변경된 양식에 따라 채권추심업무계약을 체결한 이후에도 팀제도, 전산시스템 관리제도, 상벌제도를 통해 채권추심원들의 출퇴근과 업무실적 등을 계속 관리해 왔던 것으로 보이는 점, ④ 원고 1 등은 변경된 계약서가 사용되기 훨씬 전부터 피고와 반복적으로 채권추심업무계약을 체결하여 왔는데, 피고는 변경된 계약서 양식에 따라 채권추심업무계약을 체결하면서 변경된 계약서의 내용이나 그에 따른 법률효과 등을 원고 1 등에게 제대로 설명하지 않은 것으로 보이고, 계약서 양식이 변경된 이후로 원고 1 등의 업무수행 방식과 피고의 지휘·감독의 정도가 근로자성을 달리 판단할 수 있을 정도로 실질적으로 변경되었다고 볼 만한 자료도 부족한 점, ⑤ 2008. 6. 16.자로 변경된 계약서에서 제3자에 의한 업무대행을 금지하는 규정이 삭제되었다 하더라도, 피고의 전산시스템을 이용하여 추심업무를 수행하여야 하고 팀장을 통해 업무를 통제받는 채권추심원들이 제3자에게 추심업무를 대행하게 하는 것은 현실적으로 가능하지 않았을 것으로 보이는 점, ⑥ 채무자와의 면담 등을 위해 출장 근무가 많은 채권추심업무의 특성상 회사가 근무시간과 장소를 제한하지 않았다고 하여 근로자성을 부정하는 주요 징표가 된다고 보기는 어려운 점 등을 종합하여 보면, 원고 1 등을 비롯한 채권추심원들이 2008. 6. 16.자로 변경된 계약서 양식에 따라 채권추심업무계약을 체결하였다는 사정만으로 이 전과 달리 근로기준법상 근로자에 해당하지 않게 되었다고 단정하기는 어렵다고 할 것이다.

3) 2016년 및 2018년 채권추심원 판례

채권추심계약은 형식상 위임계약이나 그 실질은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로계약관계이므로 채권추심원은 근로기준법상 근로자에 해당하고, 채권추심원들이 받은 보수는 기본급이나 고정급 없이 성과급의 형태로만 지급되었지만, 이는 업무의 특성에 의한 것일 뿐이므로 이를 이유로 임금의 성격을 부인하기 어렵다고 판단함

【대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252*** 판결】

채권추심원의 근로자성이 다투어지는 개별 사건에서 근로자에 해당하는지 여부는 소속된 채권추심회사의 지점, 지사 등 개별 근무지에서의 업무형태 등 구체적인 사실관계 및 증명의 정도에 따라 달라질 수밖에 없다. ... (중략) ...

그러나 원고들의 경우에는, 최초 계약기간은 6개월로 정하여 채용되었지만 반복적인 재계약 또는 기간연장 합의를 통하여 약 3년 내지 5년 동안 채권추심원으로 종사하여 업무의 계속성이 있었다. 또한 그 업무수행 과정에서 피고로부터 수수료 차감, 다른 팀으로의 이동, 이미 배정된 채권의 환수, 새로이 배정될 채권의 감소 등과 같은 불이익을 받지 않기 위해 캠페인, 조기출근, 야근, 토요일 근무 등 피고가 업무실적향상을 위해 동참을 요구하는 각종 조치에 따를 수밖에 없었다고 보인다. 원고들이 받은 보수는 기본급이나 고정급 없이 성과급의 형태로만 지급되었지만 이는 채권추심업무의 특성에 의한 것일 뿐이고, 원고들이 제공한 근로의 양과 질에 대한 대가로서의 임금의 성격을 지니지 아니한 것이라고 보기는 어렵다. 더구나 피고는 원고들에게 채권추심업무를 수행하는 과정에서 목표설

92) 일부 하급심(서울고등법원 2012. 1. 27. 선고 2011나44*** 판결, 서울행정법원 2012. 3. 22. 선고 2011구합2*** 판결)에서는 근로계약 변경 등으로 근로자성을 부정한 판결 등이 확정되기도 하였음

정에서부터 채권추심업무의 처리에 이르기까지 모든 업무의 과정을 채권관리시스템에 입력하게 함으로써 원고들의 업무를 구체적으로 지휘하고 관리·감독한 것으로 보기에 충분하다.

그러므로 원고들과 피고 사이에 체결된 계약의 형식은 위임계약처럼 되어 있지만 그 실질은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로계약관계라고 봄이 상당하다. 따라서 원고들은 근로기준법의 적용대상인 근로자에 해당한다고 할 것이다.

【대법원 2018. 6. 28. 선고 2018다211*** 판결】

앞서 본 사실관계에 비추어 보면, 원고들의 경우에는, 최초 계약기간은 3개월로 정하여 채용되었지만 반복적인 재계약 또는 기간연장 합의를 통하여 약 7년, 12년 동안 채권추심원 또는 임대차조사원으로 종사하여 업무의 계속성이 있었다. 피고는 원고들에게 채권추심업무 및 임대차조사업무를 수행하는 과정에서 매우 구체적인 업무처리 매뉴얼을 따르게 하고 일일업무보고서 작성 및 전산시스템 입력을 의무화함으로써 목표 설정에서부터 업무 처리에 이르기까지 원고들의 업무를 구체적으로 지휘하고 관리·감독한 것으로 보기에 충분하다. 또한 원고들은 그 업무수행 과정에서 피고로부터 수수료 차감, 위임계약 해지 등과 같은 불이익을 받지 않기 위해 피고의 지시사항을 따르거나 업무실적 달성을 위해 요구하는 주말근무 등 각종 조치에 따를 수밖에 없었다고 보인다. 원고들이 받은 보수는 기본급이나 고정급 없이 성과급의 형태로만 지급되었지만 이는 채권추심업무와 임대차조사업무의 특성에 의한 것일 뿐이고, 원고들이 제공한 근로의 양과 질에 대한 대가로서의 임금의 성격을 지니지 아니한 것이라고 보기는 어렵다.

4) 2020년 채권추심원 판례⁹³⁾

독립된 개인사업자 등록증을 가지고 추심업체와 채권추심업무에 관한 계약을 맺고 수년간 근로를 제공한 경우 회사와 개인 간의 위촉계약 여부에 불구하고 근로기준법상 근로자에 해당하므로 근로자퇴직급여보장법에 의한 퇴직금을 지급해야 한다고 판단함

【대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다229*** 판결】

위와 같은 사실관계 및 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고와 피고 사이에 체결된 계약의 형식에도 불구하고 그 실질은 원고가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공하는 근로계약관계라고 봄이 타당하다. 따라서 원고는 근로기준법의 적용대상인 근로자에 해당한다.

가. 피고는 원고에게 원고가 배정받은 채권추심업무를 수행하는 구체적인 내용을 내부전산관리 시스템에 입력하도록 하고, 각종 업무상 지시, 관리기준 설정, 실적관리 및 교육 등을 함으로써 원고가 수행할 업무 내용을 정하고, 원고의 업무수행에 관하여 상당한 지휘·감독을 하였다고 보기에 충분하다.

93) 한편 대법원은 2020. 5. 14. 채권추심원에 대한 근로자성을 인정하지 않은 서울고등법원 판결(서울고등법원 2020. 1. 7. 선고 2018나2047*** 판결)에 대하여 심리불속행 기각판결을 내렸는데(대법원 2020. 5. 14. 자 2020다208*** 판결), 이에 대하여는 77면 참조.

- 나. 원고는 약 6년 9개월 동안 계속하여 피고의 채권추심원으로 종사하여 업무의 계속성이 인정된다.
- 다. 원고가 피고로부터 받은 수수료와 자격증 수당, 장기활동 수당 등은 원고가 제공한 근로의 양과 질에 대한 대가로서의 임금의 성격을 가진다고 볼 수 있다.
- 라. 원고가 채권추심활동을 위한 일부 비용을 스스로 부담한 면이 있더라도, 피고가 원고에게 사무집기를 제공하고, 내부전산관리 시스템을 이용하도록 하였으며, 원고로서는 피고가 배정한 채권의 추심과 관련하여 제3자를 고용하여 업무를 대행할 수도 없었다는 점 등 여러 사정을 고려하면, 원고가 피고로부터 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하였다고 보기는 어렵다.
- 마. 원고가 근무시간이나 근무장소에 대하여 피고의 엄격한 제한을 받았다고 보기는 어려우나, 이는 잦은 외근이 이루어지는 채권추심업무의 특성에 기인하는 것에 불과하다.
- 바. 원고가 피고와의 계약관계가 유지되는 기간 동안 다른 곳에서도 급여소득을 얻은 적이 있지만, 그와 같은 급여소득을 올리게 된 경위와 금액 등을 고려하면, 원고의 근로자성을 부정하는 유력한 징표로 삼기는 어려워 보인다.
- 사. 원고가 피고의 취업규칙을 적용받지 않았고, 기본급이나 고정급이 정해져 있지 않았으며, 피고로부터 받은 수수료 등과 관련하여 근로소득세가 아닌 사업소득세를 납부하였고, 다른 사회보장제도에서 근로자로서의 지위를 인정받지 못하였다. 그러나 이러한 사정들은 사용자인 피고가 경제적으로 우월한 지위에서 임의로 정할 수 있는 것에 불과하므로, 이를 들어 원고의 근로기준법상 근로자성을 쉽사리 부정할 것은 아니다.
4. 그런데도 원심은 그 판시와 같은 사정만을 들어 원고가 종속적인 지위에서 피고에게 근로를 제공하였다고 인정할 증거가 부족하다는 이유로 원고의 주장을 배척하였다. 이러한 원심의 판단에는 근로기준법상 근로자성 판단 기준에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

터. 텔레마케터(2008년, 2016년)

1) 사회복지법인에서 법인이 발간하는 월간지를 후원자들에게 판매하고 구독료 명목의 후원금을 모금하는 텔레마케터에 대하여 채용, 징계, 각종 근로조건, 정년 등에 있어서 취업규칙의 적용을 받지 아니하였지만, ‘구체적 통화대상 및 통화내용’을 제외한 업무 내용의 대부분을 사용자가 정하고, 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는 점 등을 근거로 근로기준법상 근로자성을 인정함

【서울고등법원 2008. 9. 10. 선고 2008누9*** 판결⁹⁴⁾】

① 참가인(사용자)은 원고(근로자)에게 예상후원자들의 인적사항을 제공하고 업무방식을 한정하며 우편물의 내용물을 감독·통제하는 등의 방법으로 ‘구체적 통화대상 및 통화내용’을 제외한 업무 내용을 대부분 정하였고, 이에 따라 원고가 업무 내용의 결정에 있어 가지는 재량의 범위는 그리 넓지 못하였던 것으로 보인다. ② 원고는 비록 채용, 징계, 각종 근로조건, 정년 등에 있어서 취업규칙의 적용을 받지 아니하였으나, 취업규칙의 내용이나 그 적용 여부 등은 사용자가 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 큰 사항에 해당되는 것이어서 ‘근로관계의 종속성 여부’를 판단함에 있어 중요한 의미를 가지기 어렵다. ③ 참가인은 빈번한 회의를 통하여 원고에게 지시·주의사항을 통보하고 업무

방식을 교육하며 업무기준을 제시하였고, 매일 원고로부터 업무수행결과를 구체적으로 보고받았으며, 원고가 지정된 업무방식을 준수하지 아니할 경우에는 원고의 우편물 발송을 저지하는 등, 업무수행과정에서 상당한 지휘·감독을 하였다. ④ 참가인은 원고의 근무시간과 근무장소를 지정하였고, 출결상황표의 작성과 출근수당 및 만근수당의 지급을 통하여 원고로 하여금 근무시간에 구속을 받게 하였다. 비록 참가인이 근무시간의 부준수를 이유로 원고에 대하여 질책이나 징계를 하지는 아니하였고, 출결상황표가 자율적으로 기재되었으며, 텔레마케터의 실제 근무시간이 일 7시간에 다소 못 미친 경우에도 출근수당이 지급된 경우가 많았다고는 하나, 근무에 있어 출결상황의 명시는 그 자체만으로도 근무시간의 구속성을 강화하는 효과가 있는 점, 원고의 출결상황은 출근수당 및 만근수당의 지급여부와 불가분적으로 결합되어 있었는데 위 수당들의 부지급은 원고에 대하여 실질적인 제재수단으로서의 의미를 가지는 점, 근무시간의 빈번한 부준수는 수당의 부지급뿐 아니라 퇴사의 사유가 될 가능성이 충분하였던 것으로 보이는 점 등을 고려하면 위와 같은 사정으로 인하여 원고가 근무시간에 구속을 받지 아니하였다고 보기는 어렵다. ⑤ 참가인은 원고에게 업무에 필요한 기본적인 사무용품을 모두 제공하고 전화요금 등 업무비용까지 부담하였으며, 원고는 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하지 아니하였을 뿐만 아니라 사실상 그렇게 할 수도 없었던바, 원고가 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있었다고 보이지는 아니한다. ⑥ 원고는 입사 3개월 후까지 매월 40만 원을 고정적으로 지급받았고, 그 후에도 매월 출근수당 및 만근수당으로 이와 같은 액수인 합계 40만 원을 지급받았던바, 원고가 지급받은 출근수당 및 만근수당은 사실상 '기본급 내지 고정급'의 성격을, 그 부지급은 사실상 '결근에 대한 금전적 제재'의 성격을 각 가진다고 할 수 있다. ⑦ 원고는 근로소득세가 아닌 사업소득세를 납부하였고, 이른바 4대 보험에 참가인의 사업장 근로자로서 가입되어 있지 아니하였으나, 이는 참가인이 우월한 지위를 이용하여 임의로 정한 데 따른 것으로 보이고, 원고가 이러한 상태의 법률적·경제적 의미를 정확히 인식하였음에도 불구하고 이를 묵인하였다는 등의 사정에 대한 주장·입증이 없는 이상, 단순히 원고가 이를 알고도 그에 대하여 이의를 제기하지 아니하였다는 사정은 별다른 의미를 가지지 아니한다. ⑧ 원고는 약 3년에 이르는 기간 동안 통상적인 근로자의 일과시간을 참가인의 텔레마케터로서 근무하였던바, 이를 고려하면 참가인의 텔레마케터들 중 일부가 휴직 후 복직하였다거나 다른 업무를 이유로 매주 이틀씩 조퇴하면서도 계속하여 근무하였다는 점만 가지고는 원고의 근로제공의 계속성 및 참가인에 대한 전속성을 부인하기 어렵다.

따라서 원고는 근로기준법상 근로자에 해당한다고 할 것이고, 이 사건 근로관계종료는 '사용자의 일방적 의사에 의한 근로관계의 해지'로서 해고에 해당한다고 할 것이다.

2) 회사와 섭외영업위촉계약을 체결하고 고객데이터베이스를 받아 고객에게 카드를 홍보하고 대출신청을 권유하는 업무를 수행한 신용카드 카드로 텔레마케터에 대하여 실적이나 업무수행 불량 또는 업무운용수칙 위반 시 제재 또는 불이익이 부과되었고, 업무의 성격과 내용, 근무 장소가 정하여져 있었으며 근무시간을 지키지 않을 경우 불이익을 얻게 되는 등의 사정을 종합하여 볼 때 이들에 대한 근로기준법상 근로자성이 인정된다고 판시함

94) 한편 기획부동산 텔레마케터에 대하여는 서울지방법노동위원회(2009부해*** 등) 및 국무총리 행정심판위원회(2008. 4. 29.자 07-12*** 재결)에서는 대부분 근로자성을 부인하였으나, 서울중앙지방법원 형사판결에서 근로자성을 인정한 바 있음(서울중앙지방법원 2009. 4. 8. 선고 2009노1*** 판결)

【대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29*** 판결】

가. …(중략)… 따라서 업무운용수칙과 스크립트 등은 관련 법령 준수를 위한 지침으로서의 성격뿐만 아니라 피고를 위한 업무수행의 내용과 방법 등에 관한 지침으로서의 성격도 함께 포함되어 있다. 또한 설외영업위촉계약서에는 원고들의 업무운용수칙 위반 시 징계해고에 상응하는 계약해지의 불이익이 규정되어 있다.

나. …(중략)… 결국 피고가 원고들의 업무수행과정이나 결과 등에 대하여 관리·감독을 하였고, 그에 대한 제재 수단도 있었다.

다. …(중략)… 그러나 지각 또는 결근으로 인한 징계 등에 관한 규정이 없었다고 하더라도, 피고의 정규직 직원인 매니저들은 원고들과 같은 시간, 같은 장소에서 근무하면서 원고들의 출근 여부, 통화 여부, 통화 횟수 등을 알 수 있었고, 실제로 일별로 목표 통화횟수나 실적에 따른 추가 데이터베이스 제공 등의 각종 프로모션을 진행하기도 하는 등 전화권유판매원들의 업무수행이나 실적을 관리하였다.

라. 한편 피고는 원고들에게 사무실, 컴퓨터, 전화기 등 업무수행에 필요한 물품을 제공하였다. 그런데 원고들은 내근직으로서 피고로부터 받은 고객 데이터베이스에 피고로부터 받은 업무운용수칙과 스크립트에 따라 전화를 하는 업무의 성격상 위와 같은 물품 외에 업무수행에 추가로 드는 상당한 비용이 들 여지가 없고, 전문성이 요구된다고 보기도 어렵다.

마. 또한 원고들은 계약상 은행의 신용카드상품 내용을 홍보함으로써 은행상품에 관한 약정이 체결되도록 하여야 하는 업무를 담당하고 업무의 대행이 금지되었는데, 원고들은 피고의 지시에 따라 계약상의 업무 외에 고객정보 변경, 캐시백서비스 안내, 일시불의 할부전환 업무 등을 수행하기도 하였다. 한편 원고들과 같은 전화권유판매원들에게 매달 지급되는 수수료에 ‘토요근무 수수료’ 란이 따로 마련된 적도 있었고, 실적에 따른 수수료 외에 생산성수당 등 명목의 돈이 지급되기도 하였다.

바. 위와 같은 실적이나 업무수행 불량 또는 업무운용수칙 등 위반 시 부과된 제재 또는 불이익, 업무의 성격과 내용, 근무 장소가 정해져 있고 근무시간을 지키지 않을 경우 얻게 되는 실질적 불이익 등 여러 사정을 종합하면, 원고들이 피고 회사에 근로에 대한 대가를 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다고 볼 여지가 충분하다.

퍼. 프리랜서 방송제작PD(2014년)

특정 방송프로그램의 제작 및 방송을 위해 프리랜서 계약을 체결한 방송제작 PD에 대하여 업무수행과정에서 사용자의 상당한 지휘·감독을 받은 것으로 판단하여 근로기준법상 근로자성을 인정하였고, 동 프리랜서 계약은 해당 프로그램의 종료 시점까지를 계약기간으로 하는 기간제 근로계약으로 볼 수 있다고 봄

【서울고등법원 2011. 6. 30. 선고 2010누37*** 판결⁹⁵⁾】

다음과 같은 사정들을 종합하면, 참가인들을 독립된 사업자로 볼 만한 징표는 그리 많지 않은 반면, 참가인들이 종속적 관계에서 원고에게 근로를 제공하였다고 볼 만한 사정이 훨씬 많은 점에 비추어 참가인들을 원고의 근로자로 봄이 상당하다.

㉠ 업무의 내용 및 그 수행과정에 관하여 보건대, 참가인들이 수행한 업무는 프로그램 제작이라는

공동의 목표를 위하여 정규직근로자들과 함께 유기적으로 결합하여 수행하는 것으로서 그중 일부분만 따로 떼어 내어 이를 독립된 사업자에게 업무위탁을 할 만한 성격으로 보이지 않는 점, 위 프로그램들은 사회적으로 민감한 시사프로그램으로서 단순히 몇 차례의 작업만으로 완성되는 것이 아니라 여러 단계의 제작과정과 협업과정을 거쳐야 되는 것이고 단계마다 원고의 기획의도에 맞도록 수정·보완의 과정을 거쳐야 하므로, 그 과정에서의 원고의 개입과 관여 및 그 정도는 업무위탁의 결과물에 대한 사전적 요구 및 사후적 평가나 건의의 수준을 넘어 일상적이고 지속적인 개입으로서 곧바로 참가인들의 업무를 구속하는 점을 고려하면, 참가인들의 업무수행과정에서 원고의 상당한 지휘·감독이 있었다고 평가하기에 충분하다.

㉔ 근무시간과 근무장소에 관하여 보건대, 참가인들이 제작하는 프로그램은 1주일에 1회씩 정기적으로 방송되므로 이에 따른 업무일정표가 사실상 꼭 짜여 있어서 그 흐름에 맞춰 업무를 하였고 편집을 위하여 밤샘 작업도 하는 점 등에 비추어 보면, 참가인들의 근무시간이 상대적으로 자유로웠다고 하더라도 이는 업무의 특성에서 비롯된 것이고 이는 참가인들과 함께 프로그램 제작에 참여하는 정규직근로자도 마찬가지였을 것으로 보인다. 근무장소와 관련하여서도 참가인들의 업무 일정상 다른 장소에서 근무하는 것이 불가능하고 원고 소유의 편집장비 및 카메라, 스튜디오 등을 이용하여야 하였으므로 근무장소는 고정되어 있었고 참가인들이 임의로 선택할 여지는 없었다고 봄이 상당하다.

㉕ 작업도구의 소유관계, 업무의 대체가능성, 손익발생구조에 관하여 보건대, 참가인들은 그 업무를 수행하기 위하여 근로를 제공하는 것 외에 별도로 자본을 투자하거나 장비를 갖추 필요가 없었고, 참가인들 업무의 성격 및 원고가 참가인들을 선발한 경위에 비추어 참가인들이 그 업무를 직접 수행하지 않고 제3자를 고용하여 대행하게 한다는 것은 쉽게 상상하기 어려우며, 특별히 참가인들이 추가로 수취할 이윤도 없고 나아가 손실의 위험도 없었던 점에 비추어 참가인들을 독립된 사업자로 볼 만한 여지는 쉽게 찾기 어렵다.

㉖ 보수의 성격에 관하여 보건대, 참가인들은 프로그램 제작 횟수에 상응하여 일률적으로, 주급으로 급여를 수령하기는 하였으나 보수 자체에 있어서 특별히 변동이 있을 수 없고 2005년경 3회를 제외하고는 결방이 있더라도 고정적으로 급여를 지급받아 왔으며 급여가 근로시간과는 무관하게 책정되었으나 참가인들의 근무시간은 충분히 예측가능하고 근로시간의 장단에 있어서 그 변동이 크지 않은 점을 고려하면, 참가인들은 근로의 대가로 보수를 수령하였다고 봄이 상당하다.

㉗ 사용자에 대한 전속성, 근로제공의 계속성에 관하여 보건대, 참가인들은 정해진 프로그램의 제작 그리고 그 제작과정에서 자신들이 맡은 업무만을 처리하기는 하였으나 이는 정규직근로자들과 별반 차이가 없었던 것으로 보이고, 1주 단위로 꼭 짜인 업무를 반복적으로 수행한 점에 비추어 참가인들이 다른 영업활동을 할 만한 여유도 없었고 실제로 그렇게 한 바도 없었으므로 원고의 업무만을 전속적으로 한 것으로 인정되며, 참가인들이 근무한 6년 여간 3주 가량을 제외하고는 계속하여 근무한 점에 비추어 근로제공의 계속성도 인정된다.

95) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두19*** 판결)에서 원심이 인정되어 최종 확정되었으며, 소개된 판결의 내용은 원심의 판결내용임. 유사 판례로는 ‘대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다27*** 판결(한국방송공사 드라마제작국의 외부제작요원이 근로기준법상 근로자에 해당한다)’과 ‘서울행정법원 2017. 12. 7. 선고 2017구합58*** 판결(방송프로그램 객원 제작자는 근로기준법상 근로자에 해당한다)’이 있음

허. 프리랜서 아나운서(2019년)

프리랜서 업무위임계약을 체결하고 근무한 아나운서에 대하여 임금을 목적으로 종속적인 지위에서 근로를 제공하였고, 방송국으로부터 지속적으로 지휘·감독을 받은 것으로 보아 근로기준법상 근로자성을 인정함

【서울행정법원 2019. 7. 4. 선고 2018구합74*** 판결】

가) 앞서 본 인정사실을 종합하여 보면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

① 원고의 참가인 업무수행에 대한 지휘·감독

원고는 이 사건 계약 기간 동안 참가인의 업무 내용을 구체적으로 지시하고 그 업무수행에 관여하였다. 참가인은 이 사건 계약의 내용대로 원고가 제작하는 뉴스 프로그램의 앵커와 리포터로 나섰고, 그 업무수행을 위하여 원고가 일방적으로 정한 시간에 사전 연습을 하여야 했으며, 사전 연습 이후에는 물론 방송이 이루어진 뒤에도 그가 수행한 업무 내용에 대하여 세부적인 수정 지시를 받았다. …(중략)…

원고는 참가인에게 뉴스 프로그램의 앵커 및 리포터로서 수행하여야 할 것과 다소 거리가 있는 업무로서 원고에 대하여 종속적인 관계에 있는 아나운서 직원이 아니라면 수행하지 않을 업무에 관하여도 여러 차례 지시하였다. …(중략)…

② 이 사건 계약 관계의 전속성과 배타성

참가인은 원고가 제작하는 방송 프로그램에만 출연하여야 하므로 참가인과 원고의 관계는 전속적이고 배타적이었다. …(중략)…

③ 원고가 참가인에게 다른 직원과 동등하게 제공한 근무여건

원고는 이 사건 계약 기간 동안 참가인에게 고정적인 사무공간과 개인 사물함 등 편의시설을 제공하였고, 다른 원고 직원들이 근무하는 장소가 위 사무공간과 구분되지 않았다. …(중략)…

④ 참가인이 지급받은 보수의 근로 대상적 성격

원고는 이 사건 업무위임계약에서 참가인에게 연 55,020,000원의 고정된 급여를 지급하기로 하였고, 이는 참가인이 받은 급여가 근로 자체의 대상적 성격을 가지고 있음을 추단하는 강력한 근거가 된다. …(중략)…

⑤ 휴가 등 참가인의 근로조건에 대한 원고의 지휘·감독

…(중략)… 이처럼 원고는 참가인의 휴가를 비롯한 근로관계 전반에 걸쳐서도 우월한 지위에서 지휘·감독 권한을 행사하였다.

고. 학원버스 기사(2007년, 2015년)⁹⁶⁾

학원버스 기사에 대하여 자기 소유 버스를 운행하면서 스스로 유지보수비를 부담하였더라도 학원으로부터 상당한 지휘·감독을 받은 것으로 보아 근로기준법상 근로자성을 인정함

96) 학원버스 기사, 유치원 버스기사에 관한 판례 중 근로자성이 부정된 경우는 ‘제1절 6. 6.2 파. 유치원 버스 기사(2014년), 러. 학원버스 기사(2008년)’ 참조

【대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다37*** 판결】

원고가 운행한 버스는 원고 자신의 소유이지만 소유권 등록 명의를 피고 앞으로 한 사실, 원고와 피고가 맺은 계약서에는 원고가 피고로부터 위 버스 운행의 대가로 매달 200만 원을 받기로 하였고, 실제로도 원고는 매달 200만 원 내외의 돈(기본급에 근무 외 수당 명목의 돈을 추가한 금액)을 피고로부터 지급받았으며, 그 금원에서 소득세, 주민세, 국민연금보험료, 국민건강보험료, 고용보험료 등의 명목의 돈을 공제한 나머지 돈을 피고로부터 받았고, 피고는 이와 같이 공제된 돈과 피고 자신이 부담하여야 할 것으로서 관할 기관에 원고에 대한 원천징수 근로소득세, 주민세, 국민연금보험료, 국민건강보험료, 고용보험료, 산업재해보상보험료(이른바 4대 보험 보험료)를 모두 납부한 사실, 한편 원고가 운행한 버스의 차량 유류비, 보수비 등의 비용과 자동차 보험료, 자동차 운행으로 발생하는 과태료와 사고 책임은 모두 원고가 부담한 사실, 원고를 비롯한 위 학원 버스운전기사들은 매일 08:30부터 09:30까지와 13:30부터 20:00까지(월, 수, 금요일은 21:00까지) 사이에 1시간 30분의 배차간격으로 정해진 운행구간을 운전하여 학원생들을 통학시키고, 09:30부터 13:30 사이에는 학원 안에 주차공간과 휴게실 등이 없어 자기 집에서 휴식을 취하거나 차량 정비 등을 한 사실, 원고와 피고 사이에 작성한 계약서에는 근무시간, 휴식시간을 학원의 실정 또는 학기별 또는 방학기간 등의 사정으로 변경하여 시행할 수 있고, 정기 휴무일은 매주 일요일과 법정공휴일에 실시하되, 학원 실정에 따라 변경 시행할 수 있다고 기재되어 있고, 운전기사는 이 계약에 관한 업무를 학원 동의 없이 제3자에게 양도할 수 없으며, 위 학원 학생 운행 외에 일체의 영업행위를 할 수 없고, 대차운행과 대리운전은 원칙적으로 금지되며, 직계가족 경조사·관공서에서 실시하는 의무적인 교육·운행 중 갑작스런 고장 등의 사유가 있는 경우에 한하여 학원의 승인을 받은 후 운전기사가 비용을 부담하여 차량운행에 지장이 없도록 하여 대차운행과 대리운전을 할 수 있다고 되어 있으며, 실제로는 위와 같은 사유 외에 운전기사의 개인적 사정, 예컨대 직계가족 이외의 친인척의 상(喪)이나 해외여행 등의 사유로도 대리운행을 할 수 있었고, 이 경우 반장인 원고를 통해 피고가 이를 보고받고, 피고는 운행에 지장이 없으면 별다른 이의를 제기하지 아니하였으며, 다만, 반장인 원고는 운전기사들의 대리운행을 자제시키며 주의를 주기도 한 사실 등을 인정할 수 있다.

위와 같이 인정되는 사실에다가, 원고 운행 버스의 소유권 등록 명의를 피고 앞으로 하였다면 위 버스로 위 학원의 학원생들을 통학시키는 것 외에 원고가 그 버스를 운전하여 다른 영업을 할 경우, 이는 여객자동차 운수사업법에서 정하는 여객자동차운송사업을 면허 없이 영위하는 것이 되고, 사고가 생겼을 때 보험금을 받지 못하게 되는 등의 사정 때문에 원고로서는 위 학원의 학원생을 통학시키는 것 외에 사실상 다른 운송사업을 영위할 수 없었다는 점 등을 보태어 보면, 원고는 버스 운행업무수행 과정에서 피고로부터 상당한 지휘·감독을 받았고, 피고가 지정한 근무시간과 근무장소에 구속되었으며, 이 사건 버스 운행과 관련하여 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하지 못하였고, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 부담하지 못하였으며, 피고로부터 월정액의 급여를 받고 피고가 원고에 대하여 근로소득세를 원천징수하여 관할 세무서에 납부하고 이른바 4대 보험의 보험료를 납부하는 등 피고와 사이에 근로기준법에서 말하는 근로자의 지위를 가지고 있었다고 보인다.

【대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다62*** 판결】

원심은 그 채택증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 피고는 원고들로 하여금 일정한 운행시간에 지정된 코스를 운전하게 하였고, 원고들에게 유니폼 착용, 에어컨 가동 등 구체적인 업무지시를 하였으며, 차량운행 외에도 등·하원 시 학원생들의 안전지도, 차량 퍼레이드 등의 업무를 지시하기도 한 점, ② 피고는 대차운행과 대리운행을 원칙적으로 금지하면서 차량부장을 통하여 원고들을 비롯한 운전기사들의 대리운행 여부 등을 사전에 보고받고 승인한 점, ③ 원고들이 학원생들의 등·하원 시간 외에는 비교적 자유롭게 보냈더라도 이는 학원생들의 통학버스 운행이라는 원고들의 근무형태에 기인한 것이고, 피고가 운전기사들을 위한 충분한 주차장이나 휴게공간을 마련하지 아니하였기 때문인 점, ④ 원고들이 자기 소유 차량으로 통학운행을 수행하고 그로 인한 각종 비용과 사고책임을 스스로 부담하기는 하였으나, 기본적으로 차량 크기에 따라 고정적인 급여를 받았을 뿐인 점, ⑤ 피고가 작성한 ‘차량관리업무 매뉴얼’ 등에 의하면 피고에게 징계권이 부여되어 있었고, 실제로 피고는 그에 따라 운전기사들에게 벌점을 부과하고 경고, 시달서 징구 등의 제재를 가한 점, ⑥ 원고들이 자기 소유 차량을 학원의 통학운행 외의 용도로 운행하는 것이 원칙적으로 금지되어 있었고, 설령 그에 대한 피고의 통제가 느슨하여 원고들이 다른 일을 할 가능성이 있었다라도 차량들의 소유권등록 명의가 피고 앞으로 되어 있어 그 차량들로 학원생들을 통학시키는 것 외에 다른 영업을 할 경우 여객자동차운송사업을 면허 없이 영위하는 것이 되어 사실상 다른 운송사업을 영위할 수 없었으며, 비록 하루 차량운행시간이 길지는 아니하더라도 평일과 주말, 학기 중과 방학 중에 따라 운행시간과 간격이 다르고 유동적이어서 원고들이 다른 일에 종사하는 데에는 상당한 제약이 따랐던 점, ⑦ 피고는 원고들에 대한 근로소득세를 원천징수하여 관할 세무서에 납부하고 이른바 4대 보험의 보험료를 납부한 점, ⑧ 원고들은 모두 피고가 운영하는 학원에 오랫동안 근무하여 온 점 등을 종합하여 보면, 원고들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 타당하다고 판단하였다.

노. 형식적 대표이사(실제 경영자가 별도로 있는 경우, 2009년)

주식회사의 대표이사로 등기되어 있는 자라고 하더라도 대표이사로서의 지위가 형식적 명목적인 것에 불과하여 단지 실제 경영자로부터 구체적·개별적인 지휘·감독을 받아 근로를 제공하고 근로 자체에 대한 대가로서의 성격으로 보수를 지급받는 경우에는 예외적으로 근로기준법상 근로자성을 인정함

【대법원 2009. 8. 20. 선고 2009두1*** 판결】

산업재해보상보험은 동법상의 보험급여를 받을 수 있는 근로자에 대하여 ‘근로기준법에 따른 근로자’를 말한다고 규정하는 외에 다른 규정을 두고 있지 아니하므로 보험급여 대상자인 근로자는 오로지 ‘근로기준법상 근로자’에 해당하는지의 여부에 의하여 판가름 나는 것이고, 그 해당 여부는 그 실질에 있어 그가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이지(대법원 1999. 2. 24. 선고 98두2*** 판결, 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57*** 판결 등 참조), 법인등기부에 임원으로 등기되었는지 여부에 따라 판단할 것은 아니다(대법원 2002. 9. 4. 선고 2002다4*** 판결 참조). 한편 주식회사의 대표이사는 대외적으로는 회사를

대표하고 대내적으로는 회사의 업무를 집행할 권한을 가지는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 산업재해보상보험법상의 근로자에 해당하지 않는다고 할 것이나, 주식회사의 대표이사로 등기되어 있는 자라고 하더라도 대표이사로서의 지위가 형식적·명목적인 것에 불과하여 회사의 대내적인 업무집행권이 없을 뿐 아니라 대외적인 업무집행에 있어서도 등기 명의에 기인하여 그 명의로 집행되는 것일 뿐 그 의사결정권자인 실제 경영자가 따로 있으며, 자신은 단지 실제 경영자로부터 구체적·개별적인 지휘·감독을 받아 근로를 제공하고 경영성과나 업무성적에 따른 것이 아니라 근로 자체의 대상적 성격으로 보수를 지급받은 경우에는 예외적으로 산업재해보상보험법상의 근로자에 해당한다고 할 것이다.

도. 화물운송 지입차주 겸 운전기사(2013년, 2018년)⁹⁷⁾

제품을 생산하는 회사와 직접 운송계약을 맺고 종속적인 관계에서 자신 소유의 차량으로 업무를 제공하여 실비변상적인 성격의 금원을 포함한 포괄적인 형태의 임금을 받아온 화물운송기사에 대하여 근로기준법상 근로자성을 인정함

【대법원 2013. 4. 26. 선고 2013도5*** 판결】

근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질을 보아 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는 지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 하고, 근로를 제공하는 자가 기계, 기구 등을 소유하고 있다고 하여, 곧바로 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하고 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 안는 사업자라고 단정할 것은 아니다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 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(대법원 2000. 1. 18. 선고 99다48*** 판결, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29*** 판결, 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다99*** 판결 등 참조).

97) 유사 판례로는 ‘울산지방법원 2017. 4. 13. 선고 2016구합6*** 판결(배송차량의 소유자로서 사업자등록을 하고 세금계산서를 발행한 배송 기사도 산업재해보상보험법상 근로자에 해당한다)’과 서울행정법원 2015. 9. 11. 선고 2015구합58*** 판결(지입차주가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 소외 회사에 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 타당하다)이 있음. 화물운송 지입차주 겸 운전기사에 관한 판례 중 근로자성이 인정되지 않은 경우는 ‘제1절 6. 6.2 버. 화물운송 지입차주 겸 운전기사(2013년)’ 참조

원심은 판사와 같은 이유를 들어 피해 근로자들은 피고인이 운영하는 공소외 1주식회사에 대하여 종속적인 관계에서 자신들의 소유인 차량을 이용하여 근로를 제공하고 이에 대하여 위 회사로부터 실비변상적인 성격의 금원을 포함한 포괄적인 형태의 임금을 받아온 근로기준법상 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 위에서 본 법리에 기초한 것으로서, 거기에 상고이유의 주장과 같이 근로기준법 위반죄에서의 근로자성 판단에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

【대법원 2018. 10. 25. 선고 2015두51*** 판결】

나. 원심은 아래와 같은 사정 등을 종합하여 원고가 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단하였다.

- ① 원고는 휴일을 제외한 날을 근무일로 하여 운송 업무를 담당하면서 그 대가로 피고소송참가인(이하 '참가인'이라고 한다)으로부터 매월 고정급과 실비변상적인 유류비, 도로통행비, 주차비 등을 지급받아 왔다. 휴일에 근무하는 경우에는 특근으로 인정되어 추가로 수당을 지급받았다.
- ② 원고가 지급받은 급여는 물품 운송의 양이나 배송 횟수, 배송 거리 등에 따라 그 액수가 달라지지 않았다. 원고는 운송 업무의 증감에 따른 위험을 부담하지 않았고, 이윤과 손실은 모두 참가인에게 귀속되었다.
- ③ 원고는 참가인의 지시에 따라 물품을 운송하였고, 독립적인 지위에서 물품 운송을 위탁받을 수 없었으며, 참가인이 지정하는 물품 외에 다른 물품 운송을 할 수 없었다.
- ④ 원고의 휴가일수와 기간이 미리 정해져 있었고, 배송조수의 고용 여부와 근로조건도 참가인이 정하였다.

로. AS대행계약을 체결한 가전수리기사(2016년)

수리기사의 업무수행 건수는 회사의 배정에 따라 정해져 기사들이 독자적으로 거래처나 고객을 개척할 수 없었을 뿐만 아니라 회사가 기사들의 근무시간과 장소를 지정하고 각종 근무태도와 관련된 지침을 통해 사실상 기사들을 구속했으며, 서비스 대행계약이라는 형식을 띠고 있지만, 기사들이 회사로부터 상당한 지휘·감독을 받으면서 종속적 관계에서 근로를 제공했으므로 애프터서비스(AS) 업체와 대행계약을 맺고 가전제품 등을 수리하는 수리기사도 근로자에 해당한다고 판단함

【서울고등법원 2016. 4. 1. 선고 2013나2031*** 판결⁹⁸⁾】

원고들은 서비스대행 계약이라는 형식에도 불구하고 업무수행에 있어 피고로부터 상당한 지휘·감독을 받으면서 종속적인 관계에서 근로를 제공하여 온 근로자에 해당한다고 판단된다.

가) 피고는 콜센터를 통하여 고객으로부터 요청받은 서비스 업무를 모바일 기기를 통하여 원고들에게 배정하였는데 이러한 일괄적인 업무 배정방식과 원고들의 A/S용 명함에 피고의 콜센터 전화번호만 기재되어 있는 점 등에 비추어 보면, 원고들이 독립된 가전수리 업자로서 피고를 통하지 아니하고 일반 소비자와 직접 수리계약을 체결하는 것은 사실상 불가능하였다.

나) 원고들이 수행하는 서비스 업무의 내용, 유상·무상 수리 여부 및 서비스요금 등은 피고가 정한 서비스핸드북 등의 기준에 따라 정해졌고, 원고들은 서비스요금 지급에 관하여 고객 클레임이 발생하는 등 유상·무상 수리의 최종 결정에 관하여 의문이 있는 경우 소속 서비스센터 소장의 승인을 받고 처리하였다. 원고들이 수행한 업무의 내용과 결과는 모바일 기기를 통해 피고의 통합 전산망에 모두 입력되어 관리되었다.

다) 피고는 원고들에 대하여 수시로 업무에 관한 교육을 실시하고 시험을 통한 평가를 하였으며, 원고들의 업무 내용, 업무의 질을 통제하는 수단으로 피고의 각 서비스센터마다 구체적인 업무 목표를 부여하고 1주일 내지 1개월 주기로 개인별, 팀별 업무 실적 평가를 공개하였다. 이러한 업무 실적 평가 외에도 제품 판매 실적이 저조하거나 근태현황이 불량할 경우 원고들은 서비스 담당구역 배정 시 시외지역에 우선적으로 배정되는 등의 불이익을 입었다(지역에 따라 업무량과 그에 따른 수입이 달라지기 때문에 일반적으로 시외지역 배정은 기피되었다). 원고들로서는 이러한 불이익을 피하기 위하여 피고의 제품판매 독려나 업무지시 등을 따를 수밖에 없었을 것으로 보인다.

라) 원고들은 아침 조회나 업무실적 보고, 직무교육 참석, 업무수행에 필요한 부품확보 등을 위하여 매일 아침 08:30경 이전까지 피고의 서비스센터로 출근하여야 했고, 대체로 17:30경 이후나 되어야 서비스 업무를 마치고 퇴근하였다. 서비스대행계약에서 원고들의 검직을 금지하는 조항을 명시적으로 두고 있지는 않았지만, 피고가 원고들의 근무시간과 장소를 지정하고 각종 근태와 관련된 지침을 통하여 사실상 이를 구속한 점에 비추어 보면, 원고들이 08:30경부터 17:30경까지 사이에 피고로부터 배분 받은 업무 외에 다른 일을 하는 것은 사실상 어려웠을 것으로 보인다. 또한 원고들은 정규직 기사와 구분 없이 휴일과 명절 등에 당직 근무를 하였고, 서비스센터 소장의 승인 하에 휴가를 사용하였다.

마) 원고들의 업무 담당구역은 각 서비스센터에서 실시하는 업무실적 평가에 따라 1~3개월마다 새로 배정되었고, 원고들은 특별한 사정이 없는 한 이와 같이 피고가 지정한 업무 담당구역을 임의로 변경할 수 없었다.

바) 서비스대행계약 제8조, 제13조는 ‘협력 기사는 협력 기사 소속의 직원이 피고로부터 외상 구입한 서비스부품에 대한 변제 의무가 있다’, ‘협력 기사 또는 협력 기사 소속의 직원이 서비스행위와 무관하게 발생시킨 고객 클레임은 전적으로 협력 기사의 귀책이므로 협력 기사는 협력 기사 소속의 직원과 연대하여 배상책임을 진다’고 규정하여 협력 기사가 다른 직원을 고용하여 서비스 업무를 수행하는 것을 간접적으로 인정하고 있지만, 실제로 협력 기사가 제3자를 고용하여 자신의 업무를 대행하게 한 사례는 없는 것으로 보인다.

사) 앞서 본 바와 같이 원고들의 업무수행 건수는 피고의 배정에 의해 정해지는 등으로 원고들은 독자적으로 거래처나 고객을 개척할 수 없었고, 나아가 원고들이 고객들로부터 서비스 대가로 받은 돈을 일단 피고에게 교부한 다음 그 금액에 대한 일정 비율의 수수료를 매월 정기적으로 지급받는 점 등을 고려하면, 전체적으로 보아 원고들의 업무수행을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험은 피고에게 귀속된다고 판단된다.

아) 원고들의 업무 시간, 장소, 업무수행 방식, 피고에 대한 업무수행결과 보고는 피고의 정규직 기사와 거의 동일하였다.

자) 다만, 원고들이 기본급이나 고정급이 정하여지지 않은 채 실적에 따른 수수료만을 지급받는 점, 세무서에 개인사업자로 등록하였고 사업소득세와 부가가치세를 납부한 점, 국민연금, 고용보험 등 각종 사회보장제도의 적용을 받지 않은 점, 취업규칙의 적용을 받지 않은 점, 서비스대행계약에 출퇴근 시간이 별도로 명시되어 있지 않은 점, 개인 소유의 차량과 PDA를 이용하여 업무를 처리한 점 등은

인정되나, 이는 사용자인 피고가 경제적으로 우월한 지위에서 임의로 정하였을 가능성이 클 뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 원고들이 업무수행과정에서 피고의 지시에 따라 수밖에 없었고, 업무수행에 필수적인 기본적인 공구와 청소기 등 장비와 업무용 의류 등은 무상으로 제공되는 이상 이러한 사정만으로 근로자성을 쉽게 부정할 수는 없다고 할 것이다.

6.2 근로자성이 부정된 판례⁹⁹⁾

가. 간병인(2009년)

병원과 직업소개소와의 업무협약에 의하여 병원에서 근무하는 간병인에 대하여 사용자(병원)가 업무수행과정에서 구체적이고 직접적인 지시·명령을 한 것으로 보기에 어렵다고 판단하여 근로자성을 부정함

【서울고등법원 2009. 9. 18. 선고 2008누24*** 판결¹⁰⁰⁾】

① 참가인은 ○○병원에서 일하기 전 ○○병원을 찾아가 간호팀장에게 이력서를 제출하기는 하였으나, ○○병원 운영자들인 원고들과 사이에 근로계약이나 고용계약 등의 약정을 체결하지 않았고, 직원 채용 시에 일반적으로 요구되는 신원보증서 등의 서류제출을 한 바도 전혀 없으며, 원고들 또한 간병인 지원자들을 심사한다거나 사전교육을 하는 등 일반적인 직원 채용에 필요한 조치를 하지 않고 ○○간병인 등 전문 직업소개소를 통하여 간병인을 소개받아 간병업무를 수행하도록 하여 온 점, ② 목욕, 식사, 체위 변경, 침상 정리, 식사량 확인, 체온 확인, 대소변량 및 색깔 확인 등 간병인의 업무 대부분은 원래 환자 또는 그 보호자가 하여야 할 일을 대신하는 것으로 병원이 입원한 환자들에게 당연히 제공하여야 하는 용역은 아니므로, 비록 ○○병원이 노인전문 병원으로 다른 병원에 비하여 간병인의 필요성이 크고, 간병인의 업무가 ○○병원의 업무와 밀접한 관련이 있다고 하더라도, 간병인이 병원 운영에 있어서 필요불가결한 인력이라고 볼 수는 없는 점, ③ 간병인은 환자에 대한 간병업무에 종사할 뿐 병원의 다른 업무에 배치된 바 없고, ○○병원의 채용·인사·승진·근무시간·보수·징계 등에 관한 취업규칙 또는 인사규정의 적용을 받지도 않으며, 간병인이 업무를 태만히 하거나 업무상 부정행위를 하더라도 원고들로서는 업무협약 제5조에 따라 전○○에게 요구하여 간병인을 교체하는 등의 조치를 취하도록 하는 것 외에 직접 ○○병원의 복무질서위배 등을 이유로 간병인에게 징계처분 등을 할 수는 없는 점, ④ ○○병원이 간병인의 근무 병실과 근무시간을 지정하고, 출근부를 비치하여 출·퇴근, 교대시간 준수 여부를 확인하며, 간병과 관련한 업무를 지시하고 간병인을 관리하였다고는 하나, 개별 환자들과의 약정에 의하지 않고 병실을 이용하는 여러 명의 환자를 동시에 간병하는 다인 간병의 특성상 병원 운영자가 간병인이 근무할 병실 및 근무시간을 미리 지정하는 것은 불가피하다고 할 것이고, 간병인의 업무수행이 병원 안에서 병원의 고객들인 환자들을 대상으로 이루어지는데다가 병원의 의료행위와도 밀접한 관련이 있는 것이어서 병원 시설을 관리하고 의료용역을 제공하는 병원 운영자로서는 원활한 업무협조와 환자들의 편의 등을 위하여 간병인에 대한

98) 대법원 2016. 7. 22.자 2016다21*** 판결(심리불속행 기각)

99) 주요 판례에 대한 소개는 직종별 명칭의 가나다순으로 서술하였음

일정한 규제를 하지 않을 수도 없으므로, 위와 같은 행위를 원고들이 간병인의 업무수행과정에서 그 업무의 수행방법이나 내용에 관하여 구체적이고 직접적인 지시를 하거나 명령을 한 것으로 보기는 어려운 점, ⑤ 원고들이 환자들로부터 직접 간병료를 진료비와 함께 수취하였고, 참가인은 간병료를 납부한 환자의 수와 금액에 관계없이 근무 일수에 따라 매월 정액의 간병료를 원고들로부터 수령하였음은 앞서 본 바와 같으나, 위와 같은 간병료 수취 및 지급은 원고들과 천사간병인 전○○의 합의에 의하여 원고들이 간병인 또는 천사간병인의 업무를 대행해준 것이어서, 위 사실만으로 간병인이 지급받은 간병료가 원고들에게 제공한 근로에 대한 대가인 임금에 해당한다고 보기는 어렵고, 그 밖에 원고들이 간병인에게 간병료 이외에 임금의 성격을 가진 금품을 제공하였음을 인정할 자료는 전혀 없는 점(참가인은, 원고들이 환자들로부터 간병료 명목으로 수취한 금액과 천사간병인 및 참가인에게 지급한 금액의 차액을 취득하여 이익을 얻었다고 주장하는바, 원고들이 환자들로부터 수취한 간병료 명목의 금액과 참가인 및 전○○에게 지급한 금액이 일치하지 않는다고 하더라도, 그러한 사실만으로 참가인이 지급받은 간병료가 원고들에게 제공한 노무의 대가라고 단정할 수는 없다). ⑥ 원고들은 참가인에 대하여 직접 간병료를 지급한 경우에도 근로소득세를 원천징수하지 않았고, 간병인에 대하여 고용보험 등 이른바 4대 보험에 가입하지 않았으며, 간병인의 간병업무수행과정에서 사고가 발생한 경우 원고들이 아닌 천사간병인 내지 간병인 본인이 실질적으로 그 책임을 부담하였던 점 등의 사정이 인정되는바, 이를 종합하여 보면, ○○병원에서 일하는 간병인인 참가인은 ○○병원 운영자인 원고들에 대하여 사용종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 제2조에서 말하는 근로자에 해당한다고 볼 수 없다.

나. 골프장 경기보조원(캐디, 2014년)

골프장 경기보조원에 대하여 어느 정도의 종속적인 관계에서 사용자에게 노무를 제공하고는 있으나 그 주된 노무인 경기보조용역 제공의 상대방이 골프장 이용객이라는 점, 사용자에게 직접 제공되는 일부 노무의 목적은 사용자로부터 골프장의 출입 및 이용권한인 출장 기회를 제공받는 대가로 부수적으로 수행되는 것이라는 점 등을 이유로 근로기준법상 근로자성을 부정함¹⁰¹⁾

【대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78*** 판결¹⁰²⁾】

골프장에서 일하는 캐디는, ① 골프장 시설운영자와 사이에 근로계약·고용계약 등의 노무공급계약을 전혀 체결하고 있지 않고, ② 그 경기보조업무는 원래 골프장 측이 내장객에 대하여 당연히 제공하여야 하는 용역 제공이 아니어서 캐디에 의한 용역 제공이 골프장 시설운영에 있어서 필요불가결한 것이 아니며, ③ 내장객의 경기보조업무를 수행한 대가로 내장객으로부터 직접 캐디 피(caddie fee)라는 명목으로 봉사료만을 수령하고 있을 뿐 골프장 시설운영자로부터는 어떠한 금품도 지급받지 아니하고, ④ 골프장에서 용역을 제공함에 있어 그 순번의 정함은 있으나 근로시간의 정함이 없어

100) 동 사건은 대법원(대법원 2009. 12. 24.자 2009두18*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정되었으며, 유사 판례로 서울행정법원 2010. 6. 10. 선고 2010구합4*** 판결(원고 항소 포기로 확정)이 있음

101) 유사 판례로 대법원 2014. 3. 27. 선고 2012두28*** 판결, 대법원 2014. 2. 27 선고 2010두29*** 판결 등이 있음

자신의 용역 제공을 마친 후에는 골프장 시설에서 곧바로 이탈할 수 있고, ⑤ 내장객의 감소 등으로 인하여 예정된 순번에 자신의 귀책사유 없이 용역 제공을 할 수 없게 되더라도 골프장 시설운영자가 캐디 피에 상응하는 금품이나 근로기준법 소정의 휴업수당을 전혀 지급하고 있지도 아니하며, ⑥ 내장객에 대한 업무수행과정에서 골프장 시설운영자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 않으며, ⑦ 근로소득세를 납부하고 있지 않고, ⑧ 내장객에 대한 경기보조업무수행을 해태하여도 그 용역을 제공하는 순번이 맨 끝으로 배정되는 등의 사실상의 불이익을 받고 있을 뿐 달리 골프장 시설운영자가 캐디에 대하여 회사의 복무질서 위배 등을 이유로 한 징계처분을 하지 아니하는 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 골프장 시설운영자에 대하여 사용종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 소정의 근로자로 볼 수 없다 할 것이다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13*** 판결 참조).

원심은, 캐디들은 어느 정도의 사용종속적인 관계에서 피고에게 노무를 제공하고는 있으나, 그 주된 노무인 경기보조 서비스 용역의 상대방은 캐디 피를 직접 지급하는 골프장 이용객이라 할 것이고, 피고에게 직접 제공되는 일부 노무의 목적은 피고로부터 이 사건 골프장의 출입 및 이용권한인 출장 기회를 제공받는 대가로 부수적으로 수행되는 것에 불과하여 임금을 목적으로 한 노무제공으로 볼 수 없으므로 피고가 이에 대하여 임금을 지급할 의무가 없어, 결국 원고들과 같은 캐디들은 국가의 관리·감독 아래 근로기준법상의 각종 보호 제도를 반드시 전면적으로 적용하여야 할 정도로 직접적인 보호의 필요성이 있는 노무제공자에 해당한다고 보기는 어렵다는 등 그 판시와 같은 이유로, 원고들은 임금을 목적으로 사용종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 근로기준법상 근로자의 개념에 관한 법리오해 및 골프장 내장객의 캐디 피 지급에 관한 묵시적 위임 주장에 관한 판단누락 등의 위법이 없다.

다. 교회 부목사, 교육전도사(2005년)¹⁰³⁾

부목사, 교육전도사가 지급받는 금원은 근로의 대가로 지급받는 임금으로 볼 수 없다고 하여 근로기준법상 근로자성을 부정함

【서울행정법원 2005. 12. 27. 선고 2005구합13*** 판결】

먼저 부목사 부분을 보건대, 부목사는 담임목사와 마찬가지로 목사의 자격을 보유하여야 하고, 담임목사의 추천으로 구역인사위원회의 의결을 거쳐 감독을 파견하고 있으며, 담당 직무도 담임목사를 보좌하여 담임목사가 위임하는 직무를 수행하면서, 담임목사 유고시 직무를 대행할 권한을 가지고 있는 등 임면과 지위에 있어 담임목사와 직접적인 종속관계에 있다고 보기 어려운 점, 부목사에게 지급되는 금원도 근로기준법상 근로의 대가라기보다는 목회활동의 대가로 지급되는 것으로서 생활보조금의 성격이 강하다고 보아야 하는 점 등에 비추어 원고 교회에 소속된 부목사는 근로기준법

102) 골프장 캐디의 근로기준법상의 근로자에는 해당하지 않으나 노동조합 및 노동관계조정법상의 근로자에는 해당한다고 판결함. 유사 판례로 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78*** 판결이 있음

103) 종교인과 관련한 판례 중 근로자성이 인정된 경우는 ‘제1절 6. 6.1 나. 병원의 원목(2015년)’ 참조

상 근로자에 해당한다고 볼 수 없다.

다음으로 교육전도사 부분을 보건대, 원고 교회에는 교육전도사라는 명칭으로 2명이 소속되어 있는 사실은 앞서 본 바와 같으나, 위 교육전도사들은 모두 이 사건 해고 당시 신학대학교 신학대학원 학생의 신분을 가지고 있어서 그들이 원고 교회에서 수행한 교리학습지도는 신학대학교 수업의 일환으로 볼 수 있는 점, 원고 교회가 위 교육전도사들에게 지급한 금원도 월 50만 원 정도에 불과하였고, 그것도 2004년 이후에 비로소 지급된 것이었으며(근로소득세 원천징수도 하지 아니하였던 것으로 보인다), 더구나 위 교육전도사들은 평일에는 학교 수업을 받고 주말에만 일정시간을 내어 교인으로서 교회 소속 학생들을 상대로 교리학습을 지도한 점, 원고 교회는 이 교육전도사들과 별도의 근로계약을 체결한 바도 없고, 근로관계에서 필수적이라 할 수 있는 임금, 임면 등에 대한 별도의 규범이 마련되어 있지도 아니한 점에 비추어, 위 교육전도사들은 임금을 목적으로 원고 교회에 근로를 제공하고 원고 교회로부터 급여를 지급받은 근로기준법상 근로자라고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

라. 국민기초생활보장법에 따른 자활사업 참여자(2014년)

국민기초생활보장법에 따른 자활사업 참여자에 대하여 자활사업 참가 조건으로 받는 생계급여는 근로 자체에 대한 대가로서의 성격을 지녔다고 볼 수 없는 점 등을 이유로 근로기준법상 근로자성을 부정함

【서울행정법원 2014. 8. 14. 선고 2013구합14*** 판결】

원고는 차상위계층에 속하는 사람으로서, 생활이 어려운 사람에게 필요한 급여를 실시하여 최저생활을 보장하고 자활을 돕는 것을 목적으로 하는 국민기초생활 보장법 제9조, 제15조, 동법 시행령 제5조의3의 규정에 따라 자활사업에 참가할 것을 조건으로 피고로부터 생계급여를 지급받던 자라고 할 것이고, 원고가 지급받은 생계급여가 근로 자체의 대상적 성격을 지녔다거나 원고가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공하였다고는 볼 수 없으므로, 원고는 그 실질에 있어 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 수 없다.

마. 도급제 사원(소사장, 2016년)¹⁰⁴⁾

납품기한 준수 독촉과 품질검사 이외에 업무수행에 관한 구체적인 지시나 개별적인 감독을 한 적이 없고 작업 편의를 위하여 일정한 근무시간을 자율적으로 유지한 점 등을 종합하여 도급제 근로자의 근로기준법상 근로자성을 부정함

【대법원 2016. 3. 24. 선고 2011다1*** 판결】

① 피고가 원고들과 같은 도급제 사원에 대하여는 납품기한 준수 독촉과 품질검사 이외에 업무수행에 관한 구체적인 지시를 하거나 개별적인 감독을 한 적이 없는 점, ② 원고들은 일정한 시급을 받

104) 도급제 사원에 관한 판례 중 근로자성이 인정된 경우는 ‘제1절 6. 6.1 마. 도급제 사원(소사장, 2016년)’ 참조

기로 하고 공장 이전에 따른 시설라인 이전 등의 다른 작업도 한 적이 있으나, 이는 작업물량이 적을 경우 원고들 자신의 수익을 높이고자 피고와 합의하여 한 것이지, 원고들이 피고의 강제 또는 지시로 해당 작업을 수행한 것이라고 볼 수 없는 점, ③ 도급제 사원이 월급제 사원과 함께 피고가 정한 작업공간 및 작업라인에서 업무를 수행한 것은 작업공정의 효율성 차원에서 불가피한 측면이 있었고, 그 경우에도 도급제 사원과 월급제 사원이 공동으로 동일한 제품에 대하여 작업을 하였던 것은 아닌 점, ④ 도급제 사원은 작업의 편의를 위하여 일정한 근무시간을 자율적으로 유지한 것으로 보일 뿐, 그 출·퇴근시간이나 근무일수는 월급제 사원과 달리 유동적이었으며, 피고도 그와 관련하여 어떠한 제재를 가하지 않았던 점, ⑤ 피고가 도급제 사원에게도 점심을 제공하는 한편 작업도구와 소모품 등을 무상으로 지원하기는 하였지만, 이는 우수한 기술자를 확보하기 위한 계약조건 또는 복지혜택으로 볼 수 있는 점, ⑥ 도급제 사원은 다른 사람에게 위탁하거나 종업원을 고용하여 자신의 작업물량을 처리하는 것이 허용되었고, 피고가 그에 관하여 특별한 통제를 가하지는 않았던 점, ⑦ 도급제 사원의 보수는 근무시간이 아닌 실제 작업한 물량에 따라 산정되었으며, 도급제 사원은 월급제 사원과 달리 각종 수당이나 상여금, 휴가비 등을 지급받지 아니한 점, ⑧ 피고는 도급제 사원이 작업한 부분에 하자가 있을 경우 그 손해액 상당을 보수에서 공제하기도 한 점 등을 종합하여 보면, 원고들을 근로기준법상 피고의 근로자로 보기는 어렵다.

바. 배움터지킴이(2015년)

각 학교에 위촉되어 활동한 배움터지킴이는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공한 것이 아니라 자원봉사활동의 일환으로 참가, 활동한 봉사자라는 이유로 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 판단함

【대구지방법원 2015. 8. 21. 선고 2015나301*** 판결】

최저임금법 및 근로기준법의 적용을 받는 근로자란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다(근로기준법 제2조 제1항 제1호). 그리고 임금이란 사용자나 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다(같은 법 제2조 제1항 제5호). 따라서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자가 아닌 경우에는 위 법들의 적용을 받는 근로자에 해당하지 않으며(대법원 1979. 4. 24. 선고 78다828 판결), 금품이 제공되더라도 그 제공되는 금품이 근로의 대가로서 지급되는 것이 아니어서 임금이 아닌 경우에는 역시 근로자에 해당하지 않는다.

한편 “자원봉사활동”이란 개인 또는 단체가 지역사회·국가 및 인류사회를 위하여 대가 없이 자발적으로 시간과 노력을 제공하는 행위를 말하는데(자원봉사활동 기본법 제3조 제1호), 무보수성, 자발성, 공익성 등을 지도 원칙으로 한다(같은 법 제2조 제2호). 때문에 무상을 원칙으로 하나, 수혜자로부터 감사의 인사로 약간의 사례금이 지급되거나, 자원봉사활동 중에 발생한 자원봉사자의 경제적 손실보호 대책의 일환(자원봉사활동 기본법 시행령 제10조 제2항 제2호) 혹은 자원봉사활동 진흥책의 일환으로 상대방 및 제3자로부터 일정액의 실비변상금이 지급되더라도, 이는 제공되는 활동(노동)에 대한 대가로 지급되는 금품이 아니어서 근로자에게 지급되는 임금과는 구별된다.

사. 백화점 매장관리자(2018년)

의류제품 제조·판매업 등을 영위하는 회사가 백화점 내 매장을 운영하는 매장관리자들과 위탁판매계약을 체결한 후 매출실적에 대한 일정 비율의 위탁판매 수수료를 지급한 경우 매장관리자는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로기준법상의 근로자에 해당하지 않는다고 판단함¹⁰⁵⁾

【서울중앙지방법원 2018. 8. 30. 선고 2017가합530*** 판결】

원고들이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 보기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

가) 원고들 중 피고의 정규직 직원으로 고용되어 근무한 적이 있는 사람은 원고 ○○○ 등 12명에 불과하고, 그중 피고에서 퇴사한 직후 피고와 위탁판매계약을 체결한 사람은 원고 ○○○ 등 4명에 불과하며, 피고의 정규직 직원으로 근무하던 원고들이 피고로부터 매장관리자로 강제전환되었다고 인정할 만한 증거는 없다.

나) 피고와 원고 ○○○이 1999. 7. 1. 체결한 위탁판매계약에 피고가 원고 ○○○에게 고정급을 지급하기로 하는 내용이 포함되어 있기는 하나, 이는 피고가 백화점 내 매장의 운영방식을 위탁판매 방식으로 전환하는 과정에서 일시적으로 체결되었던 계약형태라고 할 것이고, 현재는 원고들과 같은 매장관리자에게 고정급을 지급하는 경우는 없는 것으로 보인다. 한편 원고들은 피고로부터 지급받은 수수료로 판매사원들에 대한 인건비를 지급하거나 매장을 운영하는데 필요한 제반 비용을 지출하였으므로, 위 수수료가 원고들이 피고에게 제공한 근로 자체의 대상적 성격을 가지고 있다고 인정하기도 어렵다.

다) 피고가 매출실적이 부진한 원고들에게 매출활성화 방안을 수립하여 제시할 것을 요청하거나 지속적으로 매출실적이 부진할 경우 위탁판매계약을 갱신하지 않을 수 있음을 알리기도 하였으나, 다른 한편으로 피고는 원고들의 매출실적을 제고하기 위하여 매출실적이 우수한 원고들에게는 추가적인 성과급을 지급하기도 하였는바, 원고들의 매출실적이 피고의 수익과 직접적으로 연관된 이상 피고가 원고들에게 매출실적을 높이라는 지시를 하였다는 것만으로 피고가 원고들에게 상당한 지휘·감독을 하였다고 보기는 어렵다.

라) 피고는 원고들이 판매할 상품의 가격을 정하고 원고들이 임의로 할인판매를 하지 못하게 하였으며, 원고들에게 상품의 진열방식을 구체적으로 지시하기도 하였으나, 이러한 피고의 조치는 피고가 가진 브랜드의 통일성을 유지하고 피고의 상품을 판매하는 모든 매장에서 동일한 상품이 동일한 가격으로 판매되도록 관리할 필요가 있기 때문인 것으로 보인다.

마) 원고들의 근무시간은 백화점과의 관계에서 준수되어야 하는 시간일 뿐, 피고가 원고들의 구체적인 출퇴근 시각을 통제하거나 휴게시간을 정하지는 아니하였고, 피고의 본사 직원이 원고들의 출근 여부를 정기적으로 확인하는 등 근무관리를 하지는 아니하였다. 또한 피고의 본사 직원이 원고들이 운영하는 매장에 방문하여 매장 운영실태를 확인한 것은 매장이 정상적으로 운영되고 있는지 점검하고 피고의 브랜드 가치를 유지하기 위하여 필요한 최소한의 수준을 요구하는 것에 지나지 아니

105) 같은 취지의 서울고등법원 2019. 12. 20. 선고 2018나2054*** 판결(백화점에 입점한 기업과 판매대행계약을 체결하고 제품을 판매하는 ‘위탁 판매 매장’의 점주는 근로자로 볼 수 없다)

하고, 원고들로서는 항상 직접 매장에 상주할 필요 없이 원고들 스스로 고용한 판매사원에게 매장 업무를 맡기고 매장을 이탈하여 개인적인 용무를 보는 것도 가능하였다.

바) 피고가 원고들을 대상으로 교육 및 간담회를 실시한 것은 원고들이 판매하는 상품이 피고가 제조한 제품이라는 점에서 브랜드의 통일성을 확보하고 원고들의 상품에 대한 이해와 매출실적을 제고하기 위한 목적에서 이루어진 것으로 볼 수 있다.

사) 피고가 원고들이 운영하는 매장의 특정 재고물품을 다른 매장으로 보내게 하는 등 이른바 ‘로테이션’이라는 조치를 취하기는 하였으나, 원고들의 매장에 공급되는 상품은 여전히 피고에게 그 소유권과 처분권이 있고, 피고는 각 매장에 공급한 상품들이 적시에 판매되어 재고로 남지 않도록 관리할 필요가 있다는 점에서 이를 두고 피고가 원고들에게 구체적인 지휘·감독을 한 것이라고 평가하기는 어렵다.

아) 피고의 본사 직원이 원고들에게 판매사원 적정 인원(TO)을 충족할 것을 요청한 경우도 있지만, 이는 피고가 각 매장에서 근무할 판매사원의 적정 인원을 산정하고 위와 같이 산정한 판매사원의 인원수를 감안하여 수수료율을 정하였기 때문인 것으로 보이고, 피고가 판매사원의 채용 여부에 관하여 직접 관여한 바는 없다.

자) 원고들의 매출실적이 부진하다거나 원고들이 교육 및 간담회에 참석하지 아니하고 로테이션을 미이행하였다는 등의 이유만으로 피고가 원고들에게 직접적으로 불이익한 조치를 하였다거나 계약 기간 중 위탁판매계약을 해지하거나 담당 매장을 변경하는 등의 조치를 하였다고 볼 만한 증거는 없다.

차) 원고들과 같은 매장관리자 중에는 피고를 상대로 동등한 사업자의 지위에서 공정거래 분쟁조정 협의회에 공정거래 분쟁조정을 신청한 경우도 있었으며, 자체적인 영업법인을 설립하여 위탁판매 업무를 수행한 경우도 있었는데, 원고들을 비롯한 매장관리자들 스스로도 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공하였다는 인식은 갖지 않았던 것으로 보인다.

카) 피고는 원고들과 달리 자신의 계산으로 매장을 마련하여 피고와 사이에 대리점계약을 체결한 대리점주들에 대하여도 ① 매출목표를 제시하고 매출실적이 우수한 대리점주에게는 추가적인 성과급을 지급하고, ② 상품 진열에 관한 가이드라인을 제시하며, ③ 교육 및 간담회를 실시하고, ④ 로테이션 조치를 취하기도 하는 등 앞서 본 원고들에 대한 관리방식과 대리점주에 대한 관리방식이 크게 다르지 않은 것으로 보이고, 원고들의 경우 백화점 내 매장에서 피고의 상품을 판매하므로 백화점 운영회사의 통제를 받는 부분이 있다는 점에서 차이가 있을 뿐, 원고들이 개인사업자인 대리점주와 달리 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공하였다고 평가하기는 어렵다.

아. 보험관리사(2013년)

우체국과 위탁계약을 체결하고 우체국에서 취급하는 보험의 계약체결을 중개하며 계약유지업무와 관련 부수 업무를 수행하면서 우체국보험관리사 운영지침 등에 따라 보상금과 수당을 받아 온 보험관리사가 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 판단함

【대법원 2013. 7. 12. 선고 2011다46***판결】

원심은 그 채택 증거에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고 산하 ○○○○본부 소속의 □□우체국(이하 ‘우체국’이라 한다)과 사이에 위탁계약을 체결하고 우체국의 보험관리사로서 우체국에서 취급하는 보험의 계약 체결을 중개하며, 보유고객관리, 보험료 수금 등 계약을 유지하는 업무

및 관련 부수업무를 수행하면서 피고로부터 우체국보험관리사 운영지침 등에 따라 보상금 및 수당을 받아 온 원고와 같은 보험관리사는 우체국과 종속적인 관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하였다고 보기는 어려워 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 판단하였다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하여 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 근로기준법상 근로자 인정에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

자. 비등기 임원(2016년, 2017년)¹⁰⁶⁾

1) 대표이사와 함께 회사를 설립한 후 공동으로 경영하고 감사 임기 만료 후에도 전무이사의 직함을 사용하면서 종전과 동일하게 경영에 참여한 자에 대하여 근로기준법상 근로자성을 부정함¹⁰⁷⁾

【대전지방법원 2016. 12. 1. 선고 2016구합101*** 판결】

3) 이처럼 김○○와 참가인, 지○○는 원고 회사를 설립한 후 공동으로 경영하였는데 지○○가 2008. 6. 30.경 원고 회사에서 퇴직하면서 보유주식을 양도한 후 참가인은 김○○와 함께 원고 회사의 2대주주가 되어 전체지분 중 47.5%를 보유하게 되었다. 이와 같이 참가인과 김○○가 지○○로부터 그 지분상당액을 양도받고 2인 동업체제로 원고 회사를 경영하기로 하였던 이상 그 이후에도 참가인과 김○○ 사이에서는 기존의 동업관계가 계속 유지되었음이 명백할 뿐 참가인 주장과 같이 위 합의 이후 원고 회사의 운영체제가 동업경영에서 단독운영으로 변경되었다는 점을 인정할 증거가 없다. 참가인은 원고 회사의 수익이 발생하는 경우 당기 순이익 중 일정 금액을 주식비율에 따라 이익배당금으로 지급받아 왔고 회사의 현장업무를 전담하면서 단독으로 직원 채용면접을 진행하거나 회사 내 부결재를 독자적으로 수행하는 등 동업자로서 경영자의 지위에서 원고 회사의 운영에 관여하였다.

4) …(중략)… 참가인은 2014. 3. 31. 임기만료로 감사직에서 퇴임한 후에도 ‘전무이사’라는 직함을 사용하면서 종전과 동일하게 원고 회사의 경영에 관여하였고, 다른 관리직 사원들과 달리 원고 회사와 근로계약을 작성한 사실도 없다.

8) …(중략)… 그러나 참가인이 대표자 김○○와 동업관계로 원고 회사를 설립하였음을 자인하면서도 김○○에 대하여 상명하복 관계에 있었다고 주장하는 것은 경험칙상 극히 이례적이고(참가인의 주장은 참가인이 최종결정권자가 아니었다는 주장에 불과한데, 그렇다고 하여 참가인에게 곧바로 임금을 목적으로 하는 근로자로서의 지위가 인정되는 것은 아니다). 오히려 앞서 본 바와 같이 참가인과 김○○는 상명하복의 관계에 있었다기보다는 각자 독립적인 부문의 업무를 책임지고 맡아서 각 영역에서 독자적인 판단하에 업무를 수행하여 왔다.

106) 비등기 임원에 관한 판례 중 근로자성이 인정된 경우는 ‘제1절 6. 6.1 카. 비등기 임원(2013년)’ 참조

107) 대전지방법원 2016. 12. 1. 선고 2016구합101*** 판결[대법원 2017. 11. 23.자 2017두59*** 판결(심리불속행 기각)의 1심 판결]

2) 또한 대규모 금융회사인 甲 회사에서 미등기임원인 상무로 선임되어 ‘뱅크슈랑스 및 직접마케팅(Direct Marketing)’ 부문을 총괄하는 업무책임자의 업무를 담당하다가 해임된 자가 근로기준법상 근로자에 해당하는지 문제가 된 사안에서, 담당하고 있는 업무 전체의 성격이나 업무수행의 실질이 사용자의 지휘·감독을 받으면서 일정한 근로를 제공하는 것에 그치지 아니하는 것이라면, 그 임원은 위임받은 사무를 처리하는 지위에 있다고 할 수 있으므로, 근로기준법상 근로자에 해당한다고 보기는 어렵다고 판단함

【대법원 2017. 11. 9. 선고 2012다10*** 판결】

회사의 임원이라 하더라도, 그 업무의 성격상 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 것으로 보기에 부족하고 실제로는 업무집행권을 가지는 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하면서 그 노무에 대한 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면, 그 임원은 근로기준법에서 정한 근로자에 해당할 수 있다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결 참조).

그러나 회사의 임원이 담당하고 있는 업무 전체의 성격이나 그 업무수행의 실질이 위와 같은 정도로 사용자의 지휘·감독을 받으면서 일정한 근로를 제공하는 것에 그치지 아니하는 것이라면, 그 임원은 위임받은 사무를 처리하는 지위에 있다고 할 수 있으므로, 근로기준법상 근로자에 해당한다고 보기는 어렵다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다28813 판결 참조). 특히 대규모 회사의 임원이 전문적인 분야에 속한 업무의 경영을 위하여 특별히 임용되어 해당 업무를 총괄하여 책임을 지고 독립적으로 운영하면서 등기 이사와 마찬가지로 회사 경영을 위한 의사결정에 참여하여 왔고 일반 직원과 차별화된 처우를 받은 경우에는, 이러한 구체적인 임용 경위, 담당 업무 및 처우에 관한 특수한 사정을 충분히 참작하여 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는지 여부를 가려야 한다. ... (중략)...

甲 회사의 규모, 경영 조직 및 대규모 금융회사로서의 특수성, 피고의 경영목적상 필요에 의하여 원고가 외부에서 미등기임원으로 선임된 경위, 그 과정에서 고려된 원고의 전문적인 능력 및 담당 직위와의 상관관계, 원고가 실제로 담당한 포괄적인 권한과 업무수행 실태, 피고의 의사결정·경영에 대한 원고의 참여 정도, 甲 회사의 임원과 직원에 대한 구분 및 분리 임용, 직원보다 현저하게 우대받은 원고의 보수 및 처우, 이 사건 해임의 경위·취지 등에 관한 여러 사정을 앞에서 본 법리에 비추어 종합하여 보면, 원고는 甲 회사의 대표이사 등으로부터 구체적인 지휘·감독을 받으면서 정해진 노무를 제공하였다기보다 기능적으로 분리된 특정 전문 부문에 관한 업무 전체를 포괄적으로 위임받아 이를 총괄하면서 상당한 정도의 독자적인 권한과 책임을 바탕으로 처리하는 지위에 있었다고 볼 수 있다. 비록 원고가 甲 회사의 대표이사나 미국 본사 등에 보고하거나 일부 중요 업무에 관하여 대표이사의 결재를 거쳤다 하더라도, 이는 위임받은 업무의 집행과 관련하여 통상적으로 필요한 것이거나 미국 본사의 한국 지사라는 피고의 특수성이 반영된 결과로 여겨질 뿐, 그러한 이유만으로 원고가 담당한 업무 전체의 성격이나 업무수행의 실질이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 일정한 노무를 제공하는 데에 그친다고 보기에는 부족하다.

차. 야쿠르트 위탁판매원(2016년)

야쿠르트 위탁판매원에 대하여 위탁판매원들에게 제공된 근무복이나 적립형 보험의 보험료 및 상조회비 중 일부의 지원은 판매활동을 장려하기 위한 배려 차원에서 이루어

진 것이므로 종속적인 관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공한 것이라고 볼 수 없어 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 판단함

【부산지방법원 2015. 2. 16. 선고 2014가단207*** 판결¹⁰⁸⁾】

원고가 종속적인 관계에서 피고에게 임금을 목적으로 근로를 제공한 것이라고 볼 수는 없으므로, 원고가 근로자임을 전제로 하는 원고의 이 사건 청구는 나머지 점에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

(가) 원고와 같은 위탁판매원들이 피고로부터 지급받는 각종 수수료의 금액은 기본적으로 각 위탁판매원의 판매실적에 연동되어 결정되는 것으로서, 위탁판매원들이 제공하는 영역의 내용이나 시간과 반드시 비례적 관련성을 가진다고 볼 수 없다.

(나) 피고가 원고에게 근무복을 제공하고 적립형 보험의 보험료 및 상조회비를 일부 지원하였다고 하더라도, 이는 원고의 판매활동을 장려하기 위한 배려 차원에서 이루어진 것일 뿐, 이를 두고 원고가 피고로부터 근무상의 어떠한 지시나 통제를 받은 것으로 평가할 수는 없다.

(다) 피고가 원고와 같은 위탁판매원들을 상대로 하여 실시한 매월 2회 정도의 교육은 위탁판매원들의 원활한 판매활동을 위하여 피고가 위탁자의 지위에서 행하는 최소한의 업무 안내 및 판촉활동에 대한 독려에 불과할 뿐, 이로써 위탁판매원들이 피고로부터 위탁판매계약에 따른 영역 제공 과정에서 구체적인 지휘·감독을 받았다고 볼 수는 없다.

(라) 설령 피고가 관리점 내에 일정표를 게시하고 위탁판매원들로부터 서약서를 징구하였다고 하더라도, 그 일정 및 서약서의 내용이 위탁판매원들에 대한 구체적인 업무지시와 감독에 관한 것이라고 볼 만한 아무런 사정을 찾을 수 없고, 오히려 이는 위탁판매계약상의 의무를 주지시키는 것에 불과하다고 보인다.

(마) 위탁판매원들에 대하여는 피고의 일반 직원들에게 적용되는 취업규칙 등의 복무규정이 적용되지 않아서 위탁판매원들의 어떠한 의무 위반에 대하여 피고로서는 위탁판매계약의 해지에 따른 불이익만을 위탁판매원들에게 줄 수 있을 뿐, 복무규정에 따른 각종 제재를 부과할 수는 없다.

(바) 위탁판매원들은 세법 및 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서의 지위를 인정받지 못하고 있다.

카. 영상취재요원(VJ, 2013년)¹⁰⁹⁾

영상취재요원에 대하여 편당 제작비를 지급받고 영상물 제작과정에서 담당 피디의 구체적 지시·감독을 받았다고 보기 어려운 점 등을 이유로 근로기준법상 근로자성을 부정함

【서울행정법원 2013. 12. 5. 선고 2013구합55*** 판결¹¹⁰⁾】

① 일반적으로 브이제이는 특정 프로그램에 필요한 영상물을 촬영하고 이를 편집하여 담당 피디에게 제공하는 업무를 수행하는 점, ② 원고는 고향매거진에 필요한 7분짜리 영상 4편을 제작·편집하고 참가인의 티브이프로그램 제작비 지급규정에 따라 편당 50만 원 내지 60만 원의 대가를 지급받았고 나아가 당시 다른 프로그램의 에프디로 활동하고 그 대가로 별도로 7만 원을 지급받았을 뿐, 기본급이나 고정급이 정해져 있지 아니하였던 점, ③ 원고는 영상물을 제작함에 있어 담당 피디의 구체적

108) 동 사건은 대법원(대법원 2016. 8. 24.자 2015다253*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정된 1심 판결임

109) 영상취재요원에 관한 판례 중 근로자성이 인정된 경우는 ‘제1절 6. 6.1 거. 영상취재요원(VJ, 2011년)’ 참조

지시·감독을 받았고 주 5일 이상 오전에 출근하여 자정 내지 새벽까지 근무하였다고 주장하나, 원고가 제출한 증거들 특히 갑 제1, 2, 12호증(각 가지번호 포함)의 각 기재만으로 이를 인정하기에 부족한 점(갑 제12호증의2의 기재에 의하면, 이○○이 원고가 브이제이 업무를 수행한 기간에 매일 출근하여 촬영·편집 등 업무를 하였다고 진술하고 있으나, 현장 촬영이 많은 브이제이 업무의 성격에다가 원고 역시 촬영장소에서 근무한 적이 많다고 주장하고 있는 점에 비추어 볼 때, 위 진술을 믿기 어렵다), ④ 원고가 참가인이 제공하는 카메라 및 편집기 등을 사용하기는 하였으나, 이는 원고가 상당히 오랫동안 참가인 회사에서 뉴스피디 등으로 근무한 친분관계에 기인한 면이 있는 것으로 보이는 점, ⑤ 근로자가 아닌 도급관계에 있는 일반적인 브이제이 역시 담당 피디가 요청하는 기획의도에 맞는 영상을 제작·편집하기 위해서는 기획회의에 참석하는 등 담당 피디와의 의견교환이 필요한 것으로 보이는 점 등을 고려해 보면, 원고가 브이제이 업무를 수행할 당시 원고에게 참가인의 근로자로서의 지위가 인정된다고 보이지 않는다.

타. 위탁 수영강사(2018년)

위탁 수영강사에 대하여 고정급이 정해지지 않고 근태관리를 하지 않는 등 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 판단함

【서울고등법원 2018. 8. 29. 선고 2018누33*** 판결¹¹¹⁾】

원고는 그 실질에 있어 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 참가인에게 근로를 제공하였다고 보기 어려워 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다.

가) 이 사건 계약은 원고가 수행할 업무를 일의 종류나 범위, 즉 ‘수영강습과 안전가드’로 정하여 참가인이 그 범위 안에서 강습반을 바꾸거나 보충 강습을 시키는 등, 원고의 노무 제공을 변경시킬 수 있는 것이 아니라, 특정한 일, 즉 ‘특정 반(오후수영14B, 수달12, 어린이수영단, 어린이하마 등)의 수영강습과 특정 시간의 안전가드’로 정하여 참가인이 원고에게 그와 다른 노무의 제공을 요구할 수 없고, 원고도 그 특정 사무만 처리하면 이 사건 계약상 의무를 다한 것이다. 실제 원고는 이 사건 계약에서 정해진 특정반의 수영강습과 특정시간의 안전관리 업무만을 하였을 뿐, 달리 참가인의 지시에 따라 수영강습반이 바뀌거나 업무가 추가되는 등 약정한 특정 업무가 바뀐 사정은 보이지 않는다. 이것은 특정 사무의 처리를 목적으로 하는 위임계약의 특징이다.

나) 이 사건 계약에는 원고에 대하여 참가인 인사규정이나 취업규정이 적용된다는 취지의 규정이 없다. 실제 원고가 수영강습에 지각한 경우 다른 강사가 원고의 강습을 대신하게 되고 원고는 지급받아야 할 이 사건 계약에 따른 수수료가 위 강사에게 지급되는 정도의 불이익만을 받았을 뿐이고, 위 규정에 따라 참가인으로부터 경고나 징계처분 등을 받지 않았다.

다) 원고는 이 사건 계약에 따른 업무를 수행하면서도 겸직이 가능하다.

라) 참가인은 원고의 출퇴근, 병가, 휴가 등에 관하여 별도로 복무관리를 하지 않았고, 원고는 수영강습 진행 및 안전관리 업무를 수행하면서 참가인 소속 직원과 달리 업무에 관하여 참가인에게 정기적으로 업무계획 등의 보고를 한 적이 없다.

마) 원고는 사업소득세를 납부하였고, 국민연금, 건강보험, 고용보험, 산재보험에는 가입되지 않았으며, 원고가 참가인에게 위 보험의 가입을 요청한 적도 없다.

110) 동 사건은 원고 항소 포기로 확정됨

바) 원고가 특정시간에 이 사건 수영장에서 수영강습 등의 업무를 수행하였으나, 이는 이 사건 계약 따라 원고가 수행하여야 할 특정 수영강습 등의 업무의 특성에 따른 것이다.

사) 참가인이 원고에게 보낸 문자메시지, 민원에 관한 적절한 처리 요청 등은 그 내용상 이 사건 계약에서 정해진 신의성실의무나 안전의무를 다하여 달라는 요청으로 볼 수 있다.

아) 참가인이 원고의 수영강습과 관련하여 키클 등을 제공한 것은 참가인이 수영강습 수강계약을 체결한 수강생들의 수강 편의를 위한 것이다.

파. 유치원 버스기사(2014년)

차량지입계약을 체결하고 유치원 소속 원생들의 등·하원 시 수송업무를 담당한 버스 기사에 대하여 차량운행시간 및 운행코스 지정은 차량지입계약에 따른 운행업무의 내용을 특정하는 것이지 업무수행과정에서의 지휘·감독이라고는 보기 어렵다는 점 등을 이유로 근로기준법상 근로자성을 부정함

【대법원 2014. 7. 24. 선고 2012두16*** 판결】

① 원고들이 기존 근로계약서 대신 새로이 차량운행용역계약서를 작성하면서 개별적으로 사업자 등록을 하고 퇴직금을 지급받지 아니하며 4대 보험의 적용을 받지 아니하기로 약정한 점, ② 원고들은 출근부에 서명하지 아니하고 학생들의 수송을 마치면 자유롭게 귀가하였으며 취업규칙의 적용을 받지 아니한 점, ③ 원고들은 상당한 가격의 45인승 버스를 지입한 후 실제로 버스를 소유·관리하면서 그 운행에 관한 모든 책임을 부담한 점, ④ 원고들은 별다른 제약 없이 대차운행, 대리운행을 하고 업무 외의 영업행위를 하였던 점, ⑤ 원고들의 버스 운행에 대한 수수료는 차량의 승차인원, 연식, 운행거리 등에 따라 차등적으로 지급된 점 등의 사정을 종합하여, 원고들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공한 것이라고 보기 어려우므로 근로기준법상 근로자에 해당하지 아니한다고 판단하였다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 이러한 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 근로기준법상 근로자의 인정기준에 관한 법리오해, 채증법칙위반 등의 위법이 없다.

하. 음식배달대행기사(2018년)

디지털 플랫폼을 이용하는 음식배달대행기사는 근무시간·장소에 구애받지 않고 배달 앱을 통해 배달업무를 수행하고 실적에 따른 수수료를 받으며 업무상 지휘·감독을 받지 않는 등 근로기준법상 근로자에 해당하지 않으나,¹¹²⁾ 산재보험법상 특례의 대상인 특수형태근로종사자로서 전속성이 인정된다고 판단함

111) 1심 판결(서울행정법원 2017. 11. 30. 선고 2017구합3*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2018. 12. 28.자 2018두58*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

112) 같은 취지의 서울행정법원 2015. 9. 17. 선고 2014구합75*** 판결(구체적인 지휘·감독은 받지 않고 근무시간·장소에 구애됨이 없이 배달 앱을 통해 배달 업무를 수행하고 실적에 따른 수수료를 받는 배달원은 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다)

【대법원 2018. 4. 26. 선고 2017두74*** 판결】

가. 구 산업재해보상보험법 시행령 제125조 제6호는 ‘주로’ 하나의 퀵서비스업자로부터 업무를 의뢰받아 배송업무를 하는 사람으로 명시하고 있다. 따라서 소속 배달원들이 다른 배달 업체의 스마트폰 애플리케이션을 이용할 가능성이 있다는 사정만으로 배달원의 ‘전속성’을 부정할 수는 없다.

나. 게다가 망인은 이 사건 사업장 외에 다른 사업장의 배달업무 등을 실제로 수행한 사실이 없다. 따라서 업무의 성격상 망인의 선택에 따라 다른 사업장의 배달업무 등을 함께 수행할 수 있는 추상적 가능성이 있다는 점은 망인에 관한 ‘전속성’을 인정하는 데 장애가 되지 않는다.

다. 산업재해보상보험법이 특수형태근로종사자 보호를 위한 특별규정을 둔 취지는 근로기준법상 근로자에 해당하지는 아니하나 업무상 재해로부터 보호할 필요성이 있는 경우에 해당 종사자를 보호하기 위함이다. 그런데 원심이 특수형태근로종사자의 전속성을 판단하면서 제시한 기준은 결국 근로기준법상 근로자성을 판단하는 기준과 크게 다르지 않다. 이러한 기준에 따를 경우 위와 같은 법의 취지를 몰각시키게 된다.

라. 한편 2017. 3. 31. 개정된 「퀵서비스기사의 전속성 기준」(고용노동부 고시 제2017-21호)에서는 전속성 인정을 위한 기준으로 ‘소속(등록) 업체에서 전체 소득의 과반 소득을 얻거나 전체 업무시간의 과반을 종사하는 사람’을 추가하고 있다. 이처럼 고시가 개정된 이유 역시 앞서 본 법령의 취지에 따라 전속성에 관한 해석을 명확히 하기 위한 것으로 볼 수 있다.

거. 지자체와 위탁계약을 체결한 어린이집 원장(2011년)

지자체로부터 어린이집 운영을 위탁받은 어린이집 원장에 대하여 어린이집 운영에 필요한 운영비를 스스로 부담하고, 채용, 인사 및 복무관리, 물품 구입, 재무·회계 등을 직접 관리하는 등 어린이집 운영에 관한 실질적인 권한을 보유하고 있다는 점을 이유로 근로기준법상 근로자성을 부정함¹¹³⁾

【서울행정법원 2011. 9. 21. 선고 2010구합40*** 판결¹¹⁴⁾】

① 참가인은 원고에게 이 사건 어린이집의 시설을 이용하여 영유아보육법 관련 규정에서 정한 영유아보육을 하도록 위탁하였는데, 참가인은 인사규정 등에 따른 징계처분이 아니라 위탁기간이 종료하는 때 또는 위탁을 취소할 사유가 있는 경우에 위탁계약을 취소함으로써 원고와의 관계를 청산할 수 있을 뿐이고, 원고 역시 이 사건 어린이집을 운영할 의사가 없는 경우에는 그 뜻을 표명하여 참가인으로 하여금 위탁을 취소하도록 할 수 있는바, 위탁계약에 따른 원고와 참가인 사이의 관계는 원칙적으로 위임계약에 해당되는 것으로 보이는 점, ② 표준보육시스템에 따른 보고의무는 민간보육시설

113) 관련 질의회시(고용서비스지원과-477, 2008. 4. 11.) “일반적으로 보육시설의 실질적인 운영을 위하여 지방자치단체장 등이 보육시설의 원장을 임명하여 동 원장으로 하여금 보육시설 종사자에 대한 임명 및 복무관리 등을 하도록 하고 원장 명의로 사업자등록을 하여 대외적으로 대표권을 행사하도록 하고 있다면 보육시설 원장은 고용보험의 피보험자가 되는 근로자에 해당되지 않는 것으로 판단됨. 다만, 지방자치단체 등에서 자체 또는 위탁운영하고 있는 경우 보육시설 원장과 수탁업체 대표 또는 자치단체장과의 별도의 근로계약을 작성하는 등 실질적인 중간관리자의 성격이라면 고용보험 피보험자격을 취득할 수 있다고 판단됨”

을 포함한 모든 보육시설에 동일하게 적용되는 것으로 이는 정부의 지원을 받아 운영되는 보육시설의 특성에 기인하는 것으로 보이는 점, ③ 원고는 참가인으로부터 이 사건 어린이집의 운영을 위탁받아 직접 운영하는 자로서 어린이집 운영에 필요한 운영비를 스스로 부담하고(위탁계약서 제7조, 참가인은 위탁계약서 제6조에 따라 예산의 범위 내에서 법령에 따라 보조금의 형태로 원고에게 재정적 지원을 할 뿐이다), 직원의 채용, 인사관리, 출근 등 복무관리, 물품의 구입, 재무·회계 등을 직접 관리하여 어린이집 운영에 관한 실질적인 권한을 보유한 것으로 보이고, 이에 대한 참가인의 실질적인 관여는 없었던 점, ④ 위탁계약, 영유아보육법 관련 규정, ○○시 영유아 보육 조례 등에서 원고로 하여금 수탁자의 의무를 이행하고 참가인의 지도와 명령을 받고 그에 대한 보고를 하도록 규정하고 있어 참가인이 원고에게 구체적인 지휘·감독을 하는 것으로 비쳐질 수 있으나, 이는 영유아보육사업의 건전한 운영확보를 위하여 이 사건 어린이집이 그 목적과 법규정에 맞게 운영되도록 참가인으로 하여금 최소한의 감독을 하게 한 것일 뿐이고, 원고는 관련 규정을 준수하는 범위 내에서는 이 사건 어린이집을 독자적으로 운영할 수 있는 권한이 있는 점, ⑤ 원고는 휴가, 외출 등에 대하여 참가인의 통제를 받지 않았고, 원고에 대한 보수는 참가인이 결정하는 것이 아니라 보건복지가족부에서 매년 시달되는 보육시설 종사자의 인건비 지원기준에 따라 정해지는 점(보육시설의 모든 수입은 원고가 이를 직접 사용하지 못하고 지방자치단체의 세입·세출예산에 편입되므로, 원고는 본인 및 직원들의 인건비를 참가인에게 청구하고 참가인이 이 사건 어린이집 계좌로 입금하는 방법으로 지급하였다), ⑥ 비록 원고는 위 보수 이외에 달리 수익이 없으나, 지방자치단체 소유의 보육시설을 위탁운영 하는 경우 일반적인 영리 추구가 금지되는 대신 해당 시설을 무상으로 사용하면서 지방자치단체의 재정적 지원을 받아 직원들의 인건비 및 운영비를 확보하여 안정적으로 이 사건 어린이집을 운영할 수 있는 점에 비추어 원고가 지급받은 보수를 순전히 근로 자체에 대한 대상적 성격을 갖는 임금으로 보기 어려운 점, ⑦ 원고는 이 사건 어린이집의 시설장(원장)으로서 비영리사업의 사업자등록증이라 할 수 있는 세무서 발행의 고유번호증에 대표자로 등재되어 있고, 이 사건 어린이집 종사자들의 국민연금, 고용보험 등 사회보험의 신고의무자인 점 등을 종합하면, 위 2)에서 인정된 사정들만으로는 원고가 근로기준법상 근로자에 해당된다고 보기 어렵고, 원고와 참가인 사이의 위탁계약은 업무위임 계약의 성격이 강하여 원고가 임금을 목적으로 참가인과 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다고 보기는 어렵다.

너. 채권추심원(2009년, 2013년, 2015년, 2020년)¹¹⁵⁾

채권추심업무의 수행과정에서 업무의 내용이나 수행방법 및 업무수행시간 등에 관하여 사용자로부터 구체적이고 개별적인 지휘·감독을 받았다고 보기 어려운 경우 채권추심원의 근로기준법상 근로자성을 인정할 수 없다고 판시함

【대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다6*** 판결】

이 사건 원고는 피고 회사와 계약을 체결하고 채권추심업무를 수행하기 시작하였는데, 위 계약서 제3조는 “위임에 의해 원고는 관계법령을 준수하며 피고 회사가 지시한 추심회수활동 및 회수금의 수금 및 이에 수반한 업무를 대행한다”고 규정하고 있는 점, 원고가 피고 회사에 정시 내지 매일 출

114) 동 사건은 항소심에서 항소 취하되어 확정됨

115) 채권추심원에 관한 판례 중 근로자성이 인정된 경우는 ‘제1절 6. 6.1 커. 채권추심원(2008년, 2015년, 2016년, 2018년, 2020년)’ 참조

근할 의무가 없었고, 지점장의 채권배당을 위한 소집에도 응할 의무가 없었으며, 피고 회사 취업규칙의 적용을 받지 않는 점, 2003년 전반 6개월간 지급받은 성과수수료가 전혀 없고, 2006년 전반 6개월간 지급받은 성과수수료가 156,000원이며, 원고가 피고 회사와 사이에 계약관계를 유지한 기간 동안 지급받은 성과수수료가 연평균 279만 원 정도에 불과하여 원고가 피고 회사에 종속되어 구체적이고 개별적인 지휘·감독을 받으며 업무에 전념하였다고 보기에는 그 액수가 지나치게 작은 점 등을 종합하면, 원고는 채권추심업무의 수행과정에서 업무의 내용이나 수행방법 및 업무수행시간 등에 관하여 피고 회사로부터 구체적이고 개별적인 지휘·감독을 받았다고 할 수 없고, 달리 이를 뒷받침할 만한 증거도 없으므로, 원고가 사용·종속관계에서 피고 회사에 임금을 목적으로 근로를 제공한 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 볼 수는 없다.

【대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다27*** 판결】

① 원고가 외부강사로서 피고 회사의 직원들에게 채권추심업무에 관한 교육을 하고 외부강사료를 지급받은 점, ② 원고가 피고 회사의 감사였던 소외 1에게 채권회수실적 및 채권회수목표 등을 보고 하기는 하였으나 피고 회사로부터 추심 대상 채권의 추심 순위를 지시받는대거나 채권추심업무의 수행방법, 시간, 장소 등에 대한 구체적인 지시·감독을 받지 아니한 점, ③ 원고는 출퇴근 및 출장사항에 관하여 피고 회사에 구체적으로 보고하지 않았고, 피고 회사도 원고의 출퇴근 사항에 대하여 별도로 관리하지 않은 것으로 보이는 점, ④ 채권추심업무의 구체적인 수행방법에 있어서도, 피고 회사의 구체적인 관여 없이, 원고와 소외 2가 서로 합의하여, 서울과 수도권은 부실채권의 금액 순으로 서로 배분하고, 충청도와 전라도, 제주도 지역은 원고가, 강원도, 경상도 지역은 소외 2가 해당 지역의 채권추심업무를 처리하기로 한 점, ⑤ 원고는 피고 회사로부터 채권추심업무의 전문성을 인정받던 중, 피고 회사의 대표이사 특별지시로 전직원을 상대로 특별교육을 진행하고, 이에 대한 대가로 외부강사료를 별도로 지급받기도 한 점, ⑥ 피고 회사는 신용정보회사나 금융회사 등 채권관리업무를 위한 별도의 조직을 갖추고 채권추심 및 채권관리를 주된 영업으로 하는 회사가 아닌, 도료, 합성수지 등의 제조·판매업 등을 주된 영업으로 하는 회사로서, 부실채권의 규모가 커져 채권추심업무에 대한 전문성이 있는 자를 물색하다가 소외 3 및 소외 2의 소개로 원고에게 채권추심업무를 맡기게 된 점, ⑦ 원고가 피고 회사로부터 지급받은 성과수수료가 기간별로 큰 차이를 보이는 점 등과 같이 원고가 피고 회사의 채권추심업무를 맡게 된 경위, 원고의 채권추심업무에 있어서의 전문성, 피고 회사의 주된 영업, 원고의 근무형태 등에 비추어 원고가 피고 회사의 지휘·감독하에 종속적인 관계에 있는 상태에서 업무를 처리하였다고 보기 어렵다는 이유로, 원고가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고 회사에 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

【대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다40*** 판결】

개별 사건에서 근로자에 해당하는지 여부는 구체적인 사실관계 및 증명의 정도에 따라 달라질 수밖에 없다. 이러한 법리에 비추어 원심판결 이유 및 기록을 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 사실 및 사정만으로는 채권추심업을 영위하는 피고 서초지사에서 추심업무를 담당하던 원고에 대하여 피고의 근로자로 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 하여 원고의 퇴직금에 관한 본소청구를 배척한 것은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 근로기준법상 근로자의 개념에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

【대법원 2020. 5. 14.자 2020다208*** 판결¹¹⁶⁾】

채권추심원의 근로자성이 다투어지는 개별 사건에서 근로자에 해당하는지 여부는 소속된 채권추심회사의 지점, 지사 등 개별 근무지에서의 업무형태 등 구체적인 사실관계 및 증명의 정도에 따라 달라질 수밖에 없고, 심리 결과 근로자성을 인정하기 어려운 사정들이 밝혀지거나 채권추심원의 근로자성을 증명할 책임이 있는 당사자가 당해 사건에서 근로자성을 인정할 수 있는 구체적인 사실을 증명할 증거를 제출하지 않는 등의 경우에는 채권추심원의 근로자성이 부정될 수 있다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다40*** (본소), 2013다40*** (반소) 판결, 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252*** 판결). …(중략)…

1) 원고들은 ○○공사가 위임·관리하는 ○○공사채권, △채권 등(이하 ‘공사채권’이라 한다)에 대한 채권추심업무를 담당하였는데, 공사채권은 그 연체기간이 수 년 이상의 장기간으로 회수가 상당히 어려운 채권이었고(이에 따라 ○○공사가 부여한 목표회수율은 예를 들어 2015년 11월의 경우 0.03%였다), 채권추심원 1인당 관리건수는 약 1,200~1,500건이며 관리액수도 약 100억 원이었다.

그와 같이 1인당 관리건수가 많고 관리액수도 다액인 관계로, 피고 및 ○○공사는 공사채권에 관하여 재산조사시기 및 연체고객에 대한 최고장 발송 횟수, 통화 횟수 등의 독촉활동 목표량을 정하지 않았다. 이에 따라 원고들은 자신이 배분받은 채권 중 어느 채권을 먼저 추심할 것인지 및 통화, 실사, 최고장 발송 여부 등의 구체적인 추심방법을 스스로 결정하여 추심업무를 수행하였다. …(중략)…

2) …(중략)… ① 추심실적에 관하여 이해관계를 가지고 있는 피고가 추심실적을 높이기 위하여 실적에 따라 수수료 지급률을 달리하고 회수실적이 우수한 채권추심원에 대하여 포상 등 인센티브를 제공하는 것이 원고들과 피고의 관계를 근로계약관계로 보는 경우에만 설명이 가능한 것이라고 할 수 없다. ② 추심팀장은 회수실적을 정식으로 문서로 제출하지 않고 피고의 관리팀 직원에게 메시지를 통하여 제출하였을 뿐이며, 추심팀장이 회수실적을 집계·제출한 것은 수수료 액수가 정확한지를 정산·확인하기 위한 조치로 볼 수 있다. 따라서 피고가 원고들의 회수실적을 제출받았다고 하여 업무수행 과정에 상당한 지휘·감독을 하였다고 인정하기 어렵다. …(중략)…

3) 피고는 공사채권을 새로이 수입하거나 채권추심인의 퇴직 등으로 재배정할 경우 제비뽑기를 통하여 채권을 배분하였다. 따라서 원고들의 회수실적이나 근무태도 등을 반영한 차등배분이 이루어졌다고 할 수 없다. …(중략)…

4) 피고는 원고들의 출·퇴근 시간 등에 관한 규정을 두지 않았고, 그에 관하여 특별히 간섭하거나 불이익을 주었다고 인정되지 아니한다. …(중략)…

5) 원고들은, …(중략)… 피고는 원고들에 대하여도 □채권 추심원과 기본적으로 동일한 형태로 그 업무수행과정을 지휘·감독하였다고 주장한다.

그러나 피고가 채권추심인력을 총원하는 과정에서 위임계약을 체결하는 것이 배제된다고 할 수 없고, 앞서 본 것과 같이 실제로 상당한 지휘·감독을 하였다는 점에 대한 원고들의 증명이 부족한 이상, 원고들의 주장과 같이 상당한 지휘·감독을 하고자 하는 유인이 크다는 사정만으로는 원고들의 근로자성이 인정된다고 할 수 없다.

116) 심리불속행 기각, 내용은 2심을 인용함

더. 학습지 교사(2018년)

학습지 교사들은 취업규칙 및 인사규정의 적용을 받지 않고, 교육시간은 학습지 교사들이 회원들과 협의하여 자율적으로 결정하였으며, 학습지 교사들에게 배부된 학습지도서 및 표준필수업무는 따르지 않더라도 제재 등 불이익이 없었던 점, 학습지 교사들이 매월 초 사업계획서를 작성하였으나 그 내용대로 업무수행이 이루어지지 않았다 하여 불이익이 주어지지 않은 점 등을 볼 때 사용자가 학습지 교사에 대해 상당한 지휘·감독을 한다고 보기 어려워 학습지 교사는 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 판단하였으나, 노조법상 근로자성은 인정된다고 판시함

【대법원 2018. 6. 15. 2014두12***, 2014두12*** 판결】

대법원이 판례로 확립한 근로기준법상 근로자성 판단기준에 의하면, 원고 학습지교사들을 근로기준법상 근로자로 볼 수 없다. 비록 근로기준법상 근로자에 해당하지 않더라도 노동3권 보호의 필요성이 있으면 노동조합법상 근로자에 해당할 수 있다. 다음과 같은 사정들을 종합하여 볼 때, 원고 학습지교사들은 노동조합법상 근로자에 해당한다고 봄이 타당하다.

러. 학원버스 기사(2008년)¹¹⁷⁾

학원버스 기사에 대하여 운행에 관한 모든 책임을 부담하면서 별다른 제약 없이 대차 운행, 대리운행을 하고 학원버스 업무 외의 영업행위를 한 점 등을 이유로 근로기준법상 근로자성을 부정함

【서울고등법원 2008. 10. 29. 선고 2007누34*** 판결¹¹⁸⁾】

원고와 유치원 측 사이에 차량지입계약(그 계약의 성질은 운송용역제공을 주내용으로 하는 도급과 원생에 대한 보호업무를 위탁받은 위임의 혼합계약이라고 볼 수 있다)만이 체결되고 근로계약이나 고용계약을 체결한 사실이 없는 점, 원고 운행차량의 운행지배권이 원고에게 있고 그 차량관리를 원고가 한 점, 유치원 측이 출근시간·원생들의 등·하원을 위한 차량운행시간 및 운행코스를 지정하는 것은 차량지입계약에 따른 운행업무의 내용을 특정하는 것이지 업무수행과정에서의 지휘·감독이라고는 보기 어려운 점, 다른 사업장에서 운행업무를 수행할 수 있는 점, 원고가 수행한 차량운행 이외의 업무는 그다지 많은 시간이 소요되지 않았고 유치원 측의 업무지시에 따라 한 것이 아니고 관행적·자발적으로 운전기사가 해오던 것을 원고도 그 관행에 따라 수행한 것인 점 등을 고려하여 볼 때, 원고는 근로기준법상의 근로자라고 볼 수는 없다.

117) 학원버스 기사의 근로자성과 관련하여서는, 대법원에서 인정례와 부정례가 모두 존재하므로 개별적 사안에서 실질적인 차량운행관리권이 누구에게 있는지, 지휘·감독의 정도가 어느 정도인지, 다른 업무를 수행할 수 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것임. 학원버스 기사에 관한 판례 중 근로자성이 인정된 경우는 ‘제1절 6. 6.1 고. 학원버스 기사(2007년, 2015년)’ 참조

118) 1심 판결(서울행정법원 2007. 11. 22. 선고 2007구합14*** 판결)을 인용하였음

머. 헬스장 개인교습 트레이너(2014년)¹¹⁹⁾

개인교습을 통해 고정급의 3배를 수당으로 받고 겸직이 허용되는 헬스장 개인교습 트레이너에 대하여 업무수행과정에서 사용자로부터 구체적·직접적인 지휘·감독을 받은 것으로 보이지 않는다고 하여 근로기준법상 근로자성을 부정함

【서울행정법원 2014. 5. 15. 선고 2013구합56* 판결¹²⁰⁾】**

원고가 참가인으로부터 이 사건 사업장의 회원에 대한 정보를 제공받은 후 회원을 직접 만나거나 연락을 하여 개인교습의 수강 여부, 교습 일정 및 교습료 등에 관하여 협의하여 정하고, 원고의 사장 상 개인 교습을 하기 어려운 경우에는 원고가 직접 회원에게 연락하여 교습 일정을 조정한 점 등에 비추어 보면, 원고가 업무를 수행하면서 참가인으로부터 그 업무의 내용에 관하여 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받은 것으로 보이지 않는다.

원고가 이 사건 사업장에서 회원들을 관리하는 시간 외에는 개인적인 용무를 보거나 다른 사업장에서 일을 할 수 있는 점에 비추어 보면, 원고가 이 사건 사업장에 전속되었다고 볼 수도 없다.

원고가 참가인으로부터 매월 고정적인 급여를 지급받았으나, 앞서 본 바와 같이 원고가 참가인과 계약서를 작성하지 않아 위 급여의 성격이 분명하지 않은 점, 참가인이 원고의 개인교습을 통해서도 매출을 올리고 있었기 때문에 원고에게 개인교습과 오리엔테이션 활동 등을 지원하기 위해 돈을 지급할 필요성이 있었던 점, 이 사건 사업장에서 근무하는 류○○은 개인 교습을 통해 고정급의 3배가 넘는 금액을 수당으로 받았고, 김○○, 길○○, 최○○도 고정급과 비슷한 금액을 수당으로 받은 점 등을 고려하면, 참가인이 원고에게 지급한 돈을 근로 자체의 대상적 성격을 갖는 임금이라고 단정하기 어렵다.

원고는 참가인으로부터 지급받은 돈에 대해 사업소득세를 납부하였고, 4대보험에 가입되어 있지 않아 사회보장에 있어서는 근로자로 인정되지 않았다.

원고가 별다른 이유 없이 이 사건 사업장에 출근하지 않거나 개인교습 중 회원에게 피해를 가하는 등 비행이 있더라도 그것이 계약해지 사유에 해당하지 않는 이상 참가인은 원고에 대해 별다른 제재를 가할 수가 없어, 참가인이 실제로 원고의 업무수행을 지휘·감독할 수 있는 실효적인 방법도 없다.

버. 화물 운송 지입차주 겸 운전기사(2013년)¹²¹⁾

제품을 생산하여 배송할 필요가 있는 회사와 운송전문회사가 운송에 대한 도급계약을 체결한 후, 그 운송전문회사와 제품운송 용역계약을 체결하고 용역비 명목으로 매월 일정액을 지급받는 지입차주에 대하여 업무수행 과정에서 운송전문회사의 지휘·감독을 받는다고 보기 어려운 점 등을 이유로 근로기준법상 근로자성을 부정함

119) 반면 서울행정법원 2015. 9. 24. 선고 2015구합60*** 판결은 출퇴근시간이 정해져 있는 헬스장 개인교습 트레이너의 근로기준법상 근로자성을 인정하였음(서울고등법원 계류 중 원고 소 취하로 종결)

120) 동 사건은 원고 항소 포기로 확정됨

121) 유사 판례로는 ‘서울고등법원 2016. 9. 1. 선고 2015누60*** 판결’이 있음. 화물운송 지입차주 겸 운전기사에 관한 판례 중 근로자성이 인정된 경우는 ‘제1절 6. 6.1 도. 화물운송 지입차주 겸 운전기사(2013년, 2018년)’ 참조

【대법원 2013. 7. 11. 선고 2012다57*** 판결】

① 피고는 자신이 위탁받은 ○○○○의 제품운송업무를 수행하기 위하여 원고와 사이에 이 사건 운송용역계약을 체결한 것이므로, 원고의 기본적인 업무 내용, 업무시간 및 장소는 위 운송용역계약에 의하여 정하여지는 것으로 보아야 한다. 더욱이 ○○○○이 위탁한 물류업무는 운송일정과 운송경로가 고정되어 있어 피고가 별도로 업무 내용 등을 정할 수 있는 부분은 크지 아니할 것으로 보인다.

② 원고는 이 사건 운송용역계약의 당사자로서 정하여진 운송일정 및 운송경로에 따라 ○○○○의 제품운송업무를 수행할 의무가 있으나 그 업무수행 과정은 원칙적으로 원고에게 일임되어 있다고 보이고, 운행 도중 사고나 특이 상황이 발생하였을 경우 피고에게 통지하여 그 지시에 따르도록 한 것은 그로 인하여 정하여진 운송일정 및 운송경로에 차질이 발생할 수 있기 때문이므로 이를 들어 원고가 업무수행 과정에서 피고의 지휘·감독을 받는다고 볼 것은 아니다.

③ 원고는 상당한 자금을 투자하여 자체 운송물량을 확보하고 있는 운수회사인 피고에게 이 사건 화물트럭을 지입함으로써 일정 수준의 운송수익을 보장받는 대신에 이 사건 위·수탁 관리계약에 따른 독립적인 운송사업자로서의 권한 중 상당 부분을 포기하기로 한 것이므로, 원고가 피고에게 일방적으로 종속되어 있다고 보기도 어렵다.

④ 피고가 원고의 복장이나 차량관리 상태를 통제하고, 이 사건 화물트럭에 특정한 외장이나 도색을 하게 한 것은 화주인 ○○○○의 대외적인 이미지 제고와 동일성 식별을 위한 것이고, 원고의 근무태도 불량, 단체행동, 교통법규 위반, 차량사고 등의 경우에 일정한 제재를 가할 수 있도록 한 것도 성실하고 안전한 차량 운행을 유도함으로써 종국적으로는 제품운송이 정확하고 차질 없이 이루어지도록 하기 위한 것으로 봄이 타당하며, 이는 모두 이 사건 운송용역계약을 체결하면서 서로 간에 양해된 사항이기도 하다.

⑤ 피고가 이 사건 화물트럭을 다른 운송업무에 이용하는 것을 금지한 것은 냉동·냉장 상태로 신속히 운송되어야 하는 운송대상 제품의 특성에 비추어 상시 안정적인 운송수단을 확보하여 둘 필요성이 있기 때문이고, 원고 또한 피고와의 전속적이고 장기적인 운송용역계약을 통하여 자신의 운송수익을 안정적으로 유지·관리할 수 있는 이점이 있어 이를 받아들인 것으로 보아야 한다.

⑥ 이 사건 운송용역계약의 내용상 원고가 제3자로 하여금 자신의 운송업무를 대행하게 하는 데 특별한 장애는 없었던 것으로 보이고(다만, 그에 따른 경제적 부담으로 인하여 이를 최대한 자제하였을 뿐이다), 원고가 정액의 운송용역비를 지급받은 것처럼 보이는 것은 운송일정 및 운송경로 자체가 고정되어 있는 데에 기인하며, 원고의 휴무일 또한 화주인 ○○○○의 공장 휴무일에 따라 정하여진 것에 불과하다.

⑦ 원고는 피고의 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받지 아니하고, 별도의 사업자등록을 하여 부가가치세 등을 신고·납부하였으며, 자신의 비용으로 이 사건 화물트럭을 유지, 관리하였다. 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고는 일정한 자본을 투자하여 운송사업을 영위하는 지입차주로서 지입회사인 피고와 사이에 별도의 운송용역계약을 체결하고 그에 따른 용역비를 지급받은 것으로 봄이 타당하고, 원고가 상당 기간 고정된 운송일정과 운송경로에 따라 특정 운송업무를 반복 수행하며 피고로부터 일정한 금원을 지급받은 것은 위 운송용역계약의 내용과 특성에 따른 것일 뿐 그와 같은 사정만으로 원고가 피고에 대하여 종속적인 관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 볼 수는 없다.

제2절 사용자(피신청인)

1. 개설

근로기준법 제28조 제1항에 따라 사용자는 부당해고 구제신청의 피신청인이 되고, 노동위원회규칙 제60조 제1항 제3호에 따라 사용자성을 결여한 자를 피신청인으로 한 구제신청은 당사자적격이 없어 각하됨

또한 근로기준법 제30조 제1항에 따라 사용자는 구제명령의 공법상 의무를 부담하는 자¹²²⁾이기도 하므로 실효성 있는 심판사건 처리를 위해서는 사용자에 대한 명확한 개념 정립이 필요함

아래에서는 실무상으로 주로 문제가 되는 국가기관, 학교, 병원, 명의상 대표자, 원·하청, 향운노조 등의 사용자성 인정에 대한 판례의 경향을 정리함

2. 사용자의 개념 및 사용자 지위 판단기준

2.1. 사용자의 개념

노동관계법은 사용자를 ① 사업주, ② 사업 경영담당자, ③ 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 포함하는 것으로 정의하고 있는데(근로기준법 제2조 제1항 제2호, 노동조합법 제2조 제2호), 이는 해당 법률의 입법취지에 따른 사용자의 범위를 명확히 하여 실효성을 제고하기 위한 것으로 광의의 정의임

‘사업주’는 개인사업체에서는 개인, 회사 기타 법인체에서는 법인을 의미하고, 경영 담당자란 주식회사의 대표이사, 상법상 지배인과 같은 자를 말하며,¹²³⁾ ‘사업경영담당자’란 원칙적으로 사업경영 일반에 관하여 권한을 가지고 책임을 부담하는 자로서 관계 법규에 의하여 제도적으로 근로기준법의 각 조항을 이행할 권한과 책임이 부여된 자를 말함.¹²⁴⁾ ‘근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자’란 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건 결정 또는 업무상 명령이나 지휘·감독을 하는 등의 사항에 대해

122) 사용자 아닌 자는 구제명령 이행의무가 없으므로 재심판정 취소소송을 제기할 당사자적격이 인정되지 않아 각하되며(대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5*** 판결 참조), 근로기준법 제111조에 따라 확정된 구제명령을 이행하지 않더라도 형사처벌 받지 않음

123) 법원은 명칭이 아닌 실질을 보고 사용자 여부를 판단하고 있음. 대법원 1997. 11. 11. 선고 97도*** 판결(법인등기부상 대표이사직에서 사임했으나 실제로는 회장으로 회사를 사실상 경영하여 온 경우 사용자에게 해당한다)

124) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도1*** 판결(대학교 의료원장은 의료원 산하 각 병원 등 소속 근로자들에 대한 관계에서 구 근로기준법 제15조가 정한 사용자에게 해당한다)

사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 자를 말함¹²⁵⁾

그러나 이러한 노동관계법상의 광의의 정의와 달리 ‘부당해고 및 부당노동행위’ 구체신청의 피신청인 및 구체명령 이행주체로서의 사용자는 원칙적으로 사업주로 한정되지만,¹²⁶⁾¹²⁷⁾ 최근에는 부당노동행위에 있어서는 사업주에 한정할 것이 아니라, 사업주 외에 대표이사, 임원 등 사업경영담당자나 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자에게까지 확대되어야 한다는 견해가 대두되고 있음(사용자 범위의 내부적 확장 문제)¹²⁸⁾

그리고 ‘지배·개입의 부당노동행위’ 구체신청의 경우 근로자와 근로계약관계에 있지 않더라도 노동조건을 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다면 당사 자격이 인정된다고 봄(간접고용의 경우 등 사용자 범위의 외부적 확장 문제)¹²⁹⁾

2.2 사용자 지위 판단기준

‘부당해고 및 부당노동행위’ 구체신청 사건의 피신청인 및 구체명령 이행주체로서의

- 125) 이는 상대적 개념으로, 법률상 근로사이면서 동시에 사용자로서의 권한과 책임을 갖는 자도 포함하여 사업장에서 근로자를 현실적으로 지휘 감독하는 자에게 직접 법령준수의무를 부과하기 위한 것임. 대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두13*** 판결(주임급 이하의 직원들의 경우 인사, 노무, 예산, 경리 등의 업무를 담당한다거나 총장의 비서 내지 전속 운전기사, 수위 등으로 근무한다는 사정만으로 그들이 곧바로 ‘항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자’에 해당한다고 할 수 없다)
- 126) “피신청인이 될 수 있는 자격이 있는 자는 사업주인바, 부당해고 등 구체신청사건의 경우 신청인인 근로자와 근로계약관계에 있는 사업주를 말하며, 부당노동행위 구체신청사건의 경우 원칙적으로 노동조합원인 근로자와 근로계약관계에 있거나 노동조합과 단체교섭의무가 있는 사업주를 말함”(조서관용 「심판업무매뉴얼」, 2016. 3. 43면). 따라서 사업주가 아닌 사용자를 상대로 한 구체신청은 당사자 부적격으로 각하됨이 원칙이나 실무적으로는 보정의 기회를 부여하고 있음
- 127) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5*** 판결(“부당해고나 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구체명령이 발하여진 경우 그 명령에 따라 이를 시정할 주체는 사업주인 사용자가 되어야 한다. 그러므로 그 구체명령이 사업주인 사용자의 일부 조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 행하여진 경우에는 사업주인 사용자에게 대하여 행하여진 것으로 보아야 할 것이다.”)
- 128) 박진환, “사용자 중 부당노동행위 구체신청의 피신청인 적격성 범위”, 저스티스(제157호), 한국법학원, 2016.
- 129) “부당노동행위의 예방·제거는 노동위원회의 구체명령을 통해서 이루어지는 것이므로, 구체명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서는 부당노동행위의 주체로서 구체명령의 대상자인 사용자에게 해당한다고 볼 수 있을 것이다. 나아가 법 제81조 제4호는 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’ 등을 부당노동행위로 규정하고 있고, 이는 단결권을 침해하는 행위를 부당노동행위로서 배제·시정하여 정상적인 노사관계를 회복하는 것을 목적으로 하고 있으므로, 그 지배·개입 주체로서의 사용자인지 여부도 당해 구체신청의 내용, 그 사용자가 근로관계에 관여하고 있는 구체적 형태, 근로관계에 미치는 실질적인 영향력 내지 지배력의 유무 및 행사의 정도 등을 종합하여 결정하여야 할 것이다. 따라서 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 법 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구체명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다.”(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8*** 판결)

사용자에 해당하는지 여부는 형식이 아닌 실질을 기준으로,¹³⁰⁾ ① 근로계약의 당사자, ② 임금지급의 주체, ③ 고용·종속관계의 존부,¹³¹⁾ ④ 실질적인 영향력 내지 지배력 행사 여부¹³²⁾ 등의 사정을 고려하여 판단함

특히 법원은 형식이 아닌 실질을 기준으로 근로자와 근로관계를 맺고 지휘·감독권을 행사하고 있는 자를 사용자로 봄. 즉 실경영주와 명의상 대표자가 다른 경우 실경영주를 피신청인 적격 있는 사용자로 봄¹³³⁾

3. 피신청인 적격에 관한 주요 쟁점

피신청인은 구제신청의 당사자 능력을 갖추고 있어야 하며 노동위원회의 구제명령에 따른 시정조치를 할 수 있는 지위에 있어야 하는바, 주로 ① 권리·의무 귀속주체로 볼 수 없는 경우, ② 이른바 간접고용의 경우, ③ 고용승계의 경우 피신청인 적격이 문제됨

3.1 권리·의무 귀속주체와 사용자 지위 판단

가. ‘사업 경영 담당자’ 또는 ‘근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자’

학교법인 산하 사립학교 교장,¹³⁴⁾ 의료법인이 운영하는 병원의 원장,¹³⁵⁾ 회사 공장장, 현장소장,¹³⁶⁾ 광업소장,¹³⁷⁾ ○○협동조합의 4급 과장¹³⁸⁾ 등의 당사자적격을 부정함¹³⁹⁾

130) 근로기준법상의 사용자 판단방법: “어떤 근로자에 대하여 누가 근로기준법 제32조, 제36조 소정의 의무를 부담하는 사용자인가를 판단함에 있어서도 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 하고, 이때에도 위와 같은 여러 요소들을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.”(대법원 2006. 12. 7. 선고 2006도*** 판결)

131) 종속적 관계에 관한 판단기준은 2006년 대입종합반강사 판결(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29*** 판결) 참조

132) 실질적인 영향력 내지 지배력 유무 및 행사 정도에 관한 판단기준: 원청업체가 하청업체 노동자의 노동조건 등에 실질적인 지배력을 행사하고 있다면 원청업체도 부당노동행위에서의 사용자이다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8*** 판결) 참조

133) 서울행정법원 2012. 9. 14. 선고 2012구합8*** 판결, 서울고등법원 2013. 2. 27. 선고 2012누18*** 판결 참조

134) 대법원 1986. 7. 8. 선고 86도*** 판결(사립학교 교장은 학교일반직원에 대한 관계에서 직원에 대한 임면권을 가지지 않는다고 하여도 사용자에 해당된다)

135) 대법원 1980. 11. 11. 선고 80도1*** 판결(법인이 경영하는 병원의 원장이 직접 간호원을 채용한다면 근로기준법상 사용자에 해당한다)

136) 대법원 1983. 11. 8. 선고 83도2*** 판결(건설공사의 현장소장이 인부들을 고용감독하면서 회사로부터 임금명목의 돈을 받아 그들에게 지급한다면 사업주를 위하여 행위하는 자에 해당한다)

137) 대법원 1976. 10. 26. 선고 76다1*** 판결(회사 산하 광업소장이 사용자에 해당한다 할지라도 자기 하위의 근로자에 대한 관계에 있어서 사용자에 해당되는 것에 불과하다면 취업규칙의 적용을 받는 근로자로 보아야 한다)

138) 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004다51*** 판결

【대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5*** 판결】

부당해고나 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령이 발하여진 경우 그 명령에 따라 이를 시정할 주체는 사업주인 사용자가 되어야 한다. 그러므로 그 구제명령이 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 행하여진 경우에는 사업주인 사용자에 대하여 행하여진 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 이에 대한 중앙노동위원회에의 재심 신청이나 그 재심판정 취소소송 역시 당사자능력이 있는 당해 사업주만이 원고적격자로서 소송을 제기할 수 있다고 하여야 할 것이다(대법원 1999. 4. 9. 선고 97누19731 판결 등 참조).

나. 법인이 설치한 하부기관

공장, 지점 등 법인이 설치한 하부기관은 원칙적으로 권리능력이 없으므로 구제신청의 상대방이 될 수 없음¹⁴⁰⁾

다만, 지점, 지부, 분회 명칭에도 불구하고 별도의 설립등기를 하였거나 별도의 정관 등 독립적인 단체로서의 실질을 갖추고 있는 경우에는 피신청인이 될 수 있음¹⁴¹⁾

여러 법인으로 이루어진 ‘그룹’의 경우, 근로자와 근로계약을 체결한 각 법인이 사용자가 될 수 있을 뿐, ‘그룹’이 사용자가 될 수는 없음¹⁴²⁾

다. 국가의 하부기관, 행정관청 및 시설 등

행정관청이 사법상 근로계약을 체결한 경우 권리의무는 행정주체인 국가에 귀속되므로 국가만이 사업주에 해당하고, 국가의 하부기관 및 행정관청 및 시설 등은 원칙적으로 구제신청의 상대방이 될 수 없음

139) 근로계약을 종료시키거나 회복시킬 수 있는 자는 사업주이고, 구제명령의 대상에 사업주 아닌 사용자를 포함하게 될 경우 법률상 의무 없는 자로 하여금 공법상 의무를 부과하는 것이 되어 법적으로 문제가 될 수 있으며, 사업주가 구제명령을 받은 담당 임직원을 교체하는 방식으로 구제명령을 무력화시킬 우려도 있으므로 법률상 독립적인 권리의무의 귀속주체만이 피신청인이 될 수 있다고 한정 해석함이 타당함

140) 외국기업의 한국법인은 독자적 법인격을 가진 권리의무의 귀속주체로서 구제신청의 상대방인 사용자가 될 수 있음

141) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다59*** 판결(산업별 노동조합의 하부조직이 독자적인 조직형태 변경 결의를 통하여 기업별 노동조합으로 전환할 수 있다), 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007다7*** 판결(“○○구지회는 피고 법인과는 별개의 독립된 비법인사단일 뿐 아니라, 나아가 원고를 구체적이고 개별적으로 지휘·감독하면서 원고의 근로에 대한 대가로 임금 등을 지급하는 자로서 원고와 사이에 실질적인 근로관계가 성립되었다고 봄이 상당하다.”)

142) “E항공그룹은 E항공, E에프엔피 등 10여 개의 관계 법인을 통칭하는 호칭에 불과한 것으로 보이고, 달리 E항공그룹이 독자적으로 권리능력을 가진 사업조직이라고 인정할 만한 증거가 없는데다가, 원고가 E항공에 지원하였을 뿐이고 E항공그룹에 입사지원하지 않은 점 등을 고려해 볼 때, E항공그룹이 구제신청의 상대방으로서 당사자능력 또는 당사자적격을 갖추었다고 보기 어렵다(서울행정법원 2011. 10. 20. 선고 2011구합17*** 판결).”

【대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40*** 판결】

‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제2조 제2호는 “사용자라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다”고 규정하면서, 같은 법 제29조 제1항에서는 “노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다”고 규정하고, 같은 법 제81조 제3호에서는 사용자가 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위를 부당노동행위의 하나로 규정함으로써 사용자를 노동조합에 대응하는 단체교섭의 당사자로 규정하고 있는바, 위와 같은 법조항에 규정한 ‘사용자’라 함은 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자를 말한다 할 것인데(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3*** 판결, 대법원 1997. 9. 5. 선고 97누3*** 판결 등 참조), 국가의 행정관청이 사법상 근로계약을 체결한 경우 그 근로계약관계의 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속되므로, 국가는 그러한 근로계약관계에 있어서 같은 법 제2조 제2호에 정한 사업주로서 단체교섭의 당사자의 지위에 있는 사용자에게 해당한다 할 것이다.

국립대학교 근로자들의 구제신청사건에서 교육과학기술부는 중앙행정기관으로서 당사자능력이 없고, 국립대학교는 법인도 아니고 비법인 사단이나 재단도 아닌 교육시설의 명칭에 불과하여 당사자능력이 없으며, 오로지 국가만이 진정한 사용자에게 해당함¹⁴³⁾

국립 초·중·고등학교 학교회계직원의 단체교섭 당사자의 지위에 있는 사용자는 학교장이 아닌 대한민국임¹⁴⁴⁾

지방자치단체 소속 공립학교,¹⁴⁵⁾ 공립학교 병설유치원,¹⁴⁶⁾ 독립국악원, 읍사무소 등은

143) 서울행정법원 2007. 2. 15. 선고 2006구합28*** 판결(동 사건은 소 취하로 종결됨), 서울행정법원 2009. 2. 6. 선고 2008구합22*** 판결(동 사건은 항소취하로 종결됨). 다만, 국립대학법인 서울대학교가 독자적인 법인격이 있으므로 사용자성이 인정됨

144) 서울고등법원 2013. 12. 4. 선고 2013누17*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 5. 22. 선고 2012구합35***판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 3. 27.자 2014두*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 위 사건에서 원고들은, 학교 회계직원과 직접 근로계약을 체결하여 임금, 복무, 기타 대우 등 근로조건에 관한 사항을 각 학교장이 결정하고 업무의 내용, 작업방법 및 작업장소를 지정하는 등의 구체적인 업무지시와 감독권한이 소속 학교장에게 있으므로 단체교섭의 당사자는 각 학교장이라고 주장하였으나, 법원과 노동위원회는 국·공립학교의 장이 학교 회계직원과 근로계약을 체결하였다고 하더라도 그 근로계약관계의 권리·의무는 궁극적으로 행정주체인 국가 또는 지자체에게 귀속되므로, 대한민국 또는 지자체가 단체교섭의 당사자에 해당하고, 학교회계직원이 속한 노동조합과의 단체교섭단위는 각 국립학교 전체 또는 해당 지자체가 된다고 판단하였음

145) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다45*** 판결(수원시 소재 각 초등학교에서 과학실험조교를 채용한 것과 관련하여 대법원은 초등학교가 아닌 수원시가 고용주라고 보았음)

146) 법원은 “행정소송에 있어서 원고는 소송법상의 당사자 능력자이어야 하므로, 자연인이나 법인, 국가나 공공단체 또는 비법인 사단이나 재단은 행정소송의 원고가 될 수 있으나, 당사자능력이 없는 국가, 공공단체나 법인의 기관이나 행정청 등은 원고가 될 수 없다고 할 것이다. …(중략)… 이 사건 유치원은 공공단체인 ○○도가 설치, 운영하는 공립유치원으로서 그 원장인 원고는 특정한 자연인이나 공공단체가 아니라 ○○도 교육감으로부터 참가인에 대한 임용권을 위임받은 ○○도의 기관으로서 행정청이

하부기관 또는 시설에 불과하여 구제신청의 상대방이 될 수 없고 지방자치단체가 공법인으로서 사용자에게 해당함

다만, 유치원이나 학교의 근로자가 사법상 근로자가 아니라 공무원에 해당한다면 교육 관련 법령상 구제절차가 우선하므로 노동위원회 구제대상이 될 수 없음¹⁴⁷⁾

3.2 간접고용관계와 사용자 지위 판단

일반적으로 사용자가 근로자와 사이에 중간업자를 근로계약의 형식적인 당사자로 개입 시키고 노동법상 사용자에게 부과되는 책임을 회피하려는 고용형태, 즉 **사용자가 직접 근로자를 고용하지 않고 자신의 사업을 위하여 그 근로자를 사용 또는 이용하는 형태**를 간접고용이라 하는데,¹⁴⁸⁾ 이러한 간접고용관계에서 누구를 사용자로 볼 것인지가 문제됨

주로 문제가 되는 **위장도급**의 경우, ① 수급인이 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 도급인의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 아니하여 도급인과 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있는 경우와 ② 그 실질관계가 파견근로관계인 경우로 나누어 판단함.¹⁴⁹⁾ 즉 **판례**는 위장도급의 경우, 우선 수급사업자의 **실체성이 부인되는 경우에는** 원사업자와 수급사업자의 근로자 간에 **묵시적으로 근로계약이 성립한 것으로 해석하거나**(묵시적 근로계약론 또는 법인격 무시론), 수급사업자의 **실체성이 인정되는 경우에는 불법파견으로** 보아 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」 상 사용자책임을 묻고 있음

라 할 것이다.”(서울행정법원 2005. 1. 14. 선고 2004구합10*** 판결)라는 이유로 공립학교 병설유치원의 당사자적격을 부정

147) 서울고등법원 2008. 9. 26. 선고 2008누13*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 4. 22. 선고 2007구합43*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 1. 15.자 2008두18*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

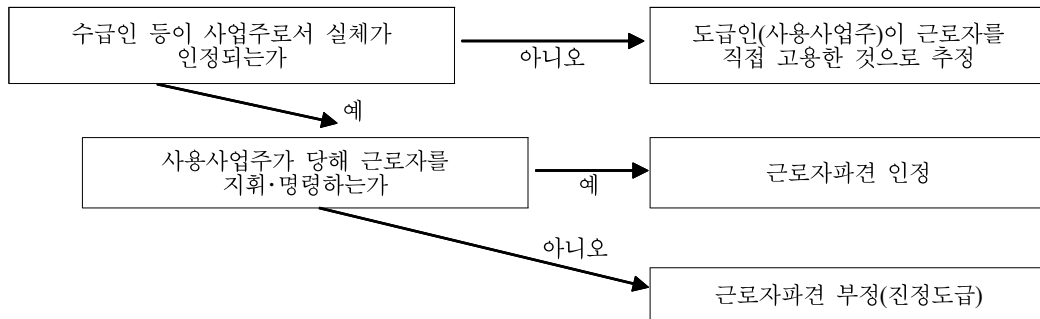
148) 노동법실무연구회, 근로기준법 주해 I (제2판), 박영사, 2020, 162~164면 참조

149) 원·하청관계는 도급계약관계 이외의 기타 법률관계에서도 여러 가지 형태로 나타남

기타관계 구분	시공참여자 제도	위·수탁관리계약	납품계약	소사장 법인	지입차량계약
원청업체	전문 건설업자	위탁자 (아파트 입주자대표회의 등)	대형매장	기존 기업	운수회사
하청업체	시공 참여자	수탁자 (관리업체 등)	납품업체	소사장 법인 (사내협력업체 등)	지입차주

* 다만, 시공참여자제도는 2008. 1. 1.부터 폐지되었으나 건설산업기본법 부칙 제6조에 의해 폐지 이전에 체결한 시공참여약정은 유효함. 노동위원회 사건처리와 관련하여서는 하청업체에 고용되어 원청업체에서 근무하는 이른바 사내하청이 주로 문제가 됨(예를 들어, 현대자동차 컨베이어벨트에서 근무하는 하청업체 근로자)

〈그림〉 간접고용에 관한 판단



가. 간접고용과 사용자 지위 판단요소

1) 근로자의 채용과정

원청업체가 하청업체 소속 근로자의 채용 여부를 주도적으로 결정한 경우, 원청업체의 사용자 지위를 인정하는 적극적 판단요소가 됨¹⁵⁰⁾

반면, 하청업체가 독립적으로 근로자와 직접 근로계약을 체결한 경우에는 원청업체의 사용자 지위를 부정하는 판단요소가 될 수 있음¹⁵¹⁾

2) 승진, 징계 등에 관한 실질적 권한 행사

원청업체가 하청업체 소속 근로자의 승진, 징계 등에 관하여 실질적 권한을 행사한 경우, 원청업체의 사용자 지위를 인정하는 적극적 판단요소가 됨

판례는 원청업체가 하청업체 소속 근로자들에 대한 징계를 요구하거나 승진대상자 명단을 통보한 경우,¹⁵²⁾ 원청업체가 하청업체 소속 근로자들의 인사평정 및 승급 등을 결정해 온 경우,¹⁵³⁾ 원청업체의 사용자 지위를 인정한 반면, 하청업체가 근로자들에 대한 인사권과 징계권을 행사한 경우 원청업체의 사용자 지위를 인정하지 않음¹⁵⁴⁾

150) 서울남부지방법원 2008. 7. 18. 선고 2007가합10*** 판결(형식적으로는 도급계약을 체결하였더라도 도급계약은 위장도급에 해당하고, 직접적인 근로계약관계가 존재한다) 참조

151) 서울행정법원 2007. 11. 16. 선고 2007구합16*** 판결(공사의 하도급업체인 미래건설의 시공참여자(속칭 ‘오야지’)들이 공사를 수행하기 위하여 직접 근로자들을 면접하여 임금 등 근로조건을 정하고 채용한 뒤 그들의 공사진행을 지휘·감독한 사례에서, 시공참여자를 사용자로 보았음) 참조

152) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75*** 판결(“용인기업 소속의 근로자들에 대하여 징계를 요구하거나, 승진대상자 명단을 통보하는 등, 용인기업 소속 근로자들의 채용, 승진, 징계에 관하여 실질적인 권한을 행사하였다.”) 참조

153) 서울남부지방법원 2008. 7. 18. 선고 2007가합10*** 판결(“⑤ 소외 회사들이 원고들에 대하여 인사노무 관리업무를 수행한 사실이 없고, 오히려 피고가 원고들에 대하여 인사평정, 임금액의 결정, 성과변동형 임금체계의 도입, 승급 등에 관한 결정을 해 온 점”) 참조

154) 서울행정법원 2012. 9. 18. 선고 2011구합26*** 판결(“박◇◇를 징계하고 전보 조치하는 등 징계권 및

3) 근로자들에 대한 지휘·감독권의 행사

원청업체가 하청업체 소속 근로자들에게 구체적인 작업지시를 하고, 작업물량이 없는 경우에는 다른 업무를 지시하는 등 지휘·감독권을 행사한 경우 원청업체의 사용자 지위를 인정하는 적극적 판단요소가 됨

판례는 원청업체가 하청업체 소속 근로자들의 출근, 휴가, 근무태도 등을 점검하고, 직접 또는 하청업체 소속 책임자를 통해 근로자들에게 구체적인 작업지시를 하였으며, 작업물량이 없는 경우, 교육, 사업장 정리, 업무지원 등의 명목으로 일정 수준 이상의 소득을 보장해 준 경우¹⁵⁵⁾나 원청업체가 하청업체 소속 근로자들의 작업시간, 연장근로 등에 관하여 직접 구체적인 지시를 하고, 명함 등도 원청업체 소속 근로자와 동일하게 지급한 경우¹⁵⁶⁾ 원청업체의 사용자 지위를 인정함

반면, 원청업체가 업무표준 등을 만들어 하청업체를 관리하였더라도, 하청업체 소속 근로자들에게 직접적으로 작업지시를 하지 않는 등 하청업체(시공참여자)가 소속 근로자들에게 구체적인 작업지시 및 감독을 한 경우 원청업체의 사용자 지위를 인정하지 않음¹⁵⁷⁾

4) 임금 및 수당 지급에 대한 실질적 영향력 행사

원청업체가 하청업체 소속 근로자들의 보수, 퇴직금 등을 산정하여 하청업체에 지급하고, 상여금 등의 수당을 위 근로자들에게 직접 지급하는 등 임금 및 수당 지급에 대한 실질적 영향력 행사는 원청업체의 사용자 지위를 인정하는 적극적 판단요소가 됨

판례는 원청업체가 하청업체 소속 근로자의 업무지원, 안전교육 등에 대한 보수 및 퇴직금이나 사회보험료까지 산정하여 도급대금과 함께 하청업체에 지급하였고, 상여금 등의 수당을 위 근로자들에게 직접 지급한 경우, 하청업체에 대한 작업량 단가가 원청업체의 노동조합과 원청업체 사이에 체결된 임금협약 결과에 따라 결정된 사정 등이 존재하는 경우 원청업체의 사용자 지위를 인정함.¹⁵⁸⁾ 반면, 하청업체가 그 책임 아래 직접 소속 근로자들에게 임금 등을 지급하고 그에 따른 근로소득세 원천징수 등의 업무를 수행하였다면 원청업체의 사용자 지위를 부인하는 판단요소가 될 수 있음. 판례는 하청업체(시

인사권을 행사한 점 등에 비추어 보면, ○○○○○는 독립된 사업주체라 할 것이고, 단지 참가인의 노무대행기관과 동일하다거나 형식적·명목적인 존재에 불과하다고 볼 수 없다.” 원고 항소 포기로 확정됨) 참조

155) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75*** 판결(원 고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 볼 수 있다) 참조

156) 서울남부지방법원 2008. 7. 18. 선고 2007가합10*** 판결(형식적으로는 도급계약을 체결하였더라도 도급계약은 위장도급에 해당하고, 직접적인 근로계약관계가 존재한다) 참조

157) 서울행정법원 2007. 11. 16. 선고 2007구합16*** 판결 참조

158) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75*** 판결 참조

공참여자)가 매달 원청업체로부터 공사 기성금을 지급받아 공사근로자들에게 직접 임금 및 퇴직금을 지급한 경우¹⁵⁹⁾ 원청업체의 사용자 지위를 인정하지 않음

5) 사업경영상 독립적인 물적 시설을 갖추었는지 여부

하청업체의 업무가 원청업체가 제공하는 사무실에서 이루어지고, 하청업체가 독자적인 장비를 보유하지 않는 등 사업경영상 독립적인 물적 시설을 보유하지 못한 경우 원청업체의 사용자 지위를 인정하는 적극적 판단요소가 됨

판례는 하청업체가 원청업체의 임직원의 출자에 의해 설립되고, 그 주주 및 대표이사도 원청업체의 임직원이며, 설립 이래 전적으로 원청업체의 업무만을 도급받아 오는 등 하청업체가 사실상 원청업체의 자회사로 활동하였고, 하청업체가 독자적인 자본, 경영능력, 사무실, 장비, 차량 등 물적 시설을 제대로 갖추지 못한 경우¹⁶⁰⁾ 원청업체의 사용자 지위를 인정함

반면, 하청업체들이 원청업체와 별도로 회사 등을 설립하여 법인세 등 제반 세금을 납부하고, 회계 등도 별도로 하였으며, 독립적인 물적 시설을 갖춘 경우에는 하청업체의 독립성을 인정함

〈표〉 원청업체의 사용자 지위 여부에 대한 판단 요소별 주요 특징

판단 요소	원청업체의 사용자 지위 인정	원청업체의 사용자 지위 부정
근로자의 채용과정	하청업체가 근로자를 모집하나, 원청업체가 요구하는 기능시험을 실시하여 채용여부를 결정함	원청업체와 상관없이 하청업체가 직접 근로자와 개별적으로 계약을 체결함
승진, 징계 등의 인사권 행사	원청업체가 하청업체 소속의 근로자에 대한 징계를 요구한 사실이 있음 원청업체가 하청업체 소속의 근로자들에 대한 인사평정 및 승급을 결정함	하청업체가 자신의 취업규칙에 의거 소속 근로자들에 대한 인사권과 징계권을 행사함
근로자들에 대한 지휘·감독권의 행사	원청업체가 하청업체 소속의 근로자들에게 직접 구체적인 작업지시를 함 근로자의 작업물량이 없는 경우, 원청업체가 다른 작업을 지시하는 등 근로자에게 일정 소득을 보장함	작업장에 원청업체의 관리인이 상주하고 있으나 직접적으로 구체적인 작업지시를 한 사실이 없음 하청업체의 관리인이 그 소속 근로자들에 대한 구체적 작업지시를 함
임금/수당지급에 대한 영향력 행사	원청업체가 도급대금과 별도로 하청업체 소속 근로자들의 퇴직금, 사회보험료까지 산정하여 지급함 원청업체가 하청업체 소속의 근로자들에게 상여금 등을 직접 지급함	하청업체가 원청업체로부터 지급받은 도급대금에서 직접 소속 근로자들의 임금 및 퇴직금을 지급함

159) 서울행정법원 2007. 11. 16. 선고 2007구합16042 판결 참조

160) 서울남부지방법원 2008. 7. 18. 선고 2007가합10338 판결 참조

판단 요소	원청업체의 사용자 지위 인정	원청업체의 사용자 지위 부정
독립적인 물적 시설 보유여부(고유 기술 및 자본 투입 여부)	하청업체가 독자적인 사무실, 장비, 차량 등 물적 시설을 갖추고 있지 않음	하청업체가 독자적인 사무실 등 물적 시설을 보유하고 있음 하청업체 소유의 장비를 작업에 투입함
계약내용의 특정성, 전문성, 기술성	고유하고 특정된 계약목적 또는 대상이 없고 원청업체 근로자와 혼재되어 근무 하청업체 고유의 전문성, 기술성에 대한 요구가 크지 않음	하청업체가 수행하는 고유하고 특정된 계약목적 또는 대상이 존재함 일의 완성에 있어 하청업체에 상당한 전문성과 기술성이 요구됨

나. 간접고용 관련 사용자 지위 인정 주요 유형

1) 사실상 직접 고용관계

법원은 형식상 도급계약을 체결한 경우라 하더라도 **수급회사의 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 않는 경우**¹⁶¹⁾ 도급회사(또는 원청업체)와 수급회사 근로자 사이에 **묵시적 근로계약관계**가 성립되어 있다고 평가하여 도급회사가 수급회사 근로자를 **직접 고용한 것으로 봄**

도급회사와 수급회사(원고용주) 근로자 사이의 묵시적 근로계약관계가 인정되기 위해서는 ① 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 도급회사의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적·명목적이고, ② 사실상 근로자가 도급회사와 종속적인 관계에 있으며, ③ 실질적으로 임금을 지급하는 자가 도급회사이고, ④ 근로제공의 상대방이 도급회사이어야 함¹⁶²⁾

【대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75*** 판결】

원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다(대법원 1979. 7. 10. 선고 78다1*** 판결, 1999. 7. 12.자 99마*** 결정, 1999. 11. 12. 선고 97누19*** 판결, 2003. 9. 23. 선고 2003두3*** 판결 등 참조).

161) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75*** 판결(원 고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 볼 수 있다), 서울고등법원 2013. 3. 13. 선고 2012나59*** 판결(형식상 파견근로의 형식을 취하였어도 사용사업주가 파견근로자에 대하여 지휘명령을 할 뿐 아니라 고용관계에 관한 기본적 사항에서도 주도권을 행사하는 경우 사용사업주와 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 있다)

162) 대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19*** 판결(원고용주에 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자로 인정하기 위한 요건)

수급회사가 **형식상으로는 독립된 법인으로 운영되어도 실질적으로는 도급회사의 한 부서와 같이 사실상 경영에 관한 결정권을 도급회사가 행사하는 경우**¹⁶³⁾에도 직접 고용이 인정됨

그러나 위와 같은 법리가 일종의 법인격 부인 법리의 발현이라는 점에서 인정례가 많지 않고, K레일 여승무원 사건에서 대법원은 K레일과의 묵시적 근로계약관계¹⁶⁴⁾ 및 근로자파견관계¹⁶⁵⁾를 모두 부정한 바 있음

2) 사실상 근로자파견관계

수급회사의 실체가 인정되는 경우에는 계약의 명칭이나 형식에 구애되지 않고 **수급회사의 노무관리 독립성 여부** 판단을 통하여 그 실질이 파견계약인지 도급계약인지 여부를 판단하여야 함

【대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7*** 판결】

근로자파견에 해당하는지 여부는 당사자의 형식적이고 명목상 정한 계약형식과 상관없이, 계약목적 또는 대상의 특정성, 전문성 및 기술성, 계약당사자의 기업으로서 실체 존부와 사업경영상 독립성, 계약 이행에서 사용사업주의 지휘명령권 보유 등을 종합적으로 고려하여 그 근로관계의 실질을 따져서 판단하여야 한다.

위 인정 사실과 이에 의해 알 수 있는 다음 사정들을 위 법리에 비추어 살펴보면, 원고는 C기업에 고용된 후 참가인 사업장에 파견되어 참가인으로부터 직접 노무지휘를 받는 근로자파견관계에 있었다고 봄이 타당하므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 있다.

대법원은 K레일 여승무원¹⁶⁶⁾·N화학¹⁶⁷⁾·H자동차¹⁶⁸⁾ 등 사건에서 근로자파견관계는 계약의 명칭이나 형식이 아니라, **그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다고 하면서 그 판단요소로 ① 제3자가 당해 근로자에 대하여 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 당해 근로자가 제3자의 사업에 실질적으로 편입되어 있는지, ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위**

163) 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3*** 판결(위장도급이라도 근로자를 직접 채용한 것과 마찬가지로 근로제공을 수령하기를 거부한 것은 부당해고이다)

164) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78*** 판결, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96*** 판결 등

165) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96*** 판결

166) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96*** 판결(근로자파견관계를 부정함)

167) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93*** 판결(근로자파견관계를 인정함)

168) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106*** 판결(근로자파견관계를 인정함)

하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등을 제시함

사실상의 근로자파견관계가 인정되는 경우에 2006. 12. 21. 개정 「파견근로자 등에 관한 법률」 시행일인 2007. 7. 1.부터는 적법·불법 파견 2년 후에 원청회사가 고용의무를 부담할 뿐 바로 사용자로 간주되지는 않으므로 부당해고 구제신청의 대상이 되지 않음¹⁶⁹⁾

【 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14*** 판결 】

나. 구 파견법(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 제6조 제3항 본문으로 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음 날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다.”라는 내용의 규정을 두어(이하 ‘직접고용간주 규정’이라고 한다) 사용사업주가 파견기간 제한을 위반한 경우 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계 성립이 간주되도록 하였다.

그런데 이후 개정된 파견법은 직접고용간주 규정을 대체하여 제6조의2 제1항에서 ‘사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다.’는 취지로 규정하고 있다(이하 ‘직접고용의무 규정’이라고 한다). 따라서 개정된 파견법하에서 파견기간 제한을 위반한 사용사업주는 직접고용의무 규정에 의하여 파견근로자를 직접 고용할 의무가 있으므로, 파견근로자는 사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용사업주를 상대로 고용의사표시에 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 그 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다. 또한 파견근로자는 이와 소외 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다.

그리고 2012년 8월 2일부터 시행되고 있는 현행 「파견근로자 등에 관한 법률」에 따라 불법 파견의 경우 2년 이상의 기간을 초과하지 않았더라도 도급회사는 즉시 고용의무를 부담하며, 불이행 시 3천만 원 이하의 과태료가 부과될 수 있음

3.3 근로자공급사업(향운노조원)

가. 향운노조의 사용자 지위 인정에 관한 판례 경향

향운노조는 항만, 철도 등의 하역작업에 종사하는 근로자들로 조직된 노동조합으로 직업안정법상 근로자공급사업을 허가받아 하역업체와 단체협약의 명칭으로 계약을 체결하고 소속 근로자들을 파견하여 하역작업을 수행하도록 하고 있음

근로자는 하역업체에 장기간 고정 배치되어 긴밀한 연계 속에서 근무하지만 한편으로는 향운노조의 통제 속에 있다는 점에서 근로자들이 부당해고 구제신청을 하는 경우 그 사용자를 누구로 볼 것인가가 문제됨

169) “피신청인들이 신청인을 직접고용을 요구할 수 있다 하더라도 신청인이 이에 응하여 피신청인들과 실제로 고용계약을 체결하지 않는 한 신청인에 대하여 과태료의 제재를 가할 수 있을 뿐 피신청인들이 곧바로 신청인의 근로자로 간주되는 것은 아니다.”(서울중앙지방법원 2008. 11. 7.자 2008카합3*** 결정)

판례는 일반적으로 근로자에 대한 인사관리, 업무 지휘·감독 등을 향운노조가 하고 있으므로 하역업체는 사용자가 될 수 없다고 보고 있음¹⁷⁰⁾

그러나 “사실관계에 따라서는 향운노조 조합원을 향만운송업체의 일용근로자로 인정할 수 있는 사안도 있을 것이다.”라고 설시한 판례¹⁷¹⁾도 있어 하역업체의 사용자성을 무조건적으로 부정할 수는 없음

향운노조의 사용자 적격 여부는 향만근로관계의 특수성을 고려할 때 개개의 법률관계마다 구체적인 사정을 고려하여 개별적으로 그 사용자성을 판단하여야 할 것임¹⁷²⁾

나. 사용자 지위를 인정한 사례

향운노조의 조합원이 “조합비 횡령” 등의 이유로 제명처분되자 부당해고를 다툰 사건에서, 노동위원회는 향운노조가 조합원의 사용자 지위에 있지 않다는 것을 이유로 기각판정을 하였으나, 대법원은 향운노조와 소속 조합원과의 사이에는 조합의 지시·감독 아래 각 하역업체에서 노무를 제공하고 그에 따른 대가를 지급받기로 하는 내용의 근로계약관계가 존재하는 것으로 보아 향운노조를 사용자로 인정함¹⁷³⁾

다. 사용자 지위를 인정하지 않은 사례

향운노조는 노동조합으로서의 지위 또한 지니고 있으므로 내부통제권의 일환으로 징계 등을 한 경우에는 사용자성이 부정됨.¹⁷⁴⁾ 또한 대법원은 향운노조의 인적 쇄신을

170) 대법원 1995. 1. 4. 선고 94누9*** 판결(농수산물유통및가격안정에관한법률 소정 농수산물도매시장의 지정도매업인이 그 도매시장에서 농수산물하역작업에 종사하는 전국향운노동조합연맹 산하 단위노동조합 소속 근로자들에 대한 관계에서 舊 산업재해보상보험법상 사업주의 지위에 있다고 보기 어렵다), 대법원 1996. 6. 11. 선고 96누1*** 판결(전국향운노동조합 산하 ○○○○○농산물종합시장노동조합 소속의 근로자들을 파견받아 사업장에서 하역작업을 시켜 온 ○○협동조합중앙회와 근로자들과 사이에 실질적인 사용종속관계가 없다), 대법원 1998. 1. 20. 선고 96다56313 판결(향운노동조합이 신체장으로 인하여 하역 작업을 감당할 능력이 없는 소속 조합원을 하역 작업에 배치하지 아니한 것이 해고에 해당한다고 볼 수 없다), 대법원 2009. 11. 26.자 2009두15*** 판결(심리불속행 기각) 등 참조

171) 서울행정법원 2013. 8. 30. 선고 2012구합11***, 서울고등법원 2015. 2. 5. 선고 2013누27*** 판결 등 판결에서 서울행정법원은, 직업안정법이 국내 근로자공급사업을 유일하게 노동조합에게만 허용하고 있는 것은 노동조합이 근로자들만의 자주적이고 민주적인 결합체이기 때문이라고 하여, 노동조합의 구성과 활동에 있어 자주성과 민주성을 갖추고 있는지 여부가 향운노조의 사용자 여부의 중요한 판단기준이 된다고 하였음

① 조합 임원과 대의원 선출 및 총회 등의 의사결정기구가 올바르게 기능하고 있는 점, ② 작업지시권과 임금결정권이 조합에만 전속되어 있지 않고 향만운송업체도 이를 분점하고 있는 점, ③ 조합원들도 조합을 사용자로 생각하고 활동해 왔다고 보이지 않는 점, ④ 공급근로자에 대한 대가를 조합이 수령하여 분배하였다고 하여 근로자공급사업과 배치되지 않는 점 등을 이유로 향운노조와 그 조합원들 사이의 사용·종속관계를 부정한 사례가 있음(울산향운노조사건)

172) 중앙노동위원회 2012. 2. 28. 판정 2011부해1***/부노*** 참조

173) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2007두11*** 판결[파기환송 후 대법원 2009. 11. 26.자 2009두15*** 판결(심리불속행 기각) 확정] 참조, 같은 취지의 판례로는 대법원 1996. 3. 8. 선고 94누15*** 판결, 대법원 1998. 1. 20. 선고 96다56*** 판결이 있음

통한 조직혁신 및 강화를 사유로 노동조합 규약에 의거 노동조합 간부 직원들의 보직을 해임한 사건에서 항운노조의 사용자 적격을 부정함¹⁷⁵⁾

3.4 고용승계와 사용자 지위 판단

영업양도 또는 위·수탁계약의 수탁업체 변경의 경우 근로자로서는 근로계약의 상대방인 사용자가 변경되었을 뿐 근무지 및 제공하는 노무의 내용은 크게 바뀌지 않은 채 계속적으로 노무를 제공하게 되는 경우가 많음

영업양도의 양수인 또는 위·수탁계약 변경의 새로운 수탁업체가 기존 근로자의 채용을 거부하여 해당 근로자가 그 구제를 신청한 경우, 양수인 또는 새로운 수탁업체의 사용자 적격이 인정되어야 비로소 그 채용 거부에 합리적 이유가 있는지 여부 판단으로 나아갈 수 있음. 양수인 또는 新 수탁업체에 사용자 적격이 있는지는 **고용승계의무의 존부**에 따라 결정됨. 이 경우 양수인 또는 新 수탁업체에 고용승계의무가 부정되었을 때 노동위원회는 각하 판정을 하여야 하는지, 기각 판정을 하여야 하는지에 관하여 문제될 소지가 있음¹⁷⁶⁾

가. 영업양도에 따른 고용승계와 사용자 지위 판단

1) 영업양도의 의미

영업양도는 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 **인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것**을 말함

【대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8*** 판결】

영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서 영업의 일부만의 양도도 가능하고, 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계되는데, 여기서 영업의 동일성 여부는 일반 사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실 인정의 문제이지는 하지

174) 중앙노동위원회 2012. 2. 28. 판정 2011부해1***/부노***, 서울고등법원 2015. 2. 5. 선고 2013누27*** 판결로 확정됨

175) 대법원 2018. 12. 27.자 2016두51*** 판결

176) 노동위원회 판정 단계에서 피신청인에게 사용자적격이 인정되지 않는 경우 노동위원회규칙 제60조 제3호의 ‘당사자적격이 없는 경우’에 해당하여 각하되어야 함. 그러나 용역업체 변경 사례의 경우 신규 용역업체의 당사자적격 여부를 판단하기 위해서는 그 선결문제로서, 본안판단 영역에 해당하는 ‘신규 용역업체에게 고용승계 의무가 있는지 여부’를 판단할 수밖에 없음. 즉 이는 각하사유 해당 여부 판단을 위한 요건의 전제로 본안판단 사항이 선결되어야 하는 경우인바, 이때 실질적으로 본안판단의 영역인 ‘신규용역업체의 고용승계 의무 여부’를 따져보았음에도 불구하고 고용승계 의무가 인정되지 아니할 경우 당사자적격이 부정된다는 이유로 노동위원회규칙 제60조 제3호에 따라 각하하여야 할지, 또는 본안판단 사항의 검토가 이루어졌으니 기각 판정을 하는 것이 타당할지에 대하여 문제될 소지가 있음

만, 문제의 행위(양도계약관계)가 영업의 양도로 인정되느냐 안 되느냐는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이므로, 예컨대 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도는 되지 않는 반면에 그 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 볼 것이다.

다만, 업무기능의 이전이 법률규정에 의하거나 그 자산 중 일부가 낙찰에 의해 이전된 것일 뿐 영업양도계약 등 양도인·양수인 간 계약 등 법률행위에 의한 것이 아니라면 영업양도에 해당하지 않음¹⁷⁷⁾

【대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다*** 판결】

원심판결의 이유와 기록에 비추어 살펴보면, ① 원고는 소외 회사로부터 그 가장 중요한 영업용 재산인 공장건물 등과 부지를 계약에 의하여 양수한 것이 아니라 원고가 설립된 뒤 1년 7개월 정도 후인 1997. 4. 16.에야 낙찰을 받아 취득하였고(원고는 그 공장건물 등과 부지를 낙찰받은 뒤 1997년 11월경 그 낙찰대금 마련을 위하여 그 중 공장부지만을 소외 주식회사 ○○건설에 매각하였고, 공장건물 등은 그대로 원고의 공장 등에서 사용한 것으로 보인다), ② 또 그 이전까지는 원고는 그 공장의 일부 사무실 등을 매월 임대료를 지급하며 사용하였지만, 공장에 설치된 장비는 소외 회사가 지속적으로 사용하여 제품을 생산하였으며(다만, 그 생산 과정에 원고의 임·직원들이 일부 관여하였던 것으로 보인다), 이에 따라 원고는 1995년도에 소외 회사로부터 완제품을 매입하였고, 1996년경부터는 원고가 원·부자재를 지급하면 원고의 주문에 따라 소외 회사가 제품을 제작하여 납품하였던 것으로 보이며, ③ 원고가 소외 회사로부터 그 장비 등을 계약에 의해 양수한 바 없고, 위 공장건물과 부지 등 낙찰시 함께 낙찰받은 것으로 보이는바, 이에 의하면 소외 회사와 원고가 원고 설립시부터 소외 회사의 공장의 건물과 부지의 양도를 예정한 것이 아니고(원고가 그 공장의 건물과 부지만을 양수할 자력도 없었고, 소외 회사가 이미 채무초과된 상태에서 채권단과의 문제 때문에 그 공장의 건물 및 부지와 함께 일정 채무만을 선별하여 인수할 수 있는 상황도 아니었던 것으로 보인다), 원고가 소외 회사의 협력하에 위에서 본 바와 같은 다소 변칙적인 방법으로 영업을 하던 도중에 그 공장건물과 부지가 경매신청되자 원고가 낙찰받은 것에 불과하다.

그런데 상법상의 영업양도는 앞에서 본 바와 같이 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산인 영업재산을 그 동일성을 유지시키면서 일체로서 이전하는 채권계약이므로 이 사건에서도 이러한 영업양도계약이 있었음이 전제가 되어야 하는데, 위에서 본 영업재산의 이전 경위에 비추어

177) 서울행정법원 2008. 7. 24. 선고 2008구합8*** 판결, S아파트의 입주 초기 S아파트 건설사는 Y주택관리업체와 관리업무 위탁계약을 체결하였고, Y주택관리업체는 참가인 근로자를 관리소장으로 사용하였는데 이후 S아파트의 입주자대표회의가 구성되어 아파트 관리방법을 자치관리로 변경할 것을 결정한 후 참가인 근로자의 고용승계를 거부하였음. 법원은 이 사건 아파트 관리방법의 변경은 주택법에서 입주예정자의 과반수가 입주할 때까지는 공동주택을 건설한 사업주체가 당해 공동주택을 직접 관리하고, 그 후에는 입주자들이 관리하되, 입주자대표회의에서 자치관리로 결정한 경우 사업주체는 당해 자치관리기구에 공동주택의 관리업무를 인계하도록 규정하고 있음에 근거한 것으로서 영업양도라고 볼 수 없다고 판시하였음

보면, 사실상·경제적으로 볼 때 결과적으로 그 약 3년 여의 기간에 걸쳐 영업양도가 있는 것과 같은 상태가 된 것으로 볼 수는 있을지언정 소외 회사의 대표이사사와 원고의 대표이사 사이에 그와 같은 내용의 묵시적 영업양도 계약이 있었고, 그 계약에 따라 원고가 소외 회사로부터 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 그 동일성을 유지시키면서 일체로서 양도받았다고 보기는 어렵다.

영업의 동일성 판단기준에 관하여 법원은 ① 해당 업체를 인수한 목적, ② 생산 품목의 동일성, ③ 물적·인적 조직의 이전 여부 및 정도, ④ 계약체결 경위, ⑤ 채권·채무의 승계 여부 등을 종합적으로 고려하는 것으로 보임¹⁷⁸⁾¹⁷⁹⁾

2) 묵시적 영업양도의 인정

법원은 이례적으로 노무도급계약의 본질적 성질, 고용승계의 관행, 입찰 참가 시 새로운 수탁업체의 의사 등을 근거로 신·구 수탁업체 사이의 영업양도의 의사를 추단하여 묵시적 영업양도계약의 성립을 인정한 바 있음

【서울고등법원 2017. 6. 14. 선고 2016누62*** 판결¹⁸⁰⁾】

(1) 앞서 인정한 사실, 앞서든 증거와 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 종전 사업체를 운영하던 손○○과 원고들 사이에 묵시적 영업양도계약이 성립되었음을 인정할 수 있다.

(가) 이 사건 용역을 수행하는 업체는 특별한 물적 시설 없이 ○○광업소의 물적 시설을 이용하면서 이 사건 용역을 수행할 인력을 공급하는 역할을 담당하였으므로, 이 사건 용역 수행과 관련하여서는 인적 조직이 제일 중요한 요소이다.

(나) ○○광업소의 용역을 도급받아 수행하는 용역업체가 변경되는 경우 새로이 선정된 용역업체가 종전 용역업체에 고용되었던 근로자들 중 자진퇴사자, 정년퇴직자 등을 제외하고 그대로 고용하는 관행이 있었다.

(다) 종전 사업체를 운영하던 손○○이 원고들에게 이 사건 근로자들의 명부를 교부하였고 종전 사업체에 고용되어 이 사건 용역업무를 수행하던 이 사건 근로자들 역시 새로이 선정된 원고들을 위하여 이 사건 용역업무를 그대로 수행하였다.

(라) 원고들이 손○○ 등과 함께 경쟁입찰에 참가하여 낙찰자로 선정되고 대한○○공사와의 사

178) 영업양도를 부정한 사례: 대법원 2005. 6. 9. 선고 2002다70*** 판결(시내버스 및 운송사업면허권을 양도받았으나 영업상 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 포괄적으로 이전받음으로써 영업을 양도받은 것으로 볼 수 없다), 대전고등법원 2017. 9. 14. 선고 2017누10*** 판결(동 사건은 대법원[대법원 2018. 1. 25.자 2017두64*** 판결]에서 심리불속행 기각으로 확정됨) 등

179) 영업양도를 긍정한 사례: 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8*** 판결(자산매매계약의 매수인이 매도인인 자동차부품 생산기업으로부터 전장사업부문을 영업목적으로 하여 일체화된 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지한 채 포괄적으로 이전받음으로써 영업을 양수하였다), 서울고등법원 2006. 4. 14. 선고 2005누3*** 판결(양수도계약의 경위를 더하여 보면, 참가인 회사는 소외 회사로부터 버스운송사업을 영업목적으로 하여 일체화된 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지한 채 포괄적으로 이전받음으로써 영업을 양수하였다) 등

이에 직접 이 사건 용역에 관한 도급을 체결하였기는 하나 앞서 살펴본 관행에 비추어볼 때 입찰자들은 종전 사업체의 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받는 것을 전제로 입찰에 참여하였던 것으로 보인다.

3) 영업양도와 사용자 지위 판단

영업양도가 이루어진 경우, 영업양도 당사자 간 **반대의 특약이 없는 한 근로관계가 승계**되고, 근로자의 일부를 승계대상에서 제외하기로 하는 특약은 실질적으로 해고와 다름이 없으므로 **해고제한 법리**가 적용됨

【대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8*** 판결】

2. 영업이 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자 사이의 근로관계는 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계되고, 영업양도 당사자 사이에 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없으므로 근로기준법 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하며, 영업양도 그 자체만을 사유로 삼아 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33*** 판결 등 참조).

영업양도 시 승계되는 근로관계는 **계약체결일 당시 실제로 그 영업부문에서 근무하고 있는 근로자**와의 근로관계로 한정되므로,¹⁸¹⁾ 해고 또는 면직된 근로자로서 부당해고를 다투는 중 영업양도가 이루어졌다면 양수인을 상대로 원직복직을 구할 수 없음

다만, 해고처분을 받은 근로자가 판결로 **근로자로서의 지위를 확인받은 이후** 영업양도가 이루어졌다면, 비록 현실적인 복직조치가 없다고 하더라도 위 근로자는 영업양도 당시 양도회사와 적법 유효한 근로관계에 있다고 보아야 하므로 그 근로자와 양도회사와의 근로관계는 양수회사에 승계됨¹⁸²⁾

같은 취지로 판례는 전적명령 자체가 아무런 효력을 갖게 될 수 없음이 객관적으로 명확한 경우 특별한 사정이 없는 한 근로관계는 승계된다고 봄¹⁸³⁾

4) 아파트 관리형태 변경과 사용자 지위 판단

입주자대표회의가 자치관리로 직접 근로자를 채용하고, 상당한 지휘·감독을 하면서 보수를 지급하였다면 입주자대표회의가 사용자임. 법원은 주택관리업체에 위탁관리를

180) 동 사건은 대법원 2017. 10. 12.자 2017두51*** 판결에서 심리불속행 기각으로 확정됨

181) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다54*** 판결 참조

182) 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33*** 판결 참조

183) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95누1*** 판결 참조

주는 경우 원칙적으로 근로자와 근로계약을 체결한 주택관리업체가 사용자이지만, 184) 185) 채용 당시 입주자대표회의가 임금 등 근로조건을 직접 결정하고 채용 여부에 대한 최종적인 결정권도 행사하였을 뿐만 아니라 업무에 관하여도 직접 지시를 내렸으며 주택관리업체가 아파트 관리업무를 실질적으로 위탁받은 것이 아니라 근로자들을 입주자대표회의에 소개시켜 준 것에 그쳤다는 등의 예외적인 사정이 있을 경우 입주자대표회의가 사용자가 된다고 판단함¹⁸⁶⁾

아파트 관리형태가 자치관리에서 위탁관리로 변경된 경우, 이는 일종의 **위임계약**에 불과하고 영업양도에 해당하지 않아,¹⁸⁷⁾ 위탁관리로의 전환에 따라 새로이 체결된 위·수탁계약상 수탁업체는 사용자 적격이 없음¹⁸⁸⁾

아파트 입주자대표회의의 자치관리 시점에 근무하던 근로자에 대한 해고 정당성은 정리해고의 법리에 따라 판단함¹⁸⁹⁾

나. 수탁업체 변경에 따른 고용승계와 사용자 지위 판단

위·수탁계약에 따라 수탁업체가 변경된 경우, 새로운 수탁업체는 기존 업체와의 사이에 사업양도 계약과 같은 별도의 약정을 체결하는 등의 특별한 사정이 없는 한 종전 수탁업체 소속 직원들의 근로관계를 포괄적으로 승계한다고 볼 수 없음¹⁹⁰⁾

184) “원고가 이 사건 관리사무소 업무에 일부 관여해 왔음을 고려하더라도 E가 근로계약 당사자로서 갖는 참가인들에 대한 인사권과 업무지휘명령권 등이 모두 배제 또는 형해화되어 참가인들과 E 사이의 근로계약이 형식적이고 명목적인 것에 불과하다거나 참가인들과 원고 사이에 묵시적인 근로관계가 성립되어 있다고 볼 수 없다. 따라서 원고는 참가인들에 대한 근로계약상 사용자에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다.”[서울행정법원 2018. 4. 26. 선고 2016구합68***, 2017구합59*** (병합) 판결]. 동 사건은 대법원[대법원 2019. 2. 28.자 2018두61***, 61*** (병합) 판결]에서 심리불속행 기각으로 확정되었으며, 2심[서울고등법원 2018. 10. 5. 선고 2018누47***, 2018누47*** (병합) 판결]은 1심을 인용함

185) “○○주택이 근로계약 당사자로서 갖는 원고에 대한 인사권과 업무지휘명령권이 모두 배제 내지 형해화되어 원고와 ○○주택 사이의 근로계약이 형식적이고, 명목적인 것에 불과하다거나 원고와 참가인(입주자대표회의) 사이에 묵시적인 근로관계가 성립되어 있다고 볼 수 없다”고 판시(서울행정법원 2015. 6. 4. 선고 2014구합19*** 판결). 동 사건은 항소심에서 항소 기각되고(서울고등법원 2015. 11. 27. 선고 2015누47*** 판결), 대법원에서 상고이유서부제출기각됨(대법원 2016. 2. 16. 선고 2015두58*** 판결)

186) 서울행정법원 2017. 4. 6. 선고 2016구합74*** 판결. 원고가 항소하지 않아 1심에서 종결됨

187) 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003두13*** 판결

188) 대전지방법원 2016. 12. 15. 선고 2016구합*** 판결(입주자대표회의가 자치기구로 직접 근로자를 채용한 후 주택관리업체에 위탁관리를 주었지만 “이 사건 관리계약이나 인계인수서의 기재만으로는 원고와 참가인 사이의 고용관계가 ○○○에게 포괄적으로 승계되었다고 볼 수 없어 원고가 여전히 참가인에 대한 사용자 지위에 있고”라고 판단함), 아파트 관리형태가 애초에 위탁관리 형태로서 단순히 위·수탁계약상 수탁업체가 변경됨에 불과한 경우에 관하여는 아래 ‘나. 수탁업체 변경에 따른 고용승계와 사용자 지위 판단’을 참조

189) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92*** 판결(공동주택 입주자들이 공동주택 관리방식을 자치관리에서 위탁관리로 변경하면서 관리사무소 직원 전원을 해고한 사안에서, 공동주택 관리방식 변경은 사업폐지라 볼 수 없고, 그에 따른 관리사무소 직원의 해고는 경영상의 필요에 의한 해고로서 정리해고에 해당한다), 대법원 2015. 2. 2. 선고 2012두4*** 판결, 대법원 2015. 4. 23. 선고 2015두35*** 판결 등 참조

【대법원 2000. 3. 10. 선고 98두4*** 판결】

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 거시 증거에 의하여, ○○10단지 ○○아파트 건축사업주체인 소외 대한□□공사 서울지역본부(이하 '◇◇'이라고 한다)는 주택건설촉진법 및 공동주택관리령에 의한 위 아파트 의무관리를 위하여 소외 □□산업에게 관리기간을 위 아파트 사용검사일인 1995. 10. 10.부터 1년으로 정하여 위 아파트 관리업무를 대행하게 하였고, □□산업은 위 아파트 관리업무 중 경비업무를 위하여 피고보조참가인들 11명을 포함한 12명을 경비원으로 고용하여, 참가인들이 위 아파트 경비업무를 수행하여 온 사실, 위 의무관리기간이 만료됨에 따라 위 아파트 입주자대표회의는 ○○아파트 관리업무를 인계받기로 하여, 1996. 10. 1. 위 아파트 관리업무 중 경비업무를 제외한 일반 관리업무는 소외 주식회사 △△주택 종합관리에게 위탁하고, 같은 달 5. 위 아파트 관리업무 중 경비업무는 공개입찰을 통하여 원고에게 기간을 1996. 10. 9.부터 1998. 10. 9.까지로 정하여 위탁한 사실, 원고는 1996. 10. 9.부터 원고가 고용한 경비원 12명을 투입하여 위 아파트 경비업무를 담당하였는데, 종전의 □□산업 소속 경비원 12명 중 1명만을 다시 채용하였고, 참가인들은 채용에서 배제한 사실을 인정한 다음, 원고가 명시적 또는 묵시적으로 참가인들과 □□산업 사이의 근로관계를 승계하겠다는 의사를 표시하였고, 아파트 관리업체에는 그와 같은 관행이 있다는 참가인들의 주장을 그 판시와 같이 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 배척하고, 원고는 □□산업으로부터 위 아파트 경비업무에 관하여 영업양도받은 것으로 볼 수 있어 원고는 참가인들과 □□산업 사이의 근로관계를 승계하였다는 주장을 □□산업과 입주자대표회의 사이에서 이루어진 위 아파트 관리업무 인계·인수의 경위와 원고가 공개입찰의 방법에 의하여 입주자대표회의와의 사이에 새로운 경비용역계약을 체결한 점에 비추어 원고의 경비업무와 □□산업의 종전 경비업무의 내용이 동일하다는 점만으로는 원고가 영업양도에 준하여 종전의 근로관계를 승계하였다고 볼 수 없다는 이유로 배척한 후, 원고가 □□산업과 참가인들 사이의 근로관계를 승계한 것으로 볼 수 없는 이상 원고가 참가인들을 경비업무에서 배제한 행위가 해고에 해당한다고 할 수 없다는 이유로 참가인들의 부당해고 주장을 배척하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 모두 옳고, 거기에 채증법칙을 위반한 사실오인의 위법과 영업양도와 근로관계의 승계에 관한 법리오해 및 판단유탈의 위법이 없다.

다만, 몇몇 하급심 법원은 '고용승계에 대한 기대'라는 개념을 사용하여 위탁업체, 新 수탁업체 간 용역계약서의 고용승계 권고와 수탁업체 변경 시 기존 고용의 승계 관행에 근거하여 舊 수탁업체 소속의 근로자가 新 수탁업체에 대하여 고용승계에 관한 기대권을 갖는다고 본 사례가 있음

【서울행정법원 2013. 8. 27. 선고 2012구합41*** 판결¹⁹¹⁾】

1) ...(전략)... ① 이 사건 용역계약의 보수작업 시방서에는 이전 외주용역업체의 근로자를 재채용하도록 권고되고 있는 점, ② 갱도보수 채탄 등의 업무를 낙찰받은 외주용역업체들은 자진퇴사자, 이직자, 정년퇴직자를 제외한 나머지 근로자들에 대하여 대체로 고용을 승계한 점, ③ 원고(근로자) 역시 외주용역업체가 바뀔 때마다 각 업체와 근로계약을 체결하여 계속 근무한 점 등을 고려하면,

190) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2012두14*** 판결 참조. 동 판결에서 새로운 수탁업체는 종전 직원들에 대하여 재고용 관련 공고를 하였지만, 이는 고용승계 의무 존부 판단에서 고려되지 않았고, 단지 위 공고문의 내용을 종전 근로자에 대한 근로계약 체결의 청약으로 볼 수 있는지 여부만이 문제되었음

○○광업소 내 갱도보수, 채탄 등 작업과 관련하여 입찰을 통해 외주용역업체가 변경되는 경우 신규 외주용역업체 사이에 특별한 사정이 없으면 근로자들의 고용을 승계하는 관행이 존재한다고 봄이 타당하다.

2) 위와 같은 고용승계관행이 존재한다면, 참가인이 이 사건 용역계약의 당사자가 아니라고 하더라도 새로운 외주용역업체가 자신을 재채용하리라는 상당한 기대를 갖게 되고 새로운 외주용역업체는 입찰부터 용역계약의 체결에 이르기까지 특별한 사정이 없는 한 종전 근로자를 재채용할 의무를 부담하게 된다는 사정을 알게 된다고 봄이 타당하다.

최근 하급심 판결은, 수탁업체를 변경하면서 위탁업체와 신규 수탁업체 간 체결한 위탁계약서에서 ‘특별한 사정이 없는 한 기존 근로자들의 고용을 승계하기로’ 명시한 경우, ‘제3자를 위한 계약 법리’를 활용하여 신규 수탁업체는 위탁계약서의 고용승계 규정에 따라 기존 수탁업체 소속 근로자에 대하여 고용승계의무를 직접 부담한다고 하였음.¹⁹²⁾ 이 경우 기존 수탁업체 소속 근로자의 고용승계 요구 또는 부당해고를 다투기 위한 소제기 등을 제3자의 수익의 의사표시로 보았음

【대전고등법원 2016. 10. 7. 선고 2016누11*** 판결¹⁹³⁾】

⑥ 한편 이 사건 청소용역시방서의 고용승계 규정은, 이러한 규정을 특별히 명시한 취지 등에 비추어 보면, 제3자인 참가인들에게 직접 권리를 취득하게 할 목적으로 체결된 제3자를 위한 계약이라고 볼 여지도 충분하고, 이 경우 참가인들이 승낙의 의사를 표시(고용승계 요구)한 이상, 원고로서는 이 사건 청소용역시방서의 고용승계 규정에 따라 참가인들에 대하여 고용승계의무를 직접 부담한다고 할 것이다(원고는 대법원 2013. 12. 12. 선고 2012두14***판결을 들면서 고용승계 의무의 존재를 다투나, 위 판례의 사안은 구청 관내 재활용품 수거 사업을 외부업체에 위탁하면서 종전 종업원들에 대한 고용승계 여부를 명시하지 않은 사안으로서, 원자력 발전소의 특수성을 고려하여 종전 종업원들에 대한 고용승계를 계약의 중요 사항으로 명시한 이 사건과는 그 사안을 달리한다).

【대전지방법원 2017. 11. 21. 선고 2015가단228*** 판결】

2) 피고와 ○○○공사는 이 사건 위탁계약을 체결함에 있어 피고가 특별한 사정이 없는 한 기존 근로자들의 고용을 승계하기로 명시하였고, 기존 근로자들의 고용관계에 관하여 근로조건 이행확약서 기재 내용을 따르기로 하는 의사의 표시가 있었던 것으로 볼 수 있는 점, 원고들을 비롯한 ○○○공사와 위탁계약을 체결한 십 수 개의 용역업체에 고용된 근로자들의 대부분은 여러 차례 외부 용역업체의 변경에도 불구하고 새로운 용역업체와 근로계약을 체결하고 ○○○공사에서 동일한 업무를 담당하며 계속 근무를 하였던 점, 원고들은 피고에 대하여 이 사건 소장으로 이 사건 위탁계약에 따라

191) 서울고등법원 2014. 6. 25. 선고 2013누27298 판결의 1심 판결, 같은 취지 대전지방법원 2016. 6. 22. 선고 2015구합101*** 판결(대전고등법원 2016. 10. 7. 선고 2016누11*** 판결의 1심 판결)

192) 대전지방법원 2017. 11. 21. 선고 2015가단228*** 판결 참조

193) 대법원 2016두57*** 사건으로 계류 중

원고들의 고용승계를 주장하며 고용기간에 해당하는 임금을 청구하는 등 수익의 의사표시를 한 사실 등을 종합하여 보면, 이 사건 위탁계약은 원고들이 피고에 대하여 고용승계를 요구할 권리를 직접 취득하도록 하는 제3자를 위한 계약에 해당한다고 볼 수 있다.

3) 이에 대하여 피고는 근로관계는 인격적, 일신 전속적 성질을 지니고 있고 제3자(수익자)로 하여금 계약당사자 일방에 대하여 직접 채권을 취득하게 하는 제3자를 위한 계약과 달리 임금채권만을 얻는 관계가 아니라, 근로제공이라는 의무를 수반하기 때문에 제3자를 위한 계약의 대상이 될 수 없다고 주장한다.

살피건대, 제3자를 위한 계약은 제3자로 하여금 급부청구권, 즉 채권을 취득하게 하는 계약으로 제3자에게 권리를 주는 동시에 그것과 쌍무관계에 있는 반대급부를 부담하게 하는 계약도 유효하다고 할 것인바, 근로자는 근로의 제공이라는 부담을 승낙하고 고용승계를 전제로 하는 수익의 의사표시를 할 수 있다고 할 것이므로 피고의 위 주장은 받아들이지 않는다. 또한 피고는 원고들이 종전 용역업체와 퇴직금을 모두 정산함으로써 종전 업체와 근로관계를 종료하고 피고의 신규채용 공고에 따라 새롭게 지원하였으므로 제3자를 위한 계약을 주장할 수 없다는 취지로 주장하나, 이 사건 용역계약에 의하여 원고들은 피고를 상대로 고용승계를 요구할 권리를 취득할 수 있는 지위에 있었고, 피고가 시행한 신규채용절차에 응하지 아니할 경우 해고될 수밖에 없는 상황에서 신규채용에 응한 것으로 보일 뿐이므로 위와 같은 사정만으로 원고들이 제3자를 위한 계약의 수익자가 될 수 없다는 피고의 주장은 받아들이지 아니한다.

고용승계에 대한 기대권이 성립하는 경우 新 수탁업체의 근로자들에 대한 고용승계 거절에 합리적 이유가 없다면 이는 부당해고에 해당함¹⁹⁴⁾

다. 회사합병과 회사분할에 따른 근로관계 승계

1) 회사합병에 따른 고용승계와 사용자 지위 판단

회사합병이란 2개 이상의 회사가 계약에 의하여 상법상 합병의 효과규정(제235조)에 따라 1개의 회사로 존속 또는 신설되는 것으로 근로관계는 법률상 당연히 포괄적으로 승계됨¹⁹⁵⁾

【대법원 2001. 9. 25. 선고 2001다18*** 판결】

나. 그러나 이러한 원심의 판단은 수긍하기 어렵다

회사의 합병에 의하여 근로관계가 포괄적으로 승계되는 경우에는 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로, 이러한 근로관계의 승계가 이루어진 이후 사용자가 일방적으로 종전 취업규칙의 내용보다 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하는 것은 그 효력이 없고, 따라서 종

194) 서울행정법원 2013. 8. 27. 선고 2012구합41905 판결, 대전고등법원 2016. 10. 7. 선고 2016누11*** 판결 참조

195) 합병에 따른 근로관계 승계 후의 근로조건에 관하여는 대법원 2001. 4. 24. 선고 99다9*** 판결, 합병과 단체협약의 승계에 관하여는 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다23***, 23*** 판결, 공기업 합병과 취업규칙의 승계에 관하여는 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32***, 32*** 판결 참조

전 취업규칙이 그대로 적용되지만, 합병 후 피합병회사 근로자들의 집단적인 의사결정 방법에 의한 동의를 얻은 취업규칙의 변경이나 그러한 근로자들이 속한 노동조합과 사이에 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들이 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있으면, 그 새로운 취업규칙이나 단체협약이 유효하게 적용된다(대법원 2001. 4. 24. 선고 99다9*** 판결 등 참조).

2) 회사분할에 따른 고용승계와 사용자 지위 판단

회사분할이란 하나의 회사가 존속기간에 의사결정에 따라 복수의 회사로 나누어지는 것을 말하며, 법원은 회사분할에 대한 이해와 협력을 구하는 절차를 거쳤다면 해당 근로자의 동의를 받지 못한 경우라도 근로관계가 신설회사에 승계되는 것이 원칙이라고 봄

【대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두4*** 판결】

상법 제530조의10은 분할로 인하여 설립되는 회사(이하 ‘신설회사’라고 한다)는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라서 승계한다고 규정하고 있으므로, 분할하는 회사의 근로관계도 위 규정에 따른 승계의 대상에 포함될 수 있다. 그런데 헌법이 직업선택의 자유를 보장하고 있고 근로기준법이 근로자의 보호를 도모하기 위하여 근로조건에 관한 근로자의 자기결정권(제4조), 강제근로의 금지(제7조), 사용자의 근로조건 명시 의무(제17조), 부당해고 등의 금지(제23조) 또는 경영상 이유에 의한 해고의 제한(제24조) 등을 규정한 취지에 비추어 볼 때, 회사 분할에 따른 근로관계의 승계는 근로자의 이해와 협력을 구하는 절차를 거치는 등 절차적 정당성을 갖춘 경우에 한하여 허용되고, 해고의 제한 등 근로자 보호를 위한 법령 규정을 잠탈하기 위한 방편으로 이용되는 경우라면 그 효력이 부정될 수 있어야 한다. 따라서 둘 이상의 사업을 영위하던 회사의 분할에 따라 일부 사업 부문이 신설회사에 승계되는 경우 분할하는 회사가 분할계획서에 대한 주주총회의 승인을 얻기 전에 미리 노동조합과 근로자들에게 회사 분할의 배경, 목적 및 시기, 승계되는 근로관계의 범위와 내용, 신설회사의 개요 및 업무 내용 등을 설명하고 이해와 협력을 구하는 절차를 거쳤다면 그 승계되는 사업에 관한 근로관계는 해당 근로자의 동의를 받지 못한 경우라도 신설회사에 승계되는 것이 원칙이다. 다만, 회사의 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하면서 해당 근로자를 해고하기 위한 방편으로 이용되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는, 해당 근로자는 근로관계의 승계를 통지받거나 이를 알게 된 때부터 사회통념상 상당한 기간 내에 반대 의사를 표시함으로써 근로관계의 승계를 거부하고 분할하는 회사에 잔류할 수 있다.

라. 법률규정과 행정기관 지침에 따른 새로운 법인 설립과 근로관계 승계

1) 법률 제·개정에 따른 새로운 법인 설립과 사용자 지위 판단

법률 제·개정으로 새로운 법인이 설립되면서 ‘종전에 동일한 기능을 수행하던 법인 등 종전 단체의 권리와 의무를 새로운 법인이 포괄승계’하도록 법률 부칙에 규정하였다고 하더라도 별도의 근로관계 승계에 관한 규정이 없다면 종전 법인 소속 근로자의 근로관계가 새로 설립된 법인에 당연히 승계된다고 볼 수 없다고 봄

【대법원 2018. 9. 28. 선고 2018다207*** 판결¹⁹⁶⁾】

법률의 제정, 개정 등으로 새로운 특수법인이 설립되어 종전에 동일한 기능을 수행하던 법인 등 종전 단체의 기능을 흡수하면서 그 권리의무를 승계하도록 하는 경우에 있어서, 해산되는 종전 단체에 소속된 직원들과의 근로관계가 승계되는지의 여부에 관하여 별도의 규정을 두지 아니한 채 단순히 종전 단체에 속하였던 모든 재산과 권리·의무는 새로이 설립되는 특수법인이 이를 승계한다는 경과 규정만 두고 있다면, 종전 단체는 새로운 법의 시행으로 인하여 사실상 존속하기가 어려워 해산될 수밖에 없는 것이므로 위와 같은 경과규정은 해산되는 단체의 재산상 권리의무를 신설법인이 승계하도록 하여 그 해산에 따른 절차를 용이하게 함으로써 해산되는 종전 단체의 해산 및 청산절차를 특별히 규율할 목적으로 규정된 것일 뿐이고, 해산되는 단체의 직원들의 근로관계를 당연히 새로이 설립되는 특수법인에 승계하도록 하기 위한 것이 아니라고 할 것이다. 따라서 그와 같은 경과규정만으로는 당해 법률에 의하여 종전 단체에 소속된 직원들의 근로관계가 새로이 설립되는 특수법인에 당연히 승계된다고 볼 수는 없다(대법원 1995. 7. 25. 선고 95다14*** 판결 등 참조).

2) 행정기관 지침에 따른 새로운 법인 설립과 사용자 지위 판단

행정기관 내부의 업무처리방침 또는 행정조치 등에 의하여 새로운 법인이 설립되어 종전에 동일한 기능을 수행하던 법인 등 단체의 권리의무 및 사업조직이 승계되는 경우, 종전 단체 소속 근로자들과의 근로관계가 새로 설립되는 법인에 포괄적으로 승계된다고 봄

【대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51*** 판결】

1. 「법률의 제정이나 개정 또는 이와 동등한 효력이 있는 법규에 의하지 아니하고, 행정기관 내부의 업무처리방침 또는 행정조치 등에 의하여 새로운 법인이 설립되어 종전에 동일한 기능을 수행하던 법인 등 단체의 기능을 흡수하면서 그 권리의무를 승계함과 소외 동일성을 유지하면서 일정한 사업 목적을 위한 인적·물적 조직을 일체로서 이전받는 등으로 종래의 사업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능을 할 수 있다면, 반대의 특약이 없는 한 해산되는 종전 단체에 소속된 직원들과의 근로관계는 원칙적으로 새로 설립되는 법인에게 포괄적으로 승계되고, 종전 법인과 새로운 법인 사이에 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없으므로 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하다고 할 것이다」(대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8*** 판결, 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002다23*** 판결 등 참조).

196) 같은 취지의 판결이나 그 대상이 공공기관 신설에 따른 경우에 대하여는 대법원 2002. 5. 14. 선고 2001두6*** 판결, 대법원 2005. 3. 25. 선고 2003다39*** 판결 등 참조

4. 사용자 적격 불비 사건의 처리

4.1 사용자가 아닌 자를 상대로 한 구제신청

사용자가 아닌 자를 상대로 한 구제신청은 각하되는 것이 원칙이나(노동위원회규칙 제60조 제1항 제3호), 일반적으로 바로 각하하지 않고 당사자 변경신청 또는 당사자 표시정정 신청 등 보정의 기회를 부여하고 있음

4.2 사용자가 아닌 자에 대한 노동위원회의 구제명령

판례는 구제명령이 사업주인 사용자의 일부 조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 행하여졌다 하더라도 구제명령을 위법 또는 무효로 보지 않음

이 경우 구제명령은 사업주인 사용자에 대하여 행해진 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 이에 대한 중노위 재심신청이나 재심판정 취소소송 역시 신청인 적격(당사자능력) 있는 당해 사업주만이 제기할 수 있음¹⁹⁷⁾

5. 사용자 적격 관련 판례(간접고용·근로자공급사업·고용승계 중심)

5.1 묵시적 근로계약관계 관련 판례

가. 묵시적 근로계약관계가 인정된 판례

1) 물류센터 사내협력업체 직원

수급회사가 형식상으로는 독립 법인으로 운영되어 왔지만 실질적으로는 거의 전적으로 도급회사의 업무만을 도급받아 오는 등 모자(母子)회사의 관계로서 **사실상의 결정권**을 도급회사가 행사해 온 경우 ‘위장도급’에 해당한다고 판단하여 수급회사의 근로자와 도급회사 간의 묵시적 근로계약관계를 인정함

197) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5*** 판결, 판례는 노동위원회가 (사)한국○○○○○연합회 산하 노원○○○○○복지관에 구제명령을 하였고, 위 두 기관이 모두 행정소송을 제기한 사안에서 대법원은 사업주인 사용자만이 구제명령의 이행주체가 되고 소송에서 당사자적격을 가진다면, (사)한국○○○○○연합회의 소에 대해서만 심리하고, 노원○○○○○복지관의 소는 각하했음

【대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3*** 판결】

원심은 그 채용 증거를 종합하여, 피고보조참가인 회사(이하 “참가인”이라고 한다)는 1997. 8.경부터 주식회사 A코리아(이하 “A코리아”라고 한다)와 업무도급계약을 체결한 이래 그 도급계약을 갱신 체결하면서, 원고들을 비롯한 140여 명의 A코리아 소속 근로자들을 전국에 소재한 참가인의 11개 물류센터에서 근무하게 하였는데, 위 업무도급계약상 A코리아는 자신이 고용하는 종업원을 관리하고 직접 지휘·감독하기 위하여 현장대리인을 선임하여야 하고, 참가인은 계약의 이행에 관한 지시를 현장대리인이 아닌 종업원에게는 직접 행하지 아니하도록 되어 있음에도 불구하고, 참가인은 원고들을 포함한 A코리아 소속 근로자에 대하여 현장대리인을 경유하지 아니하고 업무지시, 직무교육실시, 표창, 휴가사용승인 등 제반 인사관리를 직접 행하여 온 사실, A코리아는 참가인의 자회사인 주식회사 B가 그 주식의 100%를 소유하고 있는 회사로서, 역대 대표이사는 참가인의 전임 임원이 선임되었고 거의 전적으로 참가인의 업무만을 도급받아 오는 등 형식상으로는 독립 법인으로 운영되어 왔지만 실질적으로는 모자(母子)회사의 관계로서 사실상의 결정권을 참가인이 행사해 온 사실을 인정한다. 참가인과 A코리아 사이에 체결된 업무도급계약은 진정한 의미의 업무도급이 아닌 ‘위장도급’에 해당한다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 참가인이 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배 또는 심리미진으로 인한 사실오인이나 도급계약에 관한 법리오해의 위법이 있다 할 수 없다.

2) 조선소 사내협력업체 직원

H조선 사내 협력업체에 소속된 근로자들이 원청업체인 H조선을 상대로 종업원 지위의 확인을 구한 사건에서, 위 근로자들과 H조선 사이에 **묵시적 근로계약관계**가 인정된다는 이유로 원청업체인 H조선을 사용자로 봄

【대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75*** 판결】

원고(근로자)들이 소속된 ○○기업(하청업체)은 약 25년간 오직 피고 회사(원청업체)로부터 선박엔진 열교환기, 시 밸브(Sea Valve), 세이프티 밸브(Safety Valve)의 검사·수리 등의 업무를 수급인 자격으로 수행하여 왔는데, 피고 회사는 ○○기업이 모집해 온 근로자에 대하여 피고 회사가 요구하는 기능시험을 실시한 다음, 그 채용 여부를 결정하였고, 그 시험합격자에게만 피고 회사가 직접 지급하는 수당을 수령할 자격을 부여하였으며, ○○기업 소속의 근로자들에 대하여 징계를 요구하거나, 승진대상자 명단을 통보하는 등, ○○기업 소속 근로자들의 채용, 승진, 징계에 관하여 실질적인 권한을 행사하였다.

뿐만 아니라, 피고 회사는 원고들의 출근, 조퇴, 휴가, 연장근무, 근로시간, 근무태도 등을 점검하고, 원고들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서, 업무 협력 방안을 결정하여 원고들을 직접 지휘하거나 또는 ○○기업 소속 책임자를 통하여 원고들에게 구체적인 작업 지시를 하였으며, ○○기업이 당초 수급한 업무 외에도 원고들로 하여금 피고 회사 소속 부서의 업무를 수행하게 하거나, ○○기업의 작업물량이 없을 때에는 교육, 사업장 정리, 타 부서 업무지원 등의 명목으로 원고들에게 매월 일정 수준 이상의 소득을 보장하는 등, 직접적으로 원고들에 대한 지휘감독권을 행사하였다.

더 나아가, ○○기업은 원칙적으로 수급한 물량에 대하여 시간단위의 작업량 단가로 산정된 금액

을 피고 회사로부터 수령하였지만, 피고 회사는 ○○기업 소속 근로자들이 선박 수리와 직접적인 관련이 없는 피고 회사의 다른 부서 업무지원, 안전교육 및 직무교육 등에 종사하는 경우 이에 대한 보수도 산정하여 그 지급액을 결정하였을 뿐만 아니라, 원고들에게 상여금, 퇴직금 등의 수당을 직접 지급하였다. 한편 ○○기업에 대한 작업량 단가는 피고 회사 소속 근로자(이른바 직영근로자)로 조직된 H조선 노동조합과 피고 회사 사이에 체결된 임금협약 결과에 따라 결정되었으며, 원고들의 퇴직금이나 건강보험 등 사회보험료 역시 피고 회사가 기성 대금과 함께 지급하는 등, 피고 회사가 원고들의 임금 등 제반 근로조건에 대하여 실질적인 영향력을 행사하였다.

마지막으로, ○○기업은 사업자등록 명의를 가지고 소속 근로자들에 대한 근로소득세 원천징수, 소득신고, 회계장부 기장 등의 사무를 처리하였으나, 이러한 사무는 피고 회사가 제공하는 사무실에서 이루어졌을 뿐만 아니라, ○○기업은 독자적인 장비를 보유하지 않았으며, 소속 근로자의 교육 및 훈련 등에 필요한 사업경영상 독립적인 물적 시설을 갖추지 못하였다.

이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, ○○기업은 형식적으로는 피고 회사와 도급계약을 체결하고 소속 근로자등인 원고들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나, 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 피고 회사의 일개 사업부서로서 기능하거나, 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고 회사가 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로, 원고들과 피고 회사 사이에는 직접 피고 회사가 원고들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 보는 것이 옳다.

3) 대형할인매장 납품업체 직원

○○협동조합이 운영하는 대형할인매장의 납품업체에 고용되어 ○○협동조합에 납품된 전체 상품을 관리한 근로자들에 관하여 ○○협동조합이 근로자들을 **지휘·감독하고 실질적인 보수를 지급**한 점을 이유로 납품업체가 아닌 ○○협동조합을 사용자로 봄

【대법원 2006. 12. 7. 선고 2006도*** 판결】

원심 및 원심이 유지한 제1심판결이 적법하게 채용한 증거에 의하면, (명칭 생략)○○협동조합 직원들이 고소인들의 근무시작 여부, 보수액 및 그 지급방법, 업무 내용을 주도적으로 정하고, 출퇴근, 휴가관계를 관리한 사실, 고소인들은 위 농협 직원의 지시에 따라 자신들에게 보수를 입금한 납품업체의 상품만이 아니고 위 농협에 납품된 전체 상품의 진열 및 재고조사, 대청소, 창고정리, 위 농협 ○○마트를 벗어난 외부 직거래장터에서의 판매보조 등의 업무를 수행한 사실 등을 알 수 있는바, 위 법리에 비추어 살펴보면, 고소인들은 위 조합과의 사이에 명시적인 근로계약을 체결한 사실이 없다고 할지라도 실질적으로 위 조합에 고용되어 그 지휘·감독을 받는 근로자에 해당하고, 위 농협의 대표자인 피고인이 고소인들에 대하여 근로기준법 제32조, 제36조 소정의 의무를 부담하는 사용자에 해당한다고 할 것이며, 납품업체들이 고소인들에게 지급한 돈은 사용자로서 지급한 임금이 아니라 위 조합과 약정에 따라 상품진열 등에 필요한 비용을 부담한 것으로 보아야 할 것이다.

4) 소사장 법인 직원

기존 기업 중 일부 생산부문의 인적 조직이 형식상 독립적인 법인으로 분리된 이른바 소사장 법인에 관하여, 소사장 법인의 근로자들이 기존 기업의 지휘·감독을 받고 기존 기업으로부터 임금을 지급받은 경우 **기존 기업**을 사용자로 봄

【대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도*** 판결】

가. 기존 기업 중 일부 생산부문의 인적 조직이 이른바 ‘소사장 기업’이라는 별개의 기업으로 분리된 경우 그 소사장 기업에 고용된 채 기존 기업의 사업장에서 기존 기업의 생산업무에 종사하는 자를 기존 기업의 근로자로 보기 위해서는 그가 소속된 소사장 기업이 사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 결여하여 기존 기업의 한 부서와 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 근로자는 기존 기업과 사용종속관계에 있다고 평가될 수 있어야 한다(대법원 1979. 7. 10. 선고 78다1*** 판결, 1999. 7. 12.자 99마*** 결정, 1999. 11. 12. 선고 97누19*** 판결 등 참조).

나. 원심이 유지한 제1심판결의 채용 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

피고인은 주식회사 1의 대표이사로서 1997. 1. 1. 생산성 향상을 통한 경영 합리화라는 명목으로 주식회사 1이 자본금 5,000만 원액을 전액 출자하여 생산품목별로 주식회사 주식회사 2, 3, 4 및 주식회사 5 등 4개의 이른바 ‘소사장 법인’을 설립한 다음, ◇◇광역시 소재 ○○공장의 해당 생산부문에서 생산활동에 종사하여 온 근로자들에게 종전과 같은 임금을 보장할 것을 약속하면서 그들로 하여금 사직서를 제출하고 신설 법인과 근로계약을 체결하도록 하는 한편 주식회사 1에 근무하던 임직원들을 ‘소사장’이라 불리는 대표이사 및 생산 담당 간부직원으로 인사발령하여 이들을 통하여 소사장 법인을 운영하였다.

그 운영방식은 주식회사 1이 소사장 법인들의 총 발행주식 중 98%에 상당한 주식을 보유하면서(실제로는 서류상 소사장 등이 보유하는 것처럼 되어 있는 나머지 2% 상당의 주식도 주식회사 1의 소유이다.) 수시로 주식회사 1 임직원들과 소사장 법인의 임직원들 사이에 인사교류를 실시하고, 소사장 법인들이 근로자를 채용하고자 할 때에는 주식회사 1에 의뢰하여 그 명의로 모집광고를 내며, 면접시에도 주식회사 1 소속 ○○공장 공장장이 참여하여 영향력을 행사함은 물론, 소사장 법인들은 통상 기업조직에 필수적인 인사, 경리, 관리 등의 업무를 담당하는 부서나 직원이 없는 대신 이들 업무를 전적으로 주식회사 1에 위탁하여 처리하도록 하고, 자체적으로는 생산시설을 갖추지 못한 채 주식회사 1의 ○○공장 또는 그 생산시설을 일부씩 임차하여 주식회사 1과 사이에 임가공계약을 체결하고 그 주문에 맞추어 생산계획을 수립하고 주식회사 1이 구입하여 제공하는 원재료를 임가공하는 생산활동만 하였을 뿐 다른 거래처를 확보하거나 판매한 실적이 없다(기록상 그러한 시도를 하였다고 볼 아무런 흔적도 찾아볼 수 없다).

그리하여 일부 소사장장들의 경우에는 취임한 지 몇 달이 지나도록 공장 및 생산시설의 차임이 얼마인지 파악조차 못하고, 임가공계약 체결 시 근로자들의 임금 부족분을 주식회사 1이 보전하여 주는 것으로 약정되어 있으며, 나아가 주식회사 1이 소사장 법인들의 경리 등의 업무를 일괄 위탁받아 소사장 법인들에 임가공료를 지급하는 대신 이로써 직접 그 소속 근로자들에게 임금을 지급하고 소사장 법인이 생산활동을 위하여 구입한 부자재 등의 물품대금을 결제하고, 노무관리도 주식회사 1 소속 공장장과 이른바 ‘직원봉사팀’이라는 소사장 법인 전담관리부서에서 출·퇴근의 확인부터 휴가의 승인까지 구체적이고도 직접적인 관리·감독을 하여 왔다.

다. 앞서 본 법리와 이와 같은 사정들에 비추어 볼 때, 소사장 법인들은 사업주로서 독자성이 없거나 독립성이 결여되어 주식회사 1의 한 부서와 다를 바 없어 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하므로, 그 소속 근로자는 사실상 주식회사 1의 관리·감독 아래 주식회사 1에 근로를 제공하고 임금도 주식회사 1로부터 지급받는 사용종속관계에 있다고 보지 않을 수 없다.

따라서 주식회사 1의 대표이사인 피고인은 소사장 법인 소속 근로자들에 대한 관계에서도 사용자의 지위에 있고, 같은 취지에서 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지한 원심의 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하거나, 근로기준법 등에 정해진 근로자 및 사용자 또는 헌법상의 기본권에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

5) 지입차량 차주 운전자

화물자동차의 실소유자(지입차주)가 운수회사와 화물자동차 위수탁관리운영계약을 체결하고 영업활동을 하는 지입계약의 경우, 실소유자(지입차주)가 채용한 운전사에 대해 지입차주가 아닌 **운수회사**를 사용자로 봄

【대법원 1992. 4. 28. 선고 90도2*** 판결】

원심은, 자기 소유의 화물자동차에 관하여 운수회사와의 사이에 화물자동차 위수탁관리운영계약(이른바 지입계약)을 체결하는 경우 그 화물자동차의 운전자와 당해 운수회사 사이의 근로관계가 근로기준법 소정의 고용관계인가를 판단하는 기준은 사용자와의 지배종속관계가 있는지의 여부에 있다고 전제하고, 공소외 송○○이 그 소유의 화물자동차를 피고인이 대표이사로 있는 공소외 1주식회사에 지입함에 있어서 위 회사와는 별도로 사업자등록을 한 후 위 회사에는 매월 지입료만을 내고 그의 계산 아래 위 차량을 이용하여 독자적으로 영업활동을 하면서 그의 임의로 공소외 유○○을 위 차량의 운전사로 채용한 사실을 확정하고, 위 회사와 위 유○○사이에 지배종속관계가 있었다고 인정할 자료가 없으므로 피고인은 근로기준법 제30조(주: 현 근로기준법 제27조)에 규정된 금품을 지급하여야 할 사용자가 아니라는 이유로 피고인에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 유지하였다.

그러나 위 회사가 그 명의로 자동차를 소유하고 화물운송업을 경영하고 있는 이상 사업운영의 실태가 위와 같다고 하더라도 그러한 사유는 회사와 차주의 합의에 의한 내부적 사항에 불과한 것으로서 대외적인 관계에 있어서는 회사가 위 자동차를 소유하고 이를 운영하는 경영주체라고 보지 않을 수 없고, 따라서 그 사업장의 근로자와의 관계에 있어서도 회사가 직접 근로관계에 대한 책임을 지고 있는 사용자라고 보아야 할 것이다(당원 1987. 2. 24. 선고 86도2*** 판결, 1990. 9. 25. 선고 90도1*** 판결 등 참조).

결국 원심은 근로기준법에서 규정한 사용자에 대한 법리를 오해하여 판결결과에 영향을 미치게 하였다 할 것이므로 이 점 논지는 이유 있다.

나. 묵시적 근로계약관계가 인정되지 않은 판례

1) K레일 여승무원

K레일로부터 **승객서비스 업무를 수탁받은 K유통** 등에 소속된 승무원들에 관하여, K유통이 독립적으로 승객서비스업을 경영하였으며, 승무원들을 직접 고용하고 관리·감독하면서 그에 대한 인사권을 독자적으로 행사하였던 점 등을 고려하면 K유통과 승무원이 맺은 근로계약이 명목적인 것에 불과하다고 볼 수 없다고 하여, 승무원과 K레일과 사이에 묵시적 근로계약관계를 부정함¹⁹⁸⁾

【대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78*** 판결】

1. 원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무를 수행하는 사람을 제3자의 근로자라고 하기 위해서는, 원고용주가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며 실질적으로 임금을 지급하는 주체가 제3자이고 근로 제공의 상대방도 제3자이어서, 당해 피고용인과 제3자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하였다고 평가할 수 있어야 한다(대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결 등 참조).

2. 원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시 사실을 인정한 후, 다음과 같은 이유로 재단법인 ○○회(이하 ‘○○회’라고 한다)나 주식회사 한국○○유통(○○○유통 주식회사로 상호가 변경되었는데, 이하 ‘○○유통’이라고 한다)이 형식적으로는 피고 측과 체결한 각 위탁협약에 따라 소속 K○X 여승무원을 사용하여 K○X 승객서비스업무를 수행한 것과 같은 외관이 있다 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채 피고측의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 하였을 뿐, 오히려 피고 측이 K○X 여승무원인 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 타당하므로, 원고들과 피고 측 사이에는 묵시적 근로계약관계가 성립하였다고 판단하였다. …(중략)...

3. 그러나 원심의 이러한 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

가. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음과 같은 사실 또는 사정을 알 수 있다.

1) 피고 측은 K○X의 운행과 관련된 승무분야 업무를 안전 부분과 승객서비스 부분으로 구분하여 설계하면서, 그 중 출입문 개폐, 신호상태 확인, 제어안전장치의 취급 등 안전과 관련된 부분은 피고 측 소속 열차팀장이 직접 업무를 수행하되, 객실온도 및 조명, 승객 인사, 노약자 승하차 보조, 안내방송, 승차권 확인 등 안전과 직결되지 않은 승객서비스 부분은 ○○유통 등과 체결한 위탁협약에 따라 ○○유통 등에 소속된 K○X 여승무원의 담당 업무로 지정하였다.

2) 열차팀장의 업무와 K○X 여승무원의 업무가 넓게는 K○X 차량이라는 동일한 공간 내에서 수행되고 서로 협조할 여지가 전혀 없는 것은 아니나, 각 업무의 내용이나 영역은 구분되어 있었고, 실제로 열차팀장이 K○X 차량 전부를 순회·감시하면서 안전업무를 수행한 것과 비교하여, K○X 여승무원은 이와 별도로 각 담당 구간을 순회하면서 승객 응대 등의 업무를 독자적으로 수행한 것으로

198) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78*** 판결(원심인 서울고등법원 2011. 8. 19. 선고 2010나90*** 판결은 묵시적 근로계약관계를 인정함), 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96*** 판결(원심인 서울고등법원 2012. 10. 5. 선고 2011나78*** 판결은 묵시적 근로계약관계 및 근로자파견관계를 모두 부인함)

보인다. 그리고 각 위탁협약에 의하면, 화재 등의 비상사태가 발생할 경우 K○X 여승무원도 열차팀장의 지시를 받아 화재진압 및 승객대피 등의 활동에 참여하게 되어 있었지만, 이는 이례적인 상황에서 응당 필요한 조치에 불과하고 K○X 여승무원의 고유 업무에서 차지하는 비중도 낮았다.

3) ○○유통 등이 피고 측의 유관단체이거나 자회사라는 사실은 각 위탁협약의 진정성을 의심하게 하는 사유가 될 수도 있으나, 각자의 사업만큼은 피고 측과 독립하여 영위한 것으로 보인다. 한편 ○○유통 등이 자체적으로 세운 임금지급기준에 따라 K○X 여승무원에게 직접 지급한 임금의 액수는 위탁협약 도급금액 결정 기준에서 정한 것과는 차이가 있었다(원심은 피고 측에서 임금 세부항목이나 액수를 특정하고 ○○유통 등의 일반관리비나 이윤도 산정한 점을 지적하고 있는데, 이는 단가 산출 등 도급금액 산정의 근거를 분명히 하기 위한 차원일 수도 있다). 또한 ○○유통 등은 K○X 승무사업본부나 승무본부를 따로 설치하고 피고 측으로부터 사무실을 임차하는 한편 K○X 여승무원의 제복과 휴대용 가방 등의 자재를 직접 구입하여 배부하기도 하였다. ○○유통 등이 K○X 여승무원의 업무를 위하여 필요한 시설과 장비를 미리 새로 구입하는 대신 피고 측에서 확보하고 있던 시설과 장비를 활용하기로 한 것도 비용과 효율 측면에서는 수급이 갈 만한 조치이다.

4) ○○유통 등은 ‘고속철도승무원 운용지침’ 등의 규정을 마련한 후 그에 근거하여 K○X 여승무원의 채용·승진·직급체계를 결정하였고, 자체 교육계획을 수립하여 직접 교육 및 근무평가를 실시하였다. 이 과정에서 피고 측 소속 직원 일부가 채용면접관으로 참여하거나 K○X 여승무원이 피고 측의 위탁교육을 받은 적이 있다고 하더라도 그러한 사실은 ○○유통 등이 채용 및 교육의 주체라는 점을 부인하는 근거로 삼기에는 부족해 보인다. 소위 열차팀장이 K○X 여승무원의 업무수행을 확인하도록 되어 있는 것은 K○X 여승무원에 대한 업무상 감독이라기보다는 위탁협약의 당사자가 보유한 권리의 행사로서 K○X 승객서비스업무가 위탁협약의 내용에 맞추어 제대로 이행 되었는지를 확인하고 감수하는 절차라고 이해할 수 있고, ○○유통 등이 피고 측의 시정요구에 따라 징계처분을 한 사실만으로는 ○○유통 등이 독자적으로 인사권을 행사하였다는 점을 부정하기는 어렵다. 나아가 피고 측에서 확정하는 열차운행표(일명 ‘기준 다이아’)는 K○X의 운행 내용만을 제공할 뿐 K○X 여승무원의 구체적인 출퇴근시간이나 승무시간, 배치순서는 ○○유통 등이 작성하는 승무교번표를 통하여 비로소 확정 되었다. ‘K○X 승무원 서비스 매뉴얼’ 등의 제공 역시 피고 측이 위탁협약 당사자의 지위에서 업무의 표준을 제시하여 K○X 승객서비스업무가 균질적으로 수행되도록 노력해 달라고 ○○유통 등에 주문하는 취지로 못 볼 바 아니다.

나. 이와 같이 열차팀장의 업무와 K○X 여승무원의 업무가 구분되어 있었고, ○○유통 등이 피고 측과 체결한 각 위탁협약에 따라 독립적으로 K○X 승객서비스업을 경영하였으며, K○X 여승무원을 직접 고용하여 관리·감독하면서 업무에 투입하고 그에 대한 인사권을 독자적으로 행사하였던 점 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하면, 각 위탁협약은 단지 도급계약의 형식만 갖춘 것이거나, ○○유통 등이 K○X 여승무원과 맺은 근로계약도 명목적인 것에 불과할 뿐 K○X 여승무원은 사실상 피고 측과 종속적인 관계에 있고 실질적으로 임금을 지급하는 주체가 피고 측이며 K○X 여승무원이 근로를 제공하는 상대방도 피고 측이라고 단정할 수 없고, 원심이 제시한 그 밖의 사정을 더하여 보더라도 달리 판단하기는 어렵다.

결국 이를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, ○○유통 등의 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 아니하여 원고들과 피고 측 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하였다고 평가할 수는 없다고 할 것이다.

2) 사내협력업체 직원

근로자들과 혼재하여 배치되어 작업하고 있다거나 근로시간, 휴게시간 등이 참가인의 정규직근로자들과 동일하다고 하더라도 **사내협력업체의 사업주에게 독자성이나 독립성이 있는 경우** 도급회사와 사내협력업체의 직원 간의 묵시적 근로계약 관계를 부정함

【서울고등법원 2011. 2. 10. 선고 2010누23*** 판결¹⁹⁹⁾】

원고 등이 작업현장에서 참가인의 정규직근로자들과 혼재하여 배치되어 작업하고 있다거나 근로시간, 휴게시간 등이 참가인의 정규직근로자들과 동일하다는 사정 등 앞서 본 바와 같은 사정들만으로는 참가인과 사내협력업체인 A기업 사이의 도급계약관계가 형식적인 것에 불과하고 A기업이 사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 상실하였다고 볼 수 있을 정도로 그 존재가 명목적인 것이거나 형식적인 것으로서 참가인과 원고 사이에 직접적으로 근로계약관계가 성립된 것으로 볼 수 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

① A기업은 참가인과 별도로 취업규칙 등 제정하여 근로자들을 채용하고 근태를 관리하며 징계를 하는 등 인사권과 징계권을 행사하였다. ② A기업은 독자적 사업 주체로서 법인세 등 제반 세금을 납부하고 국민건강보험 등 4대 보험에 가입하고 회계와 결산 등을 참가인과 별도로 하였다. ③ A기업은 소속 근로자들에게 임금, 상여금 등을 직접 지급하고 그에 따른 근로소득세 원천징수, 연말정산 등 업무를 독자적으로 수행하였다. ④ A기업은 일정 부분 기성금에서 자신의 이익을 확보하였을 뿐만 아니라 클레임에 관한 규정을 두고 실제로 이에 대한 집행이 이루어짐으로써 일정 부분 사업 경영상 위험을 부담하였다.

5.2 근로자파견관계 관련 판례

가. 근로자파견관계가 인정된 판례²⁰⁰⁾

1) H자동차회사 사내협력업체 직원

H자동차 사내협력업체에 소속된 근로자들이 **원청업체인 H자동차를 상대로 부당해고**를 다룬 사안에서 H자동차가 사내협력업체에 소속된 근로자들에 대한 일반적인 작업배치권과 변경결정권을 가지고 사내협력업체 소속 근로자들을 직접 지휘하였던 등의 사정을 고려할 때 사내협력업체 소속 근로자들은 H자동차에 파견되어 H자동차로부터 직접

199) 이 판결은 원고의 묵시적 근로계약관계의 성립 주장과 근로자파견관계 주장에 대하여 전자는 인정하지 않고 후자만을 인정하였으며, 원고가 상고를 제기하였고 대법원이 근로자파견관계를 인정하여(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7*** 판결) 최종 확정됨

200) 사실상의 근로자파견관계가 인정되더라도 사용사업주의 사용자성은 직접고용간주에 해당되는 경우와 사용사업주가 직접고용의무 불이행 시 고용 의사표시를 갈음하는 판결이 확정되는 경우에 인정됨(대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14*** 판결 참조)

지휘·감독을 받는 근로자파견관계가 있다고 보았고, H자동차는 파견근로자 보호 등에 관한 법률상 직접고용이 간주됨으로써 사용자성이 인정된다고 판시함

【대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106*** 판결】

나. 원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시 사실을 인정한 다음, 피고가 사내협력업체 소속 근로자에 대한 일반적인 작업배치권과 변경결정권을 가지고 사내협력업체 소속 근로자가 수행할 작업량과 작업방법, 작업순서, 작업속도, 작업장소, 작업시간 등을 결정한 점, 피고는 사내협력업체 소속 근로자를 직접 지휘하거나 사내협력업체 소속 현장관리인 등을 통하여 구체적인 작업 지시를 하였는데, 사내협력업체의 현장관리인 등이 소속 근로자에게 구체적인 지휘·명령권을 행사하였다 하더라도 이는 피고가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나 그러한 지휘·명령이 피고에 의하여 통제된 것에 불과한 점, 사내협력업체 소속 근로자가 피고 소속 근로자와 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 수행한 점, 피고는 소속 근로자의 결원이 발생하는 경우 사내협력업체 근로자로 하여금 그 결원을 대체하게 하기도 한 점, 피고가 사내협력업체 소속 근로자에 대한 휴게시간 부여, 연장 및 야간근로, 교대제 운영 등을 결정하고 사내협력업체를 통하여 사내협력업체 소속 근로자의 근태상황 등을 파악하는 등 사내협력업체 근로자를 실질적으로 관리하여 온 점, 사내협력업체가 도급받은 업무 중 일부는 피고 소속 근로자의 업무와 동일하여 명확히 구분되지 아니하는 점, 사내협력업체의 고유하고 특유한 업무가 별도로 있는 것이 아니라 피고의 필요에 따라 사내협력업체의 업무가 구체적으로 결정된 점, 사내협력업체 소속 근로자의 담당 업무는 피고가 미리 작성하여 교부한 각종 조립작업지시표 등에 의하여 동일한 작업을 단순 반복하는 것으로서 사내협력업체의 전문적인 기술이나 근로자의 숙련도가 요구되지 않고 사내협력업체의 고유 기술이나 자본이 투입된 바 없는 점 등의 여러 사정을 종합하면, 원고 1, 2, 3, 4는 사내협력업체에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견 관계에 있었다고 봄이 타당하다고 판단하였다. 이어 원심은 위 원고들이 담당한 것과 같은 제조업의 직접생산공정업무는 구 파견법 제5조 규정에 따라 근로자파견대상업무에서 제외되기는 하지만, 이처럼 적법하지 아니한 근로자파견의 경우에도 직접고용간주 규정은 적용되므로, 각 피고에게 파견된 날로부터 2년이 만료된 날의 다음 날로서, 원고 1은 2003. 5. 25.부터, 원고 2는 2002. 2. 14.부터, 원고 3은 2002. 8. 1.부터, 원고 4는 2002. 8. 5.부터 각각 직접고용이 간주됨으로써 피고의 근로자 지위에 있게 되었다고 판단하였다.

2) 사용자업체 파견 운전원

근로자 채용과정에서 원청업체가 관여하고, 실질적 지휘감독권을 행사한 사안에서 파견근로관계로 보고 원청업체의 사용자성을 인정함

【서울행정법원 2010. 7. 2. 선고 2009구합49*** 판결²⁰¹⁾】

참가인과 소외 회사 사이의 운전용역도급계약은 진정한 도급계약으로 보기 어렵고 그 실질은 근로자파견계약에 해당하는 것으로 보인다.

① 원고의 채용과정과 관련하여,

...(중략)... 원고는 소외 회사의 채용공고에 응모하여 참가인의 인사담당자들이 동석한 가운데 채용면접을 보고 실기시험을 치른 후 참가인으로부터 채용결정통보를 받아 2003. 1. 1.부터 참가인의 사

업장에서 근무하게 되었다.

살피건대 참가인과 소외 회사 간에 체결된 용역계약이 도급계약이라면 도급인에게는 업무의 완성이 중요할 뿐 수급인이 그의 직원으로 누구를 채용하여 어떤 업무를 하게 하는가는 오로지 수급인의 재량에 맡겨져 있어야 함에도 참가인이 위와 같이 소외 회사의 인력 채용에 관여한 것은 위 계약이 진정한 도급계약인지에 관하여 의문을 품게 한다.

② 용역대금의 산정방법과 관련하여,

...(중략)... 그러나 위와 같은 용역대금의 산정방식은 일반적으로 도급계약에서 인정하는 사업의 성과 또는 사업의 완성 정도에 따른 대가라고 보기 어렵고 오히려 근로자에게 투입되는 비용에다가 고정된 이윤을 덧붙여 용역대금을 산정한 것으로서 사실상 소외 회사는 참가인에게 근로자를 공급하고 수수료(위 계산항목에서는 일반관리비와 이익준비금에 해당한다)를 수취하는 구조에 다름 아닌 것으로 보인다. 또한 참가인과 소외 회사 간의 계약과 소외 회사와 원고 간의 계약이 모두 동일한 기간으로서 각 1년이고 위 계약이 동시에 갱신되면서 참가인은 원고에 대한 퇴직금(충당금)까지 부담하였고, 소외 회사는 운전용역계약에 따른 차량 구입이나 그 관리, 유지비에 대하여도 아무런 부담을 하지 않은 채 도급사업자로서 특별히 경영위험을 부담할 필요 없이 사실상 인력만을 공급하면서 고정된 이윤을 취득하였다. 이와 같은 점 때문에 파견계약의 체결 전후로 비용분석의 항목이 모두 동일하고 전체 금액도 대동소이하며, 계약의 형식은 도급계약에서 근로자파견계약으로 변경되었지만 원고의 업무 형태나 내용, 참가인과 소외 회사 간의 관계에 있어서는 계약의 변경 전후로 아무런 변화가 없었다(계약이 달리 체결되었음에도 아무런 차이가 없어서 그 실질이 동일하다면 두 계약 중 하나는 형식적인 계약에 불과하다고 볼 수밖에 없다).

③ 원고의 업무 내용과 그 지휘관계에 관하여,

참가인과 소외 회사의 도급계약에 따라 소외 회사가 작성한 인력배치계획서에는 원고의 경우 담당 차량으로 버스 및 승합차, 담당업무는 출·퇴근 버스 운행 및 문서수발로 기재되어 있다. 그러나 원고는 출·퇴근차량운행과 문서수발 뿐만 아니라 부정기적으로 발생하는 임직원의 문상 지원 차량운행, 휴일의 동호회 활동 지원차량운행, 동료 근로자의 결원이 생길 경우의 대체 운행, 그밖에 각종 비정기적, 일시적 행사나 수요에 따른 차량업무지원 등 그때그때 필요에 따라 참가인의 정규직근로자인 박◇◇ 및 이○○의 배차 지시에 따라 운전업무를 수행하였다.

이와 같이 원고에 대한 업무가 포괄적으로 정해져 있고 운전업무의 수요는 광범위하여서 소외 회사가 원고 등에 대한 사용자로서 업무를 구체적으로 지휘·감독하였다고 보기 어렵다.

④ 현장대리인 지정과 출근부 작성에 관하여,

소외 회사는 원고 등에 대한 업무를 지시, 감독하기 위하여 현장대리인을 선임하였다고 주장하지만, 현장대리인도 운전업무에 종사하였고 원고 등이 서로 번갈아 가면서 1년씩 현장대리인을 맡는 등 형식적 선임에 지나지 않았다. 또한 참가인과 소외 회사 사이에 체결된 계약서의 계약일반조건 제18조(관리감독 및 인원변경에 대한 조치사항) 제3항은 “감독부서(관리담당 부서)는 위탁인력을 관리감독(인원배치, 근무태만, 보안교육, 기타 조치사항 등)하며 대가 지급 시 근무기록카드에 의하여 실제 근무일수에 대하여만 대가를 지급한다”고 정하고 있어서 처음부터 참가인의 지휘·감독을 예정하고 있었던 것으로 보이고, 사실상 정규직 운전원과 원고 등이 혼재되어 업무를 수행하였고 참가인이 그들간의 업무를 서로 분리하여 지휘·감독을 하였다고 보기도 어렵다. 한편 소외 회사는 원고 등에 대한 출근부를 작성함으로써 원고 등의 업무를 관리, 감독하였다고 주장하나, 위 출근부는 출퇴근 시간의 기재도 없이 단순히 출근 여부만을 기재하고 그것도 현장대리인이 월말에 소외 회사에게 제출하는 등 극히 형식적인 반면, 원고 등은 업무를 하면서 주행거리, 출발지, 도착지, 운행거리, 용무, 탑승자,

운전원, 차량점검 및 정비내역까지 기재한 차량운행일지를 작성하여 참가인의 차량담당자에게 제출하였는바, 이러한 사정에 비추어 원고에 대하여 업무를 지휘·감독한 것은 참가인이라고 봄이 상당하다.

⑤ 원고에 대한 근로시간의 결정과 근태관리에 관하여,

계약일반조건 제19조, 제20조, 제21조에 의하면, 참가인은 원고 등에게 야간, 휴일 및 기타의 경우에 비상대기를 명할 수 있고 참가인의 취업규칙에 규정된 유급휴일 및 휴가를 실시하고 원고 등은 부득이한 경우에 한하여 1일 전에 참가인 감독부서장의 확인을 받아 결근, 조퇴 및 지각을 할 수 있으며, 참가인이 승인한 교육, 출장 등의 관련 비용은 참가인이 지급한다고 규정되어 있다. 이에 따라 참가인은 원고 등에게 시간외 근로, 휴일근로를 지시하고 원고에게 2003년도 64회, 2004년도 36회, 2005년도 46회, 2006년도 36회의 출장비를 별도로 지급하였다. 이와 같은 점에 비추어 보면 참가인이 원고에 대한 근로시간의 결정 및 근태관리를 한 사실을 인정할 수 있다.

⑥ 결국 위와 같이 용역계약에 이르게 된 경위, 용역대금의 결정 요소, 원고의 업무에 대한 지휘·명령의 수행자, 원고에 대한 근로시간의 결정과 근태관리의 행사자, 도급계약에서 근로자파견계약으로 변경되었지만 원고의 업무 형태나 내용, 소외 회사와 참가인 간의 관계에는 아무런 변화가 없었던 점 등 모든 사정을 고려하여 보면, 소외 회사는 2003. 1. 1. 원고를 고용하여 참가인에게 제공하고 참가인이 원고를 지휘·명령하여 자신을 위하여 원고를 사용하는 근로자파견계약이 소외 회사와 참가인 간에 체결된 것으로 볼 수 있고, 운전업무는 구 파견근로자보호법 시행령 제2조 제1항에서 정한 파견대상업무에 해당하기는 하나 소외 회사가 2003년경에는 위 법률 제7조에 따른 파견업체로서 허가를 받지 아니하였으므로 불법파견에 해당하는바, 불법파견 여부에 관계없이 원고가 근로를 제공한 날로부터 2년이 경과한 2005. 1. 1. 참가인은 원고를 직접 고용한 것으로 볼 수 있다(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22*** 판결 참조).

따라서 참가인이 2009. 6. 15.을 마지막으로 원고와 근로관계를 종료하고 노무수령을 거절한 것은 원고에 대한 해고에 해당하고 정당한 사유가 있다고 보기도 어려우므로 부당해고에 해당한다.

3) K구청 안내도우미

여러 하청업체 소속을 변경하여 가면서 계속해서 K구청 여권과에서 안내도우미로 같은 업무를 수행해온 사례에서, K구청이 안내도우미에 대해 면접을 실시하는 등 최종 적격자의 선발에 관여하고, 직무교육을 직접 주관하여 실시하였으며, 근태관리 역시 직접 행하는 등의 이유를 들어 근로자파견관계로 보고 파견근로기간이 2년 도과한 때 안내도우미와 K구청 간 직접 근로관계가 성립되었다고 봄

【 서울고등법원 2011. 9. 23. 선고 2010누24*** 판결²⁰¹⁾ 】

B파워와 참가인은 형식상 용역도급계약을 체결하여 왔으나 실질적으로는 B파워가 참가인과 사이에 ‘근로자파견계약’을 체결하여 원고를 참가인에게 파견한 것으로 봄이 상당하고, 그에 따라 원고가 B파워 소속으로 참가인 구청에 파견된 2004. 2. 2.(원고가 실제로 참가인 구청에 파견된 날은 A소속으로 파견된 2003. 12. 8.로 보이나 A와 참가인 사이의 용역계약서 등이 기록에 현출되어 있지 아니한 관계로 원고의 당초 주장대로 B소속으로 참가인 구청에서 근무한 날인 2004. 2. 2.을 근로자파견의 시

201) 동 사건은 대법원(대법원 2011. 6. 30.자 2011두8*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정되었으며, 2심(서울고등법원 2011. 4. 1. 선고 2010누22*** 판결)은 1심을 인용함

기로 본다)부터 참가인의 여권과에서 민원(전화) 안내도우미로서 업무를 담당하면서 계속 근무하였으므로, 원고의 참가인에 대한 근로자파견기간이 2년이 되는 날의 다음 날인 2006. 2. 2.부터는 사용자 업무인 참가인과 파견근로자인 원고 사이에 직접 근로관계가 성립되었다고 보아야 한다.

① 참가인은 원고와 같은 안내도우미의 파견 내지는 용역도급과 관련하여 2003년부터 2009년까지 각각 A, B, ○파워, C 등으로 계약업체를 변경하여 왔는데, 원고는 위 각 계약업체로 그 소속을 변경하여 가면서 계속하여 참가인의 여권과에서 안내도우미로서 같은 업무를 수행하였고, 참가인과 계약업체 사이의 계약체결이 지연되었던 2007. 2. 1.부터 같은 달 19.까지도 계약업체에 소속되지 아니한 채 참가인 구청에서 근무하기도 하였다.

② 참가인은 계약업체로부터 공급받은 원고 등 안내도우미에 대하여 면접을 실시하는 등으로 최종 적격자의 선발에 관여하였고, 이들에 대하여 업무수행 전 사전교육 및 업무수행 중 민원친절응대교육 등 직무교육을 직접 주관하여 실시하였으며, 원고 등 안내도우미의 연차휴가 사용에 대한 승인 등 근태관리 역시 직접 행하였다.

③ 참가인은 원고의 작업배치나 변경과 관련한 결정권한 및 구체적인 업무의 지시·감독권한을 가지고 있었던 반면, B가 원고 등 안내도우미를 관리·감독하기 위하여 현장관리인을 따로 참가인 구청에 배치하는 등으로 이들의 업무수행에 관여하였다고 볼 만한 자료가 없다.

④ 또한 B는 참가인과의 사전 협의 없이 원고 등 안내도우미를 임의로 교체할 수 없는 반면, 참가인은 원고 등 안내도우미의 근무형태나 과업수행능력을 평가하여 교체할 수 있는 등 원고의 업무수행에 관한 평가권한 역시 참가인에게 있었다고 보아야 한다.

⑤ 참가인이 2003. 2. 25.자로 공고한 용역전자입찰공고(갑 제2호증)에서는 민원전화상담원 민간위탁용역을 입찰에 부치면서 그 입찰자격을 근로자파견사업의 허가를 얻은 자로 명시하고 있다.

⑥ 또한 원고가 2004. 2. 2.자로 B파워 주식회사와 체결한 근로계약서(갑 제8호증)에서도 원고의 파견근로를 전제로 한 여러 조항들을 두고 있고, 위에서 본 입찰공고에서 인용하고 있는 계약특수조건이나 참가인이 위 회사에 대하여 한 과업지시서(을 제7-3-7호증, 을 제7-4-1호증), 용역계약특수조건(을 제7-3-8호증, 을 제7-4-2호증), 원고가 참가인에 대하여 신청한 휴가신청서(갑 제10호증의 1 내지 4) 등에 의하더라도 원고는 구체적인 업무수행이나 휴가 등에 있어서 참가인의 직접적인 지휘·감독을 받는 것으로 규정되어 있다.

⑦ 원고는 2009. 1. 28.경 참가인의 대표자로부터 모범적인 행정서비스를 제공하였다는 사유로 표창패(갑 제19호증)와 부상을 받기도 하였다.

4) 호텔 객실 청소원

호텔을 운영하는 법인(피고)이 호텔의 객실청소, 로비 등 공공장소청소, 기물관리 및 세척 업무 등을 **외부에 도급주는 방식으로 아웃소싱**을 실시함에 따라, 당초 피고의 인사부장으로 근무하다 퇴직한 이○○가 2002. 1. 1. 설립한 개인 사업체인 ‘르네상스 서비스팀’과 사이에 객실 청소 등에 관한 업무도급계약을 체결한 사안에서 호텔이 줄곧 객실청소원들에 대해 업무상 지휘·명령을 해왔고, 객실청소원들은 호텔을 위한 업무에 계속 종사하여 온 경우 그 호텔 객실청소원에 대한 호텔의 사용자성을 인정함

202) 1심 판결(서울행정법원 2010. 7. 1. 선고 2009구합42*** 판결)을 인용하였음

【서울고등법원 2010. 2. 5. 선고 2007나75*** 판결²⁰³⁾】

(가) 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 파견근로자보호법’이라 한다) 제2조 제1호는, “근로자파견”이라 함은 “파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.”고 규정하고 있으므로 두 사업주 사이에 체결된 계약의 명칭이나 형식과 상관없이 실질적으로 한 사업주가 근로자를 고용한 후 다른 사업주와의 계약에 기해 해당 근로자로 하여금 다른 사업주의 지휘·명령을 받아 그 사업주를 위한 근로에 종사하게 하였다면, 이는 근로자파견으로 보아 구 파견근로자보호법이 적용되어야 한다.

(나) 앞서 인정한 사실들을 종합하면, 피고와 이○○ 사이에 체결된 이 사건 업무도급계약의 규정상으로는 피고가 원고들에 대한 지휘·명령을 예정하고 있지 않지만, 원고들이 피고의 이 사건 호텔에서 수행한 업무체계나 근무태양 등에 비추어 보아 실제로는 위 업무도급계약의 규정과 달리 이○○가 아닌 피고 직원들이 줄곧 원고들에 대해 업무상 지휘·명령을 해왔고 원고들은 이○○가 아닌 피고를 위한 업무에 계속 종사해 왔으며, 이○○도 이를 용인해왔다고 판단된다(이○○가 증인으로 날인하고 피고가 작성한 위 ‘아웃소싱 시행에 따른 노사간 협의사항’에도 ‘아웃소싱 후 직원들이 이 사건 호텔에 근무시 이 사건 호텔의 사규에 있는 근무수칙을 준수하고, 이를 위반 시 이 사건 호텔의 통보에 따라 용역회사는 해당 직원에게 인사조치’한다고 기재되어 있다).

(다) 그렇다면 이○○와 피고 사이에는 비록 형식적으로는 도급계약이 체결되어 있지만 실질적으로는 파견근로계약을 체결한 것이고, 원고들은 그에 따른 파견근로자라 할 수 있으므로, 원고들과 피고, 이○○ 사이의 관계에는 구 파견근로자보호법이 적용된다.

나. 근로자파견관계가 인정되지 않은 판례

1) 시공참여자(속칭 ‘오야지’)가 채용한 건설근로자

공사의 하도급업체인 시공참여자(속칭 ‘오야지’)들이 공사를 수행하기 위하여 **직접 근로자들을 면접하여 임금 등 근로조건을 정하고 채용한 뒤 그들의 공사 진행을 지휘·감독한 사례에서 시공참여자**를 사용자로 봄

【서울행정법원 2007. 11. 16. 선고 2007구합16*** 판결²⁰⁴⁾】

원고와 시공참여자들 사이에 시공계약의 내용, 시공참여자들의 업무수행방식, 선정자들과 시공참여자들 사이의 관계 등의 제반 사정에 비추어 보면, 선정자들은 ‘원고로부터 공사를 재하도급받은 시공참여자들에 의하여 고용된 근로자들’이라고 봄이 상당하므로, 원고는 선정자들에 대하여 사용자의 지위에 있지 아니하고, 따라서 선정자들의 구체신청은 사용자 아닌 자를 상대로 한 구체신청으로 서 부적법하다고 할 것이다.

이에 대하여 참가인이 주장하는 사정들 중 위 인정사실 (6)항 기재 사정(원고의 선정자들에 대한 근로계약서 작성, 출입증 발급, 고용보험료 부담, 갑종근로소득세 원천징수 등)은 출입증의 필요 및 시공참여자들의 사업자등록 미비 등과 같은 다른 사정에 기인한 것으로서 위 판단에 영향을 미치지

203) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010다24*** 판결로 상고기각됨

에 부족하고, 나머지 사정들(시공참여자들이 건설면허나 사업자등록이 없는 점, 시공참여자들이 원고와 약정할 수 있는 범위가 한정되어 있는 점, 공사에 투입되는 장비가 원고의 작업계획에 따라 원고에 의하여 제공된 점, 시공참여자들이 공사현장에서 원고 소속 현장소장의 하위직급으로 통칭되고 현장소장의 지시를 받은 점, 시공참여자들이 선정자들과 같이 근무시간을 통제받은 점, 원고가 ○○지역건설노동조합과 단체교섭을 실시하고 단체협약을 체결한 점, 원고가 시공참여자들에 대한 일당을 기록한 점, 이 사건 공사의 작업조건이 열악한 점, 시공참여자들이 원고와 장기간 일을 하여 온 점, 시공참여자들이 공사현장에 개인 자재를 투입하지 아니한 점, 원고가 공사현장의 사고 처리에 직접 관여한 점, 원고가 공사근로자들을 위하여 통근용 버스를 임차한 점 등)은 각 이를 인정할 만한 증거가 없거나 가사 인정되더라도 원고의 사용자성을 뒷받침한다고 보기 어렵다.

2) 도급사와 별개로 사업자등록이 되어 있는 수급사의 직원

도급인과 수급인이 서로 다른 사업체로서 별개로 사업자등록이 되어 있고, 결산과 회계처리도 독립적이며, 수급인이 근로자를 채용하여 직접 임금을 지급하고 4대 보험의 사업주로 되어 있었던 사례에서 수급인을 사용자로 봄

【서울고등법원 2006. 7. 7. 선고 2005누27*** 판결²⁰⁵⁾】

참가인 ○○산업과 참가인 정○○은 서로 다른 사업체로서 사업자등록이 별개로 되어 있는 점, 결산과 회계처리도 독립적으로 이루어지고 있는 점, 참가인 정○○이 근로자를 채용하여 원고를 포함한 근로자들에게 직접 임금을 지급한 점, 산재보험 등 이른 바 4대 보험도 참가인 정○○이 사업주로 되어 있고 원고 역시 참가인 정○○이 운영하는 ○○기업의 피보험자로 되어 있는 점, 참가인 정○○이 근로자에 대한 임용·제재·작업관리 등 제반 인사·노무관리를 독자적으로 하고 있고 원고가 무단결근을 하였을 때 시말서를 참가인 정○○에게 제출하는 등 참가인 정○○이 근로자들에 대한 징계권을 행사한 점, 원고가 부당해고를 이유로 진정서를 제출할 때 피진정인의 명의를 참가인 정○○으로 한 점 등을 종합하여 보면, 원고에 대한 사용자는 참가인 ○○산업이 아니라 참가인 정○○이라 할 것이다.

3) 용역경비업체 직원

용역경비계약의 특수성과 계약내용에 따라 도급인의 사전 승인을 받아야 하는 등의 제한은 있지만, 임금지급, 보험료 등의 납부, 민·형사상 책임 등 사업주로서 모든 책임을 수급인인 용역업체가 부담한 사례에서 용역업체를 사용자로 봄

【서울행정법원 2004. 2. 13. 선고 2003구합22***판결】

위 인정사실²⁰⁴⁾에 의하면 S실업은 용역경비계약에 의하여 ○○건업으로부터 수급받은 경비업무에 그 소속 근로자인 원고들을 사용함에 있어, 비록 용역경비계약의 특수성과 계약내용에 따라, ○○건

204) 같은 취지의 판결로 서울행정법원 2007. 12. 24. 선고 2007구합17*** 판결 참조

205) 1심 판결(서울행정법원 2005. 11. 10. 선고 2005구합13*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2006. 9. 22.자 2006두13*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

업의 사전 승인을 받아야 하는 등의 제한은 있었지만, 원고들에 대한 인사, 징계, 지휘·명령 등에 관한 궁극적인 권한을 가지고 있었고, 임금지급과 보험료 등의 납부, 원고들의 업무수행으로 인한 ○○건업이나 제3자에 대한 손해배상책임, 원고들에 대한 민·형사상 책임 등 사업주로서의 모든 책임을 부담하여 왔다고 할 것이므로 원고들에 대한 근로기준법상의 사용자는 ○○건업이 아니라 S실업이라고 할 것이다.

【대법원 2013. 7. 25. 선고 2012다79*** 판결】

원심은, 피고 C 공사가 국가중요시설인 E 공항의 시설주로서 이 사건 경비용역계약의 목적을 달성하기 위하여 경비업법 등에 따라 부여된 권한을 행사한 것에 불과한 점 등을 종합하여 보면, 그 판시와 같은 사정만으로는 원고들이 특수경비업체인 F 등에 고용된 후 E 공항에 파견되어 피고 C 공사로 부터 직접 지휘·명령을 받는 근로자파견관계에 있다고 보기 어렵다고 판단하였다. 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 근로자파견관계에 관한 법리 등을 오해한 잘못이 없다.

4) 아파트 용역관리업체 직원

아파트 입주자대표회의와 관리업체가 관리위탁계약을 체결한 사안에서 관리업체가 직원의 채용이나 징계에서 최종적인 결정을 하며, 관리소장을 통하여 근로자들의 구체적인 업무수행을 지휘·감독하고 임금을 지급한 경우 관리업체를 사용자로 봄

【서울행정법원 2007. 10. 12. 선고 2007구합21*** 판결】

선정자들은 참가인(입주자대표회의)이 아니라 관리업체(○○주택)에 의하여 채용되었고, 관리사무소 직원의 채용이나 징계에 있어서도 참가인이 관여하나 직원들의 인사에 관한 최종적인 결정과 집행은 ○○주택이 행하며, ○○주택이 그 관리사무소장을 통하여 직원들의 구체적인 업무수행을 지휘·감독하고 직원들에게 임금을 지급한 사실도 알 수 있다.

이러한 여러 사정을 종합하면, ○○주택이 근로계약 당사자로서 갖는 선정자 등 직원들에 대한 임면, 징계, 배치 등 인사권과 업무지휘명령권이 모두 배제 내지 형해화되어 그들 사이의 근로계약관계가 형식적인 것에 지나지 않는다고 볼 수 없고, 또 참가인이 관리사무소 직원들의 업무 내용을 정하고 그 업무수행과정에 있어 구체적·개별적인 지휘·감독을 행하고 있다고 볼 수도 없으므로, 참가인이 선정자들과 사이에서 근로계약관계에 있는 사용자라고 할 수 없다.

5) 지방자치단체 위탁운영 어린이집 보육교사

지자체가 어린이집의 운영을 사인에게 위탁한 경우, 그 사인이 보육교사의 임면권을 가지고 있고, 보육교사가 근무수칙을 위배하거나 이행하지 않았을 경우 그 해임권을 갖고 있었던 사례에서 수탁자인 사인을 사용자로 봄

206) S실업은 ○○건업으로부터 용역비를 받아 매월 정기적으로 원고들에게 임금을 지급해 왔고, 원고들과 관련한 의료보험료, 국민연금, 고용보험료, 산재보험료 등도 납부하여 왔음

【서울고등법원 2007. 8. 30. 선고 2007누3*** 판결²⁰⁷⁾】

원고가 참가인의 사용자의 지위에 있는지 여부에 관하여 살피건대, 즉 ① 원고는 1999. 12. 15. △△어린이집 원장 김○○와 사이에 위탁운영약정을 체결하면서 위 김○○가 보육교사의 임면권을 가지는 것으로 약정한 점, ② 참가인은 1999. 12. 23.경 1999년도 퇴직금을 지급 받은 후 2000. 2. 25. 김○○와 사이에 계약기간은 2000. 3. 1.부터 2001. 2. 28.로 하는 임용 계약을 체결한 점, ③ 위 임용계약의 조항 중에는 참가인이 교사 근무수칙을 위배하거나 불이행하는 등의 경우에 원장인 위 김○○가 계약만료전이라도 해임할 수 있다는 내용이 들어 있는 점, ④ 수탁자인 위 김○○가 △△어린이집 대표자로 등록되어 독립적으로 수지관리를 하고 세무처리를 하고 있는 점, ⑤ 비록 원고가 시설장인 위 김○○로부터 보육교사의 임면에 관한 사항을 보고받고 있기는 하지만 이는 원고의 임면권을 전제로 하는 것이라기보다는 어린이집의 운영주체로서 보육교사의 임면권을 비롯한 운영권을 행사하는 시설장을 관리·감독하기 위하여 관련법령이 어린이집을 설립하고 보조금을 지급하는 지방자치단체에게 부여하고 있는 지휘·감독권이라고 보아야 하는 점 등에 비추어 보면, 적어도 2000. 3. 1.부터는 시설장인 김○○가 참가인에 대한 임면권자라고 보아야 하고, 참가인은 퇴직금을 정산 받고 2000. 2. 25. 김○○와의 사이에 임용계약을 체결함으로써 원고와의 근로관계 단절에 동의하였다고 할 것이므로, 이때부터 참가인의 신분은 위 김○○의 피용자로 변동되었다고 보아야 한다.

6) ○○회의 지교회 소속 근로자

○○회 총회의 지교회 소속 근로자들로 구성된 노동조합이 ○○회 총회를 상대로 지배·개입유형에 의한 부당노동행위를 주장한 사안에서, 총회의 위 조합원들에 대한 지휘·감독관계가 없음을 이유로 총회의 사용자성을 부정함²⁰⁸⁾

【서울고등법원 2007. 8. 22. 선고 2007누1*** 판결²⁰⁹⁾】

원고(○○회 총회)는 노회가 파송하는 총대로서 구성되는 조직으로서 지교회에 속해 있는 참가인 조합의 조합원을 원고의 업무에 직접 종사시키지도 아니할 뿐 아니라, 나아가 위 조합원들의 근무시간의 배정, 노무제공의 형태 및 방법, 작업환경 등에 대하여는 아무런 관여를 하지 아니하는 등 위 조합원들에 대하여 직접 구체적인 지휘·감독을 하지 아니하므로 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호에서 정하는 지배·개입의 주체로서의 사용자에는 해당한다고 할 수 없다.

7) 검역용역업체 직원

K검역원으로부터 위탁받아 인천국제공항 신발 소독용 발판의 소독·관리업무를 수행하던 하청업체 근로자의 부당해고 구제신청에 대하여 법원은 근로자과견관계를 인정하지 않고 하청업체를 사용자로 인정함

207) 동 사건은 대법원(대법원 2007. 12. 13.자 2007두19*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

208) 지교회의 사용자성을 인정하는 것으로 보임

209) 1심 판결(서울행정법원 2006. 12. 7. 선고 2006구합4*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 11. 15.자 2007두18*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울행정법원 2012. 9. 18. 선고 2011구합26*** 판결²¹⁰⁾】

① 참가인(원청업체)이 2003년부터 2011년까지 2008년을 제외하고는 매년 공개경쟁입찰을 통하여 이 사건 소독 업무를 담당할 용역업체를 선정하였고 그 용역업체와 사이에 1년 단위의 용역계약을 체결한 점, ② 위 용역계약에는 그 계약의 목적과 대상이 이 사건 소독 업무로 특정되었고, 그에 따른 용역대금도 구체적으로 산정되어 있었던 점, ③ 채용 권한은 물론 주·야간조의 편성과 인원 배치 등에 관한 기본적인 권한은 하청업체에 있었던 점, ④ 용역계약 내용에 포함된 일반조건에는 용역업체가 근로자에 대해 모든 책임을 지는 것으로 되어 있고, 특수조건에는 용역업체가 근로자의 위생관리, 안전관리 및 작업규율 유지에 대한 일체의 책임을 지는 것은 물론 근로자로 인해 발생한 민·형사상 모든 책임을 부담하도록 되어 있는 점, ⑤ 하청업체가 이 사건 소독 업무를 수행함에 있어 관리책임자를 두고 근로자들을 지휘·감독한 점, ⑥ 반면에 참가인이 이 사건 근로자들에게 직접적·구체적 업무 지시를 하지 아니한 점, ⑦ 하청업체가 이 사건 근로자들과 사이에 직접 근로계약을 체결하면서 미리 임금을 정하여 두었고, 위 근로계약에 따라 직접 임금을 지급한 점, ⑧ 용역업체가 이 사건 근로자들에 대해 징계권 및 인사권을 행사했고 참가인이 이에 관여한 바 없는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 근로자들과 하청업체 및 참가인과의 관계가 위 용역업체가 이 사건 근로자들을 고용하여 참가인의 지휘·감독을 받아 참가인을 위한 근로에 종사하게 하는 파견근로 관계에 해당한다고 보기 어렵다.

8) K열차 승객서비스 용역업체 여승무원²¹¹⁾

K레일로부터 승객서비스업을 위탁받아 경영하는 K유통 소속의 여승무원들의 K레일에 대한 근로자지위 확인 등 소송에서, 인사·관리·감독 업무를 K유통에서 독자적으로 행사하였고, K레일 소속 열차팀장과 그 업무에 있어서도 구분되므로, 묵시적 근로관계 및 근로자파견관계 모두 성립하지 아니한다고 봄

【대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96*** 판결】

(1) 원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무를 수행하는 사람을 제3자의 근로자라고 하기 위해서는, 원고용주가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며 실질적으로 임금을 지급하는 주체가 제3자이고 근로 제공의 상대방도 제3자이어서, 당해 피고용인과 제3자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하였다고 평가할 수 있어야 한다(대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4*** 판결 등 참조).

(2) 한편 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’이라고 한다) 제2조 제1호에 의하면, 근로자 파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다. 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견

210) 이 사건은 원고 항소 포기로 확정됨

211) 앞서 109면 ‘K레일 여승무원’ 사례(대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78*** 판결)는 ‘묵시적 근로계약 관계’를 부정한 사건으로, 당해 사안은 ‘묵시적 근로관계’와 ‘파견근로 관계’를 모두 부인한 사건임

법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구매될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력이 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.

(3) 원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시 사실을 인정한 다음, 재단법인 홍◇회와 주식회사 한국철▽유@ (이하 “철▽유@ 등”이라고 한다)이 K○X 승객서비스업을 담당하는 K○X 승무사업본부나 승무본부를 따로 두고 소속 직원을 관리한 점, 철▽유@ 등은 원고들과 같은 K○X 여승무원을 직접 채용한 뒤 자체 계획과 기준에 따라 K○X 여승무원에 대한 교육 및 근무평가를 실시하고 그 결과를 인센티브 지급 등에 반영한 점, 철▽유@ 등이 채용·복무·보수·해고에 관한 내용이 포함된 ‘고속철▽승무원 운용지침’을 제정하고 징계처분 등 K○X 여승무원에 대한 인사권을 직접 행사하였던 점, 한편 K○X 승무분야 업무 중 K○X 여승무원의 업무를 피고 측 소속 열차팀장의 업무와 분리하여 도급 형식으로 위탁하는 것이 불가능하지 않은 점, K○X 여승무원의 업무에는 열차팀장이 담당한 운행 및 승객의 안전 업무와 밀접하게 관련된 부분이 일부 존재하나 이는 매우 예외적인 상황에 필요한 것으로서 일상적인 활동이 아니고 K○X 여승무원의 전체 업무에서 차지하는 비중도 극히 낮은 점, 열차팀장이 K○X 여승무원에게 지시하거나 K○X 여승무원을 감독하는 일은 거의 없었던 점, 철▽유@ 등은 출근 상황, 근무시간, 휴게시간 등 K○X 여승무원의 근무내용을 직접 관리한 점, 승무교번표를 편성하여 그에 의거 K○X 여승무원을 배치하고 승무일정의 변경 내지 조정 여부를 결정한 주체도 철▽유@ 등이었던 점 등의 여러 사정에 비추어 보면, 원고들이 내세우는 일부 사실만으로는 철▽유@ 등이 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 피고 측의 노무대행기관과 동일시할 수 있을 정도로 그 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 K○X 여승무원이 피고 측과 종속적인 관계에 있으며 실질적으로 임금을 지급하는 주체가 피고 측이고 근로 제공의 상대방도 피고 측이어서, K○X 여승무원과 피고 측 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가하기는 어려우며, 철▽유@ 등이 K○X 여승무원을 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 K○X 여승무원으로 하여금 피고 측의 지휘·명령을 받아 피고 측을 위한 근로에 종사하게 하는 근로자파견관계에 해당한다고 보기도 어렵다고 판단하였다.

(4) 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 철▽유@ 등이 피고 측과 체결한 각 위탁협약에 따라 독립적으로 K○X 승객서비스업을 경영하고 K○X 여승무원에 대한 인사권도 독자적으로 행사하였다고 보아 원고들과 피고 측 사이의 묵시적 근로계약관계의 성립을 부정한 것은 정당하고, 나아가 K○X 여승무원의 업무와 열차팀장의 업무가 구분되어 있었으며 K○X 여승무원에 대한 피고 측의 구속력 있는 지휘·명령이 없었고 K○X 여승무원의 구체적인 업무수행 방식 등에 관한 결정 권한을 철▽유@ 등이 행사하였다는 취지에서 근로자파견관계에도 해당하지 않는다고 본 원심의 판단 역시 정당하여 수긍할 수 있다.

5.3 근로자공급사업자의 사용자 지위 관련 판례

가. 근로자공급사업자의 사용자 지위가 인정된 판례

◎◎향운노조 조합원이 “조합비 횡령” 등의 이유로 제명처분되자 부당해고를 다툰 사안에서 **향운노조**를 사용자로 인정함²¹³⁾

【서울고등법원 2009. 8. 21. 선고 2009누5*** 판결²¹²⁾】

참가인은 ○○지방노동사무소장으로부터 직업안정법 제33조 제1항에서 정한 근로자공급사업 허가를 받아 이를 영위하는 한편 관할 세무서에도 근로자공급사업을 내용으로 하는 사업자등록을 마친 사실, 참가인의 조합원들은 노조가입원을 참가인에게 제출하여 참가인 상무집행위원회에서 승인을 받으면 조합원자격을 취득하고 근로제공을 지시받을 수 있으나 별도로 근로계약을 작성하는 방법으로 근로계약을 체결하지는 않은 사실, 참가인에 가입하게 되면 조합원들은 참가인의 노동조합규약과 징계규정에 따른 상무집행위원회의 결정에 따라 징계를 받는 등 규율을 받게 되고, 위 징계규정에는 무단결근이나 작업 중 중대과실로 재해를 발생시키는 것도 징계사유로 정하고 있는 사실, 나아가 참가인은 ○○항에 위치한 한국◇◇◇◇협회 산하 ○○항만물류협회와 사이에 조합원들의 노임액수, 노임지급시기 및 근로시간 등 근로조건에 관한 노임협약을 체결하고, 위 물류협회의 회원인 하역업체로부터 요청이 있으면 조합원들로 하여금 해당 하역업체에게 근로를 제공하도록 지시하며, 조합원들이 근로를 제공하면 참가인은 위 하역업체로부터 조합원들의 임금을 일괄 지원받아 위 금원으로부터 그 2% 상당의 조합비와 조합원 분담부분 건강보험료 및 국민연금법상 연금보험료 등을 공제한 나머지를 조합원들에 지급하고 있는 사실, 한편 조합원들의 갑종 근로소득세나 사용자 분담부분 건강보험료 및 연금보험료는 각 하역업체가 이를 원천징수 또는 공제하여 납부하고 있는 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 하역업체가 조합원들의 갑종근로소득세 원천징수분이나 사용자 분담부분 건강보험료 등을 납부하였다 하더라도, 원고를 포함한 참가인의 조합원들은 참가인에 가입하거나 등록함으로써 참가인과 사이에 참가인의 지시·감독 아래 각 하역업체에게 노무를 제공하고 그에 따른 대가를 참가인으로부터 지급받게 되며, 반면, 위 하역업체는 위 물류협회와 참가인과 사이의 노임협약에 따라 참가인이 공급하는 조합원들을 근로에 종사시킨 다음 그 대가를 참가인에게 지급하고, 근로제공자인 조합원들의 근무태도 등에 대하여 참가인의 규율에 의존할 뿐 하역업체 스스로 조합원들을 규율하거나 제재를 가할 방법으로 따로 가지고 있지 않음을 알 수 있으므로, 위와 같은 사정에 비추어 보면 원고는 참가인과 사용·종속관계에 있는 근로자라고 할 것이어서 이와 다른 취지의 이 사건 재심판정에는 원고와 참가인 사이의 근로관계를 오해한 위법이 있다.

212) 동 판례는 대법원에서 파기 환송되어 서울고등법원에서 판결된 것으로 이후 대법원(대법원 2009. 11. 26.자 2009두15*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

213) 이외에도 제주특별자치도향운노동조합 징계사건에서 같은 취지로 향운노조의 사용자성을 인정하였음 (서울고등법원 2011. 8. 17. 선고 2011누9*** 판결)

나. 근로자공급사업자의 사용자 지위가 인정되지 않은 판례

항운노조가 다른 노동조합을 설립한 조합원들에 대하여 **취업중지처분 또는 제명처분**을 한 것에 대하여 해당 조합원들이 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 한 사안에서 항운노조의 사용자 적격을 부정함²¹⁴⁾

【서울고등법원 2015. 2. 5. 선고 2013누27*** 판결²¹⁵⁾】

근로자공급사업은 노동력을 제공하는 자와 이를 실제 이용하는 자 사이에 제3자가 개입하는 것을 허용하는 고용형태로서, 노동법상 사용자책임을 모호하게 하고, 중간착취의 위험을 야기하기 때문에 직업안정법 제33조 제1항, 제3항은 근로자공급사업을 고용노동부장관의 허가사항으로 규정하면서, 노동조합은 근로자 자신의 손에 의하여 자신을 공급하는 것이라는 점에서 중간착취의 문제가 발생하지 않는다고 보아, 노동조합법에서 정한 노동조합만이 국내 근로자공급사업 허가를 받을 수 있다고 규정하였다. 이처럼 우리 법제는 노동조합이 근로자공급사업을 행할 수 있고, 이 경우에는 노동조합과 조합원 사이에는 반드시 고용관계가 존재하지 않아도 됨을 예정하고 있다고 할 것이므로, 원고들(이 사건 조합원들)과 참가인 조합(이 사건 항운노조) 사이에 근로계약관계가 인정되는지를 판단함에 있어서도 근로자공급사업을 하는 노동조합의 이와 같은 특수성을 고려하여야 할 것이다. …(중략)…

① 직업안정법이 국내 근로자공급사업을 유일하게 노동조합에게만 허용하고 있는 것은 노동조합은 사용자의 개입이 법적으로 차단된 근로자들만의 자주적이고 민주적인 결합체이기 때문에 그 요건에 따라 적정하게 운영되는 경우에는 근로자의 권리가 침해될 우려가 없기 때문이므로, 노동조합이 그 구성과 활동에 있어 이러한 자주성과 민주성의 요건을 갖추고 있는지 여부는 노동조합이 그 실질에 있어 조합원에 대한 근로자공급사업만을 수행하는 것인지, 더 나아가 조합원에 대한 사용자의 지위까지 가지는지를 판단함에 있어 중요한 판단기준이 될 수밖에 없으며, 이러한 관점에서 보았을 때, 참가인 조합의 규약에 따르면 조합 임원과 대의원은 조합원의 직간접적인 선거로 선출되고, 조합원은 총회 등을 통해 조합의 의사결정에 참여할 수 있으며, 원고들이 제출한 자료만으로는 이러한 선거절차나 총회 등의 의사결정기구가 올바르게 기능하지 못한 채 형해화되었다고 보기 어려운 점, ② 참가인 조합이 작업에 투입되는 인원을 결정하고 구체적인 작업지시를 행하기는 하지만, 기본적인 작업의 내용과 작업환경은 항만운송업체에 의해 정해지고, 항만운송업체도 작업지시권을 보유하며(임금협약서 제6조 제1호 참조), 작업장에 대한 전체적인 감독은 항만운송업체에 의해 이루어지고 있다고 보이고, 조합원들의 임금은 항만운송업체와 참가인 조합이 체결하는 임금협약상의 하역단가에 따라 직접 정해지는 등 작업지시권과 임금결정권이 참가인 조합에만 전속되어 있지 않고 항만운송업체도 이를 분점하고 있는 점, ③ 원고들은 참가인 조합을 상대로 근로3권을 행사하기 위하여 신설 조합을 결성한 것이 아니라 그 외부에서 독자적으로 근로자공급허가를 받아 항만운송업체들과 근로자공급계약을 체결하기 위하여 위 조합을 설립하였던 것이며, 과거에도 대의원대회 등을 통해 의사결정에 참여하려 했을 뿐 참가인 조합을 사용자로 생각하고 활동해 왔다고 보이지 않는 점, ④ 근로자공급사업에서도 공급사업자가 근로자공급의 대가를 사용사업자로부터 직접 받아 공급근로자에게 배분하는

214) “이 사건 사용자의 당사자적격 여부는 항만근로관계의 특수성을 고려할 때 개개의 법률관계마다 구체적인 사정을 고려하여 개별적으로 그 사용자성을 판단하여야 할 것인바, …(중략)… 이 사건 취업중지 및 제명처분은 근로기준법상 사용자의 지위에서 행한 징계처분으로 보기 어렵다(중앙노동위원회 2012. 2. 28. 판정 2011부해1***/부노***).”

215) 1심 판결(서울행정법원 2013. 8. 30. 선고 2012구합11*** 판결)을 인용함(이 사건은 상고 포기로 확정

것이 금지되는 것이 아닌 이상 참가인 조합이 항만운송업체로부터 대가를 받아 조합원들에게 분배한 것이 근로자공급사업과 배치되는 것이 아닌 점 등을 종합해 보면, 비록 참가인 조합이 근로자공급사업의 원활한 수행에 중점을 두고 다소 통제적으로 운영되어 왔다고 하더라도 그 구성과 활동이 노동조합법에서 요구하는 노동조합의 본질에서 벗어났다고 보기 힘들고, 작업지시나 임금결정 등이 참가인 조합에 의해 배타적으로 이루어진다고 보기 어려워, 원고들이 참가인 조합에 사용·종속된 상태에서 근로를 제공했다고 할 수 없으므로 참가인 조합은 원고들과 근로계약 관계에 있는 사용자에게 해당하지 않는다.

5) 이처럼 참가인 조합과 같은 항운노조의 사용자성을 일반적으로 부인하는 해석론을 취할 경우, 항운노조에 대하여 상당한 정도로 종속되어 있는 조합원을 노동법제가 어떻게 보호할 수 있는지에 관하여 부언하기로 한다. ① 앞에서 노동조합의 사용자 지위를 부정하는 가장 큰 이유가 노동조합은 조합원들의 자치로 운영되는 조직이라는 점인 이상, 임원 선거나 총회 등의 절차가 규약에 마련되어 있어도 이런 제도가 제대로 기능하지 못하고 있다면, 그 노동조합은 비록 노동조합의 외형을 가진다고 하더라도 근로계약상의 사용자로 인정할 수 있다. ② 노동조합이 그 조합원에 대하여 행사하는 제명, 징계 등의 통제권은 사법심사의 대상이 되는데(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다21750 판결 참조), 항운노조와 같이 일자리를 제공하는 노동조합이 징계의 일환으로 조합원을 취업에서 배제하거나 제한하는 조치를 한 경우 이러한 조치는 일반적인 노동조합의 통제권 행사보다 더 엄격한 정당성이 요구된다고 해석함으로써 노동조합 집행부의 자의적인 권한행사로부터 조합원을 보호할 수 있다. 다만, 이것이 사용자가 행하는 해고나 징벌이 아닌 이상 그 구제는 부당해고 구체신청절차에 의할 수는 없고 일반적인 민사소송에 의하여야 한다. ③ 항만운송업체는 □□노조 조합원에 대한 관계에서 묵시적 근로계약관계가 인정되는 근로계약상의 사용자는 아니라고 하더라도(각주: 사실관계에 따라서는 항운노조 조합원을 항만운송업체의 일용근로자로 인정할 수 있는 사안도 있을 것이다), 앞서 본 바와 같이 조합원들의 임금과 작업환경 등에 관하여 고용주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자로서, 노동조합법상 단체교섭 의무 및 부당노동행위 책임 등을 부담하는 사용자에게 해당하므로(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결 참조), 항만근로자에 관한 집단노사관계는 항만운송업체를 사용자로 하여 규율될 수 있다. 6) 이와 같은 이유를 종합하여 볼 때, 참가인 조합은 원고들의 근로계약상 사용자가 아니며, 이와 같이 판단한 이 사건 재심판정은 적법하다.

5.4 고용승계 관련 판례

가. 고용승계가 인정된 판례

1) 대한S공사 J광업소의 갯도보수 외주용역 수탁업체가 변경된 사례에서, 수차례 수탁업체가 변경되어 오면서 **고용승계 되었던 관행**을 인정할 수 있으므로 새로운 수탁업체는 고용승계의무를 진다고 봄

됨), 같은 취지로 작업반장 등 집행부 간부들을 보직해임하여 부당강등 구체신청을 한 사안에서 항운노조의 사용자성을 부정함(대법원 2018. 12. 27.자 2016두51*** 판결)

【서울고등법원 2014. 6. 25. 선고 2013누27*** 판결²¹⁶⁾】

① 이 사건 용역계약의 보수작업 시방서에는 이전 외주용역업체의 근로자를 재 채용하도록 권고하고 있는 점, ② 갯도보수, 채탄 등의 업무를 낙찰 받은 외주 용역업체들은 자진퇴사자, 이직자, 정년 퇴직자를 제외한 나머지 근로자들에 대하여 대체로 고용을 승계한 점, ③ 원고 역시 외주용역업체가 바뀔 때마다 각 업체와 근로계약을 체결하여 계속 근무한 점 등을 고려하면 신·구 외주용역업체 사이에 특별한 사정이 없으면 근로자들의 고용을 승계하는 관행이 존재한다고 봄이 타당하다.

2) 위와 같이 고용승계 관행이 존재한다면 용역계약의 당사자가 아니라고 하더라도 새로운 외주용역업체가 자신을 재 채용하리라는 상당한 기대를 갖게 되고, 새로운 외주용역업체는 특별한 사정이 없는 한 종전 근로자를 재 채용할 의무를 부담하게 된다는 사정을 알게 된다고 봄이 타당하다.

3) 다만, 이 사건 근로자는 ① 14개월 동안 40일을 무단결근하는 등 근무태도가 불량했던 점, ② 할당된 작업량이 정해진 상황에서 무단결근 하여 사용자나 다른 근로자들에게 피해가 큰 점, ③ 이 사건 사용자는 애초에 2인 1조 1팀, 3인 1조 2팀 총 8명의 근로자만을 채용하고자 했던 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 원고들에게 참가인의 고용승계를 거부할 만한 합리적인 이유가 있다고 봄이 타당하므로 원고들의 채용 거부가 위법하다고 보기 어렵다.

2) 아파트 관리업무가 위탁관리에서 자치관리방식으로 변경되는 경우 관리사무소 내 기존의 위탁관리업체 소속 직원들에 대한 고용관계가 새로이 관리업무를 맡게 된 아파트 입주자대표회의 등에게 언제나 당연히 승계된다고 볼 수는 없지만 특정 근로자에게 고용승계를 분명히 표시하였던 경우 적어도 해당 근로자에 대하여는 고용관계가 승계되었다고 보아야 한다고 판시함

【서울행정법원 2002. 1. 29. 선고 2001구31*** 판결²¹⁷⁾】

아파트 관리업무가 위탁관리에서 자치관리방식으로 변경되거나 위탁관리업체가 변경되는 경우에 있어 관리사무소장을 비롯하여 관리사무소 내 기존의 위탁관리업체 소속 직원들에 대한 고용관계가 새로이 관리업무를 맡게 된 아파트 입주자대표회의 등에게 언제나 당연히 승계된다고 볼 수는 없지만, 이 사건의 경우에는 참가인이 자치관리 방식으로 전환된 후 원고에 대하여 해임을 통보하였다가 직위해제로 변경하는 한편 해고인지 직위해제인지 인사조치의 내용을 명확히 하여 달라는 원고의 질의에 대하여 고용승계의사를 분명히 표시하였고, 이 사건 소송에 앞선 전심절차에서도 계속하여 원고에 대한 고용승계를 주장하여 왔던 점 등에 비추어 보면, 자치관리방식으로의 변경에 따라 기존의 관리사무소 직원들에 대한 고용관계가 당연 승계되는지 여부에 관계없이 적어도 원고에 대한 관계에서는 참가인의 위와 같은 고용승계의 의사표시에 따라 고용관계가 승계되었다고 볼 것이고, 따라서 참가인으로서의 자치관리방식 이전의 원고의 근무내용이나 근무태도에 대하여도 비위사실이 인정되는 경우에는 이를 이유로 징계조치를 할 수는 있다고 할 것이다.

216) 1심 판결(서울고등법원 2013. 8. 27. 선고 2012구합41*** 판결)을 인용함

217) 동 사건은 서울고등법원 2003. 10. 16. 선고 2002누3*** 판결에서 항소 기각, 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003두13*** 판결에서 상고기각되어 확정됨

나. 고용승계가 인정되지 않은 판례

위·수탁계약의 수탁업체가 변경되면서, 新 수탁업체가 기존 근로자들의 채용공고를 하였다 하더라도, 위 **채용공고는 청약의 유인에 불과할 뿐** 당연히 고용승계되는 것은 아니라고 봄

【서울고등법원 2012. 5. 4. 선고 2011누35*** 판결²¹⁸⁾】

1) 참가인이 원고들에 대한 고용을 승계하거나 고용승계의무를 부담하는지 여부

가) 앞서 본 바와 같이 서구청과 참가인 사이의 위·수탁계약에 따라 ◇구청 관내 재활용품 수거사업 등을 수행하는 수탁업체가 ○○업체에서 참가인으로 변경된 경우, 새로운 수탁업체인 참가인은 ◇구청과의 사이에 새로운 위·수탁계약을 체결하여 ◇구청으로부터 그 업무를 수탁 받았을 뿐이므로 참가인이 종전 수탁업체인 ○○업체 소속 직원들의 근로관계를 포괄적으로 승계한다고 볼 수 없고, ○○업체와 참가인 사이에 영업양도나 근로관계 승계에 관한 합의가 있었음을 인정하기도 어렵다.

나) 나아가 갑 제2, 3호증의 각 기재에 의하면, ◇구청이 ○○업체와 위·수탁계약을 체결할 당시에는 ○○업체가 기존 수탁업체의 고용을 승계한다는 것을 명시적으로 약정한 반면, ◇구청이 참가인과 위·수탁계약을 체결할 당시에는 참가인이 기존 수탁업체 종업원에 대한 퇴직금 및 근속연수를 승계한다고만 약정하여 ○○업체 소속 직원들에 대한 고용승계 여부를 명시하지 아니하였을 뿐만 아니라, 비록 참가인이 ◇구청에 대하여 ○○업체 소속 직원들의 고용을 승계한다는 입찰조건을 수락함으로써 새로운 수탁업체로 선정된 후 고용보장을 약속하는 내용의 공고를 하였다고 하더라도 그와 같은 사정만으로는 참가인이 ○○업체 소속 직원들의 고용을 승계하였다거나 ○○업체 소속 직원들에 대한 고용승계의무를 부담한다고 볼 수 없다.

2) 참가인과 원고들 사이의 근로관계의 성립 여부

가) 근로계약은 낙성계약으로 청약에 따른 승낙으로 성립하므로 그 계약의 내용은 사용자와 근로자가 개별적인 교섭에 의하여 확정하는 것이 원칙이지만, 특별한 사정이 없는 한 근로계약을 체결한 근로자와 사용자 사이에는 취업규칙에 정하는 바에 따라 근로관계가 성립한다(대법원 1999. 1. 26. 선고 97다53496 판결 참조). 여기서 청약은 그에 대한 승낙에 의하여 곧바로 계약의 성립에 필요한 의사합치에 이를 수 있을 정도로 내용적으로 확정되어 있거나 해석에 의하여 확정될 수 있어야 한다(대법원 2003. 5. 13. 선고 2000다45*** 판결 참조). 즉 청약은 그에 응하는 승낙만 있으면 곧, 계약이 성립하는 구체적, 확정적 의사표시여야 하므로 청약은 계약의 내용을 결정할 수 있을 정도의 사항을 포함시키는 것이 필요함에 반하여(대법원 2005. 12. 8. 선고 2003다41***판결 참조), 청약의 유인은 이와 달리 합의를 구성하는 의사표시가 되지 못하므로, 피유인자가 그에 대응하여 의사표시를 하더라도 계약은 성립하지 않고 다시 유인한 자가 승낙의 의사표시를 함으로써 비로소 계약이 성립한다(대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5*** 등 판결 참조).

나) 위 인정사실을 앞서 본 법리에 비추어 보건대, 위 공고문에서 참가인이 ○○업체 소속 직원 중 현장 근로자 32명 전원에 대한 고용을 보장하되 신규채용 방식을 거치도록 한 점, 임금 등 근로조건은 ○○업체에서 근무하면서 정한 그대로를 유지하되 휴게시간 및 임금 구성은 합리적인 조정이 필요하다고 명시한 점, 이와 관련하여 참가인의 취업규칙이 구체적으로 언급되어 있지 아니한 점, 채용

218) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 12. 12. 선고 2012두14*** 판결)에서 확정됨

서류 제출 및 근로계약서 작성 등의 채용절차 진행을 전제로 한 점 등을 고려하면, 이와 같은 공고문의 내용은 ○○업체 소속 직원의 승낙만 있으면 곧, 근로계약이 성립하는 구체적·확정적 의사표시라고 보기는 어려워, 결국 청약이 아닌 청약의 유인에 불과하다고 해석함이 상당하다. 따라서 이 사건 근로자들이 그에 대응하여 근로계약을 체결하고자 하는 의사표시를 하였다 하더라도 이는 승낙이 아닌 청약에 불과하고, 참가인이 신규채용에 필요한 서류를 제출받는 절차를 거쳐 승낙의 의사표시를 함으로써 비로소 근로계약이 성립한다고 할 것인바, 앞서 본 바와 같이 참가인이 이 사건 근로자들에 대한 신규채용 절차를 거부하고 근로계약의 체결을 승낙하지 아니한 이상, 근로계약 체결에 관한 쌍방의 의사의 합치가 없어 참가인과 이 사건 근로자들 사이의 근로관계는 성립하지 아니한다고 할 것이다.

다) 이와 달리 참가인의 공고문의 내용을 근로계약의 청약으로 선택하더라도 3심에서는 2심이 부가적으로 공고문의 내용이 '청약'에 해당함을 전제로 하여 이 사건 근로자들이 정해진 승낙기간 내에 승낙의 통지를 하였다고도 볼 수 없다고 판시한 부분에 대한 이 사건 근로자들의 상고이유는 나아가 살필 필요가 없다고 판단하였다. 승낙의 기간을 정한 계약의 청약은 청약자가 그 기간 내에 승낙의 통지를 받지 못한 때에는 그 효력을 잃는바(민법 제528조 제1항), 공고문 제6항의 기재와 같이 참가인이 승낙의 기간을 2009. 12. 31. 18:00까지로 명시하였고, 그 기간 내에 이 사건 근로자들로부터 승낙의 통지를 받았다고 볼 만한 아무런 증거가 없는 이상, 참가인의 위 청약은 효력을 잃게 되었다고 할 것이다(이와 별도로 참가인과 현장 근로자 29명 사이에 2010. 1. 4. 체결된 각 근로계약은 참가인의 위 청약의 효력이 상실된 이후 별도로 근로계약 체결에 관한 쌍방의 의사의 합치가 있어 근로관계가 성립된 것으로 봄이 상당하다).

라) 설령 참가인이 승낙의 기간을 2010. 1. 4.까지로 연장해 준 것으로 보더라도, 이 사건 근로자들이 참가인에게 신규채용에 필요한 서류를 제출하는 등의 방법으로 승낙의 통지를 하였는지에 관하여 일부 증언만으로는 이를 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 참가인의 위 청약은 마찬가지로 효력을 잃게 되었다고 할 것이고, 결국 이 사건 근로자들의 명시적·묵시적 승낙 여부를 나아가 살필 필요 없이 근로계약 체결에 관한 쌍방의 의사의 합치가 없어 참가인과 이 사건 근로자들 사이의 근로관계는 성립하지 아니한다고 할 것이다.

제 3 장

구제대상

제1절 대상적격 개관	131
1. 대상적격의 의의 및 판단기준	131
2. 대상적격이 없는 경우의 처리 절차	133
제2절 대상적격 관련 판례	135
1. 개별 처분유형별 판례	135
2. 연속된 두 개의 처분이 있는 경우	140
3. 근로조건 위반에 대한 손해배상이 문제된 경우	143

제1절 대상적격 개관

1. 대상적격의 의의 및 판단기준

대상적격은 구제신청의 내용이 노동위원회의 구제명령 대상이 되는지 여부를 판단하는 문제임. 노동위원회의 구제절차는 신속·간이한 권리구제를 도모하기 위하여 특별히 마련된 절차로서 그 구제대상이 법으로 정해져 있고, 이에 해당하지 않는 경우 대상적격이 없으므로 노동위원회의 구제대상이 될 수 없음

대상적격이 인정되는지 여부는 **개별법에서 구제대상으로 인정되어 있는지 여부에 따라 판단**하여야 함

근로기준법 제23조 제1항은 “사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌²¹⁹⁾(이하 ‘부당해고 등’이라 한다)을 하지 못한다.”라고 규정하고 있고, **동법 제28조 제1항**은 “사용자가 근로자에게 부당해고 등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다.”라고 규정하여 부당해고 등에 대한 구제의 대상적격을 인정하고 있음

근로기준법 제19조는 제1항에서 “제17조에 따라 명시된 근로조건이 사실과 다를 경우에 근로자는 근로조건 위반을 이유로 손해배상을 청구할 수 있으며 즉시 근로계약을 해제할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 제2항에서 “제1항에 따라 근로자가 손해배상을 청구할 경우에는 노동위원회에 신청할 수 있으며(이하 생략)”라고 규정하여 **근로조건 위반을 이유로 한 손해배상청구**의 대상적격을 인정하고 있음

또한 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제9조는 **차별적 처우**를 구제대상으로 삼고 있고, 「노동조합 및 노동관계 조정법」 제82조 제1항은 **부당노동행위**를 구제대상으로 삼고 있음

대상적격이 인정되는지 판단하기 위해서는 우선 심판대상이 무엇인지 특정해야 하고, 심판대상은 신청인의 ‘구제신청의 내용’을 기준으로 특정되는바, 판례는 이를 폭넓게 해석하여 결과적으로 대상적격을 인정할 여지를 넓히고 있음²²⁰⁾

219) 실무상으로는 주로 ‘그 밖의 징벌’에 해당될 수 있는지 여부가 문제됨. ‘그 밖의 징벌’ 부분(징벌적, 제재적 성격으로서의 인사명령과 그렇지 않은 인사명령)에 대하여 자세한 것은 제2부 제2장 인사명령 참조

220) 「노동위원회법」 제23조 제1항, 「노동위원회규칙」 제43조, 제46조, 제56조 제4항 등을 종합해 볼 때 노동위원회의 구제절차는 근로자의 권리구제를 위한 직권주의적 요소가 강하므로 일반 소송절차와 달리 엄격한 대심적 구조라고 볼 수 없음. 따라서 신청취지를 완화해서 받아줄 필요가 있음. 나아가 하급심 판결례 중에는 노동위가 직권으로 신청취지를 변경하는 것이 경우에 따라서는 위법이 아니라고 판시하고 있음 (서울행정법원 2012. 9. 25. 선고 2012구합2*** 판결 참조)

【 대법원 1999. 5. 11. 선고 98두9*** 판결²²¹⁾ 】

노동위원회규칙에 의하면 사용자로부터 부당노동행위로 인하여 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합, 그리고 사용자로부터 정당한 이유 없이 해고·휴직·정직·전직·감봉 기타 징벌을 당한 근로자가 지방노동위원회에 그 구제를 신청하기 위하여 제출하는 구제신청서에는 ‘부당노동행위 또는 정당한 이유가 없는 해고 등을 구성하는 구체적 사실’과 ‘청구할 구제의 내용’ 등을 기재하도록 되어 있으나, ‘청구할 구제의 내용’은 민사소송의 청구취지처럼 엄격하게 해석할 것은 아니고 신청의 전취지로 보아 어떠한 구제를 구하고 있는지를 알 수 있을 정도면 되는 것으로서, 노동위원회는 재량에 의하여 신청하고 있는 구체적 사실에 대응하여 적절·타당하다고 인정하는 구제를 명할 수 있는 것이므로, 구제신청서에 구제의 내용이 구체적으로 특정되어 있지 않다고 하더라도 해당 법규에 정하여진 부당노동행위 또는 정당한 이유가 없는 해고·휴직·정직·전직·감봉 기타 징벌 등을 구성하는 구체적 사실을 주장하고 있다면 그에 대한 구제도 신청하고 있는 것으로 보아야 한다.

실무적으로는 근로기준법 제23조 제1항²²²⁾에 열거되지 않은 인사처분(예를 들어, 근속승진 누락, 호봉승급보류 등)을 ‘그 밖의 징벌’로 보아 노동위원회 심판대상으로 삼을 것 인지 여부가 문제되는 경우가 발생함

법원은 ‘그 밖의 징벌’에 대해 사용자가 당해 근로자에게 제재로서 가하는 불이익한 처분만을 의미하고, 근로계약 관계에서 일반적으로 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 의미하는 것은 아니라고 판시한 바 있으며, 이러한 기준에 따라 승무정지, 신차배차거부 등은 물론 근속승진 누락²²³⁾ 등의 일부 인사조치에 대해서까지 노동위원회의 심판대상으로 인정한 바 있음

【 서울고등법원 2009. 10. 27. 선고 2009누8*** 판결²²⁴⁾ 】

(나) 살피건대, 이처럼 근로기준법이 제정될 당시부터 ‘정당한 이유 없는 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의(기타) 징벌’을 노동위원회에 대한 구제신청대상으로 규정하고 있어 그 규정내용이 변경되지 아니한 점과 당초 이러한 사용자의 부당해고 등에 대하여는 처벌규정을 두고 있어서 죄형법정주의의 원칙상 그 해석을 엄격히 해왔는데 조문내용 자체는 아무런 변경이 없고 단지 처벌규정만이 삭제되었다고 하여 그 해석을 달리해야 할 필요성이 있다고 보이지 않는 점과 원칙적으로 사적자치가 지배하는 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에서 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 그 구제신청의 대상으로 삼는 것은 행정의 과도한 관여가 될 수 있다는 점 등에 비추어 보면, 근로기준법이 구제신청의 대상으로 삼고 있는 부당해고 등은 열거적, 한정적 규정으로서 엄격하게 해석함이 상당하다.

- 221) ‘부당노동행위구제신청서’만 제출되었으나 근로자가 구제의 내용으로 ‘부당노동행위구제’와 ‘해고무효구제’를 들며 해고의 사유를 다투는 경우 ‘부당해고 구제신청취지’도 포함된 것으로 본다는 사안임
- 222) 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(이하 “부당해고 등”이라 한다)을 하지 못한다
- 223) 같은 취지로 서울행정법원 2006. 11. 21. 선고 2006구합25*** 판결(근속승진 규정이 있더라도 사용자는 일정 근속기간이 경과한 직원에 대하여 당연히 승진임용할 의무를 부담하는 것은 아니다), 서울행정법원 2008. 10. 10. 선고 2008구합2*** 판결, 서울행정법원 2009. 7. 1. 선고 2008구합47*** 판결(근속승진 누락은 구제신청의 대상인 근로기준법 제23조 제1항 소정의 ‘그 밖의 징벌’에 해당한다) 등

이 사건에 대하여 보면, 이 사건 호봉승급 보류가 해고, 휴직, 정직, 전직이나 감봉에 해당하지 아니 함은 그 문언의 해석상 명백하므로, ‘그 밖의 징벌’에 해당하는지 여부가 문제되는바, 여기서 ‘그 밖의 징벌’이라 함은 그 문언 자체의 뜻과 앞서 본 해석원칙에 비추어 보면, 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉을 제외한 처분으로서 사용자가 당해 근로자에게 제재로서 가하는 불이익한 처분만을 의미하고, 근로계약 관계에서 일반적으로 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 의미하는 것은 아니라 할 것이다.

한편 하급심 법원은 노동위원회에 대한 부당해고 등 구제신청의 대상은 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌인바, 전직이라 함은 근로자의 일정한 행위에 대한 징계로서 그 근로자의 직무내용이나 근무장소를 변경하는 사용자의 인사명령을 의미하고,²²⁵⁾ 그 밖의 징벌이라 함은 근로자의 일정한 행위를 이유로 근로자에게 경제적, 정신적 또는 생활상 불이익을 가하는 것을 의미한다고 판시한 바 있음

【서울고등법원 2015. 9. 16. 선고 2015누33*** 판결²²⁶⁾】

따라서 노동위원회에 대한 부당해고 등 구제신청의 대상은 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌인바, 전직(轉職)이라 함은 근로자의 일정한 행위에 대한 징계로서 그 근로자의 직무 내용이나 근무 장소를 변경하는 사용자의 인사명령을 의미하고, ‘그 밖의 징벌(懲罰)’이라고 함은 근로자의 일정한 행위를 이유로 그 근로자에게 경제적, 정신적 또는 생활상 불이익을 가하는 것을 의미한다.

2. 대상적격이 없는 경우의 처리 절차

노동위원회 단계에서는 「노동위원회규칙」 제60조 제1항 제4호에 따라 구제신청을 각 하하여야 함

그러나 구제명령의 대상이 아닌 것에 대해 구제신청을 하였다고 하더라도 이는 지방 노동위원회 또는 중앙노동위원회에서 구제신청을 각하할 사유가 되는 것일 뿐 이로 인해 중앙노동위원회의 재심판정에 대한 취소청구가 부적법하게 되는 것은 아니고, 중앙

- 224) 1심 판결(서울행정법원 2009. 2. 20. 선고 2008구합41*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 2. 11.자 2009두20*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨. 유사 판례로는 서울행정법원 2013. 11. 5. 선고 2013구합11*** 판결(이 사건 기초급 동결은 참가인 소속 근로자 모두에게 적용되는 취업규칙에 따라 휴직중이라는 사정으로 승급과 평가인상 대상자가 되지 못함으로써 불이익을 입게 된 것일 뿐, 징벌로서 제재를 받은 것으로 보기 어려우므로 그 밖의 징벌에 해당한다고 볼 수 없다)이 있으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 2. 26.자 2014두44*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨
- 225) 일반적으로 전직은 인력을 사업목적에 적합하게 배치하기 위하여 근로자의 직무내용이나 근무지를 상당한 기간에 걸쳐 변경하는 인사처분을 의미할 뿐 징계의 성격을 갖는 것이 아니고, 후술하는 바와 같이 징계의 성격을 지니지 않는 인사명령을 구제대상으로 보는 것이 법원의 확립된 판례이므로 노동위원회의 구제대상이 되는 전직을 징계로서의 성격을 갖는 것으로 한정하는 듯한 판시가 타당한지에 대해서는 의문이 있음
- 226) 1심 판결(서울행정법원 2015. 1. 15. 선고 2014구합13*** 판결)을 인용함

노동위원회 재심판정이 대상적격이 없어 각하했어야 할 구제신청을 기각하였다고 하더라도 구제신청을 거부하였다는 점에서 마찬가지이므로 이로 인해 재심판정이 취소되어야 한다고 볼 수 없음

【서울고등법원 2015. 5. 14. 선고 2014누70*** 판결²²⁷⁾】

따라서 이 사건 인사명령은 원고에 대한 당연퇴직처리 및 휴직처리를 해소하여 복직 및 출근을 명하는 것일 뿐 원고에게 어떠한 불이익을 가하는 것이 아니므로 부당해고 등 구제신청의 대상인 그 밖의 징벌에 해당하지 않는다(원고에 대한 응급계장 보직해임의 효과는 이 사건 인사명령이 아니라 이 사건 병원장이 2011. 3. 2. 원고에 대하여 한 보직해임에 의해 발생한 것이므로, 원고가 위 보직해임을 다투기 위해서는 근로기준법 제28조 제2항에 따라 위 보직해임이 있었던 날부터 3개월 이내에 위 보직해임에 대한 구제신청을 하였어야 할 것이다).

이 사건 인사명령은 부당해고 등 구제신청의 대상에 해당하지 않으므로, 중노위는 노동위원회규칙 제94조 제1항, 제60조 제1항 제4호에 따라 이 사건 기각결정을 취소하고 원고의 구제신청을 각하하여야 할 것인데 원고의 재심신청을 기각함으로써 이 사건 기각결정을 그대로 유지한 잘못이 있으나, 원고의 구제신청을 거부하였다는 결과에 있어서는 정당하므로, 결국 이 사건 재심판정의 취소를 구하는 원고의 청구는 이유 없다[노동위원회가 부당해고 등 구제신청을 각하하였거나 기각하였거나 신청인의 부당해고 등 구제신청에 대한 거부처분을 하였다는 점에서는 마찬가지이므로(근로기준법 제30조 제1항 참조), 각하할 것을 기각하였다고 해서 중노위의 재심판정이 취소되어야 한다고 볼 수는 없다].

227) 1심 판결(서울행정법원 2014. 11. 13. 선고 2014구합1*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 8. 27.자 2015두43*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

제2절 대상적격 관련 판례

1. 개별 처분유형별 판례

1.1 직위해제 및 대기발령²²⁸⁾

법원은 직위해제에 대해 과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다고 보고 있음

또한 대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다고 할 것이고, 따라서 이러한 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 하며, 이것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 할 수 없다고 판단하고 있음

따라서 대기발령과 같은 인사명령은 징계처분에 해당하지 않더라도 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당될 경우 위법하게 되므로 이 경우 노동위원회의 심판대상이 됨

【대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두5*** 판결】

1. 가. 근로자에 대한 직위해제는 일반적으로 근로자가 직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행 중인 경우, 근로자가 형사사건으로 기소된 경우 등에 있어서 당해 근로자가 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미하므로 과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다(대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15926 판결, 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결 등 참조).

또 기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위하여서는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요 불가결하므로, 대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고, 따라서 이러한 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 하며, 이것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 할 수 없다(대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결, 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결 등 참조).

【대법원 2010. 7. 29. 선고 2007두18*** 판결²²⁹⁾】

직위해제처분은 근로자로서의 지위를 그대로 존속시키면서 다만, 그 직위만을 부여하지 아니하는 처분이므로 만일 어떤 사유에 기하여 근로자를 직위해제한 후 그 직위해제 사유와 동일한 사유를 이유로 징계처분을 하였다면 뒤에 이루어진 징계처분에 의하여 그 전에 있었던 직위해제처분은 그 효력

228) ‘직위해제 및 대기발령’과 관련한 보다 상세한 내용은 ‘제2부 구제신청의 내용’·‘제2장 인사명령’·‘제4절 대기발령·직위해제’ 부분 참조

을 상실한다.

여기서 직위해제처분이 효력을 상실한다는 것은 직위해제처분이 소급적으로 소멸하여 처음부터 직위해제처분이 없었던 것과 같은 상태로 되는 것이 아니라 사후적으로 그 효력이 소멸한다는 의미이다. 따라서 직위해제처분에 기하여 발생한 효과는 당해 직위해제처분이 실효되더라도 소급하여 소멸하는 것이 아니므로, 인사규정 등에서 직위해제처분에 따른 효과로 승진·승급에 제한을 가하는 등의 법률상 불이익을 규정하고 있는 경우에는 직위해제처분을 받은 근로자는 이러한 법률상 불이익을 제거하기 위하여 그 실효된 직위해제처분에 대한 구제를 신청할 이익이 있다.

1.2 소급하여 대기발령을 한 사안

회사가 근로자의 관리·감독 소홀을 사유로 근로자를 징계면직하였으나 이러한 징계면직이 회사의 재량권 남용이어서 부당하다는 판결이 대법원에서 확정되자 회사가 위 대법원 판결을 송달받은 날로 그 일자를 소급하여 근로자를 복직시키면서 새로이 징계절차를 진행시킬 목적으로 복직일자와 동일하게 소급하여 이 사건 대기발령을 한 사안에서, 노동위원회의 심판대상이 됨을 전제로, 실제의 처분일보다 소급한 일자로 행하여진 이 사건 대기발령은 부당하다고 판단함

【대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두14*** 판결】

우선 이 사건 대기발령과 같이 그 일자를 소급하여 대기발령을 하는 것은 참가인의 인사규정에 그 근거가 있다고 볼 수 없다. 원심이 적법하게 확정한 바와 같이, 참가인의 인사규정 제31조 제1항 각 호의 규정에 의하면 ‘징계사유에 해당하여 징계위원회에 부의된 자’, ‘참가인과 직원 개인 간에 소송이 진행 중인 자’, ‘기타 사무형편상 필요하다고 인정되는 자’ 등에 대하여 직위 또는 직무를 부여하지 아니하고 대기발령의 처분을 할 수 있다. 이러한 인사규정의 해석상 대기발령은 참가인의 직원으로 하여금 현재의 직위 또는 직무를 그대로 수행하게 하는 것이 부적절하다고 볼만한 사유가 발생하였을 때 그 직원을 그때부터 그러한 사유가 해소될 때까지 잠정적으로 본래의 직위 또는 직무에서 배제시키기 위한 목적에서 행하는 처분이라고 풀이함이 상당하다. 그러므로 실제로 대기발령의 처분을 하는 날보다 일자를 소급하여 대기발령을 하는 것은 위 인사규정이 정하고 있는 대기발령의 사유나 목적 등 어느 것과도 서로 어긋나는 것으로서 위 인사규정이 규정하고 있는 내용과는 거리가 있다고 하지 않을 수 없다.

또한 원고에 대하여 그 일자를 소급하여 대기발령을 하여야 할 업무상의 필요성이 있었다고도 볼 수 없다. 원심이 확정한 바와 같이 이 사건 대기발령 후 원고에 대하여 정직을 명하는 이 사건 징계가 이루어졌고, 이러한 사정으로 미루어 볼 때 이 사건 대기발령 처분 당시 원고가 아직 ‘징계위원회에 부의’되지는 않았지만 ‘기타 사무형편상 필요’에 의하여 대기발령을 할 사유가 있었다고 하더라도, 참가인으로서 이러한 사유를 들어 그때부터 장차 원고의 직무를 부여하지 아니하는 내용의 대기발령을 하면 충분하고 그 일자를 소급하면서까지 대기발령을 할 업무상 필요성은 없을 것이다. …(중략)…

229) 같은 취지로 서울고등법원 2015. 7. 10. 선고 2015누38*** 판결(대법원 2015. 10. 29.자 2015두49016 판결에서 심리불속행 기각으로 확정됨), 서울행정법원 2011. 11. 25. 선고 2011구합24378 판결이 있음

소외 기록에 의하면 참가인의 보수규정(갑 제39호증)상 대기발령 기간 중에는 보수의 일정액을 지급받지 못하는 사실을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 대기발령은 그 실질에 있어서 임금 감액처분의 성격도 소외 갖는 것이다. 따라서 단순히 업무상 필요성이 인정된다고 하여 소급하여 대기발령을 하는 것이 가능하게 된다면, 그 소급된 일자부터 대기발령 처분을 한 날까지 사이에 이미 발생한 임금 청구권을 대기발령에 의하여 소급하여 소멸시킬 수 있는 셈이 된다. 그러나 이는 근로기준법상 임금 보호에 관한 여러 강행법규의 취지에 비추어서도 허용될 수 없다 할 것이다.

결국 이러한 여러 가지 점을 감안해 볼 때 원심이 들고 있는 사정만으로는 이 사건 대기발령에 정당한 이유가 있다고 단정할 수 없다.

1.3 근속승진 누락

회사의 위계질서를 문란하게 하였다는 이유로 경고를 받은 후 이를 이유로 **근속승진에서 누락되어 급여상 불이익**을 입은 경우, 사실상 감봉과 비슷한 징벌적 효과를 받은 것으로서 근로기준법 제23조 제1항의 ‘그 밖의 징벌’에 해당하므로 대상적격을 인정함

【서울행정법원 2009. 7. 1. 선고 2008구합47*** 판결】

근로기준법 제23조 제1항 및 제28조 제1항에 의하면 ‘부당한 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌’을 구제신청 대상으로 규정하고 있고, 원고의 취업규칙 제56조는 징계의 종류를 ‘파면, 해임, 정직, 감봉, 견책’으로 구분하고 있는바, 위 근로기준법 규정에서 구제신청의 대상으로 ‘그 밖의 징벌’을 규정하고 있는 취지에 볼 때 구제신청의 대상은 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 견책 등에 한정되는 것이 아니라 근로자에 대한 불이익한 제재로서 이에 준하는 징벌적 성격을 갖는 것도 포함된다고 봄이 상당하다.

이 사건 근속승진누락은 그에 따라 “급여상의 불이익”을 받게 되어 “감봉과 비슷한 징벌적 효과”를 갖는 것으로서 사실상 견책보다 가혹한 불이익제재에 해당하여 구제신청의 대상인 근로기준법 제23조 제1항 소정의 ‘그 밖의 징벌’에 해당한다고 보아야 할 것이다.

1.4 인사고과

인사고과는 원칙적으로 사용자의 고유권한으로서 광범위한 재량이 인정되므로 노동위원회 구제신청 대상이 되는 ‘그 밖의 징벌’에 해당하지 않는다고 보고 있음

【서울행정법원 2011. 7. 14. 선고 2010구합32*** 판결 230)】

변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 아래와 같은 사정을 종합하여 보면 이 사건 인사고과는 ‘그 밖의 징벌’에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다.

① 근로자에 대한 인사고과는 해당 근로자를 상대로 한 전인격적, 복합적인 평가로서 인사권자인 사용자의 고유권한이라고 할 것인바, 모든 평가요소를 객관화하기 곤란하여 원칙적으로 그 평정을 위한 평가기준이나 항목의 설정, 점수의 배분 등에 있어 사용자에게 광범위한 재량이 인정된다 할 것

이고, 이러한 인사사고의 결과는 보수 수준 등 각종 인사관리에 활용·반영될 것이 예정되어 있다고 할 것인데, 평가대상에 해당하는 참가인 회사 소속 모든 근로자들에 대하여 동일한 기준에 의해 이루어진 참가인 회사의 인사사고평가 결과가 어느 근로자에게 불리하다고 하여 그 평가 자체를 일정한 규칙이나 관습 등의 위반에 대하여 일정한 제한을 가하거나 금지하는 조치를 의미하는 제재로서의 징벌에 해당한다고 볼 수 없다.

② 한편 인사사고제도의 목적과 성질 등에 비추어 사용자는 근로자의 근무실적이나 업무능력 등을 중심으로 객관적이고 공정한 평정이 이루어지도록 노력하여야 하고 그것이 불순한 동기로 남용되어서는 아니된다고 할 것이므로, 만일 이러한 기준에 위배되어 사용자의 인사사고가 이루어진다면 당해 근로자에 대하여 사법상 구제절차가 요구되고 그 인사사고 결과 또한 사법심사의 대상이 된다고 할 것이나, 그러한 사정만으로 사용자의 인사사고평가 결과 자체를 ‘그 밖의 징벌’의 범위에 포함시켜 노동위원회의 구제대상으로 삼아야 할 응답의 필요가 있다고 보이지는 아니한다. …(중략)…

④ 원고들이 F등급의 인사사고평가로 인하여 기준 연봉 1%의 삭감이라는 불이익을 받았다고 하더라도, 이는 이 사건 인사사고 자체의 결과라기보다는 능력과 업적에 따라 보상을 차등화하는 능력주의를 실현함으로써 근로의식을 고취하고 생산성을 향상시키고자 하는 취지에서 참가인 회사와 노동조합 사이에 이루어진 보수기준 등에 관한 합의의 결과라고 할 것이다.

다만, 인사사고 제도가 해고규제를 회피하는 수단으로 활용하고자 법령을 위반하여 객관성과 공정성을 현저히 위반한 경우에는 ‘사법심사 대상’이 될 수 있다고 보고 있으나, 이 경우에도 인사사고 평가결과를 ‘그 밖의 징벌’에 포함하여 노동위원회의 구제대상으로 인정해야 할 필요가 있다고 보지는 않는다고 함

【대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다22*** 판결】

근로자에 대한 인사사고는 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 가진다 할 것이나, 사용자는 근로자의 근무실적이나 업무능력 등을 중심으로 객관적이고 공정한 평정의 기준에 따라 이루어지도록 노력하여야 하고 그것이 해고에 관한 법적 규제를 회피하고 퇴직을 중용하는 수단으로 악용되는 등의 불순한 동기로 남용되어서는 아니 된다고 할 것이다. 이와 같이 사용자의 인사사고가 헌법, 근로기준법 등에 위반되거나 객관적이고 공정한 평정의 기준을 현저하게 위반하여 정당한 인사권의 범위를 벗어난 때에는 인사사고의 평가 결과는 사법심사의 대상이 되어 그 효력을 부인할 수 있다.

1.5 인사평가에 따른 성과급 및 임금 미지급

성과에 대한 상여로서의 성질을 가진 호봉승급에 대한 보류, 인사평가와 이에 따른 성과급 및 임금 미지급은 노동위원회 심판대상이 아니라고 봄

230) 동 사건의 2심 판결은 서울고등법원 2011누27*** 판결(1심 판결을 그대로 인용)이며, 대법원(대법원 2012. 8. 17.자 2012두10*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2010. 11. 19. 선고 2010누14*** 판결²³¹⁾】

2) 인사평가 및 성과급 등 임금 부지급이 노동위원회의 구제대상인지 여부

…(중략)…인사평가 및 이에 따른 성과급 및 임금 미지급은 해고, 휴직, 정직, 전직에 해당하지 아니 함은 그 문언의 해석상 명백하고, 감봉은 징계사유가 있음을 전제로 일정기간 임금을 삭감하는 징계 중 하나인데 반하여 이 사건에서 성과급은 징계사유와는 무관하게 실적에 따른 보상강화를 위하여 참가인이 지급하는 것으로 그 성질이 다르다. 나아가 ‘그 밖의 징벌’에 해당하는지 여부가 문제되는 바, 여기서 ‘그 밖의 징벌’이라 함은 문언 자체의 뜻과 해석원칙에 비추어 보면, 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉을 제외한 처분으로서 사용자가 당해 근로자에게 제재로서 가하는 불이익한 처분만을 의미 하고, 근로계약관계에서 일반적으로 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 의미하는 것은 아니라 할 것이다. …(중략)… 따라서 이 사건 인사평가 및 이에 따른 성과급 및 임금 미지급은 근로기준법 제28 조 제1항의 노동위원회의 구제대상에 포함되지 아니한다.

1.6 승급보류 처분

근무연한에 따라 일괄 자동승급되는 자에 대한 승급보류 처분은 대상적격이 있으나, 상여로서의 성질을 가지는 승급보류 처분은 대상적격이 없다고 봄

【서울고등법원 2009. 10. 27. 선고 2009누8*** 판결²³²⁾】

(1) 이 사건 호봉승급보류의 구제신청 대상 여부

(가) 근로기준법 제23조 제1항의 ‘그 밖의 징벌’이라 함은 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉을 제외한 처분으로서 사용자가 당해 근로자에게 제재로서 가하는 불이익한 처분만을 의미하고, 근로계약관계에서 일반적으로 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 의미하는 것은 아니라 할 것이다. …(중략)…

(나) 살피건대, 이처럼 근로기준법이 제정될 당시부터 ‘정당한 이유 없는 해고, 휴직, 정직, 감봉, 그 밖의(기타) 징벌’을 노동위원회에 대한 구제신청 대상으로 규정하고 있고 그 규정 내용이 변경되지 아니한 점과 당초 이러한 사용자의 부당해고 등에 대하여는 처벌 규정을 두고 있어서 죄형법정주의의 원칙상 그 해석을 엄격히 해왔는데 조문 내용 자체는 아무런 변경이 없고 단지 처벌 규정만이 삭제되었다고 하여 그 해석을 달리해야 할 필요성이 있다고 보이지 않는 점과 원칙적으로 사적 자치가 지배하는 사용자와 근로자 사이의 근로계약 관계에서 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 그 구제신청의 대상으로 삼는 것은 행정의 과도한 관여가 될 수 있다는 점 등에 비추어 보면, 근로기준법이 구제신청의 대상으로 삼고 있는 부당해고 등은 열거적 한정적 규정으로서 엄격하게 해석함이 상당하다.

…(중략)… 여기서 ‘그 밖의 징벌’이라 함은 그 문언 자체의 뜻과 앞서 본 해석원칙에 비추어 보면, 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉을 제외한 처분으로서 사용자가 당해 근로자에게 제재로서 가하는 불이익한 처분만을 의미하고, 근로계약관계에서 일반적으로 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 의미하는 것은 아니라 할 것이다.

앞에서 본 바와 같이 원고 회사는 1년 이상 근속한 일급제사원에 대하여 연 2회 승급을 하되, 1회는 근무연한에 따라 1호봉을 당연 승급하고, 1회는 인사고과에 따른 근무평정에 의하여 상위 10%(A등급)에 대하여는 2호봉(특별승급)을, 하위 5%(C등급)에 대하여는 승급보류, 나머지 85%(C등급)는 1호봉을

231) 1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 9. 선고 2009구합38*** 판결)을 인용함

승급하도록 하고 있는데, 특별승급 기준은 공장장 또는 팀장 명의의 수상자, 근면성실하고 술선수범하고 책임감이 투철한 자, 품질사고 예방에 공이 많은 자, 기타 인정할 만한 공이 있는 자에 해당하는지 여부이고, 승급 보류 기준은 근태불량, 근무태도 불량, 품질사고 유발, 품행이 불량한 자로 정하고 있는바, 이와 같이 원고 회사는 인사고과에 따라 근로자별로 달리 이루어지는 이 사건 승급(1월)외에도 근무연한에 따라 일괄 자동승급(7월)하는 규정을 두고 있는 점, 평정에 따라 이루어지는 승급(1월)에 있어서 특별승급은 주로 근면성실하고 업무수행능력이 우수한 자에 대하여 이루어지는 반면, 승급 보류는 주로 업무를 태만히 하거나 문제를 일으킨 자에 대하여 이루어진다는 점, 특별승급인원이 승급보류 인원보다 많아 전체적으로 볼 때 평균 1호봉 이상의 승급이 이루어지는 점, 승급이 되지 않았다고 하여 상대적으로 승급에 따른 일당 급여지급기준이 인상되지 않는 외에 특별한 인사상 불이익은 없다는 점 등 제반 사정에 비추어 보면, 근무평정에 의하여 이루어지는 원고 회사의 1월의 호봉승급은 근로의욕을 고취하고 생산성을 향상시키기 위하여 성과에 따라 그 처우를 달리하는 상여로서의 성질을 가진다고 할 것이어서, 비록 이 사건 호봉승급보류로 인하여 참가인 등이 호봉 승급된 근로자들에 비하여 상대적으로 불이익한 처우를 받게 되었다고 하더라도 이를 제재로서의 성질을 가진 것으로서 노동위원회 구제대상이 되는 근로기준법 제23조 제1항의 ‘그 밖의 징벌’에 해당한다고 볼 수 없다.

2. 연속된 두 개의 처분이 있는 경우

2.1 감봉처분 후 행해진 실제 급여 삭감행위

사용자의 감봉처분 후에 행해진 실제 급여의 삭감행위는 감봉처분의 집행행위에 불과하다고 보아 대상적격을 부정함

【서울행정법원 2006. 12. 9. 선고 2006구합33*** 판결】

(3) 이에 대하여 원고는, 이 사건 징계에 대한 구제신청 기간은 원고의 급여가 실제로 삭감된 2005. 8. 25. 비로소 기산한다고 주장하므로 보건대, 근로기준법 제33조 제1항에는 사용자가 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 감봉 기타 징벌을 한 때에는 당해 근로자는 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다고 규정하고 있고, 노동조합 및 노동관계조정법 제82조 제1항, 제2항은 사용자의 부당노동행위로 인하여, 그 권리를 침해당한 근로자는 부당노동행위가 있는 날로부터 3개월 이내에 구제신청을 제기하도록 규정하고 있는데, 여기서, 감봉처분은 사용자의 일방적 의사표시에 의한 근로자의 급여를 삭감하는 불이익한 처분으로서 그 징계처분 자체가 구제신청의 대상이 되는 것이고, 그 감봉처분에 기하여 실제 급여가 삭감되는 것은 감봉처분의 집행행위에 불과하여 그러한 행위가 다시 감봉징계처분과 독립하여 별개의 구제신청의 대상이 되거나, 부당노동행위가 된다고 볼 수 없으므로, 이 사건 징계에 대한 구제신청기간 기산점이 실제 급여가 삭감된 시점부터 비로소 기산하는 것은 아니라고 할 것이다. 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

232) 1심 판결(서울행정법원 2009. 2. 20. 선고 2008구합41*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 2. 11.자 2009두20*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

2.2 원직복직명령을 이행 후 복직을 취소한 경우

사용자가 노동위원회의 구제명령에 따라 원직복직명령을 이행한 후 복직을 취소한 경우 근로자가 부당해고처분과 복직취소처분을 함께 다룰 수 있는가에 관하여 복직취소는 잠정적인 지위에 대한 불이익처분에 불과하다고 보아 대상적격을 부정함

【서울고등법원 2008. 10. 29. 선고 2008누16*** 판결²³³⁾】

구 근로기준법상 노동위원회를 통한 구제절차는 민사소송에 비하여 신속·간이한 권리구제를 도모하기 위하여 특별히 마련된 절차인데, 만일 구제명령을 이행하지 않거나 일시적으로 이행하였다가 이를 취소한 경우까지 노동위원회의 구제대상에 포함시킨다면 분쟁이 끊임없이 생성·반복되어 그 입법취지를 몰각시킬 위험이 있는 점, 원고가 위 구제명령을 일시적으로 이행하였다가 이를 취소한 것을 기존의 부당해고 등을 초과하는 독립적인 불이익처분이라고 보기는 어려운 점, 노동위원회가 근로자의 구제신청을 받아들여 사용자에게 대하여 구제명령을 하는 경우 구제명령은 단순한 공법상의 의무를 부과하는 것에 불과하고 이로써 근로자와 사용자 사이에 부당해고 등이 있기 전의 사법상의 법률관계로 회복시키는 효력이 있는 것은 아니므로, 원고가 부산지방노동위원회의 구제명령에 따라 참가인을 복직시켰다 하더라도 재심청구나 소송을 통하여 위 부당해고 등의 정당성을 다투고 있는 이상, 위 복직은 어디까지나 잠정적인 지위 회복에 불과한 점 등을 고려하면, 구 근로기준법상 노동위원회에 구제를 신청할 수 있는 부당해고 등은 사용자와 근로자 사이의 확정적인 고용관계에 대한 불이익처분을 뜻한다 할 것이고, 이 사건 복직취소와 같이 구제명령 이행에 따른 잠정적인 지위에 대한 불이익처분까지 포함하는 것은 아니라 할 것이다.

2.3 원징계 처분 후에 행해진 징계심의 결과의 통보

원징계 처분 후에 행해진 징계재심 결과의 통보는 새로운 해고의 징계처분을 한 것으로 볼 수 없으므로 대상적격을 부정함

【서울고등법원 2008. 4. 3. 선고 2007누18*** 판결²³⁴⁾】

(1) 이 사건 재심결과 통보가 새로운 해고인지 여부

살피건대, 원고가 참가인에 대하여 직권면직의 이 사건 해고를 하면서 ‘참가인이 이후 이 사건 비위사실에 관하여 무죄 또는 형의 감경 등의 판결을 받아 직권면직 처분에 이의를 제기할 수 있는 상황이 발생할 경우, 인사위원회에서 복직 등의 구제절차를 고려할 수 있다’는 내용의 이 사건 단서를 단 사실은 앞서 본 바와 같은바, 이 사건 단서가 ‘구제절차’를 고려할 수 있다고 규정하고 있는 점, 이 사건 해고처분서(갑 제4호증의 3)에 ‘참가인을 직권면직에 처한다’고 기재되어 있을 뿐, 그 징계처분의 효력의 존속에 관하여 어떠한 조건도 명시적으로 기재되어 있지 않은 점 등에 비추어 이 사건 단서의 취지는 참가인에 대하여 직권면직의 징계처분을 확정적으로 하되, 다만, 참가인이 형사재판을 받고 있는 상황을 고려하여 재판 결과 사정변경이 생기는 경우 참가인에게 원고의 인사규정이 정하

233) 1심 판결(서울행정법원 2008. 5. 15. 선고 2007구합38*** 판결)을 인용함

234) 동 사건은 대법원(대법원 2008. 6. 26.자 2008두6*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

는 징계처분에 대한 ‘구제절차’, 즉 재심을 청구할 기회를 부여하여 복직 등 구제 여부를 고려해 보겠다는 것으로 볼 수 있을 뿐(원고의 인사규정 제48조 제1항에 의하면 징계처분을 받은 자는 처분을 통고받은 날로부터 20일 이내에 1회에 한하여 재심을 청구할 권리가 있으나, 이 사건 단서는 재판 결과 사정변경이 생기는 경우 위와 같은 재심청구기간이나 재심의 횟수제한에 상관없이 참가인에게 재심을 청구할 기회를 부여하겠다는 취지로 해석된다), 사정변경이 생기는 경우 이 사건 해고를 당연히 무효로 한단든지, 참가인에 대하여 새로운 징계절차를 진행하겠다는 취지로 볼 수는 없다.

따라서 참가인은 이 사건 해고로써 이미 해고되었다 할 것이고, 이 사건 재심결과 통보는 이 사건 단서에 기한 참가인의 재심청구를 기각하였다는 사실을 통지한 것에 불과할 뿐, 이를 참가인에 대하여 새로운 해고의 징계처분을 한 것으로 볼 수는 없으므로, 이 사건 재심결과 통보를 이 사건 해고와는 별개의 새로운 해고로 보고 그에 대하여 신청한 참가인의 구제신청은 구제신청의 대상이 될 수 없는 것을 대상으로 삼아 신청한 것으로 부적법하다 할 것이다.

2.4 직위해제 후 이루어진 전직 처분

직위해제를 하는 경우, 전직이 반드시 뒤따르는 것은 아니므로 양자를 **별개의 처분**으로 판단하여 **전직 처분**의 대상적격을 인정함

【서울행정법원 2007. 11. 1. 선고 2007구합10*** 판결】

(2) 이에 대하여 원고는 보직해임, 즉 직위해제와 전직은 밀접불가분의 관계에 있어 양자는 별개의 처분이 아니라 하나의 처분으로 보아야 할 것이므로 이 사건 보직해임에 대해서도 이 사건 전직이 있을 때를 기준으로 3개월내에 구제신청을 하면 적법하다고 주장한다.

살피건대, 을가 제2호증의 1, 을나 제1호증의 각 기재를 종합하면, 참가인 법인의 정관 제41조 제2항은 “임면권자는 다음 각 호의 1에 해당하는 교원에 대하여는 직위를 부여하지 아니할 수 있다”고 규정하면서 그 각 호로 ‘직무수행 능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자 또는 교원으로서 근무태도가 심히 불성실한 자(제1호)’, ‘징계의결이 요구된 자(제2호)’를 들고 있는바, 직위해제란 위와 같은 직위해제 사유가 발생한 경우 당해 근로자가 계속 근무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 그 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미하므로, 인사권자인 사용자가 적재적소에 노동력을 배치하고, 부서 간의 인사교류를 통하여 업무 운영의 원활을 기하는 등의 업무상 필요한 범위 내에서 실시하는 배치전환 중 하나인 직무 내용의 변경을 의미하는 전직과는 그 성질이 다르고, 보직해임을 하는 경우에 전직이 반드시 뒤따르는 것도 아니어서(위 정관 제41조 제3항은 ‘위 제2항의 규정에 의하여 직위를 부여하지 아니한 경우에 그 사유가 소멸된 때에는 임면권자는 지체 없이 직위를 부여하여야 한다’고 규정하고 있다) 양자를 하나의 처분으로 볼 수는 없으므로 원고의 위 주장은 이유 없다(이 사건 직위해제가 ○○병원의 조직변경 과정에서 참가인의 일반적인 인사권에 기하여 행해진 것이고, 위 정관 제41조의 규정에 관련되어 행해진 것이 아니라고 하더라도 앞서 본 바와 같이 직위해제와 전직은 그 성격이 다르고, 이 사건 직위해제와 이 사건 전직의 시기와 경위 및 내용 등에 비추어 이를 하나의 처분으로 행한 것이라고 볼 수도 없으므로 원고의 위 주장이 이유 없기는 마찬가지이다).

(3) 소결론

따라서, 중앙노동위원회가 ◇◇지방노동위원회의 결정 중 원고의 이 사건 보직해임에 관한 부분을 취소하면서 그 구제신청을 각하하였어야 하지만, ◇◇지방노동위원회의 구제명령을 취소하면서 그 구제신청을 기각하였다고 하더라도 결과적으로 원고의 이 사건 보직해임에 관한 구제신청을 받아들이지 아니한 점에서 그 실질적 효력에 있어서는 차이가 없으므로(기관력이 인정되는 민사판결에서는 청구기각판결이 소각하 판결보다 원고에게 불리하나, 구제신청기각결정과 구제신청각하결정 사이에서는 그와 같은 차이가 있다고 보기 어렵다) 이 사건 재심판정을 그대로 유지하기로 한다.

2.5 2차에 걸쳐 해고처분을 한 경우

1차 해고처분이 있는 후 그 해고가 무효일 수 있음을 이유로 2차 해고를 하였는데 추후 1차 해고처분에 대한 소송에서 1차 해고처분이 적법, 유효한 것으로 판결이 선고되어 확정된 경우, 2차 해고처분이 유효함을 전제로 구제명령을 한 재심판정은 부적법하다고 보아 2차 해고처분의 대상적격을 부정함²³⁵⁾

3. 근로조건 위반에 대한 손해배상이 문제된 경우

근로자가 노동위원회에 근로기준법 제19조 소정의 손해배상을 청구하기 위해서는 사용자가 근로계약 체결 시 근로자에 대하여 명시한 근로조건(임금, 근로시간 기타의 근로조건)을 위반하여 근로자에게 손해를 입힌 사실을 전제로 하여야 하고, 근로자가 임금 미지급 등을 사유로 한 손해배상청구는 대상적격이 부정된다고 봄

【대법원 1989. 2. 28. 선고 87누*** 판결】

2. 피고의 상고이유에 관하여 본대(보충이유 포함 다만, 피고보조참가인의 보충상고이유는 기간도와 후의 것이므로 판단하지 아니한다).

근로기준법 제22조는 “사용자는 근로계약 체결 시에 근로자에 대하여 임금, 근로시간 기타의 근로조건을 명시하여야 한다”, “동법 제23조는 ① 제22조의 규정에 의하여 명시된 근로조건이 사실과 상위가 있을 경우에는 근로자는 근로조건 위반에 인한 손해의 배상을 청구할 수 있으며 또는 즉시 근로계약을 해제할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의하여 근로자가 손해배상을 청구할 경우에는 노동위원회에 신청할 수 있으며 근로계약이 해제되었을 경우에는 사용자는 취업을 목적으로 거주를 변경하는 근로자에게 귀향여비를 지급하여야 한다”라고 규정하고 있으므로 근로자가 노동위원회에 위 제23조 소정의 손해배상청구를 하려면, 사용자가 근로자와 근로계약체결시 근로자에 대하여 명시한 근로조건(임금, 근로시간 기타의 근로조건)을 위반하여 근로자에게 손해를 입힌 사실을 전제로 하여야 하는 것이고, 사용자가 근로기준법의 다른 규정사항에, 같은 법 제27조 제1항 위반)이나 노동조합법상의 확정된 구제명령에 위반하여 근로자에게 손해를 입힌 경우라 하더라도 이를 위 제23조 소정의 근로

235) 서울행정법원 2013. 11. 29. 선고 2012구합15*** 판결

조건의 위반이라고는 볼 수 없으므로 근로자는 노동위원회에 위 법조에 의한 손해배상청구를 할 수 없고, 노동위원회도 이러한 청구에 관하여 심리, 결정할 권한이 없다 할 것이다(당원 1983. 4. 12. 선고 82누507 판결, 1984. 9. 11. 선고 84누*** 판결, 1985. 11. 12. 선고 84누***판결 각 참조).

...(중략)... 그러나 앞에서 밝힌 근로기준법 제23조가 정하는 손해배상청구의 법리에 비추어 볼 때, 원심이 확정한 원고의 손해배상청구는 비록 위 법조에 의한 손해배상청구임을 표방하고 있으나 이는 사용자가 근로계약 체결 시에 근로자에 대하여 명시한 근로조건이 사실과 상위가 있어서 근로자에게 손해가 발생하여 그 배상을 청구한다는 경우에 해당되지 아니하고 그 실질내용은 근로계약 이후, 피고보조참가인에 의한 부당해고 후에 확정된 구제명령대로 원직에로의 복직과 부당해고 기간 중 정상 임금 등의 지급이 이루어지지 아니하여 손해를 입었으니 이를 청구하는 것으로 보아야 할 것이므로, 원고는 이러한 손해배상을 근로기준법 제23조를 내세워 노동위원회에 청구할 수도 없고, 노동위원회는 원고의 위 손해배상청구를 심리, 결정할 권한이 없다 할 것이다.

그러므로 원심이 위 손해배상청구를 근로기준법 제23조 소정의 적법한 손해배상청구로 보고 이를 정당하다고 실시하면서, 피고의 재심결정을 위법하다고 판시한 것은 근로기준법 제23조 소정의 근로조건 위반으로 인한 손해배상청구의 법리를 오해한 위법을 저질러 판결결과에 영향을 미쳤다 할 것이니 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다.

제 4 장

구제이익

제1절 구제이익 개관	147
1. 구제이익의 의의	147
2. 구제이익 판단의 기준시기	148
제2절 임금 상당액 지급 명령과 관련한 독자적 구제이익의 인정 여부	149
1. 쟁점	149
2. 판례의 경향	149
3. 판례 변화에 따른 실무적 쟁점 검토	151
제3절 구제이익 관련 판례	154
1. 구제신청의 목적이 이미 달성된 경우	154
2. 사정변경으로 인하여 원상회복이 불가능해진 경우 (근로관계 종료, 폐업 등)	158
3. 별개의 민사소송에서 근로자 패소 판결이 확정된 경우	164
4. 기타 각하 요건에 해당하는 경우	165

제1절 구제이익 개관

1. 구제이익의 의의

구제이익 또는 구제신청의 이익이란 부당해고나 부당노동행위 등에 관하여 노동위원회의 공권적 판단(구제명령)을 구하기 위하여 가지고 있어야 하는 구체적인 이익 내지 필요를 말하며, 반면, 소의 이익이란 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 행정소송을 제기한 경우, 당해 재심판정의 취소를 구할 법률상 이익을 의미함²³⁶⁾

구제이익과 소의 이익은 모두 구제절차 또는 소송을 이용하고 유지할 정당한 이익 내지 필요성을 의미한다는 점에서 그 실질적인 내용은 동일하다고 볼 수 있으나, 구제이익은 노동위원회의 구제절차에서, 소의 이익은 법원의 재판단계에서 문제되는 것이라는 점에서 차이가 있음

구제이익은 법률의 규정에 따라 구제신청이 제기되면 원칙적으로 인정되나, 구제신청 목적의 실현(원직복직 등) 또는 사정변경에 의한 원상회복의 불능(근로계약관계의 종료, 사업체의 소멸 등) 등 특별한 사정이 있는 경우에는 문제가 될 수 있음

판례상 구제이익이 문제되는 사안은 크게 ① 구제신청의 목적이 이미 달성된 경우(원직복직 등), ② 사정변경으로 인해 원상회복이 불가능해진 경우(근로관계 종료, 폐업 등), ③ 별개의 민사소송²³⁷⁾에서 근로자의 패소판결이 확정된 경우(사법상 권리의무가 확정된 경우), ④ 기타의 경우(구제신청 포기, 근로자가 불이익취급에 동의하는 경우 등)로 유형화할 수 있음

노동위원회규칙 제60조 제1항 제6호에 따라 구제이익이 없는 경우, 지방노동위원회 및 중앙노동위원회는 구제신청을 각하하여야 함²³⁸⁾ 소의 이익이 없는 경우에도 법원은 소를 각하함

236) 중앙노동위원회 재심판정에 대하여 근로자나 사용자 등 관계 당사자가 행정소송을 제기하여 그 취소를 구하려면 일반의 취소소송과 마찬가지로 사실심 변론종결 당시를 기준으로 하여 그 취소를 구할 구체적인 법률상의 이익, 즉 소의 이익이 있어야 한다. 그런데 부당정직 구제신청을 인용한 중앙노동위원회의 재심판정, 즉 구제명령의 내용이 구제명령 발령 이후에 다른 방법에 의하여 실현되어 그 목적이 달성되었거나, 사정변경에 의하여 구제명령의 실현이 무의미하거나 객관적으로 불능하게 된 경우 그 구제명령은 그 시점 이후 그 기초를 상실하여 구속력을 잃게 되므로, 사용자는 더 이상 구제명령에 따를 의무가 없게 되어 원칙적으로 구제명령의 취소를 구할 이익이 없게 된다(서울고등법원 2006. 11. 2. 선고 2005누27*** 판결).

237) 판례는 “1. 근로기준법 제27조의3(1989. 3. 29. 법률 제4***호로 개정)의 규정은 부당해고를 당한 근로자에게 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있는 길을 열어 놓고 있으나 그렇다고 해서 해고를 둘러싼 쟁송에 대한 민사소송의 관할권을 박탈한 것으로 해석되지 아니한다(대법원 1991. 7. 12. 선고 90다9*** 판결).”라고 하여 해고무효확인 및 임금 상당액의 지급 청구 소송 등 민사절차와 노동위원회를 통한 행정적 구제절차는 양립 가능한 별개의 절차에 해당한다고 실시하고 있음

238) 노동위원회규칙 제60조(판정) ① 심판위원회는 심판사건이 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 각하한다.

6. 신청하는 구제의 내용이 법령상이나 사실상 실현할 수 없거나 신청의 이익이 없음이 명백한 경우

2. 구제이익 판단의 기준시기

부당해고 및 부당노동행위 등의 구제절차에 있어서 **구제이익 유·무에 대한 판단 기준 시점은 노동위원회의 판정 시점임**

예를 들어, 구제신청이 거부된 근로자가 재심판정 취소소송을 제기한 후 사실심 변론 종결 전에 사용자의 폐업 등이 발생하면 재심판정에 대한 실체적 판단 없이 소의 이익이 없다고 판단하여 소를 각하함

제2절 임금 상당액 지급 명령과 관련한 독자적 구제이익의 인정 여부

1. 쟁점

부당해고 구제절차 중에 계약기간 만료로 근로관계가 종료된 사안에서, 부당해고로 판정받았다 하더라도 원직복직 자체가 불가능하다면 구제이익이 없다고 보아야 할 것이나, 근로관계가 종료되어 원직복직이 불가능하더라도 부당해고기간 동안 받지 못한 임금 상당액의 손해는 여전히 남게 됨²³⁹⁾

이 경우 부당해고를 주장하는 근로자가 행정적 구제절차를 통해 임금의 지급을 요구할 수 있는지, 즉 임금지급명령에 대하여 독자적인 구제이익이 존재한다고 볼 수 있는지 여부가 문제되어 왔음

2. 판례의 경향

2007년 근로기준법 개정으로 금전보상제도가 도입되기 전에는 대법원은 노동위원회가 근로자의 구제신청을 인용하여 원직복직 및 임금 상당액 지급을 명하자 사용자가 이에 불복하여 소를 제기한 사안에서 재심판정 이전 근로관계가 종료되었으므로 구제이익이 없어 각하했어야 한다며 재심판정을 취소하면서 임금 상당액 지급명령에 대한 독자적 구제이익을 부정하였음

2007년 금전보상제도 도입 이후 일부 하급심 법원에서 임금 상당액 지급명령의 독자적 구제이익을 인정한 경우도 있었으나,²⁴⁰⁾ 2012년 대법원 판결²⁴¹⁾ 등을 근거로 하여 그

239) 예를 들어, 부당해고 구제절차 중 근로계약기간 만료 또는 폐업 등으로 원직복직이 불가능한 경우, 부당해고 구제절차 중 사용자가 해고를 취소하여 원직복직은 이루어졌으나 해고기간 동안의 임금은 지급되지 아니한 경우 등

240) 서울고등법원 2007. 7. 19. 선고 2006누27*** 판결 및 서울행정법원 2011. 9. 7. 선고 2010구합45*** 판결, 서울행정법원 2011. 9. 7. 선고 2010구합45*** 판결 참조

241) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012두4*** 판결 참조, 동 사건의 2심 법원은 임금 상당액 지급명령의 독자적 구제이익이 부정되는 이유에 대하여, “피고는 항소심에서도, 사용자가 노동위원회에서 ‘근로자에게 임금 상당액을 지급하라’는 임금지급명령을 받고도 이를 불이행할 때에는 노동위원회가 이행강제금을 부과할 수 있는 점, 근로자가 부당하게 해고당하였는데도 원직복직을 희망하지 않을 때에는 노동위원회가 사용자에게 금전보상명령을 할 수 있는 점, 구제명령 신청대상에 ‘감봉’도 포함되어 있어 근로자가 부당한 감봉조치에 대하여 임금지급명령만을 구하는 구제신청도 가능한 점, 기간제근로자가 구제명령제도를 이용할 수 있으려면 임금지급명령만의 구제신청을 허용할 현실적 필요성이 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 노동위원회는 근로자가 부당해고되어 구제신청을 한 이후 근로관계가 종료된 경우에는 임금지급명령만을 할 수 있다고 거듭 주장한다. 하지만 앞서 인용한 제1심 판결 이유에서 적절하게 판단하는 내용에 아래 이유를 더하여 살펴보면, 노동위원회는 원직복직명령을 전제로 원직복직명령과 함께 임금지급명령을 부과할 수 있을 뿐, 근로관계가 종료되어 원직복직명령을 할 수 없게 된 경우에는 임금지급명령만을 할 수는 없다고 봄이 타당하다. 그러므로 원고 주장을 받아들이지 않는다.”

동안 법원에서는 임금 상당액 지급명령의 독자적 구제이익을 부정하는 종래의 주류적 판례의 경향을 유지해 왔음

【대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두22*** 판결】

근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 근로계약기간의 만료로 근로관계가 종료하였다면 근로자로서는 비록 이미 지급받은 해고기간 중의 임금을 부당이득으로 반환하여야 하는 의무를 면하기 위한 필요가 있거나 퇴직금 산정 시 재직기간에 해고기간을 합산할 실익이 있다고 하여도, 그러한 이익은 민사소송절차를 통하여 해결될 수 있어 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되었으므로 구제이익은 소멸한다고 보아야 한다(대법원 2001. 4. 24. 선고 2000두7*** 판결 참조).

그러나 대법원은 2020. 2. 20. 아래와 같이 대법관 전원일치 의견의 전원합의체 판결(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52*** 전원합의체 판결, 이하 ‘2020년 대법원 판결’이라 함)을 선고하여 원심판결을 파기하였음

【대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52*** 판결】

1) 부당해고 구제명령제도에 관한 근로기준법의 규정 내용과 목적 및 취지, 임금 상당액 구제명령의 의의 및 그 법적 효과 등을 종합적으로 고려하면, 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가

① 근로기준법 제23조 제1항, 제28조 제1항은 “사용자가 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰) 등(이하 “부당해고 등”이라 한다)을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다”고 규정하면서도 사용자가 근로자에게 정당한 이유 없이 임금을 지급하지 않는 것에 대한 구제신청을 허용하고 있지 않다.

② 근로기준법 제30조 제1항, 제3항은 “노동위원회는 부당해고 등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하여야 하고, 구제명령(해고에 대한 구제명령만을 말한다)을 할 때에 근로자가 원직복직을 원하지 아니하면 원직복직을 명하는 대신 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액 이상의 금품을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다”고 규정하여 금전보상명령제를 도입하였다. 그런데 금전보상명령제는 입법취지가 구제명령이 원직복직을 전제로 하지 않는 한 전혀 허용되지 않는다면 근로자가 부당해고를 당하였으나 원직복직을 원하지 않는 경우에는 구제명령이 효과적인 구제수단이 되지 못하는 문제점을 해결하기 위한 것으로서, 원직복직이 객관적으로 가능한 것을 전제로 한 부당해고에 대한 구제명령인 원직복직명령을 대신하여 부과할 수 있다는 것일 뿐, 나아가 원직복직이 객관적으로 가능한 것을 전제로 한 부당해고에 대한 구제명령인 원직복직명령을 ‘대신하여’ 부과할 수 있다는 것일 뿐, 나아가 원직복직이 객관적으로 가능하지 않는 경우에 임금지급명령만을 할 수 있다는 것까지 의미하지 않는다.

③ 사용자가 임금지급명령을 받고도 이를 이행하지 않는 것에 대하여 종래 노동위원회가 이행강제금을 부과한 것은 임금지급명령이 원직복직명령과 함께 부과된 경우를 전제로 하고 있다고 보인다. 그리고 이처럼 임금지급명령 불이행 시에 이행강제금 부과가 가능하다는 것에서 곧바로 원직복직명령을 전제로 하지 않는 임금지급명령이 허용된다는 결론이 도출될 수는 없다.

④ 임금지급명령이 원직복직명령을 전제로 하여서만 허용되면 기간제근로자는 계약기간 만료 등으로 말미암아 근로관계가 종료하여 구제명령제도를 이용할 수 없게 될 가능성이 더 커지기는 하지만, 원직복직이 가능하다면 여전히 구제명령제도를 이용할 수 있고, 또 이러한 사정은 기간의 정함이 없는 근로자의 경우에도 마찬가지이므로, 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률이 시행된다는 이유만으로 노동위원회가 원직복직명령을 전제로 하지 않는 임금지급명령만을 할 수 있게 되었다고 볼 수는 없다. 따라서, 피고의 항소는 이유 없어 이를 기각한다(서울고등법원 2012. 1. 11. 선고 2011누25465 판결).”라고 판결하고 있음

능하게 된 경우에도 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제 명령을 받을 이익이 유지되므로 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다룰 소의 이익이 있다고 보아야 한다.

2) 위와 같은 법리는 근로자가 근로기준법 제30조 제3항에 따라 금품지급명령을 신청한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

3) 이와 달리 근로자가 부당해고 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정에 대해 소를 제기하여 해고의 효력을 다투던 중 다른 사유로 근로관계가 종료한 경우 소의 이익이 소멸된다는 취지로 판단한 중전 판결을 비롯하여 같은 취지의 판결은 이 판결과 배치되는 범위 내에서 이를 변경한다.

종래 대법원은 근로자가 구제명령을 얻는다고 하더라도 객관적으로 보아 원직에 복직하는 것이 불가능하면, 해고기간 중의 지급받지 못한 임금을 지급받기 위한 필요가 있다고 하더라도 이는 민사소송절차를 통하여 해결할 수 있다는 등의 이유를 들어 근로자가 재심판정의 취소를 구할 소의 이익이 없다고 보았으나, 부당해고를 당한 근로자로서는 비록 원직에 복직하는 것은 불가능하더라도, 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요성이 제기됨

이에 따라 2020년 대법원 판결은 제기된 필요성에 기초하여 근로자가 부당해고 구제신청을 기각한 재심판정의 취소를 구하는 소송에 소의 이익이 있다고 판단함으로써, 부당해고를 당하였으나 부당해고 구제신청을 한 후 정년이 되거나 근로계약기간이 만료되어 원직에 복직하는 것이 불가능한 근로자들도 해고기간 중의 임금을 지급받기 위하여 재심판정 취소소송에서 부당해고에 관한 본안판단을 받을 수 있게 되었음

결국 대법원이 대법관 전원일치 의견으로 종래의 판례를 변경함으로써, 부당해고를 당한 근로자가 부당해고 구제명령제도를 통해 구제받을 수 있는 기회를 확대하였다는 데 2020년 대법원 판결의 의의를 찾을 수 있음

3. 판례 변화에 따른 실무적 쟁점 검토²⁴²⁾

3.1 구제신청 절차 중 계약기간 만료, 정년 도래의 경우

중전에 노동위원회는 근로자가 노동위원회에 부당해고 등 구제신청 후 판정 이전에 근로관계가 종료된 경우, 구제신청의 이익이 없다고 판단하여 각하하였으나, 2020년 대법원 판결 이후에는 임금 상당액 지급명령의 독자적 구제이익을 인정하는 본 판결의 취지에 따라 구제이익을 인정해야 할 필요성이 존재함

242) 2020년 대법원 판결 이후 대두된 쟁점들로, 확정된 결론에 이른 것은 아니나 실무적으로 본문 기재 내용과 같이 처리 가능

3.2 구제신청 전 계약기간 만료, 정년 도래의 경우

그러나 구제신청 전 ‘이미’ 근로계약기간이 만료하였거나 정년이 도래하여 근로관계가 종료한 경우에는 원직복직 뿐만 아니라 임금 상당액에 대한 구제이익을 인정하는 것은 어려움(각하 판정)

예를 들어, 계약기간이 2019. 12. 31.까지인 기간제근로자가 2019. 11. 1. 해고를 당해 2020. 1. 31. 구제신청을 한 후 2020. 2. 28.에 판정회의가 개최된 경우 임금 상당액에 대한 구제이익을 인정하기 어려움

3.3 구제신청 절차 중 사업장이 소멸하는 경우

사업 또는 사업장이 소멸하는 경우 등은 사업 또는 사업장의 존재를 전제로 신청하는 구제의 내용(원직복직)이 사실상 실현할 수 없는 경우에 해당하므로 근로자의 구제신청은 각하 요건에 해당함(노동위원회규칙 제60조 제1항 제6호)

그러나 원직복직 구제명령은 실현할 수 없더라도 임금 상당액의 지급을 명하는 내용의 구제가 가능하다면, 임금 상당액의 독자적 구제이익을 인정한 2020년 대법원 판결의 취지에 따라 구제이익을 인정할 필요가 있음

그러므로 개인사업주의 경우 폐업을 하였더라도 임금 상당액의 구제명령을 이행할 당사자가 있으므로 구제이익이 인정될 수 있으나, 법인격이 소멸한 경우는 임금 상당액의 구제명령을 이행할 당사자가 없어 구제의 내용이 사실상 실현할 수 없으므로 각하 판정을 하는 것이 타당할 것임(노동위원회규칙 제60조 제1항 제6호)

다만, 법인 사업주의 경우, 해산등기 이후 청산절차 종결등기를 마친 경우라 하더라도 회사에 분배되지 않은 잔여재산이 남아있는 경우에는 구제이익을 인정할 여지가 있다는 대법원 판결²⁴³⁾이 있음

한편 사용자에게는 공법상 명령을 벗어날 이익이 존재하므로(법인격 소멸 등으로 당사자능력이 상실되지 않는 한) 언제나 재심신청의 이익 또는 소의 이익이 인정됨

243) 근로자를 징계해고한 회사가 해산등기 이후 청산절차가 종료되어 청산절차 종결등기를 마친 경우, 위 근로자는 부당해고 구제신청에 따른 구제명령을 얻는다고 하더라도 위 회사와의 근로관계 회복이 객관적으로 불가능하게 되었고, 그 외 법령 등에서 재취업의 기회를 제한하는 규정을 두고 있는 등의 특별한 사정이 없고 위 회사에 분배되지 아니한 잔여재산이 남아 있지 않다면 해고 이후 복직이 가능하였던 기간 중의 임금 상당액도 변제받을 수 없게 되었다고 할 것이므로 부당해고구제재심판정의 취소를 구할 소의 이익이 없다고 한 사례(대법원 2000. 8. 22. 선고 99두6*** 판결) 참고

3.4 구제신청 절차 진행 중 근로자가 사망한 경우

구제신청 중 근로자가 사망한 경우, 근로자 지위는 일신전속적이므로 원직복직 부분은 상속될 수 없는 반면, 임금 상당액 부분의 상속 여부가 문제될 수 있으나, 상속인 특정 등을 위한 소송중단 절차가 제도화되어있는 법원에서의 소송과는 달리 부당해고 구제제도에서는 이러한 절차가 마련되어 있지 않으므로 **임금 상당액의 지급만을 목적으로 하는 구제신청권은 상속될 수 없는 것으로 보는 것이 타당함**

3.5 해고 외 정직 등의 경우

2020년 대법원 판결은 사용자의 부당해고에 대한 구제신청의 사례이나 정직, 전직 등의 사건도 구제신청 절차 중 근로관계가 종료된 경우, 임금 상당액의 독자적 구제이익을 인정하는 2020년 대법원 판결의 취지에 따라 구제이익을 인정할 필요가 있음. 즉 **부당해고의 경우와 다르게 불 이유가 없음**

제3절 구제이익 관련 판례

1. 구제신청의 목적이 이미 달성된 경우

1.1 해고 후 원직복직된 경우

1) 사용자가 해고처분을 취소하거나 철회하고 근로자를 복직시켰다면 근로자는 구제신청의 목적을 달성하여 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되었으므로 구제이익이 소멸한다고 보아야 할 것임²⁴⁴⁾

【대법원 2002. 2. 8. 선고 2000두7*** 판결】

근로자가 부당전보 내지 부당해고 구제신청을 하여 전보명령과 해고처분의 효력을 다투던 중 사용자가 그 전보명령과 해고처분을 철회 내지 취소하고 근로자를 복직시켰다면, 근로자로서는 구제를 구하는 사항이 위 복직 등에 의하여 실현됨으로써 구제신청의 목적을 달성하였으므로, 새로운 근무지로의 전보에 대한 효력을 다투는 것은 별론으로 하고, 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되어 구제이익은 소멸한다고 보아야 할 것이다(대법원 1991. 2. 22. 선고 90다카27389 판결, 2001. 4. 24. 선고 2000두7988 판결 참조).

【서울행정법원 2016. 8. 25. 선고 2015구합12*** 판결】

근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고처분의 효력을 다투던 중 사용자가 해고처분을 철회하고 근로자를 복직시켰다면 근로자로서는 구제를 구하는 사항이 위 복직에 의하여 실현됨으로써 구제신청의 목적을 달성하였으므로 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되어 구제이익이 소멸한다고 보아야 한다(대법원 2002. 2. 8. 선고 2000두7*** 판결).

2) 대법원은 사용주가 해고되었던 근로자를 복직시키면서 해고 이후 복직 시까지 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨다면 **완전한 의미의 원상회복을 한 것이 아니라 할지라도 복직명령을 한 이상 구제이익은 소멸했다고** 보아야 하고, 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 이는 **사용주의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것이므로** 정당하게 복직시킨 것으로 보아야 한다고 하면서, 합리적인 이유가 있다면 원직복직에 대한 해석을 엄격하게 할 것은 아니라는 취지로 설시하고 있음

244) 서울행정법원 2013. 5. 21. 선고 2012구합42*** 판결, 서울행정법원 2013. 9. 12. 선고 2013구합11*** 판결 등 참조

【대법원 1997. 5. 16. 선고 96다47*** 판결】

사용주가 해고되었던 근로자를 복직시키면서 해고 이후 복직 시까지 위 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨다면 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 이는 사용주의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것이므로 정당하게 복직시킨 것으로 보아야 할 것이다.

제4장
구제이익【서울행정법원 2018. 11. 29. 선고 2018구합65*** 판결²⁴⁵⁾】

나) 판단

(1) 노동위원회법에 의하면, 중앙노동위원회는 중앙노동위원회, 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 운영, 부문별 위원회가 처리하는 사건의 지정방법 및 조사관이 처리하는 사건의 지정방법, 그 밖에 위원회 운영에 필요한 사항에 관한 규칙을 제정할 수 있다(제25조). 그와 같은 위임에 따라 제정된 노동위원회규칙에 의하면, 노동위원회는 구제명령의 이행기한이 지나면 지체없이 그 이행 여부를 확인하여야 하고(제78조), 원직복직에 관한 구제명령의 이행 여부는 당해 근로자에게 해고 등을 할 당시와 같은 직급과 같은 종류의 직무를 부여하였거나 당해 근로자의 동의를 얻어 다른 직무를 부여하였는지 여부, 다만, 같은 직급이나 직무가 없는 등 불가피한 사유가 발생한 때에는 유사한 직급이나 직무를 부여하였는지 여부를 기준으로 판단한다(제79조 제1호).

다만, 원직복직의 구제명령이 반드시 당해 근로자에게 해고 당시와 완전하게 동일한 직무를 부여할 것을 일률적으로 요구한다고 볼 수는 없고, 사용주가 지방노동위원회의 권고에 따라 해고되었던 근로자를 복직시키면서 해고 이후 복직 시까지 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 피고, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우에는, 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 이는 사용주의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것이므로 정당하게 복직시킨 것으로 보아야 한다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52*** 판결 참조).

3) 또한 법원은 사용자가 복직명령을 한 이상 임금 상당액 지급 및 4대 보험 피보험자격 상실신고 취소를 거부한 경우에도 근로자의 구제이익은 소멸한다고 말하고 있음

【서울고등법원 2012. 12. 5. 선고 2012누15*** 판결²⁴⁶⁾】

원고는, 부당해고 구제신청의 중요한 목적이 근로자의 단순 복직이 아니라 근로자를 해고되기 이전 상태로 복귀시키는 원상회복인데, 비록 참가인이 원고에게 복직을 통보하였으나 해고기간의 임금을 지급하며 고용보험 등의 피보험자격 상실신고를 삭제하는 등 원고를 해고되기 이전 상태로 복귀시키는 데 필요한 조치를 하고 있지 않으므로 이러한 원상회복을 위해 부당해고 구제신청의 이익이 여전히 존재한다고 주장한다.

그러나 근로기준법 제30조 제1항, 제3항 각 규정의 내용, 구제명령의 제도 취지와 입법목적 등을 종합하여 볼 때 부당해고 구제신청은 정당한 이유 없이 해고된 근로자를 신속하게 구제하여 원직에 복직시키기 위한 제도이지, 나아가 근로자를 해고되기 이전 상태로 원상회복을 시키기 위한 것은 아니다. 앞서 인용한 제1심판결 이유에서 적절히 실시하는 바와 같이 원고가 구제신청에 따른 절차의

245) 대법원 2019. 10. 17. 선고 2019두45*** 판결로 확정됨

진행 도중에 참가인에게서 복직을 통보받았고 실제 복직하는 데 어떠한 장애가 있었다고 보이지 않는 이상 원고의 부당하고 구제신청은 더는 구제이익이 없게 되었다고 봄이 타당하다.

4) 다만, 법원은 사용자의 원직복직 명령의 진정성이 없다고 인정되는 경우에는 원직복직 명령에도 불구하고 구제이익은 여전히 인정된다고 보고 있음

【서울행정법원 2012. 8. 16. 선고 2012구합8847 판결²⁴⁷⁾】

근로기준법 제30조 제3항에서 원직복직에 갈음하는 금전보상제도를 명문으로 인정하고 있는 점에 비추어 볼 때 금전보상명령이 원직복직명령에 수반하는 종속적인 구제명령에 불과하다고 보기는 어렵고, 원고가 이 사건 해고 이후에 참가인들을 업무방해 혐의로 형사상 고소한 점, 참가인들을 해고한 이후 다른 직원들을 채용한 점, 참가인들이 서울지방노동위원회에 금전보상명령을 신청한 다음 날 전격적으로 참가인들에게 이 사건 해고 취소 및 원직복직을 명하는 문자메시지를 발송한 점 등에 비추어 보면, 원고는 참가인들에 대한 금전보상을 회피하기 위하여 형식적으로 이 사건 해고 취소 및 원직복직을 명하는 문자메시지를 발송한 것으로 보일 뿐이므로, 여전히 참가인들에게는 구제이익이 인정된다고 봄이 타당하다.

5) 한편 부당해고 등에 대한 구제이익의 유무는 중앙노동위원회의 재심판정 시점을 기준으로 판단하여야 하고, 그 후의 사정변경으로 구제이익이 소급적으로 소멸한다고 볼 수 없으므로 사용자가 재심판정의 취소를 구하는 소를 제기한 이후 해고의 철회 및 원직복직이 이루어진 경우에도 근로자의 구제이익이 소급하여 소멸한다고 볼 수 없음
이 경우 소를 제기한 사용자는 해고기간 동안 임금 상당액의 지급을 명한 구제명령(공법상 의무 부과)을 다룰 소의 이익이 여전히 유지됨

【서울고등법원 2013. 10. 24. 선고 2013누12*** 판결²⁴⁸⁾】

(1) 구제이익이 소급적으로 소멸하였는지 여부

부당해고 등에 대한 구제이익의 유무는 구제명령을 발하거나 이를 유지할 필요가 있는지 여부의 문제이므로 중앙노동위원회의 재심판정시를 기준으로 판단하여야 하고, 그 후의 사정변경으로 구제신청의 목적이 달성되었다고 하여 그 구제이익이 소급하여 소멸한다고 볼 수는 없다. 그러므로 원고가 그 주장과 같이 이 사건 재심판정 후에 피고보조참가인들에 대한 징계해고 처분을 취소하고 구제명령의 내용을 모두 이행하였다 하여 이 사건 구제신청의 이익이 소급적으로 소멸한다고 할 수 없다.

원고의 이 부분 주장은 이유 없다,

(2) 소의 이익의 유무

노동위원회가 부당해고로 인정하여 발령한 원직복직과 해고기간 임금 상당액 지급의 구제명령 가운데 원직복직 명령이 그 후에 이루어진 사용자의 해고처분 취소와 원직복직으로 그 내용이 모두 이

246) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 28.자 2012두28*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

247) 동 사건은 1심에서 확정됨

행되었다면 사용자가 더 이상 이를 따를 의무가 없어 무의미하게 되었다 할 수 있지만, 해고기간 임금 상당액의 지급을 명한 구제조치에 대하여는 그 임금 상당액이 이미 지급되었다 하더라도 구제명령이 취소된다면 근로자에게 지급한 임금 상당액은 법적 근거가 없게 되어 부당이득이 되고, 근로자에 대하여 반환을 청구할 수 있게 되는 것이므로 그 한도에서 구제명령의 취소를 구할 법률상 이익이 있다(대법원 1993. 9. 14. 선고 93누1268 판결 참조).

따라서 원고의 주장과 같이 이 사건 징계해고 처분이 모두 취소되고 피고보조참가인들이 원직에 복직되었다 하더라도 사용자인 원고는 피고보조참가인들에게 지급한 임금 상당액의 반환을 구하기 위하여 구제명령을 유지한 이 사건 재심판정의 취소를 구할 법률상 이익이 있다 할 것이다.

6) 나아가 사용자가 ‘구제명령에 따라’ 이행강제금 등을 피하기 위해 공법상 의무를 이행한 경우는 잠정적으로 **중전의 해고처분의 효력을 정지시키고 복직시킨다**는 뜻이지, 근로자에 대한 해고처분을 종국적으로 취소한다는 뜻이 아니므로 **이러한 경우 구제이익이 소멸하였다고 판단하여 근로자의 구제신청을 각하해서는 안 될 것임**

1.2 해고 처분을 철회하면서 전보명령을 한 경우

근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고처분의 효력을 다투던 중 사용자가 그 해고 처분을 철회하고 새로운 근무지로 전보하였다면, **근로자로서는 그 전보에 대한 효력을 다투는 것은 별론으로 하더라도, 구제를 구하는 사항이 복직에 의해 실현됨으로써 구제신청의 목적을 달성한 것이므로 구제이익은 소멸함**

【서울행정법원 2016. 9. 1. 선고 2016구합*** 판결】

근로자가 부당전보 또는 부당해고에 대한 구제신청을 하여 전보명령과 해고처분의 효력을 다투던 중 사용자가 그 전보명령과 해고처분을 철회하거나 취소하고 근로자를 복직시켰다면, 근로자로서는 구제를 구하는 사항이 그 복직 등에 의하여 실현됨으로써 구제신청의 목적을 달성하였으므로, **새로운 근무지로의 전보에 대한 효력을 다투는 것은 별론으로 하고, 더 이상 구제 절차를 유지할 필요가 없게 되어 구제이익은 소멸하며**(대법원 2000두7*** 판결 참조), 그 구제신청을 받아들이지 않은 중앙노동위원회의 재심판정을 다투 소의 이익도 없다고 봄이 타당하다.

1.3 대기발령(직위해제) 이후 처분이 해제된 경우

1) 대기발령 이후 **대기발령 처분이 해제**되었다면 원칙적으로 부당대기발령 구제신청의 **구제이익이 존재하지 않음**²⁴⁹⁾

248) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 2. 28.자 2013두24*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

249) 이러한 사례는 대기발령 처분이 해제되어 직위를 부여받은 경우 또는 대기발령 사유와 동일한 사유로 징계처분을 받은 경우 등임

【대법원 1997. 9. 26. 선고 97다25*** 판결】

직위해제는 일반적으로 근로자가 직무 수행 능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행 중인 경우, 근로자가 형사사건으로 기소된 경우 등에 있어서 당해 근로자가 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서, 어떠한 사유에 의하여 근로자를 직위해제한 후 직위해제 사유와 동일한 사유를 이유로 그 근로자를 해임한 경우에는 그 해임처분으로써 원래의 직위해제처분은 그 효력을 상실하게 된다.

2) 다만, 직위해제 처분이 실효되더라도 **승진, 승급에 제한이 가해지는 등 특별한 사정이 인정되는 경우에는 예외적으로 구제이익이 인정됨**

【대법원 2010. 7. 29. 선고 2007두18*** 판결】

직위해제처분은 근로자로서의 지위를 그대로 존속시키면서 다만, 그 직위만을 부여하지 아니하는 처분이므로 만일 어떤 사유에 기하여 근로자를 직위해제한 후 그 직위해제 사유와 동일한 사유를 이유로 징계처분을 하였다면 뒤에 이루어진 징계처분에 의하여 그 전에 있었던 직위해제처분은 그 효력을 상실한다. 여기서 직위해제처분이 효력을 상실한다는 것은 직위해제처분이 소급적으로 소멸하여 처음부터 직위해제처분이 없었던 것과 같은 상태로 되는 것이 아니라 사후적으로 그 효력이 소멸한다는 의미이다. 따라서 직위해제처분에 기하여 발생한 효과는 당해 직위해제처분이 실효되더라도 소급하여 소멸하는 것이 아니므로, 인사규정 등에서 직위해제처분에 따른 효과로 승진·승급에 제한을 가하는 등의 법률상 불이익을 규정하고 있는 경우에는 직위해제처분을 받은 근로자는 이러한 법률상 불이익을 제거하기 위하여 그 실효된 직위해제처분에 대한 구제를 신청할 이익이 있다.

2. 사정변경으로 인하여 원상회복이 불가능해진 경우(근로관계 종료, 폐업 등)

2.1 근로관계가 종료된 경우

1) 2020년 대법원 판결²⁵⁰⁾은 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도, 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면, 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다룰 소의 이익이 있다고 판단하였음

250) 대법원은 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면, 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다룰 소의 이익이 있다고 보아 대법관 전원일치 의견의 전원합의체 판결을 선고하여 원심판결을 파기하였음(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52*** 전원합의체판결).

이는 근로자가 부당해고 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정에 대해 소를 제기하여 **해고의 효력을 다투던 중 다른 사유로 근로관계가 종료한 경우, 소의 이익이 소멸된다고 본 종래의 대법원 판례를 모두 변경한 것이므로** 임금 상당액 지급 구제명령 만으로도 부당해고 구제명령제도의 목적에 포함된다는 판단은 ‘소의 이익’ 뿐만 아니라 노동위원회 단계의 ‘구제이익’의 의미를 해석함에도 영향을 미치게 되었음

【대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52*** 판결】

나. 소의 이익을 인정할 당위성과 그 근거

(1) 부당해고 구제명령제도에 관한 근로기준법의 규정 내용과 목적 및 취지, 임금 상당액 구제명령의 의의 및 그 법적 효과 등을 종합적으로 고려하면, 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지되므로 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다툼 소의 이익이 있다고 보아야 한다. 그 상세한 이유는 다음과 같다.

(가) 근로기준법은 부당해고 구제명령제도에 관하여 “사용자가 근로자에게 부당해고 등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다.”(제28조 제1항), “노동위원회는 제29조에 따른 심문을 끝내고 부당해고 등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하여야 하며, 부당해고 등이 성립하지 아니한다고 판정하면 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다.”(제30조 제1항)라고 규정하고 있다. 부당해고 구제명령제도는 부당한 해고를 당한 근로자에 대한 원상회복, 즉 근로자가 부당해고를 당하지 않았다면 향유할 법적 지위와 이익의 회복을 위해 도입된 제도로서, 근로자 지위의 회복만을 목적으로 하는 것이 아니다. 해고를 당한 근로자가 원직에 복직하는 것이 불가능하더라도, 부당한 해고라는 사실을 확인하여 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받도록 하는 것도 부당해고 구제명령제도의 목적에 포함된다.

(나) 노동위원회는 부당해고가 성립한다고 인정되면 부당해고임을 확인하고 근로자를 원직에 복직시키고, 해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 지급하라는 취지의 구제명령을 하고 있다. 부당한 해고를 당한 근로자를 원직에 복직하도록 하는 것과, 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받도록 하는 것 중 어느 것이 더 우월한 구제방법이라고 말할 수 없다. 근로자를 원직에 복직하도록 하는 것은 장래의 근로관계에 대한 조치이고, 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받도록 하는 것은 근로자가 부당한 해고의 효력을 다투고 있던 기간 중의 근로관계의 불확실성에 따른 법률관계를 정리하기 위한 것으로 서로 목적과 효과가 다르기 때문에 원직복직이 가능한 근로자에 한정하여 임금 상당액을 지급받도록 할 것은 아니다.

(다) 노동위원회가 하는 구제명령은 사용자에게 이에 복종해야 할 공법상의 의무를 부담시킬 뿐 직접 노사 간 사법상 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니지만, 구제명령이 내려지면 사용자는 이를 이행하여야 할 공법상의 의무를 부담하고, 이행하지 아니할 경우에는 이행강제금이 부과되며(근로기준법 제33조), 확정된 구제명령을 이행하지 아니한 자는 형사처벌의 대상이 되는(근로기준법 제111조) 등 구제명령은 간접적인 강제력을 가진다. 따라서 근로자가 구제명령을 통해 유효한 집행권원을 획득하는 것은 아니지만, 해고기간 중의 미지급 임금과 관련하여 강제력 있는 구제명령을 얻을 이익이 있으므로 이를 위해 재심판정의 취소를 구할 이익도 인정된다고 봄이 타당하다.

(라) 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받기 위하여 민사소송을 제기할 수 있다는 사정이 소의 이

익을 부정할 이유가 되지는 않는다. 행정적 구제절차인 부당해고 구제명령제도는 민사소송을 통한 통상적인 권리 구제방법에 따른 소송절차의 번잡성, 절차의 지연, 과도한 비용부담 등의 폐해를 지양하고 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제를 도모하는 데에 그 제도적 취지가 있다(대법원 1997. 2. 14. 선고 96누5*** 판결 참조). 근로자가 해고기간 중 받지 못한 임금을 지급받기 위하여 민사소송을 제기할 수 있음은 물론이지만, 그와 별개로 신속·간이한 구제절차 및 이에 따른 행정소송을 통해 부당해고를 확인받고 부당해고로 입은 임금 상당액의 손실을 회복할 수 있도록 하는 것이 부당해고 구제명령제도의 취지에 부합한다.

(마) 종전 판결은 금품지급명령을 도입한 근로기준법 개정 취지에 맞지 않고, 기간제근로자의 실효적이고 직접적인 권리구제를 사실상 부정하는 결과가 되어 부당하다. 2007. 1. 26. 개정된 근로기준법 제33조의3 제1항(현행 근로기준법 제30조 제3항)은 부당한 해고의 구제방식을 다양화함으로써 권리구제의 실효성을 제고할 목적으로, 해고에 대한 구제명령을 할 때에 근로자가 원직복직을 원하지 아니하면 원직복직을 명하는 대신 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액 이상의 금품을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있게 하였다. 이와 같이 원직복직을 전제로 하지 않는 구제수단을 제도적으로 도입한 점에 비추어 보면 원직복직이 불가능한 경우에도 소의 이익을 인정하여 근로자가 구제받을 기회를 주는 것이 타당하다. 기간제근로자가 근로계약기간 중 부당한 해고를 당했다는 이유로 부당해고 구제신청을 하였으나 구제신청이 기각된 경우, 근로자가 제기한 소송이 진행되는 중에 근로계약기간이 종료되는 경우가 적지 않다. 종전 판결에 따르면 이 경우 소의 이익이 인정되지 않으므로 기간제근로자는 구제받기 어렵다. 기간제근로자에 대한 부당해고의 원상회복을 위해서는 원직복직보다 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받도록 하는 것이 더 중요할 수 있음에도 불구하고 본안을 판단하지 않는 종전 판결의 태도는 기간제근로자의 권리구제에 실질적인 흠결을 초래한다.

2) 2020년 대법원 판결에서 대법원은 임금 상당액에 대한 소의 이익을 인정할 당위성과 근거에 대하여 5가지를 제시하고 있음

우선, 부당해고 구제명령제도는 부당한 해고를 당한 근로자에 대한 원상회복을 위해 도입된 제도로서, 근로자 지위의 회복만을 목적으로 하는 것이 아니라는 점을 분명히 하면서, 해고를 당한 근로자가 원직에 복직하는 것이 불가능하다 하더라도, 부당해고라는 사실을 확인하여 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받도록 하는 것 역시 부당해고 구제명령제도의 목적에 포함된다고 판단하였음

둘째, 부당한 해고를 당한 근로자를 원직에 복직하도록 하는 것과 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받도록 하는 것 중 어느 것이 더 우월한 구제방법이라고 말할 수 없으며, 전자는 장래에 대한 것이고, 후자는 과거에 대한 것으로, 양자는 서로 목적과 효과가 다르므로 ‘원직복직이 가능한 근로자’에 한정하여 임금 상당액을 지급받도록 할 것은 아니라고 설시함

셋째, 노동위원회의 구제명령은 사용자에게 공법상의 의무를 부담시킬 뿐 직접 노사간 사법상 법률관계를 발생·변경시키는 것은 아니지만, 이행강제금과 형사처벌 등을 통

하여 간접적인 ‘강제력’을 가지므로 근로자로서는 해고기간 중의 미지급 임금에 관하여 위와 같은 강제력이 있는 구제명령을 얻을 이익이 있을 뿐만 아니라, 구제명령을 얻기 위하여 재심판정의 취소를 구할 이익도 인정된다고 보았음

넷째, 근로자가 별도로 민사소송을 제기하여 미지급 임금을 청구할 수는 있다고 하여 소의 이익을 부정할 수는 없다고 판단하였음. 즉 민사소송을 통한 권리구제는 소송절차의 번잡성, 절차의 지연, 과다한 비용부담 등의 문제가 있으므로 민사소송과 별개로 신속·간이한 구제절차 및 행정소송을 통하여 부당해고를 확인받고, 임금 상당액의 손실을 회복할 수 있도록 하는 것이 부당해고 구제명령제도의 취지에 부합한다고 설시함

마지막으로 종전 판결은 원직복직을 전제로 하지 않는 ‘금품지급명령’을 도입한 근로기준법의 개정 취지에 맞지 않으므로 원직복직이 불가능한 경우에도 소의 이익을 인정하여 근로자가 구제받을 기회를 주는 것이 타당한 것으로 판단함

3) 그러나 이는 원직복직이 불가능하더라도 임금 상당액을 지급받을 필요에 따라 구제이익을 판단한 것일 뿐인바, 이와 달리 기간제 근로계약에서 근로계약 ‘기간만료’ 그 자체를 해고로 다루는 경우에는 그 자체로 본안판단의 문제이므로 굳이 요건판단(구제이익)의 문제로 다룰 필요성은 없고, 별도로 원직복직 명령만의 구제이익 유무가 아닌 그 자체로 구제신청의 본안판단으로 나아가면 됨

즉 기간제 근로계약이 만료되었더라도 본안판단에서 근로자에게 재임용 내지 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되지 않거나, 인정된다고 하더라도 그 갱신거절에 합리적인 이유가 있는 경우에는 부당해고 구제신청(임금 상당액 지급 부분 포함)을 기각해야 할 것임. 이는 원직복직이 불가능하더라도 임금 상당액을 지급받을 필요가 있는 사안에는 해당하지 아니하기 때문임

【대법원 2005. 7. 8. 선고 2002두8*** 판결】

2. 계약기간이 만료되었으므로 소의 이익이 없다는 주장에 대하여

가. 계약기간을 정하여 임용된 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 재임용계약을 체결하지 못하면 재임용 거부결정 등 특별한 절차를 거치지 않아도 당연퇴직되는 것이며, 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 계약기간의 만료로 근로관계가 종료되었다면 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되어 구제이익이 소멸하는 것이 원칙이기는 하나, 임용의 근거가 된 법령 등의 규정이나 계약 등에서 임용권자에게 임용기간이 만료된 근로자를 재임용할 의무를 지우거나 재임용절차 및 요건 등에 관한 근거규정을 두고 있어 근로자에게 소정의 절차에 따라 재임용될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 그 절차에 위반하여 부당하게 근로자를 재임용에서 제외하는 것은 실질적으로 부당해고와 동일시할 수 있는 것이므로 근로자로서는 임용기간이 만료된 후에도 재임용에서 제외한 조치의 유효 여부를 다룰 법률상 이익을 가진다고 할 것이다.

2.2 사업체가 소멸된 경우(사실상 사업계속이 불가능한 경우)

1) 사용자가 실질적으로 폐업하여 법인격까지 소멸함으로써 근로자가 복귀할 사업체의 실체가 없어졌다면 원직복직 뿐만 아니라 임금 상당액의 독자적 구제이익이 소멸된다고 보아야 함

【 대법원 2000. 8. 22. 선고 99두6*** 판결 】

근로자를 징계해고한 회사가 해산등기 이후 청산절차가 종료되어 청산절차 종결등기를 마친 경우, 위 근로자는 부당해고 구제신청에 따른 구제명령을 얻는다고 하더라도 위 회사와의 근로관계 회복이 객관적으로 불가능하게 되었고, 그 외 법령 등에서 재취업의 기회를 제한하는 규정을 두고 있는 등의 특별한 사정이 없고 위 회사에 분배되지 아니한 잔여재산이 남아 있지 않다면 해고 이후 복직이 가능하였던 기간 중의 임금 상당액도 변제받을 수 없게 되었다고 할 것이므로 부당해고구제재심판정의 취소를 구할 소의 이익이 없다.

2) 청산종결등기가 경료되지 아니하여 법인격이 형식적으로는 존속하더라도, 폐업으로 사실상 영업이 불가능한 경우에도 구제이익이 부정됨

【 서울행정법원 2016. 12. 13. 선고 2015구합10*** 판결 】

사용자가 사업체 전부를 폐업하지는 않고 영위하던 사업 중 일부만을 폐지하였더라도, 폐지한 사업과 존속하는 사업이 별개의 독립된 내용으로서 폐업한 사업장의 근로자들을 다른 사업장으로의 전환배치가 사실상 어렵다는 등 호환성이 없는 경우에는 사용자의 사업이 단순한 양적 축소가 아니라 독자적 사업 부분 전체의 완전한 폐지에 해당하므로, 사업체 전부 폐업과 마찬가지로 폐업한 사업장의 근로자들의 복직을 명하는 구제명령이 내려진다고 하더라도 그 실현이 객관적으로 불가능하게 되어 구제이익이 없다.

3) 그러나 사용자가 전부폐업이 아닌 일부폐업, 위장폐업을 하였거나, 근로자가 사용자의 위장폐업을 주장하며 다투는 경우 또는 해산등기 이후 청산절차 종결등기를 마쳤더라도 회사에 분배되지 않은 잔여재산이 남아 있는 경우 등은 구제이익이 존재한다고 보아야 할 것임

【 서울행정법원 2006. 5. 19. 선고 2005구합30*** 판결 】

참가인이 모든 사업을 그만두고 폐업한 것이 아니라 그 일부인 사업만을 폐업한 것이어서 나머지 사업이 남아 있고, 이와 같은 사업양도에 있어서 근로자에게는 그 근로관계가 양수인에게 이전되는 데 대하여 거부권을 갖고 있다 할 것인데 원고들이 참가인에의 복직을 원하고 있음은 앞서 본 바와 같으므로, 참가인이 위와 같은 일부 사업 부분의 폐지를 들어 그에 종사하던 근로자 가운데 근로관계의 승계를 거부하는 자들을 경영상 이유로 해고할 수 있음은 별론으로 하고, 사업 부분을 폐지하였다는 이유만으로 원상회복의 가능성이 없어 원고들이 구제이익이 소멸하였다고 할 수 없다.

【서울고등법원 2007. 11. 27. 선고 2007누6*** 판결】

사업체가 폐업되었다고 하더라도 그 폐업이 위장폐업으로서 해고의 유효성을 다투며 회사로 복귀하고자 하는 근로자들의 해고무효 주장을 봉쇄하기 위한 성격의 것이라면, 중앙노동위원회에 대하여 해고의 유효성을 다투는 근로자로서는 원래 사업체의 폐업에도 불구하고 여전히 소로써 부당해고 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정의 취소를 구할 이익이 있다고 할 것이다.

4) 공동주택 입주자들이 공동주택을 자치관리 방식으로 관리하다가 주택관리업자에게 위탁관리하기로 하여 관리방식을 변경한 것은 사업의 폐지로 볼 수 없고, 이 경우 구제명령에 따른 실현이 불가능한 경우에 해당한다고 볼 수 없음

【서울고등법원 2012. 1. 19. 선고 2011누25*** 판결²⁵¹⁾】

2. 본안전 항변 및 그에 대한 판단

피고와 참가인은, 참가인이 이 사건 아파트의 관리방식을 자치관리에서 주택관리업자에 의한 위탁관리로 변경한 것은 사업의 폐지에 해당하여 원고들이 복귀할 사업체의 실체가 없어졌고, 따라서 원고들이 부당해고 구제신청에 따른 구제명령을 얻는다고 하더라도 객관적으로 보아 그 실현이 불가능한 경우에 해당하므로, 원고들이 이 사건 재심판정에 대하여 그 취소를 구할 소의 이익이 없어서 이 사건 소는 부적법하여 각하되어야 한다고 본안전 항변을 한다.

그러나 공동주택 입주자들이 공동주택을 자치관리 방식으로 관리하다가 주택법에 정한 절차에 따라 주택관리업자에게 위탁관리하기로 하여 관리방식을 변경하는 것은 사업의 폐지라고 볼 수 없고, 그로 인한 관리직원의 해고는 경영상의 필요에 의한 해고로서 정리해고에 해당한다고 봄이 상당하므로(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92148 판결 참조), 피고와 참가인의 위 본안전 항변은 받아들일 수 없다.

2.3 전보명령, 승진 및 배치전환 후 해고된 경우²⁵²⁾

1) 근로자들이 전보명령 이후 해고되었다고 하더라도 그 해고의 효력을 둘러싸고 법률적인 다툼이 있어 그 해고의 정당성 여부가 아직 확정되지 아니하였고, 전보명령의 적법성 여부가 해고의 사유와도 직접 관련을 갖고 있다면, 전보명령에 대한 구제이익이 있다고 보아야 함

【대법원 1995. 2. 17. 선고 94누7*** 판결】

피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고 한다)들이 이 사건 전보명령 이후 해고되었다고는 하더라도 그 해고의 효력을 둘러싸고 법률적인 다툼이 있어 그 해고가 정당한지 여부가 아직 확정되지 아니하였고, 더군다나 위 해고가 이 사건 전보명령에 따른 무단결근 등을 그 해고사유로 삼고 있어서 이 사건 전보명령의 적법성 여부가 위 해고의 사유와도 직접 관련을 갖고 있다면, 이 사건 전보명령에 대한 구제의 이익이 있다고 할 것이므로 같은 취지의 원심판결은 옳고, 거기에 소론이 주장하는 바와 같이 징계해고의 법리를 오해한 나머지 구제이익에 관한 판단을 그르쳤다고는 볼 수 없어 상고논지는 이유 없다.

251) 동 사건의 상고심인 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012두4*** 판결에서도 해당 부분의 원심 판단이 유지됨

252) 140면 ‘2. 연속된 두 개의 처분이 있는 경우’ 부분 참조

2) 또한 근로자가 승진 및 배치전환 후 해고되고 이에 대한 부당해고 구제신청이 신청기간 도과로 각하되었더라도 위 해고가 승진 및 배치전환에 따른 무단결근 등을 해고 사유로 삼고 있는 경우, 법원은 근로자에게 승진 및 배치전환에 대한 구제의 이익이 있다고 보고 있음

【 대법원 1998. 12. 23. 선고 97누18*** 판결 】

피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)이 이 사건 승진 및 배치전환 이후 해고되자 지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였으나 신청기간 도과를 이유로 각하되었고 이에 중앙노동위원회에 재심신청을 하였으나 기각되어 위 각하 결정이 확정되었다고 하더라도 이로써 그 해고가 정당한지 여부가 아직 확정되지 아니하였다고 할 것이고, 더군다나 위 해고가 이 사건 승진 및 배치전환에 따른 무단결근 등을 그 해고사유로 삼고 있어서 이 사건 승진 및 배치전환의 부당노동행위 해당 여부가 위 해고의 사유와도 직접 관련을 갖고 있다면, 이 사건 승진 및 배치전환에 대한 구제의 이익이 있다고 할 것이므로 같은 취지의 원심판결은 옳고, 거기에 소론이 주장하는 바와 같이 징계해고의 법리를 오해한 나머지 구제이익에 관한 판단을 그르쳤다고는 볼 수 없어 상고논지는 이유 없다.

3. 별개의 민사소송에서 근로자 패소 판결이 확정된 경우

1) 구제절차가 진행되는 중에 근로자가 별도로 제기한 ‘해고 등 무효확인 청구의 소’ 등에서 청구기각 판결이 선고되어 확정된 경우에는 구제이익이 소멸하나, **노동위원회에서 구제신청 기각결정이 확정되었다고 하여 민사소송의 소의 이익이 없어지는 것은 아님**

【 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다21*** 판결 】

노동위원회의 구제명령은 사용자에 대하여 구제명령에 복종하여야 할 공법상 의무를 부담시킬 뿐 직접 근로자와 사용자 간의 사법상 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니므로, 설령 근로자가 부당해고 구제신청을 기각한 재심판정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다가 패소판결을 선고받아 그 판결이 확정되었다 하더라도, 이는 재심판정이 적법하여 사용자가 구제명령에 따른 공법상 의무를 부담하지 않는다는 점을 확정하는 것일 뿐 해고가 유효하다거나 근로자와 사용자 간의 사법상 법률관계에 변동을 가져오는 것은 아니어서, 근로자는 그와 별도로 민사소송을 제기하여 해고의 무효 확인을 구할 이익이 있다.

2) 해고 등의 불이익취급이 정당한 것으로 인정된 이상 노동위원회로서는 그 처분이 부당노동행위에 해당한다고 하여 구제명령을 발할 수 없게 되므로 **부당노동행위 구제절차를 유지할 이익도 소멸**한다고 보아야 할 것임

그러나 관련 판결이 ‘확정’되어야 구제이익이 소멸하므로 근로자의 상소제기 등으로 인해 확정되지 않고 있는 경우에는 여전히 구제이익이 인정될 수 있음

【대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15*** 판결】

근로자가 자신에 대한 해고 등의 불이익처분이 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다고 주장하면서 노동위원회에 행정적 구제신청을 하여 구제절차가 진행 중에 별도로 사용자를 상대로 해고무효확인청구의 소를 제기하고 그 결과 청구기각 판결이 선고되어 확정되었다면, 부당해고가 아니라는 점은 이미 확정되어 더 이상 부당해고 구제절차를 유지할 필요가 없게 되며, 또한 이처럼 해고 등 불이익처분이 정당한 것으로 인정된 이상 노동위원회로서는 그 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 하여 구제명령을 발할 수 없게 되므로 부당노동행위 구제절차를 유지할 이익도 소멸한다.

4. 기타 각하 요건에 해당하는 경우

4.1 구제신청의 포기가 있는 것으로 인정되는 경우

노동위원회규칙 제60조 제1항 제7호는 ‘신청인이 **2회 이상 출석에 불응하거나, 주소불명이나 소재불명으로 2회 이상 출석통지서가 반송**되거나, 그 밖의 사유로 신청의사를 포기한 것으로 인정될 경우’ **각하사유**로 규정하고 있음

따라서 신청인이 2회 이상 출석통지를 받고도 이에 응하지 아니하거나 출석통지서가 주소불명 또는 소재불명으로 2회 이상 반송된 경우에는 **신청의사를 포기한 것으로 인정되어 구제이익이 소멸함**

【대법원 1990. 2. 27. 선고 89누7*** 판결】

노동위원회법 제18조에 의하면, 중앙노동위원회는 중앙노동위원회, 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 운영과 기타 필요한 사항에 관한 규칙을 제정할 수 있게 하는 규칙제정권을 규정하고 있고, 이에 따라 중앙노동위원회는 위 법조의 위임에 근거하여 노동위원회의 권한과 직무를 신속 공정히 처리하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 노동위원회규칙을 제정하였는데, 지방노동위원회에서의 초심절차에 관한 동 규칙 제32조는 제1항에서 노동위원회가 구제신청을 각하할 수 있는 사유를 열거하면서 제6호에서 신청인이 2회 이상 출석통지를 받고도 이에 응하지 아니하거나 신청인의 주소변경 등으로 소재불명 또는 기타 사유로 신청의 의사를 명백히 포기한 것으로 인정될 경우를 신청각하 사유의 하나로 들고 있으면서도 위 규칙 제32조 제4항에서는 심사를 개시한 후 신청을 각하할 사유가 있음이 판명되었을 경우에는 제3항의 “각하” 규정을 적용하도록 규정하고 있다.

위 각 규정 취지에 의하면 위 규칙은 위 법 제18조의 위임규정에 근거하여 그 범위 내에서 제정된 것이라고 볼 수 있고, 구제신청을 한 신청인이 2회 이상 출석통지를 받고도 이에 응하지 아니하는 경우에는 그의 책임없는 사유로 인하여 심문기일에 출석하지 못한 경우가 아닌 한, 노동위원회는 위 신청을 각하할 수 있고, 구제신청의 당부에 관하여 판단하여야 하는 것은 아니라고 할 것이다.

이와 같은 취지의 원심의 판단은 옳고, 이와 다른 견해에서 위 규칙이 위 법 제18조의 위임범위를 일탈하여 위법이고, 위 규칙 제32조의 취지는 신청인의 2회 이상 불출석 외에 신청인이 신청의사를 명백히 포기한 것으로 인정되는 것이 요건이며, 위 신청각하의 경우에도 구제신청된 행위의 성립 여부를 판단하여야 하는데 이를 유탈한 원심판결은 위법이라는 논지는 이유 없다.

4.2 근로자가 동의한 경우

근로자가 부당해고 구제신청을 한 후에 당해 해고에 대하여 동의 또는 승인한 경우에는 구제이익이 소멸함

【대법원 1998. 2. 27. 선고 97누18*** 판결】

근로자가 제기한 부당해고구제제심판정취소소송 도중 근로자가 당해 해고에 대하여 동의 또는 승인한 경우에는 재심판정의 취소를 구할 소의 이익은 없게 된다 할 것이다(대법원 1995. 12. 5. 선고 95누12347 판결, 1997. 7. 8. 선고 96누5087 판결 등 참조).

4.3 복수의 구제신청 중 하나가 인용된 경우의 나머지 구제신청의 효력

근로자가 하나의 해고에 대해 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 한 경우에 부당해고에 대한 구제명령이 있었다는 사정만으로 부당노동행위 구제신청에 대한 구제이익 또는 그 구제신청을 받아들이지 않은 중앙노동위원회의 재심판정에 대한 취소소송에서의 소의 이익마저 소멸하는 것은 아님

【대법원 1998. 5. 8. 선고 97누7*** 판결】

구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 법률, 이하 같다) 제39조 제1호에 의하면 ‘근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위’ 등을 부당노동행위로 규정하고, 같은 법 제40조 내지 제44조에서 이와 같은 부당노동행위에 대하여 노동위원회에 구제를 신청할 수 있도록 함과 소외 그 신청 및 심사의 절차와 구제명령의 효력 등에 관하여 규정하고 있으며, 같은 법 제46조에서 확정된 기각결정 또는 재심판정에 따르지 않은 자를 처벌할 수 있도록 규정하고 있다. 한편 구 근로기준법(1996. 12. 31. 법률 제5245호로 개정되기 전의 법률, 이하 같다) 제27조의3 제1항에 의하면 “사용자가 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고·휴직·정직·전직·감봉 기타 징벌을 한 때에는 당해 근로자는 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다.”고 규정하고, 같은 조 제2항에서 구제신청과 심사절차 등에는 구 노동조합법 제40조 내지 제44조의 규정을 준용하도록 규정하고 있다. 이 두 개의 제도 중 구 노동조합법에 의한 부당노동행위 구제제도는 집단적 노사관계질서를 파괴하는 사용자의 행위를 예방·제거함으로써 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 확보하여 노사관계의 질서를 신속하게 정상화하고자 함에 그 목적이 있음에 비하여, 구 근로기준법에 의한 부당해고 등 구제제도는 개별적 근로계약관계에 있어서 근로자에 대한 권리침해를 구제하기 위함에 그 목적이 있는 것으로, 이는 그 목적과 요건에 있어서 뿐만 아니라 그 구제명령의 내용 및 효력 등에 있어서도 서로 다른 별개의 제도라고 할 것이다.

그러므로 사용자로부터 해고된 근로자는 그 해고처분이 구 노동조합법상 부당노동행위에 해당됨을 이유로 같은 법에 의한 부당노동행위구제신청을 하면서 그와는 별도로 그 해고처분이 구 근로기준법상 부당해고에 해당됨을 이유로 같은 법에 의한 부당해고 구제신청을 할 수 있는 것이고, 근로자가 이와 같은 두 개의 구제신청을 모두 한 경우에 부당해고구제절차에서 부당해고에 해당함을 이유로 구제명령이 발하여졌다고 하여도 그 구제명령은 근로자에 대한 해고처분이 부당노동행위에 해당

함을 전제로 이루어진 것이라고 할 수 없으므로(대법원 1992. 5. 22. 선고 91누5*** 판결 참조), 그와 같은 부당해고에 대한 구제명령이 있었다는 사실만으로 부당노동행위구제신청에 대한 구제이의 또는 그 구제신청을 받아들이지 않은 중앙노동위원회의 재심판정에 대한 취소소송에서의 소의 이익마저도 없게 되었다고 할 수 없다.

4.4 구제신청의 중복 제기 등의 경우

노동위원회규칙 제60조 제1항 제5호는 ‘같은 당사자가 같은 취지의 구제신청을 거듭하여 제기하거나 같은 당사자가 같은 취지의 확정된 판정(법 제16조의3에 따른 화해조서를 포함한다)이 있음에도 구제신청을 제기한 경우나 판정이 있는 후 신청을 취하하였다가 다시 제기한 경우’ 각하사유로 규정하고 있음

따라서 노동위원회규칙 제60조 제1항 제5호에 해당하는 경우에는 **신의칙 또는 금반언 원칙에 위배되거나 구제신청권의 남용에 해당되므로 허용될 수 없으며, 이 경우 심판위원회는 각하 판정**을 하여야 함

【대법원 1995. 3. 10. 선고 94다33*** 판결】

사용자로부터 해고된 근로자가 퇴직금 등을 수령하면서 아무런 이의의 유보나 조건을 제기하지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 그 해고의 효력을 인정하였다고 할 것이고, 따라서 그로부터 오랜기간이 지난 후에 그 해고의 효력을 다투는 소를 제기하는 것은 신의칙이나 금반언의 원칙에 위배되어 허용될 수 없다고 할 것이므로(당원 1993. 1. 26. 선고 91다38*** 판결, 1993. 9. 24. 선고 93다21*** 판결 참조), 논지가 주장하는 바와 같이 원고가 1990. 12. 24. 해고된 후 같은 달 31. 피고가 지급한 퇴직금을 아무런 이의를 유보하지 아니하고 수령하였고, 위 해고가 부당하다는 이유로 1991. 2. 26. ○○지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하여 같은 해 4.경 기각되었으나 이에 대하여 불복을 제기하지 아니하여 위 결정이 확정되기까지 하였다면, 특별한 사정이 없는 한 그로부터 1년 7개월 가량 경과한 후인 1992. 12. 2. 제기한 이 사건 해고무효확인청구는 신의칙이나 금반언의 원칙에 위배되어 허용될 수 없다고 할 것이다.

4.5 보정요구를 2회 이상 하였음에도 보정을 하지 아니한 경우

노동위원회규칙 제60조 제1항 제2호는 ‘제41조²⁵³⁾에 따른 보정요구를 2회 이상 하였음에도 보정을 하지 아니한 경우’를 각하사유로 규정하고 있으므로 **일정한 기간을 두고 보정요구를 하였음에도 이에 응하지 아니한 경우에 해당 심판위원회는 각하 판정**을 할 수 있음

253) 노동위원회규칙 제41조(보정요구) 노동위원회위원장은 신청서에 제39조의 기재 사항(구제신청서의 기재 사항)이 일부 누락되거나 기재 내용이 명확하지 아니한 때에는 기간을 정하여 보정을 요구할 수 있다.

참고로 행정소송에서는 민사소송법상 보정을 이행하지 않은 경우 소송요건 미비 등을 이유로 각하할 수 있다고 판단한 사례²⁵⁴⁾가 있고, 반면, 재항고인에게 상당한 기간을 정하여 보정을 명함이 없이 항고장을 각하한 1심 법원 판사의 조치는 위법하다고 본 사례²⁵⁵⁾ 항소장이나 판결문 등에 기재된 피항소인의 주소 외에 다른 주소가 소송기록에 있는 경우에는 그 다른 주소로 송달을 시도해 본 다음 그곳으로도 송달되지 않는 경우에 항소인에게 주소보정을 명하여야 하나, 그러한 조치를 취하지 않은 채 항소장에 기재된 주소로 송달이 되지 않았다는 것만으로 곧바로 주소보정을 명하고 이에 응하지 않음을 이유로 항소장을 각하하는 것은 올바른 조치가 아니라고 본 사례²⁵⁶⁾ 등이 있는바, 이러한 사례를 참고할 필요가 있음

254) 대법원 2008. 7. 1.자 2008마*** 결정

255) 대법원 2011. 4. 14.자 2011마** 결정

256) 대법원 2014. 4. 16.자 2014마4*** 결정

제 5 장

제척기간 및 법 적용 범위

제1절 제척기간	171
1. 개 관	171
2. 제척기간 관련 판례	171
제2절 법 적용 범위	175
1. 근로기준법상 해고 등 제한 규정 적용 사업장	175
2. 하나의 사업·사업장의 판단기준	175
3. 상시근로자수 산정방식	178

제1절 제척기간

1. 개관

근로기준법 제28조 제1항은 “사용자가 근로자에게 부당해고 등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다.”고 규정하고 있고, 동조 제2항은 “제1항에 따른 구제신청은 부당해고 등이 있었던 날부터 3개월 이내에 하여야 한다.”고 규정하고 있음. 또한 노동조합법 제82조 제1항은 “사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다.”고 규정하고 있고, 동조 제2항은 “제1항의 규정에 의한 구제의 신청은 부당노동행위가 있는 날(계속하는 행위는 그 종료일)부터 3월 이내에 이를 행하여야 한다.”고 규정하고 있음

따라서 근로자 또는 노동조합이 ‘부당해고 등’ 또는 부당노동행위에 대하여 구제를 신청하려면 ‘부당해고 등’ 또는 부당노동행위가 있는 날부터 3월 이내에 관할 지방노동위원회에 신청하여야 함

재심신청의 경우, 지방노동위원회의 구제명령이나 기각결정에 불복하는 사용자나 근로자는 구제명령서나 기각결정서를 통지받은 날부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있음(근로기준법 제31조, 노동조합법 제85조)²⁵⁷⁾

제5장
제척기간 및
법 적용 범위

2. 제척기간 관련 판례

2.1 ‘권리구제신청기간’의 성격

법원은 이와 같은 권리구제신청기간은 제척기간이라 할 것이므로 그 기간이 경과하면 그로써 행정적 권리구제를 신청할 권리는 소멸하며, 신청인이 책임질 수 없는 사유로 그 기간을 준수하지 못하였다는 등 그 기간을 해태함에 정당한 사유가 있다고 하더라도 그 결론이 달라지지 않는다고 보고 있음

257) 구제신청 기간의 계산방법은 아래와 같음(임무송 외, 「노동법 실무」, (주) 중앙경제, 471면)

- ① 구제신청 기간의 계산은 민법 제6장 기간(제155조~제161조)을 적용
- ② 기간계산에 있어 첫날은 산입하지 않고, 익일 0시부터 기간 말일 24시까지(민법 제157조)
 - * 해고일이 2016. 3. 28.인 경우: 2016. 3. 29. 0시부터 2016. 6. 28. 24시까지가 구제신청기간
- ③ 기산일이 1일인 경우 세 번째달의 말일로 기간이 만료(민법 제160조 제1항)
- ④ 최종의 월에 해당일이 없는 경우 그 월의 마지막 날로 기간이 만료(민법 제160조 제3항)
 - * 해고일이 2016. 11. 30.인 경우에 3개월 기간의 만료일은 2017. 2. 28.
- ⑤ 기간의 마지막 날이 토요일 또는 공휴일에 해당하는 때에는 휴일 다음의 첫 근무일에 기간이 만료. 다만, 기산일이 토요일 또는 공휴일인 경우 신청기간의 산정에 포함하여 기산(민법 제161조)

【대법원 1997. 2. 14 선고 96누5*** 판결】

그러나 근로기준법 제27조의3 제1항 소정의 근로자에 대한 정당한 이유 없는 해고 등의 불이익처분에 대한 노동위원회의 행정적 구제절차는 민사소송을 통한 통상적인 권리 구제방법에 따른 소송절차의 번잡성, 절차의 지연, 과도한 비용부담 등의 폐해를 지양하고 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제를 도모하기 위한 것이고, 이처럼 신속·간이한 행정적 구제절차로서의 기능을 확보할 목적으로 근로기준법 제27조의3 제2항 및 이에 의하여 준용되는 노동조합법 제40조 제2항에 의하면 사용자의 근로자에 대한 정당한 이유 없는 해고 등의 불이익처분에 대한 구제신청은 그 행위가 있는 날(계속하는 행위는 그 종료일)로부터 3월 이내에 신청하도록 규정하고 있는바, 이와 같은 권리구제 신청기간은 제척기간이라 할 것이므로 그 기간이 경과하면 그로써 행정적 권리구제를 신청할 권리는 소멸한다 할 것이고(대법원 1996. 8. 23. 선고 95누11*** 판결 참조), 신청인이 책임질 수 없는 사유로 그 기간을 준수하지 못하였다는 등 그 기간을 해태함에 정당한 사유가 있다고 하여 그 결론을 달리 할 수 없으며, 행정심판법 제18조 제3항 단서는 행정처분에 대한 행정심판을 구하는 경우에 적용되는 규정이고, 이에 반하여 근로기준법 제27조의3 제1항, 제2항에 따른 부당해고 구제신청은 행정청의 위법 또는 부당한 처분 등에 대한 행정심판절차가 아니라 단지 행정처분인 노동위원회의 구제명령을 구하는 행위에 불과하여 행정처분 등에 대한 행정쟁송절차로서의 행정심판절차와는 그 법률적 성격이 전혀 상이하므로 행정심판법의 위 규정을 부당해고 구제신청의 경우에 유추 적용할 수도 없다.

그렇다면 원심이 판시한 사실관계 하에서 근로기준법 제27조의3 제1항에 따라 원고가 노동위원회에 대하여 권리구제를 신청할 수 있는 구제신청기간의 기산점은 자신이 파면통지를 받은 다음 날인 1994. 11. 17.이라 할 것이고 …(후략)…

2.2 ‘부당해고 등이 있는 날’의 의미

1) 부당해고 등이 있는 날 또는 부당노동행위가 있는 날은 해고 등 사용자의 불이익처분이 있는 날 또는 신청인이 부당노동행위라고 주장하는 구체적 사실이 발생한 날을 의미하며, 해고 등 불이익처분에 대하여 근로자가 취업규칙 등의 규정에 따른 재심절차를 밟고 있다고 하더라도 구제신청 기간은 원칙적으로 원래의 징계처분을 받은 날부터 진행됨

다만, 징계에 대한 재심절차에서 원처분이 취소 또는 변경되거나 단체협약·취업규칙 등에서 재심청구 시 재심이 결정될 때까지 원처분의 효력이 정지되도록 규정한 경우에는 구제신청의 기산점은 재심 징계 처분일이 됨(노동위원회규칙 제40조²⁵⁸⁾)

258) 노동위원회규칙 제40조(구제신청기간) 구제신청은 부당해고 등이나 부당노동행위가 있는 날부터 3개월 이내에 하여야 한다. 이 경우 그 기산일은 다음 각 호와 같다.

1. 해고의 경우에는 「근로기준법」 제27조에 따라 근로자가 받은 해고통지서에 기재된 해고일. 다만, 해고통지서에 기재된 해고일이 해고통지서를 받은 날보다 이전인 때에는 해고통지서를 받은 날
2. 해고 이외의 징벌은 근로자가 그 징벌에 관한 통지(구술통지를 포함한다)를 받은 날. 다만, 통지가 없었던 경우에는 징벌이 있었음을 안 날 <개정 2019. 2. 13.>
3. 부당노동행위가 계속되는 경우에는 그 행위가 종료된 날
4. 징계 재심절차를 거친 경우에는 원처분일. 다만, 다음 각 목의 경우에는 재심처분일로 한다. <개정 2015. 10. 20.>

【 대법원 1996. 8. 23 선고 95누11*** 판결 】

그리고 부당노동행위에 대한 행정적 구제절차에 있어서 그 심사대상은 구제신청의 대상이 된 부당노동행위를 구성하는 구체적 사실에 한정되므로(대법원 1995. 4. 7. 선고 94누1579 판결 참조) 부당노동행위 등에 대한 구제신청기간은 신청인이 부당노동행위라고 주장하는 구체적 사실이 발생한 날이나 근로기준법 제27조의3 소정의 해고 등 사용자의 불이익처분이 있는 날(다만, 계속하는 행위인 경우에는 그 종료일)로부터 기산된다 할 것이고, 해고 등 불이익처분에 대하여 근로자가 취업규칙 등의 규정에 따른 재심절차를 밟고 있다고 하더라도 그 결론을 달리할 수 없다 할 것이며, 구제신청기간은 이와 같이 신속·간이한 행정적 구제절차로서의 기능을 확보하기 위한 것이므로 그 기간이 경과하면 그로써 행정적 권리구제를 신청할 권리는 소멸한다 할 것이다.

기록에 의하면, 원고가 1994. 6. 20. ○○지방노동위원회에 이 사건 구제신청을 하면서 피고보조참가인(이하 참가인이라 한다)의 부당노동행위 또는 부당해고 등 불이익처분으로 내세운 구체적 사실은 원고에 대한 참가인의 1993. 6. 1.자 전임면직의 인사발령과 같은 해 11. 8.자 정직처분 및 같은 해 12. 17.자 해고처분이 명백하고 그 밖에 참가인이 원고와의 합의사항을 이행하지 아니하였다는 점은 위와 같이 부당노동행위 등으로 내세우는 구체적 사실이나 처분이 있는 후에 이루어진 원고와의 합의내용을 참가인이 이행하고 있지 않다는 것이어서 원고가 그 자체를 구제신청의 대상이 되는 독립한 사실이나 처분으로 내세운 것으로 보기 어려워 단순히 그 후의 상황을 부가적으로 기재한 것에 불과한 것으로 보일 뿐만 아니라 그것이 노동조합법 제40조 제2항 소정의 '계속하는 행위'에 해당한다고도 할 수 없으므로 결국 이 사건 구제신청기간은 원고가 구제신청을 함에 있어서 부당노동행위 등으로 구성한 구체적 사실이나 처분이 있는 날로부터 기산된다 할 것이고, 비록 원고가 노동조합법 제40조 제2항 소정의 구제신청 기간을 경과하게 된 것이 소론과 같은 사정에 기인한 것이라고 하여도 그 결론을 달리할 수 없다 할 것이다.

제5장
제척기간 및
법 적용 범위

2) 한편 법원은 사용자가 '감봉 3월의 징계처분'을 한 사건에서 노동위원회 구제신청기간은 감봉이 실제로 이루어진 시점이 아니라 근로자가 징계처분통지서와 징계처분이 유서를 수령한 시점부터 기산하여야 한다고 봄

【 서울행정법원 2011. 3. 25. 선고 2010구합39*** 판결²⁵⁹⁾ 】

원고의 구제신청이 제척기간을 도과하였는지 여부는 제척기간의 기산점을 원고의 주장처럼 감봉처분이 실제로 이루어진 시점으로 볼지 아니면 원고가 이 사건 징계를 수령한 시점으로 볼지 여부에 달려있다. 다만, 피고가 제척기간을 산정한 근거 규정인 노동위원회규칙 제40조는 노동위원회법 제25조에 의하여 노동위원회의 운영 기타 필요한 사항을 정하기 위하여 노동위원회가 자체적으로 제정한 내부규칙으로서 법률에 의하여 구체적 수권이 이루어진 법규명령으로 보기는 어려우므로, 구제신청의 기산점에 대하여는 근로기준법 제28조 제2항 자체에 의하여 판단하여야 할 것이다.

가. 징계의 재심절차에서 원처분이 취소되고 새로운 징계처분을 한 때

나. 징계의 재심절차에서 원처분이 변경된 때

다. 단체협약이나 취업규칙 등에서 재심청구 시 재심이 결정될 때까지 원처분의 효력이 정지되도록 규정한 경우

살피건대, 위 조항에서 ‘부당해고가 있는 날’이란 부당해고 등이 객관적으로 효력을 발생하여 그 상대방이 이를 다룰 수 있는 단계에 있음을 의미하는바, 상대방이 있는 의사표시를 구성요소로 하는 부당해고 등의 처분은 민법 제111조 제1항의 일반규정에 의하여 그 의사표시가 상대방에게 도달한 때 효력이 발생한다. 이 사건 징계 역시 원고가 징계처분통지서와 징계처분이유서를 수령한 2009. 12. 15.에 효력을 발생하여 그때로부터 불복기간을 기산하여야 할 것이고, 감봉이 실제로 이루어진 2010. 1. 20.은 이 사건 징계의 집행에 불과하다고 할 것이므로, 위 기산점으로부터 3개월을 지나서 제기된 이 사건 구체신청은 근로기준법 제28조 제2항 소정의 제척기간을 도과하여 부적법하다.

2.3 ‘계속하는 행위’의 의미

법원은 근로자가 사용자의 여러 개의 부당노동행위가 상호 간에 객관적 관련성이 있어 ‘계속되는 행위’라고 주장한 사건에서, **‘계속하는 행위’란 각 행위 사이에 부당노동행위 의사의 단일성, 행위의 동일성·동종성, 시간적 연속성이 인정되는 경우에 인정될 수 있다고 하면서 각 행위 사이의 시간적 간격 등에 비추어 볼 때 사용자의 각 행위들을 계속되는 행위로 볼 수 없다고 판단함**²⁶⁰⁾

259) 동 사건은 원고의 항소 포기로 확정됨

260) 동 사건에서 근로자는 아래의 행위들이 사용자가 본인의 근로활동인 연구과제 수행을 못하게 하거나 방해하여 원고에게 평가상 불이익을 주어 금전적 불이익을 주고 나아가 본인을 퇴출시킬 목적에서 한 것으로 상호 간에 객관적 관련성이 있으므로 ‘계속되는 행위’에 해당한다고 주장하였음. 이에 대해 법원은 ⑧, ⑨는 서로 시간적 단절이 있으나 양자가 농림수산식품부의 연구용역과제 수행을 위한 절차의 한 부분을 이루는 점, 양자 모두 해양물류연구부장의 행위가 주로 문제되는 점에 비추어 객관적 관련성이 인정되어 계속되는 행위라 할 것이나, 나머지는 서로 시간적으로 단절되어 발생한 사건들로서, 서로간에 일련의 절차를 이룬다거나 하는 등 행위 간에 객관적 관련성을 인정하기 어려워 계속되는 행위로 보기 어렵다고 판단함

- ① 참가인 회사는 2008. 2. 27. 원고에 대한 2007년도 종합평가에서 2006년보다 한 단계 낮은 A등급을 부여,
- ② 참가인 회사는 2008. 3. 20. 원고가 2008년 수시연구과제로 제안한 ‘새로운 KMI 운임지수 산정 및 활용방안 연구’를 연구과제로 선정하지 않는다는 결정을 하였고 그럼에도 불구하고 KMI 지수를 만들 것을 수차례 강요함
- ③ 참가인 회사는 2008. 9. 17.경 개최된 인사위원회에서 원고를 해외업무연수자에서 탈락시킴
- ④ 원고는 2007. 8. 10. 중국 상해 파견근무자 신청을 하였으나, 참가인 회사는 2009. 3. 최○○을 상해로 파견함
- ⑤ 2008. 10.경 참가인은 두 개의 연구과제 연구진에서 원고를 제외하였음
- ⑥ 참가인은 계속 신규 연구과제에 대하여도 원고의 참여를 배제하여 2009. 4. 27.이후 어떠한 연구에도 참여하지 못하게 함
- ⑦ 참가인은 2008년 종합평가 B등급을 부여함
- ⑧ 원고는 2009. 2. 2. 연구용역 과제와 관련하여 해운연구팀장에게 해외출장 신청을 하였으나 과제가 수산분야라는 이유로 결재를 거부당하였고, 기획조정실에 이의신청을 하여 결재를 받았음
- ⑨ 원고는 2009. 5. 11. 해운연구팀장에게 전향 기재 연구용역 과제에 대한 연구관리비 지급을 요청하는 공문을 상신하였으나, 해운연구팀장은 결재를 11일 지연하였고, 참가인의 원장은 결재를 거부하여 선임연구부장이 대신 결재하였음
- ⑩ 참가인은 해운연구팀장을 통하여 2008. 11.경 원고에게 대외적으로 개별적인 시향언급을 자제토록 하였음
- ⑪ 참가인은 2009. 5. 13. 원고로 하여금 ○○증권에서 주최하는 ‘○○○ 세미나’에 대외활동신청서를 내지 말고 참석하게 하는 등 원고의 대외활동을 금지함

【대법원 2014. 5. 29. 선고 2011두24*** 판결】

노동조합법 제82조 제2항에 의하면, 부당노동행위에 대한 구제신청은 ‘부당노동행위가 있는 날’ 또는 ‘그 행위가 계속하는 행위인 때에는 그 종료일로부터 3월 이내’에 하여야 한다. 여기서 ‘계속하는 행위’란 1개의 행위가 바로 완결되지 않고 일정 기간 계속되는 경우뿐만 아니라 수 개의 행위라도 각 행위 사이에 부당노동행위 의사의 단일성, 행위의 동일성·동종성, 시간적 연속성이 인정될 경우도 포함한다.

제2절 법 적용 범위

1. 근로기준법상 해고 등 제한 규정 적용 사업장

해고 등의 제한에 대하여 규정하고 있는 근로기준법 제23조 제1항은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용됨(근로기준법 제11조, 근로기준법 시행령 제7조 및 별표 1)²⁶¹⁾

【서울행정법원 2015. 9. 24. 선고 2015구합5*** 판결²⁶²⁾】

근로기준법 제11조와 그 위임을 받은 근로기준법 시행령 제7조 [별표 1]은 ‘상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용하는 법 규정’을 열거하면서, 정당한 이유 없는 해고를 금지하는 근로기준법 제23조 제1항과 부당해고 구제신청에 관한 근로기준법 제28조는 포함시키지 않고 있다. 따라서 정당한 이유 없는 해고를 금지하면서 부당해고에 대한 구제신청권을 인정하고 있는 근로기준법상의 규정들은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에만 적용된다.

2. 하나의 사업·사업장의 판단기준

1) 사업주가 여러 개의 사업을 영위하고 있을 때, 각각의 사업에 근로기준법이 개별적으로 적용되는지, 이들 중 일부 또는 전부를 하나의 사업으로 보아 법이 일괄 적용되는지는 개개 사업의 독립성에 따라 판단됨

하나의 사업인지 여부는 주로 장소적 관념에 의하여 결정해야 할 것이므로 동일 장소

⑫ 참가인은 2008. 10.경부터 2009. 6. 15.까지 직원과 퇴직자를 동원하여 원고에게 과거에 정○○의 비리 척결에 관하여 원장과 언쟁한 것에 대하여 사과하도록 요구하였고, 간부회의, 직원 간담회 등에서 원고를 비방하여 원고의 명예를 훼손함

261) 단, 국가 및 지방자치단체는 일용직 등 공무원법의 적용을 받지 않는 근로자를 1명이라도 고용하면 상시 근로자수가 몇 명인지를 따지지 않고 근로기준법을 적용함(대법원 1987. 6. 9. 선고 85다카2*** 판결)

262) 동 판결은 원고 측 미향소로 1심에서 확정됨

에 있는 것이면 원칙적으로 하나의 사업으로 보고, 장소적으로 분리되어 있는 것이면 별개의 사업으로 보는 것이 일반적이나, 같은 공장시설 안에 있는 식당이나 진료소 등과 같이 같은 장소에 있더라도 근로의 형태가 현저히 다른 부분과 구별되고, 그 부분에서 종사하는 근로자와 노무관리 등이 명확하게 구별되며, 서로 다른 단체협약이 적용되거나 인사관리·회계 처리 등이 독립적으로 운영되는 경우 다른 사업장으로 보아도 무방함²⁶³⁾

다만, 장소적으로 분산되어 있더라도 그 규모가 현저하게 작고, 조직·지휘체계 등을 감안해 볼 때 하나의 사업으로서 독립성을 갖추고 있지 않은 경우에는 별개의 사업장으로 볼 여지가 적다고 할 수 있음

2) 법원은 요양원의 단기거주시설과 주간보호시설이 장소적으로 분리되어 있다고 보기 어렵고, 대표자가 동일인이며 조직·인사·재정 및 회계 등이 완전히 분리되어 독자적으로 사업경영이 이루어지는 경우라고 보기도 어려운 경우 단기거주시설과 주간보호시설을 하나의 사업장으로 보아야 한다고 판시하였음

【서울고등법원 2018. 6. 29. 선고 2017누70*** 판결²⁶⁴⁾】

1) 이 사건 단기거주시설과 주간보호시설을 하나의 사업장으로 보아야 하는지 여부

갑 제10호증, 을가 제13호증의 1, 2의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 서울 ○○구 ○○로 192, 202호(○○동)에서 장애인들에게 일정기간 주거·일상생활 등을 제공하고 소외 장애인을 돌보는 보호자의 단기간 휴식을 제공하는 목적으로 운영되는 이 사건 단기거주시설과 서울 양천구 ○○로 192, 201(○○동)에서 일상생활 및 사회생활을 영위하는 데 지원이 필요한 장애인들에게 낮 시간 동안 재활프로그램 및 교육 등의 기회를 제공하고 장애인 가족 구성원이 안심하고 사회·경제활동을 영위할 수 있도록 하는 목적으로 운영되는 이 사건 주간보호시설을 운영하고 있고, 이 사건 단기거주시설과 주간보호시설의 시설장은 모두 원고의 대표자인 김○○인 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 단기거주시설과 주간보호시설은 동일한 건물 내에서 그 호수만을 달리하고 있어 장소적으로 분리되어 있다고 보기 어렵고, 위 두 시설의 시설장 모두 원고의 대표자로 동일인이어서 조직·인사·재정 및 회계 등이 완전히 분리되어 독자적으로 사업경영이 이루어지는 경우라 보기도 어려운 점 등에 비추어 볼 때, 상시 근로자수를 산정함에 있어서는 하나의 사업장으로 보아야 한다.

3) 하나의 장소에서 인터넷 쇼핑몰 등 전자상거래업을 영위하는 법인(사용자 1)과 신문발행업을 영위하는 개인사업자(사용자 2)가 각각 운영되고 있고, 근로자가 사용자 1에 채용되어 근무하다가 해고되어 사용자 1, 2를 모두 피신청인으로 하여 구제신청한

263) 노동법실무연구회, 근로기준법 주해 I (제2판), 박영사, 2020, 880~881면 참조

264) 동 사건은 대법원(대법원 2018. 11. 29.자 2018두52*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

사례에서, 법원은 사용자 1, 2는 비록 경영상 필요에 따라 형식상 별개로 운영되고 있으나 경영주체가 동일하고, 근로자들이 동일한 사업장에서 동일한 경영주체와의 사용종속 관계 아래에서 노무를 제공한다는 의사를 가지고 있었던 것으로 볼 수 있으므로, 사용자 1, 2를 하나의 사업장이라고 봄이 타당하다고 판시함

【서울행정법원 2020. 6. 18. 선고 2019구합72*** 판결】

사용자 1과 사용자 2는 경영상의 필요에 따라 형식상 별개의 법인과 개인사업체로 경영되고 있으나, 그 경영주체가 동일하고, …(중략)… 사용자 1과 사용자 2는 사무공간이 구분되지 않는 사무실에서 사무기기 등을 공통적으로 사용하고 있었고, 근로자는 위 사무실에서 사용자 2의 소속 근로자들과 함께 근무하였으며, 근로자가 사용자 2의 직원 비상연락망에도 포함되어 있는 등 근로자의 평소 근무 형태는 사용자 2의 직원들과 큰 차이가 없었다. …(중략)… 사용자 2의 부사장은 사용자 1의 부사장 직책으로도 활동하였고, 사용자 2의 본부장과 함께 사용자 1이 참가인을 채용하는 과정에서 직접 참가인에 대한 면접을 시행하였고, 채용된 후에는 참가인으로부터 업무일지, 인터넷 쇼핑물의 매출증대 방안, 비용 지출, 경쟁 쇼핑몰과의 비교 분석 등 쇼핑몰과 관련한 보고를 수시로 받으면서 참가인에 대한 지휘·감독 권한을 행사하였고, 나아가 인사(채용, 해고 등), 마케팅, 회계 등의 업무를 직접 처리하기도 하였다. …(중략)… 사용자 2는 참가인의 임금을 지급하는 등 평소 사용자 1에서 지출해야 하는 비용을 대신 지출하는 경우가 있었고, 사용자 1과 사용자 2는 다수의 금전거래를 하는 등 그 회계가 명확히 구분되지는 않았던 것으로 보인다. …(중략)… 이 사건 해고 당시 사용자 1은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 사업장으로 볼 수 있고, 사용자 1은 근로기준법 제23조 제1항, 제28조 등의 적용을 받는 사업장에 해당한다. 따라서 원고 회사의 주장은 이유 없다.

제5장
제척기간 및
법 적용 범위

4) 미국에 본사(상시근로자 약 500여 명)를 둔 외국 기업이 우리나라에 영업소를 설립 및登記하고, 해당 영업소에서 근무할 근로자를 본사에서 채용하여 총 근로자 3명이 근무하다가 그 중 근로자 1명이 부당해고 구제신청을 한 사례에서 법원은, 우리나라 영업소가 본사와 장소적으로 멀리 떨어져 있으나 본사와 분리·독립된 사업 또는 사업장으로 인정되지 않으므로 본사와 우리나라 영업소 전체를 하나의 사업장이라고 보아 근로기준법을 적용 여부를 정하여야 한다고 판시함

【서울행정법원 2019. 10. 8. 선고 2018구합85*** 판결²⁶⁵⁾】

나) 구체적 판단

(1) 갑 제3호증의 2, 3, 4, 갑 제6호증의 각 기재에 의하면 이 사건 영업소가 2012. 5. 4. 법인사업자로서 국내 사업자등록을 한 사실, 원고가 2012. 5. 2. 외국환거래법에 따라 ‘외국기업 국내지사 설치 신고’를 한 사실, 이 사건 영업소는 소속 근로자의 근로소득세를 원천징수하여 납부하고 영업에 따른 지방세를 납부한 사실이 인정되고, 원고의 본사는 미국 캘리포니아 주에 위치하여 이 사건 영업소와 멀리 떨어져 있다는 점은 앞서 본 바와 같다.

(2) 그러나 앞서 인정한 사실과 그로부터 알 수 있는 다음과 같은 사정을 앞서 살핀 법리에 비추어 보면, 이 사건 영업소와 원고 본사가 장소적으로 멀리 떨어져 있는 등의 위와 같은 사정을 고려하더라도 이 사건 영업소는 원고 본사와 분리·독립된 사업 또는 사업장으로 인정되지 않고, 달리 이를

인정할 증거가 없다. 따라서 원고 본사와 이 사건 영업소 전체를 하나의 사업장이라고 보아 그 상시 근로자 수를 기준으로 근로기준법을 적용 여부를 정하여야 한다.

(가) 이 사건 영업소는 원고 본사와 법인격이 분리되어 있지 않아 사업 주체가 동일하다. 이 사건 영업소와 원고 본사 사이 경영상 의사결정 조직이 분리되어 있음을 인정할 증거가 없다. 오히려 원고 본사 경영진이 제품의 가격이나 할인율의 결정 권한을 보유·행사하였음이 인정된다.

(나) 원고의 사업 목적은 제품의 판매 및 관련 서비스 제공을 통하여 매출을 발생시키는 것이다. 원고 본사는 국내 총판과 직접 거래 관계를 맺고 제품을 판매하고 그 대금을 지급받으며, 이 사건 영업소는 총판과 파트너사의 판매 업무를 지원하고, 새로운 총판이나 파트너사를 발굴하는 등 원고 본사의 국내 사업활동을 지원·보조하는 업무를 수행하였다. 이처럼 이 사건 영업소와 원고 본사 사이 사업 목적이나 내용이 유기적으로 관련되어 있다.

(다) 이 사건 영업소에 소속된 근로자 3인은 원고와 근로계약을 체결하였고, 원고 본사 경영진이 참가인에 대한 업무상 지휘·감독이나 휴가 등 근무관리도 직접 관여하였다.

(라) 사업자등록은 국내 사업활동을 위하여 등록하는 것이고, 은행 계좌의 별도 개설은 국내 입출금거래를 위하여 필요한 것이며, 이 사건 영업소 소속 근로자들 임금에 대한 원천징수도 국내 경제활동에 따른 납세의무의 이행에 불과하다. 또한 상법 제614조 제1항은 “외국 회사가 대한민국에서 영업을 하고자 하는 때에는 대한민국에서의 대표자를 정하고 영업소를 설치하여야 한다.”고 규정하고 있으므로 국내에서 영업을 하고자 하는 외국 회사는 그에 따라 국내 영업소 설립등기를 해야 할 것이어서, 영업소 설립등기 여부를 기준으로 국내 영업소의 독립적 사업장 여부를 판단할 수 없다.

(3) 따라서 이 사건 영업소는 원고 본사의 상시 근로자 수까지 고려하여 5인 이상 사업장에 해당하므로 이 사건 근로계약에 대하여는 근로기준법 제28조 등이 적용된다. 이와 다른 전제의 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

3. 상시근로자수 산정방식

3.1 상시근로자수의 계산

1) 근로기준법 시행령 제7조의2에 따르면 ‘상시 사용하는 근로자 수’는 해당 사업 또는 사업장에서 법을 적용해야 할 사유가 생긴 날 전 1개월(사업이 성립한 날부터 1개월이 되기 전에 법 적용 사유가 생긴 경우는 그 사업 성립일 이후의 기간을 말함) 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동 일수로 나누어 산정함

법원은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장이라 함은 상시 근무하는 근로자의 수가 5명 이상인 사업 또는 사업장을 뜻하는 것이 아니라 사용하는 근로자의 수가 상시 5명 이상인 사업 또는 사업장을 의미하며, 이 경우 상시라 함은 상태(常態)라는 의미로 해석되어야 할 것이므로 근로자의 수가 때때로 5명 미만인 경우는 있어도 상태적으로 보아 5명 이상이 되는 경우에는 이에 해당한다고 봄

265) 1심 판결 이후 원고 소 취하로 종결되었으므로 해당 판례 인용 시 유의하여야 함

【대법원 2005. 12. 22. 선고 2005도7*** 판결】

근로기준법의 적용 범위를 정한 같은 법 제10조 제1항 소정의 ‘상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장’이라 함은 ‘상시 근무하는 근로자의 수가 5인 이상인 사업 또는 사업장’이 아니라 ‘사용하는 근로자의 수가 상시 5인 이상인 사업 또는 사업장’을 뜻하는 것이고, 이 경우 상시라 함은 상태(常態)라고 하는 의미로서 근로자의 수가 때때로 5인 미만이 되는 경우가 있어도 사회통념에 의하여 객관적으로 판단하여 상태적으로 5인 이상이 되는 경우에는 이에 해당한다 할 것이고, 여기의 근로자에는 당해 사업장에 계속 근무하는 근로자뿐만 아니라 그때그때의 필요에 의하여 사용하는 일용근로자를 포함한다고 해석하여야 할 것이고, 또 그 적용대상인 사업(또는 사업장)에는 계절적이거나 일정기의 사업(또는 사업장)도 이에 포함된다고 보는 것이 근로기준법의 근본정신에 비추어 타당하다고 할 것이다(대법원 1987. 4. 14. 선고 87도*** 판결, 1987. 7. 21. 선고 87다카*** 판결, 1995. 3. 14. 선고 93다42*** 판결, 2000. 3. 14. 선고 99도1243 판결, 2003. 12. 26. 선고 2003도4*** 판결 등 참조).

제5장
제척기간 및
법 적용 범위

2) 해당 사업 또는 사업장에 법 적용 사유가 생긴 날 전 1개월 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동 일수로 나누어 산정한 결과 법 적용 사업 또는 사업장에 해당하지 않더라도 그 산정기간에 속하는 일별로 근로자 수를 파악했을 때 5명에 미달한 일수가 2분의 1 미만인 경우에는 법 적용 사업 또는 사업장으로 봄. 그리고 반대로 위와 같이 근로자 수를 산정한 결과 법 적용 사업 또는 사업장에 해당하더라도 그 산정 기간에 속하는 일별로 근로자 수를 파악했을 때 법 적용 기준에 미달한 일수가 2분의 1 이상인 경우에는 법 적용 사업 또는 사업장으로 보지 않음(근로기준법 시행령 제7조의2 제2항)²⁶⁶⁾

3.2 근로자의 범위

1) 파견법에서 정한 파견근로자를 제외하고 해당 사업 또는 사업장에서 사용하는 통상 근로자, 기간제법이 정한 기간제근로자, 단시간근로자 등 고용 형태를 불문하고 하나의 사업장 또는 사업장에서 근로하는 모든 근로자가 포함됨(근로기준법 시행령 제7조의2 제4항 제1호). 동거하는 친족과 함께 근로하는 근로자가 있으면 그 동거하는 친족도 근로자 수에 포함됨(근로기준법 시행령 제7조의2 제4항 제2호)

2) 판례는 외국인 산업연수생에 관하여 산업기술연수사증을 발급받은 외국인이 정부가 실시하는 외국인 산업기술연수제도의 국내 대상 업체에 산업기술연수생으로 배정되어 대상 업체와 사이에 연수계약을 체결하였다 하더라도 그 계약의 내용이 단순히

266) 예시: 2010. 10. 15.에 법적용 사유가 발생하고, 산정기간(9. 15. ~ 10. 14.)동안 사용연인원이 119명, 사업가동일수가 22일로, 5명 이상인 날이 10일, 5명 미만인 날이 12일인 경우는 법 적용 대상에서 제외

산업기술의 연수에 그치는 것이 아니라, 해당 업체의 지시에 따라 소정 시간 근로를 제공하고 그 대가로 일정액의 금품을 지급받으며, 더욱이 소정 시간 외의 근무에 대하여는 시간외 근로수당을 지급받기로 하고 해당 기업의 지시·감독을 받으면서 근로를 제공하고 그 대가로 임금을 받아왔다면 이러한 계약은 실질적으로 고용계약이고, 그 외국인 연수자는 근로기준법 소정의 근로자에 해당한다고 판시하였음²⁶⁷⁾

3.3 사업장 가동일수

‘가동일수’는 사업기간 중 그 사업이 행해진 날의 합계일을 의미하지만 ‘사업이 행해진 날’을 어떤 기준으로 판단할지에 관하여는 판례가 없고, 행정해석으로는 ‘사업이 행해진 날’은 당해 사업의 성격, 사업수행과정에서의 근로관계 실태 등을 종합적으로 살펴 판단하여야 한다는 것이 유일함(1999. 5. 27. 안정68307-***)

원칙적으로 휴일은 가동일수에 제외되나, 휴일에 사용자의 지시에 의하여 근로의 제공이 이루어졌고 이것이 사업장의 가동이라고 인정할 만한 징표(생산활동, 서비스 제공, 고객응대 등)가 있는 경우 가동일수에 포함됨

267) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다53*** 판결

제2부

구제신청의 내용



목 차

제1장 채용내정·시용·수습	195	제2장 인사명령	235
제1절 채용내정	197	제1절 인사명령의 의의	237
1. 의의와 법적 성질	197	1. 개념	237
2. 채용내정자에 대한 해고	198	2. 구별 개념	237
3. 채용내정 관련 판례	199	2.1 징계	237
3.1 판례의 경향	199	2.2 근로관계의 이전	238
3.2 채용내정인지 여부 판단	199	3. 구체신청의 근거	238
3.3 채용내정자에 대한 해고의 정당성 판단	202	제2절 전직·전보	239
제2절 시용·수습	204	1. 전직·전보의 개념 및 필요성	239
1. 의의와 법적 성질	204	2. 전직·전보의 정당성 판단	239
2. 시용근로관계의 성립	205	2.1 의의	239
2.1 단체협약, 취업규칙, 근로계약상 근거	205	2.2 업무상 필요성	240
2.2 시용기간의 내용	205	2.3 생활상 불이익 등	240
2.3 시용기간 설정의 한계	206	2.4 절차적 요건	241
2.4 시용기간 연장 또는 갱신	207	가. 근로자의 동의 여부	241
3. 시용근로자에 대한 본채용 거부 및 그 합리성	207	나. 성실한 협의절차	242
3.1 보통의 해고보다 완화된 심사	207	3. 전직·전보 관련 판례	243
3.2 합리적이고 객관적인 업무적격성 평가	208	3.1 업무상 필요성	243
3.3 해고 절차 준수	209	가. 업무상 필요성을 부정하거나 소극적으로 인정한 사례	243
4. 시용 관련 판례	210	나. 업무상 필요성으로 전직·전보의 정당성을 긍정한 사례	244
4.1 판례의 경향	210	3.2 생활상 불이익 등	247
4.2 시용인지 여부 판단	212	가. 생활상 불이익 등을 인정한 사례	247
가. 시용근로관계로 인정된 경우	212	나. 생활상 불이익 등을 불인정한 사례	250
나. 시용근로관계로 인정되지 않은 경우	215	3.3 절차적 요건	252
4.3 시용기간 설정의 한계	217	가. 근로자의 동의가 필요하다고 본 사례	252
4.4 시용근로자에 대한 본채용 거부의 합리성 판단	220	나. 근로자의 사전 동의가 있었다고 본 사례	252
가. 운전 업무	220	다. 근로자의 묵시적 동의를 인정한 사례	253
나. 건물·조경 관리 업무	224	라. 노동조합과의 합의절차를 위반한 경우 위법하다고 본 사례	253
다. 기타 업무	228	마. 단체협약상 이의제기 절차를 통해 인사위원회에서 부당하다고 의결한 전보명령의 경우 효력을 상실하게 된다고 본 사례	254

목 차

바. 은행이 명예퇴직 및 후선발령 대상자로 선정된 사정을 수회 고지한 경우 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤다고 본 사례	255	3. 대기발령의 정당성 판단	273
3.4 전직·전보 관련 특이사례	255	3.1 실체적 정당성	273
가. 업무추진역(후선역) 제도	255	가. 대기발령의 사유가 존재할 것	273
나. 노동위원회의 원직복직명령과 전보	257	나. 대기발령이 정당할 것	275
다. 보직의 변경과 직급의 변경	258	다. 부당하게 장기간 행하여지지 아니 할 것	275
제3절 전적	262	3.2 절차적 정당성	276
1. 전적의 개념	262	4. 대기발령 관련 판례	276
1.1 전적의 의의	262	4.1 후행처분이 있는 경우	276
1.2 전적의 구별 개념	262	4.2 대기발령 사유 관련	277
2. 전적의 정당성 판단	262	가. 대기발령에 관한 특별한 규정이 없는 경우	277
2.1 근로자의 동의	262	나. 인사규정상 대기발령에 관한 규정이 있는 경우	279
2.2 관행의 규범적 승인 내지 사실상의 제도화	263	4.3 대기발령의 정당성 판단	282
2.3 기업 분할에 따른 근로관계 승계 시	263	가. 판례의 일반적 경향	282
3. 전적 관련 판례	264	나. 대기발령 사유의 존부만으로 정당성을 판단한 판례	284
3.1 근로자의 동의 없는 전적은 무효라고 본 사례	264	4.4 대기발령의 기간 관련 판단	286
3.2 포괄적 사전 동의로 근로자 동의 요건을 충족한다고 본 사례	264	가. 정당성 인정 판례	286
3.3 묵시적 동의로 근로자 동의 요건을 충족한다고 본 사례	265	나. 정당성 부정 판례	287
3.4 근로자의 동의 없는 전적 관행이 사실상 제도화되었다고 본 사례	266	4.5 대기발령의 절차적 정당성 관련 판단	288
3.5 전적이 기업분할의 형식으로 이루어지는 경우	266	가. 절차 규정이 없는 경우	288
제4절 대기발령·직위해제	268	나. 근로자와의 협의를 거치지 않은 경우	288
1. 대기발령과 직위해제의 의의	268	다. 인사규정 등에 사유 등 절차 규정이 있는 경우	289
1.1 개념	268	제5절 휴직명령	290
1.2 법적 성격	269	1. 휴직의 개념	290
1.3 필요성	271	1.1 휴직의 의미와 구별 개념	290
2. 대기발령의 구제이익 판단	271	1.2 휴직의 유형	290
2.1 의의	271	2. 휴직의 정당성 판단	291
2.2 사용자의 대기발령 처분 해제	272	2.1 의원휴직	291
2.3 후행처분이 있는 경우	273	2.2 직권휴직	291
		3. 휴직 종료와 복직 등	292
		4. 휴직 관련 판례	293
		4.1 정당성 판단 기준 관련 판례	293
		4.2 휴직 종료와 복직 관련 판례	294

목 차

제3장 해고의 존부와 직권면직 297

제1절 의의 299

제2절 사직·합의해지(해고의 존부) 300

1. 사직·합의해지의 개념 300
 - 1.1 근로관계의 종료 원인으로 사직과 합의해지(해고의 존부) 300
 - 1.2 사직의 의사표시의 성격 300
 - 1.3 사직과 합의해지의 법률관계 302
 - 1.4 사직의 의사표시 존부를 판단하는 요소 302
2. 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임 304
 - 2.1 증명책임의 의의 304
 - 2.2 근로관계의 종료 원인과 증명책임의 분배 304
3. 사직의 의사표시와 하자 306
 - 3.1 진의 아닌 의사표시 306
 - 3.2 강요 등 기타 의사표시 308
4. 사직의 의사표시의 철회 309
 - 4.1 사직의 의사표시의 성격에 따른 철회 가능 시점 309
 - 4.2 근로계약의 종료시점과 사직의 의사표시의 철회 가능 시점 310
5. 사직·합의해지 관련 판례 310
 - 5.1 사직의 의사표시 존부 관련 310
 - 가. 사직의 의사표시 존재를 긍정한 사례 310
 - 나. 사직의 의사표시 존재를 부정한 사례 314
 - 5.2 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임 관련 판례 316
 - 가. 사용자에게 증명책임을 부담시킨 사례 316
 - 나. 근로자에게 증명책임을 부담시킨 사례 319
 - 다. 기타 320
 - 5.3 진의 아닌 의사표시 관련 판례 321

- 가. 진의 아닌 의사표시가 인정되어 사직의 의사표시가 무효인 경우 321
- 나. 진의 아닌 의사표시가 부정되어 사직의 의사표시가 유효인 경우 324
- 5.4 기타 의사표시의 하자 관련 판례 327
 - 가. 강요에 의한 사직의 의사표시를 인정한 경우 327
 - 나. 강요에 의한 사직의 의사표시를 부정한 경우 328
 - 다. 사직의 의사표시가 반사회적질서의 약정에 의한 경우 329
- 5.5 사직의 의사표시의 철회 관련 판례 329
 - 가. 사직의 의사표시를 해지통고로 본 경우 329
 - 나. 사직의 의사표시를 합의해지의 청약으로 본 경우 333

제3절 직권면직(통상해고) 336

1. 개관 336
2. 직권면직의 의의 및 성질 336
 - 2.1 직권면직의 의의와 구별 개념 336
 - 가. 의의 336
 - 나. 구별 개념 336
 - 2.2 직권면직의 법적 성질: 해고 337
3. 직권면직의 제한 338
 - 3.1 ‘정당한 이유’ 필요 338
 - 3.2 서면통지 필요 339
 - 3.3 시기상 제한 339
 - 3.4 경영상 해고의 요건 구비: 경영상 해고에 해당하는 경우 339
 - 3.5 인사규정상의 징계절차 준수 필요 여부: 원칙적 불요 339
4. 직권면직 또는 당면퇴직 규정의 해석 340
5. 직권면직규정과 징계규정의 관계 (직권면직에의 징계절차 적용 여부) 341
 - 5.1 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있고 양자가 실질적으로 구별되는 경우 341

목 차

5.2 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있으나 양자가 실질적으로 동일한 경우	341	가. 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있고 양자가 실질적으로 구별되는 경우	373
5.3 직권면직사유가 별도로 규정되어 있지 않고 징계의 한 종류인 경우	342	나. 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있으나 양자가 실질적으로 동일한 경우	373
6. 대기발령에 이은 직권면직	342	다. 직권면직사유가 별도로 규정되어 있지 않고 직권면직이 징계의 한 종류인 경우	374
7. 직권면직 사유별 검토	345	8.3 대기발령에 이은 직권면직 관련 판례 · 375	
7.1 형사상 범죄로 인한 유죄판결	345	가. 정당성을 인정한 사례	375
가. 판결 확정 여부	345	나. 정당성을 부정한 사례	377
나. 실행 판결 여부	345		
다. 정당성 판단	346		
7.2 무단결근	346		
7.3 복직원 미제출	346		
7.4 허위 이력서 제출, 경력 사칭	347		
7.5 노동능력 상실(신체장애 등)	347		
7.6 자격취소	348		
7.7 근로자 파산	348		
7.8 업무 저성과	349		
7.9 정년 도래	349		
가. 고령자고용법 시행 전 판례	349		
나. 고령자고용법 시행 후 판례	349		
다. 정년이 지난 후 계속 근로관계를 유지하여 온 경우	350		
8. 직권면직 관련 판례	350		
8.1 직권면직 사유별 판례	351		
가. 형사상 범죄로 유죄판결을 받았음을 사유로 한 사례	351		
나. 무단결근을 사유로 한 사례	362		
다. 복직원 미제출을 사유로 한 사례 · 363			
라. 허위 이력서 제출을 사유로 한 사례	364		
마. 노동능력 상실을 사유로 한 사례 · 368			
바. 자격취소를 사유로 한 사례	370		
사. 근로자의 파산을 사유로 한 사례 · 371			
아. 업무 저성과를 이유로 한 사례 · 372			
자. 기타	372		
8.2 징계절차의 적용 여부 관련 판례 · 373			
		제4장 징계와 징계해고	381
		제1절 의의	383
		제2절 징계사유	383
		1. 의의	383
		2. 징계사유의 유형	383
		3. 징계사유별 정리	384
		3.1 학력·경력 사칭, 이력서 허위 기재 · 384	
		가. 의의	384
		나. 해고사유의 정당성 판단	384
		3.2 무단결근	386
		가. 의의	386
		나. 해고사유로 되는 무단결근 기간의 계산	388
		3.3 근무성적·태도 불량	389
		가. 의의	389
		나. 판단기준	389
		다. 하급자에 대한 지휘·감독 불량 · 389	
		3.4 업무상 지시 위반	390
		가. 의의 및 판단기준	390
		나. 업무상 지시의 정당성	390
		다. 업무명령 위반에 대한 징계처분의 정당성	390
		3.5 동료 또는 상사에 대한 폭력 행사 · 391	

목 차

3.6 범죄 행위와 중대한 사고로 인한 손해발생	391	다. 징계사유 발생 이후 취업규칙을 제정하여 소급적으로 징계하는 것은 허용되지 않는다고 본 판례	403
가. 의의	391	4.2 학력·경력 사칭, 이력서 허위 기재 관련 판례	403
3.7 사생활 비행	391	가. 기존 판례	403
3.8 경업·겸직 금지 위반	392	나. 최근 수정된 판례법리	405
3.9 회사에 대한 비방·진정, 내부고발 ..	392	4.3 무단결근 관련 판례	407
가. 의의 및 판단기준	392	가. 사용자의 승인을 얻지 않은 결근 관련 판례	407
나. 내부고발	393	나. 연차휴가 관련 판례	410
다. 소송 제기, 청원권 행사 등	393	다. 전근·전보 등 인사 명령에 불응한 결근 관련 판례	413
3.10 직장 내 성희롱	393	라. 노동조합 활동과 무단결근 관련 판례	415
가. 의의	393	마. 해고사유로 되는 무단결근 기간의 계산 관련 판례	416
나. ‘성희롱’의 성립요건	394	4.4 근무성적·태도 불량 관련 판례	417
다. 성희롱에 따른 해고의 징계양정에 관한 판례의 경향	396	가. 징계사유의 정당성을 인정한 판례 ·	417
3.11 위법한 노동조합 활동	397	나. 징계사유의 정당성을 부정한 판례 ·	419
가. 의의	397	4.5 업무상 지시 위반 관련 판례	420
나. 정당한 노동조합 활동인지 여부의 판단기준	397	가. 운송사업체 승무 관련 지시의 정당성	420
3.12 쟁의행위	398	나. 시말서 제출 거부	421
가. 의의 및 판례의 일반적 경향	398	다. 기타	422
3.13 노사면책 합의	399	4.6 동료 또는 상사에 대한 폭력 행사 관련 판례	423
가. 면책 합의의 의의	399	가. 징계해고의 정당성을 인정한 판례 ·	423
나. 면책 합의의 효력 범위	399	나. 징계해고의 정당성을 부정한 판례 ·	424
3.14 형사상 범죄와 유죄판결	400	4.7 범죄 행위와 중대한 사고의 사유별 관련 판례	424
가. 의의	400	가. 횡령, 운송수입금 미납 등	424
나. 미확정 판결도 ‘형사상 유죄판결’에 포함 되는지 여부	400	나. 중대한 과실 등으로 인하여 회사에 손해를 야기한 경우	428
다. ‘형사상 유죄판결’은 ‘실형’만을 의미 하는 것인지, 집행유예도 포함하는 것인지 여부	401	다. 시설안전 규칙 위반	428
라. 유의사항	401	라. 기타	429
4. 징계사유별 판례	402	4.8 사생활 비행 관련 판례	429
4.1 징계사유 일반에 관한 판례	402	가. 징계해고의 정당성을 인정한 판례 ·	429
가. 징계사유의 확정 관련 판례	402		
나. 단체협약에서 정한 사유 외의 사유로는 해고할 수 없다는 규정이 없는 한 취업규칙에 정한 사유로 징계해고를 할 수 있다고 본 판례	402		

목 차

나. 징계해고의 정당성을 부정한 판례 · 430	2. 징계양정의 원칙 ····· 452
4.9 경업·겸직 금지 위반 관련 판례 ····· 430	2.1 징계사유와 징계처분 사이의 상당성 · 452
가. 징계사유의 정당성을 인정한 판례 · 430	2.2 평등의 원칙 ····· 452
나. 징계사유의 정당성을 부정한 판례 · 431	2.3 최후수단의 회피 ····· 452
4.10 회사에 대한 비방·진정, 내부고발 관련 판례 ····· 432	3. 징계양정 시 고려사항 세부 검토 ····· 452
가. 고소, 고발, 언론 유포 행위 ····· 432	3.1 의의 ····· 452
나. 청원권 행사 ····· 433	3.2 사용자 관련 요소 ····· 453
다. 소송 제기 ····· 433	가. 사업의 목적과 성격 ····· 453
라. 내부 고발 ····· 433	나. 단체협약, 취업규칙 등에 규정된 양정기준표 ····· 454
4.11 직장 내 성희롱 관련 판례 ····· 434	3.3 근로자 관련 요소 ····· 454
가. 성희롱 판단기준 관련 판례 ····· 434	가. 근로자의 지위·담당 직무의 내용 · 454
나. 피해자 진술의 신빙성 관련 판례 · 436	나. 징계전력 등 ····· 455
다. 징계사유의 정당성을 인정한 판례 · 436	3.4 행위 및 결과 관련 요소 ····· 455
4.12 위법한 노동조합 활동 관련 판례 · 438	가. 주관적 행위요소 ····· 455
가. 조합활동과 징계사유의 정당성 ··· 438	나. 객관적 행위요소 ····· 456
나. 유인물 배포와 노동조합 활동에 관한 판례 ····· 439	다. 결과요소 ····· 456
4.13 쟁의행위의 정당성 판단 요건별 판례 · 441	4. 징계양정 관련 판례 ····· 457
가. 주체 ····· 441	4.1 징계양정의 정당성 판단기준 관련 판례 ····· 457
나. 목적 ····· 441	4.2 징계양정의 원칙 관련 판례 ····· 459
다. 시기 및 절차 ····· 443	가. 징계사유와 징계처분 사이의 상당성 관련 판례 ····· 459
라. 방법 ····· 444	나. 형평의 원칙 관련 판례 ····· 460
4.14 노사면책 합의 관련 판례 ····· 444	다. 최후수단의 회피 관련 판례 ····· 461
4.15 형사상 범죄와 유죄판결 관련 판례 · 447	4.2 징계양정 시 고려사항 관련 판례 ··· 462
가. ‘유죄판결을 받은 때’의 의미 관련 판례 ····· 447	가. 사업 목적과 성격을 징계양정에 고려한 사례 ····· 462
나. ‘유죄 판결’이 실행의 유죄 판결을 의미하는 경우 ····· 448	나. 근로자의 지위·업무 등을 징계양정에 고려한 사례 ····· 468
다. 기타 ····· 448	다. 근로자의 징계전력 및 개선의 정 등을 징계양정에 고려한 사례 ··· 469
제3절 징계양정 ····· 449	라. 비위행위의 동기, 양태 등을 징계양정에 고려한 사례 ····· 470
1. 징계양정의 의의와 방법 ····· 449	마. 비위행위의 상습성을 징계양정에 고려한 사례 ····· 472
1.1 징계양정의 의의 ····· 449	바. 비위행위의 가담 정도를 징계양정에 고려한 사례 ····· 473
1.2 징계양정의 판단방법 ····· 449	
가. 판단의 자료 ····· 450	
나. 실질적 양정의 필요성 ····· 450	
다. 징계양정 시 고려사항 ····· 450	

목 차

사. 사업장 내 질서교란의 정도를 징계양정에 고려한 사례	474	5. 징계위원회의 구성 및 운영	492
아. 복수의 징계사유의 존재를 징계양정에 고려한 사례	474	5.1 징계위원회 구성 규정을 위반한 징계처분의 효력: 무효	492
자. 법익침해의 정도를 징계양정에 고려한 사례	475	5.2 ‘징계사유와 관계있는 자’의 징계위원 참석 가능 여부	493
차. 피해회복 여부를 징계양정에 고려한 사례	476	5.3 의장윤번제	494
4.3 직장 내 성희롱 양정 관련 판례	477	5.4 징계 가부가 동수인 경우	494
제4절 징계절차	483	5.5 외부인의 참여 가능 여부	495
1. 개관	483	가. 사용자가 선정하는 인사위원	495
2. 징계절차 규정의 법적 지위	483	나. 단체협약 등에 증인 신청 규정이 있는 경우	495
2.1 징계절차 규정이 있는 경우	483	다. 징계절차에서의 징계혐의자의 대리인 (변호사) 선임 가능 여부	495
가. 징계절차 규정이 있는 경우 이를 위반한 징계는 원칙적으로 무효 · 483		5.6 징계위원회 구성의 하자 치유	496
나. 징계절차 규정 상호 간에 다른 내용이 있는 경우	483	6. 근로자대표를 참여시키지 않은 징계절차의 적법 여부	496
2.2 징계절차 규정이 없는 경우	484	6.1 근로자대표를 반드시 참여시켜야 하는지 여부	496
2.3 징계절차 규정이 임의규정인 경우 · 485		6.2 근로자 측 위원 자격·선임 방법 등에 관한 규정이 없는 경우	497
2.4 징계절차를 규정한 단체협약의 유효기간이 경과된 경우	485	7. 사전동의 또는 사전협의 규정	498
2.5 통상해고, 당연퇴직처분에 대한 징계절차 규정 적용 여부	486	7.1 사전동의(협의)를 요하는 규정의 효력 · 498	
2.6 징계 관련 내부적인 보고절차에 관한 규정 위반	487	가. 동의를 얻지 않은 징계의 효력 · 498	
3. 소명(변명)기회 부여	487	나. 동의의 방법	498
3.1 소명(변명)기회 부여와 관련한 문제 · 487		7.2 사전동의권 포기·남용	498
3.2 출석하여 소명이 반드시 이루어져야 하는지 여부	487	7.3 사전협의의를 요하는 규정의 효력 · 499	
3.3 소명권 포기·남용 여부	488	7.4 동의와 협의의 구분이 모호한 경우 · 500	
4. 사전통지 관련 문제	488	8. 징계재심절차와 관련한 문제	500
4.1 사전통지를 반드시 해야 하는지 여부 · 488		8.1 징계재심절차를 반드시 거쳐야 하는지 여부	500
4.2 사전통지의 상대방	489	가. ‘변명기회 부여’와 관련한 재심절차 규정이 없는 경우	500
4.3 사전통지의 방법	489	나. ‘징계재심위원회 구성’과 관련한 징계재심절차 규정이 없는 경우 · 501	
4.4 사전통지의 시기	490	8.2 징계재심절차에 중대한 하자가 있는 경우	501
4.5 사전통지 시 혐의사실 고지의 구체성 정도 · 490		8.3 징계재심절차에 의한 하자 치유 · 502	
4.6 사전통지 위반의 하자 치유	491	9. 해고 사유 및 시기의 서면통지	503

목 차

9.1 해고 서면통지 의무의 의의와 효력 .. 503	가. 정계재심절차를 반드시 거쳐야 하는지 여부 .. 552
가. 의의 .. 503	나. 정계재심절차에 중대한 하자가 있는 경우 .. 554
나. 서면통지의무의 효력 .. 503	다. 정계재심절차에 의한 하자 치유 .. 556
9.2. 구체적 요건 .. 504	10.7 해고의 서면통지의무 관련 판례 .. 557
가. 해고사유의 서면 통지 .. 504	가. 해고사유의 서면 통지 관련 판례 .. 557
나. 해고시기의 서면 통지 .. 505	나. 해고시기의 서면 통지 관련 판례 .. 560
다. ‘서면’의 범위 .. 505	다. ‘서면’의 범위 관련 판례 .. 561
라. 관련 문제 .. 506	라. 기타 판례 .. 564
10. 징계절차 관련 판례 .. 506	10.8 기타 판례 .. 565
10.1 징계절차 규정의 법적 지위에 관한 판례 .. 506	제5절 징계시효 .. 567
가. 징계절차 규정이 있는 경우 .. 506	1. 개설 .. 567
나. 징계절차 규정이 없는 경우 .. 510	1.1 징계시효의 의의 .. 567
다. 징계절차 규정이 임의규정인 경우 .. 511	1.2 징계시효의 기산점 .. 567
라. 징계절차를 규정한 단체협약의 유효기간이 경과된 경우 .. 513	1.3 징계시효의 정지 .. 568
10.2 소명(변명)기회 부여 관련 판례 .. 514	1.4 징계시효의 완성 .. 568
10.3 징계위원회 사전통지 관련 판례 .. 516	1.5 ‘징계시효’와 ‘징계절차와 관련한 기간’의 구별 .. 569
가. 사전통지를 반드시 해야 하는지 여부 .. 516	가. 징계절차와 관련한 기간 .. 569
나. 사전통지의 상대방 .. 518	나. 구별 기준 .. 570
다. 사전통지의 시기 및 방법 .. 520	1.6 취업규칙 개정 전 비위행위에 대한 연장된 징계시효의 소급적용 여부 판단 .. 571
라. 사전통지 시 혐의사실 고지의 구체성 정도 .. 524	2. 징계시효 관련 판례 .. 572
10.4 징계위원회 구성 관련 판례 .. 526	2.1 징계시효의 기산점 관련 판례 .. 572
가. 징계위원회 구성 관련 규정이 있는 경우 .. 526	2.2 징계시효의 정지 관련 판례 .. 574
나. ‘징계사유와 관계있는 자’의 징계위원 참석 가능 여부 .. 534	2.3 징계시효의 완성 관련 판례 .. 576
다. 의장윤번제 관련 판례 .. 538	2.4 징계절차에서의 징계기간 규정의 성격에 관한 판례 .. 577
라. 징계 가부가 동수인 경우 .. 539	2.5 취업규칙 개정 전 비위행위에 대한 연장된 징계시효의 소급적용 여부 판단 관련 판례 .. 580
마. 외부위원 참여 가능 여부 .. 540	제6절 이중징계 및 재징계 .. 581
바. 징계위원회 구성의 하자 치유 .. 541	1. 이중징계 .. 581
사. 근로자대표를 참여시키지 않은 징계절차의 적법 여부 .. 542	1.1 의의 .. 581
아. 기타 .. 548	1.2 관련 판례 .. 581
10.5 사전동의 또는 사전협의 규정 관련 판례 .. 548	
10.6 징계재심절차 관련 판례 .. 552	

목 차

2. 재징계	584	제3절 기타 경영상 해고 관련 논점	604
2.1 의의	584	1. 고용안정협약	604
2.2 관련 판례	585	1.1 고용안정협약의 구분	604
제5장 경영상 해고	589	1.2 고용안정협약에서 ‘합의’의 의미	604
제1절 경영상 해고의 의의 및 성격	591	1.3 단체협약의 고용보장조항과 사정변경	605
제2절 경영상 해고의 정당성 요건	591	2. 우선재고용 의무	605
1. 의의	591	제4절 경영상 해고 관련 판례	607
2. 긴박한 경영상의 필요성(제24조 제1항)	592	1. 긴박한 경영상 필요성 인정 여부	607
2.1 긴박한 경영상의 필요성의 의미	592	1.1 긴박한 경영상 필요성 판단의 범위	
2.2 긴박한 경영상의 필요성 판단범위	594	(판단 대상 사업 범위)	607
가. 원칙	594	1.2 긴박한 경영상 필요성 판단의	
나. 예외	594	기준시점	610
2.3 긴박한 경영상의 필요성 판단기준	594	1.3 긴박한 경영상의 필요성을 인정한	
가. 판단의 기준시점	594	사례	611
나. 판단 방법	595	가. 적자 누적, 매출감소, 부채증가, 인건비	
3. 해고회피노력(제24조 제2항)	596	비중 증가 등으로 인한 긴박한 경영상	
3.1 해고회피노력의 의의	596	필요성을 인정한 사례	611
3.2 해고회피노력의 판단기준	597	나. 장래 도래할 수 있는 위기에 대처	
4. 해고대상자 선정의 합리성·공정성(제24조		하기 위한 긴박한 경영상 필요성을	
제2항)	597	인정한 사례	613
4.1 해고대상자 선정의 합리성·공정성의		다. 긴박한 경영상 필요성 인정 관련	
의의	597	특수 쟁점	616
4.2 해고대상자 선정의 합리성·공정성		1.4 긴박한 경영상의 필요성을 부정한 사례 · 618	
판단기준	597	가. 사용자가 경영상 필요의 근거로	
5. 근로자대표에 대한 사전통보 및 성실한		삼는 지표 이외의 다른 지표들은	
협의를(제24조 제3항)	598	안정적인 경우	618
5.1 사전협의 절차의 취지	598	나. 회계지표 악화의 원인이 과다인원과	
5.2 사전협의 절차의 체계적 지위	598	관계가 없는 경우	620
5.3 사전협의의 상대방	599	다. 경영상 위기의 일반적인 상황에	
가. 사전협의의 상대방은 ‘근로자대표’임	599	반하는 간접사실들이 다수 있는	
나. 근로자대표성을 인정하는 판례의		경우	621
태도	599	라. 사용자가 당초 제시한 인원감축	
다. 근로자대표성을 부정하는 판례의		목표를 초과한 경우	621
태도	601	마. 공공기관 선진화 추진계획에 따른	
5.4 사전협의의 정도 및 방법	602	경영상 해고	622
5.5 사전통보기간	603	2. 해고회피노력 충족 여부	622
		2.1 해고회피노력 관련 주요 판례	622

목 차

2.2 사용자의 해고회피노력을 인정한 사례 · 623	2.3 기간의 정함이 없는 근로계약인지 여부에 관한 구체적 판단기준 678
2.3 사용자의 해고회피노력을 부정한 사례 · 629	2.4 기간제 근로계약이 문제되는 사건의 해결과정 680
3. 해고대상자 선정의 합리성·공정성 인정 여부 639	3. 갱신기대권 681
3.1 해고대상자 선정의 합리성·공정성을 인정한 사례 639	3.1 갱신기대권 인정법리 681
3.2 해고대상자 선정의 합리성·공정성을 부정한 사례 646	3.2 갱신기대권 인정 여부에 대한 구체적 판단 기준 682
4. 근로자대표에 대한 사전통보 및 성실한 협의를 인정 여부 654	가. (근로계약 등에) 갱신 근거규정을 둔 경우 682
4.1 사전협회의 상대방 654	나. 갱신 근거규정을 두지 않은 경우 · 683
가. 근로자대표성을 인정한 사례 654	3.3 계약갱신 거절에 있어서 합리적 이유 · 687
나. 근로자대표성을 부정한 사례 659	4. 무기계약 전환기대권 691
4.2 사전협회의 정도 및 방법 660	5. 사용기간제한의 예외 관련 693
가. 사전협회의 정도 및 방법에 있어 정당성을 인정한 사례 660	5.1 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우 693
나. 사전협회의 정도 및 방법에 있어 정당성을 부정한 사례 663	5.2 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우 693
4.3 사전통보기간 위반의 효과 666	5.3 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우 694
5. 기타 경영상 해고 관련 논점 666	5.4 「고령자고용촉진법」 제2조 제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우 · 694
5.1 단체협약의 경영상 해고동의조항 관련 666	5.5 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우 694
가. 단체협약의 ‘합의’의 의미를 ‘협의’로 본 사례 666	가. 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우 694
나. 단체협약의 ‘합의’의 의미를 ‘합의’로 본 사례 667	나. 정부의 복지정책·실업대책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우 · 696
5.2 단체협약의 고용보장조항 관련 668	5.6 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우 696
5.3 우선재고용의무의 법적 성질 671	5.7 사용기간의 제한 예외사유와 갱신(무기계약 전환)기대권 697
제6장 기간제 근로계약 종료 673	
제1절 기간제 근로계약 개관 및 주요쟁점 ... 675	
1. 개설 675	
2. 기간제 근로계약의 종료 675	
2.1 원칙 675	
2.2 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 볼 수 있는 경우 678	

목 차

제2절 기간제 근로계약 종료 관련 판례 699

1. 사실상 무기계약으로 인정한 판례 699
2. 갱신기대권이 인정된 판례 705
3. 갱신기대권이 부정된 판례 712
4. 갱신거절에 있어 합리적 이유가 있다고 본 판례 729
5. 갱신거절에 있어 합리적 이유가 없다고 본 판례 736
6. 무기계약 전환기대권 관련 판례 746
7. 사용기간제한의 예외 관련 판례 748
 - 7.1 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우 ... 748
 - 7.2 고령자고용촉진법 제2조 제1호의 규정에 의한 고령자와 근로계약을 체결하는 경우 750
 - 7.3 전문적 지식 기술의 활용이 필요한 경우(전문 국가자격을 소지하고 해당분야에 종사하는 경우) 752
 - 7.4 정부의 복지정책·실업대책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우 755
 - 7.5 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우 758
8. 기타 판례 764

제 1 장

채용내정·시용·수습

제1절 채용내정	197
1. 의의와 법적 성질	197
2. 채용내정자에 대한 해고	198
3. 채용내정 관련 판례	199
제2절 시용·수습	204
1. 의의와 법적 성질	204
2. 시용근로관계의 성립	205
3. 시용근로자에 대한 본채용 거부 및 그 합리성	207
4. 시용 관련 판례	210

제1절 채용내정

1. 의의와 법적 성질

채용내정은 사용자가 공개시험 등을 통해 채용할 자를 미리 선정·확정하고 일정 시점에 입사시키는 것을 말하며, 채용예정자로 확정된 후 입사하여 **실제로 노무를 제공하기 이전의 지위에 있는 자**를 채용내정자라고 함²⁶⁸⁾

기업 측의 필요에 따라 근로자를 확보하면서도 그 근로자의 **정식채용을 현실적인 근로개시가 가능할 때 또는 노동력의 질을 일정한 기간을 두고 충분히 평가한 뒤까지 유보하려는 목적**을 가지고 발생된 것이라고 봄²⁶⁹⁾270)

채용내정의 법적 성질에 대해 근로계약 체결과정으로 보는 견해(근로계약체결과정설), 근로계약에 대한 예약계약(예약설)으로 보는 견해, 근로계약의 성립으로 보는 견해(근로계약 성립설)가 있음

법원은 신입사원 채용절차에 정해진 바에 따라 서류전형 및 면접절차에 합격하여 신채검사를 거친 후 **최종합격통지(채용내정통지)**²⁷¹⁾를 함으로써 근로계약관계가 유효하게 성립되었다고 봄²⁷²⁾

【 채용내정의 법적 성질에 대한 견해 】

근로계약의 성립으로 보는 견해는 정지조건부 계약설, 해제조건부 계약설, 해약권유보부 계약설로 나뉘고, 해약권유보부 계약설은 효력시기부 해약권유보부 계약으로 보는 견해와 취업시기부 해약권유보부 계약으로 보는 견해로 나뉨

현재 학계 다수의 견해는 채용내정을 “취업시기부 해약권유보부 근로계약 성립”으로 봄²⁷³⁾

268) 김선수, “채용내정자의 법적 지위”, 노동법연구(제8호), 서울대학교 노동법연구회, 1999, 197면

269) 김윤수, “채용내정과 사용기간의 법률관계”, 근로관계소송상의 제문제(상), 법원행정처, 1987, 145면

270) 채용내정에서 사용되는 “정식채용” 또는 “본채용” 용어는 주로 ‘정식발령 등을 통한 현실적 근로의 개시’를 의미한다고 볼 수 있으며, 사용근로관계에서의 본채용 내지 정식채용 개념과는 구별됨

271) 채용내정자에 대한 채용의사가 외부적·객관적으로 명확하게 표명되어야 함(서울행정법원 2011. 10. 20. 선고 2011구합17*** 판결)

272) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다25*** 판결 참조

273) 김선수, “채용내정자의 법적 지위”, 노동법연구(제8호), 서울대학교 노동법연구회, 1999, 207면; 문무기 외 3, “과도적 근로관계 연구”, 한국노동연구원, 2008, 17면; 방준식, “채용내정법리의 재고찰”, 노동법학(제36호), 한국노동법학회, 2010, 270면(우리나라의 지배적인 학설도 일본의 해약권이 유보된 근로계약성립설을 지지하고 있다고 보는 견해); 김형배·박지순, 노동법강의(제7판), 신조사, 2018, 108면(채용을 ‘내정’한다는 것은 채용내정기간 중에 일정한 사유가 있으면 근로계약을 소멸시킬 수 있는 해지권을 유보한다는 뜻으로 해석되고 있다고 보는 견해); 菅野和夫(저)/이정(역), 日本労働法, 法文社, 2007, 136면(일본의 경우 ‘개시시기 조건부 해약권유보 근로계약 성립설’로 확립된 것으로 평가하며, 채용내정통지서 또는 서약서에 기재되어 있는 채용내정취소 사유가 생긴 경우 해약할 수 있는 의미의 합의가 포함되어 있으며 또한 졸업을 못한 경우 당연히 해약할 수 있다고 보는 견해). 다만, 채용의 내정만의

법원은 회사의 취업규칙에 비추어 신규채용된 자들의 채용내정 시부터 정식발령일까지 사이에 사용자에게 근로계약의 해약권이 유보되어 있다고 보고 있음²⁷⁴⁾

2. 채용내정자에 대한 해고

채용내정은 현실적 근로제공이 이뤄지지 않고 있다고 하더라도 채용내정자에 대한 채용내정 취소는 이미 성립한 근로계약의 해지로서 실질적으로 해고에 해당하고, 다만, 근로기준법 제23조 제1항, 제24조의 ‘정당한 이유’²⁷⁵⁾가 존재해야 함

채용내정 통지서, 서약서 등에 기재되어 있는 채용내정 취소 사유가 생긴 경우 해약할 수 있으며,²⁷⁶⁾ 채용내정 된 근로자의 ‘졸업 실패’, ‘중대 질병’, ‘자격 조건 불충족’ 등이나 사용자의 기업경영 악화 등 경영상 이유는 채용내정자에 대한 해고 사유가 될 수 있음

다만, 취업규칙 등에 채용내정자에 대한 취소 사유 등이 명시되어 있더라도 채용내정 취소도 근로기준법상 해고인 이상 정당한 이유는 법률적 평가를 거쳐야 함

정당한 이유는 해약권이 유보되지 않은 근로자의 경우보다 넓게 해석된다는 견해²⁷⁷⁾와 동일하게 해석되어야 한다는 견해가 있음²⁷⁸⁾

법원은 공고에서 요구한 자격(경력) 기준을 갖추지 못하였다는 이유로 유보된 해약권을 행사하여 채용내정을 취소하는 경우 객관적으로 합리적 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 한다고 보고 있음²⁷⁹⁾

로는 사용자에게 해약권이 유보된 근로계약이 성립할 뿐이라고 보는 것은 부당하다고 보는 견해 있음 (김형배, 노동법(제24판), 박영사, 2015, 286면)

274) 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다51*** 판결, 대전지방법원 2016. 10. 20. 선고 2016구합101*** 판결 (“근로계약의 체결에 있어 청약의 유인에 해당하는 사용자의 모집에 대하여 근로자가 서류전형 및 면접절차에 응모, 응시하는 것은 근로계약의 청약에 해당하고 이에 대하여 사용자가 서류전형 및 면접절차 등을 거친 후 행하는 채용내정통지(최종합격통지)는 그 청약에 대한 승낙으로서 이에 따라 채용내정자와 사용자 사이에 해약권을 유보한 근로계약이 성립한다고 할 것”). 한편 채용내정의 취소는 원칙적으로 해고의 법리가 동일하게 적용되어야 하지만, 위 판결의 경우 해당 사업장의 취업규칙이 “신규로 채용한 종업원에 대하여는 원칙적으로 3개월의 수습기간을 두되 그 기간 중 근무성적이 불량한 자에 대하여는 언제든지 채용을 취소할 수 있다.”라고 규정하여 모든 신규입사자에게 수습기간을 두도록 규정하고 있었기 때문에 해약권 유보부 근로계약이 성립되었다고 판시한 것이라고 보는 견해가 있음. 즉 이러한 견해에 따르면 채용내정자임과 동시에 수습기간에 있는 자의 본채용을 거부하는 경우에만 수습기간의 법리가 적용되어 사용자에게 해약권이 유보되어 있다고 보게 되는 것임

275) 대법원 2000. 11. 29. 선고 2000다51*** 판결, 서울지방법원 남부지원 1999. 4. 30. 선고 98가합20*** 판결

276) 菅野和夫(저)/이정(역), 日本労働法, 法文社, 2007, 136면

277) 임종률, 노동법(제14판), 박영사, 2016, 391면(이 견해는 채용내정자에 대한 경영상 해고 시 근로기준법 제24조 제3항이 적용되지 않는다는 취지의 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다51*** 판결 등을 논거로 제시); 일본의 경우에도 해약사유가 상대적으로 폭넓게 인정된다고 하는 견해가 다수임(방준식, “채용내정법리의 재고찰”, 노동법학(제36호), 한국노동법학회, 2010, 272면)

278) 김선수, “채용내정자의 법적 지위”, 노동법연구(제8호), 서울대학교 노동법연구회, 1999, 207면 이하

279) 서울고등법원 2020. 4. 22. 선고 2019누58*** 판결

법원은 사용자가 경영상 이유로 채용내정 근로자들에 대한 채용내정을 취소하더라도 근로기준법 제24조는 적용되나 취업규칙에 비추어 신규채용된 자들의 채용내정 시부터 정식발령일까지 사이에 사용자에게 근로계약의 해약권이 유보되어 있어 같은 조 제3항은 적용되지 않는다고 본 사례도 있음²⁸⁰⁾

사용자가 채용내정자에 대해 채용내정을 취소하는 것은 근로기준법상 해고에 해당하므로 근로기준법 제27조 규정이 정한 바에 따라 실질적 거부 사유를 서면으로 통지하여야 함

3. 채용내정 관련 판례

3.1 판례의 경향

채용 진행 단계에서 채용하지 않기로 하는 경우 근로계약관계가 존재하지 않으므로 해고라고 보기 어려우나, 명시적·묵시적 근로계약관계 성립을 의미하는 채용내정관계 확정 후 정식채용 거부나 채용내정 취소는 해고에 해당함

따라서 채용내정 관련 판례들은 ‘근로계약관계가 명시적 또는 묵시적으로 성립되었는지’ 즉 ‘채용내정인지’가 주된 쟁점이 됨

법원은 채용내정관계 확정이나 근로계약관계 성립에 대한 입증책임이 근로자임을 주장하는 자에게 있다고 봄²⁸¹⁾

그 밖에도 채용 자격요건을 충족하지 못한 경우 채용내정 취소가 정당한지, 절차를 준수하였는지가 주요쟁점이 됨

3.2 채용내정인지 여부 판단

1) 회사가 입사에정일을 연기하는 등 사정이 있었으나 서류전형, 면접 등을 거쳐 최종합격통보를 한 시점에 근로계약관계가 유효하게 성립되었다고 보아 채용내정관계를 인정함

【대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다51*** 판결】

원심은 원고들의 주위적 청구인 종업원지위확인청구에 대하여 판단하기를, 그 거시증거에 의하여, 피고 회사가 1997. 8월경 원고들을 포함한 대학졸업자 또는 졸업예정자들로부터 채용신청서류를 제출받은 뒤 1997. 9. 29.경 서류전형 합격통보를, 1997. 10. 24.경 면접 합격통보를, 1997. 11월경 최종합격통보를 각 한 사실, 1997. 11. 30. 열린 입사에정자 소집 간담회에서 신입사원 입사교육계획 일정과 늦어도 1998. 4. 6.까지는 모두 입사일이 지정되어 근무가 시작될 것임이 고지된 사실, 그 후 1997. 11월경부터 IMF 구제금융을 받게 되는 경제위기가 도래하자 피고는 1997. 12.경부터 시작될 예정이었던

280) 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다51*** 판결(상세한 내용은 2심 법원 판결인 서울고등법원 2000. 8. 25. 선고 99나41*** 판결 및 1심 법원 판결인 서울지방법원 1999. 6. 18. 선고 98가합67*** 판결 참조)

281) 대전고등법원 2017. 11. 16. 선고 2017누12*** 판결

입사교육을 연기하고 1998. 2.경 당초의 입사일정이 추후 별도로 결정될 것임을 알리는 안내문을 송부하였고, 1998. 6. 11.과 12일 개최된 신입사원간담회에서 마침내 신규채용의 취소를 통보한 사실을 인정한 후, 피고가 1997. 11.경 원고들에게 최종합격통보를 해줌으로써 원고들과 피고 사이에 근로계약관계가 유효하게 성립되어 늦어도 1998. 4. 6. 이후에는 원고들이 피고 회사의 근로자가 되었다고 할 것이므로 그 후 피고가 원고들에게 한 신규채용의 취소통보는 실질적으로 해고에 해당한다고 하고, ...-(후략)...

2) 회사가 근로조건 등을 밝힌 공고를 한 후 입사지원서를 제출한 근로자에게 **공고한 채용절차를 모두 거쳐 최종합격통보를 한 경우** 근로계약관계가 유효하게 성립되었다고 보아 채용내정관계를 인정함

【서울고등법원 2020. 4. 22. 선고 2019누58*** 판결】

참가인은 이 사건 공고를 통하여 근로시간, 그 근로자가 담당할 업무의 내용, 임금 등과 같이 근로계약의 본질적인 내용을 이루는 근로조건을 밝힘으로써 근로계약의 청약을 유인하였고, 원고는 공고에 따른 채용 전형에 응하고자 참가인에게 입사지원서 등을 제출하여 청약의 유인에 따른 근로계약의 체결을 청약하였으며, 참가인은 이 사건 공고에 따른 채용절차를 모두 거쳐 원고에게 최종 합격을 통보하여 원고의 청약을 승낙하였다고 할 것이므로, 참가인이 원고에게 최종 합격을 통지한 2018. 4. 6. 원고와 참가인 사이에 이 사건 근로계약이 성립하였다.

다만, 참가인은 이 사건 공고에서 3개월의 수습근무 후 평가를 거쳐 적격자에 한하여 임용조치를 한다고 명시하였고, 참가인의 인사규정은 직원을 신규 채용할 때에는 수습직으로 임용할 수 있고 그 수습기간은 3개월로 한다고 규정하고 있으므로, 이 사건 근로계약은 확정적인 근로관계를 맺기에 앞서 정식 채용을 전제로 하여 당해 근로자의 직업적 능력을 판단하기 위하여 3개월의 시용기간을 둔 이른바 시용조건부 근로계약에 해당한다.

3) 월급 등 일부 근로조건을 제시하거나 기숙사에서 하룻밤 보낸 사실은 있으나 **취업규칙상 채용절차를 거치지 않았고, 근로계약서 등도 작성하지도 않았으며 취업규칙에 명시된 서류를 회사에 제출하지도 않은 경우** 채용내정관계를 부정함

【대전고등법원 2017. 11. 16. 선고 2017누12*** 판결²⁸²⁾】

원고가 2016. 5. 20. 10:00경 참가인 회사 상무 과 통화하였고, 상무 ○○○이 원고에게 월급 등 일부 근로조건을 제시한 사실, 원고가 같은 16:00경 참가인 회사를 찾아가 참가인 회사 기숙사에서 하룻밤 보낸 사실은 인정된다.

그러나 위 증거들과 을나 제2 내지 5호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 아래와 같은 사정 등을 종합하여 보면, 위와 같은 사실만으로는 원고와 참가인 사이에 채용내정관계가 확정되었다거나 근로계약이 성립되었다고 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

...(중략)...

1) 근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하는지에 대한 입증책임은 근로자임을 주장하는 자에

게 있다 할 것인데(대법원 2006. 11. 9. 선고 2006다54***, 2006다54***(병합) 판결 등 참조), ① 참가인 회사에서 약 3~4년 전에 근무하다가 동료 여직원과의 말다툼으로 인해 입사한 지 약 10일 만에 자진 퇴사한 적이 있는 원고를 면접도 보지 않고 확정적으로 채용을 결정한다는 것은 상당히 이례적이라고 보이는 점(원고의 주장에 따르면 원고가 약 3~4년 전에 참가인 회사에 입사할 때 면접을 거쳐 입사를 하였다는 것이므로 참가인 회사가 근로자 채용 시 면접절차를 진행하고 있음을 인정할 수 있다), ② 근로조건은 참가인 회사 측에서 채용을 결정하기 이전에 지시할 수 있다고 보이는 점 등에 비추어 보면, 앞서 인정한 사실만으로는 피고가 원고에게 확정적으로 채용내정의 의사표시나 근로계약 승낙의 의사표시를 하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. …(중략)…

2) 원고는 참가인 회사의 취업규칙상 채용절차인 서류전형, 신체검사 및 적성검사를 거치지 않았고, 근로계약서 등 근로관계에 관한 서류를 작성하지도 않았으며, 주민등록등본 등 취업규칙에 명시된 서류를 참가인 회사에 제출하지도 않았다.

4) 사원증과 제복을 지급하였고, 근로자는 이를 착용하고 지정한 노선을 2회 왕복 운행하였으나 채용절차 중 임원진 면접과 근로계약서 작성 등이 이뤄지지 않은 경우 채용내정관계를 부정함

【 대전고등법원 2017. 11. 30. 선고 2017누12*** 판결283) 】

원고와 참가인 사이에 근로관계가 성립하였는지에 관하여 보건대, 참가인이 원고에게 사원증과 제복을 지급하였고, 원고는 이를 착용하고 참가인이 지정한 노선을 2회 왕복 운행한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 앞서 든 증거들과 을나 제1, 2호증(가번호 있는 것은 가번호 포함)의 각 기재 및 이 법원의 ○○광역시장에 대한 사실 조회결과에 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위와 같은 사실만으로는 원고와 참가인 사이에 근로관계가 성립되었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. …(중략)…

1) 참가인의 계약직 운전원 채용절차는 서류심사 후 서류 합격자 선별, 운행테스트 실시, 임원진 면접, 채용 결정 후 근로계약서 작성 순으로 이루어지는데, 원고에 대하여는 운행테스트까지 실시하였을 뿐 임원진 면접, 근로계약서 작성 등은 이루어지지 않았다.

2) 참가인의 운전원 모집 공고에는 급여조건을 면접 후 결정하고, 근무조건도 협의하여 결정하게 되어있는데, 원고와 참가인 사이에 급여조건이나 근무조건 협의가 없었다(원고가 주장하는 바와 같이 광주광역시 시내버스가 준공영제로 운영되어 시내버스 기사들의 급여조건은 회사별로 다르지 않은 사실은 인정된다. 그러나 급여조건이 동일하더라도 개별 버스와 회사와 운전원 사이에 근로계약을 체결하는 절차는 여전히 필요할 뿐 아니라, 임금 및 만근일수 등의 급여조건 외에 실제 근무일수나 근무요일 기타 근로조건 등은 각 업체의 경영상황, 운행노선 등에 따라 차이가 있으므로, 위와 같은 사항에 관해서는 구체적인 협의가 필요할 것으로 보인다(참가인도 근무요일 등 근무조건은 협의할 예정이라는 취지로 버스 운전원 채용 공고를 한 바 있다)).

3) 참가인은 운행테스트 기간 원고에게 지정된 노선을 2회 왕복 운행하는 것 외에 다른 업무지시를 하지 않은 것으로 보인다. …(후략)…

282) 대법원 2018. 3. 16. 선고 2018두30*** 상고장 각하명령

3.3 채용내정자에 대한 해고의 정당성 판단

1) 사용자가 **경영상 이유로 채용내정 근로자들에 대한 채용내정을 취소**할 경우, 근로기준법 제24조의 요건을 갖추었다면 채용내정 취소가 정당하다고 봄²⁸⁴⁾

【대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다51*** 판결】

피고의 위 정리해고는 판시와 같은 여러 인정사실에 비추어, ① 긴박한 경영상의 필요에 의하여, ② 해고회피를 위한 사용자의 노력이 병행되면서, ③ 객관적·합리적 기준에 의하여 해고대상자를 선정하여, ④ 근로자 측과의 성실한 협의를 거쳐서 행하여진 것이고, 한편 피고 회사의 취업규칙에 비추어 신규채용된 자들의 채용내정 시부터 정식 발령일까지 사이에는 사용자에게 근로계약의 해약권이 유보되어 있다고 할 것이어서 원고들에 대하여는 근로기준법 제31조 제3항²⁸⁵⁾이 적용되지 않는다고 보아야 한다고 하여, 결국 피고의 원고들에 대한 정리해고가 정당하다고 판단하고 있다.

기록에 의하여 인정되는 사실관계에 비추어 볼 때 원심의 위 판단은 모두 정당한 것으로 인정되고 거기에 채용법칙과 경험칙에 위배하여 사실을 오인하였거나 정리해고의 유효요건에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 상고이유의 주장은 이유 없다.

2) 공공기관 경력직 직원 신규채용 과정에서 **경력사항이 합격자로 선정되는 데 결정적 영향**을 미쳤음에도 불구하고 **경력기간과 경력직무의 내용을 객관적, 실질적으로 확인할 수 있는 증빙서류를 제출하지 아니한 경우** 채용내정 취소가 정당하다고 봄

【대전지방법원 2016. 10. 20. 선고 2016구합101*** 판결】

원고와 같은 공공기관 등이 경력직 직원을 신규채용하는 경우 건강보험득실확인서 또는 국민연금(건강보험) 가입증명서 등을 제출할 것을 요구하고, 특히 직급(직위)별 근무기간, 근무부서, 담당 직무, 종업원 수가 명기된 경력증명서에 수반하여 경력확인용 건강보험 자격득실확인서를 제출하도록 하는 취지는 경력증명서를 통하여 기재된 경력업무를 실질적으로 수행하였는지를 확인함과 동시에 경력증명서상에 명시되지 않은 사항이나 경력사업장에서 실질적으로 근무하였는지 여부를 건강보험 자격득실확인서를 통해 확인함으로써 인사채용 시 경력사항에 관한 자의적인 해석을 방지하고 공정한 채용과 적절한 보수를 산정하기 위한 것이다. 따라서 경력증명서와 건강보험 자격득실확인서의 경우 위 두 서류 중 하나를 선택적으로 제출하면 되는 것이 아니라, 두 서류가 상호 결합하여 내용적인 보완을 통해 객관적인 증빙효과를 가지는 것으로서 반드시 양 서류가 함께 제출될 것이 요구된다고 할 것이다. 그런데 참가인은 ‘E신용협동조합’에서의 경력과 관련하여서는 건강보험 자격득실확인서만 제출하여 경력기간에 대한 확인은 가능하였으나 경력직무에 대한 확인이 이루어지지 않았고,

283) 대전지방법원 2017. 5. 31. 선고 2016구합104*** 판결의 내용 중 고등법원에서 고쳐 쓰기 한 부분을 포함

284) 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다51*** 판결(2심 법원 판결인 서울고등법원 2000. 8. 25. 선고 99나41*** 판결에서는 근로기준법 제24조 제3항은 근로계약이 확정된 근로자를 전제로 하는 것으로서 사용자에게 해약권이 유보되어 있는 채용내정자에 대하여는 그 적용이 없다고 보았고, 1심 법원 판결인 서울지방법원 1999. 6. 18. 선고 98가합67*** 판결에서는 현실적인 노무의 제공을 하지 않는 상태로서 근로관계에의 밀접도가 통상의 근로자에 비하여 떨어진다고 할 것이어서 기존의 근로자들에 비해 우선적으로 경영상 해고의 대상에 속할 수 있으므로 채용내정자들을 경영상 해고의 대상으로 선택한 것은 합리적인 이유가 있는 것으로 보았음)

285) 현 근로기준법 제24조 제3항

“주) C와 관련하여서는 앞서 살펴본 바와 같이 그 신빙성이 의심되는 경력증명서만을 제출하였을 뿐 경력기간과 경력직무의 내용을 객관적, 실질적으로 확인할 수 있는 증빙서류를 제출하지 아니하였으며, 여타 사업장에서의 경력과 관련하여서는 아무런 증빙서류를 제출하지 아니하였다. 참가인이 제출한 건강보험자격 득실확인원을 통해서 E신용협동조합에서의 근무기간은 확인할 수 있을 뿐(그마저도 참가인이 입사지원시 기재한 경력기간과는 일치하지 않을 뿐만 아니라, 참가인은 이와 같은 불일치를 해소하기 위하여 다른 객관적 자료를 통한 소명을 한바 없다), 참가인이 입사지원서에 기재한 다른 사업장에서의 근무기간은 확인되지 않았고, 각 사업장에서의 회계관련 경력이나 직급(직위별 근무기간, 근무부서, 담당 부서 등)도 확인되지 않았다. 참가인은 채용과정에서 있었던 서류심사에서 변경된 서류전형 채점표상 정규직으로 7년 이상 근무한 경우 경력사항과 관련하여 받을 수 있는 최고 점수인 15점을 받았는데, 이는 참가인이 합격자로 선정되는데 결정적인 영향을 미쳤던 사정에 비추어 볼 때, 원고가 위와 같이 객관적으로 증명되지 않는 경력사항을 기재하였을 뿐 증빙서류를 제출하지 않고 등기사항전부증명서, 건강보험 자격득실확인서 등과 상이한 내용의 경력을 기재한 참가인에 대하여 합격을 취소하고 본채용을 거부한 것이 사회통념상 정당한 인사권의 범위를 일탈한 것이라고 할 수 없다.

3) 경력직 채용 과정에서 채용 자격요건 및 증빙하지 못할 경우 합격이 취소될 수 있음을 공고하였음에도 불구하고 공고한 제설 및 정설 경력을 전혀 증빙하지 못한 경우 채용내정 취소는 정당하다고 봄

【서울고등법원 2020. 4. 22. 선고 2019누58*** 판결²⁸⁶⁾】

① 참가인은 이 사건 공고에서 응시 자격요건으로 ‘눈썰매장 등 동종유사업체 정설기, 제설기 운전 및 유지관리 1년 이상 경력이 있는 사람’을 요구하고, 자격요건 미달 시 응시가 불가능하며, 지원서에는 반드시 증빙이 가능한 사항만 기재하고 제출자료가 응시원서에 기재한 사항과 다를 경우 합격이 취소될 수 있음을 명시하였으므로, 제설 및 정설 경력에 대하여 증빙이 가능한 사항으로 응시 자격요건을 구비하여야 한다.

② 원고는 ○○구시설관리공단에서 운동장, 테니스장 대관, 사용료 징수, 공원 내 녹지와 시설 유지관리, 현수막과 게시판 관리 등 업무에 종사하였다. ○○구시설관리공단은 참가인에게 최종적으로 원고의 경력사항에 대하여 제설(除雪)작업을 언급하지 아니하는 전력(경력)조회 회보서를 보내어 제설(除雪)작업이 객관적으로 증빙이 가능한 공식적인 원고의 경력이라고 보기 어렵다. …(중략)…

③ 원고는 지원서의 직무관련 경험사항 항목에서 2010. 12.부터 2012. 12.까지 휘닉스파크에서 스키강사 및 제설차량 운전을 하였다고 기재하였고, 자기소개서 항목에서 매년 스키장에서 제설차량을 운행하였고 정설작업 또한 경험하였다고 기재하였으나, 참가인의 내정 취소 당시는 물론 이 사건 변론종결일까지 위 경험 사항을 뒷받침하는 아무런 객관적인 증빙자료를 제출하지 못하였다. …(중략)…

④ 원고는 이 사건 공고에서 요구하는 제설 및 정설 경력을 전혀 증빙하지 못하였으므로, 이 사건 공고에서 명시된 응시 자격요건을 갖추었다고 보기 어렵다. 참가인은 사전에 원고가 응시 자격요건을 갖추지 않은 사실을 알았다면 고용 후 정설 업무수행이 부적절하다고 판단하여 원고를 합격시키지 않았을 것이다. 참가인이 채용내정 단계에서 수습직원 임용예정자인 원고의 자격 조건 구비나 경력사유의 존재를 검증하고 원고에 대한 내정취소를 통보한 데에는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 객관적으로 합리적인 이유가 존재한다.

286) 대법원 2020. 8. 20.자 2020두38*** 판결에서 심리불속행 기각으로 확정됨

제2절 시용·수습

1. 의의와 법적 성질

시용계약은 입사한 근로자를 곧바로 정규사원으로 임명하지 않고 **일정기간을 설정**하여 그 기간 내의 근무상황 등을 고려하여 **근로자의 업무적격성**(직업적성과 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등)을 **판단**하려는 목적으로 체결된 근로계약이며, 시용은 시용계약으로 형성된 근로관계를 말함

시용근로관계 법리는 학설과 판례법리에 의해 형성되었으며, 규율하는 별도의 법률 규정은 없음

시용계약의 법적 성질과 관련해서는 정지조건설, 해제조건설, 해지권유보설 등이 있으나, 판례는 **본채용을 하기에 적절하지 못할 경우 향후 근로계약을 해지하기로 하면서 체결한 근로계약, 즉 해약권유보부 근로계약**이라고 보고 있음²⁸⁷⁾

따라서 **시용기간 중에 있는 근로자를 해고**하거나 **시용기간 만료 시 본계약의 체결을 거부**하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로²⁸⁸⁾ **해고에 해당**함²⁸⁹⁾

한편 시용과 구별되는 개념으로는 ‘수습’이 있음. 수습과 시용이라는 용어가 혼용되는 경향이 있고 ‘수습’이라는 용어를 사용하더라도 그 실질은 시용에 해당하는 사례가 많음

【서울고등법원 2012. 11. 2. 선고 2011누38*** 판결²⁹⁰⁾】

구 취업규칙 제8조 제1항에 의하면 공개채용에 의하여 신규채용된 사원은 원칙적으로 3개월간의 수습기간을 두도록 되어 있다. 또한 구 취업규칙 제8조 제2항은 ‘수습기간 중 또는 수습기간 만료 시에 기능, 근무태도, 적성, 건강상태, 대인관계 등을 종합판단하여 사원으로서 계속 근로가 부적당하다고 인정되는 자에 대하여 회사는 정식채용을 거부할 수 있다’라고 하여 수습기간은 정식채용 후 업무수습을 위한 기간이라는 의미라기보다는 정식채용 전에 정식채용 여부를 결정하기 위한 시용기간의 의미인 것으로 판단된다.

【수습이라는 용어를 사용하였으나 시용에 해당하는 사례】

제8조 (수습기간)

① 학교 직원으로서 적성과 자질을 갖추기 위하여 일정 기간의 수습을 거쳐 정규 채용하며 수습기간을 3개월 이내로 한다.

287) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62*** 판결 참조

288) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2003다55*** 판결 참조

289) 서울고등법원 2009. 4. 15. 선고 2008누29*** 판결

290) 1심 판결(서울행정법원 2011. 10. 14. 선고 2011구합17*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 14.자 2012두26*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

- ② 수습기간 종료와 동시에 계속 근무가 부적당하다고 인정되는 자는 정규채용하지 않는다.
 * 위 경우, 적정성 평가를 통해 정기채용 여부 결정을 예정하고 있으므로 '수습'은 '시용'의 의미임

2. 시용근로관계의 성립

2.1 단체협약, 취업규칙, 근로계약상 근거

시용근로계약 체결 시 **시용기간은 당사자의 합의 또는 단체협약이나 취업규칙에 근거가 있어야 함**

당사자의 합의는 반드시 근로계약서 명칭의 서면으로 이뤄져야 하는 것은 아니며, 시용기간 및 본채용에 대한 적정성 평가를 예정하는 내용의 시용입사원 또는 서약서 등을 제출한 경우에도 시용에 대한 합의가 있었다고 볼 수 있음²⁹¹⁾

취업규칙에 신규채용 근로자에 대해 필수적으로 시용기간을 두도록 규정하고 있는 경우 근로계약을 구두로 체결하고 시용목적은 밝히지 않았더라도 시용근로관계를 인정한 하급심 판례가 있음²⁹²⁾

취업규칙에 신규채용 근로자에 대해 시용기간 적용을 선택사항으로 규정하고 있는 경우 그 근로자에 대해 시용기간을 적용할 것인가 여부는 근로계약에 명시해야 하며, 근로계약서에 시용기간이 적용됨을 명시하지 않았다면 시용근로자로 볼 수 없음²⁹³⁾

다만, 근로계약서에 시용기간을 명시하지 않았다고 하더라도 동일 직무에 채용된 근로자에 대해 예외 없이 시용기간을 두었고 시용기간의 존재를 충분히 고지하여 근로자도 알고 있었던 경우 시용근로자로 볼 수 있다는 판례가 있음²⁹⁴⁾

2.2 시용기간의 내용

시용기간은 **근로자의 업무적격성을 판단하고 유보된 해약권을 행사(정식채용 여부를 결정)할 수 있는 기간**임²⁹⁵⁾

291) 서울고등법원 2006. 12. 15. 선고 2006누13*** 판결 참조

292) 서울고등법원 2009. 4. 15. 선고 2008누29*** 판결

293) 대법원 1991. 11. 26. 선고 90다4*** 판결, 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다30*** 판결 등 참조

294) 대전고등법원 2014. 10. 16. 선고 2014누10*** 판결(동 사건은 대법원 2015. 2. 12.자 2014두43*** 판결에서 심리불속행 기각으로 확정됨)

295) 시용기간 초기에 결격사유가 발견된 경우 시용기간 중이라도 해고할 수 있음(1심 판결(서울행정법원 2013. 7. 5. 선고 2012구합43826 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2019. 1. 31.자 2018두*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨)

사용기간 중 해고하거나 사용기간 만료 시 본계약의 체결을 거부하지 않은 채 **사용기간이 경과하면 유보된 해약권은 소멸하고 통상의 근로관계로 전환됨**

사용기간 중 근로자에 대한 부당해고와 같은 사용자의 귀책사유로 사용기간이 경과하여도 유보된 해약권은 소멸하고 통상의 근로관계로 전환된 것으로 봄²⁹⁶⁾

2.3 사용기간 설정의 한계

사용근로관계가 인정되기 위해서는 근로자의 직무능력·업무적격성에 대한 평가의 필요성이 객관적으로 인정되는 직종 또는 업무여야 한다는 견해가 있음²⁹⁷⁾

사용기간에 대한 명시적인 약정이 없는 경우에도 이러한 업무적 특성은 묵시적 약정 등이 있었는지를 판단할 수 있는 정황 판단요소가 될 수 있을 것임²⁹⁸⁾

다만, 경력이 많다고 회사에 근무하는 것이 적합한지 여부가 바로 판명되는 것이 아니므로 **경력직을 채용하는 경우에도 신입직원과 마찬가지로 취업규칙에 규정된 사용기간을 적용하는 것이 가능하다는 판례가 있음**²⁹⁹⁾

사용기간은 근로자의 적격성 판단에 필요한 최소한의 기간으로 정하여야 하고, 당사자 간의 합의에 따라 합리적인 기간의 범위 내에서 결정되어야 하며 그 목적이나 취지에 비추어 그 기간을 지나치게 장기간으로 정하는 것은 근로자의 지위를 불안정하게 할 우려가 있다는 판결³⁰⁰⁾과 **사용기간을 어느 정도의 기간으로 할 것인지는 각 근로계약에서 당사자들의 의사합치에 의하여 결정될 문제**라고 보는 판결³⁰¹⁾이 있음³⁰²⁾

296) 대법원 판례도 사용근로자에 대한 부당해고 후 복직 합의서의 의미를 해석함에 있어 “해고가 위법한 이상 적법한 해약권이 행사되지 못하고 사용기간이 경과한 데에는 피고 회사에게 그 귀책사유가 있고, 원고가 사용근로를 계속하여야만 할 특별한 사정도 없어 보이는 점, 이 사건 해고가 없었다면 원고는 별다른 사정이 없는 한 정식근로자로 채용되었을 것으로 보이는 점” 등을 근거로 사용근로자의 지위가 아닌 정식근로자의 지위로 복직하는 것이라고 판시한 바 있음(대법원 2005. 7. 15. 선고 2003다 50*** 판결 참조)

297) 단순한 육체적 작업만을 하는 근로자의 경우에는 취업규칙 등에 사용기간이 설정되어 있더라도 사용자가 근로자의 업무수행의 능력 및 인품의 구비 여부를 사전 평가할 필요가 없기 때문에 사용기간의 설정이 불합리한 경우로 인정되어 사용기간의 근로관계가 아닌 정식근로관계로 보아야 한다는 견해가 있음(김지형, 「근로기준법 해설」, 청림출판, 2001, 1114면)

298) “원고의 취업규칙이 위 근로계약 체결 당시 존재하고 있었는지 여부가 불분명할 뿐만 아니라, 참가인의 원고 회사 내에서의 지위와 행한 업무 등에 비추어 참가인을 수습기간을 두어 채용하였다는 것도 이례적으로 보이는 점에 비추어 참가인에게 수습기간이 있었다고 인정할 수 없고”(서울행정법원 2007. 3. 8. 선고 2006구합2*** 판결[동 사건은 항소심 진행 중 소 취하로 종결됨])

299) 대전고등법원 2014. 10. 16. 선고 2014누10*** 판결(동 사건은 대법원 2015. 2. 12.자 2014두43813 판결에서 심리불속행 기각으로 확정됨)

300) 서울행정법원 2007. 3. 8. 선고 2006구합2*** 판결(항소심 진행 중 소 취하됨): 근로계약서에 사용기간 규정이 없고 취업규칙 존부도 불명하며 근로자의 지위나 업무에 비추어 사용기간을 두었다는 점은 이례적이므로 사용기간 존재를 인정할 수 없지만, 가정적으로 사용기간이 존재한다고 하더라도 위 본문과 같은 이유로 1차 사용기간이 종료된 이후 다시 3개월의 사용기간을 두었다는 주장은 부당하다고 봄

또한 근로계약 당사자가 취업규칙에 일률적으로 명시된 것보다 짧은 사용기간을 별도로 합의하여 정한 경우 그 합의된 사용기간이 적용됨³⁰³⁾

2.4 사용기간 연장 또는 갱신

근로계약서에 명시된 사용기간은 근로계약의 내용에 해당하므로 원칙적으로 근로자의 동의 없이 사용자가 임의로 연장 또는 갱신할 수 없음

다만, 법원은 근로계약서에 사용기간을 연장할 수 있음을 명시하고 있는 경우 연장은 가능하나 그 경우에도 연장되는 사용기간을 정하여 그 기간만큼 사용기간이 연장된다는 취지의 의사표시를 하여야 한다고 봄³⁰⁴⁾

단체협약이나 취업규칙에 사용기간을 연장할 수 있음을 규정하고 있는 경우에도 사용기간 연장은 근로자의 법적 지위에 중대한 영향을 미치고 근로계약의 중요한 일부를 이루는 사항이므로 최소한 사용기간 연장에 대하여 근로자가 동의하거나 근로자에게 통보되어야 효력이 있다는 판결이 있음³⁰⁵⁾

3. 사용근로자에 대한 본채용 거부 및 그 합리성

3.1 보통의 해고보다 완화된 심사

사용기간을 정한 근로계약이라고 하더라도 사용기간 중 사용자에게 해약권이 유보되어 있다는 점에서만 차이가 있을 뿐 정식의 근로계약을 체결하는 경우와 마찬가지로 근

301) 대전고등법원 2015누10795 판결[1심 판결(대전지방법원 2015. 2. 5. 선고 2014구합100*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 12. 24.자 2015두52*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]; 1년의 사용기간 약정이 가능하다고 본 사례

302) 서울고등법원 2006. 12. 15. 선고 2006누13*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2006. 5. 9. 선고 2005구합42*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 3. 29.자 2007두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]; 6개월의 사용기간 약정이 가능하다고 본 사례

303) 서울고등법원 2019. 8. 28. 선고 2018누77*** 판결(상고 포기로 확정) 참조: 취업규칙에 ‘3개월간을 수습기간으로 한다’고 일률적으로 규정하고 있으나 근로계약에서 수습기간을 1개월로 약정한 사안에서 1심 판결(서울행정법원 2018. 11. 15. 선고 2018구합4*** 판결)과 달리 근로계약상 약정된 짧은 수습기간이 취업규칙상 명시된 수습기간에 비해 근로자에게 불리하다고 볼 수 없으므로 근로기준법 제97조 위반이라고 볼 수 없어 유효하다고 봄

304) 근로계약서에 ‘사용자는 합리적인 재량에 따라 사용기간을 3개월까지 연장할 수 있다’고 규정하고 있으나 연장한다는 내용이 고지되었다고 볼 만한 증거가 없어 연장된 것으로 인정되지 않은 사례: 서울행정법원 2018. 1. 12. 선고 2016구합83*** 판결(동 사건은 서울고등법원 2018. 8. 31. 선고 2018누37*** 판결을 거쳐 대법원 2018. 12. 27.자 2018두58*** 판결에서 심리불속행 기각으로 확정됨)

305) 서울행정법원 2006. 9. 26. 선고 2006구합20*** 판결(동 사건은 서울고등법원 2007. 6. 1. 선고 2006누25*** 판결에서 확정됨)

로계약관계는 성립하는 것이어서 **시용근로자에 대한 해고도 근로기준법 제23조 제1항 소정의 ‘정당한 이유’가 있어야** 하고, 다만, 정식 채용에 앞서서 시용근로자의 직업적 능력과 업무 적격성 여부를 판단하고자 하는 시용제도의 특성상 그 정당성 판단에는 통상의 해고보다 완화된 기준이 적용되기는 하지만 유보된 해약권 행사가 사용자의 자유재량에 속하는 것은 아니어서 사용자가 이를 자의적으로 행사할 수는 없다는 것이 대법원이 취하고 있는 기본적 태도임³⁰⁶⁾

근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 **보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 함**³⁰⁷⁾

다만, 근로자의 능력과 업무적격성 평가를 위한 본래의 시용과 시용 목적 없이 이름만 시용기간인 명목상의 시용³⁰⁸⁾을 구분하여 전자의 경우에만 해고제한의 법리가 완화되어야 한다는 논의가 있음

3.2 합리적이고 객관적인 업무적격성 평가

시용기간 중 업무적격성 평가는 합리적인 기준과 방법에 따라 객관적으로 이뤄져야 하고, 평가절차가 있다면 그러한 절차를 준수해야 함

법원은 평가가 추상적이고 주관적이거나, 시용근로자 개인의 능력과 무관하게 미리 본채용 탈락자의 수를 사전에 할당하는 경우에는 이를 객관적이고 합리적인 평가방법으로 인정하지 않음³⁰⁹⁾

다만, 법원은 일부 평가요소가 평가자의 주관적인 평가에 좌우될 우려가 있다는 사정만으로는 평가요소가 부당하다고 보기 어렵다고 보거나,³¹⁰⁾ 업무적격성 평가 시 반드시 채용 예정 직무와 관련된 직속상사의 평가가 수반되어야 하는 것으로는 볼 수 없다고 함³¹¹⁾

한편 법원은 시용근로계약을 체결한 이후 평가시점 이전에 평가절차를 추가하였다고

306) 김도형, “시용근로자에 대한 해고의 정당성 판단기준”, 노동법연구(제25호), 서울대학교 노동법연구회, 2008, 349~350면; 노동법실무연구회, 근로기준법 주해 I (제2판), 박영사, 2020, 205면 재인용

307) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62*** 판결

308) 취업시켜 보지 않고도 근로자의 직업적 능력, 적격성 유무의 판단이 가능하거나, 취업시켜 보아도 이러한 판단이 불가능한 경우에는 시용제도의 설정은 무의미하고 이러한 시용제도의 설정은 해고제한의 법리를 회피하기 위한 것이므로 일반해고의 법리가 적용되어야 함(박인호, “시용기간과 근로자의 해고”, 대법원 판례해설(제8호), 법원도서관, 1988, 204면)

309) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62*** 판결

310) 서울고등법원 2019. 11. 1. 선고 2019누47*** 판결 참조

311) 서울고등법원 2016. 1. 20. 선고 2015누51*** 판결[대법원 2016. 4. 15.자 2016두32*** 판결(심리불속행 기각)의 2심 판결]

하더라도 사용자가 근로자에 대한 업무적격성을 판단하고자 시용근로계약과 사규에 근거하여 마련한 기준이므로 정당하게 유보된 해약권 행사의 사유에 포함된다고 본 사례 있음³¹²⁾

3.3 해고 절차 준수

위법한 서면통지 사례	적법한 서면통지 사례
“1개월의 시용기간이 만료됨에 따라 해고한다.”³¹³⁾	“3개월 수습근로 평가 결과 당사에 근무하기에 부적합한 것으로 판단되었음”³¹⁴⁾ “평가를 시행한 결과 평가 점수 D 미만으로서 평가 기준에 미달하여 본채용을 거부한다.”³¹⁵⁾ “업무(화물배송)능력 부족, 상사에 대한 불손한 언행, 근무태도 불량 등으로 인하여 당사 사규 및 근로계약의 규정에 근거하여 본채용을 하지 않기로 최종결정하였다.”³¹⁶⁾ “1, 2차에 걸쳐 근무성적을 평가한 결과 평가점수기준(70점)에 미달하여 면직처분 되었음을 통보”³¹⁷⁾ “근무태도, 업무역량 등에 대하여 중간 평가한 결과 당사의 정규직원으로 전환하기에 부적합한 것으로 판단되어 수습을 종료한다.”³¹⁸⁾

제1장
채용내정·
시용·수습

사용자가 시용기간 중 해고하거나 **시용기간 만료 시 본채용을 거부하는 것은 근로기준법상 해고에 해당하므로 근로기준법 제27조 규정**이 정한 바에 따라 **실질적 거부 사유를 서면으로 통지하여야 함**

시용근로자에 대한 해고의 경우에도 취업규칙 등에 이사회 의결 등 별도의 절차 규정이 존재하는 경우 그 절차를 준수해야 됨³¹⁹⁾³²⁰⁾

312) 서울고등법원 2017. 7. 6. 선고 2017누36*** 판결[대법원 2017. 11. 23.자 2017두55*** 판결(심리불속행 기각)의 2심 판결]

313) 대법원 2015. 11. 27. 선고 2015두48*** 판결

314) 1심 판결(서울행정법원 2018. 9. 13. 선고 2017구합89*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2019. 5. 10.자 2019두34*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

315) 서울행정법원 2017. 2. 2. 선고 2016구합68*** 판결

316) 서울고등법원 2018. 10. 24. 선고 2018누51029 판결[대법원 2019. 2. 18.자 2018두63*** 판결(심리불속행 기각)의 2심 판결]

317) 1심 판결(서울행정법원 2019. 5. 30. 선고 2018구합88*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 고등법원(서울고등법원 2019. 11. 1. 선고 2019누47*** 판결)에서 확정됨

318) 서면의 명칭은 해고의 효력 유무에 영향을 미치지 못한다고 봄(서울고등법원 2014. 1. 8. 선고 2013누21*** 판결 참조)

319) 서울고등법원 2003. 12. 11. 선고 2002누15459 판결, 서울고등법원 2018. 10. 24. 선고 2018누51*** 판결 [대법원 2019. 2. 18.자 2018두63*** 판결(심리불속행 기각)의 2심 판결] 참조

그러나 법원은 시용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료 시 본계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 **유보된 해약권 행사로서 일반적인 징계해고와는 그 성질을 달리**하므로 취업규칙에 정한 징계절차를 거치지 아니하였다고 하더라도 위법한 것으로 볼 수 없다고 함³²¹⁾

사용자가 시용근로자에 대해 징계절차를 거쳐 **징계해고의 형식으로 해고한 경우** 징계사유에 채용취소 사유를 덧붙여 기재하였다고 하더라도 징계해고에 해당하므로 취업규칙에 정한 징계절차 규정이 적용된다고 본 판결이 있고,³²²⁾ 근로자에게 해명의 기회를 부여하기 위하여 **개최의무가 없는 인사위원회를 열었다는 사정만으로 징계해고 형식으로 해고한 것이라 볼 수는 없다는 판결**이 있음³²³⁾

4. 시용 관련 판례

4.1 판례의 경향

시용근로자에 대한 해고는 보통의 해고(수습기간 중 해고나 기간제근로자의 기간 존속 중 해고 등) 보다 정당성이 넓게 인정된다고 보고 있음

따라서 시용 관련 판례들은 ‘**시용근로자인지**’가 주된 쟁점이며, 취업규칙과 근로계약서 등에 **일정기간 동안 업무적격성 평가와 해약권을 유보하고 있는지**(즉 시용기간이 적용되는지)가 주요한 판단 요소임

시용근로관계 인정 판례	시용근로관계 부정 판례
① 근로계약서에 시용 관련 내용은 없으나, 입사 당시 작성된 서약서 등에 시용의 취지가 기재되어 있고 취업규칙 에 신규사원에 대해 3개월의 시용기간 을 두도록 규정하고 있는 경우 ³²⁴⁾ ② 근로계약체결 시 근로자에게 시용기간에 대해 언급한 바 없으나, 취업규칙에 신규채용 근로자에 대해 필수적으로 3개월의 시용기간 을 두도록 규정되어 있고, 취업규칙에 따라 시용근로자에게 상여금 등을 지급하지	① 취업규칙에 시용기간의 적용을 선택적 사항 으로 규정하고 있고 근로계약에 시용기간이 적용된다고 명시하지 아니한 경우 ³²⁹⁾ ② 취업규칙에 시용기간의 적용을 선택적 사항 으로 규정하고 있고 근로계약서가 작성되지 않았으며 근로자가 경력직인 마케팅 팀장으로 채용되어 이사로서의 대우를 받은 사정이 존재한 경우 ³³⁰⁾³³¹⁾ ③ 근로자의 지위(영업이사)와 업무(마케팅 기획업무)에 비추어 시용기간을 정함이 이례적

320) 회사의 인사규정에 수습기간 중인 직원의 근무성적 평가 결과 취득점수가 70점 미만인 때 이사장은 이사회회의 의결을 얻어 직권으로 면직시킬 수 있다고 규정하고 있는 경우, 그 이사회회의 의결을 거쳐야 함 (서울행정법원 2019. 5. 30. 선고 2018구합88*** 판결 참조)

321) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2003다5955 판결, 서울고등법원 2006. 2. 14. 선고 2004누23*** 판결 등 참조

322) 대법원 1993. 2. 9. 선고 92다45*** 판결

323) 서울고등법원 2003. 12. 11. 선고 2002누15*** 판결, 서울고등법원 2018. 10. 24. 선고 2018누51***판결 [대법원 2019. 2. 18.자 2018두63*** 판결(심리불속행 기각)의 2심 판결] 참조

시용근로관계 인정 판례	시용근로관계 부정 판례
않은 경우³²⁵⁾ ③ 채용 당시 ‘일반직 수습직원 근로계약서’를 작성하였고 근로계약서에 정해진 기간이 수습근무기간으로 기재된 경우³²⁶⁾ ④ 신규채용 시 시용기간을 두고 시용기간 종료 시 본채용을 거부할 수 있으며 취업규칙의 준수를 서약한다는 내용의 시용입사원을 개별적으로 제출한 경우³²⁷⁾ ⑤ 근로자가 근로계약서에 먼저 서명하고 사용자가 인쇄된 시용기간 부분의 연월일을 채워 넣어 근로계약서를 완성한 뒤 다시 근로자에게 교부한 경우³²⁸⁾	이고, 근로계약서에 시용과 관련한 규정이 없으며 시용을 규정한 취업규칙이 근로계약 체결 당시 존재했는지 여부가 불분명한 경우³³²⁾(주식회사 H데이 사건) ④ 입사서류를 제출한 근로자가 1개월간 버스 노선 숙지를 위한 견습기간을 거쳤으나, 견습과정 동안 사용자의 지휘·감독이 없었고 회사로부터 임금을 받은 사실이 없으며 견습기간 종료 후 비로소 근로계약서를 작성한 경우³³³⁾ ⑤ 취업규칙에서 시용기간은 3개월을 초과할 수 없고 기간 경과 시 별다른 약정 없이 채용되는 것으로 규정되어 있는데, 근로계약기간을 1년으로 하고 만료 시 자동퇴직 처리되며 재계약할 수 있다고 약정한 경우³³⁴⁾

제1장
채용내정·
시용·수습

그 밖에도 ‘해고의 정당한 이유가 있는지’가 쟁점임

대법원은 시용근로자에 대한 해고 또는 본채용 거부 사유와 관련하여 “시용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료 시 본 계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적 성을 관찰 판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하고 인

- 324) 서울고등법원 2008. 5. 9. 선고 2007누30*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 23. 선고 2006구합 45*** 판결)을 인용함]
- 325) 서울고등법원 2009. 4. 15. 선고 2008누29*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 9. 26. 선고 2008구합 15701 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 7. 23.자 2009두6520 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]
- 326) 서울행정법원 2008. 5. 23. 선고 2007구합34*** 판결(항소심 진행 중 소 취하로 종결됨)
- 327) 서울고등법원 2006. 12. 15. 선고 2006누13*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2006. 5. 9. 선고 2005구합 42*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 3. 29.자 2007두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]
- 328) 서울고등법원 2015. 1. 14. 선고 2014누52*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2014. 5. 15. 선고 2013구합 22*** 판결)을 인용함]
- 329) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다30*** 판결
- 330) 서울고등법원 2007. 1. 30. 선고 2006누11455 판결[1심 판결(서울행정법원 2006. 4. 14. 선고 2005구합 11*** 판결)을 인용함]
- 331) 유사 판례로 서울고등법원 2012. 6. 21. 선고 2012누2*** 판결 참조
- 332) 서울행정법원 2007. 3. 8. 선고 2006구합2*** 판결(항소심 진행 중 소 취하로 종결됨)
- 333) 서울고등법원 2007. 6. 19. 선고 2006누18*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2007. 9. 21.자 2007두14*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]
- 334) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두28*** 판결

정되어야 한다.”라고 판시하고 있는바,³³⁵⁾ 이 경우 **시용근로자의 능력과 자질에 관한 객관적 평가 자료가 있는지에 관한 사실 확인이 판결의 결과에 영향을 줌**

4.2 시용인지 여부 판단

가. 시용근로관계로 인정된 경우

1) 근로자가 입사할 당시 작성한 면접표와 근로자가 작성하여 제출한 서약서에 **시용의 취지가 기재되어 있고 근로자가 시용기간이 있다는 사실을 알았다면 시용근로관계를 인정함**

【서울고등법원 2008. 5. 9. 선고 2007누30*** 판결³³⁶⁾】

① 원고의 입사 당시 작성된 면접표와 서약서에는 3개월 시용의 취지가 기재되어 있는 점(원고는 위 서약서 중 시용의 취지가 기재된 부분이 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문개정되기 전의 것) 제30조 제1항을 위반하여 무효라고 주장하나, 위 조항은 사용자의 부당해고 등을 금지하는 취지일 뿐이고 어떤 근로계약의 성격을 판단함에 있어 ‘해고의 자유 또는 광범위한 해고 사유에 대한 합의의 존재’를 참작하는 것까지 막는(즉 모든 근로계약 중 그러한 합의 부분을 일률적으로 무효화시키는) 취지로는 보이지 아니한다), ② 원고가 입사 당시 3개월간의 시용기간이 있다는 사실을 알았던 것으로 보이는 점, ③ 참가인의 취업규칙이 신규사원에 대하여는 원칙적으로 3개월의 시용기간을 두는 것으로 규정하고 있는 점과 일반인에게는 ‘시용’과 ‘수습’이 명확히 구분하여 사용되고 있다고 보이지 않는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 근로계약은 (비록 시용기간 후 별다른 절차 없이 원고를 정식채용할 것을 의도하고 있다고 하더라도) 시용계약에 해당한다고 봄이 상당하고, 이에 대하여 원고가 주장하는 사정, 즉 이 사건 근로계약의 계약서에 근로계약의 종기가 명시되어 있지 아니하고 시용에 관한 기재가 없는 점만 가지고는 위 판단을 뒤집고 이 사건 근로계약이 정식근로계약에 해당한다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. …(중략)… 원고는 또한 경력사원으로 입사하였고, 경력사원의 경우 시용여부가 선택사항인데도 이 사건 근로계약에는 시용임을 명시하지 않았으므로 원고는 시용근로자가 아닌 정식근로자라는 것이나, 원고가 그 주장과 같이 경력직 사원으로 채용되었다고 하더라도 앞서 본 바와 같이 원고에 대한 채용 시의 면접표나, 원고가 작성하여 제출한 서약서의 기재 등에 의하면, 이 사건 근로계약이 시용계약임을 충분히 인정할 수 있을 뿐만 아니라, 참가인 회사의 취업규칙에 의하더라도, 경력을 인정하여 채용한 경력사원의 경우에도 시용기간을 단축하거나 면제할 수 있을 뿐(제11조)인데, 원고가 위 규정에 따라 시용기간이 단축되거나 면제되었다고 볼 아무런 자료가 없으니 원고의 주장은 이유없다.

2) 사용자가 취업규칙을 근로자들에게 주지시킨 바 없다고 하더라도, 신규채용시 6개월의 시용기간을 두고 **취업규칙을 준수할 것을 서약한다는 내용의 시용입사원을 근로자가 개별적으로 제출하였다면 시용근로관계를 인정함**³³⁷⁾

335) 대법원 1992. 8. 18. 선고 92다15*** 판결, 대법원 1994. 1. 11. 선고 92다44*** 판결 등

336) 1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 23. 선고 2006구합45*** 판결)을 인용

3) 취업규칙에 신규채용 근로자에 대해 필수적으로 시용기간을 두도록 규정하고 있고, 사용자가 시용기간 중 상여금을 지급하지 않는 취업규칙 규정 등을 적용하였다면 근로계약을 구두로 체결하고 시용 목적을 밝히지 않았더라도 시용근로관계를 인정함

【서울고등법원 2009. 4. 15. 선고 2008누29*** 판결³³⁸⁾】

1) 참가인 회사는 2007. 6. 9. 원고와 사이에 구두로 근로계약을 체결하면서 원고에게 “조경관리직으로서 아침·저녁·출·퇴근 근무를 하며 월 급여 1,360,000원을 지급받는다.”고만 말하였을 뿐, “3개월간의 수습기간을 거쳐야 한다”고는 말한 바 없고, 또한 취업규칙을 제시한 바도 없으므로, 원고는 참가인 회사의 수습 근로자에 해당하지 않는다. 그런데, 참가인 회사는 원고가 수습 근로자임을 전제로 원고에 대하여 이 사건 해고를 하였다.

...(중략)...

① 참가인 회사의 취업규칙 제13조 제1항은 참가인 회사가 경력을 인정하거나 특별 채용하는 등의 사정이 없는 한 신규 채용 근로자에 대하여 수습기간 3개월을 필수적으로 적용하도록 규정하고 있는데, 참가인 회사에 입사하기 전에 약 3개월 동안 아무런 자격증 없이 ○○병원에서 조경관리사로 근무한 경력밖에 없는 원고에 대하여 참가인 회사가 그 경력을 인정하여 특별 채용하였다고 보기는 어려운 점, ② 참가인 회사의 취업규칙 제69조는 상여금을 연간 12회로 분할하여 매월에 지급함을 원칙으로 하되, 수습기간 중에는 상여금을 지급하지 않는 것으로 규정하고 있는데, 참가인 회사는 원고에게 2007년 7월분 임금을 지급하면서 상여금을 지급하지 않은 점, ③ 참가인 회사는 원고에게 3개월 미만 근로자에 해당한다는 이유로 2007년 하계 휴가비를 지급하지 않은 점 등을 종합하여 보면, 원고는 참가인 회사와 사이에 수습기간을 3개월로 정하여 근로계약을 체결한 수습 근로자라고 봄이 상당하다.

제1장
채용내정·
시용·수습

4) 일반직과 계약직을 구분하여 채용하는 회사에서 근로계약기간이 아닌 수습근무기간을 기재한 ‘일반직 수습직원 근로계약서’를 작성한 경우, 계약직이 아닌 일반직으로의 채용을 전제로 수습기간 동안 업무적격성을 판단하는 시용기간을 설정한 시용근로관계를 인정함

【서울행정법원 2008. 5. 23. 선고 2007구합34*** 판결³³⁹⁾】

1) 참가인이 계약직 수습직원인지 여부

...(중략)...

① 원고(사용자) 회사의 인사규정 제3조 제1항은 직원을 일반직과 계약직으로 구분하고 있고, 원고 회사는 일반직 직원채용지침과 계약직 직원채용지침을 별도로 정하여 그 직원을 채용하고 있는 점, ② 그런데 원고 회사가 참가인(근로자)을 직원으로 신규채용할 당시 공고한 내용에는 계약직 직원에 관한 언급이 전혀 없었고, 원고 회사와 참가인이 이 사건 근로계약 체결 당시 작성한 서

337) 서울고등법원 2006. 12. 15. 선고 2006누13543 판결[1심 판결(서울행정법원 2006. 5. 9. 선고 2005구합42*** 판결)]을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 3. 29.자 2007두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

338) 1심 판결(서울행정법원 2008. 9. 26. 선고 2008구합15*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 7. 23.자 2009두6*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

면도 ‘일반직 수습직원 근로계약서’인 점, ③ 위 ‘일반직 수습직원 근로계약서’에는 2005. 11. 1.부터 2006. 10. 31.까지가 근로계약기간이 아닌 수습근무기간으로 기재되어 있는 점 등을 종합하여 보면, 참가인은 위 수습기간의 만료로 인해 원고 회사와의 근로관계가 당연히 종료되는 계약직 수습직원이 아니라 정식채용을 전제로 하여 원고 회사로부터 채용된 후 확정적인 근로관계를 맺기에 앞서 위 수습기간 동안 업무능력이나 업무적격성 등을 판단받는 지위에 있는 일반직 수습직원이라고 봄이 상당하다 할 것이다.

5) 사용자가 시용기간이 부동산자로 기재된 계약서 양식을 근로자에게 메일로 송부하고 근로자가 자필로 서명한 다음 사용자가 다시 시용기간의 ‘연·월·일’란에 일자를 기재하여 근로계약서 작성을 완료한 뒤 근로자에게 교부한 경우 근로자가 시용기간 존재를 인식하고 있다고 보아 시용근로관계로 인정함

【서울고등법원 2015. 1. 14. 선고 2014누52*** 판결³⁴⁰⁾】

2) 이 사건 근로계약이 시용계약인지 여부

가) 앞서 본 바와 같이 원고와 참가인은 근로계약서를 작성하면서 제3조에서 입사일을 기준으로 3개월 동안 시용기간을 두고, 원고는 시용기간 중 소정의 평가에 따라 시용기간 만료시점에 참가인에 대한 정식채용 여부를 결정하되, 참가인의 적성, 자질, 능력, 적응도 등을 종합적으로 고려하여 평가하도록 정하고 있으므로, 이 사건 근로계약은 시용기간 동안 참가인이 앞으로 원고의 재무1팀장으로서 적절하고도 충분한 업무수행이 가능한지 여부를 평가하여 정식채용 여부를 최종결정하는 일종의 해약권유보부 근로계약으로서 시용계약에 해당한다고 봄이 상당하다. …(중략)… 먼저 위 ① 주장에 관하여 보건대, 갑 제4호증, 을나 제1호증의 각 기재, 증인 황00의 증언 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 이 사건 근로계약 체결 전 참가인에게 전자메일로 시용기간이 부동산자로 기재되어 있는 근로계약서 양식을 송부하였고, 참가인은 그 양식 2부를 출력하여 자필로 자신의 이름·주민등록번호·주소 및 날짜를 기재하고 서명한 다음 원고에게 이를 제출하였으며, 원고의 직원은 위 근로계약서 제3조에 공란으로 되어있던 시용기간의 ‘연·월·일’란에 일자를 기재한 다음 작성완료된 근로계약서 1부를 참가인에게 교부한 사실, ② 참가인은 팀원들에게 ‘나는 3개월 뒤에 평가를 받기 때문에 3개월 동안은 조용히 있어야 한다’라고 말한 사실, ③ 원고는 2012. 9. 1. 이후 입사한 팀장을 포함한 모든 정규직근로자에 대하여 시용기간을 두고 있었던 사실을 인정할 수 있으므로, 위와 같은 사정에 비추어 보면 비록 참가인이 근로계약서상 ‘시용기간’란의 날짜를 직접 기재하지는 않았다고 하여도, 참가인은 시용기간에 관한 조항의 존재를 충분히 인식하고 이를 근로계약의 내용에 편입하려는 의사가 있었다고 추단할 수 있으므로, 피고측의 위 ① 주장은 받아들일 수 없다.

339) 동 사건은 항소심 진행 중 소 취하되어 종결됨

340) 1심 판결(서울행정법원 2014. 5. 15. 선고 2013구합22*** 판결)을 인용함

나. 시용근로관계로 인정되지 않은 경우

1) 취업규칙에 시용기간의 적용을 선택적 사항으로 규정하고 있고, 근로계약서에 시용기간이 적용된다고 명시하지 아니한 경우 시용근로관계를 부정함

【대법원 1999. 11. 12. 선고 99다30*** 판결】

종전 취업규칙 제6조 제1항은 신규 채용된 자는 채용된 날로부터 3개월간을 수습기간으로 하고, 같은 조 제2항은 수습기간 또는 수습기간이 만료된 자에 관하여 계속 근로가 부적당하다고 인정된 때에는 해고할 수 있으며, 같은 조 제3항은 정식 채용한 자에 대하여는 수습기간을 근무 연수에 포함한다고 규정하고 있고, …(중략)… 그 취업규칙 제1조는 “이 규정은 근로기준법에 의거 당사 사원의 취업에 관한 기본사항을 정함을 목적으로 한다.”, 제2조는 “사원의 취업조건에 관하여는 다른 규정에서 특별히 정한 것을 제외하고는 이 규정에 따른다.”고 규정하고 있고, 제2장 인사 제1절 채용 제7조(수습)는 “사원으로 신규 채용된 자는 소정의 수습과정을 이수하여야 한다.”고 규정하고 있는바, 취업규칙이란 복무규율과 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있으면 그 명칭을 불문하는 것이므로 위 회사사규는 피고 근로자들의 복무규율과 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있는 것으로서 피고의 취업규칙이라고 보아야 하고 위 회사사규의 체제와 규정 내용으로 보아 적어도 종전 취업규칙과 상충되는 부분은 종전 취업규칙의 해당 부분을 변경한 것으로 보아야 할 것인데, 수습기간에 관한 종전 취업규칙 제6조와 피고 회사사규 제7조는 그 내용으로 보아 서로 상충되는 규정이라고 할 것이므로 (만약 피고가 종전 취업규칙상의 수습기간에 관한 규정을 그대로 존치하려고 하였다면 새로이 마련한 회사사규에서 수습기간에 관하여는 종전의 규정에 의한다고 하든지 또는 종전 취업규칙과 동일한 규정을 두었을 것이라고 할 것이므로, 피고 회사사규 제7조에서 종전 취업규칙과 달리 ‘소정의 수습기간’이라고 규정한 이상 이를 가지고 종전 취업규칙 제6조 제1항에 규정된 3개월간의 수습기간을 의미하는 것에 불과하다고 해석할 수는 없다고 할 것이다), 종전 취업규칙 제6조는 위 회사사규 제7조로 그 규정이 변경되었다고 보아야 할 것이고, 종전 취업규칙이 변경된 후에 피고와 근로관계를 가지게 된 원고에 대한 관계에서는 당연히 변경된 취업규칙이 적용되어야 할 것이다. 그렇다면 원심에서는 새로운 취업규칙에서 규정한 소정의 수습기간이 무엇을 의미하는지 심리하였어야 할 것인바, 피고가 이에 관하여 특별히 정한 바가 없다면 이는 근로계약에서 수습기간을 정할 수 있음을 규정한 데 지나지 아니한다고 보아야 할 것으로서 취업규칙에서 시용기간의 적용을 선택적 사항으로 규정하고 있는 경우에 해당한다고 볼 여지가 충분하다고 보아야 할 것이다. 따라서 피고가 원고와의 근로계약에서 시용기간을 적용할 것인가 여부를 명시하지 아니한 이상 원고는 시용 근로자가 아닌 정식 사원으로 채용된 근로자라고 인정된다고 할 것이므로 원고에 대한 해고가 정식 근로자에 대한 해고로서 정당한 사유가 있는지 여부를 판단하였어야 할 것이다.

그럼에도 원심이 종전의 취업규칙이 변경되지 아니하고 그대로 원고와의 근로계약 체결에도 적용됨을 전제로 하여 원고에 대한 해고가 시용 근로자에 대한 해제권의 행사로서 유효하다고 판단한 제1심판결을 유지한 조치에는 채증법칙을 위배하였거나 취업규칙의 변경에 관한 법리를 오해한 나머지 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

2) 취업규칙에 **시용기간의 적용을 선택적 사항**으로 규정하고 있고 **근로계약서가 작성되지 않았으며** 근로자가 경력직인 마케팅 팀장으로 채용되어 이사로서의 대우를 받은 사정이 존재한 경우 시용근로관계를 부정함

【서울고등법원 2007. 1. 30. 선고 2006누11*** 판결³⁴¹⁾】

(3) 수습사원에 대한 적법한 해고인지 여부

...(중략)... 앞서 인정한 바와 같이 참가인의 취업규칙에는 신규 채용하는 직원에 대한 시용기간의 적용을 선택적 사항으로 규정하고, 업무의 성격이나 직원의 경력 등을 참작하여 수습기간을 단축하거나 연장 또는 두지 않을 수 있도록 하는 특칙을 두고 있는데, 원고와 참가인 사이에 시용기간을 적용하겠다는 취지의 근로계약서 등이 작성되지 않았을 뿐만 아니라 원고가 경력직인 마케팅 및 해외 영업팀의 팀장으로 채용되었고 비록 형식적이나마 이사로서 대우를 받았던 사정 등을 종합하여 보면, 원고는 시용기간의 적용을 받는 수습 직원이 아니라 정식 직원으로 채용되었다고 보아야 할 것이고, 원고와 참가인 사이에 근로계약서가 작성되지 않았다는 사정 등만으로 달리 볼 수도 없다.

3) 근로자의 지위와 업무에 비추어 시용기간의 정함이 이례적이고 **근로계약서에 시용기간 규정이 없으며**, 시용기간을 규정한 취업규칙이 근로계약 체결 당시 존재하고 있었는지 여부가 불분명하다면 시용근로관계를 부정함

【서울행정법원 2007. 3. 8. 선고 2006구합2*** 판결³⁴²⁾】

(1) 참가인이 수습기간 중의 근로자인지 여부

위에서 본 바와 같이, 원고와 참가인이 체결한 근로계약서에 수습기간에 관한 규정이 없고, 원고의 취업규칙이 위 근로계약 체결 당시 존재하고 있었는지 여부가 불분명할 뿐만 아니라, 참가인의 원고 회사 내에서의 지위와 행한 업무 등에 비추어 참가인을 수습기간을 두어 채용하였다는 것도 이례적으로 보이는 점에 비추어 참가인에게 수습기간이 있었다고 인정할 수 없고, 가사 그렇지 않다고 하더라도 수습기간은 근로자의 적격성 판단에 필요한 최소한의 기간으로 정하여야 하고, 당사자 간의 합의에 따라 합리적인 기간의 범위 내에서 결정되어야 하며 그 목적인 취지에 비추어 그 기간을 지나치게 장기간으로 정하는 것은 근로자의 지위를 불안정하게 할 우려가 있는 점 등에 비추어 참가인에게 1차 수습기간이 종료된 이후 다시 3개월의 수습기간을 두었다는 원고의 주장은 부당하므로 참가인은 수습기간이 이미 경과되었다고 할 것이어서, 결국 이 사건 해고 당시 참가인이 수습기간 중의 근로자였다고 볼 수 없다.

4) 버스에 입사원서를 제출한 근로자가 1개월간 견습기간을 거쳤으나, **견습과정에 대한 사용자의 지휘·감독이 없었고 회사로부터 급여를 받은 사실이 없으며** 견습기간이 종료한 후에 근로계약서를 작성한 경우 시용근로관계 성립을 부정함

341) 1심 판결(서울행정법원 2006. 4. 14. 선고 2005구합11*** 판결)을 인용함

342) 동 사건은 항소심 진행 중 소 취하로 종결됨

【서울고등법원 2007. 6. 19. 선고 2006누18*** 판결³⁴³⁾】

(1) 임시발령취소일이 시용(試用)기간에 해당하는지 여부
 …(중략)… 원고가 임금을 목적으로 참가인 회사에 입사서류를 제출한 후 2004. 7. 7.부터 2004. 8. 6.까지 참가인 회사의 정비 및 버스노선 견습을 받았다고 하더라도, 견습 방법이 일률적이지 않고, 견습에 참가하기 위하여 출근하는 시간이 일정하게 정하여 있지 않는 등 견습과정이 참가인 회사의 지휘·감독 하에서 이루어졌다고 볼 만한 자료가 없는 점(견습과정이 참가인 회사의 지휘·감독 하에서 이루어졌다는 점에 부합하는 듯한 갑 제28호증의 1, 갑 제29호증의 1 내지 11, 갑 제30호증의 1, 2,의 각 기재는 을 제47호증 내지 을 제49호증의 3의 각 기재에 비추어 볼 때 견습과정에서의 참가인 회사의 지휘·감독 사실을 인정하기에 충분하다고 할 수 없다), 원고의 위와 같은 견습행위가 참가인 회사에 대한 근로의 제공이라고 보기 어려운 점, 원고를 비롯한 견습 기사들이 견습기간 동안 회사로부터 급료를 받지 아니하였을 뿐만 아니라 급료를 받지 못하는데 대하여 당시에는 물론이고 이 사건에 이르기 이전까지 이의를 제기한 적이 없는 점, 원고에 대한 국민연금가입이나 고용보험 관련 서류에도 2004. 8. 7.이 입사일로 기재되어 있는 점 등을 종합하여 보면, 원고는 이 사건 견습기간 동안 참가인 회사의 근로자로 채용되어 있었다고 하기 어렵고, 2004. 8. 7. 비로소 참가인 회사의 근로자로 채용되었다고 할 것이며, 따라서 원고가 참가인 회사로부터 임시발령 취소처분을 받은 2004. 10. 25.에는 근로계약에서 규정한 수습기간 중에 있었다고 봄이 상당하다(앞서 본 바와 같이, 참가인 회사의 취업규칙은 제7조에서 “전형과 심사에 합격한 자은 소정의 견습과정을 거쳐 사원발령을 받음으로써 채용이 확정된다.”라고 규정한 다음 제8조로 “임시사용 사원의 근로계약기간은 3개월로 한다.”라고 규정하고 있는바, 이러한 취업규칙 규정은, 견습과정을 끝낸 대상자에 대하여 비로소 사원발령(채용)을 하게 되고 다시 그에게 3개월간 임시사용사원으로서의 지위를 부여하겠다는 취지로 해석함이 상당하다 할 것이다).

제1장
채용내정·
시용·수습

4.3 시용기간 설정의 한계

1) 사회통념상 상당한 이유가 있는 경우에는 비교적 장기(6개월, 1년)의 시용기간 약 정도 가능하다고 봄

【서울고등법원 2006. 12. 15. 선고 2006누13*** 판결³⁴⁴⁾】

(1) 시용기간약정의 유효 여부
 (가) 사용자가 근로자를 채용하면서 근로의 특성에 따라 근로자를 정식으로 고용하기 전에 그 업무 수행능력 및 적성을 파악, 평가하기 위하여 일정 기간의 시용기간을 두고 그 기간 중에 있는 근로자에 대하여는 적성평가의 기준을 보다 엄격히 하여 해고 및 채용 여부에 관한 재량권을 갖는 것은 사회통념상 합리성을 일탈하지 않는 한 허용된다고 할 것이다.
 이 사건에서 보건대, 시용기간 제도는 근로자의 업무능력만을 판단하려는 것이 아니라 자질, 인품,

343) 동 사건은 대법원(대법원 2007. 9. 21.자 2007두14*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨. 견습기간을 시용기간에서 제외한 유사사례로는 서울행정법원 2010. 10. 28. 선고 2010구합19*** 판결(항소 취하 간주로 종결)도 있음. 그러나 동 사건 판결과 달리 버스회사의 노선 견습기간이 실질적으로 사용자의 지휘·감독을 받아 운전기사로서 근무하는데 필요한 기본적인 사항을 습득하는 경우 시용기간에 해당한다는 판결도 있음(대법원 2018. 1. 25. 선고 2017두59*** 판결 참조)

성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 취지에서 시행되는 것으로서 단순히 동종 업종에 근무한 경력이 있다는 사정만으로 시용기간을 두는 제도적 취지가 달성되는 것이 아니라는 점, 참가인 회사로서는 ○○시가 시행하는 운행평가 및 고객만족도 평가에 의하여 이후 재계약여부가 결정되기 때문에 보다 엄격하고 신중하게 시내버스 운수 종사자로서의 인품 등을 관찰, 판단하기 위한 상당한 기간이 필요하다고 보여지는 점, ○○시는 2004. 7. 1.부터 시내버스의 운행의 서비스 향상과 교통안전을 위해서 기존과는 다른 대폭적인 버스운행노선 및 버스운행체계를 개편하게 되었고 이에 따라 버스운송 종사자로서도 노선적용 및 배차시간의 준수, 친절, 서비스 향상 등에 관하여 상당한 적응기간이 필요하다고 보여지는 점, 이 사건 근로계약기간이 다른 근로계약에 비하여 비교적 장기인데다가 참가인 회사와 ○○시 사이에 체결한 위 운송협약기간과 동일한 6년이라는 점, 시용기간을 6개월로 하고 있을 뿐 임금이나 근로시간, 근무기간 등 다른 근로조건에 관하여는 전혀 불리함이 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 참가인 회사와 원고 사이에 시용기간을 6개월로 하는 약정이 사회통념상 합리성을 일탈한 것으로서 무효라고 볼 수 없고, 따라서 이 사건 시용기간약정이 무효임을 전제로 하는 원고의 이 부분 주장은 더 나아가 판단할 필요 없이 이유없다.

(나) 이에 대하여 원고는 이 사건 단체협약에 계약직 근로자의 계약기간을 3개월을 초과하지 못하도록 한 규정이 시용기간제한에 관한 규정이라고 주장하나, 이 사건 단체협약(갑 제12호증)에서 운전직 직원을 계약직으로 채용할 경우에는 3월을 초과하지 못하며 계속 근무시킬 경우에는 최초 입사일부터 채용한 것으로 간주하며 임금에 있어서 불이익을 주지 않는다고 정한 것은 3개월을 초과하는 단기근로계약의 폐해(퇴직금, 상여금, 연차수당 등의 배제)를 방지하기 위하여 근로기간이 3개월을 초과하는 근로자에 대하여는 최초 입사일부터 정규직과 같은 근로계약을 체결하는 것으로 의제하려는 것일 뿐 시용기간제한에 관한 것이라고 볼 수 없다.

【대전고등법원 2015. 9. 3. 선고 2015누10*** 판결³⁴⁵⁾】

이 사건 근로계약에서는 계약기간을 2012. 7. 16.부터 2013. 7. 15.까지 1년으로 정하여 두고 있기는 하지만 그와 동시에 참가인이 계약기간 중 사규저촉행위를 하지 않는 한 기간이 만료됨과 동시에 원고의 일반직 사원으로 임용한다고 정하고 있다. 또한 원고는 파업으로 인하여 부족한 인력을 충원하기 위해 당초 ‘평가에 따라 1년 연장 계약 가능’한 것을 조건으로 공개모집을 하였으나 지원자가 적어 인력을 충원할 수 없자 ‘1년 근무(시용) 후 정규직 임용’을 채용조건으로 공개모집을 하여 참가인을 채용하였고, 이 사건 계약서에도 ‘계약기간 중 사규 저촉행위를 하지 않는 한 계약기간이 만료됨과 동시에 원고의 일반직 사원으로 임용한다’고 명시하였을 뿐 별도의 임용조건 및 임용절차를 규정하지 않았다. 이러한 인력의 채용 내지 이 사건 근로계약의 체결과정에서 원고의 업무처리를 담당할 실무자인 기획홍보본부장도 범죄에 준할 정도의 행위가 없는 이상 1년 경과 시 당연히 정규직 사원이 되는 것이라는 취지로 이야기하기도 하였는바, 이는 결국 이 사건 근로계약 체결 당시 원고는 당해 근로자가 파업에 참여하지 않거나 기타 범죄행위에 이를 정도의 문제가 없는 이상 1년 이후 정규직 근로자로 채용할 의사를 가지고 있었고, 이러한 의사가 여러 경로를 통해 대외적으로 표시된 상태이었다고 봄이 상당하다. 원고는, 시용근로기간을 2~3개월 또는 6개월 정도로 설정하는 경우는 있어도

344) 1심 판결(서울행정법원 2006. 5. 9. 선고 2005구합42*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 3. 29.자 2007두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

1년이라는 장기간의 시용기간을 설정하는 경우는 없다고 주장하나, 그 시용기간을 원고의 주장과 같이 단기간으로만 하여야 한다는 법률의 규정이나 관행이 존재한다고 볼 아무런 자료가 없으므로 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다. 결국 시용기간을 어느 정도의 기간으로 할 것인지는 각 근로계약에서 당사자들의 의사합치에 의하여 결정될 문제일 뿐인데, 원고 스스로 이 사건 근로계약과 관련하여 ‘시용(試用)’이라는 단어를 사용한 사실을 비롯하여 위에서 살펴본 제반 사정을 모두 합하여 보면, 이 사건 근로계약은 시용기간 동안 참가인의 업무수행 여부를 평가하여 정식채용 여부를 최종적으로 결정하는 일종의 해약권유보부 근로계약으로서 시용계약에 해당한다고 봄이 상당하다.

【대전지방법원 2015. 2. 5. 선고 2014구합100*** 판결】

원고는 시용근로기간을 2~3개월 또는 6개월 정도로 설정하는 경우는 있어도 1년이라는 장기간의 시용기간을 설정하는 경우는 없다고 주장하나, 그 시용기간을 원고의 주장과 같이 단기간으로만 하여야 한다는 법률의 규정이나 관행이 존재한다고 볼 아무런 자료가 없으므로 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다. 결국 시용기간을 어느 정도의 기간으로 할 것인지는 각 근로계약에서 당사자들의 의사합치에 의하여 결정될 문제일 뿐인데, 원고 스스로 이 사건 근로계약과 관련하여 ‘시용’이라는 단어를 사용한 사실을 비롯하여 위에서 살펴본 제반 사정을 모두 합하여 보면, 이 사건 근로계약은 시용기간 동안 참가인의 업무수행 여부를 평가하여 정식채용 여부를 최종적으로 결정하는 일종의 해약권유보부 근로계약으로서 시용계약에 해당한다고 봄이 상당하다.

제1장
채용내정·
시용·수습

2) 근로계약 당사자가 취업규칙에 일률적으로 명시된 것보다 짧은 시용기간을 별도로 합의하여 정한 경우, 그 합의된 시용기간은 유효하고 당사자 간에는 근로계약에 합의된 시용기간이 적용된다고 봄

【서울고등법원 2019. 8. 28. 선고 2018누77*** 판결³⁴⁵⁾】

가) …(중략)… 사용자는 수습기간 중에도 유보된 해약권을 행사하여 근로자를 해고하는 것이 가능하므로, 취업규칙이나 근로계약에서 수습기간을 일정한 기간으로 정하고 있더라도 그 기간 동안의 근로자의 지위가 보장된다고 볼 수 없다. 또한 수습기간 중 해고와 수습기간 만료 후 본계약 체결 거부 사유는 통상의 해고에 비하여 비교적 폭넓게 인정되는바, 수습계약을 체결한 근로자의 지위는 통상의 근로자에 비하여 불안정하다고 할 것이다.

따라서 취업규칙에서 수습기간을 일정하게 정하고 있다 하더라도 사용자와 근로자가 개별적인 교섭에 의하여 수습기간을 그보다 단기로 정한 근로계약을 체결하였다면, 취업규칙을 적용하여 일률적인 수습기간을 적용하는 것이 반드시 근로자에게 유리하다고 단정할 수 없는바, 개별적으로 정한 수습기간이 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건으로서 근로기준법 제97조에 위배되어 무효라고 할 수 없다.

나) 원고의 취업규칙 제10조 제1항은 ‘신규로 채용된 자는 신입직과 경력직 모두 최초로 근무를 개시한 날부터 3개월간을 수습기간으로 한다’고 규정하고 있으나, 앞서 본 바와 같이 이보다 수습기간

345) 1심 판결(대전지방법원 2015. 2. 5. 선고 2014구합100*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 12. 24.자 2015두52*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

을 단기로 정한 근로계약이 근로자에게 불리하다고 할 수 없어 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건이라 볼 수 없다.

이 사건 근로계약 제1조 제4항은 부동문자로 ‘취업일로부터 3개월을 수습기간으로 한다’고 명시하였으나, 이는 원고가 종래 근로자들과 체결하는 근로계약서상의 부동문자로 보일 뿐이고, 이와 명백히 배치되는 원고와 참가인이 별도의 합의에 의하여 정한 수습기간이 우선한다고 할 것이다.

다) 원고와 1개월의 근로계약을 체결하였다가 1개월 후 계약기간 1년 또는 기간을 정하지 아니한 근로계약을 체결한 경우에게까지 3개월의 수습기간이 일률적으로 적용된다고 하면, 해당 근로자는 정식 근로계약을 체결하고도 2개월간 수습기간 중의 근로자와 같은 불안정한 지위에 있게 되는바, 이는 취업규칙의 근로조건을 적용함으로써 근로자에게 더 불리하게 되는 경우라 보지 않을 수 없다.

라) 그러므로 이 사건 근로계약에서 정한 1개월의 수습기간이 원고의 취업규칙에 미달하는 조건이라 볼 수 없어, 결국 위 기간은 유효하다 할 것인바, 이 사건 근로계약은 약정한 계약기간이자 수습기간(2017. 9. 10. ~ 2017. 10. 10.)의 만료로서 종료한다고 봄이 타당하다.

4.4 시용근로자에 대한 본채용 거부의 합리성 판단

가. 운전 업무

1) 택시회사에 입사하면서 채용 여부 결정 및 경력수당 지급 등과 관련해 **회사의 인사관리상 중대한 이력사항인 동종 택시회사 근무경력을 숨기거나 허위로 기재한 행위**에 대한 시용기간 중 해고는 정당하다고 봄

【대전고등법원 2016. 4. 28. 선고 2015누10*** 판결³⁴⁷⁾】

가) 원고가 참가인 회사 입사 시 택시운전과는 관계가 없는 20년 이전인 1990년 8월부터 1991년 9월까지의 청원경찰 근무경력을 이력서에 기재하면서도 동종 택시회사 근무경력을 일체 기재하지 않았을 뿐만 아니라, 심지어는 택시회사에서 근무한 기간 동안 다른 곳에서 근무한 것으로 허위 기재를 한 사실이 객관적으로 확인된다.

나) 원고가 이처럼 참가인과 동종 택시회사 근무경력만을 기재하지 않거나 그 기간 동안 다른 일을 한 것처럼 허위로 기재한 것은 단순한 착오로 인한 것이 아니라 입사 거절을 당하지 않을까 하는 우려 때문이었던 것으로 보인다. …(중략)…

마) 참가인의 취업규칙 제9조 제2호는 ‘채용 시 제출서류에 학력, 경력 등 인사관리에 중대한 이력사항을 숨기거나 허위로 기재한 자는 채용될 수 없으며 사후 발견 시 즉시 근로계약을 해지하여 채용을 취소할 수 있다.’라고 규정하고 있고, 제76조 일반해고 사유 제8호도 ‘제9조의 채용취소 사유에 해당하는 사유가 발생 또는 발견된 경우’를 해고 사유의 하나로 들고 있다. 또한 원고와 참가인 사이의 근로계약서(을가 제2호증) 제7조 4항에도 ‘제출한 서류 중 허위사실이 발견(특히 이력서상 동종업계 경력누락 및 고의적 미기재)되었을 시 위장취업으로 간주하여 해고조치 하여도 민, 형사상 이의를 제기하지 아니한다.’라고 기재되어 “동종업계 경력”이 매우 중요한 이력서 기재사항으로 요구되고 있

346) 서울고등법원 2019. 8. 28. 선고 2018누77*** 판결(상고 포기로 확정) 참조: 이 사건 판결은 1심 판결(서울행정법원 2018. 11. 15. 선고 2018구합4*** 판결)과 해당 부분에 대한 논리를 달리 실시함

음을 알 수 있다.

여기에 동종 택시회사 근무경력이 있는 경우 이전 근무회사에 대한 조회를 통해 채용여부가 결정 되기도 하고 경력수당 지급 여부가 결정되는 점 등에 비추어 보면, 원고가 동종 택시회사 근무경력을 숨기거나 허위로 기재한 것은 위 채용취소 내지 해고 사유의 하나인 인사관리에 “중대한 이력사항”을 숨기거나 허위로 기재한 경우에 해당한다고 볼 것이다. …(중략)…

사) 징계해고의 경우에는 ‘사용자가 사전에 학력이나 경력의 허위 기재 사실을 알았더라면 고용계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일 조건으로는 계약을 체결하지 아니하였을 것으로 인정되는 경우에 한하여 이를 근로자에 대한 정당한 징계해고 사유로 삼을 수 있고, 이때 고용계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일 조건으로는 계약을 체결하지 아니하였을 것으로 인정되는 경우란 기업의 종류나 성격, 허위 기재하거나 은폐한 내용, 고용계약 체결 당시의 상황 등에 비추어 그러한 사정이 객관적으로도 인정되는 경우로 제한해서 해석’하여야 할 것이나, 이 사건과 같이 징계해고가 아닌 수습사용근로자에 대한 해고는 유보된 해약권의 행사에 불과하므로 이 경우에도 징계해고와 동일한 기준을 적용하여 ‘경력 허위 기재 사실을 알았더라면 고용계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일 조건으로는 계약을 체결하지 아니하였을 것으로 객관적으로 인정되는 경우’에만 해고가 가능하다고 볼 것은 아니다.

2) 버스운전사인 근로자가 **시용기간 중 버스운행을 할 수 없을 만큼 과음을 한 채** 사업장 내를 돌아다니면서 욕설과 고성으로 소란을 피운 사정 등이 존재한다면 위 근로자에 대한 해고는 정당하다고 봄

【서울고등법원 2006. 12. 15. 선고 2006누13*** 판결³⁴⁸⁾】

원고(근로자)가 이 사건 당일 오후에 버스운행이 예정되어 있음에도 불구하고 당일 근무를 할 수 없을 정도로 과음을 한 채 사업장 내를 돌아다니면서 다른 동료들의 만류에도 불구하고 장시간에 걸쳐 고성과 욕설로 소란을 피운 점, 원고는 시민들의 안전과 쾌적한 교통환경을 책임지는 버스운전기사로서 자제력, 친절, 성실성, 책임감 등이 특히 요구된다는 점, 시용기간 약정을 둔 취지 등을 보태어 고려할 때, 이 사건 시용해제는 객관적으로 합리적인 이유가 존재하고 또 사회통념상 합리성을 일탈한 것이라고 보기 어렵다.

3) 택시기사인 시용근로자가 근무시간이 종료된 후에 **술자리에서 다툼을 벌여 2일간 회사업무를 수행하지 못하였고**, 이로 인해 형사처벌까지 받았으며 시용기간 중 **5차페나 제한속도를 위반**하였다면 시용기간 중 해고는 정당하다고 봄

347) 2심 판결(대전고등법원 2016. 4. 28. 선고 2015누10*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2016. 8. 24.자 2016두40*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

348) 1심 판결(서울행정법원 2006. 5. 9. 선고 2005구합42*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 3. 29.자 2007두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2007. 6. 1. 선고 2006누25*** 판결³⁴⁹⁾】

(3) 참가인은 비록 근무시간이 종료된 이후이기는 하지만 술자리에서 다툼을 벌이고, 그로 인하여 2일간 회사 업무를 수행하지 못하였음은 물론, 형사처벌까지 받은 점, 원고 회사가 공고한 고과수당 제에 대하여 근무시간 중에 정당한 절차를 거치지 아니한 채 이를 일방적으로 비방한 점, 2005. 7월 한 달 동안 택시를 운행하면서 다섯 차례나 제한속도를 위반한 점 등 변론에 나타난 여러 사정을 종합하면, 원고 회사가 참가인에 대하여 택시운전기사로서의 업무적격성이 없다고 판단하고 본채용을 거부한 데에는 객관적으로 합리적인 이유가 있었다고 할 것이므로, 이 사건 본채용 거부를 부당해고로 인정한 이 사건 재심판정은 위법하다.

4) 1톤 냉동 탑차 배송직으로 채용된 근로자가 수동변속기 차량을 능숙하게 운전하지 못하는 등 안전하게 운전하여 배송해야 될 업무능력 부족을 이유로 한 사용기간 중 해고는 정당하다고 봄

【서울행정법원 2018. 4. 5. 선고 2017구합2*** 판결³⁵⁰⁾】

1톤 냉동 탑차를 이용하여 거래처에서 주문한 냉동·냉장 식품을 약속된 시간에 정확히 배송하는 것을 주된 업무로 하는 회사이므로, 참가인에게 있어 배송직으로 채용된 원고가 거래처에서 주문한 식품을 약속된 시간에 정확히 배송할 수 있도록 1톤 냉동 탑차를 능숙하고 안전하게 운전하는 능력을 갖추고 있는 것은 매우 중요하다고 할 것이다. 따라서 참가인이 이 사건 통보에서 적시한 상사에 대한 불손한 언행, 근무태도 불량 등의 사유가 인정되지 않는다고 하더라도 배송직으로 채용된 원고에게 필수적으로 요구되는 위와 같은 업무능력이 현저히 부족하다는 사유 하나만으로도 원고에 대한 본채용을 거부하는 것에 합리적인 이유가 존재한다고 인정하기에 충분하다.

그런데 참가인의 1톤 냉동 탑차는 수동변속기이고 컨테이너 냉동탑이 있어 백미러로 자동차 후미를 볼 수 없기에 상당한 운전 능력이 필요한 점, 참가인에 배송직으로 채용된 E, G, C, H, I은 모두 탑차 또는 대형 화물차 운전 경력이 있는 자들인데 반해, 원고는 탑차를 운전한 경험이 없고 일반적인 1톤 트럭도 지인들 차를 가끔 운전한 정도에 불과하였던 것으로 보이는 점, 원고의 보조를 받으며 배송업무를 수행해 본 C, D 명의의 진술서에는 원고의 탑차 운전 내지 배송 능력에 관하여 부정적인 의견이 기재되어 있는 점, E은 진술서를 통해 앞에서 1톤 냉동 탑차를 운전하던 원고가 좌회전 신호임에도 갑자기 후진을 하여 사고가 날 뻔하였고 운전이 미숙하다는 취지의 의견을 밝힌 점, 이에 대하여 원고는 운전한 수동변속기 차량의 클러치 유격에 익숙하지 않아 언덕에서 뒤로 밀린 것일 뿐 후진을 한 것은 아니었다는 취지로 주장하나, 원고의 위 주장이 사실이라 하더라도 후미를 볼 수 없는 1톤 냉동 탑차의 특성상 언덕에서 의도치 않게 뒤로 밀리는 것 역시 매우 위험한 상황을 초래하는 것으로서 수동변속기 차량을 능숙하게 운전할 수 있는 능력이 부족하다는 결론을 달리 보기에는 부족한 점, 달리 1톤 냉동 탑차를 정상적으로 운전하여 거래처에 납품을 완료한 적이 있다는 등 운전 능력에 관한 원고의 주장 사실을 인정할 만한 증거가 없는 점 등을 고려하여 볼 때, 참가인의 본채용 거부 사유 중 1톤 냉동 탑차를 능숙하고 안전하게 운전하여 배송할 수 있는 능력이 부족하다는 사유는 인정된다고 판단된다.

349) 서울행정법원 2006. 9. 26. 선고 2006구합20*** 판결(서울고등법원 2007. 6. 1. 선고 2006누25*** 판결로 확정됨)

350) 1심 판결(서울행정법원 2018. 4. 5. 선고 2017구합2*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원

5) 납품 및 배송직원으로 채용된 근로자가 **시용기간 중 두 차례나 교통사고를 야기하고 사고경위를 보고하지도 않았으며** 사고경위를 묻는 대표이사와 언쟁까지 벌인 경우 시용기간 만료 시 본채용 거부는 정당하다고 봄

【서울행정법원 2018. 9. 13. 선고 2017구합89*** 판결³⁵¹⁾】

가) 원고는 영세업체로 취업규칙에도 시용기간 중 평가의 주체나 평가방법에 관한 구체적인 규정을 두고 있지 않은데, 원고 대표이사는 시용기간 만료를 앞두고 B가 두 차례나 교통사고를 야기하였을 뿐만 아니라 사고사실을 제대로 보고하지도 아니하였다는 사정을 알게 되었고, B와 면담 및 임원진인 C 이사, D 소장과 회의를 거쳐 최종적으로 B를 본채용하는 것이 적절하지 않다는 평가를 하였던 것으로 보인다. 비록 원고가 이 사건 조치와 관련한 인사위원회 회의록이나 B에 대한 평가표 등 객관적 자료를 증거로 제출하지 못하였지만 이와 같은 이 사건 조치의 경위, 원고의 회사 규모, 평가시점 등을 고려하여 보면, 원고는 B에 대하여 시용기간 중 업무평가를 거쳤다고 보는 것이 타당하다.

나) B는 시용기간 3개월이라는 길지 않은 기간 동안 두 차례나 교통사고를 야기하였을 뿐만 아니라, 교통사고 발생사실을 원고 대표이사에게 제대로 보고하지 아니하였으며, 대표이사와의 면담과정에서 사고경위를 묻는 질문에 알아서 처리하겠다고만 답변하였을 뿐 정확한 답변을 회피하고 사고경위서를 제출하지도 않았다. 나아가 B는 2017. 6. 16. 회의에서도 자신의 잘못을 인정하기보다는 회사 업무수행 중 발생한 일이고 고의적으로 한 일도 아닌데 지나치다며 원고의 대표이사와 언쟁을 벌이기까지 하였다. 이와 같은 B의 행동은 직무수행 능력이나 성실성의 부족, 또는 원고의 구성원들과 원만하게 근무할 수 있는 인품이나 자질의 부족으로 평가될 수 있는 여지가 충분하다.

제1장
채용내정·
시용·수습

6) 규칙위반에 따른 시말서 1회 제출, 이력서에 단기간의 근무경력 누락, 이혼 및 재혼사실 은폐 등은 **운전업무를 담당하는 데 있어 본채용을 거부할 만한 객관적 사정으로 보기 어려우므로** 부당하다고 봄

【대법원 2003. 7. 22. 선고 2003다5*** 판결】

나아가 피고 회사가 적발하여 원고가 시말서를 작성하게 된 무선교신수칙 위반사실은 1회에 불과하고 그 내용도 원고의 운행업무에 관련된 것인 점, 피고 회사 내에 윤○○가 주도한 사조직이 있었으나 원고는 이에 참가하지 않았을 뿐만 아니라 윤○○와 사이에 불화가 있었다고 하더라도 이는 개인적인 관계에 그칠 뿐 회사의 근무분위기를 해치는 정도에 이르렀다고 보이지 않는 점, 원고가 입사 시 제출한 이력서에 단기간의 근무경력을 누락하였으나 그 누락한 경력에 근로관계에 영향을 끼치는 특별한 문제점이 있었다는 사정이 보이지 않고, 면접 시 가족사항에 관한 질문에 이혼 및 재혼사실과 재혼한 처의 전남편 소생 자식을 자녀로 두고 있는 사실을 진술하지는 않았으나 입사 직후 호적등본을 제출하였으며, 달리 원고가 채용 당시 위와 같이 누락한 경력이나 가족관계를 진술하였다면 피고 회사가 채용하지 않았을 것이라고 인정할 만한 사정이 보이지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 피고 회사가 해고 사유로 주장하는 무선교신수칙 위반, 동료와의 불화로 인한 직장 근무분위기 저해, 경력과 가족관계 은폐의 점을 들어 원고가 운전업무를 담당하는데 부적합하여 수습채용을 취소할 만한 객관

2019. 2. 18.자 2018두63*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨
351) 1심 판결(서울행정법원 2018. 9. 13. 선고 2017구합89*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2019. 5. 10.자 2019두34*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

적인 사정이 있었다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 피고 회사가 수습기간 만료 전인 2001. 5. 15. 원고에 대하여 수습채용을 취소한 것은 정당한 이유가 없으므로 위 해고는 무효라고 판단하여, 원고의 이 사건 청구를 인용하였다.

...(중략)... 위법이 있다고 할 수 없으며, 상고이유에서 내세우고 있는 대법원 판결들은 그 사안을 달리하는 것으로 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

7) 수습운전기사인 근로자에게 취업규칙에 규정되어 있지 않은 대형차량 운전경력 증명서를 요구하면서 위 증명서의 미제출을 이유로 시용기간 중에 있던 근로자를 해고한 것은 부당하다고 봄

【 대법원 2005. 7. 15. 선고 2003다50*** 판결 】

원고와 피고 회사 사이의 이 사건 수습사원근로계약은 원고를 수습사원으로 채용한 후 일정기간 동안 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하여 본채용 여부를 결정하기 위한 것으로서 일종의 해약권유보부 근로계약이라고 할 것인데, 피고 회사가 2000. 9. 18. 원고에 대하여 한 이 사건 해고는 원고가 노동조합을 결성하자 곧바로 임박한 기한을 설정하여 여객자동차운수사업법 시행규칙과 피고 회사의 취업규칙에 규정되어 있지 않은 구비 서류의 제출을 요구하면서 이를 지키지 못하였다는 이유로 단행된 것으로서 시용근로계약에 있어 해약권유보의 본래 취지나 목적과는 거리가 먼 점, 이 사건 해고는 원고를 포함하여 노동조합원들만을 대상으로 하였던 점, 원고가 이 사건 해고 시점까지 약 2개월 동안 업무부적격성이나 불성실함을 보였다는 자료가 전혀 없는 점 등에 비추어 보면, 피고 회사에게 유보된 해약권을 행사하는 데에 있어 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정하기 부족하므로 이 사건 해고는 위법하다고 할 것이고, 한편 원고가 이 사건 해고 당시에는 시용근로자였으나 이 사건 해고로 시용근로관계가 중단된 상태에서 약정된 시용기간이 경과한 다음 이 사건 합의가 이루어진 점, 앞서 본 바와 같이 이 사건 해고가 위법한 이상 적법한 해약권이 행사되지 못하고 시용기간이 경과한 데에는 피고 회사에게 그 귀책사유가 있고, 원고가 시용근로를 계속하여야만 할 특별한 사정도 없어 보이는 점, 이 사건 해고가 없었다면 원고는 별다른 사정이 없는 한 정식근로자로 채용되었을 것으로 보이는 점, 이 사건 합의는 ○○지방노동위원회의 부당해고판정에 따라 원고를 원직에 복직시키기로 하여 이루어진 것인 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 합의는 원고가 시용기간의 만료와 동시에 정식근로자로 채용되었음을 전제로 하여 원고를 정식 운전기사로 복직하기로 하는 내용이라고 봄이 상당하다고 할 것이다. 따라서 원심이 같은 취지에서 피고 회사가 이 사건 합의로써 이 사건 해고를 철회하고 2001. 2. 16.자로 원고를 정식운전기사로 복직시켰다고 봄이 상당하다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 시용기간을 정한 근로계약에 관한 법리오해, 이유모순 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 위 상고이유의 주장은 모두 이유 없다.

나. 건물·조경 관리 업무

1) 건물관리 회사에 보안반장으로 입사한 근로자가 시용기간 중 술을 마시고 업무를 수행하거나 근무시간 중 스마트폰을 사용하는 등 행위로 시용평가에서 정식 채용 가능 점수를 받지 못하여 해고한 것은 정당하다고 봄

【서울행정법원 2015. 10. 15. 선고 2015구합5*** 판결 352)】

① 이 사건 근로계약서는 근로자의 수습기간을 3개월로 하되[B-2-3-(2)], 근로자가 수습기간 중 직무응에 문제가 있는 경우 사용자는 근로자를 해고하거나 사직을 권할 수 있다고 규정하고 있고 [B-6-(2)], 원고 취업규칙은 시용 및 수습기간 중 사원의 불성실 및 미숙련 및 부적격한 업무수행, 건강상태 또는 기타의 경영사정으로 인해 당해 사원의 채용이 부적합하거나 계속근로가 부적당하다고 인정되는 경우 회사는 당해 근로계약을 해지할 수 있다고 규정하고 있다(제13조 제2항). …(중략)…

③ 그런데 참가인은, ㉠ 2014. 10. 14. 입사한 지 10일 만에 근무시간 중 근무지를 이탈하여 (주) C빌딩 D 과장, 원고의 시설직원 E 등과 함께 맥주를 나누어 마신 후 순찰업무를 수행하였고, ㉡ 근무시간 중 수시로 스마트폰을 사용하여 원고로부터 이에 대하여 여러 차례 지적을 받았으며, ㉢ 부하직원인 보안대원 F과 두 차례 언쟁을 벌이며 다투는 등 동료 직원과의 불화를 일으켰다. …(중략)…

④ 원고는 2014. 11. 4. 참가인을 비롯한 보안직원 4명을 상대로 수습기간 1개월에 대한 수습평가를 실시하였는데, 참가인은 위에서 본 ㉠~㉢ 등의 사유로 보안반장으로서의 자질과 능력이 부족하다고 판단되어 정식 채용 가능 점수인 70점보다 낮은 64점을 받았고, 참가인에 대한 이러한 수습평가가 자의적이거나 일방적으로 이루어졌다고 보이지 않는다.

제1장
채용내정·
시용·수습

2) 아파트 입주민들의 요구사항을 신속하게 처리하지 못한다는 이유로 교체를 요구 받고, 업무적격성 평가도 낮게 받은 미화원에 대한 시용기간 중 해고는 정당하다고 봄

【서울고등법원 2014. 6. 25. 선고 2013누53*** 판결 353)】

참가인 회사의 취업규칙 제38조 제14호는 ‘근무성적이 극히 불량하거나 조직질서를 문란케 하여 조직을 와해하고 사업주체(갑)측의 교체나 해임요청을 받았을 때’는 해당 사원을 해고할 수 있다고 규정하고 있고, 참가인 회사와 이 사건 아파트 관리사무소 사이에 체결된 청소용역계약 제4조 제1항은 ‘아파트 주민의 민원 대상이 된 불성실 근무자’는 다른 근무자로 교체하도록 규정하고 있으며, 이 사건 아파트 관리사무소가 2012. 10. 8. 참가인 회사에게 아파트 주민의 민원을 이유로 원고를 다른 미화원으로 즉시 교체해 달라고 요청한 사실, 이에 참가인 회사는 위 아파트 관리사무소 직원, 원고와 함께 이 사건 아파트에 배치된 경비반장 및 미화반장 등 원고의 근무실태를 가까이 관찰할 수 있었던 사람들에게 원고의 업무적격성에 관한 의견을 물었는데, 위 3인이 모두 원고의 직업수행능력을 현저히 낮게 평가한 사실 등은 앞서 본 것과 같다.

살피건대, 참가인 회사로서는 이 사건 아파트와의 계약관계를 원만히 유지하기 위해 아파트 주민의 민원을 최대한 반영할 필요가 있었던 점, 위 민원의 내용에 관해 원고와 함께 근무한 사람들의 평가를 듣는 것 외에 원고의 직업수행능력을 파악할 다른 적절한 수단이 있었다고 보기 어려운 점, 아파트 주민이 무단히 원고에 대해 민원을 제기할 이유가 없고 원고의 직업수행능력의 평가를 의뢰받은 사람들이 아무 근거도 없이 원고의 능력을 폄하할 이유가 없었던 점, 참가인 회사는 그 근로자와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 있으므로 근로자의 업무적격성을 판단하기 위해 시용기간을 둘 필요성이 긍정되는 점, 이 사건 계약에서 3개월간의 시용부 수습기간을 정한 취지 역시 그 기간 동안 원고의 업무적격성을 관찰·판단해서 계속 고용여부를 정할 목적이었던 점 등에 비추어 볼 때, 참가인 회사가 수습기간 중에 있는 원고를 ‘근무 부적격’으로 해고한 데에는 사회통념상 수긍할 수 있는 정당한 사유가 있다고 인정된다.

352) 1심 판결(서울행정법원 2015. 10. 15. 선고 2015구합5*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 서울고등법원 2016. 4. 28. 선고 2015누65*** 판결에서 확정됨

3) **시용기간(28일) 동안 병가로 인해 실제 근무한 날이 5일 정도에 불과하고 병가 중에도 특별한 치료를 받은 사실이 없으며 근로자가 담당업무 전환을 계속하여 요구한 경우 해고의 정당성을 인정함**

【 서울고등법원 2008. 5. 8. 선고 2007누25*** 판결³⁵⁴⁾ 】

참가인이 견습기간 중에 일을 한 날은 5일에 불과하여(2006. 6. 17.은 휴무함) 이를 이상의 병가가 필요할 만큼 과로에 시달렸다고 보기 어렵고, 가로청소 업무를 하는 환경미화원으로 견습기간 중에 있으면서도 계속하여 운전원으로 전환해 줄 것을 요구하였으며, 2006. 6. 21.에는 사무실에서 소란을 피웠고, 몸이 아파 병가를 신청하였다고 하나 약국에서 피로회복제 등을 구입하여 복용하는 이외에 별달리 치료를 받지 않은 점 등 견습기간 중에 있는 참가인이 보여준 위와 같은 태도는 참가인이 환경미화원으로 계속 근무하는 것이 부적격하다고 판단하게 하는 합리적인 이유가 된다 할 것이므로, 이 사건 임용제외는 정당하다고 봄이 상당하다.

4) **짧은 기간 동안 1명이 평가하였고 낮은 점수를 부여한 근거 자료도 없는 경우 근무성적평가를 근거로 한 시용기간 중 해고는 부당하다고 봄**

【 서울고등법원 2019. 8. 28. 선고 2018누77*** 판결³⁵⁵⁾ 】

수습기간이 채 종료되지도 아니한 시점이자 계약체결일로부터 불과 19일 만에 관리소장 1명에 의하여 참가인에 대한 근무평가가 이루어진 점, 참가인에 대한 근무성적평가서에 각 20점 만점인 업무 완성도에 10점, 업무추진력, 협조성, 복무상태에 각 5점만 부여한 이유에 관한 근거자료가 없어 참가인에 대한 근무평가가 객관적이고 공정하게 이루어졌다고 보기에 부족한 점 등에 비추어 보면, ... (중략) ... 이 사건 근로계약에서 정한 참가인의 수습기간의 만료 후 본계약 체결을 거부한 데 대해 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정하기에 부족하다.

5) **사용자가 경비근무를 담당하는 시용근로자들을 도난사고 또는 고령 등을 사유로 해고하였으나, 도난사고는 근로자의 근무시간 중에 발생한 것이 아니고 근로계약 당시 사용자가 근로자의 연령을 이미 알고 있었으므로 이를 사유로 한 해고는 부당하다고 봄**

353) 2심 판결(서울고등법원 2014. 6. 25. 선고 2013누53*** 판결)을 인용함

354) 1심 판결(서울행정법원 2007. 9. 14. 선고 2007구합14*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 7. 24.자 2008두7*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

355) 상고 포기로 확정

【서울행정법원 2007. 1. 11. 선고 2006구합4*** 판결】

원고와 참가인들이 2005. 3. 1. 근로계약을 체결하면서 근로계약기간을 2005. 3. 1.부터 2006. 2. 28.까지로 정하였지만 ‘수습기간은 3개월로 하며(기간: 2005. 3. 1. ~ 2005. 5. 31.), 근무태도 등 부적격자로 판명될 시 현장책임자가 본채용을 거절하고 해고할 수 있다’라고 각각 약정하였으므로 참가인들은 원고에 대하여 모두 시용기간 중의 근로자라 할 것이다.

그러나 참가인들에 대한 해고 사유를 인정할 만한 별다른 증거가 없고, 오히려 갑 제1호증의 2, 갑 제2호증의 2, 을 제2호증의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, 참가인 변○○의 경우 도난사고 발생시기는 2004. 3. 14., 2004. 11. 28.로 참가인 변○○의 근무일 중에 도난사고가 발생한 것이 아닌 점, 참가인 남○○, 김○○의 경우 도난사고가 발견된 시기는 후속 근무자에게 업무를 인수인계한 이후로서 참가인 남○○, 김○○이 근무하던 중 도난사고가 발생하였는지 여부가 불분명한 점, 참가인 김○○, 정○○의 경우 고령이라는 사유는 이 사건 해고일 현재 경비원 25명 중 만 65세 이상 되는 근로자가 3명(염○○, 최○○, 이○○), 만 60세 이상 만 65세 미만 근로자가 11명(용○○, 지○○, 권○○, 이○○, 김○○, 장○○, 이○○, 김○○, 김○○, 이○○, 홍○○)이나 될 뿐 아니라, 이는 이 사건 각 근로계약 당시 원고가 이미 알고 있었던 사정(근로계약 당시 예상했던 것보다 고령으로 인하여 노동능력이 더 떨어져 있었다고 볼 자료도 없다)인 점 등이 인정되므로 결국 참가인들에 대한 이 사건 해고는 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정하기 어렵다.

제1장
채용내정·
시용·수습

6) 사용자가 신규채용 당시 조경관리사 자격증을 요구한 바 없고 근로자가 3개월 동안 조경관리업무를 수행한 경력이 있음에도 객관적인 평가자료 없이 업무상 기술이 부족하다는 이유로 시용기간 중 근로자를 해고한 것은 부당하다고 봄

【서울고등법원 2009. 4. 15. 선고 2008누29*** 판결³⁵⁶⁾】

① 원고는 입사 당시 참가인 회사에 자신의 경력을 사실대로 기재한 이력서를 제출하였고, 참가인 회사는 원고가 제출한 위 이력서를 충분히 검토하고 면접을 한 후 약 3개월 동안 대전○○병원에서 조경관리사로 근무한 경력이 있는 원고를 이 사건 아파트의 조경관리직으로 신규 채용한 점, ② 참가인 회사는 조경관리직에 대한 구인광고나 신규채용을 할 당시 조경관리와 관련된 자격증을 요구한 바 없고, 조경관리와 관련된 자격증을 소지하고 있는 사람이 기본급으로 1,050,000원을 지급받으면서 참가인 회사에서 근무할 것으로 보이지도 않는 점, ③ 이 사건 아파트가 1,241세대의 대규모 단지라는 이유만으로 참가인 회사에 입사하기 전에 약 3개월 동안 대전○○병원에서 꽃 심기, 물 주기, 잡초 제거, 나무 옮겨심기 등 전반적인 조경관련업무를 수행한 바 있는 원고에게 이 사건 아파트의 조경관리직원으로서 업무상 필요한 기술이 부족하다고 단정하기 어려운 점, ④ 참가인 회사는 원고가 이 사건 아파트의 조경관리직원으로서 업무상 필요한 기술이 부족하다고 주장하고 있을 뿐, 구체적으로 어떠한 기술이 어떻게 부족하다는 것인지에 관하여는 아무런 주장·입증을 하고 있지 않은 점, …(중략)… 참가인 회사가 수습근로자인 원고에 대하여 수습기간 중에 이 사건 해고를 할 정도의 객관적으로 합리적인 이유가 존재한다고 보기는 어렵다.

356) 1심 판결(서울행정법원 2008. 9. 26. 선고 2008구합15*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 7. 23.자 2009두6*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

다. 기타 업무

1) 객관적 평정기준에 따라 평가한 결과 **사용근로자의 업무실적이 저조하고 근무태도가 불성실**하며 동료 직원이나 상급자의 평가가 매우 낮은 경우 해고는 정당하다고 봄

【서울고등법원 2006. 6. 1. 선고 2005누7*** 판결³⁵⁷⁾】

참가인이 원고 재단 운영팀에서 수습직원으로 근무하는 동안 업무실적이 다른 수습직원들에 비하여 현저히 저조하고, 성실한 근무태도를 보이지 못하였으며, 동료 직원이나 상급자 및 관련 업체 직원들과도 제대로 융화하지 못한 점, 이러한 구체적 근무태도 등을 기초로 하여 팀장이 참가인에 대하여 극히 낮은 근무평가를 하였고, 그 근무평가에 대한 검증과 인사위원회의 심의를 거쳐 참가인에 대한 이 사건 채용거절이 이루어진 점, 한편 참가인은 원고 재단에서 근무하기 이전 직장에서도 제대로 적응하지 못하였던 것으로 보이는 점 등을 알 수 있고, 여기에 ○○시 등의 출연에 의하여 설립된 원고 재단의 설립 목적 및 원고 재단이 직원의 신규채용 시 6개월의 수습기간을 두어 평가과정을 거처도록 한 취지 등을 더하여 고려할 때, 이 사건 채용거절이 사회통념상 합리성을 일탈하였다고는 보기 어려우므로, 이와는 달리 채용거절을 부당해고로 본 이 사건 재심판정은 위법하여 취소를 면할 수 없다 할 것이다.

2) 미리 설정되어 있던 **구체적이고 세분화된 기준에 따라 상급자와 차상급자로 하여금 평가를 실시**하게 하고 이를 정해진 방식에 따라 합산하여 최종 점수를 냄으로써 나름대로 평가의 객관성과 공정성을 확보한 평가에서 사용근로자가 기준 점수에 미달하여 본채용을 거부한 것은 정당하다고 봄

【서울행정법원 2017. 2. 2. 선고 2016구합68*** 판결】

평가항목은 능력 고과와 의식/태도 고과로 나누어 각각 10개 항목으로 구성되고, 평가 등급은 항목별로 우수(S, 1.2점)부터 매우 불량(D, 0.4점)까지 5개로 나뉘되 가중치를 고려하도록 되어 있으며, 소속 부서장이 1차 평가를, 소속 임원이 2차 평가를 하여 이를 일정한 방식으로 합산하여 나온 합계 점수가 128점 미만이면 본채용 거부 대상으로 결정하도록 되어 있는 사실, 참가인은 원고의 수습 기간이 끝나갈 무렵인 2015. 12. 초순경 위 서약서에 따라 원고에 대한 평가를 실시하였는데, 구체적으로 그 평가는 능력 고과를 10개 항목(직무 지식, 정보 수집 분석, 기획력, 실행력, 이해력, 개선 능력, 표현력, 창의력, 자기 계발, 정확성), 의식/태도 고과를 10개 항목(성실성, 최고 의식, 도전 의식, 협조성, 책임감, 연구심, 적극성, 태도 복장, 충성심, 규정의 습득도)으로 나누어 1차 평가자인 부서장과 2차 평가자인 임원이 각자 각 항목별로 S부터 D까지 등급을 부여하고 그에 따른 점수를 가중치를 고려하여 일정한 방식으로 합산하는 방법으로 이루어졌던 사실, 원고는 위와 같은 평가 결과 합계 점수 123.9점을 받았던 사실, 한편 참가인의 역대 수습 근로자들 중 수습 기간 만료 시의 평가에서 합계 점수 128점 미만을 받았던 사람은 원고를 포함하여 총 3명이 있었는데 그중 원고를 제외한 나머지 2명은 수습 기간 중에 스스로 퇴사를 하였던 사실을 인정할 수 있다.

① 참가인은 미리 설정되어 있던 구체적이고 세분화된 기준에 따라 원고의 상급자와 차상급자로 하여금 원고에 대한 평가를 실시하게 하고 이를 정해진 방식에 따라 합산하여 최종 점수를 냄으로써

357) 1심 판결(서울행정법원 2005. 3. 22. 선고 2004구합30*** 판결)을 인용함

나름대로 평가의 객관성과 공정성을 확보하려는 노력을 기울였던 점, ② 그와 같은 평가 결과 원고는 이 사건 근로계약 체결 당시에 미리 고지되었던 본채용 거부 기준인 128점 이상을 받지 못하였던 점, ③ 원고는 협력사 대표와의 다툼, 허위 보고 사실은 본채용 거부의 근거가 될 수 없다는 취지로 주장하나, 원고의 본채용이 거부된 것은 위 두 가지 사유에 근거하는 것이 아니라 수습 기간 약 3개월간 원고가 보여준 직무 능력, 의식·태도를 종합적으로 고려하여 나온 평가 결과에 근거하는 것이므로 원고의 위 주장만으로는 본채용 거부의 정당성을 부인할 만한 충분한 사유라고 보기 어려운 점, ④ 원고는 참가인이 시용 근로자의 본채용을 거부한 적이 한 번도 없다는 취지로 주장하나, 그것은 원고를 제외한 나머지 본채용 거부 기준을 넘지 못한 다른 수습 근로자들은 모두 수습 기간 중에 스스로 퇴사를 하였기 때문이므로, 마찬가지로 원고의 위 주장만으로는 본채용 거부의 정당성을 부인할 만한 충분한 사유라고 보기는 어려운 점에다가, 앞서 본 법리에 따라 때 본채용 거부에 관하여서는 사용자에게 해고 보다는 광범위한 재량권이 인정된다는 점까지 더하여 보면, 참가인이 원고에게 평가 기준에 미달한다는 이유로 본채용을 거부하는 이 사건 해고를 한 것에는 객관적으로 합리적인 이유가 존재한다고 봄이 타당하다.

3) **시용기간 중 보고 요구 항목에 대한 보고를 이행하지 아니**하고, 사용자가 중요하다고 강조한 업무에 대하여도 노력을 기울이지 않은 사정이 있는 경우 해고는 정당하다고 봄³⁵⁸⁾

4) **시용이지만 임직원의 신분**에 있던 근로자가 허위로 밝혀진 **직속상관의 비위행위에 대해 보고체계를 무시하고 보고**하여 사용자에게 피해를 준 경우, 시용근로자에 대한 해고는 정당하다고 봄

【서울고등법원 2005. 4. 22. 선고 2004누9*** 판결³⁵⁹⁾】

우선, 원고가 참가인 회사의 수습사원으로 입사한 사실은 앞서 인정한 바와 같고, 그 밖의 사실관계와 참가인 회사 솔루션 사업본부장으로 채용되어 수습기간 중에 있던 원고는 지역지사장과 본사 판매담당이사에게 업무보고를 하도록 되어 있으나, 참가인 회사의 아시아지역 본사 판매담당 이사인 ○○는 해당 사업부문 전략 조언 및 기술적 조언을 담당하고 있을 뿐 엔지니어링, 품질관리, 판매, 인사, 재무 등 한국지사의 영업 전반에 대하여는 참가인 회사의 한국지사장인 조○○가 최종적인 책임을 지고 있던 점, 원고를 채용할 때도 조○○가 면담을 하여 채용하게 되었던 점, 원고는 수습기간중의 임원으로 채용된 지 채 한 달도 되지 아니하였다는 점 등[증거 : 갑 35-1, 2, 을 22~25. 당심 중인 원○○(일부), 박◇◇]에 비추어 입사한 지 2주일 밖에 되지 아니한 원고가 업무파악의 시기에 발견한 참가인 회사의 프로젝트 관련 문제점들은 당연히 상사인 한국지사장에게 먼저 보고하여 사실여부를 확인하는 절차를 거쳐야 할 것임에도 불구하고 아시아지역 본사 판매담당에게 바로 보고한 행위는 수습임직원으로서 문제해결을 위한 적절한 조치로 보이지 않는 점, 또한 원고는 관련자의 불확실한 진술이나 소문만으로 아시아지역 본사 판매담당에게 자신의 직속상사인 한국지사장과 ○○건설 사이의 비리의혹을 제기하고 나아가 확실한 근거자료를 확보한 것도 아님에도 불구하고 한국지사장과

358) 서울행정법원 2010. 7. 16. 선고 2010구합1*** 판결

359) 1심 판결(서울행정법원 2004. 4. 16. 선고 2003구합27*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법

○○건설 사이에 부적절한 관계에 있음을 확인한다는 내용을 확인까지 하여 주는 신중하지 못한 행동을 취한 점, 그로 인해 참가인 회사의 아시아 지역 본사 차원에서 대대적인 실사조치가 취해지게 되었고 그 결과 적어도 한국지사장에 대한 비리혐의 부분만큼은 사실이 아닌 것으로 밝혀져 결국 이로써 직원들 간에 분열을 조장하고 상호신뢰를 떨어뜨리는 결과만을 초래한 점(○○는 ‘○○○○프로젝트는 회사가 정한 적절한 절차에 따라 이루어졌고 ○○건설 건도 원고가 말한 내용이 대부분 허위이며 원고가 ○○공단 등에 참가인 회사를 음해하였으므로 원고가 솔루션 담당임원의 자격이 없다고 판단하고 원고를 면담한 후 참가인 회사에서 원고를 수습해지하기로 결정·통보하였다’고 밝히고 있다, 을 25) 등을 함께 고려하면, 입사한 지 얼마 안 된 수습임직원의 신분에 있던 원고가 참가인 회사의 보고체계를 무시하고 선불리 직속상관에 대한 비위사항을 보고하여 확인까지 함으로써 결과적으로 참가인 회사에게 피해를 주게 하였다는 이유로 참가인 회사가 솔루션사업본부장이라는 책임 있는 관리자급 직원으로서는 원고가 부적격하다고 판단하여 원고에 대한 고용계약을 해제한 조치는 사회통념상 부당하다고 볼 수 없다.

5) 상사의 비위행위에 대하여 수차례 허위제보를 하고, 홈페이지에 허위 사실을 게시한 경우³⁶⁰⁾ 해고는 정당하다고 봄³⁶¹⁾

6) 사용기간 중에 있는 학원강사의 실력 부족으로 인해 강의가 폐강되었고 보강수업 지시 등을 이행하지 않은 사정이 있다면 위 근로자에 대한 해고는 정당하다고 봄

【서울고등법원 2008. 7. 30. 선고 2008누5*** 판결³⁶²⁾】

① 참가인(근로자)은 이 사건 학원 입사 당시 자신의 경력이나 능력을 다소 과장한 것으로 추단된다.

② 참가인을 고용하였던 다른 학원들의 운영자들이나 참가인의 강의를 들은 학생들은 참가인의 실력부족을 확인하는 취지의 서면을 제출하였는데, 참가인은 이에 대하여 명시적으로 반박하거나 자신의 실력을 확인할 만한 자료를 제출하지 아니하였다. ③ 이 사건 학원의 유료강의전환 후 고등부 1개 반이 곧바로 폐강된 데에는 참가인의 실력부족 또는 불성실한 근무태도가 상당 부분 원인이 된 것으로 보인다. ④ 이 사건 학원은 참가인이 입사한 뒤에 비로소 개원한 소규모의 신설학원이고, 원고는 참가인의 강사로서의 능력을 검증하기 위한 시강 등의 절차를 거치지 아니하였으며, 참가인과 사이에 근로계약기간을 정하지도 아니하였는바, 이 사건 학원과 같은 입시·검정·보충학습을 위한 학원은 강사의 실력이나 학원생들의 강사에 대한 평가가 절대적으로 중요하여서 학원 운영자 입장에서는 어떤 강사를 고용하는지가 학원 운영의 성패를 결정하는 중요한 문제라는 점을 고려해볼 때, 원고가 참가인의 강사로서의 능력이나 학원생들의 참가인에 대한 평가와 무관하게 참가인에 대하여 계속적인 고용을 보장하였다고 보기 어렵고, 참가인도 그동안의 학원 강사로서의 경력에 비추어볼 때 학원생들의 자신에 대한 평가와 무관하게 계속적인 고용이 보장되는 것으로 기대하고 있었다고 보기 어렵다.

이러한 제반 사정에 일반적으로 사용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 사용기간 만료 시 본계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인

원 2005. 9. 9.자 2005두4*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

360) 서울행정법원 2011. 12. 22. 선고 2011구합26*** 판결

361) 서울행정법원 2012. 4. 12. 선고 2011구합37*** 판결(서울고등법원 2012. 11. 13. 선고 2012누16*** 판결로 확정됨)

품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되는 점(대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62*** 판결 참조)을 더하여 보면, 비록 참가인의 주장과 같이 유료강의 전환 후의 위 폐강이 온전히 참가인의 실력부족 탓이라고 볼 수는 없다고 하더라도, 이 사건 해고는 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당한 반면, 참가인에게 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 귀책사유가 있다고 할 것이다.

7) 음식점에 채용된 시용근로자가 시용기간 중 명찰의 기재 내용에 불만을 품고 패용을 거부하고 상급자와 갈등을 겪자 대표직을 요구한 경우 해고는 정당하다고 봄

【서울행정법원 2019. 5. 23. 선고 2018구합4*** 판결】

원고는 이 사건 근로계약에 따라 근무를 시작한 지 1개월이라는 짧은 시용기간 동안 명찰의 기재 를 문제 삼아 패용 지시를 거부하였고, 직근 상급자인 M주임의 조리법 지적 등을 갈등으로 받아들이고 이러한 사정 등을 이유로 더 높은 상급자에게 '자신에게 대표 자리를 달라'고 요구하였다. 근로자의 직업적 능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하고 평가하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때, 이러한 원고의 행동은 참가인 회사의 조직 질서를 흐트러지게 하고, 다른 구성원들과 원만하게 근무할 수 있는 인품이나 자질이 부족한 것으로 평가될 수 있다.

제1장
채용내정·
시용·수습

8) 시용기간 중 업무수행능력을 인정받아 승진발령된 사실이 있고 평소 근무태도에도 문제가 없었는데 노조에 가입한 후 사용자가 합리적 이유 없이 낮은 근무평가점수를 부여하여 본채용을 거부하는 것은 부당하다고 봄

【대법원 2008. 12. 11. 선고 2006두13*** 판결】

원고는 표면상으로는 참가인 김○○ 등의 근무평가점수가 적격판정점수에 미달한다는 것을 이유로 본계약의 체결 거부라는 형식으로 근로관계를 단절하였지만, 그 실질은 ◇◇노조에 가입한 참가인 김○○ 등의 노동조합 활동을 방해하고, 참가인 김○○ 등과의 근로관계를 일방적으로 단절할 목적으로 객관적이고 합리적인 평가기준을 적용하지 아니한 채 다른 수습근로자들에 비하여 비합리적인 평가점수를 부여하여 참가인 김○○ 등을 사실상 해고한 것이므로 이 사건 해고는 부당노동행위에 해당한다고 판단하였다.

...(중략)... 본계약의 체결 거부, 노동조합의 적법성 등에 관한 법리오해의 위법이 없다.

9) 근로자가 근로계약 체결 후 만들어진 근무평가결과 지침을 알지 못하였고 사용자가 설정한 정식채용기준이 높아 충족하기가 쉽지 않았으며 근무평가결과만으로 업무수행 능력이 어떻게 부족하였는지 알 수 없다면 위 근무평가결과에 의한 정식채용 거부는 부당하다고 봄

362) 1심 판결(서울행정법원 2008. 1. 18. 선고 2007구합13*** 판결)을 인용함

【서울고등법원 2008. 5. 9. 선고 2007누30*** 판결³⁶³⁾】

① 이 사건 해고의 근거인 근무평가결과는 이 사건 근로계약 이후에 시달된 지침에 따른 것이고 원고는 입사 이후 이 사건 해고 당시까지 위 지침에 따른 근무평가가 실시되는 사실을 알지 못하였던 것으로 보이는 점, ② 비록 사용자는 정식채용기준의 설정에 관하여 광범위한 재량을 가지고 있으나 참가인 회사의 근무평가방식에 따르면 만약 근로자가 10개의 평가요소 중 9개에 '양호'를 받고 1개의 항목에서만 '보통'을 받더라도 평균 80점에 미달하게 되는바, 이에 비추어 보면 참가인 회사가 설정한 정식채용기준인 80점은 다소 높은 것으로 보이는 점(참가인은 2006. 2.부터는 채용기준을 60점으로 하향조정하여 시행하고 있다), ③ 이 사건 근무평가결과만으로는 원고의 업무수행능력이 어느 정도, 어떻게 부족하였는지 또 그로 인하여 업무수행에 어떠한 차질이 있었는지를 알 수 없는 점 등이 사건 변론에 나타난 제반 사정에 비추어 보면, 이 사건 근무평가결과만으로는 이 사건 해고에 객관적으로 합리적인 이유가 있다고 보기 어려우므로, 이 사건 해고는 사회통념상 상당하다고 보기 어렵고, 이에 대하여 참가인이 주장하는 사정(이 사건 근무평가는 불량인 경우에도 최소한 4점을 받게 되므로 근무평가결과의 점수를 백분율로 환산하면 50점에 미달한다는 점 및 원고와 비슷한 시기에 근무평가를 받은 다른 시용근로자의 상당수가 평균 80점 이상을 받았다는 점 등)만 가지고는 위 판단을 뒤집기에 부족하다.

10) 시용근로자들 간 근무실적평가의 최저점과 최고점 편차가 현저하고, 본 채용을 거절한 근로자에 대한 업무수행평가서가 근로계약해지 이후 작성되었으며, 인사규정에 정식채용의 기준점수가 존재하지 않고 사용자가 기준점수를 근로자에게 통보한 사정도 없는 경우 평가점수 미달을 사유로 한 정식채용 거부는 부당하다고 봄

【서울행정법원 2008. 5. 23. 선고 2007구합34*** 판결】

2) 이 사건 근로계약 해지에 합리적인 이유가 존재하는지 여부

나) ...(중략)... ① 5명의 평가위원이 근무실적평가를 통하여 참가인에게 부여한 점수는 각 92.5점, 90점, 80점, 67.5점, 57.5점으로서 가장 높은 점수와 가장 낮은 점수의 차이가 무려 35점이나 되는데, 이는 일부 평가위원이 객관성과 공정성을 유지하지 못한 채 의도적으로 참가인에게 낮은 점수를 부여한 것이 아닌가 하는 의문을 들게 하는 점, ② 그러한 상황에서 참가인이 이 사건 근로계약해지 이후 위와 같은 근무실적평가결과에 문제를 제기하며 서울지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하자, 위 근무실적평가에 참여한 평가위원 중의 한 명인 김○○이 그 무렵 “참가인이 수습기간 동안 업무수행을 제대로 하지 못했고, 기대이하의 영업실적을 올렸다”는 내용의 업무수행평가서를 작성하면서, 마치 위 업무수행평가서가 위와 같은 근무실적평가 이전에 작성된 것처럼 보이게 하기 위하여 그 작성일자(2006. 10. 20.)로 소급한 점, ③ 원고 회사의 내부규정상 “수습기간 동안의 근무실적평가에서 400점 이상을 획득하여야만 정규직 직원으로 임용될 수 있다”는 내용의 규정은 존재하지 않고, 원고 회사도 이 사건 근로계약해지 이전에 참가인에게 위와 같은 내용을 제대로 고지한 바 없는 점,

363) 서울고등법원 2008. 5. 9. 선고 2007누30*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 23. 선고 2006구합45*** 판결)을 인용함]

④ 원고 회사가 설립된 이래 참가인과 같은 일반직 수습직원에게 그 수습기간 경과 후에 정식채용이 거절된 사례가 한 번도 없었던 점(원고 회사는 과거에도 그 수습기간 경과 후에 정식채용이 거절된 사례가 있었다고 주장하면서 손○○의 경우를 그 예로 들고 있으나, 갑 제7호증의 1 내지 4의 각 기재에 의하면 원고 회사가 위와 같이 주장하는 손○○은 참가인과 같은 일반직 수습직원이 아니라 계약직 직원으로 채용된 사람임을 알 수 있으므로, 원고 회사의 위 주장은 받아들일 수 없다), ⑤ 참가인이 수습기간 동안 징계를 받거나 시말서를 제출하는 등 특별한 문제없이 수습을 마친 점(앞서 살펴본 바와 같이 원고 회사가 수습기간 중 참가인에 대하여 이 사건 근로계약을 해지하였다가, 이에 대하여 참가인이 ◇◇지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하자, 그 후 참가인을 복직시킨 사정만으로 참가인에게 업무적격성 등에 있어 문제가 있었다고 단정할 수는 없다) 등을 종합하여 보면, 비록 참가인이 근무실적평가에서 원고 회사가 임용적격점수로 정한 400점에 미달되는 387.5점을 획득하는 데 그쳤다고 하더라도, 이와 같은 점만으로 원고 회사가 참가인에 대하여 그 정식채용을 거절할 정도의 객관적으로 합리적인 이유가 존재한다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

11) 시용근로자의 근무성적평정에 있어 **미리 하위평정등급의 해당자 수를 지점별로 할당**하고, 근무성적평정표가 작성된 후 평정요령에 위반하여 재작성을 하였으며, **평정표만으로 업무수행능력이 어떻게 부족한지 여부를 알기 어려운 경우에 정식채용 거부**는 부당하다고 봄

【 대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62*** 판결 】

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고 은행이 각 지점별로 C 또는 D의 평정등급 해당자 수를 할당한 점, 피고 은행이 근무성적평정표가 작성·제출된 후 일부 지점장들에게 재작성을 요구하였고, 이에 따라 일부 지점장들이 평정자 및 확인자를 달리하도록 정한 피고 은행의 근무성적평정요령에 어긋나게 혼자서 근무성적평정표를 재작성하기도 한 점, 평정대상자마다 평정자가 상이한 점, 시용조건부 근로계약 해지의 성격상 당해 근로자의 업무적격성 등을 절대적으로 평가하여야 함에도 상당수의 평정자가 다른 직원들과의 비교를 통하여 상대적으로 평가한 점, 원고들에 대한 근무성적평정표 및 평정의견서만으로 원고들의 업무수행능력이 어느 정도, 어떻게 부족하였는지 또 그로 인하여 업무수행에 어떠한 차질이 있었는지를 알 수 없는 점 등에 비추어 보면, 피고 은행이 원고들과의 이 사건 근로계약을 해지한 데에는 정당한 이유가 있다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 결국 피고 은행이 이 사건 근로계약에서 유보된 해지권을 행사하여 원고들을 해고한 것은 무효라고 판단하여, 원고들의 이 사건 청구를 인용하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서의 주장과 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인의 위법이 없다.

한편 시용계약에서 평정대상자를 평가함에 있어 평정자가 모두 동일하여야만 하는 것은 아닐 것이고, 더구나 이 사건과 같이 평정대상자가 730여 명에 이르는 경우에 이를 모두 동일한 평정자가 평정을 하는 것은 사실상 매우 곤란할 것이라는 점, 또한 평가대상자의 근무태도, 업무능력 등을 평가함에 있어 통상의 평균적인 직원의 그것을 기준으로 하여 이와 비교하여 평가하는 것은 가능하다고 할

것인 점에서, 원심이 이 사건 근로계약의 해지가 정당하지 않은 이유로서, 평정대상자마다 평정자가 상이한 점이나, 상당수의 평정자가 다른 직원들과의 비교를 통하여 평가한 것을 상대적인 평가로 보고 이 점을 열거한 점은 부적절하다고 할 것이다.

그러나 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 위 사항을 제외한 나머지 사유만으로도 이 사건 근로계약의 해지를 정당하지 않다고 보기에 충분하다 할 것이므로, 원심의 위와 같은 잘못은 판결의 결과에는 영향이 없다고 할 것이므로, 결국 이 부분 상고이유의 주장도 이유 없다.

제 2 장

인사명령

제1절 인사명령의 의의	237
1. 개념	237
2. 구별 개념	237
3. 구제신청의 근거	238
제2절 전직·전보	239
1. 전직·전보의 개념 및 필요성	239
2. 전직·전보의 정당성 판단	239
3. 전직·전보 관련 판례	243
제3절 전적	262
1. 전적의 개념	262
2. 전적의 정당성 판단	262
3. 전적 관련 판례	264
제4절 대기발령·직위해제	268
1. 대기발령과 직위해제의 의의	268
2. 대기발령의 구제이유 판단	271
3. 대기발령의 정당성 판단	273
4. 대기발령 관련 판례	276
제5절 휴직명령	290
1. 휴직의 개념	290
2. 휴직의 정당성 판단	291
3. 휴직 종료와 복직 등	292
4. 휴직 관련 판례	293

제1절 인사명령의 의의

1. 개념

사용자는 노동력을 적재적소에 배치함으로써 근로의욕을 증진시키고 인사교류를 통한 기업조직의 효율성을 제고하기 위하여 **기업 내 인사발령**을 하며, 경영 위험의 분산이나 영역 확장 등을 위하여 기업을 계열화하거나 계열회사 사이의 인력 지원을 위해 **기업 간 인사이동**을 하는 등 다양한 목적에서 인사명령을 함

근로계약의 일방 당사자인 사용자의 의사표시에 따라 근로자가 인사이동을 하게 되면 그 필요성에도 불구하고 **근로계약의 본질적 사항인 근로내용·장소**는 물론 **근로제공·근로계약의 상대방**까지 변경될 수 있고, 헌법상 근로의 권리와 노동3권까지 침해될 가능성이 있음

따라서 근로자 입장에서는 근로조건이 변경되거나 예측할 수 없었던 생활상의 불이익을 당할 수 있으므로, 사용자에게 업무상 필요한 범위 내에서 상당한 재량권이 인정되지만, 정당성을 갖출 것이 요구되고 그 정당성의 요건이 무엇인지가 주요 쟁점으로 등장하게 됨

그러므로 ‘인사명령’이란 근로계약 체결 이후부터 종료 시까지 근로관계의 유지를 전제로, 사용자의 인사권 행사에 따라 기업 내 또는 기업 간에 근로계약상 본질적 내용인 근로내용·장소, 근로제공·근로계약의 상대방 등이 상당한 기간 동안 변경됨으로써 **근로자에게 불이익**을 초래하는 것을 의미함

2. 구별 개념

2.1 징계

인사명령은 근로자에게 불이익이 발생하지만, 사용자가 근로자에게 기업질서의 유지를 목적으로 과거 비위행위에 대하여 경제적·정신적·생활상 불이익한 제재를 하는 ‘징계’와는 개념상 구별됨

여기서 말하는 ‘징계’란 근로자에 대한 제재적 조치를 모두 포괄하는 개념이 아니고 근로계약·취업규칙·단체협약 등에 징계 항목으로 명시된 것만을 의미함

따라서 근로계약·취업규칙·단체협약 등에서 징계의 종류로 특정한 유형의 인사명령을 규정하고 있는 경우, 해당 인사명령이 징계의 일환인지 아니면 일반적인 인사권에 근거한 것인지를 구별할 필요가 있음

2.2 근로관계의 이전

근로관계의 이전은 회사의 합병·분할·영업양도·조직변경과 같은 기업 변동에 따라 근로관계가 이전되는지 여부와 관련되는 문제로 원칙적으로 현재 기업조직의 유지를 전제로 사용자의 인사권 행사에 따라 근로 내용·장소 등이 변경되는 인사명령과 개념상 구별됨

그러나 특정 기업이 조직 중 일부를 별도 법인으로 분할·아웃소싱 한 후 사실상·법률상 지배하는 경우 해당 업무를 담당하는 근로자의 소속이 변경되는 문제가 근로관계의 이전인지 인사이동 중 ‘전직’에 해당하는지 구분하는 것이 필요함

근로관계의 변동
1. 인사명령 1) 기업 내 인사명령: 전직, 전보, 전근, 전배(배치전환), 휴직(대기발령) 2) 기업 간 인사명령: 전직, 전출 2. 근로관계의 이전: 합병, 영업양도, 분할 등

3. 구제신청의 근거

인사이동의 적법·유효 여부에 관한 구제신청 및 사법심사의 근거에 대한 명시적인 논의가 있진 않지만, 근로기준법 제23조 제1항이 ‘사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌을 하지 못한다.’라고 규정하고 있는바, 그 근거가 ‘근로기준법 제23조 제1항’이라는 점에 대해서는 별다른 이견이 없음³⁶⁴⁾

근로기준법 제23조의 ‘징벌’이 문언상 ‘비위에 대한 제재’를 내포하므로 ‘징계’와 유사한 측면이 있으나 종류로 예시된 ‘해고’에는 징계해고만이 아니라 통상해고·정리해고까지도 포함되므로, 근로기준법 제23조의 ‘징벌’에는 ‘징계를 포함한 근로자에게 불이익한 조치’를 포괄적으로 의미한다고 봄

따라서 인사이동이 근로자에 대한 불이익한 조치에 해당하는 경우에는 ‘징벌’에 해당되어 법 제28조에 근거하여 구제신청을 할 수 있을 것임

364) 구제신청의 근거는 근로기준법 제23조 제1항의 휴직(강제휴직)과 전직(광의의 전직)임

제2절 전직·전보

1. 전직·전보의 개념 및 필요성

‘전보’는 동일 기업 내에서 근로자가 담당할 직무의 종류·내용이 장기간 동안 변경되는 것으로 본질적으로 근로내용의 변경을 주된 목적으로 하는 인사이동을 의미하며, ‘전근’은 동일 기업 내에서 장기간 동안 근로장소의 변경을 주된 목적으로 하는 인사이동을 의미함

다만, 근로 내용이 변경되면 근로 장소의 변경까지 수반되는 경우가 일반적이므로 통상 인사명령 전반을 전직 또는 배치전환이라고 함³⁶⁵⁾

사용자는 기업 내부의 인사이동을 통하여 노동력을 적재적소에 배치할 수 있고 이로 인해 근로의욕의 증대와 경영의 효율성을 도모할 수 있으며, 부서 간의 인사교류를 통해 업무 운영을 원활하게 하는 한편 내부 조직의 확대·축소와 같은 상황 변화에 탄력적으로 대응하는 것에 전직의 필요성이 있음

2. 전직·전보의 정당성 판단

2.1 의의

근로자에 대한 전직·전보의 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서 **사용자는 상당한 재량**을 가진다고 보아야 함³⁶⁶⁾

그러나 근로계약의 내용에 명시적·묵시적으로 근로의 종류·내용·장소 등을 약정하였다면 이에 대한 변경은 근로계약의 변경에 해당하므로 **근로자의 동의**가 필요함

또한 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류·내용·장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 불이익한 처분이 될 수 있기 때문에 근로기준법 제23조 제1항에 위반되거나 권리남용에 해당되는 특별한 사정이 있는지 살펴보아야 함

이때 근로기준법 위반 여부 및 권리남용 해당 여부는 인사명령의 업무상 필요성과 인사명령에 따른 근로자의 생활상 불이익을 비교·교량하고 인사명령 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 함³⁶⁷⁾

즉 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여

365) 보통 기업현장에서는 전직·전보의 인사명령을 혼용하여 사용하는 등 양자를 명확히 구분하고 있지 않음

366) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013다9*** 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다46*** 판결 등 참조

367) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2*** 판결, 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두11*** 판결, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20*** 판결 등 참조

야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 할 것임

【대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다46*** 판결】

근로자에 대한 전직이나 전보처분은 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류·내용·장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수도 있으나, 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 인정하여야 하고, 그것이 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고·휴직·정직·전직·감봉 기타 징벌을 하지 못하도록 하는 근로기준법 제23조 제1항에 위배되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 전직 처분 등이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지의 여부는 당해 전직처분 등의 업무상의 필요성과 전직에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하고, 근로자가 속하는 노동조합(노동조합이 없으면 근로자 본인)과의 협의 등 그 전직처분을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다.

2.2 업무상 필요성

‘업무상 필요성’은 사용자의 권리남용을 판단하는 기준이고, 권리남용은 자신의 고유한 권리를 행사할 때 제한하는 기준으로 사용됨

전직·전보명령을 할 ‘업무상 필요성’이란 사용자의 주관적 판단에 의할 것이 아니라, ① 근로자의 배치를 변경할 객관적인 사유가 있는지(**배치 변경의 필요성**), ② 특정한 근로자를 그 대상자에 포함시키는 것이 합리적인 기준과 이유가 있는지(**인원선택의 합리성**), ③ 당해 근로자를 다른 근무 장소나 직무로 인사 발령하는 것이 기업 운영에 있어 합리성·효율성을 가져옴으로써 근로자의 배치를 변경해야 하는 사유를 객관적으로 해소할 수 있는지 등을 종합하여 판단함³⁶⁸⁾

판례는 노동력의 적정 배치, 업무의 능률 증진, 근로자의 능력 개발, 근무 의욕의 고양, 업무 운영의 활성화, 기술 혁신이나 기업 재편에 따른 인력 조정, 직장 질서의 유지·회복과 근로자 사이의 인화 등 다양한 이유에서 업무상 필요성을 인정하고 있음

2.3 생활상 불이익 등

전직·전보명령을 할 업무상의 필요성이 인정되더라도 그로 인한 근로자의 생활상의 불이익이 통상적으로 감수하여야 할 정도를 현저히 벗어나지 않아야 함

368) 서울고등법원 2015. 6. 17. 선고 2014누58*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2014. 7. 11. 선고 2013구합29*** 판결) 인용], 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52*** 판결, 경쟁력 강화, 비효율적 인력구조 개선 등을 위하여 저성과자를 전보대상자로 선정하는 것은 합리적이라고 본 판례(서울고등법원 2010. 10. 13. 선고 2010누13*** 판결)[1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 15. 선고, 2009구합3***, 3*** (병합) 판결) 인용]

이때 생활상 불이익 등은 전직·전보명령에 따라 근로자가 받게 되는 일체의 불이익을 의미하므로, 단순히 **경제적 불이익**에 한정되지 않고 **정신적·육체적·사회적 불이익** 나아가 **조합활동상의 불이익**을 모두 포함함³⁶⁹⁾

사용자가 전직·전보처분의 대상에게 통근차량이나 숙소를 제공하였는지 여부, 특별수당 등을 지급하여 불이익 제거 또는 완화의 조치를 취하였는지 여부 등은 업무상 필요성과 함께 근로자의 생활상 불이익 등이 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것인지를 판단하는 요소가 될 수 있음

판례는 **노동 강도의 증가**,³⁷⁰⁾ 상당한 수준(약 27%)의 **임금 감소**,³⁷¹⁾ **통근에 소요되는 시간과 비용**이 증가,³⁷²⁾ **가족부양의 곤란함**³⁷³⁾ 등에 있어 전직·전보로 인하여 근로자가 받는 **생활상 불이익** 등이 **업무상 필요성보다 큰 경우**에 인사명령의 정당성을 부정하고 있음

2.4 절차적 요건

가. 근로자의 동의 여부

근로계약상 근로의 내용·장소가 특정되어 있는 경우에 이를 변경하는 전직·전보명령을 하려면 원칙적으로 근로자의 동의를 있어야 함³⁷⁴⁾

사용자가 근로자에게 입사 당시 근로내용으로 특정하지 않은 직무를 담당하게 하는 전직·전보처분을 하기 위하여 필요한 근로자의 동의는 반드시 명시적인 동의에만 한정되는 것은 아니고 **묵시적·포괄적인 동의도 가능함**³⁷⁵⁾

369) 서울고등법원 2010. 11. 4. 선고 2010누12*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 1. 선고 2009구합25*** 판결) 인용], 서울고등법원 2015. 6. 17. 선고 2014누58*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2014. 7. 11. 선고 2013구합29*** 판결) 인용]

370) 서울고등법원 2008. 5. 27. 선고 2007누30*** 판결, 서울고등법원 2011. 3. 31. 선고 2010누16*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 30. 선고 2009구합35*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2011. 7. 14.자 2011두9*** 판결) 심리불속행 기각 확정]

371) 서울고등법원 2013. 10. 24. 선고 2013누21*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 6. 26. 선고 2012구합41*** 판결) 인용]

372) 서울고등법원 2011. 10. 19. 선고 2011누11*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 3. 3. 선고 2010구합40*** 판결) 인용]

373) 서울고등법원 2010. 11. 11. 선고 2010누43*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 11. 11. 선고 2010구합26*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2012. 11. 29.자 2011두30*** 판결) 심리불속행 기각 확정]

374) 서울고등법원 2011. 7. 14. 선고 2010누30*** 판결, 한편 경영상황에 따라 불가피하게 직제를 폐지하는 등의 사정이 있는 경우 근로자의 동의를 받을 수 없는 상황이 발생할 수 있으나, 이러한 경우에도 신의칙상 성실한 협의절차는 거쳐야 한다는 판례가 있음(서울행정법원 2013. 8. 22. 선고 2012구합42*** 판결)

375) 판례는 기자로 입사한 근로자가 전보발령에 이의를 제기하지 아니하고 3년 8개월 동안 기자의 업무가 아닌 다른 업무(외주프로그램 제작, MD, 뉴스PD 업무)를 수행한 경우 묵시적인 동의를 인정하였음(서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014누40*** 판결)[대법원(대법원 2015. 5. 28.자 2015두38*** 판결) 심리불속행 기각 확

한편 사용자가 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤음에도 불구하고 근로자가 합리적인 이유 없이 전직·전보처분에 동의하지 않았고, 이로 말미암아 사용자가 근로자의 동의를 받지 못한 채 전직·전보처분을 한 경우에는 그러한 처분이 인사권의 남용에 해당한다고 단정할 수는 없음³⁷⁶⁾

나. 성실한 협의절차

성실한 협의절차 내지 신의칙상 요구되는 절차란 사용자의 일방적인 전직·전보처분을 제한하기 위한 **절차적 정당성**을 말하는 것으로 그 내용으로는 전직·전보의 필요성에 대한 설명, 고려기간의 부여, 대상조치(반대급부)에의 배려 등 사용자가 근로자의 동의를 얻기 위한 노력의 정도나 동의를 얻지 못한 경우에도 본인의 가정생활상의 사정을 어디까지 고려하였는지의 사정 등을 포괄하는 개념임³⁷⁷⁾

전직·전보처분 등을 함에 있어 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고 할 수는 있으나, **그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전직·전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 되는 것은 아니라는 것이 판례의 일관된 태도임**³⁷⁸⁾

그러나 취업규칙이나 단체협약에 인사이동의 기준 및 절차를 별도로 규정하고 있거나 노동조합과의 **협의절차를 거치도록 규정되어 있다면 원칙적으로 이에 따라야 함**³⁷⁹⁾

다만, 단체협약에서 사용자가 전직·전보명령과 같은 인사처분을 함에 있어서 신중을 기할 수 있도록 **노동조합이 의견을 제시할 수 있는 기회를 주어야 하도록 규정한 경우에는** 그 절차를 거치지 아니하였다고 하더라도 인사처분의 효력에는 영향이 없다고 할 것임

또한 사용자가 단체협약에 따라 노동조합과 사전 합의를 하기 위하여 **성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고** 노동조합이 협의나 합의절차에 불응하는 등 스스로 권리를 포기한 것으로 볼 수 있는 경우에는 그러한 절차를 거치지 않았다는 이유만으로 전직·전보처분의 정당성이 부정되는 것은 아님

정]

376) 서울고등법원 2015. 3. 13. 선고 2014누45*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2015. 6. 24.자 2015두40***판결) 심리불속행 기각 확정]과 서울고등법원 2014. 7. 16. 선고 2013누27*** 판결[대법원(대법원 2014. 11. 27.자 2014두11*** 판결) 심리불속행 기각 확정]에서 언급된 법리, 그러나 두 판례에서는 모두 사용자의 성실한 협의가 인정되지 않음. 이와 달리 전보발령에 대한 근로자의 반대 의사에도 불구하고 사용자가 근로자와 협의를 거치고 배려를 한 점이 인정된 사례가 있음(서울고등법원 2015. 7. 10. 선고 2015누30*** 판결)[1심 판결(서울행정법원 2014. 12. 18. 선고 2014구합10*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2015. 11. 12.자 2015두49*** 판결) 심리불속행 기각 확정]

377) 서울고등법원 2010. 11. 4. 선고 2010누12*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 1. 선고 2009구합25*** 판결) 인용]

378) 대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18***, 18*** 판결, 대법원 2007. 3. 12. 선고 2007두22*** 판결 등 참조

379) 서울고등법원 2008. 5. 14. 선고 2007누25*** 판결, 서울고등법원 2009. 10. 20. 선고 2009누4*** 판결

노동조합이 사전합의를 남용한 경우란 노동조합 측에 중대한 배신행위가 있고 이로 인하여 사용자 측의 절차 흠결이 초래되었다거나, 인사처분의 필요성과 합리성이 객관적으로 명백한데 노동조합 측이 합리적 근거나 이유 제시도 없이 무작정 인사처분에 반대함으로써 사전합의에 이르지 못하였다는 등 사정이 있는 경우를 의미함³⁸⁰⁾

3. 전직·전보 관련 판례

3.1 업무상 필요성

가. 업무상 필요성을 부정하거나 소극적으로 인정한 사례

1) 징계처분의 후속조치로 전보처분의 관행이 있다고 하더라도 전보처분의 업무상 필요성이 선행 징계처분의 구체적인 징계사유를 묻지 않고 당연히 인정되는 것은 아니라고 봄

【서울고등법원 2014. 12. 17. 선고 2013누26*** 판결³⁸¹⁾】

참가인은 이 사건 전보처분의 업무상 필요성과 관련하여 이 사건 전보처분이 조직분위기 쇠퇴 등을 이유로 이 사건 징계처분의 후속조치로 이루어진 관행적인 것이라 주장하고, 앞서 본 바와 같이 실제 이 사건 전보처분이 참가인의 정기인사의 일환으로 이루어진 것이 아니라 이 사건 징계처분에 따른 정직기간의 만료에 맞추어 원고에게 개별적으로 이루어진 점에 비추어 이 사건 징계처분이 이 사건 전보처분의 가장 큰 요인으로 작용한 것으로 보이므로 이 사건 징계처분으로 인하여 이 사건 전보처분의 업무상 필요성이 있는지 살피건대, 참가인 회사에 징계처분을 받은 직원이 후속조치로 전보처분까지 받는 관행이 있다는 점에 관하여 달리 이를 인정할 증거가 없다. 또한 그러한 관행이 있다고 하더라도 징계처분의 후속조치로 이루어지는 전보처분의 업무상 필요성이 선행 징계처분의 구체적인 징계사유를 묻지 않고 당연히 인정되는 것도 아니라 할 것인데, 이 사건 징계사유로 인하여 원고와 참가인 소속 직원들 사이의 질서 또는 인화가 깨어졌다고 보기 어렵고, 이 사건 징계처분은 아래에서 보는 바와 같이 정당한 징계사유로 삼을 수 없고, 징계재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하므로, 원고가 이 사건 징계처분을 받았다는 것만으로 이 사건 전보처분에 업무상 필요성이 있다고 할 수 없다.

2) 부당해고 구제판정에 따라 복귀한 제작국 프로듀서에 대하여 보도국으로 전직하라는 명령을 한 것은 부당하다고 봄

【서울고등법원 2016. 5. 18. 선고 2015나26*** 판결】

해고가 무효임을 이유로 원고를 복직시키는 과정에서 이루어진 전직처분이라 하여도 통상의 전직처분과 다른 법리에서 판단하여야 하는 것은 아니며, 근로기준법 제23조 제1항 및 권리남용 법리에

380) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2007두15*** 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38*** 판결 등 참조

381) 1심 판결(서울행정법원 2013. 8. 10. 선고 2012구합41*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2015. 4. 23.자 2015두*** 판결) 심리불속행 기각 확정

따라 판단되어야 할 것이다. 이 사건 전직처분은 피고의 정당한 업무상 필요성에 기한 결정이라고 보기 어렵고, 원고의 경험치나 생활상 불이익을 살펴보았을 때 해고 전 제작국에서 근무해 왔던 원고에 대한 보도국 전직조치는 원고가 감당하기 어려운 일이며, 피고의 성실한 협의 절차가 이행된 것으로 보이지 않는다. 따라서 이 사건 전직조치는 피고의 인사권에 기한 재량범위 내에서 정당하게 이루어진 것이 아니라 권리남용에 해당하는 것으로서 무효라고 봄이 타당하다.

3) **저성과자를 대상으로 별도 조직을 신설하여 전보하는 조치가 경영상 필요하다고 볼 수 있다** 하더라도 전보발령이 실제로 그와 같은 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이어야 **정당한 인사권의 행사**라고 볼 수 있다고 봄

【서울고등법원 2018. 2. 1. 선고 2017누70*** 판결³⁸²⁾】

가) 저성과자 대상 별도 조직 신설 및 전보의 경영상 필요성 : 일반적으로 인정

원고는 기존 업무가 소멸하거나 기존 업무에서 성과를 내지 못한 근로자들에게 업무역량 제고를 위한 교육기회, 새로운 업적 창출의 기회를 제공하기 위해 새로운 팀을 구성하여 적절한 교육을 하거나 근로의욕을 고취할 수 있는 새로운 업무를 부여할 수 있다. 이러한 조직 구성이 그 자체로 경제적 수익성이 없다고 하더라도, 장기적으로 또는 회사 전체 기준으로 보면 대상 직원들이 이를 통하여 업무역량과 근로의욕을 회복하면 기업에 이익이 될 수 있다. 따라서 경제적 수익성이 없다는 이유만으로 위와 같은 조치의 경영상 필요성을 부정할 수 없다.

나) 이 사건 전보발령의 수단으로서 적합성 : 부정

경제적 수익성, 업무능률 증진과 같이 전보의 목적, 근거, 명분 등에 해당하는 추상적, 일반적 필요성이 인정된다고 하더라도 그에 따른 모든 형태의 전보발령이 정당화될 수 없고, 당해 전보발령이 실제로 그와 같은 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이어야 실제로 그 필요에 따른 정당한 인사권의 행사라 평가할 수 있다. 따라서 원고는 전보발령을 함에 있어 그 경영상 필요에 맞는 인력을 합리적인 기준에 따라 대상자로 선정하고, 그 필요에 적합한 곳으로 전보하여야 한다.

나. 업무상 필요성으로 전직·전보의 정당성을 긍정한 사례

1) 정기적으로 생활권 외 전보 등을 시행하여 이례적이라고 볼 수 없는 경우

【서울고등법원 2011. 5. 12. 선고 2010누41*** 판결】

참가인은 ...(중략)... 그 사업장이 전국에 분포되어 있는데 2000년경 실시한 지역조합과 직장조합 등과의 조직통합으로 지역 간 인력불균형이 심하게 발생하여 그 통합 초부터 3급 이상 직원에 대하여 매년 100명 이상 생활권 외 전보를 시행하여 왔던 점, 이 사건 전보도 그와 같은 이유로 참가인 내에서 핵심 업무수행자인 3급을 주 대상으로 하여 실시한 것인 점 등에 비추어 보면, 이 사건 전보는 참가인의 전보관리규칙에 해당하는 사유가 있다고 봄이 타당하다.

382) 대법원 2018. 6. 15.자 2018두36*** 판결(심리불속행 기각)

2) 조직개편(통·폐합)으로 근무인원의 조정이 필요한 경우

【서울행정법원 2012. 5. 24. 선고 2011구합31*** 판결³⁸³⁾】

참가인 회사가 2007년부터 2009년 사이에 34억 원에서 59억 원 사이의 영업손실이 계속적으로 발생하여 원인을 분석한 결과 그 원인의 하나로 참가인 회사의 판매관리비(인건비 포함) 비중이 경쟁 호텔에 비하여 상대적으로 높게 나타나 조직 규모를 축소하여 경영효율 및 수익률 증대를 도모할 필요가 있었던 점, 참가인은 홍보부의 업무가 상당 부분 외주업체에 의해 수행되고 있고 경쟁 호텔에 비하여 규모가 방만하다는 판단하에 홍보부를 홍보과로 축소한 점, 그 과정에서 홍보부장이었던 원고의 직책이 없어지게 된 점, 홍보부에는 김○○ 과장 등 4명이 홍보부의 담당 업무를 분담하고 있었고 참가인이 홍보부의 업무에 비하여 인력이 과하다는 판단하에 조직을 축소하였기 때문에 원고를 축소된 홍보과의 다른 직책으로 전보하는 것은 인사구조 및 조직개편의 취지에 부합하지 아니하는 면이 있는 점, 이 사건 전보처분 당시 세 개 부서를 축소하였기 때문에 원고를 보임할 다른 부서장의 공석이 없었고 순환배치과정에서 다른 과장급 직원들이 기물관리 담당으로 배치되기도 한 점 등을 종합하면, 참가인이 원고를 기물관리부장으로 배치하여야 할 업무상 필요성이 있었던 것으로 판단된다. …(중략)…

이 사건 전보처분으로 인하여 원고가 입게 될 생활상의 불이익이 근로자로서 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이라고 볼 수 없다.

3) 신규인력 채용 제한 및 경영실적 악화 속에 인력수급 불균형의 타개 방안인 경우

【대전고등법원 2015. 6. 25. 선고 2015누10*** 판결³⁸⁴⁾】

① 원고는 …(중략)… 경영실적이 좋지 않은 상황에서 신규인력 채용에 제한을 받고 있었고, 그렇다고 지방에서 근무하는 직원들을 해고하고 인력이 필요한 수도권 지역에서 인력을 보강하는 것이 바람직한 방안이라고 볼 수도 없으므로, 원고가 겪고 있는 인력 수급 불균형 상황을 타개하기 위해 제한적으로 지방 연고 직원들을 수도권으로 일시 전보시키는 것은 그 업무상 중대한 필요에 기인한 정책으로 보인다.

② 참가인이 수도권에서 자녀를 양육하면서 근무할 경우 발생하는 비용 중 일부분은 부산에 근무할 경우에도 발생하는 비용으로 보이고, 전보 후 원거리 근무지에 근무하게 되는 기간은 최대 3년으로서 많은 경우 단축되기도 하므로, 참가인이 입을 불이익이 도저히 감당할 수 없을 만큼 크다고 보기는 어렵다. …(중략)… ⑥ 비록 원고가 참가인과 사전 협의 절차를 거치지 않았으나 협의절차를 거쳤더라면 참가인이 전보 대상에서 제외되었을 것이라고 단정하기 어렵고, 또한 그러한 사정만으로도 이 사건 전보처분이 권리남용이라고 볼 수는 없는 것이며, 달리 이 사건 전보발령이 참가인이 장기간 육아휴직 및 가족간호휴직을 쓴 것에 대한 보복적 조치라고 볼 만한 사정이 전혀 없다.

383) 같은 사유에 의한 전보로 서울행정법원 2011. 6. 17. 선고 2010구합34*** 판결, 서울고등법원 2012. 4. 26. 선고 2011누35*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 9. 8. 선고 2010구합39*** 판결) 인용, 대법원 심리불속행 기각 확정]이 있음

384) 1심 판결(대전지방법원 2014. 12. 24. 선고 2014구합*** 판결) 인용

4) 근로자의 경력과 업무의 특수성을 감안하여 인원충원이 필요한 곳으로 전보한 경우

【서울고등법원 2010. 9. 9. 선고 2010누1*** 판결³⁸⁵⁾】

① 서울 본사에서 원고에게 팩스확인, 인감날인 등 단순 업무보조를 시키는 것은 원고의 경력과 급여 수준 등을 감안할 때 참가인의 인력관리 측면에서 매우 비효율적인 것인 점, ② 참가인의 매출액이 증가함에 따라 이에 따른 물류센터의 업무도 증가하여 물류센터의 인원을 보충하는 방향으로의 인력 재배치가 요구되었던 점, ③ 사내 업무상 주로 영어를 사용하는 참가인에서 영어가 능통하지 못한 원고에게 부여할 수 있는 업무가 극히 제한적인 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 전보에는 업무상 필요성이 인정된다.

5) 동료 근로자 내지 부하직원들과의 불화 해결을 위한 경우

【서울고등법원 2011. 5. 24. 선고 2010누26*** 판결³⁸⁶⁾】

이 사건 노동조합의 지부장과 상당수의 조합원들이 원고의 ○○본점으로의 복귀에 반대하고 있어서 원 고를 다시 ○○본점으로 복귀시킬 경우 근로자들 사이의 인화에 적지 않은 문제가 발생할 것으로 보이는 점, 원고가 복귀하고자 하는 ○○본점의 보일러실에는 2009. 6. 1.부터 다른 근로자가 이미 근무하고 있는 점 …(중략)… 등을 종합하면, 참가인이 원고를 ◎◎지점에 배치하여야 할 업무상 필요성이 인정된다.

6) 직무수행과정에서 근로자의 업무능력 및 태도에 문제가 있었던 경우

【서울고등법원 2014. 10. 22. 선고 2013누26*** 판결³⁸⁷⁾】

원고는 국내 근무와 해외 근무의 급여를 다르게 정한 연봉계약을 체결하여 이 사건 전보처분으로 인하여 해외 근무에서 국내 근무로 변경됨에 따라 월 급여가 6,415,228원에서 4,192,959원으로 감소하는 사실을 인정할 수 있고, 이 사건 회사가 원고와 협의 또는 원고의 사전 동의 절차 없이 이 사건 전보처분을 한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

그러나 …(중략)… 이 사건 회사가 해외 공사 현장에서 이루어진 원고의 업무처리와 관련하여 원청으로부터 항의하는 취지의 이메일을 받았고, 원고가 해외 지사장으로서 본사 품의 없이 건물을 임차하여 임차료까지 지급한 점에 비추어 보면, 이 사건 회사로서는 원고를 국내 본사로 발령하여 원청의

385) 1심 판결(서울행정법원 2009. 12. 3. 선고 2009구합22*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2010. 12. 9.자 2010두 21*** 판결) 심리불속행 기각 확정

386) 1심 판결(서울행정법원 2010. 7. 22. 선고 2010구합11*** 판결) 인용, 유사사례로 서울고등법원 2010. 2. 10. 선고 2009누10*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 4. 7. 선고 2008구합46*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2010. 4. 29.자 2010두4*** 판결) 심리불속행 기각 확정], 서울고등법원 2012. 6. 20. 선고 2011누7*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 1. 28. 선고 2010구합25*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2012. 11. 29.자 2012두18*** 판결) 심리불속행 기각 확정], 서울고등법원 2012. 5. 2. 선고 2011누30*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2011구합7*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2012. 9. 17.자 2012두12*** 판결) 심리불속행 기각 확정] 등이 있음

항의 및 본사 품의 없는 건물의 임차와 관련한 사실관계를 파악하고, 그에 대한 책임을 물을 필요가 있다고 보이고, 이러한 이 사건 전보처분의 업무상 필요성을 감안하면, 앞서 본 바와 같이 이 사건 전보처분으로 인하여 원고에게 경제적 불이익이 발생하고, 이 사건 회사가 이 사건 전보처분을 함에 있어서 원고와 협의 절차를 거치지 않았다고 하더라도, 이 사건 전보처분이 근로기준법에 위배되거나 권리남용에 해당하여 무효라 보기 어렵다.

7) 인원배치를 변경할 필요성뿐만 아니라 그 변경에 당해 근로자를 포함시킬 인원 선택상의 필요성(합리성)도 있는 경우

【대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52*** 판결】

전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사실만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고 볼 수는 없다. 그리고 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.

제2장
인사명령

3.2 생활상 불이익 등

가. 생활상 불이익 등을 인정한 사례

1) 노동 강도의 증가 등 직무내용의 변경으로 인한 업무수행상 어려움이 막대한 경우 통상 근로자로서 감수하여야 할 불이익의 범위를 초과한 것이라고 봄

【서울고등법원 2008. 5. 27. 선고 2007누30*** 판결³⁸⁷⁾】

○○대 병원이 대규모로 확대 개원하는 과정에서 외부에서 경력직을 채용하는 등 조직 개편이 불가피하였고, 참가인을 비롯한 장기 근속자들을 활용하기 위한 경영개선팀이 해체되어 더 이상 경영개선팀에서 근무할 수 없었던 점 등에 비추어 볼 때, 참가인에 대하여 전보 명령을 해야 할 업무상의 필요성은 인정된다.

그러나 참가인은 ◇◇◇◇연합회에서 심사 간호사로 근무하다가 ○○대 병원에 입사하였고, 그 후 10여 년간 심사 간호사 업무만 한 점에 비추어 볼 때, 참가인은 입사 당시 사실상 심사 간호사로 근무하기로 하고 입사한 것으로 추정되는 점, …(중략)… 임상 간호사와 심사 간호사 모두 간호사 자격증을 가지고 있다고는 하나 그 업무의 성격은 달라 통상 장기간 심사 간호사로 근무하다가 임상 간

387) [1심 판결(서울행정법원 2013. 8. 22. 선고 2013구합2*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2015. 3. 12.자 2014두14*** 판결) 심리불속행 기각 확정], 서울고등법원 2012. 11. 1. 선고 2012누17*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2012. 5. 17. 선고 2011구합26*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2012. 2. 28.자 2012두25*** 판결) 심리불속행 기각 확정], 서울행정법원 2012. 9. 6. 선고 2012구합7*** 판결, 서울고등법원 2013. 10. 25. 선고 2013누20*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 6. 18. 선고 2012구합31*** 판결) 인용]

호사로 전환되는 경우는 드문 점, 참가인의 연령은 52세로 약 25년 전에 3년 정도 임상 간호사로 근무한 것이 임상 간호 경력의 전부인데, 25년 동안 임상 간호사의 업무 내용도 상당히 변화되었으리라 보이고, 그만큼 임상 업무에 적응하는 것이 쉽지 않은 점 등 이 사건 변론 과정에 나타난 제반 정상을 종합해 보면, 참가인이 이 사건 전보 명령에 따라 임상 간호사로서 근무하게 됨으로써 입게 되는 일상생활에서의 불이익이 통상 근로자로서 감수하여야 할 불이익의 범위를 초과하였다고 봄이 상당하다.

2) 임금총액은 거의 차이가 없으나 기본급이 줄고 **성과급 비중이 증가**하였으며 근로자가 **실적을 올리는 것이 어려운 경우** 임금체계 면에서 근로자에게 생활상 불이익이 인정된다고 봄

【서울고등법원 2011. 2. 1. 선고 2010누19*** 판결³⁸⁹⁾】

원고가 이 사건 전보발령에 의하여 담당하게 된 판매직 영업사원직은 통상 초급사원인 사원, 주임, 대리가 하는 일선 영업담당업무로서 이사부장인 원고의 직위에 있어서는 전례가 없는 인사발령이고, 참가인 회사 내에서도 직원을 크게 판매직 영업사원과 일반사원으로 구분하였고, 판매직 영업사원의 직제는 과장까지만 있었던 것에 비추어 보면 원고가 그간 주로 담당했던 관리직 업무와는 그 업무 내용이 상당히 다른 것으로 보이며, …(중략)… 이 사건 전보발령 이전과 이후에 원고가 받을 수 있는 임금총액에 있어 산술적으로는 거의 차이가 없지만, 그 구성면에서 기본급이 줄어들고, 성과급의 비중이 많이 높아졌는데, 성과급은 원고의 업무실적에 따라 받지 못하게 될 여지가 있고, 특히 다른 판매직 영업사원에 비해 고령인 원고의 나이, 전문적인 판매직 영업사원이 아닌 경력, 그 밖에 원고가 처한 환경이나 참가인 회사에서 원고를 대하는 태도 등을 고려해 보았을 때 원고가 충분한 영업실적을 올리기는 어려워 보이므로, 임금체계 면에서도 원고에게 불이익하다고 보지 않을 수 없다.

3) 장기간 사무직 업무만을 담당하여 온 참가인을 교대제 업무로 바뀌게 됨으로 근무 형태에도 상당한 변화가 생긴 경우 업무상 필요성에 비하여 생활상 불이익이 크다고 봄

【서울고등법원 2017. 4. 19. 선고 2016누67*** 판결³⁹⁰⁾】

다) 따라서 이 사건 전직은 장기간 사무직 업무만을 수행하여 온 참가인을 ○○○회트니스센터 경리·서무 업무에서 지원직 업무인 ○○사업소 접수2 업무로 전보한 것임을 전제로 업무상 필요성, 생활상의 불이익 등을 비교·교량하여 판단하여야 하는바, 원고가 인수한 ○○○○웨딩 사업의 경우 회계·경리 업무의 처리 지연 및 인력 부족으로 인하여 회계 직책을 신설할 필요가 있었고, ○○사업소의 경우 조직 슬림화가 필요하였다 하더라도, 이 사건 전직은 ○○사업소의 경리·서무 업무를 접수 업무와 통합하여 명칭만 ‘접수1’, ‘접수2’ 업무로 변경하여 지원직을 보직할 수 있도록 변경하는 것을 전제로 한 것인바, 지원직 업무를 담당하여 온 직원이 그 업무를 수행할 수 있는 것으로 판단한 직제 변경이라면 종전에 지원직 업무를 담당하여 온 직원으로 하여금 ‘접수1’, ‘접수2’ 업무를 담당하게 할

388) 1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 19. 선고 2007구합15*** 판결) 인용

389) 대법원(대법원 2011. 5. 13.자 2011두5*** 판결) 심리불속행 기각 확정

수 있었을 것으로 보이므로, 장기간 사무직 업무만을 수행하여 온 참가인으로 하여금 지원직 업무를 담당하게 하는 이 사건 전직은 그 업무상의 필요성이 그다지 크지 않은 데 비하여, 참가인으로서는 장기간 사무직 업무만을 담당하여 온 것에 대한 평가를 받지 못하고 지원직 업무를 맡게 됨으로써 자긍심에 큰 상처를 입는 것은 물론 근무 형태도 교대제 업무로 바뀌게 됨으로서 장기간 동안 형성된 근무 형태에도 상당한 변화가 생기는 등 큰 생활상의 불이익을 입게 되었다 할 것이다.

4) 약 15년 이상 영업사원으로 근무하다가 정직 3개월의 징계처분을 받고 내근직으로 전보된 사건에서, 전보 이전에는 영업사원으로서 개인별 매출영업실적에 따라 월 평균 67만 원에서 102만 원 정도의 높은 성과급을 지급받았지만, **전보 이후에는 월 6만 원 상당의 성과급을 수령하는 등 전보로 인하여 기존에 비해 현저히 적은 성과급을 수령하게 되었고, 이는 통상 감수할 수 있는 범위를 넘은 생활상 불이익이라고 봄**

【서울행정법원 2019. 1. 10. 선고 2018구합59*** 판결】

이 사건 전보로 인하여 내근 업무와는 업무의 수행 방식이나 재량권의 정도 등의 측면에서 본질적인 차이가 있다. 참가인들은 이 사건 전보로 인하여 입사 이래 약 15년간 습득한 영업 기술이나 장기간 다져놓은 거래처와의 신뢰관계를 업무에 활용할 수 없는 현저한 불이익을 입게 되었다. 참가인들은 이 사건 전보 이전 영업사원으로서 개인별 매출영업실적에 따라 높은 성과급을 지급받았다. 참가인들이 이 사건 전보 이후 수행하게 된 내근 업무의 경우에도 성과급 제도가 마련되어 있기는 하나, 외근 업무에 비하여 성과급의 지급기준이 불분명하고, 개인별 성과에 연동되는 정도도 적은 것으로 보인다. 더군다나 참가인들은 입사 이래 내근 업무를 전혀 수행하여 본 적이 없고, 2017. 9.까지는 소속 부서의 다른 직원들과 격리되어 근무하였다. 그 결과 참가인 B의 경우 이 사건 전보 이전에는 월 평균 67만 원(2015년)에서 102만 원(2016년) 상당의 성과급을 수령하였으나, 이 사건 전보 이후에는 월 6만 원 상당의 성과급을 수령하게 되었고, 참가인 C도 마찬가지로 이 사건 전보로 인하여 기존에 비해 현저히 적은 성과급을 수령하게 되었다. 이는 참가인들이 통상 감수할 수 있는 범위를 넘은 생활상 불이익으로 평가할 수 있다. 원고는, 참가인들이 이 사건 전보로 인하여 내근직으로 이동함으로써 2016년경 이루어진 원고의 자사주 지급 시 영업직에 비하여 더 많은 주식을 지급받았으므로, 이를 통해 참가인들의 생활상 불이익이 충분히 상쇄되었다는 취지로 주장한다. 그러나 ① 원고의 2016년경 자사주 지급은 창업주의 무상증여 결정에 따라 일회적으로 이루어진 것인 점, ② 그 당시 영업직을 제외한 직원들이 급여 대비 1,000%의 주식을 지급받기는 하였으나, 영업직의 경우에도 급여 대비 500%에 해당하는 주식은 일단 지급받았고 개인별 성과에 따라 추가적인 주식을 지급받기도 하였던 점(갑 제38호증), ③ 따라서 이 사건 전보가 없었더라면 참가인들이 지급받았을 주식의 양과 이 사건 전보 이후 참가인들이 지급받은 주식의 양에 큰 차이가 있었을 것으로 보이지 않는 점 등에 비추어, 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

5) 숙련 인력들을 해당 부서의 업무와 거리가 있는 사업장 건물 청소나 설거지 등의 업무를 수행하도록 전보한 사건에서, 사용자의 전보처분은 숙련된 근로자들을 단순 업무에 배치시키는 등 숙련된 기술을 외면하고 스스로 불필요한 인력이라는 인식을 가지게 하여 고용관계에 필연적으로 결부되지 않는 수치심 등의 정신적인 생활상 불이익을 겪게 하기에 충분하다고 하여 생활상 불이익을 인정함

【서울행정법원 2019. 6. 13. 선고 2018구합68*** 판결】

이 사건 배치전환으로 인하여 근로자인 참가인 측이 겪게 되는 정신적인 생활상 불이익이 지나치게 무거워 위 배치전환을 위한 업무상 필요와 균형을 이루었다고 보기 어렵다. 즉 참가인 측은 여러 해 동안 봉제 업무를 전담하여 온 숙련된 인력들임에도 원고는 참가인 측을 다른 봉제 업무에 배치하기 위하여 필요한 노력을 다하지 아니하였고, 배치전환된 이후 해당 부서의 업무와 거리가 있는 사업장 건물 청소나 설거지 등의 업무를 수행하도록 지시하였다. 그런데 원고가 이미 사업장 건물 청소 및 설거지 업무를 다른 업체에게 위탁한 상태에서 참가인 측으로 하여금 중복되는 업무를 매일 짧은 시간 동안 다시 수행하게 한 것은 참가인 측의 숙련된 기술을 외면하고, 참가인 측으로 하여금 스스로가 원고의 사업에 불필요한 인력이라는 인식을 가지게 하여 고용관계에 필연적으로 결부되지 않는 수치심 등의 정신적인 생활상 불이익을 겪게 하기에 충분하다.

나. 생활상 불이익 등을 불인정한 사례

1) 지방지역본부에서 약 5년간 본부장의 전담운전 기사로 근무하다가 서울 본사로 전보되어 업무운전기사로 전보된 사건에서, 근로장소는 근로계약서상 회사가 정하기로 하였고 이전보다 처우가 낮아진 사실은 보이지 않으며, 오히려 업무강도는 크게 경감되었고 근로자가 직접 거주장소를 선택하고 교통비와 사택비를 지급받는 점 등을 종합해 보면, 전보발령이 권리남용에 이르게 할 정도로 생활상 불이익은 인정되지 않는다고 판단함

【서울행정법원 2017. 2. 28. 선고 2016구합56*** 판결³⁹¹⁾】

다음과 같은 사정, 즉 ① 참가인이 원고에 입사한 이후로 계속하여 원고의 ○○지역본부에서 근무한 사정은 인정되나 앞서 본 바와 같이 참가인의 근로장소가 ○○지역본부로 특정되어 있는 것은 아닌 점, ② 근무기간에 비추어 참가인은 서울 본사와 지역본부별 운전기사의 배치 현황(그에 따라 서울 이외의 다른 지역본부에서는 운전기사의 업무를 담당할 여지가 없는 사정 포함)을 알고 있었거나 충분히 알 수 있는 상황에 있었다 할 것이어서 전보 시 발령 가능한 곳을 예상할 수 있었다고 보이는 점, ③ 참가인이 서울 본사로 전보발령된 후 직위·직급·급여 등에서 이전보다 처우가 낮아졌다고 볼만한 사정은 보이지 않고 오히려 업무 강도의 측면에서는 업무기사를 담당하게 됨으로써 충청지역본부에서 임원 전담 기사를 할 경우보다 크게 경감된 것으로 보이는 점, ④ 참가인이 전보발령을 받은 서울 본사는 원고가

서울 이외에 운전기사를 두고 있는 ○○, ◇◇ 지역본부(위 지역본부들에 전담기사 1명만 배치되어 있어 그곳에 참가인이 추가로 배치될 수 없는 형편임은 앞서 본 바와 같으나 거리상의 비교를 위하여 적시한다)보다는 참가인의 집과 상대적으로 가까운 거리에 있고, 참가인은 원고로부터 KTX 왕복 비용을 별도로 지원받고 있는 점, ⑤ 참가인이 서울의 거주하는 장소에서 생활함에 다소 불편함이 있을 것으로 예상되나 참가인이 거주장소를 선택하여 원고에게 희망하였고 원고로부터 사택비를 지급받고 있는 점 등을 종합하면, 참가인이 주장하는 사정을 모두 고려하여 보더라도 이 사건 전보발령에 의하여 참가인에게 발생하는 생활상·신분상·경제상 불이익이 업무상 필요에 의한 이 사건 전보발령을 권리남용에 이르게 할 정도라고 보기에는 부족하다.

2) 연구조정실에서 사무직 업무를 수행하던 근로자를 연구원으로 전보한 사건에서, 근무장소의 이동은 층간 이동에 불과하고, 직군의 평가방법이 변경되어 새로운 평가기회가 부여된 것이어서 지속적으로 좋지 못한 성적을 받은 근로자에게 불이익이 있다고 볼 수 없으며, 임금 및 기타 근로조건의 변경도 없는 등 생활상 불이익이 근로자로서 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이라 볼 수 없어 전보는 정당하다고 판단함

제2장
인사명령

【서울행정법원 2018. 5. 31. 선고 2017구합6*** 판결392)】

① 원고의 근무장소는 이 사건 전보발령으로 인하여 같은 건물 2층에서 11층으로 변경된 것에 불과하여 원고에게 불이익이 있다고 볼 수 없는 점, ② 원고에 대한 평가기준이 기존에 지속적으로 좋지 못한 성적을 받았던 사무직군의 정성적 평가에서 연구직군의 정량적 평가로 변경되어 새로운 평가기회가 부여된 것이어서 원고에게 불이익이 있다고 볼 수 없는 점, ③ 이 사건 전보발령으로 인하여 임금 및 기타 근로조건의 변경은 없었던 점, ④ 원고가 연구직 업무에 새로 적응함에 있어 부담감을 느낄 수 있을 것으로 보이기는 하나, 원고의 학력, 경력 등에 비추어 볼 때 이 사건 전보발령이 원고에게 익숙하지 않은 업무를 새로 수행함에 따른 통상적인 수준의 부담감을 넘어 감내하기 어려운 수준의 부담감을 줄 것으로 보이지는 않는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 전보발령으로 인한 생활상 불이익이 원고가 근로자로서 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것으로 볼 수 없다.

3) 대학교 기획처장으로 근무한 근로자를 자산관리팀으로 전직처분을 한 사건에서, 업무상 필요성이 인정된다는 전제에서, 출퇴근 장소가 변경되었지만 생활근거지 등을 옮길 필요는 없고, 근속연수 등을 고려할 때 불합리한 처우가 발생하였다고 볼 수 없으며 총 보수 수령액이 기획처장으로서 지급받던 것보다 감소한 것은 사실이나 임금테이블을 구분하여 설정한 결과이고, 특정 보직을 수행하지 않는 결과이므로 생활상 불이익은 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어나지 않는다고 판단함

391) 서울고등법원 2017. 9. 22. 선고 2017누40*** 판결, 대법원 2018. 1. 25.자 2017두64*** 판결(심리불속행 기각)로 확정됨

392) 서울고등법원 2019. 1. 9. 선고 2018누55*** 판결(원고 상고기간 도과)로 확정됨

【서울행정법원 2019. 10. 24. 선고 2018구합74*** 판결³⁹³⁾】

□□캠퍼스와 □□캠퍼스의 거리는 자동차 이동으로 20분가량 떨어진 정도에 불과하므로 원고가 이 사건 전직처분으로 생활근거지 등을 옮길 필요는 없다. 원고의 연봉은 이 사건 전직처분 후에도 일반직 직원 중 7번째에 해당하고 근속연수 등을 고려할 때 불합리한 처우가 발생하였다고 볼 수도 없다. 원고의 총 보수 수령액이 기획처장으로서 지급받던 것보다 감소한 것은 사실이나, 이는 이 사건 대학교가 ‘처장급’과 ‘팀장급 이하’를 구분하여 임금 테이블을 설정하고 있었기 때문이고, 보직을 수행하지 않는다는 이유로 특정 보직에 수반되는 대우를 유지하지 않는 것이 불합리하다고 할 수는 없으므로, 결국 이 사건 전직처분으로 인하여 원고의 보수에 차이가 발생하였다고 할 수도 없다. 이 사건 전직처분에 따른 생활상 불이익은 원고가 근로자로서 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어나지 않는다.

3.3 절차적 요건

가. 근로자의 동의가 필요하다고 본 사례

실제 조리업무 내지 조리업무와 밀접한 관련이 있는 업무만을 20여 년 담당한 경우에는 **근무내용을 ‘조리 업무’로 특별히 한정하는 근로계약이 체결되었다고 봄**

【서울고등법원 2011. 7. 14. 선고 2010누30*** 판결³⁹⁴⁾】

참가인 회사는 원고가 조리사 면허를 가지고 있고 이전에 조리 업무에 종사한 경력이 있음을 고려하여 원고를 조리 업무에 종사케 하기 위하여 경력직원으로 신규 채용한 후 실제 조리 업무에 종사케 하였다 할 것이므로, 원고와 참가인 회사 사이에는 원고의 근무내용을 ‘조리 업무’로 특별히 한정하는 근로계약이 체결되었다고 봄이 타당하다.

그러므로 참가인 회사가 원고의 근무내용을 변경하는 전보 또는 전직명령을 하려면 원고의 동의를 있어야 할 것인데, 앞서 인정한 바와 같이 참가인 회사는 이 사건 전보명령을 하기에 앞서 원고에게 보직 이동에 관한 설문조사를 실시하였을 뿐 원고가 그 보직 이동 희망에 관한 질문에 답변하지 않았는데도 그 의사에 반하여 원고를 조리 업무와 무관한 상품 판매 업무를 담당하는 상품팀(판매)으로 전보하였으므로, 이 사건 전보명령은 인사권의 남용에 해당한다고 할 것이고, 참가인 회사가 이 사건 전보명령을 통하여 식음료 업장의 운영행태를 변경하는 방법으로 효율을 개선하거나 그 정원을 조정할 필요성이 있었다고 하여 위와 달리 볼 것이 아니다.

나. 근로자의 사전 동의가 있었다고 본 사례

최초 입사 시 직종만이 특정되고 그 후 직무가 변경될 수 있다는 동의를 한 경우

393) 원고 항소제기기간 도과로 확정됨

394) 대법원(대법원 2011. 11. 10.자 2011두20*** 판결) 심리불속행 기각 확정

【대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52*** 판결】

원고들은 최초 입사 당시의 직종만이 객실승무직으로 특정되었을 뿐 그 이후 근로계약 및 취업규칙 등에 의하여 직무가 변경될 수 있다는 점에 동의 또는 승낙하고 피고와 근로계약을 체결하였다고 봄이 상당하다는 이유로 원고들의 동의는 이 사건 전직처분의 요건이 아니라고 판단하였다.

다. 근로자의 묵시적 동의를 인정한 사례

근로계약 체결 시에는 근로내용을 한정하였으나 다른 업무로 인사발령이 된 후에 **이의를 제기하지 아니하고 약 3년 8개월 근로계약 체결 시와 다른 업무를 수행한 경우** 최초 근로계약에서 정한 근로 내용이 아닌 다른 업무를 담당하는 것에 관해 묵시적으로 동의하였다고 봄

【서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014누40*** 판결³⁹⁵⁾】

원고가 참가인에게 기자가 아닌 다른 직무를 담당하게 하는 전보처분을 하기 위해서는 원칙적으로 참가인의 동의가 있어야 할 것이나, 여기서 동의를 반드시 명시적인 동의에만 한정되는 것은 아니고 묵시적인 동의도 가능하다고 볼 것이다.

원고가 이 사건 선행 구제명령에 따라 2009. 3. 10. 참가인을 방송본부 뉴스센터의 취재부 기자로 원직복직시킨 다음 2009. 4. 14. 방송본부 편성센터로 발령하여 2009. 9. 20.까지 외주프로그램 제작 업무를, 2009. 9. 21.부터 2011. 6. 30.까지 MD 업무를, 2011. 7. 1. 보도국 편집제작부로 발령하여 2012. 12. 17.까지 뉴스PD 업무를 각 담당하게 한 사실은 앞서 본 것과 같다. 참가인이 원고의 2009. 4. 15. 자 방송본부 편성센터 발령에 이의를 제기하지 아니하고 그때부터 2012. 12. 17.까지 3년 8개월 가량 기자가 아닌 다른 업무를 수행한 이상 참가인은 근로계약에서 정한 근로 내용인 기자 업무가 아닌 다른 업무를 담당하는 것에 관해 묵시적으로 동의하였다고 할 것이고, 참가인이 2009년 말, 2010년 말, 2011년 말 각 작성하여 원고에게 제출한 실적보고서와 2012. 11. 18. 원고에게 한 고충처리신청을 통해 취재보도 업무로의 복귀를 요청하였다고 하더라도 달리 볼 수 없다.

그러므로 이 사건 전보처분 당시 참가인은 더 이상 근로계약에서 근로 내용을 특별히 한정한 근로자에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 전보처분에 관한 참가인의 동의가 없다는 이유로 위 전보처분이 무효라고 볼 수 없다.

라. 노동조합과의 합의절차를 위반한 경우 위법하다고 본 사례

단체협약상 인사처분 시 노동조합의 사전 동의나 승낙을 얻어야 한다거나 노동조합과 인사처분에 관한 논의를 하여 의견의 합치를 보아야 한다고 규정된 경우 그러한 절차를 거치지 않은 인사처분은 원칙적으로 무효라고 봄

395) 1심 판결(서울행정법원 2013. 12. 19. 선고 2013구합17*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2015. 5. 28.자 2015두38*** 판결) 심리불속행 기각 확정

【대법원 2010. 7. 15. 선고 2007두15*** 판결】

사용자가 인사처분을 함에 있어 노동조합의 사전 동의나 승낙을 얻어야 한다거나 노동조합과 인사처분에 관한 논의를 하여 의견의 합치를 보아 인사처분을 하도록 단체협약 등에 규정된 경우에는 그 절차를 거치지 아니한 인사처분은 원칙적으로 무효로 보아야 할 것이다. 다만, 이처럼 사전합의조항을 두고 있다고 하더라도 사용자의 인사권이 어떠한 경우를 불문하고 노동조합의 동의나 합의가 있어야만 행사할 수 있는 것은 아니고, 노동조합이 사전합의권을 남용하거나 스스로 사전합의권의 행사를 포기하였다고 인정되는 경우에는 사용자가 이러한 합의 없이 한 인사처분도 유효하다고 보아야 한다. 여기서 노동조합이 사전합의권을 남용한 경우라 함은 노동조합 측에 중대한 배신행위가 있고 이로 인하여 사용자 측의 절차의 흠결이 초래되었다거나, 인사처분의 필요성과 합리성이 객관적으로 명백하며, 사용자가 노동조합 측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합 측이 합리적 근거나 이유제시도 없이 무작정 인사처분에 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다는 등의 사정이 있는 경우에 인정된다 할 것이다. 이 사건 단체협약에서 노동조합 임원의 인사에 대하여는 노동조합의 사전 합의를 얻도록 정하였음에도, 참가인들이 노동조합과의 사전 합의 없이 노동조합 임원인 원고들에 대하여 이 사건 인사명령을 하였으나, 참가인들은 이 사건 인사명령에는 이 사건 단체협약상의 사전합의조항의 적용이 배제되는 것으로 보고 사전 합의 절차 자체를 거치지 않았다고 할 수 있는바, 그렇다면 노동조합과의 사전 합의가 이루어지지 못한 주된 이유는 참가인들에게 있다고 할 것이고, 노동조합이 이 사건 단체협약 상의 사전합의조항을 들어 이 사건 인사명령을 거부하였다고 하여 곧바로 노동조합이 사전합의권을 포기 또는 남용하였다고 할 수 없다.

마. 단체협약상 이의제기 절차를 통해 인사위원회에서 부당하다고 의결한 전보명령의 경우 효력을 상실하게 된다고 본 사례

【서울고등법원 2009. 10. 20. 선고 2009누4*** 판결³⁹⁶⁾】

이 사건 단체협약 제15조는 “회사의 인사결정에 이의가 있을 때 조합 또는 해당 조합원은 인사결정 통보를 받은 날로부터 5일 이내에 이의를 제기할 수 있으며, 이의가 제기되면 회사는 조합 대표와 당해 조합원이 참석한 가운데 인사위원회를 개최하여 5일 이내에 재심의하여야 하며, 3일 이내에 결정사항을 서면으로 통보하여야 한다. 단, 재심결정시까지 그 인사결정의 효력은 정지된다”고 규정하고 있고, 제16조는 “1. 회사는 노사동수 3인으로 인사위원회를 구성하여 조합원의 제반 인사에 관한 사항을 심의·의결한다. 2. 인사위원회의 의장은 회사와 조합이 교대로 하며, 위원회는 과반수의 참석으로 성립하고 참석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.”고 규정하고 있다.

이 사건에서 원고의 참가인들에 대한 전보처분은 인사결정에 해당하고, 참가인들이 원고에게 이의를 제기한 이상, 인사위원회에서 과반수의 참석과 참석위원 과반수의 찬성으로 전보처분의 정당성을 의결할 때까지 전보처분의 효력은 정지되고, 인사위원회에서 전보처분의 정당성이 부결되면 전보처분은 효력을 상실하게 된다.

396) 1심 판결(서울행정법원 2009. 1. 8. 선고 2008구합22*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2010. 1. 28.자 2009두 21*** 판결) 심리불속행 기각 확정

바. 은행이 명예퇴직 및 후선발령 대상자로 선정된 사정을 수회 고지한 경우 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤다고 본 사례

【대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20*** 판결】

이 사건 각 인사발령으로 인하여 참가인들의 임금이 삭감되는 등의 불이익이 발생하기는 하나 그 불이익이 통상 감수하여야 할 정도를 현저히 벗어나 참가인들에게 과도한 생활상의 불이익을 가하는 것이라고 보기 어려우며, 원고 은행이 참가인들에게 명예퇴직 및 후선발령 대상자로 선정된 사정을 수회 고지한 점 등을 고려하면 원고 은행으로서는 이 사건 각 인사발령에 앞서 신의칙상 요구되는 가능한 절차를 거쳤다고 판단하였다.

3.4 전직·전보 관련 특이사례

가. 업무추진역(후선역) 제도

업무추진역 제도는 **실적이 좋지 않은 직원을 임시보직에 배치하여 급여 등을 줄이고 일정 실적을 달성하는 경우에 해당 직원을 원직으로 복귀시키는 제도**로서, 전직·전보의 형식으로 이루어지기 때문에 업무상 필요성과 생활상 불이익을 비교·교량하여 정당성을 평가하여야 함

1) 근무평정을 실시하여 선정된 명예퇴직 대상자 중에서 명예퇴직에 응하지 않는 자에 대하여 후선발령을 한 경우 정당하다고 봄

【대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20*** 판결】

원고 은행이 노동조합과 합의하여 조직 경쟁력을 강화하고 연공서열 중심의 고연령, 고비용 인력 구조를 개선하기 위하여 최근 3년간의 근무실적, 근속연수, 승급 누락 등 종합적인 기준으로 근무평정을 실시하여 명예퇴직 및 후선발령 대상자를 선발하기로 하였는데, 참가인들이 근무평정에서 하위 4%에 포함되는 것으로 평가되었고, 4급 승급 이후 12년 내지 13년간 승급에서 누락되었으며, 그 직전 실시한 승급심사에서도 3급 승급기준과 상당한 격차로 탈락하였으므로 참가인들에 대하여 후선발령 직원 인사관리지침에 따라 이 사건 각 인사발령을 단행할 업무상 필요가 있었고, 이 사건 각 인사발령으로 인하여 참가인들의 임금이 삭감되는 등의 불이익이 발생하기는 하나 그 불이익이 통상 감수하여야 할 정도를 현저히 벗어나 참가인들에게 과도한 생활상의 불이익을 가하는 것이라고 보기 어려우며, 원고 은행이 참가인들에게 명예퇴직 및 후선발령 대상자로 선정된 사정을 수회 고지한 점 등을 고려하면 원고 은행으로서는 이 사건 각 인사발령에 앞서 신의칙상 요구되는 가능한 절차를 거쳤다고 판단하였다.

2) 사고자 및 징계자 중 현업 배치 제한이 필요하다고 인정되는 직원에 대하여 개인별 일일 활동 내용보고, 실적관리, 실적평가, 면담기록부 작성 등을 통해 **지속적인 관리**를 하여 **업무능력을 제고**하고자 업무지원역 발령을 한 경우 정당하다고 봄

【대법원 2013. 2. 28. 선고 2010두20*** 판결】

피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)은 원고 은행과 연봉제 고용계약을 체결하면서 계약기간 만료시 고용계약을 해지할 수 있는 사유 중 하나로 후선역으로 발령된 후 그에 따른 업무실적이 목표 기준액(업무지원역 발령 이전 총 급여액 80%)에 10% 이상 미달하는 경우를 명시하고, 제반 인사 관리 사항은 원고 은행의 관련 규정을 준용하도록 약정하였고, 원고 은행이 참가인에 대하여 이 사건 업무지원역 발령을 한 것은 원고 은행이 시행 중인 '후선역 관리방안'에 따라 현업배치 제한이 필요하다고 인정되는 '사고자 및 징계자'에 대하여 인사위원회심의를 거쳐 은행장이 발령 여부를 결정하였으며, 발령 이후 업무 실적에 따라 현업복귀 등 그에 상응하는 인사관리를 하였고, 다만, 이 사건 업무지원역 발령으로 인해 기본급의 85%만을 지급받고, 임금인상이 되지 않으며, 업무실적이 목표 기준액의 70% 미만인 경우 급여가 추가로 20% 삭감되는 불이익이 있기는 하나, 목표 기준액 이상을 달성하면 인사위원회 심의 후 은행장의 결정에 따라 현업복귀가 가능한 점 등에 비추어 볼 때, 이로 인하여 참가인이 입은 생활상의 불이익이 현저히 크다고 할 수 없으므로, 이 사건 업무지원역 발령은 인사권의 범위 내에 속한다고 판단하였다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당하다.

3) 업무실적이 부진한 근로자들을 **역직위 운용기준**에 의하여 특수영업팀에서 업무 추진역으로 발령을 한 경우 정당하다고 봄

【서울고등법원 2008. 5. 15. 선고 2007누25*** 판결³⁹⁷⁾】

원고들이 특수영업팀에 근무하면서 2005년 하반기 평가 결과 목표 이익 대비 실적이 전무하거나 현저하게 부진하였던 점, 참가인 역직위 운용 기준에 의하면 참가인은 업적이 부진하여 인사상 사후 관리가 필요한 직원을 업무 추진역으로 보임할 수 있는 점 등을 고려하면 참가인은 이 사건 전직을 할 업무상 필요가 있었다고 할 것이다.

반면, 가사 이 사건 전직으로 인하여 원고들의 임금이 30% 정도 삭감되었고, 그에 따라 원고들의 기대 퇴직금 액수가 감소하였으며, 원고들이 사실상 참가인 조직에서 이탈함에 따라 업무 효율이 저하되는 등의 개인적인 불이익이 있다고 하더라도 참가인 역직위 운용 기준은 일반 역직위 직원 중 업적 평가 결과 성과 우수자에 대하여는 부점장 또는 현직 책임자로 보임하고, 부점장 보임의 경우 역직위 보임 직전 근무 점포와 동급 또는 하위 등급 점포장으로 보임한다고 규정하고 있고, 나아가 실제로 이 사건 업무추진역으로 인사 발령된 참가인 직원 중 실적이 양호한 일부 직원들은 지점 또는 영업본부로 인사 발령되었으며, 또한 일부 직원들은 성과급을 지급받음에 따라 일반 영업점에서 근무하는 동급의 직원보다 더 많은 급여를 받는 경우도 있는 점 등에 비추어 보면 이 사건 전보 명령으로 인한 원고들의 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 크게 벗어났다고 보기 어렵다.

397) 1심 판결(서울행정법원 2007. 9. 11. 선고 2007구합9*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2008. 8. 21.자 2008두9*** 판결) 심리불속행 기각 확정

나. 노동위원회의 원직복직명령과 전보³⁹⁸⁾

노동위원회가 근로자의 구제신청이 이유 있다고 판정하여 사용자에게 대하여 원직복직 명령을 하였을 때, 사용자가 근로자를 종전 근무지가 아닌 **다른 근무지로 복직**시키거나 근로자로 하여금 **종전 업무가 아닌 다른 업무를 하도록 인사명령**을 한 경우에 이는 전직·전보처분에 해당하여 원직복직명령이 이행된 것으로 볼 수 있는지 문제됨

이와 관련하여 사용자가 해고되었던 근로자를 복직시키면서 해고 이후 복직 시까지 해고가 유효함을 전제로 **이미 이루어진 인사질서, 사용자의 경영상 필요, 작업환경의 변화 등을 고려**하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우, 그 일이 비록 **종전의 일과 다소 다르더라도** 이는 사용자의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것이므로 정당하게 복직시킨 것에 해당한다는 것이 판례의 기본 태도임³⁹⁹⁾

1) 근로자가 징계해고된 이후 근로자가 담당하던 자리에 이미 대체인력이 채용되어 근무하고 있는 경우 다른 직위로 원직복직 시킨 것은 정당하다고 봄

【서울고등법원 2013. 1. 25. 선고 2012누9*** 판결⁴⁰⁰⁾】

① 비록 원직의 문언적 의미는 해고 당시 근로자가 보유하였던 직위 그 자체를 의미하지만, 앞서 본 법리에 더하여 비교형량의 대상이 되는 사용자의 인사권·노무지휘권·직장질서유지 등 여러 법익의 중요성 등을 고려하면, 해고된 근로자가 해고되기 전과 동일한 직무에 복귀하지는 아니하였다고 하더라도 해고 전에 담당하였던 직무·직급과 유사한 직무·직급의 지위를 부여받은 경우에는 노동위원회규칙 제79조 제1호에 따른 원직복직에 해당한다고 해석함이 옳다.

② 또한 원고가 징계해고된 이후 원고가 담당하던 간병인의 자리에 소외 한○○을 임명하여 원고가 복직될 당시에도 위 한○○이 근무하고 있었던 점, 2008년도 이래로 계속 거주하는 생활인이 줄어들고 있어 거주생활인 대비 직원의 정원초과상태가 발생하고 있었던 점, 이러한 사정은 앞서 본 원고의 행정관청에 대한 민원회신결과에서도 확인되는 점 등을 고려하면, 원고를 해고할 당시 담당하던 간병인의 직무에 복귀시키지 아니한 것은 종래의 인사질서, 경영상의 필요에 따른 것으로 볼 것이다.

③ 2011. 1. 20.자로 원고를 사회복지사로 복직시킬 당시 원고로부터 동의를 받았고, 이후 인력운용상의 필요에 따라 원고에게 선택권을 부여한 후 그 선택에 따라 원고를 요양보호사로 배치하였으며, 원고 또한 요양보호사로 근무한다는 내용의 근로계약을 작성하였던 점 등에 비추어 보면, 원고에 대한 일련의 인사조치는 원고의 동의에 기초한 것이라고 할 것이다.

④ 간병인의 직무와 요양보호사의 직무가 개호의 대상을 달리하는 등 그 업무 내용에 있어 다소간의 차이가 있다고 보이기는 하나, 위 각 직무가 간병의 대상, 직무 내용, 자격사항과 관련하여 전혀 다른 성질의 직무에 해당한다거나 그 노동강도의 차이가 지나치게 과도하다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 한편 원고는 당초 간병인이 아닌 사회재활교사 내지 생활교사로 근무하다가 2009. 2.경 비로소 간병인으로 근무하기 시작하였을 뿐이고, 원고의 직무가 당사자 간의 약정 기

398) 154면 제3절 1.항

399) 대법원 1997. 5. 16. 선고 96다47*** 판결

타 원인에 의하여 간병인에 한정되어 있었다고 볼 별다른 자료도 없다. 또한 원고의 출퇴근 거리 및 시간이 다소 늘어나는 것으로 보이기는 하나, 해고 전·후의 각 근무지가 모두 서울 지역 내에 소재하고 있어 그 불이익의 정도가 지나치다고 볼 것은 아니다. 위와 같은 제반 사정을 참작하면, 원고의 인사조치로 인하여 원고가 입게 될 생활상의 불이익이 근로자로서 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이라고 볼 수도 없다.

2) 이전에 **담당한 직제가 폐지되어** 근로자를 직급변동이 없는 다른 직제로 발령한 경우 이는 정당하다고 봄

【서울고등법원 2015. 8. 27. 선고 2015누33*** 판결⁴⁰¹⁾】

참가인이 이사회를 개최하여 부사장의 직위를 폐지한 점, 참가인의 입장에서는 실질적인 근로자이나 임원에 준하여 대표이사를 보좌하던 부사장의 직제를 폐지하고 그 업무를 업무이사가 수행하도록 함으로써 직제를 개편할 경영상 필요가 있었다고 보이는 점, …(중략)… 참가인의 원고에 대한 해임 이후 원고와 참가인 대표이사 사이의 신뢰관계는 원고가 부사장의 직무를 수행하기 어려울 정도로 깨어져서 정상적인 회사 운영이 어렵다고 판단되므로 참가인으로서 원고를 아파트 관리사무소장으로 전보시킬 업무상 필요성이 있는 점 등을 고려하면, 참가인이 원고를 복직시키면서 해고 당시 담당하였던 부사장의 직무에 복귀시키지 않은 것은 종래의 인사질서 유지나 경영상의 필요에 따른 것으로 봄이 상당하다.

3) 근로계약에 의하여 근무장소가 특정되어 있음에도 **근로자의 동의나 협의 없이 근무장소를 변경시킨 복직명령**을 한 경우 위법하다고 봄

【서울고등법원 2015. 3. 13. 선고 2014누45*** 판결】

근로계약에서 근로내용이나 근무장소를 특별히 한정한 경우, 사용자가 근로자를 정당한 이유 없이 해고한 후 노동위원회의 원직복직 명령에 따라 복직시키면서 근로내용이나 근무장소 등이 원직과 다른 곳으로 전보시키는 경우에는, 보복적 차원의 전보를 막기 위한 차원에서, 근로자의 동의, 사전 협의절차 등 정당화 요건을 엄격히 갖추어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 참가인은 원고의 특정된 근무장소를 변경하는 내용의 이 사건 복직명령을 함에 있어 원고의 동의를 받은 바 없고, 사전 협의절차도 전혀 거치지 않았다. 원고의 나머지 주장에 대하여는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이 사건 복직명령은 인사권을 남용한 것으로서 위법하다고 할 것이다.

다. 보직의 변경과 직급의 변경

사용자의 전직·전보처분에 따라 근로자의 **직책(직명)이 변경되는 경우** 단순한 보직 변경으로 인사명령에 해당하는지 아니면 직급 변경으로 보아 사실상 징계에 해당하는지 문제됨

400) 1심 판결(서울행정법원 2012. 3. 22. 선고 2011구합37*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2013. 7. 3.자 2013두5*** 판결) 심리불속행 기각 확정

401) 대법원(대법원 2015. 12. 24.자 2015두51*** 판결) 심리불속행 기각 확정

〈표〉 보직 변경과 직급 변경의 사례 비교

보직(직명)의 변경으로 본 경우	직급의 변경으로 본 경우
① 실무책임자인 근로자를 지점장의 보직으로 전보하여 자신보다 직급이 낮은 새로운 실무책임자로부터 결재를 받아야 하는 사정이 발생하였으나 종전의 직급(일반직 1급)을 그대로 유지하고 있는 경우 ⁴⁰²⁾ ② 팀장인 근로자를 팀원으로 인사발령을 하였으나 회사 내에서 팀장이 공식적인 직위가 아닐 뿐만 아니라 팀장의 직급도 고정되어 있지 않은 경우 ⁴⁰³⁾ ③ 팀장급 근로자를 팀원으로 전보발령을 하였으나 팀제 개정에 따라 급수는 큰 의미가 없는 상황에서 전보발령 전에도 같은 직급의 팀원이 다수 존재하는 경우 ⁴⁰⁴⁾	① 근로계약상 요리과장을 맡기로 되어있는 근로자를 최하위 직급인 메인 주방으로 전보시켜 정리업무를 지시한 경우 ⁴⁰⁵⁾ ② 이사부장의 직위에 있는 근로자를 초급사원인 사원, 주임, 대리가 수행하는 판매직 영업사원직으로 발령한 경우 ⁴⁰⁶⁾

제2장
인사명령

1) 실무책임자인 근로자를 지점장의 보직으로 전보하여 자신보다 직급이 낮은 새로운 실무책임자로부터 결재를 받아야 하는 사정이 발생하였으나 **종전의 직급(일반직 1급)을 그대로 유지하고 있는 경우** 이는 정당한 인사권의 범위 내에 있다고 봄

【서울고등법원 2012. 5. 2. 선고 2011누30*** 판결⁴⁰⁷⁾】

원고와 부하직원들 사이에 불거진 갈등으로 형사고소까지 제기되는 등 직장 분위기가 침체된 상황에서 참가인 금고로서는 적절한 인사권의 발동으로 이를 쇄신할 필요성이 있었다고 보이고, … (중략)… 원고가 이 사건 인사발령 이후로도 일반직 1급의 직급을 그대로 유지하고 있고, 출퇴근 소요시간(차량으로 10분 이내) 등 생활환경에 별다른 변동이 없어 이 사건 인사발령으로 인하여 원고에게 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 생활상의 불이익이 있다고 보기 어려운 점 등을 더하여 보면, 이 사건 인사발령은 참가인 금고의 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당한다고 보기 어렵다.

402) 서울고등법원 2012. 5. 2. 선고 2011누30*** 판결

403) 서울고등법원 2011. 11. 9. 선고 2011누9***판결, 같은 맥락에서 직급을 유지한 채로 선임전기장에서 전기원으로 직명이 변경된 것은 보직의 변경에 불과하다는 판례로 서울행정법원 2011. 6. 17. 선고 2010구합34*** 판결이 있음

404) 서울고등법원 2009. 12. 17. 선고 2009누13*** 판결, 같은 맥락에서 회사의 인사규정상 팀장과 팀원은 직책의 분류에 지나지 않는 경우 팀장을 팀원으로 전환 배치한 것은 직책의 변경에 불과하다고 본 판례로 서울고등법원 2010. 11. 18. 선고 2009누40*** 판결[대법원(대법원 2011. 3. 11.자 2010두28*** 판결) 심리불속행 기각 확정]이 있음

405) 서울고등법원 2009. 3. 20. 선고 2008누25*** 판결

406) 서울고등법원 2011. 2. 1. 선고 2010누19*** 판결[대법원(대법원 2011. 5. 13.자 2011두5*** 판결) 심리불속행 기각 확정]

407) 1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2011구합7*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2012. 9. 13.자 2012두12*** 판결) 심리불속행 기각 확정

2) 팀장인 근로자를 팀원으로 인사발령을 하였으나 회사 내에서 팀장이 공식적인 직위가 아닐 뿐만 아니라 팀장의 직급도 고정되어 있지도 않은 경우 이러한 인사발령은 정당하다고 봄

【서울고등법원 2011. 11. 9. 선고 2011누9*** 판결】

○○A Sales팀은 참가인이 ○○A코리아를 흡수합병하면서 임시로 운영하던 조직으로서, 이를 폐지한 것은 그간의 영업조직의 비효율성과 고객 불만을 최소화하기 위한 것이어서 업무상 필요성이 인정된다. 그리고 참가인 회사 내 ‘팀장’이라는 명칭은 공식적인 직위가 아니라 편의적으로 사용되는 용어로서 팀장의 직급 또한 고정되어 있지 않기 때문에 원고가 단지 팀장에서 팀원으로 되었다는 사정만으로 신분상 불이익을 입었다고 할 수는 없다. 또한 원고가 성과급을 지급받지 못한 점도 팀원으로 되었기 때문이 아니라 원고가 팀장 직위를 요구하며 영업고객 할당을 거부하고 영업회의에 불참하였던 것이 그 중요한 원인이 되었던 것으로 보인다.

3) 팀장급 근로자를 팀원으로 전보발령을 하였으나 팀제 개정에 따라 급수는 큰 의미가 없는 상황에서 전보발령 전에도 같은 직급의 팀원이 다수 존재하는 경우 이러한 전보발령은 정당하다고 봄

【서울고등법원 2009. 12. 17. 선고 2009누13*** 판결】

비록 이 사건 전보발령 직후인 2007. 4. 2. 부산남부지사에 3급 일반직 사원에 3명의 정원초과가 있었고, 이 사건 전보발령 즈음 원고 회사 관리본부, 상품팀, 감사실의 3급 일반직 사원은 정원 대비 1내지 2명이 부족한 상태였으며, 원고가 전보발령을 함에 있어 참가인과 협의절차를 거치지 아니한 등의 사정은 인정되나, ① 원고는 2006. 5.경 ○○○엑스 승무본부를 폐지하고 2007. 5. 31.경 ○○○엑스 열차의 식음료 판매사업 등의 폐지가 예정되어 조직을 통폐합하고 팀조직으로 조직을 개편하는 등의 상황에서, 부산남부지사가 2006. 12. 31. 감사 당시 정원 대비 19명이 부족하였던 점, ② 이 사건 전보발령 직후인 2007. 4. 2. 부산남부지사에 일반직 3급과 5급에서는 합계 4명의 정원 초과가 있었으나, 2급, 4급, 7급에서는 6명이 정원에 미달하여 일반직 전체로서는 2명의 결원이 있는 상태여서 인원의 보충이 필요하였던 것으로 보이는 점, ③ 2006. 6. 27.의 팀제 개정에 따라 급수는 큰 의미가 없고, 이미 이 사건 전보발령 전에도 팀장 직책을 가지고 있지 아니한 3급 일반직이 다수 있었으므로, 일반직 전체 정원이 초과된 바 없이 3급 정원이 일부 초과되었다는 것만으로는 부산남부지사의 결원을 보충하기 위한 전보발령이 부당해 보이지는 아니한 점, ④ 2007. 4. 2. 현재 관리본부, 상품팀, 감사실 등에 일반직 3급의 결원이 일부 있기는 하나, 일반직 전체로 볼 경우 관리본부와 상품팀에는 결원이 없거나 정원을 초과한 상태이며, 감사실에는 결원이 있기는 하나 그 업무의 특성상 주로 영업소나 지역본부 등에서 근무한 참가인으로 이를 충원하기에는 적절하지 아니한 것으로 보이므로, 원고 회사가 참가인을 관리본부나 상품팀, 감사실 등으로 발령하지 아니한 것이 부당하다고 할 수 없는 점 등의 사정에 비추어 보면, 원고의 참가인에 대한 이 사건 전보발령은 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 아니한다고 할 것이다.

4) 근로계약상 요리과장을 맡기로 되어있는 근로자를 최하위 직급인 메인 주방으로 전보시켜 정리업무를 지시한 경우 부당전보라고 봄

【서울고등법원 2009. 3. 20. 선고 2008누25*** 판결408)】

1978년부터 현재까지 약 30년 동안 중식요리 전문가로 활동하였으며, ○○호텔을 비롯한 최고급 호텔에서 중식요리를 담당하여 온 참가인을 양식요리 파트로 전보시켜 설거지 된 접시 정리 업무를 지시한 것은 참가인의 능력에 반한 조치일 뿐 아니라, 임금이나 근로조건의 변경이 없었다고는 하나 요리사의 경우 계속적인 업무를 통한 능력개발이 필요하므로 전보조치에 따른 생활상의 불이익이 현저하다고 보이는 점, 당시 양식요리 파트에 인원 총원이 필요한 상황이었다고 보이지 않고, 이 사건 전보로 인하여 중식요리 파트에 일손이 부족하게 되어 신규 근로자를 채용하였음에 비추어 전보의 업무상 필요성이 전혀 없는 점, 참가인은 원고 회사 신양○○호텔에 중식요리 조리과장 업무를 수행하기로 하고 입사하였으며, 따라서 원고가 근로계약에 의한 직종이 아닌 다른 업무를 지시하기 위해서는 신의칙상 근로계약 당사자인 참가인의 동의 등을 거쳐야 한다고 볼 것임에도, 원고 회사는 그와 같은 절차를 전혀 거치지 아니한 점, 원고 회사가 참가인을 ‘중식 요리과장’에서 최하위 직급인 ‘메인 주방’으로 전보시킨 것은 실질적으로 취업규칙 제46조 제6호상의 징계로서 ‘강등’에 해당한다 할 것임에도 원고 회사는 취업규칙상 일체의 징계절차를 거치지 아니한 점, …(중략)… 참가인의 생활상의 불이익에 비해 업무상의 필요성이 크지 않았음에도 실시된 이 사건 전보는 그에 따른 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것으로서, 정당한 인사권의 범위 내에 속한다고 볼 수 없으므로 권리남용에 해당하여 부당전보로 인정된다.

408) 1심 판결(서울행정법원 2008. 8. 12. 선고 2007구합40*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2009. 6. 11.자 2009두5*** 판결) 심리불속행 기각 확정

제3절 전적

1. 전적의 개념

1.1 전적의 의의

전적은 근로자를 그가 고용된 기업으로부터 **다른 기업**으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 것으로 종래에 종사하던 기업과 사이의 근로계약을 **합의해지**하고 이적하게 될 기업과 사이에 **새로운 근로계약**을 체결하는 것이거나 근로계약상 사용자의 지위를 양도함으로써 근로자의 소속이 완전히 달라지는 경우로 근로계약의 **상대방인 사용자가 변경되는 것이 특징**임

따라서 동일 기업 내의 인사이동인 전근이나 전보와 달라 특별한 사정이 없는 한 **근로자의 동의를 얻어야 유효함**

1.2 전적의 구별 개념

‘전적’은 기업 간 이동이라는 점에서 동일 기업 내에서 업무 내용이나 근무장소의 변경인 ‘전직·전보’와 구별되며, 원래의 기업에서 다른 기업으로 소속이 바뀐다는 점에서 원기업과의 근로계약이 그대로 존속하는 ‘**전출**’과 구별됨

‘전적’은 근로자의 동의가 있어야 효력이 발생하고 그 유형에 따라 근로조건이 변경될 수 있는 점에서, 반대의 특약이 없는 한 그 영업에 속하는 근로자와 양도기업 사이의 근로관계는 근로조건이 변경 없이 원칙적으로 양수기업에 포괄적으로 승계되는 ‘**영업양도**’와 구별됨

2. 전적의 정당성 판단

2.1 근로자의 동의

전적처분은 전직·전보처분과는 달리 근무내용이나 근무장소만 변경되는 것이 아니고, 사용자가 달라지는 경우이므로 **사용자가 그 권리를 제3자에게 양도함에 있어** 노무자의 동의를 요구하고 있는 「민법」 제657조 제1항에서 정한 근로계약상 권리·의무의 일신전속성에 비추어 보더라도 근로자의 동의가 필수적임

판례가 근로자 동의를 전적의 요건으로 하는 이유는 근로관계에 있어서 업무지휘권의

주체가 변경됨으로 인하여 근로자가 받을 불이익을 방지하려는 데에 있는 것이므로,⁴⁰⁹⁾ 근로자 동의 없이 전적시키는 관행이 규범적으로 승인되지 아니한 상태에서 **근로자가 동의하지 않은 전적은 원칙적으로 무효**라고 보았음⁴¹⁰⁾

특히 전적에 대한 포괄적 사전 동의 가능성, 묵시적 동의 가능성, 개별동의의 대체 가능성 등이 문제되는데, 판례는 그룹 내의 기업에 고용된 근로자에 대한 다른 계열기업으로의 전적에서 **전적할 기업을 특정**하고 업무에 관한 사항 등 **기본적인 근로조건을 명시**하여 근로자로부터 **포괄적인 사전 동의**를 받은 경우에는 ‘근로자 동의’ 요건을 충족하는 것으로 보았고,⁴¹¹⁾ 근로자가 전 사용자로부터 퇴직금을 수령하고 전적된 이후에 업무수행, 급여수령, 노동조합 결성 등을 한 경우에도 **묵시적 동의**에 해당하여 ‘근로자 동의’ 요건을 충족한다고 보았음⁴¹²⁾

2.2 관행의 규범적 승인 내지 사실상의 제도화

판례는 사용자의 전적처분에 있어서 근로자 동의를 첫 번째 원칙으로 보고 있으나, 기업그룹 내의 다른 계열회사로 **근로자의 동의를 얻지 아니하고 근로자를 전적시키는 관행**이 있어서 그 관행이 **근로계약의 내용**을 이루고 있다고 인정하기 위해서는, 그와 같은 관행이 그 법인체들 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 **규범적인 사실로서 명확히 승인**되거나, 그 구성원이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업 내에서 **사실상의 제도로서 확립된** 경우에는 근로자의 구체적인 동의를 얻지 않은 전적처분의 정당성을 인정함⁴¹³⁾

다만, **단순한 관행의 수준을 넘어서** 관행이 규범적인 승인 내지 사실상의 제도화의 단계에 이를 것을 요구하고 있음에 유의하여야 함

2.3 기업 분할에 따른 근로관계 승계 시

상법 제530조의10은 분할로 인하여 설립되는 회사는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라서 승계한다고 규정하고 있으므로, 분할하는 회사의 근로관계도 위 규정에 따른 승계의 대상에 포함될 수 있음

따라서 회사 분할에 의한 근로관계의 승계는 일반적인 기업그룹 내의 **전적과는 구별**

409) 대법원 1993. 1. 26. 선고 92다11*** 판결

410) 대법원 2006. 1. 12. 선고 2005두9*** 판결

411) 서울행정법원 2013. 2. 8. 선고 2012구합26*** 판결, 대법원 1993. 1. 26. 선고 92다11*** 판결

412) 서울행정법원 2007. 9. 21. 선고 2007구합7*** 판결

413) 서울고등법원 2012. 5. 4. 선고 2011누9*** 판결

하여 근로자의 동의의 필요성 여부를 판단해야 함

판례는 회사 분할에 따른 근로관계의 승계는 근로자의 이해와 협력을 구하는 절차를 거치는 등 **절차적 정당성을 갖춘 경우에는 해당 근로자의 동의를 받지 못한 경우라도** 신설회사에 승계되는 것이 원칙이나, 회사의 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피 하면서 해당 근로자를 **해고하기 위한 방편으로** 이용되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는, 해당 근로자는 근로관계의 승계를 통지받거나 이를 알게 된 때부터 사회통념상 상당한 기간 내에 반대 의사를 표시함으로써 근로관계의 승계를 거부하고 **분할하는 회사에 잔류할 수 있다**고 보았음⁴¹⁴⁾

3. 전적 관련 판례

3.1 근로자의 동의 없는 전적은 무효라고 본 사례

근로자 동의 없이 전적시키는 **관행이 규범적으로 승인되지 아니한 상태에서** 근로자의 동의 없는 전적은 원칙적으로 무효에 해당한다고 봄

【대법원 2006. 1. 12. 선고 2005두9*** 판결】

전국에 별도의 법인으로 설립·운영되고 있는 144개 회원조합을 두고 있는 ○○○○중앙회가 그 조정에 따라 소속 조합의 직원을 다른 조합으로 전적시키는 관행이 있었던 것은 분명해 보이지만, 더 나아가 직원의 동의를 얻지 아니하고 일방적으로 다른 조합으로 전적시키는 관행이 있었다거나 그러한 일방적인 전적의 관행이 ○○○○중앙회 산하 다른 지역조합들 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적 사실로서 명확히 승인되었거나 그 직원들이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 사실상의 제도로 확립되어 있었다고 볼 만한 자료는 찾아보기 어렵다. 한편 피고보조참가인이 ○○○○중앙회의 조정에 따라 인사교류를 한다는 인사규정을 두고 있었다는 사정만으로 직원의 동의 없는 일방적인 전적의 관행이 규범적인 사실로서 명확히 승인되었거나 사실상의 제도로서 확립되어 있었다고 볼 수도 없다. 사정이 이와 같다면, 앞에서 본 법리에 비추어 볼 때, 원고의 동의 없는 이 사건 전적명령은 이러한 사유만으로도 전적의 유효요건 자체를 갖추지 못한 것으로서 무효라고 할 것이다.

3.2 포괄적 사전 동의로 근로자 동의 요건을 충족한다고 본 사례

그룹 내의 기업에 고용된 근로자에 대한 다른 계열기업으로의 전적에서 **전적할 기업을 특정**하고 업무에 관한 사항 등 **기본적인 근로조건을 명시**하여 근로자로부터 포괄적인 사전 동의를 받은 경우에는 근로자의 동의 요건을 갖추었다고 봄

414) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두4*** 판결

【서울행정법원 2013. 2. 8. 선고 2012구합26*** 판결】

참가인과 D○○협동조합은 모두 ○○지역 관내의 지역 농협으로서 농협중앙회와의 관계 등을 고려하면 이들 사이의 전적은 기업그룹 내부의 계열기업 간 전적에 준한다고 봄이 상당하므로, …(중략)… 만약 원고가 이 사건 전적에 대하여 포괄적인 사전동의를 하였다면 이 사건 전적은 근로자의 동의 요건을 갖추었다고 할 것이다. …(중략)…

즉 ① ○○중앙회 ◇◇지역본부는 2002. 2. 9. 관할 지역 농협에 인사교류 시 직원의 동의를 얻어 실시하라는 공문을 하달하였고, 그에 따라 참가인을 포함한 ○○지역 ◎◎들은 인사교류 동의서를 제출한 자에 한하여 인사교류를 시행하여 왔던 점, ② 인사교류동의서의 제출은 의무사항이 아니어서 참가인 소속 직원 중 인사교류동의서를 제출하지 않은 직원도 있었으나, 원고는 2011. 5. 9. 인사교류권역을 ○○지역 소재 ◎◎으로 하고, 동일 직급, 동일 호봉만을 대상으로 하는 인사교류동의서를 참가인에게 자발적으로 제출하였던 점, ③ ○○지역에는 9개의 지역 ◎◎만이 존재하고 있어 전적할 기업이 특정되었다고 보이고, 동일 직급, 동일 호봉만을 대상으로 한 것이어서 근로시간·종사하여야 할 업무 등도 거의 유사함과 동시에 예측가능하다고 보이므로 전적할 기업에서 종사할 업무에 관한 기본적인 근로조건을 명시하지 않았다고 볼 수 없는 점, ④ 비록 인사 교류동의서는 직책, 주민등록번호, 작성 명의 등을 기재하는 부분을 제외하면 전부 부동문자로 인쇄된 양식을 이용하여 작성된 것이기는 하나, 그 내용은 ○○지역 소재 ◎◎ 소속 일반직 직원의 인사교류권역, 대상직원, 그 방법을 구체적으로 특정하고 있는 점, ⑤ 원고가 인사교류동의서를 제출한 것을 두고 위법하거나 부당한 전적까지 포괄적으로 동의한 것으로는 볼 수 없다 하더라도 이 사건 전적이 위법하거나 부당한지는 개별적으로 살펴보아야 할 것인 점 등을 종합하면, 원고는 이 사건 전적에 대하여 포괄적인 사전동의를 하였다고 봄이 상당하다.

3.3 묵시적 동의로 근로자 동의 요건을 충족한다고 본 사례

근로자가 전 사용자로부터 퇴직금을 수령하고 전직된 이후에 업무수행, 급여수령, 노동조합 결성 등을 한 경우에는 묵시적으로 동의하였다고 봄

【서울행정법원 2007. 9. 21. 선고 2007구합7*** 판결】

참가인 시는 2005. 1. 29. 원고를 비롯한 환경미화원들에게 청소업무의 시설공단 위탁과 관련하여 청소업무의 위탁, 고용승계, 급여수준, 정년 1년 연장, 퇴직금 지급 시 필요한 자료 제출 등을 주요 내용으로 하는 설명회를 개최하였고, 같은 날 저녁 만찬회를 개최한 점, 참가인 시는 2005. 12. 29. 시설공단으로 소속이 변경되는 원고들을 비롯하여 환경미화원 69명 전원에 대하여 공로패를 수여하였으며, 그중 10명에게는 유공자 표창장을 수여한 점, 원고들은 퇴직금 지급에 필요한 구비 서류인 인감증명서 등을 참가인 시의 요구에 따라 참가인 시에 제출하였고, 2006. 1. 17. 아무런 이의 없이 퇴직금을 수령한 점, 2006. 1. 1.부터 시설공단 소속 직원으로 청소업무를 수행하였고, 2006. 1. 25. 시설공단으로부터 원고들이 제출한 계좌로 급여를 지급받은 점, 원고들을 비롯한 환경미화원들은 “○○시시설관리공단 노동조합”을 설립하고, 2006. 1. 13. 참가인 시에 이를 신고한 점 등에 이 사건 변론 과정에 나타난 제반 사정을 종합해보면, 원고들은 시설공단으로의 전적에 동의 내지는 적어도 묵시적인 동의를 하였다고 봄이 상당하고, 원고들을 비롯한 환경미화원들이 2005. 3. 24. 참가인 시에 부당전출철회촉구서를 제출하였다고 하여 이미 효력이 발생된 동의를 소급하여 무효가 된다고 보기도 어렵다.

3.4 근로자의 동의 없는 전적 관행이 사실상 제도화되었다고 본 사례

본사가 4년간 81명의 근로자에 대하여 계열사로의 전적을 하면서 근로자의 동의를 받은 바가 없고, 근로자들 사이에서나 일반인들 사이에서나 같은 조직으로 인식되고 있는 경우 사실상의 제도로써 확립되어 있다고 봄

【서울고등법원 2012. 5. 4. 선고 2011누9*** 판결⁴¹⁵⁾】

① 참가인은 2007년부터 2010년까지 총 81명의 근로자들에 대하여 근무지 변경을 수반한 전적을 하였는데, 그 과정에서 근로자의 동의를 거치지 않은 사실, ② 참가인의 노동조합위원장 이○○도 참가인의 계열사 간 인사이동 시 별도의 동의절차를 거치지 않는다고 인정한 점, ③ 전국에 있는 10개의 ○○백화점은 백화점이라는 동일한 기능을 수행하기 위하여 거의 유사한 업무방식으로 운영되고 있으므로, 그 영업주인 법인이 서로 다르다 하더라도 근로자들 사이에서나 일반인들 사이에서나 같은 조직으로 인식되고 있고, 근무하는 근로자들의 업무 내용이나 근로조건 역시 별다른 차이가 없는 점, ④ 전국에 있는 ○○백화점 직원들에 대한 인사를 모두 참가인이 하는 점, ⑤ 참가인의 취업규칙과 인사규정의 전적 관련 규정에는 근로자의 동의에 관한 내용이 포함되어 있지 않고, 단체협약에도 이에 관한 별다른 조항이 없는 점 등을 종합하면, 참가인과 계열사에서는 근로자의 동의 없는 계열사 간 전적이 사실상의 제도로써 확립되어 있다고 판단된다. 따라서 이 사건 전적은 정당하다.

3.5 전적이 기업분할의 형식으로 이루어지는 경우

회사 분할에 따른 근로관계의 승계는 근로자의 이해와 협력을 구하는 절차를 거치는 등 절차적 정당성을 갖춘 경우에는 해당 근로자의 동의를 받지 못한 경우라도 신설회사에 승계된다고 봄

【대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두4*** 판결⁴¹⁶⁾】

상법 제530조의10은 분할로 인하여 설립되는 회사는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라서 승계한다고 규정하고 있으므로, 분할하는 회사의 근로관계도 위 규정에 따른 승계의 대상에 포함될 수 있다. 그런데 헌법이 직업선택의 자유를 보장하고 있고 근로기준법이 근로자의 보호를 도모하기 위하여 근로조건에 관한 근로자의 자기결정권(제4조), 강제근로의 금지(제7조), 사용자의 근로조건 명시 의무(제17조), 부당해고 등의 금지(제23조) 또는 경영상 이유에 의한 해고의 제한(제24조) 등을 규정한 취지에 비추어 볼 때, 회사 분할에 따른 근로관계의 승계는 근로자의 이해와 협력을 구하는 절차를 거치는 등 절차적 정당성을 갖춘 경우에 한하여 허용되고, 해고의 제한 등 근로자 보호를 위한 법령 규정을 잠탈하기 위한 방편으로 이용되는 경우라면 그 효력이 부정될 수 있어야 한다. 따라서 둘 이상의 사업을 영위하던 회사의 분할에 따라 일부 사업 부문이 신설회사에 승계되는 경우 분할하는 회사가 분할계획서에 대한 주주총회의 승인을 얻기 전에 미리 노동조합과

415) 1심 판결(서울행정법원 2011. 2. 11. 선고 2010구합31*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2012. 9. 27.자 2012두12*** 판결) 심리불속행 기각 확정

근로자들에게 회사 분할의 배경, 목적 및 시기, 승계되는 근로관계의 범위와 내용, 신설회사의 개요 및 업무 내용 등을 설명하고 이해와 협력을 구하는 절차를 거쳤다면 그 승계되는 사업에 관한 근로 관계는 해당 근로자의 동의를 받지 못한 경우라도 신설회사에 승계되는 것이 원칙이다. 다만, 회사의 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하면서 해당 근로자를 해고하기 위한 방편으로 이용되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는, 해당 근로자는 근로관계의 승계를 통지받거나 이를 알게 된 때부터 사회통념상 상당한 기간 내에 반대 의사를 표시함으로써 근로관계의 승계를 거부하고 분할하는 회사에 잔류할 수 있다. 원고 회사는 이 사건 회사 분할과 관련하여 노동조합에 협의를 요구하고 약 5개월의 기간에 걸쳐 근로자들을 상대로 회사 분할에 관한 설명회를 개최하는 등 근로자들의 이해와 협력을 구하는 절차를 거쳤으므로, 이 사건 회사 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하기 위한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 참가인이 이 사건 회사 분할에 따른 근로계약의 승계에 대하여 이의를 제기하였는지 여부와 상관없이 참가인의 근로관계는 ○○비앤피에 승계된다고 보아야 한다.

416) 동 판결로 원심 파기된 후 서울고등법원(서울고등법원 2011. 8. 31. 선고 2011누13*** 판결)으로 환송되고, 대법원(대법원 2015. 3. 12.자 2014두14*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

제4절 대기발령·직위해제

1. 대기발령과 직위해제의 의의

1.1 개념

‘대기발령’은 근로자가 현재의 직위 또는 직무를 장래에 계속 담당하게 되면 업무상 장애 등이 예상되는 경우에 이를 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치를 의미하고,⁴¹⁷⁾ ‘직위해제’는 근로자에게 그 직위를 계속 유지시킬 수 없는 사유가 있는 경우 그 직위를 박탈하여 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 말함

양자는 모두 **잠정적인 조치로서의 보직의 해제**라는 공통점이 있으나 직위해제는 ‘직위를 박탈하는’ 제재로서 행하여지는 불이익처분이고, 대기발령은 ‘직위를 부여하지 않는’ 일반적인 인사명령으로 행하여지는 경우가 많다는 점에서 개념적으로 구별될 수 있음

그러나 인사실무상 직위를 박탈하는 직위해제 후 새로운 직무에 종사하지 못하게 하는 대기발령을 명함으로써 양자가 일체로 행하여지는 경우가 많고, ‘직위해제’ 또는 ‘대기발령’이라는 용어 각각이 양자의 의미를 모두 갖고 있는 것으로 해석하는 경우도 많아, 실제로 법원에서도 이를 엄격하게 구별하여 쓰고 있지 않은 것으로 보임

【대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두5151 판결】

근로자에 대한 직위해제는 일반적으로 근로자가 직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행 중인 경우, 근로자가 형사사건으로 기소된 경우 등에 있어서 당해 근로자가 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미하므로 과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다(대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15926 판결, 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결 등 참조).

또 기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위하여서는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요 불가결하므로, 대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고, 따라서 이러한 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 하며, 이것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 할 수 없다(대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결, 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결 등 참조).

417) 대법원 2013. 10. 11. 선고 2012다12870 판결 참조

1.2 법적 성격

대기발령·직위해제는 **과거의 근로자의 비위행위**에 대하여 **기업질서 유지**를 목적으로 행하여지는 **징벌적 제재로서의 ‘징계’**⁴¹⁸⁾와는 **법적성질이 다르므로** 취업규칙·단체협약 등에서 ‘징계’의 종류로 대기발령·직위해제를 별도로 규정한 경우에도 징계의 일환으로 내려지는 대기발령·직위해제와 사용자의 인사조치에 따른 대기발령·직위해제는 개념상 구별할 필요가 있음

법원은 단순히 과거의 비위행위에 대한 제재 목적으로만 인사조치로서의 대기발령을 하는 것은 대기발령의 정당한 사유로 인정되지 않을 수 있으며,⁴¹⁹⁾ 징계를 받았으나 그것이 대기발령 사유로 평가될 수 있는 경우 새로 대기발령하는 것은 **일사부재리나 이중처벌금지**에 저촉되지 않는다고 판단함.⁴²⁰⁾ 같은 논리로 인사조치로서의 대기발령 후 다시 징계해고하였다 하여 징계해고가 **이중징계**에 해당하는 것은 아님

그러나 **징계의 한 종류로 대기발령을 규정하는 경우에는** 그에 따른 대기발령은 본래적 의미의 대기발령과는 달리 징계로서의 성격을 가지므로 징계사유·절차의 정당성을 따져야 함

〈표〉 대기발령과 징계의 비교⁴²¹⁾

구 분	대기발령(직위해제)	징 계
의 의	현재의 직위나 직무를 계속 담당하게 되면 업무상 장애 등이 예상되는 경우에 일시적으로 근로자에게 직위를 부여하지 아니하여 직무에 종사하지 못하게 하는 잠정적인 조치	근로자의 과거의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재

418) 근로자에 대한 직위해제는 일반적으로 근로자가 직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행 중인 경우, 근로자가 형사사건으로 기소된 경우 등에 있어서 당해 근로자가 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미하므로 과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다.”(대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두5*** 판결, 대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15*** 판결, 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8*** 판결 등)

419) 직위해제 또는 대기발령은 …(중략)… 과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징벌적 징계와는 그 성질이 다르다(대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15*** 판결)는 점에 비추어 보면, 상사의 정당한 지시·명령에 불복한 행위가 취업규칙상 대기발령 사유인 “기타 회사 운영상 필요한 때”에 해당한다고 하기 위하여는, 과거에 이러한 행위가 있었다는 점만으로는 부족하고 향후에도 동일한 행위가 지속되어 업무상의 장애가 발생할 개연성이 있다는 점이 인정되어야 한다고 보아야 할 것인데, 참가인이 시정지시서 발부에 항의하고 경위서 제출을 거부한 것은 모두 과거에 이루어진 일로서 이를 사유로 대기발령을 하는 것은 부당하다고 할 것이다.”(서울행정법원 2001. 6. 29. 선고 2001구합5*** 판결, 같은 취지로 서울행정법원 2005. 6. 30. 선고 2005구합4*** 판결이 있음)

420) 대법원 1992. 7. 28. 선고 91다30*** 판결, 서울고등법원 2013. 10. 10. 선고 2013누17*** 판결 등 참조

421) 박수근, “직위해제의 노동법상 해석”, 노동법학(제26호), 한국노동법학회, 2008. 6, 230면

구 분	대기발령(직위해제)	징 계
목 적	인사상의 필요	기업질서 유지
성 질	일시적·잠정적 조치	확정적·종국적 조치
불이익 처분의 본질	불이익은 부수적 효과로서 발생	불이익 부과가 본질적 목적
절 차	원칙적으로 인사명령, 징계의 일종으로 규정 된 경우 관련 징계절차에 따름	징계절차 규정이 있으면 그에 따름

한편 출근의무의 존부와 관련하여 출근의무가 인정되는 경우에는 ‘휴직’과 구분되지만 출근의무가 면제되어 자택에서 대기하는 경우에는 사실상 ‘휴직’과의 구분이 모호함. 특히 판례는 사용자의 귀책사유인 경영상의 필요에 따라 개별 근로자들에게 대기발령을 한 경우 근로기준법 제23조 제1항의 ‘휴직’에 해당하고 이는 근로기준법 제46조 제1항에 따른 ‘휴업’을 실시하는 경우에 포함되므로 사용자는 휴업수당 지급 의무가 있다고 판시하여 대기발령과 휴직이 유사한 측면이 있음을 인정함⁴²²⁾

【대법원 2003. 5. 16. 선고 2002다8*** 판결】

피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)의 정관 제48조에서는 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자에 대한 직위해제의 경우에는 3월 이내의 기간 대기를 명하고, 능력회복이나 직무성적의 향상을 위한 교육훈련 또는 특별한 연구과제의 부여 등 필요한 조치를 취하도록 되어 있고, 징계의결이 요구 중인 자에 대한 직위해제의 경우에는 대기명령 또는 교육훈련에 대하여는 아무런 규정도 두지 않고 있으나, 근로자가 직위해제를 당한 경우 단순히 직위의 부여가 금지된 것일 뿐이고 근로자와 사용자의 근로관계가 당연히 종료되는 것은 아니라고 할 것이므로 대기발령을 받지 않았거나 교육훈련 또는 특별한 연구과제를 부여받지 않았다고 하여 당연히 출근의무가 소멸되는 것도 아니라고 판단하였는바, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 직위해제 시 출근의무에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

【대법원 2013. 10. 11. 선고 2012다12*** 판결】

근로기준법 제46조 제1항에서 정하는 ‘휴업’에는 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있는데도 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 불가능하게 된 경우도 포함되므로, 이는 ‘휴직’을 포함하는 광의의 개념인데, 근로기준법 제23조 제1항에서 정하는 ‘휴직’은 어떤 근로자를 그 직무에 종사하게 하는 것이 불가능하거나 적당하지 아니한 사유가 발생한 때에 그 근로자의 지위를 그대로 두면서 일정한 기간 그 직무에 종사하는 것을 금지시키는 사용자의 처분을 말하는 것이고(대법원 2009. 9. 10. 선고 2007두10440 판결 참조), ‘대기발령’은 근로자가 현재의 직위 또는 직무를 장래에 계속 담당하게 되면 업무상 장애 등이 예상되는 경우에 이를 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치를 의미하므로(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다86246 판결 참조), 대기발령은 근로기준법 제23조 제1항에서 정한 ‘휴

422) 대법원 2013. 10. 11. 선고 2012다12*** 판결 회사분할에 따른 근로관계의 이전을 거부한 근로자들에게 대한 대기발령의 정당성을 긍정하면서도 실질적으로는 휴직·휴업에 해당한다고 한 사례

직'에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 사용자가 자신의 귀책사유에 해당하는 경영상의 필요에 따라 개별 근로자들에 대하여 대기발령을 하였다면 이는 근로기준법 제46조 제1항에서 정한 휴업을 실시한 경우에 해당하므로 사용자는 그 근로자들에게 휴업수당을 지급할 의무가 있다.

1.3 필요성

근로자가 직무수행능력이 현저히 부족하거나 근무성적·근무태도 등이 심히 불량한 경우, 징계절차가 진행 중이거나 형사사건으로 기소되는 등 해당 근로자가 장래에 직무를 계속 담당함으로써 예상되는 업무상 장애 등을 예방하기 위한 경우 등 다양한 사안에서 대기발령·직위해제의 필요성이 인정됨

이러한 인사명령은 원칙적으로 사용자의 고유권한이므로 대기발령에는 **업무상 필요한 범위 내에서 사용자에게 상당한 재량이 인정됨**

제2장
인사명령

2. 대기발령의 구제이익 판단

2.1 의의

대기발령과 같은 인사명령은 징계처분에 해당하지 않더라도 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당될 경우 위법하게 되므로 이 경우 노동위원회의 심판대상이 됨

대기발령의 효력이 후행 처분 등으로 소멸되었을 경우 대기발령에 대한 구제이익은 인정되지 않는 것이 일반적이나, 대기발령으로 인하여 수반되는 불이익이 잔존할 경우에는 후행 처분의 존재에도 불구하고 대기발령 자체에 대한 구제이익이 존재하게 됨⁴²³⁾
대기발령에 수반되는 불이익으로는 다음과 같은 예들이 있음

〈표〉 대기발령에 수반되는 불이익의 예

임금에 관한 불이익	임금 이외의 불이익
· 평균임금의 70%만 지급 · 기본급만 지급 · 통상임금만 지급 · 상여금 미지급	· 승진 보류 · 대기발령 기간을 승진소요기간에 미산입 · 호봉 승급 보류

423) 승진·승급 제한 등 대기발령에 수반되는 법률상 불이익이 잔존할 경우 대기발령의 취소를 구할 구제이익이 인정됨

한편 불이익을 수반하지 않으면서 근로수령을 거부하는 형태의 대기발령은 경우에 따라서 근로자의 취업청구권에 대한 침해가 될 수 있어 이는 손해배상청구의 대상이 될 수 있음

2.2 사용자의 대기발령 처분 해제

대기발령 이후 대기발령 처분이 해제되어 다시 직위를 부여받았다면 원칙적으로 부당 대기발령 구제신청의 구제이익이 존재하지 않음⁴²⁴⁾

이는 부당해고 후 사용자가 해고처분을 취소하여 근로자를 원직에 복직시킨 경우 구제이익이 인정되지 않는 것과 같은 이유임

그러나 대기발령 처분이 실효되더라도 대기발령에 기하여 이미 발생한 효과까지 소급하여 소멸하는 것은 아니므로, 기왕의 대기발령으로 인해 승진·승급에 제한이 가해지는 등의 특별한 사정이 있는 경우라면 구제이익을 인정함⁴²⁵⁾

그런데 위 승진·승급 제한 등의 특별한 사정에 ‘대기발령 기간 동안 받지 못한 임금’ 등 경제적 불이익 또는 ‘사회적 명예 손상’ 등 사실상 불이익이 포함될 수 있는지가 문제됨

이는 이른바 **경제적·사실상 불이익의 독자적 구제이익 인정 여부**에 관한 것으로, 가령 대기발령으로 인해 승진·승급의 제한과 임금상의 불이익이 동시에 발생한 경우라면, 대기발령이 실효되더라도 승진·승급의 제한이라는 사정이 여전히 남아있는 경우이므로 구제이익의 인정에는 문제 없음

그러나 대기발령의 효과가 단지 임금상의 불이익뿐인 경우라면, 기존에 입었던 임금상의 불이익은 민사소송절차에서 구제받을 수 있기 때문에 대기발령의 효력을 다룰 독자적인 구제이익이 없는 것은 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있음

실제로 이에 대하여 일부 하급심 판결은 단순한 임금 등 경제적 불이익은 민사소송절차에서 구제받을 수 있고, 사회적 명예손상 등은 사실상의 이익에 불과하여 실효된 대기발령에 대해 임금 등 경제적 불이익 및 사실상 불이익을 이유로 한 구제신청은 구제이익이 없다는 취지로 판시하고 있으나,⁴²⁶⁾ 대법원의 명시적인 판단은 없음⁴²⁷⁾

424) “무릇 직위해제란 공무원에 있어 그 직위를 계속 유지시킬 수 없는 사유가 있어 그 직위를 부여하지 아니하는 처분인데, 앞서 본 바와 같이 원고가 1986. 3. 31. ○○구청 시민국 위생과 식품위생계장의 직위에서 그 직위해제처분을 받았다가 1986. 8. 24.에 1986. 5. 26.자로 ○○구청 세무2과 과장1 계장의 직위를 다시 부여받았다면 그 직위는 이미 회복되었다고 볼 것이고, 따라서 그 직위해제처분에 어떤 하자가 있음을 이유로 그 무효확인을 구할 소송상 이익은 없다 할 것이다.”(대법원 1987. 9. 8. 선고 87누*** 판결)

425) 대법원 2010. 7. 29. 선고 2007두18*** 판결

426) 서울고등법원 2009. 12. 17. 선고 2009누13*** 판결, 서울행정법원 2011. 11. 25. 선고 2011구합24*** 판결

427) 자세한 내용은 제1부 제3장 구제이익 관련 판례 참조

그러나 법원은 경제적·사실상 불이익이 독자적 구제이익으로 인정되지 않는다 하더라도 대기발령의 정당성 판단에 있어 이러한 사정을 고려요소로는 삼고 있음

2.3 후행처분이 있는 경우

근로자를 대기발령을 한 후 그 **대기발령 사유와 동일한 사유를 이유로 징계처분**을 하였다면 뒤에 이루어진 징계처분에 의하여 그 전에 있었던 대기발령 처분은 효력을 상실하므로, 이 경우도 부당대기발령 구제신청의 구제이익이 존재하지 않음⁴²⁸⁾

물론 이 경우에도 대기발령에 기하여 이미 발생한 효과까지 소급하여 소멸하는 것은 아님은 앞서 본 경우와 마찬가지로, 기왕의 대기발령으로 인해 승진·승급에 제한이 가해지는 등의 특별한 사정이 있는 경우라면 여전히 구제이익이 인정됨⁴²⁹⁾

이와는 달리 대기발령 사유와 **다른 사유**로 징계처분을 하는 경우는 후의 징계처분에 의해 앞선 대기발령 처분이 실효되는 것이 아니므로 당연히 부당대기발령과 부당징계에 대한 각각의 구제신청을 별도로 제기할 수 있음

법원은 대기발령 이후 6개월 동안 보직이 부여되지 않는 경우 당연면직된다는 이른바 ‘**자동해임처분**’에 따라 근로자가 해임된 사안에서 대기발령과 당연면직은 별개의 법률행위로 보고 면직된 이후 대기발령 처분(대기처분 기간 동안 인사와 급여에서 불이익이 있었던 경우였음)에 대한 무효확인 소의 이익을 인정함⁴³⁰⁾

3. 대기발령의 정당성 판단

3.1 실체적 정당성

가. 대기발령의 사유가 존재할 것

대기발령은 인사명령의 일종이므로, 특별한 규정이 없는 이상 사용자에게 업무상

428) “직위해제 처분은 그 근로자로서의 지위를 그대로 존속시키면서 다만, 그 직위만을 부여하지 아니하는 처분이므로 만일 어떤 사유에 기하여 근로자를 직위해제 한 후 그 직위해제 사유와 동일한 사유를 이유로 징계처분을 하였다면 뒤에 이루어진 징계처분에 의하여 그 전에 있었던 직위해제 처분은 그 효력을 상실한다고 할 것이고(대법원 1997. 9. 26. 선고 97다25*** 판결 등 참조), 이와 같이 직위해제 처분이 효력을 상실한 경우에는, 인사규정 등에 의하여 승진·승급에 제한이 가하여지는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 무효확인을 구할 이익은 없다고 할 것이다(대법원 1993. 9. 10. 선고 93다10*** 판결 등 참조).”(대법원 2007. 12. 28. 선고 2006다33*** 판결)

429) 대법원 2010. 7. 29. 선고 2007두18*** 판결: 동 판결로 원심 파기된 후 서울고등법원으로 환송되어 확정됨(서울고등법원 2010. 12. 2. 선고 2010누24*** 판결)

430) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2014다9*** 판결

필요한 범위 안에서 **상당한 재량**이 인정되나, 대기발령 사유 존재 자체의 입증책임은 사용자에게 있음

한편 **인사규정에 대기발령 사유가 한정되어 있는 경우에는 그 이외의 사유를 대기발령의 사유로 삼을 수 없음**⁴³¹⁾

판례는 인사규정에 ‘징계사유에 해당되어 인사위원회에 부의될 때’에 대기발령을 할 수 있다고 정하고 있는 경우, 인사위원회에 부의될 것이 충분히 예상되었다면,⁴³²⁾ 대기발령의 사유를 인정함

반면, ‘조합과 직원 간 소송이 진행 중인 경우’라고 정하고 있는데, 근로자를 업무상 배임죄로 고소하여 수사 중에 있었던 상태는 ‘소송이 진행 중인’ 경우에 해당하지 않는다고 하여 대기발령 사유로 인정하지 않음⁴³³⁾

취업규칙상 대기발령이 징계의 일종으로 규정되어 있는 경우에는 근로자에게 징계사유가 존재하는 경우에 한하여만 대기발령이 가능하나, 이와 별도의 업무명령으로서의 대기발령은 징계로서의 대기발령과는 무관하게 가능함⁴³⁴⁾

다만, 징계로 규정되어 있지 않은 업무명령에 해당한다고 하더라도 과거 징계전력을 이유로 근로자에게 불이익을 주는(실질적으로는 징계 대체적 목적의) 대기발령은 위법하다고 볼 수 있음⁴³⁵⁾

431) “참가인의 인사관리규정 제35조 제1항은 “이사장은 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 대하여는 직위를 부여하지 아니할 수 있다. 1. 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자, 2. 징계의결이 요구 중인 자, 3. 형사사건으로 기소된 자(약식명령이 청구된 자는 제외한다)”라고 규정함으로써 직위해제 사유를 위 각 호의 사유로 한정하고 있을 뿐, 명령 위반, 직무상 의무 위반, 직무태만 등을 직위해제 사유로 규정하고 있지 않은바, 위 규정은 인사상 불이익한 처분에 관한 것으로서 이를 단순히 예시적인 규정으로는 볼 수는 없다.” 서울고등법원 2015. 7. 10. 선고 2015누38*** 판결

432) “근로자에 대한 대기발령의 정당성은 근로자에게 당해 대기발령 사유가 존재하는지 여부나 대기발령에 관한 절차 규정의 위반 여부 및 그 정도에 의하여 판단할 것이다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다86*** 판결 참조). ① 참가인 조합 인사규정 제62조 제1항 제4호에서는 ‘징계사유에 해당되어 인사위원회에 부의될 때’에 대기발령을 할 수 있다고 정하고 있는데, 대기발령처분이 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니하는 잠정적인 조치임을 고려할 때 위 규정은 징계사건을 인사위원회에 부의한 이후에만 대기발령을 할 수 있다는 의미라고 보기보다는 징계사건으로 곧, 인사위원회에 부의될 것이 충분히 예상되는 경우에도 대기발령을 할 수 있다는 의미로 봄이 타당한 점”(서울행정법원 2014. 1. 10. 선고 2013구합18*** 판결)[항소심(서울고등법원 2014. 8. 28. 선고 2014누42*** 판결)에서 원고의 근로계약기간 만료로 소각하됨]

433) 서울고등법원 2010. 10. 27. 선고 2010누3*** 판결; 대법원(대법원 2011. 1. 27.자 2010두25*** 판결) 심리불속행 기각 확정

434) “운송사업체에 있어서의 승무정지처분은 사용자가 경영권 행사의 일환으로 업무수행을 위하여 근로자에 대하여 행하는 업무명령인 승무지시의 소극적 양태라 할 것이고, 이러한 승무정지처분이 경영상 필요나 업무수행의 합리적인 이유에 기인한 경우에는 이는 정당한 업무명령에 속한다고 할 것이므로 비록 단체협약에 승무정지가 징계사유로 열거되어 있다고 하여도 징계로서의 승무정지와는 별도로 업무명령으로서의 승무정지도 가능하다고 할 것이다.”(대법원 1997. 11. 25. 선고 96누13*** 판결)

435) 서울고등법원 2009. 7. 29. 선고 2009누371 판결 [1심 판결(서울행정법원 2008. 11. 18. 선고 2008구합24*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2009. 10. 29.자 2009두15*** 판결) 심리불속행 기각 확정]

나. 대기발령이 정당할 것

사용자의 대기발령은, 대기발령의 사유 또는 업무상 필요성이 인정된다 하더라도 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없어야 하고, 대기발령이 사용자의 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 대기발령의 **업무상의 필요성**과 그에 따른 근로자의 **생활상의 불이익**⁴³⁶⁾과의 **비교교량 등에 의하여 결정**되어야 함

그러나 구체적인 사안에 따라서 대기발령에 따른 근로자의 생활상 불이익과의 비교·형량 없이 **대기발령 사유의 존부만으로 곧바로 대기발령의 정당성을 판단하는 경우도 있음**

참고로 노동위원회 및 법원에서 대기발령의 정당성을 판단할 때는 사용자가 당시 대기발령의 사유로 삼은 사유에 의하여만 판단하여야 하고, 애초에 거론하지 아니한 사유를 포함시켜 대기발령의 당부를 판단할 수는 없음

다. 부당하게 장기간 행하여지지 아니할 것

사유가 인정되고 재량권 범위 내에서 행하여진 대기발령이라 하더라도, 부당하게 장기간 대기발령을 하는 경우는 정당성이 부정됨

판례는 대기발령의 기간에 대한 평가에 있어서는 ① 당해 대기발령 규정의 목적과 그 실제 기능, ② 대기발령 유지의 합리성 여부 및 ③ 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익 등을 판단요소로 추가하고 있음

【대법원 2007. 2. 23. 선고 2005다3*** 판결】

대기발령이 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치이고, 근로기준법 제30조 제1항에서 사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 전직, 휴직, 기타 징벌을 하지 못한다고 제한하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 사용자가 대기발령 근거규정에 의하여 일정한 대기발령 사유의 발생에 따라 근로자에게 대기발령을 한 것이 정당한 경우라고 하더라도 당해 대기발령 규정의 설정 목적과 그 실제 기능, 대기발령 유지의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 그 기간은 합리적인 범위 내에서 이루어져야 하는 것이고, 만일 대기발령을 받은 근로자가 상당한 기간에 걸

436) 생활상 불이익 중 임금의 감소와 관련하여 대기발령도 ‘휴업’에 해당하므로 근로기준법 제46조 제1항에 따라 평균임금의 100분의 70 이상을 지급하여야 함에도 사용자가 이에 미달하는 임금을 지급하였으므로 대기발령으로 인한 생활상 불이익이 크다는 주장에 대하여 서울행정법원은 “원래 대기발령 시에 지급해야 할 임금에 미치지 못하는 임금을 지급하였다고 하더라도 이는 원고가 참가인들에 대한 임금 지급 채무의 일부를 이행하지 않은 것에 불과하여 임금 체불에 따른 민·형사상 문제가 발생할 수 있는 사정에 그칠 뿐이지 이로 인하여 이 사건 대기발령으로 인한 생활상 불이익의 판단이 영향을 받는 것은 아니다(즉 이러한 경우에 참가인들은 원래 받아야 할 임금과 실제 받은 임금의 차액 부분에 관한 임금채권을 여전히 가지고 있으므로 그 부분에 관하여 불이익을 입고 있는 것이 아니며, 설령 그 부분의 지급 지연을 불이익으로 보더라도 이는 사용자인 원고의 임금 체불로 인한 것이지 이 사건 대기발령으로 인한 것이 아니다).”고 판시(서울행정법원 2016. 9. 22. 선고 2015구합77*** 사건 참조)

처 근로의 제공을 할 수 없다거나, 근로제공을 함이 매우 부적당한 경우가 아닌데도 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 대기발령 조치를 유지하는 것은 특별한 사정이 없는 한 정당한 이유가 있다고 보기 어려우므로 그와 같은 조치는 무효라고 보아야 할 것이다.

3.2 절차적 정당성

대기발령이 사용자가 행하는 인사명령의 일종인 이상, 사용자가 대기발령 처분을 함에 있어서 당해 근로자에게 변명의 기회를 부여하는 등의 절차를 반드시 거쳐야 하는 것은 아님⁴³⁷⁾

판례는 ‘근로자와의 협의’를 신의칙상 요구되는 절차 중 하나로 판시하고 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 대기발령이 권리남용에 해당되어 당연히 무효가 되는 것은 아니라고 보고 있음⁴³⁸⁾

그러나 취업규칙 등에 대기발령이 징계의 일종으로 규정되어 있고 이에 따른 징계성 대기발령을 하고자 하는 경우에는 징계절차를 거쳐야 하고, 업무명령으로서의 대기발령이라도 단체협약이나 취업규칙 등에 정해진 대기발령의 절차가 있다면 역시 그에 따라야 함

4. 대기발령 관련 판례

4.1 후행처분이 있는 경우

1) 대기발령 사유와 동일한 사유를 이유로 징계처분을 하였다면 뒤에 이루어진 징계처분에 의하여 그전에 있었던 대기발령 처분은 효력을 상실한다고 판단함

【대법원 2010. 7. 29. 선고 2007두18*** 판결】

직위해제처분은 근로자로서의 지위를 그대로 존속시키면서 다만, 그 직위만을 부여하지 아니하는 처분이므로 만일 어떤 사유에 기하여 근로자를 직위해제한 후 그 직위해제 사유와 동일한 사유를 이유로 징계처분을 하였다면 뒤에 이루어진 징계처분에 의하여 그 전에 있었던 직위해제처분은 그 효력을 상실한다. 여기서 직위해제처분이 효력을 상실한다는 것은 직위해제처분이 소급적으로 소멸하여 처음부터 직위해제처분이 없었던 것과 같은 상태로 되는 것이 아니라 사후적으로 그 효력이 소멸한다는 의미이다. 따라서 직위해제처분에 기하여 발생한 효과는 당해 직위해제처분이 실효되더라도 소급하여 소멸하는 것이 아니므로, 인사규정 등에서 직위해제처분에 따른 효과로 승진·승급에 제한을 가하는 등의 법률상 불이익을 규정하고 있는 경우에는 직위해제처분을 받은 근로자는 이러한 법률상 불이익을 제거하기 위하여 그 실효된 직위해제처분에 대한 구제를 신청할 이익이 있다.

437) 대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54*** 판결, 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다6*** 판결 참조

438) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8*** 판결

2) 징계처분의 일종인 대기발령 받은 후 자동해임처분까지 이루어진 경우 대기발령의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다고 판단함

【대법원 2018. 5. 30. 선고 2014다9*** 판결】

이 사건 자동해임처분은 징계처분인 대기처분과 독립된 별개의 처분으로, 근로자인 원고의 의사에 반하여 사용자인 피고의 일방적 의사에 따라 근로계약관계를 종료시키는 해고에 해당하므로, 이 사건 대기처분으로 원고는 대기처분 기간 동안 승진·승급에 제한을 받고 임금이 감액되는 등 인사와 급여에서 불이익을 입었고, 원고가 이 사건 대기처분 이후 이 사건 자동해임처분에 따라 해고되었다 해도 해고의 효력을 둘러싸고 법률적인 다툼이 있어 해고가 정당한지가 아직 확정되지 않았으며, 더군다나 이 사건 자동해임처분이 이 사건 대기처분 후 6개월 동안의 보직 미부여를 이유로 삼고 있는 것이어서 이 사건 대기처분이 적법한 지 여부가 이 사건 자동해임처분 사유에도 직접 영향을 주게 되므로, 그렇다면 여전히 이러한 불이익을 받는 상태에 있는 원고로서는 이 사건 자동해임처분과 별개로 이 사건 대기처분의 무효 여부에 관한 확인 판결을 받음으로써 유효·적절하게 자신의 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위협이나 불안을 제거할 수 있다고 보아야 한다.

제2장
인사명령

3) 대기발령 후 일정 기간 내 복직발령을 받지 못하는 경우에 당연퇴직된다는 인사규정에 따라 이루어진 당연퇴직은 실질상 해고에 해당한다고 판단함

【대법원 2007. 5. 31. 선고 2007두1*** 판결】

인사규정 등에 대기발령 후 일정 기간이 경과하도록 복직발령을 받지 못하거나 직위를 부여받지 못하는 경우에는 당연퇴직된다는 규정을 두는 경우, 대기발령에 이은 당연퇴직 처리를 일체로서 관찰하면 이는 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약 관계를 종료시키는 것으로서 실질상 해고에 해당하므로, 사용자가 그 처분을 함에 있어서는 구 근로기준법(2007. 1. 26. 법률 제8293호로 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 필요하다고 할 것이다. 따라서 일단 대기발령이 인사규정 등에 의하여 정당하게 내려진 경우라도 일정한 기간이 경과한 후의 당연퇴직 처리 그 자체가 인사권 내지 징계권의 남용에 해당하지 아니하는 정당한 처분이 되기 위해서는 대기발령 당시에 이미 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 사유가 존재하였거나 대기발령 기간 중 그와 같은 해고사유가 확정되어야 할 것이며, 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지의 여부는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다.

4.2 대기발령 사유 관련

가. 대기발령에 관한 특별한 규정이 없는 경우⁴³⁹⁾

1) 근로자가 새로 도입된 근무성적 평가에서 최하위를 하였다고 하더라도 직무수행

439) 대기발령은 인사명령의 일종이므로 특별한 규정이 없는 이상 사용자에게 업무상 필요한 범위 안에서 상당한 재량이 인정되나, 대기발령 사유의 존재 자체의 입증책임은 사용자에게 있음

능력이 현저히 부족해 보이지도 않는데도, ‘업무수행능력 부족’ 및 ‘지시명령 위반’을 사유로 대기발령을 한 경우 대기발령의 사유를 부정함

【서울고등법원 2005. 7. 7. 선고 2004누14*** 판결⁴⁴⁰⁾】

참가인이 입사한 이래 위 근무성적을 평가한 2002년도 전까지 직무수행에 특별한 문제가 없었음에 비추어 2002년도에 시행한 근무성적평가에서 최하위를 하였다고 하여 이 사건 대기발령 사유에 기재된 바와 같이 직무수행능력이 현저히 부족하다고는 볼 수 없다 할 것이고, 또한 상급자 지시명령을 태만히 하였다는 사유는 앞서 본 바와 같이 상급자인 한○○가 하급자인 참가인에게 지시를 함에 있어 지시사항과 그 해당 업무수행자를 특정하는 등 하급자인 참가인이 자신에 대한 지시사항이고 이를 보고할 의무가 있다고 충분히 알 수 있을 정도로 지시를 하였어야 함에도 일부 문서는 ‘참고’란에 참가인을 기재하고, 일부 문서는 이미 상급자에게 자신이 작성한 문서를 보낸 후 참가인 등에게 이를 검토하라고 보내는 등 그 지시방법과 관련하여 문제가 있다 할 것이어서 그에 따라 참가인이 문서를 제출하지 아니하였다고 하여 그 책임을 순전히 참가인에게만 돌릴 수 없다는 점과 소외 일부 문서는 정해진 기한을 지키지는 못하였지만 제출한 점에 비추어 보면, 참가인이 상급자 지시명령을 태만히 하였다고 할 수도 없다 할 것이다. 따라서 이 사건 대기발령은 그 대기발령 사유가 존재하지도 아니함에도 불구하고 한 것이므로, 위법하다 할 것이다.

2) 직전 파업에 참가했던 조합원들이 이후 20여 일간 정상 근로하여 왔음에도 ‘홍분’과 ‘피로누적’ 등으로 직무수행능력이 부족한 상태라며 새로운 파업을 앞두고 대기발령을 한 경우 대기발령의 사유를 부정함

【서울고등법원 2012. 1. 12. 선고 2011누27*** 판결⁴⁴¹⁾】

(나) 한편 직위해제사유로서의 ‘직무수행능력이 부족한 경우’라 함은 정신적·육체적으로 직무를 적절하게 처리할 수 있는 능력이 현저히 부족한 경우를 말하는 것으로, 징계사유로서의 명령위반, 직무상 의무위반, 직무태만 등과는 구별된다고 할 것이다. …(중략)…

(다) 특히 아래에서 보는 바와 같이 직위해제를 받은 근로자는 인사 및 보수상 불이익을 받게 되는 점에 비추어 볼 때, 원고가 근로자에 대하여 직위해제를 할 경우 특히 그 사유가 ‘직무수행능력의 부족’인 경우에는 근로자들에 대한 근무평가결과 등 객관적인 자료에 기초해서 이루어져야 한다. …(중략)…

(2) 참가인들의 직무수행능력이 부족하였는지 여부

참가인들이 이 사건 파업 이전에 단행된 파업에 참여한 날은 2009. 11. 5. 하루에 불과한 점, 참가인들은 2011. 11. 6.부터 이 사건 파업 전까지 정상적으로 근무하였던 점, ‘피로’와 ‘홍분’ 상태에 있었다는 등의 사정은 자의적 판단이 개입될 여지가 많아 ‘직무수행능력이 부족한지 여부’를 판단함에 있어 그 평가기준으로 삼기 곤란한 점 등에 비추어 볼 때, 증인 임○○의 증언만으로는 참가인들이 이 사건 파업 이전에 단행된 파업을 준비하였거나 이에 참여하여 직무수행능력이 현저히 부족한 상태에 있었다거나, 원고가 참가인들의 직무수행능력을 적절히 평가하여 이 사건 직위해제를 하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없다.

440) 1심 판결(서울행정법원 2004. 6. 24. 선고 2003구합36*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2005. 11. 25.자 2005두9*** 판결) 심리불속행 기각 확정

3) 인력구조 개편의 필요성이 있다며 대기발령을 하였으나 구체적으로 어떠한 부서에 어느 정도의 잉여인력이 발생했는지에 관해 **인정할 증거가 없어 인원 감축 필요성이 부정된 경우** 대기발령의 사유를 부정함

【서울고등법원 2006. 11. 15. 선고 2006누8*** 판결⁴⁴²⁾】

위와 같은 법리에 비추어 이 사건 대기발령이 업무상 필요성과 신의칙상 요구되는 절차를 거쳐 합리적으로 발령된 것인지 여부를 보건대, 원고 회사는 2003년 말경부터 원자재 가격상승과 그로 인한 매출감소 및 부채증가 등으로 경영상 압박을 받아오다가, 2004. 8. 20. 임원과 부장급 직원의 급여를 2004. 12. 31.까지 삭감하고, 구조조정의 일환으로 조직개편을 단행한 사정에 비추어 보면, 원고 회사가 조직개편 과정에서 잉여인력이 발생하였다면 그들에 대하여 재배치 혹은 대기발령을 통하여 인력구조를 개편하여야 할 업무상 필요성은 있었던 것으로 보인다. 그러나 원고 회사가 제출한 자료만으로는 원고 회사가 경영위기를 극복하기 위하여 조직개편을 단행한 사실만이 인정될 뿐이고, 구체적으로 그러한 조직개편으로 인하여 어떠한 부서에 어느 정도의 잉여인력이 발생하였는지에 관하여는 이를 인정할 증거가 없고, 참가인이 소속된 의장생산부 기장팀의 경우 조직개편에도 불구하고 그대로 존속하고 있었던 사정에 비추어 원고 회사가 의장생산부에 소속된 참가인을 대기발령하여 인력구조를 개편하여야 할 경영상 필요성이 있었다고 단정하기 어렵다.

제2장
인사명령

나. 인사규정상 대기발령에 관한 규정이 있는 경우⁴⁴³⁾

1) 인사규정에서는 ‘징계사유에 해당되어 인사위원회에 부의될 때’에 대기발령을 할 수 있다고 정하고 있는데, 대기발령 당시에는 근로자가 인사위원회에 부의된 것은 아니었지만 곧, 인사위원회에 부의될 것이 충분히 예상되었던 경우 대기발령의 사유를 인정함

【서울행정법원 2014. 1. 10. 선고 2013구합1*** 판결⁴⁴⁴⁾】

① 참가인 조합 인사규정 제62조 제1항 제4호에서는 ‘징계사유에 해당되어 인사위원회에 부의될 때’에 대기발령을 할 수 있다고 정하고 있는데, 대기발령처분이 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니하는 잠정적인 조치임을 고려할 때 위 규정은 징계사건을 인사위원회에 부의한 이후에만 대기발령을 할 수 있다는 의미라고 보기보다는 징계사건으로 곧, 인사위원회에 부의될 것이 충분히 예상되는 경우에도 대기발령을 할 수 있다는 의미로 봄이 타당한 점, ② 그런데 원고는 ○○협동조합법위반 사건을 제외하고는 이 사건 징계해고처분의 사유와 동일한 사유로 2012. 8. 9. 징계해고되었다가 ◇◇지방노동위원회에서 원고에게 소명기회를 부여하지 않아 위 해고가 부당하다는 판정에 따라 2012. 11. 23. 원직복직 되었으므로, 동일한 사유로 곧,

441) 1심 판결(서울행정법원 2011. 6. 30. 선고 2010구합4*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2012. 5. 24.자 2012두3*** 판결) 심리불속행 기각 확정

442) 1심 판결(서울행정법원 2006. 3. 14. 선고 2005구합23***판결) 인용

443) 인사규정에 대기발령 사유가 한정되어 있는 경우에는 그 이외의 사유를 대기발령의 사유로 삼을 수 없음

인사위원회에 부의될 것이 충분히 예상되었던 점, ③ 실제 원고에게 인사위원회 출석 통지가 이루어진 것은 2012. 12. 27.로서 대기발령 시부터 약 한 달 가량이 흐른 뒤였는데, 그 기간이 대기발령처분을 위법하게 할 만큼 길다고 보기 어렵고, 농협중앙회가 대기발령 후인 2012. 11. 29. 원고에 대하여 ○○협동조합법위반과 관련하여 정직 1월의 징계를 요구하는 추가적인 사정까지 발생하였던 것까지 고려하면 더욱 그러한 점, ④ 대기발령으로 인해 원고가 급여상 손실을 보았다는 사정은 대기발령처분의 위법 여부에 영향을 미친다고 보기 어려운 점, ⑤ 달리 원고에게 대기발령 사유가 없다거나 대기발령에 관한 절차규정을 위반하였음을 인정할 증거가 없는 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 원고에 대한 대기발령처분은 적법하고, 이에 대한 원고의 주장은 이유 없다.

2) 인사관리규정이 직위해제사유를 한정한 경우, 그 외의 사유에 대해서는 직위해제 사유로 인정하지 않음

【 서울고등법원 2015. 7. 10. 선고 2015누38*** 판결⁴⁴⁵⁾ 】

이 사건 직위해제처분은 참가인의 인사관리규정 소정의 직위해제사유에도 해당하지도 아니하는 사유를 그 처분 사유로 삼은 것으로서 참가인의 정당한 인사권의 범위 내로서 업무상 필요한 것이라고 볼 수 없으므로, 그 절차적 적법 여부 등에 나아가 살필 필요 없이 위법하다.

① 참가인의 인사관리규정 제35조 제1항은 “이사장은 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 대하여는 직위를 부여하지 아니할 수 있다. 1. 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자, 2. 징계 의결이 요구 중인 자, 3. 형사사건으로 기소된 재(약)식명령이 청구된 자는 제외한다”라고 규정함으로써 직위해제사유를 위 각 호의 사유로 한정하고 있을 뿐, 명령 위반, 직무상 의무 위반, 직무태만 등을 직위해제 사유로 규정하고 있지 않은바, 위 규정은 인사상 불이익한 처분에 관한 것으로서 이를 단순히 예시적인 규정으로는 볼 수는 없다. ② 피고와 참가인은 이 사건 직위해제처분이 참가인의 인사권에 기초한 것으로서 참가인의 인사재량권 범위 내라고 주장하고 있으나, 직위해제에 대한 규정의 유무는 인사권자가 행한 직위해제의 정당성 판단에 상당한 영향을 미치는 것으로 보아야 하고, 이 사건 직위해제의 근거 규정인 참가인의 인사관리규정 제35조는 ‘제4장 포상 및 징계’가 아닌 ‘제5장 신분보장’에 위치하고 있어 이는 직원의 신분을 보장하려는 취지로 보이므로, 인사재량권을 근거로 참가인의 인사관리규정을 벗어난 직위해제사유를 인정하기는 어렵다.

3) 징계면직이 부당하다는 판결이 확정되자 회사가 판결문을 송달받은 날로 그 일자를 소급하여 근로자를 복직시키면서 새로이 징계절차를 진행시킬 목적으로 복직일자과 동일하게 소급하여 대기발령을 하였는데, 회사 인사규정에 일자를 소급하여 대기발령을 하는 것에 대한 근거 규정이 없는 경우 이는 부당하다고 판시함

444) 동 판결은 항소심(서울고등법원 2014. 8. 28. 선고 2014누42*** 판결)에서 소 각하로 취소됨

445) 대법원(대법원 2015. 10. 29.자 2015두49*** 판결) 심리불속행 기각 확정, 유사 판례로 서울고등법원 2014. 6. 12. 선고 2014누41*** 판결(대법원에서 심리불속행 기각 확정)이 있음

【대법원 2006. 3. 9. 선고 2005두14***판결】

징계면직이 참가인의 재량권 남용이어서 부당하다는 판결이 대법원에서 확정되자 참가인이 위 대법원 판결을 송달받은 날로 그 일자를 소급하여 원고를 복직시키면서 새로이 징계절차를 진행시킬 목적으로 복직일자와 동일하게 소급하여 이 사건 대기발령을 한 사실을 인정하였다. 그러나 우선 이 사건 대기발령과 같이 그 일자를 소급하여 대기발령을 하는 것은 참가인의 인사규정에 그 근거가 있다고 볼 수 없다. 참가인의 인사규정 제31조 제1항 각 호의 규정에 의하면 ‘징계사유에 해당하여 징계위원회에 부의된 자’, ‘참가인과 직원 개인 간에 소송이 진행 중인 자’, ‘기타 사무형편상 필요하다고 인정되는 자’ 등에 대하여 직위 또는 직무를 부여하지 아니하고 대기발령의 처분을 할 수 있다. 이러한 인사규정의 해석상 대기발령은 참가인의 직원으로 하여금 현재의 직위 또는 직무를 그대로 수행하게 하는 것이 부적절하다고 볼만한 사유가 발생하였을 때 그 직원을 그때부터 그러한 사유가 해소될 때까지 잠정적으로 본래의 직위 또는 직무에서 배제시키기 위한 목적에서 행하는 처분이라고 풀이함이 상당하다. 그러므로 실제로 대기발령의 처분을 하는 날보다 일자를 소급하여 대기발령을 하는 것은 위 인사규정이 정하고 있는 대기발령의 사유나 목적 등 어느 것과도 서로 어긋나는 것으로서 위 인사규정이 규정하고 있는 내용과는 거리가 있다고 하지 않을 수 없다.

제2장
인사명령

4) 정당성 판단은 당해 처분에서 대기발령 사유로 삼은 사유에 한정하여 판단하여야 함

【대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54*** 판결446)】

사용자의 인사규정 등에 직원의 대기발령사유에 관하여 규정하고 있는 경우에 사용자가 위 규정에 의하여 직원을 대기발령하였다면 그 대기발령의 당부는 당해 처분에서 대기발령사유로 삼은 사유에 의하여 판단하여야 하고, 이와는 전혀 별개의 사유까지를 포함하여 위 대기발령 처분의 당부를 판단할 수는 없다고 할 것인바, 기록에 의하면 피고 회사는 위 원고에 대한 대기발령사유 중 ‘1996. 1.경 자신이 연장자라는 이유로 군기를 잡는다는 구실하에 소외 문○○ 등 3인을 폭행한 건’은 그 사유로 적시하지 아니하였음이 분명함에도 원심이 위 사유까지를 포함하여 이 사건 대기발령 처분의 당부를 판단한 것은 잘못이라고 할 것이다.

5) 징계로 규정되어 있지 않은 업무명령에 해당한다고 하더라도 과거 징계전력을 이유로 근로자에게 불이익을 주는(실질적으로는 징계 대체적 목적) 대기발령은 위법하다고 판단함

446) 같은 취지로 “다만, 사용자의 인사규정 등에 직원의 대기발령사유에 관하여 규정하고 있는 경우에 사용자가 위 규정에 의하여 직원을 대기발령하였다면 그 대기발령의 당부는 당해 처분에서 대기발령사유로 삼은 사유에 의하여 판단하여야 하고, 이와는 전혀 별개의 사유까지를 포함하여 위 대기발령 처분의 당부를 판단할 수는 없다.”고 할 것인바(대법원 1995. 3. 10. 선고 94누11*** 판결 참조), 서울고등법원 2012. 1. 12. 선고 2011누25106 판결[대법원 2012. 6. 14.자 2012두4*** 판결에서 심리불속행 기각 확정]이 있음

【서울고등법원 2009. 7. 29. 선고 2009누*** 판결447)】

...(전략)... 그런데 참가인의 경우와 같이 과거 징계전력을 이유로 역직되는 경우에는 다른 역직사유와는 달리 당초부터 원직복귀가 불가능하고 일정기간 역직되어 근무한 이후에는 인사위원회의 심의를 거쳐 대기발령된 후에 당연퇴직에 이르도록 되어 있는바, 이와 같은 역직제도의 내용은 이미 처벌받은 과거의 징계전력을 이유로 재차 역직되고 시간의 경과에 따라 순차적으로 대기발령을 거쳐 퇴직에 이르는 것이 예정된 것이어서 결국 징계전력이 있어 역직대상이 된다는 그 자체가 기간의 유예를 두었을 뿐 바로 퇴직을 의미하는 것이 되므로, 적어도 역직기간 중의 근무성과 등을 재평가하여 다시 원직에 복직될 수 있는 기회를 원천적으로 봉쇄하는 한 이러한 내용의 역직제도는 비록 효율적인 인력관리 등을 목적으로 근로자 과반수의 동의를 얻어 시행된 것이라 하더라도, 과거의 징계전력을 이유로 소급처벌을 하는 것이거나 이중처벌에 해당하여 무효라 할 것이다.

4.3 대기발령의 정당성 판단

가. 판례의 일반적 경향

1) 판례는 사용자의 대기발령이 ① 근로기준법 등에 위반되거나 ② 권리남용에 해당하지 않는 이상 그 사유를 위법하지 않다고 보고 있는데, 여기서 사용자의 대기발령이 재량권을 일탈한 권리남용에 해당하는지의 여부는 대기발령의 업무상의 필요성과 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교하여 심사함

【대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두2*** 판결】

대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속하고 이러한 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량이 인정되므로, 이것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 할 수 없고, 대기발령이 위와 같은 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 업무상의 필요와 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교교량, 대기발령을 하는 과정에서 근로자와의 협의 등 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부 등에 의하여 결정되어야 하나, 이때 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소일 뿐 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 대기발령이 권리남용에 해당되어 당연히 무효로 되는 것은 아니다. 원심이 인정한 사실을 이러한 법리에 비추어 살펴보면, 참가인 이○○의 규정위반 대출로 인하여 부실채권이 발생하는 등 원고에게 실질적으로 손해가 발생하였고 원고로서는 추가적인 규정위반 대출 내지 손해의 발생을 사전에 막을 필요성이 인정되는 점 등을 종합하여 볼 때 이 사건 직무정지 및 대기발령이 인사권의 남용에 해당한다고 볼 수 없으므로, 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고 거기에 상고 이유에서 주장하는 것과 같은 인사권 남용에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

447) 1심 판결(서울행정법원 2008. 11. 18. 선고 2008구합24*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2009. 10. 29.자 2009두15*** 판결) 심리불속행 기각 확정

2) 종래 영업부문이 회사분할로 인하여 신설회사로 이전됨에 따라 사용자에게 대기발령의 업무상 필요성이 발생한 반면에, 근로자들은 생활상 불이익이 크지 않고, 사용자가 생활상 불이익을 줄이기 위한 여러 대안들을 제시한 사정이 있는 경우 대기발령의 정당성을 인정함

【서울고등법원 2009. 4. 10. 선고 2008누24*** 판결⁴⁴⁸⁾】

먼저 이 사건 대기발령의 업무상 필요성에 관하여 보건대, ① 원고 근로자들이 이 사건 가처분결정에 따라 참가인 회사로 복직되었으나 직영승용판매부문의 영업시설은 이 사건 회사분할로 인하여 모두 신설회사로 이전되었으므로, 참가인으로서 원고 근로자들을 원직에 복직시키는 것이 경영형편상 불가능하거나 불합리하였던 점, ② 참가인의 각 사업부문 사이에는 인사이동이 거의 없었고 특히 영업사원에 대하여는 직영승용판매부문에서 다른 판매부문으로의 인사이동이 전혀 없었으므로, 참가인이 복직된 원고 근로자들을 직영승용판매부문 이외의 사업부문으로 발령하기를 기대하기도 어려웠던 점 등에 비추어 보면 원고 근로자들은 참가인의 취업규칙·인사규정이 정한 “경영형편상 과원으로 인정된 자”들로서 대기발령의 대상에 해당하므로 이 사건 대기발령은 업무상 필요성이 있다. 다음으로, 이 사건 대기발령으로 인한 원고 근로자들의 생활상 불이익에 관하여 보건대, 위 생활상 불이익이 극심하여 이 사건 대기발령의 업무상 필요성을 초과한다고 보기는 어렵고 원고들이 주장하는 다른 사정만 가지고는 이러한 판단을 뒤집기에 부족하다. …(중략)… 이 사건 대기발령은 직접적으로는 원고 근로자들이 신설회사로의 전적을 거부하여 이 사건 가처분결정을 받은 데 따른 것인바, 원고 근로자들로서는 “근로관계의 내용에 변경이 없는 다른 사용자로의 근로관계 이전”과 “대기발령으로 인한 불이익의 감수” 사이에 선택을 할 수 있으므로 이 사건 대기발령은 “근로관계의 완전한 종료”와 “대기발령으로 인한 불이익의 감수” 외에는 근로자 측에 다른 선택의 여지가 없는 통상적 대기발령의 경우와 그 사안이 다르다고 할 것이다. 결국 원고들은 이 사건 회사분할의 효력을 직접 다루는 데 실패하자 우회적인 방법으로 이 사건 회사분할을 사실상 무효화시킬 목적으로 위와 같은 생활상 불이익을 스스로 감수하고 있는 측면이 있고, 이에 비추어 보면 위 생활상 불이익은 원고 자신들에게도 그 원인이 일부 있다고 할 것이므로, 위 생활상 불이익이 온전히 이 사건 대기발령으로 인한 것이라고 보기는 어렵다.

3) 다수의 교통사고를 야기하였다는 이유로 특별한 해결방안 없이 대기발령을 하였으나 근로자는 사납금을 공제하고 남은 추가 수입 기회를 잃게 되거나 근로제공을 하지 못하는 인격적 침해를 받는 등 생활상 불이익이 큰 경우 대기발령의 정당성을 부정함

【서울고등법원 2011. 8. 17. 선고 2011누11*** 판결⁴⁴⁹⁾】

원고는 참가인이 다수의 교통사고를 야기하였다는 사유로 이미 정직 3개월의 징계처분을 하였으므로 다시 동일한 사유로 제재적 처분을 할 수 없을 뿐만 아니라, 특별한 해결방안을 제시하지 아니한 채 원고가 내세운 사유만으로 참가인에게 다시 무기한 대기발령을 한다고 하여 참가인이 향후 교통사고를 야기하지 않는다는 보장이 있는 것도 아니어서 이 사건 대기발령의 필요성을 쉽사리 인정하

448) 1심 판결(서울행정법원 2008. 7. 18. 선고 2007구합45*** 판결) 인용

기 어려운 점, 원고는 참가인이 향후 상당한 기간에 걸쳐 자신의 귀책사유로 근로의 제공을 할 수 없거나 근로제공을 함이 매우 부적당하다고 인정할 만한 특별한 사정이 없음에도 3개월의 정직기간을 마치고 출근하자마자 아무런 사전 통지나 협의 없이 무기한 대기발령을 하면서 신의칙상 요구되는 최소한의 적정절차도 거치지 아니한 점, 참가인은 이 사건 대기발령으로 인하여 기본급 이외에 사납금을 공제하고 남은 추가수입 기회를 잃게 되는 경제적 불이익뿐만 아니라, 출근을 하여도 본래 근로제공을 못하게 되어 근로자로서 인격적 침해를 받을 수 있는 점, 특히 원고도 현재까지 소속 근로자들에게 이 사건과 같이 무기한 대기발령을 한 전례가 없다고 자인하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 이 사건 대기발령은 그 업무상 필요성이 인정되지 아니하고 정당한 인사재량권의 범위를 넘는 경우에 해당하므로 위법하다.

나. 대기발령 사유의 존부만으로 정당성을 판단한 판례⁴⁵⁰⁾

1) 근로자에 대한 인사고과 결과와 업무실적, 출결 현황, 상급자 또는 동료 근로자들의 평가 등을 종합한 결과, 근로자의 직무수행능력이 현저히 부족하다고 판단하여 대기발령을 한 경우 정당성을 인정함

【대법원 2002. 7. 26. 선고 2000두9*** 판결】

근로자에 대한 대기발령이 정당하기 위해서는 해당 근로자에게 직위를 부여하지 않을 만한 정당한 사유가 있어야 할 것이고, 특히 직무수행능력 부족이나 근무태도 불량 등을 대기발령 사유로 삼을 경우에는 사용자의 자의적 판단이 문제될 수 있으므로, 객관적인 자료에 의해 대기발령 사유가 존재함이 입증되어야 하는 것이지만 ‘직무수행능력 혹은 근무태도’ 자체가 근로자의 능력 및 태도에 대한 일반적·추상적인 평가를 전제로 하는 것이므로, 인사고과결과, 업무실적, 출결상황, 상급자 혹은 동료 근로자들의 당해 근로자에 대한 평가 등의 자료를 모두 종합하여, 당해 근로자의 직무수행능력이 부족하거나 근무태도가 불량한 것으로 판단된다면, 해당 근로자에게 직위를 부여하지 않는 대기발령은 정당한 것이라고 보아야 할 것인데, 이 사건의 경우 원고가 근무하였던 ○○지점, ◇◇지점, 파□□□클럽의 최상급자들이 ‘직무수행능력의 현저한 부족’ 등을 이유로 원고에 대한 인사조치를 요청하였던 점, 1998. 5.경 파□□□클럽의 동료 근로자들 역시 파견 나와 있던 원고의 근무태도 등을 이유로 그 복귀를 요청하였던 점, 원고의 근무실태를 조사하였던 서○○가 ‘원고의 업무처리능력과 태도가 매우 불량하다’는 의견을 제시하였을 뿐만 아니라, 조합원들의 권익을 옹호하여야 할 위치에 있

449) 대법원 2011. 12. 8.자 2011두22*** 판결에서 심리불속행 기각 확정, 이 사건에서 원고(사용자)는 근로자가 12건의 교통사고를 야기하였다는 이유로 정직 3개월의 징계를 한 사실이 있음. 참가인(근로자)은 정직기간 중 노조 사무실에서 열린 노동조합 집회에 참석하였는데 원고 관리자가 정직기간 중임을 들어 참가인에게 퇴거 요구를 하였고, 참가인이 이에 불응하자 경찰에 신고하여 경찰이 출동한 사실이 있음. 이에 원고는 참가인이 정직기간 중 자숙하지 아니하였다는 점과 운전업무를 할 경우 교통사고 유발 우려가 있다는 점을 들어 무기한 대기발령하였음. 실제로 법원 또한 대기발령의 정당성을 판단함에 있어 ‘같은 이유로 이미 정직 3개월의 처분을 받았던 점’을 함께 고려하였음에 유의할 것

450) 판례 중 구체적인 사안에 따라 대기발령에 따른 근로자의 생활상 불이익과의 비교·형량 없이 대기발령 사유의 존부만으로 대기발령의 정당성을 판단하는 경우도 있음

던 노동조합 ▽▽도지부장조차 ‘원고를 즉시 징계해직 시켜야 한다’는 의견을 제시하였던 점, 원고가 ▽▽지점 등 여러 곳의 사업장에 근무하면서 다수의 상급자로부터 연이어 최하위에 가까운 근무성적평정을 받아 온 점 등에 비추어 원고의 직무수행능력 및 근무태도는 극히 불량하였던 것으로 보임으로 참가인이 인사규정 제24조 제1항 제1호에 근거하여 원고에 대해 대기발령을 명한 것이 부당하다고 볼 수 없다.

2) 상급자에 대한 폭언, 명예훼손 행위, 다른 직원을 선동하여 근무지 이탈 등의 행위를 한 자에게 ‘직원으로서의 근무태도가 심히 불성실한 경우’에 해당함을 이유로 대기발령을 한 경우 정당성을 인정함

【대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8*** 판결】

원심은 원고 법인이 운영하는 ○○대학교 부설기관인 전산원의 교학과장으로 근무하던 참가인이 새로 부임한 원고 법인 사무처장 겸 전산원장에 대하여 폭언과 명예훼손 등의 행위를 한 것은 전산원장이 추진하던 전산원 구조조정에 대한 반발에서 비롯된 것이지만, 당시 전산원이 처한 여러 가지 상황에 비추어 볼 때 구조조정의 필요성이 제기될 만한 문제가 있었던 것으로 인정된다고 할 것인데, 그와 같이 전산원의 운영이 어려운 상황에서 전산원 내부의 사무행정에 있어 중요한 역할을 담당하는 참가인이 구조조정에 대하여 불만을 품고 상급자인 전산원장에게 폭언을 하고 학교 통신망인 전자게시판에 전산원장을 비방하는 글을 게재하는 등의 명예훼손 행위를 하였을 뿐만 아니라 이사장을 면담하기 위하여 근무시간 중에 다른 직원들을 선동하여 근무지를 이탈한 것은 원고 법인의 정관 제48조 제2항 제1호 소정의 직위해제처분의 사유인 ‘직원으로서의 근무태도가 심히 불성실한 경우’에 해당한다고 할 것이고, 거기에 참가인의 업무상 착오로 원고 법인의 예산에서 훈련비를 지급하게 함으로써 원고 법인에 재산상 손해를 입힌 것, 시설임대료 등의 수입 및 지출의 투명성을 확보하지 아니한 것, 전산원장의 인장을 임의로 사용한 것 등의 다른 사유들까지 보태어 보면 원고의 참가인에 대한 직위해제 및 대기발령은 위 정관 규정에 따라 이루어진 정당한 인사조치라고 판단하였다.

제2장
인사명령

3) 3년간 업무실적이 하위 20% 이내에 해당함을 이유(업무실적 저조)로 대기발령을 한 경우 정당성을 인정함

【서울고등법원 2008. 7. 1. 선고 2007누31*** 판결⁴⁵¹⁾】

앞서 인정한 바와 같이 참가인 소속 부서의 2003년부터 2005년까지 3년간의 업무실적이 하위 20% 이내에 해당하는 점, 업무실적평가 기준과 절차 등에 있어서 원고의 인사고과 평가제도가 특별히 불합리하다고 보이지 않는 점, 2003년도 하반기에 있는 태풍 ‘매미’로 인하여 업무실적평가에 있어 다소 나쁜 영향을 받았으리라 짐작되나 태풍 매미와 관련된 보험금 지급 건은 업무실적평가에서 제외된 점, 임원회의를 통하여 이 사건 보직해제가 최종적으로 결정된 점 등에 이 사건 변론 과정에서 나타난 제반 정상을 종합하여 보면, 이 사건 보직해제는 정당한 인사권의 행사에 해당하는 것으로 봄이 상당하다.

4.4 대기발령의 기간 관련 판단

가. 정당성 인정 판례

1) 대기발령 기간이 중앙노동위원회의 재심판정 당시를 기준으로 하면 약 9개월간, 소송의 변론종결일을 기준으로 하면 약 1년 5개월간 지속되어 왔으나, 대기발령의 **업무상 필요성(경영형편상 과원)**이 계속되고 있었으며 근로자들에게도 대기발령의 장기화에 일부 책임이 있었던 경우 대기발령의 정당성을 인정함

【서울고등법원 2009. 4. 10. 선고 2008누24*** 판결】

다음으로 이 사건 대기발령이 장기간 행하여져 부당한 지에 관하여 보건대, 이 사건 대기발령은 이 사건 재심판정 당시를 기준으로 하면 약 9개월간, 이 사건 변론종결일을 기준으로 하면 약 2년 2개월간(다만, 앞의 제2항에서 본 바와 같이 원고 근로자들 대부분은 2008. 11. 1.자로 새로운 보직을 부여 받았으나, 원고 박○○의 경우에는 휴직으로 인하여 아직 대기발령 상태가 계속되고 있다) 지속되어 왔으나, ① 위 기간 동안 이 사건 가처분결정의 효력이 지속된 반면, 그 본안소송은 확정되지 아니하여 이 사건 대기발령의 업무상 필요성(경영형편상 과원)이 계속되고 있었던 점, ② 앞에서 본 바와 같이 원고들에게도 이 사건 대기발령의 장기화에 일부 책임이 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 대기발령이 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 유지되었다고 보기는 어렵다.

2) 인사규정이 대기발령의 기간을 6개월로 제한하고 있고 실제로 6개월을 초과하였으나, 인사규정에 ‘6개월을 초과하여도 사유가 없어지지 않을 경우에는 인사위원회의 결정에 따른다’는 규정이 함께 있었으며 근로자에게 달리 대기발령 해제사유가 없었던 경우 정당성을 인정함

【서울고등법원 2001. 12. 13. 선고 2001누1*** 판결(452)】

원고는 ‘이 사건 대기발령은 대기발령의 기간을 6개월로 제한하고 있는 인사규정 제22조의 규정에 위반한 것인 데다가, 참가인 은행이 1999년도에 들어 26개의 점포를 확장하였던 점 등에 비추어 부당하다’고 주장한다.

그러나 참가인 은행의 인사규정 제22조 제3항은 대기기간이 6개월을 초과하여도 그 사유가 없어지지 않을 경우에는 인사위원회의 결정에 따르도록 규정하고 있으므로, 이 사건 대기발령의 기간이 6개월을 초과하였다는 점만을 들어 이 사건 대기발령이 곧바로 부당한 것이라고 볼 수는 없고, 참가인 은행의 점포 확장 경위에 대하여는 이를 인정할 아무런 자료도 없으므로, 원고의 위 주장도 받아들일 수 없다.

451) 1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 26. 선고 2006구합48*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2008. 10. 9.자 2008두12*** 판결) 심리불속행 기각 확정

452) 1심 판결(서울행정법원 2001. 1. 9. 선고 2000구7*** 판결) 인용, 대법원(대법원 2002. 4. 15.자 2002두*** 판결) 심리불속행 기각 확정

나. 정당성 부정 판례

1) 장기간 대기발령 필요성이 없음에도 불구하고 약 1년 가까이 대기발령을 한 경우 정당성을 인정하지 않음

【서울고등법원 2012. 4. 19. 선고 2011누23*** 판결⁴⁵³⁾】

1) 이 사건 대기발령의 존속 기간

이 사건 대기발령이 언제까지 계속되었는지에 관하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 참가인은 2010. 4. 1.자로 원고들에 대한 대기발령 철회 후 그때까지 대기발령으로 인한 임금 차액분 전액을 지급하였으며, 2010. 7. 30.까지 원고들의 이 사건 대기발령 직전 3개월 평균임금을 기준으로 급여를 지급한 사실은 있으나, ① 고속버스를 운전하는 것이 원고들의 본연의 업무인데도 원고들은 위 기간 동안 고속버스 운전을 하지 못하였고 ② 참가인의 위와 같은 임금 지급으로 원고들의 경제적 손해는 회복될 수 있다고 하더라도 원고들이 본래의 근로제공을 하지 못함으로써 받는 침해가 회복되었다고 볼 수는 없으므로, 이 사건 대기발령은 위 기간에도 존속하였다고 보아야 하고, 또한 참가인은 이 사건 재심판정이 송달된 이후인 2010. 8. 1.부터는 원고들에게 심야수당, 대기수당, 초과수당 등 운행내역에 따른 급여를 지급하지 않았으므로, 원고들이 2010. 12. 3. 정직 2개월의 징계를 받을 때까지 이 사건 대기발령 상태가 지속되고 있었던 것으로 보아야 한다. 따라서 이 사건 대기발령은 2009. 12. 13.부터 2010. 12. 3.까지 약 1년간 계속되었다고 할 것이다. …(중략)… 가사 원고들이 권○○의 횡령에 가담하였거나 이를 묵인하였다고 보더라도 그 조사를 위하여 위와 같이 장기간 대기발령을 유지할 필요성이 있었다고 보기 어렵다(이 사건 대기발령은 원고들이 권○○의 횡령에 가담한 것에 대한 징계의 의미로서 내려진 것이 아니라, 가담 여부의 조사를 위한 것이었으므로, 원고들이 권○○의 횡령에 가담하였는지 여부는 대기발령 기간의 적정성을 판단함에 있어 주요한 고려요소로 여길 것은 아니다.

2) 근로자의 기존의 직무 범위 중 본질적인 부분을 제한하는 등의 방식으로 사실상 아무런 직무도 부여하지 않은 것과 별 차이가 없는 경우 정당성을 부정함

【대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다64*** 판결】

대기발령과 같은 잠정적인 인사명령이 명령 당시에는 정당한 경우라고 하더라도, 그러한 명령의 목적과 실제 기능, 유지의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 그 기간은 합리적인 범위 내에서 이뤄져야 한다. 따라서 대기발령 등의 인사명령을 받은 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없거나 근로제공을 함이 매우 부적당한 경우가 아닌데도, 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 잠정적 지위의 상태로 유지하는 것은 특별한 사정이 없는 한 정당한 이유가 있다고 보기 어려우므로 그와 같은 조치는 무효라고 보아야 한다. 그리고 위와 같은 법리는 대기발령처럼 근로자에게 아무런 직무도 부여하지 않아 근로의 제공을 할 수 없는 상태에서 단순히 다음 보직을 기다리도록 하는 경우뿐 아니라, 당해 근로자의 기존의 직무범위 중 본질적인 부분을 제한하는 등의 방식으로 사실상 아무런 직무도 부여하지 않은 것과 별 차이가 없는 경우 등에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다.

453) 1심 판결(서울행정법원 2011. 6. 17. 선고 2010구합31393 판결) 인용, 대법원(대법원 2012. 8. 17.자 2012두10*** 판결) 심리불속행 기각 확정

4.5 대기발령의 절차적 정당성 관련 판단

가. 절차 규정이 없는 경우

대기발령이 사용자가 행하는 인사명령의 일종인 이상, 사용자가 대기발령 처분을 함에 있어서 당해 근로자에게 변명의 기회를 부여하는 등의 절차를 반드시 거쳐야 하는 것은 아니라고 봄

【대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다64*** 판결】

대기발령 등 근로자에게 불이익한 처분이라도 취업규칙이나 인사관리규정 등에 징계처분의 하나로 규정되어 있지 않다면, 이는 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속하는 인사명령의 범주에 속하는 것이라고 보아야 하고, 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 한다. 따라서 위와 같은 처분은 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 단지 징계절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 위법하다고 할 수는 없다. 한편 사용자의 인사명령에 속하는 불이익한 처분이 대기발령이나 보직의 해제와 같은 잠정적 처분인지, 전보 등 확정적 처분인지는 명칭과 상관없이 처분이 이루어진 구체적인 경위, 그로 인한 근로자 지위의 변화, 변경된 근로의 내용, 업무의 지속성 여부, 처분 당시 사용자의 의사 등 제반 사정을 종합하여 판단할 것이다.

나. 근로자와의 협의를 거치지 않은 경우

‘근로자와의 협의’를 신의칙상 요구되는 절차 중 하나로 판시하고 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 대기발령이 권리남용에 해당되어 당연히 무효가 되는 것은 아니라고 판단함

【대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8*** 판결】

근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 대기발령이 권리남용에 해당되어 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다(대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 판결, 1999. 8. 20. 선고 99두1984 판결 등 참조). …(중략)…

이러한 사정을 종합하여 보면, 이 사건 대기발령은 참가인 회사의 인사규정 제16조 제1호에 근거한 것으로서 그 상당성이 있고 대기발령 선정기준도 합리성과 공정성을 가지고 있으므로 이 사건 대기발령은 정당하고, 참가인 회사가 1997. 말경 경영위기에 처하였고, 그 노동조합과의 사이에 사직서 수리기준에 관하여 협의를 마치는 등 원고에 대한 대기발령을 할 수 있는 실질적인 요건들이 갖추어져 있었을 뿐 아니라 원고가 위 사직서 수리기준의 1순위 대상자에 해당되는 점을 고려하면 참가인 회사가 원고를 대기발령함에 있어서 근로자 본인과 사전 협의를 거치지 않은 절차상의 하자가 있었다고 하더라도 그 사정만으로 이 사건 대기발령이 무효라고는 할 수 없다고 판단하였다.

다. 인사규정 등에 사유 등 절차 규정이 있는 경우

1) 인사규정에 사유를 통보하도록 정하고 있는 경우, **인사규정에 의한 사유통보를 흠결한 직위해제**는 정당성을 부정함

【대법원 1992. 7. 28. 선고 91다30*** 판결】

인사규정에 “직위해제를 명령하였을 때에는 그 사유를 본인에게 통보하여야 한다.”고 규정되어 있는 경우, 직위해제가 인사권자의 직권에 의하여 행해지는 직원에 대한 불이익처분이라는 점에 비추어 보면, 직위해제사유 통보에 관한 위 규정의 취지는 본인에게 직위해제를 당하게 된 경위를 알리도록 하여 그에 대한 불복의 기회를 보장함과 소위 인사권자로 하여금 직위해제사유의 존부를 신중하고 합리적으로 판단하게 하여 그 자의를 배제하도록 함으로써 직위해제에 관한 권한 행사의 적정을 기하려는 데 있다 할 것이고, 위 인사규정 자체 내에 직위해제사유 통보의 시기와 방법에 관하여 아무런 정함이 없다 할지라도 직위해제사유 통보에 관한 인사규정의 취지가 위와 같은 이상 그 직위해제사유 통보는 직위해제와 동시에 또는 직위해제 후 지체 없이 서면이나 구두 등의 적당한 방법에 의하여 행하되 본인이 그 당시의 전후 사정에 의하여 스스로에 대한 구체적인 직위해제사유를 알고 있다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 그 사유는 사실관계의 동일성을 판별할 수 있을 정도로 통보되어야 한다고 봄이 상당하다.

2) 조합운영규정상 ‘**이해관계 있는 자**’는 **인사위원회 심의에 참여**할 수 없도록 규정되어 있는데, 근로자의 욕설, 모욕과 불신임 발언의 피해자가 근로자에 대한 인사위원회 위원장으로 참석하여 심의와 결정을 한 경우 대기발령의 정당성을 인정하지 않음

【대법원 1994. 8. 23. 선고 94다7*** 판결】

1. 지역의료보험조합운영규정 제12조 제5항은 인사위원회의 심의사항에 대하여 이해관계가 있는 위원은 그 회의에 참석할 수 없다고 규정되어 있고, 이는 강행규정이라 할 것이며, 한편 피고는 원고에 대한 직위해제사유로 위 운영규정 제35조 제1항 제1호 소정의 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 불량한 자 또는 근무태도가 심히 불성실한 자를 들고 있고, 그 구체적인 내용은 소외인에 대한 욕설과 그에 대한 추태 및 불신임과 모독적 발언이므로, 위 안○○는 원고의 행위로 인한 구체적인 피해자로서 원고에 대한 직위해제를 심의하는 인사위원회의 심의사항에 대하여 이해관계가 있는 자임이 명백하고, 따라서 위 안○○가 인사위원회 위원장으로 참석하여 심의와 결정을 한 위 인사위원회는 그 구성에 중대한 잘못이 있으므로 그 인사위원회의 결의에 기하여 이루어진 피고의 1991. 10. 5.자 직위해제처분은 절차상 중대한 하자가 있게 되어 무효이고, 이에 터잡아 이루어진 피고의 1992. 1. 6.자 직권면직처분도 무효라고 할 것이니, 이와 같은 취지의 원심판단은 정당하다.

제5절 휴직명령

1. 휴직의 개념

1.1 휴직의 의미와 구별 개념

휴직이란 근로자를 해당 직무에 종사하게 하는 것이 불가능하거나 적절하지 않은 사유가 발생한 경우, 근로자의 지위는 그대로 유지하되 일정 기간 동안 해당 직무에 종사하는 것을 금지시키거나 근로제공의무를 면하게 하는 사용자의 처분을 의미함⁴⁵⁴⁾

휴직은 근로계약이 유효하게 존재한다는 점에서 근로계약이 종료되는 ‘**해고·퇴직**’과 구별되고, 근로제공의무가 면제된다는 점에서 근로제공의무가 있음에도 임의로 이를 이행하지 않는 ‘**결근**’과도 구별되며, 근로자의 비행을 이유로 한 징계처분이 아니라는 점에서 징계의 일종인 ‘**정직**’과도 구별됨

실무상으로는 ‘**대기발령(직위해제)**’와 구별하기 쉽지 않은 측면이 있는데, 대기발령(직위해제)이 사용자의 일방적인 인사명령인 반면, 휴직은 사용자의 일방적인 인사명령으로 이루어지는 경우(직권휴직)만이 아니라 근로자가 일정한 사유가 발생한 경우에 스스로 휴직을 희망한 것에 대하여 사용자가 이를 승인하는 경우(의원휴직)까지 포함한다는 측면에서 차이가 있음

【대법원 2009. 9. 10. 선고 2007두10*** 판결】

‘휴직’이라 함은 어떤 근로자를 그 직무에 종사하게 하는 것이 불능이거나 또는 적당하지 아니한 사유가 발생한 때에 그 근로자의 지위를 그대로 두면서, 일정한 기간 그 직무에 종사하는 것을 금지시키는 사용자의 처분을 말한다. 그렇다면 사용자가 그의 귀책사유에 해당하는 경영상의 필요에 따라 개별 근로자들에 대하여 구 근로기준법 제45조 제1항에 의한 휴업을 실시한 경우, 이러한 휴업 역시 구 근로기준법 제30조 제1항에서 정하는 “휴직”에 해당하는 불이익한 처분에 해당한다고 할 것이다.

1.2 휴직의 유형

‘휴직’은 근로자의 신청으로 인한 휴직, 사용자의 명령에 의한 휴직 등으로 구분할 수 있는데 ① ‘**의원휴직**’은 근로자가 일신상의 사정을 이유로 이를 신청한 경우(질병휴직, 가사휴직, 청원휴직, 연수휴직 등), 노동조합의 업무를 전담하기 위한 경우(노조 전임자 휴직), 근로자가 관련 법령에서 정한 사유를 이유로 이를 신청한 경우(육아휴직 등) 등이

454) 대법원 1992. 11. 13. 선고 92다16*** 판결, 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007두10*** 판결

있고, ② ‘**직권휴직**’은 기업의 경영상의 사정에 따라 해고회피의 일환으로 이루어지는 경우(해고회피휴직 등), 취업규칙·단체협약 등에서 정한 일정한 사유가 발생한 경우(징계휴직, 기소휴직 등), 근로자·사용자 모두의 사정과 무관한 일정한 사유가 발생한 경우(천재지변, 전염병 등에 의한 휴직) 등이 있음

그러나 취업규칙·단체협약 등에 특정한 휴직사유가 규정된 형식에 따라 직권휴직 또는 의원휴직 사유가 될 수도 있으므로 구분이 명확하지 않음

한편 일반적으로 휴직기간 동안 임금의 전부 또는 일부를 받지 못할 수 있고, 사유에 따라 해당기간이 근속연수에 반영되지 않아 임금·퇴직금 등에도 영향을 미칠 수 있으며, 휴직기간이 만료되기 전에 해고·퇴직 등으로 이어질 수 있는 불이익이 있다는 점에서 정당성 판단기준과 그 요건에 관한 논의가 필요함

2. 휴직의 정당성 판단

2.1 의원휴직

사용자가 근로자의 신청을 승낙하여 휴직명령을 한 경우에는 근로자가 예상하지 못한 불이익이 발생할 우려가 없기 때문에 정당성과 관련하여 문제가 될 소지가 적음

오히려 근로자의 의원휴직 신청에 사회통념상 합리적인 사유가 있음에도 사용자가 정당한 이유 없이 승인을 거부하는 것은 부당함⁴⁵⁵⁾

한편 의원휴직 기간 중에 휴직사유가 소멸·해소된 경우 근로자는 즉시 복직을 신청할 의무가 있는데 기간을 정하여 둔 것은 최소한 그 기간까지는 휴직의 사유가 계속됨을 전제로 근로제공의무를 면제시키는 것이지 휴직사유의 존부에 관계없이 근로제공의무를 면제한다는 의미는 아님

따라서 근로자가 휴직사유의 소멸·해소를 이유로 복직을 신청하였음에도 사용자가 정당한 이유 없이 이를 거부하는 것 역시 부당함⁴⁵⁶⁾

2.2 직권휴직

취업규칙·단체협약 등에 인사조치의 하나로 직권휴직이 규정되어 있지 않거나 휴직명령의 근거 규정은 있지만 그 사유에 관하여는 별다른 정함이 없는 경우에도 **사용자는 업무상 필요성 등이 있는 경우 직권휴직을 명할 수 있음**

455) 대법원 1997. 7. 22. 선고 95다53*** 판결

456) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012두4*** 판결

직권휴직의 정당성은 명문의 규정에 따른 사유의 존재 여부에 따라 단순히 결정되는 것은 아닌데 이는 직권휴직 사유가 명시된 경우에도 실제로 이를 명할 것인지 여부에 대해 통상적으로 사용자에게 재량권이 부여되어 있으므로, 사용자가 그 사유를 근거로 실제로 직권휴직을 명하였다면 재량권 행사의 일탈·남용 여부는 구체신청 및 사법심사의 대상이 될 수밖에 없기 때문이다

직권휴직은 ① 법령에 위반되지 않을 것, ② **업무상 필요성**이 있을 것, ③ 근로자의 **생활상 불이익**이 통상적으로 감수하여야 할 범위를 넘지 않을 것, ④ 명문의 규정이 있는 경우에는 그 절차를 거쳐야 하고 명문의 규정이 없더라도 **신의칙상 요구되는 절차**를 거칠 것을 전제로 **정당성이 인정**됨

판례는 단체협약·취업규칙에 정한 휴직사유가 발생한 것인지를 따져본 다음 당해 휴직규정의 설정 목적·실제 기능, 휴직명령권 발동의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없거나 근로제공을 함이 매우 부적당하다고 인정되는 경우에만 정당성을 인정함⁴⁵⁷⁾

3. 휴직 종료와 복직 등

근로자는 휴직기간에도 사용자에게 대하여 성실의무 등 근로계약상 부수적인 의무를 계속 부담하므로 휴직기간에 회사의 기밀을 누설하거나 사용자의 명예를 훼손하는 등의 행위를 하면 이를 근거로 징계를 받을 수 있음

사용자는 휴직기간이 만료된 경우 또는 휴직사유의 소멸·해소를 이유로 근로자가 복직신청을 한 경우에는 해당 근로자를 신속하게 복직시킬 의무가 있음. 이때 휴직 이전에 종사하던 업무로 복직시키는 것이 원칙이지만 사용자가 휴직기간·휴직사유·경영상 필요성·작업환경·인력구조의 변화 등에 따라 해당 근로자의 직무·능력을 고려하여 적절한 업무를 부여하는 경우에는 원래의 직무에 복직시키는 것이 아니라는 이유만으로 부당한 조치라고 단정할 수는 없음

휴직기간이 만료되었음에도 휴직사유가 소멸되지 않거나 복직 신청이 없는 경우 취업규칙에 ‘**당연퇴직(직권면직)** 한 것으로 본다’는 규정이 있는 경우에도 휴직기간 종료 후 **별다른 조치 없이 근로관계가 당연히 종료되는 것은 아니고** 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 해고할 수 있음⁴⁵⁸⁾

457) 대법원 1992. 11. 13. 선고 92다16*** 판결

458) 대법원 1993. 7. 13. 선고 93다3*** 판결

4. 휴직 관련 판례

4.1 정당성 판단 기준 관련 판례

1) 육아휴직 중인 여성 교육공무원이 출산휴가를 위해 복직신청을 한 경우 사용자는 지체없이 복직명령을 하여야 함

【대법원 2014. 6. 12. 선고 2012두4*** 판결】

구 교육공무원법 제44조 제1항 제7호는 ‘만 6세 이하의 초등학교 취학 전 자녀’를 양육대상으로 하여 ‘교육공무원이 그 자녀를 양육하기 위하여 필요한 경우’를 육아휴직의 사유로 규정하고 있으므로, 육아휴직 중 그 사유가 소멸하였는지 여부는 해당 자녀가 사망하거나 초등학교에 취학하는 등으로 양육대상에 관한 요건이 소멸한 경우뿐만 아니라 육아휴직 중인 교육공무원에게 해당 자녀를 더 이상 양육할 수 없거나, 양육을 위하여 휴직할 필요가 없는 사유가 발생하였는지 여부도 함께 고려하여야 하고, 국가공무원법 제73조 제2항의 문언에 비추어 복직명령은 기속행위이므로 휴직사유가 소멸하였음을 이유로 신청하는 경우 임용권자는 지체 없이 복직명령을 하여야 한다.

제2장
인사명령

2) 인사규정에 의한 명령휴직은 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없다가 근로제공을 함이 매우 부적당하다고 인정되는 경우에만 정당하다고 한 사례

【대법원 2005. 2. 18. 선고 2003다63*** 판결】

◇◇협동조합중앙회의 인사규정에 ‘형사사건으로 구속 또는 기소되었을 때에는 판결확정 후 1월까지 명령휴직을 할 수 있다’고 규정되어 있어 원고가 업무상 배임죄로 구속되었다가 검사의 구속취소로 석방되고 불구속 기소되어 무죄판결이 확정되기까지 명령휴직을 받은 경우 위 명령휴직은 원고가 구속된 동안에는 근로의 제공을 할 수 없는 경우에 해당하여 정당하다고 할 것이나, 원고가 석방된 이후에는 사회통념상 합리성을 결여한 처분으로 무효라고 보아야 할 것이다.

3) 경영상 필요성에 의한 휴직명령이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 당해 휴직명령 등의 경영상 필요성과 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경영상 불이익을 비교·교량하고, 휴직명령 대상자 선정의 기준이 합리적이어야 하며, 노동조합과의 협의 등 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지를 종합적으로 판단하여야 한다고 봄

【대법원 2009. 9. 10. 선고 2007두10*** 판결】

기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위해서는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요불가결하므로, 휴직명령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고, 따라서 이러한 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 하고, 그것이 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고·휴직·정직·감봉 기타 징벌을 하지 못하도록 하는 구 근로기준법 제30조 제1항에 위배되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정

이 없는 한 무효라고 할 수 없으며, 경영상의 필요를 이유로 하여 휴직명령이 취해진 경우 그 휴직명령이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 당해 휴직명령 등의 경영상의 필요성과 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익을 비교·교량하고, 휴직명령 대상자 선정의 기준이 합리적이어야 하며, 근로자가 속하는 노동조합과의 협의 등 그 휴직명령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다.

4) 은행이 노동조합과 경영상 해고 대상 인원수와 기준에 대하여 합의한 후 희망퇴직을 실시하였고, 대상자 중 유일하게 희망퇴직을 신청하지 않은 근로자에 대한 경영상 해고 방침을 세웠으며 해당 근로자를 현직에 근무시키기 곤란하다고 판단하여 인사관리지침 규정에 따라 휴직명령을 한 경우 이러한 휴직명령이 재량권 남용으로 무효라고는 볼 수 없다고 판시함

【대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29*** 판결】

휴직명령에 관하여 보건대, 피고 은행은 1999. 3. 4. 노동조합과 감축대상 인원수와 정리기준에 관하여 합의한 후 희망퇴직실시 기간중 희망퇴직을 신청한 직원들에 대하여 1999. 2. 27.자로 희망퇴직을 실시하고, 노동조합과 합의한 감축대상자 중 유일하게 희망퇴직을 신청하지 않은 원고에 대한 정리해고 방침을 세웠으며, 한편 원고는 1999. 2. 27.자 인사발령 이후 출근하지 않고 있었고 연락이 되지 않는 상태였으므로 피고 은행은 정리해고절차를 마무리할 때까지 원고를 현직에 근무시키기 곤란하다고 판단하여 “기타 직원 및 은행 형편상 휴직이 불가피하다고 인정될 때” 휴직명령을 할 수 있다는 인사관리지침 제6장 제4조 제5항을 적용하여 원고에 대하여 휴직명령을 하였음을 알 수 있으므로 위 휴직명령이 인사권을 남용하여 한 것으로서 무효라고 할 수 없다. 따라서 위 휴직명령이 원고에게 사실상 퇴직을 강요하기 위하여 인사재량권을 남용하여 한 인사처분으로서 무효라고 한 원심의 판단에는 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였거나 이유불비 또는 이유모순의 위법이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 정당하다.

4.2 휴직 종료와 복직 관련 판례

1) 사용자의 복직통보에도 불구하고 장기간 복직을 하지 않은 것은 복직거부에 해당한다고 판단한 사례

【서울고등법원 2003. 12. 18. 선고 2002누12*** 판결】

휴직사유 해소 후 3일 이내에 복직원을 제출하지 않으면 퇴직처리한다는 참가인의 취업규칙 제13조 제2항의 규정은 근로자의 장기휴직으로 인한 운수업무의 마비를 막기 위한 취지로 보이고, 한편 복직원의 제출은 장기간 휴직함으로써 근로제공을 일시 중단한 근로자가 이제부터 근로제공을 재개하여 사용자와의 근로관계를 지속할 것이라는 의사표시라고 할 것이다. 휴직 후 복직의사를 가진 근로자가 복직원을 제출하지 못할 특별한 사정이 있거나 혹은 부지불식간에 취업규칙상의 복직원 제출기한을 도과하였다고 하여 곧바로 당해 근로자를 당연퇴직으로 처리한다면 정당한 이유 없이 근로자

를 하고 한 것과 같은 부당한 결과를 초래함으로써 근로기준법 제30조를 잠탈할 소지가 없지 않을 것이나, 근로자가 사용자로부터 복직원을 제출해 달라는 요구를 받았고 또 그에 응하지 않으면 취업규칙에 따라 당연퇴직으로 처리할 것이 예상되는 상황에서 복직원 제출을 거부하는 것은 그 내심의 의사와는 상관없이 복직의 거부, 즉 근로계약 해지의 의사표시로서의 성질을 갖는다고 할 것이다. 비록 취업규칙상 당연퇴직사유의 하나로 규정되어 있는 ‘휴직사유 해소일부터 3일 이내에 복직원을 제출하지 않은 행위’가 실제로는 계속하여 3일간 무단결근한 행위와 유사한 면이 없지 않다고 하더라도, 복직원 제출의 거부가 위와 같이 근로계약 해지의 의사표시로서의 성질을 가지는 경우도 있는 점을 고려하면 취업규칙상의 위 복직원 미제출로 인한 당연퇴직 규정이 단체협약상 당연면직 사유인 ‘계속하여 1주일 이상 무단결근하였을 때’에 비하여 가벼운 사유(즉 ‘계속하여 3일간 무단결근 하였을 때’)를 노동조합원의 당연퇴직 사유로 규정한 것이라고 단정할 것은 아니고, 따라서 이를 상위 규범인 단체협약에 저촉되어 무효라고 할 수는 없다. 또한 이 사건에 있어서, 원고의 주장과 같이 종전에는 참가인 소속 근로자들 중 휴직하였다가 복직하면서 정식으로 복직원을 제출한 사례가 없었는데도 해당 시기에 유독 원고에 대하여서만 복직원 제출을 요구받은 사정이 있다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 원고가 노동조합장을 통하여 2000. 12. 5.까지 복직원을 제출하고 승무하라는 최후의 통보를 받고도 위 제출기한으로부터 10여일 이상 이를 거부한 것은 복직거부 의사를 표시한 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 이를 이유로 취업규칙 제13조 제2항에 의하여 원고를 당연퇴직처리한 것은 정당하고, 이것이 근로기준법 제30조를 잠탈한 경우라고 보기는 어렵다.

2) 취업규칙에 일정한 기한 내의 복직원 제출이 의무사항으로 되어 있더라도 이는 그 기한 내에 회사에 대해 복직의 의사를 표시하라는 취지이므로 **회사관계자와 복직에 관한 협의를 함에 있어 구두로 복직의사를 명백히 밝혔다면 설사 복직원을 제출하지 않았더라도 직권면직을 할 수 없다고 봄**

【서울행정법원 2007. 7. 10. 선고 2006구합41*** 판결】

살피건대, 위 인정사실에서 본 바와 같이 참가인 장○○가 휴직기간 만료 전날인 2005. 11. 11. 프론트팀장과 원고 호텔 내에서 만나 복직협의를 하였고, 다시 같은 해 11. 14. 총무과 소속 송◇◇을 만나 복직협의를 하였는데 송◇◇는 구체적인 근무장소는 소속 부서장인 소▽▽의 지시를 받으라고 하였으며, 이에 참가인 장▽▽가 소▽▽를 다시 만나 복직 시의 근무장소에 대해 협의를 하는 과정에서 소▽▽이 휴직 직전의 근무장소인 프론트 로비가 아닌 □□□타운 및 2층 수영장 로비 청소를 담당할 것을 지시하자 참가인 장○○가 내일부터 노동조합의 출근투쟁에 동참하겠다고면서 그 자리를 나온 점 등에 비추어 보면, 참가인 장○○는 휴직기간이 만료되는 시점을 전후하여 프론트팀장, 송◇◇ 등을 만나 근무장소 등의 복직에 관한 협의를 함으로써 원고에게 복직의사를 명백히 밝혔다고 할 것이고 그러한 복직의사의 표시가 반드시 서면으로 행해져야만 그 효력이 있다고 볼 것은 아니므로 원고가 참가인 장○○에 대하여 휴직기간 만료 후 30일 이내에 복직원을 제출하지 아니하였다는 이유로 직권면직을 한 것은 그 면직사유가 없음에도 직권면직을 한 것으로서 위법하다 할 것이다.

3) 휴직기간 연장에 묵시적 동의가 있었음에도 구체적 명시가 없다는 이유만으로 건강상태를 문제삼은 당연퇴직처분은 부당하다고 한 사례

【대법원 2009. 6. 11. 선고 2009두3*** 판결】

이 사건 상병이 발병한 후 2개월이 경과한 2007. 1. 18.에 이르러서도 원고 회사가 휴직 기간의 연장 또는 복직의 절차를 준수하였는지 여부에 대해 별다른 언급 없이 다만, 보조참가인의 건강 상태에 문제가 없다면 복직이 가능하다고 하였으므로, 보조참가인과 원고 회사 사이에는 묵시적으로나마 단체협약이나 취업규칙에서 정한 바에 따라 위 시점까지 휴직 기간의 연장에 대한 합의가 있었다고 보아야 할 것이고, 보조참가인이 제출한 의사의 소견서에 ‘택시 운전 업무를 하여도 된다’는 내용이 명시되어 있지 않다는 점만으로는 2007. 1. 18.자 보조참가인의 복직 신청을 거부한 데에 정당한 이유가 있다고 인정하기에 충분하다고 볼 수 없고, 또한 위와 같이 원고 회사의 부당한 복직 거부 상태가 지속되고 있는 이상, 그 후 보조참가인이 취업규칙에 따른 새로운 복직 신청 등의 절차를 밟지 않은 채 3개월 이상 경과하였다고 하더라도, 이를 이유로 취업규칙의 관련 규정에서 정한 당연퇴직 사유가 발생하였다고 볼 수도 없다.

제 3 장

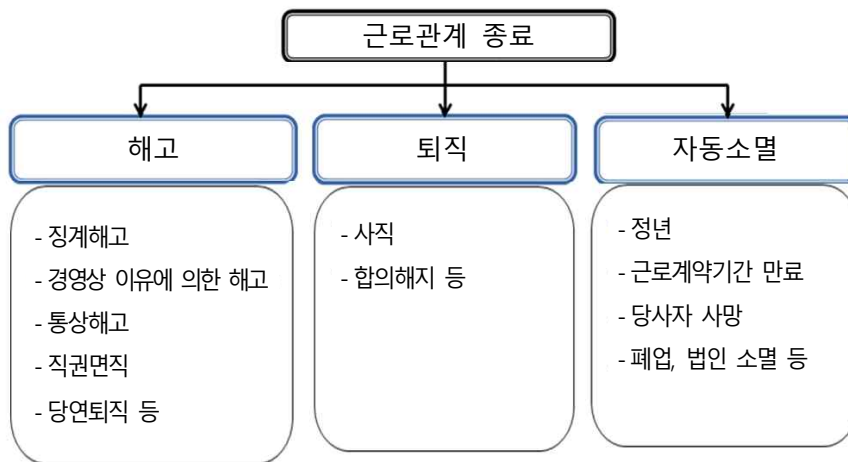
해고의 존부와 직권면직

제1절 의의	299
제2절 사직·합의해지(해고의 존부)	300
1. 사직·합의해지의 개념	300
2. 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임	304
3. 사직의 의사표시와 하자	306
4. 사직의 의사표시의 철회	309
5. 사직·합의해지 관련 판례	310
제3절 직권면직(통상해고)	336
1. 개관	336
2. 직권면직의 의의 및 성질	336
3. 직권면직의 제한	338
4. 직권면직 또는 당연퇴직 규정의 해석	340
5. 직권면직규정과 징계규정의 관계(직권면직에의 징계절차 적용 여부) ..	341
6. 대기발령에 이은 직권면직	342
7. 직권면직 사유별 검토	345
8. 직권면직 관련 판례	350

제1절 의의

근로기준법은 근로계약 종료의 유형에 대하여 제23조 ‘부당해고 등의 제한’과 제24조 ‘경영상 이유에 의한 해고의 제한’ 제도를 규정하고 있고, 상시 10명 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 제93조 ‘취업규칙의 작성·신고’ 제4호에서 ‘퇴직에 관한 사항’을 규정하도록 하고 있으며, 근로계약 종료의 다른 사유에 대해서는 규정하고 있지 않음

근로계약의 종료사유는 ① 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적인 의사에 의하여 이루어지는 해고, ② 근로자의 의사나 동의에 의하여 이루어지는 퇴직, ③ 근로자나 사용자의 의사와는 관계없는 자동소멸이 있음



귀책사유에 따른 해고유형	
근로자 측 귀책사유 (근로기준법 제23조 제1항)	통상해고
	징계해고
사용자 측 귀책사유 (근로기준법 제24조)	경영상 이유에 의한 해고

제2절 사직·합의해지(해고의 존부)

1. 사직·합의해지의 개념

1.1 근로관계의 종료 원인으로서는 사직과 합의해지(해고의 존부)

근로관계가 법률행위에 의하여 종료되는 경우는 일반적으로 ① 사용자의 근로자에 대한 단독행위인 **해고**, ② 근로자의 사용자에 대한 단독행위인 **사직**(해약고지), ③ 당사자 쌍방의 의사 합치(계약)가 이루어진 **합의해지**의 세 가지로 나누어짐

해고와 사직, 합의해지는 개념상 명백히 구분되지만, 근로자가 구두상 사용자의 해고 통보를 받았거나 사용자가 구두로 근로자의 사직 의사표시를 받았다고 주장하는 경우, 사용자가 퇴직할 의사가 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직원을 제출하게 하고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로관계를 종료시키는 경우 등 해고의 존부와 관련하여 실제 사건에서는 그 구분 여부가 다투어지는 경우가 다수 있음

사직과 합의해지에 의하여 근로관계가 종료되는 경우, 사용자 입장에서는 근로기준법상 해고에서 요구되는 ‘정당한 이유’가 필요하지 않기 때문에, 부당해고 구제신청 사건에서 사용자는 해당 근로관계의 종료 사유가 해고가 아닌 사직 또는 합의해지를 주장함(근로자의 사직이나 합의해지에 의해 근로계약 해지의 효력이 생긴 후 사용자가 근로자에 대하여 한 근로계약 소멸 통지는 관념의 통지에 불과하고 이를 해고라고 할 수 없으며, 따라서 해고제한법제의 적용을 피할 수 있기 때문).⁴⁵⁹⁾ 한편 근로자는 해고를 주장하므로 해고의 존부가 먼저 판단되어야 함

1.2 사직의 의사표시의 성격

판례는 사직의 의사표시에 대해 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 일방적으로 종료시키는 **해지통고(해약의 고지)**로 이해하고 있으며, 다만, 사직의 의사표시가 기재된 사직서의 구체적 내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직의 의사표시 철회의 동기, 사직서 제출 이후의 상황 등 제반 사정을 참작·고려하여 **근로계약에 대한 합의해지의 청약으로 볼 수 있는지 여부**를 판단하고 있음⁴⁶⁰⁾

한편 사직의 의사표시에 조건을 부가한 경우에도 이로써 합의해지의 청약이라고 단정할 수 있는 것은 아니고, 해약의 고지의 경우에도 원칙적으로는 조건을 붙일 수 없으나

459) 대법원 1997. 7. 30. 선고 95누7*** 판결 참조

460) 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8*** 판결, 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007다11*** 판결 등

근로자에게 유리한 것으로서 이미 사용자가 동의하였거나 사용자에게 특별히 불리하지 아니한 경우에는 예외적으로 조건을 붙일 수 있는 것이므로, 조건이 붙었다고 하여 사직의 의사표시를 해약고지로 보지 못할 것은 아님⁴⁶¹⁾

〈표〉 사직의 의사표시를 해지통고로 본 사례와 합의해지의 청약으로 본 사례 비교

사직의 의사표시를 해지통고로 본 경우	사직의 의사표시를 합의해지의 청약으로 본 경우
① 사회복지법인 운영 어린이집 원장으로 근무하던 근로자가 비위행위로 견책처분을 받음과 소외 새로운 어린이집 개원 실무책임자로 전보되자 사직서를 제출하였다가, 새로운 어린이집 관련 조례가 통과되었다는 소식을 듣고 사직의 의사표시를 철회한 경우⁴⁶²⁾ ② 대표이사가 민원인에게 사과할 것을 거듭 요구하였음에도 민원인에게 사과하느니 차라리 그만두겠다며 대표이사와 동료들에게 사직의사를 표시한 사실이 인정되고, 사직서에 결재란이 없으며, 회사의 사직처리 관행 또한 결재 없이 처리한 경우가 많은 경우⁴⁶³⁾ ③ 부하직원이 비위행위를 일으킨 것에 대한 관리감독 책임을 지는 의미로 사직서를 제출하였다가, 근로자의 구직을 배려하여 사용자가 사직처리를 연기하고 있던 중 구직활동이 제대로 되지 않자 사직의 의사표시를 철회한 경우⁴⁶⁴⁾ ④ 사직서에 ‘사직하고자 하오니 허락하여 주시기 바랍니다.’라는 기재는 되어 있으나, 근로자가 사용자의 행위로 인해 모욕감을 느껴 사직서를 제출한 경우⁴⁶⁵⁾	① 근로자가 순환명령휴직 대상자에 선정될 것을 예상하고 그와 같은 경우 휴직기간 경과 후 복직이 이루어지지 아니할 것을 우려하여 명예퇴직의 허락을 구하는 내용이 기재된 사직원을 제출한 경우⁴⁶⁶⁾ ② 교사인 근로자가 질병을 이유로 학교 측에 사직서를 제출하였다가, 학교 측의 승낙의 의사 형성되기 전에 질병이 완치됨에 따라 사직의 의사표시를 철회한 경우⁴⁶⁷⁾ ③ 사직서에 사용자의 허락을 구하는 문구가 기재되어 있으며, 실제로 결재권자들의 결재가 있었던 경우⁴⁶⁸⁾

제3장
해고의 준비와
직권면직

461) 대전고등법원 2015. 10. 8. 선고 2015누11*** 판결[1심 판결(대전지방법원 2015. 4. 22. 선고 2014구합102*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 1. 28.자 2015두55608 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

462) 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8*** 판결

463) 서울고등법원 2012. 5. 25. 선고 2012누41*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 11. 4. 선고 2011구합21*** 판결)을 인용함]

464) 서울고등법원 2010. 9. 29. 선고 2009누36*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 10. 16. 선고 2009구합*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(2011. 2. 10.자 2009누36*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

465) 서울고등법원 2012. 5. 24. 선고 2011누33961 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 25. 선고 2011구합12*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(2012. 9. 27.자 2012두13*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

466) 대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11*** 판결

467) 대법원 1992. 4. 10. 선고 91다43*** 판결

468) 서울행정법원 2011. 1. 28. 선고 2010구합28*** 판결

사직의 의사표시를 해지통고로 본 경우	사직의 의사표시를 합의해지의 청약으로 본 경우
⑤ 팀장으로 20년 이상 근무하던 근로자가 팀원으로 근무하게 되면서 어려움을 느끼고 이에 대하여 숙고한 후 사직원을 제출한 경우 ⁴⁶⁹⁾ ⑥ 민원에 대한 책임을 인정하고 사직서를 제출하면서 근로계약의 종료일을 별도로 기재한 경우 ⁴⁷⁰⁾	

1.3 사직과 합의해지의 법률관계

해고는 근로자의 의사와 상관없이 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료하는 것이므로 부당해고로부터 근로자를 보호하기 위해 강행규정인 근로기준법 제23조의 제한을 받지만, **사직과 합의해지**에 관해서는 근로기준법을 비롯한 노동관계법이 별도로 규정하고 있지 않으며, 따라서 대등한 당사자 사이의 계약관계를 규율하는 「민법」이 적용됨

【사직에 있어 「민법」의 적용 모습⁴⁷¹⁾】

민법 제655조에 의한 고용계약의 경우 고용기간의 약정이 없는 때에는 당사자는 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있고(민법 제660조 제1항), 이 경우 상대방이 해지의 통고를 받은 날로부터 1월이 경과하면 해지의 효력이 발생하며(민법 제660조 제2항), 기간으로 보수를 정한 때에는 상대방이 해지의 통고를 받은 당기후의 1기를 경과함으로써 해지의 효력이 생긴다(민법 제660조 제3항).

한편 고용기간의 약정이 있는 경우에도 부득이한 사유가 있는 때에는 각 당사자는 계약을 해지할 수 있다. 그러나 그 사유가 당사자 일방의 과실로 인하여 생긴 때에는 상대방에 대하여 손해를 배상하여야 한다(민법 제661조).

사직 또는 합의해지가 다툼의 쟁점이 되는 경우는 ① 사직의 의사표시 내지 근로계약해지의 합의가 존재하는지 여부, ② 근로자의 의사표시가 하자 있는 의사표시에 해당하는지 여부, ③ 사직의 의사표시 내지 합의해지의 청약이 철회 가능한지 여부 등임

1.4 사직의 의사표시 존부를 판단하는 요소

「민법」상 의사표시는 원칙적으로 불요식행위로 근로계약에 대한 사직의 의사표시 역시 특정한 방식이 요구되지 않으므로, 서면은 물론 구두나 이메일(전자문서)을 통한 의사표시도 효력이 있음

469) 서울고등법원 2012. 7. 25. 선고 2012누2*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 12. 22. 선고 2011구합21*** 판결)을 인용함]

470) 대전지방법원 2015. 1. 21. 선고 2014구합101*** 판결

471) 이에 대하여는 노동법실무연구회, 근로기준법 주해Ⅱ(제2판), 박영사, 2020, 88면 이하 참조

법원이 사직의 의사표시 존재를 긍정하는 구체적 판단요소로는 ① 근로관계 종료가 다투어지는 시점 이전에 존재하는 사직의 의사표시, ② 동료 직원과의 작별인사, ③ 개인 물품의 정리 및 반납, ④ 출근 거부, ⑤ 해고의 부당성을 다투는 항의 내지 이의제기의 부존재, ⑥ 퇴직금·전별금·감사패 등의 이의 없는 수령, ⑦ 다른 직장에서의 취업, ⑧ 권한 없는 직원으로부터의 해고 통지 후 결근 등이 있는데, 이들 중 어느 하나에 해당한다고 하여 사직의 의사표시가 있음을 단정하는 것이 아니라 **종합적으로** 고려하여 판단함

〈표〉 사직의 의사표시 존부 사례 비교

사직의 의사표시 존재를 긍정한 사례	사직의 의사표시 존재를 부정한 사례
① 취업규칙에 퇴직원의 제출이 규정되어 있지만, 이메일 내지 구두로 사직의 의사표시를 한 경우 ⁴⁷²⁾	① 사용자의 지시에 따라 동료들과 작별인사를 했고, 이후에도 계속 출근하면서 해고통지서를 작성해 줄 것을 요구한 경우 ⁴⁷⁸⁾
② 근로자가 징계감봉처분을 받고 급여가 적다는 이유로 2차래에 걸쳐 구두로 사직의 의사표시를 하고 이후 업무미배정에 대해서도 별다른 이의를 제기하지 않은 경우 ⁴⁷³⁾	② 사업장이 차후 업종이 변경되거나 매각되면 다른 직장을 알아보겠다는 취지로 이야기한 경우 ⁴⁷⁹⁾
③ 근로자가 근로조건의 향상을 주장하면서 근로조건이 충족되지 않는다면 출근할 수 없다고 통보한 뒤 회사를 떠난 경우 ⁴⁷⁴⁾	③ 컴퓨터에 사직서 파일을 작성한 사실은 있으나, 이를 출력하여 제출하지 않은 경우 ⁴⁸⁰⁾
④ 근로자가 사용자로부터 성과급 및 퇴직일자가 기재된 감사패를 이의 없이 수령하고 자신이 사용하던 진료실 열쇠를 반납하였으며 구직활동까지 한 사실이 있는 경우 ⁴⁷⁵⁾	④ 사업장 폐지라는 정지조건부 사직의 의사표시를 하였으나 이후 조건이 성취되지 않은 경우 ⁴⁸¹⁾
⑤ 근로자가 고용노동관서에 연장근로수당 진정을 제기한 이후 출근하지 않고, 장기간 이의나 항의 제기 없이 다른 곳에 취직한 경우 ⁴⁷⁶⁾	⑤ 필요하다면 사직하겠다고 하였을 뿐, 별도의 사직서를 제출하지 않은 경우 ⁴⁸²⁾
⑥ 해고결정권한이 없는 자로부터 들은 말을 해고로 오인하고 출근하지 않은 경우 ⁴⁷⁷⁾	

제3장
해고의 준비와
직권면직

472) 서울고등법원 2010. 12. 17. 선고 2010누19*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 6. 3. 선고 2009구합53*** 판결)을 인용함], 서울행정법원 2011. 4. 22. 선고 2010구합36*** 판결

473) 서울행정법원 2015. 12. 8. 선고 2005구합22*** 판결

474) 서울고등법원 2008. 11. 7. 선고 2008누16430 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 5. 20. 선고 2007구합24*** 판결)을 인용함]

475) 서울고등법원 2009. 1. 7. 선고 2008누22*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 7. 24. 선고 2008구합10*** 판결)을 인용함]

476) 서울고등법원 2011. 11. 18. 선고 2011누16*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2012. 2. 23.자 2012두*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

477) 서울고등법원 2011. 4. 28. 선고 2010누41*** 판결 [1심 판결(서울행정법원 2010. 10. 15. 선고 2010구합1*** 판결)을 인용함], 서울고등법원 2010. 5. 14. 선고 2009누29*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2009.

2. 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임

2.1 증명책임의 의의

증명책임은 소송상 증명을 요하는 사실의 존부가 확정되지 않을 때 그 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 법률판단을 받게 되는 당사자 일방의 위험 또는 불이익을 말함

인간의 인식능력이나 당사자의 증명에는 한계가 있을 수밖에 없기 때문에 재판에서는 사실이 증명되지 않는 경우가 적지 않음에도 불구하고 법원은 종국적인 판단을 하여야 하는바, 이때 법원은 증명책임이 있는 당사자가 증명하지 못하는 사실은 그 사실의 존재를 부인한 채 나머지 사실만으로 옳고 그름을 판단함⁴⁸³⁾⁴⁸⁴⁾

따라서 증명되지 않은 사실에 대해 누가 증명책임을 부담하는지에 따라 소송의 승패가 좌우되기 때문에 증명책임의 분배는 매우 중요함. 통설과 판례는 법률요건분류설에 따라 증명책임을 분배하고 있는바, 이에 의하면 권리의 존재를 주장하는 사람은 자신에게 소송을 통하여 실현시키고자 하는 어떠한 권리가 발생하였다는 점을 뒷받침하는 사실(권리발생사실, 청구원인사실)에 대하여, 권리의 존재를 다투는 상대방은 그러한 권리에 따른 의무를 자신이 부담하지 않는다는 사정을 뒷받침하는 사실(권리장애사실, 권리소멸사실, 권리행사저지사실)에 대하여 증명책임을 부담함

2.2 근로관계의 종료 원인과 증명책임의 분배

근로관계의 종료가 사직·합의해지에 의한 것인지 여부는 중앙노동위원회의 재심판정

9. 3. 선고 2009구합23*** 판결)을 인용함]

478) 서울고등법원 2009. 11. 20. 선고 2009누7*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2009. 11. 20.자 2009두23*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

479) 서울고등법원 2015. 9. 16. 선고 2014누56*** 판결 [1심 판결(서울행정법원 2014. 7. 4. 선고 2013구합29*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2016. 2. 3.자 2015두53*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

480) 서울고등법원 2014. 7. 23. 선고 2013누49*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 10. 4. 선고 2013구합10*** 판결)을 인용함]

481) 서울고등법원 2015. 3. 6. 선고 2014누52*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2014. 5. 23. 선고 2013구합55*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 7. 23.자 2015두40*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

482) 서울행정법원 2015. 3. 26. 선고 2014구합62*** 판결

483) 이시윤, 「신민사소송법」, (제6판), 박영사, 2011, 499~501면 참조

484) 증명책임은 민사소송에서 발전된 논의주제이기 때문에 행정소송에 해당하는 중앙노동위원회의 재심판정의 취소를 구하는 소송에서 증명책임의 개념이 유용한지 여부에 대하여 다툼이 있으나, 통설과 판례는 행정소송의 경우에도 변론주의를 기반으로 직권탐지주의를 가미한 것으로 보고 있고, 행정소송에서 직권조사가 인정되더라도 직권조사를 통해 모든 것을 명확하게 밝혀내기 어려워 경우에 따라 여전히 진위불명의 상태가 발생할 수 있으므로 증명책임에 대한 논의는 유효함

의 취소를 구하는 행정소송(부당해고구제재심판정취소소송) 내지 해고무효확인을 구하는 민사소송에서 문제되는데, **사직·합의해지의 존부는 결국 해고의 존부에 대한 증명문제와 관련되어 있음**

근로관계의 종료 원인이 사용자의 일방적인 의사에 의한 것, 즉 해고인지 여부에 따라 근로자에 대한 보호 정도가 달라질 수 있기 때문에 해고가 존재한다는 사실은 근로자에게 있어 매우 중요한 문제이고, 사용자의 입장에서든 근로관계의 종료 원인이 계약기간의 만료나 사직·합의해지가 아닌 해고로 평가되는 순간 근로기준법 제23조 제1항에 따라 **정당한 이유를 갖추어야** 한다는 점에서 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임 분배는 간과할 수 없는 문제임

해고의 정당성에 관한 증명책임은 사용자에게 있지만, 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임은 근로기준법이나 대법원에 의해 입장이 정리된 바가 없음

법률요건분류설에 의하면 해고로부터 구제를 받고자 하는 근로자에게 증명책임이 있다고 할 것이나 하급심 법원의 판례는 근로관계의 종료 원인이 불분명한 경우 사용자에게 증명책임을 부담시키는 경우와 근로자에게 증명책임을 부담시키는 경우로 나누어짐⁴⁸⁵⁾

제3장
해고의 존부와
직권면직

〈표〉 증명책임의 분배와 관련된 사례 비교

사용자에게 증명책임을 부담시킨 사례 ⁴⁸⁶⁾	근로자에게 증명책임을 부담시킨 사례
① 근로자가 동료 직원들로부터 퇴직선물을 받고 그들과 작별인사를 마친 후 사용자에게 해고통지서의 송부를 요구하고, 사용자는 퇴직을 이유로 고용보험 피보험자격 상실신고를 하고 근로자의 요청 이후 해고예고통지서를 송부한 경우 ⁴⁸⁷⁾ ② 근로자가 사용자와의 면담 과정에서 근로시간에 대하여 이견이 있는 후 출근하지 않다가 사용자가 근로자 소유 물품을 치우는 시기를 묻자 근로자가 이를 정리한 경우 ⁴⁸⁸⁾ ③ 사용자가 이미 해고를 한 차례 통지한 적이 있고 근로자가 사직하였다는 것에 대한 증명은 사용자 측 증인의 증언뿐이고 근로자가 달리 사직서를 제출한 사실이 없는 경우 ⁴⁸⁹⁾	① 휴일근로수당의 추가 지급 여부를 두고 사용자와 다툰 이후 근로자가 스스로 월급을 정산하고 회사에서 나간 경우 ⁴⁹¹⁾ ② 근로자는 구두로 해고통보를 받았다고 주장하고, 사용자는 근로자가 무단결근 후 재직기간(3일)의 임금을 지급하면 사직서를 제출하겠다고 하였으며 해고사실의 존부를 다툰 경우 ⁴⁹²⁾

485) 그러나 최근 서울고등법원(서울고등법원 2016. 5. 13. 선고 2015누54*** 판결)은 근로자가 근로관계 종료원인이 해고라고 주장함에 대하여 사용자가 근로자의 사직 의사표시 또는 근로계약의 합의해지에 따라 적법하게 종료되었다고 주장하는 경우, 일반적으로 행정소송에 있어서 행정청에게 처분의 적법성에 대한 증명책임이 있으므로 근로자의 구제신청을 인용한 중앙노동위원회가 근로관계 종료원인이 사직이 아닌 해고라는 점을 증명하여야 한다는 판결을 하기도 하였음

사용자에게 증명책임을 부담시킨 사례 ⁴⁸⁶⁾	근로자에게 증명책임을 부담시킨 사례
④ 사용자가 업무 중 발생한 사고와 관련하여 근로자에게 “이런 식으로 일을 하려면 당장 그만두라.”는 취지의 강한 질책을 하고, 몇 시간 뒤에 근로자가 작업복, 작업화, 출입카드 등을 남겨두고 퇴근한 경우 ⁴⁹⁰⁾	

3. 사직의 의사표시와 하자

3.1 진의 아닌 의사표시

자기의 진의와 다른 의사표시를 표의자 스스로 알면서 하는 경우를 진의 아닌 의사표시라고 하는바, 「민법」은 제107조 제1항에서 진의 아닌 의사표시의 경우에도 원칙적으로 유효하고 다만, 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 무효라고 규정함

이때 진의는 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하고, 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하지 않으므로, 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것을 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없음⁴⁹³⁾

한편 사직의 의사표시와 진의가 일치하지 않는다는 점 및 사용자가 진의 아닌 의사표

486) 한편 증명책임에 대한 명시적인 판시는 하지 않았으나 사용자가 근로자의 사직의 의사표시에 대한 증명을 하지 못하였음을 이유로 근로관계의 종료 원인을 해고라고 판단한 경우로는 서울고등법원 2008. 9. 16. 선고 2008누5*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 1. 18. 선고 2007구합18*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 1. 15.자 2008두18*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울행정법원 2008. 5. 23. 선고 2007구합39*** 판결

487) 서울행정법원 2008. 1. 31. 선고 2007구합19*** 판결

488) 서울행정법원 2011. 5. 27. 선고 2010구합32*** 판결

489) 서울고등법원 2014. 7. 18. 선고 2014누41*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2014. 1. 16. 선고 2013구합13*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 6.자 2014두39*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

490) 서울고등법원 2015. 8. 19. 선고 2014누58*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2014. 7. 17. 선고 2013구합30*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 11. 26.자 2015두51*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

491) 서울고등법원 2013. 10. 16. 선고 2012누34*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 2. 28.자 2013두23*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

492) 서울고등법원 2014. 6. 25. 선고 2014누40*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 12. 5. 선고 2013구합20*** 판결)을 인용함]

493) 대법원 2000. 4. 25. 선고 99다34*** 판결 등

시에 해당함을 알았거나 알 수 있었다는 점에 대한 **증명책임은 근로자에게 있음**

판례의 경향을 살펴보면, 회사의 방침이나 지시에 따라 어쩔 수 없이 (일괄)사표를 제출한 경우⁴⁹⁴⁾에는 진의 아닌 의사표시로 인정되는 반면, 희망퇴직(명예퇴직)의 경우 또는 비위행위로 인해 징계가 예상되는 경우⁴⁹⁵⁾와 같이 근로자가 제반 상황을 종합적으로 고려하여 불이익이 예상된 결과 자발적으로 사직서 등을 제출한 때에는 진의에 의한 의사표시를 인정하고 있음

〈표〉 진의 여부에 따른 사직의 의사표시 관련 사례 비교

사직의 의사표시가 무효인 사례 (진의 아닌 의사표시가 인정된 경우)	사직의 의사표시가 유효인 사례 (진의 아닌 의사표시가 부정된 경우)
① 사용자가 경영사정의 악화 및 임금채불을 타개할 목적으로 모든 근로자들로부터 미리 인쇄된 양식의 사직서를 제출받은 경우 ⁴⁹⁶⁾ ② 품질경영팀 직원 전원이 품질불량 문제에 근신하고 책임지는 차원에서 마지못해 형식상 사직서를 제출하였는데 유독 마지막까지 항의했던 자의 사직서만 수리된 경우 ⁴⁹⁷⁾ ③ 아파트 입주자대표회의가 자치관리에서 위탁관리로 변경하면서 고용승계를 약속하며 사직서 양식을 배부, 일괄하여 사직서 제출을 요구하여 이에 사직서를 제출한 경우 ⁴⁹⁸⁾ ④ 자신이 이미 기간의 정함이 없는 근로자가 되었음을 알지 못한 채 사용자가 계약기간 만료를 전제로 사직서 제출을 종용하자 사직서를 제출한 경우 ⁴⁹⁹⁾ ⑤ 퇴직금 중간정산을 위하여 사직 후 재입사의 형식을 취하고자 사직서를 제출한 경우 ⁵⁰⁰⁾	① 사용자가 경영상태 악화 및 인력감축의 필요성에 의해 일괄적으로 희망퇴직원을 받아 선별적으로 퇴직원을 수리한 경우 ⁵⁰¹⁾ ② 인사총무팀 차장이 전 직원을 상대로 희망퇴직 종용의 글을 사내게시판에 게시하였고, 부서장의 권유로 모두가 일괄 희망퇴직 신청서를 제출하자 그 중 일부를 선별수리 한 경우 ⁵⁰²⁾ ③ 사용자가 구조조정차원에서 실시한 명예퇴직제도에 따라 근로자가 사직서를 제출한 경우 ⁵⁰³⁾ ④ 소속 직원이 비위행위를 일으킨 데 대하여 사용자로 부터 관리감독 책임을 지적받고 자진하여 사직서를 제출한 경우 ⁵⁰⁴⁾ ⑤ 간호사가 항정신성의약품을 무단방출·투약한 사실이 발각되어 징계에 예상되자 사직서를 제출한 경우 ⁵⁰⁵⁾ ⑥ 사용자가 종전에 근로자의 사직서를 수차례 수리하지 않았다고 할지라도 사직서를 수리하지 않겠다는 합의가 있지 않은 이상, 근로자가 사직일자 표기되지 않은 사직서와 함께 제출한 각서에 향후 문제가 발생하면 사직서를 수리하여도 이의를 제기하지 않겠다는 내용이 있는 경우 ⁵⁰⁶⁾

제3장
해고의 준비와
직권면직

494) 대법원 1991. 7. 12. 선고 90다11*** 판결, 대법원 1992. 9. 1. 선고 92다26*** 판결, 대법원 1994. 4. 29. 선고 93누16*** 판결, 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다18*** 판결, 대법원 2003. 10. 10. 선고 2001다76*** 판결 등

495) 대법원 2003. 4. 22. 선고 2002다65*** 판결, 대법원 2000. 4. 25. 선고 99다34*** 판결 등

496) 서울고등법원 2008. 5. 14. 선고 2007누29*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 16. 선고 2007구합16*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 21.자 2008두8*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

497) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두15*** 판결

498) 서울행정법원 2012. 4. 12. 선고 2011구합39*** 판결

499) 서울고등법원 2012. 11. 14. 선고 2011누39*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 14.자 2012두27*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

500) 서울고등법원 2014. 12. 19. 선고 2014누42*** 판결

3.2 강요 등 기타 의사표시

사용자가 근로자에게 인사상 불이익이나 경제적 불이익, 폭언 등을 가하면서 반복적으로 사직을 종용하여 근로자의 자유의사가 침해된 상태에서 사직의 의사표시를 한 경우⁵⁰⁷⁾ 실질적으로 해고에 해당함.⁵⁰⁸⁾ 그러나 법원은 인사담당자가 근로자의 비위행위에 대하여 장래 징계해고의 가능성을 시사한 것은 객관적인 상황에 대한 고지에 불과하여 강요라고 볼 수 없다고 봄⁵⁰⁹⁾

한편 사직의 의사표시가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 약정 등에서 비롯한 경우에도 의사표시의 하자가 있는 것인바, 법원은 「민법」 제103조에 따라 이때 사직의 의사표시를 무효라고 봄.⁵¹⁰⁾ 법원은 노동조합장 선거에 참여한 두 조합원이 **선거결과에 따라 사직하기로 하는 약정**을 하고 미리 퇴직원을 제출한 후 낙선한 자의 사직서를 수리한 경우, 선거결과에 따라 사직하기로 하는 약정은 법률상 강제할 수 없는 성질의 것이라 할 것인데, 미리 퇴직원을 제출하기로 함으로써 법률상 강제할 수 없는 의무의 내용을 실질적으로 강제하고 있으므로 이러한 사직의 합의는 「민법」 제103조 소정의 반사회질서행위에 해당하여 무효이고 이에 따라 제출된 퇴직원에 기한 사직의 의사표시 역시 무효에 해당한다고 보았음⁵¹¹⁾

진의 아닌 의사표시의 경우와 마찬가지로 사직의 의사표시가 ‘근로자의 자유의사가 침해된 상태라는 점’ 또는 ‘반사회질서 행위에 해당하는 것’이라는 점에 대한 증명책임은 근로자에게 있음

501) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51***, 51*** 판결

502) 서울고등법원 2007. 6. 14. 선고 2007누17*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 6. 14. 선고 2006구합40*** 판결)을 인용하였음]

503) 대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11*** 판결

504) 서울고등법원 2010. 9. 29. 선고 2009누36*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 10. 16. 선고 2009구합*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 (대법원 2011. 2. 10.자 2009누36*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

505) 서울고등법원 2010. 9. 28. 선고 2009누32*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2011. 1. 13.자 2010두23*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

506) 서울고등법원 2012. 4. 6. 선고 2012누12*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2012. 4. 6. 선고 2011구합35*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 28.자 2012두28*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

507) 대법원 1993. 1. 26. 선고 91다38*** 판결, 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001두11*** 판결 등

508) 「민법」 제110조는 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다고 규정하고 있으나, 판례는 강요 내지 강박에 의한 사직의 의사표시의 경우 취소를 인정하는 대신 실질적으로 해고에 해당한다고 판시하고 있음

509) 서울고등법원 2011. 5. 31. 선고 2010누23*** 판결[동 사건은 대법원(2011. 9. 29.자 2011두13*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 같은 취지로 대법원 1995. 12. 5. 선고 95누12*** 판결, 대전고등법원 2015. 10. 8. 선고 2015누11*** 판결[1심 판결(대전지방법원 2015. 4. 22. 선고 2014구합102*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 1. 28.자 2015두55*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

510) 반사회질서 행위의 개념에 대하여는, 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다56*** 판결 참조

511) 서울고등법원 2010. 1. 20. 선고 2009누18*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 6. 18. 선고 2008구합48*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 5. 13.자 2010두3*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

〈표〉 강요에 의한 사직의 의사표시 관련 사례 비교

강요에 의한 사직의 의사표시를 인정한 경우	강요에 의한 사직의 의사표시를 부정한 경우
① 정부의 공기업 경영혁신계획에 따른 인력감축의 일환으로 사용자가 구조조정대상자를 선정함에 있어 합리적이고 공정한 기준 없이 일부 근로자를 문제 직원으로 확정하고 계속하여 사직을 종용함으로써 의원면직 형식으로 근로계약관계를 종료시킨 경우 ⁵¹²⁾ ② 사용자가 사무실이 아닌 곳에서 욕설과 폭언을 하면서 사직서를 요구하여 근로자가 어쩔 수 없이 사직서를 제출한 경우 ⁵¹³⁾	① 사직하지 않으면 징계절차에 회부되어 징계해고될 것이고 검찰 고발을 당하게 되어 형사처벌을 받게 될 것이라는 비위행위에 대한 감사처리 결과를 통보받은 후 근로자가 사직서를 제출한 경우 ⁵¹⁴⁾ ② ‘경영진과 맞지 않으니 회사를 떠나라’는 요구가 있었다고 하더라도, 근로자가 1차 사직서 제출 이후 2차 사직서 및 퇴직서약서까지 제출한 경우 ⁵¹⁵⁾

4. 사직의 의사표시의 철회

4.1 사직의 의사표시의 성격에 따른 철회 가능 시점

사직의 의사표시가 존재하고 그 의사표시에 아무런 하자가 없더라도, 의사표시가 있는 후 근로관계의 종료를 더 이상 원하지 않을 경우 근로자는 사직의 의사표시를 철회할 수 있는바, 철회가 가능한 시점은 사직의 의사표시의 성격에 따라 달라짐

사직의 의사표시가 근로자의 일방적인 **근로계약 해지통고(해약의 고지)**에 해당하는 경우 근로자는 **사직의 의사표시가 사용자에게 도달한 후에는 사용자의 동의가 있는 경우를 제외하고 철회할 수 없는** 반면, 사직의 의사표시가 근로계약에 대한 **합의해지 청약**에 해당하는 경우 근로자는 철회로 인해 사용자에게 불측의 손해를 입히는 등 신의칙에 반하는 사정이 있는 경우를 제외하고는 **사용자의 승낙이 근로자에게 도달할 때까지 청약의 의사표시를 철회할 수 있음**

512) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001두11*** 판결

513) 서울행정법원 2013. 7. 23. 선고 2013구합2*** 판결

514) 서울고등법원 2011. 5. 31. 선고 2010누23*** 판결[동 사건은 대법원(2011. 9. 29.자 2011두13972 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

515) 서울고등법원 2009. 6. 30. 선고 2008누27*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 9. 5. 선고 2008구합11*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 9. 25.자 2009두12*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

〈표〉 해지통고와 합의해지 청약의 철회가능 시점 비교

	해지통고(해약고지)	합의해지의 청약
철회 가능 시점	[원칙] 사직의 의사표시가 사용자에게 도달하기 이전 철회 가능	[원칙] 사용자의 승낙의 의사표시가 근로자에게 도달하기 이전 철회 가능
	[예외] 사용자의 동의가 있는 경우 사직의 의사표시 도달 이후에도 철회 가능	[예외] 철회로 인해 사용자가 불측의 손해를 입는 등 신의칙에 반하는 사정이 있는 경우 철회 불가

4.2 근로계약의 종료시점과 사직의 의사표시의 철회 가능 시점

근로계약의 종료시점과 사직의 의사표시 철회 가능시점은 서로 다른 개념임에 유의하여야 하는바, 가령 사직의 의사표시가 해지통고(해약의 고지)에 해당하는 경우 근로계약의 일반적인 종료시점은 「민법」 제660조 소정의 기간이 경과한 때이지만, 사직의 의사표시 철회 가능 여부는 여전히 의사표시가 사용자에게 도달하였는지를 기준으로 함. 따라서 철회 가능시점이 지났음에도 근로계약이 종료되지 않았다고 해서 사직의 의사표시를 철회할 수 있는 것은 아님(마찬가지로 사직의 의사표시를 하면서 근로계약의 종료에 기한이나 조건을 부가한 경우 그 기한이 도래하거나 조건이 성취되는 때에 근로관계가 종료되는 것이지만, 이때 사직의 의사표시의 철회 가능시점은 근로관계 종료시점과 관계없이 그 의사표시의 성격이 해지통고(해약의 고지)인지 합의해지의 청약인지 여부에 따라 결정됨)⁵¹⁶⁾

5. 사직·합의해지 관련 판례

5.1 사직의 의사표시 존부 관련

가. 사직의 의사표시 존재를 긍정한 사례

1) 취업규칙에 퇴직원의 제출이 규정되어 있지만, 이메일로 사직의 의사표시를 한 경우

【서울고등법원 2010. 12. 17. 선고 2010누19*** 판결⁵¹⁷⁾】

근로계약관계의 합의해지에 관하여는 근로기준법에 특별한 규정이 없으므로 민법상 법률행위에 관한 규정이 적용된다고 할 것인데, 민법상 의사표시는 다른 규정이 없는 한 원칙적으로 불요식행위이므로 근로계약관계의 합의해지에 관한 청약의 의사표시인 사직의 의사표시 역시 특정한 방식이 요구되지 아니한다고 할 것이다.

비록 취업규칙 제42조 제1호에서 “근로자가 퇴직하고자 할 경우에는 적어도 퇴직예정일 1개월 전

516) 대법원 1994. 8. 9. 선고 94다14*** 판결

에 퇴직원을 제출하여야 한다.”라고 규정하고 있기는 하나, 위 규정은 참가인 회사의 적정한 인사행정 처리와 업무 인수인계를 위한 규정에 불과한 것으로 보일 뿐이고, 위 취업규칙 조항을 두고 근로자가 반드시 ‘퇴직원’이라는 명칭의 서면을 제출하여야만 적법한 사직의 의사표시를 한 것으로 인정하고 나머지 방식, 즉 구두나 이메일(전자문서)을 통한 사직의 의사표시는 효력이 없는 것으로 보겠다는 취지로 해석할 수는 없다.

원고가 참가인에게 보낸 이메일(을 1, 4호증 및 갑 6호증 참조)의 내용을 전체적으로 살펴보면, 원고의 의사표시 중 자신이 희망하는 퇴직일을 밝힌 부분이 잠정적인 의사표시에 불과한 것으로 볼 수 없다.

2) 취업규칙에 퇴직원의 제출이 규정되어 있지만, 구두로 사직의 의사표시를 한 경우

【서울행정법원 2011. 4. 22. 선고 2010구합36*** 판결】

근로계약관계의 합의해지에 관하여는 근로기준법에 특별한 규정이 없는 한 민법상 법률행위에 관한 규정이 적용되고, 민법상 의사표시는 원칙적으로 불요식행위로 근로계약관계의 합의해지에 관한 청약의 의사표시인 사직의 의사표시 역시 특정한 방식이 요구되지 아니하므로, 서면은 물론 구두나 이메일(전자문서)을 통한 사직의 의사표시도 효력이 있다 할 것이다.

비록 취업규칙 제66조 제1호에서는 ‘직원이 퇴직하고자 할 때에는 30일 전에 퇴직원을 제출하고 업무 인수인계 완료시까지 종전의 업무를 계속 집무하여야 한다.’라고 규정되어 있으나, 위 규정은 참가인의 적정한 인사행정 처리와 업무 인수인계를 위한 규정에 불과할 뿐이고, 위 조항을 두고 근로자가 반드시 ‘퇴직원’이라는 명칭의 서면을 제출하여야만 적법한 사직의 의사표시를 한 것으로 볼 수는 없다. …(중략)… 원고는 ① 신○○ 소장의 용액팀에서의 근무 제안을 거절하며 구두로 회사를 그만두겠다고 했던 점, ② 차◇◇ 사장과 면담에서도 퇴사하겠다는 의사를 구두로 표시하였던 점, …(중략)… 등을 종합하면, 원고는 적법한 사직의 의사표시를 하였다고 보이고, 이를 감정상 발언에 불과한 잠정적인 의사표시에 불과한 것으로 볼 수 없다.

제3장
해고의 준비와
직권면직

3) 근로자가 징계감봉처분을 받고 급여가 적다는 이유로 2차례에 걸쳐 구두로 사직의 의사표시를 하고 이후 업무 미배정에 대해서도 별다른 이의를 제기하지 않은 경우

【서울행정법원 2015. 12. 8. 선고 2005구합22*** 판결】

원고는 2004. 6. 30.과 2004. 7. 1. 참가인 회사에 대하여 명백히 사직의 의사를 밝혔고, 참가인 회사의 관리부장 정○○와의 사이에 퇴사시기를 2004. 7. 31.로 하기로 합의한 점, 원고는 그 이후 퇴사시기로 정한 2004. 7. 31.에 이르기까지 참가인 회사에 대하여 사직의 의사를 철회한 적이 없고, 원고의 퇴사를 전제로 하여 참가인 회사가 2004. 7월 말경 원고에게 2004. 8월 초경 실시될 예정인 운전교습과 관련하여 교습차량 및 수강생을 미배정한 행위에 대하여도 별다른 이의를 제기하지 아니한 점, 그러다가 사용자 측인 참가인 회사와의 합의에 따라 퇴사의 효과가 발생하여 근로계약관계가 종료한 결과 더 이상 사직의사를 철회할 수 없는 시점인 2004. 8. 2.에 이르러서야 비로소 참가인 회사에 대

517) 1심 판결(서울행정법원 2010. 6. 3. 선고 2009구합53*** 판결)을 인용함

하여 계속근로의 의사를 밝혔던 점, 원고가 사직의 의사를 밝히게 된 것은 급여가 적다는 사유에 의한 것으로, 사직서 등 서면의 제출 없이 구두로 사직의 의사표시를 밝힌 것이기는 하나, 이는 참가인 회사가 가족 중심으로 운영되는 소규모 회사로서 원고가 참가인 회사에 입사할 당시에도 서면에 의한 근로계약을 작성함이 없이 구두로 임금 등만을 협의하여 근로계약이 체결되는 등 근로자와의 사이에 근로계약과 관련한 행위가 대체로 서면이 아닌 구두에 의하여 주로 이루어져 구두로 사직의 의사를 밝히는 원고에 대하여도 특별히 사직서의 제출을 요구하지 않은 것에 불과한 것으로 볼 수 있는 점을 종합하면, 달리 원고의 참가인에 대한 사직의 의사표시가 의사결정의 자유를 박탈당하였거나 위법하게 침해받은 상태에서 이루어진 것으로 볼 사정이 존재하지도 아니하는 이 사건에서, 원고와 참가인 회사 사이의 근로계약관계는 위와 같이 원고의 사직의 의사표시와 참가인 회사의 이에 대한 승낙으로써 합의해지에 의하여 유효하게 종료되었다 할 것이다.

4) 근로자가 근로조건의 향상을 주장하면서 근로조건이 충족되지 않는다면 출근할 수 없다고 통보한 뒤 회사를 떠난 경우

【서울고등법원 2008. 11. 7. 선고 2008누16*** 판결⁵¹⁸⁾】

참가인들은 원고 회사에게 일방적으로 근로계약에서 정한 본질적 근로조건이라 할 수 있는 1일 9시간의 근로시간을 일급 12만 원을 유지한 상태에서 8시간으로 변경하여 줄 것을 요구하였고, 원고 회사가 이를 받아들이지 아니하자 최초 근로계약에서 정한 근로조건에 따라서는 더 이상 근무하지 않겠다는 의사를 표시한 뒤, 그때부터 스스로 원고 회사에 출근하지 않았다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 근로관계는 참가인들이 스스로 근로 제공을 하지 않겠다는 의사 표시를 하고 그 후 출근하지 않음에 따라 원고 회사가 사직 처리를 함으로서 합의 해지되었다고 봄이 상당하다.

5) 근로자가 사용자로부터 성과급 및 퇴직일자가 기재된 감사패를 이의 없이 수령하고 자신이 사용하던 진료실 열쇠를 반납하였으며 구직활동까지 한 사실이 있는 경우

【서울고등법원 2009. 1. 7. 선고 2008누22*** 판결⁵¹⁹⁾】

원고가 참가인에 대하여 사직서를 제출하지는 않았으나, 앞서 인정된 바와 같이 원고는 이 사건 근로관계 종료일 이전에 다른 병원으로 이직을 위한 구직활동을 하여 왔고, 참가인 역시 추○○와 2007. 7. 1.부터 추○○가 이 사건 병원의 병원장으로 근무하는 내용의 계약을 체결한 점, 원고는 특별히 이의를 제기하지 않고 평소의 급여지급일보다 이른 2007. 6. 30. 정산된 성과급을 수령하였을 뿐 아니라 퇴직일이 2007. 6. 30.로 기재된 감사패를 수령하고 그동안 사용하던 진료실의 열쇠를 반납한 점, 참가인이 별다른 사유 없이 자신의 비용을 들여 정상적인 병원진료기간 중 원고에게 제주도 여행을 보내 주었을 것으로 보이는 않으므로 이는 퇴직위로여행으로 보이고 원고는 아무런 이의 없이 위 여행을 다녀온 점, 참가인은 여행을 다녀온 후 2007. 7. 23.부터 ○○중앙병원에서 근무하여 온 점 등 이 사건 근로계약 종료일을 전후한 일련의 사정들을 종합하면, 이 사건 근로계약 종료일 무렵 이미 원고와 참가인 사이에는 2007. 6. 30. 근로계약 종료합의가 있었던 것으로 봄이 상당하다.

518) 1심 판결(서울행정법원 2008. 5. 20. 선고 2007구합24*** 판결)을 인용함

6) 근로자가 고용노동관서에 연장근로수당 진정을 제기한 이후 출근하지 않고, 장기간 이의나 항의 제기 없이 다른 곳에 취직한 경우

【서울고등법원 2011. 11. 18. 선고 2011누16*** 판결⁵²⁰⁾】

원고는 참가인과 사이에 야간근로수당 등의 지급문제와 관련하여 사직하겠다는 취지로 이야기를 하는 등 여러 차례 마찰을 빚다가 노동청의 조사까지 받은 후에는 이 사건 사업장에서 더 이상 근무하는 것이 어렵다고 판단하여 임의로 이 사건 사업장에 출근하지 않음으로써 묵시적으로 사직의 의사표시를 하였고, 참가인은 원고의 묵시적인 사직의 의사표시를 수용함으로써, 원고와 참가인 사이의 근로관계는 합의해지로 종료되었음을 추인할 수 있다. …(중략)…

원고가 참가인으로부터 부당하게 해고를 당하였다면 해고통보를 받은 즉시 이 사건 사업장으로 출근하여 이의를 제기하였을 것임에도, 원고는 자신이 해고통보를 받았다는 날인 2008. 12. 11.부터 ◇◇지방노동위원회에 구제신청을 한 2009. 3. 6.까지 참가인이나 최○○에게 해고여부를 확인하거나, 해고에 대한 항의를 하는 등의 조치를 취하지 아니하고, 오히려 2009. 1. 22.부터 ○○아파트 관리사무소에 취직하여 근무하였다.

원고가 참가인에게 사직서를 제출하지 않았으나, 이 사건 사업장은 비교적 소규모 사업장으로서, 앞서 본 바와 같이 참가인이 원고를 채용하면서도 따로 근로계약을 체결하지 않은 점에 비추어 볼 때, 원고가 사직서를 제출하지 않았다는 사실 만으로 원고에게 사직의 의사가 없었다고 보기는 어렵다.

제3장
해고의 준비와
직권면직

7) 해고결정권한이 없는 자로부터 들은 말을 해고로 오인하고 출근하지 않은 경우

가) 해고통지에 의하여 출근을 하지 못하게 된 것이 아니라 동료 직원들과의 갈등에 따라 스스로 출근을 하지 아니한 것이라고 인정된 경우

【서울고등법원 2011. 4. 28. 선고 2010누41*** 판결⁵²¹⁾】

③ 설사 참가인 회사의 직원 중 일부가 원고에게 출근하지 말라는 취지로 말한 사실이 있다고 하더라도 그 직원이 참가인 회사의 해고 결정을 전달한 것이 아니고, 해고 여부를 결정할 만한 지위에 있지도 않다면 이를 가리켜 원고가 해고 통지를 받았다고 할 수는 없을 것인 점, ④ 원고는 경북지방노동위원회에 출석하여, 조장 박◇◇나 포장1반 반장 정○○으로부터 다른 직장을 알아보라는 말을 들은 사실은 있으나 참가인 회사로부터 해고통보를 받은 사실은 없음을 인정하였던 점, …(중략)… 등을 종합하여 보면, 원고는 참가인 회사의 일방적인 해고통지에 의하여 출근을 하지 못하게 된 것이 아니라 동료 직원들과의 갈등에 따라 스스로 출근을 하지 아니한 것일 뿐, 원고 주장의 해고 사실이 있다고 할 수 없으므로 …(후략)…

나) 사용자가 근로자의 업무태도, 건강상태 등을 고려하여 사직할 것을 권고하자 근로자 스스로 사직 의사로 근로제공을 더 이상 하지 아니한 것이라고 인정된 경우

519) 1심 판결(서울행정법원 2008. 7. 24. 선고 2008구합10*** 판결)을 인용함

520) 1심 판결(서울행정법원 2008. 5. 20. 선고 2007구합24*** 판결)을 인용함

521) 1심 판결(서울행정법원 2010. 10. 15. 선고 2010구합1*** 판결)을 인용함

【서울고등법원 2010. 5. 14. 선고 2009누29*** 판결⁵²²⁾】

물리치료실장 조○○이 참가인의 최종적인 인사권자로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 가사 참가인 이사장 한○○로부터 권한을 부여받아 실질적으로 인사권을 행사할 수 있는 지위에 있었다 하더라도, 조○○의 발언 내용이 원고와 사이의 근로관계를 종료하고자 하는 의사였던 것은 인정된다 할 것이지만 그러한 근로관계 종료가 원고의 의사에 반하는 경우에까지 일방적으로 강행하겠다는 것인지 명확하지 아니하고 더욱이 참가인은 일정 기간의 유예를 두고 근로관계 종료의 의사를 타진하였던 것이어서, 참가인이 원고에 대하여 2008. 10. 13.자로 근로관계를 종료한다는 확정적인 의사표시를 하였다 고까지는 보기 어려운 점, 원고는 물리치료실장 조○○과 옥상에서 면담한 후 자신의 남편과 통화하면서 남편이 당장 그만두고 나오라고 하자, 이에 곧바로 퇴근한 후 다음일부터 스스로 출근하지 않은 점, 원고는 참가인으로부터 해고되었다고 주장하는 2008. 10. 13. 이후 부당해고 구제신청을 한 2009. 1. 5.에 이르기까지 참가인에게 해고의 효력과 관련한 어떠한 이의제기도 없었던 것으로 보이고, 오히려 2008. 12. 20.경과 2009. 1. 2.경 노동부 고용지원센터와 참가인에게 각 전화하여 실업급여를 받을 수 있는지에 대하여 상의하였던 점 등 제반 사정에 비추어 보면, 원고는 참가인이 원고의 업무태도, 건강상태 등을 고려하여 사직할 것을 권고하자 스스로가 사직 의사로 근로제공을 더 이상 하지 아니한 것으로 봄이 상당하다.

나. 사직의 의사표시 존재를 부정한 사례

1) 컴퓨터에 사직서 파일을 작성한 사실이 있으나, 이를 출력하여 제출하지 않은 경우

【서울고등법원 2014. 7. 23. 선고 2013누49*** 판결⁵²³⁾】

① 참가인에게 자진 사직의 의사가 전혀 없었던 것은 아니나, 이는 11월분 급여와 퇴직금을 지급하여 주고, 이에 더해 실업급여를 지급받을 수 있게 해 달라는 조건부 의사였던 것으로 보이고, 이에 원고 대표이사는 11월분 급여와 퇴직금의 지급은 가능하나, 실업급여를 지급받을 수 있게 해 달라는 요구는 받아들일 수 없다고 하였으므로 참가인과 원고 사이에서 근로계약의 합의해지가 이루어지지 못하였다고 보아야 하고, 설령 참가인의 요구가 법적으로 허용되지 않는 것이더라도 이를 이유로 달리 판단할 수 없는 점, ② 위와 같이 참가인과 원고 대표이사 사이에서 근로계약의 합의해지가 이루어지지 않은 상태에서 원고 대표이사는 직원들을 통해 참가인에게 당장 나가라는 지시사항을 전달하면서 컴퓨터까지 수거하여 간 점, ③ 참가인이 컴퓨터에서 사직서 파일을 작성한 적은 있으나, 위 사직서 파일에는 작성일자나 작성자의 서명·날인이 없었고, 참가인이 이를 출력하여 원고에게 제출한 바도 없으므로 사직서 파일의 존재만으로 참가인이 원고에게 사직의 의사표시를 하였다고 보기 어려운 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 원고가 2012. 10. 17. 참가인의 의사에 반하여 일방적으로 근로관계를 단절시키는 해고를 하였다고 봄이 상당하다.

522) 1심 판결(서울행정법원 2009. 9. 3. 선고 2009구합23*** 판결)을 인용함

523) 1심 판결(서울행정법원 2013. 10. 4. 선고 2013구합10*** 판결)을 인용함

2) 사업장폐지라는 정지조건부 사직의 의사표시를 하였으나 이후 조건이 성취되지 않은 경우

【서울고등법원 2015. 3. 6. 선고 2014누52*** 판결⁵²⁴⁾】

참가인을 비롯한 이 사건 현장 근로자들이 원고에게 제출한 근로계약해지동의서는 원고가 이 사건 현장에서 더 이상 용역업무를 수행하지 않을 것을 정지조건으로 하여 효력이 발생하는 사직의 의사 표시라고 보아야 할 것이다. …(중략)…

위 근로계약해지동의서에도 “사업장 폐지(○○농장)로 근로계약 해지”에 대해 동의한다고 기재되어 있고, …(중략)…

결국 참가인이 원고에게 제출한 근로계약해지동의서는 원고의 이 사건 현장에서의 철수 또는 사업장이 사건 현장 폐지라는 조건의 미성취로 효력이 발생하지 않았다고 보는 것이 타당하므로 원고가 참가인을 퇴직 처리한 것은 정당한 사유 없는 해고에 해당하여 위법하다.

3) 사용자의 지시에 따라 동료들과 작별인사를 했으나, 이후에도 계속 출근하면서 해고장을 작성해줄 것을 요구한 경우

【서울고등법원 2009. 11. 20. 선고 2009누7*** 판결⁵²⁵⁾】

참가인은 원고가 원감과 담임교사를 함께 수행하는 것을 망설이자 일방적으로 원감과 담임교사 직을 함께 수행할 교사를 채용하였고, 그때부터 다른 동료 교사들에게 원고가 퇴직하게 되었다는 말을 하면서 원고로 하여금 퇴직인사를 하도록 한 점, 그런데도 원고가 2008년 3월 이후에도 계속 출근하자 참가인은 원고를 보조교사로 보직 변경한 다음 급여를 대폭 감액하는 등의 불이익을 준 점, 원고는 2008. 2. 22.경부터 계속하여 참가인에게 서면으로 해고장을 작성하여 줄 것을 요구하였던 점, …(중략)… 등을 종합하여 보면, 참가인은 2008년 2월경부터 원고에게 사직을 강요·종용하였으나 원고가 서면 해고장을 작성하여 줄 것을 요구하면서 불응하자 원고를 보조교사로 보직변경하고 급여를 감액하는 등의 불이익을 주어 사직을 종용하다가 2008. 4. 3. 원고와의 다툼을 계기로 정식으로 원고를 해고하였다고 봄이 상당하다.

4) 사업장이 차후 업종이 변경되거나 매각되면 다른 직장을 알아보겠다는 취지로 이야기한 경우

【서울고등법원 2015. 9. 16. 선고 2014누56*** 판결⁵²⁶⁾】

송○○와 참가인이 나눈 대화 및 그 이후 주고받은 문자메시지의 내용에 미루어 볼 때, 참가인은 2013. 4. 2. 원고의 남편으로서 이 사건 식당의 실질적인 공동경영자인 송○○가 경영악화를 토로함에 따라 이 사건 식당이 이를 극복하지 못하고 차후 업종을 변경하거나 매각되면 다른 직장을 알아보겠다는 취지의 이야기를 한 것으로 보이는데, 그것만으로는 참가인이 먼저 확정적인 사직의 의사표시를 한 것으로 보기 어렵다.

제3장
해고의 준비와
직권면직

524) 1심 판결(서울행정법원 2014. 5. 23. 선고 2013구합55*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 7. 23.자 2015두40*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

525) 동 사건은 대법원(대법원 2009. 11. 20.자 2009두23*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

5) ‘필요하다면 사직하겠다’라고 말하였을 뿐, 별도의 사직서를 제출하지 않은 경우

【서울행정법원 2015. 3. 26. 선고 2014구합62*** 판결】

① 참가인이 심○○와 언쟁이 있던 다음 날 간호과장에게 보낸 문자메시지의 내용에 따르면, 참가인은 심○○ 등과의 갈등에도 불구하고 이 사건 병원에서 계속 근무할 의사를 가지고 있었던 것으로 보이고, ‘필요하다면’ 사직하겠다고 하여 확정적인 사직 의사를 가지고 있지는 않았던 것으로 보이는 점, ② 원고는 심○○ 등으로부터는 사직서를 제출받았음에도 불구하고 참가인으로부터는 사직서를 제출받지 않았던 점, …(중략)… ④ …(중략)… 설령 원고의 주장과 같이 참가인이 간호과장 등에게 사직 의사를 표시하였다고 하더라도, 근로계약의 당사자도 아니고 사직을 수리할 권한도 없는 간호과장 등에 대한 위와 같은 의사표시를 원고에 대한 확정적인 사직의 의사표시로 볼 수 있는지 의문인 점, …(중략)… 등을 종합하여 보면, 원고는 참가인이 원고에게 확정적인 사직의 의사표시를 한 적이 없음에도 참가인과의 근로계약 관계를 일방적으로 종료시켰다고 봄이 타당하고 …(후략)…”

5.2 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임 관련 판례

가. 사용자에게 증명책임을 부담시킨 사례

법원의 일부판결은 부당해고 등 구제신청사건에서 근로관계의 종료 원인을 둘러싸고 근로자 측에서는 해고라고 주장하고, 사용자 측에서는 사직이나 합의해지라고 주장하고 있는 경우, 양 당사자의 지위와 입증의 부담을 고려하면 사용자 측에게 그 종료 원인이 사직이나 합의해지라는 점에 대한 입증책임이 있다고 봄

1) 근로자는 동료 직원들로부터 퇴직선물을 받고 그들과 작별인사를 마친 후 사용자에게 해고통지서의 송부를 요구하고, 사용자는 회사 사정에 의한 퇴직을 이유로 고용보험피보험자격 상실신고를 하고 근로자의 요청 이후 해고예고통지서를 송부한 경우

【서울행정법원 2008. 1. 31. 선고 2007구합19*** 판결】

참가인은 2006. 9. 12. “2006. 9. 14.자로 퇴사되더라도 9월분 임금을 전액 지급하여 주고, 3개월분의 해고예고수당을 지급함으로써 향후 노사 간 이의를 제기하지 않기로 합의한다.”는 내용으로 지불각서를 작성하여, 최○○에게 그 이행을 요구하였으나 최○○은 참가인이 스스로 퇴사하였다는 이유로 이를 거절하였다. 참가인은 2006. 9. 16. 출근하여 16:30경 퇴근을 하면서 동료 직원들로부터 퇴직선물을 받고 작별인사까지 하였으나, 2006. 9. 19.과 그 다음 날에 계속 출근하였다. 참가인은 2006. 9. 20. 최○○에게 전화로 해고통지서를 보내 달라는 요구를 하였고, 원고는 2006. 9. 22. “업무처리 능력 및 직원사기 제고를 위한 회사사정에 의한 퇴직”이라고 상실사유를 들어 참가인에 관하여 2006. 9. 17.자

526) 1심 판결(서울행정법원 2014. 7. 4. 선고 2013구합29*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2016. 2. 3.자 2015두53*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

로 고용보험피보험자격 상실신고를 하였다. 원고는 2006. 9. 25. 참가인에게 취업규칙위반사항과 함께 2006. 9. 16.자 해고예고통지서를 우편으로 송부하였고, 1개월분 임금에 상당하는 금원을 참가인에게 지급하였다. …(중략)…

위 인정사실에 의하면, 참가인과 원고 사이의 근로관계는 참가인의 자발적 의사표시(사직)나 원고와 참가인 사이의 의사합치(합의해지)에 의하여 종료된 것이 아니라 참가인의 의사에 반하여 원고의 일방적 의사표시(해고)에 의하여 종료되었다고 보아야 할 것이다(부당해고 등 구제 신청사건에서 근로관계의 종료 원인을 둘러싸고 근로자 측에서는 해고라고 주장하고, 사용자 측에서는 사직이나 합의해지라고 주장하고 있는 경우에는, 사용자 측에게 그 종료 원인이 사직이나 합의해지라는 점에 대한 입증책임이 있다고 할 것이다).

2) 근로자의 사직의사를 확인하기 어렵고, 사용자는 사직에 따른 조치를 취하지 않은 경우

【서울행정법원 2011. 5. 27. 선고 2010구합32*** 판결】

근로기준법 제27조에서 말하는 해고란 실제 사업장에서 불리우는 명칭이나 그 절차에 관계없이 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다고 해석하여야 하고(대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54*** 판결 등 참조), 부당해고구제 재심판정 취소사건에서 근로관계의 종료 원인을 둘러싸고 근로자 측에서는 해고라고 주장하는 반면, 사용자 측에서는 사직이나 합의해지라고 주장하고 있는 경우에는, 사용자 측에 그 종료 원인이 사직이나 합의해지라는 점에 대한 증명책임이 있다고 할 것인바, …(중략)… ② △△는 이 사건 면담 당시 손○○에게 대진의사를 채용하라는 의견을 제시하는 등 이 사건 병원에서 사직을 할 합리적 이유가 없는 것으로 보이는 점, ③ 원고는 2010. 1. 8. 이후 △△에게 아무런 연락을 취하지 않다가 같은 달 15.에서야 △△에게 의요기기 등을 언제 가져갈 것인지에 대하여 확인하는 등 △△의 사직에 따른 조치를 취하지 않았던 점, ④ △△가 이 사건 병원 측에 사직서 등 사직의 의사가 기재된 서면을 작성하지 아니하였고 2010. 1. 18. 위 병원에 가서 원고와의 면담을 요청하기도 한 점 등을 종합하여 보면, 증인 박○○의 증언만으로는 △△가 2010. 1. 8. 손○○에게 사직의 의사를 표시하였음을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

제3장
해고의 준비와
직권면직

3) 사용자가 이미 해고를 한 차례 통지 한 적이 있고 근로자가 사직하였다는 것에 대한 증명은 사용자 측 증인의 증언뿐이고 근로자가 달리 사직서를 제출한 사실이 없는 경우

【서울고등법원 2014. 7. 18. 선고 2014누41*** 판결⁵²⁷⁾】

해고란 실제 사업장에서 불리우는 명칭이나 그 절차에 관계없이 근로자의 의사와는 무관하게 사용자 측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것을 의미하고(대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54*** 판결 등 참조), 부당해고구제 재심판정을 다루는 소송에서 해고의 정당성에 관한 증명책임은 이를 주장하는 자가 부담한다. 또한 참가인이 원고와의 근로관계 종료 원인이 해고라고 주장함에 대하여 원고가 참가인과의 근로관계가 참가인의 사직 의사표시 또는 근로관계의 합의해지에 따라 적법하게 종료되었다고 주장하는 이 사건에서, 원고가 참가인과의 근로관계 종료 원인이 해고가 아니라는 점을 증

명하여야 한다.

증인 노○○가 이 법원에서 참가인이 한 달만 여유를 주면 새로운 직장을 알아보겠다는 말을 하였고 진술하고 있으나, 노○○가 원고 법원에서 근무하고 있는 사람인 점, …(중략)… 참가인이 원고 법인 이사장에게 사직서를 제출한 사실이 없는 점 등을 종합해보면, 위 증언을 믿기 어렵거나 위 증언만으로 원고의 주장사실이 증명되었다고 보기에 부족하다.

오히려 …(중략)… ① 참가인이 2012. 12. 3. □□지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하자 원고가 참가인에게 해고의사를 철회한다는 내용의 해고의사 철회통지서를 송부한 점, ② 원고는 2012. 12. 10. 4대 보험 등 운영기관에 참가인에 대한 피보험자격상실신고서를 제출하였고, 위 신고서에 피보험자격상실일자 ‘2012. 11. 24.’로 구체적 상실이유를 ‘회사 업무수행 부적정’으로 기재한 점, ③ 원고는 초심판정 심리과정에서 참가인이 원고 법인의 업무를 처리함에 있어 이사장의 결재 없이 독단적으로 일을 처리하는 등 원고 법인의 업무에 지장을 초래하여 고용계약서에 합의된 해고조건에 따라 해고한 것이기 때문에 정당한 해고라는 취지로 주장한 점 등을 고려해 볼 때, 원고가 참가인의 의사와 무관하게 일방적으로 참가인과의 근로관계를 종료시킨 것으로 판단된다.

4) 사용자가 업무 중 발생한 사고와 관련하여 근로자에게 “이런 식으로 일을 하려면 당장 그만두라”는 취지의 강한 질책을 하고, 몇 시간 뒤에 근로자가 작업복, 작업화, 출입카드 등을 남겨두고 퇴근한 경우

【서울고등법원 2015. 8. 19. 선고 2014누58*** 판결⁵²⁷⁾】

원고는 자신이 참가인의 실질적인 사장인 이○○으로부터 해고당한 것이라고 주장하는 반면, 피고 및 참가인은 원고가 퇴직한 것이라고 주장한다.

이 경우 어느 쪽에 근로계약 종료사유에 관한 입증책임이 있는지에 관해 살피건대, 해고가 구두로 이루어진 경우 근로자는 해고사실을 입증할 방법이 마땅치 않은 반면, 근로자의 사직 의사표시가 구두로 이루어진 경우 사용자는 근로자에게 사직서 제출을 요구하거나 근로자가 이를 거부하고 무단으로 결근하는 경우 이를 징계사유로 삼아 해고할 수 있는 점 등 근로계약에 있어 양당사자의 지위와 입증의 부담을 고려하면, 근로자의 의사나 동의에 의해 근로계약이 종료되었다고 주장하는 사용자가 그와 같은 근로계약 종료사유를 입증할 책임이 있다고 봄이 타당하다.

따라서 원고가 2013. 3. 16. 참가인에게 사직의 의사표시를 한 사실이 있는지에 관해 살피건대, ① 원고가 2013. 3. 16. 이○○으로부터 질책 및 어떠한 말을 들은 후 작업복, 작업화, 사무실 출입카드, 법인카드 등을 남겨두고 퇴근하였고, 이○○에게 “법인카드와 사무실카드 책상서랍 맨 위 칸 카메라 밑 봉투 안에 있네”라는 휴대전화 문자메시지를 보낸 사실, ② 이○○이 원고에게 3차례 전화를 걸었으나 원고는 이를 받지 않았고, 이○○이 원고에게 “부장님 어디세요?” 및 “부장님 전화가 안 되는 곳에 계신가요. 고생만 많이 하시고 가셔서 맘이 쓰이네요. 그동안 고생 많았어요”라는 각 휴대전화 문자메시지를 보냈으나 원고는 이에 대하여도 아무런 답변을 하지 않은 사실은 앞서 본 것과 같으나, 이는 원고의 주장과 같이 이○○으로부터 “오늘까지만 근무하라”는 말을 들었다면 나올 수 있는 자연스러운 행동이므로 위 인정사실만으로 원고가 참가인에게 사직의 의사표시를 한 사실을 추인하기에

527) 1심 판결(서울행정법원 2014. 1. 16. 선고 2013구합13*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 6.자 2014두39*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

부족하고, 이를 달리 인정할 증거가 없다.

오히려 ① 원고는 소외 회사에 근무하다가 이○○의 거듭된 입사제외에 의해 참가인에 입사하게 되었고, 아무런 대책도 없이 이○○으로부터 심한 질책을 당하였다는 이유만으로 사직의 의사표시를 할 특별한 사정이 보이지 않는 점, ② 이○○은 원고가 명시적으로 사직의 의사표시를 하지 않았음에도 2003. 3. 16. 19:27 원고에게 “부장님 전화가 안 되는 곳에 계신가 봐요. 고생만 많이 하시구 가셔서 맘이 쓰이네요. 그동안 고생 많았어요”라고 근로계약 종료를 의미하는 휴대전화 문자메시지를 보낸 점, ③ …(중략)… 이○○은 평소 직원들이 실수나 잘못을 할 경우 “이런 식으로 일할 거면 다 그만뒀야 한다.”는 등 해고의 의사표시로 보일 수 있는 말을 자주 한 점, ④ 원고는 2013. 4. 12.부터 참가인에게 자신이 2013. 3. 16. 참가인으로부터 부당해고 되었음을 주장하며 미지급된 연장·휴일근로수당 등을 지급하여 줄 것을 요구한 점을 종합하면, 이○○은 2013. 3. 16. 원고를 사장실로 불러 해고의 의사표시를 한 것으로 보인다.

나. 근로자에게 증명책임을 부담시킨 사례

법원의 일부판결은 사용자가 근로자에게 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 행위를 하였다는 점에 대한 증명책임은 이를 주장하는 근로자에게 있다고 봄

제3장
해고의 준비와
직권면직

1) 휴일근로수당의 추가 지급 여부를 두고 사용자와 다툰 이후 근로자가 스스로 월급을 정산하고 회사에서 나간 경우

【서울고등법원 2013. 10. 16. 선고 2012누34*** 판결⁵²⁹⁾】

원고의 남편 강○○은 …(중략)… 음식점인 상호 ‘아○○○’를 그의 부인인 원고 명의로 사업자등록을 하고 …(중략)… 운영하다가, …(중략)… 참가인을 채용하였다. …(중략)… 참가인은 2011. 2. 4. 강○○에게서 수당을 받은 후에 강○○을 식당 내 방으로 불러 둘만이 있는 자리에서 “설 연휴에 근로한 대가치고는 너무 약소한 것 아니냐? 정당한 대가를 지급해 달라”고 수당의 추가 지급을 요청한 것을 기화로 강○○과 소리높여 연쟁하였다. 참가인은 위와 같이 강○○과 연쟁한 다음 날인 2011. 2. 5. 자신의 처와 함께, 그 이전에 자신의 화물차를 원고에게 사용하도록 하면서 원고에게 받았던 500만 원에서 그때까지의 월급을 스스로 정산하고 남은 금액을 수표 등으로 준비하여 ‘아○○○’의 탁자에 던져 강○○에게 주고 자신의 화물차를 가지고 갔다. …(중략)… 해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 절차와 관계없이 근로자 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 모든 종류의 근로계약관계 종료를 의미하는데, 근로계약관계가 이와 같은 해고 때문에 종료하였다는 점에 대한 증명책임은 이를 주장하는 자에게 있다.

위와 같은 인정사실에, 중앙노동위원회 판정서 중 …(중략)… 근로계약관계 종료 경위에 관한 사실 인정은 참가인 진술에 근거할 뿐 달리 뒷받침할 만한 객관적인 증거가 있다고 보이지 않는 점, …(중략)… 이 사건에 제출된 증거만으로는 ‘아○○○’의 사업주인 원고나 실질적 운영자인 강○○이 ‘아○○○’의 실장이던 참가인을 해고하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다.

528) 1심 판결(서울행정법원 2014. 7. 17. 선고 2013구합30*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 11. 26.자 2015두51*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

2) 근로자는 구두로 해고통보를 받았다고 주장하고, 사용자는 근로자가 무단결근 후 재직기간(3일)의 임금을 지급하면 사직서를 제출하겠다고 하였으며 해고사실의 존부를 다툰 경우

【서울고등법원 2014. 6. 25. 선고 2014누40*** 판결⁵³⁰⁾】

가. 원고의 주장

원고는 2012. 12. 15. 주간미화감독 김○○에게 면접을 본 후 채용이 결정되었다. 원고는 2012. 12. 18. ~ 20. 정상 근무하였고, 12. 21. 휴무하였으며, 12. 22. 17:40경 김○○으로부터 구두로 해고를 통보받았다.

참가인의 2012. 12. 22.자 해고는 징계절차를 거치지 않았고 서면으로 통지하지 않았으며 정당한 이유도 없으므로 무효이고, 이와 다른 전제에서 선 이 사건 재심판정은 위법하다.

나. 피고 및 참가인의 주장

원고는 2012. 12. 22.부터 무단으로 결근하였고, 참가인은 원고가 전화로 3일 치 임금을 지급하면 사직서를 제출하겠다고 하기에 2013. 1. 17. 원고에게 3일 치 임금을 송금하였다. 그 후 원고는 사직서를 제출하지 않고 노동위원회에 구제신청을 하였다.

다. 판단

근로기준법 제23조에 따른 부당해고구제 재심판정을 다투는 소송에 있어서 해고사실의 입증책임은 근로자 등 이를 주장하는 자가 부담한다고 할 것인데, 참가인이 주간미화감독 김○○을 통하여 2012. 12. 22. 원고를 해고하였다는 점에 관하여 이를 인정할 아무런 증거가 없다. 따라서 2012. 12. 22.자 해고가 존재하지 않는다고 본 이 사건 재심판정은 적법하다.

다. 기타

일반적으로 행정소송에 있어서 행정청에게 처분의 적법성에 대한 증명책임이 있는 점에 비추어 보면 근로자(참가인)와 사용자(원고) 간의 근로관계 종료원인이 사직이 아닌 해고라는 점은 행정청인 중앙노동위원회(피고)가 증명하여야 한다고 본 경우

【서울고등법원 2016. 5. 13. 선고 2015누54*** 판결】

해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 그 절차에 관계없이 근로자의 의사와는 무관하게 사용자 측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것을 의미하는바(대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54*** 판결 등 참조), 피고와 참가인이 원고와의 근로관계 종료 원인이 해고라고 주장함에 대하여 원고가 참가인과의 근로관계가 참가인의 사직 의사표시 또는 근로계약의 합의해지에 따라 적법하게 종료되었다고 주장하는 이 사건에서, 일반적으로 행정소송에 있어서 행정청에게 처분의 적법성에 대한 증명책임이 있는 점(대법원 2001. 10. 23. 선고 99두3*** 판결 참조)에 비추어 보면 원고와 참가인과의 근로관계 종료 원인이 사직이 아닌 해고라는 점은 피고가 증명하여야 한다.

529) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 2. 28.자 2013두23*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨
530) 1심 판결(서울행정법원 2013. 12. 5. 선고 2013구합20*** 판결)을 인용함

5.3 진의 아닌 의사표시 관련 판례

가. 진의 아닌 의사표시가 인정되어 사직의 의사표시가 무효인 경우

1) 사용자가 경영사정의 악화 및 임금체불을 타개할 목적으로 모든 근로자들로 부터 미리 인쇄된 양식의 사직서를 제출받은 경우

【서울고등법원 2008. 5. 14. 선고 2007누29*** 판결⁵³¹⁾】

연구소 자체의 수익이 없고, 본사로부터의 자금지원이 끊겨 직원들에 대한 월 급여도 제대로 지급하지 못하고 있는 상황에서 2006. 7. 18. 연구소의 책임자인 윤○○이 회의석상에서 연구소의 전 직원에게 미리 인쇄된 사직서 양식을 배부하면서, 앞으로 본사에서 자금지원이 없을 것이라고 설명하고 배부된 사직서에 모두 서명, 날인하여 일괄적으로 제출할 것을 요구한 점, 당시 사직서에 사직사유로 ‘개인적인 사정으로’라고 기재되어 있는 것에 대하여 직원인 안○○이 이의를 제기하자 윤○○은 그냥 형식적으로 그렇게 쓰는 것뿐이라면서 사직서 작성을 종용하여 참가인(근로자)을 비롯한 전 직원이 배부된 사직서에 서명, 날인하여 윤○○에게 제출한 점, 원고(사용자)는 위와 같이 윤○○을 제외한 연구소의 전 직원들로부터 사직서를 제출받은 후 필수인원이 아닌 박◇◇ 전무, 안○○ 선임 연구원, 박◇◇ 주임 등 3명의 사직서는 바로 수리하고 나머지 참가인을 비롯한 4인에 대하여는 ‘2006. 7. 15. 이후 급여는 연구소 매출이 발생하는 시점에 소급 및 일괄 지급받는 것에 동의하며 이득금의 발생 시는 일정금액을 연말에 정산하여 준다’는 변경된 근무조건을 제시하여 이에 동의한 3인에 대해서는 사직서를 수리하지 않고 이에 동의하지 아니한 참가인에 대해서는 같은 해 7. 22자로 사직서를 수리한 점 등 사직서 제출을 요구한 전후의 연구소의 상황과 제출 경위 및 선별 수리과정 등 제반 사정에 비추어 보면, 원고가 참가인을 비롯한 연구소 직원들에게 사직서를 제출받은 것은 연구소의 사정이 어려워지고 직원들에 대한 임금을 체불하게 되자 이러한 상황을 타개할 의도로 이루어진 것으로 보이고, 이러한 상황에서 연구소의 상황을 비관적으로 보이게 함으로써 연구소 직원들로부터 일괄 사직서를 받아낸 것은 사직서 제출을 강요 내지 종용한 것에 다름 아니라 할 것이다.

따라서 참가인의 사직서 제출은 진의 아닌 의사표시로서 무효라 할 것이고 원고가 참가인이 변경된 근무조건을 받아들이지 못하겠다고 하자 사직서를 수리하는 방식으로 참가인과의 근로계약관계를 종료시킨 것은 실질적으로는 원고의 일방적인 의사에 의하여 근로관계를 종료시킨 것으로 그 형식에 불구하고 해고에 해당한다 할 것이다.

제3장
해고의 준비와
직권면직

2) 품질경영팀 직원 전원이 품질불량문제에 근신하고 책임지는 차원에서 마지못해 형식상 사직서를 제출하였는데 유독 마지막까지 항의했던 자의 사직서만 수리된 경우

【대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두15*** 판결】

원심이 인정한 사실 및 기록에 의하면, ① 원고가 2007. 10. 9. 정기 임원회의에서 상무 유○○에게 2007년 1월부터 9월까지의 누적 불량률 및 관련 손실비용을 보고하도록 지시하였고, 유○○은 품질경영팀장 우○○에게 위 사항의 조사를 지시한 점, ② 우○○이 조사한 결과 관련 손실비용이 5,000

531) 1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 16. 선고 2007구합16*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 21.자 2008두8*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

여만 원에 이르는 것으로 확인되었고, 이러한 사실을 보고하기 위하여 2007. 10. 12. 비상 임원회의가 소집되었던 점, ③ 유○○은 비상 임원회의에 참석하기 직전에 품질경영팀 직원 전체 회의를 소집하여 품질불량 및 근무태도 불량 문제 등에 관하여 강하게 질책하고, 전사적 차원의 손실을 끼쳤으니 근신하고 책임지는 자세에서 사직서를 작성하자고 말한 뒤 그 자리에서 자신의 사직서를 작성하여 유○○에게 건네주었던 점, ④ 그 후 유○○과 성○○이 사직서를 작성하였고 참가인과 이○○는 사직서 작성 요구를 거부하였으나, 유○○이 계속하여 사직서가 수리될 일은 없으니 걱정하지 말라는 취지로 말하면서 사직서 작성을 종용하자, 참가인도 마지막으로 사직서를 작성하였던 점, ⑤ 유○○은 위 비상 임원회의에서 품질관리팀 소속 직원 전원(4명) 및 상무 유○○의 사직서를 제출하였고, 원고는 임원회의 직후 위 사직서를 모두 수리한 점, ⑥ 참가인과 이○○는 2007. 10. 15. 09:00경 회사에 출근하였으나 부장 홍○○과 팀장 유○○이 출근을 저지하자 자신들의 사직서가 수리된 이유를 따지며 1시간 정도 항의하다가 돌아간 점, ⑦ 상무 유○○, 팀장 유○○, 사원 성○○은 그 후에도 종전의 직위 및 임금 등을 그대로 유지하면서 계속 근무하였고, 그 중 성○○은 2008. 4. 7. 퇴직금을 정산·지급받고 퇴사한 점 등을 알 수 있다.

앞서 본 법리에 위 사실관계를 비추어 보면, 참가인의 사직서 제출은 품질경영팀 직원 전원이 품질 불량 등 문제에 대하여 근신하고 책임지는 모습을 보이기 위하여 형식상으로 제출한 것으로서, 이에 기한 사직의 의사표시는 '진의 아닌 의사표시'에 해당한다고 할 것이고, 상무 유○○을 통한 검토 지시 및 보고 경위, ○○금속의 규모 등에 비추어 원고로서도 참가인의 사직서 제출이 진의가 아니라는 점을 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하다고 할 것이다.

3) 아파트 입주자대표회의가 자치관리에서 위탁관리로 변경하면서 고용승계를 약속하며 사직서 양식을 배부, 일괄하여 사직서 제출을 요구하여 이에 사직서를 제출한 경우

【서울행정법원 2012. 4. 12. 선고 2011구합39*** 판결】

비진의 의사표시에서 진의란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니다(대법원 2000. 4. 25. 선고 99다 34*** 판결 참조). 또한 근로자들이 일괄적으로 사직원을 제출할 때 근로계약관계를 종료시키고자 하는 내심의 의사가 없었고, 사용자 또한 이러한 사정을 알고서 사직원을 수리하였다면 위 근로자들의 사직의사표시는 무효라고 할 것이다(대법원 1992. 8. 14. 선고 92다21*** 판결 참조). 진의 아닌 의사표시인지 여부는 효과의사에 대응하는 내심의 의사가 있는지 여부에 따라 결정되는 것인바, 근로자가 사용자의 지시에 좇아 일괄하여 사직서를 작성 제출할 당시 그 사직서에 기하여 의원면직 처리될지 모른다는 점을 인식하였다고 하더라도 이것만으로 그의 내심에 사직의 의사가 있는 것이라고 할 수 없다(대법원 1991. 7. 12. 선고 90다11*** 판결 참조). 살피건대, …(중략)… 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고가 이 사건 건물의 관리형태를 자치관리에서 위탁관리로 변경하기로 하면서 위탁관리회사로의 고용승계를 전제로 오○○을 비롯한 소속 근로자들에게 사직서 양식을 배부하면서 일괄적으로 사직서 제출을 요구하였던 점, ② 그 과정에서 원고 소속 경비반장 또는 관리소장은 오○○을 비롯한 근로자들에게 '현재 용역회사에서 관리하도록 계약이 되어 있으니 사직서를 제출하여야 한다'는 취지로 말하여 사직서 제출을 지시하였던 점, ③ 이에 원고 소속 근로자 전원이 원고에게 사직서를 작성·제출하

였던 점, ④ 그 과정에서 오○○도 원고의 대표자 이○○(서울남부지방법원 2011. 6. 23.자 ○○카합○○ 결정에 의하여 직무집행이 정지된 자이다)로부터 ‘근로자들의 고용승계를 할 것이고 사직서 제출은 형식적이다’라는 취지의 말을 듣고 원고에게 사직서를 작성·제출하였던 점 등에 비추어 보면, 오○○이 사직서를 제출한 행위는 새로운 위탁관리업체로의 고용승계를 위하여 사직의 의사 없이 외관상으로 다른 근로자들과 일괄하여 사직서를 제출한 것이고, 사용자인 원고 또한 이러한 오○○의 진의를 알았다고 봄이 상당하다. 결국 사직서 제출을 통한 오○○의 사직의 의사표시는 비진의 의사표시로서 무효라고 할 것이고, 피고가 이를 수리하여 근로계약관계를 종료시킨 것은 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어진 해고에 해당한다고 할 것이다.

4) 자신이 이미 기간의 정함이 없는 근로자가 되었음을 알지 못한 채 사용자가 계약기간 만료를 전제로 사직서 제출을 중용하자 사직서를 제출한 경우

【서울고등법원 2012. 11. 14. 선고 2011누39*** 판결⁵³²⁾】

인정사실에 의하면, 원고의 교학팀장 유○○은 참가인과의 재계약이 체결되지 않음에 따라 2010. 8. 31. 계약기간 만료로 참가인의 근로관계가 종료됨을 전제로 하여 참가인에게 단지 후임자 발령을 위한 사무처리를 하는 데 절차상 참가인의 사직서가 필요하다는 사직서 제출을 중용하였고, 이에 따라 참가인은 자신이 앞서와 같이 2009. 9. 1.경 이미 기간의 정함이 없는 근로자로 되었음을 알지 못한 채 직속상관인 유○○의 중용에 어쩔 수 없이 위와 같은 의미로 사직서를 제출하였던 것으로 보인다.

따라서 참가인의 사직서 제출은 기간의 정함이 없는 근로자가 사직하고자 하는 내심의 의사로 한 것이라 할 수 없으며 당시 원고 측도 이러한 사정을 알고 있었다고 봄이 타당하다. 그러한 이상 원고가 참가인의 사직서를 수리하는 방식으로 참가인을 퇴직처리한 것은 실질적으로 정당한 이유 없이 원고의 일방적 의사에 의하여 참가인과의 근로계약관계를 종료시킨 것으로서 부당해고에 해당한다.

제3장
해고의 준비와
직권면직

5) 퇴직금 중간정산을 위하여 사직 후 재입사의 형식을 취하고자 사직서를 제출한 경우

【서울고등법원 2014. 12. 19. 선고 2014누42*** 판결⁵³³⁾】

원고의 근로자 중에는 참가인 이외에도 퇴직금 중간정산을 위해 퇴사하였다가 재입사한 사람이 2008년부터 2012년까지 178명이나 있었던 사실은 앞서 본 것과 같으므로, 이를 종합하면 참가인은 퇴직금 중간정산을 위하여 강○○, 김○○가 지시하는 대로 사직 후 재입사라는 형식을 취한 것일 뿐이고 참가인의 사직서 제출은 사직의 의사 없이 한 비진의 의사표시라고 봄이 옳다. …(중략)…

이 사건에서 참가인은 퇴직금 수령을 위해 사직이 최선이라고 판단하여 사직서를 제출한 것이 아니라 퇴직금 중간정산을 받기 위해 사직 후 재입사라는 형식을 취할 뿐 원고에 계속 근무한다는 생각으로 사직서를 제출한 것이므로, 참가인에게는 사직의 의사표시를 하고자 하는 생각이 없었다고 할 것이어서, 참가인의 사직서 제출은 비진의 의사표시라고 보아야 한다. …(중략)…

강○○, 김○○는 참가인의 사직서 제출이 진의 아닌 의사표시임을 알았다고 할 것이고, 강○○, 김○○의 원고에서의 직책, 담당 업무를 볼 때 원고 또한 강○○, 김○○를 통해 참가인의 사직서 제출이 진의 아닌 의사표시임을 알았거나 적어도 알 수 있었다고 할 것이다.

따라서 참가인의 사직서 제출에 의한 사직 의사표시는 민법 제107조 제1항 단서에 따라 무효이다.

532) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 14.자 2012두27*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

나. 진의 아닌 의사표시가 부정되어 사직의 의사표시가 유효인 경우

1) 사용자가 경영상태 악화 및 인력감축의 필요성에 의해 일괄적으로 희망퇴직원을 받아 선별적으로 퇴직원을 수리한 경우⁵³⁴⁾

【대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51***, 51*** 판결】

피고 회사가 희망퇴직제를 시행할 당시 우리나라의 경제상황과 피고 회사 및 보험업계 일반의 경영상태와 이로 인한 피고 회사의 구조조정과 인력감축의 필요성 등이 원심이 인정한 바와 같은 이상, 피고 회사가 희망퇴직제를 실시하는 과정에서 당시 또는 앞으로 다가올 피고 회사의 어려운 상황을 다소 과장하거나 위 퇴직권유에 응하지 않을 경우 어떤 불이익을 입을 수도 있다는 취지의 설명을 하였다는 사정만으로는 피고 회사가 위 원고들에게 기망행위나 강박행위를 하였다고 보기 어렵고, 위 원고들이 이로 인하여 사직의 의사표시를 하였다고 볼 수도 없다고 할 것이다.

2) 인사총무팀 차장이 전 직원을 상대로 희망퇴직 종용의 글을 사내게시판에 게시하였고, 부서장의 권유로 모두가 일괄 희망퇴직 신청서를 제출하자 그 중 일부를 선별수리한 경우

【서울고등법원 2007. 6. 14. 선고 2007누17*** 판결⁵³⁵⁾】

원고의 인사총무팀 차장 윤○○이 직원들을 대상으로 사내 게시판에 희망퇴직에 동참하여 줄 것을 호소하는 내용의 글을 게시하고, 참가인이 소속된 원고의 한국영업팀 부장 서○○가 참가인을 비롯한 팀원들에게 영업실적에 비하여 회사 형편이 어려우니 자진하여 희망퇴직신청서를 제출할 것을 독려한 사실은 인정되나, 이는 당시 회사정리절차개시결정이 있는 지 5년이 경과하였음에도 오히려 순손실이 누적되고, 자본잠식의 정도가 확대되는 등 경영상태가 계속 악화되고, 2003년부터는 회사정리 계획안에 따른 변제조차도 이행하지 못하게 되자 투자유치와 수익성 개선을 위한 경영상 필요에 따라 이루어진 것으로서 그 경영상의 필요에 합리성이 있다고 할 것이어서 원고의 인사권이나 경영권을 남용한 것이라고 볼 수 없는 점 등에 비추어 …(중략)… 참가인이 내심으로는 퇴직의 의사가 전혀 없음에도 원고의 위와 같은 강요로 어쩔 수 없이 희망퇴직신청서를 제출하였고 원고도 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

오히려 앞서 본 인정사실에 의하면, 참가인이 희망퇴직신청서를 제출하게 된 것은 원고의 명시적 또는 묵시적 권유나 요구에 의하여 비롯된 면은 있지만, …(중략)… 참가인이 그 당시 원고의 경영상태나 그에 대한 장래의 전망, 원고가 제시하는 희망퇴직의 조건과 그 과정, 참가인의 개별적 사정과 장래의 불확실성, 원고에서 퇴직할 경우와 계속 근무할 경우에 있어서의 이해관계 등을 종합적으로 고려하여 스스로 진심으로 그와 같은 퇴직의사를 결정하였거나 마음속으로는 그와 같은 퇴직이 내키지 않았다 하더라도 당시의 상황으로서는 그것이 최선이라고 판단하여 희망퇴직신청서를 제출하였다고 봄이 합당하므로, 참가인의 희망퇴직신청서 제출을 통한 사직의 의사표시는 진의에 의한 것이라고 보아야 한다.

533) 1심 판결(서울행정법원 2014. 1. 16. 선고 2013구합10*** 판결)을 인용함

534) 이 사건 원심에서는 ‘근로자가 퇴직과 관련된 어떠한 이의도 제기하지 않겠다는 확인서를 작성·제출하였고, 회사와의 근로관계가 종료됨으로 인하여 발생하는 일체의 법률관계에 관하여 민사소송 등 쟁송을 하지 않기로 하는 부제소 합의를 한 점 등을 고려하여 퇴직이 회사의 기망이나 강요에 의한 것으로 볼 수 없다’고 판단하여 강요에 의한 사직의 의사표시를 부정한 사례로 볼 수도 있음

3) 사용자가 구조조정 차원에서 실시한 명예퇴직제도에 따라 근로자가 사직서를 제출한 경우

【대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11*** 판결】

원심은, 피고 소속의 ‘구조조정비상대책회의’가 1999. 1월경 인력구조조정의 일환으로 명예퇴직제도와 함께 순환명령휴직제도를 실시하기로 결정하면서 순환명령휴직대상자를 선정하기 위하여 기준을 정하였는바, 위 기준에 해당하여 내부적으로 순환명령휴직대상자로 선정된 원고가 위 명예퇴직제도 및 순환명령휴직제도의 실시에 즈음하여 1999. 1. 15. 명예퇴직을 신청한다는 내용의 이 사건 사직원을 제출한 것은 진정으로 마음속에서 명예퇴직을 바란 것은 아니라 할지라도 그 당시 상황에서 명예퇴직을 하는 것이 최선이라고 판단하여 스스로의 의사에 기하여 이 사건 사직원을 제출한 것이라고 봄이 상당하다고 판단하였다.

원심판결의 이유를 위 법리 및 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 진의 아닌 퇴직의 의사표시에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

4) 소속 직원이 비위행위를 일으킨 데 대하여 사용자로부터 관리감독 책임을 지적받고 자진하여 사직서를 제출한 경우

【서울고등법원 2010. 9. 29. 선고 2009누36*** 판결⁵³⁶⁾】

원고는 참가인의 지도·경제과 총괄업무를 담당하는 상무로서, 같은 과 소속 직원의 업무에 관하여 지도·감독하고, 위 지도·경제과의 업무를 총괄할 지위에 있는 사실이 인정되는바, 위 인정 사실에 의하면, 원고는 전○○에 대하여 적절한 지도·감독을 함으로써 군납계약에 관한 업무를 적정하게 이끌어갈 업무상 책임이 있다고 할 것이므로, 원고가 소속 계장 전○○에 대하여 군납업무에 관한 사항에 관하여 사전에 철저한 보고를 요구하거나 적절한 관리·감독을 할 의무가 있음에도 이를 하지 않아 발생한 이 사건 군납사건에 관하여 원고의 관리·감독책임이 없다고 할 수 없다. 이러한 사정에, 앞서 처분의 경위에서 본 바와 같이, 원고가 참가인의 이사진으로부터 재고관리업무에 대한 관리·감독업무를 소홀히 한 것을 지적받고 자진하여 참가인의 전무 및 조합장에 대하여 사직의사를 밝히고 그 무렵 사직서를 제출한 점을 고려하면, …(중략)… 원고가 사직의 의사가 없음에도 참가인의 조합장의 강요, 기망 등에 의하여 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 사직의사표시가 진의 아닌 의사표시라거나 통정허위표시에 해당한다는 원고의 주장은 이유 없다.

535) 1심 판결(서울행정법원 2007. 6. 14. 선고 2006구합40*** 판결)을 인용하였음

536) 1심 판결(서울행정법원 2009. 10. 16. 선고 2009구합*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(2011. 2. 10.자 2009누36*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

5) 간호사가 향정신성의약품을 무단방출·투약한 사실이 발각되어 징계가 예상되자 사직서를 제출한 경우

【서울고등법원 2010. 9. 28. 선고 2009누32*** 판결⁵³⁷⁾】

이 사건 당시 및 그 이후의 원고의 언행에 비추어 원고가 참가인 병원에서 무단으로 반출한 향정신성의약품인 □□□과 △△△을 2009. 1. 3. 주사기로 투여한 사실은 넉넉히 인정할 수 있다. 나아가 병원의 간호사인 원고로서는 자신이 저지른 위와 같은 행위가 징계절차에 의할 때 충분히 해임이 가능한 비위행위이고, 원고가 위와 같은 사유로 징계를 받게 되는 경우 향후 재취업을 하는데도 상당한 어려움이 있을 것이며, 수간호사 등 관련자들도 의약품 관리의 책임을 함께 질 수 있고, 병원 측에서도 행정적 책임을 면할 수 없어 상당한 문제가 되리라는 것을 알고 있었다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건에서 원고가 사직서를 제출한 것은 자신이 진정으로 마음으로 바라지는 않았다고 하더라도 당시 진행되던 징계절차에서 해임이 예상되는 상황에서 상황을 확대시키지 않기 위해서라도 징계절차에 의한 해고보다는 사직서의 제출에 의한 의원면직이 최선의 조치라는 내심의 의사를 반영한 자발적인 것으로 보이므로 그 효력을 부정할 수 없다 할 것이다.

6) 사용자가 종전에 근로자의 사직서를 수차례 수리하지 않았다고 할지라도 사직서를 수리하지 않겠다는 합의가 있지 않은 이상, 근로자가 사직일자가 표기되지 않은 사직서와 함께 제출한 각서에 향후 문제가 발생하면 사직서를 수리하여도 이의를 제기하지 않겠다는 내용이 있는 경우

【서울고등법원 2012. 4. 6. 선고 2012누12*** 판결⁵³⁸⁾】

원고가 이 사건 사직서를 제출하기 이전까지 4회나 사직서를 제출하였음에도 참가인이 이를 한 번도 수리한 적은 없으나, 위 각 사직서와 같이 제출한 각서의 내용은 대체로 원고가 잘못을 반성하면서 향후 문제가 발생하는 경우 제출한 사직서를 수리하여도 이의를 제기하지 않겠다는 것이고, 사직서에도 그 일자를 작성하지 않거나, 사직서를 제출한 이후의 시점으로 일자를 작성하였던 점에 비추어 보면, 원고는 향후 문제가 재발할 경우 사직서를 수리해도 무방하다는 의사로 그와 같이 사직서를 제출한 것이고, 참가인도 당해 사건에 한해서는 문제 삼지 않겠으나 향후 문제가 발생하면 원고를 사직시키겠다는 의사로 사직서를 받은 것으로 보이는 점, …(중략)… 원고가 이 사건 사직서를 제출함에 있어 원고와 참가인 사이에서 이 사건 사직서를 수리하지 않을 것임을 전제로 하는 합의가 있었다고 볼 만한 증거가 없는 점 등에 비추어 보면 원고로서는 당시 상황에서 이 사건 사직서를 제출하는 것이 불가피하다고 판단했던 것으로 보이므로 결국 원고의 이 사건 사직의 의사표시가 비진의표시이거나 통정허위표시에 해당하여 무효라고 볼 수 없고, 이에 대한 원고의 주장은 이유 없다.

537) 동 사건은 대법원(대법원 2011. 1. 13.자 2010두23*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

538) 1심 판결(서울행정법원 2012. 4. 6. 선고 2011구합35*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 28.자 2012두28*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

5.4 기타 의사표시의 하자 관련 판례

가. 강요에 의한 사직의 의사표시를 인정한 경우

1) 정부의 공기업 경영혁신계획에 따른 인력감축의 일환으로 사용자가 구조조정 대상자를 선정함에 있어 합리적이고 공정한 기준 없이 일부 근로자를 문제 직원으로 확정하고 계속하여 사직을 종용함으로써 의원면직 형식으로 근로계약관계를 종료 시킨 경우

【대법원 2002. 6. 14. 선고 2001두11*** 판결】

원심은 그 내세운 증거들에 의하여, 피고보조참가인의 전신인 ○○○○공사의 원고에 대한 보직 해임 경위 및 퇴직처리 경위에 관하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 노사 간 합의 및 인사위원회 의결에 따라 구조조정대상자로 선정되는 문제직원들에 대하여 스스로 사직원을 제출하지 아니할 경우 총무관리처로의 대기발령, 직위해제 및 해고예고절차를 거쳐 직권면직시킨다는 인사방침이 확정, 공고되었고, 원고가 문제직원으로 선정된 후 이에 불복하여 사직원을 제출하지 아니하였다는 이유로 총무관리처로 무보직 대기발령을 받고 위 공사의 거듭된 종용에 따라 사직서를 작성, 제출한 점 등 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 원고는 원래 사직의 의사가 없었음에도 위 공사가 자신을 문제직원으로 확정하여 무보직 대기발령을 내리고 명예퇴직신청을 하지 아니할 경우 직권면직하겠다는 의사를 거듭 표시하면서 사직원의 제출을 종용함에 따라 어쩔 수 없이 사직원을 작성, 제출하였다고 보여지고, ○○○○공사가 이를 수리하여 퇴직처리한 것은 실질적으로 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 판단하였는바, 앞에서 본 법리에 따라 관련 증거들을 기록에 비추어 살펴보면 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 사직 의사의 존부에 관하여 채증법칙에 위배하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 할 수 없다.

제3장
해고의 준비와
직권면직

2) 사용자가 사무실이 아닌 곳에서 욕설과 폭언을 하면서 사직서를 요구하여 근로자가 어쩔 수 없이 사직서를 제출한 경우

【서울행정법원 2013. 7. 23. 선고 2013구합2*** 판결】

다음과 같은 사정 즉 ① 한○○이 참가인을 사무실이 아닌 자택으로 호출하여 참가인에게 욕설과 폭언을 하면서 사직서의 작성을 요구한 점, ② 그 과정에서 참가인이 교수들에게 도움을 요청하는 문자메시지를 보낸 점, ③ 참가인이 약 5시간 동안 한○○의 자택에 있다가 이 사건 사직서를 제출하고 서야 비로소 나올 수 있었던 점, ④ 이 사건 사직서의 작성·제출 당시 참가인이 스스로 사직할 만한 뚜렷한 이유가 없었고, 이 사건 사직서에도 사직의 이유가 구체적으로 기재되어 있지 아니한 점, ⑤ 참가인이 이 사건 사직서를 제출한 직후 원고의 임원들에게 사직서의 작성 당시의 상황을 설명하면서 사직서가 강압 등에 의해 작성된 것이라는 내용의 호소문을 보낸 점 등을 종합하면, 참가인이 한○○의 강요와 협박 등을 견디다 못해 어쩔 수 없이 이 사건 사직서를 제출하였고, 원고는 참가인의 진의가 아님을 알고서도 이 사건 사직서를 수리하였다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 면직은 실질적으로 원고의 일방적인 의사표시로 근로관계를 종료시킨 사실상의 해고에 해당하되, 해고의 정당성을 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로 부당해고이다.

나. 강요에 의한 사직의 의사표시를 부정한 경우

1) 사직하지 않으면 징계절차에 회부되어 징계되고 될 것이고 검찰 고발을 당하게 되어 형사처벌을 받게 될 것이라는 비위행위에 대한 감사처리결과를 통보받은 후 근로자가 사직서를 제출한 경우

【서울고등법원 2011. 5. 31. 선고 2010누23*** 판결⁵³⁹⁾】

다음과 같은 사정, 즉 ① 원고는 협력업체 등으로 부터 1,000만 원 이상의 금품을 수수하여 이를 유용한 사실이 있고, 참가인의 조사과정에서 이를 시인함으로써 검찰 고발이 가능한 상태였으므로 굳이 참가인이 원고에 대하여 사직서 제출을 강요할 이유가 없다고 보이는 점, ② 원고는 윤리경영실의 담당자들과 인사담당자들에게 사직하지 않는 경우 자신에 대한 감사처리결과를 문의하였는데, 이에 대하여 윤리경영실의 담당자들과 인사담당자들은 ‘사직하지 않으면 징계절차에 회부되어 징계되고 될 것이고 검찰 고발을 당하게 되어 형사처벌을 받게 될 것’이라는 원론적인 답변을 한 점, ③ 윤리경영실의 담당자들과 인사담당자들이 원고에게 위와 같이 사직하지 않으면 징계해고가 되고 검찰에 고발되어 형사처벌을 받게 될 것이라는 등의 내용을 알려주었다고 하더라도, 이는 원고에 대한 비위행위 조사결과에 따른 객관적인 상황을 고지한 것에 불과하므로, 원고는 자신의 비위행위로 인하여 징계해고나 형사처벌을 받게 될 것 등 여러 사정을 고려하여 사직서를 제출하였다고 보이는 점 …(중략)… 등을 종합하면, 원고는 여러 사정을 고려하여 스스로의 의사로 이 사건 사직서를 작성·제출한 것으로 판단된다.

2) ‘경영진과 맞지 않으니 회사를 떠나라’는 요구가 있었다고 하더라도, 근로자가 1차 사직서 제출 이후 2차 사직서 및 퇴직서약서까지 제출한 경우

【서울행정법원 2008. 9. 5. 선고 2008구합11*** 판결】

원고의 경력이나 참가인 회사에서의 직책 등에 비추어 원고는 이 사건 각 사직서를 각 작성하여 제출할 당시 위 각 사직서에 참가인 회사와의 근로계약관계를 해지하는 의사표시가 담겨 있다는 것을 충분히 인식하고 있었던 것으로 보이는 점, 원고가 주장하는 바와 같이 원고가 1차 사직서를 작성할 당시 “경영진과 맞지 않으니 즉시 회사를 떠나라”는 최○○의 요구가 있었다고 하더라도, 위와 같은 최○○의 요구가 원고의 자유의사를 현저히 침해하여 사직의 의사표시를 무효로 할 수 있을 정도의 강요라고 보기는 어려운 점, 원고가 1차 사직서를 작성하여 제출하고 난 후 1개월 이상 경과한 시점에 다시 하급직원인 이○○에게 2차 사직서를 작성하여 주었을 뿐만 아니라, 그 무렵 참가인 회사에 퇴직서약서까지 제출한 점 등에 비추어 보면 참가인 회사가 사직의 의사가 없는 원고에 대하여 이 사건 각 사직서 제출을 강요하여 원고가 어쩔 수 없이 이 사건 각 사직서를 제출하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 참가인 회사가 원고의 2차 사직서를 수리하여 원고에 대하여 한 이 사건 퇴직처리는 원고의 위 사직서 제출이 진의 아닌 의사표시에 해당하는 등으로 무효이어서 실질적으로 참가인 회사의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시킨 해고에 해당한다고 볼 수 없다.

539) 동 사건은 대법원(2011. 9. 29.자 2011두13*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

다. 사직의 의사표시가 반사회적질서의 약정에 의한 경우

경쟁관계에 있던 근로자와 전 노동조합 지부장이 노동조합장 선거결과에 따라 사직하기로 하는 약정을 하고 선거를 하기 전에 미리 퇴직원을 제출하였고, 사용자가 선거 후에 낙선한 자의 사직서를 수리한 경우(다만, 사직하기로 한 합의 후에 선거가 치러지고, 선거결과에 따라 스스로 퇴직원을 제출한 경우에는 달리 보아야 함)

【서울고등법원 2010. 1. 20. 선고 2009누18*** 판결⁵⁴⁰⁾】

민법 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서 행위는 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도 법률적으로 이를 강제하거나 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우를 포함한다(대법원 2001. 11. 27. 선고 93다33*** 판결, 2000. 2. 11. 선고 99다56*** 판결 등 참조). 이 사건의 경우 앞서 본 사실관계에 의하면, 원고는 김○○과의 2008. 4. 25.에 실시되는 □□지부장 보궐선거에서 낙선하는 자는 사직하기로 하는 내용의 합의에 따라 선거관리위원회에 미리 퇴직원을 작성, 제출하였고, 참가인은 선거관리위원회로부터 이들의 퇴직원을 제출받아 가지고 있다가 선거결과에 따라 당선된 김○○의 퇴직원은 반려하고, 낙선한 원고의 퇴직원은 수리하였다는 것인바, 원고와 김○○ 사이의 위 합의는 결국 선거결과에 따라 사직하기로 하는 약정으로서 이러한 합의는 법률상 강제할 수 없는 성질의 것이라 할 것인데, 원고와 김○○은 선거 전에 미리 퇴직원을 제출하기로 함으로써 법률상 강제할 수 없는 의무의 내용을 실질적으로 강제하고 있으므로 이러한 사직의 합의는 민법 제103조 소정의 반사회질서행위에 해당하여 무효라 할 것이고, 이에 따라 제출된 퇴직원에 기한 사직의 의사표시 역시 무효라 할 것이다(사직하기로 한 합의 후에 선거가 치러지고, 선거결과에 따라 스스로 퇴직원을 제출한 경우와는 달리 보아야 한다).

제3장
해고의 준비와
직권면직

5.5 사직의 의사표시의 철회 관련 판례

가. 사직의 의사표시를 해지통고로 본 경우

1) 사회복지법인 운영 어린이집 원장으로 근무하던 근로자가 비위행위로 견책처분을 받음과 소외 새로운 어린이집 개원 실무책임자로 전보되자 사직서를 제출하였다가, 새로운 어린이집 관련 조례가 통과되었다는 소식을 듣고 사직의 의사표시를 철회한 경우

【대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8*** 판결】

원심은, 원고는 참가인이 ○○직할시 ○구로부터 위탁받아 운영하는 ○○어린이집의 원장으로 근무하던 중 1997. 2. 10. “신입원생 학부모들 앞에서 보육교사 이○○의 명예를 훼손하는 발언을 하였고, 직장 구성원 간에 불화를 조성하였으며, 부하직원 지휘의 책임이 있음에도 학부모에게 의도적으

540) 1심 판결(서울행정법원 2009. 6. 18. 선고 2008구합48*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 5. 13.자 2010두3*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

로 소문을 내어 시설의 품위를 실추시켰다”는 이유로 참가인으로부터 징계처분(건책)을 받음과 아울러 참가인이 위탁 운영 중인 ○○종합사회복지관에 병설하여 운영할 예정인 어린이집(○○ 어린이집)의 개원실무 책임자로 근무하라는 전보명령을 받고, 같은 달 18일 ○○종합사회복지관에 첫 출근하여 같은 날부터 같은 달 27일까지의 휴가원을 제출한 후 당일 사직서를 제출하였으며 참가인은 같은 달 20일 원고의 사직서를 수리한 사실, 그런데 원고는 휴가 중인 같은 달 25일 ○○직할시 ○구 의회에서 ○○ 어린이집에 관한 조례가 통과되었다는 소식을 듣고 ○○종합사회복지관의 관장인 소외 권○○에게 사직 의사표시를 철회한다고 하였으나, 권○○은 사직서가 이미 수리되었음을 통보한 사실을 인정한 다음, 근로자가 사직원의 제출방법에 의하여 근로계약관계의 합의해지를 청약하고 이에 대하여 사용자가 승낙함으로써 당해 근로관계를 종료시키게 되는 경우에 있어서 근로자는 위 사직원의 제출에 따른 사용자의 승낙의사가 형성되어 확정적으로 근로계약 종료의 효과가 발생하기 전에는 그 사직의 의사표시를 자유로이 철회할 수 있는바, 참가인과 원고 사이의 근로계약관계의 합의해지의 청약이라 할 수 있는 원고의 1997. 2. 18.자 사직서에 대하여 사용자인 참가인이 같은 달 20일 이를 승낙함으로써 이때 이미 위 근로계약 종료의 효과는 발생하였다 할 것이므로 원고로서는 더 이상 위 사직의 의사표시를 철회할 수 없다는 이유로, 위 사직 의사표시 철회로서 근로계약이 여전히 존속 중이라는 원고의 주장을 배척하였다.

근로자가 사직원을 제출하여 근로계약관계의 해지를 청약하는 경우 그에 대한 사용자의 승낙의사가 형성되어 그 승낙의 의사표시가 근로자에게 도달하기 이전에는 그 의사표시를 철회할 수 있고, 다만, 근로자의 사직 의사표시 철회가 사용자에게 예측할 수 없는 손해를 주는 등 신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 철회가 허용되지 않는다 할 것이다(대법원 1992. 4. 10. 선고 91다43*** 판결, 1994. 8. 9. 선고 94다14*** 판결 등 참조).

그런데도 원심은 근로자의 근로계약 합의해지 청약에 대한 사용자의 승낙의사가 형성되어 있거만 하면 그 의사가 아직 상대방인 근로자에게 도달하지 않은 단계에서도 확정적으로 근로계약 종료의 효과가 발생하여 근로자로서는 더 이상 사직 의사표시를 철회할 수 없다는 전제에서 원고의 사직 의사표시 철회는 참가인이 원고의 사직서를 수리한 이후에 이루어진 것이므로 그 효력이 없다고 판단하였으니, 원심판결에는 근로계약 합의해지에 있어서의 청약의 철회에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

그러나 사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지로 볼 것인바, 원심이 확정한 사실관계 및 기록상 나타난 바와 같은 사직서의 기재내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직 의사표시 철회의 동기 기타 여러 사정을 참작하면 원고의 위 사직서 제출은 위에서 본 원칙적 형태로서의 근로계약의 해지를 통고한 것이라고 볼 것이지, 근로계약의 합의해지를 청약한 것으로 볼 것은 아니며, 이와 같은 경우 사직의 의사표시가 참가인에게 도달한 이상 원고로서는 참가인의 동의 없이는 비록 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 전이라 하여도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다 할 것이므로, 원고의 사직 의사표시 철회로서 참가인과의 근로계약이 여전히 존속 중이라는 원고의 주장을 배척한 원심의 판단은 결과적으로 정당하다 할 것이다.

2) 대표이사가 민원인에게 사과할 것을 거듭 요구하였음에도 민원인에게 사과하느니 차라리 그만두겠다며 대표이사와 동료들에게 사직의사를 표시한 사실이 인정되고, 사직서에 결재란이 없으며, 회사의 사직처리 관행 또한 결재 없이 처리한 경우가 많은 경우

【서울고등법원 2012. 5. 25. 선고 2012누41*** 판결⁵⁴¹⁾】

다음과 같은 사정 즉 ① 참가인이 제출한 사직서에는 비록 부동산자로 인쇄되어 있기는 하지만 ‘상기 본인은 일신상의 이유로 사직하고자 이에 사직서를 제출합니다’라는 문구가 기재되어 있는데, 그 내용은 사직에 대한 원고의 승낙을 구하는 취지라기보다는 근로관계를 확정적으로 단절하겠다는 취지로 보이는 점, ② 참가인은 사직서를 제출하기 전에도 동료들에게 사직할 의사를 표명한 바 있고, 원고의 대표이사에게 회사를 그만두더라도 마○○에 대한 사과는 할 수 없다는 의사를 표시한 바 있었던 점, ③ 비록 참가인의 사직서 제출이 고객의 불만제기에 대하여 직원의 일방적인 사과만을 요구함으로써 직원을 제대로 보호해 주지 못하는 원고의 처사에 대한 항의의 표시라는 측면이 있다손 치더라도 사과를 하느니 차라리 회사를 그만두겠다는 참가인 자신의 의사도 포함되어 있는 것으로 보이는 점, ④ 참가인이 제출한 사직서에는 결재란이 마련되어 있지 않고, 원고의 경우 사직서를 제출하였더라도 결재를 거쳐 사직처리를 한 경우보다 사직서를 제출받지 않거나 사직서를 제출하였더라도 결재를 하지 않고 사직처리를 한 경우가 더 많았던 점 등을 종합하면, 참가인이 제출한 사직서는 근로관계에 대한 합의해지의 청약이 아니라 위에서 본 원칙적 형태로서의 민법 제660조에 규정된 근로계약의 해지를 통고한 것으로 보이고, 이와 같은 경우 사직의 의사표시가 원고에게 도달한 이상 참가인으로서 원고의 동의 없이는 비록 민법 제660조 제2항의 기간이 경과하기 전이라 하여도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다 할 것이다.

제3장
해고의 준비와
직권면직

3) 부하직원이 비위행위를 일으킨 것에 대한 관리감독 책임을 지는 의미로 사직서를 제출하였다가, 근로자의 구직을 배려하여 사용자가 사직처리를 연기하고 있던 중 구직 활동이 제대로 되지 않자 사직의 의사표시를 철회한 경우

【서울고등법원 2010. 9. 29. 선고 2009누36*** 판결⁵⁴²⁾】

아래와 같은, 사직서의 기재내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직 의사표시 철회의 동기 기타 제반 사정을 참작하면, 원고의 참가인에 대한 사직의 의사표시는 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약의 고지로서 이와 같은 사직의 의사표시가 참가인에게 도달한 이상 이를 철회할 수 없다고 할 것이고, 설령 원고의 사직의 의사표시가 근로계약관계 해지의 청약을 표시한 것이라 하더라도, 아래와 같은 사정에, 원고가 소속 계장에 대한 관리·감독 소홀에 대하여 책임을 지고 사직을 한 후 사직을 전제로 참가인 조합에 대하여 사직 수리를 연장해 오면서 구직활동에 전념하고 참가인 조합의 업무를 수행하지 않았고, 참가인의 군납계약이 결국 해지되는 등 이 사건과 관련된 제반 사정을 모두 종합하면, 원고의 사직의 의사표시 철회는 금반언의 원칙 등 신의칙에 반한다고 할 것이다. 따라서 이 부분에 관한 원고의 주장도 이유 없다.

원고가 참가인의 이사들로부터 질타를 받은 후 자진하여 참가인의 전무 및 조합장에 대하여 구두로 사직의 의사를 표시한 다음 조합장에게 스스로 사직서를 제출하였다. 참가인으로서도 원고의 사직을 전제로 원고에 대하여 아무런 사무를 부여하지 않았고, 그 후 원고도 참가인의 업무를 수행하지 않았다. 원고가 참가인에 대하여 사직서의 반환을 요구하였으나 참가인은 원고의 이러한 요구를 거절하였고, 원고가 사직의 의사표시를 철회한 것은 참가인의 배려로 인하여 하던 구직활동이 제대로

541) 1심 판결(서울행정법원 2011. 11. 4. 선고 2011구합21*** 판결)을 인용함

되지 않았기 때문이다. 원고는 참가인에 대하여 사직의 철회를 요구하였으나, 참가인으로부터 거절을 당한 이후 다시 사직할 것을 전제로 참가인의 조합장과 함께 ○○축산업협동조합의 조합장을 만나 구직활동을 하였다. 참가인이 원고가 사직서를 제출한 날로부터 약 50일이 경과하여 원고와의 근로 관계를 종료하였으나, 이는 참가인이 원고의 사직에 대한 수락 여부를 결정하기 위하여 사직을 연기한 것이 아니라, 참가인이 원고에게 구직활동기간을 보장하기 위하여 특별히 배려하여 준 것이다.

4) 사직서에 ‘사직하고자 하오니 허락하여 주시기 바랍니다.’라는 기재는 되어 있으나, 근로자가 사용자의 행위로 인해 모욕감을 느껴 사직서를 제출한 경우

— 【서울고등법원 2012. 5. 24. 선고 2011누33*** 판결⁵⁴³⁾】 —

원고는 2008. 9. 24. 참가인 학원의 ○○○대학에 기획처장으로 입사하여 2009. 7. 31. 부총장으로 발령을 받았다가 2010. 1. 1. 부총장 겸 창업학과 전임교원으로 발령을 받아 근무하였는데, 참가인 학원의 횡령문제와 관련하여 전임 이사장이 구속됨에 따라 참가인 학원의 정상화를 위한 새로운 이사진의 취임과정에서 2010. 4. 20. 부총장직에서 면직되었다. 원고는 2010. 7.경 참가인 학원의 사무처장으로부터 시간강사 대기실 부족을 이유로 ○○캠퍼스에 있던 연구실을 ○○캠퍼스로 옮기라는 지시를 받아 자신의 연구실을 옮겼으나, 이후 위 연구실이 시간강사 대기실이 아닌 교무처장의 사무실로 사용되어 있음을 알게 되었고, 이에 모욕감을 느껴 2010. 7. 19. …(중략)… 사직서를 작성하여 참가인의 사무처장에게 제출하였다. 한편 ○○○대학교의 총학생회장인 오○○이 2010. 7. 23.경 학교 게시판에 원고를 비방하는 글을, 같은 해 8. 12. 원고에 대한 파면을 촉구하는 서명운동에 대한 글을 각 올리자, 원고는 2010. 8. 13. 사무처장 및 비서실장에게 ‘학교 측에서 진상조사위원회 등을 열어 원고에 대한 근거없는 의심에 대하여 진상규명을 해주고 자신이 제출한 사직서는 이 메일로 인해 무효이며, 사직일은 진상이 규명되어 자유게시판에 공개되는 날로 하겠다’는 취지의 전자메일을 보냈고, 2010. 8. 17. 재차 ○○○대학 총장(참조 사무처장 및 비서실장)에게 같은 취지의 내용이 기재된 내용 증명우편을 보냈다. ○○○대학의 총장은 2010. 8. 13. 원고에 대한 의원면직 발령을 참가인 학교에게 제청하였고, 참가인 학교는 2010. 8. 31.자로 원고에 대한 의원면직 발령을 하였다. …(중략)…

앞서 본 인정사실 및 증거에 의하여 나타난 사직서의 기재내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직 의사표시 철회의 동기 등 제반 사정에 비추어 보면, 원고의 사직서에 담긴 의사표시는 근로계약의 해지의 통고로 보아야 할 것이고 합의해지의 청약으로 볼 수는 없으므로, 원고의 사직의 의사표시가 참가인에게 도달한 이상 원고는 이를 철회할 수 없다(한편 원고가 2010. 7. 19. 사직서를 작성하여 참가인 학원의 사무처장에게 제출한 이상 위 사직서는 참가인 학원에게 도달되었다고 할 것이고, 원고의 주장과 같이 의원면직 발령 제청 전 철회의 의사표시를 하였다 하여 이를 참가인 학원에게 도달 전 철회된 것이라 볼 근거도 없다).

542) 1심 판결(서울행정법원 2009. 10. 16. 선고 2009구합*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(2011. 2. 10.자 2010두23156 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

543) 1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 25. 선고 2011구합12*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(2012. 9. 27.자 2012두13*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

5) 팀장으로 20년 이상 근무하던 근로자가 팀원으로 근무하게 되면서 어려움을 느끼고 이에 대하여 숙고한 후 사직원을 제출한 경우

【서울고등법원 2012. 7. 25. 선고 2012누2*** 판결⁵⁴⁴⁾】

다음과 같은 사정, 즉 ① 원고가 특별한 의사표시 없이 이 사건 사직원을 작성·제출한 점, ② 원고가 노무팀장 등 팀장으로 근무하다가 팀원으로 근무하는 데 따른 어려움, 업무 실적 저조 등에 대하여 숙고한 후 사직원을 제출하는 것이 최선이라고 판단하여 이 사건 사직원을 작성·제출한 것으로 보이는바, 이 사건 사직원을 제출할 당시 원고의 사직 의사가 확정적이었던 것으로 보이는 점, ③ 원고의 사직 의사표시에 대하여 참가인의 의사결정과정에서 별도로 필요한 상황이 아니었던 점, ④ 참가인이 원고에 대하여 사직을 권유하였고 원고가 이 사건 사직원에 사직 일자리를 기재하지 않았다는 사실만으로도 원고의 이 사건 사직원 제출을 근로계약의 합의해지 청약으로 보기 어려운 점 등을 고려해 보면, 원고의 이 사건 사직원 제출은 근로계약관계를 종료시키는 취지의 해약고지에 해당한다고 봄이 상당하다. 따라서 이 사건 사직원이 참가인에 도달한 이상 원고는 참가인의 동의 없이는 사직의 의사표시를 철회할 수 없으므로 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 이유 없다.

6) 민원에 대한 책임을 인정하고 사직서를 제출하면서 근로계약의 종료일을 별도로 기재한 경우

【대전지방법원 2015. 1. 21. 선고 2014구합101*** 판결】

다음과 같은 사정, 즉 ① 원고는 도중회차로 인해 발생한 민원에 대하여 책임을 인정하고 사직에 이르게 된 것이라는 취지로 사직의 의사를 밝히고 있는 점, ② 원고의 사직 의사표시 수리 여부에 대해 참가인의 의사결정과정에서 별도로 필요한 것으로 보이지 않는 점, ③ 원고가 2013. 6. 30.자로 이 사건 사직서를 기재한 것은 위 날짜를 기준으로 근로계약관계를 종료한다는 취지로 보아야지 이를 원고가 조건부 사직의사를 표시한 것이거나 위 날짜까지 사직서의 수리가 유보되었다고는 볼 수 없는 점 등을 고려하면, 원고의 이 사건 사직서 제출은 위에서 본 원칙적 형태로서의 근로계약의 해지를 통고한 것이라고 봄이 상당하고, 참가인이 원고에 대하여 사직을 권유하였고, 사직서상 “사직서를 제출하오니 허락하여 주시기 바랍니다”라는 문구가 기재되어 있다는 사실만으로도 근로계약의 합의해지 청약이라고 볼 수 없다.

나. 사직의 의사표시를 합의해지의 청약으로 본 경우

1) 근로자가 순환명령휴직 대상자에 선정되어 휴직기간 경과 후 복직이 이루어지지 아니할 것을 우려하여 명예퇴직의 허락을 구하는 내용이 기재된 사직원을 제출한 경우

544) 1심 판결(서울행정법원 2011. 12. 22. 선고 2011구합21*** 판결)을 인용함

【대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11*** 판결】

피고가 구조조정의 일환으로 일정한 사유가 있는 자를 순환명령휴직대상자로 선정하고 그 대상자가 명예퇴직을 신청하는 경우에는 이를 모두 받아들이기로 내부적인 결정이었다고 하더라도, 외부적으로는 일정한 경력이 있는 근로자 전원에 대하여 명예퇴직을 신청할 수 있고 그 명예퇴직신청자가 가운데 결격사유가 있는 자를 유보한 후 고등인사위원회의 의결을 거쳐 명예퇴직대상자를 정하기로 방침을 정하고 소속 근로자들에게 이를 고지한 후 이 사건 명예퇴직 신청을 받은 사실, 원고는 자신이 순환명령휴직 대상자에 선정될 것을 예상하고 그와 같은 경우 휴직기간 경과 후 복직이 이루어지지 아니할 것을 우려한 나머지 피고에게 명예퇴직을 허락하여 달라는 내용이 기재된 이 사건 사직원을 작성하여 제출하였을 뿐 피고로부터 원고가 순환명령휴직 대상자로 선정되었다는 이유로 명예퇴직을 종용받아 위 사직원을 제출한 것은 아닌 사실, 이 사건 명예퇴직 신청이 마감된 후 피고는 원래 순환명령휴직 대상에 해당되어 명예퇴직신청을 받은 자 가운데 대통령 사면을 받은 자 107명에 대하여 사면 전의 징계사유를 들어 순환명령휴직 대상자에 포함시키는 것은 대통령의 사면권에 대한 도전이라는 비판이 일자 노사합의에 의하여 위 107명을 명예퇴직의 대상에서 제외하기로 결정하여 해당 명예퇴직신청서를 반환하여 준 사실을 인정할 수 있는바, 위와 같이 변론에 나타난 이 사건 사직원의 기재내용, 사직원 작성·제출의 동기 및 경위, 사직원 제출 이후의 사정 기타 여러 사정을 참작하면, 원고가 이 사건 사직원에 의하여 신청한 명예퇴직은 근로자가 명예퇴직의 신청(청약)을 하면 사용자가 요건을 심사한 후 이를 승인(승낙)함으로써 합의에 의하여 근로관계를 종료시키는 것으로, 명예퇴직의 신청은 근로계약에 대한 합의해지의 청약에 불과하여 이에 대한 사용자의 승낙이 있어 근로계약이 합의해지되기 전에는 근로자가 임의로 그 청약의 의사표시를 철회할 수 있다 할 것이다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다60***, 60*** 판결, 대법원 2000. 7. 7. 선고 98다42*** 판결 등 참조).

그럼에도 불구하고, 원심은 원고가 이 사건 사직원에 의한 명예퇴직의 신청을 근로계약에 대한 합의해지의 청약이 아닌 해약고지로 보아 피고에게 그 신청의사가 도달한 이후에는 그 의사를 철회할 수 없다고 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 명예퇴직 신청의사의 법적 성질과 그 의사의 철회에 관한 법리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 하지 않을 수 없고, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 정당하다.

2) 교사인 근로자가 질병을 이유로 학교 측에 사직서를 제출한 경우

【대법원 1992. 4. 10. 선고 91다43*** 판결】

근로자가 일방적으로 근로계약관계를 종료시키는 해약의 고지방법에 의하여 임의사직하는 경우가 아니라, 근로자가 사직원의 제출방법에 의하여 근로계약관계의 합의해지를 청약하고 이에 대하여 사용자가 승낙함으로써 당해 근로관계를 종료시키게 되는 경우에 있어서는, 근로자는 위 사직원의 제출에 따른 사용자의 승낙의사가 형성되어 확정적으로 근로계약종료의 효과가 발생하기 전에는 그 사직의 의사표시를 자유로이 철회할 수 있다고 보아야 할 것이며, 다만, 근로계약종료의 효과발생 전이라고 하더라도 근로자의 사직의 의사표시를 철회하는 것이 사용자에게 불측의 손해를 주는 등 신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 철회가 허용되지 않는다고 해석함이 상당하다 할 것이다.

이 사건에 있어 원심이 적법하게 확정한 사실관계에 의하면, 원고는 피고 법인이 설치·경영하는 ○

○고등학교의 교원으로 채용되어 근무하여 오다가 만성간염의 질병으로 인하여 지각, 조퇴, 결근 등에 따른 수업결손이 잦아지게 되면서 학부모들로부터 항의나 보강을 맡은 동료 교원들의 불만 등으로 교직의 계속적인 수행이 더 이상 어렵게 되자, 1988. 12.초 스스로 사직하기로 결심하고 사직원을 작성하여 위 학교장인 소외 상○○에게 이를 제출하면서 다만, 1989. 2.말까지 계속 교원의 신분을 가지고 의료보험혜택과 봉급을 받을 수 있도록 도와 달라고 요청하여 그 승낙에 따라 이를 명확히 하기 위하여 위 사직원의 작성일자를 1989. 2. 28.로 기재하게 된 것임이 분명하고, 한편 …(중략)… 피고 법인의 정관상에는 위 학교의 일반 교원에 대한 임명권자는 이사장이고, 교원을 해임하는 경우에는 위 학교장의 제청으로 이사회의 의결을 거쳐야 하는 것으로 규정되어 있으며, 원고의 이 사건 사직원 제출에 대하여 그 소속 학교장인 위 상○○이 원고가 위 질병이 완치되었음을 이유로 사직의사를 철회한 이후이고, 위 사직원 작성일자로 기재된 1989. 2. 28.에 비로소 그 사직원을 근거로 피고 법인의 이사회에 원고의 해임을 제청하고 그해 3. 2. 위 이사회에서 원고를 의원면직하기로 하는 결의를 거쳐 이 사건 면직처분에 이르게 된 것임을 알 수 있다.

위와 같은 사실관계에 비추어 보건대, 원고의 위 사직원 제출은 곧, 사용자에게 대하여 근로계약관계의 합의해지를 청약한 경우에 해당한다고 볼 것이고, 원고가 지병관계로 부득이 사직원을 작성 제출한 후에 그 지병이 완치됨에 따라 1989. 2. 23. 위 학교 측에 대하여 다시 근무할 것을 희망하는 의사를 밝힌 것은 종전의 사직의사표시를 철회한 것으로 보아야 할 것인바, 이는 원고의 위 사직원 제출 방법에 따른 근로계약관계의 종료를 위한 합의해지의 청약에 대하여 피고 법인의 내부적인 승낙의사가 형성되기 전에 이루어진 것으로서 특별히 위 사직의사표시의 철회를 허용하는 것이 피고 법인에 대한 불측의 손해를 주게 되는 등 신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 적법하게 그 철회의 효력이 생긴 것이라고 보아야 하고, 따라서 피고 법인이 원고의 위 사직의사의 철회 이후에 비로소 종전의 사직원에 기하여 원고를 의원면직 처분한 것은 무효라고 보아야 할 것이다.

3) 사직서에 사용자의 허락을 구하는 문구가 기재되어 있으며, 결재란이 마련되어 있고, 실제로 결재권자들의 결재가 있었던 경우

【서울행정법원 2011. 1. 28. 선고 2010구합28*** 판결】

원고들이 제출한 사직서에는 비록 부동문자로 인쇄되어 있기는 하지만 “상기와 같이 사직코자 하오니 청허하여 주시기 바랍니다”라는 문구가 기재되어 있는데, 이는 원고들의 사직에 대한 참가인 회사의 승낙을 구하는 취지로 보인다.

위 사직서에는 관리부서, 인사부서 및 대표이사의 결재란이 마련되어 있고 실제로 대표이사의 결재를 제외한 나머지 결재권자들이 결재가 이루어졌는데, 이는 위 사직서에 따른 퇴직 여부에 관한 결정 권한이 참가인 회사에게 있음을 전제로 한 것으로 보인다. …(중략)…

원고들은 사직 희망일을 2009. 9. 2. 또는 같은 달 3.로 기재하였으면서도 참가인 회사가 위 사직서에 따라 원고들을 퇴직 처리하지 않고 이 사건 각 해고를 하자 이에 불복하여 ○○지방노동위원회에 구제신청을 하였는데, 이와 같은 태도에 비추어 원고들이 참가인 회사의 사직 의사 수리 여부에 관계 없이 일방적, 확정적으로 사직을 하고자 위와 같이 사직서를 제출하였던 것은 아닌 것으로 보인다.

제3절 직권면직(통상해고)

1. 개관

사용자는 취업규칙 등에 징계해고와 구분하여 직권면직·당연퇴직의 규정을 두고 이를 근거로 근로관계를 일방적으로 종료하는 경우가 있는데 이때 직권면직·당연퇴직의 정당성을 둘러싼 법적 다툼이 발생함

특히 직권면직에 대하여 일반의 징계해고와 달리 아무런 절차 규정이 없는 경우에는 직권면직사유가 동일하게 징계사유로도 규정되어 있는 경우를 제외하고는 직권면직처분을 할 때 일반의 징계절차를 거칠 필요가 없다는 것이 판례의 일관된 견해여서,⁵⁴⁵⁾ 직권면직처분으로 손쉽게 근로관계를 종료하고자 하는 경우도 있어 직권면직의 정당성에 관한 판례의 법리를 숙지할 필요가 있음

2. 직권면직의 의의 및 성질

2.1 직권면직의 의의와 구별 개념

가. 의의

직권면직은 단체협약·취업규칙 등에 정한 일정한 사유(유죄판결의 선고, 근로자의 파산, 무단결근, 피성년후견의 개시, 노동능력의 상실 등) 발생 시 사용자가 근로자의 동의 없이 일방적으로 근로관계를 해지하는 것을 의미함

직권면직은 사용자가 일방적으로 근로계약관계를 해지하는 것이라는 점에서 해고에 해당함

실무상 직권면직은 i) 징계의 한 종류로 규정된 경우, ii) 징계사유와 별도로 규정된 경우, iii) 징계의 한 종류로 규정하면서도 별도의 규정을 따로 두는 경우 등 다양한 형태로 규정 되고 있고, 각각의 법률적 취급에 다소 차이가 있음

나. 구별 개념

취업규칙 등에서 규정하는 바에 따라 달라지지만, 당연퇴직 사유에 근로자의 사망, 정년도래, 근로계약기간 만료 등 근로관계의 자동소멸 사유⁵⁴⁶⁾까지 포함되는 경우 직권

545) 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42*** 판결

546) 인사규정상 채용 당연결격 사유를 당연퇴직 사유로 규정하고 있는 경우 이를 해고의 제한을 받지 않는

면직과 차이가 있음

실무상 당연퇴직 사유가 해고사유에 해당(유죄판결 선고, 휴직기간 경과 후 복직원 미제출, 자격·면허 취소 등)하는 경우는 직권면직에도 해당하는 경우가 있으므로 특별히 용어를 구별하지 않고 사용하고 있는데, 직권면직, 면직, 당연면직, 자동면직, 당연퇴직, 퇴직, 자동퇴직 등 다양한 명칭이 혼용되고 있음

【대법원 2009. 2. 12. 선고 2007다62*** 판결】

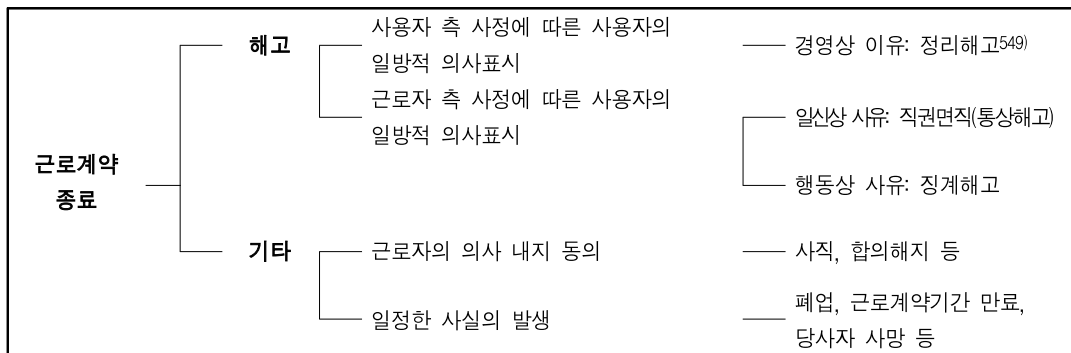
사용자가 어떤 사유의 발생을 당연퇴직 또는 면직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계 해고와 달리한 경우에 그 당연퇴직사유가 근로자의 사망이나 정년, 근로계약기간의 만료 등 근로관계의 자동소멸사유로 보이는 경우를 제외하고는 이에 따른 당연퇴직처분은 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 소정의 제한을 받는 해고라고 할 것인데, 사용자가 주차관리 및 경비요원을 필요한 곳에 파견하는 것을 주요 사업으로 하는 회사로서 그 근로자와 사이에, 근로자가 근무하는 건물주 등과 사용자 간의 관리용역계약이 해지될 때에 그 근로자와 사용자 사이의 근로계약도 해지된 것으로 본다고 약정하였다고 하여 그와 같은 해지사유를 근로관계의 자동소멸사유라고 할 수 없다.

제3장
해고의 종류와
직권면직

2.2 직권면직의 법적 성질: 해고

근로계약관계의 종료 형태는 일반적으로 다음과 같이 분류할 수 있음⁵⁴⁷⁾⁵⁴⁸⁾

〈그림〉 근로계약관계의 종료 형태



근로관계의 자동소멸 사유로 볼 것인지, 아니면 근로기준법상의 제한을 받는 해고로 볼 것인지에 대해서는 서울행정법원 2012. 1. 19. 선고 2011구합26*** 판결(채용결격 사유가 발견된 경우 ‘직원의 채용결격 사유가 입사 후에 발견되었을 때’의 당연퇴직 사유에 해당할 수 있다는 취지로 판단), 서울고등법원 2014. 11. 27. 선고 2014누50*** 판결(채용 결격 사유인 금고 이상의 형을 받고 집행 종료되거나 집행 받지 아니하기로 확정된 날로부터 3년이 경과되지 아니한 자를 당연퇴직 사유로 규정한 경우 근로관계의 자동소멸 사유를 정한 것이 아닌 사용자의 일방적 의사에 의한 근로관계 종료 사유를 정한 것이어서 근로기준법상의 제한을 받는 해고에 해당한다고 판단)참고

547) 임종률, 노동법(제18판), 박영사, 2020, 548~549면

548) 노동법실무연구회, 근로기준법 주해 I (제2판), 박영사, 2020, 83~95면 참조

단체협약이나 취업규칙 등에 따른 직권면직처분은 사용자의 일방적 의사에 의한 근로 계약관계의 종료라는 점에서 성질상 근로기준법 제23조 소정의 제한을 받는 해고에 해당함⁵⁵⁰⁾

직권면직은 일반적으로 근로자의 적성이나 능력을 사유(일신상 사유)로 한다는 점에서 통상해고로 볼 수 있으나 실질적으로 징계해고의 일종으로 해석되기도 하고, 경영상 해고에 해당하는 경우도 있음

예를 들어, 인사규정상의 직권면직사유가 ‘직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 감원되었을 때’로 규정되어 있는 경우 경영상 해고로 해석될 수 있음

당연퇴직의 경우 기타 일정한 사실의 발생으로 인한 근로계약관계의 당연종료의 경우로 분류되는 경우도 있을 수 있음

3. 직권면직의 제한

3.1 ‘정당한 이유’ 필요

직권면직은 해고에 해당하므로 근로기준법 제23조 제1항에 따라 ‘정당한 이유’가 있어야 함

다만, 이 부분 판단에 대한 판결문상의 표현은 일치되어 있지 않아 판례별로 “근로기준법상 소정의 정당한 이유가 있는지 여부”, “인사규정이 인사권 설정과 관련하여 사용자에게 부여된 합리적인 재량권의 범위를 이탈·남용하여 위법한지 여부”, “이 사건 인사규정이 적법유효한지 여부” 등으로 표현하고 있음

‘정당한 이유’란 사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우를 뜻하므로 당해 직권면직사유가 근로계약관계를 유지시킬 수 없는 사유인지, 직권면직규정을 대상 근로자에게 적용하여 면직시키는 것이 사회통념상 타당한지 여부를 판단하여야 함⁵⁵¹⁾

한편 취업규칙, 인사규정 등에 규정된 당연퇴직사유에 의한 퇴직처리가 근로기준법의 제한을 받는 해고에 해당한다고 하더라도 그 정당성의 판단에 있어서는 이와 같은 당연퇴직사유를 정한 것이 사회통념상 상당성을 인정하기 어렵다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위 규정들의 취지는 존중되어야 하는 것이므로,⁵⁵²⁾ 당연퇴직처분에 정당한 이유가

549) 정리해고는 일본에서 도입된 용어로 법정용어가 아니므로, 이하에서는 근로기준법 제24조에 따른 경영상 이유에 의한 해고를 “경영상 해고”라 함(단, 판례는 그대로 인용함)

550) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97다58*** 판결, 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007두2*** 판결

551) 대법원 1995. 4. 25. 선고 94누13*** 판결, 대법원 1998. 11. 10. 선고 97누18*** 판결 등 참조

552) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두10*** 판결 참조

있는지 여부를 판단함에 있어서는 먼저 ‘당연퇴직규정’이 **사회통념상 상당성**이 있는지 여부에 대한 판단이 이루어질 필요가 있음

3.2 서면통지 필요

근로기준법 제27조의 해고의 서면통지 규정이 적용되므로 근로관계를 종료시킨다는 사용자의 ① 서면에 의한 의사표시가 ② 근로자에게 도달하여야 효력이 발생함⁵⁵³⁾

반면에 사망, 정년, 기간만료 등 자동소멸사유를 이유로 한 당연퇴직은 사유 발생만으로 근로관계 당연소멸의 효과가 발생하므로 퇴직사유·시기를 알려주는 퇴직처리는 ‘관념의 통지’에 불과하고, 따라서 **별도의 서면통지가 필요하지 않음**

3.3 시기상 제한

해고의 일종이므로 시기상 해고 제한 규정인 근로기준법 제23조 제2항에 따라 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일 동안은 면직할 수 없고⁵⁵⁴⁾ 산전(産前)·산후(産後)의 여성이 근로기준법에 따라 휴업한 기간과 그 후 30일 동안은 면직할 수 없음(단, 근로기준법에 따라 일시보상을 하였거나 사업을 계속할 수 없게 된 경우 제외)

3.4 경영상 해고의 요건 구비: 경영상 해고에 해당하는 경우

직권면직이 실질적으로 경영상 해고에 해당하는 경우에는 근로기준법 제24조의 경영상 해고의 요건을 구비해야 함⁵⁵⁵⁾

3.5 인사규정상의 징계절차 준수 필요 여부: 원칙적 불요

단체협약 등에 직권면직에 필요한 절차규정이 따로 규정되어 있다면 당연히 그에 따라야 할 것이나, 취업규칙, 단체협약 등에 징계사유와 별도로 면직사유가 규정되어 있고 면직절차에 대해 아무런 규정이 없는 경우에는 징계절차를 별도로 거칠 필요 없고⁵⁵⁶⁾

553) 대법원 1998. 12. 8. 선고 98다31*** 판결

554) ‘7일 이상 무단결근’을 사유로 직권 면직한 사안에서 법원은 ‘우울기분장애’라는 업무상 상병을 얻어 요양 중인 기간에 한 해고이므로 근로기준법 제23조 제2항 위반으로 위법하다고 판시하였음(서울고등법원 2009. 12. 17. 선고 2009누13*** 판결)

555) 서울고등법원 2011. 2. 11. 선고 2010누15*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 29. 선고 2009구합49*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 6. 9.자 2011두6*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨. 유사 판례로는 서울고등법원 2015. 1. 14. 선고 2014누52*** 판결 참조

556) 취업규칙 등에서 당연퇴직 사유에 대하여 다른 징계해고 등과는 달리 아무런 절차규정을 두고 있지 아니

이는 직권면직사유가 실질적으로는 근로자의 행위를 사유로 한 징계에 해당하는 경우라 할지라도 달리 볼 것은 아님⁵⁵⁷⁾

또한 징계시효 규정이나 포상감경 규정이 징계에 대해서만 규정되어 있는 경우 직권면직에는 적용되지 않음⁵⁵⁸⁾

그러나 직권면직사유가 동일하게 징계사유로도 규정되어 있거나 직권면직사유가 별도로 규정되어 있지 않고 징계의 한 종류로 되어 있는 경우에는 당연히 징계절차가 적용됨

4. 직권면직 또는 당연퇴직 규정의 해석

직권면직의 실체적 정당성 유무를 판단하기 위해서는 먼저 취업규칙 등에서 정한 직권면직 또는 당연퇴직사유의 의미를 해석해야 하고, 이때 **당연퇴직사유로 정한 것이 근로관계를 더 이상 유지·존속시킬 수 없는 사유로 정할 만한 합리적인 근거가 있는지도 함께 고려해야 함**⁵⁵⁹⁾

나아가 해당 규정만을 가지고 해석해서는 안 되고, 그 규정 취지 뿐 아니라 해당 사업장의 성격 및 특성, 임용결격 사유, 당연퇴직사유의 내용 및 취업규칙 등에서 정한 당연퇴직 이외의 해고사유 등 근로관계 종료사유를 모두 살펴봐야 함

법원은 근로자가 현실적으로 근로제공이 불가능한 신체의 구속 상태가 해소되지 아니하는 유죄 판결로 해석해야 한다고 판단하기도 하고,⁵⁶⁰⁾ 금고 이상의 형의 확정인 실행을 선고받은 경우만을 의미한다고 볼 수 없다고 보기도 함⁵⁶¹⁾

한 경우에는, 당연퇴직 사유가 동일하게 징계사유로도 규정되어 있는 경우와는 달리 당연퇴직 처분을 함에 있어서 징계 등에서 정한 절차를 거쳐야 한다고 할 수는 없다 할 것임(대법원 1995. 7. 14. 선고 95다1*** 판결 참조), 같은 취지의 판결로 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009두12*** 참조

557) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97다58*** 판결, 같은 취지의 하급심 판결로는 2012. 4. 5. 선고 2011구합30*** 판결(서울고등법원에서 2012. 9. 27. 선고 2012누11*** 판결로 항소 기각되어 확정됨)

558) 서울행정법원 2008. 12. 18. 선고 2008구합34*** 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 2. 12.자 2009두22*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

559) 하경효, “형사유죄확정판결에 대한 당연퇴직규정의 적용 한계”, 노동판례평석모음집, 중앙노동위원회, 2005, 57면

560) 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42*** 판결

561) 서울고등법원 2011. 9. 7. 선고 2011누14*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 4. 14. 선고 2011구합3*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 12. 27.자 2011두25*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

5. 직권면직규정과 징계규정의 관계(직권면직에의 징계절차 적용 여부)

5.1 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있고 양자가 실질적으로 구별되는 경우

이 경우 인사규정상의 징계절차를 따를 필요는 없으나, 직권면직에 고유한 절차가 있는 경우에는 이를 준수하여야 함

취업규칙에서 징계규정과 별도로 면직을 규정하고 있고 각각 별개의 사유임이 분명한 경우, 징계규정과 관계없이 취업규칙에 따라 면직처분을 할 수 있음

면직처분과 징계처분이 따로 규정되어 있으면서도 면직처분에 관하여는 일반의 징계처분과 달리 아무런 절차규정도 두고 있지 않고 그 면직사유가 동일하게 징계사유로 규정되어 있는 것도 아니라면, 사용자가 면직처분을 함에 있어 일반의 징계절차를 거쳐야 한다고 할 수 없고, 면직처분을 함에 있어 징계규정이 정한 징계기준에 구속받지 않음

‘일정 기간의 무단결근’에 있어서 법원은 취업규칙에서 징계사유로 ‘무단결근’(1일 내지 6일 및 7일 이상으로 구분되어 있음)을 규정하면서, 이와는 별도로 ‘월 7일 이상 무단결근’을 면직사유로 들고 있는 경우 무단결근에 관한 위 두 개의 사유는 복무질서를 해하는 정도를 달리하는 것으로서 별개의 사유에 해당하므로 사용자는 월 7일 이상 무단결근을 사유로 징계절차 없이 직권면직처분이 가능하고, 징계양정 기준에 구속받을 필요가 없다고 봄⁵⁶²⁾

또한 무단결근 5일 이상이 징계사유로 규정되어 있고, 무단결근 10일 이상이 직권면직사유로 규정되어 있는 경우 법원은 ‘① 별도의 규정을 둔 것은 무단결근 기간의 장단에 따라 처우를 달리하기 위한 것으로 보이고, ② 기간이 길지 않은 경우에는 여러 참작 사유를 고려하여 근로관계 단절 여부를 판단할 가능성이 있으므로 소명의 기회를 부여하는 등 절차적 보장 필요성이 큰 반면, 기간이 10일 이상인 경우에는 그러한 절차를 거치더라도 달리 판단할 가능성이 적으므로 양 사유가 실질적으로 구별된다’고 보았음⁵⁶³⁾

5.2 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있으나 양자가 실질적으로 동일한 경우

이 경우 인사규정상의 징계절차를 따라야 함⁵⁶⁴⁾

562) 대법원 1995. 6. 30. 선고 94다35*** 판결

563) 서울고등법원 2011. 8. 24. 선고 2011누2*** 판결, 1심 판결(서울행정법원 2010. 12. 24. 선고 2010구합 13*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 12. 27.자 2011두23*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

564) 서울행정법원 2014. 10. 16. 선고 2013구합22*** 판결, 취업규칙에서 직권면직사유로 ‘업무성적 또는 능률이 현저하게 불량한 등 근로자의 귀책으로 근로관계를 도저히 지속시킬 수 없는 사유가 발생한 경우’를 규정하고 있고 징계해고사유로 ‘근로자의 중대한 귀책사유로 인하여 사회통념상 근로관계를 지속시킬 수 없는 경우’를 규정하고 있는 경우 위 면직사유는 위 징계해고사유의 예시에 불과하다는 이유로 징계해고절차를 거쳐야 한다고 판단한 사례임

징계해고사유에 ‘형사상 유죄판결을 받은 자(벌금형 이하 제외)’가 규정되어 있고, 당연퇴직사유에 ‘금고 이상의 형이 확정되었을 때’가 규정된 경우 전자는 헌법상 무죄추정 원칙상 ‘형사상 유죄확정 판결을 받은 자’로 해석되고 벌금형 이하만 제외하고 있으므로 금고 이상 형의 확정은 물론 형사상 자격정지나 자격상실 형의 확정까지 포함되는 것으로 해석되는 한편 후자는 다른 당연퇴직사유에 공민권 정지 또는 박탈 등이 규정되어 있는 것으로 볼 때 반드시 금고 이상의 실형만을 의미하는 것은 아니고 집행유예 등도 포함되는 것으로 해석되는데 그렇다면 후자(당연퇴직사유)는 전자(징계해고사유)에 모두 포함되므로 결국 위 당연퇴직사유는 동일하게 징계해고사유로도 규정되어 있는 것으로 봄, 따라서 당연퇴직 시 징계절차를 거쳐야 함⁵⁶⁵⁾

5.3 직권면직사유가 별도로 규정되어 있지 않고 징계의 한 종류인 경우

별도의 직권면직사유가 규정되어 있지 않고 징계의 한 종류로 직권면직이 규정되어 있는 경우, 직권면직은 징계해고에 불과하므로 징계해고 정당성 판단방식을 그대로 적용하여 징계사유·양정·절차를 판단함⁵⁶⁶⁾

6. 대기발령에 이은 직권면직

근로자에 대한 대기발령(또는 직위해제⁵⁶⁷⁾)은 직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행 중인 경우, 근로자가 형사사건으로 기소된 경우 등 당해 근로자가 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미함

인사규정 등에 대기발령 후 일정 기간이 경과하도록 복직발령을 받지 못하거나 직위를 부여받지 못하면 직권면직된다는 규정을 두는 경우, 대기발령에 이은 직권면직 처리

565) 서울행정법원 2011. 4. 14. 선고 2011구합3*** 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 12. 27.자 2011두 25*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

566) 서울고등법원 2007. 9. 20. 선고 2007누8*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 2. 1. 선고 2006구합23*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 1. 10.자 2007두21*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨. 동 판례는 면직과 정적이 징계의 종류로 규정되어 있고 별도로 직권면직 규정이 없는 경우 자동면직을 징계로 보아 징계사유 존부·절차위법 여부·징계양정 적정 여부를 판단해야 한다고 본 사례임

567) 직위해제와 대기발령은 개념적으로는 구분이 가능하나, 기업의 인사실무와 법원의 관행상 구분되지 않고 사용되고 있어 본 분석집에서도 양자를 같은 의미로 사용함

를 일체로서 관찰하면 이는 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로 계약 관계를 종료시키는 것으로서 **실질상 해고**에 해당하므로, 근로기준법 제23조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 함

또한 대기발령에 이은 직권면직의 정당성이 인정되기 위해서는 먼저 **선행된 대기발령이 정당해야 함**. 즉 대기발령 자체가 그 사유 부존재로 정당성이 없다면 직권면직 역시 정당성을 결하여 무효임

한편 대기발령기간 동안 직무수행능력이 향상되었거나 근무태도의 개선이 이루어지지 않는 등⁵⁶⁸⁾ 대기발령 이후 아무런 사정변경이 없다면 기간 도과로 직권면직처분은 정당하다는 판결이 그동안 주를 이루었음

‘대기발령 후 3월 동안 직위를 부여받지 못한 경우 직권 면직된다.’는 규정이 있는 경우 **대기발령이 정당하고** 일정한 기간이 도과하였다면(대기발령기간 동안 대기발령사유가 소멸되었음에도 사용자가 합리적인 이유 없이 직위를 부여하지 아니하고 직권면직한 경우가 아니라면) 직권면직이 정당함⁵⁶⁹⁾

판례는 대기발령 당시에 이미 직권면직사유가 존재하였거나 대기발령기간 중 그와 같은 면직사유가 **확정되어야 한다고** 함으로써 직권면직의 정당성 인정 요건을 엄격하게 봄⁵⁷⁰⁾

이러한 판례의 태도는 일정한 대기발령 사유에 기인한 대기발령처분 이후 상황의 변화가 없다고 해서 자유롭게 해고시킬 수 있는 것이 아니고, 대기발령이 인사규정 등에 의하여 정당하게 내려진 경우라도 일정한 기간이 경과한 후의 당연퇴직 처리 그 자체가 인사권 내지 징계권의 남용에 해당하지 않는 정당한 처분이 되기 위해서는 대기발령 당시에 이미 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 사유가 존재하였거나, 대기발령 기간 중 그와 같은 해고사유가 확정되어야 한다는 의미임

대기발령 이후 사정변경이 있었는지 여부를 기준으로 판단하는 판례는 주로 직무수행 능력이나 근무성적 및 태도를 이유로 한 직권면직의 경우에, 대기발령 당시 직권면직사

568) 직위해제처분을 받은 후 직위해제 기간 동안에 직무수행능력이 향상되었거나 진정으로 자신의 잘못을 반성하는 등 개전의 정이 보이지 않는 경우 직권면직을 한 것은 정당한 인사권의 행사에 해당함(대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두5*** 판결, 같은 취지로 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8*** 판결)

569) 대법원 1995. 12. 5. 선고 94다43*** 판결, 이와 같은 대법원의 입장에 대해서는 첫째, 선행 대기발령의 정당성만 충족되면 일정기간 경과만으로 당연퇴직의 정당성을 인정한다는 면에서 당연퇴직 정당성 심사를 사실상 선행 대기발령 정당성 여부에 종속시켰다는 점, 둘째, 당연퇴직의 실질이 해고임에도 사용자가 입증책임을 지는 것이 아니라 근로자에게 대기발령 사유 해소 여부에 대한 입증을 요구하게 된다는 점, 셋째, 당연퇴직 정당성 심사에 있어 인사권 내지 징계권 남용의 법리에 머물러 있다는 점 등의 문제를 제기하며 비판하는 견해가 있음(김성진, “대기발령의 법적성질과 정당성”, 노동법학(제26호), 한국노동법학회, 2008. 6, 247면)

570) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007두1*** 판결, 동 판결로 원심 파기된 후 서울고등법원(서울고등법원 2007. 9. 21. 선고 2007누14*** 판결)으로 환송되고, 다시 상고되어 대법원(대법원 2008. 1. 24.자 2007두21*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

유가 존재하였거나 대기발령기간 중 그 사유가 확정될 것을 요구하는 판례는 주로 일정한 비위행위를 이유로 한 직권면직의 경우에 적용되고 있는 것으로 보임

〈표〉 대기발령에 이은 직권면직에 관한 판례

구분	대기발령 이후 사정변경이 있었는지 여부를 기준으로 하는 판례 ⁵⁷¹⁾	대기발령 당시 직권면직 사유가 존재하였거나 대기발령 기간 중 그 사유가 확정될 것을 요구한 판례
참조 판례	- 서울고등법원 2012. 4. 20. 선고 2011누32708 판결⁵⁷²⁾ - 서울고등법원 2012. 8. 23. 선고 2011누25458 판결⁵⁷³⁾ - 서울고등법원 2014. 11. 13. 선고 2012누38888 판결⁵⁷⁴⁾	- 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007두1460 판결⁵⁷⁵⁾ - 서울고등법원 2013. 6. 5. 선고 2012누31283 판결⁵⁷⁶⁾
비고	주로 직무수행능력이나 근무성적 및 태도를 이유로 한 직권면직에 적용 ⁵⁷⁷⁾	주로 일정한 비위행위를 이유로 한 직권면직의 경우 적용

571) 대법원 1995. 12. 5. 선고 94다43*** 판결

572) 1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 26. 선고 2011구합7*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 9. 13.자 2012두11*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

동 판결은 위와 같은 판단기준이 되는 법리를 실시하면서 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두5*** 판결 및 대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15*** 판결을 참조판례로 들고 있는데 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두5*** 판결의 경우 대기발령 기간 중에 발생한 근로자의 비위행위를 이유로 한 직권면직이 정당하다는 판결(해당 판결의 원심은 대기발령 이후에 사유가 발생했다는 이유로 직권면직의 정당성을 부정)로서 위 판결이 실시하고 있는 법리와는 직접적 관련성이 없어 보이고, 대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15*** 판결은 동일한 법리를 실시하고 있기는 하나 해당 사건의 인사규정 자체에서 ‘이사장은 직위해제로 인하여 대기발령을 받은 자가 그 기간 중 능력의 향상 또는 개전의 정이 없다고 인정되면 그 직원을 직권으로 면직할 수 있다’고 규정하고 있는 사안이었다는 점에서 다소 특수성이 있음

573) 1심 판결(서울행정법원 2010구합47*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 1. 15.자 2012두21*** 판결)에서 심리불속행 기각되어 확정됨

574) 서울고등법원 2014. 11. 13. 선고 2012누38*** 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 3. 12.자 2014두15*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

575) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007두1*** 판결(대기발령 당시에 이미 그 대기발령 사유가 중하여 사회통념상 원고와 참가인 사이의 고용관계를 계속할 수 없을 정도였다거나 또는 대기발령 기간 중 그와 같은 정당한 해고사유가 확정된 것으로 보기는 어렵다고 하지 않을 수 없고, 따라서 원고의 이 사건 당면퇴직 처분은 인사권 내지 징계권의 남용에 해당하는 것으로 봄이 상당하다고 판단함)

576) “피고가 들고 있는 사유만으로는 대기발령 당시에 이미 사회통념상 원고와 참가인 사이에 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 사유가 존재하였거나 혹은 대기발령 기간 중에 그와 같은 해고사유가 확정되었다고 단정하기 어렵다는 이유로 직권면직이 부당하다.”

577) 직무수행능력이나 근무태도를 이유로 한 대기발령 후 이어지는 직권면직의 경우에도 ① 논리적으로 대기발령 당시 직권면직 사유가 존재하였거나 대기발령 기간 중 그 사유가 확정될 것을 직권면직의 요건으로 요구하는 것이 충분히 가능하고, ② 사정변경만을 중심으로 판단하는 것은 대기발령의 정당성만으로 직권면직의 정당성을 추인하는 논리인데, 이는 직위해제의 정당성 요건과 해고의 실질을 가지는 직권면직의 정당성 요건이 다르다는 것을 간과한 것이어서 타당성이 없는 것으로 생각됨. 따라서 직권면직을 정당화할 수 있는 사유가 직권면직 당시 존재하였는지 여부 및 대기발령(직위해제)기간 동안 새롭게 발생하였는지를 구체적으로 따지지 않은 채 단순히 사정변경이 있었는지를 중심으로 판단하는 판례의 태도가 정당한지에 대해서는 의문이 있음

7. 직권면직 사유별 검토

7.1 형사상 범죄로 인한 유죄판결

직권면직사유로 ‘형사상 범죄로 인한 유죄판결’을 두고 있는 경우 그 해석과 관련하여, ① 판결이 확정된 경우만을 의미하는지, ② 실형선고만을 의미하는지를 확정할 필요가 있음
그 이유는 첫째, 직권면직사유의 정당성을 판단하기 위해서이고, 둘째, 당해 직권면직 사유가 징계해고사유로 규정된 것과 실질적으로 동일하면 징계절차를 거쳐야 하는 문제가 발생하므로 이를 판단하기 위한 것임

가. 판결 확정 여부

원칙적으로 유죄판결이란 단체협약, 취업규칙상 미확정 유죄판결을 직권면직사유로 삼고 있음이 분명한 경우를 제외하고는 **무죄추정의 원칙상 유죄의 확정판결을 받은 경우**를 의미함⁵⁷⁸⁾

다른 당연퇴직사유가 ① 근로제공의사가 없음을 표시한 경우(사직원을 제출한 경우, 복직원을 제출하지 아니하여 복직의사가 없는 것으로 인정되는 경우, 무단결근 후 회사의 취업요구에 응답하지 아니한 경우, 군입대자가 직업군인으로 전환한 경우), ② 성질상 근로제공을 할 수 없는 경우(사망하거나 피한정후견·피성년후견·파산 선고를 받은 경우), ③ 예정된 근로기간이 만료된 경우(정년, 근로계약기간의 만료)라면 ‘형사상 범죄로 유죄판결을 받았을 경우’는 ‘근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가 장기간 계속되어 온 경우’로 해석됨⁵⁷⁹⁾

나. 실형 판결 여부

취업규칙의 다른 당연퇴직사유가 ① 명시적 또는 묵시적으로 근로제공의사가 없음을 표시한 경우(사직원 제출, 복직원 미제출, 직업군인이 된 경우), ② 성질상 근로제공을 할 수 없는 경우(사망, 피한정후견·피성년후견·파산 선고를 받은 경우), ③ 예정된 근로계약기간 만료(정년, 근로계약기간 만료) 등으로 되어 있으면 ‘금고 이상의 형을 선고받았을 때’는 근로제공이 불가능한 ‘실형’ 선고를 받은 때로 해석할 수 있음.⁵⁸⁰⁾ 그러나 ‘금

제3장
해고의 종류와
직권면직

578) 대법원 1994. 6. 24. 선고 93다28*** 판결

579) 수사 중 구속되어 4개월 복역하다가 1심에서 징역 1년의 실형선고를 받고 그로부터 4개월 더 복역하다가 항소심에서 집행유예 판결을 받았다면, 8개월이 넘는 상당 기간 근로제공이 불가능했고, 1심 당시 실형을 선고받아 향후 근로제공 불능이 예상되는 시점이었으므로 1심의 유죄실형판결 선고만으로 직권면직이 유효하다는 사안(대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42*** 판결, 대법원 1993. 5. 25. 선고 92누12*** 판결 참조)

580) 대법원 1999. 9. 3. 선고 98두18*** 판결

고 이상의 형'이 반드시 실행만을 의미한다고 단정해서는 안 되며 그 의미는 직권면직 사유규정 취지나 다른 면직사유의 내용 등에 비추어 합리적으로 판단해야 함⁵⁸¹⁾⁵⁸²⁾

다. 정당성 판단

직권면직사유에 해당된다고 인정되면 다음으로는 '정당한 이유' 유무에 대한 판단이 뒤따르는데, 업무상 유죄판결(예를 들면, 횡령 및 배임 또는 뇌물수수 등)을 받은 경우에는 그로 인하여 직접 회사에 손해를 끼치는 결과가 되어 직권면직사유로서의 정당성이 쉽게 긍정되는 편임

업무 외 사건으로 유죄판결을 받는 경우에는 사안마다 다른데, 법원은 직장 동료를 무고하여 무고죄로 처벌받은 사안, 불법징의행위로 집시법위반·업무방해죄를 범한 사안, 공기업과 같이 일반 사기업보다 높은 도덕성이 요구되는 사안 등에서 직권면직사유의 정당성을 인정함

반면에 **업무관련성**이 없는 사생활 비행, 즉 간통죄, 음주·무면허로 인한 도로교통법위반죄, 단순과실로 인한 폭행치사죄와 같은 범죄로 인한 직권면직은 정당성을 부정함

7.2 무단결근

사회통념상 고용관계를 계속 유지하기 어려운 정도의 무단결근을 사유로 하는 직권면직 정당성은 대체로 인정되는 경향임⁵⁸³⁾

다만, 무단결근 일수 산정과 관련하여 법원은 '휴일'을 전후하여 결근한 경우 휴일은 결근일수에서 제외해야 한다고 봄.⁵⁸⁴⁾ 반면에 이와 구별하여 근무 1일, 비번 1일을 반복하는 '교대제 근무제에서 비번일'은 전날의 근무일을 정상근무 한 것을 전제로 인정되는 휴일이므로 결근일수에 포함된다고 봄⁵⁸⁵⁾

7.3 복직원 미제출

회사가 복직원을 미제출하는 근로자를 직권면직시키는 것은 근로자의 장기휴직으로 인한 회사의 업무마비를 막기 위한 것이고, 휴직기간을 넘겨 계속해서 무단결근한 경우

581) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두18*** 판결

582) 8.1의 가.에서 후술

583) 대법원 2007. 9. 6.자 2007두12*** 판결, 서울행정법원 2008. 7. 25. 선고 2008구합5*** 판결 등 참조

584) 서울고등법원 2009. 7. 29. 선고 2009누1*** 판결, 1심 판결(서울행정법원 2008. 12. 4. 선고 2008구합19*** 판결)을 인용함

585) 대법원 1996. 11. 26. 선고 95누17*** 판결

는 원칙적으로 직권면직사유에 해당함⁵⁸⁶⁾

그러나 복직원 미제출을 형식적으로만 보아 판단할 것은 아니고 근로자의 복직의사가 있었는지, 사용자가 무리한 복직원 제출을 요구한 것은 아닌지, 복직원을 제출하지 못할 사정이 있었는지 그리고 그 사정을 알았는지 등 실질을 보고 판단하여야 함

예를 들어, 근로자가 복직의사를 밝혔음에도 복직의사 표시가 기재된 서면을 제출하지 않았다는 이유만으로 직권면직한 것은 부당함⁵⁸⁷⁾

‘신경학적 이상 소견이 없고, 일상생활 영위에 지장이 없으며, 무리하지 않는 범위 내 직장생활이 가능하고 다만, 6개월 이상의 약물치료가 필요하다’는 소견서에 ‘택시업무를 하여도 된다’는 내용이 명시되어 있지 않다는 것만으로 회사가 복직신청을 거부한 것은 정당한 이유가 없으므로 이를 이유로 한 직권면직도 부당함⁵⁸⁸⁾

7.4 허위 이력서 제출, 경력 사칭

기업이 근로자를 고용하면서 학력 또는 경력을 기재한 이력서나 그 증명서를 요구하는 이유는 근로자의 정직성 및 직장에 대한 정착성과 적응성 등 전인격적 판단을 거쳐 고용 여부를 결정하기 위한 것이므로 허위 이력서 제출·경력 사칭은 원칙적으로 직권면직 사유에 해당함

7.5 노동능력 상실(신체장애 등)

이 경우 직권면직으로 정당화되는 근로자가 신체장애를 입게 된 경위 및 그 사고가 사용자의 귀책사유 또는 업무상 부상으로 인한 것인지 여부, 근로자의 치료기간 및 치료 종결 후 노동능력 상실의 정도, 근로자가 사고를 당할 당시 담당하고 있던 업무의 성격과 내용, 근로자가 그 잔존노동능력으로 감당할 수 있는 업무의 존부 및 내용, 사용자로서도 신체장애를 입은 근로자의 순조로운 직장 복귀를 위하여 담당 업무를 조정하는 등의 배려를 하였는지 여부, 사용자의 배려에 의하여 새로운 업무를 담당하게 된 근로자의 적응능력 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단함⁵⁸⁹⁾

다만, 업무 외 부상으로 장기간 치료가 필요한 경우는 업무상 부상으로 인한 경우보다 직권면직 정당성 판단이 다소 완화하여, 근로자가 업무 외 부상으로 단체협약 최고 한도

586) 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다21*** 판결 참조

587) 서울행정법원 2007. 7. 10. 선고 2006구합4*** 판결

588) 서울고등법원 2009. 12. 3. 선고 2009누16*** 판결

589) 대법원 1996. 12. 6. 선고 95다45*** 판결 참조

보다 약 3배나 많은 기간 동안 휴직 연장을 신청한 경우 이에 대해 퇴직 처분한 것은 정당하다고 봄⁵⁹⁰⁾

7.6 자격취소

특정 자격 소지를 이유로 특채한 경우 자격취소는 직권면직사유로 정당하다고 보아, 회사 내 직장예비군 업무수행을 위해 직장예비군 중대장 자격 가진 자를 채용했는데 중대장 자격이 상실되어 해임된 경우, 시내버스 운전기사의 운전면허가 취소된 경우 등은 직권면직의 정당성을 인정함⁵⁹¹⁾

다만, 운전면허정지와 같이 일정한 기간 동안 자격이나 면허가 정지된 경우에는 면허 정지기간, 면허정지를 받게 된 사유, 근무기간, 업무 내용 등을 종합하여 근로관계를 계속할 수 없을 정도로 중대한 사유인지, 아니면 정직이나 휴직 등 다른 징계나 제도에 의해 해고를 회피할 수 있는지를 판단해야 함(영업용 택시운전사가 적성검사 미필로 운전면허가 취소되었으나 운전면허 재발급신청으로 곧, 재발급을 받게 된 경우 해고의 정당성을 인정하지 않은 판례가 있음⁵⁹²⁾)

7.7 근로자 파산

경제적 어려움으로 인해 파산선고를 받았다는 사유만으로 직권면직 처분했다면 부당하다고 보며,⁵⁹³⁾ 특히 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제32조의2는 “누구든지 이 법에 따른 회생절차·파산절차 또는 개인회생절차 중에 있다는 이유로 정당한 사유 없이 취업의 제한 또는 해고 등 불이익한 처우를 받지 아니한다”고 규정하고 있음

590) 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다21*** 판결, 유사 사례로 서울행정법원 2013. 7. 4. 선고 2011구합25*** 판결로 동 판결에서는 2008. 10. 17.부터 같은 해 12. 7.까지 휴가 33일을 사용하도록 조치하고, 같은 달 8일부터 2009. 3. 7.까지 휴직처리를 하였고, 같은 달 8일부터 2010. 6. 7. 까지 6차례에 걸쳐 휴직기간을 연장하였음에도 업무수행능력을 회복하지 못하였으며, 경영상 해고가 진행 중이어서 전환배치도 불가능하였던 사안에서 퇴직처분의 정당성을 인정함

591) 서울행정법원 2008. 9. 5. 선고 2008구합5*** 판결, 대법원 1993. 12. 21. 선고 93다43*** 판결

592) 서울고등법원 1991. 1. 23. 선고 90구10*** 판결 참조

593) 서울중앙지법 2006. 7. 14. 선고 2006가합17*** 판결, 동 판결은 직원이 파산선고를 받는 경우에 예외 없이 당연퇴직한다고 정하고 있는 지방공기업의 인사규정은 그 필요성과 취지에 불구하고, 근로기준법 제23조 제1항의 취지에 반할 뿐만 아니라, 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제32조의2 규정의 취지에도 명시적으로 반하는 것이며, 직원의 근로의 권리, 직업행사의 자유를 과도하게 침해하는 것으로서, 사회통념상 그 상당성을 인정하기 어렵다고 한 사례임

7.8 업무 저성과

업무 저성과와 관련된 사례의 경우 주로 대기발령에 이어 직권면직이 이루어지는 경우가 많으며, **단순히 인사고과에서 하위 일정 비율에 속한다는 이유로 한 직권면직은 그 정당성을 인정하기 어려우나**, 현저하게 근무성적이 나쁜 것이 증명될 뿐 아니라 재교육 등 충분한 기회를 주었음에도 그와 같은 사정이 개선되지 않을 경우에는 직권면직의 정당성이 인정됨⁵⁹⁴⁾

【서울행정법원 2020. 2. 6. 선고 2019구합50*** 판결】

해고사유의 정당성이 인정되기 위해서는 근무태도나 근무성적이 불량하고 개선의 여지가 없다는 사정만으로는 부족하고 그러한 사정으로 말미암아 담당 업무의 이행이 불가능하거나 근로의사가 없다는 결과가 현저하다는 것을 사용자인 원고가 증명해야 한다. 근무태도나 근무성적이 불량한 저성과자로서 개선의 여지가 없다는 이유만으로 근로자에 대해 징계해고가 아닌 통상해고를 할 수 있다고 해석하면 원고가 통상해고를 부당한 근로자 압박 수단으로 사용함으로써 근로자의 지위가 과도하게 불안정해지는 현상을 불러올 수 있다. 원고는 징계해고 사유가 존재하는 경우에는 간부사원 취업규칙에 근거하여 통상해고를 하더라도 징계절차를 준용하게 되므로 근로자에 대한 절차적 보장이 충분하여 별다른 문제가 없다는 취지로 주장하기도 하나, 위와 같은 현상은 통상해고 과정에서 징계절차를 준용한다고 해서 사라지지 않는다.

제3장
해고의 종류와
직권면직

7.9 정년 도래⁵⁹⁵⁾

가. 고령자고용법 시행 전 판례

입사 당시 호적 등에 기재된 생년월일이 실제 생년월일과 다르다고 할지라도 입사당시 기록된 생년월일을 기준으로 한 직권면직(정년도래)은 정당하다고 봄⁵⁹⁶⁾

나. 고령자고용법 시행 후 판례

고령자고용법상 정년은 실제의 생년월일을 기준으로 산정하여야 하고, 인사규정상 정년이 입사 시 제출한 서류상 생년월일이 실제와 다르다면 실제의 생년월일을 반영할 수 있는 방법을 허용하여야 한다고 판시함

594) 1심 판결(서울행정법원 2011. 6. 24. 선고 2010구합47*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 1. 15.자 2012두21*** 판결)에서 심리불속행 기각되어 확정됨. 동 사건은 직위해제 이후 직권면직이 이어진 사안이었음

595) 실질은 자동소멸에 해당하는 것으로서 본 분석집에서 논의하고자 하는 직권면직에는 해당하지 않는 것이긴 하나 간단히 소개하기로 함

596) 서울행정법원 2011. 11. 24. 선고 2011구합33*** 판결

【대법원 2017. 3. 9. 선고 2016다249*** 판결】

[1] 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률(이하 ‘고령자고용법’이라 한다) 제19조에 의하면, 사업주는 근로자의 정년을 60세 이상으로 정하여야 하고(제1항), 사업주가 근로자의 정년을 60세 미만으로 정한 경우에는 정년을 60세로 정한 것으로 간주되므로(제2항), 근로자의 정년을 60세 미만이 되도록 정한 근로계약이나 취업규칙, 단체협약은 위 규정에 위반되는 범위 내에서 무효이다. 그리고 여기서 말하는 ‘정년’은 실제의 생년월일을 기준으로 산정하여야 한다.

[2] 甲이 乙 공사에 입사 당시 호적상 등재된 생년월일에 따라 인사기록 등에 甲의 생년월일이 기재되었는데, 甲이 법원으로부터 가족관계등록부상 생년월일을 정정하는 허가결정을 받은 후 乙 공사에 인사기록상 주민등록번호 및 정년퇴직 예정일을 변경된 생년월일에 맞추어 정정하여 줄 것을 요청하였으나, 乙 공사가 ‘직원의 정년산정일은 임용 시 제출한 직원의 연령을 확인할 수 있는 서류상의 생년월일로 한다’고 정하고 있는 인사규정시행내규 등을 근거로 이를 거부한 사안에서, 고령자고용법에서 말하는 ‘정년’은 실제의 생년월일을 기준으로 산정하는 것인데, 가족관계등록부의 기재사항은 이를 번복할 만한 명백한 반증이 없는 한 진실에 부합한다고 추정되므로, 명백한 반증이 없는 한 甲의 생년월일은 정정된 가족관계등록부의 생년월일로 보아야 하고, 이를 기준으로 甲의 정년을 산정하여야 하며, 乙 공사의 인사규정시행내규의 위 규정이 정년을 임용 시 제출한 서류상의 생년월일을 기준으로만 산정하고, 이를 기준으로 한 정년이 실제의 생년월일을 기준으로 60세에 미달함에도 잘못된 생년월일을 정정하고 실제의 생년월일을 반영할 수 있는 방법을 전혀 허용하지 않는 의미라면, 그 범위에서는 고령자고용법 제19조에 위반되어 무효라고 한 사례

다. 정년이 지난 후 계속 근로관계를 유지하여 온 경우

근로자가 정년이 지난 후에도 기간의 정함이 없이 사용자와의 근로계약을 계속 유지하여 왔다면 사용자는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로자를 해고하기 위해서는 근로기준법 제23조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 한다고 봄

【대법원 2003. 12. 12. 선고 2002두12*** 판결】

근로자가 정년이 지난 후에도 사용자의 동의 아래 기간의 정함이 없이 사용자와의 근로관계를 계속 유지하여 왔다면, 사용자는 특별한 사정이 없는 한 단순히 당해 근로자가 정년이 지났거나 고령이라는 이유만으로 근로관계를 해지할 수는 없고, 당해 근로자를 해고하기 위하여 근로기준법 제23조 제1항 소정의 정당한 사유가 있어야 한다.

8. 직권면직 관련 판례

아래에서는 일반적으로 자주 문제되는 직권면직 사유에 대한 판례의 태도를 유형별로 검토하고, 실무상 자주 문제되는 ‘직권면직 시 징계절차 규정의 적용 여부’와 ‘대기발령에 이은 직권면직’에 대하여 별도의 목차로 판례의 구체적 내용을 검토함

8.1 직권면직 사유별 판례

가. 형사상 범죄로 유죄판결을 받았음을 사유로 한 사례

1) 유죄판결의 확정 여부

가) 확정판결을 의미한다고 본 판례

‘형사상 범죄로 유죄판결을 받은 경우’라고 되어 있는 경우 원칙적으로 헌법상 무죄추정 원칙에 따라 유죄 ‘**확정**’ 판결을 의미한다고 봄

【대법원 1994. 6. 24. 선고 93다28*** 판결】

제1심 또는 제2심에서 유죄판결을 선고받기만 하면 상소하여 상급심에 계속 중이더라도 위 해고사유에 해당한다고 해석하는 경우, 제1심이나 제2심에서 유죄판결을 선고받아 이를 이유로 해고한 후에 상급심에서 원심판결이 취소되어 무죄판결이 선고되는 경우에도 구제받지 못하는 불이익을 입게 된다는 점과 헌법상의 원칙인 무죄추정의 원칙을 고려할 때 단체협약이나 취업규칙이 미확정 유죄판결도 해고사유로 삼고 있음이 분명한 경우에 그 조항이 무죄추정의 원칙에 위반된다 하여 무효라 할 것은 아니라 할지라도 그 의미가 불분명할 경우에는 해고사유로서의 ‘유죄판결을 받은 자’란 ‘유죄의 확정판결을 받은 자’만을 의미하는 것으로 해석해야 한다.

【대법원 1997. 5. 23. 선고 97다9*** 판결】

그런데 징계처분이 적법하기 위하여는 처분 당시에 징계사유가 존재하여야 할 것이므로 처분 당시에 유죄판결이 확정되어야 하고 처분 당시 유죄판결이 확정되지 아니한 이상 징계처분 후에 확정된다고 하여 하자가 치유된다고 볼 수는 없는 것인바, 기록에 의하면, 피고 회사는 1994. 10. 1. 원고를 징계해고 하였는데, 원고는 이 사건 사고로 인하여 1994. 11. 29. 기소되었으므로(기록 385쪽 공소장 참조), 단체협약 등 징계규정 소정의 ‘유죄의 확정판결을 받은 자’에 해당하지 아니하였다고 할 것인데도, 피고가 이를 징계사유로 삼은 것은 잘못이라고 할 것이다.

나) 미확정 실형판결의 경우도 직권면직사유로 인정한 판례

단체협약 등에 “**미확정 실형판결**”을 명시하여 직권면직사유로 규정했다거나 명시적 규정은 없더라도 다른 직권면직사유와 비교해볼 때 ‘근로제공의 불가능을 당연퇴직사유로 하는 취지’임이 드러나는 경우에는 미확정 실형판결도 직권면직사유로 볼 수 있다고 봄

【대법원 1993. 5. 25. 선고 92누12*** 판결】

피고보조참가인(이 뒤에는 참가인이라고 약칭한다) 회사의 취업규칙 제14조 제7호에 퇴직사유의 하나로 규정되어 있는 “제8조 제4호(형사사건으로 구속기소되었을 때)의 휴직에 있어서 유죄판결을 받았을 때”라는 것은, 구속기소로 인하여 휴직처리된 종업원이 취업규칙 제9조 제2항과 단체협약 제23조 제2항에 규정된 휴직기간이 만료되는 때, 즉 제1심 판결이 선고될 때까지도 현실적인 근로의 제공이

불가능한 신체의 구속이라는 당초의 실질적인 휴직사유가 해소되지 아니하는 내용의 유죄판결 즉 실행의 판결을 선고받는 것을 의미하는 것으로 해석하는 것이 상당하고, 이와 같이 구속기소로 인하여 휴직처리된 종업원이 유죄의 제1심 판결(실행)을 선고받은 경우에 퇴직처리하는 것으로 해석하는 것은 그 유죄판결에서 인정된 범죄사실이 제1심 판결의 선고에 의하여 유죄로 확정된 것으로 보아 그 범죄사실에 의하여 퇴직이라는 불이익처분을 하는 것이 아니라, 종업원이 휴직기간이 만료되는 제1심 판결의 선고시까지지는 물론이고 그 이후에도 장기구속에 따라 장기결근할 수밖에 없는 근로자 측의 사정으로 말미암아 근로계약에 따르는 기본적 의무인 근로의 제공을 할 수 없게 된 사실 그 자체에 의하여 퇴직처리를 한다는 취지이므로, 취업규칙 제14조 제7호가 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다는 헌법상의 무죄추정의 원칙에 어긋나는 것은 아니라고 할 것이며...(후략)...

【 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42*** 판결 】

이 사건의 경우 노사합의서나 취업규칙에 규정된 당연퇴직사유나 당연면직사유는 “형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우”를 제외하고는 ① 근로자가 명시적 또는 묵시적으로 근로제공의사가 없음을 표시한 경우(사직원을 제출한 경우, 소정의 휴직기간이 종료하거나 휴직사유가 소멸하여 복직함에 아무런 지장이 없음에도 근로자가 복직원을 제출하지 아니하여 복직의사가 없는 것으로 인정되는 경우, 무단결근 후 회사의 취업요구에 응답하지 아니한 경우, 군 입대자가 직업군인으로 전환한 경우) ② 그 성질상 근로자가 근로제공을 할 수 없는 경우(사망하거나 피한정후견 및 피성년후견, 파산 선고를 받은 경우) ③ 예정된 근로기간이 만료된 경우(정년, 근로계약기간의 만료) 등으로 되어 있는바, 이러한 규정내용 등에 비추어 “형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우”를 당연퇴직사유로 한 취지도 “근로계약에 따른 근로자의 기본적인 의무인 근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가 장기간 계속되어 왔음”을 근거로 하여 사용자가 근로자를 당연퇴직시켜도 근로자 측에서 이의를 제기할 여지가 없을 정도의 상태, 즉 형사상 범죄로 구속되어 있는 근로자가 현실적인 근로제공이 불가능한 신체의 구속상태가 해소되지 아니하는 내용의 유죄판결(예컨대 실행판결)을 받은 경우를 의미한다고 풀이함이 상당하다 할 것이다.

따라서 이 사건 당연퇴직사유로 규정되어 있는 “형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우”의 의미를 이와 같이 풀이하는 한 이와 같은 노사합의서의 당연퇴직규정이나 취업규칙의 당연면직규정이 무죄추정의 원칙에 반하는 것이라고 할 수는 없다.

2) 집행유예 판결의 포함 여부

가) 실행 판결만을 의미한다고 본 판례

【 대법원 1999. 9. 3. 선고 98두18*** 판결 】

이 사건 기록에 의하면, 원고 회사의 취업규칙에 규정된 당연면직사유는 ‘금고 이상의 형을 선고받았을 때’를 제외하고는 ① 근로자가 명시적 또는 묵시적으로 근로제공의사가 없음을 표시한 경우(사직원의 제출, 복직원의 미제출, 직업군인이 된 경우), ② 그 성질상 근로자가 근로제공을 할 수 없는 경우(사망하거나 피한정후견·피성년후견·파산 선고를 받은 경우), ③ 예정된 근로기간이 만료된 경우(정년, 근로계약기간의 만료) 등으로 되어 있고, ‘협박 또는 폭행 등 업무방해, 횡령·배임 및 사기 등

여타의 범죄행위를 하여 법적조치를 받았을 때'를 별도의 징계해고사유로 규정하고 있음을 알 수 있는바, 이러한 규정내용을 서로 비교·검토하여 보면 '금고 이상의 형을 선고받았을 때'를 당연면직사유로 한 취지도 근로계약에 따른 근로자의 기본적인 의무인 근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가 장기간 계속되어 왔음을 근거로 하여 사용자가 근로자를 당연면직시켜도 근로자 측에서 이의를 제기할 여지가 없을 정도의 상태, 다시 말하자면 형사상 범죄로 구속되어 있는 근로자가 현실적인 근로제공이 불가능한 신체의 구속상태가 해소되지 아니하는 내용의 유죄판결, 즉 실형판결을 받은 경우를 의미한다고 풀이함이 상당하다(대법원 1992. 12. 13. 선고 92누6*** 판결, 1993. 5. 11. 선고 92다20*** 판결, 1993. 5. 25. 선고 92누12452 판결, 1995. 3. 24. 선고 94다42*** 판결 등 참조).

나) 집행유예 판결을 포함한다고 본 판례

① 당연퇴직사유에 '형사상 범죄로 금고이상의 유죄판결이 확정되었을 때'를 규정하면서, 예외적으로 선고유예의 경우와 교통사고로 인한 집행유예의 경우 및 업무수행 중 자가운전에 따른 교통사고 범죄로 인한 유죄판결의 경우만을 제외하고 있는 경우

【서울고등법원 2009. 7. 8. 선고 2008누37*** 판결⁵⁹⁷⁾】

참가인 회사의 인사규정 제49조 제1항 제3호는 “형사상의 범죄로 금고 이상의 유죄판결이 확정되었을 때”를 당연면직 사유로 규정하면서, 예외적으로 선고유예의 경우와 교통사고 범죄로 인한 집행유예의 경우 및 업무수행 중의 자가운전에 따른 교통사고 범죄로 인한 유죄판결의 경우만을 제외하고 있으므로, 위 규정이 정하고 있는 당연면직 사유인 “금고 이상의 유죄판결이 확정되었을 때”는 위 단서가 정하고 있는 선고유예 판결과 교통사고 범죄로 인한 집행유예의 판결 및 업무수행 중의 자가운전에 따른 교통사고 범죄로 인한 유죄판결이 확정된 경우만을 제외하고, 구속 여부와 관계없이 실형 판결뿐만 아니라 집행유예 판결도 포함한 나머지 금고 이상의 유죄판결이 확정된 경우를 모두 의미하는 것으로 해석함이 타당하다.

② 당연퇴직사유에 금고 이상의 형이 확정된 경우뿐만 아니라 공민권이 정지 또는 박탈되는 경우도 포함되어 있는 경우

【서울고등법원 2011. 9. 7. 선고 2011누14*** 판결⁵⁹⁸⁾】

위 법리와 참가인 취업규칙 제61조에서 정한 당연퇴직사유에는 금고 이상의 형이 확정된 경우뿐만 아니라 공민권이 정지 또는 박탈되었을 때도 포함되어 있는데(갑 2호증 참조) 그러한 사유는 근로자에게 실형이 선고·확정된 경우처럼 근로자의 현실적인 근로제공의무의 이행이 불가능한 상태를 전제로 한 것이 아니라는 점 등에 비추어 보면, 취업규칙 제61조에서 정한 금고 이상의 형의 확정이 실형을 선고받은 경우만을 의미한다고 볼 수 없다.

597) 1심 판결(서울행정법원 2008. 11. 28. 선고 2008구합13*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 10. 15.자 2009두12*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

598) 1심 판결(서울행정법원 2011. 4. 14. 선고 2011구합3*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 12. 27.자 2011두25*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

③ 범죄로 사용자의 명예나 신용이 심히 실추되거나 거래관계에 악영향을 끼친 경우 또는 신뢰관계가 상실되는 경우

【대법원 1997. 5. 23. 선고 97다9*** 판결⁵⁹⁹⁾】

그러나 근로자가 범죄행위로 인하여 유죄의 확정판결을 받은 사실을 징계규정에 해고사유(당연퇴직사유나 휴직 중에 있는 근로자에 대한 퇴직사유의 경우와는 다르다)로 규정하는 것은 그 범죄행위로 인하여 근로자의 기본적인 의무인 근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가 장기화되어 근로계약의 목적이 달성될 수 없는 경우 뿐만 아니라 그 범죄행위로 인하여 사용자인 회사의 명예나 신용이 심히 실추되거나 거래관계에 악영향을 끼친 경우 또는 사용자와 근로자 간의 신뢰관계가 상실됨으로써 근로관계의 유지가 기대될 수 없는 경우에도 근로계약상의 의무를 침해한 것으로 보기 때문이라고 할 것이므로, 징계규정상의 해고사유인 ‘유죄의 확정판결을 받은 자’(근로기준법 제27조 제1항에 의한 제한은 별론으로 한다)를 ‘근로제공이 불가능한 신체의 구속상태가 해소되지 아니하는 내용의 유죄판결(예컨대 실형판결)을 받은 자’만을 의미하는 것으로 볼 수는 없다.

【서울고등법원 2012. 9. 27. 선고 2012누11*** 판결⁶⁰⁰⁾】

㉠ 종래의 단체협약에는 이 사건 규정이 ‘형사상 범죄로 유죄판결을 받았을 때’라고 되어 있었으나 1991. 11.경 참가인 회사와 노동조합이 단체교섭을 거쳐 ‘유죄판결’에서 벌금형을 제외하기로 합의하여 현재와 같이 ‘금고 이상의 형 판결을 받았을 때’로 개정되었고 당시 노동조합이 당연퇴직사유에서 ‘집행유예를 선고받은 경우’를 제외할 것을 요구했음에도 참가인 회사가 이를 받아들이지 않았는바, 위 개정 경위에 비추어 위 규정 소정의 ‘금고 이상의 형’이 ‘실형’만을 의미한다고 보기 어려운 점, ㉡ 취업규칙 제9조 제3호, 제4호는 ‘금고 이상의 형을 받고 그 집행유예기간이 만료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자’, ‘금고 이상의 형을 받고 선고유예를 받은 경우에 그 선고 유예기간 중에 있는 자’까지도 채용결격사유로 규정하고 있는 점, ㉢ 취업규칙 및 단체협약에 규정된 다른 당연퇴직사유로 ‘법률에 의하여 공민권이 정지되거나 박탈당하였을 때’가 있는데 이는 반드시 실형의 유죄판결에 의해서만 발생하는 것이 아닌 점(취업규칙 제15조 제9, 단체협약 제31조 제3호 참조), ㉣ 이 사건 규정 단서에 ‘자가운전자 중 교통사고처리특례법상의 뺑소니, 중요위반행위 10개항 중 무면허, 음주운전을 위반하지 않은 교통사고로 인하여 구속 기소되었을 때’를 당연퇴직사유에서 제외하도록 규정하고 있는 것으로 보아 단체협약 등에 당연퇴직사유를 규정함에 있어 단순히 근로제공의무의 장기간 불이행만을 고려한 것으로 보이지 않는 점 등을 종합해 볼 때, 이 사건 규정에서 말하는 ‘금고 이상의 형’에는 실형 뿐만 아니라 ‘금고 이상의 형의 집행유예’도 포함된다고 봄이 상당하다. 따라서 원고가 징역 8월에 집행유예 2년의 이 사건 형사판결을 선고받아 확정된 것은 당연퇴직사유에 해당한다고 볼 것이므로 원고의 주장은 이유 없다.

3) 직권면직 처분의 정당한 이유

형사유죄판결이 확정되었음을 이유로 직권면직처분을 하는 경우에는, ① 근로자의 담당

599) 유사 판례로 대법원 1997. 9. 26. 선고 97누1*** 판결 참조

600) 1심 판결(서울행정법원 2012. 4. 5. 선고 2011구합30*** 판결)을 인용함

업무나 지위, ② 범죄의 내용, ③ 구속 여부, ④ 당해 범죄행위로 인하여 사용자에게 미친 영향 등을 고려하여 사회통념상 고용관계를 지속시킬 수 없을 정도로 책임 있는 사유에 해당하는 유죄판결만이 직권면직사유에 해당한다고 봄

【서울고등법원 2009. 6. 25. 선고 2008누29*** 판결⁶⁰¹⁾】

① 근로자가 범죄행위로 인하여 금고 이상의 형에 대한 집행유예의 확정판결을 받았다 하더라도, 당해 근로자가 담당하는 업무의 내용이나 회사 내의 지위, 당해 범죄의 내용 및 그 행위태양, 당해 범죄와 담당 업무와의 관련성 유무 및 그 정도, 수사나 재판과정에서 구속되었는지 여부 및 그 기간의 제반 사정에 따라 사용자의 명예나 신용, 거래관계, 또는 근로제공의무 불이행으로 인한 업무의 결손이나 기업 내의 다른 직원들과의 신뢰관계, 기업의 기강·질서에 미치는 영향이 각기 다른 점, ② 사용자에게 의해 일반적으로 근로계약관계를 종식시키는 해고는 근로자의 생활에 중대한 타격을 주어 생존권을 위협하게 되고, 특히 우리나라는 노동시장의 유연성이 부족하여 일단 해고된 근로자는 재취업이 제대로 이루어지지 않음을 고려할 때, 해고의 기준에 대하여는 다른 징계 등에 비하여 엄격하게 판단할 필요성이 있는 점 등을 종합하면, 근로자의 담당 업무나 지위, 범죄의 내용, 구속 여부 및 구속기간, 당해 범죄행위로 인하여 사용자에게 미친 영향 등 제반 사정을 고려하여, 사회통념상 고용관계를 지속시킬 수 없을 정도로 원고에게 책임있는 사유에 해당하는 집행유예의 확정판결만이 당연퇴직 사유에 해당한다고 보아야 한다.

제3장
해고의 종류와
직권면직

4) 정당성을 인정한 사례

가) 유죄판결을 받은 경우 직권면직사유를 정한 것이 사회통념상 상당성을 인정하기 어렵다는 등의 특별한 사정이 없는 한 규정들의 취지는 존중되어야 한다는 견해임

【대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두10*** 판결】

사립학교법 제70조의2 제1항은 사무직원의 임면, 보수, 복무 및 신분보장에 관하여는 학교법인의 정관으로 정하도록 규정하고 있는데, 기록에 의하면 이에 따른 참가인 학원의 정관에서는 일반직원의 복무 및 신분보장에 관하여는 사립학교 교원에게 적용하는 규정을 준용하도록 하고 있으면서(정관 제85조, 제87조), 일반직원의 임용결격사유의 하나로 ‘금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자에 해당하게 된 때’를 규정하고, 재직중 위와 같은 임용결격사유에 해당하게 된 때에는 당연퇴직하도록 규정하고 있는 점(정관 제83조 제1항 제4호, 제3항), 참가인 학원은 학교법인으로서 그 정관에 대한민국의 교육이념에 의거하여 고등교육을 실시함을 목적으로 함을 명시하고(정관 제1조), 그 시행세칙에서는 교직원들은 교육이념의 구현 및 학교발전에 전력을 다하여야 하며 항상 화목 협동하여야 하고, 법령이나 정관 및 세칙과 제 규정을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 하도록 하는 등의 규정을 두고 있는 점(정관 시행세칙 제29, 30조) 등을 알 수 있는바, 비록 정관 등에 규정된 당연퇴직사유에 의한 퇴직처리도 근로기준법의 제한을 받는 해고에 해당한다고 하더라도 그 정당성의 판단에 있어서는 이와 같은 당연퇴직 사유를 정한 것이 사회통념상 상당성을 인정하기 어렵다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위 규정들의 취지는 존중되어야 할 것이다.

601) 1심 판결(서울행정법원 2008. 9. 25. 선고 2008구합17*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 9. 24.자 2009두12*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

이러한 사정에다가 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 점들 즉 ① 원고가 유죄판결을 받은 범죄의 내용은 같은 직장의 동료 직원을 무고한 것이라는 점에서 다른 직원과의 신뢰관계나 인간관계가 손상되어 직원들 간의 인화에 좋지 않은 영향을 미칠 수 있을 뿐만 아니라 참가인 학원의 명예나 신용과 무관하다고 볼 수는 없는 점, ② 원고가 원심 판시의 해고무효소송에서 승소하였다는 것이 이 사건 무고행위를 정당화시키거나 그에 대한 비난가능성을 감소시킬 사유로 될 수는 없는 점, ③ 원심이 무고행위의 정상참작사유로 들고 있는 소외 2의 확인서는 무고죄의 형사판결에서 그 신빙성이 배척된 점 등을 아울러 참작하면, 원고와 참가인 학원 간에 신뢰를 바탕으로 한 고용관계의 계속이 어렵게 된 데에 원고의 책임이 있다고 보아야 하고 따라서 원심이 판시한 사정들만으로 곧, 이 사건 당연퇴직처분에 정당성이 없다고 할 수는 없을 것이다.

나) 범죄의 구체적인 사실관계를 고려하여 그 범죄가 사용자의 명예나 신용, 거래관계, 업무의 결손, 직원들과의 신뢰관계, 기업의 기강·질서에 미치는 영향 등을 직권면직의 정당성 판단에서 중요한 요소로 봄

【 대법원 2005. 4. 15. 선고 2003두12*** 판결 】

이 사건 당연퇴직 처분은 그 사유가 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 경우로서 이는 참가인 인사규정 소정의 임용 결격사유에도 해당되는 점, 참가인은 국민건강보험법에 의하여 국민건강보험에 관한 주요 업무를 담당하는 공익적 목적을 가지고 있는 점, 원고들이 징역형의 집행유예를 선고받은 범죄의 내용은 원고들이 참가인의 전보인사를 철저히 할 목표로 정상적인 파업절차도 밟지 않고 전국적인 전면총파업에 돌입하기로 결정하였으며, 직접 또는 다른 노동조합원들과 함께 참가인 소속 간부들의 출근을 강제로 저지하고 사무실을 점거하고 농성하는 방법으로 불법쟁의행위를 하였다는 것인 점, 원고들은 위 불법쟁의행위를 주도하였고, 이로 인하여 참가인의 피보험자격관리, 보험료 부과 및 징수, 피보험자 진료비지급 및 사후관리, 민원 업무 등에 심각한 차질을 초래한 점, 이 사건 당연퇴직 처분 당시 시행중이던 구 국민건강보험법(2004. 1. 29. 법률 제7144호로 개정되기 전의 것) 제22조 제1항, 제21조 제4호의 규정에 의하면, 참가인의 임원이 금고 이상의 형의 집행유예선고를 받고 그 유예기간 중에 있음이 확인된 때에는 당연퇴직하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 당연퇴직 처분은 정당한 이유가 있다고 봄이 상당하다.

다) 노조 간부들이 불법파업 등에 의해 유죄판결을 받아 사용자의 명예와 신용에 큰 영향을 미친 경우, 직권면직의 정당성을 인정하는 경향을 보임

【 서울고등법원 2011. 9. 29. 선고 2008누37*** 판결 】

(2) 이 사건에 관하여 보건대, 위 인정사실에 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 위 참가인이 유죄판결을 받은 범죄의 내용은 위 참가인이 원고 노동조합의 사무국장으로 활동하면서 약 5개월 동안 지속적으로 위법한 쟁의행위를 주도하여 원고의 업무를 방해하였다는 것이고, 원고가 위와 같은 장기간의 위법한 쟁의행위로 명예와 신용에 심각한 훼손을 입고 거래관계에서도 악영향을 받았을 것이라는 것은 경험칙상 분명하다 할 것인 점, ② 위 참가인이 위와 같은 행위로 징역 4월, 집행유예 2년의 확정판결을 받고도 계속 근무하게 된다면, 원고가 직장 내의 질서를

원만하게 유지할 수 없을 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 원고 조합장에게 위 참가인의 쟁의 행위를 유발한 책임이 일부 인정되는 점을 감안하더라도, 원고와 위 참가인 사이의 신뢰를 바탕으로 한 근로관계의 계속은 어렵게 되었다고 봄이 타당하므로, 원고의 위 참가인에 대한 이 사건 직권면직 처분에는 정당한 이유가 존재한다고 할 것이다.

라) 공기업 직원인 경우 일반 사기업보다 더 높은 도덕성이 요구되고, 경우에 따라 공무원법상 결격사유 규정의 적용을 받는 경우도 있는 점 등을 고려하여 직권면직의 정당성을 인정하는 경향을 보임

【서울고등법원 2008. 11. 27. 선고 2008누19*** 판결⁶⁰²⁾】

위와 같은 법리에 비추어 이 사건 당연퇴직처분에 근로기준법 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 있는지에 관하여 보건대, 다음에서 보는 사정들 즉 ① 원고가 집행유예의 확정 판결을 받은 위 범죄사실은 사람에게 치명적인 상해를 입힐 수 있는 위험한 물건인 맥주병으로 같은 ○○○노동조합 연대 소속인 홍○○의 머리 부분을 내리쳐 상해를 입힌 것으로서, 법정형이 3년 이상의 유기징역으로 정해져 있는 중한 죄에 해당하는 점, ② 위와 같은 범죄행위에 이르게 된 경위를 보더라도, 홍○○이 ○○○연대 총파업 철화성명서를 발표했던 것에 대하여 좋지 않은 감정을 가지고 있던 원고가 먼저 홍○○ 일행을 향해 계속하여 욕설을 하는 등 시비를 유발하였을 뿐만 아니라, 원고가 먼저 맥주병을 들고 홍○○의 머리를 내리친 점(을 제1호증의 2의 기재), ③ 참가인 공사는 지방공기업법과 □□특별시 조례에 따라 지하철의 운영으로 도시 교통의 발전과 시민 복리 증진에 기여하기 위하여 지방자치단체인 □□특별시에 의해 설립된 공기업인 점에 비추어, 참가인 소속 임원들은 물론 직원들에게도 공무원에 준하는 정도는 아니라 하더라도 일반 사기업 소속 직원들보다는 더 높은 도덕성이 요구 된다고 보아야 할 것인 점, ④ 이와 같은 공기업 소속 직원인 원고가 맥주병으로 타인의 머리를 내리쳐 상해를 입혀 징역형의 집행유예를 선고받은 것이 참가인의 명예나 신용과 무관하다고 볼 수 없는 점, ⑤ 비록 인사규정 등에 규정된 당연퇴직사유에 의한 퇴직처리도 근로기준법의 제한을 받는 해고에 해당한다고 하더라도, 그 정당성의 판단에 있어서는 이와 같은 당연퇴직사유를 정한 것이 사회통념상 상당성을 인정하기 어렵다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그러한 규정의 취지는 존중되어야 할 것인 점(대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두10*** 판결 참조), …(중략)… 등을 종합하여 보면, 원고와 참가인 간에 신뢰를 바탕으로 한 고용관계의 계속은 어렵게 되었다고 할 것이고 그에 관하여 원고에게 책임 있는 사유가 있다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 당연퇴직처분에는 근로기준법 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 있다고 할 것이다.

【서울고등법원 2009. 11. 11. 선고 2009누1*** 판결⁶⁰³⁾】

…(중략)… ③ 참가인은 산업재해보상보험사업, 고용보험의 적용·징수사업, 근로자복지기본법에 의한 복지사업, 실업대책사업, 임금채권보장사업 등을 행하는 공법인이므로 그 업무의 공공성·공익성에 비추어 참가인의 소속 직원들에게 상당한 정도의 윤리성·도덕성이 요구되는 점, ④ 참가인의 설립근거가 되는 산업재해보상보험법 제19조에서는 임원의 결격 및 당연퇴직 사유를 국가공무

602) 대법원(대법원 2009. 4. 23.자 2008두23*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

원법에서 정하고 있는 사유와 동일하게 규정하고 있으나 직원의 결격 및 당연퇴직 사유는 별도로 규정하고 있지 않은바, 참가인이 수행하는 업무의 성질과 내용에 비추어 보면 참가인 소속 직원들에게도 임원들에게 요구되는 수준과 동일한 정도의 윤리성·도덕성을 요구하는 것이 타당한 점, ⑤ 참가인의 임원과 직원은 형법 제129조부터 제132조까지의 규정에 따른 벌칙의 적용에서는 공무원으로 의제되는 점 등을 종합하면, 위와 같이 집행유예의 확정판결이 있었다는 사실을 일률적으로 당연퇴직 사유로 규정한 이 사건 인사규정은 인사규정 설정과 관련하여 사용자에게 부여된 합리적인 재량권의 범위를 일탈·남용하여 위법하다고 볼 수는 없다.

마) 피고가 경영하는 부속병원이 하는 의료사업은 국민보건 향상을 목적으로 하는 공익사업에 해당하고 병원의 구성원 역시 의료인인 점, 의료법상 금고 이상의 형의 선고를 받고 집행유예받은 자를 의료인의 결격사유의 하나로 규정하고 있는 점 등을 볼 때 당연퇴직 처분은 정당하다고 본 사례

【 대법원 1995. 7. 14. 선고 95다1*** 판결 】

당연퇴직 처분은 근로자의 의사와 관계없이 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로관계를 종료시키는 것이기는 하나, 성질상 해고라 할 것이므로 그 퇴직 처분이 유효하기 위하여는 근로기준법 제27조 제1항 소정의 정당한 사유가 있어야 할 것이다(대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54*** 판결, 1995. 3. 24. 선고 94다42*** 판결 등 참조).

이 사건 당연퇴직 처분은 그 사유가 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 경우로서 이는 위 인사규정 소정의 임용 결격사유에도 해당되는 점, 피고 법인이 경영하는 ○○대학교 의과대학 부속병원이 하는 의료사업은 국민보건 향상을 목적으로 하는 공익사업에 해당하고 병원의 구성원인 원고 역시 간호사로서 국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활 확보에 기여함을 임무로 하는 의료인인 점, 의료법 제8조 제1항 제5호에도 금고 이상의 형의 선고를 받고 집행을 받지 않기로 확정되지 아니한 자를 의료인의 결격사유의 하나로 규정하고 있는 점, 원고가 징역형의 집행유예를 선고받은 범죄의 내용은 행정관청의 노동조합 운영 상황 등에 대한 업무 조사 등을 거부하였고 다른 사업장의 정의행위에 제3자로서 개입을 하였다는 것인 점 등에 비추어 보면, 이 사건 당연퇴직 처분은 정당한 이유가 있고, 이 사건 당연퇴직 처분이 부당노동행위에 해당되지 않음은 물론 징계권을 남용하였다고 볼 수도 없어 원심의 이러한 판단은 정당하다. 이 점에 관련된 상고이유도 받아들일 수 없다.

바) 정부출연기관으로 업무가 공익적 성격을 가지고 있고 소속 직원들에게는 보다 강한 도덕성이 요구됨에도 불법집회 및 시위 등에서 주최자 또는 가담자로서 불법행위를 주도하여 금고 이상의 형의 확정판결을 받은 경우 당연퇴직 처분은 정당하다고 본 사례

603) 1심 판결(서울행정법원 2008. 12. 18. 선고 2008구합34*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 2. 11.자 2009두22*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2010. 3. 17. 선고 2009누24*** 판결⁶⁰⁴⁾】

살피건대, 앞서 본 바와 같이 참가인은 대국민 서비스를 목적으로 하는 정부출연기관으로 그 업무 역시 공익적 성격을 지니고 있으므로 원고를 비롯한 참가인의 소속 직원들에게는 일반 사기업의 임직원보다 강한 도덕성이 요구된다고 할 것임에도 불구하고, 원고는 국회 및 정부정책을 반대하는 불법집회 및 시위 등에서 주최자 또는 가담자로서 불법행위를 주도하였고, 위와 같은 집회는 그 목적·수단·방법에 있어서 정당성을 지니지 못한 것으로서 법의 허용범위를 넘어서는 것이며, 이로 인해 원고는 금고 이상의 형의 확정판결까지 받았다. 또한 참가인 법인의 업무특성상 소속 연구원의 명예 및 대외적인 신뢰는 매우 중요시된다고 할 것인데, 위와 같은 원고의 불법행위 및 유죄판결은 참가인 소속 연구원의 명예 및 대외적인 신뢰도에 적지 않은 부정적인 영향을 주는 행위에 해당된다는 점에서, 원고가 주장하는 유리한 사정을 참작하더라도 원고와 참가인 사이에 신뢰를 바탕으로 한 고용관계의 계속은 더 이상 어렵게 되었다고 할 것이므로, 이 사건 퇴직처분에는 근로기준법 제23조 제1항 소정의 정당한 이유가 있다고 할 것이다.

사) 고의로 반복하여 음주·무면허운전을 하였다는 등의 이유로 징역형의 집행유예 판결을 선고받은 경우 직권면직사유에 해당하고 이러한 직권면직처분은 정당하다고 본 사례

제3장
해고의 준비와
직권면직

【서울고등법원 2010. 9. 16. 선고 2010누10*** 판결】

앞서 본 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음 각 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 사회통념상 참가인이 원고와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 원고에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 해당한다 할 것이므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

① 원고는 불과 1년도 못 되는 단기간에 고의로 반복하여 음주·무면허운전이라는 범죄행위를 하여 징역형의 집행유예 판결을 받았고, 그 과정에서 20일 동안이나 구속되어 출근하지 못함으로써 참가인의 업무에 상당한 지장을 주었을 것임은 경험칙상 명백하다 할 것이다.

② 대형 참사를 초래할 수도 있는 음주·무면허운전을 강력히 처벌해야 할 필요성에 대한 사회적인 공감대가 형성되어 있는 점에 비추어 볼 때 음주·무면허운전에 대한 사회적 비난가능성이 결코 가볍지 않으므로, 원고처럼 고의로 반복하여 음주·무면허운전을 하였다는 등의 이유로 징역형의 집행유예 판결을 선고받은 경우에는 참가인 인사규정 소정의 면직사유에 해당한다 할 것이다. …(후략)…

5) 정당성을 부정한 사례

가) 근로자의 간통행위는 회사에서 수행하는 업무와 아무런 관계가 없는 사생활 영역에서 범한 비행으로서 참가인 회사의 경영질서나 사업활동에 별다른 영향을 미치지 않는다고 보아 직권면직의 정당성을 부정함

604) 1심 판결(서울행정법원 2009. 7. 16. 선고 2009구합3*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 6. 10.자 2010두6*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2009. 7. 8. 선고 2008누37*** 판결⁶⁰⁵⁾】

또한 사용자가 근로자에 대하여 징계권을 행사할 수 있는 것은 사업활동을 원활하게 수행하는데 필요한 범위 내에서 규율과 질서를 유지하기 위한 데에 그 근거가 있으므로, 근로자의 사생활에서의 비행은 사업활동에 직접 관련이 있거나 기업의 사회적 평가를 훼손할 염려가 있는 것에 한하여 정당한 징계사유가 될 수 있다 할 것이고, 기업의 사회적 평가를 훼손할 염려가 있다고 하기 위하여는 반드시 구체적인 업무저해의 결과나 거래상의 불이익이 발생하여야 하는 것은 아니지만, 당해 행위의 성질과 정상, 기업의 목적과 경영방침, 사업의 종류와 규모 및 그 근로자의 기업에 있어서의 지위와 담당 업무 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 그 비위행위가 기업의 사회적 평가에 미친 악영향이 상당히 중대하다고 객관적으로 평가될 수 있어야 한다(대법원 2001. 12. 14. 선고 2000두3*** 판결 등 참조) …(중략)…

① 원고의 간통행위는 원고가 참가인 회사에서 수행하는 업무와 아무런 관계가 없는 사생활 영역에서 범한 비행으로서 참가인 회사의 경영질서나 사업활동에 별다른 영향을 미치지 않은 점, ② 원고가 불구속 상태로 참가인 회사에서 정상적으로 근무하면서 간통죄의 수사와 재판을 받았기 때문에 업무수행에 어떠한 장애를 초래한 바 없고, 원고의 위와 같은 비위행위가 참가인 회사의 명예와 신용 등 사회적 평가에 별다른 악영향을 미친 바도 없는 점(원고에 대한 유죄판결이 대법원에서 확정된 후 각종 언론매체에 보도되기는 하였으나, 이는 이혼한 배우자를 이혼 전의 간통행위로 고소할 수 있다는 대법원의 판결내용 때문에 보도된 것이었고, 원고의 직업이나 범행 내용이 문제가 되어 보도된 것은 아니었으며, 보도 당시 원고의 성명이나 직업은 모두 익명으로 처리되었다), …(중략)… 참가인 회사의 원고에 대한 이 사건 면직처분에는 정당한 이유가 존재한다고 할 수 없다.

나) 만취한 상태에서 우발적으로 직장 동료들 폭행하여 사망에 이르는 범행을 저지른 것은 사용자(공사)의 업무와 관련된 것도 아니고, 그로 인하여 사용자의 명예와 신용을 심히 훼손하거나 거래관계에까지 악영향을 미쳤다고 볼 수 없는 점 등을 이유로 직권면직의 정당성을 부정함

【서울고등법원 2009. 9. 8. 선고 2009누4*** 판결⁶⁰⁶⁾】

이러한 전제하에 원고가 인사규정 제46조 제2항이 규정하는 당연면직 예외사유인 ‘직무수행에 지장이 없는 때’에 해당하는 것으로 볼 수 있는지 여부에 관하여 살피건대, 위 인정사실 및 앞서 든 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉 원고는 그 형의 집행이 유예되었기 때문에 참가인 공사에 근로를 제공하는 데 있어 아무런 장애가 없는 점, 원고가 직장동료 김○○에게 사망이라는 중한 결과를 발생케 한 잘못은 인정되지만, 원고가 직장동료들과 술을 마시다가 만취한 상태에서 지극히 사소한 시비 끝에 극히 우발적으로 범행을 저지른 것으로서 참가인 공사의 업무와 관련된 것도 아니고, 그로 인하여 참가인 공사의 명예와 신용을 심히 훼손하거나 거래관계에까지 악영향을 미쳤다고 볼 수 없는 점, 원고는 경제적으로 넉넉한 형편이 아님에도 김○○의 유족에게 합의금 2억 원을 지급한 점, 원고와 같이 근무지에서 근무하는 다수의 직원들이 원고의 선처를 바라는 탄원서를 제출하고 있어 참가인 공사 내 다른 직원들과의 신뢰관계나 인간관계가 손상된다거나 직장질서의

605) 1심 판결(서울행정법원 2008. 11. 28. 선고 2008구합13*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 10. 15.자 2009두12*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

유지를 저해한다고 볼 만한 사정도 없는 점, 원고는 장비운전원으로서 근무하고 있는데 참가인 공사가 지방공기업이라는 특수성이 있다고 하더라도 일반직원에 대해서까지 고도의 도덕성이 요구된다고 볼 수는 없는 점, 원고는 이 사건 이전에 폭력 성향을 보였다고 볼만한 사정이 전혀 엿보이지 아니할 뿐만 아니라 비위행위를 저지르거나 징계를 받은 바 없이 참가인 공사에 입사한 이래 16년여 동안 성실하게 근무하여 왔던 것으로 보이는 점을 종합하면, 원고가 폭행치사죄로 징역 2년에 집행유예 3년의 형을 선고받아 그 형이 확정되었다 할지라도 인사규정 제46조 제2항의 직무수행에 지장이 없다고 볼 것이다.

다) 집행유예 판결을 선고받은 후 거의 1년이 다 되어 가는 시점에서 직권면직이 이루어진 경우 정당성을 부정함

【서울고등법원 2005. 4. 7. 선고 2004누11*** 판결⁶⁰⁷⁾】

원고가 받은 위 집행유예 판결의 범죄내용이 원고의 업무와 관련된 것도 아니고 그로 인하여 피고 보조참가인 조합의 대외적인 신용이나 명예가 크게 훼손되었다고 보기도 어렵고, …(중략)… 일반 직원에게까지 임원과 동일한 고도의 도덕성이 요구된다고는 보기는 어렵고 ○○협동조합법도 직원의 임면은 정관이 정하는 바에 따라 조합장이 한다고만 규정하고 있을 뿐(제56조 제1항), 임용결격사유를 정하지 않고 있는 점, 원고는 시말서 제출로 위 집행유예의 판결을 선고받은 문제가 마무리 된 것으로 알고서 위 집행유예 판결 선고 후 조합원의 실익증대 및 농업의 경쟁력 강화를 위하여 맡은 업무를 성실히 수행하여 왔고 특히 직거래사업 활성화에 크게 기여하였다 하여 ○○협동조합중앙회회장 표창장을 수여받기까지 하였는데 위 집행유예 판결을 선고받은 후 거의 1년이 다 되어 가는 시점에 이르러 이 사건 면직처분이 이루어진 점 등의 제반 사정에 비추어 보면, …(중략)… 이 사건 면직처분에 정당한 사유가 있다고 할 수 없다.

제3장
해고의 종류와
직권면직

라) 근로자가 유죄판결을 받은 범죄사실에 대해 사용자와 노조가 면책 합의를 한 경우, 사용자가 그 후 취업규칙에 근거하여 근로자를 직권면직한 조치는 위 면책 합의에 배치되어 부당하다고 봄

【대법원 2007. 10. 25. 선고 2007두2*** 판결】

사용자가 어떤 사유의 발생을 당연퇴직 또는 면직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계 해고와 달리 한 경우에 그 당연퇴직사유가 근로자의 사망이나 정년, 근로계약기간의 만료 등 근로관계의 자동소멸사유로 보이는 경우를 제외하고는 이에 따른 당연퇴직처분은 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 소정의 제한을 받는 해고라고 할 것이고, 위와 같이 취업규칙 등에 당연퇴직사유로서 근로관계의 자동소멸사유에 해당하지 아니하는 사유를 규정한 경우 그 의미는 그 규정 취지나 다른 당연퇴직사유의 내용 등에 비추어 합리적으로 판단하여야

606) 1심 판결(서울행정법원 2009. 1. 13. 선고 2008구합33*** 판결)을 인용하였으며, 이 사안도 공기업 직원의 범죄행위에 관한 것이지만 서울고등법원 2008. 11. 27. 선고 2008누19*** 판결(동료 직원을 위협한 물건으로 내리쳐 상해를 입혀 직권면직이 긍정된 사안)과 달리 사소한 우발적 사고로 발생한 범죄였다는 면에서 결론이 달라졌던 것으로 보임. 이처럼 정당성 판단은 여러 요소를 종합하여 판단할 수밖에 없어 유사한 사안일지라도 개별 사안별로 결론이 달라질 수 있음

607) 동 사건은 대법원(대법원 2007. 11. 15. 선고 2005두4*** 판결)에서 최종 확정됨

할 것이다 (대법원 1999. 9. 3. 선고 98두18*** 판결 참조).

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 제1심 판결의 이유를 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 위 피고보조참가인이 2002. 12. 9.자로 한 지하철 1시간 연장운행 방해행위로 유죄판결을 받았으나, 원고 공사와 노조가 2002. 12. 16.자로 위 연장운행과 관련하여 조합간부 및 조합원의 징계를 최소화하며 해고자가 없도록 한다는 내용의 합의를 하였고 이는 적어도 해고의 면에서는 그 행위자를 면책하기로 한다는 합의로 풀이되므로, 원고 공사가 위 피고보조참가인에 대하여 한 당연퇴직 조치는 원고 공사와 노조의 위 면책 합의에 배치된다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 당연퇴직에 관한 법리오해의 위법이 없다.

나. 무단결근을 사유로 한 사례

1) 정당성을 인정한 사례

가) 무단결근은 근로자가 근로제공의무를 해태한 중대한 사안이므로, 이를 이유로 한 직권면직의 정당성을 인정하는 경향을 보임

【서울고등법원 2007. 5. 31. 선고 2005누21*** 판결⁶⁰⁸⁾】

원고가 비록 휴직원을 제출하고 산재처리를 요청하였다고 하더라도 참가인으로부터 2003. 11. 24.까지에 대하여만 휴가로 처리되었고, 그 이후로는 참가인의 조합장으로부터 업무상 부상으로 인정되지 않는다는 등의 이유로 위 인사규정 제54조 제5항에 의한 휴직발령을 받지 못하고 오히려 2003. 11. 29. 이후 여러 차례에 걸쳐 출근 지시를 받았다. 그럼에도 불구하고 원고가 계속해서 적어도 7일 이상 무단결근한 것은 위 인사규정 제61조 제1항 제2호에 정한 면직사유에 해당한다고 할 것이다.

나) 당초 해고 이후 복직 시까지 위 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 채용 등 사용자 고유한 권한에 기한 조치를 원직복직 방해로 받아들여 이에 항의하는 방법으로 한도를 넘어 무단결근했다면 이를 이유로 한 직권면직은 정당하다고 봄

【서울행정법원 2008. 7. 25. 선고 2008구합5*** 판결】

다음과 같은 사정들, 즉 ① 비록 참가인 조합이 중앙노동위원회의 재심 판정이 이루어진 이후 김○○을 신임 상무이사로 선임하기는 하였으나, 참가인 조합의 위와 같은 신임 상무이사 선임은 참가인 조합이 중앙노동위원회로부터 위 재심 판정의 판정서를 송달받기 전에 이루어졌기 때문에 참가인 조합이 위 재심 판정의 결과를 인식하지 못한 상태에서 상무이사의 결원으로 인한 장기간의 업무 공백을 막기 위하여 위와 같이 신임 상무이사를 선임하였을 가능성을 배제할 수 없는 점(2007. 1. 26. 법률 제8296호로 노동위원회법이 개정되면서 제17조의2 제1항에 “노동위원회는 부문별위원회의 의결결과를 지체 없이 당사자에게 통보하여야 한다”는 규정이 신설되었으나, 위 개정법률은 2007. 4. 1.부터 시행되었으므로, 2007. 3. 16. 이루어진 중앙노동위원회의 재심판정 당시에는 위 개정법률이 적용되지 않는다), ② 참가인 조합은 중앙노동위원회로부터 재심판정서를 송달받은 다음, 컴퓨터와 전화기가

608) 대법원(대법원 2007. 9. 6.자 2007두12*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

설치된 원고의 책상을 마련하고 참가인 조합의 상무이사 직함이 인쇄된 원고의 명함을 제작한 후, 원고를 2006. 6. 8.자 해임 이전과 마찬가지로의 상태인 상무이사로 복직시킴으로써, 위 재심 판정의 원직 복직 명령을 성실히 이행한 것으로 보이는 점, ③ 참가인 조합이 결과적으로 조합의 임원으로 상무이사 1인을 두도록 하고 있는 참가인 조합의 정관 제43조 제1항을 위반하게 되었으나, 이는 2006. 6. 8.자 해임 이후 위 해임이 유효함을 전제로 하여 이미 이루어진 인사 질서 등에 비추어 불가피한 조치였던 점, ④ 원고는 참가인 조합의 복직 명령에도 불구하고 “참가인 조합이 김○○을 신임 상무이사로 급히 채용하여 원고의 원직복직을 방해하고 있다”는 이유로 2007. 4. 28.부터 2007. 5. 9.까지 계속하여 참가인 조합에 출근을 하지 않음으로써 참가인 조합의 인사규정 제27조 제3호에서 정하고 있는 “무단 결근이 연속 7일 이상에 이를 때”에 해당하게 된 점 등을 종합하여 보면, 참가인이 중앙노동위원회 재심 판정 이후 원고의 원직복직을 방해하기 위하여 신임 상무이사를 채용한 다음 원고의 원직복직을 저지한 상태에서 이 사건 직권면직을 하였다고 보기는 어렵고, 이 사건 직권면직은 인사규정 제27조 제3호에 근거하여 이루어진 것으로서 정당하다고 할 것이다.

2) 정당성을 부정한 사례

무단결근 일수는 휴일을 제외하고 계산하여야 하며, 직권면직도 해고이므로 근로기준법 제27조에 따라 직권면직의 사유와 시기를 서면으로 통지하여야 한다고 봄

제3장
해고의 준비와
직권면직

【 서울고등법원 2009. 7. 29. 선고 2009누1*** 판결609) 】

이 사건에서 원고가 2007. 9. 29.부터 근로제공의무가 있는 날이 10일째에 해당한 2007. 10. 12.에 이르러서야 10일간 무단결근하였다고 보아야 할 것임에도, 휴일에 근로제공의무가 있다는 점을 전제로 하여 2007. 10. 8.까지 10일간 무단결근하였다는 참가인의 주장은 이유 없다. …(중략)…

위에서 본 바와 같이, 원고가 10일간 무단결근하였다는 이유로 직권해직한 것은 해고에 해당하므로, 참가인이 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야만 직권해직은 유효하게 된다. 그러나 위 인정사실에서 본 바와 같이 원고가 실제 직권해지처리일인 2007. 10. 15. 이전인 2007. 10. 21.자로 10일간 무단결근하여 운운준칙 소정의 직권해직사유에 해당한다 하더라도, 참가인이 원고에게 이 사건 직권해직을 서면으로 통지한 바 없으므로, 이 사건 직권해직은 근로기준법 제27조의 규정에 위반하여 무효로 보아야 할 것이다.

다. 복직원 미제출을 사유로 한 사례

1) 정당성을 인정한 사례

회사가 복직원을 제출하지 않는 근로자를 직권면직 시키는 것은 근로자의 장기휴직으로 인한 회사의 업무마비를 막기 위한 것이고, 휴직기간을 넘겨 계속해서 무단결근한 경우는 원칙적으로 직권면직사유에 해당한다고 봄

609) 1심 판결(서울행정법원 2008. 12. 4. 선고 2008구합19*** 판결)을 인용함

【대법원 1996. 10. 29. 선고 96다21*** 판결】

그러나, 단체협약 제21조 제2호가 휴직기간은 45일을 초과할 수 없다고 규정하고 있을 뿐, 휴직기간의 연장에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있고, 오히려 제21조 제4호가 휴직기간 만료 전일까지 복직원을 제출하지 않으면 복직의사가 없는 것으로 간주한다고 규정함과 동시에, 제23조 제6호가 휴직기간 만료 전일까지 복직원을 제출하지 않으면 퇴직처리한다고 규정하고 있으므로, 버스운수회사인 피고 회사로서는 근로자의 장기간의 휴직으로 인한 업무마비를 막기 위하여 휴직기간이 45일을 초과하도록 복직할 수 없는 자는 퇴직처리하도록 단체협약에 규정한 것이라고 해석함이 상당하고, 단체협약 제23조 제7호의 규정이나 제21조 제6호의 규정은 위와 같은 해석에 아무런 영향을 미칠 수 없다고 할 것이며, 당연퇴직에 관한 단체협약 제23조 제6호의 규정을 위와 같이 해석한다고 하여 위 규정이 근로기준법 제27조 제1항에 위반되는 당연무효의 규정이라고 볼 수 없으므로, 논지는 이유가 없다.

2) 정당성을 부정한 사례

취업규칙에 일정한 기한 내의 복직원 제출이 의무사항으로 되어 있더라도 이는 그 기한 내에 회사에 대해 복직의 의사를 표시하라는 취지이므로 **회사관계자와 복직에 관한 협의를 함에 있어 구두로 복직의사를 명백히 밝혔다면 설사 복직원을 제출하지 않았더라도 직권면직할 수 없다고 봄**

【서울행정법원 2007. 7. 10. 선고 2006구합41*** 판결】

살피건대, 위 인정사실에서 본 바와 같이 참가인 장○○가 휴직기간 만료 전날인 2005. 11. 11. 프론트팀장과 원고 호텔 내에서 만나 복직협의를 하였고, 다시 같은 해 11. 14. 총무과 소속 송○○을 만나 복직협의를 하였는데 송○○은 구체적인 근무장소는 소속 부서장인 소○○의 지시를 받으라고 하였으며, 이에 참가인 장○○가 소○○을 다시 만나 복직시의 근무장소에 대해 협의를 하는 과정에서 소○○이 휴직 직전의 근무장소인 프론트로비가 아닌 □□□타운 및 2층 수영장로비 청소를 담당할 것을 지시하자 참가인 장○○가 내일부터 노동조합의 출근투쟁에 동참하겠다고면서 그 자리를 나온 점 등에 비추어 보면, 참가인 장○○는 휴직기간이 만료되는 시점을 전후하여 프론트팀장, 송○○ 등을 만나 근무장소 등의 복직에 관한 협의를 함으로써 원고에게 복직의사를 명백히 밝혔다고 할 것이고 그러한 복직의사의 표시가 반드시 서면으로 행해져야만 그 효력이 있다고 볼 것은 아니므로 원고가 참가인 장○○에 대하여 휴직기간 만료 후 30일 이내에 복직원을 제출하지 아니하였다는 이유로 직권면직을 한 것은 그 면직사유가 없음에도 직권면직을 한 것으로서 위법하다 할 것이다.

라. 허위 이력서 제출을 사유로 한 사례

1) 정당성을 인정한 사례

가) 고등학교 졸업자만을 대상으로 신규사원을 모집하는 회사에 입사함에 있어 의

도적으로 대졸학력을 은폐하였고, 면접에 임함에 있어서는 적극적으로 회사를 기망한 경우 이를 이유로 한 직권면직은 정당하다고 봄

【서울고등법원 2007. 5. 16. 선고 2006누21*** 판결⁶¹⁰⁾】

기업이 근로자를 고용하면서 학력 또는 경력을 기재한 이력서나 그 증명서를 요구하는 이유는 단순히 근로자의 근무능력, 즉 노동력을 평가하기 위해서만이 아니라 노사 간 신뢰형성과 기업질서 유지를 위해서는 근로자의 지능과 경험, 교육정도, 정직성 및 직장에 대한 정착성과 적응성 등 전인격적 판단을 거쳐 고용 여부를 결정하기 위한 판단자료로 삼기 위한 것이고, 이와 같은 목적으로 제출이 요구되는 이력서에 허위의 학력 혹은 경력을 기재한다는 것은 그 자체가 근로자의 정직성에 대한 중요한 부정적인 요소가 되는 점, 그런데 원고는 고등학교 졸업자만을 대상으로 신규사원을 모집하는 참가인 회사에 입사함에 있어 의도적으로 대졸학력을 은폐하였고, 나아가 면접에 임함에 있어서는 적극적으로 참가인 회사를 기망하였다는 점 등을 종합하면, 참가인 회사가 원고의 학력 허위 기재 사실을 들어 이 사건 퇴직에 나아간 것은 근로기준법 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 있다고 할 것이다.

나) 과거의 근무경력이 신규채용시의 경력환산과 호봉산정에 있어서 중요한 요소가 되는 경우 허위 이력서를 제출하였다면 이를 이유로 한 직권면직은 정당하다고 봄

【대법원 2001. 12. 27. 선고 2000두6*** 판결】

참가인 법인이 경력직원을 채용함에 있어서 경력의 기재와 제출을 요구하고 채용되고자 하는 자도 이에 부응하여 정확한 경력을 기재하여 제출하는 것은 신규채용시의 경력환산과 호봉산정에 있어서 중요한 요소가 되는 점을 종합하여 보면, 경력직으로 채용된 자가 신규 임용 시 허위의 이력서를 제출하는 행위는 사립학교법 제58조 제1항 제5호 소정의 면직사유로서 이는 병원 직원인사규정 제15조 제10호 소정의 임용결격사유인 ‘기타 제 규정에 저촉되어 부적당하다고 인정되는 자’에 해당한다고 봄이 상당하고, 또한 원고가 경력직원으로 채용됨에 있어 사회통념상 허용되는 범위를 현저히 초과하여 과거의 근무경력을 과대하게 허위 기재한 이력서를 제출하였고, 그에 따라 채용 시 경력연수와 호봉이 책정된 이 사건에 있어서, 위와 같은 경력 허위 기재가 경미한 사항에 불과하다고 볼 수는 없으므로, 참가인 법인이 이를 이유로 이 사건 직권면직을 한 것은 참가인 법인의 취업규칙 제43조 제1항 제7호 및 병원 직원인사규정 제33조 제1항 제7호, 제15조 제10호의 규정에 따른 것으로서 정당한 해고라고 보아야 한다고 판단하였다.

다) 회사가 국가보훈처로부터 수령한 고용명령서에 따라 채용하였다 하더라도 고용명령서가 근로자의 허위 제출한 자료에 기한 것으로 밝혀진 이상 ‘입사 시 제출한 서류가 허위’인 때에 해당하여 직권면직한 것은 정당하다고 봄

610) 1심 판결(서울행정법원 2006. 8. 22. 선고 2006구합13*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 8. 20.자 2007두11*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2012. 6. 15. 선고 2011누45*** 판결⁶¹¹⁾】

인사규정 제33조 제6호에 의하면 ‘입사 시 제출서류가 허위로 판정되었을 때’에 직권면직을 할 수 있도록 규정하고 있다. 비록 참가인이 입사 당시 원고에게 직접 허위의 고용명령서를 제출한 것은 아니나, 위 고용명령서는 국가유공자법 제31조의 2(“취업지원을 받으려는 취업지원 대상자는 국가보훈처장에게 취업지원을 신청하여야 한다”)에 의하여 참가인 본인이 국가보훈처장에 대하여 취업지원을 신청함에 따라 국가보훈처장(내지 그 위임을 받은 ○○보훈지청장)이 원고에게 제출한 것이므로 ‘입사 시 제출서류’에 해당한다고 봄이 옳다. 그리고 앞서 본 바와 같이 위 고용명령서가 잘못된 국가유공자 등록신청에 의한 허위 서류임이 밝혀진 이상 이 사건 처분사유가 인정된다. 그와 같은 해석이 문언 자체가 허용하는 의미 범위를 넘어서는 유추해석에 해당하지 아니하고, 참가인이 위 고용명령서가 허위임을 알았는지 여부나 허위의 고용명령서 발급에 직접 개입하였는지 여부는 문제되지 아니한다.

2) 정당성을 부정한 사례

가) 학력·경력 등이 채용 여부의 결정과 아무런 관련성이 없는 경우라면 이력서에 일부 허위 기재가 있다고 하더라도 이를 이유로 한 직권면직은 부당하다고 봄

【대법원 1989. 5. 9. 선고 88다카4*** 판결】

원심이 원고 1의 경우, 학력부실기재 사실과 피고 회사 내의 소요 및 유인물 살포 사실을 인정하고서, 위 학력부실기재행위는 학교 이름만 조금 다르게 기재한 것뿐으로 위 원고가 피고 회사와 단순한 생산직 육체노동자로 채용되었고 그 채용 시 학력이 전혀 문제가 안 된 사실 등에 비추어 피고가 사전에 위 사실을 알았더라면 위 원고와 고용계약을 맺지 아니하였거나 적어도 동일 조건으로는 계약을 맺지 아니하였을 것으로는 보이지 않는다고 보아 적법한 해고사유가 될 수 없고, …(중략)…

나) 허위 이력서 제출 등으로 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없는지는 채용 당시 뿐만 아니라 **해고 시점에 이르기까지의 여러 가지 사정을 전체적으로 살펴보고 판단해야** 한다고 봄

【대법원 2012. 7. 5. 선고 2009두16*** 판결⁶¹²⁾】

가. 근로기준법 제23조 제1항은 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고하지 못한다고 하여 해고를 제한하고 있으므로, 징계해고사유가 인정된다 하더라도 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다(대법원 1998. 11. 10. 선고 97누18189 판결 등 참조). 이는 근로자가 입사 당시 제출한 이력서 등에 학력 등을 허위로 기재한 행위를 이유로 징계해고를 하는 경우에도 마찬가지이고, 그 경우 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 사용자가 사전에 그 허위 기재 사실을 알았더라면 근로계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일 조건으로는 계약을 체결하지 않았으리라는 등 고용 당시의 사정뿐 아니라, 고용 이후 해고에 이르기까지 그 근로자가 종사한 근로의 내용과 기간, 허위 기재를 한 학력 등이 종사한 근로의

611) 1심 판결(서울행정법원 2011. 11. 3. 선고 2011구합20*** 판결)을 인용함

정상적인 제공에 지장을 초래하는지 여부, 사용자가 학력 등의 허위 기재 사실을 알게 된 경위, 알고 난 이후 당해 근로자의 태도 및 사용자의 조치 내용, 학력 등이 종전에 알고 있던 것과 다르다는 사정이 드러남으로써 노사간 및 근로자 상호 간 신뢰관계의 유지와 안정적인 기업경영과 질서유지에 미치는 영향 기타 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 것이다.

다만, 사용자가 이력서에 근로자의 학력 등의 기재를 요구하는 것은 근로능력의 평가 외에 근로자의 진정성과 정직성, 당해 기업의 근로환경에 대한 적응성 등을 판단하기 위한 자료를 확보하고 나아가 노사 간 신뢰관계의 형성과 안정적인 경영환경의 유지 등을 도모하고자 하는 데에도 그 목적이 있는 것으로, 이는 고용계약의 체결뿐 아니라 고용관계의 유지에 있어서도 중요한 고려요소가 된다고 볼 수 있다. 따라서 취업규칙에서 근로자가 고용 당시 제출한 이력서 등에 학력 등을 허위로 기재한 행위를 징계해고사유로 특히 명시하고 있는 경우에는 이를 이유로 해고하는 것은, 고용 당시 및 그 이후의 제반 사정에 비추어 보더라도 사회통념상 현저히 부당하지 않다면 그 정당성이 인정된다 할 것이다. ...**(중략)**...

위와 같은 원심의 판단은 참가인 회사 등이 위 원고들을 채용할 당시에 학력의 허위 기재 사실을 알았더라면 채용하지 않았을 것이라고 인정되면 해고에 정당한 이유가 있다고 보는 전제에서 있는 것으로 보인다. 그러나 앞서 본 법리에 비추어 보면, 학력 등의 허위 기재를 징계해고사유로 규정한 취업규칙에 근거하여 근로자를 해고하는 경우에도, 고용 당시에 사용자가 근로자의 실제 학력 등을 알았더라면 어떻게 하였을 지에 대하여 추단하는 이른바 가정적 인과관계의 요소뿐 아니라 고용 이후 해고 시점까지의 제반 사정을 보태어 보더라도 그 해고가 사회통념상 현저히 부당한 것은 아니라고 인정되어야만 정당성이 인정될 수 있다고 할 것이다.

따라서 원심으로서도 그 판시한 사정 이외에 참가인 회사 등이 그 취업규칙에서 학력 등의 허위 기재행위를 해고사유로 명시한 취지, ○○대학졸업자는 생산직 사원으로 고용하지 않는다는 방침이라면서 채용 당시 그러한 조건을 명시적으로 요구하지 아니한 이유, 위 원고들이 학력을 허위 기재하여 취업한 경위 및 그 목적과 의도, 고용이후 해고에 이르기까지 위 원고들 각자가 종사한 근로의 내용과 기간, 학력이 당해근로의 정상적인 제공 등과 관련이 있는지 여부, 학력 허위 기재가 드러나게 된 경위와 그 이후 위 원고들의 태도 및 참가인 회사 등의 조치, 학력 허위 기재가 드러남으로써 노사간 또는 근로자 상호간의 관계나 기업경영 환경 및 사업장 질서유지에 어떠한 영향을 미쳤는지 등 여러 사정을 두루 심리해 본 다음, 이를 토대로 해서 보더라도 학력 허위 기재를 이유로 해고를 하는 것이 사회통념상 현저히 부당하다고 인정될 정도는 아니어서 그 정당성이 있다고 할 수 있는지 원고들 각자의 사정을 개별적으로 살펴서 판단하였어야 할 것이다.

그럼에도 위와 같은 사정들을 제대로 살피지 아니한 채 그 판시의 사정만으로 이 사건 해고에 정당한 이유가 있다고 단정하여 이를 다투는 위 원고들의 주장을 배척한 원심판결에는 해고에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

612) 동 판결로 원심 파기된 후 서울고등법원(서울고등법원 2013. 8. 21. 선고 2012누23*** 판결)으로 환송되고, 다시 상고되어 대법원(대법원 2014. 1. 6.자 2013두18*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정되었으며, 동 판례는 징계해고에 관한 판결이었으나 직권면직의 정당성 판단에 있어서도 동일하게 원용할 수 있을 것임

마. 노동능력 상실을 사유로 한 사례

1) 정당성을 인정한 사례

가) 근로자가 업무상의 재해를 당하여 종전에 담당하여 오던 생산부 업무를 더 이상 감당할 능력이 없고, 현재 신체조건에 맞는 경미한 직종을 찾기가 힘들어 퇴직 처분한 것은 ‘신체 장애로 인하여 직무를 감당할 수 없을 때’에 해당한다고 보아 **정당한 것**이라고 봄

【대법원 1996. 12. 6. 선고 96다45*** 판결】

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여 인정하고 있는 그 판시와 같은 사실에 바탕을 두고 피고 회사는 원고가 업무상의 재해를 당하여 종전에 담당하여 오던 생산부 업무를 더 이상 감당할 능력이 없어서 임시적 방편으로 공정점검 업무에 종사케 하였으나 원고는 그 업무조차 원활히 수행하지 못하였고, 전신 육체노동을 요하는 원고 생산부 업무의 특성상 원고의 신체조건에 맞는 경미한 직종을 찾기가 힘들었고, 더구나 피고 회사가 연차적으로 인력감량계획을 시행하여 인력의 효율적 합리적 운영을 기하고 있는 상태에서 원고의 급여수준에 맞는 적절한 직종으로 전환배치할 방법도 없어 원고를 퇴직처분하기에 이른 것이며, 피고는 원고의 업무상재해로 인한 노동능력 상실에 따른 정년에 이르기까지의 손해를 이미 배상한 바 있으므로 이러한 사정 등을 종합하여 보면 피고 회사가 취업규칙 제10조에 따라 원고를 ‘신체 장애로 인하여 직무를 감당할 수 없을 때’에 해당한다고 보아 퇴직케 한 것은 **정당한 것**이라고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정은 **정당한 것으로** 수긍이 가고, 거기에 채용법칙을 위반하여 심리를 다하지 못한 잘못이 없으며, 그 판단은 위에서 본 법리에 따른 것으로 거기에 퇴직처분의 정당성에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점을 지적하는 상고이유는 받아들일 수 없다.

나) 사용자가 업무상 재해를 당한 근로자를 현재의 잔존노동능력으로도 감당할 수 있는 업무로 전환해주기 위하여 노력하였으나, 근로자가 급여수준 등을 이유로 거부하는 등 기존의 급여 수준에 맞는 담당업무를 찾기 어려운 경우 면직처분의 **정당한 사유**가 인정된다고 봄

【서울고등법원 2009. 8. 26. 선고 2008누28*** 판결⁶¹³⁾】

(나) 이 사건에 관하여 보건대, 원고는 운전원으로서의 자격을 갖추지 못하였을 뿐 아니라, 앞서 본 원고의 장애 부위나 그로 인한 노동능력 상실률의 정도, 세척차와 집게차 요원이 담당하는 업무의 내용·강도 등에 비추어 볼 때, 기존에 담당하던 생활쓰레기 수거원으로서의 업무는 물론 세척차나 집게차 요원으로서의 업무도 담당하기 어려울 것으로 보이는 점, 참가인은 원고를 기존의 급여 수준에 맞으면서 현재의 잔존노동능력으로도 감당할 수 있는 경비 업무로 전환하기 위하여 노력하였으나, ○광역시 5개구의 협의로 처리되는 참가인의 업무 운영방식으로 인하여 경비 업무로의 전환이 불가능해진 점, 참가인은 그 외에도 산재 요양·재요양이 끝난 이후 약 23개월의 기간 동안 원고를 특정한 업무에 종사시키지 못하고 대기 상태로 둔 채 수차례에 걸쳐서 전사업장 및 동물원운영팀 등에 원고

의 잔존노동능력으로 감당할 수 있는 업무가 있는지 검토를 요청한 바 있는 점, 그러나 대체로 결원이 없어 원고가 직종을 변경하여 담당할 수 있는 업무가 거의 없었고, 그나마 전환이 가능한 선별작업 인부로서의 업무는 기존의 업무에 비하여 급여수준이 낮다는 이유로 원고가 거절한 점, 이에 참가인은 원고의 처를 동물원 일용직으로 고용하여 급여를 보충하는 방법까지 제안하였으나 원고는 처의 건강상태 및 급여수준을 이유로 받아들이지 않은 점, 원고가 참가인의 업무를 담당하던 중 재해를 당한 것은 사실이나, 위 재해에 대하여 참가인에게 귀책사유가 인정된다고 단정하기 어려운 점 등을 종합하면, 비록 원고가 참가인의 업무를 담당하다가 위와 같은 신체적 장애를 입게 되었다는 사정을 감안한다 하더라도 이 사건 면직에는 근로기준법상의 정당한 사유가 인정된다 할 것이다.

2) 정당성을 부정한 사례

노동능력이 일부 상실되었더라도 **현재의 노동능력으로 근무가 가능한 보직으로의 배치전환이 가능한 경우** 단순히 회사의 인사규정상에 명기된 신체장애등급에 해당된다는 이유만으로 당해 근로자를 직권면직하는 것은 부당하다고 봄

【대법원 1997. 8. 26. 선고 96누14*** 판결】

2. 사용자의 일방적 의사표시에 의하여 근로자와의 근로계약관계를 종료시키는 경우 그것이 정당한 것으로 인정되기 위하여는 종국적으로 구 근로기준법(1996. 12. 31. 법률 제5245호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제27조 제1항에서 말하는 ‘정당한 사유’가 있어야 할 것이고, 이 사건과 같이 근로자가 인사규정에서 정한 ‘신체장애로 인하여 직무능력을 상실하거나 노력불능자로 판정 되었을 때’에 당한다고 보아 직권면직함에 있어서 그 정당성은 근로자가 신체장애를 입게 된 경위 및 그 사고가 사용자의 귀책사유 또는 업무상 부상으로 인한 것인지의 여부, 근로자의 치료기간 및 치료 종결 후 노동능력 상실의 정도, 근로자가 사고를 당할 당시 담당하고 있던 업무의 성격과 내용, 근로자가 그 잔존노동능력으로 감당할 수 있는 업무의 존부 및 그 내용, 사용자로서도 신체 장애를 입은 근로자의 순조로운 직장 복귀를 위하여 담당업무를 조정하는 등의 배려를 하였는지 여부, 사용자의 배려에 의하여 새로운 업무를 담당하게 된 근로자의 적응노력 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 할 것이다(당원 1996. 12. 6. 선고 95다45*** 판결 참조).

원심이 확정된 사실과 기록에 의하면, 원고는 1970. 10. 15. 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다) 산하 ○○광업소에 입사하여 채탄부, 측량공 등의 보직을 거쳐 1990. 12. 1.부터 생산반장으로 근무하던 중 1991년 이후의 건강진단에서 매년 소음성 난청이 의심된다는 이유로 작업 전환이 필요하다는 소견을 받은 사실, 그리하여 참가인은 원고의 경력을 고려하여 1994. 6. 27. 원고를 소음이 덜한 작업 환경의 보직인 검탄계장으로, 다시 같은 해 12. 16. 측량계장으로 보직변경하였으며, 한편 원고는 같은 해 9. 22. 위 소음성 난청은 직업병에 해당함을 이유로 관할 지방노동청에 산업재해보상보험법에 따른 장애보상을 청구하여 같은 해 12. 27. 동법 시행령 소정의 제9급 7호의 신체장애등급을 판정받아 판시 장애보상금을 지급받은 사실, 그러자 참가인은 참가인의 업무상 재해자 관리지침상 요양종결을 마친 업무상 재해자의 장애정도가 신체장애등급 제9급까지는 취업 부적격자로서 해고한다는 규

제3장
해고의 존부와
직권면직

613) 1심 판결(서울행정법원 2008. 9. 4. 선고 2007구합46*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 12. 10.자 2009두16*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

정을 들어 1995. 2. 28. 원고에게 같은 해 3. 1.부터 같은 달 31.까지의 기간을 해고예고기간으로 통보한 후, 같은 해 4. 1. 참가인의 인사규정 제39조 제4호(신체장해로 인하여 집무능력을 상실하거나 노력불능자로 판정되었을때)에 의하여 원고를 직권면직한 사실, 원고의 경우에는 오른쪽 귀는 고도난청으로 청력회복은 불가능하나 왼쪽 귀는 정상이어서 위와 같이 소음이 덜한 작업으로 전환배치된 후 직권면직될 때까지 위 소음성 난청으로 인하여 담당업무를 수행함에 있어 특별히 근무능력이 떨어진 다든가의 일이 없이 정상적으로 근무하여 온 사실을 알아 볼 수 있다.

사정이 이와 같다면 원고가 위와 같은 신체장해로 인하여 그 직무를 감당할 수 없다는 사정이 인정되지 아니하는 이 사건에 있어서 참가인이 원고의 신체장해등급이 형식적으로 위 업무상 재해자 관리지침상의 취업부적격자에 해당한다는 이유만으로 원고를 직권면직한 것은 정당한 이유가 없는 것으로서 부당해고에 해당한다 할 것이다.

바. 자격취소를 사유로 한 사례

1) 단체협약이나 취업규칙에 특별한 규정이 없는 한, 사용자가 특정한 자격을 가진 근로자를 특수업무에 종사시키기 위하여 채용한 경우 그 자격이 취소된 때에 행하는 직권면직은 정당하다고 봄

【서울행정법원 2008. 9. 5. 선고 2008구합5*** 판결】

① ○○자동차서비스는 수임군부대장인 제◇◇보병사단장이 국방부의 예비군 지휘관 인사관리규정 등에 의하여 예비군 지휘관 선발을 위한 필기시험에 합격한 원고를 직장예비군 중대장 요원으로 추천함에 따라, 향토예비군설치법령에 의하여 직장예비군 중대를 편성·운영함에 있어서 반드시 보유하도록 되어 있는 그 지휘관 임명대상 자격자를 확보할 목적으로 1989. 11. 27. 원고를 직장예비군 중대장으로 특별채용한 점, ② ○○자동차서비스나 참가인 회사가 원고에 대하여 별도로 검임 인사발령을 하는 등으로 공식적인 업무명령을 행한 바 없는 점에 비추어 보면, 원고가 ○○자동차서비스에 입사한 이래 ○○자동차서비스와 참가인 회사에서 직장예비군 중대장으로서 직장예비군 관련 업무 이외에 경비 업무 등도 일부 수행한 바 있다는 사실만으로 ○○자동차서비스나 참가인 회사가 원고를 일반직원으로 전환배치하였다고 보기는 어려운 점, ③ 수임군부대장인 제○○보병사단장은 참가인 회사의 원효로 중대가 해체되었다는 이유로 2007. 4. 23.자로 원고를 참가인 회사의 원효로 중대장에서 해임하였고, 참가인 회사는 원고에 대하여 국방부의 예비군 지휘관 인사관리규정 제25조와 제26조의 각 규정에 따라 직장예비군 중대장의 정년연령에 도달하는 2007. 6. 30.자로 이 사건 퇴직처리를 한 점, ④ 직장예비군 중대장의 정년연령에 도달한 사람을 일반직원으로 전환배치하여 계속 고용할 것인지 여부는 참가인 회사가 개개의 사례에 따라 제반 사정을 고려하여 결정하는 것이고, 직장예비군 중대장으로 특별채용 된 원고가 단지 다른 사례와의 형평을 주장하며 참가인 회사에 대하여 그와 같은 계속 고용을 요구할 권리를 가진다고 보기는 어려운 점 등을 종합하여 보면, 참가인 회사가 직장예비군 중대장으로서의 직무를 수행할 수 있는 자격을 상실한 원고에 대하여 한 이 사건 퇴직처리는 향토예비군설치법령과 국방부의 예비군 지휘관 인사관리규정에 근거하여 이루어진 것으로 정당하다고 할 것이다.

2) 시내버스 운수회사의 취업규칙에 직권면직 사유의 하나로 운전기사의 면허 또는 자격증이 취소당한 때를 규정하고 있는 경우, 운전면허가 취소되면 그 근로자의 면허가 취소되었다는 사실만으로 직권면직은 정당하다고 봄

【대법원 1993. 12. 21. 선고 93다43*** 판결】

(2) 피고 회사와 같은 시내버스 운수회사의 취업규칙에 당연퇴직사유의 하나로, ‘기능, 기술 및 전문직에 있는 자로서 면허 또는 자격증이 취소당한 때’를 규정하고 있는 경우, 사용자인 회사가 운전면허취소처분을 받은 근로자에 대하여 위 취업규칙상의 규정을 이유로 퇴직처분의 통지를 하였다면, 이러한 퇴직처분은 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와는 달리하였다고 하더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자 측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것인 이상 이는 성질상 해고의 일종으로서 근로기준법에 의한 제한을 받는다고 보아야 할 것이기는 하나(당원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결 참조), 한편 위 취업규칙상의 당연퇴직규정의 취지는 달리 특별한 사정이 없는 한 운수회사라는 특성상 회사로서는 운전면허가 취소된 운전기사를 계속 고용할 수 없을 것이라는 고려에서 일단 근로자의 운전면허가 취소되면 그 근로자의 면허가 취소되었다는 사실만으로 당연퇴직사유에 해당하는 것이라는 데 있는 것으로 해석되고, 따라서 이를 이유로 회사에서 당연퇴직처분을 한 이상 설사 이후 위 운전면허취소처분이 행정심판절차에 의하여 다시 취소되어 소급하여 무효로 돌아간다고 하여도 퇴직처분 당시 위와 같은 당연퇴직사유가 있었던 것이므로 그 퇴직처분이 무효로 되는 것은 아니라 할 것이다. 원고의 운전면허가 취소된 것이 피고 회사가 원고를 공소시효가 지난 공문서변조등의 혐의로 수사기관에 고소함에 기인한 것이라고 하더라도 원고가 공문서를 변조하여 운전면허를 발급 받은 것이 사실인 이상 결과적으로 원고의 운전면허가 취소되었음을 이유로 퇴직처분한 것이 신의칙에 위반된 것이라고도 할 수 없다.

제3장
해고의 종류와
직권면직

사. 근로자의 파산을 사유로 한 사례

경제적 사정으로 파산선고를 받았다는 사유만으로 직권면직처분을 한 경우 그 정당성을 부정함

【서울중앙지방법원 2006. 7. 14. 선고 2006가합17*** 판결】

이 사건 당연퇴직의 근거가 된, 직원이 파산선고를 받는 경우 예외 없이 당연퇴직시키도록 하는 이 사건 인사규정은 그 일응의 필요성과 취지에도 불구하고, 정당한 이유 없이 해고 등을 하지 못한다고 규정하고 있는 근로기준법 제30조 제1항의 취지에 반할 뿐만 아니라, 비록 이 사건 당연퇴직처분 당시 시행되고 있었던 것은 아니나 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제32조의2 규정의 누구든지 이 법에 따른 회생절차·파산절차 또는 개인회생절차 중에 있다는 이유로 정당한 사유 없이 취업의 제한 또는 해고 등 불이익한 처우를 받지 아니한다는 취지에도 명시적으로 반하는 것이며, 직원의 근로의 권리, 직업행사의 자유를 과도하게 침해하는 것으로, 위와 같이 개인의 경제적 사정으로 인해 원고가 파산을 선고받았다는 사유만으로는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 발생한 경우에 해당한다고 보기는 어렵다.

아. 업무 저성과를 이유로 한 사례

단순히 인사고과에서 하위 일정 비율에 속한다는 이유로 한 직권면직은 그 정당성을 인정하기 어렵다고 보고 있으나, 현저하게 근무성적이 나쁜 것이 증명될 뿐만 아니라 재교육 등 충분한 기회를 주었음에도 그와 같은 사정이 개선되지 않을 경우에는 직권면직의 정당성을 인정함

【서울고등법원 2012. 8. 23. 선고 2011누25*** 판결⁶¹⁴⁾】

단순히 인사고과에서 하위 일정 비율에 속한다는 이유로 한 직권면직은 그 정당성을 인정하기 어려우나, 현저하게 근무성적이 나쁜 것이 증명될 뿐만 아니라 재교육 등 충분한 기회를 주었음에도 그와 같은 사정이 개선되지 않을 경우에는 직권면직의 정당성이 인정된다 할 것이다. 그런데 원고는 2008 다면평가결과 및 2009년 다면평가결과 2년 연속 하위 5%에 해당되어 각 C-Player 대상자로 선정되었고, 참가인은 원고의 현업복귀를 돕고 업무능력을 향상시키기 위하여 2009년에 실시한 역량강화교육에서 원고가 총점 62.6점으로 평가부진 간부직원 6명 중 최하위의 평가를 받았음에도 업무에 복귀시켜 기회를 부여하였으나, 원고는 업무복귀 후 역량강화교육 등 근본취지를 이해 못하고 근무향상이나 업무태도 개선을 위해 적극적인 노력을 하지 않았으며, 2010년에 실시한 역량강화교육에서 총점 54.87점을 받아 기준 점수 미달로 교육을 수료하지 못하였다. 위와 같이 참가인은 원고에게 재교육을 포함하여 충분한 기회를 주었음에도 원고의 업무능력이 개선되지 아니한 사정을 종합적으로 고려하여 이 사건 직권면직처분을 하였음에 비추어 참가인이 원고가 단순히 인사고과에서 하위 일정 비율에 속한다는 이유만으로 직권면직을 하였다고 볼 수 없다.

자. 기타

단체협약의 해고제한규정에 위배하여 취업규칙에 직권면직규정을 추가한 것은 위법하다고 봄

【서울고등법원 2010. 4. 14. 선고 2009누25*** 판결⁶¹⁵⁾】

(나) 단체협약상 해고사유제한 위배 여부

참가인 회사의 단체협약(갑 제5호증) 제26조는 ‘회사는 조합원에 대한 징계 시 단체협약으로 명시된 징계사유로만 징계할 수 있으며 징계위원회는 다음 각 호에 해당하는 자만 징계할 수 있다’고 규정하면서 각 호로써 징계사유를 구체적으로 열거하고, 제27조는 징계종류로 권고해직, 징계면직 등을 규정하고 있으며, 단체협약 제28조는 다음 각 호에 정한 사유에 해당할 때에만 해고할 수 있다고 규정하면서 제1호 ‘무단결근 10일 이상이거나 회사에 근무할 의사가 없는 자’, 제2호 ‘부당노동행위, 조합과 조합원 및 비조합원에게 불이익 행위를 할 때’를 각 규정하고 있다.

이러한 참가인 회사 단체협약 규정은 제28조 제1, 2호의 해고사유에 해당하는 경우와 제26조 각 호

614) 1심 판결(서울행정법원 2011. 6. 24. 선고 2010구합47*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 1. 15.자 2012두21*** 판결)에서 심리불속행 기각되어 확정됨. 동 판결은 대기발령 이후 직권면직이 이어진 사례로 자세한 내용은 하단 “8.3. 대기발령에 이은 직권면직 관련 판례” 참고

의 징계사유에 해당함으로써 권고해직 내지 징계면직의 징계처분을 받는 경우만으로 그 해고사유를 제한하는 취지임이 분명하므로, 참가인 회사는 취업규칙으로 단체협약 소정의 해고사유와는 다른 새로운 해고사유를 규정할 수 없다고 할 것이다. ...(중략)...

이 사건 당연퇴직규정에서 정한 사유인 '형사사건으로 금고 이상의 형이 확정된 때'는 근로관계의 자동소멸사유에 해당하지 않으므로, 참가인 회사의 단체협약에서 정한 해고사유 이외에 근로자를 그 의사에 반하여 면직할 수 있는 사유를 새로이 규정하는 것이어서 단체협약 제27조 내지 제28조에 위배되어 무효라 할 것이다.

8.2 징계절차의 적용 여부 관련 판례

가. 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있고 양자가 실질적으로 구별되는 경우

직권면직에 고유한 절차가 있는 경우에는 이를 준수하여야 하지만 징계절차 규정은 적용되지 않는다고 봄⁶¹⁶⁾

【대법원 2000. 6. 23. 선고 99두4*** 판결】

2. 그러나 취업규칙 등에 면직처분과 징계처분이 따로 규정되어 있으면서도 면직처분에 관하여는 일반의 징계처분과 달리 아무런 절차규정도 두고 있지 아니하고 그 면직사유가 동일하게 징계사유로 규정되어 있는 것도 아니라면, 사용자가 면직처분을 함에 있어 일반의 징계절차를 거쳐야 한다고 할 수 없고(대법원 1995. 6. 30. 선고 94다35*** 판결 참조), 이는 면직사유가 실질적으로 징계사유로 보여지는 경우에도 달리 해석할 것은 아니다(대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42*** 판결 참조).

기록에 비추어 살펴건대 ... (중략) ... 위 징계사유와 직권면직사유는 별개의 사유이고 위 징계절차와 직권면직절차 역시 별개의 절차임이 분명하며, 위 직권면직사유에 관한 제30조 규정을 '제5장 징계'에 두었다고 하더라도 위 각 규정의 해석상 직권면직처분을 징계처분의 일종으로 볼 수는 없으므로, 참가인은 원고들에 대하여 징계절차와는 관계없이 진술의 기회를 부여하지 아니하고 직권면직처분을 할 수 있다 할 것이다(원심이 들고 있는 대법원 판결의 실시 부분은 이 사건과 사안을 달리한 것에 대한 것으로 이 사건에 원용하기에는 적절한 것이 아니다).

나. 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있으나 양자가 실질적으로 동일한 경우

취업규칙 등의 규정상 직권면직사유가 동시에 징계사유에도 해당하는 경우에는 직권면직을 하더라도 절차는 반드시 징계절차에 의하여야 한다고 봄

615) 1심 판결(서울행정법원 2009. 7. 23. 선고 2009구합10*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 7. 8.자 2010두8*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

616) 같은 취지로 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42*** 판결 참조

【대법원 1994. 10. 25. 선고 94다25*** 판결】

(2) 특정사유가 단체협약이나 취업규칙 등에서 징계해고사유와 통상해고사유의 양쪽에 모두 해당하는 경우뿐 아니라 징계해고사유에는 해당하나 통상해고사유에는 해당하지 않는 경우에도, 그 사유를 이유로 징계해고처분의 규정상 근거나 형식을 취하지 아니하고 근로자에게 보다 유리한 통상해고처분을 택하는 것은, 근로기준법 제27조 제1항에 반하지 않는 범위 내에서 사용자의 재량에 속하는 적법한 것이다.

그러나 근로자에게 변명의 기회가 부여되지 않더라도 해고가 당연시될 정도라는 등의 특별한 사유가 없는 한, 징계해고사유가 통상해고사유에도 해당하여 통상해고의 방법을 취하더라도 징계해고에 따른 소정의 절차는 부가적으로 요구된다고 할 것이고, 나아가 징계해고사유로 통상해고를 한다는 구실로 징계절차를 생략할 수는 없는 것이니, 절차적 보장을 한 관계규정의 취지가 회피됨으로써 근로자의 지위에 불안정이 초래될 수 있기 때문이다.

다. 직권면직사유가 별도로 규정되어 있지 않고 직권면직이 징계의 한 종류인 경우

인사규정상 면직과 정직이 징계의 종류로 규정되어 있고, 무기한 정직의 경우 징계일로부터 6월 내 복직명령이 없으면 자연면직된다는 규정이 존재하는 사안(징계로서의 면직 이외에 별도의 면직 규정은 존재하지 않음)에서, 법원은 자동면직을 징계로 보아 징계사유의 존부·징계절차의 위법 여부·징계양정의 적정 여부로 그 정당성을 판단하였음

【서울고등법원 2007. 9. 20. 선고 2007누8*** 판결⁶¹⁷⁾】

(1) 징계사유의 존부

(가) 회원사들에 대한 대출 및 연체로 인한 행위

앞서 본 바와 같이 원고가 참가인의 회원사로부터 대출을 받을 당시 이미 채무가 자산을 초과하여 시중은행으로부터 더 이상 대출을 받을 수 없게 되자 참가인의 회원사들에게 대출을 신청했고, 회원사들로서는 원고가 대출자격이 없음을 알면서도 원고가 회원사들에게 영향력을 행사하는 참가인의 직원이라는 사실이 부담스러워 대출을 해 줄 수밖에 없었는바, 원고가 대출자격이 되지 않음에도 자신의 지위를 이용하여 참가인의 회원사로부터 부당하게 대출을 받고 변제하지 못함으로써 업무감독기관의 종사자로서 의무를 다하지 못하여 참가인의 명예를 훼손했다고 할 것이므로, 원고의 위와 같은 비위행위는 복무규정 제3조의2 제2항에 위반된 것으로서 인사규정 제28조 제3호, 제4호 징계사유에 해당한다.

617) 1심 판결(서울행정법원 2007. 2. 1. 선고 2006구합23*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 1. 10.자 2007두21*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨. 이 사건에서 법원은 징계사유의 존부에 이어 징계절차의 위법 여부, 징계양정의 적정 여부를 판단하였음

8.3 대기발령에 이은 직권면직 관련 판례

가. 정당성을 인정한 사례

1) 대기발령처분을 받은 자는 그 처분자체의 효력에 의하여 일정한 조건하에 직권면직 처리를 당할 수 있는 상당한 개연성을 가지게 되므로, **일단 대기발령처분이 정당하게 내려진 경우라면 그 후 대기기간 동안 대기발령사유가 소멸되지 않는 한 직권면직처분은 정당하다고 봄**

【대법원 1995. 12. 5. 선고 94다43*** 판결⁶¹⁸⁾】

이 사건에서 원고들이 그 무효를 다투고 있는 당연퇴직 처리는 원고들이 피고 조합의 운영규정 제 35조 제1항 제1호에 정한 사유에 해당한다고 하여 직위해제 처분을 받은 다음, 그 후 3월이 경과하도록 직위를 부여받지 못하였다는 이유로 같은 조 제3항에 근거하여 이루어진 것인바, 이와 같은 직위해제 처분에 이은 당연퇴직 처리는 이를 일체로서 관찰할 때 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약 관계를 종료시키는 것으로서 실질상 해고에 해당하고, 따라서 그 처분에 있어서는 근로기준법에 의한 제한을 받는다고 보아야 할 것이다.

그러나 이 사건 직위해제 처분과 당연퇴직 처리의 관계를 살펴보면, 피고 조합의 운영규정상 직위해제 처분을 받은 자는 직위해제 처분 자체의 효력에 의하여 일정한 조건하에 당연퇴직 처리를 당할 수 있는 상당한 개연성을 가지게 되고, 반면, 당연퇴직 처리는 직위해제 후 3월간 직위를 부여받음이 없이 직위해제 상태가 계속됨으로 인하여 이루어지는 처분이므로, 일단 직위해제 처분이 정당하게 내려진 경우라면 그 후 3월의 기간 동안 직무수행능력의 회복이나 근무태도 개선 등 직위해제 사유가 소멸되어 마땅히 직위를 부여하여야 할 사정이 있음에도 합리적인 이유 없이 직위를 부여하지 아니하는 등의 경우가 아닌 한 당연퇴직 처리 그 자체가 인사권 내지 징계권의 남용에 해당한다고 볼 수는 없다 할 것이다.

2) 직무수행능력 부족으로 대기발령을 받았음에도 **대기발령기간 동안 다른 곳에서 일을 하는 등 업무수행능력 향상을 위한 노력을 하지 않은 경우, 대기발령기간 경과 후 직권면직처분이 적법하다고 보았음**

【서울고등법원 2006. 9. 29. 선고 2006누7*** 판결⁶¹⁹⁾】

(나) 이 사건 면직처분의 적법성

나아가 위 인정사실에 의하면, 종전에 직무수행능력 부족으로 2회에 걸쳐 대기발령을 받은 원고로서는 다시 직무수행능력 부족을 이유로 이 사건 대기발령을 받았으면 업무수행능력을 향상시키기 위한 노력을 기울여야 할 것임에도(원고는 참가인 농협이 그 기간 동안 다른 업무를 하도록 하는 등의

618) 원심(서울고등법원)은 직위해제 사유의 경중, 직위해제 기간 중의 근로자의 태도, 직위부여를 하지 아니하는 사유의 타당성 등을 고려하여 면직처리의 정당성 여부를 판단한 결과 사용자가 근로자의 근로복귀를 위한 교육훈련이나 특별연구과제의 부여 등의 조치를 취한 사실이 없다는 이유로 면직처분이 부당하다고 하였으나, 대법원은 원심판결을 취소하였음

면직 위험성을 회피하기 위한 노력을 기울여야 함에도 그러하지 못하였다고 주장하나, 앞서 본 바와 같은 원고의 대기발령 전력과 업무습득기간을 부여한 점 등에 비추어 볼 때 원고의 주장은 받아들일 수 없다) 대기발령 기간 동안 다른 곳에서 일을 하는 등 그러한 노력을 하지 아니하였으므로, 이러한 사실관계 하에서는 참가인 농협이 원고에게 마땅한 직무를 부여하지 아니하였다고 하여 이를 두고 3월의 기간 동안 직무수행 능력의 회복이나 근무태도 개선 등 직위해제 사유가 소멸되어 마땅히 직위를 부여하여야 할 사정이 있음에도 합리적인 이유 없이 직위를 부여하지 아니하는 등의 경우에 해당한다고 할 수는 없다. 따라서 이 사건 면직처분은 적법하다 할 것이고 이와 견해를 같이한 이 사건 재심판정은 적법하다.

3) 직위해제처분을 받은 자가 그 직위해제기간 동안에 그 직무수행능력이 향상되었다거나 진정으로 자신의 잘못을 반성하는 등으로 개전의 정을 보이지 않는 경우 직권면직 처분이 정당하다고 봄

【대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15*** 판결⁶²⁰⁾】

그리고 참가인이 이와 같이 직위해제처분을 받은 후 그 직위해제기간 동안에 그 직무수행능력이 향상되었다거나 진정으로 자신의 잘못을 반성하는 등으로 개전의 정을 보였다는 점은 기록상 나타나 있지 않고, 오히려 기록에 의하면 참가인은 진정으로 자신의 잘못을 뉘우치기보다는 자신의 비위행위가 사장의 지시에 의하여 어쩔 수 없이 이루어진 것처럼 그 책임을 상급자에게 전가시키는 등으로 자신을 변명하는 것으로 일관하여 온 사정을 알 수 있는바, 그렇다면 원고가 그와 같이 개전의 정을 나타내고 있지 아니한 참가인에 대하여 인사규정에 따라 직권면직의 처분을 한 것이 정당한 인사권의 범위를 벗어나거나 인사권을 남용하였다고 단정할 수도 없다.

【서울고등법원 2012. 4. 20. 선고 2011누32*** 판결⁶¹⁹⁾】

이 사건에 관해 살피건대, 위 인정사실 및 앞서 든 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉 ① 원고에 대한 보직해임 및 대기발령은 원고에 대한 수습기간 중의 평가결과만을 기초로 이루어진 것이 아니라, 원고가 복직된 후의 근무태도와 □□□□가공실장인 최○○이 원고에게 업무를 지시한 결과 등을 종합적으로 반영하여 이루어진 것으로서 참가인이 인사권을 남용한 것으로 보이지 않는 점, …(중략)… ④ 원고는 업무수행능력이 경력직 직원으로서 요구되는 수준에 부족하다는 이유로 보직해임 및 대기발령처분을 받았으므로 부단한 노력으로 업무수행능력을 갖추고 있음을 보여주었다면 참가인으로서의 추가적인 평가를 통하여 원고에게 다시 보직을 부여할 수도 있었을 것인데, 원고는 앞서 본 바와 같이 업무지시를 거부하는 등으로 인하여 업무수행능력의 향상을 기대하기 어려운 것으로 판단되었던 점, ⑤ 나아가 원고는 위 업무지시와 관련하여 인사담당자와 직속상관을 업무방해 혐의로 고소까지 하는 등 개전의 정이 보이지 않는 점, ⑥ 위와 같은 사정에 비추어 원고의 보직해임 및 대기발령 사유가 소멸됨으로써 참가인이 원고에게 보직을 부여했어야 함에도 합리적인 이유 없이 보직을 부여하지 아니하였다고는 보기 어려운 점 등을 종합하면, …(중략)… 대기

619) 1심 판결(서울행정법원 2006. 2. 2. 선고 2005구합27*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 3. 15.자 2006두17*** 판결)에서 심리불속행 기각되어 확정됨

620) 유사 판결로는 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두5*** 판결 등 참조

발령 기간 동안 직무수행능력이 향상되었음을 보여주지 못하고 개선의 정 또한 보이지 않는 원고에 대한 면직처분은 정당하다고 할 것이다.

4) 단순히 인사고과에서 하위 일정 비율에 속한다는 이유로 한 직권면직은 그 정당성을 인정하기 어려우나, 현저하게 근무성적이 나쁜 것이 증명될 뿐만 아니라 재교육 등 충분한 기회를 주었음에도 그와 같은 사정이 개선되지 않을 경우에는 직권면직의 정당성이 인정된다고 봄

【서울고등법원 2012. 8. 23. 선고 2011누25*** 판결⁶²²⁾】

인사규정에 의하여 행해진 보직대기발령과 이에 이은 직권면직은 이를 일체로서 관찰할 때 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약 관계를 종료시키는 것으로서 실질상 해고에 해당하므로, 그 처분에 있어 근로기준법에 의한 제한을 받는다 할 것이고, 이러한 직권면직은 그 바탕이 된 대기발령이 인사규정에 의하여 정당하게 이루어진 것이어야 할 뿐만 아니라 대기발령 후 일정기간(참가인의 경우에는 2개월) 동안 그 대기발령의 사유도 소멸되지 않아야 정당한 처분으로서 효력이 인정된다 할 것이다. …(중략)…

단순히 인사고과에서 하위 일정 비율에 속한다는 이유로 한 직권면직은 그 정당성을 인정하기 어려우나, 현저하게 근무성적이 나쁜 것이 증명될 뿐만 아니라 재교육 등 충분한 기회를 주었음에도 그와 같은 사정이 개선되지 않을 경우에는 직권면직의 정당성이 인정된다 할 것이다. 그런데 원고는 2008년 다면평가결과 및 2009년 다면평가결과 2년 연속 하위 5%에 해당되어 각 C-Player 대상으로 선정되었고, 참가인은 원고의 현업복귀를 돕고 업무능력을 향상시키기 위하여 2009년에 실시한 역량강화교육에서 원고가 총점 62.6점으로 평가부진 간부직원 6명 중 최하위의 평가를 받았음에도 업무에 복귀시켜 기회를 부여하였으나, 원고는 업무복귀 후 역량강화교육 등 근본취지를 이해 못하고 근무향상이나 업무태도 개선을 위해 적극적인 노력을 하지 않았으며, 2010년에 실시한 역량강화교육에서 총점 54.87점을 받아 기준 점수 미달로 교육을 수료하지 못하였다. 위와 같이 참가인은 원고에게 재교육을 포함하여 충분한 기회를 주었음에도 원고의 업무능력이 개선되지 아니한 사정을 종합적으로 고려하여 이 사건 직권면직처분을 하였음에 비추어 참가인이 원고가 단순히 인사고과에서 하위 일정 비율에 속한다는 이유만으로 직권면직을 하였다고 볼 수 없다.

제3장
해고의 종류와
직권면직

나. 정당성을 부정한 사례

1) 직위해제처분 후 대기발령기간 중 직위해제사유가 계속 존재한다는 것은 사용자가 입증하여야 하고, 이를 인정할 증거가 없는 경우에는 직권면직은 부당함

621) 1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 26. 선고 2011구합7*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 9. 13.자 2012두11*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

622) 1심 판결(서울행정법원 2011. 6. 24. 선고 2010구합47*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 1. 15.자 2012두21*** 판결)에서 심리불속행 기각되어 확정됨

【대법원 2004. 10. 28. 선고 2003두6*** 판결】

기록에 의하면, 원고는 이 사건 직위해제처분 이후 자신의 실수로 참가인 법인에게 손해를 입힌 사실을 시인하고 그 피해액을 환수하기 위하여 변호사의 자문을 거쳐 ○○의 담당자들과 수차례 접촉을 하는 등의 노력을 기울였으나, 참가인 법인이 공식적으로 ○○에 대하여 피해액 회수를 위한 어떠한 노력을 기울이지 않은 채 원고에 대하여만 피해액의 변상을 요구하면서 원고를 업무상배임 등의 혐의로 고소하고, 원고를 상대로 피해배상을 청구하는 소송을 제기해 오며 따라 원고가 참가인 법인에 대하여 손해를 변상하거나 구체적인 변상계획을 밝힐 수도 없게 된 사정을 알 수 있고, 그 밖에 이 사건 직위해제처분 후 대기발령기간 중 원고의 직무수행능력이 부족하거나 근무성적 불량하다는 직위해제 사유가 계속 존재한다고 볼만한 증거가 없음에도 불구하고 참가인 법인이 합리적인 사유 없이 원고에게 직위를 부여하지 아니하다가 3개월의 기간이 만료하였다는 사유만으로 이 사건 당연면직처분을 한 것으로 보이면, 이는 징계권의 남용에 해당한다.

2) ‘대기발령 당시에 이미 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 사유(퇴직사유)가 존재하였거나 대기발령기간 중 그와 같은 해고사유가 확정되어야 한다’고 봄

【대법원 2007. 5. 31. 선고 2007두1*** 판결⁶²³⁾】

인사규정 등에 대기발령 후 일정 기간이 경과하도록 복직발령을 받지 못하거나 직위를 부여받지 못하는 경우에는 당연퇴직된다는 규정을 두는 경우, 대기발령에 이은 당연퇴직 처리를 일체로서 관찰하면 이는 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약 관계를 종료시키는 것으로서 실질상 해고에 해당하므로, 사용자가 그 처분을 함에 있어서는 구 근로기준법(2007. 1. 26. 법률 제8293호로 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 필요하다고 할 것이다. 따라서 일단 대기발령이 인사규정 등에 의하여 정당하게 내려진 경우라도 일정한 기간이 경과한 후의 당연퇴직 처리 그 자체가 인사권 내지 징계권의 남용에 해당하지 아니하는 정당한 처분이 되기 위해서는 대기발령 당시에 이미 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 사유가 존재하였거나 대기발령 기간 중 그와 같은 해고사유가 확정되어야 할 것이며(대법원 1995. 12. 5. 선고 94다43*** 판결, 2002. 8. 23. 선고 2000두9*** 판결, 2004. 10. 28. 선고 2003두6*** 판결 등 참조), 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지의 여부는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다(대법원 2003. 7. 8. 선고 2001두8*** 판결, 2006. 11. 23. 선고 2006다48*** 판결 등 참조).

3) ‘징계 전 조사를 위해 대기발령이 이루어진 경우’에는 일정기간 직위를 부여받지 못하면 자동면직되도록 한 규정이 적용될 수 없다고 봄

623) 동 판결로 원심 파기된 후 서울고등법원(서울고등법원 2007. 9. 21. 선고 2007누14*** 판결)으로 환송되고, 다시 상고되어 대법원(대법원 2008. 1. 24.자 2007두21*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울행정법원 2013. 3. 28. 선고 2012구합25*** 판결】

나) 이 사건 면직처분의 적법여부에 관한 판단

(1) 이 사건 대기발령은 참가인에 대한 징계 전 조사완료 시까지 임시적으로 행해지는 잠정적인 처분이라고 할 것인데, 조사 완료 시까지의 임시적인 대기발령처분을 한 경우 조사기간이 3개월이 경과하면 당연히 면직처분 되는 것은 부당한 점 등에 비추어 보면, 징계 전 조사를 위한 대기발령의 경우에는 3개월 동안 직위 또는 직무를 부여받지 못하는 경우에 적용되는 면직사유(인사규정 제28조 제1항 제5호)가 적용될 수 없다고 봄이 상당하므로, 위 면직사유를 적용하여 처분한 이 사건 면직처분은 위법하다.

제 4 장

징계와 징계해고

제1절 의의	383
제2절 징계사유	383
1. 의의	383
2. 징계사유의 유형	383
3. 징계사유별 정리	384
4. 징계사유별 판례	402
제3절 징계양정	449
1. 징계양정의 의의와 방법	449
2. 징계양정의 원칙	452
3. 징계양정 시 고려사항 세부 검토	452
4. 징계양정 관련 판례	457
제4절 징계절차	483
1. 개관	483
2. 징계절차 규정의 법적 지위	483
3. 소명(변명)기회 부여	487
4. 사전통지 관련 문제	488
5. 징계위원회의 구성 및 운영	492
6. 근로자대표를 참여시키지 않은 징계절차의 적법 여부	496
7. 사전동의 또는 사전협의 규정	498
8. 징계재심절차와 관련한 문제	500
9. 해고 사유 및 시기의 서면통지	503
10. 징계절차 관련 판례	506
제5절 징계시효	567
1. 개설	567
2. 징계시효 관련 판례	572
제6절 이중징계 및 재징계	581
1. 이중징계	581
2. 재징계	584

제1절 의의

징계는 근로자의 기업질서 위반 행위에 대하여 불이익을 가지는 제재를 말함⁶²⁴⁾

법은 사용자의 징계권의 근거를 명시적으로 규정하고 있지는 않지만 징벌(근로기준법 제23조, 제28조), 제재(근로기준법 제93조 제12호, 제95조)라는 표현을 사용함으로써 징계제도의 존재를 예정하고 있음. 현실적으로는 취업규칙이나 단체협약에서 징계사유와 징계의 종류를 정하여 이를 기초로 사용자가 징계권을 행사하고 있음⁶²⁵⁾

제재의 수단으로는 경고(견책), 감급(감봉), 출근 정지(정직), 징계해고 등이 있고, 여기서 **징계해고**는 사업장에서 사용자가 정한 복무규율을 위반하는 등 징계사유가 있는 근로자에 대하여 사업의 정상적인 운영과 기업의 질서유지를 위하여 더 이상 근로관계를 계속하기 곤란한 경우에 그 근로관계를 끝맺겠다고 하는 사용자의 일방적인 의사표시임.⁶²⁶⁾ 해고는 근로자에게 가장 치명적인 처분이므로 일반적 징벌보다 더욱 엄격하게 제한하여 근로자를 보호하고 있으므로 다른 징벌에 비하여 특수성이 인정됨

제2절 징계사유⁶²⁷⁾

1. 의의

징계를 기업공동질서의 위반행위에 대한 제재로 이해할 경우 징계사유는 단순한 계약 위반(채무불이행)이 아니라 기업질서를 교란한 행위만을 말하는 것으로 이해하여야 할 것임. 근로계약 위반행위와 기업질서 교란행위의 구별이 용이하지 않은 경우가 대부분이었지만, 적어도 개념상으로는 계약위반과 기업질서 교란은 서로 구별되어야 하고, 나아가 징계권의 행사는 후자의 경우에만 허용되어야 할 것임

2. 징계사유의 유형

징계사유는 각각의 기업의 취업규칙이나 단체협약에서 정하는 것이므로 각 기업별로

624) 김유성, 노동법 I (개별적 근로관계법), 법문사, 2005, 260면

625) 노동법실무연구회, 근로기준법 주해 I (제2판), 박영사, 2020, 175면 참조

626) 김지형, 근로기준법 해설, 청림출판, 2000, 512면

627) 이하는 노상현·권오성·김근주·신수정, “징계 사유, 양정과 절차에 관한 연구”, 중앙노동위원회, 2019. 11. 를 참조하여 재구성한 것임

내용이 상이할 것이나, 대부분의 기업의 경우 주로 **근로제공의무 위반, 성실의무 위반, 충실의무 위반, 반사회적 행위, 노동조합 관련 사유들을 징계사유로 정하고 있음**

근로제공의무 위반과 관련한 구체적인 징계사유로는 무단결근, 업무지시 위반 등이 주로 문제되고, **성실의무 위반**과 관련하여서는 근무태만, 근무성적 불량, 직장질서 교란 행위, 학력·경력 사칭 등이 문제됨

직장질서 교란 행위는 위계에 의한 업무방해, 사기·위력에 의한 업무방해, 경영권 침해, 시설관리권 침해, 손괴, 동료 근로자와의 불화, 교통사고 등으로 유형화할 수 있음

충실의무 위반과 관련하여서는 비밀유지의무 위반, 겸직 및 경업금지의무 위반, 이해상충행위(횡령, 배임, 금품수수), 회사에 대한 비방 등이 주로 문제됨

반사회적 행위로는 불륜, 성매매, 폭행·상해, 협박·폭언, 파산, 음주·도박 등이 문제되며, 노동조합 관련 사유로는 조합활동과 쟁의행위가 주로 문제됨

실무상 주로 문제가 되는 징계사유로는 ① 지각·조퇴·근무지이탈 등의 근무태만, ② 무단결근, ③ 인사처분(전직·전출·전적 등)의 인사명령 불복종, ④ 기타 업무 지시불이행 및 거부, ⑤ 뇌물수수·비리·배임·공금횡령 등, ⑥ 불법쟁의행위 및 집단행위 주동 및 참여, ⑦ 동료 등 폭행, ⑧ 중대한 안전규정 위반, ⑨ 허위사실 신고·유포 등으로 인한 회사 명예훼손, ⑩ 겸직·이중취업 및 경쟁업체 내지 제3자에 회사 비밀누설·정보제공, ⑪ 업무성과불량, ⑫ 성희롱·성폭행 등의 행위, ⑬ 이력서 허위작성, ⑭ 업무운영방해 등 회사에 손해, ⑮ 동료·고객 등에 불손한 태도 및 폭언 등의 근무태도 불량 및 ⑯ 위 사유 이외의 직장질서 문란 등이 있음

3. 징계사유별 정리

3.1 학력·경력 사칭, 이력서 허위 기재

가. 의의

일반적으로 경력 사칭이란 근로자가 기업에 채용될 때 제출하는 이력서나 면접 등에서 요구하는 학력, 경력, 학생운동 전력, 노동운동 전력, 범죄경력 등을 사칭하거나 숨기는 것을 의미함

나. 해고사유의 정당성 판단

종래 판례는 기업이 근로자를 고용하면서 학력 또는 경력을 기재한 이력서 등을 요구

하는 이유는, 단순히 노동력을 평가하기 위한 것만이 아니라, 전 인격적 판단을 거쳐 노사 간 신뢰 형성과 기업 질서 유지 안정을 도모하기 위하는 것이기도 하므로, 근로자가 은폐·사칭한 학력·경력이 노사 신뢰 관계와 기업 질서 유지 어느 것이든 영향을 주는 것으로서, 은폐·사칭이 사전에 발각되었다면 사용자는 고용계약을 하지 아니하였거나 적어도 같은 조건으로는 고용계약을 하지 아니하였을 것으로 인정되는 정도의 것이라면 징계해고사유가 된다고 봄⁶²⁸⁾

또한 징계해고사유가 되는 최종 학력의 사칭에는 낮은 학력을 높게 사칭하는 것만이 아니라 높은 학력을 낮게 사칭하는 것도 포함되고,⁶²⁹⁾ 근로자가 낮은 학력을 숨기고 취업하였으나 모자라는 학력 때문에 하는 일에 지장을 받은 일도 없고 오랜 기간 동안 성실히 근무하여 왔더라도 정당한 징계해고사유가 된다고 봄⁶³⁰⁾

이러한 종래 판례 법리에 대하여 해고의 정당한 이유 판단을 오로지 근로계약 당시의 사용자의 주관적 사정만을 고려한 ‘가정적인 인과관계 판단’으로 대체하고 있다⁶³¹⁾는 등 학계의 비판이 있었음⁶³²⁾

수정된 판례법리는 근로자가 입사 당시 제출한 이력서 등에 학력 등을 허위로 기재한 행위를 이유로 징계해고를 하는 경우에도 근로기준법 제23조 제1항에 따라 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정되고, 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 사용자가 사전에 허위 기재 사실을 알았다면 근로계약을 체결하지 않았거나 적어도 동일 조건으로는 계약을 체결하지 않았으리라는 등 고용 당시의 사정뿐 아니라, 고용 후 해고에 이르기까지 근로자가 종사한 근로 내용과 기간, 허위 기재를 한 학력 등이 종사한 근로의 정상적인 제공에 지장을 가져오는지 여부, 사용자가 학력 등 허위 기재 사실을 알게 된 경위, 알고 난 후 당해 근로자의 태도 및 사용자의 조치 내용, 학력 등이 종전에 알고

628) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97누11*** 판결, 대법원 1999. 3. 26. 선고 98두4*** 판결, 대법원 1999. 12. 21. 선고 99다53*** 판결, 대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54*** 판결 등 다수

629) 대법원 1989. 1. 31. 선고 87다카2*** 판결

630) 대법원 1989. 3. 14. 선고 87다카3*** 판결

631) “사전에 알았다면 고용계약을 체결하지 않았거나 적어도 동일한 조건으로 계약하지 않았을 것”이라는 이른바 가정적 인과관계 판단으로 통상적 해고 판단에 요구되는 ‘정당한 이유’를 대체하고 있어 해고 제한 법리에 맞지 않고, ‘사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유’에 해당 하는지 여부에 대하여 사업장 여건, 근로자 직무 내용, 비위행위의 동기와 경위 등 종합적 검토를 하는 다 해고사유와 달리 오로지 근로계약 시 사용자의 주관적 사정만을 고려하는 것은 합리적이지 않다는 비판 (조건주, “학력 또는 경력을 사칭한 경우 징계해고의 정당성”, 민사판례연구(제25권), 박영사, 2003. 2.)

632) 경력 사칭으로 사용자가 구체적 피해를 본 경우에만 징계사유로 인정되어야 한다는 견해(이종복, “학력 내지 경력사칭으로 인한 근로관계종료에 관한 법리구성”, 판례연구(제4집), 고려대학교 법학연구소, 1986. 12.), 계약 체결 시 의사표시와 관련한 문제로서 취소의 법리로 해결해야지 해고 문제로 다룰 수 없다는 견해(하경효, “학력은폐 시 징계해고의 타당성”, 노동법률(제97호), 중앙경제사, 1999. 6.) 등

있던 것과 다르다는 사정이 드러남으로써 노사 간 및 근로자 상호 간 신뢰관계유지와 안정적인 기업경영과 질서유지에 미치는 영향 기타 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 봄⁶³³⁾

수정된 판례법리는 ① 판단 시점이 고용 당시에서 해고 시점까지 확장된 점, ② 판단 요소에 사용자의 주관적 의사뿐 아니라 객관적 제반 사정까지 포함되었다는 점에서 기존 판례보다 까다로운 기준을 제시하였다고 평가됨

3.2 무단결근

가. 의의

취업규칙이나 단체협약에 무단결근, 지각, 조퇴 등을 일정기간, 일정횟수 반복하는 경우를 징계사유로 규정하는 것이 일반적임. 이러한 무단결근은 근로계약에서 정한 근로 제공의무의 미이행 또는 불완전 이행으로 평가될 수 있는바, 특히 사용자의 출근 독촉을 받고서도 근로자가 정당한 사유 없이 무단결근을 계속하는 경우에는 정당한 징계사유에 해당함. 다만, 단순히 이러한 규정에 해당한다고 하여 징계의 정당성이 인정되는 것은 아니며, 사업장의 여건, 해당 근로자의 지위, 종전의 근무태도, 직무 내용 및 기타 상황을 고려하여 정당성을 판단해야 함

1) 사용자의 승인을 얻지 않은 결근

취업규칙 등에 결근의 경우 사전에 결근계를 제출하여 승낙을 받아야 한다고 규정하거나, 전화나 구두로 사전 승낙을 받은 때에는 사후에 사유서를 첨부한 결근계를 제출하도록 규정하고 있다면, 결근계를 제출하지 않은 이상 실제로 질병 또는 부득이한 사유가 있었다라도 무단결근에 해당함⁶³⁴⁾

관리자에게 병가 사실을 충분히 알린 경우라고 하더라도 사용자의 절차에 따른 병가 신청 권유에도 불구하고 이를 이행하지 않은 채 출근하지 아니한 것은 무단결근의 징계사유에 해당한다고 본 판례가 있음⁶³⁵⁾

633) 대법원 2012. 7. 5. 선고 2009두16*** 판결, 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013두11*** 판결

634) 대법원 1990. 4. 27. 선고 89다카5*** 판결

635) 1심(서울행정법원 2015. 2. 25. 선고 2014구합21*** 판결)과 2심(서울고등법원 2015. 11. 4. 선고 2015누38*** 판결) 모두 동일한 판단을 하였으며 대법원(대법원 2016. 2. 18.자 2015두57*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

2) 연차휴가

사용자는 근로자가 청구한 시기에 연차휴가를 주어야 하고, 다만, 근로자가 청구한 시기에 휴가를 주는 것이 사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우에는 그 시기를 변경할 수 있음(근로기준법 제60조 제5항). 따라서 사용자가 근로자의 연차휴가 신청에 대하여 사용자가 회사의 운영에 지장이 있음을 이유로 적법하게 그 시기를 변경하였다는 사정이 없는 한 그 연차휴가 신청에 회사의 승인이 없더라도 근로자에게는 출근의무가 없고 이러한 경우는 무단결근으로 볼 수 없음

3) 전근·전보 등 인사명령에 불응한 결근

근로제공의무는 근로계약 또는 사용자의 지휘명령권의 행사에 따라 확정되는바, 전근·전보 등 인사명령에 따르지 않으면 정당한 징계사유가 됨. 인사처분이나 지휘명령이 법령, 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에 위반하여 무효인 경우 이에 따르지 않더라도 징계사유가 되지 않음

반면, 적법한 사내 대기발령을 받은 자가 대기하지 않거나 출근하지 않은 경우, 적법한 전근명령에 불응하여 부임을 거부하는 경우, 운수업체에서 사용자의 배차지시를 거부하는 경우 등이 징계사유에 해당됨

4) 노동조합 활동과 무단결근

노사분규가 수습되어 회사의 업무가 정상으로 돌아왔는데도 불구하고 회사의 근무 측구에 응하지 않고, 노조의 결의·구체적 지시에 의한 조합 의사에 따르지 않은 채 농성으로 인한 사태 수습 내지 어용 노조의 임원 개선을 위한 노동조합 활동임을 내세워 장기간 승무에 임하지 않은 것,⁶³⁶⁾ 노동조합 대의원 선거에 입후보하여 선거운동을 하여야 한다는 이유로 결근한 것⁶³⁷⁾ 등은 무단결근에 해당함

노동조합 전임자는 휴직 상태에 있는 것과 유사하므로 교육·연수·훈련에 참가하지 않은 것은 징계사유에 해당하지 않으나, 노조전임자가 노조 대표자의 승인 없이 노조사무실에 출근하지 않은 경우 무단결근의 징계사유에 해당함

한편 단체협약에 따라 노동조합이 사용자에게 당해 근로자를 노조전임자로 통보하였으나 사용자의 노조전임 발령이 아직 없었다면 원칙적으로 근로제공 의무가 면제되지

636) 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다42*** 판결

637) 대법원 1992. 2. 11. 선고 91다5*** 판결

않으므로 이 경우 종전 근무 부서에 결근하면 특별한 사정이 없는 한 무단결근에 해당함. 따라서 이 경우 노조전임 발령이 있었는지, 노조 전임 통지만으로 근로제공의무가 면제되는 관행이 있었는지 등을 검토하여야 함

나. 해고사유로 되는 무단결근 기간의 계산

1) 결근일수의 계산

7일 이상 무단결근이 해고사유로 규정되어 있는 경우, 이는 원칙적으로 연속 7일이 아닌 **통산 7일**을 의미하며, 그 산정 기간은 **상당한 기간 내**의 기간이라고 제한적으로 해석됨

2) 휴일·비번일의 포함 여부

가) 법원은 주휴일 제도는 근로자 피로를 회복시킴은 물론 근로제공의무를 벗어나 사업장 이외의 장소에서 자유로운 시간을 갖도록 하는 취지의 강행규정이므로 **휴일은 결근일수에 포함되지 않는다**고 봄⁶³⁸⁾

그러나 **교대제 근무기간 중의 비번일**은 전날 근무일에 정상근무가 이루어진 경우에 인정되는 휴일이므로 결근이 계속되는 경우 비번일도 **결근일수에 포함된다**⁶³⁹⁾고 보고 있어, 격일제 근무형태의 버스기사인 근로자가 근무일에 근무하지 않은 이상 비번인 그 다음 날의 결근은 결근일수에 포함된다고 봄⁶⁴⁰⁾

나) 취업규칙 등에서 **지나치게 적은 횟수의 무단결근**으로도 해고할 수 있도록 규정하고 있다면 그러한 규정은 **신의칙에 위반**되어 무효로 될 수 있으나, 실제 신의칙 위반으로 본 사례는 찾기 힘들

법원은 **연속 3일** 무단결근한 것을 해고사유로 규정한 단체협약은 법에 저촉되지 않는다고 보았으며,⁶⁴¹⁾ **연속되지 않더라도 5일 이상** 무단결근을 징계해고사유로 규정한 것 역시 정당한 것으로 판단함⁶⁴²⁾

638) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002두2*** 판결

639) 대법원 1996. 11. 26. 선고 95누17*** 판결

640) 서울행정법원 2015. 2. 25. 선고 2014구합14*** 판결

641) 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다15*** 판결

642) 대법원 2002. 12. 27. 선고 2002두9*** 판결

3.3 근무성적·태도 불량

가. 의의

근무성적 불량이란 근로자의 근무 상태가 그 근로자에게 요구되는 일정기준에 미치지 못하거나 다른 근로자에 비해 현저히 낮으며, 사용자의 거듭된 지시에도 불구하고 개선되지 않는 것을 말함

단순히 인사고과에서 하위 일정 비율에 속한다는 이유 또는 추상적인 업무 능력 부족을 이유로 한 해고는 정당성이 없음. 특히 상대 평가에 의한 인사고과에 따라 일정 비율 인원을 해고할 수 있다고 하면, 이는 사용자가 자유롭게 일정 비율 근로자를 해고할 수 있는 결과가 되어 부당함

현저하게 근무성적이 나쁜 것이 객관적으로 증명되고, 이러한 상태가 오랫동안 계속되거나 재교육 등 충분한 기회를 주었음에도 개선되지 않으며, 이러한 근무성적 불량이 불성실한 근무 태도나 업무 지시를 이행하지 않은 데에서 비롯된 경우라야 해고가 정당함

나. 판단기준

근무성적 불량은 근로자의 지위·보수·근무능력, 다른 근로자의 근무성적, 회사의 경영실태 등의 여러 조건을 종합적으로 고려하여 해당 지위에 있는 근로자가 자신에게 요구되는 최소한의 직무 능력을 결여하였는지 여부에 따라 판단해야 함

반면, 근무성적이 나쁘더라도 정당한 사유가 있거나 일시적인 경우(입사 초기 포함)에는 정당한 징계사유가 되지 않음⁶⁴³⁾

다. 하급자에 대한 지휘·감독 불량

근무성적 불량에는 하급자에 대한 지휘·감독 불량도 포함됨. 자신의 지휘·통솔 아래 있는 자가 범법행위 또는 부당한 행위를 한 경우 책임자는 지휘·통솔 책임을 지며 지휘·감독 의무 위반의 점이 있다면 취업규칙에서 정하는 바에 따라 징계가 가능함

반면, 검사·감독의 권한이 없거나 제도상 지휘·통솔의 한계가 있는 경우 지휘·통솔 책임을 물을 수 없음

643) 대법원 1991. 11. 26. 선고 90다4*** 판결

3.4 업무상 지시 위반

가. 의의 및 판단기준

업무상 지시 위반이란 업무상 필요한 지시, 명령을 정당한 이유 없이 이행하지 않거나 태만히 하는 행위를 말함. 일반적으로 근로계약 체결 시에 근로의 구체적인 내용과 장소는 사용자의 인사권이나 지휘명령권에 따라 정해지는 것이 일반적이므로 사용자의 정당한 업무지시에 따르지 않는 것도 징계사유가 될 수 있음

업무명령 위반에 대한 징계처분이 정당하려면 ① **업무명령이 정당**하고, ② 근로자가 그 **명령에 복종하지 않은 것에 부득이한 사유가 없음**이며, ③ **비위행위에 비추어 징계가 상당한 것**이어야 함

우선, 사용자의 업무지시가 근로계약·취업규칙·단체협약이나 법령에 위반되지 않는 정당한 것인지를 판단하여야 함

나. 업무상 지시의 정당성

예를 들어, 사용자가 노사 합의로 정한 소정근로시간 또는 법이 정한 기준근로시간을 넘어 근로자에게 근로를 명한 경우나 휴일 근로를 명한 경우 이것이 **적법·정당한 근무명령이 아니라면** 근로자가 이를 거부하였다고 하여 징계해고사유로 삼을 수 없음. 업무지시가 명백히 불공정하거나 개인의 인권을 침해하는 경우 또한 그 지시 위반에 대하여 징계할 수 없음

업무명령 위반이 성립하기 위하여는 사용자의 구체적인 직무 명령을 위반하여야 함. 상사의 직무 명령에 대하여 그 어려움을 호소하기 위하여 항의의 의사표시를 한 것은 상사의 직무상 명령에 불복한 경우에 해당하지 않음⁶⁴⁴⁾

다. 업무명령 위반에 대한 징계처분의 정당성

업무명령 위반에 대한 징계처분의 정당성은 업무명령이 근로계약의 범위 내에 있는 것으로서 유효한 것인지 여부, 근로자가 그 명령에 복종하지 않은 것에 대해 부득이한 사유가 없었는지 여부, 그 명령 위반에 대한 징계가 상당한 것인지 등을 구체적으로 살펴 판단하여야 함

644) 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다6*** 판결

3.5 동료 또는 상사에 대한 폭력 행사

판례는 직장동료 또는 상사에 대한 폭력행위를 징계해고 사유로 하는 것은 통상적으로 회사 경영질서 유지를 위하여 필요하다는 점에서 적법하고,⁶⁴⁵⁾ 비위 행위의 동기와 경위 등 전후의 여러 사정을 종합하여 해고의 정당한 이유가 있는지 여부를 판단해야 한다고 봄

아울러 판례는 폭력행위가 이루어진 장소(직장 내 혹은 직장 외), 폭력행위의 대상(동료 혹은 상사), 폭력행위의 동기 및 경위, 사업장의 규모, 전후의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 징계해고 등의 정당성을 구체적·개별적으로 판단하고 있음

3.6 범죄 행위와 중대한 사고로 인한 손해발생

가. 의의

근로자가 횡령, 배임, 절도, 손괴 등의 위법행위를 저지르거나, 기타 중대한 과실로 회사에 중대한 손실을 발생시킨 경우 사용자가 이를 징계사유로 삼아 해고하는 경우가 많으며, 운수업체의 경우 교통사고를 징계사유로 규정하는 것이 일반적임

또한 근로자의 비위행위가 일반적인 시각으로는 중하지 않다고 하더라도 사업의 종류나 특성 등을 고려하여 중대한 비위행위로 판단되는 경우가 있음

주로 문제되는 범죄행위로는 횡령이 있는데, 횡령은 범죄행위로서 그 액수가 적다 하여 비행의 정도가 낮다고 할 수 없음. 비록 횡령금의 일부를 회사 업무에 사용하였고, 사용자가 입은 손해를 배상하였더라도 횡령을 이유로 한 징계해고는 정당하다고 본 판례가 있음⁶⁴⁶⁾

횡령의 대상이 운송회사의 운송수입금, 용역회사의 수수료 등 **회사의 본질적 수입원과 연결되어 있는 경우** 더 엄격하게 판단함. 운송수입금 미납으로 인한 징계의 경우, 미납동기·경위, 미납액, 미납행위를 전후한 근로자의 태도 등을 종합적으로 고려하여 징계사유 해당 여부가 달라질 수 있음

3.7 사생활 비행

사생활 비행은 원칙적으로 노동력 평가나 근로 제공과 직접적 관련이 없는 사적 공간에서 발생하는 것이므로 **원칙적으로 해고사유가 될 수 없으나, 사업활동에 직접 관련이**

645) 대법원 1992. 3. 13. 선고 91다39*** 판결

646) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카21*** 판결

있거나 기업의 사회적 평가를 훼손할 염려가 있다면 징계할 수 있고, 정도가 심하다면 해고까지 이를 수도 있음⁶⁴⁷⁾

이 경우 기업의 사회적 평가를 훼손할 염려는 반드시 구체적인 업무 저해의 결과나 거래상의 불이익이 발생하여야 하는 것은 아니고 당해 행위의 성질과 정상, 기업의 목적과 경영 방침, 사업의 종류와 규모, 그 근로자의 기업 내 지위와 담당 업무 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 그 비위 행위가 기업의 사회적 평가에 미친 **악영향이 상당히 중대하다고 객관적으로 평가될 수 있어야 함**⁶⁴⁸⁾

3.8 경업·겸직 금지 위반

근로자의 경업 금지 의무는 근로자가 근로관계의 존속 중에 또는 종료 후에 사용자와 경쟁적 관계에 있는 동종 영업을 영위하거나, 사용자와 경쟁하는 다른 동종 업체에 전직하는 등의 방법으로 사용자와 경쟁적 영업 행위나 직업 활동을 해서는 아니 될 일종의 부작위 의무를 말함

근로자가 겸직하는 것은 사생활 범주에 속하는 것이므로 기업질서나 노무제공에 지장이 없는 겸직까지 **전면적, 포괄적으로 금지하는 것은 부당하나**,⁶⁴⁹⁾ 노무제공에 지장을 줄 정도의 **장시간의 겸직, 경쟁회사에의 취업** 등의 경우는 금지 대상이 될 수 있고 징계해고사유가 됨

기업 실무상 일반적으로 취업규칙 등에서 겸직금지의무 위반을 해고사유로 명시하고 있는 까닭에, 일단 겸직사실이 인정되면 징계사유는 인정되고 다만, 그 양정의 적정여부가 문제됨⁶⁵⁰⁾

3.9 회사에 대한 비방·진정, 내부고발

가. 의의 및 판단기준

근로자는 사용자의 이익을 배려해야 할 근로계약상 성실의무가 있으므로 사용자를 비

647) 대법원 1994. 12. 13. 선고 93누23*** 판결

648) 대법원 2001. 12. 14. 선고 2000두3*** 판결

649) 서울고등법원 2002. 7. 4. 선고 2001누13*** 판결 등

650) “근로자는 회사에 입사하기 이전부터 M회사의 대표이사로 재직하고 있었고 입사 2달 후에 사직한 점, 겸직금지의무 위반으로서 회사의 경영질서가 현저히 훼손되었다고 보기 어려운 점 등을 고려하여 근로자의 비위행위가 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도에 이르는 것으로 보기 어렵다.”(서울행정법원 2011. 12. 27. 선고 2011구합15*** 판결)

방하거나, 직장 내부 사실을 외부에 공표하여 사용자의 비밀, 명예, 신용 등을 훼손하는 것은 통상 징계사유가 됨

판례는 공표 내용과 그 진위, 공표 경위와 목적, 공표 방법 등을 고려하여 징계의 정당성을 판단해야 한다고 봄⁶⁵¹⁾

나. 내부고발

공익을 위한 이른바 내부고발 행위는 일부 사실과 다른 내용이 있더라도 전체적인 내용이 사실에 근거하고 목적이 정당하다면 해고사유로 할 수 없다는 견해가 있음

특히 고도의 공공성을 갖는 공법인에서는 그 업무가 관련 법령과 규정에 따라 적법하게 수행되어야 하고, 업무수행 중 위법행위는 널리 감시, 견제되어야 하므로 소속 직원이 업무 관련 사실을 공표하는 행위는 사기업과 같이 평가되어서는 안 됨.⁶⁵²⁾ 그러나 공표된 내용이 공법인 업무의 공익성에는 영향을 미치지 않는 경미한 사항으로서 주로 사익적 목적이나 동기에서 이루어진 공표 행위에 대하여는 징계가 가능함⁶⁵³⁾

다. 소송 제기, 청원권 행사 등

근로자도 사용자에 관한 사항으로서 널리 공공기관의 권한에 속하는 사항에 대하여는 청원할 수 있음. 다만, 청원서의 내용이 허위 사실이거나 사용자를 비방하는 것이라면 사용자의 인격, 비밀, 명예, 신용 등을 훼손하여서는 아니 되는 성실의무에 반하여 징계사유가 됨

직원이 회사를 상대로 행정심판이나 소송을 제기하였다가 청구 기각된 경우 이러한 소송 제기 사실만으로 그 근로자를 징계할 수 없음⁶⁵⁴⁾

3.10 직장 내 성희롱

가. 의의

성희롱은 피해자의 인권을 침해할 뿐만 아니라 직장 내 사업 질서를 해치는 중대한 비위행위로서 기업실무는 성희롱 그 자체를 징계해고사유로 규정하거나, ‘직원으로서의 품위손상’ 또는 ‘직장명예 훼손’ 등의 사유로 규정하고 있음

직장 내 성희롱⁶⁵⁵⁾을 이유로 한 징계처분의 정당성을 다투는 사건이 늘고 있는데, 이

651) 대법원 1999. 9. 3. 선고 97누2528, 2*** 판결, 대법원 1999. 12. 21. 선고 98두7*** 판결

652) 대법원 1999. 12. 21. 선고 98두7*** 판결

653) 대법원 1999. 9. 3. 선고 97누2***, 2*** 판결

654) 대법원 1999. 9. 3. 선고 97누2***, 2*** 판결

는 고용환경 악화, 기업 이미지 훼손, 손해배상 책임을 우려하는 사용자의 인식 변화에 기인한 것으로 보임

나. ‘성희롱’의 성립요건

“직장 내 성희롱”이란 사업주·상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 근로조건 및 고용에서 불이익을 주는 것을 의미함.⁶⁵⁵⁾ 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」에서 직장 내 성희롱 발생 시 사업주에게 지체없이 행위자에 대하여 징계 등의 조치를 취할 것을 규정하고 있으므로(제14조 제1항) 직장 내 성희롱이 징계사유가 됨은 명백함

1) ‘성적 언동 등’의 의미에 관하여 판례는 “남녀 간의 육체적 관계나 남성 또는 여성의 신체적 특징과 관련된 육체적, 언어적, 시각적 행위로서 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위”를 의미한다고 판시함⁶⁵⁷⁾

2) 법원은 행위의 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈음이 인정되어야 한다는 입장이나,⁶⁵⁸⁾ 가해자의 성적 의도나 동기는 불필요하다고 봄⁶⁵⁹⁾

3) 한편 당해 행위가 성적 굴욕감을 느끼게 하는 행위인지, 상대방이 굴욕감을 느꼈다고 보아야 하는지는 “당사자의 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황,⁶⁶⁰⁾ 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기적인 것인지 아니면 계속적인 것인지 여부 등 구체적 사정을 참작”해야 함⁶⁶¹⁾

655) 1993년 서울대 교수의 조교 성희롱 사건을 계기로 「여성발전기본법」이 제정(1995. 12. 30.)되면서 ‘성희롱’이 법적 용어로 도입되었음(여성발전기본법은 현재 양성평등기본법으로 개정되었음). 현재 「국가인권위원회법」(제2조 제3호 (라)목)과 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(제12조)에서 ‘직장 내 성희롱’에 관하여 규정하고 있는데, 본 판례분석에서는 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」을 중심으로 서술함

656) 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제2조 제2호

657) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22*** 판결, 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74*** 판결

658) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22*** 판결

659) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22*** 판결

660) “근무시간은 물론 회사가 그 비용을 지원한 공식적 회식이나 야유회, 체육대회나 그 밖에 객관적으로 이에 준하는 것으로 평가할 수 있는 회사의 임원 등 간부들이 공식적으로 주재하는 회식 등에서 일어난 성희롱 행위에 대해서도 사용자책임이 인정된다”고 판시하였음(대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다89*** 판결 등)

661) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22*** 판결

4) 회사의 취업규칙이나 단체협약상의 ‘비위행위로서 복무질서를 문란하게 한 경우’, ‘회사에 손해를 끼친 경우’, ‘회사의 위신을 추락시키고 사회적 물의를 일으킨 경우’ 등의 징계사유에 해당한다고 보아 징계할 수도 있음

5) 행위자(사업주, 상급자, 동료 근로자)에게 반드시 **성적 동기나 의도가 있어야 하는 것은 아님**

6) 직장 내 성희롱은 사업장 내부 및 근무시간뿐 아니라 사업주, 상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련이 있는 것이라면 **사업장 밖이나 근무시간 외에도 성립됨**⁶⁶²⁾

7) 성희롱을 사유로 한 징계처분의 당부를 다투는 행정소송에서 징계사유에 대한 증명책임은 그 처분의 적법성을 주장하는 피고에게 있으며, 민사소송이나 행정소송에서 사실의 증명은 특별한 사정이 없는 한 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합적으로 검토하여 볼 때 어떤 사실이 있었다는 점을 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이면 충분함

8) 직장 내 성희롱 사건은 피해자의 진술 외에는 별다른 증거가 없는 경우가 많으므로 피해자의 진술을 뒷받침할 수 있는 정황증거 내지 간접증거(정신과 등 병원진단서, 피해자의 일기 등 기록, 직장 동료 진술서, 징계대상자의 동종 징계경력)가 중요함

【 직장 내 성희롱 판단을 위한 기준의 예시 】

1. 성적인 언동에 대한 예시

가. 육체적 행위

- (1) 입맞춤이나 포옹, 뒤에서 껴안는 등의 신체적 접촉행위
- (2) 가슴·엉덩이 등 특정 신체부위를 만지는 행위
- (3) 안마나 애무를 강요하는 행위

나. 언어적 행위

- (1) 음란한 농담을 하거나 음탕하고 상스러운 이야기를 하는 행위(전화통화를 포함한다)
- (2) 외모에 대한 성적인 비유나 평가를 한 행위

662) 여직원 270명이 집단적으로 회사의 성희롱 문화에 대하여 사용자책임을 물은 L호텔 사건에서 법원은 “외형상 객관적으로 사용자의 사업활동 내지 사무집행 행위뿐만 아니라 그 행위과정이 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 이상 그와 관련된 것”에까지 직무집행관련성이 인정된다고 하면서 “직장 내 근무시간은 물론 회사가 그 비용을 지원한 공식적인 회식이나 야유회, 체육대회나 그 밖에 객관적으로 이에 준하는 것으로 평가될 수 있는 회사의 임원 등 간부들이 공식적으로 주재하는 회식 등에서 일어난 성희롱 행위에 대해서도 사용자책임을 인정될 수 있다”고 보았음(서울지방법원 2002. 11. 26. 선고 2000가합57*** 판결, 유사판결 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다89*** 판결 등)

- (3) 성적인 사실관계를 묻거나 성적인 내용의 정보를 의도적으로 유포하는 행위
- (4) 성적인 관계를 강요하거나 회유하는 행위
- (5) 회식자리 등에서無理하게 옆에 앉혀 술을 따르도록 강요하는 행위

다. 시각적 행위

- (1) 음란한 사진·그림·낙서·출판물 등을 게시하거나 보여주는 행위(컴퓨터통신이나 팩시밀리 등을 이용하는 경우를 포함한다)
- (2) 성과 관련된 자신의 특정 신체부위를 고의적으로 노출하거나 만지는 행위

라. 그 밖에 사회통념상 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 것으로 인정되는 언어나 행동

2. 근로조건 또는 고용상의 불이익을 주는 것의 예시

채용탈락·감봉·승진탈락·전직·정직·휴직·해고 등과 같이 채용 또는 근로조건을 일방적으로 불리하게 하는 것

- * 비교: 성희롱 여부의 판단 시에는 피해자의 주관적 사정을 고려하되, 사회통념상 합리적인 사람이 피해자의 입장이라면 문제가 되는 행동에 대하여 어떻게 판단하고 대응하였을 것 인가를 함께 고려하여야 하며, 결과적으로 위협적·적대적 고용환경을 형성하여 업무능률을 저해하게 되는지를 검토하여야 한다.

다. 성희롱에 따른 해고의 징계양정에 관한 판례의 경향

성희롱 행위가 **고용환경을 악화시킬 정도로 매우 심하거나 반복적으로 행해지는 경우**, 징계해고처분이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우가 아닌 한 쉽게 징계권의 남용이라 볼 수 없고, 법원은 대체로 성희롱을 중대한 비위행위로 보아 해고의 정당성을 인정함

또한 같은 성희롱이라도 반복적으로 이루어졌거나 피해자의 수가 많다면 해고의 정당성이 쉽게 인정될 것이고, **비위행위자가 성희롱을 방지해야 할 사업주이거나 사업주를 대신할 지위에 있는 자라면 더욱 엄격히 취급해야 할 것임**

법원은 카드회사 지점장이 여직원 8명에 대하여 14회에 걸쳐 성희롱을 한 사건에서 성희롱이 일정한 기간에 반복적으로 다수의 피해자에게 행해졌다면 우발적이라고 볼 수 없고, 특별한 문제의식 없이 행해졌다고 하더라도 가볍게 평가할 수 없으며, 특히 성희롱을 방지하여야 할 우월한 지위에 있는 자의 경우 더 엄격히 판단하여야 한다고 판시함⁶⁶³⁾

663) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22*** 판결. 본 사건의 원심법원은 원고의 행위가 “지점을 책임지는 관리자로서 직원에 대한 애정을 표시하여 직장 내 일체감과 단결을 이끌어낸다는 의도에서 비롯된 것이고, 전국최우수지점선정을 축하하는 회식에서 흥분하고 들뜬 상태에서 술에 취하여 우발적으로 행동한 것으로 그 경위나 동기에 참작할 만한 사정이 있으며”, “원고의 위와 같은 행동은 그동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제의식 없이 이루어진 것으로 참가인의 상벌규정에 정한 해직요건인 ‘고의성이 현저한 경우’에 해당한다고 보

2018년 법원은 성희롱 관련 소송의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않아야 한다고 하여 피해자 진술의 증명력을 판단할 때 성희롱 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하여 판단하여야 한다고 함⁶⁶⁴⁾

3.11 위법한 노동조합 활동

가. 의의

단체협약이나 취업규칙에서 회사 내 노무 제공과 무관한 집회, 연설, 벽보 게시, 유인물 배포 등의 활동을 일반적으로 금지하고 사용자의 허가를 받은 경우에 한하여 허용하는 규정을 두고 있는 경우 노동조합 활동의 권리와 사용자의 시설관리권과의 충돌이 발생하는바 적절한 이익형량이 필요함

노동조합 활동이 헌법과 노동조합법에서 보장하는 노동조합 활동에 해당한다면 회사는 허가제를 이유로 이를 금지할 수는 없고,⁶⁶⁵⁾ 징계사유로 삼을 수 없으나, 이와 달리 징계해고사유가 된 근로자의 업무 외 활동이 **위법한 노동조합 활동으로 평가**된다면 이를 징계사유로 삼을 수 있음

제4장
징계와
징계해고

나. 정당한 노동조합 활동인지 여부의 판단기준

법원은 정당한 노동조합 활동으로 인정받기 위해서는 ① **성질상** 노동조합 업무를 위한 활동이거나 노동조합의 **목시적 수권 혹은 승인**을 받았다고 볼 수 있는 것,⁶⁶⁶⁾⁶⁶⁷⁾ ② **목적**이 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적 지위 향상을 도모하기 위한 것일 것, ③ 별도의 허용 규정이 있거나 노동 관행·사용자 승낙이 있기 전에는 **원칙적으로 취업시간 외에** 행해질 것, ④ 폭력과 파괴행위 등의 **방법**에 의하지 않을 것의 요건을 충족해야 한다고 봄⁶⁶⁸⁾

기 어려워” 징계권을 남용하였다고 판단하였음(서울고등법원 2007. 10. 10. 선고 2006누9*** 판결)

664) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74*** 판결

665) 대법원 1988. 10. 11. 선고 87누*** 판결

666) 노동조합 위원장으로 출마하는 행위(대법원 1990. 8. 10. 선고 89누8*** 판결), 노동조합 위원장 후보 사퇴자가 자신의 사퇴 이유를 조합원에게 알리기 위해 유인물을 배포한 행위(대법원 1991. 11. 12. 선고 91누4*** 판결) 등이 이에 포함됨

667) 그러나 노동조합원이 허위사실 등을 유포하여 노동조합장 불신임 운동을 전개하는 것은 기업의 공동체 질서를 위태롭게 하는 것으로서 정당한 노동조합 활동이 아님(대법원 1995. 2. 14. 선고 94누5*** 판결)

668) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도*** 판결, 1992. 4. 10. 선고 91도3*** 판결, 1992. 9. 25. 선고 92다18*** 판결

3.12 쟁의행위

가. 의의 및 판례의 일반적 경향

회사는 정당성이 없는 쟁의행위에 대하여 취업규칙 등에 ‘중대한 비행 또는 정당한 명령에 대한 고의적인 불복종’ 내지 ‘불법파업을 주도하거나 참여한 경우’ 등의 징계해고 사유를 규정하여 해고사유로 삼고 있음

법원은 **쟁의행위가 정당성이 있는 것인지 여부에 따라** 그 징계해고사유의 해당성 여부를 판단함

즉 정당성이 없는 쟁의행위에 참가한 경우는 ‘정당한 업무명령에 대한 고의적인 불복종’에 해당하여 해고사유가 되나,⁶⁶⁹⁾ 쟁의행위가 정당한 경우 그 기간 동안 근로자는 사용자에 대한 주된 의무인 **근로제공의무 등이 정지되므로**, 무단결근에 해당되지 않고, 근로자들이 출근하지 않음으로써 다른 직원의 업무 부담이 가중되거나, 그로 인해 회사 업무에 지장이 초래된 것 역시 정당한 쟁의행위 참가의 결과에 불과하므로 징계사유로 삼을 수 없다고 봄.⁶⁷⁰⁾ 또한 목적이 정당하고 적법한 조합원 찬반투표 등 필요한 절차를 갖추어 이루어진 적법한 쟁의행위의 경우 근로자들이 파업을 주도하였다는 점을 징계사유로 삼을 수 없음⁶⁷¹⁾

정당성이 없는 쟁의행위에 참가했다고 하여 그것만으로 해고가 정당화되는 것은 아니고 해고양정의 적정성 여부를 다시 판단해야 하는바, 판례는 통상적으로 일반조합원보다는 노조 간부들에게 무거운 책임을 묻는 경향을 보임

판례의 이러한 태도는 통상적으로 노조 간부들이 쟁의행위를 기획·결정하는 등 주도적 역할을 하였을 것이라는 판단에 기초하는 것이므로 직책과 달리 주도적 역할을 하지 않은 간부를 중하게 징계하는 것은 허용되지 않음⁶⁷²⁾

법원은 노동조합법 제2조 제4호 단서에 따라 부당해고되어 현실적으로 근로 제공을

669) 대법원 1992. 9. 22. 선고 91다4*** 판결

670) 서울고등법원 2004. 10. 21. 선고 2003누20*** 판결

671) 서울행정법원 2019. 1. 17. 선고 2015구합78*** 판결

672) 대법원은 위법한 쟁의행위에 대하여 노동조합 간부 중 일부에 대하여는 “쟁의행위가 목적면에서 근로조건의 유지·개선과 관련 없이 단지 사용자가 시행하고자 하는 ‘탐제’의 시행을 저지하기 위한 것으로 보여 그 정당성을 인정할 수 없는 점, 관계 행정기관 행정지도를 무시한 채 5개월여 이른 장기간 쟁의행위로 상당한 손해를 끼친 점, 이 사건 근로자들은 지부의 중추적 간부로서 의사결정에 주도적으로 관여할 수 있는 지위에 있었던 점, 쟁의 관련 범죄사실에 대하여 징역형의 무거운 형을 선고받은 점 등을 고려하면 징계해고는 적정하다”는 취지로, 다른 일부에 대하여는 “집단행위 참여 기간이 상대적으로 짧은 점, 이 사건 쟁의행위 중 가장 과격하였던 것으로 보이는 ‘○○○출정식’에도 참가하지 아니한 점 등에 비추어 정적 2월의 징계는 양정이 과하다”는 취지로 각 판시한 바 있음(서울고등법원 2009. 10. 15. 선고 2009누7***판결, 이후 대법원 2010. 2. 11.자 2009두19*** 심리불속행 기각 판결로 확정됨)

하고 있지 않은 근로자라도 부당노동행위 구제신청을 하였을 때는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니 되므로, 그 한도 안에서는 쟁의행위 관련 회사 규정이나 법령을 지켜야 하므로, **부당해고 후 복직 전까지** 기간 중 쟁의행위 가담 행위도 징계사유로 될 수 있다고 판단함⁶⁷³⁾

3.13 노사면책 합의

가. 면책 합의의 의의

징계해고사유에 해당하는 근로자의 행위에 대해 노사간 합의로 그 책임을 면제하기로 하는 것은 가능하므로, 회사는 면책 합의에 반하여 그 행위를 징계사유로 삼을 수 없음

나. 면책 합의의 효력 범위

쟁의행위에 가담한 근로자들에 대하여 민·형사상 일체의 책임을 묻지 않기로 하는 면책 합의는 다른 특별한 사정이 없는 한 쟁의기간 중 일어난 일체의 행위에 대해, 민·형사상 책임뿐만 아니라 사용자의 징계권 행사에 따른 책임까지도 포괄하여 면책시킨다는 취지임

노동쟁의의 원인이 된 근로조건에 관하여 타협이 이루어져 농성을 종식하기로 합의하면서 농성기간 중의 행위에 대하여 민·형사상의 책임이나 신분상 불이익 처분 등 일체의 책임을 묻지 않기로 합의한 경우 그 취지는 위 농성 중의 행위와 일체성을 가지는 행위 또는 위 농성 중의 행위와 필연적으로 연속되는 행위로서 불가분적 관계에 있는 행위에 대하여도 면책시키기로 한 것이라고 보아야 함. 따라서 면책 합의 이전의 농성 행위 등으로 인하여 면책 합의 이후에 유죄 판결을 받아 처벌을 받고 그로 인하여 결근한 행위는 징계해고사유가 되지 못함⁶⁷⁴⁾

하지만 이러한 면책 합의는 비위행위를 징계사유로 삼지 않기로 하는 것이지, 다른 비위행위를 징계사유로 하여 근로자를 징계할 때 징계 양정의 판단자료로 삼는 것까지 금하는 것은 아님⁶⁷⁵⁾

673) 대법원 1994. 9. 30. 선고 93다26*** 판결

674) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92다14*** 판결

675) 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다4*** 판결

3.14 형사상 범죄와 유죄판결

가. 의의

통상적으로 회사는 ‘형사상 범죄로 유죄판결을 받았을 경우’를 징계해고사유로 규정하고 있음

단체협약이나 취업규칙 등에 징계해고사유로 ‘형사상의 범죄로 유죄 판결을 받았을 경우’를 규정하고 있을 때, 그 규정의 취지는 통상 그러한 유죄 판결로 말미암아 ① 근로자의 기본적 의무인 근로 제공 의무를 이행할 수 없는 상태가 오래 계속되어 근로계약의 목적을 달성할 수 없거나, ② 사용자와 근로자의 신뢰 관계가 상실됨으로써 근로관계 유지를 기대할 수 없거나, 기업 내 다른 종업원 사이의 신뢰 관계나 인간관계가 손상되어 직장 질서가 유지되기 어렵거나, ③ 당해 근로자의 지위나 범죄행위의 내용에 따라서는 사용자인 회사의 명예나 신용을 심히 훼손하거나 거래 관계에 악영향을 미치기 때문임⁶⁷⁶⁾

이와 관련하여, 취업규칙 등에 ‘형사상 범죄로 유죄판결을 받은 경우’라고만 표현되어 있는 경우가 많은데, 위 유죄판결이 ① **확정판결만을 의미하는 것인지 미확정판결도 포함하는 것인지**, ② **실형만을 의미하는지 집행유예 등도 포함하는지**가 특히 문제가 됨

나. 미확정 판결도 ‘형사상 유죄판결’에 포함되는지 여부

법원은 유죄판결이라 함은 단체협약이나 취업규칙 등에 다른 규정(미확정 유죄판결도 징계해고사유로 삼는다는 등)이 없는 한 헌법상 무죄추정의 원칙상 유죄의 확정판결을 받은 경우만을 의미한다고 봄⁶⁷⁷⁾

그러나 다른 당연퇴직사유 등의 규정에 비추어 “**근로제공의무를 장기간 이행할 수 없는 상태**”에 있음을 이유로 하여 그와 같은 면직사유를 규정하고 있는 것으로 해석⁶⁷⁸⁾된다면 미확정 유죄판결을 받은 경우가 포함될 수 있음

예를 들어, 수사 중 구속되어 4개월 복역하다가 1심에서 징역 1년의 실형선고를 받고 그로부터 4개월 더 복역하다가 항소심에서 집행유예 판결을 받았다면, 8개월이 넘는 상당 기간 근로제공이 불가능했고, 1심 당시 실형을 선고받아 근로제공 불능이 예상되는

676) 대법원 1997. 9. 26. 선고 97누1*** 판결

677) 대법원 1997. 6. 24. 선고 93다28*** 판결, 1997. 5. 23. 선고 97다9*** 판결, 1997. 7. 25. 선고 97다7*** 판결

678) 예를 들어, 다른 징계해고나 직권면직사유가 근로제공의사 없음을 표시한 경우(사직원 제출, 휴직 후 복직 원 미제출), 성질상 근로제공을 할 수 없는 경우(사망, 피한정후견 및 피성년후견), 예정된 근로기간이 만료된 경우(정년, 근로계약기간 만료) 등이라면 ‘형사상 범죄로 유죄판결을 받은 자’란 유죄판결로 근로제공을 장기간 이행할 수 없는 상태를 의미한다는 것을 짐작할 수 있음

시점이었으므로 1심의 유죄실형판결 선고만으로 직권면직이 가능하다는 판례가 있음⁶⁷⁹⁾

다. ‘형사상 유죄판결’은 ‘실형’만을 의미하는 것인지, 집행유예도 포함하는 것인지 여부

신체가 구속되어 근로제공이 불가능한 경우를 상정하여 징계해고사유를 규정한 것이라면 ‘실형’만을 의미하는 것으로 보아야 하겠지만, 형사 유죄판결로 인해 사용자와의, 또는 근로자 상호간의 신뢰 관계가 훼손되어 더 이상 직장 질서 유지가 어렵거나, 범죄 행위 내용과 업무와의 관계에 따라서는 회사의 명예나 신용을 심히 훼손·거래 관계에 악영향을 미치게 되는 것을 우려하여 규정한 것이라면 집행유예 판결을 포함한 것으로 해석해야 함⁶⁸⁰⁾

예를 들어, 공공성이 강한 지하철 운송 사업의 직장 질서 유지에 악영향을 미칠 것이 명백하다면 위 집행유예 판결도 징계해고사유인 ‘유죄의 확정판결’에 해당함⁶⁸¹⁾

라. 유의사항

‘유죄판결’이 아니라도 당해 범죄사실 자체가 해고사유에 해당한다면 회사로서는 판결 확정 전이라도 얼마든지 범죄사실 자체를 이유로 해고할 수 있으므로,⁶⁸²⁾ 사용자가 해고사유로 들고 있는 것이 무엇인지를 확정하는 것이 중요함

징계혐의사실의 인정은 형사재판의 유죄 확정여부와는 무관한 것이므로 형사 재판 절차에서 유죄의 확정판결을 받기 전이라도 징계혐의사실은 인정될 수 있는 것이며 그와 같은 징계혐의사실의 인정은 무죄추정에 관한 헌법 제26조 제4항 또는 형사소송법 규정에 저촉된다고 볼 수 없음⁶⁸³⁾

법원은 근로자들이 회사가 개최한 설명회에 참석한 다른 직원들을 선동하고 소란을 일으키는 등 업무방해행위를 한 경우, 비록 형사절차에서 무죄를 선고받기는 하였으나 그 이유가 단지 위 방해행위를 「형법」 제314조에서 규정한 ‘위력’의 행사로 볼 수 없다는 것인 점 등에 비추어 취업규칙 등에서 규정한 성실의무, 품위유지의무, 복종의무 등을 위반한 것으로서 징계사유에 해당한다고 봄⁶⁸⁴⁾

형사 판결에서 확정된 사실은 특단의 사정이 없는 한 유력한 증거자료가 되므로 노동위원회 구제절차나 행정소송 단계에서도 합리적 이유의 설시 없이는 배척할 수 없음⁶⁸⁵⁾

679) 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42*** 판결, 대법원 1993. 5. 25. 선고 92누12*** 판결 참조

680) 대법원 1997. 5. 23. 선고 97다9*** 판결, 1997. 7. 25. 선고 97다7*** 판결, 1997. 9. 26. 선고 97누1*** 판결

681) 대법원 1997. 9. 26. 선고 97누1*** 판결

682) 대법원 1994. 6. 24. 선고 93다28*** 판결

683) 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003두1*** 판결

684) 서울행정법원 2012. 3. 29. 선고 2011구합17*** 판결

공문서의 경우에도 판례는 높은 증명력을 인정하여 그 기재사항을 진실이라고 추정하는 경우가 많아⁶⁸⁵⁾ 검사의 불기소결정에서 인정한 사실 또한 특별한 사정이 없는 한 인정할 수 있을 것임

4. 징계사유별 판례

4.1 징계사유 일반에 관한 판례

가. 징계사유의 확정 관련 판례

근로자의 어떤 비위행위가 징계사유로 되어 있느냐 여부는 구체적인 자료들을 통하여 징계위원회 등에서 그것을 징계사유로 삼았는가 여부에 의하여 결정되어야 하는 것이지 반드시 징계결의서나 징계처분서에 기재된 취업규칙이나 징계규정 소정의 징계근거 사유만으로 징계사유가 한정되는 것은 아니라고 봄(대법원 2002. 5. 28. 선고 2001두10455 판결)

나. 단체협약에서 정한 사유 외의 사유로는 해고할 수 없다는 규정이 없는 한 취업규칙에 정한 사유로 징계해고를 할 수 있다고 본 판례

【대법원 2000. 9. 29. 선고 99두10*** 판결】

사용자는 이러한 기업질서를 확립하고 유지하는데 필요하고도 합리적인 것으로 인정되는 한 근로자의 기업질서 위반행위에 대하여 근로기준법 등의 관련 법령에 반하지 않는 범위 내에서 이를 규율하는 취업규칙을 제정할 수 있고, 단체협약에서 규율하고 있는 기업질서 위반행위 외의 근로자의 기업질서에 관련된 비위행위에 대하여 이를 취업규칙에서 해고 등 징계사유로 규정하는 것은 원래 사용자의 권한에 속하는 것이므로, 단체협약에서 근로자 해고에 관하여 그 해고사유 및 해고절차를 단체협약에 의하도록 명시적으로 규정하고 있거나, 동일한 징계사유나 징계절차에 관하여 단체협약상의 규정과 취업규칙 등의 규정이 상호 저촉되는 경우가 아닌 한, 사용자는 취업규칙에서 단체협약에서 정한 해고사유와는 관련이 없는 새로운 해고사유를 정할 수 있고, 그 해고사유에 터잡아 근로자를 해고할 수 있는 것이다(대법원 1999. 3. 26. 선고 98두4*** 판결 참조).

685) 대법원 2007. 8. 23. 선고 2005다72***·72*** 판결, 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다58*** 등 외국의 민사판결도 같은 취지로 판결하고 있으며, 특히 2003년 개정 독일 민사소송법 제415조에서는 확정된 형사판결의 완전한 증명력을 인정함

686) 대법 1994. 6. 10. 선고 94다1*** 판결, 대법 1990. 11. 23. 선고 90다카21*** 판결, 대법 1996. 7. 26. 선고 95다19*** 판결 등

【서울고등법원 2018. 12. 21. 선고 2018누57*** 판결】

앞서 본 관련 법리를 바탕으로 위 인정사실에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 참가인은 단체협약 제27조 제4항의 해고사유 이외에 취업규칙 제65조의 징계사유로 이 사건 노동조합의 조합원을 해고할 수 있으므로, 취업규칙 제65조 제8항에 근거한 이 사고 해고가 단체협약 제2조 제1항, 제27조 제4항을 위반하였다고 볼 수 없다.

즉 ① 단체협약 제2조 제1항이 ‘본 협약은 근로기준법, 회사의 취업규칙 및 제 규정, 여타의 개별적 근로계약보다 우선하며, 그중 협약의 기준에 미달하거나 상반되는 일체의 사항은 조합과 협의 후 수정하여야 한다.’라고 규정한 것은, ‘취업규칙은 해당 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단체협약과 어긋나서는 아니 된다.’라는 근로기준법 제96조 제1항이나 ‘단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 부분은 무효로 한다.’라는 노동조합 및 노동관계조정법 제33조 제1항에 따라 동일한 징계사유나 징계절차에 관하여 단체협약상의 규정과 취업규칙 등의 규정이 상호 저촉되는 경우에는 단체협약의 규정이 우선 적용된다는 취지를 밝힌 것에 불과할 뿐 사용자인 참가인이 취업규칙으로 새로운 징계사유를 정할 수 없다는 취지는 아니다. ② 단체협약 제27조 제4항은 제1호 내지 제8호까지 해고사유를 규정하고 있을 뿐이고, 위 제27조 제4항은 물론 단체협약 어디에도 단체협약에서 정한 것 이외의 사유로 이 사건 노동조합의 조합원을 해고할 수 없다는 취지를 명시적으로 규정하고 있지 않다.

다. 징계사유 발생 이후 취업규칙을 제정하여 소급적으로 징계하는 것은 허용되지 않는다고 본 판례

【서울행정법원 2018. 3. 29. 선고 2016구합83*** 판결⁶⁸⁷⁾】

징계는 근로자에게 불이익한 처분이므로 문제가 된 행위 당시에 시행되던 취업규칙 등에 따라 징계권의 존부를 결정해야 하며, 해고 처분 시점에 비로소 징계처분의 대상으로 규정된 때에는 새로이 부가된 징계사유에 따른 징계처분은 허용되지 않는다(대법원 1994. 12. 13. 선고 94다27960 판결 참조). 참가인은 제1, 2 징계사유 발생 이후 이 사건 취업규칙을 제정하여 이 사건 해고의 근거로 삼았으나, 앞서 든 법리에 비추어 보면, 참가인은 이 사건 취업규칙의 효력을 소급하여 원고에 대한 징계의 근거로 삼을 수 없다. 참가인의 이 사건 해고, 중앙노동위원회의 이 사건 재심판정은 모두 이 사건 취업규칙이 유효함을 전제로 징계사유를 판단하고 있으므로, 사용자의 일반 징계권에 근거한 징계의 정당성 여부를 나아가 판단할 필요 없이 이 사건 해고는 부당하고, 이 사건 재심판정은 위법하다.

제4장
징계와
징계해고

4.2 학력·경력 사칭, 이력서 허위 기재 관련 판례

가. 기존 판례⁶⁸⁸⁾

1) 경력 허위 기재 및 은폐의 경우 해고의 정당성을 인정한 판례

687) 동 사건은 2심(서울고등법원 2018. 9. 5. 선고 2018누43*** 판결)에서 항소 기각, 대법원(대법원 2018. 12. 28.자 2018두58*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

688) 위 정당성 요건을 강화한 판결(대법원 2012. 7. 5. 선고 2009두16*** 판결)이 선고되기 전의 판례들이므로 이하의 정당성 인정 사례들에 대하여는 향후 다른 판단이 나올 가능성을 배제할 수 없음

실제 철도청 공작장에 근무한 기간이 1년 4개월 남짓임에도 중공업 회사에 입사하면서 같은 곳에서 약 4년간 근무한 것처럼 이력서에 경력을 기재한 경우 해고의 정당성을 인정하였고(대법원 1990. 12. 7. 선고 90다카23*** 판결), 입사 전 3개 업체에 2년 미만씩 근무하고 마지막 회사에서 근무 중 해고당하자 부당해고 구제신청을 하고 사용자와 합의하여 구제신청을 취하하고 퇴사하였음에도, 마치 2개 업체에서 7년과 3년 동안 근무하였고 위 마지막 회사는 근무한 적 없는 것처럼 기재한 경우 해고의 정당성을 인정함(대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54*** 판결)

2) 형사처벌 전력 은폐의 경우 해고의 정당성을 인정한 판례

근로자 대부분이 여자인 회사에 입사하면서 강간치상죄 처벌 사실을 은폐하고 경력을 과장한 경우 해고의 정당성을 인정함(대법원 1991. 4. 9. 선고 90다카2*** 판결)

3) 대학 졸업 사실 누락의 경우 해고의 정당성을 인정한 판례

대학교 졸업 사실을 누락시키고 고등학교 졸업 후 트럭 조수 등으로 근무하다가 군에 입대한 것처럼 허위로 기재한 이력서를 제출하여 입사한 근로자를, 사용자가 그 사실을 안 뒤 1년 3개월여 만에 해고한 경우 해고의 정당성을 인정함(대법원 1994. 1. 28. 선고 92다45*** 판결)

4) 학력 은폐의 경우 해고의 정당성을 인정한 판례

대학교 3학년까지 마친 후 제적되었음에도 고졸 이하의 미혼 여성으로 지원자격을 제한한 회사에 입사하면서 이력서에 고등학교만 졸업한 것으로 기재하였고, 각서를 제출하여 허위 사실이 발견되면 어떠한 처벌도 감수하겠다고 한 경우 해고의 정당성을 인정함(대법원 2003. 5. 16. 선고 2002다25*** 판결)

5) 형사처벌 전력을 은폐하였으나 부당해고라고 본 사례

철도청에 근무하다 업무상 배임죄로 형사처벌을 받고 파면된 후 6년이 지나 그 사실을 은폐하고 관광호텔에 입사하였지만, 철도청 직무와는 다른 종류인 관광 숙박업 종사원 자격증을 취득하고 호텔 식음료부에 13년간 성실하게 근무한 경우 해고의 정당성을 부정함(대법원 1993. 10. 8. 선고 93다30*** 판결)

6) 경력을 누락하였으나 부당해고라고 본 사례

버스 회사에 입사할 때 이력서를 제출하면서 다른 버스 회사에 4개월 동안 근무한 경

력을 누락하였으나, 비위 사실을 은폐할 목적으로 고의로 이를 누락한 것이 아니라 그 경력 외에 다른 버스 회사에서 2년 이상 대형 버스를 운전한 경험이 있고 이것만으로 회사가 입사 자격으로 삼는 운전 경력을 나타내는 데 큰 지장이 없다고 판단하여 이를 누락한 경우 해고의 정당성을 부정함(대법원 1999. 12. 21. 선고 99다53*** 판결)

7) 학력 및 경력을 누락하였으나 부당해고라고 본 사례

대학교 중퇴와 다른 택시 회사 근무 경력을 누락하였으나 실제로 회사에는 대졸 학력을 가진 근로자가 최소한 5명 이상 있었고, 위 근로자나 대졸 학력자들이나 모두 같은 조건으로 근무했던 점, 그 학력·경력이 근로계약 체결 여부나 근로조건 결정에 크게 영향을 주지 않은 점, 고학력 때문에 동료들 사이에 위화감이나 위장 취업에 따른 노사 분쟁을 야기한 적이 없는 등 학력·경력 은폐와 관련한 문제가 없었던 경우 해고의 정당성을 부정함(대법원 2004. 2. 27. 선고 2003두14*** 판결)

나. 최근 수정된 판례법리

법원은 최근 이력서 허위 기재 등의 경우에도 근로기준법 제23조 제1항에 따라 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다고 하여 정당성 요건을 강화함

사회통념상 고용관계를 지속할 수 없을 정도인지는 사용자가 사전에 허위 기재 사실을 알았더라면 근로계약을 체결하지 않았거나 적어도 동일 조건으로는 계약을 체결하지 않았으리라는 등 고용 당시의 사정뿐 아니라, 고용 후 해고에 이르기까지 근로자가 종사한 근로 내용과 기간, 허위 기재를 한 학력 등이 종사한 근로의 정상적인 제공에 지장을 가져오는지 여부, 사용자가 학력 등 허위 기재 사실을 알게 된 경위, 알고 난 후 당해 근로자의 태도 및 사용자의 조치 내용, 학력 등이 종전에 알고 있던 것과 다르다는 사정이 드러남으로써 노사 간 및 근로자 상호 간 신뢰관계 유지와 안정적인 기업경영과 질서유지에 미치는 영향 기타 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 판시함

【대법원 2012. 7. 5. 선고 2009두16*** 판결】

가. 근로기준법 제23조 제1항은 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고하지 못한다고 하여 해고를 제한하고 있으므로, 징계해고사유가 인정된다 하더라도 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다(대법원 1998. 11. 10. 선고 97누18*** 판결 등 참조).

이는 근로자가 입사 당시 제출한 이력서 등에 학력 등을 허위로 기재한 행위를 이유로 징계해고를

하는 경우에도 마찬가지이고, 그 경우 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 사용자가 사전에 그 허위 기재 사실을 알았더라면 근로계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일 조건으로는 계약을 체결하지 않았으리라는 등 고용 당시의 사정뿐 아니라, 고용 이후 해고에 이르기까지 그 근로자가 종사한 근로의 내용과 기간, 허위 기재를 한 학력 등이 종사한 근로의 정상적인 제공에 지장을 초래하는지 여부, 사용자가 학력 등의 허위 기재 사실을 알게 된 경위, 알고 난 이후 당해 근로자의 태도 및 사용자의 조치 내용, 학력 등이 종전에 알고 있던 것과 다르다는 사정이 드러남으로써 노사 간 및 근로자 상호 간 신뢰관계의 유지와 안정적인 기업경영과 질서유지에 미치는 영향 기타 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 것이다.

다만, 사용자가 이력서에 근로자의 학력 등의 기재를 요구하는 것은 근로능력의 평가 외에 근로자의 진정성과 정직성, 당해 기업의 근로환경에 대한 적응성 등을 판단하기 위한 자료를 확보하고 나아가 노사 간 신뢰관계의 형성과 안정적인 경영환경의 유지 등을 도모하고자 하는 데에도 그 목적이 있는 것으로, 이는 고용계약의 체결뿐 아니라 고용관계의 유지에 있어서도 중요한 고려 요소가 된다고 볼 수 있다. 따라서 취업규칙에서 근로자가 고용 당시 제출한 이력서에 학력 등을 허위로 기재한 행위를 징계해고사유로 특히 명시하고 있는 경우에는 이를 이유로 해고하는 것은, 고용 당시 및 그 이후의 제반 사정에 비추어 보더라도 사회통념상 현저히 부당하지 않다면 그 정당성이 인정된다 할 것이다.

나. 원심판결에 의하면, 원심은 제1심판결을 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건에서 해고된 원고들(원고 전국노동조합을 제외한 나머지 원고들 전원, 이하에서는 '위 원고들'이라 한다)이 모두 4년제 대학졸업자임에도 피고보조참가인 회사들 및 M주식회사(이하 위 회사들을 통틀어 '참가인 회사 등'이라고 한다)에 생산직 사원으로 입사할 당시 이력서에 대학졸업 사실을 기재하지 않은 것은 그 자체로 위 원고들의 정직성에 대한 중요한 부정적인 요소가 될 뿐만 아니라 참가인 회사 등의 위 원고들에 대한 전인격적인 판단을 그르치게 하는 행위에 해당하는 점, 참가인 회사 등의 각 취업규칙은 모두 경력 또는 학력의 허위 기재행위를 해고사유로 규정하고 있는 점, 참가인 회사 등은 4년제 대학졸업자를 생산직 사원으로 고용하지 않아 왔기 때문에 참가인 회사 등이 고용 당시 위 원고들의 4년제 대학졸업 사실을 알았더라면 이들을 고용하지 않았을 것으로 보이는 점 등을 종합하여 볼 때, 위 원고들이 입사 당시 이력서에 대학졸업 사실을 기재하지 아니한 것은 정당한 해고 사유에 해당한다는 이유로 학력 허위 기재행위를 이유로 한 이 사건 해고가 부당하다는 위 원고들의 주장을 배척하였다.

위와 같은 원심의 판단은 참가인 회사 등이 위 원고들을 채용할 당시에 학력의 허위 기재 사실을 알았더라면 채용하지 않았을 것이라고 인정되면 해고에 정당한 이유가 있다고 보는 전제에 서 있는 것으로 보인다. 그러나 앞서 본 법리에 비추어 보면, 학력 등의 허위 기재를 징계해고사유로 규정한 취업규칙에 근거하여 근로자를 해고하는 경우에도, 고용 당시에 사용자가 근로자의 실제 학력 등을 알았더라면 어떻게 하였을지에 대하여 추단하는 이른바 가정적 인과관계의 요소뿐 아니라 고용 이후 해고 시점까지의 제반 사정을 보태어 보더라도 그 해고가 사회통념상 현저히 부당한 것은 아니라고 인정되어야만 정당성이 인정될 수 있다고 할 것이다.

따라서 원심으로서도 그 판시한 사정 이외에 참가인 회사 등이 그 취업규칙에서 학력 등의 허위 기재행위를 해고사유로 명시한 취지, 4년제 대학졸업자는 생산직 사원으로 고용하지 않는다는 방침 이라면서 채용 당시 그러한 조건을 명시적으로 요구하지 아니한 이유, 위 원고들이 학력을 허위 기재하여 취업한 경위 및 그 목적과 의도, 고용 이후 해고에 이르기까지 위 원고들 각자가 종사한 근로의

내용과 기간, 학력이 당해 근로의 정상적인 제공 등과 관련이 있는지 여부, 학력 허위 기재가 드러나게 된 경위와 그 이후 위 원고들의 태도 및 참가인 회사 등의 조치, 학력 허위 기재가 드러남으로써 노사간 또는 근로자 상호간의 관계나 기업경영 환경 및 사업장 질서유지에 어떠한 영향을 미쳤는지 등 여러 사정을 두루 심리해 본 다음, 이를 토대로 해서 보더라도 학력 허위 기재를 이유로 해고를 하는 것이 사회통념상 현저히 부당하다고 인정될 정도는 아니어서 그 정당성이 있다고 할 수 있는지 원고들 각자의 사정을 개별적으로 살펴서 판단하여야 할 것이다.

그럼에도 위와 같은 사정들을 제대로 살피지 아니한 채 그 판시의 사정만으로 이 사건 해고에 정당한 이유가 있다고 단정하여 이를 닦는 위 원고들의 주장을 배척한 원심판결에는 해고에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

【대법원 2013. 9. 12. 선고 2013두11*** 판결】

원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심판결을 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고의 취업규칙에는 입사 당시 이력서 등에 주요 사항을 누락 또는 허위로 기재한 것을 해고사유로 규정하고 있기는 하지만, 원고는 채용공고 당시 ‘경력조건 : 관계없음’, ‘학력조건 : 학력 무관’이라고 명시하였고 원고의 직원 중 전문대 졸업의 학력을 갖추고 참가인과 동일한 업무를 수행하는 직원도 있는 점, 참가인은 참고관리원으로 채용되어 입·출고 등 단순노무직의 성격을 가진 업무를 수행하였는데, 그 업무와 최종학력 및 경력 사이에는 별다른 관련성이 없다고 보이는 점, 원고는 2011. 10. 말경 참가인의 실제 학력과 경력이 이력서에 기재된 것과 다르다는 사실을 알게 되었음에도 급여에 대한 불만을 표출한 이 사건 소란행위가 있기 전까지 아무런 조치를 취하지 않은 점, 원고는 이 사건 소란 행위 직후 참가인을 해고하였는데 그 해고사유에는 이 사건 소란행위가 포함되어 있지 않은 점, 한편 참가인의 근무태도가 불성실하였다거나 최종 학력 등이 이력서의 기재와 다르다는 사정이 드러남으로써 노사 간 및 근로자 상호 간 신뢰관계 유지와 안정적인 기업경영과 질서유지에 악영향을 미쳤다고 볼 만한 사정이 없는 점 등을 종합해 볼 때, 참가인이 입사 당시 최종학력, 경력 등을 허위로 기재한 이력서를 제출하였다는 이유로 이루어진 이 사건 해고는 사회통념상 현저히 부당하여 정당성이 인정되지 않는다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 해고의 정당성에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 위법이 없다.

제4장
징계와
징계해고

4.3 무단결근 관련 판례

가. 사용자의 승인을 얻지 않은 결근 관련 판례

1) 근로제공의무 불이행은 징계사유로 인정된다고 본 판례

취업규칙에서 결근의 경우 사전 또는 사후 승인이 필요하다고 규정하고 있는 경우 근로제공의무 불이행을 정당화하기 위하여는 사용자의 사전 또는 사후의 승인을 요하고

근로자의 일방적 통지에 의하여 근로제공의무의 불이행이 정당화될 수는 없는데(대법원 2002. 12. 27. 선고 2002두9*** 판결), 무단결근, 근무지 무단이탈은 징계사유로 인정된다고 봄(서울고등법원 2018. 10. 24. 선고 2018누44*** 판결⁶⁸⁹⁾)

2) 병가신청 절차를 이행하지 아니한 경우

관리자에게 병가사실을 충분히 알린 경우라고 하더라도, **사용자의 절차에 따른 병가신청 권유에도 불구하고 이를 이행하지 않은 채 출근하지 아니한 것은 무단결근의 징계사유에 해당한다고 봄**(서울고등법원 2015. 11. 4. 선고 2015누38*** 판결⁶⁹⁰⁾)

3) 노동위원회 심문기일 참석을 위한 무단결근의 경우

사전에 허가를 받거나 연차휴가를 사용하지 아니한 채, **노동위원회 심문기일에 출석하기 위하여** 외출한 것은 개인적 사유로 인한 외출로서 무단외출에 해당하고,⁶⁹¹⁾ **사후에 연차휴가를 사용하였더라도 이미 행한 무단외출이 정당하게 되는 것은 아니라고 봄**(서울고등법원 2011. 11. 4. 선고 2011누4*** 판결)

4) 휴가 사용을 게시판에만 게재한 경우

사용자의 **사전승인 없이 휴가**를 간 것은 무단결근에 해당하고, 휴가사용을 동료 직원에게 알리고 **게시판에 게재하였다**고 하여 **무단결근이 아니라고 볼 수 없다고 판단함**(서울행정법원 2012. 6. 29. 선고 2012구합6*** 판결)

5) 무단결근 시 시말서만 받는 관행이 존재하였던 경우

회사 내에서 근로자들이 무단결근을 하면 **관행적으로 시말서만 받았다고 하더라도** 무단결근 자체는 징계사유에 해당한다고 봄(서울행정법원 2015. 2. 25. 선고 2014구합14*** 판결)

6) 근로자의 배차명령 조정 요청에도 불구하고 연차휴가 사용만을 주장하여 버스가 결행된 경우

버스기사인 근로자들이 노동위원회 심문회의 참석을 위하여 **사전에 배차명령을 조정**

689) 동 사건은 대법원(대법원 2019. 2. 28.자 2018두63*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

690) 동 사건은 대법원(대법원 2016. 2. 18.자 2015두57*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

691) 근로자가 노동위원회에 정당한 권리구제를 신청하여 조사에 응한 것 그 자체를 이유로 불이익을 주는 것은 부당하겠지만 노동위원회 조사에 응하기 위해 출석하는 것은 공의 직무라고 보기 어렵기 때문에 사용자의 승낙을 얻고 외출하거나 결근해야 함

하여 줄 것을 수차례 요청하였고, 관행적으로 배차조정이 어렵지 않을 것으로 보임에도 불구하고 사용자는 취업규칙 등의 절차에 따라 연차휴가를 사용할 것만을 주장하여 결국 버스가 결행된 경우, 이러한 배차명령은 신의칙에 반하여 위법하고 이에 따르지 않은 것을 징계사유로 삼을 수 없다고 봄(대전고등법원 2015. 12. 3. 선고 2015누11*** 판결 [1심 판결(대전지방법원 2015. 6. 10. 선고 2014구합102189 판결)을 인용함])

7) 상사·동료의 폭행, 협박 등으로 휴직 신청을 하였으나 불승인되어 결근한 경우

상사·동료의 폭행, 협박으로 직장 생활을 감당할 수 없어 휴직 신청을 하였으나 회사가 이를 승인하지 아니하자 계속 승인을 요구하면서 결근한 것은 무단결근에 해당하지만 이를 이유로 해고한 것은 징계권 남용이라고 봄(대법원 1997. 7. 22. 선고 95다53*** 판결)

8) 숙부상을 당하였다는 이유로 절차 없이 결근한 경우

숙부상을 당하였다는 이유로 이를 중간관리자에게만 고지한 채 조퇴하고 그 다음 날에도 출근하지 아니한 경우, 취업규칙 등에 숙부상을 당한 경우 별다른 절차 없이 휴가를 사용할 수 있다는 규정에 관한 입증에 없는 이상 무단조퇴 및 무단결근이라고 봄(서울고등법원 2011. 7. 14. 선고 2010누36*** 판결⁶⁹²⁾)

9) 장기무단결근 및 배차지시 거부 등의 경우

장기간 무단으로 결근하고 업무복귀명령 및 배차지시를 거부한 버스 운전기사들을 해고한 것은 정당하다고 봄

692) 동 사건은 대법원(대법원 2011. 10. 27.자 2011두20*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울행정법원 2009. 9. 10. 선고 2009구합17*** 판결】

노동조합 활동은 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 노동관행 또는 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 원칙적으로 취업시간 외에 이루어져야 하는 것이므로 취업시간 중 노동조합 활동을 위하여 근로제공을 거부하는 것은 허용되지 않는 점, 근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에만 종사할 수 있는 것인바 전임의 노조지부장 등에 해당하지 않는 참가인들이 결근하기 전 원고에게 노동조합 활동을 위한 무급결근을 신청하였다고 하여 원고에게 위 신청에 동의하여야 할 의무가 있다고 볼 수 없고 그와 같은 신청을 하였다는 사정만으로 원고의 승인 없이 이루어진 참가인들의 근로제공 거부행위가 정당하게 된다고 볼 수도 없는 점 등의 여러 사정에 비추어 볼 때, 참가인들이 원고의 업무복귀명령 및 배치지시에 불응하여 장기간 결근하고 배차를 거부한 행위는 원고의 취업규칙에서 정한 징계해고사유에 해당한다.

나. 연차휴가 관련 판례

1) 연차휴가 신청 및 시기변경권 관련 판례

근로기준법 제60조 제5항에 따라 근로자가 시기를 지정한 휴가신청에 대해 사용자가 시기변경권을 행사하지 아니한 이상 정당한 연가신청이므로 사용자는 연차휴가를 실시하여야 함

법원은 사용자가 근로자의 연차휴가 신청에 대하여 회사의 운영에 지장이 있음을 이유로 그 시기변경권을 행사하였다는 사정이 없는 한, 그 연차휴가 신청에 회사의 승인이 없더라도 근로자는 출근의무가 없다고 봄(서울고등법원 2013. 4. 10. 선고 2012누23*** 판결⁶⁹³⁾)

또한 근로자의 연차휴가의 사용으로 사업 운영에 막대한 지장이 발생할 가능성이 있다는 점을 인정하기 부족하므로 참가인의 연차휴가 신청을 허가하지 않은 행위는 정당한 시기변경권의 행사로 볼 수 없고, 따라서 근로자가 연차휴가 승인 없이 출근하지 않았더라도 이는 무단결근에 해당하지 않는다고 판시함(서울행정법원 2019. 5. 30. 선고 2018구합81*** 판결)

2) 사용자 규탄 농성을 위한 휴가신청의 경우

근로자가 시기를 지정한 연차휴가 신청에 대하여 사용자는 그것이 사용자를 규탄하는 천막농성을 위한 휴가신청이라는 이유로 시기변경권을 행사하거나 이를 반려할 수 없다고 봄

【서울행정법원 2014. 6. 20. 선고 2013구합65*** 판결】

693) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 8. 20.자 2013두8*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

근로기준법 제60조 제5항에서 정한 “사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우”라 함은 해당 근로자가 휴가를 사용하여 그 직접적 효과로서 발생하는 업무의 공백으로 사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우를 지칭하는 것으로 보이고, 해당 근로자가 휴가 기간이라는 개인적 시간에 펼치는 활동으로 인해 사업 운영에 지장이 있는 경우를 지칭한다고 볼 수 없다. 왜냐하면, 근로기준법 제60조에 따라 근로자에게 보장된 휴가는 근로기준법 제55조에서 정한 휴일과 마찬가지로의 근무 외 시간으로서 사용자가 근로자의 근무 외 시간의 활용 방법에 따라 휴가 부여 여부를 결정할 수 있도록 하면 사용자의 근로자의 사적 생활에 대한 간섭을 허용하는 결과를 야기할 수 있고 더 나아가 근로자에게 법적으로 보장된 휴가지정권이 침해될 수도 있기 때문이다(물론, 휴가 기간 동안의 활동으로 사용자에게 손해를 끼친 경우 이를 사유로 징계 또는 손해배상을 청구할 수 있음은 별론으로 한다).

3) 집단적 연차휴가 불승인의 정당성 관련 판례

근로자들이 단체로 연차휴가를 내고 회사가 이를 불허하였는데 **집단적 연차휴가를 승인할 경우 사업 운영에 막대한 지장이 초래될 개연성이 인정된 경우** 이러한 연차휴가 불승인은 정당하다고 봄(서울고등법원 2015. 4. 22. 선고 2014누58*** 판결⁶⁹⁴)

4) 연차휴가일수 계산 시 부당해고로 인하여 출근하지 못한 기간 산입 관련 판례

사용자의 부당해고로 인하여 근로자가 출근하지 못한 기간은 전체 근로일 및 출근일에 모두 산입하여 연차휴가를 계산하여야 한다고 봄(서울고등법원 2013. 4. 10. 선고 2012누23*** 판결⁶⁹⁵)

5) 시기를 특정하지 않은 연차휴가 신청 관련 판례

근로자가 연차휴가를 사용하면서 언제부터 언제까지 사용할 것인지에 관하여 **특정하지 않은 것은 적법한 시기지정권의 행사라고 할 수 없어 무단결근에 해당한다고 봄**. 이에 단체교섭을 요구하는 농성에 참여하기 위해 시기를 특정하지 않은 연차휴가 신청서를 제출하고 출근하지 않은 노조 지부장을 무단결근으로 해고한 것은 정당하다고 봄(대법원 1997. 3. 25. 선고 96다4*** 판결, 대법원 1997. 3. 28. 선고 96누4*** 판결)

694) 동 사건은 대법원(2015. 8. 31.자 2015두42*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정되었으며, 리조트 객실 정비 용역을 하는 회사의 입장에서 제때 객실 정비가 이루어지지 아니하면 리조트 측으로부터 손해배상청구 및 계약 해지를 당할 수도 있는 사정을 고려하면(실제로 용역대금 중 약 8백만 원 상당의 금원을 손해배상금 명목으로 공제 당하였음) 회사가 근로자들의 연차휴가 신청을 승인할 경우 사업 운영에 막대한 지장이 초래될 개연성이 있었다고 봄이 타당하다고 한 사례임

695) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 8. 20.자 2013두8*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

6) 연차휴가계 양식이 존재하지 않아 결근계를 제출한 경우

사업장에 결근계 양식만 비치되어 있고 연차휴가계 양식이 존재하지 않는 경우, 근로자가 “개인사정 및 노동조합 활동”을 사유로 결근계를 제출한 것은 연차휴가에 관한 시기지정권 행사의 의사표시로 보아야 하고, 따라서 사용자가 시기변경권을 행사하지 아니하고 결근 허가 사유에 해당하지 않는다는 이유로 위 연차휴가 신청을 불허하는 것은 허용되지 않는 것이므로, 이에 반하여 결근한 것을 두고 무단결근이라고 볼 수 없다고 봄(서울고등법원 2014. 8. 21. 선고 2013누30*** 판결⁶⁹⁶⁾)

7) 연가신청을 하며 연가 일자의 연도를 잘못 기재한 경우

기간의 특정과 관련하여 연가신청은 그 기간을 특정하면 족하고 어떤 근무연도의 연가인지를 꼭 기재할 필요는 없으므로 2008년도 연가신청을 함에 있어 ‘2007년분 연차휴가’라고 잘못 기재한 것을 이유로 휴가신청을 불허한 것은 부당하다고 봄

이 판결에서 법원은 휴가기간을 특정하면 족한 것이고, 어떤 근무연도인지를 기재할 필요가 없는 점, 다른 근로자들도 몇 년도 분인지 특정하지 않았던 점, 2007년도 분은 이미 소멸되었음이 명백한 것으로 볼 때 단순 오기인 것으로 보인다고 판단함(서울고등법원 2012. 4. 12. 선고 2011누27*** 판결⁶⁹⁷⁾)

8) 시내버스 운전기사에 대한 연차휴가신청 불허의 경우

시내버스 회사의 시내버스 운전기사에 대한 연차휴가신청 불허는 정당한 시기변경권 행사로 보기 어려워 휴가신청일에 출근하지 아니한 것은 무단결근에 해당하지 않는다고 판시함

696) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 12. 24.자 2014두12*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

697) 동 사건은 대법원(대법원 2012. 7. 26.자 2012두9*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울행정법원 2016. 8. 19. 선고 2015구합73*** 판결⁶⁹⁸⁾】

원고(시내버스 운수업)는 인가받은 버스노선이 결행될 경우 100만 원의 과징금을 부과받게 되고, 나아가 참가인들이 운전하는 준공영제 노선이 결행될 경우에는 이 사건 시내버스 수입금공동관리위원회로부터 운송원가 2배의 제재를 받게 되므로, 참가인들이 신청한 기간에 휴가를 부여함으로써 버스노선에 결행이 발생하는 것은 버스여객운송업체인 원고의 사업운영에 대한 중대한 지장이라 할 것이다. 그러나 근로자의 연차휴가는 통상 예견되는 것이고 평상시에도 늘 행하여지는 것이므로 원고로서는 통상적인 근로자의 결원을 예상하여 그 범위 내에서 대체 근로자를 충분히 확보하여야 할 것인데, 원고는 운영버스의 수 및 운행방식에 비하여 근로자들이 연차휴가를 사용할 수 있도록 대체 근로자를 충분히 확보하지 못한 점, 원고가 휴가 부여에 필요한 대체인력을 확보하기 위하여 인가차량의 2.35배를 초과하는 운전기사를 고용하는 것이 불가능하였다고 볼 수 없는 점, 원고가 노선별·조별 단위 휴무 제도를 도입하고, 휴무신청을 제도화하며, 근로자들의 합의에 따른 휴무일 교환 관행을 승인하였다는 사정만으로 근로자들에게 연차휴가를 보장하기 위한 충분한 노력을 하였다고 볼 수 없는 점 등을 종합하면, 위와 같은 사업운영의 지장은 휴가 실시 및 그로 인한 인원 대체 방법을 제대로 강구하지 아니한 원고의 잘못에 의하여 발생한 것으로 보이므로, 이를 이유로 참가인들의 휴가신청을 불허한 원고의 행위는 정당한 시기변경권의 행사에 해당한다고 보기 어렵고, 따라서 참가인들이 위 각 휴가신청일에 출근하지 아니한 것은 무단결근에 해당하지 아니한다.

다. 전근·전보 등 인사 명령에 불응한 결근 관련 판례

1) 선행 인사명령에 불응하여 무단결근한 경우

사용자의 인사명령(전근·전보)에 반발하여 회사에 출근하지 않아 일견 취업규칙상 무단결근 또는 업무상 명령 위반에 해당한다는 이유로 징계처분을 한 경우, **선행 인사명령의 당부**에 따라 징계사유로서의 정당성 여부가 결정됨⁶⁹⁹⁾

법원은 인사명령이 정당하여 무단결근이 해고 사유가 될 수 있다 하더라도 **당해 근로자의 결근 일수, 인사처분 경위 등의 사정**을 살펴 해고가 재량권 범위 내의 처분인지를 살펴야 한다고 봄

698) 동 사건은 대법원(대법원 2012. 9. 27.자 2012두13*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

699) 선행 인사명령이 정당하다면 정당성이 인정되고(대법원 1995. 8. 11. 선고 95다10*** 판결), 선행 인사명령이 부당하다면 정당성이 부정됨(대법원 1997. 12. 12. 선고 97다36*** 판결, 대법원 1991. 9. 24. 선고 90다12*** 판결, 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다47*** 판결, 대법원 2009. 3. 12. 선고 2007두22*** 판결 등) 인사명령의 정당성에 관한 자세한 내용은 ‘제2부 제6장 제2절 전직·전보 등’ 참조

【서울고등법원 2012. 5. 23. 선고 2011누33*** 판결⁷⁰⁰⁾】

위 인정 사실에 의하면, 이 사건 대기발령은 인사권 남용으로 무효이어서 원고로서는 이 사건 대기발령에 따라 참가인 사업장 내에서 일정 시간 대기할 의무가 있었다고 볼 수 없고, 설령 원고가 이 사건 대기발령 기간에 근무 복장을 제대로 갖추어 출근·대기를 하더라도, 참가인이 원고에게 배차지시를 하지 아니할 것이 명백히 예상되었기 때문에 원고는 자신에게 배차명령이 있는지를 확인한 후 조기에 귀가할 수밖에 없었다고 봄이 타당하다. 따라서 이처럼 원고가 이 사건 대기발령 기간에 자신에 대한 배차지시가 없는 것을 확인한 후 참가인 사업장 내에서 대기하지 않고 참가인의 허락 없이 곧바로 귀가한 것은 정당화할 만한 특별한 사정이 존재하므로 징계해고사유인 무단 결근으로 볼 수는 없다.

2) 노동위원회 구제명령에 따라 복직시키면서 다른 업무로 발령을 내려 결근한 경우

해고한 근로자를 법원 판결, 노동위원회 구제명령 등에 따라 복직시키면서 종전과 다른 업무로 인사명령을 하자 근로자가 거부한 경우, 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용자의 경영상 필요, 작업 환경의 변화 등을 고려하여 합당한 복직이라고 인정된다면 이에 불응하여 작업을 거부하는 것은 징계사유가 된다고 봄(대법원 1994. 7. 29. 선고 94다4295 판결, 대법원 1997. 5. 16. 선고 96다47*** 판결)

【대법원 1997. 5. 16. 선고 96다47*** 판결】

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 사용주가 해고되었던 근로자를 복직시키면서 해고 이후 복직시키지 위 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨다면 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 이는 사용주의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것이므로 정당하게 복직시킨 것으로 보아야 한다고 전제한 후, 피고 회사가 1994. 12. 11. 영업용 택시의 고정기사로 근무하던 원고를 징계해고하였으나, ○○지방노동위원회가 피고 회사에게 원고를 복직시킬 것을 권고하여, 피고 회사는 1995. 1. 21. 원고에게 1995. 1. 22.부터 영업용 택시의 주간 예비기사로 복직할 것을 통보한 사실, 1994년 말 및 1995년 초경 피고 회사가 운행하는 영업용 택시는 약 30대이고, 각 영업용 택시마다 고정기사가 1인씩 지정되어 있어 피고 회사의 고정기사는 약 30명이며, 예비기사는 약 7명인 사실, 피고 회사는 고정기사가 결원되는 경우 즉시 예비기사 중 가장 먼저 입사한 기사를 고정기사로 지정하고 있는데, 1994. 12. 11. 고정기사였던 원고를 해고한 후 위 인사방침에 따라 예비기사 중 1인을 고정기사로 지정하여 영업용 택시를 운행하게 한 사실, 원고를 복직시킬 당시인 1995. 1. 22. 피고 회사가 운행하는 모든 영업용 택시에 이미 고정기사가 지정되어 있어서 피고 회사는 원고를 예비기사로 복직시킨 사실, 예비기사는 고정기사가 휴무하는 경우 그 고정기사에게 지정된 영업용 택시를 운행하게 되는데, 고정기사의 근무일수와 예비기사의 근무일수는 큰 차이가 없는 사실을 인정한 다음, 피고 회사는 원고를 종전과 같이 운전기사로 복직시켰으므로 원고에게 합당한 직책을 부여한 것이라고 할 것이고, 다만, 피고 회사가 원고를 종전의 직책인 고정기사가 아닌 예비기사로 복직시켰다 하더라도 이는 1994. 12. 11.자 해고 이후 위 해고가 유효함을 전제로 하여 이미 이루어진 인사질서 및 피고 회사의

700) 동 사건은 대법원(대법원 2012. 9. 27.자 2012두13*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

경영상의 필요에 비추어 불가피한 조치였으므로, 원고가 위와 같은 복직을 거부하면서 계속 결근한 행위는 피고 회사의 취업규칙상 해고사유인 3일 이상의 무단결근에 해당한다고 보아 원고에 대한 해고가 정당하다고 판단하였다. 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 모두 수긍이 가고, 거기에 채증법칙을 위반한 잘못이 없고, 해고의 정당한 이유에 관한 법리오해의 위법도 없다. 이 점을 지적하는 상고이유도 받아들일 수 없다.

3) 직위해제 처분의 부당함을 다투며 무단결근한 경우

출근의무는 근로자가 근로계약에 의하여 사용자에게 부담하는 근로제공의무에 내재된 것으로서, 근로관계 유지를 위하여 필수적으로 이행되어야 할 기본적인 의무에 해당하고, 사용자의 직위해제 처분이 위법하다고 하여 근로자의 출근의무 자체가 면제된다고 보기는 어렵다고 봄

【서울고등법원 2012. 11. 14. 선고 2012누11*** 판결⁷⁰¹⁾】

원고는 ○○노조가 전면파업에 돌입하자 2009. 11. 26.부터 2009. 12. 2. 사이에 참가인들을 포함한 ○○노조의 간부들에 대하여 일률적으로 인사규정 제52조 제1항 제1호를 적용하여 직위해제를 하면서 지정장소 대기를 지시하고 연구과제를 부여하였다. 그 무렵 ○○노조는 참가인들을 비롯한 직위해제자들에게 과제물 제출을 거부하도록 지시하였고, 참가인들 등 직위해제자들은 그 과제수행을 거부하거나 지정된 대기장소에 머무르지 않고 소속장의 승인 없이 대기장소를 이석하였다. …(중략)… 근로자의 출근의무는 근로자가 근로계약에 의하여 사용자에게 부담하는 근로제공의무에 내재된 것으로서 근로관계 유지를 위하여 필수적으로 이행되어야 할 기본적인 의무에 해당하고, 사용자의 근로자에 대한 직위해제 처분이 위법하다고 하여 근로자의 출근의무 자체가 면제된다고 보기 어렵다.

제4장
징계와
징계해고

라. 노동조합 활동과 무단결근 관련 판례

1) 노동조합 선거운동을 이유로 결근한 경우

노동조합 대의원 선거에 입후보하여 선거운동을 하여야 한다는 이유로 결근한 것은 정당하지 않다고 봄(대법원 1992. 2. 11. 선고 91다5*** 판결)

2) 노동조합 전임자의 무단결근의 경우

노동조합 전임자는 휴직 상태에 있는 것과 유사하므로 교육·연수·훈련에 참가하지 않은 것은 징계사유에 해당하지 않는다고 보았고(대법원 1999. 11. 23. 선고 99다45*** 판결), 노동조합 전임자도 출·퇴근에 관한 취업규칙 등의 적용을 받으므로 이를 위반한 때에는 징계사유가 된다고 본 판례가 있으며(대법원 1993. 8. 24. 선고 92다34*** 판

701) 1심 판결(서울행정법원 2012. 3. 29. 선고 2011구합18*** 판결)을 인용함

결), 노조전임자가 **노조 대표자의 승인 없이 노조사무실에 출근하지 않은 경우**, 무단결근의 징계사유에 해당한다고 봄(서울행정법원 2015. 2. 25. 선고 2014구합14*** 판결)

3) 노조전임자로 발령이 나기 전 무단결근의 경우

단체협약에 따라 노동조합이 사용자에게 당해 근로자를 **노조전임자로** 통보하였으나 사용자의 **노조전임 발령이 아직 없었다면** 원칙적으로 **근로제공의무가 면제되지 않는**다고 보고 있으므로(대법원 1997. 4. 25. 선고 97다6*** 판결), **종전 근무 부서에** 결근하면 특별한 사정이 없는 한 무단결근에 해당하고(대법원 1997. 4. 25. 선고 97다6***판결), 이 경우 노조전임 발령이 있었는지, 노조전임 통지만으로 근로제공의무가 면제되는 관행이 있었는지 등의 사정을 검토하여야 함

【서울고등법원 2010. 7. 6. 선고 2010누*** 판결⁷⁰²⁾】

(1) 노조전임제는 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태이고 사용자가 단체협약 등을 통하여 승인하는 경우에 인정되는 것으로서 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 근로조건이라고 할 수 있으므로, 단체협약에 노조전임규정을 두었다고 하더라도 그 내용상 노동조합 대표자 등의 특정 근로자에 대하여 그 시기를 특정하여 사용자의 노조전임발령 없이도 근로제공의무가 면제됨이 명백하거나 그러한 관행이 확립되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 근로자의 근로계약관계를 직접 규율할 수 없어서 노조전임발령 전에는 근로제공의무가 면제될 수 없다고 할 것이고, 근로자가 근로계약에 의하여 사용자에게 부담하는 근로제공의무를 이행하지 못하게 된 경우 이를 정당화하기 위하여는 사용자의 사전 또는 사후의 승인을 요하고, 근로자의 일방적인 통지에 의하여 근로제공의무의 불이행이 정당화될 수 없다 할 것이다(대법원 1997. 4. 25. 선고 97다6*** 판결 참조).

702) 대법원(대법원 2010. 10. 28.자 2010두18*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

4) 노조전임자의 근로규정인 단체협약이 효력을 상실한 후의 무단결근의 경우

노조전임자의 근로규정인 단체협약이 유효기간의 만료로 효력을 상실한 경우 노조전임자는 사용자의 원직복귀명령에 응하여야 하고, 이에 따르지 않은 경우 무단결근으로서 징계해고사유가 된다고 봄(대법원 1997. 6. 13. 선고 96누17*** 판결)

5) 정당한 쟁의행위로 인한 무단결근의 경우

근로자들이 지명파업에 참여하라는 노동조합 분회의 지시에 따라 사용자가 지시한 자체교육을 집단적으로 거부하거나 사용자의 인사명령을 거부하면서 업무복귀 지시에 불응한 것이 정당한 쟁의행위에 해당하여 징계사유로 삼을 수 없다고 봄(서울고등법원 2013. 4. 10. 선고 2012누23*** 판결703))

마. 해고사유로 되는 무단결근 기간의 계산 관련 판례

1) 징계해고사유로서의 ‘7일 이상 무단결근 하였을 때’의 의미

해고는 징계처분 중 가장 무거운 처분으로서 사회통념상 고용계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 사유가 있는 경우에만 할 수 있는 것인 점에 비추어 인사위원회규정에 의한 징계해고사유인 “7일 이상 무단결근하였을 때”란 일정한 시간적 제한이 없이 합계 7일 이상의 무단결근을 한 모든 경우를 의미하는 것이 아니라 상당한 기간 내에 합계 7일 이상의 무단결근을 한 경우라고 제한적으로 해석하여야 한다고 봄(대법원 1995. 5. 26. 선고 94다46*** 판결)

2) 결근일수에 휴일이 포함되는지 여부

주휴일 제도는 근로자 피로를 회복시키는 물론 근로제공의무를 벗어나 사업장 이외의 장소에서 자유로운 시간을 갖도록 하는 취지의 강행규정이므로 휴일은 결근일수에 포함되지 않는다고 봄(대법원 2004. 6. 25. 선고 2002두2*** 판결)

그러나 교대제 근무기간 중의 비번일은 전날 근무일에 정상근무가 이루어진 경우에 인정되는 휴일이므로 결근이 계속되는 경우 비번일도 결근일수에 포함된다고 보고 있어(대법원 1996. 11. 26. 선고 95누17*** 판결), 격일제 근무형태의 버스기사인 근로자가 근무일에 근무하지 않은 이상 비번인 그 다음 날의 결근은 결근일수에 포함된다고 봄(서울행정법원 2015. 2. 25. 선고 2014구합14*** 판결)

703) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 8. 20.자 2013두8*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

3) 비연속적 무단결근을 징계해고사유로 규정한 경우

연속되지 않더라도 5일 이상 무단결근을 징계해고사유로 규정한 것 역시 정당한 것으로 판단함(대법원 2002. 12. 27. 선고 2002두9*** 판결)

4.4 근무성적·태도 불량 관련 판례

가. 징계사유의 정당성을 인정한 판례

1) 근무시간 중 골프를 친 경우 징계사유에 해당된다고 본 사례

감독권자로서 토요일 근무시간 중에 부하직원과 함께 골프를 3회 하였고, 이것이 언론에 게재되게 한 것은 징계사유에 해당하나, 징계의 종류 중 가장 중한 해고를 선택한 것은 지나치게 가혹하다는 이유로 징계권 남용으로 봄(대법원 1996. 4. 23. 선고 96다2*** 판결)

2) 부하직원 횡령사고에 대한 관리·감독 의무 위반의 징계사유를 인정한 사례

부하직원이 약 16억 원 이상의 금액을 횡령하는 금융사고가 발생하였는바, 근로자는 부하직원을 관리·감독하여야 할 직무상 의무를 게을리하여 징계사유에 해당한다고 봄(서울행정법원 2012. 5. 4. 선고 2012구합*** 판결⁷⁰⁴⁾)

3) 업무실적 저조가 징계해고사유로 인정된다고 본 사례

○○연금공단 근로자의 업무실적이 매우 저조[CSA업무의 경우 목표량의 18.9%(후임자는 목표량의 99.8% 달성), 평생고객이력 등록내역이 동료 및 후임자의 1/22 내지 1/11 수준]하여 이를 징계해고사유로 삼은 것은 정당하다고 봄(서울행정법원 2011. 11. 27. 선고 2011구합19*** 판결)

4) 교사의 학력평가 자료 불성실 입력, 수업 중 부적절 발언 등을 징계사유로 인정한 사례

사립학교 교사가 학생들의 대학 진학 상담 및 학교 내 장학금 지급 대상 선정에 활용되는 중요한 자료인 학력평가 자료를 불성실하게 잘못 입력하고, 수업시간에 충실하게 수업을 하지 않고 학생들의 학업 성취 및 인격 향상에 악영향을 미칠 수 있는 발언들로

704) 다만, 동 판례는 인정되는 징계사유들만으로 징계면직처분은 그 양정이 과하다고 판단함

인하여 학생들로부터 민원이 들어오기도 하였다는 점 등을 이유로 징계해고한 것은 정당하다고 봄(서울행정법원 2013. 8. 29. 선고 2013구합9*** 판결)

5) 교비횡령 사고를 막지 못한 근로자들에 대하여 징계사유를 인정한 사례

학교법인의 교비회계 및 결산 등에 관한 업무를 담당하고 있는 근로자들이 계좌를 이사 등이 직접 관리하고 있다는 이유로 교비를 제대로 집행하거나 결산하지 못하여 교비 횡령 사고를 막지 못하였더라도, 사무분장규정 등에서 정한 자신의 역할과 권한을 행사하지 않아 성실의무 위반으로 징계사유가 인정된다고 봄(서울행정법원 2011. 11. 27. 선고 2011구합15*** 판결⁷⁰⁵⁾)

6) 연구직 근로자가 연속적으로 저조한 평가등급을 받은 경우 징계사유로 인정한 사례

연구직 근로자가 연속 6회에 걸쳐 매우 저조한 수준의 직무평가등급을 받은 사실은 취업규칙 등에서 정한 직무태만에 해당하여 징계사유로 된다고 봄(서울행정법원 2012. 2. 9. 선고 2011구합29*** 판결⁷⁰⁶⁾)

7) 시외버스 운전기사의 저속운행 및 지연운행이 징계사유로 인정된다고 본 사례

시외버스 운전기사가 20여 일간 48회에 걸쳐 20분에서 120분까지 지연운행을 하고, 이러한 저속운행에 대한 민원이 수차례 제기되었으며 특별히 저속운행을 하여야 할 사정도 보이지 않았던 경우 저속으로 인한 지연운행은 징계사유로 인정된다고 판시함(서울행정법원 2018. 12. 6. 선고 2017구합7*** 판결)

8) 택시기사의 빈차대기, 미터기 미사용행위 등을 징계사유로 인정한 사례

택시기사가 전액관리제 하에서 빈차연속대기, 미터기 미사용행위, 타지역 영업행위 등을 빈번히 한 경우 이는 징계사유로 인정된다고 판시함(서울행정법원 2013. 5. 16. 선고 2012구합38*** 판결)

705) 그러나 근로자들이 입사하기 전부터 이사 등이 계좌를 직접 관리하였고 학교법인의 총장도 이를 알고 있으면서도 별다른 조치를 취하지 않았던 점, 근로자들의 전임자도 이사 등이 발급하여 주는 잔액증명서를 통해 교비의 잔고를 확인하여 왔기에 근로자들 역시 같은 방법으로 업무를 수행하여 왔던 점 등에 비추어 징계해고는 그 양정이 과하다고 판단함. 동 사건은 대법원(대법원 2013. 4. 12.자 2012두28*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

706) 그러나 ① 이전에 징계처분을 할 당시에도 위와 같은 징계사유가 존재하였지만 이를 징계사유로 삼지 않았던 점, ② 다른 연구원들에 대하여는 직무평가 하위등급을 받았다는 이유로 징계한 예가 없는 점 등에 비추어 징계해고는 양정이 지나치게 무거워 부당하다고 판단함

9) 택시기사의 고의 불성실 근로를 징계사유로 인정한 사례

택시기사인 근로자가 회사의 전액관리제 실시 공고에 반발하여 **6개월여 기간 동안 고의로 불성실하게 근로를 함으로써 운송수입금을 총 1,783,039원 적게 입금한 경우**, 취업규칙상 ‘업무명령을 위반하거나 직무를 게을리하고 회사 지시를 고의로 회피 또는 회사 교육을 기피한 자’에 해당하여 징계사유로 된다고 봄(서울고등법원 2012. 8. 22. 선고 2012누1*** 판결⁷⁰⁷⁾)

나. 징계사유의 정당성을 부정한 판례

1) 휴게시간 내 근무지 이탈의 경우

점심시간이 고정되지 않은 근로자가 **허용된 휴게시간 범위 내에서** 근무지를 이탈한 것은 무단이탈에 해당하지 않는다고 봄(서울고등법원 2015. 6. 12. 선고 2014누2*** 판결⁷⁰⁸⁾)

2) 수회 지각에 참작할 사정이 있었던 경우

수회 지각하였으나 참작할 만한 사정이 있고 업무상 지장이 없으며 사용자가 특별한 반응을 보이지도 않아서 근로자로서는 묵시적 양해가 있는 것으로 해석할 수 있었을 것으로 보이는 점 등을 이유로 징계사유에 해당하지 않는다고 봄(서울고등법원 2015. 4. 29. 선고 2014누55*** 판결⁷⁰⁹⁾)

3) 근무 중 취침하였으나 징계사유로 인정하지 않은 사례

상사의 개선지시가 있었음에도 **근무 중 취침한 사실은 인정되나**, 당시 파업 등으로 대무 근로자가 없어 **하루에 16시간씩** 근무하고 있었던 사정을 고려하면 근무태도가 불량하다고 단정하기 어려우므로 이를 징계사유로 삼을 수 없다고 봄(서울고등법원 2013. 1. 17. 선고 2012누19*** 판결⁷¹⁰⁾)

4) 부당한 조건을 붙여 복직시킨 경우 조건 미충족을 징계사유로 인정하지 않은 사례

취업규칙 등에 근거가 없는 부당한 조건을 붙여 복직시킨 경우, 그 조건을 충족시키

707) 동 사건은 대법원(대법원 2012. 12. 28.자 2012두20*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

708) 현재 대법원에서 소송 계속 중임

709) 동 사건은 대법원(대법원 2015. 8. 19.자 2015두43*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

710) 동 사건은 대법원(대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3*** 판결)에서 확정됨

지 못했다는 사정은 징계사유로 삼을 수 없다고 봄(서울행정법원 2012. 5. 4. 선고 2012구합*** 판결)

4.5 업무상 지시 위반 관련 판례

가. 운송사업체 승무 관련 지시의 정당성

1) 배차지시 거부 관련 사례

승무직 근로자가 운송 사업체 사용자의 **배차지시**를 거부하는 것은 **근로계약의 본질적이고 기본적인 의무**를 불이행하는 것으로서 일반적으로 해고사유가 되고, 나아가 배차지시를 거부함으로써 여객 운송 질서를 문란하게 한 경우에는 단순한 무단결근과는 성질을 달리 하는 것으로서 중대한 해고사유가 된다고 봄. 그러나 **배차지시가 지나치게 부당**하여 근로제공을 이행하기 어려운 상황이라면 배차지시 거부만으로 해고사유로 삼을 수 없음

가) 배차지시를 거부하여 **1일 결근했다 하더라도 노선이 1회 결행, 2회 대리 운행** 되었다면 정기성·계속성이 요구되는 고속버스사업의 특수성과 공익성을 고려할 때 해고가 정당하다고 봄(대법원 1997. 11. 25. 선고 96누13*** 판결)

나) 시내버스 기사가 이미 배차가 되어 있음에도 **하루 전에 일방적으로 휴무신청**을 하고 출근하지 않는 등 **3차례나 배차지시를 거부**하였고 그로 인하여 시내버스가 결행된 적도 있다면, 이러한 행위는 대중교통을 이용하는 다수의 시민들에게 불편을 야기하고 회사의 신뢰도를 근본적으로 훼손시키는 중한 비위행위에 해당하여 징계해고는 정당하다고 판단함(서울고등법원 2015. 5. 13. 선고 2014누47*** 판결⁷¹¹⁾)

다) 업무상 필요성이 인정되는 배차명령을 거부하여 42일간 무단결근한 것은 정당한 인사명령 거부로서 징계사유에 해당한다고 판시함(서울행정법원 2018. 3. 30. 선고 2017구합77*** 판결⁷¹²⁾)

라) 취업규칙에는 7시간 20분 근무라고 규정되어 있으나 실질적으로 휴게시간 포함하여 1일 12시간까지 임의로 택시를 운행하여 **추가 수입을 얻는 것을 묵인**해왔던 회사가 **전액관리제 시행을 요구한 근로자에 대해서만 7시간 20분으로 배차를 제약**하고 추가

711) 동 사건은 대법원(대법원 2015. 9. 10.자 2015두44*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

712) 동 사건은 대법원(대법원 2019. 2. 14.자 2018두63*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

승무를 금지하자, 근로자가 정상적인 근무시간과 배차를 요구하면서 결근한 경우, 이를 이유로 한 해고는 정당하지 않다고 판단함(서울고등법원 2010. 7. 22. 선고 2010누4*** 판결⁷¹³⁾)

2) 버스기사가 휴게시간 문제로 지연 출발한 경우

휴게시간 문제로 정당한 배차지시에 따르지 않고 지연 출발을 한 버스기사에 대한 징계처분은 정당하다고 판시함(서울고등법원 2014. 12. 24. 선고 2014누49*** 판결)

3) 택시기사가 근로시간 준수 지시를 어긴 경우

택시기사가 사업주의 근로시간 준수 지시를 어기고 초과근무를 해 부당이득을 얻었다면 이에 대한 징계 징계처분은 정당하다고 판시함

【서울고등법원 2008. 11. 21. 선고 2008누11*** 판결】

원고 택시 운수 회사에 소속된 택시기사인 피고보조참가인들은 근로기준법과 취업규칙에 근거한 회사의 근로시간 준수 지시를 따르지 않고 차량 입고를 지연하며, 회사의 승인 없이 초과 근무를 하여 부당이득을 취한바, 각 3개월과 6개월의 징계 징계 처분은 정당하다.

나. 시말서 제출 거부

1) 1년간 수회 시말서 제출을 요구받은 경우

시말서 미제출이라는 가벼운 비위만으로 징계종류 중 가장 무거운 해고를 선택한 것은 징계권 남용으로 위법하다고 보지만(대법원 1991. 12. 24. 선고 90다12*** 판결), 1년이 되지 않은 기간 동안 5차례에 걸쳐 시말서 제출을 요구받은 근로자에 대한 징계해고는 정당하다고 봄(대법원 1995. 4. 25. 선고 94누13*** 판결)

2) 사죄문 또는 반성문 제출 거부의 경우

시말서가 단순히 사건의 경위를 보고하는 데 그치지 않고 사죄문 또는 반성문을 요구하는 취지라면 이는 헌법상 양심의 자유를 침해하는 것이므로 이러한 시말서 제출을 거부했다 하더라도 징계사유가 될 수 없다고 봄(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두6*** 판결)

713) 동 사건은 대법원(대법원 2010. 11. 25.자 2010두18*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

다. 기타

1) 어린이집 보육교사들의 업무지시 불이행의 경우

어린이집 내 CCTV를 설치하자 보육교사들이 검정 비닐봉지를 씌운 채 이를 제거하라는 사용자의 지시를 불이행한 경우, 위 CCTV 설치가 **단체협약상 절차를 거치지 아니한 채 이루어진 것으로서** 노동조합은 사용자에게 그 철거를 요구할 수 있다고 볼 수 있으므로 위 업무지시 불이행은 징계사유로 할 수 없고, CCTV 설치가 원아 체벌 사건으로 인한 학부모들의 요청에 의한 것이라고 하더라도 마찬가지라고 판단함(서울행정법원 2014. 9. 25. 선고 2013구합61*** 판결⁷¹⁴⁾)

2) 법령상 경비원으로 근무할 수 없는 경비지도사의 경비근무 지시 거부 의 경우

법령에 따라 경비지도사는 경비원으로 근무할 수 없고 이에 위반할 경우 자격정지를 받을 수도 있는 경우, 경비지도사인 근로자가 사용자의 경비근무 지시를 거부한 것은 정당하고 징계사유로 삼을 수 없다고 판단함(서울고등법원 2012. 8. 16. 선고 2012누5*** 판결)

3) 연수 중 과도한 신체훈련을 거부한 경우

금융기관 근로자가 그 연수과정 중에 해병대훈련 등 과도한 신체훈련을 거부한 경우, 그러한 연수과정 이수를 강제하는 것은 근로계약에 의한 사용자의 노무지휘·감독권의 범위를 넘어서고 사회통념상으로도 허용될 수 있는 업무지시의 범위를 벗어난 것으로서 업무지시 위반의 징계사유는 인정할 수 없다고 봄

【서울행정법원 2012. 6. 21. 선고 2011구합44*** 판결⁷¹⁵⁾】

한편 사용자가 근로자에 대하여 직무수행 및 업무능력 등의 향상을 위한 연수를 실시하는 경우 그 대상자 선정 및 교육과정의 구성 등과 관련하여 폭넓은 재량이 인정되고, 연수 대상자로 선정된 근로자로서는 특별한 사정이 없는 한 고유한 업무수행에 갈음하여 실시되는 연수에 성실히 임할 의무가 있다고 할 것이다. 그러나 근로자의 연수의무(또는 노무제공의무)이행은 근로자의 인격이 내재된 신체활동에 해당하므로 사용자의 연수(또는 노무제공) 지시권은 금지법령에 따라 제한될 뿐만 아니라 인간으로서의 품위 내지 인격권에 대하여 사회통념상 허용되는 침해의 한계를 넘어설 수는 없다고 봄이 타당하다. 따라서 사용자가 실시한 연수가 표면적으로 내세운 목적 및 효과와 달리 연수 대상자의 업무능력 등의 향상에 별다른 도움이 되지 않거나 다소 도움이 된다고 하더라도 근로계약에 따라 제공될 노무의 종류나 태양, 근로자의 경력이나 나이, 신체조건 등을 종합적으로 고려해 볼 때 연수 대상자의 인간으로서의 품위나 인격권 등을 현저하게 침해하여 사회통념상 용인되기 어려운 정도에 이른 경우에는 이러한 연수의 실시가 부당한 업무지시와 다름없어 근로자가 이를 거부하였다고 하더라도 그러한 행위가 성실의무 위반, 업무지시 위반 등의 징계사유를 구성한다고 볼 수 없다.

714) 동 사건은 항소심(서울고등법원 2015. 5. 14. 선고 2014누65*** 판결)에서 확정됨

4) 대기실 대기 관행에 배치되는 업무지시를 한 경우

사용자가 가스 충전원에게 대기실 대기 관행을 무시하고 충전장에 상주할 것을 내용으로 하는 업무지시는 정당성이 없어 이를 거부한 것이 징계사유에 해당하지 않는다고 판단함(대전고등법원 2015. 4. 30. 선고 2014누12*** 판결⁷¹⁵)

5) 징계사유 조사를 위한 출석지시에 응하지 않은 경우

징계사유 조사를 위한 출석지시는 징계절차의 일환일 뿐 근로자가 수행하여야 할 본연의 업무명령에 해당한다고 볼 수 없고, 근로자가 자신의 비위행위를 조사하기 위한 회사의 출석지시에 응하지 않은 것은 정당한 방어권의 행사이므로 출석지시에 응하지 않은 것을 징계사유로 삼을 수는 없다고 판시함(서울행정법원 2018. 4. 20. 선고 2017구합75*** 판결⁷¹⁷)

4.6 동료 또는 상사에 대한 폭력 행사 관련 판례

가. 징계해고의 정당성을 인정한 판례

1) 상해를 가한 후 2차 폭행까지 하였고, 기존에도 직원들 간 갈등이 있었던 경우

피해자가 근로자에게 ‘상무로 근무하던 박○○의 자살은 당신이 박○○의 공금횡령을 사실대로 말했기 때문’이라고 이야기하자, 근로자가 피해자의 얼굴을 수회 때렸고, 피해자 얼굴에서 피가 나자 근로자는 화장실로 데리고 가 씻겼는데, 피해자가 다음 날 사표를 내겠다고 하면서 밖으로 나가자 다시 화가 난 근로자가 뒤따라가 주먹으로 얼굴을 수회 때려 전치 4주의 상해를 입힌 사건에서 계획적 범행으로 보이진 않지만 **1차 폭행 후 쫓아가 2차 폭행한 점**, 피해자가 함께 근무할 수 없다는 입장인 점, 9명으로 이루어진 소규모 직장으로서 조직의 화합을 심각하게 저해하는 점, 사건 발생 이전 근로자가 상사의 공금횡령을 제보하여 해당 상사의 자살, 피해직원과의 갈등 등으로 **직원들 사이 인화에 어려움이 있었던 점**, **지점 1개뿐인 소규모 금고로서 근로자를 분리시켜 근무시킬 방법이 없는 점** 등을 종합하여 해고가 정당하다고 봄(서울행정법원 2011. 4. 29. 선고 2010구합45*** 판결⁷¹⁸)

715) 다만, 이 사건 근로자는 연수규정에 따른 절차를 거치지 않은 채 일방적으로 귀가를 요구하는 과정에서 폭언을 하고 몸싸움을 벌였을 뿐만 아니라 이 사건 훈련기관을 무단으로 이탈하였는바, 이는 취업규칙 등에서 정한 성실의무위반, 사내 질서 문란 등에 해당하여 징계사유가 되었음

716) 동 사건은 대법원(대법원 2015. 8. 13.자 2015두42*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

717) 동 사건은 대법원(대법원 2019. 2. 28.자 2018두63*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

나. 징계해고의 정당성을 부정한 판례

1) 피해자가 먼저 폭행하여 싸움을 유발한 경우

상사 폭행을 이유로 징계해고를 하였지만, **상사가 먼저 근로자를 폭행**하여 싸움이 유발되었고 근로자는 4주, 상사는 10일의 치료가 필요한 상해를 입었으며 그 후 수습과정에서 참작할 만한 사정이 있다면 징계해고는 징계권 남용에 해당한다고 판단함(대법원 1992. 2. 11. 선고 91다25*** 판결)

2) 단합대회 중 폭행이 일어난 경우

단합대회 중 술기운에 상사의 떡살을 잡아당기다 옷이 찢어지는 폭행이 있었다 하여 가장 무거운 해고를 하는 것은 징계권 남용이라고 봄(대법원 1992. 5. 22. 선고 91누5*** 판결)

3) 폭행 경위에 참작할 사정이 있는 경우

하급자가 자신의 지휘·감독 아래 있는 다른 직원들 앞에서 근로자를 공개적으로 비판하는 말을 하였다는 말을 전해 들은 직후 분한 감정을 참지 못하고 폭행을 한 경우 폭행에 이른 경위에 다소 참작할만한 사정이 있고, 근로자가 약 28년간 성실히 근무하여 온 점을 고려할 때 징계해고는 부당하다고 봄(서울고등법원 2020. 6. 4. 선고 2019누63***판결⁷¹⁹⁾)

제4장
징계와
징계해고

4.7 범죄 행위와 중대한 사고의 사유별 관련 판례

가. 횡령, 운송수입금 미납 등

1) 횡령⁷²⁰⁾

가) 소액이나 오랜 기간 다회에 걸쳐 횡령한 경우 징계사유로 인정된 사례
지정식당에서 식사한 것처럼 장부에 허위 기재하고 이 사실을 모르는 회사로 하여금

718) 동 사건은 대법원(대법원 2012. 1. 27.자 2011두29*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

719) 대법원에서 심리불속행 기각됨(2020. 10. 15.자 2020두41*** 판결)

720) 업무상횡령죄가 성립되기 위하여는 업무로 타인의 재물을 보관하는 자가 불법영득의 의사로써 업무상의 임무에 위배하여 그 재물을 횡령하거나 반환을 거부하여야 할 것이고, 여기서 불법영득의 의사라 함은 타인의 재물을 보관하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 경우와 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미한다(대법원 2002. 2. 5. 선고 2001도5*** 판결 참조).

식당에 식대를 지급하게 함으로써 약 35만 원의 피해를 발생시킨 경우, 손해액은 크지 않으나 무려 13개월이라는 오랜 기간 동안 159회에 걸쳐 이루어진 행위라는 점, 소속 기사들이 다른 곳에서 식사를 하고 장갑을 받아가기 위해 지정식당에 허위로 서명을 한다는 관행을 인정할 증거가 없는 점, 근로자가 이전 6회의 징계전력이 있는 점 등을 고려하여 징계해고가 정당하다고 봄(서울고등법원 2010. 5. 11. 선고 2009누26*** 판결)

나) 새마을금고 실무책임자의 여유자금 부당운용 행위가 징계사유로 인정된 사례

새마을금고 상무가 규정에 위배하여 이사회 의결 없이 금고 여유자금 중 5억원을 보장 금리가 없는 주식형 수익증권에 투자하였다가 주가 하락으로 위 금고에 약 4,000만 원의 손해를 입힌 경우, 이는 징계사유에 해당함(대법원 1999. 4. 23. 선고 98두*** 판결⁷²¹⁾)

다) 자동차 영업사원의 판매수수료 부당 취득 및 공금 유용행위가 징계사유로 인정된 사례

자동차 영업사원인 근로자가 차량전매행위를 하여 판매수수료를 부당하게 취득하고 공금을 유용한 사안에서, 취득한 금원은 크지 않다고 하더라도 사용자의 자동차 판매질서를 교란하는 행위로서 결과적으로 사용자에게 재산적 손해 뿐만 아니라 대외적 신용 및 명예를 훼손하는 행위라고 판시함(서울고등법원 2008. 1. 30. 선고 2007누19*** 판결⁷²²⁾)

라) 은행원의 횡령이 징계사유로 인정된 사례

은행원인 근로자가 50만 원을 횡령한 사안에서, 금융기관 종사자들에게는 고도의 청렴성과 윤리의식이 요구되므로 소액의 금액이라도 고객에 대한 금융 부조리는 엄격하고 철저히 다루어야 한다고 판시함(서울고등법원 2008. 2. 13. 선고 2007누16*** 판결⁷²³⁾)

마) 은행원의 여신규정 위반 행위가 징계사유로 인정된 사례

은행원이 여신규정을 위반하고 부동산에 대한 근저당을 임의로 해지하여 해고된 사건에서, 다른 금융기관 재직 시 업무상 배임죄로 700만 원의 벌금형을 선고받은 점 등을 고려할 때, 금융기관 실무 책임자로서 요구되는 기본적인 윤리를 저버린 행위라고 판시함(서울고등법원 2009. 12. 9. 선고 2009누12*** 판결⁷²⁴⁾)

721) 다만, 비위행위가 사적인 이익을 도모하기 위한 목적이 아니었던 점, 사후 이사회에 보고되어 추인을 받은 점, 여유자금을 부적절하게 운영한 것으로 적발된 여타의 새마을금고의 경우에는 변상조치 외에 징계조치가 따로 이루어지지 않은 점 등을 종합하여 해고는 징계재량권을 남용하여 부당한 처분이라고 판단함

722) 동 사건은 대법원(대법원 2008. 4. 28.자 2008두3*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

723) 동 사건은 대법원(대법원 2008. 6. 26.자 2008두4*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

바) 노조 업무 관련 횡령 행위가 해고사유에 해당하지 않는다고 본 사례

근로자가 노동조합 업무와 관련하여 횡령한 경우, 취업규칙 등에서 해고사유로 규정한 ‘업무상 고의 또는 중과실로 인하여 회사에 경제적 손해를 끼쳤을 때’의 ‘업무’는 근로계약상 업무에 한정되고 노동조합 임원으로서의 조합업무는 해당되지 않는다고 보아 노동조합 내부의 징계는 별론으로 하고 조합비 횡령을 위 해고사유에 해당된다고 할 수는 없다고 봄(서울고등법원 2014. 5. 21. 2013누46*** 판결⁷²⁵⁾)

2) 운송수입금 미납**가) 버스기사의 운송수입금 횡령액이 소액이더라도 징계해고사유가 된다고 본 사례**

버스 운전기사의 운송수입금 횡령액이 소액이라고 하더라도 운송수입금 횡령 행위는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 책임 있는 사유에 해당한다고 판시하였으며(대법원 2017. 5. 31. 선고 2017다207*** 판결) 시내버스 운행 도중 요금 5,000원을 횡령한 것을 이유로 한 해고가 정당하다고 판단하였으며(대법원 1997. 7. 8. 선고 96누6*** 판결), 시내버스 운전기사가 2,600원을 횡령한 사건에서 징계권 일탈·남용이 아니라고 보았으며(서울고등법원 2004. 1. 15. 선고 2003누*** 판결⁷²⁶⁾) 버스 요금 2,400원을 횡령한 고속버스 운전기사를 해고한 것도 정당하다고 판시함(광주고등법원(전주) 2017. 1. 12. 선고 2015나102*** 판결)

제4장
징계와
징계해고**나) 장기간 기준액 미달 운송수입금 납입 행위를 해고사유로 본 사례**

운송수입금의 횡령에 이르지 않는 아니하였으나 **정당한 사유 없이 수십 개월에 걸쳐 기준액에 미달하는 운송수입금을 납입하는 등의 행위 역시 해고사유가 된다고 봄**

【대법원 2013. 10. 31. 선고 2013두13* 판결】**

운송수입금을 기반으로 사업을 영위하는 택시회사로서는 운송수입금이 제때 규칙적으로 납입되는 것이 경영상 매우 중요하고, 운송수입금의 미납은 근로자 개인의 사적인 유용이나 횡령으로 이어져 고용관계의 안정적 존속을 해할 가능성이 큰 점 등에 비추어 살펴보면, 원고(근로자)와 보조참가인(사용자) 사이의 고용관계는 원고의 귀책사유에 의해 사회통념상 계속할 수 없을 정도가 되었다고 봄이 상당하므로, 보조참가인이 위와 같은 사정을 징계사유로 하여 원고를 해고한 것은 징계권의 남용에 해당한다고 보기 어렵다.

724) 동 사건은 대법원(대법원 2010. 3. 11.자 2010두*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

725) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 10. 16.자 2014두37*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

726) 동 사건은 대법원(대법원 2004. 4. 28.자 2004두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

다) 운송수입금 미납행위가 징계사유에 해당한다고 본 사례

미납된 운송수입금을 월급과 정산하여 실질적으로 회사에 손해가 발생하지 않았다고 하더라도 운송수입금 미납행위는 징계사유에 해당한다고 봄

【서울고등법원 2014. 11. 5. 선고 2014누47*** 판결⁷²⁷⁾】

참가인 회사의 일부 택시기사들이 기준 운송수입금을 일일단위로 입금하지 않고 월말에 지급받는 임금 등과 정산하는 방법으로 지급하기도 한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 참가인 회사가 소속 택시기사들에게 여러 차례에 걸쳐 기준 운송수입금 미납행위를 금지하는 공고를 하면서 기준 운송수입금을 미납한 소속 택시기사들에 대하여는 징계를 하기도 한 사정에 비추어 보면, 위와 같은 정산방법의 지급이 관행으로 정립된 것으로 보기는 어렵다. 또한 기준 운송수입금 미납의 횟수·기간 및 정도와 정당한 사유의 소명 정도 등에 비추어 볼 때 원고의 미납행위는 기준 운송수입금 입금지연에 불과한 것이 아니라 실질적으로 그 입금을 거부한 것으로 봄이 상당하므로, 원고의 기준 운송수입금 미납행위는 징계사유로 삼기에 충분하다.

라) 사납금제 하에서는 운송수입금 일부 미납으로 징계할 수 없다고 본 사례

전액관리제가 아닌 **사납금제 하**에서 초과 금액은 월급명세서에서 누락시키고, 이를 추가 입금이라는 형태로 근로자에게 전액 반환하고, 사납금에 **미달하는 금액은 월급에서 공제하는 방식으로** 운영되는 회사에서 운전수가 운송수입금 중 일부를 미납하였더라도 이를 가지고 징계할 수 없다고 판단함(대법원 2002. 2. 22. 선고 2000두9*** 판결). 또한 법원은 사납금제 하에서는 회사에 납부한 운송수입금액이 정해진 액수에 모자라더라도 월급에서 공제하면 되므로 **미납금액이 소액**(60여만 원)이라면 징계사유로 삼을 수 없다고 봄(서울고등법원 2011. 9. 1. 선고 2011누11*** 판결⁷²⁸⁾)

마) 전액관리제 하에서 택시기사의 운송수입금 횡령은 해고사유라고 본 사례

전액관리제 하에서 택시기사가 **미터기를 사용하지 않고** 운송수입금을 횡령하였고, 이 전에도 같은 사유로 3차례 징계처분을 받은 사실이 있다면, 해고사유가 된다고 판시함(서울고등법원 2002. 5. 1. 선고 2001누3*** 판결)

바) 운송수입금 유용을 징계사유로 인정한 사례

자신의 채무로 가압류된 급여를 먼저 지급받기 위해 사납금을 미납하여 운송수입금을 유용하였다면 징계사유에 해당한다고 판시함(서울행정법원 2007. 1. 19. 선고 2006구합5*** 판결)

727) 1심 판결(서울행정법원 2014. 3. 25. 선고 2013구합15*** 판결)을 인용함

728) 동 사건은 대법원(대법원 2011. 12. 27.자 2011두25*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

나. 중대한 과실 등으로 인하여 회사에 손해를 야기한 경우

1) 버스기사의 교통사고의 경우

버스 운전기사로서 졸음운전을 하여 교통사고를 낸 것은 사회통념상 고용관계를 계속 할 수 없을 정도로 책임 있는 사유에 해당한다고 보았고(서울행정법원 2015. 4. 23. 선고 2014구합60*** 판결), 버스승객에 대한 사고를 임의처리하였다는 등의 이유로 버스운전 기사를 해고한 것은 징계재량권의 일탈·남용에 해당하지 않는다고 봄(서울행정법원 2015. 9. 17. 선고 2015구합4*** 판결). 법원은 시내버스 운전기사가 교차로에서 교통사고를 내어 사람을 사망하게 한 경우, 취업규칙상의 해고사유인 ‘고의 또는 과실로 중대한 사고를 발생시켜 회사에 손해를 끼쳤을 때’에 해당한다고 봄(대법원 1997. 4. 8. 선고 96다33*** 판결)

2) 거래처 부도로 회사에 손해 발생시킨 경우

원목 수입, 판매 담당자가 매출 채권 관리 내규 등 제 규정에 따른 조치를 하지 아니하고 거래처와 신용 거래를 시작하여 결국 거래처 부도로 회사에 중대한 손해를 발생시켰다면 징계해고사유에 해당한다고 봄(대법원 1997. 4. 25. 선고 96누9*** 판결)

3) 택시기사가 택시를 손괴한 경우

운전기사인 근로자가 동료 운전기사와 다투다가 상대방이 피하자 원고 소유의 택시 트렁크 부분을 주먹으로 내리쳐 수리비가 발생할 정도로 택시를 손괴한 사안에서, 택시 손괴가 비록 경미한 피해이지만 택시는 회사의 근간이 되는 자산으로서 운행수입의 기초가 된다는 점에서 다른 기물 파손의 경우와 달리 보아야 한다고 판단함(서울고등법원 2008. 6. 13. 선고 2007누33*** 판결)

다. 시설안전 규칙 위반

화약류 취급 공간에서 1미터 떨어진 금연 구역에서 흡연한 것을 사규 위반으로 해고한 경우, 흡연 장소가 폭발 위험성이 매우 높고 만일 잘못되어 인화될 경우에는 엄청난 인명과 재산손실을 초래할 위험이 있으며, 근로자들은 평소 안전교육 등을 통하여 위와 같은 사실을 충분히 인식하고 있음에도 흡연행위에 나아간 것으로서 취업규칙 소정의 비위의 정도가 극심하거나 고의가 있는 경우에 해당된다 할 것이므로, 징계해고는 정당하다고 판단함(대법원 1991. 8. 27. 선고 91다20*** 판결)

라. 기타

승객이 버스에 놓고 간 물건을 영업소에 신고하지 않고 임의로 가져가거나 영업소 안에 보관 중이던 승객의 분실물을 임의로 가져간 행위는 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없는 경우에 해당하므로, 징계절차를 거쳐 해고를 하였다고 하더라도 징계양정의 정도가 지나치게 가혹하여 부당하다고 볼 수 없다고 판시함(수원지방법원 2017. 7. 7. 선고 2016가합80*** 판결)

4.8 사생활 비행 관련 판례

가. 징계해고의 정당성을 인정한 판례

1) 도시개발공사 직원의 부동산투기행위의 경우

도시개발공사 직원의 부동산투기행위에 대하여, “택지의 개발과 공급, 주택의 건설, 개량, 공급 및 관리 등을 통하여 시민의 주거생활의 안정과 복지향상에 이바지함을 목적으로 지방공기업법 제49조에 의하여 특별시가 전액 출자하여 설립한 도시개발공사의 설립 목적, 그 업무의 종류와 태양, 부동산보상 관련업무를 담당하는 근로자의 업무 내용 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하면, 도시개발공사 소속 근로자의 부동산투기행위는 객관적으로 그 공사의 사회적 평가에 심히 중대한 악영향을 미치는 것으로 평가될 수 있는 경우”라고 하면서, 이는 인사규정 소정의 “공익을 저해하는 중대한 행위를 하였을 때”에 해당하는 해고사유로 봄(대법원 1994. 12. 13. 선고 93누23*** 판결)

2) 동료 직원과의 대화를 녹음하여 형사사건 자료로 이용한 경우

동료 직원들의 대화 내용을 비밀 녹음하여 형사고소 사건의 자료로 이용한 행위는 사생활의 비밀과 자유를 침해하고 직원 사이의 불신을 야기하여 직장 내 화합을 해하는 것이므로 징계해고사유가 된다고 봄(대법원 1995. 10. 13. 선고 95다*** 판결)

3) 쟁의행위 중 수차례 음주 및 도박한 경우

쟁의행위를 하는 과정에서 천막 안에서 수차례 음주, 도박 및 취사행위를 한 것과 족구, 야구 등을 한 것, 일부 직원들이 상의를 벗고 있었던 것 등은 사내질서 문란으로 징계사유에 해당한다고 봄(서울고등법원 2012. 3. 28. 선고 2011누9*** 판결729)

729) 동 사건은 대법원(대법원 2012. 8. 30.자 2012두9*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

4) 풍기문란행위의 경우

항공사 팀장이 해외 비행 후 근무의 연장이라 할 수 있는 현지 호텔 체류 중 **부하 직원과 부적절한 관계를 맺었거나 적어도 그렇게 인식되도록 보이는 행동**을 함으로써 취업규칙 등에서 정한 ‘풍기문란행위’의 징계사유가 인정된다고 판시함(서울행정법원 2011. 8. 26. 선고 2011구합11*** 판결⁷³⁰⁾)

5) 상습 도박의 경우

전자 전기기계기구와 그 부품 및 소재의 제조, 판매 및 임대업 등을 사업목적으로 하는 회사의 **생산직 사원 근로자가 상습적으로 불법스포츠도박**을 하였다는 점을 징계사유로 한 경우, 위 비위행위는 사생활에서의 비행으로서 회사의 사업활동에 직접 관련이 없으므로 사업장 밖에서 불법스포츠도박을 한 사실은 징계사유로 할 수 없으나, 근무시간에 사내 공용PC 등을 이용하여 공공연하게 불법스포츠도박을 한 사실은 사업장의 근무기강과 질서를 해치는 행위로서 징계사유로 된다고 봄(서울고등법원 2014. 10. 16. 선고 2013누31*** 판결⁷³¹⁾)

나. 징계해고의 정당성을 부정한 판례

업무와 관련 없이 동료 교사들이 마련해준 전근 축하회에서 **우연히 도박에 가담**하였다가 술기운에 액수가 커지면서 도박을 하게 된 경우 해임 처분은 재량권 일탈이라고 판단함(대법원 1985. 3. 26. 선고 84누*** 판결)

4.9 경업·겸직 금지 위반 관련 판례

가. 징계사유의 정당성을 인정한 판례

1) 경쟁 매체 설립의 경우

대기발령처분을 받은 기자가 퇴직자들과 함께 **경쟁업체인 언론사 설립에 적극적으로 가담하고, 경쟁 매체를 설립한 행위**는 경업금지 위반으로 근로관계를 지속하기 어려운 사유에 해당한다고 봄(대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99*** 판결)

730) 동 사건은 항소심(서울고등법원 2012. 1. 19. 선고 2011누31*** 판결)에서 확정됨

731) 동 사건은 대법원(대법원 2015. 2. 26.자 2014두14*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

2) 회사의 자산을 이용하여 영리행위를 한 경우

근로자가 개인적으로 꽃집을 운영하면서 사용자의 이름과 거래처, 명함 도안 등을 꽃집 운영에 활용하는 등 **회사 직무·직위를 부당하게 이용**하였고 근무시간 중 회사 자산을 이용하여 영리행위를 하였으므로 징계해고사유에 해당한다고 봄(서울고등법원 2014. 7. 23. 선고 2013누47*** 판결⁷³²⁾)

3) 겸직금지의무 위반의 경우

근로자가 회사의 승인 또는 휴직명령을 받지 아니한 채 **지방의회 의원직에 취임**한 것은 겸직금지의무에 위반되어 징계사유로 할 수 있다고 판시함(서울고등법원 2012. 7. 18. 선고 2012누*** 판결⁷³³⁾)

4) 영리업무를 영위한 경우

토지주택공사 근로자가 토지주택공사의 미분양아파트를 매입하여 임대사업을 할 목적으로 설립된 **영리 기업들을 실질적으로 운영·관리하였거나 투자한 경우**, 취업규칙상 ‘영리적인 업무를 스스로 경영’, ‘본인의 직무와 관련 있는 타인의 기업에 투자’라는 각 징계사유에 해당한다고 봄(서울고등법원 2015. 4. 16. 선고 2014누12*** 판결⁷³⁴⁾)

5) 허가 없이 영리사업에 종사하고, 사익을 위해 회사 공급업체를 변경한 경우

근로자가 회사의 명령 또는 허가 없이 사무 이외의 영리사업에 종사하였고, 자신이 구매팀 부장의 지위에 있음을 이용하여 개인적인 이익을 추구하고자 회사의 공급업체를 변경한 것은 징계사유에 해당한다고 판시함(서울고등법원 2019. 4. 3. 선고 2018누72*** 판결)

나. 징계사유의 정당성을 부정한 판례

1) 사용자가 겸임교수 임용 합의 동의서 발급에 묵시적으로 승인한 경우

자원봉사센터의 직원이 **외부의 대학교에 출강**을 나갔다는 사실이 겸직금지의무 위반인지 여부에 관하여, 취업규칙에서 겸직금지의무를 규정하고 있더라도 상급자가 ‘겸임교수 임용 합의 동의서’를 발급하는 것을 **묵시적으로 승인**하였다면 징계사유로 삼을 수 없다고 봄

732) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 28.자 2014두40*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

733) 한편 위 사건에서 회사는 ‘징계해고’가 아닌 ‘통상해고’를 하였는데 그 통상해고의 절차를 규정한 인사규정이 정관에 위반되어 무효이고, 따라서 위 통상해고는 절차 위반으로 무효라고 판단하였음

734) 동 사건은 대법원(대법원 2015. 7. 23.자 2015두41*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2013. 2. 7. 선고 2012누25*** 판결⁷³⁵⁾】

시행규칙 제15조는 ‘자원봉사센터의 소장 및 직원은 그 직무 이외의 다른 업무를 겸직할 수 없다’고 규정하고 있으므로, 원고가 자원봉사센터 소장의 사전 승인을 받았더라도 ○○대학에 출강한 것은 시행규칙 제15조를 위반한 것으로 인사규정 제22조 제1항 제1호에서 정한 징계사유가 된다. 그러나 자원봉사센터 소장이 위 ‘겸임교수 임용 합의 동의서’에 관하여는 명시적으로 사전 승인한 바 없더라도, 위 동의서에 날인된 직인은 소장이 직접 관리하지 않고 담당직원이 관리하는데 위 출강을 사전에 승인하였으므로 묵시적으로라도 위 동의서의 작성을 승인한 것으로 볼 수 있다. 따라서 이 부분은 징계사유로 삼을 수 없다.

2) 회사의 업무와는 전혀 성격이 다른 활동을 한 경우

IT서비스 회사에서 근무하던 근로자가 대통령후보 중앙선거대책위원회 특별보좌관 활동을 한 경우 특별보좌관 활동은 회사 또는 회사의 직원으로서 근로자가 취급·처리하는 업무행위와는 성격이 전혀 달라서 취업규칙 등에 규정된 해고사유인 직무전념의무 내지 경업금지의무 위반에 해당하지 않는다고 봄(대전지방법원 2015. 1. 8. 선고 2014구합101*** 판결⁷³⁶⁾)

4.10 회사에 대한 비방·진정, 내부고발 관련 판례

가. 고소, 고발, 언론 유포 행위

1) 근거 없이 진정서를 제출하거나 비방하는 행위를 한 경우

뚜렷한 자료 없이 사업체 대표자를 고소, 고발하거나 인격을 비난하는 진정서 등을 관련 기관에 제출하는 행위, 공개 석상에서 진실과 다른 내용을 가지고 회사를 비방하는 행위 등은 징계사유가 된다고 봄(대법원 1996. 3. 12. 선고 95다51*** 판결)

2) 회사 사옥 및 대표이사의 거주지 앞에서 비방행위를 한 경우

회사 사옥 앞 인도 및 대표이사가 거주하는 아파트 단지 입구 앞 인도 등에서 집회를 열면서 확성기를 사용하여 장송곡 등을 틀고 대표이사를 비방하는 현수막을 게시한 것은 직장 및 사회질서를 문란하게 한 행위로서 징계사유에 해당한다고 봄(서울고등법원 2013. 6. 13. 선고 2012누22*** 판결)

735) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 6. 13.자 2013두6*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

736) 동 판결은 위와 같은 활동이 취업규칙 등에서 일반징계사유로 정한 ‘회사의 허가 없이 취업 시간 중 정치적 활동 또는 단체적 활동을 한 자’에 해당할 여지는 있으나, 해고사유로 정한 ‘일반징계사유에 해당하는 행위로 회사에 미치는 피해가 심대하다고 판단된 경우’에 해당한다고 볼 수 없어 징계해고사유에 해당하지 않는다고도 판시하였음

3) 고소, 고발 등이 상당한 근거가 있거나 공공성이 강한 경우

고소, 고발 및 언론 제보 등이 진실이거나 상당한 근거가 있는 경우에는 징계사유에 해당하더라도 징계해고까지 하는 것은 재량권 일탈이고, 특히 공공성이 강한 경우에는 더욱 그렇게 봄(대법원 1995. 3. 3. 선고 94누11*** 판결)

4) SNS에 대표이사 모욕 게시물을 게시하여 모욕죄의 유죄판결을 받은 경우

근로자가 페이스북에 대표이사를 모욕하는 게시물을 게시하였고, 이로 인하여 모욕죄의 유죄판결을 선고받은 사안에 대하여, 근로자의 이러한 행위는 회사 징계준칙상 ‘형사상 문제로 유죄판결을 받은 자’ 또는 ‘회사의 상급자에게 대항하거나 폭언, 불경하여 위계질서를 어지럽힌 자’에 해당한다고 판시함(서울고등법원 2018. 10. 12. 선고 2018누47*** 판결⁷³⁷⁾)

나. 청원권 행사

근로자는 헌법상 보장된 청원권을 행사할 수 있으므로 청원행위 자체를 가지고 징계할 수 없지만, 그 내용이 허위이거나 사용자를 비방하는 것이라면 징계사유가 된다고 봄(대법원 1999. 9. 3. 선고 97누2***, 2*** 판결)

다. 소송 제기

근로자가 회사를 상대로 소를 제기하여 기각당했다고 하더라도 패소한 원인이 법률적 견해 차이에서 기인한 것이고, 사용자에게 손해를 입히려는 목적이 아니며, 사용자에게 소송비용 상환을 거부하였다 하더라도 민사상 채무에 불과할 뿐 직무상 의무는 아니므로 이러한 소송 제기와 소송비용 상환 거부를 가지고 징계할 수 없다고 판시함(대법원 1999. 9. 3. 선고 97누2***, 2*** 판결)

라. 내부 고발

1) 공법인에서의 업무관련 사실 공표행위의 경우

고도의 공공성을 갖는 공법인의 경우 그 업무수행에 있어서의 위법행위는 널리 공법인의 내·외부로부터 감시, 견제되어야 할 필요가 있으므로 소속 직원에 의한 **업무관련 사실의 공표행위**는 일반 사기업의 경우와 동일하게 평가할 수 없다고 봄(대법원 1999. 12. 21. 선고 98두7*** 판결)

737) 동 사건은 대법원(대법원 2019. 2. 18.자 2018두62*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

2) 내부고발이 사익적 목적에서 비롯된 경우

공표된 내용이 공익성과 관련 없는 극히 경미한 사항으로서 **주로 사익적인 목적이나 동기에서 비롯된 것**이라면 징계사유가 된다고 봄(대법원 1999. 9. 3. 선고 97누2***, 2*** 판결)

3) 의료원 직원이 비정상적 약품 구입 절차에 대하여 진정을 낸 경우

지방공사 의료원 직원이 의료원의 **비정상적인 약품 구입 절차를 조사하여** 시정하여 달라는 내용으로 도지사에게 진정하고, 진정서 사본을 도의회 의원에게 제공한 행위를 이유로 파면처분한 것은 징계재량권 일탈로 봄(대법원 1999. 12. 21. 선고 98두7*** 판결)

4) 사회복지법인의 비리혐의에 대하여 제보하였고 제보사실이 허위임을 알기 어려웠던 경우

사회복지법인 팀장으로 근무하는 자가 **사용자의 비리혐의**에 대하여 시 감사실, 시 의회 홈페이지 게시판, 시민연대, 국민권익위원회 등에 제보한 사건에서 “근로자 주장 및 의혹에 일부 부합하는 사실이 인정된 이상, 비록 근로자가 시 및 관할 지방경찰청, 국가인권위원회 등으로부터 사용자에게 부패행위가 없다는 통지를 받았다고 하더라도 이러한 사정만으로 근로자가 자신의 신고 및 이의신청 내용이 허위라는 사실을 알았거나 알 수 있었다고 보기 어려우므로 근로자는 구 부패방지법에 정한 법적 보호를 받는다”며 징계사유로 정당하지 않다고 판시함(서울행정법원 2009. 10. 23. 선고 2009 구합1*** 판결)

제4장
징계와
징계해고

4.11 직장 내 성희롱 관련 판례

가. 성희롱 판단기준 관련 판례⁷³⁸⁾

성희롱을 사유로 한 징계처분의 당부를 다투는 행정소송에서 **징계사유에 대한 증명책임은 처분의 적법성을 주장하는 피고에게** 있고, 성희롱 관련 형사재판에서 무죄가 선고되었다고 하여 그러한 사실만으로 징계사유의 존재를 부정할 것은 아니라고 판단함

738) 중앙노동위원회, “직장 내 성희롱, 해고의 서면통지 판례 분석”, 2012. 12. 중 직장 내 성희롱 판례 분석만 발췌함

【대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74*** 판결】

가. 성희롱의 판단 기준 및 증명책임에 관하여

…(전략)… (2) 성희롱을 사유로 한 징계처분의 당부를 다투는 행정소송에서 징계사유에 대한 증명책임은 그 처분의 적법성을 주장하는 피고에게 증명책임이 있다. 다만, 민사소송이나 행정소송에서 사실의 증명은 추호의 의혹도 없어야 한다는 자연과학적 증명이 아니고, 특별한 사정이 없는 한 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합적으로 검토하여 볼 때 어떤 사실이 있었다는 점을 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이면 충분하다(대법원 2010. 10. 28. 선고 2008다6*** 판결 등 참조). 민사책임과 형사책임은 그 지도이념과 증명책임, 증명의 정도 등에서 서로 다른 원리가 적용되므로, 징계사유인 성희롱 관련 형사재판에서 성희롱 행위가 있었다는 점을 합리적 의심을 배제할 정도로 확신하기 어렵다는 이유로 공소사실에 관하여 무죄가 선고되었다고 하여 그러한 사정만으로 행정소송에서 징계사유의 존재를 부정할 것은 아니다(대법원 2015. 3. 12. 선고 2012다117*** 판결 등 참조).

【대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74*** 판결】

성희롱이 성립하기 위해서는 행위자에게 반드시 성적 동기나 의도가 있어야 하는 것은 아니지만, 당사자의 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 등의 구체적 사정을 참작하여 볼 때, 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있게 하는 행위가 있고, 그로 인하여 행위의 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈음이 인정되어야 한다.

법원이 성희롱 관련 소송의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않아야 한다(양성평등기본법 제5조 제1항 참조). 그리하여 우리 사회의 가해자 중심적인 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 피해자가 성희롱 사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 부정적 반응이나 여론, 불이익한 처우 또는 그로 인한 정신적 피해 등에 노출되는 이른바 ‘2차 피해’를 입을 수 있다는 점을 유념하여야 한다. 피해자는 이러한 2차 피해에 대한 불안감이나 두려움으로 인하여 피해를 당한 후에도 가해자와 종전의 관계를 계속 유지하는 경우도 있고, 피해사실을 즉시 신고하지 못하다가 다른 피해자 등 제3자가 문제를 제기하거나 신고를 권유한 것을 계기로 비로소 신고를 하는 경우도 있으며, 피해사실을 신고한 후에도 수사기관이나 법원에서 그에 관한 진술에 소극적인 태도를 보이는 경우도 적지 않다. 이와 같은 성희롱 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다.

나. 피해자 진술의 신빙성 관련 판례

1) 피해자가 작성한 취재일지의 신빙성을 인정한 사례

피해자가 작성한 “내가 겪은 취재일지”는 그 세부내용의 묘사가 매우 구체적이고 풍부하며, 실제 경험하지 않고서는 표현할 수 없는 내용들이 기재되어 있고, 일부 과장된 측면이 없지 않으나 당시의 감정 상태가 자연스럽게 드러나 있어 그 신빙성을 인정할 수 있다고 봄(서울고등법원 2011. 7. 7. 선고 2011누3*** 판결)

2) 피해자들의 탄원서 및 진술의 내용의 신빙성을 인정한 사례

원고의 성희롱 행위에 대하여 피해자들이 제출한 탄원서 등의 내용이 구체적이면서 상세한 데다가, 박○○는 중앙노동위원회 심문회의 및 이 법정에서 원고의 성희롱적 언행을 구체적이고 일관되게 진술하거나 증언하였는바, 피해자들의 앞서 본 바와 같은 진정 등의 내용은 사실로 여겨진다고 판시함(서울행정법원 2012. 4. 27. 선고 2011구합34*** 판결)

3) 피해자들의 진술의 신빙성을 인정한 사례

직장 내 성희롱의 성격상 피해자들이 상사의 비위행위에 관하여 쉽게 진술하기 어려움에도 참가인이 조사한 판촉 직원 8명 모두 원고의 비위사실에 대하여 비교적 구체적이고 상세하게 언급하면서 참기 어려운 성적 굴욕감 내지 혐오감을 느꼈다고 진술하고 있어 그 진술의 신빙성을 쉽게 배척할 수 없다고 판시함(서울행정법원 2012. 7. 19. 선고 2012구합7*** 판결)

다. 징계사유의 정당성을 인정한 판례

1) 평소 근로자의 팀원들에 대한 성희롱이 지속적으로 있었고, 팀장인 근로자와 팀원인 승무원들의 관계, 성적 언동이 이루어진 상황 등에 비추어 보아 근로자의 성희롱적 언행이 징계사유에 해당한다고 본 사례

【 서울고등법원 2012. 7. 5. 선고 2011누42*** 판결 】

가. 징계사유의 존부

① 참가인 회사가 한 ○○팀원들에 대한 조사결과에 의하면, 원고가 ○○팀의 팀장으로 임명된 직후부터 평소 원고의 팀원들에 대한 성희롱적 언행이 지속적으로 이루어진 점, ② 원고의 팀원인 승무원들과의 관계, 별지 비위행위의 기재와 같은 성적 언동이 이루어진 장소 및 상황, 그 내용 및 정도에 비추어 상대방인 여승무원들이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈을 것으로 보이는 점, ③

결국 원고의 언동에 대한 여승무원들의 문제 제기로 인하여 참가인 회사가 원고에 대한 징계절차에 착수한 점, ④ 성희롱인지 여부는 행위자의 내심의 의사나 동기보다는 상대방의 입장에서 객관적으로 판단되어야 할 것인 점 등을 종합하면, 원고는 부하직원인 여승무원들에게 성적 혐오감을 일으키는 언동으로 성희롱을 하였다 할 것이고, 위와 같은 원고의 행위는 참가인의 취업규칙에서 정한 징계사유에 해당한다.

2) 직장 내 상하관계에 있는 여직원을 출장지로 불러 같은 방에 투숙하는 과정에서 불미스러운 언행을 한 경우 징계사유로 인정한 사례

【서울고등법원 2012. 5. 16. 선고 2011누29*** 판결】

가. 징계사유의 존부

참가인이 행한 피해자 등에 대한 감사결과와 언론사들의 보도내용이 원고의 행위와 피해자의 반응, 장소 및 정황 등에 있어서 상당 부분 구체적이고 상세하게 부합하는 점, 원고도 인사위원회 회의에 참석하여 성희롱 사실을 일부 인정한 점, 성희롱인지 여부는 행위자의 내심의 의사나 동기보다 상대방의 입장에 더 주안점을 두어 판정되어야 마땅한 점 등을 종합하면, 원고는 직장 내 상하관계에 있는 여직원을 출장지로 불러 같은 방에 투숙하는 과정에서 불미스러운 언행으로 성희롱을 하였다 할 것이고, 위와 같은 원고의 행위는 참가인의 징계규정 제3조 제1호, 제3호, 제4호, 제11호에서 정한 각 징계사유에 해당한다.

3) 직근 상급자의 신입사원 피해자에 대한 성희롱을 징계사유로 인정한 사례

【서울고등법원 2012. 3. 21. 선고 2011누29*** 판결】

가. 징계사유의 존부

(제1, 2차 성희롱에 대하여)

① 당시 1년차 신입사원이었던 피해자가 2008. 11. 8. 있었던 원고의 행위에 대해 2008. 12. 2. 직근 상급자인 유△△에게 전자우편을 통해 '원고가 노래방에서 껴안으려고 했다', '양고기를 먹던 날 노래방에서 원고가 허벅지 안쪽을 만졌고 너무 수치스러워 뛰쳐나가고 싶었다'고 하는 등 원고의 행위를 구체적으로 기재하였던 점, ② 위 전자우편은 피해자가 원고로부터 피해를 입고 얼마 되지 않은 상태에서 자신에게 생길 수도 있는 불이익을 감수하고 정신과 치료를 받으려고 유△△로부터 양해를 구하기 위하여 보낸 것이었던 점, ③ 실제로 피해자는 이 사건 제1, 2차 성희롱 피해를 입은 후 정신과 치료를 받았던 점, ④ 피해자가 2009. 10. 19. 임☆☆에게 이 사건의 경위를 설명할 당시 이 사건 제1, 2차 성희롱에 대해서 위 전자우편의 내용과 일관되게 진술한 점, ⑤ 피해자의 진술서 내용이 처음보다 다소 구체적으로 기재되어 있지만 중요한 내용은 일관성이 있고, 2009. 10. 20. 작성한 진술서에 원고가 다리를 만졌다는 내용이 추가되었다는 사정만으로 피해자의 진술서에 대한 신빙성을 배척하기 어려운 점 등을 종합하면 피해자의 진술을 기재한 전자우편, 진술서 등은 그 내용을 신빙할 수 있다. (제3, 4차 성희롱 존부 내용은 생략)

4.12 위법한 노동조합 활동 관련 판례

가. 조합활동과 징계사유의 정당성

1) 징계사유의 정당성을 인정한 판례

가) 점심시간 중 이루어진 허가받지 아니한 집회 행위가 징계사유로 인정된다고 본 사례

허가받지 아니한 집회가 점심시간 중에 이루어진 것이라 하더라도 그것이 노무지휘권이 미치는 사내에서 취업규칙이 금하고 있는 태양으로 이루어진 이상 이는 징계사유에 해당한다고 봄(대법원 1994. 5. 13. 선고 93다32*** 판결)

나) 병원 직원의 구호가 적힌 셔츠 착용, 벽보 부착 등이 징계사유로 인정된다고 본 사례

병원 직원이 구호가 적힌 주황색 셔츠를 근무 중 착용하여 환자들에게 불안감을 주고, 노동조합 전용 게시판이 아닌 곳에 벽보를 부착하며, 노동조합이나 병원과 무관한 내용의 현수막을 현관 외벽에 설치함으로써 병원 질서를 문란하게 한 경우 징계사유에 해당한다고 봄(대법원 1996. 4. 23. 선고 95누6*** 판결)

다) 조합원들이 부당노동행위 조사 명목으로 영업소를 찾아가 시위하고 퇴장요구에 불응한 경우 징계사유로 인정된다고 본 사례

사용자의 부당노동행위에 대한 조사 명목으로 조합원 10여 명이 영업소를 찾아가 붉은 머리띠를 두르고 시위를 하며 영업소장의 퇴장요구에 불응하고, 사무실 옆면에 걸려 있는 노조 게시판을 떼어 정면의 경영방침 옆에 못을 치고 게시한 행위들은 노조원이 폭행당한 것에 대한 사과와 재발방지를 요구하는 것으로서 노조원의 권익옹호라는 목적을 위한 측면이 있다고 하더라도 그 일시, 장소, 수단 등에 비추어 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적 규율이나 제약을 벗어난 행위로서 징계사유에 해당한다고 봄(대법원 1992. 9. 25. 선고 92다18*** 판결⁷³⁹⁾)

라) 후원금 모금과 관련하여 객실승무원 간 분쟁을 야기한 행위는 징계사유로 인정된다고 본 사례

‘후원금의 모금행위’ 그 자체는 정당한 노동조합 활동으로 징계사유가 될 수 없으나,

739) 같은 취지로 대법원 1997. 9. 12. 선고 97누7*** 판결

후원금의 모금 및 관리·사용과 관련하여 객실승무원 간 민·형사소송이 제기될 정도로 ‘객실승무원 간 분쟁을 야기한 행위’는 비록 노동조합 내부의 문제라고 하더라도 그로 인하여 회사의 손실 등이 초래되기 때문에 징계사유에 해당한다고 판단함(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두17*** 판결)

마) 노조 위원장의 조합비 횡령·유용이 징계사유로 인정된다고 본 사례

노동조합 위원장이 조합비를 횡령·유용한 경우 취업규칙 등에서 정한 ‘직무태만 또는 회계질서 문란 등 성실의무를 위반한 때’에 해당되어 징계사유에 해당한다고 봄(서울행정법원 2011. 9. 23. 선고 2011구합19*** 판결⁷⁴⁰⁾)

2) 징계사유의 정당성을 부정한 판례

가) 성명서의 내용이 전체적으로 진실하다면 징계사유가 되지 않는다고 본 사례

회사의 승낙 없이 회사를 비난하는 등의 성명서를 회사 내 전자통신망 게시하여 배포하였다고 하더라도 성명서와 게시물의 기본적 목적이 회사의 이익을 침해하거나 명예를 훼손하려는 것이 아니라 근로자의 단결권에 포함될 수 있고 전체적으로 그 내용이 진실한 것이라면 징계사유가 되지 않는다고 봄(대법원 2002. 10. 25. 선고 2001두8*** 판결)

나) 노조 지부장이 관행에 따라 절차에 의하지 않고 외출한 경우 무단외출은 징계사유로 되지 않는다고 본 사례

노동조합 지부장이 근무시간 중 취업규칙 등에서 정한 절차에 의하지 않고 당일 외출증을 제출한 채 조합활동을 이유로 외출하였지만, 관행적으로 위와 같은 절차로 외출하면 사후승인을 해주었던 점 및 노사관계가 악화된 시점부터 비로소 사후승인을 거절한 점 등에 비추어 위 무단외출은 징계사유가 되지 않는다고 봄(대전지방법원 2014. 12. 10. 선고 2014구합2*** 판결⁷⁴¹⁾)

나. 유인물 배포와 노동조합 활동에 관한 판례

1) 유인물 배포의 정당성 여부 판단 기준

유인물 배포가 정당한지 여부는 **회사의 승인이나 허가 여부만으로 판단할 것은 아니**

⁷⁴⁰⁾ 다만, 이러한 징계사유만으로 해고처분한 것은 징계양정이 과하여 무효라고 판단하였음

⁷⁴¹⁾ 동 사건은 항소심에서 항소기각 판결(대전고등법원 2015. 5. 7. 선고 2015누10*** 판결), 상고심에서 심리불속행 기각판결(대법원 2015. 8. 13.자 2015두43*** 판결)로 확정됨

고, 그 유인물의 내용, 매수, 배포의 시기, 대상, 방법, 이로 인해 기업이나 업무에 영향을 미친 정도 등 여러 가지 사정을 고려하여 판단하여야 한다고 봄(대법원 1997. 12. 23. 선고 96누11*** 판결)

2) 유인물의 내용이 전체적으로 진실한 경우 정당성이 인정된다고 본 사례

유인물의 내용과 관련하여, 법원은 유인물의 내용이 다른 사람의 인격·명예 등을 훼손하거나, 허위 사실을 담은 것이 아니라 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지 증진 기타 경제적 사회적 지위 향상을 도모하기 위한 것으로서 전체적으로 진실하다면 정당성이 있다고 봄(대법원 1993. 12. 28. 선고 93다13*** 판결)

3) 다른 근로자의 휴게시간의 자유로운 이용을 방해하거나 직장 질서를 문란하게 하는 것이 아닌 한 허가를 얻지 않았다는 이유만으로 유인물 배포 행위의 정당성을 부정할 수 없다고 본 사례

배포시기와 관련하여, 법원은 취업 시간이 아닌 휴게시간 중의 배포의 경우 그것이 다른 근로자의 근로 제공에 나쁜 영향을 미치거나 휴게시간의 자유로운 이용을 방해하거나 구체적으로 직장 질서를 문란하게 한 것이 아닌 한 허가를 얻지 아니하고 유인물을 배포하였다는 이유만으로 조합활동의 정당성을 잃는다고 할 수 없는바, 근로자가 휴게시간인 점심시간에 회사의 시설물을 이용하지 않고 다른 조합원에게 유인물을 단순히 전달만 한 것을 가리켜 정당한 행위가 아니라고 하여서는 안 된다고 봄(대법원 1991. 11. 12. 선고 91누4*** 판결)

4) 허위사실이 게재된 유인물을 몰래 뿌리는 행위는 정당성이 부정된다고 본 사례

허위사실을 적시하여 회사를 비방하는 내용의 유인물을 근로자에게 직접 건네지 않고 사업장에 은밀히 뿌리는 것은 사용자의 시설관리권을 침해하고 직장 질서를 문란시킬 구체적인 위험성이 있는 것으로서, 정당성이 있다고 볼 수 없다고 판시함(대법원 1992. 6. 23. 선고 92누4*** 판결)

5) 회사공장 정문 앞의 유인물 배포는 징계규정상 ‘사내’의 유인물 배포에 해당한다고 본 사례

‘사내’의 의미와 관련하여, 법원은 징계규정에 “회사의 허가없이 사내에서 집회, 연설 또는 유인물을 배포하였을 때”로 규정되어 있는 경우, 회사의 근무질서를 유지하기 위

한 위 규정의 목적에 비추어 볼 때 사내에서의 행위인지의 여부는 단순히 장소적인 면만으로 판단할 것이 아니라 회사의 노무지휘권이 미치는 범위 내인지에 따라 판단해야 하는바 회사공장 정문 앞의 유인물 배포는 사내의 유인물 배포에 해당한다고 봄(대법원 1991. 4. 12. 선고 90다8*** 판결)

6) 인쇄물이 회사 업무의 정상 운영에 지장을 준 경우 정당성을 부정한 사례

기업에 미친 영향과 관련하여, 법원은 인쇄물이 집단적으로 월차휴가를 실시할 것을 선동하는 내용인 데다가, 그 결과 다수 근로자가 동조하여 사업장을 무단이탈하고 이로써 회사 업무의 정상적 운영에 지장을 주었다면 이는 정당하지 않다고 판단함(대법원 1992. 3. 13. 선고 91누5*** 판결)

7) 유인물을 소지, 운반, 작성한 행위는 징계사유에 해당하지 않는다고 본 사례

불법 유인물 배포·게시를 금지한다고만 규정되어 있다면 명시적 규정이 없는 한 소지, 운반, 작성 등 준비행위는 이에 포함되지 않으므로 징계할 수 없다고 봄(대법원 1993. 10. 12. 선고 93다1*** 판결)

4.13 쟁의행위의 정당성 판단 요건별 판례

가. 주체

쟁의행위의 주체는 “노동조합”으로 한정되므로 노동조합 아닌 근로자집단에 의한 쟁의행위(대법원 1991. 5. 24. 선고 91도324 판결), 노동조합의 일부 조합원이 조합의 승인 없이 또는 조합원 전체의 의사에 반하여 하는 이른바 ‘비공인 파업’(대법원 1997. 4. 22. 선고 95도*** 판결) 등은 그 정당성을 인정받지 못한다고 봄

나. 목적

1) 쟁의행위의 목적이 여러 가지일 경우 정당성 판단 기준

하나의 쟁의행위에서 추구하는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 “주된 목적”의 당부에 의하여 정당성 여부를 판단하여야 하고, 부당한 요구사항을 뺏더라면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 판단함(대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5204 판결, 서울행정법원 2018. 12. 20. 선고 2014구합72*** 판결)

【대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두12*** 판결】

쟁의행위에서 추구하는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 당부를 판단하여야 하고, 부당한 요구사항을 제외하였다면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 그 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 보아야 한다.

2) 근로조건의 유지·개선을 위한 목적이 아닌 ① 순수한 정치적 목적의 정치파업(대법원 1991. 1. 29. 선고 90도2*** 판결), ② 제3자가 파업 중인 노동관계 당사자를 조종·방해·선동할 목적으로 간섭하는 동정파업(헌법재판소 1990. 1. 15. 선고 89헌가*** 결정⁷⁴²⁾), ③ 경영주체의 고도의 경영상 결단에 속하는 사항을 목적으로 하는 파업(대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두10*** 판결⁷⁴³⁾)은 정당성을 인정받지 못함

【서울고등법원 2012. 11. 14. 선고 2012누11*** 판결⁷⁴⁴⁾】

원고의 정원감축 등 공기업선진화 정책과 신규사업 부족 인력 총원 등은 경영주체의 경영 판단에 기초하는 것으로 경영권에 속하는 사항이고, 해고자 복직, 고소·고발 및 징계 철회, 손해배상소송 철회 등은 근로조건의 결정과 무관한 경영자의 고유한 권리영역에 속하는 사항이므로, 위와 같은 주장을 관철하기 위한 파업은 허용되지 아니한다.

3) 공장장이나 회사간부 퇴진을 요구하는 것이라 하더라도 그것 자체가 목적이 아니고, 근로조건 유지·개선을 위한 수단으로서 주장할 때에는 정당한 경우가 있고, 순수정치파업과 구별하여 근로조건 개선·유지 목적의 파업에 이르게 된 점 등을 참작하여 해고가 지나치다고 본 판례도 있음

【대법원 1992. 5. 12. 선고 91다34*** 판결】

비록 원고들이 이 건 쟁의행위를 함에 있어 피고 연구소장의 퇴진을 요구하였다 하더라도 이는 부차적인 것이고 주된 목적은 원심이 인정한 바와 같이 위 소외인들에 대한 파면처분이 노동조합의 핵심적 관심사항인 연구자율수호운동을 주동한 것에 대한 보복조치라고 하여 이의 철회를 구하는 것이고 기록에 의하면 그 뜻은 조합원의 근로조건의 개선요구에 있다고도 볼 수 있어 이는 단체교섭사항이 될 수 있는 것이라 할 것이므로 이 건 쟁의행위는 그 목적에 있어 정당하다고 보아야 할 것임에도 불구하고 원심이 이 건 쟁의행위의 목적이 정당하지 못하다고 한 판단은 쟁의행위 목적의 정당성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이다.

742) 다만, 파업 중인 노동조합이 가입한 산별 노동조합 등은 제3자가 아니므로 이들의 동정파업은 정당함
743) 기타 유사 판결로는 대법원 2001. 5. 8. 선고 99도4*** 판결, 2003. 12. 26. 선고 2001도3*** 판결, 2003.

11. 13. 선고 2003도*** 판결, 2001. 4. 24. 선고 99도4*** 판결 등

744) 1심 판결(서울행정법원 2012. 3. 29. 선고 2011구합18*** 판결)을 인용함

【대법원 2002. 4. 26. 선고 2000두4*** 판결】

원심은 …(중략)… ① 비록 원고가 주도한 위 파업이 사용자를 상대로 근로조건의 유지 또는 향상을 도모하기 위하여 행해진 것은 아니나 노동관계법은 근로자 내지 노동조합의 경제적 이익과 밀접하게 관련된 것이어서 순수한 정치적 목적의 쟁의행위와는 구별되는 측면이 있는 점, ② 소속 상급단체인 ○○노총에서 노동관계법 개정에 반대하는 무기한 연대파업에 돌입하도록 결의함에 따라 위 파업에 이르게 된 점, …(중략)… 등에 비추어 볼 때, 원고의 위 비위사실은 원고와 참가인 회사 사이의 근로계약관계를 지속하게 하는 것이 현저히 부당하다고 인정될 정도의 중대한 귀책사유에 해당한다고 보기는 어려우므로, 참가인 회사가 원고를 징계면직까지 한 것은 징계재량권의 범위를 일탈 또는 남용한 것으로서 부당하다고 판단하였다. …(중략)… 이 사건 징계면직이 부당하다고 한 원심의 판단은 결론에 있어서 정당하다.

다. 시기 및 절차

1) 쟁의행위 전 절차에 관한 판례

노동조합법 제45조 제1항에 따라 노조가 쟁의행위에 들어가기 위해서는 먼저 총회나 대의원회에서 노동쟁의 발생 결의를 하여야 하고 노동관계 상대방에게 서면으로 통보하여야 하며, 노동위원회에 노동쟁의의 ‘조정(調停)’을 신청하여야 한다고 봄⁷⁴⁵⁾

2) 행정관청과 노동위원회에 미신고하였으나 쟁의행위 정당성 결여로 볼 수 없다고 본 사례

노동조합법 제41조 제1항에 따라 조정기간이 지나면 쟁의행위를 할 수 있는데 쟁의행위에 들어가기 위해서는 조합원의 직접 비밀 무기명 투표에 의한 과반수의 찬성이 있어야 하나(대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4*** 전원합의체 판결), 「노동조합법 시행령」 제17조에 따라 행정관청과 노동위원회에 신고를 하지 않았다 하더라도 쟁의행위의 정당성 결여로 보지는 않음(대법원 2007. 12. 28. 선고 2007도5*** 판결)

3) 1차 파업과 2차 파업 간 쟁의행위 동일성이 인정될 경우 2차 파업 전 별도의 찬반투표를 거치지 않았어도 절차적 정당성을 인정한 사례

노조가 1차 파업 당시 실시된 찬반투표 이외에 별도의 찬반투표 없이 2차 파업을 실행

745) 노동조합법 제45조 제2항에 따른 이른바 ‘조정전치주의’에 따라 원칙적으로 조정절차를 거치지 않고 한 쟁의행위는 정당성이 없으나 판례는 조정전치절차 위반을 이유로 곧바로 쟁의행위 정당성을 상실하는 것은 아니라는 입장임(대법원 2000. 10. 13. 선고 99도4*** 판결, 대법원 2001. 11. 27. 선고 99도4*** 판결, 대법원 2001. 6. 26. 선고 2000도2*** 판결)

하였으나, 1차 파업과 2차 파업 사이에는 쟁의행위의 동일성이 인정되므로 2차 파업 당시 별도의 찬반투표를 거쳤어야 하였다고 볼 수 없어 절차적으로 적법하다고 판시함(서울행정법원 2019. 1. 17. 선고 2015구합78*** 판결)

라. 방법

폭력적 방법의 쟁의행위는 정당화될 수 없다고 보며(대법원 1990. 10. 12. 선고 90도 1431 판결), 부분적·병존적 직장점거는 허용되나, 장기간에 걸친 전면적·배타적 점거는 정당화될 수 없다고 봄(대법원 1990. 5. 15. 선고 90도*** 판결)

【서울고등법원 2012. 12. 5. 선고 2012누16*** 판결⁷⁴⁶⁾】

① 원고 최○○, 최○○의 경우 원고 ○○노조의 최고위층 간부의 직책을 담당하지는 않았으므로 이 사건 순환 및 전면파업을 직접적으로 계획·결정, 주도하는 역할을 하였다기보다는 원고 ○○노조 집행부가 결정·집행한 사항을 각 지부 또는 지방본부 조합원들에게 전달하고 또 조합원들의 의사를 원고 ○○노조 집행부에 전달하는 등의 역할을 한 정도로 보이는 점, …(중략)… 각 해임의 징계처분은 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계재량권을 일탈하거나 남용하였다.

4.14 노사면책 합의 관련 판례

1) 면책 합의의 의의

면책 합의는 회사의 근로자들에 대한 민·형사상의 책임 추궁이나 고용계약상 불이익 처분을 하지 않겠다는 취지이지 **회사에 면책권한이 없는 법률상 책임의 면제를 약속한 취지는 아니라고 봄**(대법원 1992. 7. 28. 선고 92다14*** 판결)

한편 면책 합의는 당해 비위 행위를 징계사유로 삼지 않기로 하는 것이지, **다른 비위 행위를 징계사유로 하여 근로자를 징계할 때 양정의 판단자료로 삼는 것까지 금하는 것은 아님**(대법원 1994. 9. 30. 선고 94다4*** 판결)

2) 면책 합의의 시적 범위

면책 합의의 시적 범위와 관련하여, 농성중의 행위와 **일체성**을 가지는 행위 또는 위 농성중의 행위와 **필연적으로 연속되는** 행위로서 불가분적 관계에 있는 행위에 대해서도 면책시키기로 한 것이라고 보아야 하므로 면책 합의 이전의 농성행위 등으로 인하여 면책 합의 이후에 처벌을 받고 그로 인하여 결근한 행위가 형식상 회사의 인사규정 등의

746) 1심 판결(서울행정법원 2012. 5. 11. 선고 2011구합12*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 9. 4.자 2013두*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

징계해고사유에 해당한다고 하더라도 이를 이유로 징계해고한 것은 위 면책 합의에 반한다고 봄(대법원 1992. 7. 28. 선고 92다14*** 판결)

3) 면책 합의의 내용

회사와 노동조합 사이에 쟁의행위 중에 발생한 구속 및 고소, 고발 건에 대하여 “징계를 하지 않는다”라는 문구 대신 “최대한 선처하겠다”는 내용으로 합의한 경우, 이는 회사가 구속자에 대한 형사처벌이 감경되도록 노력하겠다는 취지로 해석되고, 구속자들을 징계하지 않겠다는 내용의 합의로는 볼 수 없다고 함(대법원 1993. 5. 11. 선고 93다1*** 판결)

4) 단체협약상 ‘쟁의 중 신분보장’ 규정의 적용범위 관련 판례

서울고등법원은, 단체협약상 쟁의행위 기간 중 신분보장 규정이 있을지라도 쟁의행위가 정당하지 않거나 근로자의 행위가 정당한 쟁의행위의 범위에 포섭되지 않아 쟁의행위와 무관한 경우에는 징계사유가 된다고 판시한 바 있고, 해당 사건은 대법원에서 심리불속행 기각으로 확정되었음⁷⁴⁷⁾

【 서울고등법원 2019. 7. 17. 선고 2019누33*** 판결⁷⁴⁸⁾ 】

(3) 이 사건 신분보장 규정의 해석

이 사건 신분보장 규정은 “회사는 정당한 노동쟁의행위에 대하여 ① (논의의 편의를 위하여 번호를 붙인다. 이하 같다) 간섭방해, ② 이간행위 및 ③ 쟁의기간 중 여하한 징계나 전출 등 인사조치를 할 수 없으며 ④ 쟁의에 참가한 것을 이유로 불이익처분할 수 없다”고 규정하고 있어, 그 구조와 체계가 앞서 본 한국노총의 단체협약 기준(안) 제85조와 차이가 있다.

위 문언의 내용, 구조와 체계를 종합하여 보면, 위 규정 전체는 ‘정당한 노동쟁의행위’라는 제한을 받는다고 보아야 하고, 회사는 ‘정당한 노동쟁의행위에 대하여’ 위 ①, ②, ③, ④의 각 행위를 할 수 없다는 것으로 해석함이 타당하다. 따라서 쟁의기간 중에는 정당한 노동쟁의행위를 표면적 혹은 실질적 사유로 하는 ‘여하한 징계조치’가 금지되는 것일 뿐, ‘여하한 징계사유’에 대하여 징계조치가 전면 금지된다고는 해석되지 아니한다.

여기에 이러한 단체협약이 이루어진 동기와 당사자들의 의사, 즉 ○○기업 노조는 이 사건 신분보장 규정을 통하여 노동쟁의행위를 보장받고자 하였을 것이고, 원고로서는 정당한 노동쟁의행위에 한하여 징계 등 인사권을 보류하고자 하였을 것인 점 등을 보태어 보면, 원고와 ○○기업 노조는 정당한 노동쟁의행위에 대하여 징계조치를 할 수 없다는 데에 합의하였다고 보일 뿐이고 쟁의기간 중이라 하여 정당한 노동쟁의행위라고 볼 수 없는 행위에 대하여까지 징계조치를 할 수 없다는 데에 의사 합의가 있었다고 볼 수 없다. 이는 이후 동일한 신분보장 규정을 두고 있는 원고와 ○○기업지회 사이의 단체협약에서도 같다고 할 것이다. …(후략)...

747) 같은 취지의 판결로 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010두20*** 판결이 있음

(5) 소결론

이 사건 신분보장 규정의 내용, 구조 및 체계와 대법원 2010두20*** 판결, 2008다70*** 판결 사안에서 드러난 단체협약 조항의 차이점, 위 각 대법원 판례의 법리, 이 사건 신분보장 규정의 도입취지와 당사자들의 의사 등을 종합적으로 해석하면, 이 사건 신분보장 규정은 정당한 노동쟁의행위에 대하여 쟁의기간 중의 징계를 금지하는 것일 뿐, 쟁의행위가 정당하지 못하거나, 근로자의 행위가 정당한 쟁의행위의 범위에 포섭되지 않거나 쟁의행위와는 무관한 경우에 대하여까지 징계가 제한된다고 할 수 없다. 그러므로 이 점을 지적하는 원고의 주장은 위 범위 내에서 이유 있다.

다만, 정당한 노동쟁의행위로 볼 수 없는 행위이거나 개인의 일탈행위에 대한 징계절차나 부득이한 인사조치라도 쟁의행위를 위촉시키거나 방해할 여지가 있다면 쟁의기간 중에는 극히 신중을 기하는 것이 바람직하나, 그런 경우라도 그 징계절차 자체가 무효라고는 보기 어려울 것이다.

그러나 위 사건과 같은 기업의 같은 단체협약상 ‘쟁의 중 신분보장’ 규정에 관한 다른 사건에서, 서울행정법원(행정사건) 및 대법원(민사사건의 상고심)⁷⁴⁹⁾은 이와 달리 판단하여, 면책조항에 징계사유의 발생시기 및 내용에 대한 제한이 있지 않은 한, 쟁의기간 이전에 발생한 사유인지 여부 및 그 사유가 어떤 것인지를 불문하고, 정당한 쟁의행위 기간 중에는 사용자가 조합원에 대하여 징계권을 행사할 수 없는 취지라고 판시함

【 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017다257*** 판결 】

1) 단체협약의 ‘쟁의 중 신분보장’ 규정은 “회사는 정당한 노동쟁의 행위에 대하여 간섭방해, 이간 행위 및 쟁의기간 중 여하한 징계나 전출 등 인사조치를 할 수 없으며 쟁의에 참가한 것을 이유로 불이익 처분할 수 없다.”라고 규정하고 있는바, 이러한 문언 자체로 징계사유의 발생시기나 그 내용에 관하여 특별한 제한을 두고 있지 않음이 분명하므로, 위 규정은 그 문언과 같이 정당한 쟁의행위 기간 중에는 사유를 불문하고 피고가 조합원에 대하여 징계권을 행사할 수 없다는 의미로 해석함이 타당하다.

2) 만일 이와 달리 비위사실이 쟁의행위와 관련이 없는 개인적 일탈에 해당하거나 노동조합의 활동이 저해될 우려가 없는 경우에는 정당한 쟁의행위 기간 중에도 피고가 징계권을 행사할 수 있다는 식으로 ‘쟁의 중 신분보장’ 규정의 적용 범위를 축소하여 해석하게 되면, 위 규정의 문언 및 그 객관적인 의미보다 근로자에게 불리하게 되어 허용되지 않는다고 보아야 한다. 이와 같이 근로자에게 불리한 해석은 쟁의기간 중에 쟁의행위에 참가한 조합원에 대한 징계 등 인사 조치에 의하여 노동조합의 활동이 위축되는 것을 방지함으로써 노동조합의 단체행동권을 실질적으로 보장하기 위한 위 규

748) 동 사건은 대법원(대법원 2019. 11. 15.자 2019두49*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

749) 해당 민사사건은 근로자가 과거 상사를 폭행 및 상해한 행위로 인하여 징계를 받은 바 있었고, 쟁의기간 중 해당 상사를 다시금 반복적으로 모욕함에 따라 징계하고 처분을 받아, 근로자가 해고무효확인소송을 제기한 것으로, 해당 사건에서 서울고등법원은 대법원과는 달리, 신분보장 규정의 취지가 노동조합이 단체행동권을 실질적으로 보장받지 못할 우려가 없는 경우에까지 징계 등의 인사 조치를 제한하는 것이라고는 볼 수 없다며, 해당 징계로 인하여 노동조합의 단체행동권이 보장받지 못할 우려가 없기 때문에 이 사건 해고는 신분보장 규정을 위반했다고 볼 수 없다고 판단하였으나, 위 대법원 판결에 의하여 파기 및 환송됨

정의 도입 취지에 반한다. 사용자인 피고가 근로자를 징계하게 되면 그 적법성·정당성 여부를 떠나 그 자체로 노동조합의 활동을 위축시킬 추상적 위험이 있으므로, 정당한 쟁의행위 기간 중에는 징계 사유의 발생시기 및 그 내용을 불문하고 일률적으로 징계를 금지하기 위하여 ‘쟁의 중 신분보장’ 규정이 도입된 것이지, 각각의 개별적인 징계사유 내지 징계로 야기되는 구체적인 결과별로 위 규정의 적용 여부를 다르게 취급하라는 취지로는 볼 수 없기 때문이다.

【서울행정법원 2018. 12. 20. 선고 2014구합72*** 판결】

(1) 당해 쟁의기간 이전에 발생한 사유 또는 명백한 폭력 등을 동원한 쟁의에는 단체협약상 ‘쟁의 중 신분보장’ 규정의 적용이 없는지 여부

단체협약서와 같은 처분문서는 그 성립의 진정함이 인정되는 이상, 법원은 그 기재 내용을 부정할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한, 그 기재 내용에 의하여 그 문서에 표시된 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 한다. 또한 단체협약은 근로자의 근로조건을 유지·개선하고 복지를 증진하여 그 경제적·사회적 지위를 향상시킬 목적으로 노동자의 자주적 단체인 노동조합이 사용자와 사이에 근로조건에 관하여 단체교섭을 통하여 이루어지는 것이므로 그 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 해석할 수는 없다(대법원 1996. 9. 20. 선고 95다20*** 판결).

단체협약의 ‘쟁의 중 신분보장’ 규정이 “회사는 정당한 노동쟁의행위에 대하여 간섭방해, 이간행위 및 쟁의행위 및 쟁의기간 중 여하한 징계나 전출 등 인사조치를 할 수 없으며 쟁의에 참가한 것을 이유로 불이익 처분할 수 없다.”라고 규정하고 있을 뿐 달리 징계사유의 발생 시기나 그 내용에 관하여 특별한 제한을 두고 있지 않음은 명백하므로 위 규정을 원고의 주장과 같이 해석할 수 없다.

4.15 형사상 범죄와 유죄판결 관련 판례

가. ‘유죄판결을 받은 때’의 의미 관련 판례

1) ‘유죄판결’이라 함은 단체협약이나 취업규칙 등에 다른 규정 등이 없는 한 유죄의 확정판결을 받은 경우만을 의미한다고 판시함(대법원 1997. 7. 25. 선고 97다7*** 판결)

2) 단체협약에 해고사유로서 ‘형사사건으로 기소된 자가 금고 이상의 형의 판결을 받았을 때’라는 규정을 두고 있는 취지는 통상 그러한 유죄판결로 인하여 근로자의 기본적인 의무인 근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가 장기화되어 근로계약의 목적을 달성할 수 없게 되었기 때문일 뿐만 아니라, 기업 내 다른 종업원과의 신뢰관계나 인간관계가 손상되어 직장질서의 유지를 저해하거나, 당해 근로자의 지위나 범죄행위의 내용 여하에 따라서는 회사의 명예와 신용을 심히 훼손하기 때문이라고 할 것이므로 여기서의 ‘금고 이상의 형의 판결’이 반드시 실형판결만을 의미한다고 단정하여서는 아니된다

고 봄(대법원 1997. 9. 26. 선고 97누1*** 판결). 구체적으로, 지하철 공사 직원의 파업 관련 집행유예 판결에 관하여, 그 유죄 판결이 중재시 파업을 주도하여 공익사업 업무를 방해한 것에 따른 것이고, 그 집행유예 판결을 받고도 계속 근무하는 것이 공공성이 강한 지하철 운송 사업의 직장 질서 유지에 악영향을 미칠 것이 명백하다면, 그 집행유예 판결은 ‘유죄의 확정판결을 받은 경우’라는 징계해고사유에 해당한다고 봄

3) 징계처분 당시 유죄판결이 확정되어 있어야 하고, 처분 당시 유죄판결이 확정되지 않은 이상 징계처분 후에 확정된다고 하여 하자가 치유되는 것은 아니라고 봄(대법원 1997. 5. 23. 선고 97다9*** 판결)

나. ‘유죄 판결’이 실형의 유죄 판결을 의미하는 경우

취업규칙 등에 ‘형사상 범죄로 유죄 판결을 받았을 경우’가 당연퇴직사유로 규정되어 있는데, 이와 함께 당연퇴직사유로 규정된 것으로, ① 명시적 또는 묵시적으로 근로 제공 의사가 없음을 표시한 경우, ② 근로제공을 할 수 없는 경우, ③ 근로기간이 만료한 경우 등이 있다면, ‘형사상 범죄로 유죄 판결을 받았을 경우’를 당연퇴직사유로 한 취지도 근로계약에 따른 근로자의 기본적인 의무인 근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가 장기간 계속되어 사용자가 근로자를 당연퇴직 시켜도 근로자 측에서 이의를 제기할 여지가 없을 정도의 상태, 즉 형사상 범죄로 구속되어 현실적으로 근로 제공이 불가능한 신체의 구속 상태가 해소되지 않은 경우 당연퇴직하도록 한다는 것이므로 이 경우 유죄 판결은 신체 구속 상태가 해소되지 않는 유죄 판결을 받은 경우를 의미한다고 봄(대법원 1999. 9. 3. 선고 98두18*** 판결)

다. 기타

운수회사의 단체협약에 “사고로 인하여 약식기소된 자에 한하여 인사조치를 할 수 없다”라는 규정이 있는 경우 ‘약식기소된 자’의 의미는 경미한 사고로 인하여 약식기소되더라도 그 사유만으로 징계 등 불이익한 처분을 하지 않는다는 취지이지, 약식기소된 사고 외에 여러 차례에 걸친 교통사고 유발행위와 종전의 불성실한 근무 태도 등을 보태거나 그 사고 발생의 원인을 따져 근로계약 관계를 계속 유지하는 것이 객관적으로 부당한 경우까지 인사조치할 수 없다는 취지로는 볼 수 없으므로 이러한 경우 다른 사정을 종합하여 징계 조치를 할 수 있다고 판시함(대법원 1992. 2. 11. 선고 91다5*** 판결)

제3절 징계양정⁷⁵⁰⁾

1. 징계양정의 의의와 방법

1.1 징계양정의 의의

징계양정이란 근로자의 비위행위에 대하여 처분할 징계의 종류와 내용을 선택하는 것을 말하며, 근로자에게 징계사유가 있어 징계처분을 하는 경우에 어떠한 처분을 할 것인지는 원칙적으로 징계권자의 재량에 맡겨져 있음

징계는 원인이 되는 비위행위의 정도와 상당성이 유지되는 범위에서만 정당성을 인정받을 수 있음

판례는 근로자에게 징계사유가 있어 징계처분을 하는 경우 어떠한 징계처분을 할 것인지는 원칙적으로 징계권자의 재량에 속하지만, 이러한 재량이 징계권자의 자의적이고 편의적인 재량을 의미하는 것은 아니므로 징계사유와 징계처분 사이에 사회통념상 상당하다고 보여지는 균형이 존재해야 하며, 따라서 경미한 징계사유에 대하여 가혹한 제재를 과하는 것은 권리 남용으로 무효라는 입장임

징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 처분이라고 하려면, 구체적인 사례에 따라 직무의 특성, 징계사유가 된 비위사실의 내용과 성질 및 징계에 의하여 달성하려는 목적과 그에 수반되는 제반 사정을 참작하여 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우라야 함⁷⁵¹⁾

1.2 징계양정의 판단방법

노동위원회에서 행해지는 ‘징계의 정당성’에 대한 판단은 사용자에게 의하여 이미 이루어진 징계를 판단의 대상으로 하고, 근로기준법 제23조 제1항 등 법령 및 사용자의 취업규칙 등 자치규범을 판단기준으로 하여 ‘징계가 행하여졌던 당시의 시점에서 징계가 정당하였는가’를 평가하는 사후적 판단임

따라서 노동위원회에서 징계양정의 적정성을 판단함에 있어서도 노동위원회에 제출된 자료를 기준으로 ‘적정한’ 징계양정을 하여 이를 실제 징계양정과 비교하여 징계양정

750) 이하는 노상헌·권오성·김근주·신수정, “징계 사유, 양정과 절차에 관한 연구”, 중앙노동위원회, 2019. 11. 를 참조하여 재구성한 것임

751) 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다60*** 판결, 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99*** 판결, 대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두46*** 판결 등

의 당부를 판단하는 것이 아니라, 원칙적으로 사용자가 징계를 결정했던 당시를 기준으로 사용자가 실제로 판단의 대상으로 삼았던 사유들만을 고려하여 사용자가 한 ‘징계양정’이 적정한 것인지를 분리하여 평가하여야 함

가. 판단의 자료

근로자에게 여러 가지 징계혐의사실이 있는 경우에는 징계사유 하나씩 또는 그 중 일부의 사유만을 가지고 판단할 것이 아니고 **전체의 사유에 비추어** 판단하여야 함

사용자가 징계사유로 삼지 아니한 비위행위라도 징계종류 선택의 자료로서 징계양정의 자료로 삼을 수 있음.⁷⁵²⁾ 한편 **징계처분 이후의 비위행위라 하더라도 징계양정의 판단자료로 삼을 수 있다는 취지의 판결도 있음**⁷⁵³⁾

나. 실질적 양정의 필요성

징계양정은 ‘**실질적**’으로 이루어져야 함. 판례는 산술적·형식적 무단 결근 일수만을 고려해 징계해고한 것은 재량권의 범위를 일탈·남용한 것이라거나,⁷⁵⁴⁾ 직무 의무와 윤리를 버리고 계획적 비위 행위를 저지른 중대성에 비취, 근무 기간 등을 고려하지 않은 전원 해고와 권고사직은 형평에 반하지 않는다고 하여,⁷⁵⁵⁾ 실질적 양정의 필요성을 긍정하고 있음

제4장
징계와
징계해고

다. 징계양정 시 고려사항

1) 단체협약, 취업규칙 등의 규정

단체협약, 취업규칙 등 규정에 구체적인 양정기준이 규정되어 있는 경우, 이러한 양정기준을 고려하여야 함. 특히 표창이나 징계 이력 등에 따라 징계양정을 감경 또는 가중할 수 있다는 규정이 있는 경우 이러한 사정이 고려되어야 함

2) 사용자의 업종 등 사업의 특성

사용자가 국가, 지방자치단체 기타 공법인이나, 금융기관 등 공공성이 강하게 요구되는 업종인지도 고려되어야 하며, 판례는 대체로 이러한 경우 근로자의 직무수행에 더 높은 수준의 도덕성이 요구된다고 보고 있음

752) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다21*** 판결

753) 대법원 1997. 12. 9. 선고 97누9*** 판결

754) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008두16*** 판결

755) 서울행정법원 2009. 7. 10. 선고 2009구합6*** 판결

3) 근로자의 지위·직무 등 신분적 요소

근로자의 **지위 및 직책**(업무의 관리·감독 책임이 있는지, 회계·감사 등 고도의 청렴성이 요구되거나, 비위행위를 방지, 감시해야 하는 업무를 담당하는지 여부 등)을 확인하여야 함

근로자의 지위가 고도의 청렴성과 공정성이 요구됨에도 비위행위를 저질렀는지, 해당 업무를 처리함에 있어 최종적으로 의사결정 권한이 있는지 등을 고려하여 양정기준을 판단하여야 함

일반적으로 비위가 발생한 업무를 관리·감독하여야 하는 직위에 있는 경우에는 일반 근로자보다 더 중한 책임이 요구됨

4) 행위의 동기 등 주관적 요소

비위행위의 **경위 및 횟수, 의도적·적극적 행위인지 여부** 등에 따라 징계양정을 달리하여야 함

5) 근무이력

근로자의 **징계경력, 표창 수상 여부** 등은 양정 판단 시 고려요소로 과거에 잦은 징계이력이 있거나 유사한 사유의 징계가 있는 경우에는 징계가 가중되는 요소로 작용할 수 있음

6) 기존 사례와의 형평성

이전에 유사 비위행위에 대하여 어떠한 징계를 내렸는지를 고려하여 현재 비위행위에 대한 징계양정을 판단하여야 함. 다만, 표면적인 사유와 양정의 비교가 아닌 사안의 동일·유사성이 있는지 구체적으로 확인할 필요가 있음

7) 결과의 발생 여부 및 결과의 경중

근로자의 귀책·비위행위 등으로 발생한 **사용자의 직접적 손실**(배상액 지급, 용역계약 파기, 합의금 지급 등), **사용자의 경제적 피해 등에 대한 근로자의 배상, 원상회복 여부, 위계질서 문란, 근무기강 훼손 등 기업질서에 미친 영향** 등도 고려하여야 함

비위행위로 인하여 사용자에게 발생한 법익침해가 경미한 경우 이러한 사정은 징계양정의 감경요소로 고려될 수 있으며, 비위행위로 인하여 사용자에게 발생한 손해를 배상하는 등 피해회복이 이루어진 경우에도 감경요소로 고려될 수 있음

8) 피해회복의 정도

직장 내 폭력, 성희롱 등 피해자와의 합의 여부, 동료 근로자 또는 피해자의 탄원서 제출 여부, 쟁의행위 등에 대한 면책 합의 체결 여부 등도 양정에서 고려되어야 함

2. 징계양정의 원칙

2.1 징계사유와 징계처분 사이의 상당성

징계양정은 기본적으로 **징계사유와 징계처분 사이의 상당성 내지 비례성**이 긍정되어야 함. 따라서 징계사유와 징계처분 사이에 상당성이 인정되지 않을 경우 그러한 징계는 정당성을 인정받기 어려움

2.2 평등의 원칙

사용자는 징계양정을 함에 있어 **다른 비위행위자와의 형평성**을 고려할 필요가 있음
다만, 단순히 다른 근로자들에게는 상대적으로 경한 징계가 이루어졌다는 사정만으로 형평의 원칙에 위배되는 것이라 할 수는 없음

2.3 최후수단의 회피

당해 징계조치보다 가벼운 징계수단을 선택하여 징계의 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 중한 징계 조치를 취하였다면 이는 사용자가 징계에 관한 재량권을 남용한 경우로서 정당한 징계라고 할 수 없게 됨. 최후수단의 회피와 관련하여 **주로 문제되는 것은 징계해고인바 구체적인 판결례에 대하여는 후술함**

3. 징계양정 시 고려사항 세부 검토

3.1 의의

징계양정의 적정성을 판단하는 판결문들을 살펴보면, 우선적으로 징계양정을 판단하는 원칙 및 기준을 제시한 후, 이를 개별 사안의 사실관계에 적용하는 형식을 취하는 경우가 일반적임

징계양정에 관한 일관된 기준을 설정하는 것은 용이하지 않지만, 징계양정에 관하여 판단한 판결례의 내용을 종합하여 보면 개별 사용자가 징계양정을 함에 있어 아래 표에 기재된 사항을 고려할 필요가 있다는 점을 알 수 있음

〈표〉 징계양정시 고려사항

구 분	중 분 류	세 분 류
사용자 관련 요소	사업의 목적과 성격	공공기관, 공기업
		의료기관, 복지기관 등
		금융기관
	사업장의 여건 등 사업의 특성	버스 운수업체
		택시 운수업체
		시설관리업체
	단체협약·취업규칙 등에 기재된 양정기준의 내용	-
근로자 관련 요소	근로자의 지위, 직무	근로자의 직위
		담당 직무의 내용
	과거 근무태도 및 징계전력	징계전력
		개전의 정
		참작할 사유
		형사판결
		재발 방지의 필요성
행위 및 결과 관련 요소	행위인자	비위행위의 동기
		비위행위의 반복성, 계속성
		비위행위의 양태
		감독책임
	결과인자	사업장 내 질서교란의 정도
		재산상 손해의 발생 여부 및 손해의 정도
		피해회복

3.2 사용자 관련 요소

가. 사업의 목적과 성격

1) 공공기관, 의료기관, 금융기관 등

공공기관의 직원인 경우 판례의 경향이 대체적으로 일반 사기업보다 더 높은 도덕성이 요구되고, 공공기관은 경우에 따라 공무원법상 규정 등을 준용하는 경우도 있는 점 등을 고려하여야 함

공무원 징계기준의 경우 공무원의 신분상의 특수성과 함께 적용 법규상 근거를 감안하여 설계된 것이므로 양자의 차이를 감안한 징계기준의 설정은 유효하지만, 그 근본적인 차이를 간과하여 노동관계법령의 체계에 부합하지 않을 경우 그 정당성이 문제될 수 있음

2) 운수업종

운송사업의 경우 사업 목적이 어느 정도의 공공성을 갖는다는 점(특히 준공영제가 도입된 지역에서의 버스운송사업), 교통사고가 발생하는 경우 인명피해의 발생 등 사업자는 물론 승객 기타 제3자에게도 피해가 발생한다는 점, 운송수입이 사업자의 수익의 대부분을 차지한다는 점 등이 징계양정의 요소로 참작될 수 있음

나. 단체협약, 취업규칙 등에 규정된 양정기준표

기업은 **단체협약, 취업규칙** 등 규정에 징계기준 및 양정표를 규정하는 경우가 많음. 징계양정이 자치규범을 판단기준으로 하기 때문에 그 정당성은 추정되지만, 기존 노동관계법령과 자치규범의 내용이 상충되는 경우 그 적법성이 별도로 검토되어야 함

징계를 재량적 성격이 강하다고 볼 때, 단체협약 및 취업규칙 등 자치규범에서 징계에 관한 양정기준을 두고 있는 경우 이를 준수하였는지 여부가 사법심사에서 중요하게 다루어짐

하급심 판결 중에는 “사용자가 징계해고 등의 징계처분을 실시하기 위해서는 엄격하게 취업규칙에 정한 바에 따라야 하므로, 징계의 사유와 수단 내지 종류를 취업규칙에 명시하여 근로계약의 내용으로 한 것에 의하여서만 징계처분을 할 수 있고, 또 취업규칙상의 그러한 규정은 한정열거로 해석하여야 하므로, 취업규칙에 징계처분의 수단으로 명시되어 있지 아니한 징계해고를 하였다면 취업규칙상 근거가 없는 위법 무효의 처분이다.”라고 판단한 사례가 있음⁷⁵⁶⁾

다만, 대법원은 “단체협약에 나열되어 있지 않은 해고사유를 취업규칙에 정하더라도 그러한 내용이 사회통념상 합리성이 있다면 이를 단체협약보다 불리한 것으로 보거나 당연히 무효로 볼 수 없다.”라고 판시한 바 있어서,⁷⁵⁷⁾ 집단적 자치규범 상호간의 법원성을 엄격하게 적용하기보다는 ‘**사회통념상 합리성**’ 기준을 우위에 두고 판단하고 있음

제4장
징계와
징계해고

3.3 근로자 관련 요소

가. 근로자의 지위·담당 직무의 내용

근로자의 지위 및 직책(업무의 관리·감독 책임이 있는지, 회계·감사 등 고도의 청렴

756) 부산지방법원 1992. 6. 17. 선고 91가합27*** 판결

757) 대법원 1993. 2. 23. 선고 92다40*** 판결

성이 요구되거나, 비위행위를 방지, 감시해야 하는 업무를 담당하는지 여부 등)을 확인하여야 함

근로자의 지위가 고도의 청렴성과 공정성이 요구됨에도 비위행위를 저질렀는지, 해당 업무를 처리함에 있어 최종적으로 의사결정 권한이 있는지 등을 고려하여 양정기준을 판단하여야 함

일반적으로 비위가 발생한 업무를 관리·감독하여야 하는 직위에 있는 경우에는 일반 근로자보다 더 중한 책임이 요구되므로 권한에 따른 책임과 징계의 정도가 비례하는지 판단할 필요가 있음

나. 징계전력 등

근무질서를 문란하게 하고 과거 근무태도나 비위행위 전력 등 그 위법성이 사회적으로 용인할 수 없는 정도에 이르렀다면 징계처분은 정당하다고 본 판례가 있음⁷⁵⁸⁾

다만, 과거 징계전력은 가장 경미한 경고처분을 받은 것에 불과한 점 등 제반 사정을 고려하면 해임처분은 재량권의 한계를 벗어난 처분으로서 위법하다고 본 판례도 있음⁷⁵⁹⁾

3.4 행위 및 결과 관련 요소

가. 주관적 행위요소

1) 비위행위의 동기

사용자의 위법·부당한 행위가 근로자의 비위행위의 동기나 원인으로 작용한 경우, 이러한 사정은 징계양정의 감경요소로 고려되어야 함

한편 근로자가 개인적인 이익을 취할 목적으로 비위행위를 하지 않은 경우, 이러한 사정은 징계양정에 있어 감경요소로 고려될 수 있음

2) 비위행위의 계획성

근로자가 계획적·적극적으로 비위행위를 하였다는 사정은 징계양정에서 가중요소로 고려될 수 있음. 반면, 근로자가 우발적으로 비위행위를 저지른 경우, 이러한 사정은 징계양정에서 감경요소로 고려될 수 있음

758) 서울고등법원 2006. 6. 1. 선고 2006누7*** 판결

759) 서울고등법원 2009. 7. 15. 선고 2008누26*** 판결

3) 비위행위의 고의성

징계처분은 책임원칙이 적용되는 제재라는 측면에서, 결과적으로 동일한 법익침해가 발생한 경우에도 그러한 법익침해가 근로자의 고의에 의한 것인지, 아니면 과실로 인한 것인지 여부는 징계양정에 있어서 중대한 차이가 있음

즉 직장질서의 교란이 근로자의 고의 또는 고의에 상응하는 중과실로 인하여 발생한 경우에는 이를 징계양정의 가중요소로 고려할 수 있을 것인 반면, 그러한 결과가 근로자의 과실로 인하여 발생한 경우에는 이를 징계양정의 감경요소로 고려하여야 함

나. 객관적 행위요소

1) 비위행위의 상습성

근로자가 반복적, 계속적으로 비위행위를 범한 경우, 이러한 사정은 징계양정에 있어서 가중요소로 고려될 수 있음

2) 비위행위의 양태

다수의 근로자들이 공동으로 비위행위를 저지른 경우, 각각의 근로자가 그러한 공동행위에 가담한 정도에 따라 징계처분의 수준을 달리하는 것이 책임원칙에 부합함

따라서 주도적으로 비위행위를 기획·실행한 주동자의 경우에는 징계양정의 가중요소로 고려될 수 있을 것인 반면, 소극적으로 비위행위에 가담한 단순가담자의 경우에는 징계양정의 감경요소로 고려되어야 함

근로자가 다른 근로자의 업무수행에 관한 감독의무를 지는 경우, 이러한 감독의무를 다하지 못하여 다른 근로자의 업무상 비위행위가 발생하였다면 이는 근무태만의 일종으로 평가될 수 있다는 점에서 감독자를 징계하는 것은 가능할 것임. 다만, 이러한 감독의무 위반은 근로자 스스로 비위행위에 나아간 것은 아니라는 점에서 징계양정에 있어 감경요소로 고려될 수 있음

다. 결과요소

1) 법익침해의 정도

징계양정은 근로자의 비위행위로 인하여 사업장의 직장질서가 교란된 정도를 고려하여 이루어져야 함. 따라서 법익침해의 정도가 중대한 경우 이러한 사정은 징계양정의 가중요소로 고려될 수 있을 것이고, 반면, 그 정도가 중하지 않은 경우에는 징계양정의 감경요소로 고려되어야 함

2) 복수의 징계사유가 있는 경우

근로자에 대하여 복수의 비위행위를 이유로 징계를 하는 경우, 징계양정의 가중요소로 고려될 수 있음

3) 피해회복 여부

비위행위로 인하여 사용자에게 발생한 손해를 배상하는 등 피해회복이 이루어진 경우, 징계양정의 감경요소로 고려될 수 있음

4. 징계양정 관련 판례

4.1 징계양정의 정당성 판단기준 관련 판례

1) 근로자에게 징계사유가 있어 징계처분을 하는 경우에 어떠한 처분을 할 것인지는 원칙적으로 징계권자의 재량에 맡겨져 있으므로 징계처분이 위법하다고 하기 위하여서는 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용하는 것이라고 인정되는 경우에 한함

특히 징계해고는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 정당하고, 사회통념상 해당 근로자와 고용관계를 계속할 수 없을 정도에 이르렀는지 여부는 해당 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장의 여건, 해당 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여야 함

【대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두46*** 판결】

근로자에게 징계사유가 있어 징계처분을 하는 경우에 어떠한 처분을 할 것인지는 원칙적으로 징계권자의 재량에 맡겨져 있으므로, 그 징계처분이 위법하다고 하기 위하여서는 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한한다. 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 처분이라고 하려면, 구체적인 사례에 따라 직무의 특성, 징계사유가 된 비위사실의 내용과 성질 및 징계에 의하여 달성하려는 목적과 그에 수반되는 제반 사정을 참작하여 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우라야 한다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다60***, 60*** 판결, 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99*** 판결 등 참조).

또한 징계해고나 징계파면은 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 정당하다고 인정되고, 사회통념상 해당 근로자와 고용관계를 계속할 수 없을 정도에 이르렀는지 여부는 해당 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장의 여건, 해당 근로자의

지위 및 담당 직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다(대법원 2002. 5. 28. 선고 2001두10*** 판결 등 참조). …(중략)…

그리고 징계권자가 일응의 징계양정기준을 정하고 그에 따라 징계처분을 하였을 경우에, 정해진 징계양정기준이 전혀 합리성이 없다거나 특정의 근로자만을 해고하기 위한 방편이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이로써 바로 해당 징계처분이 형평의 원칙에 반하여 위법하다고 할 수는 없다(대법원 1997. 9. 12. 선고 97누7*** 판결, 대법원 2007. 10. 12. 선고 2007두7*** 판결 등 참조).

【 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011다41*** 판결⁷⁶⁰⁾ 】

취업규칙이나 상벌규정에서 징계사유를 규정하면서 동일한 사유에 대하여 여러 등급의 징계가 가능한 것으로 규정한 경우에 그중 어떤 징계처분을 선택할 것인지는 징계권자의 재량에 속한다고 할 것이지만, 이러한 재량은 징계권자의 자의적이고 편의적인 재량이 아니며 징계사유와 징계처분의 사이에 상당하다고 인정되는 균형의 존재가 요구되므로, 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에는 위법하다고 할 것이다

2) 징계권의 행사가 임용권자의 재량에 맡겨진 것이라고 하더라도 징계권 행사의 내재적 한계(형평의 원칙, 비례의 원칙 등)가 있으며 특히 **징계해고의 경우에는 최후수단의 원칙이 준수**되어야 함

【 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002두9*** 판결 】

교원인 피징계자에게 사립학교법상의 징계사유가 있어 징계처분을 하는 경우 어떠한 처분을 할 것인가는 징계권자의 재량에 맡겨진 것이고, 다만, 징계권자가 재량권의 행사로서 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하여 그 처분을 위법하다고 할 수 있고, 교원에 대한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃었다고 하려면 구체적인 사례에 따라 징계의 원인이 된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의하여 달성하려고 하는 목적, 징계 양정의 기준 등 여러 요소를 종합하여 판단할 때에 그 징계 내용이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정할 수 있는 경우라야 하고, 징계권의 행사가 임용권자의 재량에 맡겨진 것이라고 하여도 공익적 목적을 위하여 징계권을 행사하여야 할 공익의 원칙에 반하거나 일반적으로 징계사유로 삼은 비행의 정도에 비하여 균형을 잃은 과중한 징계처분을 선택함으로써 비례의 원칙에 위반하거나 또는 합리적인 사유 없이 같은 정도의 비행에 대하여 일반적으로 적용하여 온 기준과 어긋나게 공평을 잃은 징계처분을 선택함으로써 평등의 원칙에 위반한 경우에 이러한 징계처분은 재량권의 한계를 벗어난 처분으로서 위법하다 할 것이다(대법원 2000. 6. 9. 선고 98두16*** 판결 참조).

760) 양정 과다로 해당 징계가 위법하다고 판정할 경우 인용하기에 적합한 판례임

4.2 징계양정의 원칙 관련 판례

가. 징계사유와 징계처분 사이의 상당성 관련 판례

1) 회사가 승인하지 않은 연차휴가 2일 사용에 대하여 정직 24일의 징계처분을 한 것은 재량권 남용으로 위법하다고 봄(서울고등법원 2019. 4. 4. 선고 2018누57*** 판결)

2) 교통사고 발생경위서 지연 제출을 사유로 정직 2개월에 처한 징계처분은 징계양정의 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다고 봄(서울행정법원 2015. 4. 16. 선고 2014구합17*** 판결)

3) 간담회에서 우발적으로 욕설을 하고, 동료 여직원에게 인종차별적 발언 등을 하였으며, 무단결근 및 무단조퇴를 하였다는 등의 사유로 해고한 것은 지나치게 가혹한 것으로서 징계재량권을 일탈·남용한 것이라고 봄(서울고등법원 2009. 8. 19. 선고 2008누37*** 판결)

4) 시재금 충당 협조, 담보대출 건을 처리하는 과정에서의 규정 위반 행위는 인사규정 등에서 정한 재량에 따른 징계면직 사유에 해당되나, 면직은 그 양정이 지나치게 과중하여 위법하다고 봄(서울행정법원 2011. 4. 21. 선고 2010구합47*** 판결)

5) 회사 연수교육 중 훈련거부 및 교육장 무단이탈 등에 대한 정직 6월의 징계처분은 과도하다고 봄(서울고등법원 2013. 3. 27. 선고 2012누19*** 판결)

6) 징계사유 중 일부가 인정된다고 하더라도 무기한의 정직처분은 그 양정이 지나치게 과중하여 징계재량권의 범위를 일탈하거나 이를 남용한 것이어서 부당하다고 봄(서울고등법원 2010. 8. 17. 선고 2010누4*** 판결)

7) 근로자에게 차고지 내에서 ‘고객친절, 복장단정, 차량청결’ 등의 구호를 제창하도록 하는 내용의 봉사활동 지시는, 그 내용이 근로자의 인간으로서의 존엄성을 침해하는 것으로 사용자의 징계권이 가지는 한계를 넘은 것으로 부당하다고 봄(서울행정법원 2007. 12. 14. 선고 2007구합30*** 판결)

8) 직책해제는 취업규칙상 징계의 한 종류이고, 임금손실이 발생하는 등 ‘그 밖의 징벌’에 해당되므로 구제신청의 대상이지만, 대부분의 징계사유를 인정할 수 없고, 직책해제로 인하여 월 수십만 원에 달하는 직책수당이 감액되므로 이는 감봉보다도 불이익의 정도가 큰 징계임을 감안하면 직책해제는 양정이 과하여 부당하다고 판시함(서울행정법원 2019. 5. 23. 선고 2018구합71*** 판결)

9) 버스운전기사인 근로자가 사제 점퍼, 모자를 착용하였다는 이유로 한 20일의 승무정지 처분은 징계양정 기준을 기계적으로 적용하여 형평에 어긋나며 그 **양정도 과하다고 판시함**(대전지방법원 2019. 7. 24. 선고 2018구합106*** 판결)

10) 업무책임자임에도 업무 소홀로 대외적 신용과 명예가 훼손된 점 등을 볼 때 1개월의 감봉처분은 **정당**하다고 봄(서울행정법원 2009. 6. 11. 선고 2008구합38*** 판결)

11) 과장 직급 관리자가 직무상 순찰 나온 하위직원에 대하여 피순찰자인 자신에게 사전에 연락하지 않았다는 이유로 폭력을 행사하여 감봉 2월의 징계를 한 것은 **정당**하다고 봄(서울행정법원 2009. 11. 5. 선고 2009구합28*** 판결)

12) 대출에 대한 관리 소홀로 손해를 발생시킨 지점장에 대한 감봉처분은 **정당**하다고 봄(서울고등법원 2010. 9. 8. 선고 2010누5*** 판결)

13) 무단으로 메인라인의 가동을 정지시켜 생산계획 등에 중대한 지장을 초래한 행위에 대한 정직 2월의 징계처분은 **정당**하다고 봄(서울행정법원 2012. 9. 27. 선고 2012구합8*** 판결)

14) 무단결근으로 제1차 정직처분을 받고도 거듭하여 2차 결근과 3차 결근을 반복하여 각 정직처분한 것은 **정당**하다고 봄(서울행정법원 2012. 11. 27. 선고 2012구합16*** 판결)

15) 업무방해 행위, 시설관리권 침해, 직장질서 침해 및 위신에 손상을 가하는 행위에 대한 업무정지 2월의 징계처분은 **정당**하다고 봄(서울행정법원 2013. 4. 5. 선고 2012구합9*** 판결)

16) 장기간에 걸쳐 동료와 부하직원을 수차례 폭행하고 허위 세금계산서를 발행해 회사 경비를 변칙 처리한 근로자에 대한 2월의 정직처분은 **정당**하다고 봄(서울고등법원 2018. 11. 30. 선고 2018누56*** 판결)

나. 형평의 원칙 관련 판례

1) 비례의 원칙에 반하거나 또는 같은 정도의 비행에 대하여 일반적으로 적용하여 온 기준에 비추어 합리적인 이유 없이 공평을 잃은 징계처분을 함으로써 형평의 원칙을 위반한 경우 **위법**하다고 봄

【 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두40*** 판결 】

1. 징계권자가 재량권의 행사로서 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우 그 처분은 위법한바, 징계권의 행사가 공익적 목적을 위하여 징계권을 행사하여야 할 공익의 원칙에 반하거나 일반적으로 징계사유로 삼은 비행의 정도에 비하여 균형을 잃은 과중한 징계처분을 선택함으로써 비례의 원칙에 반하거나 또는 같은 정도의 비행에 대하여 일반적으로 적용하여 온 기준에 비추어 합리적인 이유 없이 공평을 잃은 징계처분을 선택함으로써 평등의 원칙을 위반한 경우 이러한 징계처분은 재량권의 한계를 벗어난 처분으로서 위법하다(대법원 2009. 6. 23. 선고 2006두16*** 판결 등 참조).

2) 파업 참여자들에 대해서만 징계결정 기준표의 기준과 다른 징계처분을 한 것은 다른 근로자들과의 관계에서 형평에 어긋나는 것으로 **징계재량권을 일탈·남용한 것**이라고 봄(서울행정법원 2012. 3. 2. 선고 2011구합17*** 판결)

3) 단기간에 3차례 교통사고를 일으킨 근로자에 대한 해고가 사고의 경위 등과 다른 근로자에 대한 징계사례에 비추어 보아 **징계재량권을 일탈·남용한 위법**이 있다고 봄(서울행정법원 2013. 1. 24. 선고 2012구합32*** 판결)

4) 고철 등을 임의처분한 절도죄로 선고유예 판결을 받은 기능직공무원들은 견책처분을 받았음에도 공모한 무기계약근로자에 대하여만 해고처분을 한 것은 **부당**하다고 봄(서울행정법원 2013. 1. 29. 선고 2012구합36699 판결)

5) 단순히 다른 근로자들에게는 상대적으로 경한 징계가 이루어졌다는 사정만으로 형평의 원칙에 위배되는 것이라고는 할 수 없다고 봄(대법원 2007. 10. 12. 선고 2007두7*** 판결)

6) 먼저 폭력을 행사한 자와 동일하게 정직 2월의 징계를 하였다는 사정만으로는 형평에 반한다고 단정할 수 없다고 봄(서울행정법원 2010. 1. 14. 선고 2009구합37*** 판결)

다. 최후수단의 회피 관련 판례

1) 근로자가 국민신문고에 제기한 민원 내용 자체를 허위사실로 보기 어려운 이상 이를 취업규칙 위반 행위로 보기 어렵고, 따라서 **징계해고는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유로 보기는 어렵다**고 봄(서울행정법원 2011. 12. 9. 선고 2011구합15*** 판결)

2) 회계자료 외부유출과 이사장에 대한 욕설을 이유로 징계해고한 것은 그 양정이 과다하여 **위법**하다고 봄(서울고등법원 2012. 11. 15. 선고 2012누10*** 판결)

3) 보충교육을 실시하는 상급자를 폭행한 비위행위 등의 책임은 중하나, 그에 대한 해고는 비위행위의 발생경위 및 정도에 비추어 **징계재량권을 일탈·남용**한 것이라고 봄(서울행정법원 2013. 2. 7. 선고 2012구합17*** 판결)

4) 학력·경력 허위 기재 및 공문서변조, 법인카드 사용과 관련된 징계사유가 인정되기는 하나, **해고에 이를 만한 사유로는 보기 어렵다**고 봄(서울행정법원 2013. 6. 13. 선고 2012구합40*** 판결)

5) 대기시간 중에 사업장 내에서 사실 스포츠 토트를 한 행위를 징계사유로 한 해고는 징계재량권을 일탈·남용한 것으로서 **부당해고**에 해당한다고 봄(서울행정법원 2013. 11. 7. 선고 2013구합2*** 판결)

6) 보안근무자들에 대한 직무태만행위 및 물품반출통제 또는 차량 검문·검색 의무 해태를 사유로 한 징계면직 처분은 **부당**하다고 봄(대법원 2016. 11. 24. 선고 2015두54*** 판결)

제4장
징계와
징계해고

4.2 징계양정 시 고려사항 관련 판례

가. 사업 목적과 성격을 징계양정에 고려한 사례

1) 공기업 등에서의 징계양정의 정당성 관련 판례

가) 공기업의 직원으로서 **아들 명의로 영리를 목적으로 하는 업체를 설립**하여 특혜를 부여하고 부당이득을 취득한 비위행위에 대한 파면은 **정당**하다고 봄(서울행정법원 2013. 7. 9. 선고 2012구합37*** 판결)

나) 공기업의 직원으로서 고도의 청렴성이 요구되는데도 **승진청탁 등의 명목으로 금품을 제공하여 해임한 것은 정당**하다고 봄(서울행정법원 2013. 1. 17. 선고 2012구합32*** 판결)

다) 비자금을 주도적으로 조성한 후 상사와 업무 관련 공무원에게 **향응을 제공**하고, **다액의 횡령**을 한 공공기관 연구책임자를 해임한 것은 **정당**하다고 봄(서울행정법원 2011. 9. 1. 선고 2011구합*** 판결)

라) 공기업 종사자로서 직무관련자 등으로부터 여행경비 등의 편의를 제공받아 파면한 것은 정당하다고 봄(서울행정법원 2013. 1. 17. 선고 2012구합11*** 판결)

마) 지하철 관련 공기업의 직원으로서 지하철 역에서 여자 승객을 성추행하고, 상급자를 폭행한 것을 사유로 한 해임은 정당하다고 봄(서울행정법원 2013. 7. 25. 선고 2012구합38*** 판결)

바) 하청업체로부터 현금 300만 원의 뇌물을 건네받아 기소되어 법원으로부터 형의 선고유예 판결을 받은 공사 직원에 대한 파면처분은 정당하다고 봄(서울행정법원 2014. 11. 7. 선고 2013구합18*** 판결)

사) 공법인 소속 직원으로서 직무관련자로부터 지속적으로 향응을 받고 보험가입자의 개인정보를 무단으로 열람하고 제3자에게 유출한 행위를 이유로 한 해고는 정당하다고 봄(서울행정법원 2015. 10. 8. 선고 2015구합3*** 판결)

아) 공공기관의 임원이 직무관련자로부터 적극적인 향응을 수수한 비위행위가 적발되어 징계해고한 것은 정당하다고 판시함(대법원 2019. 7. 15. 선고 2019두39*** 판결)

자) 공공기관 근로자가 직무 관련 금품·향응 수수, 고객정보 유출 및 무단열람, 직무관련자와 사적 접촉 등의 비위행위를 하여 해고한 것은 업무 집행의 공정성 유지와 깨끗한 공직사회 구현 등을 위해 정당하다고 봄(서울고등법원 2019. 8. 22. 선고 2019누36*** 판결)

차) 공기업 종사자가 통상적인 업무관례라며 허위로 현장 인부를 등록하고 인건비를 부당하게 집행한 것에 대하여 징계해고한 것은 정당하다고 판시함(서울행정법원 2019. 6. 13. 선고 2018구합68*** 판결)

카) 높은 도덕성과 공익성을 요구하는 공기업 직원이 두 차례에 걸쳐 음주운전 교통사고를 일으키고 이로 인해 실형을 선고받은 것을 이유로 한 징계해고는 정당하다고 판시함(서울고등법원 2019. 10. 17. 선고 2019누45*** 판결)

타) 세월호 사건의 유가족과 야당 정치인, 5.18 광주 민주화 운동과 전라도 지역을 비하하거나 모독하는 글들을 트위터에 올린 공공기관 직원에 대한 면직처분은 정당하다고 봄(서울행정법원 2015. 12. 24. 선고 2015구합63*** 판결)

2) 의료기관 등에서의 징계양정의 정당성 관련 판례

가) 의료원에서 정상적인 입원절차 또는 수술업무를 진행하지 못하게 하여 그 업무를 방해한 행위는 정당한 징계사유가 된다고 봄(서울행정법원 2009. 7. 8. 선고 2008구합28*** 판결)

나) 노인전문요양원에 수용된 노인들을 보살핌에 있어 거칠고 폭력적인 행동으로 상해를 입히는 등 부적절한 행동을 하여 해고한 것은 정당하다고 봄(서울행정법원 2006. 4. 28. 선고 2005구합27*** 판결)

다) 장애인 재활·보호시설의 재활교사로서 장애인을 폭행하고, 추운 겨울에 장애인을 장시간 외부에 방치하였으며 무단으로 근무지를 이탈한 행위를 이유로 한 해고는 정당하다고 봄(서울행정법원 2013. 7. 16. 선고 2012구합42*** 판결)

라) 사회복지시설의 사무국장으로서 국고보조금을 횡령하여 금고 이상의 형을 받은 자에 대한 면직은 정당하다고 봄(서울고등법원 2014. 11. 27. 선고 2014누50*** 판결)

마) 무단결근을 하여 대체교사가 투입되는 등 어린이집 유아들의 수업에 지장을 초래한 어린이집 보육교사에 대한 해고는 정당하다고 봄(서울행정법원 2015. 4. 16. 선고 2014구합14*** 판결)

바) 복지원에 요양보호사로서 근무하는 참가인이 환자들의 사지 및 손목을 결박하는 신체적 제재행위를 한 것을 이유로 해고한 것은 정당하다고 판시함(서울고등법원 2018. 10. 4. 선고 2018누51*** 판결)

사) 사회복지법인의 요양보호사가 노인학대행위에 대해 벌금 50만 원의 유죄를 확정받은 점, 무방비 상태의 입소자 노인을 폭행한 행위는 아무리 경미한 것이라고 하더라도 비위의 정도가 중하다고 할 수 있는 점, 폭행행위는 요양기관의 설립목적에 정면으로 위배되는 점 등을 볼 때 해고는 정당하다고 함(대법원 2019. 5. 10. 선고 2019두32*** 판결)

아) 물리치료사가 재활치료실에서 음악을 크게 틀어놓는 행위에 대하여 사용자가 여러 번의 주의 또는 경고를 하였음에도 이를 무시하고 계속한 행위, 환자, 보호자 등이 있는 물리치료실 내에서 큰 소리로 욕설을 한 행위, 인턴, 실습생 등에게 학연을 이유로 폭언과 비하 발언을 한 행위를 사유로 한 징계해고는 정당하다고 판시함(서울고등법원 2018. 9. 5. 선고 2018누43*** 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2018. 12. 28.자 2018두58***

판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨)

자) 여학생 기숙사의 남자 사감이 반복적으로 여학생 숙소에 출입하여 탄원서가 제출되는 등 여학생들의 생활환경을 악화시킨 경우의 **해고는 정당**하다고 판시함(대법원 2019. 7. 25. 선고 2019두39*** 판결)

3) 금융기관에서의 징계양정의 정당성 관련 판례

가) 근로자가 이사회 결의 대출한도금액인 1억 1,000만 원을 초과하여 1억 5,000만 원을 대출받은 후, 초과 대출받은 4,000만 원을 자신의 예금계좌로 입금한 징계사유가 존재한다고 하더라도, 이는 근로자가 대출이자를 부담하는 조건으로 회사로부터 차용한다는 **지출결의서를 작성하여 내부결재를 거친 후 이루어진 것이고, 근로자가 대출이자를 계속 부담**하였으며, 회사의 반환요구를 받은 즉시 이를 **반환**하였던 점에 비추어 볼 때 해당 징계사유를 들어 **해고한 것은 부당**하다고 판시함(서울고등법원 2012. 12. 12. 선고 2012누15*** 판결)

나) 은행 지점장이 금융브로커로부터 **직무에 관하여 500만 원 상당의 색소폰을 수**수하여 **징계면직**한 것은 **정당**하다고 판시함(서울행정법원 2014. 3. 6. 선고 2013구합** 판결)

다) 금융기관 종사자이자 감정평가를 담당한 자로서 시세 조작, 허위의 가격 조사 보고서를 이용하는 등의 방법으로 **부당한 감정평가를 하여 면직처분 한 것은 정당**하다고 판시함(서울행정법원 2015. 4. 2. 선고 2014구합60399 판결)

라) 은행 지점장의 **금품 등 수수 행위와 사적인 금전대차 행위**를 징계사유로 하여 **해고한 것은 정당**하다고 판시함(서울행정법원 2015. 12. 3. 선고 2015구합60*** 판결)

마) 자금중개기능, 예금자 보호, 신용질서 유지에 중요한 역할을 담당하는 **은행의 지점장**으로서 다른 일반회사에 비하여 높은 청렴성 등이 요구됨에도 은행의 지점장에 있는 근로자가 지위를 이용하여 사적금전대차 금지 위반, 여수신거래처 투자 알선, 이해상충행위 금지 위반, 분할여신 취급, 여신심사 규정 위반, 검직금지의무 위반 등 **다양한 위규행위를 여러 차례 반복적으로 한 사안에 대하여 면직이 정당**하다고 판시함(서울행정법원 2018. 10. 11. 선고 2017구합87*** 판결761))

761) 동 사건은 2심(서울고등법원 2019. 4. 26. 선고 2018누72*** 판결)에서 항소 기각, 3심(대법원 2019. 8. 14.자 2019두40*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

4) 운수업체에서의 징계양정의 정당성 관련 판례

가) 승객들을 회사의 암행감시원으로 의심하여 폭언을 하면서 교통사고를 일으켰다는 발언을 한 행위 등을 이유로 한 해고는 정당하다고 봄(서울행정법원 2009. 11. 13. 선고 2009구합5*** 판결)

나) 졸음운전과 과속으로 발생시킨 사고가 단체협약상 ‘피해액 500만 원 이상인 사고’의 해고사유에 해당한다면 해고는 정당하다고 봄(서울행정법원 2006. 8. 22. 선고 2006구합15*** 판결)

다) 지연운행 및 막차운행 거부행위, 무정차 통과행위를 사유로 징계한 것은 정당하다고 봄(서울행정법원 2009. 1. 8. 선고 2008구합33*** 판결)

라) 상사인 배차과장에 대한 욕설, 폭언, 협박과 정비원 폭행, 조발로 인한 과징금 처분, 무단결근 등과 관련하여 해고한 것은 정당하다고 봄(서울행정법원 2015. 9. 24. 선고 2014구합74*** 판결)

마) 버스요금 2,400원을 횡령한 고속버스 운전기사를 해고한 것은 정당하다고 봄(광주고등법원(전주) 2017. 1. 12. 선고 2015나102*** 판결)

바) 버스운전기사가 각 2,900원, 5,200원의 운송요금을 횡령한 경우 횡령한 운송요금액이 소액이라 하더라도 횡령의 경위, 버스운송회사와 버스운전기사 사이의 신뢰관계, 단체협약의 내용, 횡령의 횟수, 버스운전기사가 입사 시에 한 서약의 내용 등에 비추어 그 운송요금을 횡령한 버스운전기사를 징계해고한 것은 정당하다고 판시함(서울행정법원 2011. 12. 2. 선고 2011구합25*** 판결)

【 광주고등법원(전주) 2017. 1. 12. 선고 2015나102*** 판결 】

피고(고속버스 회사)는 승객들이 내는 요금 이외에 별다른 수입원이 없으므로 운송수입금의 관리를 전적으로 맡고 있는 버스 운전기사가 운송수입금을 전액 피고에게 납부하리라는 기대는 피고의 운전기사에 대한 신뢰의 기본을 이루고 있고, 원고(고속버스 운전기사)가 운송수입금 중 일부를 횡령한 것은 그 액수의 다과를 불문하고 피고에 대한 위와 같은 기본적인 신뢰를 저버리는 중대한 위반행위에 해당하는 점, 원고가 횡령한 요금이 2,400원에 불과하다고 하더라도 원고가 버스 운전기사로써 요금을 관리하고 있는 이상 기본적으로 그 횡령액이 소액일 수밖에 없고, 소액의 버스 요금을 주된 수입원으로 하고 있는 피고로서는 소액의 운송수입금 횡령행위도 사소한 위반행위로 간주할 수는 없을 것으로 보이는 점, 피고의 단체협약, 취업규칙, 종업원 징계규정에 의하면 버스 운전기사의 운송수입금 횡령행위에 대한 징계로는 해고만이 규정되어 있어 원고의 운송수입금 횡령행위가 인정되는

이상 원칙적으로 해고만이 가능하고, 특히 버스 내 CCTV 설치와 관련한 노사합의서에서는 'CCTV의 판독 결과로 운전원의 수입금 착복이 적발되었을 시는 그 금액의 다소를 불문하고 해임을 원칙으로 한다'라고 정하고 있는 점, 이와 같이 운전기사의 운송수입금 횡령행위에 대하여 엄격한 징계양정을 정하고 있는 것은 운전기사들이 다른 직원들과는 달리 버스 내부의 격리된 공간에서 피고의 주된 수입원인 요금을 전적으로 관리하고 있으므로 운송수입금 횡령행위가 운전기사와 피고 사이의 신뢰관계를 중하게 훼손하는 심각한 비위행위이고, 따라서 이를 사전에 철저하게 예방하고자 하는 취지에서 비롯된 것으로 보이고, 나아가 노사합의에 따라 위와 같은 징계양정이 마련된 이상 이를 존중하는 것이 타당해 보이는 점 등을 종합하여 볼 때, 비록 원고가 피고의 운전기사로 근무하면서 운송수입금과 관련하여 징계처분을 받은 전력이 없고 원고의 횡령액이 소액이라고 하더라도 원고의 이 사건 운송수입금 횡령행위는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 책임 있는 사유에 해당한다고 봄이 상당하므로 이 사건 해고는 정당하다.

사) 휴게시간 문제로 정당한 배차지시에 따르지 않고 지연 출발을 한 버스기사에 대한 징직처분은 정당하다고 봄

【서울고등법원 2014. 12. 24. 선고 2014누49*** 판결】

비록 원고들이 참가인 회사의 이 사건 배차지시 자체를 전면 거부한 것이 아니라 10분 이내의 범위에서 지연 출발한 것이기는 하지만, 원고들의 비위행위는 참가인 회사와 체결한 근로계약에 따른 본질적이고 기본적인 의무인 근로제공의무를 제대로 이행하지 않은 것으로서 비위의 정도가 결코 가볍다고 볼 수 없다. 더욱이 원고들은 자신들이 속한 참가인 회사의 제2 노동조합의 조합원들이 휴게시간을 보장 받지 못했다는 이유로 배차 지시를 거부하여 참가인으로부터 징직 10일의 징계처분을 받은 사실을 잘 알고 있으면서도 이 사건 비위행위를 저질렀고, 그 횡수 역시 1회에 그친 것이 아니라 2회 반복되었다. 나아가 원고들의 비위행위로 말미암아 참가인 회사의 정상적인 버스운행에 차질이 초래되었고, 이로 인한 피해는 참가인 회사는 물론이고 해당 버스를 이용하는 불특정 다수의 승객에게 돌아갈 수밖에 없다. 따라서 이 사건 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 볼 수는 없다.

아) 버스운송사업이 대중교통수단으로서 가지는 공공성과 특수성, 그리고 대형참사의 위험성 등을 고려하면, 버스 운전기사의 졸음운전은 엄하게 징계할 필요성이 인정된다고 보고, 졸음운전을 하다가 중앙선을 침범하여 반대 차선에서 마주오던 차량과 충돌하는 교통사고를 낸 버스 운전기사를 해고한 것은 적법하다고 판시함(서울행정법원 2015. 4. 23. 선고 2014구합60*** 판결)

자) 교통사고 임의처리를 뺑소니와 같은 정도의 해고사유로 규정한 취업규칙의 취지는, 교통사고 임의처리가 행정청이나 사용자에게 교통사고를 은폐하는 수단으로 사용되어 부적합한 운전기사를 배제하지 못하게 되고 이로 인해 승객의 안전이 침해될 뿐

만 아니라 운송사업의 공공성이 위협받을 수 있기 때문이라고 하며, **승객에 대한 교통사고를 임의 처리한 버스운전기사에 대한 해고가 징계재량권의 일탈·남용에 해당하지 않는다고** 판시함(서울행정법원 2015. 9. 17. 선고 2015구합4*** 판결)

차) 음주운전 시도, 배차시간 위반, 제한속도 위반, 휴게소에서 승객 미탑승 출발, 사업장 내 흡연 등의 비위행위를 저지른 고속버스 운전기사를 해고한 것은 정당하다고 봄

【서울행정법원 2011. 8. 25. 선고 2010구합48*** 판결】

승객들의 안전과 생명을 책임지고 운행하여야 하는 고속버스 여객운송사업의 특수성, 음주운전의 위험성 및 그로 인한 사고결과의 중대성, 참가인이 실시한 안전교육의 정도 등에 비추어 보면, 원고가 혈중알코올농도 0.05% 이상인 상태에서 운전을 시도하려는 행위는 그 자체로 비위의 정도가 매우 중한 점, 참가인이 음주운전을 시도하려는 승무사원에 대하여 해고할 것임을 공지하였던 점, 참가인 승무사원의 근무형태에 비추어 보면 원고는 2010. 5. 16. 고속버스를 운행할 것이라는 점을 충분히 예상하였음에도 술을 마신 것으로 보이는 점, 원고가 음주운전 시도 이외에도 8개월 사이에 배차시간 위반, 제한속도 위반, 휴게소에서 승객이 전부 탑승하지 않았음에도 출발, 사업장 내 흡연 등의 비위행위를 저질렀고 이러한 행위도 참가인의 대외적 신뢰도를 추락시키는 것인 점 등에 비추어 보면, 이 사건 해고가 사회통념상 객관적으로 명백히 부당하여 징계양정에 관한 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 수 없다.

제4장
징계와
징계해고

카) 버스기사인 근로자는 안전한 운송의무뿐만 아니라 승객에 대한 성실 안내 의무도 지고 있음에도 **승객을 폭행하여 상해를 가하였고, 벌금 100만 원의 약식명령을 받은 사안에 대하여 해고는 정당하다고** 판시함(서울고등법원 2019. 10. 16. 선고 2019누46*** 판결)

타) 전액관리제는 택시기사가 근무시간 중 성실히 운행하고 운송수입금을 전액 당일 입금하는 것을 근간으로 운영되는 제도로써 **근로자의 계속적인 운송수입금 납부 지연행위 및 배차시간 미준수 행위는 정당화되기 어렵고**, 배차시간 준수에 관한 사용자의 업무지시와 관련하여 경위서를 찢어버리거나 이에 따르지 않으려는 태도를 반복적으로 보인 점 등을 감안하면 근로자에 대한 해고는 정당하다고 판시함(대법원 2019. 11. 15. 선고 2018두62*** 판결)

나. 근로자의 지위·업무 등을 징계양정에 고려한 사례

1) 입사한 지 얼마 지나지 않은 시점에 부하 직원에게 **성희롱에 해당하는 행위**를 한 **인사·총무업무 총괄 부서장**을 해고한 것은 정당하다고 봄(서울행정법원 2011. 3. 25. 선고 2010구합7*** 판결)

2) 반찬 부족으로 민원을 야기하고 급식용 쌀과 갯잎 반찬 판매대금을 횡령한 **학교 급식 실무를 총괄하는 영양사**를 해고한 것은 정당하다고 봄(서울고등법원 2010. 10. 1. 선고 2010누5*** 판결)

3) **관리과장의 지위에 있음에도 노사불신을 조장하고 업무방해 및 인사명령을 거부** 하였으며, 위계질서를 훼손하였다는 사유로 징계해고한 것은 정당하다고 봄(서울고등법원 2011. 11. 3. 선고 2011누23*** 판결)

4) **현장소장이 공사현장에서 협력업체 직원을 폭행하고 현장근로자들과 여러 차례** 마찰을 일으켜 수차례 본사 복귀명령을 하였음에도 따르지 않아 해고한 것은 정당하다고 봄(서울행정법원 2013. 10. 8. 선고 2013구합2*** 판결)

5) **금융 관련 업무를 총괄하면서** 금융기관의 자산건전성을 확보하기 위한 최소한의 내부 심사 규정조차 지키지 아니하고 배임으로 평가될 수 있는 행위를 반복하여 파면처분한 것은 정당하다고 봄(대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두46*** 판결)

다. 근로자의 징계전력 및 개선의 정 등을 징계양정에 고려한 사례

1) 무단결근, 근무지 무단이탈, 불법파업 주도, 사장실 불법 난입, 욕설, 업무방해 등의 비위행위를 저질러 **2차례 정직 3월의 중징계처분을 받은 전력** 등을 볼 때 징계해고는 정당하다고 봄(서울행정법원 2010. 9. 9. 선고 2010구합8*** 판결)

2) **사업비 부당인출로 긴급체포되어 조사를 받았음에도 계속하여** 업무추진비를 부당하게 인출한 자를 해고한 것은 정당하다고 봄(대법원 2007. 10. 12. 선고 2005두10*** 판결)

3) **전에도 상급자를 폭행한 적이 있음에도 또다시** 상사에게 욕설과 폭언뿐만 아니라 폭행을 가하여 정직 3월의 징계처분을 한 것은 정당하다고 봄(서울행정법원 2013. 7. 19. 선고 2012구합41*** 판결)

4) **성희롱으로 징계처분을 받은 뒤 반성이나 개선 없이 같은 비위행위를 저질렀다면** 이로 인한 권고사직은 과중한 징계처분이라고 볼 수 없다고 함(서울행정법원 2008. 8. 22. 선고 2008구합*** 판결)

5) 상사에게 폭언 등을 하거나, 형사처분을 받은 경우 해고사유가 된다 하더라도 그 **정상이 무겁지 않고 해고 이전에 사과하였다면** 징계해고는 그 양정이 과하여 위법하다고 봄(서울행정법원 2008. 1. 18. 선고 2007구합35*** 판결)

6) **승무지시 거부행위의 동기에 일부 참작할 사정**이 있음에도 승무지시 거부를 사유로 해고한 것은 **재량권의 범위를 일탈한 것으로 위법**하다고 봄(서울행정법원 2015. 12.

10. 선고 2015구합7*** 판결)

라. 비위행위의 동기, 양태 등을 징계양정에 고려한 사례

1) 비위행위의 동기 관련 판례

가) 업무지시 불이행, 상사에 대한 폭언 및 위해 등이 징계사유에 해당하더라도 부당전보와 해고를 당하고 이를 다투는 과정에 있었던 점 등을 참작하면 해고는 지나치다고 판시함(서울행정법원 2006. 9. 8. 선고 2006구합10*** 판결)

나) 부당한 전보 발령에 대한 항의 수단의 결근은 통상의 무단결근과 달리 근로계약을 지속시키기 현저히 어려운 정도의 비위 행위로 볼 수 없다고 판시함(서울행정법원 2009. 4. 22. 선고 2008구합13*** 판결)

다) 업무상 사고로 숨진 동료의 빈소에서 회사 임원에 대한 불만으로 발생한 상해 사건을 이유로 한 해고는 부당하다고 판시함(서울행정법원 2008. 6. 20. 선고 2008구합1*** 판결)

라) 아파트 관리소장으로서 입주자 등에게 게시한 선거관리위원회 및 입주자대표회의 공고문을 무단으로 제거하라고 지시하거나 훼손하는 등의 행위를 하였으나, 전임 회장을 포함하여 舊 입주자대표회의 동별 대표자 대부분이 2016. 11. 14. 해임된 상황에서 新 입주자대표회의 구성원이 같은 해 12. 3. 선출되는 등 신·구 입주자대표회의 간의 첨예한 대립 속에서 근로자가 중립적으로 선거업무를 지원하기가 힘들었을 것으로 보이는 점, 관련 형사판결에서도 이러한 정상을 고려하여 근로자에 대한 업무방해죄의 형의 선고를 유예한 점에 비추어 보면, 해고는 인사권을 남용한 것으로 부당하다고 판시함(대전지방법원 2018. 7. 18. 선고 2017구합1*** 판결)

마) 휴직기간 종료 후 약 3개월간 휴직연기 신청서를 제출하지 않고 결근한 것은 무단결근으로 징계사유에 해당하나, 무단결근이 업무상 재해로 인한 요양기간 이후에 발생한 점, 무단결근 기간이 산재합병증 예방을 위한 물리치료 기간 내에 있는 점 등을 종합하면 해고는 양정이 과하다고 판시함(서울행정법원 2019. 10. 18. 선고 2018구합89***)

바) 노동조합 간부의 업무방해 행위는 대법원에서 유죄로 확정됨에 따라 징계사유로 인정되나, 징계대상 행위가 노동조합 고위간부로서 조합원들의 고용불안이 우려되는 상황에서 전개된 활동이었던 등의 참작사유가 인정되고, 쟁의행위 기간 중 징계금지 규정에도 위배되므로 부당한 징계해고임(서울고등법원 2019. 7. 5. 선고 2018누72*** 판

결)

2) 비위행위로 개인적 이익을 취하였는지 여부를 징계양정에 고려한 사례

가) 비위행위가 계획적·조직적이지 않으며 큰 금액이 아니고 그 잉여금을 직원들의 간식비 및 회식비로 사용하였다면 해고는 부당하다고 판시함(서울고등법원 2006. 7. 7. 선고 2005누26*** 판결)

나) 개인적 이익을 얻기 위해 예탁금 실적을 허위보고한 것이 아니라면 정직의 징계처분은 부당하다고 판시함(서울행정법원 2012. 6. 1. 선고 2011구합23*** 판결)

다) 수입금 및 수입 장려금 관리과정에서 관련 규정을 위반하기는 하였으나 수입금이나 수입 장려금을 개인적으로 유용하였다고 볼 수 없음에도 해고한 것은 부당하다고 판시함(서울행정법원 2015. 10. 8. 선고 2014구합75*** 판결)

라) 예산 중복 집행, 허위 검수보고서 작성, 비위행위의 언론보도로 인한 사용자의 명예훼손 등이 징계사유로 인정되나, 경제적 이득이 부존재하고, 사용자 측에 중대한 경제적 손실이 발생하지 않아 해고는 과하다고 판시함(대전고등법원 2019. 5. 30. 선고 2018누12*** 판결)

3) 비위행위의 우발성을 징계양정에 고려한 사례

가) 집회 과정에서 일어난 수업 방해와 상급자에 대한 폭력 등이 대립 과정에서의 우발적 사건이었다면 이를 이유로 한 징계해고는 징계권을 남용한 것이라고 판시함(서울행정법원 2007. 10. 5. 선고 2006구합41*** 판결)

나) 우발적이고 일회적으로 상사에게 욕설을 하고 공문을 바닥에 집어던진 행위를 사유로 한 해고는 부당해고이자 부당노동행위에 해당한다고 판시함(서울행정법원 2013. 5. 3. 선고 2012구합24*** 판결)

다) 유인물 배포 시 노사협력팀 직원이 조합원들의 얼굴을 촬영하자 노조 수석부지회장이 우발적으로 노사협력팀 직원 및 팀장에게 욕설 및 폭언을 한 것을 이유로 한 징계처분은 부당하다고 판시함(서울행정법원 2014. 3. 6. 선고 2012구합27*** 판결)

라) 월급 인상 여부를 문의하는 과정에서 몸싸움을 하게 되어 우발적으로 상해를 가하게 된 점을 고려하면 해고는 재량권을 일탈·남용한 것이라고 판시함(서울행정법원

2015. 4. 9. 선고 2014구합64*** 판결)

마) 상급자 폭행으로 인한 벌금처분, 절차 미준수의 쟁의행위 개시 등은 징계사유로 인정되나, 항의 과정에서의 우발적 폭행, 과거 유사 유형의 사건에 대한 징계사례, 진정성 있는 반성 등을 종합할 때 해고는 과하다고 판시함(서울행정법원 2018. 10. 25. 선고 2018구합64*** 판결)

4) 비위행위의 고의성을 징계양정에 고려한 사례

가) 공사(工事) 감독 및 점검을 게을리한 과실이 있다고 하더라도 중과실 또는 고의가 없다면 해고는 지나치다고 판시함(서울행정법원 2008. 1. 31. 선고 2007구합23*** 판결)

나) 법에 관한 전문적인 지식 없이 사내하청지회의 지침에 따른 쟁의행위가 정당한 것이라고 믿고 쟁의행위에 참가한 것을 이유로 한 해고는 지나치다고 판시함(서울행정법원 2006. 9. 14. 선고 2006구합3*** 판결)

다) 사단법인 ○○○○○연맹이 재산을 출연하여 설립한 재단법인에서 일하고 있던 근로자가 부서장 승인 없이 임의로 회계자료를 사단법인 ○○○○○연맹에 제공한 것은 정당한 징계사유에 해당하나, 근로자가 재단법인의 잘못된 예산집행 관행을 시정하고자 하는 동기로 자신의 행위를 내부고발이라 인식하여 해당 행위를 한 것이며, 이러한 비위행위로 인한 피해 및 기업질서 문란의 정도가 해고를 정당화할 정도에 이른다고 보이지 않으므로 해임은 그 양정이 과하여 부당하다고 봄(서울고등법원 2018. 11. 21. 선고 2018누62*** 판결)

라) 입찰 절차를 위반한 기안서 작성, 전산 조작, 거짓 영수증 첨부 행위 등은 징계사유에 해당하지만 고의성이 없으며, 이를 관리·감독할 업무프로세스의 미비, 징계이력 전무(全無) 등을 종합적으로 고려할 때 징계해고는 과하다고 판시함(서울행정법원 2019. 9. 27. 선고 2018구합73*** 판결)

마. 비위행위의 상습성을 징계양정에 고려한 사례

1) 2차 대기발령기간 중 지각, 무단 조퇴, 결근을 누차 반복하였던 점 등에 비추어 그에 대한 해고는 정당하다고 봄(서울고등법원 2006. 12. 1. 선고 2006누21*** 판결)

2) 교육 후에도 과속에 의한 신호 위반의 교통사고를 발생시키는 등 입사 후 30여 차례의 교통 법규 및 취업규칙 위반 행위를 한 운전기사를 해고한 것은 정당하다고 봄

(서울행정법원 2008. 1. 31. 선고 2007구합17*** 판결)

3) 13개월 동안 총 159회에 걸쳐 식사대장에 허위로 서명한 행위를 이유로 한 해고는 정당하다고 봄(서울행정법원 2009. 8. 14. 선고 2009구합5*** 판결)

4) 고의적이고 지속적으로 업무상 정당한 지시를 거부하여 견책의 징계를 거쳐 제1, 2의 감봉을 하였고, 그 후에도 태도가 시정되지 않아 해고에 이른 것은 정당하다고 봄(서울행정법원 2010. 7. 23. 선고 2010구합2*** 판결)

5) 승무정지 기간 중 회사에 와서 무단촬영을 하거나 동료 근로자를 폭행하고, 직장 에 복귀한 후에도 수개월간 계속하여 2시간 이상 출근을 늦게 한 자를 해고한 것은 정당하다고 봄(서울행정법원 2011. 4. 1. 선고 2010구합33*** 판결)

바. 비위행위의 가담 정도를 징계양정에 고려한 사례

1) 공무원인 근로자가 불법적인 집회에 주도적으로 참여하고 무단결근을 감행하여 파면처분을 한 것은 재량권을 일탈·남용한 것으로 볼 수 없다고 봄(서울고등법원 2006. 11. 15. 선고 2006누1*** 판결)

2) 노조원들로 하여금 집단적으로 근무지를 무단이탈하여 임원실을 점거하게 함으로써 회사의 업무를 방해하고, 대표이사를 포함한 임원들을 그 사무실에 감금하며, 기타 회사의 임직원을 폭행하는 등의 비위행위를 주동한 자를 해고한 것은 정당하다고 봄(서울행정법원 2007. 6. 1. 선고 2005구합37*** 판결)

3) 복직 및 자택대기를 통보함에도 불법적인 옥외집회를 주최하고, 근로계약관계와 무관한 행사에 참가하였다가 체포되어 구속수감 되는 등의 사유로 징계해고 한 것은 정당하다고 봄(서울행정법원 2010. 9. 9. 선고 2010구합24*** 판결)

4) 장기간에 걸쳐 억대의 도박을 일삼고 부하직원이나 동료 직원을 끌어들이는 등 상습도박을 주도하여 동료 직원의 무단결근이나 생계파탄의 원인을 제공한 공기업 직원들에 대한 해고는 정당하다고 봄(서울행정법원 2013. 4. 16. 선고 2012구합27*** 판결)

5) 불법파업 등에 주도적으로 참가한 자들에 대하여는 해고처분을, 그 외 일반 조합원들에 대하여는 정직 3월의 징계처분을 한 것은 재량권 남용으로 보기 어렵다고 판시함(서울행정법원 2011. 12. 16. 선고 2011구합5*** 판결)

6) 동료 근로자들과 도박을 하거나 도박자금을 대여하는 등 도박을 방조한 택시운전 기사에 대한 징계해고 처분은 지나치다고 봄(서울행정법원 2013. 2. 7. 선고 2012구합

25*** 판결)

7) 위법한 파업에 참여하였고 무단결근 및 무단이탈의 징계사유는 존재하나 **단순히 파업에 참여한 책임 이상을 묻기 어려워** 해고는 부당하다고 봄(서울행정법원 2015. 5. 21. 선고 2013구합15*** 판결)

8) 횡령행위를 예방하지 못하였고, 향응비를 받아 직원회식비로 쓰고, 회사업무용 승용차를 개인적으로 사용한 비위행위에 대한 해고는 재량권 남용에 해당한다고 봄(서울행정법원 2006. 4. 7. 선고 2005구합31*** 판결)

9) 부하직원의 잦은 지각을 관리·감독하지 못했다는 사유로 한 해고처분은 양정이 과하여 부당하다고 봄(서울행정법원 2010. 4. 30. 선고 2009구합29*** 판결)

사. 사업장 내 질서교란의 정도를 징계양정에 고려한 사례

1) 노조 인터넷 내부게시판이라도 지나치게 원색적이고 이사장의 명예를 심하게 훼손하는 내용을 게시하였다면 징계 해임은 정당하다고 봄(서울고등법원 2007. 8. 14. 선고 2006누31*** 판결)

2) 대표이사 협박, 부사장 폭행, 대중교통을 운전하는 자로서 사망 교통사고 유발 등을 사유로 한 해고는 정당하다고 봄(서울행정법원 2009. 2. 3. 선고 2008구합26*** 판결)

3) 버스기사의 교통사고, 무단결근이나 명령불복종만을 이유로 해고를 한 것은 징계권의 남용이거나 형평의 원칙에 어긋난 것으로 무효라고 봄(서울고등법원 2006. 12. 21. 선고 2006누8*** 판결)

4) 상사에 대한 폭행 사실만으로 근로자를 해고한 것은 양정이 지나치게 무거워 부당하다고 판시함(서울행정법원 2007. 2. 9. 선고 2005구합40*** 판결)

5) 사내 세탁소 근무자의 경미한 수선료 착복행위 등을 이유로 한 해임처분은 징계 재량권을 일탈·남용한 것이라고 봄(서울행정법원 2009. 5. 21. 선고 2008구합33*** 판결)

아. 복수의 징계사유의 존재를 징계양정에 고려한 사례

1) 사내폭행, 직무상 명령위반, 근무기강 문란행위, 사업경영권 침해행위 등을 이유로 해고한 것은 정당하다고 봄(서울고등법원 2009. 8. 21. 선고 2007누9*** 판결)

2) 노조 임원 폭행 및 집기 손상하고, 회사를 상대로 소송 및 진정 등의 행위를 수회 반복하는 등 신뢰관계가 더 이상 근로관계를 유지할 수 없을 정도에 이르러 해고한

것은 정당하다고 판시함(대법원 2010. 4. 29. 선고 2007두12*** 판결)

3) 무단외출, 자료유출, 업무지시 거부, 사내질서 문란 등을 사유로 징계해고한 것은 정당하다고 봄(서울고등법원 2011. 5. 9. 선고 2010누24*** 판결)

4) 명예손상, 질서문란행위 및 품위유지의무 위반 행위를 징계사유로 한 해고는 사용자의 재량권을 일탈·남용한 것으로 볼 수 없다고 판시함(서울행정법원 2013. 3. 28. 선고 2012구합29*** 판결)

자. 법익침해의 정도를 징계양정에 고려한 사례

1) 건물 및 시설물 유지 보수 공사 관리업무를 담당하는 근로자가 자신이 감독하던 설비 보수공사의 일부가 누락된 사실을 알지 못한 채 준공 확인을 해주었고, 담당자에게 시방서와 동일하게 시공되었다고 허위보고 하였으며, 시공업체에게 시공되지 않은 부분에 대한 추가공사를 요구하였으면서도 부서장에게 제대로 보고하지 않는 등의 행위로 회사에 4,993,000원 상당의 손해를 입게 한 사안에 관하여, 근로자의 허위보고로 인한 회사의 피해가 막대하다고 보이지는 않으므로 근로자에 대한 해고는 부당하다고 봄(서울고등법원 2011. 1. 12. 선고 2010누12*** 판결)

2) 조종실 출입인가를 받지 아니한 일반승객을 항공기 조종실에 탑승시킨 채 운항한 행위에 대한 징계해고는 재량권을 일탈·남용한 것으로 무효임(서울남부지방법원 2010. 10. 22. 선고 2009가합22*** 판결)

3) 공사현장에서 반품된 불량레미콘을 회사 외부로 반출 임의매각하여 그 대가로 12만 원을 수수한 비위행위에 대한 해고는 비위행위에 비하여 너무 과중하므로 징계재량을 일탈·남용하여 위법하다고 함(서울행정법원 2011. 11. 10. 선고 2011구합20*** 판결)

4) 인사발령 직후 발생한 실수에 대한 정직 2월의 징계처분은 과중하고, 그에 기초한 면직처분 또한 부당하다고 봄(서울행정법원 2012. 12. 14. 선고 2012구합16*** 판결)

5) 열차운용원으로서 15개월여 동안 15회의 근무지 이탈을 한 것은 그 책임이 가볍지 않으나 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 책임 있는 사유로는 볼 수 없다고 함(서울행정법원 2013. 3. 21. 선고 2012구합26*** 판결)

6) 사죄와 반성의 내용이 포함된 시말서 제출 거부는 징계사유로 삼을 수 없고, 음주 후 사내 취침한 행위에 대한 감급처분의 징계는 너무 무거워 부당하다고 봄(서울행정법

원 2013. 7. 12. 선고 2013구합3*** 판결)

7) 지역 인터넷 신문기사에 **공단과 임원을 명예훼손하는 내용의 댓글을 단 한 차례 작성한 데 대한 파면의 징계처분**은 징계재량권의 범위를 벗어난 위법한 것이라고 봄(서울행정법원 2013. 9. 27. 선고 2013구합52*** 판결)

8) 자동차 영업사원이 경쟁사 영업사원에게 고객을 소개하여 경쟁사 차량을 구매하게 하였다는 이유로 해고한 것은 지나치게 가혹하여 부당하다고 봄(서울행정법원 2013. 10. 10. 선고 2012구합43*** 판결)

9) 법인카드를 개인적인 용도에 사용하였으나 그 부정사용의 횟수나 금액이 비교적 경미한 마케팅팅 매니저에 대한 해고는 재량권의 범위를 일탈·남용한 것으로서 위법하다고 봄(서울행정법원 2015. 4. 23. 선고 2013구합63*** 판결)

10) 경영진 비방 문건 게재 및 감사자료 무단 유출 등을 한 근로자에 대한 해고는 과하지만, **회사 자금 약 34억 3천여만 원을 횡령하고, 허위 전표를 작성하는 등 회사에 막대한 손해를 끼친 근로자에 대한 해고**는 정당하다고 판시함(대법원 2019. 6. 13. 선고 2016두38*** 판결)

11) 징계사유 중 고객과의 사적금전대차 부분은 정당한 징계사유로 인정되지만, 이는 근로자가 업무상 지위를 이용했다기보다 사적 친분관계에 의하여 행하여졌고, 고객과 회사 모두 경제적 손해도 발생하지 않는 등 해고는 양정이 과함(대법원 2019. 10. 17. 선고 2019두46*** 판결)

차. 피해회복 여부를 징계양정에 고려한 사례

1) 회사에서 음란전화 서비스를 비교적 단기간 동안 근무시간 외에 이용한 자가 이를 반성하여 이용요금 전부를 배상했음에도 해고한 것은 위법하다고 봄(서울행정법원 2006. 4. 4. 선고 2005구합37*** 판결)

2) 변상책임액 대부분에 대하여 채권보전조치를 해두었던 점 등에 비추어 보면, 해고는 징계양정에 관한 재량권을 일탈·남용한 것으로서 무효라고 봄(서울행정법원 2011. 7. 21. 선고 2010구합45*** 판결)

3) 인사규정에 대기명령을 받은 자의 대기사유가 3개월이 지났음에도 해소되지 않았을 경우 휴직 또는 해임할 수 있다고 규정하고 있으나, **대기발령의 주된 사유였던 성희롱의 경우 대기명령 이후 피해자와 합의에 이르러 그 사유가 해소되었고, 근태불량에 대한 부분만이 남아있는 경우 확인되는 근태불량만으로는 해임처분은 가혹하여 징**

계제량권의 일탈·남용이 있다고 판시함(서울행정법원 2018. 10. 25. 선고 2018구합67039 판결)

4.3 직장 내 성희롱 양정 관련 판례

1) 성희롱 행위가 **고용환경을 악화시킬 정도로 매우 심하거나 반복적으로 행해지는 경우**, 징계해고처분이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우가 아닌 한 쉽게 징계권이 남용되었다고 볼 수 없음⁷⁶²⁾

【대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22*** 판결】

객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 보아 어떠한 성희롱 행위가 고용환경을 악화시킬 정도로 매우 심하거나 또는 반복적으로 행해지는 경우, 사업주가 사용자책임으로 피해 근로자에 대해 손해배상책임을 지게 될 수도 있을 뿐 아니라 성희롱 행위자가 징계해고되지 않고 같은 직장내에서 계속 근무하는 것이 성희롱 피해 근로자들의 고용환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져올 수도 있으므로, 근로관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있다고 보아 내린 징계해고처분은 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우가 아닌 한 쉽게 징계권을 남용하였다고 보아서는 안 된다.

2) 그동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제의식 없이 이루어졌다는 점이 감경요소가 될 수 없음

【대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22*** 판결】

가. 남녀고용평등법(2005. 5. 31 법률 제7564호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2항에서 규정한 ‘직장 내 성희롱’이라 함은 사업주, 상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여

762) 사용자에게 직장 내 성희롱 행위자에 대하여 징계처분을 할 법적 의무가 있다는 점(남녀고용평등과 일·가정 양립 지원 법률 제14조 제1항)과 성희롱 피해자에 대한 손해배상책임이 인정될 수도 있다는 점을 고려하여 사용자의 성희롱 행위자에 대한 해고처분의 징계권 남용 여부를 완화하여 판단한 것으로 보임 판례는 “사용자에게는 근로자에 대한 보수 지급 외에도 쾌적한 근로환경을 제공함으로써 근로자를 보호하고 부조할 의무가 있고”(대법원 1998. 2. 10. 선고 95다39*** 판결), “이러한 사용자의 보호 의무에는 상사나 직장 동료의 성희롱 행위로 인하여 정신적 고통을 당하지 않도록 적절한 조치를 강구하여야 할 의무가 당연히 포함”(부산지방법원 2008. 4. 4. 선고 2007나19*** 판결)된다고 보면서, 일정한 요건이 충족될 경우 성희롱 가해자뿐만 그 자의 사용자에게 대하여도 성희롱 피해자에 대한 손해배상 책임이 인정될 수 있다고 보고 있음(대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다89*** 판결, 부산고등법원 2008. 4. 4. 선고 2007나19*** 판결, 대구지방법원 2005. 6. 8. 선고 2004가단129*** 판결, 인천지방법원 부친지원 2010. 8. 18. 선고 2009가단20*** 판결, 서울지방법원 2002. 11. 26. 선고 2000가합57*** 판결 등)

한편 야영대회 총괄 책임을 맡은 부장교사가 피해자로부터 가해자가 지나친 성적표현을 한다는 보고를 받고도 적절한 조치를 취하지 않고 야영대회에서 당사자들을 함께 숙박하도록 하여 성추행사건이 발생한 경우 중간관리자뿐만 아니라 사업주도 손해배상책임을 주체가 된다고 본 판례도 있음(부산지방법원 2008. 4. 4. 선고 2007나19*** 판결)

다른 근로자에게 성적인 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것을 말하고, 그 전제 요건인 ‘성적인 언동 등’이란 남녀 간의 육체적 관계나 남성 또는 여성의 신체적 특징과 관련된 육체적, 언어적, 시각적 행위로서 사회 공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위를 의미하며, 위 규정상의 성희롱이 성립하기 위해서는 행위자에게 반드시 성적 동기나 의도가 있어야 하는 것은 아니지만, 당사자의 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 여부 등의 구체적 사정을 참작하여 볼 때, 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있게 하는 행위가 있고, 그로 인하여 행위의 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈음이 인정되어야 할 것이고(대법원 2007. 6. 14 선고, 2005두6461 판결 참조), 한편 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 보아 어떠한 성희롱 행위가 고용 환경을 악화시킬 정도로 매우 심하거나 또는 반복적으로 행해지는 경우 사업주가 사용자책임으로서 피해 근로자에 대해 손해배상 책임을 지게 될 수도 있을 뿐 아니라 성희롱 행위자가 징계해고되지 않고 같은 직장에서 계속 근무하는 것이 성희롱 피해근로자들의 고용 환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져 올 수도 있으므로, 근로관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있다고 보아 내린 징계해고 처분은 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우가 아닌 한 쉽게 징계권을 남용하였다고 보아서는 아니된다. 또한 성희롱이 그 횟수가 1회에 그치는 경우에는 우발적인 것이라고 볼 여지가 있으나, 성희롱이 일정한 기간에 걸쳐 반복적으로 이루어지고 피해자도 다수라면 이를 우발적이라고 평가할 수는 없을 것이고, 직장 내 성희롱이 사회 문제화된 후 1999. 2. 8. 개정된 남녀고용평등법에서 성희롱 행위를 금지하고 성희롱 예방 교육, 성희롱 행위자에 대한 징계 등을 규정하게 된 이상, 그 이후에 발생한 성희롱은 그동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장 문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활 태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제 의식 없이 이루어진 것이라는 이유로 그 행위의 정도를 가볍게 평가할 수 없으며, 특히 직장 내 성희롱을 방지하여야 할 지위에 있는 사업주나 사업주를 대신할 지위에 있는 자가 오히려 자신의 우월한 지위를 이용하여 성희롱을 하였다면 그 피해자로서는 성희롱을 거부하거나 외부에 알릴 경우 자신에게 가해질 명시적·묵시적 고용상의 불이익을 두려워하여 성희롱을 감내할 가능성이 크다는 점을 감안할 때 이들의 성희롱은 더욱 엄격하게 취급되어야 한다.

3) 특히 직장 내 성희롱을 방지하여야 할 지위에 있는 사업주나 사업주를 대신할 지위에 있는 자가 오히려 자신의 우월한 지위를 이용하여 성희롱을 하였다면 더욱 엄격히 취급하여야 함(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22*** 판결 등)

4) 업무의 특성상 여직원이 많아서 회사가 특히 성희롱 교육에 힘써왔으며 취업규칙 등을 통하여 성희롱 행위를 엄격히 금지하고 있는 경우 비난가능성이 높음

【서울고등법원 2012. 7. 5. 선고 2011누42*** 판결】

나. 징계양정의 정당성

객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 보아 어떠한 성희

롱 행위가 고용 환경을 악화시킬 정도로 매우 심하거나 또는 반복적으로 행해지는 경우 …(중략)… 근로관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있다고 보아 내린 징계해고 처분은 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우가 아닌 한 쉽게 징계권을 남용하였다고 보아서는 아니된다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22*** 판결 참조).

‘직장 내 성희롱’의 전제조건인 ‘성적인 언동 등’에는 육체적, 언어적, 시각적 행위가 모두 포함되고, 성희롱에 해당되는지 여부나 그에 대한 위법성의 정도는 당사자의 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 여부 등의 구체적 사정을 참작하여 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위인지 여부와 그 정도에 따라 결정되는 것이므로, 그 성적인 언동이 언어적이라는 이유만으로 다른 언동에 비하여 위법성의 정도가 낮다고 단정할 수 없다. 한편 이 사건 징계의 사유로 된 원고의 비위행위에는 언어적인 것뿐만 아니라 신체접촉도 포함되어 있다.

① 참가인 회사의 전체 직원 약 17,000여 명 중 7,000명이 여성이고, 객실승무원의 경우에는 약 90%에 상당하는 5,000여 명이 여성인데, 항공기 기내라는 좁고 제한된 공간에서 남녀가 함께 근무하고, 해외 체류 시 장시간 공동생활을 하여야 하는 업무의 특성으로 인하여 참가인 회사는 성희롱 예방 교육자료를 배포하고 취업규칙 등을 통하여 성희롱 행위를 엄격히 금지하고 있는바, 참가인 회사의 위와 같은 노력과 지침에 비추어 원고의 앞서 본 바와 같은 비위행위는 그 비난가능성이 매우 커 엄격히 처리되어야 함이 마땅한 점, ② 원고는 소속 팀원들보다 더 모범적인 근무태도로서 참가인 회사가 방지하고자 하는 성희롱 행위 등을 예방하고 감독해야 하는 팀장의 지위에 있음에도 오히려 평상시 소속 여승무원들에 대한 성적인 언동을 함으로써 소속 부하 직원들에게 성적 혐오감과 수치심이 들게 하여 근무환경을 악화시킨 점, ③ 원고가 행한 성적인 언동의 횟수 및 기간, 그 내용에 비추어 보면, 원고의 성희롱은 상습에 이르렀다고 보이고, 그 비위의 정도 또한 매우 중하다고 할 것인 점, ④ 원고가 2002년 및 2005년 성적인 언동으로 인하여 담당자로부터 주의와 경고를 받았음에도 재차 이 사건 비위행위에 나아갔고, 이 사건 징계절차에 이르러서도 자신의 언동에 대하여 기억이 나지 않는다거나 오해에 불과하였다는 등으로 변명하고 있는 점에서 원고에게 개전의 정이 없다고 보이는 점 등을 종합하여 보면, 참가인 회사의 원고에 대한 이 사건 해고는 객관적으로 명백히 부당하여 사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 것으로 볼 수 없다.

5) 직장 내 성희롱 사건으로 인하여 공적기관의(방송·언론기관, 공사, 대학교 등) 이미지가 실추된 경우, 회사 특성상 그 운영에 막대한 영향을 받은 경우(여성 대상 헬스클럽) 엄격히 판단하여야 함

【서울고등법원 2011. 4. 12. 선고 2010누19*** 판결763)】

나. 징계양정의 적정 여부

이 사건에 관하여 보건대, 원고는 이○○, 김○○, 박○○의 상급자로서 우월한 지위에 있으므로 원고의 성희롱은 동급자 혹은 하급자의 성희롱 보다는 엄격하게 취급할 필요가 있는 점, 원고의 행위는 여직원을 껴안고 입맞춤을 하거나 강제로 자신의 허벅지 등을 만지게 하고 손에 입맞춤을 하는 등 형법상 강제추행죄로 인정될 정도의 성적 언동이 포함된 성희롱 행위로서, 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 보아 고용환경을 악화시킬 정도로 그 정도

가 매우 심하다고 볼 수 있는 점, 원고의 성희롱 행위는 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률에 성희롱 행위 금지, 성희롱 예방교육, 성희롱 행위자에 대한 징계 등의 규정이 마련된 지 약 8년이 경과한 시점에서 3명의 여직원들을 상대로 반복적으로 행해졌으므로 설령 원고의 성희롱 행위가 그동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제의식 없이 이루어졌다고 하더라도 그러한 이유로 그 행위의 정도를 가볍게 평가할 수 없는 점, 원고가 징계받고 되지 않고 같은 직장에서 계속 근무할 경우 성희롱 피해자들의 고용환경이 감내할 수 없을 정도로 악화될 우려가 있는 점, 원고는 참가인 산하의 J대학교에 근무하고 있으므로 대학이라는 특수성에 비추어 성희롱에 관하여 보다 엄격하게 보아야 할 필요가 있는 점, 이 사건 2차 해고 사유로 추가된 교내 고시원 ‘인○○’의 규칙 위반 조장 부분 역시 교직원으로서의 본분에 어긋나는 행동인 점, 원고가 주장하는 다른 징계사례들은 성희롱과는 무관한 비위사실에 관한 것이어서 이 사건과 직접 비교하기에는 적절하지 아니한 점 등을 종합하면, 표창수상 등 원고에게 유리한 사정을 모두 감안하더라도 참가인의 원고에 대한 이 사건 2차 해고는 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되지 않는다.

【서울고등법원 2012. 3. 21. 선고 2011누29*** 판결】

나. 징계양정의 적정 여부

이 사건 해고처분이 재량권을 일탈·남용하였는지 여부에 관하여 보건대, 이 사건 원고의 행위는 피해자의 신체부위를 만지는 등 형법상 강제추행으로 인정될 정도의 성희롱 행위로서, 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 보아 고용환경을 악화시킬 정도로 그 정도가 매우 심하다고 볼 수 있을 뿐 아니라, 공익의 가치를 실현하고자 하는 참가인 회사의 보도국 사회부의 차장으로서 솔선하여 성희롱을 하지 말아야 함은 물론, 같은 부서에서 일하는 직원 상호간의 성희롱 행위도 방지해야 할 지위에 있음에도, 오히려 자신의 지휘·감독을 받는 피해자를 상대로 4회에 걸쳐 반복적으로 행한 직장 내 성희롱이라고 할 것이므로, 이러한 원고의 성희롱 행위가 우발적이라거나 후배에 대한 애정을 표시하여 업무와 관련한 조언과 격려를 한다는 의도에서 비롯된 것이라고 평가할 수 없으며, 설사 원고의 성희롱 행위가 그동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제의식 없이 이루어졌다고 하더라도 그러한 이유로 그 행위의 정도를 가볍게 평가할 수 없고, 원고가 징계받고되지 않고 같은 직장에서 계속 근무하는 것이 피해자의 고용환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져 올 수도 있다는 점(원고는 현재까지 피해자로부터 이 사건 성희롱과 관련하여 용서를 받지 못한 것으로 보인다)과 원고의 행위와 관련된 언론보도로 인하여 방송·언론기관인 참가인의 이미지가 실추된 점 및 참가인이 원고의 행위에 관하여 피해자에 대해 손해배상책임을 부담할 수도 있다는 점 등을 감안할 때 이 사건 해고처분이 그 징계양정에 있어 재량권의 일탈·남용에 해당할 정도로 부당하다고 보기는 어렵다. 원고가 약 20년간 성실하게 우수한 성적으로 근무하였고 이전에 징계처분을 받은 적이 없으며 이 사건과 유사한 전력도 없는 점 등 원고가 주장하는 사정을 모두 고려한다 하더라도 이 사건 해고처분이 징계양정을 그르친 것으로서 징계재량권을 일탈, 남용한 것이라고 볼 수 없다.

763) 1심 판결(서울행정법원 2010. 6. 4. 선고 2009구합49*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 7. 14.자 2011두8*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

6) 가해 근로자가 해고되지 않고 같은 직장에서도 계속 근무하는 것이 **성희롱 피해자들의 고용환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져 올 수 있는지 살펴보아야 함**⁷⁶⁴⁾(가해 근로자가 피해 근로자로부터 용서를 받았는지 여부 등을 고려)(서울행정법원 2012. 7. 19. 선고 2012구합7*** 판결)

7) 성희롱이 일정한 기간에 걸쳐 **반복적으로** 이루어지고 **피해자도 다수**라면 이를 우발적이라고 평가할 수 없고(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22*** 판결), 비위행위의 정도가 성희롱을 넘어 형법상 강제추행에까지 이르는 경우 엄격히 판단하여야 함(서울고등법원 2012. 7. 5. 선고 2011누42*** 판결)

8) ‘직장 내 성희롱’의 전제조건인 ‘성적인 언동 등’에는 육체적, 언어적, 시각적 행위가 모두 포함되고, 언어적 성희롱에 불과하여 위법성이 낮다고 볼 수 없음(서울고등법원 2012. 7. 5. 선고 2011누42*** 판결, 서울고등법원 2012. 5. 16. 선고 2011누29*** 판결)

9) 취업규칙에서 성희롱을 강직 이하의 징계로 규정하였으나, 징계대상자의 비위행위가 성희롱을 넘어 강제추행에 이르렀을 경우 위 취업규칙 규정이 징계양정의 한계로 적용될 수 없고, 해고가 정당할 수 있음

제4장
징계와
징계해고

【 서울고등법원 2012. 7. 12. 선고 2011누445*** 판결 】

나. 징계양정의 적정 여부

참가인의 비위행위 중 여직원의 의사에 반하여 강제로 꺼안거나 불에 접촉하는 행위는 성희롱을 넘어 형법상 강제추행죄에 해당하는 것으로 보이는 점(대법원 2004. 4. 16. 선고 2004도52 판결, 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결 등 참조), 참가인은 팀장으로서 술선하여 성희롱을 하지 말아야 함은 물론 같은 팀에서 일하는 근로자 상호간의 성희롱 행위도 방지해야 할 지위에 있음에도, 오히려 자신의 우월한 지위를 이용하여 지휘·감독을 받는 여직원을 상대로 장기간에 걸쳐 반복적으로 성희롱 내지 강제추행을 하여 그 비난가능성이 매우 큰 점, 취업규칙 제139조 제12호가 직장 내 성희롱의 경우 강직 이하로 징계하도록 규정하고 있으나 참가인의 비위행위는 성희롱을 넘어서 강제추행에 이르러 위 규정이 징계양정의 한계로 적용된다고 보기 어려운 점, 반면에 징계업무처리 매뉴얼에 의하면, 피해자의 명확한 거부 표시가 있는 이후에도 계속적으로 성희롱을 반복하는 경우 권고사직 이상의 징계양정 사유에 해당하는 점, 참가인이 징계해고되지 않고 같은 직장에서도 계속 근무하는 것이 성희롱 피해자들의 고용환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져올 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고의 참가인에 대한 이 사건 징계해고가 부당하다고 보기 어렵다.

764) 피해자의 근로할 권리를 가해자로부터 보호하는 것은 직장 내 성희롱에 관해 사업주에게 가해자를 징계할 것을 명한 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제14조 제1항의 입법취지에 부합하는 것이고, 국가인권위원회에서 성희롱에 관한 조사를 하고 시정조치권고를 할 때 가장 중요한 요소로서 고려되고 있는 것임(정지원, “직장 내 성희롱에 관한 연구”, 재판자료(제118집), 노동법실무연구, 2009.)

10) 성희롱 행위가 직장 내의 지위를 이용한 것이거나 고용상의 불이익을 주는 것으로 보기에 부족하나, 이미 성희롱 행위로 경고조치를 받은 전력이 있음에도 불구하고 외부회의에 참석하여 노골적인 성적언행을 하여 회사의 위신을 크게 실추시킨 경우 해고는 정당함

【서울고등법원 2007. 11. 6. 선고 2007누9*** 판결⁷⁶⁵⁾】

나. 징계양정의 적정여부에 관하여

이 사건에 관하여 보건대, 위 인정사실에 의하면, 이 사건 2차 성희롱 행위가 직장 내의 지위를 이용한 것이거나 또는 성적요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것으로 보기에 부족하긴 하나,⁷⁶⁶⁾ 참가인이 1차 성희롱 행위로 인하여 원고 회사로부터 경고조치를 받은 전력이 있음에도 불구하고, 그러한 경고를 받은 지 약 1개월 정도 지난 시점에서 회사를 대표하여 원고 회사의 모회사에서 개최한 업무회의에 참석하여 세계 각 지역 자회사의 책임자들을 상대로 운영보고를 하는 공식석상에서 성적 의미가 내포된 부적절한 말을 하고, 회의 직후의 회식자리에서 더욱 노골적인 성적언행들을 계속함으로써 원고 회사의 위신을 크게 추락시켰다고 할 것인바, 위에서 본 바와 같은 2차 성희롱 행위의 일시·장소 및 상황, 행위의 상대방, 행위태양, 참가인의 원고 회사에서의 지위 등 이 사건 변론에 나타난 모든 사정을 종합하여 볼 때, 원고 회사가 참가인의 2차 성희롱 행위에 대하여 한 이 사건 징계해고는 징계재량권의 범위 내에 이루어진 것으로서 정당하다 할 것이며, 따라서 이 사건 징계해고가 재량권을 일탈·남용한 것이라고 판단한 이 사건 재심판정은 위법하다고 할 것이다.

765) 1심 판결(서울행정법원 2008. 4. 22. 선고 2007구합40*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 3. 13.자 2007두24*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

766) 본 사건의 중앙노동위원회 재심판정 및 1심 행정법원은 “참가인의 2차 성희롱 행위를 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와의 관련성 또는 고용상의 불이익을 주는 직장 내의 성희롱으로 보기에 부족”하다고 하면서 해고의 양정이 과하여 부당하다고 판단하였으나, ① 직장 내 성희롱의 주체는 사업주, 상급자뿐만 아니라 동료 근로자도 포함되고, ② 회사에서 주관하는 회식자리의 경우 업무와 관련된 것으로 인정되며, ③ 직장 내의 지위를 이용하거나 고용상의 불이익을 주는 것 이외에 상대방에게 ‘성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게’ 하는 것도 직장 내 성희롱 행위로 인정되고 있으므로 타당하지 않음

제4절 징계절차

1. 개관

징계는 사용자의 일방적 의사로 이루어지는 근로자에 대한 불이익 처분으로서 단체협약, 취업규칙 등에 징계절차를 규정하는 예가 많음⁷⁶⁷⁾

예를 들어, 징계위원회 출석을 위한 사전통지, 소명기회 부여, 징계위원회 구성 시 근로자 측 위원 참여, 재심기회 부여, 노동조합의 해고 동의(협의) 조항 등을 들 수 있음

이와 같이 단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계절차를 규정한 것은 징계권의 공정한 행사를 확보하고 징계제도의 합리적인 운영을 도모하기 위한 것으로서 중요한 의미를 갖고 있음⁷⁶⁸⁾

다만, 해고절차와 관련한 별도의 규정이 없더라도 해고사유와 해고시기의 서면 통지만큼은 강행규정(근로기준법 제27조)이므로 반드시 준수해야 함

2. 징계절차 규정의 법적 지위

2.1 징계절차 규정이 있는 경우

가. 징계절차 규정이 있는 경우 이를 위반한 징계는 원칙적으로 무효

단체협약, 취업규칙, 근로계약 등에 징계절차를 규정하고 있는 경우 이에 위반한 징계 처분은 무효임

나. 징계절차 규정 상호 간에 다른 내용이 있는 경우

1) 단체협약과 취업규칙에 서로 다른 내용이 규정된 경우 단체협약에 정한 징계절차에 위반하는 취업규칙 해당 규정은 무효이며, 단체협약이 취업규칙에 비하여 불리하게 개정된 경우에도 단체협약의 개정 경위와 취지에 비추어 볼 때 개정된 단체협약에 취업규칙상의 유리한 조건의 적용을 배제하고 개정된 단체협약이 우선적으로 적용된다는 내용의 합의가 포함된 것이라고 봄이 당사자의 의사에 합치한다고 할 것이므로, 개정된 후의 단체협약에 의하여 취업규칙의 해당 규정의 적용은 배제된다고 본 판례가 있음⁷⁶⁹⁾

767) 근로기준법 제93조는 취업규칙의 필수 기재사항으로 ‘제재’에 관한 사항을 기재하도록 하고 있음

768) 대법원 1979. 1. 30. 선고 78다*** 판결, 대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8*** 판결 등 참조

769) 대법원 2002. 12. 27. 선고 2002두9*** 판결, 동 사안은 월 7일 이상 무단결근을 면직사유로 규정하고 있던 단체협약을 개정하여 면직기준일수를 월 7일에서 월 5일로 단축하였으나 취업규칙의 규정은 변

2) 사용자와 노동조합이 취업규칙보다 근로자에게 유리한 방식으로 징계절차를 운영하기로 합의하고, 상당한 기간 그 합의에 따라 징계절차가 운영되어 왔고 근로자들도 이에 대하여 문제를 제기하지 않은 경우, 노사합의에 따른 징계절차 운영은 취업규칙의 징계절차를 따르지 않았더라도 유효함⁷⁷⁰⁾

3) 근로계약 내용이 취업규칙보다 불리하다면 근로기준법 제97조에 따라 취업규칙이 우선 적용됨⁷⁷¹⁾

4) 취업규칙의 일부로 인정되는 규정(예를 들어, 인사규정)의 징계절차가 취업규칙에 규정된 징계절차와 다른 경우에는 후에 성립된 규정 또는 특별 규정을 우선 적용하여야 함⁷⁷²⁾

5) 법원은 ‘단위조합’의 자체 인사규정에서 소속 직원이 징계사유에 해당되는 때에 ‘협동조합중앙회’의 제재규정에 따라 징계한다는 규정이 있다고 하더라도 이는 징계절차, 징계종류 및 양정 등에 관하여 중앙회의 제재규정을 준용하도록 한 것에 불과하고 성격상 단위조합에게 적용하기 어려운 부분은 적용되지 않는다고 판단함⁷⁷³⁾

2.2 징계절차 규정이 없는 경우

징계절차 규정이 없는 경우에는 피징계자에 대한 사전통고, 변명 기회의 부여 등의 절차를 거치지 않고 징계를 하였더라도 그 징계를 무효라 할 수 없음⁷⁷⁴⁾

경하지 않고 종전의 월 7일 기준을 유지한 경우, 근로조건을 불리하게 변경하는 단체협약이 현저히 합리성을 결하여 노동조합의 목적을 벗어난 것으로 볼 수 있는 것과 같은 특별한 사정이 없는 한 그러한 노사 간 합의를 무효라고 볼 수는 없다고 판시함

770) 대법원 1995. 2. 14. 선고 94다21*** 판결

771) 취업규칙은 근로기준에 대한 최저기준이라는 점에서 양면적 기준으로 해석되는 단체협약과 구별됨, 즉 단체협약과 다른 규범 경합 시 유·불리를 떠나 단체협약이 적용되는 것과 달리, 취업규칙과 근로계약의 경합 시에는 각자 유리한 규정이 적용됨

772) 노동법실무연구회, 근로기준법 주해Ⅱ(제2판), 박영사, 2020, 142면, 상이한 법원들이 경합하는 경우(예를 들어, 단체협약과 취업규칙, 취업규칙과 근로계약)에는 계위의 원칙, 유리우선의 원칙으로 해결하고, 같은 계위의 법원들이 경합하는 경우에는 유리우선의 원칙이 적용되지 않고, 법의 일반원칙인 신법우선의 원칙, 특별법 우선의 원칙으로 해결한다는 견해가 있음(김형배, 노동법(전정 제23판), 박영사, 2014, 105면)

773) 대전고등법원 2017. 10. 19. 선고 2017누12*** 판결[대법원 2018. 2. 28.자 2017두6*** 판결(심리불속행 기각)의 원심 판결]

774) 이러한 판례 법리는 징계해고에 따라 근로자가 받는 불이익의 정도와 진술의 기회를 부여함으로 인해 사용자가 받는 불편의 정도를 이익형량해 볼 때, 근로자에게 일방적으로 불이익하다는 이유로 비판받고 있지만(강용현, “징계절차의 적법성”, 경사 이회창 선생 화갑기념 논문집·법과 정의, 박영사, 1995), 확립된 판례 법리임(대법원 1992. 4. 14. 선고 91다4*** 판결, 대법원 1998. 11. 27. 선고 97누14*** 판결 등)

예를 들어, 같은 회사에 근무하는 정규직원에 대한 사규와는 달리 일용직원에 대한 사규에는 징계절차 규정이 없는 경우 정규직과 달리 일용직에게 변명의 기회를 부여하지 않았더라도 위법하지 않음⁷⁷⁵⁾

또한 인사명령이 근로자에 대한 제재적인 의미가 내포되어 있다고 하더라도 그 자체가 단체협약이나 취업규칙 등에 정한 징계절차를 요하는 징계로서 규정되지 아니한 이상 그러한 징계절차를 거치지 않았다고 하더라도 효력에 영향이 없음⁷⁷⁶⁾

다만, 해고절차와 관련한 별도의 규정이 없더라도 해고사유와 해고시기의 서면 통지만큼은 강행규정(근로기준법 제27조)이므로 반드시 준수해야 함

2.3 징계절차 규정이 임의규정인 경우

단체협약이나 취업규칙에서 ‘심의회에 필요하다고 인정되는 관계자의 의견을 청취할 수 있다’는 규정만 있을 뿐 징계대상자에게 필요적으로 변명의 기회를 부여할 것을 규정하지 않은 경우, 변명의 기회를 부여하지 않은 징계처분은 위법하지 않다는 판례가 있음⁷⁷⁷⁾

2.4 징계절차를 규정한 단체협약의 유효기간이 경과된 경우

징계절차를 규정한 단체협약의 유효기간이 경과하여 실효되었다고 하더라도 징계절차 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 규정은 근로조건에 관한 부분으로 그 단체협약의 적용을 받고 있던 근로자의 근로계약의 내용이 되어 여전히 회사와 근로자에게 적용되므로, 새로운 단체협약 또는 취업규칙이 체결·작성되거나 개별적 동의를 얻기 전까지는 기존 단체협약의 징계절차가 적용됨⁷⁷⁸⁾

그런데 단체협약 실효 후 기존 단체협약과 다른 내용으로 징계절차에 관한 단체협약 또는 취업규칙이 개정되어 징계사유 발생 시(취업규칙 등의 위반행위 시)와 징계처분 시의 취업규칙 또는 단체협약 등이 서로 다른 경우, 어떠한 징계절차를 따라야 할지가 문제되며, 특히 징계사유 발생 시의 단체협약이 실효된 후 징계처분을 하는 시점에는 그보다 불리한 내용으로 단체협약 또는 취업규칙이 개정된 경우가 문제됨

판례는 징계사유 발생 시와 징계처분 시 존재하는 규정이 다를 경우 징계권(징계사유)의 유무에 관한 결정은 징계사유 발생 시의 **舊** 단체협약 또는 **舊** 취업규칙에 따라야 할

775) 대법원 1996. 2. 27. 선고 95누15*** 판결

776) 대법원 1998. 12. 22. 선고 97누5*** 판결

777) 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다42*** 판결

778) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51*** 판결 참조

것이나 절차는 징계처분 시의 新 단체협약 또는 新 취업규칙에 따라야 한다는 입장
입779)780)781)

2.5 통상해고, 당연퇴직처분에 대한 징계절차 규정 적용 여부

당연퇴직, 직권면직 등 통상해고는 징계해고와는 그 성질이 다르므로 별도의 절차규정이 없는 이상, 징계절차에 관한 규정이 바로 적용되지 않음⁷⁸²⁾

그러나 하나의 비위행위가 단체협약의 징계해고사유 및 통상해고사유 양쪽에 모두 해당하는 경우 사용자가 통상해고의 방법을 취할 수도 있는데 이 경우 절차적 보장의 취지가 회피되는 것을 방지하기 위하여 징계절차가 요구됨. 즉 징계해고사유로 통상해고를 하는 경우에는 징계절차를 생략할 수는 없으며,⁷⁸³⁾ 당연퇴직사유가 동일하게 징계사유로 규정되어 있는 경우에도 역시 징계절차를 생략할 수 없음⁷⁸⁴⁾

또한 당연퇴직사유에 해당한다고 하더라도 사용자가 징계대상자를 그 비위사실을 이유로 징계위원회에 회부한 경우에는 징계절차 규정을 준수해야 함⁷⁸⁵⁾

779) 대법원 1994. 12. 13. 선고 94다27*** 판결, 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8*** 판결 참조

780) 하급심 판결(서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합36*** 판결) 중에는 비록 징계절차에 관한 규정이라도 징계권 유무에 직접적 영향을 미치는 경우에는 舊 단체협약을 따라야 하므로 新 취업규칙의 징계위원회 규정을 적용하는 것은 절차 위반에 해당한다고 본 예가 있음. 그러나 항소심 판결(서울고등법원 2014. 4. 2. 선고 2012누28*** 판결)에서는 이에 대하여 판단하지 않았고, 대법원(대법원 2014. 8. 20.자 2014두6*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

781) 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다42*** 판결. 동 사안은 노조 측 위원 불참으로 사용자 측 위원 5인만이 참석한 징계위원회는 舊 단체협약에 의하면 의사정족수 미달이라는 중대한 하자가 있으나, 新 단체협약에 의하면 사용자가 임명하는 5인과 노조 측 4인으로 구성하고 재적위원 과반수 출석에 출석위원 과반수 찬성으로 결의하게 되어 있어 노조 측 위원이 불참하였더라도 징계위원회 개최나 진행에 하자가 없다고 본 판례임. 최근 판례에서도 이러한 법리가 재확인되었음. “단체협약에는 징계해고 시 출석위원 전원의 동의를 요하는 것으로 규정되어 있었으나, 이 사건 취업규칙에는 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 동의로 징계해고가 가능한 것으로 규정되어 있는 사실, 이 사건 취업규칙은 근로자 과반수 동의를 얻어 변경된 사실은 위에서 인정한 바와 같고, 징계해고 시 의결정족수는 해고의 절차에 관한 것이므로 전항에서 살펴본 법리에 따르면 이 사건 징계해고의 절차적 적법 여부는 이 사건 취업규칙에 따라 결정된다. …(중략)… 이 사건 징계해고는 출석위원 전원 또는 과반수 찬성으로 행해졌으므로 이 사건 취업규칙을 준수한 것이어서 적법하다”(서울고등법원 2012. 5. 2. 선고 2011누37*** 판결)[1심 판결(서울행정법원 2011. 9. 22. 선고 2010구합41*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 9. 13.자 2012두12*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

782) 대법원 1992. 5. 8. 선고 91누10*** 판결 등

783) 대법원 1994. 10. 25. 선고 94다25*** 판결

784) 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42*** 판결

785) 대법원 1994. 12. 27. 선고 93다52*** 판결

2.6 징계 관련 내부적인 보고절차에 관한 규정 위반

사용자의 징계와 관련한 내부적인 보고절차 규정은 징계절차 규정으로 볼 수 없고, 이와 같은 절차를 위반하였다고 하여 근로자의 소명의 기회 등에 영향을 미치는 것도 아니므로, 위 내부보고절차를 거치지 않았다는 사정만으로는 징계처분에 절차상 위법이 있다고 할 수 없음

예를 들어, 취업규칙에 ‘직원이 취업규칙을 위반한 경우 해당 부서장은 관련 증빙자료 및 구체적인 사실을 서면으로 작성하여 발생일로부터 7일 이내에 관리본부장에게 통보하여야 한다’고 규정한 경우, 이러한 절차를 위반하여 징계한 것에 절차상 위법이 있어 징계가 무효라고 할 수 없음⁷⁸⁶⁾

3. 소명(변명)기회 부여

3.1 소명(변명)기회 부여와 관련한 문제

취업규칙 등에 소명기회 부여와 관련한 규정이 있는 경우에는 반드시 징계혐의자에게 소명기회를 부여해야 하므로 이를 위반한 징계처분은 무효이나⁷⁸⁷⁾, 규정이 없는 경우에는 소명기회 부여 없이 행한 징계처분도 적법함⁷⁸⁸⁾

그러나 사용자가 이미 정해진 징계사유에 대하여 노동위원회 판정에 따라 징계양정만을 다시 정하기 위하여 징계위원회를 개최하는 경우에는 징계양정의 위법만 치유하면 될 것이므로 피징계자에게 별도의 소명기회를 부여하지 않았다 하더라도 적법함⁷⁸⁹⁾

3.2 출석하여 소명이 반드시 이루어져야 하는지 여부

단체협약에서 당사자에게 징계사유와 관련한 소명기회를 주도록 규정하고 있는 경우에는 그 대상자에게 그 기회를 제공하면 되는 것이고 소명 그 자체가 반드시 이루어져야 하는 것은 아님⁷⁹⁰⁾

786) 서울고등법원 2009. 12. 23. 선고 2009누6*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2010. 4. 29.자 2010두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

787) 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다6*** 판결 참조

788) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다4*** 판결, 대법원 1998. 11. 27. 선고 97누14*** 판결 참조

789) 서울고등법원 2007. 6. 26. 선고 2006누26*** 판결, 1심 판결(서울행정법원 2006. 10. 13. 선고 2006구합4*** 판결)을 인용함

790) 서울고등법원 2013. 1. 17. 선고 2012누19*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3*** 판결)에서 확정됨]

따라서 징계혐의사실을 고지하여 진술할 기회를 주면 충분하고, 혐의사실 개개의 사항에 대하여 구체적으로 적시하여 빠짐없이 진술하도록 조치하여야 하는 것은 아님⁷⁹¹⁾

또한 소명기회를 부여하였는데도 근로자가 소명하지 않고 연기요청을 하는 경우에는 연기요청에도 불구하고 피징계자 참석과 의견개진 없이 징계위원회를 예정대로 개최할 수 있음⁷⁹²⁾

3.3 소명권 포기·남용 여부

피징계자에게 출석하여 소명하거나 의견을 개진할 기회를 부여하였음에도 스스로 출석을 거부한 경우에는 소명권의 포기에 해당하므로 피징계자가 출석하지 않은 상태에서 징계절차를 속행할 수 있음⁷⁹³⁾

그러나 피징계자의 변명 또는 소명자료의 제출 등 방어권의 행사, 나아가 그러한 방어권의 포기는 피징계자가 징계사유를 알고 있음을 전제로 하는 것이므로 징계사유를 통지받지 못한 상태에서 불출석했다면 이를 들어 방어권 포기라고 할 수 없음⁷⁹⁴⁾

또한 재심절차에 이르기까지 끝내 징계사유를 통지받지 못하였다면, 공정한 징계를 기대하기 어렵다는 우려와 출석하지 않겠다는 의사만을 담은 답변서를 제출하고 징계재심위원회에 불출석한 것만을 가지고 방어권 포기로 단정할 수 없음⁷⁹⁵⁾

4. 사전통지 관련 문제

4.1 사전통지를 반드시 해야 하는지 여부

사전통지와 진술권 부여를 의무조항으로 하고 있다면 이는 징계의 공정성과 객관성을 위한 것으로서 징계의 유효요건에 해당함⁷⁹⁶⁾

즉 사전통지가 의무조항으로 규정되어 있다면, 징계사유 내용이 객관적으로 명확하다거나, 징계대상자가 다른 절차에서 징계사유 정당성에 대한 주장을 했다거나, 구속 중(이 경우 서면 또는 대리인을 통하여 소명할 수 있도록 통지해 주어야 함)이라거나,⁷⁹⁷⁾ 다른 불법행위를 저지를 위험이 있다거나,⁷⁹⁸⁾ 수사당국으로부터 내사를 받고 있다 하여,⁷⁹⁹⁾

791) 대법원 1995. 7. 14. 선고 94누1*** 판결

792) 대법원 1993. 5. 25. 선고 92누8*** 판결, 1993. 9. 28. 선고 91다30*** 판결 등

793) 대법원 1993. 9. 28. 선고 91다30*** 판결

794) 대법원 1994. 1. 28. 선고 92다45*** 판결 등

795) 대법원 1994. 1. 28. 선고 92다45*** 판결

796) 대법원 1996. 9. 6. 선고 95다16*** 판결

797) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92다14*** 판결

798) 대법원 1992. 9. 22. 선고 91다36*** 판결

799) 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다6*** 판결

사전통지 절차를 거치지 않아도 되는 것은 아님

또한 징계위원회에서 징계사유를 추가하였음에도 추가된 징계사유에 대하여 제대로 고지하지 않은 경우 해당 징계사유에 대한 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하지 않은 것이므로 해당 징계는 무효가 될 수 있음⁸⁰⁰⁾

그러나 행방불명 등으로 통보 자체가 불가능한 것과 같은 부득이한 사유가 있는 경우에는 사전통지나 소명이 없더라도 무방함⁸⁰¹⁾

4.2 사전통지의 상대방

사전통지의 상대방은 특별한 사정이 없는 한 징계대상자 본인이어야 하므로 징계대상자의 가족, 회사 동료에 대한 사전통지는 원칙적으로 부적법함

다만, 본인이 거주하는 주소지로 통지서가 도달이 되었고, 동거 가족이 대신 수령한 경우에는 수령한 가족이 실제로 본인에게 전달하지 않았다 하더라도 적법하게 본인이 통지서를 수령했다고 볼 수 있을 것임⁸⁰²⁾

4.3 사전통지의 방법

징계절차에 관한 규정에 통지방법을 명시하고 있다면 반드시 그 방법을 따라야 하나, 판례 중에는 비록 서면으로 하도록 규정되어 있더라도 구두, 전화 또는 전언 등의 방법 또는 사내게시판 등으로 전달되었다면 적법하다고 본 예도 있음⁸⁰³⁾

800) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다100*** 판결 참조

801) 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다6*** 판결

802) 그러나 본인이 거주하는 주소지로 발송한 통지서가 수취인 장기부재로 반송되었고, 본가로 보낸 통지서는 동거하지 않는 가족이 수령한 것이어서(본인에게 통지서가 전달되었다는 사정이 없는 한) 적법한 송달로 인정되지 않는다고 본 판례가 있음(대법원 1993. 5. 25. 선고 92누8*** 판결 참조). 결국 이러한 통지에 대한 수령 여부는 통지가 도달한 때 효력이 생기는 것이고, 여기서 도달이라 함은 사회통념상 상대방이 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 경우를 가리키는 것으로서, 상대방이 통지를 현실적으로 수령하거나 통지의 내용을 알 것까지는 필요로 하지 않는다고 할 것임(대법원 1983. 8. 23. 선고 82다카*** 판결 등 참조). 또한 상대방이 정당한 사유 없이 통지의 수령을 거절하는 경우에는 상대방이 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 때에 의사표시의 효력이 생기는 것으로 보아야 할 것임(대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다19*** 판결 참조)

803) 대법원 1992. 7. 14. 선고 91누9*** 판결, 사전통지 방식에 관한 위 판례의 태도는 해고의 서면통지에 관하여 엄격한 해석을 요하는 대법원 판례(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42*** 판결)와는 다소 다른 태도라고 볼 수 있는데, 해고 서면 통지 위반의 경우 설령 근로자가 해고시기와 사유를 알았다 하더라도 서면으로 통보한 바가 없으면 그 자체로 무효가 될 것이나 소명을 위한 사전통지를 서면이 아닌 방법으로 했더라도 구체적 사유와 내용을 통보받았음을 입증할 수 있다면 무효라고 단정할 수는 없을 것으로 보임

4.4 사전통지의 시기

단체협약, 취업규칙 등에 통보시기가 규정되어 있는 경우에는 그 시기를 준수해야 하고 징계위원회 개최 통보서가 사용자 귀책사유가 아닌 우체국 사정으로 송달이 지체된 경우에도 사용자가 징계절차 위반의 책임을 지게 됨⁸⁰⁴⁾

한편 제1차 징계위원회 소집통지를 규정된 기간 내에 적법하게 받았던 경우라면 제2차 징계위원회 개최사실을 2시간 전⁸⁰⁵⁾ 또는 직전⁸⁰⁶⁾에 통보받았다 하더라도 절차상 하자가 없다고 본 사례도 있음

또한 소명기회 부여 규정은 있으나 징계위원회 개최 통보시기에 관한 규정이 없는 경우에는 “상당한 시간”을 두고 통보해야 함⁸⁰⁷⁾⁸⁰⁸⁾

‘상당한 시간’이란 징계혐의사실을 인지하여 회의에 참석·소명할 만한 시간적 여유라 할 것인데, 이는 일률적으로 정할 수 없으므로 근로장소와 회의장소 사이의 거리·징계의 내용·요구되는 자료의 질·근로자의 사전예측 가능성 등을 종합적으로 고려하여 사회통념상 합리적인지 여부를 판단해야 할 것임

한편 법원은 사용자인 아파트 입주자대표회의가 관리규약과 주택법 시행령 소정의 절차를 거쳐 근로자에 대한 면직을 의결하였으나 의결 전에 해고통보서를 근로자에게 교부한 경우 이는 ‘해고’의 서면통지가 아니라 ‘해고예고’의 통지에 해당한다고 판단함⁸⁰⁹⁾

4.5 사전통지 시 혐의사실 고지의 구체성 정도

사전통지 시 징계혐의사실 고지와 관련한 특별한 규정이 없는 경우 반드시 구체적이고 상세하게 고지해야 할 의무는 없으므로 근로자의 방어권을 침해하지 않는 범위 내에서

804) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2003두15*** 판결

805) ‘규정에 따라 3일 전 제1차 징계위원회를 통보받은 경우 이미 자신이 어떠한 사유로 징계위원회에 회부되어 있다는 사실을 알고 있는 상태이므로 제1차 징계위원회 불출석 이후 제2차 징계위원회 개최사실을 직전에 통보받았다 하더라도 절차상 하자가 없다(대법원 1994. 5. 13. 선고 93다32*** 판결).’

806) 제2차 인사위원회가 개최되기 전날 저녁에 제1차 인사위원회 출석통보서를 수령하여 자신에 대한 징계 혐의사실이 무엇인지에 대하여 이미 알고 있었고, 제2차 인사위원회 출석통보서를 인사위원회 개최 2시간 전에 수령하였으나, 그 출석통보서를 수령한 장소(회사 정문 앞)가 인사위원회 개최장소와 매우 가까운 장소였으며, 자신이 배포하는 유인물 등을 토대로 인사위원회에 참석하여 자신의 의견을 진술할 수 있었던 경우(대법원 1997. 7. 11. 선고 95다55*** 판결)

807) 대법원 1992. 5. 12. 선고 91다27518 판결, 대법원 2006. 6. 15. 선고 2003두5*** 판결

808) 판례는 근로자가 이의를 제기하였음에도 이를 묵살하거나 사실상 출석하여 변명을 할 수 없을 정도로 촉박하게 이루어진 통보(30분 전, 1시간 50분 전 등)를 제외하고는 대체로 그 통보의 시기의 하자에 대하여는 관대한 태도(1일 내지 3일 전)를 취하고 있음(황영목, “징계처분(해고)절차에 관한 판례의 검토”, 재판과 판례(제4집), 대구판례연구회, 1995.)

809) 서울고등법원 2017. 5. 24. 선고 2016누81*** 판결[대법원 2017. 9. 28.자 2017두50*** 판결(심리불속행 기각)의 원심 판결]

는 축약적 표현도 가능함

단지 “직장질서 문란”이라고만 고지하고, 미리 근로자의 징계혐의사실을 구체적으로 밝히지 아니한 경우⁸¹⁰⁾ 또는 ‘근로자가 이 사건 재의행위 기간 중 행한 불복종, 무단결근 / 이탈, 회사자산 손상, 폭행 / 협박 등 비행, 불법점거, 업무방해, 안전규칙 위반 등’과 같이 축약하여 특정하였더라도 징계절차상 하자는 없음⁸¹¹⁾

그러나 ‘취업규칙 제00조, 제00조의 각 위반’으로 명시하였는데, 위 조항이 추상적, 포괄적인데다가 여러 사유들이 열거되어 있어 구체적 특징이 곤란하여 이에 대해 근로자가 이의를 제기했음에도 해고통보에 이르기까지 끝내 사유를 통보받지 못한 경우⁸¹²⁾ 또는 향후 징계절차가 진행될 예정이라는 것만을 전달하였을 뿐 구체적인 징계위원회 개최 일시 및 장소, 징계사유 등을 통지하지 않은 경우⁸¹³⁾ 등을 위법하다고 본 예도 있음

또한 ‘인터넷 및 집회 등을 통해 다수에 걸쳐 확인되지 않은 허위사실을 유포하였다’고 기재되어 있거나 ‘근로자가 더 잘 알고 있으리라 생각된다’거나 ‘직접 확인하라’는 등으로 비위행위를 특정하지 않고 특정 사실관계를 징계사유로 삼는 것은 징계사유의 사전통지 및 소명기회 부여 절차를 거치지 않아 위법하다고 할 것임⁸¹⁴⁾

4.6 사전통지 위반의 하자 치유

징계대상자가 ① 징계위원회에 출석하여, ② 통지절차에 대한 이의를 제기하지 아니하고, ③ 충분한 소명을 한 경우에는 사전통지와 관련한 절차상 하자는 치유됨

예를 들어, 징계위원회 개최 5일 전에 당사자에게 통보하여야 한다고 규정하고 있으나, 5일의 여유를 두지 아니하고 징계에 회부된 사실이 통보되었을 경우에도, ① 징계대상자가 스스로 징계위원회에 출석하여, ② 통지절차에 대한 이의를 제기하지 않고, ③ 충분한 소명을 한 경우에는 그와 같은 절차상 하자는 치유됨⁸¹⁵⁾

810) 대법원 2004. 1. 29. 선고 2001다6*** 판결

811) 서울고등법원 2007. 11. 1. 선고 2007누13*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2008. 2. 14.자 2007두23*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

812) 서울고등법원 2007. 12. 12. 선고 2007누8*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2008. 4. 24.자 2007두26*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

813) 서울고등법원 2012. 3. 9. 선고 2011누36*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 9. 15. 선고 2011구합8*** 판결)을 인용함]

814) 서울고등법원 2014. 12. 17. 선고 2013누26*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 8. 13. 선고 2012구합41*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 4. 23.자 2015두*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

815) 대법원 1999. 3. 26. 선고 98두4*** 판결, 대법원 1995. 3. 3. 선고 94누11*** 판결, 대법원 1991. 2. 8. 선고 90다15*** 판결 등

그러나 징계대상자가 징계위원회에 출석하여 진술을 했더라도 스스로 징계에 순응하는 경우가 아닌 한(절차에 대한 이의를 제기했다든지, 충분한 소명을 하지 못한 경우) 징계해고는 무효라고 판시하여 절차상 하자의 치유를 제한한 판례도 있음⁸¹⁶⁾

5. 징계위원회의 구성 및 운영

5.1 징계위원회 구성 규정을 위반한 징계처분의 효력: 무효

취업규칙 등에 직원의 징계는 징계위원회 등의 심의 또는 의결 등을 거치도록 되어있으나 이러한 취업규칙에 따른 별도의 징계위원회 등을 구성하지 않고 회사의 이사회 및 운영위원회를 개최하여 근로자를 징계하였다면 징계절차상 중대한 하자가 있음⁸¹⁷⁾

한편 징계와 관련하여 단체협약과 취업규칙에 각각의 징계위원회 규정이 있고 징계위원회의 구성과 의결정족수, 의결대상에 대하여 달리 정하고 있는 경우에는 단체협약을 따르는 것이 원칙이지만 단체협약에서 규정되지 않은 부분에 대하여는 취업규칙을 따르도록 되어 있다면 단체협약의 징계위원회 규정에서 달리 정함이 없는 부분에 대하여는 취업규칙의 징계위원회 규정을 따르는 것은 정당함(다만, 이 경우에도 징계위원회의 구성 및 의결정족수는 단체협약을 따라야 함)⁸¹⁸⁾

또한 징계위원회의 구성에 노동조합의 대표자를 참여시키도록 되어 있음에도 불구하고 이러한 징계절차를 위배하여 징계해고를 하였다면 무효임⁸¹⁹⁾

그러나 예외적으로 징계위원회 구성과 관련한 규정을 이행하기 어려운 사정이 존재한다면, 이를 위반한 징계위원회 구성도 적법하다고 보는 경우가 있으며, 징계위원회 구성에 근로자 측 대표를 참여시키도록 되어 있고 선정권을 행사할 기회를 부여하였는데도 근로자 측이 스스로 징계위원 선정을 포기한 것이라면 근로자 측 징계위원이 참석하지 않은 징계위원회의 의결을 거친 징계처분이라고 하더라도 이를 무효로 볼 수는 없음⁸²⁰⁾

판례는 인사위원회의 구성원이 3인이나 당연직 위원인 사무국장이 징계대상자인 관계로 인사위원회에서 배제된 경우, 위 사무국장 대신 이사 1인을 새로운 인사위원으로 하여 징계의결을 한 경우⁸²¹⁾ 또는 당연직 징계위원인 병원장이 징계의 원인이 된 비위행

816) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2003두15*** 판결, 유사 판례로는 대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8*** 판결 참조

817) 서울고등법원 2005. 10. 12. 선고 2005누10*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2005. 5. 3. 선고 2004구합19*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2006. 2. 24.자 2005두14*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

818) 서울고등법원 2014. 12. 4. 선고 2014누48*** 판결

819) 대법원 1994. 4. 12. 선고 94다3*** 판결

820) 대법원 1997. 5. 16. 선고 96다47*** 판결

위의 피해자인 관계로 부득이하게 그 징계권을 병원 부원장에게 위임한 경우⁸²²⁾에 징계 절차는 적법하다고 봄

5.2 ‘징계사유와 관계있는 자’의 징계위원 참석 가능 여부

‘징계사유와 관계있는 자’란 징계권을 행사하려는 사용자 측과 관련이 있는 모든 자를 가리키는 것이 아니라 구체적인 징계사유에 해당하는 행위의 직접적인 피해자를 의미함⁸²³⁾

인사위원회 위원 중 ‘징계사유와 관계있는 자는 징계의결에 참석하지 못한다’는 규정이 있는 경우, 징계대상자의 징계위원이 된 사고와 관련하여 징계를 받은 자가 징계의결에 참석한 경우는 중대한 절차상 하자로 무효이고, 자격이 없는 징계위원을 제외하고 의결정족수가 충족된다 하더라도 징계위원회의 구성 자체에 위법이 있는 이상 그 징계는 무효이며,⁸²⁴⁾ 제척원인이 있는 징계위원이 포함된 인사위원회의 결의에 따른 징계해고는 무효임⁸²⁵⁾

다만, 징계사유와 관계있는 자가 의결권이 있는 인사위원이 아닌 간사 등으로 참여하는 것은 무관함⁸²⁶⁾

또한 취업규칙 등에 징계사유에 관하여 이해관계가 있는 징계위원은 징계위원회에 참석할 수 없다는 규정이 없는 경우에는 이해관계 있는 자가 징계위원으로 참석하였다고 하더라도 그 징계가 위법하다고 할 수 없음⁸²⁷⁾

한편 취업규칙 등에 ‘징계사유와 관계있는 자’에 대하여 징계혐의자의 기피신청권이 규정되어 있는 경우, 징계혐의자가 특별히 징계위원회 개최 전에 명단의 공개를 요구하지 않았고 명단을 공개하는 규정도 없었다면 징계혐의자에게 징계위원의 명단을 공개하지 않은 것이 기피신청권을 본질적으로 침해한 것으로 볼 수 없음⁸²⁸⁾

821) 대법원 1997. 12. 12. 선고 97누3*** 판결(동 사건은 인사위원회의 결의에 있어서 가부동수일 경우 위원장이 결정하도록 하는 규정이 있는 경우, 만약 새로운 인사위원을 위촉하지 않는다면, 인사위원회가 위원장과 위원 1인만 남게 되고, 결국 인사위원회의 결의는 전적으로 위원장 1인의 의사에 따라 결정되는 불공정한 결과가 발생하게 되는 사례였음. 따라서 이 사례를 일반화하는 것은 곤란하고 규정에 따라 인사위원회 구성을 제대로 하지 않은 경우의 적법성은 극히 예외적으로 인정되어야 할 것임)

822) 서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누7*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2005. 3. 10. 선고 2004구합10*** 판결)을 인용함]

823) 대법원 1995. 4. 28. 선고 94다59*** 판결

824) 대법원 1996. 6. 28. 선고 94다53*** 판결

825) 서울고등법원 2006. 3. 30. 선고 2005누15*** 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2006. 8. 25.자 2006두6*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

826) 서울고등법원 2014. 9. 25. 선고 2014누46*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 10. 28. 선고 2010구합15*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 1. 29.자 2014두42*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

827) 대법원 1995. 5. 23. 선고 94다24*** 판결

또한 징계혐의자가 징계위원 전원 또는 대부분에 대하여 동시에 기피신청을 함으로써 징계위원회를 구성할 수 없게 하거나 징계위원회의 결정 자체를 불가능하게 하는 경우, 또는 그밖에 기피신청이 징계절차의 지연을 목적으로 함이 명백한 경우 등 기피신청권의 남용에 해당하는 경우에는 그 기피신청 자체가 부적법함. 이러한 경우에는 기피신청의 대상이 된 징계위원이 기피사유가 공통되는 다른 징계위원의 기피결정에 관여하는 것이 금지된다고 볼 수 없음⁸²⁹⁾

5.3 의장윤번제

단체협약상 징계위원회의 의장윤번제를 규정하고 있으나, 노사가 그 운영방식에 대해 대립하는 경우(예를 들어, 사측은 징계안건별, 노측은 징계위원회 회수별로 의장선임을 주장하는 경우), 사용자 대표가 이에 대한 설득이나 노동위원회 해석 요청을 하지 않고 일방적으로 의장을 자칭하여 징계위원회를 주재하였다면 징계는 절차적 정당성이 없으므로 무효임⁸³⁰⁾

5.4 징계 가부가 동수인 경우

징계절차에서 가부 동수의 경우 위원장이 결정한다는 명시적인 규정이 없음에도 불구하고 찬반이 각 2표씩의 가부 동수인 상황에서 회사대표가 최종 징계결정을 한 경우, 그 징계절차는 무효임⁸³¹⁾

징계규정상 징계위원회의 표결이 3가지 이상으로 나뉘고 어느 한 가지 의견도 표결위원 수의 과반수에 미치지 못할 경우 재표결을 하고 그 결과 역시 같을 때에는 징계위원장이 결정하도록 되어 있음에도, 1차 표결 후 과반수에 이르는 의견이 없음에도 바로 위원장이 징계를 결정하였다면, 그 징계절차 역시 무효임⁸³²⁾

828) 서울고등법원 2011. 8. 24. 선고 2010누42*** 판결[동 사건은 대법원(대법원은 2011. 11. 29.자 2011두25*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

829) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두36*** 판결[동 사건은 서울고등법원(2015누68***)으로 파기환송되었으나 소 취하됨]

830) 서울고등법원 2008. 6. 13. 선고 2007누33*** 판결, 1심 판결(서울행정법원 2007. 11. 15. 선고 2007구합2*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 11.자 2008두11***판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨, 같은 취지로 서울고등법원 2016. 7. 7. 선고 2015누68*** 판결

831) 서울고등법원 2006. 6. 15. 선고 2005누10*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2005. 4. 28. 선고 2004구합31*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2006. 11. 23.자 2006두11*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

832) 서울고등법원 2006. 7. 6. 판결 2005누25*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2006. 9. 28.자 2006두12*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

5.5 외부인의 참여 가능 여부

가. 사용자가 선정하는 인사위원

취업규칙에 징계 시 상벌위원회를 거치도록 규정하고 있을 뿐, 그 구성과 절차에 대하여 별도의 규정이 없다면, 해당 사업장에 소속되지 아니한 자를 사용자가 상벌위원으로 선정하였더라도 무효로 볼 수 없음⁸³³⁾

나. 단체협약 등에 증인 신청 규정이 있는 경우

단체협약에 징계위원회는 조합원이 증인을 신청할 때에는 이를 받아들여야 하고, 이를 위반한 경우 징계는 무효로 한다고 규정되어 있는 경우, 근로자가 신청한 증인 중 일부를 채택하지 않았다면 절차상 하자가 중대하므로 무효임⁸³⁴⁾

다. 징계절차에서의 징계혐의자의 대리인(변호사) 선임 가능 여부

하급심 판결 중에는 취업규칙 또는 징계규정에 사용자가 징계대상자에게 구두 또는 서면으로 자신의 비위혐의에 관해 진술할 수 있는 기회를 부여하면서 합리적인 근거를 가지고 특별히 변호사의 조력을 받는 것을 금지하는 내용의 규정을 두지 않는 한, 징계혐의자는 변호사의 조력을 받아서 자신의 비위혐의에 관해 징계위원회에 변명하는 것이 허용된다고 봄이 상당하고, 이러한 징계혐의자의 권리를 침해하고 비위혐의에 관해 진술할 수 있는 기회를 박탈하고 징계해고를 하였다면, 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는지 여부와 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 것으로서 무효라고 본 사례가 있음⁸³⁵⁾

그러나 또 다른 판결에서 법원은 ‘변호인의 조력을 받을 권리는 국가권력의 일방적인 형벌권 행사에 대항하기 위한 피의자와 피고인의 권리이므로 일반적으로 공무원의 징계절차에서 변호인의 조력을 받을 권리가 당연히 보장된다고 할 수 없다’라고 판단했으며,⁸³⁶⁾ 소방공무원의 징계와 관련한 사건에서는 ‘소방공무원징계령은 변호인의 조

833) 서울행정법원 2007. 2. 2. 선고 2006구합16*** 판결

834) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007두10*** 판결등 사건의 제1심 및 제2심 법원은 신속한 절차진행의 필요 및 징계대상자의 소명 및 불복의 기회가 충분히 주어졌다는 이유로 위 단체협약 규정 위반이 중대한 징계절차의 하자가 아니라고 판단하였으나, 대법원 판결에 의해 파기환송 되어 서울고등법원(서울고등법원 2009. 1. 16. 선고 2008누26*** 판결)에서 확정됨]

835) 서울동부지방법원 2007. 10. 19. 선고 2007가합4*** 판결

836) 서울행정법원 2013. 7. 26. 선고 2012구합24*** 판결, 동 사건은 국가정보원 직원이 보안업무관리규정위반 혐의로 국가정보원으로부터 조사를 받는 과정에서 변호사를 조사에 참여시켜 달라는 등 변호인의 조력을 받을 권리를 주장하였으나 거절된 사안임

력을 별도로 규정하고 있지 않으므로 소방공무원에 대한 징계절차에서 변호인의 조력을 받을 권리가 인정된다고 보기 어렵다'라고 본 판례도 있음⁸³⁷⁾

5.6 징계위원회 구성의 하자 치유

징계위원회 구성의 하자가 있더라도 재심위원회에서 하자 있는 징계위원이 배제되고 적법한 심의·의결을 거쳤다면 원징계절차의 하자는 치유됨⁸³⁸⁾

그러나 이 경우에도 재심위원회가 개최되지도 않은 채 재심청구가 각하되었다면 하자가 치유되었다고 볼 수 없음⁸³⁹⁾

또한 이사회 의결을 거치지 않은 파면이 부당하다는 취지의 법원 판결이 선고되자 파면처분이 있는 후 2년이 지난 시점에서 행한 이사회 추인의결만으로는 하자가 치유될 수 없음⁸⁴⁰⁾

주의할 것은 사전통지 위반의 하자는 징계대상자가 충분한 진술을 하면 치유되나, 징계위원회 구성의 하자는 근로자에게 충분하게 변명권을 부여했다거나 근로자가 출석하여 의견을 진술했다는 사정만으로는 하자가 치유되지 않음⁸⁴¹⁾

6. 근로자대표를 참여시키지 않은 징계절차의 적법 여부⁸⁴²⁾

6.1 근로자대표를 반드시 참여시켜야 하는지 여부

특별한 규정이 없는 한, 징계위원회를 구성함에 있어서 노동조합 측의 견해를 대변할 수 있는 사람을 반드시 징계위원으로 참석시켜야 하는 것은 아님⁸⁴³⁾

그러나 근로자대표를 참여시키도록 한 규정이 있는 경우에는 이에 따라야 하고,⁸⁴⁴⁾ 예외적으로 근로자 측이 합리적 이유 없이 징계를 반대하는 등의 징계의결권 남용이나 징계위원 선정권 포기 등의 사유가 있는 경우에는 근로자대표를 배제한 채 징계하였더라도 적법함

837) 대전고등법원(청주) 2011. 9. 28. 선고 2011누*** 판결

838) 대법원 1994. 8. 23. 선고 94다7*** 판결

839) 대법원 1997. 11. 11. 선고 96다23*** 판결

840) 서울고등법원 2007. 4. 26. 선고 2005누30*** 판결

841) 대법원 1987. 9. 22. 선고 87다카1*** 판결, 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000두7*** 판결

842) 근로자대표를 참여시키지 않은 징계절차의 적법성 문제도 위 '5. 징계위원회 구성 및 운영'과 관련한 문제에 해당하지만 실무에서 자주 문제되는 중요 쟁점이라 목차를 따로 구성하였음

843) 대법원 1993. 11. 9. 선고 93다35*** 판결(동 판례는 징계위원회 구성에서 근로자 측이나 노동조합 측의 견해를 대변할 수 있는 사람을 징계위원회에 반드시 포함시켜야 할 법령상의 근거는 없으므로 회사 관리자들만으로 징계위원회를 구성하도록 한 것은 적법하다고 판시함)

844) 대법원 1994. 4. 12. 선고 94다3***, 대법원 1996. 6. 28. 선고 94다53*** 판결 등

법원은 근로자의 무단결근에도 불구하고 노동조합 측 위원의 계속된 반대로 2차례에 걸쳐 대기발령 1월의 경한 징계처분만을 한 경우,⁸⁴⁵⁾ 사용자가 3차례에 걸쳐 노조 측에 징계위원 선정을 요구하였음에도 계속 불응하는 경우,⁸⁴⁶⁾ 법원도 노동조합 측 징계위원을 배제하고 의결한 것이 모두 적법하다고 판단하였음

반면, 노조에 조합원 추천권을 둔 취지가 조합원의 참여권 보장을 위한 것으로 해석되는 경우 사용자가 비조합원을 추천할 것을 요구하는 것은 단체협약 규정에 위배되는 요구로서 노조가 이에 불응했다는 사실만으로 노조의 징계위원 선정권 포기라고 보기는 어려움⁸⁴⁷⁾

6.2 근로자 측 위원 자격·선임 방법 등에 관한 규정이 없는 경우

취업규칙 등에서 노·사 동수로 징계위원회를 구성하도록 하고 있다면,⁸⁴⁸⁾ 근로자 측 징계위원 자격과 선임 절차에 관한 규정이 없더라도 사용자는 근로자 측 징계위원들이 이전부터 근로자들을 대표해 왔다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로자들의 의견을 반영하는 과정 없이 임의로 근로자 측 징계위원을 위촉할 수 없으므로, 사용자는 근로자 측 의견을 들어 징계위원회를 구성하거나 사용자가 위촉한 위원이 근로자를 대표하는 자임을 입증해야 함⁸⁴⁹⁾

산별노조가 있는 사업장에서 ‘상별위원회의 노사 각 2명씩 구성한다’라는 단체협약 규정이 있음에도 사용자가 노동조합에서 추천한 징계위원에 대해 사용자 회사에 소속된 근로자가 아님을 이유로 사측 징계위원 2명으로만 징계의결한 경우에는 위법함⁸⁵⁰⁾

그러나 기업별 단위노동조합과 사용자가 체결한 단체협약에서 징계위원회를 노사 각 위원으로 구성하기로 정하면서 근로자 측 징계위원의 자격에 관하여 아무런 규정을 두지 않은 경우, 근로자 측 징계위원은 사용자 회사에 소속된 근로자에 한정된다고 해석하여야 함

845) 서울고등법원 2007. 12. 28. 선고 2007누15*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 5. 22. 선고 2006구합 46*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 5. 15.자 2008두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

846) 서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누7*** 판결

847) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008두2*** 판결

848) 즉 근로자 위원이 징계위원회의 구성원으로 규정되어 있으나, 자격과 선임 방법에 관해서만 규정이 없는 경우에 한정되는 논임. 가령 근로자 측 위원이 징계위원회 구성에 참여하는 규정이 없는 경우라면 사용자는 근로자 측 위원을 반드시 위촉할 필요는 없음

849) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두36*** 판결

850) 서울고등법원 2010. 11. 26. 선고 2010누4*** 판결, 1심 판결(서울행정법원 2009. 12. 17. 선고 2009구합 21*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 4. 28.자 2011두3*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

이 경우 노동조합의 조직이 산별노조로 변경된 후에도 새로운 단체협약이 체결되지 아니하였다면 근로자의 징계절차에는 기업별 단위노동조합일 때 체결된 단체협약이 그대로 적용되어야 하므로 그 징계절차에 있어서도 근로자 측 징계위원은 사용자 회사에 소속된 근로자이어야 함⁸⁵¹⁾

7. 사전동의 또는 사전협의 규정

7.1 사전동의(협의)를 요하는 규정의 효력

가. 동의를 얻지 않은 징계의 효력

사용자와 노동조합이 사용자의 해고 권한 제한에 대해 ‘사용자는 노동조합이 동의할 경우에 한하여 해고권을 행사하겠다’는 의미로 해고의 사전협의조항을 단체협약에 두었다면, 그러한 절차를 거치지 아니한 해고처분은 원칙적으로 무효임⁸⁵²⁾

나. 동의의 방법

명시적이든 묵시적이든 어떠한 형태로든지 합의가 이루어지면 충분하므로,⁸⁵³⁾ 징계절차를 개시함에 있어 노동조합 측에 사전통지를 하고, 이에 노조위원장과 다른 간부 1명이 인사위원회에 참석하여 징계에 대한 별다른 이의를 제기하지 아니하였다면 노동조합의 동의를 인정할 수 있음

7.2 사전동의권 포기·남용

단체협약에 해고의 사전협의조항을 두고 있다고 하더라도 사용자의 해고 권한이 어떠한 경우를 불문하고 노동조합의 동의가 있어야만 행사할 수 있다는 것은 아니고, 노동조합이 사전동의권을 남용하거나 스스로 사전동의권을 포기한 것으로 인정되는 경우에는 노동조합의 동의가 없더라도 사용자의 해고권 행사가 가능함⁸⁵⁴⁾

노동조합이 사전동의권을 남용한 경우란 사전합의에 이르지 못한 주된 귀책사유가 노동조합 측에 있는 경우를 의미함

851) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3*** 판결(법원은 근로자가 징계위원 선정을 수차례 거부, 징계를 지연시키다가 노조 상급단체 간부를 추천한 것은 선정권 포기·남용으로 볼 수 있다고 판단하였음)

852) 대법원 1994. 9. 13. 선고 93다50*** 판결

853) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다14*** 판결 등

854) 대법원 1993. 9. 28. 선고 91다30*** 판결

따라서 이러한 경우에 이르지 아니하고 단순히 징계대상자에게 해고사유가 있거나, 실제로 정당성 있는 해고로 보인다는 이유만으로 노동조합이 사전동의권을 남용하여 해고를 반대하고 있다고 쉽게 단정하여서는 아니 되며,⁸⁵⁵⁾ 사전동의권 남용의 경우는 다음과 같은 기준으로 판단될 수 있음⁸⁵⁶⁾

① 노동조합 측에 중대한 배신행위가 있고 그로 인하여 사용자 측 절차의 흠결이 초래되었다거나, ② 징계대상자가 사용자인 회사에 대하여 중대한 위법행위를 하여 막대한 손해를 입히고 비위 사실이 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백하며, 회사가 노동조합 측과 사전합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합 측이 합리적 근거나 이유 제시도 없이 무작정 반대함으로써 사전합의에 이르지 못하였다는 등의 사정이 있는 경우임⁸⁵⁷⁾

사전동의권 남용이 아니라고 본 사례로는 노동조합과의 사전합의가 이루어지지 못한 주된 이유가 사용자에게 있는 경우가 대표적임. 예를 들어, 사용자가 단체협약상 사전합의조항의 적용이 배제되는 것으로 잘못 판단하여 사전합의 절차 자체를 거치지 않고 인사명령을 한 경우 노동조합과의 사전합의가 이루어지지 못한 주된 이유가 사용자에게 있다고 보아, 노동조합이 단체협약상의 사전합의조항을 들어 인사명령을 거부하였다고 하여 곧바로 사전합의권을 포기 또는 남용하였다고 볼 수 없다고 한 사례가 있음⁸⁵⁸⁾

또한 노동조합이 최소한의 징계를 요청하였을 뿐 징계 자체를 반대하거나 징계위원회 개최·심의를 방해하지는 않은 경우에도 사전합의권 남용으로 볼 수 없음⁸⁵⁹⁾

7.3 사전합의를 요하는 규정의 효력

사전협의 또는 의견 참작 규정은 동의(합의)와 달리 징계의 공정을 기하기 위하여 노동조합의 의견을 참고자료로 고려하게 하는 정도에 지나지 않음

855) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두8*** 판결, 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두8*** 판결

856) 참고로 이러한 판단기준은 해고의결조항에도 적용될 수 있다고 본 판례[서울고등법원 2013. 10. 24. 선고 2013누12*** 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 2. 28.자 2013두24*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]가 있는데, 판례는 노동조합 측에게 징계의결권을 부여한 규정은 해고의 사전 합의 조항과 규정 방식에서의 차이가 있을 뿐, 결국 노동조합 측의 동의가 필요하다는 점에서 유사한 측면이 있으므로 징계위원회 구성에 사용자 측과 노동조합 측 위원이 각각 절반을 차지하도록 하면서 참석위원의 2/3 이상의 찬성으로 해고를 의결하도록 정한 경우에 노동조합 측 위원들이 징계의결권 행사를 남용하였는지를 판단할 때도 위 법리를 유추 적용할 수 있다고 보았음

857) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두8*** 판결, 2003. 6. 10. 선고 2001두3*** 판결, 대법원 1993. 8. 24. 선고 92다34*** 판결 등

858) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2007두15*** 판결

859) 서울고등법원 2012. 11. 28. 선고 2012누15*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2012. 4. 26. 선고 2011구합21*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 4. 25.자 2013두1*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

단체협약상 인사 및 징계는 사전에 노동조합과 협의하여 행한다는 규정이 있더라도, 이를 거치지 않은 퇴직처분도 유효함⁸⁶⁰⁾

7.4 동의와 협의의 구분이 모호한 경우

특별한 사정이 없는 한 단체협약이나 취업규칙 등을 해석함에 있어서는 문언해석이 원칙이나, 문언이 명확하지 않은 경우, 예를 들어, 단체협약에 “징계위원회 결정통지서에는 노조 위원장과 사용자 대표의 날인이 있어야 유효하다”라는 규정이 있는 경우, 노사 합의를 의미하는지 노사협의를 의미하는지는 일률적으로 말할 수 없고, 규정 마련의 취지 등을 고려하여 종합적으로 해석해야 함

판례는 징계위원회를 대표이사, 상무, 업무부장, 관리자로 구성하고 노조 측에게는 변론권만 주고 있고, ‘회사의 징계사항은 징계위원회 결정에 따른다’고 단체협약에 규정하고 있으며, 위와 같은 규정은 징계 남발을 막기 위한 취지에서 마련된 것이라면 징계결정통지서에 노사 양 대표의 날인을 요구하는 것은 노조와 의사의 합치를 보아야 한다는 의미라기보다는 회사의 자의적인 인사권이나 징계권 행사를 방지하려는 취지에서 협의의 의미로 둔 규정으로 해석할 수 있다고 보았음⁸⁶¹⁾

8. 징계재심절차와 관련한 문제

8.1 징계재심절차를 반드시 거쳐야 하는지 여부

취업규칙 등에 징계처분에 대한 재심의 기회 부여와 관련한 규정이 없다면 재심절차를 이행하지 아니하였더라도 절차상 하자는 없으나, 규정이 있음에도 재심절차를 생략하였다면 절차상 중대한 하자로 징계처분은 무효임⁸⁶²⁾

가. ‘변명기회 부여’와 관련한 재심절차 규정이 없는 경우

징계재심절차에서 징계대상자에게 진술기회를 부여한다는 별도의 규정이 없는 이상 재심절차에서 징계대상자에게 진술기회를 부여하지 않았다고 하여 무효라고 할 수 없음⁸⁶³⁾

860) 대법원 1992. 6. 9. 선고 91다41*** 판결, 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다4*** 판결

861) 서울고등법원 2010. 12. 21. 선고 2010누11*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2012. 3. 29.자 2011두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

862) 대법원 1993. 10. 22. 선고 92다49*** 판결

863) 대법원 1995. 7. 14. 선고 94누11*** 판결, 서울고등법원 2005. 5. 12. 선고 2004누9*** 판결

그러나 징계재심절차는 징계혐의자가 초심 징계의 부당성을 주장하여 그에 대한 재판을 구하는 것으로서 소명기회의 부여가 재심절차의 핵심이라 할 것인 점 등을 고려하면, 취업규칙 등의 해석상 징계재심절차에서 달리 정하고 있지 않는 부분(징계위원회 개최 사전통지 및 소명기회 부여 규정)은 초심징계절차에 관한 규정이 그대로 적용된다고 볼 수 있는 경우에는 징계재심절차에서 징계대상자에게 소명기회를 부여하여야 할 것임⁸⁶⁴⁾

대법원 판례 중에는 징계의결과 징계재심 의결을 같은 인사위원회에서 담당하는 경우, ‘인사위원회에서 진술의 기회를 부여한다’는 규정은 징계재심절차에도 적용된다는 취지로(판결주문과 상관없는 방론으로서) 판시한 사안이 있음⁸⁶⁵⁾

나. ‘징계재심위원회 구성’과 관련한 징계재심절차 규정이 없는 경우

단체협약에 회사가 조합원을 징계하고자 할 경우, 조합대표자가 심의위원으로 참석하도록 규정되어 있는 경우, 위 규정은 특별한 사정이 없는 한 징계재심절차에도 그대로 적용되어야 할 것인바, 이를 위반한 징계재심절차는 절차상 하자가 존재함⁸⁶⁶⁾

8.2 징계재심절차에 중대한 하자가 있는 경우

징계처분에 대한 징계재심절차는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계과정 전부에 관하여 판단해야 함⁸⁶⁷⁾

따라서 원래의 징계과정에 절차 위반의 하자가 없더라도, 징계처분에 대한 재심절차를 전혀 이행하지 않거나 징계재심절차에 중대한 하자가 있어 재심의 효력을 인정할 수 없는 경우에는 그 징계처분은 현저히 절차적 정의에 반하는 것으로 무효임⁸⁶⁸⁾

판례는 재심청구 내용 및 입증자료가 징계원심에서 소명한 내용과 거의 유사하다는 이유만으로 재심청구를 각하했다면 중대한 절차상 하자에 해당한다고 판시함⁸⁶⁹⁾⁸⁷⁰⁾

864) 서울고등법원 2013. 1. 17. 선고 2012누19*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3*** 판결)에서 확정됨]

865) 대법원 2006. 12. 22. 선고 2004두12*** 판결

866) 서울고등법원 2007. 10. 19. 선고 2007누12*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2008. 1. 17.자 2007두23*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

867) 대법원 2006. 12. 22. 선고 2004두12***, 대법원 1981. 6. 9. 선고 80다1*** 판결

868) 대법원 1998. 12. 8. 선고 98다31*** 판결, 대법원 1981. 6. 9. 선고 80다1*** 판결

869) 통상 각하라 함은 형식적 요건을 불비한 경우에 하는 처분임을 고려할 때 재심청구 내용 및 입증자료가 갖추어졌음에도 재심청구를 각하한 것은 부당하다고 할 것임

870) 서울고등법원 2012. 8. 29. 선고 2012누5*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2012. 12. 27.자 2012두20*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

또한 취업규칙 등에 재심개최기간 또는 재심결정기한을 두는 취지는 징계절차를 빨리 확정함으로써 근로자의 불안정한 신분상태를 조속히 해소하려는 데에 있으므로 강행규정에 해당하지 않아 규정된 기간을 다소 초과하였다고 하여 중대한 절차상 하자가 있다고 보지는 않음.⁸⁷¹⁾ 그러나 장기간 재심개최기간을 초과하여 징계재심절차가 개최된 경우에는 징계재심절차의 중대한 하자로 보고 있음

판례 중 6개월 이상을 초과하여 재심을 개최하거나 진행한 경우 위법하다고 판시한 사례들이 있으나,⁸⁷²⁾ 비록 6개월이 경과하여 징계재심절차를 이행하였다 하더라도 징계재심 청구사건이 50여건을 초과하여 전체적으로 지연되고 있는 등 지연에 상당한 이유가 있었던 경우에는 위법하지 않다고 본 판례가 있음⁸⁷³⁾

8.3 징계재심절차에 의한 하자 치유

징계처분에 대한 징계재심절차는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계절차를 이루는 것이므로, 원래의 징계과정에 절차 위반의 하자가 있더라도 재심과정에서 보완되었다면 그 절차 위반의 하자는 치유됨⁸⁷⁴⁾

한편 징계재심절차에서 반드시 근로자가 출석하여 소명한 경우에만 하자가 치유되는 것은 아니고, 재심 기회를 부여받았음에도 재심청구를 하지 아니하였다면 방어권을 포기한 것으로 보아 더 이상 절차 하자가 문제되지 아니함⁸⁷⁵⁾

그러나 재심징계기한을 현저히 초과하여 (예를 들어, 1년 7개월 후) 재심징계결정이 이루어진 경우에는 근로자가 비록 위 징계재심절차에서 구제될 것을 희망하여 답변서를 제출하고 의견을 진술하였다 하여 그것만으로 그 재심결정이 적법한 것으로 치유되는 것이 아님⁸⁷⁶⁾

871) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8*** 판결

872) 징계처분에 대한 이의신청이 있는 후 6, 7개월 정도가 경과되어서야 징계재심절차가 개최된 경우 위법함(대법원 1994. 1. 14. 선고 93다*** 판결), 1년 7개월이나 지난 뒤에 재심위원회를 개최한 것은 위법함[대법원 1987. 9. 22. 선고 87다카1*** 판결, 같은 취지로 서울행정법원 2009. 5. 8. 선고 2008구합9*** 판결(동 사건은 대법원(대법원 2010. 5. 27.자 2010두1*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 2년 이상 초과하여 징계재심절차가 개최된 경우 위법함(대법원 1997. 9. 30. 선고 97다10***, 10*** 판결)

873) 서울고등법원 2007. 7. 4. 선고 2006누23*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2006. 9. 8. 선고 2006구합1*** 판결)을 인용함]

874) 대법원 1999. 3. 26. 선고 98두4*** 판결

875) 대법원 1994. 3. 11. 선고 93다27*** 판결

876) 대법원 1987. 9. 22. 선고 87다카1*** 판결

9. 해고 사유 및 시기의 서면통지

9.1 해고 서면통지 의무의 의의와 효력

가. 의의

사용자는 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 함(근로기준법 제27조 제1항⁸⁷⁷⁾). 해고는 사용자가 근로자에게 근로계약관계를 종료하겠다는 의사를 일방적으로 통지하는 것으로 그 법적 성질은 상대방이 있는 단독행위임. 해고의 효력은 상대방에 도달하는 때에 발생하는데(민법 제111조), 그 방법에는 구두, 서면 등 제한이 없었기 때문에 해고의 존부나 사유, 시기 등이 명확하지 않아 법적 분쟁이 발생하는 경우가 종종 발생하였던 점을 고려하여 2006년 해고 시 해고사유와 해고시기를 서면 통지하여야 효력이 발생하도록 하는 근로기준법 제27조 규정이 도입됨

근로기준법 제27조는 해고사유 등의 서면통지를 통해 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하게 함과 아울러 해고의 존부 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지라고 할 것임⁸⁷⁸⁾

제4장
징계와
징계해고

나. 서면통지의무의 효력

근로자에 대한 해고는 서면으로 통지하여야 효력이 있으므로, 사용자가 근로자와 근로계약을 종료할 의사로 일방적으로 4대 보험 피보험자격 상실 신고를 한 경우 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하지 않아 절차상 하자로 무효임⁸⁷⁹⁾

해고의 서면은 원칙적으로 사용자의 서명·날인이 있어야 유효하다는 견해⁸⁸⁰⁾가 있으나, 일반적으로는 그에 관한 제한이 없으므로 권한 있는 자의 의사표시임이 명확히 드러나기만 하면 유효한 통지로 봄⁸⁸¹⁾

서면통지를 하는 방법에는 제한이 없으므로 우편, 인편, 직접 교부 등도 무방하나 근로

877) 근로기준법 제27조(해고사유 등의 서면통지) ① 사용자는 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 한다. ② 근로자에 대한 해고는 제1항에 따라 서면으로 통지하여야 효력이 있다. ③ 사용자가 제26조(해고의 예고)에 따른 해고의 예고를 해고사유와 해고시기를 명시하여 서면으로 한 경우에는 제1항에 따른 통지를 한 것으로 본다.

878) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42*** 판결

879) 서울행정법원 2017. 10. 19 선고 2016구합7*** 판결, 서울고등법원 2018. 6. 8. 선고 2017누81*** 판결. 상고기간 도과로 확정

880) 김형배·박지순, 노동법강의(제7판), 신조사, 2018, 226면; 김형배, 새로 쓴 노동법, 박영사, 2016, 677면

881) 하갑래, 근로기준법(전정 제27판), ㈜중앙경제, 2015, 654면

자에게 서면이 도달하여야 함. 서면통지의 시기는 따로 정함이 없으므로 해고예고수당을 지급하면서 바로 서면통지를 하여 해고할 수 있음. 그러나 해고처분 이후에 서면통지를 한 경우는 해고의 효력이 인정될 수 없음⁸⁸²⁾

한편 법원은 해고의 서면통지는 해고의 의사표시가 근로자에게 서면으로 도달하는 것을 의미하고, 여기서 도달이라 함은 사회통념상 상대방이 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 경우를 가리키는 것으로서 상대방이 통지를 현실적으로 수령하거나 통지의 내용을 알 것까지 필요로 하지는 않으므로, 근로자가 정당한 사유 없이 통지의 수령을 거절한 경우에는 상대방이 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 때에 의사표시의 효력이 생기는 것으로 보아야 한다고 봄⁸⁸³⁾

9.2. 구체적 요건

가. 해고사유의 서면 통지

사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때는 근로자의 처지에서 해고의 사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있어야 하고, 특히 징계해고의 경우에는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위내용을 기재해야 하며 징계대상자가 위반한 단체협약이나 취업규칙의 조문만 나열하는 것으로는 충분하다고 볼 수 없음⁸⁸⁴⁾

해고사유의 구체성의 정도와 관련하여, 사용자가 해고통지서에 징계대상자가 위반한 취업규칙의 조문과 함께 개략적인 비위행위의 내용을 기재하였으나 이것만으로는 근로자가 해고사유가 무엇인지 충분히 알거나 이에 대해 충분히 대응할 수 있는 상황이었다고 보기 어렵다고 판단한 사례가 있음(단, 이 사건의 경우 근로자가 사용자에게 거듭하여 해고사유를 명확히 밝혀달라는 요청을 하였음에도 불구하고 사용자가 이에 응하지 않은 점 등을 종합하여 판단한 것으로 보임)⁸⁸⁵⁾

법원은 징계사유 통보가 부적법하고 해고통보서에 징계사유의 구체적 적시가 없었더라도 징계대상자가 징계위원회에 출석하여 구체적인 징계사유를 통보받은 후, 그 징계사유에 대한 소명을 하였다면 그에 따른 해고처분을 징계절차의 하자로 인하여 무효라 할 수 없다고 봄⁸⁸⁶⁾

882) 서울행정법원 2008. 10. 10. 선고 2008구합14*** 판결

883) 대법원 2008. 6. 12. 선고 208다19*** 판결 참조

884) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42*** 판결

885) 대전지방법원 2017. 8. 31. 선고 2017구합100*** 판결(대법원 2018. 7. 13.자 2018두40*** 판결(심리불속행 기각)로 확정됨)

886) 서울행정법원 2013. 4. 18. 선고 2012구합24*** 판결

나. 해고시기의 서면 통지

서면통지의무가 있는 해고시기는 해고의 효력을 발생시키고자 하는 시기이므로 적어도 연월일을 기재하여야 함.⁸⁸⁷⁾ 해고사유만 명시하고 해고시기를 명시하지 않은 경우 해고의 효력이 인정될 수 없음⁸⁸⁸⁾

해고의 ‘서면통지에 기재된 해고시기’와 ‘해고의 서면통지의 도달시기’가 다른 경우, 특히 기재된 해고시기를 초과하여 근로자에게 해고의 서면통지가 도달된 경우 대부분의 판례는 기재된 해고시기에 해고의 효력이 발생한다고 보고 있음.⁸⁸⁹⁾ 징계해고의 경우 ‘해고시기’의 기재가 누락되어 있다고 하더라도 위 문서의 작성일자가 기재되어 있다면 그 날짜를 ‘해고시기’로 볼 수 있으므로 해고의 서면통지가 유효하다는 판례들이 있음⁸⁹⁰⁾

다. ‘서면’의 범위

1) 서면의 원칙적 의미

현행 근로기준법 제27조 등 법령에는 ‘서면 통지’의 개념 또는 인정범위에 대하여 별도로 규정하고 있지 않으나,⁸⁹¹⁾ 법원은 서면은 ‘원칙적으로 종이로 된 문서’를 의미한다고 보고, 전자문서가 서면으로 인정되는 특별한 사정이 있는 경우를 제시함

2) 이메일의 서면 해당여부

대법원은 원칙적으로 해고의 서면통지의 ‘서면’이 일정한 내용을 적은 문서를 의미하고 이메일 등의 전자문서와 구분되나 전자문서법 제4조⁸⁹²⁾에 따르면 전자문서의 효력은 종이형태의 서면과 다를 바 없으며 서면에 의한 해고통지의 역할과 기능을 충분히 수행하고 있다면 근로기준법 제27조의 입법취지에 부합하는 한 서면에 의한 해고통지로서 유효하게 볼 수 있다고 판시함

887) 노동법실무연구회, 근로기준법 주해 I (제2판), 박영사, 2020, 495면 참조

888) 서울고등법원 2012. 7. 13. 선고 2011누33*** 판결

889) 대법원 2012. 1. 27.자 2011두27*** 판결(심리불속행 기각), 서울행정법원 2009. 9. 3. 선고 2009구합13*** 판결 등

890) 대법원 2012. 1. 27.자 2011두27*** 판결(심리불속행 기각), 2012. 1. 27.자 2011두27*** 판결(심리불속행 기각), 서울행정법원 2012. 3. 8. 선고 2011구합21*** 판결, 2009. 9. 3. 선고 2009구합13*** 판결 등

891) 고용노동부는 제도 도입 초기 ‘휴대전화 문자, 이메일, 홈페이지 등은 원칙적으로 해고의 서면통지로 볼 수 없다’는 내용을 업무지침에 명시함(「해고의 서면통지 관련 업무처리 지침」(근로기준법-8048, 2007. 11. 29.)

892) 전자문서 및 전자거래 기본법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

“전자문서”란 정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성, 송신수신 또는 저장된 정보를 말한다.

제4조(전자문서의 효력) ① 전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지 아니한다.

3) 휴대폰 문자메시지와 카카오톡 메시지

법원은 휴대폰 문자메시지와 카카오톡 메시지는 서면에 해당하는 전자문서에 준하는 것으로 볼 수 없거나 해고의 서면통지 제한의 규정 취지에 부합하는 서면에 해당하지 않는다고 봄

라. 관련 문제

1) 해고예고

해고예고는 적어도 30일 전에 하여야 하고 해고예고의 의사표시에는 방식의 제한이 없어 구두로도 가능하고 해고의 효력에 영향이 없음. 또한 사용자가 근로기준법 제26조의 해고예고를 하면서 해고사유와 해고시기를 명시하여 서면으로 통지하였다면 제27조 제1항의 해고의 서면통지를 한 것으로 봄(근로기준법 제27조 제3항⁸⁹³⁾)

다만, 법원은 사용자인 아파트 입주자대표회의가 관리규약과 주택법 시행령 소정의 절차를 거쳐 근로자에 대한 면직을 의결하였으나 의결 전에 해고통보서를 근로자에게 교부한 경우 이는 ‘해고’의 서면통지가 아니라 ‘해고예고’의 통지에 불과하므로 서면에 의한 해고 통지가 되었다고 볼 수 없다고 판단한 사례가 있음⁸⁹⁴⁾

2) 합의해지, 당연퇴직 등

근로관계 종료의 사직, 합의해지, 계약기간 만료, 당연퇴직 등의 형식으로 이루어졌더라도, 그 종료의 실질적으로 해고에 해당하는 경우, 판례는 서면통지의무가 있다고 봄

10. 징계절차 관련 판례

10.1 징계절차 규정의 법적 지위에 관한 판례

가. 징계절차 규정이 있는 경우

1) 단체협약 등에 징계절차 규정이 있는 경우 이러한 징계절차를 위반하여 징계해고를 하였다면 그 징계처분은 무효라고 보아야 함

893) 동 조항은 2014. 3. 24. 신설

894) 서울고등법원 2017. 5. 24. 선고 2016누81***판결[대법원 2017. 9. 28.자 2017두50*** 판결(심리불속행 기각)의 원심 판결] 이 사건은 사실관계의 특이성이 있는 사건으로 판례를 인용하고자 한다면 반드시 사실관계를 확인해야 할 사안임

【대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8*** 판결】

그런데 단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계절차를 규정한 것은 징계권의 공정한 행사를 확보하고 징계제도의 합리적인 운영을 도모하기 위한 것으로서 중요한 의미를 갖는 것인바, 징계규정에서 징계위원회의 구성에 노동조합의 대표자를 참여시키도록 되어 있고 또 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있음에도 불구하고 이러한 징계절차를 위배하여 징계해고를 하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는 여부에 관계없이 절차에 있어서의 정외에 반하는 처사로서 무효라고 보아야 할 것이다.

2) 취업규칙 중 징계절차에 관한 부분이 단체협약상의 징계절차와 관련된 규정에 배치되는 경우에는, 단체협약이 우선적으로 적용되어 취업규칙의 규정은 효력이 없음

【서울고등법원 2006. 6. 15. 선고 2005누10*** 판결⁸⁹⁵⁾】

단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효라 할 것인데(노동조합 및 노동관계조정법 제33조 제1항), 위 인정사실에 의하면, 참가인 회사의 취업규칙 제71조는 직원에 대한 징계를 함에 있어 인사위원회는 임용권자가 지정하는 5인 이내의 인원으로 구성하여 운영한다고 규정하고 있어 노동조합이 관여할 수 없도록 규정되어 있는 반면, 이 사건 단체협약 제50조에는 징계위원회에 의하지 아니하고는 조합원을 징계할 수 없고, 징계위원은 노사 각 2명으로 한다고 규정하면서 노동조합이 참여할 수 있도록 규정되어 있으므로, 이러한 단체협약의 취지와 목적 등에 비추어 볼 때 취업규칙 중 임용권자가 인사위원을 지정하고 가부동수일 경우에는 위원장이 결정한다는 징계절차에 관한 부분은 이 사건 단체협약에 위반되어 그 효력이 없다 할 것이다.

【대법원 2002. 12. 27. 선고 2002두9*** 판결】

1. 단체협약의 불이익 변경에 대하여

원심이 인정한 사실관계에 의하면, 피고보조참가인(이하 “참가인 회사”라고 한다)의 취업규칙 제98조 라항 제14호와 1998. 1. 21. 개정되기 전의 단체협약 제21조 제1항 제4호는 무단결근으로 인한 면직기준을 월 7일 이상인 경우로 규정하고 있었는데, 참가인 회사의 노사는 1997. 10. 30. 무단결근이 경영상 큰 장애가 됨을 인식하고 그 방지를 위하여 상습적인 무단결근자를 엄중히 징계하기로 합의한 다음, 이에 따라 단체협약 중 무단결근자의 면직기준일수를 월 7일에서 월 5일로 단축하기로 합의하여 위 단체협약의 규정을 1998. 1. 21. 그와 같은 내용으로 개정, 시행하였으나, 위 취업규칙의 규정은 변경하지 아니한 채 종전 그대로 둔 사실을 알 수 있는바, 협약자치의 원칙상 노동조합은 사용자와 사이에 근로조건을 유리하게 변경하는 내용의 단체협약 뿐만 아니라 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약도 체결할 수 있으므로, 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약이 현저히 합리성을 결하여 노동조합의 목적을 벗어난 것으로 볼 수 있는 것과 같은 특별한 사정이 없는 한 그러한 노사 간의 합의를 무효라고 볼 수는 없고(대법원 1999. 11. 23. 선고 99다7*** 판결, 2000. 9. 29.

895) 1심 판결(서울행정법원 2006. 4. 28. 선고 2004구합31*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2006. 11. 23.자 2006두11*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

선고 99다67*** 판결 등 참조), 한편 위와 같은 단체협약의 개정 경위와 그 취지에 비추어 볼 때, 단체협약의 개정에도 불구하고 종전의 단체협약과 동일한 내용의 취업규칙이 그대로 적용된다면 단체협약의 개정은 그 목적을 달성할 수 없으므로 개정된 단체협약에는 당연히 취업규칙상의 유리한 조건의 적용을 배제하고 개정된 단체협약이 우선적으로 적용된다는 내용의 합의가 포함된 것이라고 봄이 당사자의 의사에 합치한다고 할 것이고, 따라서 개정된 후의 단체협약에 의하여 취업규칙상의 면직 기준에 관한 규정의 적용은 배제된다고 보아야 할 것이다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다30***, 30***, 30***, 30***(병합) 판결 등 참조).

3) 사용자와 노동조합이 취업규칙보다 근로자에게 유리한 방식으로 징계절차를 운영하기로 합의하고, 상당한 기간 그 합의에 따라 운영되어 왔고 근로자들도 이에 대하여 문제를 제기하지 않은 경우, 노사합의에 따른 징계절차 운영은 취업규칙의 징계절차를 따르지 않았더라도 유효하다고 봄

【 대법원 1995. 2. 14. 선고 94다21*** 판결 】

사용자와 노동조합 사이에 근로자에 대한 징계절차를 취업규칙에 정해진 징계절차보다 근로자에게 유리한 방식으로 운영하기로 합의가 이루어져 상당한 기간 그 합의에 따라 징계절차가 운영되어 왔고, 이에 대하여 근로자들도 아무런 이의를 제기하지 아니하였다면, 그와 같은 징계절차의 운영은 취업규칙의 징계절차에 따르지 않았더라도 그 효력을 부인할 수는 없다 할 것이다.

4) 단체협약에 징계위원회 회의록을 2통 작성하여 사측과 노동조합이 각각 보관하도록 하는 규정이 있고, 징계절차에 하자가 있을 경우 동 위원회에서 결정한 사항은 효력을 발생하지 못하게 하는 규정이 있을 경우, 회의록을 노동조합이 보관하도록 송부하지 아니한 이상 해당 징계절차는 단체협약 규정을 위반한 것으로서 무효라고 할 것임

【 서울행정법원 2018. 4. 19. 선고 2017구합63*** 판결⁸⁹⁶⁾ 】

2) 원고의 단체협약 제35조 본문은 ‘조합원을 징계하고자 할 때에는 다음의 절차를 거쳐야 하며, 이를 따르지 않은 징계는 무효로 한다’고 규정하면서, 제1호에서 ‘조합원을 징계하고자 할 때에는 반드시 인사위원회를 개최해야 하며 대상자의 인적사항, 징계사유, 인사위원회 개최일시 및 장소를 명시하여 인사위원회 개최 7일 전까지 노동조합 및 해당자에게 서면으로 통보하여야 한다.’고 규정하고, 제3호에서 ‘인사위원회는 참석 징계위원들이 서명, 날인한 회의록을 2통 작성하여, ○○○과 노동조합이 각각 1부씩 보관한다.’고 규정하고 있다. 나아가 같은 조 제5호는 ‘위 각 호에 해당하는 징계절차에 하자가 있을 시는 동 위원회에서 결정한 어떠한 사항도 효력을 발생하지 못한다.’고 규정하고 있다.

3) 이들 규정은 징계절차의 공정성과 적정성을 확보하기 위하여 특별히 엄격한 절차와 방식에 따르도록 한 취지라고 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 이들 규정을 위반하여 이루어진 징계는 무효라고 보아야 할 것이다(대법원 2009. 9. 11. 선고 2007두10*** 판결 참조).

그런데 원고의 징계위원회가 위 단체협약의 규정을 위반하여 징계위원회 회의록을 2통 작성하여 노동조합이 보관하도록 송부하지 아니한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 그와 같은 조치가

정당하다고 인정되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 참가인에 대한 징계는 위 단체협약 규정을 위반하여 이루어진 것으로서 무효라고 할 것이다. 단순히 신속한 절차 진행의 필요가 있거나, 참가인이 이 사건 징계위원회에 출석하여 소명하였고 원고가 참가인에게 징계사유를 첨부하여 징계위원회의 의결 결과를 통보하였으며 참가인이 이에 근거하여 재심신청을 하는 등으로 참가인에게 소명 및 불복의 기회가 충분히 주어졌다는 등의 사정이 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다(위 대법원 2007두 10174 판결 참조).

5) 징계위원회를 구성함에 있어 성희롱 예방지침에 따랐으나 상위규정인 인사규정을 위반한 경우, 이러한 절차상 하자가 성희롱 예방지침이 인사규정의 특별규정이라고 오인한데 따른 것이지 징계대상자를 불리하게 처우하기 위한 것이라고 보기 어렵고, 결국자인 위원을 제외하고도 인사규정에서 정하고 있는 최소 구성정족수 및 의결정족수 요건을 충족하고 있다면, 징계를 무효로 할 정도의 위법이 있다고 볼 수 없음

【서울고등법원 2008. 11. 11. 선고 2008누 11*** 판결⁸⁹⁷⁾】

가. 징계절차의 적법 여부

원고 공사는 참가인보다 상위 직급인 3인의 인사위원과 하위직급이자 여직원인 2인의 인사위원 등 5인으로 인사위원회를 구성하여 참가인에 대한 징계절차를 진행하여 5인 만장일치로 참가인에 대한 이 사건 해고를 의결하였다.

그런데 원고 공사의 사규의 규정체계에 비추어 보면, 인사규정과 성희롱예방지침이 서로 충돌하는 경우에는 상위규정인 인사규정이 우선할 수 밖에 없는 것이고 따라서 인사위원회에 참가인보다 하위직급자인 여직원 2인이 포함되어 있다면 이는 인사위원은 심의대상자보다 상위직급으로 구성되어 있어야 한다는 인사규정 제6조 제2호를 위반한 것이라 할 것이다.

그러나 원고 공사가 인사위원회를 구성함에 있어 참가인보다 하위직인 여성위원 2인을 참가시키게 된 것은 성희롱 관련 인사위원회의 구성에 있어 남성 또는 여성의 비율이 전체 위원의 10분의 7을 초과하여서는 아니된다는 성희롱 예방지침 제11조의 규정에 따른 것으로서 참가인보다 상위직급의 여성 직원이 없었기 때문이라는 것인바, …(중략)… 성희롱 예방지침이 인사규정보다 나중에 제정된 것이고 그 규정 내용이 인사규정의 특별규정인 것으로 잘못 해석될 여지가 있는 점, 이는 규정의 해석의 잘못에 기인한 것일 뿐 원고 공사에서 참가인에게 특별히 불리하게 하기 위한 의도가 있었던 것으로 보이지 아니하고, 참가인 역시 징계절차에서 특별히 그 구성의 위법을 주장한 것으로 보이지는 않는 점, …(중략)… 인사규정에 따라 그 자격이 없다고 판단되는 참가인보다 하위직급 여직원 2인을 제외하더라도 위 인사규정에서 정하고 있는 인사위원회의 최소 구성정족수(3인) 및 의결정족수(출석위원 과반수 이상의 찬성)를 충족하고 있다는 점 등에 비추어 보면, …(중략)… 이 사건 징계자체를 취소하여야 할 정도의 절차상 위법이 있는 것이라고는 볼 것이 아니다.

제4장
징계와
징계해고

896) 동 사건은 2심(서울고등법원 2018. 9. 21. 선고 2018누45*** 판결)에서 항소기각, 3심(대법원 2019. 1. 31.자 2018두60*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

897) 1심 판결(서울행정법원 2007. 3. 27. 선고 2006구합35*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 1. 30.자 2008두21*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

나. 징계절차 규정이 없는 경우

1) 징계절차 규정이 없는 경우에는 그러한 절차를 거치지 아니하고 징계를 하였다고 하더라도 그 징계를 무효로 할 수 없다고 봄

【대법원 2006. 11. 23. 선고 2006다49*** 판결】

원심이 원고가 징계사유를 사전에 통보받거나 그에 관하여 소명할 기회를 부여받았다고 인정한 것은 적절하지 않은 것으로 보이지만, 피고의 취업규칙에 징계사유의 사전통고와 진술기회 부여에 관한 절차가 규정되어 있지 않아, 이 사건 해고가 그러한 절차를 거치지 아니하였다고 하더라도 그 효력에는 영향이 없다고 판단한 것은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 징계해고의 사전통지나 소명기회에 관한 법리를 오해한 위법 등이 있다고 할 수 없다.

2) 인사발령에 제재적인 의미가 내포되어 있다고 하더라도 징계로서 규정되지 아니한 이상 징계절차를 거치지 않았다고 하더라도 그 효력에 영향이 없다고 봄

【대법원 1998. 12. 22. 선고 97누5*** 판결】

직장질서의 유지나 회복, 또는 근로자 간 인화를 위한 배치전환도 업무상 필요성이 있다고 인정되므로 정당한 이유가 있는 경우에는 허용된다고 할 것인데, 이 경우 비록 배치전환에 대해 근로자에 대한 제재적인 의미가 내포되어 있다고 하더라도 그 자체가 단체협약이나 취업규칙 등에 정한 징계절차를 요하는 징계로서 규정되지 아니한 이상 그러한 징계절차를 거치지 않았다고 하더라도 효력에 영향이 없다고 할 것이므로(대법원 1998. 4. 24. 선고 97다58*** 판결, 1995. 3. 10. 선고 94누11***판결, 1994. 9. 30. 선고 93다26*** 판결 참조), 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 배치전환 및 징계절차에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 부분 상고논지도 이유 없다.

3) 회사에 취업규칙은 없으나 사실상 모회사의 취업규칙을 차용하여 징계한 것을 두고 위법하다고 보기 어렵다고 판단함

【서울행정법원 2011. 1. 27. 선고 2010구합22*** 판결⁸⁹⁸⁾】

원고 회사가 별도의 취업규칙 등을 제정하여 사용하지 아니하고, 한국○○○의 취업규칙을 그대로 차용하여 직원들에 대하여 적용하여 왔다면 위 취업규칙은 이미 원고 회사의 취업규칙 등이라고 보아야 한다. 원고 회사가 직접 취업규칙 등을 제정하지 아니하고 한국○○○의 취업규칙 등을 그대로 차용하여 왔다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없다.

이 사건 규정에서는 상벌위원회 구성과 관련하여 제4조에서 징계대상사원의 부서장은 위원이 될 수 없다고만 규정하고 있을 뿐, 위원의 자격에 대하여 별다른 제한을 두고 있지 아니하는바, 한국○○○의 임원이 상벌위원회 위원으로 참여하여 A에 대한 징계여부를 심의·의결하였다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없다.

원고 회사와 한국○○○은 모두 ○○○회사가 100% 지분을 출자하여 설립한 회사로, 한국○○○의 대표이사가 원고 회사의 이사(대표자)를 겸하고 있는 점, 원고 회사의 공장장(대표자 이사를 제외한 원고의 최고 고위직이다)이 한국○○○의 제조물류본부장의 지시를 받아 근무하고 있는 점, 원고

회사는 한국○○○의 경영방침 및 인사규정에 따라 직원에 대한 급여, 복지, 그 밖의 근로조건 등과 관련한 업무를 처리하여 오고 있는 점, 원고 회사와 한국○○○은 공동으로 직원을 채용하여 온 점 등에 비추어 볼 때, 원고 회사와 한국○○○은 사실상 같은 회사라고 봄이 상당하다.

위와 같은 점에서 원고 회사가 한국○○○이 제정한 이 사건 규정을 차용하고, 이 사건 규정에 따라 상벌위원회의 의결을 거쳐 이 사건 근로자를 징계한 것은 징계절차상 위법하다고 볼 수 없다.

게다가 단체협약이나 취업규칙에 징계대상자에게 소명의 기회를 부여하여야 한다는 등의 징계절차를 규정하고 있지 아니한 경우에는 징계절차를 밟지 아니하고 해고하였다고 하더라도 그 징계를 위법하다고 할 수 없는바(대법원 1992. 3. 27. 선고 91다29*** 판결 등 참조), 이러한 법리와 원고 회사 고유의 독자적인 징계규정이 없는 점에 비추어 보면, 엄◇◇에 대한 징계절차가 위법하다고 보기 어렵다.

4) 취업규칙 등에 징계처분에 대한 징계재심절차에서 징계대상자에게 진술의 기회를 부여한다는 규정이 없는 이상 재심의 절차가 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하지 않고 진행되었다고 하여 무효라고 할 수 없다고 판시함

【대법원 1995. 7. 14. 선고 94누11*** 판결】

취업규칙 등에 징계처분에 대한 징계재심절차에서 징계대상자에게 진술의 기회를 부여한다는 규정이 없는 이상 재심의 절차가 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하지 않고 진행되었다고 하여 무효라고 할 수 없다.

제4장
징계와
징계해고

다. 징계절차 규정이 임의규정인 경우

1) 단체협약이나 취업규칙에서 ‘심의회에 필요하다고 인정되는 관계자의 의견을 청취할 수 있다’는 규정만 있을 뿐 징계대상자에게 필요적으로 변명의 기회를 부여할 것을 규정하지 않은 경우, 변명의 기회를 부여하지 않았다고 해서 징계처분이 위법한 것은 아니라고 봄

【대법원 1993. 7. 13. 선고 92다42*** 판결】

근로자를 징계함에 있어서는 사전에 징계대상자에게 이를 통지하여 변명할 기회를 주어야 하는 것이 원칙이지만, 단체협약이나 취업규칙 등에 징계절차에서 징계대상자에게 사전에 통고하거나 변명의 기회를 부여할 것을 명한 규정이 없는 경우에는 그와 같은 절차를 거치지 아니하고 징계를 하였다 하여 이것만 가지고서는 그 징계를 당연무효라고 할 수 없을 것이다 (대법원 1991. 4. 9. 선고 90다카27*** 판결, 1992. 4. 14 선고 91다4*** 판결, 1992. 10. 9. 선고 91다14*** 판결 각 참조).

그런데 원심이 인정한 사실에 의하면, 피고 회사의 상벌위원회 운영규정은 그 제7조에서 위원회의 심의상 필요하다고 인정되는 관계자를 위원회에 출석시켜 의견을 청취할 수 있다고 규정하였을 뿐 징계대상자에게 필요적으로 변명의 기회를 부여할 것을 명하고 있지는 않다는 것인바, 이와 같이 변

898) 중노위는 원고 회사(A)가 징계절차 관련 취업규칙이 없음에도 한국○○○(B)이라는 회사의 취업규칙을 차용하여 한국○○○(B) 소속 임원들로 구성된 상벌위원회에서 A회사의 근로자를 징계 심의·의결한 것은 징계절차상 위법하다고 판정하였으나 행정법원에서 패소확정된 사건임

명의 기회를 필요적인 것으로 규정하지 아니하였다고 하여 그 규정이 무효라고 할 수 없을 것이고, 또 전국○○노동조합연맹 ○○교통버스노동조합규약에 이와 다른 규정이 있다 하더라도 이 규약은 피고 회사가 노동조합원을 징계하는 절차에 적용될 수 있는 것은 아니다.

소론이 지적하는 판례는 이 사건에 적절하다고 할 수 없다.

따라서 피고 회사가 원고들에 대한 징계절차에 있어서 상벌위원회의 개최를 통지하지 아니하고 변명의 기회를 부여하지 아니하였다고 하여 이것만 가지고 그 징계절차가 위법하다고 할 수 없다는 원심의 판단도 옳고, 이를 다투는 논지도 이유 없다.

2) 취업규칙 등에 ‘당사자에게 구두 또는 서면으로 소명할 기회를 부여할 수 있다’는 규정만 있어 소명기회 부여 여부가 재량사항으로 보이는 경우에도 소명기회를 부여하지 못할 정도로 장소적·시간적으로 급박한 사정이 없었다면 소명기회를 부여하지 않은 채 해고를 한 것은 징계권 남용이라고 봄

【서울고등법원 2005. 10. 12. 선고 2005누10***, 10*** 판결⁸⁹⁹⁾】

(나) 다음으로 소명기회 제공 부분에 관하여 보건대, 참가인의 취업규칙 제82조 제2항에 의하면 직원의 징계 시에는 당사자에게 구두 또는 서면으로 소명할 기회를 부여할 수 있다고 규정되어 있는데 참가인이 이 사건 해고를 함에 있어 원고들에게 소명의 기회를 부여하였음을 인정할 증거가 없다.

그런데 취업규칙에 의하면 소명의 기회 부여가 문언상 임의규정으로 되어 있어 피징계자에게 소명의 기회를 부여할 것인지의 여부는 인사위원회의 재량사항이라고 보아기는 하지만, 피징계자에게 소명의 기회를 부여하는 것은 징계과정에서 당사자에게 변명을 하도록 하고 유리한 입증기회를 보장함으로써 객관적 진실을 규명하고 징계처분의 절차적 정당성을 확보한다는 중요한 의미를 가진다고 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 피징계자에 대한 소명의 기회는 보장되어야 할 것인데 이 사건의 경우 원고들에게 소명의 기회를 부여하지 못할 정도로 장소적, 시간적으로 급박한 사정이 있었다고 보이지 아니한 점에 비추어 참가인 이사회 및 운영위원회가 원고들에게 소명의 기회를 부여하지 아니한 채 이 사건 해고를 한 것은 징계절차의 재량권을 남용한 것으로서 중대한 위법이 있다고 할 것이다.

(3) 따라서 이 사건 해고는 징계절차상 중대한 위법이 있어 효력이 없다고 할 것이므로, 그 징계사유의 존부에 대하여는 나아가 판단할 필요 없이 이 사건 해고가 정당하다고 판단한 이 사건 재심판정은 위법하다고 할 것이다.

【서울행정법원 2013. 6. 11. 선고 2012구합42*** 판결】

징계절차와 관련하여 원고의 취업규칙 제73조는 인사위원회 소집요청자는 해당 종업원의 감봉 및 해고 조치가 필요하다고 판단될 때에는 최소 3일 전에 회의소집 요청서를 제출하여야 하고(제1호), 징계사유가 있는 직원을 불러 해명할 기회를 줄 수 있다(제2호)고 규정하고 있는바, 위 인정 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고가 2012. 4. 6. 대의원총회에서 참가인들을 포함하여 신임 대표인 이○○의 근무지시에 불응하는 직원을 해고하기로 하면서 이를 위

899) 1심 판결(서울행정법원 2005. 5. 3. 선고 2004구합18***, 18***(병합) 판결), 동 사건은 대법원(대법원 2006. 2. 24.자 2005두14*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

한 인사위원회의 소집공고를 생략하기로 한 점, ② 그에 따라 원고는 이를 뒤인 같은 달 6일 인사위원회를 개최하면서 위 규정에서 정한 회의소집요청서를 제출하지 아니한 점, ③ 또한 원고가 사전에 참가인들에게 징계사유와 인사위원회의 개최 사실을 통지하지 아니하여 참가인들이 인사위원회에 출석하여 해명할 기회를 부여받지 못한 점, ④ 원고의 취업규칙 제73조 제2호가 징계혐의자에게 해명의 기회를 줄지를 재량사항으로 규정하고 있지만, 징계혐의자에게 변명의 기회를 주는 것은 그에게 입증의 기회를 제공함으로써 객관적 진실을 규명하고 징계처분의 절차적 정당성을 확보하기 위해서 이므로 특별한 사정이 없으면 보장되어야 할 절차라고 봄이 타당한 점, ⑤ 원고가 참가인들에게 해명할 기회를 줄 수 없었던 긴급한 사정이 없었던 점 등에 비추어 보면, 원고가 징계절차와 관련한 취업규칙의 규정을 위반하여 회의소집요청서의 제출 없이 인사위원회를 개최하고 그 인사위원회에서 참가인들에게 해명할 기회를 주지 아니한 채 행한 이 사건 각 해고는 징계절차의 재량권을 남용한 것으로 위법하다.

라. 징계절차를 규정한 단체협약의 유효기간이 경과된 경우

단체협약 실효 후 징계절차에 관한 단체협약이 적법하게 개정되었다면 비록 종전보다 불리한 내용이라 할지라도 新 단체협약이 적용되고 舊 단체협약에 의하면 징계절차 위반이었던 것이 변경된 규정에 의해 치유될 수 있다고 봄

【대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다70*** 판결】

원심은, 비록 원고들의 요구에 의하여 개최된 2007. 2. 28.자 징계재심위원회에서 원고들에 대한 징계를 확정하는 재심결의가 이루어진 바 있으나, 원고들에 대한 당초의 징계위원회는 구 단체협약 제111조 위반과 노동조합 측 징계위원의 불참으로 인한 의사정족수 미달이라는 중대한 하자가 있었고, 징계재심위원회에서도 노동조합 측 징계재심위원의 참여 없이 단 1회의 징계재심절차에서 징계해고가 확정되었으므로, 위 징계재심위원회의 의결만으로는 당초 징계위원회의 하자가 치유되었다고 볼 수 없다고 판단하고 있다.

그러나 징계처분에 대한 징계재심절차는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분 절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계 과정 전부에 관하여 판단되어야 할 것이므로, 원래의 징계 과정에 절차 위반의 하자가 있더라도 재심 과정에서 보완되었다면 그 절차 위반의 하자는 치유된다고 할 것인데(대법원 1993. 10. 26. 선고 93다29*** 판결, 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8*** 판결 등 참조), 원심판결 이유에 의하더라도 원고들의 요구에 의하여 징계재심위원회가 개최될 당시에는 쟁의행위가 실질적으로 종료된 상태였다는 것이므로 원고들에 대한 징계재심위원회의 개최에 구 단체협약 제111조 위반과 같은 하자가 있다고 볼 수는 없고, 한편 위 징계재심위원회가 노동조합 측 위원들의 불참으로 대학 측 위원 5인만이 참석한 상태에서 진행되었기는 하나, 2007. 1. 1.부터 효력이 발생한 新 단체협약에 의하면 징계재심위원회는 총장이 임명하는 대학 측 5인과 노동조합 측 4인의 위원으로 구성하며 재직위원 과반수의 출석에 출석위원 과반수의 찬성으로 결의하게 되어 있었기에 노동조합 측 재심위원이 불참하였다고 하여 위 징계재심위원회의 개최나 진행에 어떠한 하자가 있다고 할 수 없으므로, 원심이 지적한 사정만으로는 위 징계재심위원회의 개최와 재심결의에 의하여 원래의 징계절차상의 하자가 치유되지 않는다고 볼 수는 없다 할 것이다. 그러므로 이에 관한 원심의 앞서 본 판단에는 징계절차상의 하자의 치유에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

10.2 소명(변명)기회 부여 관련 판례

가. 사용자가 이미 정해진 징계사유에 대하여 노동위원회 판정에 따라 징계양정만 다시 정하기 위하여 징계위원회를 개최하는 경우에는 별도로 소명기회를 부여하지 않았다 하더라도 적법하다고 봄

【서울고등법원 2007. 6. 26. 선고 2006누26*** 판결⁹⁰⁰⁾】

사용자가 징계관련 규정에 근로자에 대한 징계의결 시 피징계자에게 징계사유에 대한 소명의 기회를 부여 하도록 규정하고 있는 경우 그 취지는 징계의결요구 그 자체로 피징계자는 상당한 불이익을 입을 수밖에 없으므로 피징계자에게 변명의 기회를 주고 징계사유가 객관적으로 소명된 상태에서 징계의결 요구가 이루어지도록 함에 있다 할 것인바, 앞서 본 바에 의하면, 이 사건 징계는 근로자에 대한 사용자 조합의 최초 징계처분사유 중 노동위원회의 판정에 따라 징계사유로 인정된 2003. 8. 4. 자 근무지 이탈의 점에 대한 징계양정을 다시 정한 것에 불과하고, 새로이 징계사유를 추가하는 등 새로운 징계절차라고 보기 어려워 이 과정에서 근로자에게 별도의 소명의 기회를 부여하지 아니하였다 하더라도 그러한 사정만으로 사용자 조합의 징계 절차에 징계처분의 취소사유에 해당할 만한 절차상의 하자가 있다 할 수 없고, 또한 징계대상자인 근로자의 방어권 행사에 어떠한 지장이 있었다고는 보이지 아니하므로, 이 사건 징계절차에 하자가 있었다는 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

나. 단체협약에서 당사자에게 징계사유와 관련한 소명기회를 주도록 규정하고 있는 경우에는 그 대상자에게 그 기회를 제공하면 되는 것이고 소명 그 자체가 반드시 이루어져야 하는 것은 아니라고 봄

【서울고등법원 2013. 1. 17. 선고 2012누19*** 판결⁹⁰¹⁾】

단체협약에서 당사자에게 징계사유와 관련한 소명기회를 주도록 규정하고 있는 경우에도 그 대상자에게 그 기회를 제공하면 되는 것이고 소명 그 자체가 반드시 이루어져야 하는 것은 아니다(대법원 2007. 12. 27 선고 2007다51*** 판결). 앞서 인정한 사실에 의하여 알 수 있는 다음의 각 사정 즉 ① 참가인은 이 사건 징계재심위원회 개최 3일 전인 2010. 12. 20 원고들에게는 문자메시지를 발송하고 이 사건 노동조합에는 공문을 발송하여 2010. 12. 21.까지 재심사유 및 소명사항을 제출하여 달라고 요구하였고, 그럼에도 원고들은 재심사유 및 소명사항을 제출하지 않은 점, ② 원고들은 이 사건 징계재심위원회 개최 당시 정문에서 집회를 마친 후 사무복지동 3층까지 계단을 통하여 올라갔다(원고들 중 일부는 X자가 표시된 마스크를 쓰고 있었다), 3층 방화문이 잠겨 있자 사진 촬영만 한 후 돌아 나갔으며, 이후 L에게 연락하거나 참가인 소속 인사담당 직원들에게 문의한 바 없고 또한 엘리베이터를 이용하여 징계위원회 개최장소인 3층으로 이동하려고 하지 않는 등 이 사건 재심 징계위원회에 출석하기 위한 시도를 전혀 하지 않은 점, ③ 원고들은 이 사건 재심 징계위원회 개최 이전에 이미 수차례 소명 요청을 받았으나 이에 응하지 않았고, 이 사건 초심 징계위원회에 출석하였을 때에도 이 사건 초심 징계위원회를 인정할 수 없다는 말만 하고 실질적인 소명은 하지 않았던 점 등을 고려하면, 비록 참가인이 원고들의 출석을 적극적으로 안내하거나 독려하지 않았고 조○○ 대표이사가

900) 1심 판결(서울행정법원 2006. 10. 13. 선고 2006구합4*** 판결)을 인용함

이 사건 재심 징계위원회 당시 징계대상자들을 부를 필요가 없다는 취지의 말을 하였다고 하더라도, 참가인은 원고들에게 이 사건 재심 징계위원회에서도 소명할 기회는 부여하였으나 원고들이 소명하지 아니하거나 소명 자체를 요구하지 않았다고 봄이 타당하다. 따라서 소명기회 부여와 관련하여 이 사건 재심 징계위원회의 절차에 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 인사위원회에서 징계대상자가 소명자료를 읽는 중, 위원장이 일부 확인된 진술이라는 이유로 이를 제지하는 것은 소명기회를 박탈하는 것으로 볼 수 없다고 판단함

【서울고등법원 2011. 6. 9. 선고 2010누36*** 판결⁹⁰²⁾】

참가인 조합은 징계의결사항을 의결할 때에는 해당 징계대상자를 인사위원회에 출석시켜 소명할 기회를 부여해야 한다는 규정(회원조합징계변상업무처리준칙 제27조 제1항)을 두고 있는 사실, 원고가 참가인 조합의 인사위원회 위원들에게 사전에 징계사유에 관한 자신의 해명을 담은 소명서를 배포하였는데 이는 원고가 ○○중앙회 감사팀에 제출한 소명자료, 재심판정 시에 제출한 자료와 동일하였던 사실, 원고는 인사위원회에 출석하여 소명서를 상당 부분 읽어 나가자 위원장은 기존에 배포한 자료 외에 새로운 내용을 말하라고 하면서 원고의 낭독을 제지하였던 사실, 그러나 일부 위원들이 원고에게 기회를 주자고 하여 원고는 이어서 소명서의 중요 부분에 대하여 설명하였던 사실, 당시 인사위원회 의결기록부에 의하면 인사위원 중 1인이 원고에게 징계사유의 발생 경위에 관하여 질문하고 원고는 이에 대하여 대답한 것으로 기재되어 있는데, 그 내용은 원고로부터 직접 들은 것이 아니면 알 수 없는 것으로 임의로 기재된 것이라고 할 수 없고, 참가인 조합이 의결기록에 그와 같은 내용을 허위로 기재할 이유는 없어 보이며 달리 이를 허위로 기재하였다고 할 정황도 찾을 수 없는 사실, 원고 스스로도 중노위 재심과정에서 소명서의 3분의 1 가량을 읽었다고 진술하였던 사실 등을 인정할 수 있다.

이러한 사실들에 의하면, 설령 참가인 조합의 인사위원회 위원장이 원고의 진술을 일부 제한하였다고 하더라도 이는 위원회 진행의 효율성을 위한 조치에 불과하다고 할 것이므로, 참가인 조합은 징계대상자인 원고에게 징계사유와 관련한 소명기회를 주었다고 할 것이다.

라. 인사발령이 징계의 종류로서 규정되어 있지 않다면 비록 징계로서의 성격이 있거나 불이익한 처분에 해당한다고 할지라도 신의칙을 이유로 징계절차에 준하여 인사발령사유에 대한 근로자의 의견을 묻는 절차를 반드시 거쳐야 하는 것은 아니라고 봄

【대법원 2015. 8. 27. 선고 2012두10*** 판결⁹⁰³⁾】

5) 원고의 단체협약 제41조의2는 징계의 종류를 ‘경고, 견책, 승무정지, 정직, 징계해고’로 정하면서 ‘사고자에 대한 차량인사는 단위사업장 노사합의로 한다’라고 규정하고 있고, 원고의 승무직사원 징계처분 규정 제8조는 징계의 종류를 ‘해고, 정직, 승무정지, 변상, 감봉, 견책, 경고’로 정하고 있다. 또한 원고의 단체협약 제41조와 승무직사원 징계처분 규정 제6조는 징계처분을 위해서는 징계위원회를

901) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3*** 판결로 확정됨

902) 동 사건은 대법원(대법원 2011. 10. 13.자 2011두18*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

개최하여야 하고, 대상자에게 징계사유 등을 사전에 통보하고 소명의 기회를 부여하여야 한다고 규정하고 있다.

6) 원고는 참가인들에게 이 사건 인사발령을 통보하면서 인사발령의 사유에 대하여 설명하였으나, 단체협약에서 정한 징계절차를 거치지 않았고, 사전에 참가인들에게 인사발령의 사유에 대하여 의견을 묻는 절차도 거치지 않았다. 위와 같은 사실관계 및 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고의 단체협약과 승무직 사원 징계처분 규정은 징계의 종류를 ‘경고, 견책, 승무정지, 정직, 징계해고’ 또는 ‘견책, 감금, 출근정지, 정직, 승급의 유보, 해고’로 규정하고 있을 뿐 예비기사로의 발령을 징계의 종류로 규정하고 있지 않은 점, ② 단체협약 제41조의 2가 ‘사고자에 대한 차량인사는 단위사업장 노사합의로 한다’라고 규정하고 있으나, 이는 노사합의에 따라 사고자에 대한 차량인사를 징계의 대상으로 할 수 있다는 취지로 보일 뿐이므로 위 규정만으로 예비기사로의 발령이 곧바로 징계처분에 해당한다고 보기는 어려운 점, ③ 원고가 노사합의에 따라 제정한 이 사건 지침 또한 일정한 사유가 발생한 지정기사를 예비기사로 발령하도록 규정하고 있을 뿐 예비기사로 발령을 위해 징계 절차나 근로자 본인의 의견을 듣는 절차 등 별도의 절차를 거치도록 규정하고 있지 않은 점 등을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 인사발령을 하기 위해 단체협약에서 정한 징계절차를 반드시 거쳐야 한다고 볼 수는 없다.

10.3 징계위원회 사전통지 관련 판례

가. 사전통지를 반드시 해야 하는지 여부

1) 사전통지가 의무조항으로 규정되어 있다면, 징계사유 내용이 객관적으로 명확하다거나, 징계대상자가 다른 절차에서 징계사유 정당성에 대한 주장을 했다거나, 구속 중이라 하더라도 이를 거치지 않은 징계처분은 위법하다고 봄

【대법원 1999. 9. 6. 선고 95다16*** 판결】

단체협약 등에서 조합원의 징계 시에 사전통지와 진술권 부여를 의무조항으로 규정하고 있다면 이는 징계의 객관성과 공정성을 확보하기 위한 것으로서 징계의 유효요건이라고 할 것이고, 징계대상자가 구속 중이라고 하여도 서면 또는 대리인을 통하여 징계절차에서 변명을 하고 소명자료를 제출할 이익이 있는 것이므로 사전통지를 하지 아니함으로써 이러한 기회가 박탈되었다면 그 징계는 효력이 없다고 볼 수밖에 없다 할 것이다.

903) 동 사건은 과거 환송되어 고등법원(서울고등법원 2016. 1. 15. 선고 2015누1*** 판결)에서 확정됨. 이 사건 원심(서울고등법원 2012. 4. 26. 선고 2011누38*** 판결)에서는 예비기사로 인사발령이 징계의 종류 중 ‘경고’나 ‘견책’보다 불이익이 크다고 볼 수 있으므로 단체협약에서 정한 징계로서의 성격을 가지고 있거나 또는 불이익처분에 해당한다는 이유로 단체협약 등에 따른 절차, 즉 사전통지, 소명기회 부여 등의 절차를 거쳐 징계위원회에서 징계하는 절차를 거쳐야 하는데, 이러한 절차를 거치지 않아 단체협약에 위배되어 무효라고 판결함. 또한 실령 징계절차를 전부 거칠 필요까지는 없더라도, 이 사건 인사발령은 징계로서의 성격이 있거나 불이익처분에 해당하므로 원고는 신의칙상 징계절차에 준하여 인사발령사유에 대한 근로자의 의견을 묻는 절차는 거쳐야 할 것인데, 이러한 절차를 거치지 않은 이 사건 인사발령은 재량권을 남용한 것으로 위법하다고 판단하였음

2) 사전통지가 의무조항으로 규정되어 있다면, 피징계자가 다른 불법행위를 저지를 위험이 있다는 사정만으로 이를 거치지 않은 징계처분이 정당화되는 것은 아니라고 봄

【대법원 1992. 9. 22. 선고 91다36*** 판결】

단체협약이나 취업규칙 등에서 징계대상자에게 징계사항을 통보하고 경위서를 징구하도록 규정한 취지는 징계대상자로 하여금 징계혐의사실에 대한 변명을 위하여 자신에게 이익되는 소명자료를 준비제출 할 수 있는 기회를 보장하는 한편 징계권자로 하여금 비위사실을 정확하게 파악하고 사건을 공정하게 처리하게 하려는데 있으므로 위와 같은 절차에 위반한 징계처분은 원칙적으로 무효이고, 징계사항의 통보시기에 관하여 특별한 규정이 없다고 하더라도 변명과 소명자료를 준비하기 위한 상당한 기간을 두고 통보하여야 하며, 징계대상자가 징계사유 외에 다른 불법행위를 저지를 위험이 있다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 점만으로 징계에서 당연히 밟아야 할 절차를 생략할 정당한 사유가 될 수는 없다 할 것이다.

3) 사전통지가 의무조항으로 규정되어 있다면, 행방불명 등으로 통보 자체가 불가능한 경우가 아니고서는 피징계자가 수사 당국으로부터 내사를 받고 있다고 하여 사전통지를 생략할 수 없다고 봄

【대법원 1990. 12. 7. 선고 90다6*** 판결】

피고 회사의 징계위원회규정 제10조는 징계위원회 개최 시는 반드시 본인을 참석시켜 변명의 기회를 부여하되 본인의 변명이 회의진행을 저해하거나 특별한 사항에 대하여는 변명의 기회를 주지 않을 수 있다고 규정하고 있는바, 위 징계규정 제10조 소정의 본인의 변명이 회의진행을 저해하는 경우라 함은 징계위원회에 출석한 징계대상자에게 변명의 기회를 주었으나 그의 변명이 내용상 징계혐의 사실과 무관하거나 불필요하게 장시간 계속되어 회의 진행을 방해하는 경우 또는 징계대상자가 폭력으로 징계위원회의 진행을 방해하거나 방해할 우려가 있는 경우를 뜻한다고 할 것이고, 특별한 사항이라 함은 징계대상자가 행방불명되어 그에 대한 통보가 불가능하거나 징계 대상자가 출석통보를 받고서도 징계위원회에의 출석을 거부하는 등 부득이한 경우만을 의미한다고 해석할 것이고, 이 사건에서와 같이 징계대상자인 원고가 징계위원회 개최 전에 징계혐의사실의 존재나 취업규칙 위반의 점을 부인하고 있다거나 좌경 불순세력과의 연계 혐의에 대하여 수사당국으로부터 내사를 받고 있다는 사정은 위 단서에 해당한다고 할 수 없으므로 원고에게 위 징계위원회의 개최사실을 통보하지 아니한 채 이루어진 피고 회사의 원고에 대한 이 사건 징계해고는 그 절차에 있어서 위 징계위원회의 규정을 위반하여 한 것이므로 무효라고 판시하였다.

제4장
징계와
징계해고

4) 인사규정에서 징계요구권자와 징계위원회가 구분된 경우라면 징계위원회는 징계의결이 요청된 징계사유에 대해서만 심리·판단하여야 하고 징계사유를 근본적으로 수정하거나 징계의결 요구 이후에 발생한 사정 등을 징계사유로 추가하여 징계의결을 할 수 없는데, 징계위원회가 징계사유를 추가하면서 징계대상자에게 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 제대로 보장하지 못한 경우, 징계절차를 위반하였으므로 징계해고는 무효라고 봄

【대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다100*** 판결】

취업규칙 등의 징계규정에서, 근로자에게 일정한 징계사유가 있을 때 징계의결 요구권자가 먼저 징계사유를 들어 징계위원회에 징계의결 요구를 하고 그 징계의결 결과에 따라 징계처분을 하되 징계위원회는 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하고 이익되는 사실을 증명할 수 있도록 하며 징계의결을 하는 경우에는 징계의 원인이 된 사실 등을 명시한 징계의결서에 의하도록 규정하고 있을 경우, 징계위원회는 어디까지나 징계의결 요구권자에 의하여 징계의결이 요구된 징계사유를 심리대상으로 하여 그에 대하여만 심리·판단하여야 하고 징계의결이 요구된 징계사유를 근본적으로 수정하거나 징계의결 이후에 발생한 사정 등 그 밖의 징계사유를 추가하여 징계의결을 할 수는 없다(대법원 1984. 9. 25. 선고 84누*** 판결 참조). 또한 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있음에도 이러한 징계절차를 위반하여 징계하고하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는 여부와 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하여 무효라고 보아야 한다(대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8*** 판결 참조). …(중략)… 또한 위 증거에 의하면, 피고의 인사규정은 징계위원회가 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하기 위하여 징계위원회 개최사실을 통지하도록 하여(인사규정 제78조 제1항), 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 규정하고 있으나, 피고의 징계위원회는 원고에게 ‘이 사건 진술 시 품위손상’이 징계사유로 된다는 점을 징계위원회 개최 중에도 전혀 고지하지 않았으므로 원고가 음주상태로 징계위원회에 출석하게 된 경위에 대하여 답변하였다고 하여 이로써 원고가 징계사유에 대한 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여받았다고 할 수 없다. 이러한 징계절차를 위반하여 이루어진 이 사건 해임처분은 징계사유가 인정되는 여부와 관계없이 무효라고 보아야 할 것이다. 그런데도 원심이 이 사건 징계절차에 있어서 원고의 소명권이 침해되었다고 보기 어렵다고 판단한 것은 징계위원회의 의결권한의 범위와 징계대상자에 대한 사전통지 및 소명기회 부여 절차에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유는 이유 있다.

나. 사전통지의 상대방

1) 출석통지서 송달 당시 가족들과 동거하지 아니하고 주소지나 본가에서 행방이 알려져 있지도 아니하였던 경우 통지서를 수령한 가족들이 실제로 그 취지를 본인에게 전달하였다는 등의 사정이 없는 한 적법한 통지가 있었다고 보기 어렵다고 판단함

【대법원 1993. 5. 25. 선고 92누8*** 판결】

선정자 방○○, 강○○에 대한 부분에 관하여 보건대, 을 제33호증의 16 내지 21, 을 제34호증의 22, 24 내지 27의 각 기재 등에 의하면, 1989. 7. 25. 개최된 제9차 징계위원회 출석통지서는 위 선정자들 본인이 직접 수령하였으나 본인들이 징계위원회에 출석하거나 진술을 하지 아니한 사실, 그리고 1989. 8. 3. 개최된 선정자 방○○에 대한 제10차 징계위원회 출석통지서는 위 선정자의 주소지인 대구 북구 비산○○동 ○○○○의 ○○○로 우송되지 아니하고 본가인 경북 경산군 □□면 신대○○동 ○○○로 우송되었으나 본인 장기출타로 반송되었고, 그 후 위 선정자가 근무하던 ○○○상업고등학교의 교장 등이 위 선정자에게 제10차 징계위원회 출석통지를 하기 위하여 본가와 주소지를 중심으로 위 선정자의 행방을 찾아보았으나 실패하고 본가를 방문하여 가족들에게 출석통지서를 교부하려고

하였던바, 가족들이 그 수령을 거부하므로 가족들에게 구두통지만 하였으며, 다시 위 학교장이 본가로 제10차 징계위원회 출석통지서를 우송하여 그의 부인 소외 방○○가 이를 수령한 사실, 한편 1989. 8. 3. 개최된 선정자 강○○에 대한 제11차 징계위원회 출석통지서는 주소지인 경북 의성을 중리 ○○○으로 우송되었는데 장기출타로 인하여 송달불능되었고, 그 후 위 선정자가 근무하던 ○○공업고등학교장 등이 그의 주소지를 중심으로 그 행방을 찾아 보았으나 실패하여 그 부모가 사는 제주도로 그 부모에게 전화 및 전보통지만을 하였던 사실, 그런데 위 선정자들은 그 이후에는 아무런 징계위원회 출석통지를 받지 못한 채 1989. 8. 12. 개최된 제13차 징계위원회에서 징계의결이 이루어진 사실을 인정할 수 있는바, 위 선정자들이 제2회 출석통지서 송달 당시 가족들과 동거하지 아니하고 주소지나 본가에서 행방이 알려져있지도 아니하였던 점 등에 비추어 보면, 위 선정자들에 대한 제2회 징계위원회 출석통지는 이를 수령한 가족들이 실제로 그 취지를 선정자 본인들에게 전달하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 적법하게 이루어졌다고 할 수 없고, 위 선정자들이 제1회 출석통지서를 수령한 후 그 행방을 알 수 없게 되었다거나 가족들이 출석통지서의 수령을 거부하였다는 등의 사정만으로는 위 선정자들이 출석통지서의 수령을 거부하였다고 보기도 어렵다고 할 것이다.

2) 단체협약이 ‘심의대상조합원 또는 동료조합원에게 사실소명의 기회를 준다.’라고 규정하고 있는 경우, 위 규정은 문리대로라면 어느 일방에만 소명기회(사전통지)를 주면 될 것 같이 오해될 소지가 있으나 ‘필요한 경우 자신과 함께 하거나’ 또는 ‘자신 대신에 다른 조합원으로 하여금 자신에 대한 소명을 하게 할 수 있다’는 의미로 해석해야 하므로 회사 측으로서는 반드시 피징계자에게 소명 기회를 주어야 하고 이를 위해 피징계자에게 사전에 징계위원회 개최통지를 하여야 한다고 봄

제4장
징계와
징계해고

【대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50*** 판결】

나. 기록에 의하면 단체협약 제48조 제1항은 “징계위원회의 위원은 노사 각 3명으로 구성하며, 심의대상 조합원 또는 동료 조합원에게 사실소명의 기회를 준다.”고 되어 있어 문리대로라면 피고 회사는 심의대상 조합원이나 동료 조합원 중 어느 일방에만 사실소명의 기회를 주면 될 것 같아도 오해될 소지가 있기는 하나, 이렇게 해석한다면 피고 회사 측에서 징계대상자에게는 소명기회를 주지 아니한 채 회사 측에 호의적인 다른 조합원으로 하여금 형식적인 소명을 하도록 함으로써 위 절차보장 규정을 유명무실화 시킬 수 있다는 비난을 면할 수 없을 뿐 아니라, 상벌규정 제16조 제2호는 “상벌위원회는 징계대상자 및 관계인을 출석시켜 사실소명의 기회를 준다”고 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 위 단체협약 제48조 제1항은 징계대상 조합원이 필요한 경우 자신과 함께 하거나 또는 자신 대신에 다른 조합원으로 하여금 자신에 대한 소명을 하게 할 수 있음을 규정한 것이라고 해석하여야 하므로 회사 측으로서는 반드시 징계대상자에게 사실소명의 기회를 주어야 하고 이를 위하여는 징계대상자에게 사전에 징계위원회 개최통지를 하여야 한다고 할 것이고, 소론과 같이 피고 회사의 징계위원회의 성격이 의결기관이 아닌 심의기관이고, 징계는 징계위원회의 심의를 거쳐 임명권자가 하는 것이라고 하더라도 징계위원회의 심의결과는 임명권자의 징계 여부 결정에 중요한 자료로서 결정적 영향을 미친다고 할 것이므로, 피고 회사가 위 규정에 따른 징계위원회 개최통지를 하지 아니함으로써 단체협약이 징계대상자에게 주도록 규정한 소명의 기회를 주지 아니한 채 개최된 징계위원회의 심의결과에 의거하여 임명권자가 한 징계해고처분은 징계절차에 위배한 부적법한 징계권의 행사로

서 무효라고 보아야 하고, 임명권자가 이러한 위법한 징계위원회의 심의결과와 함께 위 징계위원회의 심의 후에 뒤늦게 소명자료 제출을 통보받은 원고 조○○이 서면으로 제출한 소명자료도 참작하여 징계해고처분을 하였다고 하더라도 결론에 지장이 없다고 할 것이므로, 원고 조○○에 대한 징계해고처분이 무효라고 본 원심의 판단은 옳고, 거기에 소론과 같이 근로기준법에서 요구하는 절차적 정의에 관한 법리오해의 위법이 없다.

3) 인사위원회 개최 전 인사위원회 개최일시, 장소, 사유 등을 통보함에 있어서 징계당사자들에게 직접 통보한 것이 아니라 노동조합의 지도고문에게 전달하였을 뿐이고, 이로써 징계당사자들이 위 인사위원회의 출석통지서를 전달받을 수 있는 객관적 상태에 놓였다고 보기도 어려우므로 징계에는 절차를 준수하지 아니한 위법이 있다고 관시함

【서울고등법원 2019. 5. 17. 선고 2018누65*** 판결⁹⁰⁴⁾】

단체협약 제54조 제1호 본문, 제2조, 제5호, 제6조의 각 규정 내용에 비추어 위 ‘서면통보’에 민사소송법상 ‘송달’과 같은 요건이나 방법이 요구된다고 볼 수는 없으나 적어도 위 서면통보가 그 상대방에게 도달하였다고 인정되려면 사회통념상 서면통보의 상대방인 징계대상자 본인과 노동조합이 인사위원회의 개최일시, 장소 및 징계사유, 재심일자 등의 통보 내용이 기재된 서면을 각각 전달받을 수 있는 객관적 상태에 놓였다고 인정될 수 있어야 한다.

원고의 노사부문 노사전략담당업무를 맡고 있던 오○○ 상무는 이 사건 노동조합의 지도고문 이○○에게, 2016. 10. 13. 이 사건 노동조합에 대한 인사위원회 개최 통보서와 징계대상자 18명에 대한 각 출석통지서를 일괄 전달하고, 다시 2016. 11. 1. 이 사건 노동조합에 대한 인사위원회 재심 개최 통보서 및 징계대상자 18명에 대한 각 출석통지서(재심)를 일괄 전달하였다. 그런데 앞서 본 바와 같이 위 이○○이 이 사건 노동조합의 지도고문의 지위에서 이 사건 각 징계처분과 관련하여 실질적으로 한 역할 등을 고려하더라도, 원고 측이 이○○에게 참가인들에 대한 위 각 출석통지서 등을 일괄 교부하였다는 사정만으로 사회통념상 참가인들 개개인이 위 각 출석통지서 등을 전달받을 수 있는 객관적 상태에 놓였다고 단정하기는 어렵다. 실제로 이○○은 참가인들 개개인에게 위 각 출석통지서 등을 전달한 적이 없다고 진술하고 있고, 원고도 이후 참가인들 개개인에게 위 각 출석통지서 등이 전달되었는지 여부를 확인하지 않았던 것으로 보인다. 나아가 원고 측에서 주장하는 바와 같이 징계대상자가 이 사건 노동조합의 임원 등인 경우 인사위원회 출석통지서 등을 징계대상자 개인에게 직접 전달하거나 내용증명우편을 보내는 방법 등으로 개별통보하지 않고 노동조합 사무실에 전달하는 방법으로 서면통보하는 관행이 형성되어 있다고 볼 만한 자료도 없다.

다. 사전통지의 시기 및 방법

1) 단체협약에 징계위원회 개최 5일 전⁹⁰⁵⁾ 또는 3일 전 등 그 통보시기를 규정해 놓은 경우, 그 규정에 위반하여 예정시기보다 늦게 한 통보는 위법하다고 봄

904) 동 사건은 대법원(대법원 2019. 9. 26.자 2019두44*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

905) 대법원 1991. 11. 26. 선고 91다22*** 판결

【서울행정법원 2006. 7. 14. 선고 2005구합36*** 판결】

취업규칙에서 징계위원회의 의결을 거쳐 근로자에 대한 징계를 행하도록 하고, 회사가 징계안을 심의하고자 할 때는 징계대상자에게 징계위원회의 참석을 3일 전에 통보하여야 하며, 징계대상자는 징계위원회에 참석하여 진술 또는 서면으로 소명할 수 있다고 규정하고 있음에도 불구하고, 사용자가 근로자들에게 징계위원회가 개최되기 불과 3시간 전에 징계사유를 구체적으로 적시하지 아니한 채 출석통지를 한 것은 징계대상자에게 변명과 소명자료의 준비를 할 수 있을 정도의 시간적 여유를 두고 징계사유를 구체적으로 특정하여 실질적으로 변명의 기회를 부여하였다고 보기 어려워 부적법하다고 할 것이어서 이 사건 해고는 그 절차에 있어서도 정당성이 결여되었다 할 것이다.

2) 재심 징계위원회 개최에 관한 통지가 단체협약상의 기간을 준수하지 않은 경우에도 징계대상자들이 징계사유를 충분히 알고 있었고, 스스로 재심을 신청하였으며, 실제 개최일시까지 알았던 경우에는 징계대상자가 소명을 준비할 여유가 없을 정도로 촉박하게 이루어진 것으로 볼 수는 없으므로 통지기간의 부준수를 이유로 징계재심위원회에서 의결한 징계가 무효라고 할 수는 없다고 봄

【서울고등법원 2013. 1. 17. 선고 2012누19*** 판결⁹⁰⁶⁾】

이 사건 단체협약 제23조 제3항은 징계위원회의 개최는 7일 전까지 징계혐의자에게 통보하도록 규정하고 있음에도 참가인은 2010. 12. 22. 이 사건 재심 징계위원회의 개최 예정 사실 및 일시를 통보한 사실은 앞서 인정한 바와 같다. 그러나 위 인정사실 및 을나 제21-26, 31호증(각 가지번호 포함)의 각 기재에 의하여 알 수 있는 다음의 각 사정, 즉 ① 참가인은 원고들에게 여러 차례 징계절차가 진행될 예정임을 통지하였고, 원고들이 수차례 징계위원회에 불출석하는 등의 이유로 징계위원회의 의결이 계속 보류되어 원고들로서는 이 사건 징계사유를 충분히 알고 있었을 것으로 보이고 그에 대한 반론을 준비할 시간도 충분하였던 점, ② 또한 참가인은 이 사건 초심 징계위원회 개최 7일 이전인 2010. 12. 8. 이 사건 초심 징계위원회의 개최를 공고함과 동시에 원고들에게 징계사유를 통지하면서 소명의 기회를 부여하였고, 원고들은 이 사건 초심 징계위원회에 참석하였으며 이후 스스로 재심을 신청하였던 점, ③ 참가인은 이 사건 재심 징계위원회 개최 3일전인 2010. 12. 20. 원고들에게는 문자 메시지를 발송하고 이 사건 노동조합에는 공문을 발송하여 2010. 12. 21.까지 재심사유 및 소명사항을 제출하여 달라고 요구한 점, ④ 참가인은 2010. 12. 22. 이 사건 노동조합에 이 사건 재심 징계위원회의 개최 예정 사실 및 일시를 통보하였고, 같은 날 이 사건 재심 징계위원회의 개최 일시, 장소, 목적 등을 공고하면서 재심사유 등을 재심 징계위원회 개최 전일까지 제출하도록 알린 점, ⑤ 원고들이 이 사건 재심 징계위원회 당시 개최장소인 회의실의 복도로 통하는 방화문 앞까지 왔다가 돌아간 점 등을 고려하면, 비록 이 사건 재심 징계위원회 개최에 관한 통지가 개최 7일 전까지 이루어지지 않았어도, 그 통지가 원고들이 소명을 준비할 여유가 없을 정도로 촉박하게 이루어진 것으로 볼 수는 없으므로, 재심 통지기간의 부준수를 이유로 이 사건 징계가 무효라고 할 수는 없다.

제4장
징계와
징계해고

906) 동 사건은 대법원(대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3*** 판결)에서 확정됨

【대법원 1991. 7. 23. 선고 91다13*** 판결】

사용자 회사의 취업규칙에 의하면 인사위원회에서 징계의결을 함에 있어서는 징계대상자에게 인사위원회에 출석하여 변명할 기회를 부여하도록 규정되어 있는데도 사용자 회사의 인사위원회는 인천지점에 근무하는 근로자들에게 1988. 10. 26. 10:20 사용자 회사 안양 본사에서 위 근로자들에 대한 징계의결을 위한 인사위원회를 개최하니 출석하라는 내용의 출석통지서를 같은 달 24. 우편으로 발송하여 같은 달 26. 8:30경에야 위 근로자들에게 도달되었다는 것인바, 이에 의하면, 위 근로자들은 인사위원회가 개최되기 불과 1시간 50분 전에 출석통지를 수령한 것이 되어 인천에서 안양까지 가서 개최시간에 맞추어 인사위원회에 출석한다는 것이 사실상 어려웠다고 보여질 뿐 아니라, 가사 출석이 가능하였다고 하더라도 징계대상자에게 인사위원회에 출석하여 변명할 기회를 부여한 위 취업규칙의 규정취지에 비추어 인사위원회의 개최통지는 징계대상자에게 변명과 소명자료의 준비를 할 수 있을 정도의 시간적 여유를 두고 고지되어야 하고 이러한 시간적 여유를 둬서 없이 촉박하게 고지된 경우에는 실질적으로 변명의 기회를 부여하지 않은 것과 같아서 부적법하다고 보아야 할 것이다.

3) 변명기회를 부여한다는 규정은 있으나, 그 사전통지 시기에 관한 규정은 없는 경우, 상당한 기간을 두고 징계위원회의 개최일시와 장소를 통보해야 하므로 **1시간 50분 전 또는 30분 전 등에 한 통보**는 상당한 기간이 아니므로 그 절차상 중대한 하자가 있다고 봄⁹⁰⁷⁾

【대법원 2006. 6. 15. 선고 2003두5*** 판결⁹⁰⁸⁾】

이 사건 사용자의 상벌규정에는 인사위원회에서 비위사실을 심의할 때에는 징계혐의자 본인을 출석하게 하여 진술을 들어야 하고, 징계혐의자에 대한 출석통지는 출석통지서에 의하며, 직접 송부하는 것이 주소불명 기타 사유로 곤란하다고 인정되는 경우에는 징계혐의자의 소속 부서장에게 송부하되 이 경우에 소속 부서장은 지체없이 징계혐의자에게 이를 교부해야 하고, 징계혐의자가 진술포기서 및 정당한 불참사유서를 제출하지 아니하고 인사위원회에 불참하였을 때에는 출석을 원하지 않는 것으로 보아 서면심사만으로 징계의결을 할 수 있다고 규정하고 있는 사실, 사용자는 담당업무소홀, 근무태도불량 등을 이유로 위 근로자를 징계하기로 하고 인사위원회 개최시기를 2001. 3. 30. 14:00로 정한 사실, 사용자는 2001. 3. 29.에 단체협약 제38조 제2항에 따라서 노조 측에 인사위원회 개최사실을 알리는 한편 같은 날 위 근로자에게도 출석통지서를 전달하려고 하였으나, 위 근로자가 다음 날인 3. 30. 1일간의 휴가를 일방적으로 신청한 상태에서 무단외출을 하여 버린 것을 알게 된 사실, 총무과장인 정○○는 3. 29. 16:00경 전화로 위 근로자에게 징계사유 및 인사위원회 개최사실을 알리고 출석하도록 통보를 하였는데, 이에 대해서 위 근로자는 인사위원회에 참석할 뜻이 없음을 밝힌 사실, 이에 따라 총무과장 정○○는 출석통지서를 소속 부서장에게 교부하였고, 소속 부서장은 3. 29. 19:30경 근로자의 가족들에게 이를 전달한 사실, 3. 30. 14:00에 개최된 인사위원회에서는 근로자의 출석 없이 해임을 결의한 사실을 알 수 있는바, 그렇다면, 근로자는 자신에 대한 징계사유를 잘 알고 있음에도 스스로 변명의 기회를 포기하였고, 사용자의 상벌규정에는 출석통지의 시기에 관한 제한이 없으며, 총무과장 정○○가 위 근로자에게 비록 전화로 인사위원회 개최사실을 알렸으나 이에 대해서 위 근로

907) 대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8*** 판결

로자의 이의가 없었던 사정까지 더하여 보면, 인사위원회 개최 하루 전에 출석통지를 하였다고 하더라도 그것이 변명과 소명자료를 준비할 시간적 여유가 없을 정도로 촉박한 것이어서 부적법한 통지라고는 볼 수 없다.

4) 변명과 소명자료를 준비할 시간적 여유가 없을 정도로 촉박한 것이 아니라면 **징계위원회 개최 1, 2일 전에 한 사전통보**도 상당한 기간 내에 한 통보로서 적법하다고 봄

5) 인사위원회 출석통보서가 전달되지 않았으나, 사내게시판 등을 통해 피징계자가 징계사유를 인식하고 인사위원회에 출석한 경우, 출석통보서가 교부된 것으로 봄

【서울고등법원 2012. 11. 15. 선고 2012누10*** 판결⁹⁰⁸⁾】

① 원고의 직원이 인사위원회 개최 공문을 사내 게시판에 게시하였고, 한편 참가인을 만나지 못하여 경리와 사무실 출입문 틈과 경리와 우편함에 인사위원회 출석통보서를 놓아두었던 점, ② 총무팀장 박○○가 총무과 사무실에 온 참가인에게 출석통보서를 교부하려 하였으나 참가인이 이를 받지 아니하고 그대로 나가버린 점, ③ 2011. 1. 4.경 참가인과 원고의 직원 사이의 대화 내용 및 참가인의 규정집 복사 등에 비추어 참가인이 이미 징계사유를 알고 있었던 것으로 보이는 점, ④ 참가인이 2011. 1. 10. 인사위원회에 출석한 점 등을 고려하면, 참가인에게 출석통보서가 교부된 것으로 봄이 타당하고, 현실적으로 위 출석통보서가 참가인에게 전달되지 않았다는 점만을 들어 이 사건 징계절차가 위법하다고 볼 수는 없다.

제4장
징계와
징계해고

6) 인사규정 등에 징계재심에 대한 별도의 출석 소명기회를 부여하도록 규정하고 있음에도 불구하고 개최통지를 하지 않아 원고가 재심 인사위원회에 출석하지 못한 경우 징계재심절차는 중대한 하자가 있어 무효이고 이는 징계대상자가 재심청구 시 필요한 서류를 제출하였다고 하여 달리 볼 수 없다고 판단함

【대전고등법원 2017. 3. 29. 선고 2016누11*** 판결】

이와 같이 참가인의 징계 관련 규정에서 참가인이 재심절차에서 징계를 의결할 때에 징계대상자에게 사전 통지 및 출석과 소명기회를 다시 부여하여야 한다고 규정하고 있는 경우, 참가인이 징계대상자에게 재심 인사위원회의 개최통지조차 하지 아니하여 징계대상자가 재심 인사위원회에 출석하지 못함으로써 진술 및 소명의 기회를 박탈당하였다면 재심절차에 중대한 하자가 있어서 재심의 효력을 인정할 수 없으므로 그 징계처분은 무효가 된다고 봄이 타당하다. 이는 앞에서 본 법리 및 참가인의 징계 관련 규정들의 내용에 비추어 참가인이 당초의 인사위원회에서 징계대상자에게 출석 및 소명의 기회를 부여하였다거나 징계대상자가 재심청구서에 소명을 위한 입증자료를 첨부하였다는 사정만으로 달리 볼 수 없다.

그런데 참가인은 징계대상자인 원고가 재심 인사위원회에 출석할 수 없다고 불만한 사정이 없었다

908) 같은 취지의 판례로 대법원 1992. 5. 12. 선고 91다27*** 판결이 있음

909) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 14.자 2012두27*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

고 보임에도, 원고에게 재심 인사위원회의 개최통지조차 하지 아니하여 원고는 재심 인사위원회에 출석하지 못함에 따라 재심절차에서 진술 및 소명을 할 기회를 박탈당하였다. 따라서 원고에 대한 이 사건 재심절차에는 중대한 하자가 있어서 재심의 효력을 인정할 수 없고, 그에 따른 이 사건 징계처분은 무효로 보아야 한다.

라. 사전통지 시 혐의사실 고지의 구체성 정도

1) 징계대상자에게 사전 출석통지를 하면서 그 징계사유를 ‘취업규칙 제〇〇조, 제〇〇조의 각 위반’으로 명시하여, 근로자가 이에 대해 이의 제기를 하며 구체적으로 명시해 줄 것을 요구하였음에도 불구하고, 그대로 징계위원회를 개최하였다면 중대한 절차상 하자가 존재한다고 봄

【서울고등법원 2012. 11. 15. 선고 2012누10*** 판결⁹¹⁰⁾】

사용자가 근로자에게 징계위원회 출석통지를 하면서 그 징계사유에 관하여 취업규칙 제12조, 제13조, 제57조, 제60조의 각 위반으로 명시하였을 뿐 구체적인 내용을 기재하지 아니하였고, 징계결과를 통지하면서도 그 징계사유에 관하여 아무런 명시를 하지 아니하였는바, 취업규칙 제12조에는 사용자 회사의 직원으로서 준수해야 할 복무의 기본원칙이 추상적이고 포괄적인 내용으로 기재되어 있고, 제13조, 제57조 및 제60조에는 직원으로서 금지되는 행위, 사용자 회사의 해고사유 및 징계사유가 모두 열거되어 있는 것이어서 이들 조항의 적시만으로는 징계사유를 특정하여 통보하였다고 볼 수 없다.

2) 징계혐의사실의 고지에 관한 규정이 없다면 징계혐의사실을 구체적으로 고지하지 않고, 어느 정도 축약적으로 고지하는 것은 적법하다고 봄

【대법원 2004. 1. 29. 선고 2001다6*** 판결】

취업규칙 등에 징계대상자에게 미리 징계혐의사실을 고지하여야 한다는 취지의 규정이 있는 경우에는 이러한 절차를 거치지 아니한 징계처분을 유효하다고 할 수 없을 것이지만, 그러한 규정이 없는 경우에는 사용자가 반드시 징계대상자에게 징계혐의사실을 구체적으로 고지하여 줄 의무가 있는 것이 아니라고 할 것이다(대법원 1992. 9. 25. 선고 92다18*** 판결, 대법원 1995. 2. 3. 선고 94다17*** 판결 등).

원심은, 사용자 회사의 취업규칙 및 인사관리규정에 징계혐의사실의 고지에 관한 규정이 없는 이상, 사용자 회사가 근로자에게 징계통보를 할 당시 징계사유에 관하여 단지 “직장질서문란”이라고만 고지하고, 미리 근로자의 징계혐의사실을 구체적으로 밝히지 아니하였다고 하여 이로써 이 사건 징계처분의 절차상 어떠한 하자가 있다고 볼 수는 없다는 이유로 근로자의 징계절차상의 위 하자 주장을 배척하였는바, 원심의 위 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 징계절차상의 하자에 관한 법리오해의 위법이 없다.

910) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 14.자 2012두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2007. 11. 1. 선고 2007누13*** 판결】

비록 사용자가 근로자에게 이 사건 징계위원회의 개최를 통지하면서 징계사유를 일일이 자세하게 특정하여 명시하지는 아니하였다고 하더라도, 위 징계사유는 모두 이 사건 징계행위 당시에 발생한 것들로서 그 내용이 상당히 장황하므로 이를 이 사건 쟁의행위와 관련지어 어느 정도 축약적으로 표현하는 것은 구체성을 해하지 아니할 뿐만 아니라 부득이하다고 보이는 점, 근로자는 위 통지 당시 위 징계사유에 대하여 장기간 형사재판을 받아 오던 중이었으므로 위 징계사유의 구체적 내용에 관하여 충분히 알고 있었을 것으로 보이는 점 등을 감안할 때, 사용자가 앞에서 본 바와 같이 징계사유를 ‘근로자가 이 사건 쟁의행위 기간 중 행한 불복종, 무단결근·이탈, 회사 자산 손상, 폭행·협박 등 비행, 불법점거, 업무방해, 안전규칙 위반 등’과 같이 특정한 것은 징계사유를 구체적으로 명시한 것이라고 봄이 상당하고, 또한 사용자가 근로자에게 징계사유를 구체적으로 명시하고 소명기회를 부여한 이상, 근로자가 사용자에게 징계사유의 구체적인 명시를 요구하며 이 사건 징계위원회에 참석하지 아니한 것을 가지고 이 사건 징계위원회가 위법하게 개최되었다고 할 수는 없으므로, 이 사건 해고에 징계절차상의 하자가 있다고 할 수는 없다.

3) 소명기회 부여에 관한 규정이 있음에도 향후 징계절차가 진행될 예정이라는 것만을 전달하였을 뿐, 구체적인 징계위원회 개최 일시 및 장소, 징계사유 등을 통지하지 않은 것은 위법하다고 봄

【서울고등법원 2012. 4. 6. 선고 2011누36*** 판결】

참가인은 원고에 대한 이 사건 징계사유가 인정된다는 이유로 2010. 6. 8. 17:00경 참가인의 회의실에서 이 사건 인사위원회를 개최하여 이 사건 해고를 의결한 후 같은 날 참가인 이사장의 결재를 받아 그 무렵 원고에게 이를 통보하였을 뿐, 이 사건 인사위원회를 개최하기 이전에 원고에 대하여 인사위원회에 출석하여 진술하거나 소명자료를 제출하도록 요구하는 등으로 변명의 기회를 부여한 바는 없다. 김○○ 이사가 이 사건 해고 이전에 원고의 진료실을 2회 방문하여 장차 인사위원회에서 원고에 대한 해고가 의결될 수 있음을 고지하고 원고로부터 퇴직조건과 관련한 메모지를 받은 사실은 앞서 본 바와 같으나, 김○○ 이사는 위 각 방문 당시 원고에게 징계사유가 무엇인지조차 고지하지 아니하였다. 따라서 김○○ 이사가 원고를 만나 해고 의결의 가능성을 고지하였다는 사정만으로는 원고에게 징계사유에 대한 변명의 기회가 제공되었다고 보기 어렵다. 뿐만 아니라 원고가 이 사건 해고 통보를 받은 때로부터 상당 기간이 지난 후에야 비로소 이 사건 해고의 효력을 다투기 시작하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 원고가 이 사건 해고를 유효한 것으로 인정하였거나 그 절차상의 하자를 유효한 것으로 승인하였다고 단정할 수 없다.

4) 징계의결 사유의 기재내용으로 비위행위를 특정하지 않고 사전통지한 후 특정 사실관계를 징계사유로 삼는 것은 징계사유의 사전통지 및 소명기회 부여 절차를 거치지 않아 위법하다고 봄

【서울고등법원 2014. 12. 17. 선고 2013누26*** 판결⁹¹¹⁾】

㉡ 근로자의 어떤 비위행위가 징계사유로 되어 있느냐 여부는 구체적인 자료들을 통하여 징계위원회 등에서 그것을 징계사유로 삼았는가 여부에 의하여 결정되어야 하는 것이지, 반드시 징계의결서나 징계처분서에 기재된 취업규칙이나 징계규정 소정의 징계근거 사유만으로 징계사유가 한정되는 것은 아니다(대법원 2009. 4. 9 선고 2008두22*** 판결 참조).

㉢ 기초사실 및 위에서 든 각 증거, 갑 33호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 단체협약 제34조는 회사가 징계의결하고자 할 때에는 징계대상자에게 징계사유를 명시하여 사전 통보하고, 소명의 기회를 부여하도록 규정하고 있으나, 참가인은 원고 근로자의 이 사건 징계사유 ㉠에 대한 거듭된 특정 요청에도 불구하고 원고 근로자에게 “2011. 10. 12. ‘참○○’ 인터뷰를 통해 회사가 고의로 산재처리를 회피한 것처럼 주장하는 등 허위사실을 유포하였고, 2011. 10. 13. ‘All Kill ○○경영’이라는 제목하의 ‘참○○’ 기고를 통해 회사로 인해 그룹사 직원이 자살했다는 등의 허위사실을 유포하였다”는 내용의 비위행위만 특정하였을 뿐(이하 ‘특정된 비위행위’라 한다) 그 외에는 원고 근로자가 더 잘 알고 있으리라 생각되거나 직접 확인하라고 회신하였는바, 이와 같은 회신으로는 특정된 비위행위 이외에 이 사건 징계사유 ㉠에 해당하는 비위행위를 특정할 수 없는 점, 징계의결서에는 이 사건 징계사유 ㉠과 관련하여 원고 근로자가 언론매체, 인터넷 및 집회 등을 통해 다수에 걸쳐 확인되지 않은 허위사실을 유포하였다고 기재되어 있으나, 참가인 인사위원회가 특정된 비위행위 이외에 다른 언론매체, 인터넷 및 집회 등을 통한 허위사실유포를 징계사유로 삼아 판단하였다고 인정할 아무런 증거가 없는 점, 이 사건 징계사유 ㉠과 관련하여 참가인은 ◇◇지방노동위원회에서 2011. 10. 12.자 ‘참○○’ 기사, 2011. 10. 13.자 ‘참○○’ 기고문, 2011. 10. 15.자 ‘○○○뉴스’ 기사, 2011. 11. 9.자 ‘참○○’ 기사(이하 위 4건을 모두 합하여 ‘이 사건 대표기사’라 한다)만을 문제 삼았다가 중앙노동위원회에 제출한 재심이유서에서는 이 사건 대표기사 이외에 원고 근로자의 2011. 1. 18.자, 2011. 10. 6.자 각 개인 블로그 기고, 2011. 10. 28.자, 2011. 12. 9.자 각 ‘참○○’ 기사, 2011. 11. 9.자 ‘○○○뉴스’ 기사, 2011. 12. 5.자 ‘○○○투데이’ 기사, 2012. 2. 1.자 ‘○○○뉴스’ 기사, 2012. 2. 1.자 ‘○○○데이’ 기사의 보도를 구체적 징계사유로 주장하였고, 이 사건 소송에 와서는 원고 근로자가 언론매체에 허위사실을 수십 회 유포하였고, 그 중 이 사건 대표기사가 대표적이라고 주장하고 있는 바, 참가인 스스로도 이 사건 징계사유 ㉠에 해당하는 원고 근로자의 구체적 비위행위 범위를 특정하지 못하는 점 등을 종합하면, 이 사건 징계사유 ㉠은 특정된 비위행위만이 징계사유로 되어있다고 볼 이 상당하다(이와 다르게 특정된 비위행위 이외의 비위행위가 이 사건 징계사유 ㉠에 포함되었다고 본다면 이 사건 징계처분은 단체협약 제34조에 반하여 원고 근로자에 대한 징계사유의 사전 통보 및 소명의 기회 부여 절차를 거치지 않아 위법하다고 할 것이다).

10.4 징계위원회 구성 관련 판례

가. 징계위원회 구성 관련 규정이 있는 경우

1) 단체협약이나 취업규칙 등에 징계위원회가 별도로 규정되어 있음에도, 규정된 징

911) 1심 판결(서울행정법원 2013. 8. 13. 선고 2012구합41*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 4. 23.자 2015두*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

계위원회에서 하지 않고 다른 기관 등(이사회 또는 다른 운영위원회 등)에서 징계를 결정하였다면 이는 절차상 중대한 하자로 무효라고 봄

【서울고등법원 2005. 10. 12. 선고 2005누10*** 판결⁹¹²⁾】

사용자의 취업규칙 제82조 제1항에 의하면 직원의 징계는 인사위원회의 심의를 거쳐 사장의 재가를 받아야 한다고 규정하고 있고, 취업규칙 등에서 근로자를 징계하고자 할 때에 징계위원회의 의결을 거치도록 명하고 있는 경우, 이러한 절차를 거치지 아니한 징계처분은 원칙적으로 효력을 인정할 수 없다(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000두7*** 판결).

물론 주식회사의 경우 이사회는 회사의 업무집행에 관한 의사결정기관이고, 소규모 회사의 경우 이사회의 구성원과 인사위원회 혹은 징계위원회의 구성원이 상당 부분 중복될 수 있기는 하지만, 대부분의 징계절차에서 이사회가 아닌 별도의 인사위원회 혹은 징계위원회의 심의, 결의를 거치도록 한 취지는 근로자의 징계와 같이 근로자의 권리와 의무에 영향을 미치는 사항은 업무관련기관과 독립된 별도의 기관으로 하여금 담당하게 하는 것이 공정한 징계절차가 담보되어 절차적 정당성이 확보된다는 점에 있으므로, 사용자가 이 사건 해고를 함에 있어 막연히 이사회 및 운영위원회를 개최하여 근로자를 징계한 것은 징계절차상 중대한 위법이 있다고 할 것이다.

2) 하나의 징계사유가 서로 다른 두 종류의 인사위원회의 개최사유가 되는 경우, 징계에 대하여 항고할 수 있는 등 절차적 보장을 강화한 인사위원회를 거치지 않고 다른 하나의 인사위원회만의 결의를 거쳐 징계하는 것은 절차상의 하자에 해당한다고 봄

【서울고등법원 2012. 7. 13. 선고 2011누33*** 판결⁹¹³⁾】

참가인이 들고 있는 원고의 징계사유는 취업규칙 제75조 제1호(직무상의 의무를 위반하거나 또는 직무에 태만할 때), 제6호(근무태도 및 근무성적이 극히 불량할 때)이고, 취업규칙 제76조 제4호에서 징계의 종류 중 하나로 ‘해임’을 명시하고 있으면서도, 참가인은 이 사건 징계해임의 절차를 거침에 있어 인사관리규정 제23조 제3항에 근거하여 상임인사위원회의 결의에 따른 해임의 방법을 택한 것으로 보이나, 상임인사위원회(인사관리규정 제115조 제1호)는 인사관리규정 제123조 제1호의 각 호의 규정에 비추어 볼 때 징계를 심사할 권한은 가지고 있지 아니한 것으로 보이고, 특별인사위원회의 일종인 징계심사위원회(인사관리규정 제115조 제2호 다목)가 원고를 포함한 3직급 이상의 직원의 징계를 심사할 권한을 가지는 것으로 보인다(인사관리규정 제123조 제2호 다목). 또한 징계심사위원회에서의 징계처분에 대해서는 징계처분을 받은 자가 항고할 수 있는 등(인사관리규정 제97조 제1항) 절차적 보장을 강화하고 있다. 그렇다면, 비록 인사관리규정 제23조 제3항에 의거하여 상임인사위원회의 결의에 따른 해임의 방법을 취하더라도 징계심사위원회를 거치는 등의 징계절차가 부가적으로 요구된다고 할 것임에도 불구하고(원고의 비위사실과 징계사유에 비추어 보면, 원고에게 변명의 기회가 부여되지 않더라도 해고가 당연시될 정도의 특별한 사유가 있는 것으로는 보이지 아니한다), 원고에 대하여 징계심사위원회에서의 징계절차를 거치지 아니한 이 사건 징계해임은 그 절차상 위법으로 효력이 없다.

912) 동 사건은 대법원(대법원 2006. 2. 24.자 2005두14*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

3) 사립학교 정관규정에 징계위원회를 5인으로 구성하되 이사의 수가 2분의 1을 초과할 수 없다고 규정되어 있는 경우, 이사 2인 이외에 일반직 징계위원이면서 이사의 지위를 가지고 있는 자가 포함된 경우, 징계위원회 구성은 징계절차 위반에 해당한다고 봄

【서울고등법원 2007. 11. 27. 선고 2007누9*** 판결⁹¹⁴⁾】

사립학교법 제62조 제1항은 “사립학교의 교원의 징계사건을 심의·의결하기 위하여 그 임면권자의 구분에 따라 학교법인·사립학교경영자 및 당해 학교에 교원징계위원회를 둔다.”라고 규정하고, 제2항은 “제1항의 규정에 의한 교원징계위원회는 5인 이상 9인 이하의 위원으로 구성하되, 그 위원은 당해 학교의 교원 또는 학교법인의 이사 중에서 당해 학교법인 또는, 사립학교경영자가 임명한다. 다만, 학교법인인 경우에는 당해 학교법인의 이사인 위원의 수가 위원의 2분의 1을 초과할 수 없다.”라고 규정하고 있으며, 또한 사용자 법인은 정관 제83조 제1항으로 일반직원의 징계에 관하여는 사립학교 교원에게 적용하는 규정을 준용하는 것으로 하면서, 정관 제55조에서 교원징계위원회를 5인의 위원으로 조직하고(제1항), 교원징계위원회의 위원은 교원 또는 이사 중에서 이사회의 의결을 거쳐 이사장이 임명하되, 학교법인의 이사인 위원의 수가 위원의 2분의 1을 초과할 수 없다(제2항)고 규정하고 있는 바, 학교법인의 징계위원 중에 이사의 수가 2분의 1을 초과할 수 없도록 한 위 법 규정 및 정관 규정은 일반직원 징계에 있어서 학교법인의 사용자 측에서 자신들의 편의에 의하여 일반직원을 쉽게 징계하는 것을 방지하여 징계에 있어서 객관성과 적정성을 도모하기 위한 목적을 가지는 것으로 보이는 사정을 고려해 볼 때, 사용자 법인이 위에서 인정한 바와 같이 일반직 징계위원으로 이사 2인과 교장 1인, 행정실 직원 1인을 선임하기는 하였으나, 교장인 류○○는 비록 교장의 자격에서 징계위원으로 선출된 것이더라도 이사의 자격도 아울러 보유하고 있는 이상 그 역시 이사인 징계위원으로 보아야 할 것이므로, 결국 사용자 법인의 일반직 징계위원 구성은 위 법 및 정관 규정에 어긋나 위법하다고 할 것이다.

4) 징계규정에 인사위원회는 4급 이상의 직원으로 구성해야 하고 **위원이 징계사유와 관련이 있어** 개의정족수가 미달될 경우 **별도 위원 선임 절차가 규정되어** 있음에도 불구하고 재심 인사위원회 당시 5급 직원을 위원으로 위촉하여 징계의결을 한 경우 징계절차 위반으로 그 징계는 무효라고 봄

【대전고등법원 2017. 3. 29. 선고 2016누11*** 판결】

앞에서 본 참가인의 규정에 따르면, 참가인의 인사위원회는 4급 이상의 직원으로 구성하여야만 한다. 또한 인사위원회의 위원 중 상당수가 징계사유와 관계가 있어서 해당 사고와 관련하여 징계의결에 참여하지 못함에 따라 개의정족수가 미달될 경우에는 인사위원장이 임시위원을 추가 지정하여 의결에 참여하도록 하여야 하고, 만일 참가인의 4급 이상의 직원 중 징계사유와 관계가 있어서 해당 사고와 관련하여 징계의결에 참여하지 못하는 사람을 제외하면 인사위원회의 개회에 필요한 임시위원 조차 선임할 수 없을 때에는 상급 의결기관에서 의결하도록 하여야 한다. 그런데 참가인은 위와 같은 규정에 어긋나게 2014. 10. 3.자 인사위원회 및 2015. 1. 21.자 재심 인사위원회 당시 5급 직원을 위원으로 위촉하여 원고에 대한 징계의결을 하였다.

913) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 7. 26. 선고 2012두18*** 판결)에서 확정됨

914) 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 13.자 2007두26*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

위와 같이 참가인이 원고에 대한 인사위원회의 자격이 없는 사람을 인사위원회의 위원으로 하여 이 사건 징계의결을 한 이상, 그 징계의결은 그 의결을 한 징계위원회의 구성상 하자로 인하여 무효로 봄이 타당하고, 그에 따른 이 사건 징계처분도 무효로 보아야 한다. 이는 설령 자격이 없는 위원을 제외하고서도 의결정족수가 충족된다는 등의 사정이 있다고 하더라도 그 인사위원회의 구성 자체에 위법이 있는 이상 달리 볼 수 없다(대법원 1996. 6. 28. 선고 94다53*** 판결 등의 취지 참조).

5) 징계위원회의 구성과 관련하여, **당연직 위원이나 위원장이 징계대상자나 징계대상 행위의 피해자인 관계로 부득이하게 징계절차 규정을 위반하여 징계위원회를 구성한 경우에는 징계절차가 적법하다고 봄**

【대법원 1997. 12. 12. 선고 97누3*** 판결】

◇◇◇협회의 인사관리규정에 의하면, 인사위원회는 부회장 중 1인이 위원장으로, 사무국장이 부위원장으로, 관련 부장이 위원으로 되어 3인으로 구성하되 위원장 및 위원은 회장이 이를 위촉하고(제53조), 인사위원회 회의는 재적의원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하되 가부동수일 때에는 인사위원장이 결정하고, 인사위원장은 위원회의 심의사항에 대하여 이해관계가 있는 위원을 회의에 참석시키지 않을 수 있다고 규정하고 있고(제54조), 이 사건에 있어서 사용자협회는 사무국장이 징계대상자로 되는 관계로 사무국장을 인사위원회에서 제외하고 이사 임○○을 인사위원으로 위촉하여 징계의결을 한 사실을 알 수 있는바, 사실관계가 위와 같다면 사무국장이 징계대상자로 되어 인사위원회에서 배제될 경우 인사위원회는 위원장과 위원 1인만 남게 되고 인사위원회의 결의에 있어서 가부동수일 경우 위원장이 결정하도록 되어 있는 관계로 결국 인사위원회의 결의는 전적으로 위원장 1인의 의사에 따라 결정될 것인바, 이는 오히려 ◇◇◇협회가 직원에 대한 징계처분을 함에 있어서 인사위원회의 결의를 거치도록 한 취지에 반하고 공정한 징계권의 행사를 위하여 바람직스럽지 아니하므로 ◇◇◇협회가 위와 같이 이사 1인을 인사위원으로 위촉하여 인사위원회를 구성하고 그 인사위원회에서 근로자에 대한 징계의결을 한 것은 부득이 한 것으로서 적법하다고 하여야 할 것이다.

제4장
징계와
징계해고

【서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누7*** 판결】

이 사건 징계처분을 함에 있어 병원장으로부터 징계에 관련된 일체의 권한을 위임받은 부원장인 박○○이 징계위원으로 참석한 사실은 앞서 본 바와 같고, 단체협약에 '징계위원회는 노사동수 각 3~5인으로 구성하며, 과반수 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 단, 가부 동수일 때는 원장이 결정한다'고 규정되어 있는 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면 가부동수일 때 병원장이 결정한다는 규정의 의미에 비추어 볼 때 병원장은 당연직 징계위원으로 풀이된다. 그러나 병원장은 이 사건 징계처분에 있어 특히 근로자 배○○의 원장실 난입과 업무방해의 비위행위의 피해자라 할 것인데, 이러한 피해자가 징계위원으로 나서는 것은 결과적으로 징계절차의 절차적 정당성을 확보할 수 없는 결과가 발생될 수 있으므로 이를 피하기 위하여 병원장이 부원장에게 징계권을 위임한 것은 부득이한 행위라 할 것이므로(대법원 1997. 12. 12. 선고 97누3*** 판결 등 참조) 이를 두고 징계절차에 위법이 있다고 할 수 없다.

6) 징계안건을 의결하는 경우 **의결정족수를 정하는 기준이 되는 징계위원의 수는 당초 위원회에 참석한 모든 위원들을 의미하는 것이 아니라 문제가 된 의결 당시 회의장에 남아 있던 위원만을 의미하고, 회의 도중 스스로 회의장에서 퇴장한 위원은 의결에는 참여하면서 단지 기권의 의사표시를 한 것으로 볼 것이 아니라 의결 자체에 참여하지 않았다고 봄이 타당하다고 판단함**

【서울고등법원 2014. 12. 10. 선고 2014누47*** 판결】

즉 이사회에서 안건을 의결하는 경우 의결정족수를 정하는 기준이 되는 출석 이사는 당초 이사회에 참석한 모든 이사를 의미하는 것이 아니라 문제가 된 결의 당시 회의장에 남아 있던 이사만을 의미하고, 회의 도중 스스로 회의장에서 퇴장한 이사는 이에 포함되지 않는다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2008두5*** 판결 등 참조).

그런데 제1심이 채택한 증거들에 의하면, ① 의결정족수에 관하여 “이사회는 재적이사 3분의 2 이상 출석과 출석 인원 과반수 찬성으로 한다.”고 규정하고 있는 사실, ② 이 사건 이사회가 열릴 당시 참가인의 이사로는 모두 19명이 있었는데 그 중 18명의 이사가 이 사건 이사회에 참석한 사실 …(중략)… ④ 원고의 해임여부를 결정하기 위한 ‘직원 징계의 건’에 대한 심의가 진행되자 이○○ 등 이사 8명은 원고에 대한 수사결과가 나온 후 의결하여야 한다고 주장하는 등 안건 처리에 강하게 반대하면서 자진 퇴장한 사실, ⑤ 그러나 이 사건 이사회 의장은 이○○ 등 이사 8명이 기권의 의사표시를 한 것으로 보고, 회의장에 남아 있던 이사 10명으로 하여금 배포된 투표용지에 찬반의 의사를 표시하도록 하여 그 결과를 확인한 후 ‘투표 결과 찬성 9명, 반대 1명, 기권 8명이지만 참가인의 정관 제39조 제3항에 의하여 원고에 대한 해임안이 원안대로 가결되었다.’고 공표한 사실, ⑥ 이○○ 등 이사 8명의 경우 의결에는 참여하면서 단지 기권의 의사표시를 하는 데 그친 것이 아니라 의결 자체에 참여하지 않았다고 봄이 옳다. 그런데 이○○ 등 이사 8명을 제외하면 원고에 대한 해임안은 이사 19명 중 10명이 참석한 가운데 의결이 이루어졌으므로 참가인의 정관 제39조 제1항에서 정한 의결정족수를 충족하지 못하였다.

결국 이 사건 해고처분은 무효인 이 사건 이사회 해임 결의에 터 잡은 것으로서 원고의 비위행위가 참가인의 정관 제21조 제5호, 즉 “중대한 과실 또는 고의로 인하여 조합의 재정적 손실을 입혔을 때”에 해당한다는 참가인의 주장에 대하여 나아가 살펴볼 필요 없이 위법하다.

7) 징계와 관련하여 **취업규칙의 인사위원회와 별도로 단체협약에 징계위원회를 두고 있고 그 징계위원회의 구성과 의결정족수, 의결대상에 대하여 인사위원회와 다르게 정하고 있는 경우에도, 단체협약에서 규정되지 않은 부분에 대하여는 취업규칙을 따르도록 되어 있다면 단체협약의 징계위원회에서 달리 정함이 없는 부분에 대하여는 취업규칙의 인사위원회 규정을 따르는 것은 정당하다고 봄**

【서울고등법원 2014. 12. 4. 선고 2014누48*** 판결】

① 원고 의료원 단체협약 제27조는 인사위원회와 별도로 징계위원회를 두고 있고 징계위원회의 징계위원 구성과 의결정족수, 의결대상에 대하여 인사위원회와 다르게 정하고 있으나, 위 제27조 이외

에는 단체협약상 징계위원회에 관하여 달리 정함이 없고, 단체협약 제25조는 '인사는 본 협약에서 규정이 없는 한 인사규정이 정하는 바에 의한다.'라고 규정하고 있으므로 징계위원회의 절차 진행 등에 관하여는 인사규정상 징계에 관한 사항을 심의·의결하는 인사위원회에 관한 규정 등에 따라야 할 것으로 보이며, 원고 의료원 인사규정 제15조 제2항은 '원장은 (인사)위원회의 의결사항에 대하여 재심을 요구할 수 있고, 다만, 동일사건에 대한 재심의 요구는 1회에 한하며 원장은 특별한 사유가 없는 한 재심의 된 의결에 따라야 한다.'고 규정하고 있으므로 원장은 위 규정에 따라 징계위원회 의결에 대해 재심을 요구할 수 있는 것으로 보이는 점, ② 위와 같이 보더라도 재심 징계위원회의 구성 및 의결정족수 등은 여전히 단체협약 제27조에 따르게 되므로 징계위원회를 둬으로써 조합원의 인사에 대한 이 사건 노동조합의 관여를 인정해 징계권의 공정한 행사를 확보하고 징계제도의 합리적인 운영을 도모하고자 하는 원고 의료원 단체협약의 취지에 반하는 것으로 보이지는 않은 점, ③ 재심 징계위원회에서 이 사건 노동조합 대표로 선임된 징계위원 5인도 재심 징계위원회의 의결 범위와 징계양정 등을 다루었을 뿐, 재심 징계위원회가 원장의 재심청구로 개시된 것에는 아무런 이의를 제기하지 않은 점, ④ 원고 의료원의 단체협약과 인사규정상 원장이 징계위원회 의결에 대해 재심청구를 할 수 있는 근거 규정이 있어 원장이 이에 따라 재심청구를 하였고, 정직 1개월의 징계위원회 의결은 내부 결제를 위해 원장에게 보고가 되었을 뿐 시행 또는 집행되지 않았으며 원고 의료원이 위 의결을 참가인 박○○, 조○○에게 통지하지도 않은 것으로 보이므로 징계재심위원회의 정직 3개월 징계처분이 신뢰보호원칙에 반한다고 보이지도 않는 점 등을 종합하면, 재심 징계위원회가 원장의 재심청구로 정직 3개월을 의결한 것이 위법하다는 피고의 주장은 받아들일 수 없다.

8) 인사위원회 구성에 필요한 인사위원의 수와 정족수에 관하여 인사위원회 규정과 취업규칙이 서로 다르게 규정하고 있는 경우, 인사위원회 규정이 인사위원회는 인사에 관한 중요한 사항을 심의한다고 규정하고 있는 반면, 취업규칙의 관련 규정 제목이 '징계절차'로 되어 있는 점 등을 고려하면, 인사위원회 규정은 일반규정으로서 전반적인 인사사항을 심의하는 경우에 필요한 인사위원의 수와 정족수를 규정하고 있고, 취업규칙은 그 특칙으로서 징계를 위하여 인사위원회가 구성될 경우에 필요한 인사위원의 수와 정족수를 규정하고 있다고 봄이 타당하다고 판단함

【서울고등법원 2012. 11. 15. 선고 2012누10*** 판결⁹¹⁵⁾】

인사위원회 규정 제3조 제1항, 제6조 제1항, 제2항에 의하면, 인사위원은 위원장이 지명하는 5인 이상 7인 이하로 위원장이 임명하고 재직위원 2/3이상 출석으로 개최하여 출석위원 2/3 찬성으로 의결하도록 되어 있고, 반면, 취업규칙 제84조 제2항 제1호, 제3호에 의하면, 인사위원회는 이사장이 임명하는 3인 이상의 인사위원으로 구성되고, 위원 2/3 이상의 참석으로 개최하여 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하도록 되어 있어, 인사위원회를 구성하기 위하여 필요한 인사위원의 수와 정족수에 관하여 양자가 서로 다르게 규정하고 있다. 양자의 규정 내용과 인사위원회는 인사에 관한 중요한 사항을 심의하도록 되어 있고(인사위원회 규정 제1조), 취업규칙 제84조의 제목이 '징계절차'로 되어 있는 점을 고려하면, 인사위원회 규정은 일반규정으로서 전반적인 인사사항을 심의하는 경우에 필요한 인사위원의 수와 정족수를 규정하고 있고, 취업규칙은 그 특칙으로서 징계를 위하여 인사위원회가 구성될 경우에 필요한 인사위원의 수와 정족수를 규정하고 있다고 봄이 타당하다. 한편 위 각 규정 내

용과 체제에 비추어 정족수 계산에 있어 위원장은 인사위원의 수에 포함하여 산정하는 것으로 해석된다(원고와 참가인의 각 주장도 이를 전제하는 것으로 보인다). 따라서 원고의 인사위원회가 위원장과 위원장이 임명한 인사위원 4인 중 3인의 출석으로 개최하여 만장일치로 의결하였으므로, 이 사건 징계해고에 참가인이 주장하는 바와 같은 인사위원회 구성의 하자가 있다고 보기 어렵다.

9) 복수노조 사업장의 과반수 노동조합이 체결한 단체협약에서 징계위원으로 노조 측 위원을 선정하도록 규정한 경우, 노조 측 위원은 반드시 징계대상자가 속한 노조의 조합원만을 의미하는 것은 아니라고 봄⁹¹⁵⁾

【서울행정법원 2015. 2. 5. 선고 2014구합14*** 판결】

참가인과 ○○여객노조가 2012. 10. 25. 체결한 ‘2012년도 임금 및 단체협약’으로 이 사건 단체협약 제40조 제3항의 “노동조합은 회사의 정당한 인사에 대하여 이의를 제기할 수 없다. 단, 해고의 경우에는 노조에 사전 통고하여 동의를 득함을 원칙으로 한다.”는 규정의 단서 부분을 “단, 징계위원회에 노동조합 측 위원 1명을 참석토록 한다.”로 변경한 사실은 앞서 본 것과 같다. 따라서 근로자에 대한 징계위원회에는 노동조합 측 위원 1명이 참석하도록 하여야 하나, 여기서 ‘노동조합 측 위원’이라 함은 ‘사용자 측 위원’에 반대되는 의미로서 노동조합 소속 근로자 중 위원 1명을 선정하면 된다는 의미일 뿐, 반드시 징계대상 근로자가 소속된 노동조합의 조합원 중 위원 1명을 선정하여야 한다는 의미로 해석되지는 않는다. 그러므로 참가인이 원고에 대한 인사위원회를 개최하면서 원고가 소속된 노동조합인 ○○여객지부 측 위원을 참석시키지 않았으므로 위 단체협약 규정을 위반하였다는 원고의 주장은 이유 없다.

10) 제척을 받은 인사위원의 수는 재적위원 수에 산입하지 아니한다고 규정된 경우, 인사위원이 사직하여 공석 상태에 있는 경우에도 심의 의결에 참석할 수 있는 인사위원의 총원 자체가 줄어든 것이므로 제척의 경우와 마찬가지로 인사위원 공석을 재적위원 수에 산입하지 않는 것으로 해석함이 상당하다고 봄

【서울고등법원 2013. 7. 18. 선고 2013누*** 판결⁹¹⁷⁾】

먼저 2011. 9. 29.자 인사위원회가 정족수에 미달되었는지에 관하여 보건대, ① 인사규정 시행세칙 제37조 제1항 중 “7인 이내”라는 문언에 비추어 인사위원회를 6인 이하로 구성하는 것도 가능하다고 볼 것인 점, ② 인사규정 시행세칙 제37조의2 제2항은 “제척으로 인해 당해 위원이 심의 의결에 참석할 수 없을 때에는 그 위원의 수는 재적위원수에 산입하지 아니한다”라고 규정하고 있는바, 인사위원

915) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 14.자 2012두27*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

916) 그러나 동 사건은 ① 단체협약 조항이 참석권만을 보장한 조항이라는 점(동의조항에서 변경됨), ② 교섭대표 노조의 지위에서 체결되었다는 점이 고려요소로 작용하였다는 점, ③ 소수노조가 극히 영세하여 징계위원회 구성에 문제가 발생할 여지가 있을 수 있다는 점 등을 고려해보면 일반화시킬 수 있는 지에 대해서 의문이 있음

이 시작하여 공석 상태에 있는 경우 심의 의결에 참석할 수 있는 인사위원의 총원 자체가 줄어든 것이므로 이 경우에도 제척의 경우와 마찬가지로 인사위원 공석을 재적위원수에 산입하지 않는 것으로 해석함이 상당한 점을 종합하면, 앞서 본 바와 같이 □□공단 인사위원회가 애초 7인으로 구성되어 있다가 인사위원 박○○이 2011. 9. 15. 사직함에 따라 6인으로 줄어들었고, 2011. 9. 29.자 인사위원회 당시 잔여 인사위원 6인 중 3분의 2 이상에 해당하는 4명이 출석하여 전원 일치로 이 사건 징계처분을 의결한 이상, 위 2011. 9. 29.자 인사위원회가 인사규정 시행세칙 제37조 제1항, 제39조 제2항에 따른 정족수에 미달되었다고 할 수 없다.

11) 취업규칙상 규정된 제척사유가 있는 징계위원이 포함된 징계위원회에서 의결된 징계는 그 자체로 중대하고 명백한 하자가 있어서 무효라고 보아야 하고, 무효인 징계처분 이후 징계위원회를 개최하여 이전의 징계처분을 추인하는 취지의 결의를 하였다 하더라도 무효인 징계위원회 결의가 유효행위로 전환된다거나, 하자의 치유가 허용된다고 할 수는 없다고 판시함

【서울고등법원 2018. 11. 8. 선고 2018누61***·61***(병합) 판결⁹¹⁸⁾】

참가인은, 설령 이 사건 정직처분에 징계위원회 구성과 관련한 징계절차상 하자가 존재한다고 하더라도, 이로 인한 징계절차상의 하자는 사후에 참가인이 징계위원장 문○○, 징계위원 최○○ 외 3인이 참석한 징계위원회에서 재차 원고에 대한 정직처분을 의결하고 2018. 9. 6. 원고에게 ‘정직 3개월(원심과 동일, 적용일 2017. 6. 13.)’의 징계위원회 결과를 통보함으로써, 그 하자가 치유되어 결국 이 사건 정직처분은 유효하다는 취지로 주장한다.

그러나 취업규칙상 규정된 제척사유가 있는 징계위원이 포함된 징계위원회에서 의결된 징계는 그 자체로 중대하고 명백한 하자가 있어 무효라고 보아야 하고, 이러한 경우 사용자가 새로이 장래를 향하여 적법한 징계처분을 하는 것이 가능함은 별론으로 하고, 무효인 징계처분 이후 징계위원회를 개최하여 이전의 징계처분을 추인하는 취지의 결의를 하였다 하더라도 그러한 결의로 인하여 무효행위가 유효행위로 전환된다거나, 하자의 치유가 허용된다고 할 수는 없다. 이 사건의 경우 참가인의 주장에 의하더라도, 참가인은 이 사건 정직처분이 징계절차상 중대한 하자가 있어 위법하다는 제1심 판결이 선고된 이후 참가인이 제척사유 있는 징계위원을 배제하여 구성된 징계위원회를 개최하여 사실상 이 사건 정직처분을 추인하는 내용의 결의(정직 3개월의 징계를 의결하면서 그 적용일을 이 사건 정직처분 당시로 소급한 점에 비추어 볼 때, 이를 사용자가 새로이 징계처분을 한 경우에 해당한다고 볼 수 없다)를 한 경우이므로, 이로 인하여 과거에 이루어진 이 사건 정직처분이 유효하게 된다고 할 수 없다.

제4장
징계와
징계해고

917) 1심 판결(서울행정법원 2012. 12. 26. 선고 2012구합17*** 판결)을 인용함

918) 동 사건은 대법원 2019. 3. 14.자 대법원 2018두64***·64*** 판결에서 심리불속행 기각으로 확정됨

나. '징계사유와 관계있는 자'의 징계위원 참석 가능 여부

1) 취업규칙 등에 징계사유와 관계있는 자는 징계의결에 참석하지 못한다는 규정이 있음에도 이에 위반하여 징계사유와 관계있는 자가 참석한 징계의결은 절차상 중대한 하자로 무효라고 봄

【서울고등법원 2006. 10. 26. 선고 2005누20*** 판결⁹¹⁹⁾】

사용자의 인사규정 제59조는 “인사위원회의 위원 중 징계혐의자의 친족이나 그 징계사건과 관계가 있는 자는 해당 징계사건 심의에 참여할 수 없다”고 규정하고 있는바, 이는 공정하고 합리적인 징계권을 보장하기 위하여 피징계자의 친족이나 그 징계사유에 관계있는 자를 모두 징계위원에서 제척시키려는 강행규정으로, 이러한 제척원인이 있는 징계위원은, 비록 그가 당연직 징계위원이라고 할지라도, 그 사유만으로 당연히 당해 직무집행으로부터 제외되고 이에 위반한 징계권 행사는 징계사유가 인정되는 여부에 관계없이 절차에 있어서 정외에 반하는 것으로 무효라 할 것이다. 나아가, 여기에서 피징계자의 친족이나 징계사유와 관계있는 자라 함은, 대체로 피징계자와 이해관계를 같이 하거나 징계혐의 사유의 피해자를 말하는 것으로서(대법원 1994. 8. 23. 선고 94다7*** 판결 참조), 징계사유와 관계있는 자는 징계권을 행사하려는 사용자 측과 관련이 있는 모든 자를 가리키는 것이 아니라 구체적인 징계사유에 해당하는 행위의 직접적인 피해자를 의미한다(대법원 1994. 10. 7. 선고 93누20214 판결, 대법원 1995. 4. 28. 선고 94다59*** 판결 등 참조).

2) 징계대상자에 대한 관리책임 소홀을 이유로 징계를 받은 새마을금고의 이사장은 ‘징계사유와 관련 있는 자’ 내지 ‘징계사유와 이해관계가 있는 자’에 해당하지 않으므로 징계대상자에 대한 징계절차에 위법이 없다고 판단함

【대전고등법원 2017. 1. 12. 선고 2016누11*** 판결⁹²⁰⁾】

인사규정 제51조 제1항이 정하는 ‘징계사유와 관련 있는 자’라 함은 당해 징계혐의 사유와 관련이 있는 모든 자를 가리키는 것이 아니라 구체적인 징계사유에 해당하는 행위의 직접적인 피해자 측을 의미한다(대법원 1995. 4. 28. 선고 94다59*** 판결, 대법원 2016. 11. 24. 선고 2015두41*** 판결 등 참조).

이 사건에서 갑 1, 5호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 이사장은 원고의 대표자로서 참가인들의 이 사건 비위행위에 대하여 관리책임 소홀을 이유로 직무정지 2월의 징계를 받은 사실이 인정되고, 위 인정사실에 의하면 이사장을 참가인들에 대한 이 사건 파면처분의 사유인 이 사건 비위행위와 전혀 관련이 없는 자라고 보기는 어려우나, 한편 위 인정사실만으로는 이사장이 이 사건 비위행위의 직접적인 피해자 측이라고 볼 수도 없고, 나아가 인사규정 제51조 제1항이 정하는 ‘징계사유와 관련이 있는 자’를 ‘징계사유와 이해관계가 있는 자’라고 좀 더 넓게 해석하더라도 …(중략)… ○○중앙회 등은 이 사건 시정지시 이후 이 사건 비위행위와 관련하여 참가인들과 이사장을 업무상 배임 및 ○○법 위반 등의 혐의로 고소하였으나, 검사는 2015. 8. 31. 이사장이 참가인들과 공모한 적이 없고 정확한 인식이 없는 상태에서 이 사건 비위행위와 관련한 대출서류 등에 결재한 것으로 보인다는 이유로 이사장에 대하여는 불기소처분을 한 점, 이사장은 참가인들과 달리 △△지역본부의 문책지시

919) 동 사건은 대법원(대법원 2007. 2. 8.자 2006두18*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

에 대하여 재심을 청구하지 않고 직무정지 2월의 징계를 수용한 점, 이 사건 파면처분 여부에 따라 이사장의 신변이나 거취가 달라졌을 것이라고 볼 만한 자료도 없는 점, …(중략)… 등에 비추어 보면 이사장이 참가인들에 대한 이 사건 파면처분의 사유인 이 사건 비위행위와 어떠한 이해관계가 있는 자라고 보기도 어려우므로, 역시 인사규정 제51조 제1항이 정한 제척사유인 ‘징계사유와 관련 있는 자’에 해당한다고 할 수 없다.

따라서 제5차 정기이사회에 이사장이 참석하여 이 사건 파면처분을 의결하였다고 하더라도 그 절차에 어떠한 잘못이 있다고 할 수 없다.

3) 취업규칙 등에 기피신청권이 규정되어 있으나 징계혐의자가 특별히 징계위원회 개최 전에 명단의 공개를 요구하지 않았고 명단을 공개하도록 하는 규정도 없는 경우, 징계혐의자에게 사전에 징계위원의 명단을 공개하지 않았다고 하더라도 기피신청권을 본질적으로 침해한 것으로는 볼 수 없다고 판단함

【서울고등법원 2011. 8. 24. 선고 2010누42*** 판결⁹²¹⁾】

원고는 특히 이 사건 항소심에서도, 참가인 회사가 징계절차를 진행하면서 사전에 원고에게 징계위원 명단을 통보한 바 없고, 징계위원회에서도 그 명단을 알려주지 않고 원고의 공개요구도 묵살하였을 뿐 아니라 원고에게 통지된 징계의결서마저도 징계위원의 이름이 감추어져 있는 등 끝까지 징계위원 명단의 공개를 거부하여 원고의 기피신청권을 침해하였으므로 이 사건 징계는 위법하다고 거듭 주장한다.

그러나 앞서 인용한 제1심 판결이유에서 보는 바와 같이 당시 시행되던 참가인 회사의 취업규칙, 인사규정 시행세칙 등에는 사전에 징계혐의자에게 징계위원 명단을 공개하도록 하는 규정을 두고 있지 않았고, 원고도 징계위원회 개최 전에 참가인 회사 측에 징계위원 명단의 공개를 요구한 바는 없었던 점, 징계위원회 당시 참가인 회사 측은 징계위원 명단을 따로 준비하지 못한 관계로 원고의 열람요청에 응하지 못하기는 하였으나, 이는 앞서와 같은 사정 때문이었던 것으로 보이고, 당시 원고도 그에 관하여는 별다른 이의를 제기하지 않은 채 징계위원회에서 징계혐의사실에 관하여 의견을 진술하였던 점, 징계위원회 직후 참가인 회사 측이 원고에게 징계위원 명단을 열람할 수 있도록 하겠다는 통보를 하였으나 원고는 이에 응하지 아니한 점, 이 사건 징계의결서에는 징계위원의 이름과 서명 등이 모두 기재되어 있고 다만, 원고에게 통보된 징계의결서 사본에만 징계위원의 이름이 감춰져 있었던 것에 불과한 점, 원고에 대한 이 사건 징계와 관련하여 징계위원회의 위원장이나 위원이 불공정한 의결을 할 우려가 있었다고 볼 아무런 자료가 없고, 사후에라도 원고가 그러한 사유가 있음을 주장하거나 이를 이유로 기피신청을 한 바는 없었던 점 등에 비추어 보면, 원고가 주장하는 위와 같은 사정만으로는 원고의 기피신청권을 본질적으로 침해하여 이 사건 징계가 위법에 이르렀다고 할 수 있을 만큼의 절차상 중대한 하자가 있다고 볼 수 없다. 이 부분 원고 주장은 받아들이지 않는다.

920) 대법원 2017. 5. 31.자 2017두34*** 판결의 원심

921) 동 사건은 대법원(대법원은 2011. 11. 29.자 2011두25*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

4) 징계대상자가 기피신청권을 남용하는 경우에는 그 기피신청 자체가 부적법하므로, 기피신청의 대상이 된 징계위원이 기피사유가 공통되는 다른 징계위원의 기피결정에 관여하는 것이 금지되지 않는다고 봄

【대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두36*** 판결⁹²²⁾】

기피신청은 원래 징계위원 개개인에 대한 것으로서 기피신청에 대한 의결 역시 기피신청 대상자별로 개별적으로 하여야 하므로, 징계위원회에 대한 수 개의 기피신청이 있는 경우라도 신청을 당한 징계위원은 자신에 대한 의결에만 참여할 수 없을 뿐 다른 사람에 대한 의결에는 참여할 수 있고, 다만, 기피사유가 공통의 원인에 기인하는 경우에는 자신에 대한 의결뿐 아니라 다른 사람에 대한 의결에도 참여할 수 없다.

한편 징계대상자가 징계위원 전원 또는 대부분에 대하여 동시에 기피신청을 함으로써 징계위원회를 구성할 수 없게 하거나 징계위원회의 결정 자체를 불가능하게 하는 경우, 그 밖에 기피신청이 징계절차의 지연을 목적으로 함이 명백한 경우 등 기피신청권의 남용에 해당하는 경우에는 그 기피신청 자체가 부적법하므로, 이러한 경우에는 기피신청의 대상이 된 징계위원이 기피결정에 관여하는 것이 금지된다고 볼 수 없다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2007추*** 판결 참조). 여기서 기피신청이 징계절차의 지연을 목적으로 하는 경우에 해당하는지는 징계에 이르게 된 경위, 징계위원회 출석 여부 등 피징계자가 징계절차에서 취한 행태, 기피신청의 시기와 횟수, 기피신청으로 주장하는 기피사유의 내용 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

원고는 2012. 12. 27.과 2013. 1. 2.에 열린 제1, 2차 징계위원회에 출석하지 않았고, 2013. 1. 10. 열린 제3차 징계위원회에 비로소 출석하여 7인의 징계위원 전원에 대해 기피신청을 한 후 곧바로 회의장에서 나가버렸다. 또한 원고는 재심 징계위원회에서도 초심 징계위원회에서와 동일하거나 유사한 이유로 5명의 재심 징계위원 전원에 대하여 기피신청을 하였다.

라. 원고가 2013. 1. 10.에 한 기피신청의 사유 중 위원장 공○○를 제외한 나머지 6인에 대한 기피신청 사유는 그들이 총장의 지시에 따라 노동조합 임시총회에서 원고의 노조원 자격을 박탈하는 결의를 주도하였으므로 이번에도 총장 지시에 따라 원고에게 불리한 징계를 할 우려가 있다는 것이었는데, 원고는 재심 징계위원 중 4인에 대하여도 동일한 사유로 기피신청을 하였다. 그러나 ○○○○ 대학교 직원노동조합은 2012. 12.경 임시총회에서 4급 이상의 직원들을 조합원에서 제외하는 의결을 하였을 뿐 원고를 특정하여 조합원 자격을 박탈하는 결의를 한 것이 아니었고, 초심 징계위원 중 노동조합의 간부인 윤○○(위원장)과 김○○(부위원장)를 제외한 나머지 징계위원에 대하여는 단지 노동조합의 의결에 참여하였다는 이유만으로 원고가 기피신청을 한 것으로 보여 그 기피사유가 정당하다고 보기도 어렵다. …(중략)…

3. 이러한 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고의 기피신청은 징계절차의 지연을 목적으로 함이 명백하여 기피신청권을 남용한 경우에 해당하므로, 참가인의 징계위원회에서 6인의 징계위원이 자신과 공통된 원인으로 기피신청을 받은 다른 징계위원들의 기피의결에 참여하였다고 하더라도 그 기피의결이나 징계위원회의 징계의결이 위법하다고 볼 수는 없다.

922) 동 사건은 서울고등법원(2015누68***)으로 파기환송되었으나 소 취하됨

5) 징계사유와 관련이 있어 인사위원으로서 징계절차에 관여할 수 없음에도 불구하고 인사위원으로 관여하였을 뿐만 아니라 더군다나 인사위원장으로 징계절차에 주도적으로 관여한 경우 해당 징계절차는 무효라고 판시함

【서울고등법원 2018. 4. 27. 선고 2017누68*** 판결】

가) 참가인의 취업규칙 제64조 제3호는 공정하고 합리적인 징계권을 보장하기 위하여 피징계자의 친족이나 그 징계사유에 관계있는 자를 모두 인사위원에서 제척시키려는 강행규정으로서, 이러한 제척원인이 있는 인사위원은 그 사유만으로 당연히 당해 직무집행으로부터 제외되고 이에 위반한 징계권 행사는 징계사유가 인정되는지 여부에 관계없이 절차에 있어서 정의에 반하는 것으로 무효이다(대법원 1995. 4. 28. 선고 94다59*** 판결 등 참조).

나) 위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 살펴보면, 앞에서 본 바와 같이 김○○은 이 사건 징계사유와 관계가 있어 인사위원으로서 징계절차에 관여할 수 없음에도 불구하고 인사위원으로 관여하였을 뿐만 아니라 더군다나 인사위원장으로 징계절차에 주도적으로 관여한 점에 비추어 보더라도, 원고에 대한 이 사건 징계절차는 그 의결정족수의 충족 여부에 관하여 나아가 살펴볼 필요 없이 절차에 있어 정의에 반하여 무효이다.

6) 피징계자가 징계위원회의 구성원일지라도 징계회의 개최 및 징계의결 시 필요한 재적인원 계산에는 포함되어야 한다고 봄

【대전지방법원 2019. 4. 18. 선고 2017구합1*** 판결923)】

(가) 2017. 4. 1.자 채용취소 의결 당시 인사위원회가 참가인 회장 1명, 감사 2명, 이사 2명, 관리사무소장인 원고로 구성되어 있었던 사실은 다툼이 없고, 당시 인사위원회에 회장 1명, 감사 2명 총 3명이 출석하여 원고의 채용취소를 의결한 사실을 앞서본 바와 같다.

(나) 취업규칙 제32조 제1항은 ‘재적인원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다’고 규정하고 있다. 여기서 ‘재적인원’이란, ‘명부에 이름이 올라 있음’이라는 재적(在籍)의 사전적 의미를 고려할 때 인사위원회 개최일 현재 인사위원회에 적을 두고 있는 구성원을 의미한다(대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도14749 판결 참조). 취업규칙 제29조에 따르면 인사위원회는 참가인의 임원인 회장, 이사, 감사와 관리사무소장으로 구성되므로 각 구성원이 참가인의 임원 또는 관리사무소장의 지위를 상실하는 경우를 제외하고는 각 구성원이 어떠한 사유로 인하여 회의에 출석할 수 없게 되었다고 하여도 인사위원회의 구성원 신분을 가지고 있는 이상 재적인원에 포함된다고 보아야 한다.

(다) 피고가 취업규칙 제33조에 따라 이 사건에 적용되어야 한다고 주장하는 고용노동부 표준취업규칙 제15조(을나 9)는 ‘인사위원회 운영 관련 위원회의 의결사항이 특정 위원에 관한 사항을 의결할 때에는 당해 위원은 그 건의 의결에 참여할 수 없다’고 규정하고 있다. 그러나 위 규정은 특정 위원이 자신과 직접 이해관계가 있는 안건에 대한 의결에 참여하지 못하게 함으로써 의사 진행의 공정성을 확보하려는 취지의 규정일 뿐, 해당 위원을 재적인원의 계산에서 제외하여야 한다는 규정은 아니다. 달리 관계 법령이나 취업규칙에 인사위원회에서 시용근로 중인 관리사무소장에 대한 채용취소를 의결할 때 관리사무소장을 의결정족수의 기초가 되는 재적인원에서 제외한다는 규정을 찾아볼 수 없고, 그와 같이 해석하는 일반적인 관례가 있다고 보아도 않는다.

(라) 만약 시용근로자에 대한 채용취소를 의결하는 인사위원회 회의에서 채용취소 대상자가 곧, 인사위원회 위원인 경우 해당 위원은 의결정족수의 기초가 되는 재직인원에서 제외된다고 해석한다면, 당해 근로자에게 불리한 의결임에도 불구하고 사실상 인사위원회의 의결정족수 요건이 완화되는 결과를 초래하여 부당하다.

(마) 결국 2017. 4. 1.자 채용취소 의결에는 취업규칙상 재직인원의 과반수에 미달하는 3명만이 출석하여 의결함에 따라 의결정족수를 충족하지 못한 절차상 중대한 하자가 있다.

다. 의장윤번제 관련 판례

징계위원장을 노사대표가 교대로 하도록 순번을 정한 경우(의장윤번제), 이에 대해 노사의 견해가 대립하고 있음에도 불구하고, **사용자가 일방적으로 의장을 맡아 개최한 징계위원회 의결은 절차상 중대한 하자로 무효라고 봄**

【서울고등법원 2008. 6. 13. 선고 2007누33*** 판결⁹²⁴⁾】

피고는 의장윤번제는 노측과 사측이 징계안전별로 징계위원회의 의장을 번갈아가며 맡는다는 것을 의미하는데, 의장윤번제가 단체협약에 삽입된 이후 ① 2003. 8. 25. 이○○에 대한 징계의결은 사측이 의장을 맡았고, ② 같은 날 양○○에 대한 징계의결은 원래는 노측이 의장을 맡을 차례였으나 사측이 의장을 맡아서 후에 의장윤번제위반을 이유로 해고무효결정이 내려져 양○○를 복직시켰으며, ③ 2003. 9. 30. 송○○에 대한 징계의결은 사측이 의장을 맡을 차례이어서 사측이 의장을 맡았고, ④ 2004. 1. 16. 이○○에 대한 징계의결은 노측이 의장을 맡을 차례였으나 사측이 의장을 맡아서 후에 의장윤번제위반을 이유로 참가인과 참가인의 대표이사가 약식명령을 받았으므로 위 ④ 징계의결 이후에 이루어진 이 사건 징계의결은 사측이 의장을 맡을 차례이므로 의장윤번제에 위반되는 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 징계위원회는 노사 각 4명으로 구성되고, 징계위원회 의결 시 가부 동수일 경우에는 의장이 결정권을 갖게 되는 사실은 앞에서 살핀 바와 같은바, 위 인정사실에 의하면, 노사의 의견이 첨예하게 대립하는 사안의 경우에는 노사 중 누가 징계위원회의 의장을 맡는가에 따라 징계 여부가 달라질 수밖에 없어서 징계의결에서의 의장의 권한은 막강하다고 할 것이므로 의장윤번제는 실제적으로 그 직전 의장을 누가 맡았는가에 따라 그 다음 의장은 상대방이 맡는 것으로 엄격하게 해석되고 지켜져야 할 것이며, 사측의 의장윤번제위반으로 인하여 징계해고가 무효로 되거나 사측이 형사처벌을 받았다는 사정만으로 노측이 그 징계의결의 의장을 맡은 것과 동일하게 사측이 그 다음 징계의결의 의장을 맡을 차례가 된다고 할 수 없다.

923) 동 사건은 2심(대전고등법원 2019. 10. 17. 선고 2019누10*** 판결)에서 항소 기각되어 확정됨

924) 동 사건은 대법원 2008. 9. 11.자 2008두11*** 판결에서 심리불속행 기각으로 확정됨, 같은 취지로 서울고등법원 2016. 7. 7. 선고 2015누68*** 판결

라. 징계 가부가 동수인 경우

1) 징계의결 시 찬반의견이 동수인 경우(가부 동수), 징계위원장이 결정한다는 명시적인 규정이 없는 이상, 부결됨이 원칙이므로 이를 위반하여 징계위원장이 최종결정을 한 징계절차는 중대한 하자로 무효라고 봄

【서울고등법원 2006. 7. 6. 선고 2005누25*** 판결⁹²⁵⁾】

사용자 회사의 징계규정에 의하면, 징계위원회의 표결이 3가지 이상으로 나뉘고 어느 한 가지의 의견이 표결위원 수의 과반수에 미치지 못할 경우에는 상위 다수 두 가지 의견에 대해 재차 표결을 하고 그 다수의견에 따라 의결하되 재표결의 결과 역시 같을 때에는 징계위원장이 결정하도록 되어 있다. 그런데 근로자에 대한 사용자 회사의 초심·재심 징계절차에서 징계의결이 3가지 이상으로 나뉘고 어느 의견도 과반수에 이르지 못하였음에도, 위 징계규정에 위배하여 재표결을 하지 않은 채 징계위원장인 사용자 회사의 대표이사가 근로자를 해고한다고 결정하였으므로, 이 사건 해고의 절차적 적법 여부가 문제가 된다. 이 사건에서 사용자 회사의 위 징계규정은, 징계위원 과반수 이상의 동의를 얻은 징계의결에 대하여는 일응 공정성과 합리성을 인정할 수 있지만, 과반수에 미치지 못하는 의견이 3가지 이상으로 나뉠 경우 상위 두 가지 의견에 대하여 재의결하도록 함으로써 보다 신중하고 사려 깊은 의결을 할 것을 징계위원들에게 요구하고 있다. 나아가 1차적인 표결권을 가진 노·사 징계위원이 각각 3명으로서 동수이므로 징계위원 과반수에 해당하는 징계의결의 도출이 어려울 것을 예상하여, 위와 같은 1차 표결·재표결의 절차를 거쳤음에도 의결을 하지 못한 경우에 한하여 예외적으로 사용자 회사의 대표이사에게 징계에 관한 결정권을 부여하는 것으로 보아야 할 것이다.

그런데 사용자 회사는 1차적 표결권을 가진 징계위원 과반수 이상의 찬성을 얻은 징계의결이 없음에도 다시 표결을 하지 않은 채 즉시 징계위원장이 근로자에 대한 해고를 결정하였는바, 이러한 징계권의 행사는 공정성과 합리성을 보장하고자 한 위 징계규정을 정면으로 위반한 것으로서, 근로자에 대한 징계사유가 인정되는지 여부에 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 처사로서 무효라고 보아야 할 것이다.

【서울고등법원 2006. 6. 15. 선고 2005누10*** 판결⁹²⁶⁾】

사용자 회사는 단체협약 제41조에 경영권 및 인사권은 회사 대표가 행사한다는 규정과 제50조 징계위원회의 위원장은 회사 대표가 한다고 규정하고 있으나, 단체협약의 제정취지와 목적에 비추어 볼 때, 단체협약에 대표자가 경영권과 인사권을 가지고 징계위원회 위원장이 된다는 규정이 있다 하더라도 징계절차에 있어서 가부동수일 경우 위원장이 결정한다는 명시적인 규정이 없는 이상은 대표자에게 징계결정 권한이 인정된다고 해석할 수는 없다.

이러한 전제하에서, 이 사건 단체협약 제50조 제2호의 규정을 살펴보면, “징계위원 참석인원의 과반수 이상으로 결정한다”라고 규정되어 있고, 과반수라 함은 절반이 넘는 수를 의미함이 문언상 명백하다 할 것이므로, 사용자 회사가 근로자에 대한 징계절차를 진행함에 있어 징계위원들이 근로자에 대한 해고결의와 관련하여 찬성과 반대 각 2표씩의 가부동수의 결과가 발생하였다면 이런 경우에

925) 동 사건은 대법원(대법원 2006. 9. 28.자 2006두12*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

는 징계가 부결된 것으로 처리함이 단체협약의 위 규정의 취지에 부합하고, 따라서 가부동수일 경우 최종적인 결정권을 가지지 아니한 사용자 회사의 대표가 최종적으로 징계결정을 한 이 사건 징계해고는 절차위배의 점에서 위법하다 할 것이다.

2) 단체협약에 징계위원을 노사 동수로 구성하고 출석위원 과반수 찬성으로 의결하며, 가부 동수일 경우 대표이사가 임명하는 위원장이 결정권을 가진다고 규정되어 있는 경우, 위원장은 노사 동수로 구성된 징계위원 중에서 대표이사에 의해 임명된다고 해석함이 상당하고 징계위원회의 구성원인 징계위원과 별도로 대표이사에 의해 임명된다고 해석할 수 없다고 봄

【대법원 2013. 2. 15. 선고 2010두20*** 판결】

원심은, 단체협약 제33조에서 ‘징계위원회는 노·사 각각 4명의 동수로 구성하며 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 단, 가부동수일 경우 대표이사가 임명하는 위원장이 결정권을 가지며 조합원의 징계해고의 경우는 노동조합과 사전에 충분히 협의한다.’고 정한 것은 사용자 측과 근로자 측이 같은 수의 징계위원을 참여시킴으로써 서로 대등한 지위에서 근로자에 대한 공정한 징계를 할 수 있도록 하기 위함인데, 징계위원회의 위원장이 징계위원과 별도로 임명될 경우 징계위원회의 구성에 있어 사용자 측과 근로자 측의 수적 균형이 무너지게 되므로, 징계위원회의 위원장은 단체협약에서 별도의 정함이 없는 한 노·사 동수로 구성된 징계위원 중에서 대표이사에 의해 임명된다고 해석함이 상당하고, 징계위원회의 구성원인 징계위원과 별도로 대표이사에 의해 임명된다고 해석할 수 없다고 전제한 후, 이 사건 징계위원회는 사용자 측과 근로자 측 징계위원 각 4명씩과 원고 회사의 대표이사인 징계위원장 1명 등 9명으로 구성되었고, 징계위원회의 위원장은 이 사건 징계위원회를 진행하면서 징계심의에도 참여하였을 뿐만 아니라 징계의결서에도 서명을 하였는데, 이는 단체협약 제33조의 징계위원회 구성에 관한 규정을 위반하여 징계위원회를 구성한 다음 그 징계위원회의 결의를 거쳐 피고보조참가인들에 대한 징계가 이루어진 것으로 이러한 징계권의 행사는 징계위원회의 구성 자체에 위법이 있는 것으로 절차에 있어서 정의에 반하는 처사로서 무효라고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 징계위원회의 구성에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

마. 외부위원 참여 가능 여부

징계위원회의 구성과 절차에 관한 별도의 규정이 없다면, 해당 사업장에 소속되지 아니한 자 또는 징계사유와 이해관계 있는 자를 사용자가 징계위원으로 선정하였다 하더라도, 그 징계절차를 무효로 볼 수 없다고 판단함

926) 동 사건은 대법원(대법원 2006. 11. 23.자 2006두11*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【대법원 1995. 5. 23. 선고 94다24*** 판결】

취업규칙 등에 징계사유에 관하여 이해관계가 있는 징계위원은 징계위원회에 참석할 수 없다는 규정이 있는 경우에 그러한 이해관계 있는 자가 징계위원으로 징계위원회에 참석하였다면 그 징계는 절차상 중대한 하자가 있어 무효라 할 것이나(대법원 1994. 8. 23. 선고 94다7*** 판결 참조), 그러한 규정이 없는 경우에는 이해관계 있는 자가 징계위원으로 징계위원회에 참석하였다 하더라도 그 징계가 무효라고 할 수 없다.

【서울고등법원 2007. 4. 10. 선고 2006누15*** 판결⁹²⁷⁾】

징계위원회의 사용자 측 위원 구성 부분을 보건대, 이 사건 해고를 의결한 징계위원회는 ○○택시 소속 간부 이외에 ○○택시와 동종업계라고 보이는 ○○교통 전무 양○○이 사용자 측 징계위원으로 참가하고 있기는 하지만, 이 사건 단체협약이 징계위원회의 구성을 노사동수로 규정한 것은 근로자 측이 사용자와 동등한 지위에서 징계절차에 참가함으로써 사용자의 부당한 징계권 행사를 견제하고자 하는 것에 그 주된 취지가 있는 것이므로, 그 경우 사용자 측 위원은 반드시 ○○택시에 소속되어 근무하는 자만을 의미하는 것이라고 한정할 필요가 없는 점, 더구나, ○○택시와 같은 소규모 업체에서 근로자를 제외한 사용자의 범주에 속하는 간부들만으로 3인을 구성할 수 없는 경우 사용자 측 징계위원을 ○○택시에서 근무하는 직원에 한정하게 되면 오히려 징계위원회 구성에 있어 사용자 측에 불리한 결과가 초래된다는 점 등을 종합하면, 사용자가 징계위원회를 구성하면서 위 양○○을 사용자 측 징계위원으로 지정한 것이 이 사건 단체협약에 반하여 위법하다고 볼 수 없다.

제4장
징계와
징계해고

바. 징계위원회 구성의 하자 치유

징계절차에 하자가 있는 파면처분이 있은 후 2년이 지난 시점에서 행한 이사회 의결만으로는 그 하자가 치유될 수 없다고 봄

【서울고등법원 2007. 4. 26. 선고 2005누30*** 판결】

○○금고법 제16조 제3항 제4호에 의하면, ○○금고 간부직원의 임면에 관한 사항과 직원의 징계에 관한 사항은 ○○금고 이사회의 심의·의결 사항인 것으로 규정되어 있고, 사용자 금고의 정관 제31조에서도 ○○금고법 제16조 제3항 각 호에서 정한 사항을 이사회 의결사항으로 정해두고 있으나, 사용자 금고는 근로자에 대한 파면결의가 있자, 이사회를 소집하지 아니한 채 구성원 중 절반이 이사회 구성원이 아닌 사람들로 징계위원회를 구성하여 근로자에 대한 파면을 의결하였음을 알 수 있으므로, 근로자에 대한 이 사건 파면은 ○○금고법 및 사용자 금고의 정관에서 정한 직원에 관한 징계절차 규정을 위반한 것으로서 부당하다고 할 것이다.

한편 사용자 금고는 2006. 8. 21. 이사회 회의를 개최하여 정족수 7명 중 6명이 참석하여 참석인원 전원 찬성으로 근로자에 대한 이 사건 파면을 추진하는 결의를 한 사실은 인정되나, 이 사건 파면이 절차상 하자가 있는 등으로 인하여 부당하다는 취지의 제1심 판결이 선고되자 이 사건 파면이 있은 후 2년 이상 지난 시점에서 행한 위 추인의결로서 이 사건 파면과정에서의 절차상 하자가 치유된다고 볼 수 없다.

927) 1심 판결(서울행정법원 2006. 5. 16. 선고 2005구합31*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 6. 29.자 2007두8*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

사. 근로자대표를 참여시키지 않은 징계절차의 적법 여부

1) 근로자대표를 반드시 참여시켜야 하는지 여부

가) 근로자대표를 참여시켜야 한다는 규정이 있는 경우에 이를 위반한 징계는 원칙적으로 무효이나, 근로자대표(노동조합)측의 징계의결권 남용에 해당할 경우에는 이를 위반한 징계의결은 적법하다고 봄

【서울고등법원 2008. 2. 13. 선고 2007누21*** 판결⁹²⁸⁾】

원고와 노동조합 측 위원들이 2005. 9. 10.자 징계인사위원회 회의에 불참한 상태에서 이 사건 감봉 처분이 의결된 사실이 인정된다. 그러나 앞서 2005. 9. 2. 개최될 예정이었던 징계인사위원회의 회의가 원고를 비롯한 노동조합 측 방해로 개최 자체가 무산되어 다시 징계인사위원회가 개최되게 된 점, 2005. 9. 10.에도 원고와 노동조합 측 위원들이 다른 조합원들과 함께 회의장소에 들어가려 하는 과정에서 참가인의 관리직 직원들과 다툼이 발생하였고, 이로 인하여 원고와 노동조합 측 위원들이 회의에 불참하게 된 것이며, 당시에도 원고와 노동조합 측 위원들이 회의에 참석하여 의견을 진술할 목적보다는 회의 자체를 무산시킬 의도를 가지고 있었다고 보이는 점 등 이 사건 변론과정에 나타난 사정을 종합하여 보면, 비록 원고와 노동조합 측 위원들이 불참한 상태에서 이 사건 감봉이 의결된 잘못이 있다 하더라도 이는 주로 원고와 노동조합 측의 잘못에 기인한 것이므로, 위와 같은 절차상 잘못을 이유로 이 사건 감봉이 위법하여 무효라고 볼 수 없다.

【서울고등법원 2007. 12. 28. 선고 2007누15*** 판결⁹²⁹⁾】

단체협약 제30조 제1항, 제29조 제1항은 조합원을 징계할 때는 회사 측 위원 4인과 조합 측 위원 2인으로 구성되는 징계위원회를 개최하도록 규정하고 있는데, 근로자가 사용자 회사의 원직에 복귀하여야 하는 2005. 11. 21. 이래 무단결근을 계속하였고, 이에 사용자 회사는 근로자에게 원직에 복귀하라는 요청을 3차례에 걸쳐 하였으나 근로자가 이에 응하지 아니하자 2005. 12. 19. 단체협약에 따른 징계위원회를 개최하여 근로자를 징계해고하려 하였으나 노동조합 측 위원 2인의 반대로 대기발령 1월의 경한 징계처분을 하였으며, 그 후, 근로자가 대기발령 1월의 징계처분도 이행하지 않은 채 무단결근을 계속하자 2006. 1. 5. 다시 단체협약에 따른 징계위원회를 개최하여 근로자를 징계해고하려 하였으나, 다시 노동조합 측 위원 2인의 반대로 대기발령 1월의 경한 징계처분을 재차 하였고, 그 후 근로자가 이에도 응하지 않고 무단결근을 계속하자 2006. 1. 20. 취업규칙에 따른 징계위원회를 개최하여 근로자를 2006. 1. 27.부로 징계해고하였음은 앞서 본 바와 같은바, 위 인정사실에 비추어 보면, 근로자가 2005. 11. 21. 이래 원직에 복귀하지 아니하고 무단결근을 계속하고 단체협약에 의한 징계위원회가 결정한 징계처분도 이행하지 않고 있는 등 근로자에게 객관적으로 중대한 징계사유가 있음에도 불구하고 근로자에 대한 단체협약에 따른 2차례의 징계절차에서 노동조합 측 징계위원들이 같은 조합원이라는 이유만으로 근로자에 대한 징계사유에 합당한 징계처분에 반대하고 경한 징계처분만을 주장하여 단체협약에 의한 합리적이고 정당한 징계의결권을 행사하지 아니함으로써 징계의결권을 남용하였고, 또한 사용자 회사가 2차례의 징계처분에도 불구하고 계속 무단결근을 하는 근로자에 대하여 다시금 단체협약에 따른 징계위원회를 개최하여 근로자의 징계사유에 상응한 징계처분을 하려

928) 동 사건은 대법원(대법원 2008. 5. 29.자 2008두4*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

해도 노동조합 측 징계위원들의 반대로 근로자에게 합리적이고 정당한 징계처분을 할 수 없을 것이 명백해 보이므로, 이러한 경우 사용자 회사가 취업규칙에 따라 노동조합 측 징계위원들을 배제한 채 근로자에 대한 징계해고를 의결하였다고 하여 이러한 징계해고를 무효로 볼 만한 절차상의 하자가 있다고 할 수 없다.

나) 하나의 사업장에 불가피하게 정당한 노조가 2개 이상 관여하고 있고, 징계위원회 구성에 대해 노조 간의 관계에 대한 별도의 규정이 없는 경우, 어느 한 노조가 일방적으로 징계위원회 구성에 응하지 않아 다른 한쪽 노조에서 위촉한 위원들만이 근로자 측 징계위원으로 참석한 징계의결도 적법하다고 봄

【 서울행정법원 2006. 4. 25. 선고 2005구합31*** 판결 】

노동조합 및 노동관계조정법 제5조는 노동자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다고 규정하면서도, 같은 법 부칙 제5조 제1항은 하나의 사업 또는 사업장에 노동조합이 조직되어 있는 경우에는 제5조의 규정에 불구하고 2006. 12. 31.까지 그 노동조합과 조직대상을 같이하는 새로운 노동조합을 설립할 수 없다고 규정하고 있는데, 여기에서 설립이 제한되는 새로운 노동조합은 기존의 노동조합과 조직대상을 같이 하는 경우에 국한되는 것이므로, 하나의 기업별 단위노동조합이 설립된 경우에 그와 조직형태 및 조직대상을 달리하는 초기업적인 산업별·직종별·지역별 노동조합의 설립 및 활동까지 금지하는 것은 아니라고 할 것이다.

그러므로 보건대, 전국○○산업노동조합(이하 ‘전○노’라 한다)은 비록 사용자 회사 내에 전○노 □□광역시지역본부 ○○운수분회를 설치하고 있더라도, 위 ○○운수분회는 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립한 단체로서 활동하는 것이 아니고 산업별 단위노동조합인 전○노의 일개 지부에 불과하여 기업별 단위노동조합인 ○○노조와는 그 조직대상 및 형태를 달리하고 있으므로, 전○노 및 ○○노조는 사용자 회사 내에서 모두 정당한 노동조합이라고 할 것이다.

따라서 하나의 사업장에 불가피하게 정당한 노동조합이 2개 이상 관여하고 있는 경우 그 노동조합 간의 관계에 대하여 아무런 규정이 없는 이상, 사용자 회사가 이 사건 상벌위원회를 구성함에 있어 전○노와 ○○노조의 협의로 근로자위원을 구성하여 달라고 한 것은 취업규칙의 규정에 따른 정당한 조치인 것으로 판단되고, ○○노조가 이러한 정당한 요구에 응하지 아니한 이상 사용자 회사가 전○노가 위촉한 근로자위원들로 구성된 상벌위원회에서 근로자를 해고하기로 결의하였다고 하여 그 징계절차에 하자가 있다고 볼 수 없다.

제4장
징계와
징계해고

다) 사용자가 노동조합에게 노측 징계위원으로 비조합원을 추천할 것을 요구하는 것이 단체협약 규정에 위배되는 요구로 해석되는 경우 노조가 이에 불응했다는 사실만으로 징계위원 선정권 포기라고 단정할 수 없다고 봄

929) 1심 판결(서울행정법원 2007. 5. 22. 선고 2006구합46*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 5. 15.자 2008두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008두2*** 판결⁹³⁰⁾ 】

참가인은 2005. 3. 28. ○○노동조합 위원장인 원고 등에 대한 징계를 위한 인사위원회 개최를 결의한 다음 2005. 3. 31. ○○노동조합에게 인사위원 추천 요청 관련 공문을 송부하면서, '이번 인사위원회는 노동조합 위원장, 집행간부 및 조합원을 대상으로 징계 여부 및 양정을 심의, 의결하게 되는데, 인사관리규정 제19조 제2항에 의거 이해관계자인 징계대상자와 노동조합의 지배하에 있는 조합원이 인사위원으로 참석하는 것은 객관성과 공정성을 기대할 수 없다고 판단되므로, 귀 노동조합은 단체협약 제19조 및 제24조에 따라 조합원 등을 제외한 공정하고 객관적인 직원 중에서 6인의 인사위원을 2005. 4. 4. 오전 12시까지 추천하여 주시기 바라며, 위 기간까지 추천이 없을 경우에는 노동조합이 인사위원 추천권을 포기한 것으로 간주하겠다'고 통지하였고, 이에 대하여 ○○노동조합은 2005. 4. 1. 참가인에게 '사측에서 개최하고자 하는 노동조합 집행부를 비롯한 조합간부와 조합원에 대한 징계위원회에 대하여 우리 노동조합은 인정할 수 없음을 알려드립니다'라고 통보하였으며, 참가인은 2005. 4. 6. 인사위원 13명 중 ○○노동조합 측에서 추천하여야 할 6명을 제외한 7명만으로 인사위원회를 구성한 다음 원고 등이 참석하지 않은 상태에서 원고에 대하여 징계해고를 결정하였다는 것이다.

사실관계가 이와 같다면, 위 단체협약에서 조합원에 대한 징계를 위한 인사위원회에 위원장을 제외한 위원을 노사 동수로 구성하고 노측 인사위원은 ○○노동조합에서 추천하도록 한 취지는 징계에 대한 ○○노동조합 및 조합원의 참여권을 보장하기 위한 것으로 보아야 할 것인바, 비록 징계대상자에 다수의 조합원이 포함되어 있다고 하더라도 당해 징계대상자를 제외한 나머지 조합원 중에서 인사위원을 선정하는 것이 가능한 이상 참가인이 ○○노동조합의 위원장, 집행간부 및 조합원 다수가 징계대상자로 되었다는 이유만으로 조합원을 제외한 직원 중 인사위원을 추천하도록 ○○노동조합에 요구한 것은 위 단체협약을 위반한 것이고, 이에 대하여 ○○노동조합이 인사위원을 추천하지 않았다고 하여 곧바로 ○○노동조합이 참가인으로부터 인사위원 선정권 등을 부여받았음에도 명시적으로 인사위원 선정권을 포기 또는 거부하였다고 볼 수는 없으며, 나아가 ○○노동조합에 중대한 배신행위가 있고 그로 인하여 참가인의 징계절차에 흠결이 초래되었다거나, 참가인이 ○○노동조합과 원고의 징계해고에 대한 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고, ○○노동조합이 합리적 근거나 이유제시도 없이 무작정 징계에 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못한 경우에 해당한다고 할 수도 없다.

라) '심의'와 '의결'을 구분하여 사용하고 있는 단체협약에 노동조합 대표자의 '심의' 참석만 규정하고 있을 뿐 징계의결권 인정에 대하여 구체적으로 정하고 있지 않은 경우, 징계의결 시 반드시 노동조합 대표자가 참석하여 의결권을 행사하여야만 한다고 볼 수 있는 명확한 관행이나 묵시적인 합의도 없다면 노조 대표자가 참석하지 않은 상황에서 의결된 징계가 부당하다고 보기 어렵다고 판단함

930) 동 사건은 파기환송되어 고등법원(서울고등법원 2009. 8. 28. 선고 2009누8*** 판결)을 거쳐 대법원(대법원 2009. 12. 10.자 2009두16*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2014. 9. 7. 선고 2014누47*** 판결⁹³¹⁾】

단체협약 제36조 단서에 의하면 조합원과 관련된 징계사항의 심의는 조합 측이 선정한 대표자 1인을 참여시킨다고 규정하고 있는데, 다음과 같은 사정을 종합하면 위 조항은 조합원의 징계에 관한 심의에서 조합 측 대표자에게 의견을 진술할 수 있는 기회를 부여하면 충분하다는 취지이지, 반드시 조합 측 대표자에게 인사위원의 지위를 부여하여 그가 의결권을 행사하도록 하는 취지는 아니라고 봄이 타당하므로, 피고 등의 이 부분 주장은 이유 없다.

가) 단체협약 및 인사규정의 문언에 의하면, ‘심의’와 ‘의결’을 구분하여 사용하고 있는데, 단체협약 제36조 단서는 단지 조합 측 대표자를 ‘심의’에 참여시킨다고 규정하고 있을 뿐 ‘의결’에 참여시킨다는 내용을 담고 있지 않다. 오히려 인사위원회 규정 제3조(구성 및 임명)는 ‘위원장은 임원 또는 국장급 고위 간부 중에서 사장이 임명하고 위원은 임원 및 간부 중에서 사장이 임명한다’고 규정하면서도 조합원의 징계를 위한 인사위원회에서 조합 측 대표자를 인사위원으로 임명할 수 있다는 예외규정을 두고 있지 않다.

나) 단체협약 제36조 단서(조합원과 관계된 징계사항의 심의는 조합 측이 선정한 대표자 1인을 참여시킨다)는 조합원의 징계 심의절차에 있어 인사위원회 규정 제8조(위원회는 심의 중 필요하다고 인정할 때에는 당사자 또는 관계인을 출석시켜 설명을 요청할 수 있다)의 특별규정으로 볼 수 있으므로, 단체협약 제36조 단서 소정의 ‘심의를 참여’를 인사위원회 규정 제8조 소정의 ‘심의를 출석하여 설명’으로 해석하는 것이 위 규정들의 체계에 부합한다.

다) 단체협약 제36조는 조합원이 인사위원회의 징계결정에 대하여 이의를 제기한 경우 재심의 절차에 관하여 규정하고 있지 않으므로, 그 재심절차는 단체협약 제18조에 의해야 할 것인데, 단체협약 제18조 제1호는 회사의 인사위원회 결정에 이의가 있을 때 조합과 해당 조합원은 7일 이내에 이의서를 제출할 수 있다고 규정하고, 같은 조 제2호는 회사는 재심의를 위한 인사위원회에서 조합 및 조합원의 의견을 듣는다고 규정하고 있는 점, 징계처분에 대한 재심절차는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분절차를 이루는 것인 점을 고려할 때, 단체협약 제36조 단서도 단체협약 제18조 제2호와 마찬가지로 조합 측 대표자에게 의견 진술의 기회를 부여하면 충분하다고 해석하는 것이 원래의 징계절차와 재심절차 사이의 통일을 기할 수 있다.

라) 2001. 3. 30.부터 2013. 6. 26.까지 조합 측 대표자가 참여한 28회의 인사위원회 중 조합 측 대표자가 의결권까지 행사한 경우는 2001. 10. 11., 2002. 4. 11., 2004. 7. 27., 2004. 8. 3. 등 4회에 불과하고, 나머지는 조합 측 대표자가 심의에 출석하여 의견 진술만 하였는바, 이처럼 회사 측과 조합 측은 장기간 동안 단체협약 제36조 단서를 조합 측 대표자에게 의견 진술의 기회를 부여하면 충분하다는 취지로 해석해 왔다.

마) 정당한 쟁의기간 중에 ‘쟁의 중 신분보장’ 규정을 위반하여 이루어진 징계위원회의 개최에 노조가 징계위원을 구성하여 응할 의무는 없으므로, 노조가 원고의 요청에도 불구하고 징계위원을 구성하지 않은 것을 두고 징계의결권 행사를 남용하거나 포기하였다고 볼 수 없으므로, 사측 징계위원만으로 징계위원회를 개최하여 해고를 의결한

931) 1심 판결 서울행정법원(2014. 3. 27. 선고 2013구합12*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 1. 15.자 2014두41*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

것에는 단체협약상 ‘징계위원회 구성’ 규정 위반의 징계절차상 하자가 있다고 판시함(서울행정법원 2018. 12. 20. 선고 2014구합72*** 판결)

바) 노동조합의 징계위원들이 근로자를 ‘징계할 수 없다’라고 한 것은 단지 근로자의 폭행행위가 단체협약의 규정상 징계사유로 명시되어 있지 않기 때문에 징계할 수 없다는 취지의 의견을 밝힌 것으로, 이를 들어 노동조합 징계위원들이 징계절차의 진행 자체를 거부하였다고 보기 어려우며, 따라서 단체협약상 노사 동수의 징계위원회 구성 규정에도 불구하고 노동조합에 통지하지 아니하고 사측 징계위원으로만 구성된 징계위원회에서 근로자에 대한 해고를 의결한 것은 징계절차를 위반한 것으로 위법하다고 판시함(서울행정법원 2019. 3. 28. 선고 2018구합64*** 판결)

2) 근로자 측 위원 자격·선임 방법 등에 관한 규정이 없는 경우

가) 근로자 측 징계위원 자격에 관한 규정이 없는 경우 산업별 노동조합이 회사 소속 지부 조합원이 아닌 **상급단체 조합원을 징계위원으로 통보한 것이 징계위원의 추천권한을 남용하였다고 볼 수 없음**

【 서울행정법원 2012. 10. 16. 선고 2012구합17*** 판결 】

(1) 이 사건 제1출근정지처분은 구 단체협약 제15조 제1항, 제2항을 위반하여 노조 측 징계위원이 참석하지 않은 가운데 개최된 징계위원회에서 의결된 점, (2) 징계위원회 구성에 관한 구 단체협약 규정의 취지는 징계위원회 구성에 관하여 노동조합의 참여권을 보장함으로써 절차적 공정성을 확보함과 아울러 사용자의 징계권 남용을 견제하기 위한 것으로 보아야 하므로 그와 같은 규정의 효력을 함부로 부정할 수 없는 점, (3) 원고는 노조에서 원고 소속 직원이 아닌 사람을 징계위원으로 고수함으로써 징계위원의 추천권한을 남용하였다고 주장하나, 구 단체협약은 노조 측 징계위원의 자격을 제한하고 있지 않으므로 원고 소속의 근로자가 아닌 자가 노조 측 징계위원으로 추천될 수 없다고 보기 어려운데다가, 노조가 추천한 징계위원들은 원고와의 단체교섭을 담당한 조합간부(지역별 노조)로서 원고와 상당한 관련성이 있으며, 원고는 과거 2009. 7.경 직원을 징계하면서 원고 소속의 직원이 아닌 김○○을 노조 측 징계위원으로 참석시킨 전례가 있는 사정 등에 비추어 앞서 본 노조의 징계위원 추천이 사회통념상 객관적이고 합리적인 추천권의 범위를 벗어났다고 보기 어려운 점 등을 종합해 볼 때, 원고가 노조가 추천한 징계위원을 배제한 채 회사 측 징계위원만으로 징계위원회를 구성하여 이 사건 제1출근정지처분을 의결한 것은 구 단체협약 제15조 제1항, 제2항에서 정한 징계절차를 위반하여 무효라고 봄이 타당하다.

나) 근로자 측 징계위원 자격에 관한 규정이 없는 경우 정리해고된 자를 노조 측 상벌위원으로 추천하였더라도 이를 두고 추천권 남용이나 포기로 볼 수는 없음

【서울고등법원 2013. 3. 20. 선고 2012누26*** 판결⁹³²⁾】

① 원고와 ○○○○지회 사이에 체결된 단체협약 제31조는 조합원이 관련된 징계위원회 개최 시에는 노·사 동수로 구성한다고 규정하고 있는바, 징계위원회 구성에 관한 위 규정의 취지는 징계위원회 구성에 관하여 ○○○○지회의 참여권을 보장함으로써 절차적 공정성을 확보함과 아울러 사용자의 징계권 남용을 견제하기 위한 것으로 보아야 하므로 그와 같은 규정의 효력을 함부로 부정할 수 없는 점, ② 단체협약 제31조는 조합원이 관련된 징계위원회는 노·사 동수로 구성한다고 규정할 뿐 노조 측 징계위원의 자격이나 선임절차 등에 관하여는 제한을 두고 있지 않으므로 원고 소속 근로자가 아닌 자가 노조 측 징계위원으로 추천될 수 없다고 보기 어려운 점, ③ ○○○○지회의 조합원 상당수가 이 사건 쟁의행위에 가담하여 징계에 회부될 가능성이 농후한 상황에서 ○○○○지회가 그 조합원 중에서 이 사건 쟁의행위 이전에 정리해고되어 이 사건 쟁의행위로 인한 징계의 가능성이 희박한 허○○ 등을 상벌위원으로 추천하는 것을 사회통념상 객관적이고 합리적인 추천권의 범위를 벗어났다고 보기 어려운 점, ④ 허○○ 등은 이 사건 정리해고의 효력을 다투면서 그 소송 중에 있던 자들로서 중앙노동위원회로부터 이 사건 정리해고가 위법하다는 전제에서 복직명령이 내려진 상태에 있었으므로 조합원의 신분은 물론이고 근로자로서의 신분을 확정적으로 상실하였다고 보기 어려운 점, ⑤ 설령 이 사건 정리해고가 적법하다고 하더라도 정리해고는 근로자의 귀책사유 없이 사용자 측의 경영상의 이유로 근로관계가 단절되는 것이므로, 허○○ 등이 비위행위를 저질러 해고된 근로자처럼 합리적 근거나 이유제시도 없이 무작정 참가인들에 대한 징계를 반대할 것이라고 단정하기도 어려운 점 등에 비추어 보면, ○○○○지회가 노조 측 상벌위원으로 허○○ 등을 추천한 것이 그 추천권을 남용하여 이를 포기하거나 거부한 정도에 이르렀다고 보기 어렵다. 따라서 원고가 노조 측이 추천한 상벌위원을 배제한 채 사측 위원만으로 상벌위원회를 구성하여 이 사건 해고를 의결한 것은 단체협약 제31조에서 정한 징계절차를 위반하여 무효라고 할 것이므로, 이와 같은 전제에서 이루어진 이 사건 재심판정은 적법하고, 원고의 위 주장은 이유 없다.

제4장
징계와
징계해고

다) 기업별 단위노동조합과 사용자가 체결한 단체협약에서 징계위원회를 노사 각 위원으로 구성하기로 정하면서 근로자 측 징계위원의 자격에 관하여 아무런 규정을 두지 않은 경우, 그 근로자 측 징계위원은 사용자 회사에 소속된 근로자에 한정되는 것으로 해석하여야 함

【대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3*** 판결】

기업별 단위노동조합과 사용자가 체결한 단체협약에서 징계위원회를 노사 각 3명의 위원으로 구성하기로 정하면서 근로자 측 징계위원의 자격에 관하여 아무런 규정을 두지 않은 경우, 그 근로자 측 징계위원은 사용자 회사에 소속된 근로자에 한정된다고 해석하여야 한다. 나아가 기업별 단위노동조합이 그 단체협약을 체결한 후 산업별 단위노동조합의 지부 또는 분회로 조직이 변경되고 그에 따라 그 산업별 단위노동조합이 단체협약상의 권리·의무를 승계한다고 하더라도, 노동조합의 조직이 변경된 후 새로운 단체협약이 체결되지 아니하였다면 근로자의 징계절차에는 기업별 단위노동조합일 때 체결된 단체협약이 그대로 적용되어야 하므로 그 징계절차에 있어서도 근로자 측 징계위원은 사용자

932) 1심 판결(서울행정법원 2012. 8. 16. 선고 2011구합40*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 7. 25.자 2013두7*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

회사에 소속된 근로자에 한정되어야 한다.

원심은 그 판시 사정을 종합하면, 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고만 한다)이 참가인 소속 근로자가 아닌 전국○○노동조합 □□지부 소속 J, 오○○를 근로자 측 징계위원으로 받아들이지 않은 데 잘못이 있다고 할 수 없고 이 사건 노동조합이 스스로 징계위원 선정을 포기 또는 거부한 것으로 보아야 하므로 이 사건 징계를 위한 징계위원회 구성에 단체협약 제22조 제1항을 위반한 위법이 없다고 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같은 징계위원회 구성에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

아. 기타

정직 징계처분과는 별도의 해고 징계처분을 할 경우 정직의 징계와는 별도로 징계위원회를 개최한 다음 근로자에게 소명의 기회를 부여해야 하는 것이 원칙이며, 정직 징계를 위한 징계위원회를 개최하였다고 하여 해고에 대한 징계위원회의 개최·심의 없이 이루어진 징계처분은 절차적 하자가 있어 무효임(서울행정법원 2019. 4. 26. 선고 2018구합 64*** 판결)

10.5 사전동의 또는 사전협의 규정 관련 판례

가. 법원은 단체협약 등에 징계의결 시 노동조합의 사전동의(합의)를 받도록 규정되어 있다 하더라도, 피징계자가 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백하고, 사용자가 노조 측과 합의를 시도하는 노력을 하였음에도, 노조 측이 합리적 이유 없이 일방적으로 징계에 반대한 경우에는 노조 측의 사전동의(합의) 없이 행한 징계처분도 유효하다고 봄

【 대법원 1993. 8. 24. 선고 92다34*** 판결 】

이 사건의 경우 단체협약에서 노동조합 간부에 대한 징계해고에 노동조합의 사전 합의를 받도록 규정을 하면서도 단체협약이나 기타 인사관계 규정에 그 사전 합의의 구체적 절차나 방식에 관하여 아무런 규정이 없고, 징계대상 근로자는 노동조합의 수석부위원장으로서 장기간 불법파업을 주도함으로써 사용자에게 대하여 직접적으로 막대한 재산상 손해를 입혔고, 국가보안법위반죄를 저질러 구속 영장의 집행을 피하려고 도피하여 53일 동안 무단결근을 하였으며, 또 위 죄로 제1심법원에서 징역 1년 6월에 집행유예 3년과 자격정지 1년 6월의 형을 선고받아 상벌규정 제13조 제5호 소정의 징계면직 사유인 “종업원이 7일 이상 무단결근한 경우”에 해당함이 객관적으로 명백하고, 노동조합 측 징계위원들도 사용자 회사로부터 위 근로자에 대한 징계위원회의 개최통보를 받아 위와 같은 사정을 충분히 알고 있었으며 사용자 회사는 노동조합 측과의 합의를 이루기 위하여 징계위원회의 개최를 한 차례 연기하기까지 하면서 노동조합 측과 합의를 시도하는 등 노력을 다하였는데도, 노동조합 측은 사전 합의에 거부하고 그 징계위원 전원은 위 징계위원회의 심의과정에서 합리적 근거나 이유제시도

없이 일방적으로 위 근로자에 대한 징계에 반대함으로써 노사 간의 합의에 이르지 못하였다는 것인 바, 사정이 위와 같다면 노동조합 측은 위 인사합의조항에 기한 합의거부권을 남용한 것이라 봄이 상당하므로, 사용자 회사가 비록 노동조합과의 사전 합의에까지는 이르지 못한 채 위 근로자에 대한 이 사건 징계면직을 하였다고 하여도 유효하다고 보아야 할 것이다.

나. 단체협약 등에 징계의결 시 노동조합의 사전동의(합의)를 받도록 규정되어 있더라도, 노동조합이 사전합의권을 남용하거나 사전합의권의 행사를 스스로 포기하였다고 인정되는 경우에는 합의 없이 한 인사처분도 유효하다고 봄. 이때 노동조합이 사전합의권을 남용한 경우라 함은, 노동조합 측에 중대한 배신행위가 있고 이로 인하여 사용자의 절차의 흠결이 초래되었다거나, 인사처분의 필요성과 합리성이 객관적으로 명백하며, 사용자가 노동조합 측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합이 무작정 인사처분에 반대하는 등의 사정이 있는 경우를 말함

【 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38*** 판결 】

단체협약의 인사협의(합의) 조항에 노동조합 간부의 인사에 대하여는 사전‘협의’를, 조합원의 인사에 대하여는 사전‘협의’를 하도록 용어를 구분하여 사용하고 있다면, 교섭 당시 사용자의 인사권에 대하여 노동조합 간부와 조합원을 구분하여 제한의 정도를 달리 정한 것으로 보아야 하고, 그 정도는 노동조합 간부에 대하여는 조합원에 대한 사전협의의 경우보다 더 신중하게 노동조합 측의 의견을 참작하여야 한다는 정도의 차이만 있는 것으로 볼 수는 없는 것이므로, 조합원에 대한 인사권의 신중한 행사를 위하여 단순히 의견수렴절차를 거치라는 뜻의 사전‘협의’와는 달리, 노동조합 간부의 인사에 대하여는 노동조합과 의견을 성실하게 교환하여 노사 간에 ‘의견의 합치’를 보아 인사권을 행사하여야 한다는 뜻에서 사전‘합의’를 하도록 규정한 것이라고 해석하는 것이 타당하다(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50*** 판결 등 참조). 그리고 정리해고는 근로자에게 귀책사유가 없는데도 사용자의 경영상의 필요에 의하여 단행되는 것으로서, 정리해고의 대상과 범위, 해고 회피 방안 등에 관하여 노동조합의 합리적인 의사를 적절히 반영할 필요가 있고, 노사 쌍방 간의 협상에 의한 최종 합의 결과 단체협약에 정리해고에 관하여 사전‘협의’와 의도적으로 구분되는 용어를 사용하여 노사간 사전‘합의’를 요하도록 규정하였다면, 이는 노사 간에 사전‘합의’를 하도록 규정한 것이라고 해석함이 상당하고, 다른 특별한 사정 없이 단지 정리해고의 실시 여부가 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항이라는 사정을 들어 이를 사전‘협의’를 하도록 규정한 것이라고 해석할 수는 없다. 한편 사용자가 위와 같이 인사처분을 함에 있어 노동조합의 사전 동의나 승낙을 얻어야 한다거나 노동조합과 인사처분에 관한 논의를 하여 의견의 합치를 보아 인사처분을 하도록 단체협약 등에 규정된 경우에는 그 절차를 거치지 아니한 인사처분은 원칙적으로 무효로 보아야 할 것이지만, 이처럼 사전합의조항을 두고 있다고 하더라도 사용자의 인사권이 어떠한 경우라도 노동조합의 동의나 합의가 있어야만 행사할 수 있는 것은 아니고, 노동조합이 사전합의권을 남용하거나 스스로 사전합의권의 행사를 포기하였다고 인정되는 경우에는 사용자가 이러한 합의 없이 한 인사처분도 유효하다고 보아야 한다. 여기서 노동조합이 사전합의권을 남용한 경우라 함은 노동조합 측에 중대한 배신행위가 있고 이로 인하

여 사용자 측의 절차의 흠결이 초래되었다거나, 인사처분의 필요성과 합리성이 객관적으로 명백하며, 사용자가 노동조합 측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합 측이 합리적 근거나 이유제시도 없이 무작정 인사처분에 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다는 등의 사정이 있는 경우에 인정된다 할 것이다.

다. 징계위원회 구성에 사측과 노동조합 측 위원이 각각 절반을 차지하도록 하면서 참석위원의 2/3 이상의 찬성으로 해고를 의결하도록 정한 해고의결조항은 해고의 사전 합의조항과 규정방식에서의 차이가 있을 뿐, 결국 노동조합 측의 동의가 필요하다는 점에서 유사한 측면이 있으므로 노동조합 측 위원들이 징계의결권 행사를 남용하였는지 여부를 판단하는 경우에도 해고의 사전합의조항과 관련된 법리를 유추 적용할 수 있을 것임

【서울고등법원 2013. 10. 24. 선고 2013누12*** 판결⁹³³⁾】

노사 간의 협상을 통해 사용자가 그 해고 권한을 제한하기로 합의하고 노동조합이 동의할 경우에 한하여 해고권을 행사하겠다는 의미로 해고의 사전합의조항을 단체협약에 두었다면, 그러한 절차를 거치지 아니한 해고처분은 원칙적으로 무효이다. 다만, 단체협약에 해고의 사전합의조항을 두고 있다고 하더라도 사용자의 해고 권한이 어떠한 경우를 불문하고 노동조합의 동의가 있어야만 행사할 수 있다는 것은 아니고, 노동조합이 사전동의권을 남용하거나 스스로 사전동의권을 포기한 것으로 인정되는 경우에는 노동조합의 동의가 없더라도 사용자의 해고권 행사가 가능하나, 여기서 노동조합이 사전동의권을 남용한 경우라 함은 노동조합 측에 중대한 배신행위가 있고 그로 인하여 사용자 측의 절차의 흠결이 초래되었다거나, 피징계자가 사용자인 회사에 대하여 중대한 위법행위를 하여 직접적으로 막대한 손해를 입히고 비위사실이 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백하며 회사가 노동조합 측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합 측이 합리적 근거나 이유 제시도 없이 무작정 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다는 등의 사정이 있는 경우에 인정되므로, 이러한 경우에 이르지 아니하고 단순히 해고사유에 해당한다거나 실체적으로 정당성 있는 해고로 보인다는 이유만으로는 노동조합이 사전동의권을 남용하여 해고를 반대하고 있다고 단정하여서는 아니 된다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두8788 판결 등 참조). …(중략)… 징계해고의 경우에는 2/3 이상의 찬성으로 의결하도록 함으로써 이 사건 노동조합 측 징계위원이 일정 수 이상 찬성을 하는 경우에만 이루어질 수 있도록 하고 있는바(이하 징계위원회 구성에 사측과 노동조합 측 위원이 각각 절반을 차지하도록 하면서 참석위원의 2/3 이상의 찬성으로 해고를 의결하도록 정한 조항을 ‘해고의결조항’이라 한다). 이러한 해고의결조항은 위 가)항에서 본 해고의 사전합의조항과 규정방식에서의 차이가 있을 뿐, 결국 노동조합 측의 동의가 필요하다는 점에서 유사한 측면이 있으므로 이 사건에서도 앞서 본 해고의 사전합의조항과 관련된 법리를 유추적용할 수 있다고 보인다. 따라서 해고의결조항이 단체협약에 존재하는 경우 그러한 절차를 거치지 아니한 채 징계해고처분을 하는 것은 무효이고, 다만, 노동조합 측 위원들이 징계의결권 행사를 남용하거나 스스로 포기한 것으로 인정되는 경우에는 예외적으로 징계해고처분을 할 수도 있다고 보아야 한다.

933) 1심 판결(서울행정법원 2013. 4. 12. 선고 2012구합27*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 2. 28.자 2013두24*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

라. 노동조합이 최소한의 징계를 요청하였을 뿐 징계 자체를 반대하거나 징계위원회 개최·심의를 방해하지는 않은 경우는 사전합의권 남용이라 볼 수 없음

【서울고등법원 2012. 11. 28. 선고 2012누1*** 판결⁹³⁴⁾】

참가인을 비롯하여 위 각 쟁의행위를 계획·주도한 노조 간부들에 대한 징계와 관련한 원고의 의견제시 요구에 대하여 이 사건 노조는 최소한의 징계를 요청하였을 뿐 참가인을 비롯한 노조 간부들의 징계회부 자체를 반대하거나 징계위원회의 개최 또는 심의를 방해하는 등의 행위를 하지 아니한 점, 박○○은 이 사건 노조 대표 자격으로 참가인에 대한 징계위원회에 출석하였고 그 의결과정에서도 정직 3월의 의견을 제시하여 참가인에 대한 징계 자체를 거부하지는 않은 점, 비록 참가인의 비위행위가 징계사유에 해당하고 무겁기는 하지만 박○○이 제시한 정직 3월의 의견이 신의칙에 반하는 정도에 이르렀다고 보기 어려운 점 등에 비추어 보면 이 사건 단체협약상의 사전합의권이나 의결권을 남용하였다고 보기 어렵다.

마. 단체협약에 “징계위원회 결정통지서에는 노조 위원장과 사용자 대표의 날인이 있어야 유효하다”라는 규정이 있는 경우, 노사합의를 의미하는지 노사협의를 의미하는지는 일률적으로 말할 수 없고, 규정 마련의 취지 등을 고려하여 종합적으로 해석해야 함

【서울고등법원 2010. 12. 21. 선고 2010누11*** 판결⁹³⁵⁾】

참가인 회사가 원고에게 보낸 해고통보서에 노조위원장의 날인이 누락되어 있는 것이 이 사건 해고를 무효로 할 만한 절차상 하자로 볼 수 있는지 여부에 관하여 본다.

단체협약에 정하여진 해고에 관한 절차위반이 그 해고를 무효로 하느냐 여부는 일률적으로 말할 수는 없다(대법원 1994. 3. 22. 선고 93다28*** 판결 참조).

근로자에 대한 인사권은 원칙적으로 사용자인 참가인 회사에게 있을 뿐 아니라, 참가인 회사의 단체협약 역시 제22조 제1항에서 징계위원회를 대표이사, 상무, 업무부장, 관리자로 구성하고 노동조합 측에게는 변론권 내지 변론 기회만을 주고 있는 점, 이 사건 단체협약 부칙 제1의 마.항은 “회사의 징계사항은 노사 간 체결한 단협 및 취업규칙에 의하여 징계위원회 결정에 따른다”고 규정하고 있는 점, 갑 제17호증의 1.의 기재에 의하면 참가인 회사의 노사 양측은 이 사건 단체협약 부칙을 체결하면서 징계에 관한 사항은 징계위원회 결정에 따르되 참가인 회사가 징계절차를 거치지 않고 징계를 남발하는 것을 막기 위하여 이 사건 단체협약 부칙 제1의 바.항 규정을 마련한 사실을 인정할 수 있는 점 등을 고려하면 이 사건 단체협약 부칙 제1의 바.항에서 징계결정통지서에 노사 양 대표의 날인을 요구한 것은 참가인 회사가 징계를 함에 있어 ‘노동조합과 의사의 합치를 보아야 한다’라는 의미라기 보다는 조합원에 대한 참가인 회사의 자의적인 인사권이나 징계권의 행사를 방지하려는 취지에서 인사나 징계의 공정을 기하기 위하여 근로자에 대한 징계절차가 완전히 마무리되기 전에 노동조합장에게 징계결과를 미리 알려줌으로써 노동조합 측의 징계과정에서의 변론 내지는 필요한 의견을 제시할 기회를 보장하고 제시된 노동조합의 의견을 참고로 하여 최종적인 징계가 이루어지도록 유도하기 위한 규정이라고 해석함이 상당하다. 따라서, 징계결정통지서에 위 ○○○의 날인이 누락되었다고 하더라도 그것만으로 해고절차 위반으로서 무효가 된다고 볼 수 없다.

제4장
징계와
징계해고

934) 1심 판결(서울행정법원 2012. 4. 26. 선고 2011구합21*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 4. 25.자 2013두1*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

935) 동 사건은 대법원(대법원 2012. 3. 29.자 2011두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

10.6 징계재심절차 관련 판례

가. 징계재심절차를 반드시 거쳐야 하는지 여부

1) ‘변명기회 부여’와 관련한 재심절차 규정이 없는 경우

가) 징계재심절차에서 소명기회 부여와 관련한 별도의 규정이 없는 경우에는 소명 기회를 부여하지 않았다고 하더라도 징계는 유효하다고 봄

【서울고등법원 2005. 5. 12. 선고 2004누9*** 판결】

무릇 인사규정 등에 징계처분에 대한 재심절차에서 징계대상자에게 진술의 기회를 부여한다는 규정이 없는 이상 재심의 절차에서 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하지 않고 진행되었다고 하여 무효라고 할 수 없다(대법원 1995. 7. 14. 선고 94누11*** 판결 참조) 할 것이다.

사용자의 ‘○○○○○○○변상업무처리준칙’에 의하면 그 제27조 제1항에 징계사항을 의결할 때에 해당 징계대상자를 인사위원회에 출석시켜 소명기회를 부여하도록 규정하고 있을 뿐 나아가 징계처분에 대한 재심절차에서 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하여야 한다는 규정은 없고, 달리 이러한 기회를 부여하여야 한다는 별도의 규정이 있음을 인정할 증거도 없는바, 사용자가 근로자에 대한 징계의결을 함에 있어 근로자를 출석시켜 소명기회를 부여하였음은 앞서 본 바와 같으므로 사용자가 재심절차에서 근로자에게 소명기회를 부여하지 아니하였다 하여 징계절차가 무효라고 할 수는 없으니 결국 징계절차상의 위법이 있다는 근로자의 주장은 이유 없다.

나) 징계의결과 징계재심의결을 같은 인사위원회에서 담당하는 경우, ‘인사위원회에서 진술할 기회를 부여한다’는 규정은 징계재심절차에도 그 적용이 있다고 봄(위 ‘가’) 사례와 비교)

【대법원 2006. 12. 22. 선고 2004두12*** 판결】

사용자의 상벌규정은 인사위원회는 징계대상직원의 의사에 따라 징계혐의사실에 관한 소명서를 제출받거나 인사위원회에 직접 출두시켜 징계혐의사실에 관하여 진술할 수 있는 기회를 주어야 한다고 규정하면서(제10조 제1항), 징계대상직원이 정당한 사유 없이 출석하지 아니하거나 소명서를 제출하지 아니한 경우에는 소명의 기회를 포기한 것으로 간주한다고 규정하고 있고(제10조 제3항), 한편 피징계자는 징계통고 시각으로부터 48시간 이내에 인사관리부서에 서면으로 재심을 청구할 수 있는데(제11조 제1항), 재심신청이 접수되면 당해 안건의 재심을 인사위원회 위원장에게 통보하여 재심의 를 의뢰하고(제11조 제2항), 인사위원회 위원장이 인사위원회를 소집하여 재심의하도록 규정(제11조 제3항)되어 있음을 알 수 있으므로, 인사위원회의 심의절차를 규정한 상벌규정 제10조 제1항 및 제3항은 같은 인사위원회가 담당하는 징계재심절차에도 그 적용이 있다고 할 것임에도 원심이 사용자의 상벌규정 등에 재심절차에서 징계대상자에게 진술의 기회를 부여한다는 규정이 없다고 판단한 것은 잘못이라 할 것이다.

다) 징계재심절차는 소명기회의 부여가 그 절차의 핵심인 점 등을 고려하면, **단체협약상의 징계절차 중 징계재심절차에서 달리 정하고 있지 않는 부분**(징계위원회 개최 사전통보 및 소명기회 부여 규정)은 **초심 징계절차에 관한 규정이 그대로 적용**된다고 봄

【서울고등법원 2013. 1. 17. 선고 2012누19*** 판결⁹³⁶⁾】

징계의 절차에 관한 이 사건 단체협약 제23조는 징계사유의 조사, 징계위원회의 개최 시 통보, 소명 기회 부여 및 의결정족수, 징계양정의 감경, 징계절차의 중지, 징계시효 등에 관하여 규정하고 있고, 반면, 단체협약 제25조는 징계 재심에 관하여 규정하면서 재심청구 기간과 재심청구로 인한 징계 효력의 정지, 개최일시 및 징계결과의 통보 일시에 관한 내용만을 규정하고 있어, 징계 재심절차에서 위 사항 외의 의결정족수, 징계절차의 중지 등은 단체협약 제23조에 따를 수밖에 없는 점, 단체협약 제25조 제3항은 재심 징계위원회는 재심의 요청을 받은 날로부터 15일 이내에 징계위원회를 ‘재개최’하도록 규정하고 있는 점, 징계 재심은 징계혐의자가 초심 징계의 부당성을 주장하여 그에 대한 재판단을 구하는 것으로서 소명기회의 부여가 재심절차의 핵심이라 할 것인 점 등을 고려하면, 징계절차 중 이 사건 단체협약 제25조에서 달리 정하고 있지 않는 부분에 관하여는 제23조가 그대로 적용된다고 봄이 타당하므로, 징계위원회 개최 사전 통보 및 소명의 기회 부여에 관한 단체협약 제23조 제3항, 제4항은 재심징계절차에 관하여도 적용된다.

2) ‘징계재심위원회 구성’과 관련한 재심절차 규정이 없는 경우

징계재심위원회의 구성과 관련한 절차규정이 없더라도 징계절차에 관한 단체협약상 **일반규정이 적용**되므로 이에 위반하여 노조대표를 참석시키지 않고 진행된 징계재심절차는 무효임

【서울고등법원 2007. 10. 19. 선고 2007누12*** 판결⁹³⁷⁾】

단체협약 제39조에는 ‘회사의 징계결정에 이의가 있을 때 해당 조합원은 징계결정 통보를 받은 날로부터 15일 이내에 이의를 제기할 수 있으며 이의가 제기되면 회사는 해당 조합원 및 관할 대의원이 참석한 가운데 징계위원회를 열어 7일 이내에 재심을 해야 하며 3일 이내에 결정사항을 서면으로 통보하여야 한다’라고 규정되어 있으나, 징계재심위원회 절차 및 징계인원구성에 있어서 특별한 사정이 없는 한 징계심의에 관한 일반규정인 단체협약 제37조가 그대로 적용된다고 보아야 할 것인바, 근로자에 대한 징계재심절차에 적합한 노조대표자인 최○○ 및 관할 대의원의 참석 없이 이루어진 징계재심절차도 하자가 있다고 할 것이다.

936) 동 사건은 대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3*** 판결로 확정됨

937) 동 사건은 대법원(대법원 2008. 1. 17.자 2007두23*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

나. 징계재심절차에 중대한 하자가 있는 경우

1) 재심청구 내용 및 입증자료가 징계원심에서 소명한 내용과 거의 유사하다는 이유만으로 재심청구를 각하한 경우 이는 재심절차를 거치지 않은 중대한 절차상 하자에 해당함

【서울고등법원 2012. 8. 29. 선고 2012누5*** 판결⁹³⁸⁾】

참가인의 인사규정에 제85조, 제86조, 회원조합징계·변상업무처리규정(예) 제29조에 의하면, 징계재심은 징계원심과 동일하게 인사위원회가 담당하기는 하나, 인사위원회는 위원장을 포함하여 7인 이상 9인 이내로 구성되고 재적위원 2/3 이상의 출석으로 개의하여 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하도록 규정하고 있어 징계원심에 출석하였던 위원과 징계재심에 출석한 위원이 항상 같다고 볼 수는 없다. 뿐만 아니라 설령 징계원심에 출석하였던 위원과 징계재심에 출석한 위원이 같고 근로자의 소명 내용이 징계원심에서의 그것과 동일하다 하더라도, 징계재심절차에서 징계사유의 존부와 징계양정에 관하여 반드시 징계원심의 결정과 같게 할 것이라고 단정할 수도 없다.

여기에 회원조합징계·변상업무처리규정(예) 제28조 제1항에서 정한 재심청구 각하 사유의 규정 내용 등 제1심 판결이 들고 있는 여러 사정 등을 종합하여 보면, ‘서류미비 또는 입증자료 불비(제2호)’는 다른 재심청구 각하사유에 준하는 것으로서 그 자체로 형식에 어긋나거나 입증자료를 전혀 구비하지 않는 등 명백히 재심청구의 형식적 타당성을 결여한 것으로 한정된다고 보아야 하고, 근로자의 재심청구 내용 및 입증자료가 징계원심에서 소명한 범위를 벗어나지 않는다는 사정만으로는 이에 해당한다고 볼 수 없다.

그런데도 중앙노동위원회는, 원고들의 재심청구 내용 및 입증자료가 징계원심에서 소명한 범위를 벗어나지 않는다는 이유만으로, 참가인의 인사위원장이 회원조합징계·변상업무처리규정(예) 제28조 제1항 제2호에 따라 원고들의 재심청구를 각하한 것은 정당하다고 하고 있어 위법하다.

2) 재심청구기간은 있으나 재심개최시기 규정이 없는 경우, 재심절차를 전혀 이행하지 않은 것은 물론, 상당한 기간이 지난 후에 징계재심이 이루어졌다면 징계절차의 중대한 하자임

【서울행정법원 2007. 9. 21. 선고 2007구합14*** 판결】

사용자는 2006. 5. 12. 이 사건 정직을 의결한 후 그로부터 7일이 경과한 날이자 이 사건 정직이 시행되기 전날인 2006. 5. 20.에야 근로자에게 이를 통보하였고, 근로자가 취업규칙에 따른 항고기간(재심청구기간) 내인 2006. 5. 23. 항고하자 이 사건 정직기간이 종료한 후인 2006. 9. 18.에 이르러서야 이 사건 정직에 대한 재심절차에 해당하는 중앙인사위원회를 개최하였던바, 비록 사용자의 관련 규정에 중앙인사위원회가 징계처분에 대한 항고를 언제까지 처리하여야 하는지에 관한 규정이 없다고 하더라도, ① 취업규칙상 징계처분에 대한 재심청구 기간이 ‘통지를 받은 날로부터 7일 이내’로 제한된 것은 징계처분의 효력을 조기에 확정함으로써 신분관계의 불안정을 제거하는 데 일차적인 목적이 있다고 보이므로, 재심청구에 대한 중앙인사위원회는 위 기간에 상응하는 상당한 기간 내에 개최되어야 할 것이지 그 개최시기에 아무런 제한이 없다고 볼 수 없는 점, ② 정직기간이 종료한 후에는

938) 동 사건은 대법원(대법원 2012. 12. 27.자 2012두20*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

객관적으로 해당 정직에 의한 피징계인의 손해가 이미 회복이 불가능하거나 어려울 수도 있고 피징계인 자신으로서도 해당 정직에 대하여 다룰 의사나 실익이 반감할 수도 있음을 감안할 때, 이미 기간이 종료한 정직에 대한 재심절차는 사실상 유명무실한 절차가 될 가능성이 큰 점, ③ 사용자는 합리적인 이유 없이 근로자에게 이 사건 정직을 최대한 늦게 통보하고 이 사건 정직의 종료 후까지 중앙인사위원회의 개최를 지연시킴으로써 의도적으로 이 사건 정직에 대한 실효적 재심절차의 기회를 박탈한 것으로 보이는 점 등 이 사건 변론에 나타난 제반 사정을 종합하면, 이 사건 정직은 재심절차가 전혀 이행되지 아니하였거나 재심절차에 중대한 하자가 있어 그 효력을 인정할 수 없는 징계절차상의 하자가 있다고 할 것이다.

3) 징계재심 청구일로부터 6개월이 경과하여 징계재심절차를 이행한 경우, 징계재심 청구사건이 50여건을 초과하여 전체적으로 지연되고 있는 등 지연에 상당한 이유가 있는 경우에는 징계재심절차의 중대한 하자로 볼 수 없음

【서울고등법원 2007. 7. 4. 선고 2006누23*** 판결】

사용자 공단의 인사규정에 의하면, 직원이 징계처분을 받고 그 처분에 이의가 있을 때에는 징계통지를 받은 날로부터 10일 이내에 중앙징계위원회에 재심을 청구할 수 있고, 재심의 요구 및 청구가 있을 때에는 접수한 날로부터 15일 이내에 심의하여 그 결과를 징계의결요구권자 및 청구자에게 통지하도록 규정하고 있는바, 이는 대상자에 대한 징계절차를 빨리 확정함으로써 근로자의 불안정한 신분 상태를 조속히 해소하려는 데 그 취지가 있는 것이므로, 회사로서는 적절한 재심 청구가 있을 경우 인사위원회를 소집할 수 없는 객관적인 사유가 있다거나 징계대상자의 이익을 위하여 또는 그의 귀책사유로 인하여 이의절차가 지연되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 소정기한 내에 아니면 적어도 상당한 기간 내에 인사위원회를 개최하여 원징계결정을 유지하거나 취소, 변경하는 결정을 하여야 할 것이다(대법원 1994. 1. 14. 선고 93다*** 판결 참조).

그런데 이 사건에 있어서 근로자가 2005. 3. 8. 재심청구에 이어 같은 달 14. 곧바로 이 사건 해고가 부당하다고 주장하며 ○○지방노동위원회에 구제신청을 제기하자 사용자 공단으로서도 이에 대응하여 해고의 정당성 및 적법성을 다룰 수밖에 없었고, 한편 근로자의 재심청구 무렵 사용자 공단의 징계에 대한 재심청구사건이 50여 건을 초과하여 재심청구건에 대한 처리가 전체적으로 지연되고 있었던 점에 비추어, 근로자에 대한 징계의 재심절차의 지연에 상당한 이유가 있다고 보여지고, 이후 사용자 공단이 2005. 9. 2. 근로자에 대한 중앙징계위원회를 개최함으로써 원징계처분에 대한 적법한 이의절차가 행하여졌다고 보아야 할 것이므로 이 사건 해고는 절차상으로도 정당하다.

제4장
징계와
징계해고

4) 어느 징계사유에 대한 원징계절차를 동일한 징계협의자의 다른 징계사유에 대한 징계재심절차와 함께 진행하는 것은 재심기회를 박탈하는 것으로서 절차상 중대한 하자에 해당하여 무효임

【서울고등법원 2007. 11. 22. 선고 2007누14*** 판결】

근로자가 2005. 8. 18.부로 근로자를 해고한다는 사용자의 징계처분(2005. 6. 26.자 업무방해행위 및 폭행행위가 징계대상 비위사실)에 대한 재심을 청구하자 사용자는 2005. 8. 25. 위 징계처분에 대한

재심절차와 2005. 7. 11.자 업무방해행위에 대한 징계심의절차를 통합하여 2005. 9. 1. 16:00에 그 각 절차를 위한 인사위원회를 개최하기로 결정한 후 2005. 9. 1. 근로자를 같은 달 15.자로 해고하기로 의결하였는데, 이는 사용자가 2005. 7. 11.자 업무방해행위에 대하여 징계절차를 진행하면서 근로자에게 단체협약 제50조 제5호에 의하여 보장되어 있는 징계처분에 대한 재심의 기회를 원천적으로 박탈한 징계절차상의 하자가 있으므로 사용자의 2005. 7. 11.자 업무방해에 대한 징계절차는 무효이다.

5) 단체협약에 재심청구사유를 징계절차에 대한 이의로 명백히 한정하고 있는 경우, 징계사유 및 양정에 대한 이의에 기한 징계재심청구를 받아들이지 않았다 하더라도 절차상 하자는 없다고 봄

【서울행정법원 2006. 12. 12. 선고 2006구합27*** 판결】

단체협약 제22조 제4호는 징계절차 중 재심사유와 관련하여 ‘징계절차에 이의가 있을 시’로 규정하면서 재심이 가능한 경우를 징계절차에 이의가 있는 경우로 명백히 한정하고 있으므로, 위 규정을 근로자의 주장과 같이 징계의 사유와 양정 전반에 대한 이의제기를 보장하기 위한 규정이라고 해석할 수 없다.

근로자가 재심을 신청하면서 들고 있었던 사유는 징계절차에 대한 것이 아니라 징계사유의 존부에 관한 것이므로, 사용자가 그와 같은 사유가 징계절차에 해당하지 아니한다는 이유로 근로자의 재심 신청을 받아들이지 아니한 것이 위법하다고 볼 수 없다.

다. 징계재심절차에 의한 하자 치유

1) 원래의 징계절차의 징계위원 구성 등의 하자가 있더라도 재심과정에서 보완되었다면 징계절차상 하자는 치유된다고 봄

【서울고등법원 2007. 11. 27. 선고 2007누9*** 판결939)】

징계처분에 대한 재심절차는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분 절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계 과정 전부에 관하여 판단되어야 할 것이므로, 원래의 징계 과정에 절차 위반의 하자가 있더라도 재심 과정에서 보완되었다면 그 절차 위반의 하자는 치유된다(대법원 1993. 11. 9. 선고 93다17*** 판결, 1999. 3. 26. 선고 98두4*** 판결 등 참조).

이 사건 징계절차에서, 법인의 이사인 징계위원 수가 전체 위원 2분의 1 이상을 초과할 수 없다는 법 및 정관 규정을 벗어나 일반직 징계위원이 임명된 잘못이 있고, 또한 근로자가 징계요구권자인 이사장으로부터 징계사유를 기재한 설명서를 송부받지 못한 채 징계가 이루어지기는 하였으나, 징계재심위원이 징계위원 구성 비율에 대한 관계법령 규정에 맞게 구성되었고, 징계사유에 대하여 잘 알고 있는 근로자가 징계재심의결 기일의 출석통지를 받고 기일에 출석하여 자신에 대한 변명을 할 기회가 부여된 이상, 위와 같은 징계절차상의 하자는 모두 치유되었다고 할 것이다.

939) 동 사건은 대법원(대법원 2008. 3. 13.자 2007두26*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

2) 징계재심위원회가 노조 측 위원의 불참으로 대학 측 위원 5인만이 참석한 상태에서 진행되어 舊 단체협약에 따르면 의사정족수 미달이라는 중대한 하자가 있으나, 新 단체협약에 의하면 징계재심위원회는 총장이 임명하는 대학 측 5인과 노조 측 4인의 위원으로 구성하며 재적위원 과반수 출석에 출석위원 과반수 찬성으로 결의하게 되어 있으므로 노조 측 위원이 불참하였다고 하더라도 징계재심위원회의 개최나 진행에 어떠한 하자가 있다고 할 수 없어 징계절차상의 하자가 재심과정에서 보완된다고 보았음(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다70*** 판결)

10.7 해고의 서면통지의무 관련 판례

가. 해고사유의 서면 통지 관련 판례

1) 해고는 반드시 사유와 시기를 정확히 명시한 서면의 통지에 의해 이루어져야 하고, 그러한 절차를 거치지 않았다가 그 후에 해고사유와 소급된 해고시기를 기재한 서면을 통지하여 절차를 보완하는 것은 허용되지 않는다고 봄

【서울행정법원 2013. 7. 17. 선고 2013구합*** 판결940)】

근로기준법 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 효력이 있다고 규정하고 있는데, 이는 해고사유 등의 서면통지를 통해 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하게 함과 아울러 해고의 존부 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이다. 따라서 해고는 반드시 해고사유와 시기를 정확히 명시한 서면의 통지에 의해 이루어져야 하고, 먼저 그러한 절차를 취하지 않고 해고를 하였다가 그 후에 해고사유와 소급된 해고시기를 기재한 서면을 통지하여 그 절차를 보완하는 것은 허용할 수 없다.

2) 사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때는 근로자의 처지에서 해고의 사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있어야 하고, 특히 징계해고의 경우에는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위내용을 기재해야 하며 징계대상자가 위반한 단체협약이나 취업규칙의 조문만 나열하는 것으로는 충분하다고 볼 수 없음

【대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42*** 판결】

근로기준법 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 그 효력이 있다고 규정하고 있는데, 이는 해고사유 등의 서면통지를 통해 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하게 함과 아울러 해고의 존부 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이

940) 동 사건의 2심 판결은 서울고등법원 2014. 3. 19. 선고 2013누23*** 판결임(1심 내용 그대로 인용)(원고 상고 포기로 확정됨)

를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지라고 할 것이다. 따라서 사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때는 근로자의 처지에서 해고의 사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있어야 하고, 특히 징계해고의 경우에는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위내용을 기재하여야 하며 징계대상자가 위반한 단체협약이나 취업규칙의 조문만 나열하는 것으로는 충분하다고 볼 수 없다.

원심판결의 이유에 의하면, 원심은 그 판시 증거에 의하여 피고가 원고에 대한 징계를 위하여 인사소위원회에 출석을 요구하면서 보낸 통보서와 원고의 참여 없이 실시한 인사소위원회의 심의결과를 통지한 통보서, 2008. 11. 5.자 해고통보서의 각 기재내용 등에 관한 판시사실을 인정한 후, 위 서면 어디에도 구체적으로 원고의 어떠한 행위가 사규위반에 해당하여 징계사유와 해고사유가 되는지에 관한 내용이 전혀 기재되어 있지 아니한다는 이유로 피고의 원고에 대한 이 사건 해고에는 그 절차상 근로기준법 제27조를 위반한 위법이 있다고 판단하였다.

위에서 본 법리와 기록에 비추어 보면 이러한 원심의 사실인정과 판단은 정당하고 여기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 근로기준법 제27조에 관한 법리를 오해한 위법이 없으므로, 이 부분 상고이유는 받아들여지지 않는다.

3) 사용자가 해고통지서에 징계대상자가 위반한 취업규칙의 조문과 함께 개략적인 비위행위의 내용을 기재하였으나, 이것만으로는 근로자가 해고사유가 무엇인지 충분히 알거나 이에 대해 충분히 대응할 수 있는 상황이었다고 보기 어려움

【대전지방법원 2017. 8. 31. 선고 2017구합100*** 판결⁹⁴¹⁾】

마) 참가인 회사가 2016. 6. 7. 원고에게 교부한 해고통지서에는 ‘1. 근거규정 : 취업규칙 제84조 제14항 징계해고의 사유, 취업규칙 제95조 제2항 직장 내 성희롱 발생 시 조치, 2. 사유 : 취업규칙 제84조 제14항의 회사나 타인에 대하여 심히 부당한 행위를 하였다고 인정되며, 여러 명에게 다양한 언어 성희롱이 이루어짐으로 취업규칙 제95조 제2항 직장 내 성희롱 발생 시 조치에 의거함’이라고 기재되어 있었다.

바) 원고의 해고사유에 관한 내용이 담긴 참가인 회사 소속 직원들 작성의 진술서는 인사위원회 위원들에게만 제공되었고, 원고가 보지는 못하였다.

3) …(중략)… 보직해임의 인사발령서, 인사위원회 출석통보서나 해고통지서에 이 사건 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위 내용이 기재되어 있지 않았던 점(단지 원고의 비위행위를 추상적 유형으로 나열하거나 원고가 위반한 취업규칙의 조문만 나열하는 데 그쳤을 뿐이다), 원고는 보직해임 당시부터 이 사건 해고에 이르기까지 거듭하여 참가인 회사에게 해고사유를 명확히 밝혀달라는 요청을 하였는데 참가인 회사로부터 이를 명확히 듣지 못한 채 이 사건 해고를 당한 점 등을 종합하여 보면, 원고가 이 사건 해고 통보 당시 해고 사유가 무엇인지 구체적으로 알거나 이에 대해 충분히 대응할 수 있는 상황이었다고 보기 어렵다고 봄이 상당하다. 따라서 이 사건 해고는 근로기준법 제27조를 위반하여 무효라고 판단된다.

941) 대법원 2018. 7. 13.자 2018두40*** 판결(심리불속행 기각)로 확정됨

4) 시용근로관계에서 사용자가 본 근로계약 체결을 거부하는 경우에도 단순히 ‘시용기간의 만료로 해고한다’는 취지로만 통지하는 것은 절차상 하자가 있어 효력이 없고 해당 근로자로 하여금 그 거부사유를 파악하여 대처할 수 있도록 구체적·실질적인 거부사유를 서면으로 통지하여야 한다고 봄

【대법원 2015. 11. 27. 선고 2015두48*** 판결⁹⁴²⁾】

2) 위와 같은 근로기준법 규정의 내용과 취지, 시용기간 만료 시 본 근로계약 체결 거부 의 정당성 요건 등을 종합하여 보면, 시용근로관계에서 사용자가 본 근로계약 체결을 거부하는 경우에는 해당 근로자로 하여금 그 거부사유를 파악하여 대처할 수 있도록 구체적·실질적인 거부사유를 서면으로 통지하여야 한다고 봄이 타당하다.

나. 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어, 시용기간 중인 근로자에 대하여 본 근로계약 체결을 거부하는 경우 근로기준법 제27조 규정이 정한 바에 따라 실질적인 거부사유를 서면으로 통지하여야 함에도, 피고보조참가인이 원고에게 단순히 ‘시용기간의 만료로 해고한다’는 취지로만 통지한 것은 절차상 하자가 있어 효력이 없다고 판단한 다음, 이와 달리 시용근로관계에는 근로기준법 제27조 규정이 적용되지 않아 본 근로계약 체결 거부사유를 구두로 통지할 수 있고 서면통지 시에도 거부사유를 구체적으로 기재할 필요가 없다는 피고보조참가인의 주장을 모두 배척하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 시용근로관계에서의 해고 내지 본 근로계약 체결 거부 절차에 관한 법리를 오해하고 판단을 누락하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

제4장
징계와
징계해고

5) 징계사유 통보가 부적법하고 해고통보서에 징계사유의 구체적 적시가 없었더라도 징계대상자가 징계위원회에 출석하여 구체적인 징계사유를 통보받은 후, 그 징계사유에 대한 소명을 하였다면 그에 따른 해고처분을 징계절차의 하자로 인하여 무효라 할 수 없다고 봄

【서울행정법원 2013. 4. 18. 선고 2012구합24*** 판결⁹⁴³⁾】

(다) 해고사유의 미통지 및 무효인 서면통지로 인하여 이 사건 해고처분이 무효인지 여부 …(중략)… 참가인이 2011. 12. 27. 문자메시지로 이 사건 해고처분을 한 후, 2011. 12. 28. 해고통보서를 작성 및 발송하여 그 해고통보서가 2011. 12. 29. 원고 김○○에게 도달하였고, 해고통보서는 ‘교대자에 대한 고의성 연속적(6회) 연료 착복 후 적발’이라는 징계사유를 제외한 나머지 징계사유에 대하여 구체적 사실의 적시가 없이 단체협약 및 취업규칙의 조문만이 나열되었으나, 원고 김○○이 징계위원회에 출석하여 구체적인 징계사유를 통보받은 후, 그 징계사유에 대한 소명을 하였고, 참가인이 징계위원회의 의결에 따라 이 사건 징계해고를 하였으며, 해고통보서의 작성 및 송달이 이 사건 해고처분일로부터 불과 이틀 사이에 이루어진 이상 참가인의 해고통보서 작성 및 송달이 근로기준법 제27조의 입법취지에 반하여 이루어졌다고 할 수 없으므로 이 사건 해고처분이 근로기준법 제27조에 반하여 무효라고 할 수 없다.

942) 서울고등법원 2015. 6. 18. 선고 2015누35*** 판결

6) 징계 조사 관련 자료, 징계위원회 당시 회의 내용, 징계처분서 등에 기재된 징계 사유의 내용 등을 종합적으로 고려하여, 사회일반인의 관점에서 징계권자가 징계처분 당시 해당 비위행위를 그 징계사유에 포함하여 판단한 것으로 충분히 추단할 수 있고, 징계대상자인 근로자 역시 해당 비위행위가 징계사유에 포함되어 있다는 사실을 예측할 수 있어 방어권 행사에 지장을 초래하지 않았을 것으로 볼 수 있는 경우에 한해서 해당 비위행위를 징계사유에 포함시킬 수 있음

【서울행정법원 2019. 4. 26. 선고 2018구합64*** 판결】

이 사건 정직 징계처분서에는 징계사유가 포괄적·추상적으로 기재되어 있고 징계권자인 원고가 구제절차 내지 소송 과정에서 그 징계사유에 해당하는 것으로 볼 수 있는 구체적인 비위행위를 주장하고 있는 당해 사안의 경우, 해당 징계사유에 부합하는 비위행위를 무제한적으로 징계사유에 포함시킬 수 있는 것으로 본다면 해고의 존부 및 사유를 서면으로 명확하게 통지하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있도록 한 근로기준법 제27조의 취지에 반하는 결과가 된다. …(중략)… 그렇다면 징계 조사 관련 자료, 징계위원회 당시 회의 내용, 징계처분서 등에 기재된 징계사유의 내용 등을 종합적으로 고려하여, 사회일반인의 관점에서 징계권자가 징계처분 당시 해당 비위행위를 그 징계사유에 포함하여 판단한 것으로 충분히 추단할 수 있고, 징계대상자인 근로자 역시 해당 비위행위가 징계사유에 포함되어 있다는 사실을 충분히 예측할 수 있어 방어권 행사에 지장을 초래하지 않았을 것으로 볼 수 있는 경우에 한해서 해당 비위행위를 징계사유에 포함시킬 수 있다고 보아야 한다.

나. 해고시기의 서면 통지 관련 판례

1) 해고시기가 명시되어 있지 아니하나 해임처분장 말미에 ‘2010. 11. 23.’이라는 해임의결일이 기재되어 있고, 해당 일자에는 근로자의 해임을 결의하기 위한 인사위원회가 개최된 날이었으며 해당 일에 근로자도 인사위원회에 참석하였고, 해임이 결의되었으며 그로부터 6일 뒤 근로자가 ‘2010. 11. 23.’이라는 날짜가 기재된 해임처분장을 송달받는 등 근로자가 해임시기를 확정하는 데 곤란을 겪었던 사정이 없었다면 이를 들어 해고시기를 명시하지 않은 절차상 위법이 있다고 보기는 어려움

【대법원 2013. 7. 26. 선고 2012두18*** 판결】

원심은 제1심판결을 일부 인용하여 판시 사실을 인정한 다음, 사용자가 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지할 때는 근로자의 처지에서 해고사유가 무엇인지, 해고시기가 언제인지를 구체적으로 알 수 있어야 한다고 전제한 후, ‘해고시기’는 해고의 효력을 발생시키고자 하는 시기를 말하므로 해고처분 이후에 서면통지를 한 경우는 해고의 효력이 인정될 수 없고, 해고사유만 명시하고 해고시기를 명

943) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 3. 27.자 2013두26*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

시하지 않으면 해고의 효력이 인정될 수 없는데, 원고에 대한 해임처분장 말미에 '2010. 11. 23.'이라는 기재가 있기는 하나, 이는 참가인이 원고에 대한 이 사건 징계해임을 내부적으로 결정한 일자를 표시한 것에 불과하고, 참가인이 2010. 11. 26. 위 해임처분장을 발송하여 2010. 11. 29. 원고가 위 해임처분장을 수령한 사실이 인정되므로, 이와 같은 해임 결정일자(2010. 11. 23.)의 기재만으로는 근로기준법상 해고시기를 서면으로 통지한 것으로 인정할 수 없고, 결국 해고사유만 명시하고 해고시기를 명시하지 않은 이상 이 사건 징계해임은 그 절차상 위법으로 효력이 없다고 판단하였다.

그러나 원심의 위와 같은 판단은 앞서 본 법리에 비추어 쉽게 수긍할 수 없다.

기록에 의하면, 원심 판시와 같이 원고에 대한 해임처분장 말미에 원고에 대한 해임의결일로 기재되어 있는 2010. 11. 23.은 원고가 직위해제된 때로부터 3개월이 경과하도록 업무를 부여받지 못하자 참가인의 인사관리규정 제23조 제1항 제3호에 의하여 원고에 대한 해임을 결의하기 위한 참가인의 제26차 상임인사위원회가 개최된 날인 사실, 원고는 그 날 위 상임인사위원회에 참석하였고, 위 상임인사위원회에서 그날 원고에 대한 해임을 결의한 사실, 그로부터 6일 뒤에 원고가 '2010. 11. 23.'이라는 날짜 기재와 함께 참가인 사장의 직인이 찍힌 해임처분장을 송달받은 사실, 위 해임처분장에는 징계사실이 상세하게 기재되어 있는 사실 등을 알 수 있다. 그렇다면 참가인으로서 해임결의일자 위 해임처분장에 기재된 2010. 11. 23.을 해임일로 특정하였다고 할 것이고, 원고도 위 해임처분장의 기재에 의하여 해임일을 2010. 11. 23.로 알았을 것으로 보이며, 기록상 다른 날짜를 해임일로 볼만한 사정도 엿보이지 않는 것은 물론, 원고가 이 사건 해임처분의 효력을 다투어 그 해임시기를 확정하는 데 곤란을 겪거나 그로 인하여 해임처분에 적절히 대응할 수 없었던 사정도 발견되지 아니한다.

그런데도 이 사건 징계해임은 해고시기를 명시하지 않은 절차상 위법으로 효력이 없다고 판단한 원심판결에는 해고시기와 관련한 근로기준법 제27조의 해석에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이 점을 지적하는 이 부분 상고이유 주장은 이유 있다.

2) 해고의 '서면통지에 기재된 해고시기'와 '해고의 서면통지의 도달시기'가 다른 경우, 특히 기재된 해고시기를 도과하여 근로자에게 해고의 서면통지가 도달된 경우 대부분의 판례는 기재된 해고시기에 해고의 효력이 발생한다고 보고 있음

【서울행정법원 2009. 9. 3. 선고 2009구합13*** 판결】

앞서 본 바와 같이 참가인은 원고를 징계함에 있어 2008. 9. 26. 상벌위원회를 개최하여 원고에게 소명기회를 부여한 가운데 30일분의 통상임금을 지급하고 즉일 해고하기로 의결하였으며, 같은 날 원고에게 징계사유, 처벌조항, 처분결과, 일시 등이 기재된 징계처분장(갑 2호증)을 원고에게 발송한 사실을 알 수 있는바, 그렇다면 징계처분장에 기재된 '2008. 9. 26.'은 즉일 해고의 일자에 해당하는 것으로 봄이 상당하므로, 참가인이 이 사건 해고를 함에 있어 그 해고시기가 명시되지 아니한 서면으로 원고에게 해고를 통지한 절차적 하자가 있다고 볼 수 없다.

다. '서면'의 범위 관련 판례

1) 서면은 '원칙적으로 종이로 된 문서'를 의미함

【서울행정법원 2012. 10. 11. 선고 2012구합14*** 판결⁹⁴⁴⁾】

근로기준법 제27조 소정의 ‘서면’이란 원칙적으로 해고의 의사표시와 그 사유, 시기가 기재된 ‘증이로 된 문서’를 의미하고, 이메일 등 전자문서는 회사가 전자결재체계를 완비하여 전자문서로 모든 업무의 기안·결재·시행 과정을 관리하는 경우나, 근로자가 원거리에 있는 등의 사정으로 이메일을 통하여 모든 업무를 처리하는 과정에서 해고의 의사표시가 담긴 문서파일을 첨부하여 이메일로 발송하는 등 특별한 사정이 있는 경우 이외에는 위 법조항상 ‘서면’에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다.

2) 원칙적으로 해고의 서면통지의 ‘서면’이 일정한 내용을 적은 문서를 의미하고 이메일 등의 전자문서와 구분되나 전자문서법 제4조⁹⁴⁵⁾에 따르면 전자문서의 효력은 종이 형태의 서면과 다를 바 없으며 서면에 의한 해고통지의 역할과 기능을 충분히 수행하고 있다면 근로기준법 제27조의 입법취지에 부합하는 한 서면에 의한 해고통지로서 유효하게 볼 수 있음

【대법원 2010. 8. 6. 선고 2010다33*** 판결】

해고의 남발 방지 및 법률요건의 명확화라는 해고의 서면통지제도의 입법 취지로 볼 때, 사용자와 근로자는 해외연수기간 동안 이메일로 교신하여 왔고, 해고사실을 기재한 이메일만 발송한 것이 아니라 해고의 사유가 담긴 ‘인사위원회 의결통보서’를 첨부하여 발송하였으며, 근로자는 종전과 같이 이를 정상적으로 수신하여 확인하였다는 점을 종합하면, 이 사건에서 이메일은 사용자와 근로자 사이의 의사연락수단이자 사용자의 해고의 의사가 담긴 문서인 ‘인사위원회 의결통보서’를 근로자에게 전달하기 위한 방법이므로 이 사건 이메일에 의한 해고통지는 ‘서면’에 의한 통지이다. 따라서 해고통지에 하자가 있다는 근로자의 주장은 이유 없다.

【대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두41*** 판결】

(1) 징계절차의 적법성에 대하여

가. …(중략)… 여기서 ‘서면’이란 일정한 내용을 적은 문서를 의미하고 이메일 등 전자문서와는 구별되지만, ① 전자문서 및 전자거래 기본법(이하 ‘전자문서법’이라고 한다) 제3조는 ‘이 법은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 모든 전자문서 및 전자거래에 적용한다.’고 규정하고 있고, 같은 법 제4조 제1항은 ‘전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지 아니한다.’고 규정하고 있는 점, ② 출력이 즉시 가능한 상태의 전자문서는 사실상 종이 형태의 서면과 다를 바 없고 저장과 보관에 있어서 지속성이나 정확성이 더 보장될 수 있는 점, ③ 이메일(e-mail)의 형식과 작성 경위 등에 비추어 사용자의 해고 의사를 명확하게 확인할 수 있고, 이메일에 해고사유와 해고시기에 관한 내용이 구체적으로 기재

944) 대법원 2014. 2. 27.자 2013두24*** 판결(심리불속행 기각)

945) 전자문서 및 전자거래 기본법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

“전자문서”란 정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성, 송신수신 또는 저장된 정보를 말한다.

제4조(전자문서의 효력) ① 전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지 아니한다.

되어 있으며, 해고에 적절히 대응하는 데에 아무런 지장이 없는 등 서면에 의한 해고통지의 역할과 기능을 충분히 수행하고 있다면, 단지 이메일 등 전자문서에 의한 통지라는 이유만으로 서면에 의한 통지가 아니라고 볼 것은 아닌 점 등을 고려하면, 근로자가 이메일을 수신하는 등으로 그 내용을 알고 있는 이상, 이메일에 의한 해고통지도 앞서 본 해고사유 등을 서면 통지하도록 규정한 근로기준법 제27조의 입법취지를 해치지 아니하는 범위 내에서 구체적 사안에 따라 서면에 의한 해고통지로서 유효하다고 보아야 할 경우가 있다.

나. 원심판결 이유와 기록에 의하면, ① 원고는 그 사용자인 참가인이 개최한 징계위원회에 출석하여 구체적인 비위 내용을 통보받고 그에 대한 소명의 기회를 가진 사실, ② 참가인은 징계위원회 의결 결과에 따라 원고를 해고하기로 결정한 사실, ③ 원고는 징계위원회 종료 후 참가인에게 부당해고를 당했으니 구제신청을 확실하게 해야겠다며 비위 내용에 관련된 CCTV 자료 일체를 원고 본인에게 보내지 말고 원고의 대리인인 담당 노무사에게 보내라고 요청한 사실, ④ 참가인은 위 노무사에게 이메일로 참가인의 대표이사 인감이 날인된 징계결과통보서를 복사한 파일과 CCTV 관련 자료를 발송하였고, 노무사에게 전화하여 이메일 수신 여부를 확인한 사실, ⑤ 원고는 위 노무사로부터 징계결과통보서의 내용을 전달받고 ○○지방노동위원회에 구제신청을 하여 해고에 대응한 사실을 알 수 있다. 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 이메일에 의한 해고통지는 근로기준법 제27조 소정의 서면에 의한 해고통지로서 적법하다고 할 것이고, 이와 같은 취지로 판단한 원심판결에 상고이유 주장과 같은 법리오해의 잘못이 없다.

다. 한편 근로기준법 제27조는 해고사유와 시기를 서면으로 통지하여야 그 효력이 있다고 정하고 있을 뿐 그 서면의 형식을 별도로 정하고 있지 아니하다. 참가인이 원고에게 이메일로 보낸 '징계결과통보서'에는 해고사유와 시기가 구체적이고 명확하게 기재되어 있고, 원고가 이에 적절히 대응할 기회를 부여받은 이상 근로기준법 제27조가 정한 서면에 해당한다고 할 것이고, 그 명칭이 해고통지서가 아닌 징계결과통보서라는 이유만으로 위 서면에 해당하지 아니한다고 할 수 없다.

3) 휴대폰 문자메시지와 카카오톡 메시지는 서면에 해당하는 전자문서에 준하는 것으로 볼 수 없거나 해고의 서면통지 제한의 규정 취지에 부합하는 서면에 해당하지 않는다고 봄

【서울행정법원 2013. 9. 12. 선고 2012구합36*** 판결⁹⁴⁶⁾】

근로기준법 제27조 제1항의 '서면'이란 종이로 된 문서를 의미하고, 전자문서는 사용자가 전자결재체계를 완비하여 전자문서로 모든 업무의 기안, 결재, 시행과정을 관리하는 등 특별한 사정이 있는 경우 이외에는 위 조항의 '서면'에 해당된다고 볼 수 없는데, 이 사건 카페의 규모 및 영업의 종류 등 고려하면 이 사건 카페에서 원고와 참가인들 사이에 주고받는 휴대폰 문자메시지는 위와 같은 전자문서에 준하는 것으로 보기 어려운 점, 이 사건 카페에서 원고와 참가인들이 업무연락 수단으로 휴대폰 문자메시지만을 사용하였다거나, 장소적·기술적 이유 등으로 휴대폰 문자메시지 이외에 의사연락 수단이 없는 것으로 보이지 않는 점, 근로기준법 제35조는 근로기준법 제26조의 해고예고에 대한 예외를 규정한 것이어서 근로기준법 제27조는 적용되는 점 등에 비추어 보면, 휴대폰 문자메시지로 이 사건 해고를 통보한 것은 근로기준법 제27조 제1항이 규정한 서면에 의한 해고 통지로 볼 수 없으므로 이 사건 해고는 근로기준법 제27조 제2항에 따라 효력이 없다.

【서울행정법원 2014. 7. 4. 선고 2013구합29*** 판결⁹⁴⁷⁾】

해고의 의사표시는 상대방에게 도달되어야 효력이 발생하는데(민법 제11조), 사용자는 근로자를 해고하고자 하는 경우 해고사유 및 해고시기를 서면에 명시하여야 하며(근로기준법 제27조 제1항), 서면의 방식에 의하지 아니한 사용자의 해고는 효력이 없다(같은 조 제2항). 이는 사용자로 하여금 해고에 신중을 기하게 함과 아울러 해고의 존부 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁을 적정하고 용이하게 해결할 수 있도록 하고, 근로자 역시 해고에 적절히 대응할 수 있도록 하기 위한 것이므로 강행규정으로 봄이 상당하다.

그런데 원고의 남편인 송○○가 2013. 4. 16. 참가인에게 SNS 문자메시지로 2013. 4. 21.까지만 나오도록 하여 해고를 통지한 사실은 앞서 본 바와 같고, 위와 같은 방식은 서면에 의한 해고의 통지로 볼 수 없으므로 원고의 해고는 그 사유가 부당한지 여부에 대하여는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 효력이 없다.

라. 기타 판례

1) 사용자인 아파트 입주자대표회의가 관리규약과 주택법 시행령 소정의 절차를 거쳐 근로자에 대한 면직을 의결하였으나 의결 전에 해고통보서를 근로자에게 교부한 경우 이는 ‘해고’의 서면통지가 아니라 ‘해고예고’의 통지에 불과하므로 서면에 의한 해고 통지가 되었다고 볼 수 없다고 판단한 사례가 있음

【서울고등법원 2017. 5. 24. 선고 2016누81*** 판결⁹⁴⁸⁾】

이 사건 사용자가 2015. 10. 22. 원고에게 이 사건 해고통보서를 교부하기는 하였다. 그러나 앞서 본 바와 같이 이 사건 사용자가 입주자대표회의에서 원고에 대한 해고를 의결한 것은 2015. 11. 11.이고 이 사건 사용자가 위 해고 의결 후에는 원고에 대하여 서면에 의한 통지를 하지 아니하였음은 다툼이 없는바, 해고사유와 해고시기 등은 입주자대표회의에서의 의결에 의하여 비로소 확정되었다 할 것이므로, 이 사건 사용자가 입주자대표회의에서 의결을 하지도 아니한 상태에서 2015. 10. 22. 이 사건 해고통보서를 교부한 것은 그와 같이 해고를 하겠다는 예고 통지에 불과하다 할 것이어서, 이 사건 해고통보서를 교부를 서면에 의한 해고 통지라고 볼 수는 없다. 따라서 이 사건 해고에 관하여 서면에 의한 해고 통지가 되었다고 볼 수 없다.

2) 합의해지, 계약기간 만료, 당연퇴직의 형식을 띠는 ‘실질적 해고’의 경우에도 서면통지의무가 있다고 봄

946) 서울고등법원 2014. 7. 10. 선고 2013누32*** 판결(1심 판결을 그대로 인용하여 원고 항소 기각, 원고의 상고 포기로 확정)

947) 대법원 2016. 2. 3.자 2015두53*** 판결(심리불속행 기각)

948) 서울고등법원 2017. 5. 24. 선고 2016누81*** 판결[대법원 2017. 9. 28.자 2017두50*** 판결(심리불속행 기각)의 원심 판결] 이 사건은 사실관계의 특이성이 있는 사건으로 판례를 인용하고자 한다면 반드시 사실관계를 확인해야 할 사안임

【서울행정법원 2008. 12. 4. 선고 2008구합19*** 판결】

(1) …(중략)… 이 사건 운용준칙 제26조 제1항 제2호, 제2항은 근로자가 10일간 무단결근한 경우 10일째에 무단결근일 다음 날에 직권해직의 효력이 발생한다고 규정하고 있는바, 무단결근은 근로관계의 자동소멸사유에 해당하지 아니하고 운용준칙 제20조 제3호 소정의 징계사유에 해당하므로, 이에 따른 직권해직처분은 근로기준법 제23조 소정의 제한을 받는 해고이다.

(2) 근로기준법 제27조는 해고를 둘러싼 분쟁해결에 도움을 주고 해고시 신중을 기하도록 하기 위하여 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 해고가 유효하도록 규정하여 해고의 형식에 관하여 요식주의를 채택하고 있다.

위에서 본 바와 같이, 원고가 10일간 무단결근하였다는 이유로 직권해직한 것은 해고에 해당하므로, 참가인이 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야만 직권해직은 유효하게 된다. 그러나 위 인정사실에서 본 바와 같이 원고가 실제 직권해지처리일인 2007. 10. 15. 이전인 2007. 10. 12.자로 10일간 무단결근하여 운용준칙 소정의 직권해직사유에 해당한다 하더라도 참가인이 이 사건 직권해직을 서면으로 통지한 바 없으므로 이 사건 직권해직은 근로기준법 제27조 규정에 위반하여 무효로 보아야 할 것이다.

10.8 기타 판례

가. 단체협약의 조합원 범위가 과장급 이상을 배제한 경우, 실제 조합원으로 노동조합 활동을 하고 있는 과장에게 단체협약의 징계절차를 적용하지 않은 것은 정당하다고 봄

【서울고등법원 2014. 6. 26. 선고 2013누26*** 판결⁹⁴⁹⁾】

앞서 본 바와 같이 단체협약 제6조 제1항 제1호는 ‘과장급 이상의 종업원’을 조합원의 범위에서 배제시키고 있고, 참가인은 과장급 이상의 간부사원으로서 단체협약상 조합원이 될 수 없는 자인바, 사정이 그러하다면 위 규정과 달리 참가인이 참가인의 주장처럼 실제 노동조합에 가입하고 노동조합 활동을 하고 있다고 하여 참가인을 원고에 대한 관계에서 조합원이라고 볼 수는 없고, 따라서 참가인에 대한 징계절차를 진행함에 있어 징계위원회 규정에서 조합원에 대하여 특별히 규정하고 있는 절차(조합원에 대한 징계위원회 개최 사실을 7일 전까지 노동조합에 통보하고, 조합활동으로 인한 징계 시에는 사실조사위원회에서 사실조사 후 징계위원회를 개최하여야 하며, 징계위원회 개최 시 조합위원장과 조합위원장이 지명하는 2인이 참석하여 변론할 수 있도록 함)를 거칠 필요는 없는 것이므로 이에 대한 참가인의 주장은 이유 없다.

나. 단체협약 중 노동조합의 징계절차 참여를 위해서 사용자의 노동조합에 대한 사전 통지 등 의무를 부과하는 규정이 있는 경우, 위 규정은 징계대상자가 단체협약의 당사자인 노동조합의 조합원 신분을 상실한 경우는 물론, 징계대상자가 단체협약 당사자가 아닌 다른 노동조합에 새로 가입한 경우에도 적용되지 않는다고 봄

949) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 13.자 2014두10*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2015. 5. 13. 선고 2014누56*** 판결⁹⁵⁰⁾】

(가) 근로자가 사용자와 단체협약을 체결한 노동조합에 가입하였다가 제명, 탈퇴 등으로 그 조합원의 신분을 상실하게 되었다고 하더라도, 임금, 퇴직금이나 노동시간 그 밖에 개별적인 노동조건에 관한 부분은 이미 그 단체협약의 적용을 받던 근로자의 근로계약의 내용이 되었으므로, 그것을 변경하는 새로운 단체협약, 취업규칙이 체결·작성되거나 또는 개별적인 근로자의 동의를 얻지 않는 한, 개별적인 근로자의 근로계약의 내용으로서 여전히 남아 있어 사용자와 근로자를 규율한다. 이러한 법리는 단체협약 중 징계절차에 관한 부분에 대하여도 그대로 적용된다(실효된 단체협약의 효력에 관한 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다515*** 판결 등 참조).

(나) 그러나 단체협약 중 노동조합의 징계절차 참여를 위해서 사용자에게 사전통지 의무를 부과하는 규정(이하 ‘노동조합 관련 규정’이라 한다)의 경우, 징계의 대상이 된 근로자가 단체협약의 당사자인 노동조합의 조합원 신분을 상실하였다면, 그 근로자에 대한 징계절차에서는 적용되지 않는다고 봄이 옳다. 그 이유는 아래와 같다.

① 단체협약은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 근로조건 기타 노동관계에서 발생하는 사항에 관하여 체결하는 협정으로서 단체협약을 이루는 규정들의 의미나 적용범위 등을 해석함에 있어서는 단체협약을 체결한 당사자의 의사를 우선적으로 고려하여야 한다. 그런데 노동조합 관련 규정은 통상적으로 노동조합이 그 소속의 조합원에 대하여 공정하고 적절한 징계가 이루어질 수 있도록 당해 징계절차에 참여하는 것을 최대한 보장하기 위해서 두게 되는 것으로 이해된다. 따라서 특별한 사정이 없는 한, 노동조합이나 사용자 또는 사용자단체가 노동조합 관련 규정에 합의하면서 그것이 당해 노동조합의 조합원이 아닌 근로자에 대해서까지 그대로 적용될 것을 의도하였다고 보기는 어렵다. ② 노동조합 관련 규정에 따른 단체협약의 당사자인 노동조합의 징계절차 참여 권한은 최대한 보장하여야 한다. 그러나 앞서 본 노동조합 관련 규정의 취지나 의미를 고려할 때, 징계의 대상이 된 근로자가 조합원이 아닌 경우에 대해서까지 노동조합의 징계절차 참여 권한을 반드시 보장하여야 한다고 판단되지 않는다. 또 징계의 대상이 된 근로자로서도 단체협약의 당사자인 노동조합의 조합원 신분을 상실한 이상 당해 노동조합의 징계절차 참여에 대하여 법적으로 보호받아야 할 정당한 기대권을 갖고 있다고 보기는 어렵다. 오히려 근로자가 조합원의 신분 상실을 둘러싸고 노동조합과 분쟁이 있는 등 근로자와 단체협약의 당사자인 노동조합이 상반된 이해관계를 갖고 있는 경우 노동조합의 징계절차 참여로 말미암아 그 근로자에 대한 징계의 공정성과 적정성이 저해될 우려가 있다. ③ 단체협약을 체결한 노동조합의 조합원 신분을 상실한 근로자가 다른 노동조합에 가입한 경우에는 노동조합 관련 규정이 근로자가 새로 가입한 노동조합에 적용되어야 한다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 근로자가 새로 가입한 노동조합은 단체협약의 당사자가 아닐 뿐 아니라 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제35조 제1항에서는 단체협약의 ‘근로자’에 대한 일반적 구속력을 규정하는 데 그치고 있다. 나아가 노동조합 관련 규정이 근로자가 새로 가입한 노동조합에도 적용된다고 해석하는 경우, 단체협약을 체결한 노동조합의 조합원 신분을 상실한 후 아직 어떠한 노동조합에도 가입하지 않은 근로자와 다른 노동조합에 새로 가입한 근로자를 징계절차에 있어서 서로 다르게 취급하는 결과가 되는데, 이를 합리화하기에 충분한 법적 근거를 찾기 어렵다. 따라서 노동조합 관련 규정은 단체협약의 당사자가 아닌 노동조합에 대하여는 그 효력이 미치지 않는다고 해석함이 옳다.

950) 동 사건은 대법원(대법원 2015. 9. 24.자 2015두44*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

제5절 징계시효

1. 개설

1.1 징계시효의 의의

징계시효란 근로자의 비위행위를 규정한 징계사유에 대하여 **취업규칙 등에서 정한 기간이 경과하면 사용자의 징계권을 소멸시키는 제도**로서 징계가 근로자에 대한 징벌이라는 점에서 형법상 범죄에 대해 일정 기간이 지나면 형벌권을 소멸시키는 공소시효 제도와 유사함

예를 들어, 인사규정 등에서 “징계의결의 요구는 징계사유가 발생한 날부터 2년(또는 3년)을 경과한 때에는 이를 행하지 못한다”라고 규정되어 있는 경우, 이는 ‘징계시효’ 규정으로서 그 기간이 경과하면 징계를 할 수 없음

이러한 규정은 근로자에 대한 징계사유가 발생하여 사용자가 일방적으로 근로자를 징계할 수 있었음에도 그 행사 여부를 확정하지 아니함으로써 근로자로 하여금 **상당 기간 불안정한 지위에 있게 하는 것을 방지**하고 아울러 사용자가 비교적 장기간에 걸쳐 징계권 행사를 게을리하여 근로자로서도 이제는 사용자가 **징계권을 행사하지 않으리라는 기대**를 갖게 된 상태에서 새삼스럽게 징계권을 행사하는 것은 **신의칙**에도 반하는 것이 되므로 위 기간의 경과를 이유로 사용자의 징계권 행사에 제한을 가하려는 취지에서 둔 규정임⁹⁵¹⁾

제4장
징계와
징계해고

1.2 징계시효의 기산점

징계시효의 기산점은 원칙적으로 **징계사유가 발생한 때**라고 할 것임.⁹⁵²⁾ 그러나 취업규칙 등에서 징계사유 발생사실에 대하여 사용자가 구체적으로 인지한 날을 징계사유 발생일로 본다고 규정하였다면 사용자가 근로자의 비위행위가 있었던 때부터 매우 오랜 기간이 지나더라도 근로자를 징계할 수 있게 되어 근로자에게 불리할지라도 이러한 징계시효의 기산점과 관련한 규정이 사기업(私企業)의 징계시효제도의 취지에 반한다고 볼 수는 없음⁹⁵³⁾

951) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다14*** 판결, 같은 취지로 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두2*** 판결 참조

952) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다14*** 판결, 같은 취지로 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두2*** 판결 참조

953) 서울고등법원 2014. 9. 3. 선고 2013누29*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2015. 1. 15.자 2014두12*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

한편 하나의 비위행위로 볼 수 있는 비위사실이 계속적으로 행하여진 일련의 행위인 경우의 징계시효의 기산점은 일련의 행위 중 최종의 것을 기준으로 하여야 함⁹⁵⁴⁾

1.3 징계시효의 정지

징계시효 규정의 기산점은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때라고 할 것이고, 예외적으로 인사규정 등에서 재판진행 내지 수사개시 등을 징계시효 정지의 사유로 규정하고 있는 경우에 한하여 징계시효가 정지될 수 있음⁹⁵⁵⁾

예를 들어, 취업규칙 등에 ‘징계는 징계사유가 발생한 날부터 3개월 초과 시 징계할 수 없다. 단, 징계위원회 진행사안, 동일한 사유에 의한 형사 사건으로 기소된 경우 또는 수사기관에서 조사 중인 때에는 예외로 한다.’고 규정하였다면 징계사유에 대한 적법성 여부를 직접적인 다툼의 대상으로 삼아 행정구제절차가 진행 중인 경우에는 징계위원회 진행사안에 해당되거나 형사사건으로 기소된 경우 또는 수사기관에서 조사 중인 때에 준하여 징계시효가 정지되었다고 봄이 타당함⁹⁵⁶⁾

한편 단체협약에서 ‘징계위원회는 징계사유 발생일부터 15일 이내에 개최되어야 하고, 이를 따르지 않는 징계는 무효로 한다’고 규정하고 있는 경우, 징계위원회 개최시한의 기산점은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때라고 할 것이나, 쟁의기간 중에 쟁의 과정에서 발생한 징계사유를 들어 징계를 함에 있어서 단체협약 등에 ‘쟁의기간 중의 징계금지’와 같이 징계가 불가능한 사유가 있는 경우에는 쟁의행위가 종료된 때로부터 위 기간이 기산된다고 할 것임⁹⁵⁷⁾

1.4 징계시효의 완성

징계시효가 만료되면 징계권은 소멸하므로 징계시효가 경과한 후 이루어진 징계는 무효임

취업규칙 등에 특별한 사유를 정함이 없는 한 징계시효가 완성되었는지 여부는 징계사유가 발생한 때를 기산점으로 하여 징계시효기간이 경과할 때까지 징계의결 요구 등의 징계절차에 착수하였는지 여부로 판단할 수 있고, 이때 징계절차에 착수하였는지 여부는 징계대상자가 객관적으로 사용자의 징계절차 착수 사실을 인식할 수 있게 된 때에

954) 대법원 1986. 1. 21. 선고 85누*** 판결 참조

955) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두2*** 판결 등 참조

956) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3*** 판결

957) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010두20*** 판결

착수하였다고 봄

다만, 징계시효기간 안에 **징계처분까지 완료하여야 한다는 의미는 아니므로**,⁹⁵⁸⁾ 징계시효가 만료되기 전에 인사권자의 징계의결 요구가 있었다면 실제 징계처분은 그 후에 이루어져도 무관할 것임

예를 들어, ‘판결 확정일부터 3개월 이내에 다시 징계절차를 취할 수 있다’는 규정은 그 기간 내에 징계절차에 착수하면 된다는 의미일 뿐, 반드시 그 기간 내에 절차가 마무리되어야 한다는 의미는 아님⁹⁵⁹⁾

1.5 ‘징계시효’와 ‘징계절차와 관련한 기간’의 구별

가. 징계절차와 관련한 기간

‘징계사유 발생일부터 2년을 경과한 때에는 징계할 수 없다’ 또는 ‘판결 확정일부터 3개월 내에 재징계할 수 있다’는 규정은 (재)징계시효에 관한 것으로서 강행규정이므로 그 기간이 도과하면 징계할 수 없음⁹⁶⁰⁾

징계시효는 근로자로 하여금 상당 기간 불안정한 지위에 있게 하는 것을 방지하고, 사용자가 징계권 행사를 게을리하여 근로자에게 징계권을 행사하지 않으리라는 기대를 갖게 한 상태에서 뒤늦게 징계하는 것이 신의칙에 반하기 때문에 사용자의 징계권 행사에 제한을 가하려는 취지에서 둔 규정임⁹⁶¹⁾

이와 달리, **근로자가 자신에게 유리한 자료를 제출할 수 있는 소명기회를 부여하고**,⁹⁶²⁾ 징계처분 대상자의 불안감을 해소하여 직무에 전념하도록 하기 위하여 되도록 **빠른 시일 내에 징계절차를 실행하라는 의미 정도로 해석될 수 있는 규정**은 징계사유의 시효에 관한 것이라기보다는 징계절차와 관련된 절차적 훈시규정이라고 할 수 있거나,⁹⁶³⁾ 단순한 훈시규정에 그친다고는 할 수 없어도 강행규정으로는 볼 수 없음⁹⁶⁴⁾

958) 서울행정법원 2013. 6. 4. 선고 2012구합35*** 판결 참조

959) 서울고등법원 2011. 11. 17. 선고 2011누22*** 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 3. 15.자 2011두32*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

960) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다14*** 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두2*** 판결, 대법원 1999. 3. 15. 선고 97누19*** 판결 등

961) 통상 징계시효는 2년 내지 3년(횡령 등은 5년)으로 두는 경우가 많고, 판결확정 후 재징계시효는 3월 정도로 하는 경우가 많음

962) 서울행정법원 2011. 7. 15. 선고 2011구합3*** 판결

963) “징계는 징계사유가 발생한 날로부터 3개월 이내에 실시한다”라고 규정되어 있다면 위 3개월은 징계절차에 관한 기간으로 훈시적 규정이므로 위 기간이 경과하였더라도 그 이전에 발생한 징계사유로 징계할 수 있다는 하급심 판결(서울고등법원 2007. 7. 26. 선고 2007누3*** 판결)[1심 판결(서울행정법원 2006. 12. 12. 선고 2006구합28*** 판결)을 인용함]

964) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8*** 판결 참조

예를 들어, 징계사유 발생일부터 15일 이내에 징계위원회 출석요구서를 통보하도록 규정하고 있는 경우, 징계시효에 관한 규정이라기보다 되도록 이른 시일 내에 징계절차를 실행하라는 의미에서 사용자의 내부 징계처리 절차상 징계위원회의 개최시한을 정한 훈시적인 규정이라고 볼 수 있음⁹⁶⁵⁾

또한 ‘재심위원회는 재심청구서를 접수한 때부터 30일 내에 심사하여야 한다’ 등과 같은 규정은 징계시효 규정이 아니라 (재)심사기간이므로 징계시효와 같이 엄격히 해석하기 보다는 완화하여 그 기간을 도과하였더라도 ‘**상당한 기간**’ 내라면 징계가 유효하다고 해석함

〈표〉 징계절차 기간으로서의 ‘상당한 기간’ 관련 판례

‘상당한 기간’ 내로 인정된 판례	‘상당한 기간’ 내를 부정한 판례
징계사유 발생일로부터 60일 이내에 인사위원회가 개최되어야 함을 정하고 있으나 피징계자가 교통사고 범죄로 구속 수감되어 있다가 출소한 이후 개최한 것은 사유 발생일로부터 8개월여 가 지났다 하더라도 정당함 ⁹⁶⁶⁾	‘징계처분을 받은 자가 30일 내에 고등인사위원회 위원장에게 재심을 청구할 수 있다’고 규정되어 있고, 재심결정기한 규정은 따로 없는 경우, 상당한 기간 내에 인사위원회를 개최하여 원징계결정을 유지하거나 취소, 변경함으로써 징계절차를 조속히 확정해야 할 것인데, 원징계처분에 대한 중노위 재심판정 취소소송 변론종결 시(재심청구일로부터 1년 7개월여 후)까지 재심결정을 하지 않은 것은 중대한 절차상 하자임 ⁹⁶⁷⁾

나. 구별 기준

징계시효인지 징계시효로 볼 수 없는 징계절차와 관련한 기간(징계심사기간 등)인지는 **문언의 의미, 기간의 장단 등을 종합적으로 고려하여 판단**하여야 함

‘기간의 장단’과 관련하여 통상 장기간(2년, 3년)을 설정한 경우 이는 징계시효로 보나, 절차 내에서 처리 기한으로 단기간(30일, 60일)을 설정하고 있는 경우는 징계심사기간 등의 단순한 징계절차와 관련한 기간으로 볼 여지가 큼

그러나 기간의 장단만으로 구별할 것은 아니고, ‘문언의 의미’ 등도 살펴야 하므로, 비교적 단기간을 설정한 경우라도 문언상 징계제한 규정임을 분명히 밝히고 있다면 이는 징계시효로 해석됨

965) 대전고등법원 2015. 10. 8. 선고 2015누11*** 판결[1심 판결(대전지방법원 2015. 4. 22. 선고 2014구합 102*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015두55***)에서 소송 계속 중임]

966) 서울행정법원 2011. 7. 15. 선고 2011구합3*** 판결(통상 기간의 장단만을 놓고 볼 때 8개월은 상당한 기간을 넘어선 것이라고 볼 수 있으나 이 사안은 피징계자가 구속 수감 중이었다는 부득이한 사유가 있었으므로 위와 같은 장기간도 상당한 기간으로 해석되었던 사안임)

967) 서울고등법원 2009. 12. 16. 선고 2009누14*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2010. 5. 27.자 2010두1*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

단체협약에 “징계위원회는 징계사유 발생일부터 15일 이내에 개최하여야 한다”고 정하고 있는 경우 기간을 볼 때 징계시효가 아닌 일반적인 징계절차와 관련한 기간으로서 훈시적인 규정으로 해석될 여지가 있지만, “이와 같은 절차를 따르지 않는 징계는 무효로 한다”는 문언을 단서에 명시하고 있다면 단순한 훈시규정이 아닌 효력규정으로 보아야 함⁹⁶⁸⁾

한편 “판결 확정일부터 3개월 이내에 재징계할 수 있다”는 규정은 단기간이고, 문언도 임의규정으로 해석될 여지가 있음에도 불구하고 확정된 판결에 따라 조속히 재징계함으로써 근로자의 신분을 조속히 확정할 필요가 있으므로 판례는 징계시효로 봄⁹⁶⁹⁾

1.6 취업규칙 개정 전 비위행위에 대한 연장된 징계시효의 소급적용 여부 판단

사용자가 취업규칙을 작성·변경하면서 시행일을 정하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 취업규칙은 정해진 시행일부터 효력이 발생함. 그런데 **징계사유의 발생시점과 징계절차 요구시점 사이에 취업규칙이 개정된 경우**, 개정된 취업규칙의 경과규정에서 달리 정함이 없다면 해당 징계사유에 대한 징계절차와 관련해서는 **징계절차 요구 당시 시행되는 개정 취업규칙과 그에 정한 바에 의하는 것이 원칙임**⁹⁷⁰⁾

그런데 그 개정 취업규칙이 개정 전 취업규칙에서 정한 징계사유에 해당하는 비위행위(기존의 사실 또는 법률관계)를 적용대상으로 하면서 근로자에 대한 **징계시효를 연장하는 등으로 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우**, 그러한 비위행위에 대한 **개정 전 취업규칙에 따른 징계시효가 개정 취업규칙이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면, 개정 취업규칙을 적용하여 징계시효를 연장하는 것이 헌법상 불소급의 원칙에 위배되어 근로기준법 제96조 제1항에 따라 효력이 없다고 할 수는 없음**

예를 들어, 인사규정 등의 개정을 통해 금품향응 수수 등에 대한 징계시효를 3년에서 5년으로 개정하는 경우 개정시점에 위 비위행위에 대한 징계시효가 아직 3년이 되지 않았다면 5년으로 징계시효가 연장됨

다만, 개정 전 취업규칙의 존속에 대한 근로자의 신뢰가 개정 취업규칙의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 예외적으로 인정된 경우에는 그러한 근로자의 신뢰를 보호하기 위하여 신의칙상 개정 취업규칙의 적용이 제한될 수 있음⁹⁷¹⁾

968) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010두20*** 판결 참조

969) 대법원 1999. 3. 15. 선고 97누19*** 판결

970) 대법원 1994. 12. 13. 선고 94다27*** 판결, 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8*** 판결 등 참조

971) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2014두4*** 판결, 동 사건은 파기 환송되어 고등법원(서울고등법원 2014. 9. 26. 선고 2014누5*** 판결)에서 확정됨

〈표〉 개정 취업규칙의 징계시효 등 적용 여부

개정 시점	징계사유의 징계시효가 이미 완성된 경우	징계사유의 징계시효가 아직 남아있는 경우
적용 규정	개정 전 취업규칙	개정 취업규칙

이러한 경우에 아래 대법원과 헌법재판소의 소급입법과 관련한 견해에 따르면 아직 비위행위에 대한 징계사유의 시효가 도과되지 않은 시점에서 사용자의 인사규정 개정으로 그 징계사유의 시효가 연장된 경우에는 이러한 개정 인사규정은 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 **부진정소급효를 갖는 규정으로서 원칙적으로 허용되는 것으로 보아야 할 것이지, 법률불소급의 원칙에 따라 불허되어야 할 것은 아니라고 할 수 있음**⁹⁷²⁾

〈표〉 진정소급입법과 부진정소급입법의 구별

구분	규율대상	적용원칙
진정소급입법	과거에 완성된 사실 또는 법률관계	원칙적 금지, 예외적 허용
부진정소급입법	현재에 진행 중인 사실 또는 법률관계	원칙적 허용, 예외적 금지

2. 징계시효 관련 판례

2.1 징계시효의 기산점 관련 판례

가. 인사규정 등에 “징계의결의 요구는 징계사유가 발생한 날부터 2년(또는 3년)을 경과한 때에는 이를 행하지 못한다”라고 규정되어 있는 경우, 이는 ‘징계시효’ 규정으로서 **기간이 경과하면 징계를 할 수 없음**

【대법원 1995. 3. 10. 선고 94다14*** 판결】

○○공사의 근로자에 대한 징계절차를 규정하고 있는 인사규정 제46조의3 제1항은 “징계의결의 요구는 징계사유가 발생한 날로부터 2년(단, 금품 및 향응수수, 공금의 횡령, 유용의 경우에는 3년)을 경과한 때에는 이를 행하지 못한다.”고 규정하고 있는바, 위 규정은 근로자에 대한 징계사유가 발생하여 공사가 일방적으로 근로자를 징계할 수 있었음에도 그 행사 여부를 확정하지 아니함으로써 근로자로 하여금 상당 기간 불안정한 지위에 있게 하는 것을 방지하고 아울러 공사가 비교적 장기간에 걸쳐 징계권 행사를 게을리하여 근로자로서도 이제는 공사가 징계권을 행사하지 않으리라는 기대를 갖게 된 상태에서 공사가 새삼스럽게 징계권을 행사하는 것은 신의칙에도 반하는 것이 되므로 위 기간의 경과를 이유로 사용자의 징계권 행사에 제한을 가하려는 취지에서 둔 규정으로서 그 기산점은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때라고 할 것이다.

972) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2005두5*** 판결, 헌법재판소 2005. 6. 30. 선고 2004헌바** 전원재판부 결정

나. 비위사실이 계속적으로 행하여진 일련의 행위인 경우의 징계시효의 기산점은 일련의 행위 중 최종의 것을 기준으로 하여야 하나 그렇지 아니한 징계시효 규정의 기산점은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때임

【서울고등법원 2012. 11. 2. 선고 2012누7*** 판결⁹⁷³⁾】

이에 대하여 원고는, 원고의 인사규정 제51조가 정하는 징계사유가 발생한 날이라고 함은 원고가 징계권을 행사할 수 있는 때를 의미한다고 할 것인바, 참가인이 자신의 범행을 적극 부인하는 상황에서 참가인에 대한 유죄판결이 선고된 때, 적어도 참가인의 범죄행위에 대한 수사가 종결된 때를 징계사유가 발생한 때라고 보아야 한다고 주장하므로 살피건대, 비위사실이 계속적으로 행하여진 일련의 행위인 경우의 징계시효의 기산점은 위 일련의 행위 중 최종의 것을 기준하여야 하나(대법원 1986. 1. 21. 선고 85누*** 판결 참조), 그렇지 아니한 징계시효 규정의 기산점은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때라고 할 것이고, 예외적으로 인사규정 등에서 재판진행 내지 수사개시 등을 징계시효 중단의 사유로 규정하고 있는 경우에 한하여 징계시효가 중단될 수 있다고 할 것인바(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두2*** 판결 등 참조), 참가인의 배○○에 대한 2008. 2. 28.자 폭행, 같은 해 8. 27.자 상해는 고○○ 소유 차량에 대한 2009. 9. 17.자 재물손괴 및 강○○ 소유 차량에 대한 같은 달 18.자 재물손괴와 일련의 행위로 볼 수 없으므로, 이 부분 징계시효의 기산점은 참가인의 비위행위가 종료된 날인 2008. 2. 28. 및 같은 해 8. 27.로 해석함이 상당하고, 원고의 인사규정 어디에도 징계시효의 중단에 관하여 규정하고 있지 아니하므로, 참가인에 대한 이 부분 징계시효가 유죄판결 선고시 내지 수사 종결시까지 중단된다고 할 수 없다고 할 것이어서, 이와 다른 전제에서 선 원고의 주장은 이유 없다.

제4장
징계와
징계해고

다. 취업규칙 위반사실에 대하여 사용자가 구체적으로 인지한 날을 징계사유 발생일로 본다고 규정하는 경우에는 사용자가 근로자의 비위행위가 있었던 때부터 매우 오랜 기간이 지나더라도 근로자를 징계할 수 있게 되어 근로자에게 불리할 수 있지만 이러한 징계시효의 기산점과 관련한 규정이 사기업(私企業)의 징계시효 제도의 취지에 반한다고 볼 수는 없음

【서울고등법원 2014. 9. 3. 선고 2013누29*** 판결⁹⁷⁴⁾】

참가인 회사의 단체협약 제32조 제2호에서는 “회사가 징계를 하고자 할 때에는 사유 발생일로부터 30일 이내에 징계위원회를 개최하여야 하고”라고 규정하고, 참가인 회사의 징계위원회시행세칙 4.3.2.에서는 “취업규칙 위반사실이 발생일보다 나중에 발견된 경우에는 상기 3조의 주관팀(부서)에서 그 위반사실에 대하여 구체적으로 인지한 날을 징계사유 발생일로 본다”고 규정함으로써 참가인 회사가 근로자에 대한 징계권을 행사할 수 있는 기간 즉 징계시효에 관하여 규정하고 있다.

이에 대하여 참가인 회사의 단체협약 제32조 제2호를 징계시효에 관한 규정으로 보는 경우, 참가인 회사로서는 근로자의 비위행위를 뒤늦게 알게 되더라도 그로부터 30일 이내에 징계위원회를 개최하 기만 하면 비위행위가 있었던 때부터 매우 오랜 기간이 지나더라도 근로자를 징계할 수 있게 되므로, 이는 징계시효 제도의 취지에 반한다는 지적이 있을 수 있다. 그러나 참가인 회사와 같은 사기업(私

973) 동 사건은 대법원(대법원 2012. 11. 2.자 2012두27*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

企業)의 징계권 행사와 관련하여 법령에서는 그 시효에 대하여 따로 규정하고 있지 않다. 따라서 사기업 소속 근로자에게 있어서 징계시효가 당연히 보장되는 것은 아니고, 사기업별로 사용자와 근로자의 자율적 협의 등을 통하여 징계시효를 인정할 것인지, 징계시효를 인정할 경우 그 기간을 어떻게 할 것인지에 대하여 개별적으로 정하게 된다. 또 징계시효는 사용자가 징계권 행사를 게을리 하여 근로자의 입장에서 사용자가 더 이상 징계권을 행사하지 않으리라는 기대를 갖게 되었는데도 사용자가 새삼스럽게 징계권을 행사하는 것을 허용할 경우 근로자가 장기간 불안정한 지위에 놓이게 될 뿐 아니라 신의칙에도 반하기 때문에 인정되는 것이다. 따라서 참가인 회사의 단체협약 제32조 제2호를 징계시효를 규정한 것으로 보면서, 참가인 회사의 징계위원회시행세칙에 의하여 참가인 회사가 근로자의 비위행위를 뒤늦게 알게 된 경우에는 그 때부터 징계시효의 기산점이 진행된다고 해석하는 것이 징계시효제도의 취지에 반한다고 볼 수는 없다.

2.2 징계시효의 정지 관련 판례

가. 단체협약에 ‘징계위원회 진행사안과 동일한 사유에 의하여 **형사사건으로 기소된 경우 또는 수사기관에서 조사 중인 때에 준하여 징계시효가 정지된다**’고 규정된 경우 해당 징계가 **행정구제절차 진행 중이면 징계시효가 정지됨**

【대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3*** 판결】

원심은, 그 채택 증거에 의하여 참가인은 원고들이 2007. 9.경부터 계속해서 쟁의발생 신고를 하면서 쟁의기간 중임을 이유로 징계를 할 수 없다고 주장하였기 때문에 바로 징계위원회를 열지 않고, 원고 근로자1의 징계사유에 대하여 해당 원고에게 각 징계사유 발생일로부터 3개월 이내에 각 징계사유가 징계대상에 해당되지만 이 사건 단체협약에 따라 징계를 보류한다는 내용의 통지를 한 사실을 인정한 다음, 따라서 위 각 징계사유는 이 사건 단체협약 제23조 제10항 단서의 ‘징계위원회 진행사안’에 해당하므로 그 징계사유들에 대한 징계시효가 지났다고 볼 수 없다고 판단하였다. 원심은 또 한 그 판시 사실을 인정한 다음 원고들이 2007. 9.경부터 계속해서 쟁의발생 신고를 하면서 쟁의기간 중임을 이유로 징계할 수 없다고 주장하는 상황에서 참가인이 원고 김○○, 박○○의 징계사유 각 ①(무단결근)에 관하여 위 원고들을 징계할 것을 예고하였고, 한편 그 무단결근 처리의 적법성 여부를 직접적인 다툼의 대상으로 삼아 행정구제절차가 진행 중이었으므로 위 각 징계사유는 징계위원회 진행사안에 해당되거나 형사사건으로 기소된 경우 또는 수사기관에서 조사 중인 때에 준하여 징계시효가 정지되었다고 봄이 타당하다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 징계시효 완성에 관한 법리오해, 판례 위반 및 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 등의 위법이 없다.

나. 징계위원회 개척시한의 기산점은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때이지만 쟁의기간 중에 쟁의과정에서 발생한 징계사유를 들어 징계를 함에 있어서 ‘**쟁의기간 중의**

974) 동 사건은 대법원(대법원 2015. 1. 15.자 2014두12*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

징계금지'와 같이 징계가 불가능한 사유가 있는 경우에는 쟁의행위가 종료된 때로부터 위 기간이 기산됨

【대법원 2013. 2. 15. 선고 2010두20*** 판결】

단체협약에서 '징계위원회는 징계사유 발생일로부터 15일 이내에 개최되어야 하고, 이를 따르지 않는 징계는 무효로 한다'고 정하고 있는 경우, 징계대상자 및 징계사유의 조사 및 확정에 상당한 기간이 소요되어 위 규정을 준수하기 어렵다는 등의 부득이한 사정이 없는 한, 위 규정을 위반하여 개최된 징계위원회에서 한 징계 결의는 무효라고 할 것이다. 한편 징계위원회 개최시한의 기산점은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때라고 할 것이나, 쟁의기간 중에 쟁의 과정에서 발생한 징계사유를 들어 징계를 함에 있어서 앞서 본 '쟁의기간 중의 징계금지'와 같이 징계가 불가능한 사유가 있는 경우에는 쟁의행위가 종료된 때로부터 위 기간이 기산된다고 할 것이다.

원심은, 원고 회사의 단체협약 제32조가 '회사가 조합원을 징계하고자 할 때는 다음의 절차를 거쳐야 하며 이를 따르지 않는 징계는 무효로 한다.'고 정하고 있고, 그 중 제2호는 '징계위원회는 징계사유 발생일로부터 15일 이내에 개최되어야 한다.'고 정하고 있으므로 징계위원회 개최시한에 관한 위 규정은 단순한 훈시규정이 아니라 효력규정이라고 전제한 후, 그 기산점은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때라고 할 것이나, 단체협약 제108조에서 쟁의기간 중의 징계 등을 금지하고 있는 것과 같이 징계가 불가능한 사유가 있는 경우에는 이 사건 쟁의행위가 종료한 때로부터 위 기간이 기산된다고 보았다. 그리고 2008. 4. 23.자 피고보조참가인 임○○의 징계사유를 제외한 피고보조참가인들에 대한 징계사유는 모두 이 사건 쟁의행위 과정에서 발생한 것으로, 이 사건 쟁의행위가 종료한 2008. 4. 4.부터 15일 이내에 징계위원회가 개최되어야 함에도, 피고보조참가인들에 대한 이 사건 각 해고 및 징직 처분은 그로부터 15일이 훨씬 지난 후에 개최된 징계위원회에서 한 결의에 의한 것으로 무효라고 판단하였다.

한편 원심은, 이 사건 징계위원회는 그 이전에 개최된 징계위원회의 속행으로 행해진 것이므로 징계위원회 개최시한에 관한 단체협약 제32조 제2호를 위반하지 않았다는 원고 회사의 주장에 대하여, 이 사건 쟁의행위 기간 중에 개최된 기존의 징계위원회는 단체협약 제108조를 위반한 것으로 징계절차상 중대한 하자가 있어 무효이고, 따라서 이 사건 징계위원회는 징계위원회의 개최시한을 준수한 것으로 볼 수 없다고 하여 위 주장을 배척하였다.

위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 단체협약 제32조 제2호에서 정한 징계위원회의 개최시한 내지 징계시효에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

제4장
징계와
징계해고

다. 근로자의 징계사유를 알게 되었고 징계위원회를 개최할 예정임을 통보하였다가 '징계혐의사실에 대한 추가적인 사실확인이 필요하다'는 이유로 징계위원회 개최를 연기하기로 하고 참가인에게 통보한 경우, 징계위원회 개최 연기를 통보한 때부터 징계시효가 진행되지 않거나 중단되었다고 봄이 타당함

【서울행정법원 2018. 4. 19. 선고 2017구합63*** 판결⁹⁷⁵⁾】

제1징계사유의 경우, 원고는 2016. 4. 말경 오○○으로부터 그 사정에 관한 보고를 받아 참가인의 해당 징계사유를 알게 된 사실을 자인하고 있으나, 그로부터 30일 이내인 2016. 5. 20. 참가인에게 그 징계사유로 징계위원회를 개최할 예정임을 통보하였다가, '참가인의 징계혐의사실에 대한 추가적인

사실확인이 필요하다'는 이유로 징계위원회 개최를 연기하기로 하고 그 취지를 참가인에게 통보하였다. 이처럼 원고가 참가인에게 제1징계사유에 대한 징계절차를 구체적으로 진행하던 중 추가 확인 예정인 징계혐의와 함께 징계절차를 진행할 필요에서 추가 징계혐의의 조사·확인 때까지 제1징계사유에 관한 징계절차의 진행을 보류하기로 하고 그 취지를 참가인에게 알렸으므로, 제1징계사유에 관하여는 징계권이 행사되지 않으리라는 참가인의 신뢰형성을 적극적으로 부정할 수 있는 특별한 사정이 있다고 보인다. 따라서 제1징계사유는 원고가 2016. 5. 18. 참가인에게 징계위원회 개최 연기를 통보한 때부터 징계시효가 진행되지 않거나 중단되었다고 봄이 타당하다.

2.3 징계시효의 완성 관련 판례

가. '판결 확정일부터 3개월 이내에 재징계할 수 있다'는 규정은 징계시효로서 강행규정이고, 위 기간 내에 '재징계절차를 취할 수 있다'는 의미이지 모든 징계절차를 종료하여야 한다는 취지는 아니므로 **3개월 내에 징계절차에 착수하면 족하고, 그 착수시점은 감사권자의 징계처분 요구시점이 아닌 인사권자가 징계심사위원회의 개최를 요구한 때**라고 하는 것이 합리적인

【서울고등법원 2011. 9. 1. 선고 2011누12*** 판결⁹⁷⁵⁾】

인사규정 등에 정해 둔 징계시효에 관한 규정은 징계혐의자가 무한정의 신분적 불안정 상태에서부터 벗어나게 하고, 징계시효 기간 경과로 인하여 형성된 근로자의 기대를 보호하기 위하여 위 기간의 경과를 이유로 사용자의 징계권 행사에 제한을 가하려는 취지이다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두2*** 판결, 대법원 1999. 2. 5. 97누19*** 판결 등 참조). 이 사건 상벌규정조항은 일반적인 징계시효 기간인 2년에 대한 트레이드로 그 실질은 여전히 징계시효 기간이다. 따라서 위와 같은 징계시효제도의 취지상 이를 훈시규정으로 볼 수 없고, 이 사건 상벌규정조항에 규정된 3개월의 기간이 도과되면 징계권은 소멸된다고 봄이 옳다.

다음으로, 이 사건 상벌규정조항은 '징계절차를 취할 수 있다'는 문언의 문리해석상 판결이 확정된 후 3개월 이내에 모든 징계절차를 종료하여야 한다는 취지라기보다는 위 기간 내에 징계절차를 개시하여야 한다는 것으로 해석함이 상당하다. 이와 같은 해석에 기초하여, 이 사건 재징계가 판결이 확정된 날로부터 3개월 이내에 개시된 것인지에 관하여 살펴본다. 원고의 단체협약과 상벌규정에 의하면 원고가 근로자를 징계하려면 인사위원회(징계심사위원회)의 심의를 거쳐야 하는데, 이와 같이 징계권자가 인사위원회에 징계의결을 요구한 때 비로소 징계권자의 징계의사가 확정적으로 외부에 표시되므로, 징계절차의 개시시점은 징계권자가 인사위원회에 징계의결을 요구한 때이고, 그 전에 이루어진 징계혐의 조사라든가 징계권자에 대한 징계대상자의 혐의 사실 및 조사결과 통보 등의 절차는 징계권자가 징계절차 개시 여부를 판단하기 위한 내부적인 절차에 불과한 것으로 보는 것이 합리적이다. 그런데 징계권자인 ○○○본부장이 인사위원회에 참가인에 관한 징계의결을 요구한 시점이 2010. 1. 21.임은 앞서 인정한 바와 같고, 이는 판결확정일인 2009. 9. 28.로부터 3개월이 경과한 때임이 역수상 명백하므로 이 사건 재징계는 징계시효가 경과한 후에 개시된 것으로 판단된다. …(중략)…

975) 동 사건은 2심(서울고등법원 2018. 9. 21. 선고 2018누45*** 판결)에서 항소기각, 3심(대법원 2019. 1. 31.자 2018두60*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

원고의 단체협약에서 정한 징계절차 규정은 ‘조합원을 징계하고자 할 때에는 반드시 징계심사위원회를 개최하여야 하며, 대상자의 인적사항, 징계사유, 개최일시와 장소를 명시하여 개최 7일 전까지 해당자 및 조합에 서면으로 통보하여야 한다’고 규정하고 있으므로, 결국 위 상벌규정상 징계절차 개시시점은 감사의 처분요구를 받은 원고의 인사권자의 요구에 따라 징계심사위원회의 개최를 요구한 때라고 하는 것이 합리적이다.

나. ‘징계는 징계사유가 발생한 날부터 적발일까지 2년을 경과한 때에는 이를 행하지 아니한다’고 규정한 경우 위 규정에서의 ‘적발일’이란 단순히 징계사실을 인지하는 것으로는 부족하고 적어도 이를 이유로 징계절차에 착수할 수 있을 정도에 이른 때를 의미하는 것으로 ‘징계사유가 발생한 때’를 기산점으로 하여 참가인이 그로부터 2년이 경과할 때까지 징계의결의 요구 등의 징계절차에 착수하여야 한다는 의미로 해석하는 것이 타당함

【서울행정법원 2013. 6. 4. 선고 2012구합35*** 판결⁹⁷⁷⁾】

인사관리규정 제137조 제1항은 ‘징계는 징계사유가 발생한 날로부터 적발일까지 2년을 경과한 때에는 이를 행하지 아니한다’고 규정하고 있는바, ① 위 규정은 그 문언 자체에서 징계시효의 기산일과 만료일을 각각 ‘징계사유가 발생한 날’과 ‘적발일’이라고 특정하고 있는 점, ② 위 규정은 근로자에 대한 징계사유가 발생하더라도 사용자가 비교적 장기간에 걸쳐 징계권 행사를 하지 아니하여 근로자로서도 이제는 사용자가 징계권을 행사하지 않으리라는 근로자의 신뢰를 보호하기 위해 위 기간의 경과를 이유로 사용자의 징계권 행사에 제한을 가하려는 취지에서 둔 것이므로, 위 규정에서의 ‘적발일’이라 함은 참가인이 단순히 징계사실을 인지하는 것으로는 부족하고 적어도 이를 이유로 징계절차에 착수할 수 있을 정도에 이른 때를 의미하는 것으로 보이는 점, ③ 같은 조 제2항이 제136조의 규정에 따라 징계절차를 진행하지 아니한 경우에는 제1항의 기간이 경과한 후에도 그 사유가 종료한 날로부터 1개월 이내에 ‘징계절차를 취할 수 있다’고 규정하고 있어 제1항의 ‘행하지 아니한다’를 징계절차를 개시할 수 없다고 해석하는 것이 제2항의 취지와 내용과도 부합하는 점 등에 비추어 볼 때, 인사관리규정 제137조 제1항은 의미는 ‘징계사유가 발생한 때를 기산점으로 하여 참가인이 그로부터 2년이 경과할 때까지 징계의결의 요구 등의 징계절차에 착수하여야 한다’는 의미로 해석하는 것이 타당하고 이와 달리 징계사유가 발생한 때로부터 2년 이내에 징계처분까지 완료하여야 한다는 의미로는 해석되지 않으므로, 이와 다른 전제에 선 원고들의 위 주장은 이유 없다.

제4장
징계와
징계해고

2.4 징계절차에서의 징계기간 규정의 성격에 관한 판례

가. 취업규칙에 징계는 징계사유가 발생한 날부터 3개월 이내에 실시하도록 규정되어 있다 하더라도, 위 3개월은 **훈시적 규정**으로서 위 기간이 경과하여 한 징계처분도 적법함

976) 2심 추가 판단 이외에 1심 판결(서울행정법원 2011. 3. 18. 선고 2010구합39*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 1. 5.자 2011두25*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

977) 동 사건은 고등법원(서울고등법원 2013누18***)에서 항소 취하로 확정됨

【서울행정법원 2006. 12. 12. 선고 2006구합28*** 판결】

사용자 취업규칙 제29조 제3항은 징계는 징계사유가 발생한 날 또는 한 날로부터 3개월 이내에 실시하도록 규정하고 있고, 사용자가 이 사건 해고를 함에 있어 이 사건 교통사고가 발생한 2005. 3. 13.부터 3개월이 경과하였음이 역수상 명백한 2005. 9. 15. 이 사건 해고를 한 사실은 앞서 본 바와 같다. 그러나 위 규정은 징계사유의 시효에 관한 것이 아니라 징계절차에 관한 것으로서 징계를 함에 있어 징계처분 대상자의 불안감을 해소하고 직무에 전념하도록 하기 위하여 되도록이면 빠른 시일 내에 징계절차를 실행하라는 의미의 절차적 훈시규정이라고 할 것이므로, 위 규정에서 정하는 기간이 경과하였다고 하여 그 이전에 발생한 징계사유를 가지고 징계할 수 없는 것은 아니라고 할 것이다.

나. ‘재심위원회는 재심청구서 접수 30일 이내에 심사하여야 한다’고 규정하고 있는 경우 이는 강행규정으로 볼 수 없어 상당한 기간 내에 재심위원회를 개최·재심의결하면 족할 뿐 재심사기간 경과만으로 무효라 할 수 없음

【대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8*** 판결】

기록에 의하면, 舊 규정 제4조는 ‘재심위원회는 재심청구서를 접수한 때에는 30일 이내에 이를 심사하여야 한다.’고 규정하고 있는 반면, 新 규칙은 위와 같은 규정을 두지 않고 있는 사실을 알 수 있는바, 인사규정 등에 위와 같은 재심사기간을 두는 취지는 징계절차를 빨리 확정함으로써 근로자의 불안정한 신분상태를 조속히 해소하려는 데에 있다고 할 것이어서 단순한 훈시규정에 그친다고 할 수는 없지만, 그렇다고 하여 그와 같은 규정을 강행규정이라고 볼 수도 없으므로, 이 사건에서와 같이 재심위원회가 상당한 기간 내에 재심위원회를 열어 재심사유를 심리한 다음 재심의결을 하였다면 인사규정 등에서 정한 재심사기간이 경과한 후 재심의결을 하였다는 이유만으로 그 재심결정이 무효가 된다고 할 수 없다. 이에 관한 상고이유도 받아들일 수 없다.

다. 취업규칙 등에서 징계사유 발생일부터 60일 이내에 인사위원회가 개최되어야 함을 정하고 있으나 피징계자가 교통사고 범죄로 구속 수감되어 징계사유 발생일로부터 8개월여가 지나 인사위원회가 개최된 경우에는 인사위원회를 60일 이내에 개최하지 못한 것이 징계를 취소할 만한 절차상의 하자에 해당한다고 보기 어려움

【서울행정법원 2011. 7. 15. 선고 2011구합3*** 판결】

취업규칙은 징계사유 발생일로부터 60일 이내에 인사위원회가 개최되어야 함을 정하고 있다. 위와 같이 인사위원회 개최시한을 정해둔 취지는 징계대상자의 비위혐의가 발생한 이후 일정 기간 내에 그 징계처분을 결정하기 위한 인사위원회를 개최하여 근로자의 불안정한 신분관계를 조속히 확정하고, 근로자가 자신에게 유리한 자료를 제출할 수 있는 소명의 기회를 부여하기 위한 것으로 해석된다. 위 인정사실과 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 교통사고처리 세 부규정에 의할 때 교통사고에 대한 징계양정의 결정적 기준은 교통사고로 인한 피해의 정도로 보인데, 이 사건 교통사고로 인한 피해자의 경우 피해상태가 중하고, 치료기간이 길어서 위 교통사고로부터 60일 이내에 인사위원회를 개최하였다고 가정하더라도 피해의 정도와 치료기간 등이 확정되지

아니하여 원고에 대한 징계의 종류와 수준을 정하는 것이 매우 곤란하였을 것으로 보이는 점, ② 원고는 구속되기 이전까지 피해자와 합의하기 위하여 노력하였다가 금고 6월의 형을 선고받고 2010. 8. 5.에 출소하였는데, 합의기간 중에는 원고의 필요에 의하여, 한편 수감기간 중에는 징계위원회를 개최하는 것이 사실상 불가능하였던 사정에 비추어 참가인이 징계심의를 위한 인사위원회를 원고의 만기 출소 이후에 개최한 것이 원고의 소명기회를 제한하거나, 원고의 신분관계를 장기간 불안정한 상태로 방치하기 위한 것이라고 보기는 어려운 점 등을 종합하여 보면, 참가인이 인사위원회를 60일 이내에 개최하지 못한 것이 이 사건 징계를 취소할 만한 절차상의 하자에 해당한다고 보기는 어렵다.

라. ‘징계사유 발생일부터 15일 이내에 징계대상자에게 징계위원회 출석요구서를 통보’하도록 규정하고 있는 경우에는 징계시효에 관한 규정이라기보다 되도록 빠른 시일 내에 징계절차를 진행하라는 의미에서 사용자의 내부 징계처리 절차상 징계위원회의 개최시한을 정한 훈시적인 규정에 해당함

【대전고등법원 2015. 10. 8. 선고 2015누11*** 판결⁹⁷⁸⁾】

참가인 회사의 취업규칙 제42조는 징계를 하고자 할 때에는 징계사유 발생일로부터 15일 이내에 징계대상자에게 징계위원회 출석요구서를 통보하도록 규정하고 있기는 하다. 그러나 징계시효기간에 관한 규정은 근로자에 대한 징계사유가 발생하여 사용자가 일방적으로 근로자를 징계할 수 있었음에도 그 행사 여부를 확정하지 아니함으로써 근로자로 하여금 상당 기간 불안정한 지위에 있게 하는 것을 방지하고 아울러 사용자가 비교적 장기간에 걸쳐 징계권 행사를 게을리하여 근로자로서도 이제는 사용자가 징계권을 행사하지 않으리라는 기대를 갖게 된 상태에서 사용자가 새삼스럽게 징계권을 행사하는 것은 신의칙에도 반하는 것이 되므로 위 기간의 경과를 이유로 사용자의 징계권 행사에 제한을 가하려는 취지에서 두는 것이다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두2*** 판결 참조). 그런데 참가인 회사의 위 취업규칙 규정은 그 규정의 형식이나 문언 및 내용에 비추어 징계시효에 관한 규정이라기보다 되도록 이른 시일 내에 징계절차를 실행하라는 의미에서 사용자의 내부 징계처리 절차상 징계위원회의 개최시한을 정한 훈시적인 규정이라고 할 것이므로, 비록 위 규정에서 정한 기간이 경과하였다고 하더라도 곧바로 징계사유에 해당하는 행위를 한 근로자에 대한 징계가 불가능해지는 것은 아니라 할 것이다. 또한 위 취업규칙에서 말하는 징계사유 발생일은 참가인 회사가 근로자의 징계사유에 해당하는 행위가 있었음을 구체적으로 인식하여 징계권을 행사할 수 있었던 날을 의미한다고 할 것이다. 따라서 참가인 회사는 참가인 회사가 원고의 부임여비 부정수급 사실을 구체적으로 인식한 2013. 11. 초경 무렵부터 15일이 경과하였다고 하더라도 상당한 기간 내에는 원고에게 징계위원회의 출석요구서를 전달하는 등 징계절차를 적법하게 진행할 수 있다고 할 것이므로, 참가인 회사가 징계시효가 도과되어 징계를 할 수 없음에도 징계절차가 진행될 것으로 말하여 원고가 착오에 빠져 퇴직원을 제출한 것이라는 취지의 원고 주장은 받아들이지 않는다.

978) 동 사건은 대법원(대법원 2016. 1. 28.자 2015두55*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

2.5 취업규칙 개정 전 비위행위에 대한 연장된 징계시효의 소급적용 여부 판단 관련 판례

개정 취업규칙이 이미 발생한 비위행위 사실을 적용대상으로 하면서 근로자에 대한 징계시효를 연장하는 등으로 불리한 법률효과를 규정한 경우, 그러한 비위행위 사실이 기존 취업규칙으로는 징계시효가 아직 완성된 것이 아니라면 개정 취업규칙에 따라 징계시효가 연장된다고 봄

【 대법원 2014. 6. 12. 선고 2014두4*** 판결⁹⁷⁹⁾ 】

사업자가 취업규칙을 작성·변경하면서 시행일을 정하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 취업규칙은 정해진 시행일부터 효력이 발생하므로 징계사유의 발생 시와 징계절차 요구 시 사이에 취업규칙이 개정된 경우에 경과 규정에서 달리 정함이 없는 한 징계절차 요구 당시 시행되는 개정 취업규칙과 그에 정한 바에 의하는 것이 원칙이고, 그 개정 취업규칙이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 근로자에 대한 징계시효를 연장하는 등으로 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 취업규칙이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 불소급의 원칙에 위배되어 근로기준법 제96조 제1항에 따라 효력이 없다고 할 수 없으며, 그러한 개정 취업규칙의 적용과 관련하여서는 개정 전 취업규칙의 존속에 대한 근로자의 신뢰가 개정 취업규칙의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 예외적인 경우에 한하여 그러한 근로자의 신뢰를 보호하기 위하여 신의칙상 그 적용이 제한될 수 있을 뿐이다. ... (중략)... 위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 참가인들의 각 금품수수 비위행위는 2007. 1. 19.부터 2007. 12.경까지 사이에 있었고, 원고는 2009. 7. 31. 금품 및 향응 수수, 공금의 횡령·유용에 대한 징계시효 3년을 5년으로 연장하면서 위 징계시효 연장에 관한 경과규정을 두지 않고 개정일 당일부터 시행하기로 인사규정을 개정하였는바, 2009. 7. 31.자 개정 인사규정이 근로자에 대한 징계시효를 연장하여 불리한 법률효과를 규정하고 있더라도 위 개정 인사규정의 시행 전에 참가인들의 각 금품수수 비위행위에 대한 개정 전 징계시효인 3년이 완성된 것이 아니어서 이를 헌법상 금지되는 소급규정에 의한 권리침해라고 볼 수는 없고 달리 참가인들의 신뢰를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있다고 볼 사정도 없다. 따라서 2009. 7. 31.자 개정 인사규정은 그 부칙에 정해진 시행일인 2009. 7. 31.부터 효력이 발생하는 것이므로 원고가 2011. 11. 20. 및 2012. 1. 5.에 참가인들에 대한 징계의결 요구 당시에 징계시효는 개정된 인사규칙에 따른 5년이라고 할 것인데, 원고의 참가인들에 대한 징계의결 요구 당시 5년의 징계시효가 지나지 않았음은 명백하다.

979) 동 사건은 파기 환송되어 서울고등법원(서울고등법원 2014. 9. 26. 선고 2014누5*** 판결)에서 확정됨

제6절 이중징계 및 재징계

1. 이중징계

1.1 의의

일사부재리 원칙에 따라 정당한 징계사유가 있더라도 동일한 사유에 대하여 이중으로 징계할 수는 없음

그러나 종전의 징계가 절차상의 흠 또는 징계 양정이 과하다는 등의 이유로 노동위원회 구제절차나 법원 소송절차에서 부당한 것으로 밝혀지자 사용자가 동일한 사유에 대하여 다시 절차를 밟거나 징계의 수준을 낮추어 다시 징계하거나, 사용자 스스로 종전의 징계를 취소하고 새로이 징계하는 것은 가능함

새로운 징계처분을 하면서 종전에 징계를 받았던 점을 **징계 회부 여부나 징계 수단의 결정에 참고**하는 것에 불과하고 그것을 징계사유로 하지 않았다면 이중징계에 해당하지 않음

1.2 관련 판례

가. 택시회사의 근로자가 회사와의 갈등, 동료와의 이간질 등의 비위행위를 저질러 오다가 2010. 10. 4. 졸음운전으로 교통사고를 발생시키고 같은 달 13일 사고에 대한 시말서 제출을 거부하였다는 이유로 2010. 11. 12. 고정승무배제처분을 받고, 이후 2011. 7. 29. 그동안 발생한 비위행위들을 모두 징계사유로 하여 해고된 사안에서 위 고정승무배제처분은 **교통사고 및 시말서 제출 거부만을 이유로 한 것으로 판단**된다고 하여 비록 위 고정승무배제 처분 이전에 발생한 비위사실이라도 이 사건 해고처분의 징계사유로 하는 것이 이중징계에 해당하지는 않는다고 봄

【서울고등법원 2013. 6. 19. 선고 2012누36*** 판결⁹⁸⁰】

사용자가 근로자에 대하여 이중징계를 한 경우 일사부재리의 원칙이나 이중처벌 금지원칙에 위배되어 그 징계처분은 무효이나, 이와 같이 이중징계에 해당하려면 선행처분과 후행 처분이 모두 법적 성질상 징계처분이어야 하고, 선행 징계처분이 취소됨이 없이 유효하게 확정되어야 하며, 선행 징계처분과 후행 징계처분의 징계혐의사실이 동일하여야 한다(대법원 2000. 9. 29. 선고 99두10*** 판결 등 참조).

이 사건 징계해고가 이중징계에 해당하는지에 관하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 원고가 2010. 11. 12.경 참가인에 대하여 고정승무를 배제시켰고, 고정승무배제는 단체협약에서 정한 징계처분에 해당하며, 그와 같은 고정승무배제 상태는 참가인이 징계해고될 무렵까지 취소됨이 없이 유지되어 온 사실은 인정되나, 한편 앞서 든 사실 및 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, …(중략)… ⑤ 이 사건 노동조합은 2010. 10. 30.경 원고에게 참가인의 징계를 요구하였고, 그 사유는 회사와의 갈등,

동료와의 이간질, 터무니 없는 낭설 퍼트림, 유인물 배포 등으로서 이 사건 징계사유와 상당히 유사한바, 원고는 2010. 12. 17. 이에 대해서 별도로 징계를 하지 않고 주의를 주겠다는 것을 분명히 밝혔는바, 결국 원고는 위와 같은 사유에 대해서는 당시 징계를 하지 않았다고 보이는 점 등을 종합적으로 고려하면 원고의 2010. 11. 12.자 참가인에 대한 고정승무배제는 참가인이 교통사고를 일으켰음에도 원고의 시말서 제출요구에 응하지 않았음을 이유로 이루어진 것이라고 보이고, 결국 A 내지 P의 징계사유를 이유로 한 이 사건 징계해고가 이중징계에 해당한다고 본 재심판정의 판단은 잘못이다.

나. 유사한 징계사유를 이유로 단기간에 연속하여 징계(감봉)를 한 경우에 두 징계처분이 이중징계에 해당하는지 여부에 대하여, 각각의 비위사실이 형식적·실질적으로 동일하지 않은 경우라면 시간적으로 연속된 비위행위에 대하여 각각 징계에 처할 수 있으므로 이중징계에 해당하지 않는다고 판단함

【서울고등법원 2017. 12. 15. 선고 2017누68*** 판결⁹⁸¹⁾】

가. 단기간에 이루어진 2차례의 감봉처분 관련 피고의 주장에 대한 판단

1) 피고는 이 사건 징계해고의 근거로 제기된 ‘1년에 2회 이상의 감봉 처분을 받은 자로서 계속적 업무행이 부적당한 경우 징계해고가 가능하다’고 규정하고 있는 인사규정 제69조 제1항 제1호 마목과 관련하여, ① 2차례의 감봉처분의 주된 이유가 근태불량인바, 사실상 동일하고 연속된 행위를 대상으로 징계가 이루어진 것이라는 점, ② 근태불량 등의 문제가 원고 측의 부당한 대우 등으로부터 기인한 측면이 있다는 점, ③ 제1차 감봉처분의 기간이 끝나기도 전에 추가적인 주의 환기도 없이 연달아서 2차 감봉처분을 발한 점 등을 종합할 때, 원고가 보조참가인을 징계해고하기 위하여 자의적으로 위 감봉처분을 하였던 것이므로 위 인사규정상의 징계기준을 기계적으로 적용하여서는 안 된다고 주장한다.

2) …(중략)… 이 사건 징계해고 이전에 이루어진 2차례의 감봉처분이 보조참가인을 징계해고하기 위하여 자의적으로 이루어진 것이라고 보기는 어렵다. 따라서 보조참가인에게 위 인사규정상의 징계해고 기준을 적용할 수 있으므로 이와 전제를 달리하는 피고의 주장은 이유없다.

① 이중징계에 해당하려면 선행 징계처분과 후행 징계처분의 징계혐의사실이 동일하여야 한다(대법원 2000. 9. 29. 선고 99두10*** 판결 참조). 따라서 징계혐의사실이 형식적, 실질적으로 동일하지 않은 경우라면 시간적으로 연속된 비위행위에 대하여 각각 징계에 처할 수 있다.

② 2차 감봉처분의 징계사유는 회의불참, 보고서 작성 부실, 근태불량으로 인한 업무태만 등 1차 감봉처분의 징계사유와 유사하기는 하나, 새롭게 발생한 근태불량 등의 비위사실을 그 징계사유로 삼은 것이므로 이중징계에 해당하지 않는다.

③ 각각의 감봉처분이 원고의 인사규정 제69조 제1항 및 조합 징계·변상업무처리규정 제12조 [별표] 징계양정기준표의 규정에 비추어 볼 때 징계기준에서 벗어난 것으로서 징계재량권을 일탈·남용한 것이라고 보기는 어렵다.

④ 법령 또는 원고의 내부규정상 수 개의 비위행위에 대하여 연이어 감봉처분을 하는 경우 1차 감봉처분의 기간이 도과하기 이전에는 재차 감봉처분을 할 수 없다는 등의 제한은 없다(⑤ 생략).

⑥ 2차례의 감봉처분은 보조참가인이 이의를 제기하지 아니하여 그대로 확정되었다(⑦ 생략).

980) 1심 판결(서울행정법원 2012. 11. 2. 선고 2012구합12*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 10. 14.자 2013두13*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

다. ‘근로자의 입찰절차에서의 비위행위’에 대하여 선행 징계처분이 있는 후 ‘그 비위행위로 인하여 형사 유죄판결을 받은 것’을 이유로 해고한 경우 선행 징계처분(정직 1월)과 후행 징계처분(해고) 간 징계사유의 기본적 사실관계가 동일하므로 이중징계에 해당한다고 판단함

【서울고등법원 2017. 10. 13. 선고 2017누39*** 판결⁹⁸²⁾】

다) 이 사건 해고가 이중징계에 해당하는지 여부

앞서 인정한 사실관계에 비추어 인정되는 다음과 같은 사정 즉 ① 원고에 대한 이 사건 선행징계가 2014. 9. 18. 이루어져 그 기간이 도과함으로써 징계가 완료되었고, 참가인이 그 후 이 사건 선행징계를 취소하였다고 볼 만한 증거가 없는 점(따라서 이 사건 선행징계에 절차상 중대한 하자가 있어 해당한다는 참가인의 주장은 이유 없다). ② 이 사건 선행징계 당시 이미 세계○○○○○○○ 조직위원회에 의하여 원고에 대한 형사고발이 이루어져 경찰 조사가 진행되고 있었는데, 참가인이 원고에 대하여 위 형사사건에서 유죄판결이 선고될 경우 이 사건 선행징계와 별도로 또 다른 처분이 이루어질 수 있음을 명확하게 밝혔다고 인정할 만한 증거가 없는 점, ③ 이중징계인지 여부는 근로자 보호 및 법적 안정성을 위하여 양 징계사유의 기본적 사실관계가 동일한지 여부를 가지고 판단하여야 하는데, 이 사건 선행징계는 원고가 세계○○○○○○○ 개폐회식 행사 대행 용역업체 선정을 위한 입찰절차에서 특정업체에 대한 평가표를 임의로 변경한 부정행위를 그 징계사유로 하고 있고, 이 사건 해고는 원고가 위 부정행위로 인하여 유죄 판결을 받은 것을 그 해고 사유로 하고 있어서 기본적 사실관계가 동일한 점 등을 종합하여 보면 이 사건 해고는 이중징계에 해당한다고 봄이 옳다.

제4장
징계와
징계해고

라. 근로자가 사용자의 정당한 인사명령을 계속 불이행할 경우 이를 이유로 한 새로운 징계의 필요성이 인정될 수 있으며, 실질적으로 동일한 내용의 인사명령 불이행에 대하여 사용자가 당초 한 차례 징계한 바 있다는 사정만으로 그 불이행의 기간을 달리하는 후행 징계가 이중징계라고 볼 수는 없다고 판시함

【서울고등법원 2019. 12. 18. 선고 2019누47*** 판결⁹⁸³⁾】

가) 이 사건 정직은 ‘이 사건 감봉 후에도 원고가 제1차 인사명령의 내용을 다시 명하는 제2차 인사명령을 재발령하였음에도, 참가인이 제2차 인사명령에 따르지 않고 현장근무를 거부하고 있다’는 사실을 징계혐의사실로 삼고 있다. 같은 내용의 인사명령에 대한 근로제공의무 불이행 상태가 계속되고 있었다 하더라도, 이 사건 정직과 이 사건 감봉의 각 징계혐의사실은 각 의무 불이행의 원인이 되는 인사명령 및 그 시점, 그 인사명령 불이행의 시기(始期)와 종기(終期)가 서로 달라 그 기본적인 사실관계가 동일하다고 평가하기 어렵다.

나) 근로자가 사용자의 정당한 인사명령을 계속 불이행한다면, 이를 이유로 한 최초의 징계 이후에 새로운 징계의 필요성이 인정될 수 있다. 이 경우 사용자로서는 기존의 징계를 취소하고 종전의 인사명령 불이행 사실까지 징계혐의사실에 포함하여 새로운 징계를 내릴 수도 있을 것이다. 그러나 사용자가 새로운 징계를 하면서 기존의 징계를 취소하지 않은 조치가 징계권의 남용이라고 단정할 수는

981) 동 사건은 대법원(대법원 2018. 4. 26.자 2018두32*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

982) 동 사건은 대법원(대법원 2018. 2. 13.자 2017두66*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

983) 동 사건은 대법원(대법원 2020. 4. 9.자 2020두30*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

없고, 기존의 징계와 새로운 징계의 공존 또는 병존에 따른 문제는 새로운 징계의 징계양정 등이 적정하지 여부 등을 통제함으로써 해결하는 것이 타당하다.

다) 제2차 인사명령에 의하여 참가인에게 부여된 업무는 '◇◇에 있는 ▽▽ 신축공사 프로젝트 현장에서의 공무 중 기자재 발주 담당'으로, 제1차 인사명령에서의 근무 장소와 담당 업무가 동일한 점은 인정된다. 그러나 실질적으로 동일한 내용의 인사명령 불이행에 대하여 사용자가 당초 한 차례 징계한 바 있다는 사정만으로 그 불이행의 기간을 달리하는 후행 징계가 이중징계로서 무효라고 보게 된다면, 사용자로서는 정당한 인사명령의 불이행을 계속하고 있는 근로자에 대하여 향후 해당 근로자의 예상되는 인사명령 불이행의 종기 등까지도 고려하여 최초의 징계를 하여야만 한다는 결론에 이르게 되고, 이러한 결론은 사용자의 근로자에 대한 업무 지위·감독권을 형해화할 우려가 있어 섣뜻 받아들이기 어렵다.

2. 재징계

2.1 의의

사용자가 징계절차의 하자나 징계사유 인정, 징계양정 부당에 잘못이 있음을 인정할 때에는 노동위원회 구제명령이나 법원의 무효 확인 판결을 기다릴 것이 없이 스스로 징계처분을 취소할 수 있음⁹⁸⁴⁾

당초 징계처분을 취소하면 그 처분은 소급해서 무효가 되는데 그렇다고 징계대상자에 대한 종전의 비위사실이 용서되거나 징계사유마저 없었던 것으로 되는 것은 아니기 때문에, 그 후 같은 사유 또는 새로운 사유를 추가해 다시 징계처분을 한다고 하더라도 이는 일사부재리 원칙이나 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음

또한 1차 징계 효력이 다투어지는 상황에서 사용자가 지방노동위원회의 구제명령에 따라 근로자를 복직시키고 1차 징계를 취소함 없이 절차를 보완하고 해고사유를 추가하여 2차 징계를 한 경우, 2차 징계가 단지 1차 징계가 효력이 없을 것에 대비하여 행하여진 징계라는 것만으로 당연히 무효라고 할 수는 없음⁹⁸⁵⁾

징계절차 위반으로 인한 해고무효 판결 확정 후, 같은 사유를 들어 새로이 필요한 제반 징계절차를 밟아서 징계처분을 한 경우도 역시 일사부재리 원칙이나 신의칙 위반에 해당하지 않으며, 법원 판결을 잠탈하는 것도 아니고,⁹⁸⁶⁾ 이 경우에는 소송 도중 징계시 효기간이 도과하였어도 위 판결확정일로부터 상당한 기간 내에 다시 동일한 사유에 대하여 징계요구를 할 수 있다고 보아야 할 것임⁹⁸⁷⁾

984) 대법원 1992. 8. 14. 선고 91다43*** 판결, 대법원 1989. 5. 23. 선고 87다카2*** 판결 등

985) 대법원 1996. 4. 23. 선고 95다53*** 판결

986) 대법원 1995. 12. 5. 선고 95다36*** 판결

987) 대법원 1998. 6. 12. 선고 97누16*** 판결

2.2 관련 판례

가. 사용자가 스스로 징계 절차의 하자를 인정하거나 징계사유의 인정·징계 양정 등에 잘못이 있음을 인정하여 노동위원회의 구제명령이나 법원의 무효 확인 판결을 기다릴 것 없이 스스로 징계처분을 취소할 수 있고, 새로이 적법한 징계처분을 하는 것도 가능하다고 봄

【대법원 1994. 12. 27. 선고 94누11*** 판결⁹⁸⁸⁾】

사용자가 징계절차에 하자가 있거나, 징계양정이 잘못된 경우 또는 징계사유의 인정에 잘못이 있음을 스스로 인정할 때에는 노동위원회의 구제명령이나 법원의 무효확인판결을 기다릴 것 없이 스스로 징계처분을 취소할 수 있고, 나아가 새로이 적법한 징계처분을 하는 것도 가능하다 할 것이며(대법원 1981. 5. 26. 선고 80다2*** 판결 참조), 이러한 경우 당초의 해고처분을 취소하면 그 처분은 소급해서 무효로 되어 처음부터 해고처분이 없었던 것과 같은 상태로 되므로, 사용자가 별도로 그 징계대상자를 원직에 복귀시켜야 할 의무를 부담하게 되는 것이 아님(대다가(이 점에서 사용자가 위와 같은 의무를 부담하게 되어 결국 다시 징계처분을 할 수 없다는 주장은 이유 없다), 이 사건과 같이 사용자인 소외 회사가 징계절차에 하자가 있음을 스스로 인정하여 그 제1차 징계처분을 취소한 것을 일컬어 소외 회사가 그 징계대상자에 대한 종전의 비리를 모두 용서한 것이라고 볼 수도 없으니, 같은 취지로 판단한 원심판결은 수긍이 가고, 거기에 해고의 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 논지는 이유가 없다.

제4장
징계와
징계해고

나. 1차 징계 효력이 다투어지는 상황에서 1차 징계를 취소함이 없이 절차를 보완하고 해고사유를 추가하여 2차 징계를 한 경우, 2차 징계가 단지 1차 징계가 효력이 없을 것에 대비하여 행하여진 징계라는 것만으로 당연히 무효라고 할 수는 없다고 봄

【대법원 1996. 4. 23. 선고 95다53*** 판결】

원심은, 피고 회사는 1990. 11. 21. 원고가 7일 이상 무단결근하였다는 이유로 인사위원회를 개최하여 원고를 징계면직하였는데, 원고가 이에 불복하여 ○○지방노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 함으로써 위 지방노동위원회가 1991. 2. 26. 위 징계면직을 부당노동행위라고 결정하고 원고를 원직에 복직시키라는 명령을 하게 되자, 피고 회사는 같은 해 3. 18.자로 원고를 복직하게 한 후 같은 달 20. 다시 인사위원회를 개최하여 새로운 징계사유를 추가하여 원고를 징계해고하기로 의결하고 그 의결에 기하여 같은 달 23.자로 원고를 징계해고한 사실을 인정한 후, 이 사건 제2차 해고는 실질적인 복직 조치 없이 내려진 해고, 즉 근로자의 신분을 박탈당한 자에 대한 해고여서 당연히 무효라는 원고의 주장에 대하여는, 피고 회사가 위와 같이 복직조치를 취한 이상 원고는 해고자로서의 지위에서 벗어났다고 할 것이므로 위 제2차 해고를 근로계약관계가 없는 자에 대한 해고로서 무효라고 볼 수 없다고 판단하였다.

988) 유사 판결로는 대법원 1994. 9. 30. 선고 93다26*** 판결 참조

기록에 의하면, 피고 회사는 위 지방노동위원회의 복직명령에 따라 원고를 복직시키기는 하였으나 위 지방노동위원회의 결정에 불복하여 중앙노동위원회에 재심신청을 한 사실을 알 수 있는바, 노동조합법 제42조에서 규정한 노동위원회의 사용자에게 대한 구제명령은 사용자에게 이에 복종하여야 할 공법상의 의무를 부담시킬 뿐 직접 노사 간 사법상의 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니라고 할 것이므로(대법원 1976. 2. 11.자 75마*** 결정, 1994. 6. 28. 선고 93다33*** 판결 참조), 피고 회사가 위 복직명령에 대한 공법상의 의무를 이행하기 위하여 원고를 복직시키는 조치를 취하였다고 하더라도 피고 회사가 그에 불복하여 중앙노동위원회에 재심신청을 하였다면, 피고 회사는 제1차 해고를 취소함이 없이 제1차 해고가 받아들여지지 않을 것에 대비하여 예비적으로 이 사건 제2차 해고를 한 것이라고 보아야 할 것이고, 위 제2차 해고를 지방노동위원회의 복직명령에 따라 일시적으로 회복된 근로관계를 해소하기 위한 목적에서의 해고는 아니라고 보아야 할 것이다.

그렇다면, 피고 회사가 복직조치를 취함으로써 원고가 해고근로자의 지위를 벗어났으니 이 사건 제2차 해고는 해고근로자에 대한 해고로 볼 수 없다는 취지의 원심의 판시는 잘못이라고 할 것이나, 이와 같이 제1차 해고의 효력이 다투어지고 있는 상태에서 그 제1차 해고를 취소함이 없이 절차를 보완하고 해고사유를 추가하여 행하여진 제2차 해고를, 그것이 단지 제1차 해고가 효력이 없을 것에 대비하여 행하여진 해고라는 것만으로 당연히 무효인 해고라고 할 수는 없을 것이므로, 원심의 위와 같은 법리오해는 이 사건의 결론에 영향이 없고, 이와 다른 견해를 전제로 한 논지는 모두 이유가 없다.

다. 징계절차상의 위법을 이유로 한 직위해제 및 직권면직처분의 무효확인 판결이 확정된 경우 그 소송 도중 징계시효기간이 도과하였어도 위 판결 확정일로부터 상당한 기간 내에 다시 동일한 사유에 대하여 징계요구를 할 수 있다고 봄

【 대법원 1998. 6. 12. 선고 97누16*** 판결 】

위 인사규정 제60조의1의 취지는 징계사유 발생 후 사용자가 징계권을 행사할 것인지를 확정하지 아니함에 따라 근로자가 상당 기간 불안정한 지위에 있게 하는 것을 방지함과 아울러 오랜 기간이 지났기 때문에 사용자가 징계권을 행사하지 않으리라는 근로자의 기대를 보호하기 위한 것(대법원 1995. 3. 10. 선고 94다14*** 판결 참조)이라고 할 것인데, 이 사건에서와 같이 직위해제 및 대기발령 사유임과 동시에 징계사유에도 해당하는 사유로 참가인이 인사규정 제60조의1이 정한 기간 내에 원고에 대하여 직위해제 등 처분과 면직처분 등 불이익 처분을 한 이상 참가인이 위 징계사유에 대하여 소극적인 태도를 보였거나 원고에게 징계권 불행사에 대한 기대가 성립되었다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 위 면직처분에 의하여 원고는 일단 근로자의 지위를 상실하게 됨으로써 나중에 원고가 위 면직처분 등이 무효임의 확인을 구하는 소송을 제기하여 그 결과 무효확인판결이 확정되었다고 할지라도 그 때까지 참가인은 원고에 대하여 새로운 징계처분을 할 수도 없는 노릇이므로, 위 직위해제 및 면직처분의 효력을 다투는 소송의 계속 중에 인사규정 제60조의1에 정한 기간이 경과되고 그 후에야 절차상의 위법을 이유로 위 각 처분의 무효확인판결이 확정되기에 이르렀다면, 이러한 경우에는 종전의 위 각 처분도 실질적으로는 원고의 복무규율이나 기타 기업 질서의 위반에 대한 제재적 목적으로 행하여진 점에 비추어 참가인은 위 판결확정일로부터 상당한 기간 내에 다시 동일한 사유에 대하여 징계요구를 할 수 있다고 보아야 할 것이니, 원고에 대한 위 1995. 4. 20.자 징계의결요구는 적법하다고 볼 것이다.

그리고 직위해제 및 면직처분의 무효확인판결의 기판력은 판결 주문에 포함된 위 각 처분의 무효 여부에 관한 법률적 판단의 내용에 미치는 것으로(대법원 1993. 1. 15. 선고 92다20*** 판결 참조), 참가인이 위 판결의 확정 후에 직위해제 등 처분의 사유와 동일한 사유를 들어 다시 이 사건 정직처분을 하였다고 하여 위 확정판결의 기판력에 저촉된다고 할 수 없다(대법원 1994. 9. 30. 선고 93다26*** 판결, 1995. 12. 5. 선고 95다36*** 판결 등 참조).

제 5 장

경영상 해고

제1절 경영상 해고의 의의 및 성격	591
제2절 경영상 해고의 정당성 요건	591
1. 의의	591
2. 긴박한 경영상의 필요성(제24조 제1항)	592
3. 해고회피노력(제24조 제2항)	596
4. 해고대상자 선정의 합리성·공정성(제24조 제2항)	597
5. 근로자대표에 대한 사전통보 및 성실한 협의(제24조 제3항)	598
제3절 기타 경영상 해고 관련 논점	604
1. 고용안정협약	604
2. 우선재고용 의무	605
제4절 경영상 해고 관련 판례	607
1. 긴박한 경영상 필요성 인정 여부	607
2. 해고회피노력 충족 여부	622
3. 해고대상자 선정의 합리성·공정성 인정 여부	639
4. 근로자대표에 대한 사전통보 및 성실한 협의 인정 여부	654
5. 기타 경영상 해고 관련 논점	666

제1절 경영상 해고의 의의 및 성격

해고사유를 기준으로 할 때 해고의 유형은 크게 ‘근로자 측 사유에 의한 해고’와 ‘기업 경영상의 필요에 의한 해고’로 나누어 볼 수 있는데, 후자를 경영상 해고라고 함

경영상 해고⁹⁸⁹⁾란 사용자의 긴박한 경영상 필요에 따라 기업의 유지·존속을 위해 일정한 요건 하에 근로자를 해고하는 것을 말함⁹⁹⁰⁾

제2절 경영상 해고의 정당성 요건

1. 의의

경영상 해고는 오로지 사용자 측의 사정으로 인해 근로관계가 종료된다는 점과 일반적으로 다수의 근로자가 해고되는 경우가 많아 사회적 영향이 크다는 점 등을 고려하여 별도로 근로기준법 제24조에 엄격한 요건이 규정되어 있음⁹⁹¹⁾

사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하려면,

- ① 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고(필요성),
- ② 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며(보충성),
- ③ 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고(선정기준의 공정성),
- ④ 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자대표에게 해고실시일 50일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 함(사전협의)

989) ‘정리해고’란 용어가 판례를 중심으로 일반화되어 있으나 일본에서 도입된 용어로 법정용어가 아니므로, 근로기준법 제24조에 따른 경영상 이유에 의한 해고를 이하 “경영상 해고”라 함(단, 판례는 그대로 인용함)

990) 판례는 사업의 폐지를 위하여 해산한 기업이 그 청산과정에서 근로자를 해고하는 경우 또는 기업이 파산 선고를 받아 사업의 폐지를 위하여 그 청산과정에서 근로자를 해고하는 경우는 경영상 해고가 아니고 통상해고라고 보고 있음(대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다27*** 판결, 대법원 2003. 4. 25. 선고 2003다7*** 판결 등)

991) 1997년 근로기준법 개정 전의 대법원 판례는 이러한 4가지 요건들을 정당한 경영상 해고를 위한 엄격한 요건으로 보기보다는 일종의 고려요소들로 보아 하나의 요소가 결여된 경우(예를 들어 사전협의가 전혀 없는 경우)에도 경영상 해고를 무효라고 볼 수는 없다고 하였음(예를 들어, 대법원 1992. 11. 10. 선고 91다19*** 판결 등). 그러나 근로기준법이 위와 같은 4가지 요건을 명문화함으로써 위 요건 중 하나라도 결한 경영상 해고는 그 정당성을 인정받기 어렵게 되었다고 할 것임(이홍재, “경영해고의 판례경향”, 노동법연구(제10호), 서울대학교 노동법연구회, 2001; 하경효, 노동법사례연습(제2판), 박영사, 2008, 175면; 한주한, “근로기준법 제31조 제3항이 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준을 해고실시 60일 이전까지 근로자대표에게 통보하게 한 취지”, 대법원 판례해설(제47호), 2004 등 참조)

〈경영상 해고의 4가지 요건〉
1. 긴박한 경영상의 필요
2. 해고회피노력
3. 합리적이고 공정한 해고 기준에 따른 대상자 선정
4. 근로자대표와의 성실한 협의

판례는 위 각 요건의 구체적 내용은 **확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족 정도와 관련하여 유동적으로 정해지는 것**이므로 구체적 사건에서 경영상 해고가 위 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별 사정들을 **종합적으로 고려하여 판단**하여야 한다고 봄⁹⁹²⁾

위와 같은 경영상 해고의 정당성에 대한 종합적 판단에서 더 나아가 ‘긴박한 경영상 필요성’ 심사에서 종합적 검토를, ‘공정한 해고대상자 선정’ 심사에서 종합적 검토를 하는 등 **경영상 해고 각 요건을 판단함에 있어서도 종합적 검토를 요구함으로써 요건 충족 여부를 심사**하는 편임⁹⁹³⁾

그러나 최근의 판례에서는 다수의 대법원 판결이 사용자가 경영상 해고의 요건을 모두 증명해야 한다는 입장이고, 경영상 해고에 있어 **그 4가지 요건 중 하나라도 갖추지 못했다면 나머지 요건에 대해서는 살펴볼 필요도 없이 위법하다고 판단**하고 있음⁹⁹⁴⁾

위에서 살펴본 바와 같이 경영상 해고의 유효요건에 관한 판례의 태도에 다소 혼동의 여지가 있고 심급마다 판단이 달라진 경우도 있음⁹⁹⁵⁾

2. 긴박한 경영상의 필요성(제24조 제1항)

2.1 긴박한 경영상의 필요성의 의미⁹⁹⁶⁾

사용자가 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하려면 긴박한 경영상의 필요가 있어야

992) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2000두9*** 판결, 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29*** 판결, 대법원 2002. 11. 13. 선고 2003두4*** 판결, 대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69*** 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13*** 판결 등 참조

993) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3*** 판결, 2010다3*** 판결, 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다14*** 판결 참조

994) 대법원 2017. 6. 29. 선고 2016두52*** 판결, 대법원 2019. 4. 5. 선고 2018두66*** 판결 등 참조

995) ○○○○증권 주식회사의 경영상 해고[지노위(적법) → 중노위(위법) → 1심·2심(적법) → 대법원(위법취지 1차 파기환송) → 환송 후 2심(적법) → 대법원(위법취지 2차 파기환송)]에 있어 대법원은 경영상 해고의 요건을 갖추지 못했다는 취지로 판단하면서 같은 사건에 대하여 두 번째 파기환송 판결을 선고함(대법원 2019. 11. 28. 선고 2018두44*** 판결)

996) 이하는 노동법실무연구회, 근로기준법 주해Ⅱ(제2판), 박영사, 2020, 442~445면을 인용

함. ‘긴박한 경영상의 필요성’에 관하여 판례는 그 엄격성의 정도를 점점 완화시켜 옴. 초기에 대법원은 “해고를 하지 않으면 기업경영이 위태로울 정도의 급박한 경영상의 필요성”⁹⁹⁷⁾ 및 “기업이 일정 수의 근로자를 정리하고 하지 않으면 경영악화로 사업을 계속할 수 없거나 적어도 기업재정상 심히 곤란한 처지에 놓일 개연성이 있을 것”⁹⁹⁸⁾을 요구하였는데 이러한 판례는 이른바 ‘도산회피설’의 입장을 취한 것이었음

그러다가 판례는, “기업의 인원삭감 조치가 영업성적의 악화라는 기업의 경제적인 이유뿐만 아니라 생산성의 향상, 경쟁력의 회복 내지 증강에 대처하기 위한 작업 형태의 변경, 신기술의 도입이라는 기술적인 이유와 그러한 기술 혁신에 따라 생기는 산업의 구조적 변화도 이유로 하여 실제 이루어지고 있고, 또한 그럴 필요성이 충분히 있다는 점에 비추어 보면 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 것에 한정할 필요는 없고, 인원 삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때에는 ‘긴박한 경영상의 필요성’이 있는 것으로 넓게 보아야 한다”는 것으로 바뀜.⁹⁹⁹⁾ 이는 이른바 ‘합리성필요설’을 취한 것임

나아가 2002년경 이후에는 “**장래에 올 수 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원 삭감이 객관적으로 보아 합리성이 인정되는 경우도 포함되는 것으로 보아야 한다**”¹⁰⁰⁰⁾라고까지 완화시킴. 합리성설 중 가장 완화된 것인데, 이른바 ‘장래대비설’임

대법원 판례는 “기업운영에 필요한 인력의 규모가 어느 정도인지, 잉여인력은 몇 명인지 등은 상당한 합리성이 인정되는 한 경영판단에 속하는 것이므로 특별한 사정이 없다면 경영자의 판단을 존중하여야 할 것”이라고 판단한 바도 있음¹⁰⁰¹⁾

997) 대법원 1989. 5. 23. 선고 87다카2*** 판결, 대법원 1990. 3. 13. 선고 89다카24*** 판결 등

998) 대법원 1990. 1. 12. 선고 88다카34*** 판결

999) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91다8*** 판결, 대법원 1992. 5. 12. 선고 90누9*** 판결, 대법원 1992. 8. 14. 선고 92다16*** 판결, 대법원 1995. 12. 22. 선고 94다52*** 판결 등

1000) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29*** 판결, 대법원 2003. 9. 26. 선고 2001두10***, 10*** 판결, 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003두4*** 판결, 대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11*** 판결, 대법원 2004. 10. 15. 선고 2001두1*** 판결, 대법원 2005. 6. 9. 선고 2004도7*** 판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3*** 판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3*** 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38*** 판결, 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60*** 판결, 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다14*** 판결, 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다20***, 20*** 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2012다48*** 판결, 대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두25*** 판결, 대법원 2017. 6. 29. 선고 2016두52*** 판결, 대법원 2019. 11. 28. 선고 2018두44*** 판결 등은 “정리해고의 요건 중 ‘긴박한 경영상의 필요’란 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원삭감이 필요한 경우도 포함되지만, 그러한 인원삭감은 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되어야 한다.”라고 판시하여 객관적 합리성에 더욱 강조점을 둠

1001) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60*** 판결, 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다20***, 20*** 판결, 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다14*** 판결 등

2.2 긴박한 경영상의 필요성 판단범위

가. 원칙

긴박한 경영상의 필요성을 판단함에 있어서는 원칙적으로 **회사 전체 또는 하나의 법인** 별로 경영상 필요성을 판단함¹⁰⁰²⁾

나. 예외

한 법인의 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어 있고 재무 및 회계도 분리되어 있는 등 경영여건을 달리하고 있다면 그 사업부문만을 따로 떼어 긴박한 경영상의 필요성 여부를 판단할 수 있음¹⁰⁰³⁾

다만, 각 사업부를 **별개의 독립된 사업체로 볼 수 없다고 하여도 특정 사업부문의 경영악화가 기업 전체의 경영악화를 초래할 우려가 있는 등 장래 위기에 대처할 필요가 있다고 인정되는 경우에는** 해당 사업부문을 축소 또는 폐지하고 이로 인하여 발생하는 잉여인력을 감축하는 것이 객관적으로 불합리하다고 볼 수 없음¹⁰⁰⁴⁾

또한 **두 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문이 동종의 사업을 경영하여 그 업종이 처한 경기상황에 동시에 반응하며, 상호 인적·물적 설비가 엄격하게 분리되어 있지 않고, 노동조합도 각각이 아닌 단일노조로 구성되어 두 법인과 통일적으로 교섭하고 있는 등 사실상 하나의 법인**으로 운영되어 그 경영상황이 하나의 기업으로 볼 수 있을 정도로 상호 밀접한 관련이 있는 경우에는 두 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문의 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단할 수 있음¹⁰⁰⁵⁾

2.3 긴박한 경영상의 필요성 판단기준

가. 판단의 기준시점

긴박한 경영상의 필요가 있었는지 여부는 **경영상 해고 당시의 사정을** 기준으로 판단해야 함.¹⁰⁰⁶⁾ 다만, 일정한 특정시점에서 판단할 것이 아니고 사용자가 **해고회피조치를 취할 무렵부터 근로자들에 대한 해고조치를 취할 때까지 사이에 걸쳐서 여러 상황을 중**

1002) 대법원 1999. 4. 27. 선고 99두*** 판결

1003) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다14*** 판결, 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다4*** 판결 등

1004) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004두9***, 2004두9***(병합) 판결, 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두14*** 판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3*** 판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3*** 판결 등

1005) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30*** 판결 등

1006) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60*** 판결

합적으로 고려하여 판단함¹⁰⁰⁷⁾

따라서 근로자에 대한 경영상 해고를 한 이후 경영 상태가 호전되었다고 하더라도 원칙적으로 경영상 해고 당시의 경영상 해고의 필요성이 인정된다면 **경영상 해고 이후의 사정은 경영상 해고의 정당성을 판단하는 간접적 요소에 불과하다고 할 것임**

다만, 경영상 해고에 의하여 인원 삭감 조치를 한 후 남은 근로자의 임금을 대폭 인상하였거나,¹⁰⁰⁸⁾ 해고된 근로자수와 비슷하거나 그 이상의 근로자를 신규로 채용하였거나,¹⁰⁰⁹⁾ 순이익 증가에 따라 주주에게 고율의 주식 배당을 하는 등 명백히 모순되는 경영상의 행동이 뒤따른 경우 등에는 긴박한 경영상의 필요성이 부정될 수 있음¹⁰¹⁰⁾

나. 판단 방법

판례는 인원삭감의 합리적 필요성이 있으면 경영상 해고의 긴박한 경영상의 필요성이 있다고 넓게 인정하면서도, 그 판단에 있어서는 현재 영업성적의 악화에 따른 경영위기 상태에 있는지 여부(경영상태)를 기준으로 하는 경우가 많음¹⁰¹¹⁾

따라서 당사자들은 긴박한 경영상 필요의 입증을 위해 **재무제표상의 회계지표**를 우선적으로 증거로 제시하는 경우가 일반적임¹⁰¹²⁾

그러나 판례는 재무제표상 지표들이 악화되어 있지 않은 경우에도, 폭넓게 긴박한 경영상의 필요성을 인정하는 경우도 다수 있음

특히 국가·지방자치단체 및 그들이 출연한 기관의 경영상 해고에 있어서는 긴박한 경영상의 필요성을 더욱 넓게 인정함

1007) 서울고등법원 2008. 8. 22. 선고 2008누8*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 2. 14. 선고 2007구합16*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 11. 27.자 2008두16*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

1008) 대법원 1987. 4. 28. 선고 86다카1*** 판결, 대법원 1989. 5. 23. 선고 87다카2*** 판결, 대법원 1993. 12. 25. 선고 92다34*** 판결, 대법원 1995. 11. 24. 선고 94누10*** 판결 등 다만, 해고회피노력 판단에 있어서는 이러한 사정들 부정적 판단요소로 작용하지 않은 판결이 있음[아래, ‘2.3. 다. 1) 라)’ 참조]

1009) 해고회피노력 판단에 있어서도 부정적 판단요소로 작용한 판결이 있음[아래, ‘2.3. 다. 2) 라)’ 참조]

1010) 노동법실무연구회, 근로기준법 주해Ⅱ(제2판), 박영사, 2020, 453면

1011) 이에 대해 위와 같은 판례의 태도는 장차 발생할 수 있는 경영여건의 변화를 충분히 대비할 수 없는 단점이 있으므로, 긴박한 경영상의 필요를 경영상태를 기초로 판단하는 것이 아니라 객관적으로 잉여 노동력의 발생 자체에 판단의 기초를 두는 것이 바람직하다는 견해가 있음(박종희, “경영상 해고제도의 법리와 법정정책적 운용방안”, 한국노동연구원, 1998.)

1012) 긴박한 경영상의 필요성을 판단하기 위하여 사용자들이 통상적으로 제시하는 방법은 재무회계지표의 분석임. 따라서 경영상 해고의 정당성을 판단하는 과정에서도 재무제표에 대한 분석이 판단의 일차적인 단계가 됨. 재무제표 중에서는 손익계산서, 현금흐름표 등이 중요함. 한편 직접적인 재무제표 분석에는 한계가 있으므로 경영상 해고 전후의 임금 등 인건비 상태, 해고 후의 신규채용, 시간외 근무의 추이, 적자 부문의 계속 영업의 유무, 배당의 유무, 희망퇴직자의 수와 비해고자의 수의 비율 등의 간접사실을 통해 긴박한 경영상의 필요성을 판단하는 경우가 많음

한편 긴박한 경영상의 필요를 부정하는 판례도 있으며, 그러한 경우에는 주로 다음과 같은 유형으로 분류됨

- ① 사용자가 경영상 필요의 근거로 삼는 지표(주로 당기순손실, 부채비율 등¹⁰¹³⁾) 이외의 다른 지표*들은 안정적인 경우(제1유형)

* 유동비율,¹⁰¹⁴⁾ 이익잉여금,¹⁰¹⁵⁾ 시장점유율, 이자보상배율¹⁰¹⁶⁾ 등

- ② 회계지표 악화의 원인이 과다인원과 관계가 없는 경우(제2유형): 관리비의 과다 계상으로 관리비 비중이 높아 손실이 발생한 경우, 설비투자 등으로 인한 이자비용의 증가로 손실이 발생한 경우 등

- ③ 경영상 위기의 일반적인 상황에 반하는 간접사실들이 다수 있는 경우(제3유형): 사업확장, 자금대여, 신규채용, 시간외 근로 등이 이루어지고 있는 경우

- ④ 사용자가 당초 제시한 인원감축 목표를 초과한 경우(제4유형): 사용자가 당초 제시한 감원목표를 초과한 경우 경영상 해고가 부당하다고 판단했고,¹⁰¹⁷⁾ 반대로 감원목표가 합리적이라면 그 목표에 근소하게 미달한 경우에도 여전히 경영상 해고가 가능하다고 판단함¹⁰¹⁸⁾

3. 해고회피노력(제24조 제2항)

3.1 해고회피노력의 의의

해고회피를 위한 노력은 ‘사용자가 근로자의 해고범위를 최소화하기 위하여 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 중지, 일시 휴직 및 희망퇴직의 활용, 전근, 임금삭감·동결 등의 가능한 조치를 취하는 것’을 뜻함¹⁰¹⁹⁾

1013) 대차대조표상의 부채총액을 자본총액으로 나눈 비율

1014) 대차대조표상의 유동자산을 유동부채로 나눈 비율로 회사의 지불능력을 판단하기 위해서 사용하는 분석지표임. 유동부채의 몇 배의 유동자산을 가지고 있는가를 나타내며 이 비율이 높을수록 지급능력이 커짐을 뜻함

1015) 기업의 순자산액이 법정자본액을 초과하는 부분을 잉여금이라 하며, 그중에서 이익을 원천으로 하는 잉여금을 이익잉여금이라 함. 이익잉여금은 기업의 영업활동에서 생긴 순이익으로, 배당이나 상여(賞與) 등의 형태로 사외로 유출시키지 않고 사내에 유보한 부분임

1016) 기업이 부채에 대한 이자지급 의무를 이행할 수 있는 능력을 보기 위한 지표로서 영업이익을 지급이자비용으로 나누어 산출함. 이자보상배율이 1 미만일 때는 갚아야 할 이자비용보다 기업이 벌어들인 영업이익이 더 적었다는 뜻으로 지급이자비용이 영업이익을 넘는 것을 뜻하므로 이자지급 능력에 문제가 있다고 판단할 수 있음

1017) 대법원 2019. 11. 28. 선고 2018두44*** 판결

1018) 대법원 2019. 10. 18. 선고 2019두45*** 판결

1019) ILO의 1982년 ‘사용자의 주도에 의한 고용종료에 관한 권고’ 제166호 제21조는 해고회피 또는 최소화를 위한 조치의 내용으로 채용제한, 배치전환, 일정한 기간에 걸친 인력의 자연감축, 훈련 및 재훈련, 적절한 소득보장이 수반되는 자발적인 조기퇴직, 시간외 근로의 제한 및 정규근로시간의 단축 등을

해고회피노력으로 인하여 해고의 필요성이 없어졌음에도 경영상 해고를 실시하는 경우 부당해고에 해당함¹⁰²⁰⁾

3.2 해고회피노력의 판단기준

위와 같은 해고회피노력에 대한 판례의 일반적 판단 기준은 ‘해고 범위를 최소화하기 위한 비용 절감의 모든 조치를 다 하였는지 여부’라고 할 수 있음¹⁰²¹⁾

그러나 해고회피노력의 방법과 정도의 판단기준은 확일적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 경영상 해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모 등에 따라 달라짐¹⁰²²⁾

4. 해고대상자 선정의 합리성·공정성(제24조 제2항)

4.1 해고대상자 선정의 합리성·공정성의 의의

일반적으로 해고대상자 선정기준이 근로자의 근무성적, 업무능력, 근무태도 및 입사시기 등을 종합적으로 고려한 것이라면 합리적이고 공정한 해고기준으로 인정하고 있음¹⁰²³⁾

4.2 해고대상자 선정의 합리성·공정성 판단기준

해고대상자 선정의 공정성을 확보하기 위해서는 사용자 측의 입장과 근로자 측의 입장이 동시에 고려되어야 함

즉 경영상 해고대상자 선정기준은 사용자 측 입장에서 평소의 근무성적·상벌관계·경력·기능의 숙련도 등(회사에 대한 공헌도)이 고려되어야 하고, 근로자 측 입장에서 연령·근속기간·부양의무의 유무·재산·건강상태 등(해고로 인한 생활불안의 정도)이 적절히 안배되어야 하며, 특히 사회적 보호와 배려의 필요성이 높은 근로자의 경우 그러한 주관적 사정을 반영하는 요소들이 실질적인 선정 기준으로 기능할 수 있도록 하여야 함

따라서 이러한 여러 요소들을 항목별로 점수화하여 공정하게 순서를 정하고 그 점수화된 순서에 의하여 기업의 존립보호라는 취지에 부합하는 자로서 사회적 보호가 덜 필

제시하고 있음

1020) 서울고등법원 2010. 11. 24. 선고 2007누12*** 판결

1021) 이러한 판례의 입장은 경영상 해고의 의의를 경영개선을 위해 해고 이외의 다른 선택가능성이 없는 불가피한 최후의 선택으로 파악하는 것으로 볼 수 있음(이홍재, “경영해고의 판례 경향”, 노동법연구(제10호), 서울대학교 노동법연구회, 2001.)

1022) 대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11*** 판결 등 참조

1023) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000두4*** 판결 등

요한 근로자 순으로 해고대상자를 선별하는 것은 합리적이라고 판단됨

그런데 합리적이고 공정한 해고기준 역시 획일적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 경영상 해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유 등에 따라 달라지며, 사용자가 해고기준에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의한 사정도 합리적이고 공정한 해고기준 판단에 참작하고 있음¹⁰²⁴⁾

한편 사용자는 경영상 해고대상자 선정을 위한 기준의 수립과 적용에 있어서 재량권을 갖고 있고, 그러한 재량권 행사는 법령에 위반되지 않는 한 원칙적으로 존중되어야 함. 판례도 사용자의 경영상 해고대상자 선정 기준이 법령에 위반된다면 중앙노동위원회로서는 이를 이유로 당해 경영상 해고를 부당해고로 보아 근로자의 복직 등을 명하여야 하는 것이고, 사용자의 재량권 행사 기회 자체를 박탈하여 사용자를 대신하여 새로운 경영상 해고대상자 선정 기준을 정한 후 이에 따라 경영상 해고의 위법 여부를 판단하여서는 안 된다고 보고 있음¹⁰²⁵⁾

5. 근로자대표에 대한 사전통보 및 성실한 협의(제24조 제3항)

5.1 사전협의 절차의 취지

경영상 해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 경영상 해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 취지임¹⁰²⁶⁾

5.2 사전협의 절차의 체계적 지위

1997년 3월 근로기준법에 경영상 해고의 요건이 규정되기 전 대법원 판례는 사전협의를 전혀 없는 경우에도 경영상 해고를 무효라고 볼 수는 없다고 한 사례가 있음¹⁰²⁷⁾

근로기준법 개정 후에도 위와 같은 대법원의 해석론이 그대로 유지될 수 있는지가 문제됨

1024) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다2*** 판결 등

1025) 서울고등법원 2014. 9. 24. 선고 2013누17*** 판결[대법원(대법원 2015. 2. 12.자 2014두13867 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

1026) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29*** 판결

1027) 경영상 해고의 실질적 요건이 충족되어 해고의 실행이 시급하게 요청되고 한편 근로자들을 대표할 만한 노동조합 기타 근로자집단도 없고 취업규칙에도 그러한 협의조항이 없으며 또 해고 대상 근로자에 대하여는 해고조치 외에 마땅한 대안이 없어서 그 근로자와의 협의절차를 거친다고 하여도 별다른 효과를 기대할 수 없는 등 특별한 사정이 있는 때에는 사용자가 근로자 측과 사전협의절차를 거치지 아니하였다 하여 그것만으로 경영상 해고를 무효라고 할 수는 없음(대법원 1992. 11. 10. 선고 91다19*** 판결)

이에 대해 학설은 근로기준법에서 4가지 요건을 명문화함으로써 4가지 요건 중 하나라도 결한 경영상 해고는 그 정당성을 인정받기 어렵게 되었다고 보는 것이 지배적인 견해이고,¹⁰²⁸⁾ 판례도 법 개정 후에는 사전협의를 없는 경우에 경영상 해고를 유효하다고 본 사례를 찾기 어려움

5.3 사전협의를 상대방

가. 사전협의를 상대방은 ‘근로자대표’임

형식적으로는 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 그 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자이고, 실질적으로는 경영상 해고대상자의 의견을 민주적으로 대변할 수 있는 이익공동체적 대표를 말함¹⁰²⁹⁾

나. 근로자대표성을 인정하는 판례의 태도

1) 개요

판례는 사안에 따라 노동조합이 형식적으로 과반수 근로자로 조직되어 있다는 논거로 (형식적 대표성), 또는 형식적 요건을 갖추지 못한 경우에는 실질적으로 해고대상자를 대표한다는 논거로 근로자대표성을 폭넓게 인정함

2) 노동조합이 과반수로 구성된 경우

판례는 과반수 노동조합이 있는 경우 그 노동조합과의 협의를 거친 경우에는 성실한 협의 요건을 충족하는 것으로 인정함

노동조합 가입자격이 없는 일정 급수 이상 직원들을 대상으로 경영상 해고를 실시함에 있어서 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있어 사용자가 그 노동조합과 협의를 거쳤다면, 해고대상자들에 의해 선출된 대표와 별도 협의를 하지 않았더라도 협의절차의 흠결이 아니라고 판단함¹⁰³⁰⁾

1028) 하경효, 노동법사례연습(제2판), 박영사, 2008, 175면; 김성환, “경영상 이유에 의한 해고(정리해고)와 협의의무”, 노동법학(제8호), 한국노동법학회, 1998; 이흥재, “경영해고의 판례경향”, 노동법연구(제10호), 서울대학교 노동법연구회, 2001.

1029) 이승길, “경영 참여 및 해고의 동의·협의 조항에 대한 소고”, 노동법률(제149호), 중앙경제사, 2003.

1030) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29*** 판결. 그러나 이 사건의 제1심(서울지방법원 2000. 2. 11. 선고 99가합55*** 판결)과 항소심(서울고등법원 2001. 4. 11. 선고 2000나15*** 판결)은 대법원의 입장과는 달리 가입자격이 특정 직종에 한정되어 있는 노동조합과의 협의는 성실한 사전협의 의무에 위반된다고 판시하였음. 위 대법원 판결은 근로기준법 법문의 형식에 충실한 해석이나, 이에 대해서는 1, 2심 법원이 근로자의 이해관계에 보다 부합되는 실질적 판단을 하고자 노력하였음에도 불구하고 대법원은 단순히

3) 노동조합이 과반수로 조직되지 못한 경우

노동조합이 있으나 과반수가 되지 않거나 노동조합이 없는 경우에는 근로자대표를 선출하여야 하는 것이 원칙임

그러나 판례는 형식적으로 노동조합이 과반수로 조직되었는지 여부가 중요한 것이 아니라 과반수 미달의 노동조합이라도 실질적으로 근로자의 의사를 대표할 수 있다면 근로자대표로 인정하는 경향임¹⁰³¹⁾

노동조합이 근로자들의 과반수로 조직되지는 않았지만, 근로자들이 사용자와 경영상 해고에 관한 협의를 함에 있어서 노동조합이 근로자들을 대표하는 것으로 근로자들이 묵시적으로 인정한 경우 그 노동조합은 실질적인 대표성이 있다고 봄¹⁰³²⁾

근로자들의 과반수로 조직된 노동조합이 아니더라도, 달리 위 노동조합 외에 그 당시 근로자들의 과반수에 의하여 근로자를 대표하는 자가 선정되어 있다가 위 노동조합 외에 그 당시 원고 회사 근로자의 과반수에 의하여 근로자를 대표하는 자가 선정되어 있거나 위 노동조합이 근로자들의 의사를 충분히 반영하지 못할 특별한 사정이 있었다는 점에 대한 주장·입증이 없는 이상, 위 노동조합이 근로자들의 과반수로 조직되지 아니하였다는 이유만으로 사용자가 근로자대표와의 협의를 하지 아니한 것으로 보지 않음¹⁰³³⁾

4) 노사협의회 위원의 근로자대표성 여부

판례는 노사협의회의 근로자대표성을 인정한 경우가 다수 있음¹⁰³⁴⁾

사용자가 관행적으로 사우회의 임원들을 근로자대표위원으로 인정하여 노사협의회를 구성해 운영해 왔다면, 사우회의 임원들에게 근로자대표로서의 자격을 인정해 노사협의회를 구성하여 경영상 해고에 대한 협의를 한 것은 정당하다고 봄¹⁰³⁵⁾

경영상 해고 기준안을 근로자들과 협의함에 있어서 노조위원장 외에 노조원들이 모두

비조합원이 아닌 조합원 자격조차 없는 자들에 대한 해고에 대해서도 근로자 과반수로 구성된 노동조합과의 협의만으로 충분하다는 기계적인 법적용을 통하여 근로자들의 이해관계에 대한 고려는 도외시하였다는 비판이 있음(박귀천, “IMF 경제위기 이후 인원감축 관련 주요 판례들에 대한 비판적 검토”, 노동법연구(제13호), 서울대학교 노동법연구회, 2002, 59면)

1031) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69*** 판결, 서울행정법원 1999. 10. 15. 선고 99구6*** 판결 등

1032) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69*** 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15*** 판결 등

1033) 서울행정법원 1999. 10. 15. 선고 99구6*** 판결

1034) 노사협의회 운영규정 등에 근로자 과반수의 득표를 선출요건으로 하지 않은 이상, 노사협의회의 근로자위원은 그 선출에 있어서 반드시 근로자 과반수의 득표를 요건으로 하지 않으므로(근로자참여 및 협력증진에 관한 법률 제6조) 경영상 해고 협의의 상대방이 될 수 없는 것이 원칙이고, 노사협의회는 취지상 기본적으로 근로조건에 관한 의사결정기관이 될 수 없다는 점을 고려하면, 위와 같은 판례의 태도는 문제가 있다고도 볼 수 있음

1035) 대법원 2004. 10. 15. 선고 2001두1***·1***·1*** 판결

탈퇴하여 노동조합이 근로자대표성을 갖지 못하는 경우, 근로자들이 구성된 직장협의회에서 근로자대표를 선출한 다음 근로자대표들과 수차례에 걸쳐 경영상 해고의 기준 및 정리인원에 관하여 협의하여 그 기준안에 합의하였다면 성실한 협의를 거친 것으로 봄¹⁰³⁶⁾

5) 노동조합·노사협의회가 아닌 제3의 기관의 근로자대표성 여부

판례는 회사 주도로 만들어진 다른 기구가 있던 경우에 그 기구의 평소 활동 내용을 고려하여 이 기구의 대표자들을 협의의 상대방이 된다고 판단한 경우도 있음¹⁰³⁷⁾

또한 최근 판례는 사용자가 총 구조조정 인원 중 **관리직의 감원규모만을 증가시킨 경우**, 생산직이 대부분인 **노동조합과의 협의 없이 사무직대표자협의회(관리직으로 구성)와 협의하였다**고 하여 위법한 것은 아니라고 보았음¹⁰³⁸⁾

6) 개별 근로자와의 협의의 정당성 여부

노동조합뿐만 아니라 노사협의회도 없는 경우에는 별도의 근로자대표 선출절차를 거치는 것이 원칙이나, 사용자가 근로자대표를 선출하도록 유도하지 않고 개별 근로자들과의 협의를 한 경우 성실한 협의 요건 충족 여부가 문제가 됨

판례는 근로자들과의 개별 협의도 인정하는 경향인데, 사용자가 경영상 해고 이전에 노동조합이나 노사협의회가 구성되어 있지 않은 관계로 각 직원들의 동의를 구하는 절차를 거친 경우에는 직원들과 상당한 방법으로 성실한 사전협의 요건을 충족하였다고 봄¹⁰³⁹⁾

또한 사용자가 경영상 해고의 필요성과 계획을 통보하였고 그에 대해 일부 근로자들이 동의하고 퇴사한 경우에 성실한 협의요건을 충족하였다고 본 사례도 있음¹⁰⁴⁰⁾

제5장
경영상 해고

다. 근로자대표성을 부정하는 판례의 태도

판례 중에는 위와 같은 주류적 경향과는 달리 근로자대표가 경영상 해고 대상 근로자들의 실질적인 대표가 아니라는 이유로 성실한 협의 요건을 부정한 사례도 있음

회사가 비조합원인 1, 2급 직원들을 대상으로 먼저 경영상 해고를 진행하면서 그들을 대표할 수 없는 노동조합을 협의의 상대방으로 삼은 경우에는 노동조합의 근로자대표성을 부정함¹⁰⁴¹⁾

1036) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003두4*** 판결

1037) 대법원 2002. 8. 27. 선고 2000두6*** 판결. 그러나 이 사건의 1심과 2심은 그 기구의 성격과 도입배경을 볼 때 근로자대표기구로 보기 어렵다고 판단하였음

1038) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다14*** 판결

1039) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2002다21*** 판결

1040) 서울고등법원 2010. 4. 13. 선고 2009누25*** 판결[대법원(대법원 2010. 7. 8.자 2010두7*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 위 대법원 2002. 7. 12. 선고 2002다21*** 판결의 사실관계와 다른 점은 근로자의 개별동의 절차도 제대로 밟지 않았다는 점인데 위와 같은 정도의 사실관계를 성실한 협의로 인정할 수 있는지에 대해서는 의문이 있음)

즉 근로자대표가 경영상 해고대상 근로자들과 이해관계가 없는 근로자로 구성되어 있는 경우에는 사용자가 성실한 협의절차를 거쳤다고 보지 않음¹⁰⁴²⁾

5.4 사전협의의 정도 및 방법

‘사전통보 및 성실한 협의’요건에 대한 충족 여부는 폭넓게 인정되는 편이고,¹⁰⁴³⁾ 근로자대표가 있으나 **사용자의 계속되는 협의요청에도 불구하고 협의를 기피하는 경우에는** 근로자 스스로 권리를 포기한 것이므로 협의의무 불이행의 책임을 사용자에게 물을 수 없음

사용자가 경영상 해고 계획 통보 전에 수차례 협의하였고, 통보 후에도 근로자대표와 수차례 협의를 시도하고 의견 제출의 기회를 주었다면 성실한 협의를 거친 것으로 봄,¹⁰⁴⁴⁾ 예를 들어, 경영상 해고 당시 사용자가 **해고대상자 기준을 마련하고 노동조합에 수차례에 걸쳐 이에 대한 의견을 제출하여 줄 것을 요청하였으나 노동조합이 이에 대하여 아무런 의견을 제시하지 아니한 경우에** 경영위기의 심각성, 합병 혹은 퇴출을 피하기 위하여 조직통폐합, 인력감축 등 재무구조개선을 위한 조치를 이행하여야만 할 사정 등 그 밖의 여러 사정을 종합하여 근로자대표와의 성실한 협의를 인정함¹⁰⁴⁵⁾

사용자의 협의요청을 노조가 특별한 이유 없이 거부하고 **무리한 요구** 등을 하는 경우에는 노조의 협의권 남용으로 보아 성실한 협의 요건을 충족한 것으로 볼 수 있음¹⁰⁴⁶⁾

1041) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2001두7*** 판결

1042) 대법원 2005. 9. 29. 선고 2005두4*** 판결(노동조합 가입자격이 없는 일정 급수 이상 직원들을 대상으로 경영상 해고를 실시하면서 근로자의 과반수로 조직된 노동조합과의 협의를 거친 경우 협의절차의 흠결이 아니라고 판단한 대법원 2001다29452 판결과 달리, ‘성실한 협의’ 판단의 전제로서 근로자대표가 실질적으로 경영상 해고대상 근로자들의 이해관계를 대변할 수 있는지 여부를 판단한 점에서 의미가 있는 판결로 평가됨), 서울행정법원 2010. 4. 29. 선고 2009구합37*** 판결

1043) 학설은 협의의 의미에 대하여 ‘자기 의견을 상대방에게 설명한 다음 상대방의 의견을 듣거나 질문에 답변하면서 수용할 것은 최대한 수용하고 그렇지 못한 것은 그 이유를 설명하는 일련의 의견교환 내지 논의과정’[임종률, 노동법(제12판), 박영사, 2014, 530면], ‘경영상 해고의 다른 세 가지 요건에 대하여 노사 간에 의견을 성실하게 교환함으로써 근로자 측의 의견을 충분히 반영함과 동시에 회사 측이 이행하는 조치를 근로자 측이 납득 내지 양해하는 것’[이홍재, “정리해고의 절차적 제한”, 서울대학교 법학(제34권 제3, 4호), 서울대학교 법학연구소, 1993, 199면], ‘사용자가 근로자 측의 납득과 동의를 얻기 위하여 객관적으로 보아 할 수 있는 모든 조치가 강구된 경우에 비로소 성실한 협의를 인정할 수 있다.’[하경효, 노동법사례연습(제2판), 박영사, 2008, 175면], ‘사용자가 “기업경영상 부득이 하다”, “경영이 어렵다.” 등의 추상적인 설명만 일관할 경우에는 협의의무를 다하였다고 보기 어렵다고 본다’(이승길, “경영 참여 및 해고의 동의·협의 조항에 대한 소고”, 노동법률(제149호), 중앙경제사, 2003.) 등으로 이해하면서 판례보다는 좁게 보고 있음

1044) 서울고등법원 2006. 10. 20. 선고 2005누30*** 판결[대법원(대법원 2007. 2. 9.자 2006두18*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

1045) 서울고등법원 2010. 4. 30. 선고 2009누26*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 8. 21. 선고 2008구합 44*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 9. 9.자 2010두10*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

1046) 서울고등법원 2008. 7. 1. 선고 2007누34*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 11. 23. 선고 2007구합

한편 사용자가 사업장별 **대책회의 개최라는 형식을 갖추기는 하였으나 사실상 사용자 측에서 마련한 구조조정 계획 및 그 기준을 근로자들에게 일방적으로 전달함에** 그쳤을 뿐인 경우에는 근로자대표로 선정된 자와 해고회피 방안이나 해고의 방법, 해고기준 등에 관하여 실질적으로 협의를 거친 것으로 보지 않으며,¹⁰⁴⁷⁾ 노동조합이 계속 협의할 의사를 갖고 있었고 계속 협의하는 경우 원만한 합의점에 이르렀을 개연성이 충분함에도, 사용자는 교섭 창구 단일화 절차가 진행되는 경우 노조가 쟁의행위를 할 수 없다는 점을 악용하여 교섭요구 사실공고를 하고 노조와의 협의를 일방적으로 중단한 채 경영상 해고를 한 경우, 경영상 해고 절차는 위법함¹⁰⁴⁸⁾

5.5 사전통보기간

사전통보기간의 만료일까지 근로자대표에게 통보하지 아니한 경우에 경영상 해고의 유효 여부는 사전통보기간(현행 50일, 구법 60일) 규정의 성격을 단속규정으로 보는 견해, 강행규정으로 보는 견해에 따라 달라짐

판례는 이를 단속규정으로 보아 사전통보기간의 준수는 **경영상 해고의 효력요건이 아니고** 기타 요건이 충족되었다면 통보기간을 정확히 지키지 않았더라도 경영상 해고가 유효하다고 판시함¹⁰⁴⁹⁾¹⁰⁵⁰⁾

19*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 25.자 2008두12*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

1047) 서울고등법원 2010. 11. 24. 선고 2010누12*** 판결

1048) 서울고등법원 2014. 9. 24. 선고 2013누17*** 판결[대법원(대법원 2015. 2. 12.자 2014두13*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

1049) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003두4*** 판결, 대법원 2004. 10. 15. 선고 2001두1*** 판결 등

1050) 경영상 해고와 그 규정의 내용과 취지가 완전히 동일한 것은 아니라고 하더라도, 대법원이 근로기준법에서 규정하고 있는 30일 전의 해고예고의무규정의 효력에 관하여 해고의 사법상 효력은 원칙적으로 정당한 해고사유의 존부에 따라 판단하여야 한다고 하면서도, 해고예고의무규정을 효력규정이 아닌 단속규정으로 보아 이를 위반한 해고의 효력을 유효하다고 인정(대법원 1998. 11. 27. 선고 97누14*** 판결, 대법원 1993. 9. 24. 선고 93누4*** 판결 등)하고 있는 점은 참고가 될 만함. 또한 헌법재판소도 해고예고제도는 해고 자체를 금지하는 제도는 아니고, 대법원 판례 또한 예고의무를 위반한 해고도 유효하다고 보므로 해고 자체의 효력과도 무관한 제도라고 보고 있음(헌법재판소 2001. 7. 19. 선고 99헌마*** 결정)

제3절 기타 경영상 해고 관련 논점

1. 고용안정협약

1.1 고용안정협약의 구분¹⁰⁵¹⁾

고용안정협약은 근로자의 고용을 유지하기 위해 경영상 해고를 금지하거나(고용보장조항), 그 실시 여부와 요건 등에 대해 노동조합과 합의(경영상 해고동의조항)하도록 하는 단체협약을 의미함

예를 들어, ① **고용보장조항**은 “현재 재직인원에 대해서는 고용보장을 확약한다”,¹⁰⁵²⁾ “회사는 생산성 향상, 인력 재배치 등 해고회피를 위해 최선의 노력을 다해야 하며, 향후 5년간 인위적인 경영상 해고를 하지 않는다”¹⁰⁵³⁾라고 규정된 단체협약의 규정을 의미하며, ② **경영상 해고동의조항**은 “경영상 해고나 사업장 통폐합에 따른 직원의 해고 시 노조와 사전에 합의한다”,¹⁰⁵⁴⁾ “긴박한 경영상의 사유로 해고하고자 할 때에는 조합과 충분한 협의를 한 후 시행하되, 단체협약 체결일로부터 2년 이내에 발생한 때에는 사전에 조합과 합의 후 시행한다”,¹⁰⁵⁵⁾ “회사가 기업의 축소 또는 부득이한 사유로 인원의 일부 또는 전부를 정리하고자 할 때에는 늦어도 60일 전 통보하고 협의 후 합의하며, 본인에게는 30일 전에 해고예고를 한다”¹⁰⁵⁶⁾ 등의 규정을 말함

1.2 고용안정협약에서 ‘합의’의 의미

판례는 고용안정협약 등에 경영상 해고 실시에 대해 ‘합의’하여야 한다는 규정이 있는 경우라 하더라도, 단체협약상 다른 규정과의 체계적 해석을 통해 ‘합의’ 규정의 실질적 의미를 ‘협의’로 해석하는 사례¹⁰⁵⁷⁾가 많음

그러나 대법원은 노사 쌍방 간의 협상에 의한 최종 합의 결과로써 단체협약에 **경영상 해고에 관하여 사전 ‘협의’와 의도적으로 구분되는 용어를 사용하여 노사 간 사전 ‘합의’를 요하도록 규정하였다면**, 이는 노사 간에 사전 ‘합의’를 하도록 규정한 것이라고 해석

1051) 최홍엽, “고용안정협약의 법적성격과 경영사항”, 노동법학(제51호), 한국노동법학회, 2014. 9. 참조 및 인용함

1052) 대법원 2014. 3. 27. 2011두20*** 판결

1053) 서울고등법원 2003. 7. 10. 선고 2002나58*** 판결

1054) 대법원 2002. 2. 28. 선고 99도53*** 판결

1055) 대법원 2002. 5. 14. 선고 2001두*** 판결

1056) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15*** 판결

1057) 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5*** 판결, 서울행정법원 2010. 5. 14. 선고 2009구합29*** 판결 등

함이 상당하다고 판단¹⁰⁵⁸⁾하여 단체협약상의 ‘합의’의 의미에 대해서 문언 그대로 협의가 아닌 합의로 판단하는 사례가 등장하고 있음

1.3 단체협약의 고용보장조항과 사정변경

고용보장과 관련한 판결에서 법원은 사용자의 **경영권에 속하는 사항**이라 하더라도 그에 관해 노사는 임의로 단체교섭을 진행해 단체협약을 체결할 수 있고, 그 내용이 **강행법규나 사회질서에 위배되지 않는 이상 단체협약으로서의 효력이 인정되는 것**이며, 따라서 사용자가 노동조합과의 협상에 따라 경영상 해고를 제한하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 단체협약이 강행법규나 사회질서에 위배된다고 볼 수 없고, 나아가 이는 **근로조건 및 기타 근로자에 대한 대우에 관해 정한 것**으로서 그에 반해 이루어지는 경영상 해고는 원칙적으로 정당한 해고라고 볼 수 없다면서 **경영상 해고 실시를 제한하는 단체협약의 효력을 인정함**¹⁰⁵⁹⁾

다만, 그 **단체협약을 체결할 당시의 사정이 현저하게 변경되어** 사용자에게 그와 같은 단체협약의 이행을 강요한다면 심각한 재정적 위기에 처하여 협약의 효력을 유지하는 것이 객관적으로 부당한 상황에 이르는 경우에는 사용자가 단체협약에 의한 제한에서 벗어나 경영상 해고를 할 수 있을 것이라고 보아¹⁰⁶⁰⁾ 단체협약에 사법상의 사정변경의 원칙을 적용하여 판단하고 있음

제5장
경영상 해고

2. 우선재고용 의무

근로기준법 제25조 제1항은 ‘제24조에 따라 근로자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날부터 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우 제24조에 따라 해고된 근로자가 원하면 그 근로자를 **우선적으로 고용하여야 한다**’고 규정하고 있음

2007. 4. 11. 법률 제8372호로 개정되기 전 해당 규정은 ‘제31조의 규정에 의하여 근로

1058) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38*** 판결

1059) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20*** 판결(회사 스스로 인위적인 구조조정으로 근로관계를 종료하지 않았다는 내용의 고용보장을 확약한 것으로 보아야 하고, 그 내용상 단순히 공장 이전에만 국한하여 적용할 사항이 아니라 그 이후의 제반 근로조건에 관한 사항을 정한 것으로 보아야 하며, 이러한 고용보장에 관한 확약은 단체협약의 규범적 부분에 해당한다고 한 원심의 판단을 정당하다고 판단함)

1060) 서울고등법원 2011. 2. 9. 선고 2010누18*** 판결[대법원(대법원 2011. 3. 26.자 2011두7*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울고등법원 2012. 3. 28. 선고 2011누25*** 판결[대법원(대법원 2012. 3. 28.자 2012두9*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20*** 판결

자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날부터 2년 이내에 근로자를 채용하고자 할 때에는 제31조의 규정에 의하여 해고된 근로자가 원하는 경우 해고전의 직책 등을 감안하여 그 근로자를 **우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다.**'고 규정되어 있었고, 법원도 근로기준법 제25조 우선재고용 의무는 법적인 의무를 부과한 것이 아니라, 사용자가 신규 채용하고자 하는 직책에 맞는 경영상 해고자가 있으면 그를 우선적으로 고용하도록 노력을 하라는 취지라고 보았음¹⁰⁶¹⁾

그러나 우선 재고용 규정은 법률 개정으로 **‘노력하여야 한다’에서 ‘고용하여야 한다’로 변경되었으므로 더 이상 ‘노력하라’는 취지의 규정으로 볼 수 없고 사용자에게 근로자의 재고용에 대한 법적인 의무를 부과한 것으로 봐야 할 것임**

최근 판례도 구 근로기준법상 ① 우선 재고용 규정이 노력규정에 불과하였던 것을 근로자 보호 및 고용안정성의 도모를 위해 의무규정으로 전환한 것인 점, ② 위와 같이 개정된 입법자의 의도는 경영상 해고를 한 사용자에게 재고용 노력의무를 넘어 법적인 재고용 의무를 부과한 것으로 볼 수 있는 점, ③ 경영상 해고된 근로자는 자신에게 귀책사유가 없음에도 사용자의 경영상 판단에 따라 고용상실의 불이익을 감수하였고 이러한 근로자의 과거의 희생에 대한 사후적 보상의 필요성이 인정되는 점, ④ 경영상 해고의 대상이 되는 근로자에 대한 사회적 보호장치가 충분히 마련되지 않은 상태에서 경영상의 이유에 의한 해고만을 강화한다는 것은 사회적 시장경제체제를 근간으로 하는 헌법 원리에 부합하지 않는다 할 것인 점 등에 비추어 보면, **현행 우선 재고용 규정은 경영상 해고된 근로자가 이를 근거로 사용자에게 대하여 고용의무의 이행을 구할 수 있는 사법상의 청구권으로서의 성격을 가진다고 봄**¹⁰⁶²⁾

1061) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69*** 판결 등

1062) 인천지방법원 2014. 9. 25. 선고 2013가합17*** 판결(현재 대법원에서 소송 계속 중임)

제4절 경영상 해고 관련 판례

1. 긴박한 경영상 필요성 인정 여부

1.1 긴박한 경영상 필요성 판단의 범위(판단 대상 사업 범위)

가. 긴박한 경영상의 필요성 판단은 기업 전체의 경영사정을 종합적으로 검토해서 판단해야 하므로, 사용자가 위탁관리하고 있는 여러 개의 아파트 단지 중 일부 영업소의 영업이익이 감소하였다는 사정만으로는 긴박한 경영상의 필요를 인정할 수 없다고 봄

【대법원 1999. 4. 27. 선고 99두*** 판결】

기업이 경영상의 필요에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 경영상 해고의 정당성의 요건으로 요구되는 긴박한 경영상의 필요성이란 기업의 일부 영업부문 내지 영업소의 수지만을 기준으로 할 것이 아니라 기업 전체의 경영사정을 종합적으로 검토하여 결정하여야 한다. …(중략)… 기록에 의하면, 위 관리소의 소장인 소외 강○○이 다른 아파트단지로 전근신청을 한 적이 있고, 원고의 인사 및 복무규정 제12조는 단지 간 전보에 관한 규정을 두고 있음에 비추어 위 아파트 외에 원고가 위탁관리를 맡고 있는 아파트단지가 더 있음을 알 수 있는바, 원고가 그가 운영하고 있는 모든 아파트 관리소의 수요, 총 직원 수, 영업수입, 회사의 규모, 회사의 자산 및 부채 등 회사 전체의 경영실태를 가늠할 수 있는 자료를 제출하고 있지 않은 이상, 대표회계가 인건비 지급을 거절한 감축대상인원에 대한 급여를 원고가 부담하게 됨으로써 발생하게 된 일개 관리소에서의 영업이익의 감소 내지 손실 때문에 반드시 인원삭감을 하여야 할 정도로 원고에게 경영상 긴박한 사정이 있다고 인정할 수 없다.

나. 자치단체와 별개의 용역계약을 체결하여 운영하고 있는 여러 개의 사업부문이 있으나, 각 사업장의 회계처리·사업장 사이의 인사이동 등의 사정을 감안할 때 각각 독립된 사업장(또는 사업부문)이라고 볼 수 없다면, **긴박한 경영상의 필요성 판단은 법인 전체를 기준으로 판단**하여야 하는데, 법인 전체를 기준으로 보았을 때 긴박한 경영상의 필요성을 인정할 수 없음

【서울고등법원 2009. 5. 19. 선고 2008누30*** 판결1063】

다음의 사정들에 비추어 보면, 적환장은 원고의 다른 사업부문(재활용품 선별장, 생활쓰레기 수거장, 하수종말처리장)과 인사 및 재무·회계 등에 있어서 분리되어 있지 아니하고 노동조합 또한 사업부문별로 조직되어 있지 아니하였던 것으로 보인다. 따라서 적환장은 원고의 다른 사업부문들로부터 독립된 사업부문이라고 볼 수 없고, 이에 대하여 원고가 주장하는 사정들(원고의 사업부문들이 “각기 독립적으로 ○○시와 사이에 체결된 별개의 용역계약들”에 바탕한 점, 본인이나 노동조합과의 합의가 없는 한 사업부문 간의 인사교류가 사실상 불가능한 점, 각 사업부문의 내용이나 근무형태가 서로 다른 점 등)만으로는 이러한 판단을 뒤집기에 부족하다.

① 원고는 공부 기재나 세무신고 등에 있어서 적환장 등 개별 사업부문을 독립적인 것으로 특정하지 아니하였고, 회계에 있어서도 각 사업부문을 뚜렷이 구분하지 아니하였으며, 내부적으로 각 사업부문의 업무를 통합적으로 처리하였다.

② 원고는 모든 소속 근로자들에게 ('내용이 비슷한 복수의 취업규칙'이 아닌)단일한 취업규칙을 적용하여 왔다.

③ 원고의 단체협약이나 취업규칙상 사업부문 간의 인사이동은 관계법령에 따른 제한보다 특별히 더 어렵지 아니하다.

④ 원고는 적환장과 다른 사업부문 간에 인사교류를 실시하였었고(원고 주장의 사정들, 즉 위 인사교류의 대상자들이 노동조합에 가입되어 있지 아니하였던 점이나 위 인사교류가 당사자들에 대한 배려 차원에서 행하여진 점 등은 이 부분 판단과 관련하여 별다른 의미를 갖지 아니한다), 다른 사업부문의 근로자들로 하여금 적환장의 근로를 대체하도록 하였으며, 이 사건 해고에 대한 회피노력의 일환으로 적환장에서 다른 사업부문으로의 전출 희망자를 모집하였을 뿐만 아니라 이 사건 재심판정 후 참가인들을 원래 근무하던 적환장이 아닌 다른 사업부문으로 복직시키는 등, 사업부문 간의 인사이동을 특별히 자제하지 아니하였다.

⑤ 원고의 사업부문들은 모두 단순노무나 수송을 내용으로 하는 것으로서 그 업무 내용이 서로 크게 다르다고 보이지 아니한다.

⑥ 비록 적환장 소속 근로자들의 대부분은 ○○노조의 조합원이지만, 그 일부는 △△노조의 조합원이고 또한 원고와 △△노조 사이에 체결된 단체협약이 적환장 소속 근로자들을 비롯하여 '△△노조에 소속된 조합원' 모두에게 적용되는 이상, 원고가 △△노조 및 ○○노조와 각각 단체협약을 체결하였다는 사정만을 들어 원고의 사업부문별로 노동조합이 따로 조직되어 있다고 보기는 어렵다. …(중략)… 적환장은 원고의 다른 사업부문들로부터 독립된 사업부문이라고 할 수 없으므로, '긴박한 경영상의 필요' 존부는 적환장만이 아닌 원고의 법인 전체를 기준으로 판단하여야 할 것이다. 그런데 위 인정사실에서 본 바와 같이 원고가 2004년부터 2006년까지 매년 모든 사업부문을 통틀어 당기순이익을 기록하여 왔고 2006년에는 상당한 액수의 부동산을 매입하기까지 한 점에 비추어 보면, 원고는 인원을 감축할 만한 합리적인 사정이 있었다고 보이지 아니하므로, 원고에게는 근로자를 해고해야 할 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 해고는 경영상 해고의 요건을 갖추지 못하였다.

다. 학교 내의 식당 운영을 담당하던 복지위원회의 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적으로 분리·독립되어 있거나 경영여건을 달리하고 있다고 인정하기 어려워 법인의 다른 사업부문들로부터 독립되었다고 볼 수 없으므로, 다른 사업부문을 포함하여 긴박한 경영상의 필요성을 판단하여야 한다고 봄¹⁰⁶⁴⁾

라. 두 사업부문이 별개의 법인으로 설립되어 있기는 하나, 인사교류, 자재 공동구입, 단일노조, 대표이사 겸직, 자금지원 등의 면에서 사실상 1개 단위로 운영되어 온 점을 고려하면, 두 법인의 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단할 수 있다고 봄

1063) 1심 판결(서울행정법원 2008. 10. 10. 선고 2008구합7045 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 8. 20.자 2009두9*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

1064) 서울고등법원 2009. 12. 2. 선고 2009누7*** 판결, 대법원 2010. 3. 11.자 2010두*** 판결에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30*** 판결】

동종의 사업을 하는 두 개의 법인이 동시에 경영상 해고를 하거나 한 법인의 특정 사업부문에 한하여 경영상 해고를 하는 경우, 경영상 해고가 정당하다고 하기 위한 요건으로서 ‘긴박한 경영상의 필요’가 있는지 여부에 관하여는 원칙적으로 경영상 해고를 하는 법인별로 이를 판단하여야 한다. 그러나 한 법인의 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어 있고 재무 및 회계도 분리되어 있을 뿐만 아니라 노동조합도 각 사업부문별로 조직되어 있고, 경영여건도 서로 달리하고 있다면 그 사업부문만을 따로 떼어 긴박한 경영상의 필요 여부를 판단할 수 있고, 한편 두 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문이 동종의 사업을 경영하여 그 업종이 처한 경기상황에 동시에 반응하며, 상호 인적·물적 설비가 엄격하게 분리되어 있지 않고, 노동조합도 각각이 아닌 단일노조로 구성되어 두 법인과 통일적으로 교섭하고 있는 등 사실상 하나의 법인으로 운영되어 그 경영상황이 하나의 기업으로 볼 수 있을 정도로 상호 밀접한 관련이 있는 경우에는 두 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문의 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단할 수 있다.

마. 복수의 사업부문에서 재무와 회계가 분리되어 있다고 보기 어려운 경우, 인적·물적·장소적으로 분리되어 있고 노동조합이 별도로 조직되어 있더라도, 하나의 사업부문만을 분리하여 ‘긴박한 경영상의 필요’ 여부를 판단할 수 없다고 봄

【대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두25*** 판결】

1. 경영상 해고의 요건 중 ‘긴박한 경영상의 필요’란 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장애에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원삭감이 필요한 경우도 포함되지만, 그러한 인원삭감은 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되어야 한다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11*** 판결 등 참조). 또한 ‘긴박한 경영상의 필요’가 있는지를 판단할 때에는 법인의 어느 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어 있고 재무 및 회계가 분리되어 있으며 경영여건도 서로 달리하는 예외적인 경우가 아니라면 법인의 일부 사업부문 내지 사업소의 수지만을 기준으로 할 것이 아니라 법인 전체의 경영사정을 종합적으로 검토하여 결정하여야 한다(대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30*** 판결 참조). …(중략)…

4. 그러나 원심의 판단은 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 그대로 수긍하기 어렵다. 먼저 원심은 참가인의 ○○호텔사업부와 □□호텔사업부의 재무와 회계가 분리되어 있다는 것을 전제로 ○○호텔사업부만을 따로 떼어 ‘긴박한 경영상의 필요’ 여부를 판단할 수 있다고 보았다. 그러나 참가인의 공식적인 재무제표는 ○○호텔사업부와 □□호텔사업부를 포함한 법인 전체를 기준으로 작성되고 있고, 참가인이 ○○호텔사업부와 □□호텔사업부가 재무적으로 분리되어 있다는 근거로 제출한 회계자료는 참가인이 회계의 편의를 위하여 내부적으로 작성한 자료에 불과한 점, 참가인 내부에는 ○○호텔사업부와 □□호텔사업부 외에도 외식사업부가 있는데 참가인의 본사에는 이들 사업부 전체의 인사와 재무를 관장하는 지원담당 부서가 있었던 것으로 보이는 점, 참가인은 ○○호텔사업부와 □□호텔사업부 소속 직원들에게 일률적으로 성과급을 지급하기도 하였던 점 등에 비추어 보면, 참가인의 ○○호텔사업부와 □□호텔사업부의 재무와 회계가 분리되어 있다고 단정하기 어렵다. 따라서 원심판시와 같이 참가인의 ○○호텔사업부와 □□호텔사업부가 인적·물적·장소적으로 분리되어 있고 노동조합이 별도로 조직되어 있더라도, ○○호텔사업부만을 분리하여 ‘긴박한 경영상의 필요’ 여부를 판단할 수 있는 경우에 해당한다고 보기는 어렵다.

바. 각 사업부에서 생산하는 제품은 모두 관련 제품으로 제조과정 등 그 생산업무 사이에 **업무종사의 호환성**이 높은 경우 각 사업부를 별개의 독립된 사업체로 볼 수 없다고 봄

【서울행정법원 2016. 6. 2. 선고 2015구합70*** 판결¹⁰⁶⁵⁾】

- 2) 이 사건 해고가 통상해고로서의 요건을 갖추고 있는지 여부
- 가) 관련 법리
- 사용자가 그 경영의 사업체 전부를 폐업하고 이에 따라 그 소속 근로자 전원을 해고하는 것은 원칙적으로 기업경영의 자유에 속하는 것으로서 노동조합의 단결권 등을 방해하기 위한 위장폐업이라는 등의 특단의 사정이 없는 한 부당노동행위가 된다고 할 수는 없고(대법원 1992. 5. 12. 선고 90누9421 판결 참조), 사용자가 영위하던 사업 중 일부만을 폐지하였더라도 폐지한 사업과 존속하는 사업이 독립한 별개의 사업체로 볼 수 있어 사업의 일부 폐지가 단순한 양적 축소가 아닌 독자적 사업 부분 전체의 폐지에 해당하는 경우 위와 마찬가지로 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계가 종료된다고 봄이 타당하다.
- 나) 이 사건의 경우
- 앞서 본 인정사실과 위 증거들 및 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음의 사정들을 종합하여 보면, 원고의 통신사업부는 존속하는 다른 사업부와 독립한 별개의 사업체로 보기 어려우므로 원고가 통신사업부를 폐지한 것은 사업축소에 해당할 뿐 사업체 전부를 폐업한 것과 같다고 볼 수 없다. 따라서 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 받아들일 수 없다.
- ① 원고의 각 사업부는 생산하는 제품이 다르기는 하나 본사가 경영을 총괄하여 경영주체가 동일할 뿐만 아니라 그 중 ○○ 전선공장에 소재하는 전선사업부와 □□공장에 소재하는 재료사업부 및 통신사업부는 모두 원고 산하 전선사업본부 산하에 편제되어 있고, 특히 통신사업부와 재료사업부는 동일한 공장 내에 소재하여 인적·물적 설비가 독립되어 있다고 보기 어렵다.
- ② 원고의 각 사업부는 대표이사로부터 위임을 받은 권한에 의해 어느 정도 독자성을 갖는 것으로 보이기는 하나, 각 사업부별로 재무·회계가 분리되어 있지 않으며, 사업부서와 상관없이 근로자를 채용하면서 작성하는 근로계약서에도 원고의 대표이사가 사용자로 기재되어 있고, 통신사업부를 폐지하는 과정에서 노사협의회나 이 사건 해고의 통고도 통신사업부 차원에서가 아니라 전선사업본부장 명의로 이루어졌다.
- ③ 참가인 이○○, 박○○는 2013년 전선사업부에서 지원업무를 수행한 적이 있고, 이 사건 해고에 앞서 전환배치된 김○○은 통신사업부에서 11개월만 근무하였음에도 특별한 교육훈련도 없이 전선사업부로 전환배치 되어 업무를 수행하고 있다.
- ④ 원고의 각 사업부에서 생산하는 제품은 모두 전기 관련 제품으로 그 생산업무 사이에 업무종사의 호환성이 없다고 단정할 수 없고, 특히 전선사업부에서 생산하는 전력선과 통신사업부에서 생산하는 통신케이블은 그 제조공정도 유사하여 업무종사의 호환성이 상당히 높은 것으로 보인다.

1.2 긴박한 경영상 필요성 판단의 기준시점

가. 긴박한 경영상 필요성의 여부는 경영상 해고 당시를 기준으로 하여야 하고, 경영상 해고 이후 경영상태가 호전되어 흑자경영이 된 사정들은 당시의 경영상태를 판단하는 간접적 요소로 봄

¹⁰⁶⁵⁾ 동 사건은 현재 고등법원(서울고등법원 2016누50*** 사건)에서 소송 계속 중임

【대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60*** 판결】

근로기준법 제24조 제1항에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 고용 인원의 감축이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함되는 것으로 보아야 한다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29*** 판결 참조). 그리고 경영상 해고의 요건 중 긴박한 경영상의 필요가 있었는지 여부는 경영상 해고를 할 당시의 사정을 기준으로 판단하여야 한다. …(중략)… 그러나 원심이 실시한 사정들 중 피고의 매출액이 2009. 1.경 이후 꾸준히 증가하였고 이 사건 경영상 해고 직후인 2009. 4.경부터 잔업이 증가하기 시작한 점, 이 사건 경영상 해고를 한 2009년도에 약 19억 원의 당기순 이익이 발생하였고, 피고가 2009년도에 4억 5천만 원을 주주에게 배당하였던 점, 피고의 2009년도의 전체 차입금 총액이 2008년도의 전체 차입금 총액보다 감소한 점 등은 이 사건 경영상 해고 이후의 사정들로서 이러한 사정은 경영상 해고 당시의 경영상태를 판단하는 간접적 요소로 고려하는 정도를 넘어 경영상 해고의 정당성을 판단하는 직접적인 근거로 삼을 수는 없는 사항이다.

나. 긴박한 경영상의 필요성은 일정한 특정시점에서 판단할 것이 아니고 사용자가 **해고회피조치를 취할 무렵부터 근로자들에 대한 해고조치를 취할 때까지 사이에 걸쳐서 여러 상황을 종합적으로 고려하여 판단한다고 봄**

【서울고등법원 2008. 8. 22. 선고 2008누8*** 판결¹⁰⁶⁶⁾】

참가인은, 원고가 희망퇴직·권고사직제도를 통하여 원래 목표로 정한 32명을 초과한 34명의 근로자를 감축하여 원래 목표에 근접하였음에도 참가인을 경영상 해고한 것은 긴박한 경영상 필요성이 없어서 부당하다고 주장하나, 사용자가 시장경제제도 하에서 경제적·산업구조적·기술적 성격 등 기업 외적인 요소에 의하여 필연적으로 발생하는 경영상의 위기를 극복하기 위하여 선택할 수 있는 하나의 방법인 경영상 해고의 본질에 비추어 보면, 긴박한 경영상의 필요성은 일정한 특정 시점에서 판단할 것이 아니고, 원고가 해고회피조치를 취할 무렵부터 참가인에 대하여 이 사건 해고조치를 취할 때까지 사이에 걸쳐서 제반 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이므로, 참가인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

제5장
경영상 해고

1.3 긴박한 경영상의 필요성을 인정한 사례

가. 적자 누적, 매출감소, 부채증가, 인건비 비중 증가 등으로 인한 긴박한 경영상 필요성을 인정한 사례

1) 다년간 적자가 누적된 상태에서 매출액도 지속적으로 감소하였으며 부채비율도 동종 업종 평균 부채비율을 크게 상회하고 인건비 비중이 증대한 경우, 긴박한 경영상 필요성을 인정함

1066) 1심 판결(서울행정법원 2008. 2. 14. 선고 2007구합16*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 11. 27.자 2008두16*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13*** 판결】

원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고보조참가인 회사(이하 ‘참가인 회사’라고만 한다)는 2000년도부터 매년 20억 원 이상의 적자가 발생하여 2005년도까지 누적적자가 100억 원에 이르고 매출액도 지속적으로 감소하였으며 부채비율도 전체 숙박업 평균 부채비율을 크게 상회한 점, 참가인 회사의 인건비 비중이 증대하여 인건비 절감이 절실하였던 점 등에 비추어 이 사건 경영상 해고를 단행할 긴박한 경영상의 필요가 있다고 인정하였는바, 원심의 이와 같은 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

2) 당기순손실이 지속될 뿐만 아니라 비용 중 인건비의 비율이 높고 유휴인력이 상당수 존재하는 사정이 있는 경우 긴박한 경영상 필요성을 인정함

【서울고등법원 2008. 4. 30. 선고 2007누26*** 판결¹⁰⁶⁷⁾】

참가인(사용자)은 2002년 이후 지속적으로 당기순이익의 손실을 보고 있을 뿐 아니라 그에 따라 현금보유액도 급격히 감소되고 있었고, 또한 2002년부터 2005년까지 자기자본수익률이 지속적으로 마이너스 상태에 있는 등 원가에 있어 대부분을 차지하고 있는 인건비의 절감이 절실한 상태에 있었고, 다른 감리업체에 비하여 재택자 비율이 높아 상당수의 유휴인력이 존재하고 있었던 것으로 보이는 점 등에 비추어 상당한 정도의 경영상의 어려움에 처해 있었음이 인정되고, 더욱이 이러한 경영상황에 대하여 노동조합이 공감하고 인력감축에 합의한 사정을 고려하면 참가인 회사는 이러한 경영상의 어려움을 극복하기 위하여 유휴인력을 감축하기 위한 구조조정 방안으로 이 사건 해고를 단행할 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 할 것이다.

3) 누적적자로 경영이 악화된 상황에서 인력감축을 통한 생산성 향상이 필요한 경우 긴박한 경영상 필요성을 인정함

【대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69*** 판결】

원심이 인용한 제1심판결은 그 채용 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실들을 인정한 다음, 그 사실관계에 터잡아 건설부문을 조선부문과 분리하여 독자적으로 경영해 온 피고 회사는 건설부문의 누적적자로 인한 경영의 악화로 회사의 생존이 어렵게 되자 자산매각조치 등의 자구노력을 게을리하지 않으면서 최소한의 인력감축을 통한 생산성 향상을 꾀하였으나 어쩔 수 없이 노동조합과의 협의를 거쳐 이 사건 경영상 해고에 이르렀다고 보아, 원고에 대한 경영상 해고는 긴박한 경영상의 필요가 있었고, 경영상 해고를 회피하기 위한 노력을 다하였으며, 객관적이고 합리적인 기준을 적용하여 경영상 해고대상자를 선정하는 등 실질적 요건을 모두 갖추었다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 인용한 제1심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 위 법리에 따른 것으로서 모두 옳다고 수긍이 가고, 거기에 경영상 해고의 실질적 요건과 관련하여 그 정당성 판단에 대한 법리를 오해하거나 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

1067) 1심 판결(서울행정법원 2007. 8. 30. 선고 2006구합35*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 21.자 2008두7*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨, 동지판결로 서울고등법원 2008. 7. 1. 선고 2007누34*** 판결(대법원 2008. 9. 25.자 2008두12*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정)

나. 장래 도래할 수 있는 위기에 대처하기 위한 긴박한 경영상 필요성을 인정한 사례

1) 비록 손익계산서상 결손이 발생한 경우가 아니라 하더라도, 전년도 대비 **순이익의 대폭 감소, 비효율적 영업구조, 시장점유율의 하락** 등의 사정을 종합적으로 고려하여 장래 도래할 수 있는 위기에 대처하기 위한 경우에도 긴박한 경영상의 필요성을 인정함

【서울고등법원 2008. 2. 19. 선고 2007누7*** 판결¹⁰⁶⁸⁾】

참가인 회사(사용자)는 비록 손익계산서상 결손이 발생한 것은 아니었지만 2004. 4. 1.부터 2005. 3. 31.까지의 당기순이익이 금 26,327,982,798원으로 전기의 금 53,389,512,604원보다 대폭 감소하였고, 가중부실자산 및 위험가중자산의 비율도 2004년 상반기가 전기에 비하여 증가하였으며, 2004년 해약환급금 비율도 생명보험업계의 평균에 비하여 높았던 점, 참가인 회사는 이 사건 경영상 해고 이전 그 자산규모가 유사한 다른 보험회사에 비하여 점포수는 월등히 많은 반면, 매출은 큰 차이가 없어 전반적으로 비능률적이고 비효율적인 영업구조를 가진 것으로 보이는 점, 2003. 8. 30.부터 도입된 방카슈랑스 제도로 인하여 은행 등 금융기관도 지점 창구를 통하여 보험상품을 판매할 수 있게 됨에 따라 보험회사들이 은행권과의 제휴를 통하여 보험상품의 판매에 주력하게 되었고, 그 결과 기존 전속설계사를 중심으로 이루어지던 영업 및 판매 조직의 축소 및 개편이 불가피하였던 점, 방카슈랑스 제도의 도입에 즈음하여 국내 보험업계는 외국계 보험회사의 공격적인 시장공략으로 외국계 보험회사의 시장점유율은 지속적으로 증가했지만, 참가인 회사를 포함한 중소 규모의 보험회사의 시장점유율은 지속적으로 하락한 점, …(중략)… 이 사건 변론에 나타난 제반 사정을 종합하여 보면, 참가인 회사로서는 방카슈랑스 제도의 도입과 …(중략)… 동종 업계에 비해 비능률적이고 취약한 생산성 구조를 개혁함으로써 장래 도래할 수 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 이 사건 조직개편을 단행하고, 그 과정에서 발생하는 잉여인력에 대하여 구조조정을 단행할 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 할 것이다.

제5장
경영상 해고

2) 사업체의 일부 영업부문 적자로 총 영업이익이 감소되어 **향후 계속하여 경손손실이 가중될 것으로 보이는 경우** 이러한 영업부문에 관하여 구조개선을 할 객관적 합리성을 인정함¹⁰⁶⁹⁾

3) 리무진운영의 **수급업체가 도급업체의 감차방침 및 수송인원 감소 등으로 적자발생이 예상되자** 경영상 해고를 실시한 사안에서, 장래에 올 수 있는 위기에 대처하기 위하여 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 판단하여 긴박한 경영상 필요성을 인정함

1068) 1심 판결(서울행정법원 2007. 2. 6. 선고 2006구합22*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 7. 10.자 2008두5*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

1069) 서울고등법원 2010. 7. 21. 선고 2010누4*** 판결, 1심 판결(서울행정법원 2010. 1. 14. 선고 2009구합29*** 판결)을 인용함

【대법원 2003. 9. 26. 선고 2001두10*** 판결】

이 사건에 관하여 보건대, 참가인(근로자)들을 경영상 해고할 시점에 원고 회사로서는 인원삭감이 객관적으로 보아 불가피한 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 볼 여지가 있다고 할 것이다.

① 원고 회사는 ○○○버스에 관한 여객자동차운송사업 면허를 받은 ○○항공과 리무진운영도급계약을 체결하고 ○○항공이 그 소유의 ○○○버스를 제공하면 필요한 승무원과 관리직원 등의 인력을 투입하여 ○○항공의 ○○○버스 운행업무를 대행하여 그 대가로 쌍방협약에 의하여 조정될 수 있는 용역인원수에 따라 계산된 용역비를 ○○항공으로부터 지급받는 형태의 사업을 그 한 사업부분으로 삼고 있었는데, ○○항공은 1998. 5. 및 6.경과 1999. 1.경에 이르러 관할관청으로부터 ○○○버스의 경기침체에 대응하여 원가절감을 위한 방안으로 ○○○버스를 감차하고 배차시간을 조정하는 내용의 사업변경 인가를 받은 다음 원고 회사에 대하여 감차와 관련된 용역인원의 감축에 관한 협의를 각 요구하게 되었는바, 사정이 그러하다면 ○○항공의 ○○○버스 사업을 대행하는 원고 회사로서는 사업내용의 특성상 ○○항공에 대한 사업의존도가 절대적일 수밖에 없어 그 사업에 제공될 ○○○버스의 감차에 관한 ○○항공의 기본방침에 벗어나 그 대행사업을 영위할 수는 없는 지위에 있고 따라서 조정된 용역인원에 상응하는 용역비를 감축하여 지급받고서도 계속 용역인원에 대한 고용을 유지한다면 필경 그 사업부분에서의 영업수지가 악화될 것임은 명백하였던 점

② 원고 회사의 경우 각 사업부분별 영업이익과 영업비용 외에 일반관리비가 따로 계상되어 있음을 알 수 있고, 이와 같은 경우에는 어느 사업부분의 영업이익의 발생 여부는 당해 사업부분의 영업수입에서 그 영업비용과 일반관리비의 합계를 공제한 금액으로 하여야 할 것인데, 위 감사보고서에는 1998년도 ○○○버스 사업부의 영업수입은 4,457,998,232원, 그 영업비용은 4,104,101,921원으로 기재되어 있으나 일반관리비는 각 사업부분의 합계인 2,326,223,077원만 기재되어 있고 각 사업부분별 일반관리비는 기재되어 있지 않으므로, 위 일반관리비 중 ○○○버스 사업부의 일반관리비가 어느 정도를 점하고 있는지를 더 나아가 파악해 보지 아니하고서는 ○○○버스 사업부분에서 영업이익이 실현된 것이라고 단정하기에는 부족하다고 보이고 오히려 아래에서 보는 바와 같은 당시의 경제여건과 ○○○버스의 운영실태에 비추어 일반관리비까지 감안하는 경우 오히려 영업손실이 발생하였을 개연성이 있었다고 볼 여지가 있는 점

③ 원심도 인정한 바와 같이 ○○항공이 1998. 2. 27.경 예측한 바에 따르면 1997년도와 대비하여 1998년도의 ○○○버스 수송실적이 20% 감소할 것으로 예상되어 이 사업부분에서만 무려 38억 원의 적자가 발생할 것을 우려하였다는 것이므로, 이러한 ○○항공의 예측이 당시의 경제사정에 비추어 별달리 불합리하다고 보이지 아니하는 이 사건에 있어서, 원고 회사 역시 인원감축 등 특단의 조치를 취하지 아니하고서는 ○○○버스 사업부의 경영위기를 타개할 수는 없었음을 추지할 수 있는 점

4) 지속적인 적자가 누적되어 구조조정을 실시한 결과 일시적인 흑자로 돌아선 사정이 있더라도 향후 계속적인 구조조정이 필요한 경우 긴박한 경영상 필요성을 인정함

【서울고등법원 2009. 10. 8. 선고 2009누*** 판결(1070)】

비록 전분당공장이 2년 연속 흑자를 기록하였으나 긴박한 경영상의 필요성이란 기업의 일부 영업부분 내지 영업소의 수지만을 기준으로 할 것이 아니라 기업 전체의 경영 사정을 종합적으로 검토하여 결정되어야 하고, 원고 회사가 2007년도에 들어서서 흑자로 돌아서는 등 경영 상태가 호전되었으며 정리 해고 이후 전 직원들에 대하여 특별 경영 성과급 지급할 수 있었던 것은 원고 회사가 지속적으로

추진하던 인원 감축 등과 같은 일련의 구조조정에 따른 결과로도 볼 수 있으며 구조조정을 중단하여도 좋을 정도로 경영 환경이 근본적으로 개선된 것으로 볼 수는 없다 할 것이므로, 적자 경영 상태였던 원고의 경영 상태가 일시적으로 흑자로 돌아섰다는 사정만으로 적자가 누적되어 왔으며 실적이 개선될 여지도 없었던 일부 생산라인을 폐쇄하고 그에 따른 유휴 인력을 감축하여야 할 합리적인 필요성을 부정하기 어렵다 할 것이므로, 피고 및 참가인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

5) 기업의 전체 경영실적이 흑자를 기록하고 있더라도 일부 사업부문이 경영악화를 겪고 있으며, 그러한 경영악화가 구조적인 문제 등에 기인한 것으로 쉽게 개선될 가능성이 없고 해당 사업부문을 그대로 유지할 경우 결국 기업 전체의 경영상황이 악화될 우려가 있는 등 장래 위기에 대처할 필요가 있는 경우 긴박한 경영상 필요성을 인정함

【대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3*** 판결】

원심이 피고의 ○○공장 수지만을 기준으로 할 것이 아니라 피고 전체의 경영사정을 기준으로 이 사건 경영상 해고에 긴박한 경영상의 필요가 있었는지 여부를 판단하여야 한다고 본 것은 정당하다고 할 것이나, 피고가 전체적으로 당기순이익을 내고 재무구조상 안정적이었다는 점 등을 들어 이 사건 경영상 해고에 긴박한 경영상의 필요가 없었다고 판단한 것은 앞서 본 법리에 비추어 다음과 같은 이유에서 그대로 수긍하기 어렵다.

기업의 전체 경영실적이 흑자를 기록하고 있더라도 일부 사업부문이 경영악화를 겪고 있으며, 그러한 경영악화가 구조적인 문제 등에 기인한 것으로 쉽게 개선될 가능성이 없고 해당 사업부문을 그대로 유지할 경우 결국 기업 전체의 경영상황이 악화될 우려가 있는 등 장래 위기에 대처할 필요가 있다면, 해당 사업부문을 축소 또는 폐지하고 이로 인하여 발생하는 잉여인력을 감축하는 것이 객관적으로 보아 불합리한 것이라고 볼 수 없다.

제5장
경영상 해고

6) 경영상 해고 이후 경영상태가 호전되어 흑자경영이 되기는 하였지만 경영상 해고 당시에는 조업단축 등으로 인한 잉여인력이 단시일 내에 쉽사리 해소될 것으로 기대하기 어려웠고 또한 동종업계의 경기전망이 더욱 안 좋게 전개될 것으로 예측되는 상황에서 그에 대처하기 위해서 인력조정을 한 경우 긴박한 경영상 필요성을 인정함

【대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60*** 판결】

근로기준법 제24조 제1항에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 고용 인원의 감축이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함되는 것으로 보아야 한다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29*** 판결 참조). 그리고 경영상 해고의 요건 중 긴박한 경영상의 필요가 있었는지 여부는 경영상 해고를 할 당시의 사정을 기준으로 판단하여야 한다. …(중략)…

1070) 대법원(대법원 2010. 2. 11.자 2009두19*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

그러나 원심이 설시한 사정들 중 피고의 매출액이 2009. 1.경 이후 꾸준히 증가하였고 이 사건 경영상 해고 직후인 2009. 4.경부터 잔업이 증가하기 시작한 점, 이 사건 경영상 해고를 한 2009년도에 약 19억 원의 당기순이익이 발생하였고, 피고가 2009년도에 4억 5천만 원을 주주에게 배당하였던 점, 피고의 2009년도의 전체 차입금 총액이 2008년도의 전체 차입금 총액보다 감소한 점 등은 이 사건 경영상 해고 이후의 사정들로서 이러한 사정은 경영상 해고 당시의 경영상태를 판단하는 간접적 요소로 고려하는 정도를 넘어 경영상 해고의 정당성을 판단하는 직접적인 근거로 삼을 수는 없는 사항이다.

나아가 원심이 배척하지 아니한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 비추어 보면 원심의 위와 같은 판단은 수긍하기 어렵다. 즉 이 사건 경영상 해고 당시 자동차 업계는 전 세계적으로 전반적인 불황에 빠져 있었고, 그에 따라 주로 피스톤 등 자동차엔진 부품을 생산하는 피고도 생산량 및 매출액이 급감하였으며, 가격경쟁 또한 심화되어 심각한 유동성 부족으로 경영상 위기 상황에 처하게 되었다. 이는 피고의 노동조합 상급 단체인 ○○노조가 2009. 2.경 작성한 구조조정 대응교본에서도 미국에서 시작된 금융위기로 인하여 2009년에는 경제위기가 보다 확산될 것으로 전망하면서 특히 자동차 산업의 위기와 더불어 자동차 부품 제조업체들의 어려움이 훨씬 더 심각한 상태라고 파악하고 있었던 점, 이 사건 경영상 해고 당시 피고의 경영상태를 감정한 감정인도 2009. 3.경 피고는 경영위기 상황에 직면해 있었다는 의견이었던 점으로도 뒷받침된다. 거기에서 피고는 이전부터 추진해 온 공정합리화 조치의 결과 이미 상당수의 잉여인력이 발생되어 있는 등의 어려움을 극복하기 위하여 고용유지훈련, 휴무 실시, 임원 임금 삭감, 희망퇴직 등의 조치를 시행한 점 등에 비추어 보면, 피고로서는 이 사건 경영상 해고 당시 조업단축 등으로 인한 잉여인력이 단시일 내에 쉽사리 해소될 것으로 기대하기 어려웠다 할 것이고, 또한 자동차부품 제조업계의 경기전망이 더욱 안 좋게 전개될 것으로 예측되는 상황이라 그에 대처하기 위해서 인력조정을 하는 것은 객관적으로 보아도 합리성이 있었던 것으로 볼 여지가 상당하다. 또한 기업의 잉여인력 중 적정한 인원이 몇 명인지는 상당한 합리성이 인정되는 한 경영판단의 문제에 속하는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 경영자의 판단을 존중하여야 할 것이다.

다. 긴박한 경영상 필요성 인정 관련 특수 쟁점

1) ‘자치관리 → 위탁관리’로의 전환 등 사업관리(수행) 방식이 변경된 사례

가) 오피스텔을 기존의 자치관리방식에서 위탁관리방식으로 변경함에 따라 직제가 폐지되는 해당 업무 근로자들을 해고하는 것은 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 봄¹⁰⁷¹⁾

나) 경영합리화 조치의 일환으로 소유 건물을 매각하고 그 관리업무를 수행하던 자회사를 매각하고 건물관리업무를 외주용역으로 전환하면서 인력조정을 실시한 것은 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위한 인원삭감으로서 객관적으로 보아 합리성이 있다고 봄

1071) 서울고등법원 2009. 9. 8. 선고 2009누3*** 판결

【대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38*** 판결】

원심은 그 채용 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ○○○○ 그룹이 1999년 피고를 인수한 이후 2006. 3. 31.까지 증자한 금액이 모두 8,515억 원에 달함에도 피고는 1999년 이후 2006년 사업연도까지 약 510억 원의 손실액이 누적되었고, 이러한 상황에서 주변지역의 상권 및 업무환경 변화, 부동산 경기변동에 따른 건물 공실률 상승 등으로 인하여 피고 소유 건물의 투자수익률이 시중은행의 평균적인 정기예금 이자율에도 미치지 못할 정도로 저하되자, 피고가 경영합리화 조치의 일환으로 피고 소유 건물을 매각하고 그 관리업무를 수행하던 자회사인 ○○빌딩관리 주식회사(이하 ‘○○빌딩관리’라고 한다)를 주식회사 ○○○월드(이하 ‘○○이월드’라고 한다)에 매각한 다음 본연의 사업인 보험업무에 역량을 집중하기 위하여 건물관리업무를 외주용역으로 전환하면서 ○○빌딩관리에 파견되어 근무하던 원고들을 비롯한 피고 소속 기계·전기직 근로자에 대한 인력조정을 실시한 것은 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위한 인원삭감으로서 객관적으로 보아 합리성이 있으므로 긴박한 경영상의 필요를 인정할 수 있다는 취지로 판단하였다.

앞에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 위와 같은 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 경영상 해고의 요건인 긴박한 경영상의 필요에 관한 법리를 오해한 위법 등이 없다.

다) 국가나 지방자치단체의 경우, 긴박한 경영상의 필요성을 **완화된** 기준으로 판단하여, 지방자치단체의 청소업무 민간위탁 결정은 긴박한 경영상의 필요성이 있는 경우에 해당한다고 봄

【서울고등법원 2006. 4. 27. 선고 2005누6*** 판결(1072)】

국가나 지방자치단체와 같은 공공부문의 경우, 인원 삭감을 하지 않으면 도산할 우려가 있거나 심각한 재정상의 곤란이 초래되는 상황을 일반적으로 상정하기 어려우므로 경영상 해고의 정당성을 판단함에 있어서도 ‘긴박한 경영상의 필요성’을 민간 기업의 경영상 해고의 경우와 같이 엄격하게 다룰 수는 없다. 국가나 지방자치단체의 경우 부단한 체질개선과 구조조정을 통하여 예산을 절감하고 행정의 효율성을 증대하여야 할 것이 요구되므로 특별한 재정상의 어려움에 처해 있지 않음에도 불구하고 일정 업무를 민간업체에 위탁하였다는 사정만으로 경영상의 필요성을 쉽게 부정해서는 안 될 것이다.

앞서 본 바와 같이 원고 시(사용자)가 청소업무를 민간위탁한 조치는 원래 정부와 ○○도의 지방조직개편추진지침에 따른 것인데, 정부와 ○○도가 비정규 상용인력을 비효율적으로 운용하는 시·군에 대하여 지속적으로 비정규인력의 감축관리를 강화해 줄 것을 요구하고, 원고 시에 대하여도 부의 인센티브 부여 가능성을 내세워 여러 차례에 걸쳐 조직개편을 강조하여 온 점, 원고 시가 재정수입 중 상당 부분을 국가나 ○○도로부터 받는 교부세 또는 보조금에 의존하고 있는 현실에서 이와 같은 정부와 ○○도의 요구에 따르지 않을 수 없었던 점, 원고 시가 전문가에 대한 연구용역 등을 통해 청소업무를 민간위탁할 경우 경제적인 효율성이 제고되고 그와 관련한 관리업무 기능이 축소되어 경비절감의 효과가 있을 것으로 보았을 뿐만 아니라, 실제로 환경미화업무가 민간기업에 위탁된 다른 기초자치단체의 경우에 상당 정도 재정효율성이 나타나는 것으로 평가되고 있는 점 등에 비추어, 이 사건 해고는 경영상의 필요성이 충분히 인정된다 할 것이다.

라) 감독관청인 서울특별시가 재단법인 서울시립 교향악단을 설립하고 재단법인 S 문화회관 교향악단을 폐지하기로 결정함에 따라 S문화회관이 그 교향악단 소속 직원을 경영상 해고한 사안에서, **감독관청의 예산지원 중단**에 대하여 긴박한 경영상 필요성을 인정함¹⁰⁷³⁾

2) 사업의 특성을 고려한 사례

기술집약적인 자동차산업의 경우 상당 기간 신규 설비 및 기술 개발에 투자하지 못하여 경영위기가 온 것은 계속적·구조적인 것으로서 긴박한 경영상의 필요성을 인정하고, 경영진의 부실경영 등으로 경영위기가 초래되었다고 하여 이러한 필요성이 부정된다고 보기 어렵다고 판단함

【대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다20***, 20*** 판결】

결국 위와 같은 사정과 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 기술집약적인 자동차산업의 경우 지속적인 기술개발과 대규모 투자가 이루어지지 않으면 동종업체와의 경쟁에서 뒤처질 수밖에 없고, 이는 매출 감소와 시장점유율의 하락으로 이어지는데, 피고는 기업구조개선작업 기간에 규모 있는 연구개발과 투자를 할 수 없었고, 이후 ○○자동차가 피고를 인수한 이후에도 피고에 대한 적극적인 투자가 이루어지지 않아 SUV 차량 외에 차종의 다양화를 이루지 못하였고, 거기에 SUV 차량에 대한 세제혜택 축소로 SUV 차량에 대한 선호도가 떨어지자 매출은 더욱 감소하게 된 점, 그러던 중에 2008년 하반기의 경유 가격 급등과 국내외 금융위기 사태에 봉착하게 되자 피고는 자력으로는 유동성 위기를 해결할 수 없는 지경에 이른 것으로 볼 수 있는 점 등을 고려하면, 이 사건 경영상 해고 당시 피고가 처한 경영위기는 상당 기간 신규 설비 및 기술 개발에 투자하지 못한 데서 비롯된 계속적·구조적인 것으로서, 외부적 경영여건의 변화로 잠시 재무상태 또는 영업실적이 악화되었다거나 단기간 내에 쉽게 개선될 수 있는 부분적·일시적 위기가 아니었던 것으로 봄이 타당하다. 따라서 피고로서는 인원 감축 등을 통해 위와 같은 경영위기를 극복할 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 볼 수 있고, 경영진의 부실경영 등으로 경영위기가 초래되었다고 하여 이러한 필요성이 부정된다고 보기는 어렵다.

1.4 긴박한 경영상의 필요성을 부정한 사례

가. 사용자가 경영상 필요의 근거로 삼는 지표 이외의 다른 지표들은 안정적인 경우

1) 경영상 해고 실시 전년도에 당기순손실이 발생한 사실은 인정되나, 그 이전에는 지속적으로 당기순이익이 발생하였고, 유동비율·부채비율·시장점유율 등 다른 지표들이 안정적인 경우에는 긴박한 경영상 필요성을 부정함

1072) 대법원(대법원 2006. 8. 25.자 2006두9*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

1073) 서울행정법원 2007. 2. 2. 선고 2006구합26*** 판결

【 대법원 2012. 2. 23. 선고 2009두15*** 판결 】

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고보조참가인들(이하 ‘참가인들’이라고 한다)에 대한 2007. 4. 12.자 이 사건 해고 당시 원고의 재무구조상 성장성 또는 수익성 측면에서 경영상태가 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 정년 퇴직 예상원인이 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 없다고 판단하였다.

위에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 경영상 해고의 요건에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

2) 수년간 매출액 감소로 인한 누적적자가 발생하였던 점은 인정되나, 유동비율·부채비율·이익잉여금 등이 안정적인 상황이고 **인원삭감에 앞서 임금을 삭감할 여지가 있는 점**이 있는 경우에는 긴박한 경영상 필요성을 부정함

【 서울고등법원 2009. 8. 11. 선고 2009누** 판결¹⁰⁷⁴⁾ 】

원고가 2004년부터 2007년도까지 해마다 매출이 감소하여 누적적자가 210억 원에 이른 사실, 인터넷 확산, 무료신문 등으로 원고의 신문발행, 판매 및 광고수입 등이 지속적으로 감소하고 있는 사실, A보고서에는 2009년경 자본잠식사태에 이를 것으로 추정한 사실은 앞에서 본 바와 같다. 그러나 원고는 중앙 및 지역일간지를 통틀어 2006년도 재정안정성지표를 충족한 3개 신문사 중 하나에 포함되었는데, 2005년도 유동비율(유동자산을 유동부채로 나눈 비율) 238.4%, 부채비율은 53.0%이었고, 2006년 유동비율은 220.0%, 부채비율은 47.8%인 사실, 2007년도 …(중략)… 유동비율은 202.8%인 사실, 원고의 이익잉여금은 2005년에는 42,885,919,942원, 2006년에는 34,807,562,279원, 2007년도에는 28,851,711,106원, 2008년도에는 29,293,651,459원으로서 해마다 적자가 발생하였음에도 불구하고 피고보조참가인들을 해고할 무렵 여전히 300억 원에 이르는 이익잉여금을 보유하고 있었다는 사실, A보고서는 …(중략)… 300~00억 원에 이르는 이익잉여금을 제외한 채 자본잠식을 추정한 사실, 원고 직원의 인건비는 국내 신문사 중 4위인 평균 65,690,000원(2004년 기준)에 이르고 있어 임금을 삭감할 여지가 충분히 있다고 보이는데도 불구하고 원고는 …(중략)… 임금 삭감을 위한 아무런 합의도 하지 않은 사실(2007. 7. 6.자 임금협약서의 기재에 의하면 원고는 기본급과 직무수당의 100%씩 연 7회에 걸쳐 상여금을 지급하는 외에도 하계휴가비 100%를 지급하기로 하였다)을 인정할 수 있는바, 이를 종합하여 고려할 때, 원고가 피고보조참가인들을 해고할 무렵 도산에 이를 정도로 경영상황이 악화되었다고 보기 어렵고 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위한 인원을 삭감한 것이 아니라 하더라도 그러한 인원 삭감에 객관적인 합리성이 보이지 않으므로 원고에게는 경영상 해고를 위한 긴박한 경영상의 필요성이 인정되지 않는다.

3) 일부 사업 부문은 영업손실을 기록하였으나 **법인 전체로는 영업이익이 발생하였고, 성과급 지급 및 신규인력을 채용한 경우** 긴박한 경영상 필요성을 부정함

【대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두25*** 판결】

참가인의 ○○호텔사업부는 2008회계연도에 약 38억 원, 2009회계연도에 약 30억 원의 영업손실을 기록하였으나 법인 전체로는 2009회계연도에 약 5억 원, 2010회계연도에 약 49억 원의 영업이익이 발생하였고, G20 정상회의 개최에 따른 것으로 보이기is 하나 ○○호텔사업부만을 기준으로 하더라도 2010회계연도에 15억 원 이상의 영업흑자를 기록하였던 점, 참가인은 이 사건 경영상 해고 직전인 2010. 8. 27.과 2011. 1. 12.에 ○○호텔사업부와 □□호텔사업부 소속 직원들에게 통상임금의 200%에 해당하는 성과급을 지급하였고, 원고들의 업무와 다른 분야이기is 하나 이 사건 경영상 해고 직전인 2011년 1월경부터 41명의 신규인력을 공개 채용하기도 한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 경영상 해고 당시 참가인의 전반적인 경영상태는 견고하였던 것으로 보이고, 참가인의 ○○호텔사업부에 쉽게 개선되기 어려운 구조적인 문제가 있어 참가인 전체의 경영악화를 방지하기 위하여 인원을 감축하여야 할 불가피한 사정이 있었던 것으로 보이지는 아니한다. 위와 같은 사정에다가 이 사건 경영상 해고 당시 참가인의 매출규모에 비하여 이 사건 경영상 해고를 통하여 해고된 근로자들의 인건비 비율이 약 0.2%에 불과하였던 점, 참가인이 도급으로 전환하기로 한 객실정비, 기물세척 등은 호텔 영업을 위하여 반드시 필요한 업무이므로 이러한 부문에 대한 도급화 조치는 특정한 사업부문 자체가 폐지되어 인원삭감이 불가피한 경우와는 달리 보아야 하는 점 등까지 아울러 고려하여 보면, 이 사건 경영상 해고는 어떠한 경영상의 위기에 대처하기 위한 것이라기보다는 단순한 인건비 절감 또는 노무관리의 편의를 위하여 단행된 것으로 보일 뿐이어서 ‘긴박한 경영상의 필요’에 따른 것으로 보기 어렵다.

나. 회계지표 악화의 원인이 과다인원과 관계가 없는 경우

채무제표상 적자가 누적되는 상황이라 하더라도 **적자발생의 주된 원인이 인건비가 아닌 관리비 등 기타 비용이며, 일부 업무의 외주용역으로 전환한 후에도 특별한 개선이 없는 경우에는** 긴박한 경영상 필요성을 부정함

【서울행정법원 2007. 2. 15. 선고 2006구합14*** 판결】

원고 병원은 1997년경부터 경영여건이 악화되어 2000. 3.부터 2005. 2.까지 누적적자금액이 140억 7,153만 원에 달하기is 하였으나, 2002년부터 2005년까지 의료수익의 연평균 증가율 7.6%에 비하여 인건비증가율은 연평균 2.5%에 그친 반면에 관리비증가율이 연평균 26.7%를 초과하여 적자발생의 큰 원인이 되었고, 영양과 소속 직원들의 인건비가 전체 직원 인건비의 3% 남짓으로 그 비중이 낮은 점, 원고 병원의 영양과 업무를 외주용역으로 전환하더라도 그 직원들의 근로조건을 직영시 정규직원과 동일하게 유지하도록 하여 경영여건의 개선에 당장 별다른 효과를 가져오지 못할 것으로 보이는 점, 영양과는 그 업무를 외주용역으로 전환하기 전인 2004. 3. 1.부터 2005. 2. 28까지는 41,088,855원의 흑자를 냈음에도 오히려 외주용역으로 전환한 후인 2005. 3. 1.부터 2006. 2. 28.까지는 492,712,965원의 적자를 낸 점 등을 종합하여 보면, 원고 병원이 영양과 업무를 외주용역으로 전환하는 방법에 의하여 인원감축을 할 만한 객관적·합리적인 이유가 있는 때에 해당한다고 할 수 없으므로 경영합리화를 위한 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 할 수 없다.

1074) 대법원(대법원 2009. 11. 4.자 2009두15*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

다. 경영상 위기의 일반적인 상황에 반하는 간접사실들이 다수 있는 경우

재무제표상 자본잠식이 된 상황이라 하더라도, **사업확장, 자금 대여, 계속된 신규사원 채용** 등의 사정이 존재하는 경우에는 긴박한 경영상 필요성을 부정함

【서울행정법원 2006. 1. 10. 선고 2005구합16*** 판결】

① 원고 회사는 재무제표상으로는 2001 ~ 2004 사업연도에 걸쳐 단기차입금의 증가에 따른 부채증가와 그로 인한 자본잠식이 누적되는 상황에 처해 있기는 하였지만, 2003 사업연도에는 당기순이익을 기록한 점, ② 이 사건 경영상 해고 직전인 2004. 5. 13. 소외 회사를 설립하여 사업 확장을 도모한 점, ③ 대표이사를 비롯한 특수관계에 있는 법인에게 상당한 규모의 자금을 대여한 점, ④ 이 사건 경영상 해고 두 달 전 신규사원을 11명이나 채용하였고, 이 사건 경영상 해고 이후에도 신규사원을 계속 채용하고 있는 것으로 보이는 점, ⑤ 부동산 투자 및 개발업 등을 영위하는 원고 회사의 특성상 신규 사업을 수행하기 위한 단기자금차입은 불가피한 것이어서 그로 인한 일시적인 부채누적이 반드시 회사 전체의 경영수지 악화라고 단정할 수 없는 점 등을 종합하면, 원고 회사는 이 사건 경영상 해고 당시 긴박하고 절실한 경영상의 필요가 있었다고 보기 어렵다.

라. 사용자가 당초 제시한 인원감축 목표를 초과한 경우

희망퇴직 등으로 이미 목표한 인원감축 규모를 달성했다는 점 등에서 긴박한 경영상 필요성이 인정되지 않는다고 판단했고, 노사 간에 협의된 감원목표가 달성된 경우나 경영상 해고 당시 사용자가 계획한 인원감축 목표를 초과한 경우, 긴박한 경영상 필요성을 부정함

【대법원 2019. 11. 28. 선고 2018두44*** 판결】

이 사건 정리해고 당시 노사 간에 협의된 최종 감원목표가 이미 달성되었을 가능성을 배제할 수 없다(정리해고 당시 최종 감원목표가 이미 달성되었을 가능성도 있는 점). 원심은 원고가 금융투자협회에 공시한 인력현황에 기초하여 원고가 인력구조조정으로 감원한 인원이 350명을 초과하지 않는다고 단정하고 있으나, 원심의 위와 같은 판단은 위 인력 현황에 공시된 2013. 9. 30. 기준 정규직 인원과 2013. 12. 31. 기준 정규직 인원의 차이가 발생한 원인 중 하나인 2013. 9. 30. 이후의 자진퇴사자, 징계해고자, 개인사정에 의한 이직자 등을 고려하지 않은 것이어서 타당하다고 볼 수 없다.

【서울행정법원 2019. 2. 21. 선고 2018구합66*** 판결¹⁰⁷⁵⁾】

2) 긴박한 경영상의 필요성이 존재하는지 여부에서 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 원고가 제출한 증거만으로는 원고에게 이 사건 해고를 하여야 할 만큼 긴박한 경영상의 필요성이 인정된다고 보기 어렵다. …(중략)… 기간제근로자에 대한 계약해지 및 희망퇴직 등으로 총 35명이 퇴직하였으므로 이 사건 해고 등 정리해고 당시 원고가 계획하였던 인원감축 목표(30명)를 이미 상회하였다.

1075) 항소기간 도과로 확정됨

마. 공공기관 선진화 추진계획에 따른 경영상 해고

단체협약의 고용보장 합의에 반하는 정부정책 추진을 위해 시달된 공공기관 선진화 추진계획에 따른 긴박한 경영상 필요성을 부정함

【서울고등법원 2012. 3. 28. 선고 2011누25*** 판결¹⁰⁷⁶⁾】

‘공공기관별 효율성 10% 이상 향상’이라는 정책을 추진 중이던 정부가 공공기관인 참가인의 대주주로서 먼저 참가인에게서 경영 효율화 방안을 제출받아 이를 토대로 참가인과 협의 등을 거쳐 이러한 정책목표를 달성하기 위한 구체적인 계획인 이 사건 선진화 계획을 수립하여 참가인에게 시달한 점, 그런데 이 사건에서 제출된 증거를 모두 모아보더라도 참가인과 정부가 이 사건 선진화 계획을 수립하는 과정에서 그 전에 이미 참가인이 노동조합과 합의서까지 작성함으로써 단체협약에 따라 규범적 효력이 인정되고 있던 ‘소방 직렬의 현원을 정년까지 보장한다.’는 이 사건 합의 존재와 효력 및 그 존속, 그 밖에 이 사건 소방 직렬을 정리해고하지 않고서는 달리 이러한 정책 목표를 달성할 방안을 마련할 수 없는지 등을 충분히 고려하였다고 인정하기 어려운 점을 더하여 살펴보면, 정부가 ‘공공기관별 효율성 10% 이상 향상’이라는 정부정책을 추진하기 위해 마련하여 참가인에게 시달한 이 사건 선진화 계획으로 말미암아 이 사건 합의가 실효 또는 해지되어 그 효력이 소멸하였다거나 참가인이 정부로부터 이 사건 선진화 계획을 시달받은 이상 이 사건 합의를 고려할 필요 없이 이 사건 선진화 계획에 따라 이 사건 소방 직렬 정리해고를 단행하여야 할 긴박한 경영상 이유가 있다고 인정할 수는 없다.

2. 해고회피노력 충족 여부

2.1 해고회피노력 관련 주요 판례

해고회피노력을 다하여야 한다는 것은 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등 해고범위를 최소화하기 위한 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미하고 그 방법과 정도는 경영위기의 정도, 경영상 해고를 실시해야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라진다고 봄¹⁰⁷⁷⁾

【대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11*** 판결】

경영상 해고의 요건 중 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원삭감이 필요한 경우도 포함되지만, 그러한 인원삭감은 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되어야 한다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 등 참조).

그리고 경영상 해고의 요건 중 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 한다는 것은 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등 사용자가 해고범위를

1076) 대법원 2012. 8. 22.자 2012두9*** 판결(심리불속행 기각으로 확정)

1077) 대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11*** 판결

최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미하고(대법원 1992. 12. 22. 선고 92다14779 판결, 1999. 4. 27. 선고 99두202 판결 등 참조), 그 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 경영상 해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급 별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이다(위 2001다29452 판결 등 참조).

2.2 사용자의 해고회피노력을 인정한 사례

가. 원칙적으로 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등의 가능한 모든 조치를 취한 경우에 해고회피노력을 인정함(요구되는 해고회피노력의 방법과 정도는 당해 사용자의 경영위기의 정도, 경영상 해고를 실시하여야 하는 경영상 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라짐)

【 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다14*** 판결 】

기업이 경영상의 사정에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 경영상 해고에 정당한 이유가 있기 위하여 필요한 요건 중 해고회피를 위한 노력을 다하여야 한다는 것은 사용자가 근로자의 해고범위를 최소화하기 위하여 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등의 가능한 조치를 취하는 것을 의미하는 것인바, 피고 회사(사용자)는 섬유류 제조, 판매 및 수출입업 등을 하는 회사로서 본사에 내수공장, 서울 □□구 ○○동에 ○○공장, ◇◇시에 ▽▽공장을 각 두고 위 본사 내수공장에서는 ○○○○라는 상표로 국내여성용 의류를, ○○공장에서는 수출용의류(재킷)를, ▽▽공장에서는 양말류를 주로 제조한 사실, 피고 회사는 ○○공장이 1988. 1. 가동 이래 매년 적자상태가 계속되고 사업전망도 없어 더 이상 공장경영을 계속하기 어렵게 된 데다가 노사의 폐업을 면하기 위한 마지막 자구노력도 실패로 돌아가자 1990. 7. 18.경 어쩔 수 없이 폐업하기에 이른 사실, 피고 회사가 ○○공장의 폐업과 관련하여 원고 등 소수를 제외한 대다수 근로자들과는 잔여급여 및 퇴직금을 지급하는 조건으로 해고하기로 합의한 사실, 내수공장은 고급여성용의류를 생산하므로 기술과 숙련이 필요하여 재킷류 등의 의류를 라인작업에 따라 다량 제조하는 ○○공장에 비하여 고임금이 지급되었고, ▽▽공장은 단순노동에 속하는 작업이어서 ○○공장보다 저임금이 지급되어 위 각 사업은 같은 피고 회사의 사업이기는 하지만 실제로는 서로 다른 직장으로 취급되어 근로자들의 교류가 행하여지기 어렵게 되어 있는 사실 및 위 본사 내수공장 또한 1990. 9.경 경영악화로 폐업한 사실 등을 인정한 바에 비추어 보면, 원심은 피고 회사 ○○공장의 폐업이 긴급한 경영상의 필요에 의한 것이고, 피고 회사가 이로 인하여 ○○공장의 근로자 전부를 해고함에 있어서 그 근로자들을 본사 내수공장이나 ▽▽공장으로 전근시킬 여지가 없었고, 다른 해고회피를 위한 조치도 취할 수 없는 경우라고 판단한 것으로 이해되는바, 기록에 비추어 보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 소론이 지적하는 바와 같은 경영상 해고의 요건에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 자회사를 매각하면서 자회사 소속 근로자들에게 특별퇴직 프로그램을 실시하고, 특별퇴직 위로금으로 최대 30개월분의 평균임금에 상당하는 금원을 지급하고 자회사를

인수한 매수회사에 **최소 2년간 고용이 보장되도록 조치**한 경우, 경영상 해고의 범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하였다고 봄이 상당하다는 취지로 판단함

【대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38*** 판결】

(2) 원심은 그 판시와 같은 여러 사정, 즉 피고가 경영합리화 조치의 일환으로 피고 소유의 건물 매각 및 그 관리업무를 담당하던 자회사 ○○빌딩관리의 매각을 추진함에 따라 ○○빌딩관리에 파견되어 기계·전기 업무를 담당하여 오던 원고들을 비롯한 피고 소속 기계·전기직 근로자 34명의 담당 업무 자체가 폐지될 상황에 이르자, 2007. 3. 29.경부터 같은 해 4. 2.경까지 기계·전기직 근로자들을 개별적으로 면담하여 ○○빌딩관리의 매각에 따라 더 이상 근로관계를 유지할 수 없음을 설명한 후, 2007. 4. 18. 기계·전기직 근로자들에게 '2007. 4. 24.까지 전환배치 신청을, 같은 달 30일까지 특별퇴직(30개월분의 평균임금에 상당하는 특별퇴직금 지급, 고용알선) 신청을 받을 예정이며, 위 기간 내에 전환배치나 특별퇴직을 신청하지 아니한 근로자에 대해서는 경영상 해고절차를 진행할 예정'이라는 내용의 공문을 발송한 점, 이에 따라 원고들을 포함한 일부 기계·전기직 근로자들은 2007. 4. 23.경 피고에게 전환배치 신청을 하였고, 피고가 그 중 원고들의 신청을 받아들여 원고들에 대한 전환배치를 승인하자 원고들은 그 신청을 철회해버린 점, 이에 피고는 다른 기계·전기직 근로자 2명의 전환배치 신청을 받아들여 업무 지원부서로 전환배치한 점, 피고 소속 기계·전기직 근로자들이 종래 담당하여 오던 업무의 특성상 이들을 다른 업무부서로 전환배치하기는 용이하지 않은 점, 원고들은 협의를 시작한 지 약 4개월이 경과할 무렵까지 특별퇴직 프로그램 자체를 반대하다가 그 후 다시 퇴직 시점을 약 1년 후로 미루어 달라고 요청한 점, 피고는 원고들을 제외한 나머지 기계·전기직 근로자 30명에 대하여 특별퇴직 프로그램을 실시하여 소속 변경 전후의 급여 및 퇴직금 차액 등에 대한 보전 차원에서 특별퇴직 위로금으로 최대 30개월분의 평균임금에 상당하는 금액(1인당 평균 약 1억 2,000만 원)을 지급하고 ○○빌딩관리를 인수한 ○○월드에서 최소 2년간 고용이 보장되도록 조치한 점 등을 종합하여 보면, 피고는 이 사건 경영상 해고의 범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하였다고 봄이 상당하다는 취지로 판단하였다. … (중략)… 위와 같은 원심의 판단은 앞에서 본 법리에 따른 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고 이유에서 주장하는 바와 같은 경영상 해고의 요건인 해고회피노력 등에 관한 법리오해, 판단누락 등의 위법이 없다.

다. 임원진 등의 임금 일부 반납, 비품 처분, 부동산매각추진 등 비용절감을 위한 조치를 취하고, 관계 계열사에 해고 대상 직원의 우선채용협조를 요청하는 한편 당초 해고 대상 예정인원을 감축한 경우 해고회피노력을 인정하고, 경영상 해고대상자를 인사관리가 별도로 이루어지는 다른 사업부문에 배치전환하지 않았다고 하여 해고회피노력을 다하지 않은 것으로 볼 수 없다고 판단함

【대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13*** 판결】

원심이 인용한 제1심판결 이유 및 기록에 의하여 인정되는 사정들, 즉 참가인 회사가 위와 같은 경영 위기에 직면한 상황에서 임원진 등의 임금 일부 반납, 비품 처분, 무급휴직 및 희망퇴직 실시, 부동산매각추진 등 비용절감을 위한 조치를 취한 점, 관계 계열사에 해고 대상 직원의 우선채용협조를 요청하는

한편 당초 해고 대상 예정인원을 36명으로 정하였다가 17명으로 감축한 점 등을 종합하여 보면, 참가인 회사는 이 사건 경영상 해고를 실시함에 있어서 해고회피노력을 다하였다고 볼 것이다.

한편 원심이 인용한 제1심 판결 이유와 기록에 의하여 인정되는 바와 같이, 참가인 회사의 호텔사업 부문과 카지노사업 부문은 서로 다른 취업규칙을 가지고 있고 인사관리가 별도로 이루어졌으며 노동조합도 각 사업 부문별로 결성되는 등 분리·운영된 점, 과거 호텔사업 부문과 카지노사업 부문 간에 이루어진 인적교류는 극히 좁은 범위에서 이루어져 통상적인 것으로 볼 수 없을 뿐만 아니라 이 사건 경영상 해고 무렵에는 인적교류가 이루어지지 아니한 점 등에 비추어, 참가인 회사가 카지노사업 부문으로 인력을 배치전환하지 않았다고 하여 해고회피노력을 다하지 않았다고 볼 수 없다.

라. 경영상 해고 이후 나머지 직원들에 대한 보상차원에서 이루어진 급여인상이나 사기 진작 차원에서 이루어진 승진인사만을 이유로 해고회피노력을 부정할 수 없다고 봄¹⁰⁷⁸⁾

마. 근로자에 대한 무급휴직 실시로 인해 오히려 손실이 확대될 수 있는 사정이 존재하는 경우, 근로자에 대하여 무급휴직을 실시하지 않았다고 하여 해고회피노력이 부정되는 것은 아니라고 봄¹⁰⁷⁹⁾

바. 경영상 해고에 앞서 부분 휴업, 임금 동결, 순환휴직, 사내협력업체 인원 축소, 임직원 복직 중단, 희망퇴직 등의 조치를 실시한 사정 등이 있는 경우, 경영상 해고 당시에는 고용보험법에 따른 지원을 받을 수 있는 무급휴직을 실시하지 않고 있다가 경영상 해고 이후 무급휴직을 실시하였다고 하여 해고회피노력을 부정하지 않음¹⁰⁸⁰⁾

사. 근로자가 담당하고 있던 업무의 대체가능성이 낮아 배치전환이 사실상 곤란한 사정이 있는 경우, 근로자에 대하여 배치전환을 실시하지 않았다고 하여 해고회피노력이 부정되는 것은 아니라고 봄¹⁰⁸¹⁾

아. 경영상 해고를 전·후하여 비록 연장근로를 실시한 사실이 있다고 하더라도 한시적인 특정 제품의 생산량 증대에 기인한 것이라면 해고회피노력을 부정하지 않음

1078) 서울고등법원 2007. 7. 24. 선고 2006누30*** 판결, 대법원(대법원 2007. 11. 15.자 2007두17*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨, 서울고등법원 2008. 5. 23. 선고 2007누29*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 11. 선고 2006구합15*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 11.자 2008두9*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

1079) 서울고등법원 2008. 7. 1. 선고 2007누34*** 판결, 1심 판결(서울행정법원 2007. 11. 23. 선고 2007구합19*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 25.자 2008두12*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

1080) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다20***, 20*** 판결

1081) 서울고등법원 2006. 10. 20. 선고 2005누30*** 판결(대법원 2007. 2. 9.자 2006두18*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두14*** 판결】

원심은 그 채용 증거들을 종합하여 그 판시 사실들을 인정한 다음, 그 판시와 같은 사정들에 비추어 피고보조참가인이 노동조합과 사이에 이 사건 경영상 해고를 회피하기 위한 노력을 다하였다고 판단하고, 또한 이 사건 경영상 해고를 전후하여 지속적으로 연장근로를 실시할 정도로 생산직 근로자들의 업무량이 많은 상태였으므로 연장근로를 중단하고 그 작업량을 경영상 해고된 근로자들에게 분산하였다면 이 사건 경영상 해고를 피할 수 있었는데도 피고보조참가인이 이러한 해고회피노력을 게을리 하였다는 원고들의 주장에 대하여, 그 채용 증거들에 의하여, 망간전지 생산라인과 알카전지의 생산라인은 그 생산공정이 다르고, 망간전지 생산라인의 경우 근로자 29명이 1라인에 참여하지만, 알카전지 생산라인은 근로자 27명이 2라인에 참여하는 체제로 구성되어 있어서 각 생산라인과 제품 간에 교차하여 생산할 수 없으며, 망간전지 생산라인은 단순 공정이 많은 데 비하여 알카전지 생산라인은 설비운영 및 정비에 기술을 요하는 부분이 있어 망간전지 생산라인에 근무하는 근로자들이 알카전지 생산라인에 배치되더라도 주로 단순한 자재공급, 포장이나 기초 스위치 조작을 행할 수 있을 뿐인 사실 등 그 판시 사실들을 인정한 다음, 원고들이 주장하는 생산직 근로자들의 연장근로는 망간전지의 생산물량 또는 매출량의 증가로 인한 것이 아니라 주로 한시적인 알카전지의 생산량 증대로 일어난 것으로 보이고, 알카전지 생산라인에 근무하는 근로자들의 연장근로를 중단하고 이 사건 경영상 해고의 대상이 된 원고들을 알카전지 생산라인에 배치하여 그 작업량을 대신 수행하도록 하기도 어렵다는 이유로, 원고들의 위 주장을 배척하였다.

위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 모두 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 인정한 위법이나 경영상 해고 요건으로서의 해고회피노력에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

자. 사용자가 근로자들에게 현재의 경영현황을 설명하고 연차휴가 사용과 연말상여금 지급보류 등 근로자들의 협조를 구하면서 수회 노사협의회와 노사실무회의를 거치는 등 노동조합과 성실한 협의를 한 경우, 해고회피노력을 인정함

【대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60*** 판결】

경영상 해고의 요건 중 ‘해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 한다’는 것은 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등 사용자가 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미하고, 그 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 경영상 해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11339 판결 참조).

원심은 피고가 제출한 증거들만으로는 피고가 당면한 경영상의 어려움을 타개하기 위하여 실현가능한 모든 조치를 강구하였다고 인정하기 부족하다고 판단하였다.

그러나 피고가 경영상의 위기를 극복하기 위하여 신규채용을 억제하고 고용유지훈련과 배치전환, 연월차휴가 사용, 임원 임금 삭감 등을 실시한 점, 나아가 이 사건 경영상 해고에 이르기까지 노동조합을 상대로 2008. 11. 7. 대주주인 ○○그룹의 구조조정 방침과 고용유지지원 제도 및 잉여인력 현황을 설명하면서 배치전환 등 대응방안에 관한 협조를 요청하였고, 2008. 11. 14.에는 희망퇴직 실시에 대한 협조 요청과 더불어 고용유지 방안에 관하여 논의하였으며, 2008. 11. 28.에는 해고회피노력에 관하여 설명하고 협조를 요청하였으며, 2008. 12. 18.에는 경영현황을 설명하면서 완성차의 감산에 따른 연차휴가 사

웅과 유동성 악화에 따른 연말상여금 지급보류에 관한 협조를 요청하였고, 2008. 12. 23.에는 해고자 선정 기준에 관하여 설명하는 등 총 22회에 걸쳐 노사협의회와 노사실무회의를 개최함으로써(노동조합은 그중 8차례의 노사협의회에 불참하였다) 노동조합과의 성실한 협의를 위하여 상당한 노력을 한 것으로 보인다.

차. 사용자가 해고를 회피하기 위한 방법에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하였고, 그 과정에서 노동조합 또는 근로자대표가 주장하지 않았던 배치전환 등을 사용자가 실시하지 않았다고 하더라도 해고해피노력을 다한 것으로 보아야 한다고 판단함

【대법원 2003. 9. 26. 선고 2001두10***, 10*** 판결】

한편 사용자가 경영상 해고를 실시하기 전에 다하여야 할 해고회피노력의 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 경영상 해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이고, 사용자가 해고를 회피하기 위한 방법에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 경영상 해고 실시에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고회피노력의 판단에 참작되어야 한다. 기록에 의하면, 원고 회사(사용자)에는 당시 ○○○버스사업부 근로자만으로 조직된 ○○관광 ○○○노동조합(가입대상 인원 172명 중 93명 가입)과 관광버스 운전원 및 안내원, 정비사 등을 가입대상으로 하는 관광버스 노동조합(가입대상 인원 34명 중 27명 가입)이 있었고, 그 외에 본사, 화물, 면세점의 직원을 대상으로 하는 ○○관광 노동조합(가입대상인원 417명 중 255명 가입)이 존재하고 있었는데, 위 3개 노동조합은 각자 구성원 근로자들을 대표하여 원고 회사와 독립된 단체협약을 체결하고 노사협의를 하여 온 사실, 원고 회사는 1년 가까이 ○○○노동조합과 인원감축에 관하여 협의하여 오면서 명예퇴직 실시, 순환휴직제, 상여금 삭감 등의 조치를 취하였는데, 당시 원고 회사나 ○○○노동조합 모두 관광버스 운전원으로서의 배치전환 등의 주장은 없었던 사실을 알 수 있는바, 이에 비추어 보면 원고 회사는 물론 ○○○버스사업부의 근로자들조차도 ○○○버스 사업과 관광버스 사업을 별개의 사업으로 인식하고 있었다고 할 것이고, 한편 원고 회사는 1998. 2. 25.부터 ○○○버스 사업부분 외의 나머지 사업부문에 대해서도 구조조정을 단행하여 명예퇴직 형식으로 상당한 인원을 감축하였고, 당시 관광버스 25대를 운영하고 있었으나 참가인들을 관광버스 운전원으로 받아들일 여력이 없었다는 것이므로, ○○○버스 승무원과 관광버스 운전원의 채용 조건, 근무형태나 임금체계 등 근로조건, 관광버스 운전원의 공석 여부 등 관광버스 사업팀으로서의 배치전환 가능성은 거의 없었다고 할 것이니, 사정이 그러하다면 원고 회사로서는 해고회피를 위한 노력을 다한 것으로 보아야 할 것이다.

제5장
경영상 해고

【서울고등법원 2008. 4. 30. 선고 2007누26*** 판결¹⁰⁸²⁾】

참가인은 그간 사업특성상 다수 발생하는 무보직자 중 사업유지에 필요한 적정인원 이상을 재택근무를 활용하여 고용을 유지하여 왔던 것으로 보이고, 희망퇴직 및 이 사건 해고를 실시함에 있어서는 2차례의 조직개편을 통해 본사 조직을 슬림화하였으며, 정규직원 채용을 중단하고 사업유지에 꼭 필요한 인력은 계약직으로 채용하였고, 감축대상자로 선정된 직원에 대해서는 위로금을 지급하고 희망퇴직을 실시하는 등 해고를 피하기 위하여 노력하였으며, 특히 이러한 해고회피 방법에 관하여 노동조합과 수차례에 걸쳐 협의한 끝에 합의를 하고 그에 따라 이 사건 해고를 행한 것인 점 등 변론에 나타난 제반 사정을 참작하면, 참가인은 이 사건 해고를 피하기 위하여 가능한 노력을 다한 것이라고 할 것이다.

카. 오피스텔 관리방식을 기존 자치관리에서 위탁관리로 변경함에 따라 관리업체로 하여금 근로자들의 기존 임금수준 및 근속기간을 보장하면서 근로자들을 고용승계하도록 한 경우에는 해고회피노력을 인정함

【서울고등법원 2009. 9. 8. 선고 2009누3*** 판결】

이 사건 해고는 관리방식 변경에 따라 참가인 소속 근로자를 일괄 해고하는 것이어서 해고대상인원을 선별할 수 없고 참가인은 소속 근로자에게 해고예고통보를 하면서 전문 관리업체로 하여금 기존의 임금수준 및 근속기간을 보장하면서 근로자들을 고용승계 하도록 하겠다는 대안을 제시하였던 점, 참가인과 건물관리도급계약을 체결한 이 사건 관리회사는 참가인과의 약정에 따라 참가인 소속 근로자들에게 기존의 임금 수준 및 근속기간을 보장하는 조건으로 근로계약을 체결할 것을 권유하였고 참가인 소속 근로자 중 8명은 이에 응하여 이 사건 관리회사와 근로계약을 체결하였으나 원고들을 포함한 나머지 9명이 이에 응하지 아니하자 참가인은 이 사건 관리회사와 근로계약을 체결하지 않은 근로자들을 해고하게 된 점, …(중략)… 을 고려할 때, 이 사건 해고는 경영상의 필요에 의하여 이 사건 오피스텔의 관리를 외부 전문관리업체에 위탁함에 따라 직제가 폐지되는 원고들을 해고하게 된 것으로 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지녀 정당하다고 봄이 상당하다.

타. 아파트 입주자대표회의가 아파트 관리방식을 자치관리에서 위탁관리로 변경하면서 위탁업체에게 고용승계를 부탁하는 등의 노력을 한 경우, 해고회피노력을 인정함

【대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92*** 판결】

원심이 피고가 해고회피노력을 다하지 아니하였다는 근거로서 들고 있는 사정들 중 ○○종합관리가 원고의 근로계약이 종료되기 전에 이미 이 사건 아파트 관리소장을 내정하여 놓았다거나, 관리업무 인수인계를 요구하는 공문에 고용승계에 관한 내용이 포함되어 있지 아니하였다는 점은 그 자체로 피고와는 별개이고 그 지배영역에 속한다고 보기 어려운 ○○종합관리에 의하여 행하여진 것임이 분명하므로, 이를 근거로 피고가 해고회피노력을 다하지 아니하였다고 볼 수는 없다. 나아가 피고가 이 사건 해고통지를 한 점에 관하여 보더라도, 이 사건 해고통지는 피고가 근로기준법 제26조에 따라 이 사건 아파트의 관리방식이 2009. 5. 20.부터 위탁관리로 변경됨으로써 원고를 비롯한 관리직원들을 해고하게 되었음을 예고하기 위하여 통지한 것으로서, 이 또한 해고회피노력을 다하였는지 여부와는 무관함이 분명하다. 오히려 원심이 채용한 을 제2호증의 기재와 제1심 증인 소외 5의 증언 등에 의하면, 피고는 2009. 3. 10. 이 사건 아파트 관리방식을 변경하기 위한 입주자대표 임시회의에서 관리사무소 직원의 고용을 승계시킬 것을 결의한 사실, 이에 따라 피고의 회장 소외 6은 ○○종합관리를 위탁관리업체로 선택한 직후 ○○종합관리의 본부장인 소외 5에게 원고를 포함한 관리사무소 직원 5명의 고용을 승계하여 줄 것을 부탁한 사실, 이에 위 소외 5 등은 2009. 4. 13. 원고에게 고용승계 등과 관련한 면담을 요청하였으나 원고는 정식으로 공문을 보내라는 등의 이유를 내세워 이를 거절하였고, 이후에도 계속 면담 요청을 거절한 사실, 이후 원고는 소외 5 등으로부터 2009. 4. 30. 실시되는 채용면접에 응할 것을 요청받고도 이에 응하지 아니하였고, ○○종합관리에서 새로운 관리소장을 내정한 후에는 다른 아파트에서

1082) 1심 판결(서울행정법원 2007. 8. 30. 선고 2006구합35*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 21.자 2008두7*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

라도 근무할 수 있도록 채용면접에 응하라는 통지를 받고도 계속 응하지 아니한 사실, 한편 원고를 제외한 관리사무소 직원 중 ○○종합관리로의 취업을 원한 3명은 모두 ○○종합관리에 고용된 사실을 알 수 있는바, 위와 같은 사실관계에 비추어 보면, 원고가 ○○종합관리와 고용계약을 체결하지 못한 것은 관리방식의 변경에 불만을 품고 스스로 이를 거부하였기 때문으로 보일 뿐이고 피고로서는 ○○종합관리로 하여금 원고를 고용하도록 부탁하는 등의 노력을 함으로써 해고회피노력을 다하였다고 봄이 상당하다.

파. 경영상 해고에 앞서 부분휴업, 임금 동결, 순환휴직, 사내협력업체 인원 축소, 임직원 복지 중단, 희망퇴직 등의 조치를 실시하고, 경영상 해고된 근로자 중 기능직 근로자들에 한정하여 무급휴직, 희망퇴직, 영업직 전직 등으로 전환하기로 하는 ‘노사합의서’를 작성한 경우 해고회피노력을 인정함

【 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다14*** 판결 】

원심판결 이유와 기록에 의하면, 피고는 이 사건 경영상 해고에 앞서 부분휴업, 임금 동결, 순환휴직, 사내협력업체 인원 축소, 임직원 복지 중단, 희망퇴직 등의 조치를 실시한 점, 이 사건 경영상 해고 이후 노사의 대립이 극한 상황에까지 이르다가 피고와 전국○○노조 ○○차지부는 2009. 8. 6. 노사대타협을 하면서 경영상 해고된 근로자 중 기능직 근로자들에 한정하여 무급휴직, 희망퇴직, 영업직 전직 등으로 전환하기로 하는 ‘○○자동차의 회생을 위한 노사합의서’를 작성하였는데, 위 노사대타협은 이 사건 경영상 해고를 둘러싼 노사 간의 극심한 대립으로 기업의 존립 자체가 위태로워 피고의 회생 실패로 노사가 공멸하는 최악의 상황을 막기 위한 교육지책으로 노사가 막판에 상호 양보하여 체결된 점 등을 알 수 있다.

이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고는 이 사건 경영상 해고에 앞서 해고를 회피하기 위한 노력을 다하였다고 봄이 타당하다. 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 해고회피노력 요건에 관하여 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 없다.

제5장
경영상 해고

2.3 사용자의 해고회피노력을 부정한 사례

가. 사용자가 제시하는 여러 해고회피노력이 구체적이지 못하고 경영상 해고를 하는 과정에서 그 노력을 성실하게 이행하지 아니한 여러 사정이 인정될 경우에는 해고회피노력을 부정함

【 서울행정법원 2009. 1. 16. 선고 2008구합12*** 판결 】

비록 원고(사용자 회사)는 이 사건 해고에 앞서 명예퇴직 희망자를 모집하였으나, 다음의 여러 사정들에 비추어 보면, 단지 그러한 사정만 가지고 원고가 상당한 해고회피노력을 다하였다고 보기는 어렵다.

원고는 이 사건 해고 전의 협의에서 이 사건 노조에게 3교대 근무, 무급휴가제 등의 방안을 구체적으로 제시하였다고 주장한다. 그러나 원고가 당시 이 사건 노조에게 협의진행상황을 모두 내용증명우편

으로 통지하였음에도 불구하고 위 방안들의 구체적 내용은 이를 같은 방식으로 통지하지 아니한 점에 비추어 보면, 관련 증거 기재내용과 증인의 증언만 가지고는 원고의 위 주장사실을 인정하기 어렵고 원고가 주장하는 위 방안들의 내용 또한 구체성이 부족한 것으로 판단된다. 따라서 원고가 위 방안들을 인원감축의 대안으로서 진지하고 성실하게 고려하였다고 보기는 어렵다.

나. 사용자가 해고회피노력의 일환으로 실시한 명예퇴직으로 인해 이미 **구조조정 목표치를 달성하였고 수익성이 호전되었으며 승진 및 신규채용**을 실시하고 있는 상황에서 **근로자를 추가로 경영상 해고 하는 경우에는 해고회피노력을 부정함**

【대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11*** 판결】

원고(사용자)가 참가인(근로자)에 대하여 이 사건 경영상 해고 조치를 취한 2001. 9. 26. 당시에는 이미 원고의 해고회피노력에 의한 명예퇴직자의 수가 인력구조조정의 전체 목표치를 상회한 상황이었으며, 원고의 경영상태도 호전되어 가고 있었을 뿐만 아니라, 특히 원고가 위와 같은 명예퇴직 직후에 고임금 인력구조에 해당하는 4급 이상의 직원 41명의 승진인사를 단행하고 대졸사원을 26명이나 신규 채용하는 방식으로 3급 이상 직원 18명을 보충함으로써, 결과적으로 3급 이상 직원 중 12명의 인원만이 삭감된 점에다가, 참가인이 3급 이상 명예퇴직 권고대상자 중 18위로 선정되었던 점을 종합하여 보면, 원고가 참가인을 경영상 해고함으로써 추가 인원삭감 조치를 취한 것은 객관적으로 보아 그 합리성이 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 해고를 피하기 위한 노력을 다한 경우에 해당한다고 할 수도 없다.

다. 사용자가 경영방침이나 작업방식의 합리화를 통해 **적자를 개선할 여지가 있음에도 그러한 노력을 하지 않은 경우에는 해고회피노력을 부정함**

【서울행정법원 2007. 2. 15. 선고 2006구합14*** 판결】

원고 병원(사용자)은 2002년과 2004년 단체협약 갱신을 위한 단체교섭 시 노조지부로부터 병원의 경영개선 방안의 하나로 10년 이상 장기근속자에 대해 무급순환휴직을 도입할 것을 요구받고도 인원감축에 의하여 인건비를 다소 절감할 수 있는 방안에 대한 협의를 거부한 점, 원고 병원은 영양과에서 공급하는 구내식당 직원들의 한 끼 식대가 다른 병원은 물론 ○○○중앙의료원 산하 다른 병원들에 비해 30% 이상이나 낮게 책정되어 있고, 구내식당에서 의사들의 점심 외 식사, 자원봉사자 식사 등은 무료로 제공하도록 하고 있으며, 수도자들의 식재료비를 직원들 식재료비에서 지급되도록 하고 있는바, 영양과 부서가 적자를 내고 있다면서도 별다른 이유 없이 이에 대하여 개선을 하지 않은 점 등 이 사건 변론에 나타난 여러 사정을 고려하면, 원고 병원이 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 노력을 다하였다고 볼 수 없다.

라. 기존의 명예퇴직 희망자만으로 추가적인 인원감축이 필요 없고, 직원 급여 삭감을 일시적으로 실시하였으며, **자금사정이 악화된 상태에서 정규직 전환을 조건으로 계약직을 채용하는 등의 사정이 있는 경우에는 사용자의 해고회피노력을 부정함**

【서울고등법원 2009. 10. 8. 선고 2009누9*** 판결】

참가인 협회는 2007. 10. 31. 1차 사원총회에서 ‘기금원금 사용불가 및 수입범위 내 지출 원칙’에 따라 구조조정 필요성을 강조하고, 2007. 11. 12. 3차 사원총회에서 2007년도 결산시 6억 7,130만 원 정도의 손실이 발생할 것으로 보고 2억 7,000만 원 정도의 인건비 감축을 목표로 3가지 ‘비상경영체제 구축방안’을 제시한 다음, 2007. 11. 27. 4명에 대하여 명예퇴직을 실시하기로 하는 등 구조조정 추진계획을 발표하고 그 후 3명만이 명예퇴직을 신청하자 인력구조조정 목표치를 하회한다고 보아 경영상 해고 자체에 대한 일부 직원들의 반대가 있었음에도 원고에 대해 경영상 해고를 강행하였는데, 다음과 같은 사정, 즉 ① 2007년도 결산 결과 실제 손실이 2개월여 전 예상했던 손실 규모보다 크게 낮은 1억 9,430만 원 정도였던 바, 참가인 협회가 재정악화 상황을 다소 과장하여 구조조정을 단행한 것으로 보이는 점(손실 규모가 예상보다 낮았던 것은 참가인 협회가 2007년도 수익에서 기금운영에 따른 투자수익, 신문발전위원회 위탁사업비 등을 누락하였기 때문으로 보이는데 향후에도 기금의 지속적 투자가 가능할 것이며 당시 신문발전위원회 위탁업무가 중단된 상태였다 할지라도 위탁사업비 부당집행에 대한 감사 등에 따른 잠정적 조치로서 그 후 실제 업무가 재개된 사정 등에 고려할 때 누락된 수익이 2007년도 일시적·우발적 수익으로 볼 수도 없다), ② 구조조정 당시 홍○○ 사무국장, 임○○ 기획경영팀장은 위탁사업비 부당집행 등에 따라 중징계가 예상되자 징계 대신 명예퇴직하기로 참가인 협회와 협의된 상태였고, 정○○ 경영기획팀 차장은 종교(기독교)에 귀의하기로 하고 퇴직의사를 공공연히 밝힌 상태여서 3명의 명예퇴직이 예정된 상황이었던바, 2007년도 결산 결과에 비추어 보면 위 3명에 대한 명예퇴직 실시만으로도 현재 상황에서 추가적인 인원감축 없이 수입 범위 내에서 지출하는 것이 가능했던 것으로 보이는 점, ③ 참가인 협회는 2006. 10. 비상경영체제구축시안에서 임직원 급여 50% 삭감계획을 마련하였으나 그 후 20%로 축소하여 2개월 정도만 실시하고 원상회복하였고, 2007. 11. 비상경영체제구축방안 가운데 4명에 대한 인원감축만 실시하고 급여삭감은 실시하지 않은 점, ④ 참가인 협회는 기금 고갈로 이미 재정이 악화된 상태였던 불과 1년여 전에 정규직 전환이 향후 상당한 인건비 부담으로 작용할 것임을 충분히 예상할 수 있었던 상황에서 정규직 전환을 조건으로 계약직 8명을 채용한 다음 2007. 7. 말경 계약기간이 만료된 계약직 3명을 정규직으로 전환하고, 1명을 계약갱신 한 다음 몇 달 지나지 않아 경영상 해고를 단행한 점 등에 비추어 보면, 비록 참가인 협회가 2006. 10.부터 비상경영체제를 구축하고 간부급 임직원에게 명예퇴직을 실시하고 연간 9,000여만 원 상당의 비상근 임원 보수를 폐지한바 있다는 사정 등만으로 참가인 협회가 경영상 해고요건으로서의 해고회피노력을 충분히 다하였다고 인정하기 어렵다.

제5장
경영상 해고

마. 사용자가 실제 해고범위를 최소화하기 위한 조치를 취하지 아니하고 전직희망자 파악이나 다른 업체로의 취업소개 등에 그친 경우에는 해고회피노력을 부정함

【서울고등법원 2008. 6. 19. 선고 2007누25*** 판결¹⁰⁸³⁾】

원고 지원단이 이 사건 해고를 함에 있어서 먼저 클럽관리관으로 전직을 희망하는 사람들을 파악하여 이들을 제외한 나머지 기사들 중 해고대상자를 선정한 것은 어느 정도 이 사건 해고를 피하기 위한 노력을 한 것으로 볼 수 있다. 그러나 해고를 피하기 위한 노력이란 해고대상자를 선정하기에 앞서 시행하는 임금동결, 휴직, 명예퇴직, 전직, 신규채용 직종에 우선 채용, 근로시간 단축 등을 의미하는 것이라고 할 것이므로, 원고 지원단이 이미 2005. 7. 29. 이 사건 해고대상자를 선정한 다음 그들을 상대로

클럽관리관이나 다른 복지시설로의 전직 등을 권유하였다고 하여 이것을 해고를 피하기 위한 노력으로 볼 수 없고, 위 클럽관리관 전직 희망대상자 파악 여부만으로 해고를 피하기 위한 노력을 다한 것이라고 볼 수 없다.

원고는 근무원 인사위원회가 개최된 2006. 10. 25.경 이 사건 해고대상자가 선정되었다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 원고 지원단이 2005. 7. 29. 보급기사 등 잔류자를 선정하면서 클럽관리관 전직을 희망하지 아니한 이 사건 해고대상자가 선정되었다고 할 것이므로 원고의 위 주장은 이유 없다.

바. 희망퇴직의 실시 외에 휴직제도의 시행, 조업기간의 단축, 전환배치, 임금동결 등 다른 해고회피노력을 다하지 아니한 경우에는 해고회피노력을 부정함

【서울고등법원 2018. 11. 9. 선고 2018누35*** 판결¹⁰⁸⁴⁾】

이 사건 해고 이전에 송풍기사업부에서 조명사업부로 전환배치되었거나 다른 사업부로 파견되어 근무가 이루어진 적이 있고, 참가인들이 송풍기사업부에서 담당한 업무는 품질관리업무, 설계업무, 조립과 용접업무로 직무교육을 통해 다른 사업부로의 전환배치가 불가능하다고 단정하기 어려우며, 더욱이 원고의 전체 근로자 수가 약 380명 정도인 점에 비추어 볼 때 다른 사업부로의 전환배치가 그다지 어려워 보이지는 않는다. …(중략)… 참가인들은 송풍기사업부의 양도에 따른 고용승계를 원하지 않고 다른 사업부로의 전환배치를 원하였음에도 불구하고 원고들은 고용승계나 희망퇴직과 명예퇴직만을 실시하였을 뿐 참가인들에 대한 직무교육 등을 실시하여 다른 부서로의 전환배치 등 원고에 계속하여 근무할 수 있도록 하는 노력을 전혀 하지 않았다. …(중략)… 따라서 이 사건 해고는 해고를 회피하기 위한 노력을 다하였다고 보기 어려워 정리해고의 다른 요건인 해고대상자 선정기준의 합리성이 존재하는지 여부, 근로자대표와의 성실한 협의 여부에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 근로기준법 제24조가 정한 정리해고의 요건을 모두 갖추었다고 보기 어렵다.

【서울고등법원 2009. 3. 24. 선고 2008누24*** 판결¹⁰⁸⁵⁾】

이 사건 경영상 해고는 …(중략)… 사업장 실정에 적합한 구조조정 계획을 사전에 마련하여 이에 터잡아 경영상 해고를 단행한 것이 아니라 단지 최근 2, 3년간의 원자재 가격의 앙등과 환율하락 등으로 제품판매의 수익성이 악화되었음을 이유로 향후 생산부문을 폐지하고 수입, 판매부문으로 사업을 운영하겠다는 갑작스럽게 생산직 근로자 대부분을 경영상 해고한 것인 점, 참가인 강○○ 등은 당초 원고 회사의 ○○영업팀 제품반 또는 □□공장 생산팀 후처리 팀에서 근무하다가 ○○공장 육각 생산라인으로 전보되었고, 위 참가인들이 전보된 이후 그들이 담당하였던 업무는 관리직 직원들이 이를 수행하였던 점 등에 비추어 생산직 근로자와 관리직 근로자 간의 전환배치가 전혀 불가능한 것으로 보이지 아니함에도 원고는 이 사건 경영상 해고 이전에 2차례의 형식적인 희망퇴직 모집 공고를 한 이외에 이러한 전환배치 등을 비롯한 조업단축, 임금동결 등의 기본적인 해고회피조치를 전혀 취하지 아니한 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 경영상 해고는 …(중략)… 원고 회사가 해고회피를 위한 노력을 충분히 다하였다고 인정하기도 어렵다.

1083) 대법원(대법원 2008. 9. 11.자 2008두11*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

1084) 1심 판결(서울행정법원 2018. 1. 11. 선고 2017구합58*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2019. 4. 5.자 2018두66*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

사. 정당의 일반 사무직 당직자를 경영상 해고함에 있어서도 통상적인 근로자와 마찬가지로 해고회피노력을 해야 하고, 순환인사가 적용되는 조직에서 특정 근로자를 비어있는 보직으로 발령할 수 있음에도 비어있는 보직의 상급자가 반대한다는 이유로 경영상 해고를 할 수는 없다고 봄

【서울고등법원 2010. 11. 30. 선고 2010누5*** 판결】

가) 원고가 주장하는 바와 같이 정치상황의 변화에 따라 경영환경이 달라지고, 조직 내의 권력관계에 의하여 당직자의 구성을 달리할 수 있는 정당으로서 그 성질상 정리 해고의 요건과 기준을 일반기업체와는 다소 달리 적용할 여지가 있다고 하더라도, 기본적으로 정무직이 아니라 일반 사무직 당직자로서의 지위를 가지는 참가인과 같은 근로자에 대하여 경영상 해고를 함에 있어 특히 그 해고회피를 위한 노력을 충실히 해야 한다는 측면에서는 통상적인 근로자에 대한 것과 달리 볼 이유가 없다. …(중략)…

다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 원고가 이 사건 해고를 회피하기 위한 노력을 충실히 하였다고 보기에 부족하다.

① 원고는 이 사건 구조조정 기간 중 ○○남도당 및 □□남도당에서 이 사건 구조조정의 취지와 달리 사무처장 등 당직자를 신규로 공개모집하는 것을 그대로 두는 한편 오히려 전국 16개 시·도당 사무처장을 신규로 공개모집하는 요강을 홈페이지에 공고하고, 이에 따라 2008. 8. 14. ◇◇광역시당 등 3개 시·도당 사무처장을 신규 채용하여 임명하였고, 2008. 8. 14. ◇◇광역시당 3개 시·도당 사무처장을 신규 채용하여 임명하였고, 2008. 9. 11. 참가인을 해고한 이후 2008. 11. 7.에도 ▽▽시당 및 □□북도당 사무처장 모집 공고를 하는 등 신규채용을 계속하였다. ② 시·도당 사무처장은 그 직위가 국장급이므로 참가인을 비롯한 국장급의 근로자들이 임명될 수 있는 자리임에도 불구하고, 원고는 일부 시·도당 위원장이 반대하기 때문에 반대하는 곳에는 기존 국장급들을 임명하지 못하고 신규채용을 할 수 밖에 없었다고 한다. 그러나, 일반적으로 사용자의 조직 내부에서 기존 근로자가 고용을 계속할 수 있는 보직이 있는 경우에는 다른 근로자들과의 보직변경이나 비어있는 보직의 상급자와의 협의와 같이 내부적인 업무조정을 통하여 보직을 부여하여야 할 것이고, 비어있는 보직의 상급자가 반대한다는 이유를 들어 경영상 해고를 할 수는 없다고 할 것이다. 실제로 원고의 지방조직규정 제38조는 “시·도당 사무처장은 중앙당 순환인사를 원칙으로 하되, 해당 시·도당위원장과 협의하고 중앙당사무직당직자인사위원회의 심의를 거쳐 사무처장이 임명한다.”고 규정하고 있는바, 시·도당 사무처장 임명시 시·도당 위원장과 협의하도록 하고는 있으나, 임명권은 엄연히 중앙당 사무처장에게 있고, 특히 시·도당 위원장들의 반대가 있었다고 하더라도 위와 같이 임명권을 가진 원고로서는 참가인 등으로 하여금 시·도당 사무처장으로 임명될 수 있도록 시·도당 위원장과 구체적인 협의를 하고 만에 하나 협의가 제대로 되지 않는다고 하더라도 그 권한 내에서 인사발령을 할 수 있었을 것인데, 원고가 그러한 노력을 충실히 하였다고 볼 만한 사정이 나타나 있지 않다.

제5장
경영상 해고

아. 사용자의 주주 지위에 있는 재단법인에 지속적으로 상당한 액수의 장학금을 지급한 사정이 있는 경우에는 해고회피노력을 부정함

1085) 1심 판결(서울행정법원 2008. 7. 8. 선고 2007구합29*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 6. 25.자 2009두6*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2009. 8. 11. 선고 2009누** 판결¹⁰⁸⁶⁾】

원고는 경영상 위기를 타개하기 위하여 각종 비용을 절감하고 불필요한 재산을 매각하였으며 임원들의 성과급 등을 감축하고 조직을 개편하며 우대퇴직을 실시하는 등 해고를 회피하기 위해 노력해왔다.

그러나 ① ○○장학회에 대해서는 계속적으로 8억 원의 장학금을 지급하여 왔는데, …(중략)… 공익 활동으로 인하여 기업의 이미지 향상 등 긍정적 효과를 얻을 수도 있음은 부인할 수 없으나, …(중략)… 자사의 근로자들에 대한 해고를 하면서까지 그와 같은 공익사업을 그대로 유지하는 것이 바람직한 것인지 의문이고, 특히 원고의 주된 사업이 지방지인 ○○일보의 발행, 판매임에 비추어 볼 때 전국적인 규모의 ○○장학회에 대한 장학금 지급이 원고의 경영이나 이미지 개선에 과연 어느 정도의 영향을 미칠 수 있는지 강한 의문이 드는 점, ② 더구나 ○○장학회는 원고의 전 주식을 소유하고 있는 주주이므로 이 장학회에 대한 장학금 지급은 실질적인 배당으로 볼 수도 있는 점, ③ 원고는 ○○장학회에 매년 8억 원의 장학금을 지급하여 왔는데, 위 금액은 이 사건 해고 당시 명예퇴직 및 경영상 해고로 인하여 절감된 임금 12억 원의 2/3에 해당하는 점, …(중략)… 등에 비추어 볼 때 위와 같이 ○○장학회에 대한 장학금 지원사업을 같은 규모로 계속 유지해 온 이상 위와 같은 노력만으로 해고범위를 최소화하기 위해 필요한 모든 조치를 다하였다고 보기 어렵다.

자. 경영상 해고가 이루어진 이후에 취해진 조치는 해고회피노력에 해당하지 않고, 경영상 해고 전 이미 10년 동안 신규채용을 중단해왔다면 신규채용 중단이 경영상 해고 회피노력에 해당하지 않으며, 경영상 해고 실시일 이전으로부터 상당한 시간적 간격이 있는 조치 등 역시 해고회피노력으로 볼 수 없다고 판단함

【서울고등법원 2014. 9. 24. 선고 2013누17*** 판결¹⁰⁸⁷⁾】

1) 앞서 본 것처럼 비록 참가인이 이 사건 경영상 해고 당시 객관적으로 보아 장래에 올 수 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 고용인원을 감축할 합리적 필요성이 있었다고는 인정되지만, 참가인의 주장과 같이 도산의 위험에 직면하는 등 매우 신속한 조치가 필요할 정도로 급박한 경영 위기를 겪고 있었다고는 보이지 않는다. 결국 참가인으로서의 근로관계를 일방적으로 단절시키는 해고라는 극단적인 조치를 취하기에 앞서 경영 위기를 극복하기 위한 다른 방안을 적극적으로 모색하고 이를 시행하는 데 필요한 정도의 시간은 있었다고 판단된다. 더욱이 참가인과 이 사건 노조가 체결한 단체협약 제26조 제2항에서는 참가인이 해고를 피하기 위해서 연장노동시간 제한과 정상노동시간 단축, 신규채용 중단, 교육훈련 및 재훈련을 통한 다른 부서로의 전환배치, 일시휴업, 근무교대제 개편 등 고용을 유지하기 위한 다각도의 노력을 기울여야 한다고 규정함으로써 참가인에 대하여 보다 적극적인 해고회피노력을 요구하고 있다.

2) 참가인은 인건비 절감을 위해서 시간 외 근로시간을 축소하는 노력을 기울였고, …(중략)… 생산2팀의 경우 2010년 51,371시간에서 37,281시간으로 축소되었다. 또 참가인은 이 사건 경영상 해고 전인 2011년 10월 ~ 11월경 3개월분 또는 6개월분의 기본급 지급을 조건으로 희망퇴직제도를 실시하기도 하였고, 사무·기술직 사원에 대하여는 2010년 연말에 종전과 마찬가지로 남은 연차휴가를 일괄소진 처리함으로써 인건비 지출을 줄이기도 하였다. 그러나 앞서 언급한 방안 이외에 참가인이 이 사건 경영상

¹⁰⁸⁶⁾ 대법원(대법원 2009. 11. 4.자 2009두15*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

해고를 피하기 위해서 노력하였다고 주장하는 내용 중 우선 직원용 사택 매각, 스탬핑 프레스 90ton 매각, 임원 차량 매각은 모두 이 사건 경영상 해고가 이루어진 이후에 비로소 취해진 조치이므로, 이 사건 경영상 해고를 정당화하는 해고회피노력에 해당하지 않는다. 다음으로 참가인은 수년간 퇴직자를 대체하는 외에는 별다른 인원 충원을 하지 않았다고 주장하나, 참가인이 영업이익이 지속적으로 발생한 시기를 포함하여 약 10년 동안 신규 채용을 사실상 중단하였던 사정에 비추어 볼 때, 참가인의 신규 채용 중단이 이 사건 경영상 해고를 회피하기 위한 조치였다고 인정하기는 어렵다.

또 참가인이 주장하는 ① 과장급 이상 상여금에 해당하는 급여(기본급의 100%) 반납(2008년 10월경), ② 임원, 팀장, 이사보 등의 임금 삭감(2009년 2~12월경), ③ 사원, 비팀장 차장의 개인별 5주간 휴업 실시(2009년 2~6월경), ④ 기능직 근로자 29명 관계사 전출(2010년 4월경)은 모두 이 사건 경영상 해고가 실시된 2011. 11. 7.과 상당한 시간적 간격이 있고, 경영상 해고의 대안으로서 위와 같은 조치를 취하였다고 인정할 만한 증거가 부족하다. 따라서 위와 같은 방안을 통하여 참가인의 비용이 절감되고 경영 개선이 이루어지는 긍정적인 효과가 일부 발생하였다고 하더라도, 참가인이 이를 통하여 이 사건 경영상 해고를 피하기 위한 노력을 한 것으로 보기는 어렵다.

나아가 참가인은 인건비 절감을 위해서 임원 보수를 삭감하였다고 주장하나, 참가인은 2010년 한 해 동안 이사 5명에 대한 보수로 합계 3억 7,500만 원을 지급하였고(감사 1명에 대하여는 보수가 지급되지 않았다), 2011. 1. 1. ~ 9. 30. 이사 5명 및 감사 1명에 대한 보수로 합계 2억 7,800만 원을 지급하였다고 공시하였다. 그런데 이러한 공시내용에 의하면(위 공시내용이 허위라고 인정할 만한 증거는 부족하다), 경영권 이전 과정에서 임원이 일시적으로 중복되어 기존 임원에 대한 보수까지 지급하게 되었다는 참가인의 주장을 감안하더라도, 해고회피노력으로 평가할 수 있을 정도로 의미 있는 임원 보수 감액이 이루어졌다고 보기는 어렵다.

그 밖에 참가인이 주장하는 임원용 사택에 관한 전세계약 해지 등은 그 구체적 내용과 절감된 금액 등에 비추어 볼 때, 평소 경영자로서 마땅히 취하여야 할 조치로 보일 뿐이고, 이를 넘어서 이 사건 경영상 해고를 피하기 위한 적극적인 노력에 해당한다고 인정하기에 부족하다.

오히려 참가인은 영업손실이 누적된 상황 속에서도 2010. 11. 5.경 모든 직원에게 1인당 200만 원, 합계 약 5억 원의 성과금을 지급하였고, 2011. 1. 7.경 모든 직원에게 생산격려금 명목으로 급여의 200%, 합계 약 9억 원을 지급하는 등 인건비 절감과는 상반된 조치를 취하기도 하였다. 이에 대하여 참가인은 2010. 11. 5.자 성과금 지급은 이 사건 노조가 지속적으로 실적에 따른 배분을 요구하면서 참가인을 압박하였기 때문이라고 주장하나, 을 제76, 77호증의 각 기재만으로는 참가인의 위 주장사실을 인정하기에 부족하다.

3) 참가인은 이 사건 노조의 불합리한 협의 거부로 말미암아 참가인의 해고회피노력이 제한될 수밖에 없었다고 주장한다.

그러나 아래 (5)항에서 판단하는 것처럼, 이 사건 노조가 제시한 경영 정상화 방안을 실현하는 것 자체가 불가능하였다거나 이 사건 노조가 협의권을 남용하였다고는 보이지 않고, 오히려 경영 정상화 방안에 관한 이 사건 노조와 참가인 사이의 이견을 좁히는 것은 가능하였다고 보인다. 그럼에도 이 사건 합의를 작성한 지 불과 열흘 만인 2011. 9. 2. 이 사건 경영상 해고를 실시하겠다는 뜻을 이 사건 노조에 일방적으로 통보한 후 경영상 해고에 관한 협의에 응할 것을 반복적으로 요구하였을 뿐 경영상 해고 이외의 다른 대안에 관하여 협의를 시도하지 않았다. 이러한 사정에 비추어 볼 때, 참가인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

차. 사용자가 사실상 기한이 없는 무급휴직을 권고한 것 외의 별다른 해고 회피 대안을 제시하지 않고, 경영상 해고 방침을 공표한 후 1주일 만에 경영상 해고를 한 경우 해고회피노력을 부정함

【서울고등법원 2012. 4. 20. 선고 2011누13*** 판결¹⁰⁸⁷⁾】

① 원고는 2010. 1. 13. 재단 이사장의 명의로 경영상 해고의 필요성을 알리는 담화문을 발표한 후 근로자대표 전○○와의 노사협의 과정에서 휴직기간을 ‘중소기업청이 원고에게 행한 각종 처분(보조사업자 해지 등)이 취소될 때까지’로 하여 사실상 기한이 없는 무급휴직을 권고한 것 외에는 해고회피를 위한 별다른 대안을 제시한 바 없고, 노사협의를 시작한 다음 날인 2010. 1. 15.경 참가인들의 사무실 컴퓨터를 동의 없이 회수하여 가는 등의 조치를 취하였을 뿐인 점, ② 원고는 자구책의 일환으로 2010. 1. 중순경 중소기업청에 재단운영재원 확보를 위한 기본재산 전환 및 재단운영비 차입 안건의 승인을 요청한 바 있었는데, 중소기업청으로부터 그 처리결과를 통보받기도 전에 2010. 1. 20. 참가인들 전부를 해고하였고(중소기업청의 불승인 통보는 2010. 1. 22. 이루어졌다), 결국 이 사건 해고는 경영상 해고 방침이 공표된 지 약 1주일 만에 이루어지게 된 점, …(중략)… 이 사건 해고는 경영상의 필요 외의 경영상 해고의 다른 요건들을 충족하지 못하였다고 판단된다.

카. 사용자가 비정기 승진을 단행하고, 대표이사 추가선임 후 보수지급 시 해고회피노력을 부정함

【서울고등법원 2011. 5. 12. 선고 2010누32*** 판결】

원고 회사의 현금흐름표상 현금보유액이 2007년 7억 3천만 원에서 2008년 2천만 원으로 줄어들어 현금흐름이 다소 경색된 사실은 인정되나, 대차대조표상 당기순이익이 2006년 12억 6천만 원 상당, 2007년 15억 원 상당, 2008년 11억 원 상당에 달하는 등 양호한 경영지표를 보여주고 있는 등 긴박한 경영상의 필요성을 인정하기 어렵다.

나) 원고의 대표이사 급여를 50% 삭감 지급하고, 직원 상여금을 늦게 지급하고, 희망퇴직 공고를 한 점은 인정된다. 그러나 위 조치 외에 경영방침이나 작업방식의 합리화 시도, 일시 휴직의 활용 등 해고 범위를 최소화할 수 있는 조치를 취하지 아니하였던 점, 원고는 2009. 1월경 이○○의 처인 이○○를 대표이사로 추가로 선임하여 보수를 지급하였고, 관리직 직원을 신규 채용하거나 정기 인사 시기가 아님에도 직원의 직급승진을 단행한 점 등에 비추어 보면, 원고가 해고를 최소화하기 위한 가능한 모든 노력을 다하였다고 볼 수 없다.

타. 사용자가 경영난의 주된 원인을 해결하지 않고 특정부서에 초점을 맞춰 경영상 해고를 하고, 사용자의 자산매각 등의 자구노력이나 휴직조치에 대한 노력이 없을 경우 해고회피노력을 부정함

1087) 대법원(대법원 2015. 2. 12.자 2014두13*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

1088) 대법원(대법원 2012. 9. 27.자 2012두12*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2010. 7. 21. 선고 2009누33*** 판결】

아래에서 보는 사정을 위와 같은 법리에 비추어 볼 때, 원고가 해고 자체를 피하기 위한 노력 또는 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 다하였다고 볼 수 없다.

① 먼저 원고는 ○○식물원의 경영난의 주된 원인을 지나치게 영업팀의 실적부진에만 제한하여 파악함으로써 해고범위를 확대하였다. …(중략)… 위 보고서는 위와 같은 분석을 근거로 경상손실의 누적과 영업활동으로 인한 현금흐름의 유출액 및 차입금 원금상환 부담으로 인하여 회사의 계속기업가능성에 의문을 가져올 수 있는 상황을 초래할 수 있다고 진단한 다음, 그 개선방안으로 영업팀의 경비 절감, 영업기능의 조정, 영업기능의 임대전환을 제시하고 있다.

원고 식물원은 영업이익으로 이자비용을 감당하지 못하는 구조로서 경영난의 해소가 쉽지 않은 것으로 보이나, 경영난의 주된 원인이 영업 부분에만 있다고 보기는 어렵다. …(중략)… 그럼에도 불구하고, 위 보고서는 차입금 원금상환 부담으로 인한 문제점을 지적하면서도, 식물원 영업의 활성화 방안, 장기적으로 식물원 내방객이 증가할 가능성이 없다면 그 기능의 축소 여부 및 과도한 차입구조의 개선방안을 제시하지 아니한 채, 그 일부 원인에 불과한 영업 부분의 축소만을 해결책으로 제시하였고, 원고는 그에 따라 구조조정을 진행하였다. …(중략)… 아래에서 보는 바와 같이 해고대상자로 선정된 사람은 2007. 6. 기준으로 육아휴직·출산휴가자 및 식물원 노동조합장인 김○○를 제외하고는 모두 영업팀 소속인 점(관리팀소속 김○○이 2007. 6.경 영업팀에서 관리팀으로 전환·배치된 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다), 원고가 2007. 9. 3. 노사협의회에서도 영업부분의 폐쇄 방안에 관하여만 논의하였던 점(갑 제9호증) 등에 비추어 볼 때, 원고의 구조조정 노력은 영업팀에 과도하게 초점을 맞추어 진행된 것으로 판단된다.

② 원고는 자구노력을 통하여 이자비용을 감축함으로써 해고의 범위를 축소하려는 노력을 충분히 하지 못하였다. …(중략)… 무엇보다도, 원고는 2007. 12. 31. 현재 공정가액 기준으로 132,749,000원의 국민주택채권, 1,994,033,000원 상당의 회사채, 2,007,126,000원의 증권을 보유하고 있었는데(을 제29호증), 위와 같은 유가증권 등을 매각하여 차입규모를 줄일 수 있었음에도 이러한 해고회피노력을 다하지 않았다.

특히 원고가 ○○식물원을 인수할 당시 근로자는 114명이었으나, 2006년에는 97명, 2007년에는 80명으로 꾸준히 감축되고 있었고(갑 제2, 3호증), 원고가 해고한 근로자 임금의 합계는 연간 311,839,950원(갑 제35호증) 정도이므로, 해고로 줄일 수 있는 임금의 상당 부분은 위와 같은 유가증권 등의 매각으로 감축되는 이자비용과 자연적인 인력 감축으로도 상당 부분 상쇄될 수 있었을 것이다.

③ …(중략)… 또한 영업매장의 일부 운영과 매장의 재구성, 임대매장의 확대 등과 동반하여 시행하는 경우 조업을 중단하거나 관리상의 특별한 어려움 없이 휴직을 실시할 수 있고, 그 경우 보조금의 지원을 받을 수 있었음에도, 원고는 휴직의 실시 여부에 관하여 특별히 검토하지 않았으므로(원고는 휴직의 실시 여부를 검토하였다는 서면 등의 자료를 제출하지 못하고 있다), 해고를 피하기 위한 노력을 충분히 하였다고 볼 수 없다.

파. 집합건물의 관리방법이 자치관리에서 위탁관리로 변경되면서 이루어진 경영상 해고 과정에서 사용자의 해고회피노력의 일환으로 다른 업체와 사이에 그 소속 근로자들의 고용승계에 관한 합의를 하였다고 하더라도, 고용승계과정에서 임금 등 근로조건이 해당 근로자로서 받아들이기 어려울 정도로 악화되는 경우에는 고용승계에 관한 약정이 있었다는 점만으로 해고회피노력을 다하였다고 평가하기는 어렵다고 봄

【서울행정법원 2012. 4. 12. 선고 2011구합39*** 판결】

(가) 이 사건 해고는 집합건물인 이 사건 건물의 입주자들이 그 관리방법을 자치관리에서 위탁관리로 변경함에 따라 이루어진 것으로서 이는 경영상의 필요에 의한 해고, 즉 이른바 경영상 해고에 해당한다고 볼 것인데, …(중략)… ① 원고는 막연히 ○○개발과 사이에 원고 소속 근로자들의 고용승계를 약속하였다는 취지의 주장만을 하고 있을 뿐, 원고 소속 근로자들의 고용승계의 범위, 승계를 전후하여 임금을 비롯한 제반 근로조건 등에 대하여 구체적으로 어떠한 내용의 합의가 이루어졌는지를 알 수 있는 자료를 전혀 제출하고 있지 아니하고, 관리업무위수탁계약서 제15조에는 2011. 2. 28.까지의 임금만을 동일하게 지급한다는 약정만이 있는 점, ② 원고 소속 근로자 30명이 대부분 고용승계를 위하여 원고에게 사직서를 제출하였고, 원고의 주장에 따르면 그 중 27명이 ○○개발의 채용을 위한 면접에 응하였음에도 최종적으로 ○○개발에 고용승계된 근로자가 16명에 불과한 점에서 원고의 근로자 전원을 ○○개발에 고용승계하기로 합의하였다는 원고의 주장을 선뜻 믿기 어려운 점, …(중략)… ④ 비록 사용자가 경영상 해고를 실시하면서 해고회피노력의 일환으로 다른 업체와 사이에 그 소속 근로자들의 고용승계에 관한 합의를 하였다고 하더라도, 고용승계과정에서 임금 등 근로조건이 해당 근로자로서 받아들이기 어려울 정도로 악화되는 경우에는 고용승계에 관한 약정이 있었다는 점만으로 해고회피노력을 다하였다고 평가하기는 어려운 점 등을 종합하면, 오○○의 고용관계가 ○○개발로 승계되지 아니한 것이 오○○ 자신의 거부사유에 따른 것이라고 보기 어렵고, 달리 오○○의 귀책사유로 ○○개발에 고용승계가 이루어지지 아니하였다고 볼 자료가 없다. 따라서 이 사건 해고에 있어 원고가 해고회피를 위한 노력을 다하였다고 보기도 어렵다.

하. 아파트 입주자대표회의가 관리방식을 변경하기로 하면서 관리사무소 직원의 고용승계 여부에 대하여 아무런 결의를 하지 않았고, 일방적으로 직원들에게 근로계약 종료 통보를 하고 위·수탁관리계약을 체결하면서 관리사무소 직원들의 고용을 승계하지 않기로 하였던 경우 해고회피노력이 없었다고 봄

【대법원 2015. 1. 29. 선고 2012두4*** 판결】

다. 원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 참가인이 관리사무소 직원들을 채용하여 이 사건 아파트를 자치적으로 관리하다가 이후 관리방식을 위탁관리 방식으로 변경하기로 하면서 관리사무소 직원들의 고용승계여부에 관하여 아무런 결의를 하지 아니하였고, 오히려 ○○주택관리 주식회사와 위수탁관리계약을 체결하면서 ○○주택관리 주식회사가 종전 관리사무소 직원들의 고용을 승계하지 아니하기로 약정한 사정에 비추어 보면, 참가인이 원고 현○○, 신○, 김○○에 대한 해고를 회피하기 위한 노력을 다한 것으로 볼 수 없으므로, 참가인의 위 원고들에 대한 이 사건 근로계약 종료 통보는 정리해고의 요건을 갖추지 못하여 부당해고에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 정리해고 요건에 관한 법리오해, 채증법칙위반, 심리미진 등의 위법이 없다.

3. 해고대상자 선정의 합리성·공정성 인정 여부

3.1 해고대상자 선정의 합리성·공정성을 인정한 사례

가. 사용자가 직급별 해고인원 수를 정한 후 연령, 재직기간, 근무성적 등을 기준으로 해고대상자를 선정한 사건에서, 합리적이고 공정한 해고의 기준은 확정적·고정적인 것은 아니며 경영위기의 강도와 경영상 해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 경영상 해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 경영상 해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라진다고 하면서 해고대상자 선정 기준의 공정성을 인정하였음¹⁰⁸⁹⁾

【대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11*** 판결】

(3) 합리적이고 공정한 해고의 기준에 관하여

…(전략)… 합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 경영상 해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 경영상 해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 경영상 해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이고, 사용자가 해고의 기준에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 해고의 기준에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고의 기준이 합리적이고 공정한 기준인지의 판단에 참작되어야 한다

이 사건에서 보건대, 피고 은행이 정한 기준은 먼저 3급 이상의 직원을 대상으로 하여 직급별 해고인원수를 정하고, 각 직급에서 연령이 많은 직원, 재직기간이 장기간인 직원, 근무성적이 상위자를 제외하기로 하는 것이었는바, 피고 은행은 공적자금을 지원받기 위하여 금융감독위원회와 예금보험공사에 제출한 경영정상화계획서에서 3급 이상 직원을 최대한 감축하기로 약속하였고, 노동조합과 협의하여 위와 같은 선정기준에 대한 합의에 이르렀으며, 우리나라에 독특한 연공서열적인 임금체계를 감안하면 상대적으로 고임금을 받는 높은 직급의 연령이 많은 직원과 재직기간이 긴 직원을 해고하면 해고인원을 최소화할 수 있었던 사정을 종합적으로 고려해 보면 피고 은행이 정한 위 기준은 당시의 상황에서 무리지어 안정을 기해야 할 필요성에 비추어 주관적 판단에 좌우되기 쉬운 근로자 각자의 개인적 사정을 일일이 고려하지 못하였다고 하여 달리 볼 수는 없다. 따라서 이와 다른 견해에서 한 원심의 판단에는 합리적이고 공정한 해고의 기준에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

나. 원칙적으로 노동조합과 합의에 의해 경영상 해고대상자 수와 선정기준을 결정하였고 그 기준이 근무성적, 업무능력, 근무태도 및 입사시기 등을 종합적으로 고려한 것이라면 합리적이고 공정한 해고기준으로 인정함

¹⁰⁸⁹⁾ 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29*** 판결

【서울고등법원 2008. 4. 30. 선고 2007누26*** 판결¹⁰⁹⁰⁾】

참가인(사용자)은 희망퇴직 및 이 사건 해고를 실시함에 있어서 노동조합과의 합의하에 기술분야인 토목·건축·기술연구소 근무자는 근무성적평정, 특별평가, 자격, 연령, PQ경력에 기술개발실적 및 별점·징계(가·감점 사항)요소를, 사무분야 근무자는 근무성적평정, 특별평가, 연령, 포상·징계(가·감점 사항)요소를 기준으로 삼아 감축(해고)대상자를 선정하였는바, 이러한 기준은 각 평가요소별로 보면 사용자의 이익측면이 보다 고려된 점이 없지 않으나, 노사가 여러 사정을 감안하여 합의에 이른 것인 점 등 전체적으로 보면 나름대로 합리적이고 공정한 기준이라 하지 않을 수 없고, 또한 이러한 감축대상자 선정기준에 따른 원고에 대한 평가의 경우를 보더라도 근무성적평정에서 원고가 노조전임자로 있을 당시의 기간에 대하여는 일정 부분 우대하여 평가되었고, 동일 평가대상의 다른 근로자에 비해 달리 차별적인 평가를 받았다고 볼 만한 사정도 찾아보기 어려우므로 위 선정기준이 원고에게 특별히 불리하다 할 수도 없다.

다. 근로자대표의 동의를 얻어 결정된 선정기준 및 방법은 지나치게 자의적이거나 불합리한 것이 아닌 한 합리성을 부인할 수 없음

【서울고등법원 2007. 7. 10. 선고 2006누27*** 판결¹⁰⁹¹⁾】

경영상 해고대상자의 선정기준 및 방법에 대하여는 근로자의 업무능력만을 기준으로 하여야 하는 것은 아니고 근로자의 생활사정, 근로자 사이의 공평성 등을 기준으로 하는 것도 가능하여 사용자에게 상당한 재량이 있고, 특히 근로자대표의 동의를 얻어 결정된 선정기준 및 방법은 지나치게 자의적이거나 불합리한 것이 아닌 한 합리성을 부인할 수 없다 할 것이다.

라. 자의적·주관적 요소를 배제하기 위하여 각 항목별로 조정평균이나 세부항목으로 구분하여 배점을 달리한 경우 경영상 해고의 해고대상자 선정기준이 전체적으로 합리적이고 공정한 기준이라고 봄

【서울고등법원 2008. 7. 9. 선고 2007누27*** 판결¹⁰⁹²⁾】

참가인 회사는 근로자 생활보호 관점에서 근속연수(10점), 생활평가(10점)를, 기업경영의 관점에서 최근 2년간 인사과과(50점), 연령(10점), 기능평가(10점), 상벌(5점), 자격증 유무(5점) 등에 대하여 기준 및 배점을 정하고 종합점수를 산정한 후 해고대상자들을 선정한 점, 위 선정기준의 구성항목과 각 항목별 배점 배정은 기업경영상 이해관계와 근로자들의 개인적 사정이 적절한 조화를 이루도록 설정된 것으로 보이고 또한 자의적·주관적 요소를 배제하기 위하여 각 항목별로 조정평균이나 세부항목으로 구분하여 배점을 달리한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 경영상 해고의 해고대상자 선정기준은 전체적으로 합리적이고 공정한 기준이라 할 것이다.

1090) 1심 판결(서울행정법원 2007. 8. 30. 선고 2006구합35*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 21.자 2008두7*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

1091) 대법원(대법원 2007. 11. 15.자 2007두16*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

1092) 대법원(대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13*** 판결)에서 확정됨. 대법원은 위 원심판결에 대하여 “참

마. 일부 사업 철수에 따른 **보직 미부여자**가 경영상 해고대상자로 선정되는 것이 어느 정도 불가피하다고 봄

【서울고등법원 2009. 10. 8. 선고 2009누*** 판결¹⁰⁹³⁾】

다음으로 위 선정기준 중 보직점수에 관하여 보면, 보직의 유무는 위 경영상 해고 기준을 세우기 전에 이미 결정된 사항이고 참가인은 원고 회사가 일부 생산라인을 폐쇄함에 따라 보직을 부여받지 못하게 된 것이어서, 보직을 부여받지 못하게 된 점에 대한 귀책사유가 참가인에게 있다고 볼 수 없기는 하나, 경영상 해고는 근로자를 그의 귀책사유로 인하여 해고하는 것과는 달리 회사의 필요에 의하여 해고하는 것이므로, 그 대상자의 선정기준 및 방법을 정함에 있어서 반드시 근로자의 업무능력만을 기준으로 하여야 하는 것은 아니고, 이에 관하여 사용자에게 상당한 재량이 있는 점, 보직이 없던 사람이 보직을 부여받아 다른 공정에 투입되기 위하여는 상당 기간 교육을 받고 적응과정을 거쳐야 할 것이어서 무보직자는 보직자에 비하여 작업능률과 생산성이 떨어질 것으로 보이는 점, 보직 유무 및 그 점수 배정도 노동조합과 협의하여 결정된 점, 보직의 경우 보직자는 14점, 무보직자는 3점이 부여되어 보직 여부에 따라 11점의 차이가 나지만, 이는 표준편차에 따른 통계적인 점수를 부여하는 방법을 취함으로써 나타난 결과인데, 위와 같은 방법을 택한 것 자체가 불합리하다고 할 수는 없는 점, 결과적으로 무보직자로 분류된 참가인과 김○○, 박○○, 김○○이 경영상 해고대상자로 선정되었지만, 참가인이나 박○○, 김○○은 모두 그들이 담당하던 생산라인이 폐쇄되면서 무보직자로 된 것으로서, 일부 사업 철수에 따른 잉여인력의 발생도 경영상 해고의 주된 원인이 되었던 이 사건에서 바로 그 사업 철수로 폐쇄된 생산라인에 종사하던 사람이 우선적으로 경영상 해고대상자가 되는 것은 어느 정도 불가피하다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 보면, 보직 점수의 가중치 및 산정방법을 위와 같이 정한 것이 비합리적이거나 불공정하다고 할 수는 없으므로, 결국 위와 같은 선정기준에 따라 참가인을 경영상 해고대상자로 선정한 것은 나름대로 합리적이고 공정한 기준에 따라 선정한 것으로 볼 것이다.

제5장
경영상 해고

바. 경영상 해고 당시 **인사대기 및 무보직 상태**이었기 때문에 **근무평점 항목에서 ‘0점’**을 받을 수밖에 없었던 경우에도 근무평점 항목의 **배점이 크지 않고**, 결과적으로 근무평점에 의하여 경영상 해고의 **대상자 선정 여부가 좌우된 것도 아닌 경우**, 경영상 해고대상자 선정기준이 공정성을 상실한 것은 아니라고 봄

가인 회사가 정한 해고대상자선정 기준은 그 구성항목과 각 항목별 배점배정이 기업경영상 이해관계와 근로자들의 개인적 사정을 적절히 고려한 것으로 보이고 자의적·주관적 요소를 배제하는 등 전체적으로 합리적이고 공정한 기준이라고 할 것이고, 참가인 회사가 이 사건 경영상 해고의 시행을 위하여 원고 ○○○○○제주노동조합과 수 회에 걸쳐 노사협의회를 개최하여 경영상 해고에 관한 협의 및 의견제시를 요청함으로써 근로자대표와의 성실한 협의를 거쳤다고 판단하였는바, 원심의 이와 같은 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.” 라고 설시함

1093) 대법원(대법원 2010. 2. 11.자 2009두19*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2013. 6. 28. 선고 2012누10*** 판결¹⁰⁹⁴⁾】

위 인정사실 및 앞서 든 각 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정에 비추어 보면, ○○○○개 발이 관리직협의회(이를 근로자대표로 볼 수 있음은 뒤에서 판단하는 바와 같다)와 협의를 거쳐 수립한 이 사건 각 경영상 해고의 대상자 선정기준은 당시의 상황에서 나름대로 합리적이고 공정한 것으로 충분히 수긍할 수 있고, 위 기준에 따라 원고들이 이 사건 각 경영상 해고의 대상으로 선정된 이상 이와 같은 선정결과가 객관성과 공정성을 상실하였다고 보기 어렵다. ① 이 사건 각 경영상 해고대상자 선정 기준이 평가항목 중 사용자 측면으로는 인사고과, 근태, 포상징계, 재급년차, 근무연속성이, 근로자 측면으로는 근속연수, 부양가족, 배우자 맞벌이, 장애 여부, 보훈대상 여부 등이 포함되어 있고, 각 항목별로 산정기간 및 일정한 배점기준을 정하여 산정된 점수에 따라 경영상 해고대상자를 선정하도록 되어 있는데, 위와 같은 각 평가항목의 내용 및 배점이 불합리하거나 불공정한 것으로 보이지 않는다. ② 각 평가항목의 점수를 합산한 점수에 따른 경영상 해고 대상 커트라인을 보면, 부장과 차장의 경우에는 31점이었고, 대리의 경우에는 25점이었으며, 원고들은 각 위 커트라인 점수에 미치지 못하여 최종적으로 경영상 해고대상자에 선정된 사실이 인정된다. ③ 원고들은 당시 인사대기 및 무보직 상태이었기 때문에 근무연속성에 관한 근무평점 항목에서 모두 '0'점을 받을 수밖에 없었으나, 무보직자의 작업능률이나 생산성이 보직자에 비하여 상대적으로 낮고, 보직 유무에 따른 최대 점수 차이가 4점(보직이 있는 경우에는 9점, 없는 경우에는 5점을 받게 된다)으로서 다른 평가항목의 배점에 비해 납득하기 어려울 만큼 큰 것도 아니며, 결과적으로 근무평점에 의하여 경영상 해고의 대상자 선정 여부가 좌우된 것도 아니므로 근무연속성에 의한 근무평점을 평가항목에 포함시켰다는 사정만으로는 무보직 상태인 원고들을 의도적으로 해고하기 위한 선정기준이라고 볼 수 없다.

사. 합리적이고 공정한 해고대상자 선정기준에 관하여 노동조합 스스로 의견을 제시하지 않았거나 근로자가 해고기준과 관련한 충분한 자료를 제출하지 않은 경우에는 이를 노동조합이나 근로자의 귀책사유로 보고 있음

【서울고등법원 2008. 9. 3. 선고 2008누1*** 판결¹⁰⁹⁵⁾】

참가인(사용자)이 최종적으로 업무실적, 업무태도 등 주관적 요소에 대하여는 합계 20점만을 부여하고, 상벌, 배우자 직업유무, 부양가족수, 입사역순 등 객관적 요소에 대하여 합계 80점을 부여한 평가기준을 채택한 것은 합리적인 것으로 볼 수 있는 점, 해고대상자 선정기준에 관하여 이 사건 노조가 어떠한 의견도 제시하지 아니한 것은 근로조건의 유지·향상을 위하여 헌법이 단결권을 보장하고 근로기준법이 경영상 해고에 관하여 협의권을 부여한 본래의 취지를 망각하고 근로자 보호의무를 포기한 것으로 볼 수 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 해고 시 참가인이 적용한 해고기준은 합리적이고 공정한 기준이라고 봄이 상당하다. …(중략)… 근로계약의 성질상 근로의 양과 질에 관한 평가는 사용자인 참가인의 고유권한이고 근로자에 대한 평가가 불합리하거나 불공정하여 정의의 관념에 반하지 않는 한 유효한 것으로 승인하여야 하는데, 이 사건 해고를 위한 평가에서 그와 같은 사정이 있다고 보기에 충

1094) 대법원(대법원 2013. 11. 28.자 2013두17*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

1095) 1심 판결(서울행정법원 2007. 11. 22. 선고 2006구합27*** 판결)을 일부 인용했으며, 대법원(대법원 2008. 12. 24.자 2008두16*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

분한 자료가 없으며, 참가인이 부양가족수를 산정함에 있어 이 사건 노조 및 근로자들이 경영상 해고에 관한 협의가 종료될 때까지 부양가족 신고를 거부하여 부득이하게 소득공제신고서, 주민등록등본, 건강보험증에 의존하여 부양가족수를 산정하였는바, 위 기록상의 부양가족과 실제 부양가족수가 서로 다른 경우에도 신고를 하지 않아 평가를 제대로 받지 못하였거나, 신고를 했어도 사실상의 부양가족이 있다는 사실을 누락하고 신고한 것에 대한 귀책사유는 참가인으로부터 관련 자료의 제출을 통보받고서도 그 신고를 제대로 하지 않은 원고들에게 있다 할 것이므로, 그 산정의 잘못을 참가인의 탓으로 돌릴 수 없다 할 것이어서, 원고들의 위 부분 주장은 이유 없다.”¹⁰⁹⁶⁾

“원고들은 또한 참가인이 해고 대상 근로자들의 범위를 정함에 있어 전체 근로자들을 선별대상으로 하지 아니하고, 편집국 소속 기자들만을 선별대상으로 한 잘못이 있다고 주장한다.

살피건대, ① 앞서 본 바와 같이 이 사건 해고 당시 편집국이 역대 최대인원(2002년도 한일월드컵 특수으로 인한 편집국 소속 기자의 이례적 증원의 경우는 제외) 대비 인원감소 비율이 다른 부서에 비하여 낮았고, 참가인의 노조원인 편집국장도 2005. 6. 14. ‘편집국 운영계획서’를 통하여 편집국 소속 직원을 45명 이내로 줄이는 방안을 제시하였던 점, ② 참가인은 2005. 6. 14. 이 사건 노조 등에게 ‘경영상 해고 대상자 선정 기준에 대한 회사의 입장’이라는 공문을 통하여 ‘경영정상화의 마지막 수단으로 경영상 해고를 추진하되, 1단계로 편집국만을 대상으로 추진하며, 자체 노력에 의한 경영정상화가 한계에 봉착하여 사업의 양도·인수·합병을 통한 경영 정상화를 추진할 수밖에 없을 경우에는 편집국을 제외한 조직만을 대상으로 상대 기업의 인원 상태, 의견 등을 감안하여 2단계로 경영상 해고를 추진할 계획이다’라고 하면서 이에 대한 의견을 구하였으나, 이 사건 노조 등은 경영상 해고자 선정 기준에 대하여 아무런 의견을 제시하지 않았던 점(갑 제7호증), ③ 이미 상당한 인원이 감소된 다른 부서의 상황(을 제3호증) 및 기자의 업무 특성상 편집국 소속 기자들을 다른 부서로 전환배치하기는 어려웠을 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 참가인이 편집국 소속 기자들만을 해고의 선별대상으로 삼은 것에 어떠한 잘못이 있다고 할 수 없으므로 이 부분에 관한 원고들의 주장도 이유 없다.

아. 특정 부문(또는 부서) 소속 근로자들만 해고대상자로 선정하는 것이 불가피한 경우
해고대상자 선정이 불합리하거나 불공정하다고 보지 않음

【서울고등법원 2010. 4. 30. 선고 2009누26*** 판결¹⁰⁹⁷⁾】

참가인이 폐쇄예정부서인 생산부 기계 및 모터, 판금 생산라인 근로자 45명 중 32명을 경영상 해고대상자로 선정하면서, 부양가족 20%, 근속연수 20%, 임금수준 40%, 업무적합성 20%의 비율로 점수를 반영하되, 부양가족이 적을수록, 근속연수가 적을수록, 임금수준이 높을수록, 업무적합성이 적을수록 가 점하여 1점 내지 5점을 부여하여, 부여된 점수가 높은 순서대로 경영상 해고대상자를 선정한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

위 인정 사실에, 비록 임금수준이 근속연수에 비례하여 증가되는 것이 일반적이어서, 임금수준을 40%, 근속연수를 20%의 비율로 배점한다면, 결국 근속연수가 많아 임금수준이 높은 근로자가 더 높은

1096) 여기까지는 이 사건 1심 판결 판단 부분을 발췌함

1097) 1심 판결(서울행정법원 2009. 8. 21. 선고 2008구합44*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 9. 9.자 2010두10*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

배점을 받아 경영상 해고대상자로 선정될 가능성이 더 클 수 있지만, 나머지 부양가족 20%와 업무적합성 20%의 비율에 따라 경영상 해고대상자 선정이 결정될 수 있어 임금수준이 해고대상자를 선정하는 결정적인 기준이라 할 수 없는 점, …(중략)… 또한 참가인이 이 사건 경영상 해고대상자로 지정된 생산부 기계 및 모터, 판금 생산라인의 근로자만을 상대로 인력 감축을 한 것이 아니라, 기능직, 관리직 전 임직원을 상대로 명예퇴직 신청을 받는 등 인력 감축을 하였음에도, 폐쇄예정부서인 생산부 기계 및 모터, 판금 생산라인의 근로자들이 명예퇴직신청을 하지 않아 그 중 32명만이 경영상 해고대상자로 선정되었다고 할 것이어서, 이 사건 경영상 해고가 특정 부서만을 대상으로 하였다고 보기 어려운 점 등의 사정을 모두 종합하면, 참가인은 이 사건 경영상 해고 당시 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하였다고 할 것이다.

자. 사용자가 오피스텔 관리방식을 기존 자치관리에서 위탁관리로 변경함에 따라 소속 근로자들을 일괄 해고한 경우, 해고대상 인원을 선별할 수 없는 사정이 있다고 봄

— 【서울고등법원 2009. 9. 8. 선고 2009누3*** 판결】 —

이 사건 해고는 관리방식 변경에 따라 참가인 소속 근로자를 일괄 해고하는 것이어서 해고대상인원을 선별할 수 없고 참가인은 소속 근로자에게 해고예고통보를 하면서 전문 관리업체로 하여금 기존의 임금수준 및 근무기간을 보장하면서 근로자들을 고용승계 하도록 하겠다는 대안을 제시하였던 점, 참가인과 건물관리도급계약을 체결한 이 사건 관리회사는 참가인과의 약정에 따라 참가인 소속 근로자들에게 기존의 임금 수준 및 근무기간을 보장하는 조건으로 근로계약을 체결할 것을 권유하였고 참가인 소속 근로자 중 8명은 이에 응하여 이 사건 관리회사와 근로계약을 체결하였으나 원고들을 포함한 나머지 9명이 이에 응하지 아니하자 참가인은 이 사건 관리회사와 근로계약을 체결하지 않은 근로자들을 해고하게 된 점 …(중략)… 을 고려할 때, 이 사건 해고는 경영상의 필요에 의하여 이 사건 오피스텔의 관리를 외부 전문관리업체에 위탁함에 따라 직제가 폐지되는 원고들을 해고하게 된 것으로 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지녀 정당하다고 봄이 상당하다.

차. 사용자가 경영상 해고 선정기준을 징계사실 유무, 부양가족 여부 등으로 정한 경우, 정당하지 않은 조합활동에 대하여 감점하고, 연말정산시 부양가족 신고를 하지 아니한 근로자에 대하여 부양가족이 없는 것으로 보아 점수를 산정한 것이 부당하지 않다고 봄

— 【대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두14*** 판결】 —

무엇이 합리적이고 공정한 해고의 기준인가는 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 경영상 해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 경영상 해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 경영상 해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이고, 사용자가 해고의 기준에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 해고의 기준에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고의 기준이 합리적이고 공정한 기준인지의 판단에 참작되어야 한다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2001두10***, 10*** 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면 원심은, 이 사건 경영상 해고대상자 선정기준은 제안자, 대내외 표창수상자, 자격증 취득, 호봉가속 및 장애인 근로자 등과 관련하여 일정한 점수를 가점하고, 징계사실 유무, 취업

규칙 미준수, 재취업가능자, 고과열등자, 근로자 개별생활능력 등과 관련하여 일정한 점수를 감점하는 방법으로 이 사건 경영상 해고를 위한 점수를 부여하게 되어 있는바, 이러한 기준이 전혀 합리성이 없거나 특정의 근로자만을 해고하기 위한 방편이라는 등 사용자의 재량권의 범위를 벗어나 사회통념상 현저히 불합리한 것이라고 볼 수 없고, 한편 피고보조참가인으로서 근로자들로부터 부양가족이 실제로 부양을 받는지 여부를 판단할 객관적인 자료가 없는 이상 개별근로자들의 의사에 의한 연말정산 신고서류 및 인사기록등목록 등만을 근거로 부양가족을 판단할 수밖에 없는 점을 고려하면, 피고보조참가인이 위 경영상 해고대상자 선정기준 중 근로자 개별생활능력 항목과 관련하여 객관적인 자료라고 볼 수 있는 연말정산 시 신고서류상의 부양가족을 기준으로 점수를 부여한 것이 부당하다고 볼 수 없다고 판단하여, 연말정산 시 부양가족 신고를 하지 아니하였다는 이유만으로 원고 김○○에 대하여 부양가족이 없는 것으로 보아 점수를 산정한 것은 위 경영상 해고대상자 선정기준을 자의적으로 적용한 것으로서 부당하다는 위 원고의 주장을 배척하였다.

위에서 본 법리에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 경영상 해고대상자 선정기준 및 그 적용의 합리성 판단에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

카. 경영상 해고대상자가 모두 조합원이었으나 노동조합이 해고자 선정 기준 등에 관한 사용자와의 협의를 거부하여 사용자가 경영상 해고대상자를 **잉여인력이 발생한 생산직 근로자로 결정하였을 뿐이고, 단체협약의 **유니온숍 조항**이 있어 생산직 근로자들이 모두 조합원이기 때문에 결과적으로 해고대상자는 모두 조합원이 된 경우에는 해고대상자 선정 기준이 불합리하다거나 불공정하다고 보기는 어렵다고 판단함**

【대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60*** 판결】

경영상 해고의 요건 중 ‘합리적이고 공정한 해고의 기준’ 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 경영상 해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 경영상 해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 경영상 해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29*** 판결 참조). 그리고 해고대상자의 선별 기준은, 대상 근로자들의 사정뿐만 아니라 사용자 측의 경영상 이해관계와 관련된 사정도 객관적 합리성이 인정되는 한 함께 고려하여 정할 수 있다 할 것이다.

원심은 이 사건 경영상 해고가 조합원인 생산부서 직원만을 대상으로 하고 있는 점, 피고가 단체협약 제33조 제1항에서 정한 바와 달리 노동조합과 아무런 합의 없이 해고대상자 선정 기준을 정하면서 회사 측 고려요소로 근태불량, 정시 미출근 등을 선정 기준으로 삼은 점 등을 들어, 피고가 제출한 증거들만으로는 피고가 합리적이고 공정한 기준에 따라 해고대상자를 선별하였음을 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

그러나 기록에 의하면, 피고가 2008. 12. 23. 제7차 노사협의회에서 노동조합에 잉여인력 문제와 해고자 선정 기준을 설명하고 협의를 시도하였으나 노동조합은 이를 거부하고 이어서 같은 달 26일 개최된 제8차 노사협의회에 불참하였고, 이에 피고는 우선 해고 대상 근로자의 범위를 현실적으로 잉여인력이 발생한 생산직 근로자로 정한 다음, 근로자 측 고려요소로 입사경력과 부양가족수 및 연령, 사용자 측 고려요소로 근태불량과 정시 미출근을 함께 고려하는 선정 기준을 정하고 그에 따라 해고대상자를 결정하였으며, 피고의 단체협약에는 유니온숍 조항이 있어 생산직 근로자는 모두 당연히 조합원이기 때

문에 결과적으로 해고대상자는 모두 조합원일 수밖에 없는 사실 등을 알 수 있다. 이와 같은 제반 사정을 고려해 보면 피고의 위 해고대상자 선정 기준이 불합리하다거나 불공정하다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

그럼에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 해고대상자 선정 기준이 공정하고 합리적이었는지 여부에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 잘못이 있다.

타. 경영상 해고대상자를 선정함에 있어 **소규모 사업장에서 근로자 개인의 주관적 사정을 반영한 선정기준을 마련하는 것은 오히려 특정인을 대상으로 한 경영상 해고가 될 우려가 있으므로** 인사평가를 토대로 직원대표와 경영진의 협의를 통해 해고대상자를 선정하는 것이 더 타당하다고 봄

— 【서울고등법원 2012. 10. 18. 선고 2012누*** 판결】 —

참가인이 해고대상자 선정기준에 관하여 근로자들을 상대로 설문조사를 실시하여 인사평가를 기준으로 하자는 의견과 직원대표와 경영진의 협의를 기준으로 하자는 의견이 각 동수로 나왔고, 이에 따라 인사평가결과를 기준으로 직원 대표 윤○○과 참가인의 경영진의 협의를 거쳐 이 사건 경영상 해고를 실시하였다.

이러한 선정기준에 근로자의 근속연수나 연령, 보유재산이나 기술 등 생계유지능력, 부양가족에 관한 상황 등 근로자 개인의 주관적 사정이 반영되지 않은 측면이 있지만, 참가인의 직원이 16명에 불과하여 근로자 개인의 주관적 사정을 반영한 선정기준을 마련하는 것이 오히려 특정인을 대상으로 한 경영상 해고가 될 우려가 컸던 점을 고려하면, 위와 같이 인사평가를 토대로 직원대표와 경영진의 협의를 통해 해고대상자를 선정한 것은 해고대상자 선정이 합리적이고 공정한 기준에 따른 것이라 볼 수 있다.

3.2 해고대상자 선정의 합리성·공정성을 부정한 사례

가. 해고대상자 선정기준이 객관적이지 못하고 사용자가 그 대상자를 임의로 정할 수 있도록 추상적으로만 정하고 있는 경우에는 그 선정기준은 합리적이거나 공정한 기준에 의한 것으로 보지 않음

— 【서울고등법원 2010. 3. 23. 선고 2009누5*** 판결¹⁰⁹⁸⁾】 —

이 사건에서, 관리인 김○○가 단체협약 제72조 제4항에도 불구하고 앞서 본 바와 같이 “1. 부서별 잉여인력에 대한 조정, 2. 부서별 업무능력 검토(부서장의 평가), 3. 징계사항이나 친화력 등, 4. 노조의견(적극반영), 5. 정년초과나 고령자(58세 전후), 6. 계약직이나 아르바이트직을 우선하여 선정, 7. 부서폐쇄 및 업무축소”를 기준으로 경영상 해고대상자 선정기준을 마련한 후 구조조정 심의회를 개최하여 경영상 해고대상자를 선정한 사실은 앞서 본 바와 같다. 그러나 한편 위와 같은 경영상 해고 기준은 위 기준에 따른 객관적인 순위를 수치화하는 등의 방법으로 근로자 들 중 경영상 해고대상자를 선별하는

1098) 1심 판결(서울행정법원 2008. 12. 19. 선고 2008구합11*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 7. 8.자 2010두8*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

것이 아닐 뿐만 아니라 그 내용도 사용자인 관리인 김○○가 경영상 해고대상자를 임의로 정할 수 있도록 추상적으로만 정하고 있는 점, 위와 같은 경영상 해고 기준에 관하여는 노사가 합의 하에 작성된 것이 아니라 관리인 김○○가 일방적으로 작성하여 이를 노동조합에 통보한 것인 점, 원고는 경영상 해고대상자들 중에서 이 사건 근로자들을 경영상 해고할 수 밖에 없었다는 이유로 위 2의 나. 4)항 기재 표*와 같은 사유만을 주장하고 있을 뿐, 참가인들과 유○○, 김○○, 김◇◇을 다른 근로자들과 달리 경영상 해고대상자로 선정한 경영상 해고기준에 따른 이유 및 그 자료를 밝히지 못하고 있는 점 등을 종합하면, 이 사건 경영상 해고가 합리적이거나 공정한 기준에 의하여 이루어졌거나 위와 같은 기준을 공정하고 합리적으로 적용하였다고 볼 수는 없다.

* 관련 근로자들에 대한 구체적인 경영상 해고 사유

근로자명	사유
이○○(참가인)	- 공무과 업무능력 및 친화력 부족(노조의견) - 고령자
박○○(참가인)	- 공무과 업무축소 - 고령자
유○○	- 업무실수 및 근무태만으로 징계위원회에 회부되어 감봉 3월 징계 - 임상병리실 폐쇄
김○○	- 경리과 폐쇄
김◇◇	- 징계사항이나 친화력
김□□(참가인)	- 1호차 폐쇄

제5장
경영상 해고

나. 경영상 해고대상자를 선별함에 있어 근로자의 연령, 근속기간, 부양의무의 유무, 재산, 건강상태 등 근로자의 주관적 사정은 전혀 고려하지 않은 경우에는 그 대상자 선별이 합리적이거나 공정하다고 보지 않음

【서울행정법원 2010. 4. 29. 선고 2009구합37*** 판결】

합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 경영상 해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 경영상 해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 경영상 해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이다. 경영상 해고의 경우 근로자의 일신상·행태상의 사유가 아닌 사용자 측의 경영상 필요로 해고가 이루어지는 것이므로 연령, 근속기간, 부양의무의 유무, 재산, 건강상태 등 근로자 각자의 주관적 사정을 기초로 그 사회적 위치를 살펴 상대적으로 사회적 보호의 필요성이 낮은 근로자들부터 해고를 하여야 하고, 근무성적, 업무능력 등 사용자 측의 이해관계와 관련된 사항들은 부차적으로 고려되어야 한다.

앞서 본 증거에 의하여 인정되는 아래의 사정을 종합해 볼 때, 원고의 경영상 해고대상자 선별이 합리적이거나 공정하다고 보기 어렵다.

① 원고(사용자)의 제1차 휴업조치는 차체반과 조립반 소속 근로자들만을 대상으로 하였을 뿐이고 기계반이나 시작반 소속 근로자들은 대상으로 하지 않았던 점, 원고가 2008. 5.경 조립반을 차체반에 통합하는 조치를 하였음에도 기계반을 사실상 존치시키고 있었고 같은 해 9.경 제2차 휴업을 실시하면서

도 기계반 업무를 하였던 것으로 보이고 김○교, 임○연은 그 대상에 포함시키지 않았던 점 등에 비추어 보면, ○○자동차의 주문 일부 회수로 인하여 기계반의 작업량이 전무하게 되어 기계반을 존치시킬 수 없는 상태에 이르게 되었다고 보기 어렵고, 오히려 이와 같은 주문의 감축 내지 회수는 원고 회사 전체 내지는 조립반 등 생산부서 전체에 영향을 미친 것으로 볼 수 있다.

② 사정이 그러함에도 원고는 전체 직원들이나 전체 생산부서 근로자들을 대상으로 하지 아니한 채 특정 사업부서만 기계반에 소속한 근로자들과 경고를 받거나 경위서·시말서를 작성한 자를 경영상 해고대상자로 선정하는 구조조정을 마련하였고, 이에 따라 기계반 소속이었던 참가인 등 4명의 근로자들만 경영상 해고하였다(조립반 역시 2008. 5.경 차체반으로 통합되었음에도 조립반 소속 근로자들은 경영상 해고대상자로 선정하지 않았다).

③ 원고는 경영상 해고대상자를 선별함에 있어 근로자의 연령, 근속기간, 부양의무의 유무, 재산, 건강상태 등 근로자 각자의 주관적 사정은 전혀 고려하지 아니하였다.

다. 경영상 해고대상자 선정기준에 있어 사용자적 요소(업무성과, 징계 여부)와 근로자적 요소(연령, 부양의무, 근속기간)를 적절하게 고려하지 않고 **근로자적 요소보다 사용자적 요소에 대한 배점비율을 현저하게 높게 정한 경우** 합리적이고 공정한 기준이라고 보지 않음

【서울고등법원 2010. 11. 24. 선고 2010누12*** 판결】

근로기준법 제24조 제2항은 사용자가 긴박한 경영상 필요에 따라 근로자를 해고하는 경우 합리적이고 공정한 해고 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다고 규정하고 있다. 근로자에게 책임이 있어서가 아니라 경영상 사정으로 인하여 근로자를 해고하는 근로기준법 제24조 해고의 특성과 경영상 해고가 자칫 경영위기에서 사용자가 선호하지 않는 근로자에게 불이익을 가하거나 사용자가 선호하는 근로자로 근로조직을 변경하는 기회로 사용되지 않도록 하기 위하여, 해고대상자를 선정하는 기준은 비교대상의 범위에 든 근로자 중에서 해고로부터 보호하여야 할 필요성이 높은 근로자를 보호하여야 한다는 근로자적 요소, 즉 근로자 연령, 부양의무 정도, 근속기간 등과 업무성과, 징계 여부 등 사용자적 요소를 적절하게 고려하여야 한다.

참가인은 근로자적 요소에 대한 배점을 총 20점에 부양가족 1명당 1점을 더한 방식으로 산정한 반면, 사용자적 요소에 대한 배점을 50점으로 하여 사용자적 요소와 근로자적 요소를 적절하게 고려하지 않았고, 그에 따라 원고는 근로자적 요소에서는 5위에 해당하는 비교적 높은 점수를 얻어 해고로부터 보호할 필요성이 높았는데도 불구하고, 사용자적 요소에 대한 배점비율이 현저하게 높아 해고대상자로 선정되었다. 이 사건 해고는 근로기준법 제24조 제2항에서 정한 합리적이고 공정한 기준에 따라 이루어진 것이라고 볼 수 없다.

라. 사용자가 제시하고 있는 **근무성적 배점기준표와 무관하게 근로자를 해고대상자로 선정한 정황**이 있다면 ‘합리적이고 공정한 해고기준 및 해고자 선정’ 요건이 충족된 것으로 보지 않음

【서울행정법원 2009. 1. 16. 선고 2008구합12*** 판결】

원고가 이 사건 해고 무렵 그 근로자들로 하여금 이 사건 기준표를 열람하게 한 사실을 뒷받침하는 관련 증거의 각 기재 내용 및 증인의 증언은 믿기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이와 다른 전제에서 원고의 위 주장사실을 인정하기는 어렵다. 오히려 다음의 사정들, 즉 ① 이 사건 기준표가 노동위원회의 조사절차에도 제출되지 아니하다가 이 사건에 이르러서야 비로소 제출된 점, ② 원고가 이 사건 해고를 공고함에 있어서 이 사건 기준표의 존재나 그 내용을 전혀 언급하지 아니한 채 오직 참가인들의 비위행위만을 사유로 명기한 점 등에 비추어 보면, 원고는 이 사건 기준표와 무관하게 참가인들을 경영상 해고대상자로 선정한 것으로 보인다.

나아가 설령 이와 달리 보더라도, 관련 증거에서는 이 사건 기준표의 내용 중 일부(214면, 215면)가 누락되어 있을 뿐만 아니라 확인되는 그 나머지 내용(점수산정)의 객관성·정당성을 뒷받침할 자료가 전혀 제출되지 아니한 점, 이 사건 기준표의 내용상 근로자들의 생활적 측면(부양가족의 유무·수 등)이 전혀 참작되지 아니한 점 등을 고려하면, 원고가 이 사건 기준표에 따라 참가인들을 경영상 해고대상자로 선정한 것이 합리적이고 공정한 기준에 따른 것이었다고 보기도 어렵다.

마. 구체적이고 객관적인 해고대상자 선정기준 없이 생산부문 폐지계획을 이유로 생산직 직원 전원을 경영상 해고대상자로 하는 것은 부당하다고 봄

【서울고등법원 2009. 3. 24. 선고 2008누24*** 판결¹⁰⁹⁹⁾】

원고 회사는 이 사건 경영상 해고를 하면서 어떠한 구체적이고 객관적인 평가기준이나 평가항목 등의 해고자 선정기준을 마련하여 그것에 의해 원고 회사 전 직원을 대상으로 하여 경영상 해고대상자를 선정한 것이 아니라 향후 생산부문을 폐지하고 수입, 판매부문만으로 사업운업을 할 계획이라는 이유만으로 관리직 근로자는 제외하고 생산직 근로자만을 대상으로 정년이 얼마 남지 않았거나 산재 요양 중인 근로자를 제외한 나머지 생산직 근로자 전원을 경영상 해고한 점에 비추어 보면, 이 사건 경영상 해고는 그 해고대상자 선정기준 또한 합리성과 공정성을 갖춘 것이라고 보기 어렵다.

제5장
경영상 해고

바. 별도의 해고기준이나 심사과정 없이, 영업이익 창출이 없다는 이유만으로 특정 직무 담당자를 일률적으로 해고한 경우에는 ‘합리적이고 공정한 해고기준 및 해고자 선정’ 요건이 충족된 것으로 보지 않음

【서울고등법원 2007. 2. 14. 선고 2006누4*** 판결】

참가인 은행(사용자)이 2003. 7.경 일반직원은 44명, 서무원은 10명 전원에 대하여 명예퇴직을 권고하였는데, 위 명예퇴직 권고에 응하지 않은 일반직원 18명은 현재까지 참가인 은행에 근무하고 있음에 반해, 위 권고에 응하지 않은 서무원이었던 원고들에 대하여만 전원을 정리하고 한 점, 참가인 은행은 서무직 직무가 폐지되었다는 이유로 원고(근로자)들을 일률적으로 해고하였으나 이후 계약직 사

1099) 1심 판결(서울행정법원 2008. 7. 8. 선고 2007구합29*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 6. 25.자 2009두6*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

원을 채용하여 동일 업무를 수행하게 하고 있는 사정들을 고려하여 볼 때, 근로자의 생활보호 측면을 전혀 고려함이 없이 서무원의 직무가 축소되고, 직접적인 영업이익 창출이 없다는 이유만으로 별다른 심사과정도 거치지 아니한 채 서무원 전원을 명예퇴직 대상자로 선정하고, 명예퇴직권고에 응하지 아니한 직원 중 서무원인 원고들만을 경영상 해고대상자로 선정한 참가인 은행의 대상자 선정은 합리적이고 공정하다고 할 수 없다 할 것이다.

사. 사용자가 영위하는 주된 사업과 관련이 없는 기준으로 경영상 해고대상자를 선정하여 해고한 경우에는 ‘합리적이고 공정한 해고기준 및 해고자 선정’ 요건이 충족된 것으로 보지 않음

【서울행정법원 2004. 12. 23. 선고 2004구합26*** 판결】

경영상 해고대상자 선정과 관련하여 원고(사용자)는 석사학위 소지 여부 및 전문연구 업무수행능력이 그 기준이었다고 주장하고 있기는 하나, 원고가 직원들에 대하여 석사학위 등을 요구하면서 연구사업팀제의 형식으로 사업을 수행하게 된 것은 2003. 6. 23. 임원회의 결과 개정된 정관 및 직제규정 등에 기한 것이지만, 위와 같이 개정된 정관에 의하여서도 여전히 원고의 주된 사업은 연구사업이라기 보다 청소년의 보호 및 선도사업에 중점이 있는 것으로 보이고, 회원의 유지·관리도 그 사업의 일부로 규정되어 있는 점 및 2002. 10. 이후 2003. 2월까지 원고의 실무를 총괄하였던 부회장 직무대행인 고○○나 그 이후 부회장 직무대행의 직무를 수행하였을 뿐만 아니라 사실상 위 정관 등의 개정 및 구조조정절차를 주도하였던 이○○와 참가인(근로자)들 사이에 그 업무수행과 관련하여 갈등이 있어 왔던 점 등에 비추어 보면, 원고가 처음부터 참가인들만을 이 사건 경영상 해고대상자로 선정한 후 구조조정절차를 진행시킨 이 사건 경영상 해고가 객관적이고 합리적인 기준에 의해 해고대상자를 선정하였다고 보기 어렵다.

아. 특정 근로자의 해고 배제는 특정 근로자의 계속 근무가 사업에 상대적으로 유용하다는 정도만으로는 허용되어서는 안 되고, 사업의 정상운영 및 수익성 제고를 위하여 현저하게 중요한 경우 허용되어야 한다고 봄

【서울고등법원 2010. 7. 21. 선고 2009누33*** 판결】

경영상 해고는 근로자에게 책임이 있는 사유가 있어서가 아니고 사용자 측의 경영상의 사정으로 인하여 근로자를 해고하게 되는 것이고, 해고대상자의 선정기준에서 이미 사용자적 요소가 일정 부분 반영된다는 점을 고려할 때, 그와 같은 특정 근로자의 해고 배제는 특정 근로자의 계속 근무가 사업에 상대적으로 유용하다는 정도만으로는 허용되어서는 안 되고, 사업의 정상운영 및 수익성 제고를 위하여 현저하게 중요한 경우 허용되어야 한다. 그리고 위와 같은 특정 근로자의 해고 배제는 자칫 경영위기에서 사용자가 선호하지 않는 근로자에게 불이익을 가하거나 사용자가 선호하는 근로자로 근로조직을 변경하는 기회로 사용되지 않도록 행사되어야 한다. …(중략)…

3) 위 인정사실에서 알 수 있는 아래와 같은 사정을 위와 같은 법리에 비추어 볼 때, 원고의 해고대상자 선정은 합리적이고 공정하다고 볼 수 없다.

① 먼저, 원고는 남○○, 김○○, 이○○, 정○○, 이○○(대체 불가자 중 김○○, 강○○은 본래 환산점

수상 해고대상자 순위 밖에 있으므로 따로 검토하지 아니한다)을 대체 불가자로 선정하였다. 그런데 특정 근로자가 계속 근무하는 것이 사업에 상대적으로 유용하다는 정도만으로는 대체 불가자로 선정할 수 없고, 특정 업무를 담당하는 사람을 해고대상자에서 제외하는 경우에도, 이미 근로자적 요소와 사용자적 요소를 종합한 환산점수에 따라 해고대상자 순위가 선정된 이상, 다른 선순위 대상자가 일정기간의 교육 등으로 업무를 승계할 수 있는 경우에는 우연히 해고대상자 선정 당시에 특정 업무를 담당하고 있었다는 사정만으로는 대체 불가자로 선정할 수 없다.

원고가 대체 불가자로 선정한 이○○의 여행사 관리업무, 이○○의 사진업무, 정*의 회계업무 등이 다른 근로자가 담당하기 어려운 업무라고 보기도 어렵고, 위 업무들이 그 근로자가 법령상 반드시 소지하여야 하는 자격증에 기초하여 수행 가능한 업무라고 볼 수도 없다(피고는 위 업무 등은 계속성이 보장되어야 하는 업무라고 주장하나, 근로자의 업무는 통상 담당자가 교체되지 않고 계속 수행하는 것이 효율적이므로, 계속 근무의 의미는 상대적인 것에 불과하여 위 주장을 받아들이기 어렵다). …(중략)…

② 앞서 본 대로 원고가 형식적으로는 연령 10%, 징계 20%, 부양가족 30%, 고과 30%, 근속기간 10%를 고려한 환산점수로 해고대상자 선정을 함으로써 근로자적 요소와 사용자적 요소가 조화된 것으로 보이나, 실제로는 대체 불가자를 선정하는 과정을 통하여 근로자적 요소가 사실상 배제된 형태로 해고 대상자가 선정되었음을 알 수 있다.

즉 원고는 근속기간이 긴 근로자, 연령이 많은 근로자에게 가산점을 주는 형태로 환산점수를 적용하였고, 근로기준법 제24조 제2항은 명시적으로 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니 된다고 규정하고 있음에도, 환산점수상 해고 대상 선순위자에 해당하는 남○○(4번), 김○○(8번), 이○○(10번), 정○(18번), 이○○(20번)이 대체 불가자로 선정됨으로써, 결과적으로 해고대상자에는 입사연도가 1898년에서 1996년 사이로 근속기간이 긴 근로자, 육아휴직·출산휴가자, 노동조합장, 김○○을 제외하고는 원고가 당초 구조조정 대상으로 삼은 영업팀 소속 근로자(김○○은 노동조합장으로서 운영팀에 소속되어 있고, 김○○은 2007. 6경 영업팀에서 관리팀으로 전보되었다)가 선정되었고, 이 사건 해고대상자 선정 당시 전체 81명의 근로자 중 34명의 근로자가 여성으로서 여성의 비율이 약 41%에 해당하였으나, 해고 대상자에는 전·현직 노동조합장인 양○○과 김○○을 제외하고는 모두 여성이 선정되어 해고대상자의 약 86%가 여성이었다(갑 제33호증).

자. 특정 근로자를 염두에 두고 직무가 없는 직원, 인건비가 높은 직원 등을 경영상 해고대상자로 삼은 것은 자의적인 선정기준으로 공정하다고 보지 않음

【서울고등법원 2011. 5. 12. 선고 2010누32*** 판결】

다) 해고대상자를 전체 근로자 또는 최소한 관리직 근로자를 대상으로 연령, 근속기간, 건강상태, 업무능력 등을 감안하여 선정기준을 정하여 함에도 직무가 없는 직원, 인건비가 높은 직원 등을 대상으로 삼은 것은 참가인을 염두에 둔 자의적인 선정기준으로서 원고의 선정 기준이 합리적이고 공정하다고 할 수 없다.

차. 파업참여자를 해고 대상으로 먼저 선정한 다음, 경영상 해고대상자에 포함되도록 근태 기준과 적용기간을 일방적으로 정한 경우 합리성과 공정성을 결여하였다고 봄

【서울고등법원 2011. 4. 20. 선고 2010누31*** 판결¹¹⁰⁰⁾】

위에서 본 사정들을 종합해보면, 원고는 해고대상자 선정 기준을 정한 다음 이에 따라 수리직원 중 해고대상자를 선정한 것이 아니라, 파업참여자(특히 경영상 해고 반대 파업 참여자)를 해고 대상으로 먼저 선정한 다음, 이에 맞추어 파업에 참여하였다면 해고대상자에 포함되도록 근태 기준과 적용기간을 일방적으로 정한 것으로 보인다.

설령 해고대상자 선정 기준이 해고대상자를 선정하기 이전에 정해진 것이라 하더라도 다음과 같은 점에서 합리성과 공정성을 결여하였다.

① 원고가 정한 해고대상자 선정기준은 인사사고 35%, 근태 15%, 연령 10%, 부양가족 20%, 근속연수 10%, 맞벌이 부부 10%를 각 반영하도록 하고 있으나, 실제로는 파업 참여 여부가 15% 배점을 차지하고, 그 배점 편차는 해고대상자 선정에 결정적인 영향을 미친다. 해고대상자를 선정하는 기준에 여러 반영요소를 두고 있더라도 그 반영요소들을 적용하는 정도에서 형평성을 잃어 한, 두 가지 반영요소가 해고대상자인지 여부를 좌지우지하면, 해고대상자 선정기준이 형식상 여러 사정을 반영하여 합리적인 거나 공정한 것처럼 보여도 실질적으로는 사용자가 혐오하는 반영요소에 따라 해고 여부가 결정되는 것이 되므로, 이러한 경우 해고자 선정기준은 합리적이고 공정하다고 보기 어렵다.

② 이 사건 근태 기준을 적용하기 위해서는 그 적용기간을 어떻게 정할 것인지도 합리적이고 공정하게 결정되어야 한다. 원고는 파업 참여 여부를 근태 기준에 적용할 적용기간을 정하면서 합리적인 이유 없이 다른 기준의 적용기간과 달리 정하였다.

카. 사용자가 경영상 해고대상자 선정 기준을 정함에 있어 개인별 평가에 징계사실 반영기간을 변경한 경우 그 경위와 의도, 징계처분 경위와 경영상 해고 당시 근접성을 종합적으로 고려하여 선정 기준의 공정성을 판단함

또한 사용자가 ‘취업규칙 등 준수확약서’ 작성을 조건으로 경영상 해고대상자를 복직시키고 **확약서 작성을 거부한 근로자들만 경영상 해고를 유지하는 경우, 경영상 해고는 확약서 작성거부를 이유로 한 해고로 그 성격이 일부 변경된다고 봄**

【대법원 2012. 12. 13. 선고 2012두18*** 판결】

이 사건 경영상 해고 이후 원고와 원고 회사 노조는 해고대상 근로자들이 ‘취업규칙 등 준수확약서’를 작성하면 이 사건 경영상 해고를 철회하기로 합의하였고, 그에 따라 당초 해고대상자 189명 중 184명이 복직되고 확약서 작성을 거부한 피고보조참가인들 등 5명에 대해서만 이 사건 경영상 해고가 유지된 사실을 알 수 있다. 결국 그로써 참가인들에 대한 이 사건 경영상 해고는 확약서 작성거부를 이유로 한 해고로 그 성격이 일부 변경된 것으로 볼 여지가 있고, 이러한 사정 등을 함께 고려하면 위 상고 이유의 주장과 같은 경영상 해고 기준점수의 변경가능성 등만을 이유로 피고보조참가인들에 대한 이 사건 경영상 해고가 정당화될 수는 없다.

원고는 상고이유로 피고보조참가인 박○○은 원심 판시 이 사건 경고처분을 배제하더라도 경영상 해고 기준점수에 미달하므로 그에 대한 경영상 해고는 정당하다는 취지로 주장하나, 위와 같이 제2차 선정기준의 객관성 및 공정성이 긍정될 수 없는 이상, 위 피고보조참가인에 대한 2010. 1. 8.자 정직처분도 점수 평가에서 제외되어야 할 것이므로 위 상고이유 주장 역시 받아들일 수 없다.

1100) 대법원(대법원 2011. 8. 25.자 2011두11*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

타. 경영상 해고대상자 선정기준이 **근무태도**라는 단일한 대상을 주관적 평가와 객관적 평가로 나누어 동일하게 배점하고 **주관적 평가 항목에서 점수를 현격하게 차이가 나도록 부여하는 경우**, 근무태도에 대한 주관적 평가에 의하여 해고 여부가 좌우된다는 점에서 합리적이고 공정하다고 인정되기 어렵다고 봄

【대법원 2012. 5. 24. 선고 2011두11*** 판결】

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 원고가 마련한 이 사건 경영상 해고대상자 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, 원고가 그 기준을 정당하게 적용하여 해고대상자를 선정하였다고 보이지도 아니한다고 하여 이 사건 참가인들에 대한 해고가 위법하다고 판단하였다.

앞서 본 법리 및 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하여 수긍할 수 있고 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 경영상 해고대상자 선정기준에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

제5장
경영상 해고

파. 경영상 해고대상자 선정 기준을 위해 인사고과를 보완하는 업무역량 평가를 실시하면서 업무역량 평가의 구체적인 지침도 없고, 근로자들 사이에 **인사고과와 업무역량 평가의 순위 및 점수 차이가 큼에도** 업무역량 평가가 대상자 선정에 결정적인 역할을 한 경우, 객관성과 공정성을 인정하기 어렵다고 봄

【서울고등법원 2014. 9. 24. 선고 2013누17*** 판결(101)】

가) 참가인의 인사고과 결과는 그 변별력이 매우 낮을 뿐 아니라(예를 들어, 2010년 인사고과 결과 전체 기능직 근로자 중 88.8%가 A~E의 5단계 평가 등급 중 B, C, D 등급에 해당하였다) 평가자가 대체로 진급을 앞두고 있는 근로자들에게 상대적으로 높은 점수를 부여하였다고 볼 만한 사정도 나타난다. 따라서 참가인이 인사고과의 단점을 보완하기 위한 방안으로서 근로자들에 대하여 업무역량 평가를 실시하여 그 결과를 이 사건 경영상 해고대상자 선정을 위한 기준의 하나로 삼고자 하였던 것 자체가 불합리하다고 볼 수는 없다.

나) 그러나 업무역량 평가가 포함된 참가인의 이 사건 경영상 해고대상자 선정 기준은 그 합리성과 공정성을 인정하기 어렵다. 그 이유는 다음과 같다.

① 참가인은 1978. 6. 16.경 설립된 이래 근로자들을 대상으로 업무역량 평가를 실시한 적이 전혀 없다. 더욱이 업무역량 평가는 이 사건 경영상 해고대상자를 선정하기 위한 목적으로 실시된 것으로서 그 결과가 근로자 개개인에게 미치는 영향이 매우 컸다. 따라서 참가인으로서 평가자에게 구체적이고

합리적인 평가 지침을 내리거나 평가자가 평가 대상 근로자들의 소명이나 의견 청취 등을 거쳐 적절한 평가를 하도록 하는 등 평가 결과의 객관성과 공정성을 최대한 확보할 수 있는 방안을 강구·시행 할 필요가 있었다.

그럼에도 참가인은 평가 항목을 ‘업무숙련도’, ‘다기능수행력’, ‘품질완성도’ 등과 같이 다소 추상적으로만 구분한 채 평가자로 하여금 근로자를 ‘매우 우수, 우수, 보통, 미흡, 부족’의 5단계 중 하나로 평가하도록 하는 업무역량 평가표를 마련하는 데 그쳤고, 구체적인 평가 지침을 평가자에게 제공한 사실이 없다. …(중략)… 나아가 인사고과와 업무역량 평가는 결국 사용자의 시각에서 당해 근로자가 이익 창출에 도움이 되는지 판단함을 주된 목적으로 하는 것으로서 상호 유사한 성격을 갖는다. 또 그 평가자 역시 인사고과의 경우 업무역량 평가와는 달리 반장이 1차 평가자라는 차이는 있지만, 담당과장과 팀장이 평가에 관여한다는 점에서 공통된다. 따라서 진급 대상자에 대한 고려 등 앞서 언급한 인사고과의 단점을 감안하더라도, 인사고과와 업무역량 평가 사이에는 상당한 정도의 관련성이 나타나는 것이 일반적이다. 그런데 이 사건의 경우 전체 업무역량 평가 대상 근로자의 인사고과 점수와 업무역량 평가 점수의 차이는 평균 6.3점에 이르고 이 사건 경영상 해고대상자의 경우 그 차이가 평균 8.7점에 이른다. 또 인사고과 순위와 업무역량 평가 순위가 100위 이상 차이나는 근로자도 전체 206명 중 37명(약 18%)이나 된다.

이러한 사정들을 종합할 때, 이 사건 업무역량 평가는 통일적이고 체계적인 기준 없이 평가자 각자의 주관적인 판단에 의존하여 급급하게 이루어진 것으로 보이고, 따라서 선불리 그 객관성과 공정성을 인정하기 어렵다.

② 참가인은 이 사건 경영상 해고대상자 선정 기준을 마련하면서 크게 ‘기업 이익 측면’과 ‘근로자 생활보호 측면’으로 평가 항목을 구분하여 각각의 항목에 대하여 동일하게 100점을 배정하였고, 200점 만점을 기준으로 하여 점수가 상대적으로 낮은 근로자가 해고대상자에 포함되도록 하였는데, ‘기업 이익 측면’ 항목에 속하는 업무역량 평가의 배점은 최대 15점에 불과하였던 사실이 인정되기는 한다.

그런데 이 사건 경영상 해고대상자 선정 기준을 실제로 적용한 결과 ‘기업 이익 측면’에 해당하는 항목의 합계 점수는 최고 85.23점, 최저 43.87점으로 그 편차가 41.49점이나 되었지만, ‘근로자 생활보호 측면’의 합계 점수는 최고 93.93점, 최저 82.29점으로 그 편차가 11.64점에 불과하였다. 또 ‘기업 이익 측면’ 중 인사고과는 최고 17.96점, 최저 11.76점으로 그 편차가 6.2점이었던 반면, 업무역량 평가는 최고 15점, 최저 3점으로 그 편차가 12점으로 나타났다. …(중략)…

따라서 이 사건 경영상 해고대상자 선정에 있어서 ‘근로자 생활보호 측면’의 기준은 별다른 영향을 미치지 못하였고, 실질적으로는 ‘기업 이익 측면’, 그중에서도 특히 앞서 본 것처럼 객관성과 공정성을 선불리 인정하기 어려운 업무역량 평가 결과가 결정적인 역할을 하였다고 판단된다.

4. 근로자대표에 대한 사전통보 및 성실한 협의 인정 여부

4.1 사전협의의 상대방

가. 근로자대표성을 인정한 사례

1) 노동조합 가입자격이 없는 일정 급수 이상 직원들을 대상으로 경영상 해고를 실

1101) 대법원(대법원 2015. 2. 12.자 2014두13*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

시험에 있어서, 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있어 사용자가 그 노동조합과 협의를 거쳤다면, **해고대상자들에 의해 선출된 대표와 별도 협의를 하지 않았더라도 협의절차의 흠결이 아니라고 봄**

【대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29*** 판결】

근로기준법 제31조 제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(근로자대표)에 대하여 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다고 하여 경영상 해고의 절차적 요건을 규정한 것은 같은 조 제1, 2항이 규정하고 있는 경영상 해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 경영상 해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서인바, 이러한 규정 취지와 위 조항의 문언 및 이 사건에서 경영상 해고를 실시하여야 할 경영상 필요의 긴박성 등 실질적 요건의 충족 정도, 피고 은행(사용자)의 노동조합이 종전에도 사용자와 임금협상 등 단체교섭을 함에 있어 3급 이상 직원들에 대한 부분까지 포함시켜 함께 협약을 해 왔고 이 사건 경영상 해고에 있어서도 노동조합이 협의에 나서 격렬한 투쟁 끝에 대상자 수를 당초 356명에서 282명으로 줄이기로 합의하는 데 성공한 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 경영상 해고가 실시되는 피고 은행 전사업장에 걸쳐 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 이 사건에 있어, 피고 은행이 위 조항의 문언이 요구하는 노동조합과의 협의 외에 경영상 해고의 대상인 3급 이상 직원들만의 대표를 새로이 선출케 하여 그 대표와 별도로 협의를 하지 않았다고 하여 이 사건 경영상 해고를 협의절차의 흠결로 무효라 할 수는 없는 것이다.

2) 노동조합이 근로자들의 과반수로 조직되지는 않았지만, 근로자들이 사용자와 경영상 해고에 관한 협의를 함에 있어서 노동조합이 근로자들을 대표하는 것으로 근로자들이 묵시적으로 인정한 경우 그 노동조합은 실질적인 대표성이 있다고 봄

【대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69*** 판결】

피고 회사 건설부문의 노동조합이 근로자들의 과반수로 조직되지는 아니하였지만, 1987년 노동조합 설립 이후 피고 회사와 노동조합 사이에 체결된 단체협약이 노동조합에 가입하지 아니한 피고 회사의 다른 모든 근로자들에게도 적용되었고 그 단체협약 제26조에 회사 경영상 종업원의 감원이 불가피할 시 조합과 협의하여 인원을 정리한다고 규정되어 있는 사실, 피고 회사가 이 사건 경영상 해고를 위하여 노동조합과 9회에 걸쳐 협의하는 동안 노동조합은 근로자들의 의견을 수렴하여 경영상 해고에 반대하고 수정안을 제시하면서 경영상 해고대상자 수를 250명에서 127명으로 절반 가까이 줄이는 등 실질적으로 근로자 전체를 위한 협상이 이루어진 사실, 그 과정에서 노동조합에 가입하지 아니한 근로자들이 노동조합의 대표성을 문제 삼은 흔적이 전혀 보이지 아니하고 오히려 경영상 해고대상자로 선정된 127명 중 원고를 제외한 126명은 대부분 노동조합원이 아님에도 불구하고 모두 노사협의 결과를 수용하여 희망퇴직에 응한 사실을 인정할 수 있는바, 그렇다면 피고 회사의 근로자들은 피고 회사와 경영상 해고에 관한 협의를 함에 있어서 노동조합이 근로자들을 대표하는 것을 인정하였다고 할 것이므로, 위 노동조합은 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 인정할 수 있다고 판단된다.

【대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15*** 판결】

근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에 경영상 해고에 관한 협의의 상대방이 형식적으로는 근로자 과반수의 대표로서의 자격을 명확히 갖추지 못하였더라도 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 볼 수 있는 사정이 있다면 위 절차적 요건도 충족하였다고 보아야 한다(대법원 2004. 10. 15. 선고 2001두1***, 1***, 1*** 판결 참조).

원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 원고 ○○○노동조합(이하 ‘원고 조합’이라 한다)은 참가인 근로자들의 과반수로 조직되지는 아니하였지만, 참가인과 사이에 12회에 걸쳐 이 사건 경영상 해고에 관하여 협의를 진행해 왔고, 그 과정에서 원고 조합은 물론 원고들을 포함한 근로자들 어느 누구도 원고 조합의 협의 권한에 관하여 이의를 제기한 바 없으며, 조합원이 아닌 근로자들도 참가인의 공고 내용, 위임장 등을 통하여 원고 조합이 참가인과 사이에 경영상 해고를 둘러싼 협의를 하고 있다는 사실을 잘 알고 있었고, 원고들은 이 사건 소 제기 이후에야 비로소 원고 조합의 자격 유무를 다투기 시작한 사정들을 알 수 있다.

이러한 사정들과 아울러 원심이 판시하고 있는 사유들을 함께 종합하여 보면, 참가인의 근로자들은 참가인과 경영상 해고에 관한 협의를 하면서 원고 조합이 근로자들을 대표하는 것을 인정하였다고 할 것이므로, 원고 조합은 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 인정할 수 있고, …(중략)… 참가인의 대표이사로부터 구조조정 협의에 관한 권한을 위임받은 경영본부장이 원고 조합과의 협의에 참석하여 원고 조합과 참가인 사이에서 12차례에 걸쳐 구조조정에 관한 협의를 하고 원고 조합의 의견을 반영하여 경영상 해고대상자 선정기준을 조정하고 명예퇴직금 지급액수를 증액하는 등 실질적인 협의를 충분히 이루어졌다고 본 원심의 판단 역시 수긍할 수 있다.

3) 근로자들의 과반수로 조직된 노동조합이 아니더라도, 근로자들의 의사를 충분히 반영하지 못할 특별한 사정이 있었다는 점에 대한 주장·입증이 없는 이상 위 노동조합과 협의에 대해서 사용자가 근로자대표와의 협의를 한 것으로 봄

【서울행정법원 1999. 10. 15. 선고 99구6*** 판결】

참가인(근로자)은 노동조합이 원고 회사 근로자들의 과반수로 조직되지 아니하였으므로 원고 회사가 노동조합과 협의를 한 것으로 볼 수 없다는 취지의 주장을 하나, 가사 원고 회사의 노동조합이 근로자들의 과반수로 조직되지 아니하였다고 하더라도, 달리 위 노동조합 외에 그 당시 원고 회사 근로자의 과반수에 의하여 근로자를 대표하는 자가 선정되어 있다거나 위 노동조합이 근로자들의 의사를 충분히 반영하지 못할 특별한 사정이 있었다는 점에 대한 주장·입증이 없는 이상, 위 노동조합이 원고 회사 근로자들의 과반수로 조직되지 아니하였다는 이유만으로 원고 회사가 근로자대표와의 협의를 하지 아니한 것으로 볼 수 없다.

4) 사용자가 관행적으로 사우회의 임원들을 근로자대표위원으로 인정하여 노사협의회를 구성해 운영해 왔다면, 사우회의 임원들에게 근로자대표로서의 자격을 인정해 노사협의회를 구성하여 경영상 해고에 대한 협의를 한 것은 정당하다고 봄

【대법원 2004. 10. 15. 선고 2001두1***, 1***, 1*** 판결】

원심은 제1심 판결을 인용하여, 1997. 12. 2자로 개정된 공단의 '노사협의회 규정'은 그 제4조 제2항에서 '근로자를 대표하는 위원은 사우회칙에서 정하는 직원으로 한다'라고 규정하고 있고, 1997. 4. 28.자로 개정된 공단의 '사우회칙'은 공단의 직원을 사우회의 회원으로 하며, 사우회는 '회원의 복리후생 증진 등 노사협약에 관한 사항'을 수행 사업 중 하나로 삼고 있는데, 회원이 기관별·부서별로 직접·비밀·무기명 투표로 운영위원을 선출하고, 임원은 운영위원회에서 직접·비밀·무기명 투표로 운영위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 선출하며, 임원은 노사협의회에서 근로자를 대표하는 위원이 되는 것으로 각 규정하고 있는데, 위와 같이 사우회의 수행 사업의 하나로 '노사협약에 관한 사항'이 사우회칙에 추가로 기재되기 이전부터 공단은 사우회의 임원들을 근로자대표위원으로 인정하여 노사협의회를 구성해 임금 문제를 비롯한 공단 직원의 복리후생의 증진과 관련된 여러 사항을 협의하여 왔고, 원고를 비롯한 공단 직원들은 이 사건에 이르기 전까지만 하더라도 그동안 이에 대하여 아무런 이의를 제기하지 아니하여 왔던 사실을 인정한 다음, 공단이 이미 오래 전부터 공단 직원들을 대표하여 노사협의를 할 권한을 가지는 것으로 최소한 묵시적으로나마 인정되어 온 사우회의 임원들에게 근로자대표로서의 자격을 인정해 노사협의회를 구성한 것은 정당하다고 판시하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해 또는 채증법칙에 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 볼 수 없다.

5) 조합원들의 탈퇴로 노동조합이 근로자대표성을 갖지 못하는 경우 근로자들이 구성한 직장협의회에서 근로자대표를 선출한 다음 근로자대표들과 4회에 걸쳐 경영상 해고의 기준 및 정리인원에 관하여 협의하여 그 기준안에 합의한 경우에는 성실한 협의를 거친 것으로 봄

【대법원 2003. 11. 13. 선고 2003두4*** 판결】

경영상 해고 기준안을 근로자들과 협의함에 있어 원고(근로자)가 노조위원장으로 있던 노동조합은 원고 외의 노조원들이 모두 탈퇴한 상태여서 근로자대표성을 갖지 않는다고 판단하여 근로자들로 하여금 직장협의회를 구성하고 근로자대표를 선출하도록 하여 근로자대표들과 4차례에 걸친 협의 끝에 직급별 경영상 해고 대상인원 및 그 기준을 정하고 그 기준에 의거하여 원고를 경영상 이유로 해고한 점을 모두 인정할 수 있다.

6) 노동조합이나 노사협의회가 아닌 회사 주도로 만들어진 다른 기구에 대해서도 그 기구의 평소 활동 내용을 고려하여 이 기구의 대표자들을 협의의 상대방이 된다고 판단한 경우도 있음

【대법원 2002. 8. 27. 선고 2000두6*** 판결】

원고 회사의 주니어보드는 1997. 4. 15.자 운영규정이 개정 전에는 사장의 직속기구였으나, 그 후에는 직원들의 복지후생, 인사관리, 근로조건의 유지 및 개선 등을 임무로 하는 전직원의 대표기구로서, 본사 주니어보드(사원, 대리, 과장의 직급별로 다시 나누어짐)와 현장 주니어보드로 구성되고, 각 주니어

보드의 위원과 대표는 직접·비밀·무기명 투표에 의한 과반수이상의 찬성으로 선출되었으며, 본사 주니어보드의 의장단이 전체 주니어보드를 사실상 대표하여 사용자 측과 정기회의를 가지면서 임금협약을 포함한 제반 근로조건 과반수로 조직되지 못하였던 관계로 그 공백을 보완하기 위한 것이었던 사실, 이에 따라 원고 회사는 1998. 1월경부터 노동조합 및 본사 주니어보드 의장단과 사이에 노사협의 및 회의를 개최하여 복지후생제도 변경 및 경상비 절감, 연월차휴가 사용, 수당조정 등에 관하여 협의함으로써 해고회피노력을 한 다음, 1998. 4월에는 고용조정 실시 및 대상자 선발기준에 관한 순차 협의를 한 결과 노동조합과 본사 주니어보드 의장단 모두 원고 회사의 방침에 동의하였던 사실을 알 수 있는바, 사정이 이러하다면, 원고 회사의 본사 주니어보드 의장단은 그 실질적인 지위 및 앞서 본 절차적 요건의 취지에 비추어 경영상 해고의 협의 대상인 ‘근로자의 과반수를 대표하는 자(근로자대표)’에 해당한다고 봄이 상당하고, 원고 회사가 이러한 본사 주니어보드 의장단은 물론이고 노동조합과도 위와 같은 협의를 한 것은 성실한 협의를 거친 경우에 해당한다.

7) 총 구조조정 인원 중 관리직의 감원규모만을 증가시킨 경우, 생산직이 대부분인 노동조합과의 협의 없이 사무직대표자협의회(관리직으로 구성)와 협의하였다고 하여 위법한 것은 아니라고 봄

【대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다14*** 판결】

다. 나아가 원심이 인정한 사실관계와 기록에 의하면, 피고(실제 행위 주체는 회생법원이 선임한 관리인이나, 편의상 ‘피고’라고 한다)는 2009. 4. 8. 관리직 297명을 포함하여 총 2,646명을 감원하는 인력 구조조정 방안을 발표한 사실, 회생절차의 조사위원인 ○○회계법인이 2009. 5. 6.자 조사보고서에서 구조조정을 실시하는 2009년 이후부터 경영정상화가 예정된 2013년까지 생산량 증대에 따른 인력충원이 필요한데, 기능직의 경우 2,670명에서 3,433명으로 760명의 증원이 예상되나, 관리직을 포함한 사무직은 1,852명에서 1,690명으로 160명의 축소가 예상된다고 한 사실, 피고는 2009. 5. 27. 기능직과 사무직 사이의 감원 비율의 형평성과 향후 경영이 정상화될 경우 기능직 근로자의 증원이 필요한 점 등을 고려하여 총 구조조정 인원 2,646명은 그대로 유지하면서 관리직의 감원 규모를 322명으로 증가한 사실, 피고는 ○○노동조합 ○○○지부가 구조조정과 관련한 협의를 거부하자 사무직 직원들로 구성된 사무직 대표자협의회와 관리직의 해고 규모 등에 관하여 협의한 사실을 알 수 있다.

위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고가 관리직의 감원 규모를 증가한 것은 적법한 것으로 봄이 타당하고, 그 과정에서 ○○노동조합 ○○○지부와 협의가 없었다고 하여 달리 볼 수는 없다.

8) 사용자가 경영상 해고 이전에 노동조합이나 노사협의회가 구성되어 있지 않는 관계로 각 직원들의 동의를 구하는 절차를 거친 경우에는 직원들과 상당한 방법으로 성실한 사전협의 요건을 충족하였다고 봄¹¹⁰²⁾

9) 사용자가 경영상 해고의 필요성과 계획을 통보하였고 그에 대해 일부 근로자들이 동의하고 퇴사한 경우, 성실한 협의요건을 충족하였다고 봄¹¹⁰³⁾

1102) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2002다21*** 판결

1103) 서울고등법원 2010. 4. 13. 선고 2009누25*** 판결(대법원 2010. 7. 8.자 2010두7*** 판결에서 심리불속행 기각으로 확정됨)

10) 근로자대표성을 가지는 기관의 임원이 그 임기가 만료된 경우에도 후임자 선출 시까지 그 직무를 담당하도록 규정한 경우, 그 기관이 사용자와 한 협의를 인정함

【서울고등법원 2013. 6. 28. 선고 2012누10*** 판결¹¹⁰⁴⁾】

가) 근로기준법 제31조 제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(근로자대표)에 대하여 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다는 절차적 요건을 규정한 것은, 같은 조 제1항 및 제2항이 규정하고 있는 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불기피한 경영상 해고라 하더라도 협의 과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 취지이다(대법원 2002. 8. 27. 선고 2000두6*** 판결).

나) 관리직협회의 2009. 4. 14.자 임원 임기 연장 결의의 효력이 인정되지 아니함으로 인하여 관리직협회가 근로자대표성을 상실하였는지에 관하여 보건대, 갑 제12, 13호증의 각 기재 및 당심 증인 안병규의 일부 증언만으로는 위 임기 연장 결의가 효력이 없는 불법적인 것이라고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 설령 위 결의의 효력이 인정되지 않는다고 하더라도 위 인정사실에 의하면 관리직협회 운영규정 제7조 제3호는 위원이 그 임기가 만료될 경우라도 그 후임자가 선출될 때까지 계속 그 직무를 담당하도록 하고 있고, 제6대 관리직협회의 임원들이 선출된 이후 새로운 임원이 선출되지 않았으므로 관리직협회는 위 결의의 효력과 무관하게 여전히 근로자대표기관으로서 이 사건 각 경영상 해고를 피하기 위한 방법 및 기준 등에 관하여 협의할 대표권을 가진다고 보아야 한다.

따라서 ○○○○개발이 이 사건 각 경영상 해고에 앞서 관리직협회와 여러 차례 인력감축에 관한 협의를 하였고, 2011. 1. 12.경 경영상 해고의 규모, 선정기준 등에 대한 합의에 이른 사실은 앞서 본 바와 같으므로 ○○○○개발은 경영상 해고에 앞서 근로자대표와 성실한 협의를 하였다고 봄이 상당하다.

제5장
경영상 해고

나. 근로자대표성을 부정한 사례

1) 사용자가 비조합원인 1, 2급 직원들을 대상으로 먼저 경영상 해고를 진행하면서 그들을 대표할 수 없는 노동조합을 협의의 상대방으로 삼은 경우에는 노동조합의 근로자대표성을 부정함

【대법원 2003. 7. 8. 선고 2001두7*** 판결】

사용자가 근로자들 중의 일부 직급을 대상으로 경영상 해고를 실시하려면, 대상이 되는 근로자들이 노동조합원이라거나 노동조합원은 아니지만 그들의 의사에 따라 노동조합에 사용자와의 협상을 위임한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 대상이 되는 근로자들을 대표할 수 있는 자와 경영상 해고에 관한 협의를 진행하여야 할 것이고, 대표성을 지니지 못한 노동조합과 협의를 진행할 수는 없다고 할 것이다. 만약 이와 달리 해석한다면, 일부 계층의 근로자들로 하여금 자신들의 의사와 이익을 제대

1104) 대법원(대법원 2013. 11. 28.자 2013두17*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

로 반영할 수 없는 자에게 운명을 맡기는 것을 감수하도록 하는 결과가 될 것이다. 특히 이 사건과 같이, 애당초 노동조합의 가입대상도 아닌 데다가 노동조합과 갈등관계를 빚기 쉬운 중상급 관리직 근로자들이 경영상 해고의 대상이 된 경우, 이들에 대한 경영상 해고를 노동조합과 협의하도록 방치한다면, 이들을 경영상 해고 제한에 관한 법적 보호의 사각지대에 놓이게 하는 결과를 초래할 뿐이다.

그런데 이 사건의 경우 참가인 법인은 비조합원인 1, 2급 직원들을 대상으로 먼저 경영상 해고를 진행하면서 그들을 대표할 수 없는 노동조합을 협의의 상대방으로 삼았을 뿐만 아니라, 그마저도 노동조합과 사이에 1, 2급 직원들의 해고대상자 선정기준이나 그들에 대한 해고회피방안 등에 대하여는 별다른 협의도 진행하지 않은 채 노동조합장에게 일방적으로 해고대상자 선정기준을 통보한 직후 1, 2급 직원들 중 해고대상자를 선정한 점 등에 비추어 보면, 참가인 법인이 근로자들과 성실한 협의를 거쳐 이 사건 해고를 한 것으로 볼 수 없다.

2) 근로자대표가 경영상 해고대상 근로자들과 이해관계가 없는 근로자로 구성되어 있는 경우에는 사용자가 성실한 협의 절차를 거쳤다고 보지 않음

— 【대법원 2005. 9. 29. 선고 2005두4*** 판결¹¹⁰⁵⁾】 —

경영상 해고 시 근로자들의 이해관계를 대변할 수 있는 조직과의 협의를 통하여 이해관계를 조절함을 목적으로 하고 있는 근로기준법 제31조 제3항의 취지에 비추어 보면, 근로자 중 주로 4급 이상의 직원을 감원하기로 하는 경우 4급 이상 직원들의 이해관계를 대변할 수 있는 근로자대표와의 협의도 필요하다고 해야 할 것인데, 서울R병원이 경영상 해고와 관련하여 협의하였다고 하는 근로자대표는 신○○을 제외하고는 모두 5급 이하의 직원, 고용원, 기능직 직원들로 구성된 근로자대표와 근로자의 과반수를 넘지 않고 주로 5급 이하의 근로자로 구성된 노동조합이라는 것이고, 위 근로자대표와 노동조합 조합원은 대부분 경영상 해고대상자가 아니어서 이 사건 경영상 해고와 거의 이해관계를 갖고 있지 아니하므로, 위와 같은 근로자대표 및 노동조합과의 감원에 대한 협의는 근로자대표와 성실한 협의를 하였다고 볼 수 없다.

4.2 사전협의의 정도 및 방법

가. 사전협의의 정도 및 방법에 있어 정당성을 인정한 사례

1) 사용자와 노동조합이 희망퇴직금 지급에 합의하고 인원감축 정원에 대한 합의서를 작성하였으며 경영상 해고대상자 선정기준에 있어 노조의 다면평가 반영 요청을 사용자가 받아들인 경우, 사용자의 성실한 협의를 인정함

1105) 위 판례는 앞에서 제시한 대법원 2001다29*** 판결과 달리, ‘성실한 협의’ 판단의 전제로서 근로자대표가 실질적으로 경영상 해고대상 근로자들의 이해관계를 대변할 수 있는지 여부를 판단한 점에서 의미가 있음

【서울고등법원 2010. 12. 31. 선고 2010누16*** 판결¹¹⁰⁶⁾】

원고 법인이 이○○ 등과 성실한 협의를 거쳤는지 여부에 관하여 보면, ...(중략)... 다음 각 사정 즉 ① 원고 법인은 2009. 1. 19. 이○○ 등 근로자대표 사이에 1년 이상 근속한 직원에 대해서도 희망퇴직을 할 수 있고 희망퇴직금을 지급할 수 있다는 점에 관하여 합의한 점, ② 또한 원고 법인은 2009. 1. 28. 근로자대표 사이에 정부의 공공기관 경영효율화 방침에 따라 구조조정 대상자를 선정하는 것에 관하여 인사규정 제54조의 직권면직 기준에 따라 대상자를 선정하되, 인원감축은 정원의 10%만 하고 유효기간은 당해 연도에 한하는 것으로 협의하고 합의서(갑 제23호증의 1)에 서명한 점, ③ 원고 법인의 인사규정상 직권 면직의 기준은 징계처분 사실, 업무성적, 직무수행능력 등을 고려하는 것으로 되어 있는 점, ④ 근로자대표들은 원고 법인이 합의서를 작성한 뒤 구조조정 대상자 선정을 위한 세부적인 기준을 마련할 때 다면평가 등을 반영해 줄 것을 적극적으로 요청하였고 원고 법인이 실제로 다면평가 등의 기준으로 대상자를 선정한 점 등을 종합하여 볼 때, 원고 법인이 근로자대표와 사이에 경영상 해고 여부와 해고를 피하기 위한 방법으로서 희망퇴직 및 구조조정 대상자 선정을 위한 기준에 관하여 충분한 협의를 거쳤다고 할 것이다.

2) 사용자가 경영상 해고 계획 통보 전에 수차례 협의하였고, 통보 후에도 근로자대표와 **수차례 협의를 시도하고 의견제출의 기회를 주었다면 ‘성실한 협의’를 거친 것으로 봄**

【서울고등법원 2006. 10. 20. 선고 2005누30*** 판결¹¹⁰⁷⁾】

참가인 회사는 이 사건 경영상 해고 이전인 2004. 초순경 노동조합에게 수차례에 걸쳐 회사의 경영상황을 설명하면서 해고회피 방안 등을 협의하였고, 이 사건 경영상 해고 계획을 통보한 이후에도 수차례에 걸쳐 노사협의회, 노사간담회를 개최하여 해고회피 방안, 배치전환문제 및 해고대상자 선정기준에 대한 협의를 시도하였다.

또한 참가인 회사는 2004. 6. 22. ○○지방노동사무소에 경영상 해고계획서를 제출하고, 그 후 노동조합에게 해고대상자 명단과 경영상 해고 예정일을 통보하였으며, ○○지방노동사무소의 중재로 3차례에 걸쳐 노동조합과 간담회를 개최하여 경영상 해고 방안 등에 관하여 협의한 사정을 종합하면, 참가인 회사는 이 사건 경영상 해고에 앞서 노동조합 및 근로자대표와 성실한 협의를 거쳤다고 할 것이다.

3) 경영상 해고 당시 사용자가 해고대상자 기준을 마련하고 노동조합에 수차례에 걸쳐 이에 대한 **의견을 제출하여 줄 것을 요청하였으나 노동조합이 이에 대하여 아무런 의견을 제시하지 아니한 경우**, 경영위기의 심각성, 합병 혹은 퇴출을 피하기 위하여 조직통폐합, 인력감축 등 재무구조개선을 위한 조치를 이행하여야만 할 사정 등 그 밖의 여러 사정을 종합하여 근로자대표와의 성실한 협의를 인정함

1106) 대법원(대법원 2011. 4. 28.자 2011두3*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

1107) 대법원(대법원 2007. 2. 9.자 2006두18*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2010. 4. 30. 선고 2009누26***판결¹¹⁰⁸⁾】

참가인(사용자)이 ○○○컨설팅으로부터 컨설팅 결과를 받고, 2008. 2. 1.부터 2008. 2. 29.까지 8차례에 걸쳐 참가인 회사 노동조합에 대하여 구조조정 실시 인원 및 부서 정리 문제를 협의하기 위하여 노사협의회를 개최하여 의견을 제출할 것을 통보하였는데, 참가인 회사 노동조합은 참가인 회사가 2007. 5. 28.부터 생산성 향상을 위하여 생산 라인별로 잉여인원을 파악하여 외주제작 품목 중 일부 제품을 참가인 회사 내부에서 생산하는 방식으로 경영합리화를 추진하다가 2008. 1. 31. 아무런 노사협의를 거치지 않고 일방적으로 이 사건 구조조정을 실시하기로 결정하였다는 이유로, 참가인 회사에 대하여 이 사건 구조조정의 실시 여부에 대한 단체교섭을 요구하면서 참가인 회사의 위와 같은 요구에 아무런 의견을 제출하지 않은 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 3호증, 갑 4호증 1내지 4, 갑 9호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이를 인정할 수 있다.

위 인정 사실에, 비록 참가인 회사 단체협약 제34조 제2항이 “회사가 조합원을 경영상의 이유로 해고하고자 할 때는 60일 이전에 본인과 조합에 통보하고, 해고수당을 지급하여야 하며, 노사합의하여 시행한다.”라고 규정하고 있으나, 경영상 해고나 사업조직의 통폐합, 공기업의 민영화 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고(대법원 2006. 5. 25. 선고 2002도5*** 판결 등 참조), 참가인 회사 단체협약 제34조 제2항의 규정상 경영상 해고의 구체적인 시행만을 사용자와 근로자대표의 합의에 의하도록 하고 있을 뿐, 그 실시 여부에 관하여 노사합의할 것을 규정하고 있지 않으므로, 설령 참가인 회사가 이 사건 구조조정의 실시 여부를 노사합의로 결정하지 않았다고 하더라도, 참가인이 위 단체협약 제34조 제2항의 규정에 위반하였다고 할 수 없는 점 등의 사정을 종합하면, 참가인 회사는 위와 같이 참가인 회사 노동조합과 사이에 이 사건 구조조정의 인원 및 부서, 경영상 해고대상자 선정기준 등에 관하여 협의하기 위하여 성실하게 노력하였다고 할 것이다.

4) 사용자의 협의요청을 노조가 특별한 이유 없이 거부한 경우, 노조의 협의권 남용으로 보아 ‘성실한 협의’ 요건을 충족한 것으로 봄

【서울고등법원 2008. 7. 1. 선고 2007누34*** 판결¹¹⁰⁹⁾】

참가인(1991. 2. 설립된 이래 ○○자동차 주식회사와 사이에 직접 탁송용역계약을 체결하고 T/P(Trans Porter) 차량으로 ○○자동차 주식회사가 생산한 완성차를 전국의 출고지로 운송하는 업무를 영위하는 회사)이 수차에 걸쳐 노조 및 T/P차량 운전기사들에게 지입차주제 전환의 필요성을 알린 사실, 이에 따라 대부분의 T/P차량 운전기사들이 지입차주제 전환에 응한 사실, 그 후 참가인이 ‘만약 원고들이 지입차주제 전환에 응하지 아니하면 경영상 해고를 할 수밖에 없음’을 알리면서 노조에 협의를 요청한 사실, 그런데 노조가 참가인의 협의요청을 별다른 이유 없이 무시한 채 지입차주제 전환에 대한 논의 자체를 거부하면서 자동차처분금지가처분을 신청하는가 하면 단체협상에서 참가인의

1108) 1심 판결(서울행정법원 2009. 8. 21. 선고 2008구합44*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 9. 9.자 2010두10*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

1109) 1심 판결(서울행정법원 2007. 11. 23. 선고 2007구합19*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 25.자 2008두12*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

경영사정을 전혀 고려하지 아니한 채 무리한 요구를 한 사실을 알 수 있는바, 이에 비추어 보면 노조는 그 협의권을 남용하여 경영상 해고 관한 참가인과의 협의를 거부하였다고 봄이 상당하고, 참가인은 이 사건 해고를 함에 있어서 노동조합이나 근로자 측과 성실히 협의할 의무를 다하였다고 할 것이다.

나. 사전협의의 정도 및 방법에 있어 정당성을 부정한 사례

1) 사용자가 사업장별 대책회의 개최라는 형식을 갖추기는 하였으나 사실상 사용자 측에서 마련한 구조조정 계획 및 그 기준을 근로자들에게 일방적으로 전달함에 그쳤을 뿐인 경우에는 근로자대표로 선정된 자와 해고회피 방안이나 해고의 방법, 해고기준 등에 관하여 실질적으로 협의를 거친 것으로 보지 않음

【서울고등법원 2010. 11. 24. 선고 2010누12*** 판결】

근로기준법 제24조 제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수를 대표하는 사람(근로자대표)에게 미리 통보하고 성실히 협의하여야 한다고 하여 경영상 해고 절차적 요건을 규정한 것은, 같은 조 제1, 2항이 규정하고 있는 경영상 해고의 실질적 요건을 충족하는 것을 담보하는 것과 함께 비록 불가피한 경영상 해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서이다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29*** 판결 참조).

참가인은 2008. 11. 10. 임원회의에서 인력 구조조정을 시행하기로 의결한 후 전략기획실에서 그 구체적 방안을 수립하여 부서장들에게 전자우편을 전달하고, 1차적으로 희망퇴직 및 무급휴직 신청을 받았으나 희망자가 불과 1명밖에 없자, 2008. 11. 17. 회사에서 마련한 인력평가기준표를 각 부서장들에게 전자우편으로 발송하면서 위 기준에 따른 부서별 인력평가를 다음 날인 2008. 11. 18.까지 작성할 것을 지시하였을 뿐 그 이전에 임원을 제외한 근로자들에게 해고를 피하기 위한 방법 및 해고대상자 선정 기준에 관하여 통보하거나 협의한 사실이 없다.

참가인이 2008. 11. 17. 사업장별로 대책회의를 실시하여 그 자리에 참석한 근로자들에게 인원감축의 필요성을 설명하고 회사 측에서 정한 구조조정 기준에 따라 해고대상자를 선정하겠다고 알렸으나, 부서장에게 2008. 11. 18.까지 정해진 인력평가기준표에 따른 점수를 작성할 것을 지시하였고, 곧바로 구조조정 대상자 선정에 들어가 2008. 11. 21. 조직개편에 따른 인사발령을 하였다. 위와 같은 구조조정 대상자 통보 및 선정 경위에 비추어 볼 때, 참가인은 회사에서 마련한 구조조정 계획 및 그 기준을 근로자에게 일방적으로 전달하면서 희망퇴직 및 무급휴직 신청을 권하였을 뿐 근로자대표로 선정된 자와 해고회피 방안이나 해고 방법, 해고 기준 등에 관하여 실질적으로 협의를 하였다고 보기 어렵다. 이 사건 해고는 근로기준법 제24조 제3항에서 정한 절차를 거치지 않고 이루어졌다.

2) 사용자가 1차 경영상 해고 당시 노동조합과 사전협의를 하였으나, 약 5개월이 지난 시점에 2차 경영상 해고를 하면서 다시 사전협의를 하지 않은 경우, 경영상 해고가 위법하다고 봄

【서울행정법원 2005. 9. 15. 선고 2005구합5*** 판결】

근로자들에게 1차 구조조정이 있었던 2003. 8.경으로부터 이미 상당한 기간이 경과한 이후인 2004. 2. 11. 시행된 이 사건 구조조정계획에 의한 경영상 해고 등은 쉽사리 예상할 수 없었던 것이므로, 정리회사(사용자)가 2003. 7. 28. 노동조합에 대하여 '회사경영 구조조정 계획통보'를 한 바 있고, 그 이후인 2003. 8.경 근로자대표로 선출된 노○○과의 사이에 구조조정에 관한 협의가 있었다고 하더라도, 위 통지와 협의가 이 사건 경영상 해고를 포함하는 2004. 2. 11. 이후 시행된 구조조정을 위한 통지와 협의로까지 보기 어려운 점을 종합하여 보면, 정리회사는 이 사건 근로자들에 대하여 이 사건 경영상 해고를 함에 있어 근로기준법 제31조 제3항에서 정한 협의를 거치지 아니한 것이므로, 이 사건 경영상 해고는 위법하다.

3) 구조조정 협의를 시작한 지 1개월 만에, 더욱이 노조에게 구조조정의 필요성을 뒷받침할 만한 자료를 주지 아니한 상태에서 바로 경영상 해고 전단계로서 명예퇴직 희망자를 모집한 사정 등이 있는 경우에는 사용자의 성실한 협의를 부정함

【서울행정법원 2009. 1. 16. 선고 2008구합12*** 판결】

원고는 이 사건 노조와 구조조정에 관한 협의를 시작한 지 1개월 만에 더욱이 이 사건 노조에게 구조조정 자체의 필요성을 뒷받침할 만한 자료를 주지 아니한 상태에서 곧바로 경영상 해고의 직전단계로서 명예퇴직 희망자를 모집하였던바, 이에 비추어 보면 원고는 애초부터 인원감축을 목표로 하였던 것으로 보인다.

또한 원고는 자신이 이 사건 해고를 위한 협의에서 이 사건 노조에게 퇴사자 처리 시행규칙[노사가 구조조정에 합의하지 못할 경우 명예퇴직자를 모집하고, 명예퇴직희망자가 없을 경우 근무실적(4점), 입사연월(3점), 연령(2점) 등의 기준으로 경영상 해고대상자를 선정한다는 내용을 제시하였다고 주장하는 데 대하여, …(중략)… 그런데 원고가 당시 이 사건 노조에 협의진행상황을 모두 내용증명우편으로 통지하였음에도 불구하고 위 시행규칙은 이를 같은 방식으로 통지하지 아니한 점, …(중략)… 따라서 이와 다른 전제에서 이 사건 해고의 기준에 관하여 이 사건 노조와 성실하게 협의하였다고 보기도 어렵다.

4) 약 1개월 동안 노조 측과 6차례에 걸쳐 노사협의회를 개최하였으나 이러한 절차가 근로자들을 해고하기 위한 형식일 뿐인 것이라면 실질적으로 노조와 성실하게 협의하였다고 보지 않음

【서울고등법원 2009. 3. 24. 선고 2008누24*** 판결¹¹¹⁰⁾】

나아가 원고 회사가 한 달 남짓 기간 동안 노동조합 측과 6차례에 걸친 노사협의회를 가진 뒤 노동조합 측과 해고의 기준이나 해고조건 등에 관하여 합의가 성립되지 아니함을 이유로 일방적으로 이 사건 경영상 해고를 단행한 점에 비추어 보면, 원고 회사는 생산직 근로자들을 해고하기 위한 절차로써 노동조합 측과의 노사협의회 개최라는 형식을 갖추었을 뿐 실질적으로 근로자대표와 성실하게 협의하였다고 볼 수도 없다.

1110) 1심 판결(서울행정법원 2008. 7. 8. 선고 2007구합29*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법

5) 노동조합이 계속 협의할 의사를 갖고 있었고 계속 협의하는 경우 원만한 합의점에 이르렀을 개연성이 충분함에도, 사용자는 교섭 창구 단일화 절차가 진행되는 경우 노조가 쟁의행위를 할 수 없다는 점을 악용하여 교섭요구 사실공고를 하고 노조와의 협의를 일방적으로 중단한 채 경영상 해고를 한 경우, 경영상 해고 절차가 위법하다고 봄

【서울고등법원 2014. 9. 24. 선고 2013누17*** 판결¹¹¹¹⁾】

1) 참가인은 이 사건 합의서를 작성하고 불과 열흘이 지난 2011. 9. 2.부터 경영 정상화 방안에 대한 합의가 성립되지 않았음을 이유로 일방적으로 이 사건 경영상 해고에 착수하였다. 그런데 앞서 판단한 것처럼 참가인이 이 사건 경영상 해고를 실시할 당시 파산의 위험에 직면할 정도로 경영이 악화되어 있었다고 보기는 어렵고, 경영상 해고 이외의 다른 대안을 마련하기 위해서 이 사건 노조와 추가 협의를 진행할 정도의 시간은 있었다고 보인다. 비록 ○○은행이 참가인의 신용위험을 세부평가한 후 부실 징후기업으로 선정되었음을 통보하기도 하였으나, 그 시기는 '2011. 10. 6.'로서 참가인이 일방적으로 이 사건 경영상 해고 절차를 진행하기 시작한 이후였다.

...(중략)... 이 사건 합의서의 내용과 그 작성 경위에 관한 2011. 8. 23.자 회의록의 내용, 당시까지 진행된 노사 간 협의 경과 등을 살펴보면, 이 사건 노조와 참가인 측은 기본급 삭감이나 경영상 해고 실시 등에 대하여 의견 대립이 지속되기는 하였으나, 이 사건 합의서를 작성할 무렵에 이르러 참가인이 기존의 경영상 해고 계획을 철회하는 대신 양측이 협력하여 인력 감축을 제외한 다른 경영 정상화 방안을 모색하기로 합의하였다고 판단된다.

2) ...(중략)... 이 사건 노조는 참가인이 이 사건 경영상 해고 실시를 통보한 2011. 9. 2.까지도 참가인 측과 경영 정상화 방안에 대하여 계속 협의할 의사를 갖고 있었고, 원고들의 구제신청 후 중앙노동위원회 회의 권고에 따라 화해교섭이 진행될 당시 기능직 근로자 중 매월 최소 30명의 무급 휴직 실시 방안을 제시하기도 하였다. 이러한 사정들에 비추어 볼 때, 참가인이 순환휴업의 규모에 대하여 이 사건 노조와 추가 협의를 시도하였다면 양측이 원만한 합의점에 이르렀을 개연성이 충분하다. ...(중략)... 그 밖에 참가인이 이 사건 경영상 해고 절차에 돌입할 당시 노사 간 존재하였던 이견 역시 그 의견을 절충하는 것이 불가능하였다고 인정하기에 충분한 증거가 없다.

4) 복수노조제도의 시행에 따라 참가인의 경우에도 기존에 설립되어 있었던 이 사건 노조 이외에 2011. 8. 17.경 조합원 수를 32명으로 하는 ○○○○○ 노동조합이 새로 설립되었다. 그런데 참가인은 이 사건 노조와 최종 협의를 한 2011. 8. 31.의 바로 다음 날인 2011. 9. 1. 교섭요구 사실을 공고한 후 2011. 9. 2. 바로 이 사건 경영상 해고를 실시하겠다는 뜻을 이 사건 노조에 통보하였다. 이러한 사정들에 비추어 볼 때, 참가인은 교섭요구 사실의 공고로 복수노조 사이의 교섭 창구 단일화 절차가 진행됨에 따라 이 사건 노조에서 가장 강력한 단결권 행사 수단인 쟁의행위를 할 수 없다는 점을 활용하여 이 사건 노조와의 추가 협의를 일방적으로 중단한 채 이 사건 경영상 해고 절차에 나아간 것으로 보여지기가 충분하다.

(6) 소결론

이 사건 경영상 해고의 경우 당시 참가인에게 긴급한 경영상의 필요성이 있었음은 인정되나, 그 밖에 근로기준법 제24조에 의하여 요구되는 경영상 해고의 요건을 충족하였다고 판단되지 않는다.

원 2009. 6. 25.자 2009두6*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨
1111) 대법원(대법원 2015. 2. 12.자 2014두13*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

4.3 사전통보기간 위반의 효과

사용자가 60일(현행 근로기준법 50일) 이전까지 해고의 기준 등을 노동조합이나 근로자대표에게 통보하지 않았다고 하더라도, 60일 기간의 준수는 **경영상 해고의 효력요건이 아니므로 기타 요건이 충족되었다면 경영상 해고가 유효하다고 봄**

【 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003두4*** 판결 】

그리고 앞서 본 규정이 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준을 해고실시 60일 이전까지 근로자대표에게 통보하게 한 취지는 통보의 대상인 소속 근로자의 인원수와 그의 소재지의 원근 등 구체적 사정에 따라 그 통보를 전달하는 데 소요되는 시간, 그 통보를 받은 각 근로자들이 통보 내용에 따른 대처를 하는 데 소요되는 시간, 근로자대표가 성실한 협의를 할 수 있는 기간으로서 모자라지 않게 허용하기 위하여 모든 경우에 통용될 기간을 규정한 것이어서 60일 기간의 준수는 경영상 해고의 효력요건은 아니라 할 것이고, 구체적 사안에서 통보 후 경영상 해고 실시까지의 기간이 그와 같은 행위를 하는 데 소요되는 시간으로 부족하였다는 등의 특별한 사정이 없으며, 경영상 해고의 그 밖의 요건은 충족되었다면 그 경영상 해고는 유효하다고 하겠다.

5. 기타 경영상 해고 관련 논점

5.1 단체협약의 경영상 해고동의조항 관련

가. 단체협약의 ‘합의’의 의미를 ‘협의’로 본 사례

단체협약의 경영상 해고 ‘**합의**’규정이 있는 경우에도 **단체협약의 체결 경위와 당시의 상황, 단체협약의 전체적인 체계 및 내용 등에 비추어** 사전에 노조에게 해고의 기준 등에 관하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 사용자로 하여금 이를 참고하게 함으로써 구조조정의 합리성과 공정성을 담보하고자 하는 ‘**협의**’의 취지로 해석할 수 있다고 봄

【 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5*** 판결 】

사용자가 경영권의 본질에 속하여 단체교섭의 대상이 될 수 없는 사항에 관하여 노동조합과 ‘합의’하여 결정 혹은 시행하기로 하는 단체협약의 일부 조항이 있는 경우, 그 조항 하나만을 주목하여 쉽게 사용자의 경영권의 일부포기나 중대한 제한을 인정하여서는 아니되고, 그와 같은 단체협약을 체결하게 된 경위와 당시의 상황, 단체협약의 다른 조항과의 관계, 권한에는 책임이 따른다는 원칙에 입각하여 노동조합이 경영에 대한 책임까지도 분담하고 있는지 여부 등을 종합적으로 검토하여 그 조항에 기재된 ‘합의’의 의미를 해석하여야 할 것이다.

기록에 의하면, 공사와 노조가 체결하여 위 각 쟁의행위 당시 시행되던 단체협약 제28조 제3호에는 “경영상 해고나 사업장조직 통폐합에 따른 직원의 해고 시 노조와 사전에 합의한다.”라고 규정되어 있음을 알 수 있으나, 한편 위 단체협약 제21조에는 “공사의 조직개편 및 정원 변경 시 조합과 사전에 성

실히 협의한다.”라고, 제22조 제1항에는 “공사는 합리적이며 공정한 인사제도를 확립·운영함으로써 직원의 인사관리에 공정성이 보장되도록 하여야 한다. 다만, 인사결과에 대하여 조합이 이의가 있을 때에는 의견을 제출할 수 있다.”라고 각 규정되어 있는 점, 위 단체협약 체결 당시 공사는 정부가 100% 출자한 공기업으로서 노동조합에게 경영에 대한 책임까지도 분담시켜 노·사가 공사를 공동경영하기로 방침을 정할 상황이 아니었던 점 등 위 단체협약의 체결 경위와 당시의 상황, 단체협약의 전체적인 체계 및 내용 등에 비추어 보면, 위 단체협약 제28조 제3호는 공사가 경영상 해고 등 경영상 결단을 하기 위하여는 반드시 노조의 사전동의를 요건으로 한다는 취지가 아니라 사전에 노조에게 해고의 기준 등에 관하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 공사는 노조의 의견을 성실히 참고하게 함으로써 구조조정의 합리성과 공정성을 담보하고자 하는 ‘협의’의 취지로 해석함이 상당하다 할 것이므로, 앞에서 본 사실관계와 같이 공사가 수차 노조에 창통폐합의 불가피성을 설득하며 그에 따른 해고문제를 협의하려고 노력하였음에도 노조는 창통폐합의 백지화만 고집하면서 쟁의행위에 나아간 이 사건에서 위 단체협약 제28조 제3호의 규정에 의하여 이 사건 쟁의행위가 그 목적의 정당성을 부여받을 수도 없다 할 것이다.

— 【 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15*** 판결¹¹¹²⁾ 】 —

의사표시의 해석은 표시된 문언에 따라 해석함이 원칙이나, 여기서의 문언해석은 당해 조항만이 아니라 이를 포함하는 의사표시 전체의 취지 속에서 당해 조항의 문언이 가지는 의미를 찾아야 하고, 또 그 의사표시를 하게 된 경위와 당시의 상황 및 분위기, 당위성 등을 참작하여 규범적인 해석이 필요한 경우도 있다(대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7*** 판결 참조).

경영권의 본질에 속하여 단체교섭의 대상이 될 수 없는 사항에 관하여 사용자가 노동조합과 ‘합의’하여 시행한다는 취지의 단체협약의 일부 조항이 있는 경우, 그와 같은 단체협약을 체결하게 된 경위와 당시의 상황, 단체협약의 다른 조항과의 관계, 권한에는 책임이 따른다는 원칙에 입각하여 노동조합이 경영에 대한 책임까지도 분담하고 있는지 여부 등을 종합적으로 검토하여 그 조항에 기재된 ‘합의’의 의미를 해석하여야 한다(대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7*** 판결, 대법원 2010. 11. 11. 선고 2009도4*** 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도11*** 판결 등 참조).

원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 단체협약 조항에 대하여 판시와 같은 이유를 들어 사전에 원고 조합에 해고 기준 등에 관하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 원고 조합의 의견을 성실히 참고함으로써 구조조정의 합리성과 공정성을 담보하고자 하는 협의의 취지로 해석된다고 본 원심의 판단에, 상고이유에서 주장하는 바와 같이 단체협약의 해석을 그르친 위법이 있다고 보기 어렵다.

나. 단체협약의 ‘합의’의 의미를 ‘합의’로 본 사례

노사 쌍방 간의 협상에 의한 최종 합의 결과 단체협약에 경영상 해고에 관하여 사전 ‘협의’와 의도적으로 구분되는 용어를 사용하여 노사 간 사전 ‘합의’를 요하도록 규정하였다면, 이는 노사 간에 사전 ‘합의’를 하도록 규정한 것이라고 해석함이 상당하다고 봄

1112) 경영상 해고에 긴박한 경영상 필요성이 없으며, 경영상 해고대상자 전원이 조합원으로 전·현직 간부, 대의원, 교섭위원 등 노조 활동에 열성적인 근로자들을 해고하였으므로 부당노동행위에 해당한다며 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 한 사안으로 단체협약상에 ‘고용은 보장되어야 한다’ 내지 ‘경영상 해고는 60일 전 통보하고 협의 후 합의한다’라는 의미에 대해서는 협의 규정으로 판단한 사안임

【대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38*** 판결】

가. 단체협약의 인사협의(합의)조항에 노동조합 간부의 인사에 대하여는 사전 ‘협의’를, 조합원의 인사에 대하여는 사전 ‘협의’를 하도록 용어를 구분하여 사용하고 있다면, 교섭 당시 사용자의 인사권에 대하여 노동조합 간부와 조합원을 구분하여 제한의 정도를 달리 정한 것으로 보아야 하고, 그 정도는 노동조합 간부에 대하여는 조합원에 대한 사전 협의의 경우보다 더 신중하게 노동조합 측의 의견을 참작하여야 한다는 정도의 차이만 있는 것으로 볼 수는 없는 것이므로, 조합원에 대한 인사권의 신중한 행사를 위하여 단순히 의견수렴절차를 거치라는 뜻의 사전 ‘협의’와는 달리, 노동조합 간부의 인사에 대하여는 노동조합과 의견을 성실하게 교환하여 노사 간에 ‘의견의 합치’를 보아 인사권을 행사하여야 한다는 뜻에서 사전 ‘협의’를 하도록 규정한 것이라고 해석하는 것이 타당하다(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50263 판결 등 참조). 그리고 경영상 해고는 근로자에게 귀책사유가 없는데도 사용자의 경영상의 필요에 의하여 단행되는 것으로서, 경영상 해고의 대상과 범위, 해고회피 방안 등에 관하여 노동조합의 합리적인 의사를 적절히 반영할 필요가 있고, 노사 쌍방 간의 협상에 의한 최종 합의 결과 단체협약에 경영상 해고에 관하여 사전 ‘협의’와 의도적으로 구분되는 용어를 사용하여 노사간 사전 ‘합의’를 요하도록 규정하였다면, 이는 노사 간에 사전 ‘합의’를 하도록 규정한 것이라고 해석함이 상당하고, 다른 특별한 사정 없이 단지 경영상 해고의 실시 여부가 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항이라는 사정을 들어 이를 사전 ‘협의’를 하도록 규정한 것이라고 해석할 수는 없다. 한편 사용자가 위와 같이 인사처분을 함에 있어 노동조합의 사전 동의나 승낙을 얻어야 한다거나 노동조합과 인사처분에 관한 논의를 하여 의견의 합치를 보아 인사처분을 하도록 단체협약 등에 규정된 경우에는 그 절차를 거치지 아니한 인사처분은 원칙적으로 무효로 보아야 할 것이지만, 이처럼 사전합의조항을 두고 있다고 하더라도 사용자의 인사권이 어떠한 경우라도 노동조합의 동의나 합의가 있어야만 행사할 수 있는 것은 아니고, 노동조합이 사전합의권을 남용하거나 스스로 사전합의권의 행사를 포기하였다고 인정되는 경우에는 사용자가 이러한 합의 없이 한 인사처분도 유효하다고 보아야 한다. 여기서 노동조합이 사전합의권을 남용한 경우라 함은 노동조합 측에 중대한 배신행위가 있고 이로 인하여 사용자 측의 절차의 흠결이 초래되었다거나, 인사처분의 필요성과 합리성이 객관적으로 명백하며, 사용자가 노동조합 측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합 측이 합리적 근거나 이유제시도 없이 무작정 인사처분에 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다는 등의 사정이 있는 경우에 인정된다 할 것이다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두8*** 판결, 대법원 2010. 7. 15. 선고 2007두15*** 판결 등 참조).

5.2 단체협약의 고용보장조항 관련

가. 사용자가 스스로 경영상 결단에 의하여 경영상 해고를 제한하기로 노조와 합의한 경우, 기업 자체가 존폐 위기에 처할 심각한 재정적 위기가 도래하였다거나 예상하지 못했던 급격한 경영상 변화가 있는 경우 등 **협약체결 당시 예상하지 못하였던 사정변경이 있어 협약의 효력을 유지하는 것이 객관적으로 보아 부당한 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한 위 합의를 위반하는 것은 정당하지 않다**고 봄

【서울고등법원 2011. 2. 9. 선고 2010누18*** 판결¹¹¹³⁾】

경영상 해고나 사업조직 통폐합 등 기업이 구조조정을 실시할지 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭 대상이 되지 아니한다(대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5*** 판결 참조). 그러나 단체협약은 사용자와 노동조합 사이에 이루어진 단체교섭 결과 성립된 합의사항을 문서화한 것으로 강행법규나 공서양속에 위반되지 않는 한 그 내용에 대한 법적 제한은 없다. 앞서 살펴 본 인정사실에 의하면, ‘특별단체교섭 합의서’ 중 인수 후 인위적인 구조조정을 실시하지 않는다는 조항은 참가인 회사 인수예정자였던 ○○○○○공업이 참가인 회사를 인수하여 사용자가 되는 것을 전제로 스스로 경영상 결단에 의하여 참가인 회사 소속 근로자들에 대한 경영상 해고를 제한하기로 한 것이다. 이는 이른바 고용안정협약으로 근로조건 기타 근로자에 대한 대우에 관하여 정한 부분이므로, 규범적 부분에 해당한다. 그러므로 참가인 회사 인수 후 기업 자체가 존폐 위기에 처할 심각한 재정적 위기가 도래하였다거나 예상하지 못했던 급격한 경영상 변화가 있는 경우 등 협약체결 당시 예상하지 못하였던 사정변경이 있어 협약의 효력을 유지하는 것이 객관적으로 보아 부당한 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한 위 협약은 유효하다.

나) 특별단체교섭 합의서 중 위 조항이 가지는 효력을 배제할 특별한 사정이 있었는지 여부 …(중략)… (2) 이 사건 경영상 해고 당시 국내 철강 수요 감소가 예상되고, 실제로 2008. 1. 1.부터 2008. 12. 31.까지 참가인 회사에 당기 순손실이 2,716,000,000원 발생하였으며, 유동부채가 유동자산을 초과하는 등 경영상 어려움이 있었다. 그러나 참가인 회사가 고용안정협약을 체결한 2007. 7. 16. 이후 2008년까지는 국내 강관 가격이 올라 강관업계는 사상 최대 수준인 매출실적을 올리고 있었는데도, 참가인 회사는 구조조정을 하지 않겠다고 약정한 후 채 1년도 지나지 아니한 2008. 5. 16. 제1차 경영상 해고를 하였고, 그 경영상 해고가 위법하다는 ○○지방법노동위원회의 판정이 있자, 2008. 11. 28. 다시 이 사건 경영상 해고를 한 점, 참가인 회사는 2007년에 적자가 51억 원 발생하였고, 이에 비하면 2008년도 당기 순손실은 그 2분의 1을 약간 상회하는 정도로 2008년에는 오히려 적자 폭이 대폭 준 점, 고용안정협약 체결 당시에 비하여 급격한 매출감소가 일어나고 있다고 볼 자료는 없는 점 등에 비추어 볼 때, 참가인 회사가 협약 체결 당시 예상하지 못하였던 심각한 재정적 위기에 처하여 협약의 효력을 유지하는 것이 객관적으로 보아 부당한 상황에 이르렀기 때문에 이 사건 경영상 해고를 하였다고 보기 어렵다. 참가인 회사가 약속한 고용안정협약의 효력을 배제할 수 없는 이상 이를 어기고 원고들을 경영상 해고한 것은 정당하지 않다.

제5장
경영상 해고

나. 공공기관인 사용자와 노동조합이 특정 직렬에 대하여 정년을 보장한다는 합의를 한 경우, ① 정부의 공공기관 선진화 계획으로 말미암아 이 사건 합의가 실효 또는 해지되어 그 효력이 소멸하였다거나, ② 정부로부터 선진화 계획을 시달받은 이상 이 사건 합의를 고려할 필요 없이 경영상 해고를 단행하여야 할 긴박한 경영상 이유가 있다고 인정할 수는 없다고 봄

1113) 대법원(대법원 2011. 3. 26.자 2011두7*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2012. 3. 28. 선고 2011누25*** 판결¹¹¹⁴⁾】

앞서 인용한 제1심판결 이유에서 그 채택 증거들에 의하여 인정한 사실에 터잡아 적절하게 판단한 사정에, ‘공공기관별 효율성 10% 이상 향상’이라는 정책을 추진 중이던 정부가 공공기관인 참가인의 대주주로서 먼저 참가인에게서 경영 효율화 방안을 제출받아 이를 토대로 참가인과 협의 등을 거쳐 이러한 정책목표를 달성하기 위한 구체적인 계획인 이 사건 선진화 계획을 수립하여 참가인에게 시달한 점, 그런데 이 사건에서 제출된 증거를 모두 모아보더라도 참가인과 정부가 이 사건 선진화 계획을 수립하는 과정에서 그 전에 이미 참가인이 노동조합과 합의서까지 작성함으로써 단체협약에 따라 규범적 효력이 인정되고 있던 “소방 직렬의 현원을 정년까지 보장한다”라는 이 사건 합의의 존재와 효력 및 그 존속, 그 밖에 이 사건 소방 직렬을 경영상 해고하지 않고서는 달리 이러한 정책목표를 달성할 방안을 마련할 수 없는지 등을 충분히 고려하였다고 인정하기 어려운 점을 더하여 살펴보면, 정부가 ‘공공기관별 효율성 10% 이상 향상’이라는 정부 정책을 추진하기 위해 마련하여 참가인에게 시달한 이 사건 선진화 계획으로 말미암아 이 사건 합의가 실효 또는 해지되어 그 효력이 소멸하였다거나 참가인이 정부로부터 이 사건 선진화 계획을 시달받은 이상 이 사건 합의를 고려할 필요 없이 이 사건 선진화 계획에 따라 이 사건 소방 직렬 경영상 해고를 단행하여야 할 긴박한 경영상 이유가 있다고 인정할 수는 없으므로, 피고 주장은 이유 없다.

다. 사용자가 노동조합과의 협상에 따라 경영상 해고를 제한하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면 특별한 사정이 없는 한 그에 반하여 이루어지는 경영상 해고는 원칙적으로 정당한 해고라고 볼 수 없다고 봄. 다만, 그 단체협약을 체결할 당시의 사정이 현저하게 변경되어 사용자에게 그와 같은 단체협약의 이행을 강요한다면 객관적으로 명백하게 부당한 결과에 이르는 경우에는 경영상 해고를 할 수 있을 것이라고 판단함

【대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20*** 판결】

경영상 해고나 사업조직의 통폐합 등 기업 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없으나(대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5*** 판결 등 참조), 사용자의 경영권에 속하는 사항이라 하더라도 그에 관하여 노사는 임의로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 수 있고, 그 내용이 강행법규나 사회질서에 위배되지 아니하는 이상 단체협약으로서의 효력이 인정된다. 따라서 사용자가 노동조합과의 협상에 따라 경영상 해고를 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 경영상 해고는 원칙적으로 정당한 해고라고 볼 수 없다. 다만, 이처럼 경영상 해고의 실시를 제한하는 단체협약을 두고 있더라도, 그 단체협약을 체결할 당시의 사정이 현저하게 변경되어 사용자에게 그와 같은 단체협약의 이행을 강요한다면 객관적으로 명백하게 부당한 결과에 이르는 경우에는 사용자가 단체협약에 의한 제한에서 벗어나 경영상 해고를 할 수 있을 것이다.

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 특별교섭 합의서에서 정한 고용보장에 관한 확

1114) 대법원(대법원 2012. 3. 28.자 2012두9*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

약은 ○○○○배기시스템코리아 주식회사(이하 '이 사건 회사'라 한다)가 공장 이전을 계기로 근로자의 고용불안과 근로조건의 변화에 대처하기 위하여 이루어진 것으로서 이 사건 회사 스스로 인위적인 구조조정으로 근로관계를 종료하지 아니하겠다는 내용의 고용보장을 확약한 것으로 보아야 하고, 그 내용상 단순히 공장 이전에만 국한하여 적용할 사항이 아니라 그 이후의 제반 근로조건에 관한 사항을 정한 것으로 보아야 하며, 이러한 고용보장에 관한 확약은 단체협약의 규범적 부분에 해당한다고 판단하였다. 그리고 원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 이 사건 회사가 이 사건 특별교섭 합의서 체결 당시 예상하지 못하였던 심각한 재정적 위기에 처하여 고용보장에 관한 확약의 효력을 유지하는 것이 객관적으로 부당한 상황에 이르렀다고 보기는 어렵다고 보아, 고용보장에 관한 확약에 반하여 단행된 이 사건 경영상 해고는 부당하다고 판단하였다

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 경영상 해고를 제한하는 노사합의의 효력에 관한 법리오해, 특별교섭 합의서의 해석 및 적용에 관한 법리오해, 경영상 해고 요건의 판단 기준에 관한 법리오해 내지 그 판단 과정에서의 채증법칙위반 등으로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

5.3 우선재고용의무의 법적 성질

가. 구 근로기준법 우선재고용 의무 규정(2007. 4. 11. 법률 제8372호 이전의 규정)은 법적인 의무를 부과한 것이 아니라, 사용자가 신규채용하고자 하는 직책에 맞는 경영상 해고자가 있으면 그를 **우선적으로 고용하도록 노력을 하라는 취지**로 보았음(그러나 2007. 7. 1. 시행된 근로기준법 제25조는 위와 같이 노력해야 한다는 수준의 훈시규정을 우선적으로 고용해야 한다는 **의무규정으로 전환**하였음)

【대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69*** 판결】

근로기준법 제31조의2는 경영상 해고를 한 사용자는 경영상 해고일로부터 2년 이내에 근로자를 채용하고자 할 때에는 경영상 해고된 근로자가 원하는 경우 해고 전의 직책 등을 감안하여 그 근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다고 규정하고 있는바, 이는 사용자가 신규채용의 기회가 생기기만 하면 반드시 경영상 해고대상자를 우선 재고용하여야 한다는 법적인 의무를 부과한 것이 아니라, 사용자가 신규채용하고자 하는 직책에 맞는 경영상 해고자가 있으면 그를 우선적으로 고용하도록 노력을 하라는 취지에 불과하다 할 것이므로, 경영상 해고자가 사용자가 신규채용하려는 직책에 맞는 사람이라고 볼 만한 사정이 인정되지 아니한다면 사용자가 그의 합리적인 경영판단에 의하여 다른 근로자를 채용하였더라도 근로기준법이 정한 위 우선재고용 노력의무를 위반하였다고 평가할 수는 없다고 할 것이다.

나. **현행 우선 재고용 규정은** 경영상 해고된 근로자가 이를 근거로 사용자에게 대하여 **고용의무의 이행**을 구할 수 있는 **사법상의 청구권**으로서의 성격을 가진다고 봄

【 인천지방법원 2014. 9. 25. 선고 2013가합17*** 판결¹¹¹⁵⁾ 】

이 사건 규정에 의하면 사용자가 경영상 필요에 의하여 근로자를 경영상 해고한 이후 그때로부터 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하는 경우 사용자는 재고용을 원하는 경영상 해고된 근로자를 우선적으로 고용할 의무를 부담한다.

그리고 구 근로기준법(2007. 1. 26 법률 제8293호로 개정되기 전의 것) 제31조의2는 “제31조의 규정에 의하여 근로자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날부터 2년 이내에 근로자를 채용하고자 할 때에는 제31조의 규정에 의하여 해고된 근로자가 원하는 경우 해고전의 직책 등을 감안하여 그 근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다.”라고 규정하여 노력규정에 불과하였던 것을 근로자 보호 및 고용 안정성의 도모를 위해 의무규정으로 전환한 것인 점, 위와 같이 개정된 입법자의 의도는 경영상 해고를 한 사용자에게 재고용 노력의무를 넘어 법적인 재고용 의무를 부과한 것으로 볼 수 있는 점, 경영상 해고된 근로자는 자신에게 귀책사유가 없음에도 사용자의 경영상 판단에 따라 고용상실의 불이익을 감수하였고 이러한 근로자의 과거의 희생에 대한 사후적 보상의 필요성이 인정되는 점, 경영상 해고의 대상이 되는 근로자에 대한 사회적 보호장치가 충분히 마련되지 않은 상태에서 경영상의 이유에 의한 해고만을 강화한다는 것은 사회적 시장경제체제를 근간으로 하는 헌법 원리에 부합하지 않는다 할 것인 점 등에 비추어 보면, 이 사건 규정은 경영상 해고된 근로자가 이를 근거로 사용자에게 대하여 고용의무의 이행을 구할 수 있는 사법상의 청구권으로서의 성격을 가진다고 봄이 타당하다. …(중략)…”

3) 그리고 근로자의 우선 재고용에 관한 권리를 실질적으로 보호하기 위하여 사용자는 이 사건 규정의 적용을 받는 신규 채용 절차에 앞서 재고용 우선권을 갖는 근로자에게 개별적 통지의 방식으로 채용절차를 고지하고 이에 관한 의사를 확인하여야 한다고 봄이 타당한바, 이 사건에서 피고가 위 2010. 12. 1.과 2011. 7. 1.에 진행된 채용절차에 관하여 위 각 절차 진행 이전에 원고에게 개별적으로 통지하여 재고용 의사를 확인한 사실을 인정할 증거가 없고, 원고가 피고를 상대로 해고무효확인 소송을 제기한 사실만으로 피고의 원고에 대한 재고용의사 확인의무가 부정된다거나 원고가 재고용 거절의사를 명백히 밝혔다고 보기 어렵다.

4) 결국 피고는 이 사건 규정에 따라 적어도 피고가 원고를 경영상 해고한 때로부터 두 명의 생활재활교사 신규채용이 이루어진 2011. 7. 1. 원고를 우선적으로 고용할 의무가 발생하였다.

1115) 현재 대법원에서 소송 계속 중임

제 6 장

기간제 근로계약 종료

제1절 기간제 근로계약 개관 및 주요쟁점	675
1. 개설	675
2. 기간제 근로계약의 종료	675
3. 갱신기대권	681
4. 무기계약 전환기대권	691
5. 사용기간제한의 예외 관련	693
제2절 기간제 근로계약 종료 관련 판례	699
1. 사실상 무기계약으로 인정한 판례	699
2. 갱신기대권이 인정된 판례	705
3. 갱신기대권이 부정된 판례	712
4. 갱신거절에 있어 합리적 이유가 있다고 본 판례	729
5. 갱신거절에 있어 합리적 이유가 없다고 본 판례	736
6. 무기계약 전환기대권 관련 판례	746
7. 사용기간제한의 예외 관련 판례	748
8. 기타 판례	764

제1절 기간제 근로계약 개관 및 주요쟁점

1. 개설

기간제 근로계약관계는 근로계약기간이 만료되면 종료되는 것이 원칙이나, 기간제근로자의 고용안정을 위하여 판례는 두 가지의 보호법리를 마련하였음

즉 i) 기간제 근로계약을 체결하였더라도 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 볼 수 있는 경우 사용자의 계약갱신 거절에 근로기준법 제23조의 ‘정당한 이유’가 있어야 하고, ii) 기간제 근로계약임이 인정된다 하더라도 근로자에게 계약갱신(무기계약 전환)에 대한 정당한 기대권이 인정된다면 사용자의 계약갱신(무기계약 전환) 거절에 ‘합리적 이유’가 있어야 함

한편 기간제근로자 보호를 위하여 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’이라 함)」이 2007. 7. 1. 시행됨에 따라 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 기간제근로자를 사용할 수 있으며(기간제법 제4조 제1항), 원칙적으로 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 전환되게 되었음(기간제법 제4조 제2항)¹¹¹⁶⁾

이에 따라 기간제법 시행 이후에도 기존의 ‘갱신기대권 법리’가 유지되는지 또 어떻게 적용되는지에 관한 논란이 있었는데, 2016년 대법원은 기간제법 시행 이후에도 갱신기대권 법리가 적용된다는 입장을 명확하게 밝힘으로써 그동안의 논란이 정리되었음¹¹¹⁷⁾

한편 2016년 ‘함께 일하는 재단 사건’에서 대법원은 무기계약 전환기대권을 명시적으로 인정하였음

이 장에서는 기간제 근로계약의 종료에 관한 기본적인 판례법리에 대하여 알아보고, 기간제법 시행 이후 판례의 변화 및 갱신기대권 법리(무기계약 전환기대권)에 관한 최신 판례를 소개함

2. 기간제 근로계약의 종료

2.1 원칙

기간제 근로계약을 체결한 경우¹¹¹⁸⁾ 특별한 사정이 없는 한 근로계약기간은 계약의 존

1116) 단, 기간제법 제4조 제1항 단서 및 동법 시행령 제3조에서 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 예외사유를 규정함

1117) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45*** 판결

1118) 법원은 근로계약서가 작성되지 않은 경우(서울행정법원 2005. 5. 3. 선고 2004구합18***, 18*** (병합))

속기간이므로, 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 법률관계는 당연히 종료되고 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신거절의 의사표시가 없어도 그 근로자는 당연퇴직 되는 것이 원칙임(일용근로자는 원칙적으로 1일 단위로 근로계약을 체결하게 되므로 당일 근로가 종료되면 계약이 종료됨¹¹¹⁹⁾)

이 경우 사용자의 갱신거절은 해고가 아니므로 근로기준법 제23조의 ‘정당한 이유’가 필요 없음

다만, 근로계약기간이 그 기간의 만료로 근로관계가 확일적으로 종료되는 존속기간으로 볼 수 없는 경우에는 **사실상 기간의 정함이 없는 것인지 또는 일정한 요건의 충족에 따라 갱신 또는 무기계약 전환이 예정되어 있는 근로계약인지 여부를 살펴보아야 함**¹¹²⁰⁾

한편 기간제법 시행에 따라 사용자가 기간제법 제4조 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용하는 경우 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 간주됨(기간제법 제4조 제2항)

이때 기간제법 제4조 제2항에서 정한 2년의 사용제한기간은 원칙적으로 계속근로기간인데, 사용자의 부당한 갱신거절로 인해 근로자가 실제로 근로를 제공하지 못한 기간도 계약갱신에 대한 정당한 기대권이 존속하는 한 기간제법 제4조 제2항에서 정한 2년의 사용제한기간에 포함됨

【대법원 2018. 6. 19. 선고 2013다85*** 판결】

가. 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’이라고 한다) 제4조는, 제1항에서 “사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속 근로한 총 기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다.”라고 규정하면서, 제1항 단서에서 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외를 규정하고 있고, 제2항에서 “사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제 근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.”라고 규정하고 있다. 기간을 정하여 근로계약을 체결한 경우에도, 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 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

판결) 또는 사용자가 근로계약기간이 기재되어 있지 않은 근로계약서를 교부하고, 추후 임의로 근로계약기간을 기입하고 근로자에게 교부하지도 않은 경우(서울고등법원 2013. 12. 10. 선고 2013누23*** 판결)[1심 판결(서울행정법원 2013. 7. 11. 선고 2012구합23*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 4. 30.자 2014두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]]에는 일단 기간의 정함이 없는 근로계약으로 보고, 기간을 정했다는 사실은 사용자가 입증하도록 하고 있음

1119) 서울행정법원 2016. 5. 26. 선고 2015구합9*** 판결(동 사건은 피고 항소 포기로 확정됨)

1120) 서울고등법원 2010. 9. 30. 선고 2009누36*** 판결(동 사건은 대법원(대법원 2011. 1. 13.자 2010두22*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨) 참조

이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다(대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45*** 판결 등 참조).

이러한 기간제법의 기간제근로자 보호 취지, 사용자의 부당한 갱신거절로 인한 효과 등을 고려하면, 사용자의 부당한 갱신거절로 인해 근로자가 실제로 근로를 제공하지 못한 기간도 계약갱신에 대한 정당한 기대권이 존속하는 범위에서는 기간제법 제4조 제2항에서 정한 2년의 사용제한기간에 포함된다고 보아야 한다.

또한 기간제법 제4조 제2항은 강행규정이므로 사용자와 근로자가 해당 조항과 다른 내용의 약정 또는 합의를 하였다고 하더라도 이는 효력이 없음

【서울고등법원 2015. 1. 15. 선고 2014누44*** 판결¹¹²¹⁾】

(기간제법 제4조 제1항 및 제2항의 규정에 따르면) 위 규정들의 입법 취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자 지위의 안정화라는 목표와 사용자가 경기 변동에 따라 고용량을 조절할 수 있는 노동시장의 유연성 제고라는 목표를 조화롭게 추구하기 위함이고, 이러한 입법취지 등에 비추어 볼 때 기간제법 제4조 제2항은 강행규정이라고 할 것이다.

참가인이 원고에게 재계약 기간 안에 다른 목적지를 찾아 이동하겠으며 어떠한 법적 이의도 제기하지 않겠다는 약속을 하였고, 원고는 이를 믿고 참가인과의 2차 근로계약을 체결하였으므로 참가인은 원고에게 같은 내용의 신의를 공여하였다고 봄이 상당하다. 그러나 기간제법 제4조 제1항은 그 수급자로 사용자만을 들고 있는데 원고는 위 조항의 기간제근로자의 사용기간에 관한 제한을 위반하였고, 같은 법 제4조 제2항은 그 법적 효과로 벌칙규정을 두는 대신 제4조 제1항의 실효성을 확보하고 기간제 사용의 남용으로부터 근로자를 보호를 위해 2년을 초과하여 계속 사용한 기간제근로자를 무기계약직 근로자로 보도록 규정하고 있다. 따라서 원고가 위와 같은 참가인의 약속을 통해 참가인이 무기계약직 근로자라고 주장하지 않을 것을 신뢰하였다고 하더라도 이는 기간제법을 위반한 것으로 법적으로 정당한 신뢰라고 할 수는 없다.

제6장
기간제
근로계약
종료

【서울행정법원 2017. 3. 24. 선고 2016구합71*** 판결¹¹²²⁾】

원고는 자신이 수주하는 각종 공사의 시공관리 등 업무를 수행하도록 하기 위해 2년을 초과하여 참가인을 사용하면서 단지 기간제법 제4조 제2항의 적용을 회피하기 위하여 형식적으로 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 근로계약을 반복 갱신하여 체결한 것에 불과하므로 기간제법 제4조 제1항 단서 제1호에 따라 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’에 해당한다고 할 수 없다. …(중략)… 원고는 참가인이 자신이 기간제근로자 사용기간 제한의 예외에 해당하는 기간제근로자로서 근로계약에서 정하는 근무기간이 종료된 이후 원고에게 근로계약기간의 연장이나 정규직 채용을 요구할 수 없다는 것을 충분히 인식하고 있었다고 주장하나, 근로자 개인의 인식이 기간제법상 효력에 어떠한 영향을 준다고 할 수 없을 뿐만 아니라 기간제법 제4조의 입법취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자 지위의 안정화라는 목표와 사용자가 경기 변동에 따라 고용량을 조절할 수 있는

1121) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2015두38*** 판결의 원심판결

노동시장의 유연성 제고라는 목표를 조화롭게 추구하기 위함이고 이러한 입법취지 등에 비추어 볼 때 기간제법 제4조 제2항은 강행규정이라고 할 것이어서 이에 반하는 근로계약상 원고와 참가인 사이의 합의는 효력이 없다.

2.2 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 볼 수 있는 경우

기간제 근로계약을 체결하였다고 하더라도 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 볼 수 있는 경우 사용자의 계약갱신 거절은 해고와 동일함

즉 ‘계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 대한 관행, 근로자보호법규’ 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우¹¹²³⁾¹¹²⁴⁾ 근로계약서의 문언과 달리 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정될 수 있고, 사용자가 ‘정당한 이유’ 없이 근로계약 갱신을 거절하는 것은 부당해고로 평가됨¹¹²⁵⁾

이는 형식에 얽매이지 않고 해당 근로계약의 실질을 규명하여 기간의 정함 여부를 가리는 법리지만, 근로계약서는 처분문서¹¹²⁶⁾에 해당한다는 점, 그리고 법원이 특별한 반증이 없는 이상 근로계약서를 당사자 합의의 내용을 판단하는 가장 중요한 증거로 본다는 점에서 해당 법리가 적용되는 사례는 드물다고 할 수 있음

2.3 기간의 정함이 없는 근로계약인지 여부에 관한 구체적 판단기준

판례는 기본적으로 근로계약의 반복 갱신이 있는지 여부를 보지만 이것만으로 기간제

1122) 서울고등법원 2017. 10. 11. 선고 2017누42*** 판결의 1심 판결

1123) 대법원 1994. 1. 11. 선고 93다17*** 판결은 최초로 “기간을 정하여 채용된 근로자라 할지라도 장기간에 걸쳐서 그 기간의 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자의 경우와 다를 바가 없게 되는 것”이라고 판시하였으나, 단지 근로계약의 반복 갱신이 있다는 사정만으로 기간제 근로계약이 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 변한다고 보지 않았고(위 사건에서도 책임자가 강사들에게 예외 없이 재계약을 하겠다고 공고를 한 이후 재계약을 체결한 사정이 있었음), 이후 법원은 위와 같이 여러 요건들을 종합적으로 고려하여야 한다는 판단기준을 제시하였음

1124) 대법원은 일반 민사계약에 있어서도 같은 취지의 계약해석 방법을 제시하고 있음. 즉 “당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제되는 경우에는 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기 및 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다”(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다52*** 판결)고 판시함

1125) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5*** 판결 등 참조

1126) 처분문서란 증명하고자 하는 법률상의 행위가 그 문서 자체에 의하여 이루어진 경우의 문서를 뜻하는 것으로 행정처분서, 판결문, 어음·수표 등의 유가증권, 계약서·차용증서, 유언서 등을 그 예로 들 수 있음. 처분문서는 그 진정성립이 인정되는 이상, 반증이 있거나 이를 믿을 수 없는 합리적인 이유가 없는 한, 그 기재 내용대로 법률행위의 존재를 인정하여야 함

근로계약을 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 판단하지는 않고, 근로계약 관계를 둘러싼 여러 사정들을 종합적으로 보아 엄격하게 판단하고 있음¹¹²⁷⁾

다음과 같은 사정은 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정하는 데 있어서 부정적 요소로 작용함¹¹²⁸⁾

- ① 근로계약서에 근로계약기간이 명시되어 있고, 근로계약기간 만료로 근로계약은 당연히 종료한다고 규정한 경우¹¹²⁹⁾
- ② 취업규칙이나 단체협약에서 정규직근로자와 계약직근로자를 별도로 규정하고 있는 경우¹¹³⁰⁾
- ③ 동종 근로자들이 근로계약기간 동안만 근무하고 있거나, 근로계약기간을 명시한 근로계약서를 새로 작성하는 방식으로 근로계약을 갱신하는 경우
- ④ 회사가 근로자를 평가하여 일정 수준 이상의 자와 근로계약을 갱신하는 경우¹¹³¹⁾

1127) 법원은 기간제 근로계약의 실질을 판단하는 데 있어서 ‘장기간에 걸쳐서 계약이 반복 갱신된 사실’을 중시하고 있지만 이러한 장기간의 계약갱신의 경험이 없는 경우까지도 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 보는 경우도 있음. 예를 들어, 판례는 신규채용된 시간강사에 대하여 “기간이 만료된 사실이 있을 뿐 그 위촉기간이 한 번도 갱신된 사실이 없으므로, 이는 장기간에 걸쳐서 그 기간의 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 되는 경우에 해당한다고 볼 수 없다”는 항소심의 판단에 대하여 ‘다른 강사들의 경우 별다른 하자가 없으면 재계약을 해 왔던 점, 문제된 시간강사가 노조 가입 외에는 갱신거절 사유가 없었던 점, 학교가 노조와 단체협약으로 조합원에 대하여 2001년도의 수업을 보장하기로 한 점 등’을 들어 “별다른 하자가 없는 이상 계속 근무할 수 있다는 기대관계가 존속되어 왔다고 할 것이므로, …(중략)… 근로계약은 단지 형식에 불과하게 되어 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자와 다를 바 없게 되었다고 볼 여지가 많다”고 보고 있음(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두9*** 판결)

1128) 아래 사항들과 반대되는 사정이 있는 경우, 즉 근로계약이 수차례 갱신된 경우(대법원 1994. 1. 11. 선고 93다17*** 판결 등), 사용자가 계약 갱신을 보장하는 태도를 보인 경우(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두9*** 판결 등), 공익적 사업으로 사업이 계속될 필요가 있는 경우(대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5*** 판결), 별다른 논의 없이 형식적으로 근로계약을 갱신하였고, 담당한 업무가 전문성을 띠고 있어 계약갱신의 기대를 가지고 있는 경우(대법원 2007. 9. 7. 선고 2005두16*** 판결 등), 정규직 근로자를 선발하기 위하여 계약직 근로자를 채용하였고, 계약직 근로자의 정규직 전환 관행이 있는 경우(대법원 2006. 2. 24.자 2005두14*** 심리불속행 기각 판결), 근로계약이 반복갱신 되었고, 계약직에서 일반적으로 승진한 전례가 있는 경우(대법원 2005. 11. 25.자 2005두9*** 심리불속행 기각 판결)에 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정한 판례들이 있으나, 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정되는 사례가 극히 드문 실정이므로 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정하는 데 있어 부정적 요소로 작용하는 사정들을 중심으로 서술함

1129) 대학교 시간강사인 근로자가 2002년경부터 2009년경까지 임용계약서 등을 작성하지 아니한 채 근무하여 오다가 2010년부터 근로계약기간이 명시된 임용계약서를 작성하였는데 근로자가 아무런 이의를 제기하지 않았고, 사용자도 계약기간이 단지 형식에 불과하다는 의사를 표시하지 않았다면 처분문서인 임용계약서를 존중하여 기간의 정함이 있는 계약으로 본 판례(서울고등법원 2013. 3. 13. 선고 2012누22*** 판결), 그러나 본 판례는 구 파견법에 의하여 자신이 이미 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 되었음을 알지 못한 채 직속상관의 중용에 어쩔 수 없이 사직서를 제출한 경우 비진의의에 의한 의사표시임을 인정한 판례(대법원 2013. 3. 14. 선고 2012두27*** 판결)의 취지에 상반되는 것으로 보임

1130) 서울고등법원 2010. 11. 26. 선고 2010누11*** 판결, 서울고등법원 2012. 12. 27. 선고 2012누25***, 2012누25***(병합) 판결, 서울행정법원 2013. 1. 31. 선고 2012구합14*** 판결 등 다수

- ⑤ 사업의 성격이 잠정적, 한시적인 경우¹¹³²⁾
- ⑥ 기업의 경영상 사정, 업무의 성격상 인력의 탄력적 운영이 필요한 경우¹¹³³⁾
- ⑦ 고도의 전문성이 요구되는 직종에서 위촉기간을 정하여 근로자를 임용한 경우나,¹¹³⁴⁾ 일정한 기간을 정하여 근로자의 업무능력이나 적합성을 판단하기 위하여 기간제 근로계약을 체결한 경우¹¹³⁵⁾

그 밖에 취업규칙에서 정년규정을 정하고 있다고 하더라도 이는 계약갱신의 한계를 정한 것이거나 무기계약 근로자들의 정년을 정한 것으로 보는 것이 합리적이고 이를 이유로 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺었다고 볼 수 없음¹¹³⁶⁾

또한 기간제법 사용제한 규정의 적용을 받지 않는 예외에 해당하는 경우에는 상대적으로 기간제근로자로 인정받기 쉬움¹¹³⁷⁾

2.4 기간제 근로계약이 문제되는 사건의 해결과정

기간제 근로계약이 문제되는 사건은 근로자가 우선적으로 ① **사실상 기간의 정함이 없는 근로계약 관계임을 주장하고**, 예비적으로 ② **기간의 정함이 있는 근로계약이라고 하더라도 계약갱신에 대한 정당한 기대권이 있으므로 사용자의 계약갱신 거절은 합리적 이유가 없어 부당한 해고라는 주장**을 하는 형태가 전형적임

만약 기간제 근로계약이 그 문언에도 불구하고 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약

1131) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2010두24*** 판결

1132) 사업의 계속 여부 및 사업의 규모가 국가나 지방자치단체의 정책적 고려에 의하여 이루어지는 경우(서울행정법원 2005. 3. 17. 선고 2004구합13*** 판결, 2005. 11. 24. 선고 2005구합13*** 판결), 근로자가 담당하는 업무가 다른 회사와의 하도급계약에 의한 것으로 사용자의 업무 운영 여부가 도급회사의 의사에 종속되어 있는 경우(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005두7*** 판결)

1133) 인력 수요에 탄력적으로 대처하고자 하는 회사의 필요성에 의하여 정년 이후 1년간 촉탁적으로 근로계약을 체결한 경우(서울고등법원 2007. 8. 17. 선고 2007누9***), 계절에 따라 업무의 양이 변동하기 때문에 일정 인원의 계약직 또는 일용직 근로자를 고용할 필요가 있는 경우(서울고등법원 2007. 4. 19. 선고 2006누13***), 사고 현장 출동서비스 업무의 성격상 인력 채용이 탄력적으로 이루어져야 할 필요가 크고, 회사도 이러한 사정을 고려하여 해당 업무에 종사하는 근로자들을 대부분 계약직 직원으로 채용한 경우(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두9*** 판결)

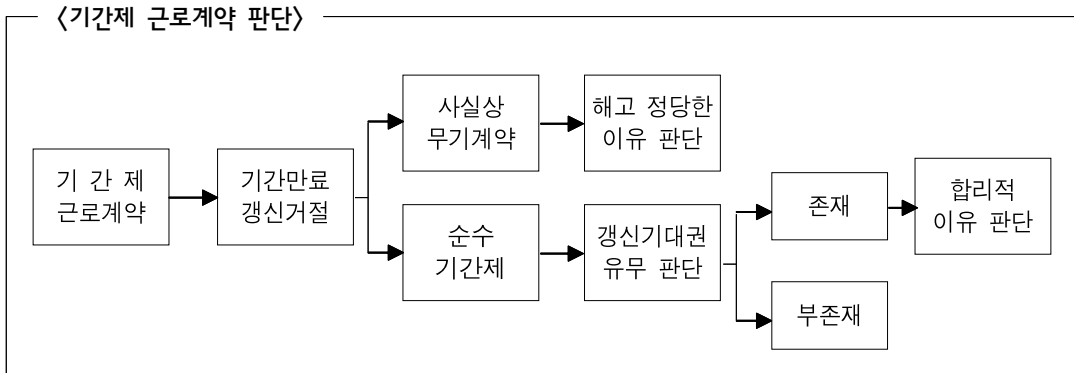
1134) 동 사건에서 위촉기간은 참가인이 시립예술단을 운영하면서 예술단원들의 예술적 성과를 높이기 위하여 계약기간을 정하여 단원을 선발하고, 그 계약기간이 만료될 무렵 일정한 심사를 거쳐 자질이 부족하다고 판단되는 단원에 대하여는 재위촉을 하지 아니하고자 하는 취지에서 정한 것이라 할 것이고, 그것이 단지 형식에 불과하다고 할 수 없다고 한 판례(대법원 2006. 5. 12.자 2006두2*** 심리불속행 기각 판결)

1135) 대법원 2006. 6. 24. 선고 2005두14*** 판결, 서울고등법원 2008. 12. 10. 선고 2008누11*** 판결 등

1136) 서울고등법원 2012. 12. 27. 선고 2012누25***, 2012누25*** (병합) 판결

1137) 서울고등법원 2013. 3. 13. 선고 2012누22*** 판결(시간강사 관련), 서울고등법원 2012. 8. 16. 선고 2012누7*** 판결(보훈복지사 관련)

으로 인정될 수 있는 경우라면 사용자의 계약갱신 거절에 근로기준법 제23조의 ‘정당한 이유’가 있는지 여부를 판단하여야 하나, 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정되는 사례가 드물다는 점에서 대부분의 경우 기간제근로자에게 갱신(무기계약 전환)기대권이 있는지와 사용자에게 계약갱신(무기계약 전환) 거절의 합리적 이유가 있는지의 문제로 귀결됨



3. 갱신기대권

3.1 갱신기대권 인정범리

기간제 근로계약을 체결하였으나 근로자에게 계약갱신에 대한 정당한 기대권¹¹³⁸⁾이

1138) 대법원 2005. 7. 8. 선고 2002두8*** 판결에서 처음으로 갱신기대권이란 개념이 사용되었고[그 이전에는 ‘기대관계’라는 용어가 사용되었음(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두9*** 판결 등)], 이어 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두11*** 판결에서는 “근무실적 평가에서 우수한 점수를 얻으면 재임용될 수 있다는 합리적이고 정당한 기대권이 인정될 여지가 있다”고 하면서 계약직원에 대한 근무실적평가의 현황과 재임용 여부를 결정해 왔던 관행에 대하여 추가심리가 필요하다는 취지로 파기환송 하였음, ‘기대권’이란 개념은 우리 민법전에 존재하지는 않으나, 일반적으로 ‘권리발생의 요건 중 그 대부분은 이미 갖추어졌지만 아직 갖추지 못한 것이 있어 완전한 권리가 되지 못하여 장차 권리의 취득을 기대하고 있는 상태의 법적 지위’를 말함(김기수, “기대권”, 고시계(제319호), 국가고시학회, 1983.), 이러한 기대권도 권리의 일종이므로 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권도 권리로 보는 것이 타당함. 법원은 최근 “갱신기대권이 인정되는 근로자에게 일반 응시자가 참여하는 공개채용절차에 합격해야만 계약갱신을 해주겠다는 사용자의 조치는 그 갱신기대권을 침해하는 것이어서 인정되지 않는다”는 취지의 판결을 한 바 있음(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8*** 판결)(오윤식, “기간제근로자의 근로계약 갱신기대권 범리”, 민주법학(제50호), 민주주의법학연구회, 2012. 11, 489면~490면), 한편 기대는 권리가 아니라 권리의 실현 과정에서 발생하는 사실로서 권리의 침해 가능성에 대한 예측(기대)인 것이고, 여러 가지 사정에 의하여 그 예측(기대)이 합리적 이유가 있다고 인정이 될 때 부당하게 해고되지 않고 계속 일할 권리가 확인되는 것으로 기대는 권리라기보다는 권리의 침해 또는 존재를 확인하는 가교로서 역할을 한다고 보는 취지의 견해도 있음(박은정, “노동관계에서의 기대권 - 서울행정법원 2013. 3. 22. 선고 2012구합24*** 판결-”, 『노동관계법리 2012~2013』, 2014. 8, 602면, 원문에서 일부 수정하여 저자의 견해를 옮김)

인정되는 경우 사용자가 ‘합리적 이유’ 없이 계약갱신을 거절한다면 부당해고와 같이 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일함¹¹³⁹⁾

판례는 최근 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 ① **일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나**, ② **그러한 규정이 없더라도** 근로계약의 내용, 계약 체결의 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때, **근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우 근로자에게 갱신기대권이 인정된다고 판시함**¹¹⁴⁰⁾

3.2 갱신기대권 인정 여부에 대한 구체적 판단기준

판례는 갱신기대권의 근거를 근로관계 당사자 사이의 계약갱신에 대한 ‘합의(근거규정)’ 또는 ‘신뢰관계’에 두고 있음

즉 법원은 근로계약 등에 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 ① 규정이 있거나 그러한 규정이 없다면, 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 ② 신뢰관계가 형성되어 있어야 기간제근로자의 갱신기대권을 인정하고 있음

가. (근로계약 등에) 갱신 근거규정을 둔 경우

근로계약·취업규칙·단체협약 등에서 일정한 요건이 충족되면 해당 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있다면, 그 자체로 갱신기대권이 인정됨¹¹⁴¹⁾

1139) 대법원 2011. 4. 11. 선고 2007두1*** 판결[동 판결로 원심 파기된 후 서울고등법원(서울고등법원 2011. 8. 31. 선고 2011누13*** 판결)으로 환송되어 확정됨]

1140) 대법원은 위와 같은 법리에 기초하여 “서울특별시 장애인콜택시 운영계획에 계약기간을 1년 단위로 갱신하도록 하면서 그 취지가 부적격자의 교체에 있음을 명시하고 있고, 장애인콜택시 사업을 한시적·일시적 사업이라고 볼 수 없는 점, 위·수탁 계약에서 위탁기간 연장 규정을 두고 있는 점 등을 종합하면, 위 시설관리공단 소속 운전자들에게는 기간제 근로계약이 갱신된다는 정당한 기대권이 인정된다고 보아야 하고, 위 공단이 공정성 및 객관성이 결여된 심사과정을 거쳐 원고 등에 대하여 갱신 기준 점수 미만이라는 점을 들어 위 계약의 갱신을 거절한 것은 정당성을 결여하여 효력이 없음에도, 이와 달리 본 원심판결에 기간을 정한 근로계약 등에 관한 법리를 오해한 위법이 있다”고 판단하여 항소심 판결을 파기환송 하였음(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1*** 판결)[동 판결로 원심 파기된 후 서울고등법원(서울고등법원 2011. 8. 31. 선고 2011누13*** 판결)으로 환송되어 확정됨, 같은 취지의 판례(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두2*** 판결, 서울고등법원 2011. 6. 16. 선고 2011누27*** 판결)]

이때 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에 갱신 근거규정을 두고 있다는 의미는, 단순히 인사고과 등을 참작하여 해당 근로자와 재계약을 할 수 있다는 정도에 그쳐서는 안 되고, 재계약을 위한 요건이나 절차를 구체적으로 규정하고 있는 등 일정 요건을 충족하면 재계약한다는 ‘의무규정’으로 해석될 수 있어야 함

나. 갱신 근거규정을 두지 않은 경우

근로계약·취업규칙·단체협약 등에 갱신 근거규정이 없다면, (다음과 같이) 해당 근로 관계를 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있는지를 판단해야 함

1) 갱신의무 또는 갱신 절차 규정 등의 존재

판례는 갱신기대권 인정에 있어 근로계약이나 취업규칙 등에서 계약갱신 의무나 갱신 절차 내지 요건에 관한 근거규정이 있는지 여부를 중요한 기준으로 삼고 있는 것으로 보이므로,¹¹⁴²⁾ 단순히 재계약이 가능하다는 규정만이 있다거나,¹¹⁴³⁾ 내부결재문서 또

1141) 대법원 2005. 7. 8. 선고 2002두8*** 판결(한국문화정책개발원 사건)

1142) 취업규칙 등에서 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정이 없더라도 갱신기대권의 인정가능성을 판시한 대법원 판결(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1*** 판결) 이전에 선고된 판결(대법원 2005. 7. 8. 선고 2002두8*** 판결)에서 대법원은 “임용의 근거가 된 법령이나 계약 등에서 사용자에게 재임용할 의무를 지우거나 재임용절차 및 요건 등에 관한 근거규정을 두고 있는 경우” 재임용에 대한 정당한 기대권이 인정된다고 하였는데, 이는 교수임용제도에 관한 헌법재판소 결정(2003. 2. 27. 선고 2000헌바26) 및 대법원 판례(2004. 4. 22. 선고 2000두7*** 전원합의체 판결)로부터 직·간접적으로 영향을 받은 것으로 추측됨(도재형, “기간제 근로계약 갱신 거절권의 제한”, 노동법연구(제24호), 서울대학교 노동법연구회, 2008, 176~177면).

위 대법원 판결(2002두8***)에 대하여 “임용절차에 관한 정함을 두고 있는 대학이나 연구기관이면 몰라도 일반 비정규직 근로자들에 대해서는 적용될 가능성이 희박하다는 전망”도 있었으나(김인재, “기간제근로자의 재임용 기대권”, 노동법률(제174호), 중앙경제사, 2005. 11.) 이어 대법원은 대학교 전산부서에서 근무하는 근로자가 제기한 부당해고무효확인사건에서 위 대법원 판결(2002두8***) 사건 판결을 수용하는 판결을 하였음(대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두11*** 판결)

대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1*** 판결 이후 갱신기대권의 인정 여부를 판단할 때에 동 판결을 근거판결로 들면서도 “재계약의 절차 및 요건 등에 관한 근거 규정이 없을 뿐만 아니라 …(중략)… 재고용할 의무를 지우는 취지의 규정도 존재하지 않는다”와 같이 계약갱신 의무나 그 요건, 절차에 관한 규정이 있는지를 갱신기대권 인정의 주요 근거로 삼는 판례들이 상당수 있음[대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두28*** 판결, 서울고등법원 2012. 8. 29. 선고 2011누30*** 판결(대법원(대법원 2013. 1. 10.자 2012두21*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨), 서울고등법원 2012. 12. 27. 선고 2012누25***, 2012누25*** (병합) 판결, 서울행정법원 2012. 11. 1. 선고 2012구합10*** 판결 등]

1143) 예를 들어, 법원은 근로계약서상 ‘차기연봉계약은 인사위원회가 공정한 인사고과에 의하여 계약을 갱신한다’는 취지의 문언이 기재되어 있기는 하나, 취업규칙 등에 그 갱신요건 등에 관하여 별다른 규정이 없는 이상 이를 근거로 원고 회사에게 갱신의무가 있다고 볼 것은 아니라고 보기도 하였음(서울고등법원 2013. 12. 4. 선고 2013누8*** 판결)[1심 판결(서울행정법원 2013. 1. 31. 선고 2012구합14*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(2014. 4. 11.자 2014두*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

는 그와 같은 취지로 말하였다는 사실만으로는¹¹⁴⁴⁾ 갱신기대권이 인정될 수 있는 여지가 적다고 할 것임

2) 상시·계속적인 사업(업무)

사업(업무)의 성격이 상시적, 계속적인 경우 갱신기대권 인정의 적극적 요건이 되나,¹¹⁴⁵⁾ 업무가 상시적, 계속적인 경우에도 기간제근로자를 고용할지 여부에 관한 사용자의 재량을 존중하여 갱신기대권을 인정하지 않을 수 있고, 발주회사의 사정 또는 업무의 성격상 인력운영이 탄력적으로 이루어져야 하는 경우에도 갱신기대권이 인정되기 어려울 수 있음¹¹⁴⁶⁾

또한 업무 내용 등에 변경이 있으면 신규채용절차를 거치도록 규정하였다면 이러한 규정에 의하여 갱신기대권이 제한될 수도 있음¹¹⁴⁷⁾

3) 평가 등의 존재

근무실적을 평가하여 일정 수준 이상이면 재계약하도록 규정한 경우 갱신기대권이 인정될 것이나,¹¹⁴⁸⁾ 근무실적 평가규정이 있다고 하더라도 그것이 단순히 근로자의 충실한

1144) 서울고등법원 2013. 7. 3. 선고 2012누36*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2012. 11. 1. 선고 2012구합10*** 판결)을 인용하였음]

1145) 전체 직원 중 기간제근로자의 구성 비율을 일정 정도로 유지하여 왔고, 이 사건 재계약 거절 당시 특별히 인원을 감축할 필요가 없었던 점을 들어 갱신기대권을 인정한 판례(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두2*** 판결), 시의 노인종합복지관의 물리치료 업무는 상시적, 계속적 사업의 성격을 가지고 있고, 계약직 대다수와 계약을 갱신하여 왔고, 직주가 존속하지 않아 재계약을 체결하지 못한 경우에도 일용직 직원으로 재채용 한 점을 들어 갱신기대권을 인정한 판례(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8*** 판결), 매년 갱신절차를 거치지 아니하고 근로계약을 체결하였고, 시의 노후복지서비스 업무가 일정 수준의 업무량을 유지하고 있는 점을 들어 갱신기대권을 인정한 판례(서울고등법원 2012. 8. 16. 선고 2012누7*** 판결), 이 밖에 법원은 장애인 콜택시 사업(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1*** 판결)[환송심(서울고등법원 2011. 8. 31. 선고 2011누13*** 판결)을 거쳐 확정됨], 방송국관리업무(서울고등법원 2010. 11. 16. 선고 2010누11*** 판결), 시립예술단 운영(서울고등법원 2012. 11. 30. 선고 2012누13*** 판결)[대법원(대법원 2013. 4. 12.자 2013두*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 경륜·경정 사업(서울고등법원 2010. 9. 30. 선고 2009누36*** 판결)[대법원(대법원 2011. 1. 13.자 2010두22*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨])도 상시적, 계속적 사업 내지 업무로 보아 갱신기대권을 인정하는 근거로 삼았음

1146) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두9*** 판결, 서울고등법원 2013. 10. 25. 선고 2013누19*** 판결 등

1147) 「특수경력직공무원 인사운영지침」에 의하면 당초 계약내용(업무 내용·자격·사업수행기간 및 채용조건 등) 또는 직무분야·계약기간(시간) 등 채용공고상의 내용에 변경이 있으면 신규채용절차를 거치도록 규정하고 있는바, 위 지침은 참가인들과 같은 계약직공무원과의 계약관계를 규율하는 안전행정부예규로서 참가인들과 같은 계약직공무원의 계약 갱신에 대한 기대권은 위와 같은 지침의 내용에 의해 제한된다고 본 판례(서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014누55*** 판결)[1심 판결(서울행정법원 2014. 5. 23. 선고 2013구합24*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 7. 9.자 2015두39*** 판결)에서 심리불속행 기각되어 확정됨]

1148) 운전자들과의 위·수탁 계약에서 운행실적 등을 감안하여 위탁기간을 연장할 수 있다고 규정하고 1일

업무수행을 담보하고 재계약 여부의 판단자료로 활용하기 위한 정도의 것이라면 이를 재계약의무나 계약갱신의 요건 내지 절차를 정한 것으로 볼 수 없음.¹¹⁴⁹⁾ 다만, 이러한 경우에도 재계약 관행, 사업·업무의 계속성 등이 인정되고 일정 수준 이상의 평가점수를 받으면 계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성된 것으로 보아 갱신기대권이 인정될 수 있음¹¹⁵⁰⁾

4) 관행의 존재

단순히 사용자가 재고용 의사를 밝힌 바 있다거나 동종 근로자를 고용하는 관행이 있는 것만으로는 계약갱신의 신뢰관계가 형성되었다고 볼 수 없고,¹¹⁵¹⁾ 계약갱신에 관한

콜 횟수, 교통법규 위반 등 평가자의 주관적인 판단이 개입될 여지가 없는 심사기준을 적용하여 70점 이상인 자들에 대하여는 전원 계약기간을 연장하였다면 참가인 소속 운전자들 사이에 갱신 기준 이상의 점수를 얻게 되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있다고 볼 수 있다고 한 판례(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1*** 판결), 행정안전부의 사업시행 지침에서 ‘연말까지 1년 계약이 원칙이며, 연말 업무평가를 통해 익년도 재계약 여부 결정’, ‘평가위원회를 5인으로 구성하여 3인 이상 동의한 경우 재계약 가능’이라고 규정하였다면 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 둔 것이므로 갱신기대권이 인정된다는 판례(서울행정법원 2013. 1. 10. 선고 2012구합27*** 판결), 채용계약서에서 계약만료 시 최종 평가를 실시한다고 되어 있고, 운영세칙에서 ‘업무수행 실적을 1년 마다 평가하여 계약의 연장 및 해지, 연봉액의 조정 등에 반영할 수 있다’고 하면서 [별표 2]에서 근무실적 평점이 75점 이상인 경우 계약이 연장되도록 규정하고 있는 경우 이러한 규정들은 그 내용상 재계약 절차 및 요건에 관한 근거 규정으로 봄이 상당하고 갱신기대권이 인정된다는 판례(대법원 2014. 2. 13. 선고 2012두1*** 판결)

1149) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2010두24*** 판결, 취업규칙에서 ‘의료원장은 업무수행 실적을 평가하여 계약의 변경, 연장 또는 해지 시 이를 반영할 수 있다’고 규정한 것은 의료원장이 계약기간의 연장이 필요하다고 인정한 경우에 비로소 적용되는 규정에 불과하고, 달리 이 사건 근로계약이나 위 취업규칙에 계약갱신의 절차에 관한 규정이 없다고 본 판례(서울고등법원 2012. 1. 11. 선고 2011누33*** 판결)[1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 25. 선고 2011구합5*** 판결)를 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 4. 30.자 2012두3*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

1150) 시의 보훈복지에 대하여 매년 근무성적을 평가하도록 하고 근무성적 평점결과를 재계약 및 보수 등의 인사운영에 반영할 수 있도록 규정하였는데, 매년 갱신절차를 거치지 아니하고 근로계약을 체결하였고, 시의 노후복지서비스 업무가 일정 수준의 업무량을 유지하고 있다면 계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정된다는 판례(서울고등법원 2012. 8. 16. 선고 2012누7*** 판결), 이사장은 ‘계약직 직원의 업무수행실적을 계약의 변경, 연장 또는 해지 시에 반영’할 수 있도록 규정되어 있는데, 근로자의 업무(방송국관리업무)가 계속성이 요구되는 업무이고, 후임을 채용한 점, 공기업으로서 정부의 “공공기관 기간제근로자의 무기계약 전환계획” 지침을 충실히 수행할 의무가 있는 점, 노사 간에 비정규직 직원들을 정규직으로 전환하는 데 대한 강한 공감대가 있었던 점 등을 고려하여 갱신기대권을 인정한 판례(서울고등법원 2010. 11. 16. 선고 2010누11*** 판결), 근무성적평정의 시기, 방법, 절차에 관하여 비교적 상세한 내용을 정하고 재계약 기준을 70점 이상으로 정하고 재계약기준에 해당하는 근로자들에 대하여 특별한 사정이 없는 이상 재계약을 체결하여 왔다면 갱신기대권이 인정된다는 판례(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두2*** 판결), 인사관리지침에서 계약직 근무상황과 업무수행실적을 평가하여 계약의 변경 및 해지 시 반영하도록 하고 있고, 공단의 경륜·경정사업을 임시적·계절적인 것으로 볼 수 없고, 공개채용을 하면서도 신규채용과 경력직원에 대하여 다른 기준과 절차를 사용하였고, 이 사건 근로자들을 비롯하여 근로계약기간 종료 후 다시 입사지원서를 제출한 대부분의 근로자들에 대하여 계약을 갱신하여 온 경우 갱신기대권이 인정된다는 판례(서울고등법원 2010. 9. 30. 선고 2009누36*** 판결)[대법원(대법원 2011. 1. 13.자 2010두22*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

요건이나 절차에 관한 아무런 규율 없이 사용자의 인력 수요 및 근로자의 근무태도에 관한 재량적 판단에 따라 근로계약의 갱신 여부를 결정하여 온 경우 수차례 계약갱신을 하였고, 대부분의 동종 근로자들과 계약갱신을 한 사실이 있다고 하더라도 갱신기대권이 인정될 여지가 적음.¹¹⁵²⁾ 특히 다수의 동종 근로자를 재고용한 사실이 있다고 하더라도 근로계약 종료 후 퇴사한 근로자가 있거나 근로계약 갱신이 거절된 근로자가 있는 경우 갱신기대권 인정에 부정적인 요소로 작용함¹¹⁵³⁾

5) 기타

판례는 계약기간을 1년으로 정하여 근로계약을 체결한 이후 매년 계약을 갱신하여 오다가, 최종적으로 재계약을 체결하면서 계약기간이 만료하면 당연퇴직하는 것으로 정하여 더 이상의 재계약이 불가능함을 분명히 한 경우 갱신기대권이 인정되지 않는다고 보기도 하였고,¹¹⁵⁴⁾ 기간제 근로계약의 반복갱신이 있었으나 매우 짧고 불규칙하였으며 마지막 근로계약이 종전 근로계약기간과 합산하여 2년이 되도록 정한 경우 무기근로계약으로 전환되지 않도록 계약당사자 간의 의사합치가 있었던 것으로 볼 수 있다고도 판단하였음¹¹⁵⁵⁾

1151) 계약서에 ‘성실 근로자에 대하여는 재계약할 수 있다’고 되어 있고, 사용자가 ‘성실한 근로한다면 재계약 하겠다’는 말을 하였고, 대부분의 근로자들과 재계약 한 사실이 있음에도 일정한 요건이 충족되면 계약이 갱신된다는 취지의 규정이나 계약갱신과 관련한 요건이나 절차에 관한 규정을 두고 있지 않다는 점을 들어 갱신기대권이 인정되지 않는다고 본 판례(대법원 2011. 11. 10. 선고 2010두7*** 판결), ‘1년간의 근무평가 후 정규직 전환 여부를 결정’ 한다는 내부 결재문서가 있고, 채용 당시 연구소 소장이 같은 취지의 말을 한 사실이 있다고 하더라도 갱신기대권을 인정할 수 없다고 본 판례(서울고등법원 2013. 7. 3. 선고 2012누36*** 판결)[1심 판결(서울행정법원 2012. 11. 1. 선고 2012구합10*** 판결)을 인용하였음], 회사 은행장이나 상근 감사위원이 정년까지 근무할 수 있도록 하겠다는 등의 발언을 하였다고 하여 근로계약 갱신체결에 대한 기대권이 생겼다고 볼 수 없다는 판례(대법원 2011. 11. 10. 선고 2010두24*** 판결), 근로자를 제외한 나머지 근로자들과 근로계약을 갱신하여 왔고, 이전에는 계약기간 만료를 이유로 퇴직한 직원이 없음에도 갱신기대권을 인정하지 않은 판례(대법원 2011. 10. 27. 선고 2010두17*** 판결)

1152) 근로자와 이미 5차례 계약갱신을 하였고, 대부분의 계약직 근로자들과 계약갱신을 하였으나, 사고현장 출동서비스 업무의 성격상 인력 채용이 탄력적으로 이루어져야 할 필요성이 커 대부분의 근로자들을 계약직 직원으로 채용하고 있는 점에 주목하여 갱신기대권을 부정한 판례(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두9*** 판결), 1년 동안 계약직으로 근무하게 한 다음 업무적합성과 회사의 인력수급 문제 등을 고려하여 정규직 채용 여부를 결정하였으므로 정규직 채용 여부가 회사의 고유한 인사권한에 속한다고 본 판례(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두28*** 판결)

1153) 1심에서 자진하여 퇴사하는 자들을 제외하고 대부분의 근로자들과 재계약을 체결한 점을 들어 갱신기대권을 인정하였으나, 2심에서 계약기간이 만료됨을 이유로 퇴직처리된 자가 상당수 있음을 들어 갱신기대권을 부정하였고, 대법원에서 이를 지지한 판례(대법원 2011. 11. 10. 선고 2010두7*** 판결), 비록 1년의 계약기간이 종료된 근로자들 중 90%를 정규직으로 채용하였으나, 이는 회사의 고유권한에 속하고, 1년의 계약기간이 종료된 근로자 중 정규직으로 채용되지 않은 자의 수가 적지 않다는 점을 들어 갱신기대권을 부정한 판례(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두28*** 판결)

1154) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두3*** 판결

또한 판례는 취업규칙에 정년에 관한 규정이 있다고 하더라도 이는 계약을 갱신하는 한계를 정한 것이거나, 근로계약에서 정한 기간에도 불구하고 정년에 달하면 근로계약이 종료되는 것을 의미하므로 정년에 이르기까지 계약갱신의 기대권이 인정되는 것은 아니라고 보고 있음¹¹⁵⁶⁾

한편 정년 이후 근로자를 축적적으로 고용한 경우 축적적 근로계약의 실시 목적, 내용 및 특성 등을 고려할 때 계약갱신에 대한 기대가 일반적인 기간제근로자의 것에 미치지 않는다고 보는 것이 사회통념에 부합한다고 본 판례가 있음.¹¹⁵⁷⁾ 따라서 단체협약의 정년이 지난 일부 근로자들이 계속하여 근무하고 있다는 사정만으로 축적 근로계약 체결에 대한 기대권 내지 기준에 체결한 축적 근로계약에 대한 갱신기대권이 인정된다고 보기는 어려움¹¹⁵⁸⁾

3.3 계약갱신 거절에 있어서 합리적 이유

기간제근로자에게 계약갱신에 대한 정당한 기대권이 인정될 경우 사용자가 계약갱신을 거절함에 있어서 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 사유가 있어야 함¹¹⁵⁹⁾

여기서 ‘합리적 이유’는 ‘정당한 이유’라는 해고 제한의 기준보다는 완화된 기준이므로 그 유효성은 해고보다는 넓게 인정되나,¹¹⁶⁰⁾¹¹⁶¹⁾ 위에서 언급한 바와 같이 최근 그 유효성을 보다 엄격하게 보는 사례도 존재한다는 점을 유의해야 할 것임

사용자가 근무평정을 하여 근로자의 직무수행능력 부족 등을 증명하고 계약갱신 거절

1155) 서울고등법원 2013. 10. 25. 선고 2013누19*** 판결

1156) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2010두24*** 판결

1157) 서울고등법원 2013. 12. 4. 선고 2013누8204 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 1. 31. 선고 2012구합14*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 4. 10.자 2014두*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

1158) 서울고등법원 2014. 10. 31. 선고 2014누57*** 판결 [1심 판결(서울행정법원 2014. 6. 26. 선고 2013구합59*** 판결)을 인용했으며 대법원(대법원 2015. 3. 12.자 2014두45*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

1159) 법원이 갱신기대권이 인정되는 경우 당해 갱신거부를 중전에는 ‘사회통념상 인정되는 합리적 이유 없이’라는 표현을 사용하였지만, 최근에는 ‘그 실질에 있어서 부당해고에 해당되어 그 효력을 인정할 수 없다’는 표현을 사용함으로써 근로기준법상 정당한 이유 없는 해고의 한 유형으로 파악하고 있다는 견해도 있으나(이 정, “기간제근로자의 갱신기대권에 대한 소고”, 중앙노동위원회 공익위원 워크숍 자료, 2012. 9. 17면), 여전히 ‘사회통념상 인정되는 합리적 이유 없이’라는 표현을 사용하여 갱신거절의 정당성을 판단하는 판례가 다수 발견되고 있음

1160) 서울행정법원 2008. 6. 20. 선고, 2007구합39*** 판결, 서울행정법원 2008. 12. 18. 선고, 2008구합27*** 판결, 서울남부지방법원 2011. 1. 28. 선고 2012가합2*** 판결, 서울고등법원 2010. 9. 30. 선고 2009누36*** 판결 등

1161) ‘합리적 이유’로 주장되는 사유들은 대체로 ‘정당한 이유’로 주장되는 사유들과 형태상으로 유사함. 즉 직무수행능력 부족이나 직무수행태만(통상해고), 근로자의 비위행위(징계해고), 경영상의 어려움, 업무량 감소(경영상 해고) 등의 사유들이 ‘합리적 이유’로 주장됨

에 합리적 이유가 있다고 주장하는 경우가 많은데, 판례는 사용자의 근로자 채용 여부 내지 그 방식에 대한 결정은 근본적으로 경영상의 자유로운 판단에 맡겨져 있다고 보아 근무평정 기준과 그에 따른 평가가 자의적이지 않고 객관성, 합리성 및 공정성이 있다면 근무평정 기준 미달을 이유로 한 갱신거절에 합리적 이유가 있다고 보고 있음

또한 판례는 근무평정을 함에 있어서 근로자를 직접 지켜보는 상급자만이 평가자가 되어야 할 필요는 없다고 보며 근무평가·인사평가에 있어서 평가항목과 평가방법이 다소 추상성을 띠거나 평가자의 주관적 의견이 반영되는 것도 인정되고,¹¹⁶²⁾ 이를 점수부여 방식으로 할 수도 있고 평가항목과 평가방법에 관하여 세세한 기준이 마련되어 있어야 하거나 점수부여의 이유를 기재할 필요도 없다고 보고 있음¹¹⁶³⁾

특히 업무 내용이 연구개발과 같이 학술적, 전문적인 경우 또는 회사가 그러한 업무를 담당하는 기관(연구소 등)인 경우 평가자의 재량권은 더욱 많이 보장되며,¹¹⁶⁴⁾ **기간제근로자를 무기계약 근로자로 전환시키는 기준을 정함에 있어서는 단순한 계약갱신의 경우보다 사용자에게 더 넓은 재량권이 인정됨**¹¹⁶⁵⁾

그러나 근무평정에 따라 계약갱신 거절을 하였더라도 근무평정에 객관성, 합리성 및 공정성 등이 없는 경우,¹¹⁶⁶⁾ 평가항목이 포괄적이고 불명확하여 사용자의 자의적 판단이

1162) 근로계약의 성질상 근로의 양과 질에 대한 평가는 사용자의 고유권한에 속하는 것이고, 평정을 부여함에 있어 수치로 계량되는 객관적 실적뿐만 아니라 기업조직에의 융화 정도 등 수치로 계량할 수 없는 부분에 대한 주관적인 평가도 포함된다는 판례(서울고등법원 2008. 9. 5. 선고 2008누10*** 판결)[1심 판결(서울행정법원 2008. 4. 3. 선고 2007구합28*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 11. 27.자 2008두17*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 유사한 취지의 판례(서울고등법원 2010. 9. 30. 선고 2009누36*** 판결)[대법원(대법원 2011. 1. 13.자 2010두22*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 신규임용자 평정의 평가항목이 전문성, 직무수행능력, 책무성, 협동성, 기관발전 기여 가능성 등이어서 신규임용자에 대한 평정자가 전인격적, 복합적 평가를 통해 평정을 할 수 밖에 없는 경우 평정자의 재량권은 더욱더 보장되어야 하며, 사후적인 사법심사를 통하여 평정결과를 뒤집는 것은 가능한 한 자제되어야 한다는 판례(서울행정법원 2012. 11. 2. 선고 2012구합5*** 판결)

1163) 서울고등법원 2012. 9. 5. 선고 2012누1282 판결[동 사건은 대법원(대법원 2013. 1. 24.자 2012두21*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

1164) 교육과정 연구개발 및 각종 국가고시 출제관리를 목적으로 하는 원고 기관의 성격, 그 내에서 부연구위원으로 근무하였던 근로자의 업무를 고려할 때 평정자의 재량권은 더욱더 보장되어야 한다는 판례(서울행정법원 2012. 11. 2. 선고 2012구합5*** 판결)

1165) 서울고등법원 2012. 8. 29. 선고 2011누30061 판결[대법원(대법원 2013. 1. 10.자 2012두21*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

1166) 근로자들과 접근도가 높은 1, 2차 평정자들은 높은 점수를 부여하였으나, 접근도가 낮은 3, 4차 평정자들은 낮은 점수를 부여하였는데, 평정자들 간에 점수에 큰 폭의 편차가 발생할 만한 사정을 발견할 수 없고 오로지 계약거절의 사유로 삼기 위하여 형식적으로 근무평정을 한 것으로 보이는 경우, 이러한 공정성과 합리성이 결여된 근무평정결과를 이유로 한 갱신거절은 부당해고에 해당한다는 판례(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두2*** 판결)[동 판결은 파기환송후 고등법원(서울고등법원 2011. 11. 16. 선고 2011누27*** 판결)에서 확정됨], 2회차 계약갱신을 할 경우 기간의 정함이 없는 고용형태로 판단될 것이 우려된다는 것은 계약갱신 거절의 합리적 이유로 인정될 수 없고, 수년간 상사와 동료들에 의한 다면평가 결과가 우수하였는데 특별한 사유 없이 근로자가 노동조합 활동을 시작한 이후로 상

개입될 소지가 커서 객관적 심사항목으로 보기 어려운 경우,¹¹⁶⁷⁾ 계약갱신 요건으로서 근무평정 기준이 있음에도 이를 자의적으로 적용한 경우¹¹⁶⁸⁾에는 갱신거절에 합리적 이유가 없다고 봄

또한 위와 같이 계약갱신에 관한 평가항목, 평가방법에 있어서 사용자의 재량을 넓게 인정하나 평정결과에 대한 검증절차는 공정하여야 하므로, 이의신청 기회를 주지 않는 등 규정된 검증절차를 위반한 경우 평정결과와 공정성 및 정확성을 담보할 수 없게 되므로 중대한 절차 위반으로 계약갱신 거절은 무효가 된다는 판례가 있음¹¹⁶⁹⁾

한편 판례는 회사가 경영상 어려움에 처하여 인력을 축소하여야 하는 사정이 있거나,¹¹⁷⁰⁾ 사업의 성격상 인력을 탄력적으로 조절할 필요성이 있었고, 그 후 업무량이 감소된 경우,¹¹⁷¹⁾ 계약직 근로자를 고용한 계기가 없어진 경우¹¹⁷²⁾ 계약갱신 거절에 합리적

사에 의한 점수가 하락하기 시작하여 최하위 점수까지 받게 되었다면 다면평가의 타당성 및 신뢰성에 의심이 가므로 합리적 이유가 있는 계약 갱신 거절로 보기 어렵다는 판례(서울고등법원 2010. 11. 16. 선고 2010누11*** 판결)

1167) ‘1일 평균 운행횟수’라는 객관적 심사항목 대신 ‘기타 계약서 위반’이라는 포괄적인 심사항목을 포함시켜 위반행위의 경중이나 경위에 대한 고려 없이 획일적으로 감점하도록 하고 계약갱신 기준 점수를 10점이나 상향조정하여 노동조합원인 근로자들의 계약갱신을 거절한 경우 합리적 이유가 없다고 본 판례(서울고등법원 2009. 11. 20. 선고 2009누11*** 판결), ‘중과실’ 개념 자체가 포괄적이고 불명확하여 사용자의 자의적 판단이 개입될 소지가 매우 커 객관적 심사항목으로 보기 어렵고, 노동조합원이 근로자에 대하여만 중과실 감점을 포함한 심사항목을 적용한 경우 계약갱신 거절에 합리적 이유가 없다고 본 판례(서울고등법원 2009. 11. 26. 선고 2009누11*** 판결), 사용자의 계약 갱신 여부 심사가 객관적이고 정확한 자료를 토대로 이루어졌는지 의문이고, 심사항목 중 일부는 평가자의 자의적 평가가 개입될 여지가 있어 그 객관성 및 공정성이 결여되었다고 볼 수 있으며, 일부 심사항목은 심사 대상자 전원에 대하여 일률적으로 적용되지 않아 불공평한 결과가 초래되었다고 인정한 다음, 이와 같이 공정성 및 객관성이 결여된 심사과정을 거쳐 근로자들에 대하여 갱신 기준 점수 미만을 이유로 계약갱신을 거절한 것은 정당성을 결여하여 효력이 없다고 본 판례(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1*** 판결)

1168) 근무평정에 따라 계약갱신을 결정하도록 하는 내부규정이 있음에도 이에 반하여 특정 근로자에 대하여 다른 근로자들과는 다른 심사항목을 적용하여 근무평정을 하고 계약갱신을 거절하였다면 합리성을 결여한 것이라는 판례(서울고등법원 2009. 11. 26. 선고 2009누11*** 판결, 유사 취지로 서울고등법원 2009. 11. 17. 선고 2009누12*** 판결)

1169) 서울행정법원 2012. 11. 2. 선고 2012구합5*** 판결

1170) 경영상 이유로 기간제근로자에 대하여 계약갱신을 거절하는 경우 사실상 경영상 해고와 유사한 외형을 지니게 됨. 회사의 경영이 어려워질 때 회사는 정규직에 대하여는 경영상 해고로, 기간제근로자에 대하여는 계약갱신 거절로 대응하는 경우가 많고, 기간제근로자를 비롯한 비정규직 근로자와의 근로관계 종료는 경영상 해고에 있어서 해고회피의무의 일환으로 이행되는 경우도 있음

한편 갱신기대권이 인정되는 근로자에 대하여 정부의 공공기관 선진화 추진계획에 따라 인력을 감축하기 위하여 계약갱신을 거절하자, 근로기준법 제24조의 경영상 해고 요건을 갖추지 않아 계약갱신 거절의 합리적 이유가 없다고 본 판례도 있음(대법원 2014. 2. 13. 선고 2012두1*** 판결)

1171) 공과금수납제도를 개선하는 과정에서 인력을 탄력적으로 조절하기 위하여 계약직 근로자를 고용하였는데 은행의 공과금수납업무가 정착되고 업무량이 감소하였다면 공과금전담직원에 대한 계약갱신 거절에 합리적 이유가 있다고 본 판례(대법원 2007. 7. 27.자 2007두9*** 심리불속행 기각 판결), 간병사에 대한 수요가 줄어들자 병원이 간병사 수요의 변화에 탄력적으로 대처하기 위하여 파견근로자 및 일용근로자를 사용하는 상황이라면 간병사에 대한 계약갱신 거절에 합리적 이유가 있다고 본 판례(서

이유가 있다고 봄

또한 사용자가 재계약 절차가 아닌 공개채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서, 공개채용절차에 응시하지 않았다는 이유만으로 근로계약의 갱신을 거절한 것은 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것으로서 부당해고에 해당한다고 판단하기도 하였음¹¹⁷³⁾

이러한 ‘계약갱신 거절에 합리적 이유가 있는지 여부’에 대해서 법원은 입증책임이 사용자에게 있다고 보고 있음¹¹⁷⁴⁾

【 대법원 2017. 10. 12 선고 2015두44*** 판결 】

기간제 근로계약을 체결한 근로자에게 이와 같이 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권을 인정하는 취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자의 근로조건 보호를 강화하려는 데에 있다. 그러므로 근로자에게 이미 형성된 갱신에 대한 정당한 기대권이 있음에도 불구하고 사용자가 이를 배제하고 근로계약의 갱신을 거절한 데에 합리적 이유가 있는지가 문제 될 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 거부의 사유와 그 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이며 공정한지를 기준으로 판단하여야 하고, 그러한 사정에 대한 증명책임은 사용자가 부담한다. 특히 사용자가 갱신에 대한 정당한 기대권을 보유한 기간제근로자들에 대하여 사전 동의 절차를 거치거나 가점 부여 등의 구체적인 기준도 마련하지 않은 채 재계약 절차가 아닌 신규채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서 대규모로 갱신 거절을 한 경우, 이는 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권을 전면적으로 배제하는 것이므로, 사용자로서 그와 같은 조치를 취하지 않으면 안 될 경영상 또는 운영상의 필요가 있는지, 그에 관한 근거 규정이 있는지, 이를 회피하거나 갱신 거절의 범위를 최소화하기 위한 노력을 하였는지, 그 대상자를 합리적이고 공정한 기준에 따라 선정하기 위한 절차를 밟았는지, 그 과정에서 차별적 대우가 있었는지 여부 등을 종합적으로 살펴본다 그 주장의 당부를 판단하여야 한다(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8*** 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다17*** 판결 등 참조).

울고등법원 2008. 12. 10. 선고 2008누18*** 판결)

1172) 근로자를 연봉계약직으로 고용하게 된 계기가 된 직원의 산전휴가와 육아휴직이 종료될 예정이고, 근무시간제 개편을 통해 약무실의 업무부담이 감소하였으며, 경영위기로 인사구조 개편 및 인력의 긴축 운영 필요성이 대두되고 있는 상황이라면 계약갱신 거절에 합리적 이유가 있다고 본 판례(서울고등법원 2012. 1. 11. 선고 2011누33*** 판결)[1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 25. 선고 2011구합5*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 4. 30.자 2012두3*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

1173) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8*** 판결

1174) 근로자는 계약갱신의 정당한 기대권이 있음을 입증해야 하고 사용자는 계약갱신 거절에 합리적 이유가 있음을 입증하여야 함. 갱신기대권이 인정되는 경우 해고제한의 법리가 유추적용 되므로 갱신거절의 정당성은 해고의 정당성에 상응하기 때문임, 사용자가 갱신기대권이 인정되는 근로자의 직무수행 능력이 부족하다는 점을 객관적인 자료를 통하여 제시하지 못하고 있으므로 갱신거절에 합리적 이유가 인정되지 않는다고 본 판례(서울고등법원 2012. 8. 16. 선고 2012누7*** 판결)

4. 무기계약 전환기대권

2016년 대법원은 갱신기대권과 구별하여 무기계약 전환기대권을 명시적으로 인정하였음¹¹⁷⁵⁾

종래 판례법리로 형성되어 온 근로계약 갱신에 대한 기대권에서 더 나아가 기간의 정함이 없는 근로계약 전환에 관한 기대권을 인정한 것으로 의미가 크다고 할 수 있음

갱신기대권이 ‘갱신’에 대한 ‘합의(근거규정)’ 또는 ‘신뢰관계 형성’을 의미한다면, 무기계약 전환기대권은 ‘무기계약 전환’에 대한 ‘합의(근거규정)’ 또는 ‘신뢰관계 형성’을 의미함

근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간제근로자의 계약기간이 만료될 무렵 인사평가 등을 거쳐 일정한 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 전환된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 고려하여 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 무기계약으로 전환된다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우에 무기계약 전환기대권이 인정됨

무기계약 전환기대권이 인정되면 사용자는 합리적 사유 없이 무기계약 전환을 거절할 수 없으며, 무기계약 전환거절의 합리적 사유 범위는 갱신기대권에서의 그것과 동일함

【대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45*** 판결】

기간제법은 제5조에서 “사용자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고자 하는 경우에는 당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간제근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다.”라고 규정하고, 제8조 제1항에서 “사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.”라고 규정하고, 제9조 제1항에서 “기간제근로자 또는 단시간근로자는 차별적 처우를 받은 경우 노동위원회법 제1조의 규정에 따른 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

위 각 규정의 내용 및 입법 취지에 앞서 본 기간제근로자의 기대권에 관한 법리를 더하여 살펴보면, 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간제근로자의 계약기간이 만료될 무렵 인사평가 등을 거쳐 일정한 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기와 경위, 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환에 관한 기준 등 그에 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 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이를 위반하여 합리적 이유 없이 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환을 거절하며 근로계약의 종료를 통보하더라도 부당해고와 마찬가지로 효력이 없고, 그 이후의 근로관계는 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 것과 동일하다고 보아야 한다.

제6장
기간제
근로계약
종료

1175) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45*** 판결

정부가 2017. 7. 20. 발표한 ‘정규직 전환 가이드라인’은 정규직 전환과 관련한 기준 및 절차 마련을 권고하는 것을 그 내용으로 하며, 행정청 내부의 정책적 지침에 불과하여 해당 지침이 사용자를 기속하거나 곧바로 무기계약 전환기대권을 형성시킨다고는 할 수 없음

【서울행정법원 2020. 1. 30. 선고 2018구합81*** 판결】

원고는 정규직 또는 무기계약직 전환에 대한 기대권과 계약직 근로자의 갱신에 대한 기대권은 서로 다른 요건에 따라 인정되어야 하고, 이 사건 정부 및 보건복지부 지침에 따르면 원고에게 정규직 또는 무기계약직 전환에 대한 기대권이 인정된다고 주장한다. 그러나 지방자치단체는 국가와 구분되는 독립된 법인으로 시·군 및 자치구의 장이 주민의 복지증진에 관한 사무를 포함한 자치사무에 관하여 법률을 위반하거나 위임받은 시·도사무에 관하여 위법·부당한 처분을 내려 주무부장관 또는 시·도지사가 시정을 명하는 경우를 제외하고는 독자적인 책임 아래 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하는 것이다. 따라서 원고와 자치구인 참가인 사이의 고용관계가 계속되리라는 원고의 기대권이 인정되는지 여부는 고용관계의 바탕이 된 원고와 참가인 사이의 근로계약에 나타난 사정을 고려하여 판단할 문제일 뿐이다. 국가 또는 광역자치체인 울산광역시가 공적 견해 등을 표명하였더라도 그 자체는 원고의 기대권을 인정할지 여부에 고려하기 어렵고, 단지 그에 대하여 위 근로계약의 당사자인 참가인이 나타내 보인 반응이나 평가의 범위 안에서만 간접적으로 위 기대권 인정 여부의 판단에서 고려할 수 있는 것이다.

다만 2017년 이후 ‘정규직 전환 가이드라인’에 따라 공공부문에서 무기계약 전환에 관한 ‘내부 규정’이 만들어지고 그에 따른 전환 절차 등이 시행된 경우 이러한 사정을 종합하여 볼 때 무기계약 전환기대권이 인정된다고 본 판례도 있음

【서울행정법원 2020. 9. 24. 선고 2019구합76*** 판결¹¹⁷⁶⁾】

2017. 7.경 발표된 이 사건 정부 지침은 참가인을 포함한 공공기관마다 정규직전환심의위원회를 설치하여 그 무렵 공공부문에서 일하는 기간제근로자들의 정규직 전환 여부 및 전환 기준 등을 결정하도록 하였고, 이 사건 보건복지부 지침은 주 40시간 일하는 아동복지교사를 원칙적인 정규직 전환 대상으로 하면서도 정규직전환심의위원회에서 예외를 정할 수 있도록 정하여 아동복지교사로 일하는 기간제근로자 중 정규직 전환 범위는 각 지방자치단체의 정규직전환심의위원회에서 결정하도록 하였다. 이에 따라 참가인 정규직전환심의위원회는 4회에 걸친 심의 끝에 그동안 참가인과 기간을 정한 근로계약을 체결하고 9개월 이상 일한 기간제근로자를 대상으로 하는 제한경쟁 채용시험을 실시하기로 하였고, 원고가 일하던 ‘사회복지실 아동드림팀’과 관련하여서는 이 사건 채용시험을 실시한다는 시행계획을 공고하였다. 이러한 사실을 모두 종합하여 보면 원고에게는 참가인 정규직전환심의위원회의 심의 결과에 따라 이 사건 채용시험에 합격하는 등 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 정규직으로 전환될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정된다.

1176) 동 사건은 1심에서 종결됨

5. 사용기간제한의 예외 관련

기간제법 제4조 제1항 본문에서 ‘사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 기간제근로자를 사용할 수 있다.’라고 규정하는 한편 단서에서 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외를 규정하고 있고, 제2항에서 ‘제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다’라고 규정하고 있음

위 규정들의 입법취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자 지위의 안정화라는 목표와 사용자가 경기 변동에 따라 고용량을 조절할 수 있는 노동시장의 유연성 제고라는 목표를 조화롭게 추구하기 위함이고, 이러한 입법취지 등에 비추어 볼 때 기간제법 제4조 제2항은 강행규정이라고 할 것임¹¹⁷⁷⁾

5.1 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우

기간제법 제4조 제1항 단서 제1호에 따라 기간제근로자를 2년을 초과하여 사용할 수 있는 경우로서 “사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우”에는 건설공사 등 유기사업, 특정 프로그램 개발 또는 프로젝트 완수를 위한 사업 등과 같이 원칙적으로 사업 또는 업무 자체가 그 객관적인 성격상 한시적이거나 1회성 사업의 특성을 갖는 경우로 한정된다고 보아야 할 것임¹¹⁷⁸⁾

한편 기간제법 제4조의 전체적인 체계 및 내용, 취지에 비추어 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우에는 2년을 초과한 기간제근로가 가능하다고 해석될 뿐, 사전에 계약기간이 정해져 있음에도 실제로 사업이 완료되거나 특정한 업무가 완성될 때까지 계속하여 고용을 보장해야 한다는 의미로까지 확대해석할 수 없음¹¹⁷⁹⁾

제6장
기간제
근로계약
종료

5.2 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우

기간제법 제4조 제1항 단서 제2호는 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 경우로서 “휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우”를 규정하고 있으며, 이 경우에는 출산·질병·군입대 등으로 인하여 기존 근로자가 휴직하거나 장기 파견된 경우 당해 근로자를 대체하는 등이 해당됨

1177) 서울고등법원 2013. 8. 18. 선고 2011누9*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2011. 11. 24.자 2011두23*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

1178) 서울행정법원 2012. 10. 18. 선고 2012구합16*** 판결 참조

1179) 서울고등법원 2013. 6. 20. 선고 2012누34*** 판결 참조

5.3 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우

기간제법 제4조 제1항 단서 제3호는 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 경우로서 “근로자가 학업·직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우”를 규정하고 있으며, 이 규정은 근로자가 학업, 직업훈련 등을 통해 자주적으로 직업능력을 개발하고자 하는 경우에는 동 소요기간과 관련해서는 근로계약기간에 제한을 두지 않겠다는 것이며 학업·직업훈련과 직장의 양립을 도모하려는 것임

5.4 「고령자고용촉진법¹¹⁸⁰⁾」 제2조 제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우

기간제법 제4조 제1항 단서 제4호는 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 경우로서 “고령자고용촉진법 제2조 제1호의 고령자(55세 이상)와 근로계약을 체결하는 경우”를 규정하고 있으며, 이 규정은 고령자의 고용촉진을 위해 예외를 허용한 것으로서 사용자가 기간제 근로계약을 최초로 체결할 당시 근로자가 만 55세 이상인 경우 또는 기간제 근로계약을 갱신할 당시 근로자가 만 55세 이상이고 기존근로기간이 2년 이하인 경우에 비로소 기간제법 제4조 제1항 단서 제4호에 해당되어 기간제법 제4조 제2항에 따른 무기근로자로의 전환이 배제되는 것으로 해석하는 것이 기간제법 제4조 제1항 제4호의 문언에 부합할 뿐 아니라 기간제근로자의 보호라는 기간제법의 입법목적에도 합치됨¹¹⁸¹⁾

5.5 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우

가. 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우

기간제법 제4조 제1항 단서 제5호가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 경우로서 규정하고 있는 “전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우로서 대통령령이 정하는 경우”란 기간제법 시행령 제3조 제1항에 따라 박사학위, 기술사, 전문자격(변호사, 의사, 한의사, 변리사, 공인회계사 등)을 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우를 말하며, 이처럼 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우를 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유로 규정한 이유는, 이러한 전문직종 근로자는 일반적으로 임금 수준이 높고 사용자를

1180) 고령자고용촉진법은 2008년 일부개정을 거쳐 2009. 3. 22. ‘고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률’로 법률명을 변경하였으나, 현행 기간제법에서 규정하는 명칭 및 약어로써 이하 ‘고령자고용촉진법’이라 함

1181) 서울고등법원 2012. 7. 18. 선고 2011누45*** 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 12. 2. 선고 2011구합 30*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 5. 22. 선고 2012두18*** 판결)에서 확정됨]

상대로 충분한 교섭력을 가지며 이직이 원활하게 이루어지는 등 사용기간 제한을 두지 않더라도 근로자의 지위가 열악해질 우려가 비교적 적기 때문이라고 할 수 있음¹¹⁸²⁾

다만, 채용공고 또는 근로계약 체결의 조건으로 위 자격을 요구하지 않았고, 주된 업무가 위 자격과는 큰 관련이 없으며 자격 취득으로 인한 자격수당 등의 보상도 받지 않은 경우에는 업무수행에 해당 자격의 전문적 지식·기술 활용이 필요한 것으로 보이지는 않으므로 위 자격을 소지한 근로자를 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호에 해당하는 근로자라고 볼 수 없음¹¹⁸³⁾

전문자격의 종류¹¹⁸⁴⁾(제3조 제1항 제3호 관련)

1. 「건축사법」 제7조에 따른 건축사
2. 「공인노무사법」 제3조에 따른 공인노무사
3. 「공인회계사법」 제3조에 따른 공인회계사
4. 「관세사법」 제4조에 따른 관세사
5. 「변리사법」 제3조에 따른 변리사
6. 「변호사법」 제4조에 따른 변호사
7. 「보험업법」 제182조에 따른 보험계리사
8. 「보험업법」 제186조에 따른 손해사정사
9. 「부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률」 제23조에 따른 감정평가사
10. 「수의사법」 제2조 제1호에 따른 수의사
11. 「세무사법」 제3조에 따른 세무사
12. 「약사법」 제3조에 따른 약사
13. 「약사법」 제4조에 따른 한약사
14. 「약사법」 제45조에 따른 한약업사
15. 대통령령 제14319호 약사법 시행령 일부개정령 부칙 제2조에 따른 한약조제사
16. 「의료법」 제5조에 따른 의사
17. 「의료법」 제5조에 따른 치과의사
18. 「의료법」 제5조에 따른 한의사
19. 「중소기업진흥에 관한 법률」 제46조에 따른 경영지도사
20. 「중소기업진흥에 관한 법률」 제46조에 따른 기술지도사
21. 「항공법」 제26조에 따른 사업용조종사
22. 「항공법」 제26조에 따른 운송용조종사
23. 「항공법」 제26조에 따른 항공교통관제사
24. 「항공법」 제26조에 따른 항공기관사
25. 「항공법」 제26조에 따른 항공사

제 6 장
기간제
근로계약
종료

1182) 서울고등법원 2013. 7. 5. 선고 2012누39*** 판결[대법원(대법원 2013. 11. 15.자 2013두16*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

1183) 서울고등법원 2015. 1. 15. 선고 2014누44*** 판결(동 사건은 현재 대법원에서 소송 계속 중임)

1184) 기간제법 시행령 제3조 제1항 제3호 관련 [별표2]

나. 정부의 복지정책·실업대책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우

기간제법은 국가나 지방자치단체의 기관에 대하여도 적용되고(법 제3조 제3항), 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 경우로서 규정하고 있는 “정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우”란 기간제법 시행령 제3조 제2항 제1호에 따라 고용정책 기본법, 고용보험법 등 다른 법령에 따라 국민의 직업능력 개발, 취업 촉진 및 사회적으로 필요한 서비스 제공 등을 위하여 일자리를 제공하는 경우를 말함

국가나 지방자치단체가 국민 또는 주민에게 제공하는 공공서비스는 그 본질적 특성상 사회적으로 필요한 서비스의 성격을 가지고 있으므로 국가나 지방자치단체가 그 공공서비스를 위하여 일자리를 제공하는 경우, 기간제법 제4조 제1항 제5호, 기간제법 시행령 제3조 제2항 제1호에 해당하는지는 해당 사업의 시행 배경, 목적과 성격, 사업의 한시성이나 지속가능성 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 함¹¹⁸⁵⁾

그 밖에 「제대군인 지원에 관한 법률」 제3조에 따라 제대군인의 고용증진 및 생활안정을 위하여 일자리를 제공하는 경우, 「국가보훈기본법」 제19조 제2항에 따라 국가보훈대상자에 대한 복지증진 및 생활안정을 위하여 보훈도우미 등 복지지원 인력을 운영하는 경우 등을 규정하고 있음

5.6 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우

기간제법 제4조 제1항 단서 제6호, 기간제법 시행령 제3조 제3항 제1호 내지 제8호¹¹⁸⁶⁾

1185) 대법원 2012. 12. 26. 선고 2012두18*** 판결

1186) ③ 법 제4조 제1항 단서 제6호에서 “대통령령이 정하는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

<개정 2010. 2. 4, 2010. 7. 12>

1. 다른 법령에서 기간제근로자의 사용 기간을 법 제4조 제1항과 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우
2. 국방부장관이 인정하는 군사적 전문적 지식·기술을 가지고 관련 직업에 종사하거나 「고등교육법」 제2조 제1호에 따른 대학에서 안보 및 군사학 과목을 강의하는 경우
3. 특수한 경력을 갖추고 국가안전보장, 국방·외교 또는 통일과 관련된 업무에 종사하는 경우
4. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교(같은 법 제30조에 따른 대학원대학을 포함한다)에서 다음 각 목의 업무에 종사하는 경우
 - 가. 「고등교육법」 제14조에 따른 조교의 업무
 - 나. 「고등교육법 시행령」 제7조에 따른 겸임교원, 명예교수, 시간강사, 초빙교원 등의 업무
5. 「통계법」 제22조에 따라 고시한 한국표준직업분류의 대분류 1과 대분류 2 직업에 종사하는 자의 「소득세법」 제20조 제1항에 따른 근로소득(최근 2년간의 연평균근로소득을 말한다)이 고용노동부장관이 최근 조사한 고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업에 종사하는 자의

에서는 그 밖에 사용기간의 제한 예외사유를 정하고 있음

특히 그 중 기간제법 시행령 제3조 제3항 제1호는 ‘다른 법령에서 기간제근로자의 사용기간을 법 제4조 제1항과 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우’에 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외사유로 규정하고 있고, 기간제법 제4조 제2항은 ‘사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다’고 규정하고 있음

이는 다른 법령에서 기간제근로자의 사용기간을 기간제법 제4조 제1항과 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우에도 기간제법을 일률적으로 적용하면 다른 법령의 입법목적에 침해하게 될 수도 있다는 사정 등을 고려하여 사용기간 제한의 예외사유로 인정한 것임¹¹⁸⁷⁾

또한 법원은 예외사유에 해당하는 기간은 기간제법의 2년 사용기간 제한에 합산되지 않는다고 보고 있으므로 기간제법 제4조 제1항 단서 제6호와 기간제법 시행령 제3조 제3항 제6호에서 정한 단시간근로자로 기간제 근로계약을 체결하였다가 해당 근로관계가 종료된 이후에 새로이 기간제법 제4조 제1항 단서에 해당되지 않는 일반 기간제 근로계약을 체결한 경우, 단시간근로자로 근무한 기간은 기간제법 제4조 제2항의 ‘2년’에 포함되지 않는다고 할 것임¹¹⁸⁸⁾

5.7 사용기간의 제한 예외사유와 갱신(무기계약 전환)기대권

대법원은 기간제법 제4조 제1항 단서상의 예외사유에 해당하는 경우에도 갱신기대권

제6장
기간제
근로계약
종료

근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 경우

6. 「근로기준법」 제18조 제3항에 따른 1주 동안의 소정근로시간이 뚜렷하게 짧은 단시간근로자를 사용하는 경우
7. 「국민체육진흥법」 제2조 제4호에 따른 선수와 같은 조 제6호에 따른 체육지도자 업무에 종사하는 경우
8. 다음 각 목의 연구기관에서 연구업무에 직접 종사하는 경우 또는 실험·조사 등을 수행하는 등 연구업무에 직접 관여하여 지원하는 업무에 종사하는 경우
 - 가. 국공립연구기관
 - 나. 「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 또는 「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따라 설립된 정부출연연구기관
 - 다. 「특정연구기관 육성법」에 따른 특정연구기관
 - 라. 「지방자치단체출연 연구원의 설립 및 운영에 관한 법률」에 따라 설립된 연구기관
 - 마. 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관의 부설 연구기관
 - 바. 기업 또는 대학의 부설 연구기관
 - 사. 「민법」 또는 다른 법률에 따라 설립된 법인인 연구기관

1187) 서울행정법원 2014. 4. 24. 선고 2013구합26*** 판결

1188) 대법원 2014. 11. 27 선고 2013다2*** 판결

법리가 적용될 수 있다는 점을 명확히 함¹¹⁸⁹⁾

위 판결에서 대법원은 기간제법 사용기간 제한 예외사유에 해당하는 고령자의 경우에도 갱신기대권 법리가 적용될 수 있다고 전제하면서도, 추가 판단요소들을 제시하였음

즉 정년이 경과한 기간제근로자들의 갱신기대권 인정에 관한 판단기준은 일반적인 갱신기대권 성립에 관한 판단기준 요소들에 더하여, “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 판단”해야 한다고 판시함

【 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016두50*** 판결 】

‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’(이하 ‘기간제법’이라 한다)은 같은 법 제4조 제1항 단서의 예외 사유에 해당하지 않는 한 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주하고 있으나, 기간제법의 입법 취지가 기간제근로자 및 단시간 근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 근로조건 보호를 강화하기 위한 것임을 고려하면, 기간제법 제4조 제1항 단서의 예외 사유에 해당한다는 이유만으로 갱신기대권에 관한 위 법리의 적용이 배제된다고 볼 수는 없다.

한편 기간제법 제4조 제1항 단서 제4호는 ‘고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률’(이하 ‘고령자고용법’이라 한다) 제2조 제1호에서 정하고 있는 고령자와 근로계약을 체결하는 경우를 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 경우로 정하고 있는데, 이는 고령자에 대하여도 일반 근로자와 마찬가지로 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하면 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주할 경우, 고령자에 대한 채용 자체가 기피되어 고령자에 대한 고용이 위축될 수 있다는 점을 고려한 것이다. 또한 고령자고용법 제21조는 사업주에게 정년에 도달한 근로자를 그 직무수행 능력에 맞는 직종에 재고용하도록 노력할 의무를 부과하면서, 고령자인 정년퇴직자를 재고용할 때 당사자 간의 합의에 의하여 퇴직금 등 계산을 위한 계속근로기간을 산정할 때 종전의 근로기간을 제외할 수 있고 임금의 결정을 종전과 달리할 수 있다고 규정하고 있다.

앞서 본 갱신기대권 법리와 함께 기간제법 및 고령자고용법의 위 규정들의 입법 취지와 사업장 내에서 정한 정년의 의미 및 정년 이후에 기간제 근로계약을 체결하는 근로계약 당사자의 일반적인 의사 등을 모두 고려하면, 정년을 이미 경과한 상태에서 기간제 근로계약을 체결한 경우에는, 앞서 본 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.

1189) 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016두50*** 판결은 대법원이 사용기간 제한 예외사유에 있어서도 갱신기대권 법리가 적용된다는 점을 직접적·명시적으로 판시한 첫 판결임

제2절 기간제 근로계약 종료 관련 판례

1. 사실상 무기계약으로 인정한 판례

가. 사용자가 연(年)단위 시간강사제도를 도입하면서 불이익이 없을 것을 약속하였고, **매년 절차 없이 형식적으로 계약서를 작성하는** 방법으로 재계약을 하여 왔다면 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정함

【대법원 1994. 1. 11. 선고 93다17*** 판결】

원고들은, 1991. 3.까지 피고가 설치·운영하는 Y학교 언어교육연구원 한국어교육부에서 시간강사로 근무하여 왔는데 1986. 3. 3.부터 연단위 시간강사 임용규정시행세칙의 시행으로 그 후부터는 근로계약기간을 1년 단위로 정하여 순차 갱신하는 형식으로 근무해 오다가 그 마지막 1년 단위의 기간이 도과한 후 1991. 3. 21.경 피고가 원고들에 대하여 새 연단위 계약체결을 거절한 사실, 위 언어교육연구원에서는 당초 시간강사들에게 근로계약기간의 정함이 없이 그대로 근무하게 하여 오다가 소외 손○○이 원장으로 부임하여 연단위 시간강사제도를 도입하여 한국어교육부 연 단위 시간강사 임용규정시행세칙을 제정하고 1986. 3. 3.부터 이를 시행한 사실, 위 시행세칙의 시행으로 연단위 계약을 체결함에 따라 시간강사들이 약용을 우려하자 위원장 손○○이나 교육부장 소외 임○○은 위 제도를 약용하거나 이로써 시간강사들에게 불이익을 주는 일이 없도록 하겠다고 다짐하였고, …(중략)… 시간강사들 측에서 재계약을 원하지 않는 사람을 제외하고는 그 의사에 반하여 계약갱신이 거절된 일은 없었던 사실, 또 그 절차에 있어서도 위 시행세칙 제7조 제1항, 제2항 규정과는 달리 시간강사가 계약만료 1월전에 서면으로 갱신 신청하는 등의 절차 없이 그 기간만료 후 매년 3. 20.경 피고 측이 계약서 용지를 배부하고 원고 등 시간강사들이 서명날인만을 함으로써 계약갱신이 이루어져 온 사실, 원고들이 체결한 마지막 임용계약기간은 1990. 3. 1.부터(다만, 원고 백○○은 1990. 3. 2.부터) 1991. 2. 28.까지였는데 피고는 1991. 3. 20.경에 이르러 원고들을 포함한 13명의 재계약 탈락자를 발표하면서 …(중략)… 계약서에 앞으로 언어교육연구원의 발전을 저해시킨다고 생각하는 집단행동은 하지 않겠다는 내용을 추가로 기재하게 한 사실이 인정된다.

기간을 정하여 채용된 근로자라고 할지라도 장기간에 걸쳐서 그 기간의 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우에는 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 경우와 다를 바가 없게 되는 것이고, 그 경우에 사용자가 정당한 사유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효라고 할 것이므로, …(중략)… 원고들과의 계약기간 만료 후 계약갱신을 거부할 만한 정당한 사유에 대한 입증에 없는 한, 피고가 원고들과의 시간강사 임용계약 갱신을 거절한 것은 정당한 사유 없는 해고와 다름이 없어 무효이다.

제6장
기간제
근로계약
종료

나. 시간강사의 계약이 매년 갱신되어 왔고, 노동조합에 가입한 근로자를 제외한 다른 근로자의 계약은 갱신되었으며, 사용자가 노동조합원에 대하여 계약갱신을 보장한 바 있다면 **그 전에 계약갱신을 한 적이 없다고 하더라도** 기간의 정함이 없는 계약으로 볼 수 있다고 인정함

【대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두9*** 판결¹¹⁹⁰⁾】

앞서 1.의 나.에서 실시한 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 참가인 서○○은 1991. 8. 1, 참가인 강○○은 1995. 3. 1, 참가인 노○○은 1999. 3. 3, 참가인 이○○은 1997. 3. 1.일부터 각 이 사건 학교의 시간강사로 위촉된 후 별다른 하자가 없는 이상 근로계약기간을 1년 단위로 정하여 순차 갱신하는 형식으로 근무하여 왔고, 원고로부터 강의배정을 받으면 원고에게 각종 준수사항을 지킬 것을 서약하는 내용과 강사위촉기간을 1년(매년 3월 3일부터 다음해 2월 28일까지)으로 하는 서약서에 서명하여 제출하는 방식으로 근로계약을 갱신하여 온 사실, 참가인 정○○과 마찬가지로 2000년에 시간강사로 채용된 정○○, 차○○ 등을 포함하여 4~5명의 경우에는 모두 2001년에도 강의시간을 배정받은 사실, 참가인 정○○은 근무기간이 1년 밖에 안되었지만 동료강사들로부터 실기지도력을 인정받고 학생들로부터의 평판도 좋아 노동조합에 가입하였다는 것 외에는 별다른 갱신거절의 사유도 없었던 사실, 또한 원고가 2000. 10. 25 노동조합과 단체협약을 체결함에 있어 노동조합원에 대하여 2001학년도에 1타임(정규+실기) 이상을 보장한다고 한 사실을 알 수 있는바, 사정이 이와 같다면, 원고와 참가인 정○○ 사이에는 별다른 하자가 없는 이상 계속 근무할 수 있다는 기대관계가 존속되어 왔다고 할 것이므로 원고와 참가인 정○○ 사이에 정한 근로계약기간은 단지 형식에 불과하게 되어 사실상 기간의 정함이 없는 근로자와 다를 바가 없게 되었다고 볼 여지가 많다고 할 것이다.

다. 일용직 계약을 하고 4대 보험에 미가입한 택시기사에게 사직서에 서명을 받거나 승무정지의 징계를 한 것은 계속적으로 근무하는 근로자임을 전제한 것으로 보이고, **정규직과 업무 및 근무조건도 별다른 차이가 없는 경우** 사실상 무기계약에 해당한다고 인정함¹¹⁹¹⁾

1190) 원심(서울고등법원 2003. 7. 11. 선고 2002누13*** 판결)에서는 참가인 정○○이 미술부 시간강사로서 1년의 위촉기간이 기간이 만료된 사실이 있을 뿐 위촉기간이 한번도 갱신된 적이 없어 장기간에 걸쳐서 그 기간의 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 되는 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였음

1191) 그러나 최근 고등법원(서울고등법원 2015. 11. 19. 선고 2015누49*** 판결, 동 사건은 대법원 2016. 3. 10.자 2015두59*** 판결에서 심리불속행 기각으로 확정됨)은 84회에 걸쳐 일용직 근로계약을 체결한 자(호텔에서 식자재 세척 등 주방 보조 업무수행)에게 “기간제법은 기간제근로자의 사용기간의 상한에 관하여 정할 뿐 그 하한에 관하여는 아무런 정함이 없을 뿐만 아니라 근로자가 수행하는 업무의 성격에 따라 사용기간을 달리 정하고 있지도 않으므로, 설령 참가인이 수행한 주방 보조 업무가 상시적·지속적 업무라고 하더라도 그러한 사정만으로 원고가 참가인과 사이에 체결한 일용 근로계약이 기간제법의 취지에 위배된다고 할 수 없고, 원고가 오로지 해고를 용이하게 하거나 해고 절차를 거치지 않을 목적으로 일용근로계약을 체결하였다고 볼 만한 사정도 보이지 않는다. 원고가 참가인을 상당 기간 계속하여 고용하였다고 하더라도 ‘참가인이 일용근로자에 해당한다’고 주장하는 것이 신의칙에 반하는 것이라고 볼 수도 없다.”고 판시하여 상당 기간 상시적·지속적 업무에 일용직으로 근로계약을 체결한 것을 기간의 정함이 없는 근로계약으로 보지 않았고, 근로자가 수행한 주방 보조 업무는 비교적 단순한 업무이므로 동일한 근로자가 계속적으로 수행할 필요가 있다고 보기 어려운 점, 근로계약서뿐만 아니라 취업규칙 등에서도 일용근로자의 근로계약 갱신에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않은 점, 근로자의 실적이나 업무수행 능력을 일정한 기준에 따라 평가하여 일용근로계약의 갱신 여부를 결정한 것으로 보이지 않는 점 등을 함께 고려하여 보면, 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정되지 않는다고 봄이 상당하다고 판단하였음

【서울고등법원 2010. 4. 8. 선고 2009누16*** 판결¹¹⁹²⁾】

참가인은 원고 회사와 사이에 일용직근로계약을 체결함에 따라 4대 보험에 가입되지 않고 운송수입금 이외에 따로 월급을 지급받지 않았을 뿐, 정규직 택시기사들과 근무조건에 있어서 별다른 차이가 없이 2년에 가까운 기간 동안 계속 출근하여 근무해왔고, 담당업무도 동일한 점, 원고 회사가 참가인으로부터 사직서에 서명을 받거나 참가인에 대하여 승무정지의 징계를 한 것은 참가인이 계속적으로 근무하는 근로자임을 전제한 것으로 보이는 점 등에 비추어 참가인과 원고 회사 사이의 근로관계의 실질을 따져 보면, 참가인과 원고 회사 사이의 일용근로계약은 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과한 것으로 보이므로, 참가인은 원고 회사에 사실상 기한의 정함이 없이 계속적으로 고용된 근로자로 봄이 상당하며, 또한 위 인정사실에 의하여 알 수 있는바와 같이 원고 회사가 2008. 4.경 일용직 근로자를 모두 정규직으로 전환하면서 일용직 기사제도를 폐지함에 따라 이 사건 재심판정 당시 참가인으로 하여금 일용직 근로자로서의 원직복직을 명하는 내용의 구제명령은 실현 불가능한 것으로 되었다고 하더라도, 참가인이 원고 회사에 사실상 기한의 정함이 없이 계속적으로 고용된 근로자로 보는 이상 이 사건 재심판정의 구제이익 역시 인정된다고 할 것이다.

라. 매년 근로계약이 갱신되었고, **공익적 사업으로서 보건복지부 장관이 공문으로 사업의 계속을 요청하였으며 국가의 재정적 지원도 계속될 수 있어서** 사용자의 사업반납 신청만 없었다라면 근로자들과의 고용관계가 유지될 수 있었던 것으로 보이는 경우 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정함

【대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5*** 판결】

① 원고 법인이 영위하는 사업은 시각장애인들의 재활훈련과 복지혜택을 목적으로 하는 공익적인 사업으로서, 원고 법인은 위 사업과 관련하여 장애인직업재활기금 사업수행기관으로 지정받아 그 운영비와 인건비 전액을 국가로부터 장애인직업재활기금 명목으로 지원받는 점, ② 보건복지부장관은 연말 공문을 통하여 원고들에게 이 사건 사업과 관련한 계약직 직원들에 대하여 인력의 전문성을 제고하는 차원에서 특별한 사정이 없는 한 재계약을 체결하여 계속 고용관계를 유지하도록 협조 요청해온 점, ③ 보건복지부장관은 원고들의 사업반납요청에 대하여도 이 사건 사업의 공익성과 특수성을 고려하여 처음에는 이를 반려하는 등 계속사업의 필요성이 있는 것으로 보았고 그에 따라 국가로부터의 재정적인 지원도 계속될 수 있었던 점, ④ 2002년 이전에 고용된 참가인들을 비롯한 근로자들은 해마다 별다른 문제 없이 근로계약 갱신을 하여 왔고, 원고들의 위 사업반납신청만 없었다면 참가인들은 고용관계를 계속 유지할 수 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 정부예산으로 적립하기로 한 퇴직금이 원고들이 주장하는 근로계약기간 종료시마다 정산되어 지급되지는 아니한 점, ⑥ 위와 같은 여러 사정에 비추어 피고보조참가인 등(이하 피고보조참가인을 ‘참가인’, 피고보조참가인 외에 원심에서의 피고보조참가인을 포함하여 ‘참가인 등’이라고 한다)은 계약기간으로 명시된 1년이 지나더라도 당연히 원고들과의 고용관계가 지속될 것이라는 기대를 가지고 있었던 점 등의 제반 사정을 종합하여 보면, 비록 참가인 등은 1년이라는 계약기간을 정하여 채용된 근로자들이라 할지라도 사실상 그 기간의 정함이 형식에 불과하여 실질적으로 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었다고 보인다.

제6장
기간제
근로계약
종료

1192) 대법원(대법원 2010. 7. 8.자 2010두8*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

마. 근로자의 능력과 자질을 점검하여 정규직근로자를 선별하기 위하여 계약직 근로자를 채용한 것이고, 그간 계약직 근로자들이 모두 정규직근로자로 채용되었으며, 계약기간 만료를 이유로 퇴직한 근로자가 없었다면 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정함

【서울고등법원 2005. 10. 12. 선고 2005누10*** 판결¹¹⁹³⁾】

설령 참가인이 2002. 11. 30. 원고들과 사이에 근로계약기간을 1년으로 정한 근로계약서를 작성한 것이 사실이라고 하더라도, …(중략)… 원고들과 이○○, 정○○(모두 참가인의 이사회 및 운영위원회가 2003. 6. 19. 징계파면하기로 결의한 근로자들인데, 참가인의 주장에 의하면 위 근로자들만이 2002. 11. 30. 참가인과 사이에 기간을 정한 근로계약을 체결하였다는 취지이다)을 제외한 나머지 근로자들은 참가인과 사이에 원고들과 같은 내용의 임시직 근로계약을 체결하고 근무하여 오다가, 2002. 11. 30. 재계약 부적격자로 인정된 소외 민○○을 제외하고 모두 새로운 근로계약을 체결하여 정규직근로자로 채용된 사실, 그 후 참가인의 근로자들 중 2003. 11. 30. 1년의 계약기간이 만료되었다는 이유로 퇴직한 근로자는 한 명도 없는 사실을 인정할 수 있는데, 이러한 사정에 비추어 보면, 참가인이 근로자들과 최초로 임시직 근로계약을 체결함에 있어 수습기간을 설정한 취지는 채용한 근로자들의 능력과 자질을 점검한 다음 정규직근로자를 선별하기 위하였던 것이고, 그 후 임시직 근로기간이 종료한 후 재계약 적격자로 인정된 근로자들과는 정식근로계약을 체결하여 정규직근로자로 채용한 것이라고 보아야 할 것이므로, 참가인과 원고들 사이에 작성된 근로계약서에 근로계약기간이 기재되었다 하더라도 그것은 단지 형식에 불과하다고 보아야 한다.

바. 근로자의 업무가 병원의 상시적 필수업무이고, 단기간을 정하여 고용해야 할 객관적 사유가 없으며, 근로계약에 자동연장조항이 있어 그간 재계약에 관한 절차 없이 자동적으로 계약이 갱신되었고, 계약기간 만료를 이유로 퇴사한 근로자도 없다면 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정함

【서울고등법원 2009. 9. 24. 선고 2009누8*** 판결¹¹⁹⁴⁾】

참가인이 약사로서 원고 병원에서 담당하는 조제 업무는 원고 병원의 상시적 필수 업무로서, 달리 원고가 참가인을 1년이라는 단기간으로 그 근로관계의 존속기간을 정하여 고용해야 할 객관적인 사유(예를 들어, 결원의 임시보충의 필요성)를 전혀 찾아볼 수 없는 점, 원고가 직원을 채용하면서 체결하는 근로계약에는 특약사항으로 ‘근로계약은 매년 체결하지 않고, 특별한 사유가 없는 한 자동 연장된 것으로 본다’고 규정하고 있는 점, 원고는 모든 직원을 1년의 기간을 정하여 채용하고 1년간의 기간이 만료되더라도 재계약에 관한 절차 없이 자동적으로 갱신되었으며, 그동안 근로계약기간 만료로 근로관계가 종료된 직원이 없었던 점 등 제반 사정에 비추어 보면, 원고와 참가인 사이에 체결된 근로계약에서 정한 기간은 단지 형식에 불과하여 참가인은 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었다고 보아야 할 것이므로 참가인에 대한 이 사건 근로계약기간 만료통지는 실질적으로 해고에 해당한다고 보아야 할 것이다.

1193) 대법원(대법원 2006. 2. 24.자 2005두14*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

1194) 1심 판결(서울행정법원 2009. 9. 24. 선고 2008구합35*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대

사. 별다른 논의 없이 형식적으로 근로계약을 갱신하였고, 근로자가 **담당한 업무가 전문성을 띠고 있어서 계약갱신의 기대**를 가지고 있었다면 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정함

【대법원 2007. 9. 7. 선고 2005두16*** 판결】

원심은 피고보조참가인과 유○○(이하 ‘참가인 등’이라 한다)이 원고 회사와 근로계약을 맺은 이래, 원고 회사가 주식회사 어문○○에게 원고 회사의 교열 업무를 도급하고(이른바 아웃소싱), 이에 따라 교열부를 폐지하기로 하는 원고 회사 방침이 정해지기 전까지는 별다른 문제없이 3회에 걸쳐 근로계약갱신을 하면서 교열업무에 종사하여 왔고, 원심은 …(중략)… 원고 회사는 계약갱신을 할 때마다 임금조건 등의 근로조건에 대하여 별다른 논의 없이 참가인 등으로부터 갱신근로계약서에 서명을 받고 계약갱신을 하여 왔으며, 참가인 등은 업무의 특성상 전문성이 인정되어 자신들의 근로계약이 계속 갱신될 것으로 기대를 가지고 있었던 점을 종합하여, 원고 회사와 참가인 등 사이에 체결된 근로계약에서 정한 기간은 단지 형식에 불과하여 참가인 등은 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었고, …(중략)… 참가인 등을 기간의 정함이 없는 근로자로 보고, 해고에 해당하는 이 사건 근로계약의 갱신거절이 정당한 이유가 없는 것이라고 본 원심의 판단은 정당하다.

아. 근로계약이 **장기간 반복 갱신**되었으며, 계약직에서 일반적으로 **승진한 전례**가 있는 경우 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정함

【서울고등법원 2005. 7. 7. 선고 2004누14*** 판결¹¹⁹⁵⁾】

원고 위원회가 1997. 11. 1. 참가인을 계약직으로 고용한 이래 이 사건 대기발령이 있기 전까지 5차례에 걸쳐 고용계약을 계속해서 갱신해왔음은 앞서 본 바이고, 참가인과 같은 무렵에 계약직으로 고용된 근로자 중에는 일반적으로 승진하기까지 한 전례가 있음에 비추어 볼 때 참가인의 경우에 장기간에 걸쳐서 매년 근로계약이 반복하여 갱신되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과한 경우에 해당한다 할 것이므로 사실상 기간의 정함이 없는 근로자와 다를 바가 없다 할 것이다. …(중략)… 참가인이 원고 위원회의 주장과 같이 상급자의 지시를 충분히 파악하지 못하고 불성실한 근무태도를 보인 부분이 있다하더라도 그러한 점이나 새로운 근무평정제도를 도입한 결과가 최하위라는 점만으로 참가인이 원고 위원회에서 일할 수 없을 만큼 직무수행능력이 현저히 부족하다고 단정할 수 없다 할 것이어서 이 사건 대기발령 및 직권면직을 한 것은 재량권의 일탈·남용이 아니라 할 수 없다.

자. 근로계약이 5회에 걸쳐 형식적으로 갱신되었고, 추천제로 임명된 대학교 **직장에 비군지휘관**에 대하여 연령정년만을 적용하는 국방부의 관행이 인정되며, **국방부훈령에 근속정년 5년이 규정되어 있으나 사용자가 5년 기한이 도과한 후에도 근로자와 계약갱신을 하였으며**, 노동위원회의 재심과정에 이르러서야 위 근속정년 주장을 하였다면 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정함

법원 2009. 12. 24.자 2009두18*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨
1195) 대법원(대법원 2005. 11. 25.자 2005두9*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【대법원 2013. 2. 14. 선고 2011두24*** 판결1196)】

원심판결 이유에 의하면, 원심은, ① 원고가 1년 단위의 근로계약을 체결하기는 하였으나 근로계약서도 매년 작성하지 않았을 뿐 아니라, 그 계약서 내용도 매우 간명하여 원고와의 근로관계 전반을 정하고 있다고 하기 어렵고 이 또한 5회에 걸쳐 계속적으로 갱신하였던 점, ② 원고가 수행한 예비군 지휘관으로서의 업무는 그 성격이 한시적이지 않고 법령에 의하여 반드시 있어야 하는 상시적, 지속적 업무에 해당하는 점, ③ 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고 한다) 대학교의 계약직 재계약율이 52%에 불과하다고 하더라도 원고는 ‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’상 근로기간 제한 규정의 적용을 받지 않는 예비군지휘관이라는 특수한 지위를 가지고 있으므로 원고와의 근로계약 갱신 여부를 일반 계약직 직원의 경우와 같이 실질적으로 심사하였다고 하기 어려운 점과 함께, 국방부 훈령의 성격 및 그 내용과 추천제로 임명된 대학교 직장예비군지휘관에 대하여 연령정년만을 적용하던 국방부의 관행, 이 사건 근로계약 최초 체결 당시 상황과 그 뒤의 갱신과정, 이 사건 소송에 이르기까지 참가인이 취한 태도 등을 종합하면, 이 사건 근로계약은 원고가 예비군지휘관으로서의 지위를 유지하는 것을 전제로 하는 기간의 정함이 없는 근로계약으로 5년 기한의 제한을 받지 아니하므로 참가인의 이 사건 갱신거절은 사실상 해고에 해당하고, 원고에게 참가인과의 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 책임 있는 사유가 있다고 할 수 없으므로 참가인의 이 사건 갱신거절을 부당하다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 잘못이 없다.

차. 사용자가 근로계약기간이 기재되어 있지 않은 근로계약서를 교부하고, 추후 임의로 근로계약기간을 기입하고 근로자에게 교부하지도 않은 경우, 사용자가 기간의 정함이 있는 근로계약에 대하여 입증하지 못한다면 기간의 정함이 없는 근로계약을 인정함

1196) * 동 사건 개요:

- 원고(근로자)는 육군 중령으로 전역 후 '03. 12. 31.부터 K대학교 소속 직장예비군 연대장으로 근무해 오다가 '09. 12. 30. 계약갱신이 거절된 자임
- 국방부는 '03. 9. 1. 대학직장예비군지휘관 임명방식을 '대학 추천'에서 '국방부 경쟁선발'로 변경하고, 근속기간을 정년 60세 또는 5년으로 제한하기로 결정함(다만, 시행 과도기인 '03. 9. 1. ~ '03. 12. 31.까지는 기존 방식 유지)
- 기존의 대학추천방식으로 임명된 원고는 '03. 12. 31.부터 6년 동안 매년 1년 단위의 근로계약을 K대학교와 체결하였는데, 5회 갱신하는 동안 실제 근로계약서가 작성된 경우는 2회에 불과하였음
- 원고는 '09. 11. 19. 국방부훈령 등에 근거하여 K대학교에 정규직 전환과 미지급 임금(1.8억)을 요구하였는데, K대학교는 “정규직 전환은 불가하나, '10년도 근로계약 연장은 가능”하다는 답변을 하였음
- 원고가 '09. 11. 24. 차별적 처우 시정 및 정규직 전환 요구의 내용증명을 발송하자 K대학교는 '09. 12. 29. 국방부에 신규 지휘관 추천을 요청하고 '09. 12. 30. 원고에게 계약갱신 거절을 통보하였음

* 관계 법령:

- 예비군지휘관 인사관리에 관한 훈령('09. 8. 17. 국방부훈령 제1147호)
 - '03. 9. 1. 당시 총학장 추천에 의해 임명된 대학직장예비군지휘관은 임기를 보장(연령정년)한다(제21조 제4항)
 - 각 대학직장예비군지휘관의 신분은 정규직으로 한다(제31조 제2항)
 - 직장예비군 연대장의 근무상한연령 60세, 근속기간 5년 중 먼저 도래하는 기간에 퇴직한다(제34조)

【서울고등법원 2013. 12. 10. 선고 2013누23*** 판결¹¹⁹⁷⁾】

가) 해고란 실제 사업장에서 불리우는 명칭이나 그 절차에 관계없이 근로자의 의사와는 무관하게 사용자 측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것을 의미하고(대법원 1993. 10. 26. 선고 92다 54*** 판결 등 참고), 부당해고구제 재심판정을 다투는 소송에서 해고의 정당성에 관한 증명책임은 이를 주장하는 자가 부담한다. 따라서 참가인이 이 사건 통지가 부당해고에 해당한다고 주장함에 대하여 원고가 참가인과의 근로관계가 근로계약기간의 만료로 적법하게 종료되었다고 주장하는 이 사건에서, 원고가 이 사건 계약이 1년이라는 기간의 정함이 있는 근로계약이라는 점을 증명하여야 한다.

나) 원고의 주장사실에 부합하는 듯한 증거로 진○○이 작성한 진술서(갑 제10호증), 보충 후 근로계약서(갑 제2호증의1)가 있기는 하나, 진○○이 보충 전 근로계약서를 변조하는 등의 혐의로 약식기소된 점, 진○○이 원고의 인사담당 직원인 점 등에 비추어 이를 선뜻 믿기 어렵고, 앞서 본 바와 같이 보충 후 근로계약서는 참가인에게 교부되거나 그 내용이 별도로 고지되지 아니하여 그 효력을 인정할 수 없다. 원고의 상당수 근로자들이 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결하고 입사한 지 1년 이내에 퇴사하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로 참가인과의 근로계약 역시 기간의 정함이 있는 근로계약이라고 단정하기도 어렵다.

다) 또한 원고의 취업규칙 제11조 제1항이 근로계약기간의 정함이 있는 경우 외에는 그 기간을 1년으로 정하고 있기는 하다. 그러나 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’이라 한다) 제2조 제1호, 제4조, 근로기준법 제23조 등의 규정 내용 및 그 전체적 취지에 비추어 볼 때, 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 기간제근로자 등의 경우에 기간제법의 적용을 받아 2년 이내의 계약기간이 만료되면 근로관계가 종료되나, 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자의 경우에는 근로기준법 제23조가 적용되어 사용자는 정당한 사유가 없는 이상 근로자에 대하여 해고 등 불이익 처분을 할 수 없다. 따라서 위 취업규칙 규정은 기간의 정함이 없는 근로계약의 계약기간을 모두 1년으로 보아 근로기준법 제23조의 해고보호조항 적용을 배제하는 것이어서 근로기준법 등에서 정한 기준에 미달하므로, 근로기준법 제96조 제1항에 비추어 그 효력을 인정하기 어렵다.

2. 갱신기대권이 인정된 판례

가. 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에 **일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정이 없더라도** 근로계약의 내용과 체결동기 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 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 **근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우** 갱신기대권이 인정될 수 있다고 봄

1197) 1심 판결(서울행정법원 2013. 7. 11. 선고 2012구합23*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 4. 30.자 2014두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1*** 판결】

기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신거절의 의사표시가 없어도 그 근로자는 당연히 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.

① 위 조례는 ○○특별시로부터 장애인콜택시의 관리 등을 위탁받은 수탁자가 다시 이를 제3자에게 재위탁하는 경우 그 계약기간을 1년 단위로 하도록 규정하고 있고 이에 따라 이 사건 계약도 그 기간을 1년으로 정하였으나, ○○특별시의 장애인콜택시 운영계획에는 계약기간을 1년 단위로 갱신하도록 하면서 그 취지가 부적격자의 교체에 있음을 명시하고 있는 점, ② 이 사건 장애인콜택시 사업은 중증 장애인의 이동수단 확보를 위해 지속적으로 운영될 필요가 있어 위 사업을 한시적·일시적 사업이라고 볼 수 없으며, ○○특별시 역시 위 운영계획에서 사업의 확대운영을 검토하고 있음을 알 수 있는 점. ③ 참가인은 이 사건 계약을 포함한 운전자들과의 위·수탁계약에서 계약기간 동안 운전자들의 운행실적 등을 감안하여 필요하다고 인정할 때에는 위탁기간을 연장할 수 있고, 계약기간 만료 30일 전까지 상호 서면으로 이의가 없을 때에는 계약은 동일한 조건으로 자동연장된다는 규정을 둔 점, ④ 참가인은 이에 따라 그 소속 운전자들에 대한 위탁기간이 만료될 무렵인 2003. 11.경 심사항목 및 배점, 갱신 기준 점수 등 이 사건 심사기준표를 정하여 운전자들을 심사하여 갱신 기준 점수인 총점 70점 이상인 자들에 대해서 전원 계약기간을 연장하였는데, 참가인이 정한 심사기준은 1일 콜 회수, 교통법규 위반 등 평가자의 주관적인 판단이 개입될 여지가 없는 내용으로 이루어져 있어 참가인 소속 운전자들 사이에 위 심사기준에 따른 심사 결과 갱신 기준 점수 이상의 점수를 얻게 되는 경우에는 특별한 사정이 없는 이상 계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있다고 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 참가인과 그 소속 운전자들 사이에는 소정의 심사절차를 거쳐 일정 기준 이상의 성적을 얻게 되면 계약이 갱신되는 것으로 하기로 하는 약정이 성립하였거나, 적어도 원고들을 비롯한 참가인 소속 운전자들에게 기간제 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정된다고 봄이 상당하다.

나. 단체협약이 실효된 후에도 단체협약의 재계약 요건에 관한 부분은 근로계약의 내용으로 남아 있으므로,¹¹⁹⁸⁾ 근무성적평정에 의하여 재계약을 체결해 온 관행이 인정

1198) 단체협약이 실효되었다고 하더라도 임금, 퇴직금이나 노동시간, 그 밖에 개별적인 노동조건에 관한 부분은 그 단체협약의 적용을 받고 있던 근로자의 근로계약의 내용이 되어 그것을 변경하는 새로운 단체협약, 취업규칙이 체결·작성되거나 또는 개별적인 근로자의 동의를 얻지 아니하는 한 개별적인 근로자의 근로계약의 내용으로서 여전히 남아 있어 사용자와 근로자를 규율하게 된다고 할 것인데 (대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51*** 판결), 본 사건의 단체협약 제24조 ‘비정규직의 재계약에 대하여 본인이 계속 근무를 원할 시에는 근무성적 평점에 의하여 계약기간에 관계없이 계속 근무하게

되고, 계약직 인원을 감축할 필요성이 없는 경우에는 갱신기대권이 인정될 수 있다고 봄

【대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두2*** 판결¹¹⁹⁹⁾】

원심이 인정한 사실과 기록에 의하면, 참가인 이○○은 2000. 10. 9. 계약기간을 1년으로 정하여 원고의 계약직 직원으로 고용된 이래 매년 재계약을 체결하여 2006. 10. 8.까지 근로관계를 유지해 왔고, 참가인 이○○ 2000. 11. 21. 계약기간을 1년으로 정하여 원고의 시간제 업무보조원으로 고용된 이래 매년 재계약을 체결하여 2006. 11. 14.까지 근로관계를 유지해 온 사실, 원고의 ‘계약직 직원 운용규정’과 ‘시간제 업무보조원 운용준칙’(이하 양자를 합하여 ‘이 사건 규정’이라고 한다) 및 원고와 위 참가인들 사이에 작성된 근로계약서에 의하면 계속 근로기간이 5년을 초과하지 못하도록 정해져 있는 사실, 그런데 2003. 7. 31. 원고와 노동조합 사이에 체결된 단체협약(이하 ‘이 사건 단체협약’이라고 한다) 제24조는 ‘비정규직의 재계약은 시간제 업무보조원의 준칙과 계약직규정에 의하되 본인이 계속 근무를 원할 시에는 근무성적 평점에 의하여 계약기간에 관계없이 계속 근무하게 할 수 있다’고 정하였고, 이에 따라 원고는 위 참가인들을 포함하여 5년을 초과하여 근무한 기간제근로자들에 대해서도 근무성적 평점에 따라 재계약을 체결하여 온 사실, 이후 이 사건 단체협약은 2006. 9. 10.자로 실효된 사실 등을 알 수 있다. 이에 의하면, 이 사건 단체협약 제24조는 계약기간이 만료한 근로자가 재계약을 원할 경우 이 사건 규정이나 근로계약에서 정한 계속 근로기간 한도 규정의 적용을 배제하여 총 근로기간과 관계없이 근무성적 평점에 의하여 재계약할 수 있도록 한 것으로서 이는 재계약 요건 등에 관한 사항을 정한 것이므로, 이 사건 단체협약의 실효에도 불구하고 새로운 단체협약이 체결되거나 개별적인 근로자의 동의를 얻지 아니하는 한 원고와 위 참가인들 사이의 근로계약의 내용으로서 유효하게 존속한다고 하겠고, 그렇다면 이 사건 규정 및 원고와 위 참가인들 사이의 근로계약 내용 중 계속 근로기간을 5년으로 한정함으로써 재계약 체결을 제한하고 있는 부분은 이 사건 단체협약 제24조보다 미달되는 근로조건을 정한 것이어서 그 효력을 인정할 수 없다고 할 것이다.

또한 기록에 의하면 이 사건 규정과 이 사건 단체협약 제24조 등은 근무성적 평점을 재계약 여부를 결정하는 기준으로 규정하고 있는데, 이 사건 규정은 근무성적평정의 시기, 방법, 절차 등에 관하여 비교적 상세한 내용을 정하고 있고 그에 의하면 재계약기준이 되는 평점을 70점으로 명시하고 있는바, 원고는 근무성적 평점이 위 재계약기준에 해당하는 근로자들에 대하여 특별한 사정이 없는 이상 재계약을 체결하여 왔고 이 사건 단체협약이 실효되기 전에는 5년을 초과하여 근무한 근로자들과도 재계약을 체결하여 온 점, 원고는 인력관리의 유연성 제고 및 생산성 향상 등의 이유로 계약직 직원

제 6 장
기간제
근로계약
종료

할 수 있다’는 규정이 근로조건에 관한 것이어서 단체협약이 실효된 후에도 개별적인 근로계약의 내용으로 남아 구속력을 가지는지에 관하여, 원심은 “근로계약기간은 단지 근로계약의 존속기간에 불과할 뿐 ‘근로관계에 있어서 임금·근로시간·후생·해고 등 근로자의 대우에 관하여 정한 조건’을 의미하는 근로기준법 소정의 ‘근로조건’에는 해당하지 않는다(대법원 1996. 8. 29. 선고 95다5*** 판결 참조)”고 본 대법원 판결을 들어 부인하였으나, 대법원은 “단체협약 중 재계약 내지 계약 갱신의 요건 및 절차에 관한 부분”도 근로조건에 해당한다고 보아 긍정하였는데, 이는 종전에 “해고사유 및 해고 절차”를 근로조건으로 본 대법원 판결(대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51*** 판결)과 일맥상통하는 것이라 보여짐

한편 재계약 내지 근로계약 갱신에 대한 규정을 근로조건에 관한 것이므로 취업규칙에 해당된다고 본 판례들이 있음[근무평정의 결과에 따라 재계약 및 임금인상 등 근로조건이 결정되므로 근무평정지침은 근로기준법 소정의 취업규칙에 해당한다고 본 판례(대법원 2010. 4. 15.자 2010두2*** 심리불속행 기각 판결), 계약직 직원의 임용과 근무성적 평가, 근로계약 갱신 등에 관하여 규정하고 있는 단시간근로자 운용지침과 계약직원 운용지침은 모두 계약직 근로자의 근로조건에 관한 준칙의 내용을 정한 것이어서 취업규칙에 해당한다고 본 판례(대법원 2009. 10. 15.자 2009두10*** 심리불속행 기각 판결)]

1199) 파기환송 후 고등법원(서울고등법원 2011. 11. 16. 선고 2011누27*** 판결)에서 확정됨

및 시간제 업무보조원 등 기간제근로자를 채용하면서 전체 직원 중 기간제근로자의 구성 비율을 일정 정도로 유지하여 왔고, 이 사건 재계약 거절 당시 특별히 그 인원을 감축할 필요가 있었던 것은 아닌 점 등을 알 수 있으므로, 이 사건 단체협약 제24조의 적용을 받는 위 참가인들에 대해서는 이 사건 규정 및 근로계약서상의 계속근로기간의 한도 규정과 관계없이 근무성적 평점 결과 재계약기준에 해당하는 점수를 받으면 재계약될 수 있다는 합리적이고 정당한 기대권이 인정된다고 할 것이다.

다. 업무수행실적을 평가하여 계약 연장시에 반영하는 규정이 있고, 업무가 상시적·계속적이며, 계약직 직원 대다수와 계약을 갱신한 관행이 있고, 공공기관 스스로가 시에 계약직 직원의 무기계약 전환을 건의하기도 한 경우에 갱신기대권이 인정될 수 있다고 봄

【대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8* 판결】**

원심은 그 채택 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 피고보조참가인의 계약직 직원 규정에 “사업이 종결되지 않는 한 채용기간을 연장할 수 있고, 이사장은 계약직 직원의 근무상황과 업무수행실적을 정기 또는 수시 평가하여 계약의 연장 시에 이를 반영할 수 있으며, 계약직 직원에 대해서도 근무연수가 25년 이상인 경우에 장기근속 수당을 지급하여야 한다.”고 규정하고 있는 등 관련 규정상 계약직 직원의 계약 갱신이 예정되어 있는 사정, ② 원고가 담당하고 있는 물리치료 업무는 이 사건 복지관의 주요 업무 중의 하나이고, 노인복지법령에도 노인종합복지관의 필수적 업무로 규정되어 있어 상시적, 계속적 사업의 성격을 가지고 있는 사정, ③ 피고보조참가인은 재계약 의사가 있는 계약직 직원 대다수의 계약을 갱신해 왔고, 계약직 직원의 직무가 더 이상 존속하지 않아 재계약을 체결하지 못한 경우에도 일용직 직원으로 재채용하였던 사정, ④ 피고보조참가인 스스로 계약직 직원을 무기계약 전환 대상에 포함시키지 않은 ○○○의 지침이 부당하다며 ○○○장에게 계약직 직원들도 무기계약 전환 대상에 포함시키는 방안을 건의하였던 사정 등에 비추어 보면, 원고에게는 담당업무 자체가 폐지되지 않는 한 피고보조참가인과의 이 사건 근로계약이 갱신될 것이라는 데 대한 합리적이고 정당한 기대권이 인정된다고 판단하였다.

원심은 나아가, 사용자인 피고보조참가인이 기존 직원들의 동의절차를 거치지 않음은 물론 기존 직원들에게 가점을 주는 것에 대하여 구체적인 기준도 마련하지 않은 채, 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정되는 원고에게 재계약 절차가 아닌 공개채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서, 공개채용절차에 응시하지 않았다는 이유만으로 원고와의 이 사건 근로계약의 갱신을 거절한 것은 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것으로서 부당해고에 해당한다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 기간을 정한 근로계약 및 부당해고에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

라. 시의 보훈복지사에 대하여 매년 근무성적을 평가하여 그 결과를 재계약 및 보수 등에 반영하도록 규정하고, 매년 갱신절차 없이 근로계약을 갱신하여 왔으며, 업무가 상시적인 경우 갱신기대권 인정함

【서울고등법원 2012. 8. 16. 선고 2012누7*** 판결¹²⁰⁰⁾】

1) 이 사건 근로계약이 기간의 정함이 없는 것인지 여부

다음과 같은 사정 즉 ① ○○보훈지청은 참가인과 근로계약을 체결하면서 매년 채용형태를 ‘계약제’로 하고 계약기간을 근로계약서에 명시하였던 점, ② 참가인은 국가보훈기본법 제19조 제2항에 근거한 국가보훈대상자 노후복지서비스 규정에 따라 매년 1년 단위로 근로계약을 체결하는 것으로 예정되어 있었던 점, ③ 참가인과 같은 보훈복지사는 기간제법 시행령 제3조 제2항 제3호에서 정한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유인 보훈도우미 등 복지지원인력에 해당되는 점 등을 종합하면, 이 사건 근로계약에서 정한 계약기간의 정함이 단지 형식에 지나지 않는 것으로 보기는 어렵다.

2) 참가인에게 재계약의 정당한 기대권이 인정되는지 여부

다음과 같은 사정 즉 ① ‘무기계약 및 1년 이상 기간제근로자 관리규정’ 제16조에서 채용권자는 평가시기(매년 12월 31일)가 도래하면 근무성적을 평가하여야 하고, 근무성적 평점결과는 근로의 재계약 및 보수 등의 인사운영에 반영할 수 있도록 규정하고 있는 점, ② 참가인은 2008. 9. 1. ○○보훈지청에 입사한 이후 별다른 갱신 절차를 거치지 아니하고 매년 근로계약을 갱신했던 점, ③ 국가보훈처가 운영하는 노후복지서비스는 그 업무의 특성상 일정 인원의 근로자가 상시 필요한 것인데다가, ○○보훈지청은 노후복지서비스 업무의 증가로 2010년에 참가인 외 1명의 보훈복지사를 추가로 채용하였고, 2011년에도 2명의 보훈복지사를 채용한 것으로 보아 노후복지서비스의 전체적인 업무량은 일정 수준을 유지하고 있었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 참가인에게 기간제 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정된다고 봄이 상당하다.

마. 정부의 비정규직에 대한 정규직 전환방침을 충실히 수행할 위치에 있는 공기업에서, 업무수행실적을 계약 연장 시 반영할 수 있는 규정이 있고, 근로자의 업무 계속성이 인정되며, 노사 간에 그에 관한 강한 공감대가 있었던 경우에는 갱신키대권을 인정할 수 있다고 봄¹²⁰¹⁾

제6장
기간제
근로계약
종료

【서울고등법원 2010. 11. 26. 선고 2010누11*** 판결】

1) 원고와 참가인 사이의 근로계약이 기간의 정함이 있는 근로계약인지 여부

...(중략)... 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고는 ‘비정규직’과 달리 정년이 보장되지 않은 ‘계약직’을 두고 있는데, 계약직 직원들의 임용조건, 임용절차, 보수 등 근로조건에 대하여는 계약직직원규정 및 시행내규를 별도로 마련하여 이에 근거하여 처리하여 온 점, ② 원고의 계약직직원규정에는, 계약직 직원의 채용기간은 3년의 범위 내에서 이사장이 정하는 바에 따르고, 채용기간을 연장하고자 할 경우에는 인사위원회의 의결을 거쳐 재계약할 수 있다고 규정되어 있는 점, ③ 원고와 참가인 사이에 작성

1200) 1심 판결(서울행정법원 2012. 2. 3. 선고 2011구합31*** 판결)을 인용함

1201) 그러나 충청남도 교육청 사건에서는 교육청이 그 소속기관에 하달한 추진계획은 모든 기간제근로자를 무기계약직으로 전환하라는 내용이 아닌 평가기준을 충족하는 경우 무기계약으로 전환하라는 것에 불과하여 취업규칙이라고 볼 수 없어 이를 따르지 않은 것이 재량권을 일탈남용한 것이라고 보기 어렵다고 판단하기도 하였음(서울고등법원 2015. 1. 21. 선고 2014누49*** 판결)[1심 판결(서울행정법원 2014. 4. 17. 선고 2013구합23*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 5. 14.자 2015두37*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

된 계약직 직원 채용계약서에 계약기간이 명시되어 있는 점, ④ 원고가 계약직 직원들에 대하여 그 계약기간 만료 시 재계약 체결을 거부한 사례가 있는 점 등을 종합하여 보면, 비록 참가인이 원고와 사이에 재계약을 통해 비정규직 근무기간까지 포함하여 6년 4개월 동안 계속하여 근무해 왔고 인사 담당자의 권유에 의해 정년이 보장된 비정규직에서 계약직으로 직종을 변경한 사정 등을 감안하더라도, 원고와 참가인 사이의 계약기간이 단지 형식에 불과하다고 볼 수는 없으므로, 원고와 참가인 사이의 근로계약은 기간의 정함이 있는 근로계약이라고 할 것이다.

2) 갱신기대권이 인정되는지 여부

다음과 같은 사정 즉 ① 원고의 계약직직원규정 제6조 제2항은 ‘이사장은 채용기간을 연장하고자 할 경우 근무실적 결과를 반영하여 인사위원회의 의결을 거쳐 재계약 할 수 있다’, ‘이사장은 계약직 직원의 근무상황과 업무수행실적을 계약의 변경, 연장 또는 해지 시에 이를 반영할 수 있다’고 규정하고 있어 계약직직원의 계약 갱신이 예정되어 있고 그에 따른 절차가 규정되어 있는 점, ② 참가인이 담당하는 방송국관리업무는 단기간의 수요나 특정 업무의 완성을 위하여 한시적으로 필요한 것이 아니라 계속성이 요구되는 업무로서 원고는 공개채용방식을 통해 참가인 후임으로 그 자리에 다시 새로운 직원을 채용한 점, ③ 기간제법의 시행, 정부의 “공공기관 기간제근로자의 무기계약 전환계획” 등에 의하면, 참가인은 상시·지속적인 업무에 종사하면서 근속기간이 2년 이상인 자로서 무기계약직으로 전환될 수 있는 자격을 갖추고 있었고, 원고는 공기업으로서 위와 같은 법률의 취지와 정부 지침을 충실히 수행하여야 할 위치에 있었을 뿐만 아니라, 원고의 2007. 12. ‘비정규직 보호법 시행에 따른 종합대책’에 따라 원고와 노동조합 사이에 참가인을 포함하여 기존의 계약직 직원들을 특별 및 공개채용을 통하여 정규직으로 전환하기로 하는 강한 공감대가 형성되어 있었던 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 비록 원고가 2회차 재계약대상자들과의 재계약을 거절하여 온 사정이 있다 하더라도 참가인에게 계약갱신에 대한 정당한 기대권이 인정된다고 할 것이고, 이러한 경우 갱신을 거절함에 있어서는 해고제한의 법리가 유추 적용되어 정당한 이유라는 해고 제한의 기준보다는 완화된 기준이기는 하지만 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 사유가 있어야 할 것이다.

바. 기간제 근로계약이 단지 형식에 불과하여 사실상 기한의 정함이 없는 근로자의 지위에 있다고 볼 수 없는 경우에도, 근로계약기간이 기간의 만료로 근로관계가 확실히 종료되는 존속기간으로 볼 수 없는 경우에는 계약기간은 갱신에 의하여 연장이 허용되는 갱신기간이라고 보면서, 근로계약기간이 계절적 요인 등에 의해 일부 단절된다고 하더라도 사업의 계속성이 인정되는 경우 그 사업을 임시적·계절적인 것으로 볼 수 없다고 하여 갱신기대권을 인정함

【서울고등법원 2010. 9. 30. 선고 2009누36*** 판결¹²⁰²⁾】

참가인들에 대하여 갱신기대권이 인정되는지 여부

살피건대, 아래와 같은 사정들을 종합해보면, 원고와 참가인들 사이에 체결된 근로계약에서 정한 근로계약기간이 단지 형식에 불과하여 참가인들이 사실상 기한의 정함이 없는 근로자의 지위에 있다고 볼 수는 없으나, 그렇다고 하여 위 근로계약기간이 그 기간의 만료로 근로관계가 확실히 종료되는 존속기간으로 볼 수도 없으므로, 결국 위 근로계약기간은 갱신에 의하여 연장이 허용되는 갱신

기간으로서 참가인들에게는 갱신기대권이 인정된다고 봄이 상당하다.

가) 원고가 운영하고 있는 경륜·경정 사업은 국민의 여가 선용과 청소년의 건전 육성 및 국민체육 진흥을 도모하기 위한 것으로서, 매년 경주개최계획서를 작성하여 문화관광부 장관의 승인을 받아야 하나, 위 승인은 연간 경주개최 일수, 연간 경주의 종류 및 횟수 등에 관한 것일 뿐 경륜·경정 사업의 존속 여부에 관한 것은 아니고[구 경륜·경정법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제4조 제2항, 같은 법 시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제20676호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항], 매년 체결되는 원고와 참가인들 사이의 근로계약기간이 일부 단절되는 것은 실내경기장의 부족 등으로 인하여 동절기에는 경륜·경정 경기가 열릴 수 없는 사정에 기인한 것이므로, 위 경륜·경정 사업을 임시적·계절적인 것으로 볼 수 없다.

나) 원고의 경륜 일용계약직 인사관리지침(이하 ‘이 사건 인사관리지침’이라고 한다) 및 이 사건 근무실적평가계획에서는 일용계약직의 근무상황과 업무수행실적을 연 2회에 나누어 평가하여 계약의 변경 및 해지 여부를 평가함에 반영하도록 하는 한편 그 근무실적 평가를 위한 평가항목 및 평가 비율과 평가 기준을 구체적으로 규정하여 재계약의 요건과 기준을 규정하고 있다.

다) 원고는 매년 근로자를 새로이 공개 채용하였으나, 신규채용의 경우에는 입사지원서 등의 서류 심사를 통하여 채용 결격사유에 해당하는 자를 배제한 후 2차 전형으로 면접 및 직무교육을 거쳐 상위점수를 얻은 자를 채용하는 반면, 경력직원의 경우에는 입사지원서만을 제출받은 후 전년도 근무 평정 점수가 70점 이상이고 채권압류 등 신용불량 사실이 없으며 기타 채용에 문제가 없다고 인정되는 자를 채용하는 등 신규채용과 경력직원에 대하여 다른 기준과 절차를 적용하였다. 또한 경력직원의 경우에 대하여는 기준에 부여된 사번을 갱신 후에도 그대로 유지하게 하였고, 2004년경까지는 근무연수에 따른 호봉을 인정하여 경력 수당을 지급하여 왔다.

라) 원고는 근로계약기간 종료 후 다시 입사지원서를 제출한 대부분의 근로자에 대하여 계약을 갱신하여 왔고, 참가인들의 경우도 마찬가지로 원고와 최초의 근로계약을 체결한 이래 이 사건 갱신 거절 전까지 4회 내지 12회에 걸쳐 근로계약이 갱신되어 왔다.

제6장
기간제
근로계약
종료

사. 파업으로 인하여 부족한 인력을 충원하기 위해 ‘1년 근무(시용) 후 정규직 임용’을 채용조건으로 공개모집을 하고, 계약서에도 별도의 임용조건 및 임용절차 규정 없이 ‘시용기간 중 사규 저촉행위를 하지 않는 한 시용기간이 만료됨과 동시에 원고의 일반직 사원으로 임용한다’고 명시되어 있고, 함께 채용된 자 대부분 임용된 경우 근로계약의 갱신 내지는 임용에 대한 정당한 기대권을 인정함

【대전고등법원 2015. 5. 28. 선고 2014누12*** 판결¹²⁰³⁾】

① 원고는 파업으로 인하여 부족한 인력을 충원하기 위해 당초 ‘평가에 따라 1년 연장 계약 가능’한 것을 조건으로 공개모집을 하였으나 지원자가 적어 인력을 충원할 수 없자 ‘1년 근무(시용) 후 정규직 임용’을 채용조건으로 공개모집을 하여 참가인을 채용하였고, 이 사건 계약서에도 ‘시용기간 중 사규 저촉행위를 하지 않는 한 시용기간이 만료됨과 동시에 원고의 일반직 사원으로 임용한다’고 명시하였을 뿐 별도의 임용조건 및 임용절차를 규정하지 않았으며, 원고의 기획홍보본부장도 범죄에 준할

1202) 대법원(대법원 2011. 1. 13.자 2010두22*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

정도의 행위가 없는 이상 1년 경과 시 당연히 정규직 사원이 되는 것이라는 취지로 진술하였는바, 원고는 이 사건 근로계약 체결 당시 파업에 참여하지 않거나 기타 범죄행위에 이를 정도의 문제가 없는 이상 1년 이후 정규직근로자로 채용할 의사였다고 할 것이다.

② 참가인은 계약기간으로 명시된 1년이 지나더라도 당연히 원고와 고용관계가 지속될 것이라는 기대를 가지고 있었고, 참가인과 함께 채용된 근로자 19명 중 참가인 외 1인을 제외하고 모두 정규직 근로자로 채용되었으며, 참가인 채용 이전에 ‘평가에 따라 1년 연장 계약 가능’을 조건으로 채용한 계약직 기자들까지 모두 정규직근로자로 채용되었으므로, 참가인의 위와 같은 기대는 사회통념상 상당한 것으로서 보호되어야 할 것이다.

3. 갱신기대권이 부정된 판례

가. 계약기간을 1년으로 정하여 근로계약을 체결한 이후 매년 계약을 갱신하여 오다가, 최종적으로 재계약을 체결하면서 계약기간이 만료하면 당연퇴직하는 것으로 정하여 더 이상의 재계약이 불가능함을 분명히 한 경우 갱신기대권을 부정함

【대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두3*** 판결】

① 원고는 1998. 1. 19. 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고만 한다)과 계약기간을 1년으로 정하여 근로계약을 체결한 이후 매년 계약을 갱신하여 오다가, 최종적으로 2005. 1. 1. 계약기간을 2005. 1. 1. 부터 2006. 12. 31.까지로 정하여 재계약을 체결하면서 계약기간이 만료하면 당연퇴직하는 것으로 정한 점, ② 이와 같은 갱신 과정에서 작성된 근로계약서에는 근로계약기간이 구체적인 기간으로 명시되어 있을 뿐만 아니라, 원고는 위 2005. 1. 1. 재계약 체결 당시 참가인에게 더 이상의 재계약이 불가능함을 분명히 한 점, ③ 원고는 계약기간이 만료된 직원에 대하여 근로조건을 제시하고 이에 대하여 이의가 있을 경우 다시 근로조건 및 갱신 여부를 검토하는 등의 절차를 거쳐 재계약을 체결하여 왔는바, 이러한 점에 비추어 볼 때 원고의 갱신절차가 단지 형식적인 것이라고 보기 어려운 점, ④ 한편 참가인이 수행한 업무가 상시적·지속적으로 필요한 업무라고 하더라도 원고로서는 인력수급사정을 고려하여 기간을 정하여 근로계약을 체결할 필요성이 있다고 할 것인 점, ⑤ 참가인은 계약직원으로 ○○대학에 입사한 후 근로계약이 최종 갱신된 2006. 12. 31.까지 종합정보센터 문헌정보과에서 도서관 참고열람실 도서관리 업무를 담당하여 왔는데, 원고는 4년제인 ○○정보대학교 및 2년제인 ○○대학을 각 설치·운영하여 오다가 2004년경 무렵부터 일반 종합대학교의 설립을 추진하였고, 2005. 12. 21. 교육인적자원부장관으로부터 일반 종합대학교인 ○○대학교의 설립인가를 받아 2006. 3. 1. ○○정보대학교와 ○○대학을 통합하여 ○○대학교를 설립하였으며, 이로 인하여 ○○대학교가 일반 종합대학교로 승격함으로써 프로그래머, 캐릭터모델링 등 일부 분야의 추가인력이 필요하게 되었지만, 과거 ○○정보대학교의 재학생수 6,520명에 대한 정규직원의 수가 74명이었음에 비하여, 2009학년도 이후 ○○대학교의 학생정원수가 6,484명으로 감소하게 되었음에도 통합 당시에 정규직원의 수가 126명에 이르고 있어 전체적으로 인력감축의 필요성이 매우 높아졌고, 원고는 참가인에 대한 근로

1203) 1심 판결(대전지방법원 2014. 11. 19. 선고 2014구합*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 10. 15.자 2015두45*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

계약이 최종 갱신된 이후 도서관 자료실의 야간전담 사서조교 1명을 총원한 것 이외에는 참가인의 근무부서에 인력을 총원한 바 없었던 사정 등에 비추어 원고에게는 참가인에 대한 근로계약의 갱신을 거절할 합리적 이유가 있었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 참가인에 대하여 근로계약서에 명시한 계약기간이 지나더라도 당연히 원고와의 고용관계가 지속될 것이라는 기대관계가 형성되었다고 볼 수 없다. 따라서 참가인에 대한 계약기간의 정함이 단지 형식에 불과하여 참가인이 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었다거나, 참가인에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정된다고 보기 어렵다.

나. 업무 내용 등에 변경이 있으면 신규채용절차를 거치도록 규정하고 있고 실제 그러한 변경이 있는 경우 갱신기대권이 제한된다고 봄(다만, 갱신기대권을 박탈하기 위한 수단으로 변경하는 경우에는 그러하지 않음)

【서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014누55*** 판결¹²⁰⁴⁾】

「특수경력직공무원 인사운영지침」에 의하면 당초 계약내용(업무 내용·자격·사업수행기간 및 채용조건 등) 또는 직무분야·계약기간(시간) 등 채용공고상의 내용에 변경이 있으면 신규채용절차를 거치도록 규정하고 있는바, 위 지침은 참가인들과 같은 계약직공무원과의 계약관계를 규율하는 안전행정부 예규로서 참가인들과 같은 계약직공무원의 계약 갱신에 대한 기대권은 위와 같은 지침의 내용에 의해 제한된다 할 것이다. 또한 앞서 본 바와 같이 원고는 2010년도에 불법 주·정차단속분야 시간제계약직공무원을 채용하면서 근무시간이 변경되자 위 지침에 따라 재계약 절차가 아닌 신규채용 절차를 거치기도 하였다. 위와 같은 규정 및 관행에 비추어 보면 참가인들과 같은 계약직공무원의 계약 갱신 기대권은 「특수경력직공무원 인사운영지침」에서 정한 계약내용(업무 내용·자격·사업수행기간 및 채용조건 등) 또는 직무분야·계약기간(시간) 등 채용공고상의 내용의 변경이 있는 경우 원칙적으로 인정되지 않는다고 봄이 상당하고, 다만, 채용공고상의 내용의 변경에 따라 언제나 계약 갱신 기대권이 없다고 해석할 경우 원고와 같은 사용자가 특수경력직공무원들의 계약 갱신을 인정하지 않기 위한 방법으로 계약내용 및 채용공고상의 내용을 임의로 변경하여 특수경력직공무원들의 계약 갱신 기대권을 부당하게 침해할 수 있는 문제가 발생할 수 있으므로, 사용자의 채용공고상의 내용 변경이 특수경력직공무원들의 계약 갱신 기대권을 박탈하기 위한 수단으로 이루어진 경우에는 그와 같은 변경만으로 특수경력직공무원들의 계약 갱신 기대권이 박탈된다고 볼 수 없을 것이다.

1204) 1심 판결(서울행정법원 2014. 5. 23. 선고 2013구합24*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 7. 9.자 2015두39*** 판결)에서 심리불속행 기각되어 확정됨. 동 판결에서는 심야처리반을 신설하여 일부 근로자에게 심야 업무를 전담하게 하는 것은 근로방법을 전반적으로 개편하는 것이므로 기존 단속원 전원에 대하여 계약내용을 변경하는 것에 해당하고, 심야 업무를 둘러싼 기존 단속원들 사이의 갈등, 고소 사건과 같은 일부 남녀 단속원 사이의 불화 등의 정황으로 볼 때, 원고가 ‘총체적인 분위기 쇄신을 위하여’ 60명 전원을 신규 채용한 것이 참가인들의 갱신기대권을 침해하기 위한 수단이었다고 단정하기 어렵다고 보았음

다. 취업규칙 등에 근로계약 갱신에 관하여 ‘**인사위원회 심의를 거쳐 계약제직원의 재계약 여부와 재계약기간을 정할 수 있다.**’라고 추상적으로 규정하고 있을 뿐, 계약기간이 만료되더라도 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정이 없고 갱신 관행 또한 인정되지 않는 경우 갱신기대권을 부정함

【서울고등법원 2014. 10. 22. 선고 2014누45*** 판결¹²⁰⁵⁾】

① 2009. 4. 28.자 한국○○○○○관리원 계약제직원 운영규칙, 원고의 인사규정 및 연구직 운영예규에서는 연구직 계약제직원의 근로계약 갱신에 관하여 ‘원장(원고의 대표자를 의미한다)은 인사위원회 심의를 거쳐 연구직 계약제직원의 재계약 여부와 재계약기간을 정할 수 있다.’고 추상적으로 규정하고 있을 뿐이고, 계약기간이 만료되더라도 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정은 없다. 오히려 앞서 본 관련 규정들에 의하면, 원고와 연구직 계약제직원이 체결한 근로계약의 갱신 여부는 사용자인 원고 측의 재량에 속한다고 볼 여지가 충분하다. ② 원고가 2011. 11. 2. 참가인과 2차 근로계약을 체결함으로써 2009. 11. 2. 체결된 1차 근로계약을 갱신한 사실이 인정되기는 한다. 그러나 이는 참가인이 2년의 1차 근로계약기간 중에 연구위원으로서 연구 기회를 부여받지 못한 사정이 감안된 결과에 불과하다. 원고와 참가인은 2차 근로계약을 체결하면서 계약기간을 1년으로 정하였을 뿐이고, 근로계약의 개시에 관하여는 아무런 규정을 두지 않았다. 오히려 원고와 참가인은 2차 근로계약을 작성하면서 1차 근로계약서에 포함되었던 ‘관련 규정에 따라 계약기간을 연장할 수 있다.’는 취지의 문구를 삭제하였다. ③ 원고가 참가인과 2차 근로계약을 체결할 당시까지 참가인 이외의 다른 연구직 계약제직원과 체결한 근로계약을 갱신한 사례는 없었고, 다만, 기관 통합 전 참가인의 사용자였던 한국○○○○○관리원이 2009. 3. 19. 경(참가인이 입사하기 전이다) 연구직 계약제직원인 김○○와 체결한 근로계약을 갱신한 사례가 한 번 있었을 뿐이다. 한편 원고는 위 2차 근로계약의 갱신을 거부한 이후인 2013. 6. 30.경 계약기간이 만료된 연구직 계약제직원인 박○○와 체결한 근로계약은 갱신하지 않았다. 이러한 사정들에 비추어 볼 때, 원고가 위 2차 근로계약의 갱신을 거부할 당시에 계약기간이 만료된 연구직 계약제직원과 근로계약을 갱신하는 관행이 성립되어 있었다고 보기는 어렵다. ④ 참가인은 2012년 2월 말경 원고 임·직원의 부패행위를 관련 기관에 신고한 사실이 있는데, 원고가 이에 대한 보복으로 참가인과 체결한 2차 근로계약을 갱신하지 않았다고 주장한다. 그러나 이 주장은 참가인에게 원고와 체결한 근로계약의 갱신에 대한 정당한 기대권이 있었는지 여부와 관련성이 없을 뿐 아니라 제출된 증거들만으로는 참가인의 주장을 인정하기에 부족하다.

라. 법원은 i) 단체협약에 계약직 근로자에게 정규직 채용 시 우선권을 부여한다는 규정이 있더라도 이것이 기간제근로자를 정규직으로 전환시키도록 한다거나 정규직 전환의 절차나 요건을 규정한 것으로 볼 수는 없고, ii) 기간제 근로계약의 반복갱신이 있었으나 매우 짧고 불규칙하였으며 마지막 근로계약이 종전 근로계약기간과 합산하여 2년이 되도록 정한 경우라면 무기근로계약으로 전환되지 않도록 계약당사자 간의 의사합치가 있었던 것으로 볼 수 있고, iii) 발주회사의 사정에 따라 인력운영을 탄력적으로 하고 있는 회사의 경우에는 근로자가 근무평가에서 일정 점수 이상을 획득하였다고 하여 무조건 정규직으로 채용한다고 단정할 수는 없으므로 이러한 경우에는 갱신기대권을 부정함

¹²⁰⁵⁾ 대법원(대법원 2015. 2. 26.자 2014두44*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2013. 10. 25. 선고 2013누19*** 판결】

가. 원고는 단체협약 제20조와 제24조는 기존의 계약직 근로자에게 별개의 정규직 전환권을 보장하는 근거조항인데도 원심이 단체협약의 명문의 규정에 반하여 근로자에게 불리하도록 위 조항들을 변형 해석하였다고 주장한다.

그러나 단체협약 제20조 제3항은 정규직 전환 시기에 관하여 규정하고 있을 뿐이고, 단체협약 제24조 제1항 역시 계약직 근로자에게 정규직 채용 시 우선권을 부여한다는 내용일 따름이다. 따라서 이를 두고 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로자를 정규직으로 전환시키도록 한 다거나 정규직 전환의 절차나 요건을 규정한 것으로 볼 수는 없으므로 원고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

나. 원고는 참가인과 사이에 2010. 2. 1. 최초로 근로계약을 체결한 이후 3차례나 걸쳐 계약을 반복하여 체결한 사정을 들어 원고가 근로계약 유지에 대한 합리적인 기대권을 갖게 되었다고 주장한다.

앞서 든 사실관계에 의하면, 2010. 2. 1. 최초 계약 당시의 근로기간은 5개월, 2010. 7. 1. 두 번째 계약 당시의 근로기간은 2개월, 2010. 9. 1. 세 번째 계약 당시의 근로기간은 1년, 2011. 9. 1. 마지막 계약 당시의 근로기간은 5개월로서 그 기간이 매우 짧고, 불규칙하여 원고가 앞으로도 계속적·안정적으로 참가인과 계약을 체결할 수 있다고 신뢰할 정도에 이르렀다고 보기 어렵다. 오히려 2010. 2. 1. 자 계약 및 2010. 7. 1. 자 계약 당시 작성한 근로계약서의 근로계약기간 기재란 말미에는 ‘작업 여건에 따라 탄력적 운영’이라고만 기재되어 있어, 원고로서는 참가인이 수주하는 물량의 변동에 따라 계약기간이 만료되면 계약이 해지될 수 있다는 사정을 알 수 있었던 것으로 보일 뿐만 아니라, 2011. 9. 1. 마지막 계약 당시의 근로기간은 종전 3회에 걸친 근로계약기간과 합산하여 2년이 되도록 정한 것으로 보이는데 이는 기간제법상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 전환되는 2년을 초과하지 않도록 계약 당사자 사이에 의사의 합치가 있었다고 할 수 있다. 따라서 계약을 반복하여 체결하였다는 이유로 원고가 계약 유지에 대한 합리적인 기대권을 갖게 되었다는 원고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

다. 원고는 참가인이 실시한 근무평가에서 40점 이상을 획득하면 정규직으로 전환이 되고, 다른 계약직 근로자들이 정규직으로 전환된 사정에 비추어서도 원고에게 계약갱신에 대한 기대권이 인정된다고 주장한다.

갑 제7호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 참가인은 P○○○○ 내 화물운송업무를 담당하는 외주업체로서 발주회사의 사정에 따라 인력운업을 탄력적으로 행하고 있는 사실을 인정할 수 있다. 참가인이 경영사정에 따라 정규직 전환인원을 유동적으로 바꿀 수 있는 이상 근로자가 근무평가에서 일정 점수 이상 획득하였다 하여 무조건 정규직으로 채용한다고 단정할 수는 없으므로 원고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

제6장
기간제
근로계약
종료

마. 취업규칙에 따라 만 55세가 되는 달의 말일에 정년퇴직한 후 새로 촉탁 근로계약을 체결하여 계속 근무하다가 다시 노동조합 가입에 따른 단체협약의 적용에 따라 만 57세가 되는 달의 말일에 정년퇴직하는 경우, 단체협약의 정년이 지난 일부근로자들이 계속하여 근무하고 있다는 사정만으로 촉탁 근로계약 체결에 대한 기대권 내지 기존에 체결한 촉탁 근로계약에 대한 갱신기대권이 인정되기 어렵다고 봄

【서울고등법원 2014. 10. 31. 선고 2014누57*** 판결¹²⁰⁶⁾】

취업규칙 등에 명시된 정년에 도달하여 당연퇴직하게 된 근로자에 대하여 사용자가 그 정년을 연장하는 등의 방법으로 근로관계를 계속 유지할 것인지 여부는 특별한 사정이 없는 한 사용자의 권한에 속하는 것으로서, 해당 근로자에게 정년연장을 요구할 수 있는 권리가 있다고 할 수 없고, 사용자가 해당 근로자에게 정년연장을 허용하지 아니한 조치의 정당성은 사용자의 행위가 법률과 취업규칙 등의 규정 내용이나 규정 취지에 위배되는지 여부에 의하여 판단해야 하며, 단지 정년연장을 허용하지 아니한 것이 해당 근로자에게 가혹하다든가 혹은 다른 근로자의 경우에 비추어 형평에 어긋난다는 사정만으로 그 정당성이 없는 것으로 단정할 수 없다(대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다85*** 판결 등 참조).

위 법리를 토대로 이 사건에 관하여 살펴보면, 위 인정 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉 ① 이 사건 정년규정은 정년이 도래하여 퇴직하는 근로자 중 ‘근무성적이 우수하고 안전운행에 지장이 없다고 인정되는 직원에 한하여’ 촉탁 근로계약을 체결한다고 규정되어 있는 점, ② 참가인은 이 사건 단체협약의 체결 전에도 취업규칙 제17조 제3호에 따라 정년이 도과하여 퇴직하는 근로자가 ‘근로성적이 우수하고 계속 근로의 능력이 인정되는 경우’에 그 근로자와 계약기간을 1년 이내로 (통상 6개월)로 하여 촉탁 근로계약을 체결하였고, 위와 같은 조건을 충족하는 경우에만 촉탁 근로계약을 갱신해 왔으므로, 정년이 도과한 근로자들과의 촉탁 근로계약 체결이나 갱신이 형식적인 것에 불과하다고 보기 어려운 점, ③ 참가인이 정년을 도과하여 퇴직한 근로자들과의 촉탁 근로계약 체결 시 계약기간을 1년 이내의 단기간으로 한 것은 고령인 근로자들의 안전운전능력을 정기적으로 점검하여 택시 운전기사로서의 직무상 능력을 평가하여 재계약 여부를 결정하기 위한 것인바, 촉탁 근로계약의 체결이나 갱신이 형식적인 것에 불과하다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 위와 같이 촉탁 근로계약을 체결 또는 갱신하는 취지, 평가의 기준이 부당하다고 보기도 어려운 점, ④ 그런데 원고가 2012. 10. 8. 무단으로 차선을 변경하여 접촉사고를 내었고, 이로 인해 전국○○운송사업조합연합회가 피해자에게 7,241,180원을 보상한 점, ⑤ 정년퇴직 후 촉탁 근로계약을 체결하여 근무하다가 계약기간이 만료된 후 이를 갱신하지 않고 퇴사한 근로자들이 상당수 있고, 참가인이 취업규칙에 따라 만 55세가 되는 달의 말일에 정년퇴직한 후 새로 촉탁 근로계약을 체결하여 계속 근무한 정○○, 임○○에게도 만 57세가 되는 달의 말일에 정년퇴직한다는 내용의 정년퇴직예고통지서를 보낸 사정 등에 비추어 볼 때, 만 57세가 되는 달의 말일이 지난 근로자들 중 일부가 참가인 회사에 계속하여 근무하고 있다는 사정만으로 원고에게 근로계약이 갱신될 것이라고 기대할 수 없는 점 등을 고려하면, 원고에게 촉탁 근로계약 체결에 대한 기대권 내지 기존에 체결한 촉탁 근로계약에 대한 갱신기대권이 인정된다고 보기 어렵다.

바. 근로계약서에 계약기간이 명시되어 있고, 취업규칙에서 계약기간 만료를 당연퇴직 사유로 하고 있으며, **입주자대표회의에서 입주민 과반수가 재계약 반대결의**를 하였다면, 나머지 근로자들과 근로계약을 갱신하여 왔고, 이전에는 계약기간 만료를 이유로 퇴직한 직원이 없다고 하더라도 갱신기대권이 인정되지 않는다고 봄

1206) 1심 판결(서울행정법원 2014. 6. 26. 선고 2013구합59*** 판결)을 인용했으며 대법원(대법원 2015. 3. 12.자 2014두45*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨. 동 판결에서는 단체협약에서 달리 촉탁근로자들에 대한 적용을 배제하고 있지 않으므로 정년 후 촉탁직으로 재채용된 근로자에 대하여서도 개정된 단체협약에 따라 다시 정년규정이 적용된다고 판단하였음

【대법원 2011. 10. 27. 선고 2010두17*** 판결¹²⁰⁷⁾】

원심은 원고가 참가인을 제외한 나머지 근로자들과 근로계약을 갱신하여 왔고, 참가인에 대한 재계약 갱신 거부 이전에는 계약기간 만료를 이유로 퇴직한 직원이 없다는 점 등을 들어 갱신기대권을 인정하였으나, 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다.

원고는 참가인을 포함한 모든 직원들과 기간을 정한 근로계약을 체결하여 왔고, 취업규칙에도 “근로자의 근로계약은 기간의 명시가 있는 것을 제외하고는 1년으로 한다(제11조 제4항).”, “관리소는 근로자가 근로계약이 만료되어 계약갱신이 되지 않았을 때 퇴직조치한다(제57조 제4호).”고 규정함으로써 근로계약기간이 만료하면 근로자는 당연히 퇴직하는 것을 원칙으로 하고 있는 사실, 원고는 2006. 12. 9. 참가인과 계약기간을 1년으로 정하여 참가인을 원고 관리사무소장으로 근무하도록 하는 내용의 근로계약을 체결하였다가 그 계약기간이 만료되자 2007. 12. 9. 다시 근로계약을 체결하였는데, 그 계약 내용에 의하면 참가인은 계약직근로자로서 계약기간이 2008. 12. 8.까지 1년이고, 재계약 여부와 본 계약에 정한 내용 이외의 근로조건에 관한 사항은 관계 법령 및 취업규칙에 정하는 바에 의하도록 함으로써 근로계약기간 등을 구체적으로 명시한 사실, 참가인은 원고가 구성한 자치관리기구의 대표자로서 원고 구성원의 과반수의 찬성으로 선임되어 자치관리기구의 업무를 총괄하고 입주자대표회의가 의결하여 통보한 사항을 집행하는 등의 업무를 담당하는 지위에 있는데(원고 관리규약 제37조), 원고는 참가인과의 근로계약 만료일 무렵인 2008. 10. 10. 개최된 원고의 입주자대표회의에서 입주자들 과반수가 참가인과의 재계약에 반대하는 결의를 하자 그 결의에 따라 위 계약기간 만료 후 원고와 다시 재계약을 체결하지 않게 된 사실 등을 알 수 있다.

위와 같은 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고와 참가인 사이에 체결된 근로계약에서 정한 계약기간이 단지 형식에 불과하다거나 참가인에게 근로계약서에 명시된 계약기간이 지나더라도 당연히 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 원고와 참가인 사이의 근로계약관계는 특별한 사정이 없는 한 그 계약기간이 만료됨으로써 당연히 종료되었다고 봄이 상당하다.

제6장
기간제
근로계약
종료

사. 법원은 근로계약에서 인사고과 등을 참작하여 재계약할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 재계약 의무나 요건, 절차를 규정하고 있지 않다면, 계약기간 만료자 중 90% 이상이 정규직으로 채용되었다 하더라도 이는 사용자의 인사권한에 의한 것이므로 갱신기대권이 인정되지 않는다고 봄

【대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두28*** 판결】

원심은 다음과 같은 사정 기타에 비추어 보면 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 원고가 제출한 증거들만으로는 원고에게 정규직 채용에 대한 정당한 기대권이 있다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로 원고와 ○○여객 사이의 근로계약은 기간만료로 종료되었다고 판단하였다.

① 원고와 ○○여객은 계약기간 만료 시 자동으로 퇴직 처리된다는 점을 명시하여 계약기간을 1년으로 정하여 근로계약을 체결하였다. 위 근로계약에서 ○○여객은 인사고과 및 기타 평가 등을 참작

¹²⁰⁷⁾ 파기환송 후 고등법원(서울고등법원 2012. 5. 23. 선고 2011누37*** 판결)에서 확정됨

하여 원고와 재계약을 할 수 있다고 정하고 있을 뿐, 일정한 요건이 충족되면 ○○여객에게 원고와 재계약을 체결할 의무가 있다는 등의 취지를 일절 정하고 있지 아니하다. 또한 ○○여객의 취업규칙에도 일정요건을 충족하면 재계약한다는 의무규정을 두고 있지 않을 뿐만 아니라, 재계약을 위한 요건이나 절차를 규정하고 있지 아니하다.

② ○○여객은 신규로 운전기사를 채용할 때 1년 동안 계약직으로 근무하게 한 다음 위 계약기간이 종료되면 그의 업무적합성과 회사의 인력수급 문제 등을 고려하여 정규직 채용여부를 결정하였다. 비록 1년의 계약기간이 종료된 근로자들 중 90% 이상을 정규직으로 채용하였더라도, ○○여객이 원고를 정규직으로 채용할 지 여부는 앞서 본 바와 같이 ○○여객의 고유한 인사권한에 속하고, 1년의 계약기간이 종료된 근로자들 중 정규직으로 채용되지 않은 근로자가 2005년부터 2008년까지 매년 여러 명 있을 뿐만 아니라 2011년에는 12명이나 되어 그 수가 적지 않다.

③ 원고는 위 근로계약에 좇아 ○○여객에 1년 동안 근무하였을 뿐이고 근로계약이 갱신된 일이 없다. 또한 원고는 ○○여객의 요구에 따른 것이라고 하더라도 계약기간이 만료에 즈음하여 사직서를 제출하였고, ○○여객은 근로계약기간 만료에 따른 고용보험, 국민연금, 산재보험의 처리를 마치고 원고에게 퇴직금을 지급하였다.

원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하다.

아. 근로계약 갱신 의무나 절차, 요건을 규정하고 있지 않고, 근무평정의 취지가 근로자의 충실한 업무수행 담보 및 재계약 판단자료에 불과한 경우, 그간 근무평정결과 B등급 이상을 받고 재계약이 거부된 사례가 없다고 하더라도 갱신기대권이 인정되지 않는다고 봄

【서울고등법원 2010. 10. 13. 선고 2010누10*** 판결(1208)1209)】

1) 이 사건 근로계약에서 정한 기간이 형식에 불과한지 여부

…(중략)… 앞서 살펴 본 인정사실에 의하여 인정되는 내부통제점검자 제도 시행 경위와 운영실태 및 근로계약 갱신 경위 등 아래와 같은 사정을 보면 이 사건 근로계약은 무기계약이 아니라 ‘기간을 정한 근로계약’에 해당하므로, 참가인 회사와 원고들 사이 근로관계는 계약기간 경과로 종료되었다. 원고들의 주장은 이유 없다.

① 원고들이 당초 참가인 회사와 체결한 근로계약과 이 사건 근로계약에는 모두 계약기간이 특정되어 있고, 계약기간 만료 시 고용관계가 종료된다고 기재되어 있으며, 원고들 또한 참가인 회사 홈페이지에 내부통제점검자 지원서를 접수하면서 1년 단위로 계약이 체결되는 것을 충분히 알 수 있었다. 참가인 회사와 원고들 사이에 이루어진 근로계약 갱신은 근로계약기간을 명시한 근로계약을 새로 작성하는 방법으로 이루어졌고, 근무평정을 통해 일정 수준에 미달하는 자에 대해서는 근로계약 갱신이 거절되었다. ② 근로계약에서 기간을 따로 정하고 있는 경우 정년 규정은 계약을 갱신하는 한계를 정한 것이거나, 근로계약에서 정한 기간에도 불구하고 정년에 달하면 근로계약이 종료된다는 것을 의미하는 것으로 보는 것이 합리적이고, 이 사건 정년규정은 원고들과 같은 내부통제점검자나 시간제 근무 직원은 ‘무기 계약인력’ 전환 대상에서 배제하기로 한 노사간 합의가 이루어진 이후 신설된 점 등에 비추어 근로계약에서 기간을 따로 정하고 있으므로, 정년규정이 있다고 하여 정년에 이를 때까지 계약이 갱신된다는 취지로 볼 수 없다. …(중략)…

3) 원고들이 재계약 체결에 대한 정당한 기대권을 가지는지 여부

...(중략)... ① 참가인 회사는 원고들을 내부통제점검자로 채용한 이후 원고들에 대한 근무성적평가 일환으로 분기별로 전산을 이용한 시험(on-line-test)을 실시하였다. 참가인 회사는 2008. 12. 26. 원고들을 비롯한 내부통제점검자를 대상으로 시험을 실시하겠다고 공고하였다가 2008. 12. 29. 취소하고, 이 사건 재계약 거절 통지를 하였다.

② 내부통제점검자 중 근무평정결과 비(B) 등급 이상을 받고도 재계약이 거부된 사례는 없었다.

그러나 앞서 든 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위 인정사실만으로는 원고들에게 이 사건 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 형성되었다고 보기 어려워, 원고들의 주장은 이유 없다.

① 이 사건 근로계약이나 이 사건 지침에는 참가인 회사가 근로계약을 갱신하여야 하는 의무나, 갱신절차 내지 요건에 관하여 규정되어 있지 않다.

② 이 사건 복무규정은 무기계약을 체결한 근로자에 비하여 기간제근로자가 처우에서 차별받지 않도록 근무조건을 규정한 것이고, 이 사건 정년규정은 정년연령에 달하면 근로계약이 종료된다는 취지이다. 정년해지로 퇴직한 사례가 다수 있다고 하여 정년에 달하기까지 근로계약이 계속 유지된다는 관행이 있다고 볼 수 없다. 정년에 이를 때까지 계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 원고들에게 있다고 볼 수 없다.

③ 이 사건 평가규정을 둔 취지는 참가인 회사가 원고들을 평가하여 계약직 근로자에 대한 충실한 업무수행을 담보하고 소외 재계약 여부 판단 자료로 활용하고자 하는 것으로, 이 사건 평가규정만으로 참가인 회사에게 재계약 의무를 부담지운다거나, 이 사건 평가규정을 갱신절차 내지 요건을 정한 규정으로 볼 수 없다.

④ 참가인 회사 은행장이나 상근 감사위원이 정년까지 근무할 수 있도록 하겠다는 등의 발언을 하였다고 하여 근로계약 갱신체결에 대한 기대권이 생겼다고 볼 수 없다.

1208) 대법원(대법원 2011. 11. 10. 선고 2010두24*** 판결)에서 원심을 모두 긍정하며 확정됨

1209) * 동 사건의 관계규정:

<계약인력관리지침>

- 인사규정에서 정한 직원 이외에 은행이 필요에 따라 특정한 업무를 위하여 기간을 정해 고용한 인력을 ‘계약인력’이라 정의하고, 내부통제점검자를 계약인력 중 사무인력의 하나로 구분하고 있음(제3조 제2호 라목)
- 계약해지 사유를 ‘의원해지’, ‘당연해지’, ‘직권해지’ 및 ‘정년해지’로 구분함(제39조)
- 계약인력 인사관리를 위하여 근무성적 등을 평가를 실시할 수 있고(제44조) 평정기준일 현재 입행 일로부터 3개월 이상 근속자를 대상으로 6월말과 12월말 기준으로 실시하되(제45조), 근무성적 평점 구성은 업무수행실적 40점, 업무수행능력 30점, 업무수행태도 30점으로 규정함(제46조)

< 2008년 계약인력 재계약 기준>

- ① 근무성적평가 결과 비(B) 등급 이상인 사람, ② 계약기간 내 정계경력이 없는 사람, ③ 만 58세 미만인 사람, ④ 소속 부점장이 재고용 찬성의견을 제출한 사람을 재계약 대상으로 하고, 계약기간 내 정년이 도래하는 사람은 만 58세에 도달한 달 말일까지 계약기간으로 함

자. 일정한 요건이 충족되면 계약갱신 된다는 취지의 규정이나 계약갱신 요건, 절차에 관한 규정이 없고, **사고현장 출동서비스 업무의 성격상 인력 채용이 탄력적으로 이루어져야 하며, 오로지 사용자의 재량적 판단에 따라 근로계약 갱신여부를 결정하여 왔다**면 갱신기대권이 인정되지 않는다고 봄

【대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두9*** 판결】

1) 기간의 정함이 있는 근로계약인지 여부

① 참가인이 담당한 사고현장 출동서비스 업무의 성격상 인력 채용이 탄력적으로 이루어져야 할 필요가 크고, 종전 회사와 원고 회사도 이러한 사정을 고려하여 해당 업무에 종사하는 근로자들을 대부분 계약직 직원으로 채용한 점, ② 종전 회사 또는 원고 회사와 참가인 사이에 작성된 근로계약서에 참가인의 신분을 전문계약직 사원으로 정하면서 그 계약기간을 명시하고, 그 계약기간이 만료될 경우 근로계약이 자동해지된다고 규정한 점, ③ 종전 회사가 2003년부터 2005년 사이에 참가인과 같은 업무에 종사하는 근로자들 중 일부에 대하여 근로계약의 갱신을 거절한 바 있는 점 등을 종합하여 보면, 비록 참가인이 종전 회사와 원고 회사를 통하여 5회에 걸쳐 근로계약을 갱신하였다고 하더라도 이 사건 근로계약에서 기간을 정한 것이 단지 형식에 불과하다고 볼 수 없다.

2) 기간을 정한 근로계약에서 갱신거절의 정당성 여부

원고 회사나 종전 회사는 참가인과 같은 사고현장 출동서비스 업무에 종사하는 근로자에 관하여 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 둔 바 없고, 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 근로자가 수행하는 업무의 내용, 그동안의 계약 갱신 또는 갱신거절의 실태를 보더라도 종전 회사나 원고 회사는 계약갱신에 관한 요건이나 절차에 관한 아무런 규율 없이 오로지 사용자인 자신들의 인력 수요 및 근로자의 근무태도에 관한 재량적 판단에 따라 근로계약의 갱신 여부를 결정하여 온 사실을 알 수 있으므로, 이러한 사정에서라면 참가인에게 근로계약의 갱신에 관한 기대권이 인정된다고 보기는 어렵다.

차. 계약갱신 의무나 요건, 절차에 관한 규정 없이, **필요한 경우 재계약에 의하여 계약기간이 연장될 수 있다는 규정만 있는 경우에는 1년간의 근무평가 후 정규직 전환 여부를 결정한다는 내부 결재문서**가 있고, 채용 당시 연구소 소장이 같은 취지의 말을 하였다고 하더라도 갱신기대권이 인정되기 어렵다고 봄

【서울고등법원 2013. 7. 3. 선고 2012누36*** 판결¹²¹⁰⁾】

아래와 같은 사정에 비추어 보면, 원고에게는 정당한 계약갱신의 기대권이 발생하지 않았다고 봄이 상당하다.

1) 원고가 이 사건 연구소(참가인)와 사이에 체결·갱신한 이 사건 각 근로계약서나 이 사건 연구소의 비정규직 활용요령 등에는 재계약의 절차 및 요건 등에 관한 규정이 없을 뿐만 아니라 달리 참가인에 대하여 원고를 재고용할 의무를 지우는 취지의 규정도 존재하지 않는다. 다만, 이 사건 근로계약 체결 당시 적용·시행되었던 구 비정규직 사용요령 제10조 제1호가 위촉직원의 경우 계약기간은 1년을 원칙으로 하되, 필요한 경우 재계약에 의하여 연장될 수 있다고 규정하고 있고, 비정규직 활용

요령 제3조 제1호가 정규직 채용 이전에 업무능력 및 역량검증이 필요하다고 판단되어 전일제로 일정기간 근무하는 위촉직원을 비정규직으로 사용할 수 있고, 업무능력 및 역량이 검증된 자는 최소 6개월 이후 절차를 거쳐 정규직 전환여부를 결정한다고 규정하여 마치 위촉직원의 경우 정규직 전환을 전제로 채용한 것으로 볼 여지도 있기는 하나, 구 비정규직 사용요령 제14조 제1항 제1호, 비정규직 활용요령 제13조 제1항 제1호는 모두 고용계약기간이 만료되었으나 재계약되지 아니하였을 경우에는 해당 근로계약이 당연히 종료되는 것으로 규정하고 있을 뿐인 점, 위 사용요령 제14조 제2항 제3호, 위 활용요령 제13조 제2항 제3호는 모두 연구소 예산 등의 사유로도 비정규직 근로계약을 종료(해지)할 수 있다고 규정하고 있는 점, 오히려 2010. 12. 10. 개정된 위 활용요령 제9조 제1호는 위촉직원의 경우 계약기간이 최대 2년을 초과할 수 없다고 명시하고 있는 점, 나아가 전일제 위촉직 관리기준 제3조는 위촉직의 임용은 전반적인 연구호의 인력운용방침에 따라 예산의 범위 내에서 계약제로 운영한다는 내용으로 그 임용원칙을 규정하고 있고, 제10조에서 비정규직인 위촉직이 정직원 임용시험에 응시할 경우 일정한 가점만을 부여하는데 그치고 있는 점 등에 비추어 보면, 앞서 본 각 규정의 내용만으로 위촉직원(비정규직)으로 근무한 원고에게 계속근로에 대한 신뢰가 형성되었다고 보기 어렵다.

2) 이 사건 연구소가 원고를 특별채용함에 있어 ‘신규임용예정자의 업무수행능력 및 조직적응에 대한 검증제도 강화필요가 요구됨에 따라 1년간 연구지원실장 직무대리(위촉책임행정원)로 근무 후 평가 및 전환절차를 거쳐 정규직 전환여부를 검토할 예정임’이라는 내용을 결재문서에 기재하였고, 당시 이 사건 연구소 소장 김OO이 원고에게 이 사건 근로계약 체결 당시 ‘1년 후 평가를 거쳐 정규직으로 전환한다’거나 ‘T/O 발생 시 평가와 절차를 거쳐 정규직으로 전환한다’는 취지의 의사를 밝혔다고 하더라도 이는 이 사건 연구소 내부의 의사결정이거나 앞서 본 각 규정의 범주 내에서 평가를 통한 정규직 전환이 가능하다는 취지의 원론적인 내용에 불과하다고 보일 뿐 원고에게 정규직 전환을 확약한 것이라 보기 어렵다.

3) 앞서 본 각 규정상 이 사건 연구소의 위촉직원과 같은 비정규직의 경우 원칙적으로 연구소의 인력운용방침에 따라 예산의 범위 내에서 운용되어야 하고, 연구소예산 등의 사정으로 일방적으로 그 근로관계가 종료될 수 있다는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 근로계약 종료 당시 이 사건 연구소의 정규직 내지 무기계약직 T/O가 존재하지 아니하였다는 점은 갱신기대권 성립에 부정적인 요소가 된다고 할 것이다.

4) 나아가 원고가 수행한 업무의 특성을 감안하더라도 앞서 본 이 사건 각 근로계약서 등의 문언, 계약 횟수, 원고와의 근로계약관계에 있어서 추론되는 이 사건 연구소(참가인)의 진정한 의사, 원고의 채용절차에서 비롯되는 기간제 고용형태 결정의 필요성 등 제반 사정에 비추어 보면, 참가인과 원고 사이의 근로계약관계가 갱신의 전제하에 이루어졌다고 볼 것도 아니다.

카. 계약서에 “성실 근무자에 대하여는 재계약 할 수 있다”고 규정되어 있고 사용자도 같은 취지의 발언을 하였다고 하더라도, 근로계약서에 계약기간이 명시되어 있고, 계약기간이 만료되어 퇴직한 자가 상당수에 이르고, 계약갱신에 관한 요건이나 절차에 관한 규정도 없다면 갱신기대권이 인정되지 않는다고 봄

1210) 1심 판결(서울행정법원 2012. 11. 1. 선고 2012구합10*** 판결)을 인용하였음

【대법원 2011. 11. 10. 선고 2010두7*** 판결¹²¹¹⁾】

원심이 인정한 사실관계에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들 즉 ① 원고 회사는 참가인들과 이 사건 계약을 체결하기 약 2년여 전에 근로자들의 고용안정을 요구하는 노동조합의 요청에 따라 노동조합과 2년 기간제 임시근로계약 제도를 도입하기로 협의하는 등 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결하여 버스운전기사를 채용할 태도를 분명히 밝혔고, 그 이후 그 태도를 명시적으로 바꾸지 않은 채 참가인들과도 이 사건 계약을 체결하면서 임시근로계약서에 각 계약기간을 2년으로 명시하였으며, ② 2년 기간제 임시근로계약 제도가 도입된 2004년부터 참가인들이 입사한 2006년까지의 기간제 신규입사자 중 그 계약기간이 만료됨을 이유로 퇴직처리된 사람이 상당수에 이르고 있고, ③ 원고 회사와 참가인들 사이에 작성된 임시근로계약서는 물론이고 원고 회사의 단체협약 및 취업규칙의 어디에도 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있지 않을 뿐만 아니라, 계약갱신과 관련한 요건이나 절차에 관한 근거규정조차 두고 있지 않은 점 등을 종합하여 보면, 참가인에 대한 계약기간이 단지 형식에 불과하여 참가인이 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었다거나, 참가인에 대하여 임시근로계약서에 명시한 계약기간이 지나더라도 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대관계가 형성되었다고 볼 수 없다.

타. 촉탁직 근로계약관계가 정년이 도과하여 더 이상 근로관계를 유지할 수 없는 고령의 근로자를 대상으로 이루어지는 경우, 근로자의 측면에서는 임금을 낮추더라도 새로운 근로의 기회를 부여받을 수 있고, 사용자의 측면에서는 업무상 필요에 따라 상당한 재량의 범위 내에서 그 고용 여부를 결정할 수 있을 뿐만 아니라 비용을 절감할 수 있다는 점에서 근로자와 사용자 사이에 상호 이해가 일치하여 실시되는 것으로도 볼 수 있으므로 촉탁직 근로자의 계약갱신에 대한 기대는 통상 일반적인 기간제근로자의 그것에 미치지 않는다고 보는 것이 사회통념에 부합한다고 봄

【서울고등법원 2013. 12. 4. 선고 2013누8*** 판결¹²¹²⁾】

법리에 비추어 이 사건에 돌아와 참가인에게 계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는지 여부에 관하여 보건대, 앞서 본 사실 및 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고 회사와 참가인 사이에 체결된 이 사건 각 근로계약서에 따르면, 참가인이 촉탁직 근로자로서 근무한 2006. 8. 21.부터 2011. 8. 20.까지 사이에 근로계약기간이 매 1년으로 정해져

1211) 동 사건의 행정법원에서는 ① 원고와 참가인들 사이에 체결된 임시근로계약서 제5조에는 “근로계약 만료 시 해약과 동시 자동 퇴직기로 한다. 단, 성실 근무자에 대하여는 재계약할 수 있다.”라고 규정되어 있는 점, ② 원고도 전체 근로자를 상대로 하는 교양교육에서 “성실히 근로한다면 재계약은 물론 촉탁직으로도 고용할 수 있다.”라고 발언하여 온 점, ③ 또한 원고는 계약기간 만료 후 또는 계약기간 중에 자진하여 퇴사한 자들을 제외하고는 근로자가 계속 근로를 희망할 경우 대부분의 근로자들과 재계약을 체결한 점 등을 들어 갱신기대권을 인정하였음(서울행정법원 2009. 4. 30. 선고 2008구합37*** 판결)

1212) 1심 판결(서울행정법원 2013. 1. 31. 선고 2012구합14*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 4. 10.자 2014두*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

있었고, 이 사건 제1 내지 제4 근로계약서에는 ‘새로운 연봉계약이 체결되지 아니한 경우에는 근로계약 기간의 종료와 동시에 자동으로 퇴직한다’는 취지가 기재되어 있었으며, 이와 별도로 취업규칙 제54조 제7호도 계약상 고용기간의 만료가 당연퇴직사유임을 명시적으로 규정하고 있고, 달리 근로계약 또는 취업규칙 등에 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 따로 두고 있지 아니한 점(한편 이 사건 각 근로계약서상 ‘차기연봉계약은 인사위원회가 공정한 인사고과에 의하여 계약을 갱신한다’는 취지의 문언이 기재되어 있기는 하나, 취업규칙 등에 그 갱신요건 등에 관하여 별다른 규정이 없는 이상 이를 근거로 원고 회사에게 갱신의무가 있다고 볼 것도 아니다), ② 원고 회사가 2009년부터 2011년까지 사이에 참가인을 제외하고도 4명의 축탁직 근로자에 대하여 기간만료를 이유로 계약을 갱신하지 아니한 채 퇴사시킨 점을 고려할 때, 원고 회사의 축탁직 근로자에 대한 계약갱신절차가 요식에 불과하다거나 기계적으로 이루어진 것으로는 보기 어렵고, 오히려 원고 회사 내에서의 축탁직 근로자의 계약갱신은 원고 회사가 당해 근로자의 건강상태, 근무태도 등을 고려하여 재량에 따라 실질적으로 그 체결여부를 결정하여 오고 있다고 봄이 상당한 점, ③ 원고 회사가 운영하는 축탁직 근로계약관계는 기본적으로 정년이 도과하여 더 이상 근로관계를 유지할 수 없는 고령의 근로자를 대상으로 이루어지는데(그 근거는 정년에도 불구하고 업무상 필요에 따라 채용할 수 있다는 내용의 원고 회사의 취업규칙 제55조 단서에 있다), 이와 같은 형태의 근로관계는 근로자의 측면에서는 임금을 낮추더라도 새로운 근로의 기회를 부여받을 수 있고, 사용자의 측면에서는 업무상 필요에 따라 상당한 재량의 범위 내에서 그 고용 여부를 결정할 수 있을 뿐만 아니라 비용을 절감할 수 있다는 점에서 근로자와 사용자 사이에 상호 이해가 일치하여 실시되는 것으로서 일반적인 기간제 근로계약관계과는 차별성이 있고, 그 점에서 원고 회사의 단체협약 및 단체협약 보충협약서 역시 기간제근로자 중 축탁직 근로자를 별도로 취급하고 있는바, 위와 같은 축탁직 근로계약관계의 실시목적, 내용 및 특성 등을 고려할 때, 원고 회사 소속 축탁직 근로자의 계약갱신에 대한 기대는 통상 일반적인 기간제근로자의 그것에 미치지 않는다고 보는 것이 사회통념에 부합하고, 이와 같은 측면은 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조 제1항 단서 제4호, 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 제2조 제1호, 같은 법 시행령 제2조 제1항이 55세 이상인 고령자와 근로계약을 체결하는 경우에는 기간제근로자의 사용기간에 관한 규제를 받지 않는 것으로 규정하고 있는 것에서도 다시 확인할 수 있는 점, ④ 원고 회사가 축탁직 근로자들에게도 계약만료 30일 전에 미리 우편을 통해 계약만료 사실을 통지하는 관행의 존재를 인정하기 어려울 뿐만 아니라 설령 위와 같은 관행이 존재하였다고 하더라도 기간의 정함이 있는 근로계약의 경우 그 기간이 만료됨으로써 당해 근로계약관계는 당연히 종료되고 별도의 갱신 거절의 의사표시가 요구되지 않는다는 점에서도 참가인의 위 주장은 받아들이기 어려운 점 등에 비추어 보면, 참가인이 원고 회사와 사이에 축탁직 근로계약을 체결한 이래 4회에 걸쳐 계약을 갱신하였고, 원고 회사의 이 사건 연장거부 무렵에도 참가인과 연령이 같거나 많은 축탁직 근로자들이 계약을 갱신하여 계속 근무하고 있었던 점, 원고 회사가 계약만료 당일까지 참가인이 수행하던 722번 A조 반장을 교체하지 아니하여 업무수행의 공백을 자초하고 계약만료 이전인 2011. 8. 19.자 배차표상 계약만료 이후인 2011. 8. 22.까지 참가인의 배차를 지정하였다는 점 등 참가인이 주장하는 여러 정황을 모두 고려하더라도 참가인이 축탁직 근로자로서 계약갱신에 대한 기대권을 가진다고 보기 어려우므로, 이 사건 연장거부 조치가 부당해고에 해당한다고 할 수 없다.

파. 청소년들을 수련하는 기관에서 청소년지도사 자격증을 요구하는 것은 업무 전문성 등의 제고를 위한다는 점에서 계약기간 내에 자격증을 취득하지 못한 근로자들에 대한 기간만료 통보가 재량권을 일탈 남용한 경우라고 보기 어렵다고 봄¹²¹³⁾

【서울고등법원 2015. 1. 21. 선고 2014누49*** 판결¹²¹⁴⁾】

이 사건 통보가 원고 근로자들의 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권을 침해하는 부당한 갱신거절이라고 보이지는 않는다. 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(1) 학생수련원의 2011. 8. 10.자 채용공고에는 재계약이 가능하다고만 기재되어 있고, 원고 근로자들과 학생수련원 사이의 2011. 8. 26.자 근로계약서 제16조에는 ‘근로계약은 매년 1년 단위로 재계약한다. 학생수련원장은 계약기간 만료 1개월 전까지 재계약 여부를 결정하고 그 결과를 원고 근로자들에게 통지하여야 한다’라고 기재되어 있을 뿐이다. 달리 위 채용공고, 근로계약서 및 학생수련원 취업규칙 어디에도 근로계약 갱신의 절차와 요건 등이 정해져 있지 않다.

(2) 학생수련원이 2010. 1. 1. 수련지도원(당시 명칭은 ‘수련보조요원’이었으나 이후 수련보조사, 수련지도원으로 그 명칭이 변경되었다. 이하 ‘수련보조요원’, ‘수련보조사’, ‘수련지도원’을 구분하지 아니하고 모두 ‘수련지도원’이라 칭한다) 이○○을, 2011. 1. 1. 수련지도원 최○○을, 2012. 2. 22. 수련지도원 박○○를 무기계약직으로 전환시킨 사실이 있는 것으로 보이나, 이러한 사실만으로는 학생수련원에서 수련지도원에 대하여 근로계약을 갱신하는 관행이 성립되었다고 볼 수도 없다.

(3) 원고 근로자들과 학생수련원 사이의 2011. 12. 27.자 근로계약서 제21조 제2항에는 ‘계약기간 만료시 별도의 통보가 없는 경우 계약은 자동 해지하는 것으로 간주한다’고 기재되어 있는 점, 학생수련원이 2011. 10. 6. 작성한 수련지도원 증원 검토 보고서에는 교육과정의 질적 저하 등의 문제점을 해결하기 위해 2012년부터 수련지도원 전문 인력 확보를 위해 청소년지도사 자격증 소지자를 수련지도원으로 채용하는 것을 제시하고 있고 기존의 수련지도원에 대하여는 계속 자격증을 취득할 수 있도록 유도하는 방안이 기재되어 있는 점, 학생수련원은 원고 근로자들에게 청소년지도사 자격증 취득을 위해 노력할 것을 알려준 것으로 보이고, 실제로 원고 근로자1은 이 사건 통보 이전에 2급 이상의 청소년지도사 자격을 취득하기 위해 노력한 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 원고 근로자들로서는 2급 이상의 청소년지도사 자격증을 취득하지 못하면 수련지도원으로서 근로계약이 갱신되지 않으리라는 것을 충분히 알 수 있었다고 보임에도 이 사건 통보 이전에 2급 이상의 청소년지도사 자격증을 취득하지 못했다.

(4) 원고들은 학생수련원 교수과장 이◇◇과 총무부장 이○○이 2011. 8. 29. 원고 근로자들이 학생수련원에 입사할 당시 수회에 걸쳐 “본인이 원하면 계속 근무 가능하고 무기계약직으로 전환된다”라는 취지의 말을 하였다고 주장하나, 이를 인정할 만한 증거가 없다.

1213) 동 판결에서는 충청남도 교육청이 소속 기관 및 학교에 하달한 기간제근로자의 무기계약직 전환 추진계획이 취업규칙에 해당하여 기간제근로자를 무기계약직으로 전환시켜야 할 법적 의무가 있는지 여부, 이 사건 추진계획이 갱신 또는 무기계약직 전환의 신뢰를 갖게 하여 갱신기대권이 인정되는지 여부가 주요 쟁점이 되었음

법원은 ○○○○ 교육청에서 하달한 추진계획은 모든 기간제근로자를 무기계약직으로 전환하라는 내용이 아닌 평가기준을 충족하는 경우 무기계약으로 전환하라는 것에 불과하여 취업규칙이라고 볼 수 없어 이를 따르지 않은 것이 재량권을 일탈남용한 것이라고 보기 어렵다고 판단하였고, 사용자가 수련지도원 전문 인력 확보를 위해 청소년지도사 자격증 소지자를 수련지도원으로 채용하는 것을 정하고 있고 기존의 수련지도원에 대하여는 계속 자격증을 취득할 수 있도록 유도한 점 등을 고려하면 근로자들이 자격증을 취득하지 못하는 경우 근로계약 갱신이 어렵다는 것을 충분히 알 수 있었다는 점을 갱신기대권을 부정하는 하나의 요소로 판단하였음

하. 촉탁 계약직 근로계약이 수차례 반복 갱신되어 오다가 총 계속근로기간 2년이 도래하자 더 이상 재계약을 체결하지 않은 사건에서, 촉탁 계약직 계약이 수십 차례 중단 없이 갱신되어 왔다고 하더라도(이른바 쪼개기 계약의 반복적 갱신) 근로계약의 내용과 계약 체결 동기 및 경위, 근로계약 갱신의 실태, 수행업무의 내용 등을 종합하여 판단할 때, 이 사건 근로자에게 총 사용기간 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 갱신기대권이 인정될 수 없다고 판단함

【서울고등법원 2017. 10. 27. 선고 2016누73*** 판결¹²¹⁵⁾】

2) 참가인에게 갱신기대권이 인정되는지 여부

원고는 촉탁계약직 근로계약서, 취업규칙, 단체협약 등에서 촉탁계약직의 경우에 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있지는 않다. 나아가 앞서 인정한 사실과 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 여러 가지 사정들을 종합하면, 참가인에게 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 갱신기대권이 인정될 수 없다고 봄이 옳다.

가) 근로계약의 내용과 계약체결 동기 및 경위

...(중략)... (2) 참가인이 입사할 당시 원고가 홈페이지에 게재한 촉탁계약직 사원 모집 공고문에 '필요시 근로계약 연장이 가능하다'는 문구가 포함되어 있기는 하다. 그러나 이는 채용지원을 유도하기 위한 청약의 유인에 불과하여 당해 근로계약의 내용으로 삼을 수는 없을 뿐만 아니라 설령 근로계약의 내용에 포함된다 보더라도 그 취지는 원고가 사정상 필요한 경우에 계약기간이 만료된 촉탁 계약직 근로자에 대하여 근로계약을 연장할 수 있다는 것에 불과할 뿐 원고에게 재계약의무를 부담시킨 것이라고 볼 수 없다.

나) 갱신 요건 및 절차 등 계약 갱신의 기준이 설정되어 있는지 여부

(1) 원고와 참가인이 체결한 촉탁계약직 근로계약서나 취업규칙 어디에도 계약기간 만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정이나 계약갱신의 기준 및 절차 등에 관한 규정을 따로 두고 있지 아니하다. 오히려 참가인에게 적용되는 원고의 '계약직 직원 취업규칙' 제34조 제2호는 '기간의 정함이 있는 고용계약이 만료되었을 때'를 당연퇴직 사유로 규정하고 있고, 이 사건 촉탁계약직운영에 관한 노사합의에서도 촉탁계약직의 근무기간이 한시적이라는 점을 명시하고 있는 점 등에 비추어 보면, 원고와 참가인은 근로계약기간이 만료되면 근로계약이 종료되는 것이 원칙임을 서로 양해하고 있었다고 보아야 한다. 참가인은 원고가 '계약직 직원 취업규칙' 제34조 제2호에도 불구하고 최초로 고용계약이 종료된 때에 참가인을 당연퇴직처리하지 않고 앞에서 본 바와 같이 14차례에 걸쳐 근로계약을 갱신하였으므로 위 규정은 실질적으로 효력이 없다고 주장한다. 그러나 '계약직 직원 취업규칙' 제34조 제2호가 고용계약이 만료되어 당연퇴직사유가 발생하였을 때 계약기간을 갱신하여 새롭게 고용계약을 체결하는 것을 금지하는 취지라고 해석되지는 않으므로, 비록 원고가 참가인을 포함한 촉탁계약직 직원들에 대하여 근로계약기간 만료된 이후에 계약기간을 갱신하였다고 하더라도 위 규정이 사실상 효력이 없는 문구에 불과하다고 보기는 어렵다.

(2) 촉탁계약직 근로자에 대해서는 출석, 결근 등의 근태관리만이 이루어졌고, 계속적 고용관계를 전제로 하는 인사평가 제도가 실시되거나 그러한 결과가 근로계약 갱신에 반영된 적도 없다. ...(중략)...

제6장
기간제
근로계약
종료

1214) 1심 판결(서울행정법원 2014. 4. 17. 선고 2013구합23*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 5. 14.자 2015두37*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

다) 근로계약 갱신의 실태

(1) 참가인의 입사 이후 2주일에서 6개월 단위로 총 14회에 걸쳐 중단없이 근로계약이 반복하여 갱신되어 왔으나, 원고는 전출, 사직, 생산소요 또는 휴직, 파견, 정직 등의 사유로 작업공정에 일시적인 업무공백이 발생한 경우에 촉탁계약직을 한시적으로 채용하여 사용하여 온 것이므로, 촉탁계약직 근로자는 신규 근로자 배치, 복직 등의 사유로 당초 업무공백 사유가 해소되는 경우에는 근로관계가 종료되는 것이 예정되어 있었다.

(2) 실제 원고의 촉탁계약직 근로자는 개인적인 사정을 이유로 한 사직 등을 제외하면 신규 근로자 배치 및 사고자 복직을 이유로 퇴직을 하는 경우가 대부분이었다.

(3) 위와 같은 사정에 비추어 보면, 참가인으로서의 신규 또는 기존 근로자가 자신의 업무를 대체하는 경우에는 언제든지 근로관계가 종료될 수 있음을 충분히 인식할 수 있었으리라 보인다.

(4) 또한 참가인에 대한 근로계약 갱신은 짧게는 2주일에서 길게는 6개월까지 이루어져 갱신기간이 일정하지 않고, 일부 근로계약 갱신의 경우에는 종전 근로계약기간이 만료된 이후에야 소급하여 근로계약서가 작성되기도 하는 등 근로계약 종료 시의 인력수급상황에 따라 계약기간이 갱신된 것이어서 근로계약 갱신가능성과 갱신기간에 대하여 미리 예측하는 것이 어려웠을 것이라 보인다. (중략)

라) 수행업무의 내용

(1) …(중략)… 참가인 또한 2013. 2. 25. 쇼바 장착업무를 수행하던 사내하청 근로자가 정규직으로 채용되면서 신규교육을 받게 되자 위 업무를 대체하기 위하여 촉탁계약직 근로자로 채용되었고, 신규 근로자가 위 업무에 배치되자 2013. 7. 28. 배터리 장착업무를 수행하였으며, 위 배터리 장착 업무에 신규 근로자가 배치되자 2013. 8. 10. 백시트 장착업무를 수행하였다. 그 후 참가인은 정규직근로자 중 참가인이 수행한 백시트 장착업무를 희망하는 지원자가 상당 기간 나타나지 않아 수차례 근로계약을 갱신하여 근무할 수 있었다.

(2) 참가인이 수행한 위 쇼바·배터리·백시트를 장착하는 업무의 객관적인 내용 자체는 원고가 영위하는 자동차 제조업의 특성상 상시적·계속적으로 필요한 업무에 해당하기는 한다. 그러나 앞서 본 바와 같이 원고는 자동차 생산라인에서 발생하는 일시적인 업무공백을 메우기 위하여 한시적으로 촉탁계약직을 사용해 왔을 뿐만 아니라 업무가 상시적이고 계속적인지 여부를 판단함에 있어서는 당해 업무 자체의 객관적 내용뿐만 아니라 당해 업무에 인력을 충원할 필요성이 한시적인지 여부도 함께 고려되어야 한다. …(중략)…

(4) 기간제법의 입법취지가 기간제근로자에 대한 불합리한 차별처우를 금지하고 남용을 규제하는 것과 함께 노동시장의 유연성과 조화를 도모하는 데에도 있으므로, 원고가 이러한 수요에 대응하기 위하여 정규직이 아니라 총 사용기간이 2년을 넘지 않는 범위 내에서 촉탁계약직을 채용하는 것이 기간제법의 취지에 반하는 것이라고 볼 수는 없다. 또한 정규직 전환으로 인한 신규교육 또는 휴직 등으로 공백이 생기는 업무에 정규직 직원이 충원되는 경우 다른 업무로 전환배치가 이루어졌고, 이러한 전환배치는 정기적으로 이루어지는 것이 아니기 때문에 전환배치 시점과 전환배치될 업무를 미리 예측하는 것이 곤란하여 정규직 직원이 수행하기에는 적절하지 않은 측면이 있다. 더군다나 원고가 촉탁계약직 근로자에게도 정규직근로자에 준하는 임금과 복지혜택 등을 제공한 것으로 보이는 등 원고가 단순히 비용절감을 목적으로 정규직근로자 대신 촉탁계약직 근로자를 채용한 것이라고 보기도 어렵다는 점에서, 참가인이 수행한 업무 자체가 상시적이고 계속적이라는 이유만으로 참가인 자신이 이들 업무를 2년을 초과하여서까지 계속하여 수행할 것에 대하여 정당한 기대를 가진다고 보기는 어렵다.

거. 근로계약서상 소정근로시간이 주 14시간이나 실제로는 상시 주 15시간 이상 근무한 근로자에 대하여(주 소정근로시간이 15시간 미만인 자를 재계약 심사대상에서 제외하고 있음에도 불구하고) ‘당사자의 의사’는 소정근로시간을 주 15시간으로 정한 것으로 보아 재계약 심사 대상으로 인정함

【서울고등법원 2018. 5. 16. 선고 2017누76*** 판결¹²¹⁶⁾】

한편 근로계약상 정하여진 1주당 15시간의 소정근로시간으로는 주어진 업무를 수행할 수 없어 실근로시간이 항상 1주당 15시간 이상이 됨에도 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 근로계약서 등에는 형식적으로 소정근로시간을 1주당 15시간 미만으로 정하고, 실제로는 상시 초과 근무를 하지 아니할 수 없게 하는 등의 방법으로 무기계약직 전환 내지 계약의 갱신을 회피하는 경우, 이러한 소정근로시간 약정은 효력을 인정할 수 없고 근로자가 통상적으로 사용자에게 근로를 제공할 의무를 부담하는 시간을 기준으로 하여 초단시간근로자 해당 여부를 판단하여야 할 것이다.

...(중략)... ① 전국 초등보육전담사 중 위 ○○도 지역에서 1일 3시간 미만 근무자들의 수가 월등히 많은 점, ② 초단시간근로자들의 상당수가 국가의 보호가 필요한 대상임에도 불구하고 쪼개기식 근로관계나 실제 근로시간을 연장하는 편법이 발생하고 있는 점, ③ 원고는 2018. 3. 1.을 기하여 초등보육전담사 ○○명에 대하여 무기계약직 전환을 추진 중인 점 등에 비추어 보면, 이 사건 근로계약 당시의 인력운영의 탄력성 제고나 예산 부담이라는 이유만으로 보육 전담사의 실제 업무수행에 필수적인 시간과 달리 소정근로시간을 주당 14시간으로 정하고 있는 이 사건 근로계약에 정당성을 부여하기 어렵고, 설령 이 사건 근로계약 관계가 정책적인 판단에 의한 것이라 하더라도 이 사건 근로계약 당사자의 의사는 소정근로시간을 적어도 15시간 이상으로 정한 것이라 봄이 상당하므로 원고의 위 주장은 이유 없다.

너. 정규직원의 ‘결원에 따른 대체인력’으로 채용된 교육공무직 근로자에 대하여 결원 대체인력은 무기계약전환 심사 대상이 되지 아니하며 무기계약직으로 전환된 사례가 없었다는 점, 갱신기대권의 발생을 예방하기 위한 지침을 수차 발송하였으며, 스스로 한시적 채용임을 인식할 수 있었다는 점 등을 근거로 하여 갱신기대권의 성립을 부정함

제6장
기간제
근로계약
종료

【서울고등법원 2018. 3. 30. 선고 2017누71*** 판결¹²¹⁷⁾】

가) ...(전략)... 1차 근로계약을 체결하게 된 경위는 ○○학교에 정원 대비 2명의 특수교육실무원이 부족하였기 때문이고, 2차 근로계약을 체결하게 된 경위는 ○○학교에서 무기계약직 특수통학실무원으로 근무하던 정○○이 사직하였음에도 ○○시교육청이 ○○학교에 특수통학실무원을 보충하여 줄 수 없다고 하여 2015. 3. 1. 개학에 임박하여 급하게 특수통학실무원이 필요하였기 때문이다.

앞에서 본 바와 같이 참가인은 위 각 근로계약기간 동안 서로 다른 업무에 종사하였을 뿐만 아니라 차 근로계약에 관한 채용공고문에 ‘대체근무자’임을 명시하였고, 1차 근로계약서의 제목은 ‘행정대체 근로계약서’이며, 2차 근로계약서의 제목은 ‘행정보조인력(통학차량동승보호자) 근로계약서’이고, 근로계약기간 만료 이전에 정규직원의 발령 또는 정식 발령이 있는 경우 그 발령일 전일자로 참가인이 퇴직하는 것으로 명시되어 있다.

1216) 1심 판결: 서울행정법원 2017. 9. 22. 선고 2017구합52*** 판결

앞에서 본 참가인의 채용경위, 채용자, 수행한 업무의 내용, 근로계약기간의 단축 사유 등에 비추어 보면, 참가인은 통상의 교육공무직이 아닌 교육공무직 시행규칙 제5조 제2호가 정하는 결원에 따른 대체인력으로 채용되었다고 봄이 옳다.

나) 원고는 통상적인 무기계약 근로자, 기간제근로자인 교육공무직과 결원에 따른 대체인력인 교육공무직에 대하여 전보 등 인사, 급여에 있어 차등을 두고 별도로 관리하였다.

다) 또한 원고는 여러 차례에 걸쳐(2015. 7. 23., 2015. 1. 25. 및 2015. 12. 31.) 산하 공립학교 등에 대체인력인 교육공무직에 대하여 예상치 못하게 갱신기대권이 발생하게 되는 것을 예방하기 위한 지침을 시달하기도 하였다.

라) 원고는 2015년도에 2015. 3. 1.을 기준으로 한 무기계약 전환 계획을 수립하여 시행하였는데, 참가인은 위 기준일 당시 1년 이상을 근무하지 않아 무기계약 전환심사대상자가 아니었을 뿐만 아니라 2013년도에 교육공무직 조례와 교육공무직 시행규칙이 제정된 이후에 참가인과 같이 결원을 대체하기 위한 교육공무직은 무기계약직으로 전환된 사례가 없었다.

마) 또한 참가인은 1차 근로계약의 기간이 2015. 2. 28. 만료되기 전에 근로계약이 계약기간 만료로 종료될 것임을 통지받았기 때문에 앞에서 본 바와 같이 특수통학실무원으로 무기계약직인 정○○이 사직을 하여 결원이 생기지 않았다면 2015. 2. 28. 근로계약이 종료되었다.

바) 참가인은 1차 근로계약이 기간 만료로 종료될 것임을 이미 통보받은 경험이 있을 뿐만 아니라 2차 근로계약을 체결하면서도 정식 발령이 있는 경우 발령일 전일자에 퇴직한다고 명시된 근로계약서를 작성하였으므로, 참가인은 스스로 결원을 대체하기 위한 인력으로서 정규 직원이 배치되는 경우 퇴직하여야 한다는 점, 즉 참가인의 채용이 한시적인 것임을 인식할 수 있었고, 참가인이 무기계약 전환 대상 직종인 특수통학실무원으로 근무한다는 점만으로 무기계약직으로 전환될 수 있다는 신뢰를 부여받았다고 보기 어렵다.

더, 근로계약서에 근로계약 갱신에 관한 규정이 존재하지 않고, 달리 갱신의 기준 등 갱신의 요건이나 절차에 관한 기준이 설정되어 있지도 않았으며 2년을 초과하여 근로계약을 갱신한 사례도 없었고, 기획재정부의 ‘공기업·준정부기관 개방형 계약직제 권고(안)’은 근로자와 사용자를 법적으로 구속한다고 볼 수도 없는바, 이 사건 근로계약 갱신에 관한 신뢰관계는 형성되었다고 볼 수 없다고 봄

【서울고등법원 2020. 2. 7. 선고 2019누57*** 판결¹²¹⁸⁾】

라. 원고에게 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 있는지 여부에 대한 판단

1) 앞서 본 사실관계 및 앞서 든 증거들과 갑 제8호증, 을나 제33호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 통지 당시 원고에게 근로계약 갱신에 관한 정당한 기대권이 인정된다고 보기 어렵다.

즉 ① 원고와 참가인 사이에 작성된 이 사건 1, 2차 근로계약서에는 상호 협의하여 계약기간을 연장할 수 있다고만 기재되어 있다. 또한 이 사건 관리 세칙에는 계약직원이 계약만료된 경우 근로계약은 당연히 해지된다고 정하고 있고(제19조 제1항), 기간제근로자와 재계약을 하고자 할 경우 이사장이 그 적합성을 판단하여 재계약 여부를 결정하여야 한다(제9조 제2항)고 되어 있을 뿐, 일정한 요건

1217) 대법원 2018. 7. 13.자 2018두41*** 판결의 원심판결

이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 규정은 존재하지 않는다.

② 참가인은 채용공고에 ‘계약기간 : 계약일로부터 1년(추후 성과에 따라 연장 가능)’이라고 기재하였는데, 위 문구만으로는 계약기간 중 근로자의 성과를 평가하여 그 결과가 좋으면 반드시 계약기간을 연장하겠다는 취지로 해석되지 아니한다. …(중략)…

④ 원고와 참가인 사이에 근로계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차가 설정된 것으로 보이지 않는다. 참가인은 이 사건 2차 근로계약 체결에 앞서 인사위원회에서 계약기간 연장 여부의 적합성을 판단하기는 하였으나, 이러한 사정만으로는 참가인이 향후에도 반드시 동일한 절차를 거쳐 재계약 여부를 결정할 것이라는 신뢰를 주었다고 평가할 수 없다.

⑤ 이 사건 통지 당시 참가인이 정년을 경과한 기간제근로자와 2년을 초과하여 근로계약을 연장한 사례는 없는 것으로 보인다. …(중략)…

⑥ 이 사건 통지 당시 참가인은 원고와 같은 개방형 계약직에게 적용되는 구체적인 규정을 만들거나 방침을 세우지 않은 상태였고, 원고와 참가인을 법적으로 구속한다고 볼 근거도 없는 이 사건 기획재정부 권고만으로는 원고와 참가인 사이에 근로계약 갱신에 관한 신뢰관계가 형성되었다고 보기 어렵다.

4. 갱신거절에 있어 합리적 이유가 있다고 본 판례

가. 평가자의 주관적 판단이 개입될 여지가 없는 실적평가와 객관적 합리성이나 공정성을 결여하였다고 볼만한 자료가 없는 정성평가에서 최하위로서 ‘계약직사원 평가 및 재계약기준’이 정하는 재계약 제외 대상자(하위 5%)에 해당하는 경우, 근로계약 갱신을 거절할 합리적 이유가 있는 것으로 인정함

【대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두5*** 판결】

원심판결 이유 및 기록에 의하여 인정되는 사정들, 즉 ① 참가인은 그 근로자들로 구성된 노동조합과의 사이에 체결한 단체협약에서 계약기간이 만료되었다는 사정만으로 재계약을 거절하지 아니하고, 실적 및 인사과과 등을 감안한 일정기준에 의하여 평가하여 소정의 절차에 의하여 재계약 여부를 판단하기로 합의한 점, ② 참가인이 제정한 계약직 사원 관리지침에도 계약직 사원에 대하여는 고용계약의 갱신심사 등에 활용하기 위하여 근무성적평가를 실시할 수 있고, 평가자 및 평가시기 및 방법 등 세부사항은 사장이 따로 정하기로 규정되어 있는 점, ③ 참가인은 계약직 사원 평가 및 재계약 기준을 제정하여, 매년 계약직 근로자들의 실적(목표 달성률)을 반영한 정량적 평가, 행정업무처리 숙련도, 조직활성화 기여도 등을 반영한 정성적 평가 등 근무성적평가를 실시하였고 그 결과 하위 5%에 해당하는 근로자들을 제외한 대부분의 근로자들에 대하여는 재계약을 체결해 온 점, ④ 참가인이 2007. 2. 7.경 노동조합의 요구를 받아들여 개정한 ‘계약직사원 평가 및 재계약기준’에는 3년 계약직 근로자들의 경우 3년 전체의 정량적 평가 순위, 정량적 평가와 정성적 평가를 합산한 종합평가 순위를 각 매긴 후 종합평가 하위 5% 해당 근로자, 정량적 평가 하위 5% 해당 근로자에 대하여는 재계약을 할 수 없고, 종합평가 하위 5% 초과 10% 이하 해당 근로자에 대하여는 인사위원회에서 재계약 여

부를 결정하도록 규정되어 있으므로, 계약직 근로자들 사이에는 위 기준을 상회하는 한 계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있다고 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 원고를 비롯한 계약직 근로자들에게는 근무성적 평가 결과 일정한 순위 이상의 성적을 얻게 되면 기간제 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정된다고 봄이 상당하다.

그런데 원심이 인용한 제1심판결 이유 및 기록에 의하면, 원고는 3년 동안의 목표 달성률(실적평가)이 78.79%로서 총 89명의 3년 계약직 근로자들 중 최하위이고, 정성적 평가를 합산한 종합평가 순위에서도 최하위로서 '계약직사원 평가 및 재계약기준'이 정하는 재계약 제외 대상자(하위 5%)에 해당하는 사실, 이에 참가인은 2007. 2. 26. 인사위원회의 의결을 거쳐 원고에게 계약 갱신이 불가능함으로 통보한 사실을 알 수 있다.

원고에 대한 3년 동안의 실적 평가는 평가자의 주관적 판단이 개입될 여지가 없는 사항이고, 정성적 평가에 있어서도 객관적 합리성이나 공정성을 결여하였다고 볼만한 자료가 없으므로, 참가인으로서는 원고에 대한 근로계약 갱신을 거절할 합리적 이유가 있었던 것으로 인정된다. 따라서 참가인이 부당하게 근로계약 갱신을 거절하였다고 볼 수 없다.

나. 근로자에 대한 근로평정은 사용자의 고유권한에 속하고, 객관적 실적 뿐 아니라 조직에의 융화 등에 대한 주관적 평가도 포함될 수 있으므로, 수차례 민원을 발생시키고 상사나 동료와도 불화가 있었던 근로자와의 계약갱신을 거절한 것에 합리적 이유를 인정함

【서울고등법원 2008. 9. 5. 선고 2008누10*** 판결¹²¹⁹⁾】

참가인(사용자)은 2006. 11. 실시한 근무평정을 기준으로 최하위로서 60점 미만인 원고에 대하여 계약갱신을 거절하였는바, 근로계약의 성질상 근로의 양과 질에 대한 평가는 사용자인 참가인의 고유권한에 속하는 것이고, 근로의 양과 질을 평가하여 평정을 부여함에 있어서는 수치로 계량되는 객관적인 실적뿐만 아니라 기업조직에의 융화 정도 등 수치로 계량할 수 없는 부분에 대한 주관적인 평가도 포함되는 것인 점, 앞서 본 바와 같이 원고는 무성의한 치료 및 불친절한 태도로 환자들이나 그 보호자들로부터 수차례 민원을 발생시킨 바 있고, 전공의들은 물론 상사나 동료들과도 원만한 관계를 유지하지 못한 것으로 보이고, 특히 상사나 동료들과의 갈등은 2006. 1. 24. 원고에 대한 정규직 전환 요청이 거절되자 더욱 심화된 것으로 보이는 점, 원고는 참가인이 실시한 공채시험에 합격하여 일용직에서 계약직으로 변경되었을 뿐 공채시험에 합격하였다고 하여 계약갱신이 보장된 것이 아닌 점 등에 비추어 참가인의 원고에 대한 갱신거절이 보복적 인사조치로서 현저히 불합리한 것이라고는 보이지 아니하므로, 이 부분에 관한 원고의 주장은 받아들이지 아니한다.

따라서 참가인이 위와 같이 원고에 대하여 계약갱신을 거절한 것은 합리적 이유 있는 갱신거절로서 정당하다 할 것이므로, 이와 결론을 같이 한 이 사건 재심판정은 적법하다.

¹²¹⁹⁾ 1심 판결(서울행정법원 2008. 4. 3. 선고 2007구합28*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 11. 27.자 2008두17*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정되었음

다. 15학기 동안 별다른 문제 없이 강의 업무를 수행한 대학의 시간강사에 대하여 시간강사의 자격을 박사학위 소지자로 제한하여 갱신을 거절한 것이 합리성을 결여하였다고 보기 어렵다고 봄

【서울고등법원 2015. 8. 26. 선고 2014누68*** 판결¹²²⁰⁾】

참가인이 촉탁강사 자격을 박사학위 소지자로 제한하는 방침에 따라 원고 김○○과의 계약 갱신을 거부한 것이라고 하더라도, ① 참가인이 위와 같이 촉탁강사의 자격기준을 강화한 이유는 고등교육법이 2012. 1. 26. 법률 제11212호 개정되어 시간강사의 명칭이 강사로 변경되고 강사가 교원의 범주에 포함됨으로써 시간강사에게 교원의 지위가 부여되기 때문으로 보이는 점, ② 또한 참가인은 위와 같이 시간강사에게 교원 지위가 인정됨에 따라 그에 대한 보수액도 인상되어 대학 재정상 시간강사의 수를 축소할 수밖에 없는 상황을 예상하였고 이에 따라 시간강사의 자격요건을 제한할 필요성을 느낀 점, ③ 헌법은 대학의 자율성을 법률이 정하는 바에 의하여 보장하고 있고(헌법 제31조 제4항), 이를 구체화한 교육기본법 제16조에서는 학교의 설립자·경영자는 법령으로 정하는 바에 따라 교육을 위한 시설·설비·재정 및 교원 등을 확보하고 운용·관리한다고 규정하고 있는 점, ④ 이에 따라 구 고등교육법(2012. 1. 26. 법률 제11212호로 개정되기 전의 것) 제17조에서는 ‘학교에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 제14조 제2항의 교원 외에 시간강사 등을 두어 교육 또는 연구를 담당하게 할 수 있다.’고 규정하고 있고, 그 위임을 받은 고등교육법 시행령 제7조 제3호에서는 ‘학교의 장은 고등교육법 제17조의 규정에 의하여 교육과정의 운영상 필요한 자를 시간강사로 위촉할 수 있다.’고 규정하여 시간강사의 위촉에 광범위한 재량권을 부여한 점 등에 비추어 보면, 참가인이 위와 같이 촉탁강사의 자격을 박사학위 소지자로 제한한 것이 합리성을 결여하였다고 보기 어렵다.

라. 기간제근로자를 무기계약 근로자로 전환시키는 것은 단순히 기간제 근로계약을 갱신하는 것과 달리 사용자에게 근로자와 근로관계에서 큰 질적인 차이를 주어 사용자가 무기계약 전환기준을 정하는 데 상당한 재량권을 갖고 있으므로 근로자가 이러한 기준을 충족하지 못하는 경우 계약갱신 거절에 합리적 이유가 인정됨

【서울고등법원 2012. 9. 5. 선고 2012누1*** 판결¹²²¹⁾】

앞서 본 바와 같이 원고는 사무차장을 기간제근로자로 채용한 후 2년이 경과한 후에 인사평가를 거쳐 기간의 정함이 없는 근로자로 전환시켜 왔던 점, 원고는 이를 위하여 위 상공회 직원 재계약 기준 등 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환대상자를 추려내기 위한 인사평가방법 및 기준 등을 수립하였던 점에 비추어 볼 때, 참가인에게는 근로계약기간이 끝난 후 정당한 인사평가를 거쳐 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수 있을 것이라는 기대권이 있었다고 할 것이다. 따라서 이와 다른 견해의 원고의 주장은 받아들일 수 없다

그러나 …(중략)… 아래 사정을 더하여 보면, 원고의 ○○○ 직원 관리규칙상 무기계약 전환기준이 자의적이라고 보기 어렵다.

1220) 1심 판결(서울행정법원 2014. 11. 6. 선고 2014구합50*** 판결)을 인용하였으며 동 사건은 현재 대법원에서 소송 계속 중임

① 평가자인 사업단 단장과 기획관리팀 팀장이 평소 업무적으로 참가인과 관계가 있어 참가인의 업무수행태도, 업무능력 등을 충분히 평가할 수 있다고 보인다. 그리고 평가대상자를 평소 직접 지켜 보는 상급자만이 평가자가 되어야 한다고 볼 근거는 없다.

② 근무평가·인사평가는 평가항목과 평가방법에서 다소 추상성을 띌 수 밖에 없고, 평가자의 주관적 의견이 반영되기 마련이며, 점수부여 방식으로 충분히 이루어질 수 있는 점 등을 고려하면, 평가항목과 평가방법에 관하여 참가인 주장과 같은 세세한 기준이 마련되어 있어야 한다거나 점수부여의 이유를 기재하여야 한다고 볼 수는 없다.

③ 기간제근로자를 무기계약 근로자로 전환시키는 것은 단순히 기간제 근로계약을 갱신하는 것과 달리 사용자에게 근로자와 근로관계에서 큰 질적인 차이를 주어 사용자가 무기계약 전환기준을 정하는 데 상당한 재량권을 갖는다고 봄이 옳다. 그런데 피고와 참가인이 제1심과 항소심에서 제출한 증거를 모두 모아 보더라도 원고가 정한 무기계약 전환기준이 이러한 재량권의 범위를 현저히 일탈하였다고 인정하기 어렵다.

④ 기간제근로자가 무기계약 근로자로 전환되기 위해서는 인사평정 결과가 2년 평균 A 이상이어야 하였는데, 인사평가가 원고의 직원 전체를 대상으로 하고 있어, 계약기간 2년의 기간제근로자는 입사 시기에 따라서는 2번의 인사평가를 받지 못할 수 있는 문제점이 있었다. 원고는 이러한 사정을 고려하여 2011년 2월 무기계약 전환기준을 개정하여 인사평정에 관한 요건을 삭제하고 근무평정 결과 80점 이상일 것의 요건만 유지하고 있다. 그런데 참가인은 개정된 무기계약 전환기준도 충족하지 못하고 있다.

마. 근로에 대한 평가는 기업조직에의 융화 정도 등 수치로 계량할 수 없는 부분에 대한 주관적인 평가도 포함되는 것이므로, 이러한 부분에 객관적인 판단기준이 마련되어 있지 않아 상급자의 주관적인 평가에 좌우될 우려가 있다는 사정만으로는 근무평정 기준이 부당하지 않다고 봄

【서울고등법원 2010. 9. 30. 선고 2009누36*** 판결¹²²¹⁾】

살피건대, 참가인들에 대하여 근로계약 갱신에 관한 기대권이 인정되는 이상, 이 사건 갱신거절에는 해고제한의 법리가 유추적용되므로, 원고가 참가인들에 대하여 이 사건 갱신거절을 하기 위하여는 해고 제한의 기준인 정당한 이유보다는 완화된 기준인 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 이유가 있어야 할 것인바, …(중략)… 참가인들의 징계전력, 근무평정결과 및 부서장 의견 등을 종합적으로 고려하여 이루어진 이 사건 갱신거절은 합리적이라고 봄이 상당하다.

가) 징계전력 관련 부분

…(중략)… (3) 위와 같이 참가인들에 대하여 주된 징계사유가 인정되는 이상, 참가인들에 대한 근로계약을 갱신할 것인지를 판단함에 있어 그와 같은 징계사유를 고려함이 상당하다. …(중략)…

나) 근무평정 관련 부분

(1) 이 사건 인사관리지침에 의하면, 일용계약직의 근무상황과 업무수행실적을 연 2회에 나누어 평가하여 계약의 변경 및 해지 시 반영하도록 규정하고 있다.

1221) 대법원(대법원 2013. 1. 24.자 2012두21*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

(2) 원고가 근무평정의 기준으로 마련한 이 사건 근무실적평가계획에서는 업무수행평가(40), 서비스평가(20), 근무태도평가(20), 다면평가(20)로 구분하여 평가항목 및 그 배점에 관하여 명시적으로 규정하고 있고, 각 평가항목에 관하여 세부적인 기준도 마련하고 있다. 특히 평가항목 중 근무태도평가에 대하여는 비교적 계량적인 평가기준을 도입하였고, 발매원의 업무능력평가에 대하여는 발매실적을 근거로 산출함으로써 어느 정도 객관적인 평가기준을 도입하였으며, 상급자에 의한 평가항목 외에도 평가자와 피평가자가 서로 교차하는 다면평가도 그 평가항목으로 규정하다만, 업무수행평가 중 업무능력(발매원 제외), 책임감·성실성, 리더쉽·사회성, 서비스평가 중 부서내부평가에 관하여는 별도의 객관적인 판단기준이 규정되어 있지 않으나, 근로의 양과 질에 대한 평가에는 수치로 계량되는 객관적인 실적뿐만 아니라 기업조직에의 융화 정도 등 수치로 계량할 수 없는 부분에 대한 주관적인 평가도 포함되는 것이므로, 위 일부 평가항목에 관하여 별도의 객관적인 판단기준이 마련되어 있지 않아 상급자의 주관적인 평가에 좌우될 우려가 있다는 사정만으로 위 근무평정기준이 부당하다고 보기 어렵다.

(3) 원고는 근무성적 불량률 이유를 경륜 부분 경력직원 중 2002년 35명, 2003년 19명, 2004년 13명, 2005년 46명, 2006년 1명, 2007년 8명, 2008년 1명, 2009년 7명, 2010년 3명에 대하여 각 근로계약의 갱신을 거절하였다.

(4) 근로계약의 성질상 근로의 양과 질에 관한 평가는 사용자인 원고의 고용권한에 속하는 것인바, 참가인들이 제출한 증거만으로는 참가인들에 대한 근무평정결과가 공정하지 못하거나 신빙성이 없음을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

다) 부서장 의견 부분

(1) 계약 갱신 여부를 판단함에 있어 부서장의 의견을 반영하는 것이 부당하다고는 보이지 않을 뿐 아니라, 위 부서장의 의견은 징계전력 및 근무평정결과상 갱신이 거절될 가능성이 있는 근로자에 대하여 부서장의 선처 의견이 있는 경우 예외적으로 갱신을 허용하는 방식으로 보충적으로만 사용된 것으로 보인다.

(2) 이에 대하여 참가인들은 부서장의 의견이 부당한 징계처분 후의 반성 여부를 기준으로 하고 있고, 인사위원회 개최일에 근접한 시기에 작성되었으므로, 이를 이 사건 갱신거절의 고려요소로 삼은 것은 위법하다는 취지로 주장하나, 앞서 본 바와 같이 참가인들에 대하여 주된 징계사유가 인정되는 점, 부서장의 의견이 징계 후의 반성 여부와 반드시 일치하는 것은 아닌 것으로 보이는 점(참가인들과 함께 갱신거절된 유○○의 경우 징계 후 반성한 것으로 나타나 있으나, 당해 부서장은 선처 의견을 개진한 바 없다), 부서장의 의견은 인사위원회에서 갱신거절 여부를 판단하기 위하여 작성되는 것으로 보이는 점 등에 비추어 볼 때, 참가인들의 위 주장은 이유 없다.

바. 공과금수납제도를 개선하는 과정에서 인력을 탄력적으로 운용하기 위하여 계약직 근로자를 고용하였는데 은행의 공과금수납업무가 정착되고 업무량이 감소하였다면 공과금전담직원에 대한 계약갱신 거절에 합리적 이유가 있다고 봄

1222) 대법원(대법원 2011. 1. 13.자 2010두22*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2007. 4. 19. 선고 2006누 6*** 판결¹²²³⁾】

원고 은행이 당초 공과금수납업무의 BPR지원센터로의 집중화를 염두에 두고 참가인들의 채용 공고시 수도권지역 해당점포 근무 후 BPR센터로 이전 근무, 3개월 단위 계약 갱신(장기근무 가능)이라는 문구를 기재하기는 하였으나, 새로운 공과금수납방식의 시범운영실시결과 공과금수납업무를 BPR지원센터로 집중처리하는 방안이 물류비용 및 공과금납부의뢰서의 처리 과정에서의 문제점들로 인해 백지화된 사정, 그리하여 원고 은행은 2002. 10.경 참가인들을 포함하여 계약직 사무행원들에게 재계약이 어려울 수 있음을 통보하기도 하였으나 노동조합 측의 요구로 새로운 공과금수납업무제도가 정착될 때까지 계약직 사무행원들을 각 영업점에 배치하여 공과금수납업무를 담당케 하기로 하였던 점, 이후 원고 은행의 계속적인 공과금수납제도 개선의 노력으로 원고 은행의 공과금 수납방식이 참가인들이 처음 채용될 당시 시행되었던 의뢰서출금형식에서 무인수납기의 자동화시스템에 의해 별도로 공과금납부의뢰서를 처리할 필요가 없는 방식으로 변경되고, 또한 자동이체 및 인터넷지로 등 은행창구를 통하지 않은 공과금납부비율의 증가로 공과금수납업무량 자체가 현저히 감소하게 된 점, 당초 참가인들의 채용목적이 공과금수납제도의 개선을 계획하고 시범운영하는 과정에서 개선방안이 확정될 때까지 공과금수납업무에 투입될 인력을 탄력적으로 조절할 필요성에 기인하였던 것인데 원고 은행의 공과금수납업무가 정착되고 참가인들의 업무량이 감소함에 따라 더 이상 별도의 공과금전담직원을 고용할 필요성이 없어졌다고 보이는 사정 등을 종합하여 보면, 원고 은행이 참가인들에 대하여 근로계약의 갱신을 거절한 것은 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 이유가 있다고 보인다.

사. 간병사에 대한 수요가 줄어들자 **간병사 수요에 탄력적으로 대응하기 위하여 파견·일용근로자를 사용**하는 상황이라면 간병사에 대한 계약갱신 거절에 합리적 이유가 있다고 봄

【서울고등법원 2008. 12. 10. 선고 2008누18*** 판결】

① 원고 법인의 참가인들에 대한 이 사건 각 근로계약 해지를 전·후하여 이 사건 병원의 입원 환자 중 간병 업무의 주된 대상인 치매·뇌손상환자의 감소 경향이 뚜렷하여, 그에 따라 간병사에 대한 수요가 감소한 결과 이 사건 병원에서 간병 업무를 담당하는 간병사들의 수가 2006. 7.경 20명에서 2007. 11.경 8명으로 급격히 줄어든 점, ② 원고 법인이 간병사와 보호사의 업무상 특성 및 위와 같은 환자 비중의 변화를 반영하여 보호사를 새로 채용하여 기존에 간병사가 담당하던 정신질환자들에 대한 업무를 담당하게 하고 이에 따라 잉여인력이 발생한 간병사의 수를 감소시킨 것은 원고 법인의 경영권에 속하는 점, ③ 원고 법인이 참가인들 등 6명에 대하여 일괄적으로 직위해제를 한 후 간병업무에 공백이 생기는 것을 막기 위하여 파견근로자 및 일용근로자를 사용하였다는 사정만으로 이 사건 병원의 간병사들에 대한 수요가 감소하지 않았다고 단정하기는 어려운 점, ④ 오히려 원고 법인은 일시적인 업무 공백을 막고 간병사에 대한 수요의 변화에 탄력적으로 대처하기 위하여 새로운 계약

1223) 1심 판결(서울행정법원 2006. 1. 27. 선고 2005구합16*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 7. 27.자 2007두9*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

직 간병사를 채용하는 대신 파견근로자 및 일용근로자를 사용한 것으로 보이고, 이 사건 각 근로계약 해지 이후인 2007. 4. 1.부터는 남은 계약직 간병사들과 1년의 기간을 정하여 파견된 간병사들만으로도 이 사건 병원의 간병업무를 처리할 수 있어 더 이상 일용근로자를 사용하지 않은 점, ⑤ 참가인들은 노동조합 활동과 관련하여 허위사실 유포와 업무방해, 집단 생리휴가 사용과 사내 질서 문란 등을 이유로 원고 법인으로부터 이 사건 각 정직처분을 받았는바, 이와 같은 근로계약기간 중의 징계는 근로계약의 갱신 여부를 판단함에 있어 중요한 참작사유가 되는 점, ⑥ 원고 법인은 이 사건 노조의 조합원뿐만 아니라 비조합원인 이○○, 이○○, 박○○에 대하여도 그 의사에 반하여 근로계약의 갱신을 거절한 점 등을 종합하여 보면, 원고 법인의 참가인들에 대한 이 사건 각 근로계약 해지가 참가인들의 노동조합 활동에 대한 보복적인 인사조치로서 합리적인 이유가 없는 근로계약 갱신거절에 해당한다고 보기 어렵다.

아. 운행사업자에게는 버스운행의 안전과 직결되는 운전근로자의 신체상태가 운행에 적합하지 않는 경우 당해 근로자와 사이의 근로계약을 계속 유지할 업무상 필요성이 없으므로 소속 운전기사가 사용자의 갱신거절 당시 **고령의 나이로 교통사고 후 교통안전공단의 운전정밀특별검사 결과 속도에측능력이 부정확하다는 소견 하에 교정교육 판정을 받기도 한 경우에는** 갱신거절의 합리적 이유가 있다고 봄

【서울고등법원 2013. 12. 4. 선고 2013누8*** 판결¹²²⁴⁾】

설령 참가인에게 촉탁직 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정된다고 하더라도, 그 갱신거절에는 해고 제한의 기준인 정당한 이유보다는 완화된 기준인 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 이유가 있으면 충분하다고 할 것인바, 시내버스 운행은 그 특성상 근로자에게 상당한 육체적·정신적 부담을 주는 직무이면서 동시에 사용자에게는 공중의 안전확보를 위해 상시적으로 운전근로자 및 차량 등에 대한 주의 깊은 관리책임을 부여한다고 할 것인데, 참가인은 이 사건 연장거부 당시 만 64세의 고령이었고, 2010. 6.경 교통사고를 당하여 1개월이 넘는 치료기간을 요할 정도의 육체적 충격을 받기도 하였으며, 이후 실시된 교통안전공단의 운전정밀특별검사 결과 속도에측능력이 부정확하다는 소견하에 교정교육 판정을 받기도 하였던 점 등을 고려하면, 원고 회사가 참가인의 신체상태가 더 이상 시내버스 운행에 적합하지 아니하다고 판단한 것은 일응 수긍이 가고, 대중교통인 시내버스의 운행에 있어서 공중의 안전과 이익을 확보할 책임이 있는 운행사업자에게는 버스운행의 안전과 직결되는 운전근로자의 신체상태가 운행에 적합하지 않는 경우 당해 근로자와 사이의 근로계약을 계속 유지할 업무상 필요성이 없다고 할 것이므로, 원고 회사 역시 이를 이유로 참가인과 사이의 근로계약 갱신을 거절할 수 있다고 할 것인 점 등에 비추어 보면, 비록 참가인이 촉탁직 근로자로 근무하면서 별다른 과오를 저지른 바가 없다는 점 등의 사정을 감안하더라도 원고 회사가 참가인과의 사이에 근로계약을 더 이상 갱신하지 아니한 것에 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

1224) 1심 판결(서울행정법원 2013. 1. 31. 선고 2012구합14*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 4. 10.자 2014두*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

5. 갱신거절에 있어 합리적 이유가 없다고 본 판례

가. 평정자가 평가결과를 부적정하게 기재하거나 의견제시가 필요한 상황에서 아무런 의견이 없는 경우에는 그 평가가 합리적이고 공정하다고 볼 수 없으므로 평가결과를 이유로 한 계약해지는 정당한 이유가 없다고 봄

【대법원 2015. 1. 25. 선고 2012두18*** 판결】

1. 근로계약 갱신에 관한 정당한 기대권 관련 주장에 대하여

...(중략)... 비록 원고가 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 근로계약기간이 만료되더라도 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있지는 않지만, 원고와 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)들 사이에는 기간제법 시행 이전부터 참가인들에 대한 근무평가결과가 매우 불량하다는 등의 특별한 사정이 없으면 기간제 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 참가인들에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정된다고 판단하였다.

2. 갱신 거절의 정당한 이유 관련 주장에 대하여

앞서 본 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하다. 거기에 근로계약 갱신에 관한 정당한 기대권에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

원심은 아래와 같은 인정사실과 이유를 들어, 원고가 계약직 근로자를 정규직근로자로 전환시키기 위해 마련한 기준에 따라 참가인들에 대한 합리적이고 공정한 평가를 거쳐 참가인들에 대한 근로계약 갱신을 거절하였다고 볼 수 없으므로, 원고가 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 있는 참가인들에 대하여 갱신을 거절한 것은 정당한 이유가 없어 아무런 효력이 없다는 취지로 판단하였다.

즉 ① 원고가 마련한 정규직 전환을 위한 기준상으로는 기간제근로자인 부서원의 정규직 전환에 관한 근무평가는 부서장, 담당 임원, 대표이사로 이어지는 3단계 평가절차를 거쳐지게 되어 있는데, 참가인들에 대한 부서장 평가 결과의견이 만 2년 근무자에게는 부적절한 ‘계약직 유지’임에도 담당 임원은 의견란에 아무런 기재나 표시를 하지 않은 채 서명만 하였으므로, 참가인들에 대한 담당 임원의 평가가 없었다고 보아야 하고, ② 여러 사정을 비추어 볼 때 참가인들에 대한 담당 임원의 의견제시가 매우 중요한 상황이었는에도 그것이 없었던 평가절차 상의 잘못은 중대하다고 할 수 있으며, ③ 부서장이 법률전문가나, 인사전문가가 아닌 등의 이유로 그 평가가 합리적이고 공정하였는지 의구심이 들 뿐만 아니라, ‘계약직 유지’라는 평가 결과 의견이 반드시 정규직 전환 대상이 아니라는 취지라고 해석할 수도 없고, ④ 이와 달리 보게 되면 사용자인 원고는 평가 결과 의견을 자신 마음대로 해석할 수 있게 되어 정규직 전환 기준과 절차는 객관성과 공정성을 상실하게 된다는 것이다.

원심이 채택한 증거 등 기록을 앞에서 살핀 법리에 따라 살펴보면, 위와 같은 원심의 인정과 판단은 정당하다. 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 계약해지의 정당한 이유에 관하여 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

나. 평정자들 간의 점수에 큰 폭의 편차가 발생할 만한 사정을 발견할 수 없고, 매년 기준점수 이상의 근무성적 평점을 유지하다가 마지막 근무성적평정에서 재계약기준 점수에 미치지 못하는 점수를 받을 만큼 업무수행능력이나 업무수행태도가 급격히 저하되었음을 인정할 만한 자료가 없는 경우, 갱신거절에 합리적인 이유가 없다고 봄

【대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두2*** 판결¹²²⁵⁾】

원심이 인용한 제1심판결 이유 및 기록에 의하여 인정되는 사정, 즉 ① 이 사건 재계약 거절 직전에 이루어진 2005년 4/4분기부터 2006년 3/4분기까지의 근무성적평정(이하 '이 사건 근무성적평정'이라고 한다)에서 위 참가인들은 70점 미만의 점수를 받은 점, ② 그런데 이 사건 평정과정에서 위 참가인들과 접근도가 높은 1, 2차 평정자들은 70점 이상의 점수를 부여한 반면, 접근도가 낮은 3, 4차 평정자들은 이에 미치지 못하는 점수를 부여하였고, 특히 4차 평정자인 조합장의 점수는 1, 2차 평정자들의 점수에 비해 현저히 낮아 전체 평균이 하락하는 요인이 되었는데, 기록상 평정자들 간의 점수에 큰 폭의 편차가 발생할 만한 사정을 발견할 수 없는 점, ③ 위 참가인들은 참가인 이○○이 2005년 1/4분기 때 69.3점을 받은 것을 제외하고는 입사일로부터 2005. 9. 30.까지 평균 70점 이상의 근무성적 평점을 유지하여 왔는데, 마지막 근무성적평정에서 이와 같이 재계약기준 점수인 70점에 미치지 못하는 점수를 받을 만큼 업무수행 능력이나 업무수행태도가 급격히 저하되었음을 인정할 만한 자료가 없는 점 등을 종합하여 보면, 원고는 이 사건 단체협약이 2006. 9. 10.자로 실효되자 위 참가인들을 포함하여 5년을 초과하여 근무한 기간제근로자들에 대하여 계속 근로기간 한도를 정한 이 사건 규정을 근거로 재계약을 거절하면서 그 과정에서 이들에게 일괄하여 재계약기준 점수에 미치지 못하는 점수를 준 것으로 보인다.

그렇다면 이는 원고가 오로지 재계약 거절의 사유로 삼기 위하여 형식적으로 근무성적평정을 한 것으로서 공정성과 합리성을 결여한 것이고, 이와 같이 공정성과 합리성이 결여된 심사 과정을 거쳐 도출된 점수가 재계약기준 점수에 미달한다는 이유로 재계약 거절을 한 것은 그 실질에 있어 부당해고에 해당하므로, 효력을 인정할 수 없다.

다. 기간제근로자에 대하여 2회차 갱신계약을 할 경우 그 정한 기간이 형식에 불과하여 기간의 정함이 없는 계속적 고용형태로 판단될 것을 우려하여 재계약을 체결하지 아니한다는 것은 갱신거절을 위한 합리적인 사유라고 보기 어렵다고 봄

【서울고등법원 2010. 11. 26. 선고 2010누11*** 판결】

살피건대, ① 원고의 계약직직원규정에는 계약 갱신과 관련하여 …(중략)… 채용기간을 제한하는 아무런 규정이 없고, …(중략)… 원고가 거론하는 갱신 거절의 사유, 즉 '계약직직원들에 대하여 2회차 갱신계약을 할 경우 그 정한 기간이 형식에 불과하여 기간의 정함이 없는 계속적 고용형태로 판단될 것을 우려하여 그동안 2회차 재계약을 체결하지 아니하여 왔고 같은 이유로 참가인에 대하여도 2회차 재계약을 거절하였다'는 사유는, 근로계약의 갱신에 관하여 위와 같이 합리적 기대가 형성된 원고에 대하여는 그 갱신 거절을 위한 합리적인 사유라고 보기 어려운 점, ② 참가인이 공개채용시험에서 탈락하게 된 데에는 참가인의 다면평가 결과가 크게 작용한 것으로 보이는데, 참가인의 부서장들이 2006년 재계약을 앞두고 참가인의 업무수행을 매우 우수하다는 취지로 평가하였고, 이후 수년간 동료평가 결과 또한 별다른 변동이 없는데 유독 상사평가결과는 근무태만 등 특별한 사유가 발견되지 아니함에도 참가인이 노동조합 활동을 시작한 2007년 하반기 이후 점수가 하락하기 시작하여 2008년 하반기 평가에는 최하위의 점수까지 기록한 것으로 보아, 다면평가의 타당성 및 신뢰성에 의구심이 드는 점 등을 종합하여 보면, 원고가 참가인에 대하여 근로계약의 갱신을 거절하고 계약만료를 통보한 것이 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 사유가 있는 근로계약의 갱신거절에 해당한다고 보기는 어렵다.

제6장
기간제
근로계약
종료

1225) 파기환송 후 고등법원(서울고등법원 2011. 11. 16. 선고 2011누27*** 판결)에서 확정됨

라. 기간제법 제4조 제2항에 따라 기간제근로자들이 근로계약기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 상황에 직면하게 되자, 업무의 존속 필요성 등에 관하여 구체적인 실질심사를 하지 않은 채 기간제법 제4조 제1항 단서에 해당하지 않는 기간제근로자들과의 재계약을 일률적으로 거부하고, 정리해고의 요건 충족 없이 경영상 이유로 기간제근로자의 재계약을 거절하는 것은 재계약 거절의 합리적인 이유가 없다고 봄

【서울고등법원 2011. 6. 22. 선고 2010누33*** 판결¹²²⁶⁾】

원고가 담당하던 업무를 전문직 직원에 의해 수행할 필요성이 소멸하였다거나 원고와 같은 전문직 직원을 감축할 합리적 이유가 있다고 볼 수 없으므로, 이 부분 피고 주장도 이유 없다.

① 원고가 참가인의 노무관리 업무 등 수행 역량이 미약할 때 위 업무를 일시 처리함과 소외 원고의 일반직 직원들을 교육시키는 등 노무관리 업무수행 능력을 전수하도록 일시 채용되었다고 인정할 만한 증거가 없다.

② 원고가 수행한 노무관리 업무 등은 성질상 누군가가 계속 수행하여야 하는 점을 비롯하여 노무관리 업무 등의 전문성, 참가인이 이 사건 재계약거부 이후에 새로운 인사노무담당자의 모집을 위해 공모한 점, 원고와 새로운 업무담당자 사이에 업무인계 인수가 원활하게 이루어졌다고 인정할 만한 증거가 없는 점 등에 비추어 볼 때, 참가인이 이 사건 재계약거부 무렵 전문직 직원인 원고의 관여 없이 일반직 직원만으로 노무관리 업무 등을 수행할 수 있을 만한 역량을 구비하였다고 보기 어렵다.

③ 참가인은 기간제근로자들의 총 사용기간이 2년을 초과하여 법 제4조 제2항에 따라 기간제근로자들이 근로계약기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 상황에 직면하게 되자, 원고를 포함한 전문직 직원들 업무의 존속 필요성 등에 관하여 구체적인 실질 심사를 하지 않은 채 법 제4조 제1항 단서에 해당하지 않는 기간제근로자들과의 재계약을 일률적으로 거부한 것으로 보인다.

④ 위 ① 내지 ③항의 내용에 비추어 볼 때, 참가인의 노무관리 업무 등은 원고가 계속 수행할 필요성이 있는 업무로서 2006. 12. 29.자 운영세칙 제10조 제2항 제3호가 채용계약 해지 사유로 정하고 있는 '계약업무가 종료되거나 계속할 필요성이 소멸한 때'에 해당한다고 볼 수 없고, 그 밖에 위 운영세칙 제10조 제2항 각 호에서 정하고 있는 채용계약 해지 사유가 존재한다고 인정할 만한 자료가 없다.

⑤ 근로기준법 제24조에서 규정하는 경영상 이유에 의한 해고의 제한 법리에 따른 각 요건 중 해고회피의 노력, 해고대상자 선별의 합리성·공정성 및 사전협의 절차 요건을 충족하였다고 볼 만한 자료가 없다.

마. 사용자가 기간제법 시행 후에 기간제근로자들의 근로계약 체결에 관한 **정당한 기대권을 배제 또는 제한하기 위해 근로자 평가요건과 절차 등을 취업규칙이나 별도의 규정 등에 마련하여 그 평가결과에 따라 근로계약 갱신을 거절할 수 있지만, 그러한 요건과 절차 및 평가 등이 객관성, 합리성 및 공정성이 없는 때에는** 근로계약갱신 거절은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없다고 봄

1226) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 2. 27. 선고 2011두17*** 판결)에서 확정됨

【서울고등법원 2014. 11. 16. 선고 2013누53*** 판결¹²²⁷⁾】

사용자는 기간제법 시행 후에 기간제근로자들의 근로계약 체결에 관한 상당한 기대권을 배제 또는 제한하기 위해 근로자 평가요건과 절차 등을 취업규칙이나 별도의 규정 등에 마련하여 그 평가결과에 따라 근로계약 갱신을 거절할 수 있지만, 그러한 요건과 절차 및 평가 등이 객관성, 합리성 및 공정성이 없는 때에는 그러한 근로계약갱신 거절은 여전히 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없다고 봄이 타당하다.

앞서 본 사실 및 그 증거, 을나 제8, 18호증의 각 기재, 변론 전체의 취지에 비추어 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 원고가 참가인에 대하여 합리적이고 공정한 평가를 거쳐 이 사건 통보를 하였다고 볼 수 없으므로 이 사건 통보는 정당한 이유가 없어 아무런 효력이 없다고 봄이 옳다. 따라서 이 부분에 관한 원고의 주장도 이유 없다.

① 원고의 직제·인사·복무규정 제14조 및 제15조에 의하면 직원의 임면을 위해서는 인사위원회의 심의가 필요한데, 이 같은 절차를 거쳐 직원을 임면하도록 하는 것은 임면 대상자가 공정한 평가를 받을 수 있도록 하기 위함이다. 그런데, 원고는 참가인에 대하여 인사위원회의 심의 없이 이 사건 통보를 하여 참가인이 공정한 절차에 따라 평가받을 수 있는 기회를 박탈하였다.

② 또한 참가인과 함께 이 사건 인사평가 대상자였던 권○○의 경우 인사위원회를 거쳐 2012. 11. 1.경 정규직으로 전환되었는데, 정규직 전환 당시 권○○이 소속되어 있던 기획팀 팀장이었던 라○○과 기획전략 총괄팀장인 하○은 모두 권○○에 대한 인사평가를 실시한 적 없다고 진술하였고, 참가인 이전의 기간제근로자들에게는 별다른 인사평가도 없이 곧바로 인사위원회를 개최하여 정규직으로 전환해 주었던 것으로 보이는 등 참가인에 대하여 실시된 이 사건 인사평가 절차가 과연 공정하게 이루어진 것인지에 관하여 의심이 든다.

③ 2012. 9. 19. 참가인에게 고지된 이 사건 인사평가 방법에 의하면 평가권자는 1차 평가 총괄팀장(60%), 2차 평가 사무국장(40%), 최종평가는 상임이사가 하도록 되어 있을 뿐 구체적으로 정규직 승급 대상의 기준이 정해져 있지 않았다. 또한 1차 평가권자로서 사무국장보다 평가 비중이 더 높은 총괄팀장 박○철은 직근 상급자로서 평소 참가인의 근무실적이나 역량, 근무태도 등을 가장 가까이서 관찰 평가할 수 있는 지위에 있는데, 참가인에 대하여 “홍보팀장과 설립지원팀장 역할을 훌륭히 수행하여 ○○○○ 재단의 비전을 생각할 때 재단에 꼭 필요한 인재”라고 하는 등 매우 구체적이고 상세하게 참가인의 업적을 평가하면서 정량평가에서 대부분 에스(S)를 주는 등 좋은 평가를 하였음에도 상임이사는 2차 평가권자이지만 평가비중이 낮은 사무국장 정○길의 평가만을 참고하여 참가인에 대한 정규직 전환을 결정하지 않았는데, 이 사건 인사평가가 어떠한 기준에서 이루어졌는지 알 수 없다.

④ 참가인이 근무기간 동안 114회에 걸쳐 지각한 사실은 인정되나, 이 사건 인사평가 중 근태평가는 10%에 불과하고 지각시간도 회당 평균 7여 분에 지나지 아니하여 큰 비중을 차지한다고 볼 수 없고, 사무국장 정○길은 참가인의 잦은 지각을 이유로 직원근무평가 중 ‘17. 근태’ 부분에 ‘디(D)’등급을 부여하였으나, 평가기준에 따르면 디(D)등급은 ‘무단결근 1회 이상, 지각, 조퇴 주 3회 이상’에 해당되는 것으로 참가인의 경우 ‘무단결근 없음 지각, 조퇴 주 2회 미만’에 해당되어 ‘비(B)’등급을 부여하여야 했다고 보이는바, 이 사건 인사평가가 객관적인 기준에 따라 이루어진 것인지 의구심이 든다.

⑤ 또한 사무국장 정○길은 참가인이 팀장으로서의 역할을 제대로 수행하지 못하여 세 차례 보직이 변경되고, 홍보팀장으로 재직 시 외부세미나 참석교육 중 무단으로 조기 퇴근하였으며, 재단 8주년 홍보영상 제작 업무수행 시 부적절한 업무처리에 대한 상임이사의 지시에 항의하여 구두로 경고 받은 적이 있다고 하나, 이러한 사실을 인정할 증거로는 정○길 본인의 진술과 상임이사의 진술서(갑

제9호증)뿐 다른 객관적인 증거는 보이지 아니한다.

⑥ 참가인은 2년간 근무하면서 총 369시간 이상의 추가근무를 하였고, 2011년 역량평가에서 전체 팀장 10명 중 6위, 2012년 상반기 평가에서는 1차 평가에서 전체 팀장 중 종합평가 1위에 해당하였으며(당시 2차 평가에서는 참가인이 전체 팀장 중 가장 낮은 점수를 받았는데, 2차 평가는 이 사건 인사 평가와 동일한 시기에 사무국장 정○길에 의하여 이루어졌다), 을나 제18호증의 1 내지 3의 각 기재에 의하면, 참가인은 담당 업무를 성실하게 수행하였음이 인정된다.

바. 평정자가 평정을 함에 있어서 상당한 재량권이 부여되어 있다고 할지라도 평정결과 검증절차 규정에 반하여 근로자에게 평정결과를 통보하지 않았고, 이의신청 기회도 주지 않았다면 절차의 하자가 매우 중대하여 임용거부 결정은 무효라고 봄

【서울고등법원 2015. 5. 2. 선고 2012누36*** 판결¹²²⁷⁾】

1) 정당한 계약갱신에 대한 기대권이 있는지 여부

이 사건의 경우 참가인은 원고와 사이에 2010. 8. 1부터 2011. 7. 31까지를 계약기간으로 하는 임용 계약서를 작성한 사실, 인사규정 제19조 제1항에는 연구위원 이하 연구직 등으로 신규 채용하는 직원의 임용기간은 1년으로 하고 있음을 명시하고 있는 사실, …(중략)… 한편 인사규정 제19조 제2항에서는 신규채용자의 재임용 여부에 관한 규정을 두고 있고, 직원평정규칙 제4장 신규임용자 평정 부분에서는 인사규정 제19조 제1항의 최초 임용기간이 1년으로 정해진 신규직원에 대하여 신규임용자 평정을 하여(제28조) 그 성적이 85점 이상인 경우에는 재임용을 하고, 85점 미만 75점 이상인 경우에는 인사위원회의 심의를 거쳐 재임용 여부를 결정하도록(제29조의2, 제30조) 하고 있는 사실 역시 앞서 본 바와 같으므로 참가인으로서 인사규정 및 직원평정규칙이 정한 기준과 절차에 따라 재임용 여부에 대하여 공정한 심사를 받고, 그러한 기준을 충족하는 경우 재임용될 수 있음을 기대할 수 있다고 할 것이므로 참가인에게 재임용에 대한 기대권이 존재한다.

2) 계약갱신 거절에 합리적 이유가 있는지 여부

이 사건을 돌이켜 보건대, 원고의 참가인에 대한 재임용 거절은 아래와 같은 사유로 부당하고, 결국 이 사건 재심판정은 적법하다.

이 사건에서 참가인의 재임용이 거절된 이유는 2명의 평정자가 최하점인 60점을 부여함으로써 참가인의 신규임용자 평정점수가 C등급에 해당하게 되었고, 그 결과 인사위원회 심의에 부쳐졌으나 2/3 이상의 출석위원이 참가인의 재임용을 찬성하지 않아서인바, …(중략)… 그러나 평정자가 개별 근로자에 대하여 평점을 함에 있어서는 상당한 재량권이 부여되어 있다고 보아야 하고, 특히 이 사건의 경우 교육과정 연구개발 및 각종 국가고사 출제관리를 목적으로 하는 원고 기관 자체의 성격, 그 내에서 부연구위원으로서 근무하였던 참가인의 업무 내용 및 신규임용자 평정의 평가항목(전문성, 직무수행능력, 책무성, 협동성, 기관 발전 기여 가능성)을 고려하여 볼 때 신규임용자에 대한 평정자는 전 인격적, 복합적 평가를 통해 평정을 할 수 밖에 없으므로 그 재량권은 더욱더 보장되어야 하며, 위와 같은 성격에 비추어 사후적인 사법심사를 통해 평정자의 평정결과를 뒤집는 것은 가능한 한 자제되어야 한다는 점에서 참가인에 대하여 최하점을 부여한 위 2명의 평정결과가 어느 누구도 수긍할 수 없을 정도로 합리성을 결여하고 있다는 점이 명백하게 인정되지 않는 한 설불리 그 결과를 부당하다

1227) 동 사건은 현재 대법원에서 소송 계속 중임

고 단정할 수는 없으나, 이 사건에서 당사자들의 주장과 제출된 증거들만으로는 위 2명의 참가인에 대한 평정결과가 위와 같이 합리성을 결여하고 있음이 명백하게 인정된다고 보이지는 않는다.

그러나, 위와 같은 평정결과에 대한 사후적인 사법심사는 가능한 한 자제되어야 하는 반면, 원고 내부에서의 평정결과에 대한 검증절차는 최대한 공정하게 이루어져야 하고, 이를 위해 원고는 직원 평정규칙 제3조에서 평정결과를 공개하도록 하면서 이에 이의가 있는 직원으로 하여금 3일 내에 이의제기 항목 및 사유 등을 기재하여 서면으로 이의신청을 할 수 있도록 하고 있고, 원장은 이의신청서를 검토하여 타당한 사유가 인정되는 경우 인사위원회의 심의를 거쳐 평가결과를 정정할 수 있도록 하는 절차를 마련하고 있는바, 원고가 참가인에게 신규임용자 평정결과를 통보하지도 않았고, 위와 같은 이의신청 기회조차 주지 않은 것은 앞서 본 바와 같고, 결국 원고가 이러한 절차를 흠결함으로써 위 평정결과와 공정성 및 정확성을 담보할 수 없게 되었다는 점에서 위와 같은 절차의 하자는 매우 중대한 것이라고 할 것이므로 결국 원고가 참가인의 재임용을 거부한 것에는 이를 무효로 할 만한 중대한 절차상의 하자가 있다.

사. 공익적 성격의 기관에서 근무하는 근로자의 사용자에게 대한 진정이 허위가 아니고 그로 인해 보조금 집행의 부적정 등 다수 비위행위가 적발되어 향후 개선이 필요함에도 불구하고 ‘찾은 민원제기와 직무수행 불성실’ 등을 이유로 계약갱신을 거절하였다면 합리적 이유가 없어 무효라고 봄

【서울행정법원 2013. 1. 10. 선고 2012구합27* 판결】**

1) 참가인에게 갱신기대권이 인정되는지 여부

살피건대, 갑 8, 11호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 참가인은 2011. 1. 3. 이 사건 봉사센터의 센터장과 계약기간을 2011. 1. 1.부터 2011. 12. 31.까지로 정하여 근로계약을 체결하였는데(OO시 조례 시행규칙 제5조 제2항에 의하여 이 사건 봉사센터의 직원에 대한 임명은 센터장이 한다), 위 근로계약서는 근로계약의 갱신에 관한 규정을 직접 두고 있지는 않으나, 제8항에서 “이 계약의 정함이 없는 사항은 관계법령 및 행정안전부의 2011 자원봉사 코디네이터 지원사업 시행지침, OO시자원센터 운영규정에 준함”이라고 규정하고 있고, ② 행정안전부의 2011 자원봉사 코디네이터 지원사업 시행지침은 II. 세부시행계획, 4. 관리 및 감독, □ 평가 및 재계약 항목에서 “연말까지 1년 계약이 원칙이며, 연말 업무평가를 통해 익년도 재계약 여부 결정, ○ 평가위원회는 자원봉사센터장, 시·도·시·군·구 공무원 등 5인으로 구성하고, 3인 이상 동의할 경우 재계약 가능”이라고 규정하여 근로계약의 갱신에 관한 규정을 두고 있는 사실을 인정할 수 있는바, 위와 같이 행정안전부의 2011 자원봉사코디네이터 지원사업 시행지침이 정하고 있는 근로계약의 갱신에 관한 규정은 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정이라 할 것이고, 이는 근로계약서 제8항에 의하여 참가인이 체결한 근로계약의 내용으로 되었다고 할 것이므로 참가인에게 갱신기대권이 인정된다고 할 것이다. …(중략)…

2) 갱신거절에 합리적 이유가 있는지 여부

위 인정사실, 위에서 든 각 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 중

1228) 대법원(대법원 2013. 9. 12.자 2013두9*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

합하면 이 사건 갱신거절은 공정성과 객관성이 결여된 평가 과정을 거친 것으로서 그 실질에 있어서 부당해고에 해당하므로 그 효력을 인정할 수 없다.

가) 이 사건 종합의견에 의하면 참가인의 근무태도는 “찾은 민원을 제기하는 과정에서 감사, 징계 등으로 직원간 위화감이 조성되었고, 업무 분위기가 저하됨으로써 센터 운영 및 업무 손실에 영향을 주었다”라는 것이다. 그러나 이 사건 봉사센터는 법 제3조 제4호가 정한 “자원봉사활동의 개발·장려·연계·협력 등” 공익 목적을 수행하기 위하여 설치된 기관으로서 참가인의 진정으로 인하여 운영 및 업무에 손실이 초래되었다고 할 수 없고, 오히려 보조금 집행의 부적정, 허위 자원봉사자 및 봉사실적 등록, 운영규정 위반 등 다수의 비위행위가 적발되어 향후 운영에 있어서 개선이 기대된다고 할 것이다.

나) 원고의 2011. 8. 31.자 감사결과에 “참가인은 소장이 수강생으로부터 재료비를 손수 걷고 납부를 종용, 갈취하였다는 등의 내용을 OO시 및 OO 의원에게 진정하여 투서하는 등 맡은 바 직무를 성실히 수행하지 않은 사실이 있다”라는 내용이 포함되어 있으나, 위 감사결과에 의하면 이 사건 봉사센터 소장은 재료비를 강사와 총무로부터 수납한 후 직원들에게 그 사실을 알리지 않고 있다가 직원들의 원성이 있자 강사에게 재료비를 건네주었다는 것으로 참가인이 허위의 진정을 하였다고 보기 어렵고, 위 감사결과에 따라 이 사건 봉사센터가 참가인에게 내렸던 견책처분이 2011. 12. 6. △△지방노동위원회에서 징계사유의 부존재를 이유로 하여 부당징계로 인정되었으며, 달리 참가인이 직무를 성실히 수행하지 않았다고 볼 자료도 없다(이 사건 종합의견에 의하더라도 참가인은 근무실적에 있어서 맡은바 소임을 다하였다).

아. 포괄적인 심사항목을 포함시켜 위반행위의 경중, 경위를 고려하지 않고 획일적으로 감점하고, 계약갱신 기준 점수를 상향 조정하였을 뿐 아니라, 노동조합원인 근로자에 대하여만 감점을 하고 가점은 부여하지 않은 경우 계약갱신 거절의 합리적 이유가 없다고 봄

【서울고등법원 2009. 11. 20. 선고 2009누11*** 판결¹²²⁹(1230)】

원고는 2007년 제1, 2차 계약심사위원회에서 2003년 말경부터 지속되어 온 재계약 심사기준을 변경하면서, ‘1일 평균 운행횟수’라는 중대하고 객관적인 심사항목 대신 ‘기타 계약서 위반’이라는 다소 포괄적인 심사항목을 포함시켜 그 위반 내용의 경중이나 경위에 관하여 구별하지 않고 위반행위마다 5점씩을 감점하도록 하였고, 계약갱신 여부를 판단하는 기준점수 역시 ‘80점 미만’에서 ‘85점 이하’로 전년도에 비해 사실상 10점이나 상향조정하였는바, 이 같은 심사항목 및 갱신 기준점수의 변경에 관하여 참가인을 비롯한 운전원들에 대해 사전에 공지된 바 없는 점, 만일 심사항목에서 정한 사유가 있다고 하여 그 경위를 살피지 않고 그 위반행위에 대하여 획일적으로 5점씩을 감점하여 이를 근거로 계약갱신 여부를 결정하도록 허용할 경우 원고가 특정 운전원에 대해 계약을 갱신할 것인지를 결정할 수단으로 남용될 가능성이 있는 점 등에 비추어 볼 때, 5점을 감점하게 되는 항목별 위반행위는 실질적으로 엄격하게 판단할 필요가 있다.

이 사건을 보면, ① 참가인이 2007. 5. 24. 장애인콜택시를 이용하여 개인적으로 문상을 다녀오고 노동조합 총회에 참석한 사실은 인정되나, 당시는 콜센터의 지시를 기다리는 대기시간이었을 뿐 콜센터로부터 특별한 지시가 있었던 것은 아니어서 참가인의 문상이나 노동조합 총회 참석으로 인하여 콜센터의 지시를 무시하였거나 운행 공백을 초래한 것으로 보이지 않고, 문상 시간은 약 10분에 불과

하였으며 문상지인 ○○○○시립병원은 운행구역인 서울 시내에 소재하였던 사정, 근무시간 중 노동조합 총회 참석이 이 사건 계약서 제13조 제1항 제11호에서 정하고 있는 ‘자동차 운행과 관련한 집단 행동’에 해당한다고 볼 수 없으며, 참가인의 운행시간 및 운행 경위 등에 비추어 참가인은 실제로 근무시간이 거의 종료될 무렵에야 노동조합 총회에 참석하였을 것으로 보이는 사정 등이 인정됨에도, 원고는 위와 같은 사정을 전혀 고려하지 않고 심사항목을 기계적으로 적용하여 10점을 감점한 점, ② 동일하게 지각하여 운행시간을 준수하지 못한 운전자들 중 일부에 대해서만 운행시간 미준수 및 근태 항목에서 감점한 사실, ③ 참가인은 이 사건 계약기간 중 경찰청장으로부터 무사고운전영년표시장을 수여받았고, 이는 변경된 심사기준에 의하더라도 가점 사유에 해당함에도 가점이 부여된 바 없는 점, ④ 또한 원고는 2007. 8. 28.자로 계약해지된 참가인 등이 구제신청을 하자 이 사건 사업의 시행 이후 최초로 재계약 심사기준을 변경하고 기준점수를 유례없이 10점이나 상향조정하였는데, 참가인 등은 기존의 심사기준 및 기준점수에 의하면 이 사건 해지의 원인이 된 사유만으로는 계약이 갱신될 것이 확실한 점, 위와 같이 참가인 등 계약해지된 운전자들은 대부분 노동조합 조합원인 점 등을 고려할 때, 원고가 구제명령을 받을 가능성이 있는 참가인 등에 관하여 다시 갱신을 거절하기 위하여 심사기준 등을 변경한 것이 아닌가 하는 의심이 드는 점, …(중략)… 등을 고려할 때, 참가인에 대한 이 사건 갱신거절은 합리적인 이유가 있는 근로계약의 갱신거절에 해당한다고 보기 어렵다.

자. 심사기준을 변경하여 ‘중과실 감점’ 등 포괄적이고 불명확한 심사항목을 노동조합원인 근로자에 대하여만 적용시킨 경우 계약갱신 거절에 합리적 이유가 없다고 봄

1229) 동 판결과 유사한 취지로 서울고등법원 2009. 11. 13. 선고 2009누9*** 판결, 서울고등법원 2009. 11. 27. 선고 2009누11*** 판결이 있음

1230) * 동 사건의 개요 :

- 참가인(근로자)은 2002. 12. 19. 장애인콜택시 운행업자인 원고(사용자)와 1년간의 위탁계약을 체결하고 이후 4회에 걸쳐 1년 단위로 위탁계약을 갱신하였음
- 원고는 2007. 8. 22. 참가인의 ① 속도위반, ② 지정 차고자 미입고, ③ 장애인콜택시를 이용한 개인적 문상 및 노동조합 총회 참석 등을 사유로(이하 ‘이 사건 해지사유’라 함) 참가인에게 2007. 8. 28.자 계약해지를 통지하였는데, 이에 대한 지방노동위원회의 구제명령에 따라 원고는 2007. 12. 28. 참가인을 원직에 복직시켰음
- 원고는 2007. 11. 27. 제1차 계약심사위원회를 개최하였는데, 위 심사위원회는 그동안 적용하여 오던 심사기준 등을 다음과 같이 변경하였음

구 분	2003년	2004년	2005년	2006년	2007년
심사기준	① 1일 평균 운행횟수(20점) ② 교통법규 위반(20점) ③ 본인귀책 차량사고(20점) ④ 콜택시운행 및 관리불량(20점) ⑤ 주요민원 유발(20점)				① 기타 계약서 위반(20점) ② 교통법규 위반(20점) ③ 본인귀책 차량사고(20점) ④ 운행시간 및 근태(20점) ⑤ 주요민원 유발(20점) ※ 항목별로 위반행위마다 5점씩 감점 ※ 표창(이사장, 시장, 장관, 국무총리, 대통령)을 받은 경우 5점 가산
기준 점수	70점 미만	75점 미만	하위 5%	80점 미만	85점 이하

- 원고는 2007. 12. 27. 제2차 계약심사위원회를 개최하여 위 변경된 심사기준에 따라 참가인에 대한 재계약 여부를 심사하였는데, 기준점수인 85점 이하에 해당한다는 이유(이 사건 해지사유 중 ①을 이유로 5점 감점, ②, ③을 이유로 15점을 감점하여 80점)로 2007. 12. 31.자로 위·수탁계약의 갱신을 거절하기로 의결하고 2007. 12. 28. 이를 통보함

제6장
기간제
근로계약
종료

【서울고등법원 2009. 11. 26. 선고 2009누11*** 판결¹²³¹⁾】

① 원고는 참가인에 대한 ‘기타 계약서 위반’ 심사항목으로 5점 감점하면서 구체적인 위반내용에 대하여 아무런 적시가 없었던 점, ② 특히 ‘경과실 10점 감점, 종과실 20점 감점’ 심사항목은 제1차 재계약심사 대상자 169명 가운데 참가인과 김○○에 대하여만 적용한 것으로서 ‘종과실’ 개념 자체가 포괄적이고 불명확하여 사용자의 자의적 판단이 개입될 소지가 매우 커 객관적 심사항목으로 보기 어려운 점(계약갱신거절 기준점수를 ‘80점 미만’에서 ‘85점 이하’로 조정함으로써 전년도에 비하여 실질적으로 그 기준점수를 10점 상향 조정함으로써 ‘종과실’에 해당하여 20점 감점되면 곧바로 갱신거절되게 된다), ③ ‘종과실’의 개념을 계약을 수행할 수 없을 정도에 해당하는 비위행위가 있는 경우를 말하는 것으로 한정하여 본다고 하더라도 원고가 종과실이라고 주장하는 참가인의 행위는 장애인콜택시 운행업무와 전혀 무관한 사항으로서 참가인이 단순히 동료의 발언을 사적인 대화 과정에서 사실대로 전달한 것에 불과하고 그로 인하여 원고와 운전자들 간에 신뢰관계에 중대한 영향을 미쳤다고도 불만한 사정도 전혀 없어 중대한 비위행위라고 볼 수 없는 점, ④ 참가인은 노조 지회장이고 그 밖에도 2007년도 재계약심사에서 계약해지된 운전자들 대부분은 노동조합 조합원인 점 등에 비추어 보면, …(중략)… 이 사건 갱신거절은 합리성을 결여한 것이다.

차. 사용자(○○시립교향악단)가 기존 단원에 대해 재위촉을 하지 않고 공개전형을 실시하여 위촉하기로 하면서 신규 위촉되지 않은 기존 단원(근로자들)이 해고의 효력을 다툰 사안에서, 법원은 근로자들의 재위촉 기대권은 인정하면서도 재위촉 거부에 합리적 이유가 있다고 본 원심에 대하여 재위촉 거부를 하여야 할 경영상 또는 운영상 필요가 인정되지 않고 사전 동의 또는 협의 절차 없이 공개전형을 실시한 것은 갱신기대권에 대한 전면적인 배제 조치이며, 응시 자격을 특정 지역 거주자로 제한한 것 역시 부당하여 재위촉 거절의 합리적 이유가 없다고 보아 원심을 파기환송함¹²³²⁾¹²³³⁾

갱신거절의 합리적 이유에 관한 입증책임은 사용자가 부담한다고 명시적으로 언급한 첫 대법원 판결임

계약 갱신절차가 아닌 신규채용 절차로의 전환을 통해 대규모로 갱신을 거절한 경우의 합리적 이유 판단에 관한 가장 최근 대법원의 입장이기도 함

1231) 유사 취지의 판결로 서울고등법원 2009. 11. 17. 선고 2009누12*** 판결이 있음

1232) 서울고등법원 2018. 7. 3. 선고 2017누77*** 판결(환송심, 원고일부승 확정)

1233) 관련 판례: 대법원 2017. 8. 18. 선고 2017다227*** 판결(“사용자가 갱신에 대한 정당한 기대권을 보유한 기간제근로자들에 대하여 사전 동의 절차를 거치거나 가점 부여 등의 구체적인 기준도 마련하지 않은 채 재계약 절차가 아닌 신규채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서 대규모로 갱신 거절을 한 경우, 이는 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권을 전면적으로 배제하는 것이므로, 사용자로서 그와 같은 조치를 취하지 않으면 안 될 경영상 또는 운영상의 필요가 있는지, 그에 관한 근거 규정이 있는지, 이를 회피하거나 갱신 거절의 범위를 최소화하기 위한 노력을 하였는지, 그 대상자를 합리적이고 공정한 기준에 따라 선정하기 위한 절차를 밟았는지, 그 과정에서 차별적 대우가 있었는지 여부 등을 종합적으로 살펴보고 그 주장의 당부를 판단하여야 한다(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8*** 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다17*** 판결 등 참조).”)

【대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두44*** 판결】

우선 원심판결 이유를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 정기 실기평정 결과 기량이 현저하게 저하된 것으로 평가되는 등의 특별한 사정이 없는 한 원고들에게 이 사건 교향악단의 단원으로 재위촉될 수 있다는 정당한 기대권이 있다고 판단한 것은 정당하다. 그러나 피고가 이 사건 재위촉을 거부한 데에 사회통념상 상당하다고 인정될 만한 합리적인 이유가 있다고 본 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

첫째로, 이 사건 재위촉 거부를 하여야 할 경영상 또는 운영상의 필요가 있었음을 뒷받침하기에 충분한 사정을 찾아보기 어렵다. 피고에게는 이 사건 교향악단을 구성·운영함에 있어 연주기량 등이 뛰어난 단원을 새로이 선발하여 그 수준을 유지·향상시킬 필요가 있다고 인정될 때에는 이를 위하여 적절한 방안을 마련하고 시행할 수 있는 재량이 있음은 물론이다. 그러나 앞에서 살펴본 것처럼, 이 사건 교향악단은 전형위원의 전형 등과 같이 재위촉을 위한 요건과 절차를 두고 있고, 정기 실기평정을 실시하여 그 평정 결과에 따라 기량이 미달하는 단원을 해촉할 수 있는 절차 등을 갖추고 있어서 그 적절한 운영을 통하여 교향악단의 수준을 유지·향상시킬 수 있음을 알 수 있는 반면에, 기존의 방식 때문에 교향악단의 수준이 하락하였다거나 또는 그러한 방식만 가지고는 그 수준을 유지·향상시키기 어렵다는 점을 추단할 만한 사정에 대한 아무런 주장·증명이 없다. 그런데도 원심이 이 사건 교향악단의 설립목적, 단원들의 위촉과정, 단원들 업무의 특성이나 그 전문성 등을 막연히 제시하면서 이 사건 공개전형이 이 사건 교향악단의 수준을 유지·향상시키기 위한 합리적인 방법이라고 단정한 것은 받아들이기 어렵다.

둘째로, 피고가 위촉기간이 만료되는 기존 단원들에 대해 재위촉 전형을 하지 않고 일제히 신규전형을 통해 단원을 선발할 목적으로 사전 동의 또는 협의 등의 절차를 거치지 않은 채 이 사건 공개전형을 실시한 것은 근로계약 갱신에 대한 원고들의 정당한 기대권을 전면적으로 배제하는 조치이다. 그런데 재위촉 절차와 관련한 이 사건 조례의 내용과 그 취지, 그간 재위촉 제도가 운영되어 온 실태, 원고들이 재위촉에 대하여 가지는 갱신 기대의 내용 및 2010. 11. 8. 개최된 예술단운영위원회 의결 내용 등을 살펴보더라도, 이 사건 조례나 시행규칙 등에 피고가 갱신기대권을 가지는 기존 단원에 대하여 일제 신규전형을 실시할 수 있다는 근거를 찾아볼 수 없다. 그러므로 피고로서는 그와 같은 조치를 취할 필요가 있다 하더라도 이 사건 조례나 시행규칙 등을 개정하는 등의 방법으로 그 근거를 마련하거나 또는 단원들과 사전 협의를 하는 등의 절차를 거침으로써 재위촉에 대한 원고들의 정당한 기대권을 존중하는 것이 옳다.

셋째로, 피고가 이 사건 공개전형 응시 자격을 ○○·◇◇지역에 거주하는 연주자로 제한한 것이 부당하다고 볼 수 없다는 원심판단 역시 받아들이기 어렵다. 기록에 의하면, 이 사건 예술단의 설치 목적은 시민의 정서함양 및 지역문화창달에 있다는 것이고(이 사건 조례 제1조), 단원들은 매주 월요일 오전 10시부터 오후 1시까지 1주 평균 3시간의 의무근무(연습) 시간이 부과되며, 이 사건 교향악단은 연 2회 정기공연 및 필요 시 특별공연을 한다는 것이다. 사정이 그와 같다면, 단원들의 주민등록상 주소지가 ○○·◇◇지역 외의 지역으로 되어 있다고 하여 이 사건 교향악단의 단원으로 활동하는데 어떠한 장애가 있다거나 그 설치 목적인 시민의 정서함양 및 지역문화 창달에 어떠한 어려움이 있다고 보기 어렵다. 만약 이 사건 교향악단의 설립 취지가 ○○시민들 중에서 단원을 선발하는 등의 방법으로 시민들의 예술 활동을 지원·장려하는 데 있다면 이 사건 조례에 그 근거규정을 두어 그와 같이 운영할 수 있을 것이다. 그러나 이 사건 교향악단의 설립취지가 그와 같지 않음에도 불구하고 피고가 이 사건 공개전형을 실시하면서 그 응시 자격을 주민등록상 특정 지역 거주자로 제한한 것은 국민의 거주이전의 자유 및 직업선택의 자유를 보장하여야 한다는 측면에서 보아도 합리적이고 공정한 절차라고 보기 어렵다.

6. 무기계약 전환기대권 관련 판례

가. 2016년 및 2017년 신입 아나운서 채용공고에 ‘향후 평가 등 甲 방송사 내부 기준에 따라 고용 형태 변경 가능’이라고 명시된 것은 예능 및 드라마 조연출 분야 등 甲 방송사가 계약직 근로자를 채용한 다른 업무 분야의 채용공고와 마찬가지로 해당 전형절차를 거쳐 채용한 계약직 근로자를 근무기간의 평가 결과에 따라 정규직으로 전환할 수 있다는 취지로 보이고, 실제로 甲 방송사는 2016사번 아나운서들과 예외 없이 재계약을 체결했으며, 甲 방송사의 인사규정 내용과 정규직 전환 실태를 고려하면 甲 방송사와 기간을 정하여 근로계약을 체결하고 아나운서로서 근무한 乙 등에게도 근무기간에 대한 평가 결과와 특별채용 절차의 전형 결과에 따라 일반직으로 전환될 가능성이 열려 있던 점, 甲 방송사 사장에게 직원 채용에 관하여 의견을 제시할 권한이 있는 아나운서국장이 乙 등에게 정규직 전환과 근로계약 갱신을 언급함으로써 乙 등에게 상당한 신뢰를 가지게 한 점 등을 종합하여 乙 등 가운데 2016사번은 정규직 전환에 대하여, 2017사번은 근로계약 갱신에 대하여 각각 정당한 기대권이 인정된다고 본 사례

【서울행정법원 2020. 3. 5. 선고 2019구합58*** 판결(234)】

甲 방송사가 2016년과 2017년에 계약기간을 1년으로 하고 평가에 따라 계약 연장이 가능하다는 내용의 신규 아나운서 채용을 공고하고 전형절차를 거쳐 2016년 6명, 2017년 5명을 각 선발하여 근로계약을 체결하였고 2016사번 6명과는 동일한 조건으로 위 근로계약을 연장하였는데, 2018년에 정규직 신입사원 채용공고를 하고 위 11명에게는 근로계약을 갱신하지 않고 특별채용 절차를 진행할 것을 통지함에 따라 모두 특별채용 절차에 참여하였으나 그중 한 명만 선발하고 나머지 아나운서들에게는 근로계약을 갱신하지 않겠다는 의사를 종국적으로 밝히자 乙 등 9명이 부당해고에 해당한다며 구제신청을 하였는바, 乙 등이 응시하여 선발된 2016년 및 2017년 신입 아나운서 채용공고에서만 채용구분을 계약직으로, 계약기간을 1년으로 명시하였고 甲 방송사가 乙 등과 체결한 근로계약에서도 마찬가지로 계약기간을 1년으로 정하고, 계약기간이 끝나면 다시 계약을 체결하지 아니하는 이상 해당 근로계약은 종료된다는 원칙을 밝히고 있는 점 등을 고려하면, 甲 방송사와 乙 등이 체결한 근로계약에 정해진 계약기간이 형식에 지나지 않는다고 볼 수는 없지만, 2016년 및 2017년 신입 아나운서 채용공고에 ‘향후 평가 등 甲 방송사 내부 기준에 따라 고용 형태 변경 가능’이라고 명시된 것은 예능 및 드라마 조연출 분야 등 甲 방송사가 계약직 근로자를 채용한 다른 업무 분야의 채용공고와 마찬가지로 해당 전형절차를 거쳐 채용한 계약직 근로자를 근무기간의 평가 결과에 따라 정규직으로 전환할 수 있다는 취지로 보이는 점, 실제로 甲 방송사는 2016사번 아나운서들과 예외 없이 재계약을 체결한 점, 甲 방송사의 인사규정 내용과 정규직 전환 실태를 고려하면 甲 방송사와 기간을 정하여 근로계약을 체결하고 아나운서로서 근무한 乙 등에게도 근무기간에 대한 평가 결과와 특별채용 절차의 전형 결과에 따라 일반직으로 전환될 가능성이 열려 있던 점, 甲 방송사 사장에게 직원 채용에 관하여 의견을 제시할 권한이 있는 아나운서국장이 乙 등에게 정규직 전환과 근로계약 갱신을 언급함으로써 乙 등에게 상당한 신뢰를 가지게 한 점 등을 종합하면, 乙 등 가운데 2016사번은 정규직 전환에 대하여, 2017사번은 근로계약 갱신에 대하여 각각 정당한 기대권이 인정되고, 乙 등에 대한 특별채용 절차는 甲 방송사 인사규정에서 정한 절차에 따라 이루어지지 않았으므로 그 결과에 따라 甲 방송사가 乙 등에 대하여 정규직 전환 또는 근로계약 갱신을 거절한 것은 합리적 이유가 없어 효력이 없다.

나. 근로계약서에 근로계약기간 만료 이전에 정규직원의 발령 또는 정식발령이 있는 경우 그 발령일 전일자로 참가인이 퇴직하는 것으로 명시되어 있는 점, 결원을 대체하기 위한 교육공무직은 무기계약직으로 전환된 사례가 없는 점, 그 채용이 한시적인 것임을 인식할 수 있었던 점 등을 들어 근로계약이 갱신되거나 무기계약직으로 전환될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정된다고 보기 어렵다고 한 사례

【서울고등법원 2018. 3. 30. 선고 2017누71*** 판결¹²³⁵⁾】

참가인이 종사한 특수교육실무원과 특수통학실무원은 원칙적으로 무기계약직으로 채용하여야 하는 직종에 해당하는 점, 근로계약서에 근로계약기간 만료 이전에 정규직원의 발령 또는 정식발령이 있는 경우 그 발령일 전일자로 참가인이 퇴직하는 것으로 명시되어 있는 점, 참가인과 같이 결원을 대체하기 위한 교육공무직은 무기계약직으로 전환된 사례가 없는 점, 참가인은 스스로 결원을 대체하기 위한 인력으로서 정규직원이 배치되는 경우 퇴직하여야 한다는 점, 즉 참가인의 채용이 한시적인 것임을 인식할 수 있었던 점 등을 종합하여 보면, 참가인에게 근로계약기간의 만료에도 불구하고 근로계약이 갱신되거나 무기계약직으로 전환될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정된다고 보기 어렵다.

다. 사용자가 IT경력자에 대한 일반 계약직 전문직원 채용공고를 하면서 “1년 단위로 계약하고 전체 계약 기간 2년이 도래하는 시점에서 업무성과(근무성적평가 결과 포함) 등을 종합적으로 심사하여 정규직(종합기획직원 전문직렬)으로 전환하거나 계약을 종료한다”라고 명시한 사실과 근로계약을 체결하면서 근로자가 “1. 전문직렬로의 전환은 최초 근무계약 체결 후 계속 근무한 기간이 2년에 도달하는 시기에 원고가 심사하여 결정한다.”는 확인서를 작성한 사실, 그리고 사용자의 ‘인사관리규정’과 ‘계약직 전문위원 인력운용기준’에 계약직 전문위원의 정규직 전환 시기 및 요건 등이 마련되어 있고, 과거에도 2년의 계약기간이 만료되는 근로자들에 대하여 정규직 전환을 인정한 사례가 있는 점 등을 무기계약 전환기대권 성립을 긍정하는 사정으로 본 사례

【서울고등법원 2016. 12. 1. 선고 2016누48340 판결¹²³⁶⁾】

정규직 전환에 관하여 원고가 공고한 ‘IT인력 채용 안내’와 원고와 참가인의 최초 근로계약 체결 당시 원고가 참가인에게 작성하도록 한 확인서에 기재된 내용 및 원고의 인사관리규정 제50조 제2항의 내용과 앞서 본 원고의 계약직 전문위원 인력운용기준 안내의 내용, 그리고 2005년부터 2015년까지 2년의 계약기간이 만료되는 근로자들에 대한 정규직 전환 현황 등을 고려하면 참가인의 2년의 계약기간이 만료될 무렵 원고에 의한 일정한 심사를 거쳐 정규직근로자로 전환될 수 있다는 기대권을 갖는다고 봄이 상당하다.

1234) 항소하지 않아 제1심에서 확정

1235) 대법원 2018. 7. 13.자 2018두41*** 판결 심리불속행 확정

1236) 대법원 2017. 3. 30.자 2016두64*** 판결 심리불속행 확정

7. 사용기간제한의 예외 관련 판례

7.1 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우

가. 기간제법 제4조의 전체적인 체계 및 내용, 취지에 비추어 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우에는 2년을 초과한 기간제근로가 가능하다고 해석될 뿐, **사전에 계약기간이 정해져 있음에도 실제로 사업이 완료되거나 특정한 업무가 완성될 때까지 계속하여 고용을 보장해야 한다는 의미로까지 확대해석할 수 없다**고 봄

【서울고등법원 2013. 6. 20. 선고 2012누34*** 판결】

이 사건 각 근로계약에서 기간을 정한 것이 형식에 불과하다고 볼 수 없고, 이 사건 각 근로계약은 기간제법 제4조 제1항 단서 제1호 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’에 해당된다고 봄이 상당하다. 따라서 이와 다른 전제에선 이 부분 원고 주장은 모두 이유 없다.

① 원고가 제출한 자료를 모두 살펴보아도 이 사건 각 근로계약 당시 참가인이 원고에게 무기계약 내지 정규직 전환을 약정한 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 객관적인 증거가 없다.

② 참가인은 2007. 4. 지하철 석면에 대한 전반적인 문제 제기로 117개 역 및 5개 차량기지 전반에 대하여 석면사용 실태조사 및 석면지도 작성, 현장시료채취, 분석 등의 업무를 위하여 원고를 전문계약직으로 고용하였다.

당시 석면관리업무의 사업기간은 2007. 8. 27.부터 3년간으로 명시되어 3년 이내에 석면관리업무를 완료하도록 예정되어 있었다. 다만, 그 기간 내에 석면관리업무(주로 석면흡음흡음뿔채 해체·제거(안정화 사업포함) 사업으로서 당초 근로계약에서 정한 석면사용 실태조사에 따른 후속조치로서 당초 근로계약의 석면관리사업과 밀접한 일련의 업무에 해당된다)를 완료하지 못하여 사업기간이 최종적으로 2014.까지 연장됨으로써 그 무렵 그 업무를 종료할 것으로 예정되어 있었다.

③ 비록 석면관리업무가 당초 근로계약에서 밝힌 기간보다 연장되기는 하였으나, 연장된 기간 또한 정해져 있었다. 기록상 참가인이 기간제법 제4조 제1항 단서를 악용할 의도로 당초 근로계약을 축소하여 설정하였다고 볼 만한 자료가 없다. 오히려 2008. 9.경 주무관청인 환경부의 5년 계획에 걸친 지하철 역사에 대한 단계적 석면 철거계획과 예산확보 지체(1, 2차 연장계약에 첨부된 과업지시서에 예산 확보에 따라 다소 시기조정이 있을 수 있다고 명기되어 있고, 그에 따라 사업기간이 연장된 것으로 보인다)등 복합적인 원인으로 사업기간이 연장된 것으로 보일 뿐이다.

④ 원고는 2007. 8. 27. 고용되어 2년간 석면사용 실태조사, 석면지도 작성 등의 업무를 수행하였다. 이후 2회에 걸쳐 근로계약이 연장되면서 구체적인 업무범위가 명시된 과업지시서를 교부받았다. 위 과업지시서에 따르면, 원고는 석면흡음뿔채의 해체·제거 및 안정화공사 대상 역사에 대한 조사·분석·지도·감독 등의 업무를 수행하되, 그 과업범위는 원고의 계약기간(과업기간) 중 추진되는 사업으로 특정되었다. 위와 같이 원고는 계약기간 범위 내에서 특정한 업무를 수행할 것이 예정되어 있었다.

⑤ 원고와 참가인 사이에 체결된 3회의 근로계약서상에 기간제법 제4조 제1항 단서 제1호의 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’로서 기간제한의 예외에 해당하고, 근로계약이 종료된 이후 기간연장이나 정규직 채용을 요구할 수 없다는 내용이 명시되어 있었다.

원고는 이러한 내용을 충분히 인식하고 있었다고 할 것이고, 각 연장계약 당시 참가인에게 별다른 이의를 제기한 바는 없다. 그리고 원고가 각 근로계약 당시 작성하여 참가인에게 제출한 직무수행실적 보고서(을18의 1~3)에 따르면 원고가 각 근로계약에 따라 수행한 업무는 구체적으로 정하여져 있었고, 거의 대부분의 업무가 각 근로계약에서 정한 기간 내에 완료된 것으로 기재되어 있다.

⑥ 비록 참가인에게 산업안전보건법, 석면안전관리법 등 석면 관련법령에 따라 석면관리를 지속적으로 하여야 하는 일반적인 의무가 있고, 갑 6~8의 각 기재에 의하면, 실제 참가인이 이 사건 근로계약 종료 통보 이후에 일부 역사(연장계약상 과업대상 역사에 포함되지 않은 역사도 포함되어 있다)에 대하여 석면해제 및 제거 작업을 하거나 작업 예정할 계획에 있는 것으로 보이기는 한다.

그러나 이 사건 각 근로계약서의 담당 직무 내지 과업지시서의 과업내용과 원고의 직무수행실적 보고서의 기재내용을 비교·검토하여 보면, 이 사건 각 근로계약에서 정하고 있는 석면관리사업 내지 업무는 위 법령 등에서 정한 석면관리의 일반적인 사항에 관한 것이라기 보다는 석면실태 조사 및 그에 따른 특별관리역사 선정, 선정된 역사에 대한 석면함유흡음뿔채 해체·제거(안정화 포함) 사업이라는 특정한 사업 내지 업무를 대상으로 한 것이라 할 것이고, 원고가 제출한 자료(갑6)에 의하더라도 참가인측은 최종 연장된 2014년까지 석면제거 작업을 완료하기로 계획하고 있는 점에 비추어 보면, 앞서 원고가 지적하는 사정만으로 이 사건 각 근로계약의 석면관리사업이나 원고에게 부여된 과업이 최종연장된 기간이 지나더라도 객관적으로 완료 내지 완성될 수 없는 성질의 것으로서 그 업무 완성에 필요한 기간을 정할 수 없는 것이라 단정할 수 없다.

(2) 업무 미종료로 인한 부당해고 주장

원고는 자신의 경우가 기간제법 제4조 제1항 단서 제1호에 해당한다고 하더라도 원고가 부여받은 업무가 모두 종료되지 않았기 때문에 참가인이 원고와의 근로관계를 종료시킨 것은 부당해고라는 취지로 주장한다.

그러나 기간제법 제4조의 전체적인 체계 및 내용, 취지(사업완료나 특정업무 완성을 근로계약에서 정한 필요한 기간 내에 하지 못한 경우 근로계약을 정해진)에 비추어 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우에는 2년을 초과한 기간제 근로가 가능하다고 해석될 뿐, 이 사건과 같이 사전에 계약기간이 정해져 있음에도 실제로 사업이 완료되거나 특정한 업무가 완성될 때까지 계속하여 고용을 보장해야 한다는 의미로까지 확대해석할 수 없다.

제6장
기간제
근로계약
종료

나. 대법원은 기간제법 회피를 위하여 형식적으로 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 근로계약을 반복 갱신한 경우에는 기간제법 사용기간 제한 예외사유에 해당하지 않는다고 판단함

【서울행정법원 2017. 3. 24. 선고 2016구합71*** 판결¹²³⁷⁾】

원고는 자신이 수주하는 각종 공사의 시공관리 등 업무를 수행하도록 하기 위해 2년을 초과하여 참가인을 사용하면서 단지 기간제법 제4조 제2항의 적용을 회피하기 위하여 형식적으로 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 근로계약을 반복 갱신하여 체결한 것에 불과하므로 기간제법 제4조 제1항 단서 제1호에 따라 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’에 해당한다고 할 수 없다. …(중략)… 원고는 참가인이 자신이 기간제근로자 사용기간 제한의 예외에 해당하는 기간제근로자로서 근로계

약에서 정하는 근무기간이 종료된 이후 원고에게 근로계약기간의 연장이나 정규직 채용을 요구할 수 없다는 것을 충분히 인식하고 있었다고 주장하나, 근로자 개인의 인식이 기간제법상 효력에 어떠한 영향을 준다고 할 수 없을 뿐만 아니라 기간제법 제4조의 입법취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자 지위의 안정화라는 목표와 사용자가 경기 변동에 따라 고용량을 조절할 수 있는 노동시장의 유연성 제고라는 목표를 조화롭게 추구하기 위함이고 이러한 입법취지 등에 비추어 볼 때 기간제법 제4조 제2항은 강행규정이라고 할 것이어서 이에 반하는 근로계약상 원고와 참가인 사이의 합의는 효력이 없다.

【대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다255*** 판결¹²³⁸⁾】

다. …(중략)… 피고는 ‘남강 ○○지구 하천개수공사 전면책임감리용역’이 종결된 이후에도 피고가 수주하는 각종 건설공사의 감리용역 등을 수행하기 위하여 원고와 사이에 체결된 근로계약을 계속 유지하면서, 기간제법 제4조 제2항의 적용을 회피하기 위하여 형식적으로 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 근로계약을 반복갱신하여 체결하였다고 볼 여지가 많다.

① 2005. 7. 7.부터 2012. 7. 6.까지의 각 근로계약의 형식을 보면, 실제 원고가 근무하여야 할 감리용역현장의 근무기간이 아닌 1년 단위로 계약이 체결되었다. …(중략)…

④ 다수의 감리용역을 수주받아 상시적으로 위 업무를 수행하여야 하는 피고의 입장에서는 특정 용역현장에서의 사업이 완료되더라도 감리 업무를 수행할 수 있는 원고와의 근로계약을 계속 유지하여야 할 필요가 있었던 것으로 보인다. 피고는 심지어 원고가 특정 현장에서 근무를 하지 않은 기간 동안에도 원고에게 임금을 지급하였다. 또한 퇴직금 지급 시 원고를 채용한 2004. 7. 7.부터 피고가 원고의 퇴직일로 지정한 2014. 9. 30.까지 10년 3개월을 모두 계속근로기간으로 인정하여 주기도 하였다.

라. 그럼에도 원심은 이에 관하여 심리판단하지 아니한 채 그 판시와 같은 이유만으로, 원고와 피고가 체결한 각 근로계약이 기간제법 제4조 제1항 단서 제1호에 정한 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’에 해당한다고 판단하였다. 이러한 원심의 조치에는 기간제근로자에 대한 사용기간 제한 및 무기계약 근로자 전환간주에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

7.2 고령자고용촉진법 제2조 제1호의 규정에 의한 고령자와 근로계약을 체결하는 경우

가. 기간제법상 2년의 사용기간 제한규정 적용이 배제되는 ‘고령자와 계약을 체결하는 경우’는 계약기간 중 고령자가 된 경우를 의미하는 것이 아니라 근로계약의 체결 또는 갱신 시점에 고령자인 경우를 의미한다고 봄¹²³⁹⁾

1237) 서울고등법원 2017. 10. 11. 선고 2017누42*** 판결의 1심

1238) 파기환송심 진행 중(서울고등법원 2017나2011047 사건)

1239) 동 판결에서 근로자는 2008. 10. 1. 계약직으로 입사하여 행정지원팀장 업무를 담당하던 중 2011. 2. 28. 근로계약기간이 만료되어 총 2년 5개월을 근무한 자로 최초 계약 시와 두 번째 갱신계약 당시 만 55세가 되지 않았으므로 이미 무기계약근로자로 전환되었으며, 따라서 계약기간 만료를 이유로 한 근로관계 종료는 위법하다고 판단하였음

【서울고등법원 2012. 7. 18. 선고 2011누45*** 판결¹²⁴⁰⁾】

기간제법 제4조 제1항 단서 제4호는 「고령자고용촉진법」 제2조 제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우를 기간제법 제4조 제2항의 적용 제외 사유로 규정하고 있고, 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 제2조 제1호, 같은 법 시행령 제2조 제1항에는 만 55세 이상인 사람을 고령자로 규정하고 있다. 위 규정들을 종합하여 보면 사용자가 기간제 근로계약을 최초로 체결할 당시 근로자가 만 55세 이상인 경우 또는 기간제 근로계약을 갱신할 당시 근로자가 만 55세 이상이고 기존 근로기간이 2년 이하인 경우에 비로소 기간제법 제4조 제1항 단서 제4호에 해당되어 기간제법 제4조 제2항에 따른 무기근로자로의 전환이 배제되는 것으로 해석하는 것이 기간제법 제4조 제1항 단서 제4호의 문언에 부합할 뿐 아니라 기간제근로자의 보호라는 기간제법의 입법목적에도 합치된다.

이 사건에 관하여 보건대, 참가인이 2008. 10. 1.부터 2년을 초과하여 원고를 사용한 사실은 앞서 인정한 바와 같고, 원고가 참가인과 체결한 두 번째 근로계약기간 중인 2010. 3. 10.에 비로소 만55세가 된 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다. 따라서 최초 계약시와 두 번째 갱신계약 당시 만55세가 되지 않았던 원고의 경우 기간제법 제4조 제1항 단서 제4호에 해당되지 않으므로 같은 조 제2항에 따라 무기근로자로 전환된 것으로 판단된다.

나. 정년을 도과한 고령자와 기간제 근로계약을 체결하는 경우에도 갱신기대권이 인정될 수 있으며, 이 경우에 고려되어야 할 요소들을 제시한 바 있음

【대법원 2017. 2. 3. 선고 2016두50*** 판결】

...(전략)... 기간제법의 입법 취지가 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 근로조건 보호를 강화하기 위한 것임을 고려하면 기간제법 제4조 제1항 단서의 예외 사유에 해당한다는 이유만으로 갱신기대권에 관한 위 법리의 적용이 배제된다고 볼 수는 없다.

...(중략)... 앞서 본 갱신기대권 법리와 함께 기간제법 및 고령자고용법의 위 규정들의 입법취지와 사업장 내에서 정한 정년의 의미 및 정년 이후에 기간제 근로계약을 체결하는 근로계약 당사자의 일반적인 의사 등을 모두 고려하면, 정년을 이미 경과한 상태에서 기간제 근로계약을 체결한 경우에는 앞서 본 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 고령자 근무하는 실태 및 계약이 갱신되어 온 사례 등을 종합적으로 고려하여 근로계약 갱신에 관한 정당한 기대권이 인정되는지 여부를 판단하여야 한다.

제6장
기간제
근로계약
종료

* 2008. 10. 13. 근로계약 체결(2008. 10. 1. ~ 2009. 3. 31, 6개월)
2009. 1. 2. 근로계약 갱신(2009. 1. 1. ~ 2011. 2. 28, 2년 2개월)
2010. 3. 11. 근로자는 만 55세에 도달(생년월일: 1955. 3. 10.)
2010. 12. 29. 사용자는 ‘계약기간 만료에 따른 재임용 거부’ 통지
1240) 1심 판결(서울행정법원 2011. 12. 2. 선고 2011구합30*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 5. 22. 선고 2012두18*** 판결)에서 확정됨

7.3 전문적 지식 기술의 활용이 필요한 경우(전문국가자격을 소지하고 해당분야에 종사하는 경우)

가. 기간제법상 기간제근로자 사용기간 제한의 예외규정이 적용되는 전문직종 근로자의 경우에도 사용기간 상한의 제한이 없는 이상 근로자 보호의 필요성 역시 여전히 상존하므로 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성된 경우 갱신기대권을 인정함

【서울고등법원 2013. 7. 5. 선고 2012누39*** 판결¹²⁴¹⁾】

기간제법 제4조 제1항 본문과 제2항은 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용하는 경우 원칙적으로 그 기간제근로자를 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다고 규정하고 있다. 다만, 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호는 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 따라 기간제법 시행령 제3조 제1항 제1호는 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호로 위임한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유의 하나로 ‘박사 학위(외국에서 수여받은 박사 학위를 포함한다)를 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우’를 들고 있다.

이처럼 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우를 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유로 규정한 이유는, 이러한 전문직종 근로자는 일반적으로 임금 수준이 높고 사용자를 상대로 충분한 교섭력을 가지며 이직이 원활하게 이루어지는 등 사용기간 제한을 두지 않더라도 근로자의 지위가 열악해질 우려가 비교적 적기 때문이라고 할 수 있다.

그러나 전문직종 근로자라 하더라도 그 근로조건이 다양하고 차이가 있으며, 기간제 근로계약에 내재된 고용의 불안정과 근로조건의 차별이라는 문제점과, 사용자가 기간제 근로계약의 반복적 갱신을 통하여 근로기준법상의 해고 제한 규제를 회피하고 상시고용을 대체할 수 있는 위험성은 전문직종 근로자에게도 마찬가지로 존재하고, 사용기간 상한의 제한이 없는 이상 근로자 보호의 필요성 역시 여전히 상존한다.

따라서 기간제법상 기간제근로자 사용기간 제한의 예외규정이 적용되는 전문직종 근로자의 경우에 있어서도, 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 없다고 봄이 상당하다.

나. 채용공고 또는 근로계약 체결의 조건으로 박사학위를 자격요건으로 요구하지 않았고, 주된 업무가 박사학위와는 큰 관련이 없으며 박사학위 취득으로 인한 자격수당 등의 보상도 받지 않은 경우에는 업무수행에 박사학위소지자의 전문적 지식·기술 활용이 필요한 것으로 보이지는 않으므로 박사학위를 소지한 근로자를 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호에 해당하는 근로자라고 보지 않음

1241) 대법원(대법원 2013. 11. 15.자 2013두16*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2015. 1. 15. 선고 2014누44*** 판결¹²⁴²⁾】

기간제법 시행령 제3조 제1항 제1호는 ‘박사 학위(외국에서 수여받은 박사 학위를 포함한다)를 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우’를 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호에서 규정하는 사유의 하나로 규정하고 있으며, 기간제법 제4조 제2항은 ‘사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다’라고 규정하고 있는바, 참가인이 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호의 전문직 특례에 해당하여 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외에 해당하는지 살피건대, 앞서 인정한 사실 및 갑 제1, 5호증, 을나 제4, 5, 8, 10호증의 각 기재와 변론전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고는 원목 초빙 공고에서 박사 학위를 자격요건으로 요구하지 않았고, 박사 학위는 근로계약 체결의 조건도 아니었으며 참가인도 원고 법인에 처음 입사할 당시 박사 학위를 소지하고 있지 않았던 점, ② 원고의 주된 업무는 행정업무로 원고가 소지한 박사학위인 신학(설교학)과 관련된 업무는 일시적·부수적인 것으로 보이고, 원고가 근로계약기간 중에 박사학위를 새로 취득함으로 인해 자격수당 등의 보상을 원고로부터 추가로 받지는 않은 점, ③ 원고 또한 원목 역할을 수행하는데 있어 박사학위를 반드시 갖추어야 하는 것은 아니라고 인정하고 있는 점, ④ 이러한 사정 등에 비추어 보면 원목의 업무수행에 신학(설교학) 박사학위소지자의 전문적 지식·기술 활용이 필요한 것으로 보이지는 않는 점, ⑤ 기간제근로자 사용의 남용을 방지하려는 법률의 원래 취지에 비추어 전문직의 경우 자신이 갖는 능력을 기업 측에 제공하는 입장에서 충분한 교섭력을 확보하고 있어 2년을 초과하는 장기간의 계약기간을 설정하여도 무리가 없다거나 의사·변호사 등 전문성과 직업능력이 높은 전문 직종은 기간제법을 통해 보호할 필요성과 당위성이 상대적으로 낮다는 점 등이 전문직 특례를 인정한 취지로서 제시되고 있는데, 앞서 인정한 사정에 비추어 참가인의 경우까지 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외로 보는 것은 위와 같은 전문직 특례의 인정 취지에 부합하지 않고 오히려 박사 학위를 소지하지 않고 같은 업무를 수행하는 근로자와 참가인을 아무런 근거 없이 차별하는 것이 되어 형평에 반하는 해석이 된다는 점에 비추어, 참가인의 박사학위가 원목으로서 직무수행에 어느 정도 도움이 될 수 있는 것으로 보이는 점을 고려하더라도 참가인이 기간제법 제4조 제1항 제5호에 해당한다고 볼 수는 없다. 따라서 이를 전제로 한 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

제6장
기간제
근로계약
종료

다. 박사학위가 채용조건에 있어 다른 기관에서의 연구(행정)경력 중 일부를 면제하는 조건일 뿐, 채용의 전제조건이 된다고 보기 어렵고 실제 직원을 채용함에 있어 **박사학위가 없는 자도 채용하는 경우**, 근로자가 박사학위를 소지하고 그 전문지식을 직무에 활용하였다고 하더라도 기간제법 사용기간 제한의 예외사유에 해당하지 않는다고 봄

【서울행정법원 2014. 2. 14. 선고 2013구합53*** 판결¹²⁴³⁾】

기간제법 제4조 제1항 단서 제5호는 ‘전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·산업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우’를 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외로 규정하고 있고, 기간제법 시행령 제3조 제1항 제1호는 ‘박사 학위(외

1242) 동 사건은 현재 대법원에서 소송 계속 중임

국에서 수여받은 박사 학위를 포함한다)를 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우'를 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호에서 규정하는 사유의 하나로 규정하고 있으며, 기간제법 제4조 제2항은 '사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다'고 규정하고 있다. 위 규정에서 '박사 학위를 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우'의 의미는 문언상 '박사 학위를 소지하고 해당 전문지식을 근로자의 직무에 활용하는 경우'를 의미한다고 할 것이고, 위와 같은 전문직 특례를 인정한 이유는 ① 2년이 지난 시점에서도 기업이 그 전문성이 계속 필요한지 여부나 그 전문성을 근로자가 계속 유지할 수 있는지 여부의 판단이 쉽지 않을 수 있어 2년 후 무기근로계약으로 간주하기보다는 고용을 유연하게 할 필요가 있고, ② 그렇게 해도 이러한 전문직종은 사용자를 상대로 충분한 교섭력을 가지기 때문에 기간제한을 통해 보호할 필요성과 당위성이 상대적으로 낮고, 기간제 사용의 남용이 우려되지 않는다는 점이 제시되고 있다. 그러나 위 규정이 오로지 박사 학위를 소지하고 있다는 이유만으로 다른 근로자들에 비해 차별을 받아도 된다는 것을 의미하는 것은 아니라고 할 것인데, 앞서 본 바와 같이 '박사학위를 소지하고 해당 전문지식을 근로자의 직무에 활용하는 경우'이지만 하면 기간제법 제4조 제1항 단서에 해당되어 기간제법 제4조 제2항의 보호를 받을 수 없다고 보게 되는 경우 동일한 업무를 수행하는 근로자라도 박사 학위 소지자와 그렇지 않은 자를 아무런 근거 없이 차별하는 것이 되어 형평에 반하는 해석이 된다. 따라서 기간제법 시행령 제3조 제1항 제1호는 앞서 본 요건 외에도 '직무 내용, 전문성 및 업무 난이도 등을 고려하여 해당 분야 박사 학위 소지를 근로계약 체결의 조건으로 삼았거나 이에 준하는 경우(예를 들면 박사 학위 소지를 근로계약 체결의 전제조건으로 삼지는 않았지만 근로계약 체결에 있어 박사 학위 소지에 상당한 가점을 부여하는 등으로 사실상 박사 학위 소지자가 아닌 한 근로계약이 체결될 수 없는 경우)'라는 사정이 있는 경우에 적용될 수 있다고 좁게 해석해야 할 것이다(또한 이와 같이 박사 학위 소지를 근로계약 체결 단계에서 요구되는 경우로 좁혀서 해석하지 않으면 근로계약 체결 후 박사 학위를 취득하게 된 경우 원래 기간제법 제4조 제2항이 적용될 수 있던 기간제 근로관계가 사후적으로 그 적용이 배제되도록 바뀔 수 있다는 해석이 가능해진다는 점에서도 불합리하다).

위와 같은 법리에 따라 이 사건에 관하여 보건대, 앞서 든 사실 및 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 원고의 2009. 8. 28.자 계약직 공개모집 공고에서 참가인이 채용된 3급(책임급)의 경우 '박사 학위 취득 후 3년 이상·석사 학위 취득 후 6년 이상·학사 학위 취득 후 8년 이상 국가기관, 준정부기관, 대학, 연구기관, 기타 유관기관에서 관련 분야에 대한 연구(행정)경력을 가진 자'를 자격 기준으로 하고 있어 박사 학위가 채용 조건에 있어 다른 기관에서의 연구(행정)경력 중 일부를 면제하는 조건일 뿐, 채용의 전제조건이 된다고 보기 어려운 점, 실제 원고가 3급(책임급) 직원을 채용함에 있어 박사 학위를 가지지 않은 자도 채용한 점 등에 비추어 보면 설령 참가인이 박사 학위를 소지하고 그 전문지식을 직무에 활용하였다고 하더라도 참가인에게 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호, 기간제법 시행령 제3조 제1항 제1호의 사유가 있다고 볼 수 없고, 참가인이 원고 법인에서 계속 근무한 기간이 2년을 초과하는 사실은 명백하므로 참가인은 기간제법 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 되었다 할 것이다.

1243) 동 사건은 2심판결(서울고등법원 2015. 1. 14. 선고 2014누44*** 판결)을 거쳐 대법원(대법원 2015. 4. 23.자 2015두36*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

7.4 정부의 복지정책·실업대책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우

가. 기간제법 제4조 제1항 단서의 구 고령자고용촉진법이 정한 고령자에 해당하고 정부의 복지정책·실업정책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우라고 하더라도, 이는 근로자에게 계약갱신기대권이 인정됨을 전제로 그 계약기간이 2년을 초과하여 갱신될 수 있다는 취지이지 위 단서조항에 해당할 경우 언제나 2년을 초과하여 계약이 갱신되어야 한다는 취지는 아니라고 봄

【서울고등법원 2012. 2. 16. 선고 2011누29*** 판결¹²⁴⁴⁾】

참가인은 고용노동부 산하 지방노동청과 사이에 ‘사회적 일자리 창출사업 지원약정’을 체결하고서 ○○○이라는 인채물 제작업체를 운영해 왔는데, 위 약정상 노동청의 정기적인 재심사에서 탈락할 경우 사업운영이 어려워 근로자들의 고용이 어려울 수 있는 상황에 있었던 사실, 참가인은 이러한 사업 특성상 근로자들과 단기간의 근로계약을 체결해 왔고, 근로계약이 종료된 근로자들 중에는 중도 탈락자를 선정하여 재계약을 하지 않았으며, 원고도 기존에 참가인에게 고용되어 있던 중도탈락자를 대신하여 고용되었던 사실, 원고는 당초 계약기간을 2008. 10. 1.부터 2009. 7. 28.까지로 하여 참가인과 근로계약을 체결하였고, 그 후 임금을 인상하여 동일한 근로기간 내에 속한 2009. 1. 1.부터 2009. 7. 15.까지로 그 계약기간을 변경한 근로계약을 체결하였던 사실, 참가인이 ○○○의 사업장 이전으로 기존의 ○○지방노동청 대신 □□지방노동청과 ‘사회적 일자리 창출사업 지원약정’을 체결함으로써 원고도 다시 2009. 7. 16.부터 2009. 12. 31.까지로 계약기간을 정한 근로계약을 체결하였던 사실, 참가인의 취업규칙이나 원고와의 근로계약서상 계약갱신의 요건이나 절차 등 계약갱신에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않은 사실, 원고는 인채물 제작 수주를 위한 영업활동을 주로 하였지만 근로기간 동안 뚜렷한 영업실적을 올린 적이 없었던 사실 등을 인정할 수 있다.

앞서의 기준에 위 인정사실들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정, 즉 원고와 참가인 사이의 근로계약의 체결경위나 그 내용, 원고의 근로기간은 1년 3개월에 불과하고 실질적으로 1차례만 갱신되었던 점, 원고의 업무상황 등을 비추어 보면, 원고에게 계약갱신기대권이 인정되기 어렵고, 원고가 기간제법 제4조 제1항 단서상의 구 고령자고용촉진법이 정한 고령자에 해당하고 참가인이 정부의 복지정책·실업정책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우라고 하더라도, 이는 모두 원고에게 계약갱신기대권이 인정됨을 전제로 그 계약기간이 2년을 초과하여 갱신될 수 있다는 취지이지 위 단서조항에 해당할 경우 언제나 2년을 초과하여 계약이 갱신되어야 한다는 취지는 아니므로, 위 기간제법상의 단서조항을 근거로 한 원고의 주장은 받아들이기 어렵다.

제6장
기간제
근로계약
종료

나. ‘공공도서관 개관시간 연장사업’은 일자리 창출을 주된 목적의 하나로 추진된 것으로 기간제법의 제4조 제1항 단서 제5호, 기간제법 시행령 제3조 제2항 제1호로 정한 ‘복지정책·실업대책 등에 따라 사회적으로 필요한 서비스 제공을 위하여 일자리를 제공하는 경우’에 해당하여 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유가 존재하므로 근로자가 2년을 초과하여 근무하여도 무기계약직으로 전환되지 않는다고 봄

1244) 대법원(대법원 2012두8670)에서 상고장 각하로 확정됨

【대법원 2012. 12. 26. 선고 2012두18*** 판결】

참가인은 서류전형 및 면접시험의 공개채용 절차를 거쳐 선발된 원고와 2008. 1. 계약기간을 1년으로 정한 근로계약을 체결한 후 2009년과 2010년에도 매년 같은 절차를 통해 원고와 1년의 기간제 근로계약을 체결하였다. 참가인은 2010. 12. 3. 원고에게 2010. 12. 31.자로 근로계약이 해지됨을 통보하였다. 원고는 2011년도 기간제근로자 채용시험에 응시하였으나 면접시험 점수가 낮아 채용되지 않았다. 원고는 1년의 계약기간이 만료될 때마다 참가인으로 부터 퇴직금을 받았다.

3. 앞서 본 관계 법령과 법리에 비추어 위와 같은 사실관계를 통해 알 수 있는 다음 사정, 즉 ① 참가인이 국고보조를 받아 실시한 공공도서관 개관시간 연장사업은 그 서비스 이용 주체인 시민의 정서를 함양하고 문화수준을 높이기 위한 사회서비스 확충 뿐만 아니라, 연장 개관에 필요한 인력을 채용함으로써 일자리 창출을 주된 목적의 하나로 추진된 것인 점, ② 이로 말미암아 참가인은 감사원로부터 사회서비스 일자리창출 사업 추진실태에 대한 감사를 받기도 한 점, ③ 참가인이 시행한 위 사업은 국고보조금 지원을 전제로 한 것으로 그 지원이 중단될 경우 지속될 수 없는 내재적 한계를 가진 점 등을 종합하면, 참가인이 원고를 기간제근로자로 채용한 것은 법 제4조 제1항 단서 제5호, 법 시행령 제3조 제2항 제1호로 정한 ‘복지정책·실업대책 등에 따라 사회적으로 필요한 서비스 제공을 위하여 일자리를 제공하는 경우’에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 참가인이 원고를 기간제근로자로 사용하는 데에는 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유가 존재한다.

다. ‘방과후학교 학부모 코디네이터 사업’은 교육서비스 분야 ‘**학부모 일자리 창출을 통한 경제위기 극복에 기여**’를 하나의 목적으로 추진되었던 것으로 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호, 기간제법 시행령 제3조 제2항 제1호로 정한 ‘복지정책·실업대책 등에 따라 사회적으로 필요한 서비스 제공을 위하여 일자리를 제공하는 경우’에 해당하여 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유가 존재하고 기간제법 제4조 제2항의 무기계약 근로자로 간주되지 않는다고 보는 한편 계약체결의 경위와 방식, 계약서, 담당업무 등을 종합 고려하였을 때 근로자들에게 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되었다고 보기 어렵다고 봄

【대법원 2016. 8. 18. 선고 2014다211*** 판결¹²⁴⁵⁾】

(2) 앞서 본 관계 법령과 법리 및 위와 같은 사실관계에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉 ① 이 사건 사업은 교육서비스 분야 일자리 창출 및 확대와 경제위기 심화 대비 실업극복 희망 만들기 대책 추진계획의 일환으로 ‘학부모 일자리 창출을 통한 경제위기 극복에 기여’를 하나의 목적으로 추진되었던 점, ② 당초 교육과학기술부가 이 사건 사업을 시행할 당시 특별교부금을 한시적으로 2년간 지급하고, 그 이후부터는 각 시·도교육청이 사업의 지속 추진 여부를 결정하도록 하게 하는 등 이 사건 사업은 일자리 창출을 위한 일시적·한시적 성격의 사업이라는 측면이 있는 점, ③ 방과후학교 학부모 코디네이터의 역할이나 업무 내용은 보조적이고 협력적인 성격의 것으로서 그 업무가 상시적으로나 필수적으로 수행되어야 할 성질의 것은 아닌 점, ④ 이 사건 사업은 100% 국고보조를 통해 시행되었고, 이로 말미암아 피고는 방과후학교 관련 일자리 점검을 위한 자료, 특별교부금 집행결과 내역을 제출하는 등 교육과학기술부의 관리·감독을 받기도 한 점, ⑤ 이 사건 사업은 국고보조금 지

원을 전제로 한 것으로서 특별교부금 교부가 중단된 2012년도부터는 다수의 시·도교육청이 이 사건 사업을 종료하는 등 국가보조금 지원이 중단될 경우 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 지속될 수 없는 내재적 한계를 가진 점, ⑥ 이 사건 사업의 경우 방과후학교 학부로 코디네이터의 자격요건으로 '학부모로서 고학력 전업주부'도 포함되어 있는바, 이는 「고용정책기본법」 제6조 제1항 제5호의 '비경제활동 인구의 노동시장 참여 촉진에 관한 사항'에 해당할 여지가 있는 점 등을 종합하면, 피고가 원고들을 기간제근로자로 채용한 것은 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호, 기간제법 시행령 제3조 제2항 제1호로 정한 '복지정책·실업대책 등에 따라 사회적으로 필요한 서비스 제공을 위하여 일자리를 제공하는 경우'에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 피고가 원고들을 기간제근로자로 사용하는 데에는 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유가 존재한다.

(3) 그럼에도 원심이 그 판시와 같은 이유만으로 이 사건 각 채용계약에는 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유가 존재하지 않는다고 판단하였는바, 이는 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호, 기간제법 시행령 제3조 제2항 제1호로 정한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유에 관한 법리를 오해하여 판단을 그르친 것이다.

라. 교육청의 '다문화언어강사사업'에 따라 다문화언어강사로 채용된 근로자에 대하여 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호 및 동법 시행령 제3조 제2항 제1호(「고용정책기본법」, 「고용기본법」 등 다른 법령에 따라 국민의 직업능력 개발, 취업 촉진 및 사회적으로 필요한 서비스 제공 등을 위하여 일자리를 제공하는 경우)에 해당된다고 보아 근로기간의 총합이 2년을 초과하더라도 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 되지는 않는다고 판단함

【서울행정법원 2016. 11. 10. 선고 2015구합82*** 판결¹²⁴⁵⁾】

① 이 사건 각 근로계약을 포함하여 원고와 참가인들이 근로계약을 체결하는 바탕이 된 이 사건 사업은 다문화가족 구성원이 안정적인 가족생활을 영위할 수 있도록 함을 목적으로 하는 다문화가족 지원법에 근거하여 다문화가족에 대한 복지 정책의 일환으로 추진·시행된 것으로 보이는 점, ② 실제로 교육과학기술부는 다문화가정의 학부모를 다문화언어강사로 양성·활용하는 것도 이 사업을 추진하는 목표 중 하나로 삼고 있었던 것으로 보이며, 원고 역시 이 사건 사업을 통하여 다문화가정 학생에 대한 교육 지원 외에도 다문화가정의 여성들에게 삶의 기반을 제공하고 다문화 가정의 부모들에게 고용을 창출하려는 목적도 가지고 있었던 것으로 보이는 점, ③ 이에 따라 원고는 다문화언어강사 양성에 지원할 수 있는 자격을 갖춘 이민자로 한정함으로써, 실제로 다문화가정의 부모들만이 다문화언어강사로 채용될 수 있도록 이 사건 사업을 운용하였던 점, ④ 앞에서 살펴본 바와 같이 원고와 참가인들 간에 체결된 근로계약은 …(중략)… '이 사건 사업이 완료·폐지된 때'를 명시적인 해지 사유로 규정하는 등 일시적·한시적 성격을 가지고 있을 뿐만 아니라, 그에 따른 참가인들의 업무 역시 대부분은 담당 교사의 수업을 보조하거나 담임 교사와 협력하여 또는 그 지도를 받아 수행하는 것이어서 참가인들의 역할이나 업무 내용이 보조적·협력적 성격에 그치므로 그 업무가 상시적·필수적으로 수행되어야 할 성질의 것이라고 보기는 어려운 점, ⑤ 위와 같이 일정한 자격을 갖춘 다문화가정의

1245) 파기환송심에서 확정(부산고등법원 2017. 3. 22. 선고 2016나55*** 판결)

여성들·부모들을 대상으로 하여 다문화언어강사로 채용하는 것은 고용정책기본법 제6조 제1항 제5호에서 말하는 '비경제활동 인구의 노동시장 참여 촉진에 관한 사항'에 해당할 여지가 있는 점 등을 종합하면, 이 사건 각 근로계약을 포함하여 원고와 참가인들이 체결한 근로계약은 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호, 같은법 시행령 제3조 제2항 제1호에서 정하는 '정부의 복지 정책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 다른 법령에 따라 취업 촉진 및 사회적으로 필요한 서비스 제공 등을 위하여 일 자리를 제공하는 경우'에 체결된 근로계약에 해당한다고 봄이 타당하다(대법원 2016. 8. 18. 선고 2014다211*** 판결 참조).

7.5 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우

가. 체육지도자는 그 전문성이 계속 필요한지 여부 등에 대한 판단이 쉽지 않으므로 고용을 유연하게 할 필요가 있고, 학생들의 실력 향상을 위해 더 나은 지도자와 근로계약을 체결할 수도 있어야 할 것으로 보이는 점 등을 고려하여 2년을 초과하여 근로하게 한 것이므로 **체육지도자로서 종사하는 자에 대하여 기간제법 시행 이후 체결된 근로계약의 경우에는 근로계약 갱신에 대한 기대권을 인정하기가 상대적으로 어렵다고 봄**

【서울행정법원 2014. 4. 10. 선고 2013구합58*** 판결】

기간제법이 시행되면서 총 근로기간이 2년을 초과하는 기간제근로자는 기간제법 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로자의 지위를 인정받게 되지만 기간제법 제4조 제1항 단서는 각 호에 해당하는 경우에는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 항 제6호는 '그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우'를 기간제근로자로 사용할 수 있는 예외사유로 들고 있다. 기간제법 시행령 제3조 제3항 및 같은 항 제7호에 의하면 기간제법 제4조 제1항 제6호에서 '대통령령이 정하는 경우'에 '국민체육진흥법 제2조 제6호에 따른 체육지도자 업무에 종사하는 경우'가 포함된다. 한편 국민체육진흥법 제2조 제6호는 체육지도자에 대하여 '학교·직장·지역사회 또는 체육단체 등에서 체육을 지도하는 자로서 학교 체육교사, 생활체육 지도자, 경기 지도자 등을 말한다'고 규정하고 있다. 이와 같은 법령의 내용에 비추어 보면, 원고는 축구 감독으로서 이 사건 대학에서 축구를 지도하는 것을 주된 업무로 하는 참가인을 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있다. 학교의 입장에서 체육을 지도하는 자의 전문성이 계속 필요한 지 여부 등에 대한 판단이 쉽지 않으므로 고용을 유연하게 할 필요가 있는 점, 체육 지도자의 경우 실령 현재 학생들을 지도하는 업무를 적정하게 수행하고 있다고 하더라도 학생들의 실력 향상을 위해 더 나은 지도자와 근로계약을 체결할 수도 있어야 할 것으로 보이는 점 등을 고려하여 이와 같이 체육 지도자에 대하여 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있도록 한 것으로 보인다. 이러한 사정들을 고려하면, 체육지도자로서 종사하는 자에 대하여 기간제법 시행 이후 체결된 근로계약의 경우에는 근로계약 갱신에 대한 기대권을 인정하기가 상대적으로 훨씬 어렵다.

1246) 대법원 2017. 8. 18.자 2017두44*** 판결(심리불속행 기각)의 1심 판결

나. 4주 동안을 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만으로 뚜렷하게 짧은 단시간근로자인 경우에는 2년을 초과하여 근무하더라도 무기한 근로자로 되는 기간제법 조항이 적용되지 않는다고 봄¹²⁴⁷⁾

【서울고등법원 2013. 1. 9. 선고 2012누9*** 판결】

참가인의 근로계약기간은 2010. 9. 1. 묵시적으로 갱신되어 2011. 8. 31.까지로 되었다고 보아야 하는데 어학교육원장이 2010. 10. 7. 일방적으로 그 근로계약을 종료시키는 이 사건 통보를 한 것이므로 이는 해고에 해당한다(한편 중앙노동위원회는 참가인이 2년을 넘게 근로관계를 지속하였으므로 기간제법에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 되었다고 판단하고 있으나, 기간제법 제2조, 제4조 제1항 제6호, 같은 법 시행령 제3조 제3항 제6호, 근로기준법 제2조 제1항 제7호, 제18조 제3항에 의하면, 단시간근로자 즉 1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자 중에서 특히 4주 동안을 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 뚜렷하게 짧은 단시간근로자인 경우에는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 예외를 두고 있다. 그런데 갑 2, 3호증의 기재에 의하면 이 사건 어학원에서 근무하는 강사 중 근로계약을 작성한 정식의 외래강사의 경우 소정근로시간이 주당 30시간 이상으로 인정되는 반면, 참가인의 경우에는 2년의 근로기간이 만료될 무렵의 4주간 주당 평균근로시간이 10시간에 불과하였을 뿐 아니라 근로기간 전체를 통틀어 보더라도 4주 동안 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 정식의 외래강사에 비해 뚜렷하게 짧음을 알 수 있다. 따라서 참가인은 위와 같은 예외에서 정하고 있는 단시간근로자에 해당하여 2년을 초과하더라도 무기한 근로자로 되는 기간제법 조항이 적용되지 않는다고 봄이 옳다).

다. 기간제법 제4조 제1항 단서 제6호와 기간제법 시행령 제3조 제3항 제6호에서 정한 단시간근로자로 기간제 근로계약을 체결하였다가 해당 근로관계가 종료된 이후에 새로이 기간제법 제4조 제1항 단서에 해당되지 않는 일반 기간제 근로계약을 체결한 경우에는 단시간근로자로 근무한 기간은 기간제법 제4조 제2항의 ‘2년’에 포함되지 않는다고 봄

【대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다2*** 판결】

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’이라 한다) 제4조는 제1항에서 ‘사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속 근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다’고 규정하면서 그 단서에서 제1호 내지 제6호로 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 예외를 정하고 있고, 제2항에서는 ‘사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기

제 6 장
기간제
근로계약
종료

1247) 동 판결은 국립대학교 산하 어학교육원의 시간강사의 사례였으나, 대학교 시간강사의 퇴직금 관련 판례(광주지방법원 2015. 1. 30. 선고 2014나52*** 판결)[동 사건은 대법원 (대법원 2015. 6. 23.자 2015다209*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]에서는 실제 강의시간은 퇴직금 지급 적용이 없는 4주간 평균한 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만이나 강의준비를 위한 연구와 자료수집, 수강생의 평가 및 그와 관련한 학사행정업무 처리 등에 상당한 시간이 소요되어 그 근로시간을 강의시간만으로 한정할 수 없다고 보기도 하였음

간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다'고 규정하고 있다.

원심은 채택 증거에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고가 피고와 사이에 체결한 4차례의 근로계약에 따라 응급구조사로 근무한 총기간 중 2009. 2. 10.까지는 시간제 경마직으로서 기간제법 제4조 제1항 단서 제6호에 정한 단시간근로자였고, 한편 그 후에는 시간제 경마직과 근로조건이 다른 상근계약직이었는데, 기간제법 제4조 제2항의 '2년'에는 단시간근로자로 근무한 기간은 포함되지 않는다고 보아야 하고 원고가 2009. 2. 11.부터 근무한 기간이 2년을 초과하지 않으므로, 원고를 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 볼 수 없다고 판단하였다.

기간제법 제4조 제1항 단서 제6호와 그 법률 시행령 제3조 제3항 제6호에서 정한 단시간근로자로 기간제 근로계약을 체결하였다가 해당 근로관계가 종료된 이후에 새로이 제4조 제1항 단서에 해당되지 않는 일반 기간제 근로계약을 체결한 경우에는 단시간근로자로 근무한 기간은 위 제4조 제2항의 '2년'에 포함되지 않는다고 할 것이므로, 이러한 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 기간제법 제4조 제2항의 해석에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

라. 법원은 「출입국관리법」의 체류자격 관련 규정은 대한민국에 입국하는 외국인의 체류관리를 위해 **외국인의 체류자격별 체류기간의 상한을 정한 것일 뿐, 고용기간의 상한을 정한 것은 아니라 할 것이고**, 일정한 요건을 갖추고 있는 경우 체류기간이 연장될 수 있으며, 특히 결혼 이민(F-6) 체류자격으로 대한민국에 체류하면서 취업활동을 하는 경우 취업활동을 목적으로 체류하는 것이 아니어서 위 **출입국관리법령이 기간제법의 사용기간 제한의 예외사유로 인정한 '다른 법령에서 기간제근로자의 사용기간을 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우'에 해당하지 않는다고 봄**

【서울행정법원 2014. 4. 24. 선고 2013구합26*** 판결】

1) 기간제법에 정한 사용기간 제한의 예외사유에 해당하는지 여부

기간제법 제4조 제1항 단서 제6호, 기간제법 시행령 제3조 제3항 제1호는 '다른 법령에서 기간제근로자의 사용기간을 법 제4조 제1항과 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우'에 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외사유로 규정하고 있고, 기간제법 제4조 제2항은 '사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다'고 규정하고 있다. 이는 다른 법령에서 기간제근로자의 사용기간을 법 제4조 제1항과 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우에도 기간제법을 일률적으로 적용하면 다른 법령의 입법목적에 침해하게 될 수도 있다는 사정 등을 고려하여 사용기간 제한의 예외사유로 인정한 것이다.

한편 출입국관리법 제1조는 '이 법은 대한민국에 입국하거나 대한민국에서 출국하는 모든 국민 및 외국인의 출입국관리를 통한 안전한 국경관리와 대한민국에 체류하는 외국인의 체류관리 및 난민(難

민)의 인정절차 등에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다'고 규정되어 있고, 제10조 제1항에 따르면 대한민국에 입국하려는 외국인은 체류자격을 가져야 하는데, 제10조 제2항에 따라 1회에 부여되는 체류자격별 체류기간의 상한이 정해져 있으며, 제18조 제1항에 따라 외국인이 취업하려면 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 하나, 출입국관리법 시행령 제23조 제2항 제3호에 따르면 [별표 1] 중 28의4, 결혼이민(F-6)의 체류자격을 가지고 있는 사람은 [별표 1]의 체류자격 구분에 따른 취업활동의 제한을 받지 아니한다.

위 각 규정의 내용, 취지에 비추어 볼 때, 출입국관리법 제10조 제2항, 같은 법 시행규칙 제18조의 2 [별표 1]은 대한민국에 입국하는 외국인의 체류관리를 위해 외국인의 체류자격별 체류기간의 상한을 정한 것일 뿐, 고용기간의 상한을 정한 것은 아니라 할 것이고, 대한민국에 체류하는 외국인이 위 [별표 1]에서 정한 체류기간이 만료되더라도 일정한 요건을 갖추고 있고 대한민국 내 외국인의 체류관리 목적을 저해하지 않는 한 체류기간이 연장될 수 있으며, 특히 외국인인 대한민국 국민의 배우자가 결혼 이민(F-6) 체류자격으로 대한민국에 체류하면서 취업활동을 하는 경우 이는 취업활동을 목적으로 대한민국에 체류하는 것이 아니어서 기간제법 제4조 제1항과 달리 사용기간을 정할 필요성도 없으므로, 위 출입국관리법령이 기간제법 제4조 제1항과 달리 외국인의 사용기간을 달리 정한 경우에 해당한다고 보기 어렵다. 이 사건으로 돌아와 살펴보건대, 원고가 대한민국 국민인 지○○의 남편으로서 F-6(결혼이민) 체류자격으로 대한민국에 체류하고 있고, 참가인과 1차 내지 3차 계약을 체결하고 계속 근무한 기간이 2년을 초과하는 사실은 앞서 본 바와 같고, 비록 출입국관리법 제10조 제2항, 같은 법 시행규칙 제18조의 2 [별표 1]에서 결혼이민(F-6)체류자격의 1회에 부여하는 체류기간의 상한을 3년으로 정하고 있다 하지만 이는 기간제법 제4조 제1항 단서 제6호, 기간제법 시행령 제3조 제3항 제1호에서 정한 사유가 있다고 볼 수 없으므로, 결국 원고는 특별한 사정이 없는 한 3차 계약을 체결함으로써 기간제법 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 되었다 할 것이다.

마. 준법감시인은 한국표준직업분류상 대분류 2 ‘전문가 및 관련 종사자’에 속하므로 최근 2년간 연평균 근로소득이 고용노동부가 공고하는 한국표준직업분류 대분류 2 직업 종사자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 경우, 기간제법 제4조 제1항 단서 및 기간제법 시행령 제3조 제3항 제5호에서 정한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외에 해당되는 기간의 정함이 있는 근로자라고 봄

【서울고등법원 2012. 12. 6. 선고 2012누21*** 판결¹²⁴⁸⁾】

기간제법 제4조 제1항 본문은 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 기간제근로자를 사용할 수 있다고 규정하고 있으나, 그 단서에서 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외를 규정하고 있고, 같은 법 시행령 제3조 제3항 제5호는 위 예외규정에 따라 ‘통계법 제22조에 따라 고시한 한국표준직업분류의 대분류 1과 대분류 2 직업에 종사하는 자의 소득세법 제20조 제1항에 따른 근로소득(최근 2년간의 연평균 근로소득을 말한다)이 고용노동부장관이 최근 조사한 고용형태별 근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업에 종사하는 자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 경우’를 합리적인 예외사유로 구체적으로 명시하고 있다.

한편 한국표준직업분류는 대분류 2에 속하는 ‘전문가 및 관련 종사자’에 대하여 ‘주로 자료의 분석

과 관련된 직종으로 다양한 분야에서 높은 수준의 전문적 지식과 경험을 기초로 과학적 개념과 이론을 응용하여 해당 분야를 연구하고 새로운 상품이나 서비스를 개발하고 적용한다. 전문지식을 이용하여 의료활동을 수행하고, 각급 학교의 학생을 지도하고, 법률의 집행이나, 기업의 경영 및 예술적인 창작활동, 스포츠 활동 등을 수행한다. 전문가의 지휘하에 조사, 연구 및 의료, 경영에 관련된 기술적인 업무를 수행하는 관련 종사자들도 이 분류에 포함된다(법률전문가의 예로 판사, 검사, 변호사, 법무사 등을 들고 있고, 경영 및 진단전문가의 예로 경영진단 전문가, 기업행정진단 전문가, 기업행정 전문가, 기업행정 자문가 등을 들고 있다)라고 정의하고 있고, 대분류 3에 속하는 '사무종사자'에 대하여 '관리자, 전문가 및 관련 종사자를 보조하여 경영방침에 의해 사업계획을 입안하고 계획에 따라 업무추진을 수행하며, 당해 작업에 관련된 정보(Data)의 기록, 보관, 계산 및 검색 등의 업무를 수행한다. 금전취급 활동, 법률 및 감사, 상담 및 통계와 관련하여 사무적인 업무를 수행한다. 이 분류에 포함되는 대부분 직업은 문서처리가 주 직무이다(법률 및 감사사무종사자의 예로 특허사무장, 변호사 사무원, 감사사무원 등을 들고 있다)'라고 정의하고 있다.

나) 위 인정사실 및 을 제2, 3, 5호증을 포함하여 앞서 든 증거들과 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 즉 ① 참가인의 준법감시인 직무규정 제6조, 제9조에 의하면 준법감시인은 내부통제정책의 수립 및 기획 입안(제1호), 내부통제 실행에 대한 점검, 자문 및 개선, 시정요구(제2호), 내부통제기준 제정, 개정, 폐기(제5호), 임직원의 외부인 접대, 향응, 선물 지급 시 승인(제11호), 임직원의 대외활동 승인 및 대외활동으로 인한 금전적 보상 취득 및 사용 허락(제15호) 등 약 20여 가지의 업무를 수행하고 있고, 위와 같은 업무를 수행하기 위해 회사의 업무 전반에 대한 접근 및 자료 요구권, 위규 사실 등에 대한 이사회, 대표이사, 감사에의 보고 및 시정요구권, 이사회 등 각종 회의에의 참석 및 발언권 등의 권한을 가지고 있는 점, ② 참가인의 내부통제기준 제7조 제2항은 준법감시인은 부서장 또는 임원에 상당하는 직급으로 한다고 규정하고 있고, 참가인은 원고에게 참가인의 대표이사과 과거 임원 경력이 있는 자산운영 부서장을 제외하고 가장 높은 수준의 연봉을 지급하였던 점, ③ 참가인의 내부통제기준 제4조 제4항은 준법감시인은 경영진의 입장에서 내부통제체계의 운영을 총괄하며, 임직원의 내부통제기준 준수 여부를 점검하고 내부통제기준을 위반하는 경우 이를 조사하여 대표이사, 감사에게 보고한다고 규정하고 있고, 같은 기준 제9조는 준법감시인은 임직원으로부터 독립된 지위에서 내부통제정책의 수립 및 기획입안 등의 직무를 수행한다고 규정하고 있는 바, 준법감시인은 상당한 정도의 독립성을 가지고 그 책임 하에 업무를 수행하는 것으로 보아야 할 것이고, 비록 자본시장법 제28조 제2항, 참가인의 내부통제기준 제8조 제3항 제2호, 참가인의 준법감시인 직무규정 제8조 제1항에서 준법감시인에게 내부통제기준의 위반사실을 감사에게 보고할 의무를 규정하고 있다 하더라도 이는 이사회로부터 독립된 상법상 기관인 감사에게 위반사실을 보고하게 함으로써 경영의 투명성을 확보하기 위한 것으로 보일 뿐이고, 준법감시인이 감사의 하부조직으로서 그의 통제 및 지시에 따라 단순한 감사업무를 수행하는 자에 불과하다고는 볼 수 없는 점, ④ 자본시장법 제28조 제4항, 참가인의 준법감시인 직무규정 제2조에 의하면, 준법감시인의 자격요건을 엄격하게 제한하고 있는 점, ⑤ 참가인은 자본시장법 제28조 제3항에 따라 이사회 결의를 거쳐 원고를 3년 임기의 준법감시인으로 선임하였던 점, ⑥ 원고는 참가인 소속의 다른 근로자들과 비교하여 볼 때 그 임면절차, 신분보장, 권한 및 의무 등에 있어 법령 및 내부규정에 따라 특별한 보호를 받는 특수한 지위에 있다고 보이므로, 다른 근로자들의 근로계약 체결 형식(기간제근로자인지 여부) 등은 원고와 참가인 사이의 근로계약의 성격 판단에 영향을 미친다고 볼 수 없는 점 등을 종합하면, 원고와 참가인 사이의 3년의 근로계약기간이 단지 형식에 불과한 것으로는 볼 수 없고, 원고는 한국표준직업분류상

대분류 3의 '사무종사자'에 속하는 감사사무원으로서 관리자 및 전문가를 보조하는 업무를 수행하는 자가 아니라 대분류 2의 '전문가 및 관련 종사자'에 속하는 자로 보는 것이 타당한 데다, 앞서 본 바와 같이 원고의 최근 2년간 연평균 근로소득(69,681,392원=(66,363,231원 + 72,999,554원)/2)이 고용노동부가 공고하는 한국표준직업분류 대분류 2 직업종사자의 근로소득 상위 100분의 25(50,844,000원 이상)에 해당하므로, 원고는 기간제법 제4조 제1항 단서 및 같은 법 시행령 제3조 제3항 제5호에서 정한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외에 해당되는 기간의 정함이 있는 근로자라 할 것이다.

바. 팀장으로서 업무를 총괄한 근로자는 한국표준직업분류 분류항목표상 대분류 1 '관리자'에 해당하므로, 근로소득이 고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류의 대분류 2 직업에 종사하는 자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 경우 기간제법 제4조 제1항 단서 및 기간제법 시행령 제3조 제3항 제5호에서 정한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외에 해당되는 기간의 정함이 있는 근로자라고 봄

【서울고등법원 2014. 7. 24. 선고 2014누45*** 판결¹²⁴⁹⁾】

참가인이 2010. 10. 1.부터 2011. 3. 1.까지 교역지원실 남북교육상담센터 팀장으로 근무하였고, 2011. 3. 2.부터 2012. 9. 30.까지 교역지원실 교역2팀장으로서 교역2팀 업무를 총괄한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 참가인은 한국표준직업분류(2007. 7. 2. 통계청 고시 제2007-3호로 개정된 것) II 분류 항목표 1. 관리자 12. 행정 및 경영지원 관리직 1202. 경영지원 관리자(경영지원 관리자는 경영자의 포괄적인 지휘하에 다른 부서의 관리자와 의논하여 경영, 인사 등의 경영지원 업무와 생산 활동을 지원하는 업무에 관련된 활동을 기획, 지휘 및 조정하는 자를 말한다)에 해당한다고 봄이 타당하다. 기간제법 제4조 제1항 단서 및 제6호에 의하면 기간제법 제4조 제1항 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우에 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있고, 기간제법 시행령 제3조 제3항 제5호에는 한국표준직업분류의 대분류 1에 종사하는 자의 근로소득이 고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류의 대분류 2 직업에 종사하는 자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 경우를 규정하고 있다. 참가인이 2011. 1. 1.부터 2011. 12. 31.까지 근로소득이 63,382,910원이었고, 2012. 1. 1.부터 2012. 12. 31.까지 지급받거나 지급받을 근로소득이 63,417,000원이었던 사실은 앞서 본 바와 같고, 「고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류2 직업 종사자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 금액」(2011. 5. 19. 고용노동부공고 제2011-142호로 개정되기 전의 것)에 의하면 2011. 1. 1.부터 2011. 5. 18.까지 고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업종사자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 금액이 48,855,000원, 「고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업 종사자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 금액」(2012. 6. 18. 고용노동부공고 제2012-168호로 개정되기 전의 것)에 의하면, 2011. 5. 19.부터 2012. 6. 17.까지 고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업 종사자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 금액이 50,844,000원, 「고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업 종사자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 금액」(2013. 5. 10. 고용노동부공고 제2013-122

제6장
기간제
근로계약
종료

1248) 1심 판결(서울행정법원 2012. 6. 29. 선고 2012구합5*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 4. 11.자 2013두*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

호로 개정되기 전의 것)에 의하면 2012. 6. 18.부터 2012. 12. 31.까지 고용형태별근로실태조사의 한국 표준직업분류 대분류 2 직업 종사자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 금액이 52,380,000원이므로, 참가인은 위 각 규정에 의하여 기간제법 제4조 제1항 제6호에 해당하여 같은 법 제4조 제2항이 적용될 수 없다. 따라서 이를 지적하는 원고의 주장은 이유 있다.

사. 국민체육진흥법상 체육지도자 자격증을 취득하지 않았다고 하더라도 기간제법상 사용기간제한 예외 제도의 취지에 비추어 해당 근로자가 학교·직장·지역사회 또는 체육 단체 등에서 체육을 지도하는 업무에 종사하는 경우에는 사용기간 제한의 예외사유 중 하나인 ‘국민체육진흥법에 따른 체육지도자 업무에 종사하는 경우’¹²⁵⁰⁾에 해당하여 2년 초과하여 근무하였더라도 기간의 정함이 없는 근로자로 전환되지 않는다고 판단함

【대법원 2017. 11. 23. 선고 2017두56*** 판결】

원심은 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유 중 하나인 기간제법 시행령 제3조 제3항 제7호의 ‘국민체육진흥법 제2조 제6호에 따른 체육지도자 업무에 종사하는 경우’에 해당하기 위해서는 근로자가 국민체육진흥법에 따라 체육지도자 자격을 취득한 사람이어야 한다는 전제 아래 그 자격을 취득한 바 없는 원고는 위 사유에 해당한다고 볼 수 없어 양천구가 원고를 테니스단 코치로 사용하기 시작한 2012. 1. 18.부터 2년이 되는 2014. 1. 18.경 기간의 정함이 없는 근로자가 되었다고 판단하였다. 그러나 기간제법 제4조 제1항 단서는 해당 근로자가 종사하는 업무의 성격을 고려하여 2년 초과 근무의 예외를 인정한 것으로서, 그에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우에는 같이 처우하려는 것이 제6호의 취지이며, 기간제법 시행령 제3조 제3항 제7호는 그 경우에 해당할 수 있는 업무를 정한 것이다. 따라서 해당 근로자가 학교·직장·지역사회 또는 체육단체 등에서 체육을 지도하는 업무에 종사하는 경우에는 기간제법 시행령 제3조 제7호에 해당하여 같은 법 제4조 제1항 단서 제6호가 적용될 수 있다고 해석함이 타당하다. 그런데도 원심은 이와 다른 전제에서 원고가 체육지도자 자격을 취득한 바 없다는 이유만으로 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유에 해당하지 않는다고 판단하였으니, 거기에는 기간제근로자 사용기간 제한의 예외에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

8. 기타 판례

가. 사립학교법이 정한 임용의 공개전형, 교장의 임용 제청, 이사회의 임용 의결 절차를 거치지 않고 채용된 교사는 중학교에서 다른 정규교사와 동일하게 전일제로 근무하며 도덕 과목을 담당하였고 근로계약서를 작성하지도 않았다고 하더라도 사립학교법상

1249) 1심 판결(서울행정법원 2014. 2. 13. 선고 2013구합55*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 13.자 2014두40*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

1250) 기간제법 시행령 제3조 제3항 제7호(「국민체육진흥법」 제2조 제4호에 따른 선수와 같은 조 제6호에 따른 체육지도자 업무에 종사하는 경우), 「국민체육진흥법」 제2조 제6호(“체육지도자”란 학교·직장·지역사회 또는 체육단체 등에서 체육을 지도할 수 있도록 이 법에 따라 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자격을 취득한 사람을 말한다. 가. 스포츠지도사, 나. 건강운동관리사, 다. 장애인스포츠지도사, 라. 유소년스포츠지도사, 마. 노인스포츠지도사)

일반교원이 아닌 기간제교원에 해당하고, **사립학교법이 규정하고 있는 교원과는 다른 형태의 교원, 가령 무기계약직 근로자인 교원은 인정될 수 없으므로 계약만료 통지는 부당한 해고에 해당하지 않는다고 봄**

【서울고등법원 2014. 4. 11. 선고 2013누23*** 판결¹²⁵¹⁾】

사립학교법 제52조 내지 제54조의4가 규정하고 있는 사립·초·중등학교 교원으로는 일반교원(이하 ‘일반교원’이라함 함은 ‘기간제교원’과 대비되는 사립학교법상 정식 교원을 의미하는 용어로 사용한 다)과 기간제교원이 있다. 학교법인과 교원의 사법상의 계약에 의하여 사립학교법이 전혀 상정하지 않고 있는 형태의 교원을 채용할 수 있다는 것은 교원의 근무조건·보수 등과 관련된 법률관계를 학교법인이 임의로 형성할 수도 있는 것을 의미하므로, 그 근무조건·보수 등이 법령에 기속되어 고도의 공법적 규율을 받는 사립 초·중등학교 교원과 관련된 법률관계의 성질에 반한다. 즉 헌법 제31조 제6항이 규정한 교원지위법정주의에 비추어 보면, 사립학교법이 규정하고 있는 교원과는 다른 형태의 교원, 가령 무기계약직 근로자인 교원 등은 인정될 수 없다 할 것이다. …(중략)… 초·중등교육법 제22조는 교육과정을 운영하기 위하여 필요하면 학교에 일반 교원 외에 산학겸임교사·명예교사 또는 강사 등을 두어 학생의 교육을 담당하게 할 수 있고, 이에 따라 학교에 두는 산학겸임교사 등의 종류·자격기준 및 임용 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다. 구 초·중등교육법 시행령(2010. 6. 29. 대통령령 제22234호로 개정되기 전의 것)이 제42조 제1항은 산학겸임교사 등의 종류로서 산학겸임교사, 명예교사, 영어회화 전문강사, 강사를 규정하고 있다. 초·중등교육법 제44조 제2항은 사립학교의 산학겸임교사 등은 학교법인 또는 사립학교 경영자가 임용하되, 학교법인의 정관 등에서 정하는 바에 따라 그 임용권한을 학교의 장에게 위임할 수 있도록 규정하고 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 원고는 이 사건 중학교에서 사회교과군인 도덕을 가르쳤는바, 다음과 같은 사정, 즉 ① 산학겸임교사는 대안학교나 특성화학교 등에서 다양한 분야의 전문인력이 자신의 전문 분야와 관련이 있는 현장체험 중심의 일부 과목만을 담당지도하는 교사(교사자격증 소지 불문)로서 원고는 이에 해당하지 않는 점, ② 사회교과군을 가르치는 경우까지 산학겸임교사의 지위를 인정하면, 그 산학겸임교사는 엄격한 임용절차를 거치는 일반교원과 거의 동일한 지위를 인정받게 되어, 학교법인, 사립학교 경영자 또는 학교장(학교법인 정관으로 정하는 경우)이 재량으로 아무런 제약 없이 일정 수의 ‘일반교원과 유사한 지위의 교원’을 임용할 수 있게 되는 부당한 결과가 초래되는 점, ③ 명예교사는 학부모, 지역사회 인사 또는 전문분야 인사로서 학교의 특정교과 지도, 생활지도, 특별활동 등을 지도하거나 교육활동의 원활한 진행을 위하여 일반교원을 보조하는 교사인 점, ④ 강사는 1개월 미만 결원보충, 교육과정 운영상 일시적 보충, 특수한 교과목을 담당하는 경우에 채용되는 점, ⑤ 헌법 제31조 제6항이 규정한 교원지위법정주의에 비추어 보면, 사립학교법 제52조 내지 제54조의4가 규정하고 있는 일반교원·기간제교원과는 다른 형태의 교원, 즉 이른바 ‘무기계약직 근로자인 교원’ 등은 인정될 수 없는 점 등을 종합하면, 원고는 초·중등교육법 제22조가 정한 산학겸임 교사 등에 해당하지 않고, 따라서 산학겸임교사로서의 무기계약직 근로자에 해당할 여지도 없다.

제6장
기간제
근로계약
종료

나. 대법원은 반복하여 체결된 기간제 근로계약 사이에 근로관계가 존재하지 않는 공백기간이 있는 경우 공백기간 전후의 근로기간을 합산하여 기간제법 제4조의 계속근로한 총기간을 산정할 수 있는지에 관한 여러 가지 판단기준을 제시하고 있음

1251) 대법원(대법원 2014. 8. 28.자 2014두7*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【대법원 2019. 10. 18. 선고 2016두60*** 판결】

기간제법 규정의 형식과 내용 및 입법 취지에 비추어 볼 때, 반복하여 체결된 기간제 근로계약 사이에 근로관계가 존재하지 않는 공백기간이 있는 경우에는, 그러한 공백기간을 둔 것이 기간제법 제4조 제2항의 적용을 잠탈하려는 사용자의 의도에 따른 것인지 여부, 또는 이러한 공백기간의 길이와 공백기간을 전후한 총 사용기간 중 공백기간이 차지하는 비중, 공백기간이 발생한 경위, 공백기간을 전후한 업무 내용 및 근로조건 등의 유사성, 사용자가 공백기간 동안 해당 기간제근로자의 업무를 대체한 방식과 기간제근로자에 대해 취한 조치, 공백기간에 대한 당사자의 인식, 다른 기간제근로자들에 대한 근로계약 반복 갱신 관행 등을 종합하여 공백기간 전후의 근로관계가 단절 없이 계속되었다고 평가될 수 있는지 여부를 가린 다음, 공백기간 전후의 근로기간을 합산하여 기간제법 제4조의 계속근로한 총기간을 산정할 수 있는지 판단하여야 한다.

다. 법원은 사용자가 기간제법의 사용기간 제한의 예외근로자가 아닌 자와 근로계약을 체결하면서 **법률전문가가 아닌 근로자의 발언(근로자 본인이 기간제법상 사용기간 제한의 예외근로자에 해당한다고 말함)의 정확성에 관해 확인하지 않은 채 이를 신뢰하여 2년을 초과하는 근로계약을 체결하였다면 그 결과는 자기책임의 원칙에 따라 스스로 감수해야** 하므로 해당 근로자는 무기계약직 근로자로 전환된다고 봄¹²⁵²⁾

【서울고등법원 2015. 1. 14. 선고 2014누52*** 판결¹²⁵³⁾】

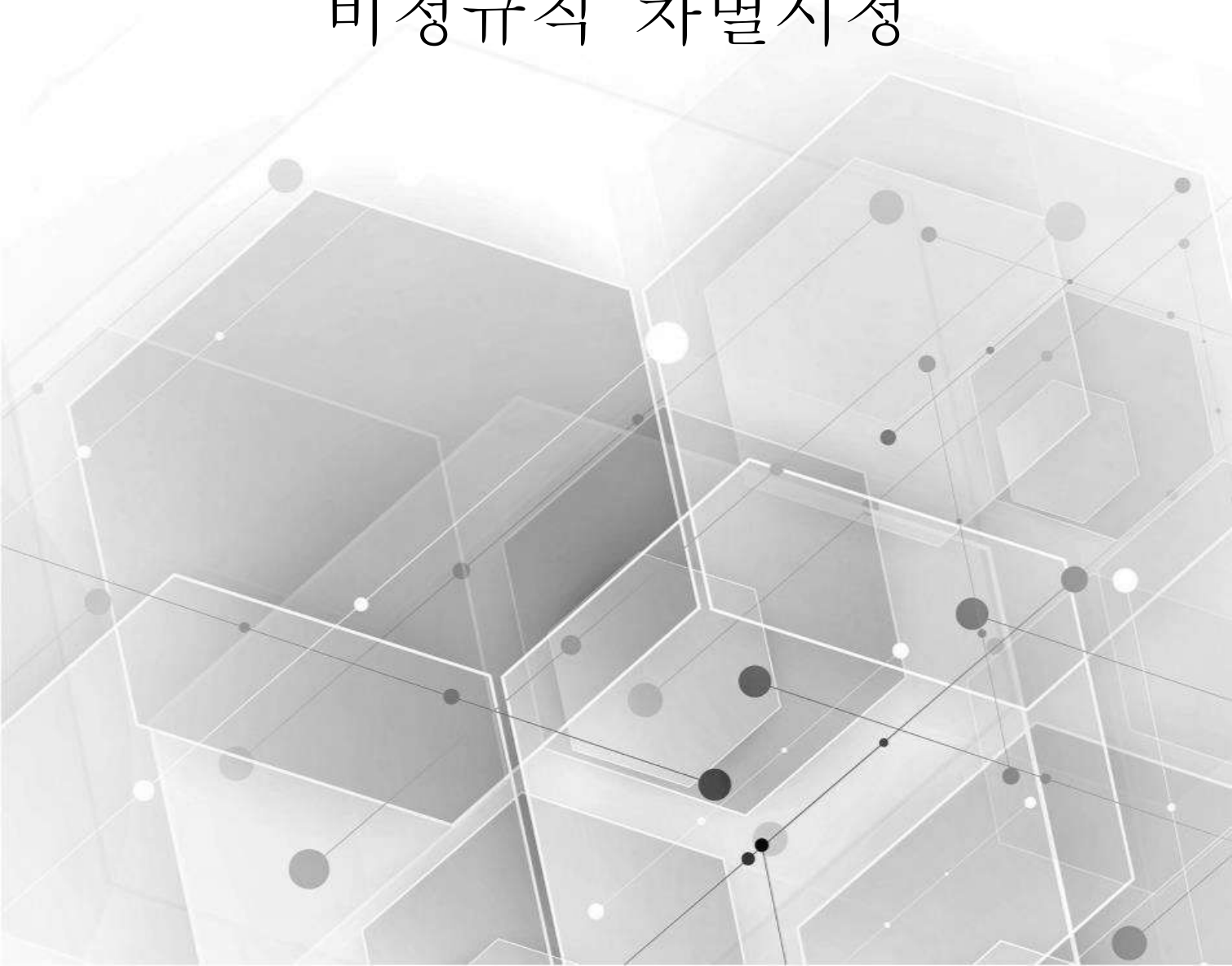
원고는 당시에 이르러서도 참가인이 자신은 기간제법 제4조 제2항의 적용을 받지 않는다고 원고를 기망해 재계약을 체결했음에도 이제 와서 기간제법 제4조 제2항에 따라 무기계약직 근로자로 전환됐다고 주장하는 것은 신의성실 또는 금반언의 원칙에 위배된다고 거듭 주장한다. 갑 제12호증의 기재에 의하면, 참가인이 원고 측에 ‘무기계약직 전환 없이 4년까지 근무가 가능한 것으로 알고 있다’는 취지로 말한 사실을 인정할 수 있다. 그러나 이는 단순히 초·중등교육법 제22조, 동법 시행령 제42조 제1항에서 정한 ‘영어회화 전문강사’와 ‘강사’가 법적으로 별개의 자격임을 인지하지 못한 오해에서 비롯된 발언으로 보이고, 참가인이 적극적으로 자신이 ‘영어회화 전문강사’에 해당해 2년을 초과해서 근무하더라도 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 전환되지 않는다고 주장해 원고를 속인 것으로 보이지는 않는다. 위와 같은 참가인의 발언은 법률전문가가 아닌 참가인의 의견 제시에 불과해 이를 사회상규를 벗어난 위법한 기망행위로 보기는 어렵고, 어떤 사실에 관한 법률적 평가를 달리해서 주장하는 것만으로는 금반언의 원칙이나 신의성실의 원칙에 반한다고 할 수 없다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다2*** 판결 등 참조). 이 사건에서 고용주인 원고가 위와 같은 참가인 발언의 정확성에 관해 제대로 확인하지 않은 채 이를 무조건 신뢰해 만연히 근로계약을 체결했다면 그 결과는 자기책임의 원칙에 따라 원고 스스로 감수해야 한다. 결국 원고의 이 부분 주장은 받아들이기 어렵다.

1252) 동 판결에서는 실제 고등학교에서 생활영어를 가르치는 근로자가 특별히 4년 이내의 범위 내에서 사용할 수 있는 「초·중등교육법」시행령 제42조 제1항의 소정의 ‘영어회화 전문강사’에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었는데, 법원은 「초·중등교육법」시행령 제42조 제1항 소정의 영어회화 전문강사로 채용한다는 점을 명시하였는지, 「초·중등교육법」시행령 소정의 영어회화 전문강사의 자격기준 여부를 심사하였는지, 업무 내용, 보수, 계약서 양식에 있어 영어회화 전문강사와의 차이가 있는지, 보수 재원의 조달에 있어서 교육청으로부터 지원을 받았는지 여부 등을 종합적으로 검토하여 판단하여 이 사건 근로자가 「초·중등교육법」시행령 제42조 제5항의 ‘영어회화 전문강사’에 해당하지 아니하고 일반 ‘강사’에 해당하기 때문에 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 근로계약상 지위가 전환된다고 판단하였음

1253) 대법원(대법원 2015. 5. 14.자 2015두37*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

제 3 부

비정규직 차별시정



목 차

제1장 차별시정제도의 개관	771	가. 기간제근로자의 비교대상근로자: 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자(기간제법 제8조 제1항)	794
제1절 차별시정제도의 의의	773	나. 단시간근로자의 비교대상근로자: 통상근로자(기간제법 제8조 제2항) · 794	
제2절 도입배경 및 연혁	773	다. 파견근로자의 비교대상근로자: 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자 (파견법 제21조)	794
제3절 차별시정제도의 특징	774	1.4 기타 비교대상근로자의 선정 관련 쟁점	795
제2장 차별시정제도(차별시정 명령)의 구체적 요건	777	가. 기간제·단시간·파견근로자에 의한 선정	795
제1절 개설	779	나. 사용자의 비교대상근로자 선정 · 795	
제2절 신청요건 판단 요소	779	1.5 기타 비교대상근로자 관련 쟁점 795	
1. 당사자적격	779	가. 노동위원회의 비교대상근로자 직권 조사 의무 여부	795
1.1 신청인 적격	779	나. 중노위 재심 단계에서 비교대상 근로자 추가·변경 가능 여부 796	
가. 기간제근로자	779	다. 행정소송 단계에서 비교대상근로자 추가·변경 가능 여부	796
나. 단시간근로자	780		
다. 파견근로자	781		
1.2 피신청인 적격	782		
가. 기간제·단시간근로자에 대한 피신청인 적격	782		
나. 파견근로자에 대한 피신청인 적격 · 782			
1.3 당사자적격 판단 시점	784		
2. 제척기간	785		
3. 시정이익	785		
제3절 본안 판단 요소	787		
1. 비교대상근로자	787		
1.1 비교대상근로자의 의의	787		
1.2 비교대상근로자 요건	787		
가. 시간적 요건	787		
나. 장소적 요건 당해 사업 또는 사업장 · 788			
다. 동종 또는 유사한 업무(이른바 '비교대상근로자의 유무')	788		
라. 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 비교대상근로자가 다수인 경우 (이른바 '비교대상 근로자의 선정') · 791			
1.3 비교대상근로자 개별요건	794		
		가. 기간제·단시간·파견근로자에 의한 선정	795
		나. 사용자의 비교대상근로자 선정 · 795	
		1.5 기타 비교대상근로자 관련 쟁점 795	
		가. 노동위원회의 비교대상근로자 직권 조사 의무 여부	795
		나. 중노위 재심 단계에서 비교대상 근로자 추가·변경 가능 여부 796	
		다. 행정소송 단계에서 비교대상근로자 추가·변경 가능 여부	796
		2. 차별금지영역	797
		2.1 차별금지영역의 의미	797
		가. 임금 그 밖의 근로조건 등	797
		나. 법정근로조건 관련	798
		2.2 차별금지영역 포함 여부 판단 사례 · 798	
		3. 불리한 처우	799
		3.1 불리한 처우의 의미	799
		3.2 불리한 처우의 판단방법	800
		가. 세부 지급항목별 비교 방식	800
		나. 범주화 비교 방식	800
		다. 총액 비교 방식	801
		4. 차별의 합리적 이유 존부	801
제3장 차별시정 요건별 관련 판례 · 805			
제1절 당사자적격 관련 판례	807		

목 차

제2절 제척기간과 신청범위 관련 판례 809	2. 범주화 비교 방식에 따라 판단한 사례 · 833
제3절 기간제법 적용여부 관련 판례 812	가. 방과후학교 담당교사 지원 보조
제4절 시정이익과 소의 이익 관련 판례 814	단시간 겸 기간제근로자와 단시간
1. 근로관계 종료 시 금전배상의 시정이익 · 814	방과후 전담근로자(무기계약직근로자)
2. 금전보상명령 또는 배상명령의 독자적	관련 사례 834
시정이익 814	나. 기간제 카지노 딜러와 정규직 딜러
제5절 비교대상근로자 관련 판례 816	관련 사례 834
1. 대학교 시간강사 관련 비교대상근로자 · 816	다. 고용센터 직업상담원(단시간근로자)와
2. 조리원 관련 비교대상근로자 816	민원담당공무원 관련 사례 835
3. 은행 종사 관련 비교대상근로자 818	라. 기간제 사료연구위원과 편사연구직
4. 철도 매표원 등에 대한 비교대상근로자 · 819	공무원(편사연구관, 편사연구사)
5. 중형버스 운전원에 대한 비교대상근로자 · 820	사례 835
6. 기간제 부지점장의 비교대상근로자 820	제7절 합리적 이유 관련 판례 837
7. 연구소의 참여연구원에 대한 비교대상	1. 합리적 이유를 부정한 판례(차별을 인정한
근로자 821	판례) 837
8. 공항전력시설 유지관리업무 기간제근로자 · 822	가. 민간조리원인 근로자와 조리직렬
9. 직업상담원과 전화상담원 823	기능공무원 관련 사례 838
10. 부자재보조와 약품원료보조 업무담당	나. 은행의 내부통제점검자인
기간제근로자 824	기간제근로자 관련 사례 838
11. 사료연구위원 825	다. 은행 금융텔러직 등 기간제근로자와
12. 사무보조원(비서) 826	정규직근로자 관련 사례 839
13. 카지노 계약직 딜러 826	2. 합리적 이유를 인정한 판례(차별을 부정한
14. 육아휴직 대체 사서 827	판례) 843
15. 군인 복지시설의 현장 행정지원 업무	
담당자 828	
16. 시간제 근무 기간제교원 828	
17. 교육공무직 대체근로자 829	
18. 기간제 연구시설 운영직 829	
19. 프로젝트 계약직과 학예연구직 830	
20. 기간제 환경미화원과 무기계약직	
환경미화원 831	
21. 기간제 환자이송원 831	
22. 기간제 운전강사 832	
제6절 불리한 처우 존재 관련 판례 833	
1. 항목별 비교 방식에 따라 판단한 사례 · 833	

제 1 장

차별시정제도의 개관

제1절 차별시정제도의 의의	773
제2절 도입배경 및 연혁	773
제3절 차별시정제도의 특징	774

제1절 차별시정제도의 의의

차별시정제도는 사용자가 ‘기간제근로자, 단시간근로자, 파견근로자’라는 이유로 사업 또는 사업장에서 ‘동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’, ‘통상근로자’, ‘사용사업주의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자’ 등에 비하여 ‘임금, 정기상여금, 경영성과금, 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항’에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 금지하고 시정하는 법률상의 제도임

확정된 차별시정 명령을 불이행하는 경우에는 1억 원 이하의 과태료가 부과됨(「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’이라 함) 제24조 제1항)

제2절 도입배경 및 연혁

1997년 외환위기 이후 비정규직 근로자 수가 지속적으로 증가하고, 비정규직 근로자에 대한 적절한 보호를 통한 고용안정과 노동시장 유연화를 조화시키기 위해 비정규직 근로자에 대한 불합리한 차별시정과 근로조건 보호 강화를 주요 골자로 하는 비정규직 보호입법이 추진됨

그 결과 2006년 12월 기간제법이 제정되고,¹²⁵⁴⁾ 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘파견법’이라 한다)¹²⁵⁵⁾이 개정되면서 비정규직 근로자(기간제근로자, 단시간근로자, 파견근로자 등)에 대한 차별시정제도가 2007. 7. 1.부터 사업 규모별로 단계적 도입됨¹²⁵⁶⁾

또한 차별시정제도의 실효성을 담보하기 위해 2007. 7. 1. 차별시정제도 도입 이후 여러 차례 기간제법과 파견법의 개정이 이루어짐

1254) 2006. 12. 21. 제정, 2007. 7. 1 시행

1255) 2006. 12. 21. 개정, 2007. 7. 1 시행, 종전에는 차별을 금지하여야 한다는 의무조항만 있었으나 법이 개정되면서 차별시정신청제도가 도입되었음. 이하 ‘파견법’이라 약칭함

1256) 차별시정제도는 국가, 지자체, 지방공기업 등 공공부문 사업장 및 상시근로자 300인 이상 사업장은 2007. 7. 1.부터, 상시근로자 100인 이상 300인 미만 사업장은 2008. 7. 1.부터, 상시근로자 5인 이상 100인 미만 사업장은 2009. 7. 1.부터 단계적으로 확대 적용되어 현재는 상시근로자 5인 이상 사업장은 모두 위 법을 적용받게 되었음

제3절 차별시정제도의 특징

노동위원회에 독자적인 구제절차가 마련되어 있는 차별시정제도는 차별적 처우 유무를 판단하기 위해 일정한 판단 절차를 단계별로 마련하고 있는데, ‘신청요건 판단’과 ‘본안 판단’의 요소로 구별할 수 있음

「신청요건 판단의 요소」에는 크게 ‘당사자자격’, ‘제척기간’, ‘시정이익’ 등이 있으며, 이러한 요건들을 갖추지 못하면 본안판단 이전에 차별시정 신청이 각하되고, 「본안 판단의 요소」에는 ‘비교대상근로자의 준부 및 선정’, ‘차별적 처우 금지 영역에 해당 여부’, ‘불리한 처우 유무’, ‘합리적 이유 유무’ 등이 있으며, 이러한 각 요소들을 구체적이고 종합적으로 고려하여 차별시정 또는 기각 등의 판정이 이루어짐

〈표〉 차별시정제도의 변화

일자	제도 변화 주요 내용
2007. 7. 1	◦ 차별시정제도 도입·시행
2012. 2. 1. (2012. 8. 2. 시행)	◦ ‘차별시정 신청 기간 연장(3개월 → 6개월)’ 및 ‘차별시정 통보제도’(근로감독관이 차별 판단 시 사업주에게 차별시정 요구 → 사용자 불응 시 노동위원회에 통보 → 노동위원회 차별 판단 시 시정명령) 도입
2013. 3. 22. (2013. 9. 23. 시행)	◦ 차별금지영역을 ‘임금 그 밖의 근로조건 등’에서 ‘임금, 상여금, 성과금, 그 밖에 복리후생 등에 관한 사항’으로 구체화
2014. 2. 28. (2014. 9. 19. 시행)	◦ ‘배액 금전배상 명령(3배)’ - 기존 차별시정 제도의 경우 차별시정의 법적효과가 임금 및 근로조건의 보상 또는 원상회복 수준에 머물고 있어 사용자의 고의적이고 반복적인 차별행위에 대한 사전적 예방 효과가 미미해 사용자의 고의적 또는 반복적 차별행위에 대해서는 노동위원회가 기간제·단시간·파견근로자에게 발생한 손해액의 3배 내에서 징벌적 성격의 배상명령을 함으로써 차별시정의 효과를 극대화할 수 있게 함 ◦ ‘제도개선명령’ - 노동위원회의 차별시정 명령에 ‘취업규칙, 단체협약 등의 제도개선 명령’도 포함될 수 있도록 명문화함으로써 차별적 처우의 근거가 되는 제도(규정)를 개선할 수 있도록 하여 향후 차별적 처우의 발생을 근본적으로 예방하고자 함 ◦ ‘확정된 시정명령 효력 확대 제도’ 도입 - 기존에는 차별시정 신청을 한 근로자에 대해서만 시정명령을 하게 되어 있어, 차별시정 명령을 받은 사업주의 사업장에서 동일 또는 유사한 차별행위가 존재해도 차별시정 신청을 하지 않으면 차별시정 명령의 대상이 될 수가 없었으나, 동일한 사용자의 사업 또는 사업장에서 한 명의 기간제 또는 단시간근로자가 차별 인정을 받았을 때 동일 조건에 있는 근로자 모두의 차별적 처우가 개선될 수 있도록 함

〈차별시정제도의 구조〉



제 2 장

차별시정제도(차별시정 명령)의 구체적 요건

제1절 개설	779
제2절 신청요건 판단 요소	779
1. 당사자적격	779
2. 제척기간	785
3. 시정이익	785
제3절 본안 판단 요소	787
1. 비교대상근로자	787
2. 차별금지영역	797
3. 불리한 처우	799
4. 차별의 합리적 이유 존부	801

제1절 개설

차별시정제도(차별 시정명령)의 구체적인 요건은 아래와 같이 ‘신청요건 판단 요소’와 ‘본안 판단 요소’로 구분할 수 있음

구분	주요 내용
신청요건 판단 요소 ¹²⁵⁷⁾	1. 당사자적격 2. 제척기간 3. 시정이익
본안 판단 요소	4. 비교대상근로자 5. 차별금지 영역 6. 불리한 처우 7. 차별의 합리적 이유 존부

각 판단 요소들은 선행요건들이 충족되어야 그다음 요건들로 나아가는 ‘단계적 구조’의 성격을 가지고 있으므로, 선행요건이 충족되지 못한다면, 마지막 단계인 차별의 합리적 이유 존부 부분까지는 나아갈 필요성 자체가 인정되지 않음

제2절 신청요건 판단 요소

1. 당사자적격

차별시정 사건에서의 당사자적격은 차별시정을 신청할 수 있는 ‘신청인 적격’의 문제와 그 상대방, 즉 차별금지 규정의 수범자(수규자)이면서 동시에 차별시정 권한을 가진 ‘피신청인 적격’의 문제로 구분할 수 있음

1.1 신청인 적격

가. 기간제근로자

기간제법 제8조 제1항에서 차별시정 신청권자로 기간제근로자를 규정하고 있음. 따라서 ① ‘기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 근로자’(기간제법 제2조 제1호), ② ‘2년

1257) 노동위원회 단계에서의 차별시정 신청사건의 각하사유에 관하여는 노동위원회규칙 제60조에 따라 판단하면 되지만(노동위원회규칙 제109조), 행정소송 단계에서 신청요건 관련하여 주로 쟁점이 되는 것은 위 3가지이므로, 이하에서는 이를 중심으로 작성함

기간의 제한 없이 사용 가능한 기간제근로자'(기간제법 제4조 제1항 단서) 또는 ③ '근로계약을 반복 갱신해왔더라도 기간제법 시행 이후 계속근로기간이 2년을 초과하지 않는 기간제근로자' 등은 신청인 적격이 있으나, 기간제법 시행 이후 계속근로기간이 2년을 초과하여 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 간주된 자는 신청인 적격이 없음

단, 원칙적으로 기간제법 시행 이후 '기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 전환'된 기간제근로자는 신청인 적격이 없지만, 기간제근로자로 있었던 2년의 기간 내에 사용자에 의한 차별적 처우가 행해졌고, 그 차별적 처우가 있었던 날(계속되는 차별적 처우는 그 종료일)로부터 6월 이내에 차별시정 신청을 하였다면, 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자(무기계약근로자)로 전환된 이후에도 신청인 적격이 인정됨

또한 형식적으로 근로계약기간의 정함이 있다고 하더라도 해당 계약에서의 '기간만료'의 의미가 실질적으로 근로계약 종료의 의미가 아닌 경우(예를 들어, 실질적으로 연봉계약기간과 같이 동일한 임금조건이 유지되는 기간과 같은 의미로 해석되는 경우 등)에는 기간제 근로계약이 아니므로 신청인 적격이 부정됨

나. 단시간근로자

단시간근로자란 1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비해 짧은 근로자를 말함(기간제법 제2조 제2호, 근로기준법 제2조 제1항 제9호)

단시간근로자는 기간제법 제8조 제2항에 따라 기간제 근로계약 여부와 관계없이 '단시간근로자'이면 차별시정 신청이 가능하고,¹²⁵⁸⁾ '초단시간근로자'(4주 동안 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자, 근로기준법 제18조 제3항)도 인정됨

단시간근로자인지 여부의 판단은 실근로시간이 아니라 소정근로시간을 기준으로 함. 따라서 단시간근로자와 통상근로자의 차이는 1주 동안의 '소정근로시간'에 있으므로, 실제의 근로시간이 통상근로자의 근로시간보다 짧지 않더라도 단시간근로자에서 제외되는 것이 아님¹²⁵⁹⁾

또한 1주 소정근로시간을 입사 당시에는 법정근로시간 내에서 1일 8시간 미만으로 근무하기로 약정하였으나, 이후 노사 간 경영여건의 변화 등을 이유로 1일 실근로시간이 8시간을 초과하더라도 소정근로시간을 통상근로자와 같이 소정근로시간을 8시간으로 변경하기로 하는 합의가 없는 이상 단시간근로자 해당 여부는 소정근로시간을 가지고 판단하여야 함

1258) 단시간근로자의 근로계약이 기간의 정함이 있는 경우에는 단시간근로자임과 동시에 기간제근로자임
1259) 예를 들어, 해당 사업장의 단체협약에 소정근로시간이 35시간으로 규정되어 있다면, 같은 종류의 업무에 종사하면서 35시간보다 짧은 경우에 단시간근로자에 해당함

【서울행정법원 2012. 1. 12. 선고 2011구합8*** 판결¹²⁶⁰⁾】

위 참가인 등이 원고와 사이에 통상 근로자의 소정근로시간(일 8시간)에 미치지 못하는 단시간 근로 계약을 체결해왔던 점, 위 참가인 등이 적용받은 취업규칙(그 부제 자체가 ‘사원 5급-단시간근로자’라고 기재되어 있다) 제10조 역시 ‘근로시간은 1일 7시간 이내를 원칙으로 한다’고 규정하고 있는 점, 기간제법의 취지상 계약의 형식에 의해 사용자로부터 단시간근로자임을 이유로 차별을 받아 왔다면 단시간근로자로 보아 신청자격을 인정함이 상당하다고 할 것인 점 등에 비추어 보면, 경영여건의 변화 등에 따라 위 원고들이 실제로 8시간 이상을 근무하였다는 점 등 원고가 주장하는 사정만으로 위 참가인 등과 원고 사이에 소정근로시간을 통상 근로자와 같이 8시간으로 변경하기로 하는 내용의 묵시적 합의가 이루어졌다고 보기 어렵다. 따라서 위 참가인 등에게는 기간제법상 차별시정을 구할 신청자격이 인정된다고 할 것이다.

단시간근로자의 당사자적격과 관련하여 노동위원회에서 다루어지는 주요 쟁점은 해당 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상근로자의 존재 여부임

해당 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상근로자의 소정근로시간 미만으로 근로하는 경우 단시간근로자로서 신청인 적격이 인정되는 것이지만, 이러한 점은 비교대상근로자 유무에서 다루어져야 할 통상근로자의 존재 여부가 사실상 본안판단이 아닌 신청요건 판단에서 이루어지고 있음을 의미함

다. 파견근로자

파견근로자란 파견사업주가 고용한 근로자로서 근로자파견의 대상이 되는 자를 의미함(파견법 제2조 제5호)

‘**적법한 파견**’¹²⁶¹⁾뿐만 아니라 파견법을 위반한 ‘**불법파견**’의 경우(예를 들어, 무허가 파견, 파견기간 위반, 파견금지업무 위반 등)에는 직접 고용의무가 발생하고, 사용자가 직접 고용하지 않은 경우에는 파견근로자로서 **차별시정 신청권이 인정됨**

또한 ‘(진정) **도급계약에 따른 노무제공자**’는 원칙적으로 노동위원회에 차별시정을 신청할 수 없지만, 계약의 형식은 도급이나 그 **실질이 파견인 경우**(위장도급, 불법파견)에는 파견근로자성이 인정되기 때문에 차별시정 신청권이 인정됨¹²⁶¹⁾

제2장
차별시정제도
(차별시정 명령)의
구체적 요건

1260) 서울고등법원 2012. 6. 14. 선고 2012누5*** 판결로 확정됨

1261) 서울행정법원 2009. 12. 11. 선고 2009구합22*** 판결 참조

1.2 피신청인 적격

가. 기간제·단시간근로자에 대한 피신청인 적격

기간제법은 사용자에게 차별적 처우 금지의무 및 노동위원회의 시정명령에 대한 이행의무를 부과하고 있으므로 차별시정 사건에서의 ‘피신청인 적격은 사업주’¹²⁶²⁾에게 있음 따라서 개인기업인 경우에는 개인사업주, 법인인 경우에는 법인 그 자체¹²⁶³⁾에 한정되며, 국가 산하의 행정관청(기관)이 사법상 근로계약을 체결한 경우 해당 근로계약의 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속되므로, 권리·의무의 귀속 주체가 될 수 없는 법인의 하부기관·시설 또는 국가의 하부기관·행정관청·시설 등에 대해 피신청인 적격이 부정됨. 같은 맥락에서 국립대학교 시간강사의 차별시정에 대한 피신청인 적격은 대학교·교육부·총장 등이 아니라 국가에 있음

다만, 하급심 법원은 행정기관의 장을 피신청인으로 신청한 경우에 당사자능력을 인정할 수 없으나, 업무집행기관으로서 관정의 효력이 국가에 미친다고 보아 차별적 처우에 대하여 본안판단을 함¹²⁶⁴⁾

지방자치단체의 경우, 지방자치법 제3조 제1항¹²⁶⁵⁾에 따라 법인으로서 사업주에 해당함 따라서 원칙적으로 공립학교,¹²⁶⁶⁾ 공립학교 병설유치원, 도립국악원, 읍사무소 등 지방자치단체의 하부기관·시설은 피신청인 적격이 부정되지만, 지방자치단체의 하부기관이라도 별도의 법인으로 설립된 경우, 해당 법인이 피신청인이 됨

나. 파견근로자에 대한 피신청인 적격

1) 기존 입장

‘파견근로자에 대한 피신청인 적격’은 기존 입장은, 파견사업주와 사용자사업주는 파견법 제34조에 따른 사용자 영역에 따라 각자 책임을 부담한다는 전제하에, 피신청인은 노

1262) 근로기준법상 ‘사용자’에는 사업주, 사업의 경영담당자 기타 근로자에 관한 사항에 대해 사업주를 위해 행위하는 자가 포함되나, 차별시정 피신청인으로서의 사용자는 사업주에 한정됨. 즉 차별금지의무 주체와 차별시정명령의 이행의무자는 서로 다름

1263) 법인등기는 하지 않았지만 정관·대표자 등 법인으로서의 실질을 갖추고 있는 단체(이른바 권리능력 없는 사단 또는 재단)도 포함됨(민사소송법 제52조), 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5*** 판결 참조(부당해고나 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령이 발하여진 경우 그 명령에 따라 이를 시정할 주체는 사업주인 사용자가 되어야 함. 그 구제명령이 사업주인 사용자의 일부 조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 행하여진 경우에는 사업주인 사용자에 대하여 행하여진 것으로 보아야 함)

1264) 서울행정법원 2009. 2. 6. 선고 2008구합22*** 판결

1265) 지방자치법 제3조(지방자치단체의 법인격과 관할) ① 지방자치단체는 법인으로 한다.

1266) 공립학교의 경우, 사업주는 해당 (광역)지방자치단체이나 「지방교육자치에 관한 법률」 제18조에 따라 대표자는 교육감으로 함

동위원회의 시정명령 이행의무자로서의 지위를 갖게 되므로, 법원은 **파견근로의 경우 파견사업주와 사용사업주 간 각자의 책임영역에 따라 피신청인 적격을 구분하여**, 파견사업주와 사용사업주 각각 부담하는 책임영역에서 불리한 처우가 발생했는지 여부에 따라 **피신청인 적격이 결정된다고 보아 임금 등의 차별에 대해서는 파견사업주를 근로시간·휴게 등의 차별에 대해서는 사용사업주가 피신청인 적격을 갖는 것으로 해석을 하여 왔음**

2) 입장의 변화

2015년 주식회사 ○○○○ 사건을 통해, 법원은 **파견근로자에게 임금을 지급할 책임은 1차적으로 근로계약 당사자인 파견사업주에게 있으나, 임금 등의 영역에 있어 사용사업주도 차별시정 신청의 피신청인이 될 수 있다고 봄**

나아가 파견근로자가 사용사업주의 근로자에 비하여 불합리한 차별적 처우를 받게 된 귀책사유가 파견사업주 및 사용사업주 양쪽 모두에 있는 경우, 차별시정 신청자인 파견근로자의 차별시정을 위하여 사용사업주와 파견사업주가 연대하여 책임을 부담하도록 함

【서울행정법원 2016. 11. 18. 선고 2015구합70*** 판결¹²⁶⁷⁾】

임금 등의 영역에 있어 사용사업주도 차별시정신청의 피신청인이 될 수 있는지 여부에 관하여 본다. 살피건대, ① 파견법 제21조 제1항은 파견사업주와 사용사업주 모두에게 차별적 처우 금지의무를 부여하고 있고, 파견사업주와 사용사업주의 책임 영역을 구분하고 있지는 않은 점, ② 파견법 제20조 제2항, 파견법 시행령 제4조의2는 사용사업주는 근로자파견계약을 체결하는 때에 파견사업주에게 ‘임금 및 임금의 구성항목, 휴일·휴가’ 등 차별적 처우의 대상이 되는 근로조건에 관한 정보를 서면으로 제공할 의무를 부여하고 있는바, 이는 파견사업주가 파견근로자에게 사용사업주의 정규직근로자와 동등한 수준의 임금을 지급하기 위하여 사용사업주의 정보제공 등의 협력이 필요함을 전제로 한 것인 점, ③ 파견법 제21조 제3항이 시정신청 그 밖의 시정절차 등에 관하여 기간제법을 준용하면서 “사용자”는 “파견사업주 또는 사용사업주”로 본다고 규정하고 있고, “파견사업주 또는 사용사업주”라는 문언을 사용하고 있으나, 이는 파견근로자의 차별시정 시정신청, 고용노동부장관의 차별적 처우 시정요구, 확정된 시정명령에 있어 파견사업주 또는 사용사업주 중 한쪽에만 귀책사유가 있는 경우를 상정한 것으로서, 파견사업주와 사용사업주가 특정 차별적 처우에 대한 책임을 동시에 부담하는 경우를 배제하는 취지로 볼 수 없는 점, ④ 파견사업주와 사용사업주 모두를 근로기준법의 규정에 의한 사용자로 본다고 규정하면서 다만, 그 단서에서 근로기준법 중 임금 등의 근로조건에 관한 규정의 적용에 있어서는 파견사업주를, 근로시간 등의 근로조건에 관한 규정의 적용에 있어서는 사용사업주를 사용자로 본다고 규정하고 있으나, 이는 근로기준법의 적용에 있어 누구를 사용자로 볼 것인지를 정한 규정에 불과하므로, 그 문언의 범위를 넘어 파견사업주와 사용사업주를 구분하여 적용하여야 한다고 볼 수는 없고, 파견법 제21조가 파견법 제3장 파견근로자의 근로조건 등 제1절 근로자파견계약에 위치하고 있는 반면, 제34조는 제4절 근로기준법 등의 적용에 관한 특례에 위치하고 있는 점을 보더라도 제21조에 제34조 제1항 단서를 유추하여 적용할 수는 없을 것으로 보이는 점, ⑤ 사용사업주가 근로자파견계약상의 파견대가를 현저히 낮은 금액으로 정할 경우 파견사업주는 손해를 감수하지 않고서는 파견근로자에게 사용사업주의 근로자와 동등한 수준의 임금을 지급할 수 없게 되고, 사용사업주가 파견사업주에게 정

제2장
차별시정제도
(차별시정 명령)의
구체적 요건

규직근로자에게 실제로 지급되는 금액보다 낮은 금액이 기재된 정보를 제공하는 경우에도 파견사업주는 파견근로자에게 사용사업주의 근로자보다 낮은 수준의 임금을 지급하게 되는 등 파견근로자가 사용사업주의 귀책사유에 의하여 사용사업주의 근로자보다 낮은 수준의 임금을 지급받게 될 위험이 있으므로, 이를 방지하기 위해서는 파견사업주 뿐만 아니라 사용사업주에게도 임금 등의 영역에 대한 차별금지의무를 부과할 필요성이 있는 점, ⑥ 배상명령은 차별적 행위를 중지하거나, 임금 등 근로조건을 개선할 것을 명하고 적절한 배상을 명하는 것으로서 파견근로자와 파견사업주 사이의 근로계약 자체에서 정한 근로조건을 직접 변경하는 것이라고 볼 수 없으므로, 사용사업주가 근로계약상의 당사자가 아니라는 사정만으로 근로계약상의 근로조건에 대한 시정명령, 배상명령 등을 명할 수 없다고 볼 수는 없는 점 등을 고려하면, 임금 등 파견사업주에게 1차적 책임이 인정되는 영역에 있어 사용사업주에게도 차별시정신청의 피신청인 적격이 인정된다 할 것이다.

나아가 파견근로자가 사용사업주의 근로자와 동등한 임금을 지급받지 못한 귀책사유가 사용사업주와 파견사업주 중 어느 쪽에 있는지를 가려서, 사용사업주 또는 파견사업주 중 한쪽에 있는 경우에는 그에게만 시정 의무 및 배상의무를 부담하도록 하여야 할 것이나, 양쪽 모두에 있는 경우 차별시정신청자인 파견근로자의 구제를 위하여 사용사업주와 파견사업주가 연대하여 책임을 부담하도록 하여야 할 것이다.

1.3 당사자적격 판단 시점

당사자적격 판단 시점은 노동위원회에 차별시정 신청일을 기준으로 판단하는 것이 아니라, **차별적 처우가 있었던 때를 기준으로 함**¹²⁶⁸⁾

따라서 사용자가 차별적 처우를 할 당시에 기간제근로자, 단시간근로자, 파견근로자 ‘**였으면**’ 충분하지 **차별시정 신청일까지 그 지위를 유지할 필요는 없음**

즉 근로관계 종료·신분형태의 전환 등 더 이상 기간제근로자, 단시간근로자, 파견근로자가 아닌 경우에도 신청일 이전 6개월 동안 있었던 차별적 처우에 대해서는 차별시정 신청이 가능함

1267) 서울고등법원 2017. 5. 22. 선고 2016누79*** 판결에서 확정됨

1268) 신청인 적격 판단 시점은 차별시정 신청일이 아니라 차별적 처우가 있었던 때가 기준임. 따라서 차별적 처우 당시에는 기간제근로자였으나 이후 퇴직, 무기계약직 전환 등으로 더 이상 기간제근로자가 아닌 자도 차별시정 신청이 가능함. 예를 들어, 2010. 1. 31. 퇴직한 자가 2010. 3. 18. 차별시정 신청을 한 경우 신청일 당시에는 기간제근로자가 아니지만, 차별적 처우 당시 기간제근로자였으므로 신청인 적격 있음(서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2010구합41*** 판결). 또한 기간제근로자였다가 2010. 1. 1. 부터 무기계약직으로 전환되었으나 장기근속수당 미지급(차별적처우)을 이유로 2010. 3. 24. 차별시정 신청을 한 경우, 차별시정 신청일을 기준으로 한다면 더 이상 기간제근로자가 아니어서 각하되어야 할 것이나, 차별적 처우가 있었던 시점(2009. 12. 31.)에는 기간제근로자였으므로 신청인 적격이 있음. 만약 그렇지 않고 신청일을 기준으로 판단한다면 차별적 처우 이후 신분 변동이 되었다는 사실만으로 구제를 못 받는 불이익이 발생하기 때문임

2. 제척기간¹²⁶⁹⁾

제척기간과 관련하여 ‘기산점이 되는 차별적 처우의 존재 시점이 언제인가’를 판단하는 것이 중요한데, 차별적 처우가 있는 날(계속되는 차별적 처우는 그 종료일)부터 6개월이 경과한 때에는 신청권리가 소멸됨(기간제법 제9조 제1항 단서, 파견법 제21조 제3항)

즉 계속적·정기적으로 지급되지 않고, 지급 사유의 발생이 불확정적이며, 일회적(일시적)으로 지급되어 근로기준법상 임금의 성격을 갖지 않는 각종 금품의 미지급이나 기타 근로조건 등에서 계속되는 차별적 처우로 볼 수 없는 근로조건에 대한 차별행위는 계속되는 차별적 처우가 아니므로 그 행위가 있었던 시점이 기산점이 되는 반면,¹²⁷⁰⁾ 임금의 성격을 갖는 급부나 기타 근로조건 등에서 계속되는 차별적 처우로 볼 수 있는 차별행위는 ‘계속되는 차별적 처우’로 보아 6개월 이내에 차별시정을 신청하였다면, 해당 차별적 처우 전체에 대해 제척기간을 준수한 것으로 보고, 시정명령 대상은 차별이 있었던 전체 기간으로 확장됨¹²⁷¹⁾

3. 시정이익

노동위원회가 시정명령을 하기 위해서는 시정명령을 할 당시 신청인인 근로자에게 구체적인 시정이익이 필요함

차별시정의 시정이익과 관련하여, ‘근로관계가 종료된 이후에 차별시정 신청을 할 수 있는지’에 대해, 법원은 기간제법 제13조가 차별적 처우에 대한 시정명령의 내용으로 ‘적절한 금전보상’도 포함하고 있는 점, 시정명령에는 장래를 향해 그 시정을 명하는 것 뿐만 아니라 과거의 차별적 처우로 야기된 현재의 위법 상태를 해소하는 것도 포함한다는 점 등을 들어 시정이익을 긍정함

1269) 제척기간 쟁점 중 ‘계속되는 차별적 처우’에 있어서, ① 근로의 수령 종료일, ② 임금지급의무 발생, ③ 실제 임금의 지급 행위에 따라 제척기간을 구분하여야 하는지에 대해 논의의 실익이 있으나, 주제별 판례분석집에서 다루기에는 적합하지 않아 이에 대한 설명을 생략함

1270) 서울행정법원 2009. 5. 22. 선고 2008구합48*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2011. 12. 22. 선고 2010두3*** 판결)에서 확정됨], 서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누22*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두6*** 판결)에서 확정됨], 서울고등법원 2014. 5. 22. 선고 2013누25*** 판결(대법원 2014두8865에서 확정됨)

1271) 판례는, “각 입사 이후로서 기간제법이 시행된 2007. 7. 1.부터 2008. 4. 13.까지의 기본급, 정기상여금, 조정수당, 효도휴가비, 장기근속수당 등 임금지급과 관련된 계속적 차별적 처우에 대하여 그 차별적 처우의 종료일로부터 3개월이 경과하기 이전인 2008. 5. 23.과 2008. 5. 29. 위 각 노동위원회에 그 시정을 구할 수 있다고 할 것이나, 위 <성과상여금> 지급과 관련된 차별적 처우에 대하여는 그 지급된 날로부터 3월이 경과한 후에야 원고들이 위 각 노동위원회에 그 시정을 신청하였으므로, 위 부분 신청은 위 3월의 제척기간을 초과하여 부적법하다고 할 것이다”고 판시한 바 있음(서울고등법원 2010. 1. 13. 선고 2009누17*** 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 11. 22. 선고 2010두3*** 판결)에서 확정됨)

【 대법원 2016. 12. 1. 선고 2014두43*** 판결 】

이러한 시정절차는 사용자의 차별적 처우로 말미암아 기간제근로자에게 발생한 불이익을 해소하여 차별적 처우가 없었더라면 존재하였을 상태로 개선함으로써 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 바로잡고 근로조건 보호를 강화하려는 데에 그 주된 목적이 있으며, 기간제근로자 지위를 회복하거나 근로계약기간 자체를 보장하기 위한 것은 아니므로, 근로계약기간의 만료 여부는 차별적 처우의 시정과는 직접적인 관련이 없는 사정이라고 할 수 있다.

그리고 구 기간제법(2014. 3. 18. 법률 제12469호로 개정되기 전의 것) 제13조 및 위 법률로 개정된 기간제법 제13조 제1항에서 차별적 처우의 시정신청에 따라 발하는 노동위원회의 시정명령 내용 중 하나로 들고 있는 금전보상명령 또는 배상명령은 과거에 있었던 차별적 처우의 결과로 남아 있는 불이익을 금전적으로 전보하기 위한 것으로서, 그 성질상 근로계약기간이 만료한 경우에도 발할 수 있다고 해석한다.

소외 차별적 처우를 받은 기간제근로자의 근로계약기간이 만료하였다고 하여 기간제법 제15조의 2에서 정한 고용노동부장관의 직권에 의한 사용자에 대한 시정요구나 고용노동부장관의 통보에 따른 노동위원회의 시정절차 진행이 불가능하게 된다고 보기도 어렵다.

나아가 기간제법 제13조 제2항은 사용자의 명백한 고의가 있거나 반복적인 차별적 처우에 대하여 기간제근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상을 명령할 수 있는 권한을 노동위원회에 부여하고 있으며, 제15조의3은 시정명령이 확정된 경우에 그 효력 확대 차원에서 고용노동부장관이 직권으로 다른 기간제근로자에 대한 차별적 처우를 조사하여 사용자에게 시정을 요구하고 노동위원회에 통보하여 시정절차를 진행할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 따라 시정명령의 내용 중에서 배상명령은 제재 수단으로서 독자성을 인정할 필요가 있고 중요한 의미를 가진다고 할 것이며, 또한 시정명령의 효력 확대를 위한 전제로서 시정절차를 개시·유지할 필요도 있게 되었다.

위와 같은 시정절차 관련 규정의 내용과 그 입법목적, 시정절차의 기능, 시정명령의 내용 등을 종합하여 보면, 시정신청 당시에 혹은 시정절차 진행 도중에 근로계약기간이 만료하였다는 이유만으로 기간제근로자가 차별적 처우의 시정을 구할 시정이익이 소멸하지는 아니한다고 보아야 한다.

제3절 본안 판단 요소

1. 비교대상근로자

1.1 비교대상근로자의 의의

차별은 상대적 개념이고, 또한 차별 여부의 비교판단 시 비교대상근로자는 불이익 처우 여부를 판단하는 비교기준이자 시정명령의 내용을 정하는 기준이 되므로, 비교대상근로자의 존재가 반드시 필요함

기간제법·파견법에서는 각 근로자 유형별로 비교대상근로자를 구분하여 규정하고 있음

① ‘기간제근로자’의 비교대상근로자는 기간제근로자와 동일한 사용자에게 고용되어 동일한 사업·사업장에서 동종·유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자(기간제법 제8조 제1항)가 되고, ② ‘단시간근로자’의 비교대상근로자는 단시간근로자와 동일한 사용자에게 고용되어 동일한 사업·사업장에서 동종·유사한 업무에 종사하는 통상근로자(기간제법 제8조 제2항)가 되며, ③ ‘파견근로자’의 비교대상근로자는 사용사업주의 동일한 사업 내의 동종·유사한 업무를 수행하는 근로자(파견법 제21조 제1항)가 됨

따라서 비교대상근로자가 존재하지 않는 경우에는 비정규직 근로자에 대한 불리한 처우 및 합리적 이유의 유무를 판단할 기준 및 실익이 없게 되는 것이므로, 이 경우 차별적 처우 판단의 다음 단계는 진행되지 않음

1.2 비교대상근로자 요건

가. 시간적 요건

원칙적으로 비교대상근로자는 차별적 처우가 있었던 시기에 존재해야 함

따라서 차별시정 신청 시점 당시에 퇴직 또는 조직개편, 인사이동, 고용종료 등으로 비교대상근로자가 존재하지 않더라도 차별적 처우가 있었던 그 당시에 비교대상근로자가 존재하였다면 해당 근로자를 비교대상근로자로 선정이 가능함

또한 ① 비교대상근로자가 기간제근로자, 단시간근로자, 파견근로자 등의 입사 전에는 존재하였지만 이들이 입사한 후에는 존재하지 않거나 또는 ② 퇴사 후에 비로소 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 비교대상근로자가 존재할 경우에는 시간적 요건을 충족하지 못하기 때문에 비교대상근로자로 삼을 수 없음¹²⁷²⁾

제2장
차별시정제도
(차별시정 명령)의
구체적 요건

1272) 서울행정법원 2009. 6. 9. 선고 2008구합24*** 판결(초빙교수가 시간강사인 원고들과 비교대상근로자

최근 하급심 법원은 육아휴직에 들어간 전임자의 대체인력으로 기간제근로자가 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 경우, 전임자를 해당 기간제근로자의 비교대상근로자로 봄으로써 **시간적 요건을 완화**하기도 하였음¹²⁷³⁾

나. 장소적 요건: 당해 사업 또는 사업장

기간제법 제8조 및 파견법 제21조 제1항은 **비교대상근로자의 장소적 범위를 “당해 사업 또는 사업장”으로 규정**하고 있어, 반드시 동일한 장소일 것을 요건으로 하지 않음

다. 동종 또는 유사한 업무(이른바 ‘비교대상근로자의 유무’)

1) 동종·유사한 업무의 의미

기간제법·파견법에서는 ‘기간제근로자’의 비교대상근로자, ‘단시간근로자’의 비교대상근로자, ‘파견근로자’의 비교대상근로자로 인정되기 위한 요건으로 **‘동종 또는 유사한 업무’에 종사할 것을 명시**하고 있음

‘동종 또는 유사한 업무’란 직종, 직무 및 작업내용의 동일성·유사성을 가진 것을 의미함

2) 동종·유사한 업무의 판단기준

대법원은 업무의 동종·유사성에 관해 **3단계의 구체적인 판단기준을 제시**하고 있음¹²⁷⁴⁾

- ① **(1단계)** 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지 여부는 취업규칙이나 근로계약 등에서 정한 업무의 내용이 아니라 **근로자가 실제 수행해 온 업무를 기준으로 판단** 하되,
- ② **(2단계)** 실제 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않고 업무의 범위 또는 책임 과 권한 등에서 다소 차이가 있더라도 **주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면**,

인지 여부를 판단하기 위해서는 그 임용계약에 따른 근로조건이 확정되어 있어야 할 것인데, 위 인정 사실에 의하면, 원고들이 근무한 2007학년도에는 ○○대학교에 채용된 초빙교수가 없어 그 근로조건을 확정할 수 없으므로, 초빙교수는 시간강사의 비교대상근로자로 판단할 수 없다. 따라서 이 사건에서, 초빙교수는 시간강사의 비교대상근로자에 해당하지 아니함).

1273) 서울행정법원 2016. 7. 15. 선고 2016구합51*** 판결(비교대상근로자는 원칙적으로 기간제근로자의 근무기간 동안 당해 사업 또는 사업장에서 실제로 같이 근무한 근로자를 뜻한다고 보아야 할 것이나, 일시적으로 전임자가 사용자와 근로관계를 유지한 채 휴직하는 등 사유로 기간제근로자가 대체인력으로 휴직기간 동안 동일한 내용의 업무를 수행하는 경우에는, 정규직을 기간제근로자로 대체하여 합리적 이유 없이 임금 등에서 불리한 처우를 하는 것은 부당하고 위 기간제법 입법취지에도 반하므로 전임자를 기간제근로자의 비교대상근로자로 보아 차별시정을 명할 수 있다고 보아야 함)

1274) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2*** 판결, 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7*** 판결 등

‘특별한 사정’이 없는 한 동종 또는 유사한 업무에 해당하고(‘업무’ 자체를 객관적으로 판단),

- ③ (3단계) 2단계에서의 ‘특별한 사정’이란 정규직근로자는 해당 업무와 직접 관련된 자격을 소지하는 반면, 비정규직 근로자는 그러한 자격을 소지하지 않은 경우와 같이 양 근로자 사이에 ‘현저한 질적 차이’를 인정할 만한 다른 특별한 사정을 의미함(비정규직 근로자와 비교대상근로자 사이에 ‘현저한 질적 차이’를 인정할 만한 다른 특별한 사정이 있는지를 판단)

즉 비정규직 근로자와 비교대상근로자 사이에 실제 수행하는 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없으면서 양자 사이에 현저한 질적 차이를 인정할 만한 다른 특별한 사정도 없다면 동종·유사한 업무에 해당함

또한 사용자가 어떤 업무를 주된 업무로 부여했어도 그 업무가 실제 수행되어 온 업무로 평가되지 않는다면 그 업무를 주된 업무로 볼 수 없을 것임

「하급심 법원」은 보다 구체적으로 ‘동종 또는 유사한 업무’란 직종, 직무 및 작업 내용이 동일성 또는 유사성을 가진 업무를 말하고, 동종 또는 유사성을 업무 성격의 유사성, 업무에서 각 근로자 집단 상호간의 대체 가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 보고 있음

즉 주된 업무 내용에 ‘본질적인 차이’가 없다면, 양자 사이에 ‘현저한 질적 차이’가 인정될 만한 특별한 사정이 없는 한, 채용 절차나 부수적인 업무 내용 등에서 다소의 차이가 있더라도 동종 또는 유사한 업무로 본다는 판단 구조를 가지고 있음¹²⁷⁵⁾

다시 말해서, 주된 업무에 본질적인 차이가 없으면 세부적인 차이는 합리적인 이유의 존부 판단에서 고려되면 충분하다고 봄. 이는 업무의 동종 또는 유사성 판단과 합리적인 이유의 존부 판단 사이의 전후관계를 명확히 하고, 양 단계에서 핵심적인 판단근거가 되는 사항을 각기 구별하는 태도라고 할 수 있음

1275) 서울행정법원 2008. 10. 24. 선고 2008구합6*** 판결, 서울행정법원 2010. 4. 29. 선고 2009구합36*** 판결, 서울행정법원 2010. 6. 4. 선고 2009구합47*** 판결, 서울행정법원 2010. 8. 19. 선고 2010구합17*** 판결, 서울고등법원 2010. 11. 11. 선고 2010누15*** 판결, 서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누22*** 판결, 서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누21794 등(정규직근로자와 기간제근로자가 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않더라도 주된 업무의 내용, 작업 조건 등 핵심 요소에서 본질적인 차이가 없다면, 예를 들어, 정규직근로자에게는 해당 업무와 직접 관련된 자격이 요구되는 반면, 기간제근로자에게는 그러한 자격이 요구되지 않는 경우와 같이 양자 사이에 ‘현저한 질적 차이’가 인정될 만한 특별한 사정이 없는 한, 채용절차나 부수적인 업무 내용 등에서 다소의 차이가 있더라도 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 봄이 타당함. 양자 간의 차이가 이러한 ‘현저한 질적 차이’에 이르지 못하는 경우에는 이러한 차이가 업무의 동종성 또는 유사성을 부인할 만한 근거가 되지 못하고, 다만, 사용자가 양자를 달리 처우하는 경우에 기간제법 제2조 제3호에 따른 “합리적인 이유”가 있음을 뒷받침하는 사정은 될 수 있음)

‘법원의 입장을 정리’하면, ‘동종 또는 유사한 업무에 해당하는지 여부’에 관해 대법원은 업무의 동종 또는 유사성 판단에서 가장 핵심적으로 고려하는 기준은 ‘주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 존재하는지 여부’라고 할 수 있는데, 이를 판단함에 있어서 하급심 법원은 사안에 따라, 해당 업무에 요구되는 경력 및 자격요건, 상호대체가능성 및 업무성격·업무가치, 업무에 대한 평가기준, 업무수행방식 등을 종합적으로 고려함

다만, 이러한 각 판단지표들이 주된 업무의 본질적인 차이가 아닌 부수적인 차이만을 가져오는 것이라면 업무의 동종 또는 유사성을 부정하는 근거로 일반적으로 활용되어서는 안 되고, 합리적인 이유의 존부를 판단하는 단계에서 고려되어야 할 것임

동일한 판단지표라 하더라도 어느 사안에 대해서는 그것이 근로자들 간 업무의 본질적인 차이를 가져오는 요소일 수 있지만, 다른 사안에서는 부수적인 차이만을 가져오는 요소일 수 있는 등 사안마다 차이가 존재할 것이기 때문임

3) 주된 업무 내용의 ‘본질적인 차이’의 의미

‘본질적인 차이’라는 표현 자체가 추상적이기 때문에 축적된 판례를 통해 그 의미를 파악하여야 함

법원의 일률적인 판단기준을 파악하기에는 다소 어려우나, 사안에 따라 업무의 비중, 업무의 공동 수행 여부, 관리 업무의 수행 여부, 해당 업무에 요구되는 경력 및 자격요건, 상호대체가능성 및 업무성격, 업무가치, 업무에 대한 평가기준, 업무수행방식 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단함

또한 채용 절차, 업무의 범위·난이도·책임 및 권한 등에 있어서 다소의 차이는 본질적인 차이가 아니며,¹²⁷⁶⁾ 주된 업무 내용의 ‘본질적인 차이’가 있는지를 판단하는 한 요소로 고려되어 작동할 뿐임¹²⁷⁷⁾

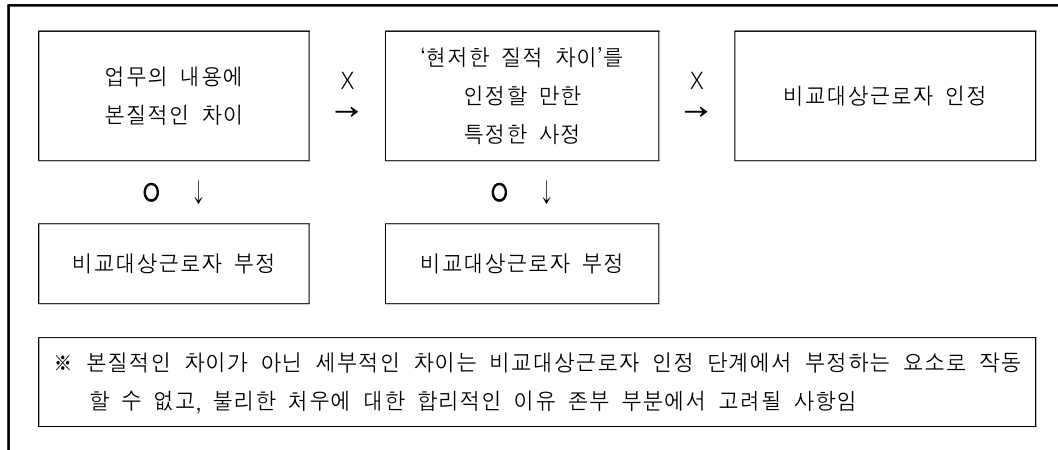
한편 일부적으로는 업무 대체가 이루어지더라도 제한적으로 이루어지는 정도에 불과할 뿐이라면 업무의 유사·동종성을 인정할 수 있는 징표로 삼기 어려움¹²⁷⁸⁾

예를 들어, 관리직 근로자의 경우 실무를 수행하는 것보다 해당 부서의 업무 총괄·부서원 관리 등의 업무를 수행하는 경우가 많아, 관리직 근로자가 실무 업무를 수행하는 일반 근로자와 함께 근무하더라도 관리업무가 부수적 업무가 아닌 이상, 업무의 유사·동종성을 인정하기 어려움¹²⁷⁹⁾

1276) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2*** 판결, 서울고등법원 2010. 11. 11. 선고 2010누15*** 판결 등
 1277) 서울행정법원 2012. 2. 2. 선고 2011구합18*** 판결, 서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누21*** 판결 등
 1278) 서울행정법원 2012. 2. 2. 선고 2011구합18*** 판결
 1279) 서울행정법원 2011. 11. 17. 선고 2010구합32*** 판결, 서울고등법원 2012. 12. 14. 선고 2011누45*** 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013두2*** 판결 등

주된 업무 내용의 ‘본질적인 차이’라는 표현 자체가 추상적이기 때문에 동일한 사안에 대해서도 다른 판단이 내려질 가능성도 배제할 수 없음

법원의 판단기준을 정리하면 다음과 같음



라. 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 비교대상근로자가 다수인 경우(이른바 ‘비교대상근로자의 선정’)

비교대상근로자의 선정 문제는 크게 ① 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 비교대상근로자가 다수인 경우에 누구를 비교대상근로자로 선정하여야 하는지의 문제와 ② 설령 비교대상근로자가 다수가 아니더라도 기간제근로자가 장기간 근속한 후 차별시정을 구할 때 누구를 비교대상근로자로 삼아야 하는지, 즉 기간제근로자의 근속연수에 대응하는(호봉에 맞는) 비교대상근로자를 선정하여야 하는지 문제로 나뉨

전자의 경우 대표적인 예는, 사업 또는 사업장에서 기간제근로자의 비교대상근로자로서 무기계약직 근로자(A)와 정규직근로자(B)가 모두 존재하지만, 특정 수당으로 무기계약직 근로자(A)는 3만 원, 정규직근로자(B)는 5만 원을 지급받을 경우에 기간제근로자는 무기계약직(A)과 정규직근로자(B) 중 누구를 비교대상근로자로 선정하여야 하는지 여부임

이에 대해 법원은 가장 높은 대우를 받는 근로자를 선정할 경우(위 예에서는 정규직근로자(B)를 말함), 가장 낮은 처우를 받는 정규직근로자(위 예에서는 무기계약직 근로자(A)를 말함)가 기간제근로자보다 더 불이익하게 되는 역차별 우려가 있음을 이유로 비교대상근로자 중 가장 낮은 처우를 받는 정규직근로자를 선정하는 것이 적절하다고 봄¹²⁸⁰⁾

제2장
차별시정제도
(차별시정 명령)의
구체적 요건

1280) 서울고등법원 2012. 6. 24. 선고 2012누5*** 판결, 서울행정법원 2016. 11. 18. 선고 2015구합70*** 판결(서울고등법원 2017. 5. 17. 선고 2016누79*** 판결로 확정됨) 등

【 서울행정법원 2012. 1. 12. 선고 2011구합8*** 판결¹²⁸¹⁾ 】

누구를 비교대상근로자로 삼을 것인가에 관하여 보면, 차별적 처우의 금지는 기간제근로자라는 이유로 동종, 유사 업무를 하는 기간의 정함이 없는 근로자와 비교하여 그 불이익을 금지하는 것이므로, 기간의 정함이 없는 근로자 중 가장 높은 처우를 받는 근로자를 비교대상근로자로 선정하는 경우 가장 낮은 처우를 받는 기간의 정함이 없는 근로자는 기간제근로자보다 더 불이익을 받게 되는 역차별이 발생할 우려가 있으므로, 비교대상근로자는 가장 낮은 처우를 받는 근로자를 선정하는 것이 적절하다.

그러나 이러한 입장에서 점차 벗어나는 경향을 보여주고 있는데, ‘○○광역시 교육청 사건’¹²⁸²⁾이라든지 ‘○○○○위원회의 항소심 사건’,¹²⁸³⁾ ‘○○랜드 사건의 1심 사건’¹²⁸⁴⁾ 등에서 비교대상근로자의 유무의 문제와 선정의 문제를 구별하여 판단했으며, 특히 ‘○○광역시 교육청 사건’에서는 방과후 강사와 유치원 정교사 중 어느 근로자가 비교대상근로자로 적절한지를 두고 방과후 강사를 비교대상근로자로 선정하는 것은 적절하지 않다고 판단하였고, ‘○○○○위원회 항소심 사건’에서는 비교대상근로자를 비정규직 근로자(차별시정 신청인)의 근속연수에 대응하는 호봉의 비교대상근로자를 선정하여야 한다고 판시함

【 대전지방법원 2017. 1. 11. 선고 2016구합103*** 판결(확정) 】

유치원의 정교사와 시간제근무 기간제교원의 주된 업무는 유아교육 및 보육활동으로, 그 업무의 시간적 범위가 정교사의 경우 정규교육과정, 시간제근무 기간제교원의 경우 정규교육과정 후에 이루어지는 방과후 과정이라는 차이가 있을 뿐이고, 정교사가 출장 등의 사유로 수업을 할 수 없을 경우 재심신청인을 비롯한 시간제근무 기간제교원이 보결수업을 한 점, 정규교육과정과 방과후과정의 수업내용이 서로 연계되어 운영되는 점, 이 사건 유치원의 시간제근무 기간제교원도 정교사와 마찬가지로 교원자격증을 보유하고 교원임용자격을 갖춘 점 등에 비추어 보면 그 업무의 대체가능성도 인정되므로, 주된 업무에서 본질적인 차이가 있다고 볼 수 없고, 차별적 처우가 존재하는지 여부를 심사하기 위한 전제로 비교대상근로자를 선정함에 있어서는, 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 그들의 근로조건 보호를 강화한다는 기간제법의 입법취지를 충분히 고려하여야 하므로, 이 사건 유치원의 방과후 강사는 2012. 2. 29.을 기준으로 그 이전에 2년 이상 근무한 기간제근로자가 무기계약직근로자의 신분으로 전환된 것인데, 이 사건 유치원의 정교사와 비교하여 더 낮은 처우를 받고 있다. 방과후 강사의 무기계약직근로자로서의 근로계약 체결경위 및 그에 대한 처우에 비추어 보면, 방과후 강사 역시 이 사건 유치원의 정교사와 동종 또는 유사한 업무를 수행하면서도 차별적 처우를 받고 있을 여지가 있는 것으로 보이고, 이 사건 유치원의 정교사나 시간제근무 기간제교원은 교육공무원임에 비하여, 방과후 강사는 교육공무원이 아닌 점에 더하여 앞서 본 기간제법의 입법취지를 고려하면, 방

1281) 서울고등법원 2012. 6. 24. 선고 2012누5*** 판결로 확정됨

1282) 대전지방법원 2017. 1. 11. 선고 2016구합103*** 판결(확정)

1283) 서울고등법원 2016. 10. 21. 선고 2016누30*** 판결(확정)

1284) 서울행정법원 2015. 9. 24. 선고 2015구합64*** 판결(확정)

과후 강사를 시간제근무 기간제교원의 비교대상근로자로 선정하는 것은 적절하지 않다. 따라서 원고는 정교사를 시간제근무 기간제교원의 비교대상근로자로 선정하는 경우 무기계약직근로자인 방과후 강사에 대한 역차별이 발생할 수 있다고 주장하나, 앞서 본 기간제법의 입법취지에 비추어 보면, 방과후 강사에 대한 차별적 처우는 시간제근무 기간제교원과 방과후 강사의 근로조건을 동일한 수준으로 하향 평준화함으로써 시정할 것이 아니라, 정교사와 비교하였을 때 인정되는 차별적 처우를 시정함으로써 해소함이 상당하다.

【서울고등법원 2016. 10. 21. 선고 2016누30*** 판결】

비교대상근로자가 호봉제를 적용받아 근속기간이 누적됨에 따라 승급된 호봉을 기준으로 임금을 지급받아 왔다면 승급된 호봉에 따라 지급받은 임금 총액을 비교대상근로자의 급여로 보아야 한다. 그런데 기간제근로자가 근속기간 중 가장 최근의 기간을 특정하여 차별시정을 구한 경우 기간제근로자의 근속기간에 상응하는 호봉을 적용하지 않고, 비교대상근로자의 임금을 산정하게 되면, 기간제근로자가 차별시정 신청취지의 기간을 어떻게 특정하는지에 따라 차별적 처우의 존부에 대한 판단이 달라지는 부당한 결과가 발생하게 된다. 따라서 기간제근로자가 장기간 근속한 후 차별시정을 구하는 경우에는 그 신청취지 기간에 구해받지 말고 해당 기간제근로자의 전체 근속기간에 상응하는 호봉에 따라 산정한 비교대상근로자의 임금과 기간제근로자의 임금을 놓고 차별적 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다.

또한 ○○랜드 사건에서 비교대상근로자가 당해 사업 또는 사업장의 직제상 존재하는 가장 낮은 처우를 받는 정규직근로자이면 충분하고, 그러한 정규직근로자가 실제 근무할 것을 요하지는 않으나, 직제상 존재하지 아니하는 가상의 호봉을 상정하는 것은 허용하지 않는다고 보았음

【대법원 2019. 9. 26. 선고 2016두51*** 판결】

기간제근로자에 대해 실제로 존재하는 불합리한 차별을 시정하고자 하는 기간제법의 취지 등을 고려하면, 기간제근로자에 대하여 차별적 처우가 있었는지를 판단하기 위한 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 비교대상근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자 중에서 선정하여야 하고, 이러한 근로자가 당해 사업 또는 사업장에 실제로 근무하고 있을 필요는 없으나 직제에 존재하지 않는 근로자를 비교대상근로자로 삼을 수는 없다.

원심은 기간제 딜러인 참가인들 중 일부에 대해 마이너스 1호봉 또는 마이너스 2호봉에 해당하는 가상의 정규직 딜러를 비교대상근로자로 삼아야 한다는 피고의 주장을 배척하고, 비교대상근로자는 원고 소속 근로자 중 사원 1호봉의 정규직 딜러로 봄이 타당하다고 판단하였다. 위에서 본 법리에 따라 원심판결 이유를 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 비교대상근로자에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

제2장
차별시정제도
(차별시정 명령)의
구체적 요건

1.3 비교대상근로자 개별요건

가. 기간제근로자의 비교대상근로자: 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자(기간제법 제8조 제1항)

기간제근로자의 비교대상근로자는 해당 사업 또는 사업장에서 **동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자**임. 따라서 기간제근로자인 신청인이 선정한 비교대상근로자가 기간제근로자일 경우 비교대상근로자로 인정하지 않음
그러나 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간제근로자가 무기계약근로자로 전환된 경우에는 그 시점부터 비교대상근로자로 인정함¹²⁸⁵⁾

나. 단시간근로자의 비교대상근로자: 통상근로자(기간제법 제8조 제2항)

단시간근로자의 비교대상근로자는 **단시간근로자와 동일한 사용자에게 고용되어 동일한 사업·사업장에서 동종·유사한 업무에 종사하는 통상근로자**임

따라서 단시간근로자와 동일한 사용자에게 고용되어 동일한 사업·사업장에서 동종·유사한 업무에 종사하는 통상근로자가 존재하지 않으면 비교대상근로자가 존재하지 않는 것임

그러나 **근로기준법 제2조 제1항 제8호**는 단시간근로자의 정의를 ‘1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비해 짧은 근로자’로 규정하고 있으므로, 해당 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상근로자의 소정근로시간 미만으로 근로하는 경우 신청인 적격을 인정하고 있음

다. 파견근로자의 비교대상근로자: 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자(파견법 제21조)

파견근로자의 비교대상근로자는 **사용사업주의 사업 내의 동종·유사한 업무를 수행하는 근로자**로서 사용사업주의 사업 내에서 파견근로자와 동종·유사한 업무를 수행하는 근로자가 존재하지 않으면 비교대상근로자가 존재하지 않음

파견근로자의 비교대상근로자는 사용사업주의 소속 근로자로서 동종·유사한 업무를 수행하여야 하기 때문에 **파견사업주의 사업 내 근로자**라든지 **사용사업주의 사업 내 근로자**라고 하더라도 동종 또는 유사하지 않은 업무를 수행하는 근로자는 비교대상근로자가 될 수 없음

1285) 서울행정법원 2011. 5. 20. 선고 2010구합44*** 판결(대법원 2014. 9. 24. 선고 2012두2*** 판결의 1심 판결)

1.4 기타 비교대상근로자의 선정 관련 쟁점

가. 기간제·단시간·파견근로자에 의한 선정

기간제법은 차별시정을 신청하는 근로자에게 차별적 처우의 구체적 내용을 기재하도록 규정하고 있고(기간제법 제9조 제2항), ‘차별적 처우 시정 신청서’에는 비교대상근로자를 기재하는 란이 있음. 따라서 **차별시정 신청을 하는 근로자는 비교대상근로자를 직접 선정해야 함**

나. 사용자의 비교대상근로자 선정

사용자가 ‘차별시정 신청인이 선정한 비교대상근로자보다 더 적합한 근로자가 존재하기 때문에 비교대상근로자성이 부정된다.’고 주장하는 경우에 노동위원회 및 법원은 비교대상근로자 선정(또는 지정) 권한이 신청인에게 **한정된다고 명시적으로 밝히고 있진 않지만**, 신청인이 선정한 비교대상근로자가 동종·유사한 업무를 수행하는지 여부만을 판단함으로써 사용자의 비교대상근로자 선정을 **간접적으로 부정하는 경향임**

실제로 단시간 직업상담원(차별시정 신청인)이 민원담당 공무원을 비교대상근로자로 선정한 사건에서 사용자가 동일한 업무를 수행하는 전일제 직업상담원이 비교대상근로자로 적합하다는 주장을 하였으나, 노동위원회 및 법원은 민원담당 공무원만을 비교대상근로자로 인정함¹²⁸⁶⁾

또한 기간제 부지점장 대우(차별시정 신청인)가 정규직 부지점장을 비교대상근로자로 선정한 사건에서 동일한 채권관리사 확보업무를 수행하는 과장이 비교대상근로자로 적합하다는 사용자의 주장을 받아들이지 않았음¹²⁸⁷⁾

1.5 기타 비교대상근로자 관련 쟁점

가. 노동위원회의 비교대상근로자 직권 조사 의무 여부

신청인이 주장하지 않은 비교대상근로자를 노동위원회가 직권으로 조사 내지 판단해야 할 의무가 있는지 여부에 대하여, 법원은 노동위원회가 신청권자가 주장하는 비교대상근로자 이외에 다른 정규직근로자가 비교대상근로자로 인정될 수 있는지 여부를 조사·판단하여야 할 ‘의무’까지 부담한다고 보지 않음¹²⁸⁸⁾(다만, 이는 노동위원회에게 그

제2장
차별시정제도
(차별시정 명령)의
구체적 요건

1286) 서울행정법원 2013. 4. 5. 선고 2012구합30*** 판결(서울고등법원 2013. 10. 30. 선고 2013누12*** 판결로 확정됨)

1287) 서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2010구합41*** 판결

러한 ‘의무’가 없다는 것이고, 직권으로 비교대상근로자를 변경하거나 추가하여 지정하는 것은 가능함)

나. 중노위 재심 단계에서 비교대상근로자 추가·변경 가능 여부

차별시정 신청인이 지노위 초심 단계에서 주장하지 않은 비교대상근로자를 중노위 재심단계에서 추가하거나 변경하는 것이 허용되는지 여부에 대하여 법원은 비교대상근로자가 누구인지 여부가 초심의 구체범위에 포함된다고 볼 수 없어 비교대상근로자의 추가 또는 변경은 중노위 재심단계에서도 허용된다고 봄¹²⁸⁹⁾

다. 행정소송 단계에서 비교대상근로자 추가·변경 가능 여부

‘신청인 근로자들’이 노동위원회 단계에서 비교대상근로자로 주장하지 아니한 자를 행정소송의 단계에서 새롭게 제시하면서 중노위의 재심판정이 위법하다고 주장할 수 없음¹²⁹⁰⁾

1288) 서울행정법원 2011. 11. 17. 선고 2010구합32*** 판결(대법원 2014. 12. 24. 선고 2013두2*** 판결의 1심 판결)

1289) 서울고등법원 2017. 6. 9. 선고 2016누51*** 판결(노동위원회규칙은 차별적 처우 시정 신청서의 ‘신청 취지’란이 아닌 ‘신청이유’란에 ‘잠정적 비교대상자’를 기재하도록 규정하고 있으므로, 비교대상근로자가 누구인지 여부가 ‘초심에서 구체를 신청한 범위’에 포함된다고 볼 수 없다. 또한 기간제근로자가 차별적 처우를 받는지 여부를 결정하는 기준이 되는 비교대상근로자는 차별시정을 신청하는 자가 지정하여야 하고, 노동위원회는 차별시정신청자가 지정한 비교대상근로자 이외에 다른 무기계약직 근로자가 차별시정신청자에 대한 관계에서 비교대상근로자로 인정될 수 있는지 여부를 조사·판단하여야 할 의무까지는 부담하지 아니하므로, 재심단계에서 비교대상근로자를 추가하는 것을 허용하지 않는다면 시정신청 단계에서 좁은 범위의 비교대상근로자를 지정하여 기각판정을 받은 차별시정신청자는 기간제법 제9조 1항 단서에서 정한 제척기간의 도과로 인하여 구제를 받을 길이 없어지게 되고, 이를 방지하기 위하여 차별시정신청자가 동일 사업 또는 사업장 내의 모든 무기계약근로자를 비교대상근로자로 지정할 경우 차별시정제도의 원활한 운영을 저해하게 된다), 해당 사건은 대학교 부설 미술관에서 사무보조원으로 근무하던 참가인이 초심지노위에서는 비교대상근로자를 회계업무직원으로 하여 차별시정 신청을 하였고, 재심신청 시 비서를 비교대상근로자로 선정하였음. 원고(사용자)는 재심 과정에서 비교대상근로자를 추가하여 판단한 것은 노동위원회규칙 제114조 및 제89조 위반이라고 주장함

1290) 서울고등법원 2012. 12. 14. 선고 2011누45*** 판결(대법원 2014. 12. 24. 선고 2013두2*** 판결의 2심 판결)(차별시정 재심신청에 대한 중앙노동위원회의 재심판정의 취소를 구하는 행정소송의 소송물은 재심판정의 적법여부라 할 것인바, 중앙노동위원회가 판단의 대상으로 삼지 않은 부분은 재심판정의 취소를 구하는 행정소송에서 심판의 대상으로 삼을 수 없다. 이와 같은 법리에 비추어 볼 때 그룹6 소속 A, B, C, D(이)가 중앙노동위원회에서 비교대상근로자로 주장하지 아니한 자를 행정소송의 단계에서 새롭게 제시하여 중앙노동위원회의 재심판정이 위법하다고 주장할 수 없다.)

2. 차별금지영역

2.1 차별금지영역의 의미

가. 임금 그 밖의 근로조건 등

차별금지영역은 임금, 정기적으로 지급되는 상여금, 성과금, 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항으로 근로조건은 사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금·근로시간·후생·해고뿐만 아니라 근로기준법 제93조 제1호 내지 13호,¹²⁹¹⁾ 같은 법 시행령 제8조 제1항 제1호, 제3호¹²⁹²⁾가 정한 사항이 모두 포함됨¹²⁹³⁾

“임금”은 “사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭이든지 지급하는 일체의 금품”을 말하는데,¹²⁹⁴⁾ 과거 기간제법은 ‘임금 그 밖의 근로조건 등’을 차별금지영역으로 규정하고 있어, 임의적·은혜적 금품 등 임금의 성질을 가지지 않는 금품도 위 차별금지영역에 포함되는지가 문제되어 왔으나,¹²⁹⁵⁾ 개정 기간제법(2013. 9. 23.

1291) 제93조(취업규칙의 작성·신고) 상시 10명 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 다음 각 호의 사항에 관한 취업규칙을 작성하여 고용노동부장관에게 신고하여야 한다. 이를 변경하는 경우에도 또한 같다.
<개정 2008. 3. 28., 2010. 6. 4., 2012. 2. 1., 2019. 1. 15.>

1. 업무의 시작과 종료 시각, 휴게시간, 휴일, 휴가 및 교대 근로에 관한 사항
2. 임금의 결정·계산·지급 방법, 임금의 산정기간·지급시기 및 승급(昇給)에 관한 사항
3. 가족수당의 계산·지급 방법에 관한 사항
4. 퇴직에 관한 사항
5. 「근로자퇴직급여 보장법」 제4조에 따라 설정된 퇴직급여, 상여 및 최저임금에 관한 사항
6. 근로자의 식비, 작업 용품 등의 부담에 관한 사항
7. 근로자를 위한 교육시설에 관한 사항
8. 출산전후휴가·육아휴직 등 근로자의 모성 보호 및 일·가정 양립 지원에 관한 사항
9. 안전과 보건에 관한 사항
- 9의2. 근로자의 성별·연령 또는 신체적 조건 등의 특성에 따른 사업장 환경의 개선에 관한 사항
10. 업무상과 업무 외의 재해부조(災害扶助)에 관한 사항
11. 직장 내 괴롭힘의 예방 및 발생 시 조치 등에 관한 사항
12. 표창과 제재에 관한 사항
13. 그 밖에 해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용될 사항

1292) 제8조(명시하여야 할 근로조건) ① 법 제17조 전단에서 “그 밖에 대통령령으로 정하는 근로조건”이란 다음 각 호의 사항을 말한다.

1. 취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항
2. 법 제93조 제1호부터 제12호까지의 규정에서 정한 사항
3. 사업장의 부속 기숙사에 근로자를 기숙하게 하는 경우에는 기숙사 규칙에서 정한 사항

1293) 서울행정법원 2015. 6. 23. 선고 2014구합21*** 판결

1294) 서울행정법원 2008. 10. 24. 선고 2008구합6*** 판결

1295) 명예퇴직 인센티브, 자녀대학학자금은 임의적·은혜적 금품이므로 근로제공에 따른 대가적 관계에 있는 ‘임금 기타 근로조건 등’에 해당하지 않는다고 본 판례(서울행정법원 2010. 2. 18. 선고 2009구합26*** 판결 참조) 및 전직위로금과 실비보상 성격의 현금출납수당에 대하여 “차별금지영역은 근로제공과 직접적 관계가 없더라도 근로관계에 기인하여 지급되는 모든 금부를 포괄하므로 명칭 여하에 불구하고, 지급규정 없이 임의적으로 근로자 전체에게 일률적으로 지급하는 금품이라면 임금이 아니라는 이유만으로 차별적 지급이 허용되는 것은 아니어서 차별금지영역에 포함”된다고 본 판례(서울행정법원 2012. 1. 12. 선고 2011구합8*** 판결 참조)

시행)은 차별적 처우의 정의를 ‘임금 그 밖의 근로조건 등’에서 ‘다음 각 목의 사항¹²⁹⁶⁾’으로 보다 폭넓게 규정함으로써 이러한 문제를 해결함

나. 법정근로조건 관련

연차유급휴가수당과 같이 사용자가 근로기준법에 정한 법정근로조건을 위반한 것도 차별적 처우 금지영역에 해당함

【서울고등법원 2017. 5. 17. 선고 2016누79*** 판결¹²⁹⁷⁾】

파견법이 차별적 처우에 관하여 근로기준법에 정해진 의무를 위반한 차별과 근로기준법에 정해진 의무를 위반하지는 아니한 차별을 구분하고 있지는 않고, 근로기준법에 정해진 의무를 위반한 차별적 처우도 얼마든지 있을 수 있는 점, …(중략)… 사용자가 근로기준법을 위반하여 특정 정규직근로자를 다른 정규직에 비하여 차별하는 경우에는 근로기준법에 따른 책임만을 부담하게 되나, 파견근로자를 정규직근로자에 비하여 차별하는 경우 근로기준법에 따른 책임에 더하여 파견법에 따른 시정명령, 배상명령 등의 대상이 될 수 있는바, 이는 파견법의 보호규정에 따른 당연한 결과이고 이를 들어 역차별이라고 할 수는 없으며, …(중략)… 연차유급휴가수당의 계산이 복잡하거나 어느 부분까지 근로기준법 위반인지가 다투어지는 경우 근로자로 하여금 이를 근로기준법상 의무 위반과 그렇지 아니한 차별적 처우로 나누어 다투도록 하는 것은 합리적 해석이라고 보기 어려운 점, 차별적 처우에 대한 파견법에 따른 시정과 근로기준법 위반에 대한 민법상 구제는 그 절차와 내용에 차이가 있으므로 근로기준법 위반이면서 차별적 처우에 해당하는 경우에도 파견법 규정을 적용함으로써 차별적 처우를 방지할 필요성이 큰 점 등을 종합하여 보면 근로기준법에 정해진 의무를 위반한 것도 차별적 처우 금지영역에 해당한다고 봄이 타당하다.

2.2 차별금지영역 포함 여부 판단 사례

‘계약기간 배제’도 차별금지영역에 포함되는지 여부와 관련하여, 초등학교 기간제 교사의 계약기간에서 방학기간을 제외하고 방학기간 중 급여를 지급하지 않은 것이 차별금지영역에 포함되는지에 대하여 문제가 되는데, “계약기간에서 방학기간이 제외됨으로써 방학기간 동안 급여를 지급받지 못하는 등 불리한 처우를 받은 점”이라고 판단하여 차별금지영역에 포함된다고 봄¹²⁹⁸⁾

1296) 가. 「근로기준법」 제2조 제1항 제5호에 따른 임금
나. 정기상여금, 명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금
다. 경영성과에 따른 상여금
라. 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항

1297) 2심 판결로 확정됨(1심: 서울행정법원 2016. 11. 18. 선고 2015구합70*** 판결)

1298) 이에 관해서는, ① 계약기간 배제도 차별금지영역에 포함될 수 있음을 판시한 것이라는 해석과, ② 계약기간의 배제·포함 여부는 당사자 계약에 따라 내용으로서 기간제법이 규율하는 목적 범위에서 제외되어야 하므로 계약기간 배제 자체가 차별금지영역에 해당할 수 없고, 그로 인하여 임금 그 밖의 근로조건 등에 불리한 처우가 있을 때 비로소 차별금지영역에 포섭가능하다는 견해가 있음

또한 ‘**출퇴근 등록방법**’이 차별금지영역에 포함되는지 여부와 관련하여, 출·퇴근 등록 방법은 사용자가 근로자의 근태정보를 확인하거나 관리하기 위한 수단으로서 인사고과, 근태, 징계, 포상 등 근로자의 대우에 영향을 미칠 수 있으므로, 차별적 처우의 금지영역에 속하는 근로조건에 해당한다고 판단함

【서울행정법원 2015. 6. 23. 선고 2014구합21*** 판결 1299)】

기간제법 제2조 제3호는 ‘차별적 처우’라 함은 임금, 상여금, 성과금, 그밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다고 규정하고 있다. 여기서 근로조건이라 함은 사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금·근로시간·후생·해고 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말하고(대법원 1992. 6. 23. 선고 91다19*** 판결 참조), 구체적으로는 근로기준법에 정해진 임금·근로시간·후생·해고뿐만 아니라 같은 법 제93조 제1호 내지 12호, 같은 법 시행령 제8조 제1항 제1호, 제3호가 정한 사항이 모두 포함된다.

이 사건에 관하여 보건대, 참가인이 2011. 11. 30. 원고를 포함한 관리전담계약직에게 최초 영업점의 업무개시와 최종 영업점의 퇴근 시에만 출퇴근을 등록하던 방법에서 2011. 12. 1.부터는 업무를 수행하는 3개 영업점마다 출퇴근을 등록하도록 변경 조치한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없는바, 앞서 본 근로조건에 정의와 범위 등에 비추어 보면, 이러한 출·퇴근 등록방법은 사용자가 근로자의 근태정보를 확인하거나 관리하기 위한 수단으로서 인사고과, 근태, 징계, 포상 등 근로자의 대우에 영향을 미칠 수 있으므로, 차별적 처우의 금지영역에 속하는 근로조건에 해당한다고 봄이 타당하다.

3. 불리한 처우

3.1 불리한 처우의 의미

불리한 처우란 사용자가 임금, 정기적으로 지급되는 상여금, 성과금, 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항에 있어서 비교대상근로자와 다르게 처우함으로써 비정규직 근로자가 받는 불이익 전반을 의미함¹³⁰⁰⁾

불리한 처우의 유무 판단은 합리적 이유가 있는지 여부를 심사하기 전 단계로서, 비교대상근로자와의 비교를 통해 객관적으로 불리한 처우가 있는지를 확인하는 단계임

또한 실제 발생한 불리한 처우가 아닌 **장래에 불리한 처우를 받을 가능성이 있다는 것만으로는 불리한 처우에 해당하지 않음**¹³⁰¹⁾

제2장
차별시정제도
(차별시정 명령)의
구체적 요건

1299) 1심 판결로 확정됨

1300) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2*** 판결, 판례는 “불리한 처우란 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제근로자와 비교 대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미”한다고 판시하였으나, 이는 불리한 처우에 대한 기간제법 개정 이전의 판례이므로 현재는 위와 같이 선택하는 것이 적절할 것임

1301) 서울고등법원 2013. 10. 30. 선고 2013누12*** 판결

3.2 불리한 처우의 판단방법

불리한 처우의 유무는 시정신청을 한 근로자가 불리한 처우를 받았다고 주장하는 내용을 세부 지급항목별 비교 방식, 범주화 비교 방식, 총액 비교 방식 등을 활용하여 종합적으로 판단함

또한 불리한 처우와 관련하여 유의할 점은 불리한 처우가 있는 경우에 그 자체만으로 충분하고, 그 차이가 어떤 이유에서 기인하는 것인지 또는 그 정도는 어떠한지를 따지지 않음. 즉 불리한 처우의 정도(차이)는 합리적 이유의 유무를 판단하는 단계에서 고려할 사항임

따라서 불리한 처우의 판단의 주된 목적은 차이를 확인하는 것일 뿐이고, 이에 대한 정도(차이)의 판단은 배제되어야 함

단시간근로자는 통상근로자의 임금을 시간급 임금으로 환산하여 비교하고, 만일 시간급으로 환산하기 어려운 경우(월급제)에는 시간비례의 원칙을 적용하여 비교함

가. 세부 지급항목별 비교 방식¹³⁰²⁾

기간제·단시간·파견근로자에게 지급되는 임금 및 근로조건외의 세부지급 항목이 존재하는 경우 이에 상응하는 비교대상근로자의 세부지급 항목과 각각 비교하여 판단하는 방식임

예를 들어, 기본급은 기본급끼리, 상여금은 상여금끼리 비교하여 불리한 처우 여부를 판단하는 방식임

기간제근로자		기간의 정함이 없는 근로자
기본급	↔	기본급
상여금(기본급의 600%)	↔	상여금(기본급의 800%)
식대 등	↔	식대 등

나. 범주화 비교 방식

범주화 비교 방식은 기본급에서는 낮은 처우를, 대신 상여금에서는 높은 처우를 받고 있는 경우와 같이 임금을 구성하는 세부 지급 항목이 다르거나 세부 지급 항목에 따라 유·불리가 나뉘는 경우 비교 가능한 금품들을 하나의 범주로 묶어 비교하는 방식임

비정규직 근로자와 비교대상근로자 사이에 임금을 구성하는 세부항목이 다르거나 세부항목에 따라 유·불리가 나뉘는 경우에, 임금의 세부항목별로 불리한지 여부를 따져서

1302) 서울고등법원 2010. 12. 1. 선고 2010누2*** 판결

는 안 되고, 소정근로를 제공한 것만으로 지급요건이 충족되는 임금 항목과 그 외에 특정한 조건에 해당해야만 지급요건이 충족되는 임금 항목으로 구분하여, i) 소정근로를 제공한 것만으로 지급되는 임금항목의 경우에는 그에 포함된 모든 항목의 금액을 하나의 범주로 묶어서 총액을 기준으로 판단하고, ii) 특정한 조건에 해당해야만 지급되는 임금 항목의 경우에는 항목별로 유·불리를 따져야 함

【서울고등법원 2016. 10. 21. 선고 2016누30*** 판결】

기간제근로자와 비교대상근로자 간에 임금을 구성하는 세부 항목이 다르거나 세부 항목에 따라 유·불리가 나뉘는 경우에는 임금의 세부 항목별로 불리한지 여부를 따져서는 안 되고, 소정 근로를 제공한 것 자체만으로 지급요건이 충족되는 임금 항목과 그 외에 특정한 조건에 해당해야만 지급요건이 충족되는 임금 항목으로 구분하여, 전자의 경우에는 그에 포함된 모든 항목의 금액을 합산하여 총액을 기준으로 판단하여야 하고, 후자의 경우에는 항목별로 따져 유·불리를 판단하여야 한다.

다. 총액 비교 방식

근로자들 간의 급여체계가 다르거나, 세부항목에 따라 유·불리가 나뉘는 경우에 총액으로 비교를 하는 방식임

【서울고등법원 2012. 6. 14. 선고 2012누5*** 판결】

상여금 산정의 기준이 되는 급여의 종류(기본급 등)를 정하고, 그에 대한 일정한 비율로 상여금을 정하는 경우에는 다른 특별한 사정이 없음에도 기간제 또는 단시간근로자에 대하여 기준 급여나 상여금 비율을 달리하여 상여금을 정하게 되면 차별적 처우에 해당한다고 볼 수 있다. 그러나 이 사건과 비교대상근로자에 대하여는 생계비, 생산성 및 회사 상황 등을 감안하여 결정되는 금액을 연봉으로 정하여 근로계약을 체결하고 그 연봉을 일정 기준에 따라 기본급과 월 정기 및 설, 추석 상여금으로 나누어 지급한 반면, 기간제 또는 단시간근로자에 대하여는 시급을 기초로 계산한 금액을 월 급여로 지급하고 설과 추석에만 상여금을 별도로 지급하였다면, 양자의 보수 체계, 특히 상여금 산정의 기본 체계가 달라 기본급이나 월 정기 또는 설, 추석 상여금 등의 각 항목을 동일한 평면에서 비교하기 어렵다. 또한 항목별로 판단하게 되면, 연봉을 분할하여 지급함에 있어 항목의 구성이나 그 비율에 따라 불리한 처우에 해당하는지 여부가 달라질 수 있어 불합리하게 된다. 따라서 불리한 처우에 해당하는지 여부는 항목별로 판단할 것이 아니라 전체적인 급여 수준에 따라 판단함이 타당하므로, 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

제2장
차별시정제도
(차별시정 명령)의
구체적 요건

4. 차별의 합리적 이유 존부

‘합리적 이유가 없는 경우’란 비정규직 근로자를 다르게 처우할 필요성이 인정되지 않거나 다르게 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법이나 정도 등이 적정하지 않은

경우를 의미하고, 이는 개별 사안에서 문제된 불리한 처우의 내용과 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 비정규직 근로자의 고용형태, 업무의 내용과 범위, 권한과 책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 함¹³⁰³⁾

자격요건에 현저한 차이가 있거나¹³⁰⁴⁾ 업무강도와 질에서 차이가 있는 경우¹³⁰⁵⁾ 또는 비교대상근로자에게 지급하는 금품에 장기근속유도 목적¹³⁰⁶⁾이 있는 경우에는 차별에 합리적 이유가 있는 것으로 볼 수 있으며, 성격상 동등하게 지급되어야 할 금품, 예를 들어, 부양가족이 존재하면 당연히 지급되는 가족수당, 장기근속목적과 무관한 실비변상적 금원(중식대, 교통보조비),¹³⁰⁷⁾ 가정의 달 행사비, 피복비¹³⁰⁸⁾ 등은 차등 지급해야 할 합리적 이유가 없다고 볼 수 있음

또한 단순히 추가적으로 부수적 업무를 수행하고 있다거나, 채용 방법 및 절차의 차이가 있다는 사정 등으로 차별하는 것은 합리적 이유가 없으며, 기간제법은 강행규정이므로 예산상 이유가 차별의 합리적 이유가 될 수 없고,¹³⁰⁹⁾ 당사자 합의에 따른 결과로 차별이 발생했다 하더라도 그러한 합의가 차별의 합리적 이유가 될 수 없음. 이는 개별 근로자의 합의뿐만 아니라 노동조합과의 합의의 경우도 마찬가지임.¹³¹⁰⁾ 이 밖에 차별의

1303) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2*** 판결, 이에 대하여 “기간제근로자의 근속기간, 단기고용이라는 특성, 채용조건·기준방법·절차, 업무의 범위·권한·책임, 노동시장의 수급상황 및 시장가치, 사용목적(수습·시용·직업훈련·인턴 등), 임금 및 근로조건의 결정요소(직무, 능력, 기능, 기술, 자격, 경력, 학력, 근속연수, 책임, 업적, 실적 등) 등을 고려하여 개별 사안별로 판단하여야 한다.”고 보다 구체적으로 기술한 하급심 판례도 있음[서울행정법원 2012. 1. 12. 선고 2011구합8*** 판결, 서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2010구합41833(동 사건은 대법원 2012. 4. 26.자 2012두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정], 서울행정법원 2010. 11. 25. 선고 2010구합28*** 판결 등 참조]

1304) 대학교 시간강사 사건에서 판례는 시간강사와 강의초빙교수는 자격요건이 서로 다르므로 다른 기준에 의해 임금을 결정하였더라도 합리적 이유 없는 차별이라고 단정할 수 없다고 판시하였음(서울행정법원 2009. 2. 6. 선고 2008구합22*** 판결)

1305) 버스운전기사 사건에서 판례는 대형버스 운전원이 중형버스 운전원에 비해 더 많은 노동 강도를 요하고 더 많은 사고 위험에 노출되어 있으며 기술적 조작능력과 집중력이 더 요구된다면서 차별에 합리적 이유가 있다고 판시하였음(서울고등법원 2010. 8. 24. 선고 2010누8*** 판결)[1심 판결(서울행정법원 2010. 1. 22. 선고 2009구합28*** 판결)을 인용함]

1306) 예를 들어, 장기근속수당 등은 장기근속유도 목적의 금품이므로 정규직근로자에게 지급하였어도 합리적 이유가 인정됨, 자녀학자금과 개인연금신탁지원금은 장기근속을 우대·장려하고 장기근속 근로자들의 생활과 노후를 대비하기 위한 복리후생제도로써 합리적 이유가 있다고 본 판례(서울고등법원 2010. 11. 11. 선고 2010누15*** 판결), 정근수당 및 정근수당 가산금도 마찬가지라고 본 판례(서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누22*** 판결, 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두6*** 판결)가 있음

1307) 판례는 부양가족이 존재하면 당연히 지급되는 가족수당, 실비변상 목적의 중식대, 교통보조비 등의 금원은 업무량, 업무 내용과는 무관한 것이므로 이를 미지급하는 것은 합리적 이유가 없다고 봄(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5*** 판결, 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2*** 판결, 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7*** 판결 등)

1308) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두21*** 판결

1309) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2009두13*** 판결, 서울고등법원 2019. 7. 26. 선고 2018누70*** 판결 등

정도도 고려요소인데 현저한 질적 차이가 없는데도 차등 지급은 별론으로 하고 아예 미지급한 경우에는 불합리한 차별로 볼 가능성이 큼¹³¹¹⁾

【대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2*** 판결】

기간제법 제2조 제3호의 ‘합리적인 이유가 없는 경우’란 기간제근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나, 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 의미한다. 그리고 합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제근로자의 고용형태, 업무 내용과 범위, 권한, 책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 판단하여야 한다.

1310) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두21*** 판결

1311) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2009두13*** 판결

제 3 장

차별시정 요건별 관련 판례

제1절 당사자적격 관련 판례	807
제2절 제척기간과 신청범위 관련 판례	809
제3절 기간제법 적용여부 관련 판례	812
제4절 시정이익과 소의 이익 관련 판례	814
제5절 비교대상근로자 관련 판례	816
제6절 불리한 처우 존재 관련 판례	833
제7절 합리적 이유 관련 판례	837

제1절 당사자적격 관련 판례

1. ‘시간제근무 기간제교원’은 교육공무원법 등 다른 법령에 특별한 규정이 없고, 기간제법상 차별 금지 규정을 적용하는 것이 공무원인 시간제근무 기간제교원의 성질에 반하지 않으므로, 시간제근무 기간제교원에게도 차별시정 신청인 적격이 인정된다고 봄

【대전지방법원 2017. 1. 11. 선고 2016구합103*** 판결】

근로기준법 제12조는 ‘이 법과 이 법에 따른 대통령령은 국가, 특별시, 광역시·도, 시·군·구, 읍·면·동, 그 밖에 이에 준하는 것에 대하여도 적용된다’고 규정하고 있고, 기간제법 제8조 제1항이 공무원인 시간제근무 기간제교원에 대하여 적용되는지에 관하여 국가공무원법, 교육공무원법 등 다른 법령에 특별한 규정이 없고, 이를 적용하는 것이 공무원인 시간제근무 기간제교원의 성질에 반하지 아니하므로, 시간제근무 기간제교원인 재심신청인들에게 노동위원회에 노동위원회법 제2조의2 제1호, 기간제법 제8조 제1항, 제9조 제1항에 따라 차별시정 신청을 할 적격이 인정된다.

2. ‘급식보조원인 근로자’가 조리원을 비교대상근로자로 하여 차별시정을 신청한 사례에서, 급식보조원과 조리원은 주된 업무의 내용 등에 본질적인 차이가 있으므로, 이들은 같은 종류의 업무에 종사한다고 보기 어려워 조리원은 급식보조원인 근로자가 단시간근로자에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 비교대상근로자로 볼 수 없으므로, 차별적 처우의 시정을 신청할 수 없다고 봄

【서울행정법원 2017. 11. 9. 선고 2016구합75*** 판결¹³¹²⁾】

원고가 단시간근로자에 대하여 차별적 처우의 시정을 신청할 자격이 있는지 여부를 먼저 살펴야 한다. 특정 근로자가 단시간근로자에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 그 근로자의 근로시간과 ‘그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자’와의 근로시간을 비교하여야 하는데, 여기서 비교대상근로자로 선정된 근로자의 업무가 특정 근로자의 업무와 같은 종류의 업무에 해당하는지 여부는 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면, 달리 특별한 사정이 없는 한 이들은 같은 종류의 업무에 종사한다고 봄이 타당하다(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2*** 판결 등 참조). 급식보조원인 원고와 조리원은 주된 업무의 내용 등에서 본질적인 차이가 있으므로, 이들은 같은 종류에 업무의 종사한다고 보기 어렵다. 따라서 조리원은 원고가 단시간근로자에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 비교대상근로자로 볼 수 없으므로, 원고는 ‘자신의 1주 동안 근로시간이 위 조리원의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자(단시간근로자)’에 해당함을 전제로 기간제법 제9조 제1항에 따라 위 조리원과의 차별적 처우의 시정을 신청할 수 없다.

3. 파견 근로관계에서 파견법 제34조 책임 영역의 구분과는 별개로 파견법 제21조(차별적 처우의 금지 및 시정 등)의 적용에 있어 사용사업주도 모든 차별항목에 대해 피신청인 적격이 있다고 봄

【서울행정법원 2016. 11. 18. 선고 2015구합70*** 판결¹³¹³⁾】

파견법은 파견근로자 차별시 시정신청, 고용노동부장관의 차별적 처우 시정요구, 확정된 시정명령 등에 있어 파견사업주와 사용사업주가 특정 차별적 처우에 대해 동시에 책임을 부담하는 경우를 배제하지 않고 있는 점, 파견사업주뿐만 아니라 사용사업주에게도 임금 등의 영역에 대한 차별금지의무를 부과할 필요성이 있는 점, 사용사업주가 근로계약상의 당사자가 아니라는 사정만으로 근로계약상의 근로조건에 대한 시정명령, 배상명령 등을 명할 수 없다고 볼 수는 없는 점 등을 고려하면, 임금 등 파견사업주에게 1차적 책임이 인정되는 영역에 있어 사용사업주에게도 차별시정신청의 피신청인 적격이 인정된다.

파견근로자가 사용사업주의 근로자와 동등한 임금을 지급받지 못한 귀책사유가 사용사업주와 파견사업주 중 어느 쪽에 있는지를 가려서 사용사업주 또는 파견사업주 중 한 쪽에 있는 경우에는 그에게만 시정의무 및 배상의무를 부담하도록 하여야 할 것이나, 양쪽 모두에 있는 경우 차별시정신청자인 파견근로자의 구제를 위해 사용사업주와 파견사업주가 연대하여 책임을 부담하여야 할 것이다.

1312) 서울고등법원 2018. 5. 25. 선고 2017누86*** 판결로 확정됨

1313) 서울고등법원 2017. 5. 17. 선고 2016누79*** 판결로 확정됨

제2절 제척기간과 신청범위 관련 판례

1. 기간제법은 시정명령의 내용에 대하여 특별한 규정을 두고 있지 않으므로 노동위원회는 시정신청의 취지에 구속되지 않고 시정명령의 내용을 합리적 재량으로 정할 수 있고, 근로자가 노동위원회에 “사용자는 향후 근로자들에 대하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.”는 시정신청을 한 이상 노동위원회가 근로자들의 청구기간을 초과한 기간에 대하여 임금의 지급을 명하는 시정명령을 하였다고 하여 위법하다고 할 수 없음¹³¹⁴⁾

2. 근로기준법상 임금의 성격을 가지고 있는 금품이나 계속적인 성격을 가지고 있는 기타 근로조건 등은 “계속되는 차별적 처우”로 보고, 지급사유 발생이 불확정적이고 일시적으로 지급되는 금품은 계속적 처우가 아니라고 봄¹³¹⁵⁾

【서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누22*** 판결¹³¹⁶⁾】

상여금이 계속적·정기적으로 지급되고 지급액이 확정되어 있다면 이는 근로의 대가로 지급되는 임금의 성질을 갖지만, 지급 사유의 발생이 불확정적이고 일시적으로 지급되는 경우에는 이를 임금으로 볼 수 없다. 조리직렬 기능군무원들이 지급받은 성과상여금은 매년 일정 기준에 따라 성과급 심의위원회 심의 등을 거쳐 지급되는 것이어서 지급 여부나 액수가 확정되어 계속적·정기적으로 지급된다고 볼 수 없으므로, 근로의 대가인 임금으로 지급된 것으로 볼 수 없다(대법원 1998. 1. 20. 선고 97다18*** 판결 참조). 그러므로 위 성과상여금을 원고에게 지급하지 않은 것이 계속되는 차별적 처우라고 할 수 없다. 그리고 원고는 그 지급된 날로부터 3월이 경과한 후에 ○○지방노동위원회에 그 시정을 신청하였으므로, 이 부분 신청은 3월의 제척기간을 도과하여 부적법하다.

가족수당, 정액급식비, 교통보조비는 일부 실비변상적 성격이 있지만, 지급일에 비로소 발생 여부와 금액이 결정되는 것이 아니라 참가인이 조리직렬 기능군무원 보수체계에 기초하여 계속적·정기적으로 지급하는 확정된 급여로서 임금의 성질을 갖는다. 그리고 임금은 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금품으로서 근로관계가 유지되는 이상 매일 계속적으로 발생하는 것이고, 임금지급일에 비로소 발생하는 것이 아니다. 이러한 점들을 종합하여 볼 때 위 각 수당에 관한 차이는 기간제법 제9조 제1항 단서에 규정된 “계속된 차별적 처우”에 해당한다고 봄이 타당하다.

제3장
차별시정
요건별
관련 판례

1314) 서울고등법원 2014. 5. 22. 선고 2013누25971(대법원 2016. 12. 27. 선고 2014두8*** 판결로 확정됨)

1315) 서울행정법원 2009. 5. 22. 선고 2008구합48*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2011. 12. 22. 선고 2010두3*** 판결)에서 확정됨], 서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누22*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두6*** 판결)에서 확정됨], 서울고등법원 2014. 5. 22. 선고 2013누25*** 판결[대법원 2016. 12. 27. 선고 2014두8*** 판결]로 확정], 대법원 2011. 12. 22. 선고 2010두32*** 판결, 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2*** 판결 등

1316) 민간조리원이 비교대상근로자인 조리직렬 기능군무원에 비하여 각종 수당을 차등지급 받는 것은 차별적 처우에 해당한다며 차별시정 신청, 중노위는 ① 정근수당, 정근수당 가산금, 직급보조비, 가계지원금, 성과상여금에 대하여는 불리한 처우에 합리적 이유가 있다며 기각하였고, ② 가족수당, 정액급

3. ‘맞춤형복지비(맞춤형 복지포인트)의 제척기간 준수 여부’와 관련하여, 맞춤형복지비(맞춤형 복지포인트)는 근로기준법상 임금이지 않지만, 미지급에 대해서는 계속되는 차별적 처우에 해당하고, 맞춤형복지비의 지급은 해당 연도의 말일을 기한으로 하여 해당 연도 내에 계속하여 이루어지는 것이라고 봄이 타당하므로, 각 연도에 이루어진 맞춤형복지비의 지급에 관한 차별적 처우의 종료일은 각 연도의 말일이라고 보아 해당 연도 말일로부터 6개월 이내에 차별시정 신청을 해야지만 제척기간을 준수한 것으로 봄

【서울행정법원 2019. 10. 17. 선고 2019구합63*** 판결¹³¹⁷⁾】

가) 맞춤형복지비의 성격

선택적 복지제도를 시행하면서 근로자들에게 배정한 맞춤형복지비는, 선택적 복지제도가 임금 아닌 복리후생제도에 관하여 새로이 도입된 복지체계에 해당하는 점, 맞춤형복지비는 사용 용도가 제한되어 있고, 1년 내 사용하지 않으면 이월되지 않고 소멸하게 되며, 양도 가능성도 없고, 근로자의 근로제공과 무관하게 연 1회 일괄하여 배정되는 점 등에 비추어, 근로기준법에서 말하는 임금에 해당하지 않는다(대법원 2019. 8. 22. 선고 2016다48*** 전원합의체 판결 참조).

나) 맞춤형복지비 지급에 관한 사항이 계속되는 차별적 처우에 해당하는지 여부

맞춤형복지비는 해당 연도 중 1회 복지점수가 배정되는 것이지만, 그 복지점수의 배정이 이루어졌다고 하여 근로자가 금품을 지급받았다거나 현실적 이익을 얻게 된다고 볼 수 없다. 자율항목의 경우 복지점수를 배정받은 근로자는 당해 연도 내에 복지항목에 지출한 내역을 원고에게 사후적으로 청구하고 원고로부터 이를 정산받음으로써 비로소 복지점수의 사용을 완료하게 되므로, 근로자에 대한 맞춤형복지비의 지급은 해당 연도의 말일을 기한으로 하여 해당 연도 내에 계속하여 이루어지는 것이라고 봄이 타당하다. …(중략)… 따라서 맞춤형복지비의 지급에 관한 차별적 처우는 기간제법 제9조 제1항 단서가 정한 ‘계속되는 차별적 처우’에 해당한다. 다만, 배정받은 복지점수는 당해 연도 내에 사용하여야 하고, 사용 후 남은 복지점수는 다음 연도로 이월할 수 없으며, 매년 새로이 복지점수가 부여되는 맞춤형복지비의 특성상, 각 연도에 이루어진 맞춤형복지비의 지급은 다른 연도의 맞춤형복지비의 지급과 계속성 내지 연속성이 인정된다고 보기 어렵다. 결국 각 연도에 이루어진 맞춤형복지비의 지급에 관한 차별적 처우의 종료일은 각 연도의 말일이라고 보아야 하므로, 2016년 맞춤형복지비 지급에 관한 차별 시정신청의 제척기간은 2016. 12. 31.부터 6개월이고, 2017년 맞춤형복지비 지급에 관한 차별 시정신청의 제척기간은 2017. 12. 31.부터 6개월이 된다.

4. 노동위원회는 차별신청인이 신청취지에 기재한 차별 발생기간에 구애받지 않고 심문기일 또는 판정일까지의 차별을 시정하라는 시정명령을 내릴 수 있다고 봄

식비, 교통보조비에 대하여는 불리한 처우에 합리적 이유가 없으나 임금과 달리 지급시기에 비로소 발생하는 실비보조 성격의 수당으로서, 신청일로부터 3개월(기간제법의 2012. 2. 1. 개정[2012. 8. 2. 시행]에 따라 현재는 6개월로 변경되었음) 이전의 것은 제척기간이 도과하였다고 보아 이 부분에 대하여는 기각하였고 근로자들이 소를 제기함

동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두6*** 판결)에서 확정됨
1317) 피고 항소 포기로 인해 판결 확정됨

【서울고등법원 2017. 6. 9. 선고 2016누51*** 판결¹³¹⁸⁾】

기간제법은 시정명령의 내용에 대하여 특별한 제한을 두지 않고 있고, 시정명령의 내용에 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선 또는 적절한 배상 등이 포함될 수 있다고 규정하고 있으며, 배상액은 차별적 처우로 인하여 기간제근로자 또는 단시간근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 정한다고 규정하고 있다. 또한 노동위원회규칙에는 근로자가 금전보상명령을 신청한 경우 보상금액의 산정기간은 해고일로부터 당해 사건의 판정일까지로 한다고 규정하고 있고, 차별시정신청사건의 처리에 있어서 규정된 사항을 제외하고는 그 취지에 어긋나지 않는 범위에서 관련 규정을 준용한다고 규정하고 있다. 이와 같이 기간제법은 시정명령의 내용에 별다른 제한을 두지 않으면서도 시정명령의 내용에 차별적 처우로 인하여 기간제근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 정한 배상액에 의한 배상이 포함될 수 있다고 규정하고 있으므로, 노동위원회는 시정신청의 취지에 구속되지 않고 배상을 포함한 시정명령의 내용을 합리적 재량으로 정할 수 있는 권한이 있다고 보아야 하는 점, 노동위원회규칙도 차별시정신청사건의 취지에 어긋나지 않는 범위에서 근로자가 금전보상명령을 신청한 경우 보상금액의 산정기간은 해고일로부터 당해 사건의 판정일까지로 한다고 정한 제65조를 준용한다고 정하고 있는 점, 신청취지에 서 구한 기간만을 시정 대상기간으로 삼을 경우 이후 같은 내용의 차별적 처우가 존재하더라도 위 기간에 대하여 다시 별도의 차별시정신청을 제기하여야 하므로 차별시정신청인의 권리구제에 불편을 초래하게 되는 점 등을 고려하면, 노동위원회는 당해 사건의 심문기일 또는 판정일까지 존재하는 차별적 처우에 대하여 차별시정신청자가 위 날짜 이전의 어느 시점까지만을 특정하여 차별시정신청을 하였다하더라도 신청취지에 기재된 시정 대상기간에 구애받지 않고 심문기일 또는 판정일까지를 시정 대상기간으로 한 시정명령을 할 수 있다 할 것이다.

1318) 원고 부설 미술관에서 사무보조원으로 근무하던 참가인이 초심지노위에서 2013. 12. 1. ~ 2015. 4. 6.까지, 중노위에서는 2013. 10. 7. ~ 2015. 2. 28.까지 기간에 대한 차별적 처우의 시정을 구하였고, 중노위는 2013. 10. 7. ~ 2015. 7. 7.까지의 기간에 대한 차별적 처우를 인정함. 원고(사용자)는 신청한 기간 외의 기간에 대한 차별적 처우를 인정한 것은 노동위원회규칙 제114조 및 제89조 위반이라고 주장함

제3절 기간제법 적용여부 관련 판례

1. 임금지급 또는 근로조건 집행 같은 구체적 차별행위가 기간제법의 차별금지 규정 시행 이후 행하여진 경우에는 차별행위의 근거가 되는 취업규칙 작성, 단체협약 내지 근로계약 체결 또는 근로제공이 시행 전에 이루어졌다 하더라도 기간제법이 적용된다고 봄

【대법원 2012. 1. 27. 선고 2009두13*** 판결¹³¹⁹⁾】

기간제근로자에 대하여 합리적 이유 없는 불리한 내용의 임금의 지급 또는 근로조건 집행 같은 구체적 차별행위가 기간제법의 차별금지 규정이 시행된 이후에 행하여진 경우에는, 그와 같은 차별행위의 근거가 되는 취업규칙의 작성, 단체협약 내지 근로계약의 체결 또는 근로의 제공 등이 위 차별금지 규정의 시행 전에 이루어졌다 하더라도 원칙적으로 위 차별금지 규정이 적용된다고 볼 것이다. 다만, 기간제법의 차별금지 규정이 시행되기 이전에 이미 형성된 법률관계에 대한 사용자의 정당하고 중대한 신뢰로 인하여 그 법률관계에 따른 결과가 위 규정 시행 후에 차별적 처우로 나타나더라도 사용자로 하여금 이를 철회·변경하거나 달리 회피하도록 기대할 수 없는 예외적 경우에 한하여 신뢰보호와 법적 안정성 관점에서 그 적용이 제한될 여지가 있을 뿐이다. …(중략)… 참가인들을 성과상여금 지급 대상에서 배제한다는 점에 관하여 정당한 신뢰가 형성되어 있었다거나 그로 인하여 차별금지 규정의 시행에도 불구하고 참가인들을 성과상여금 지급대상에서 제외시킬 수밖에 없는 불가피한 사유가 있었다고 볼 수 없으므로, 참가인들을 성과상여금 지급대상에서 배제한 원고의 이 사건 처우는 기간제법상 차별금지 규정의 적용대상이 된다고 보아야 한다.

2. 차별적 처우를 당한 기간제근로자의 차별적 처우 시정신청이 없어도 노동위원회가 사용자에게 차별적 처우 시정명령을 발할 수 있도록 규정한 개정 기간제법 제15조의2(고용노동부장관의 차별적 처우 시정요구 등)는 그 시행일(2012. 8. 2.) 이후에 있는 차별적 처우에 대하여만 적용되므로, 개정 기간제법 시행 전의 차별적 처우에 대해 개정 기간제법 제15조의2를 적용해 시정명령을 발하는 것은 법령의 근거 없이 발한 것이 되어 법률유보 원칙에 반하여 위법하다고 봄

1319) 사용자는 성과상여금을 근로실적에 따라 차등지급하기 위해 2006. 3. 31. 「2006년도 내부경영평가편람」을 작성, 2006. 7. 중간평가, 같은 해 11. 잠정평가, 2007. 5. 최종평가를 각각 실시함, 사용자는 2007. 6. 20. 기획예산처의 성과상여금 지급 통보에 따라 2007. 7. 23. 「2007년도 경영평가 성과급 지급기준」을 마련하여 2007. 7. 31. 정규직에게만 성과상여금을 지급하고 기간제근로자에게 전혀 지급하지 아니하여 근로자들이 차별시정을 신청하였고, 중노위는 차별시정을 명령, 사용자는 소를 제기하며, 성과상여금은 2006년도 평가에 따른 것으로 이를 지급하지 아니한 행위는 위 평가 이후에 시행된 기간제법의 적용대상이 아니라고 주장함

이 사건 원심 고등법원은 “법 시행일 이전 근로에 대한 차별적 처우의 후속절차가 법 시행 이후에 이루어진 것에 불과하다며 이 법의 적용에서 제외된다.”고 보았으나 대법원에서 파기환송됨, 동 사건은 원심판결(서울고등법원 2009. 7. 9. 선고 2008누33*** 판결)을 파기하고, 다시 원심법원에 환송하여 원심법원(서울고등법원 2012. 7. 18. 선고 2012누6*** 판결)에서 확정되었음

【서울행정법원 2014. 2. 13. 선고 2013구합14*** 판결¹³²⁰⁾】

개정 기간제법 제15조의2를 위 법 시행 전에 있는 차별적 처우에 대해 소급적용하여야 할 예외적 사유가 존재하는지에 관해 살펴본다. 위 조항을 소급적용한다면 차별적 처우로 불이익을 받은 기간제근로자의 구제에 도움이 되기는 하나, ① 위 조항 신설 전에도 차별적 처우를 받은 기간제근로자는 스스로 노동위원회에 시정신청을 함으로써 시정명령을 받을 수 있었던 점, ② 구 기간제법하에서 노동위원회가 차별적 처우의 시정명령을 하기 위해서는 반드시 차별적 처우를 받은 기간제근로자의 시정신청이 있어야 하고, 그 시정신청은 차별적 처우가 있는 날로부터 3개월 이내에 제기되어야 하며, 위 시정신청기간은 제척기간이라고 할 것이므로 그 기간이 경과하면 그로써 기간제법에 따른 시정을 신청할 권리는 소멸하는 것인바, 구 기간제법 하에서 기간제근로자에 대하여 차별적 처우를 한 사용자는 위 기간제근로자가 위 시정신청기간 내에 시정신청을 하지 않으면 더 이상 노동위원회로부터 시정명령을 받지 않을 것이라고 신뢰하였을 것이고 이러한 신뢰는 보호받아야 하는 점, ③ 기간제근로자에 대한 차별적 처우의 시정명령은 사용자에게는 침익적이고 차별적 처우를 당한 기간제근로자에게는 수익적인 성격의 처분인데, 수익적 처분이라고 하더라도 국민에게 이를 받을 것을 강요하여서는 아니되므로 위와 같은 제3자효 행정행위의 경우 이로 인해 이익을 받는 자의 신청에 의해 행정처분을 발령함이 원칙인바, 개정 기간제법 제15조의2는 차별적 처우를 당한 근로자가 불이익을 우려하여 차별시정을 신청하지 않을 경우를 대비해 위 신청이 없이도 노동위원회가 직권으로 차별시정명령을 발할 수 있도록 규정한 것으로서 위 원칙에 대한 예외에 해당하므로, 이를 엄격히 해석·적용함이 타당한 점을 종합하면, 개정 기간제법 제15조의2의 소급적용으로 인해 얻는 기간제근로자에 대한 차별적 처우 시정의 이익보다 그로 인한 사용자의 불이익, 예측가능성·법적 안정성의 훼손이 더 큰 것으로 판단되므로, 개정 기간제법 제15조의2를 위 법 시행 전에 있는 차별적 처우에 대해 소급적용하여야 할 예외적 사유가 존재한다고 볼 수 없다.

1320) 개정 기간제법 제15조의2가 신설됨에 따라 사용자의 기간제근로자에 대한 차별적 처우에 관한 노동위원회의 사용자에 대한 시정명령은 ① 기간제근로자의 노동위원회에 대한 차별적 처우 시정신청에 의하여 발하여지는 경우 외에도 ② 고용노동부장관의 노동위원회에 대한 통보에 의하여 발하여지는 경우가 추가됨, 참가인 등 51명에 대하여 문제되는 차별은 참가인 등 51명이 원고의 광주공장에서 현장실습의 형태로 근로를 제공한 2011. 8. 29.부터 2012. 2. 29.까지 원고가 참가인 등 51명에게 상여금을 지급하지 아니한 것인바, 개정 기간제법의 시행일은 2012. 8. 2.이므로, 개정 기간제법 시행 전에 종료된 차별적 처우에 대하여 개정 기간제법 제15조의2에 의해 신설된 위 ②의 방식에 의한 시정명령을 발하는 것이 가능한지가 쟁점이 됨

제4절 시정이익과 소의 이익 관련 판례

1. 근로관계 종료 시 금전배상의 시정이익

근로계약기간의 만료 여부는 차별적 처우의 시정과는 직접적인 관련이 없는 사정이라고 할 수 있고, 노동위원회의 시정명령 내용 중 하나로 들고 있는 금전보상명령 또는 배상명령은 과거에 있었던 차별적 처우의 결과로 남아있는 불이익을 금전적으로 전보하기 위한 것으로서, 그 성질상 근로계약기간이 만료한 경우에도 발할 수 있다고 해석되므로, 시정 신청 당시에 혹은 시정절차 진행 도중에 근로계약기간이 만료하였다는 이유만으로 기간제 근로자가 차별적 처우의 시정을 구할 시정이익이 소멸하지는 아니함¹³²¹⁾

【대법원 2016. 12. 1. 선고 2014두43*** 판결】

차별시정 절차는 기간제근로자의 지위를 회복하거나 근로계약기간 자체를 보장하기 위한 것은 아니므로, 근로계약기간의 만료 여부는 차별적 처우의 시정과는 직접적인 관련이 없는 사정이라고 할 수 있다. 그리고 차별적 처우의 시정신청에 따라 발하는 노동위원회의 시정명령 내용 중 하나로 들고 있는 금전보상명령 또는 배상명령은 과거에 있었던 차별적 처우의 결과로 남아있는 불이익을 금전적으로 전보하기 위한 것으로서, 그 성질상 근로계약기간이 만료한 경우에도 발할 수 있다고 해석된다. 소 외 차별적 처우를 받은 기간제근로자의 근로계약기간이 만료하였다고 하여 고용노동부장관이 직권에 의한 사용자에게 대한 시정요구나 고용노동부장관의 통보에 따른 노동위원회의 시정절차 진행이 불가능하게 된다고 보기도 어렵다. 나아가 사용자의 명백한 고의가 있거나 반복적인 차별적 처우에 대하여 기간제근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상을 명령할 수 있는 권한을 노동위원회에 부여하고 있으며, 시정명령이 확정된 경우에 그 효력 확대 차원에서 고용노동부장관이 직권으로 다른 기간제근로자에 대한 차별적 처우를 조사하여 사용자에게 시정을 요구하고 노동위원회에 통보하여 시정절차를 진행할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 따라 시정명령의 내용 중에서 배상명령은 제재수단으로서 독자성을 인정할 필요가 있고 중요한 의미를 가진다고 할 것이며, 또한 시정명령의 효력확대를 위한 전제로서 시정절차를 개시·유지할 필요도 있게 되었다. 따라서 시정 신청 당시에 혹은 시정절차 진행 도중에 근로계약기간이 만료하였다는 이유만으로 기간제근로자가 차별적 처우의 시정을 구할 시정이익이 소멸하지는 아니한다고 보아야 한다.

2. 금전보상명령 또는 배상명령의 독자적 시정이익

노동위원회는 명백한 고의가 인정되거나 반복된 차별적 처우를 한 사용자에게 대하여 차별적 금품의 3배 이내의 배액 배상명령을 할 수 있음(기간제법 제13조 제2항)¹³²²⁾

최근 하급심 법원은 사용자의 고의적 또는 반복적 차별행위에 대해서 손해액의 3배 이

1321) 대법원 2017. 9. 7. 선고 2016두30*** 판결, 서울행정법원 2015. 6. 13. 선고 2014구합21*** 판결 등 참조
1322) 인정 사례로 서울행정법원 2016. 11. 18. 선고 2015구합70*** 판결(서울고등법원 2017. 5. 17. 선고 2016누79*** 판결로 확정됨)이 있음

내에서 배액 배상도 명할 수 있도록 한 것은 차별적 처우에 대한 원상회복에 그치지 않고 징벌적 성격과 더불어 사전 예방적 효과를 도모하는 의미도 포함하므로, 배액배상 명령은 차별적 처우에 대해 제재적 의미가 있는 시정명령으로서 독자성이 있으므로, **사용자가 시정절차 진행 도중 근로자에게 차별적 처우로 인해 실제 발생한 손해액을 모두 지급하였다는 사정만으로 그 밖의 시정명령을 구하는 차별시정 신청의 구제이익이 소멸한다고 볼 수 없다**고 판시함

【서울행정법원 2018. 9. 13. 선고 2017구합87*** 판결¹³²³⁾】

차별적 처우에 해당한다고 판정한 때 사용자에게 발하는 시정명령의 내용에는 '차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선(취업규칙, 단체협약 등의 제도개선 명령을 포함) 또는 적절한 배상 등'이 포함될 수 있고, 위 배상액은 차별적 처우로 인하여 근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 정하며, 사용자의 차별적 처우에 명백한 고의가 인정되거나 차별적 처우가 반복되는 경우에는 손해액을 기준으로 3배를 넘지 않은 범위에서 배상을 명령할 수 있다.

이러한 시정절차는 사용자의 차별적 처우로 말미암아 파견근로자에게 발생한 불이익을 해소하여 차별적 처우가 없었다면 존재하였을 상태로 개선함으로써 파견근로자에 대한 불합리한 차별을 바로잡고 근로조건 보호를 강화하려는 데에 그 주된 목적이 있고, 차별적 처우의 시정신청에 따라 발하는 노동위원회 시정명령의 하나인 금전보상명령 또는 배상명령은 과거에 있었던 차별적 처우의 결과로 남아 있는 불이익을 금전적으로 전보하기 위한 것이다.

특히 사용자의 고의적 또는 반복적 차별행위에 대해서 손해액의 3배 내에서 배액배상도 명할 수 있도록 한 것은 차별적 처우에 대한 원상회복에 그치지 않고 징벌적 성격과 더불어 사전 예방적 효과를 도모하는 의미도 포함하고 있는 것으로 보인다. 따라서 사용자가 시정절차 진행 도중 근로자에게 차별적 처우로 인해 실제 발생한 손해액을 모두 지급하였다는 사정만으로 그 밖의 시정명령을 구하는 차별시정 신청의 시정이익이 소멸한다고 볼 수 없다.

1323) 원고 항소제기기간 도과로 확정됨

파견근로자인 이 사건 근로자들이 '사용자들이 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자들이 받는 정기상여금(월 기본급의 400%)에 비해 이 사건 근로자들에게 정기상여금(월 기본급의 100%)을 적게 지급하고, 이에 따라 퇴직금도 적게 지급한 것은 합리적 이유 없는 차별적 처우에 해당하며, 그 차별적 처우가 명백한 고의에 의한 것이거나 반복적인 경우에 해당한다'고 주장한 사건에서, □□지방노동위원회에 "원고(사용자)들은 연대하여 이 사건 근로자들에게 정기상여금과 퇴직금 차액의 3배에 해당하는 금전배상액을 지급하라"는 취지로 차별적 처우 시정신청을 하였음

중노위는 이에 대해 원고들 사이에 체결된 도급계약은 실질적으로 근로자파견계약에 해당하므로, 원고들이 파견근로자인 이 사건 근로자들에게 주식회사 ○○프레시전 소속의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자들에 비해 정기상여금과 퇴직금을 적게 지급한 것은 합리적 이유가 없는 차별적 처우이고 그 처우가 반복된 경우에 해당한다는 이유로, 이 사건 근로자들에게 각자의 차별적 처우 금액의 1.1배를 지급하라'는 초심지노위 판정을 인정하는 판정을 하였음

제5절 비교대상근로자 관련 판례

1. 대학교 시간강사 관련 비교대상근로자

대학교 시간강사가 1년 차 전임강사와 비교하여 임금 그 밖의 근로조건 등에 있어서 불합리한 차별적 처우라고 주장한 사건에서, 업무는 ‘강의에 국한’되고 전임강사 업무는 ‘강의와 연구’로서 오히려 연구가 더 주된 업무라고 보이므로, 전임강사는 비교대상근로자가 될 수 없고, 오히려 강의초빙교수는 주된 업무가 강의이므로 시간강사의 비교대상근로자에 해당한다고 봄

【서울행정법원 2009. 6. 3. 선고 2008구합24*** 판결】

전임강사가 D대학교에서 수행하는 업무의 내용에는 강의뿐만 아니라 연구도 포함된다고 할 것이고, 특히 전임강사가 수행하는 연구업무가 전임강사의 전체 담당 업무에서 차지하는 비중과 중요도가 교육업무만큼 크다고 할 것이어서, 전임강사가 수행하는 연구업무는 부수적인 업무가 아니라 오히려 주된 업무라고 할 것이다. 따라서 강의와 연구 업무를 모두 주된 업무로 하는 전임강사의 업무는 강의를 주된 업무로 하는 시간강사의 업무와 같거나 유사하다고 보기 어려우므로, 전임강사는 시간강사의 비교대상근로자라고 할 수 없다.

초빙교수가 시간강사인 원고들과 비교대상근로자인지 여부를 판단하기 위하여는 그 임용계약에 따른 근로조건이 확정되어 있어야 할 것인데, 위 인정 사실에 의하면, 원고들이 근무한 2007학년도에는 D대학교에 채용된 초빙교수가 없어 그 근로조건을 확정할 수 없으므로, 초빙교수는 시간강사의 비교대상근로자로 판단할 수 없다. 따라서 이 사건에서, 초빙교수는 시간강사의 비교대상근로자에 해당하지 아니한다. 강의전담교수는 기본적으로 강의활동을 주된 임무로 수행하기 위하여 임용된 교수이므로, 강의전담교수가 D대학교에서 수행하는 업무의 내용은 강의에 국한되고, 비록 강의전담교수가 강의 시간을 제외한 나머지 시간에 연구업무에 종사한다고 하더라도, 그와 같은 연구활동은 강의를 준비하기 위하여 행하는 부수적인 것에 불과하다고 할 것이어서 연구는 그 업무 내용에 포함되지 않는다고 할 것이다. 따라서 강의전담교수는 시간강사의 비교대상근로자에 해당한다 할 것이다.

2. 조리원 관련 비교대상근로자

1) 군부대 소속 기간제 민간조리원이 조리직렬 기능군무원과 달리 정근수당, 성과상여금, 가족수당, 정액급식비 등 각종 수당들을 지급받지 못한 것은 불합리한 차별적 처우라고 주장한 사건에서, 기간제 민간조리원에 대하여 공무원인 기능직렬 조리군무원은 비공무원인 민간조리원과 주된 업무는 같고, 일부 업무를 추가적으로 담당하나 그 업무의 부담 수준이 미미하므로 비교대상근로자에 해당한다고 봄

【서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누21*** 판결¹³²⁴⁾】

① 조리직렬 기능군무원이 없는 영내 식당에서 민간조리원이 조리 업무를 전적으로 담당하기도 하는 등 상호 간에 업무대체성이 인정되는 점, 조리직렬 기능군무원이 민간조리원에서 채용되기도 한 점 등에 비추어 볼 때, 민간조리원과 조리직렬 기능군무원 모두 조리 업무를 주된 업무로 하고 있어 양자의 업무 사이에 본질적인 차이가 있다고 보이지 않는 점, ② 조리직렬 기능군무원이 수행한 행정 업무의 내용과 성격, 교육과 부대훈련 내용과 횟수 등을 종합해 볼 때, 조리직렬 기능군무원이 행한 행정 업무 등은 주된 업무인 조리 업무에 비하여 부수적인 정도에 불과하다고 보일 뿐 조리직렬 기능군무원의 핵심 업무로 보이지 않는 점, ③ 조리직렬 기능군무원이 민간조리원과 달리 조리 업무 외에 행정 업무를 수행하고 교육과 훈련에 참가한 것은 이에 상응한 임금 또는 수당 등을 조리직렬 기능군무원에게 지급할 사유에 불과할 뿐 조리직렬 기능군무원이 민간조리원과 동종 또는 유사한 업무에 종사하지 않는다고 볼 근거가 되지 못한다.

2) 급식 위탁업체 소속 단시간 조리보조원들이 조리원에게만 상여금, 근속수당, 유급휴일수당 등을 지급하는 것은 차별적 처우라고 주장한 사건에서, 단시간 조리보조원은 정규직 조리원과 달리 자격과 경력을 요구하지 않고, 주된 업무도 상당히 다르며, 업무 대체도 간헐적으로 이루어짐을 고려할 때 정규직 조리원은 단시간 조리보조원에 대한 비교대상근로자에 해당하지 않는다고 봄

【서울행정법원 2012. 2. 2. 선고 2011구합18*** 판결¹³²⁵⁾】

차별시정신청을 한 단시간근로자와 비교대상근로자로 주장되는 통상근로자의 업무가 완전히 일치하지 아니하더라도 주된 업무가 일치한다면 양자가 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 볼 수 있으나, 이러한 경우에도 차별시정신청을 한 단시간근로자가 통상근로자와 동종 또는 유사한 업무를 어느 정도 계속적으로 수행되고 있음이 인정되어야 할 것인데, 참가인은 조리원이 휴가 등의 사유로 근무를 할 수 없는 경우에만 조리보조원으로 하여금 조리원의 업무를 대체하게 하였고, 대체케 한 업무도 전 부치기, 생선 굽기 등 단순 조리에 불과하고, 더구나 조리보조원 중 근무경력이 많은 사람이 조리원을 대신하거나 조리보조원들이 정한 순번에 따라 조리원을 대신하였고, 개별 조리보조원이 조리원 업무에 투입된 시간은 평균 개별 조리보조원의 근무시간 중 4.5% 정도에 불과하다.¹³²⁶⁾ 갑 4호증의 2의 기재에 의하면, 조리보조원은 조리원과 함께 보건산업안전교육, 위생교육 등을 받은 사실을 인정할 수 있으나, 안전교육, 위생교육은 식당에서 근무하는 근로자들 모두에게 기본적으로 필요한 것이라고 할 것이므로, 조리보조원이 조리원과 동일한 안전교육, 위생교육을 받았다는 점을 조리보조원이 조리원과 동종 또는 유사한 업무에 종사하고 있다는 징표로 삼기 어렵다. 통계청이 발표한 한국표준직업분류¹³²⁷⁾에서도 조리 및 음식서비스 종사를 서비스 종사자(대분류4)로, 음식조리 보조자를 단순노무 종사자(대분류9)로 각 달리 분류하고 있다.

1324) 민간인 조리보조원이 조리직렬 기능군무원을 비교대상근로자로 선정하여 차별시정을 신청한 사안에서 중노위는 비교대상근로자로 인정하였고, 사용자가 이에 불복해 소를 제기함

동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5*** 판결)에서 확정됨

1325) 사용자 식당에는 영양사, 조리사, 조리원, 조리보조원, 아르바이트 근로자가 있는데, 조리보조원으로 근무하는 단시간근로자들이 조리원과 비교해 상여금, 근속수당, 유급휴일수당에서 차별을 받고 있다

3) 초등학교 급식실에서 근무하는 단시간 급식보조원이 무기계약직 조리원에게만 각종 수당을 지급하는 것은 차별적 처우라고 주장한 사건에서, 학교 급식실에서 근무하는 단시간 급식보조원은 조리사 및 조리원과 비교하여 책임, 자격, 주된 담당 업무 등에 본질적인 차이가 있고, 업무대체성이 없어 비교대상근로자가 존재하지 않는다는 이유로 차별시정 신청을 기각한 재심판정에 위법이 없다고 판단함

【서울행정법원 2017. 11. 9. 선고 2016구합75*** 판결¹³²⁸⁾】

이 사건 원고 근로계약 및 이 사건 조리원 근로계약, 2014학년도 및 2015학년도 학교급식 기본방향, 이 사건 학교의 2015학년도 학교급식 운영계획서에 따르면, 조리원은 영양사를 보조하여 급식실의 조리에 관한 업무 등을 책임지는 반면, 급식보조원은 조리사 및 조리원의 위 업무를 보조하는 업무에 머무른다. 나아가 영양사 부재 시 조리사와 조리원이 영양사의 업무를 대행하고, 조리사와 조리원은 급식위생·안전 관리책임자, 급식설비·기계별 관리책임자로 급식실의 위생, 안전 등에 관하여 책임을 부담한다. 그러나 급식보조원은 위와 같은 사항에 관하여 아무런 책임이 없다.

3. 은행 종사 관련 비교대상근로자

은행의 내부통제점검자로 근무하던 기간제근로자들이 영업마케팅 업무와 내부통제점검 업무를 겸임하는 직원과 비교하였을 때 변동성과급, 통근비 및 중식비 등을 지급받지 못한 것은 차별적 처우라고 주장한 사건에서, 영업마케팅과 내부통제점검을 담당하는 정규직 영업마케팅·내부통제점검 직원의 업무분장상 영업마케팅이 주된 업무로 되어 있으나 실제 수행한 업무는 내부통제점검이므로 기간제 내부통제점검자에 대한 비교대상근로자에 해당한다고 봄

【대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2*** 판결¹³²⁹⁾】

① 원고 은행이 임금피크제를 실시하면서 그 대상 직원 중 영업마케팅 업무와 내부통제점검 업무를 겸임하는 직원들에게 영업마케팅 업무를 주된 업무로, 내부통제점검 업무를 부수적 업무로 부여하였으나, 영업마케팅 업무에 관하여는 아무런 관리·감독을 하지 아니하여 실제로 영업실적이 거의 나타나지 않은 반면, 업무 내용이 정형화되어 있고 업무수행을 매일 기록하게 한 내부통제점검업무는 제대로 수

며 차별시정을 신청, 중노위는 조리원은 비교대상자가 아니라는 이유로 기각하였고, 이에 조리보조원들이 소를 제기함

1326) 예를 들어, 같은 컨베이어벨트 라인에 서서 근무하는 자들은 업무 성격상 동종 유사한 업무에 종사한다고 볼 수 있다. 이때 서로 간 휴가 교육 등 업무 공백 발생 시 대체하고 있다는 사실은 이러한 판단의 논거가 되곤 한다. 그러나 이 사건과 같이 주된 업무가 서로 다르고 상호 업무 대체 빈도가 매우 낮아 계속적으로 동종 유사한 업무를 한다고 보기 어려운 경우에는 대체가능성의 표지만으로는 비교대상근로자성을 인정할 수 없다는 논지임

1327) 비교대상근로자성 판단 표지로 한국표준직업분류표가 종종 이용되고 있음

1328) 서울고등법원 2018. 4. 27. 선고 2017누86*** 판결의 1심 판결

행된 것으로 보이는 점, ② 원고 은행이 영업마케팅·내부통제점검 직원들에 대한 평가에서 업무마케팅 업무 성과를 중요 요소로 고려하지 않은 것으로 보이는 점, ③ 이 사건 근로자들은 영업마케팅·내부통제점검 직원들이 내부통제점검 업무를 담당하는 영업점에서는 내부통제점검 업무를 수행하지 않은 점, ④ 원고 은행은 이 사건 근로자들의 계약기간 만료 무렵 임금피크제 대상 직원들 중 상당수를 자점검 사전담자로 임명하여 이 사건 근로자들의 후임으로 각 영업점의 내부통제점검 업무를 수행하게 한 점 등을 종합하여 보면, 원고 은행의 영업마케팅·내부통제점검 직원은 내부통제점검자인 이 사건 근로자들과 동종 또는 유사한 업무를 수행한 것으로 인정할 수 있어 기간제근로자보호법 제8조 제1항이 정한 비교 대상 근로자에 해당한다.

4. 철도 매표원 등에 대한 비교대상근로자

철도 관련 업체 소속 기간제근로자가 정규직근로자와 비교하였을 때, 경영실적평가에 따른 성과상여금을 전혀 지급받지 못한 것은 차별적 처우라고 주장한 사건에서, 양 근로자가 같은 작업조에 동등하게 소속되어 업무를 동일하게 수행하고, 한쪽이 교육·휴가 등으로 근무가 불가능할 경우 업무를 대신해 오는 등 주된 업무가 같다면 채용절차가 다르고 부수적 업무범위가 다르더라도 비교대상근로자로 인정함

【서울행정법원 2008. 10. 24. 선고 2008구합6*** 판결¹³³⁰⁾】

참가인들과 정규직근로자들이 직제규정상 동일한 직명으로 근무하면서 어느 한 쪽이 교육·휴가 등으로 근무가 불가능한 경우에는 서로의 업무를 대신 수행한 점, 이들이 사업장에 따라서는 같은 작업조에 동등하게 소속되어 업무를 수행하기도 한 점 등에 비추어 보면, 이들의 업무 사이에는 그 핵심요소에 있어서 본질적 차이가 없는 것으로 보인다. 나아가 갑 제5호증의 1, 2, 갑 제6호증, 갑 제8 내지 10호증의 각 1, 2의 각 기재만 가지고는 이들의 업무 사이에 현저한 질적 차이가 있다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 설령 원고의 주장처럼 채용절차나 업무의 부수적 내용 또는 구체적 권한·책임 등에 있어서 이들 사이에 차이가 있다 하더라도, 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 하겠다.

1329) 이 사건 은행의 내부통제점검자로 근무하던 기간제근로자들이 임금피크제를 실시하면서 그 대상 직원 중 영업마케팅 업무와 내부통제점검 업무를 겸임하는 직원(이하 ‘영업마케팅·내부통제점검 직원’)에 비교하여 변동성과급, 통근비 및 중식비 등에 대하여 차별을 받았으며 차별시정을 신청함. 노동위원회는 영업마케팅·내부통제점검 직원을 비교대상근로자로 인정하면서 변동성과급, 통근비 및 중식비에 대하여는 차별을 인정하고, 자녀학자금, 개인연금신탁지원금에 대하여는 기각하였음. 유사판례로 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7*** 판결이 있음

1330) 이 사건 근로자들은 정규직과 동일한 조에 편성되어 열차수송, 매표, 개집표, 차량관리, 유지보수, 안내 등의 업무를 하는 자들임, 사용자가 2007. 7. 31. 정규직근로자들에게는 2006년도 경영실적평가에 따른 성과상여금을 각 근로실적에 따라 차등지급한 반면, 기간제근로자들에게는 이를 전혀 지급하지 않아 기간제근로자들이 차별시정을 신청, 노동위는 정규직근로자들을 비교대상자로 인정하고 차별적 처우가 있다고 보아 시정명령하였고 이에 사용자가 소를 제기함, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 1. 27. 선고 2009두13*** 판결)이 원심판결(서울고등법원 2009. 7. 9. 선고 2008누3*** 판결)을 파기하고 원심법원에 환송하여 원심법원(서울고등법원 2012. 7. 18. 선고 2012누6*** 판결)에서 확정되었으나,

5. 중형버스 운전원에 대한 비교대상근로자

여객운송업체 소속 중형버스 운전기사인 기간제근로자가 대형버스 운전기사인 정규직근로자와 비교하였을 때 상여금, 무사고수당, 근속수당에 차이를 둔 것은 차별적 처우라고 주장한 사건에서, 대형버스 운전기사는 주된 업무가 버스운행이라는 점에서 본질적 차이가 없고, 구체적 업무 내용·노선 등에서 일부 차이가 있다면 합리적 이유 여부를 판단하는 기준으로 삼으면 족하므로 비교대상근로자에 해당한다고 봄

【서울고등법원 2010. 8. 24. 선고 2010누8*** 판결¹³³¹⁾】

원고 회사의 중형버스 운전원과 대형버스 운전원은 그 주된 업무가 ‘버스를 운행’하는 것이라는 점에서 본질적인 차이가 없고, 다만, 구체적인 업무 내용·운행노선 등 근로조건에서 차이가 있으나 이는 차별적 처우에 있어 합리적 이유가 있는지 여부를 판단하는 기준으로 삼음으로서 족하므로, 결국 중형버스 운행과 대형버스 운행은 동종 또는 유사 업무라 할 것이다.

6. 기간제 부지점장의 비교대상근로자

1) 채권추심업체 소속 기간제근로자가 정규직 부지점장과 비교하였을 때 기준급, 직무급 등에 차이를 둔 것은 차별적 처우라고 주장한 사건에서, 정규직 부지점장의 실제 업무가 사무분담 명령부에 기재된 것과 달리 비교대상근로자와 기간제근로자 상호 간 업무 대체성이 인정되고, 사무분담 명령부에 기재된 구별은 단지 형식적으로 기재한 것으로 인정되는 등 정규직 부지점장을 비교대상근로자로 인정함¹³³²⁾

【서울고등법원 2011. 12. 29. 선고 2011누32*** 판결¹³³³⁾】

원고 회사의 2008. 6. 27. 시행된 ‘업무권한에 의한 사무분담 통보’에 따라 사무분담 명령부에 기재된 ‘업무총괄’, ‘실무업무’, ‘지원업무’의 구별은 당해 근로자에 의하여 실제 수행되는 업무를 반영하기보다는 1차적으로 당해 근로자가 일반직(정규직) 근로자인지, 계약직 근로자인지에 따라 규정되는 것으로 보이므로, 사무분담 명령부의 형식적 기재만으로 참가인과 비교대상근로자의 각 업무 사이에 동종 또는 유사성이 없다고 단정하기 어렵고, 또한 비교대상근로자들 상호 간에 존재하는 사무분담내용의 차이, 비교대상근로자들 소속 직원들의 사무분담내역, 개인 및 종합업적평가의 평가항목 등을 고려하면, 원고가 주장하는 정규직 부지점장의 업무 즉 채권관리사 확보 업무를 포함하여 지점 운영 및 관리, 인사 및 기획, 예산 및 회계, 업적평가 및 실적관리 업무가 모두 부지점장의 핵심 업무로는 보이지 않고, 오히려 원고 회사가 수도권지역 지점에 대한 부지점장 인력배치에 있어서 지점에 따라 정규직 부지점장 또는 계약직 부지점장만을 배치한 점을 감안하면, 정규직, 계약직에 관계없이 상호 간에 업무 대체

위 취지는 그대로 유지되었음

1331) 1심 판결(서울행정법원 2010. 1. 22. 선고 2009구합28*** 판결)을 인용함

1332) 사무분담표에 기재된 업무를 기준으로 구분할 것이 아니라 실제 담당했던 업무를 기준으로 비교해야 한다는 판례임, 같은 취지로 서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2010구합41*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2012. 4. 26.자 2012두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정되었음]이 있음

성이 인정된다고 볼 수 있다. 또한 그 직무가 본질적으로 구별된다면 그에 관한 평가기준도 달리 하여야 한다고 보는 것이 상당한데, 원고 회사의 계약인력관리지침 제21조가 계약인력에 대한 근무평가를 함에 있어서 부지점장대우는 일반직원 부지점장에 관한 내용을 준용하여 평가하도록 규정하고 있는 점, 이에 따라 이루어지는 개인역량평가에 있어서 동일한 평가항목에 따라 계약직과 정규직 부지점장을 평가하고 있는 점 등에 비추어 보면, 계약직 부지점장과 정규직 부지점장의 업무 사이에 본질적인 차이가 있다고 보이지 않는다.

2) 금융 관련 법인 소속 부지점장으로 희망퇴직하였다가 기간제근로자인 관리전담계약직으로 다시 근무한 자가 정규직 부지점장과 비교하였을 때 출퇴근 등록방법, 자기개발비, 특별성과급 등에 대해서 차별적 처우를 받았다고 주장한 사건에서, 부지점장으로 근무하다가 퇴사 후 관리전담계약직으로 근무하는 기간제근로자의 경우, 정규직 부지점장이 하던 업무를 관리계약전담직이 전담하도록 업무를 분리하고 정규직 부지점장은 더 이상 그 업무를 수행하지 않는다면 정규직 부지점장을 비교대상근로자로 보지 않음

【서울행정법원 2015. 6. 23. 선고 2014구합21*** 판결】

원고가 수행하고 있는 업무는 원래 부지점장 업무의 일부였으나, 참가인이 이를 분리하여 원고와 같은 관리전담계약직이 전담하도록 하였고, 그에 따라 부지점장들은 그 이후로 업무를 직접 수행하고 있지 아니하므로, 둘 사이에 상호대체성이 인정되지 않고, 부지점장이 담당하고 있는 업무와 관리전담계약직이 담당하고 있는 업무가 서로 같거나 유사한 업무라고 단정하기 어렵고, 설령 두 업무 사이에 유사성이 있다고 하더라도 부지점장이 수행하는 전체 업무에서 해당 업무가 차지하는 비중은 5%에 불과하므로, 이것만으로는 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다고 볼 수 없다.

7. 연구소의 참여연구원에 대한 비교대상근로자

연구소 소속 참여연구직 기간제근로자가 과제책임자인 정규직근로자와 비교하였을 때 정액급, 연구활동비, 평가성과급 등에서 차등을 두는 것은 차별적 처우라고 주장한

- 1333) 이 사건 근로자는 기간의 정함이 있는 일반계약인력으로 부지점장 대우로 근무하였고, 다른 지점의 정규직 부지점장을 비교대상근로자로 삼아 기준급, 직무급, 성과상여급, 설·추석상여급에 대한 차별시정을 신청, 중노위는 비교대상근로자성을 인정하고, 기준급 및 직무급에 대하여는 합리적 이유가 있다고 보아 기각, 성과상여급 및 설·추석상여급에 대하여는 차별인정하였고, 이에 사용자가 소를 제기, 원고(사용자)는 참가인이 비교대상근로자로 지정한 정규직 부지점장의 업무는 채권관리사 확보 업무를 포함하여 지점 운영 및 관리, 인사 및 기획, 예산 및 회계, 업적평가 및 실적관리 업무 등을 총괄하는 것인 반면, 참가인의 업무는 업무를 총괄하는 지점장 또는 부지점장의 지시·감독 하에 수행하는 실무적인 부수업무에 불과하므로, 정규직 부지점장은 참가인과 ‘동종 또는 유사한 업무’에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로자에 해당하지 않는다고 주장함, 1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2010구합41*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 4. 26.자 2012두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

사건에서, 정규직근로자와 비정규직 근로자 간 업무분장 결정 방식, 특정 팀에서의 정규직근로자의 업무가 타 팀에서는 비정규직 근로자의 업무에의 해당성, 개인 업무평가 방식(고용형태가 아닌 논문실적 등이 주된 요소) 등을 종합적으로 살펴볼 때 정규직 연구원과 비정규직 연구원 사이에 본질적인 차이가 없어 비교대상근로자로 적합하다고 봄

【대전지방법원 2015. 5. 7. 선고 2014구합101*** 판결】

다음의 사정 즉 ① 이 사건 연구소에서 팀별로 연구과제를 수행할 때, 팀원별 업무분장은 정규직근로자가 기간제근로자에게 지시하는 방식이 아니라 공동회의를 통하여 각자의 전문분야에 맞게 결정하는 방식으로 이루어진다고 보이는 점, ② 이 사건 연구소는 참가인들과 정규직근로자들의 개인업무평가를 함에 있어서 정규직인지 여부에 따라서가 아니라 논문실적 등에 따라서 평가를 하고 있는 점, ③ 갑 제8호증의 2, 3, 5의 각 기재 내용 자체에 의하더라도 일부 팀에서는 정규직근로자의 업무로 기재되어 있는 업무가 다른 팀에서는 기간제근로자의 업무로 기재되어 있는 점 등을 보태어 보면, 참가인들과 정규직근로자들 사이에 업무 내용·범위, 책임, 채용조건 등에 있어서 서로 차이가 없다고 보이므로, 참가인들과 정규직근로자들은 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제8조 제1항이 규정하는 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 자들에 해당한다.

8. 공향전력시설 유지관리업무 기간제근로자

발전설비업체 소속 기간제근로자가 현장직 정규직근로자와 비교하였을 때 경영성과급, 기술수당, 직무수당 등을 전혀 지급받지 못한 것은 차별적 처우라고 주장한 사건에서, 업무의 성격상 정규직근로자만이 수행할 수 있는 특별한 자격이나 기술이 필요한 것으로 보이지 않고, 상호 간 업무 대체성도 있었다고 할 것이므로, 기간제근로자와 기술등급이 동일하거나 유사한 정규직근로자는 비교대상근로자로 인정된다고 봄

【대전고등법원 2015. 12. 3. 선고 2015누10*** 판결(334)】

원고들이 수행한 업무는, 각 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있기는 하지만 주된 업무의 내용에서는 본질적인 차이가 없다고 할 것이므로, 정규직근로자들은 비교대상근로자에 해당한다고 할 것이고, 이 사건 용역계약상 필수근무인원 153명 중 140명이 기간제근로자로서 정규직근로자들과 함께 과업내용서상 자격기준으로 분류되어 팀, 과별로 부여된 업무를 공동으로 수행하였고, 정규직근로자 과장과 기간제근로자 과장도 각 과별 업무를 주로 수행하면서 부수적으로 주간 당직감독, 회의참석 및 업무보고, 근태관리 등을 수행하였으며, 정규직근로자들과 기간제근로자들이 함께 수행한 근무장소 및 업무가 동일할 뿐만 아니라, 업무의 성격상 정규직근로자만이 수행할 수 있는 특별한 자격이나 기술이 필요한 것으로 보이지 않으며, 동종 또는 유사한 업무에 종사하는지 여부는 하나의 부서 또는 직군이 아니라 당해 사업 또는 사업장 전체를 고려하여 파악하여야 할 것인데, 이 사건 용역수행업무는 팀별, 과별로 구성되어 있기는 하나 특정 팀의 업무에 국한하는 것이 아니고 팀별, 과별로 보직변경이 있었으며 정규직근로자가 수행하던 업무를 기간제근로자가 담당하기도 하

였으므로, 각 팀별, 과별, 정규직근로자와 기간제근로자 상호 간에도 업무대체성이 있었다고 할 것이다. 또한 용역계약에서 정한 자격기준 외에 정규직근로자들에게만 요구되는 특별한 자격이나 경력은 없고 위탁용역 대가도 위 자격기준상 등급에 따라 산정되었으며, 오히려 기간제근로자들이 대체로 정규직근로자들보다 기술등급이 높고 현장경험이 풍부하여 정규직 신규 근로자의 교육업무를 담당 하기도 하였으므로, 업무의 난이도나 기술에 있어 차이가 있었다고 볼 수도 없다.

9. 직업상담원과 전화상담원

1) 고용노동부 고객상담센터에서 근무하는 단시간 직업상담원이 민원담당 공무원과 비교하였을 때 민원업무수당을 전혀 지급받지 못한 것은 차별적 처우라고 주장한 사건에서, 단시간근로자 직업상담원과 민원담당 공무원의 업무 분야가 대략적으로 일치하고, 이들의 주된 업무 방식 또한 민원상담 등과 같이 민원인과 직접 접촉하여 업무를 수행하며, 실제 수행하여 온 업무의 주된 내용에 있어 본질적인 차이가 없어 비교대상근로자로 인정된다고 봄

【서울고등법원 2013. 10. 30. 선고 2013누12*** 판결¹³³⁵⁾】

단시간근로 직업상담원 취업규칙은 단시간 근로 상담원이 담당하는 업무로 “1. 구인·구직의 상담 및 직업소개에 관한 업무, 2. 직업능력개발훈련 상담, 직업능력개발훈련기관에의 알선 등 직업능력 개발에 관한 업무, 3. 고용정보의 제공 및 직업지도에 관한 업무, 4. 실업인정, 피보험자 관리, 고용안정 지원 등 고용보험에 관한 업무, 5. 외국인근로자 고용허가 관련 업무, 6. 제1호부터 제5호까지의 업무와 관련된 국가기관, 지방자치단체, 공공기관 및 민간기관에 대한 지원·지도업무, 7. 그 밖에 업무수행에 필요한 사항”을 규정하고 있고, 민원업무수당의 지급요건과 관련하여 단시간 직업상담원의 취업규칙상 업무분야와 민원업무수당 지급대상 공무원의 업무분야는 대략적으로 일치하고, 이들의 주된 업무 방식 또한 민원상담 등과 같이 민원인과 직접 접촉하여 업무를 수행한다는 점에서 동일하며, 한편 원고들이 이 사건 민원담당 공무원들이 실제 수행하여 온 업무가 주된 내용에 있어 본질적인 차이가 있다는 점에 관하여는 을 제7호증의 기재만으로는 이를 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 사건 재심판정이 이 사건 재심판정이 이 사건 민원 담당 공무원들을 원고들에 대한 비교대상근로자로 판단한 것은 정당하다.

2) 한편 고객상담센터 단시간 무기계약직 전화상담원의 경우에는 상담공무원들과 업무 범위, 권한, 결재 여부, 업무대체성 등을 고려하였을 때 주된 업무에 본질적 차이가 있어 상담공무원들을 비교대상근로자로 볼 수 없다고 봄

1334) 대법원 2017. 9. 7. 선고 2016두30*** 판결로 확정됨

1335) 1심 판결(서울행정법원 2013. 4. 5. 선고 2012구합30*** 판결)을 인용함

【대전지방법원 2015. 12. 10. 선고 2015구합100*** 판결¹³³⁶⁾】

이 사건 전화상담원들은 전화상담 업무만 수행함에 반해, 상담공무원들은 전화상담 외에도 인터넷상담 및 서면질의의 회신업무 등을 함께 수행하고 있어 업무의 범위가 훨씬 넓고, 상담공무원들이 수행하는 인터넷 상담 또는 서면질의의 회신 등은 처리기간이 정해져 있어 처리 지연 시 국가공무원법 및 공무원복무규정 등에 따라 민원처리 도과에 따른 책임이 부과되나, 전화상담 업무는 업무의 특성상 즉시 처리되는 경우가 대부분이어서 처리 지연이 특별히 문제되지 않아 전화상담원들에게는 그 책임의 정도가 낮다고 볼 수 있다. 또한 인터넷질의 회신 또는 서면질의 회신 등은 결재권자인 담당 과장의 전결을 얻어 회신을 해야 하는 반면, 전화상담의 경우는 상담과정에서의 민원인의 불평·불만사항 해소를 위한 경우를 제외하고는 그러한 결재를 별도로 받을 필요가 없다. 고객상담센터 운영규정에 따르면, 전화상담원은 담당 분야가 아니라는 이유로 상담을 회피하거나 다른 상담원에게 전화를 전환해서는 아니 되나, 상담내용이 담당 분야가 아님이 명백한 경우, 상담내용이 전문적인 지식이 필요한 경우로서 해당 전문상담원이 답변하는 것이 합리적이라고 판단되는 경우, 민원인의 요구나 지방관서 담당자와 직접상담이 필요하다고 판단되는 경우에는 민원인에게 양해를 구한 뒤 다른 상담원이나 해당 지방관서 담당자에게 전화를 전환할 수 있도록 되어 있다. 상담공무원들이 수행하는 인터넷 상담 또는 서면질의의 회신 등은 구두로 통상 즉석에서 답변하는 전화상담과는 달리 문서 등으로 회신하게 되어 있어 전화상담보다 더욱 책임 있는 답변이 요구되고, 실제 인터넷상담 등의 회신 내용을 보더라도 노동 및 고용 관련 전반의 전문적인 법해석 및 사실관계 검토, 법률요건 구비 여부 등의 검토를 필요로 하는 것들이어서 상담공무원들에게 고도의 업무 지식 및 전문성, 법률 검토 및 사실관계 파악능력, 문서작성 능력 등이 요구되며, 전화상담원들이 인터넷 상담 등을 대체할 가능성이 사실상 희박하다고 보인다. 한편 상담공무원들은 전화상담원들에 비해 고난도의 시험 및 더욱 엄격한 면접절차를 거쳐 임용되는 등 그 채용과정에서 요구되는 능력과 기준이 전화상담원들과는 다르다.

10. 부자재보조와 약품원료보조 업무담당 기간제근로자

의약품 제조업체에서 산업기능요원으로 근무하다가 퇴사한 후 정규직근로자들과는 달리 단체협약상 상여금이 정규직근로자에게만 지급하도록 규정되어 이를 근거로 전혀 지급받지 못한 것은 차별적 처우라고 주장한 사건에서, 기간제근로자인 산업기능요원의 업무의 내용, 업무환경, 책임과 권한, 주된 업무, 상호대체성 등을 고려했을 때 재직 당시 같은 부서 내 정규직근로자의 업무와 주된 업무에서 본질적인 차이가 있으므로 비교대상근로자로 부정함

1336) 이 사건 재심판정에 대하여 전화상담원들도 차별시정 명령의 구체적 내용에 불복하여 소를 제기하였으나, 비교대상근로자가 존재하지 아니한다는 취지로 기각 판결함(대전지방법원 2015. 12. 10. 선고 2015구합102*** 판결)

【서울행정법원 2015. 4. 16. 선고 2014구합69*** 판결¹³³⁷⁾】

원고는 정규직근로자와 동종 또는 유사한 업무에 종사하였다고 볼 수 없다. 원고는 원료·부자재 창고에서 근무하면서 ○○○ 등 3명의 지시에 따라 지게차 등을 이용하여 부자재 및 원료를 물리적으로 운반·정리·투입하는 업무를 수행한 반면, 비교대상근로자들은 주로 제조관리부 사무실에서 ☆☆☆의 지휘·감독함에 부자재의 발주 및 재고관리 업무를 수행하였는바, 업무의 내용 및 업무환경 면에서 양 근로자들이 수행한 업무가 일치한다고 할 수 없다. ○○○, ◇◇◇는 제조관리부장으로부터 부여받은 자신의 책임과 권한으로 재고를 관리하고, 부족한 부자재를 발주하는 역할을 수행한 반면, 원고는 보조자의 지위에서 지시받은 업무만을 수행한 데 불과하였으므로, 양 근로자들의 책임과 권한에도 상당한 차이가 있다고 보인다. 비록 비교대상근로자가 원고와 특정 작업을 함께 수행하기는 하였으나, 이는 단지 도와주는 차원에 그쳤던 것으로 보이고, ○○○, ◇◇◇의 상시적이고 주된 업무였다고 볼 수 없으며, 양 근로자들 간에 업무의 상호 대체가능성도 있다고 할 수 없다.

11. 사료연구위원

한국사 관련 기관에서 기간제 사료연구위원으로 근무한 자가 편사연구직 공무원들과 비교하였을 때 성과상여금, 정근수당, 급식비 등을 전혀 지급받지 못하거나 적게 지급한 것은 차별적 처우라고 주장한 사건에서, 기간제근로자인 사료연구위원과 편사연구직 공무원은 ‘사료의 조사·수집·보존·편찬과 이를 바탕으로 한 한국사의 연구·편찬·연수·보급’이라는 주된 업무의 내용에서는 본질적인 차이가 없으므로, 편사연구사는 비교대상근로자에 해당하나 부서장에 해당하는 편사연구관(5급 이상)은 편사연구사들의 역차별을 고려하여 비교대상근로자에 해당하지 않는다고 봄

【서울고등법원 2016. 10. 21. 선고 2016누30*** 판결¹³³⁸⁾】

피고가 비교대상근로자라고 주장하는 편사연구직 공무원들과 참가인들은 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고, 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있기는 하지만, 참가인 ○○○, ◇◇◇, ○○○, ☆☆☆, ◆◆◆, ▷▷▷는 ‘사료의 수집·조사·보존·편찬과 이를 바탕으로 한 한국사의 연구·편찬·연수·보급’이라는 주된 업무의 내용에서, 참가인 ○○○은 ‘역사 정보화 및 한국사 데이터베이스 유지·관리’라는 주된 업무의 내용에서 각 비교대상근로자들과 본질적인 차이가 없음이 인정되고, 따라서 이들은 동종 유사한 업무에 종사한다고 봄이 상당하다. 다만, 편사연구직 공무원에는 편사연구관과 편사연구사가 있는데, 편사연구관은 부서장 등의 역할을 수행하나 참가인들 중 부서장 역할을 맡고 있는 사람은 없는 점, 편사연구사보다 봉급수준이 높은 편사연구관을 비교대상근로자로 하여 차별 여부를 판단할 경우 오히려 편사연구사들이 역차별을 받을 우려가 있는 점 등을 고려하면, 비교대상근로자는 편사연구사로 봄이 상당하다.

1337) 1심 판결로 확정됨(원고 및 선정자는 제약회사에서 원료 및 부자재의 입고 업무, 부수적으로 제품의 재고파악이나 원료 청량 업무를 수행하였는데 정규직 사원에게만 상여금을 지급하도록 되어 있는 단체협약에 따라 상여금을 미지급한 것은 합리적 이유가 없는 차별이라고 주장하며 차별시정을 신청함)

12. 사무보조원(비서)

미술관 사무보조원으로 근무한 기간제근로자가 비서업무에 종사하는 정규직근로자에 비하여 각종 수당들을 지급받지 못한 것은 차별적 처우라고 주장한 사건에서, 사무보조원으로 근무하여 기관장의 비서업무, 홍보업무 기타 지원 업무를 수행한 기간제근로자와 비교대상근로자들이 실제 수행한 주된 업무는 ‘비서업무’로서 업무의 성격 및 내용에 현저한 질적 차이가 있다고 볼 수 없다고 봄

【서울고등법원 2017. 6. 9. 선고 2016누51*** 판결¹³³⁹⁾】

참가인과 비교대상근로자가 수행한 주된 업무는 ‘비서업무’로서 그 업무의 성격 및 내용에 현저한 질적 차이가 있다고 볼 수 없다. 비교대상근로자들이 수행한 주된 업무는 부서장 일정관리, 회의 준비, 업무지원, 내방객 안내 등으로 보이는데, 이는 참가인의 업무와 크게 다르지 않다. 타 부서의 업무를 지원하였는지 여부는 비교대상근로자들 사이에서조차 공통되지 않는다는 점에서 비교대상근로자들과 참가인이 수행한 업무에 본질적인 차이가 있는지를 구별하는 기준이 된다고 보기 어렵고, 설령 참가인의 업무가 비교대상근로자들의 업무보다 중요성과 난이도가 낮다고 하더라도, 이는 비교대상근로자들이 지원하는 간부의 소속 부서가 미술관에 비해 규모가 크고 업무량이 많다는 점, 즉 업무의 양적 차이에서 비롯된 것으로 볼 수 있다. 또한 채용절차의 차이를 들어 업무에서도 본질적인 차이가 있다고 보려면 정규직근로자에게는 해당 업무와 직접 관련된 자격이 요구되는 반면, 기간제근로자에게는 그러한 자격이 요구되지 않는 등 ‘현저한 질적 차이’를 인정할 수 있어야 하지만, 비교대상근로자가 취득한 자격증이나 영어능력검정시험 등이 업무를 원활히 수행하는 데 도움이 되는 것과는 별개로, 비서업무를 수행함에 있어서 필요불가결한 자격증이라고 보기도 어려워 업무의 본질적 차이를 판단하는 기준이 된다고 볼 수 없다. 또한 비서업무를 자체직원이 수행하기도 하는 등 상호 간에 대체하여 업무를 수행하는 것이 가능하고, 실제로도 기성회 직원의 업무를 자체직원으로 대체하여 수행하기도 하였던 것으로 보인다.

13. 카지노 계약직 딜러

카지노 사업을 영위하는 법인에서 기간제 카지노 계약직 딜러가 정규직근로자 딜러와 비교하였을 때 각종 수당을 지급받지 못한 것은 차별적 처우라고 주장한 사건에서, 비교대상근로자를 선정하는 것과 관련하여 비교대상근로자가 당해 사업 또는 사업장의 직제

1338) 참가인들은 원고와 1년 단위로 근로계약을 체결하고 사료연구위원으로 근무하는 근로자들인데 편사연구직 공무원들에게 지급한 기본급, 성과상여금, 명절휴가비, 연구직수당, 정근수당 등을 참가인들에게 미지급 혹은 적게 지급한 것에 대하여 차별시정을 신청하였고, 원고는 이 중 설·추석 명절휴가비, 가족수당, 정액급식비 미지급을 차별적 처우로 인정한 재심 판정에 불복하여 소를 제기함

1339) 원고 부설 미술관에서 사무보조원으로 근무하던 참가인이 원고 본부에서 비서업무를 수행하는 근로자들을 비교대상근로자로 선정하여 정액급식비, 명절휴가비 등을 지급하지 않은 것에 대하여 차별시정을 신청, 유사판결로 서울행정법원 2016. 6. 3. 선고 2015구합71*** 판결이 있음

상 존재하는 가장 낮은 처우를 받는 정규직근로자이면 충분하고, 그러한 정규직근로자가 실제 근무할 것을 요하지는 않으나, **직제상 존재하지 아니하는 가상의 호봉을 상정하는 것은 허용하지 않는다**고 보아 계약직 딜러의 비교대상근로자로 가상의 호봉을 산정한 정규직 딜러를 인정하지 않음

【서울행정법원 2015. 7. 2. 선고 2014구합74*** 판결 1340)】

인사규정 및 직제규정에 의하면, 소속 직원의 직위는 하위부터 사원, 주임, 대리, 과장, 차장, 부장이 있고, 호봉은 각 직위별로 1~15호봉이 있으며, 신규 채용 직원의 호봉은 1호봉을 원칙으로 한다. 따라서 원고 소속 정규직 딜러 중 직제상 가장 낮은 처우를 받는 사람은 사원 1호봉의 정규직 딜러이고 이 사람을 참가인들의 비교 대상 근로자로 봄이 타당하고, 원고의 직제상 정규직 딜러 중 사원 1호봉보다 낮은 호봉의 직원이 존재하지 않으므로 피고 및 참가인들이 주장하는 비교대상근로자는 원고 회사에 근무하는 정규직 딜러라고 볼 수 없다. 따라서 피고 및 참가인들의 위 주장은 받아들일 수 없다.

14. 육아휴직 대체 사서

도서관 소속 근무원의 육아휴직에 따라 대체인력으로 채용된 기간제근로자가 차별시정을 신청한 사건에서, 일시적으로 전임자가 사용자와 근로관계를 유지한 채 휴직하는 등의 사유로 기간제근로자가 대체인력으로 휴직기간 동안 동일한 내용의 업무를 수행한 경우에는, 전임자를 기간제근로자의 비교대상근로자로 삼을 수 있다고 봄

【서울행정법원 2016. 7. 15. 선고 2016구합51*** 판결1341)】

비교대상근로자는 원칙적으로 기간제근로자의 근무기간 동안 당해 사업 또는 사업장에서 실제로 같이 근무한 근로자를 뜻한다고 보아야 할 것이나, 일시적으로 전임자가 사용자와 근로관계를 유지한 채 휴직하는 등 사유로 기간제근로자가 대체인력으로 휴직기간 동안 동일한 업무를 수행하는 경우에는 정규직을 기간제근로자로 대체하여 합리적 이유 없이 임금 등에서 불리한 처우를 하는 것은 부당하고, 기간제법 입법 취지에도 반하므로 전임자를 기간제근로자의 비교대상근로자로 보아 차별시정을 명할 수 있다고 보아야 한다. …(중략)… 따라서 전임자가 참가인의 근로기간 동안 육아휴직으로 인하여 ○○○학교에서 실제로 함께 근무하지 아니하였다고 하더라도 참가인과 전임자의 업무가 동종 또는 유사한 업무에 해당하는 경우 전임자는 비교대상근로자에 해당한다.

제3장
차별시정
요건별
관련 판례

1340) 서울고등법원 2016. 8. 17. 선고 2015누51*** 판결의 1심 판결, 대법원 2019. 9. 26. 선고 2016두51*** 판결로 확정됨(동일 사업장에서 별개로 진행된 차별시정 사건에서도 법원이 동일하게 판단함(서울행정법원 2015. 9. 24. 선고 2015구합64*** 판결, 서울고등법원 2016. 7. 8. 선고 2015누62*** 판결, 대법원 2019. 9. 26. 선고 2016두47*** 판결, 서울고등법원[환송심] 2020. 1. 8. 선고 2019누58*** 판결로 확정됨))

1341) 1심 판결로 확정됨

15. 군인 복지시설의 현장 행정지원 업무 담당자

군인 복지시설의 행정보조업무 기간제근로자가 본부 내 근무원(민간인 근로자)에 비하여 유급휴일을 적게 부여받은 것이 차별적 처우라고 주장한 사건에서, 현장 행정지원 업무 담당자가 부수적으로 수행하는 행정보조업무가 사용자 소속 근무원 또는 근무원의 업무와 다소 유사한 측면이 있다 하더라도, 주된 업무는 전산시스템 및 장비 관리로 주된 업무 내용이 상이하므로 이들 근무원을 비교대상근로자로 삼을 수 없다고 봄

【서울행정법원 2013. 7. 12. 선고 2013구합3*** 판결¹³⁴²⁾】

기간제법 제8조 제1항은 비교대상근로자의 요건으로 업무의 동종성과 유사성을 제시하고 있는데, 그 업무의 동종성과 유사성은 현재 수행하고 있는 업무의 내용을 기준으로 하여야 하지, 그 업무를 수행할 자격이나 능력을 기준으로 삼아서는 아니 된다고 할 것이고, 앞서 본 바와 같이 원고가 부수적으로 수행하는 행정보조업무가 본부의 무기계약직 근무원(비교대상근로자는 기간의 정함이 없는 근로자에 한다)의 업무와 다소 유사한 측면이 있다 하더라도, 원고의 주된 업무는 전산시스템 및 장비 관리로, 이는 본부의 무기계약직 근무원이 담당하는 업무와 상이하므로 이들 근무원을 원고의 비교대상근로자로 삼을 수 없다.

16. 시간제 근무 기간제교원

유치원에서 방과 후 과정을 담당하는 시간제 교육공무원이 차별적 처우를 신청한 사건에서, 비교대상근로자는 무기계약직 근로자인 방과 후 강사가 아니라 공무원인 정교사를 선정하는 것이 적절하다고 봄

【대전지방법원 2017. 1. 11. 선고 2016구합103*** 판결¹³⁴³⁾】

차별적 처우가 존재하는지 여부를 심사하기 위한 전제로 비교대상근로자를 선정함에 있어서는, 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 그들의 근로조건 보호를 강화한다는 기간제법의 입법취지를 충분히 고려하여야 한다. 이 사건 방과후 강사는 무기계약직근로자의 신분으로 전환된 것인데, 이 사건 유치원의 정교사와 비교하여 더 낮은 처우를 받고 있다. 원고로서는 교원인사제도의 융통성과 탄력성을 도모하기 위해 임용기간에 제한이 있으나 임금총액은 무기계약직 근로자보다 다소 높은 시간제근무 기간제교원과, 근로기간의 정함이 없으나 임금총액은 시간제근무 기간제교원보다 낮은 무기계약직근로자인 방과후 강사라는 사회적 신분을 창출한 것으로 보인다. 방과후 강사의 무기계약직근로자로서의 근로계약 체결경위 및 그에 대한 처우에 비추어 보면, 방과후 강사 역시 이 사건 유치원의 정교사와 동종 또는 유사한 업무를 수행하면서도 차별적 처우를 받고 있을 여지가 있는 것으로 보이고, 유치원의 정교사나 시간제근무 기간제교원은 교육공무원임에 비하여, 방과후 강사는 교육공무원이 아닌 점에 더하여 앞서 본 기간제법의 입법취지를 고려할 때 방과후 강사를 시간제근무

¹³⁴²⁾ 서울고등법원 2014. 5. 28. 선고 2013누46*** 판결로 확정됨

기간제교원의 비교대상근로자로 선정하는 것은 적절하지 않다. 정교사를 시간제근무 기간제교원의 비교대상근로자로 선정하는 경우 무기계약직근로자인 방과후 강사에 대한 역차별이 발생할 수 있다고 주장하나, 방과후 강사에 대한 차별적 처우는 시간제근무 기간제교원과 방과후 강사의 근로조건을 동일한 수준으로 하향평준화함으로써 시정할 것이 아니라, 정교사와 비교하였을 때 인정되는 차별적 처우를 시정함으로써 해소함이 상당하다.

17. 교육공무직 대체근로자

교육청 산하 고등학교 교육공무직 근로자(무기계약직 행정실무사)의 출산휴가 및 육아휴직에 따라 대체인력인 기간제근로자로 근무한 자가 차별적 처우를 신청한 사건에서, 전임자인 교육공무직 근로자(무기계약직 행정실무사)를 동종 또는 유사한 업무를 담당하는 비교대상근로자로 선정한 것이 적법하다고 봄

【서울행정법원 2018. 12. 13. 선고 2018구합62*** 판결¹³⁴⁴⁾】

참가인은 전임자의 출산휴가 및 육아휴직으로 생긴 결원을 보충하여 결원기간에만 그 업무를 대체하여 수행할 목적으로 채용된 기간제근로자이다. 전임자는 참가인이 근무하는 기간 육아휴직자로서 원고와 근로관계를 유지하고, 육아휴직을 마친 후 종전 업무에 복귀할 것이 예정되어 있다. 또한 원고 교육청 소속의 다른 학교에서 근무하는 무기계약직 행정실무사들의 임금체계는 참가인의 임금체계와 같고, 각 학교 행정실에서 주로 수납 행정업무를 수행하는 경우에는 참가인과 동종·유사 업무를 수행하였다고 볼 수 있다. 이런 사정 등을 위 법리에 비추어 보면, 전임자나 무기계약직 행정실무사를 참가인의 비교대상근로자로 선정한 것은 적법하다.

18. 기간제 연구시설 운영직

정부출연연구기관의 기간제 연구시설 운영직 근로자가 기능직 근로자를 비교대상근로자로 선정하여 차별시정 신청을 한 사건에서, 기간제 연구시설 운영직 근로자와 기능직 근로자 사이의 의사결정권한, 근무형태, 채용방법·절차, 학위·자격증, 업무대체능력 등에서 본질적인 차이가 있으므로, 기간제 연구시설 운영직 근로자와 비교대상근로자 기능직 근로자는 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 볼 수 없다고 판단함

제3장
차별시정
요건별
관련 판례

1343) 대전지방법원 2017. 1. 11. 선고 2016구합101*** 판결, 대전지방법원 2017. 1. 11. 선고 2016구합103*** 판결, 대전지방법원 2017. 1. 11. 선고 2016구합104*** 판결 참조

1344) 현재 대법원 2019두55262 사건으로 계류 중임(2심과 3심에서의 쟁점은 처우개선 수당 미지급의 합리적 이유 존부이고, 1심에서 쟁점에서 다루어졌던 비교대상근로자 선정의 적법성은 쟁점이 아님)

—【서울고등법원 2018. 5. 16. 선고 2017누63*** 판결¹³⁴⁵⁾】—

기능직 근로자는 기간제 연구시설운영직 근로자를 포함한 조사업무를 총괄하는 지위에서 기간제 연구시설운영직 근로자에 비하여 보다 많은 의사결정권한 및 관리권한을 보유하고 있고, 기간제 연구시설운영직 근로자는 기능직 근로자의 의사결정에 따라 실제 조사업무를 수행하는 데에 업무의 중점이 있다. 기능직 근로자는 해외 고객의 주문에 대응하거나 송장, 반출서류 등 각종 서류를 작성하고, 대외 고객접촉 업무를 수행하고 감사일정을 수립하며, 수검·대응하는 등 품질관리 업무를 수행하며 연구원 내 각종 연구과제에도 지속적으로 참여하고 있다. 반면, 기간제 연구시설운영직 근로자는 직접적인 조사업무에 부가하여 조사시설 점검, 유지보수, 수리, 설치 업무 등을 담당하고 있을 뿐이다. 기간제 연구시설운영직 근로자의 주된 근무장소는 원자로 내부이고 종종 사무 업무를 수행하는 경우에 한하여 원자로 외부의 사무실에서 업무를 수행하는 반면, 기능직 근로자는 주로 원자로 외부의 사무실에서 개인용 컴퓨터를 이용하여 행정업무를 수행하고 있고, 기간제 연구시설운영직 근로자는 교대제로 근무하는 반면, 기능직 근로자는 평일 정해진 시간에 근무하므로 서로 근무형태도 다르다. 따라서 기간제 연구시설운영직 근로자와 기능직 근로자는 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 할 수 없으므로, 기간제 근로자임을 이유로 차별적 처우를 하였다고 할 수 없다. 그러므로 이와 다른 전제에 선 이 사건 재심판정은 부당하여 취소되어야 한다.

19. 프로젝트 계약직과 학예연구직

프로젝트 계약직인 기간제근로자가 무기계약직인 학예연구직 근로자를 비교대상근로자로 하여 차별적 처우를 신청한 사건에서, 양 근로자 사이의 수행한 업무의 범위와 내용 및 책임·권한 등에서 본질적인 차이가 있다고 봄이 타당하므로, 동종 또는 유사한 업무에 종사하였다고 볼 수 없다고 봄

—【서울행정법원 2018. 9. 7. 선고 2018구합1*** 판결¹³⁴⁶⁾】—

학예연구직 근로자는 기간제근로자들에게 유물의 취급 방법 등을 교육하였고, 기간제근로자들이 수행한 업무를 확인 검토하고 수정사항을 지시하였으며, 업무 관련 문서를 작성하고, 국가귀속유물 이관이나 유물 대여 등과 관련하여 관련 기관과 협의하는 등 발굴문화재 국가귀속과 발굴유물 정리 및 수장고 관리 실무책임자로서의 업무를 수행하였다. 반면, 이 사건 근로자는 기초 데이터 작성과 입력, 사진 파일 편집, 유물 정리, 수장고 출입일지와 유물출납일지 작성, 유물 인수인계 준비 등 발굴문화재 국가귀속과 발굴유물 정리 및 수장고 관리 실무책임자인 근로자 A를 보조하는 업무를 수행하였으므로, 근로자 A와 이 사건 근로자가 수행해온 업무의 내용에는 본질적인 차이가 존재하고, 유물 정리 계획 수립, 수장고 내 수납위치 결정 등 의사결정이 필요한 사항에 관한 의사결정권한은 발굴문화재 국가귀속과 발굴유물 정리 및 수장고 관리 실무책임자인 학예연구직 근로자와 학예연구직 근로자의 상급자인 팀장에게 있었고 이 사건 근로자에게 있지 아니하였으므로, 근로자의 업무 책임 권한에서도 본질적인 차이가 존재한다. 업무 범위에도 본질적인 차이가 존재하며, 각각 수행한 업무의 범위와 내용 및 책임 권한 등에서 본질적인 차이가 있다고 봄이 타당하므로, 동종 또는 유사한 업무에 종사하였다고 볼 수 없다.

1345) 대법원 2018. 10. 25.자 2018두50*** 판결(심리불속행)로 확정됨

20. 기간제 환경미화원과 무기계약직 환경미화원

기간제근로자인 환경미화원의 차별시정 신청에 대하여 기간제근로자인 환경미화원의 무기계약직 전환 계획에 근거해 기간제근로자인 환경미화원 중 무기계약직 근로자로 전환된 자들을 비교대상근로자를 인정함

【서울행정법원 2018. 9. 13. 선고 2017구합73*** 판결¹³⁴⁷⁾】

이 사건 근로자들과 비교대상근로자들은 모두 같은 팀 소속으로서 근로계약서에 기재된 담당 업무가 '환경미화'로 동일하고, 실제 수행하는 업무도 고용형태와 관계없이 동일하며, 원고에 입사한 경로와 고용형태에 있어 차이가 없었다. 근로자들과 비교대상근로자 간 고용형태에 차이가 발생한 것은 2016. 7. 1.부터인데, 기간제(청소) 직원 무기계약직 전환 계획에 따라 연령(만 60세)을 기준으로 만 60세 미만인 근로자들에 대해서만 무기계약직 근로자로 전환이 되었기 때문이다. 비록 무기계약직 근로자로 전환된 여성 환경미화 근로자들과 비교대상근로자들의 경우 계약직 근로자들과 동일하게 주간조, 이브닝조, 야간조로 순환 근무하다가 2016. 7. 1.부터는 주간조로 고정배치되는 근무조의 변화가 있었기는 하나, 46명의 여성미화원 근로자 중 8명을 제외한 나머지 전부가 주간조에 배치되었기에 근로자들 중 여성 환경미화 근로자도 대부분의 기간 동안 주간조에 배치되어 비교대상근로자들과 동일한 업무를 수행하였던 것으로 보이며, 제출된 증거들만으로는 업무 내용과 강도에 있어 주간조, 이브닝조, 야간조 사이에 본질적인 차이가 있었다고 보기도 어렵다.

21. 기간제 환자이송원

응급의료센터 기간제 환자이송원이 정규직 환자이송원을 비교대상근로자로 하여 차별적 처우를 신청한 사건에서, 양 근로자 모두 병동 또는 응급의료센터의 환자이송 업무를 주된 업무로 수행하였고, 정규직 환자이송원과 함께 교대근무를 하였던 것으로 보이며, 주된 업무의 내용 등 핵심 요소에 본질적인 차이는 없어 비교대상근로자로 삼을 수 있다고 봄

【서울행정법원 2018. 9. 13. 선고 2017구합73*** 판결¹³⁴⁸⁾】

참가인들과 비교대상근로자들은 모두 병동 또는 응급의료센터의 환자이송 업무를 주된 업무로 수행하였고, 병동 기사실의 경우 주간 원칙 및 이브닝·야간 당번제로, 응급의료센터 기사실의 경우 일일 3교대제로 정규직 환자이송원과 함께 교대근무를 하였던 것으로 보이므로, 참가인들과 비교대상근로자들 간 주된 업무의 내용 등 핵심 요소에 본질적인 차이는 없다고 보인다. 지방노동위원회에서 원고에

제3장
차별시정
요건별
관련 판례

1346) 서울고등법원 2019. 3. 29. 선고 2018누65*** 판결, 대법원 2019. 7. 11.자 2019두38*** 판결(심리불속행)로 확정됨

1347) 서울고등법원 2019. 7. 26. 선고 2018누70*** 판결로 확정됨

대한 출장조사를 한 후 작성한 현장조사결과보고서에는 참가인들과 비교대상근로자들이 위와 같이 환자 이송 업무를 80% 정도 비중으로, 약물 등의 물품 운반 업무를 20% 정도 비중으로 동일하게 수행하였고 주간근무, 야간근무, 일일 3교대의 근무형태로 정규직근로자와 계약직 근로자가 혼재하여 교대 근무하였으며 참가인들과 비교대상근로자들 간 업무의 동종·유사성은 원고 측도 대체적으로 부인하고 있지 못하였다고 기재되어 있다. 원고는 이 사건 재심판정 과정에서도 참가인들과 비교대상근로자들 간 업무가 큰 차이가 없고 상호대체가 가능하다면서 비교대상근로자 존부 및 설정 문제에 관하여 다투지 않았다. 원고는 정규직 환자이송원 채용 시 특별한 자격 요건을 요구하지 않았다. 원고가 2013년 원고 정규 직원 모집 공고 시 보조원A 직종에 관한 세부 응시 자격 란에 기재한 ‘종합병원 근무경력자 우대’는 일반적인 경력에 관한 사항일 뿐 특별한 자격 요건이라 볼 수 없으며, 종합병원에서 환자이송 업무를 한 경력을 특정하여 요구한 것이라 보기도 어렵다.

22. 기간제 운전강사

기간제 운전강사가 정규직 운전강사를 비교대상근로자로 하여 차별적 처우를 신청한 사건에서, 기간제 운전강사와 정규직 운전강사가 수행하는 업무가 ‘수강생에 대한 운전강습’이라는 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 비교대상근로자에 해당함

【서울고등법원 2014. 9. 17. 선고 2013누51*** 판결¹³⁴⁹⁾】

이 사건 운전학원에서 정규직 운전강사와 참가인들은 그들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있기는 하지만, ‘수강생에 대한 운전강습’이라는 주된 업무의 내용에서는 본질적인 차이가 없음이 인정된다. 따라서 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 봄이 옳다.

1348) 서울고등법원 2019. 5. 2. 선고 2018누70*** 판결로 확정됨

1349) 대법원 2016. 12. 1. 선고 2014두43*** 판결로 확정됨

제6절 불리한 처우 존재 관련 판례¹³⁵⁰⁾1. 항목별 비교 방식에 따라 판단한 사례¹³⁵¹⁾【서울고등법원 2010. 12. 1. 선고 2010누2*** 판결¹³⁵²⁾】

지급항목	파견근로자	사용사업주 근로자	비 고
통상일당 산정 기준시간	월 226시간 기준 통상일당 산정	월 174시간 기준 통상일당 산정	기본급 차이 발생
통상일당 계산방식	기본일당 + {[안전수당 + 근속수당 + 생산장려수당] / 226시간} × 8}	기본일당 + {[안전수당 + 근속수당 + 생산장려수당] / 174시간} × 8}	-
상여금	임금총액 500%	임금총액 800%	
안전수당	없음	월 20,000원	작업 위험에 따라 지급
공정지원금	없음	분기별 70,000원	업무난이도에 따라 지급

2. 범주화 비교 방식에 따라 판단한 사례

기간제 및 단시간근로자와 비교대상근로자 간 임금을 구성하는 세부항목이 서로 상이할 경우에는, 소정 근로를 제공한 것 자체만으로 지급요건이 충족되는 임금항목과 그 외

1350) 개별 회사마다 금품의 성격 또는 특성에 따라 소정 근로를 제공한 것 자체만으로 지급요건이 충족되는 임금 항목과 그 외에 특정한 조건에 해당해야만 지급요건이 충족되는 임금 항목이 매우 다양하게 구분되므로 대표 사례들만 소개함

1351) 대전지방법원 2015. 1. 14. 선고 2014구합101*** 판결, 이 사건에서 정규직근로자들의 급여는 ① 기본연봉, ② 직무급, ③ 연봉가급(기술수당, 자격선임수당, 근무환경수당, 해외수당, 특수근무수당(교대근무, 대기근무, 시차근무자, 여성직원수당)), ④ 연봉외수당(시간외·휴일·야간근무수당·연차휴가보상금), ⑤ 성과연봉(경영평가성과급, 내부평가급), ⑥ 퇴직금으로 구성되어 있고, 사용자는 이 중 기본연봉과 경영성과급, 근무환경수당, 기술수당, 특수근무수당(교대근무, 여성직원수당), 복지포인트(기본포인트에 근속연수와 부양가족수를 고려)를 지급하였음

기간제근로자들의 급여는 ① 기본급, ② 법정수당(연장·야간·휴일수당), ③ 보정수당으로 구성되어 있고, 사용자는 기본급, 법정수당, 보정수당(과장수당, 스카다수당)과 연 30만 점의 복지포인트를 지급하였음

법원은 ‘참가인들은 기간제근로자들에게 경영성과급, 기타수당(근무환경수당, 기술수당, 특수근무수당(시차수당, 교대근무수당, 여성직원수당))을 지급하지 않고 기본급과 복지포인트를 적게 지급하였다고 할 것이고, 이와 같이 참가인이 ‘임금’에서 기간제근로자와 비교대상근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 불이익을 입게 하였다고 할 것이므로, 원고들에 대한 불리한 처우가 존재한다.’는 취지로 판단함

1352) 1심 판결(서울행정법원 2009. 12. 11. 선고 2009구합22*** 판결)을 인용하였으며, 대법원 2011. 3. 24. 자 2010두29*** 판결로 확정됨

에 특정한 조건에 해당해야만 지급요건이 충족되는 임금항목으로 구분하여 유·불리를 판단함이 타당하다고 봄¹³⁵³⁾

가. 방과후학교 담당교사 지원 보조 단시간 겸 기간제근로자와 단시간 방과후 전담근로자 (무기계약직근로자) 관련 사례

방과후학교 담당교사 지원 보조 단시간 겸 기간제근로자가 비교대상근로자에 비해 정액급식비, 교통보조비, 명절휴가보전금, 맞춤형복지비, 가족수당 등에 대해서 차별적 처우를 받았다고 주장한 사건에서, 방과후 보조 근로자들의 경우 월 고정적으로 지급받는 기본급이, 방과후 전담의 경우에는 월 기본급 외에 교통보조비, 명절휴가보전금, 맞춤형복지비가 각 소정 근로를 제공한 것 자체만으로 지급요건이 충족되는 임금항목에 해당한다고 봄이 상당하므로, 방과후 보조 근로자들의 월 기본급을 방과후 전담의 위 각 임금 항목의 합산액과 비교하여 전체적으로 유·불리를 판단함

【대전지방법원 2018. 2. 13. 선고 2017구합104*** 판결¹³⁵⁴⁾】

참가인들의 경우 월 고정적으로 지급받는 기본급이, 방과후 전담의 경우 월 기본급 외에 교통보조비, 명절휴가보전비 및 맞춤형복지비가 각 소정 근로를 제공한 것 자체만으로 지급요건이 충족되는 임금항목에 해당한다고 봄이 상당하므로, 참가인들의 월 기본급을 방과후 전담의 위 각 임금 항목의 합산액과 비교하여 전체적으로 유·불리를 판단하여야 한다. 한편 근로자에 대한 임금을 월급으로 지급할 경우 그 월급에는 근로기준법 제5조 소정의 유급휴일에 대한 임금도 포함된다고 할 것이고(대법원 1998. 4. 24. 선고 97다28*** 판결 참조), A광역시교육청 교육공무직원 관리규정 제37조 제1항에 의하면 1주 동안 소정 근로일을 개근한 근로자에게 1주일에 평균 1일의 유급휴일을 주휴일(일요일)로 준다고 규정하고 있으므로 유급휴일에 대한 임금은 소정 근로를 제공하면 지급요건이 충족되는 임금항목에 해당한다고 봄이 상당한바, 월 임금을 월 소정근로시간으로 나누어 시간급 임금을 산출함에 있어서는 유급휴일에 근로한 것으로 의제하여 유급휴일에 해당하는 근로시간을 위 월 소정근로시간에 포함시켜야 한다.

나. 기간제 카지노 딜러와 정규직 딜러 관련 사례

기간제 카지노 딜러가 정규직 딜러와 비교하였을 때, 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료, 경조금 및 경조휴가 등에서 차별적 처우를 받았다고 주장한 사건에서, 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료는 소정 근로에 대하여 지급되는 임금에 해당하는 반면에, 경조금, 경조휴가는 본인 또는 가족의 결혼, 사망 등 경조사라는 특정한 조건에 해당하는 경우에 지급되는 수당 또는 휴가이므로, 이를 구분하여 판단함

1353) 동일한 판단기준 사례: 서울고등법원 2013. 10. 30. 선고 2013누12*** 판결, 서울행정법원 2015. 7. 2. 선고 2014구합74*** 판결, 서울행정법원 2015. 12. 4. 선고 2015구합65*** 판결 등

1354) 1심 판결로 확정됨

【서울행정법원 2015. 7. 2. 선고 2014구합74*** 판결】

설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료는 소정 근로에 대하여 지급되는 임금에 해당하는 반면에, 경조금, 경조휴가는 본인 또는 가족의 결혼, 사망 등 경조사라는 특정한 조건에 해당하는 경우에 지급되는 수당 또는 휴가이다. 따라서 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료는 소정 근로에 대하여 지급되는 다른 항목, 즉 기본급, 벽지(문화)수당, 고객서비스수당, 정기상여금을 합산하여 총액을 기준으로 참가인들에 대한 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 하고, 경조금, 경조휴가는 항목별로 따져 참가인들에 대한 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다.

다. 고용센터 직업상담원(단시간근로자)와 민원담당공무원 관련 사례

고용센터 직업상담원(단시간근로)에게 민원수당을 지급하지 않은 것이 민원담당공무원에 비해 불리한 처우로서 차별에 해당하는지 여부가 문제된 사례에서, 차별시정 신청인은 기본급여와 상여금이, 민원담당 공무원의 경우에는 기본급, 정근수당, 정액급식비, 직급보조비, 명절휴가비가 소정근로에 대하여 지급되는 임금에 해당하고, 민원수당은 특정 조건을 충족시킬 경우 지급되는 수당이지만 이는 지급대상이 되는 업무 범위를 한정한 것에 불과하므로, 민원수당을 소정근로의 대가에 포함시켜 판단함

【서울행정법원 2013. 4. 5. 선고 2012구합30*** 판결¹³⁵⁵⁾】

원고들의 경우에는 기본급여와 상여금이, 이 사건 민원담당 공무원들의 경우에는 기본급, 정근수당, 정액급식비, 직급보조비, 명절휴가비가 소정 근로에 대하여 지급되는 임금에 해당함은 명백하고, 민원 업무수당은 민원업무를 담당하는 공무원들에게만 지급된다는 점에서 특정한 조건을 충족하는 경우 지급되는 수당이라는 하지만, 이는 지급대상이 되는 업무의 범위를 한정한 것에 불과하지, 공무원으로 하여금 소정 근로의 제공 외에 추가적인 근로를 해야 한다거나(초과근로수당) 부양가족이 있어야 하는 등(가족수당) 등 특별한 조건을 더 요구하는 것이 아니므로, 기본급, 정근수당 등에 포함시켜 전체적으로 유·불리를 판단해야 할 것이다.

라. 기간제 사료연구위원과 편사연구직 공무원(편사연구관, 편사연구사) 사례

기간제 사료연구위원이 기본급, 성과상여금, 명절휴가비, 연구직수당, 정근수당, 정근수당가산금, 시간외근무수당 정액분, 직급보조비, 정액급식비, 가족수당 등에 대해 차별적 처우를 한 사례에서, 기본급·직급보조비·연구직수당·정근수당·정근수당 가산금·명절휴가비·정액급식비 등을 소정근로의 대가로, 가족수당만 특정 요건을 충족되면 지급받는 임금으로 구분하여 항목별로 비교함

1355) 서울고등법원 2013. 10. 30. 선고 2013누12*** 판결로 확정됨

【서울고등법원 2016. 10. 21. 선고 2016누30*** 판결】

(1) 명절휴가비는 근무성적 및 근속연수와 무관하게 매년 설과 추석에 지급되고, 정액급식비는 업무 내용 및 업무량 등과 관계없이 지급되는 것이므로, 명절휴가비와 정액급식비는 근로자의 근무 형태, 직위, 업무 난이도, 업무량 등과 무관하게 근로의 대가로서 일률적·정기적으로 지급되는 것으로서 소정 근로에 대하여 지급되는 임금에 해당된다. 반면에, 가족수당은 가족의 존재라는 특정한 조건에 해당하는 경우에 지급되는 수당이다. 따라서 명절휴가비와 정액급식비는 소정 근로에 대하여 지급되는 다른 항목, 즉 기본급, 직급보조비, 연구수당, 정근수당, 정근수당 가산금을 합산한 총액을 기준으로 참가인들에 대한 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 하고, 소정 근로에 대하여 지급되는 임금에 해당하지 않는 가족수당에 대하여는 별도로 따져 참가인들에 대한 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다.

(2) 기간제근로자가 2년을 초과하여 장기간에 걸쳐 근무한 후 임금 등에 관하여 근속기간 전체에 대한 차별시정을 신청한 경우 차별적 처우가 존재하는지 여부를 판단하기 위해서는 기간제근로자와 비교대상근로자가 같은 기간 동안 지급받은 급여 전체를 놓고 비교하여야 할 것이고, 기간제근로자가 근속기간 중 가장 최근의 기간을 특정하여 차별시정을 구한 경우 기간제근로자의 근속기간에 상응하는 호봉을 적용하지 않고 비교대상근로자의 임금을 산정하게 되면, 기간제근로자가 차별시정 신청취지 기간을 어떻게 특정하느냐에 따라 차별적 처우의 존부에 대한 판단이 달라지는 부당한 결과가 발생하게 된다. 따라서 기간제근로자가 장기간 근속한 후 차별시정을 구하는 경우에는 그 신청취지 기간에 구애받지 말고 해당 기간제근로자의 전체 근속기간에 상응하는 호봉에 따라 산정한 비교대상근로자의 임금과 기간제근로자의 임금을 놓고 차별적 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다.

제7절 합리적 이유 관련 판례(1356)

개별 회사마다 금품의 성격 또는 특성에 따라 소정 근로를 제공한 것 자체만으로 지급요건이 충족되는 임금항목과 그 외에 특정한 조건에 해당해야만 지급요건이 충족되는 임금 항목이 매우 다양하게 구분되므로, 금품의 명칭에 따라 합리적 이유의 존재 유무를 분류하기에는 현실적으로 어려우며, 또한 예를 들어, 성과급의 경우도 어떤 회사는 소정 근로를 제공한 것 자체만으로 지급요건이 충족되는 임금 항목에 해당되지만, 어떤 회사는 그 외 특정한 조건에 해당해야만 지급요건이 충족되는 경우도 있으므로, 합리적인 이유 유무 존부 부분에서 금품의 명칭에 따른 확실적인 분류는 어려워 대표적인 사례만 소개함

1. 합리적 이유를 부정한 판례(차별을 인정한 판례)

1) 비정규직 근로자와 비교대상근로자 간 업무의 내용과 범위, 권한과 책임이 실질적으로 동일하고, 장기 근속자를 우대하거나 장기근속을 우대하기 위해 지급되는 것이라고 볼 증거가 없으며, 고용관계를 유지하고 근로를 제공하는 모든 근로자에 일률적, 정기적으로 지급하는 수당임에도 불구하고 각종 금품을 비교대상근로자에게만 지급하고 비정규직 근로자에게는 전혀 지급하지 않거나, 업무량·업무 내용과 상관없이 일률적으로 지급되는 수당을 차등 지급하거나 전혀 지급하지 않는 것은 합리적 이유가 없다고 봄(1357)

2) 또한 직무의 성질, 업무량, 업무의 난이도 등과 무관하거나 실비변상적 또는 복리후생 차원에서 근로자에게 특정한 조건에 해당하는 경우에 일률적으로 지급하는 금품은 근로자들이 맡고 있는 업무 난이도나 직급 내지 직책에 따른 권한과 책임의 범위에 따라

1356) 개별 회사마다 금품의 성격 또는 특성에 따라 소정 근로를 제공한 것 자체만으로 지급요건이 충족되는 임금항목과 그 외에 특정한 조건에 해당해야만 지급요건이 충족되는 임금 항목이 매우 다양하게 구분되므로, 금품의 명칭에 따라 합리적 이유의 존재 유무를 분류하기에는 현실적으로 어려우며, 또한 예를 들어, 성과급의 경우도 어떤 회사는 소정근로를 제공한 것 자체만 지급요건이 충족되는 임금 항목에 해당되지만, 어떤 회사는 그 외 특정한 조건에 해당해야만 지급요건이 충족되는 경우도 있으므로, 합리적인 이유 유무 존부 부분에서 금품의 명칭에 따른 확실적인 분류는 어려워 대표적인 사례만 소개함

1357) 관련 사례: 대법원 2016. 12. 1. 선고 2014두43*** 판결, 대법원 2016. 12. 1. 선고 2014두43*** 판결, 대법원 2015. 5. 29. 선고 2015두38*** 판결, 대전지방법원 2018. 2. 13. 선고 2017구합104*** 판결, 대법원 2017. 10. 16. 선고 2017두50*** 판결 등

차별을 둘 성질의 것이 아닌 점 등에 비추어 볼 때, 시간당 내지 직무급으로 환산하여 명시하였거나 또는 이에 대한 구체적 기준 없이 막연히 지급하지 아니하는 것은 합리적 이유가 존재한다고 볼 수 없다고 봄¹³⁵⁸⁾

가. 민간조리원인 근로자와 조리직렬 기능공무원 관련 사례

민간조리원인 근로자가 정근수당·성과상여금·가족수당·정근수당가산금·직급보조비·교통보조비·정액급식비·가계지원비 등에 관해 차별시정을 신청한 사건에서, 가족수당은 업무와 관계없이 부양가족이 존재한다는 사정만으로 지급되고, 정액급식비와 교통보조비도 업무와 관계없이 실비변상적 차원에서 지급되는 것으로, 민간조리원에게 이들 수당에 상응하는 수당을 지급하는 근로계약을 체결하는 것이 법적으로 허용되지 아니한다고 볼 자료가 없고, 이들 수당을 장기근속 유도와 직접 연관시키지 어렵다는 이유로 미지급에 합리적인 이유가 없다고 판단함

【서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누21*** 판결¹³⁵⁹⁾】

① 공무원수당 등에 관한 규정 제10조에 따른 가족수당은 업무와 관계없이 부양가족이 존재한다는 사정만으로 지급되고, 공무원수당 등에 관한 규정 제18조에 따른 정액급식비, 제18조의2에 따른 교통보조비는 각 실비변상차원에서 지급되는 것으로 업무 내용, 업무량 등과는 관계없으며, 해군본부 제 수당 지급지침에서도 정한 바와 같이 가족 수당 등은 일률적으로 정한 금액을 지급하고 있다. ② 원고가 민간조리원에게 가족수당, 정액급식비, 교통보조비와 동일한 금액을 지급하는 근로계약을 체결하는 것이 법적으로 허용되지 않는다는 점에 관한 원고의 주장과 입증에 없으므로, 공무원수당 등에 관한 규정에서 정한 가족수당, 정액급식비, 교통보조비가 지급된다는 사정만으로는 그 처우에 합리적 이유가 있다고 볼 수 없다.

나. 은행의 내부통제점검자인 기간제근로자 관련 사례

은행의 내부통제점검자로 근무하던 기간제근로자들이 영업마케팅 업무와 내부통제점검 업무를 겸임하는 직원과 비교하였을 때, 변동성과급, 통근비 및 중식비 등을 지급받지 못한 것은 차별적 처우라고 주장한 사건에서, 통근비와 중식대는 실비변상적인 것으로서 업무의 범위나 난이도, 업무량 등에 따라 차등 지급할 성질의 것이 아니고, 정규직

1358) 관련 사례: 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5*** 판결, 대법원 2017. 10. 16. 선고 2017두50*** 판결, 서울고등법원 2019. 7. 26. 선고 2018누70*** 판결, 서울고등법원 2019. 5. 2. 선고 2018누70*** 판결, 대법원 2019. 6. 26. 선고 2016두51*** 판결, 서울고등법원(환송) 2020. 1. 8. 선고 2019누58*** 판결, 서울행정법원 2016. 7. 15. 선고 2016구합51*** 판결, 대법원 2019. 9. 26. 선고 2016두51*** 판결, 대법원 2017. 9. 7. 선고 2016두30*** 판결 등

1359) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5*** 판결로 확정됨, 유사 판례: 대전지방법원 2018. 2. 13. 선고 2017구합104*** 판결 등

직원들에 대한 장기근속 유도 목적은 사용자가 마련하고 있는 각종 제도로 충분히 달성할 수 있을 것으로 보여, 미지급에 합리적인 이유가 없다고 판단함

【대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2*** 판결】

① 통근비와 중식대는 실비변상적인 것으로서 업무의 범위나 난이도, 업무량 등에 따라 차등 지급할 성질의 것이 아닌 점,¹³⁶⁰⁾ ② 정규직 직원들에 대한 장기근속 유도 목적은 원고 은행이 마련하고 있는 각종 제도로 충분히 달성할 수 있을 것으로 보이는 점¹³⁶¹⁾ 등을 종합하여 볼 때, 통근비 및 중식대 지급과 관련한 차별적 처우에 합리적 이유가 있다고 볼 수 없다.

다. 은행 금융텔러직 등 기간제근로자와 정규직근로자 관련 사례

1) 은행 금융텔러직 등 기간제근로자들이 중식비, 교통보조비, 가정의 달 행사비, 피복비 등에 대해 차별적 처우를 주장한 사례에서, 위 각 금원은 실비변상적 차원에서 지급하는 것으로서 근로자들이 맡고 있는 업무 난이도나 직급 내지 직책에 따른 권한과 책임의 범위에 따라 차별을 둘 성질의 것이 아닌 점 등에 비추어 볼 때 합리적인 이유가 없다고 판단함

【서울고등법원 2012. 8. 30. 선고 2012누*** 판결¹³⁶²⁾】

중식비, 교통보조비는 실비변상적 차원에서 지급하는 것으로서 근로자들이 맡고 있는 업무 난이도나 직급 내지 직책에 따른 권한과 책임의 범위에 따라 차별을 둘 성질의 것이 아닌 점 등에 비추어 볼 때, 피고보조참가인들의 근로계약서 등에 중식비, 교통보조비를 시간당 내지 직무급으로 환산하여 명시하였거나 이에 대한 구체적 기준 없이 막연히 중식비와 교통보조비를 지급하기로 한 것을 두고 불리한 처우가 없었다거나 합리적 이유가 존재한다고 볼 수 없다.

‘가정의 달 행사비’는 직원의 경로효친을 위하여 지급되는 것으로서 근로자들이 맡고 있는 업무의 난이도나 그 권한과 책임의 정도에 따라 달라지는 것이 아닌바, 원고가 주장하는 사정만으로 피고보조참가인들과 비교대상근로자들 사이에 차이를 둔 것에 합리적 이유가 있다고 보기 어렵다.

1360) 서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누21*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5*** 판결)에서 확정됨]]에서와 마찬가지로 실비변상적 성격의 수당은 업무량과 상관없이 차등지급할 합리적 이유가 되지 못한다는 점이 이 사건에서도 확인되고 있음

1361) 일반적으로 사용자들은 차등지급된 수당에 대하여 장기근속 유도 목적을 합리적인 이유로 주장하곤 하나, 근속수당(자녀학자금, 개인연금신탁지원금 등)과 같이 장기근속 유도 목적이 명확한 수당이 아닌 한 장기근속 유도 측면이 있다는 점만으로 선불리 차별의 합리성을 인정해서는 안 될 것임

1362) 비교대상근로자들에게는 매월 20만 원의 중식비와 최대 17만 원의 교통보조비를 지급하면서 기간제근로자에게는 직무급 내지 시간급에 포함되어 있다는 이유만으로 미지급한 것에 합리적 이유가 있는지 여부 및 가정의 달 행사비와 피복비를 차등 지급받거나 받지 못한 경우 합리적 이유가 있는지 여부[1심 판결(서울행정법원 2011. 11. 17. 선고 2010구합32*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두21*** 판결)에서 확정됨]

2) 기간제법은 강행규정이므로 예산상 이유가 차별의 합리적 이유가 될 수 없음¹³⁶³⁾

【대전지방법원 2017. 1. 11. 선고 2016구합103*** 판결】

구 공무원수당 등에 관한 규정 제7조 제1항은 공무원에게 ‘예산의 범위에서’ 정근수당을 지급한다고 규정하고 있으므로, 원고로서는 공무원에게 정근수당을 지급할 예산을 편성할 의무가 있고, 예산의 범위에서 수당을 지급한다는 점은 공무원의 범주에 포함되는 이 사건 유치원의 정교사나 시간제근무 기간제교원에게 동일하게 적용되는 것이어서, 유독 시간제근무 기간제교원에게만 정근수당 및 정근수당 가산금을 지급할 예산이 부족하다는 사유는 차별적 처우에 대한 합리적 이유에 해당한다고 볼 수 없다.

3) 또한 차별이 당사자의 합의에 따른 결과라 하더라도 그러한 합의만으로 합리적 이유가 있다고 볼 수 없음

【서울고등법원 2012. 8. 30. 선고 2012누*** 판결¹³⁶⁴⁾】

한편 피복비가 원고와 노동조합 사이의 합의에 근거하여 지급되는 것이라고는 하나, 기본적으로 임금 등 근로조건은 사용자와 개별근로자 사이의 합의에 따라 정하여지고, 기간제법상 차별시정제도는 이와 같은 합의에도 불구하고, 기간제근로자와 정규직근로자 사이에 그 고용형태에 따른 차별을 두어서는 안 된다는 정신에 바탕을 두고 있는 것이므로 임금 등 근로조건이 사용자와 개별 근로자 사이에서 가 아니라 사용자와 노동조합 사이의 합의에 따라 정하여졌다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

4) 더욱이 채용방법 및 절차 등에 있어서 실질적 차이가 있다 하더라도 업무 사이에 현저한 질적 차이가 없다면 합리적 이유가 없음

【서울행정법원 2008. 10. 24. 선고 2008구합6*** 판결¹³⁶⁵⁾】

원고가 주장하는 바와 같이 참가인들과 정규직근로자들 사이에 채용·업무 등에 실질적 차이가 있다고 하더라도, 앞에서 본 바와 같이 이들의 업무 사이에 현저한 질적 차이가 있다고 보기 어려운 점, 참가인들의 업무는 원고의 부수적이거나 일시적인 업무가 아니라 본질적이고 상시적 업무인 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 실질적 차이를 고려하여 참가인들과 정규직근로자들에게 그 액수를 각기 달리하여 성과상여금을 지급하는 것에 합리적 이유가 있는지 여부는 별론으로 하고, “참가인들이 기간제근로자라는 이유만으로 정규직근로자들과는 달리 이들에게는 성과상여금을 전혀 지급하지 아니하는 것”에 합리적 이유가 있다고 보기는 어렵다.

1363) 유사 사례: 서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누21*** 판결(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5*** 판결로 확정), 서울고등법원(환송심) 2012. 7. 18. 선고 2012누6*** 판결, 서울고등법원 2019. 7. 26. 선고 2018누70*** 판결 등

1364) 비교대상근로자들에게만 가정의 달 행사비를 지급하고 피복비를 차등 지급한 경우 노동위는 합리적 이유가 없는 차별이라고 판단하여 시정을 명령, 이에, 사용자가 불복하여 소를 제기하면서 ‘회사에 정규직 노조와 계약직 노조가 따로 존재하고 각 노조와 합의에 의하여 결정된 피복비를 지급한 것 뿐이고, 정규직근로자에게 그에 합당한 품위를 유지시킬 필요가 있었으므로 합리적 이유가 있다고 주장[1심 판결(서울행정법원 2011. 11. 17. 선고 2010구합32*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두21*** 판결)에서 확정됨]

5) 성과상여금과 설·추석상여금이 당연히 사용자가 지급해야 할 임금의 일부라면 업무량, 권한 책임 등의 차이를 고려하더라도 미지급하거나 액수의 차등이 매우 큰 경우 합리적 이유가 될 수 없음

【서울고등법원 2011. 12. 29. 선고 2011누32*** 판결¹³⁶⁵⁾】

원고 회사의 설·추석 상여금은 사용자가 임의적으로 특정한 시기 내지 특정한 목적으로 근로자에게 지급하는 금품이 아니라 근로자에 대한 임금의 일부를 구성하는 금품이라 할 것인데, 그 지급 목적, 성질상 업무의 범위 내지 난이도, 업무량 등에 따라 차등 지급될 것이 아닌 점, 원고 회사의 보수 및 퇴직금 규정 제4조 제1항, 제3항은 '보수의 체계는 기본연봉, 성과연봉, 법정수당으로 구성되고, 성과연봉은 설, 추석상여금과 성과상여금으로 구분한다'고, 제9조 제3항은 '성과상여금은 단위조직 및 개인의 성과에 연계하여 차등 지급하는 보수로 종합평가결과에 의거하여 별표 제3호의 지급율에 따라 지급한다.'고, 제10조 제1항은 '성과연봉의 지급대상자는 지급대상 기간 동안 계속하여 재직하고 지급일 현재 재직하고 있는 자에 한하여 지급한다.'고 각 규정하고 있는바, 성과연봉의 일부인 성과상여금 역시 사용자의 임의적, 은혜적 금품이 아니라 그 자체로 근로의 대가인 보수(임금)의 일부분을 구성한다고 할 것인 점 등을 고려하면 개별 사무분담에 권한과 책임의 다소 차이가 있다는 점을 감안하더라도 원고 회사가 비교대상근로자들에게만 성과상여금을 지급하고, 계약제(기간제) 근로자인 참가인에게 이를 지급하지 아니한 것에는 합리적 이유가 없다.

6) 방학기간을 근로계약기간에서 제외하고 근로관계를 유지한 기간제교원의 경우에는, 방학기간 중 급여를 지급하지 않은 것은 합리적 이유가 없는 차별적 처우에 해당한다고 봄

- 1365) 정규직근로자들은 실기시험, 필기시험, 적성검사, 면접시험을 거쳐 근로계약을 체결하였고, 인사규정의 적용을 받으며, 각자 수행하는 구체적 업무와 무관하게 근속연한·연령·직급·직위 등을 기초로 연공급을 지급받고 정년까지 배치전환 등을 통하여 순환근무를 하면서 상위직급으로 승진하는 반면, 계약직 근로자들은 서류전형, 적성검사, 면접시험을 거쳐 근로계약을 체결하였고, 비정규계약직 운영지침의 적용을 받으며 각자 수행하는 구체적 업무에 따라 직무급을 지급받고 매년 계약을 갱신하나 상위직급으로 승진할 수 없다. 참가인들(기간제근로자)은 각 소속 사업장에서 정규직근로자들과 함께 열차수송(차량의 입환·해결, 열차의 조성 등), 매표(기차표 판매 및 상담, 반환처리 등), 개·집표(열차표 확인, 열차상황 방송, 승차권 수거 등), 차량관리(열차 검수 등), 유지·보수(역무자동화장비·여객안내장치 보수 등), 안내 등의 업무를 수행하여 왔다. 참가인들과 정규직근로자들은 직제규정상 동일한 직명(역무원, 차량관리원, 기계관리원, 시설관리원 등)으로 근무하면서 어느 한 쪽이 교육·휴가 등으로 근무가 불가능할 경우 서로의 업무를 대신 수행하였고, 사업장에 따라서는 같은 작업조에 동등하게 소속되어 업무를 수행하기도 하였다. 동 사건은 대법원(대법원 2012. 1. 27. 선고 2009두13*** 판결)이 원심판결(서울고등법원 2009. 7. 9. 선고 2008누3*** 판결)을 파기하고 원심법원에 환송하여 원심법원(서울고등법원 2012. 7. 18. 선고 2012누6*** 판결)에서 확정되었으나, 위 취지는 그대로 유지되었음
- 1366) 비교대상근로자에게는 성과상여금을 등급에 따라 월정급여액의 500% ~ 700%를, 설·추석상여금으로 월정급여의 각각 50%, 합계 100%를 지급하면서, 참가인(기간제)들에게는 성과상여금은 미지급, 설·추석상여금은 보로금이라는 명목으로 각각 50만 원씩을 지급함[1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2010구합41*** 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 4. 26.자 2012두2*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

【서울행정법원 2012. 11. 13. 선고 2012구합16*** 판결¹³⁶⁷⁾】

① S초교에서 학급 담임 업무를 수행하는 정규 교원과 달리 원고의 경우 근로계약기간에서 방학기간을 제외됨으로써 방학기간 동안 급여를 지급받지 못하는 등의 불리한 처우를 받은 점, ② 원고는 2011학년도 1학기뿐만 아니라 2학기에 3학년 3반의 학급 담임을 맡았을 뿐만 아니라, 여름방학기간에 학급담임으로서 학생 및 학부모에 대한 생활지도업무를 수행한 것으로 보이는 점, ③ 피고는 S초교가 2011학년도 여름방학기간 중 교사 2~3층 복도와 교실 마룻바닥 교체작업으로 방학 중 교육활동 프로그램의 대부분을 운영하지 않음으로써 기간제교원이 특별히 필요하지 않았다고 주장하나, 정규교원의 경우에도 마찬가지로 여름방학기간 동안 특별한 업무수행의 필요성이 없었던 것으로 보이는 점, ④ 학급담임교사의 경우 방학기간에도 학생들의 생활안전 지도와 다음 학기를 위한 교재 연구, 학생 지도 준비 등의 업무를 수행할 필요성이 있고, 이는 기간제교원이라고 하여 다르지 않은 점, ⑤ 원고는 2009학년도 1학기부터 현재까지 S초교에서 근무해왔는데 2011학년도 여름방학 외에는 방학기간이 모두 계약기간에 포함된 점 등을 종합하여 볼 때, 합리적 이유가 없는 차별적 처우에 해당한다고 봄이 타당하다.¹³⁶⁸⁾

7) 중형버스 운전원의 근속수당 미지급에 관하여, 기간제근로자가 특별한 사정이 없는 한 계속하여 근로계약을 갱신하여왔다면 근속수당의 액수에 차이를 두는 것으로 하고 아예 이를 지급하지 않은 것에 합리적 이유가 없음

【서울고등법원 2010. 8. 24. 선고 2010누8*** 판결¹³⁶⁹⁾】

근속수당의 경우, 원고 회사는 대형버스 운전원에 대하여는 매월 일정 금액의 근속수당을 지급한 것과 달리 원고 등 기간제근로자에 대하여는 전혀 지급하지 않았는데, 근속수당이 1년 이상 근속한 근로자에 대해 지급되는 것이기는 하나, 원고 등 기간제근로자의 경우 특별한 사정이 없는 한 계속하여 근로계약을 갱신해 온 사정에 비추어 볼 때, 서로 간의 근로조건의 차이를 감안하여 그 액수를 달리하는 것은 몰라도 근속수당을 전혀 지급하지 않은 것은 기간제근로자라는 이유만으로 차별 처우하는 것으로 밖에 볼 수 없고, 달리 합리적인 이유가 있다고 보기 어렵다.

8) 또한 기간제근로자에게 임금협정, 단체협약이 적용되지 않는다는 사정이 당연히 기간제근로자에 대한 불리한 처우를 정당화하는 사유가 되지 않고, 근무형태와 무관한 상여금을 전혀 지급하지 않은 것은 합리적인 이유가 없음¹³⁷⁰⁾

【서울고등법원 2015. 1. 28. 선고 2014누51*** 판결¹³⁷¹⁾】

사용자가 노동조합과 급여 지급에 관한 단체협약이나 임금협정을 체결하는 경우 그 단체협약이나 임금협정은 사용자로 하여금 당해 노동조합 소속 조합원들에게 합의에 따른 급여를 지급할 의무를 발생하게 하는 것일 뿐이고, 그로 인해 사용자가 당해 노동조합 소속 조합원이 아닌 근로자들에게는 그와 같은 급여를 지급하지 않아야 하는 의무를 부담하게 되는 것은 아니다. 따라서 임금 등 근로조건이 사

1367) 서울고등법원 2013. 5. 30. 선고 2012누37*** 판결로 확정됨

1368) 호봉승급 부분(제2처우)은 원고가 청구취지 변경하여 삭제하여 판결의 대상이 되지 않았음

1369) 1심 판결(서울행정법원 2010. 1. 22. 선고 2009구합28*** 판결)을 인용함

1370) 유사사례: 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5*** 판결

용자와 개별 근로자 사이에서가 아닌 사용자와 노동조합 사이의 합의에 따라 정해진 경우에도 그러한 합의가 무기계약 근로자와 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간제근로자나 단시간근로자에 대한 불리한 처우를 정당화하는 사유에 당연히 해당한다고 볼 수 없고, 여전히 합리적 이유가 인정되어야 한다. 그런데 원고의 주장과 같이 참가인과 김○○ 외 3인이 동종 또는 유사한 업무에 종사하였음에도 단지 이 사건 임단협이 존재한다는 이유만으로 참가인에 대한 불리한 처우가 정당하다고 보게 되면 참가인으로서 무기계약 근로자와 비교하여 임금 등 근로조건에 있어서 충분한 보호를 받을 수 없게 된다. 이러한 결과는 기간제법의 취지에 정면으로 반하는 것으로서 허용될 수 없다.

9) 취업규칙상 경력을 반영하여 호봉을 확정한다고 규정하고 있는 경우, 사용자가 기간제근로자의 호봉을 확정할 때는 경력을 반영하지 않고, 비교대상근로자의 호봉을 확정할 때는 경력을 반영하는 것은 합리적인 이유가 없다고 봄

【대전지방법원 2017. 1. 11. 선고 2016구합103*** 판결】

구 공무원보수규정 제8조 제1항, [별표 15], [별표 22], [별표 23]은 교육공무원의 경력을 반영하여 호봉을 확정한다고 규정하고 있는데, 이는 교육공무원의 경력에 따른 전문성과 직업적 숙련도에 대하여 보상하려는 취지이다. 시간제근무 기간제교원이라고 하여 경력에 따른 전문성과 직업적 숙련도가 정교사와 달리 발현된다고 볼 수 없으므로, 원고가 이 사건 유치원 정교사의 호봉을 확정할 때 경력을 반영하는 반면, 재심신청인들의 호봉을 확정할 때에 이를 반영하지 않았고, 경력을 반영하지 않은 채 확정된 호봉에 따라 임금을 지급한 것은 합리적 이유가 없는 차별적 처우에 해당한다.

2. 합리적 이유를 인정한 판례(차별을 부정한 판례)

1) 장기근속에 대한 보상 등을 목적으로 하는 수당을 비교대상근로자에게는 지급하되, 비정규직 근로자에게만 지급하지 않은 것에는 합리적 이유가 있다고 봄

【서울행정법원 2010. 4. 29. 선고 2009구합36*** 판결¹³⁷²⁾】

자녀학자금은 근로자의 장기근속을 우대·장려하고 장기근속한 근로자들의 생활을 배려하며 그 공로를 보상하기 위한 복리후생제도이고, 참가인은 채용하는 근로자들의 대부분이 20대로 그들이 자녀를 양육하여 교육비를 부담하기까지 장기근속할 것을 전제로 위와 같은 복리후생제도를 두고 있다고 할 것이므로 ‘복지·여비운영지침’에서 자녀학자금 지원에 장기근속을 요건으로 한다는 명시적 규정을 두고 있지 않다고 하더라도 자녀학자금을 기간제근로자인 원고들에게까지 지급하여야 한다고 보기는 어렵다.

개인연금신탁지원금은 직원들의 퇴직 이후의 노후생활을 대비하기 위한 것으로, 직원의 장기근속을 유도하거나 장기근속한 직원들의 공로를 보상하기 위하여 도입된 제도인 점에 비추어 보면, 장기근속을 유도하기 위하여 지급하는 것이라는 명시적인 규정이 없더라도 단기간의 근무가 예정된 기간제근로자인 원고들에게까지 이를 지급하지 않는 것은 합리적 이유가 있다고 할 것이다. 또한 개인연금신탁지원금이 후생급의 일종이라고 하여 반드시 기간제근로자인 원고들에게까지 이를 지급하여야 한다고 볼 수도 없다.

1371) 대법원 2015. 5. 29.자 2015두38*** 판결로 확정됨

1372) 서울고등법원 2010. 11. 11. 선고 2010누15*** 판결로 확정됨, 유사사례: 서울고등법원 2011. 1. 27. 선

2) 장기근속연수에 기간제 근무 기간을 산입하지 않아 결과적으로 장기근속수당을 받는 시점이 늦추어졌다 하더라도 합리적 이유가 있다고 봄

【서울행정법원 2011. 5. 20. 선고 2010구합44*** 판결¹³⁷³⁾】

불리한 처우에 합리적 이유가 있는지는 기간제 근로의 단기고용이라는 특성에 따른 임금 및 근로조건에서의 차이인지, 그러한 특성과 무관한 사유인지에 달려있다고 할 것이다. 참가인이 무기계약 근로자들(정확하게는 종전부터 정규직이었던 자들)의 장기근속수당 산정에 있어서 전체 재직기간을 근속기간에 산입하면서도, 원고들과 같이 기간제 근로에서 무기계약직으로 전환된 자들에게는 기간제 근무기간을 근속기간에 산입하지 아니한 것은 불합리한 차별로 보기 어렵다. 「보수규정」상 장기근속수당의 개념이나 범위를 한정하고 있지 아니하나, 장기근속수당의 명칭 자체 및 장기근속수당의 지급요건이 5년부터 25년까지 각 근속 기간별로 지급액에 차등을 두고 있는 점에 비추어, 이는 근로자들의 장기근무를 유도하기 위한 것이거나, 장기근무자들에 대한 공로보상적 성격을 가지는 것으로 보인다. 따라서 1년 단위로 계약을 체결하는 단기고용 형태를 취하고 있는 이 사건 기간제 근로에는 부합하지 않는 측면이 있다.

원고는 기간제근로자도 계속적으로 계약이 갱신될 경우 5년에서 25년의 장기간이 될 수 있으므로 장기근속수당 혜택을 받아야 한다고 주장하나, 이는 2년을 초과하지 않는 범위 내에서 기간제근로자를 사용할 수 있도록 한 기간제법 4조 제1항 취지와 맞지 않은 점, 원고들의 경우 기간제 근무기간 자체가 3년에 불과한 점에 비추어 받아들이기 어렵다. 원고는 회사와 무관한 군복무기간은 근속기간에 합산하면서 회사를 위해 근무한 기간제 근로기간을 합산하지 않는 것은 불합리하다고 주장하나, 이는 군복무기간이 호봉승급을 위한 근속기간에 산입되는 것에 따른 부수적 결과일 뿐, 이를 이유로 장기근속수당의 본질적 성격을 달리한다고 보기는 어렵다.

3) 보수 체계가 다르고 연봉제에 정규직근로자의 근속기간에 따른 연공적 성격이 반영되어 있는 경우 다소간의 임금 차이가 발생했다 하더라도 합리적 이유가 있다고 봄¹³⁷⁴⁾

【서울행정법원 2012. 1. 12. 선고 2011구합8*** 판결¹³⁷⁵⁾】

원고가 단기간 내지 단시간 고용을 전제한 기간제 내지 단시간근로자와 장기고용을 전제로 한 정규직근로자 사이에 급여체계를 달리한 것 자체는 그 사용목적에 비추어 상당한 이유가 있다고 할 것이고, 비교대상근로자들의 월정급 및 상여금의 산정의 기준이 되는 연봉은 개별 근로자의 업적, 능력고과에 더하여 물가변동, 임금시장의 수준, 생계비, 생산성 및 회사 상황 등 제반 사정을 감안하여 결정되는 것이고, 여기에는 근속 기간에 따른 연공적 성격도 포함되어 있다고 할 것인데, 직원들 중 일부(시급제)의

고 2010누22*** 판결 등

1373) 원고들은 2007. 1. 1. 기간제근로자로 입사하여 차량담당원, 물품관리원으로 근무한 자들로서 근로계약을 매년 갱신하다가 2010. 1. 1.부터 무기계약직으로 전환되어 근무 중, 참가인이 비교대상근로자들에 대하여는 군 복무 경력을 근속연수에 포함하여 5년 이상 재직 시에는 장기근속수당을 지급하면서 원고들에 대하여는 참가인을 위하여 기간제로 근무한 기간을 근속연수에 포함시키지 않아 장기근속수당을 지급하지 않은 것에 대하여 차별시정을 신청함, 해당 사건은 서울고등법원 2011. 10. 14. 선고 2011누17*** 판결, 대법원 2014. 9. 24. 선고 2012두2*** 판결로 확정됨

1374) 유사 사례: 서울행정법원 2015. 9. 24. 선고 2015구합64*** 판결

경우 근속기간에 따라 시급으로 계산된 급여와 별도로 근속수당을 지급받기도 하였으며, 원고가 위 비교대상근로자들과 위 참가인 등에게 요구하는 업무의 내용 및 목표, 업무수행과정에서의 권한과 책임을 달리하고 있다고 보이므로, 동일·유사한 사무업무를 수행한다고 하더라도 직무목표 등을 고려하면 위 양자 사이의 직무가치가 동등하다고 보기 어렵고, 비교대상근로자들과 경력 및 숙련도 등에서도 차이가 있다고 보이는 점 등을 종합하면, 참가인 등과 비교대상근로자들 사이의 급여수준이 결과에 있어 차이가 있다고 하더라도 이는 고용형태의 특성, 채용조건, 업무의 범위·권한·책임, 그 밖에 직무, 능력, 학력, 근속연수 등 임금 및 근로조건 결정요소의 차이 등에 기인한 것으로 보이므로, 원고가 위 비교대상근로자들과 위 참가인 등의 상여금을 포함한 급여수준에 차이를 둔 것은 합리적인 이유가 있는 차별로 봄이 타당하다.

4) 임금피크제 근로자인 비교대상근로자들 중 낮은 수준의 평가를 받은 자에 대하여는 실질적으로 연 보수를 삭감하는 형태의 변동성과급 제도를 운영하는 경우에 변동성과급을 지급하지 아니하는 것은 합리적 이유가 있다고 봄

【대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7*** 판결】

영업마케팅·내부통제점검자의 연보수는 임금피크제 전환 전 연보수의 50% 또는 42%로 정해지고, 위와 같이 정해진 약정 연보수의 80%는 기본급 등으로, 나머지 20%는 변동성과급으로 각 지급하게 되어 있으므로, 변동성과급은 개념상 고정된 연보수에 추가로 지급되는 것이 아니라 그 자체가 연보수의 일부분을 구성하는 것인 점, 이러한 이유로 영업마케팅·내부통제점검자가 성과 평가에서 중간 등급을 받을 경우 약정 연보수를 그대로 받을 뿐이고, 그보다 낮은 등급을 받으면 오히려 연보수가 90% 내지 95% 수준으로 삭감되므로, 위 변동성과급은 정해진 보수에 추가하여 지급되는 텔러직 등 다른 기간제 근로자에 대한 변동성과급과는 성격이 매우 다른 점, 영업마케팅·내부통제점검자는 결국 약정 연보수를 기준으로 90% 내지 110%에 해당하는 연보수를 받게 되는데, 이는 근로자들의 전년도 실질 성과를 다음 연도에 반영하여 근로자들로 하여금 장기간에 걸쳐 지속적으로 업무수행능력을 향상하도록 유도하기 위한 것으로 볼 수 있고, 참가인들을 비롯한 내부통제점검자의 보수체계는 애초부터 영업마케팅·내부통제점검자처럼 약정된 연보수를 전제로 하여 이를 기본급과 변동성과급으로 나누어 지급하는 형태로 구성되어 있지 않기 때문에 이 사건 재심판정에서 명한 바와 같이 원고가 참가인들에게 연보수의 20%에 해당하는 금액을 변동성과급으로 지급하게 되면, 참가인들은 당초 연보수의 120%를 받는 것이 되는 점 등 이 사건 변동성과급은 참가인들에게 적용될 수 있는 성격의 보수라 할 수 없으므로 이를 참가인들에게 지급하지 아니하는 것은 합리적인 이유가 있다.

5) 또한 일정한 자격요건을 설정하고, 이를 충족할 경우에 한하여 특정 수당을 지급할 경우에는 합리적 이유라고 보며, 노동강도에 따른 차이가 있어 근무형태도 달라지며, 이를 기준으로 하여 기본급 등 각종 수당의 액수에 있어 차등을 둔 것은 합리적이라고 봄

1375) 서울고등법원 2012. 6. 14. 선고 2012누5*** 판결로 확정됨

가) 대학교 시간강사와 강의초빙교수 간 임금 등의 결정에 있어서 합리적 이유가 있다고 판단함

【서울행정법원 2009. 2. 6. 선고 2008구합22*** 판결¹³⁷⁶⁾】

시간강사와 교육 또는 연구경력이 3년 이상(대학졸업자) 또는 5년 이상(전문대학졸업자)이거나 교육과학기술부장관으로부터 전임강사 이상의 자격이 있다고 인정된 사람들을 그 위촉대상으로 하고 있는데 반해, 강의초빙교수는 특별히 예외적인 경우가 아닌 한 국가기관·연구기관·공공단체 또는 산업체 등에서 근무한 경력이 있거나 외국에 거주하고 있는 자와 외국인 중 일정한 자격요건을 충족하고 있는 사람들을 그 임용대상으로 하고 있어, 시간강사와 강의초빙교수는 자격요건이 서로 다르므로, 서로 다른 기준에 의해 임금 등을 결정하더라도 이를 합리적 이유 없는 차별이라고 단정하기 어렵고, 시간강사는 학기 단위로 학점 당 20,000원씩 지급받는 특별수당 제외하고 시간당 강의료 35,000원과 연구보조비 13,500원을 지급받고, 강의초빙교수는 1,800,000원에서 4,000,000원 사이에서 월 임금을 지급받는데, 강의초빙교수의 최대 월 임금에 해당하는 4,000,000원을 1개월 동안 소정근로시간인 168시간으로 나누어 시간당 임금을 환산하면 그 금액이 약 23,810원에 불과하여 시간강사의 시간당 강의료인 35,000원에 미치지 못하는 점 등을 종합하여 보면, 원고들은 임금 등의 결정에 있어 합리적 이유 없이 강의초빙교수에 비하여 차별적 처우를 받고 있다고 볼 수 없다.

나) 대형버스 운전원과 중형버스 운전원 간 통상시급, 상여금, 무사고수당 등에 있어서 합리적 이유가 있다고 판단함

【서울행정법원 2010. 1. 22. 선고 2009구합28*** 판결¹³⁷⁷⁾】

대형버스는 중형버스에 비해 승차인원, 차량의 길이 및 총중량 등 차량 자체가 크고, 상대적으로 교통수요가 많고 교통환경이 복잡한 시내노선을 운행하며, 대체적으로 운행시간이 길고 배차간격이 짧으며 평균 수송인원이 약 2배 정도에 이르는 등 더 많은 노동 강도를 요한다고 할 수 있는 점, 중형버스 운행과 비교하여 대형버스 운행은 운행노선 등에 비추어 사고의 위험에 더 많이 노출되어 있고, 실제 버스 1대당 사고율이 훨씬 높으며, 그에 따라 대형버스는 차량 운행에 있어 기술적인 조작능력과 고도의 집중력이 요구되고 보다 많은 승객을 책임져야 하는 관계로 심리적 부담감은 더 크다고 할 수 있는 점, 위와 같은 노동 강도의 차이에 따라 중형버스 운전원은 하루 종일 근무하되 격일제로 근무하는 반면, 대형버스 운전원은 하루 2교대로 근무하는 등 근무형태가 달리 하고 있는 점 등 제반 사정을 종합하여 볼 때, 원고 회사가 중형버스 운전원과 대형버스 운전원 간에 통상시급은 물론 상여금, 무사고수당 등에 있어 차이를 둔 것은 합리적인 이유가 있는 차별이라 할 것이다.

6) 정부가 고용 창출 목적으로 채용한 기간제근로자에게 임금 차등이 발생한 경우, 그 채용목적의 합리성 판단의 요소로 판단함

1376) 서울고등법원 항소심 진행 중 원고 항소 취하로 확정됨

1377) 서울고등법원 2010. 8. 24. 선고 2010누8*** 판결로 확정됨. 유사 사례로 서울행정법원 2010. 12. 16. 선고 2010구합35*** 판결이 있음

가) 국가 정책사업의 일환으로 관련 지침에 따라 임금 결정 시 합리적 이유가 있다고 판단함

【서울행정법원 2010. 11. 25. 선고 2010구합28*** 판결】

이 사건에 관하여 보건대, 공공산림가꾸기사업이 국가 정책사업의 일환으로 저소득층 및 청년 실업자를 산림사업에 투입하여 고용을 창출하려는 특수한 목적으로 시행되었고, 그로 인해 원고는 63세의 고령임에도 불구하고 기간제근로자로 채용되어 근무하게 되었고, 참가인이 임의로 공공산림가꾸기사업을 시행하면서 기간제근로자의 임금을 책정한 것이 아니라 산림청의 이 사건 추진지침에 따라 공공산림가꾸기사업을 시행하면서 이 사건 추진지침에 정하여진 내용대로 임금과 부대경비를 책정하였으며, 참가인은 이 사건 추진지침에서 정한 임금의 지급 조건과 같은 내용으로 이 사건 채용공고를 하였고 원고는 이를 확인한 후 같은 내용의 임금 지급 조건으로 근로계약을 체결하였던 점 등을 종합하여 보면, 원고에 대한 위와 같은 불리한 처우에는 합리적 이유가 있다.

나) 정규직근로자로 정년퇴직 후 촉탁근로계약을 체결한 경우, 각종 수당 결정에 있어서 합리적 이유가 있다고 판단함

【서울행정법원 2013. 3. 21. 선고 2012구합30*** 판결】

이 사건 단체협약 제22조 제3호는 고령자 고용촉진법 제21조에 근거한 것인데, 고령자 고용촉진법 제21조는 정년이 도달한 근로자가 그 사업장에 다시 취업하기를 희망할 경우 사업주는 해당 근로자를 재고용하도록 노력하여야 하되, 고령자인 정년퇴직자를 재고용할 때에는 당사자 간의 합의에 의하여 임금의 결정을 종전과 달리할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 고령자 고용촉진법이 사업주에게 정년퇴직한 근로자를 재고용하도록 노력할 의무를 부과하면서도, 당사자 합의에 의하여 고령자인 정년퇴직자에게 정년퇴직 전과 다른 수준의 임금을 지급할 수 있도록 함으로써 정년퇴직자와 촉탁근로계약을 체결할 유인을 제공하여, 고령자의 고용을 실질적으로 촉진하기 위한 것으로 보인다. 이 사건 각 근로계약 당시 원고들과 참가인 측은 기본급, 상여금, 법정 제 수당을 포함하는 연봉총액을 12개월에 나누어 포괄임금으로 지급하기로 합의하였고, 이는 원고들이 정년퇴직 전에 지급받던 임금 내지 비교대상 로자한○○이 2011년에 지급받은 임금에 비하여 적은 액수에 해당하지만, 위와 같은 임금에 관한 합의 및 이로 인한 불리한 처우는 이 사건 단체협약 제22조 제3호 및 이 사건 노사합의, 고령자 고용촉진법 제21조에 근거를 둔 것으로 보여 앞서 본 바와 같은 합리적 이유가 있는 것으로 판단된다.

제3장
차별시정
요건별
관련 판례

7) 담당 업무의 난이도, 예상되는 근로기간, 업무 숙련도, 권한과 책임 등을 고려하여 보수를 다른 방식으로 결정하고, 사업 경영상 목적과 관련 있는 불리한 처우를 한 경우에 합리적인 이유를 인정함¹³⁷⁸⁾

1378) 유사 사례: 서울행정법원 2015. 4. 16. 선고 2014구합69*** 판결, 대전지방법원 2015. 5. 7. 선고 2014구합101*** 판결, 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018두50*** 판결, 대법원 2019. 7. 11. 선고 2019두38*** 판결 등

【서울고등법원 2014. 5. 22. 선고 2013누25*** 판결¹³⁷⁹⁾】

원고는 기본급을 정함에 있어서 무기계약직 근로자를 연봉제 방식과 직무급제 및 호봉제를 혼합한 방식으로, 기간제근로자를 호봉제 방식과 그 외의 방식으로 각 나누어 급여체계를 달리하고 있고(조정수당, 정기상여금, 명절휴가비, 성과상여금, 각종 법정 수당은 모두 기본급에 일정비율을 곱하여 산정된다), 이처럼 원고가 급여체계를 달리한 것 자체는 담당 업무의 난이도, 예상되는 근로기간, 근로자의 업무 숙련도, 권한과 책임 등을 고려한 것으로 보이므로 원고가 무기계약직 근로자인 비교대상근로자들의 보수를 기간제근로자인 발전차급유원의 보수와 다른 방식으로 결정한 것은 상당한 이유가 있다고 할 것이다. 원고는 발전차 급유업무가 유기사업인 점을 고려하여 비교대상근로자의 정년인 58세보다 훨씬 긴 61세를 근무 상한 연령으로 설정한 기간제근로자의 업무영역으로 설정하여 기간제근로자들로 하여금 발전차 급유업무를 수행하도록 하였던 것인데, 비교대상근로자들이 기간제근로자인 참가인들이 수행하던 발전차 급유업무와 동종 또는 유사한 업무에 종사하게 된 것은 노사합의로 발전차 급유업무를 고령자 운용 시한사업으로 변경하여 발전차 급유업무를 담당하던 기간제근로자들의 숫자가 근무 상한 연령의 초과 등의 이유로 줄어들게 되어 발전차 급유업무를 담당할 기간제근로자가 부족함에 따라 발생한 업무 공백을 임시적으로 메울 필요가 있었기 때문으로서, 원고는 발전차 급유업무가 유기사업인 점을 고려하여 기간제근로자를 새로 채용함으로써 발생하는 추가 급여지급 부담을 면하기 위하여 기존에 근무하고 있던 비교대상근로자들을 업무에 투입한 것이다. 그런데 참가인들은 발전차 급유업무의 공백을 메꾸기 위하여 투입된 비교대상근로자들에 비하여 급여에 있어서는 불리하였다고 볼 수 있지만 근무가능연령을 비교해보면 3년을 더 근무할 수 있었기 때문에 더 유리한 위치에 있었다. 이러한 점들을 종합하여 볼 때 업무 공백을 메꾸기 위하여 투입된 비교대상근로자들과 비교한 참가인들에 대한 불리한 처우는 사용자인 원고의 사업경영상 목적과 객관적으로 합리적인 관련을 가지고 있는 것이어서 사용자인 원고의 자의에 따른 것이라고 볼 수는 없다.

8) 고용 형태의 특성, 채용조건, 업무의 범위 및 능력, 근속연수 등 임금 및 근로조건의 결정요소의 차이에 기인하여 결과적으로 급여 수준의 차이가 있다면 합리적인 이유를 인정함

가) 카지노 기간제 딜러와 정규직 딜러 간 특별상여금(설·하계휴가·추석·연말 특별상여금) 지급 차이의 합리적 이유

【서울행정법원 2015. 9. 24. 선고 2015구합64*** 판결¹³⁸⁰⁾】

기간제 딜러인 이 사건 근로자들과 비교대상근로자인 정규직 딜러 사이의 급여 수준이 결과에서 차이가 있다고 하더라도 이는 고용형태의 특성, 채용조건, 업무의 범위 및 능력, 근속연수 등 임금 및 근로조건의 결정요소의 차이 등에 기인한 것으로 보이므로, 원고가 비교대상근로자와 이 사건 근로자들 사이에 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금 부분을 포함한 급여 수준에 차이를 둔 것은 합리적인 이유가 있다고 봄이 타당하다. 정규직 딜러의 채용 과정 관련하여 원고는 다른 직군과 달리 카지노 영업직 군에 속하는 정규직 딜러를 채용할 때에는 채용 전에 계약직 딜러로 일정한 기간 동안 근무하게 한 후 정규직 딜러로 전환하는 방식을 채택하고 있다. 이에 따라 2011. 7. 11. 정규직 딜러로 전환된 직원은 전

1379) 대법원 2016. 12. 27. 선고 2014두8*** 판결로 확정됨

환 전에 1년 6개월간 계약직 딜러로 근무하였고, 2014. 1. 1. 정규직 딜러로 전환된 직원은 전환 전에 2년간 계약직 딜러로 근무하였다. 또한 정규직 딜러는 9주간의 교육을 받지만 계약직 딜러는 외부 근무경력이 있는 경우 주간, 외부 근무경력이 없는 경우 4주간 교육을 받는다. 이와 같이 비교대상근로자인 사원 1호봉 정규직 딜러는 이 사건 근로자들보다 재직기간이 1년 6개월~2년 더 길 뿐만 아니라 업무에 대해 자세히 교육을 받아 이 사건 근로자들에 비해 업무숙련도가 더 높다고 볼 수 있다.

나) 공공기관 프로젝트 계약직(기간제근로자)과 정규직근로자 간 기본급 임금체계와 액수를 달리 정한 것에 대한 합리적 이유

【대전고등법원 2015. 12. 3. 선고 2015누10*** 판결¹³⁸¹⁾】

정규직근로자들은 서류전형, 필기 및 실기시험, 토론면접, 인·적성검사, 신체검사 등 비교적 복잡한 전형 과정을 거쳐 평생에 걸친 장기고용을 전제로 채용되는 반면, 원고들은 간단한 서류전형과 면접을 거쳐 한시적인 프로젝트 종료시까지 단기고용을 전제로 채용되는 등 그 고용형태와 고용경로가 다르고, 이에 참가인은 정규직근로자들에 대하여는 평생 고용을 전제로 연공의 축적이 근로능력의 상승으로 이어질 것을 예정한 연봉급 임금체계를 전제로 기본급을 정한 반면, 원고들에 대하여는 프로젝트 종료시까지 단기고용을 전제로 즉시 측정가능한 근로능력(기술등급)에 대한 평가에 따라 월정 기본급을 정하는 등 그 기본급을 정하는 요소와 기준이 다른 점, 원고들과 정규직근로자들 사이에 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다고 하더라도 그 고용형태에서 비롯되는 업무의 범위 또는 책임과 권한이 완전히 동일하지는 않은 점 등을 종합해 볼 때, 참가인이 원고들과 정규직근로자들에 대한 기본급 임금체계와 그 액수를 달리 정한 것은 합리적인 이유가 있다.

다) 공공기관 사료연구위원과 편사연구직 공무원 간 명절휴가비, 정액급식비 등에서의 차이에 대한 합리적 이유

【서울고등법원 2016. 10. 21. 선고 2016누30*** 판결】

기간제근로자인 참가인과 비교대상근로자 사이의 급여 수준이 결과에서 차이가 있다고 하더라도 이는 고용형태의 특성, 채용조건, 업무의 범위 및 능력 등 임금 및 근로조건 결정요소의 차이 등에 기인한 것으로 보이므로, 원고가 비교대상근로자와 위 참가인들 사이의 명절휴가비, 정액급식비를 포함한 급여 수준에 차이를 둔 것은 합리적인 이유가 있다고 봄이 타당하다. 이와 같이 원고는 비교대상근로자에게 계급과 호봉에 따른 급여를 지급하고, 기간제근로자에게 급수에 따른 월정액을 지급하는 방식으로 급여체계를 달리하고 있는데, 이처럼 원고가 급여체계를 달리한 것 자체는 담당 업무의 난이도, 예상되는 근로기간, 근로자의 업무 숙련도, 권한과 책임 등을 고려한 것으로 보이므로 원고가 정규직근로자인 비교대상근로자들의 보수를 기간제근로자의 보수와 다른 방식으로 결정한 것은 상당한 이유가 있다고 할 것이다.

제3장
차별시정
요건별
관련 판례

1380) 서울고등법원(환송심) 2020. 1. 8. 선고 2019누58*** 판결로 확정됨. 유사 사례로 대법원 2019. 9. 26. 선고 2016두51*** 판결, 대전고등법원 2017. 11. 16. 선고 2017누12*** 판결 등

1381) 대법원 2017. 9. 7 선고 2016두30*** 판결로 확정됨

제 4 부

근로기준법상 이행강제금



목 차

제1장 이행강제금 개관 및 주요쟁점 · 855	1. 원직복직 관련 판례 873
제1절 의의 857	2. 구제명령을 이행하지 않았거나, 이행하지 못함에 있어 정당한 사유가 없다고 본 사례 875
제2절 법적 근거 및 성질 857	
제3절 근로기준법상 이행강제금 858	제3절 임금 상당액 지급에 관한 판례 878
제2장 부과처분에 대한 불복 859	1. 임금 상당액 지급 일반론에 관한 판례 및 구제명령을 이행하였다고 본 사례 878
제1절 의의 861	2. 구제명령을 이행하지 않았거나, 이행하지 못함에 있어 정당한 사유가 없다고 본 사례 879
제2절 본안 전 판단 861	3. 구제명령 불이행의 판단시점에 관한 판례 (재결례) 883
1. 원고(청구인)적격·대상적격 861	제4절 이행강제금 부과금액 관련 판례 885
2. 피고(피청구인)적격 862	제5절 부과절차 관련 판례 888
3. 쟁송기간 862	제6절 이행강제금 부과처분에 대한 집행정지 관련 판례 892
제3절 근로기준법상 이행강제금 부과처분에 대한 사용자 측 주장 863	
1. 구제명령의 하자과 이행강제금 부과처분의 관계 863	
2. 구제명령의 이행 여부 또는 이행할 수 없는 사유에 대한 판단 863	
2.1 원직복직 관련 863	
2.2 임금 상당액 지급 관련 864	
2.3 구제명령 불이행 여부의 판단시점 865	
3. 이행강제금 부과금액의 적정성 866	
3.1 이행강제금의 부과기준 866	
3.2 이행강제금 부과금액의 적정성 관련 866	
4. 이행강제금 부과절차의 적법성 867	
제4절 이행강제금 부과처분에 대한 집행정지 인정 여부 868	
제3장 불복절차 관련 판례 869	
제1절 구제명령의 하자과 이행강제금 부과처분의 관계에 관한 판례 871	
제2절 구제명령의 이행 여부 또는 이행할 수 없는 사유에 대한 판례 873	

제 1 장

이행강제금 개관 및 주요쟁점

제1절 의의	857
제2절 법적 근거 및 성질	857
제3절 근로기준법상 이행강제금	858

제1절 의의

행정처분을 통해 의무를 부과받은 자가 일정한 기간 내에 의무를 이행하지 않을 때 그 의무를 간접적으로 이행시키기 위하여 일정한 금액을 부과할 것을 계고하고 그 기간 안에 이행이 없는 경우 금전적 의무를 부과하는 행정의 실효성 확보수단임

제2절 법적 근거 및 성질

이행강제금에 관한 일반법은 없고 개별법이 이를 인정하고 있으며,¹³⁸²⁾ 행정처분(침익적 행정행위, 재량행위)의 일종임

이행강제금은 행정상 간접적인 강제집행 수단의 하나로서, 과거의 일정한 법률위반 행위에 대한 제재인 형벌이 아니라 장래의 의무이행 확보를 위한 강제수단일 뿐이어서, 범죄에 대하여 국가가 형벌권을 실행하는 과벌에 해당하지 아니함. 따라서 이중처벌금 지원칙에 위배되지 아니함

또한 부당해고 등이 있으면 근로자는 생계의 곤란을 겪게 되어 신속한 구제가 필요한 반면, 이행강제금과 같은 강제수단이 없다면 사용자는 분쟁기간이 길어지더라도 실질적인 불이익이 크지 않아 구제명령을 이행하지 아니하거나 이행을 지연할 개연성이 높음

행정상 강제집행수단의 선택에는 입법재량이 인정되고, 이행강제금은 이행강제금의 금액을 2천만 원 이하로 정하면서 부과횟수는 연 2회, 최장 2년간 부과할 수 있도록 한도를 정하고 있으며, 사용자는 집행정지신청을 통하여 구제명령의 효력을 정지시켜 이행강제금이 부과·징수되지 않도록 할 수 있으므로 재산권을 침해하지 않음¹³⁸³⁾

〈표〉 행정벌(과태료)과의 구별

	행정벌(과태료)	이행강제금
성격	행정법상 의무위반에 대해 일반통치권에 근거한 제재 (과거의 의무위반에 대한 제재)	개별법에 근거하여, 현재도 존재하고 장래도 존속할 불복종을 타파하기 위한 수단(장래의 행위강제 수단)
일사부재리의 원칙	적용됨	적용되지 않음 (동일한 위반행위에 대한 반복 부과 가능)
이중처벌금지의 원칙	적용되지 않음 ¹³⁸⁴⁾	
의무위반의 현존 요부	현존 불요(과거의 행위가 근거부과)	현존 필요(부과의 필요성 관련)

제1장
이행강제금
개관 및
주요쟁점

1382) 「건축법」 제80조(가장 대표적인 이행강제금), 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제17조의3, 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제10조 등

1383) 헌재 2014. 5. 29. 선고 2013헌바171 결정 참조

1384) 헌법재판소 2004. 2. 26. 선고 2001헌바80 등(병합) 결정, 헌재 2014. 5. 29. 2013헌바171 결정

제3절 근로기준법상 이행강제금

2007. 1. 26. 개정 근로기준법에서 ‘부당해고 등’에 대한 형사처벌 규정을 삭제하고, 대신 ‘부당해고 등’ 구제명령에 대한 이행강제금 및 벌칙제도를 도입함¹³⁸⁵⁾

노동위원회는 부당해고 등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령(구제명령 내용의 재심판정 포함)을 하고, 사용자가 구제명령을 받은 후 이행기한까지 구제명령을 이행하지 아니하면 2천만 원 이하의 이행강제금을 부과함(근로기준법 제33조 제1항)

1385) 근로기준법 [시행 2007. 7. 1.] [법률 제8293호, 2007. 1. 26., 일부개정] 개정이유 중 일부
정당한 이유 없는 해고 등에 대한 처벌규정을 삭제하는 대신, 정당한 이유 없는 해고 등에 대한 구제명령 불이행자에 대하여 이행강제금 및 벌칙 부과(법 제33조의6 및 제110조, 제113조의2 신설)

- (1) 현행법은 정당한 이유 없는 해고 등에 대하여 처벌하도록 하고 있으나 근로자의 진의와는 달리 민사상 분쟁이 형사사건화 되고 사용자의 정당한 해고권을 제약한다는 비판이 있으며, 정당한 이유 없는 해고 등에 대한 노동위원회의 구제명령 불이행 시 제재수단이 없어 구제명령의 실효성에 의문이 제기되어 왔음
- (2) 정당한 이유 없는 해고 등에 대한 벌칙규정을 삭제하는 대신, 정당한 이유 없는 해고 등에 대한 노동위원회의 구제명령의 실효성을 담보하기 위하여 구제명령 불이행자에 대하여 2천만 원 이하의 이행강제금을 1년에 2회의 범위 안에서 최대 2년까지 부과하도록 하고, 확정된 구제명령을 이행하지 아니하는 자에 대하여는 벌칙(1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금)을 부과함
- (3) 정당한 이유 없는 해고 등에 대한 구제명령 불이행자에 대한 이행강제금 및 벌칙의 도입으로 구제명령의 실효성을 제고하고 근로자의 권익보호에 기여할 것으로 기대됨

제 2 장

부과처분에 대한 불복

제1절 의의	861
제2절 본안 전 판단	861
1. 원고(청구인)적격·대상적격	861
2. 피고(피청구인)적격	862
3. 쟁송기간	862
제3절 근로기준법상 이행강제금 부과처분에 대한 사용자 측 주장 ...	863
1. 구제명령의 하자과 이행강제금 부과처분의 관계	863
2. 구제명령의 이행 여부 또는 이행할 수 없는 사유에 대한 판단 ..	863
3. 이행강제금 부과금액의 적정성	866
4. 이행강제금 부과절차의 적법성	867
제4절 이행강제금 부과처분에 대한 집행정지 인정 여부	868

제1절 의의

여러 가지 특별규정이 적용되는 재심판정에 대한 불복절차와는 달리 ‘이행강제금 부과처분’에 대한 불복절차는 행정심판법 또는 행정소송법이 적용되는 통상의 행정처분 불복절차임

따라서 이행강제금 부과처분에 대해 사용자가 행정심판을 제기할 경우에는 **중앙행정심판위원회가 행정심판을 담당**하고, 이는 중앙노동위원회가 아닌 지방노동위원회가 이행강제금 부과처분을 하는 경우에도 마찬가지임¹³⁸⁶⁾

한편 사용자는 이행강제금 부과처분에 대해 **행정심판을 거치지 않고 바로 행정소송을 제기할 수도 있음**(행정소송법 제18조 제1항)¹³⁸⁷⁾

제2절 본안 전 판단

1. 원고(청구인)적격·대상적격

구제명령의 이행의무자인 사용자는 노동위원회의 ‘**이행강제금 부과처분**’을 쟁송의 대상으로 삼아 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있음

그러나 근로자는 노동위원회에 이행강제금 부과를 신청할 권리가 있다고 볼 만한 법규상 또는 조리상 근거가 없고, 노동위원회에 그러한 신청에 대한 응답의무가 있다고 볼 수도 없으므로, 근로자에게는 원고(청구인)적격이 인정되지 않음

따라서 근로자가 제기하는 ‘**이행강제금 부과청구 거부처분 취소쟁송**’ 내지 ‘**이행강제금 미부과 결정 취소쟁송**’은 부적법하여 각하됨

한편 ‘이행강제금 부과처분’만이 쟁송의 대상이 될 뿐, ‘사용자가 구제명령을 완전하게 이행하였다’는 내용의 노동위원회의 회신은 처분이라고 볼 수 없으므로, 근로자가 이를 다툼의 대상으로 삼을 경우에는 원고(신청인)적격은 물론 대상적격 또한 없어 부적법 각하되어야 함¹³⁸⁸⁾

1386) 지방노동위원회의 이행강제금 부과처분에 대하여 중앙노동위원회에 재심을 신청하는 것으로 오해하여서는 안 됨

1387) 이와 달리 지방노동위원회의 구제명령이나 기각(각하)결정 등에 대하여는 행정심판이나 행정소송으로 다룰 수 없고, 오직 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있을 뿐이며, 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여도 행정소송으로만 다룰 수 있도록 하는 특별규정을 두고 있음에 유의할 것

2. 피고(피청구인)적격

이행강제금의 부과주체는 구체명령을 발한 노동위원회이므로 근로자의 초심청구를 인용한 경우에는 **지방노동위원회**가, 근로자의 재심청구를 인용한 경우에는 **중앙노동위원회**가 이행강제금을 부과할 수 있음

따라서 이행강제금 부과처분에 대한 취소재송의 피고(피청구인) 또한 각 부과주체에 맞추어 ‘**지방노동위원회**’ 또는 ‘**중앙노동위원회**’가 됨

피고(피청구인)를 잘못 지정한 경우 원칙적으로는 각하될 것이나, 통상은 **보정명령**을 하거나 **경정**을 함으로써 재판(심판)받을 기회를 주고 함부로 각하하지는 않고 있음¹³⁸⁹⁾

다만, 지방노동위원회의 경우와는 달리 중앙노동위원회의 경우, 노동위원회법 제27조와의 관계에서 피고를 ‘중앙노동위원회 위원장’으로 지정하여야 하는 것은 아닌가 하는 문제가 제기될 수 있음¹³⁹⁰⁾

이에 관하여는 피고를 ‘중앙노동위원회(대표자 위원장 ○○○)’로 본 예도 있는 반면,¹³⁹¹⁾ ‘중앙노동위원회 위원장’으로 본 예도 있어,¹³⁹²⁾ 법원의 실무가 확립되어 있다고 말하기는 어려움

3. 재송기간

이행강제금 부과처분 취소재송은 **이행강제금 부과처분의 통지를 받은 날부터 90일 이내에 제기하여야 하고, 기간 도과 시 부적법하여 각하됨**(행정심판법 제27조, 행정소송법 제20조 제1항)

한편 제소기간에 대하여도 지방노동위원회의 경우와는 달리 ‘중앙노동위원회’가 부과한 이행강제금의 경우, 노동위원회법 제27조와의 관계에서 제소기간을 15일로 보아야 하는 것은 아닌가 하는 문제가 제기될 수 있음

그러나 실무상 중앙노동위원회에서는 사용자에게 제소기간을 90일로 안내하고 있고,¹³⁹³⁾ 법원 또한 15일을 도과하여 제기된 소를 각하한 예가 없음

1388) 국무총리행정심판위원회 2008. 11. 11.자 08-12418 재결

1389) 원고가 피고를 ‘충남지방노동위원회장’에서 ‘충남지방노동위원회’로 경정하는 것을 인정한 예로 대전지방법원 2009. 8. 12. 선고 2009구합** 판결

1390) 노동위원회법 제27조(중앙노동위원회의 처분에 대한 소송) ① 중앙노동위원회의 처분에 대한 소송은 중앙노동위원회 위원장을 피고로 하여 처분의 송달을 받은 날부터 15일 이내에 제기하여야 한다.

1391) 서울고등법원 2015. 3. 21. 선고 2014누58*** 판결(상고심에서 심리불속행 기각으로 확정, 이 사건에서는 피고를 ‘중앙노동위원회위원장’에서 ‘중앙노동위원회’로 경정하였음) 등

1392) 서울행정법원 2015. 12. 4. 선고 2015구합8*** 판결, 서울고등법원 2014. 3. 27. 선고 2013누50*** 판결, 서울고등법원 2014. 3. 21. 선고 2013누46*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 7. 24.자 2014두36*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨] 등

1393) 특히 행정심판의 경우 행정심판법 제27조 제5항이 ‘행정청이 심판청구 기간을 제1항에 규정된 기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우 그 잘못 알린 기간에 심판청구가 있으면 그 행정심판은 제1항에 규정된 기간(90일)에 청구된 것으로 본다’고 규정하고 있음

제3절 근로기준법상 이행강제금 부과처분에 대한 사용자 측 주장

실무상 자주 제기되는 사용자의 주장은 다음의 네 가지로 정리됨

- ① 선행처분인 구제명령에 하자가 존재하므로 후행처분인 이행강제금 부과처분도 위법하다는 주장
 - ② 구제명령이 이미 이행되었거나, 이행할 수 없는 사유가 있으므로 이행강제금 부과처분은 위법하다는 주장
 - ③ 이행강제금의 액수가 과다하여 위법하다는 주장
 - ④ 이행강제금의 부과절차가 위법하다는 주장
- ②, ③, ④와 같은 이행강제금 부과처분 자체의 위법성만을 주장하기보다는 ①을 소의 주장함으로써 선행처분인 구제명령의 위법성을 함께 다투는 경우가 다수임

1. 구제명령의 하자와 이행강제금 부과처분의 관계

연속적으로 행하여진 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하고 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 된 경우에는, **선행처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우에만 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 있음**¹³⁹⁴⁾

판례는 이를 기초로, 선행처분인 구제명령의 하자가 중대·명백하여 당연무효가 아닌 한 후행처분인 이행강제금 부과처분의 위법성을 다투는 소송에서 구제명령의 위법성을 다룰 수 없다는 입장임¹³⁹⁵⁾

다만, 중앙노동위원회 재심판정의 취소를 구하는 소송과 이행강제금 부과처분 취소소송이 병합된 사건에서는 구제명령의 위법성을 판단한 예가 있음¹³⁹⁶⁾

2. 구제명령의 이행 여부 또는 이행할 수 없는 사유에 대한 판단¹³⁹⁷⁾

2.1 원직복직 관련

사용주가 해고되었던 근로자를 복직시키면서 해고 이후 복직 시까지 해고가 유효함을

1394) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두13*** 판결

1395) 서울고등법원 2013. 2. 27. 선고 2012누22*** 판결, 서울행정법원 2011. 12. 2. 선고 2011구합28*** 판결 등

1396) 서울행정법원 2010. 6. 25. 선고 2009구합50534, 2010구합10***(병합) 판결, 대전고등법원 2015. 2. 5. 선고 2014누11685, 2014누11***(병합) 판결 등

1397) 판례는 대체로 당사자의 합의 또는 합리적 근거가 있는 이행의 경우를 제외하면 이행에 대하여 엄격한 태도를 취하고 있음

전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우, 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 이는 사용주의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것이므로 정당하게 복직시킨 것으로 보아야 함¹³⁹⁸⁾

‘임금 상당액 지급’과 ‘원직복직’을 내용으로 하는 구제명령 이후 사업장이 폐업되어 원직복직이 불가능해진 경우, 임금 상당액 지급명령만 이행하면 족함¹³⁹⁹⁾

그러나 스페어기사로 일하던 근로자를 해고 이후 복직시키려 하였으나 원직인 스페어 기사제도가 폐지된 경우, 정규직 택시기사 전환이 가능하였던 경우라면 스페어기사제도가 폐지된 것만으로 ‘원직복직이 불가능해진 경우’라 할 수 없음¹⁴⁰⁰⁾

복직될 직위가 용역기간 만료 및 해지 또는 외주화되어 복직에 곤란한 사정이 있더라도, 다른 현장의 자리가 남아 있어 배치전환이 가능하다면 여전히 원직복직 의무는 존제함¹⁴⁰¹⁾

2.2 임금 상당액 지급 관련

임금 상당액은 i) 취업규칙이나 임금지급의 관행에 의해 임금액을 특정하거나, ii) 일응 합리적 근거가 있는 산정기준을 적용하여 산정한 금액을 지급할 수 있고, 지급 방법에 있어 법원에 공탁하는 방식¹⁴⁰²⁾으로 지급할 수도 있음¹⁴⁰³⁾

취업규칙이나 임금지급 관행에 의해 정확한 임금을 특정할 수 없어서 사용자가 종전 임금협약에 따라 산정한 금액을 지급한 경우, 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 있음¹⁴⁰⁴⁾

사용자와 근로자가 임금 상당액 지급명령과 다른 내용으로 합의한 경우 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 있음¹⁴⁰⁵⁾

그러나 임금 상당액 지급명령의 일부 불이행을 이유로 한 이행강제금 부과처분은 적법하며, 단체협약, 취업규칙, 임금지급 관행 등에 따라 계산하였음에도 사용자가 객관적

1398) 대법원 1997. 5. 16. 선고 96다47*** 판결, 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52*** 판결 등

1399) 대법원 1994. 4. 29. 선고 93누16*** 판결

1400) 수원지방법원 2010. 6. 30. 선고 2010구합1*** 판결

1401) 대전지방법원 2009. 5. 27. 선고 2008구합3*** 판결(항소심에서 소 취하됨)

1402) 따라서 근로자가 수령을 거절하고 있다 하더라도 사용자는 변제공탁으로 불이행을 면할 수 있으므로, 근로자의 수령거절은 사용자의 구제명령 불이행의 정당한 사유가 되지 못함

1403) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두12*** 판결

1404) 부산고등법원(창원) 2012. 9. 27. 선고 2011누1*** 판결

1405) 예를 들어, ‘당사자 간 원만히 합의하였으므로 추후 어떠한 형태든 이의를 제기하지 않겠다’는 합의가 이루어진 경우에는 노동위원회규칙 제79조 단서의 내용과 실질적으로 근로자가 사용자의 조치에 대해 만족한 것으로 인정된다는 점을 종합적으로 고려할 때 그 합의는 구제명령의 이행으로 보아도 무방하다는 재결례(국무총리행정심판위원회 2008. 9. 17.자 08-07560 재결 참조)

금액에 현저히 못 미치는 금액을 지급한 경우, 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 없음¹⁴⁰⁶⁾

변제공탁¹⁴⁰⁷⁾도 민법상 임금 상당액 지급의 한 방법으로 인정되지만, 조건부 변제공탁은 상대방이 수락하지 않는 한 무효이므로 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 없음¹⁴⁰⁸⁾

부당해고구제재심판정 취소소송에서 사용자와 근로자의 근로관계가 종료되어 근로자는 다룰 수 없는 대신 사용자는 퇴직금 이외에 600만 원을 지급하라는 조정이 성립되었으나 아직 600만 원을 지급하지 않은 경우, 위 조정만으로는 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 없음¹⁴⁰⁹⁾

또한 임금 상당액이 특정되지 않아 이행할 수 없었다는 점은 구제명령 불이행의 정당한 사유가 되지 못함¹⁴¹⁰⁾

근로자가 사용자에 대한 예금채권을 압류, 상계하였다는 사정은 사용자의 구제명령 불이행의 정당한 사유가 되지 못함¹⁴¹¹⁾

평균임금을 지급하려 하였으나 근로자들이 임금 산정에 이견이 있어 수령을 거부한 경우에도 변제공탁이 가능하므로, 그러한 수령 거부 사실만으로는 불이행의 정당한 사유가 되지 못함¹⁴¹²⁾

근로자가 타 직장에 취업하여 얻은 이익을 공제해야 하는 사정이 발생했다고 하여 임금 상당액 지급명령을 이행하지 않은 것은 불이행의 정당한 사유가 되지 못함¹⁴¹³⁾

2.3 구제명령 불이행 여부의 판단시점

구제명령 불이행 여부의 판단시점은 **부과처분 시점**

따라서 구제명령의 이행기한이 지난 경우에도, 노동위원회가 이행강제금 부과처분을

1406) 대전지방법원 2009. 7. 15. 선고 2008구합3*** 판결

1407) 변제공탁이란 채권자가 변제를 받지 아니하거나 받을 수 없는 때 채권자를 위하여 변제의 목적물을 공탁소에 공탁함으로써 채무를 면하는 방법임(민법 제488조). 다만, 판례는 변제공탁에 있어서 채권자에게 반대급부 기타 조건의 이행의무가 없음에도 불구하고 채무자가 이를 조건으로 공탁한 때에는 채권자가 이를 수락하지 않는 한 그 변제공탁은 무효라고 보고 있음(대법원 1970. 9. 22. 선고 70다1*** 판결, 1984. 4. 10. 선고 84다** 판결 등 참조)

1408) 광주지방법원 2009. 10. 1. 선고 2009구합1*** 판결(사용자가 변제공탁을 하면서 반대급부 내용을 기재할 난에 “다만, 공탁자가 신청한 중앙노동위원회의 재심신청이 기각될 때까지 피공탁자의 공탁금 출금을 제한함”이라고 조건을 기재했던 사안임)

1409) 전주지방법원 2008. 12. 11. 선고 2008구합1*** 판결

1410) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두12*** 판결

1411) 서울행정법원 2011. 12. 16. 선고 2011구단14*** 판결(예금채권을 압류했다는 것은 보전방법은 필지언정 직접적 금전지급과 같은 만족수단은 아니므로 이를 임금 상당액 지급으로 볼 수 없고, 상계는 임금 지급 원칙에 반하므로 허용될 수 없기 때문임)

1412) 인천지방법원 2009. 12. 24. 선고 2009구합*** 판결

1413) 수원지방법원 2010. 6. 30. 선고 2010구합1*** 판결

하기 전에 사용자가 구제명령을 이행하였다면, 노동위원회가 이행강제금을 부과하는 것은 위법하다고 볼 수 있음¹⁴¹⁴⁾

그러나 구제명령의 이행에 관한 합의가 이행강제금 부과처분 이후에 있었다면 이미 결정된 이행강제금 부과처분은 적법함¹⁴¹⁵⁾¹⁴¹⁶⁾

3. 이행강제금 부과금액의 적정성

3.1 이행강제금의 부과기준

노동위원회는 위반행위의 동기, 고의·과실 등 사용자의 귀책정도, 구제명령 이행노력 정도, 구제명령을 이행하지 아니한 기간 등을 고려하여 근로기준법 시행령 제13조 별표3의 산정기준에 따라 부과금액을 결정함

구제명령을 신청한 근로자가 여러 명이거나 근로자에 대한 불이익 취급사실이 여러 개이고 그에 대하여 구제명령이 있었던 경우, **근로자별 및 불이익 취급사실별로 이행강제금 액수를 산정**함이 타당함¹⁴¹⁷⁾

3.2 이행강제금 부과금액의 적정성 관련

노동위원회가 2회에 걸쳐 500만 원의 이행강제금을 부과하였으나 이를 이행하지 않자, 다시 2,000만 원의 이행강제금을 부과(3차)한 것은 재량권 일탈·남용이 아님¹⁴¹⁸⁾

사용자가 3차 이행강제금 부과처분 이후 근로자를 원직에 복귀시키고 임금의 일부를 지급하는 등 구제명령의 이행을 위해 노력하였고, 1차 내지 3차 이행강제금을 모두 납부하였음에도, 노동위원회가 다시 이행강제금 최고액을 부과한 경우 달성하고자 하는 공익에 비하여 침해되는 사용자의 사익이 지나치게 과도하여 재량권 일탈·남용임¹⁴¹⁹⁾

1414) 근로기준법 제33조는 ‘이행기한’까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 이행강제금을 부과하도록 규정하고 있으나, 이행강제금의 부과 취지가 결국은 구제명령의 이행을 확보하는 데 있으므로, 설정 이행기한이 지났더라도 이행강제금 부과 처분 시까지 구제명령을 이행하였다면 굳이 더 이상 이행강제금을 부과할 필요가 없을 것임

1415) 근로기준법 제33조(이행강제금)⑥ 노동위원회는 구제명령을 받은 자가 구제명령을 이행하면 새로운 이행강제금을 부과하지 아니하되, 구제명령을 이행하기 전에 이미 부과된 이행강제금은 징수하여야 한다.

1416) 서울고등법원 2012. 2. 8. 선고 2011누27*** 판결, 대전지방법원 2009. 7. 15. 선고 2008구합3*** 판결 등

1417) 대법원 2018. 2. 2. 선고 2017두64*** 판결, 전주지방법원 2010. 12. 21. 선고 2009구합2*** 판결 등

1418) 서울고등법원 2014. 3. 21. 선고 2013누46*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 7. 24.자 2014두36*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

1419) 서울고등법원 2014. 3. 27. 선고 2013누50*** 판결

4. 이행강제금 부과절차의 적법성

사용자는 구제명령에 대한 재심 또는 행정소송이 진행중이므로 결과를 기다렸다가 이행강제금 부과 여부를 결정해야 한다는 주장을 제기하는 경우가 많음

그러나 구제명령에 공정력이 있는 한 그에 기한 이행강제금 처분은 적법하고, 구제명령에 대한 불복절차가 진행 중인 경우 그 결과를 기다려 이행강제금 부과 여부가 결정되어야 하는 것은 아님¹⁴²⁰⁾¹⁴²¹⁾

다만, 근로기준법 등이 규정하는 이행강제금 부과절차를 준수하지 않을 경우 이행강제금 부과처분이 위법하므로 유의하여야 함

가령 노동위원회가 이행강제금을 부과하기 전에 근로기준법이 정하는 사전통지절차(근로기준법 제33조 제2항)를 전혀 거치지 아니하였거나 거쳤더라도 사전통지기간을 제대로 준수하지 아니한 경우에는 이행강제금 부과처분이 위법함¹⁴²²⁾

마찬가지로 근로기준법이 정하는 부과·징수기간인 2년(근로기준법 제33조 제5항)을 초과하여 부과한 이행강제금 부과처분은 역시 위법함¹⁴²³⁾

반면, 노동위원회규칙을 위반한 경우에 대하여는 노동위원회규칙이 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 그에 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니며, 따라서 ‘이행강제금의 반복 부과는 이전 이행강제금 납부종료일로부터 6월 이내에 하여야 한다’(노동위원회규칙 제83조 제2항)는 규정보다 11일이 더 경과한 시점에 부과한 이행강제금 부과처분이 위법한 것은 아니라는 것이 법원의 태도임¹⁴²⁴⁾

1420) 근로기준법 제32조(구제명령 등의 효력) 노동위원회의 구제명령, 기각결정 또는 재심판정은 제31조에 따른 중앙노동위원회에 대한 재심 신청이나 행정소송 제기에 의하여 그 효력이 정지되지 아니한다.

1421) ‘불복절차가 진행되고 있는 상태에서 사용자에게 이행강제금을 부과하는 것은 행정기관의 처분에 대하여 불복절차의 실효성을 약화나 무력화시키는 것이므로 위법하다’는 원고의 주장을 기각한 판결(대전고등법원 2015. 2. 5. 선고 2014누11*** 판결)이 있음

1422) 서울고등법원 2014. 3. 27. 선고 2013누50*** 판결

1423) 서울고등법원 2014. 3. 27. 선고 2013누50*** 판결, 한편 동 판결에는 2년의 기산일인 ‘최초의 구제명령을 한 날’은 ‘판정일’을 의미한다는 취지가 일부 포함되어 있으나, 이 부분에 대하여는 ‘최초의 구제명령을 한 날’을 ‘판정서 송달일’로 보아야 한다는 비판이 있음

1424) 서울고등법원 2014. 3. 21. 선고 2013누46*** 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 7. 24.자 2014두36*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

제4절 이행강제금 부과처분에 대한 집행정지 인정 여부

행정소송법 제23조 제2항은 ‘취소소송이 제기된 경우에 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다’고 규정하고 있음

집행정지가 인정되기 위해서는 아래의 요건들을 갖추어야 함

- ① 처분등의 존재(행정소송법 제23조 제2항)
- ② 본안 소송의 계속(행정소송법 제23조 제2항)
- ③ 회복하기 어려운 손해예방의 필요(행정소송법 제23조 제2항)
- ④ 긴급한 필요(행정소송법 제23조 제2항)
- ⑤ 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것(행정소송법 제23조 제3항)¹⁴²⁵⁾
- ⑥ 본안 청구가 이유 없음이 명백하지 않을 것(판례)¹⁴²⁶⁾

따라서 소송(심판)수행자는 사용자의 집행정지신청이 위 각 요건을 충족하는지를 검토하여 대응하여야 할 것임

특히 이행강제금 부과처분은 금전 지급을 명하는 내용의 행정처분으로,¹⁴²⁷⁾ 노동위원회의 구제명령이 취소될 경우 직권 또는 사용자의 신청에 따라 이미 징수한 이행강제금을 반환하는 제도도 마련하고 있으므로,¹⁴²⁸⁾ 이행강제금 부과처분에 대해서는 **사용자에게 회복하기 어려운 손해 발생이나 이를 예방하기 위하여 그 집행을 정지할 긴급한 필요가 있다고 인정할 수 없음**¹⁴²⁹⁾

1425) 행정소송법 제23조(집행정지) ③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.

1426) “본안 소송에서 처분의 취소가능성이 없음에도 처분의 효력이나 집행정지의 정지를 인정한다는 것은 제도의 취지에 반하므로 효력정지나 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안 청구가 이유 없음이 명백하지 않아야 한다는 것도 효력정지나 집행정지의 요건에 포함시켜야 한다.”(대법원 1994. 10. 11. 자 94두23 결정)

1427) “회복하기 어려운 손해는 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해를 말하는데, 이는 금전보상이 불가능한 경우 내지는 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 의미한다.”(대법원 2011. 4. 21. 자 2010무111 전원합의체 결정)

1428) 근로기준법 시행령 제15조(이행강제금의 반환) ① 노동위원회는 중앙노동위원회의 재심판정이나 법원의 확정판결에 따라 노동위원회의 구제명령이 취소되면 직권 또는 사용자의 신청에 따라 이행강제금의 부과·징수를 즉시 중지하고 이미 징수한 이행강제금을 반환하여야 한다.

② 노동위원회가 제1항에 따라 이행강제금을 반환하는 때에는 이행강제금을 납부한 날부터 반환하는 날까지의 기간에 대하여 고용노동부령으로 정하는 이율을 곱한 금액을 가산하여 반환하여야 한다.

1429) 수원지방법원 2009. 7. 25.자 2008아445 결정

제 3 장

불복절차 관련 판례

제1절 구제명령의 하자과 이행강제금 부과처분의 관계에 관한 판례	871
제2절 구제명령의 이행 여부 또는 이행할 수 없는 사유에 대한 판례	873
1. 원직복직 관련 판례	873
2. 구제명령을 이행하지 않았거나, 이행하지 못함에 있어 정당한 사유가 없다고 본 사례	875
제3절 임금 상당액 지급에 관한 판례	878
1. 임금 상당액 지급 일반론에 관한 판례 및 구제명령을 이행하였다고 본 사례	878
2. 구제명령을 이행하지 않았거나, 이행하지 못함에 있어 정당한 사유가 없다고 본 사례	879
3. 구제명령 불이행의 판단시점에 관한 판례(재결례)	883
제4절 이행강제금 부과금액 관련 판례	885
제5절 부과절차 관련 판례	888
제6절 이행강제금 부과처분에 대한 집행정지 관련 판례	892

제1절 구제명령의 하자과 이행강제금 부과처분의 관계에 관한 판례

1. 선행처분인 구제명령의 하자가 중대·명백하여 당연 무효가 아닌 한 후행처분인 이행강제금 부과처분의 위법성을 다투는 소송에서 구제명령의 위법성을 다투지 않을 수 없음

【서울고등법원 2013. 2. 27. 선고 2012누22*** 판결¹⁴³⁰⁾】

근로기준법 제32조는 “노동위원회의 구제명령, 기각결정 또는 재심판정은 제31조에 따른 중앙노동위원회에 대한 재심 신청이나 행정소송 제기에 의하여 그 효력이 정지되지 아니한다”고 규정하고, 같은 법 제33조 제1항은 “노동위원회는 구제명령(구제명령을 내용으로 하는 재심판정을 포함한다)을 받은 후 이행기한까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 2,000만 원 이하의 이행강제금을 부과한다”고 규정하고 있다. 따라서 이 사건 재심판정의 효력이 정지되었다고 볼 만한 아무런 자료가 없는 이 사건에서, 원고가 이 사건 재심판정에 포함된 구제명령을 그 이행기한까지 이행하지 아니하였음이 분명한 이상, 이 사건 처분(이행강제금 부과처분)은 적법하다고 할 것이다.

이에 대하여 원고는 이 사건 해고가 정당함에도 이와 다른 판단을 한 이 사건 재심판정이 위법하므로 이 사건 처분도 위법하다고 주장하나, 원고가 제출한 갑 3 내지 20호증(갑 20호증은 가지번호 포함)의 각 기재만으로는 이 사건 해고가 정당하다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 그 뿐만 아니라 이 사건 재심판정을 행정행위로서 수소 법원에 의하여 적법하게 취소되기 전까지 누구든지 그 구속력을 부인하지 못하는 공정력을 가지므로, 설령 이 사건 재심판정에 하자가 있다고 보는 경우에도 그것이 중대·명백하여 당연무효에 해당한다고 보이지 않는 이상, 원고가 이 사건 소송에서 이 사건 재심판정의 위법을 이유로 이 사건 처분의 효력을 다투지 않을 수 없다고 할 것이다.

【서울행정법원 2011. 12. 2. 선고 2011구합28*** 판결】

원고는 이 사건 판정이 위법하므로 이 사건 이행강제금부과도 위법하다고 주장한다. 살피건대, 두 개 이상의 행정처분이 연속적으로 행하여지는 경우 선행처분과 후행처분이 서로 결합하여 한 개의 법률효과를 완성하는 때에는 선행처분에 하자가 있으면 그 하자는 후행처분에 승계되므로 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다투지 않을 수 없게 된 경우에도 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다투지 않을 수 있다. 반면, 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 때에는 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다투지 않을 수 없게 된 경우에는 선행처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다투지 않을 것이 원칙이다. 다만, 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 경우에도 선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인하여 불이익을 입는 자에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오며, 그 결과가 당사자에게 예측가능한 것이 아닌 경우에는 선행처분의 후행처분에 대한 구속력은 인정될 수 없다(대법원 1994. 1. 25. 선고 93누8*** 판결 참조). 위와 같은 행정처분의 하자 승계에 관한 일반 법리와 지방노동위원회의 구제명령의 실효성 확보를 위한 이행강제금 제도의 취지 및 신속한 구제절차로서 노동위원회의 구제명령제도를 둔 취지를 고려하여 보면, 원고는 이 사건 이행강제금부과의 위법사유로 이 사건 판정의 위법성을 주장할 수 없으므로 원고의 위 주장은 이유 없다.

1430) 1심 판결(서울행정법원 2012. 7. 19. 선고 2012구합5*** 판결)을 인용함

는 것으로 판단되고 구체적 이유는 다음과 같다. 이 사건 선행처분과 후행처분은 별개의 법률효과를 목적으로 하는 것이므로 이 사건 판정이 취소되지 않는 한 이 사건 판정의 위법을 이유로 이행강제금부과를 다룰 수 없는 것이 원칙이다. 원고로서는 이 사건 판정에 대한 불복절차(중앙노동위원회나 행정법원)에서 이행강제금 문제를 일괄하여 해결할 기회가 있었으므로 선행처분인 이 사건 판정의 불가쟁력이나 구속력을 인정하는 것이 원고에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오고 그 결과가 당사자에게 예측불가능한 경우에 해당하는 것으로 볼 수도 없다.

2. 다만, 중앙노동위원회 재심판정의 취소를 구하는 소송과 이행강제금 부과처분 취소 소송이 병합된 사건에서는 구체명령의 위법성을 판단한 예가 있음

【서울행정법원 2010. 6. 25. 선고 2009구합50534, 2010구합10*** (병합) 판결】

1) 이 사건 재심판정의 적법 여부

가) 부당승무제한인지 여부

원고의 참가인에 대한 승무제한은 근로자의 임금이 줄어들어 임금손실을 초래하는 불이익한 처분으로서 정당한 이유 없는 부당승무제한이라고 할 것이므로, 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

임금협정에서는 ‘1일 배차시간은 오전, 오후 각 10시간으로 하되, 1일 소정근로시간 6시간 40분을 제외한 시간은 휴게시간으로 하고, 휴게시간을 배차시간 중 운전기사가 자유롭게 사용하도록 한다’고 규정하고 있다. … (중략) … 이와 같은 규정은 순항식 근무 형태인 택시근무의 특수성을 고려하여 초과근로시간을 인정하지 않는 대신 휴게시간의 자유로운 사용을 통하여 택시근로자의 임금을 보장하고자 함에 있다고 할 것인바, 원고는 참가인에게 노동조합과의 합의에 따른 3시간 20분의 휴게시간을 보장하여야 할 것이고 위 규정을 지키지 않은 것은 휴게에 관한 근로기준법 위반이 된다.

나) 부당노동행위에 해당하는지 여부

형식적으로는 근로자들에게 전액관리제와 정액제를 선택할 수 있도록 하고 있으나, 승무제한이라는 근무조건의 제한을 통하여 전액관리제 정착을 위하여 조합 활동을 하는 참가인에게 불이익처분을 하여 실질적으로 근로자들의 전액관리제 선택을 제한하고자 함에 있다고 할 것이므로, 원고의 승무제한은 부당노동행위라고 할 것이다.

원고는 2002년 전액관리제 실시 이후 1일 10시간 배차를 허용하다가 합리적 이유 없이 정액제 근로자들에게는 종전과 같이 배차시간을 운행하면서 전액관리제 근로자들에게만 1일 6시간 40분으로 승무시간을 엄격히 통제한 것은 부당한 차별대우라고 할 것이다.

2) 이 사건 처분의 적법 여부

살피건대, 앞에서 인정한 바와 같이 이 사건 재심판정은 적법하다고 할 것이므로, 이 사건 재심판정이 위법함을 전제로 한 원고의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

제2절 구제명령의 이행 여부 또는 이행할 수 없는 사유에 대한 판례

1. 원직복직 관련 판례

1) 사용자가 징계절차가 예정되어 있는 근로자를 원직복직 시키면서 정당한 자택대기명령을 한 경우에 노동위원회의 원직복직명령을 위반하였다고 볼 수 없음

【대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52*** 판결】

다. 원직복직명령 위반 여부

사용주가 지방노동위원회의 권고에 따라 해고되었던 근로자를 복직시키면서 해고 이후 복직 시까지 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우, 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 이는 사용주의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것이므로 정당하게 복직시킨 것으로 보아야 한다(대법원 1997. 5. 16. 선고 96다47*** 판결 참조).

원심판결 이유와 기록에 의하면, 피고는 2006. 5. 22. 지방노동위원회의 원직복직명령에 따라 2006. 5. 17.자로 이 사건 파면처분을 취소하면서 원고들을 원직인 객실승원부로 복귀시킨 사실, 다만, 피고는 지방노동위원회의 원직복직명령 사유가 징계사유와 징계처분 사이에 균형을 상실하였다는 것일 뿐 원고들이 취업규칙을 위반한 사실 자체는 인정되었기 때문에 향후 원고들에 대한 후속 징계절차가 예정되어 있어 그 절차가 마무리될 때까지 제2차 자택대기명령을 한 사실, 제2차 자택대기명령은 객실승무원에게 수시로 부여되는 근무형태 중 하나로서 실제 비행기에 탑승하여 승무원무를 수행하지 않을 뿐 장거리 비행준비를 하고 정해진 시간까지 회사와 연락할 수 있는 방법을 유지시키고 자택에서 대기하는 것으로 그 고유의 업무 내용을 가지고 있는 사실 등을 알 수 있으므로, 피고가 지방노동위원회의 원직복직명령에 따라 원고들을 원직인 객실승원부로 복귀시키면서 제2차 자택대기명령을 하였다는 사정만으로 지방노동위원회의 원직복직명령을 위반하였다고 볼 수 없다.

같은 취지의 원심판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 원직복직명령의 이행에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

2) ‘임금 상당액 지급’과 ‘원직복직’을 내용으로 하는 구제명령 이후 사업장이 폐업되어 원직복직이 불가능해진 경우, 임금 상당액 지급명령만 이행하면 족함

【대법원 1994. 4. 29. 선고 93누16*** 판결】

사용자가 행한 해고처분에 대하여 이를 부당해고로 인정하면서 해고된 근로자를 원직에 복직시키고 해고기간 동안 임금 상당액의 지급을 명하는 내용의 노동위원회의 구제명령에 관한 재심판정 후에 사업장이 폐쇄되어도 해고 다음 날부터 복직명령의 이행이 가능하였던 사업장 폐쇄시까지의 기간 동안의 임금 상당액의 지급의무는 소급하여 소멸하는 것이 아니므로, 사용자로서는 위 임금 상당액의 지급명령을 포함하는 노동위원회의 결정에 따를 공법상의 의무를 부담하고 있는 상태라 할 것이니, 그 의무를 면하기 위하여 위 재심판정의 취소를 구할 법률상 이익이 있다 할 것이다(대법원 1993. 4. 27. 선고 92누13*** 판결 참조).¹⁴³¹⁾

3) 징계해고를 받았던 근로자들의 복직시점이 해고시점으로부터 약 7년 이상이 경과하였고, 사용자 입장에서는 해고가 유효함을 전제로 이루어진 인사질서를 고려하지 않을 수 없으므로, 복직 근로자들을 완전히 동일한 위치로 복직시킨다는 것은 현실적으로 어려워 기존 인사질서, 작업환경의 변화 등 다양한 사정을 고려하여 해고 당시와 완전하게 동일한 직무를 부여하지 않았더라도 이행한 것으로 봄. 따라서 **원직복직과 임금 상당액 지급의 구체명령 중 원직복직 의무는 모두 이행하였으므로 이에 대한 이행강제금 부과처분은 부당하고, 임금 상당액 구체명령에 있어서도 대부분 이행하였으므로 이러한 사정이 이행강제금 산정 시 충분히 고려되어야 함**

【서울행정법원 2018. 11. 29. 선고 2018구합65*** 판결¹⁴³²⁾】

원직복직의 구체명령이 반드시 당해 근로자에게 해고 당시와 완전하게 동일한 직무를 부여할 것을 일률적으로 요구한다고 볼 수는 없고, 사용주가 지방노동위원회의 권고에 따라 해고되었던 근로자를 복직시키면서 해고 이후 복직 시까지 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우에는, 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 이는 사용주의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것이므로 정당하게 복직시킨 것으로 보아야 한다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52*** 판결 참조). 앞에서 본 사실관계에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 별지1 목록의 연번 1 내지 11, 13, 15의 근로자들을 복직시키면서 원고의 상용공장에 배치한 것은 사용주인 원고의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 정당한 복직이라고 봄이 상당하므로, 원고는 이 사건 제1재처분 판정에 따라 해고된 근로자들에 대한 원직복직 의무를 모두 이행하였다고 판단된다. ... (중략) ... (가) 해고의 징계를 받았던 위 13명의 근로자들이 복직을 한 시점은 해고 시점으로부터 약 7년 이상이 경과한 후인데, 원고의 입장에서는 그동안 위 근로자들에 대한 해고가 유효함을 전제로 하여 이루어진 인사질서를 고려하지 않을 수 없으므로, 위 근로자들을 해고 전과 완전히 동일한 위치로 복직시킨다는 것은 현실적으로 어렵다고 보인다. ... (중략) ... (다) 피고는 원고가 위 근로자들을 종전에 근무하던 승용공장이 아닌 상용공장에 배치하여 해고 전과 상이한 직무를 담당하게끔 하였다고 주장하나, 위 근로자들 13명 중 4명은 해고 전에도 상용공장에서 근무하고 있었던 점, 승용공장과 상용공장은 모두 자동차에 사용되는 부품을 가공·조립한다는 측면에서 동일성이 있으므로 두 공장의 업무에 본질적인 차이가 있다고 보기는 어려운 점, 상용공장은 승용공장과 거리가 약 1km 정도밖에 떨어져 있지 아니하여 위 근로자들이 복직 후 특별히 출퇴근 등 생활상 불이익을 겪게 되었다고 보기도 어려운 점, 원고는 위 근로자들에게 해고 전과 동일한 직급(반장, 조장, 사원)을 그대로 부여하여 직위·직책수당을 지급하고 있는 점 등을 소외 고려하여 보면, 원고는 기존 인사질서, 작업환경의 변화 등 다양한 사정을 고려하여 위 근로자들에게 합당한 업무를 담당하도록 하였다고 봄이 상당하다.

1431) 이 판결을 반대로 해석하면, 원직복직을 명하는 재심판정 후에 사업장이 폐쇄된 경우 원직복직의무를 따를 공법상의 의무는 더 이상 부담하지 않는다고 보아야 함

1432) 대법원 2019. 10. 17. 선고 2019두45*** 판결로 확정됨

2. 구제명령을 이행하지 않았거나, 이행하지 못함에 있어 정당한 사유가 없다고 본 사례

1) 사용자가 근로자에게 원직복직 조건으로 ‘종전 근로계약과 다른 근로조건의 근로 계약 체결’을 요구할 경우 종전 근로계약이 그대로 유지된다고 볼 수 없으므로 구제명령을 이행하였다고 볼 수 없음¹⁴³³⁾

2) 또한 근로자가 타 직장에 취업하여 얻은 이익을 공제해야 하는 사정이 발생했다고 하여 임금 상당액 지급명령을 이행하지 않은 것은 불이행의 정당한 사유가 되지 못함

【수원지방법원 2010. 6. 30. 선고 2010구합1*** 판결】

① 원고가 비록 이 사건 근로자의 원직이었던 일용직 스페어기사제도를 폐지하여 근로자를 원직에 복직시키지 못하게 되기는 하였으나, 원고 회사가 다른 일용직 스페어기사들 중 원하는 자들을 정규직 택시기사로 전환하여 주었으므로, 근로자가 정규직 택시기사로의 전환을 원하는 이상 정규직 택시기사직에 복직시키는 것이 이 사건 구제명령을 이행하는 것인 점, ② 이 사건 근로자는 형식적으로만 스페어기사일뿐 실질은 정규직 택시기사들과 다를 바 없었으므로, 근로자를 정규직으로 전환시켜 주는 것을 신규채용으로 볼 수 없는데도 원고 회사가 근로자에게 요구하는 서류들은 모두 신규채용을 전제로 한 것들이어서 단지 위와 같은 서류를 제출하지 않았음을 전제로 배차를 거부하는 것은 근로자의 복직을 방해하려는 의도로 보이는 점, ③ 원고 회사는 구제명령을 이행하기보다는 이 사건 구제명령에 대한 항고소송에서 이 사건 구제명령이 취소되기만을 기다리고 있는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 단지 원고 회사가 종전 일용직 스페어기사직을 폐지하였다고 하여 이 사건 구제명령이 이행불능에 이르렀다고는 할 수 없다.¹⁴³⁴⁾

3) 복직될 직위가 용역 기간 만료 및 해지 또는 외주화되어 복직에 곤란한 사정이 있더라도, 다른 현장의 자리가 남아있어 배치전환이 가능하다면 여전히 원직복직 의무는 존재함

【대전지방법원 2009. 5. 27. 선고 2008구합3*** 판결¹⁴³⁵⁾】

① 원고와 ○○대학교 사이의 청소, 생활폐기물 용역계약은 2008. 9. 22. 기간만료로 종료되는 사실이 인정되므로 2008. 1. 22. 각 구제명령을 송달받은 후에 근로자들을 현장에 복직시킬 수 있었던 점, ② 노동위원회규칙 제79조에 의하면 당해 근로자에게 해고 등을 할 당시와 같은 직급과 같은 종류의 직무를 부여하였거나 당해 근로자의 동의를 얻어 다른 직무를 부여한 경우에도 원직복직 명령을 이

1433) 서울행정법원 2018. 1. 12. 선고 2017구합51105, 68*** (병합) 판결(서울고등법원 2018. 6. 27. 선고 2018누35140·35*** (병합) 판결(확정))

1434) 이 사안에서 원고는, 법제처로부터 ‘도급택시 영업을 할 경우 여객자동차운수사업법 제13조의 정의의 용금지 조항 위반에 해당한다’는 공문을 받은 후 스페어기사제도가 도급택시 영업과 동일시될 것을 우려하여 일용직 스페어기사들 중 원하는 자들에 한하여 정규직 택시기사로 전환시키고 일용직 스페어기사제도를 폐지하였으므로 이 사건 근로자를 원직인 스페어기사로 복직시킬 수 없는 상태이고, 따라서 이 사건 구제명령 중 원직복직 명령은 그 이행자체가 불가능하다고 주장하였음. 뿐만 아니라 원고는 2009. 6. 3. 이○○에게 복직을 통보하였으므로, 이 사건 구제명령 중 원직복직 명령을 불이행했다고 볼 수 없다고도 주장하였음

행한 것으로 보면, 같은 직급이나 직무가 없는 불가피한 사유가 발생한 때에는 유사한 직급이나 직무를 부여하는 것도 원직복구 명령을 이행한 것으로 보는바, 원고는 근로자가 근무하였던 ○○대학교 현장에 대한 용역계약이 종료되었다 하더라도 원고가 관리하는 다른 현장으로의 배치전환 또는 다른 방법을 통한 당사자 사이의 합의 등으로 구제명령을 이행할 수 있었을 것으로 보이는 점, ③ 임금 상당액의 지급을 명하는 구제명령을 이행하지 못할 불가피한 사정이 전혀 없었던 점, ④ 구제명령은 재심신청이나 행정소송의 제기에 의하여 그 효력이 정지되지 아니하는 점 등을 종합하여 보면 원고가 구제명령을 이행하지 못함에 불가피한 사유가 있었다고 보이지 않고, 따라서 원고의 이 사건 각 구제명령 불이행을 원인으로 한 피고의 이행강제금 부과처분은 적법하다.

4) 입주자대표회의가 자치관리에서 위탁관리로 변경하면서 근로자를 해고한 경우, 현재 위탁관리업체가 공동주택 관리업무를 하고 있다는 사정이 원직복직 불이행을 정당화할 수는 없음

【서울행정법원 2011. 11. 10. 선고 2011구합20*** 판결¹⁴³⁵⁾】

이 사건 아파트가 1단지와 2단지로 분리되었고 현재 각각 다른 관리회사가 관리업무를 수행하고 있다고 하더라도 참가인의 원직복직이 불가능해졌다고 단정하기 어려울 뿐만 아니라, 원고가 아직까지 참가인에게 ‘해고기간 동안 정상적으로 근로하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액’을 지급하지 않은 점, 원고는 이 사건 처분 이전에도 이미 피고로부터 구제명령을 불이행했다는 이유로 2회에 걸쳐 이행강제금의 부과처분(각 5,000,000원)을 받은 바 있음에도 그 후로도 계속하여 구제명령을 이행하지 않아 재차 이 사건 처분이 이루어진 점 등에 비추어 보면, 이 사건 처분이 그 처분사유가 없거나 재량을 일탈·남용한 것으로서 위법하다고 보기 어렵다.

5) 노동위원회의 ‘원직복직’과 ‘임금 상당액 지급’의 구제명령 중 사용자의 복직명령에도 근로자가 복직을 거부한 것으로 인정되는 경우, 원직복직 명령 부분은 이행한 것으로 볼 수 있지만, 임금 상당액 부분을 여전히 미이행한 이상 이행강제금 부과처분은 적법하다고 본 경우도 있음

【서울행정법원 2015. 4. 9. 선고 2015구합50*** 판결】

다. 판단

1) 원직복직 명령 위반 여부

○○교통이 ○○○에게 복직하라고 통지하였으나 ○○○이 복직을 거부한 것으로 봄이 타당하다. 따라서 ○○교통이 이 사건 구제명령 중 원직복직 명령을 이행한 것으로 볼 수 있으므로 원고의 이

1435) 동 사건은 항소심에서 소 취하됨

1436) 원고는 이 사건 아파트가 1단지와 2단지로 분리되어 각각 다른 회사가 관리하고 있는데 원고는 위 각 회사의 인사권을 갖지 않은 관계로 참가인을 원직에 복직시킬 수 없는 상태라고 주장하였음. 또한 참가인 근로자는 다른 아파트 관리소장으로 취업하여 현재까지 근무하고 있을 뿐만 아니라 원고를 상대로 임금 청구소송을 제기하여 재판 진행 중에 있어, 원고는 재심판정상의 구제명령을 이행할 수 없는 상황이므로 이행강제금 부과처분은 사유가 없거나 재량을 일탈·남용한 것으로서 위법하다고 주장하였음

부분 주장은 이유 있다.

2) 임금 상당액 지급 명령 위반 여부

원고가 주장하는 사정만으로는 ○○○통이 이 사건 구제명령 중 임금 상당액 지급 명령을 이행하는 것이 불가능하다거나 ○○○에게 임금 상당액을 지급할 의무가 없다고 볼 수 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

3) 소결론

행정처분에서 수 개의 처분사유 중 일부가 적법하지 않다고 하더라도 다른 처분사유로써 그 처분의 정당성이 인정되는 경우에는 그 처분을 위법하다고 할 수 없다(대법원 2013. 10. 24. 선고 2013두*** 판결, 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003두1*** 판결 참조). 이 사건 처분사유 중 원직복직 명령 불이행은 인정되지 않으나 임금 상당액 지급 명령 불이행은 인정되고, 피고가 이 사건 처분에 의해 화신교통에 부과한 이행강제금 500만 원은 근로기준법 제33조 제1항, 제4항, 근로기준법 시행령 제13조 [별표 3]에 따른 최하한의 금액이므로 이 사건 처분은 적법하다.

6) 또한 노동위원회의 구제명령이 ‘임금 상당액 지급’일 경우, 근로자의 퇴직 여부와 관계없이 구제명령의 내용이 이행되어야 하므로, 재심판정 후 근로자의 자발적 퇴사에 따라 근로관계는 종료되었을지라도 재심판정의 구제명령을 이행할 의무는 여전히 있음

【서울행정법원 2015. 11. 27. 선고 2015구합6*** 판결】

이 사건에서 원고는 중앙노동위원회로부터 ○○○에 대한 정직 3개월의 징계가 부당 징계이고 ○○○에게 정직기간 동안 정상적으로 근무하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액을 지급할 것을 내용으로 하는 구제명령을 받았는데, 위 구제명령은 법원의 확정판결에 의해 취소되지 않았으므로 중앙노동위원회는 위 구제명령의 당부와 관계없이 원고에게 구제명령 불이행을 이유로 한 이행강제금을 부과할 수 있다(원고가 구제명령 이행의무에서 벗어나기 위해서는 ○○○의 퇴사 여부와 관계없이 위 구제명령의 취소를 구하는 소를 제기하여 법원의 확정판결로 위 구제명령을 취소시켰어야 한다). 또한 ○○○이 퇴사하였다고 하여 원고의 ○○○에 대한 위 임금 상당액 지급 의무가 소멸한다고 볼 수도 없으므로 중앙노동위원회는 ○○○이 퇴사하였다 하더라도 원고에게 위 구제명령 불이행을 이유로 한 이행강제금을 부과할 수 있다. 이 사건 처분은 적법하다. …(중략)… 앞서 본 바와 같이 이 사건 처분은 원고에 대하여 ○○○에게 정직 기간 동안 지급하지 않은 임금 상당액을 지급할 것을 명한 구제명령의 불이행을 이유로 내려진 것으로서, ○○○의 퇴직 여부와 관계없이 그 구제명령의 내용이 이행되어야 한다. 원고의 위 주장은 이유 없다.

제3절 임금 상당액 지급에 관한 판례

1. 임금 상당액 지급 일반론에 관한 판례 및 구제명령을 이행하였다고 본 사례

1) 구제명령은 대개 ‘원직복직’과 ‘근로할 수 없었던 기간 동안 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액 지급’하라는 내용이며, 이행 여부의 판단시점은 이행강제금의 부과처분시점. 이와 관련하여 사용자는 구제명령을 전부 이행했다고 주장하는 경우가 많은데, 법원은 부과처분을 기준으로 당사자의 합의 또는 합리적 근거가 있는 이행의 경우를 제외하고는 이행 여부에 대하여 구체적으로 판단함

2) 원직복직에 갈음하여 임금 상당액 지급만을 명할 수도 있는데, 근로기준법은 순전히 금전지급의무로 이루어진 구제명령을 이행하지 아니한 경우에도 이행강제금 부과 대상에서 명시적으로 제외하고 있지 않으므로, 임금 상당액 지급 의무를 이행하지 않았을 때에도 원직복직 의무를 이행하지 않은 경우와 마찬가지로 이행강제금을 부과할 수 있음¹⁴³⁷⁾

3) 구제명령에서 지급의무의 대상이 되는 임금 상당액의 액수를 구체적으로 특정하지 않고 ‘해고기간 동안 정상적으로 근무하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액’으로 정하였다고 하더라도 구제명령의 이행이 불가능할 정도로 불특정하여 위법·무효라 할 수 없으므로, 임금을 계산할 수 없어 임금 상당액 지급명령을 이행할 수 없다는 사정은 정당한 사유에 해당하지 않아 이행강제금 부과처분은 적법함¹⁴³⁸⁾

【대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두12*** 판결】

이행강제금은 근로자를 신속하게 구제하고 노동위원회가 발령한 구제명령의 실효성을 보장하기 위하여 구제명령을 이행하지 않은 사용자로 하여금 구제명령을 이행하도록 하는 행정상의 간접강제 수단으로서 일정한 금원을 납부하게 하는 침익적 행정행위에 해당하므로, 이행강제금 부과처분의 전제가 되는 구제명령은 그 내용을 특정하는 것이 바람직하다. 그런데 이 사건 구제명령에 관하여 보면, 이 사건 구제명령 자체로 집행력이 발생하는 것은 아니고 그 수범자인 사용자의 행위에 의하여 실현되는 것이므로, 그 내용의 특정 여부에 관하여 지나치게 엄격하게 해석할 필요가 없는 점, 사용자로서는 평균임금을 기초로 하여 부당해고 기간 동안 정상적으로 근로를 제공하였다면 받을 수 있

1437) 서울행정법원 2019. 9. 19. 선고 2019구합51*** 판결(서울행정법원 2020. 4. 10. 선고 2019누61*** 판결로 확정됨), 서울고등법원 2010. 5. 20. 선고 2009누3*** 판결(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두12*** 판결로 확정됨) 등

1438) 서울고등법원 2010. 5. 20. 선고 2009누3*** 판결(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두12*** 판결에서 확정), 대법원 2014. 12. 11. 선고 2011두23*** 판결 등 참조

있던 임금 상당액을 용이하게 산정할 수 있는 것으로 보이는 점, 객관적으로 타당한 임금 상당액의 구체적인 액수는 최종적으로는 당사자 사이의 의사 합치 또는 민사소송 등을 통하여서만 확정이가 능할 것인데, 사용자로서는 취업규칙이나 임금지급 관행에 의해 임금액을 특정하거나 임금을 정확히 특정할 수 없는 사정이 있는 경우에는 사용자가 일을 합리적인 근거가 있는 산정기준을 적용하여 산정한 금액을 임의로 지급하거나 법원에 공탁함으로써 구제명령 불이행의 책임을 면할 수 있을 것으로 보이는 점, 노동위원회가 원직복직 외에 임금 상당액의 지급을 명하는 구제명령을 하고 이를 불이행하는 경우 이행강제금을 부과할 수 있도록 규정한 취지는 부당하고 등으로 일정 기간 근로를 제공하지 못하여 임금을 받지 못한 근로자들의 생활고를 잠정적으로나마 신속·간이하게 해결하기 위한 것이라는 점 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 구제명령에서 지급의무의 대상이 되는 임금 상당액의 액수를 구체적으로 특정하지 않고, '해고기간 동안 정상적으로 근무하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액'으로 정하였다고 하더라도 구제명령의 이행이 불가능할 정도로 불특정하여 위법·무효라고 할 수 없다.

2. 구제명령을 이행하지 않았거나, 이행하지 못함에 있어 정당한 사유가 없다고 본 사례

1) 취업규칙이나 임금지급 관행 등에 따르더라도 임금산정 기준이 불명확하여 정확한 임금을 특정할 수 없는 경우에 종전 임금협약에 따라 산정한 금액을 지급한 것은 구제명령을 이행한 것으로 보지만,¹⁴³⁹⁾ 단체협약, 취업규칙, 임금지급 관행 등에 따라 계산했음에도 사용자가 객관적인 금액에 현저히 못 미치는 금액을 지급한 경우에는 불이행으로 봄

【대전지방법원 2009. 7. 15. 선고 2008구합3*** 판결】

위 구제명령에서 원고가 ○○○에게 지급하여야 할 '해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액'이란, 원고가 ○○○을 부당해고한 2008. 1. 17.부터 ○○○을 원직에 복직시킨 2008. 6. 13.의 전날인 2008. 6. 12.까지의 기간 동안 ○○○이 계속 근로하였다면 받을 수 있는 임금 전부라고 할 것이고, 원고가 이 사건 구제명령 중 해고기간 동안의 임금 상당액의 지급의무를 이행하였는지 여부는 노동위원회규칙 제79조 제2호에 비추어 그 금액을 전액 지급하였는지 여부에 따라 판단해야 할 것이다.

그런데, 원고는 2008. 6. 5.에 2008. 1. 17.부터 2008. 3. 16.까지의 임금 4,528,994원만을 지급하였을 뿐이므로(원고는 이 사건 처분일 전인 2008. 6. 30. 임금, 퇴직금 및 부당해고기간 동안의 합의금으로 1,450만 원을 지급하였다고 주장하나, 원고가 근로자에게 위 금원을 지급한 날은 이 사건 처분일 이후인 사실이 인정된다), 원고는 이 사건 처분일 전까지 해고기간 동안의 임금 상당액 지급의무를 완전하게 이행하지 아니하였다고 판단되므로 이 사건 처분은 적법하다.

2) 근로자가 타 직장에 취업하여 얻은 이익을 공제해야 하는 사정이 발생했다고 하여 임금 상당액 지급명령을 이행하지 않은 것은 불이행의 정당한 사유가 되지 못함

1439) 창원지방법원 2011. 12. 1. 선고 2011구합1*** 판결, 부산고등법원 2012. 9. 27. 선고 2011누1*** 항소기각 판결(확정) 등

【 수원지방법원 2010. 6. 30. 선고 2010구합1*** 판결 】

사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에서 근무하여 지급받은 임금은 민법 제538조 제2항에 규정된 자기의 채무를 면함으로써 얻은 이익에 해당하므로, 사용자는 근로자에게 해고기간 중의 임금을 지급함에 있어 위와 같은 이익을 공제할 수 있는 것이기는 하지만, 근로자가 지급받을 수 있는 임금액 중 근로기준법 제45조 소정의 휴업수당(평균임금의 70/100)의 한도에서는 이를 이익공제의 대상으로 삼을 수 없을 뿐만 아니라, 다른 직장에 근무하지 못한 해고기간도 10개월에 이르고 있어서 지급할 임금 상당액이 없다고 보이지 않는 점, 더욱이 원고 회사는 근로자에게 임금 상당액을 지급하기 위한 아무 노력을 하지 않았고, 오히려 이 사건 구제명령에 대하여 항고소송을 제기하여 그 항고소송을 통하여 이 사건 구제명령이 취소되기만을 기다리고 있는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면 원고 회사는 임금 상당액 지급명령도 불이행하였다고 인정된다.

3) 사용자가 조정권고안에 따른 금원을 지급하지 않은 이상 조정만으로는 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 없음

【 전주지방법원 2008. 12. 11. 선고 2008구합1*** 판결¹⁴⁴⁰⁾ 】

위 조정권고안이 이 사건 구제명령까지 포괄하여 해결하려는 의도를 가진 것이었다고 하더라도 원고가 위 조정권고안의 내용에 따라 참가인에게 퇴직금 및 추가로 지급하여야 할 600만 원을 지급하였음을 인정할 증거가 전혀 없는 이상 이 사건 구제명령의 이행이 완료되었다고 볼 수는 없다고 할 것이므로, 원고의 주장은 이유 없다.

4) 근로자가 신용불량자이거나,¹⁴⁴¹⁾ 사용자에게 대한 예금채권을 압류, 상계하였다는 사정은 사용자의 구제명령 불이행의 정당한 사유가 되지 못함

【 서울행정법원 2011. 12. 16. 선고 2011구단14*** 판결¹⁴⁴²⁾ 】

① 이 사건 근로자들이 임금 상당액의 수령을 거절하였다면 원고는 법원에 공탁함으로써 구제명령 불이행의 책임을 면할 수 있고(피고가 원고에게 공탁 절차를 안내하여 줄 책임까지 있다고 보기는 곤란하다), ② 근로자에 대한 임금은 직접 근로자에게 전액을 지급하여야 하는 것이므로 근로자에 대하여 가지는 불법행위를 원인으로 한 채권으로써 근로자의 임금채권과 상계하지 못하는 것이며(대법원 1999. 7. 13. 선고 99도2*** 판결 참조), ③ 원고가 임금 상당액을 지급하지 않고 있는 상황에서 이 사건 근로자들이 원고의 예금채권 등을 가압류한 것을 두고 원고가 임금 상당액 미지급을 정당화할 근거로 삼기는 곤란하므로 원고의 위 주장은 이유 없다.

1440) 원고는, 원고가 서울행정법원에 제기한 부당해고구제제심판정취소 소송에서 ‘원고와 참가인의 근로관계가 이 사건 근로계약기간 만료 통보 전인 2007. 4. 6. 종료된 것으로 보는 내용의 조정’이 성립되어 이 사건 이행강제금 부과처분일 이전에 이미 구제명령의 이행이 완료되었다고 할 것임에도 구제명령 불이행을 이유로 한 이 사건 처분은 위법하다고 주장하였으나, 아직 조정권고안에 따른 금원을 지급하지 않은 이상 조정만으로는 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 없다는 취지의 판결임(동 사건은 항소심에서 항소취하간주로 확정됨)

1441) 서울행정법원 2015. 12. 4. 선고 2015구합8*** 판결(확정)

5) 조건부 변제공탁은 상대방이 수락하지 않는 한 무효이므로 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 없음

【광주지방법원 2009. 10. 1. 선고 2009구합1*** 판결】

공인노무사법 제2조 제1항 각 호의 규정에 비추어 볼 때, 공인노무사가 근로자로부터 부당하고 구제신청에 대한 권한을 위임받은 것만으로는 바로 부당하고 구제신청과 관련한 금원을 수령할 권한까지 함께 위임받았다고 볼 수 없고, 달리 근로자 마○○이 자신이 선임한 공인노무사에게 부당하고 구제신청과 관련하여 금원을 수령할 권한까지 위임하였다고 볼 만한 증거가 없으므로, 이 사건 공탁은 민법 제487조 규정에서 정한¹⁴⁴³⁾ 채권자가 변제를 받지 아니하거나 받을 수 없는 경우에 해당하여 변제공탁을 할 수 있는 경우에 해당한다.¹⁴⁴⁴⁾ 그러나 원고가 이 사건 공탁을 함에 있어 반대급부 기재란에 “다만, 공탁자가 신청한 중앙노동위원회의 재심신청이 기각될 때까지 피공탁자(근로자 마○○)의 공탁금 출금을 제한함”이라고 기재하였는데 이는 중앙노동위원회에서 원고의 재심신청이 기각될 것을 조건으로 한 변제공탁으로서 공탁 전부가 무효이다.¹⁴⁴⁵⁾ 따라서 이 사건 공탁은 무효이므로 원고가 이 사건 구제명령의 이행기한인 2008. 12. 19.까지 이 사건 구제명령을 이행하였다고 볼 수 없다.

6) 사용자가 평균임금을 지급하려 하였으나 근로자들이 임금 산정에 이견이 있어 수령을 거부한 경우에도 사용자는 변제공탁으로 불이행을 면할 수 있으므로, 근로자의 수령 거부 사실만으로는 불이행의 정당화 사유가 되지 못함

【서울고등법원 2015. 3. 20. 선고 2014누58*** 판결¹⁴⁴⁶⁾】

이행강제금은 근로자를 신속하게 구제하고 노동위원회가 발령한 구제명령의 실효성을 보장하기 위하여 구제명령을 이행하지 않은 사용자로 하여금 구제명령을 이행하도록 하는 행정상의 간접강제 수단으로서 일정한 금원을 납부하게 하는 침익적 행정행위에 해당하므로, 이행강제금 부과처분의 전제가 되는 구제명령은 그 내용을 구체적으로 특정하는 것이 바람직하다. 그런데 이 사건 구제명령 즉 ‘부당징계 및 해고기간 동안 정상적으로 근무하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 지급하라’는 구제명령에 관하여 보면, 이 사건 구제명령 자체로 집행력이 발생하는 것은 아니고 그 수범자인 사용자의 행위에 의하여 실현되는 것이므로, 그 내용의 특정 여부에 관하여 지나치게 엄격하게 해석할 필요가 없는 점, 사용자로서는 평균임금을 기초로 하여 부당하고 기간 동안 정상적으로 근로를 제공하였

1442) 원고는 이 사건 근로자들에게 임금 상당액을 지급하려 하였으나 그들이 ① 터무니없는 금액을 요구하면서 수령을 거절하였고, ② 복직한 후에는 임금 상당액에 준하는 공금을 횡령하였으며, ③ 급기야 2010. 1. 15.에는 원고의 금융기관에 대한 예금채권 등을 가압류하였으므로, 원고가 이 사건 각 구제명령에서 지급을 명한 임금 상당액을 지급하지 않은 것에는 이를 정당화할 만한 사유가 있어 이 사건 이행강제금 부과처분은 위법하다는 취지로 주장하였음

1443) 민법 제487조(변제공탁의 요건, 효과) 채권자가 변제를 받지 아니하거나 받을 수 없을 때에는 변제자는 채권자를 위하여 변제의 목적물을 공탁하여 그 채무를 면할 수 있다. 변제자가 과실 없이 채권자를 알 수 없는 경우에도 같다.

1444) 원고는 2008. 12. 17. 근로자가 미국으로 출국하여 금원의 현실제공이 어렵다는 이유로 이 사건 구제명령에서 지급을 명한 600만 원을 관할 법원 공탁공무원에게 변제공탁하였음

1445) 수령불능, 수령거절, 채권자불확지의 경우 변제공탁(민법 제487조)을 함으로써 의무를 면할 수 있는 것이 원칙이나, 판례는 일부 공탁(98다17046)과 조건부 공탁(70다1061)에 대해서는 채권자가 수락하지 않는 한 원칙적으로 무효로 보고 있음

다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 용이하게 산정할 수 있는 것으로 보이는 점, 객관적으로 타당한 임금 상당액의 구체적인 액수는 최종적으로는 당사자 사이의 의사의 합치 또는 민사소송 등을 통하여서만 확정할 것인데, 사용자로서는 취업규칙이나 임금지급 관행에 의해 임금액을 특정하거나 임금을 정확히 특정할 수 없는 사정이 있는 경우에는 사용자가 일을 합리적인 근거가 있는 산정 기준을 적용하여 산정한 금액을 임의로 지급하거나 법원에 공탁함으로써 구제명령 불이행의 책임을 면할 수 있을 것으로 보이는 점, 노동위원회가 원직복직 외에 임금 상당액의 지급을 명하는 구제명령을 하고 이를 불이행하는 경우 이행강제금을 부과할 수 있도록 규정한 취지는 부당하고 등으로 일정 기간 근로를 제공하지 못하여 임금을 받지 못한 근로자들의 생활고를 잠정적으로나마 신속·간이하게 해결하기 위한 것이라는 점 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 구제명령에서 지급의무의 대상이 되는 임금 상당액의 액수를 구체적으로 특정하지 않고 ‘해고기간 동안 정상적으로 근무하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액’으로 정하였다고 하더라도 구제명령의 이행이 불가능할 정도로 불특정하여 위법·무효라고 할 수 없다.

7) 사용자가 취업규칙이나 임금지급 관행에 의해 정확한 임금을 특정할 수 없어서 종전 임금협약에 따라 산정한 금액을 지급한 경우, 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 있음

【 부산고등법원(창원) 2012. 9. 27. 선고 2011누1*** 판결 】

임금 상당액의 지급을 명하는 구제명령에 있어서 객관적으로 타당한 임금 상당액의 구체적인 액수는 최종적으로는 당사자 사이의 의사의 합치 또는 민사소송 등을 통하여서만 확정할 것인데, 사용자로서는 취업규칙이나 임금지급 관행에 의해 임금액을 특정하거나 임금을 정확히 특정할 수 없는 사정이 있는 경우에는 사용자가 일을 합리적인 근거가 있는 산정기준을 적용하여 산정한 금액을 임의로 지급하거나 법원에 공탁함으로써 구제명령 불이행의 책임을 면할 수 있을 것으로 보인다(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두12*** 판결 참조). …(중략)… ① 원고는 개정된 최저임금법에 생산고에 따른 임금이 포함되지 아니함에 따라 생산고에 따른 임금이 포함됨을 전제로 체결된 2009. 8. 1.자 임금협약을 개정하려 했으나 합의에 이르지 못하여 2010. 7. 31.자로 근로자 68명을 해고하였고, 2010. 10. 11. 폐업에 이르게 된 점, ② 위 2009. 8. 1.자 임금협약에 따른 임금에는 개정된 최저임금법상 최저임금 산정에서 제외되는 생산고에 따른 임금이 포함되어 있고, 개정된 최저임금법 시행 후에는 생산고에 따른 임금을 제외한 임금협약이 체결되지 아니하여, 원고로서는 취업규칙이나 임금지급 관행에 의하여 임금을 정확히 특정할 수 없었다고 보이는 점, ③ 이에 원고는 해고근로자 53명에게 위 2009. 8. 1.자 임금협약에 따른 임금을 지급하였고, 위 53명 중 18명에게 일정액을 추가로 지급하고 이 사건 구제명령을 이행한 것으로 서면합의를 하였으며, 1명은 사망하여 합의에 이르기 어려웠고, 1명은 운전면허정지 등으로 2009. 8. 1.자 임금협약에 따른 임금을 지급하게 되었으며, 피고도 이러한 사정을 고려하여 나머지 33명(53명-20명)의 근로자들에게 대하여만 이 사건 임금 상당액을 지급하지 아니하였다는 이유로 이 사건 이행강제금 처분을 하는 등 과정을 고려하면, 원고가 해고근로자들에게 임금 상당액 지급을 위한 상당한 노력을 하였다고 보이는 점, ④ 위 2009. 8. 1.자 임금협약에 따른 임금과 개정된 최저임금법에 따른 최저임금 간에 상당한 금액차이가 있는데 원고가 결국 지급해야 할 임금 상당액은 창원지방법원 2010가합10689 임금 사건에서 구체적으로 확정될 것으로 보이는 점, ⑤ 이 사건 재심판정에 대한 서울행정법원 2010구합853 부당하고 구제명령 재심판정취소의 소에서 이

1446) 같은 취지의 판결로 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두12*** 판결 참조

사건 임금 상당액 지급명령에 관한 부분을 취소한다는 판결이 선고되는 등 이 사건 구제명령 중 임금 상당액 지급명령에 관하여 다툼의 여지가 있고, 위 판결이 확정될 경우 피고가 징수한 이행강제금을 반환해야 하는 점 등을 종합해 보면, 원고는 해고근로자들에게 2009. 8. 1.자 임금협약에 따른 임금을 지급하고, 임금 상당액 민사소송이 확정되면 그에 따른 차액을 지급함으로써 이 사건 구제명령에 따른 의무를 이행하게 되는 것이라고 봄이 상당하다.

8) 임금 상당액은 평균임금(근로기준법 제2조 제1항 제6호)을 기초로 산정하여 지급하면 그 지급의무를 다하였다고 볼 수 있으므로, 보수를 시급제로 지급하여 매월 보수가 달라진다는 사정만으로 임금 상당액 산정이 불가능한 것은 아님

【대전지방법원 2009. 8. 12. 선고 2009구*** 판결】

구제명령 중 임금 상당액 지급명령 부분은 ‘해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 지급받을 수 있었던 임금 상당액을’ 임○○에게 지급하라는 것인데, 원고 회사는 시내버스운송사업체로서 보수를 시급제로 지급하므로 실제 운전기사들이 받는 보수는 매월 달라 임○○이 해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 산정할 수 없었으므로 이 사건 이행강제금 부과처분은 부당하다고 주장한다. …(중략)… 그러나 ① 임금협정서에 의하면 운수 회사의 근로자들의 임금을 ‘실제 근무한 시급에 의하여 계산하는 일급제’로 지급하도록 규정하면서도, 운수사업의 특수여건에 비추어 일률적으로 근로자들의 근로시간을 정하고 있는데(위 임금협정서 제1조), 기본 근로시간을 주 40시간으로 하고, 월 근로일수를 22일 만근으로 정하고 있으며(제2조), 이에 따라 회사가 지급하여야 할 수당을 규정하고 있는바(제5조), 위와 같은 임금협정에 비추어 원고는 소속 근로자들에게 실제 근무한 시간을 일일이 계산하여 이에 따라 임금을 지급하는 것이 아니라, 위 임금협정에서 일률적으로 정하고 있는 근로시간에 따라 지급하는 것으로 보이는 점, ② 피고는 원고에게 ‘해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 지급받을 수 있었던 임금 상당액을 지급’할 것을 명하는 구제명령을 하였는데, 사용자의 근로자에 대한 해고가 부당해고라고 인정되는 경우 부당한 해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 지급받을 수 있었던 임금 상당액은 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금원으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급에 관하여 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 지급의무가 지워져 있다면 그 명칭 여하를 불문하고 모두 그에 포함되는 것이어서, 해고 이후에는 근로자는 실제 근로를 제공하지 못하게 된다는 점에 비추어, 결국 위 임금 상당액은 해고 이전의 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금을 기준으로 산정한 평균임금(근로기준법 제2조 제1항 제6호)을 기초로 산정함이 타당하다고 할 것이므로, 원고는 임○○에게 해고 이전 3개월 동안 지급한 임금을 기준으로 산정한 평균임금을 기초로 계산한 임금 상당액을 지급하면 그 지급의무를 다하였다고 볼 수 있는 점 등의 사정에 비추어 보면, 이 사건 구제명령 중 임금지급 부분에서 명하고 있는 ‘해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액’을 산정하는 것이 불가능하다고 판단되지는 않는다.

3. 구제명령 불이행의 판단시점에 관한 판례(재결례)

1) 행정심판위원회는 구제명령 이행기한이 지났으나 이행강제금을 부과하기 전에 구제명령을 이행한 경우 이행강제금을 부과할 수 없다고 봄

【국무총리행정심판위원회 2008. 9. 17.자 08-07560 재결】

행정처분의 위법 여부의 판단은 처분시의 법령과 사실 상태를 기준으로 하여야 하지만, 그 의미는 처분 당시 존재하였던 자료나 행정청에 제출되었던 자료만으로 위법 여부를 판단한다는 의미는 아니고 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료뿐만 아니라 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 판단하여야 한다는 것을 말하는 것을 고려하면, …(중략)… 행정심판의 경우에도 처분 시 행정청에 제출된 자료뿐만 아니라 행정심판 청구 시 제출된 자료도 처분 시 존재하였던 객관적 사실을 확정하는 바탕으로 삼아 그 처분의 위법 여부를 판단하여야 한다. …(중략)… 구제명령을 받은 자가 그 이행기한이 지났으나 (피청구인)이 이행강제금을 부과하기 전에 구제명령을 이행한 경우 이행강제금을 부과할 수 있는지에 대해 살펴보면, 근로기준법 제33조 제6항은 구제명령을 받은 자가 구제명령을 이행하면 새로운 이행강제금을 부과하지 아니한다고 되어 있으나, 이행강제금의 취지가 사용자에게 금전적인 압박을 가함으로써 구제명령의 이행을 확보하려는 데에 있다는 점을 고려하면, 새로운 이행강제금의 부과와 최초의 이행강제금의 부과를 다르게 취급할 이유는 없다고 할 것이므로 최초의 구제명령의 이행기한이 지난 경우에도 이미 구제명령을 이행한 경우에는 이행강제금을 부과할 수 없다.

2) 구제명령의 이행에 관한 합의가 이행강제금 부과처분 이후에 있었다면 이미 결정된 이행강제금 부과처분은 적법함

【서울고등법원 2012. 2. 8. 선고 2011누27*** 판결】

원고와 근로자 사이에 이 사건 구제명령의 이행기한 이후 이 사건 부당휴직구제신청 사건과 위 부당해고 구제신청 사건에 관하여 합의가 있었고, 원고가 근로자에게 위 합의에서 정한 금원을 지급하여 결과적으로 이 사건 구제명령을 이행한 것이 되었다고 하더라도 그 이행 전에 이미 이루어진 이행강제금 부과처분이 위법하게 된다고 볼 수 없다.

3) 임금 상당액 지급명령의 일부만을 지급하거나 부과처분 이후 지급한 것은 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 없어 이행강제금 부과처분이 적법함

【대전지방법원 2009. 7. 15. 선고 2008구합3*** 판결】

위 구제명령에서 원고가 ○○○에게 지급하여야 할 ‘해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액’이란, 원고가 ○○○을 부당해고한 2008. 1. 17.부터 ○○○을 원직에 복직시킨 2008. 6. 13.의 전날인 2008. 6. 12.까지의 기간 동안 ○○○이 계속 근로하였다면 받을 수 있는 임금 전부라고 할 것이고, 원고가 이 사건 구제명령 중 해고기간 동안의 임금 상당액의 지급의무를 이행하였는지 여부는 노동위원회규칙 제79조 제2호에 비추어 그 금액을 전액 지급하였는지 여부에 따라 판단해야 할 것이다. …(중략)… 그런데 원고는 2008. 6. 5.에 2008. 1. 17.부터 2008. 3. 16.까지의 임금 4,528,994원만을 지급하였을 뿐이므로(원고는 이 사건 처분일 전인 2008. 6. 30. 임금, 퇴직금 및 부당해고기간 동안의 합의금으로 1,450만 원을 지급하였다고 주장하나, 원고가 근로자에게 위 금원을 지급한 날은 이 사건 처분일 이후인 사실이 인정된다), 원고는 이 사건 처분일 전까지 해고기간 동안의 임금 상당액 지급의무를 완전하게 이행하지 아니하였다고 판단되므로 이 사건 처분은 적법하다.

제4절 이행강제금 부과금액 관련 판례

1) 2회에 걸친 이행강제금 부과를 받았음에도 구제명령을 이행하지 않고, 근로기준법 시행령의 이행강제금의 부과기준 범위 내에서 이행강제금을 부과하였다면, 1, 2차 이행강제금 500만 원에 비하여 금액이 크게 늘어난 2,000만 원을 3차 이행강제금으로 부과한 것은 적법하다고 봄

【서울고등법원 2014. 3. 21. 선고 2013누46*** 판결¹⁴⁴⁷⁾】

원고는, 원고가 2차 이행강제금 부과예고에 대하여 재정상 이행강제금을 납부하기 어렵다는 취지의 의견서를 제출하였고, 3차 이행강제금 부과예고에 대하여 당사자 사이에 협의가 진행 중이라는 취지의 의견서를 제출하였음에도 피고가 1, 2차 이행강제금 500만 원에 비하여 금액이 크게 늘어난 2,000만 원을 3차 이행강제금으로 부과한 것은 지나치게 과중하여 자기구속의 원칙 및 평등의 원칙에 위반된다고 주장한다.

그러므로 살피건대, 근로기준법 시행령 제13조 [별표 3]은 정당한 이유 없는 해고에 대한 구제명령을 이행하지 아니한 경우 “500만 원 이상 2,000만 원 이하”의 한도에서 이행강제금을 부과되 구제적인 이행강제금의 금액은 위반행위의 동기, 고의·과실 등 사용자의 귀책 정도, 구제명령 이행을 위한 노력의 정도, 구제명령을 이행하지 아니한 기간 등을 고려하여 결정하도록 규정하고 있다.

그런데 앞서 본 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 해고가 부당하다는 취지의 재심판정이 확정된 이상 원고가 주장하는 사정만으로 위 해고가 정당하다고 볼 수 없고, 원고가 이 사건 처분 이전에도 이미 구제명령 불이행을 이유로 2회에 걸쳐 이행강제금 부과처분을 받았음에도 구제명령을 이행하지 않았으며, 이 사건 처분 당시 원고에 의하여 해고된 ○○○가 지급받지 못한 급여액이 합계 146,000,000원에 이르고 있었던 점, ② 근로기준법 시행령 제14조는 이행강제금의 부과유에 사유로 “구제명령을 이행하기 위하여 사용자가 객관적으로 노력하였으나 근로자의 소재 불명 등으로 구제명령을 이행하기 어려운 것이 명백한 경우, 천재·사변, 그 밖의 부득이한 사유로 구제명령을 이행하기 어려운 경우”를 들고 있는데 원고가 주장하는 사유는 이에 해당한다고 보기 어렵고, 이 사건 처분이 근로기준법 시행령 제13조 [별표 3]에서 정한 이행강제금의 부과기준 범위 내에서 이루어진 점 등 제반 사정을 종합하여 보면 이 사건 처분이 과중하다고 볼 수 없고, 달리 자기구속의 원칙 및 평등의 원칙 등에 위반되었다고 보기 어렵다. 따라서 원고의 위 주장도 이유 없다.

2) 사용자가 3차 이행강제금 부과처분 이후 근로자를 원직복직시키고 임금의 일부를 지급하는 등 구제명령의 이행을 위해 노력하였고, 1차 내지 3차 이행강제금을 모두 납부하였음에도, 노동위원회가 다시 이행강제금 최고액을 부과한 경우, 달성하고자 하는 공익에 비하여 침해되는 사용자의 사익이 지나치게 과도하여 재량권 일탈·남용임

1447) 대법원 2014. 7. 24.자 2014두36*** 판결로 확정됨(유사사례: 서울행정법원 2013. 7. 23. 선고 2013구합52*** 판결)

【서울고등법원 2014. 3. 27. 선고 2013누50*** 판결1448)】

또한 앞서 본 바와 같이 원고가 3차 이행강제금 부과처분 이후 ○○○를 원직에 복귀시키고 임금의 일부를 지급하는 등 이 사건 구제명령의 이행을 위해 노력하였고, 중앙노동위원회에 1차·2차·3차 이행강제금을 모두 납부하였음에도, 중앙노동위원회가 다시 원고에게 이행강제금 최고액을 부과한 이 사건 부과처분은 그로써 달성하고자 하는 공익에 비하여 침해되는 원고의 사익이 지나치게 과도하여 재량권을 일탈·남용하였다고 봄이 타당하다.

3) ‘원직복직’과 ‘임금 상당액 지급’이라는 구제명령 중 **사용자는 원직복직 의무를 모두 이행하였으므로 원직복직에 대한 이행강제금 부과처분은 부당하고, 임금 상당액 구제명령에 있어서도 대부분을 이행하였으므로 이러한 사정이 이행강제금 산정에 있어서 충분히 고려되었어야 함에도 고려 없이 산정된 이행강제금은 금액이 과중하여 위법하고, ‘일부 불이행’의 경우 이행의 정도 또는 노력의 정도에 대하여 나누고 있지 않은 이행강제금 세부 부과요령도 합리적 기준이라고 볼 수 없음**

【서울행정법원 2018. 11. 29. 선고 2018구합65*** 판결】

중앙노동위원회는 원고가 이 사건 제1재처분 판정에 따른 원직복직 의무를 제대로 이행하지 아니하였고, 임금 상당액의 지급의무도 다하지 않았다고 보았다. 그러나 원고가 이 사건 제1재처분 판정에 따른 원직복직 의무를 모두 이행하였음은 앞에서 살펴 본 바와 같다. 따라서 적어도 이 사건 제1재처분에 대하여는 처분의 전제가 된 사실 중 일부가 잘못 인정되었고, 그와 같은 사정은 구제명령 이행을 위한 원고의 노력 정도를 판단함에 있어서 원고에게 유리하게 참작되어야 할 사정에 해당한다. …(중략)… 원고에 대한 이행강제금의 부과액을 정함에 있어서도 그와 같은 제도의 취지가 적극적으로 고려되어야 할 것이다. 이 사건의 경우, 관련된 근로자들의 수가 적지 않은데다가 원고와 근로자들 사이의 법적 분쟁이 장기화되면서 원고가 지급하여야 할 임금 상당액의 전체 규모가 상당히 큰데도 불구하고, 원고는 이 사건 각 재처분 판정을 받은 후 이행기간 내에 근로자들에게 임금 미지급 기간 동안의 급여, 상여금, 여름휴가비 및 김장상여금을 합한 금원을 모두 지급하여 임금 상당액에 대한 지급의무를 상당 부분 이행하였는바, 이로써 임금을 받지 못한 근로자들의 생활고를 잠정적으로나마 신속·간이하게 해결한다는 목적은 이미 상당 부분 달성되었다고 봄이 상당하다. 특히 이 사건 세부요령은 일부 불이행의 경우 그 이행의 정도나 이행 노력의 정도에 따라 아무런 차별을 두고 있지 아니하여 그 자체로 합리적인 기준이라고 보기도 어렵다. 예를 들어, 이 사건 세부요령을 따를 경우 이 사건 제1 처분의 사유 중 원직복직 의무 불이행 부분과 임금 상당액 지급의무 불이행 부분이 모두 인정되는 경우나 그 중 하나만 인정되는 경우나 어느 것이라도 이 사건 세부요령상 일부 불이행의 점에 있어서는 동일하여 같은 기준으로 이행강제금이 산정된다. 임금 상당액 지급의무 불이행의 경우만을 보더라도 ‘대부분 이행하고 극히 일부 불이행한 경우’와 ‘극히 일부 이행하고 대부분 불이행한 경우’를 구별하지 않고 같은 기준으로 이행강제금이 산정된다. 따라서 원고의 경우처럼 의무의 대부분을 이행하고 그 나머지 일부 불이행한 부분이 남아있는 경우에까지 이 사건 세부요령을 일률적으로 적용하는 것은 부당하다.

1448) 1심 판결(서울행정법원 2013. 10. 22. 선고 2013구합55*** 판결)을 인용함

4) 근로자들에 대한 임금 미지급 액수가 1인당 약 20여만 원 내지 200여만 원에 불과함에도 사용자가 구제명령 중 일부 이행을 하지 않았다는 이유로 근로자 1인당 산정된 이행강제금 액수(11,900,000원)는 지나치게 과다하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 봄

【대전고등법원 2017. 1. 12. 선고 2016누12*** 판결】

이행강제금 부과요령은 피고 내부의 사무처리 기준에 해당할 뿐, 대외적으로 법원이나 국민을 구속하는 효력은 없으므로, 이 사건 처분이 부과요령에 어긋남이 없다는 사실만으로는 이 사건 처분이 당연히 적법하다고 볼 수 없고, …(중략)… ① 원고가 이 사건 근로자들에게 지급하지 못한 임금은 1인당 약 20만 원 내지 200만 원에 불과하여 원고의 부당해고구제명령 일부 불이행으로 인하여 이 사건 근로자들이 입는 피해는 경미한 반면, 이 사건 처분의 액수는 이 사건 근로자 1인당 1,190만 원에 이르는 점, ② …(중략)… 원고는 이 사건 처분이 없더라도 이미 3차에 걸쳐 부과된 이행강제금 총 9천만 원의 징수를 피할 수 없는 처지에 있고, 2016. 12. 30.자로 단전 통보를 받을 정도로 열악한 원고의 재정 상태에 비추어 이미 부과된 이행강제금만으로도 부당해고구제명령을 불이행한 원고에게 충분한 제재 내지 압박이 될 것으로 보이는 점, ③ 근로기준법 제33조 제5항에 의하면, 노동위원회는 최초의 구제명령을 한 날을 기준으로 매년 2회의 범위에서 구제명령이 이행될 때까지 반복하여 이행강제금을 부과·징수할 수 있으나, 위 법문의 형식·내용상 구제명령이 이행되지 않는다고 하여 반드시 매년 2회 부과·징수를 하여야 하는 것은 아닌 점, ④ 피고는 이 사건 처분 이전 3차에 걸친 이행강제금 부과를 함에 있어서는 원고의 여러 사정을 고려하여 부과요령이 정한 기준보다 낮은 금액의 이행강제금을 부과한바, 피고 스스로도 이행강제금을 부과함에 있어 부과요령이 정한 기준에만 얽매이지 않고 상당한 재량권 행사의 여지를 남겨 두고 있는 점, ⑤ 피고도 인정하고 있는 것처럼 미지급 임금의 액수는 부과요령에서 전혀 고려되지 않았는데, 이러한 부과요령은 그 자체로 합리적인 기준이라고 보기 어려운 점 등에 비추어 보면, 피고가 주장하는 여러 사정들을 십분 고려하더라도 이 사건 처분은 원고에게 지나치게 가혹한 것으로서 이행강제금 부과와 관련하여 피고가 가진 재량권을 일탈·남용한 경우에 해당한다고 봄이 타당하다.

제5절 부과절차 관련 판례

1. 초심지노위 구제명령에 불복한 사용자가 중노위에 재심신청을 하거나,¹⁴⁴⁹⁾ 재심판정에 대한 행정소송이 제기되었다고 하더라도 구제명령이 취소된 것과 같다고 볼 수 없으므로, 사용자는 노동위원회가 정한 이행기한까지 구제명령에 따른 이행을 하지 아니한 이상 이행강제금 부과 요건은 성립함

【대전고등법원 2015. 2. 5. 선고 2014누11685·11*** (병합) 판결】

근로기준법 제32조는 ‘노동위원회의 구제명령, 기각결정 또는 재심판정은 제31조에 따른 중앙노동위원회에 대한 재심신청이나 행정소송 제기에 의하여 그 효력이 정지되지 아니한다.’라고 규정하고 있고, 같은 법 제33조 제1항은 ‘노동위원회는 구제명령(구제명령을 내용으로 하는 재심판정을 포함)을 받은 후 이행기한까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 2,000만 원 이하의 이행강제금을 부과한다’고 규정하고 있는데, 이행강제금 제도는 종래 정당한 이유가 없는 해고 등에 대하여 노동위원회가 구제명령을 하였음에도 사용자가 이를 이행하지 아니한 경우 적절한 이행확보수단이 없어 그 실효성이 적다는 비판에 따라 도입된 것으로서 근로기준법 시행령 제15조 제1항은 ‘노동위원회는 중앙노동위원회의 재심판정이나 법원의 확정판결에 따라 노동위원회의 구제명령이 취소되면 직권 또는 사용자의 신청에 따라 이행강제금의 부과징수를 중지하고 이미 징수한 이행강제금을 반환하여야 한다.’고 규정하여 노동위원회의 구제명령이 ‘취소’된 경우에 이행강제금의 부과 징수를 중지하도록 하고 있는데, 이 사건 재심판정에 대한 취소청구의 소를 제기하였다는 사정만으로 이 사건 재심판정에 따른 구제명령의 효력이 정지되지 아니하고, …(중략)… 근로기준법 제32조에 의하면 구제명령은 행정소송 제기에 의하여 그 효력이 정지되지 않으므로 사용자로서는 구제명령을 신속히 이행함이 원칙이고 그 후 재심판정에 대한 행정소송이 제기되었다 하더라도 그로써 이 사건 구제명령이 취소된 것과 같다고 볼 수는 없고, 원고가 정한 이행기한까지 이 사건 구제명령에 따른 이행을 하지 아니한 이상 이 사건 이행강제금의 부과 요건은 성립한다.

2. 더욱이 지방노동위원회가 원직복직 대신 임금 상당액 지급 구제명령을 하였으나 사용자가 이행하지 않자 구제명령 불이행을 이유로 이행강제금 부과처분을 하였는데 그 후 중앙노동위원회의 재심절차에서 화해가 성립하는 경우, 화해가 성립하였다고 하여 구제명령이 취소된 것과 같다고 볼 수 없으므로, 이행기한까지 구제명령에 따른 이행을 하지 않은 이상 이행강제금 부과 요건은 성립한 것이므로, 부과처분은 적법함

【춘천지방법원 2014. 12. 5. 선고 2014구합1*** 판결】

구제명령의 취소는 구제명령이 위법한 것을 전제로 중앙노동위원회의 재심판정이나 법원의 확정판결에 따라 그 효력을 소멸시키는 공적 판단이 전제되는 반면, 화해는 구제명령의 위법 또는 부당해

1449) 서울고등법원 2016. 11. 16. 선고 2016누58*** 판결(확정)

고 여부를 문제 삼지 않고 근로계약 당사자들 사이에서 자유롭게 권리와 의무를 조정할 수 있는 것으로 그 법적 성격이 반드시 같다고 볼 수 없다(이 사건의 경우에도 이 사건 화해 내용으로 이 사건 구제명령이 위법한지 여부를 확정할 수 없다). 또한 근로기준법 제32조에 의하면, 구제명령은 중앙노동위원회에 대한 재심 신청이나 행정소송 제기 등에 의하여 그 효력이 정지되지 않으므로 사용자로서는 구제명령을 신속히 이행함이 원칙이고, 그 후 제기된 재심절차에서 화해가 이루어지게 되더라도 이미 도과한 이행기한까지 구제명령을 불이행한 효과가 소멸된다고 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 화해가 성립하였다고 하여 그로써 이 사건 구제명령이 취소된 것과 같다고 볼 수는 없고, 원고가 피고가 정한 이행기한까지 이 사건 구제명령에 따른 이행을 하지 아니한 이상 이 사건 이행강제금의 부과 요건은 성립한 것이므로, 이 사건 부과처분 및 독촉처분은 적법하다.

3. 다만, 이른바 ‘사전통지제도(노동위원회는 사용자에게 구제명령 불이행에 따른 이행강제금을 부과하기 30일 전까지 사전 예고통지를 하여야 함)’를 전혀 거치지 아니하였거나 거쳤더라도 사전통지기간을 제대로 준수하지 아니한 경우에는 이행강제금 부과처분은 위법함

【서울행정법원 2013. 10. 22. 선고 2013구합55*** 판결 1450】

피고는 근로기준법 제33조 제2항에서 말하는 이행강제금의 ‘부과’는 그 처분이 상대방에게 송달되어 그 효력이 발생한 때를 의미하므로 이 사건 부과처분이 이 사건 예고통지로부터 30일이 경과된 이후에 원고에게 송달된 이상 적법하다는 취지로 주장하지만, 행정처분은 내부적으로 결정된 행정처분의 의사가 외부적으로 표시된 때에 성립하는 것이므로 이 사건 부과처분은 중앙노동위원회가 심판위원회의 의결을 거쳐 그 내용을 처분서의 형식으로 완성한 때인 2013. 5. 15. 부과한 것으로 보아야 하고, 그 시기가 이 사건 예고통지일로부터 30일이 경과되지 아니한 이상 처분서의 송달이 예고통지일로부터 30일 후에 이루어졌다고 하여 중앙노동위원회가 근로기준법 제33조 제2항에서 정한 기간을 준수한 것으로 볼 수 없다.

4. 또한 사용자가 이행하여야 할 구제명령의 내용을 초과하는 것을 ‘불이행 내용’으로 한 다음 이를 이행하지 않았다는 이유로 이행강제금을 부과하였다면, 초과한 정도가 근소하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이행강제금 제도의 취지에 반하는 것으로서 부과처분은 역시 위법함

【대법원 2015. 6. 24. 선고 2011두2*** 판결】

중앙노동위원회의 재처분판정으로 이 사건 구제명령 중 원직복직 및 2008. 1. 1. 이후의 임금 상당액 지급에 관한 부분이 취소되었고 그 소급효에 의하여 이러한 부분에 대하여는 처음부터 구제명령

1450) 서울고등법원 2014. 3. 27. 선고 2013누50*** 판결에서 확정됨. 한편 동 판결에서는 근로기준법 제33조 제5항 소정의 이행강제금 부과기간인 2년의 기산일인 ‘최초의 구제명령을 한 날’은 ‘판정일’을 의미한다는 취지가 일부 포함되어 있으나, 이 부분에 대하여는 ‘최초의 구제명령을 한 날’을 ‘판정서 송달일’로 보아야 한다는 의견이 제기됨

이 없었던 것과 같은 효과가 발생하게 되었으므로, 원고는 이 사건 구제명령으로 2007. 11. 15.부터 2007. 12. 31.까지의 임금 상당액 지급에 관한 행정법상의 의무만을 부담한 것이 된다. 그런데 피고는 원고의 '불이행 내용'을 2007. 11. 15.부터 2008. 5. 15.까지의 임금 상당액 미지급으로 봄으로써, 원고가 이행하여야 할 행정법상 의무의 내용을 초과하는 것을 '불이행 내용'으로 기재한 이행강제금 부과 예고서에 의하여 이행강제금 부과 예고를 한 다음 이를 이행하지 않았다는 이유로 이 사건 처분을 한 것과 마찬가지로 되었으므로, 특별한 사정이 없는 한 위 이행강제금 부과 예고나 이에 터 잡은 이 사건 처분은 위법하다고 할 것이다. 한편 중앙노동위원회의 재처분판정으로 이 사건 구제명령 중 원직복직 및 2008. 1. 1. 이후의 임금 상당액 지급에 관한 부분이 취소된 것이 원심 변론종결 후이기는 하지만, 이는 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 존용되는 민사소송법 제451조 제1항 제8호에 규정된 재심사유인 '판결의 기초가 된 행정처분이 다른 행정처분에 따라 바뀐 때'에 해당하므로, 원고는 위 사유를 상고이유로 삼을 수 있다(대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다41*** 판결 참조).

5. 근로기준법 제33조 제2항에 따른 이행강제금 부과처분의 사전통지기간(부과 전 30일) 준수 여부 판단 시 이행강제금의 '부과'는 그 처분이 상대방에 송달되어 효력이 발생한 때가 아닌 **노동위원회가 심판위원회의 의결을 거쳐 그 내용을 처분서의 형식으로 완성한 때**라고 판단함

【서울고등법원 2014. 3. 27. 선고 2013누50*** 판결¹⁴⁵¹⁾】

근로기준법 제33조 제1항은 '노동위원회는 구제명령을 받은 후 이행기한까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 2,000만 원 이하의 이행강제금을 부과한다'하고 규정하고 있고, 제2항은 '노동위원회는 제1항에 따른 이행강제금을 부과하기 30일 전까지 이행강제금을 부과·징수한다는 뜻을 사용자에게 미리 문서로서 알려 주어야 한다'라고 규정하고 있으며, 제5항은 '노동위원회는 최초의 구제명령을 한 날을 기준으로 매년 2회의 범위에서 구제명령이 이행될 때까지 반복하여 제1항에 따른 이행강제금을 부과·징수할 수 있다.'고 규정하고 있다. 그리고 근로기준법 시행령 제12조 제3항은 '법 제33조 제2항에 따라 이행강제금을 부과·징수한다는 뜻을 사용자에게 미리 문서로서 알려줄 때에는 10일 이상의 기간을 정하여 구술 또는 서면으로 의견을 진술할 수 있는 기회를 주어야 한다'라고 규정하고 있다. 위와 같은 관계 법령의 규정 형식과 내용 등에 비추어 볼 때, ① 근로기준법 제33조 제2항이 정한 사전통지제도는 이행강제금 부과와 관련하여, 한편으로는 사용자에게 변명과 유리한 자료를 제출할 기회를 부여하고, 다른 한편으로 사용자가 자발적으로 이행할 수도 있음을 고려하여 이행에 필요한 기간을 부여함으로써 이행강제금 부과에 신중과 적정을 기하려는 데 그 취지가 있는 것으로 보이고, ② 이러한 사전통지 절차는 2차 내지 4차 이행강제금의 부과에 있어서도 근로기준법 제33조 제5항, 제1항, 제2항이 순차적으로 반복하여 적용된다고 봄이 타당하므로, ③ 중앙노동위원회가 이행강제금을 부과하기 전에 위와 같은 사전통지 절차를 전혀 거치지 아니하였거나 거쳤더라도 사전통지기간을 제대로 준수하지 아니한 경우에는 이행강제금 부과처분이 위법하다.

그런데 앞서 본 바와 같이 중앙노동위원회가 2013. 4. 24. 원고에게 이 사건 예고통지를 하고, 그로부터 30일이 경과되기 전인 같은 해 5. 15. 이 사건 부과처분을 하여 근로기준법 제33조 제2항에서 정한 기간을 제대로 준수하지 아니하였으므로, 이 사건 부과처분은 위와 같은 절차상의 잘못으로 위법하다. 이에 대하여 피고는, 근로기준법 제33조 제2항에서 말하는 이행강제금의 '부과'는 그 처분이 상대방

에게 송달되어 그 효력이 발생한 때를 의미하므로 이 사건 부과처분이 이 사건 예고통지로부터 30일이 경과된 이후에 원고에게 송달된 이상 적법하다라는 취지로 주장한다. 그러나 행정처분은 내부적으로 결정된 행정청의 의사가 외부적으로 표시된 때에 성립하는 것이므로 이 사건 부과처분은 중앙노동위원회가 심판위원회의 의결을 거쳐 그 내용을 처분서의 형식으로 완성한 때인 2013. 5. 15. 부과한 것으로 보아야 하고, 그 시기가 이 사건 예고통지일로부터 30일이 경과되지 아니한 이상 처분서의 송달이 예고통지일로부터 30일 후에 이루어졌다고 하여 중앙노동위원회가 근로기준법 제33조 제2항에서 정한 기간을 준수한 것이라고 볼 수 없다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

이에 더하여 가사 피고 주장과 같이 근로기준법 제33조 제2항의 이행강제금의 '부과'는 이행강제금 부과라는 행정처분이 처분의 상대방인 원고에게 도달하여 그 효력을 발생한 때를 의미한다고 하더라도, 근로기준법 제33조 제5항은 “노동위원회는 최초의 구제명령을 한 날을 기준으로 매년 2회의 범위에서 구제명령이 이행될 때까지 반복하여 제1항에 따른 이행강제금을 부과·징수할 수 있다. 이 경우 이행강제금은 2년을 초과하여 부과·징수하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 그런데 갑 제2호증 및 변론의 전 취지에 의하면, 이 사건 이행강제금 부과처분은 2013. 6. 13. 원고에게 도달하였는바, 이는 중앙노동위원회가 재심판정으로 구제명령을 한 2011. 6. 2.부터 2년을 초과한 날임이 역수상 명백하므로 이에 의하더라도 이 사건 이행강제금 부과처분은 위법하다.

6. 노동위원회가 노동위원회규칙 제83조 제2항에 따른 이행강제금 부과기간(이행강제금 납부종료일로부터 6월 이내)을 준수하지 않았다는 사정만으로 이행강제금 부과처분이 위법하다고 볼 수 없음

【서울고등법원 2014. 3. 21. 선고 2013누46*** 판결¹⁴⁵²⁾】

원고는 노동위원회규칙 제83조 제2항에 의하면 이행강제금을 반복하여 부과할 경우 이전 이행강제금 납부종료일로부터 6월 이내에 부과하여야 함에도 피고가 이를 경과하여 이 사건 처분을 하였으므로, 이러한 절차상 하자로서 이 사건 처분은 위법하다고 주장한다.

그러므로 살피건대, 노동위원회규칙 제83조 제2항은 “이행강제금의 반복 부과는 이전 이행강제금 납부종료일로부터 6월 이내에 하여야 한다.”라고 규정하고 있는데, 피고가 2012. 2. 29. 납부종료일을 2012. 5. 8.로 하여 2차 이행강제금 500만 원을 원고에게 부과한 후 그로부터 6월 11일이 경과한 2012. 11. 19. 3차 이행강제금 2,000만 원을 다시 부과한 사실은 인정된다.

그런데 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 ‘행정규칙이나 내부지침’은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 그에 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니라고 할 것인데(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두7*** 판결 등 참조), 위 노동위원회규칙은 행정청의 내부지침에 불과할 뿐 대외적인 구속력이 없어 이를 준수하지 않았다는 사정만으로 이 사건 처분이 위법하다고 보기 어렵고, 달리 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙 등에 위반되었다고 볼 사정이 없다(위 규칙에서 정한 기한을 11일 초과하였다고 하여 원고에게 실질적인 불이익이 발생하였다고 보기 어렵다). 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

1451) 1심 판결(서울행정법원 2013. 10. 22. 선고 2013구합55*** 판결)을 인용함

1452) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 7. 24.자 2014두36*** 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

제6절 이행강제금 부과처분에 대한 집행정지 관련 판례

이행강제금 부과처분은 금전의 지급을 명하는 것을 내용으로 하는 것이어서 그로 인하여 신청인에게 회복하기 어려운 손해가 발생하거나 또는 이를 예방하기 위하여 그 집행을 정지할 긴급할 필요가 있다고 인정되지 않음

【 수원지방법원 2009. 7. 25.자 2008아445 결정 】

취소소송이 제기된 경우에 처분 등의 집행정지는 그 절차의 속행으로 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에 처분 등의 집행의 정지를 결정할 수 있고, 여기에서 '회복하기 어려운 손해'라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서, 금전보상이 불능인 경우 또는 금전보상으로는 사회통념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 말한다. ...(중략)... 신청인이 효력의 정지를 구하는 이행강제금 부과처분은 금전의 지급을 명하는 것을 내용으로 하는 것이어서 그로 인하여 신청인에게 회복하기 어려운 손해가 발생하거나 또는 이를 예방하기 위하여 그 집행을 정지할 긴급할 필요가 있다고 인정되지 아니한다.

이 책을 만든 사람들

중앙노동위원회

박 수 근	중앙노동위원회	위원장
김 왕	중앙노동위원회	사무처장
장 신 철	중앙노동위원회	상임위원
이 상 복	중앙노동위원회	(전)조정심판국장
하 형 소	중앙노동위원회	조정심판국장
손 성 길	중앙노동위원회	(전)법무지원과장
임 세 희	중앙노동위원회	법무지원과장
장 미 정	중앙노동위원회	법무지원과 사무관
김 동 주	중앙노동위원회	법무지원과 송무관
변 성 영	중앙노동위원회	심판1과 전문위원
이 상 준	중앙노동위원회	법무지원과 전문위원

지방노동위원회

최 성 란	부산지방노동위원회	상임위원
나 기 형	충남지방노동위원회	사무국장
박 은 규	전남지방노동위원회	사무국장
김 성 권	경북지방노동위원회	사무국장
김 성 민	경남지방노동위원회	(전)사무국장

감수위원

이 수 영	중앙노동위원회	(전)사무처장
박 진 환	중앙노동위원회	공익위원(서울중앙지방법원 부장판사)
유 성 재	중앙노동위원회	공익위원(중앙대학교 법학전문대학원 교수)
도 재 형	중앙노동위원회	(전)공익위원(이화여자대학교 법학전문대학원 교수)
이 승 섭	중앙노동위원회	공익위원(충남대학교 법학전문대학원 교수)
권 오 성	경기지방노동위원회	공익위원(성신여자대학교 지식산업법학과 교수)

주제별 판례 분석집

초판 발행	2016년 10월
제2판	2017년 10월
제3판	2019년 4월
전면개정판	2020년 11월
발행처	중앙노동위원회
주소	세종특별자치시 한누리대로 422, 정부세종청사 11동 3층
홈페이지	www.nlrc.go.kr
편집·인쇄	문중기획 044) 858-8580