

# 주제별 노동판례 330선 1권

2019. 10.



중앙노동위원회  
National Labor Relations Commission



# 주제별 노동판례 330선 **1권**

2019. 10.



**중앙노동위원회**  
National Labor Relations Commission



「주제별 노동판례 330선」은 노동위원회 심판사건과 관련된 주요 판례를 모은 것으로, 공정한 심판업무 수행과 노동분쟁 예방에 도움을 주기 위하여 발간하였습니다.

이 책은 노동위원회 위원들의 심문과 판정, 조사관의 조사보고서 및 판정서 작성 시 활용하기 위하여 만들었습니다.

나아가 기업, 노동조합·근로자, 정책 담당자, 공인노무사, 변호사 및 일반 국민도 활용할 수 있도록 우리 위원회 홈페이지([www.nlrc.go.kr](http://www.nlrc.go.kr))에 공개합니다.



## 주요 목차

### 1권

|                        |     |
|------------------------|-----|
| 제1부 당사자와 구제이익 .....    | 1   |
| 제1장 근로자 .....          | 3   |
| 제2장 사용자 .....          | 147 |
| 제3장 구제대상과 구제이익 등 ..... | 181 |
| 제2부 개별적 근로관계 .....     | 239 |
| 제1장 근로관계 기본 원칙 .....   | 241 |
| 제2장 채용내정 .....         | 279 |
| 제3장 시용과 수습 .....       | 295 |
| 제4장 인사발령 .....         | 345 |
| 제5장 기업변동 .....         | 479 |
| 제6장 징계 .....           | 585 |
| 제7장 해고 .....           | 699 |

### 2권

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| 제8장 근로계약 기간만료 .....           | 1   |
| 제9장 기타 근로관계 종료 .....          | 71  |
| 제10장 도급과 파견계약 등에서의 근로관계 ..... | 211 |
| 제11장 비정규직 차별시정 .....          | 323 |
| 제3부 집단적 노사관계 .....            | 457 |
| 제1장 부당노동행위 .....              | 459 |
| 제2장 복수노조 .....                | 597 |





# 제1권 세부 목차

## 제1부 당사자와 구제이익

### 제1장 근로자

|                                               |    |
|-----------------------------------------------|----|
| 1. 총괄 .....                                   | 5  |
| 1.1 근로기준법상 근로자성 판단기준 .....                    | 5  |
| □ 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 .....     | 5  |
| 1.2 근로자성 결정에서 독립된 자영인인지 여부에 대한 판단 .....       | 11 |
| □ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2013다77805 판결 .....    | 11 |
| 1.3 근로자성 결정에서 지급된 금품이 근로의 대가로 지급된 것인지 여부 .... | 15 |
| □ 대구지법 2015. 8. 21. 선고 2015나301869 판결 .....   | 15 |
| 2. 임원과 소사장의 근로기준법상 근로자성 판단 .....              | 20 |
| 2.1 등기임원 .....                                | 20 |
| □ 대법원 2017. 9. 7. 선고 2017두46899 판결(인정) .....  | 20 |
| □ 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다28813 판결(부정) ..... | 24 |
| 2.2 비등기임원 .....                               | 28 |
| □ 대법원 2013. 6. 27. 선고 2010다57459 판결(인정) ..... | 28 |
| □ 대법원 2017. 11. 9. 선고 2012다10959 판결(부정) ..... | 31 |
| 2.3 대표이사 .....                                | 37 |
| □ 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다98720 판결(부정) ..... | 37 |
| 2.4 소사장 .....                                 | 42 |
| □ 대법원 2016. 5. 26. 선고 2014도12141 판결(인정) ..... | 42 |



|                                                      |     |
|------------------------------------------------------|-----|
| 3. 직업별 근로기준법상 근로자성 판단 사례 .....                       | 48  |
| 3.1 교육 종사자 .....                                     | 48  |
| (1) 대학 시간강사 .....                                    | 48  |
| □ 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025 판결(인정) ..... | 48  |
| (2) 초·중등학생 대상 영어학원 원어민 강사 .....                      | 51  |
| □ 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다88161 판결(인정) .....        | 51  |
| 3.2 차량운전원 .....                                      | 63  |
| (1) 학원 버스기사 .....                                    | 63  |
| □ 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다62749 판결(인정) .....        | 63  |
| □ 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012두16442 판결(부정) .....        | 68  |
| (2) 화물운송 지입차주 .....                                  | 70  |
| □ 대법원 2013. 4. 26. 선고 2012도5385 판결(인정) .....         | 70  |
| □ 대법원 2013. 7. 11. 선고 2012다57040 판결(부정) .....        | 73  |
| 3.3 판매종사자 .....                                      | 77  |
| (1) 백화점 판매직원 .....                                   | 77  |
| □ 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146 판결(인정) .....        | 77  |
| (2) 야쿠르트 위탁판매원 .....                                 | 82  |
| □ 대법원 2016. 8. 24. 선고 2015다253986 판결(부정) .....       | 82  |
| 3.4 채권추심원 .....                                      | 84  |
| □ 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252891 판결(인정) .....       | 84  |
| □ 대법원 2015. 7. 9. 선고 2012다20550 판결(인정) .....         | 88  |
| □ 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566 판결(인정) .....         | 92  |
| □ 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다40612, 40629 판결(부정) ..... | 97  |
| 3.5 텔레마케터 .....                                      | 99  |
| □ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29890 판결(인정) .....       | 99  |
| 3.6 방송종사자 .....                                      | 104 |
| (1) 영상취재요원 .....                                     | 104 |
| □ 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10754 판결(인정) .....        | 104 |

|                                                      |            |
|------------------------------------------------------|------------|
| (2) 방송제작 PD .....                                    | 107        |
| □ 대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두19390 판결(인정) .....        | 107        |
| 3.7 재봉공(객공) .....                                    | 109        |
| □ 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다51417 판결(인정) .....       | 109        |
| 3.8 도급제 사원 .....                                     | 112        |
| □ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2011다1880 판결(부정) .....         | 112        |
| 3.9 간병인 .....                                        | 114        |
| □ 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두18448 판결(부정) .....       | 114        |
| <b>4. 노동조합법상 근로자성 판단 .....</b>                       | <b>116</b> |
| 4.1 골프장 캐디 .....                                     | 116        |
| □ 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결(인정) .....           | 116        |
| □ 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결(인정) .....        | 119        |
| 4.2 학습지 교사 .....                                     | 126        |
| □ 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604 판결(인정) ..... | 126        |
| 4.3 방송연기자 .....                                      | 134        |
| □ 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결(인정) .....       | 134        |
| 4.4 취업자격이 없는 외국인 근로자 .....                           | 137        |
| □ 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 판결(인정) .....         | 137        |
| 4.5 일시적 실업상태에 있는 자 및 구직자 .....                       | 142        |
| □ 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결(인정) .....         | 142        |
| 4.6 해직된 교원의 조합원 자격 범위 .....                          | 144        |
| □ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2012도10066 판결 .....            | 144        |



## 제2장 사용자

|                                                      |     |
|------------------------------------------------------|-----|
| <b>1. 근로기준법상 사용자성 판단</b>                             | 149 |
| 1.1 사업경영담당자의 의미와 판단 기준                               | 149 |
| □ 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도1199 판결                   | 149 |
| 1.2 실질적인 근로관계 사실에 따른 사용자성 판단                         | 152 |
| □ 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006도300 판결                    | 152 |
| 1.3 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자의 사용자성                | 154 |
| □ 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결                   | 154 |
| 1.4 소사장 법인 소속 근로자의 사용자                               | 157 |
| □ 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도649 판결                   | 157 |
| 1.5 지입회사와 지입차주 사이에서의 사용자성 판단                         | 160 |
| □ 대법원 1998. 1. 23. 선고 97다44676 판결                    | 160 |
| 1.6 회사를 사실상 경영하여 온 경우에 대한 사용자성 판단                    | 163 |
| □ 대법원 1997. 11. 11. 선고 97도813 판결                     | 163 |
| 1.7 수급인에 대한 도급인의 사용자성                                | 168 |
| □ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결                  | 168 |
| <b>2. 노동조합법상 사용자성 판단</b>                             | 169 |
| 2.1 사업주를 위하여 행동하는 자 및 항상 사용자의 이익을 대표하여<br>행동하는 자의 의미 | 169 |
| □ 대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두13873 판결                   | 169 |
| 2.2 단체교섭의 당사자로서의 국가의 사용자성                            | 172 |
| □ 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40935 판결                  | 172 |
| 2.3 노동조합과 단체교섭을 할 상대방인 사용자단체의 의미                     | 174 |
| □ 대법원 1999. 6. 22. 선고 98두137 판결                      | 174 |
| 2.4 지배·개입에 의한 부당노동행위에서의 사용자                          | 176 |
| □ 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결                   | 176 |

## 제3장 구제대상과 구제이익 등

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| 1. 구제대상 .....                                | 183 |
| 1.1 근로계약기간 만료 시 임금상당액 부분의 별도 구제이익 부정 .....   | 183 |
| □ 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012두4036 판결 .....     | 183 |
| 1.2 구제대상으로서의 그 밖의 징벌의 의미 .....               | 185 |
| (1) 그 밖의 징벌로 인정되지 못한 사례 .....                | 185 |
| □ 서울행법 2011. 7. 14. 선고 2010구합32587 판결 .....  | 185 |
| (2) 그 밖의 징벌로 인정된 사례 .....                    | 192 |
| □ 서울행법 2009. 7. 1. 선고 2008구합47494 판결 .....   | 192 |
| 2. 구제이익의 소멸 .....                            | 195 |
| 2.1 민사소송에서 근로자 패소가 확정된 경우 부당해고 구제이익 소멸 ..... | 195 |
| □ 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15964 판결 .....    | 195 |
| 2.2 해고 후 복직된 경우 구제이익 부정 .....                | 200 |
| □ 대법원 2002. 2. 8. 선고 2000두7186 판결 .....      | 200 |
| 2.3 근로자가 해고에 대해 동의, 승인한 경우 구제이익 소멸 .....     | 202 |
| □ 대법원 1998. 2. 27. 선고 97누18202 판결 .....      | 202 |
| 2.4 대기발령 후 징계처분 시 대기발령 구제이익 소멸 .....         | 204 |
| □ 대법원 1997. 9. 26. 선고 97다25590 판결 .....      | 204 |
| 3. 구제이익의 예외적 인정 .....                        | 206 |
| 3.1 직위해제로 승진 등의 제한이 있다면 예외적으로 구제이익 인정 .....  | 206 |
| □ 대법원 2010. 7. 29. 선고 2007두18406 판결 .....    | 206 |
| 3.2 임금상당액에 대한 구제이익 인정 .....                  | 209 |
| □ 서울고법 2007. 7. 19 선고 2006누27979 판결 .....    | 209 |
| 3.3 전보명령 후 해고 시 예외적으로 전보명령의 구제이익 인정 .....    | 212 |
| □ 대법원 1995. 2. 17. 선고 94누7959 판결 .....       | 212 |



|                                             |            |
|---------------------------------------------|------------|
| 3.4 사용자의 공법상 의무를 면하기 위한 구제이익 인정 .....       | 214        |
| □ 대법원 1994. 4. 29. 선고 93누16680 판결 .....     | 214        |
| <b>4. 계약기간 만료와 구제이익 .....</b>               | <b>217</b> |
| 4.1 차별시정 절차 진행 중 근로관계 종료 시라도 구제이익 존재 .....  | 217        |
| □ 서울행법 2015. 6. 23 선고 2014구합21042 판결 .....  | 217        |
| 4.2 근로계약기간 만료 시 구제절차 진행 중이라도 다툼 이익 소멸 ..... | 224        |
| □ 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두22136 판결 .....  | 224        |
| 4.3 갱신기대권 인정 시 구제이익 .....                   | 226        |
| □ 대법원 2005. 7. 8. 선고 2002두8640 판결 .....     | 226        |
| <b>5. 사업장 폐업과 구제이익 .....</b>                | <b>229</b> |
| 5.1 사업장 위장폐업 시 구제이익 인정 .....                | 229        |
| □ 서울고법 2007. 11. 27. 선고 2007누6009 판결 .....  | 229        |
| 5.2 사업장 일부폐업 시 구제이익 인정 .....                | 232        |
| □ 서울행법 2006. 5. 19. 선고 2005구합30181 판결 ..... | 232        |
| 5.3 실질적 폐업 후 사업주의 법인격 소멸 시 구제이익 소멸 .....    | 236        |
| □ 대법원 1991. 12. 24. 선고 91누2762 판결 .....     | 236        |

## 제2부 개별적 근로관계

### 제1장 근로관계 기본 원칙

|                                          |            |
|------------------------------------------|------------|
| <b>1. 법원(法源)의 상호관계 .....</b>             | <b>243</b> |
| 1.1 최저근로조건의 보장 .....                     | 243        |
| □ 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다2112 판결 ..... | 243        |
| 1.2 최저기준 미달한 근로조건의 효력 .....              | 247        |
| □ 대법원 1993. 5. 27. 선고 92다24509 판결 .....  | 247        |

|                                             |            |
|---------------------------------------------|------------|
| 1.3 개별계약에서 근로조건 대등 결정의 원칙 .....             | 249        |
| □ 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다71832 판결 .....   | 249        |
| 1.4 단체협약에 의한 근로조건 저하의 유효성 .....             | 256        |
| □ 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다107334 판결 ..... | 256        |
| 1.5 단체협약의 유효성과 신의성실의 원칙 적용 .....            | 258        |
| □ 대법원 2017. 2. 15. 선고 2016다32193 판결 .....   | 258        |
| 1.6 근로관계 규율의 우선순위 .....                     | 264        |
| □ 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016다249236 판결 .....   | 264        |
| <b>2. 균등처우와 차별금지 .....</b>                  | <b>266</b> |
| 2.1 동일가치노동 동일임금 .....                       | 266        |
| □ 대법원 2003. 3. 14. 선고 2002도3883 판결 .....    | 266        |
| 2.2 사회적 신분을 이유로 한 근로조건 차별적 처우 .....         | 271        |
| □ 대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다39063 판결 .....   | 271        |
| 2.3 근무형태와 균등처우원칙상에 따른 차별금지사유 .....          | 273        |
| □ 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002두2857 판결 .....    | 273        |
| <b>3. 중간착취의 금지 .....</b>                    | <b>276</b> |
| □ 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006도7660 판결 .....    | 276        |

## 제2장 채용내정

|                                            |            |
|--------------------------------------------|------------|
| <b>1. 채용내정의 법적 성질과 효력 .....</b>            | <b>281</b> |
| 1.1 채용내정 취소의 법적 성질 .....                   | 281        |
| □ 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다51476 판결 ..... | 281        |
| 1.2 채용내정 성립의 증명책임 .....                    | 283        |
| □ 대법원 2017. 11. 16. 선고 2017누12443 판결 ..... | 283        |



|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| <b>2. 채용내정 취소의 정당성</b> .....               | 286 |
| 2.1 경영상 이유에 의한 채용내정 취소 .....               | 286 |
| □ 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다51476 판결 ..... | 286 |
| 2.2 채용내정 취소와 임금청구권 .....                   | 287 |
| □ 대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다25910 판결 ..... | 287 |
| <b>3. 채용내정 취소와 손해배상 책임</b> .....           | 292 |
| □ 대법원 1993. 9. 10. 선고 92다42897 판결 .....    | 292 |

## 제3장 시용과 수습

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| <b>1. 시용의 법적 성질과 효력</b> .....               | 297 |
| 1.1 시용계약의 성립 .....                          | 297 |
| □ 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다30473 판결 .....    | 297 |
| 1.2 시용기간 .....                              | 300 |
| □ 대전지법 2015. 2. 5. 선고 2014구합100626 판결 ..... | 300 |
| 1.3 업무적격성 평가와 유보된 해약권의 행사 .....             | 309 |
| □ 대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결 .....   | 309 |
| □ 대법원 2003. 7. 22. 선고 2003다5955 판결 .....    | 312 |
| 1.4 시용계약 체결 후 유보된 해약권의 행사 사유 추가 .....       | 315 |
| □ 서울고법 2017. 7. 6. 선고 2017누36894 판결 .....   | 315 |
| <b>2. 본채용 거부의 정당성</b> .....                 | 325 |
| 2.1 노조활동 방해 목적의 비합리적인 평가 .....              | 325 |
| □ 대법원 2008. 12. 11. 선고 2006두13220 판결 .....  | 325 |
| 2.2 취업규칙에 규정되지 않은 운전경력증명서 미제출 .....         | 328 |
| □ 대법원 2005. 7. 15. 선고 2003다50580 판결 .....   | 328 |
| 2.3 시용기간 중 근무태만과 업무사고 .....                 | 334 |
| □ 대법원 1999. 2. 23. 선고 98두5965 판결 .....      | 334 |



|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| 2.4 의무 없는 휴일특근 불이행과 허가받은 조퇴·외출 .....       | 336 |
| □ 대법원 2001. 2. 23. 선고 99두10889 판결 .....    | 336 |
| 3. 본채용 거부와 근로기준법상 서면통지의무 .....             | 338 |
| □ 대법원 2015. 11. 27. 선고 2015두48136 판결 ..... | 338 |
| 4. 시용기간은 기간제법 제4조의 계속근로에 포함 .....          | 340 |
| □ 서울고법 2016. 4. 21. 선고 2015누64079 판결 ..... | 340 |

## 제4장 인사발령

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| 1. 전직과 전보 .....                              | 347 |
| 1.1 전직과 전보의 의의 .....                         | 347 |
| (1) 전직명령권의 발생 근거 .....                       | 347 |
| □ 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결 .....    | 347 |
| (2) 전직처분의 권리남용 판단기준 .....                    | 350 |
| □ 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다46969 판결 .....   | 350 |
| 1.2 근로내용과 장소의 특징이 있는 경우 정당성 판단 .....         | 354 |
| (1) 근로자의 동의가 필요하다고 본 사례 .....                | 354 |
| □ 서울고법 2011. 7. 14. 선고 2010누30408 판결 .....   | 354 |
| (2) 사전에 포괄적 동의가 있었다고 본 사례 .....              | 360 |
| □ 대법원 1993. 9. 14. 선고 92누18825 판결 .....      | 360 |
| (3) 근로자의 묵시적 동의가 있었다고 본 사례 .....             | 363 |
| □ 서울행법 2013. 12. 19. 선고 2013구합17268 판결 ..... | 363 |
| 1.3 근로내용과 장소의 특징이 없는 경우 정당성 판단 .....         | 368 |
| (1) 정당성의 판단 기준 .....                         | 368 |
| □ 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결 .....       | 368 |
| (2) 정당성 판단을 위한 업무상 필요성의 의미 .....             | 371 |
| □ 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결 .....    | 371 |



|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| (3) 경영상 필요에 적합한 수단이 아니라고 판단한 사례 .....        | 375 |
| □ 서울고법 2018. 2. 1. 선고 2017누70153 판결 .....    | 375 |
| (4) 생활상 불이익 판단(통상 감수할 불이익 범위) .....          | 381 |
| □ 대법원 1995. 10. 13. 선고 94다52928 판결 .....     | 381 |
| (5) 전직처분에 대한 성실한 협의절차 .....                  | 385 |
| □ 대법원 2009. 3. 12. 선고 2007두22306 판결 .....    | 385 |
| (6) 전직명령과 징계와의 관계 .....                      | 387 |
| □ 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010두20447 판결 .....    | 387 |
| (7) 노동조합과의 합의절차를 위반한 전보명령 .....              | 390 |
| □ 서울고법 2008. 5. 14. 선고 2007누25710 판결 .....   | 390 |
| <b>2. 전적</b> .....                           | 395 |
| 2.1 전적과 근로관계 .....                           | 395 |
| (1) 동의를 얻지 않은 전적의 유효조건 .....                 | 395 |
| □ 대법원 1996. 12. 23. 선고 95다29970 판결 .....     | 395 |
| (2) 회사의 일방적 경영방침에 의한 전적 .....                | 399 |
| □ 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다71528 판결 .....    | 399 |
| 2.2 전적과 근로자 동의 절차 .....                      | 402 |
| (1) 근로자의 동의 없는 전적이 무효라고 본 사례 .....           | 402 |
| □ 대법원 2006. 1. 12. 선고 2005두9873 판결 .....     | 402 |
| (2) 그룹사간 전적명령에 대한 사전 포괄적 동의가 유효하기 위한 요건 .... | 405 |
| □ 대법원 1993. 1. 26. 선고 92다11695 판결 .....      | 405 |
| (3) 일방적 전적명령에 따른 포괄적 사전 동의 .....             | 411 |
| □ 대법원 1993. 1. 26. 선고 92누8200 판결 .....       | 411 |
| 2.3 전적과 근로관계의 승계 .....                       | 415 |
| (1) 회사분할 시 근로관계의 승계 .....                    | 415 |
| □ 서울행법 2008. 9. 11. 선고 2007구합45583 판결 .....  | 415 |
| (2) 자회사 설립에 따른 전적 .....                      | 421 |
| □ 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다17575 판결 .....     | 421 |

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| 3. 대기발령 .....                              | 425 |
| 3.1 대기발령의 개념 .....                         | 425 |
| (1) 대기발령의 의미 .....                         | 425 |
| □ 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두5151 판결 .....   | 425 |
| (2) 대기발령과 징계와의 관계 .....                    | 429 |
| □ 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결 .....  | 429 |
| (3) 사용자의 경영상 필요에 따른 대기발령과 휴직 .....         | 434 |
| □ 대법원 2013. 10. 11. 선고 2012다12870 판결 ..... | 434 |
| 3.2 대기발령의 정당성 판단 .....                     | 439 |
| (1) 정당성 판단 원칙 .....                        | 439 |
| □ 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결 .....  | 439 |
| (2) 부당하게 장기간인 대기발령 조치의 효력 .....            | 442 |
| □ 대법원 2007. 2. 23. 선고 2005다3991 판결 .....   | 442 |
| (3) 대기발령 사유의 존부만으로 정당성을 판단한 사례 .....       | 446 |
| □ 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000두9113 판결 .....   | 446 |
| (4) 인사규정에서 정한 사유 이외의 사유를 이유로 한 대기발령 .....  | 449 |
| □ 서울고법 2015. 7. 10. 선고 2015누38988 판결 ..... | 449 |
| (5) 대기발령의 절차적 정당성 판단 .....                 | 453 |
| □ 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다64833 판결 .....   | 453 |
| 3.3 대기발령과 근로관계 .....                       | 457 |
| (1) 대기발령과 출근의무 .....                       | 457 |
| □ 대법원 2003. 5. 16. 선고 2002다8138 판결 .....   | 457 |
| (2) 대기발령과 당면퇴직 .....                       | 459 |
| □ 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007두1460 판결 .....   | 459 |
| (3) 실효된 대기발령의 구제이익 .....                   | 463 |
| □ 대법원 2010. 7. 29. 선고 2007두18406 판결 .....  | 463 |
| (4) 당면면직으로 이어지는 대기발령의 소의 이익 .....          | 464 |
| □ 대법원 2018. 5. 30. 선고 2014다9632 판결 .....   | 464 |



|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| 4. 기타 인사발령 .....                          | 468 |
| 4.1 헌법상 일반적 행동자유권을 침해하는 인사명령의 효력 .....    | 468 |
| □ 대법원 2018. 9. 13. 선고 2017두38560 판결 ..... | 468 |
| 4.2 형사기소를 이유로 하는 명령휴직의 정당성 .....          | 473 |
| □ 대법원 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결 ..... | 473 |

## 제5장 기업변동

|                                                  |     |
|--------------------------------------------------|-----|
| 1. 영업양도에 따른 근로관계 .....                           | 481 |
| 1.1 영업양도와 근로관계의 승계 .....                         | 481 |
| □ 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결 .....           | 481 |
| □ 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결 .....         | 491 |
| 1.2 영업양도와 취업규칙의 승계 .....                         | 498 |
| □ 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다41659 판결 .....         | 498 |
| 1.3 영업양도와 단체협약의 승계 .....                         | 501 |
| □ 대법원 2002. 3. 26. 선고 2000다3347 판결 .....         | 501 |
| 1.4 영업양도와 계속근로기간 .....                           | 510 |
| □ 대법원 2001. 11. 13. 선고 2000다18608 판결 .....       | 510 |
| 1.5 영업의 일부양도와 근로자의 승계거부권 .....                   | 514 |
| □ 대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다45217 판결 .....        | 514 |
| 2. 합병과 회사분할에 따른 근로관계 .....                       | 518 |
| 2.1 합병에 따른 근로관계의 승계 .....                        | 518 |
| □ 대법원 2001. 9. 25. 선고 2001다18421 판결 .....        | 518 |
| 2.2 합병에 따른 근로관계 승계 후의 근로조건 .....                 | 525 |
| □ 대법원 2001. 4. 24. 선고 99다9370 판결 .....           | 525 |
| 2.3 합병과 단체협약의 승계 .....                           | 529 |
| □ 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다23185, 23192 판결 ..... | 529 |

|                                                  |            |
|--------------------------------------------------|------------|
| 2.4 공기업 합병과 취업규칙의 승계 .....                       | 535        |
| □ 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32522, 32539 판결 ..... | 535        |
| 2.5 회사분할과 근로관계의 승계 .....                         | 540        |
| □ 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두4282 판결 .....        | 540        |
| <b>3. 위·수탁업체 등의 변동에 따른 근로관계 .....</b>            | <b>543</b> |
| 3.1 수탁업체 변경과 포괄승계 불인정 .....                      | 543        |
| □ 대법원 2013. 12. 12. 선고 2012두14323 판결 .....       | 543        |
| 3.2 위·수탁계약 이전 해고자의 고용승계 부정 .....                 | 549        |
| □ 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002다14488 판결 .....        | 549        |
| 3.3 고용승계 관행과 재채용 의무 .....                        | 552        |
| □ 서울고법 2014. 6. 25. 선고 2013누27298 판결 .....       | 552        |
| 3.4 용역업체의 변경과 묵시적 영업양도계약 .....                   | 557        |
| □ 서울고법 2017. 6. 14. 선고 2016누62223 판결 .....       | 557        |
| 3.5 용역업체의 변경과 제3자를 위한 계약 .....                   | 562        |
| □ 대전지법 2017. 11. 21. 선고 2015가단228451 판결 .....    | 562        |
| <b>4. 법률규정과 행정처분에 따른 법인설립 등과 근로관계 .....</b>      | <b>568</b> |
| 4.1 공공기관 신설에 따른 근로관계의 승계 .....                   | 568        |
| □ 대법원 2002. 5. 14. 선고 2001두6579 판결 .....         | 568        |
| □ 대법원 2005. 3. 25. 선고 2003다39644 판결 .....        | 570        |
| 4.2 특수법인의 설립과 임금채권의 승계 .....                     | 574        |
| □ 대법원 2018. 9. 28. 선고 2018다207588 판결 .....       | 574        |
| 4.3 행정기관 지침에 의한 기관 통폐합과 근로관계 .....               | 577        |
| □ 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51017 판결 .....       | 577        |
| 4.4 부실금융기관에 대한 계약 이전 결정과 고용승계 .....              | 581        |
| □ 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002두23826 판결 .....        | 581        |



## 제6장 징계

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| 1. 징계 사유                             | 587 |
| 1.1 취업규칙에 근거한 징계사유의 정당성              | 587 |
| □ 대법원 2000. 9. 29. 선고 99두10902 판결    | 587 |
| 1.2 수개의 징계사유 중 일부만 인정되는 경우 징계처분의 효력  | 590 |
| □ 대법원 2007. 12. 28. 선고 2006다33999 판결 | 590 |
| 1.3 허위 경력 기재를 이유로 한 징계해고의 정당성 요건     | 593 |
| □ 대법원 2012. 7. 5. 선고 2009두16763 판결   | 593 |
| 1.4 시말서 제출 거부에 대한 징계의 정당성            | 597 |
| □ 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두6605 판결   | 597 |
| 1.5 사생활 비행에 관한 징계의 정당성 요건            | 599 |
| □ 대법원 2001. 12. 14 선고 2000두3689 판결   | 599 |
| 1.6 경업·겸직 금지 위반에 대한 징계의 정당성          | 602 |
| □ 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99279 판결  | 602 |
| 1.7 게시글 게시행위에 대한 징계의 정당성             | 608 |
| □ 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다100919 판결 | 608 |
| 2. 징계 양정                             | 613 |
| 2.1 징계양정 판단기준                        | 613 |
| □ 대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두46550 판결 | 613 |
| □ 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두40616 판결  | 619 |
| 2.2 징계양정 참작사유의 범위                    | 621 |
| □ 대법원 2011. 3. 24 선고 2010다21962 판결   | 621 |
| 3. 징계 절차                             | 625 |
| 3.1 징계위원회 개최일시와 장소 통보의무 규정 위반        | 625 |
| □ 대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결      | 625 |
| □ 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다100919 판결 | 628 |

|                                            |            |
|--------------------------------------------|------------|
| 3.2 해고 사유와 절차에 관한 단체협약 규정의 규범적 효력 .....    | 629        |
| □ 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다70336 판결 .....  | 629        |
| 3.3 통상해고, 당면퇴직처분에 대한 징계절차 적용 여부 .....      | 633        |
| □ 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두18423 판결 .....  | 633        |
| □ 대법원 1994. 10. 25. 선고 94다25889 판결 .....   | 637        |
| □ 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42082 판결 .....    | 640        |
| 3.4 근로자 측 징계위원의 자격과 선임 .....               | 644        |
| □ 대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3351판결 .....    | 644        |
| □ 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006다48069 판결 ..... | 648        |
| 3.5 징계위원 기피신청 .....                        | 652        |
| □ 대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두36126 판결 ..... | 652        |
| 3.6 제척규정을 위반한 이해관계자의 징계위원회 참석 .....        | 655        |
| □ 대법원 1995. 4. 28. 선고 94다59882 판결 .....    | 655        |
| □ 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008두11693 판결 .....  | 657        |
| 3.7 노동조합의 사전합의권 남용과 포기 .....               | 660        |
| □ 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50263 판결 .....    | 660        |
| □ 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007 판결 .....  | 667        |
| 3.8 징계재심 절차를 위반한 징계의 효력 .....              | 673        |
| □ 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010두1743 판결 .....   | 673        |
| 3.9 절차상 하자의 치유 .....                       | 677        |
| □ 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결 .....  | 677        |
| <b>4. 성희롱 관련 판단기준 .....</b>                | <b>678</b> |
| 4.1 징계사유로서의 성희롱 요건, 증명 책임 및 증명의 정도 .....   | 678        |
| □ 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결 .....  | 678        |
| 4.2 직장 내 성희롱으로 인한 해고의 징계양정 판단 .....        | 685        |
| □ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22498 판결 .....  | 685        |



|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| 5. 징계시효 등 .....                          | 691 |
| 5.1 징계시효 .....                           | 691 |
| □ 대법원 1998. 6. 12. 선고 97누16084 판결 .....  | 691 |
| □ 대법원 2014. 6. 12. 선고 2014두4931 판결 ..... | 694 |
| 5.2 퇴직급여의 감급 .....                       | 697 |
| □ 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다29442 판결 ..... | 697 |

## 제7장 해고

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| 1. 해고의 의의 .....                               | 701 |
| 1.1 해고의 의미 .....                              | 701 |
| □ 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다62724 판결 .....     | 701 |
| □ 대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결 .....      | 704 |
| 1.2 직권면직의 효력 .....                            | 707 |
| □ 대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두10548 판결 .....     | 707 |
| 1.3 저성과자 해고의 정당성 판단 .....                     | 710 |
| □ 서울행법 2011. 6. 24. 선고 2010구합47404 판결 .....   | 710 |
| 1.4 사업폐지와 통상해고 .....                          | 717 |
| □ 대법원 2003. 4. 25. 선고 2003다7005 판결 .....      | 717 |
| 2. 경영상 이유에 의한 해고의 의의 .....                    | 720 |
| 2.1 경영상 이유에 의한 해고의 유효요건 .....                 | 720 |
| □ 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 .....      | 720 |
| 2.2 고용안정협약에 반하여 이루어진 경영상 이유에 의한 해고의 효과 .....  | 728 |
| □ 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20406 판결 .....     | 728 |
| 3. 긴박한 경영상 필요 판단 .....                        | 730 |
| 3.1 별개 법인이 사실상 1개 단위로 운영된 경우 긴박한 경영상 필요 ..... | 730 |
| □ 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30580 판결 .....     | 730 |



|                                                   |            |
|---------------------------------------------------|------------|
| 3.2 다년간 적자 누적의 경우 긴박한 경영상 필요성 .....               | 733        |
| □ 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13972 판결 .....         | 733        |
| 3.3 흑자 기업의 일부 사업부문의 경영악화 .....                    | 737        |
| □ 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3629 판결 .....          | 737        |
| 3.4 긴박한 경영상 필요에 대한 판단 시점 .....                    | 739        |
| □ 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60193 판결 .....         | 739        |
| 3.5 복수 사업부문에서의 긴박한 경영상 필요 .....                   | 744        |
| □ 대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두25873 판결 .....         | 744        |
| <b>4. 해고회피 노력과 해고 대상자 선정 기준 .....</b>             | <b>748</b> |
| 4.1 해고회피 노력의 충족 .....                             | 748        |
| □ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다20875, 20882 판결 ..... | 748        |
| 4.2 경영상 이유에 의한 해고 대상자 선정 기준 .....                 | 756        |
| □ 대법원 2012. 5. 24. 선고 2011두11310 판결 .....         | 756        |
| <b>5. 근로자대표와의 협의 .....</b>                        | <b>758</b> |
| 5.1 경영상 이유에 의한 해고 시 협의 주체인 근로자대표의 의미 .....        | 758        |
| □ 대법원 2006. 1. 26. 선고 2003두69393 판결 .....         | 758        |
| 5.2 경영상 이유에 의한 해고 시 사전협의의 상대방 .....               | 762        |
| □ 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15964 판결 .....         | 762        |
| 5.3 단체협약 상 해고합의조항의 효력 .....                       | 763        |
| □ 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두8788 판결 .....           | 763        |
| <b>6. 해고 절차의 정당성 .....</b>                        | <b>767</b> |
| 6.1 해고의 서면통지 .....                                | 767        |
| □ 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결 .....        | 767        |
| 6.2 이메일에 의한 해고통지 .....                            | 774        |
| □ 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두41401 판결 .....         | 774        |



|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| 7. 부당해고와 불법행위·채무불이행 책임과의 관계 .....         | 777 |
| 7.1 부당해고와 불법행위 책임 .....                   | 777 |
| □ 대법원 1993. 10. 12. 선고 92다43586 판결 .....  | 777 |
| 7.2 위장폐업과 불법행위 책임 .....                   | 779 |
| □ 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다13282 판결 ..... | 779 |
| 7.3 부당해고와 위자료 책임 .....                    | 784 |
| □ 대법원 1999. 2. 23. 선고 98다12157 판결 .....   | 784 |
| 7.4 사용자의 복직의무 불이행에 따른 손해배상 책임 .....       | 786 |
| □ 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다69385 판결 ..... | 786 |
| 7.5 부당해고와 중간수입 공제 .....                   | 791 |
| □ 대법원 1991. 6. 28. 선고 90다카25277 판결 .....  | 791 |



## 당사자와 구제이익







# 근로자







## 제1부

## 당사자와 구제이익

## 제1장

## 근로자

## 1. 총괄

## 1.1 근로기준법상 근로자성 판단기준

☞ 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결★

## » 요 지 «

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지 보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 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 있는지, 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 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.
2. 대학입시학원 종합반 강사들의 출근시간과 강의시간 및 강의장소의 지정, 사실상 다른 사업장에 대한 노무 제공 가능성의 제한, 강의 외 부수 업무 수행 등에 관한 사정과 그들이 시간당 일정액에 정해진 강의시간수를 곱한 금액을 보수로 지급받았을 뿐 수강생수와 이에 따른 학원의 수입 증감이 보수에 영향을 미치지 아니하였다는 사정 등에 비추어 볼 때 위 강사들이 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 하면서, 비록 그들



이 학원측과 매년 '강의용역제공계약'이라는 이름의 계약서를 작성하였고 일반 직원들에게 적용되는 취업규칙 등의 적용을 받지 않았으며 보수에 고정급이 없고 부가가치세법상 사업자등록을 하고 근로소득세가 아닌 사업소득세를 원천징수당하였으며 지역 의료보험에 가입하였다고 하더라도 위 강사들의 근로자성을 부정할 수 없다고 한 사례.

3. 근로계약기간이 만료하면서 다시 근로계약을 맺어 그 근로계약기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우에는 갱신 또는 반복된 계약기간을 합산하여 계속 근로 여부와 계속 근로 연수를 판단하여야 하고, 갱신되거나 반복 체결된 근로계약 사이에 일부 공백 기간이 있다 하더라도 그 기간이 전체 근로계약기간에 비하여 길지 아니하고 계절적 요인이나 방학 기간 등 당해 업무의 성격에 기인하거나 대기 기간·재충전을 위한 휴식 기간 등의 사정이 있어 그 기간 중 근로를 제공하지 않거나 임금을 지급하지 않을 상당한 이유가 있다고 인정되는 경우에는 근로관계의 계속성은 그 기간 중에도 유지된다.
4. 대학입시학원 종합반 강사들이 매년 계약기간을 2월 중순경부터 그 해 11월경까지로 정한 근로계약을 반복하여 체결한 경우, 계약기간이 아닌 기간에 강사들이 수능시험 문제 풀이, 논술 강의, 대학 지원자 및 대학 합격자 파악·보고 등의 업무를 수행한 점 등에 비추어 볼 때 계약기간이 아닌 기간도 강의 외 부수업무 수행과 다음 연도 강의를 위한 재충전 및 강의 능력 제고를 위한 연구기간으로서 근로관계가 계속되었다.
5. 대학입시학원 종합반 강사들이 짧게는 10년, 길게는 15년 동안 계속하여 강사로 근무하였고, 1994년 전까지는 기간의 정함이 없이 근로를 제공하였으며, 그 후로는 계약의 형식이 '용역계약'으로 바뀌었으나 실제 근무형태는 종전과 달라진 것이 없이 매년 2월에 계약을 갱신하였고, 그와 같이 반복 체결된 계약이 6-7회에 이르며, 사용자가 계약 갱신을 거절한 것도 강사들이 60세에 도달하였기 때문일 뿐 근무성적이나 업무 성과 등 근로계약의 갱신시 고려할 다른 사정 때문이 아니라는 등의 이유로, 위 강사들이 매년 근로계약을 체결하는 형식을 갖추었다더라도 실질적으로 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었다고 보아 사용자의 근로계약 갱신 거절이 해고에 해당한다고 한 사례.

\* 원고(상고인) : ○○○○

\* 피고(피상고인) : △△△

\* 판결선고 : 2006. 12. 7.

[원심판결] 부산고법 2004. 5. 19. 선고 2003나14492 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 부산고등법원에 환송한다.





## » 이 유 «

### 1. 상고이유 제1점에 대하여

#### 가. 원고들이 근로자인지 여부

근로기준법상의 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 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 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 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적, 사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 1994. 12. 9. 94다22859 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 안된다.

이 사건에 관하여 보건대, 기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

- ① 원고들은 1985년 내지 1991년부터 1999년 12월 내지 2001년 2월까지 피고가 운영하는 학원의 종합반 강사로서 수강생을 대상으로 강의해 왔고, 원고들 중 ○○○, ○○○, ○○○는 그 기간 중 한 두 해 내지 5년 가량을 제외하고는 학급 담임을 맡아 왔다.
- ② 원고들은 매년 2월 중순부터 대입 수학능력시험일이 있는 11월까지 아침 9시부터 저녁 7시까지 이어지는 10교시의 강의시간 중 하루에 4~5교시, 1개월에 100시간~110 시간의 강의를 하고 시간당 28,000원 내지 30,000원으로 계산된 월 300만 원 정도의 강사료를 받았고, 수학능력시험이 끝난 후 다음 해 2월의 개강 전까지는 강의를 하지 않고 강사료도 받지 않았으며, 다만 국어 강의를 맡은 원고 ○○○는 11월 20일경부터 12월 말까지 대학별 논술 시험에 대비한 논술 강의를 하고 이에 따른 강사료를 받았다.
- ③ 위 학원의 일과는 대략 08:30에 열리는 교직원 조례부터 시작되는데, 원고들 중 학



급 담임을 맡은 강사는 08:00까지 학원에 나와 수강생들의 아침 자습과 방송 수업을 감독하다 08:30 교직원 조례에 참석하고 담임을 맡지 않은 강사는 그날 자신이 할 첫강의 시작 전까지 학원에 나와 맡은 강의의 마지막 시간인 오후 5시 내지 7시까지 강의를 하고 퇴근하였고, 담임을 맡은 원고들은 순번을 정하여 한달에 몇 차례 수강생들의 저녁 자습을 감독한 후 퇴근하였다.

- ④ 원고들은 강의가 없는 자유시간에는 대부분 다음 강의에 대비한 휴식이나 교재 연구 등에 시간을 쓰게 되므로 학원을 떠나 다른 곳에 강의를 나간다는 것은 사실상 불가능하였고, 다만 특정 요일 오전이나 오후에 강의가 없도록 조정하는 것은 가능하였다.
- ⑤ 피고 학원에서 강의할 교재는, 강사들이 복수의 교재를 학원측에 추천하면 학원측이 그 중 하나를 선택하여 사용하도록 하였다.
- ⑥ 담임을 맡은 강사들의 경우, 자신들이 맡은 강의 외에 아침 교직원 조례 등에서 전달받은 단순 사무와 행정적인 일로서 아침 자습과 방송 수업 감독, 저녁 자습 감독, 수강생 조례 주재, 전달 사항 통보, 등록금 통지서·모의고사 성적표 배부, 수강생들의 외출증·조퇴증의 작성·발급, 결석·지각·조퇴·외출 학생 학부모 통보, 개별 상담, 모의고사 시험 감독, 수능 시험 후 대학 지원 상황 파악·보고, 합격자 현황 파악·보고 등 그때그때 학원측에서 필요하다고 인정하여 담임 강사들에게 맡긴 업무를 처리하였고, 이와 같은 담임 업무 수행에 대한 대가로 월 30만 원의 담임 수당을 지급받았다. 그리고 담임을 맡지 않은 강사(원고 ○○○)라도 필요에 따라 모의고사 시험 감독 등의 업무가 부과되었다.
- ⑦ 원고들은 위 학원에서 처음 강사로 일할 때에는 특별히 문서로 된 계약서를 작성하지 않았고 근로소득세를 납부하였으며 위 학원이 사업장으로 된 직장의료보험에 가입하였는데, 1994년 초부터 학원측은 방침을 바꾸어 매년 강사들과 강의용역제공계약이라는 이름의 계약서를 작성하였고, 강사들로 하여금 부가가치세법상 사업자등록을 하게 하고 직장의료보험 대신 지역의료보험에 가입하게 하였으며, 강사들의 보수에 대하여 근로소득세 대신 사업소득세를 원천징수하였다.

위에서 본 출근 시간과 강의시간 및 강의 장소의 지정, 사실상 다른 사업장에 대한 노무 제공 가능성의 제한, 강의 외 부수 업무 수행 등의 사정에다가, 시간당 일정액에 정해진 강의시간수를 곱한 금액을 보수로 지급받았을 뿐 수강생수와 이에 따른 학원의 수입 증감이 보수에 영향을 미치지 아니한 사정 등을 종합하여 보면, 원고들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다. 그리고 비록 기록상 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 원·피고 사이에 매년 ‘강의용역제공계약서’라는 이름의 계약서가 작성되었고, 그 계약서에는 수강생 인원이 10명 미만인 경우 강의용역 제공을 거부할 수 있고 다른 학원에 강



의를 나가더라도 학원측이 이의를 제기하지 못하도록 되어 있으며, 일반 직원들에게 적용되는 취업규칙·복무(인사)규정·징계 규정 등의 적용을 받지 않았고 보수에 고정급이 없으며 부가가치세법상 사업자등록을 하고 근로소득세가 아닌 사업소득세를 원천징수당하였으며 직장의료보험이 아닌 지역의료보험에 가입한 사정이 있다 하더라도, 이러한 사정들은 실질적인 노무 제공 실태와 부합하지 않는 계약서 문언에 불과하거나 사용자인 피고가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정에 불과하여 원고들의 근로자성을 뒤집는 사정이라고 보기에 부족하다.

그렇다면 원심이 그 판시와 같은 사정만을 들어 원고들이 근로기준법상 근로자가 아니라고 단정한 것은, 근로자의 개념에 관한 법리를 오해하였거나 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 잘못이 있어, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유가 있다.

#### 나. 원고들의 계속 근로 여부

근로계약기간이 만료되면서 다시 근로계약을 맺어 그 근로계약기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우에는 갱신 또는 반복된 계약기간을 합산하여 계속 근로 여부와 계속 근로 연수를 판단하여야 하고(대법원 1995. 7. 11 선고 93다26168 전원합의체판결 등 참조), 갱신되거나 반복 체결된 근로계약 사이에 일부 공백기간이 있다 하더라도 그 기간이 전체 근로계약기간에 비하여 길지 아니하고, 계절적요인이나 방학 기간 등 당해 업무의 성격에 기인하거나 대기 기간·재충전을 위한 휴식 기간 등의 사정이 있어 그 기간 중 근로를 제공하지 않거나 임금을 지급하지 않을 상당한 이유가 있다고 인정되는 경우에는, 근로관계의 계속성은 그 기간 중에도 유지된다고 봄이 상당하다.

이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 기록과 위에서 살펴본 바에 따르면 비록 원고들이 1987년 내지 1991년부터 강사로 근무하기 시작하면서 계약기간에 관하여는 그 기간을 정한 바가 없다가 1994년 초부터 매년 2월 중순경 계약기간을 그 때부터 그 해 11월경까지로 정한 근로계약을 맺고 그 기간이 끝난 후 다음 해 2월에 다시 계약을 갱신하고 반복·체결하여 오기는 하였으나, 계약기간이 아닌 기간에도 원고들은 수능시험문제 풀이, 난이도 파악, 논술 강의, 수능 점수 파악·보고, 대학 지원자 파악·보고, 대학 합격자 파악·보고 등의 업무를 수행하였음을 알 수 있는바, 이러한 사정에 비추어 보면 11월 대학수학능력시험일 이후 다음 해 2월 중순까지의 기간은 강의 외 부수업무 수행과 다음 연도 강의를 위한 재충전과 강의 능력 제고를 위한 연구를 위한 기간으로서 그 기간 중에도 원·피고 사이에 근로관계는 계속되었다고 보기에 충분하다. 그렇다면 원심이 원고들 중 일부에 대하여 가정적 판단으로 계속 근로연수가 1년 이상이라고 볼 수 없다고 판단한 것과, 나아가 그로써 퇴직금 지급 청구를 배척한 것은 계속근로연수에 대한 법리를 오해하였거나 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 잘못이 있어, 이 점을 지적하는 상고 이유의 주장 또한 이유가 있다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

근로계약기간을 정한 경우 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료되나, 단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐서 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이단지 형식에 불과하게 된 경우에는 계약상 기간을 정하여 채용된 근로자일지라도 사실상 기간의 정함이 없는 근로자와 다를 바가 없게 되어, 사용자가 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 해고가 된다(대법원 1994. 1. 11. 선고 93다17843 판결 등 참조).

기록에 의하면 원고들은 짧게는 10년(원고 ○○○), 길게는 15년(원고 ○○○)동안 계속하여 강사로 근무하여 왔고, 1994년 이전까지는 기간의 정함이 없이 근로를 제공하여 왔으며, 그 이후로는 근로소득세 대신 사업소득세를 공제당하고 직장의료보험에 가입하지 못하고 계약의 외양도 ‘용역계약서’라는 제목의 계약형식으로 바뀌기는하였으나, 그러한 계약서 형식, 세금 공제 방법, 사회보장형태 등의 변경과 상관없이 실지 근무형태는 종전과 달라진 것이 없이 매년 2월에 계약을 갱신하여 왔는데 그와 같이 반복 체결된 계약이 6~7회에 이르고, 60세에 도달하였다는 사정 때문에 계약 갱신을 거절한 것으로 보일 뿐 달리 근무성적이나 업무 성과 등 근로계약의 갱신에서 고려될 다른 사정 때문에 갱신 거절을 당하였음을 기록상 알아 볼 수 없다.

이러한 사정을 종합하여 보면, 비록 원고들이 매년 근로계약을 체결하는 형식을 취하였다 하더라도 이는 형식에 불과하여 실질적으로 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었던 것으로 보이므로, 피고가 원고들에게 한 근로계약 갱신 거절은 실질적으로 해고라고 봄이 상당하다. 이와 달리 위 계약 갱신 거절을 해고가 아니라고 본 원심은 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였거나 해고에 관한 법리를 오해한 잘못이 있어, 이 점을 지적하는 상고 이유는 이유가 있다.

## 3. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리.판단하게 하기 위하여 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 양승태(재판장), 고현철, 김지형, 전수안(주심)



## 1.2 근로자성 결정에서 독립된 자영인인지 여부에 대한 판단

☞ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2013다77805 판결

### » 요 지 «

한국전력공사로부터 전기계량기 검침, 전기요금 관련 청구서 등의 송달, 전기요금 체납 고객에 대한 해지시공(단전) 및 재공급(송전) 등의 업무를 위탁받은 甲 주식회사와 위탁계약을 체결하고 위 업무를 수행하는 위탁원이 근로기준법의 근로자에 해당하는지 문제된 사안에서, 위탁원이 담당한 검침과 송달 등의 업무는 甲 회사의 사업에서 핵심적이고 중요한 업무이므로 甲 회사로서는 적절한 업무수행을 보장하기 위하여 위탁원의 업무에 대하여 상당한 지휘·감독을 하고자 하는 유인이 큰 점, 위탁원은 스스로의 노력으로 고객을 유치하여 검침이나 송달 업무의 양을 늘림으로써 수입의 규모를 확대할 수 없는 상황이었고, 다른 사업자로부터 검침이나 송달 등의 업무를 위탁받아 이를 수행하거나 업무를 제3자에게 수행하도록 재위탁할 수 없었으므로 위탁원이 자신들의 계산으로 사업을 영위하거나 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등의 위험을 스스로 안고 있었다고 보기 어려운 점 등 제반 사정에 비추어 위탁원이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 甲 회사에 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 여지가 많은데도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해 등의 위법이 있다고 한 사례.

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : 한전산업개발 주식회사

\* 원심판결 : 춘천지법 강릉지원 2013. 9. 3. 선고 2013나1171 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 춘천지방법원 강릉지원 합의부에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 노무제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 노무제공자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스



스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 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 아니한다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 아니 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조).

## 2. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 피고는 한국전력공사(이하 ‘한국전력’이라 한다)로부터 전기계량기 검침, 전기요금 관련 청구서 등의 송달, 전기요금 체납 고객에 대한 해지시공(단전) 및 재공급(송전) 등의 업무를 위탁받은 회사로서, 근로계약을 체결한 정규 직원들뿐만 아니라 위탁계약을 체결한 위탁원들에게도 이러한 위탁받은 업무를 처리하게 하였다.

나. 검침업무를 담당한 위탁원들은 업무를 하는 날에 우선 피고의 해당 지점 사무실로 출근하여 한국전력의 검침단말기(PDA)를 수령한 후 외근을 나가 할당된 구역의 검침 대상 가구들 각각의 전기사용량을 검침단말기에 입력하였고, 검침을 모두 마치고 사무실로 복귀한 다음에는 현장에서 만나지 못한 전기사용량 과다·과소 고객에 대한 전화안내를 실시하고 이를 검침단말기에 입력한 후 검침단말기를 반납하였으며, 현장 검침과정에서는 고객 민원을 처리하는 업무 등을 하기도 하였다. 검침업무를 담당한 위탁원들은 당일 검침 기록을 토대로 전기사용량 과다·과소의 원인과 그에 대한 조치 등이 담긴 ‘심사대상 고객 내역’을 작성하여 피고에게 제출하고 퇴근하였는데, ‘심사대상 고객 내역’에는 피고의 정규직원인 담당, 대리, 소장이 순차적으로 결재하였다. 그들은 1일 20고객 만나기 운동에 따른 고객 만남, 전기사용량 과다·과소 고객에 대한 면담 및 안내, 전기수요자의 명의 변경, 전기용도 변경, 계량 관련 중계사항(계량기 부동, 역회전, 계기낙하 등) 처리, 가로등 검침, 보안등 현황파악 등 부수업무도 수행하였다.

다. 송달업무를 담당한 위탁원들은 업무를 하는 날에 우선 피고의 해당 지점 사무실로 출근하여 할당된 구역의 전기요금청구서와 자동이체영수증 등을 수령하여 정리한 후, 외근을 나가 전기요금청구서와 자동이체영수증 등을 해당 구역의 고객들에게 직접 송달하고 현장에서의 민원을 처리하기도 하였고, 외근을 마친 후에는 사무실로 복귀하여 현장에서 만나지 못한 해지예고 고객에 대한 전화 안내를 실시하고 고객 면담 내용을 정리하여 피고에게 제출할 자료를 작성하였다. 송달업무를 담당한 위탁



원들은 당일 업무수행 결과를 정리한 송달일보를 작성하여 피고에게 제출하고 퇴근 하였는데, 송달일보에는 피고의 정규직원인 담당, 대리가 순차적으로 결재하였다. 그 들도 위와 같은 1일 20고객 만나기 운동에 따른 고객 만남, 해지예고서 발행 고객에 대한 면담 및 안내, 고객 관련 중계사항(전화번호 변경, 명의 변경, 상호 변경, 주소 변경 등) 처리 등 부수업무를 수행하였다. 한편 위탁원들은 같은 업무를 담당하는 정규 직원과 구분 없이 전화민원 담당 당번제에 따라 당번을 서기도 하였다.

라. 피고는 위탁계약을 체결하면서 검침, 송달, 단전 업무 중 하나를 맡겼고, 다시 위탁 계약을 체결할 때에는 업무를 변경하기도 하였으며, 피고는 대체로 위탁원이나 정규 직 직원의 구분 없이 담당구역을 배정하였다.

마. 한국전력은 검침이나 송달 등 업무의 내용과 방법, 위탁원들에 대한 교육에 관한 사항을 정한 '검침 및 송달 세부시행지침', '해지시공 및 재공급 세부시행지침'을 제정한 후 피고로 하여금 이를 실시하게 하였고, 위탁원들은 이와 같은 지침에 따라 업무를 수행하였다. 그리고 피고는 위탁원들의 위촉, 해촉, 업무수행방법, 평가 등을 별도로 규정한 '위탁원 관리지침'을 두었고, 위탁원들의 업무처리방법 및 그 절차 등을 상세히 정한 '영업업무처리지침'을 제정하여 시행하였다.

바. 피고는 재위탁대상자를 선정하기 위하여 '위탁원 관리지침'에 따라 매년 위탁원들의 기본 자질과 업무실적을 평가하였고, 그 평가 결과 70점 미만인 경우에는 해촉, 74점 이하인 경우에는 업무정지, 79점 미만인 경우에는 업무량 조정 등의 조치를 하였다. 그리고 피고는 '영업업무처리지침'을 위반한 위탁원들에게 그 위반사항을 지적하고 관련 교육 철저 등의 지시를 내리거나, 위반사항을 확인하고 반성하는 내용의 확인서를 제출받기도 하였다. 피고는 위탁원들에 대하여 고객응대업무 평가를 포함한 직무능력 평가를 시행하고 고객만족도 조사 등을 통하여 그 근무태도를 평가하기도 하였다.

사. 한편 위탁원들은 자신의 업무를 정규직 직원이나 다른 위탁원이 아닌 제3자에게 수행하도록 재위탁할 수 없었다.

3. 이와 같은 사실관계를 종합하여 보면 다음과 같은 사정을 알 수 있다. 즉 ① 피고는 한국전력으로부터 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 제공 받는 노무의 품질 등이 일정한 수준에 맞도록 요구하는 방법으로 위탁계약에 기하여 위탁원들의 업무에 대하여 일반적이고 추상적인 지시 등을 하는 것에서 더 나아가 상



당한 지휘·감독을 하였을 가능성이 있다. ② 아울러 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 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 볼 여지가 많다.

4. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 원고가 피고의 근로자에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 근로기준법상의 근로자에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.
5. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 조희대(재판장), 신영철, 이상훈(주심), 김창석





### 1.3 근로자성 결정에서 지급된 금품이 근로의 대가로 지급된 것인지 여부

☞ 대구지법 2015. 8. 21. 선고 2015나301869 판결<sup>1)</sup>

#### » 요 지 «

최저임금법 및 근로기준법의 적용을 받는 근로자란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다. 그리고 임금이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다. 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.

[피고(○○광역시)가 운영하는 각 학교에 ‘배움터지킴이’로 위촉되어 활동한 원고들이 피고의 근로자임을 전제로 최저임금과 실제 지급한 임금의 차액 상당액, 연차유급휴가수당, 연장·휴일근무수당, 미지급 퇴직금의 지급을 청구한 사안에서, 위 ‘배움터지킴이’는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공한 것이 아니라 자원봉사활동의 일환으로 참가, 활동한 봉사자라는 이유로 원고들의 청구를 기각한 사안임]

\* 대구지방법원 제1민사부 판결

\* 사 건 : 2015나301869 임금 등

\* 원고, 피항소인 : 박○○ 외 3명

\* 피고, 항소인 : ○○광역시

\* 제1심판결 : 대구지법 2015.2.10. 선고 2014가단101900 판결

#### » 주 문 «

1. 제1심 판결 중 피고 패소부분을 모두 취소하고, 위 취소부분에 해당하는 원고들의 청구를 모두 기각한다.
2. 소송총비용은 원고들이 부담한다.

1) 대법원 2015. 12. 24. 2015다236264 판결에서 심리불속행 기각으로 확정



## » 이 유 «

## 1. 기초사실

가. 피고는 교육과학기술부의 ‘학교폭력 예방 및 5개년 기본계획’, ○○광역시 교육청의 ‘배움터지킴이 봉사단 모집 및 운영계획’ 등에 따라 피고가 운영하는 아래 각 학교 홈페이지에 배움터지킴이 봉사단 모집을 공고하였고, 이에 따라 원고들이 배움터지킴이로 선정되어 아래표 기재와 같이 활동하였다. <표 생략>

나. 원고들은 위와 같이 배움터지킴이 봉사자로서 학생들의 등·하교 및 교통안전지도, 학교 내·외 순찰, 학교폭력 선도 및 피해학생 보호 등의 활동을 수행하였고, 각 학교로부터 1일 2~3만 원의 활동비를 지급받았다.

## 2. 원고들의 주장

원고들은 각 학교장의 지휘·감독 아래 08:00경 출근하여 16:00경 퇴근하면서 학생들의 등·하교 및 교통안전 지도, 학교 내·외 순찰 등의 활동을 수행하였다. 이는 ‘배움터지킴이 봉사자’라는 명칭에도 불구하고 실질적으로는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공할 경우에 해당하므로, 사용자인 피고는 근로자인 원고들에게 ① 최저임금과 실제 지급한 임금의 차액 상당액, ② 연차유급휴가수당, ③ 연장·휴일근무수당, ④ 미지급 퇴직금 및 각 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

## 3. 판단

가. 최저임금법 및 근로기준법의 적용을 받는 근로자란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다. 그리고 임금이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다. 따라서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자가 아닌 경우에는 위 법들의 적용을 받는 근로자에 해당하지 않으며(대법원 1979. 4. 24. 선고 78다 828 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 제3조제1호), 무보수성, 자발성, 공익성 등을 지도 원칙으로 한다(같은 법 제2조제2호). 때문에 무상을 원칙으로 하나, 수혜자로부터 감사의 인사로 약간의 사례금이 지급되거나, 자원봉사활동 중에 발생한 자원봉사자의 경제적 손실보호 대책의 일환(자원봉사활동 기본법 시행령 제10조제2항제2호) 혹은 자원봉사활동 진흥책의 일환으로 상대방 및 제3자로부터 일정액의 실비변상금이 지급되더라도, 이는 제공되는 활동(노동)에 대한 대가로 지급되는 금품이 아니어서 근로자에게 지급되는 임금과는 구별된다.

종래 대법원은 근로기준법상의 근로자에 해당하는지를 판단함에는 그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질면에서 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지에 따라 판단하여야 하고, 그러한 종속적인 관계가 있는지를 판단함에는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서도 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·원자재·작업 도구 등의 소유관계, 보수의 성격이 근로 자체에 대한 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 사회·경제적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다50034 판결, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2013. 7. 12. 선고 2013다27336 판결 등 참조)고 밝혀 왔다. 그런데 이는 모두 임금(금품)을 목적으로 한 근로제공임은 분명하지만 사용자와 종속적인 관계에서 근로를 제공한 것인지 여부가 문제된 사안에서 사용종속성 유무를 판단하기 위한 징표들의 내용이나 그 평가방법을 제시하였던 것일 뿐이다. 따라서 이 사건과 같이 일정한 활동(노동)이 행해지고 그와 관련하여 일정액의 금품이 제공되기는 하였으나 그 같은 금품제공이 근로에 대한 대가인지 여부, 즉 활동(노동) 제공자가 금품 수령을 목적으로 당해 활동(노동)에 참가하게 된 것인지가 문제되는 경우에는 적절한 기준이 되기 어렵다. 이 같은 경우에 일정한 활동(노동) 제공이 금품수령과 대가관계에 있는지 여부, 즉 활동(노동) 제공자가 금품수령을 목적으로 활동(노동)하게 된 것인지 여부는 전적으로 당사자들의 의사가 무엇이었는지에 달려 있는데, 활동자(노동 제공자)가 당해 활동으로 이루어질 공익의 달성 및 그에 대한 자신의 기여를 통한 내적 성취감 또는 만족감을 주된 목적으로 참가하게 된 것인지 아니면 당해 활동에 대하여 대가로 지급되는 금품을 주된 목적으로 참가하게 된 것인지, 상대방은 활동자의 어떤 의사를 기대하였는지, 일정액의 금품이 지급된 이유는 무엇이었으며 당사자들은 이를 활동(노동)에 대한 당연한 대가로 인식하고 있었는지 여부 등을 따져 그 의사가 해석되어야 한다. 그리고 표시된 의사가 명백하지 않은 경우에는 지급되는 금품의 액수가 당해 활동(노동)의 시장가치에 상응하는 적절한 액수인지, 당해 활동을 통하여 이룩되는 성과가 공익과 관련된 것인지, 활동을 수행함에 있어 상대방과의 사이에 어느 정도로 강한 지휘감독관계에 놓이게 되는지, 당해 활동관계에서 이탈이 자유로운지, 법적 구속력 있는 의무가 부과되는지, 부과된다면 의무위반의 효과는 무엇인지 등의 여러 객관적 사정을 종합하여 그 의사를 추정해야 할 것이다.

- 나. 앞에서 거시한 증거들과 갑 제7,9,10,12,13,15호증, 을 제9호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합해 보면, 원고들이 임금을



목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공하였다고 보기는 부족하고, 오히려 청소년의 육성·보호, 교육 및 상담, 범죄 예방 및 선도, 교통질서 및 기초질서제도 등의 공익활동(자원봉사활동 기본법 제7조제4호, 제5호, 제7호, 제8호)을 위하여 자원봉사활동의 일환으로 참가, 활동한 것이고, 피고 역시 자원봉사자로 원고들을 선발하였고, 자원봉사자로 처우해 왔을 뿐이라고 보인다.

- 1) 배움터지킴이 봉사단 운영을 위해 피고가 만든 운영계획에는 자원봉사 형태로 운영하며, 배움터지킴이는 자원봉사자로 위촉하는 것으로 되어 있다. 피고 산하 각 학교는 배움터지킴이 봉사단 모집공고 당시 투철한 봉사정신을 첫 번째 자격요건을 삼았고, 배움터지킴이가 자원봉사 형태로 위촉, 운영된다는 것을 근무원칙으로 명기하였다. 이에 응하여 원고들은 각 학교에 봉사단지원서를 제출하여 지원하였고, 학교장으로부터 위촉장을 받는 방법으로 배움터지킴이 봉사자로 선정되었으며 별도로 근로계약서가 작성되지는 않았다.
- 2) 모집공고 당시 월 22일 기준으로 66만 원(1일 3만 원)의 봉사활동비(2010년까지는 월 20일 기준으로 60만 원)가 지급된다고 안내되었고, 실제로 그 같은 봉사활동비가 지급되었으며, 그 외에 최대 월 10만 원(2009년까지는 월 5만 원)을 한도로 하여 운영비가 지급되었는데(비품구입 등 봉사단 운영을 위하여 학교에 지원되는 예산이었으나 실제로는 배움터지킴이들에게 전액 지급된 것으로 보인다), 이는 1일 8시간의 근무시간을 기준으로 할 때 법률상 정해진 최저임금에도 미치지 못하는 것일 뿐만 아니라, 일용노임 등과 비교하더라도 크게 낮은 금액으로, 교통비, 식비 등의 실비변상금 정도에 불과한 금액이었다. 그리고 산재보험·고용보험 등에도 가입되지 않았다. 그럼에도 원고들은 활동기간 중 이에 대해 어떤 이익을 제기한 적이 없었다.
- 3) 배움터지킴이 봉사단의 자격, 선정과 활동시간, 봉사활동비를 포함한 운영에 관한 사항은 피고가 우월한 지위를 이용하여 일방적으로 결정한 것이 아니라 교육과학기술부의 학교 폭력 예방 및 5개년 기본계획, ○○광역시 교육청의 배움터지킴이 봉사단 모집 및 운영계획에 따른 것이었다. 배움터지킴이는 봉사정신이 투철한 자로서 학교순찰업무에 적합한 자이기만 하면 누구든지 지원이 가능하므로 그 자격요건에 특별한 제한이 있다고 보기 어렵고, 공정한 선정으로 민원이 발생하는 것을 차단하기 위해 면접심사가 실시된 것일 뿐이므로 그 선발과정은 일반 사립학교 교직원의 선발과정과 큰 차이가 있다. 또한 배움터지킴이의 경우 사립학교 교직원과 달리 정년이나 겸업 및 부업에 제한이 없었다.
- 4) 피고는 배움터지킴이를 모집하면서 퇴직 교원 및 교직원, 퇴직 경찰관, 퇴직 공무원, 장기복무 제대군인, 학생지도 관련 자격증 소지가 등으로서 학교장으로부터 업무의 내용이나 수행방법 등에 관하여 상당한 지휘·감독을 받을 필요성이 없거나 매우 낮은 자들을 대상으로 하였다. 실제로 원고들은 배움터지킴이로서의 업무를 수행함에 있어 근무상황부나 출근부 또는 활동일지를 작성하는 외에 각 학교장으로부터 업무의 내용, 수행방법, 완성 여부나 결과 등에 대해 검사를 받거나 수정, 보완지시, 통제 등을 받은 적이 전혀 없고, 원고들의 재량과 능력에 따라 업무를 처리하였다.

- 5) 원고들이 작성한 근무상황부나 출근부 또는 활동일지의 내용은 해당일에 원고들이 출근하였는지 여부만 표시하거나 시간대별 순찰 또는 지도 내용을 매우 간략하게 기재하는 정도에 불과하였다. 더구나 위 활동일지는 ○○광역시 교육청에서 양식을 만들어 일괄적으로 배포한 것으로, 그 작성된 내용에 비추어 볼 때 원고들에 대한 지휘·감독을 위해 만들어진 것이라고 보기 어렵고, 오히려 피고가 실제 봉사활동을 수행한 경우에만 봉사활동비를 지급하기 위해 그 증빙자료로 수령한 것이라고 보인다.
- 6) 원고들은 1일 8시간 동안 위 각 학교 내외에서 순찰 등의 활동을 수행해야 한다는 시간적·장소적 제약을 받기는 했지만 그 시간 동안 어떠한 활동을 할 것인지, 언제 어느 지역을 순찰할 것인지, 어떠한 학생을 상담·지도할 것인지 등에 관하여는 학교장 등으로부터 아무런 지시를 받지 않고 자유롭게 결정하였다. 또한 원고들에게 특별한 복무규정이나 인사명령이 적용된 바 없고, 원고들이 이에 관한 지시사항을 전달받은 적도 없으며, 원고들이 휴가를 가거나 개인적 사정으로 활동을 쉬는 경우 각 학교장의 결재를 받을 필요 없이 그 기간 동안의 활동비만 공제되었다.
- 7) 교육과학기술부가 2012. 11. 5. 제정한 학생보호인력 운영 표준가이드라인은 배움터지킴이 등과 같은 ‘자원봉사활동 형태의 학생보호인력’과 ‘근로계약을 체결한 학생보호인력’을 구분하고 있다. 또한 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률은 학교폭력을 예방하고 그 대책을 마련하기 위하여 학교폭력대책자치위원회 및 전문상담교사를 두고, 교감·전문상담교사·보건교사·학교폭력문제를 담당하는 책임교사 등으로 학교폭력문제를 담당하는 전담기구를 구성하도록 하고 있어 학교폭력을 예방하기 위한 다른 대체수단이 존재하므로, 피고로서는 이를 위해 반드시 배움터지킴이를 고용해야 하는 상황은 아니었다.
- 8) 원고들은 1년 혹은 1학기를 기간으로 하여 위촉되었는데, 근로계약서가 별도로 작성되지 않아 원고들이 지위, 권리, 의무의 내용을 알 수 있는 직접적인 자료는 없으며, 당해 활동관계에서 이탈할 수 있는지, 어떤 방법으로 이탈할 수 있는지, 근무원칙에 위반되거나 활동이 불성실할 경우 어떤 불이익이 있을 수 있는지, 각 상대방에 대한 관계에서 법적효력 있는 의무가 있는 것인지, 있다면 어떤 의무인지, 그 위반의 효과는 무엇인지 등에 대하여 피고가 정해둔 운영 계획에서도 언급된 것이 없다.

다. 따라서 원고들이 피고의 근로자임을 전제로 하는 이 사건 청구는 더 나아가 살펴볼 필요가 없이 모두 이유 없다.

#### 4. 결 론

그렇다면 원고들의 이 사건 청구는 모두 이유 없이 기각할 것인데, 제1심 판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 제1심 판결 중 피고 패소부분을 모두 취소하고 위 취소부분에 해당하는 원고들의 청구를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김성수, 판사 김수홍, 판사 이정현

## 2. 임원과 소사장의 근로기준법상 근로자성 판단

### 2.1 등기임원

☞ 대법원 2017. 9. 7. 선고 2017두46899 판결★

#### » 요 지 «

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.

원고에게 지급된 월 급여액이 우리나라 임금근로자의 평균소득 내지 중위소득수준으로 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.

원고는 이 사건 법인의 사업내용인 퇴비업무에 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 재해발생일까지 원고에 대한 4대 보험료를 지속적으로 납부하였으므로, 원고는 대표이사인 소외 1 등의 지휘·감독 아래 임금을 목적으로 근로를 제공한 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 여지가 크다.

\* 대법원 제2부 판결

\* 사 건 : 2017두46899 요양불승인처분취소

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : 근로복지공단

\* 원심판결 : 서울고법 2017.5.24. 선고 2016누70163 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.



## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 산업재해보상보험법에서 ‘근로자’란 근로기준법에 따른 근로자를 의미한다(제5조제2호 본문). 근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 고용계약, 도급계약 또는 위임계약인지 여부보다 근로제공 관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로제공자가 이에 구속을 받는지, 근로제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 근로제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌고 근로소득세를 원천징수하였는지, 그리고 근로제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 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 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결 등 참조).

또한 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 있거나 또는 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상의 근로자에 해당한다(대법원 2003.9.26. 선고 2002다64681 판결 등 참조).

2. 원심이 인용한 제1심판결의 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거 등을 종합하면, 다음과 같은 사정들을 알 수 있다.

가. 원고의 아버지인 소외 1은 1997년 무렵 원주시 (주소 생략)에 주택과 계사(鷄舍)를 건축하여 ‘○○농장’이라는 상호로 양계장(이하 ‘이 사건 사업장’이라고 한다)을 운영하다가, 2006.2.6. 그 조직을 변경하여 ‘○○영농조합법인’(이하 ‘이 사건 법인’이라고 한다)을 설립하고, 그 대표이사로 취임하였다.



- 나. 원고는 2006.1.30. 이 사건 법인의 출자금으로 15,000,000원(설립 당시 출자총액 95,000,000원의 약 15.8%)을 납입하여 조합원이 된 것으로 출자증명서와 조합원명부가 작성되어 있고, 설립 이후 이 사건 재해 발생일인 2015.2.4.까지 이 사건 법인 이 사들(대표이사 포함) 4인 중 1인으로 등기되어 있으나, 이 사건 법인은 설립 이후 위 재해 발생일까지 이사회를 개최하거나 조합원에 대해 이익배당을 실시한 적이 없다.
- 다. 이 사건 사업장의 업무는 ① 매일 계란을 수집·선별하여 출하하는 업무(이하 '계란 업무'라고 한다)와 ② 계분을 모아 퇴비로 만든 다음 이를 포장하여 출하하는 업무(이하 '퇴비 업무'라고 한다)로 대략적으로 구분되는데, 평소 4인이 일하면서 그 중 2인(소외 2, 여성 일용직 노동자)은 계란 업무를, 나머지 2인(원고, 소외 3)은 퇴비 업무를 수행하였다. 한편 가을철에는 퇴비 포장·출하 업무로 바쁜 시기이어서 남성 일용직 노동자 3인을 한시적으로 채용하여 퇴비 업무를 돕도록 하였다.
- 라. 원고는 '○○농장' 시절부터 법인 설립 이후 이 사건 재해 발생일까지 계속 이 사건 사업장에서 근무하면서 주로 퇴비 업무를 담당하였고, 부수적으로 고장난 기계의 수리업무도 맡았다. 원고는 평소 08:00에 출근하여 18:00에 퇴근하였고 수시로 19:00 또는 20:00까지 근무하였다. 원고를 제외한 3인(소외 2, 소외 3, 여성 일용직 노동자)은 평소 09:00에 출근하여 17:00 또는 18:00에 퇴근하였다.
- 마. 이 사건 법인은 사업개시일을 2007.10.20.로 하여 그 무렵 국민연금공단, 국민건강보험공단 및 피고에 대하여 원고 등을 상시근로자에 포함시켜 4대 보험(국민연금, 건강보험, 고용보험, 산재보험)의 성립신고 등을 마쳤고, 이후 이 사건 재해 발생일까지 원고에 대한 4대 보험료를 각각 납부하였다.
- 바. 원고가 이 사건 사업장에서 근무하면서 비품이나 작업도구 등을 자신의 계산으로 구입하여 사용하거나 업무를 제3자에게 대행시켰다는 정황은 나타나지 않는다.
- 사. 이 사건 사업장에서 자금관리, 출하 등의 중요한 결정은 소외 1이 하였고, 평소 근무하던 4인에 대한 일상적인 업무지시는 원고 모친인 소외 4가 하였다. 이 사건 법인은 평소 근로계약서를 작성하지 않았고, 취업규칙이나 복무규정을 만들어 두지는 않았으나, 위 3인에게 매월 고정된 기본급(원고 2,200,000원, 소외 2 2,200,000원, 소외 3 1,700,000원)에 근무외수당, 성과수당, 차량유지비 등을 합한 급여총액에서 4대 보험료와 근로소득세, 주민세를 공제한 실수령액을 구체적으로 산정하여 월별 '급여명세서'를 작성한 후, 실수령액을 각 금융계좌로 송금하는 방식으로 지급하였다(다만 소외 3의 경우 국민연금, 고용보험, 산재보험의 보험료 등 공제를 하지 않았다). 한편 여성 일용직 노동자 1인과도 근로계약서는 작성하지 않았으나, 매월 출근일수에 비례하여 약정한 급여를 지급하고 '월별 일용직 급여대장'을 작성하였다.
- 아. 이 사건 법인은 매월 급여지급에서 원고, 소외 2 등은 근로자로 보아 각종 수당을 지급하고 고용보험료, 산재보험료를 공제·원천징수한 반면, 소외 1, 소외 4는 기본급





외에 각종 수당이나 차량유지비 등을 지급하지 않고, 국민연금보험료, 고용보험료, 산재보험료를 공제하지 않았다.

3. 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면 다음과 같이 판단할 수 있다.

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 중위소득수준으로 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 퇴비업무에 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.

4. 그럼에도 원심은 판시와 같은 이유로 원고를 포함한 일가족이 이 사건 법인을 공동으로 경영하였다고 보아 원고가 근로자에 해당하지 않는다고 판단하였으니, 이러한 원심판단에는 근로기준법상 근로자성 판단 등에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

5. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 조희대(재판장), 고영한, 권순일, 조재연(주심)



## ☞ 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다28813 판결

## » 요 지 «

1. 근로기준법 제2조제1호에서 규정하는 근로자는 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말하며, 이에 해당하는지 여부는 계약의 형식에 관계없이 실질적으로 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단한다.

한편, 주식회사의 이사가 정관이나 주주총회의 결의에서 정한 바에 따라 일정한 보수를 받는 경우에 원칙적으로 이는 상법 제388조의 규정에 근거한 것으로서 그 보수는 근로기준법에서 정한 임금이라 할 수 없으며, 또한 회사의 규정에 의하여 이사에게 퇴직금을 지급하는 경우에도 원칙적으로 그 퇴직금은 근로기준법 등에서 정한 퇴직금이 아니라 재직 중의 위임 사무 집행에 대한 대가로 지급되는 보수의 일종이라 할 수 있으므로, 그 보수 및 퇴직금 지급에 관한 사정을 이유로 하여 이사의 지위를 달리 볼 것은 아니다.

2. 원고는 피고 회사의 상법상 이사로서 이사회 등을 통하여 회사의 업무집행에 관한 주요 의사결정에 참가하는 한편 일정한 범위의 사업경영에 관한 업무를 위임받아 처리하여 왔으며, 특히 일반 사원의 정년이 지난 후에도 계속 이사로 선임되어 업무를 처리하고 주주총회 결의에 기초한 이사로서의 보수를 받는 등 근로자인 일반 사원과는 확연하게 차별화된 처우를 받았다고 할 수 있고, 비록 원고가 영업팀장으로서의 업무를 함께 담당하는 과정에서 대표이사로부터 지시 등을 받는 경우가 있다고 하더라도 원고의 등기 이사로서의 명칭이나 직위가 형식적·명목적인 것에 불과하다거나 원고가 담당한 전체 업무의 실질이 위임사무를 처리하는 것이 아니라 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 일정한 근로를 제공함에 그친다고 보기에는 부족하다.

그렇다면 원고가 피고 회사의 이사에서 퇴직할 때에 정관이나 주주총회의 결의 등으로 정한 이사에 대한 보수의 일부로서 퇴직금을 청구할 수 있음은 별론으로 하고, 근로기준법상의 근로자임을 전제로 하여 근로자퇴직급여 보장법이 규정한 퇴직금을 청구할 수는 없다고 할 것이다.

\* 원고, 피상고인 겸 상고인 : A

\* 피고, 상고인 겸 피상고인 : 주식회사 B

\* 원심판결 : 서울고법 2012. 2. 17. 선고 2011나46335 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.



## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 피고의 상고이유에 대하여

가. 근로기준법 제2조제1호에서 규정하는 근로자는 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말하며, 이에 해당하는지 여부는 계약의 형식에 관계없이 실질적으로 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단한다.

한편 상법상 주식회사의 이사는 주주총회의 선임 결의를 거쳐 임명되고(상법 제382조 제1항), 그 등기를 하여야 한다. 이러한 절차에 따라 적법하게 선임된 이사만이 이사회 구성원으로서 회사의 업무집행의 의사결정에 참여하는 등 상법에서 정한 권한을 행사할 수 있고, 이러한 주식회사의 이사는 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받고 있다(상법 제382조제2항). 따라서 이사가 상법상 정하여진 이사로서의 업무를 실질적으로 수행하는 한편 회사의 경영을 위한 업무를 함께 담당하는 경우에, 그 담당하고 있는 전체 사무의 실질이 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하는 것에 그치지 아니한다면, 그 이사는 위임받은 사무를 처리하는 것으로 볼 수 있다(대법원 1992. 12. 22. 선고 92다28228 판결, 대법원 2000. 9. 8. 선고 2000다22591 판결 등 참조).

그리고 주식회사의 이사가 정관이나 주주총회의 결의에서 정한 바에 따라 일정한 보수를 받는 경우에 원칙적으로 이는 상법 제388조의 규정에 근거한 것으로서 그 보수는 근로기준법에서 정한 임금이라 할 수 없으며, 또한 회사의 규정에 의하여 이사에게 퇴직금을 지급하는 경우에도 원칙적으로 그 퇴직금은 근로기준법 등에서 정한 퇴직금이 아니라 재직 중의 위임 사무 집행에 대한 대가로 지급되는 보수의 일종이라 할 수 있으므로, 그 보수 및 퇴직금 지급에 관한 사정을 이유로 하여 이사의 지위를 달리 볼 것은 아니다.

나. 원심 판결이유 및 적법하게 채택된 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- (1) 피고는 1991.6.18. 설립되어 금속철강선 제조, 절단 가공 제조업, 판매업 및 수출입업을 주된 목적사업으로 하는 코스닥등록 법인으로, 자본총액은 1997년경 약 40억 원, 2010년경 약 83억 원이고, 상시 근로자 수는 60명 내지 100명 정도이며, 부산에 본사를 두고 서울에는 판매 등 영업을 담당하는 서울사무소를 두고 있다.
- (2) 원고는 1996.8.16. 피고는 서울사무소 영업소장 직위로 입사하여 줄곧 서울사무소에서 근무하던 중 1998.6.30. 주주총회에서 이사로 선임되어 피고의 법인등기부에 이사로 등기되었고, 그 후 영업팀장의 직위를 겸한 상무이사, 전무이사로 순차 승진하여 근무하다가 2009.12.31. 퇴직하였으나 2010.3.29.까지 피고의 법인등기부에 이사의 등기가 유지되고 그때까지의 보수를 받았다.



- (3) 피고의 정관 제36조는 대표이사는 피고를 대표하고 업무를 총괄하며, 부사장, 전무이사, 상무이사 및 이사는 사장을 보좌하고 이사회에서 정하는 바에 따라 피고의 업무를 분장·집행한다고 규정하고 있고, 피고는 이에 근거하여 대표이사 1명과, 전무이사, 상무이사, 이사 각 1명씩 이사 총 4명과 감사 1명을 두고 있다.
  - (4) 원고는 피고의 이사로서 회사의 중요사항을 결정하는 이사회에 참석하였고, 참석하지 못하더라도 직원으로부터 의결사항을 보고받은 후 이사회 회의록에 원고의 기명날인을 하도록 하였으며, 피고의 부산 본사에서 개최되는 매월 초의 결산회의와 매월 25일의 팀장 회의에 참석하고 2005년부터는 결산회의를 주재하기도 하였다.
  - (5) 피고는 영업팀, 생산관리팀, 경영지원팀, 품질경영팀 등 4개의 팀으로 조직되어 있으며, 그 중 영업팀장인 원고는 피고의 '조직 및 업무분장표'상으로 서울사무소와 부산사무소의 내수영업과 해외영업을 모두 관장하여 원자재 구매 업무, 내부 조직의 업무조정, 판매정책 수립 및 이행, 시장 동향 파악 등의 업무를 담당하면서 영업팀의 직원을 채용하거나 내수·수출 원자재 소요예상량 책정, 일일판매일보, 생산의뢰서, 출하요청서 등에 최종적으로 결재를 하는 등 경영업무를 처리하는 과정에서 비교적 광범위한 권한을 행사하였다.
  - (6) 원고는 2003.3.31. 경 피고로부터 1996.8.16.부터 2003.3.31.까지의 퇴직금으로 근로기준법에 따라 산정한 돈을 중간 정산 명목으로 받은 후, 2003.4.1.부터는 1년 단위의 연봉계약으로 변경되었고, 2004년부터의 연봉계약에서는 연봉계약일 이후부터는 퇴직금을 지급하지 않기로 약정하였으며, 이에 따라 종전의 월평균 300만 원 정도의 급여를 받은 것과는 달리 그 보수를 대폭 올려 2003년과 2004년에는 연봉 6,000만 원, 2005년에는 연봉 7,800만 원을 받았고, 2006년부터는 종전의 3배에 가까운 연봉 1억 80만 원을 받았다.
  - (7) 피고의 정관 제43조는 이사와 감사의 보수를 주주총회의 결의로 정한 지급한도 범위 내에서 이사회가 지급 여부 및 방법, 금액을 정하도록 하고, 퇴직금은 주주총회의 결의를 거쳐 임원퇴직금 지급규정에 의하도록 규정하고 있으며, 이에 따라 피고의 2007.3.22.자 주주총회에서는 이사 4명의 연간 보수한도를 10억 원으로 정하는 결의가 있었으며, 그 범위 내에서 이사회로부터 지급방법을 위임받은 대표이사와의 협의를 통하여 위와 같은 연봉 형태로 보수가 지급되었다.
  - (8) 피고의 인사관리규정은 사원의 직급을 1급 갑부터 6급까지로 나누어 부장, 차장, 과장, 대리, 주임, 사원 등으로 규정하고 있어 이사는 사원에 포함되지 않으며, 피고의 취업규칙은 사원의 정년을 계장 이상 55세, 기타 50세로 정하고 있으나, 피고는 원고가 55세를 넘어서는 2006년 이후에도 주주총회에서 원고를 이사로 선임하고 위와 같이 연봉계약을 체결하였다.
- 다. 위 사실관계에서 알 수 있는 피고 회사의 규모 및 경영 조직과 아울러 원고의 피고 회사 이사로서의 선임 및 등기 경위, 이사회 활동 및 회사의 의사결정·경영에 대한 참여 정도, 경영 책임자로서의 구체적인 업무의 내용, 보수 및 처우 등에 관한 사정



들을 종합하여 보면, 원고는 피고 회사의 상법상 이사로서 이사회 등을 통하여 회사의 업무집행에 관한 주요 의사결정에 참가하는 한편 일정한 범위의 사업경영에 관한 업무를 위임받아 처리하여 왔으며 특히 2006년에 일반 사원의 정년이 지난 후에도 계속 이사로 선임되어 업무를 처리하고 주주총회 결의에 기초한 이사로서의 보수를 받는 등 근로자인 일반 사원과는 확연하게 차별화된 처우를 받았다고 할 수 있고, 비록 원고가 영업팀장으로서의 업무를 함께 담당하는 과정에서 대표이사로부터 지시 등을 받는 경우가 있다고 하더라도 원고의 등기 이사로서의 명칭이나 직위가 형식적·명목적인 것에 불과하다거나 원고가 담당한 전체 업무의 실질이 위임사무를 처리하는 것이 아니라 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 일정한 근로를 제공함에 그친다고 보기에는 부족하다.

그렇다면 원고가 피고 회사의 이사에서 퇴직할 때에 정관이나 주주총회의 결의 등으로 정한 이사에 대한 보수의 일부로서 퇴직금을 청구할 수 있음은 별론으로 하고, 근로기준법상의 근로자임을 전제로 하여 근로자퇴직급여 보장법이 규정한 퇴직금을 청구할 수는 없다고 할 것이다.

그런데도 이와 달리 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어, 원고가 형식상 이사에 불과할 뿐 그 실질에서는 피고의 대표이사로부터 구체적인 지휘·감독을 받아 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로기준법상의 근로자라고 단정한 나머지 피고가 원고에게 근로자 퇴직급여 보장법이 규정한 퇴직금을 지급할 의무가 있다고 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 상법상 이사의 업무 성격 및 근로자성에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

## 2. 원고의 상고이유에 대하여

원고의 상고이유의 주장은, 원고가 2010.1.부터 2010.3.까지 3개월간 피고로부터 받은 돈은 원고가 받아야 할 근로자로서의 퇴직금과 관련이 없음에도 이를 원고가 부당이득하였다고 보아 그 퇴직금에서 공제한 원심의 판단이 잘못이라는 것이다.

그러나 앞서 본 바와 같이 피고가 근로자인 원고에게 근로자퇴직급여 보장법이 규정한 퇴직금을 지급할 의무가 있다고 본 원심의 판단이 잘못이므로, 위 상고이유 주장의 당부에 관하여 판단할 필요 없이, 그 퇴직금 지급의무를 전제로 한 원심의 위 공제 판단 부분 역시 그대로 유지될 수 없다.

## 3. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 신영철(재판장), 이상훈, 김용덕(주심), 김소영



## 2.2 비등기임원

☞ 대법원 2013. 6. 27. 선고 2010다57459 판결

### » 요 지 «

1. 회사의 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 근로기준법상의 근로자에 해당한다.
2. 형식상 전무라는 고위 직함을 가지고 회사의 업무 전반을 처리함에 있어 사실상 다소 큰 권한을 행사하였다 하더라도, 실질적인 경영자의 구체적·개별적인 지휘·감독 하에 근로를 제공하였고 경영성과나 업무성적 또는 위임사무 처리에 따른 것이 아니라 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받았다면 근로기준법상 근로자에 해당한다.

\* 원고, 피상고인 : A

\* 피고, 상고인 : B 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2010. 6. 25. 선고 2009나52399 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 상고이유보충서는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

#### 1. 상고이유 제1점에 대하여

근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어서 근로자가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기서 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받는지 여부, 업무 수행 과정에서 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 보수가 근로 자체의 대상적(對價的) 성격을 갖고 있는지 여부와 근로소득세

의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성의 유무와 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고(대법원 2005. 5. 27. 선고 2005두 524 판결, 대법원 2007. 5. 31. 선고 2006다78466 판결 등 참조), 전체적으로 보아 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였다고 인정되는 이상, 근로자에 대한 위 여러 징표 중 일부 사정이 결여되었거나 다른 지위를 아울러 가지고 있다고 하여도 그러한 사유만으로 근로기준법상 근로자가 아니라고 할 수는 없다고 할 것이며(대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도11087 판결 등 참조), 한편 회사의 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 근로기준법상의 근로자에 해당한다 할 것이다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결 참조).

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 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 월 급여를 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 못하였다 할 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, 경영성이나 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.



같은 취지의 원심판단은 정당하여 수긍이 가고, 거기에 논리와 경험의 법칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 벗어났다거나 근로기준법상의 근로자성에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

피고 회사는 원고가 피고 회사에게 합계 2억 원을 대여한 사실이 없다고 주장하나, 이 부분 상고이유의 주장은 결국 사실심인 원심의 전권에 속하는 증거의 취사선택과 사실인정을 다투는 취지에 불과하여 적법한 상고이유로 보기 어렵고, 나아가 원심의 판단을 기록에 비추어 살펴보더라도 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 위배하고 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 인정하거나 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 위법이 있다고 볼 수 없다.

## 3. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 양창수(재판장), 박병대, 고영한(주심), 김창석





☞ 대법원 2017. 11. 9. 선고 2012다10959 판결★<sup>2)</sup>

### » 요 지 «

1. 회사의 임원이라 하더라도, 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.

그러나 회사의 임원이 담당하고 있는 업무 전체의 성격이나 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. 특히 대규모 회사의 임원이 전문적인 분야에 속한 업무의 경영을 위하여 특별히 임용되어 해당 업무를 총괄하여 책임을 지고 독립적으로 운영하면서 동기 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 처리하는지를 가려야 한다.

2. 대규모 금융회사인 甲 보험회사에서 미등기임원인 상무로 선임되어 ‘방카슈랑스 및 직접마케팅(Direct Marketing)’ 부문을 총괄하는 업무책임자(Function Head)의 업무를 담당하다가 해임된 乙이 근로기준법상 근로자에 해당하는지 문제 된 사안에서, 甲 회사의 규모, 경영 조직 및 대규모 금융회사로서의 특수성, 甲 회사의 경영목적상 필요에 의하여 乙이 외부에서 미등기임원으로 선임된 경위, 그 과정에서 고려된 乙의 전문적인 능력 및 담당 직위와의 상관관계, 乙이 실제로 담당한 포괄적인 권한과 업무수행 실태, 甲 회사의 의사결정·경영에 대한 乙의 참여 정도, 甲 회사의 임원과 직원에 대한 구분 및 분리 임용, 직원보다 현저하게 우대받은 乙의 보수 및 처우, 해임의 경위와 취지 등에 관한 여러 사정을 관련 법리에 비추어 종합하여 보면, 乙은 甲 회사의 대표이사 등으로부터 구체적인 지휘·감독을 받으면서 정해진 노무를 제공하였다기보다 기능적으로 분리된 특정 전문 부분에 관한 업무 전체를 포괄적으로 위임받아 이를 총괄하면서 상당한 정도의 독자적인 권한과 책임을 바탕으로 처리하는 지위에 있었으므로 근로기준법상 근로자에 해당한다고 보기 어렵다.

【참조조문】 근로기준법 제2조 제1항 제1호, 근로기준법 제2조 제1항 제1호

【참조판례】 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결(공2003하, 2075), 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다28813 판결

2) 대규모 회사에서 비등기 임원의 근로기준법상 근로자성을 부정한 예외적 판결



- \* 원고, 피상고인 겸 상고인 : A
- \* 피고, 상고인 겸 피상고인 : 메트라이프생명보험 주식회사
- \* 원심판결 : 서울고법 2011. 12. 16. 선고 2011나17917 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 원고의 각 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 근로기준법 제2조 제1항 제1호에서 규정하는 근로자는 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 사람을 말하며, 이에 해당하는지 여부는 계약의 형식에 관계없이 실질적으로 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다 28813 판결 등 참조).

따라서 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 2012다 28813 판결 참조). 특히 대규모 회사의 임원이 전문적인 분야에 속한 업무의 경영을 위하여 특별히 임용되어 해당 업무를 총괄하여 책임을 지고 독립적으로 운영하면서 등기이사와 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.

2. 원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 피고는 1989. 6. 1. 설립되어 보험업법에 따른 생명보험 운영, 자산의 운용 등의 사업을 영위하는 금융회사이다. 자본금의 규모는 2003년 기준 977억 원, 2009년 기준 약



1,415억 원이고, 2009년 기준으로 자산은 7조 3,000억 원, 당기순이익은 1,000억 원에 이르며, 상시 근로자 수는 약 600명인 대규모 금융회사로서, 방대하고 다양한 분야의 사업을 효과적으로 추진하기 위하여 각 분야의 업무를 분장하여 전문적으로 집행할 수 있는 경영능력을 갖춘 업무담당 임원이 필수적으로 요구된다.

- 나. 피고는 전 직원에 대하여 적용되는 취업규칙과 별도로 임원인사규정(2005. 12. 31. 개정된 것으로서 갑 제14호증이다)을 두어 등기임원과 미등기임원을 모두 포함한 임원의 선임·해임·보수·처우 등에 관하여 정함으로써, 직원과 구분된 임원 제도를 운영하고 있다.

등기임원은 이사 및 감사로 등기된 자로서 회사 경영목적상의 권한을 부여받고 그 결과에 책임을 진다. 한편 미등기임원은 회사의 경영목적상 등기임원과 동등한 직책을 부여받고, 등기임원에 준하는 처우를 받으며, 담당 업무를 수행하기 위해 등기임원과 동일한 책임과 권한을 가진다. 임원의 직명은 회장, 부회장, 사장, 부사장, 전무, 상무, 상무보로서, 감사를 제외한 임원의 담당 업무 및 직위 결정은 이사회를 얻어 대표이사가 결정한다.

미등기임원은 임원인사규정 제12조, 제13조에 따라 대표이사의 요청에 의하여 이사회에서 선임하는데, '회사의 경영목적상 필요에 의하여 이사회에서 선임이 결정된 경우'(제13조 제5호) 등 일정한 사유가 있는 경우에 선임된다. 한편 미등기임원은 임기를 정하였을 때에는 임원인사규정 제14조에 따라 그 임기 또는 기간이 만료되는 경우, 이사회 결의에 의해 해임되는 경우, 기타 사유로 정상적인 임원 역할 수행이 상당 기간 이상 불가능한 경우에는 그 자격이 상실된다.

- 다. 원고는 2003. 12. 15. 피고의 미등기임원인 상무로 선임되어 '방카슈랑스 및 직접마케팅(Direct Marketing)' 부문(이하 '방카슈랑스 등 부문'이라 한다)을 총괄하는 업무책임자(Function Head)의 업무를 담당하였다.

- 라. 당시 피고는 대표이사의 산하에 회사 업무를 특성별로 나눈 12개의 부문을 두고, 해당 부문 업무에 관한 전문적인 능력 등을 갖춘 등기임원(상근 이사로서 3명이다) 또는 미등기임원 중 12명을 포괄적인 권한과 책임을 가진 각 업무책임자로 선임하여 해당 부문별로 독립적으로 업무를 집행하는 행렬식 조직체계(matrix organization)를 갖추고 있었다.

원고가 총괄한 방카슈랑스 등 부문은 위 12개 부문 중의 하나로서, 시중은행에 대한 영업활동을 통해 피고의 보험상품을 판매하는 방카슈랑스 업무와 홈쇼핑 및 텔레마케팅을 통해 보험상품을 판매하는 직접마케팅 업무를 담당하면서, 이를 위한 관련 상품 개발, 영업 전략과 계획 수립, 상품의 홍보 및 영업활동, 영업사원의 영업활동에 대한 통제와 지원 등의 모든 업무를 수행하는 조직이었다.



마. 2003년 당시 방카슈랑스 등 부문은 기존 설계사로 이뤄졌던 영업채널에서 은행을 통한 새로운 영업채널을 도입하는 단계에 있어 보험회사 성장의 발판을 마련하기 위한 경쟁이 치열한 상황에 있었다. 원고는 피고의 상무로 선임되기에 앞서 ○○○○은행의 부장으로 근무하고 있었는데, 위와 같은 상황에 처한 피고로부터 방카슈랑스 등 부문의 상무 업무를 담당하여 달라는 제안[갑 제8호증에 의하면, '방카슈랑스와 텔레마케팅을 포함하는, 그러나 향후 다른 분야로 확대될 수 있는 피고의 대체판매 부문(Alternative Distribution)을 담당할 상무'에 관한 직위를 담당하고, '피고의 대표이사 와 메트라이프 뉴욕의 국제담당 세일즈 및 마케팅 헤드에 대한 복수보고'를 하는 것으로 되어 있다]을 받고 이를 수락하여 피고의 상무로 선임되었다. 이는 피고의 경영목적상 필요에 의하여, 원고의 종전 은행 근무 경력에 기초한 전문적인 능력을 고려하여 방카슈랑스 등 부문 업무에 관한 포괄적인 권한과 책임을 맡긴 것으로 보이며, 위 제안(갑 제8호증)을 주고받은 외에 원고와 피고 사이에 별도로 작성된 근로계약서는 없다.

바. 실제로 원고는 방카슈랑스 등 부문의 업무책임자로서, 중장기·연간 사업·물량 계획 수립, 평가기준 수립, 영업 관련 판매촉진비용 집행, 텔레마케팅 영업 점포 계획 수립·조정과 점포 신설·통합·폐쇄 등에 관하여 전결권을 가지고 해당 부문의 업무처리 과정에서 비교적 폭넓은 권한을 행사하였고, 중요한 계약 체결 등이나 월별 보고에 관하여만 대표이사의 결재를 거쳤다.

그뿐 아니라, 원고는 피고의 임원으로 구성되어 회사의 장기·단기 경영계획, 전사(全社)·부문별 경영 현황 공유, 논의·의사결정이 필요한 주요 경영 이슈 등의 안전을 다루는 임원위원회(Steering Committee)의 구성원으로 참여하여, 회사의 중요 정책에 대한 심의·의결 등의 의사결정을 하였다.

그리고 상법에 의하면, 원고가 담당한 상무의 직위는 일반적으로 회사를 대표할 권한이 있는 명칭으로 인정되고(제395조), 또한 이처럼 이사가 아니면서 상무 등 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정되는 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 원고는 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 이사로 간주되어 제399조, 제401조 및 제403조에 따라 피고 및 제3자 등에 대하여 직접 책임을 진다(제401조의2 제1항).

사. 취업규칙 및 임원인사규정에 의하면, 피고의 임원과 그 밖의 직원의 지위는 엄격히 구분되며, 사원에서 미등기임원으로 선임된 경우에는 사원으로서 퇴직한 것으로 간주하여 퇴직금을 지급한다. 그리고 미등기임원에 대하여는 직원보다 훨씬 높은 수준의 '임원 및 감사의 급여 및 퇴직금 지급규정'에서 정한 해당 직위의 등기임원 보수에 준하는 보수와 임원 재직 기간만을 통산한 퇴직금을 지급하며, 복리후생 등의 모든 처우도 해당 직위의 등기임원에 준하여 이루어진다. 이에 따라 원고도 등기임원과 동일하게 상무의 직위에 해당하는 처우를 받음으로써 일반 직원보다 현저하게 우대한 보수와 자동차, 스포츠회원권 제공 등의 차별화된 복리후생의 혜택을 받았다.

아. 한편 피고는 원고에 대하여 2007. 7. 30. 방카슈랑스 등 부문의 영업실적 저조 등을 이유로 담당 상무의 보직을 해임한 후 2007. 8. 3. 인사지원팀 대기발령을 명하였고, 2008. 5. 22. '① 영업실적 저조에 대한 개선노력 결여(대은행과의 협력관계 강화노력 전무), ② 리더십 부재(의사결정 지연으로 상품출시 지연 및 대은행 홍보부족으로 인한 영업활동기회 상실), ③ 관리능력 부족(우수직원의 퇴사방조 및 비인간적인 관리 행태), ④ 최저 성과평가 등급(2년간 최저의 성과평가 기록: 2006년 2등급, 2007년 1등급)'을 이유로 출근정지 2개월의 처분을 하였다.

나아가 피고는 2008. 8. 1. 개정된 임원인사규정 제16조 제3항에 따라 임원인사위원회의 의결을 거쳐 원고를 해임(이하 '이 사건 해임'이라 한다)하였는데, 이는 원고가 현실적으로 임원 직무를 수행하지 아니하고 있는 데다가 달리 원고에게 부여하거나 신설할만한 임원 직무가 없어 원고의 임원 자격을 그대로 유지할 이유가 없다는 취지로서, 종전 임원인사규정 및 개정된 임원인사규정에서 모두 해임 사유로 정한 '정상적인 임원 역할 수행이 상당 기간 이상 불가능한 경우'에도 해당한다고 할 수 있다.

3. 이러한 사실관계에서 드러나는 피고의 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, 피고의 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 피고의 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 피고의 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. 그리고 이 사건 해임은 이처럼 원고가 전문성 및 경영능력에 대한 신임관계를 기초로 방카슈랑스 등 부문 업무를 위임받아 총괄하였다가 위 출근정지 처분에서 인정된 사유 등으로 인하여 그 신임관계가 현저히 상실되어 정상적인 임원 역할 수행이 불가능하게 됨에 따른 결과라고 할 수 있다.

그렇다면 원고가 근로기준법상 근로자에 해당한다고 하기는 어려우므로, 이 사건 해임을 근로자에 대한 일반적인 해고와 동일하게 취급하여 그 효력을 판단할 수 없다고 봄이 타당하다. 또한 설령 이와 달리 원고가 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 여



지가 있다 하더라도, 위와 같이 일반적인 근로관계로 보기에 적절하지 아니한 특수한 사정이 인정되는 이 사건에서는 그 특수한 사정을 충분히 반영하여 임원 선임의 기초인 신임관계가 현저히 상실되어 임원 업무를 수행할 수 없게 됨에 따른 해고에 정당한 이유가 있다고 볼 수 있는지를 살펴야 할 것이다.

4. 그럼에도 이와 달리 원심은 판시와 같은 이유만으로 원고를 근로기준법상 근로자로 단정하고, 나아가 이를 전제로 판시와 같은 사정만을 들어 근로기준법 제23조가 정한 해고의 정당한 이유가 없어 이 사건 해임이 무효라고 판단한 다음, 원고의 임금 등 청구를 일부 인용하였다.

따라서 이러한 원심의 판단에는 근로기준법의 근로자성 및 위임에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 취지의 피고의 상고이유 주장은 이유 있다.

5. 그러므로 피고의 나머지 상고이유 및 원고의 상고이유에 대한 판단을 생략하고 원심판결을 파기하며, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박상옥(재판장), 김용덕(주심), 김신, 박정화



## 2.3 대표이사

☞ 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다98720 판결

### » 요 지 «

1. 주식회사의 대표이사는 대외적으로는 회사를 대표하고 대내적으로는 회사의 업무를 집행할 권한을 가지므로, 대표이사로서의 지위가 형식적·명목적인 것에 불과하여 실제 경영자로부터 구체적·개별적인 지휘·감독을 받아 근로를 제공하고 근로 자체의 대상적 성격으로 보수를 지급받았음에 그쳤다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 근로기준법상의 근로자에 해당하지 아니한다.
2. 원고는 피고의 대표이사로서 대외적으로 피고를 대표하고 대내적으로 피고의 업무를 집행하였으며, 일부 업무에 관하여 피고의 최대주주이자 다국적 기업인 ○○○○ 인터내셔널의 홍콩·한국·중국·싱가포르 지사장 또는 아시아 운영위원회에 보고를 하거나 그로부터 승인을 받기는 하였지만, 이는 ○○○○ 인터내셔널이 피고를 비롯한 여러 현지 법인들에 대한 관리 및 운영의 효율성을 도모하기 위하여 추상적이고 간접적인 지휘·감독을 한 데 불과하여, 위와 같은 사정 등만으로는 원고가 피고 또는 ○○○○ 인터내셔널 아시아 운영위원회의 구체적인 지휘·감독 아래 종속적인 근로를 제공하였다고 보기는 어려우므로, 원고는 근로기준법상의 근로자에 해당하지 않는다.

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : B 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2012. 9. 7. 선고 2011나78691 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 원고가 근로기준법상의 근로자라는 상고이유에 대하여

- 가. 주식회사의 대표이사는 대외적으로는 회사를 대표하고 대내적으로는 회사의 업무를 집행할 권한을 가지므로, 대표이사로서의 지위가 형식적·명목적인 것에 불과하여 실제 경영자로부터 구체적·개별적인 지휘·감독을 받아 근로를 제공하고 근로 자체의 대상적 성격으로 보수를 지급받았음에 그쳤다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 근로



기준법상의 근로자에 해당하지 아니한다(대법원 2009. 8. 20. 선고 2009두1440 판결 등 참조).

- 나. 원심은 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고는 피고의 대표이사로서 대외적으로 피고를 대표하고 대내적으로 피고의 업무를 집행하였으며, 일부 업무에 관하여 피고의 최대주주이자 다국적 기업인 ○○○○○○ ○○○○(○○○ ○○○○○○○○, 이하 통상적인 명칭에 따라 ‘○○○○○ 인터내셔널’이라고 한다)의 홍콩·한국·중국·싱가포르 지사장 또는 아시아 운영위원회에 보고를 하거나 그로부터 승인을 받기는 하였지만, 이는 ○○○○○○ 인터내셔널이 피고를 비롯한 여러 현지 법인들에 대한 관리 및 운영의 효율성을 도모하기 위하여 추상적이고 간접적인 지휘·감독을 한 데 불과하여, 위와 같은 사정 등만으로는 원고가 피고 또는 ○○○○○○ 인터내셔널 아시아 운영위원회의 구체적인 지휘·감독 아래 종속적인 근로를 제공하였다고 보기는 어려우므로, 원고는 근로기준법상의 근로자에 해당하지 않는다고 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 앞서 본 법리에 따른 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 근로기준법상 근로자의 범위에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

## 2. 계약서에 따른 보수청구권이 있다는 상고이유에 대하여

- 가. 상법 제388조는 “이사의 보수는 정관에 그 액을 정하지 아니한 때에는 주주총회의 결의로 이를 정한다.”고 규정하고 있다. 여기에서 말하는 이사의 보수에는 월급·상여금 등 명칭을 불문하고 이사의 직무수행에 대한 보상으로 지급되는 대가가 모두 포함되고, 퇴직금 내지 퇴직위로금도 그 재직 중의 직무집행의 대가로 지급되는 보수의 일종이다(대법원 1977. 11. 22. 선고 77다1742 판결 등 참조). 위 규정은 강행규정이므로, 정관에서 이사의 보수 또는 퇴직금에 관하여 주주총회의 결의로 정한다고 되어 있는 경우에 그 금액·지급시기·지급방법 등에 관한 주주총회의 결의가 있었음을 인정할 증거가 없다면 이사는 보수나 퇴직금을 청구할 수 없다(대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다25123 판결 등 참조).

- 나. 원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- (1) 원고는 2007. 3. 19. ○○○○○○ 인터내셔널의 아시아·태평양 지역 인사담당책임자 소외 1 및 ○○○○○○ 인터내셔널의 홍콩·한국·중국·싱가포르 지사장이자 피고의 이사인 소외 2와 사이에, 원고를 피고의 대표이사로 임용한다는 내용의 계약서(이하 ‘이 사건 계약서’라 한다)를 작성하였다. 소외 1과 소외 2는 당시 피고의 대표이사이던 소외 3으로부터 대리권을 수여받아 피고를 대리하여 이 사건 계약서를 작성하였다.





(2) 이 사건 계약서에는 피고 대표이사로서의 원고의 의무를 구체화·상세화한 내용과 함께, ① 원고에게 기본급 월 2,500만 원, 주택수당 월 1,100만 원, 팬텀 세어(Phantom Share, 피고의 자산가치 증가액에 연동하여 계산한 평가액을 지급하는 가공의 주식으로, 지급일 당시 재직함을 지급조건으로 한다)로 채어맨 세어(Chairman's Share) 750주(평가액 지급예정일은 2009. 3. 10.)와 임플로이 인센티브 세어(Employee Incentive Share) 1,000주(평가액 지급예정일은 2010. 3. 10.)를 지급한다는 조항, ② 적용가능한 경우 피고는 퇴직금에 관하여 근로기준법이 정한 최저기준을 충족시킬 것이라는 조항과 ③ 원고에게 연 23일의 연차유급휴가를 부여한다는 조항이 포함되어 있다. 그리고 이 사건 계약서가 원용하고 있는 피고의 취업규칙에는 계속근무연수 1년에 대하여 30일분의 평균임금을 퇴직금으로 지급한다는 조항이 있다.

(3) 원고는 2007. 5. 8. 11:00 개최된 피고의 임시주주총회 결의로 피고의 이사로 선임되고, 같은 날 13:00 개최된 피고의 이사회 결의로 피고의 대표이사로 선임되었다.

(4) 한편 피고의 정관 제29조는 “이사와 감사의 보수, 상여금, 기타 수당은 주주총회의 결의에 따라 지급한다. 이사와 감사에 대한 퇴직금의 지급은 주주총회의 결의에 의해 채택된 회사의 규정에 따라 이루어진다.”고 규정하고 있다.

(5) 피고는 매년 정기주주총회에서 당해 회계연도에 적용될 이사와 감사의 보수 총액을 결정하는 결의를 하였으나, 주주총회의 결의로 취업규칙의 퇴직금 조항을 이사에 대한 퇴직금지급규정으로 채택하거나 따로 이사의 퇴직금지급규정을 마련하여 채택하지는 아니하였고, 연차휴가근로수당에 관하여도 따로 주주총회에서 그에 관한 결의를 하지 아니한 사실을 알 수 있다.

다. 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, (1) 이 사건 계약서는 ○○○○ 인터내셔널의 임원들이 당시 피고의 대표이사로부터 대리권을 수여받아 피고를 대리하여 원고와 사이에 작성한 원고에 대한 대표이사 임용계약서로서 원고가 2008. 5. 8. 피고의 주주총회 및 이사회에서 피고의 이사 및 대표이사로 선임됨으로써 효력을 갖게 되었다고 할 것이지만, (2) 이 사건 계약서 중 퇴직금, 연차휴가근로수당 등 원고의 보수에 관한 조항들은 상법 제388조의 규정에 따른 요건을 갖춘 경우에 그 한도 내에서만 효력을 갖는다고 할 것인데, 피고의 정관에 이사의 보수액을 정하지 아니하였고 주주총회의 결의로 퇴직금과 연차휴가근로수당의 금액·지급방법·지급시기를 정하거나 이를 정한 규정을 채택하지 아니하였으므로, 원고가 이 사건 계약서의 위 조항들을 근거로 피고에 대하여 퇴직금과 연차휴가근로수당 등의 지급을 청구할 권리는 없다.

그리고 기록에 의하면 원고는 원심에서 피고가 1인 주주인 ○○○○ 인터내셔널의 결재·승인을 거쳐 관행적으로 이사에게 퇴직금을 지급하여 왔으므로 이사의 퇴직금



에 대한 주주총회의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있다는 주장을 하지 아니하였음을 알 수 있으므로, 원심이 그러한 관행이 있는지 여부에 관하여 심리를 하지 아니하였다고 하더라도 거기에 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없다.

라. 따라서 원심이 이사 및 대표이사 선임에 관한 주주총회 및 이사회 결의가 없는 상태에서 현 대표이사와 후임 대표이사 사이에 계약이 체결되었다는 이유만을 들어 이 사건 계약서가 효력이 없다고 판단한 것은 잘못이라 할 것이나, 주주총회의 결의가 없었음을 이유로 원고의 퇴직금과 연차휴가근로수당 등에 관한 청구를 기각한 결론은 정당하므로, 거기에 상고이유 주장과 같이 변론주의를 위반하거나 대표이사의 권한의 범위, 무권대리행위의 추인 등에 관한 법리를 오해하고 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나며 필요한 심리를 다하지 아니하고 판단을 누락하는 등의 잘못으로 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

### 3. 원고의 해임에 정당한 이유가 없다는 상고이유에 대하여

가. 상법 제385조 제1항에 의하면, 이사는 언제든지 주주총회의 특별결의로 해임할 수 있으나, 이사의 임기를 정한 경우에 정당한 이유 없이 그 임기만료 전에 이사를 해임한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 해임으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다. 여기에서 ‘정당한 이유’란 주주와 이사 사이에 불화 등 단순히 주관적인 신뢰관계가 상실된 것만으로는 부족하고, 이사가 법령이나 정관에 위배된 행위를 하였거나 정신적·육체적으로 경영자로서의 직무를 감당하기 현저하게 곤란한 경우, 회사의 중요한 사업계획 수립이나 그 추진에 실패함으로써 경영능력에 대한 근본적인 신뢰관계가 상실된 경우 등과 같이 당해 이사가 경영자로서 업무를 집행하는 데 장애가 될 객관적 상황이 발생한 경우라야 할 것이다(대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다 25611 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- (1) 원고가 피고의 대표이사로 재직하던 기간의 매출실적을 재직 전의 것과 비교하면, ○○○○ 인터내셔널의 피고를 제외한 아시아·태평양 지역 매출액은 이전과 비슷한 수준을 유지하고 있었는데 피고의 매출액은 40% 정도 감소하였고, 이로써 ○○○○ 인터내셔널 아시아·태평양 지역 매출액에서 피고의 매출액이 차지하는 비중이 31%에서 20%로 감소하였다.
- (2) 원고가 피고의 대표이사로 재직하는 동안 총 19개의 신규 소매편드를 출시하였는데, 판매목표액 대비 실제판매액은 61%로 저조하였고, 목표달성률이 100%를 초과한 것은 2개에 불과하며 목표달성률이 10%에도 미치지 못한 것이 14개에 이른다.
- (3) 피고의 감사보고서에 의하면 원고의 재임 첫해에 영업이익과 당기순이익이 급격하게 감소하였다.



한편 위 감사보고서에 의하면 원고의 재임 둘째 해에는 영업이익과 당기순이익이 재임 전에 비하여 대폭 증가하였지만, 이는 재임 둘째 해 중반부터 실시한 인력감축 등 비용절감조치로 인건비 등이 50억 원가량 감소된 것 등이 주된 원인이고, 원고의 재임 전 증가하던 매출액은 원고의 재임기간 중 감소하여 순매출액이 마이너스를 기록하였다.

다. 위 사실관계에 의하면, 원고가 피고의 대표이사로 재임하는 동안 피고의 영업실적이 현저히 악화되었고, 2008년 세계금융위기를 감안하더라도 ○○○○ 인터내셔널의 피고를 제외한 나머지 아시아·태평양 지역의 영업실적과 비교하여 보면 피고의 영업이 상당히 부진하였다고 할 것이다. 그리고 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고의 해임 당시 원고의 경영능력에 대한 근본적인 신뢰가 상실되어 원고가 피고의 이사로서 직무를 집행하는 데 장애가 될 객관적인 상황이 발생하였다고 할 수 있으므로, 피고가 정당한 이유 없이 원고를 이사에서 해임하였다고 보기 어렵다.

라. 원심 판시에 일부 미흡한 부분이 있으나, 원심이 위와 같은 취지의 판단에 의하여 원고의 손해배상청구를 배척한 것은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 이사 해임의 정당한 이유에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

#### 4. 처분권주의를 위반하였다는 상고이유에 대하여

원고는 2012. 4. 26.자 준비서면에서 대표이사 및 이사의 직에서 모두 해임된 경우 그 해임으로 인한 손해액을 산정할 때에는 해임 전에 받았던 보수 전액을 기준으로 하여야 하고 대표이사로서의 보수와 이사로서의 보수를 나누는 것은 부당하다고 주장하였는데, 위 주장 속에는 원고가 대표이사로서 받은 보수 상당액도 손해배상으로 구한다는 취지가 포함되어 있다고 볼 수 있다.

따라서 피고 대표이사직에서의 해임을 이유로 손해배상청구를 할 수 없다고 한 원심 판결이 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여 판단한 것이라 할 수 없고, 원심판결에 상고이유의 주장과 같이 처분권주의 또는 변론주의를 위반하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

#### 5. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 신영철(재판장), 이상훈, 김용덕(주심), 김소영



## 2.4 소사장

☞ 대법원 2016. 5. 26. 선고 2014도12141 판결

### » 요 지 «

1. 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, 근로기준법상의 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 아울러 참작하여야 한다.
2. 소사장인 G, H가 이 사건 회사로부터 근로시간을 기준으로 계산한 시급을 매월 15일에 받았을 뿐만 아니라 야근수당도 근로시간으로 계산해 받은 점, 외출을 할 때에도 회사의 허락 또는 동의를 구하였으며 출퇴근 시간이 정해져 있어 항상 출퇴근카드를 작성한 점, 휴가 기간도 7월 말에서 8월 초로 정해져 있어 이 기간 동안에만 휴가를 사용할 수 있었던 점, 이 사건 회사가 G, H 등을 대신해 부가가치세와 종합소득세의 신고·납부의무를 대행해준 점 등에 비추어 보면, G, H는 이 사건 회사와 사이에 체결한 계약의 형식에 관계없이 실질적으로는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 이 사건 회사에 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하고, G, H가 소사장으로 근무하는 기간 동안 사업자등록을 한 사실이 있다거나, 이른바 4대 보험에 가입한 사실이 없다는 사정만으로 이와 달리 볼 것은 아니다.

\* 상고인 : 피고인

\* 피고인 : A

\* 원심판결 : 창원지법 2014. 9. 3. 선고 2014노501 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.



원심판결 이유를 원심이 유지한 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 이 사건 공소사실이 모두 유죄로 인정된다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니한 채 근로기준법 및 근로자퇴직급여 보장법에서 정한 근로자의 개념 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하는 등의 위법이 없다. 그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김창석(재판장), 이상훈, 조희대, 박상옥(주심)

\* 사 건 : 2014노501 근로기준법 위반, 근로자퇴직급여보장법 위반

\* 피고인 : A

\* 항소인 : 피고인

\* 원심판결 : 창원지법 2014. 2. 18. 선고 2013고정827, 2013고단1400(병합) 판결

\* 판결선고 : 2014.09.03.

【주 문】 피고인의 항소를 기각한다.

【이 유】 1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해

- 1) G, H는 소사장으로서 독립된 사업자에 해당하므로 노동관계법령에서 정하는 근로자로 보기 어렵다. 그럼에도 G, H가 근로자에 해당한다고 보고 공소사실에 대하여 유죄를 선고한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.
- 2) 검사가 제출한 증거만으로는 G, H에게 공소사실 기재와 같은 액수의 퇴직금 및 연차유급휴가미사용수당이 지급되지 아니하였다고 보기에 부족하다. 그럼에도 공소 사실 기재와 같은 액수의 퇴직금 및 연차유급휴가미사용수당이 지급되지 아니하였다고 본 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 양형부당

원심의 형(징역 8월, 집행유예 2년, 벌금 7,000,000원)은 지나치게 무거워서 부당하다.

2. 사실오인 주장에 대한 판단

가. G, H가 근로자에 해당하지 아니한다는 주장에 대하여

1) 관련 법리

근로기준법상 근로자에 해당하는지 아닌지는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있는 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종

속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지는, 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 당하는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제 3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세를 원천징수하는지 등의 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서의 근로자 지위 인정 여부 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 마음대로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다44276 판결 등 참조).

특히 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, 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 스스로 종전의 근로관계를 단절하고 퇴직한 것인지 아니면 그 의사에 반하여 강제적·형식적으로 소사장의 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 아울러 참작하여야 한다(대법원 1995. 6. 30. 선고 94도2122 판결, 대법원 2004. 3. 11. 선고 2004두916 판결 등 참조).

## 2) 인정사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면 아래와 같은 사실을 인정할 수 있다.

가) 주식회사 F(이하 '이 사건 회사'라 한다)는 조선 및 산업설비부품인 상하역 운반장비 및 조선용 기자재 및 중장비 차량부품 등을 제작하는 회사로서, 현재는 관리직 직원으로 4명이, 생산직근로자로 7명이 각 근무하고 있다. G은 2002.10.29.경부터, H는 1999.9.14.경부터 이 사건 회사의 전신인 M(2004.2.2. 이 사건 회사로 변경되었다)에 입사하여 위와 같은 부품을 제작하는 생산직 근로자로 근무하였고, 당시에 약 10여 명 정도가 보에서 생산직 근로자로서 근무하였다.

나) 피고인은 G, H에게 M의 일반근로자로 근무하는 경우와 소사장으로 근무하는

경우의 급여의 차이와 장·단점에 대하여 설명하면서 소사장으로 근무할 것을 권유하였다. G, H는 피고인의 설명을 들은 후 소사장으로 근무하기로 결정하고 피고인과 사이에서 G는 2002.10.29.경, H는 2000.6.1.경 부품 생산에 필요한 자재와 도구를 피고인으로부터 제공받아 부품을 제작한 후 이를 공급하고, 그 대가로 시간당 8,000원으로 계산한 대금을 지급받는 내용의 각 임대도급계약을 체결하였다. 또한 피고인은 G와 H에게 위 일반근로자로서 근무한 기간에 해당하는 퇴직금을 각 지급하였다.

다) G는 2002.10.29., H는 2000.6.3. 김해세무서장에게 소사장제 서비스업을 영위한다는 내용으로 각 사업자등록을 마친 후 G는 2011.11.23.까지, H는 2012.8.26.까지 M 또는 이 사건 회사에 부품을 제작하여 공급하는 업무에 종사하였다(G는 2011.11.22., H는 2012.8.27. 김해세무서장에게 각 폐업신청을 하였다). 위 기간 동안 G, H는 부품공급대금을 시급으로 계산하여 매월 15일 경에 지급받았으며, 작업에 필요한 도구와 자재는 모두 이 사건 회사로부터 무상으로 제공받았고, 이 사건 회사와 관련하여 연금보험, 고용보험, 산업재해보상보험, 건강보험 등 이른바 4대 보험에 가입한 사실이 없다. 또한 피고인은 위 기간 동안 G, H가 사업자로서 납부하여야 하는 부가가치세와 종합소득세를 대신 납부하여 주었다.

라) G, H는 소사장으로 근무한 기간 동안의 근무형태에 대하여 원심 법정에서 “① 사장, 부장, 공장장으로부터 작업에 대한 지시를 받았다. 사장이 지시하면 O부장이 도면을 내려주었다. ② 출퇴근카드를 작성하였고, 안전교육도 사장 또는 담당자로 부터 받았다. ③ 야근을 하는 경우 시간당 임금으로 계산된 수당을 받았다. ④ 주말에 일을 하지 못할 때에도 피고인이 반강제적으로 강요하여 출근하라고 하였다. 출장을 가라고 하면 출장을 갔고, 작업 도중 다쳤을 때 피고인이 치료비를 지급한 적도 있다. ⑤ 소사장으로 근무할 때와 일반근로자로 근무할 때 (근로형태가) 달라진 부분이 없다. ⑥ 이 사건 회사 외에 외부업체와 거래한 사실은 없다.”(G의 진술 : 공판기록 95~99면, H의 진술 : 공판기록 102-107면)라고 진술하였다.

마) I은 이 사건 회사에서 소사장으로 근무하던 중 소사장의 지위를 포기하고 일반근로자로 전환하여 근무하였던 사람으로서 원심 법정에서 “① 소사장제의 선택은 개인의 의사에 따라 자유롭게 이루어졌고, 일반 근로자로 근무할 때보다 월급이 약 40~50만 원 정도 더 많았다. 야근수당은 야근시간 기준으로 계산하여 지급받았다. ② 소사장에 대하여 사장이나 부장은 납품할 물건을 가공하도록 지시하였다. 출퇴근 시간은 정해져 있었으며, 업무시간에 외출하는 경우 회사에 이를 알리고 나가야 했다. 휴가기간은 7월 말에서 8월 초로 정해져 있었다. ③ 이 사건 회사를 제외한 다른 회사에서 부품제작 발주를 받아 공급해 본 적은 없다. ④ 일반근로자로 근무할 때와 소사장으로 근무할 때의 근무형태가 다를 것이 없었고 동일하였다.”(공판기록 160~164면)라고 진술하였다.

### 3) 판단

앞서 본 법리를 바탕으로 G, H가 피고인이 경영하는 이 사건 회사의 근로자인

지 여부에 대하여 보건대, 위 인정사실로부터 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, G, H는 이 사건 회사와 사이에 체결한 계약의 형식에 관계없이 실질적으로는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 이 사건 회사에 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하고, G, H가 소사장으로 근무하는 기간 동안 사업자등록을 한 사실이 있다거나, 이른바 4대 보험에 가입한 사실이 없다는 사정만으로 이와 달리 볼 것은 아니다. 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리 오해 주장은 이유 없다.

가) G, H의 업무수행상 필요한 설비 및 원재료, 집기 등은 모두 피고인 또는 이 사건 회사가 제공하였고, G, H는 이 사건 회사에 공급한 부품의 단가를 기준으로 계산한 대금이 아니라 근로 시간을 기준으로 계산한 시급을 매월 일정한 날짜(15일)에 지급받았으며, 야근수당도 근로시간으로 계산하여 지급받았는데, 이러한 점에 비추어 보면 G, H가 사업의 주체로서 그 운영에 따른 이익과 손실을 부담했다고 보기는 어렵고, 오히려 G, H가 지급받은 부품대금 명목의 금원은 통상적인 근로자가 근로의 대가로 지급받는 임금과 유사하다.

나) 이 사건 회사의 경우, 소사장에 대하여도 출퇴근 시간이 정해져 있었고, 이에 따라 G, H는 출퇴근 시에 항상 출퇴근카드를 작성하였다. 또한 G, H는 외출을 할 때에도 회사의 허락 또는 동의를 구하였으며, 휴가 기간도 7월 말에서 8월 초로 정해져 있어서 위 기간 동안에만 휴가를 사용할 수 있었다. 나아가 G, H가 소사장으로 근무하는 기간 동안 사업자로서 부담하여야 하는 부가가치세, 종합소득세의 신고, 납부의무를 모두 피고인이 대행하여 주었는데, 이러한 점들은 G, H의 근무 형태가 독립적인 사업자가 아닌 일반근로자의 근무형태와 유사하다는 점을 뒷받침한다(앞서 본 바와 같이 G, H 및 소사장으로 근무한 적이 있었던 I은 일반근로자로 근무할 당시와 소사장으로 근무할 당시의 근무 내용이나 형태에 차이가 없다고 진술하기도 하였다).

다) G, H가 수행하였던 부품가공·제작업무는 업무종사자가 부품가공 또는 제작에 필요한 어느 정도의 숙련된 기술을 보유하고 있음을 전제로 하여 도면에서 정한 규격에 부합하는 제품을 제작하는 것으로서, 그 성질에 비추어 볼 때 작업 방법에 대한 관리자의 구체적이고 세부적인 지시가 필요한 업무로 보기는 어렵다. 따라서 G, H가 관리자로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받았는지 여부를 기준으로 하여 지휘감독관계가 존재하였는지 여부를 판단하는 것은 적절하다고 보기 어렵고 그 지휘감독관계는 간접적이고 포괄적인 지휘관계만 존재하면 충분하다. 그러므로 앞서 본 바와 같은 G, H의 근로자성을 나타내는 다른 여러 징표들과 G, H가 이 사건 회사의 사장이나 부장으로부터 지시를 받아 작업을 수행하였다는 진술 내용을 종합하여 보면 G, H와 피고인 사이에는 간접적이고 포괄적인 지휘감독관계가 존재한다고 봄이 상당하다.

나. 미지급된 퇴직금 등의 액수를 인정할 증거가 부족하다는 주장에 대하여  
살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들인 G, H의 각 진술, G, H 작성의 각 고소장, 퇴직금산정서, 급여대장 및 출퇴근카드 사본, 통장거래내역서 사본 등을 종합하면, 피고인이 공소사실 기재와 같이 G에 대하여 2002.10.29.부



터 2011.11.23.까지의 퇴직금 및 연차유급휴가미사용수당 합계 29,135,060원을, H에 대하여 2000.6.1. 부터 2012.8.27.까지의 퇴직금 및 연차유급휴가미사용수당 합계 67,921,570원을 지급하지 아니한 사실을 충분히 인정할 수 있다. 따라서 피고인이 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장도 이유 없다.

### 3. 양형부당 주장에 대한 판단

이 사건 범행은 피고인이 경영하는 주식회사 F의 근로자였던 G, H에게 퇴직일로 부터 14일 이내에 퇴직금 및 연차유급휴가미사용수당 합계 29,135,060원(G에 대한 부분) 및 67,921,570원(H에 대한 부분)을 각 지급하지 아니한 것으로서, 피고인이 초범인 점 등 유리한 정상이 있다.

그러나 피고인이 G, H에게 지급하지 아니한 금품의 액수가 약 9,700만 원에 이르는 거액인 점, 피고인이 당심에 이르기까지 위 미지급된 금품을 지급하였다거나 지급하려는 노력을 하였음을 인정할 아무런 자료도 없는 점 등의 불리한 정상이 인정되고, 여기에 이 사건 범행의 동기, 범행 후의 정황, 피고인의 연령, 성행 등 기록과 변론에 나타난 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정들을 종합하여 보면, 원심의 형이 지나치게 무거워서 부당하다고 보기는 어렵다. 따라서 피고인의 양형부당 주장도 이유 없다.

### 4. 결론

그렇다면 피고인의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조제4항에 의하여 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다[다만, 원심판결 2면 하7행 “1999.9.14.부터”는 “2000.6.1.”의 오기로 봄이 상당하므로 이를 “2000.6.1.”로 고치고, 원심판결 3면 하6행 내지 8행 “2. 상상적 경합 형법 제40조, 제50조(각 근로기준법위반죄와 근로자퇴직급여보장법위반죄 상호간, 각 범정이 더 무거운 근로자퇴직급여보장법위반죄에 정한 형으로 처벌)”부분을 삭제하고, 하3행 내지 5행 “3. 형의 선택 G에 대한 근로자퇴직급여보장법위반죄에 대하여 벌금형을, G에 대한 근로자퇴직급여보장법위반죄에 대하여 징역형을 각 선택”부분을 “2. 형의 선택 G에 대한 근로기준법위반죄 및 근로자퇴직급여보장법위반죄에 대하여 각 벌금형을, H에 대한 근로기준법위반죄 및 근로자퇴직급여보장법위반죄에 대하여 각 징역형을 각 선택”으로 고치고, 하1행 내지 2행 “4. 경합범가중”부분을 “3. 경합범가중 형법 제37조 전단, 형법 제38조제1항제2호, 제3호, 형법 제50조(H에 대한 근로기준법위반죄 및 근로자퇴직급여보장법위반죄에 대하여 죄질이 더 무거운 근로자퇴직급여보장법위반죄에 정한 형에 경합범가중한 징역형과, G에 대한 근로기준법위반죄 및 근로자퇴직급여보장법위반죄에 대하여 죄질이 더 무거운 근로자퇴직급여보장법위반죄에 정한 형에 경합범가중한 벌금형을 병과)”로, 원심판결 4면 상1행 “5. 노역장 유치”부분을 “4. 노역장 유치”로, 상3행 “6. 집행유예”부분을 “5. 집행유예”로, 상6행 “7. 가납명령”부분을 “6. 가납명령”으로 각 고친다].

판사 권창영(재판장), 송진호, 박선민

### 3. 직업별 근로기준법상 근로자성 판단 사례

#### 3.1 교육 종사자

##### (1) 대학 시간강사

☞ 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025 판결

#### » 요 지 «

대학교 시간강사들이 전임교원들과 같은 정해진 기본급이나 고정급을 지급받지 아니하고 근로제공관계가 단속적인 경우가 일반적이며 특정 사용자에게 전속되어 있지도 않을 뿐만 아니라 원고들로부터 근로소득세를 원천징수당하지 아니하는 등의 사정이 있다 하더라도, 이러한 사정들은 최근에 급격하게 증가하고 있는 시간제 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상으로 볼 수 있는데다가 사용자인 원고들이 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정들에 불과하다. 또한 시간강사들이 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 대학교의 시간강사들의 근로자성을 부정할 수 없다.

\* 원고, 상고인 : 학교법인 ○○○○학원 외 54인

\* 피고, 피상고인 : 근로복지공단

\* 원심판결 : 서울고법 2005. 9. 15. 선고 2004누26750, 26767(병합) 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들이 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급 계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비

품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적(對償的) 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장 제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.

다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장 제도에 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 2007. 1. 25. 선고 2005두8436 판결, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두9336 판결 등 참조).

원심이 적법하게 확정된 사실관계에 의하여 인정되는 사정들 즉, 원고들이 운영하는 각 대학교(이하 ‘이 사건 각 대학교’라 한다)에서 강의를 담당한 시간강사들은 학교측에서 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 대학교측이 지정한 강의실에서 지정된 강의시간표에 따라 대학교측이 개설한 교과목의 강의를 담당한 점, 대학교측의 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 교수로서의 품위를 유지하지 못하는 경우 등에는 전임 교원(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 확정된 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 원천징수당하지 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.

같은 취지에서 이 사건 각 대학교의 시간강사들이 근로기준법에서 정한 근로자임을 전제로 원고들에게 이 사건 산업재해보상보험료 등과 가산금을 부과한 피고의 이 사건 처분이 적법하다고 판단한 원심의 조치는 정당하고, 상고이유에서 주장하는 바와 같은 근로기준법상의 근로자에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들이 부담하게 하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 이홍훈(재판장), 김황식, 안대희, 김영란(주심)



## (2) 초·중등학생 대상 영어학원 원어민 강사

☞ 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다88161 판결

### » 요 지 «

원고(원어민 강사)들은 임금을 목적으로 피고(어학원)가 운영하는 사업장에서 근로를 제공한 근로기준법상의 근로자에 해당하므로 피고는 원고들에게 근로기준법 소정의 퇴직금과 주휴수당 등을 지급할 의무가 있다.

- \* 원고(중간확인반소피고), 피상고인 : 별지 원고명단 <별지 생략>
- \* 피고(중간확인반소원고), 상고인 : 주식회사 ○○러닝
- \* 원심판결 : 서울고법 2014. 11. 24. 선고 2013나68704(본소), 2013나68711 (중간확인반소) 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고(중간확인반소원고)가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

원심판결 이유에 의하면 원심은, 그 채택증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정 한 다음, 원고(중간확인반소피고, 이하 ‘원고’이라고 한다)들은 임금을 목적으로 피고(중간확인반소원고, 이하 ‘피고’라고 한다)가 운영하는 사업장에서 근로를 제공한 근로기준법상의 근로자에 해당하므로 피고는 원고들에게 근로기준법 소정의 퇴직금과 주휴수당 등을 지급할 의무가 있다고 판단하고, 나아가 원고들의 이 사건 청구가 신의칙에 반한다는 피고의 주장을 그 판시와 같은 이유를 들어 배척하였다.

관련 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 근로기준법상 근로자의 개념 및 신의칙에 관한 법리를 오해하거나 심리미진 등의 잘못이 없다.

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박보영(재판장), 권순일(주심), 민일영, 김신

서울고법 2014. 11. 24. 선고 2013나68704 판결

» 요 지 «

1. 원고들(원어민 강사)이 기본급이나 고정급을 받지 않았고, 근로소득세가 아니라 사업소득세가 원천징수되었으며, 4대 보험료 등 사회보장제도와 관련하여 근로자로 신고되지 아니하였으나, 이러한 사항들은 모두 피고(어학원)가 우월적 지위에서 임의로 정할 수 있는 사항들로서 원고들과 피고 간 근로관계의 실질을 평가함에 있어서 부차적인 요소에 불과하다고 생각된다. 또한 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. 그리고 설령 피고의 영어학원에서 근무하는 일부 원어민강사들이 피고 주장과 같이 스스로를 근로자가 아니라 프리랜서로 생각하고 있다고 하여, 원고들과 피고 사이의 근로관계의 실질이 달라지는 것은 아니다.

결국, 원고들이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고에게 근로를 제공하였는지 아니면 독립된 사업자로서 자신의 계산으로 사업을 영위하였는지 여부에 대한 판단은 위 법리의 나머지 부분들 즉 ① 사용자가 노무제공자의 업무내용을 정하고, 노무제공자가 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며, 노무제공자의 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, ② 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 노무제공자가 이에 구속을 받는지, ③ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하는지, ④ 노무제공자가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 또는 노무제공자가 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, ⑤ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, ⑥ 근로제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도 등 원고들과 피고가 처한 여러 경제적·사회적 조건을 종합하여 판단할 수밖에 없다고 생각된다.

원고들이 피고와 독립된 사업자였다고 볼 만한 징표는 그리 많지 않은 반면 원고들이 피고와 종속적 관계에서 피고에게 근로를 제공하였다고 볼 만한 징표는 그보다 훨씬 많다.

그렇다면 원고들은 임금을 목적으로 피고가 운영하는 사업장에서 근로를 제공한 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단된다.

2. 퇴직금은 사용자가 일정기간을 계속 근로하고 퇴직하는 근로자에게 그 계속 근로에 대한 대가로서 지급하는 후불적 임금의 성질을 띤 금원으로서 구체적인 퇴직금청



구권은 계속 근로가 끝나는 퇴직이라는 사실을 요건으로 하여 발생하는 것이고, 최종 퇴직시 발생하는 퇴직금청구권을 사전에 포기하는 것은 강행법규인 근로기준법에 위반되어 무효가 된다. 따라서 퇴직금청구권의 사전포기를 그 내용으로 하는, 강행법규인 근로기준법에 위반되는 합의의 내용을 부인하는 것은 정의관념, 형평의 원칙 또는 신의칙에 반한다고 할 수 없다고 보아야 한다.

이 사건 원어민강사 계약에는 “퇴직금, 건강보험 및 연금을 포함하여 정규직 근로자에게 제공되는 여타의 급부금 지급에 해당되지 않음에 동의하고, 이들 사항은 강사의 단독책임으로 한다”고 규정되어 있는 사실은 인정된다. 그러나, 이는 퇴직금청구권의 사전포기에 관한 약정에 해당된다고 할 것이므로 이는 당연 무효이다. 따라서 피고는 원고들에게 주휴수당, 연차휴가근로수당과 퇴직금을 지급할 의무가 있다.

\* 원고(중간확인반소피고), 피항소인 : 별지 원고 목록 기재와 같다.

\* 피고(중간확인반소원고), 항소인 : 주식회사 ○○러닝

\* 제1심 판결 : 서울중앙지법 2013. 10. 17. 선고 2011가합121413 판결

## 》 주 문 《

1. 피고의 항소를 모두 기각한다.
2. 항소비용은 피고가 부담한다.

## 》 청구취지 및 항소취지 《

### [본소 청구취지]

주위적으로, 피고(중간확인반소원고, 이하 ‘피고’라 한다)는 원고(중간확인반소피고, 이하 ‘원고’라 한다)들에게 별표 1 ‘합계’란 기재 각 돈 및 각 이에 대하여 같은 표 ‘기산일’란 기재 각 해당일부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라. 예비적으로, 피고는 원고들에게 별표 2 ‘합계’란 기재 각 돈 및 각 이에 대하여 같은 표 ‘기산일’란 기재 각 해당일부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

### [중간확인의 반소 청구취지]

원고들은 피고의 근로자가 아니었음을 확인한다.

### [피고 항소취지]

제1심판결 중 본소에 관한 피고 패소부분을 취소하고, 위 취소부분에 관한 원고들의 청구를 기각한다(피고는 중간확인의 반소 부분에 대하여는 항소하지 아니하였다).

## 》 이 유 《

### 1. 원고들의 이 사건 청구원인 주장

원고들은 자신들이 피고의 근로자로서 피고의 사업장에서 근무하다가 퇴직을 하였는바, 피고는 원고들에게 근로기준법에서 정한 퇴직금과 근무기간 동안의 주휴수당, 연차휴가근로수당을 지급할 의무가 있음에도 이를 지급하지 않으므로 그 지급을 구한다고 주장한다.

## 2. 인정사실

가. 피고는 1998년 '○○어학원'이라는 상호로 설립되어 2002년 주식회사로 전환된 후 현재까지 학원운영업, 교육관련 서비스업, 출판사업, 인터넷 영어교육사업 등을 목적으로 하는 법인이다. 원고 김○○, 차○○은 대한민국 국적을 갖고 있으나, 나머지 원고들은 외국인이거나 외국영주권을 가진 사람들이다.

나. 피고의 규모는 2008년을 기준으로 매출액 약 382억 원, 수강생 약 48,000명에 달하며, 2012년을 기준으로 피고는 직영점 14개를 포함하여 전국적으로 157개의 영어학원을 운영하고 있다. 피고는 동종 업계 최초로 해외에 있는 외국인 원어민강사를 모집하여 한국에서 영어강의를 하게 하는 시스템을 개발하고, 그 시스템의 운영을 위하여 외국에서 학사학위를 취득한 외국인들을 원어민강사로 모집하였다. 모집은 피고가 운영하는 웹사이트에 원어민강사 모집광고를 하고, 대한민국에서 원어민강사를 할 것을 희망하는 사람이 위 웹사이트를 통하여 취업의사를 밝히면, 피고가 전화인터뷰를 통하여 채용 여부를 결정한 후 그 사람에게 구비서류와 근로조건(예: 시급 37,000원, 최소 강의시간 월 96시간) 등이 기재된 고용제안서(offer of employment)를 보내면, 그 사람이 고용제안서에 서명하고 비자발급에 필요한 서류를 동봉하여 피고에게 제출하는 방식으로 이루어졌다. 원어민강사는 정해진 일정에 따라 항공편으로 국내로 들어온 후 피고로부터 1주일 정도 교육훈련을 받고(피고는 학사학위 취득 외에는 특별히 영어 교육에 관한 경력이나 자격을 요구하지 않았다), 피고와 계약(Agreement for Teaching Services, 이하 '원어민강사 계약'이라 한다)을 체결한 다음 피고가 지정하는 피고 소속 영어학원에서 근무를 하게 되었다.

다. 이 사건 원어민강사 계약의 주요 내용은 다음과 같다. <다음 생략>

라. 또한 피고는 원어민강사에게 다음과 같은 내용 등이 포함된 규정들(Instructor Code of Conduct), Branch Faculty Guideline Manual)의 준수를 요구하였다.

\*\*\*\*\*

- 수업시간에 모범을 보여야 하고, 강사의 개인정보를 학생들에게 알려주거나 학생들로부터 선물이나 뇌물을 받아서는 안 된다.
- 첫 수업일 또는 신입생이 들어올 경우 학생들에게 환영편지를 보내고 수업구성과 과제의 내용을 설명해 주어야 한다.
- 학생들과 학생의 수업등급 결정에 관하여 토론하여서는 안 된다.





- 수업시간에 음식을 먹어서는 안 되고, 학생들로 하여금 수업시간에 음식을 먹는 것을 금지시켜야 한다.
- 학생들과 눈을 마주치고 질문을 하여 학생들의 코멘트를 이끌어내야 한다.
- 피고가 정한 프로그램 가이드와 수업구성을 준수하여야 한다.
- 모든 프로그램에서 100% 영어를 사용하여야 한다.
- 수업시간 중에 개인 이메일을 확인하거나 웹서핑, 게임을 하여서는 안 된다.

\*\*\*\*\*

마. 원고들은 위의 절차를 거쳐 피고와 사이에 이 사건 원어민강사 계약을 체결하고, 위 규정들의 준수를 요구받고서, 아래 표 기재 기간 동안 피고가 운영하는 ○○어학원에서 주로 정규 학교수업을 끝낸 후 영어학원에 오는 초등학생과 중학생들을 상대로 영어수업을 진행하였다. 원고들은 1일 3~6 시간, 주 4~5일을 근무하였고, 미리 정해진 28,000원 내지 45,000원의 시급에 월 근무시간을 곱하여 산정한 돈을 피고로부터 매달 지급받았다. <표 생략>

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2 내지 36, 38 내지 40, 50 내지 70호증, 을 제1 내지 4, 17, 21, 22, 24, 25, 28, 29, 31 내지 48호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같음)의 각 기재, 변론 전체의 취지

### 3. 판단

가. 원고들이 근로기준법상 근로자인지 여부

#### (1) 관련 법령 및 법리

근로기준법 제2조제1항제1호는 근로자란 ‘직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다.’고 규정하고 있다.

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는, 업무내용을 사용자가 정하고, 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며, 업무수행 과정에서 사용자가 상당한 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, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인

정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.

다만 위의 요소들 중 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 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결 참조).

## (2) 판단

살피건대, 원고들이 기본급이나 고정급을 받지 않았고, 근로소득세가 아니라 사업소득세가 원천징수되었으며, 4대 보험료 등 사회보장제도와 관련하여 근로자로 신고되지 아니하였다는 점은 당사자 사이에 다툼이 없다. 그러나 위 법리에 의하면, 이러한 사항들은 모두 피고가 우월적 지위에서 임의로 정할 수 있는 사항들로서 원고들과 피고 간 근로관계의 실질을 평가함에 있어서 부차적인 요소에 불과하다고 생각된다. 또한 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 2004다29736 판결 및 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005두8436 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 하여, 원고들과 피고 사이의 근로관계의 실질이 달라지는 것은 아니다.

결국, 원고들이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고에게 근로를 제공하였는지 아니면 독립된 사업자로서 자신의 계산으로 사업을 영위하였는지 여부에 대한 판단은 위 법리의 나머지 부분들 즉 ① 사용자가 노무제공자의 업무내용을 정하고, 노무제공자가 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며, 노무제공자의 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, ② 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 노무제공자가 이에 구속을 받는지, ③ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작 업도구 등을 소유하는지, ④ 노무제공자가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 또는 노무제공자가 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, ⑤ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, ⑥ 근로제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도 등 원고들과 피고가 처한 여러 경제적·사회적 조건을 종합하여 판단할 수밖에 없다고 생각된다.

그런데 앞서 인정한 사실관계 및 앞서 든 증거들 그리고 갑 제71 내지 80, 83,

84, 85호증의 각 기재, 을 제62 내지 74, 76 내지 84, 89, 90호증의 각 기재, 당심증인 오 켈러한(O' Callaghan), 김○○의 각 증언, 당심의 원고 김○○에 대한 당사자 본인신문결과, 당심의 현장검증결과 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 아래 (가) 내지 (바)항의 사정들을 종합하면, 원고들이 피고와 독립된 사업자였다고 볼 만한 징표는 그리 많지 않은 반면 원고들이 피고와 종속적 관계에서 피고에게 근로를 제공하였다고 볼 만한 징표는 그보다 훨씬 많다.

(가) 업무의 내용 및 그 수행과정에 관하여 살펴보건대, 아래 사정들을 고려하면, 원고들의 업무수행과정에서 피고의 상당한 지휘·감독이 있었다고 평가하기에 충분하다.

피고는 이 사건 원어민강사 계약체결 전에 피고 운영 영어학원에서 원고들이 어떠한 방식으로 교습을 해야 하는가를 1주일의 기간 동안 집중적으로 교육하였을 뿐 아니라, 그 후로도 계약기간 동안 정기적으로 워크숍 등을 통하여 피고의 학원에서 원고들이 영어강의를 진행해야 하는 방식을 가르치는 교육을 실시하였다.

원고들은 여러 영어 과목 중 피고가 미리 정한 과목과 시간표를 기준으로 하여 피고와 사전협의를 거쳐 정한 수업일정에 따라 수업을 진행하였다. 하지만 피고가 원고들이 사전협의 과정에서 의견을 제시한 것과 다르게 원고들에게 주말수업 등을 포함하여 희망하지 않은 요일과 시간에 강의를 배정하더라도 원고들이 이를 거절하거나 변경을 요구하기는 사실상 어려웠을 것으로 보인다.

피고는 원고들의 강의장소를 일방적으로 정하였고, 원고들에게 피고의 영어학원들 중 특정지점을 선택하거나 근무장소의 변경을 요구할 권한은 없었다.

피고는 원고들에게 강의할 내용과 강의 진도를 미리 정하여 통보하였고, 강의에 필요한 교재를 직접 제작하여 교부하였으며, 원고들은 피고로부터 통보받은 강의 내용과 피고가 정한 교재에 따라 강의를 진행하였고, 피고가 정한 교재와 다른 교재를 사용하여 강의를 하는 것은 금지되었다.

이 사건 원어민강사 계약서에는 CCTV의 설치가 명문으로 규정되어 있었고, 비록 계약서상으로는 CCTV의 설치의 주된 목적이 강사들의 보호이고 강사들에 대한 모니터링은 아니라고 되어 있었으나, 피고는 강의실마다 CCTV를 설치하였고, 이를 통하여 원고들의 강의시간 준수 여부, 강의내용과 태도 등을 모니터링 하였으며, 모니터링 결과를 강사들에게 통보하기도 하였다.

원고들은 영어강의 외에도 피고의 지시에 따라서 학생들의 수업태도, 성취도, 성적 등에 관한 평가서를 피고의 ERP시스템을 이용하여 피고에게 제출하였고, 피고가 개최한 학부모면담회에 참석하여 학부모들에게 강의에 관하여 설명하기도 하였으며, 피고의 지시에 따라 강의능력 향상을 위한 정기적인 트레이닝세션 또는 워크숍(1년 4회) 및 기타 트레이닝세션 또는 워크숍에 참석해야 했다.

피고는 원고들에 대하여 정기적으로 여러 항목들(기본 항목: 정시에 수업을 시작하고 종료하는지, 교실이 잘 정돈되어 있는지, 교재가 잘 준비되어 있는지, 진도와 평가 입력이 잘 이행되었는지 여부. 테크닉 항목: 피고가 정한 강의방법을 준수하는지, 학생들의 질문에 정확하게 답변하는지, 학생들의 과제를 적절하게 확인하고 있는지. 스타일 항목: 학생들이 수업에 몰입하도록 수업이 통제되고 있는지, 활동적으로 열심히 강의하고 있는지 여부)에 따라 근무평가를 실시한 후 그 결과를 원고들에게 통보하였고, 개선할 사항을 지적하면서 '자기개선계획서'라는 양식을 보내 이를 작성·제출하도록 하거나 평가 결과와 관련하여 강사 개인 면담을 실시하기도 하였다.

피고는 원고들에게 휴가를 사용하기 위해서는 휴가예정일 한 달 전에 요청하여 미리 승인을 받을 것과, 개인 사정이나 질병 등으로 수업에 참석하지 못할 경우 수업시작 24시간 전에 승인을 받도록 하였다.

피고는 피고의 지시나 규정을 준수하지 않거나 수업 평가가 저조한 강사에 대하여 위반의 내용과 정도에 따라 30일부터 180일까지의 기간 동안 근신에 처할 수 있고, 근신기간 동안에는 피고가 일방적으로 해당 강사의 수업시간을 감소시키거나 교육을 받을 것을 지시하거나 휴가사용을 금지할 수 있도록 되어 있었다.

피고는 원고들과 같은 원어민강사들에게만 적용되는 복무규정(Instructor Code of Conduct, Branch Faculty Guideline Manual)을 따로 만들고 이를 준수할 것을 요구하였음은 위 2. 인정사실과 같다.

(나) 근무시간과 근무장소에 관하여 살펴본다. 원고들의 근무시간이 상대적으로 자유로웠다고 하더라도 이는 주로 방과후 초등학생 및 중등학생들에게 영어공부를 시키는 원어민강사라는 업무의 특성에 의한 것이었을 뿐이다. 피고가 사실상 일방적으로 원고들의 근무시간을 지정할 수 있었음은 위 (가)항에서 판단한 바와 같고, 피고는 원고들에게 수업시간 20분 전에 출근하여 피고의 ERP시스템에 로그인하도록 함으로써 원고들의 출근을 관리하였고, 출근시간의 미준수는 '20분 규정' 또는 '시간엄수규정' 등을 통하여 원고들에게 불이익한 처분의 사유가 되었던 점에 비추어 근무시간의 준수가 엄격히 요구되었다. 원고들은 피고가 지정한 학원 내 개별강의실 외의 다른 장소에서 강의를 하는 것이 불가능하였기에 근무장소가 고정되어 있었고, 원고들이 근무장소를 임의로 선택할 권리가 없었음은 위 (가)항에서 판단한 바와 같다.

(다) 작업도구의 소유관계에 관하여 살펴건대, 원고들은 그 업무를 수행하기 위하여 근로를 제공하기만 하였고, 일체의 장비는 피고의 소유였고, 강의교재도 피고가 제작하여 지정해주었음은 위 (가)항에서 판단한 바와 같다. 또한 이 사건 원어민강사 계약서는 강사가 제작한 모든 원본자료도 피고만의 재산으로 한다고 규정하고 있다.

(라) 업무의 대체 가능성, 손익발생구조에 관하여 살피건대, 원고들이 자신의 강의를 다른 사람으로 하여금 대체하여 진행하는 것은 금지되었다. 또한 원고들은 피고가 지정하는 대로 강의를 하고 강의시간에 대한 시급을 지급받았을 뿐이어서, 원고들이 추가로 수취할 이윤도 없고 나아가 손실의 위험도 없었다. 따라서 원고들을 독립된 사업자로 볼 수 없다.

(마) 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 지급 받았고, 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.

(바) 사용자에 대한 전속성, 근로제공의 계속성에 관하여 살펴본다.

원고들은 최소 주당 24시간을 피고가 정한 커리큘럼 및 시간표에 규정된 교습내용 그대로 강의를 해야만 했고, 그 대상도 원고들로서는 생경한 한국인 초등학생 또는 중학생들이었으며, 원고들 대부분은 이와 같은 강의경험이나 강의경력이 없는 사람들이었기에, 강의준비 자체에만도 상당한 시간이 소요되었을 것이 명백하다(당심증인 김○○은 3시간 강의준비를 위해서는 1시간 정도 강의준비가 필요하다고 증언한 바 있다).

또한 원고들은 강의 외에도 ERP시스템에 학생들에 대한 코멘트를 입력하고, 학생들이 제출한 숙제를 채점하고, 시험성적을 입력하는 등의 부수업무를 하였는데, 이에 관하여 대체로 경험이 전무하였던 원고들로서는 그 이행에 상당한 시간을 필요로 하였을 것으로 보인다.

원고들은 이와 같은 상태에서 1주 단위로 짜여진 일정에 따라 강의업무를 반복적으로 수행하였기에, 원고들이 강의가 없는 시간을 이용하여 다른 영어학원에서 강의를 하거나 별도의 영업활동을 할 여유는 거의 없었을 것이어서, 원고들의 피고에 대한 노무제공의 전속성이 인정된다(이에 대하여 피고는 원

고 카이저 ○○ ○○○○○, 엄 매튜 ○○, 정○○가 피고에서 근무하면서 다른 학원에서 강의를 하거나, 개인과외를 한 바 있다고 주장하나, 위 원고들의 이메일 출력물인 을 제2, 3, 4호증의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 설령 위 원고들이 일시적으로 강의업무 시간 외에 개인과외를 하였다고 하더라도 그것이 피고에 대한 노무제공의 전속성을 해하는 정도에 이르렀음을 인정할 아무런 증거가 없다).

그리고 원고들이 각자의 피고에서의 근무기간 중 계속하여 노무제공을 한 점, 피고의 주장에 의하더라도 2008년부터 2012년까지 피고에서 근무한 원어민강사들 1,374명 중 1년 이상 근무한 강사도 655명으로 약 절반 정도(47.7%)인 점에 비추어 근로제공의 계속성도 인정된다.

### (3) 소결론

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.

### 나. 원고들과 피고 사이 근로계약의 성질

피고는 원고들이 근로기준법에서 정한 ‘단시간근로자’에 해당하므로 근로기준법 시행령 별표 2(단시간근로자의 근로조건 결정기준 등에 관한 사항)에서 정한 바에 따라 주휴수당, 연차휴가근로수당, 퇴직금을 산정하여야 한다고 주장한다.

살피건대, 근로기준법 제2조제8호는 ‘단시간근로자란 1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자를 말한다’고 규정하고 있는데, 원고들이 피고의 사업장에서 원고들과 같은 종류의 업무인 영어회화 강의에 종사하는 통상 근로자에 비하여 1주 동안의 소정근로시간이 짧은 근로자였다고 인정할 아무런 증거가 없으므로, 피고의 주장은 이유 없다.

### 다. 퇴직금 등의 지급의무

#### (1) 관련 법리

퇴직금은 사용자가 일정기간을 계속 근로하고 퇴직하는 근로자에게 그 계속 근로에 대한 대가로서 지급하는 후불적 임금의 성질을 띤 금원으로서 구체적인 퇴직금청구권은 계속 근로가 끝나는 퇴직이라는 사실을 요건으로 하여 발생하는 것이고, 최종 퇴직시 발생하는 퇴직금청구권을 사전에 포기하는 것은 강행법규인 근로기준법에 위반되어 무효가 된다(대법원 1998.3.27. 선고 97다49732 판



결 등 참조). 따라서 퇴직금청구권의 사전포기를 그 내용으로 하는, 강행법규인 근로기준법에 위반되는 합의의 내용을 부인하는 것은 정의관념, 형평의 원칙 또는 신의칙에 반한다고 할 수 없다고 보아야 한다.

## (2) 퇴직금 등의 지급의무

이 사건 원어민강사 계약 1.12.항에는 “퇴직금, 건강보험 및 연금을 포함하여 정규직 근로자에게 제공되는 여타의 급부금 지급에 해당되지 않음에 동의하고, 이들 사항은 강사의 단독책임으로 한다”고 규정되어 있는 사실은 인정된다. 그러나 위 법리에 의하면, 이는 퇴직금청구권의 사전포기에 관한 약정에 해당된다고 할 것이므로 이는 당연 무효이다. 따라서 피고는 원고들에게 주휴수당, 연차휴가근로수당과 퇴직금을 지급할 의무가 있다.

## (3) 지급액의 산정

갑 제49호증의 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 원고들의 월별 근로시간과 시간급을 기초로 하여 원고들의 주휴수당, 연차휴가근로수당, 퇴직금을 계산하면 다음과 같다(당심법원은 제1차 변론기일에서 피고에게 원고들의 청구금액 산정에 관한 계산 자체에 대하여 다툼이 있는지에 관하여 석명을 구하였는바, 피고는 당심에서 원고들의 청구금액 산정방법 및 이를 일부 인용한 제1심법원의 아래 퇴직금 등의 산정방법에 대하여 다투지 아니하였다).

원고들의 근로시간은 매월 정해지는 강의 일정에 따라 차이가 있으므로, 원고들의 주휴수당은, 원고들의 매월 근로시간을 해당 월의 주수로 나누어 산정한 월별 ‘1주 근로시간’을 원고들이 구하는 바에 따라 5일로 나누어 산정한 월별 ‘1일 근로시간’에 원고들의 시급을 곱하여 산정하여야 하는바, 이와 같이 산정한 월별 주휴수당의 합계는 별표 1 ‘주휴수당’란 기재 각 금액과 같고, 원고들의 연간 근로시간을 연간 근무일수로 나누어 산정한 ‘1일 근로시간’에 원고들의 시급을 곱하여 산정한 ‘1일 평균임금’과 원고 별 연차휴가일수를 곱하여 산정한 연차휴가근로수당은 같은 표 ‘연차휴가근로수당’란 기재 각 금액과 같으며, 원고들의 퇴직 전 3개월간의 급여, 주휴수당, 연차휴가근로수당을 기초로 산정한 퇴직금은 같은 표 ‘퇴직금’란 기재 각 금액과 같다(원고 위코프 ○○ 패트릭, 엘토프 ○○○ ○○○, 차○○, 휴 ○○○ ○○○은 근무기간이 1년 미만이므로 퇴직금청구를 하지 않았다).

따라서 피고는 원고들에게 주휴수당, 연차휴가근로수당, 퇴직금의 합계인 별표 1 ‘합계’란 기재 각 돈 및 각 이에 대하여 원고들의 각 퇴사일로부터 14일이 경과한 다음날인 같은 표 ‘지연손해금 기산일’란 기재 각 해당일부터 다 갚는 날까지 근로기준법에서 정한 연 20%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

라. 피고의 신의칙 위반 주장에 관한 판단

피고는 원고들의 청구가 받아들여지면 피고는 퇴직금은 물론 기타 법정수당 및 4대 보험료 등 부담으로 원어민강사들과 계약조건을 정할 당시 전혀 예정하지 않았던 추가적인 손실을 부담할 수밖에 없고, 반면 원어민강사들은 자신들이 의도하지도 않은 추가적인 이득을 누리게 되는바, 이는 피고에게 예상치 못한 대규모 손실을 초래할 뿐만 아니라, 결과적으로 피고의 주가에도 심각한 영향을 끼쳐 피고의 계속 기업으로서의 성장을 심각하게 위협하게 될 것인데, 이러한 결과는 정의와 형평의 관념에 비추어 신의에 현저히 반하여 용인될 수 없다고 주장한다.

살피건대, 신의칙의 적용을 통하여 퇴직금청구권과 같은 법률상 강행규정으로 보장된 근로자의 기본적 권리를 제약하려 시도하는 것은 헌법적 가치나 근로기준법의 강행규정성에 정면으로 반하는 것이어서, 근로기준법이 강행규정으로 근로자에게 일정한 권리를 보장하고 있음에도 사용자가 신의칙을 내세워 사용자의 그릇된 신뢰를 권리자인 근로자의 정당한 권리 찾기에 우선하는 것은 특단의 사정이 없는 이상 허용될 수 없다. 이 사건에서 피고가 제출한 증거들만으로 이 사건 청구가 받아들여지면 피고에게 중대한 경영상의 어려움이 초래되거나, 피고의 존립이 위태롭게 될 것임이 인정되지 않을 뿐 아니라, 피고가 들고 있는 위와 같은 이유만으로 원고들이 근로기준법상 강행규정에 기하여 하는 이 사건 퇴직금 등 청구가 신의칙에 반하는 위법한 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다(피고는 대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결의 판시에 기하여 위와 같은 주장을 하고 있는 것으로 보이나, 위 사안은 ① 노동조합과 사용자가 임금협상 시 기본급, 정기상여금, 각종 수당 및 법정수당 등의 예상규모를 포함한 임금 총액을 기준으로 임금인상률 등을 정하였고, ② 노동조합과 사용자가 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다고 신뢰하여 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 합의하고 이를 기초로 임금협상을 하였으며, ③ 이러한 노사합의에도 불구하고, 근로자가 정기상여금을 통상임금에 가산하고 이를 토대로 법정수당의 추가지급을 구함으로써, 사용자에게 예측하지 못한 새로운 재정적 부담을 지워 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업의 존립을 위태롭게 하는 경우에 극히 예외적으로 신의칙의 적용을 긍정한 경우이므로, 이 사건과는 사안을 전혀 달리한다).

#### 4. 결 론

따라서 원고 차○찬의 주위적 청구는 이유 있어 이를 인용하고, 원고 차○○을 제외한 나머지 원고들의 주위적 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 주위적 청구는 이유 없어 이를 각 기각하여야 할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하다. 따라서 피고의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김형두(재판장), 김상우, 이영창





## 3.2 차량운전원

### (1) 학원 버스기사

☞ 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다62749 판결

#### » 요 지 «

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, 시말서 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 있었더라도 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 타당하다.

\* 원고, 피상고인 : 1. A ~ 9. I

\* 피고, 상고인 : ○○○에듀케이션 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2014. 8. 29. 선고 2013나51201 판결



## » 주 문 «

원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

## 1. 상고이유 제1점에 대하여

근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 노무제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지에 따라 판단하여야 한다. 여기서 종속적인 관계가 있는지는 업무내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 노무제공자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결 등 참조). 그리고 노무제공자가 기계·기구 등을 소유하고 있다고 하여 곧바로 자신의 계산과 위험 부담 하에 사업을 영위하는 사업자라고 단정할 것은 아니다(대법원 2000. 1. 18. 선고 99다48986 판결 등 참조).

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 있었더라도 차량들의 소유권등록 명의가 피고 앞으

로 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.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 근로기준법상 근로자성의 판단기준, 확정판결의 증명력 등에 관한 법리오해, 채증법칙위반, 이유불비, 심리미진 등의 위법이 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

### 가. 차량 임대료 관련 상고이유에 대하여

평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에는 사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 지급하는 일체의 금품으로서 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 지워져 있는 것은 그 명칭 여하를 불문하고 모두 포함된다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2012도 5385 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23149 판결 등 참조). 한편 어떤 금품이 근로의 대상으로 지급된 것으로 보려면 그 금품지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있어야 하고, 이러한 관련 없이 그 지급의무의 발생이 개별 근로자의 특수하고 우연한 사정에 의하여 좌우되는 경우에는 그 금품의 지급이 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등이나 사용자의 방침 등에 의하여 이루어졌더라도 그러한 금품은 근로의 대상으로 지급된 것으로 볼 수 없다(대법원 1995. 5. 12. 선고 94다55934 판결 등 참조).

원심이 적법하게 인정한 사실관계와 기록에 의하면, 원고들은 피고가 운영하는 학원의 통학차량 운전기사로 채용되어 지정된 노선과 시간표에 따라 통학차량을 운행하면서 급여 명목으로 차량 규모에 따라 정해진 기본급에다 일정한 기준에 따라 일률적으로 지급되는 근속수당 등 각종 수당을 합산한 금액을 지급받은 점(다만 여기에는 아래 나.항에서 보는 것처럼 실비변상적인 성격의 금원들이 포함되어 있다고 볼 여지가 충분하다), 원고들은 원래 자기 소유이던 차량을 피고 명의로 등록하여 운행하였는데, 원고들이 피고와 사이에 체결한 ‘차량운행에 대한 특약’에는 원고들이 피고 소속으로 차량을 운행하는 기간 동안에는 차량 소유권이 피고에게 있다고 약정하는 내용이 있고(제3조제1항), 피고가 원고들에게 노무용역 제공에 대한 ‘용역비’를 지급한다는 내용이 있을 뿐 원고들로부터 차량을 임차한다거나 차량 임대료 명목의 금원을 지급한다는 내용은 없는 점, 원고들은 피고와 사이에 ‘차량운행에 대한 특약’을 체결하는 외에 연봉 계약서 또는 근로계약서를 작성한 것으로 보이고, 피고는 원고들에게 지급한 월 급여를 근로소득으로 신고한 점 등을 알 수 있다.



이러한 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고들이 급여 명목으로 지급받은 기본급과 각종 수당(아래 나.항에서 보는 실비변상적인 성격의 금원들을 제외한다)은 원고들이 제공한 차량 운행이라는 근로와 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련 되어 있는 것으로서 원고들에게 계속적·정기적으로 지급되었고, 사용자인 피고가 그 지급을 거절할 수 없는 금원이므로 임금에 해당한다고 볼 수 있다. 비록 원고들이 당초 자기 소유이던 차량을 제공하였더라도 위에서 본 ‘차량운행에 대한 특약’의 내용 등에 비추어 원고들이 차량을 피고에게 무상 제공하는 것을 채용의 조건으로 하였다고 볼 수도 있고, 또 원고들이 차량 규모에 따라 차등이 있는 급여를 받았더라도 이는 원고들이 제공하는 근로의 강도와 밀접한 관련이 있다고 보이므로, 원고들에 대한 급여에 차량 임대료가 당연히 포함되었다고 보기는 어렵다.

따라서 원고들에 대한 급여에 차량 임대료에 해당하는 부분이 포함되어 있음을 전제로 이를 평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에서 제외하여야 한다는 취지의 이 부분 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

#### 나. 유류카드비, 자동차보험료, 자동차세 등 관련 상고이유에 대하여

평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에는 사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 지급하는 일체의 금품으로서 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 지워져 있는 것은 그 명칭 여하를 불문하고 모두 포함됨은 앞서 본 바와 같으나, 근로자가 특수한 근무조건이나 환경에서 직무를 수행함으로 말미암아 추가로 소요되는 비용을 변상하기 위하여 지급되는 실비변상적 금원 또는 사용자가 지급의무 없이 은혜적으로 지급하는 금원 등은 평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에 포함되지 아니한다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2012도5385 판결, 대법원 2003. 4. 22. 선고 2003다10650 판결 등 참조).

기록에 의하면, 원고들은 피고로부터 급여 명목으로 기본급에다 근속수당 등 각종 수당을 합산한 금액을 지급받았는데, 다만 그 금액에서 피고로부터 별도로 지급받은 유류카드 금액, 피고가 원고들 대신 납부한 차량보험료와 자동차세 등 차량 관련 공과금 상당액을 공제한 나머지 금액을 지급받은 사실, 원고들이 피고와 사이에 체결한 ‘차량운행에 대한 특약’에는 원고들이 차량 운행으로 인한 제반 비용을 부담하기로 약정하는 내용이 있고(제4조제2항), 그에 따라 원고들은 피고로부터 지급받은 급여 범위에서 위와 같은 방법 등으로 유류비, 차량보험료, 자동차세 등 학원차량을 운행하는데 소요되는 제반 비용을 부담하여 온 사실을 알 수 있다.

이와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고들이 피고로부터 지급받은 급여에는 학원차량을 운행하는 데 소요되는 유류비, 차량보험료, 자동차세 등 원고들이 차량 운행이라는 특수한 직무를 수행하게 됨으로 인하여 추가로 소요되는 비용을 변상 또는 보조하기 위하여 지급된 실비변상적인 성격의 금원이 포함되어 있다고 볼 여지가 충분하다.



따라서 원심은 원고들에 대한 각 평균임금 산정기간 동안 원고들이 받은 급여에 위와 같은 실비변상적인 성격의 금원이 포함되어 있는지 더 심리하여 이를 평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에서 공제하였어야 할 것임에도 원고들이 받은 급여가 모두 평균임금 산정의 기초가 되는 임금에 포함된다는 취지로 판단하여 이에 관한 피고의 주장을 배척하였으니, 이러한 원심의 조치에는 퇴직금 산정의 기준이 되는 평균임금에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

#### 다. 퇴직충당금 관련 상고이유에 대하여

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 원고들에 대한 기본급에서 공제된 퇴직충당금이 평균임금 산정의 기초가 되는 임금에 해당한다는 취지로 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 퇴직금 산정의 기준이 되는 평균임금에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

### 3. 상고이유 제3점에 대하여

원심은 그 판시와 같은 이유로, 원고들에 대한 퇴직금 중간정산이 원고들의 자유로운 의사에 따라 이루어진 것이라고 볼 수 없다는 취지로 판단하여, 원고들이 퇴직금 중간정산 명목으로 받은 금원 합계액이 퇴직금에서 공제되어야 한다는 피고의 주장을 배척하였다. 나아가 원심은 그 판시와 같은 사실 및 사정을 들어, 피고가 원고들에게 중간정산 퇴직금 명목으로 지급한 각 금원은 원고들이 지급받아야 할 임금이라고 판단하여, 위 각 금원이 부당이득에 해당함을 전제로 원고들에 대한 위 각 금원 상당의 부당이득반환청구권을 자동채권으로 하여 원고들의 퇴직금채권과 상계한다는 피고의 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 판단은 모두 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 퇴직금 중간정산의 효력, 퇴직금 중간정산의 무효로 인한 부당이득의 성립 등에 관한 법리오해, 심리미진 등의 위법이 없다.

### 4. 결 론

그러므로 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 조희대(재판장), 이상훈(주심), 김창석, 박상욱



☞ 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012두16442 판결

### » 요 지 «

원고들이 기존 근로계약서 대신 새로이 차량운행용역계약서를 작성하면서 개별적으로 사업자등록을 하고 퇴직금을 지급받지 아니하며 4대 보험의 적용을 받지 아니하기로 약정한 점, 원고들은 출근부에 서명하지 아니하고 학생들의 수송을 마치면 자유롭게 귀가하였으며 취업규칙의 적용을 받지 아니한 점, 원고들은 상당한 가격의 45인승 버스를 지입한 후 실제로 버스를 소유·관리하면서 그 운행에 관한 모든 책임을 부담한 점, 원고들은 별다른 제약 없이 대차운행, 대리운행을 하고 업무 외의 영업행위를 하였던 점, 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 아니한다.

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.

회사에 대하여 종속적인 관계에서 자신들의 소유인 차량을 이용하여 근로를 제공하고 이에 대하여 회사로부터 실비변상적인 성격의 금원을 포함한 포괄적인 형태의 임금을 받아온 경우 근로기준법상의 근로자에 해당한다.

【참조조문】 근로기준법 제2조 제1항 제1호

【참조판례】 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2011. 6. 9. 선고 2009두 9062 판결, 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다44276 판결(공2013하, 1291)

- \* 원고, 상고인 : 원고 A 외 3인
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : 주식회사 B 외 1인
- \* 원심판결 : 서울고법 2012. 6. 28. 선고 2012누1275 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고들이 부담한다.



## » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 '보충상고이유서'의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 노무제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 노무제공자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 원고들이 기존 근로계약서 대신 새로이 차량운행용역계약서를 작성하면서 개별적으로 사업자등록을 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 인정 기준에 관한 법리오해, 채증법칙 위반 등의 위법이 없다.

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 패소자들이 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김소영(재판장), 신영철, 이상훈(주심), 김용덕



## (2) 화물운송 지입차주

 대법원 2013. 4. 26. 선고 2012도5385 판결

### » 요 지 «

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.

\* 원심판결 : 수원지법 2012. 4. 19. 선고 2012노1165 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 수원지방법원 본원 합의부에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 근로자 해당 여부에 대하여

가. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약 인지보다 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 업무 수행 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 노무 제공을 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 99다48986 판결, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다99396 판결 등 참조).

- 나. 원심은 판시와 같은 이유를 들어 피해 근로자들은 피고인이 운영하는 공소의 1 주식 회사에 대하여 종속적인 관계에서 자신들의 소유인 차량을 이용하여 근로를 제공하고 이에 대하여 위 회사로부터 실비변상적인 성격의 금원을 포함한 포괄적인 형태의 임금을 받아온 근로기준법상의 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 근로기준법위반죄에서의 근로자성 판단에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

## 2. 월 임대료 전부의 임금 여부에 대하여

- 가. 근로기준법상 ‘임금’은 사용자가 ‘근로의 대가’로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말하고(제2조 제1항 제5호), 이는 평균임금 산정의 기초가 되는 임금의 경우에도 마찬가지이다. 근로자가 자신이 소유하는 차량에 관하여 사용자와 사이에 월 임대료를 정하여 차량임대계약을 체결하고 계속하여 그 차량을 이용하여 물품을 운송하는 형태로 근로를 제공하는 경우에, 임대료 중 근로의 대가로 볼 수 없고 차량사용의 대가에 해당하는 부분이 있는 때에는 그 부분의 임대료를 평균임금 산정의 기초가 되는 임금으로 삼을 수 없다.

한편, 평균임금 산정의 기초가 되는 임금 총액에는 사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 지급하는 금품으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 지워져 있는 것은 그 명칭 여하를 불문하고 모두 포함된다 할 것이나, 근로자가 특수한 근무조건이나 환경에서 직무를 수행함으로써 말미암아 추가로 소요되는 비용을 변상하기 위하여 지급되는 실비변상적 금원 또는 사용자가 지급의무 없이 은혜적으로 지급하는 금원 등은 평균임금 산정의 기초가 되는 임금 총액에 포함되지 아니한다(대법원 2003. 4. 22. 선고 2003다10650 판결 등 참조).

- 나. 원심은, ① 피해 근로자들이 위 회사로부터 임대료의 명목으로 매달 일정액을 변동 없이 고정적, 정기적으로 지급받아 왔고, 배송업무와 관련한 유류비, 고속도로 비용, 중식비 등은 별도로 지급받아 왔고, ② 위 회사가 세무신고를 위해 작성한 ‘일용근로소득 지급명세서’에서도 피해 근로자들에게 지급한 임대료 명목의 금원 전부를 지급액으로 산정한 사정들에 비추어 보면, 위 회사가 피해 근로자들에게 매달 고정적으로 지급한 임대료 명목의 금원 전부가 피해 근로자들에 대한 근로의 대상으로 지



급된 임금에 해당한다고 봄이 상당하다는 이유로, 이 사건 공소사실 기재 월차수당, 연차수당, 퇴직금 전액에 대하여 근로기준법위반죄가 성립한다고 판단하였다.

그런데 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거들에 의하면, ① 철선제품 생산업체인 위 회사는 1995. 3. 22. 공소의 2로부터 2.5톤 화물차(1998. 3.경 3.5톤 화물차로 교체되었다)를 월 임대료 160만 원으로 정하여 임차하고, 2002. 1. 8. 공소의 3으로부터 3.5톤 화물차를 월 임대료 250만 원으로 정하여 임차한 사실, ② 위 화물차들은 영업용으로 등록되어 있지 않아 그 무렵 위 회사 명의로 소유권이전등록을 마쳤고, 공소의 2와 공소의 3은 위 임대차계약에 따라 2011. 1. 7.경까지 자신 소유의 위 화물차들을 이용하여 위 회사 본사에서 생산된 철선제품을 서울 근교 등으로 직접 운송해 온 사실, ③ 위 회사는 2011. 1. 7. 무렵 월 임대료로 공소의 2에게 275만 원, 공소의 3에게 270만 원을 각 지급하고 있었는데, 차량 연료비, 고속도로 비용, 중식비는 위 임대료와 별도로 지급해 온 사실, ④ 공소의 2와 공소의 3은 위와 같이 지급 받은 임대료에서 차량 유지비, 차량 보험료 등 차량 관리에 필요한 제비용을 부담하였던 사실, ⑤ 위 회사는 월 임대료 지급을 위해 공소의 4 주식회사에게 세금계산서를 발급하고 공소의 4 주식회사를 통해 공소의 2와 공소의 3에게 월 임대료를 지급하여 왔는데, 2009. 6.경부터 공소의 4 주식회사에게 세금계산서를 발급하는 것이 불가능해지자 공소의 2에 대하여는 2009. 7.부터, 공소의 3에 대하여는 2009. 6.부터 각 2010. 12.까지 '일용근로소득 지급명세서'에 월 임대료 전액을 일용근로소득으로 기재하여 신고한 사실 등을 알 수 있다.

이러한 사실관계에 의하면, 이 사건 임대료 명목의 금원 중 일부는 근로의 대가가 아니라 단순한 위 화물차들 사용의 대가에 해당하는 금원이거나 또는 공소의 2와 공소의 3이 위 화물차들을 이용하여 업무를 수행함에 따라 추가로 소요되는 비용의 변상을 위한 실비변상적인 성격의 금원으로 볼 만한 사정들이 나타나 있다.

그렇다면 원심으로서 원심이 들고 있는 위와 같은 사정들만으로 이 사건 임대료 명목의 금원 전부가 임금에 해당한다고 단정할 것이 아니라 앞서 본 법리에 따라 그 안에 위 화물차들 사용의 대가나 실비변상적인 성격의 금원이 포함되어 있는지에 관하여 구체적으로 충분히 더 심리하였어야 한다. 따라서 이와 달리 이 사건 임대료 명목의 금원 전부가 임금에 해당함을 전제로 하여 이 사건 공소사실 기재 월차수당, 연차수당, 퇴직금 전액에 대하여 근로기준법위반죄가 성립된다고 판단한 원심판결에는 앞서 본 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

### 3. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 신영철(재판장), 이상훈, 김용덕(주심), 김소영



☞ 대법원 2013. 7. 11. 선고 2012다57040 판결

### » 요 지 «

甲이 운수회사인 乙 주식회사와, 甲 소유이나 乙 회사 명의로 등록된 화물트럭에 관한 '위·수탁 관리계약' 또는 '제품 운송용역 계약'을 체결하여 乙 회사가 위탁받은 제품운송 업무 중 일부를 수행하면서 용역비 명목으로 매월 일정액을 지급받아 온 사안에서, 제반 사정에 비추어 甲은 일정한 자본을 투자하여 운송사업을 영위하는 지입차주로서 지입회사인 乙 회사와 별도의 운송용역계약을 체결하고 그에 따른 용역비를 지급받은 것으로 봄이 타당하고, 甲이 상당기간 고정된 운송일정과 운송경로에 따라 특정 운송업무를 반복 수행하며 乙 회사에서 일정한 금액을 지급받은 것은 위 운송용역계약의 내용과 특성에 따른 것일 뿐 그와 같은 사정만으로 甲이 乙 회사에 대하여 종속적인 관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 수 없다고 한 사례.

【참조조문】 근로기준법 제2조 제1항 제1호

\* 원고, 피상고인 : A

\* 피고, 상고인 : 주식회사 B

\* 원심판결 : 수원지법 2012. 6. 1. 선고 2011나20352 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 수원지방법원 본원 합의부에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 근로기준법상의 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 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 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 원천징

수 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 노무 제공을 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 99다48986 판결, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다99396 판결 등 참조).

2. 원심은 제1심판결 이유를 인용하여, ① 원고는 2004. 9. 1.부터 2010. 5. 30.까지 운수회사인 피고와 사이에 실질적으로는 원고 소유이나 피고 명의로 등록된 이 사건 화물트럭에 관한 '위·수탁 관리계약' 또는 '제품 운송용역 계약'을 체결하고 피고가 주식회사 명일물류를 통하여 위탁받은 주식회사 사조대림의 제품운송업무 중 일부를 수행하여 온 사실, ② 원고는 통상적으로 오후 6~7시경 사조대림 안산공장으로 출근해서 제품을 싣고 오후 10~11시경 양산센터로 출발하여 그곳에서 제품을 하역한 후 다시 부산공장으로 이동하여 물품을 싣고 다음날 오전 8~9시경 안산공장으로 출발해서 오후 5시경 안산공장에 도착하여 하역을 마치고 오후 8~9시경 퇴근하는 형태로 근무한 사실, ③ 피고는 원고에게 2004. 9.부터 2006. 11.까지는 용역비 명목으로 매월 일정액(당초 494만 원이었으나 최종적으로 480만 원으로 감액되었다)을 지급하는 한편, 위 운송업무 수행에 따른 유류대와 도로 통행료는 실비정산 방식으로 별도 정산·지급하여 주다가 2006. 12.부터는 유류대와 도로 통행료를 포함하여 매월 820만 원(그 후 830만 원으로 인상되었다)을 지급하는 것으로 용역비 지급방식을 변경한 사실, ④ 피고는 원고에게 지급하는 월정 용역비에서 책임보험료, 종합보험료, 차량관리비, 조합비, 환경부담금, 세무기장료, 차주회비, 자동차세, 적재물보험료, 도색비, 과태료 등을 공제하였으며, 별도의 사업자등록을 마친 원고의 부가가치세 등 신고·납부를 대행하여 준 사실을 인정하였다.

그리고 판시와 같은 사정들, 특히 원고는 피고가 지정한 제품을 일정한 시간 내에 피고가 지정한 장소로 운송하여야 하고, 운송 도중 사고나 특이 상황이 발생하였을 경우 즉시 피고에게 통지하여 그 지시에 따라야 하는 점, 이 사건 화물트럭은 피고가 지정한 제품만을 운송할 수 있도록 외장과 도색이 이루어졌고 다른 운송업무에 이용하는 것이 금지되었던 점, 피고는 원고의 복장, 차량관리상태, 근무태도 등 불량이나 단체행동, 교통법규위반, 차량사고 등의 경우에 미리 정하여진 벌칙 규정에 따라 원고에게 일정한 불이익을 가한 점, 원고의 보수가 고정되어 있었고 휴무일을 정하고 있었던 점 등을 종합하면, 원고를 피고의 근로자라고 인정할 수 있다고 판단하였다.



### 3. 그러나 원심의 이와 같은 판단은 수긍하기 어렵다.

- ① 피고는 자신이 위탁받은 사조대림의 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 사조대림이 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 사조대림의 제품운송업무를 수행할 의무가 있으나 그 업무수행 과정은 원칙적으로 원고에게 일임되어 있다고 보이고, 운행 도중 사고나 특히 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 사조대림의 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 사조대림의 공장 휴무일에 따라 정하여진 것에 불과하다.



- ⑦ 원고는 피고의 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받지 아니하고, 별도의 사업 자등록을 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 상당기간 고정된 운송일정과 운송경로에 따라 특정 운송업무를 반복 수행하며 피고로부터 일정한 금액을 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.

그런데도 원심은 원고가 피고의 근로자에 해당함을 전제로 피고의 원고에 대한 임금 및 퇴직금 지급책임을 인정하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 지입차주와 지입회사 간의 법률관계 및 근로기준법상의 근로자성 판단에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 상고이유 중 이 점을 지적하는 부분은 이유 있다.

4. 그러므로 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박병대(재판장), 양창수, 고영한, 김창석(주심)



### 3.3 판매종사자

#### (1) 백화점 판매직원

☞ 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146 판결

#### » 요 지 «

피고(백화점 입점 업체)는 백화점 판매원(원고)들과 판매용역계약을 체결하고 매출 실적에 따라 수수료를 지급하여 왔는바, 수수료의 상한이 정해져 있고, 매출이 부진해도 일정 수준의 보수를 받은 점, 본사 직원들이 주기적으로 백화점 판매원들의 근무상황을 점검한 점, 피고가 내부 전산망을 통하여 백화점 판매원들에게 업무와 관련하여 출근시간 및 시차의 등록 공지, 아르바이트 근무현황표 제출 공지, 수선실 관련 공지, 상품의 로스, 반품, 가격, 할인행사 등 관련 공지, 재고실사 관련 공지, 택배 관련 공지, 상품 DP 수량 조사(사장님 지시사항) 관련 공지 등 근태를 관리하거나 업무 관련 공지를 한 점, 피고는 백화점 판매원들의 '병가 및 출산휴가 현황표'도 작성해 보관하고 있었던 점, 백화점 판매원들은 피고의 취업규칙의 적용을 받지 못하고, 근로소득세가 아닌 사업소득세를 납부하였으며, 4대 보험 등 사회보장제도에서 근로자로서의 지위를 인정받지 못하고 있었는데, 이는 피고가 사용자로서 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정하였다고 볼 여지도 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 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. 따라서 원고들은 근로기준법상의 근로자에 해당한다.

\* 원고, 상고인 : 별지 원고명단 <별지 생략>

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 ○○○○

\* 원심판결 : 서울고법 2015. 9. 4. 선고 2014나49083 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지 위임계약인지보다 근로제공 관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목



적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로제공자가 이에 구속을 받는지, 근로제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 근로제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌고 근로소득세를 원천징수하였는지, 그리고 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 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 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조).

2. 원심은 그 판시와 같은 사정을 들어, 원고들이 피고에 대하여 종속적인 관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다.
3. 그러나 앞서 본 법리에 비추어 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

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 운영회사들이 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 업무내용이 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 의하면, 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(제13조제3항), 피고는 파견한 종업원 등으로 하여금 고객이 백화점에서 통상적으로 제공받을 것으로 기대하는 수준 이상의 서비스 품질을 유지할 의무가 있으며(제14조제1항), 백화점 운영회사들은 파견된 종업원 등에 대하여 고객 서비스 향상을 위한 교육을 실시할 수 있고(제14조제2항), 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(제14조제3항)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 업무 수행과 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 보이



나, 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 매장에는 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 연봉의 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 수수료가 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 업무내용도 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 허위 청구 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.
- 다. 그럼에도 원심이 그 판시와 같은 사정을 들어, 원고들이 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였는바, 이는 근로기준법상의 근로자성 판단기준에 관한 법리를 오해하는 등으로 판단을 그르친 것이다.
4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김신(재판장), 김용덕, 김소영, 이기택(주심)



## (2) 야쿠르트 위탁판매원

☞ 대법원 2016. 8. 24. 선고 2015다253986 판결

## » 요 지 «

위탁판매원인 소위 '야쿠르트 아주머니'는 회사의 근로자로 볼 수 없다는 법원의 판단이 나왔다. 대법원 제3부(주심 박보영)는 8월 24일, 정 모 씨가 한국야쿠르트를 상대로 청구한 퇴직금 지급 청구의 소에서 상고를 기각하고 원심을 확정지었다.

정 씨는 야쿠르트 아주머니로 2002년부터 2014년까지 부산에서 야쿠르트의 유제품 등을 고객에게 배달하고 대금을 수령하는 배달 및 위탁판매 일을 했다. 정해진 출퇴근 시간은 없었지만 오전 8시경 배달할 제품을 관리점에서 수령해, 4시경까지 배달을 마치고 남은 제품은 일반 고객에게 판매했다.

정 씨는 퇴직하면서 자신이 주식회사 야쿠르트의 근로자에 해당하니 퇴직금을 지급해달라는 소송을 제기했다. 정 씨는 '회사가 구체적으로 관리점 게시판에 일정표를 부착하는 등 구체적인 업무지시를 했고, 고객관리, 영업지침에 대한 서약서도 받았다'며 '배달원에게 수수료 명목으로 매월 급여도 지급하는 등 근로를 제공한 종속적 관계이므로, 근무기간 동안 연차수당과 퇴직금을 지급해 달라'고 주장했다.

하지만 법원은 이를 받아들이지 않았다. 1심과 2심 법원은 '수수료는 판매실적에 따라 결정됐을 뿐, 용역(근로)의 내용이나 시간과 비례한다고 볼 수 없다'며 '서약서를 받은 것도 그 내용이 업무지시와 감독에 관한 것이라고 볼 수 없다'고 판단해 회사의 손을 들어줬다. 재판부는 이어 '회사가 보험료나 상조회비를 일부 지원했다지만 판매 장려 차원이었으며, 교육을 제공한 것도 최소한의 업무 안내 및 판촉 독려에 불과하다'고 판단해 이런 사정이 있다는 이유로 정 씨가 회사의 지시나 통제를 받았다고 볼 수 없다고 판시했다.

대법원도 '원심의 판단은 정당해 법리를 오해한 잘못이 없다'고 확인했다.

\* 원고, 상고인 : 정○○

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 ○○야쿠르트

\* 원심판결 : 부산지법 2015. 11. 20. 선고 2015나41982 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.



## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

원심은 제1심판결 이유를 인용하여, 원고와 같은 위탁판매원들이 업무수행 과정에서 피고로부터 구체적인 지휘·감독을 받았다고 볼 수 없고, 피고가 위탁판매원들에게 근무복을 제공하거나 적립형 보험의 보험료 및 상조회비 중 일부를 지원하였다 하더라도 이는 판매활동을 장려하기 위한 배려 차원에서 이루어진 것일 뿐이므로 근무상의 어떠한 지시나 통제를 받은 것으로 볼 수 없다는 등의 이유로, 원고는 종속적인 관계에서 임금을 목적으로 피고에게 근로를 제공한 것이라고 볼 수 없어 근로기준법상의 근로자에 해당하지 않는다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 근로기준법상 근로자에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 권순일(재판장), 대법관 박병대, 대법관 박보영(주심), 대법관 김신

### 3.4 채권추심원

☞ 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252891 판결

#### » 요 지 «

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. 사실심의 심리결과 채권추심원이 채권추심회사에 매일 정시에 출근할 의무가 없었고 채권추심회사와 계약관계를 유지한 기간 동안 채권추심회사에 종속되어 지휘·감독을 받으며 업무에 전념하였다고 보기에 지나치게 적은 액수의 성과수수료를 받는 등 근로자성을 인정하기 어려운 사정들이 밝혀지거나, 채권추심원의 근로자성을 증명할 책임이 있는 당사자가 소송과정에서 다른 회사의 채권추심원 등에 관한 판결 선례 등만을 증거로 제출하였을 뿐 당해 사건에서 근로자성을 인정할 수 있는 구체적인 사실을 증명할 증거를 전혀 제출하지 않는 등의 경우에는 채권추심원의 근로자성이 부정될 수 있다.

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 목표설정에서부터 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.

\* 원고, 상고인 : 1. 김○○ 2. 서○○ 3. 정○○

\* 피고, 피상고인 : ○○신용정보 주식회사

\* 원심판결 : 서울중앙지법 2015. 11. 17. 선고 2013나62611 판결



## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지 위임계약인지보다 근로제공 관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로제공자가 이에 구속을 받는지, 근로제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 근로제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌고 근로소득세를 원천징수하였는지, 그리고 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 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 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조).
2. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음 사실을 알 수 있다.
  - (1) 원고들은 피고와 각 계약기간을 6개월로 하여 채권추심위임업무수행계약을 체결하고 채권추심업무를 수행하였는데, 원고 김○○는 2007.2.1.부터 2010.2.28.까지, 원고 서○○은 2006.2.1.부터 2010.8.31.까지, 원고 정○○는 2005.12.1.부터 2011.1.31.까지 피고의 채권추심원으로 근무하였다.
  - (2) 원고들이 피고와 각 작성한 계약서에는, 근로기준법 등 노동관련 법령이 정하는 근로계약관계에 있지 아니함을 확인한다는 조항이 있기는 하지만, 6개월의 계약기간이 종료되면 상호 협의하여 연장할 수 있도록 되어 있고, 원고들이 영리를 목적으로 겸업하여 계약이행에 차질이 있다고 인정되거나 위임업무 수행능력이 현저히 떨어지는 경우 피고가 해지할 수 있도록 하고 있다.
  - (3) 원고들은 피고가 지정한 파트와 팀에 소속되어 피고로부터 배정받은 채권에 관한 추심업무를 하였다.



- (4) 원고들은 피고의 사무실에서 컴퓨터 등 집기를 무상으로 제공받아 피고가 마련한 채권관리시스템에 개인별로 등록한 아이디와 비밀번호를 입력하여 접속한 후 정해진 프로그램에 따라 채무자의 정보수집, 채무자에 대한 문자, 통지서의 발송, 추심활동 내역 입력 등 전반적인 업무를 수행하였고 피고의 정규직원, 파트장 등이 올린 공지 사항을 열람하였다.
- (5) 원고들이 채무자의 주거지 등을 방문하는 경우 피고의 지시에 따라 채권관리시스템에 모든 방문에 관하여 방문시간, 방문결과, 비용 등을 입력하였고, 피고로부터 이러한 사항을 철저히 준수하지 않으면 불이익을 받을 수도 있다는 공지를 받았다.
- (6) 피고는 원고들에게 우편발송비와 일정한 기준에 따라 교통비 등을 지원하였다.
- (7) 피고는 필요한 경우 자체적으로 원고들을 교육하였고, 원고들로부터 교육참가확인서를 받았다.
- (8) 원고들은 매월 초순경 채권관리시스템에 그 달의 업무목표량을 전화통화, 방문, 법조치, 입금약속 등의 항목별로 등록한 후 상급자의 승인을 받았다.
- (9) 피고는 채권추심원들의 실적향상을 위해 정해진 기간 일정액 이상의 추심금액에 비례한 인센티브를 차등적으로 지급하고 추심금액이 일정액에 미달하는 경우 수수료를 차감하는 내용의 캠페인을 시행하였는데, 원고 서○○은 이러한 캠페인의 참여대상이 되기도 하였다.
- (10) 피고는 각 파트별로 파트장을 통해 업무목표량을 정한 후 정해진 실적을 달성하지 못한 채권추심원에게 신규팀으로의 부서이동, 이미 배분된 채권의 환수 등 불이익을 가하거나 실적순위에 따라 새로운 채권배분에 차등을 두겠다는 공지를 하기도 하였는데, 원고 김○○, 서○○은 위와 같은 공지가 이루어진 파트에 소속되어 활동하기도 하였다.
- (11) 피고는 매월 팀별로 소속된 채권추심원 개개인의 목표금액 달성비율을 기초로 순위를 매긴 회수실적표를 작성하기도 하였는데, 원고 김○○가 ○○은행 채권팀에서 활동할 당시 위와 같은 회수실적표가 회람되기도 하였다.
- (12) 원고들은 09:00까지 출근하여야 했고, 때때로 실적향상을 위해 조기출근, 토요일 근무, 야근을 독려 받으면서 동참하지 않는 경우 채권배분 등에서 불이익을 줄 수 있다는 공지를 받기도 하였다.
- (13) 원고들은 매월 21일 무렵 피고로부터 수수료를 지급받았는데, 그 금액은 채권추심 실적에 따라 변동되었다.
- (14) 피고는 위 수수료에 대하여 근로소득세가 아닌 사업소득세를 원천징수하였고, 원고들에 대한 건강보험, 국민연금, 고용보험, 산업재해보상보험 가입신고를 하거나 그 보험료를 납부하지 않았으며, 원고들을 비롯한 채권추심원들을 구속하는 취업규칙이나 내규를 정하지는 않았다.



3. 원고들과 같은 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. 사실심의 심리결과 채권추심원이 채권추심회사에 매일 정시에 출근할 의무가 없었고 채권추심회사와 계약관계를 유지한 기간 동안 채권추심회사에 종속되어 지휘·감독을 받으며 업무에 전념하였다고 보기에는 지나치게 적은 액수의 성과수수료를 받는 등 근로자성을 인정하기 어려운 사정들이 밝혀지거나, 채권추심원의 근로자성을 증명할 책임이 있는 당사자가 소송과정에서 다른 회사의 채권추심원 등에 관한 판결 선례 등만을 증거로 제출하였을 뿐 당해 사건에서 근로자성을 인정할 수 있는 구체적인 사실을 증명할 증거를 전혀 제출하지 않는 등의 경우에는 채권추심원의 근로자성이 부정될 수 있다[대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다6998 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다40612(본소), 2013다40629(반소) 판결 참조].

그러나 원고들의 경우에는, 앞서 본 사실관계에 비추어 보면, 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 배정된 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 목표설정에서부터 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.

그런데도 원심은 그 판시와 같은 사정만을 들어 원고들이 종속적인 지위에서 피고에게 근로를 제공하였다고 인정할 증거가 부족하다는 이유로 원고들의 주장을 배척하였다. 이러한 원심의 판단에는 근로기준법상 근로자성 판단 기준에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니하여 사실을 잘못 평가한 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 이에 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김신(재판장), 박병대(주심), 박보영, 권순일



## ☞ 대법원 2015. 7. 9. 선고 2012다20550 판결

## » 요 지 «

甲 등이 乙 주식회사와 채권추심업무계약을 체결한 후 계약기간이 만료될 때마다 재계약을 하면서 채권추심업무를 수행하던 중 乙 회사와 채권추심업무계약을 체결한 다른 채권추심원들이 근로기준법상 근로자에 해당한다는 판결이 대법원에서 확정되자, 乙 회사가 甲 등과 재계약 규정 등을 삭제하는 등으로 계약서 양식을 변경하여 재계약을 한 사안에서, 乙 회사는 계약서 양식이 변경된 이후에도 채권추심원들과 재계약을 하면서 종전의 계약서를 사용하기도 하고 변경된 계약서를 사용하였다가 이후 다시 과거의 계약서 양식을 사용하기도 하는 등 乙 회사 스스로도 계약서 양식 자체에는 큰 의미를 두지 않았던 것으로 보이는 점 등에 비추어 甲 등이 변경된 계약서 양식에 따라 계약을 체결하였다는 사정만으로 이전과 달리 근로기준법상 근로자에 해당하지 않게 되었다고 단정할 수 없는데도 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

【참조조문】 근로기준법 제2조 제1항 제1호

\* 원고, 상고인 : 원고 1 외 4인

\* 피고, 피상고인 : 농업협동조합자산관리 주식회사의 소송수계인 농업협동조합자산관리 회사

\* 원심판결 : 서울고법 2012. 2. 3. 선고 2011나37997 판결

## » 주 문 «

원심판결 중 원고들 패소 부분을 파기하고,

이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 근로제공관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로제공자가 이에 구속을 받는지, 근로제공자가 스



스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 근로제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌고 근로소득세를 원천징수하였는지, 그리고 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 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 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조).

2. 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 원고 1, 원고 2, 원고 5와 원고 3, 원고 4의 피상속인인 망 소외인(이하 원고 1, 원고 2, 원고 5와 망 소외인을 '원고 1 등'이라 한다)은 피고 농업협동조합자산관리 주식회사와 각 채권추심업무계약을 체결한 후 6개월의 계약기간이 만료될 때마다 재계약을 하면서, 원고 1은 2003. 11. 27.부터 2010. 3. 31.까지, 원고 2는 2005. 1. 10.부터 2009. 5. 18.까지, 원고 5는 2003. 3. 3.부터 2010. 4. 30.까지, 망 소외인은 2002. 11. 6.부터 2009. 7. 10.까지 채권추심업무를 수행하였다.

나. 원고 1 등을 비롯하여 피고와 채권추심업무계약을 체결한 채권추심원들은 아래와 같은 방식으로 업무를 수행하여 왔다.

- (1) 채권추심원들은 피고로부터 배정받은 채권에 대한 추심업무를 주업무로 하였고, 피고가 제공한 사무실에 출근하여 피고가 제공한 컴퓨터와 프로그램, 전화기 등을 이용하여 추심업무 내용을 피고의 전산시스템(AMS)에 입력하거나 전화연락, 우편물 발송, 문자메시지 발송 등을 통해 채권추심업무를 수행하였다.
- (2) 채권추심원들은 기본급이나 고정급 없이 채권추심실적에 따라 일정한 비율의 수수료를 지급받았고, 대외적으로 채권추심업무를 수행할 때에는 피고의 실장이라는 직함을 사용하였으며, 채무변제최고장 등에는 피고의 명의를 사용하였다.
- (3) 피고는 채권추심원들의 근무시간과 장소를 별도로 정하지 않았지만 필요한 경우 피고가 근무시간과 장소를 별도로 지정할 수 있도록 하였고, 채권추심원들에게 보고의무, 교육참석의무, 비밀유지의무 등을 부과하였으며, 제3자로 하여금 추심업무를 처리하도록 하는 행위를 금지하였다. 또한 계약 위반 외에도 피고 규정의 미준수, 실적 부진, 업무처리능력 부족, 업무수행 부적격, 피고의 경영상 필요 등을 계약해지사유로 하였다.

(4) 피고는 채권추심 등을 목적으로 설립된 법인으로 그 사업부문 내에 채권추심원에 대한 교육, 실적, 평가 등을 관리하는 부서를 두고 실적이 높은 채권추심원에 대하여는 상품을 수여하고, 실적이 낮은 경우에는 경고 조치를 하는 등으로 채권추심원들의 실적을 관리하였고, 전산시스템을 통해 채권추심원들의 로그인 기록, 매월 실적, 업무 내용 등을 파악할 수 있었으며, 관리직원을 통해 채권추심원에 대한 출퇴근 상황과 업무 실적 등을 감독하거나 독려하였다.

다. 그러던 중 2008. 2. 1. 피고와 채권추심업무계약을 체결한 채권추심원들이 근로기준법상의 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.

라. 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 의무방문제도를 폐지하였다.

마. 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.

바. 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.

3. 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 농업협동조합법에 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 채권추심원들의 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, 상벌제도 등을 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 출장근무가 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 이전과 달리 근로기준법상의 근로자에 해당하지 않게 되었다고 단정하기는 어렵다고 할 것이다.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 사정만을 들어 원고 1 등이 2008. 6. 16.자로 변경된 계약서 양식에 따라 채권추심업무계약을 체결하기 전까지는 근로기준법상의 근로자에 해당하지만, 2008. 6. 16.자로 변경된 계약서 양식에 따라 계약을 체결한 이후부터 채권추심업무를 종료한 때까지는 근로기준법상의 근로자에 해당하지 않는다고 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 근로기준법상의 근로자에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장에는 정당한 이유가 있다.

4. 그러므로 원심판결 중 원고들 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단 하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김용덕(재판장), 이인복(주심), 김소영



## ☞ 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566 판결

## » 요 지 «

산업재해보상보험법 제5조 제2호는 이 법에서 사용하는 근로자란 근로기준법에 따른 근로자를 말한다고 규정하고 있는바, 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 위임 또는 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 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 있는지, 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 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.

이 사건 카드회사의 채권추심원에게는 정규직 직원에게 적용되는 취업규칙·복무규정·인사규정 등이 적용되지 않았고, 위임직의 관리를 위하여 마련된 지침에도 통상 취업규칙 등에 포함되는 사항이 규정되어 있지 않은 점, 채권추심원은 채권회수업무 수행을 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.



- \* 원고, 상고인 : A
- \* 피고, 피상고인 : 근로복지공단 대표자 이사장 김○○
- \* 피고보조참가인 : ○○ 주식회사 대표이사 유○○
- \* 원심판결 : 서울고법 2007. 12. 26. 선고 2007누12783 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원으로 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 산업재해보상보험법 제5조 제2호는 이 법에서 사용하는 근로자란 근로기준법에 따른 근로자를 말한다고 규정하고 있는바, 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 위임 또는 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 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 있는지, 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 한다.

다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다( 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025 판결 등 참조).

2. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 원고의 아들인 망 소외인(이하 ‘망인’이라 한다)이 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)의 ○○컬렉션사업부 경북컬렉션지점 ○○파트에 소속된 채권추심원으로서 참가인 회사로부터 위임받은 채권의 회수업무를 수행하던



중 2005. 4. 18. 19:30경 위 ○○파트 화장실에서 쓰러져 의식을 잃고 병원으로 실려가 응급치료를 받았으나 2005. 4. 25. 뇌지주막하출혈로 사망한 사실을 인정한 다음, 망인의 사망이 업무상 재해에 해당함에도 유족급여 및 장의비 지급을 거절한 피고의 이 사건 처분이 위법하다는 원고의 주장에 대하여, 그 판시와 같은 사정을 들어 망인이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 참가인에게 근로를 제공한 근로자라고 볼 수 없다는 이유로 원고의 위 주장을 배척하였다.

### 3. 그러나 원심의 이와 같은 판단은 수긍하기 어렵다.

망인과 참가인 사이의 계약이 위임계약의 형식으로 되어 있고, 망인과 참가인 사이에서 작성된 2005. 1. 1.자 위임계약서에서, 망인은 관계 법령에 저촉되지 않는 한 참가인 회사가 위임하는 채권의 회수관련 업무를 합리적이고 공정한 수단에 의하여 독자적으로 수행함을 원칙으로 하고, 망인의 업무 수행시간 및 장소를 따로 정하지 않는다고 규정하고 있으며, 망인과 같은 채권추심원에게는 참가인의 정규직 직원에게 적용되는 취업규칙·복무규정·인사규정 등이 적용되지 않았음은 원심이 인정하고 있는 바와 같다.

그러나 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 채권추심업무 수행에 관하여 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 하지는 않는다고 하더라도 참가인의 필요에 따라 적절한 방법으로 망인에 대한 상당한 지휘·감독할 수 있는 여지는 있다고 할 것이다.

또한, 원심이 인정한 사실 및 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, 망인과 같은 채권추심원들은 참가인으로부터 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 대리료 하여금 팀장으로서 채권추심원을 관리하도록 하였는데, 채권추심팀의 팀장은 채권추심원들의 위와 같은 통상 출근시간에 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 등을 상기시키는





등 목표달성을 독려하여 왔던 점, 채권회수실적은 채권추심원의 능력을 평가하는 중요한 요소로서 팀장은 전산기록을 통하여 채권추심원별 채권회수실적을 확인하고 그 실적과 업무부실 처리에 따른 별점을 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 불법추심방지와 민원방지를 위하여 채권추심원이 채무자들과 나눈 전화통화를 녹음하는 방법으로 업무내용을 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 채권회수업무 수행을 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.



그럼에도 원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 망인이 근로기준법상 근로자가 아니라고 단정하고 말았으니, 원심의 이와 같은 판단에는 채증법칙 위반으로 사실을 오인하거나, 근로자의 범위에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이고, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유가 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 사건을 원심 법원으로 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김영란(재판장), 김황식, 이홍훈(주심)



☞ 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다40612, 40629 판결

### » 요 지 «

채권추심업을 영위하는 피고(반소원고, 이하 ‘피고’라고 한다) 서초지사에서 추심업무를 담당하던 원고(반소피고, 이하 ‘원고’라 한다)에 대하여 피

고의 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.

\* 사건 : 2013다40612(본소) 급여 등

2013다40629(반소) 손해배상

\* 원고(반소피고), 상고인 : A

\* 피고(반소원고), 피상고인 : ○○신용정보 주식회사

\* 원심판결 : 서울중앙지법 2013. 4. 24. 선고 2012나43859(본소), 2012나43866(반소) 판결

\* 판결선고 : 2015. 9. 10.

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고(반소피고)가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

근로기준법상의 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, 여기서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사) 규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립

하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 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 한다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다6998 판결 등 참조). 따라서 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.

한편 원고는 원심판결의 본소에 관한 부분 중 원고 패소 부분 전체에 대하여 상고하였으나, 그 중 수수료에 대한 수당청구 부분에 관하여는 상고장에 이유의 기재가 없고 상고이유서에도 이에 대한 불복이유의 기재가 없다.

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박보영(재판장), 민일영, 김신, 권순일(주심)



### 3.5 텔레마케터

☞ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29890 판결

#### » 요 지 «

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식보다 근로제공관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계인지 여부는 업무내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로제공자가 이에 구속을 받는지, 근로제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 근로제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌고 근로소득세를 원천징수하였는지, 그리고 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 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.
2. 피고의 업무운용수칙과 스크립트 등 가이드라인에는 관련 법령을 준수하기 위한 내용뿐만 아니라, 피고를 위한 업무수행의 내용과 방법 등에 관한 지침으로서의 성격도 함께 포함되어 있는 점, 섭외영업위촉계약서에는 원고들의 업무운용수칙 위반 시 징계해고에 상응하는 계약해지의 불이익이 규정되어 있는 점, 피고는 업무수행 불량으로 평가할 수 있는 경우를 분류하여 '통보서 유형별 등급표'를 마련하여 두고, 위 등급표에서 통보서 발부 횟수에 따라 생산성 인센티브에서 일정금액 차감 또는 미지급, 해당 실적 커미션에서 차감, 계약해지 등 제재수단을 규정하여 이를 적용하였으며, 이를 위하여 필요한 경우 통화녹음내용 등을 모니터링한 점, 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 관리하였고, 전화권유판매원별로 일정한 양의 고객 데이터베이스를 제공하는 것이 아니라 09:30경부터 18:30경까지의 근무시간 중 30분 내지 1시간 단위로 고객 데이터베이스를 분배하므로, 지각, 조퇴, 무단이탈, 결근 등의 경우 고객 데이터베이스



이스를 적게 분배받게 되고 이는 실적으로 이어지게 되므로, 실질적으로 불이익을 받는 결과가 되는 점, 원고들은 내근직으로서 피고로부터 받은 고객 데이터베이스에 피고로부터 받은 업무운용수칙과 스크립트에 따라 전화를 하는 업무의 성격상 피고가 제공한 사무실, 전화, 컴퓨터 등의 물품 외에 업무수행에 추가로 드는 상당한 비용이 들 여지가 없고, 전문성이 요구된다고 보기도 어려운 점, 원고들은 계약상 '은행의 신용카드상품 내용을 홍보함으로써 은행상품에 관한 약정이 체결되도록 하여야 하는 업무'를 담당하고 업무의 대행이 금지되었는데, 원고들은 피고의 지시에 따라 계약상의 업무 외에 고객정보 변경, 캐시백서비스 안내, 일시불의 할부전환 업무 등을 수행하기도 하였고, 실적에 따른 수수료 외에 생산성수당 등 명목의 돈이 지급되기도 한 점 등 실적이나 업무수행 불량 또는 업무운용수칙 등 위반 시 부과된 제재 또는 불이익, 업무의 성격과 내용, 근무장소가 정해져 있고 근무시간을 지키지 않을 경우 얻게 되는 실질적 불이익 등 여러 사정을 종합하면, 원고들이 피고회사에 근로에 대한 대가를 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다고 볼 여지가 충분하다.

\* 원고(선정당사자), 상고인 : 원고(선정당사자) 1 외 1인

\* 피고, 피상고인 주식회사 : 한국○○은행

\* 원심판결 : 서울고법 2016. 6. 8. 선고 2016나1894 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식보다 근로제공관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계인지 여부는 업무내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로제공자가 이에 구속을 받는지, 근로제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 근로제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌고 근로소득세를 원천징수하였는지, 그리고 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만 기본급



이나 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 2015. 7. 9. 선고 2012다20550 판결 등 참조).

2. 원심은, 피고와 섭외영업위촉계약을 체결하고 피고로부터 고객 데이터베이스를 받아 피고의 고객에게 전화로 카드론에 관하여 홍보하고 그 신청을 권유하는 업무를 수행한 원고(선정당사자)들 및 선정자들(이하 '원고들'이라고 한다)이 실질적으로 피고의 지휘·감독을 받은 근로자라고 주장하면서 퇴직금을 구하는 이 사건에 대하여, 그 판시와 같은 사정을 들어 원고들은 근로자가 아니라고 판단하여 원고들의 청구를 기각하였다.

3. 그러나 아래와 같은 사정을 종합하면, 이러한 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

가. 원심은, 피고가 원고들에게 업무수행 중 준수할 사항이 기재된 '카드 텔레마케팅 전 화권유포매원 업무운용수칙'과 스크립트 등 가이드라인을 배부한 사실을 인정하면서도 이는 금융감독원의 신용카드사 전화마케팅 모범규준 등의 제한에 따라 법령 및 관련 규정 위반을 사전에 방지하기 위한 업무지침이나 안내자료일 뿐이라고 판단하였다.

그러나 금융감독원의 위 모범규준과 관련 법령 등은 카드회원의 권익을 강화하고 불완전판매를 예방하기 위하여 지켜야 할 절차와 기준에 관한 것인데, 피고의 업무운용수칙은 첫머리에 '다음 사항을 엄수하기로 하고 은행의 이미지를 실추시키는 행위는 물론 은행 업무에 부정적인 영향을 미치는 행위를 하지 않기로 한다. 위반 시 제재조치가 수반된다.'고 하면서, '고객보다 먼저 전화를 끊지 않아야 한다. 근무시간 중에는 타인의 업무에 방해가 되는 행동을 하지 않는다. 고의적으로 상담성적을 조작해서는 안 된다'는 등의 내용도 담고 있고, 스크립트 등 가이드라인에는 관련 법령을 준수하기 위한 내용뿐만 아니라, 끝인사, 거절극복을 위한 대사, 고객들의 대응유형을 분류하여 각 유형별로 카드론 상품을 이용하게 하기 위한 구체적인 대사가 상세하게 기재되어 있기도 하다. 따라서 업무운용수칙과 스크립트 등은 관련 법령 준수를 위한 지침으로서의 성격뿐만 아니라 피고를 위한 업무수행의 내용과 방법 등에 관한 지침으로서의 성격도 함께 포함되어 있다. 또한 섭외영업위촉계약서에는 원고들의 업무운용수칙 위반 시 징계해고에 상응하는 계약해지의 불이익이 규정되어 있다.

나. 그리고 원심은, 원고들이 규정위반행위 등을 하였을 경우 피고로부터 통보를 받고 통보횟수에 따라 급여가 차감된 사실, 원고들의 통화량과 통화시간이 전산프로그램에 자동으로 저장되는 사실, 민원 등이 제기되었을 때 피고가 통화녹음내용을 확인하여 위반사항을 원고들에게 통보한 사실을 인정하면서도, 피고가 수시로 모니터링하지는 않았고 통화횟수 대비 위반횟수나 수수료 차감액수가 적은 편이어서, 피고가 원고들의 업무수행과정이나 결과를 관리하거나 제재를 가하는 등으로 관리·감독하였다고 보기 어렵다는 취지로 판단하였다. 그런데 현실적으로 수많은 통화내용에 대



하여 모두 모니터링하기는 불가능하기 때문에 문제가 제기된 경우에만 모니터링할 수밖에 없어, 통화횟수에 대비한 위반횟수나 수수료 차감의 비율이 적다고 하여 피고가 원고들의 업무수행과정을 모니터링하거나 제재를 가하지 않았다고 보기는 어렵다. 또한 피고는 민원발생뿐만 아니라 '실적조작, 불충분하거나 잘못된 설명, 신청서 오류기재, 명시되지 않은 위반사항으로서 위험성이 높고 위반의 정도가 심각하다고 판단되는 경우' 등 업무수행 불량으로 평가할 수 있는 경우를 분류하여 '통보서 유형별 등급표'를 마련하여 두고, 위 등급표에서 통보서 발부 횟수에 따라 생산성 인센티브에서 일정금액 차감 또는 미지급, 해당 실적 커미션에서 차감, 계약해지 등 제재수단을 규정하여 이를 적용하였으며, 이를 위하여 필요한 경우 통화녹음내용 등을 모니터링하였다. 결국 피고가 원고들의 업무수행과정이나 결과 등에 대하여 관리·감독을 하였고, 그에 대한 제재 수단도 있었다.

- 다. 또한 원심은, 원고들과 같은 전화권유판매원의 전산 로그기록이 09:30경부터 18:30경 사이에 몰려 있고, 원고들은 피고가 마련한 사무실에 피고의 정규직 직원 3명과 함께 근무하면서 자리가 지정되어 있었으며, 자리이동을 원할 경우 매니저로부터 허락을 받은 사실, 피고의 정규직 직원인 매니저들은 각종 프로모션을 진행한 사실, 매니저들이 원고들에게 30분에서 1시간 단위로 고객 데이터베이스를 분배한 사실을 인정하면서도, 지각 또는 결근으로 인한 징계 등의 불이익을 주지 않아 특정 시간에 출퇴근할 의무가 없었다고 판단하였다. 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.

한편 원고들은 피고로부터 통화할 고객 데이터베이스를 분배받았으므로 스스로의 노력으로 상품판매계약을 체결하여 실적을 늘릴 수는 있으나, 거래할 수 있는 고객의 양 자체를 늘림으로써 그 수입의 규모를 확대할 수는 없다. 따라서 실적에 따라 수수료를 받는 원고들로서는 피고로부터 받는 고객 데이터베이스의 양과 질이 중요한데, 피고가 전화권유판매원별로 일정한 양의 고객 데이터베이스를 제공하는 것이 아니라 09:30경부터 18:30경까지의 근무시간 중 30분 내지 1시간 단위로 고객 데이터베이스를 분배하므로, 지각, 조퇴, 무단이탈, 결근 등의 경우 고객 데이터베이스를 적게 분배받게 되고 이는 실적으로 이어지게 되므로, 실질적으로 불이익을 받는 결과가 된다.

- 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 업무'를 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 피고회사에 근로에 대한 대가를 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다고 볼 여지가 충분하다.
- 사. 그런데도 원고들이 근로자가 아니라고 판단한 원심판결에는, 상고이유 주장과 같이 근로기준법상의 근로자에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.
4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이기택(재판장), 김용덕, 김신(주심), 김소영



### 3.6 방송종사자

#### (1) 영상취재요원

☞ 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10754 판결

#### » 요 지 «

1. 근로기준법상의 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 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 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 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 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.
2. 원고의 채용공고에 의하여 영상취재요원(VJ)으로 채용되어 원고가 기획·의도한 특정한 장소에서 특정한 시간 내에 일정한 영상을 촬영하여 이를 수정·편집하여 온 참가인들이 비록 6mm 카메라를 직접 소유하고 있고 원고로부터 명시적인 출·퇴근시간 등의 근태관리를 받지 않았으며 참가인들에 관하여 4대 보험이 가입되어 있지 않다고 하더라도, 참가인들은 원고와의 근로관계에 있어 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다.

\* 원고, 상고인 : ○○○○

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 2010. 5. 4. 선고 2009누22043 판결



## » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

근로기준법상의 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 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 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. 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 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다99396 판결 등 참조).

원심은 제1심판결 이유를 인용하여 다음과 같은 사정 즉, ① 참가인들이 원고의 채용공고에 의하여 영상취재요원으로 채용되어 원고가 기획·의도한 특정한 장소에서 특정한 시간 내에 일정한 영상을 촬영하여 이를 수정·편집하여 온 점, ② 참가인들은 영상제작에 관하여 그 작업의 특성상 일정한 재량을 가지고 작업을 하여 왔으나, 원고 소속 취재담당기자의 기획의도에 따라 제작된 촬영 및 편집구성안에 따라 구체적인 인터뷰 내용 및 방법, 촬영 방법, 기타 영상 내용 등에 대하여 촬영 작업부터 편집 작업까지 지속적으로 수정 지시를 받아 왔고, 위와 같은 촬영 및 편집구성안 이외에도 현장에서 구두로 또는 이메일을 통하여 지속적인 수정 지시를 받아 온 점, 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 온 점, ④ 원고가 참가인들에게 다른 회사의 영상취재요원으로 근무하는 것을 금지하지 아니하였다고 하더라도, 참가인들의 원고에 대한 업무일지 등에 기재된 실제 근무일과 근무시간상 참가인들이 원고의 영상취재요원으로 근무하면서 원고가 아닌 다른 회



사의 영상관련업무에 종사하는 것은 사실상 불가능한 것으로 보이는 점, ⑤ 원고는 영상취재요원에게 위와 같은 업무를 수행하게 하면서 그 업무 수행에 잘못이 있는 경우 그 잘못의 경위를 기재한 시말서 등을 징구하여 온 점, 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 것과 원고 스스로 작성한 'VJ 운영개선방안'의 내용 등에 비추어, 원고 스스로도 참가인들과 같은 영상취재요원의 근로형태가 근로기준법에 정한 근로자로 인정받을 수 있다는 것을 충분히 예상하고 있었다고 보이는 점, 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 있을 뿐 아니라 사용자인 원고가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정들에 불과하다고 여겨지는 점 등을 인정한 다음, 이러한 사정을 종합하여 보면 비록 참가인들이 6mm 카메라를 직접 소유하고 있고 원고로부터 명시적인 출·퇴근시간 등의 근태관리를 받지 않았으며 참가인들에 관하여 4대 보험이 가입되어 있지 않다고 하더라도, 참가인들은 원고와의 근로관계에 있어 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반이나 근로기준법상 근로자의 판단기준에 관한 법리오해 또는 이유모순 등의 위법이 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이인복(재판장), 이홍훈, 김능환(주심), 민일영



## (2) 방송제작 PD

☞ 대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두19390 판결<sup>3)</sup>

### » 요 지 «

1. 재심 판정의 위법여부는 재심판정 당시를 기준으로 판단하여야 하고 재심판정이 적법한 이상 그 후의 사정변경을 이유로 재심판정을 취소할 수는 없다.
2. 근로계약이 특정 프로그램의 제작 및 방송을 위한 기간제의 근로계약이어서, 그 프로그램이 종료된 날로 그 근로관계도 종료하였다.

\* 원고, 피상고인 겸 상고인 : 주식회사 A

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : 1. B, 2. C

\* 원심판결 : 서울고법 2011. 6. 30, 선고 2010누37973 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인들이, 나머지는 원고가 각 부담한다.

### » 이 유 «

#### 1. 원고의 상고에 대하여

상고이유의 주장은 “원고와 피고보조참가인들(이하 ‘참가인들’이라고 한다) 사이의 근로관계가 2010.10.7. 종료한 사정변경이 있다고 하더라도, 재심 판정에 따른 구제명령을 이행하지 않았다는 이유로 이행강제금을 부과받은 원고로서는 여전히 재심판정의 취소를 구할 이익이 있을 뿐만 아니라, 그러한 사정변경으로 말미암아 재심판정은 취소되어야 하는데도, 오히려 재심판정이 적법함을 전제로 그 재심판정 중 원직복직을 명한 부분과 2010.10.8 이후 임금 지급을 명한 부분에 대하여는 원고가 취소를 구할 이익이 없다고 보아 그 부분 소를 각하한 원심 판결이 위법하다는 취지이다.

3) 서울행정법원 2010. 10. 8. 2010구합6502, 서울고등법원 2011. 6. 30. 2010누37973, 대법원 2014. 4. 10. 2011두19390(대법원은 근로자성에 대한 별다른 설시 없이 원심을 인정하면서 사용자의 청구를 기각)



그러나 재심 판정의 위법여부는 재심판정 당시를 기준으로 판단하여야 하고 재심판정이 적절한 이상 그 후의 사정변경을 이유로 재심판정을 취소할 수는 없는데(대법원 1990.8.10. 선고 89누8217 판결 등 참조), 기록에 의하면, 원고의 참가인들에 대한 근로계약 해지 통보가 부당해고라고 인정한 재심판정은 적법하며, 재심판정이 적법하다고 본 원심의 판단 역시 정당하다. 따라서 설령 원고의 주장과 같이 원심 판결에 소의 이익에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 하더라도, 어차피 원고의 청구는 결과적으로 기각될 수밖에 없으므로, 이러한 사유만을 들어 원심 판결을 파기할 것은 아니다.

## 2. 참가인들의 상고이유에 대하여

원심은 그 채택 증거를 종합하여 인정한 사실과 사정에 의하여, 원고와 참가인들 사이의 근로계약은 특정 프로그램의 제작 및 방송을 위한 기간제의 근로계약이어서, 'D' 프로그램이 종료된 2010. 10. 7. 그 근로관계도 종료하였다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 기간제의 근로계약, 근로계약의 갱신에 대한 기대권, 기간을 정하지 않은 근로계약 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

## 3. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 참가인들이, 나머지는 원고가 각 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이인복(재판장), 민일영, 박보영, 김신(주심)



### 3.7 재봉공(객공)

☞ 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다51417 판결

#### » 요 지 «

1. 근로기준법상의 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, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 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 있는지, 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. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.
2. 의류제조업을 영위하는 甲의 사업장에서 乙이 별도의 사업자등록을 하고 의류제조공정 중 봉제업무를 수행하고 기본급 없이 작업량에 따른 성과급만을 지급받았다고 하더라도, 甲의 지휘·감독을 받아 업무를 수행하였으므로 乙은 근로기준법상의 근로자에 해당한다.

\* 원고(선정당사자), 피상고인 : A

\* 피고, 상고인 : B

\* 원심판결 : 서울중앙지법 2009. 6. 11. 선고 2008나37420 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

근로기준법상의 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, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 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 있는지, 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. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2007. 9. 7. 선고 2006도777 판결 등 참조).

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 따랐고 자의적 판단으로 야근을 한 적은 없었으며, 결근하여야 할 경우 미리 관리자 소외인의 허락을 받았고, 쉬는 날 및 하계휴가기간 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 원





하는 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 휴일근무를 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 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 판단하였다.

원심이 인정한 위와 같은 사실들을 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 부가가치세 법상의 사업자등록을 함으로써 근로소득세가 아닌 사업소득세를 납부하였고 산업재해보상보험, 고용보험 등 이른바 4대보험에 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.

그렇다면 원고들이 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 심리미진의 위법 또는 근로자 개념에 관한 법리 오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 안대희(재판장), 박시환, 차한성, 신영철(주심)

### 3.8 도급제 사원

☞ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2011다1880 판결

#### » 요 지 «

피고가 원고들과 같은 도급제 사원에 대하여는 납품기한 준수 독촉과 품질검사 이외에 업무 수행에 관한 구체적인 지시를 하거나 개별적인 감독을 한 적이 없는 점, 원고들은 일정한 시급을 받기로 하고 공장 이전에 따른 시설라인 이전 등의 다른 작업도 한 적이 있으나, 이는 작업물량이 적을 경우 원고들 자신의 수익을 높이려고 피고와 합의하여 한 것이지, 원고들이 피고의 강제 또는 지시로 해당 작업을 수행한 것이라고 볼 수 없는 점, 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, 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, 피고가 도급제 사원에게도 점심을 제공하는 한편 작업 도구와 소모품 등을 무상으로 지원하기는 하였지만, 이는 우수한 기술자를 확보하기 위한 계약조건 또는 복지혜택으로 볼 수 있는 점, 도급제 사원은 다른 사람에게 위탁하거나 종업원을 고용하여 자신의 작업물량을 처리하는 것이 허용되었고, 피고가 그에 관하여 특별한 통제를 가하지는 않았던 점, 도급제 사원의 보수는 근무시간이 아닌 실제 작업한 물량에 따라 산정되었으며, 도급제 사원은 월급제 사원과 달리 각종 수당이나 상여금, 휴가비 등을 지급받지 아니한 점, 피고는 도급제 사원이 작업한 부분에 하자가 있을 경우 그 손해액 상당을 보수에서 공제하기도 한 점 등을 종합하여 보면, 원고들을 근로기준법상 피고의 근로자로 보기는 어렵다.

\* 원고, 상고인 : 1. A, 2. B

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 C

\* 원심판결 : 인천지법 2010. 11. 16. 선고 2010나1005 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들이 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유에 대하여 판단한다.

노무제공자가 근로기준법상 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 노무제공관계의 실질이 노무제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로

종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공한 것인지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 노무제공자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌고 근로소득세를 원천징수하였는지, 그리고 노무제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조).

원심은 채택 증거에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 피고가 원고들과 같은 도급제 사원에 대하여는 납품기한 준수 독촉과 품질검사 이외에 업무 수행에 관한 구체적인 지시를 하거나 개별적인 감독을 한 적이 없는 점, ② 원고들은 일정한 시급을 받기로 하고 공장 이전에 따른 시설라인 이전 등의 다른 작업도 한 적이 있으나, 이는 작업물량이 적을 경우 원고들 자신의 수익을 높이려고 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 어렵다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 근로기준법상 근로자에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자들이 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김소영(재판장), 이인복(주심), 김용덕, 이기택



### 3.9 간병인

☞ 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두18448 판결

#### » 요 지 «

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기서 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에 의하여 근무시간과 장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적 성격을 갖고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
2. 간병인들의 ○○간병인협회(이하, '협회'라고 함) 가입 또는 탈퇴가 매우 자유로운 것으로 보이는 점, 피고인이 구체적으로 협회 소속 간병인들의 업무수행을 지휘·감독하였다고 보기 어려운 점, 간병인 스스로 다른 간병인을 통하여 업무를 대행케 할 수 있고, 협회에 자유롭게 대체인력의 공급을 요구할 수 있는 점, 협회에는 간단한 내용의 협회 내규만이 있을 뿐 달리 간병인들에게 적용되는 취업규칙·복무규정·인사규정이 없는 점, 간병인들에 대한 기본급 내지 고정급이 없고, 4대 보험에도 가입되지 않은 점 등을 볼 때, 간병인들은 협회의 근로자로 볼 수 없다.

\* 원심판결 : 창원지법 2008.12.18. 선고 2008노1824 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.



근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기서 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적 성격을 갖고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2001.8.21. 선고 2001도 2778 판결 등 참조).

원심은, 간병인들의 ○○간병인협회(이하, '협회'라고 함) 가입 또는 탈퇴가 매우 자유로운 것으로 보이는 점, 피고인이 구체적으로 협회 소속 간병인들의 업무수행을 지휘·감독하였다고 보기 어려운 점, 간병인 스스로 다른 간병인을 통하여 업무를 대행케 할 수 있고, 협회에 자유롭게 대체인력의 공급을 요구할 수 있는 점 등의 제1심이 판시한 사정에, ① 협회에는 간단한 내용의 협회 내규만이 있을 뿐 달리 간병인들에게 적용되는 취업규칙·복무규정·인사규정이 없는 점, ② 간병인들에 대한 기본급 내지 고정급이 없고, 4대 보험에도 가입되지 않은 점 등을 더하여 보면, 간병인들인 고소인들을 협회의 근로자로 볼 수 없다고 하여 이 사건 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 유지하였는바, 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면 이러한 원심의 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해 등의 위법이 없다.

그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박시환(재판장), 박일환, 안대희(주심), 신영철



## 4. 노동조합법상 근로자성 판단

### 4.1 골프장 캐디

☞ 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결

#### » 요 지 «

1. 노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말하고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없으며 사용종속관계는 사용자와 노무제공자 사이에 지휘 감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 노무의 실질관계에 의하여 결정된다.
2. 골프장 캐디가 노동조합법상 근로자에 해당한다고 본 사례

\* 원심판결 : 서울고법 1990. 2. 1. 선고, 89구9762 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

1. 원심은 소외 ○○관광개발주식회사(이하 "소외회사"라 한다)가 대전 ○○동 소재 ○○클럽 골프장을 운영하면서 골프장 내장객의 경기를 보조하는 캐디 300명 가량을 그 산하에 두고 있는데, 주로 신문에 모집광고를 내어 이력서, 주민등록등본을 제출케 하여 선발, 확보한 후 일정기간 준비를 시켜 정식 캐디로 종사케 한 사실, 위 캐디들은 소외회사와 어떤 형태의 근로계약도 체결한 바는 없고 단지 위 회사의 지시에 따라 특정 내장객과 조를 이루어 경기하는 동안 동인의 골프가방을 운반하고 내장객의 요구에 응하여 골프채를 꺼내 주며 숲 속에 들어간 공을 찾아 주거나 흠에 더럽혀진 공을 닦아 주는 한편 골프채를 휘두를 때 생기는 잔디 파손부분을 손질하는 등(잔디 파손부분의 손질은 골프규칙상 경기인의 의무로 되어 있다) 내장객이 하여야 할 일들을 대신하여 도와 줌으로써 내장객이 그린피를 낼 때 함께 임금시킨 캐디피 금 5,000원을 전달받는 외에(이 사건 이후에는 내장객으로부터 직접 수령한다) 경기종료후 위 내장객이 임의로 주는 봉사료를 지급받을 뿐 소외회사로부터 어떤 명목의 임금이나 급료도 지급받지 않고 있으며 소외회사 역시 캐디들의 수입의 다과에 전혀 관여하지 않을 뿐 아니라 갑근세 원천징수도 하지 않고 있는 사실, 소외회사는 캐디들에 대하여 취업



규칙을 시행함이 없이 다만 그들이 골프장 시설을 이용하여 수입을 올리는 만큼 시설 내에서의 최소한의 질서유지가 필요하고 또한 내장객에 대한 봉사의 질적 향상을 위해서도 캐디를 통제할 필요성이 있었으므로 캐디마스터를 두어 근무시간을 엄수케 하고 경기보조에 필요한 교육과 내장객으로 인하여 더럽혀진 시설의 청소를 시키되 회사의 지시를 위반하였을 때에는 벌칙으로 근무정지, 배치거부 등의 제재를 가하고 있는 사실, 위 캐디들은 위에서 보는 바와 같은 통제를 받기는 하였으나 그 외에는 원칙적으로 소외회사와 주종관계가 없으며 예정된 시간표에 따른 내장객의 경기보조업무가 끝나면, 출퇴근이 자유로울 뿐 아니라 한편 캐디조장제도는 캐디중의 고참이나 모범적으로 근무하는 사람들로 하여금 자치적으로 출근상태를 점검케 하는 것으로서 이를 가리켜 회사의 중간관리체계를 형성하고 있다고 보기는 어려운 사실을 인정한다면, 위 캐디들은 소외회사와 근로계약을 체결하였다고 보기보다는 오히려 소외회사의 중개로 내장객과 고용 내지 도급계약을 체결하고 내장객의 경기를 보조하는 업무에 종사한다고 봄이 상당하다 할 것이고 다만 캐디들이 소외회사로부터 출근시간, 근무상태, 내장객의 경기과정에서 생긴 잔디 파손부분의 손질이나 청소 등에 관하여 일정한 범위내에서 지시감독을 받고 있는 것은 위 골프장시설을 이용함에 부수하여 질서를 유지하는데 필요한 최소한의 범위에 국한되어 있는 만큼 그것만으로는 위 캐디들과 소외회사 및 내장객 사이의 법률관계를 달리 볼 수는 없다고 할 것이므로 위 캐디들은 소외회사의 근로자가 아니라는 취지로 판시하였다.

2. 노동조합법 제3조는 노동조합의 주체는 근로자임을 명시하고 있고, 같은법 제4조는 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다고 규정하고 있는 바, 노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말한다고 할 것이고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다고 보아야 할 것이며, 그 사용종속관계는 사용자와 노무제공자 사이에 지휘 감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정된다 할 것이고, 그 사용종속관계가 인정되는 한 노동조합법상의 근로자로 보아도 무방할 것이다.

기록에 의하면 ① 소외회사에 소속된 캐디들은 내장객의 경기보조업무를 수행함에 있어서 캐디마스터 등 소외회사의 직원의 지시를 받으며, 출근에 있어서도 소외회사에 의하여 지정된 번호순서에 따라 출근시간이 정하여지며, 새벽근무도 해야 하고, 휴장 일에도 출근하여 교육이나 골프장 시설청소 등을 해야 하는 등 소외회사의 지휘감독하에 노무를 제공하여야 하며, 캐디가 캐디마스터 등 소외회사측의 업무지시나 결정에 위반하거나, 무단결근 등의 경우에는 벌칙으로서 캐디들의 수입에 결정적인 타격을 주는 일정기간 근무정지나 배치거부 등의 제재를 가하고 있고, 소외회사측에 의하여 지명된 캐디조장에 의하여 캐디를 통제하고 있는 점, ② 또한 캐디는 내장객 보조업무가 종료되면 소외회사로부터 보수 즉 캐디피를 지급받는 바, 위 캐디피는 근로기준법상의



임금이라고 단정하기는 어렵지만 캐디가 소외회사에 의하여 소외회사의 골프장 캐디로 선발·채용될 때에 캐디와 소외회사 사이에 캐디는 소외회사가 임의로 지정하는 내장객에게 노무제공을 하기로 하고 그 대가로 소외회사로부터 캐디피로서 1경기당 일정한 금액인 금 5,000원을 지급받기로 하는 묵시적인 약정이 있는 것으로 엿보이고, 이와 같은 약정은 고용계약관계에 근사하다고 보이므로 캐디피를 노동조합법 제4조 소정의 "기타 이에 준하는 수입"으로 못볼바도 아니라고 보여지는 점(캐디피의 지급방법을 내장객이 캐디에게 직접 지급하는 방법으로 변경하였다고 해도 이는 위에 보인 바와 같이 캐디피의 지급의무가 있는 것으로 보이는 소외회사가 소외회사의 골프장에서 경기에 임하려면 어차피 캐디피를 지불해야만 할 입장에 있는 내장객으로부터 캐디피를 수령한 것으로 하고 그 대신 내장객에게 캐디에 대한 캐디피의 지급을 위임한 것으로 보아야 할 것이므로 캐디피의 지급방법 변경으로 캐디피의 지급주체가 달라진다고 볼 수는 없을 것이다), ③ 그 외에도 캐디의 업무의 성질이나 소외회사에 의하여 근무시간 등이 정해져 있고 매일 출근하여야 하는 관계상 다른 회사에의 취업이 사실상 곤란하여 캐디들은 소외회사에 거의 전속되어 있다고 보여지는 점 등이 엿보이는 바, 이러한 사정들에 비추어 보면 소외회사 골프장 소속의 캐디들은 소외회사와의 사이에 종속적 노동관계에 있다고 보아야 할 것이다.

따라서 위 캐디들은 이를 노동조합법상의 근로자로 볼 수 있음에도 불구하고 이와 달리 이들은 소외회사의 근로자가 아니라고 판단한 원심판결에는 채증법칙을 위배하여 사실을 그릇 인정한 위법 또는 노동조합법상의 근로자에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다. 논지는 이유있다.

3. 그러므로 원심판결을 파기환송하기로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 최재호, 배만운, 김석수, 최종영





☞ 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결★

## » 요 지 «

1. 골프장에서 일하는 캐디는, ① 골프장 시설운영자와 근로계약·고용계약 등의 노무공급계약을 전혀 체결하고 있지 않고, ② 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 제공하면서 순번의 정함은 있으나 근로시간의 정함이 없어 자신의 용역 제공을 마친 후에는 골프장 시설에서 곧바로 이탈할 수 있고, ⑤ 내장객의 감소 등으로 예정된 순번에 자신의 귀책사유 없이 용역 제공을 할 수 없게 되더라도 골프장 시설운영자가 캐디 피에 상응하는 금품이나 근로기준법에서 정한 휴업수당을 전혀 지급하고 있지도 아니하며, ⑥ 내장객에 대한 업무 수행과정에서 골프장 시설운영자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 않으며, ⑦ 근로소득세를 납부하고 있지 않고, ⑧ 내장객에 대한 경기보조업무 수행을 해태하여도 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 근로기준법상 근로자로 볼 수 없다.
2. 사용자의 행위가 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노조법’이라 한다)에서 정한 부당노동행위에 해당한다는 점은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합이 증명하여야 하므로, 필요한 심리를 다하였어도 사용자에게 부당노동행위의사가 존재하였는지가 분명하지 아니하여 존재 여부를 확정할 수 없는 경우에는 그로 인한 위험이나 불이익은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합이 부담할 수밖에 없다. 그리고 사용자가 근로자를 해고하면서 적법한 징계해고사유가 있어 징계해고한 이상 사용자가 근로자의 노동조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다 하여 그 사유만으로 징계해고가 징계권 남용에 의한 노조법상의 부당노동행위에 해당한다고 단정할 것도 아니다.
3. 골프장 캐디인 甲 등이 골프장을 운영하는 乙 주식회사로부터 제명처분 등 징계를 받은 후 乙 회사를 상대로 징계무효확인을 구한 사안에서, 甲 등은 임금을 목적으로 사용종속적인 관계에서 乙 회사에 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 수 없으나, 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자성은 인정할 수 있다고 본 원심판단을 수긍한 사례.
4. 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 근로자를 고용한 사업주로서 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 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호에서 정한 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다.

【참조조문】 [1] 근로기준법 제2조 제1항 제1호

[2] 노동조합 및 노동관계조정법 제81조, 근로기준법 제23조 제1항

[3] 근로기준법 제2조 제1항 제1호, 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제1호

[4] 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제2호, 제81조 제4호, 제84조 제1항

【참조판례】 [1] 대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13432 판결(공1996하, 2697)

[2] 대법원 1994. 12. 23. 선고 94누3001 판결(공1995상, 691)

[3] 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두9574 판결

[4] 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결(공2010상, 823)

\* 원고, 피상고인 : 원고 1 외 37인

\* 원고, 상고인 : 원고 38 외 2인

\* 피고, 상고인 겸 피상고인 : ○○관광개발 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2011. 8. 26. 선고 2009나112116 판결

## » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용 중 원고 38, 39, 40의 상고로 인한 부분은 위 원고들이, 피고의 상고로 인한 부분은 피고가 각 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 원고 38, 39, 40의 상고이유에 대하여

#### 가. 근로기준법상 근로자성 여부의 점

근로기준법(이하 ‘근기법’이라 한다)상의 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 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무 시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유

하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 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 한다. 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 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조).

한편, 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 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 근기법 소정의 휴업수당을 전혀 지급하고 있지도 아니하며, ⑥ 내장객에 대한 업무 수행과정에서 골프장 시설운영자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 않으며, ⑦ 근로소득세를 납부하고 있지 않고, ⑧ 내장객에 대한 경기보조업무 수행을 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 사용종속관계 하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근기법 소정의 근로자로 볼 수 없다 할 것이다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13432 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 근기법상의 각종 보호 제도를 반드시 전면적으로 적용하여야 할 정

도로 직접적인 보호의 필요성이 있는 노무제공자에 해당한다고 보기는 어렵다는 등 그 판시와 같은 이유로, 원고들은 임금을 목적으로 사용종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공하는 근기법상의 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 근기법상 근로자의 개념에 관한 법리오해 및 골프장 내장객의 캐디 피 지급에 관한 묵시적 위임 주장에 관한 판단누락 등의 위법이 없다.

#### 나. 노동조합 및 노동관계조정법상의 부당노동행위 여부의 점

사용자의 행위가 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노조법’이라 한다)에 정한 부당노동행위에 해당한다는 점은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합이 증명하여야 하므로, 필요한 심리를 다하였어도 사용자에게 부당노동행위의사가 존재하였는지 여부가 분명하지 아니하여 그 존재 여부를 확정할 수 없는 경우에는 그로 인한 위험이나 불이익은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합이 부담할 수밖에 없다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두9574 판결 참조). 그리고 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 적법한 징계해고사유가 있어 징계해고한 이상 사용자가 근로자의 노동조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다 하여 그 사유만으로 징계해고가 징계권 남용에 의한 노조법상의 부당노동행위에 해당한다고 단정할 것도 아니다(대법원 1994. 12. 23. 선고 94누3001 판결 참조).

원심은, 위 원고들이 피고의 승인 없이 5회 이상 결장하여 이 사건 경기보조원 수칙 제20조에 따른 제명 대상에 해당하고, 피고와 이 사건 노동조합 사이에 체결된 단체협약 제10조는 조합원의 근무시간 중 조합활동에 대해서는 정상적인 경기 운영에 지장을 초래하지 않는 범위 내에서 이를 허용하도록 하고 있으므로, 노동조합의 조합활동은 정상적인 경기 운영에 지장을 초래하지 않는 범위 내에서 이루어져야 하는 내재적 한계가 있는데, 위 원고들이 조합활동을 위해 신청한 결장기간이 2개월 또는 그 이상으로 상당히 장기간이어서 그 동안 캐디들에 대한 수요가 어느 정도인지 쉽게 예측할 수 없어 위 원고들이 신청한 결장이 정상적인 경기운영에 지장을 초래하지 않을 것이라고 단정하기 어려운 상황인데다가 그 결장 요청 관련 문서에는 결장기간을 장기간으로 특정하였을 뿐 구체적인 조합활동에 관한 기재가 없었던 사실 등을 인정한 다음, 피고가 그와 같은 상황에서 결장을 허용하지 아니하고 위 원고들의 그 기간 동안의 결장을 무단결장으로 처리하여 제명처분을 한 조치가 부당노동행위의사에 기인하여 이루어진 것이라고 단정하기는 어렵다고 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 노조법상의 부당노동행위에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

#### 다. 반사회적 법률행위, 신의칙 내지 권리남용 여부의 점

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 위 원고들의 장기간의 출장거부를 이유로 피고가 이 사건 경기보조원 수칙에 따라 위 원고들을 제명한 조치가 신의칙에 반한다거나 피고가 경기보조원 수칙에서 정한 제재에 관한 권한을 남용한 것으로 보기 어렵다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니하거나 반사회적 법률행위, 신의칙 내지 권리남용에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

## 2. 피고의 원고 38, 39, 40, 41을 제외한 나머지 원고들에 대한 상고이유에 관하여

### 가. 노조법상의 근로자성 여부

노조법상의 근로자란 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말하고, 그 사용종속관계는 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없이 사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정되는 것이다(대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결, 대법원 2006. 10. 13. 선고 2005다64385 판결 등 참조).

원심은, 노조법상의 근로자의 경우 직접적인 근로계약의 존재가 요구되는 것은 아니므로 그 근로자성 판단 기준의 징표를 임금의 종속성 판단 요소보다는 사용자의 지휘·감독의 정도 및 근로자가 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 등의 주로 '업무의 종속성 및 독립사업자성'을 판단하는 평가요소로 삼아야 한다고 전제한 다음, 피고가 캐디들의 근무내용, 근무시간 및 근무장소에 대하여 상당한 정도의 지휘·감독을 하고 있다고 볼 수 있는 점, 캐디들은 경기보조업무 수행 과정에서 필요한 작업도구를 피고로부터 제공받아 사용하며 노무 이외에 자신의 자본을 투여하는 일이 없고, 그 업무내용이 단순 노무제공의 측면이 강하며, 피고가 지정한 순번에 따라 출장의 기회를 제공받으므로 이용객을 임의로 선택하거나 교체를 요구할 수 없고, 캐디 피의 액수도 캐디들이 이용객과 사이에 임의로 정할 수 있는 것이 아니어서 캐디들 스스로 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 위험을 부담하는 독립사업자로 볼 수 없는 점, 이 사건 골프장의 캐디들은 출장일수가 적지 않고, 피고가 정하는 출장순번에 따라 출장하는데 자신의 출장순번이 언제 돌아올지 정확히 예측할 수 없어 실제로 이 사건 골프장 외의 다른 골프장에서 경기보조업무를 수행하는 것은 사실상 불가능하므로 피고에 전속되어 계속적인 경기보조업무를 수행하는 것으로 보아야 하는 점, 피고와 이 사건 노동조합 상호 간에 상대방을 노조법상 사용자 또는 노동조합으로 인정하여 단체협약과 별도의 합의나 노동쟁의 조정절차 등을 거쳐 왔고 원고들은 이 사건 노동조합 소



속 조합원들로 활동하여 온 점 등에 비추어 이 사건 골프장의 캐디들에 대하여는 노조법상의 근로자성을 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심의 채택 증거들에 비추어 살펴보면, 설령 원심이 근로자성 판단에 있어서 인적 종속성 보다는 '업무의 종속성 및 독립종속성(경제적 종속성)'의 평가요소에 더 중점을 두었다고 하더라도, 원고들에 대하여 노조법상의 근로자성을 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 노조법상의 근로자성의 개념에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

#### 나. 노조법상의 사용자성 여부

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 노조법 제81조 제4호에서 정한 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구체명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결 등 참조).

원심은, 이 사건 골프장의 캐디인 원고들은 피고의 구체적인 지휘·감독에 따라 자신들의 노무제공을 하고 있고, 캐디들의 업무수행과정에 피고가 관여하는 정도가 커서 캐디들의 피고에 대한 업무의 종속성이 상당하다고 전제한 후 원고들은, 지역별 노조이자 그 조합원 자격으로 특정한 사용자에게 종속관계를 필요로 하지 않는, 즉 피고와 사이의 근로계약관계를 전제로 하지 않는 이 사건 노동조합의 정당한 조합원이고, 피고는 근기법상의 사용자가 아니어서 근기법에서 정한 의무를 부담하지는 않으나 노조법상의 사용자에게 해당하므로 노조법에 따른 의무를 부담한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 노조법상 사용자의 개념에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

#### 다. 출장유보처분의 부당노동행위성 여부

원심은, 제명처분 대상자인 원고 38, 39, 40, 41을 제외한 나머지 원고들(이하 '나머지 원고들'이라 한다)에 대한 제재사유로서 그 정당성이 인정되는 사유는 2008. 9. 16.경의 출장거부행위와 2008. 9. 17.자 피켓 시위이고, 원고 36의 경우 여기에 추가로 전동차 운전 중 사고를 발생시킨 행위가 있다고 할 것인데, 이 사건과 같은 무기한의 장기간 출장유보처분은 경기보조원 수칙에 없는 제재처분인데다가 위 제재사유들의 경위와 내용 등에 비추어 보아도 위 제재사유는 이러한 무기한 출장유보처분을 하여야 할 만큼 심각한 제재사유로 보기는 어려우며, 더욱이 원심 변론종결일까지도 위 처분이 기한 없이 유지되고 있어서 그 제재에 관한 양정에서도 심히 부당하



고, 나아가 이 사건 각 출장유보처분은 나머지 원고들의 노동조합 활동을 지배·개입하려는 부당노동행위 의사가 인정되므로 피고의 나머지 원고들에 대한 이 사건 각 출장유보처분은 부당노동행위에 해당하여 아무런 효력이 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 모두 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 노조법상의 부당노동행위에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

#### 라. 원고 41에 대한 제명처분의 효력 유무

원심은, 피고가 내세우는 원고 41에 대한 제재사유 중 그 정당성이 인정되는 것은 피고 소속 경기팀장 소외인에 대한 폭언, 이 사건 노동조합원들에 대한 2008. 9. 16. 자 출장거부 선동행위, 2008. 9. 23. 허위사실을 기재한 피켓시위행위에 한정되는데, 위 제재사유로 인정된 개별행위가 경기보조원 수칙에서 정한 다른 제재사유와 비교하여 현저히 중대한 경우에 해당한다고 보기 어렵고, 위 원고가 수차례 경기보조원 수칙을 위반하고 개전의 정이 없다고 볼 증거도 없으므로, 피고가 경기보조원 수칙에서 정한 다른 제재를 거치지 않고 곧바로 원고 41을 제명한 처분은 피고가 경기보조원 수칙에서 부여받은 캐디의 제재에 관한 재량권을 일탈·남용한 것이고, 나아가 제명 전에 경기보조원 수칙에서 정한 소명의 기회도 부여하지 않은 절차상의 잘못도 있으므로 위 제명처분은 무효라고 판단하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 모두 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 노조법상의 부당노동행위, 계약자유 원칙 또는 계약해제에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

### 3. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용 중 원고 38, 39, 40의 상고로 인한 부분은 위 원고들이, 피고의 상고로 인한 부분은 피고가 각 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김용덕(재판장), 신영철(주심), 이상훈, 김소영



## 4.2 학습지 교사

☞ 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604 판결★<sup>4)</sup>

### » 요 지 «

1. 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다)상 근로자는 타인과의 사용종속관계하에서 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 사업수행에 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.

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 입법 목적과 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.

2. 학습지 개발 및 교육 등의 사업을 하는 甲 주식회사가 전국학습지산업노동조합 소속 조합원이면서 학습지교사들인 乙 등과 학습지회원에 대한 관리, 모집, 교육을 내용으로 하는 위탁사업계약을 체결하였다가 그 후 이를 해지하자 乙 등이 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다는 이유로 구제명령을 신청한 사안에서, 업무 내용, 업무 준비 및 업무 수행에 필요한 시간 등에 비추어 볼 때 학습지교사들이 겸업을 하는 것은 현실적으로 어려워 보여, 甲 회사로부터 받는 수수료가 학습지교사들의 주된 소득원이었을 것으로 보이는 점, 甲 회사는 불특정다수의 학습지교사들을 상대로 미리 마련한 정형화된 형식으로 위탁사업계약을 체결하였으므로, 보수를 비롯하여 위탁사업계약의 주요 내용이 甲 회사에 의하여 일방적으로 결정되었다고 볼 수 있는 점, 乙 등이 제공한 노무는 甲 회사의 학습지 관련 사업 수행에 필수적인 것이었고, 乙 등은 甲 회사의 사업을 통해 학습지 개발 및 학습지회원에 대한 관리·교육 등에 관한 시장에 접근한 점, 乙 등은 甲 회사와 일반적으로 1년 단위로 위탁사업계약을 체결하고 계약기간을 자동

4) 이 판결은 노조법상의 근로자성을 인정한 '기본판결'임





연장하여 왔으므로 위탁사업계약관계는 지속적이었고, 甲 회사에 상당한 정도로 전속되어 있었던 것으로 보이는 점 등에 비추어, 乙 등은 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다)상의 근로자에 해당하고, 전국학습지산업노동조합은 노동조합법상 근로자인 학습지교사들이 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건 유지·개선 기타 학습지교사들의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직한 단체이므로 노동조합법 제2조 제4호 본문에서 정한 노동조합에 해당한다고 한 사례.

3. 사용자의 행위가 노동조합 및 노동관계조정법에서 정한 부당노동행위에 해당하는지는 사용자의 부당노동행위 의사의 존재 여부를 추정할 수 있는 모든 사정을 전체적으로 심리 검토하여 종합적으로 판단하여야 하고, 부당노동행위에 대한 증명책임은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합에 있다. 그러므로 필요한 심리를 다하였어도 사용자에게 부당노동행위 의사가 존재하였는지 여부가 분명하지 아니하여 그 존재 여부를 확정할 수 없는 경우에는 그로 인한 위험이나 불이익은 그것을 주장한 근로자 또는 노동조합이 부담할 수밖에 없다. 이와 관련하여 사용자가 근로자에게 징계나 해고 등 기타 불이익한 처분을 하였지만 그에 관하여 심리한 결과 그 처분을 할 만한 정당한 사유가 있는 것으로 밝혀졌다면, 사용자의 그와 같은 불이익한 처분이 부당노동행위 의사에 기인하여 이루어진 것이라고 선불리 단정할 수 없다.

【참조조문】 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제1호, 제81조 제1호, 제4호

【참조판례】 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결(공1993하, 1886), 대법원 2006. 5. 11. 선고 2005다20910 판결(공2006상, 1013), 대법원 2011. 3. 24. 선고 2007두4483 판결, 대법원 2015. 6. 26. 선고 2007두4995 전원합의체 판결(공2015하, 1080) / [3] 대법원 2007. 11. 15. 선고 2005두4120 판결, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결(공2014상, 564)

\* 원고, 상고인 : 전국학습지산업노동조합 외 8인

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 주식회사 ○○교육

\* 원심판결 : 서울고법 2014. 8. 20. 선고 2012누37274, 37281 판결

## » 주 문 «

원심판결 중 원고 5, 원고 6, 원고 7, 원고 8, 원고 9, 원고 전국학습지산업노동조합의 2011. 7. 19. 부당노동행위에 관한 재심판정 취소 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 원고 2, 원고 3, 원고 4의 상고와 원고 5, 원고 6, 원고 7, 원고 8, 원고 9, 원고 전국학습지산업노동조합의 나머지 상고를 모두 기각한다. 원고 2, 원고 3, 원고 4의 상고로 인한 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 위 원고들이 부담한다.



## » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

## 1. 사건의 주요 경위와 쟁점

## 가. 사건의 주요 경위

학습지 개발 및 교육 등의 사업을 하는 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)은 원고 전국학습지산업노동조합(이하 ‘원고 조합’이라 한다) 소속 조합원이면서 학습지 교사들인 나머지 원고들(이하 ‘원고 학습지교사들’이라 한다)과 학습지회원에 대한 관리, 모집, 교육을 내용으로 하는 위탁사업계약을 체결하였다가 그 후 이를 해지하였다.

원고들은, 참가인이 위탁사업계약을 해지한 것이 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다는 이유로 서울지방법노동위원회에 구제명령을 신청하였으나, 근로자 또는 노동조합이 아니어서 당사자적격이 없다는 이유로 각하되었다. 그 후 중앙노동위원회도 원고들의 재심신청을 기각하였다.

## 나. 쟁점

이 사건의 쟁점은, ① 원고 학습지교사들이 근로기준법상 근로자에 해당하는지(상고이유 제1점), ② 원고 학습지교사들이 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다)상 근로자에 해당하는지 및 원고 조합이 노동조합법상 노동조합에 해당하는지, 만일 원고 학습지교사들이 노동조합법상 근로자에 해당한다면 참가인이 한 위탁사업계약 해지가 노동조합법 제81조 제1호, 제4호가 정하는 부당노동행위에 해당하는지(상고이유 제2점)이다.

## 2. 상고이유 제1점에 대하여

근로기준법 제2조 제1항은 제1호에서 “근로자란 직업의 종류에 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다.”라고 규정하고, 제5호에서 “임금이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.”라고 규정하고 있다.

근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 근로제공자가 실질적으로 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받는지, 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를



지정하고 근로제공자가 이에 구속을 받는지, 근로제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 할 수 있는지, 근로 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 위험을 스스로 안고 있는지 등 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무 및 그 정도, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지 등 보수에 관한 사항, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서의 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자임을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 참조).

위 법리에 따라 기록을 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 원고 학습지교사들이 근로기준법상 근로자에 해당하지 아니한다고 판단한 것은 정당하다. 거기에 근로기준법상 근로자에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

### 3. 상고이유 제2점에 대하여

#### 가. 노동조합법상 근로자 및 노동조합에 해당하는지

- (1) 노동조합법 제2조는 제1호에서 “근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.”라고 규정하고, 제4호 본문에서 “노동조합이라 함은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다.”라고 규정하고 있다.

노동조합법상 근로자는 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말한다. 구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는, 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, 노무를 제공하는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 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 90누1731 판결, 대법원 2006. 5. 11. 선고 2005다20910 판결 참조).

노동조합법은 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근로기준법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회

적 지위 향상 등을 목적으로 제정되었다. 이러한 노동조합법의 입법 목적과 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 2007두4483 판결, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결, 대법원 2015. 6. 26. 선고 2007두4995 전원합의체 판결 참조).

(2) 원심판결 이유와 기록에 의하여 알 수 있는 다음 사정들을 위 법리에 따라 살펴보면, 원고 학습지교사들은 노동조합법상 근로자에 해당한다고 봄이 타당하다.

- ① 업무 내용, 업무 준비 및 업무 수행에 필요한 시간 등에 비추어 볼 때 원고 학습지교사들이 겸업을 하는 것은 현실적으로 어려워 보여, 참가인으로부터 받는 수수료가 원고 학습지교사들의 주된 소득원이었을 것으로 보인다.
- ② 참가인은 불특정다수의 학습지교사들을 상대로 미리 마련한 정형화된 형식으로 위탁사업계약을 체결하였으므로, 보수를 비롯하여 위탁사업계약의 주요 내용이 참가인에 의하여 일방적으로 결정되었다고 볼 수 있다.
- ③ 원고 학습지교사들이 제공한 노무는 참가인의 학습지 관련 사업 수행에 필수적인 것이었고, 원고 학습지교사들은 참가인의 사업을 통해 학습지 개발 및 학습지 회원에 대한 관리·교육 등에 관한 시장에 접근하였다.
- ④ 원고 학습지교사들은 참가인과 일반적으로 1년 단위로 위탁사업계약을 체결하고 계약기간을 자동연장하여 왔으므로 그 위탁사업계약관계는 지속적이었고, 참가인에게 상당한 정도로 전속되어 있었던 것으로 보인다.
- ⑤ 참가인은 신규 학습지교사들을 상대로 입사실무교육을 실시하고, 사무국장 및 단위조직장을 통하여 신규 학습지교사들을 특정 단위조직에 배정한 후 관리회원을 배정하였다. 일반 직원에게 적용되는 취업규칙과는 구별되지만 원고 학습지교사들에게 적용되는 업무처리지침 등이 존재하였고, 참가인은 원고 학습지교사들에게 학습지도서를 제작, 배부하고 표준필수업무를 시달하였다. 학습지교사들은 매월 말일 지국장에게 회원 리스트와 회비 납부 여부 등을 확인한 자료를 제출하고 정기적으로 참가인의 홈페이지에 로그인하여 회원들의 진도상황과 진단평가결과 및 회비수납 상황 등을 입력하며, 2~3달에 1회 정도 집필시험을 치렀다. 또한 참가인은 회원관리카드 및 관리현황을 보유하면서 때때로 원고 학습지교사들에게 일정한 지시를 하고, 주 3회 오전에 원고 학습지교사들을 참여시켜 지국장 주재 조회와 능력향상과정을 진행하기도 하였다. 이러한 사정에 비추어 보면 원고 학습지교사들은 비록 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 정도는 아니지만 어느 정도 참가인의 지휘·감독을 받았던 것으로 볼 수 있다.
- ⑥ 원고 학습지교사들은 참가인으로부터 학습지회원에 대한 관리·교육, 기존 회원의 유지, 회원모집 등 자신이 제공한 노무에 대한 대가 명목으로 수수료를 지급받았다.



- ⑦ 비록 근로기준법이 정하는 근로자로 인정되지 않는다 하더라도, 특정 사업자에 대한 소속을 전제로 하지 아니할 뿐만 아니라 '고용 이외의 계약 유형'에 의한 노무 제공자까지도 포함할 수 있도록 규정한 노동조합법의 근로자 정의 규정과 대등한 교섭력의 확보를 통해 근로자를 보호하고자 하는 노동조합법의 입법 취지를 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.
- (3) 원고 조합은 노동조합법상 근로자인 학습지교사들이 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건을 유지·개선 기타 학습지교사들의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직한 단체이므로 노동조합법 제2조 제4호 본문에서 정한 노동조합에 해당한다.
- 나. 원고 5, 원고 6, 원고 7, 원고 8, 원고 9, 원고 조합에 대한 부당노동행위가 성립하는지(피고의 2011. 7. 19. 재심판정 관련)
- 노동조합법 제81조 제1호는 근로자의 노동조합 가입, 조직 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 이유로 한 불이익취급행위를, 같은 조 제4호는 노동조합에 대한 지배, 가입행위를 사용자의 부당노동행위로 규정하고 있다.
- 원심판결 이유와 기록에 의하면, 참가인은 원고 5, 원고 6, 원고 7, 원고 8, 원고 9가 원고 조합의 조합원 자격을 계속 유지하면서 원고 조합에 운영비를 지원하겠다는 의사를 밝혔다는 이유로 이들과의 위탁사업계약을 해지하였음을 알 수 있다.
- 앞에서 본 바와 같이 원고 5, 원고 6, 원고 7, 원고 8, 원고 9는 노동조합법상 근로자에 해당하므로, 참가인이 위와 같은 이유로 위 원고들에 대한 위탁사업계약을 해지한 것은 노동조합법 제81조 제1호 또는 제4호가 정하는 행위, 즉 원고 조합에 대한 가입을 이유로 불이익을 주는 행위 또는 원고 조합에 대한 지배·가입행위에 해당한다고 보아야 한다.
- 그런데도 원심은 그 판시와 같은 사정만을 들어 원고 5, 원고 6, 원고 7, 원고 8, 원고 9가 노동조합법상 근로자에 해당하지 아니하고 원고 조합도 노동조합법상 노동조합이 아니라고 단정하여, 위 원고들 및 원고 조합에게 부당노동행위 구제신청의 당사자적격이 없다고 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 노동조합법상 근로자 및 노동조합에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.
- 다. 원고 2, 원고 3, 원고 4, 원고 조합에 대한 부당노동행위가 성립하는지(피고의 2011. 5. 12. 재심판정 관련)



(1) 사용자의 행위가 노동조합법에서 정한 부당노동행위에 해당하는지는 사용자의 부당노동행위 의사의 존재 여부를 추정할 수 있는 모든 사정을 전체적으로 심리 검토하여 종합적으로 판단하여야 하고, 부당노동행위에 대한 증명책임은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합에 있다. 그러므로 필요한 심리를 다하였어도 사용자에게 부당노동행위 의사가 존재하였는지 여부가 분명하지 아니하여 그 존재 여부를 확정할 수 없는 경우에는 그로 인한 위험이나 불이익은 그것을 주장한 근로자 또는 노동조합이 부담할 수밖에 없다. 이와 관련하여 사용자가 근로자에게 징계나 해고 등 기타 불이익한 처분을 하였지만 그에 관하여 심리한 결과 그 처분을 할 만한 정당한 사유가 있는 것으로 밝혀졌다면, 사용자의 그와 같은 불이익한 처분이 부당노동행위 의사에 기인하여 이루어진 것이라고 선불리 단정할 수 없다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2005두4120 판결 참조).

(2) 원심은, 원고 2, 원고 3, 원고 4, 원고 조합에 대하여 나머지 원고들과 같은 이유로 부당노동행위 구제신청의 당사자적격을 부정하고 부당노동행위 성립 여부에 대하여 별도로 판단하지 아니하였다.

앞에서 본 바와 같이 원고 2, 원고 3, 원고 4가 노동조합법상 근로자에, 원고 조합도 노동조합법상 노동조합에 각 해당하므로, 위 원고들은 부당노동행위 구제신청의 당사자적격이 있다. 다만 원심판결 이유와 기록에 의하여 알 수 있는 다음 사실들을 앞서 본 법리에 따라 살펴보면, 참가인이 원고 2, 원고 3, 원고 4에 대한 위탁사업계약을 해지한 행위는 참가인의 부당노동행위 의사에 의한 것이라고 단정할 수 없으므로, 노동조합법 제81조 제1호 또는 제4호에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 위 원고들은, 참가인과 원고 조합 사이에 제3차 단체협약이 체결되자 위 단체협약이 학습지교사들이 받을 수수료를 부당하게 인하하였다는 이유로 위 단체협약의 무효 및 재개정을 요구하면서, 불법적인 농성에 참가하여 회사 사유지를 점거하고, 회사의 재물을 손괴하거나 임직원에게 폭력을 행사하는 데 가담하였다.
- ② 위 원고들은 위와 같은 행위들에 관하여 공동상해, 공동건조물침입, 집회 및 시위에 관한 법률 위반 등으로 유죄의 확정판결을 받았다.
- ③ 참가인은 위 원고들이 원고 조합의 조합원 자격을 유지하였다는 이유가 아니라 위와 같이 유죄판결이 확정된 불법행위를 하였다는 이유로 위 원고들과의 위탁사업계약을 해지하였다.

(3) 그렇다면 원고 2, 원고 3, 원고 4가 노동조합법상 근로자에 해당하지 않고 원고 조합도 노동조합법상 노동조합에 해당하지 않는다고 판단한 원심판결에는 노동조합법상 근로자 및 노동조합에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 있으나, 참가인의 원고 2, 원고 3, 원고 4에 대한 위탁사업계약해지가 부당노동행위에 해당한다고 볼 수 없는 이상 위 원고들 및 원고 조합의 이와 관련된 청구를 배척한 원심의 결론은 정



당하다. 따라서 원심의 이러한 잘못이 판결 결과에 영향을 미친 것은 아니므로, 이 부분 상고이유 주장은 받아들이지 않는다.

#### 4. 결 론

그러므로 원심판결 중 원고 5, 원고 6, 원고 7, 원고 8, 원고 9, 원고 조합의 2011. 7. 19. 부당노동행위에 관한 재심판정 취소 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 원고 2, 원고 3, 원고 4의 상고와 원고 5, 원고 6, 원고 7, 원고 8, 원고 9, 원고 조합의 나머지 상고는 이유 없어 이를 모두 기각하고, 원고 2, 원고 3, 원고 4의 상고로 인한 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 민유숙(재판장), 김창석, 조희대(주심), 김재형



### 4.3 방송연기자

☞ 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결★<sup>5)</sup>

#### » 요 지 «

1. 노동조합법상 근로자는 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말하고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급 계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다. 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 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지·휘·감독관계가 존재하는지, 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 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 입법 목적과 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.
2. 방송연기자가 제공하는 노무인 방송연기는 참가인(한국방송공사)의 방송사업 수행을 위한 필수적 요소 중 하나이고, 방송연기자는 참가인 등 방송사업자의 방송사업을 통해서만 방송연기시장에 접근할 수 있는 점, 방송연기자의 연기는 참가인이 결정한 시간과 장소에서 이루어지고 연출감독이나 현장진행자의 개별적이고 직접적인 지시를 받으며 진행되는바, 참가인은 방송연기자들의 업무 수행과정에서 구체적이고 개별적인 지휘·감독을 하는 것으로 볼 수 있는 점, 방송연기자가 참가인으로부터 받는 출연료는 실연료 등 저작인접권의 대가가 일부 포함되어 있기는 하나 기본적으로는 방송연기라는 노무 제공의 대가에 해당하는 점, 그동안 참가인은 방송연기자가 노동조합법상 근로자이고 원고가 노동조합법상 노동조합에 해당함을 전제로 단체교섭을 통해 단체협약을 체결하여 온 점, 방송연기자로 하여금 노동조합을 통해 방송사업자와 대등한 위치에서 노무제공조건 등을 교섭할 수 있도록 할 필요성이 큰 점 등을 종합하여 볼 때, 원고(한국방송연기자노동조합) 소속 조합원인 방송연기자는 노동조합법상 근로자에 해당한다고 봄이 타당하다.

따라서 방송연기자가 노동조합법상 근로자에 해당함을 전제로 원고가 노동조합법상 노동조합으로서 교섭단위 분리를 신청할 적격이 있다고 본 원심의 판단은 정당하다.

5) 이 판결은 '4.2 학습지 교사의 노조법상 근로자성' 판결의 후속 판결임





- \* 대법원 제3부 판결
- \* 사 건 : 2015두38092 교섭단위분리재심결정취소
- \* 원고, 피상고인 : 한국방송연기자노동조합
- \* 피 고 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인, 상고인 : 한국방송공사
- \* 원심판결 : 서울고법 2015.1.22. 선고 2013누50946 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고보조참가인이 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라고 한다)상 근로자는 타인과의 사용 종속관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말하고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다. 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 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. 노동조합법은 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근로기준법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등을 목적으로 제정되었다. 이러한 노동조합법의 입법 목적과 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 2018.6.15. 선고 2014두12598, 12604 판결 참조).
2. 원심판결 이유와 적법하게 채택한 증거에 의하여 알 수 있는 다음 사실 또는 사정을 앞서 본 법리에 따라 살펴보면, 원고 소속 조합원인 방송연기자(이하 ‘방송연기자’라고 한다)는 노동조합법상 근로자에 해당한다고 봄이 타당하다.
  - (1) 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고 한다)은 방송제작비지급규정으로 제작비 최고



한도를 정하고 출장제작비의 가산 지급률을 규정하는 등으로 방송연기자의 출연료 등을 규율하고 있다. 등급을 적용받는 방송연기자의 경우에는 별도의 출연계약서 없이 참가인이 마련한 출연료지급기준표에 따라 출연료를 지급받는다. 자유계약 연기자의 경우에도 대부분의 경우 참가인이 사전에 부동문자로 내용을 기재한 출연계약서를 이용하여 출연계약을 체결한다. 이러한 출연계약서는 주로 방송연기자의 의무 사항을 규정하면서 참가인에게 관련 프로그램에 관한 일방적인 변경, 폐지권을 부여하고 있고, 그에 따라 출연료도 조정하도록 규정하고 있다. 이러한 사정을 고려하면 참가인이 보수를 비롯하여 방송연기자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하고 있다고 평가할 수 있다.

- (2) 방송연기자가 제공하는 노무인 방송연기는 참가인의 방송사업 수행을 위한 필수적 요소 중 하나이다. 또한 방송연기자는 참가인 등 방송사업자의 방송사업을 통해서만 방송연기시장에 접근할 수 있다.
  - (3) 방송연기자 업무의 기본적인 내용은 참가인이 지정하는 역할과 대본 등으로 결정된다. 방송연기자의 연기는 참가인이 결정한 시간과 장소에서 이루어지고 연출감독이나 현장진행자의 개별적이고 직접적인 지시를 받으며 진행된다. 연출감독은 대본연습 단계부터 연기자의 연기에 관여하고, 최종적으로 연기의 적합성이나 완성도 등을 판단하여 이에 적합하지 않을 경우 연기의 수정을 요구할 수도 있다. 이와 같은 점을 종합하면 참가인은 방송연기자들의 업무 수행과정에서 구체적이고 개별적인 지휘·감독을 하는 것으로 볼 수 있다.
  - (4) 방송연기자가 참가인으로부터 받는 출연료는 실연료 등 저작인접권의 대가가 일부 포함되어 있기는 하나 기본적으로는 방송연기라는 노무 제공의 대가에 해당한다.
  - (5) 그동안 참가인은 방송연기자가 노동조합법상 근로자이고 원고가 노동조합법상 노동조합에 해당함을 전제로 단체교섭을 통해 단체협약을 체결하여 왔다. 원고도 참가인과 원활하게 단체교섭이 이루어지지 아니하였을 때에는 노동위원회에 노동쟁의조정을 신청함으로써 분쟁을 해결해 왔다.
  - (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.
3. 따라서 방송연기자가 노동조합법상 근로자에 해당함을 전제로 원고가 노동조합법상 노동조합으로서 교섭단위 분리를 신청할 적격이 있다고 본 원심의 판단은 정당하다. 거기에 노동조합법상 근로자 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.
  4. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 민유숙(재판장), 조희대(주심), 김재형, 이동원



## 4.4 취업자격이 없는 외국인 근로자

☞ 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 판결

### » 요 지 «

노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람을 의미하며, 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 사람뿐만 아니라 일시적으로 실업 상태에 있는 사람이나 구직 중인 사람을 포함하여 노동3권을 보장할 필요성이 있는 사람도 여기에 포함되는 것으로 보아야 한다. 그리고 출입국관리 법령에서 외국인고용제한 규정을 두고 있는 것은 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지, 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서 근로자로서의 신분에서 따르는 노동관계법상의 제반 권리 등의 법률효과까지 금지하려는 것으로 보기는 어렵다.

따라서 타인과의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람은 노동조합법상 근로자에 해당하고, 노동조합법상의 근로자성이 인정되는 한, 그러한 근로자가 외국인인지 여부와 취업자격의 유무에 따라 노동조합법상 근로자의 범위에 포함되지 아니한다고 볼 수는 없다.

[취업자격 없는 외국인근로자가 노동조합법상 근로자에 해당하고, 그러한 노동조합법상 근로자의 개념에 포함되는 이상, 취업자격 없는 외국인근로자도 노동조합을 설립하거나 노동조합에 가입할 수 있다.] [취업자격 없는 외국인근로자는 노동조합법상 근로자의 개념에 포함되지 않는 것으로 보아야 한다는 취지의 반대의견이 있음]

- \* 원고, 피상고인 : 서울경기인천이주노동자노동조합
- \* 피고, 상고인 : 서울지방노동청장
- \* 원심판결 : 서울고법 2007. 2. 1. 선고 2006누6774 판결
- \* 판결선고 : 2015.06.25.

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 각 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.



## 1. 상고이유 제1점에 관하여

노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라고 한다) 제10조제1항, 제12조제2항, 제3항제2호 각 규정에 의하면, 노동조합을 설립하고자 하는 자는 '노동조합의 명칭, 주된 사무소의 소재지, 조합원 수, 임원의 성명과 주소, 소속된 연합단체가 있는 경우에는 그 명칭, 연합단체인 노동조합에 있어서는 그 구성노동단체의 명칭, 조합원 수, 주된 사무소의 소재지 및 임원의 성명·주소'를 기재한 설립신고서를 규약과 함께 제출하여야 하고, 행정관청은 기재사항의 누락 등으로 설립신고서 또는 규약의 보완이 필요한 경우 20일 이내의 기간을 정하여 보완을 요구하여야 하며, 그 기간 내에 보완을 하지 아니하는 경우에는 설립신고서를 반려하여야 한다.

그런데 구 노동조합법 시행규칙(2007.12.26. 노동부령 제286호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조는 노동조합의 설립을 신고하려는 자가 설립신고서에 첨부하여 제출할 서류로서, 노동조합법 제10조제1항에서 설립신고서와 함께 제출하도록 정하고 있는 '규약 1부'(제1호) 및 설립신고서의 기재사항을 확인하는 데 필요한 '임원의 성명 및 주소록 1부'(제2호), 연합단체인 노동조합인 경우 '구성노동단체의 명칭, 조합원 수, 주된 사무소의 소재지 및 임원의 성명·주소에 관한 서류'(제3호) 외에도, 2 이상의 사업 또는 사업장의 근로자로 구성된 단위노동조합인 경우에는 '사업 또는 사업장별 명칭, 조합원 수, 대표자의 성명'(제4호)에 관한 서류를 들고 있다.

위 각 규정의 내용이나 체계, 그 취지 등을 종합하여 살펴보면, 구 노동조합법 시행규칙이 제2조제4호(2010.8.9. 고용노동부령 제2호로 삭제되었다)에서 설립신고의 대상이 되는 노동조합이 '2 이상의 사업 또는 사업장의 근로자로 구성된 단위노동조합인 경우 사업 또는 사업장별 명칭, 조합원 수, 대표자의 성명'에 관한 서류를 설립신고서에 첨부하여 제출하도록 규정한 것은 상위 법령의 위임 없이 규정한 것이어서, 일반국민에 대하여 구속력을 가지는 법규명령으로서의 효력은 없다고 보아야 한다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011두10584 판결 등 참조). 따라서 행정관청은 구 노동조합법 시행규칙 제2조제4호가 정한 사항에 관한 보완이 이루어지지 아니하였다는 사유를 들어 그 설립신고서를 반려할 수는 없다.

같은 취지에서 원심이 구 노동조합법 시행규칙 제2조제4호 규정 사항의 보완이 없었던 점을 반려처분의 사유 중 하나로 삼은 피고의 조치가 위법하다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 구 노동조합법 시행규칙 제2조제4호의 해석 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 관하여

노동조합법상 근로자라 함은 '직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 사람'을 말하고(제2조제1호), 그러한 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있으며(제5조), 노동조합의 조합원은 어떠한 경우에도 인종, 성별, 연령, 신체적 조건, 고용형태, 정당 또는 신분에 의하여 차별대우를 받지 아니한다(제9조).

한편 구 출입국관리법(2010.5.14. 법률 제10282호로 개정되기 전의 것) 관련 규정에 의하면, 외국인이 대한민국에서 취업하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 취업활동을 할 수 있는 체류자격(이하 '취업자격'이라고 한다)을 받아야 하고, 취업자격 없이 취업한 외국인은 강제퇴거 및 처벌의 대상이 된다.

위 각 규정의 내용이나 체계, 그 취지 등을 종합하여 살펴보면, 노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람을 의미하며, 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 사람뿐만 아니라 일시적으로 실업 상태에 있는 사람이나 구직 중인 사람을 포함하여 노동3권을 보장할 필요성이 있는 사람도 여기에 포함되는 것으로 보아야 한다(대법원 2004.2.27. 선고 2001두8568 판결, 대법원 2014.2.13. 선고 2011다78804 판결, 대법원 2015.1.29. 선고 2012두28247 판결 등 참조). 그리고 출입국관리 법령에서 외국인고용제한 규정을 두고 있는 것은 취업자격 없는 외국인의 고용이라는 사실적 행위 자체를 금지하고자 하는 것뿐이지, 나아가 취업자격 없는 외국인이 사실상 제공한 근로에 따른 권리나 이미 형성된 근로관계에 있어서 근로자로서의 신분에서 따르는 노동관계법상의 제반권리 등의 법률효과까지 금지하려는 것으로 보기는 어렵다(대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12067판결 등 참조).

따라서 타인과의 사용종속관계 하에서 근로를 제공하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람은 노동조합법상 근로자에 해당하고, 노동조합법상의 근로자성이 인정되는 한, 그러한 근로자가 외국인인지 여부나 취업자격의 유무에 따라 노동조합법상 근로자의 범위에 포함되지 아니한다고 볼 수는 없다.

취업자격 없는 외국인이 노동조합법상 근로자의 개념에 포함된다고 하여 노동조합의 조합원 지위에 있는 외국인이 출입국관리 법령상 취업자격을 취득하게 된다고 또는 그 체류가 합법화되는 효과가 발생하는 것은 아니다. 취업자격 없는 외국인근로자들이 조직하려는 단체가 '주로 정치운동을 목적으로 하는 경우'와 같이 노동조합법 제2조제4호 각 목의 해당 여부가 문제 된다고 볼 만한 객관적인 사정이 있는 경우에는 행정관청은 실질적인 심사를 거쳐 노동조합법 제12조제3항제1호 규정에 의하여 설립신고서를 반려할 수 있을 뿐만 아니라(대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두6998 판결 참조), 설령 노동조합의 설립 신고를 마치고 신고증을 교부받았다고 하더라도, 그러한 단체는 적법한 노동조합으로 인정받지 못할 수 있음은 물론이다.

같은 취지에서 원심은 취업자격 없는 외국인도 노동조합 결성 및 가입이 허용되는 근로자에 해당한다고 보고, 피고가 이와 다른 전제에서 단지 외국인근로자의 취업자격 유무만을 확인할 목적으로 조합원 명부의 제출을 요구하고 이에 대하여 원고가 그 보완 요구를 거절하였다는 이유로 원고의 설립신고서를 반려한 이 사건 처분은 위법하다고 판단하였다.

원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 취업자격 없는 외국인의 노동조합법상 근로자 지위 인정 여부에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

### 3. 결 론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 상고이유 제2점(취업자격 없는 외국인의 노동조합 설립신고)에 관하여 대법관 민일영의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

### 4. 대법관 민일영의 반대의견

가. 일반적으로 노동조합법상 근로자의 개념에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 사람 외에 일시적으로 실업 상태에 있는 사람이나 구직 중인 사람을 포함하여 노동3권을 보장할 필요성이 있는 사람도 포함될 수 있으며, 외국인이라는 이유만으로 노동조합법상 근로자의 개념에서 제외될 수 없다는 점은 다수의견과 결론을 같이한다.

그런데 한편 다수의견도 실시하고 있듯이 노동조합법과는 달리 출입국관리 법령에서는 고용제한 규정을 두어 취업자격 없는 외국인의 고용을 금지하고, 취업자격 없이 취업한 외국인을 강제퇴거 및 처벌의 대상으로 삼고 있다. 그 결과 외국인의 취업활동은 취업자격을 취득함으로써 비로소 법률적으로 가능하게 되고 취업자격 없는 외국인과 근로관계는 정지되며 당사자는 언제든지 취업자격이 없음을 이유로 기왕의 근로계약을 해지할 수 있다. 이 점은 다수의견이 인용하고 있는 위 대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12067 판결에서도 분명히 밝히고 있다.

따라서 임금 등의 금전적 청산, 업무상 재해에 대한 보상 등 위법한 고용의 결과이긴 하지만 되돌릴 수 없는 기왕의 근로 제공이라는 측면에서 취업자격 없는 외국인을 보호하는 것은 별론으로 하더라도, 취업자격 없는 외국인은 애당초 '정상적으로 취업하려는 근로자'에 해당할 수 없고 이미 취업한 사람조차도 근로계약의 존속을 보장받지 못할 뿐만 아니라, 노동조합법상의 근로자 개념에 포함된다 하여 취업자격을 자동으로 취득하거나 그의 국내 체류가 합법화되는 것도 아니다. 이런 마당에 장차 근로관계가 성립 혹은 계속될 것을 전제로 사용자와의 단체교섭이나 단체협약의 체결을 통하여 근로조건을 유지·개선하려 하는 것 자체가 과연 가능한 일인지 의문이 아닐 수 없다.

결국 취업자격 없는 외국인에 대하여는 근로조건의 유지·개선과 지위 향상을 기대할 만한 법률상 이익을 인정하기 어렵고, 취업자격 없는 외국인은 노동조합법상 근로자의 개념에 포함되지 않는다고 봄이 상당하다.

나. 나아가 외국인의 근로관계와 관련된 여러 법령의 내용은 그 입법목적과 공익 등을 두루 살펴 법체계 전체적으로 통일성과 조화를 도모하는 방향으로 해석하여야 하는데, 다수의견의 논리는 이 점에서도 합리성이 결여되어 찬성하기 어렵다.

다수의견의 논리대로라면, 한편으로는 취업자격 없는 외국인의 고용을 제한하고 강제 퇴거 등의 조치를 취할 의무가 있는 국가가 다른 한편으로는 취업자격 없는 외국인



의 노동조합 설립 및 노동조합 활동을 보장해 주어야 하는 모순을 피할 수 없게 된다. 이야말로 다수의견에 내재하는 근본적인 한계라고 할 것이다.

결론적으로 취업자격 없는 외국인을 주된 구성원으로 하고 있다는 사유를 들어 원고의 설립신고서를 반려한 피고의 처분은 정당한 것으로 보아야 한다. 이와 다른 원심의 판단은 그 타당성을 인정하기 어렵다.

시대와 장소를 초월하여 보편타당한 정의를 추구하는 법의 이념을 현실의 실정법이 그대로 구현한다면 더 말할 나위 없이 이상적일 것이다. 하지만 아쉽게도 시대가 다르고 나라가 다름에 따라 각 시대 각 나라가 제정하여 시행하고 있는 실정법은 그러한 법의 이념과 괴리를 보이고 있는 것이 현실이다. 그러나 그렇다고 해서 그 실정법의 당위성을 부정하고 적용을 거부할 수는 없는 노릇이다. 특히 법원이 법을 적용하는 마당에서는 더욱 그러하다. 위에서 본 바와 같이 취업자격 없는 외국인의 고용을 금지하고 강제퇴거 및 처벌을 규정하고 있는 출입국관리에 관한 법령이 없다면 모를까, 그러한 법령이 실정법으로 엄연히 존재하는데 법원이 이에 애써 눈감을 일은 아니다. 다수의견이라고 해서 노동조합법이 출입국관리법보다 우월한 지위에 있는 상위법이라고 보는 것은 아닐 것이다.

다. 한편 취업자격 없는 외국인이 노동조합법상 근로자의 개념에 포함된다고 하더라도, 그렇다고 해서 이 사건에서 피고가 한 반려처분이 당연히 위법하게 되는 것도 아니다.

다수의견도 인정하고 있듯이 취업자격 없는 외국인이 조직하려는 단체가 '주로 정치운동을 목적으로 하는 경우'와 같이 노동조합법 제2조제4호 각 목의 해당 여부가 문제로 되는 객관적인 사정이 있는 경우 행정관청은 실질적인 심사를 거쳐 그 설립신고서를 반려할 수 있다.

그런데 이 사건 기록상 원고가 제출한 설립신고서에 기재된 대표자가 취업자격 없이 불법체류하고 있는 사람이었던 점, 규약에는 '이주노동자 단속 추방 반대, 이주노동자 합법화' 등이 목적 중의 하나로 기재되어 있는 점 등 원고가 '주로 정치운동을 목적으로 하는 단체'임을 추단할 수 있는 객관적인 사정이 어느 정도 드러나 있는 만큼, 피고로서는 이러한 목적성을 실질적으로 심사하기 위하여 취업자격 유무를 확인할 수 있는 조합원 명부의 제출을 요구하고 그 보완 요구에 불응함을 이유로 원고의 설립신고서를 반려한 것이라고 볼 여지가 적지 않다. 원심이 피고의 이러한 반려처분 취지를 제대로 심리하지 아니한 채 곧바로 피고의 반려처분이 위법하다고 판단한 것은 행정관청의 노동조합 설립신고 심사권한 등에 관한 법리를 오해한 것이다. 원심으로서서는 마땅히 이 점을 더 심리하여 보아야 한다.

이상과 같이 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

대법관 양승태(재판장), 민일영, 이인복, 이상훈, 김용덕, 박보영, 고영한, 김창석, 김신, 김소영, 조희대, 권순일(주심), 박상욱



## 4.5 일시적 실업상태에 있는 자 및 구직자

☞ 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결★

### » 요 지 «

노조법 제2조 제1호 및 제4호 라목 본문에서 말하는 근로자에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자 뿐만 아니라, 일시적으로 실업상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함되고, 따라서 지역별 노동조합의 성격을 가진 원고가 그 구성원으로 구직중인 여성 노동자를 포함시키고 있다 하더라도, 구직중인 여성노동자 역시 노조법상의 근로자에 해당한다.

\* 원고, 피상고인 : ○○○○노동조합 대표자 김○○

\* 피고, 상고인 : ○○○○시장

\* 원심판결 : 서울고법 2001. 9. 19. 선고 2001누 2234 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

원심판결 및 원심이 이용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 근로기준법은 '현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가'라는 관점에서 개별적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것인 반면에, 노동조합 및 노동조합관계조정법(이하 '노조법'이라 한다)은 '노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가'라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것으로 그 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고 있는 점, 일정한 사용자의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 기업별 노동조합의 경우와는 달리 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에는 원래부터 일정한 사용자의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 것이 아닌 점에 비추어, 노조법 제2조 제4호 라목 단서는 '기업별 노동조합'의 조합원이 사용자로부터 해고됨으로서 근로자성이 부인될 경우에 대비하여 마련된 규정으로서, 이와 같은 경우에만 한정적으로 적용되고, 원래부터 일정한 사용자의 종속관계를 필요로 하지 않는 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에만까지 적용되는 것은 아닌 점 등을 근거로, 노조법 제2조 제1호 및 제4호 라목 본문에서 말하는 '근로자'에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자 뿐만 아니라, 일시적으로 실업상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위





에 포함되고, 따라서 지역별 노동조합의 성격을 가진 원고가 그 구성원으로 '구직중인 여성 노동자'를 포함시키고 있다 하더라도, '구직중인 여성노동자' 역시 노조법상의 근로자에 해당하므로, 구직중인 여성 노동자는 근로자가 아니라는 이유로 원고의 이 사건 노동조합설립신고를 반려했던 이 사건 처분을 위법하다고 판단하였는바, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 노조법에 정한 근로자의 개념에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 윤재식(재판장), 변재승, 강신욱, 고현철(주심)



## 4.6 해직된 교원의 조합원 자격 범위

☞ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2012도10066 판결

### » 요 지 «

1. 교원노동조합의 설립 및 교원에 적용할 특례를 정하기 위한 교원노조법의 입법 목적, 그 제정 경위, 관련 법령의 체계 및 이 사건 법률 규정(교원노조법 제2조) 본문과 단서의 관계 등을 종합하여 보면, 교원노조법의 적용 대상으로서 이 사건 법률 규정에서 말하는 교원은 초·중등학교에 재직하면서 현실적으로 교원의 지위를 유지하고 있거나, 해고되었더라도 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 하고 그에 관한 중앙노동위원회의 재심판정이 있기 전인 사람만을 의미한다고 보아야 한다.
2. 노동운동이나 그밖에 공무·업무 외의 일을 위한 집단 행위가 금지되는 교원에 대하여 예외적으로 노동조합의 조직·가입 및 활동을 허용하는 교원노조법의 입법 취지 등에 비추어 보면, 위와 같이 교원노조법이 적용되는 교원의 범위를 정함으로써 교원노동조합의 설립 주체 및 그 조합원 자격을 제한하고 있는 이 사건 법률 규정은 성질상 강행규정이라고 봄이 타당하다.

\* 피고인 : 피고인 A 외 1인

\* 상고인 : 피고인들

\* 원심판결 : 서울남부지법 2012. 7. 26. 선고 2011노1798 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 상고이유 제1점 내지 제4점에 대하여

- 가. 국가공무원법 제66조제1항은 공무원의 노동운동이나 그밖에 공무 외의 일을 위한 집단행위를 금지하고 있는데, 이러한 공무원에는 교육공무원인 국·공립학교의 교원도 포함되며, 사립학교법 제55조제1항이 사립학교의 교원의 복무에 관하여는 국·공립학교의 교원에 관한 규정을 준용하도록 정하고 있으므로, 국·공립학교의 교원인지 사립학교의 교원인지를 불문하고 교원의 노동운동이나 그밖에 공무·업무 외의 일을 위한 집단 행위는 원칙적으로 금지된다고 할 수 있다. 그런데 노동조합 및 노동관계



조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제5조는 본문에서 근로자의 자유로운 노동조합 조직·가입을 허용하면서도, 그 단서에서 공무원과 교원에 대하여는 따로 법률로 정하도록 규정하고 있다.

이러한 노동조합법 제5조 단서에 따라 교원의 노동조합(이하 '교원노동조합'이라 한다) 설립에 관한 사항을 정하고 교원에 적용할 노동조합법에 대한 특례를 규정함을 목적으로 하여 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(이하 '교원노조법'이라 한다)이 제정되었는데, 교원노조법 제2조(이하 '이 사건 법률 규정'이라 한다)는 “이 법에서 교원이란 초·중등교육법 제19조제1항에서 규정하고 있는 교원을 말한다. 다만 해고된 사람으로서 노동조합법 제82조제1항에 따라 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 사람은 노동위원회법 제2조에 따른 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지 교원으로 본다.”라고 규정하고 있다. 한편 노동조합법 제5조 단서에 따라 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 사항을 정함을 목적으로 하여 제정된 「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」 제2조는 교원노조법의 적용을 받는 교원인 공무원에 대하여는 그 적용 대상에서 제외하도록 규정하고 있다.

이와 같이 교원노동조합의 설립 및 교원에 적용할 특례를 정하기 위한 교원노조법의 입법 목적, 그 제정 경위, 관련 법령의 체계 및 이 사건 법률 규정 본문과 단서의 관계 등을 종합하여 보면, 교원노조법의 적용 대상으로서 이 사건 법률 규정에서 말하는 교원은 초·중등학교에 재직하면서 현실적으로 교원의 지위를 유지하고 있거나, 해고되었더라도 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 하고 그에 관한 중앙노동위원회의 재심판정이 있기 전인 사람만을 의미한다고 보아야 한다(대법원 2014.4.10. 선고 2011두6998 판결, 헌법재판소 2015.5.28. 선고 2013헌마671 등 결정 등 참조).

아울러 노동운동이나 그밖에 공무·업무 외의 일을 위한 집단행위가 금지되는 교원에 대하여 예외적으로 노동조합의 조직·가입 및 활동을 허용하는 교원노조법의 입법 취지 등에 비추어 보면, 위와 같이 교원노조법이 적용되는 교원의 범위를 정함으로써 교원노동조합의 설립 주체 및 그 조합원 자격을 제한하고 있는 이 사건 법률 규정은 성질상 강행규정이라고 봄이 타당하다.

- 나. 원심은 판시와 같은 이유를 들어, (1) 교원노조법에 특칙이 있는 경우에는 일반법인 노동조합법의 적용은 배제된다는 전제에서, 산업별·지역별·직종별 노동조합의 구성 주체로서 노동조합법 제2조제4호 라목 본문이 정한 '근로자'의 개념에 관한 해석과는 달리, 교원노조법상 교원노동조합의 조합원이 될 수 있는 교원은 이 사건 법률 규정에서 정하고 있는 현실적으로 교원으로 근무하고 있거나, 해고되었지만 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 하고 그에 관한 중앙노동위원회의 재심판정이 있기 전인 사람만을 의미한다고 해석하고, (2) 이 사건 법률 규정은 교원노동조합의 조합원이 될 수 있는 교원의 범위를 정하는 강행규정이라고 보아, (3) 이 사건 법률 규정과 달리 부당노동행위의 구제신청 등 여부를 묻지 않고 해직된 교원을 조합원



으로 인정하는 피고인 1의 규약 부칙(1999.6.27. 제14차 개정) 제5조(이하 ‘이 사건 부칙 조항’이라 한다)는 이 사건 법률 규정에 위반되므로, 이 사건 부칙 조항의 변경·보완을 지시한 이 사건 시정명령은 적법하다고 판단하였다.

다. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 교원노조법 제14조제1항과 노동조합법 제2조제1호, 제4호 라목 본문의 해석 및 적용, 산업별 노동조합의 조합원 범위, 이 사건 법률 규정의 성격과 노동조합법 제21조가 정한 시정명령의 대상, 이 사건 부칙 조항의 해석 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

상고이유에서 들고 있는 대법원 판결은 이 사건과 사안이 다르므로 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.

## 2. 상고이유 제5점에 관하여

원심은, 제1심에서 적법하게 채택된 증거들에 의하면 피고인 2가 이 사건 시정명령을 받고도 이를 위반한 사실이 인정되므로, 위 피고인이 노동조합법 제93조제2호에서 처벌 대상으로 정하고 있는 ‘시정명령을 위반한 자’에 해당하여 범죄행위의 주체가 된다는 취지로 판단한 다음, 그 판시와 같은 이유로 위 피고인에게 적법행위의 기대 가능성이 없어 책임이 조각된다는 피고인들의 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들 및 노동조합법 제93조제2호의 내용 등에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 시정명령 위반의 범죄행위 주체 및 적법행위의 기대가능성 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

## 3. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김신(재판장), 대법관 김용덕(주심), 대법관 박보영, 대법관 권순일



## 사 용 자





## 제2장 사용자

### 1. 근로기준법상 사용자성 판단

#### 1.1 사업경영담당자의 의미와 판단 기준

☞ 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도1199 판결★

#### » 요 지 «

- (1) 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제15조가 정한 ‘사용자’란 사업주 또는 사업경영담당자 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말하고, 여기에서 ‘사업경영담당자’란 사업경영 일반에 관하여 책임을 지는 자로서 사업주로부터 사업경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 자를 말하는바, 구 근로기준법이 같은 법 각 조항에 대한 준수의무자로서의 사용자를 사업주에 한정하지 아니하고 사업경영담당자 등으로 확대한 이유가 노동현장에 있어서 근로기준법의 각 조항에 대한 실효성을 확보하기 위한 정책적 배려에 있는 만큼, 사업경영담당자는 원칙적으로 사업경영 일반에 관하여 권한을 가지고 책임을 부담하는 자로서 관계 법규에 의하여 제도적으로 근로기준법의 각 조항을 이행할 권한과 책임이 부여되었다면 이에 해당한다.
- (2) 대학교 의료원장은 의료원을 대표하며 의료원 산하 각 병원 및 기관의 운영 전반을 관장하고, 의료원은 의료원 산하 각 병원의 연간 종합 예산 등의 편성·조정·통제, 각 병원별 자금운용수지 현황 관리 등의 업무를 담당해 온 사안에서, 의료원 산하 각 병원이 독립채산제로 운영되고 해당 병원장이 그 전결사항으로 소속 근로자들에 대한 임금을 지급하여 왔다 하더라도, 의료원장은 의료원 산하 병원 등 소속 근로자들에 대한 관계에 있어서 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제15조가 정한 사용자에 해당한다고 본 사례.

【참조조문】 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제15조(현행 제2조 제1항 제2호 참조) / [2] 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제15조(현행 제2조 제1항 제2호 참조)

【참조판례】 대법원 1988. 11. 22. 선고 88도1162 판결(공1989, 38), 대법원 1997. 11. 11. 선고 97도813 판결(공1997하, 3907), 대법원 2006. 5. 11. 선고 2005도8364 판결(공2006상, 1092), 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007도4904 판결

\* 원심판결 : 대구지법 2007. 1. 16. 선고 2006노2840 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

### 1. 제1점에 대하여

구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제15조가 정한 ‘사용자’란 사업주 또는 사업경영담당자 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말하고, 여기에서 ‘사업경영담당자’란 사업경영 일반에 관하여 책임을 지는 자로서 사업주로부터 사업경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 자를 말하는바, 구 근로기준법이 같은 법 각 조항에 대한 준수 의무자로서의 사용자를 사업주에 한정하지 아니하고 사업경영담당자 등으로 확대한 이유가 노동현장에 있어서 근로기준법의 각 조항에 대한 실효성을 확보하기 위한 정책적 배려에 있는 만큼, 사업경영담당자란 원칙적으로 사업경영 일반에 관하여 권한을 가지고 책임을 부담하는 자로서 관계 법규에 의하여 제도적으로 근로기준법의 각 조항을 이행할 권한과 책임이 부여되었다면 이에 해당한다.

원심은 그 판시 증거들을 종합하여, 동국대학교 의료원 산하에는 경주한방병원, 포항병원 등 각 병원들이 있고, 그 각 병원들의 운영을 대체로 당해 병원장이 관장하기는 하나, 피고인은 동국대학교 의료원장으로서 의료원을 대표하며 동국대학교 총장의 명을 받아 의료원 산하 각 병원 및 기관의 운영 전반을 관장하고 소속 교·직원을 지휘·감독하며, 의료원은 의료원 산하 각 병원의 총 예산을 포함한 의료원 연간 종합 예산의 편성·조정·통제 및 집행실적의 심사분석, 당해 연도 미편성 및 초과예산의 집행·조정·통제, 각 병원별 자금운용수지 현황 관리 등의 업무를 담당하면서 자금 운용에 어려움이 있는 병원에 대하여는 자금 지원 요청을 받아 다른 병원으로부터 자금을 차입하거나 법인으로부터 자금을 지원받도록 하는 등 각 병원의 자금 운영난을 해소하기 위한 조치를 취하며, 실제로 2005. 6.경 경주한방병원에 대하여 인건비를 지원하기 위하여 경주병원으로부터 자금을 차용하도록 병원 간 본·지점 거래의 시행을 승인하기도 한 사실 등을 인정한 다음, 피고인이 위 의료원 산하 경주한방병원 등 소속의 근로자들에 대한 관계에 있어서 구 근로기준법 제15조가 정한 사용자에 해당한다고 보아 이 사건 임금채불로 인한 근로기준법 위반죄의 죄책을 진다고 판단하였는바, 위 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 옳고, 상고이유 주장과 같이 의료원 산하 각 병원이 독립채산제로 운영되고 해당 병원장이 그 전결사항으로 소속 근로자들에 대한 임금을 지급하여 왔다 하더라도 피고인이 구 근로기준법 제15조가 정한 사용자에 해당한다고 판단함에 아무런 장애가 없으며, 주장과 같이 구 근로기준법 제15조가 정한 사용자에 관한 법리를 오해한 위법 등이 없다.

또한, 원심이 그 판시 증거들에 의하여, 비록 경주병원이 자체적으로 휴게시간을 변경하고 피고인이 이에 대한 지시를 한 바 없다 하더라도, 단체협약의 당사자이자 경주병원 등 산하 병원의 업무를 조정·통할할 지위에 있는 의료원장인 피고인이 노조로부터 시정요구를 받아





휴게시간이 단체협약에서 정한 바와 달리 변경되어 시행될 예정임을 사전에 알았음에도 아무런 조치를 취하지 아니하다가 휴게시간이 변경되어 실시된 이후에 이에 따르도록 한 이상, 이 사건 단체협약 위반에 대한 죄책을 면할 수 없다고 판단하였는바, 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 옳고, 주장과 같이 사실을 오인하였거나 법리해석을 그르친 위법 등이 없다.

## 2. 제2점에 대하여

기록에 의하면, 피고인은 제1심에서는 물론 항소이유로서도 임금체불에 관한 책임조각사유의 주장을 한 바 없어 이 부분 상고이유는 적법한 상고이유라 할 수 없을 뿐만 아니라, 기록을 살펴보더라도 피고인이 모든 성의와 노력을 다했어도 임금의 체불을 방지할 수 없었다는 것이 사회통념상 긍정할 정도가 되어 피고인에게 더 이상의 적법행위를 기대할 수 없다거나 피고인이 임금의 지급을 위하여 최선의 노력을 다하였으나 경영부진으로 인한 자금사정 등으로 도저히 지급기일 내에 이를 지급할 수 없었다는 등의 불가피한 사정이 있었다고 인정되지 아니하며, 달리 원심이 필요한 심리를 다하지 않아 판단을 그르친 위법 등이 없다.

## 3. 제3점에 대하여

형법 제20조 소정의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 이와 같은 정당행위가 인정되려면 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익의 법익 균형성, 긴급성, 그 행위 이외의 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다( 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결 등 참조).

또한, 단체협약 등에 의하여 휴게시간이 특정되어 있으면 사용자는 근로자의 동의를 얻지 않는 한 그 정하여진 시각에 휴게시간을 주어야 하고, 일방적으로 휴게시간의 위치를 변경할 수 없다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심이 경주병원의 휴게시간 변경은 단체협약에서 정한 휴게시간의 시작시점과 종료시점을 임의로 변경한 것이므로 단체협약을 위반하였다고 판단하였음은 옳고, 주장과 같이 단체협약의 내용에 관한 해석을 그르치거나 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위에 관한 법리를 오해한 위법 등이 없다.

## 4. 결 론

그러므로 상고를 기각하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 이홍훈(재판장), 김영란(주심), 김황식, 안대희



## 1.2 실질적인 근로관계 사실에 따른 사용자성 판단

☞ 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006도300 판결★

### » 요 지 «

(1) 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식과는 관계없이 실질에 있어서 근로자가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 이를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적(대상적) 성격을 가지고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정하여야 하는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 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 한다.

(2) 농업협동조합이 운영하는 대형할인매장의 납품업체로부터 보수를 받고 위 조합에 납품된 전체 상품을 관리한 사람들은 실질적으로 위 조합에 고용된 근로자에 해당한다.

【참조조문】 근로기준법 제14조, 제15조, 제32조, 제36조 / [2] 근로기준법 제14조, 제15조, 제32조, 제36조

\* 상고인 : 피고인

\* 피고인 : A

\* 원심판결 : 창원지법 2005. 12. 21. 선고 2005노1794 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식과는 관계없이 실질에 있어서



근로자가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 이를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적 성격을 가지고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정하여야 하는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 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.

원심 및 원심이 유지한 제1심판결이 적법하게 채용한 증거에 의하면, (명칭 생략)농협 협동조합 직원들이 고소인들의 근무시작 여부, 보수액 및 그 지급방법, 업무내용을 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 하나로마트를 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 사용자에게 해당한다고 할 것이며, 납품업체들이 고소인들에게 지급한 돈은 사용자로서 지급한 임금이 아니라 위 조합과 약정에 따라 상품진열 등에 필요한 비용을 부담한 것으로 보아야 할 것이다.

이와 같은 취지의 원심판단은 정당하고, 거기에 주장과 같은 근로기준법 소정의 근로자, 사용자에게 관한 법리오해, 채증법칙 위반 등의 위법이 없다.

그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.  
대법관 김영란(재판장), 김황식, 이홍훈(주심), 안대희



### 1.3 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자의 사용자성

☞ 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결

#### » 요 지 «

- (1) 근로계약기간을 정한 경우에 있어서 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것이 없이 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료된다. 그렇지만 한편, 기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우에도 예컨대 단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐서 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우 등 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는 계약서의 문언에도 불구하고 그 경우에 사용자가 정당한 사유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효로 된다.
- (2) 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 한다. 따라서 이에 대한 중앙노동위원회에의 재심 신청이나 그 재심판정 취소소송 역시 당사자능력이 있는 당해 사업주만이 원고적격자로서 소송을 제기할 수 있다.
- (3) 당사자능력이 없는 사회복지시설 명의로 제기된 소를 각하하면서 민사소송법 제108조를 유추 적용하여 사회복지시설의 대표자에게 소송비용을 부담하게 한 사례

【참조조문】 근로기준법 제23조, 제30조 / 민사소송법 제51조, 행정소송법 제8조 제2항 / 민사소송법 제108조, 행정소송법 제8조 제2항

【참조판례】 대법원 1998. 1. 23. 선고 97다42489 판결(공1998상, 603), 대법원 1998. 5. 29. 선고 98두625 판결(공1998하, 1796) / 대법원 1999. 4. 9. 선고 97누19731 판결

\* 원고, 상고인 : 사단법인 한국○○○○○연합회외 1인

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 2005. 5. 18. 선고 2004누9823 판결

#### » 주 문 «

원심판결의 피고 보조참가인에 대한 부분 중 서울특별시립 노원시각장애인복지관에 대한

부분을 파기하고, 제1심판결 중 같은 부분을 취소하며, 같은 원고의 소를 각하한다. 원고 사단법인 한국시각장애인연합회의 상고를 기각한다. 상고기각 부분의 상고비용은 피고 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고 사단법인 한국시각장애인연합회가, 각하부분에 관한 소송총비용은 피고 보조참가로 인한 부분을 포함하여 김수경(서울특별시립 노원시각장애인복지관장, 생년월일 및 주소 생략)이 부담한다.

## » 이 유 «

1. 원고 사단법인 한국시각장애인연합회(이하 '원고 법인'이라고 한다)의 상고이유(기간 경과 후에 제출된 상고이유보충서는 상고이유를 보충하는 범위 안에서)를 본다.

근로계약기간을 정한 경우에 있어서 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료된다. 그렇지만 한편, 기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우에도 예컨대 단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐서 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우 등 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는 계약서의 문언에도 불구하고 그 경우에 사용자가 정당한 사유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효로 된다고 보아야 한다( 대법원 1998. 1. 23. 선고 97다42489 판결, 1998. 5. 29. 선고 98두625 판결 등 참조).

이러한 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 제1심판결의 이유를 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 뒤, ① 원고 법인이 영위하는 사업은 시각장애인들의 재활훈련과 복지혜택을 목적으로 하는 공익적인 사업으로서, 원고 법인은 위 사업과 관련하여 장애인 직업재활기금사업 수행기관으로 지정받아 그 운영비와 인건비 전액을 국가로부터 장애인 직업재활기금 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 계속 사업의 필요성이 있는 것으로 보았고 그에 따라 국가로부터의 재정적인 지원도 계속될 수 있었던 점, ④ 2002년 이전에 고용된 참가인들을 비롯한 근로자들은 해마다 별다른 문제없이 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 피고 보조참가인 등(이하 피고 보조참가인을 '참가인', 피고 보조참가인 외에 원심에서의 피고 보조참가인을 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 할



지라도 사실상 그 기간의 정함이 형식에 불과하여 실질적으로 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었다고 보이고, 따라서 원고들이 참가인 등에게 근로계약기간만료를 통지한 행위는 실질적으로 해고에 해당하고, 그에 대하여 근로기준법 소정의 정당한 이유가 없는 이상 부당해고로서 무효라고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 제1점 내지 제3점의 주장과 같이 판결 결과에 영향을 미친 법리오해, 채증법칙 위배나 심리미진으로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 2. 원고 서울특별시립 노원시각장애인복지관의 소에 관하여 직권으로 본다.

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).

그런데 원심판결의 이유와 기록에 의하면, 원고 법인은 한국시각장애인들의 교육문화, 직업재활 및 사회복지활동과 생활부조 등을 통하여 시각장애인들의 복지증진 및 권익옹호 등을 목적으로 1981. 5. 1. 설립인가를 받은 법인이고, 원고 서울특별시립 노원시각장애인복지관(이하 '원고 복지관'이라고 한다)은 원고 법인이 운영하는 장애인 복지시설로서, 이 사건 원고 법인과 참가인 등과의 사이에서 작성된 근로계약서들에는 사업주란에 원고 법인과 함께 원고 복지관도 기재되어 있지만, 원고 법인의 대표자인 회장이 기명·날인하였음을 알 수 있다.

그렇다면 원고 복지관은 원고 법인이 운영하는 사회복지시설에 불과할 뿐 원고 법인과 별도의 당사자능력을 갖는 법인격 없는 사단 또는 재단으로 볼 수 없어, 이 사건 재심판정에서 원고 복지관에게 부당해고 구제명령을 발한 것은 실질적으로 사업주인 원고 법인을 상대로 한 것이라 보아야 하고, 따라서 이 사건 재심판정에 대한 취소소송 역시 당사자능력이 있는 원고 법인만이 제기할 수 있다고 할 것이므로, 원고 복지관이 이 사건 재심판정의 취소를 구하는 부분은 당사자능력이 없는 자에 의하여 원고적격 없이 제기된 것으로서 부적법하다고 할 것이다. 이를 간과하고 이 부분 소의 본안에 관하여 심리·판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

## 3. 그러므로 원고 법인의 상고를 기각하고, 이 부분 상고비용은 패소자가 부담하기로 하며, 원심판결 중 원고 복지관에 대한 부분은 이 법원에서 재판하기에 충분하다고 인정되므로 이 부분에 대한 제1심판결을 취소하고, 같은 원고의 소를 각하하며, 위 각하부분에 관한 소송총비용은 민사소송법 제108조(무권대리인의 비용부담)를 유추 적용하여 같은 원고의 대표자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박재운(재판장), 이규홍, 김영란, 김황식(주심)



## 1.4 소사장 법인 소속 근로자의 사용자

☞ 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도649 판결

### » 요 지 «

- [1] 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.
- [2] 기존기업이 경영 합리화라는 명목으로 소사장 법인을 설립한 후 그 소속 근로자들에게 직접 임금을 지급하고, 인사 및 노무관리에도 구체적이고 직접적인 관리·감독을 하여 온 경우, 기존기업의 대표이사가 소사장 법인 소속 근로자들에 대한 관계에서도 사용자의 지위에 있다고 한 원심판결을 수긍한 사례.
- [3] 근로기준법 제112조, 제36조, 제42조에서 정하는 임금 및 퇴직금 등의 기일 내 지급의무 위반되는 사용자가 그 지급을 위하여 최선의 노력을 다하였으나, 경영부진으로 인한 자금사정 등으로 지급기일 내에 지급할 수 없었던 불가피한 사정이 인정되는 경우에만 면책되는 것이고, 단순히 사용자가 경영부진 등으로 자금압박을 받아 이를 지급할 수 없었다는 것만으로는 그 책임을 면할 수 없다.

【참조조문】 [1] 근로기준법 제14조, 제15조

[2] 근로기준법 제14조, 제15조

[3] 근로기준법 제36조, 제42조, 제112조

【참조판례】 [1] 대법원 1979. 7. 10. 선고 78다1530 판결(공1979, 12096), 대법원 1999. 7. 12.자 99마628 결정(공1999하, 1924), 대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결(공1999하, 2525)

[3] 대법원 1987. 5. 26. 선고 87도604 판결(공1987, 1112), 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1490 판결(공1997하, 3359)

\* 원심판결 : 울산지법 2002. 1. 18. 선고 2000노130 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.



## » 이 유 «

변호인의 상고이유(기간 경과 후에 제출된 피고인의 상고이유보충서는 상고이유를 보충하는 범위 안에서)를 본다.

## 1. 제1점에 대하여

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 78다1530 판결, 1999. 7. 12. 자 99마628 결정, 1999. 11. 12. 선고 97누19946 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 2, 3, 4 및 주식회사 5 등 4개의 이른바 '소사장 법인'을 설립한 다음, 울산광역시 소재 온산공장의 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 온산공장 공장장이 참여하여 영향력을 행사함은 물론, 소사장 법인들은 통상 기업 조직에 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 온산공장 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 소사장들의 경우에는 취임한 지 몇 달이 지나도록 공장 및 생산시설





의 차임이 얼마인지 파악조차 못하고, 임가공계약 체결시 근로자들의 임금 부족분을 주식회사 1이 보전하여 주는 것으로 약정되어 있으며, 나아가 주식회사 1이 소사장 법인들의 정리 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 1으로부터 지급받는 사용자종속관계에 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.

이 점을 다투는 상고이유는 받아들이지 아니한다.

## 2. 제2점에 대하여

근로기준법 제112조, 제36조, 제42조에서 정하는 임금 및 퇴직금 등의 기일 내 지급의무 위반죄는 사용자가 그 지급을 위하여 최선의 노력을 다하였으나, 경영부진으로 인한 자금사정 등으로 지급기일 내에 지급할 수 없었던 불가피한 사정이 인정되는 경우에만 면책되는 것이고, 단순히 사용자가 경영부진 등으로 자금압박을 받아 이를 지급할 수 없었다는 것만으로는 그 책임을 면할 수 없다(대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1490 판결 참조).

기록에 비추어 살펴보면, 자신에게는 임금 등의 지급의무가 없다고 주장하는 등 피고인이 임금 및 퇴직금 등의 지급을 위하여 최선의 노력을 다한 것으로는 인정되지 아니하므로, 같은 취지에서 기대가능성이 없다거나 긴급피난에 해당한다는 피고인의 주장을 배척한 원심의 조치는 수긍할 수 있고, 거기에 책임조각사유에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

이 점을 다투는 상고이유도 받아들이지 아니한다.

## 3. 결 론

그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 윤재식(재판장), 송진훈(주심), 변재승, 이규홍



## 1.5 지입회사와 지입차주 사이에서의 사용자성 판단

☞ 대법원 1998. 1. 23. 선고 97다44676 판결

### » 요 지 «

[1] 건설기계관리법 및 건설기계관리법시행령이 시행된 후에는 지입차주로서는 지입차량의 등록 명의를 실질관계에 부합하게 자신 앞으로 전환하여 그 차량을 개인이 혼자서 운영하는 개별 건설기계대여업의 형태로 운영하거나 혹은 2인 이상의 법인이나 개인이 공동으로 운영하는 공동 건설기계대여업의 형태로 운영할 수 있음에도 불구하고 여전히 그 등록 명의를 지입회사 앞으로 남겨둔 채 종래의 지입체제를 그대로 유지하여 온 경우, 비록 지입차주가 지입차량의 실질적인 소유자로서 직접 이를 실제로 운영하여 왔다고 할지라도 지입회사는 지입차량의 운행사업에 있어서의 명의대여자로서 제3자에 대하여 그 지입차량이 자기의 사업에 속하는 것임을 표시하였다고 볼 수 있을 뿐만 아니라 객관적으로 지입차주를 지휘·감독하는 사용자의 지위에 있는 것으로 볼 수 있다.

[2] 지입회사는 지입차량의 운전사에 대하여도 직접 근로계약상의 책임을 지는 사용자로서 그 운전사가 근로를 제공하는 과정에서 생명·신체·건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하고 필요한 조치를 강구할 보호의무 내지는 산업안전보건법 제23조 소정의 안전상의 조치의무를 부담한다.

【참조조문】 [1] 민법 제756조, 건설기계관리법 제21조, 건설기계관리법시행령 제13조

[2] 민법 제655조, 제750조, 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 제정되기 전의 것) 제64조 (현행 근로기준법 제76조 참조), 산업안전보건법 제23조

【참조판례】 [1][2] 대법원 1990. 12. 11. 선고 90다7616 판결(공1991, 460)

[1] 대법원 1980. 8. 19. 선고 80다708 판결(공1980, 13104), 대법원 1987. 4. 14. 선고 86다카899 판결(공1987, 792)

[2] 대법원 1987. 2. 24. 선고 86도2475 판결(공1987, 592), 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1214 판결(공1990, 2222), 대법원 1992. 4. 28. 선고 90도2415 판결(공1992, 1777), 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다53086 판결(공1997상, 1583)



\* 원고, 피상고인 : 김○○ 외 6인

\* 피고, 상고인 : A 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 1997. 9. 12. 선고 96나44367 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

원심판결의 이유에 의하면, 원심은 거시 증거에 의하여, 소외 1은 1994. 4. 4. 지입회사인 피고와 사이에서 자신이 실제로 소유하여 오던 서울 06나8888호 15톤 덤프트럭에 관하여 차량 위·수탁계약을 체결하고 같은 달 21. 그 등록 명의를 피고 앞으로 변경한 사실, 위 소외 1은 같은 달 30. 소외 동원건설 주식회사에게 위 트럭을 2개월간 임대하기로 하고 같은 해 5. 1.부터 위 회사가 시공하는 대명스키장 건설 현장에서 운반 작업을 실시한 사실, 위 소외 1이 위 트럭의 운전기사로 고용한 소외 망 김○○은 같은 해 6. 2. 위 건설 현장에서 위 소외 1과 함께 흙을 운반하는 작업을 실시하던 중 위 트럭에 고장이 발생하자 이를 수리하기 위하여 위 차량의 적재함이 들린 상태에서 그 아래에서 차량 부품의 교체 작업을 벌이다가 갑자기 적재함이 내려오는 바람에 그 밑에 깔려 경추골절 등으로 인한 호흡마비로 사망한 사실, 위 트럭이 정상적으로 정비된 상태에서는 위 트럭의 운전석 옆에 붙어 있는 덤프레버를 작동시키는 경우 외에는 들려진 적재함이 갑자기 내려오는 경우가 있을 수 없고 또한 이 사건 사고 당시 위 망인이 부품 교체 작업을 하던 곳과 위 덤프레버와의 사이에는 3m 이상의 거리가 있어 위 망인이 부품 교체 작업을 하면서 위 덤프레버를 건드리는 것은 불가능한 사실, 위 사고 당시 그 현장에 함께 있던 위 소외 1은 위 트럭의 수리에 관한 전문지식이나 자격을 갖추지 못한 위 망인이 그 수리 작업을 하는 것을 방치하였으며, 피고는 지입차주나 운전사들에게 해당 중기가 작업 중 고장이 난 경우에 전문자격을 갖춘 정비업소나 정비공으로 하여금 수리를 하도록 하는 등의 안전교육을 실시하는 것을 게을리 한 사실을 인정한 다음, 이 사건 사고는 위 트럭의 지입차주인 위 소외 1이 수리에 관한 전문지식이나 정비자격을 갖추지 못한 위 망인으로 하여금 수리 작업을 하도록 방치하고 또한 위 트럭에 대한 정비를 게을리 한 과실과 피고가 위 소외 1 및 위 망인에게 안전교육을 게을리 한 과실로 인하여 발생한 것인데, 피고는 객관적으로 위 트럭의 지입차주인 위 소외 1을 지휘·감독할 관계에 있는 사용자라 할 것이므로, 피고는 피고 자신의 과실 및 그 피용자인 위 소외 1의 과실로 발생한 이 사건 사고로 인하여 위 망인과 그의 가족인 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하였다.



중기관리법(1975. 7. 26. 법률 제2785호)이 1993. 6. 11. 법률 제4561호에 의하여 현행 건설기계관리법으로 전문 개정되면서 종전에 중기대여업에 관하여는 허가제를 취하던 것이 그 규제 대상을 건설공사에 사용할 수 있는 소형기계까지 포함시켜 그 명칭을 '중기'에서 '건설기계'로 변경함과 아울러 그 대여업에 관하여도 신고제를 취하는 것으로 바뀌었으며, 또한 1993. 12. 31. 대통령령 제14063호로 전문 개정된 건설기계관리법시행령 제13조가 1대의 건설기계 소유자도 개인으로 개별 건설기계대여업을 영위할 수 있으며 기존의 종합 및 단종 건설기계대여업도 2인 이상의 법인 또는 개인이 공동으로 운영할 수 있는 길이 열리게 된 점은 소론과 같으나, 기록에 의하면, 이 사건 사고 당시 위 트럭의 등록 명의자는 피고였으며 그 운영 방식도 종래의 전형적인 지입제의 방식을 취하였을 뿐이고 달리 지입차주인 위 소외 1이 건설기계대여업의 개별운영자 또는 공동운영자로서 행정당국에 신고되지 아니한 사실을 엿볼 수 있는바, 사실관계가 이와 같다면, 이 사건 사고 당시 이미 새로운 건설기계관리법시행령이 시행된 후이므로 이 사건 트럭의 지입차주인 위 소외 1로서는 그 등록 명의를 실질관계에 부합하게 자신 앞으로 전환하여 이 사건 트럭을 개인이 혼자서 운영하는 개별 건설기계대여업의 형태로 운영하거나 혹은 2인 이상의 법인이나 개인이 공동으로 운영하는 공동 건설기계대여업의 형태로 운영할 수 있었음에도 불구하고 여전히 그 등록 명의를 지입회사인 피고 앞으로 남겨둔 채 종래의 지입체제를 그대로 유지하여 온 이상, 비록 위 소외 1이 이 사건 트럭의 실질적인 소유자로서 직접 이를 실제로 운영하여 왔다고 할지라도 피고는 이 사건 트럭의 운행사업에 있어서의 명의대여자로서 제3자에 대하여 이 사건 트럭이 자기의 사업에 속하는 것임을 표시하였다고 볼 수 있을 뿐만 아니라 객관적으로 지입차주인 위 소외 1을 지휘·감독하는 사용자의 지위에 있다고 할 것이며(대법원 1990. 12. 11. 선고 90다7616 판결, 1987. 4. 14. 선고 86다카899 판결 참조), 또한 이 사건 트럭의 운전사인 위 망인에 대하여도 직접 근로계약상의 책임을 지는 사용자로서(대법원 1992. 4. 28. 선고 90도2415 판결 참조) 위 망인이 근로를 제공하는 과정에서 생명·신체·건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하고 필요한 조치를 강구할 보호의무 내지는 산업안전보건법 제23조 소정의 안전상의 조치의무를 부담한다고 할 것이므로(대법원 1997. 4. 25. 선고 96다53086 판결 참조), 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 소론과 같이 지입제도에 관한 법적 규제의 변화 및 피고의 사용자로서의 지위에 관한 심리미진 또는 채증법칙 위배로 인한 사실오인 및 판단유탈 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유 없다.

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이용훈(재판장), 정귀호, 박준서(주심), 김형선



## 1.6 회사를 사실상 경영하여 온 경우에 대한 사용자성 판단

☞ 대법원 1997. 11. 11. 선고 97도813 판결

### » 요 지 «

- [1] 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 제정되기 전의 것) 제15조 소정의 '사용자'라 함은 사업주 또는 사업경영담당자 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다고 규정하고 있고, 여기에서 사업경영담당자라 함은 사업경영 일반에 관하여 책임을 지는 자로서 사업주로부터 사업경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 자를 말하는바, 구 근로기준법이 같은 법 각 조항에 대한 준수의무자로서의 사용자를 사업주에 한정하지 아니하고 사업경영담당자 등으로 확대한 이유가 노동현장에 있어서 근로기준법의 각 조항에 대한 실효성을 확보하기 위한 정책적 배려에 있는 만큼, 사업경영담당자란 원칙적으로 사업경영 일반에 관하여 권한을 가지고 책임을 부담하는 자로서 관계 법규에 의하여 제도적으로 근로기준법의 각 조항을 이행할 권한과 책임이 부여되었다면 이에 해당한다고 할 것이고, 반드시 현실적으로 그러한 권한을 행사하여야만 하는 것은 아니다.
- [2] 법인등기부상 대표이사직에서 사임했으나 실제로는 회장으로서는 회사를 사실상 경영하여 온 경우, 구 근로기준법상의 '사용자'에 해당한다고 본 사례.
- [3] 사용자가 기업이 불황이라는 사유만을 이유로 하여 임금을 지급하지 않거나 체불하는 것은 근로기준법이 허용하지 않는 바이지만, 한편 그러한 경우에 사용자가 모든 성의와 노력을 다했어도 임금의 체불이나 미불을 방지할 수 없었다는 것이 사회통념상 긍정할 정도가 되어 사용자에게 더 이상의 적법행위를 기대할 수 없는 불가피한 사정이 있는 때에는 그러한 사유는 같은 법 제36조 제2항 위반 범죄의 책임조각사유로 된다.
- [4] 근로기준법의 적용을 받는 근로자란 사용자로부터 근로의 대가를 받고 사용자에게 근로를 제공하는 자를 말하는 것이므로, 회사의 이사 등이 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 이외에 사장 등의 지휘·감독하에 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 근로기준법상의 근로자라고 볼 수 있으므로, 회사의 이사직에 있었다는 이유만으로 근로자가 아니라고 단정할 수는 없다.

- 【참조조문】 [1] 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 제정되기 전의 것) 제15조
- [2] 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 제정되기 전의 것) 제15조
- [3] 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 제정되기 전의 것) 제36조 제2항, 제109조
- [4] 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 제정되기 전의 것) 제14조



【참조판례】 [1] 대법원 1988. 11. 22. 선고 88도1162 판결(공1989, 38), 대법원 1995. 6. 13. 선고 94도2694 판결(공1995하, 2427), 대법원 1995. 12. 5. 선고 95도 2151 판결(공1996상, 319)

[2] 대법원 1989. 4. 25. 선고 87도2129 판결

[3] 대법원 1988. 2. 9. 선고 87도2509 판결(공1988, 547), 대법원 1994. 3. 25. 선고 93도2903 판결(공1994상, 1380)

[4] 대법원 1992. 5. 12. 선고 91누11490 판결(공1992, 1894), 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다28228 판결(공1993상, 560), 대법원 1993. 8. 24. 선고 92다923 판결(공1993하, 2570), 대법원 1994. 9. 23. 선고 93누12770 판결(공1994하, 2871)

\* 상고인 : 검사 및 피고인

\* 피고인 : 피고인1 외 3인

\* 원심판결 : 서울지법 1997. 2. 25. 선고 96노4161 판결

## » 주 문 «

원심판결 중 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 관한 부분을 파기하여 이 부분 사건을 서울지방법원 본원 합의부에 환송한다. 피고인 1의 상고를 기각한다.

## » 이 유 «

### 1. 검사의 상고이유를 본다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 공소의 1 주식회사는 1978. 3. 29. 건설관련 기술용역을 목적으로 피고인 1에 의하여 설립된 회사인데, 피고인 1은 위 회사의 사주로서 대표이사로 등재되어 있다가 비록 1992. 7.경 사임등기를 경료하고, 1995. 3. 이사로서의 사임등기까지 경료하였으나 위 회사가 부도난 1995. 6. 21.경까지 위 회사의 회장으로 위 회사를 직접 경영하여 왔던 사실, 위 회사에는 토목시공을 담당하는 건설사업본부, 감리용역을 담당하는 감리사업본부, 도로, 항만, 교량 등의 설계를 담당하는 엔지니어링사업본부, 자금에 관한 모든 업무와 경리, 인사업무를 담당하는 관리사업본부 등의 부서가 있고, 피고인 1은 피고인 2을 1993. 10. 7. 위 회사의 대표이사로 취임시킨 뒤 건설사업본부의 책임자로 임명하였고, 피고인 3과 피고인 4을 1995. 4. 13. 위 회사의 각 대표이사로 취임시킨 뒤 피고인 3을 감리사업본부의 책임자, 피고인 4을 엔지니어링사업본부의 책임자로 임명하였으며, 피고인 1의 처남인 공소의 2를 1995. 5. 4. 위 회사의 대표이사로 취임시킨 뒤 관리사업본부의 책임자로 임명한 사실, 위 회사의 건설사업본부, 감리사업본부, 엔지니어링사업본부에는 인사, 경리업무를 담당하는 부서가 없고, 관리사업본부 소속 관리부, 업

무부에서 위 회사 소속 모든 근로자들에 대한 인사, 경리업무를 담당하고 있었던 사실, 또한 위 회사에서 용역을 수주하는 업무는 관리사업본부 소속 업무부 직원들이 하고 있고, 위와 같이 업무부에서 용역 수주를 받으면 위 공소외 2를 거쳐 피고인 1에게 보고된 뒤 피고인 1의 지시에 따라 토목 공사는 건설사업본부에서, 감리수주는 감리사업본부에서, 설계수주는 엔지니어링사업본부에서 맡은 업무를 처리하여 왔으며 업무처리과정에서 자금집행은 위 공소외 2가 기안을 올려 피고인 1이 이를 결재함으로써 이루어졌고 각 사업본부에서 업무를 수행하고 거래업체로부터 수금한 돈 역시 관리사업본부로 바로 입금되어 이 돈으로 관리사업본부에서 위 회사소속 근로자들의 임금을 지급하는 등으로 용역의 수주, 자금관리, 근로자들에 대한 임금 등의 지급업무는 피고인 1과 위 공소외 2의 소관사항이었던 사실, 한편 위 회사의 위임전결규정에 의하면 직원의 채용, 승급, 급여계산 등은 위 회사의 회장인 피고인 1의 결재사항으로 되어 있고, 피고인 1은 이에 따라 말단 사원까지 그 명의의 사령장을 수여하였으며, 이사급 이상의 임원에 대하여는 직접 그 명의로 인사발령을 내렸고, 다만 부장급 이하 직원들에 대하여는 내부적인 위임에 따라 위 각 대표이사 명의로 인사발령을 내린 사실, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 3은 위 회사의 주식을 전혀 소유하고 있지 않으며 이들 역시 피고인 1으로부터 월급을 받으면서 맡은 바의 소속 임무만을 수행하는 전문경영인에 불과하였던 사실을 인정한 다음, 그렇다면 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4은 비록 위 회사의 대표이사직에 있었다고는 하나 위 회사소속 근로자들에게 임금 등의 지급의무를 부담하는 사업경영담당자라거나 임금 등의 지급에 관한 사항에 있어서 사업주인 위 회사를 위하여 행위하는 자라고 할 수 없고, 피고인 1과 공모하여 이 사건 범행을 저질렀다고 단정할 수도 없다는 이유로 피고인 2, 피고인 4의 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5305호로 폐지, 이하 같다) 제30조의 금품청산의무위반의 점에 대하여, 피고인 3의 구 근로기준법 제30조, 제36조의 금품청산, 임금지불의무위반의 점에 대하여 각 무죄를 선고하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심의 사실인정 자체는 옳고, 거기에 소론이 주장하는바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인 또는 심리미진의 위법이 없다.

그러나 구 근로기준법 제15조에 의하면 사용자라 함은 사업주 또는 사업경영담당자 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다고 규정하고 있고, 여기에서 사업경영담당자라 함은 사업경영 일반에 관하여 책임을 지는 자로서 사업주로부터 사업경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 자를 말하는바(대법원 1988. 11. 22. 선고 88도1162 판결 참조), 구 근로기준법이 같은 법 각 조항에 대한 준수의무자로서의 사용자를 사업주에 한정하지 아니하고 사업경영담당자 등으로 확대한 이유가 노동현장에 있어서 근로기준법의 각 조항에 대한 실효성을 확보하기 위한 정책적 배려에 있는 만큼, 사업경영담당자란 원칙적으로 사업경영 일반에 관하여 권한을 가지고 책임을 부담하는 자로서 관계 법규에 의하여 제도적으로 근로기준법의 각 조항을 이행할 권한과 책임이 부여되었다면 이에 해당한다고 할 것이고, 반드시 현실적으로 그러한 권한을 행사하여야만 하는 것은 아니다.



그런데 상법 제389조 제1, 3항, 제209조는 주식회사의 대표이사는 회사를 대표하고, 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있음을 규정하고 있고, 공소의 1 주식회사의 정관에서도 대표이사가 회사를 대표하고 회사의 업무를 통괄함을 규정하고 있으므로, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4은 위 회사의 대표이사로 선임됨으로써 제도적으로 근로기준법의 각 조항을 이행할 권한과 책임이 부여되었다고 할 것이고, 비록 원심 판시와 같이 피고인 1에 의하여 근로자들에 대한 임금 등의 지급업무에서 배제되었다고 하더라도 사업주인 위 회사로부터 부여받은 임금 등의 지급에 관한 권한이나 책임이 소멸되었다고 할 수는 없고, 따라서 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4은 이 사건 금품 청산의무위반 등에 대하여 책임을 부담하여야 할 사용자에게 해당한다 할 것이다.

결국 원심은 근로기준법에서 규정한 사용자에게 대한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미치게 하였다 할 것이므로 이 점을 지적하는 상고논지는 이유가 있다.

## 2. 피고인 1의 상고이유를 본다.

원심이 적법하게 확정한 바에 의하면, 피고인 1은 공소의 1 주식회사의 사주로서 형식상으로는 그 회사의 대표이사 및 이사직에서 사임하였으나 실질적으로는 회장으로서는 회사를 직접 경영하여 왔으며, 용역의 수주, 자금관리, 근로자들에 대한 임금 등의 지급업무는 피고인 1과 관리사업담당 대표이사 공소의 2의 소관사항이고, 직원의 채용, 승급, 급여 계산 또한 회장인 피고인 1의 결재사항이라는 것이므로, 피고인 1은 구 근로기준법 제15조 소정의 사용자에게 해당한다고 할 것이다( 대법원 1989. 4. 25. 선고 87도2129 판결 참조).

다만 사용자가 임금이나 퇴직금 등의 지급을 위하여 최선의 노력을 다하였으나 경영부진으로 인한 자금사정 등으로 임금이나 퇴직금 등을 지급할 수 없었던 불가피한 사정이 인정되는 경우에는 임금 등의 체불의 죄책을 물을 수 없음은 소론주장과 같으나, 기록에 의하면 피고인 1이 회사의 부도 전후에 걸쳐 모든 성의와 노력을 다하여 임금 등의 체불이나 미불을 방지할 수 없었다는 것이 사회통념상 긍정할 정도가 되어 위 피고인에게 더 이상의 적법행위를 기대할 수 없는 불가피한 사정이 있었다고 보이지 아니한다.

그리고 근로기준법의 적용을 받는 근로자란 사용자로부터 근로의 대가를 받고 사용자에게 근로를 제공하는 자를 말하는 것이므로, 회사의 이사 등이 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 이외에 사장 등의 지휘·감독하에 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 근로기준법상의 근로자라고 볼 수 있다고 할 것이므로(대법원 1992. 5. 12. 선고 91누11490 판결, 1993. 8. 24. 선고 92다923 판결 참조), 회사의 이사직에 있었다는 이유만으로 근로자가 아니라고 단정할 수는 없다.

그리하여 제1심이 적법하게 조사·채택한 증거를 기록에 대조하여 살펴보면, 원심이 공소의 1 주식회사의 실질적인 경영자인 피고인 1이 판시와 같이 회사소속의 근로자들에게 임금, 상여금 및 퇴직금 등을 지급하지 아니하였다고 사실을 인정한 다음, 위 피고인의 행위에 대하여 근로기준법 제109조, 제30조, 제36조를 적용하여 유죄로 처단한 것은 정당하고 거기에 소론과 같은 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.





소론이 지적하는 법리오해의 주장이 모두 이유 없는 이상, 원심이 이를 직권으로 판단하지 아니하였다고 하여 여기에 직권심판사유에 관한 법리오해, 심리미진, 판단유탈 등의 위법이 있다고 할 수도 없다. 논지는 모두 이유 없다.

3. 그러므로 원심판결 중 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 관한 부분을 파기하여 이 부분 사건을 원심법원에 환송하고, 피고인 1의 상고를 기각하기로 하여 관여 법관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이임수(재판장), 최종영(주심), 이돈희, 서성



## 1.7 수급인에 대한 도급인의 사용자성

☞ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결<sup>1)</sup>

### » 요 지 «

1. 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.
2. 형식적으로는 피고 회사와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들인 원고들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나, 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 피고 회사의 일개 사업 부서로서 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.

\* 원고, 상고인 : 원고 1 외 29인

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 현대미포조선

\* 원심판결 : 부산고법 2005. 11. 9. 선고 2004나9787 판결

1) 본 판결의 원문은 ‘주제별 노동판례 330선’ 제2부 제10장 도급과 파견계약 등에서의 근로관계 216쪽에 기재되어 있음



## 2. 노동조합법상 사용자성 판단

### 2.1 사업주를 위하여 행동하는 자 및 항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자의 의미

☞ 대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두13873 판결★

#### » 요 지 «

- [1] 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제2조 제2호, 제4호 단서(가)목에 의하면, 노동조합법상 사용자에 해당하는 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자와 항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자는 노동조합 참가가 금지되는데, 그 취지는 노동조합의 자주성을 확보하려는 데 있다. 여기서 '그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'란 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건 결정 또는 업무상 명령이나 지휘·감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 자를 말하고, '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'란 근로자에 대한 인사, 급여, 징계, 감사, 노무관리 등 근로관계 결정에 직접 참여하거나 사용자의 근로관계에 대한 계획과 방침에 관한 기밀사항 업무를 취급할 권한이 있는 등과 같이 직무상 의무와 책임이 조합원으로서 의무와 책임에 직접적으로 저촉되는 위치에 있는 자를 의미한다. 따라서 이러한 자에 해당하는지는 일정한 직급이나 직책 등에 의하여 일률적으로 결정되어서는 안 되고, 업무 내용이 단순히 보조적·조언적인 것에 불과하여 업무 수행과 조합원 활동 사이에 실질적인 충돌이 발생할 여지가 없는 자도 여기에 해당하지 않는다.
- [2] 사립대학교를 설치·운영하는 갑 학교법인이 직책상 노동조합에 참가할 수 없는 자라고 판단한 소속 직원 48명에게 전국대학노동조합 지부 탈퇴를 요구한 행위에 대하여, 전국대학노동조합이 이는 '노동조합의 조직·운영에 대한 지배·개입'에 해당하는 행위라며 부당노동행위 구제신청을 하였으나 중앙노동위원회가 이를 기각하는 재심판정을 한 사안에서, 탈퇴를 요구한 과장급 이상의 직원들은 소속 직원의 업무분장·근태관리 등에 관하여 전결권을 부여받은 자들로서 '근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'에 해당하지만, 주임급 이하의 직원들은 인사, 노무, 예산, 경리 등 업무를 담당한다거나 총장 비서 또는 전속 운전기사, 수위 등으로 근무한다고 하여 곧바로 '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'에 해당한다고 할 수 없으므로, 이들이 실제 담당하는 업무 내용 및 직무권한 등을 확인하여 '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'에 해당하는지를 심리해야 하고, 또한 조합원 가입 자격 유무에 따라 부당노동행위의사가 있었는지를 판단할 것이 아니라 그 밖에 이를 추정할 수 있는 사정이 있는지 더 심리한 후 부당노동행위 해당 여부를 판단했어야 한다는 이유



로, 주임급 이하 직원 전부 또는 대부분이 조합원 자격이 없는 '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'에 해당한다며 이들에게 노동조합 탈퇴를 요구한 행위가 부당 노동행위에 해당하지 않는다고 본 원심판결에 법리오해 등 위법이 있다고 한 사례.

【참조조문】 [1] 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제2호, 제4호 (가)목

[2] 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제2호, 제4호 (가)목, 제81조 제4호

【참조판례】 [1] 대법원 1989. 11. 14. 선고 88누6924 판결(공1990, 51)

\* 원고, 상고인 : 전국대학노동조합

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 학교법인 동원육영회

\* 원심판결 : 서울고법 2008. 7. 23. 선고 2007누32794 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고 이유를 본다.

노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라고 한다) 제2조 제2호, 제4호 단서 (가)목에 의하면, 노동조합법상 사용자에 해당하는 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자와 항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자는 노동조합에의 참가가 금지되는데, 그 취지는 노동조합의 자주성을 확보하려는 데 있다.

여기서 '그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'라 함은 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 자를 말하고(대법원 1989. 11. 14. 선고 88누6924 판결 등 참조), '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'라 함은 근로자에 대한 인사, 급여, 징계, 감사, 노무관리 등 근로관계 결정에 직접 참여하거나 사용자의 근로관계에 대한 계획과 방침에 관한 기밀사항 업무를 취급할 권한이 있는 등과 같이 그 직무상의 의무와 책임이 조합원으로서의 의무와 책임에 직접적으로 저촉되는 위치에 있는 자를 의미하므로, 이러한 자에 해당하는지 여부는 일정한 직급이나 직책 등에 의하여 일률적으로 결정되어서는 아니 되며, 그 업무의 내용이 단순히 보조적·조언적인 것에 불과하여 그 업무의 수행과 조합원으로서의 활동 사이에 실질적인 충돌이 발생할 여지가 없는 자도 이에 해당하지 않는다고 할 것이다.



원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심판결을 인용하여 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고 한다)이 노동조합원 자격에 의문을 제기하여 원고 산하 한국외국어대학교지부(이하 ‘이 사건 노조지부’라고 한다) 탈퇴를 요구한 이 사건 직원들 중 과장급 이상의 직원들은 소속 직원의 업무분장·근태관리 등에 관하여 전결권을 부여받은 자들로서 ‘근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자’에 해당하고, 주임급 이하의 직원들은 인사, 노무, 예산, 경리 또는 기획조정 업무를 담당하는 사무직 직원이거나 총장의 비서 내지 전속 운전기사, 수위 등으로서 그 전부 또는 대부분이 직무상 ‘항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자’에 해당하여, 이 사건 직원들 대부분이 조합원의 자격을 가지지 아니한다고 판단한 다음, 참가인은 이 사건 직원들이 조합원 자격이 없음에도 이 사건 노조지부에 가입되어 있는 데서 비롯된 위법상태를 시정함으로써 자신의 교섭력 저하를 방지할 의사로 이 사건 직원들에게 노동조합 탈퇴를 요구하는 행위를 한 것일 뿐이고, 노동조합의 조직·운영에 지배·개입할 의사로 위 행위를 한 것이 아니라고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 과장급 이상의 직원들에 대하여 소속 직원의 업무분장·근태관리 등에 관하여 전결권을 부여받은 자들로서 ‘근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자’에 해당한다고 본 것은 정당한 판단으로 수긍할 수 있다. 그러나 주임급 이하의 직원들의 경우 그들이 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 없고, 실질적인 담당 업무의 내용 및 직무권한 등에 비추어 볼 때 그 직무상의 의무와 책임이 노동조합원으로서의 의무와 책임에 저촉되는 것으로 평가할 수 있을 때에만 ‘항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자’에 해당한다고 할 수 있다.

그렇다면 원심으로서 이 사건 직원들 중 주임급 직원들이 실제 담당하는 업무의 내용 및 직무권한 등을 확인하여 이들이 ‘항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자’에 해당하는지 여부를 심리하여야 하고, 나아가 조합원 가입 자격 유무에 관한 사정만으로 부당노동행위의사의 유무를 단정할 것이 아니라 그 밖에 부당노동행위의사의 존재를 추정할 수 있는 사정이 있는지에 관하여 더 심리한 후 부당노동행위 해당 여부를 판단하여야 할 것이다.

원심판결에는 노동조합법 제2조 제4호 단서 (가)목의 ‘항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자’의 해석 및 적용에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다.

이 점을 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 하기 위해 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 양창수(재판장), 김지형(주심), 전수안, 이상훈



## 2.2 단체교섭의 당사자로서의 국가의 사용자성

☞ 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40935 판결★

### » 요 지 «

국가의 행정관청이 사법상 근로계약을 체결한 경우 그 근로계약관계의 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속되므로, 국가는 그러한 근로계약관계에 있어서 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제2호에 정한 사업주로서 단체교섭의 당사자의 지위에 있는 사용자에게 해당한다.

【참조조문】 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제2호, 제29조 제1항, 제81조 제3호

【참조판례】 대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3565 판결(공1996상, 572), 대법원 1997. 9. 5. 선고 97누3644 판결(공1997하, 312)

\* 원고, 상고인 : 노동부직업상담원 노동조합

\* 피고, 피상고인 : 대한민국

\* 원심판결 : 서울고법 2006. 6. 2. 선고 2005나80266 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

‘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 95



누3565 판결, 대법원 1997. 9. 5. 선고 97누3644 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.

원심은, 원고는 전국 155개 노동부 고용안정센터에서 취업알선, 실업급여 지급 등의 업무를 담당하는 공무원이 아닌 직업상담원을 조합원으로 한 노동조합인 사실, 노동부장관의 하위 행정관청인 각 지방노동청장이 위 각 직업상담원들과 사법상 근로계약을 체결하여 그들을 지휘·감독하고 있는 사실을 인정한 다음, 각 지방노동청장이 ‘노동조합 및 노동관계조정법’상의 사업주라고 판단하여, 피고가 단체교섭의 상대방인 사용자 지위에 있다는 원고의 주장을 배척하였다.

그러나 위 법리에 비추어 원심이 인정한 사실관계를 살펴보면 각 지방노동청장이 그 이름으로 직업상담원들과 사법상 근로계약을 체결하였다고 하더라도, 이는 각 지방노동청장이 행정주체인 국가 산하의 행정관청으로서 근로계약체결사무를 처리한 것에 지나지 아니하므로, 사법상 근로계약관계의 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속된다 할 것이고, 이에 따라 피고가 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제2조 제2호 소정의 사업주인 사용자로서 원고에 대응하는 단체교섭의 상대방 당사자의 지위에 있다고 보아야 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 피고가 단체교섭의 상대방인 사용자로 볼 수 없다고 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 위 법리를 제대로 이해하지 못하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 차한성(재판장), 고현철, 김지형(주심), 전수안



## 2.3 노동조합과 단체교섭을 할 상대방인 사용자단체의 의미

☞ 대법원 1999. 6. 22. 선고 98두137 판결

### » 요 지 «

- [1] 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지) 제33조 제1항, 제4항에 의하여 노동조합과 단체교섭을 할 상대방인 사용자단체는 노동관계에 관하여 그 구성원인 사용자에게 대하여 조정 또는 규제할 수 있는 권한을 가진 자이어야 하는데, 사용자단체가 이러한 권한을 갖기 위해서는 노동조합과의 단체교섭 및 단체협약을 체결하는 것을 그 목적으로 하고 또 그 구성원인 각 사용자에게 대하여 통제력을 가지고 있어야 한다.
- [2] 식품위생법 제44조에 의하여 조직된 '동업자조합'이 노동조합과 단체교섭을 한 상대방인 사용자단체에 해당하지 않는다고 한 사례.

【참조조문】 [1] 구 노동조합법(1996. 12. 31 법률 제5244호로 폐지) 제33조 제1항 (현행 노동조합및노동관계조정법 제29조 제1항, 제2항 참조), 제4항(현행 노동조합및노동관계조정법 제2조 제3호 참조)/

[2] 구 노동조합법(1996. 12. 31 법률 제5244호로 폐지) 제33조 제1항 (현행 노동조합및노동관계조정법 제29조 제1항, 제2항 참조), 제4항 (현행 노동조합및노동관계조정법 제2조 제3호 참조), 제39조 제3호 (현행 노동조합및노동관계조정법 제81조 제3호 참조), 식품위생법 제44조

【참조판례】 [1] 대법원 1979. 12. 28. 선고 79누116 판결(공1980, 12555), 대법원 1992. 2. 25. 선고 90누9049 판결(공1992, 1177)

- \* 원고, 상고인 : 여순요식 노동조합
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : 사단법인 한국음식업중앙회 여수시지부 외 3인
- \* 원심판결 : 서울고법 1997. 11. 14. 선고 97구6195 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지) 제33조 제1항, 제4항에 의하여 노동





조합과 단체교섭을 할 상대방인 사용자단체는 노동관계에 관하여 그 구성원인 사용자에게 대하여 조정 또는 규제할 수 있는 권한을 가진 자이어야 하는데, 사용자단체가 이러한 권한을 갖기 위해서는 노동조합과의 단체교섭 및 단체협약을 체결하는 것을 그 목적으로 하고 또 그 구성원인 각 사용자에게 대하여 통제력을 가지고 있어야 한다(대법원 1979. 12. 28. 선고 79누116 판결, 1992. 2. 25. 선고 90누9049 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 참가인들이 일반음식점 허가를 받아 영업을 하는 자들을 구성원으로 하여 식품위생법 제44조에 따라 조직된 동업자조합으로서, 회원들의 화합과 권익을 증진시키고 식문화 향상을 도모함으로써 국민보건향상에 이바지할 목적으로 소정의 사업을 수행할 뿐이고, 그 목적과 사업에 노동조합과의 단체교섭 및 단체협약의 체결에 관한 사항이나 노동관계 사항을 규정한 바 없으며, 1988. 이전에 참가인 여수시지부의 전신인 구 여수시조합측과 노동조합 사이에 단체교섭이 이루어지고 단체협약이 체결된 적도 있으나, 위 단체협약은 구 여수시조합의 임원이 단체교섭 담당자로서 위임을 받아 요식업체의 대표로서 체결한 것으로서 그 당사자가 사용자단체인 구 여수시조합이라기 보다는 개개의 사용자라고 봄이 상당할 뿐만 아니라 참가인들은 그 설립 이래 구성원들에게 고용된 근로자들로 구성된 노동조합과 사이에 단체교섭을 하거나 그 구성원들로부터 단체교섭 권한을 위임받은 바도 없는 사실을 인정한 다음, 이러한 사실관계에 의하면 참가인들은 구성원들의 경제적 지위의 향상 등을 목적으로 하는 경제단체이지 노동조합에 대응하는 단체가 아니고, 그 정관 및 관행상으로 노동조합과 사이에 단체교섭 및 단체협약을 체결한 권한이 있다거나 이러한 권한을 구성원들로부터 위임받았다고 볼 수 없으므로 노동조합의 단체교섭요구에 응하여야 할 사용자단체에 해당하지 않는다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 들고 있는 바와 같은 사실오인 및 단체교섭의 상대방인 사용자단체에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

상고이유의 주장은 모두 이유 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 서성(재판장), 박준서, 신성택(주심), 이임수



## 2.4 지배·개입에 의한 부당노동행위에서의 사용자

☞ 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결★

### » 요 지 «

1. 부당노동행위의 예방·제거는 노동위원회의 구제명령을 통해서 이루어지는 것이므로, 구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서는 부당노동행위의 주체로서 구제명령의 대상자인 사용자에게 해당한다고 볼 수 있다.
2. 노동조합 및 노동관계조정법 제81조제4호는 ‘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 구제신청의 내용, 그 사용자가 근로관계에 관여하고 있는 구체적 형태, 근로관계에 미치는 실질적인 영향력 내지 지배력의 유무 및 행사의 정도 등을 종합하여 결정하여야 할 것이다.
3. 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 구제명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다.

\* 원고, 상고인 : ○○중공업 주식회사

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 2007. 4. 11. 선고 2006누13970 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 노동조합 및 노동관계조정법(이하, ‘법’이라 한다) 제81조 제4호 소정의 사용자인지에 관하여
  - 가. 법 제1조는 “헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발

전에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 그리고 법 제81조는 ‘사용자는 그 각 호에서 정하는 부당노동행위를 할 수 없다’고 하고, 제82조 제1항은 “사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다”고 하며, 제84조 제1항은 “노동위원회는 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령을 발하여야 하며, 부당노동행위가 성립하지 아니한다고 판정한 때에는 그 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다”고 규정하는 등, 법 제81조 내지 제86조는 헌법이 규정하는 근로3권을 구체적으로 확보하고 집단적 노사관계의 질서를 파괴하는 사용자의 행위를 예방·제거함으로써 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 확보하여 노사관계의 질서를 신속하게 정상화하기 위하여 부당노동행위에 대한 구제제도에 관하여 규정하고 있다(대법원 1993. 12. 21. 선고 93다11463 판결, 대법원 1998. 5. 8. 선고 97누7448 판결 등 참조). 이에 의하면 부당노동행위의 예방·제거는 노동위원회의 구제명령을 통해서 이루어지는 것이므로, 구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서는 부당노동행위의 주체로서 구제명령의 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 구제신청의 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 구제명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다.

- 나. 원심은, ① 원고 회사가 공정의 원활한 수행 및 품질관리 등을 위해서 사내 하청업체 소속 피고보조참가인 참가인 1, 참가인 2, 참가인 3, 참가인 4(이하, ‘참가인들’이라 한다)을 포함한 근로자들이 해야 할 작업 내용 전반에 관하여 직접 관리하고 있었고, 또 개별도급계약을 통하여 작업 일시, 작업 시간, 작업 장소, 작업 내용 등에 관하여 실질적·구체적으로 결정하는 등 원고 회사가 작업시간과 작업 일정을 관리·통제하고 있기 때문에 근로자들이 노동조합의 총회나 대의원대회 등 회의를 개최하기 위하여 필요한 노조활동 시간 보장, 노조간부의 유급 노조활동시간 보장 등에 대하여 실질적인 결정권을 행사하게 되는 지위에 있는 점, ② 사내 하청업체는 위와 같은 작업 일시, 장소, 내용 등이 개별도급계약에 의해 확정되기 때문에 사실상 이미 확정되어 있는 업무에 어느 근로자를 종사시킬지 여부에 관해서만 결정하고 있던 것에 지나지 않았던 점, ③ 사내 하청업체 소속 근로자는 원고 회사가 제공한 도구 및 자재를 사용하여 원고 회사의 사업장 내에서 작업함으로써 원고 회사가 계획

한 작업 질서에 편입되고 원고 회사 직영근로자와 함께 선박건조업무에 종사하고 있었던 점, ④ 작업의 진행방법, 작업시간 및 연장, 휴식, 야간근로 등에 관하여서도 위 근로자들이 실질적으로 원고 회사 공정관리자(직영반장이나 팀장)의 지휘·감독하에 놓여 있었던 점 등을 종합하여, 원고 회사가 참가인들을 포함한 사내 하청업체 소속 근로자들의 기본적인 노동조건 등에 관하여 고용사업주인 사내 하청업체의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이면서 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다고 보고, 사내 하청업체의 사업폐지를 유도하는 행위 및 그로 인하여 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 지배·개입 행위를 한 원고 회사를 법 제81조 제4호 소정의 부당노동행위의 시정을 명하는 구체명령을 이행할 주체로서의 사용자에게 해당한다고 판단하였다.

원심의 이러한 판단은 위 법리에 비추어 정당하고, 거기에 상고이유로 지적하는 바와 같은 법 제81조 제4호가 정하는 사용자 개념 등에 관한 법리오해의 위법은 없으며, 상고이유에서 내세우는 대법원판결들은 사안을 달리 하는 것이어서 이 사건에 원용될 것은 아니다.

## 2. 법 제81조 제4호 소정의 부당노동행위 성립 여부에 관하여

원심은, ① 원고 회사 사내 하청업체 소속 일부 근로자들은 2003. 3.경부터 비밀리에 노동조합준비위원회를 결성하고 비밀조합원제도를 유지하여 오다가 일부 조합원의 신분이 노출되자 같은 해 8. 24. 참가인 현대중공업사내하청노동조합(이하 ‘참가인 조합’이라 한다) 창립총회를 거쳐 같은 달 30. 노동조합설립신고증을 교부받게 되었는데, 원고 회사는 2003. 8. 26. 사내 하청업체 성원기업 대표 소외 1로 하여금 참가인 조합의 조합원으로 드러난 참가인 4를 사업장에서 근무하지 못하도록 요청하여 근무대기를 하도록 하였고, 같은 달 29. 소외 1에게 참가인 4가 참가인 조합 임원인 사실을 알려준 점, ② 원고 회사의 사내 하청업체는 대부분 원고 회사의 업무만 수행하고 있고, 원고 회사는 사내 하청업체에 대한 개별도급계약의 체결 여부 및 물량을 그 계획에 따라 주도적으로 조절할 수 있는데다가 그 외에도 도급계약의 해지, 사내 하청업체 등록해지 권한을 가지고 있는 등 사내 하청업체에 대하여 우월적 지위에 있었던 점, ③ 원고 회사가 사내 하청업체에게 소속 근로자가 원고 회사에서 유인물을 배포하는 등 회사 운영을 방해하고 있다면서 계약해지 등의 경고를 한 점, ④ 참가인 조합 회계감사인 소외 2가 소속된 원광산업전기는 2003. 8. 30. 폐업하고, 참가인 조합 위원장인 참가인 1이 소속된 주식회사 영진기업(이하, ‘영진기업’이라 한다)은 2003. 10. 8. 폐업하였으며, 그 사이에도 참가인 2가 소속된 동아산업주식회사(이하, ‘동아산업’이라 한다), 참가인 조합 사무국장인 참가인 4가 소속된 성원기업(의장부분만 폐지) 등의 사내 하청업체들이 경영상 폐업할 별다른 사정이 없음에도 참가인 조합 설립 직후에 참가인 근로자들이 참가인 조합 간부임이 드러나고 근로조건에 대한 협상요구를 받은 즉시 폐업을 결정한 것을 볼 때, 위 사내 하청업체들의 폐업이유는 참가인 조합의 설립 이외에 다른 이유가 없다고 보이는 점, ⑤ 위 사내 하청업체들은 1997년경부터 설립되어 그 폐업시까지 아무런 문제없이 운영되어 온 회사들로서 전에 노사분규를 경험하여 본 적이 없고, 수십 명의 소속 근로자를 두고 있으며, 위 폐업시기가



본격적인 단체협상을 하기도 전이라는 점에서 위 폐업결정은 사내 하청업체의 독자적인 결정이라고 보이지 않는 점, ⑥ 위 영진기업의 경우 폐업결정 직후에 그 부분 사업을 인수할 효정산업이 설립되었고, 실제로 폐업한 위 영진기업 소속 근로자 상당수가 효정산업으로 직을 옮겨 영진기업이 하던 원고 회사 도장5부의 작업을 하고 있으며, 동아산업의 경우 폐업공고 직후 신라 주식회사에서 패널 조립업무에 근무할 근로자를 모집하여 동아산업이 하던 패널 조립작업을 그대로 이어받았고, 원고 회사가 현우기업에 대하여 계약해지를 예상하고 있었음에도 참가인 조합의 임원이 소속된 성원기업 의장부분이 갑자기 폐지되고 성원기업 의장부분 소속 근로자가 현우기업에 입사하였는데, 영세하고 정보력이 부족한 사내 하청업체들의 독자적인 능력만으로 폐업 및 직원모집, 회사설립 등의 복잡한 업무를 원고 회사의 운영에 아무런 차질이 없도록 위와 같이 신속하게 진행할 수 있었다고는 보이지 않는 점 등을 종합하여 볼 때, 원고 회사가 사업폐지를 유도하는 행위와 이로 인하여 참가인 조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 지배·개입 행위를 하였다고 판단하였다.

이와 같은 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 법 제81조 제4호가 정하는 지배·개입의 부당노동행위 성립에 대한 법리오해 등의 위법이 없으며, 그 밖에 원심의 사실인정을 다투는 것에 귀착하는 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

### 3. 구제명령의 내용에 관하여

현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형은 다양하고, 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 그에 대응하는 부당노동행위 구제의 방법과 내용도 유연하고 탄력적일 필요가 있는바, 사용자의 지배·개입 행위가 사실행위로 이루어진 경우 그 행위 자체를 제거 내지 취소하여 원상회복하는 것이 곤란하며 또한 사용자의 행위가 장래에 걸쳐 계속 반복하여 행하여질 가능성이 많기 때문에 사용자의 지배·개입에 해당하는 행위를 금지하는 부작위명령은 적절한 구제방법이 될 수 있다. 법 제8조의 규정 또한 노동위원회가 전문적·합목적적 판단에 따라 개개 사건에 적절한 구제조치를 할 수 있도록 하기 위해서 사용자의 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에 사용자에게 구제명령을 발하여야 한다고 규정하고 있을 뿐, 구제명령의 유형 및 내용에 관하여는 특별히 정하고 있지 아니하다.

위와 같은 취지에서 보면, 중앙노동위원회가 이 사건 지배·개입을 부당노동행위로 인정한 후 원고 회사에 대하여 발한, “실질적인 영향력과 지배력을 행사하여 사업폐지를 유도하는 행위와 이로 인하여 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 행위를 하여서는 아니된다”는 구제명령이 위법하다고 볼 것은 아니므로, 이를 다투는 상고이유의 주장은 이유 없다.

### 4. 결 론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 패소자의 부담으로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 양승태(재판장), 김지형, 전수안(주심), 양창수





제3장

## 구제대상과 구제이익 등







## 제 3 장 구제대상과 구제이익 등

### 1. 구제대상

#### 1.1 근로계약기간 만료 시 임금상당액 부분의 별도 구제이익 부정

☞ 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012두4036 판결★

#### » 요 지 «

근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 근로계약기간의 만료 등으로 근로관계가 종료하였다면 근로자로서는 해고기간 중의 지급받지 못한 임금을 지급받기 위한 필요가 있다고 하더라도 이는 임금청구소송 등 민사소송절차를 통하여 해결될 수 있어 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되었으므로 구제이익은 소멸한다고 보아야 한다.

【참조조문】 근로기준법 제28조, 행정소송법 제12조

【참조판례】 대법원 1997. 7. 8. 선고 96누5087 판결(공1997하, 2391), 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000두7988 판결, 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두22136 판결(공2010상, 133)

\* 원고, 피상고인 : 주식회사 대아교통

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 2012. 1. 11. 선고 2011누25465 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 근로계약기간의 만료 등으로 근로관계가 종료하였다면 근로자로서는 해고기간 중의 지급받지 못한 임금을 지급받기 위한 필요가 있다고 하더라도 이는 임금청구소송 등 민사소송절차를 통하여 해결될 수 있어 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되었으므로 구제이익은 소멸한다고 보아야 한다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두22136 판결 등 참조).



원심판결 이유에 의하면 원심은, 원고의 근로자들이 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 원고의 폐업으로 인하여 원고와 그들의 근로관계가 이 사건 재심판정 이전에 적법하게 종료하였으므로 그들에게 구제이익이 없다고 판단하였다.

위에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 구제이익에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박병대(재판장), 김능환, 안대희(주심), 이인복



## 1.2 구제대상으로서의 그 밖의 징벌의 의미

### (1) 그 밖의 징벌로 인정되지 못한 사례

☞ 서울행법 2011. 7. 14. 선고 2010구합32587 판결

#### » 요 지 «

1. 근로기준법이 제정될 당시부터 ‘정당한 이유 없는 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의(기타) 징벌’을 노동위원회에 대한 구제신청대상으로 규정하고 있고 그 규정내용이 변경되지 아니한 점, 당초 이러한 사용자의 부당해고 등에 대하여는 처벌규정을 두고 있어서 죄형법정주의의 원칙상 그 해석을 엄격히 해왔는데 조문내용 자체는 아무런 변경이 없고 단지 처벌 규정만이 삭제되었다고 하여 그 해석을 달리해야 할 필요성이 있다고 보이지 않는 점, 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 있는 점 등에 비추어 보면, 근로기준법이 구제신청의 대상으로 삼고 있는 부당해고 등은 열거적·한정적 규정으로서 엄격하게 해석함이 상당하다.

이 사건 인사고과가 해고, 휴직, 정직, 전직이나 감봉에 해당하지 아니함은 그 문언의 해석상 명백하므로 ‘그 밖의 징벌’에 해당하는지 여부가 문제되는데, 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 과거의 잘못에 대한 제재로서 가하는 불이익한 처분만을 의미하고, 근로계약관계에서 일반적으로 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 의미하는 것은 아니라 할 것이다. 이 사건 인사고과는 ‘그 밖의 징벌’에 해당하지 않는다고 봄이 상당하다.

2. 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 것이고, 이러한 인사고과의 결과는 보수수준 등 각종 인사관리에 활용·반영될 것이 예정되어 있다고 할 것인데, 평가대상에 해당하는 참가인 회사 소속 모든 근로자들에 대하여 동일한 기준에 의해 이루어진 참가인 회사의 인사고과평가 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.

한편 인사고과제도의 목적과 성질 등에 비추어 사용자는 근로자의 근무실적이나 업무능력 등을 중심으로 객관적이고 공정한 평정이 이루어지도록 노력하여야 하고 그것이 불순한 동기로 남용되어서는 아니 된다고 할 것이므로, 만일 이러한 기준에 위배되어



사용자의 인사고과가 이루어진다면 당해 근로자에 대하여 사법상 구제절차가 요구되고 그 인사고과평가 결과 또한 사법심사의 대상이 된다고 할 것이나, 그러한 사정만으로 사용자의 인사고과평가 결과 자체를 ‘그 밖의 징벌’의 범위에 포함시켜 노동위원회의 구제대상으로 삼아야 할 응답의 필요가 있다고 보이지는 아니한다.

비록 원고들이 F등급에 해당하는 이 사건 인사고과를 받아 결과적으로 상위 등급을 받은 다른 직원들에 비하여 일시적으로 불이익한 처우를 받게 되었다고 하더라도 이를 제재로서의 성질을 가진 것으로서 노동위원회의 구제신청 대상이 되는 근로기준법 제23조제1항의 ‘그 밖의 징벌’에 해당한다고 볼 수 없다.

\* 서울행정법원 제13부 판결

\* 사 건 : 2010구합32587 부당인사고과평가및부당노동행위구제재심판정

\* 원 고 : 별지 원고 목록과 같다.

\* 피 고 : 중앙노동위원회위원장

\* 변론종결 : 2011.06.14.

\* 판결선고 : 2011.07.14.

## » 주 문 «

1. 원고들의 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 피고보조참가로 인한 부분은 포함하여 모두 원고들이 부담한다.

## » 청구취지 «

중앙노동위원회가 2010.7.15. 원고들과 피고보조참가인 사이의 ○○부해○○ 주식회사 ○○○ 부당인사고과평가 구제 재심신청 사건에 관하여 한, 원고 김○○, 김○○, 박○○, 원○○, 조○○과 피고보조참가인 사이의 ○○부노○○ 부당노동행위 구제 재심신청 사건에 관하여 한 각 재심판정을 취소한다.

## » 이 유 «

### 1. 처분의 경위

- 가. 원고 강○○ 외 32명(이하 ‘원고들’이라 하고, 특정 원고를 지칭할 때에는 별지 원고 목록 기재 순번으로 특정한다)은 피고보조참가인 회사(이하 ‘참가인 회사’라 한다)에 입사하여 근무하던 중 참가인 회사로부터 2010.1.15. ‘2009년 인사고과 F등급’을 받은 사람들이고(이하 ‘이 사건 인사고과’라 한다), 참가인 회사는 성남시 분당구 ○○동 ○○○○에 본사를 두고 상시근로자 약 36,500명을 고용하여 정보통신사업 등을 영위하는 법인이다.



나. 원고들을 비롯한 56명의 참가인 회사 소속 근로자들은 2010.1.27. 경기지방노동위원회에 ‘이 사건 인사고과가 재량권을 남용한 부당한 인사처분일 뿐만 아니라 노동조합 및 노동관계조정법 제81조의 부당노동행위에 해당한다.’는 취지로 주장하면서 구제신청을 하였다. 이에 경기지방노동위원회는 2010.4.1. 이 사건 근로자들의 부당한 사고과평가 구제신청이 근로기준법 제23조제1항, 제28조제1항이 정한 구제신청의 대상(‘부당해고 등’)에 해당하지 아니한다고 보아 이를 각하하고, 부당노동행위 구제신청을 기각한다는 판정을 하였다.

다. 원고들을 비롯한 54명의 근로자들은 2010.5.6. 중앙노동위원회에 위 결정에 불복하여 재심을 신청하였는데, 중앙노동위원회는 2010.4.1. 경기지방노동위원회와 같은 취지로 위 근로자들의 재심신청을 모두 기각하였다.

[인정근거 : 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2호증의 각 기재, 변론 전체의 취지]

## 2. 이 사건 재심판정의 적법여부

### 가. 원고들의 주장

- (1) 이 사건 인사고과는 징벌적 제재에 해당하여 구제신청의 대상이 된다.
- (2) 원고들은 참가인 회사가 퇴출대상으로 정한 ① 15년차 이상 중에서 정년을 몇 년 남기지 않는 1954~57년생 고령자, ② 114 전화번호 안내서비스 외주화 당시 전출 거부자, ③ IT본부의 계열사 분리 당시 전출 거부자, ④ ○○○ 민주동지회 회원 등의 범주에 해당하는 사람들로서 참가인 회사의 명예퇴직 요구를 거부하였는데, 참가인 회사가 이를 이유로 원고들에게 F등급의 인사고과를 부여하였는바, 이 사건 인사고과는 객관적인 인사평가 기준 및 절차에 따른 것이 아니라 강제적인 구조조정 과정에서 오로지 원고들을 참가인 회사의 사업장에서 배제하기 위한 방편으로 이루어진 것이므로, 부당 인사고과평가이자 부당노동행위(원고 6., 9., 14., 21., 29.에 한하여)에 해당한다.

### 나. 관계규정

별지 관계규정의 기재와 같다.<생략>

### 다. 인정사실

- (1) 참가인 회사와 참가인 회사의 노동조합(이하 ‘노동조합’이라 한다)은 2009.12.9.경 15년 이상 근속한 직원들을 대상으로 특별명예퇴직을 실시하기로 합의하였고, 이에 따라 참가인 회사는 명예퇴직 기간(2009.12.14.~12.24.)을 정하여 특별명예퇴직 시행을 공고하였는데, 참가인 회사의 근로자 총 36,506명 중 특별명예퇴직 대상자는 25,357명이었고, 그 중에서 5,990여 명이 명예퇴직을 하였다.



- (2) 참가인 회사와 노동조합은 2009.5.26. 통합 KT출범에 따라 인적자원의 역량개발과 성과 위주의 보수체제구현을 통해 글로벌 수준의 경쟁력을 확보하자는 취지에서 '인사, 보수 및 복지제도 개선사항'에 관한 합의를 하였는데, 그 주요 내용은 아래와 같다.

[인사분야]

○ 직원 구분체제 개선

- 일반직, 연구직, 별정직 등의 직종 구분을 폐지하고 일반직으로 단일화 한다.
- 직급을 폐지하고 6단계 Pay-Band(급여등급)를 설정한다.

○ 고과, 승진제도 개선

- 단년고과에 의한 승진방식에서 3년 고과를 기준으로 포인트 승격제를 도입한다.

○ 징계제도 개선

- '견책, 감봉, 정직, 해임, 파면'의 징계양정을 '견책, 감봉, 해임'으로 단순화한다.

[보수 및 복지분야]

○ 전직원 연봉제 도입

- 직급별 호봉제와 포인트형 연봉제를 폐지하고 고과에 의하여 차등 인상되는 고과연봉제를 도입한다.
- 고과에 따른 기준연봉 인상률은 S(4.5%), A(3.0%), B(2.5%), C(1.5%), D(-1%)로 한다.
- 고과인상률은 최근 고과부터 3개년 고과인상률의 가중치를 50%, 30%, 20%의 비율로 각각 적용하여 합산한다.

- (3) 또한 참가인 회사와 노동조합은 2009.12.29. 승격집착에 따른 직원 간 갈등을 최소화하고 직원 사기진작을 위하여 'Pay-Band 단일화 등'에 관하여 6단계 Pay-Band(L,P,S,J,A1,A2)를 단일화하고 승격을 폐지하는 것을 골자로 하는 합의를 하였고, 위 노사합의에 따라 참가인 회사는 아래 표<생략>와 같은 인사평가 등급별 연봉인상률을 2010.1.1.부터 시행하였다.

- (4) 참가인 회사는 2009.12.31. "2009년도 인사평가지침"을 전 소속 기관에 시달한 후 위 지침에 따라 2010.1.초 평가대상 직원을 대상으로 인사평가를 시행하였고, 그 결과 원고들에게 2010.1.15. 아래<생략>와 같은 사유에 기하여 '2009년도 인사고과 F등급'을 부여하였으며, 이에 따라 2010.1.21.경 원고들에 대한 기존 연봉액 중 1%를 삭감하였다.

[인정근거 : 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2 6, 7, 25호증, 제30 내지 61호증, 제66호증, 을가 제1호증, 을나 제1, 2, 3, 9호증(가치번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지]

라. 판단

(1) 이 사건 인사고과가 구제신청의 대상에 해당하는지 여부

(가) 근로기준법 제23조제1항은 ‘사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(이하 ‘부당해고 등’이라 한다)을 하지 못한다.’라고 규정하고, 같은 법 제28조제1항은 ‘사용자가 근로자에게 부당해고 등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다.’라고 규정하고 있으며, 노동위원회규칙 제60조제1항제4호는 구제신청의 내용이 노동위원회의 구제명령 대상이 아닌 경우 심판위원회는 심판 사건을 각하하도록 규정하고 있다.

이러한 해고 등 제한규정과 근로자의 노동위원회에 대한 구제신청권은 근로기준법이 제정된 이래 내용의 변경 없이 그 조문의 위치만 변경되어 계속 유지되어 오고 있는데, 구 근로기준법(2007.1.26. 법률 제8293호로 개정되기 전의 것)은 사용자의 부당해고 등에 대한 처벌규정을 두고 있었으나(제110조), 법률 제8293호로 개정된 근로기준법은 부당해고 등에 대한 처벌 규정을 삭제하는 대신 부당해고 등에 대한 구제명령 불이행자에 대하여 이행강제금 및 벌칙 규정을 신설하였고(제33조의 6, 제110조, 제113조의 2), 위 각 규정은 조문의 위치만 변경한 채 현재에 이르고 있다.

이에 더하여, 위와 같이 근로기준법이 제정될 당시부터 ‘정당한 이유 없는 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의(기타) 징벌’을 노동위원회에 대한 구제신청대상으로 규정하고 있고 그 규정내용이 변경되지 아니한 점, 당초 이러한 사용자의 부당해고 등에 대하여는 처벌규정을 두고 있어서 죄형법정주의의 원칙상 그 해석을 엄격히 해왔는데 조문내용 자체는 아무런 변경이 없고 단지 처벌 규정만이 삭제되었다고 하여 그 해석을 달리해야 할 필요성이 있다고 보이지 않는 점, 원칙적으로 사적 자치가 지배하는 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에서 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 그 구제신청의 대상으로 삼는 것은 행정의 과도한 관여가 될 수 있는 점 등에 비추어 보면, 근로기준법이 구제신청의 대상으로 삼고 있는 부당해고 등은 열거적·한정적 규정으로서 엄격하게 해석함이 상당하다.

(나) 이 사건에 돌아와 보건대, 이 사건 인사고과가 해고, 휴직, 정직, 전직이나 감봉에 해당하지 아니함은 그 문언의 해석상 명백하므로 ‘그 밖의 징벌’에 해당하는지 여부가 문제되는데, 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 과거의 잘못에 대한 제재로서 가하는 불이익한 처분만을 의미하고, 근로계약관계에서 일반적으로 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 의미하는 것은 아니라 할 것이다.



앞서 본 인정사실 및 증거에 을나 제4 내지 8호증, 제12 내지 41호증(가지번호 포함)의 각 기재, 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 것이고, 이러한 인사고과의 결과는 보수수준 등 각종 인사관리에 활용·반영될 것이 예정되어 있다고 할 것인데, 평가 대상에 해당하는 참가인 회사 소속 모든 근로자들에 대하여 동일한 기준에 의해 이루어진 참가인 회사의 인사고과평가 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 인사고과제도의 목적과 성질 등에 비추어 사용자는 근로자의 근무실적이나 업무능력 등을 중심으로 객관적이고 공정한 평정이 이루어지도록 노력하여야 하고 그것이 불순한 동기로 남용되어서는 아니 된다고 할 것이므로, 만일 이러한 기준에 위배되어 사용자의 인사고과가 이루어진다면 당해 근로자에 대하여 사법상 구제절차가 요구되고 그 인사고과평가 결과 또한 사법심사의 대상이 된다고 할 것이나, 그러한 사정만으로 사용자의 인사고과평가 결과 자체를 ‘그 밖의 징벌’의 범위에 포함시켜 노동위원회의 구제대상으로 삼아야 할 응답의 필요가 있다고 보이지는 아니한다.
- ③ 참가인 회사의 인사규정에는 징계의 종류로 견책, 감봉, 해임만이 규정되어 있을 뿐 인사고과평가 결과를 징계로 규정하고 있지 아니할 뿐만 아니라, 원고들에 대한 이 사건 인사고과는 참가인 회사의 평가대상 전직원에 대한 업무실적 등을 평가하는 과정에서 이루어진 것으로서 원고들의 비위행위에 대한 ‘제재’의 일환으로 실시된 것도 아니다(앞서 본 바와 같이 인사고과 자체가 해당 근로자의 업무태도, 업무능력 등에 대한 전인격적, 복합적인 평가라는 점을 고려하면, 원고들에 대하여 참가인 회사가 제시한 인사고과의 사유가 참가인 회사의 인사규정상 징계사유와 유사하다는 사정만으로 이것이 실질적으로 제재에 해당한다고 볼 수도 없다).
- ④ 원고들이 F등급의 인사고과평가로 인하여 기준 연봉 1%의 삭감이라는 불이익을 받았다고 하더라도, 이는 이 사건 인사고과 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.
- ⑤ 나아가 비록 인사고과의 결과에 따라 기준 연봉이 감소되는 결과가 초래될 수 있다고 하더라도 그 정도가 연 1%에 불과하고, F등급을 제외한 A 내지 D등급을 받





은 근로자의 경우(평가대상 근로자의 95%에 해당한다) 기준 연봉의 1.5% ~ 6.0%까지 그 연봉이 인상되는 점, 원고들 역시 향후 실적에 따라 A 내지 D등급을 받을 수 있다는 점 등을 고려하면, 참가인 회사의 인사고과에 의하여 이루어지는 근로자들에 대한 '인사평가 등급별 인상률'은 앞서 본 취지에서 성과에 따라 그 처우를 달리하는 일종의 장려정책에 해당한다고 보일 뿐이다.

(다) 따라서, 비록 원고들이 F등급에 해당하는 이 사건 인사고과를 받아 결과적으로 상위 등급을 받은 다른 직원들에 비하여 일시적으로 불이익한 처우를 받게 되었다고 하더라도 이를 제재로서의 성질을 가진 것으로서 노동위원회의 구제신청 대상이 되는 근로기준법 제23조제1항의 '그 밖의 징벌'에 해당한다고 볼 수 없으므로, 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

## (2) 부당노동행위에 해당하는지 여부

(가) 사용자의 행위가 노동조합 및 노동관계조정법에서 정한 부당노동행위에 해당하는지 여부는 사용자의 부당노동행위 의사의 존재 여부를 추정할 수 있는 모든 사실을 전체적으로 심리 검토하여 종합적으로 판단하여야 하고, 부당노동행위에 대한 증명책임은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합에게 있으므로, 필요한 심리를 다하였어도 사용자에게 부당노동행위 의사가 존재하였는지 여부가 분명하지 아니하여 그 존재 여부를 확정할 수 없는 경우에는 그로 인한 위험이나 불이익은 그것을 주장한 근로자 또는 노동조합이 부담할 수밖에 없다. 이와 관련하여 사용자가 근로자에게 징계나 해고 등 기타 불이익한 처분을 하였지만 그에 관하여 심리한 결과 그 처분을 할 만한 정당한 사유가 있는 것으로 밝혀졌다면 사용자의 그와 같은 불이익한 처분이 부당노동행위 의사에 기인하여 이루어진 것이라고 설볼리 단정할 수 없다(대법원 2007.11.15. 선고 2005두4120 판결 등 참조).

(나) 살피건대, 갑 제5, 8, 12, 28, 29, 35, 38, 43, 50, 57호증, 제62 내지 65호증(가치변호 포함)의 각 기재만으로는 원고 김○○, 김□□, 박○○, 원○○, 조○○에 대하여 이 사건 인사고과가 부당노동행위에 해당한다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 위 원고들의 주장은 이유 없다.

## 마. 소결

따라서 이와 같은 전제에서 한 이 사건 재심판정은 적법하다.

## 3. 결 론

그렇다면, 원고들의 청구는 모두 이유 없으므로 이를 기각한다.

재판장 판사 박정화, 판사 김태환, 판사 이승원



## (2) 그 밖의 징벌로 인정된 사례

 서울행법 2009. 7. 1. 선고 2008구합47494 판결

### » 요 지 «

근로기준법 제23조제1항 및 제28조제1항에 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 비추어 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 불이익을 받게 되어 감봉과 비슷한 징벌적 효과를 갖는 것으로서 사실상 견책보다 가혹한 불이익제재에 해당하여, 구제신청의 대상인 근로기준법 제23조제1항 소정의 ‘그 밖의 징벌’에 해당한다고 보아야 할 것이다.

### » 주 문 «

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 보조참가로 인한 비용을 포함하여 모두 원고가 부담한다.

### » 청구취지 «

피고가 2008.10.27. 원고와 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다) 사이의 2008부해 635 부당근속승진누락 구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

### » 이 유 «

#### 1. 재심판정의 경위

- 가. 원고는 상시근로자 37,000여 명을 고용하여 정보통신사업 등을 경영하는 자이고, 참가인은 1989.10.23. 원고의 6급 행정직원으로 입사하여 1994.9.5. 5급으로 승진한 후 2002.4.17.부터 부평지사 계양지점 고객만족팀에서 근무하고 있는 자이다.
- 나. 원고의 부평지사장은 2007.6.8., 2007.7.18., 2007.8.24., 2007.9.14. 모두 4차례에 걸쳐 평가시간을 07:20 또는 07:40부터 1시간으로 하여 직원들의 KTCC(KT Certified Consultant, 고객응대 관련 사내 자격검정 제도) 자체기량평가를 실시하였고, 2007.5.23., 2007.6.13., 2007.7.11., 2007.9.18. 모두 4차례에 걸쳐 시간을 08:10 내지 08:30부터 09:00 이전까지로 하여 직원들에게 회사의 경영사정 등을 공지하는 조회 형식의 아침행사를 가졌는데, 참가인은 위 각 4차례의 평가 또는 아침행사에 모두 불참하였다. 이에 원고의 부평지사장은 2007.10.1. 참가인에게, ‘참가인이 전향과 같

이 평가 및 아침행사에 불참하는 등 조직의 화합을 통한 전사적 역량증대 및 분위기 쇄신활동에 역행함으로써 회사발전을 저해하고 위계질서를 문란하게 하였다'는 이유로 경고하였다.

다. 또한 참가인은 대전인재개발원에서 Wonderfull 프라자 실무교육을 받던 기간 중인 2007.10.16. 07:30부터 08:10까지 위 인재개발원 구내식당 출입문 앞에서 인재개발원의 승인을 받지 않은 유인물(민주통신)을 배포하였다. 이에 원고의 부평지사장은 2007.10.30. 참가인에게, '참가인이 인재개발원의 승인을 받지 않은 유인물을 배포하여 연수질서를 문란하게 하였다'는 이유로 경고하였다.

라. 원고의 부평지사장은 2008.3.1.자 근속승진과 관련하여 '참가인이 2007년에 2회의 경고처분을 받았다'는 이유로 인사규정 제22조제5항 및 인사관리매뉴얼 II.6.가.3)에서 정한 바에 따라 참가인을 근속승진 심사대상에서 제외(이하 '이 사건 근속승진누락'이라 한다)하였다.

마. 한편 원고의 근무시간은 09:00부터 18:00까지이다.

바. 참가인은 이 사건 근속승진누락이 부당하다는 등의 이유로 2008.5.30. 인천지방노동위원회에 구제를 신청하였으나, 인천지방노동위원회는 2008.7.25. 참가인의 구제신청을 기각하였다.

사. 이에 불복하여 참가인은 2008.8.20. 중앙노동위원회에 2008부해635호로 재심을 신청하였고, 중앙노동위원회는 이 사건 근속승진누락이 부당하다고 보아 이 부분 초심판정을 취소하고 원고로 하여금 참가인에 대한 2008.3.1.자 근속승진에 관하여 심사절차를 진행할 것을 명령(이하 '이 사건 재심판정'이라 한다)하였다.

[인정근거] 갑1호증, 갑3, 4호증의 각 1, 2의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

### 가. 원고의 주장

이 사건 재심판정은 다음과 같은 사유로 위법하므로 취소되어야 한다.

- (1) 이 사건 근속승진누락은 근로기준법 제23조제1항 소정의 '그 밖의 징벌'에 해당하지 않고, 원고의 취업규칙 제56조 소정의 징계 종류에도 해당하지 않으므로, 구제신청의 대상이 아니다.
- (2) 참가인은 원고의 업무상 필요에 의한 연장근로(보수규정 제27조 및 별표6에 의거 최소 23시간/월)를 제공하는 것에 관하여 근로계약 등에서 미리 약정하였을 뿐만 아니라 입사 후 약 20년간 이에 대하여 아무런 이의도 제기하지 않았으므로, 참가인은 원고가 참가인에게 합리적 사유를 들어 연장근로를 요청할 경우 특별한 사정이 없는 한 이를 이행할 의무가 있다. 위 1.나.항 기재 평가 및 아침행사는 합리적인 이유가 있는 정당한 업무상의 명령임에도 이를 의도적으로 불이행한 것은 당연히 경고처분의 대상이 되므로, 이러한 불이행을 이유로 한 경고는 정당하다.



- (3) 참가인의 위 1.다.항 기재 유인물 배포는 취업규칙 및 단체협약에 반하여 노동조합의 승인이나 그에 대한 사전 통지 없이 강행된 것으로서 마땅히 경고처분의 대상이 되고, 그 내용 또한 원고의 사전규율이 필요한 다수의 내용을 포함하고 있으므로, 이에 관한 경고도 정당하다.

나. 관계법령 등 <생략>

다. 판단

- (1) 위 가.(1)항 주장에 대하여

근로기준법 제23조제1항 및 제28조제1항에 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 비추어 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 불이익을 받게 되어 감봉과 비슷한 징벌적 효과를 갖는 것으로서 사실상 견책보다 가혹한 불이익제재에 해당하여, 구제신청의 대상인 근로기준법 제23조제1항 소정의 ‘그 밖의 징벌’에 해당한다고 보아야 할 것이다. 따라서 이에 관한 원고의 주장은 이유 없다.

- (2) 위 가.(2)항 및 (3)항 주장에 대하여

원고의 복무관리지침 제19조제1항, 제2항, 보수규정 제27조제2항, [별표 6], 단체협약 제56조 등의 관계규정에 의하면, 보수규정 [별표 6] 소정의 초과근무수당은 실적과 무관하게 지급되는 것이고, 원고가 참가인 등 직원에게 시간외근무(09:00부터 18:00까지 외의 근무)를 수행케 하기 위해서는 본인의 동의를 얻어야 하므로, 이 사건의 경우 참가인의 동의 없이 출근시간 이전에 평가 및 아침행사에 참석하도록 지시한 후 이에 불참하였음을 이유로 경고한 것은 정당하다고 보기 어렵다.

따라서 위 1.다.항 기재 경고의 정당성 및 이에 관한 원고의 주장에 관하여 나아가 살필 것 없이, 원고가 인사관리매뉴얼 II.6.가.3)항 소정의 ‘2007년에 2회의 경고처분을 받은 경우’에 해당함을 이유로 이 사건 근속승진누락처분에 나아간 것은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 부당하다.

**3. 결론 그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없으므로 이를 기각한다.**

재판장 판사 이내주, 판사 김정중, 판사 조희찬



## 2. 구제이익의 소멸

### 2.1 민사소송에서 근로자 패소가 확정된 경우 부당해고 구제이익 소멸

☞ 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15964 판결

#### » 요 지 «

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.

- \* 원고, 상고인 : 별지 원고들 목록과 같다.
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : 주식회사 카○로
- \* 원심판결 : 서울고법 2010. 6. 17. 선고 2009누3998 판결

#### » 주 문 «

원심판결 중 원고 A, B, C, D 부분을 파기하고, 이 부분 제1심판결을 취소하며, 이 부분 소를 각 각하한다. 나머지 원고들의 상고를 모두 기각한다.

원고 A, B, C, D와 피고 사이의 소송총비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 위 원고들이, 나머지 원고들과 피고 사이의 상고비용을 보조참가로 인한 부분을 포함하여 나머지 원고들이 각 부담한다.

원심판결의 별지 1, 원고 목록 중 제8항 “E”을 “A”으로 경정한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 원고 A, B, C, D가 제기한 이 사건 소의 적법 여부에 관한 직권 판단

근로자가 자신에 대한 해고 등의 불이익처분이 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다고 주장하면서 노동위원회에 행정적 구제신청을 하여 구제절차가 진행 중에 별도로 사



용자를 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.

따라서 위의 경우에 근로자의 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 기각한 지방노동위원회의 결정을 유지하여 재심신청을 기각하는 내용의 중앙노동위원회 원심판정에 대하여 취소를 구하는 소송은 그 소의 이익이 없어 부적법하다(대법원 1992. 7. 28. 선고 92누6099 판결, 대법원 1996. 4. 23. 선고 95누6151 판결 등 참조).

기록에 의하면, 원고 A, B, C, D는 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)을 상대로 이 사건 해고의 무효확인 등을 구하는 소를 각 제기하였고, 이 사건 상고심 계속 중에 위 각 사건에서 모두 원고 패소 판결을 선고받아 그 판결이 각 확정된 사실을 알 수 있다. 위 법리에 의하면, 이로써 원고 A, B, C, D에 대한 해고는 정당하다는 점이 이미 확정되어 더 이상 부당해고 및 부당노동행위 구제절차를 유지할 필요가 없게 되었고, 위 원고들이 제기한 이 사건 소는 모두 소의 이익이 없어 부적법하다.

따라서 원고 A, B, C, D에 관한 원심판결은 파기를 면할 수 없다.

## 2. 나머지 원고들의 상고이유에 대한 판단

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서들의 각 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

### 가. 상고이유 제1, 2, 3점에 대하여

- (1) 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제31조 제1항 내지 제3항에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자대표에게 해고실시일 60일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원 삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함되는 것으로 보아야 하고, 위 각 요건의 구체적 내용은 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족 정도와 관련하여 유동적으로 정해지므로, 구체적 사건에서 경영상 이유에 의한 당해 해고가 위 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 등 참조).



그리고 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실 주장이 진실한지 아닌지를 판단하며(민사소송법 제202조), 원심판결이 이와 같은 자유심증주의의 한계를 벗어나지 아니하여 적법하게 확정된 사실은 상고법원을 기속한다(같은 법 제432조).

- (2) 원심은, 누적 적자에 의한 자본 잠식, 부채비율의 급증과 유동비율 급감에 의한 단기 지급능력의 약화 및 부채구조의 악성화, 경영판단의 잘못으로 인한 감가상각비와 이자비용의 급증, 국제경쟁력 약화 및 원재료 가격 상승 등으로 인한 수익성의 악화 등의 원인에 의한 재무적인 어려움, 노사관계의 불안정, 잉여인력이 존재하는 조직의 비대 등의 그 판시와 같은 사정들을 기초로 하여 이 사건 해고에 관하여 정리해고를 할 긴박한 경영상의 필요가 있다고 보고, 나아가 그 판시와 같은 사유로 해고 대상 인력의 최소화, 명예퇴직 처리 등을 통하여 해고 회피를 위한 충분한 노력을 하였으며, 공정하고 합리적인 선정기준을 마련하여 해고 대상자를 선정하였다고 보아, 그와 관련하여 이 사건 해고가 정리해고로서의 요건을 갖추고 있다고 판단하였다.
- (3) 원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단에, 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나, 정리해고의 실질적 요건과 관련하여 그 정당성 판단에 대한 법리를 오해하고, 심리를 다하지 아니하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

#### 나. 상고이유 제4점에 대하여

- (1) 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 정리해고의 절차적 요건을 규정한 것은 같은 조 제1, 2항이 규정하고 있는 정리해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서라고 할 것이다(위 대법원 2001다29452 판결 등 참조). 따라서 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에 정리해고에 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 2001두1154, 1161, 1178 판결 참조).

원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 원고 카○로 노동조합

(이하 ‘원고 조합’이라 한다)은 참가인 근로자들의 과반수로 조직되지는 아니하였지만, 참가인과 사이에 12회에 걸쳐 이 사건 정리해고에 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 정리해고를 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 정리해고에 관한 협의를 하면서 원고 조합이 근로자들을 대표하는 것을 인정하였다고 할 것이므로, 원고 조합은 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 인정할 수 있고, 따라서 원심의 이 부분 이유 설시에 다소 적절하지 아니한 부분이 포함되어 있기는 하지만 원고 조합의 대표성을 다투는 원고들의 주장을 배척한 원심의 결론은 수긍할 수 있으며, 또한 참가인의 경영상황 전반을 잘 알고 있었고 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 정리해고 대상자 선정기준을 조정하고 명예퇴직금 지급액수를 증액하는 등 실질적인 협이가 충분히 이루어졌다고 본 원심의 판단 역시 수긍할 수 있다.

이 부분 원심판결에는 상고이유의 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 없다.

- (2) 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 의사 표시를 하게 된 경위와 당시의 상황 및 분위기, 당위성 등을 참작하여 규범적인 해석이 필요한 경우도 있다(대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7225 판결 참조).

경원권의 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 2002도7225 판결, 대법원 2010. 11. 11. 선고 2009도4558판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도11030 판결 등 참조).

원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 단체협약 조항에 대하여 판



시와 같은 이유를 들어 사전에 원고 조합에 해고 기준 등에 관하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 원고 조합의 의견을 성실하게 참고함으로써 구조조정의 합리성과 공정성을 담보하고자 하는 협의의 취지로 해석된다고 본 원심의 판단에, 상고 이유에서 주장하는 바와 같이 단체협약의 해석을 그르친 위법이 있다고 보기 어렵다.

#### 다. 상고이유 제5점에 대하여

사용자가 근로자를 해고하면서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합활동을 이유로 해고하였다고 인정되는 경우에는 그 해고는 부당노동행위에 해당하지만, 정당한 해고사유가 있어 근로자를 해고한 경우에는 비록 사용자가 근로자의 노동조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합의사가 추정된다고 하더라도 그 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없으므로, 부당노동행위에 해당하지 않는다(대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결, 대법원 2007. 11. 15. 선고 2005두4120 판결 등 참조).

원심판결 이유를 위 법리 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 이 부분 이유 설시에 다소 적절치 아니한 부분이 있기는 하나, 위에서 본 바와 같이 이 사건 해고가 경영상의 이유에 의한 해고의 실질적, 절차적 요건을 모두 갖추었다고 판단한 원심이 이 사건 해고가 부당노동행위에 해당하지 않는다고 판단한 것은 정당하다.

원심판결에는 상고이유에서 주장하는 바와 같이 부당노동행위에 관한 법리를 오해하거나 심리미진, 채증법칙 및 경험의 법칙 위배로 인한 사실오인 등의 사유로 판결 결과에 영향을 미친 위법이 없다.

### 3. 결 론

그러므로 원심판결 중 원고 A, B, C, D 부분을 파기하되, 이 부분은 이 법원이 직접 판결하기로 하여 이 부분 제1심판결을 취소하고, 이 부분 소를 각 각하하며, 나머지 원고들의 상고를 모두 기각하고, 원고 A, B, C, D와 피고 사이의 소송총비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 위 원고들이, 나머지 원고들과 피고 사이의 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 나머지 원고들이 각 부담하며, 원심판결의 별지 1. 원고 목록 중 제8항 “E”은 “A”의 오기임이 분명하므로 이를 경정하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 양창수, 대법관 전수안, 대법관 이상훈, 주심 대법관 김용덕



## 2.2 해고 후 복직된 경우 구제이익 부정

☞ 대법원 2002. 2. 8. 선고 2000두7186 판결★

### » 요 지 «

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.

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 주식회사 ○○○

\* 원심판결 : 서울고법 2000. 7. 12. 선고 2000누3469 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

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. 선고2000두7988 판결 참조).

기록에 의하면, 피고 보조참가인(이하 참가인이라 한다)은 1998. 12. 1. 부산 해운대구 ○○○아파트 경비원으로 근무하던 원고를 부산 북구 ○○○아파트의 경비원으로 전보 발령하였는데, 원고는 새로운 근무지가 거주지로부터 멀어 출·퇴근이 곤란하다는 등의 이유로 전보명령에 불응한 사실, 이에 참가인은 1998. 12. 4. 인사명령 불응 등의 사유로 원고를 해고한 사실, 원고는 위 전보명령이 부당하고 따라서 이에 대한 불응 등을 사유로 하는 해고도 부당하다고 주장하며 1998. 12. 8. 부산지방법노동위원회에 원직 복귀를 구하는 취지의 구제신청을 한 사실, 이 사건 구제신청이 부산지방법노동위원회에 계속 중인 1999. 1. 9. 참가인은 위 전보명령과 해고처분을 취소하고 원고를 주거지에서 가까운 부산 수영구 ○○○아파트의 경비원으로 복직시키는 인사명령을 발한 사실을 알 수 있다.



이러한 사실관계에 의하면 이 사건 구제 신청은 참가인이 이 사건 전보명령과 해고처분을 취소하고 원고를 복직시킴으로써 이미 그 목적을 달성하였으므로, 원고로서는 더 이상 구제절차를 유지할 이익이 없게 되었다 할 것이다.

같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 손지열, 대법관 조무제, 주심 대법관 유지담, 대법관 강신욱



## 2.3 근로자가 해고에 대해 동의, 승인한 경우 구제이익 소멸

☞ 대법원 1998. 2. 27. 선고 97누18202 판결

### » 요 지 «

근로자가 제기한 부당해고구제재심판정취소소송 도중 근로자가 당해 해고에 대하여 동의 또는 승인한 경우에는 재심판정의 취소를 구할 소의 이익은 없게 된다 할 것이다.

- \* 원고, 상고인 : A
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : 한국 엔○○ 주식회사
- \* 원심판결 : 서울고법 1997.9.30. 선고 96구45414판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

근로자가 제기한 부당해고구제재심판정취소소송 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 96누 5087 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고는 1990.12.1. 피고보조참가인(이하 참가인이라 한다)의 근로자로 입사하여 근무하던 중 1996. 4.15. 징계해고된 사실, 원고는 서울 지방노동위원회에 부당해고구제신청을 하여 원직복직 등의 구제명령을 받았으나, 참가인이 중앙노동위원회에 재심판정을 신청하여 중앙노동위원회가 지방노동위원회의 결정을 취소하고, 원고의 구제신청을 기각한 사실, 원고가 원심법원에 중앙노동위원회의 재심판정 취소소송을 제기하여 소송계속 중, 이 사건 해고에 동의하여 그 정당성을 인정한 사실을 인정한 다음, 원고가 이 사건 재심판정 이후 이 사건 해고의 정당성을 인정한 이상 중앙노동위원회의 재심판정의 취소를 구할 법률상의 이익이 없다고 판단하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심의 사실인정 및 판단은 옳고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 위법이 없다.



그리고 원고가 이 사건 해고에 동의한 것은 참가인측의 강박에 의한 것이어서 취소한다는 취지의 상고이유의 주장은 원심에서 주장하지 아니한 새로운 사실이어서 적법한 상고이유가 될 수 없을 뿐만 아니라, 기록을 살펴보아도 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로 받아들일 수 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 천경송, 대법관 지창권, 주심 대법관 신성택, 대법관 송진훈



## 2.4 대기발령 후 징계처분 시 대기발령 구제이익 소멸

☞ 대법원 1997. 9. 26. 선고 97다25590 판결

### » 요 지 «

직위해제는 일반적으로 근로자가 직무 수행 능력이 부족하거나 근무 성적 또는 근무 태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행 중인 경우, 근로자가 형사 사건으로 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(직위해제처분 후 동일한 사유로 해임되었으나 노동위원회의 복직명령에 따라 복직된 경우, 해임처분 후 복직 시까지의 임금액은 직위해제처분을 고려하지 않은 정상 근무 상태의 임금을 기초로 계산해야 한다고 한 사례).

【참조조문】 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 제정되기 전의 것) 제27조 제1항(현행 근로기준법 제30조 제1항 참조)

【참조판례】 대법원 1978. 12. 26. 선고 77누148 판결(공1979, 11620), 대법원 1981. 1. 13. 선고 79누279 판결(공1981, 13649), 대법원 1985. 3. 26. 선고 84누677 판결(공1985, 642)

\* 원고, 피상고인 : A

\* 피고, 상고인 : 광주광역시 동구 의료보험조합

\* 원심판결 : 광주고법 1997. 5. 23. 선고 96나4991 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

원심은, 피고 조합이 그 직원인 원고에 대하여 1992. 8. 22. 근무지 이탈, 품위 손상 및 복무규정 위반으로 징계의결이 요구중이라는 사유로 직위해제하였다가 뒤이어 1992. 9. 8. 직위해제 사유와 동일성이 인정되는 사유로 해임하였으나, 원고가 부당해고 구제신청을



하여 노동위원회로부터 부당해고의 인정 및 원직복직명령을 받고 1996. 8. 1. 복직한 사실을 인정한 다음, 원고에 대한 직위해제처분은 그 이후의 해임처분으로 인하여 이미 효력을 상실하였다고 할 것이므로 위 해임처분 이후 복직 시까지 원고가 지급받지 못한 임금액을 산정함에 있어서는 위 직위해제처분을 고려하지 아니한 정상적인 근무 상태에서의 임금을 기초로 계산하여야 한다고 판단하였다.

직위해제는 일반적으로 근로자가 직무 수행 능력이 부족하거나 근무 성적 또는 근무 태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행 중인 경우, 근로자가 형사 사건으로 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 된다고 할 것이므로(대법원 1978. 12. 26. 선고 77누148 판결, 1985. 3. 26. 선고 84누677 판결 각 참조), 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 원심판결에 소론과 같이 직위해제와 해임의 관계에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

이 사건에서 원고는 위 직위해제처분의 효력 상실을 주장하면서 임금 전액의 지급을 구하고 있음이 기록상 분명하므로, 원심이 위와 같이 직위해제처분의 효력을 판단한 다음 원고의 임금액을 산정한 조치에 소론과 같이 부당해고 구제절차 또는 이 사건 법원의 심판 범위에 관한 법리오해의 위법이 있다는 논지도 받아들일 수 없다. 논지는 모두 이유 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 천경송(재판장), 지창권, 신성택(주심), 송진훈



### 3. 구제이익의 예외적 인정

#### 3.1 직위해제로 승진 등의 제한이 있다면 예외적으로 구제이익 인정

☞ 대법원 2010. 7. 29. 선고 2007두18406 판결★

#### » 요 지 «

- [1] 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] 노동조합 인터넷 게시판에 국민건강보험공단 이사장을 모욕하는 내용의 글을 게시한 근로자에 대하여 인사규정상 직원의 의무를 위반하고 품위를 손상하였다는 사유로 직위해제처분을 한 후 동일한 사유로 해임처분을 한 사안에서, 근로자는 위 직위해제처분으로 인하여 승진·승급에 제한을 받고 보수가 감액되는 등의 인사상·급여상 불이익을 입게 되었고, 위 해임처분의 효력을 둘러싸고 다툼이 있어 그 효력 여하가 확정되지 아니한 이상 근로자의 신분을 상실한다고 볼 수 없어 여전히 인사상 불이익을 받는 상태에 있으므로, 비록 직위해제처분이 해임처분에 의하여 효력을 상실하였다고 하더라도 근로자에게 위 직위해제처분에 대한 구제를 신청할 이익이 있음에도, 이와 다르게 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

【참조조문】 근로기준법 제23조 / 근로기준법 제23조

【참조판례】 대법원 1997. 9. 26. 선고 97다25590 판결(공1997하, 3252), 대법원 2007. 12. 28. 선고 2006다33999 판결

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장



\* 피고보조참가인 : 국민건강보험공단

\* 원심판결 : 서울고법 2007. 8. 14. 선고 2007누872 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

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( 대법원 1997. 9. 26. 선고 97다25590 판결 등 참조). 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.

기록에 의하면, 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고 한다)은 원고가 노동조합 인터넷 게시판에 참가인 이사장을 모욕하는 내용의 글을 게시하여 인사규정상의 직원의 의무를 위반하고 품위를 손상하였다는 사유로 원고에 대하여 이 사건 직위해제처분을 한 후 동일한 사유로 이 사건 해임처분을 한 사실, 참가인의 인사규정은 직위해제기간을 승진소요 최저연수 및 승급소요 최저근무기간에 산입하지 않도록 하여 직위해제처분이 있는 경우 승진·승급에 제한을 가하고 있고, 보수규정은 직위해제기간 동안 보수의 2할(직위해제기간이 3개월을 경과하는 경우에는 5할)을 감액하도록 규정하고 있는 사실, 한편 원고는 이 사건 직위해제처분과 함께 이 사건 해임처분의 효력을 다투고 있는 사실을 알 수 있다.

이에 의하면, 원고는 이 사건 직위해제처분으로 인하여 승진·승급에 제한을 받고 보수가 감액되는 등의 인사상·급여상 불이익을 입게 되었고, 이 사건 해임처분의 효력을 둘러싸고 다툼이 있어 그 효력 여하가 확정되지 아니한 이상 원고는 참가인의 근로자의 신분을 상실한다고 볼 수 없어 여전히 이와 같은 인사상 불이익을 받는 상태에 있으므로, 비록 이 사건 직위해제처분이 이 사건 해임처분에 의하여 그 효력을 상실하였다고 하더라도 원고는 이 사건 직위해제처분에 대한 구제의 이익이 있다.



그럼에도 불구하고 원심이 제1심판결을 인용하여 이 사건 직위해제처분이 이 사건 해임처분에 의하여 실효되었다는 이유만으로 원고에게 이 사건 직위해제처분에 대한 구제의 이익이 없다고 판단한 것은, 부당해고 등 구제절차에서의 구제이익에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 양창수(재판장), 양승태, 김지형(주심), 전수안



### 3.2 임금상당액에 대한 구제이익 인정

☞ 서울고법 2007. 7. 19 선고 2006누27979 판결★

#### » 요 지 «

이 사건 재심판정 당시(2006. 4. 10.) 위 단체협약은 유효하게 존재하였고, 그 단체협약 제8조의 규정의 적용을 받아 원고와 참가인 사이의 근로계약관계가 1회 갱신되어 그 당시 존속하고 있었으므로 그 당시 참가인의 이 사건 부당해고 및 부당노동행위 구제신청의 구제이익이 없다고 할 수 없고, 현재 위 단체협약의 유효기간 만료로 인하여 그 효력이 상실되어 참가인과 원고 사이의 근로계약관계가 종료되었다고 하더라도, 이 사건 재심판정으로써 그 효력이 유지되고 있는 전남지방노동위원회의 구제명령 중에 원직복구명령 외에도 해고기간 동안의 임금지급명령이 포함되어 있어 참가인과 원고 사이에서의 과거의 근로계약관계 존재가 현재도 위 구제명령의 정당성의 전제가 되고 있기에 참가인의 이 사건 부당해고 및 부당노동행위 구제신청은 여전히 구제이익을 지니고 있다고 보아야 한다.

\* 원고, 항소인 : 주식회사 A

\* 피고, 피항소인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : B

\* 제1심 판결 : 서울행법 2006. 10. 24. 선고 2006구합17109 판결

#### » 주 문 «

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 피고보조참가로 인한 비용을 포함하여 원고가 부담한다.

#### » 청구취지 및 항소취지 «

제1심판결을 취소한다. 피고가 2006. 4. 10. 원고와 전국운송하역노동조합 및 피고보조참가인 사이의 2005부해783, 2005부노216 부당해고 및 부당노동행위구제 재심신청사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 인용하는 부분

이 법원이 설시할 이유는, 아래 제2항 기재와 같이 ‘원고의 당심 추가 주장에 대한 판



단'을, 제1심판결 3면 1행의 "원고에게 다음에 "참가인을 원직에 복직시키고, 해고기간 동안 받을 수 있었던 임금 상당액을 지급하여야 한다는 내용의"를, 제1심판결 4면 17행의 "하역노조가" 다음에 "2005. 6. 30."을 각 추가하고, 같은 면 19행의 "원고지부"를 "정명 지부"로, 제1심판결 5면 14행의 "점에"를 "점,"으로, 같은 면 16행의 "이 점을"을 "그 주장을"로 각 변경하는 외에는 제1심판결 이유란 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

## 2. 원고의 당심 추가 주장에 대한 판단

### 가. 원고의 주장

- (1) 참가인은 원고에게 단체교섭을 요구하다가 2005. 9.12.부터 파업에 돌입하기에 앞서 파업결의를 하는 과정에서 무기명, 비밀, 직접 투표에 관한 노동조합 및 노동관계조정법의 규정을 위반하여 조합원들로 하여금 공개투표를 통하여 불법파업을 결의하도록 하여 불법파업을 시작한 이상 그러한 파업을 끝내기 위한 단체교섭 및 그 과정에서 원고와 하역노조 정명지부 사이에 체결된 단체협약은 모두 무효이고, 따라서(계약직 직원에 대한 재계약 관련 조항인 제8조의 규정이 있다 하더라도 그 효력이 없으므로) 참가인은 2006. 3. 23. 근로계약기간의 종료로 자동 퇴직되었다.
- (2) 위 단체협약 제8조의 규정은 노사간의 합의가 있는 경우에만 적용할 수 있는 것이고, 원고로서는 참가인이 2회에 걸쳐 불법파업을 주도하고, 원고를 음해하거나 원고의 업무를 방해하는 등 재계약을 거절할 수밖에 없는 특별한 사정이 생겨 2006. 3. 20.경 근로계약기간 만료로 인한 해고를 통보하였는바, 참가인과의 근로계약관계는 적법하게 종료되었다.
- (3) 위 단체협약은 제63조의 규정에 따라 2007. 4. 30.까지만 적용되도록 되어 있으므로 현재 그 효력이 상실되었고, 그 이후에 별도로 노사간에 단체협약이 체결된 사실이 없는바, 결국 참가인은 현재 원고의 근로자의 지위에 있다고 볼 수 없으므로 이 사건 부당해고 및 부당노동행위 구제신청의 실익이 없음에도 구제명령을 발한 이 사건 재심판정은 잘못된 것이다.

### 나. 판단

- (1) 원고가 당심에서 제출한 갑10 내지 13호증의 2의 각 기재만으로는 을13호증의 기재에 비추어 원고 주장과 같이 공개투표를 통하여 파업결의를 한 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 원고의 위 가.의(1)항 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.
- (2) 우선 갑10내지 13호증의 2의 각 기재만으로는 원고 주장과 같은 참가인의 불법파업 및 업무방해 사실을 인정하기에 부족할 뿐 아니라 앞서 본 바와 같이 원고의 계약직 직원은 원고와 하역노조 정명지부 사이에서 2005. 10. 14. 체결된 위 단체협약



제 8조에 기하여, 원고와 위 정명지부 사이에서 계약직 직원에 대하여 재계약 체결 내지 근로계약 갱신을 거절할 만한 특별한 사정으로서 합의한 사유가 발생하지 않는 한 종전 그대로의 근로계약관계가 지속된다고 봄이 상당하므로, 원고 주장과 같이 위 조항이 노사간의 합의가 있는 경우에만 적용된다고 볼 수 없고, 원고가 위와 같은 재계약내지 계약갱신 거부사유에 관한 노사합의 및 그러한 사유의 발생에 관하여 아무런 주장, 입증을 하지 않고 있으므로 원고의 위 가.의(2)항 주장도 이유 없다.

- (3) 이 사건 재심판정 당시(2006. 4. 10.) 위 단체협약은 유효하게 존재하였고, 그 단체협약 제8조의 규정의 적용을 받아 원고와 참가인 사이의 근로계약관계가 1회 갱신되어 그 당시 존속하고 있었으므로 그 당시 참가인의 이 사건 부당해고 및 부당노동행위 구제신청의 구제이익이 없다고 할 수 없고, 현재 위 단체협약의 유효기간 만료로 인하여 그 효력이 상실되어 참가인과 원고 사이의 근로계약관계가 종료되었다고 하더라도, 이 사건 재심판정으로써 그 효력이 유지되고 있는 전남지방노동위원회의 구제명령 중에 원직복구명령 외에도 해고기간 동안의 임금지급명령이 포함되어 있어 참가인과 원고 사이에서의 과거의 근로계약관계 존재가 현재도 위 구제명령의 정당성의 전제가 되고 있기에 참가인의 이 사건 부당해고 및 부당노동행위 구제신청은 여전히 구제이익을 지니고 있다고 보아야 하므로 그 구제신청의 실익에 관한 원고의 위 가.의 (3)항 주장도 이유 없다.

### 3. 결 론

그렇다면, 제1심판결은 정당하고 그 취소를 구하는 원고의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김수형, 판사 김종문, 판사 김용배



### 3.3 전보명령 후 해고 시 예외적으로 전보명령의 구제이익 인정

☞ 대법원 1995. 2. 17. 선고 94누7959 판결

#### » 요 지 «

가. 근로자들이 전보명령 이후 해고되었다고 하더라도 그 해고의 효력을 둘러싸고 법률적인 다툼이 있어 그 해고가 정당한지 여부가 아직 확정되지 아니하였고, 그 해고가 전보명령에 따른 무단결근 등을 그 해고사유로 삼고 있어서 전보명령의 적법성 여부가 해고의 사유와도 직접 관련을 갖고 있다면, 그 전보명령에 대한 구제의 이익이 있다고 한 사례.

나. 근로자에 대한 전직이나 전보는 피용자가 제공하여야 할 근로의 종류와 내용 또는 장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 피용자에게 불이익한 처분이 될 수 있으나 원칙적으로 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 인정하여야 하지만 그것이 근로기준법 제27조 제1항에 위반되거나 권리남용에 해당하는 경우에는 부당전보로서 허용되지 아니한다.

다. 근로자들에 대한 전보명령이 업무상 필요성이 그다지 크지 않은 데 비하여 근로자들이 출퇴근하는 것이 현실적으로 매우 곤란한 등 근로자들에게 큰 생활상 불이익을 주며, 인사관리 면에서 그 전보대상자의 선정도 적절하다고 할 수 없고, 또 사용자가 그 근로자들의 방송 인터뷰 및 평소의 노조활동 등으로 좋지 않은 감정을 갖고 있다가 근로자들의 동의를 구한 바 없이 공휴일에 형식적인 제청절차만을 거쳐 전보명령을 행한 것이라면, 사용자가 한 근로자들에 대한 전보명령은 인사에 관한 재량권을 남용한 것으로 근로기준법 제27조 제1항에 위반된 부당전보라고 한 사례.

【참조조문】 가.나.다. 근로기준법 제27조 제1항 / 가. 민사소송법 제226조[소의 제기]

【참조판례】 나. 대법원 1991.9.24. 선고 90다12366 판결(공1991,2592), 1991.10.25. 선고 90다20428 판결(공1991,2817), 1992.1.21. 선고 91누5204 판결(공1992,927)

\* 원고, 상고인 : 학교법인 ○○학원

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 피고보조참가인 1 외 1인

\* 원심판결 : 서울고법 1994. 5. 26. 선고 93구19520 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

원고 소송대리인의 상고이유를 본다.

1. 원심이 적법하게 인정한 바와 같이, 피고보조참가인(이하 참가인이라고 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.
2. 근로자에 대한 전직이나 전보는 피용자가 제공하여야 할 근로의 종류와 내용 또는 장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 피용자에게 불이익한 처분이 될 수 있으나 원칙적으로 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 인정하여야 할 것이지만 그것이 근로기준법 제27조 제1항에 위반되거나 권리남용에 해당하는 경우에는 부당전보로서 허용되지 아니한다고 할 것이다.( 당원 1992.1.21. 선고 91누5204 판결 참조).

그런데, 기록에 의하여 원심이 취사한 관계증거를 살펴보면, 원심의 증거취사와 사실 인정은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 채증법칙에 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고는 볼 수 없고, 원심이 적법하게 인정한 바와 같이 참가인들에 대한 이 사건 전보명령은 업무상 필요성이 그다지 크지 않는데 비하여 참가인들이 가야대학까지 출퇴근하는 것이 현실적으로 매우 곤란하다는 등 참가인들에게 큰 생활상 불이익을 주며, 인사관리면에서 그 전보대상자의 선정도 적절하다고 할 수 없고, 또 원고가 참가인들의 KBS 인터뷰 및 평소의 노조활동 등으로 좋지 않은 감정을 갖고 있다가 참가인들의 동의를 구한 바 없이 공휴일에 형식적인 제청절차만을 거쳐 이 사건 전보명령을 행한 것이라면 원고가 한 참가인들에 대한 이 사건 전보명령은 인사에 관한 재량권을 남용한 것으로 근로기준법 제27조 제1항에 위반된 부당전보라고 할 것이므로, 같은 취지의 원심판단은 옳고, 거기에 전보명령의 재량권에 관한 법리오해가 있다고 볼 수 없다. 상고논지는 모두 이유 없다.

## 3. 결 론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 지창권(재판장), 천경송(주심), 안용득, 신성택



### 3.4 사용자의 공법상 의무를 면하기 위한 구제이익 인정

☞ 대법원 1994. 4. 29. 선고 93누16680 판결

#### » 요 지 «

가. 사용자가 행한 해고처분에 대하여 이를 부당해고로 인정하면서 해고된 근로자를 원직에 복직시키고 해고기간 동안 임금상당액의 지급을 명하는 내용의 노동위원회의 구제명령에 관한 재심판정 후에 사업장이 폐쇄되어도 해고 다음날부터 복직명령의 이행이 가능하였던 사업장 폐쇄 시까지의 기간 동안의 임금상당액의 지급의무는 소급하여 소멸하는 것이 아니므로, 사용자로서는 위 임금상당액의 지급명령을 포함하는 노동위원회의 결정에 따를 공법상의 의무를 부담하고 있는 상태라 할 것이니, 그 의무를 면하기 위하여 재심판정의 취소를 구할 법률상 이익이 있다.

나. 유흥업소 출연가수가 장소적, 시간적 구속 하에서 노무를 제공한 것이 아니고 그에 대한 보수도 근로의 대가로 지급된 것이 아니므로 종속적인 관계 하에서 노무를 제공하였다고 볼 수 없다고 하여 근로기준법 소정의 근로자에 해당하지 아니한다고 한 사례.

【참조조문】 가. 근로기준법 제27조의3, 행정소송법 제12조 / 나. 근로기준법 제14조

【참조판례】 가. 대법원 1993.4.27. 선고 92누13196 판결(공1993하,1589)

나. 대법원 1991.7.26. 선고 90다20251 판결(공1991,2242), 1991.12.13. 선고 91다24250 판결(공1992,507)

\* 원고, 피상고인 : 김○○

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 1993.6.24. 선고 92구35099 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유 제1점을 본다.

사용자가 행한 해고처분에 대하여 이를 부당해고로 인정하면서 해고된 근로자를 원직에 복직시키고 해고기간 동안 임금상당액의 지급을 명하는 내용의 노동위원회의 구제명





령에 관한 재심판정 후에 사업장이 폐쇄되어도 해고 다음날부터 복직명령의 이행이 가능하였던 사업장 폐쇄 시까지의 기간 동안의 임금상당액의 지급의무는 소급하여 소멸하는 것이 아니므로, 사용자로서는 위 임금상당액의 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(당원 1993.4.27. 선고 92누13196 판결 참조).

그렇다면 같은 취지에서 원심이 원고가 이 사건 재심판정 후에 자신이 경영하던 카바레업을 폐업하였으므로 원고로서는 위 업소의 근로자이던 소외 한수남(이하 소외인이라 한다)에 대한 해고의 효력을 다룰 법률상 이익이 없어 이 사건 소는 부적법하다는 피고의 본안전 항변을 배척한 것은 정당하고, 거기에 소론과 같은 근로기준법 제27조, 제27조의3, 노동조합법 제44조, 노동위원회법 제19조의 2의 각 규정에 관한 법률해석을 잘못된 위법이 없다. 논지는 이유 없다.

상고이유 제2점을 본다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택증거에 의하여, 원고는 1990.11.12. 소외인과 사이에 출연계약을 체결하고 그날부터 원고가 경영하던 카바레(이하 원고 업소라 한다)에 소외인이 가수로서 출연하도록 하였고, 원고는 소외인에 대하여 공연시간과 보수만을 결정하고 곡목과 노래는 소외인이 악단과 상의하여 결정할 뿐 원고는 이에 관여하지 아니하였으며, 소외인은 19:30부터 20:00까지, 21:30부터 22:00까지 30분씩 하루에 두 차례에 걸쳐 노래를 부르고 하루 30,000원의 보수를 받았고, 원고는 원고 업소를 경영하면서 악단원과 가수(소외인)등 6 - 8명에 대하여는 이를 도급관계에 있는 자유직업소득자로 보아 사업소득세를 원천징수하여 납부하였고, 주방장, 청소원, 조명기사 등 2 - 4명에 대하여는 근로소득자로 보아 근로소득세를 원천징수하여 납부하였다는 사실을 인정한 다음, 이에 의하면 위 출연계약은 그 성질상 도급계약의 일종으로서 소외인의 원고 업소에서의 출연은 위 도급계약에 따른 의무를 이행한 것이고 소외인이 원고와의 근로계약에 따라 고용된 것은 아니라 할 것이므로, 소외인을 근로기준법상의 근로자에 해당한다 할 수 없어 해고 등의 제한에 관한 근로기준법의 규정은 이 사건 출연계약해지에 관하여는 적용할 수 없다고 판단하였다.

근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 그 근로형태가 사용자와의 사이에 있어서 사용종속관계를 유지하면서 노무제공을 하였는지의 여부에 의하여 결정되는 것이지 고용계약, 도급계약 등 그 계약의 형식에 의하여 결정되는 것은 아니다.

그런데 사실이 원심이 인정한 바와 같다면 소외인은 그 업무수행이나 업무내용에 관하여 원고의 구체적이고 직접적인 지휘감독을 받은 것으로 인정되지 아니하고, 소외인의 노무제공장소가 원고업소라는 점만으로 소외인이 장소적 구속하에서 노무제공을 하였다고 볼 수 없고, 공연시간이 일반 근로자의 통상적인 근로시간과 비교하여 극히 짧고, 소외인



이 공연시간 이외에 달리 원고로부터 시간적 구속을 받고 있었다고 보여지지 아니하여 소외인이 시간적 구속하에서 노무제공을 하였다고 볼 수 없으며, 더욱이 원고가 소외인의 소득에 대하여 근로소득세가 아닌 사업소득세를 원천징수하여 납부하여 온 점으로 보아 소외인에 대한 보수가 근로의 대가로 지급된 것으로 인정되지 아니하므로, 이러한 사정을 종합하면 소외인이 종속적인 관계하에서 노무를 제공하였다고 볼 수 없어 소외인은 근로기준법 소정의 근로자라고 할 수 없다 할 것이다.

소외인이 결근할 경우 원고의 승낙을 받았다는 점, 원고가 소외인에게 양질의 노래를 부르도록 지시하였다는 점 등의 소론이 내세우는 사정은 이를 인정할 증거가 없고, 위에서 본 소외인의 노무제공의 실태에 비추어 그 밖에 소외인이 원고로부터 보수를 직접 지급받았다거나 다른 업소에 출연함이 없이 원고 업소에만 출연하였다는 내용의 소론이 내세우는 점만으로 소외인이 종속적인 관계하에서 노무를 제공하였다고 할 수 없다. 따라서 소외인은 근로기준법 소정의 근로자에 해당하지 아니한다고 인정한 원심판결에 소론과 같은 심리미진 내지 근로기준법 소정의 근로자에 관한 법리를 오해한 위법이 없다. 논지도 이유 없다.

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박준서(재판장), 김상원, 윤영철(주심), 박만호



## 4. 계약기간 만료와 구제이익

### 4.1 차별시정 절차 진행 중 근로관계 종료 시라도 구제이익 존재

☞ 서울행법 2015. 6. 23 선고 2014구합21042 판결★

#### » 요 지 «

근로계약기간의 만료 등으로 사용자와의 근로관계가 종료되었다고 하더라도 기간제근로자가 차별적 처우의 시정을 구할 구제이익은 소멸하지 않는다.

\* 원고 : A

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 주식회사 신한은행

#### » 주 문 «

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 모두 부담한다.

#### » 청구취지 «

중앙노동위원회가 2014. 10. 21. 원고와 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고만 한다)간의 중앙2014차별8 차별시정 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 이 사건 재심판정의 경위

###### 가. 당사자의 지위

참가인은 상시근로자 14,380여 명을 고용하여 은행업을 영위하고 있는 회사이고, 원고는 2009.12.30. 참가인 회사의 부지점장으로 희망퇴직 하였다가 2010.3.11. 관리전담계약직으로 채용되어 다시 참가인 회사에 근무하던 사람이다.

###### 나. 서울지방법노동위원회의 초심판정

원고는 참가인으로부터 출퇴근 등록방법, 자기개발비, 임금 인상, 특별성과급에 대하여 비교대상근로자들에 비해 차별적 처우를 받았다고 주장하면서 2014. 5. 20. 서울지방법노동위원회에 차별시정 신청을 하였으나, 서울지방법노동위원회는 2014. 7. 18. 출



퇴근 등록방법에 관한 차별시정 신청에 대해서는 차별적 처우의 금지영역에 해당하지 않는다는 이유로 각하하였고, 나머지 신청들에 대해서는 비교대상근로자가 존재하지 않는다는 이유로 기각하였다.

#### 다. 중앙노동위원회의 재심판정

원고는 위 초심판정에 불복하여 2014.8.14. 중앙노동위원회에 재심을 신청하였으나, 중앙노동위원회는 2014. 10. 21. '출퇴근 등록방법도 차별적 처우의 금지영역에 해당하나, 참가인 사업장 내에 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 비교대상근로자가 존재하지 않는다'는 이유로 원고의 재심신청을 기각하였다(이하 '이 사건 재심판정'이라 한다).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제6,7호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지

## 2. 본안전항변에 관한 판단

#### 가. 참가인의 주장

참가인은 원고가 이 사건 소송이 계속 중이던 2015.3.31. 퇴사함으로써 차별적 처우의 시정을 구할 법률상의 이익이 없다고 할 것이므로, 이 사건 소는 부적법하다고 주장한다.

#### 나. 판단

(가) 다음과 같은 사정들을 종합하면, 근로계약기간의 만료 등으로 사용자와의 근로관계가 종료되었다고 하더라도 기간제근로자가 차별적 처우의 시정을 구할 구제이익은 소멸하지 않는다고 봄이 타당하다.

- ① '기간제 및 단기간근로자 보호 등에 관한 법률'(이하 '기간제법'이라 한다) 제13조 제1항은 노동위원회가 사용자에게 할 수 있는 차별적 처우에 대한 시정명령의 내용으로 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선 외에 '적절한 배상'을 명시적으로 규정하고 있다. 그러므로 기간제근로자가 차별적 처우의 시정을 구하는 신청을 한 후 근로계약기간의 만료 등으로 근로관계가 종료된 경우 그 기간제근로자에게 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선을 구할 구제이익은 없다고 하더라도 적어도 구제절차를 유지함으로써 차별적 처우로 입은 손해에 관하여 적절한 금전배상을 구할 구제이익은 여전히 존재한다고 할 것이다.
- ② 그리고 이러한 차별적 처우에 대한 적절한 금전배상은 민사소송절차를 통한 구제와는 별도로 독자적인 존재의의를 갖는 것이어서 민사소송을 제기하여 이를 구할 수 있다는 사정만으로 금전배상에 관한 구제이익이 소멸한다고 볼 수 없다. 즉, 기간제근로자가 차별적 처우를 받았다는 이유로 사용자에게 불법행위에 기한 손해배



상을 청구하기 위해서는 차별적 처우가 있었다는 것만으로는 부족하고 이와 별도로 사용자의 고의와 과실을 추가로 입증하여야 하지만, 차별적 처우를 이유로 한 노동위원회의 금전배상명령은 차별적 처우를 금지한 규정을 위반한 사용자에게 가하는 제재조치로서 차별적 처우의 존재가 인정되는 것만으로 족하고 거기에 사용자의 고의나 과실을 별도로 요구하지 않는바, 이처럼 노동위원회의 금전배상명령은 민사소송절차를 통한 구제와는 그 요건이 서로 다르다.

- ③ 2014. 3. 18. 법률 제12469호로 기간제법이 개정되면서 제13조 제2항이 신설되어 사용자의 고의적 또는 반복적 차별행위에 대해서는 노동위원회가 기간제근로자에게 발생한 손해액의 3배 내에서 금전배상을 명할 수 있는 징벌적 성격의 배상명령이 도입되었는바(다만 부칙 제3조에 의하여 이 사건에는 적용되지 않는다), 위 조항은 노동위원회의 금전배상명령이 민사소송절차를 통한 구제와는 다른 독자적인 존재의의를 갖고 있음을 다시 한번 확인하고 나아가 사용자의 고의적이고 반복적인 차별행위에 대해서 기간제근로자가 받을 수 있는 금전배상의 범위를 확대한 것으로 볼 수 있다.

(나) 이 사건에 관하여 보건대, 원고가 이 사건 소송이 계속 중이던 2015. 3. 31. 근로계약기간이 만료되어 참가인과의 근로관계가 종료된 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으나, 앞서 본 법리에 비추어 보면 원고로서는 여전히 차별시정 신청을 기각한 이 사건 재심판정의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 할 것이다.

(다) 따라서 참가인의 본안 전 항변은 이유 없다.

### 3. 이 사건 재심판정의 적법 여부

#### 가. 당사자의 주장

##### 1) 원고의 주장

원고는 다음과 같은 이유에서 이 사건 재심판정은 위법하므로 취소되어야 한다고 주장한다.

##### 가) 비교대상근로자의 존재

원고를 비롯한 관리전담계약직 근로자들은 하루 3개 영업점에 대한 일일거래 점검 등 관리감사 업무를 수행하고 있고, 이러한 업무는 부지점장이 수행하고 있는 자점검사 업무와 비교할 때, 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없으므로, 관리전담계약직 근로자와 부지점장은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다.

##### 나) 차별적 처우의 존재

원고는 참가인으로부터 다음과 같이 출퇴근 등록방법, 자기개발비, 임금 인상, 특별성과급에 대하여 비교대상근로자들에 비해 차별적 처우를 받았다.



| 항목       | 원고(관리전담계약직)                    | 비교대상근로자(부지점장)                                        |
|----------|--------------------------------|------------------------------------------------------|
| 출퇴근 등록방법 | 지점 이동시 등록                      | 없음                                                   |
| 자기개발비    | 월 20만 원 지급                     | 월 30만 원 지급                                           |
| 임금 인상    | 동결                             | 2010년 2.0%, 2011년 5.1%, 2012년 3.3%, 2013년 2.8% 각각 인상 |
| 특별성과급    | 연간 1,800만 원을 기준으로 평가에 따라 차등 지급 | 연봉의 15%를 기준으로 전년도 성과에 따라 연동하여 지급                     |

## 2) 참가인의 주장

### 가) 출퇴근 등록방법은 차별적 처우의 금지영역에 비해당

출퇴근 등록방법은 업무수행방법 및 노무관리에 관한 것일 뿐 근로조건에 해당하지 않으므로 차별적 처우의 금지영역에 속하지 않는다.

### 나) 비교대상근로자의 부존재

관리전담계약직과 부지점장이 맡고 있는 업무는 주된 내용에 본질적인 차이가 있으므로 이들이 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 볼 수 없다.

## 나. 관계 법령

별지 기재와 같다.

## 다. 인정사실

- 1) 원고는 1978. 8.경 참가인에 입사하여 부지점장으로 근무하던 중 참가인이 2009. 12.경 인력구조 개선을 위하여 희망퇴직을 실시하자, 같은 달 30. 특별퇴직금과 퇴직 이후 1년 단위의 기간제근로자로 재입사하여 계속 근로할 수 있는 조건으로 희망퇴직하였다.
- 2) 그리하여 원고는 2010.3.11. 1년 단위의 기간제근로자인 관리전담계약직으로 참가인에 재입사한 후 매년 근로계약을 갱신하면서 근무해 왔고, 담당업무는 아래 표와 같이 하루에 3개의 영업점을 순회하면서 담당 영업점의 일일거래를 다음날 점검하는 관리감사 업무(자점검사-일일검사-익일점검)를 전담하여 수행하는 것이다.

| 대분류   | 직무내용      | 비중   | 상세업무내용              |
|-------|-----------|------|---------------------|
| 내부 통제 | 익일점검 (검사) | 100% | 익일점검 항목에 대한 점검 사후관리 |

- 3) 한편, 원고가 비교대상근로자로 선정한 부지점장의 담당업무와 그 업무들이 전체에서 차지하는 비중은 아래 표와 같고, 자점검사 업무 중 일일검사는 당일점검을 말한다.

| 대분류      | 직무내용    | 비중  | 상세업무내용            |
|----------|---------|-----|-------------------|
| 기획<br>추진 | KPI 추진  | 20% | 진도/계수/추진방향/직원 독려  |
|          | 업무협의    | 8%  | 회의(본부, 지역, 지점)    |
|          | KPI 기획  | 4%  | 실적/전략수립/추진방안      |
| 외부<br>섭외 | 방문      | 10% | 외부업체 방문 및 상담      |
|          | 자료검토/보고 | 4%  | 자료 수집, 분석, 보고     |
| 내부<br>관리 | 창구관리    | 18% | 블루매니저/직원코칭/퇴직연금상담 |

|     |       |      |                 |
|-----|-------|------|-----------------|
|     | 승인/결재 | 8%   | 승인/전·장표 결재/여신결재 |
|     | 연체관리  | 8%   | 자료추출/공지/독촉      |
|     | 자점검사  | 5%   | 일일검사/매월검사/특명검사  |
|     | 파출수납  | 4%   | 출납/파출수납         |
|     | 업무협의  | 4%   | 전행여신협의회/보고서     |
|     | 준법감시  | 3%   | 자금세탁방지/월별보고     |
|     | 민원    | 2%   | 민원인 응대 및 해결     |
|     | 보안담당  | 2%   | 보안점검/보안서류/월별보고  |
| 합 계 |       | 100% |                 |

- 4) 원고를 비롯한 관리전담계약직이 수행하는 익일점검(검사) 업무는 원래 부지점장 업무의 일부였으나, 참가인이 2009. 12.경 희망퇴직을 시행하면서 이를 분리하여 신설된 관리전담계약직에 배정하였고, 그에 따라 부지점장들은 그 이후로 익일점검(검사) 업무를 직접 수행하고 있지 않다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제8호증, 을가 제6호증의2의 각 기재 및 변론 전체의 취지

#### 라. 판단

- 1) 출퇴근 등록방법이 차별적 처우의 금지영역에 해당하는지 여부

(가) 기간제법 제2조 제3호는 '차별적 처우'라 함은 임금, 상여금, 성과금, 그 밖에 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 91다19210 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.



(나) 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 근로조건의 정의와 범위 등에 비추어 보면, 이러한 출·퇴근 등록방법은 사용자가 근로자의 근태 정보를 확인하거나 관리하기 위한 수단으로서 인사고과, 근태, 징계, 포상 등 근로자의 대우에 영향을 미칠 수 있으므로, 차별적 처우의 금지영역에 속하는 근로조건에 해당한다고 봄이 타당하다.

(다) 따라서 참가인의 주장은 이유 없다.

## 2) 비교대상근로자의 존부에 관하여

(가) 기간제법 제8조 제1항은 '사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.'고 정하여, 기간제근로자에 대하여 차별적 처우가 있었는지를 판단하기 위한 비교대상근로자로 '당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자'를 들고 있다. 비교대상근로자로 선정된 근로자의 업무가 기간제근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지는 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, 특별한 사정이 없는 이상 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다( 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결 참조).

(나) 이 사건에 관하여 보건대, 앞서 인정한 사실과 앞서 든 증거, 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 원고가 수행하는 관리 전담계약직과 비교대상근로자로 선정한 부지점장은 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 있다고 봄이 타당하므로, 이들이 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 볼 수 없다.

- ① 참가인은 2009. 12.경 인력구조 개선을 위한 희망퇴직을 실시하면서 그 희망퇴직자들을 재고용하기 위한 목적으로 1년 단위의 기간제근로자인 관리전담계약직을 신설하였고, 원고는 희망퇴직 후 관리전담계약직으로 참가인에 다시 입사하였다.
- ② 원고가 관리 전담계약직으로 근무하면서 담당한 업무가 하루에 3개의 영업점을 순회하면서 담당 영업점을 상대로 익일점검을 전담하여 실시하는 것인데 반해, 원고가 비교대상근로자로 주장하는 부지점장은 영업점에 상주하면서 지점장을 보좌하여 기획·관리를 총괄하고 외부 섭외, 내부관리(창구관리, 연체관리 등) 등의 업무를 담당하고 있다.





- ③ 원고가 수행하고 있는 관리감사 업무(익일점검)는 원래 부지점장 업무의 일부였으나, 참가인이 2009. 12.경 이를 분리하여 원고와 같은 관리전담계약직이 전담하도록 하였고, 그에 따라 부지점장들은 그 이후로 당일점검 외에 익일점검 업무를 직접 수행하고 있지 아니하므로, 둘 사이에 상호 대체성이 인정되지 않는다.
- ④ 부지점장이 담당하고 있는 영업점에 대한 당일검사 업무와 원고와 같은 관리전담계약직이 담당하고 있는 익일검사 업무가 서로 같거나 유사한 업무라고 단정하기 어렵고, 설령 두 업무 사이에 유사성이 있다고 하더라도 부지점장이 수행하는 전체 업무에서 당일검사 업무가 차지하는 비중은 5%에 불과하므로, 이것만으로는 관리전담계약직과 부지점장이 맡고 있는 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다고 볼 수 없다.

(다) 따라서 비교대상근로자가 존재한다고 볼 수 없으므로, 원고의 주장은 차별적 처우의 존부에 관하여 더 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

### 3) 소결론

이와 결론을 같이 한 이 사건 재심판정은 적법하다.

## 4. 결 론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이승한, 판사 박기주, 판사 이화연



## 4.2 근로계약기간 만료 시 구제절차 진행 중이라도 다툼 이익 소멸

☞ 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두22136 판결

### » 요 지 «

- [1] 근로자가 부당해고구제신청을 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 산정시 재직기간에 해고기간을 합산할 실익이 있다고 하여도, 그러한 이익은 민사소송절차를 통하여 해결될 수 있어 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되었으므로 구제이익은 소멸한다고 보아야 한다.
- [2] 근로자가 부당징계 구제신청을 하여 징계의 효력을 다투던 중 지방노동위원회의 구제 명령 후 사직서를 제출한 사안에서, 근로자는 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되어 근로관계의 종료와 동시에 구제이익이 소멸하였다고 보아야 하므로, 지방노동위원회의 구제명령을 전부 취소하고 구제신청을 각하하였어야 함에도 그 구제명령을 일부 유지한 중앙노동위원회의 재심판정이 위법하다고 한 사례.

【참조조문】 [1] 근로기준법 제28조, 제30조, 행정소송법 제12조

[2] 근로기준법 제28조, 제30조, 행정소송법 제12조

【참조판례】 [1] 대법원 1995. 12. 5. 선고 95누12347 판결(공1996상, 265), 대법원 1997. 7. 8. 선고 96누5087 판결(공1997하, 2391), 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000두7988 판결

\* 원고, 피상고인 : A 주식회사

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : B

\* 원심판결 : 서울고법 2008. 11. 13. 선고 2008누9708 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 살펴본다.



근로자가 부당해고구제신청을 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 산정시 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 2000두7988 판결 참조).

기록에 의하면, 원심은 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)이 부당징계 구제신청을 하여 징계의 효력을 다투던 중 경기지방노동위원회의 구제 명령 후 사직서를 제출하여 근로관계가 종료한 사실을 인정한 다음, 참가인으로서 더 이상 이 사건 구제절차를 유지할 필요가 없게 되어 위 근로관계 종료와 동시에 구제이익이 소멸하였다고 볼 것이어서, 중앙노동위원회로서는 경기지방노동위원회가 원고에 대하여 한 구제명령을 전부 취소하고 참가인의 이 사건 구제신청을 각하했어야 함에도 불구하고 경기지방노동위원회의 구제명령을 일부 유지하는 것으로 주문을 변경하였으므로, 이 사건 재심판정은 위법하다고 판단하였다.

앞서 본 법리에 비추어 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 구제이익에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이홍훈(재판장), 김영란, 김능환, 민일영(주심)



### 4.3 갱신기대권 인정 시 구제이익

☞ 대법원 2005. 7. 8. 선고 2002두8640 판결

#### » 요 지 «

계약기간을 정하여 임용된 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 재임용계약을 체결하지 못하면 재임용거부결정 등 특별한 절차를 거치지 않아도 당연퇴직 되는 것이며, 근로자가 부당해고구제신청을 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 가진다.

【참조조문】 근로기준법 제30조, 제33조, 행정소송법 제12조

【참조판례】 대법원 1995. 12. 5. 선고 95누12347 판결(공1996상, 265)

\* 원고, 피상고인 : 이○○

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : 한국문화정책개발원

\* 원심판결 : 서울고법 2002. 8. 29. 선고 2001누13081 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고보조참가인의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 피고보조참가인이 해산하였으므로 소의 이익이 없다는 주장에 대하여

피고보조참가인(이하 '참가인 법인'이라 한다)은 참가인 법인이 이미 해산결의를 완료하여 원고가 이 사건 소송에서 승소하더라도 원고를 재임용할 참가인 법인이 더 이상 존재하지 않으므로 소의 이익이 없다고 주장하나, 법인이 청산절차를 종료하지 않은 이상 해

산결의를 완료하였다는 사유만으로 그 법인격이 소멸되어 더 이상 존재하지 않는다고 할 수 없으므로, 위 주장은 받아들이지 아니한다.

## 2. 계약기간이 만료되었으므로 소의 이익이 없다는 주장에 대하여

가. 계약기간을 정하여 임용된 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 재임용계약을 체결하지 못하면 재임용거부결정 등 특별한 절차를 거치지 않아도 당연퇴직 되는 것이며, 근로자가 부당해고구제신청을 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.

나. 기록에 의하면, 참가인 법인은 그 인사관리규정에 직원의 임용은 계약제에 의하되 그 계약기간은 초임은 1년, 재임용 이상은 2년으로 하고, 원장은 계약기간 만료 1개월 이전에 근무성적평정 결과에 따라 재임용 여부를 결정하여 이를 통보하며(제8조의2 제1항, 제2항, 제4항), 그 재임용의 심사에 관한 사항을 심의하기 위하여 인사위원회를 설치하도록(제45조) 각 규정하고 있고, 나아가 그 재임용 여부를 결정하는 기준인 근무성적평정의 시기, 방법, 평정의 공개와 이의절차 및 평정에 의한 재임용 결정기준 등에 관하여 직원평정규정 및 연구결과평가운영세칙 등을 두어 상세한 내용을 정하고 있는데, 특히 직원평정규정 제20조는 평정의 등급을 1등급에서 5등급까지로 구분하고, 제29조는 그 중 1, 2, 3등급 해당자는 재임용으로 결정하고 4등급의 경우는 인사위원회의 심의를 거쳐 재임용 여부를 결정하며 5등급 해당자는 재임용 최소로 결정하도록 각 명시하고 있는 사실이 인정되는바, 이와 같은 제반 규정의 취지에 의하면 참가인 법인의 연구원은 비록 기간을 정하여 임용되었다 하여도 합리적인 기준에 의한 공정한 심사에 의하여 일정한 등급 이상의 근무성적을 거두면 특별한 사정이 없는 한 소정의 절차에 따라 재임용되리라고 하는 정당한 기대권이 있다고 인정하기에 충분하다고 하겠다.

다. 그렇다면 원고로서는 비록 최초의 임용기간이 이미 종료되었다 하여도 그를 재임용에서 제외한 참가인 법인의 조치가 소정의 절차를 위반하여 무효임을 주장할 법률상의 이익이 있다 할 것이니, 같은 취지에서 원심이, 참가인 법인과 원고와의 임용계약기간이 원래 1999. 12. 31. 종료될 예정이었더라도 참가인 법인의 원장이 원고에 대한 재임용 여부의 통보절차를 위배하였다면 재임용 여부가 아직 결정되지 아니한 상태이므로 원고로서는 재임용의 기대권과 재임용에 따른 급여청구권을 가지고 있



는 등 법률상의 이익을 가지고 있다는 이유로, 원고와 참가인 법인과 사이의 연봉제 임용계약은 계약기간이 1999. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지이었으므로 원고가 이 사건 소송에서 승소한다고 하더라도 원고와의 임용계약은 종전의 임용계약에 따라 계약기간이 2000. 1. 1.부터 2000. 12. 31.까지 1년간 연장될 뿐이고 이 기간 또한 경과되어 원고와의 임용계약관계는 다시 종료되었으므로 원고의 이 사건 소는 소의 이익이 없어 각하되어야 한다는 참가인 법인의 주장을 배척한 것은 옳고, 거기에 상고이유에서 주장하는 소의 이익에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

### 3. 원고를 재임용에서 제외한 조치의 정당성 여부에 관하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그가 적법하게 채택한 증거에 의하여, 원고가 근무성적평정 결과 최하위의 점수를 받기는 하였으나 전체 평정의 45%를 차지하는 1999년도 연구실적의 질적 평가에서 3명의 평가위원 중 1명이 이례적으로 다른 평가위원의 평가에 비해 극히 낮은 점수를 주는 바람에 결국 최하위로 평가되었던 것이고, 이는 객관성이나 공정성이 심히 의심되는 불합리한 평가로서 만약 재평가의 기회가 주어졌다면 원고가 재임용에 적합한 다른 평가를 받을 가능성이 있었음을 전제로, 참가인 법인이 계약기간 만료 하루 전에 인사위원회를 열어 원고를 재임용에서 제외하기로 의결한 다음 계약기간 만료 당일에 재임용 제외 사실을 통보하면서 재임용에서 제외된 이유에 관하여도 설명하여 주지 아니함으로써, 원고가 연구실적평가 결과의 열람 및 재평가 요구, 재임용 탈락에 대한 재심요청 등의 기회를 처음부터 봉쇄당한 채 당연퇴직 처리되고 말았으니 참가인 법인의 원고에 대한 재임용 거부는 사실상 해고에 해당하는 것으로서 명백히 부당하다고 한 제1심판결을 유지하였는바, 기록과 대조하여 보면 이에 관한 원심의 판단은 충분히 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 기간을 정한 근로관계와 부당해고에 관한 법리오해 등의 위법은 없다.

### 4. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이규홍(재판장), 이용우, 박재윤, 양승태(주심)



## 5. 사업장 폐업과 구제이익

### 5.1 사업장 위장폐업 시 구제이익 인정

☞ 서울고법 2007. 11. 27. 선고 2007누6009 판결

#### » 요 지 «

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.

\* 원고, 피항고인 : A

\* 피고, 항고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : B 주식회사

\* 제1심 판결 : 서울행법 2006. 12. 26. 선고 2006구합30768 판결

#### » 주 문 «

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이 부담하고, 나머지는 피고가 부담한다.

#### » 청구취지 및 항소취지 «

1. 청구취지중앙노동위원회가 2006. 7. 21. 원고와 피고보조참가인 사이의 2006부해34호 부당해고구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.
2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 원고의 청구를 기각한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 제1심 판결의 인용

이 법원이 이 사건에 관하여 설시할 이유는, 제1심 판결문 중 제5쪽 제4행의 “구두로 의결하였는데” 부분부터 이하 제5, 6행 부분을 “구두로 의결하였다.”로 고쳐 쓰고, 아래와 같이



항소심에서의 추가 주장에 대한 판단'을 추가하는 것 외에는 제1심 판결문의 이유 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

## 2. 항소심에서의 추가 주장에 대한 판단

피고는, 참가인 회사가 이 사건 재심판정 후 폐업을 하고 해산을 하여, 원고의 주장이 인정된다고 하여도 원고가 복직할 사업장이 없어짐으로써 사실상 구제가 불가능해져, 이 사건 재심판정의 취소를 구할 소의 이익이 없다고 주장하고, 이에 대하여 원고는, 참가인 회사가 원고의 복직을 원천 봉쇄하고 해고의 부당성에 대한 논란을 무력화하기 위해 위장폐업을 하고, 참가인 회사와 실질적으로 동일한 회사인 C주식회사(이하 C라 한다)가 참가인 회사의 인적·물적 설비를 그대로 넘겨받아 참가인 회사가 하던 운수업을 그대로 운영하고 있으므로, 여전히 이 사건 재심판정의 취소를 구할 소의 이익이 있다고 주장한다.

살피건대, 사업체가 폐업되었다고 하더라도 그 폐업이 위장폐업으로서 해고의 유효성을 다투며 회사로 복귀하고자 하는 근로자들의 해고무효 주장을 봉쇄하기 위한 성격의 것이 라면, 중앙노동위원회에 대하여 해고의 유효성을 다투는 근로자로서는 원래 사업체의 폐업에도 불구하고 여전히 소로써 부당해고 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정의 취소를 구할 이익이 있다고 할 것이다.

그런데 을 10호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 참가인 회사는 이 사건 재심판정 이후 당심의 변론종결 전인 2007. 4. 19.경 폐업을 하고 그 후 해산한 사실이 인정되나, 한편, 갑 10호증의 1, 2, 갑 13호증 내지 갑 17호증, 갑 24호증의 1, 2, 갑 25호증의 1 내지 49의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 참가인 회사는 원래 울산 남구 D에서 택시 49대로 택시운송사업을 하는 회사로서 2002. 4. 1.부터 노사합의로 전액관리제에 의한 성과급식 월급제를 실시하였는데, 전액관리제 월급제를 실시하는 동안 적자가 누적되기 시작하여 2003. 2.부터 시작된 노사임금교섭에서 타결이 쉽게 이루어지지 않고 있던 중, 2003. 5.경 회사에서 노동조합에게 자주관리를 할 것을 제안하여 2003. 8.경부터 노동조합에 의한 자주관리가 시작된 사실, 참가인 회사의 노동조합은 2003. 8. 20.경 노동조합 분회장 E명의로 참가인 회사와 자주관리계약을 체결하면서, 자주관리운영기간은 2003. 8. 20.부터 2005. 4. 20.까지로 하고, 노동조합은 참가인 회사의 대표이사인 F의 지분 전체를 운영하되 F에게 월급으로 200만원, 지분료로 900만원을 매월 지급하기로 하며, 대표이사는 비상근직으로 대외적인 회의참석 및 정보전달의 자문을 하기로 약정한 사실, 그 후 2005. 3. 31. 다시 참가인 회사 대표이사 F와 노동조합위원장 E는 노동조합은 참가인 회사 대표이사에 대하여 월 500만원의 가스리베이트와 1일 40만원의 퇴직적립금을 적립하고, 노동조합이 회사의 운영에 필요한 자금을 일괄 위임관리하며 발생하는 모든 사항에 대하여 책임지기로 하는 합의를 하면서, 위 합의가 2005. 4. 1.부터 2008. 4. 31.까지 유효한 것으로 약정한 다음 계속하여 노동조합 자주관리를 하여 온 사실, 그 후 노동조합 위원장인 E의 주도로 참가인 회사를 운영하는 가운데, 참가인 회사는 2005. 10.경 노동조합 대의원이었던 원고, G를 운송수입금을 횡령하였다는 등의 이유로 해고하고, 2006. 7.경 역시 노동조합 대의원이었던 H, I 등을 대표



이사의 명예를 훼손하고 노·사간의 갈등을 조장하였다는 등의 이유로 해고하였는데, 원고를 비롯한 위 노동조합 대의원들은 그때까지 E에 대한 비판적인 태도를 취하여 온 사실, 다른 한편 참가인 회사는 2007. 2. 27. 울산 남구 J로 이전하고 택시운송사업을 계속하였는데, 그 시점에서 보아 임원으로 대표이사 F가 1999. 10. 15.부터, 이사 K이 1999. 10. 15.부터, 이사 L가 2003. 9. 15.부터, 이사 M이 2006. 9. 15.부터, 감사 N이 2003. 9. 15.부터 취임한 것으로 법인등기부에 등재되어 있고, 이사 K, L, M은 모두 F의 가족인 사실, 그런데 C가 2007. 3. 29. 참가인 회사의 주소지인 울산 남구 J를 본점 주소지로 하여 설립되었는데, 위 회사의 임원으로서 참가인 회사노동조합 위원장인 E가 대표이사로, 참가인 회사의 이사 L, M이 각 위 회사의 이사로, 참가인 회사의 이사인 K이 위 회사의 감사로 법인등기부에 각 등재되어 있는 사실(그 외에도 위 회사의 이사로 O가 법인등기부에 등재되어 있다), 참가인 회사 소유의 택시 47대에 대하여 참가인 회사가 폐업하기 전인 2007. 4. 13. C로 그 소유자 명의 이전등록이 마쳐진 사실이 인정되는바, 위 인정 사실에 의하여 알 수 있는 바와 같이, 참가인 회사는 원고 등 4명의 해고 근로자와의 사이에 해고의 정당성과 관련한 법률분쟁을 벌이고 있는 시점에서 폐업을 한 점, 참가인 회사는 노동조합의 자주관리제로 운영되던 회사로서, 원고가 해고될 당시 노동조합 위원장 E가 실질적으로 위 회사를 운영하였고, 새로 설립된 C의 대표이사 역시 위 E인 점, 참가인 회사의 임원으로서 F의 가족인 K, L, M이 모두 C의 임원으로 등재되어 있는 점에 비추어 F는 여전히 C의 운영과 관련되어 있다고 보이는 점, C는 참가인 회사의 소재지를 본점으로 하여 참가인 회사가 폐업하기 불과 20여일 전에 설립되었고, 참가인 회사가 폐업하기 직전 참가인 회사 소유인 택시 47대를 넘겨받아 같은 장소에서 택시운송 사업을 하고 있는 점 등을 고려해보면, 참가인 회사의 명목상 대표이사 F와 실질적인 경영자인 E는 해고의 정당성에 대하여 법률분쟁을 벌이고 있는 원고 등 4명의 해고 근로자들이 회사로 복귀하는 것을 봉쇄하기 위하여 허위로 참가인 회사를 폐업하고, 그와 실질적으로 동일한 C를 설립하기에 이르렀다고 할 것인바, 그렇다면 중앙노동위원회에 대하여 해고의 정당성을 다투는 원고로서는 원래 사업체인 참가인 회사의 폐업에도 불구하고 여전히 소로써 부당해고 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정의 취소를 구할 이익이 있다고 할 것이므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.

### 3. 결 론

따라서, 제1심 판결을 정당하므로 피고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 박삼봉, 판사 곽병훈, 판사 김춘호



## 5.2 사업장 일부폐업 시 구제이익 인정

☞ 서울행법 2006. 5. 19. 선고 2005구합30181 판결

### » 요 지 «

참가인이 모든 사업을 그만두고 폐업한 것이 아니라 그 일부인 사업만을 폐업한 것이어서 나머지 사업이 남아 있고, 이와 같은 사업 양도에 있어서 근로자에게는 그 근로관계가 양수인에게 이전되는데 대하여 거부권을 갖고 있다 할 것인데 원고들이 참가인에의 복직을 원하고 있음은 앞서 본 바와 같으므로, 참가인이 위와 같은 일부 사업부분의 폐지를 들어 그에 종사하던 근로자 가운데 근로관계의 승계를 거부하는 자들을 경영상 이유로 해고할 수 있음은 별론으로 하고, 사업부분을 폐지하였다는 이유만으로 원상회복의 가능성이 없어 원고들이 구제이익이 소멸하였다고 할 수 없다.

\* 원고: 조○○, 이○○

\* 피고: ○○시설관리공단

\* 피고보조참가인: 주식회사 부국개발

### » 주 문 «

1. 원고들의 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 모두 원고들이 부담한다.

### » 청구취지 «

중앙노동위원회가 2005. 9. 7. 원고들과 피고보조참가인(이하 참가인이라고 한다) 사이의 2005부해163 부당해고구제 재심신청사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

### » 이 유 «

#### 1. 재심판정의 경위

가. 참가인은 근로자 1,800여명을 고용하여 시설물관리사업을 수행하는 서울시 산하의 공단이고, 원고 조○○은 2001. 9. 1., 원고 이○○는 2001. 5. 2. 참가인이 운영하고 있는 제주관광식물원(이하 여미지식물원이라 한다) 여미지관리사무소 지사에 각 일용직으로 입사하여 원고 조○○은 식물관리원, 원고 이○○는 환경미화원으로 각기 근무하여 왔다.



나. 참가인은 2004. 10. 28. 원고들에게 근로계약기간이 2004. 12. 1.자로 만료된다는 통보를 하였다.

다. 이에 원고들은 위와 같은 근로계약기간의 만료통보가 부당해고에 해당한다고 주장하면서 제주지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였으나 기각되었고, 중앙노동위원회 역시 2005. 9. 7. 원고들의 재심신청을 기각하는 이 사건 재심판정을 하였다.

라. 참가인은 2005. 2.경 주식회사 부국개발에게 그 사업 가운데 여미지식물원 부분을 양도하였고, 2005. 4. 19. 이후 주식회사 부국개발이 위 식물원을 경영하고 있다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 을 8의 1, 2

## 2. 본안 전 항변에 관한 판단

### 가. 참가인의 주장

참가인은 2005. 4. 19.자로 주식회사 부국개발(이하 부국개발이라 한다)에게 여미지식물원의 소유권 및 운영권 일체를 이전하고 이와 관련한 사업부분을 완전히 폐지하였으므로 여미지식물원과 관련된 근로자에 대한 사용자의 지위를 상실하였다고 할 것이므로 원고들은 더 이상 참가인에 대하여 원직복귀 등을 구할 소의 이익이 없다고 할 것이므로 이 사건 소는 부적법하다.

### 나. 판단

앞서 본 바와 같이 참가인이 모든 사업을 그만두고 폐업한 것이 아니라 그 일부인 여미지식물원과 관련한 사업만을 폐업한 것이어서 나머지 사업이 남아 있고, 이와 같은 사업 양도에 있어서 근로자에게는 그 근로관계가 양수인에게 이전되는데 대하여 거부권을 갖고 있다 할 것인데 원고들이 참가인에의 복직을 원하고 있음은 앞서 본 바와 같으므로, 참가인이 위와 같은 일부 사업부분의 폐지를 들어 그에 종사하던 근로자 가운데 근로관계의 승계를 거부하는 자들을 경영상 이유로 해고할 수 있음은 별론으로 하고, 사업부분을 폐지하였다는 이유만으로 원상회복의 가능성이 없어 원고들이 구제이익이 소멸하였다고 할 수 없다.

따라서 참가인의 본안 전 항변은 이유 없다.

## 3. 재심판정의 적법 여부

### 가. 원고들의 주장

원고들은 고용기간을 정하여 일시사역인부로 식물관리, 환경미화업무 등을 하여 왔으나 2002년도 및 2003년도에 걸쳐서 3개월 단위로 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하여 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약의 경우와 다를 바



없는데, 참가인이 상근직 근로자이거나 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있는 원고들을 긴박한 경영상의 필요성을 인정하기 어렵고, 사전적 해고회피노력을 하였다거나 근로자대표와 성실한 협의를 거치지 아니한 채 정리해고 한 것이므로 이 사건 해고는 부당하다.

#### 나. 인정사실

- (1) 참가인은 지방공기업법과 서울특별시 시설관리공단설립 및 운영에 관한 조례에 정한 바에 따라 서울특별시장이 지정하는 시설물을 관리, 운영하기 위하여 설립된 공단이고, 여미지식물원은 삼풍건설주식회사의 소유였는데 1995. 6. 29. 삼풍백화점 붕괴사건으로 인하여 삼풍건설주식회사가 서울특별시에 대하여 피해보상금 대신 여미지식물원의 소유권을 이전함에 따라 참가인은 여미지관리사무소를 두고 잠정적으로 관리를 하게 되었다.
- (2) 참가인이 위와 같이 잠정적으로 여미지식물원을 관리하게 되면서 관리사무소에 정규직 및 계약직 근로자를 고용하고 있으나, 겨울철에는 식물관리업무가 줄어드는 등의 사정을 감안하여 일용직을 고용하고 계절별로 인원을 조정하여 탄력적으로 운영할 필요가 있었다.
- (3) 이에 따라 참가인은 월 단위로 일급제 일용직을 고용하여 오다가 2001. 1. 30. 사역인부 운영제도 개선안 및 2001년도 사역인부 운영계획을 수립하게 되었고 이에 따라 2001. 3.부터 일용직 근로자들과 사이에 3개월 단위의 근로계약을 체결하여 왔다.
- (4) 원고들은 참가인에 입사하면서 일급제로서 3개월 단위로 일용직 근로계약을 체결하였고, 그간 원고 조○○은 11회, 원고 이○○는 12회에 걸쳐 같은 형태로 근로계약을 갱신하여 왔으며 제초제살포 등의 식물관리, 청소 등 단순노무에 종사하였다.
- (5) 참가인은 2001. 동절기 계획인원에 비하여 사용인원이 초과하게 되자 일용직근로자 전원을 대상으로 근무평가를 실시한 후 사역인부 재고용심사위원회의 심의를 거쳐 근무성적이 가장 낮은 근로자에 대하여 근로계약을 종료시켰고, 2002년과 2003년의 경우를 동절기가 도래하기 전에 퇴사 등으로 자연적으로 인원이 감소하여 별도로 근무평가를 실시하지 아니하다가 2004. 10. 당시 일용직 사용인원이 26명에 이르러 계획인원 20명을 초과하게 되자 일용직 근로자들을 대상으로 근무평가를 실시하여 그 중 가장 낮은 평가를 받은 원고들을 포함한 4명에 대하여 계약기간 만료통지를 하였다.
- (6) 참가인은 일용직 근로자라고 하더라도 1년 이상 근무하는 경우 3개월 단위로 월차수당을, 1년 단위로 연차수당 및 퇴직금을 지급하였다.

[증거] 갑 6, 을 1, 2의 각 1, 2, 3, 을 3, 4의 각 1, 2, 3, 을 6의 1~5, 변론 전체의 취지



#### 다. 판단

근로계약기간을 정한 경우에 있어서 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료됨에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고, 다만 단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐서 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 예외적인 경우에 한하여 비록 기간을 정하여 채용된 근로자일지라도 사실상 기간의 정함이 없는 근로자와 다를 바가 없게 되며, 그 경우에 사용자가 정당한 사유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효라고 할 것인바( 대법원 1998. 1. 23. 선고 97다42489 판결), 이때 그 근로계약이 계약서의 문언에 반하여 기간의 정함이 없는 근로계약이라고 하기 위해서는 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되어야 할 것이다(대법원 1998. 5. 29. 선고 98두625 판결).

앞서 본 바와 같이 참가인과 원고들은 근로계약기간을 3개월 정하여 근로계약을 체결하고 다시 3개월 단위로 원고 조○○의 경우 11회, 원고 이○○의 경우 12회에 걸쳐 근로계약을 갱신하여 온 사정이 있기는 하나 한편, 참가인이 위와 같이 여미지식물원을 잠정적으로 관리하게 되었고, 겨울철의 경우 식물관리업무가 줄어드는 등의 사정을 감안하여 일정 인원을 계약직 또는 일용직 근로자를 고용할 필요가 있었으며, 월 단위로 일급제 일용직을 고용하여 오다가 사역인부 운영제도 개선안 등에 따라 2001. 3.부터 일용직 근로자와 3개월 단위의 근로계약을 체결하는 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 볼 때, 원고들이 주장하는 사정을 모두 감안하더라도, 원고들과 참가인 사이의 근로계약에서 기간을 정한 것이 단지 형식에 불과하다고 보기 어렵다.

결국 원고들과 참가인 사이의 근로관계는 그 근로계약기간이 만료됨으로써 종료되었다 할 것이고, 따라서 그 기간만료에 즈음하여 참가인이 원고들에게 고용계약의 만료 통보를 하였다 하더라도 이를 들어 참가인과의 근로관계를 일방적으로 종료시키는 해고라고 할 수는 없다 할 것이다.

#### 4. 결 론

그렇다면, 이와 결론을 같이 한 이 사건 재심판정은 적법하다고 할 것이므로, 그 취소를 구하는 원고의 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 한다.

재판장 판사 민중기, 판사 김정숙, 판사 이성호



### 5.3 실질적 폐업 후 사업주의 법인격 소멸 시 구제이익 소멸

☞ 대법원 1991. 12. 24. 선고 91누2762 판결★

#### » 요 지 «

가. 근로자를 해고한 회사가 실질적으로 폐업하여 법인격까지 소멸됨으로써 그 복귀할 사업체의 실체가 없어졌다면 기업의 존재를 전제로 하여 기업에 있어서의 노사의 대립관계를 유지하는 것을 목적으로 하는 부당노동행위 구제신청의 이익도 없다.

나. 부당노동행위가 되는 위장폐업이란 기업이 진실한 기업폐지의 의사가 없이, 다만 노동조합의 결성 또는 조합활동을 혐오하고 노동조합을 와해시키기 위한 수단으로서 기업을 해산하고 조합원을 전원 해고한 다음 새로운 기업을 설립하는 등의 방법으로 기업의 실체가 존속하면서 조합원을 배제한 채 기업활동을 계속하는 경우를 말한다.

다. 갑 주식회사의 대표이사가 노사분규가 본격화되기 훨씬 이전에 을 주식회사를 설립한 바 있고, 그 후 갑 주식회사가 노사분규로 인한 생산성의 급격한 저하 등으로 경영의욕을 상실하는 등 하여 회사를 폐업하였는데 갑 주식회사의 자금으로 을 주식회사를 설립하였다고 인정되지도 아니하고, 또한 갑 주식회사의 노사의 대립이 격화되어 직장폐쇄까지 된 상태에서 일부 기술직사원이 일방적으로 퇴사하여 별도의 하청업체 병을 설립 운영한 바 있으나, 을 또는 병이 갑 주식회사와 동일한 기업이라고 보기 어려우므로 갑 주식회사가 해산을 하고 폐업한 것이 위장폐업이 아니라고 본 사례.

라. 갑 주식회사가 위 “다”항과 같은 경위로 폐업하였다면 이것이 사용자가 직업선택의 자유나 영업의 자유를 남용한 것으로서 무효라고 할 수 없다고 본 사례.

【참조조문】가. 노동조합법 제40조 / 나.다. 같은 법 제39조 제1호 / 라. 헌법 제15조

【참조판례】가. 대법원 1990.2.27. 선고 89누6501 판결(공1990,791)

\* 원고, 상고인 : 백○○

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 박○○

\* 원심판결 : 서울고법 1991. 1. 23. 선고 90구12948 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

1. 원심판결 이유를 기록에 비추어 보면 원심의 사실인정은 수긍할 수 있고, 거기에 채증법칙을 어긴 위법이 있다고 할 수 없다.
2. 원심이 확정된 사실에 의하면 원고는 피고보조참가인(이하 참가인이라고 한다)이 대표이사로 있던 소외 주식회사 안양전자(이하 소외회사라고 한다)의 노동조합위원장이었고 위 노동조합과 소외 회사는 1989. 4. 3.부터 5. 2.까지 9회에 걸쳐 단체교섭을 하였으나 결렬되자 노동조합은 같은 해 5. 3.과 6.14.에 관계기관에 쟁의발생신고를 하였으며 소외 회사는 이에 대항하여 같은 달 17.직장폐쇄신고를 하였으며, 노동조합과 소외 회사는 그 후에도 같은 해 10. 27.까지 30여 회에 걸쳐 교섭을 계속하였으나 타협에 실패하였는데 그 사이에 조합원들의 조직적인 집단조퇴, 지각과 결근, 태업이 행하여졌고 원고는 같은 해 7.과 8.경에 다른 회사 노동조합원들과 연계된 노동조합활동을 하였고, 소외 회사의 생산이사 등 기술관리직 직원 18명이 같은 해 7. 1. 일방적으로 퇴사하여 그 중 일부가 아신전자라는 별도의 하청업체를 설립 운영하였으며, 소외 회사는 설립 후 전자제품의 수출호조로 수주량을 소화하기 어려워 1987.과 1988.에는 하청업체를 둘 정도로 사업이 번창하였으나 1989.에는 노사분규로 인한 생산성의 급격한 저하와 기술인력의 부족, 원화절상에 따른 채산성 악화로 경영의욕을 상실한데다가 자금압박까지 겹치게 되어, 같은 해 10. 23. 주주총회에서 해산을 결의하고, 참가인을 청산인으로 선임한데 이어 같은 해 11.2. 근로자들에게 퇴직금과 각 1개월분 임금에 상당하는 해고수당 및 생계보조비 등을 지급한다는 내용과 폐업에 관한 공고를 함과 아울러 개별적인 통고를 하여, 이에 응한 근로자들에게는 위 퇴직금 등을 지급하였으나 불응한 근로자 37명에 대하여는 같은 달 30. 수원지방법원에 공탁하는 한편 회사청산 절차를 거쳐 1990. 9.18. 청산종결등기까지 마치었고, 한편 소외 회사의 대표이사였던 소외 한○○은 1988. 9.경 소외 회사를 그만두고 주식회사 우림이라는 회사를 설립하여 소외회사가 영위하고 있던 것과 동종의 전자제품 제조사업을 하고 있다는 것인바, 사실관계가 그와 같다면 소외 회사는 실질적으로 폐업하여 법인격까지 소멸되었고, 위 한○○이 소외 회사와 노동조합의 노사분규가 본격화되기 전에 이미 설립, 경영하고 있는 주식회사 우림이나 소외 회사의 일부 관리자들이 독자적으로 경영하고 있는 아신전자가 소외 회사와 실질적으로 동일한 사업체라고 할 수 없어 원고가 복귀할 사업체의 실체가 없어진 지금에 와서는 구제신청의 이익이 없다는 원심의 판단은 정당하여 수긍이 가고, 거기에 소론과 같은 부당노동행위에 관한 법리오해나 구제이익에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.



3. 위장폐업의 방법으로 근로자를 해고하는 것은 부당노동행위에 해당하는 것임은 분명하다 하겠으나, 위장폐업이란 기업이 진실한 기업폐지의 의사가 없이, 다만 노동조합의 결성 또는 조합활동을 혐오하고 노동조합을 와해시키기 위한 수단으로서 기업을 해산하고 조합원을 전원 해고한 다음 새로운 기업을 설립하는 등의 방법으로 기업의 실체가 존속하면서 조합원을 배제한 채 기업활동을 계속하는 경우를 말한다고 할 것인데, 원심이 확정한 사실에 의하면 소외 회사의 대표이사이던 한○○이 주식회사 우림을 설립한 것은 소외 회사와 노동조합의 분류가 본격화되기 훨씬 이전의 일로서 주식회사 우림의 설립 당시에는 노동쟁의가 발생하지도 않았을 뿐만 아니라, 기록을 살펴보면 위 한○○이 소외회사의 대표이사를 사임한 날짜는 1988. 4. 28.이고(을 제1호증), 그가 소외 회사의 자금으로 위 회사를 설립하였다고 인정되지도 아니하고, 가사 위 한○○이 소외 회사를 사임한 이유가 노동조합을 혐오하였기 때문이라고 하더라도 그가 소외 회사를 사임하고 이와는 별도의 회사를 설립한 이상 특별한 사정이 없는 한 이를 소외 회사와 동일하다고 볼 수 없으며, 노사의 대립이 격화되어 직장폐쇄까지 된 상태에서 일부 기술직사원이 일방적으로 퇴사하고 아신전자라는 별도의 하청업체를 설립 운영하였다고 하여 이것만 가지고 이를 소외 회사와 동일한 기업이라고 보기는 어렵다고 할 것이므로, 이 사건에서 소외 회사가 해산을 하고 폐업한 것이 위장폐업을 한 것이라고 할 수 없다.
4. 그리고 소외 회사가 폐업을 한 경위가 원심이 인정한 바와 같은 것이라면 이것이 사용자가 직업선택의 자유나 영업의 자유를 남용한 것으로서 무효라고 할 수 없고, 이와 같이 소외 회사는 실질적으로 폐업한 것이고 주식회사 우림이나 아신전자가 소외 회사를 승계한 실질적으로 동일한 기업이라고 인정되지 아니하며 소외 회사의 폐업을 무효라고 할 수 없는 이상, 기업의 존재를 전제로 하여 기업에 있어서의 노사의 대립관계를 유지하는 것을 목적으로 하는 부당노동행위구제신청의 이익도 없다고 아니할 수 없다(당원 1990. 2. 27. 선고 89누6501 판결 참조).

따라서 논지는 이유가 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이회창(재판장), 이재성, 배만운, 김석수





## 개별적 근로관계







제1장

## 근로관계 기본 원칙







## 제2부

## 개별적 근로관계

## 제1장

## 근로관계 기본 원칙

## 1. 법원(法源)의 상호관계

## 1.1 최저근로조건외 보장

☞ 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다2112 판결

## » 요 지 «

선원법 제5조 제1항에 의하여 적용되는 근로기준법 제2조에 따르면 근로기준법 및 선원법에서 정하고 있는 근로조건은 최저기준임을 알 수 있다 하겠으므로, 근로기준법 및 선원법 소정의 재해보상에 관한 규정도 최저기준을 정하고 있는 것에 불과하다고 할 것이어서, 계약자유의 원칙상 근로계약 당사자는 근로기준법이나 선원법 소정의 재해보상금 이외에 별도의 재해보상금을 지급하기로 약정하는 것은 얼마든지 가능하고, 그 약정이 선원법에 근거 규정이 없는 별도의 재해보상금인 특별보상금을 지급할 것을 규정하고 있는 해운항만청의 해외취업선원재해보상에관한규정에 의한 것이라 할지라도, 사용자는 위 특별보상금을 지급하여야 할 의무를 부담한다고 할 것이다.

\* 원고, 피상고인 겸 상고인 : 장○○

\* 피고, 상고인 겸 피상고인 : ○○○○ ○ 매니지먼트사 대표자 데이빗 ○○○○

\* 원심판결 : 서울고법 2000.11.24. 선고 2000나28645 판결

## » 주 문 «

원심판결 중 원고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

피고의 상고를 기각한다.

## » 이 유 «

## 1. 피고의 상고이유에 대한 판단

가. 본안전항변 부분에 대하여

선원법상의 재해보상청구권과 민법상의 불법행위로 인한 손해배상청구권은 청구권경합의 관계에 있는 것으로서 소송물을 달리 한다 할 것이며(대법원 1987.6.23. 선고 86다카2228 판결 참조), 선박이 안전한 항해를 할 수 있는 능력을 구비하지 못하였다는 이른바 불감항성을 이유로 한 손해배상 청구 소송도 손해배상 청구 소송이라는 점에서 불법행위로 인한 손해배상 청구 소송과 동일한 성격을 가진다 할 것이므로 그 소송과 선원법상의 재해보상 청구 소송은 소송물을 달리 하는 것으로 보아야 할 것이다.

위 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심이, 원고가 미국 법원에 피고를 상대로 이용환의 사망을 원인으로 한 손해배상청구 소송을 제기하여 그 소송 계속 중에 있으므로 선원법에 기한 재해보상을 구하는 이 사건 소는 중복제소에 해당하여 부적법하다는 피고의 항변에 대하여, 원고가 선박 소유자인 피고의 과실로 인하여 이용환이 사망하였다고 주장하면서 1997.1.22. 루이지애나주 패리쉬 오브 세인트 버나드(Parish of St. Bernard) 소재 제34 지방법원(34th Judicial District Court)에 피고를 상대로 손해배상청구 소송을 제기한 사실은 인정되나, 선박소유자의 불법행위를 이유로 한 손해배상청구와 선원법상의 재해보상청구는 소송물을 달리하는 것이므로 중복제소가 될 수 없다는 이유로, 이를 배척한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 원심이, 원고가 미국 법원에 제기한 불감항성을 이유로 한 청구는 피고의 무과실책임을 묻는 것으로서 이 사건 재해보상청구와 소송물이 동일하다는 취지의 피고의 주장에 대하여, 명시적으로 판단하지 아니하였으나 이미 위에서 판단한 바와 같이 불감항성을 이유로 한 청구 역시 이 사건 재해보상청구와는 그 소송물을 달리하는 것이고 원심이 이 사건의 본안에 관하여 판단을 한 이상 이를 배척하였다고 못 볼 바도 아니어서 원심판결에는 상고이유에서 주장하는 바와 같은 판단유탈이나 심리미진 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 부분 상고이유는 그 이유가 없다.

#### 나. 자살을 이유로 한 피고의 면책주장 배척 부분에 대하여

원심은, 이○○이 직무상 사망하였음을 이유로 하여 승선 평균임금 1,300일분에 해당하는 유족보상금의 지급을 구하는 원고의 주위적 청구는 이를 배척하였으나, 이○○은 직무 외의 원인으로 사망하였다고 할 것이므로 선원법 제90조 제2항에 따라 승선 평균임금 1,000일분에 해당하는 유족보상금의 지급을 구하는 원고의 예비적 청구는 이유 있다고 판단한 다음, 이○○의 사망은 그의 고의 또는 중대한 과실에 기인한 때에 해당하므로 선원법 제90조 제2항 후문에 의하여 피고는 유족보상금을 지급할 의무가 없다는 피고의 항변에 대하여, 위 인정 사실에 의하면 이○○ 스스로 왼쪽 손목에 과도로 자해를 하여 상당 시간 피를 흘리다가 난간으로 뛰어내려 그 충격으로 인한 두개골 골절로 사망하였을 가능성이 엿보이기는 하나 그렇다고 하여 이○○이 자살을 하였다거나 자신의 중대한 과실로 사망하였다는 확신을 갖게 하기에는 부족하다는 이유로, 이를 배척하였다.

선원법 제90조 제2항에서, “선박소유자는 선원이 승무(제85조 제2항의 규정에 의한 요



양을 포함한다) 중 직무 외의 원인으로 사망한 경우에는 지체 없이 대통령령이 정하는 유족에게 승선평균임금의 1천일분에 상당하는 금액의 유족보상을 행하여야 한다. 다만, 사망의 원인이 선원의 고의 또는 중대한 과실로 인한 경우에 선박소유자가 선원노동위원회의 인정을 받은 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 선원의 사망의 원인이 선원의 고의 또는 중대한 과실로 인한 것이라는 사실의 입증책임은 승무 중 사망한 선원에게 지급하여야 할 유족보상 책임의 면책을 주장하는 선박소유자가 진다고 보아야 할 것인바, 기록을 살펴보면, 특히 유서가 없다는 점 및 이용환의 얼굴 부위의 골절이 한 번의 추락으로 발생할 수 있는 것으로 보이지 아니하는 점 등에 비추어 볼 때, 원심이 위와 같이 이○○이 자살을 하였거나 자신의 중대한 과실로 사망하였다는 확신을 갖게 하기에는 부족하다고 판단하여 피고의 면책항변을 배척한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반으로 인한 사실오인, 자유심증주의 이탈 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 부분 상고이유 역시 받아들일 수 없다.

## 2. 원고의 상고이유에 대한 판단

원심은, 이○○의 사망 당시 시행중이던 해운항만청의 해외취업선원재해보상에관한규정(1991.2.8. 해운항만청고시 제1991-6호) 제3조 제2항에서, ‘선박소유자는 선원이 승무 중 직무 외의 원인으로 사망한 경우에는 그 유족에게 특별보상금으로 미합중국화 3만 달러를 지급하여야 한다.’고 규정하고 있으나, 위 특별보상금과 같이 선박소유자에게 재산상의 의무를 부과하는 것은 입법사항이라고 할 것이므로 법률로 그 요건 및 금액을 정하든가 이를 구체적으로 정할 수 있는 객관적 기준을 명시하여 대통령령이나 규칙에 위임하여야 할 것인데 선원법의 제 규정을 살펴보아도 해외취업선원재해보상에관한규정에서 정한 특별보상금의 근거를 찾아볼 수 없으므로, 특별보상금에 관한 해외취업선원재해보상에관한규정 제3조 제2항은 위임입법의 한계를 일탈한 무효의 규정이라고 보아야 한다고 판단하여, 원고의 특별보상금 청구를 기각하였다.

그러나 선원법 제5조 제1항에 의하여 적용되는 근로기준법 제2조에 따르면 근로기준법 및 선원법에서 정하고 있는 근로조건은 최저기준임을 알 수 있다 하겠으므로, 근로기준법 및 선원법 소정의 재해보상에 관한 규정도 최저기준을 정하고 있는 것에 불과하다고 할 것이어서, 계약자유의 원칙상 근로계약 당사자는 근로기준법이나 선원법 소정의 재해보상금 이외에 별도의 재해보상금을 지급하기로 약정하는 것은 얼마든지 가능하고, 그러한 약정을 한 이상 근로자의 재해 발생시 사용자는 그 약정에 따른 별도의 재해보상금을 지급할 의무가 있다고 보아야 할 것이므로, 그 약정이 선원법에 근거 규정이 없는 별도의 재해보상금인 특별보상금을 지급할 것을 규정하고 있는 해운항만청의 해외취업선원재해보상에 관한 규정에 의한 것이라 할지라도, 근로계약 당사자가 위 해운항만청의 규정에서 정하고 있는 특별보상금을 재해보상금으로 추가로 지급하기로 약정하였다면 이에 따라 사용자는 위 특별보상금을 지급하여야 할 의무를 부담한다고 할 것이다.

그런데 기록에 의하면, 피고를 대리한 해외선박과 이○○은 위 근로계약을 체결하면서 재해보상은 해외취업선원재해보상에관한규정(항만청 고시 91-6호)에 의하기로 약정한 사실, 위 규정 제3조 제2항에서는, '선박소유자는 선원이 승무 중 직무 외의 원인으로 사망한 경우에는 그 유족에게 특별보상금으로 미합중국화 3만 달러를 지급하여야 한다.'고 규정하고 있는 사실을 알 수 있는바, 그렇다면 앞서 본 법리에 비추어, 피고는 선원법 소정의 재해보상금보다 더 많은 유족보상금을 특별보상금이라는 명목으로 지급하도록 정하고 있는 위 항만청 규정에 의하여 재해보상을 하기로 근로계약에서 약정하였다 할 것이어서, 그 약정에 따라 이○○의 위 승무 중 사망으로 인하여 그 유족인 원고에게 특별보상금으로 미합중국화 3만 달러를 지급할 의무를 지게 되었다고 봄이 상당하다 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심이 특별보상금에 관한 해외취업선원재해보상에관한규정 제3조 제2항이 위임입법의 한계를 일탈한 무효의 규정이라는 이유만으로 원고의 특별보상금 청구를 기각한 것은, 원고의 청구원인을 오인하였거나, 선원법 및 근로기준법 소정의 근로조건에 관한 법리를 오해한 나머지 판결 결과에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라 할 것이다. 이 점을 지적하는 상고이유는 이유 있다.

### 3. 결 론

그러므로 원심판결 중 원고 패소 부분(원고는 특별보상금에 관한 부분에 한해 상고한 것으로 보인다)을 파기하고, 이 부분 사건을 원심법원에 환송하기로 하며, 피고의 상고를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.





## 1.2 최저기준에 미달한 근로조건의 효력

☞ 대법원 1993. 5. 27. 선고 92다24509 판결

### » 요 지 «

1. 근로기준법에 정한 기준에 달하지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 되는 것으로서, 그와 같이 근로기준법 소정의 기준에 미달하는 근로조건이 단체협약에 의한 것이라거나 근로자들의 승인을 받은 것이라 하여 유효로 볼 수 없다.
2. 근로기준법상의 근로시간이라 함은 근로자가 사용자의 지휘, 감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간을 말하는 바, 근로자가 작업시간의 중도에 현실로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식, 수면시간 등이라 하더라도 그것이 휴게시간으로서 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니고 실질적으로 사용자의 지휘, 감독하에 놓여 있는 시간이라면 이를 당연히 근로시간에 포함시켜야 할 것이다.

\* 원심판결 : 서울고법 1992.5.14. 선고 91나51315 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

1. 근로기준법에 정한 기준에 달하지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하는 것으로서(근로기준법 제20조), 그와 같이 근로기준법 소정의 기준에 미달하는 근로조건이 단체협약에 의한 것이라거나 근로자들의 승인을 받은 것이라고 하여 유효로 볼 수도 없는 것이다(당원 1990.12.21 선고, 90다카 24496 판결 참조).

원심은, 피고 법인의 취업규칙과 이에 따른 수당 지급세칙 또는 임금협정에 그 소속 운송직 근로자들의 시간외 근로 및 야간근로, 휴일근로 등에 대한 제수당을 산정하는 방식으로, 각 직원의 직급수에 따른 호봉별 봉급액의 30 내지 40퍼센트에 해당하는 금액을 기준액으로 하여, 시간외 근로수당은 기준액×1.5/184×시간외 근무시간수, 휴일근로수당은 기준액×1.5/25×휴일근무일수, 야간근로수당은 기준액×0.5/184×야간근무일수의 산식에 의하도록 규정되어 있는데, 이는 근로기준법 제46조, 동법 시행령 제31조 제1항 소정의 제 법정수당의 산정방식과는 달리 통상임금을 기준액으로 삼지 않고 그에 훨씬 미달되는 호봉별 봉급액의 일정비율 해당금액만을 그 기준액으로 삼고 있어 근로기준법에 정한 기준에 미달하여 그 범위내에서 무효라고 보는 전제하에서, 피고가 그 운송직원인 원고 박○○ 및 소외 고○○에게 각 지급하여야 할 제 수당액을 위 취업규칙 등의 규정에 의하지 않고 근로기준법상의 규정에 따라 판시와 같이 시간급 통

상임금을 계산하고 이를 기준액으로 삼아 해당 근로시간수를 곱하는 방법에 의하여 산정하고 있다. 기록에 의하여 살펴본 바, 원심의 위 조치는 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 소론과 같은 무슨 위법이 있음을 찾아볼 수 없다.

그리고 피고법인의 취업규칙 등에 제 법정수당의 산정방식을 위와 같이 규정하고 있다 하여 이로써 곧바로 피고와 근로자들 사이에 월 소정 근로시간수를 184시간으로 약정한 것이라고 단정할 수는 없으므로, 이 사건 제수당의 산정기초가 되는 시간급 통상임금을 계산함에 있어서도 소론과 같이 해당 월급금액을 184로 나누는 방법은 허용될 수 없다 할 것이다. 논지는 모두 이유 없다.

2. 근로기준법상의 근로시간이라 함은 근로자가 사용자의 지휘, 감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간을 말하는 바, 근로자가 작업시간의 중도에 현실로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식, 수면시간 등이라 하더라도 그것이 휴게시간으로서 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니고 실질적으로 사용자의 지휘, 감독하에 놓여 있는 시간이라면 이를 당연히 근로시간에 포함시켜야 할 것이다.

기록에 의하면, 원고 박○○ 등과 같은 피고법인의 우편물운송차량의 운전직에 종사하는 직원들이 격일제 근무형태로 근무하는 도중에 수시로 수면이나 식사 등 휴식을 취하여 온 것은 사실이지만, 이는 어디까지나 일정한 시각에 출근하여 퇴근할 때까지 항상 사업장 내에서 운전업무 등의 노무제공을 위하여 대기하는 상태에서 그 공백시간에 틈틈이 이루어진 것이지 결코 일정한 수면시간이나 휴식시간이 보장되어 있어 피고법인의 지휘, 감독으로부터 벗어나 자유로운 휴게시간으로 이용한 것이 아님을 알 수 있다.

따라서 원심이 이 사건 제 법정수당의 산출을 위한 시간외 근로와 야간근로시간수를 산정함에 있어 위와 같은 수면이나 휴식시간을 제외하지 않고 근로시간에 모두 이를 포함시킨 조치도 옳고 거기에 소론과 같은 심리미진이나 채증법칙위반으로 인한 사실오인 등의 위법사유는 없다 할 것이다. 논지도 이유 없다.

3. 또한 소론은 요컨대, 원고 박○○이 1989.4.18 퇴직하고서도 그해 4월분의 급여로서, 퇴직시에는 당해 월의 보수전액을 지급한다는 피고법인의 취업규칙과 임금협정에 따라 4월분 급여 전액을 수령하였으므로, 위 원고에 대한 퇴직금의 산정기초가 되는 평균임금을 계산함에 있어서도 4월분 급여액 중 실제 근무하지 아니한 기간(13일)에 해당하는 급여액 만큼은 일할로 계산하여 공제하고 그 나머지 금액만을 퇴직 전 3개월간의 임금에 포함시켜야 한다는 취지이다.

그러나 위 원고가 수령한 4월분 급여는 어디까지나 1989.4.17까지의 근무에 대한 임금으로 지급된 것이지 결코 그 달 30일까지의 계속근무를 전제로 한 대가의 성질을 지니는 것으로 볼 수 없음이 분명한 터이므로, 그 급여액 전부를 퇴직한 날 이전 3월간에 위 원고에게 지급된 임금의 총액에 포함시켜 이를 기준으로 평균임금을 계산하여야 마땅할 것이다. 같은 취지의 원심판단도 역시 옳고 이와 반대의 견해에서 법리오해의 주장을 펴는 논지는 받아들일 수 없다.



### 1.3 개별계약에서 근로조건 대등 결정의 원칙

☞ 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다71832 판결★

#### » 요 지 «

회사 내에서 근로자들로부터 상여금을 반납받기 위하여 그 추진방법 및 일정 등을 정한 추진계획이 세워지고, 그 계획에 따라 상여금 반납결의가 이루어지고, 일반직 관리직 직원들이 상여금반납결의를 함에 있어서 회람형식으로 그 의사를 표시하기는 하였으나, 일반관리직 직원들에게 그 당시 회사의 경영상태 및 자구노력의 일환으로 이루어진 상여금 반납의 필요성에 대하여 충분한 설명이 이루어진 뒤에 상여금 반납에의 동의여부에 대한 의사표시를 하도록 하였고, 일반관리직 직원들이 그러한 사실을 충분히 인식한 상태에서 회람형식의 반납결의문에 서명하였던 것으로 볼 여지가 있어서 그 당시 회사의 경영상의 악화에 의하여 일반직 관리직 직원들이 스스로 위기의식을 느낀 나머지 상여금반납결의에 동의하였던 것이라고 하더라도 위기에 빠진 회사를 살리기 위하여 대다수 근로자들의 상여금포기가 요구되는 상황에서 일정한 계획을 세우고 이를 실행하는 것이 근로자들의 참여를 높이는 데 보다 효율적일 뿐 아니라 계획에 의한 일의 추진이 반드시 자발적인 참여와 배치되는 것이라고 보여지지도 않으므로 그러한 사정만으로는 상여금 반납결의가 근로자들의 자발적인 참여에 의하여 이루어진 것이 아니라 회사가 근로자의 상여금 포기를 이끌어낼 의도로 상여금 반납결의절차에 부당히 개입하여 이를 조직적으로 추진한 것으로 보기는 어렵다.

\* 사 건 : 2003.4.11 선고, 대법원 제2부 2002다71832 임금 등(L산전 주식회사 사건)

\* 원고, 피상고인 겸 상고인 : 강○길 외 33, 김○환 외 30

\* 피고, 상고인 겸 피상고인 : L산전 주식회사 대표이사 정○철

\* 원심판결 : 서울고법 2002.11.27 선고, 2001나73451 판결

#### » 주 문 «

1. 원심판결 중 원고들의 상여금 청구에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.
2. 원고들의 상고 및 피고의 나머지 상고를 기각한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 원고들의 상고이유 주장에 관하여

원심은 그의 채용증거들에 의하여, 피고회사는 1998.12.24 위와 같이 상여금 600%를 반

납한 원고들을 포함한 관리일반직 직원들에 대하여 경영위기 극복을 위한 자구노력에 적극 동참한 직원들의 노고를 격려하기 위하여 상여금 200%를 반환지급하기로 결정, 통보하고, 1999.1.15 위 200%의 상여금을 지급하였고, 1999.12월경 원고들이 소속되어 있던 승강기 사업부를 L사 OTIS에 매각, 양도하면서 매각대금 중 일부로써 2000.1.10 위 승강기 사업부 소속 직원들에게 추가로 통상임금의 200%에 상당하는 금원을 반납 상여금의 반환조로 지급하였다는 요지의 사실을 인정한 후, 피고회사가 1998년에 미지급한 상여금 600% 중 400%에 해당하는 상여금은 이미 원고들에게 지급하였다는 피고의 주장을 받아들였다.

기록 중의 증거들과 대조하여 살펴보니, 원심의 위와 같은 사실인정은 정당하고 거기에 증거법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하였다는 위법이나 상여금에 관한 법리를 오해하였다는 위법이 없다.

상고이유의 이 주장을 받아들이지 아니한다.

## 2. 피고의 상고이유 주장에 관하여

### 가. 상여금의 임금성에 관한 법리오해의 주장에 관하여

사용자가 근로자에게 지급하는 금품이 평균임금 산정의 기초가 되는 임금 총액에 포함될 수 있는 임금에 해당하려면 그 금품이 근로의 대상(對償)으로 지급되는 것이어야 하고, 어떤 금품이 근로의 대상으로 지급된 것이냐를 판단함에 있어서는 그 금품 지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있어야 할 것인데, 이른바 상여금이 임금후불적 성질의 것인지 또는 은혜적, 포상적 성질의 것인지는 확일적으로 분류할 수 없는 것이기는 하나 상여금 명목의 금원이 근로자들에게 불확정적이고 일시적으로 지급되는 것이 아니라 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 근로자에 대한 근로의 대상으로 지급되는 임금의 성질을 가지는 것으로서 평균임금 산정의 기초가 되는 임금 총액에 포함될 수 있다고 해석하여야 한다(대법원 2002.10.25 선고, 2000두9717 판결 참조).

피고회사가 상여금에 대하여 취업규칙 제98조와 이에 따른 급여상여지급규정 제60조가 회사의 경영성과에 따라 그 지급여부, 지급시기 및 지급률 등을 정하도록 규정하고 있어, 피고회사의 상여금은 경영성과에 따라 지급되는 것이어서 위 급여상여지급규정에 규정된 상여금 지급시기 및 지급률은 상여금지급의 상한을 정한 것에 불과하다고 보아야 하고, 따라서 피고회사로서는 그때그때의 경영성과에 따라 위와 같이 정해 놓은 지급률의 범위 내에서 상여금의 지급 여부를 결정할 수 있는 것인데, 1997년 말정부터 본격적인 외환위기가 도래하여 1998년의 경우 이 외환위기의 영향으로 피고회사의 경영성과가 극도로 악화되어, 원고들에게 연 200%의 상여금만을 지급한 것이므로, 이는 당시의 경영성과에 따른 합당한 조치라 할 것이어서 피고회사에게는 이를 초과하는 상여금을 지급할 의무가 없다고 주장한데 대하여, 원심은



그의 채용 증거들에 의하여 원심 판결 이유 기재와 같은 사실관계를 인정한 후, 피고회사가 상여금 지급에 관하여 취업규칙 제98조와 이에 따른 급여상여지급규정 제60조에서 경영성과에 따라 지급한다고 규정하고 있기는 하나, 한편 ① 피고회사 내 생산직 근로자들로 구성된 노동조합과 피고회사 사이에 체결된 단체협약서 제75조에서는 경영성과에 관계없이 “회사는 조합원에게 다음과 같이 상여금을 지급한다. 2월, 4월, 6월, 10월, 12월에 각 100% 및 설날, 하계휴가비, 추석, 월동비 각 50%”라고 규정하고 있는 점, ② 피고회사가 위 단체협약의 적용을 받는 생산직 근로자뿐만 아니라, 취업규칙의 적용을 받는 원고들을 포함한 사무관리직 근로자들에게도 경영실적이 적자이거나 흑자이거나에 관계없이 급여상여지급규정 제60조에서 규정하고 있는 지급시기 및 지급률에 따라 매년 통상 임금의 800%에 해당하는 상여금을 정기적으로 지급한 점 등에 비추어 위 취업규칙에 경영성과에 따라 지급한다는 취지로 규정되어 있다는 사실만으로는 상여금을 피고회사가 지급의무없이 단순히 근로자들에게 은혜적, 호의적으로 지급하는 것이라고 볼 수는 없고, 실질적으로 파악하여 근로자들이 제공한 근로에 상응한 대가로서 정기적, 제도적으로 지급되는 임금의 일종으로 봄이 상당하다고 판단하였다.

위의 법리에 비추어 기록 중의 증거들과 대조하여 살펴보니, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 거기에 상여금의 임금해당성에 관한 법리를 오해하였다는 위법이 없다.

피고가 상고이유 중에 내세우는 판결들은 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

상고이유의 이 주장을 받아들일 수 없다.

#### 나. 상여금 반납결의의 효력에 관한 법리오해의 주장에 관하여

##### (1) 원심의 사실인정과 판단

원심은 그의 채용증거들에 의하여, 피고회사는 1997년 외환위기를 맞아 대손증가, 외환손실, 인건비 증가, 지급이자 증가 등으로 인하여 94억원의 손실을 기록하였고, 1998년 건설수주량의 급감에 따라 건설현장에 산업전기시설을 판매하는 것을 영업으로 하는 피고회사의 매출도 급감하게 되었으며, 환율상승으로 인한 환차손 발생, 국내 이자율 증가로 인한 지급이자 증가, 주가 급락으로 인한 자본조달 불능, 거래기업들의 부도로 인한 사고채권 발생, 동남아시아의 환사태로 인한 수출침체로 수출물량이 감소하는 등 경영환경이 극도로 악화되어 1998년 경상추정손실액은 2,447억 원에 달하였고, 한편 정부는 대기업 상호간의 지급보증을 2000년 3월까지 완전히 해소하여 기업 독자의 신용으로 기업을 운영하도록 지시하여, 이에 불응하는 경우 퇴출을 전제로 2002년까지 자기자본비율을 33.3%까지 올리고 부채비율을 200%까지 내리도록 하였으며, 피고회사의 1998년 초 자기자본은 3,361억원이고, 부채는 1조 8,289억원으로 정부가 지시한 부채비율을 이루기 위하여는 1998년에 375억원의 흑자를 내어야 했고, 피고회사는 위와 같은 경영환경의 악화로 기업의 생존마저 불분명

해지자, 1998년에 주유기, 세차기 제조부문을 비롯한 9개 사업부문의 영업양도, 1999년에 자판기사업 및 엘리베이터사업 부문의 영업양도 및 희망퇴직 실시 등의 구조조정과 함께 부채경감과 현금지출을 줄이기 위하여 피고회사 내에 위기관리팀을 구성하고 당면한 인건비 절감을 위하여 불필요한 인원 감축, 상여금 축소를 추진하면서, 회사의 실상을 구성원들에게 알리기 위한 위기공유 프로그램을 마련하여 사내강사로 하여금 근로자들에게 회사의 위기 상황에 대하여 알리도록 하였으며, 회사의 경영환경이 위와 같이 악화되자, 피고회사에서는 인사, 기획팀이 중심이 되어 조직적으로 상여금 반납결의를 추진하게 되었고, 각 팀장들이 1998.1월경 팀회의를 소집하여 회의한 결과, 비노조원인 원고들을 포함한 피고회사의 관리일반직 근로자 5,726명 중 5,528명이 1차로 상여금 반납을 결의하고, 1998년 4, 6월분 상여금 200%를 반납한다는 내용의 반납결의문에 서명하였는데, 당시 피고회사의 전체근로자 수는 노조원 4,403명을 포함하여 10,129명(= 5,726명+4,403명)이었으며, 위와 같은 상여금 반납결의가 있는 후에도 회사의 경영환경이 더욱 악화되자 1998. 3월경 회사에서는 앞서 추진한 바와 같은 상여금 반납결의를 다시 추진하여 원고들을 포함한 피고회사의 관리일반직 근로자 4,780명 중 4,673명이 2차로 상여금 반납을 결의하고, 1998년 하계, 8월, 10월, 동계, 12월분 상여금 400%를 반납한다는 내용의 반납결의문에 서명하였는데, 당시 피고회사의 전체근로자 수는 노조원 4,091명을 포함하여 8,871명(= 4,780명+4,091명)이었고, 위와 같은 상여금 반납결의는 피고회사의 각 사업장 팀별로 모인 팀회의를 거쳐서 이루어진 형식을 취하였으나 실제로는 회사에서 작성하여 내려온 회람 형식의 결의문에 팀장이 먼저 서명하고 소속팀원들이 회람식으로 돌려서 읽어보고 서명하여 위 결의문을 팀별로 취합함으로써 이루어졌으며, 당시 피고회사는 노조에 대하여도 위와 같은 비노조원인 관리일반직 직원들의 상여금반납결의 등을 예로 들면서 고등분담 및 구사차원에서 상여금 300% 반납 등을 요청하였고, 노조는 피고회사의 어려움을 이해하고 임금동결, 각종 복리후생제도의 축소 및 폐지 등은 동의하였으나 상여금 반납에는 동의하지 아니하여 노조원들에게는 상여금이 예년과 다름없이 모두 지급되었다는 요지의 사실을 인정하였다.

원심은 나아가, 피고회사가 원고들을 포함한 피고회사 사무관리직 근로자들이 1998.1월경 4, 6월분 상여금 200%에 대하여, 같은 해 3월경 하계 이후 상여금 400%에 대하여 각 상여금 반납을 결의하였고, 피고회사는 원고들의 그 반납결의에 따라 상여금을 지급하지 아니하였으므로, 피고회사의 상여금 미지급은 원고들의 동의에 따른 적법한 행위로서 원고들에게 상여금을 지급할 의무가 없다고 주장한 데 대하여, 위의 사실관계를 기초로 하여, 형식적으로는 피고회사의 각 팀별로 소집된 팀회의에서 1차로 노조원을 포함한 전체근로자 10,129명 중 54.57%에 해당하는 5,528명이, 2차로 노조원을 포함한 전체근로자 8,871명 중 52.67%에 해당하는 4,673명의 근로자들이 2차례에 걸쳐 함께 600%의 상여금을 반납하기로 결의하였으나, 그 결의과정을 보면, 원고들을 포함한 관리일반직 직원들은 피고회사의 주도하에 추진한 상여



금 반납계획에 따라 회사가 일방적으로 작성하여 내려준 회람 형식의 상여금 반납결의문에 팀장이 먼저 서명하고 각자 돌아가면서 서명한 점, 위 서명 당시 찬반의 의사를 물어본 것이 아니라 인사·총무팀의 주도하에 반납결의문에 찬성의 의사표시인 서명만을 한 점, 또한 위 서명은 노동조합원을 제외한 일반관리직 직원들에 의하여만 이루어진 점 등에 비추어 보면, 위 결의문에 서명한 근로자들로서는 그 중에는 회사의 장래와 그 당시의 경영상황을 고려하여 자의에 의하여 서명한 사람도 있겠지만, 대부분 혹은 많은 사람들이 위 서명 당시의 회사 분위기에 떠밀려 반대의 의사표시나 토론을 할 여지가 없이 위 반납결의문에 서명한 사실을 충분히 추인할 수 있고, 위와 같은 사정하에서는 원고들을 포함한 관리일반직 직원들의 위 상여금 반납결의가 근로자들의 자유로운 의사결정을 보장하는 민주적인 방법에 의하여 이루어진 것으로 볼 수 없다고 할 것이어서, 위 상여금 반납결의는 무효라고 판단하였다.

## (2) 이 법원의 판단

사용자가 취업규칙의 변경에 의하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하려면 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요하고, 이러한 동의를 얻지 못한 취업규칙의 변경은 효력이 없으며, 그 동의의 방법은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 요하고, 회의방식에 의한 동의라 함은 사업 또는 한 사업장의 기구별 또는 단위 부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자간에 의견을 교환하여 찬반을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다(대법원 1994.9.23 선고, 94다23180 판결 참조).

원심은 원고들을 포함한 관리일반직 직원들은 피고회사의 주도하에 추진한 상여금 반납계획에 따라 회사가 일방적으로 작성하여 내려준 회람 형식의 상여금 반납결의문에 팀장이 먼저 서명하고 각자 돌아가면서 서명한 점, 그 서명 당시 찬반의 의사를 물어본 것이 아니라 인사·총무팀의 주도하에 반납결의문에 찬성의 의사표시인 서명만을 한 점, 또한 그 서명은 노동조합원을 제외한 일반관리직 직원들에 의하여만 이루어진 점 등에 비추어 대부분 혹은 많은 근로자들이 그 서명 당시의 회사 분위기에 떠밀려 반대의 의사표시나 토론을 할 여지가 없이 반납결의문에 서명한 사실을 충분히 추인할 수 있으므로 원고들을 포함한 관리일반직 직원들의 상여금 반납결의가 근로자들의 자유로운 의사결정을 보장하는 민주적인 방법에 의하여 이루어진 것으로 볼 수 없다 하였다.

그러나 기록 중의 증거들에 의하니, 상여금을 반납하게 된 경위에 관하여 원심이 인정한 사실 이외에 그 상여금 반납의 결의 방식에 관하여 피고회사는 1997년 말경부터 피고회사에 경영위기가 닥치자 경영회의, 임시노경협의, 각 부서회의 등을 통하여 피고회사의 경영실상과 위기에 대하여 임직원들에게 설명해 왔는데, 1998.1월 초에는 피고회사 각 사업부 기획팀장, 경영심사팀장 및 당시 피고회사 비전기획팀장

등이 참석한 기획팀장회의에서 회사의 어려움을 타개하기 위한 대책을 논의한 결과 사업양수도 및 분사 등을 통한 한계사업철수, 희망퇴직제 실시, 비용절감, 복리후생 제도축소 등의 강도 높은 구조조정을 우선적으로 실시해야 한다는데 의견을 모은 사실, 그 후 인사팀에서 피고회사 경영진에 보고를 하고 임원 및 각 해당사업부의 책임자들이 출석하여 상여금 반납결의를 한 후 각 해당사업부의 팀장들을 대상으로 1998.1월 중순경 회의를 소집하여 그들에게 피고회사의 경영위기 및 유동성 확보를 위한 상여금 반납의 불가피성을 설명하면서 각 팀장들이 각 팀의 팀원들의 회의를 소집하여 위와 같은 상황을 설명하고 상여금 반납결의를 받아줄 것을 요청하였는데 이에 각 팀장들이 적극적으로 호응한 사실, 이에 각 팀장 주재로 피고회사의 거의 대부분의 일반관리직(사무직) 직원들이 팀별로 회의를 하고 상여금 200%를 반납한다는 결의서에 서명함으로써 이 사건 제1차 상여금 반납결의에 이른 사실, 피고회사의 경영환경이 더 악화되어 가자 피고회사는 1998.2.16경 위기공유프로그램을 마련하여 일정에 따라 팀장들을 소집하여 회사의 위기상황을 설명하였고 이와 같은 회사의 실상을 알게 된 팀장들이 1998.3월 초경 부서별로 일정계획에 따라 팀회의를 소집하여 팀원들에게 회사의 경영실상, 위기내용, 상여금반납 추진배경 등을 설명하면서 질문과 답변이 이루어진 사실, 이에 따라 원고들을 포함한 일반관리직 직원들이 상여금 400%를 추가로 반납한다는 결의서에 서명함으로써 이 사건 제2차 상여금 반납결의에 이른 사실을 알 수 있다.

사정이 그러하니, 피고회사 내에서 근로자들로부터 상여금을 반납받기 위하여 그 추진방법 및 일정 등을 정한 추진계획이 세워지고, 그 계획에 따라 상여금 반납결의가 이루어지고, 원고들을 포함한 일반직 관리직원들이 상여금반납결의를 함에 있어서 회람형식으로 그 의사를 표시하기는 하였으나, 원고들을 포함한 일반관리직 직원들에게 그 당시 피고회사의 경영상태 및 자구노력의 일환으로 이루어진 상여금 반납의 필요성에 대하여 충분한 설명이 이루어진 뒤에 상여금 반납에의 동의여부에 대한 의사표시를 하도록 하였고, 일반관리직 직원들이 그러한 사실을 충분히 인식한 상태에서 회람형식의 반납결의문에 서명하였던 것으로 볼 여지가 있어서 그 당시 피고회사의 경영상의 악화에 의하여 일반직 관리직원들이 스스로 위기의식을 느낀 나머지 상여금반납결의에 동의하였던 것이라고 하더라도 이 사건에 있어서와 같이 위기에 빠진 회사를 살리기 위하여 대다수 근로자들의 상여금포기가 요구되는 상황에서 일정한 계획을 세우고 이를 실행하는 것이 근로자들의 참여를 높이는데 보다 효율적일 뿐 아니라 계획에 의한 일의 추진이 반드시 자발적인 참여와 배치되는 것이라고 보여지지도 않으므로 그러한 사정만으로는 상여금 반납결의가 근로자들의 자발적인 참여에 의하여 이루어진 것이 아니라 피고회사가 근로자의 상여금 포기를 이끌어낼 의도로 상여금 반납결의절차에 부당히 개입하여 이를 조직적으로 추진한 것으로 보기는 어렵다고 여겨진다.

특히, 위에서 살펴본 바와 같이 그 당시 상여금반납결의문에 동의한 일반직 관리직





원이 1, 2차에 각 54.5%와 52.6%로 이에 반대하였던 일반직 관리직원들도 1, 2차에 각 45.5%와 47.4%로 결코 적은 숫자가 아닌 점에 비추어 보니, 1, 2차 결의서 내지 결의문에 서명한 근로자의 수가 각 과반수를 넘고, 각 지점별 혹은 부서별로 근로자들의 의견의 집약과 취합 및 근로자들의 협의가 사용자인 피고회사의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자들의 자유로운 의사에 따라 이루어진 것으로 볼 여지도 있다고 하겠다.

그럼에도 견해를 달리하여, 피고회사의 상여금 미지급은 원고들의 동의에 따른 적법한 행위라는 주장을 받아들이지 아니한 원심판결에는 증거법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하였거나 상여금반납결의의 효력을 오해함으로써 판결의 결과에 영향을 끼친 위법이 있어서 그를 지적하는 상고이유의 주장은 정당하기에 이 법원은 그 주장을 받아들인다.

### 3. 결 론

그러므로 원심판결 중 원고들의 상여금 청구에 관한 부분을 파기하고, 그 부분 사건을 더욱 심리한 후 판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 원고들의 상고 및 피고의 나머지 상고를 모두 기각하기로 관여 대법관들의 의견이 일치되어 주문에 쓴 바와 같이 판결한다.

대법관 이규홍(재판장), 조무제(주심), 유지담, 손지열

## 1.4 단체협약에 의한 근로조건 저하의 유효성

☞ 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다107334 판결

### » 요 지 «

- 이미 구체적으로 그 지급청구권이 발생한 임금(상여금 포함)이나 퇴직금은 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이기 때문에 노동조합이 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않는 이상, 사용자와 사이의 단체협약만으로 이에 대한 포기나 지급유예와 같은 처분행위를 할 수는 없으나, 협약자치의 원칙상 노동조합은 사용자와 사이에 근로조건을 유리하게 변경하는 내용의 단체협약뿐만 아니라 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약을 체결할 수 있으므로, 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약이 현저히 합리성을 결하여 노동조합의 목적을 벗어난 것으로 볼 수 있는 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한 그러한 노사간의 합의를 무효라고 볼 수는 없고, 노동조합으로서 그러한 합의를 위하여 사전에 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받을 필요가 없다 할 것이며, 단체협약이 현저히 합리성을 결하였는지 여부는 단체협약의 내용과 그 체결경위, 당시 사용자의 경영상태 등 여러 사정에 비추어 판단할 것이다.
- 이 사건 단체협약에서 표현된 ‘반납’은 장래 워크아웃 기간 동안 임금 및 상여금을 감액한다는 것으로 해석함이 타당하고, 이는 장래 발생할 임금에 대한 것으로서 이 사건 단체협약 체결 당시 이미 그 지급청구권이 구체적으로 발생된 것이라고 할 수 없으므로 그러한 내용의 노사간의 합의를 무효라고 할 수 없다.

\* 원고, 상고인 : 별지 명단 기재와 같다. <별지 생략>

\* 피고, 피상고인 : ○○타이어 주식회사

\* 원심판결 : 광주고법 2012.10.24. 선고 2012나777 판결

\* 판결선고 : 2014.12.24.

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들이 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 주위적 청구에 관한 상고이유에 대하여

이미 구체적으로 그 지급청구권이 발생한 임금(상여금 포함)이나 퇴직금은 근로자의 사



적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이기 때문에 노동조합이 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않는 이상, 사용자와 사이의 단체협약만으로 이에 대한 포기나 지급유예와 같은 처분행위를 할 수는 없으나, 협약자치의 원칙상 노동조합은 사용자와 사이에 근로조건을 유리하게 변경하는 내용의 단체협약뿐만 아니라 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약을 체결할 수 있으므로, 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약이 현저히 합리성을 결하여 노동조합의 목적을 벗어난 것으로 볼 수 있는 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한 그러한 노사간의 합의를 무효라고 볼 수는 없고, 노동조합으로서는 그러한 합의를 위하여 사전에 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받을 필요가 없다 할 것이며, 단체협약이 현저히 합리성을 결하였는지 여부는 단체협약의 내용과 그 체결경위, 당시 사용자의 경영상태 등 여러 사정에 비추어 판단할 것이다(대법원 2000.9.29. 선고 99다67536 판결 등 참조).

원심은, 그 판시와 같은 사정들을 종합하면 이 사건 단체협약에서 표현된 '반납'은 장래 워크아웃 기간 동안 임금 및 상여금을 감액한다는 것으로 해석함이 타당하고, 이는 장래 발생할 임금에 대한 것으로서 이 사건 단체협약 체결 당시 이미 그 지급청구권이 구체적으로 발생된 것이라고 할 수 없으므로 그러한 내용의 노사간의 합의를 무효라고 할 수 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 법률행위의 해석에 관한 법리오해의 위법이 없다. 나아가 원고들이 상고이유에서 내세우는 대법원 2001.4.10. 선고 99다39531 판결은 구체적인 사실관계를 달리하는 것으로서 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

## 2. 예비적 청구에 관한 상고이유에 대하여

원심은, 이 사건 단체협약의 체결 이후에 2010.5.27.자 취업규칙의 시행으로 상여금 규정이 개정되었음을 전제로 하여 위 취업규칙상의 상여금 규정이 이 사건 단체협약상 상여금 규정에 우선하여 적용된다는 원고들의 주장에 대하여, 그 채택 증거에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음 2004.7.1.자로 시행된 취업규칙상의 상여금 규정은 원심 변론종결일까지 개정된 바 없다는 이유로 배척하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 취업규칙의 개정 및 해석에 관한 법리오해의 위법이 없다.

## 3. 결 론

상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자들이 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김용덕, 대법관 이인복, 대법관 고영한, 주심 대법관 김소영



## 1.5 단체협약의 유효성과 신의성실의 원칙 적용

☞ 대법원 2017. 2. 15. 선고 2016다32193 판결★

### » 요 지 «

1. 단체협약은 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 위하여 노동조합과 사용자가 단체교섭을 거쳐 체결하는 것이므로, 명문 규정을 근로자에게 불리하게 해석하여서는 안 된다.
2. 노동조합이 기존의 임금, 근로시간, 퇴직금 등 근로조건을 결정하는 기준에 관하여 소급적으로 동의하거나 이를 승인하는 내용의 단체협약을 사용자와 체결한 경우에, 동의나 승인의 효력은 단체협약이 시행된 이후 해당 사업장에서 근무하면서 단체협약의 적용을 받게 될 조합원이나 근로자에 대해서만 생길 뿐, 단체협약 체결 이전에 퇴직한 근로자에게는 효력이 미칠 여지가 없다.
3. 이미 구체적으로 지급청구권이 발생한 임금이나 퇴직금은 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이기 때문에, 근로자로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않은 이상, 노동조합이 사용자와 체결한 단체협약만으로 이에 대한 포기나 지급 유예와 같은 처분행위를 할 수는 없다.
4. 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 법률관계 당사자 간 상대방에 대한 권리행사를 부정하기 위해서는, 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당하고, 그러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다.

\* 대법원 2017.2.15. 선고 2016다32193 판결

\* 원고, 상고인 : 별지 원고 명단 기재와 같다.

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 ○○교통

\* 원심판결 : 대구고법 2016.7.13. 선고 2015나381 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 대구고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.



## 1. 사실관계

원심판결 이유와 기록에 의하여 다음의 사실을 알 수 있다.

- 가. ○○시에서 일반택시운송사업을 영위하는 피고는 소속 택시운전근로자로 하여금 1일 총 운송수입금 중 일정액을 피고에게 납부하게 하고 이를 제외한 나머지 운송수입금(이하 '초과운송수입금'이라고 한다)은 택시운전근로자의 수입으로 하는 방식인 이른바 사납금 제도를 운영하여 왔다. 피고 소속 택시운전근로자로 조직된 ○○교통 노동조합과 피고가 2007년 체결한 임금협정 및 2009년 체결한 단체협약에 의하면, 소정근로시간은 '1일 7시간 20분, 주 44시간, 월 만근 25일', 차종별 1일 사납금은 '48,000원 또는 54,000원'으로 정해져 있었다.
- 나. 한편 2007.12.27. 신설된 최저임금법 제6조제5항(이하 '이 사건 법률 조항'이라고 한다)은 택시운전근로자의 최저임금에 산입되는 임금의 범위를 '생산고에 따른 임금에 제외한' 임금으로 한정함으로써 초과운송수입금을 최저임금에 산입할 수 없도록 규정하였으며, 그 시행 시기는 시 지역의 경우 2010.7.1.이었다. 이에 따라 ○○시에서 사업을 하고 있는 피고는 2010.7.1.부터 소정근로시간에 대한 고정급만으로 최저임금 이상의 임금을 지급하여야 하는 상황이 되었다.
- 다. ○○교통 노동조합 등의 위임을 받은 전국민주택시노동조합연맹 경주지부와 피고가 포함된 사용자 측은 2010년 5월경부터 이 사건 법률 조항의 시행에 대비한 새로운 단체협약을 체결하기 위하여 단체교섭을 진행하였다. 그러나 타결이 이루어지지 않자, 노동조합 측과 사용자 측은 2010.7.29. '2010.7.1.부터 시행되는 최저임금 적용에 대하여 현재 임금협상이 진행 중이므로 협상이 끝날 때까지는 최저임금 적용을 유예한다', '조합원·비조합원 누구를 막론하고 최저임금 지급을 요구할 시는 노·사가 공동 노력하여 설득하여야 한다'는 등을 내용으로 하는 합의 및 '회사는 단체협약이 만료되었더라도 새로운 단체협약이 체결되기 전까지 기존의 단체협약이 계속 유효한 것으로 한다'는 등을 내용으로 하는 단체협약 보충합의(이하 이를 통틀어 '이 사건 합의'라고 한다)를 하였다.
- 라. 그 후 피고와 ○○교통 노동조합은 2012.10.30. 2012년도 단체협약 및 임금협정, 보충 임금협정(이하 이를 통틀어 '이 사건 변경협약'이라고 한다)을 체결하였다. 이 사건 변경협약의 내용을 보면, 소정근로시간은 기존보다 단축된 '1일 3시간 20분, 주 20시간, 월 만근 25일'로 정하고, 1일 사납금은 5,000원을 인상하고, 임금은 총액을 기준으로 월 100,000원을 인상하며, 그 시행 시기를 2010.7.1.로 소급하되, 임금 및 사납금 인상분은 2012.12.1.부터 적용하고, '이 사건 변경협약이 소급 적용됨에 따라 그동안 최저임금 이상의 임금이 지급되었음'을 노사가 합의한 것으로 되어 있다.
- 마. 원고들은 피고 소속 택시운전근로자로 근무하였거나 근무하고 있는 사람들이다. 원고들 중 일부는 이 사건 변경협약이 체결되기 이전에 퇴직하였다.



## 2. 원고들의 청구원인과 원심의 판단

### 가. 원고들의 청구원인

- 1) 피고는 이 사건 법률 조항이 시행된 2010.7.1.부터 이 사건 변경협약이 체결되기 직전인 2012.10.29.까지의 기간 동안 이 사건 법률 조항에서 정한 최저임금에 미달하는 임금을 원고들에게 지급하였다.
- 2) 아울러 피고는 이처럼 최저임금에 미달하는 임금만이 반영된 평균임금을 기초로 퇴직금·중간정산퇴직금을 산정하여 원고들 중 일부에게 지급하였다.
- 3) 그렇다면 피고는 ① 위 기간 동안 이 사건 법률 조항에 따른 최저임금과 피고가 실제로 지급한 임금의 차액 또는 이에 더하여 ② 그 임금 차액까지 포함된 평균임금을 기초로 재산정한 퇴직금·중간정산퇴직금과 피고가 실제로 지급한 퇴직금·중간정산퇴직금의 차액(이하 이를 통틀어 '최저임금 차액 등'이라고 한다)을 원고들에게 지급할 의무가 있다.

### 나. 원심의 판단

- 1) 이 사건 법률 조항이 시행됨에 따라 피고는 특별한 사정이 없는 한 최저임금 차액 등을 원고들에게 지급할 의무가 있다.
- 2) 그러나 위와 같은 피고의 최저임금 차액 등 지급의무는 이 사건 합의와 이 사건 변경협약이 체결됨으로써 모두 소멸하였다.

가) 이 사건 법률 조항의 시행에 대비한 단체교섭을 진행할 당시, 노사는 택시운전 근로자가 선호하는 사납금 제도와 임금 총액을 그대로 유지하면서도 이 사건 법률 조항에 따른 최저임금 이상의 고정급을 지급하기 위해서는 소정근로시간을 줄이고 사납금을 높이는 방법밖에 없다는 사정을 인식하고 있었다.

나) 그리하여 노사는 이 사건 법률 조항의 시행일인 2010.7.1.까지 새로운 단체협약이 체결되지 않자, 일단 이 사건 합의를 통하여 2010.7.1. 이후의 최저임금 관련 내용은 나중에 최종 타결될 단체협약에 따르기로 한 후, 이어 소정근로시간을 줄이고 사납금 및 고정급을 인상하는 내용인 이 사건 변경협약을 체결하였다. 즉 2010.7.1. 이후의 최저임금 관련 내용은 이 사건 합의 당시에 이미 이 사건 변경협약의 내용대로 적용하기로 정해진 것이다.

다) 따라서 이 사건 합의와 이 사건 변경협약은 이 사건 법률 조항의 시행에 따라 체결된 새로운 하나의 단체협약에 해당하여 서로 분리될 수 없다.

라) 한편 이 사건 변경협약은 합의 내용을 2010.7.1.부터 소급 적용하기로 하면서, '그동안의 고정급 및 사납금 인상분은 서로 청구하지 않고 이미 최저임금 이상의 임금이 지급된 것으로 함'을 명시하였다.



- 마) 그런데 이 사건 변경협약과 일체를 이루는 이 사건 합의 당시에는 이 사건 법률 조항에 따른 원고들의 구체적인 임금청구권이 아직 발생하지 않은 상태였으므로, 위와 같이 피고의 최저임금 차액 등 지급의무를 소멸시키는 합의 내용이 무효라고 할 수 없다.
- 바) 나아가 이 사건 변경협약의 효력은 원고들이 모두 재직하고 있던 시기에 체결된 이 사건 합의를 통하여 이 사건 변경협약이 체결되기 이전에 퇴직한 일부 원고들에게도 미친다.
- 3) 설령 이 사건 합의와 이 사건 변경협약에 의하여 피고의 최저임금 차액 등 지급의무가 소멸하지는 않았다 하더라도, 원고들의 청구는 피고의 정당한 신의에 반하는 권리행사여서 허용될 수 없다.
- 가) 사납금 인상에 따른 초과운송수입금 감소 등의 이유로 조속한 단체교섭 타결을 원하지 않았던 원고들이 단체교섭 기간 동안 종전의 사납금만 납부하고 이를 뺀 초과운송수입금을 계속 취득하면서 이 사건 법률 조항에 따른 고정급의 인상을 요구하지도 않았기 때문에, 피고로서는 원고들이 뒤늦게 최저임금 차액 등을 청구하지는 않을 것이라고 기대하게 되었다.
- 나) 이 사건 합의와 이 사건 변경협약은 전체적으로 보아 기존의 단체협약에 비하여 원고들에게 불리하지 않으며, 원고들의 실질적인 임금 총액도 줄지 않았다.
- 다) 원고들의 주장과 같이 종전의 소정근로시간과 사납금을 기준으로 이 사건 법률 조항에 따른 최저임금을 지급할 경우 피고는 영업 손실로 말미암아 도산의 위기에 처할 수밖에 없다. 다른 택시운전근로자는 별다른 이의를 제기하지 않는 상황에서 원고들에게만 최저임금 차액 등을 지급하도록 하는 것은 형평에도 반한다.

### 3. 대법원의 판단

#### 가. 상고이유 제1점, 제2점에 관하여

- 1) 단체협약은 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 위하여 노동조합과 사용자가 단체교섭을 거쳐 체결하는 것이므로, 그 명문 규정을 근로자에게 불리하게 해석하여서는 안 된다(대법원 2014.2.13. 선고 2011다86287 판결 등 참조).

앞서 본 사실관계에 의하면, 이 사건 합의의 내용은 이 사건 법률 조항의 시행에 따른 새로운 단체협약이 체결될 때까지 이 사건 법률 조항에 의한 최저임금 상당 임금의 지급을 잠정적으로 유예하는 취지에 불과하다고 보일 뿐, 그 최저임금 상당 임금의 지급 여부 자체를 후속 단체협약에 따라 결정하기로 한 것이라고 해석하기 어렵고, 달리 피고와 ○○교통 노동조합이 이 사건 합의 당시에 추후 체결될 단체

협약의 효력 발생 시기를 이 사건 법률 조항이 시행된 2010.7.1.로 소급하기로 미리 약정하였다고 보기도 어렵다.

따라서 원심이 들고 있는 사정만으로 이 사건 합의와 이 사건 변경협약이 하나의 단체협약에 해당한다거나 이 사건 합의 당시에 이미 이 사건 변경협약의 내용과 같은 합의가 성립한 것으로 볼 수는 없다.

- 2) 노동조합이 기존의 임금, 근로시간, 퇴직금 등 근로조건을 결정하는 기준에 관하여 소급적으로 동의하거나 이를 승인하는 내용의 단체협약을 사용자와 체결한 경우에, 이러한 동의나 승인의 효력은 단체협약이 시행된 이후 해당 사업장에서 근무하면서 단체협약의 적용을 받게 될 조합원이나 근로자에 대해서만 생길 뿐, 단체협약 체결 이전에 퇴직한 근로자에게는 그 효력이 미칠 여지가 없다(대법원 2002.5.31. 선고 2000다18127 판결 등 참조).

그리고 이미 구체적으로 그 지급청구권이 발생한 임금이나 퇴직금은 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이기 때문에, 근로자로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않은 이상, 노동조합이 사용자와 체결한 단체협약만으로 이에 대한 포기나 지급유예와 같은 처분행위를 할 수는 없다(대법원 2000.9.29. 선고 99다67536 판결 등 참조).

이 사건 변경협약이 이 사건 합의와는 별개의 단체협약에 해당하는 사정을 위와 같은 법리에 비추어 살펴보면, ① 이 사건 변경협약 체결 이전에 퇴직한 일부 원고들의 경우에는 이 사건 변경협약의 효력이 미치지 아니하며, ② 나머지 원고들의 경우에도 이 사건 변경협약 체결 이전에 이미 이 사건 법률 조항에 의하여 구체적으로 그 지급청구권이 발생함으로써 위 원고들에게 귀속된 최저임금 상당 임금에 대하여 위 원고들의 개별적인 동의나 수권을 받지 아니한 이상, ○○교통 노동조합이 이 사건 변경협약만으로 그에 관한 권리를 포기하는 처분행위를 할 수는 없다고 할 것이다.

- 3) 결국 피고의 원고들에 대한 최저임금 차액 등 지급의무가 이 사건 합의와 이 사건 변경협약의 체결만으로 당연히 소멸하는 것은 아니라고 보아야 함에도 원심은 그와 달리 판단하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 협약자치 원칙의 적용 범위나 단체협약의 규범적 효력 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적한 상고이유 주장은 이유 있다.

나. 상고이유 제3점에 관하여

- 1) 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 법률관계 당사자 간 상대방에 대한 권리 행사를 부정하기 위해서는, 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당하고, 그러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다(대법원 1991.12.10. 선고 91다3802 판결 등 참조).





2) 기록상 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 법률 조항의 시행에 따른 새로운 단체협약 체결이 지연된 데에 택시운전근로자 측 일방의 귀책사유만 있다가 그 때문에 최저임금 차액 등을 청구하지 않을 것이라는 신의를 피고에게 공여하였다고 할 수 없는 점, ② 앞서 본 대로 피고의 최저임금 차액 등 지급의무를 소멸시키는 합의 내용에 구속되지 아니하는 원고들이 이 사건 변경협약을 통하여 피고에게 어떠한 신의를 공여하였다고 할 수도 없는 점, ③ 피고가 이 사건 법률 조항이 시행되기 이전에 성실히 단체교섭을 진행하여 새로운 단체협약을 체결함으로써 경영상 위험을 회피할 수 있는 시간적인 여유는 충분히 있었던 점, ④ '조합원·비조합원 누구를 막론하고 최저임금 지급을 요구할 시는 노·사가 공동 노력하여 설득하여야 한다'는 내용이 이 사건 합의에 포함된 것으로 보아 피고로서는 이 사건 변경협약 체결에도 불구하고 택시운전근로자 측에서 최저임금 차액 등을 청구할 가능성이 있음을 예상하였거나 예상할 수 있었다고 여겨지는 점 등을 종합하면, 원고들의 청구를 신의성실의 원칙에 반하는 권리행사로 보기 어렵고, 더 나아가 원심이 들고 있는 피고의 경영상 위험이나 형평성 등의 사정을 고려하더라도 이와 달리 판단할 것은 아니다.

3) 그렇다면 원고들의 청구가 피고의 정당한 신의에 반하는 권리행사여서 허용될 수 없다고 본 원심의 판단에는 신의성실의 원칙에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적한 상고이유 주장 역시 이유 있다.

#### 4. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김재형, 대법관 박병대, 주심 대법관 박보영, 대법관 권순일

## 1.6 근로관계 규율의 우선순위

☞ 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016다249236 판결

### » 요 지 «

1. 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 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. 갑이 을 공사에 입사 당시 호적상 등재된 생년월일에 따라 인사기록 등에 갑의 생년월일이 기재되었는데, 갑이 법원으로부터 가족관계등록부상 생년월일을 정정하는 허가결정을 받은 후 을 공사에 인사기록상 주민등록번호 및 정년퇴직 예정일을 변경된 생년월일에 맞추어 정정하여 줄 것을 요청하였으나, 을 공사가 '직원의 정년산정일은 임용시 제출한 직원의 연령을 확인할 수 있는 서류상의 생년월일로 한다'고 정하고 있는 인사규정시행내규 등을 근거로 이를 거부하였는바,

고령자고용법에서 말하는 '정년'은 실제의 생년월일을 기준으로 산정하는 것인데, 가족관계등록부의 기재사항은 이를 반복할 만한 명백한 반증이 없는 한 진실에 부합한다고 추정되므로, 명백한 반증이 없는 한 갑의 생년월일은 정정된 가족관계등록부의 생년월일로 보아야 하고, 이를 기준으로 갑의 정년을 산정하여야 하며, 을 공사의 인사규정시행내규의 위 규정이 정년을 임용시 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 무효이다.

\* 원고, 상고인 : 김○○

\* 피고, 피상고인 : 서울○○○○

\* 원심판결 : 서울고법 2016.9.2. 선고 2016나2025247 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.



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. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 ① 원고의 입사 당시 호적상 생년월일은 ‘1958.12.1.’로 등재되어 있었고, 이에 따라 인사기록 등에 원고의 생년월일이 ‘1958.12.1.’로 기재된 사실, ② 원고는 2013.7.19. 법원으로부터 가족관계등록부상 생년월일을 ‘1958.12.1.’에서 ‘1959.1.9.’로 정정하는 허가결정을 받은 사실, ③ 원고는 2013.8.22. 피고에게 원고의 인사기록상 주민등록번호 및 정년퇴직 예정일을 위와 같이 변경된 생년월일에 맞추어 정정하여 줄 것을 요청하였으나, 피고는 인사규정(2013.12.17.자로 개정된 것, 이하 같다) 및 인사규정시행내규(2013.6.13.자로 개정된 것, 이하 같다)를 근거로 이를 거부한 사실, ④ 피고의 인사규정 제32조제1항은 “직원의 정년은 만 60세로 한다.”고 규정하고 있고, 인사규정시행내규 제55조는 “인사규정 제32조에 의한 정년의 기준일은 정년이 되는 해의 12.31.로 하며, 이 경우 직원의 정년산정일은 임용 시 제출한 직원의 연령을 확인할 수 있는 서류상의 생년월일로 한다.”고 정하고 있는 사실을 인정한 다음, 그 판시와 같은 이유로 원고의 정년은 피고의 인사규정시행내규 제55조 후단에 따라 임용 시 제출한 원고의 연령을 확인할 수 있는 서류상의 생년월일을 기준으로 산정함이 타당하다고 보아, 실제 생년월일인 1959.1.9.을 기준으로 원고의 정년이 2019.12.31.까지임의 확인을 구하는 원고의 청구를 기각하였다.
3. 그러나 앞서 본 바와 같이 고령자고용법에서 말하는 ‘정년’은 실제의 생년월일을 기준으로 산정하는 것인데, 가족관계등록부의 기재사항은 이를 반복할 만한 명백한 반증이 없는 한 진실에 부합한다고 추정되므로, 명백한 반증이 없는 한 원고의 생년월일은 정정된 가족관계등록부의 생년월일인 1959.1.9.로 보아야 할 것이고, 이를 기준으로 산정한 원고의 정년은 2019.12.31.이 된다.

그리고 원심 판시와 같이 피고의 인사규정시행내규 제55조 후단이 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 무효이다.

그럼에도 불구하고 원고의 정년이 피고의 인사규정시행내규에 따라 산정한 2018.12.31.이라고 판단한 원심판결에는 고령자고용법 제19조의 정년에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김용덕, 대법관 김신, 주심 대법관 김소영, 대법관 이기택

## 2. 균등처우와 차별금지

### 2.1 동일가치노동 동일임금

☞ 대법원 2003. 3. 14. 선고 2002도3883 판결★

#### » 요 지 «

- (1) 구 남녀고용평등법(2001.8.14 법률 제6508호로 전문 개정되기 전의 것) 제6조의 2 제1항은 ‘사업주는 동일한 사업 내의 동일가치의 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다’고 규정하고 있는 바, 여기서 ‘동일가치의 노동’이라 함은 당해 사업장 내의 서로 비교되는 남녀간의 노동이 동일하거나 실질적으로 거의 같은 성질의 노동 또는 그 직무가 다소 다르더라도 객관적인 직무평가 등에 의하여 본질적으로 동일한 가치가 있다고 인정되는 노동에 해당하는 것을 말하고, 동일가치의 노동인지 여부는 같은 조 제2항 소정의, 직무 수행에서 요구되는 기술, 노력(勞力), 책임 및 작업조건을 비롯하여 근로자의 학력·경력·근속연수 등의 기준을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, ‘기술, 노력, 책임 및 작업조건’은 당해 직무가 요구하는 내용에 관한 것으로서, ‘기술’은 자격증, 학위, 습득된 경험 등에 의한 직무수행능력 또는 솜씨의 객관적 수준을, ‘노력’은 육체적 및 정신적 노력, 작업수행에 필요한 물리적 및 정신적 긴장 즉 노동 강도를, ‘책임’은 업무에 내재한 의무의 성격범위·복잡성, 사업주가 당해 직무에 의존하는 정도를, ‘작업조건’은 소음, 열, 물리적·화학적 위험, 고립, 추위 또는 더위의 정도 등 당해 업무에 종사하는 근로자가 통상적으로 처하는 물리적 작업환경을 말한다.

- (2) 남자 근로자가 여자에 비해 단지 무거운 물건을 운반한다는 이유로 임금에 차이를 두는 것은 남녀고용평등법 위반이라는 사례.

\* 피고인 : 주식회사 H 대표이사 정○○

\* 상고인 : 검사

\* 원심판결 : 수원지법 2002.7.11 선고, 2001노3321 판결

#### » 주 문 «

원심판결 중 무죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 수원지방법원 본원 합의부에 환송한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 원심의 판단

가. 이 사건 공소사실의 요지는 ‘사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하여



서는 아니되며 동일한 사업 내의 동일가치의 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 함에도, 피고인은 주식회사 H(이하 '소외 회사'라고 한다)의 대표이사로서, 신규채용자의 일급을 1995.6월경부터 1996.9월경까지 남자근로자는 금 17,600원, 여자근로자는 금 15,600원, 1996.10월경부터 남자근로자는 금 19,100원, 여자근로자는 금 17,100원으로 책정하여 지급함으로써 강○○의 1995년도 임금 412,161원, 1996년도 임금 854,983원, 1997년도 3월까지의 임금 219,022원 합계 금 1,486,166원을 비롯하여 여자근로자 23명에 대한 임금 합계 금 22,409,607원을 부족하게 지급하는 등 성별을 이유로 근로자들을 부당하게 대우하였다'는 것이다.

- 나. 이에 대하여 원심은, 그 채택 증거들에 의하여, 소외 회사의 평택시 세교동 소재 타일제조공장(이하 이 사건 '사업장'이라 한다)은 1995.7월경 준공되어 같은 해 8월경부터 운전에 들어갔고, 이 사건 사업장의 타일제조공정은 성형, 시유, 소성, 선별, 포장, 제유, 잉크제조, 스크린판 제조공정의 8개 공정으로 크게 나누어지고 위 각 공정 중 남자직원의 근무인원은 합계 16명이고 여자직원의 근무인원은 합계 5명인데 2교대로 근무하므로 남자직원 총 32명, 여자직원 총 10명이 교대로 근무하고 있으며, 남자직원들이 여자직원들보다 높은 급여를 지급받아 오고 있는 사실, 위 각 제조공정 중 ① 성형공정의 현장에는 프레스 2대, 진공청소기 2대가 설치되어 있고, 남자직원 2명이 배치되어 프레스의 설비관리 및 운전, 성형제품관리, 중량이 20~30kg에 달하는 프레스 금형관리 및 금형교체 작업, 파우더 사일로 및 벨트 라인 관리, 진공청소기 설비관리 및 운전, 진공청소기 온도관리, 현장 정리정돈 등의 업무를 맡아서 하고 있으며, ② 시유공정 중 ㉠ 시유기가 설치되어 있는 공정에는 남자직원 2명이 배치되어 유약이 담긴 컨테이너(약 300kg 정도)를 운반하여 시유유약 중량관리 및 유약보충, 제품관리, 제품교환시 유약운반 및 교환작업, 라인에서 발생하는 파지 운반작업(중량 약 50~60kg 정도를 손수레를 이용하여 운반), 제품 사이즈 교체시 라인 교환 작업, 현장 정리정돈 등의 업무를 맡아서 하고 있고, ㉡ 스크린 머신이 설치되어 있는 공정에는 여자직원 2명이 배치되어 스크린 머신 잉크 보충 및 교환, 스크린 머신 스크린판 교환 및 판 청소, 현장 정리정돈 등의 업무를 맡아서 하고 있으며, ㉢ 적재기가 설치되어 있는 공정에는 남자직원 2명이 배치되어 시유유약 중량관리 및 유약보충, 제품관리, 제품교환시 유약운반 및 교환작업, 라인에서 발생하는 파지(불량) 운반작업, 시유 라인 각 설비관리 및 정비, 제품 사이즈 교체시 라인 교환 작업, 현장 정리정돈 등의 업무를 맡아서 하고 있고, ③ 소성공정의 현장에는 소성로 2기, 적재기, 하역기, 자동무인이송시스템(AGV)이 설치되어 있고, 남자직원 6명이 2인 1조가 되어 소성로 운전 및 온도관리, 제품치수, 밴딩, 제품 이상 유무 관리, 제품 사이즈 교환시 라인 교환 및 설비 정비, 무인이송시스템 운전 및 대차(BOX) 관리, 현장 정리정돈 등의 업무를 맡아서 하고 있으며, ④ 선별공정의 현장에는 선별대 2대, 하역기가 설치되어 있고, 여자직원 2명이 각 선별대에 배치되어 하역기에서 소성된 타일을 포장라인으로 인입하는 중간 공정에서 타일의 등급을 결정하는 곳으로서 여자직원이 형광펜을 이용하여 하품등급에 해당하는 타일을 표시하는 방법으

로 각 등급에 따른 제품의 선별(상품, 하품의 선별), 하역기 관리 등의 업무를 맡아서 하고 있고, ⑤ 포장공정의 현장에는 제품포장기 2대, 적재기 2대가 설치되어 있고, 남자 2명이 포장기, 적재기 각 1대에 배치되어 제품의 포장 및 포장기, 적재기 운전관리, 제품 등급에 따른 제품관리 및 생산량 관리, 현장 정리정돈 등의 업무를 맡아서 하고 있으며, ⑥ 채유공정의 현장에는 불밀, 유약저장탱크, 유약이송펌프가 설치되어 있고, 남자직원 1명이 배치되어 유약배합비에 따른 유약배합 작업, 유약출토 및 이송 등의 업무를 맡아서 하고 있고, ⑦ 잉크제조공정의 현장에는 잉크제조기가 설치되어 있고, 남자직원 1명이 배치되어 잉크배합비에 따른 잉크제조 및 운반공급 등의 업무를 맡아서 하고 있으며, ⑧ 스크린판 제조공정에는 스크린판 견장기, 감광기, 건조기가 설치되어 있고, 여자직원 1명이 배치되어 타일에 인쇄를 하기 위하여 스크린판을 만드는 공정으로 스크린판 제판, 현상, 감광, 세척, 건조 등의 업무를 맡아서 해 오고 있는 사실, 위 각 공정 중 여자직원들이 담당하여 왔던 공정의 업무는 스크린상의 잉크를 보충, 주입하거나 교환하고 스크린판을 교환하거나 청소하는 업무이거나, 컨베이어시스템으로 이동하는 타일제품을 단순히 눈으로 보아 불량품에 대하여 형광펜으로 표시만 해주는 업무, 또는 기계버튼을 눌러 스크린판을 당겨주고 스크린판 표면을 닦는 정도의 업무로서 특별한 기술이나 숙련도, 체력을 요하지 아니하는 업무인 반면, 남자직원들이 담당하여 왔던 공정의 업무는 무거운 기계나 원료를 운반, 투입하여야 하는 체력을 필요로 하는 업무이거나, 기계에 대한 숙련도와 전문적인 기술을 요하는 업무인 사실 등을 인정한 다음, 소외 회사의 여자직원들이 담당하여 왔던 노동과 남자직원들이 담당하여 왔던 노동은 그 담당하는 업무의 성질, 내용, 기술, 노력, 책임의 정도, 작업조건 등에 비추어 ‘동일가치의 노동’에 해당된다고 볼 수는 없고, 그 밖에 특별사법경찰관 작성의 차종기에 대한 진술조서(제2회)의 진술기재, 취업규칙사본, 임금대장사본의 각 기재만으로는 이 점을 인정하기에 부족하며, 달리 이 점을 인정할 만한 증거가 없다고 판단하여, 이 사건 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

## 2. 이 법원의 판단

그러나 원심의 위와 같은 판단은 그대로 수긍할 수 없다.

구 남녀고용평등법(2001.8.14 법률 제6508호로 전문 개정되기 전의 것) 제6조의 2 제1항은 ‘사업주는 동일한 사업 내의 동일가치의 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다’고 규정하고 있는 바, 여기에서 ‘동일가치의 노동’이라 함은 당해 사업장 내의 서로 비교되는 남녀간의 노동이 동일하거나 실질적으로 거의 같은 성질의 노동 또는 그 직무가 다소 다르더라도 객관적인 직무평가 등에 의하여 본질적으로 동일한 가치가 있다고 인정되는 노동에 해당하는 것을 말하고, 동일가치의 노동인지 여부는 같은 조 제2항 소정의, 직무 수행에서 요구되는 기술, 노력(勞力), 책임 및 작업조건을 비롯하여 근로자의 학력·경력·근속연수 등의 기준을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, ‘기술, 노력, 책임



및 작업조건'은 당해 직무가 요구하는 내용에 관한 것으로서, '기술'은 자격증, 학위, 습득된 경험 등에 의한 직무수행능력 또는 솜씨의 객관적 수준을, '노력'은 육체적 및 정신적 노력, 작업수행에 필요한 물리적 및 정신적 긴장 즉 노동 강도를, '책임'은 업무에 내재한 의무의 성격·범위·복잡성, 사업주가 당해 직무에 의존하는 정도를, '작업조건'은 소음, 열, 물리적·화학적 위험, 고립, 추위 또는 더위의 정도 등 당해 업무에 종사하는 근로자가 통상적으로 처하는 물리적 작업환경을 말한다.

기록에 의하면, 소외 회사는 1996.4.1 제정된 취업규칙 제53조에서 '종업원에 대한 임금'은 성별, 학력, 연령, 경력, 기술 정도에 따라 결정한다'고 규정하고 있어 성별을 임금 결정의 중요한 기준으로 삼아왔고, 실제로 일용직 근로자를 신규채용함에 있어 취업규칙에 근거하여 학력, 경력, 기술 등 다른 기준에서 별다른 차이가 없는 남녀근로자에 대하여 성별에 따라 미리 일률적으로 책정된 일당을 적용하여 1995.6월경부터 1996.9월경까지 남자는 금 17,600원, 여자는 금 15,600원, 1996.10월경부터 남자는 금 19,100원, 여자는 금 17,100원을 지급한 사실을 알 수 있다.

그런데 앞서 본 법리를 전제로 하여 기록에 의하여 살펴보면, 우선 수사기록 138쪽 이하에 붙은 소외 회사의 신규직원 채용서류에 의하면, 소외 회사는 이 사건 공소사실 기재 일시경에는 신규생산직원 채용시 근무부서를 생산부라고 포괄적으로 지정하는 외에 성형, 시유, 소성, 포장, 제유의 5개 공정만을 지정하였는데 그 중 포장과 시유 공정은 남녀 구분 없이 공통으로 지정하였던 사정을 알 수 있어서, 소외 회사의 공정 구분 및 남녀 직원 배치에 관한 원심의 사실인정이 정당한 것인지 자체가 의심스럽다.

나아가 공정 구분과 남녀직원 배치에 관한 원심의 사실인정을 수긍한다고 하더라도, 소외 회사의 신규채용 일용직 근로자의 경우, (1) 남녀 모두 하나의 공장 안에서의 연속된 작업공정에 배치되어 협동체로서 함께 근무하고 있고 공정에 따라 위험도나 작업환경에 별다른 차이가 있다고 볼 수 없어 그 '작업조건'이 본질적으로 다르다고 할 수는 없고, (2) 이들은 모두 일용직 근로자로서 그 '책임'의 면에서 별다른 차이가 있다고 보기도 어려우며, (3) 일반적으로 앞서 본 '기술'과 '노력'의 면에서 임금 차별을 정당화할 만한 실질적 차이가 없는 한 체력이 우세한 남자가 여자에 비하여 더 많은 체력을 요하는 노동을 한다는가 여자보다 남자에게 적합한 기계 작동 관련 노동을 한다는 점만으로 남자근로자에게 더 높은 임금을 주는 것이 정당화되지는 않는 것인데, 소외 회사 공장의 경우에 남녀근로자가 하는 작업이 작업의 성격이나 기계 작동 유무의 면에서 다소의 차이가 있고, 작업공정에 따라서는 남자근로자가 무거운 물건을 운반하고 취급하는 등 여자근로자에 비하여 더 많은 체력을 소모하는 노동에 종사한 것이 사실이지만, 그렇다고 하여 남자근로자의 작업이 일반적인 생산직 근로자에 비하여 특별히 고도의 노동 강도를 요하는 것이었다든가 신규채용되는 남자근로자에게 기계 작동을 위한 특별한 기술이나 경험이 요구되었던 것은 아닌 것으로 보이므로, 원심 인정과 같은 정도의 차이만으로 남녀간 임금의 차별 지급을 정당화할 정도로 '기술'과 '노력'상의 차이가 있다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

그렇다면, 이 사건 사업장 내에서 일용직 남녀근로자들이 하는 일에 다소간의 차이가 있기는 하지만 그것이 임금의 결정에 있어서 차등을 둘 만큼 실질적으로 중요한 차이라고 보기는 어려우므로, 그들은 실질적으로는 거의 같은 성질의 노동에 종사하고 있다고 봄이 상당하고, 따라서 달리 위와 같은 남녀근로자 사이의 임금 차별이 합리적인 기준에 근거한 것임을 알아볼 수 있는 자료가 없는 이상, 소외 회사는 임금 책정에 있어 성에 따라 그 기준을 달리 적용함으로써 여자근로자에게 동일가치의 노동에 종사하는 남자근로자보다 적은 임금을 지급한 것이라고 보아야 할 것이다.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 이 사건 사업장 내 남녀근로자의 일이 동일가치의 노동이라고 볼 수 없다고 판단하였으니, 거기에는 동일가치노동에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

**3. 그러므로 원심판결 중 무죄 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.**

대법관 유지담(재판장), 조무제, 이규홍, 손지열(주심)





## 2.2 사회적 신분을 이유로 한 근로조건의 차별적 처우

☞ 대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다39063 판결

### » 요 지 «

1. 근로기준법 제5조는 사용자가 근로자에 대하여 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하는 것을 금지하고 있고, 구 국가유공자예우등에관한법률(1997.1.13. 법률 제5291호로 개정되기 전의 것) 제36조제1항은 “취업보호실시기관은 이 법에 의하여 취업한 자에 대하여 보직·승진 및 승급 등 모든 처우에 있어서 다른 직원에 비하여 불이익한 대우를 하여서는 아니 된다.”고 규정하여 차별대우를 금지하고 있는바, 위 법률에서 말하는 불이익한 대우라 함은 합리적 이유 없이 국가유공자 등에 대한 채용의무에 따라 채용을 한 근로자라는 이유만으로 부당하게 차별적 대우를 하는 것을 의미한다.
2. 직종에 따른 정원과 신규채용의 자격, 호봉 산정 등에 관한 규정은 당해 사업장에서 근로자가 제공하는 근로의 성질·내용·근무형태·인력수급상황 등 제반 여건을 고려하여 합리적인 기준을 둔다면 같은 사업장 내에서도 직종과 직급 등에 따라 서로 차이가 있을 수 있는 것이고 이러한 기준에 따라 사용자가 정한 인사규정이 공무원이나 동종회사 근로자에 관한 것과 다르다거나 그보다 다소 불리하다고 하여 이를 법률상 무효라고 할 수 없으며, 국가유공자 등에 대한 채용의무에 따라 채용을 한 근로자라고 하여 그러한 규정의 적용이 배제된다고 할 수도 없다.[국가보훈처장의 고용명령에 기한 근로자의 별정직 채용과 호봉 부여가 차별대우에 해당하지 않는다고 한 사례.]

\* 원고, 상고인 : 이○○

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 한국○○신탁 대표이사 장○○

\* 원심판결 : 서울고법 2000.6.22 선고 2000나6072 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

근로기준법 제5조는 사용자가 근로자에 대하여 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하는 것을 금지하고 있고, 국가유공자예우등에관한법률(1997.1.13 법률 제5291호로 개정되기 전의 것)제36조 제1항은 “취업보호실시기관은 이 법에 의하여 취업한 자에 대하여 보직·승진 및 승급 등 모든 처우에 있어서 다른 직원에 비하여 불이익한 대우를 하여서는 아니 된다.”고 규정하여 차별대우를 금지하고 있는바, 위 법률에서 말하

는 불이익한 대우라 함은 합리적 이유 없이 국가유공자 등에 대한 채용의무에 따라 채용을 한 근로자라는 이유만으로 부당하게 차별적 대우를 하는 것을 의미한다 할 것이다.

그리고 직종에 따른 정원과 신규채용의 자격, 호봉 산정 등에 관한 규정은 당해 사업장에서 근로자가 제공하는 근로의 성질·내용·근무형태·인력수급상황 등 제반여건을 고려하여 합리적인 기준을 둔다면 같은 사업장 내에서도 직종과 직급 등에 따라 서로 차이가 있을 수 있는 것이고 이러한 기준에 따라 사용자가 정한 인사규정이 공무원이나 동종회사 근로자에 관한 것과 다르다거나 그보다 다소 불리하다고 하여 이를 법률상 무효라고 할 수 없으며, 국가유공자 등에 대한 채용의무에 따라 채용을 한 근로자라고 하여 그러한 규정의 적용이 배제된다고 할 수도 없다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고가 공상 공무원으로 지정된 경위와 경력, 피고 회사의 설립 경위와 목적, 피고 회사가 원고를 별정직원으로 채용하여 직급과 호봉을 부여한 경위, 피고 회사의 인사·보수에 관한 취업규칙의 내용, 피고 회사의 직원의 종류에 따른 정원과 현원 등의 인력수급상황 등에 관하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이러한 사실관계에 터잡아 피고 회사가 원고를 채용함에 있어 원고가 6급 일반직원의 신규채용자격을 갖추지 못하고(연령 초과) 5급 내지 6급 일반직원의 현원도 이미 정원을 훨씬 초과하고 있었던 관계로 원고 및 국가보훈처와 협의를 거친 후에 원고를 별정직원으로 채용하였던 것이며, 원고에게 별정직 6급 초급사원 3호봉 상당의 호봉을 부여한 것도 원고의 학력과 경력에 따른 관련 인사규정을 적용하여 행한 것이므로 피고 회사의 원고에 대한 별정직원으로서의 채용과 호봉 부여는 관련 규정에 따라 이루어진 것으로서 적법하고, 합리적인 이유 없이 원고가 고용명령에 의하여 채용된 자라는 이유로 다른 근로자에 비하여 부당하게 차별한 것이라고 보기는 어렵다고 판단하였다.

기록과 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해 내지 채증법칙 위반 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 이용우(재판장), 서성, 배기원, 박재윤(주심)



## 2.3 근무형태와 균등처우원칙상에 따른 차별금지사유

☞ 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002두2857 판결

### » 요 지 «

근로기준법 제5조의 균등처우조항은 성별, 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 한 차별적 처우를 금지시킨 것으로서 그 직종이나 업무성질에 따라 근로조건을 달리하는 것은 위 조항에 위배되는 것이 아니라 할 것인데, 기록에 의하면 연중무휴로 지하철이 운행되어야 하는 업무의 특수성으로 인하여 원고의 직원들의 근무형태를 통상근무 이외에 교대근무, 교번근무로 구분하여 운영하는 것이 불가피하고, 이에 따라 교대근무자 및 교번근무자에 대하여는 엄격한 출·퇴근 관리가 요구되며, 교대근무자 및 교번근무자의 야간근무 기간 동안에 한하여 근무일 다음날을 비번일로 정하고 있는 사정 등을 엿볼 수 있는바, 사정이 이러하다면 교대근무자 및 교번근무자에 한하여 위 취업규칙 제13조의2 제3항을 적용하는 것에는 그 합리성을 인정할 여지가 충분하다고 보여지므로 근로기준법 제5조의 균등처우조항에 위배되는 것으로 단정하기는 어렵다 할 것이다.

- \* 원고, 상고인 : 서울특별시 지하철공사
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : 김○○외 59
- \* 원심판결 : 서울고법 2002.2.8. 선고 2001누 7345 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

### » 이 유 «

#### 1. 상고이유 제1점에 대하여

원심은 제1심 판결을 일부 인용하여, 근로기준법상 주휴일 제도는 근로자의 피로를 회복시킴으로써 노동의 재생산을 꾀하고 생산성을 유지하기 위하여 정신적·육체적 휴식을 취하는 데서 그치지 않고 나아가 근로자로 하여금 근로제공의무를 벗어나 사업장 이외의 장소에서 자유로운 시간을 갖도록 하려는 데에 그 취지가 있는 만큼 근로기준법 제54조 및 같은법 시행령 제25조에서 사용자로 하여금 1주간의 소정근로일수를 개근한 근로자에게 1주일에 평균 1회 이상의 유급휴일을 주도록 한 규정은 1주일에 1회 이상의 휴일을 의무화하는 한편 성실근로를 유도·보상하기 위하여 소정의 근로일수를 개근하는 경우에 유급으로 할 것을 정한 것으로 해석하여야 할 것이므로 근로자가 소정의 근로일수를 모

두 근무하지 아니하였다 하더라도 사용자에게 유급휴일로 처리하여 줄 것을 청구할 수 없을 뿐 휴일 자체가 보장되지 않는다고 볼 수는 없다 할 것이어서 휴일 전후의 근로일을 결근하였다고 하여 휴일을 결근으로 처리할 수는 없다 할 것이라고 전제한 다음, 원고의 교대근무자들 및 교번근무자들에 대하여 근무표상 정하여진 휴일은 연중무휴로 지하철을 운행·관리하여야 하는 업무 및 근무형태의 특성상 근로기준법에 보장된 유급휴일을 일정한 날 또는 정기적으로 정하기 어려운 점을 감안하여 단체협약 및 취업규칙에 의하여 인정되는 것으로서 통상의 근로자들에게 부여되는 근로기준법상의 주휴일 또는 단체협약상의 국경일, 법정공휴일 등과 같은 유급휴일의 성격을 갖는다고 할 것이므로 근무표상 근무일의 정상적인 근무 여부와 상관없이 근로제공의 의무가 면제되는 휴일로서 보장된다고 볼 것이라고 판단하고, 나아가 근로기준법 제54조, 같은법 시행령 제25조의 해석상 사용자는 근로자가 소정근로일수를 모두 근무한 경우에는 근로자에게 1주일에 1회 이상의 유급휴일을 부여해야 하고, 근로자가 소정근로일수를 모두 근무하지 않은 경우에도 근로자에게 적어도 1주일에 1회 이상의 무급휴일을 부여해야 한다고 볼 것인데, 교대제 근무기간 중의 비번일은 전날의 근무일에 정상적인 근무가 이루어진 경우에 인정되는 휴일일 뿐 전날의 정상적인 근무 여부와는 상관없이 인정되는 휴일이라 할 수는 없으므로, 원고의 취업규칙 제13조의2 제3항 중 그 전의 정상근무를 전제로 인정되는 휴일인 비번일을 결근일수에 포함시킨 부분은 유효하다고 할 것이나, 비번일과 별도로 월 5~6일씩 부여되는 주휴일은 그 전의 소정근로일수를 모두 정상근무한 것을 전제로 인정되는 것이 아니라 그 전의 정상근무와 상관없이 근로의무 자체가 없는 날이기 때문에 위 취업규칙 제13조의2 제3항 중 주휴일에도 근무의무가 있음을 전제로 하여 이를 결근일수에 포함시킨 부분은 유효한 것으로 보기 어렵다고 판단하였다.

근로기준법 제54조의 유급휴일제도의 입법취지에 비추어 이 사건 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 근로기준법 제54조의 주휴일제도의 해석에 관한 법리오해, 원고의 취업규칙 제13조의2 제3항 및 인사규정 제35조 제5호의 해석에 관한 법리오해의 위법 등이 있다고 할 수 없다. 상고 이유의 주장은 이를 받아들일 수 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

원심은 제1심 판결을 인용하여, 원고의 교대근무자들 및 교번근무자들이 통상근무자들에 비하여 근무량, 근무시간의 불규칙 등 근무여건 및 이로 인한 건강상, 사회생활상 측면에서 상대적으로 불리한 지위에 있는 점 등을 고려해 보면 교대근무자들 및 교번근무자들의 휴일은 통상근무자 보다 더욱 보장되어야 할 필요성이 높은 반면 사업의 특성에 따른 엄격한 출근관리는 근로제공의무가 있는 근무일에 한하여 적용되어야 할 것이므로 통상근무자들을 제외한 교대근무자 및 교번근무자에 한하여 계속 결근시 결근기간 중의 휴일을 결근일수에 산입하도록 한 위 취업규칙 제13조의2 제3항은 휴일의 보장에 관한 근로조건의 측면에서 교대근무자들 및 교번근무자들을 합리적인 이유 없이 통상근무자



보다 불리하게 대우하는 것으로서 근로기준법 제5조의 균등처우조항에 위배된다고 판단되고, 나아가 위 취업규칙 조항이 교대근무자와 교번근무자 뿐만 아니라 통상근무자에게도 적용되는 규정이라고 원고의 주장을 배척하였다.

기록에 비추어 살펴보면 원심이 위 취업규칙 제13조의2 제3항이 원고의 교대근무자 및 교번근무자에게만 적용되는 규정이라고 판단한 조치는 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 채증법칙에 위배하여 사실을 오인하였거나 위 취업규칙 조항의 해석에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

그러나, 원심이 위 취업규칙 제13조의2 제3항이 근로기준법 제5조의 균등처우조항에 위배된다고 판단한 조치는 다음과 같은 이유로 이를 수긍할 수 없다.

근로기준법 제5조의 균등처우조항은 성별, 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 한 차별적 처우를 금지시킨 것으로서 그 직종이나 업무성질에 따라 근로조건을 달리하는 것은 위 조항에 위배되는 것이 아니라 할 것인데, 기록에 의하면 연중무휴로 지하철이 운행되어야 하는 업무의 특수성으로 인하여 원고의 직원들의 근무형태를 통상근무 이외에 교대근무, 교번근무로 구분하여 운영하는 것이 불가피하고, 이에 따라 교대근무자 및 교번근무자에 대하여는 엄격한 출·퇴근 관리가 요구되며, 교대근무자 및 교번근무자의 야간근무 기간 동안에 한하여 근무일 다음날을 비번일로 정하고 있는 사정 등을 엿볼 수 있는바, 사정이 이러하다면 교대근무자 및 교번근무자에 한하여 위 취업규칙 제13조의2 제3항을 적용하는 것에는 그 합리성을 인정할 여지가 충분하다고 보여지므로 근로기준법 제5조의 균등처우조항에 위배되는 것으로 단정하기는 어렵다 할 것이다.

따라서, 위 취업규칙 제13조의2 제3항이 근로기준법 제5조에 위반된다고 한 원심의 판단에는 위 법조의 해석에 관한 법리오해의 위법 등이 있다 할 것이다.

그런데, 앞서 살펴 본 바와 같이 위 취업규칙 조항에서 말하는 ‘휴일’은 정상적인 근무가 이루어진 경우에 인정되는 휴일인 ‘비번일’만을 의미하는 것으로 보는 한도내에서만 위 조항이 유효하다고 해석되는데, 피고보조참가인들은 모두 비번일이 아닌 휴일에 결근한 것으로 처리된 자들로서 위 취업규칙 조항이 적용될 여지가 없으므로 원심의 위와 같은 잘못으로 인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 되지는 않는다 할 것이어서, 결국 위 취업규칙 조항이 피고보조참가인들에게 적용되는 유효한 규정임을 전제로 하는 상고이유의 주장은 이를 받아들일 수 없다.

**3. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.**

재판장 대법관 김용담, 대법관 유지담, 주심 대법관 배기원, 대법관 이강국

### 3. 중간착취의 금지

☞ 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006도7660 판결★

#### » 요 지 «

구 근로기준법 제8조는 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 영리로 타인의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다.”고 규정하고 있는바, 여기서 ‘영리로 타인의 취업에 개입’한다고 함은 제3자가 영리로 타인의 취업을 소개 또는 알선하는 등 근로관계의 성립 또는 갱신에 영향을 주는 행위를 말한다. 그리고 제3자가 타인의 취업에 직접·간접으로 관여하여 근로자를 착취하는 행위를 방지하고자 하는 위 규정의 입법취지와, 위 조항에 의하여 원칙적으로 금지되고 있는 타인의 취업에 개입하는 행위 중 허용되는 행위의 유형과 절차에 관하여 상세히 정하고 있는 직업안정법 등의 관련 법률 조항들을 종합적으로 고려해 볼 때, 위 조항의 ‘영리로 타인의 취업에 개입’하는 행위, 즉 제3자가 영리로 타인의 취업을 소개 또는 알선하는 등 근로관계의 성립 또는 갱신에 영향을 주는 행위에는 취업을 원하는 사람에게 취업을 알선해 주기로 하면서 그 대가로 금품을 수령하는 정도의 행위도 포함된다고 볼 것이고, 반드시 근로관계 성립 또는 갱신에 직접적인 영향을 미칠 정도로 구체적인 소개 또는 알선행위에까지 나아가야만 한다고 볼 것은 아니다.

이 사건에서, 회사의 노동조합 간부로 상당 기간 근무하였기 때문에 회사의 취업자 선정에 관하여 사실상 영향력을 미칠 수 있는 지위에 있는 자로서 구직자들로부터 그 회사에 취업할 수 있도록 알선해 달라는 부탁을 받고 이를 승낙하면서 그 대가로 금원을 교부받은 행위는 구 근로기준법 제8조에서 금지하는 행위에 해당한다.

\* 원심판결 : 수원지법 2006. 10. 12. 선고 2006노2559 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것, 아래에서도 같다) 제8조는 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 영리로 타인의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다.”고 규정하고 있는바, 여기서 ‘영리로 타인의 취업에 개입’한다고 함은 제3자가 영리로 타인의 취업을 소개 또는 알선하는 등 근로관계의 성립



또는 갱신에 영향을 주는 행위를 말한다(대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도 3192 판결 참조).

그리고, 제3자가 타인의 취업에 직접·간접으로 관여하여 근로자를 착취하는 행위를 방지하고자 하는 위 규정의 입법취지와, 위 조항에 의하여 원칙적으로 금지되고 있는 타인의 취업에 개입하는 행위 중 허용되는 행위의 유형과 절차에 관하여 상세히 정하고 있는 직업안정법 등의 관련 법률 조항들을 종합적으로 고려해 볼 때, 위 조항의 ‘영리로 타인의 취업에 개입’하는 행위, 즉 제3자가 영리로 타인의 취업을 소개 또는 알선하는 등 근로관계의 성립 또는 갱신에 영향을 주는 행위에는 취업을 원하는 사람에게 취업을 알선해 주기로 하면서 그 대가로 금품을 수령하는 정도의 행위도 포함된다고 볼 것이고, 반드시 근로관계 성립 또는 갱신에 직접적인 영향을 미칠 정도로 구체적인 소개 또는 알선행위에까지 나아가야만 한다고 볼 것은 아니다.

같은 취지에서 원심이, 회사의 노동조합 간부로 상당 기간 근무하였기 때문에 회사의 취업자 선정에 관하여 사실상 영향력을 미칠 수 있는 지위에 있는 피고인이 구직자들로 부터 그 회사에 취업할 수 있도록 알선해 달라는 부탁을 받고 이를 승낙하면서 그 대가로 금원을 교부받은 피고인의 행위가 구 근로기준법 제8조에서 금지하는 행위에 해당한다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 위 조항의 적용범위에 관한 법리오해 등의 위법은 없다. 상고이유는 받아들이지 아니한다.

그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 고현철(재판장), 김지형, 차한성, 전수안(주심)







## 채용내정





## 제2장 채용내정

### 1. 채용내정의 법적 성질과 효력

#### 1.1 채용내정 취소의 법적 성질

☞ 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다51476 판결★

#### » 요 지 «

1. 피고가 1997. 11월경 원고들에게 최종합격통보를 해 줌으로써 원고들과 피고 사이에 근로계약관계가 유효하게 성립되어 늦어도 채용내정자들에 대하여 근무를 시작하도록하기로 약속한 기한인 1998. 4. 6. 이후에는 원고들이 피고회사의 근로자가 되었다고 할 것이므로 그 후 피고가 원고들에게 한 신규채용의 취소통보는 실질적으로 해고에 해당한다.
2. 피고의 정리해고는 여러 인정사실에 비추어 ① 긴박한 경영상의 필요에 의하여, ② 해고 회피를 위한 사용자의 노력이 병행되면서, ③ 객관적·합리적 기준에 의하여 해고대상자를 선정하여, ④ 근로자측과의 성실한 협의를 거쳐서 행하여진 것이고, 한편 피고회사의 취업규칙에 비추어 신규채용된자들의 채용내정시부터 정식발령일까지 사이에는 사용자에게 근로계약의 해약권이 유보된다고 할 것이어서 원고들에 대하여는 근로기준법 제24조 제3항이 적용되지 않는다고 보아야 한다.

\* 원고, 상고인 : 김○○ 외 10인

\* 피고, 피상고인 : 현대전자산업 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2000. 8. 25 선고 99나41055 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 '기각'한다.

상고비용은 원고들의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 상고이유 제1점을 본다.

원심은 원고들의 주위적청구인 종업원지위확인청구에 대하여, 판단하기를, 그 거시증거

에 의하여, 피고회사가 1997. 8월경 원고들을 포함한 대학졸업자 또는 졸업예정자들로부터 채용신청서류를 제출 받은 뒤 1997. 9. 29경 서류전형 합격통보를, 1997. 10. 24경 면접 합격통보를, 1997. 11월경 최종합격통보를 각 한 사실, 1997. 11. 30 열린 입사예정자 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. 12월경부터 시작될 예정이었던 입사교육을 연기하고 1998. 2월경 당초의 입사일정이 추후 별도로 결정될 것임을 알리는 안내문을 송부하였고, 1998. 6. 11과 12일 개최된 신입사원간담회에서 마침내 신규채용의 취소를 통보한 사실 등을 인정한 후, 피고가 1997. 11월경 원고들에게 최종합격통보를 해 줌으로써 원고들과 피고 사이에 근로계약관계가 유효하게 성립되어 늦어도 1998. 4. 6 이후에는 원고들이 피고회사의 근로자가 되었다고 할 것이므로 그 후 피고가 원고들에게 한 신규채용의 취소통보는 실질적으로 해고에 해당한다고 하고, 이어서 그 해고가 정당하다는 피고의 주장을 정리해고의 정당성에 관한 주장으로 본 다음, 피고의 위 정리해고는 판시와 같은 여러 인정사실에 비추어, ① 긴박한 경영상의 필요에 의하여, ② 해고 회피를 위한 사용자의 노력이 병행되면서, ③ 객관적·합리적 기준에 의하여 해고대상자를 선정하여, ④ 근로자측과의 성실한 협의를 거쳐서 행하여진 것이고, 한편 피고회사의 취업규칙에 비추어 신규채용된 자들의 채용내정시부터 정식발령일까지 사이에는 사용자에게 근로계약의 해약권이 유보되어 있다고 할 것이어서 원고들에 대하여는 근로기준법 제24조 제3항이 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 채증법칙과 경험칙에 위배하여 사실을 오인하였거나 정리해고의 유효성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 상고이유의 주장은 이유 없다

## 2. 상고이유 제2점을 본다.

피고의 원고들에 대한 신규채용 취소통보가 정리해고에 해당하여 정당한 이상, 피고가 근로계약상의 채무를 불이행하거나 위반한 것이라고 할 수는 없으므로, 원심이 원고들의 예비적청구인, 채무불이행으로 인한 손해배상청구를 배척한 것은 결국 정당하고 거기에 이유의 주장과 같은 심리미진 또는 판단유탈의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 상고이유 또한 이유 없다.

## 3. 그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 유지담(재판장), 서성, 배기원, 박재윤



## 1.2 채용내정 성립의 증명책임

☞ 대전고법 2017. 11. 16. 선고 2017누12443 판결<sup>1)</sup>

### » 요 지 «

근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하는지에 대한 입증책임은 근로자임을 주장하는 자에게 있다 할 것인데, 원고가 참가인 회사 상무 김○○과 통화하였고, 상무 김○○이 원고에게 월급 등 일부 근로조건을 제시한 사실, 원고가 같은 날 16:00경 참가인 회사를 찾아가 참가인 회사 기숙사에서 하룻밤을 보낸 사실이 있다고 하여도 원고에게 확정적으로 채용내정의 의사표시나 근로계약 승낙의 의사표시를 하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

\* 원고 : 박○○

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 신○○

\* 제1심 판결 : 대전지법 2017. 6. 28. 선고 2016구합1822 판결

### » 주 문 «

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 모두 원고가 부담한다.

### » 청구취지 및 항소취지 «

제1심 판결을 취소한다. 중앙노동위원회가 2016. 11. 28. 원고와 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다) 사이의 중앙2016부해960 ○○○○ 부당해고 구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

### » 이 유 «

#### 1. 제1심 판결의 인용

이 법원이 이 사건에 관하여 설시할 이유는 제1심 판결문 제3쪽 제2행부터 제19행까지 부분을 아래 제2항 기재와 같이 고쳐 쓰는 것 외에 제1심 판결의 이유 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

1) 대법원 2018. 3. 16. 2018두30082 상고각하



## 2. 고쳐 쓰는 부분

### 나. 판단

앞서 든 증거들과 을가 제1 내지 3호증의 각 기재에 의하면, 원고가 2016. 5. 20. 10:00경 참가인 회사 상무 김○○과 통화하였고, 상무 김○○이 원고에게 월급 등 일부 근로조건을 제시한 사실, 원고가 같은 날 16:00경 참가인 회사를 찾아가 참가인 회사 기숙사에서 하룻밤을 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 사시에 채용내정관계가 확정되었다거나 근로계약이 성립되었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 이와 같은 취지에서 한 이 사건 재심판정은 적법하고, 원고의 주장은 이유 없다.

- 1) 근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하는지에 대한 입증책임은 근로자임을 주장하는 자에게 있다 할 것인데(대법원 2006. 11. 9. 선고 2006다54637, 2006다54644 (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 채용시 면접절차를 진행하고 있음을 인정할 수 있다.), ② 근로조건은 참가인 회사측에서 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.

이에 대하여 원고는, 2016. 5. 20. 전화통화 당시 상무 김○○이 원고에게 ‘2016. 5. 21. 야간근무부터 일을 시작할 것이니 2016. 5. 20.까지 참가인 회사 기숙사에 들어오라’고 하였다는 취지로 주장하나, ① 이 부분에 대하여는 원고 주장과 참가인 주장이 상이하고, 원고 주장에 부합하는 객관적인 증거는 없는 점, ② 2016. 5. 21. 야간근무부터 일을 시작한다면 상무 김○○이 원고에게 2016. 5. 20.까지 참가인 회사 기숙사에 들어오라고 할 필요는 없었을 것으로 보이는 점, ③ 설령, 상무 김○○이 원고의 주장과 비슷한 취지의 이야기를 하였다고 할지라도, 이는 계약조건으로서 2016. 5. 21.부터 근무가 가능한지 여부를 확인하기 위한 것에 불과할 수도 있는 점, ④ 원고의 채용을 최종적으로 결정하는 사람은 상무 김○○이 아니라 참가인 회사의 대표인 참가인으로 보이는데, 위와 같은 내용이 참가인에게 보고되지 않은 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고의 주장을 그대로 믿기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 원고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.



- 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.
- 3) 원고가 2016. 5. 21. 16:00경 김○○로부터 원고를 채용하기 어려우니 기숙사에서 나가달라는 이야기를 들을 때까지 참가인 회사에 근로를 제공하지도 않았다.

### 3. 결 론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하고, 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각한다.

판사 허용석(재판장), 오명희, 박우근



## 2. 채용내정 취소의 정당성

### 2.1 경영상 이유에 의한 채용내정 취소

☞ 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다51476 판결<sup>2)</sup>

#### » 요 지 «

1. 피고가 1997. 11월경 원고들에게 최종합격통보를 해 줌으로써 원고들과 피고 사이에 근로계약관계가 유효하게 성립되어 늦어도 채용내정자들에 대하여 근무를 시작하도록하기로 약속한 기한인 1998. 4. 6. 이후에는 원고들이 피고회사의 근로자가 되었다고 할 것이므로 그 후 피고가 원고들에게 한 신규채용의 취소통보는 실질적으로 해고에 해당한다.
2. 피고의 정리해고는 여러 인정사실에 비추어 ① 긴박한 경영상의 필요에 의하여, ② 해고 회피를 위한 사용자의 노력이 병행되면서, ③ 객관적·합리적 기준에 의하여 해고대상자를 선정하여, ④ 근로자측과의 성실한 협의를 거쳐서 행하여진 것이고, 한편 피고회사의 취업규칙에 비추어 신규채용된자들의 채용내정시부터 정식발령일까지 사이에는 사용자에게 근로계약의 해약권이 유보된다고 할 것이어서 원고들에 대하여는 근로기준법 제24조 제3항이 적용되지 않는다고 보아야 한다.

\* 원고, 상고인 : 김○○ 외 10인

\* 피고, 피상고인 : 현대전자산업 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2000. 8. 25. 선고 99나41055 판결

2) 본 판결의 원문은 `주제별 노동판례 330선` 제2부 제2장 채용내정 281쪽에 기재되어 있음





## 2.2 채용내정 취소와 임금청구권

☞ 대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다25910 판결★

### » 요 지 «

1. 피고회사가 1997년 11월경 H그룹이 시행한 신입사원 모집에 응모한 원고에게 최종 합격되어 피고회사에 우선적으로 입사하게 된다는 채용내정 통지를 함으로써 원고와 피고회사 사이에는 근로계약관계가 성립되어 원고는 늦어도 최종 입사예정일인 1998. 4. 6.부터는 피고회사의 종업원의 지위에 있다 할 것인데, 그 후 피고회사가 원고에 대한 채용내정을 취소한 것은 실질적으로 해고에 해당한다.
2. 원고들이 한 부제소 합의는 원고들이 채용을 기다리기로 한 1999. 6. 30.까지 자신의 순번까지 채용되지 않고 그 채용내정이 확정적으로 취소된다 하더라도 채용내정의 취소, 즉 해고에 관하여 이의를 제기하지 아니하고 해고의 적법여부와 효력, 해고와 관련된 채무불이행이나 불법행위책임 등에 관하여 민사소송 등을 제기하지 아니한다는 취지로 엄격하게 해석함이 상당하고, 위 원고들이 피고회사의 종업원의 지위를 취득한 1998. 4. 6.부터 1999. 6. 30.까지 사이에 피고회사에 대하여 가지는 임금청구권은 채용내정의 취소 즉 해고와 관계없이 당연히 발생하는 권리이므로 사전에 이에 관하여까지 부제소 합의를 하였거나 또는 그 기간 동안의 임금청구권을 포기한 것으로 볼 수 없다.

\* 원고, 피상고인 겸 상고인 : 신○○ 외 30인

\* 원고, 상고인 : 강○○ 외 9인

\* 피고, 상고인 겸 피상고인 : 주식회사 H반도체

\* 원심판결 : 서울고법 2000. 4. 28. 선고 99나41468 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 각자의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

#### 1. 원고들의 상고이유에 대한 판단

가. 원고 조○상을 제외한 나머지 원고들의 상고이유에 대하여

원심은 그 채용 증거들을 종합하여, 원고들은 대학 또는 대학원 졸업예정자들로서

피고회사가 속한 H그룹이 시행한 신입사원 모집에 응모해 서류전형 및 면접에 합격하여 1997. 10. 24. 배치예정 회사가 피고 회사임을 통지받은 후, 같은 달 31일 신체검사를 받고, 같은 해 11월경 피고회사로부터 최종 합격되어 피고회사에 우선적으로 입사하게 된다는 채용내정 통지를 받은 사실, 피고회사는 1997. 11. 30. 대졸신입사원 입사예정자 소집간담회를 개최하여 간담회에 참석한 원고들을 포함한 채용내정자들에게 ‘대졸신입사원 입사안내문’을 통하여 앞으로 개인별로 통보될 교육일정에 따라 1997. 12. 8.부터 1998. 4. 3.까지 사이에 7차에 걸쳐 원고들에 대한 신입사원 교육을 실시하고 그 교육실시 차수에 따라 원고들 각 개인의 입사예정일이 결정될 것임을 알려주고(최종 입사예정일은 1998. 4. 6.이다) 입사에 필요한 근로계약서 등 제반 구비서류 등을 입사예정일에 제출하도록 하였으나, 이른바 IMF 구제금융사태라는 경제사정의 악화 등을 이유로 1997년 12월경부터 실시할 계획이었던 신입사원 교육일정을 연기하다가, 1998. 6. 11. 및 같은 달 12일 소집한 채용내정자 소집점검에서 원고들에게 국내외의 경영상황 악화와 피고회사의 급박한 경영상의 위기상황에 따른 구조조정작업 등으로 원고들을 예정대로 채용하는 것이 불가능하게 되었다고 통보하는 한편, 원고들에게 그 대안으로 ① 피고회사에의 입사지원을 취소하고 2,000,000원의 위로금을 지급받고 그 채용내정의 취소에 대하여 일체의 민·형사·행정상의 법적 절차를 제기하지 않기로 하는 방안(I 안, 입사지원취소확인서)과 ② 1999. 6. 30.까지 피고회사의 채용발령을 기다려 보되, 만약 위 기한까지 본인의 순번까지에 해당되는 신규인력 수요가 없어 채용내정을 취소하더라도 일체의 민·형사·행정상의 법적 청구를 제기하지 않기로 하는 방안(II 안, 채용발령연기동의서)을 제시하고, 만약 어느 것도 선택하지 않으면 채용내정이 그대로 취소된다고 설명한 후 I 안과 II 안 중 하나를 선택하도록 요구한 사실, 이에 원고 강○석, 장○용, 주○만, 허○영, 김○민, 조○수, 이○학, 구○회, 박○천, 원○운(이하 ‘I 안선택 원고들’이라 한다)은 각 I 안을 선택하여 위 원고들의 입사지원취소에 따라 피고회사가 위 원고들에 대한 채용내정을 취소하더라도 피고회사로부터 지급받는 위로금 2,000,000원 이외에 손해배상청구, 기타 일체의 민·형사·행정상의 법적 청구를 하지 않기로 하는 입사지원취소확인서를 작성하여 피고회사에게 제출하고 피고회사로부터 입사지원 취소에 따른 위로금 2,000,000원을 각 지급받았고, 원고 신○훈, 김○수, 김○국, 정○환, 임○한, 김○준, 남○승, 이○훈, 정○현, 명○성, 서○, 홍○희, 김○민, 전○관, 하○, 박○훈, 강○수, 김○환, 김○국, 배○필, 이○문, 조○근, 김○현, 엄○호, 유○기, 박○희, 신○수, 박○일, 김○배, 오○균(이하 ‘II 안선택 원고들’이라 한다)은 II 안을 선택하여 1999. 6. 30.까지 피고회사가 통보한 원고들의 채용발령 순번에 따라 피고회사의 채용발령을 기다려 보되, 위 기한까지 자신의 순번에까지 해당하는 신규인력 수요가 없어 채용내정이 취소되더라도 일체의 민·형사·행정상의 법적 청구를 하지 않기로 하는 채용발령연기동의서를 작성하여 피고회사에게 제출하고 1999. 6. 30.까지 피고회사의 취업조치(채용발령)를 기다렸으나 위 기한까지 그들의 순번에 해당하는 신규인력수요가 없어 결국 1999. 6. 30. 그 채용내정이 확정적으로 취소된 사실을 각 인정한 다음, 피고회

사와 사이에 I 안 선택 원고들은 채용내정과 취소에 따른 모든 분쟁에 관하여, II 안 선택 원고들은 채용내정의 취소 즉 해고에 관련된 부분에 관하여, 각 부제소 합의의 효력을 다투는 위 원고들의 ① 강박에 의한 의사표시로서의 취소 주장, ② 사기 또는 착오에 의한 의사표시로서의 취소 주장, ③ 비진의 의사표시로서의 무효 주장, ④ 불공정한 법률행위로서의 무효 주장, ⑤ 신의칙 위반 및 권리남용 주장을 그 판시와 같은 이유로 모두 배척하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙과 경험칙위배로 인한 사실오인 또는 법리오해의 위법이 없다. 위 원고들의 상고이유는 모두 받아들이지 아니한다.

#### 나. 원고 조○상의 상고이유에 대하여

원심은, 그 채용 증거들을 종합하여, 원고 조○은 대학 졸업예정자로서 피고회사가 속한 H그룹이 시행한 신입사원 모집에 응모하여 1997년 11월경 피고회사로부터 최종 합격되어 피고회사에 우선적으로 입사하게 된다는 채용내정 통지를 받은 사실, 그 후 피고회사가 IMF 구제금융사태라는 경제사정의 악화 등을 이유로 위 원고 등에 대한 신입사원 교육일정을 연기하고 최종 입사예정일인 1998. 4. 6.이 지나도록 위 원고를 입사시키지 못하다가 1998. 6. 11. 채용내정자 소집점검에서 위 원고 등에게 급박한 경영상의 위기상황에 따른 구조조정작업 등으로 예정대로 채용하는 것이 불가능하게 되었다고 통보하면서 그 대안으로 위 두가지 안(I, II 안)을 제시하고 선택하게 하였던 바, 위 원고는 1999. 6. 30.까지 피고회사가 통보한 채용발령 순번에 따라 채용발령을 기다려 보되, 위 기한까지 자신의 순번에까지 해당하는 신규인력수요가 없으면 채용내정이 취소되는 것으로 하는 내용의 채용발령연기동의서를 작성하여 피고회사에게 제출하고 1999. 6. 30.까지 피고회사의 취업조치(채용발령)를 기다렸으나 위 기한까지 그 순번에 해당하는 신규인력수요가 없어 결국 1999. 6. 30. 채용내정이 취소된 사실을 인정한 다음, 피고회사가 1997년 11월경 위 원고에게 채용내정 통지를 함으로써 위 원고와 피고회사 사이에는 근로계약관계가 성립되어 위 원고는 늦어도 최종 입사예정일인 1998. 4. 6.부터는 피고회사의 종업원의 지위에 있다 할 것인데, 그 후 피고회사가 위 원고에 대한 채용내정을 취소한 것은 실질적으로 해고에 해당하나, 그 해고는 판시와 같은 인정 사실에 비추어 피고회사가 ① 긴박한 경영상의 필요에 의하여, ② 해고 회피를 위한 상당한 노력을 하고, ③ 합리적이고 공정한 기준에 따라 해고대상자를 선정하였으며, ④ 근로자측과의 성실한 협의를 거쳐서 행한 정리해고로서 정당한 것이라고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해 또는 심리미진의 위법이 없다. 위 원고의 상고이유도 모두 받아들이지 아니한다.

## 2. 피고의 상고이유에 대한 판단

### 가. II안 선택 원고들에 대한 상고이유에 대하여

원심은, 위 II안 선택 원고들이 피고회사와 사이에 채용내정과 그 취소로 인한 모든 분쟁에 대한 부제소 합의를 하였다는 피고의 주장에 대하여, 위에서 본 바와 같이 위 원고들은 1999. 6. 30.까지 채용발령 순번에 따라 피고회사의 채용발령을 기다려 보되, 위 기한까지 자신의 순번에까지 해당하는 신규인력수요가 없어 채용내정이 취소되더라도 일체의 민·형사·행정상의 법적 청구를 하지 않기로 하는 채용발령연기동의서를 작성하여 피고회사에 제출하였으나, 위 채용발령연기동의서에는 채용내정이 확정적으로 취소될 때까지의 급여지급 여부에 관하여는 언급이 없는 바, 위 원고들이 이 사건 주위적 청구에서 구하는 임금청구 부분 중 채용내정의 취소 전에 발생하는 임금청구권 및 그에 관한 소권까지 포기한 것으로 해석한다면, 위 원고들이 채용을 기다리기 위하여 최종 입사예정일인 1998. 4. 6.부터 1년 이상을 대기하여야 하는 점, 만약 그 기간을 기다리더라도 채용되지 않을 경우 향후 취업과 생계에 상당한 타격을 입게 되리라는 점, I안을 선택한 원고들이 1998. 6. 11.경의 채용내정취소에 따라 위로금을 지급받은 점과 비교할 때 형평이 맞지 않는 점 및 위 원고들은 II안 선택 당시 노무를 제공하였는지 여부와 상관없이 채용내정 취소시까지의 임금청구채권이 발생한다는 것을 예상하지 못하고 있었는데다가 특단의 사정이 없는 한 근로자가 사전에 자신의 임금청구권을 포기하는 것은 허용될 수 없는 것이므로 근로기준법의 정신에 부합한다고 보이는 점 등의 사정에 비추어 볼 때, 위 원고들이 한 부제소 합의는 위 원고들이 채용을 기다리기로 한 1999. 6. 30.까지 자신의 순번까지 채용되지 않고 그 채용내정이 확정적으로 취소된다 하더라도 채용내정의 취소, 즉 해고에 관하여 이의를 제기하지 아니하고 해고의 적법여부와 효력, 해고와 관련된 채무불이행이나 불법행위책임 등에 관하여 민사소송 등을 제기하지 아니한다는 취지로 엄격하게 해석함이 상당하고, 위 원고들이 피고회사의 종업원의 지위를 취득한 1998. 4. 6.부터 1999. 6. 30.까지 사이에 피고회사에 대하여 가지는 임금청구권은 채용내정의 취소 즉 해고와 관계없이 당연히 발생하는 권리이므로 사전에 이에 관하여까지 부제소 합의를 하였거나 또는 그 기간 동안의 임금청구권을 포기한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법은 없다. 이 점에 관한 피고의 상고이유는 받아들이지 아니한다.

### 나. 원고 조○상에 대한 상고이유에 대하여

- (1) 원심은, 원고 조○상이 1998. 6. 11. II안의 채용발령연기동의서에 서명하였으나, 위 동의서 끝 부분에 기재된 “일체의 민·형사·행정상의 법적 청구를 귀사에 대하여 하지 않을 것을 이에 서약합니다.”라는 부동문자 부분을 지우고 피고회사에 제출하였

으므로, 피고회사의 부제소 합의의 청약에 대하여 일종의 변경을 가한 승낙을 한 것으로서 이는 피고회사의 부제소 합의의 청약을 거절한 것으로 봄이 상당하고, 위 원고가 위 채용발령연기동의서에서 1999. 6. 30.까지 채용발령을 기다리기로 동의하고 피고회사의 신규인력 채용에 대하여 이의를 제기하지 아니하기로 승낙하였다는 사유만으로는 위 원고의 이 사건 소가 권리보호이익이 없다고 할 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채용법칙위배로 인한 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다. 이 점에 관한 피고의 상고이유는 받아들이지 아니한다.

- (2) 원심은, 위에서 본 바와 같이 원고 조○상이 1997년 11월경 피고회사로부터 채용내정 통지를 받았으나, 피고회사가 경영상의 사정을 이유로 입사예정일인 1998. 4. 6.이 지나도록 위 원고를 입사시키지 못하고 1999. 6. 30. 그 채용내정을 취소함으로써 위 원고를 정리해고한 사실을 인정한 다음, 피고회사가 1997년 11월경 위 원고에게 채용내정 통지를 함으로써 위 원고와 피고회사 사이에는 근로계약관계가 성립되어 위 원고는 늦어도 입사예정일인 1998. 4. 6.부터는 피고회사의 종업원의 지위에 있으므로, 피고회사는 위 원고에게 입사예정일인 1998. 4. 6.부터 정리해고일인 1999. 6. 30까지의 임금을 지급할 의무가 있다고 판단하는 한편, 그 지급할 임금의 액수는 피고회사가 위 원고와 별도로 채용하여 입사시킨 신입사원 박○형에게 지급된 1998년도 월급여 및 상여금의 총액을 기초로 산정한 월 1,290,930원으로 인정하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채용법칙 위배로 인한 사실오인이나 법리오해 등의 위법이 없다. 이 점에 관한 피고의 상고이유도 모두 받아들이지 아니한다.

### 3. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 각자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 송진훈(재판장), 변재승, 윤재식(주심), 이규홍

### 3. 채용내정 취소와 손해배상 책임

☞ 대법원 1993. 9. 10. 선고 92다42897 판결

#### » 요 지 «

학교법인이 원고를 사무직원 채용시험의 최종합격자로 결정하고 그 통지와 아울러 '1989. 5. 10.자로 발령하겠으니 제반 구비서류를 5. 8.까지 제출하여 달라.'는 통지를 하여 원고로 하여금 위 통지에 따라 제반 구비서류를 제출하게 한 후, 원고의 발령을 지체하고 여러 번 발령을 미루었으며, 그 때문에 원고는 위 학교법인이 1990. 5. 28. 원고를 직원으로 채용할 수 없다고 통지할 때까지 임용만 기다리면서 다른 일에 종사하지 못한 경우 이러한 결과가 발생한 원인이 위 학교법인이 자신이 경영하는 대학의 재정 형편, 적정한 직원의 수, 1990년도 입학정원의 증감 여부 등 여러 사정을 참작하여 채용할 직원의 수를 헤아리고 그에 따라 적정한 수의 합격자 발표와 직원채용통지를 하여야 하는데도 이를 게을리 하였기 때문이라면 위 학교법인은 불법행위자로서 원고가 위 최종합격자 통지와 계속된 발령 약속을 신뢰하여 직원으로 채용되기를 기대하면서 다른 취직의 기회를 포기함으로써 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

- \* 원고, 피상고인 : A
- \* 피고, 상고인 : 학교법인 ○○학원
- \* 원심판결 : 전주지법 1992. 8. 27. 선고 91나3607 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유에 대하여

##### 1. 원심이 유지한 제1심 판결이유의 요지

원심이 인용한 제1심 판결이유를 보면 제1심은, 피고는 1989. 4.초경 경력직 사무직원의 공채를 위하여 그 채용계획을 수립하고 4. 10. 전북일보에 전주○○대학장 명의로 사무직원 모집공고를 낸 다음 4. 20. 사무직원 채용을 위한 공개시험을 실시하여 원고를 포함한 39명이 응시하게 되었는바, 이러한 경우 피고로서는 피고가 경영하는 전주○○대학의 재정 형편, 적정한 직원의 수, 1990년도 입학정원의 증감 여부 등 여러 사정을 참작하여 채

용할 직원의 수를 헤아리고 그에 따라 적정한 수의 합격자 발표와 직원채용통지를 하여야 할 주의의무가 있는데도, 5. 1.경 원고를 포함한 9명의 응시자를 최종 합격자로 결정하고 그들에게 합격통지를 하면서 ‘1989. 5. 10.자로 발령하겠으니 이력서, 인사기록카드 등 구비서류를 5. 8.까지 제출하여 달라.’는 통지를 하여, 원고로 하여금 위 통지에 따라 인사기록카드, 이력서, 졸업증명서, 학업성적표, 신원증명서, 경력증명원, 채용신체검사서 등을 제출하게 한 후, 약속대로 9명 전부를 5. 10.자로 발령하지 못한 채 이를 지체하다가 그해 6. 1.자로 2명, 8. 1.자로 3명만 발령하고, 원고가 발령문제를 위 대학 총무처와 학장에게 문의하자 학교재정이 어려워 순차 발령하겠다고 하고, 또 그해 11월 말경에는 1990. 1. 1.자로 발령하겠다고 통지하는 등 여러 번 발령을 미루어 오다가 1990. 5. 28.경 학교 재정상 원고를 피고의 직원으로 채용할 수 없다고 최종 통지를 한 사실, 원고는 그동안 피고의 임용만을 기다리면서 다른 일에 종사하지 못한 사실이 인정되므로, 피고는 원고에게 위 합격통지 및 그에 따라 원고를 피고의 직원으로 발령하겠다는 통지를 한 후 이를 이행하지 아니함으로써, 원고가 위 통지를 믿고 피고의 직원으로 임용되기를 기다리다가 결국 임용되지 못하게 되어 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 설시한 다음, 피고의 ‘피고가 원고를 위 채용시험의 최종합격자로 결정하였다 하여 반드시 원고를 직원으로 채용할 법률상 의무는 없다.’는 주장에 대하여, 가사 피고에게 그러한 의무가 없다고 하더라도, 피고는 위 합격통지와 아울러 원고에게 ‘1989. 5. 10.자로 발령하겠으니 제반 구비서류를 5. 8.까지 제출하여 달라.’는 통지까지 하였음은 앞에서 인정한 바와 같고, 학교를 운영하는 공공법인인 피고로서는 위 통지를 받는 당사자의 신뢰를 고려하여 그에 상응한 주의를 기울여서 위와 같은 통지를 할 신의칙상 의무가 있으니, 이러한 사정들에 비추어 볼 때, 피고는 원고가 피고의 위 통지 및 그 이후 수차례에 걸친 발령 약속을 신뢰함으로써 입은 손해를 배상할 책임을 면할 수 없다고 판단하였다.

## 2. 상고이유에 대한 판단

### 가. 제1점에 대하여

원심이 인정한 사실에 따르면, 피고는 원고를 피고의 사무직원 채용시험의 최종합격자로 결정하고 그 통지와 아울러 ‘1989. 5. 10.자로 발령하겠으니 제반 구비서류를 5. 8.까지 제출하여 달라.’는 통지를 하여 원고로 하여금 위 통지에 따라 제반 구비서류를 제출하게 한 후, 원고의 발령을 지체하고 여러 번 발령을 미루었으며, 그 때문에 원고는 피고가 1990. 5. 28. 원고를 피고의 직원으로 채용할 수 없다고 통지할 때까지 피고의 임용만 기다리면서 다른 일에 종사하지 못하였는바, 이러한 결과가 발생한 원인은, 피고가 자신이 경영하는 전주○○대학의 재정 형편, 적정한 직원의 수, 1990년도 입학정원의 증감 여부 등 여러 사정을 참작하여 채용할 직원의 수를 헤아리고 그에 따라 적정한 수의 합격자 발표와 직원채용통지를 하여야 하는데도 이를 게을리 하였기 때문이라는 것이므로, 그렇다면 피고는 불법행위자로서 원고가 위 최종합격자 통지와 계속된 발령 약속을 신뢰하여 피고의 직원으로 채용되기를 기대하



면서 다른 취직의 기회를 포기함으로써 입은 손해를 배상할 책임이 있다 할 것이다.  
따라서 원심의 판단은 위 법리에 따른 것으로서 옳고, 거기에 심리미진과 채증법칙 위배로 인한 사실오인, 신의성실의 원칙, 손해배상책임의 발생, 사립학교법과 국가공무원법에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 논지들은 모두 이유가 없다.

나. 제2점에 대하여

원심의 위와 같은 사실인정과 판단에는 아무런 잘못이 없으므로, 피고가 원고를 임용하지 아니한 데에 정당한 사유가 있다는 논지는 받아들일 수 없다.

**3. 이에 상고를 기각하고 상고비용은 패소한 피고의 부담으로 하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.**

대법관 안우만(재판장), 김상원, 윤영철, 박만호(주심)





## 시용과 수습







## 제3장 시용과 수습

### 1. 시용의 법적 성질과 효력

#### 1.1 시용계약의 성립

☞ 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다30473 판결★

#### » 요 지 «

1. 취업규칙의 작성, 변경의 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라 취업규칙을 작성, 변경할 수 있고, 사용자가 취업규칙을 변경한 경우에 취업규칙의 변경이 기존의 근로자에게 불이익한지 여부를 불문하고 취업규칙의 변경은 유효하여 현행의 법규적 효력을 가진 취업규칙은 변경된 취업규칙이므로, 그 변경 후에 근로 관계를 갖게 된 근로자에 대하여는 변경된 취업규칙이 적용된다.
2. 취업규칙에 신규 채용하는 근로자에 대한 시용기간의 적용을 선택적 사항으로 규정하고 있는 경우에는 그 근로자에 대하여 시용기간을 적용할 것인가의 여부를 근로계약에 명시하여야 하고, 만약 근로계약에 시용기간이 적용된다고 명시하지 아니한 경우에는 시용 근로자가 아닌 정식 사원으로 채용되었다고 보아야 한다.

\* 원고, 상고인 : 고○○

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 ○○○테크

\* 원심판결 : 서울고법 1999. 5. 13. 선고 98나61700 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 제1심판결과 원심판결 이유의 요지

원심판결과 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면 원심은, 원고가 1997. 9. 18. 피고의 EDA 사업부의 과장으로 채용되어 근무하다가 같은 해 12. 10. 해고된 사실, 소외인(피고의 대표이사)이 1989. 11. 20.경부터 '○○○ △△△ 테크놀로지'라는 상호로 개인기업으로 경영하여 오던 컴퓨터 등 도·소매업(이하 종전 기업이라고 한다)의 영업을 피고가 1996. 9.경 포괄적으로 양수하면서 종전 기업의 취업규칙(이하 종전 취업규칙이라고 한다)도 피고의 취업규칙으로 그대로 적용하여 온 사실, 종전 취업규칙 제6조 제1항은 신규 채용된 자는 채용된 날로부터 3개월간을 수습기간으로 하고, 같은 조 제2항은 수습기간 또1

는 수습기간이 만료된 자에 관하여 계속 근로가 부적당하다고 인정된 때에는 해고할 수 있으며, 같은 조 제3항은 정식 채용한 자에 대하여는 수습기간을 근속 연수에 포함한다고 규정하고 있고, 피고의 회사사규 취업규정 제7조는 사원으로 신규 채용된 자는 소정의 수습과정을 이수하여야 한다고 규정하고 있는 사실, 원고가 피고와 근로계약체결 당시 서면으로 정식 근로계약서는 작성하지 아니하였는데, 피고는 취업규칙에 신규 사원은 모두 3개월 동안 수습기간을 거친 후에 정식 채용되는 것으로 규정되어 있어 원고도 3개월의 수습기간이 지난 후에 정식 채용된다는 점을 원고에게 명시적으로 알려 주지는 아니하였으나, 원고에 대하여는 위 수습기간의 규정을 적용하지 아니하고 바로 정식 채용하는 것이라고 합의한 바는 전혀 없는 사실을 인정한 다음, 피고가 종전 취업규칙상의 수습기간 및 그 해고에 관한 규정을 제외하는 등으로 이를 개정하였다는 원고의 주장에 대하여 을 제4호증의 기재만으로 이를 인정하기에는 부족하다는 이유로 배척하고, 종전 취업규칙상의 수습기간은 직원을 정식으로 채용하기 전에 그 업무수행능력 및 적성 등을 파악 평가하기 위하여 두고서 그 기간 중 채용 여부에 관한 재량권을 가지는 이른바 시용기간을 의미한다는 전제하에, 피고는 원고와 근로계약을 체결하면서 원고에게 종전 취업규칙이 적용되어 3개월간의 수습기간을 거친 후에 정식 채용된다는 점을 명시적으로 원고에게 고지하지는 아니하였지만, 원고와 사이에 원고에 대하여는 수습기간에 관한 종전 취업규칙의 규정을 배제하고 바로 정식 채용을하기로 약정한 바가 전혀 없으므로, 원고에게도 종전 취업규칙이 정하는 수습기간에 관한 규정이 당연히 적용된다고 보아야 하고(위 인정 사실에 의하면 피고 회사는 원고에 대하여 종전 취업규칙에 따라 3개월간 해제권을 유보한 수습기간을 둘 의사를 가지고 원고를 고용한 것으로 인정되고, 원고 또한 위 근로계약 당시 정식의 근로계약서를 작성하지 아니하였던 점 및 원고에 대한 대우 및 회사 운영 상황, 일반 취업규칙의 관행 등에 비추어 볼 때 당시에 적어도 3개월간의 수습기간이 적용된다는 사실 정도는 알았을 것으로 인정된다.), 피고가 시용기간 중에 원고의 근무태도, 업무수행능력, 직장 내의 부조화 등을 고려하여 원고가 고용에 적합하지 아니하다고 판단하고 원고를 정식 사원으로 채용하기를 거부하는 의미에서 해고시킨 조치는 객관적으로 합리적이며 사회통념상 상당하다고 수긍할 수 있어 정당한 사유가 있다고 판단하였다.

## 2. 상고이유에 대한 판단

취업규칙의 작성, 변경의 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라 취업규칙을 작성, 변경할 수 있고, 사용자가 취업규칙을 변경한 경우에 취업규칙의 변경이 기존의 근로자에게 불이익한지 여부를 불문하고 취업규칙의 변경은 유효하여 현행의 법규적 효력을 가진 취업규칙은 변경된 취업규칙이므로, 그 변경 후에 근로관계를 갖게 된 근로자에 대하여는 변경된 취업규칙이 적용된다고 할 것이고(대법원 1992. 12. 22. 선고 91다45165 전원합의체 판결 참조), 취업규칙에 신규 채용하는 근로자에 대한 시용기간의 적용을 선택적 사항으로 규정하고 있는 경우에는 그 근로자에 대하여 시용기간을 적용할 것인가의 여부를 근로계약에 명시하여야 하고, 만약 근로계약에 시용기간이 적용된다고 명시하지 아니한 경우에는 시용 근로자가 아닌 정식 사원으로 채용되었다고 보아야 할 것이다(대법원 1991. 11. 26. 선고 90다4914 판결 참조).

기록에 의하면, 피고가 1997. 1. 3. 제정하여 시행한 것으로 보이는 피고의 회사사규(을

제4호증)는 경조금지급 규정, 구매업무 규정, 여비 규정, 인사관리 규정, 복리후생 규정, 전결규정 및 제1장 취업규정, 제2장 인사(제1절 채용, 제2절 휴직, 제3절 면직)의 항목으로 이루어져 있고, 그 취업규정 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 원심으로서 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 근로계약체결에도 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.

**3. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 법관들의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.**

대법관 조무제(재판장), 김형선(주심), 이용우

## 1.2 사용기간

☞ 대전지법 2015. 2. 5. 선고 2014구합100626 판결★<sup>1)</sup>

### » 요 지 «

1. 사용근로계약이란, 근로자를 기업조직에 최종적으로 편입시키는데 신중을 기하기 위하여 입사한 근로자를 곧바로 정규사원으로 임명하지 않고 일정기간을 설정하여 그 기간 내의 근무상황 등을 고려하여 근로자의 직업적성과 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등을 판단하려는 목적으로 체결된 근로계약을 가리킨다. 이러한 사용계약은 일종의 해약권유보부 근로계약 즉 본채용을 하기에 적절하지 못할 경우 향후 근로계약을 해지하기로 하면서 체결한 근로계약에 해당한다고 보아야 할 것이다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결 등 참조).
2. 원고는, 사용근로기간을 2~3개월 또는 6개월 정도로 설정하는 경우는 있어도 1년이라는 장기간의 사용기간을 설정하는 경우는 없다고 주장하나, 그 사용기간을 원고의 주장과 같이 단기간으로만 하여야 한다는 법률의 규정이나 관행이 존재한다고 볼 아무런 자료가 없으므로 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다. 결국 사용기간을 어느 정도의 기간으로 할 것인지는 각 근로계약에서 당사자들의 의사합치에 의하여 결정될 문제일 뿐인데, 원고 스스로 이 사건 근로계약과 관련하여 ‘사용’이라는 단어를 사용한 사실을 비롯하여 제반 사정을 모두 합하여 보면, 이 사건 근로계약은 사용기간 동안 참가인의 업무 수행 여부를 평가하여 정식채용 여부를 최종적으로 결정하는 일종의 해약권유보부 근로계약으로서 사용계약에 해당한다고 봄이 상당하다.

\* 원고 : 주식회사 ○○방송

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : ○○○

### » 주 문 «

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 모두 원고가 부담한다.

### » 청구취지 «

피고가 2014. 1. 6. 원고와 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다) 사이의 중앙2013부해885 부당해고구제 재심신청사건에 대하여 한 재심판정을 취소한다.

1) 대법원 2015. 12. 24. 2015두52678 판결에서 심리불속행 기각으로 확정



## » 이 유 «

### 1. 재심판정의 경위

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제1, 2호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태면 이를 인정할 수 있다.

#### 가. 당사자의 지위(관계)

- (1) 원고는 1996. 2. 21. 설립되어 상시 근로자 1,600여명을 고용하여 방송사업 및 문화서비스업을 하는 회사이다.
- (2) 참가인은 「○○○ ○○일보」에서 기자로 근무하다 2012. 7. 15. 원고와 사이에서 계약기간을 2012. 7. 16.부터 2013. 7. 15.까지로 하는 아래와 같은 내용의 근로계약(이하 '이 사건 근로계약'이라 한다)을 체결하고 경력직 기자로 입사하였다.

제2조(기간 및 원칙) ① 본 계약기간은 2012. 7. 16.부터 2013. 7. 15.까지로 한다.

② 원고는 참가인이 계약기간 중 사규 저촉행위를 하지 않는 한 기간이 만료됨과 동시에 원고의 일반직 사원으로 임용한다.

제3조(참가인의 의무) ① 참가인은 원고의 피고용인으로서 품위를 지키며 질서를 문란케 하거나 원고의 품위 또는 신용을 훼손시킬 행위를 하지 않는다.

② 참가인은 본 계약에 의하여 부과된 의무를 최선을 다하여 성실히 수행하며 업무수행상 요구되는 주의의무를 다하여야 한다.

제9조(원고의 계약해지권) ② 계약직 근로자가 다음 각 호의 1에 해당될 때는 계약을 해지할 수 있다.

4. 기타 계약직 근로자의 귀책사유로 근로계약을 유지하기 어려운 중대한 사유가 발생했을 때

6. 제3조의 의무 및 기타 본 계약상 참가인이 준수해야 할 의무위반 및 계약직 취업규칙에 저촉될 경우

7. 근무태만, 부주의 또는 이에 준하는 사유로 사고를 발생시킨 경우

8. 업무실적이 저조한 경우

9. 근무태도가 불량한 경우

#### 나. 원고의 참가인에 대한 근로계약해지 및 임용불가 통보

- (1) 원고는 위 계약기간 만료 이전인 2013. 6. 5.경 참가인에게 전자우편(E-Mail)을 보내는 방법으로 “근로계약해지 및 일반직 임용불가”를 통보(이하 '이 사건 통보'라 한다)하였다.
- (2) 이 사건 통보를 한 전자우편에는 「근로계약 해지 및 일반직 임용불가 통지서」라는 문서가 첨부되어 있었는데, 여기에는 다음과 같은 내용으로 이 사건 통보의 근거(즉 해지근거 및 임용불가 근거)가 거시되어 있었고, 해지일자를 이 사건 근로계약 기간 이내인 2013. 6. 7.로 적시하고 있었다.



- 해지근거 : 이 사건 근로계약 제9조 제2항 제6호(준수의무 위반), 제7호(근무태만, 부주의 또는 이에 준하는 사유로 사고를 발생시킨 경우), 제8호(업무실적 저조), 제9호(근무태도 불량) 등
- 임용불가근거 : 이 사건 근로계약 제2조 제2항에 정한 사규 저촉 행위

다. 참가인의 구제신청 및 노동위원회의 판정

- (1) 참가인은 2013. 7. 12. 이 사건 통보가 부당해고에 해당한다고 주장하면서 서울지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였으나, 위 지방노동위원회는 2013. 9. 16. 다음과 같은 요지로 위 구제신청을 기각(이하 ‘이 사건 초심판정’이라 한다)하였다.

이 사건 통보는 해지통고에 해당하기는 하지만, 이는 징계해고가 아니라 이 사건 근로계약에서 유보한 근로자의 귀책사유에 따른 사용자의 해고권을 행사한 경우이고, 이 사건 근로계약에서는 이러한 경우와 관련하여서는 별도의 절차규정을 두고 있지 않으므로, 여기에 절차상의 하자가 없다.

또한 원고가 참가인에 대하여 준수의무위반, 사규저촉행위 등을 들어 이 사건 계약해지 및 일반직 임용불가처분을 알리는 의미로 이 사건 통보를 한 것은 정당하고 합리적인 이유가 있다.

- (2) 참가인은 이에 불복하여 2013. 10. 7. 중앙노동위원회에 재심을 신청하였는데, 중앙노동위원회는 2014. 1. 6. 다음과 같은 이유로 이 사건 초심판정을 취소하고, 원고가 2013. 6. 7. 참가인에 대하여 한 이 사건 통보는 부당해고임을 인정(이하 ‘이 사건 재심판정’이라 한다)하였다.

이 사건 통보에서 원고가 문제를 삼고 있는 참가인의 소위들은 징계사유에 해당되기는 하나, 원고의 계약직 취업규칙 상의 통상해고 사유에는 해당하지 않으므로, 소정의 징계절차를 거친 연후에만 징계로서의 해고가 가능하다. 그런데 이 사건 통보와 관련하여 징계절차를 거치지 아니하였으므로 위법하다.

## 2. 주장 및 판단

가. 원고 주장의 요지

- (1) 이 사건 근로계약의 법적 성격에 관하여

이 사건 재심판정은, 가장 기본적인 문제라고 할 수 있는 이 사건 근로계약의 법적 성질에 관하여 오판하였다. 즉, 이 사건 재심판정에서는 이 사건 근로계약을 ‘시용계약’으로 전제하고 판단하였으나 이 사건 근로계약에서는 시용기간이 적용된다는 취지의 명시적 규정을 두고 있지 아니한바, 결국 이 사건 근로계약은 1년의 계약기간이 정해져 있고 계약기간 만료 시 자동연장 되는 것이 아니라 별도의 일반직 사원 임용절차를 예정하고 있을 뿐이므로 기간제 근로계약이라고 할 것이다.





## (2) 구제실익의 존부와 관련하여

위에서 본 바와 같이 이 사건 근로계약은 1년의 계약 기간이 정해져 있고 계약기간 만료 시 자동연장 되는 것이 아니라 별도의 일반직 사원 임용절차를 예정하고 있는 기간제 근로계약이므로, 계약 기간 만료일인 2013. 7. 15.에 해고 등 별도의 조치 없이 당연히 종료되는 것이다. 따라서 이 사건 통보 중 해지에 관한 부분은 계약 기간 중 해고통보에 해당하고, 임용거절에 관한 부분은 위와 같이 원래부터 예정되어 있는 법률효과를 주의적으로 다시 알려주는 것에 불과하다.

그러므로 피고의 판단 혹은 참가인의 주장과 같이 '이 사건 통보가 징계해고통지로서의 의미를 갖는 것임에도 그 소정의 징계절차를 거치지 아니하여 무효'라고 하더라도 그 반사효과로 참가인이 원고의 일반직 사원이 되는 것은 아니다. 요컨대, 위 계약기간 만료일 이후에는 참가인은 이 사건 근로계약에서 정한 바에 따라 더 이상 원고의 직원으로서의 지위를 보유하지 않게 되는 것이므로, 참가인이 이 사건 통보에서의 해지일과 위 약정 기간까지의 임금 등과 관련한 민사상 청구를 하는 것은 별론으로 하고 피고를 통한 구제절차를 유지할 이익은 없게 되었다고 보아야 한다. 그렇다면 피고는 노동위원회 규칙 제60조에 따라 신청의 이익이 없음을 이유로 참가인의 재심신청을 각하하거나, 위 규칙 제42조에 따라 참가인에게 원고의 2013. 6. 10.자 일반직 임용거절에 대한 부당해고 구제신청으로 신청취지를 추가 또는 변경하게 하였어야 함에도 이 사건 통보에 대하여 본안 판단을 하였다.

## (3) 이 사건 통보의 정당화 사유 존재

위와 같은 이유로 이 사건 근로계약은 기간제 근로계약으로 보아야 하고, 한편 이러한 근로계약 하에서 원고와 참가인 사이에서 적용되는 '계약직 취업규칙' 제71조에서는 계약직 근로자의 귀책사유로 근로계약을 유지하기 어려운 중대한 사유가 발생했을 때에는 징계절차를 거치지 않고 해고할 수 있다는 취지의 규정(이른바 통상해고 조항)을 두고 있는데, 참가인은 1년이 채 안되는 근무기간 동안 별지 「사규저촉행위 목록」 기재와 같이 조작방송 논란, 수준 미달의 자막처리, 선정적이고 불공정한 기사 제목 남발, 여직원들에 대한 고압적인 태도와 부적절한 언행 등 여러 사규저촉행위들을 행하였는바, 원고가 정당한 평가절차(원고의 업무실적 평가결과는 평가대상자 19명 중 19위로 극히 저조하였다) 및 인사위원회 의결을 거쳐 위 통상해고 조항에 의거하여 근로계약 해지에 관한 이 사건 통보를 하면서 겸하게 일반직 임용거절 통보를 하였을 뿐이므로, 여기에 징계해고에 관한 절차를 준수하지 아니한 위법이 있다는 이 사건 재심판정은 사실을 오인하고 법리적용을 잘못한데 따른 것으로서 위법·부당하므로 취소되어야 한다.

## 나. 관계 규정

별지 「관계 규정」 기재와 같다.



## 다. 이 법원의 판단

## (1) 인정사실

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1호증의 2, 갑 제12호증, 을가 제1 내지 3호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 보면, 이를 인정할 수 있다.

## (가) 이 사건 근로계약의 체결 경위 및 내용

- ① 원고는 파업으로 인한 대체인력을 채용하기 위해 2013. 2. 13. 전문기자(계약직) 모집공고를 하면서 '계약기간을 1년으로 하되, 평가에 따라 1년 연장계약 가능한 것'으로 하여 공고하였고, 2012. 5. 12. 만 2년 이상 경력기자 모집공고를 하면서 계약직 기자 채용조건과 달리 '1년 근무(시용) 후 정규직 임용'을 채용조건으로 제시하였다.
- ② 앞서 본 바와 같이 참가인은 2012. 7. 16. 원고와 사이에 이 사건 근로계약을 체결하였는데, 참가인은 위 2가지의 채용공고 중 나중의 것 즉 경력기자 모집공고에 따라 만 2년 이상의 경력직 기자로 채용된 것이었다.
- ③ 한편, 원고의 기획홍보본부장은 2012. 6. 20. ○○○○ 프로그램 '◇'에 출연하여 '경력기자 뽑고 1년 후 정식채용하는 이른바 시용기자의 경우 파업이 끝나고 파업에 참여했던 직원들이 돌아오면 어떻게 합니까'라는 질문에 '시용기자는 1년 동안 근무태도에 문제가 없거나 다른 범죄적 사실이 드러나지 않으면 자동으로 정규직으로 전환되는 것이다'라고 답하였다.

## (나) 참가인에 대한 업무평가

참가인은 2013. 5. 28.부터 2013. 5. 31.까지 시용계약직 근로자 19명에 대한 평가에서 '2012 하반기 인사고과 12점'에 '소속국장 평가 3점(C)', '본부장 평가 4점(C)'으로 합계 19점을 받았는데, 이는 19명 중 가장 낮은 성적이었다. 본부장은 총점 100점 중 40점을 부여할 수 있었는데 19명 중 리포트를 4개 제작한 사람이나 하나도 제작하지 못한 사람에게 40점을 부여한 반면 참가인에 대하여는 4점(C)을 부여하였다.

## (다) 인사위원회 개최 및 이 사건 해지통보

- ① 원고는 2013. 6. 4. 계약직 근로자 19명에 대하여 인사위원회를 개최하였다. 그 위원회에서는 2012. 12.경 및 2013. 5.경에 각 실시한 평가 점수에 따라 참가인을 포함한 하위 5명에 대한 일반직 임용여부를 심의한 결과 참가인 등 2명을 제외한 17명을 정규직으로 임용하기로 하였다.

반면, 원고는 참가인에 대하여는 '업무실적 저조', '준수의무 위반', '근무태도불량' 등의 이유로 계약서 제9조 제2항 제6호 내지 제8호에 근거하여 2013. 6. 7.자로 시용계약을 해지하기로 결정하였다.



- ② 한편 원고는 2012. 3.경부터 2012. 5.경 채용한 7명의 계약직 기자들도 모두 정규직 근로자로 채용하였다.

(2) 이 사건 근로계약이 시용계약인지 여부에 대한 판단

이른바 시용근로계약이란, 근로자를 기업조직에 최종적으로 편입시키는데 신중을 기하기 위하여 입사한 근로자를 곧바로 정규사원으로 임명하지 않고 일정기간을 설정하여 그 기간 내의 근무상황 등을 고려하여 근로자의 직업적성과 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등을 판단하려는 목적으로 체결된 근로계약을 가리킨다. 이러한 시용계약은 일종의 해약권유보부 근로계약 즉 본채용을 하기에 적절하지 못할 경우 향후 근로계약을 해지하기로 하면서 체결한 근로계약에 해당한다고 보아야 할 것이다 (대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결 등 참조).

이 사건으로 돌아와 살피건대, 앞서 본 바와 같이, 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 연장계약 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 않았다. 이러한 인력의 채용 내지 이 사건 근로계약의 체결과정에서 원고의 업무처리를 담당한 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 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 업무 수행 여부를 평가하여 정식채용 여부를 최종적으로 결정하는 일종의 해약권유보부 근로계약으로서 시용계약에 해당한다고 봄이 상당하다.



## (3) 구제이익이 없다는 주장에 대한 판단

이 사건 재심판정과 관련하여, 참가인에게 구제의 이익이 없다는 원고의 주장은, 이 사건 근로계약이 1년으로 기간을 정한 기간제 근로계약으로서 그 말일인 2013. 7. 15.에 만료되어 그 이후인 이 사건 재심판정 시점 등에서는 더 이상 유효하지 않다는 것을 전제로 하는 것이다. 즉, 이 사건 통보의 유무효와 이 사건 근로계약의 효력의 존속 여부가 상호간 아무런 관련이 없으나, 이 사건 통보에 따른 불이익 상황의 제거를 위하여 위와 같은 구제절차를 진행할 필요가 없다는 취지의 주장이다.

그러나 앞서 본 바와 같이 이 사건 근로계약은 기간의 정함이 없는 근로계약이고, 여기에서의 계약기간은 시용기간 설정으로서의 의미를 가진다고 할 것이며, 이러한 상황에서는 이 사건 해지통보는 근로계약기간의 만료에 따른 갱신거절의 의사 내지는 시용기간 만료 시 본계약 체결에 대한 거부 의사를 표시한 것이 법률이 정한 요건하에서 이루어진 적법한 것인지 여하에 따라서 참가인의 법적 지위에 변동이 생길 수밖에 없고, 그에 따른 이익은 민사소송절차를 통하여 해결하거나 할 수 있는 것이 아니므로, 참가인의 이 사건 구제신청은 구제이익이 있다. 따라서 피고가 참가인의 구제신청을 각하하지 않고 나아가 본안 판단을 한 것은 정당하고 이에 반하는 원고의 주장은 이유 없다.

## (4) 이 사건 통보에 정당한 사유가 있는지 여부에 대한 판단

(가) 원고와 참가인이 이 사건 근로계약을 통하여 1년이라는 기간을 시용기간으로 하는 시용근로관계를 설정한 것으로서, 이 사건 근로계약은 기간을 정하지 않은 근로계약에 해당한다고 보아야 할 것임은 앞서 판단한 바와 같다.

(나) 한편, 이러한 시용계약에 있어서 시용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료 시 본계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 하고, 사용자가 이에 위반하여 부당하게 본계약의 체결을 거부하는 것은 부당해고에 해당한다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결, 1994. 1. 11. 선고 92다44695 판결 등 참조).

(다) 이 사건으로 돌아와 살피건대, 위 인정사실 및 갑 제1호증의 2, 갑 제12조, 을가 제7조의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사정에 비추어 볼 때, 원고가 참가인에게 근로계약의 해지와 본계약 체결을 거부하는 취지의 이 사건 통보를 한 것은 사회통념상 합리적인 이유가 없는 상태에서 부당하게 본계약의 체결을 거부하는 부당해고조치를 한 것으로 봄이 상당하다.



- ① 첫째, 참가인은 계약기간으로 명시된 1년이 지나더라도 당연히 원고와의 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 연장계약 가능'을 조건으로 채용한 계약직 기자들까지 모두 정규직 근로자로 채용되었으므로, 참가인의 위와 같은 기대는 사회통념상 상당한 것으로서 보호되어야 할 것이다.
- ② 둘째, 원고가 주장하는 해고사유 중 '업무실적 저조'는 이 사건 계약서에 계약해지 사유로 규정되어 있기는 하나, 2012년도 하반기 업무직·계약직 근로자에 대한 평가는 평가대상자 1~2명인 경우 무조건 B를 부여하도록 되어 있고 참가인과 함께 채용된 19명 중 8명이 B를 받았으므로 위 평가를 근거로 참가인이 업무실적이 저조하였다고 단정할 수 없는 점, 2013. 5.경 업무평가는 구체적인 근거사실을 적시함이 없이 원고의 추상적이고 주관적인 견해에 근거하여 이루어진 것이므로 위 평가만으로 참가인의 업무수행능력이 어느 정도 어떻게 부족하였는지 그로 인하여 업무수행에 어떠한 차질이 있었는지 알 수 없는 점 등에 비추어 보면, 참가인에 대한 직업적 능력과 업무적격성의 평가가 공정한 기준에 따라 객관적으로 이루어졌다고 보기 어렵다.
- ③ 셋째, 원고가 「사규저촉행위 목록」에서 지적하는 참가인의 불성실한 사적 등은 다음과 같은 이유에서 그것이 실제로 참가인이 저지른 행동인지도 명확하지 않고, 일부 참가인이 관여되어 있는 사건들의 경우에도 그 모든 책임을 참가인이 져야 하는 경우라고 단정하기 어렵다.

즉, 2012. 7. 27. ○○○-구글플러스 SNS 현장중계방송사고는 기술적인 문제로 현장의 인터넷 연결이 불안정하여 부득이하게 원고 본사 사무실을 촬영한 것이고, 앵커의 대본을 수정하지 못하여 위와 같은 방송사고가 발생한 것으로 보인다. 그러나 위 사고와 관련하여 원고는 참가인에 대하여 징계처분을 부과하지 아니하였고, 참가인은 이 당시 입사한 지 10일밖에 되지 않아 위 현장중계방송을 책임지는 위치에 있다고 보기 어렵다.

그리고 2012. 11. 5. 평일 ○○○ 뉴스◇◇◇ 방송의 자막을 성명 대신 환자, 할머니 등으로 선정한 것은 참가인의 상급자인 송○○ 부국장의 기획의도에 따른 지시에 의한 것이었고 참가인이 자막 설정을 결정할 수 있는 결정권자가 아니었다는 것을 원고도 자인하고 있는 점, 위 자막설정으로 인하여 송○○ 부국장 또는 참가인이 원고로부터 징계를 받은 적이 없었던 점 등을 고려하면 참가인이 원고의 방송규정을 위반하였다고 평가할 것은 아니다.

인터넷 뉴스의 기사 제목을 선정하는 결정권자는 송○○ 부국장였고, 1차로 담당자인 참가인이 제목을 달았지만, 2차로 담당부장이 검토하여 결정하는 절차를 거쳤

으며, 참가인이 일방적으로 인터넷 뉴스의 제목을 결정할 수 없었던 점, 위의 제목 선정 등으로 참가인을 포함한 상급자가 징계를 받은 점이 없는 점, 2013. 4. 18. 인터넷뉴스 제목 외에는 참가인이 선정한 제목이 외부로 공개되지 않은 점 등에 비추어 보면, 참가인이 운영내규를 위반하였다고 보기 어렵다.

원고는, 참가인의 직장 언행이 심각한 수준으로 부적절하였다고 주장하나, 갑 제11호증의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고(원고는 그 확인서 작성자를 증인으로 신청하여 채택받았으나, 그 증인이 출석하지 않았다고 하자 제2회 변론기일에 위 증인신문신청을 철회하였다), 그밖에 이를 인정할 만한 별다른 자료가 없다. 가사 참가인의 언행이 다소 부적절하였다고 하더라도 원고로부터 지적받은 적이 없었던 점 등을 고려하면, 그와 같은 사유만으로 사회통념상 고용관계를 계속하기 어려운 합리적인 이유가 있다고 보기 어렵다.

- ④ 마지막으로, 정규직 채용이 예정되어 있던 참가인과 달리 평가에 따라 계약기간 연장이 가능한 것을 조건으로 채용된 계약직 근로자들도 파업기간에 업무를 수행한 것에 대한 보상으로 모두 정규직으로 임용된 점 등에 비추어 보면, 이 사건 해지통보는 형평성 측면에 있어서도 정당한 이유가 없다.

(라) 따라서 이 사건 통보가 시용계약에서 사용자에게 유보된 해약권의 행사이기는 하되 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되는 경우라고 볼 수는 없어 결국 부당해고에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 이와 결론을 같이 한 이 사건 재심판정은 결론에 있어 타당하다.

### 3. 결 론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사 구창모(재판장), 정교형, 장서진



### 1.3 업무적격성 평가와 유보된 해약권의 행사

☞ 대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결★

#### » 요 지 «

1. 시용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료시 본계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 한다.
2. 사용자인 은행이 시용기간 중의 근로자를 대상으로 근무성적평정을 실시함에 있어서 각 지점별로 씨(C) 또는 디(D)의 평정등급 해당자 수를 할당한 점, 근무성적평정표가 작성·제출된 이후 위 은행으로부터 재작성 요구를 받은 일부 지점장들이 평정자 및 확인자를 달리하도록 정한 위 은행의 근무성적평가요령에 어긋나게 혼자서 근무성적평정표를 재작성하기도 한 점 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 위 은행이 시용근로계약을 해지한 데에 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다.

\* 원고, 피상고인 : 원고 1 외 9인

\* 피고, 상고인 : 주식회사 ○○은행(변경전 상호 : 주식회사 △△은행)

\* 원심판결 : 서울고법 2002. 10. 9. 선고 2000나49130 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 상고이유보충서는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

#### 1. 상고이유 제1, 2점에 대하여

시용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료시 본계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보

다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 할 것이다(대법원 2003. 7. 22. 선고 2003다5955 판결 등 참조).

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 상고 이유에서의 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.

## 2. 상고이유 제3점에 대하여

법률상의 요건사실에 해당하는 주요사실에 대하여 당사자가 주장하지도 아니한 사실을 인정하여 판단하는 것은 변론주의에 위배된다고 할 것이나, 당사자의 주요사실에 대한 주장은 직접적으로 명백히 한 경우뿐만 아니라 당사자가 법원에 서증을 제출하며 그 입증 취지를 진술함으로써 서증에 기재된 사실을 주장하거나 당사자의 변론을 전체적으로 관





찰하여 간접적으로 주장한 것으로 볼 수 있는 경우에도 주요사실의 주장이 있는 것으로 보아야 할 것이다(대법원 1999. 7. 27. 선고 98다46167 판결 등 참조).

그런데 기록에 의하면, 원고 7은 이 사건 근로계약은 무효라는 취지의 여러 법률상 주장을 하고 있는데, 그 중에는 피고 은행이 이 사건 근로계약에서 유보한 해지권을 행사하여 위 원고를 해고한 것은 이미 그 시용기간이 경과한 후에 행해진 것으로서 무효라는 주장도 포함되어 있음을 알 수 있다.

이와 같은 상황이라면 앞에서 본 법리에 비추어 비록 원고 7이 변론에서 피고 은행이 위 원고에 대한 3개월의 시용기간이 경과한 후에 이 사건 근로계약에서 유보된 해지권을 행사한 것이므로 위 해고는 무효라는 점에 관하여 명백히 진술을 한 흔적은 없다 하더라도 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 볼 때 그에 관한 간접적인 진술이 있었다고 볼 수 있으므로, 원심이 위 원고에 대한 해고는 3개월의 시용기간이 경과한 후에 이루어진 것으로서 무효라고 판단하였다고 하여 변론주의에 위배된다고 할 수 없다.

또한, 원심의 그러한 판단에 석명권을 행사하지 아니한 위법이 있다거나 당사자의 의사 해석에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고도 할 수 없다.

### 3. 결 론

그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이강국(재판장), 손지열, 김용담(주심), 박시환



## ☞ 대법원 2003. 7. 22. 선고 2003다5955 판결

## » 요 지 «

1. 시용(試用)기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료시 본계약(本契約)의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 할 것이다(대법원 1999. 2. 23. 선고 98두 5965 판결; 2001. 2. 23. 선고 99두10889 판결 등 참조).
2. 피고가 해고사유로 주장하는 무선교신수신 위반, 동료와의 불화로 인한 직장 근무 분위기 저해, 경력과 가족관계 은폐의 점을 들어 원고가 운전업무를 담당하는 데 부적합하여 수습채용을 취소할 만한 객관적인 사정이 있었다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 수습기간 만료 전 원고에 대한 수습채용을 취소한 것은 정당한 이유가 없으므로 해고는 무효라는 원심의 판단은 모두 정당하다.

\* 원고, 피상고인 : 류○○

\* 피고, 상고인 : ○○○○○터미널 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2002. 12. 27. 선고 2002나18970 판결

## » 주 문 «

원심판결의 지연손해금에 관한 부분 중 금 1,699,122원에 대한 2001. 6. 11.부터 2003. 5. 31.까지는 연 6분의, 그 다음 날부터 완제일까지는 연 2할의 각 비율에 의한 금원을 초과하는 피고 패소부분을 파기하고, 그에 해당하는 원고의 항소를 기각한다.

나머지 상고를 기각한다.

소송총비용은 피고가 부담한다.

## » 이 유 «

1. 상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 상고이유보충서는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

시용(試用)기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료시 본계약(本契約)의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추



어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 할 것이다(대법원 1999. 2. 23. 선고 98두 5965 판결; 2001. 2. 23. 선고 99두10889 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고가 2회에 걸쳐 지각하였다는 점을 인정할 증거가 없는 한편, 다른 운전사원 역시 원고와 비슷한 시간 동안 인천국제공항에서 정차하였고 원고만이 유독 장시간 지체하였다고 보기 어려울 뿐만 아니라 다른 운전사원의 오후 운행횟수도 대부분 3회로서 원고만이 덜 운행하였다고 볼 수 없고, 또한 그 판시와 같은 증거들만으로는 원고가 운송감독관의 배차지시 호출에 불응하였거나 원고의 지체로 인하여 후순위로 대기하던 버스가 먼저 출발하였다는 점을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 피고회사가 해고사유로 주장하는 원고의 근무태도 불성실의 점은 이를 인정할 증거가 없고, 나아가 피고회사가 적발하여 원고가 시말서를 작성하게 된 무선교신수칙 위반사실은 1회에 불과하고 그 내용도 원고의 운행업무에 관련된 것인 점, 피고 회사 내에 윤○모가 주도한 사조직이 있었으나 원고는 이에 참가하지 않았을 뿐만 아니라 윤○모와 사이에 불화가 있었다고 하더라도 이는 개인적인 관계에 그칠 뿐 회사의 근무분위기를 해치는 정도에 이르렀다고 보이지 않는 점, 원고가 입사시 제출한 이력서에 단기간의 근무경력을 누락하였으나 그 누락한 경력에 근로관계에 영향을 끼치는 특별한 문제점이 있었다는 사정이 보이지 않고, 면접시 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 피고회사가 채용하지 않았을 것이라고 인정할 만한 사정이 보이지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 피고회사가 해고사유로 주장하는 무선교신수칙 위반, 동료와의 불화로 인한 직장 근무분위기 저해, 경력과 가족관계 은폐의 점을 들어 원고가 운전업무를 담당하는데 부적합하여 수습채용을 취소할 만한 객관적인 사정이 있었다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 피고회사가 수습기간 만료 전인 2001. 5. 15. 원고에 대하여 수습채용을 취소한 것은 정당한 이유가 없으므로 위 해고는 무효라고 판단하여, 원고의 이 사건 청구를 인용하였다.

기록과 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 모두 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 심리미진, 채증법칙 위반, 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없으며, 상고이유에서 내세우고 있는 대법원 판결들은 그 사안을 달리하는 것으로 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

## 2. 지연손해금 부분에 관하여 직권으로 본다

개정전 소송촉진등에관한특례법(2003. 5. 10. 법률 제6868호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘개정전소촉법’이라 한다) 제3조 제1항 본문 중 ‘대통령령으로 정하는 이율’ 부분에 대하여 2003. 4. 24. 헌법재판소의 위헌결정이 있었고, 그 후 개정된 위 법률조항과 그에 따라

개정된 소송촉진등에관한특례법제3조제1항본문의법정이율에관한규정(2003. 5. 29. 대통령령 제17981호로 개정된 것)은 위 개정법률 시행당시 법원에 계속 중인 사건에 대하여 2003. 6. 1. 이후에 적용할 법정이율을 연 2할로 한다고 규정하고 있는 한편, 피고의 원고에 대한 이 사건 금원지급의무는 상사채무이고 그에 대하여 약정이율의 정함이 있었다고 볼 자료는 없으므로, 인용된 금원에 대하여 위 개정법률이 시행되기 전인 2003. 5. 31.까지는 상사법정이율인 연 6분의 비율에 의한 지연손해금이, 그 다음 날부터 완제일까지는 위 개정법률에 따른 연 2할의 비율에 의한 지연손해금이 지급되는 것임에도, 위 개정 전의 법률규정을 적용하여 연 2할 5분의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명한 원심판결에는 결과적으로 지연손해금의 법정이율을 잘못 적용하여 판결에 영향을 미친 위법이 있게 되었다고 할 것이다.

3. 그러므로 원심판결의 지연손해금에 관한 부분 중 금 1,699,122원에 대한 2001. 6. 11.부터 2003. 5. 31.까지는 상법 소정 연 6분의, 그 다음 날부터 완제일까지는 개정된 소송촉진등에관한특례법 소정 연 2할의 각 비율에 의한 지연손해금을 초과하여 지급을 명한 피고 패소부분을 파기하되, 이 부분은 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 민사소송법 제437조에 따라 자판하기로 하는 바, 위 파기부분에 해당하는 제1심판결은 정당하고 그에 해당하는 원고의 항소는 이유 없으므로 기각하며, 피고의 나머지 상고는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박재윤(재판장), 서성, 이용우(주심), 배기원



## 1.4 시용계약 체결 후 유보된 해약권의 행사 사유 추가

☞ 서울고법 2017. 7. 6. 선고 2017누36894 판결<sup>2)</sup>

### » 요 지 «

1. 시용계약이란 일정기간 동안 근로자가 앞으로 담당하게 될 업무를 수행할 수 있는가에 관한 그 인품 및 능력 등을 평가하여 정식사원으로서의 본채용 여부를 결정하는 것으로 일종의 해약권유보부 근로계약(본채용을 하기에 적절하지 못할 경우 향후 근로계약을 해지하기로 하면서 체결한 근로계약)을 의미하는데, 시용계약에 있어서 시용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료 시 본계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무 적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 한다.
2. 수습근로계약서 제10조에서 '이 계약에 정함이 없는 사항과 향후 변동 사항은 사규에 의함'이라 정하였고, 원고의 인사규정 제4조, 제5조는 '인사위원회가 직원의 인사에 관한 사항을 심의 또는 의결한다'는 내용을 규정하고 있다. 원고가 이 사건 수습근로계약을 체결한 후 평가 절차에 이 사건 임원회의 결정을 추가하였다고 하더라도, 이는 원고가 참가인에 대한 업무 적격성을 판단하고자 이 사건 수습근로계약과 사규에 근거하여 마련한 기준이므로 유보된 해약권 행사의 사유에 포함된다.

\* 원고, 항소인 : 주식회사 ○○○○

\* 피고, 피항소인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 정○○

\* 1심판결 : 서울행법 2017. 1. 6. 선고 2016구합55292 판결

### » 주 문 «

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 중앙노동위원회가 2016. 1. 7. 중앙2015부해1030 주식회사 ○○○○ 부당해고 구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.
3. 소송 총비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이 부담하고, 나머지는 피고가 부담한다.

### » 청구취지 «

주문과 같다.

2) 대법원 2017. 11. 23. 2017두55725 판결에서 심리불속행 기각으로 확정

## » 이 유 «

### 1. 재심판정의 경위

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4호증, 을가 제1, 5호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

가. 원고는 2012. 12. 4. 설립되어 상시 150여 명의 근로자를 사용하여 방송통신업을 영위하는 회사이다. 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고 한다)은 2015. 4. 1. 원고와 사이에 수습기간을 2015. 4. 1.부터 2015. 6. 30.까지로 정하여 수습근로계약(이하 ‘이 사건 수습근로계약’이라 한다)을 체결하였다.

나. 원고는 2015. 6. 29. 참가인에게 정규직 임용에서 탈락하였다고 통보하였다(이하 ‘이 사건 본채용 거부’라 한다). 참가인은 2015. 7. 1. 서울지방노동위원회에 이 사건 본채용 거부가 부당하다고 주장하며 구제를 신청하였으나, 서울지방노동위원회는 참가인의 구제신청을 기각하였다. 참가인은 2015. 10. 8. 중앙노동위원회에 재심을 신청하였고, 중앙노동위원회는 2016. 1. 7. 이 사건 본채용 거부가 부당해고에 해당한다고 판단하고 위 초심판정을 취소하고 참가인의 구제신청을 인용하였다(이하 ‘이 사건 재심판정’이라 한다)

### 2. 이 사건 처분의 적법 여부

#### 가. 원고의 주장

원고는 참가인과 3개월의 수습기간을 거친 후 업무평가 및 임원회의 결과에 따라 정규직채용 여부를 결정한다는 내용의 이른 바 시용계약(해약권유보부 근로계약)에 해당하는 이 사건 수습근로계약을 체결하였는데, 참가인은 인사와 노무 관계를 총괄하는 인사과장으로서의 자질이 부족한 것으로 평가되었다. 따라서 원고에게 유보된 해약권의 행사로서 이 사건 본채용 거부는 시용계약의 취지·목적에 비추어 볼 때 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회 통념상 상당하므로 이와 다른 전제에 선 이 사건 재심판정은 위법하다.

#### 나. 인정 사실

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 5, 11, 12, 14 내지 27, 47, 48, 50, 51호증, 을가 제1 내지 5호증, 을나 제1, 3호증(이상 각 가지번호 포함)의 각 기재, 제1심증인 이○○의 일부 증언, 변론 전체의 취지

#### 1) 참가인의 입사 과정과 근로계약의 체결

가) 참가인은 2015. 2. 10. 인력알선업체 △△△△로부터 원고가 ‘인사 기획/계획 수립, 인재개발, 제도개선, 인재채용’ 등의 업무를 담당할 인사기획, 채용 분야의 경력 5년 이상인 자를 정규직으로 채용한다는 안내 메일을 받고 원고에 입사지원을 하였다.



- 나) 참가인은 2015. 3. 9. 원고의 경영지원팀장 이○○으로부터 3개월의 수습기간을 거쳐야 한다는 말을 들었으나, 당시 참가인의 본채용 여부가 임원회의에서 최종적으로 결정(이하 '이 사건 임원회의 결정'이라 한다)된다는 점을 듣지는 아니하였다.
- 다) 원고와 참가인 사이에 2015. 4. 1. 체결된 이 사건 수습근로계약의 주된 내용은 아래와 같다.

#### 수습근로계약서

원고와 참가인은 다음과 같이 수습근로계약을 체결한다.

근로개시일 : 2015. 4. 1.

수습기간: 근로개시일로부터 2015. 6. 31.까지(약 3개월)

근로시간: 09:00부터 18:00까지(휴게시간 12:00부터 13:00까지)

#### 9. 계약해지

- 입사지원서 허위 기재 또는 제출 서류가 허위인 경우 입사가 취소됨
- 수습과정에 있는 자가 하단 각 호에 해당하여 직원으로서 자질이 부적합하다고 인정될 때에는 직권으로 면직시킬 수 있음

① 수습성적 불량: 성과/역량/종합/업무평가 합산성적 최소기준 미달

② 교육태도 불량: 음주, 도박, 폭행, 풍기문란, 지시 불이행 등

③ 복무 불량: 근무지 무단 이탈, 무단 결석, 지각 등 기타

10. 이 계약에 정함이 없는 사항과 향후 변동 사항은 사규에 의함

## 2) 원고의 인사규정

원고의 인사규정 중 이 사건 관련 내용은 아래와 같다.

#### 제4조(인사위원회)

- ① 직원의 인사에 관한 사항을 심의 또는 의결하기 위하여 인사위원회를 둔다.
- ② 인사위원회의 설치 및 운영에 관한 사항은 대표이사가 따로 정한다.

#### 제5조(인사위원회의 기능)

인사위원회는 다음 각 호의 사항을 심의 또는 의결한다.

1. 인사제도와 인사에 관한 기본방침에 관한 사항
2. 직원 이사에 관한 사항

#### 제9조(수습기간)

- ① 신규로 채용된 직원에 대한 수습기간은 3개월로 하되, 경력입사자나 특별채용된 직원에 대하여는 수습기간을 단축 또는 면제할 수 있다.
- ② 수습사원 기간 중 또는 수습기간 만료 시에 업무수행의 가능성, 적성, 능력 및 건강 등이 직무를 감당하기에 부족하다고 인정되는 등 채용 전 공지한 기준에 부합하지 않는 자는 수습기간 연장 또는 채용 취소 등의 조치를 취할 수 있다.

#### 제41조(통상해고)

회사는 직원이 다음 각 호에 해당할 때에는 해고할 수 있다.

7. 기타 업무의 특성에 비추어 더 이상 근로관계를 유지하는 것이 곤란하다고 인정될 때

### 3) 참가인의 업무와 평가계획의 수립

- 가) 원고는 2015. 4. 1.경 참가인을 경영지원팀의 인사담당 과장으로 배치하고, ① 효율적 인력운영체계 마련, ② 글로벌 우수인재 적시 채용, ③ 인사제도 개선의 3가지 업무를 부여하였다.
- 나) 원고는 2015. 4. 7. 경영지원팀 수습직원으로 발령받은 참가인에 대한 평가계획(이하 '이 사건 평가계획'이라 한다)을 아래와 같은 내용으로 수립하였다.

| <b>■ 개요</b><br>○ 수습기간: 2015. 4. 1. ~ 2015. 6. 30.(3개월)<br>○ 정규직 임용<br>- 평가결과 일정점수(80점) 이상일 경우 임원회의에서 최종 결정<br>- 평가결과 80점 미만인 경우 정규직 임용 자동 탈락<br><b>■ 대상자:</b> 참가인(인사기획 부문)<br><b>■ 평가방법</b><br>○ 직무평가(80점)<br>○ 역량평가(공통) |    |                |                       |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|----------------|-----------------------|
| 업무(Task)                                                                                                                                                                                                                 | 배점 | 업무내용(Activity) | 평가위원 및 배점             |
| 인적자원관리                                                                                                                                                                                                                   | 30 | 효율적 인력운영체계 마련  | 멘토(이○○, 황○○)          |
| 우수인재소싱                                                                                                                                                                                                                   | 30 | 글로벌 우수인재 적시 채용 |                       |
| 제도개선                                                                                                                                                                                                                     | 20 | 인사제도 개선        |                       |
| 구분                                                                                                                                                                                                                       | 배점 | 평가항목           | 평가내용                  |
| OJT리더<br>(해당팀장)                                                                                                                                                                                                          | 5  | 성실성            | 근태, 업무자세              |
|                                                                                                                                                                                                                          | 5  | 수행성            | 업무완성도(정확성), 업무속도(신속성) |
|                                                                                                                                                                                                                          | 5  | 대인성            | 친화력, 적극성              |
|                                                                                                                                                                                                                          | 5  | 장재성            | 성장가능성                 |
| ※ 일일업무일지(bizmeka 업무일지)작성 → OJT리더평가                                                                                                                                                                                       |    |                |                       |

### 4) 참가인의 근무내용

참가인이 수습기간 중 처리한 업무에 관한 문제점은 아래와 같다.

#### 가) 인적자원관리업무 미수행

- 참가인은 2015. 5. 26. 이○○ 팀장으로부터 1년간 조직의 목표를 달성하기 위해 실행해야 하는 행동지표를 의미하는 KPI(Key Performance Indicator)를 설정하여 인사평가요소로 반영하는 시스템을 설계할 것을 지시받았으나, 수습기간 동안 위 행동지표를 설정하는 업무를 수행하지 않았다.
- 참가인은 2015. 4. 1. 이○○ 팀장으로부터 원고의 '2015년도 인력운용계획'을 전달받았고, 매주 월요일에 있는 부서 정기회의 및 수시회의 당시 위 계획을 참고하여 부서별로 인력현황과 수요를 조사하고 회사에 가장 이익이 되는 방식으로 인력을 채용·배치하는 방법을 검토한 후 임원회의에 보고할 문건을 작성할 것을 지시받았으나 수습기간 동안 위 업무를 수행하지 않았다.





#### 나) 우수인재 적시 채용 관련 부적절한 업무수행

참가인은 원고의 인사과장으로서 2015. 5. 초순경 원고의 ◇◇◇◇센터에서 일할 인턴 사원을 채용하는 업무의 책임자이자 주 수행자였으나, 면접현장 사전방문, 관련서류 출력과 봉인, 면접장 세팅, 면접대상자들을 위한 셔틀버스예약과 운행 준비 등의 준비가 미흡하여, 면접일 전날 ◇◇◇◇센터 소속 직원들에게 위 업무 수행을 지시하였다.

#### 다) 일일업무보고의 해태

참가인은 수습기간 동안 이○○ 팀장으로부터 일일업무보고를 작성할 것을 지시받았는데, 아래와 같이 수습기간 만료 직전(2015. 6. 22.부터 6. 26.까지)의 보고내용이 매일 거의 유사하였다.

| 보고일        | 업무내용 및 진행사항 |                                                                                                    |
|------------|-------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 15. 6. 22. | 금일          | <input type="checkbox"/> 인사 주요 현안 검토<br>- 승진포인트제 : 1차보고<br>- 적정인력 산정<br>- 평가 프로세스                  |
|            | 익일          | <input type="checkbox"/> 인사 주요 현안 검토                                                               |
| 15. 6. 23. | 금일          | <input type="checkbox"/> 인사 주요 현안 검토<br>- 승진포인트제 재검토 / 총괄 보고<br>- 평가제도<br>- 인력현황 추이 예측<br>- 적정인력 등 |
|            | 익일          | <input type="checkbox"/> 인사 주요 현안 검토                                                               |
| 15. 6. 24. | 금일          | <input type="checkbox"/> 인사 주요 현안 검토<br>- 승진포인트제<br>- 적정인력<br>- 평가프로세스<br>- 비정규직 처우 차별 등           |
|            | 익일          | <input type="checkbox"/> 인사 주요 현안 검토(계속)                                                           |
| 15. 6. 25. | 금일          | <input type="checkbox"/> 인사 주요 현안 검토<br>- 승진포인트제<br>- 적정인력<br>- 평가프로세스                             |
|            | 익일          | <input type="checkbox"/> 인사 주요 현안 검토                                                               |
| 15. 6. 26. | 금일          | <input type="checkbox"/> 인사 주요 현안 검토<br>- 승진포인트제<br>- 적정인력<br>- 평가프로세스                             |
|            | 익일          |                                                                                                    |

#### 5) 참가인에 대한 다른 직원들의 진술

- 원고의 노조위원장 유○○는 2015. 6. 26. 이○○ 팀장에게 ‘◇◇◇◇센터에서 진행된 인턴면접과 관련하여 참가인이 위 센터의 직원들과 업무를 처리하는 방식을 보면 참



가인의 대인관계에 문제가 있는 것 같으니 정규직 임용여부에 관하여 참고하라'는 취지로 문자메시지를 보냈다.

- 경영지원팀 팀장 이○○은 2015. 7. 20. 참가인에 대하여 “수습기간 중 정○○ 과장의 업무는 무난했으나, 함께 업무를 수행했던 임직원들로부터 인사성이 없고 업무를 일방적으로 처리한다는 등의 불만이 수시로 들리고 심지어 노동조합으로부터도 그러한 의견이 들리는 등의 문제가 있어, 정○○ 과장에게 인사 업무를 하는 사람으로서 그런 점은 매우 중요한 일이니 고치라고 수시로 조언하였으나 전혀 개선되지 않았습니다.”라는 확인서를 작성하였다.
- 경영지원팀 과장 황○○은 2015. 7. 20. 참가인에 대하여 “저는 회사 근무시간 도중 정○○ 과장이 나라일터(민간공무원 채용 사이트) 홈페이지와 카이스트 대학원 경력 개발 홈페이지에 종종 접속한 것을 목격한 적이 있습니다.”라는 확인서를 작성하였다.
- 경영지원팀 소속 김○○은 2015. 7. 20. 참가인에 대하여 “매월 경영지원팀에서 진행하는 패밀리데이 행사에 경영지원팀장 이하 모든 팀원이 직원들에게 줄 다과(아침식사)와 발표자료를 준비하느라 정신이 없는 상황에서 정○○ 과장은 자리에 앉아 이 어폰으로 영어공부를 하고 있었습니다. 본인팀의 업무라서 경영지원팀장님과 황○○ 과장님도 물건을 나르고 행사진행을 준비하고 있는데 입사한 지 얼마 안 되는 분이 저러고 있으면 안되지 않느냐는 생각을 종종 하였습니다.”라는 확인서를 작성하였다. 경영지원팀 소속 서○○ 또한 2015. 8. 11. 참가인에 대하여 위와 같은 취지의 확인서를 작성하였다.
- 원고의 ◇◇◇◇센터 양○○ 위성기술 수석팀장은 2015. 8. 11. 참가인에 대하여 “2015년 5월 초 진행하였던 인턴사원 면접과 관련, 정○○ 과장은 ◇◇◇◇ 업무사정에 대한 사전 고려 없이 본인의 업무를 메일로 마치 현조 요청하듯 ◇◇◇◇에 지시하여 저를 포함 팀원들이 많은 어려움을 겪었습니다. 특히 면접대상자들의 편의를 위해 준비해야 하는 셔틀버스 예약 및 운행과 관련 본인이 충분히 할 수 있고 당연히 해야 하는 일임에도 불구하고 상급기관 팀장이 하급기관 담당에게 지시하듯 업무를 떠넘기는 행동은 이해가 안되는 상식 밖의 행동이었습니다.”라는 확인서를 작성하였다. 원고의 ◇◇◇◇센터장 주○○, 이○○ 위성관제팀장, 위성기술팀 소속 오○○, 황○○ 역시 각 2015. 7. 20., 2015. 8. 10., 2015. 8. 11. 참가인에 대하여 위와 같은 취지의 확인서를 작성하였다.
- 원고의 노조사무국장 박○○은 2015. 8. 12. 참가인에 대하여 “사내 여러 직원과 대화하는 가운데 정○○씨와 관련한 많은 이야기를 청취하였으며, 주된 내용은 기존직원들과의 소통에 상당한 문제가 있으며 소속부서인 경영지원팀의 직원들로부터도 소통의 문제, 업무태도 문제, 정시퇴근, 근무시간 중 구직사이트 등을 열어보더라는 등 여러 이야기를 들은 바 있습니다.”라는 확인서를 작성하였다.

#### 6) 참가인에 대한 수습평가 본채용 거절

가) 참가인의 멘토인 이○○ 팀장과 황○○ 과장은 2015. 6. 29. 참가인에 대하여 수습



평가를 하였는데, 직무평가 점수 65점, 역량평가 점수 15점 합계 80점을 부여하였다.

세부적인 평가 내역은 아래와 같다.

1. 직무평가(배점 80점, 이하 괄호 안은 배점)
  - 인적자원관리(30점): 20점
  - 우수인재소싱(30점): 30점
  - 제도개선(20점): 15점
2. 역량평가(20점)
  - 성실성(5점): 5점
  - 수행성(5점): 5점
  - 대인성(5점): 2점
  - 잠재성(5점): 3점
3. 종합의견
  - 가. 1차(Junior 멘토: 황○○ 과장)
    - 본인의 담당업무(인사기획)에 대한 직무역량, 전문지식, 수행능력은 뛰어난 것으로 판단됨
    - 단, 인사담당자로서 업무 특성상 동료 직원들과의 커뮤니케이션 및 화합 능력과 업무조율 능력은 좀 더 보완해 나가야 한다고 생각됨
  - 나. 2차(OJT리더: 이○○ 팀장)
    - 장점
      - 인사기획(인사제도 개선 및 평가지표 운용 계획 등) 업무의 많은 경력 보유, 업무추진력이 뛰어나고 자기업무에 대한 완결성이 돋보임
      - 성실하고 책임감이 강하며 지속적인 자기계발 욕구를 가지고 있음
    - 단점
      - 위생산업에 대한 전반적인 지식이 부족하고 업무 이해에 다소 시간이 필요함
      - 임직원간 소통을 통한 업무추진이 다소 미흡

나) 황○○ 과장은 같은 날 위와 같은 수습평가표를 첨부하여 참가인에 대한 평가점수가 합계 80점으로 정규직 임용기준에 충족되어, 임원회의에서 최종심사 후 2015. 7. 1. 발령예정이라는 문서를 기안하여, 경영지원팀장(이○○), 경영기획총괄 및 대표이사의 결재를 받았다.

다) 원고는 같은 날 참가인의 정규직 임용 여부에 관하여 영업총괄 장○○, 경영기획총괄 정○○, 네트워크본부장 김○○을 위원으로 하는 인사위원회를 개최하였는데, 위원들은 모두 참가인에 대하여 부적합 의견을 내었다. 위 인사위원회의 판단사유는 아래와 같다.

- 승진제고 개선 보고서 평가결과, 회사에서 요구하는 전문성과 참신성이 부족하며, 타 사제도를 답습하는 수준에 머물러 있음.
- 회사의 제도 및 문화를 만들어 나가야 하는 인사기획 담당자로서 갖추어야 할 임직원간 커뮤니케이션 능력이 현저히 부족하고, 경영지원팀원으로서 필수덕목인 협동심, 대인성, 친화력이 부족하다고 판단됨.

라) 원고는 같은 날 참가인에 대하여 아래와 같은 구체적 사유를 들어 참가인이 정규직 임용에서 탈락하였다고 통보하였다.



- 직무평가에 있어서
- 우수인재 소싱분야에서는 2015년 상반기 인턴사원 채용에 있어 전문성을 발휘하여 잘 진행하여 왔으나
  - 인적자원관리분야에서 효율적 인력운영체계 미수립
  - 인사제도 개선분야에 있어 승진제도 개선(안)을 마련하였으나 현재 ○○○○ 인사제도에 타사의 인사제도를 접목하는 수준에 그치고 있음. 임원들이 요구하는 수준의 전문성 및 참신성이 많이 부족
- 역량평가에 있어서
- 인사기획담당자로서 갖추어야 할 임직원들간 커뮤니케이션 능력이 부족하고, 또한 경영지원팀 직원으로 필수덕목인 협동심, 대인성, 친화력이 많이 부족함.
- 이에 임원들의 종합적인 평가 참가인에 대하여 정규직 임용탈락을 서면으로 통보합니다.

#### 다. 판단

##### 1) 관련 법리

이른 바 시용계약이란 일정기간 동안 근로자가 앞으로 담당하게 될 업무를 수행할 수 있는가에 관한 그 인품 및 능력 등을 평가하여 정식사원으로서의 본채용 여부를 결정하는 것으로 일종의 해약권유보부 근로계약(본채용을 하기에 적절하지 못할 경우 향후 근로계약을 해지하기로 하면서 체결한 근로계약)을 의미하는데, 시용계약에 있어서 시용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료 시 본계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무 적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 한다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결 등 참조).

##### 2) 이 사건 임원회의 결정이 유보된 해약권 행사사유에 포함되는지 여부 : 긍정

위 인정 사실과 갑 제7 내지 10호증의 각 기재(각 가지번호 포함) 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 임원회의 결정은 시용계약의 취지와 목적에 따라 참가인에 대한 본채용 여부를 결정하기에 앞서 경영진의 입장에서 참가인의 경영지원팀 간부인 인사과장으로서의 업무 적격성을 판단한 것이므로 이 사건 수습근로계약에 유보된 해약권 행사사유에 포함된다.

- ① 원고와 참가인은 이 사건 수습근로계약에서 ‘수습과정에 있는 자가 하단 각 호에 해당하여 직원으로서 자질이 부적합하다고 인정될 때에는 직권으로 면직시킬 수 있음. 수습성적 불량 : 성과/역량/종합/업무평가 합산성적 최소기준 미달’이라고 정하였다. 그러나 위 내용만으로 참가인의 수습성적 평가대상 업무의 내용, 평가 기준, 평가 주체 등을 알 수 없고, 후속 평가계획에 따른 구체화가 예정된 것으로 예상할 수 있고, 이를 구체화한 것이 이 사건 임원회의 결정이 포함된 이 사건 평가계획이다.
- ② 원고와 참가인은 이 사건 수습근로계약서 제10조에서 ‘이 계약에 정함이 없는 사항과 향후 변동 사항은 사규에 의함’이라 정하였고, 원고의 인사규정 제4조, 제5조는 ‘인사위원회가 직원의 인사에 관한 사항을 심의 또는 의결한다’는 내용을 규정하고



있다. 원고가 이 사건 수습근로계약을 체결한 후 평가 절차에 이 사건 임원회의 결정을 추가하였다고 하더라도, 이는 원고가 참가인에 대한 업무 적격성을 판단하고자 이 사건 수습근로계약과 사규에 근거하여 마련한 기준이므로 유보된 해약권 행사의 사유에 포함된다.

- ③ 원고의 인사과장직은 회사 전체의 인사제도를 기획·관리하는 업무로서 사용자인 원고를 대신하여 근로자에 대한 업무를 수행하는 중요한 보직에 해당한다. 이러한 중요 보직에 근무할 근로자를 결정하는 것은 경영진의 입장에서 매우 중요한 사안이므로, 실무자보다 많은 경험과 다양한 시각을 가진 임원진에 의하여 최종으로 결정하는 절차를 두었다고 하더라도, 이는 시용계약의 목적과 취지에도 부합하는 것이다.
- ④ 원고의 인사규정 제41조 제7호는 통상해고의 사유로서 ‘기타 업무의 특성에 비추어 더 이상 근로관계를 유지하는 것이 곤란하다고 인정될 때’라고 규정하고 있고, 한편 제9조 제2항에서는 ‘수습사원 기간 중 수습기간 만료 시에 업무수행의 가능성, 적성, 능력 및 건강 등이 직무를 감당하기에 부족하다고 인정되는 등 채용 전 공지한 기준에 부합하지 않는 자는 수습기간 연장 또는 채용취소 등의 조치를 취할 수 있다’고 규정하고 있다. 시용 계약의 취지·목적에 따라 사용자의 유보된 해지권의 행사는 보통의 해고보다는 넓게 인정되는데, 원고가 ‘채용 전 공지한 기준’에만 국한하여 참가인의 채용여부를 결정하여야 한다고 해석되고 운영된다면, 원고가 정한 통상해고의 사유보다 수습직원 채용 사유를 더 엄격히 판단하여 결국 원고의 정직원보다 시용계약 기간 중인 참가인을 더 강하게 보호하게 되는 결과가 된다.
- ⑤ 원고는 2014년부터 경력직 채용절차에서 참가인 이전의 7명의 경력직 수습사원에 대하여도 이 사건 수습근로계약과 동일하게 수습계약 체결 직후 평가계획을 수립하고 그 평가계획에서 정한 바에 따라 실무진의 업무평가를 거친 다음, 1차 평가결과 80점이 넘으면 임원회의를 개최하여 본채용 여부를 결정하였다.
- ⑥ 인사과장으로 근무하였던 원고가 실무진의 업무평가만으로 바로 본계약 체결 여부가 결정되고, 이 사건 임원회의의 최종 결정에 따라 본채용 여부가 결정될 수 있음을 예상하지 못하였다고 보기 어렵다.

### 3) 이 사건 본채용 거부에 대한 정당한 이유 여부 : 긍정

위 인정 사실과 앞서 든 증거들을 종합하여 인정되는 아래와 같은 사정들에 의하면, 원고가 참가인에게 시용기간 만료 후 본계약 체결을 거부하는 의미의 이 사건 본채용 거부를 한 것은 사회 통념상 합리적인 이유가 있다고 보는 것이 타당하다.

- ① 원고는 경력직 수습직원들에 대한 정규직 채용 여부를 심사함에 있어 우선 실무자에 의한 평가를 거치고 평가결과 80점 이상일 경우 임원회의에서 채용 여부를 최종적으로 결정하였다. 실무자 평가에 있어서는 직무평가와 역량평가로 나누어 공식적인 평가 기준을 세부적으로 마련하여 평가위원인 실무자가 평가점수내역 및 구체적인 종합의견을 포함한 수습평가표를 작성하도록 하였고, 임원회의에서는 능력과 지식을 충분히 갖춘 임원들이 수습 기간 관찰한 대상자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등



업무적격성과 관련한 요소들을 종합적으로 고려하여 채용 여부를 결정하였다. 이와 같은 평가 방법과 절차는 객관성과 합리성이 있는 것으로 보이고, 이를 사용자가 임의적이고 일방적으로 적격 여부를 평가한 것이라고 볼 수 없다.

- ② 원고 소속 직원들이 작성한 각 확인서(갑 제15 내지 25, 27, 50, 51호증)는 참가인의 업무 수행 및 대인관계에 관한 부정적인 사실 또는 평가를 담고 있다. 대부분 확인서가 이 사건 본채용 거절 이후 작성되었지만, 참가인이 수습기간 동안 업무를 수행하는 과정에서 원고의 직원들과의 관계에서 문제가 있었다는 점이 확인된다. 이처럼 참가인에게 경영지원팀 소속 핵심 보직인 인사과장의 임무를 맡기기에 부적절하다고 볼 만한 사정이 존재하였고, 이와 같은 사정들이 일정 부분 반영되어 참가인은 ‘대인성’ 항목에서 배점 5점 중 2점이라는 저조한 점수를 받은 것으로 보인다.
- ③ 원고는 참가인에게 인사과장 보직을 맡기기 위해 경력직 직원으로 채용하였으므로 참가인이 즉시 해당 업무를 수행할 수 있는지는 계속 고용 여부를 결정함에 있어 중요한 요소이다. 그런데 시용기간 중 참가인은 인적자원관리분야에서 효율적 인력운영체계를 수립하지 못하고, 인사제도 개선분야에 있어 승진제도 개선(안)을 마련하였으나 임원들이 요구하는 수준의 전문성과 참신성이 부족하였고, 시용기간 동안 성실하게 수행해야 할 일일보고업무를 해태하는 등 인사를 총괄하는 실무 책임자로서 업무 지식과 능력이 다소 미흡하다고 평가된 것으로 보인다. 이에 따라 황○○ 과장과 이○○ 팀장은 수습평가의 ‘인적자원관리’ 항목에서 배점 30점 중 20점, 제도개선 항목에서 배점 20점 중 15점을 부여하였다.
- ④ 황○○ 과장과 이○○ 팀장은 2015. 6. 29. 11:10 ‘참가인에게 부여한 80점의 점수가 정규직 임용기준에 충족되어 임원회의에서 최종심사 후 참가인을 2015. 7. 1. 발령할 예정’이라는 내용의 문서를 기안하고, 원고의 사장 송○○이 같은 날 14:39 결재하였다. 그러나 위 문서는 문언상으로도 임원회의에서 최종심사를 거칠 것을 전제하고 있고, 송○○ 사장은 위 결재 후 같은 날 15:00 사장실에서 열린 임원회의에 참관하였으며, 다음 날 이 사건 임원회의 결정에 따라 최종적으로 참가인에 대한 본채용 거부 문서에 결재하였다. 따라서 임원회의 전의 위 2015. 6. 29.자 내부문서를 근거로 원고가 참가인을 정규직으로 채용하기로 예정하였다고 볼 수 없다.

#### 4) 소결론

따라서 원고의 참가인에 대한 이 사건 본채용 거부는 정당하므로 이와 달리 이 사건 본채용 거부가 부당해고에 해당함을 전제로 판단한 이 사건 재심판정은 위법하다.

### 3. 결 론

그렇다면 원고의 청구는 이유 있어 이를 인용할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 원고의 항소를 받아들여 이를 취소하고 이 사건 재심판정을 취소하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 윤성원(재판장), 박순영, 이정환



## 2. 본채용 거부의 정당성

### 2.1 노조활동 방해 목적의 비합리적인 평가

☞ 대법원 2008. 12. 11. 선고 2006두13220 판결

#### » 요 지 «

1. 시용 기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용 기간 만료시 본 계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무 능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무 적격성을 관찰·판단하려는 시용 제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회 통념상 상당하다고 인정되어야 한다.
2. 원고는 표면상으로는 참가인 김○○ 등의 근무 평가 점수가 적격 판정 점수에 미달한다는 것을 이유로 본 계약의 체결 거부라는 형식으로 근로관계를 단절하였지만, 그 실질은 금속노조에 가입한 참가인 김○○ 등의 노동조합 활동을 방해하고, 참가인 김○○ 등과의 근로관계를 일방적으로 단절할 목적으로 객관적이고 합리적인 평가 기준을 적용하지 아니한 채 다른 수습 근로자들에 비하여 비합리적인 평가 점수를 부여하여 참가인 김○○ 등을 사실상 해고한 것이므로 이 사건 해고는 부당노동행위에 해당한다.
3. 원고는 2003. 3. 6. 이 사건 ○○노조 ○○북부지역지회 ○○분회와의 사이에 상견례로부터 단체협약의 체결시까지 근로 제공 의무가 면제되는 노조 전임자로 참가인 이○○ 등 4명을 인정하기로 합의하였고, 또 위 ○○분회와의 상견례를 시작으로 2004년 2월경까지 단체교섭을 계속 진행하였으므로 참가인 이○○ 등은 2003년 11월경 여전히 노조 전임자로서의 지위를 유지하고 있어서 위 합의에 따라 원고에 대하여 근로를 제공하지 아니하고도 급여의 지급을 구할 수 있음에도 불구하고 원고가 일방적으로 참가인 이○○ 등의 급여 지급을 중단한 것은 부당노동행위에 해당한다.
4. 원고가 위 ○○분회와 제2차 단체교섭을 함에 있어 노동조합 가입이 확인된 조합원에 대하여 급료에서 노동조합비를 일괄 공제하기로 합의하고 이러한 합의에 반하여 일방적으로 조합원의 노동조합비 공제를 중단한 것은 부당노동행위에 해당한다.

\* 원고, 상고인 : 사회복지법인 ○○재단

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 김○○ 외 7인

\* 원심판결 : 서울고법 2006. 7. 5. 선고 2005누15009 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고 비용은 원고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고 이유를 판단한다.

### 1. 상고 이유 제1, 2, 4점에 대하여

시용 기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용 기간 만료시 본 계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무 능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무 적격성을 관찰·판단하려는 시용 제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회 통념상 상당하다고 인정되어야 한다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결 참조).

원심이 인정한 제1심 판결 이유에 의하면, 원심은 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고는 표면상으로는 참가인 김○○ 등의 근무 평가 점수가 적격 판정 점수에 미달한다는 것을 이유로 본 계약의 체결 거부라는 형식으로 근로 관계를 단절하였지만, 그 실질은 급속노조에 가입한 참가인 김○○ 등의 노동조합 활동을 방해하고, 참가인 김○○ 등과의 근로 관계를 일방적으로 단절할 목적으로 객관적이고 합리적인 평가 기준을 적용하지 아니한 채 다른 수습 근로자들에 비하여 비합리적인 평가 점수를 부여하여 참가인 김○○ 등을 사실상 해고한 것이므로 이 사건 해고는 부당노동행위에 해당한다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실 인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고 이유의 주장과 같은 채증 법칙 위배로 인한 사실 오인, 본 계약의 체결 거부, 노동조합의 적법성 등에 법리 오해의 위법이 없다.

### 2. 상고 이유 제3, 4점에 대하여

가. 원심 판결 이유에 의하면, 원심은 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고는 2003. 3. 6. 이 사건 ○○노조 ○○북부지역지회 ○○분회와의 사이에 상견례로부터 단체협약의 체결시까지 근로 제공 의무가 면제되는 노조 전임자로 참가인 이○○ 등 4명을 인정하기로 합의하였고, 또 위 ○○분회와의 상견례를 시작으로 2004년 2월경까지 단체교섭을 계속 진행하였으므로 참가인 이○○ 등은 2003년 11월경 여전히 노조 전임자로서의 지위를 유지하고 있어서 위 합의에 따라 원고에 대하여 근로를 제공하지 아니하고도 급여의 지급을 구할 수 있음에도 불구하고 원고가 일방적으로 참가인 이○○ 등의 급여 지급을 중단한 것은 부당노동행위에 해당한다고 판단하였다.





기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실 인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고 이유의 주장과 같은 채증 법칙 위배로 인한 사실 오인, 부당노동행위, 노동조합의 적법성 등에 관한 법리 오해의 위법이 없다.

나. 원심이 인용한 제1심 판결 이유에 의하면, 원심은 채택 증거를 종합하여 원고가 위 ○○분회와 제2차 단체교섭을 함에 있어 노동조합 가입이 확인된 조합원에 대하여 급료에서 노동조합비를 일괄 공제하기로 합의한 사실 등을 인정한 다음, 원고가 이러한 합의에 반하여 일방적으로 조합원의 노동조합비 공제를 중단한 것은 부당노동행위에 해당한다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실 인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고 이유의 주장과 같은 채증 법칙 위배로 인한 사실 오인, 부당노동행위, 노동조합의 적법성 등에 관한 법리 오해의 위법이 없다.

### 3. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고 비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견을 주문과 같이 판결한다.

대법관 이홍훈(재판장), 김영란, 안대희, 양창수(주심)



## 2.2 취업규칙에 규정되지 않은 운전경력증명서 미제출

☞ 대법원 2005. 7. 15. 선고 2003다50580 판결

### » 요 지 «

1. 시용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료시 본계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 할 것이다.
2. 수습운전기사와 근로계약을 체결한 운수회사가 취업규칙에 규정되어 있지도 않은 대형 차량의 운전경력증명서를 요구하면서 위 운전경력증명서의 미제출을 이유로 근로자를 해고한 경우, 운수회사에게 유보된 해약권을 행사하는 데에 있어 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정하기 부족하므로 위 해고는 위법하다.

\* 원고, 피상고인 : 원고

\* 피고, 상고인 : ○○버스 주식회사

\* 원심판결 서울고법 2003. 8. 22. 선고 2002나72080 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

#### 1. 원심의 인정과 판단

##### 가. 인정 사실

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거를 종합하여 다음과 같은 사실을 인정하였다.

- (1) 피고 회사는 부천시내에서 마을버스를 운행하는 운수업체로서 2000. 7. 12. 원고를 수습운전기사로 채용하는 근로계약을 체결하면서 다음과 같이 약정하였다.

① 수습근로기간 : 2000. 7. 13.부터 2000. 10. 13.까지 3개월간

② 근로시간 : 1일 2교대(기본 8시간과 연장근로시간), 주야 일주일 교대



- ③ 임금 : 기존사원의 임금(기본급, 연장근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당, 월차수당 등의 합계 1,095,000원)에 준한다.
- ④ 수습근로기간이 종료하면 정식근로계약을 체결하기로 한다.
- (2) 원고를 포함한 피고 회사의 근로자 11명은 부천시지역중소기업노동조합에 가입하여 2000. 9. 6. 피고 회사 내에 위 노동조합 시민운수분회를 설립하였으며, 원고는 위 분회의 분회장으로서 분회장 직무대행을 맡아 활동하였다.
- (3) 피고 회사가 원고를 포함한 소속 근로자들의 동의를 받아 2000. 9. 1.부터 시행한 취업규칙 제8조에 의하면, 입사하려는 운전기사가 제출해야 할 서류는 자필 이력서, 반명함판 사진, 주민등록등본, (운전)경력증명서, 병적증명서, 면허자격증 사본 등이었다.
- (4) 피고 회사는 위 취업규칙에 불구하고 2000. 9. 6. 원고를 포함한 입사서류 미제출자에 대하여 대형차량 2년 이상의 운전경력증명서, 운전정밀판정표 등을 2000. 9. 16. 12:00까지 제출하라고 공고하였고, 원고가 제출시한까지 서류를 제출하지 못하자 원고에게 2000. 9. 18. 12:00까지 서류를 제출하지 않으면 원고와의 근로계약을 해지하겠다고 통보하였다.
- (5) 원고는 대형 면허를 취득하고 있었지만 대형차량의 운전경력은 없었으므로 2000. 9. 18. 18:00경 운전정밀판정표만을 제출하였는데, 피고 회사는 제출서류 미비와 제출시한 경과를 이유로 접수를 거부하고, 같은 날 원고와의 근로계약을 해지하였다(이하 '이 사건 해고'라 한다).
- (6) 원고는 2000. 9. 22. ○○지방노동위원회에 부당해고 및 부당노동행위구제 신청을 하였고, ○○지방노동위원회는 2000. 11. 24. 피고 회사가 노동조합의 설립 직후 원고에게 취업규칙 및 여객자동차운수사업법 제26조, 여객자동차운수사업법시행규칙 제42조 제1항에서 정하고 있는 자격요건이 아닌 대형차량 2년 이상의 운전경력증명서 등의 제출을 요구하고, 제출시한을 불과 6시간 경과한 것을 이유로 서류 미제출로 간주하여 이 사건 해고를 한 것은 부당해고 및 부당노동행위로 인정된다고 하면서, 피고 회사에게 이 사건 해고를 취소하고, 원고를 복직시킴과 아울러 원고에게 해고기간 동안의 임금을 지급하라고 명령하였다.
- (7) 피고 회사는 2001. 2. 16. 원고와 다음과 같이 합의(이하 '이 사건 합의'라 한다)하고, 같은 날 4,000,000원을 지급하였다.
- ① 피고 회사는 원고를 즉시 원직에 복귀시키고, 원고에게 해고기간 동안의 임금 4,000,000원을 지급하며, 원고는 위 기간 동안의 나머지 임금청구권을 포기한다.

- ② 원고는 피고 회사에서 요구하는 운전경력증명서를 2001. 2. 19.까지 제출하여야 하고, 정해진 기일까지 운전경력증명서를 제출하지 않을 경우 근무의사가 없는 것으로 자인하고 사직서를 제출하여야 하며, 이를 제출하지 않을 경우 사직처리를 하여도 이의를 제기하지 아니한다.
- (8) 한편, 피고 회사가 소속 근로자들의 동의를 받아 개정하여 2001. 2. 19.부터 시행한 취업규칙 제4조에는 여객자동차운수사업법 제26조, 여객자동차운수사업법시행규칙 제42조 제1항 소정의 여객자동차운송사업용자동차의 운전업무종사자의 요건을 반영하여, 입사하려는 운전기사가 제출해야 할 서류에 1년 이상의 운전경력증명서가 포함되어 있었다.
- (9) 원고는 2001. 2. 19. 피고 회사에게 자신이 1998. 6. 1.부터 1999. 5. 31.까지 ##시 ^^구 \$\$2동 xxx-xx 소재 이○○ 경영의 △◇식품에서 영업부 부장으로 재직하였다는 취지의 경력증명서를 제출하였다.
- (10) 이에 피고 회사는 원고가 제출한 경력증명서의 내용은 원고가 기재출한 이력서 상의 '1995. 8. 5.부터 1998. 12. 31.까지는 ○○○ 대리점 운영, 1999. 2. 1.부터 2000. 6. 30.까지 ○○주류 근무' 경력과 부합하지 아니한 데다가 경력의 내용마저 운전과는 관계없는 영업부 부장으로 되어 있어서 피고 회사가 요구하는 운전경력증명서에 해당하지 않아 운전경력증명서를 제출하지 않았다는 이유로 2001. 2. 19. 원고를 사직처리하였다.

#### 나. 판 단

원심은, 위 인정 사실에 기초하여 먼저, 원고는 이 사건 해고 당시 수습운전기사였으나, 이 사건 합의 당시에 이미 수습기간이 종료하였으므로, 이 사건 해고가 없었다면 정식사원으로 채용되어 근무하였을 것으로 보이는 점, 피고 회사는 지방노동위원회의 부당해고 인정에 따른 복직 및 임금지급명령에 따라 원고를 원직에 복귀시키는 이 사건 합의를 한 점 등에 비추어 볼 때, 피고 회사는 이 사건 합의로 이 사건 해고를 철회하고 2001. 2. 16.자로 원고를 정식운전기사로 복직시켰다고 봄이 상당하고, 또한 위에서 본 바와 같이 피고 회사와 원고는 ○○지방노동위원회의 명령에 따라 원고의 원직 복귀를 합의하면서 부가적으로 운전경력증명서의 제출을 약정한 것인데, ○○지방노동위원회는 원고에게 여객자동차운수사업법 제26조, 여객자동차운수사업법시행규칙 제42조 제1항 소정의 여객자동차운송사업용자동차의 운전업무종사자 요건인 1년 이상의 운전경력을 넘어서는 자격을 갖추 것을 요구하는 것은 무리라고 판단하고 있었고, 원고에게는 대형 자동차의 운전경력이 없었던 점, 2001. 2. 19.부터 시행되는 피고 회사의 취업규칙에도 입사하려는 운전기사가 제출해야 할 서류에 1년 이상의 운전경력증명서가 포함되어 있었던 점, 마을버스 운전기사에게 1년 이상의 운전경력을 요구하는 것 정도는 그 직업의 특성상 상당하다고 보이는 점에 비추어 이 사건 합의 당시



원고가 피고 회사에게 제출하기로 한 운전경력증명서는 대형, 중형, 소형 차량에 관계 없이 1년 이상의 운전경력증명서를 의미하는 것으로 봄이 타당하며, 나아가 그 판시 증거에 의하면, 원고가 제출한 경력증명서상의 '○○ 경영의 △◇식품'은 ○○◇△◇식품의 대리점으로서 고추장 도·소매업체인 사실, 원고는 위 대리점에서 충북 xx나xxxx 차량을 운전하여 고추장 등 식품배달업무에 종사하였는데, 위 대리점에서는 원고의 근속기간과 나이를 고려하여 편의상 영업부 부장의 직함을 사용하도록 한 사실, 원고는 자신의 운전경력 중 1년 정도의 경력만을 발췌하여 운전경력증명서에 기재한 사실이 인정되므로, 이러한 사정들을 종합해 볼 때 원고는 이 사건 합의에서 정한 바에 따라 운전경력증명서를 제출한 것으로 봄이 상당하고, 단지 원고가 기재출한 이력서상의 기재와 운전경력증명서상의 기재가 다소 불일치하는 점이 있다는 이유만으로 운전경력증명서를 제출하지 아니한 것과 동일한 것으로 평가할 수는 없는 것이므로, 피고 회사가 원고를 이 사건 합의상의 운전경력증명서 미제출을 이유로 사직처리한 것은 무효라고 판단하였다.

## 2. 상고이유에 대한 판단

### 가. 상고이유 제1, 2점에 대하여

- (1) 시용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료시 본계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 할 것이다(대법원 1992. 8. 18. 선고 92다15710 판결, 1994. 1. 11. 선고 92다44695 판결 등 참조).
- (2) 원심이 인정한 위의 사실관계 및 기록에 의하면, 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 여객자동차운수사업법시행규칙과 피고 회사의 취업규칙에 규정되어 있지도 않은 구비서류의 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 시용기간

이 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 부당해고 판정에 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.

- (3) 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. 상고이유 제3, 5점에 대하여

- (1) 원심판결의 이유와 기록에 의하여 인정되는 이 사건 합의의 경위, 원고는 대형운전면허가 있을 뿐 대형차량 운전경력이 전혀 없는 사람인데, 그러한 원고가 이 사건 합의 후 3일 내에 '1년 이상의 대형운전경력증명서'를 피고 회사에 제출하기로 약정하였다고는 보기 어려운 점, 원고와 비슷한 시기에 수습사원 또는 정식사원으로 채용된 사람들 중에도 '1년 이상의 대형운전경력' 요건을 구비하지 못한 사람들이 있었던 점 등에 비추어 보면, 원심이 이 사건 합의 당시 원고가 피고 회사에 제출하기로 한 운전경력증명서는 차종을 불문하고 1년 이상의 운전경력증명서이면 족한 것으로 봄이 타당하다고 판단한 것은 옳고, 거기에 의사표시의 해석에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.
- (2) 한편 합의서(갑 제4호증)의 기재 내용에 비추어 보면, 이 사건 합의는 원고가 2001. 2. 19.까지 소정의 서류를 제출하지 않으면 자필 사직서를 피고 회사에 제출하기로 하되 사직서를 제출하지 않을 때에는 피고 회사가 사직처리를 하여도 이의를 제기하지 않겠다는 것으로서, 서류미제출을 정지조건으로 하여 피고 회사가 자진사직의 형식으로 원고와의 근로관계를 종료시키기로 하는 약정이라고 할 것이므로, 원심이 마치 원고의 운전경력증명서 제출이 복직에 따른 부가적인 의무에 불과한 것처럼 설시한 것은 잘못이라고 하겠다.
- (3) 그러나 관계 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 원고가 이○○ 경영의 △◇식품에서 1년간 운전업무에 종사한 경력이 있다는 원심의 사실인정은 정당할 뿐 아니라, 나아가 기록에 의하면, 원고가 이 사건 합의에 따라 피고 회사에 제출하여야 할 운전경력증명서에 관하여 특별히 정해진 양식이 없고, 원고는 그에 해당하는 서류라는



취지로 경력증명서(을 제9호증의 1)를 제출하였음을 알 수 있으므로, 비록 위 경력증명서의 기재내용이 기재출한 이력서(을 제3호증의 1)와 일부 다른 점이 있고 원고가 실제 운전업무에 종사하였는지 여부를 즉시 확인하는 데에 미흡한 점이 있더라도, 이를 운전경력증명서를 제출하지 않은 것과 동일하게 평가할 수는 없다 할 것이므로, 이로써 이 사건 합의에 따른 사직처리에 필요한 정지조건은 성취되지 않은 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 피고 회사의 이 사건 사직처리는 조건미성취로 무효라고 할 것이다.

- (4) 상고이유의 주장은 원고가 경력증명서와 이력서에 경력사항을 허위 기재하였으므로 이 사건 사직처리는 정당하다는 것이나, 이미 원고가 이 사건 합의를 통하여 정식사원으로 복직한 이상 그러한 사정은 별도의 징계해고 사유가 될지언정 이 사건 사직처리의 정당화사유가 될 수는 없다고 할 것이다.
- (5) 따라서 원심이 같은 취지에서 이 사건 사직처리가 무효라고 판단한 것은 옳고, 거기에 채증법칙 위반, 이 사건 합의 내용의 해석에 관한 법리오해 등으로 말미암아 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다. 위 상고이유의 주장도 모두 이유 없다.

#### 다. 상고이유 제4점에 관하여

당사자의 주장에 대한 판단유탈의 위법이 있다 하더라도 그 주장이 배척될 경우임이 명백한 때에는 판결 결과에 영향이 없다고 할 것인바(대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다56116 판결 등 참조), 피고 회사가 제1심 변론과정에서부터 원고의 이력서 및 경력증명서에 허위 기재가 있으므로 이 점도 위 수습사원근로계약을 해약할 사유가 된다고 지적하였음에도 원심이 이에 대하여 아무런 판단을 하지 않은 것은 상고이유의 주장과 같으나, 앞에서 본 바와 같이 원고는 이 사건 합의로써 정식사원으로 복직하였다고 할 것이므로, 피고 회사가 원고의 경력 및 학력 허위기재행위를 해고사유로 삼아 별도의 징계해고를 할 수 있음은 차치하고서라도, 이를 이유로 피고 회사가 취업규칙 등에 정한 징계해고의 절차도 거치지 않은 채 일방적으로 원고가 이 사건 합의 내용을 준수하지 아니함으로써 자진 사직한 것으로 간주하여 원고와의 근로관계를 종료시키는 것은 부당하다고 할 것이어서, 피고 회사의 위 주장은 배척될 경우임이 명백하고, 따라서 원심의 위와 같은 판단유탈은 판결의 결과에 영향을 미치는 것이라고 할 수 없다. 위 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

### 3. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김용담(재판장), 유지담, 배기원(주심)

## 2.3 시용기간 중 근무태만과 업무사고

☞ 대법원 1999. 2. 23. 선고 98두5965 판결

### » 요 지 «

1. 시용기간 중에 근로자를 해고하거나 기간종료시 정식계약 체결을 거부하는 것은 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 목적에 비추어 볼 때 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되는 한 통상의 해고보다는 광범위하게 인정된다고 할 것이다.
2. 시용기간 중에 근무태만과 경험 부족으로 인하여 엔진 과열 사고를 발생시켜 굴삭기 운행을 상당기간 중단하게 됨을 계기로 업무부적격자로 보아 해고한 것은 합리적인 이유가 있고 사회통념상 상당한 것으로 인정된다.

\* 원고, 피상고인 : 이○○

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 1998. 1. 23. 선고 97구29037 판결

### » 주 문 «

상고를 '기각'한다.

상고비용은 피고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

원심판결 이유에 의하면 원심은, 그 내세운 증거들에 의하여 원고는 1996. 11. 13 굴삭기 운전 경력 3년 이상인 자를 채용한다는 구인광고를 내고, 이를 보고 찾아 온 소외 백○○을 1개월간의 수습기간을 정하여 굴삭기 운전사로 채용하였는 바, 백○○은 같은 달 26일경 굴삭기를 운전하여 옥수수 하역 작업을 하면서 굴삭기의 냉각수 및 엔진 오일을 사전에 점검·보충하지 아니하여 굴삭기의 엔진 과열을 일으키고, 엔진과열시 엔진 회전속도를 줄이고 5분쯤 지난 후 엔진을 정지하여야 하고, 라디에이터 캡을 열어서는 아니됨에도 이를 열고 엔진을 식히는 잘못을 범했으며, 위 굴삭기는 같은 해 12. 2. 교대 운전사인 소외 양○○이 일으킨 추락사고로 파손되어 상당기간 운행할 수 없는 상황에 이르자 원고가 백○○에 대하여 이 사건 해고처분을 한 사실을 인정한 다음, 위 인정사실에 의하면 백○○은 원고에게 채용된지 1개월 미만의 수습 운전자로서 근무태만 내지 경험부족으로 굴삭기 엔진 과열을 일으키고 그 응급처치를 잘못하였을 뿐만 아니라, 그 후 굴삭기도 파손되어 그 운행이 어렵게 된 점 등에 비추어 이 사건 해고처분은 적법하다고 판단하였다.





기록에 의하면 원고가 백○○을 3년 이상의 경력자임을 전제로 채용하면서도 1개월간의 수습기간을 정한 취지는 그 기간 동안 백○○의 업무적격성을 관찰·판단하여 정식채용 여부를 결정하는 이른바 시용기간을 정한 것으로 인정되는 바, 이러한 시용기간 중에 근로자를 해고하거나 기간종료시 정식계약 체결을 거부하는 것은 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 목적에 비추어 볼 때 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되는 한 통상의 해고보다는 광범위하게 인정된다고 할 것이다(대법원 1992. 8. 18. 선고 92다15710 판결, 1994. 1. 11. 선고 92다44695 판결 등 참조).

기록과 대조하여 검토하여 보면 원심이 위 엔진과열 사고가 백○○의 위와 같은 근무태만과 경험부족으로 인하여 발생하였다고 인정한 것은 정당하고, 또한 기록에 나타난 모든 사정에 비추어 보면 원고가 굴삭기의 운행을 상당기간 중단하게 됨을 계기로 시용기간 중에 위와 같은 근무태만과 경험부족을 보인 백○○을 업무부적격자로 보아 해고한 것은 합리적인 이유가 있고 사회통념상 상당한 것으로 인정되고, 해고의 경위 및 사유가 그와 같은 이상 굴삭기의 파손책임자인 양○○을 해고하지 않고 백○○을 해고하였다고 하여 형평성이 결여되었다고 할 수도 없으므로, 원심이 이 사건 해고처분이 적법하다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 논하는 바와 같은 사실오인이나 심리미진의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유가 없다.

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박준서(재판장), 이돈희, 이임수(주심), 서성

## 2.4 의무 없는 휴일특근 불이행과 허가받은 조퇴·외출

☞ 대법원 2001. 2. 23. 선고 99두10889 판결

### » 요 지 «

1. 시용(試用)기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료시 본계약(本契約)의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관할·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 할 것이다.
2. 휴일근무가 강제되지 아니하고 강사 개인의 희망에 의해 이루어진 이상, 휴일특근을 거의 하지 않았다는 점만으로 원고가 업무적격성이 없다고 할 수 없고, 연수부 강사들은 다른 일반직원들과 달리 배정받은 연수교육지도에 지장이 없는 한 출퇴근시간이 비교적 자유로울 뿐만 아니라, 허가를 받아 조퇴와 외출을 한 사실이 인정된다. 결국 원고가 주장하는 해고사유는 이를 인정할 증거가 없거나 참가인의 직업적 능력이나 업무적격성에 대한 부정적 평가로서 사회통념상 상당하다고 보는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

\* 원고, 상고인 : 김○○

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 한○○

\* 원심판결 : 서울고법 1999. 10. 7. 선고 99누3388 판결

### » 주 문 «

상고를 '기각'한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

시용(試用)기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료시 본계약(本契約)의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관할·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 할 것이다(대법원 1992. 8. 18. 선고 92다15710 판결, 1994. 1. 11. 선고 92다44695 판결, 1999. 2. 23. 선고 98두5965 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다)이 1997. 11. 3. 원고가 운영하는 ○○자동차학원(이하 '원고학원'이라고 한다)의 시내 도로 연수를 담당하는 월급제 연수강사로 채용된 사실, 원고 학원의 취업규칙상 3개월의 수습기간 중 또



는 그 기간만료시 계속근로가 부적당하다고 인정되는 신규채용 근로자에 대하여 해고할 수 있고, 아울러 정당한 사유 없이 근로자를 선동하여 출근거부, 작업거부, 유인물 살포, 유언비어 날조로 작업진행을 방해한 자를 해고할 수 있도록 규정한 사실, 원고는 1998. 1. 20. 참가인에게 해고를 예고한 다음 1998. 3. 1. 참가인을 해고한 사실 등을 기본적 사실로서 인정하였다.

원심은, 이같은 기본적 사실관계에 터잡아 참가인이 시용근로자에 해당한다고 보아, 원고가 참가인을 해고하기 위해서는 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되는 경우여야 할 것이라고 전제한 다음, 원고가 주장하는 여러 해고 사유에 관하여 판단하기를 첫째, 참가인이 휴일특근을 하지 않았다는 점에 대하여는 원고 학원에서는 연수강사들을 2개조로 나누어 교대로 희망자로 하여금 토요일과 일요일에 특근을 하도록 운영하여 왔는데, 참가인은 수습기간 동안 1997. 11. 23. 일요일에 6시간의 특근을 한 외에는 휴일특근을 하지 않은 것이 사실이나, 원고 학원의 운영상 주말반 운영이 필요하다고 하더라도 휴일근무가 강제되지 아니하고 강사 개인의 희망에 의하여 이루어진 이상, 참가인 휴일특근을 거의 하지 않았다는 점만으로 업무적격성이 없다고 단정할 수 없고 둘째, 참가인이 다른 강사들의 특근을 방해하고 근무분위기와 인화를 저해하였다는 점에 대하여는 참가인의 이와 같은 주장사실을 인정할 증거가 없고, 오히려 참가인은 입사 당시부터 원고 학원의 월급제 강사들과 시급제 강사들이 서로 갈등·반목하고 있는 것을 보고 시급제 강사들과 어울리면서 친목을 도모하기 위하여 노력한 사실이 인정될 뿐이며 셋째, 참가인이 지각, 조퇴, 외출을 자주 하는 등 불성실한 근무를 하였다는 점에 대하여는 참가인과 같은 연수부 강사들은 다른 일반 직원들과는 달리 배정받은 연수교육 지도에 지장이 없는 한 출퇴근시간이 비교적 자유로울 뿐만 아니라, 참가인은 연수교육에 지장을 주지 않는 범위 내에서 학원측의 허가를 받아서 조퇴와 외출을 한 사실이 인정되고 넷째, 참가인이 연수생으로 하여금 버스전용차로를 위반하게 하였다는 점에 대하여는 당시 일몰시간 무렵이어서 어두운 데다가 눈이 많이 내려 차로의 구분이 어려웠고 연수생이 학원 입구에서 너무 일찍 차로를 변경한 탓에 버스전용차로를 위반하게 된 점을 고려하면 위 법규위반 사실만으로 참가인의 업무적격성이 없다고 보기에는 부족하므로, 결국 원고가 주장하는 위와 같은 해고 사유는 이를 인정할 증거가 없거나 참가인의 직업적 능력이나 업무적격성에 대한 부정적 평가로서 사회통념상 상당하다고 보이는 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

기록과 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면 원심의 이같은 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 채증법칙 위배 내지 심리미진으로 인한 사실오인이나 시용근로자의 해고에 관한 법리오해의 위법이 없다. 상고이유는 받아들일 수 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 손지열(재판장), 송진훈, 윤재식(주심), 이규홍

### 3. 본채용 거부와 근로기준법상 서면통지의무

☞ 대법원 2015. 11. 27. 선고 2015두48136 판결★

#### » 요 지 «

근로기준법 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 효력이 있다고 규정하고 있는데, 이는 해고사유 등의 서면통지를 통하여 사용자에게 근로자를 해고하는 데 신중을 기하게 함과 아울러, 해고의 존부 및 시기와 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이므로, 사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때에는 근로자의 처지에서 해고사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있어야 한다.

한편 근로자의 직업적 능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하고 평가하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때, 사용자가 시용기간 만료 시 본 근로계약 체결을 거부하는 것은 일반적인 해고보다 넓게 인정될 수 있으나, 그 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당성이 있어야 한다.

위와 같은 근로기준법 규정의 내용과 취지, 시용기간 만료 시 본 근로계약 체결 거부의 정당성 요건 등을 종합하면, 시용근로관계에서 사용자가 본 근로계약 체결을 거부하는 경우에는 근로자에게 거부사유를 파악하여 대처할 수 있도록 구체적·실질적인 거부사유를 서면으로 통지하여야 한다.

\* 원고, 피상고인 : A

\* 피 고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : 주식회사 △△△테크

\* 원심판결 : 서울고법 2015. 6. 18. 선고 2015누35767 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고 보조참가인이 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 상고이유 제1점, 제3점에 관하여

가. 근로기준법 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 그 효력이 있다고 규정하고 있는데, 이는 해고사유 등의 서면통지를 통하여 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 취지이므로, 사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때에는 근로자의 처지에서 그 해고사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있어야 한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결 등 참조).

한편 해당 근로자의 직업적 능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하고 평가하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때, 사용자가 시용기간 만료 시 본 근로계약 체결을 거부하는 것은 일반적인 해고보다 넓게 인정될 수 있으나, 그 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당성이 있어야 할 것이다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결 등 참조).

위와 같은 근로기준법 규정의 내용과 취지, 시용기간 만료 시 본 근로계약 체결 거부의 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, 피고 보조참가인이 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 피고 보조참가인의 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.

상고이유에서 들고 있는 대법원판결은 이 사건과 사안이 다르므로, 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.

## 2. 상고이유 제2점에 관하여

이 부분 상고이유 주장은, 해당 단체협약이나 취업규칙 규정이 본 근로계약 체결 거부 시 서면통지의무를 부과하는 내용이라고 잘못 해석한 원심의 판단은 위법하다는 것이다.

그러나 위와 같이 본 근로계약 체결 거부 통지가 근로기준법 제27조 규정을 위반하여 효력이 없다는 원심의 판단이 정당한 이상, 그러한 해석의 당부는 판결에 아무런 영향을 미칠 수 없으므로, 이 부분 상고이유 주장은 받아들이지 아니한다.

## 3. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김창석(재판장), 이상훈, 조희대, 박상옥(주심)

#### 4. 시용기간은 기간제법 제4조의 계속근로에 포함

☞ 서울고법 2016. 4. 21. 선고 2015누64079 판결<sup>3)</sup>

##### » 요 지 «

시용근로계약이 근로를 제공하고 임금을 지급받는 것을 그 내용으로 하고 있고, 시용근로기간과 계약직 근로기간이 단절됨이 없이 연속되어 있는 이상 시용근로계약과 계약직 근로계약의 내용이 다소 변경되었다고 하더라도 기간제법 제4조에서 정한 계속근로기간 2년의 초과 여부는 시용근로기간과 계약직 근로기간을 합산하여 산정함이 상당하다.

\* 원고, 피항소인 : ○○○○방송 주식회사

\* 피고, 항소인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 항소인 : 김○○

\* 제1심판결 : 서울행법 2015. 10. 23. 선고 2015구합68741 판결

##### » 주 문 «

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 원고의 청구를 기각한다.
3. 소송총비용은 원고가 부담한다.

##### » 청구취지 및 항소취지 «

##### 1. 청구취지

중앙노동위원회가 2015. 6. 10. 원고와 피고보조참가인 사이의 중앙2015부해310 ○○○○  
○방송 주식회사 부당해고 구제재심신청사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

##### 2. 항소취지

주문과 같다.

##### » 이 유 «

##### 1. 재심판정의 경위

이 법원이 이 부분에 관하여 실시할 판결의 이유는, 제1심판결문 제2면의 인턴근로계약에 아래의 내용을 추가하는 외에는 제1심판결 이유의 해당 부분 기재와 같으므로 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

3) 대법원 2016. 8. 25. 2016두38358 판결에서 심리불속행 기각으로 확정



### 『3. 근로시간

- 기본 근로시간은 1일 8시간 1주 40시간으로 한다.

#### 4. 근로일 및 휴일

- 근로일 : 월요일부터 금요일까지로 한다.
- 휴일 : 공휴일 및 토, 일요일을 유급휴일로 한다.』

## 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

### 가. 당사자들의 주장

#### 1) 원고의 주장

참가인의 인턴근무기간은 참가인을 계약직 근로자로 채용하기 위한 시용(試用) 기간에 불과할 뿐만 아니라 견습프로그램의 과정이어서 인턴근로기간을 둔 취지와 계약직 근로기간을 둔 취지가 다르고 인턴근로계약서와 계약직 근로계약서는 근무기간과 임금에 대하여 서로 다른 내용을 규정하는 등 인턴근로계약과 계약직 근로계약의 성격과 근로조건이 다르므로 인턴근로기간을 기간제법 제4조 제2항, 제1항에서 정한 '2년'의 근로기간에 포함하여 산정할 수 없다. 따라서 이 사건 재심판정은 위법하므로 취소되어야 한다.

#### 2) 피고 및 참가인의 주장

가) 이 사건에서 참가인의 인턴근로기간과 계약제 근로기간을 별개로 보아 계속근로기간이 단절되었다고 볼 수는 없으므로 원고는 참가인에 관하여 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용한 경우에 해당한다. 따라서 참가인은 기간제법에 의하여 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 간주됨에도 불구하고 원고가 참가인과의 근로관계를 종료한 것은 부당해고에 해당한다.

나) 가사 참가인이 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 간주되지 아니한다고 하더라도 참가인에게는 소정의 절차에 따라 재임용될 수 있으리라는 정당한 기대권이 있다고 보아야 하고 원고가 참가인과의 근로관계를 종료한 것은 이러한 기대권을 합리적인 이유 없이 침해하는 것이므로 부당해고에 해당한다.

### 나. 관련 규정

이 법원이 이 부분에 관하여 실시할 판결의 이유는, 제1심판결 이유의 해당 부분 기재와 같으므로 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 따라 제1심판결의 별지 기재 내용을 그대로 인용한다.



## 다. 인정 사실

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 판결의 이유도, 제1심판결 이유의 해당 부분 기재와 같으므로 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 그대로 인용한다.

## 라. 판단

- 1) 위 인정 사실, 관련 규정 및 앞서 거시한 증거에다가 을나 제3 내지 5호증, 을나 제7호증의 1의 각 기재와 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 아래 사정들을 종합하여 보면, 참가인의 인턴근로기간 1개월은 기간제법 제4조의 계속근로기간에 포함된다고 봄이 상당하고, 갑 제7 내지 9호증의 각 1의 기재는 이에 방해가 되지 아니한다.
- 가) 앞서 본 인턴근로계약에 의하면, 원고는 참가인을 2년의 계약직 근로자로 채용하기에 앞서 채용의 적합성 여부를 심사하기 위한 목적으로 참가인과 1개월간의 인턴근로계약을 체결한 것으로 보이고, 참가인이 사용자인 원고에 대하여 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 것을 그 내용으로 하고 있을 뿐만 아니라, 위 계약에서는 참가인의 직업훈련의 이수에 필요한 기간을 정하지도 아니하였다. 이러한 점을 고려하여 보면, 원고와 참가인의 인턴근로계약은 참가인을 계약직 근로자로 채용하기 위한 시용근로계약의 성격을 가진다고 봄이 상당하고, 또한 기간을 1개월로 정한 기간제 근로계약이며, 그 기간 동안 참가인은 실제로 원고에게 근로를 제공하기도 하였다.
- 나) 한편 기간제법 제4조의 규정 내용 등에 의하면, 기간제법에서는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 보는 경우에 관하여 계속근로기간 외에 계약내용의 변경 등에 대하여는 그 제한을 두고 있지 않고, 시용근로자에 대한 사용기간에 대하여 계속근로기간에서 제외된다는 취지로 규정하고 있지도 아니하다. 따라서 시용근로계약이 근로를 제공하고 임금을 지급받는 것을 그 내용으로 하고 있고, 시용근로기간과 계약직 근로기간이 단절됨이 없이 연속되어 있는 이상 시용근로계약과 계약직 근로계약의 내용이 다소 변경되었다고 하더라도 기간제법 제4조에서 정한 계속근로기간 2년의 초과 여부는 시용근로기간과 계약직 근로기간을 합산하여 산정함이 상당하다.
- 다) 그런데 앞서 본 바와 같이 이 사건 인턴근로계약은 참가인의 이 사건 인턴근로기간 동안 원고가 참가인에 대하여 시용 그 자체만을 목적으로 일정한 기간 동안 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 경우에 해당하여 참가인은 시용근로자와 기간제근로자의 지위를 함께 가지고, 한편 이 사건 인턴근로계약과 계약제 근로계약은 계약기간과 임금 등을 제외하고 근무장소 및 부서, 업무 내용, 근로시간, 유보된 해지권 등이 거의 동일하며, 실제로도 인턴근로기간과 계약제 근로기간 사이에 참가인의 업무내용에 별다른 변경이 있는 것으로도 보이지 아니하는바(앞서 본 바와 같이 인턴근로계약에서는 근로일에서 주말을 제외하고 있음에 비하여 갑 제4호증의 2의 기재에 의하면 계약제 근로계약에서는 이에 관한 기재가 없으나 그러한 정도의 변경은 업무내용이 다소 변경된 것에 해당한다고 봄이 상당하다), 이를 위 법





리에 비추어 보면, 이러한 정도의 계약내용 변경만으로는 참가인의 인턴근로기간과 계약제 근로기간을 합산하여 계속근로기간을 산정하는데 장애가 되지 아니하므로 참가인의 계속근로기간은 참가인의 인턴근로기간과 계약제 근로기간을 합산하여 산정함이 상당하고, 가사 참가인이 2012. 12. 24.부터 2013. 1. 3.까지의 교육 기간 중에 수습중이어서 아나운서 업무를 수행하지 않았다고 하더라도(참가인에게 위와 같이 시용근로계약기간 중의 수습기간을 일부 인정할 수 있다고 하더라도, 원고의 인사규정 제17조 제4항은 “수습기간은 근속일수에 산입한다.”라고 규정하고 있을 뿐만 아니라, 최저임금법 제5조 제2항 제1호, 근로기준법 시행령 제2조 제1항 제1호, 근로기준법 제35조 제5호, 기간제법 제4조 제1항 단서 제3호 등의 규정 내용에 의하면, 위 규정에서의 수습근로자는 정식 채용 후 업무수행능력 양성·교육을 목적으로 한 근로자로 보이므로 수습에 관한 위 규정들을 참가인에게 적용하기는 어려울 뿐만 아니라, 앞서 본 바와 같이 이 사건 인턴근로계약에서 참가인의 직업훈련의 이수에 필요한 기간을 정하지도 아니한 이상 참가인에게 기간제법 제4조 제1항 단서 제3호를 적용할 수도 없다) 나머지 시용기간인 2013. 1. 4.부터 2013. 1. 23.까지는 정상적인 근로를 제공하였다고 보이므로, 위와 같은 수습 사실이 위 판단에 방해가 되지는 아니한다(가사 위 수습기간을 참가인의 근로기간에서 제외한다고 하더라도 참가인의 근로기간 20일은 계약제 근로기간에 합산함이 상당하다. 따라서 그 경우에도 참가인의 계속근로기간은 2년을 초과한다).

라) 또한 참가인의 인턴근로기간 종료 후, 원고와 참가인 사이에는 계약직 근로계약을 새로 작성한 것 외에 별다른 신규채용절차가 없었고, 2012. 12. 24. 참가인에 관한 4대 보험 자격취득신고 후 자격상실신고 등의 정산도 없었다.

마) 앞서 본 원고의 아나운서 모집공고 및 인턴근로계약의 내용, 계약직 근로계약의 체결사실 등에 의하면, 원고와 참가인은 참가인의 인턴근로기간 종료 후 신규 입사절차를 거치는 것이 아니라 근무기간에 대한 평가를 통해 재계약 여부를 결정한 것으로서 인턴근로계약이 종료됨과 동시에 근로계약을 갱신한 것으로도 보인다.

2) 따라서 참가인은 무기계약직 근로자가 되었음에도 불구하고 원고가 참가인과의 근로계약기간 만료를 이유로 참가인에 관한 근로관계를 종료한 것은 부당해고에 해당하느냐, 같은 취지의 이 사건 재심판정은 적법하고, 이를 다투는 원고의 주장은 이유 없다.

### 3. 결 론

그렇다면 원고의 청구는 이유 없으므로 이를 기각하여야 할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 이를 취소하고 원고의 청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사(재판장) 윤성원, 유현중, 김관용





## 인사발령







## 제 4 장 인사발령

### 1. 전직과 전보

#### 1.1 전직과 전보의 의의

##### (1) 전직명령권의 발생 근거

☞ 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결

#### » 요 지 «

1. 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·감봉 기타 징벌을 하지 못하도록 하는 구 근로기준법 제30조제1항에 위배되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 전직처분 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. 은행이 노동조합과 합의하여 조직경쟁력을 강화하고 연공서열 중심의 고연령, 고비용 인력구조를 개선하기 위하여 직급별 근속년수를 중요한 기준으로 삼아서 명예퇴직 및 후선발령 대상 근로자를 선정하여 인사발령한 사안에서, 은행이 노동조합과 직급별 근속년수를 후선발령 대상자 선정기준으로 합의한 점 등에 비추어 그 선정기준이 합리성과 공정성을 결여한 것으로 볼 수 없으므로, 인사발령이 정당한 인사권의 범위 내에서 행사된 것으로 적법하다.

\* 원고, 피상고인: A 주식회사

\* 피 고: 중앙노동위원회위원장

\* 피고 보조참가인, 상고인: 참가인 1외 2인

\* 원심판결: 서울고법 2007. 9. 5. 선고 2007누2335 판결

## » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 피고보조참가인들이 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

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·감봉 기타 징벌을 하지 못하도록 하는 구 근로기준법(2007.4.11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조제1항에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 전직처분 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(대법원 1991. 7. 12. 선고 91다12752 판결, 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고 은행이 노동조합과 합의하여 조직 경쟁력을 강화하고 연공서열 중심의 고연령, 고비용 인력구조를 개선하기 위하여 최근 3년간의 근무실적, 근속년수, 승급누락 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 후선발령직원 인사관리지침에 따라 이 사건 각 인사발령을 단행할 업무상 필요가 있었고, 이 사건 각 인사발령으로 인하여 참가인들의 임금의 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.

앞서 본 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 채증법칙 위반 등의 위법이 없다.

또한, 원심은 이 사건 각 인사발령의 정당성 판정 기준의 하나로 대상자 선정이 합리적이고 공정한 기준에 의하였는지 여부에 관하여 판단하면서, 원고 은행은 이 사건 후선발

령 대상자 선정을 위한 근무평정을 할 때 원고 은행 인사지침과 달리 근속년수, 승급누락, 부양가족 등을 평가기준으로 하였으나, 이 사건 평정은 인사지침에 따른 근무평정과 그 실시시기, 목표와 대상이 다르므로 평가기준을 달리한 것을 위법하다고 볼 수 없는 점, 이 사건 평정기준상 경력감점 대 이행(승격)동기대비 상위직급 누락감점과 이행동기대비 현직급 누락감점이 비례하는 경향이 있고, 전자의 경우 1년 단위로 감점이 이루어져 통상 승격이 이루어지는 6개월 단위로 감점하는 경우보다 덜 정밀한 요소가 있다 하더라도 이러한 사정만으로 같은 직급의 모든 직원에게 적용된 평정기준이 불합리하다고 보기 어려운 점, 소외인 등 5인에 대한 이행동기대비 현직급 누락감점을 참가인들이 주장하는 것처럼 6점으로 하더라도 이들의 합계점수는 모두 참가인들보다 높은 점 등을 종합하면 이 사건 평정기준이 불합리하거나 불공정하다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심이 위에서 인정한 사정 및 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 원고는 은행 노동조합과 사이에 직급별 근속년수를 후선발령 대상자 선정기준으로 합의한 점, 후선발령의 목적이 연공서열 중심의 고연령, 고비용 인력구조 개선과 조직 경쟁력 강화에 있는 점을 감안하면, 장기승격누락자 중 직무수행능력이 부족한 직원을 후선발령 대상자로 선정하는 위 기준이 나이나 근속기간이 많은 직원에게 불리할 가능성이 높다하여 불합리하다거나 불공정하다고 볼 수 없는 점, 근무평정은 직원 간 그 점수 차이가 적고 평정자의 주관적인 영향을 받을 수 있어서 단순히 근무평정점수만을 선정기준으로 할 경우 평가의 실효성, 객관성을 담보하기 어렵다는 판단하에 직급별 근속년수를 선정기준에 포함시킨 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 이 사건 후선발령 대상자 선정기준이 합리성과 공정성을 결여한 것이라고 인정할 수 없으므로, 원심의 위 판단은 정당하다.

그렇다면 이 사건 각 인사발령이 정당한 인사권의 범위 내에서 행사된 것으로 적법하다는 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 근로기준법상 전직 제한에 관한 법리오해, 채증법칙 위반 등의 위법이 없다.

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 차한성(재판장), 김영란, 이홍훈(주심), 김능환

## (2) 전직처분의 권리남용 판단기준

☞ 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다46969 판결★

### » 요 지 «

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·감봉 기타 징벌을 하지 못하도록 하는 근로기준법 제23조 제1항에 위배되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 전직처분 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.

\* 원고, 상고인: 별지 원고 명단 기재와 같다.

\* 피고, 피상고인: 주식회사 케이티 외 2인

\* 원심판결; 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013나31528 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들이 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 도과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 이를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

#### 1. 주위적 청구에 관한 상고이유에 대하여

원심은, 피고 주식회사 케이티(이하 ‘피고 케이티’라고만 한다)가 20년 이상 근속한 원고들을 비롯한 직원들을 대상으로 명예퇴직신청 및 피고 케이티가 출자하고 100번 콜센터 업무를 위탁한 주식회사 케이에스콜, 주식회사 코스앤씨, 주식회사 티엠월드(이하 이들 회사를 ‘콜법인’이라 통칭한다)로의 입사 지원을 받는 과정에서, 피고 케이티가 존재하는 한 Customer Service 업무(고객 민원상담업무, 이하 ‘CS 업무’라고만 한다)는 필요하다고 하면서 콜법인에서의 고용보장기간 3년이 경과한 후에도 피고 케이티가 콜법인에 CS 업무위탁을 계속하여 원고들의 지속적인 근무가 가능한 것처럼 기망하였거나, 원고들이 이 사건 공모를 통하여 피고 케이티가 콜법인에 대한 CS 업무위탁을 회수하지 않을 것이



라는 착오에 빠져 이 사건 명예퇴직 신청을 한 것이므로, 피고 케이티의 위 기망행위 또는 원고들의 착오를 이유로 위 명예퇴직의 의사표시를 취소한다는 원고들의 주장에 대하여, 그 판시 사정을 종합할 때 피고 케이티가 위 명예퇴직 및 콜법인으로의 입사 지원을 받는 과정에서 중요한 사항에 관하여 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지하였다고 보기 어렵고, 원고들이 이 사건 명예퇴직 당시 피고 케이티가 CS 업무를 콜법인에 계속 위탁할 것이라는 점을 이 사건 명예퇴직에 있어 그 내용으로 삼았다는 점을 인정할 증거가 없으며 이러한 점이 법률행위의 중요 부분에 해당한다고 볼 수도 없다는 이유로, 원고들의 취소 주장을 배척하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 사기 또는 착오에 의한 의사표시의 취소에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 위법이 없다.

## 2. 예비적 청구에 관한 상고이유 제1 내지 3점에 대하여

가. 원심판결 이유 및 기록에 의하면, ① 2007. 1. 1. 개정된 콜법인의 보수규정 및 보수 규정 시행세칙(이하 ‘콜법인 보수규정’이라고만 한다)은 콜법인의 직원들에 대하여 보수 지급기준을 정하고 직급급, 직무급별로 단계별 기준연봉표를 두되(이하 ‘콜법인 일반 보수규정’이라 한다), 2007. 1. 1.자 전직전환된 사원에 대한 보수는 직전회사(피고 케이티를 가리킨다)에서 지급한 보수(2006. 11. 30. 기준)의 70%를 3년 동안 지급하고, 그 이후의 연봉체계는 별도 기준을 정하여 시행한다는 내용의 단서규정(이하 ‘이 사건 단서규정’이라 한다)을 둔 사실, ② 피고 케이티는 2008. 10. 2.부터 2009. 7. 2.까지 피고 케이티의 20년 이상 장기근속 직원들을 대상으로 ‘콜법인에서 받게 될 연봉수준은 2007년 피고 케이티 연봉을 기준으로, 정년 잔여기간이 4년 이상인 경우에는 70%, 정년 잔여기간이 4년 미만인 경우에는 65%를 받고, 고용을 3년간 보장(단 1953년 출생자는 2년간)하며, 고용보장기간 이후의 급여는 해당 법인의 보수규정에 따라 지급하고, 콜법인에서의 직위 및 업무 등은 콜법인의 사장이 결정한다.’는 조건(이하 ‘이 사건 공모조건’이라 한다)으로 명예퇴직 및 콜법인 입사 공모를 한 사실, ③ 원고들은 이 사건 공모조건에 따라 그 무렵 피고 케이티에서 명예퇴직하고 콜법인에 입사하였으며, 그 입사 시에 급여를 피고 케이티에서 받던 기존 급여의 70% 상당으로 약정한 근로계약서 및 고용보장 이후의 고용조건 또는 계속고용 여부는 개인의 역량, 성과 등에 따라 별도로 정한다는 취지의 각서(이하 ‘이 사건 각서’라 한다)를 작성하여 제출하고, 입사 이후 콜법인의 기존 직원들과는 달리 직급급, 직무급에 의한 급여가 아니라 피고 케이티에서 받던 기존 급여의 70%를 지급받아 온 사실, ④ 피고 주식회사 케이티스(이하 ‘피고 케이티스’라고만 한다)는 2009. 11. 2. 주식회사 케이에스콜, 주식회사 코스앤씨를 흡수합병 하였고, 피고 주식회사 케이티씨에스(이하 ‘피고 케이티씨에스’라고만 한다)는 같은 날 주식회사 티엠월드를 흡수합병 하였는데, 원고들은 합병 후에도 이 사건 인사명령 시까지 피고 케이티스, 케이티씨에스로부터 피고 케이티에서 받던 기존 급여의 70%를 그대로 지급받아 온 사실, ⑤ 피고 케이티스, 케이티씨에스는 2011. 1. 1.

각 보수규정, 보수규정 시행세칙, 인사규정을 개정하였는데(이하 ‘현행 보수규정’이라 한다), 그 내용은 원고들을 포함한 전 직원을 대상으로 하여 경영지원직군을 제외한 100 직군, CS 직군 등에 대하여 직급 및 호봉제를 폐지하고 인사평가 등에 따라 급여를 변동 지급하며, 원고들과 위 피고들에 근무하는 다른 직원 사이의 보수, 직위 및 업무에 관하여 근로조건을 동등하게 대우하는 것인 사실을 알 수 있다.

- 나. 이 사건 단서규정은 콜법인이 피고 케이티에서 명예퇴직 후 전직전환하여 입사하는 직원들에 대하여 콜법인 일반 보수규정은 적용하지 아니하고 별도의 보수기준을 적용한다는 점을 명시하기 위한 것으로서, 콜법인이 2007. 1. 1.자로 전직전환된 직원들 뿐만 아니라 그 이후에 전직 전환된 직원들에 대하여도 이 사건 단서규정에 따라 이원적으로 보수기준을 적용하여 온 점, 원고들 또한 입사로부터 3년 이후에는 해당 법인이 정한 보수규정에 따라 보수를 지급받는다든 이 사건 공모조건에 따라 입사하였고 유사한 취지의 이 사건 각서도 제출한 점 등 이 사건 단서규정의 취지와 개정 경위, 이 사건 공모조건 및 원고들과 콜법인 사이의 근로계약 체결 경위, 이 사건 단서규정의 실제 적용 경과 등을 종합적으로 고려하면, 이 사건 단서규정은 2007. 1. 1. 또는 그 이후로 3년간의 고용보장하에 피고 케이티에서 콜법인으로 전직전환된 사원에 대하여 적용되고, 여기에는 2008. 10. 2. 이후 전직전환된 원고들도 포함된다 할 것이다.

그런데 이 사건 단서규정은 전직전환되어 콜법인에 입사한 직원들에 대하여 3년 보장기간 이후의 보수는 별도로 정한다고만 규정함으로써 구체적인 규정은 두고 있지 않은 한편, 3년 보장기간 이후 이들에 대한 콜법인 일반 보수규정의 적용을 배제하고 있으므로, 3년 보장기간이 경과되었다고 하여 그때부터는 원고들에 대하여 당연히 콜법인 일반 보수규정이 적용된다고 할 수 없고, 3년 보장기간 경과 후 콜법인(또는 콜법인을 승계한 법인)이 원고들에 대하여 별도의 보수규정을 정하면 그 보수규정이 근로기준법 등 강행법규에 반하지 아니하는 범위 내에서 원고들에게 적용될 뿐이다.

- 다. 이 부분 상고이유 주장은 현행 보수규정이 종전 콜법인 근로자들의 집단적 의사결정 방법에 의한 별도의 동의가 없는 불이익변경으로서 무효인 경우 원고들에 대하여 당연히 콜법인 일반 보수규정이 적용되고, 그에 따라 원고들이 3년 보장기간 경과 후에도 피고 케이티에서의 종전 직급에 상응하는 콜법인의 직급을 그대로 보장받고 종전에 부여받은 업무를 그대로 수행하며 급여도 위 직급 및 업무에 기하여 콜법인 일반 보수규정에 따라 지급받아야 한다는 점을 전제로 한 것인데, 현행 보수규정이 종전 콜법인 근로자들의 집단적 의사결정방법에 의한 별도의 동의가 없어 무효라 하더라도, 원고들에 대하여는 위와 같이 이 사건 단서규정만이 적용될 뿐 콜법인 일반 보수규정이 적용되지 아니하고 이는 3년 보장기간 경과 후에도 마찬가지인 이상, 이 부분 상고이유 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들일 수 없다.



### 3. 예비적 청구에 관한 상고이유 제4점에 대하여

가. 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·감봉 기타 징벌을 하지 못하도록 하는 근로기준법 제23조 제1항에 위배되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 전직처분 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(대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다54498, 54504 판결, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 ① 피고 케이티스, 케이티씨에스는 피고 케이티와의 위탁계약에 따라 수행하던 VOC 업무가 종료되고, 플라자 1.5선 업무를 축소·폐지하는 등 사업내용이 변경됨에 따라 VOC 업무와 플라자 1.5선 업무를 담당하던 원고들에 대한 업무조정, 재배치 및 직무전환의 필요성이 생긴 점, ② 이 사건 인사명령은 원고들뿐 아니라 피고 케이티스, 케이티씨에스 소속 VOC 업무 담당 직원들에게도 동일하게 이루어진 점, ③ 출퇴근 거리 등에 있어 이 사건 인사명령으로 인하여 발생한 생활상 불이익이 원고들의 수인 범위를 초과한다고 볼 수 없는 점, ④ 인사명령에 앞서 설명회 개최 등 해당 근로자들과 사전 협의 절차를 거친 점, ⑤ 원고들은 업무내용 및 업무량 등에서 위 피고들의 다른 직원과 별다른 차이가 없음에도 이 사건 공모에 응하여 전직하게 되면서 콜법인 입사 후 3년 동안 일시적으로 콜법인 또는 위 피고들의 다른 직원에 비하여 보수, 직위 및 업무내용에서 우대를 받아 왔으므로 위 피고들의 정상적인 경영 및 노무관리를 위해 이를 시정할 필요성도 있어 보이는 점 등의 사정을 종합하여, 피고 케이티스, 케이티씨에스가 원고들에게 사직을 강요하기 위하여 이 사건 인사명령 중 전보처분을 하였다거나 위 전보처분이 재량권을 남용하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 전보처분에 있어 재량권에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

### 4. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자들이 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이기택(재판장), 이인복, 고영한(주심), 김소영



## 1.2 근로내용과 장소의 특징이 있는 경우 정당성 판단

### (1) 근로자의 동의가 필요하다고 본 사례

☞ 서울고법 2011. 7. 14. 선고 2010누30408 판결<sup>1)</sup>

#### » 요 지 «

1. 근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량을 가진다고 할 것이나, 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 허용되지 않는다고 할 것이고, 또 근로계약에서 근로내용을 특별히 한정한 경우에 사용자가 이를 변경하는 전직이나 전보명령을 하려면 근로자의 동의가 있어야 할 것이다.
2. 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 동의가 있어야 할 것인데, 참가인 회사는 이 사건 전보명령을 하기에 앞서 원고에게 보직 이동에 관한 설문조사를 실시하였을 뿐 원고가 그 보직 이동 희망에 관한 설문에 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.

\* 원고, 항소인 : 강○○

\* 피고, 피항소인 : 중앙노동위원회위원장

\* 제1심판결 : 서울행법 2010.8.13. 선고 2009구합48975 판결

#### » 주 문 «

1. 제1심 판결을 취소한다.
2. 중앙노동위원회가 2009.10.20. 원고와 피고보조참가인 사이의 2009부해753, 764(병합) 부당전보 구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

1) 대법원 2011. 11. 10. 2011두20192 판결에서 심리불속행 기각으로 확정



3. 소송총비용 중 보조참가로 인한 비용은 피고보조참가인이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

## » 이 유 «

### 1. 당사자의 지위 및 재심판정의 경위

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제1, 2호증, 을 제1 내지 3, 8호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

- 가. 피고보조참가인(이하 '참가인 회사'이라 한다)은 상시 근로자 4,000여명을 고용하여 관광호텔업, 종합휴양업, 유기장운영업 등을 영위하는 회사이고, 원고는 1988.8.16. 참가인 회사에 입사한 이래 ○○○○ 식음료팀 등에서 조리 업무를 담당하여 왔는데, 참가인 회사는 2009.5.13. 원고를 ○○○○ 상품팀(판매)으로 전보하여 상품 판매 업무를 담당하게 하는 인사명령을 하였다(이하 '이 사건 전보명령'이라 한다).
- 나. 원고는 2009.6.11. 이 사건 전보명령이 부당하다며 서울지방노동위원회에 2009부해 1238호로 구제신청을 하였으나 서울지방노동위원회는 2009.7.9. 이 사건 전보명령은 참가인 회사의 정당한 인사권의 행사로서 부당하지 아니하다는 이유로 이를 기각하였고, 원고가 이에 불복하여 2009.8.26. 중앙노동위원회에 2009부해753, 764호(병합)로 재심을 신청하였으나 중앙노동위원회는 2009.10.20. 서울지방노동위원회와 같은 이유로 위 재심신청을 기각하였다(이하 '이 사건 재심판정'이라 한다).

### 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

#### 가. 원고의 주장

원고는, 참가인 회사와 근무내용을 '조리 업무'로 특정하기로 하는 근로계약을 체결한 후 참가인 회사에 입사하여 이후 조리 업무만 담당하여 왔으므로, 원고의 동의 없이 근무내용을 조리 업무와 무관한 상품 판매 업무로 변경한 이 사건 전보명령은 인사권의 남용이고, 그렇지 않다고 하더라도 이 사건 전보명령은 업무상 필요성이나 대상자 선정의 합리성 없이 이루어진 것으로서 그로 인해 원고가 입는 불이익이 사회통념상 수인할 수 있는 정도를 현저하게 벗어난 것이어서 인사권의 남용이라 할 것이므로, 이와 다른 전제에서 한 이 사건 재심판정은 위법하여 취소되어야 한다고 주장한다.

#### 나. 인정되는 사실관계

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제5 내지 7호증, 을 제2 내지 17호증(각 가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

#### 1) 원고의 입사 경위 및 담당 업무

- 가) 원고는 1980.12.19. 조리사 면허를 취득하고 1983년경부터 호텔 ○○○○○ 등에서 조리사로 근무하였다.



- 나) 참가인 회사는 1988.6.28. 경력 및 신입사원 모집 광고를 하였는데, 그에 의하면, 조리 직종을 포함한 식음료 분야가 경력 사원 모집 분야에 포함되어 있고, 경력사원은 '경력 또는 재직증명서'를, 자격증 소지자는 '자격증 사본'을 각 제출하도록 되어 있으며, 지원자는 지원서에 응시직종을 명기하도록 되어 있었다.
- 다) 원고는 위 모집 광고에 따라 조리사 면허증을 제출하면서 식음료 부서에 지원하여 1988.8.16. 참가인 회사에 의해 채용된 후 판매부 조리과에서 조리업무를 담당하게 되었는데, 같은 날 참가인 회사에 의해 채용되어 판매부 조리과에 근무하게 된 직원들 중 안○○을 제외한 나머지 직원들은 모두 조리사 면허를 가지고 있고, 조리사 면허가 없는 안○○은 실습사원으로 채용되어 실습을 마친 1989.2.16.에야 참가인 회사의 정식 직원으로 채용되었다.
- 라) 원고가 입사하면서 작성한 근로계약서는 참가인 회사가 마련한 정형화된 양식인데, 원고가 그 하단에 주소와 주민등록번호를 기재하고 날인한 외에는 계약기간이나 근무장소, 직종, 임금에 관한 기재란이 모두 공란으로 되어 있고, 참가인 회사의 원고에 대한 이력카드에는 원고를 신입사원으로 채용한 것으로 기재되어 있다.
- 마) 원고는 이후 참가인 회사의 식음료 담당 부서에서 조리 업무만을 담당하다가, 2008.7.1.경부터 이 사건 전보명령 전까지는 육류 생산 및 관리업무를 담당하였는데, 그 중 육류생산은 햄버거 패티(patty)를 만들거나 돈가스 및 스테이크용 고기를 만드는 업무이고, 육류관리는 소시지, 핫도그, 치킨 등 납품되는 식자재를 관리하면서 이를 다시 관련 점포에 배분하는 업무이다.
- 바) 참가인 회사는 근로자들에 대하여 인사평가를 실시하고 있는데, 원고는 2007년에 E등급(하위 5%), 2008년에 C-등급(하위 15% ~ 하위 30%)으로 각 평가받았다.
- 2) 이 사건 전보명령의 경위
- 가) 참가인 회사는 실내 놀이공원인 ○○월드를 운영하고 있는데, 2006년에 ○○월드에서 4건의 사고가 발생해 2007.1.8.부터 같은 해 6.30.까지 휴장하고 시설 보수, 보강 등을 하였다.
- 나) 참가인 회사는 2009.1.22. 최근 3년간 합계 771억 원 상당(2006년 234억여 원, 2007년 439억여 원, 2008년 98억여 원)의 경상 적자가 발생하였음을 이유로 경영개선계획을 세웠는데, 거기에는 실적이 부진한 식음료 업장의 효율을 개선하기 위해 낙후된 업장을 다시 새롭게 하고 운영형태를 변경하는 방향으로 개선하는 내용이 들어 있다. 그런데, 당시 식음료 업장의 실적은 매출이 329억 원이고, 이익이 23억 원이었다.
- 다) 참가인 회사는 2009.2.경 참가인 회사 노동조합에 지속적인 적자와 경영 악화 등으로 긴박한 경영상의 어려움을 겪고 있음을 이유로 '인력감축 및 일부 사업의 외주



도입'에 관한 협의를 요청하였다가 2009.3.12.경 정리해고 철회 방침을 통보하고 전체 임직원들을 대상으로 인위적인 정리해고를 추진하지 않겠다고 통보하였다.

라) 참가인 회사는 2009.5.13. 다음과 같은 원칙에 따라 원고를 포함한 192명의 근로자를 전보하는 인사발령을 하였다.

#### ○ 인사이동 취지

- ▶ 인사이동을 통한 인력 운영의 효율화를 꾀하고 인력의 적재적소 배치를 통한 생산성 향상 및 서비스 질 강화
  - ▶ 업무 성과가 저조하고 직무 수행이 미흡하며 생산성 향상에 기여도가 낮은 직원에 대해서는 팀워크 향상 및 업무 효율성 제고에 기여할 수 있도록 적재적소 배치
    - 직무 수행 기간을 고려하되 개인의사를 최대한 반영하여 실시
    - 1차 및 2차에 걸친 개인 면담과 설문조사를 실시하여 팀 및 근로자의 업무성과를 극대화할 수 있도록 개인 의사와 각 팀의 의견을 최대한 반영
    - 회사가 생산성 향상을 위해 반드시 직무수행에 필요한 인력은 개인의사를 고려하되 회사가 직무를 합리적으로 배분하여 배치함
    - 서비스질의 향상을 위해 필요한 경우 직무를 확대, 축소, 조정하고 그에 적합한 인력을 배치
  - ▶ 이동을 통한 인력 효율화 및 인력 운영을 감안한 이동 배치 후 잉여인력에 대해서는 보직대기(자택대기) 실시
- 마) 참가인 회사는 위와 같은 인사발령에 앞서 원고를 포함한 참가인 회사의 근로자들을 대상으로 현부서의 업무적응, 상사와의 관계, 희망하는 보직 이동 등에 관한 설문조사를 실시하였는데, 원고는 '현 업무에 적합하고 상사와의 관계는 보통이다'는 취지로 답하고 보직 이동 희망에 관한 질문에 관하여는 답하지 아니하였다.
- 바) 위와 같은 인사발령에 따라 식음료팀은 전출 49명(조리사 자격증 소지자 10명 포함), 전입 42명(조리사 자격증 소지자 2명 포함), 그 밖의 인원변동 등으로 정원이 233명에서 223명으로 감소하였는데, 특히 조리파트의 경우 원고를 포함한 19명(자격증 소지자 : 조리사 10명, 관광종사원 3명, 방화관리자 1명)이 전출하고 5명(자격증 소지자 : 조리사 2명, 방화관리자 1명)이 전입하여 정원이 108명에서 94명으로 감소하였으나 이후 폐점된 식음료 업장은 없다.
- 사) 한편, 원고는 이 사건 전보명령 이후 수당이 월 6만 원 정도 줄어든 외에는 급여에 변화가 없다.

#### 다. 판단

근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량을 가진다고 할 것이나, 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남用に 해당되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 허용되지 않는다고 할 것이고, 또 근로계약에서 근로내용을 특별히 한정한 경우에 사용자가 이를 변경하는 전직이나 전보명령을 하려면 근로자의 동의가 있어야 할 것이다(대법원 1992.1.21. 선고 91누5204 판결, 대법원 1994.2.8. 선고 92다893 판결, 2010.6.10. 선고 2010다972 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 원고가 참가인 회사에 입사할 당시에 작성된 근로계약서에는 직종 부분이 공란으로 기재되어 있고 원고의 이력카드에도 원고가 신입사원으로 채용된 것으로 기재되어 있기는 하지만, 앞서 인정한 사실 및 그에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 참가인 회사의 직원 모집 광고에 의하면, 조리 직종을 포함한 식음료 분야가 경력 직원 모집 분야에 포함되어 있고, 경력직원은 ‘경력 또는 재직증명서’를, 자격증 소지자는 ‘자격증 사본’을 각 제출하도록 되어 있으며, 지원자는 지원서에 응시 직종을 명기하도록 되어 있는데, 원고는 조리사 면허증 소지자로서 그 면허증을 참가인 회사에 제출하면서 식음료 분야에 지원하였고 그에 따라 입사 직후 판매부 조리과에 소속된 점, ② 참가인 회사의 원고에 대한 이력카드에는 원고의 입사 이전 조리 경력이 기재되어 있고, 근로계약서에는 중요한 사항인 임금 등 다른 부분도 모두 공란으로 되어 있는 점에 비추어 참가인 회사가 근무내용을 특정하지 않을 의사로 직종에 관한 부분을 공란으로 두었다기보다는 근로계약서를 성실하게 작성하지 아니하였기 때문으로 보이는 점, ③ 원고가 참가인 회사에 입사한 이래 2008.7.까지 조리 업무만 담당하였고, 비록 2008.7.부터 이 사건 전보명령 전까지 조리 업무가 아닌 육류 생산 및 관리업무를 담당하였으나 이는 조리 업무와 밀접한 관련이 있는 업무로 보이는 점, ④ 원고와 같은 날 채용되어 판매부 조리과에 근무하게 된 직원들 중 조리사 면허가 없는 안○○은 실습사원으로 채용되어 실습을 마친 1989.2.16.에야 참가인 회사의 정식 직원으로 채용되었고, 안○○을 제외한 나머지 사람들은 모두 조리사 면허를 가지고 있어 정식 직원으로 채용된 후 현재까지 조리 업무를 담당하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 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 동의가 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 설문에 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.

설령 원고와 참가인 회사 사이에 원고의 근무내용을 ‘조리 업무’로 특정하여 근로계약을 체결한 것이 아니라고 하더라도, 전보처분 등이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지의 여부는 당해 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하고, 근로자 측과의 협의 등 그 전보처분 등을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 하는데(대법원 1991.7.12. 선고 91다12752 판결, 대법원 2000.4.11. 선고 99두2963 판결 등 참조), 앞서 인정한 사실 및 그에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 참가인 회사가 2006년부터 2008년까지 매출이 급감하여 771억 상당의 경상 적자를 본 것은 2006년에 발생한 4건의 사고와 그로 인해 2007년에 6개월간 휴장하면서 시설을 보강, 보수한 영향이 큰 것으로 보이는 점, ② 원고가 근무한 식음료 매장은 비록 크지는 않지만 영업 이익을 달성하고 있었던 점, ③ 원고가 참가인 회사에 입사한 이래 20여 년 동안 줄곧 조리 업무만을 담당하였고 상품 판매 업무를 처리한 경험이 전혀 없는 점에 비추어 원고를 상품 판매팀에 배치한다고 하여 참가인 회사 업무의 능률이 증진된다거나 원고의 능력개발과 근로의욕 고양에 기여한다고 보기 어려운 점, ④ 조리사 면허를 소지한 원고가 참가인 회사의 경력직 사원 모집 광고에 따라 참가인 회사에 입사한 이래 20여 년 동안 줄곧 조리 업무만을 담당한 점에 비추어 참가인 회사로서는 신의칙상 이 사건 전보명령을 하기에 앞서 원고와 근무내용 변경에 관한 협의를 하는 등 원고를 설득하기 위한 노력을 할 필요가 컸다고 보이는데도 참가인 회사는 설문조사만을 실시하였을 뿐 당초 계획하였던 두 차례의 면담을 실시하지 아니하는 등 원고를 설득하기 위한 노력을 전혀 기울이지 아니한 점 등을 종합하여 보면, 참가인 회사가 주장하는 바와 같이 원고의 인사사고파가 낮고 식음료 매장의 정원을 조정할 필요성이 있었으며, 원고가 이 사건 전보명령 이후 월 6만 원의 수당이 줄어드는 외에는 급여에 큰 불이익이 없다는 등의 여러 사정을 고려하더라도, 이 사건 전보명령은 정당한 인사권의 범위를 벗어난 것으로서 무효라 할 것이다.

따라서 이와 다른 전제에서 한 이 사건 재심판정은 위법하다.

### 3. 결 론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 원고의 항소를 받아들여 제1심 판결을 취소하고 이 사건 재심판정을 취소하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 곽종훈, 판사 양대권, 판사 손동환



## (2) 사전에 포괄적 동의가 있었다고 본 사례

☞ 대법원 1993. 9. 14. 선고 92누18825 판결

## » 요 지 «

가. 입사 당시 지방근무에 대하여 사전 동의를 받았다고 본다.

나. 전보발령이 경영상 필요에 의한 것으로서 업무상 필요성이 인정되고 입사 당시 전보에 대한 동의를 받은 경우 전보로 인하여 생활상 불이익이 있다 하더라도 전보발령은 정당한 인사권의 행사로서 유효하다.

\* 원심판결 : 서울고법 1992.10.30 선고 92구11178 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

## 1. 제1점에 대하여

원심판결이유에 의하면 원심은, 그 거시증거들을 종합하여 원고회사는 주소지에서 근로자 6,400여명을 고용하여 자동차제조 및 부대사업을 영위하는 회사로서 1990. 11. 참가인이 입사할 당시 지방사업소를 개설준비 중이었으므로 지방사업소에 근무할 수 없는 사람을 종업원으로 채용하지 않는다는 원칙을 세우고 있었던 사실, 원고회사는 참가인을 비롯한 7명을 사원으로 신규채용하는 과정에서 서울정비사업소 소장인 소외 정○○이 참가인 등과의 면담을 통하여 앞으로 신설될 지방사업소로의 전보문제와 관련하여 지방근무가능 여부를 물었고 이에 참가인은 회사의 인사명령에 따르겠다고 답변한 사실, 원고회사는 1991. 10. 15. 을중인사위원회에서 사원전보방침을 결정하고 이에 따라 같은 달 21.자 정기인사로써 서울정비사업소 소속 20명을 각 지방사업소(양산 3, 광주 13, 성남 4)로 전보하는 등 종업원 34명을 전보조치 하였는데 참가인의 경우 ○○사업소로 전보하면서 같은 해 10. 8. 작업중 입은 상해에 대한 요양가료를 마친 직후인 점을 감안하여 같은 해 11. 23. 부임하도록 한 사실, 한편 원고회사의 인사규정 제10조, 제15조에 의하면 사원의 보직은 적재적소의 원칙하에 직무의 요구자격에 부합되는 직급 및 직종에 적격자를 보직하고 사원의 경력관리를 위하여 순환보직을 시행할 수 있으며 사원에 대한 전보는 인사관리부서의 계획 또는 해당사원의 소속장의 요청에 의하여 행하도록 규정하고 있는 사실을 인정한 다음, 참가인은 위 정○○과의 면담과정에서 원고회사의 방침에 따라 지방근무를 위

한 전보에 동의한다는 의사를 표시함으로써 근로계약체결과 함께 미리 원고회사에게 업무상의 필요에 의한 전보권을 부여하기로 합의한 것으로 보아야 할 것이라고 하였는바, 원심이 위 사실을 인정함에 있어 거친 증거의 취사는 정당하고 거기에 채증법칙위반으로 인한 사실오인의 위법이 없으며, 또 기록에 의하면, 참가인이 입사 당시 작성한 인사원서의 희망근무지란에 '서울'이라고 기재한 사실은 인정되지만 이는 참가인의 일방적인 희망을 기재한 것이고 면접과정에서 위 인정과 같이 지방근무를 명하면 이에 따르겠다고 답하여 동인이 인사원서의 좌측상단에 이를 기재한 사실이 인정되므로 입사 당시에 근무지를 서울로 하는 근로계약이 명시적 또는 묵시적으로 체결되었다고 할 수도 없다. 따라서 원심이 참가인이 입사당시 지방근무에 관하여 사전 동의를 하였고 서울지역을 취업장소로 특정하는 근로계약을 체결하였다고 볼 수 없다고 한 것은 정당하고 거기에 채증법칙위반으로 인한 사실오인 또는 심리미진의 위법이 없다.

논지는 모두 이유 없다.

## 2. 제2점에 대하여

원심판결이유에 의하면 원심은, 거시증거를 종합하여 원고회사에서는 서울사업소가 전국의 정비업무를 전담하였다가 새로이 개설되는 각 지방사업소에 그 일부씩을 이관하게 됨에 따라 직종 및 기능별 적정인원의 확보와 부족인원의 상호보충이 필요하게 되었는데, 정비사업소는 담당업무의 특성상 2명 내지 4명을 1조로 구성하되 기능을 4개의 급수로 나누어 입사일자와 기능급수만을 고려하여 각 급수에 해당하는 종업원을 한 사람씩 배치하도록 함으로써 위 1991. 10. 21.자 전보발령시 참가인과 같은 기능 4급 25명을 비롯하여 근무년수 1년 미만에서 15년차 까지 양산, 광주, 성남 등 지방사업소에 골고루 배치하였고 ○○정비사업소는 정원 177명에 현원 152명 이어서 앞으로도 인원의 보충이 필요한 형편이고 현재 서울에 생활근거를 두고 있는 종업원 24명이 근무하고 있는 사실, 원고회사는 장단기계획을 세워 순환보직을 시행하고 있으므로 모든 종업원은 원칙적으로 3년간의 지방근무를 하여야 하고 단체협약상 제수당지급기준표에 의거하여 회사의 명에 따라 서울, 경기 이외의 지역으로 전보된 대리급 이하의 종업원에 대하여는 매월 금 50,000원의 지방근무수당을 1년간 지급하고 그 밖에 부임수당 금 100,000원과 이사비용을 지급하고 있는 사실, 한편 참가인은 ○○지역에 전혀 연고가 없고 ○○사업소에는 기숙사 등 복지후생시설이 없기 때문에 위와 같이 1년간 지급되는 지방근무수당과 부임수당 또는 무상제공되는 식사만으로는 식사비용과 주거비용 등 생활비의 추가지출을 피할 수 없게 된 사실, 참가인은 위 전보 당시 연로한 부모와 장기치료중인 동생과 함께 생활하고 있었던 사실을 인정한 다음, 위 전보명령은 원고회사가 지방에 정비업소를 신설함에 따라 인력관리 등 경영상 필요에 의하여 행한 인사조치라 할 것이므로 업무상의 필요성이 인정되고 원고회사가 참가인의 입사 당시 미리 참가인으로 부터 지방근무에 대한 동의를 받은 이상 그 후 전보발령시 마다 참가인의 동의를 받아야 하는 것은 아니며 위 전보로 인하여 참가인에게 생활상의 불이익이 있다고 하더라도 위와 같은 업무상 필요성에 비추어 보면

그러한 불이익만으로는 위 전보조치가 정당한 이유가 없다거나 권리남용에 해당한다고 볼 수 없으므로 결국 원고회사가 참가인에 대한 위 전보발령은 인사규정에 따라 인사권을 정당하게 행사한 것으로서 유효하다고 판단하였다.

기록에 대조 검토하여 볼 때 원심의 위와 같은 인정 판단은 수긍되고 거기에 소론이 주장하는 배치전환의 정당성에 관하여 법리오해, 심리미진, 이유불비의 위법이 있다고 할 수 없으므로 논지는 모두 이유 없다.

**3. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.**

대법관 천경송(재판장), 윤관, 김주한(주심), 김용준



### (3) 근로자의 묵시적 동의가 있었다고 본 사례

☞ 서울행법 2013. 12. 19. 선고 2013구합17268 판결<sup>2)</sup>

#### » 요 지 «

1. 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 가지며, 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 다만 근로계약에서 근로내용이나 근무장소를 특별히 한정한 경우에 사용자가 근로자에 대하여 전보나 전직처분을 하려면 원칙적으로 근로자의 동의가 있어야 한다.

참가인이 원고에 입사하면서 근로 내용을 기자로 정하였으므로 원고가 참가인에게 기자가 아닌 다른 직무를 담당하게 하는 전보처분을 하기 위해서는 원칙적으로 참가인의 동의가 있어야 할 것이나, 여기서 동의는 반드시 명시적인 동의에만 한정되는 것은 아니고 묵시적인 동의도 가능하다고 볼 것이다.

2. 전직처분 등이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 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 여부에 의하여 결정되어야 하는데, 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 할 것이고, 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 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 적절한 것인가 하는 인원선택의 합리성을 의미하는데, 여기에는 업무능률의 증진, 직장질서의 유지나 회복, 근로자간의 인화 등의 사정도 포함된다.

\* 원 고 : A 주식회사

\* 피 고 : 중앙노동위원회위원장

2) 대법원 2015. 5. 28. 2015두38757 판결에서 심리불속행 기각으로 확정

## » 주 문 «

1. 중앙노동위원회가 2013.6.14. 원고와 피고보조참가인 사이의 중앙2013부해297 부당전보 구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.
2. 소송비용 중 원고와 피고 사이에 생긴 부분은 피고가, 원고와 피고보조참가인 사이에 생긴 부분은 피고보조참가인이 각 부담한다.

## » 이 유 «

### 1. 이 사건 재심판정의 적법 여부

#### 가. 인정사실

- (1) 원고는 2008.8.21. 근속연수 10년차 이상 직원들을 대상으로 특별명예퇴직신청공고를 하였다.
- (2) 원고는 2008.9.23. 참가인이 취업규칙 제65조제1항제1호의 '직무수행능력이 현저히 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자'에 해당한다는 이유로 참가인에게 경영관리부 대기발령 1개월(2008.9.23.부터 2008.10.22.까지) 처분을 하였고, 2008.10.23. 참가인에 대한 위 대기발령을 해제하고 참가인을 경영국 경영관리부로 전보발령 하였으며, 2008.11.24. 참가인이 취업규칙 제37조제6항의 '제65조제1항제1호의 사유로 대기발령을 받은 자가 대기기간 종료 후 일정기간 이후의 평가가 동일사유에 재차 해당될 때'에 해당한다는 이유로 참가인에게 명령휴직 1년(2008.11.24.부터 2009.11.23.까지) 처분을 하였다.
- (3) 참가인은 2008.12.19. 충남지노위에 위 대기발령, 전보발령, 명령휴직 처분에 대한 부당대기발령 등 구제신청(충남2008부해486)을 하였고, 충남지노위는 2009.2.4. "원고의 참가인에 대한 평가는 현저히 객관성이 결여된 평가이므로 위 대기발령의 정당성을 인정할 수 없고, 위 전보발령의 업무상 필요성이 존재하지 않고 이로 인한 참가인의 생활상 및 인사상 불이익이 현저히 크므로 위 전보발령의 정당성을 인정할 수 없으며, 참가인의 직무수행능력이 현저히 부족하다거나 근무성적이 극히 불량하다고 볼만한 근거가 없으므로 위 명령휴직 처분은 권리남용에 해당하여 정당성을 인정할 수 없다"는 이유로 원고에게 "원고는 위 대기발령, 전보발령, 명령휴직 처분을 취소하여 참가인을 원직에 복직시키고 처분기간 동안 정상적으로 근로하였다면 지급받을 수 있었던 임금상당액을 지급하라"는 구제명령(이하 '이 사건 선행 구제명령'이라 한다)을 하였으며, 원고가 중노위에 재심을 신청하지 아니하여 위 구제명령이 확정되었다.
- (4) 원고는 위 구제명령에 따라 2009.3.10. 참가인을 방송본부 뉴스센터(구 보도국 취재부)로 원직복직시켜 취재부 기자로서 뉴스기사 제작성 업무를 담당하게 하였다. 그



후 원고의 참가인에 대한 인사발령 및 그에 따른 참가인의 담당 업무는 아래 표와 같다.

- (5) 원고는 2012.9.4. 사규의 직제에 관한 규정을 아래와 같이 개정하였다.
- (6) 위 직제 개편에 따라 원고의 사내 기구는 4국 1실 8부에서 4국 1센터 9부로 변경되었는데, 변경 후의 기구표는 아래와 같다.
- (7) 원고는 2012.10.9. 직원들을 대상으로 경영 현황에 관한 설명회를 개최하였고, 위 설명회에서 높은 인건비 부담 등으로 인해 원고의 경영실적이 악화되었음을 지적하면서 경영개선을 위해 조직을 개편하고 비핵심 업무의 아웃소싱을 추진할 것임을 밝혔다.
- (8) 원고의 보도국 뉴스PD 업무는 2008.10.1.부터 2010.9.30.까지는 파견직원 D이, 2010.10.1.부터 2010.11.30.까지는 정규직원 E이, 2010.12.1.부터 2011.6.30.까지는 정규직원 E와 계약직원 D이, 2011.7.1.부터 2012.11.30.까지는 정규직원 참가인과 계약직원 D이 각 담당하였다. 원고는 2012.11.12. 뉴스PD 업무 담당자로 파견근로자 F, G을 신규채용하였고, D은 2012.11.30. 계약기간 만료로 원고와의 근로관계가 종료되고 참가인은 2012.12.18. 이 사건 전보처분으로 편성제작국 영상부로 전보되면서 뉴스PD 업무는 위 F, G이 담당하게 되었다.
- (9) 참가인은 2009년 말, 2010년 말, 2011년 말 각 작성하여 원고에게 제출한 실적보고서에 “참가인은 1987.1. 보도국 기자로 입사해 20년 이상 취재보도에 종사해 왔으며 현재 담당하고 있는 MD업무는 취재보도 업무와 상이하고 적성에 맞지 않으므로, 취재보도 업무로의 복귀를 요청한다”고 기재하였다.
- (10) 참가인은 2012.11.18. 원고의 고충처리위원회에 “참가인은 2009.4.15. 방송본부 편성센터(현재의 편성국)로 발령받아 외주프로그램 제작과 MD 등의 업무를 담당했고 2011.7.1.부터는 보도국 편집부에서 뉴스PD를 맡아 현재에 이르고 있다. 취재현장을 떠난 3년 7개월여 동안 오랜 세월 배워 익힌 취재보도 업무와 전혀 다르고 적성에 맞지 않은 새로운 업무 수행에 늘 어려움을 겪어 왔다. 따라서 매년 업무실적 보고서를 작성할 때마다 이 같은 애로사항을 명시하고 취재보도 업무로의 복귀를 강력히 요청해 왔다. 취재기자로서의 능력을 발휘할 수 있는 기회를 달라”는 내용의 고충처리신청을 하였으나, 원고의 고충처리위원회는 2012.12.5. “회사의 인력배치는 경영환경, 인력수급계획에 따르는 것이지 개개인의 욕구를 만족시킬 수는 없다”는 이유로 위 신청을 기각하였다.
- (11) 원고의 영상부 소속으로 홍성지사에서 근무하던 카메라 기자 C는 2012.12.31. 정년 퇴직을 한 후 원고의 영상부 소속 프리랜서 카메라 기자로 천안지사에서 근무하고 있다.
- (12) 참가인의 임금, 근무장소는 이 사건 전보처분 전후에 동일하나, 이 사건 전보처분 후의 근무시간은 13시부터 21시까지이다.



- (13) 2013.3.18. 현재 참가인을 제외한 원고의 편성제작국 영상부 소속 직원 14명 중 11명은 영상부로 입사하여 근무하고 있는 사람들이고, 나머지 3명(H, I, J)은 타 부서로 입사한 후 본인의 희망에 따라 영상부로 전보된 사람들이다.
- (14) 원고는 이 사건 전보처분 후 참가인에게 2012.12.24.부터 내부 OJT교육(편집교육)을 실시하였고, 2013.4.1.부터 영상편집업무를 수행하도록 하였다.

#### 나. 판단

- (1) 이 사건 전보처분에 참가인의 동의를 필요로 하는지 여부

(가) 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 가지며, 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 다만 근로계약에서 근로내용이나 근무장소를 특별히 한정한 경우에 사용자가 근로자에 대하여 전보나 전직처분을 하려면 원칙적으로 근로자의 동의가 있어야 한다(대법원 2013.2.28. 선고 2010다52041 판결).

- (나) 참가인이 1987.1.1. 원고에 입사하면서 근로 내용을 기자로 정한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 을나 제2호증의 1 내지 5의 각 기재에 의하여 이를 인정할 수 있다.

따라서 원고가 참가인에게 기자가 아닌 다른 직무를 담당하게 하는 전보처분을 하기 위해서는 원칙적으로 참가인의 동의가 있어야 할 것이나, 여기서 동의는 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 원직복직 시킨 다음 2009.4.14. 방송본부 편성센터로 발령하여 2009.9.20.까지 외주프로그램 완작 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 근로내용을 특별히 한정한 근로자에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 전보처분에 관한 참가인의 동의가 없다는 이유로 위 전보처분이 무효라고 볼 수 없다.





## (2) 이 사건 전보처분의 정당성 유무

(가) 전직처분 등이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 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 여부에 의하여 결정되어야 하는데, 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 할 것이고, 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 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 적절한 것인가 하는 인원선택의 합리성을 의미하는데, 여기에는 업무능률의 증진, 직장질서의 유지나 회복, 근로자간의 인화 등의 사정도 포함된다(위 2010다52041 판결).

(나) 앞서 인정한 사실에 의하면 원고는 이 사건 전보처분 당시 비핵심 업무라고 판단한 뉴스PD 업무를 파견근로자로 하여금 담당하게 하고 영상부 카메라 기자 C의 정년퇴직에 따라 참가인을 영상부에 배치하여 영상편집업무를 담당하게 할 업무상의 필요성이 있었던 것으로 보이고, 참가인의 이 사건 전보처분 전후의 임금, 근무장소가 동일한 이상 근무시간이 다소 변경되었다고 하더라도 그러한 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이라고 볼 수 없으므로, 위 업무상의 필요성이 참가인의 생활상의 불이익보다 우월하다고 할 것이어서 이 사건 전보처분은 정당한 인사권의 범위 내에 속한다.

## (3) 소결론

이 사건 전보처분에 참가인의 동의를 필요로 하지 않고, 이 사건 전보처분은 정당한 인사권의 범위 내에 속하여 유효하다고 할 것이므로, 이와 달리 본 이 사건 재심판정은 위법하다.

## 2. 결 론

그렇다면, 원고의 청구는 이유 있어 이를 인용한다.

재판장 판사 이승한, 판사 곽상호, 판사 지창구

### 1.3 근로내용과 장소의 특징이 없는 경우 정당성 판단

#### (1) 정당성의 판단 기준

☞ 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결

#### » 요 지 «

1. 근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서 사용자는 상당한 재량을 가지며 그것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 수 없고, 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지의 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교, 교량하고 근로자 측과의 협의 등 그 전보처분 등의 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다. [언론사가 사전에 협의나 동의절차 없이 경영진에 비판적인 입장을 취하였던 기자직 직원을 업무직 직원으로 전직발령하고 신규로 기자직 직원을 채용한 경우, 그 전직발령은 그 업무상 필요성이 그다지 크지 않는데 반하여 근로자에게는 큰 생활상의 불이익을 주는데다 전직발령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거치지 아니하였다는 이유로 위 전직발령이 무효라고 한 사례]
2. 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서는 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래 관행에의 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 한다. [해고처분이 실질적으로 노동조합을 조직하여 활동한 것에 대하여 불이익을 주기 위한 것으로서 부당노동행위에 해당한다고 본 사례]

\* 원고, 상고인 : 주식회사 ○○일보 대표이사 이○○

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 보조참가인 : 조○기, 조○진, 조○성

\* 원심판결 : 서울고법 1999. 1. 14 선고, 98누542



## » 주 문 «

상고를 '기각'한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 상고이유 제1, 2점에 대하여

근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서 사용자는 상당한 재량을 가지며 그것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 수 없고, 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지의 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교, 교량하고 근로자측과의 협의 등 그 전보처분 등의 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 것이다(대법원 1998. 12. 22 선고 97누5435 판결 참조).

기록에 의하면, 이 사건 전직발령 당시 원고회사 내에서는 기자들의 능력을 평가하는 객관적인 근무평정제도가 없었고, 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고만 한다) 등 이 사건 전직 대상자들은 원고회사에서 유능하다고 평가되는 기자들을 포함하여 상당수가 원고회사 경영진에 대하여 비판적인 입장을 취하였던 기자들이며, 또한 이 사건 전직발령 직전에 신규기자 모집공고를 하여 9명의 기자를 포함한 11명의 신규직원을 채용하고 간부급사원 7명까지 외부에서 영입하여 채용한 점 등에 비추어 보면 원고의 주장과 같이 회사의 적자운영을 더 이상 방치할 수 없는 상태에 이르러 감량경영의 일환으로 이 사건 전직발령을 하였다고 할 수 없고, 더구나 원고회사가 전직 대상자들의 선정에 있어서의 구체적인 기준에 관하여 별다른 주장, 입증을 못하고 있으며, 한편 언론사에 있어서 기자의 신분과 업무직원의 신분은 일반적으로 상당한 차이가 있는 것으로 받아들여지고 있고, 그 업무의 내용도 상이하며, 참가인들은 원고회사에 입사할 때 처음부터 기자직으로 입사하여 상당 기간 편집국에서 근무하여 오면서 장래에도 같은 직종에서 근무하리라고 생각하였고, 이 사건 전직발령으로 참가인들의 급여 또한 종전보다 73만원에서 110만원까지 감액되는데도 원고회사가 이 사건 전직발령을 함에 있어서 참가인들과 사전협의를 거치지 않고, 참가인들의 동의를 구한 바도 없었음을 알 수 있다. 그렇다면 참가인들에 대한 이 사건 전직발령은 그 업무상 필요성이 그다지 크지 않은데 반하여 참가인들에게는 큰 생활상의 불이익을 주는데다 원고회사가 이 사건 전직발령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차도 거치지 아니하였다고 할 것인 바, 결국 원고회사의 참가인들에 대한 이 사건 전직발령은 정당한 이유가 없는 것으로 무효라고 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고 거기에 상고이유의 주장과 같은 사실오인 내지 사용자의 전직발령권 및 그 한계에 관한 법리오해의 위법이 없다. 이 부분 상고이유의 주장은 이유 없다.

## 2. 상고이유 제1, 3점에 대하여

사용자가 근로자를 해고함에 있어 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래 관행에의 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 할 것이다(대법원 1997. 7. 8 선고, 96누6431 판결 참조).

기록에 의하면, 참가인 조○성이 이 사건 전직발령에 항의하여 결근을 한 행위, 참가인 조○기, 조○진이 노동조합의 간부로 활동하면서 노동조합 명의로 대자보나 성명서를 통하여 원고회사의 대표이사과 편집국장을 비난하고 그들의 명예를 훼손하는 내용을 다소 지나친 표현을 사용하여 적시한 행위, 참가인 조○기가 노동조합 조합장으로 활동하면서 새로운 업무수행을 거부한 행위가 원고회사 상별규정에 정하여진 해고사유에 해당하는 사실은 인정되나, 앞서 본 바와 같이 참가인들에 대한 이 사건 전직발령 자체가 권리남용에 해당하여 무효이고, 따라서 이에 대한 항의 내지 시정요구의 일환으로 위와 같이 참가인 조○성이 결근하고 참가인 조○기, 조○진이 대자보를 게시하고 성명서를 발표한 것으로 보여지며, 그 게시 내지 발표한 대자보나 성명서의 전체적인 내용도 원고회사 경영진의 신문사 경영태도, 신문편집 방침 등을 비판하고 조합원들의 단결을 호소한 것인 점 등을 고려하면, 참가인들의 이러한 행위를 가리켜 근로계약을 지속케 하는 것이 현저히 부당하다고 인정할 정도의 비위라고 볼 수 없는 데다, 참가인들이 주도적인 역할을 하여 노동조합을 설립하여 조합장 또는 간부로서 활동하였고, 또한 그 해고처분이 있기 전날 원고회사에 대하여 단체교섭까지 요구하였으나 원고회사가 이를 거부한 상태였으며, 이 사건 전직발령 대상자 21명 중 참가인들에 대하여만 해고처분이 내려진 점 등 전직발령이 이루어진 시기와 그 이후의 경과 등을 보태어 보면, 원고의 참가인들에 대한 해고처분은 실질적으로는 참가인들이 노동조합을 조직하여 활동한 것에 대하여 불이익을 주기 위한 것으로써 부당노동행위에 해당한다고 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고 거기에 상고이유의 주장과 같은 사실오인 및 부당노동행위에 관한 법리오해의 위법이 없다. 이 부분 상고이유의 주장도 이유 없다.

## 3. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 서성(재판장), 지창권(주심), 유지담



## (2) 정당성 판단을 위한 업무상 필요성의 의미

☞ 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결★

### » 요 지 «

전직처분 등이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 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 여부에 의하여 결정되어야 하는데(대법원 1991. 7. 12. 선고 91다12752 판결 등 참조), 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 할 것이고(대법원 1996. 4. 12. 선고 95누7130 판결 등 참조), 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고 볼 수는 없다(대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 등 참조). 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.

\* 원고, 상고인: A

\* 피고, 피상고인: 주식회사 대한항공

\* 원심판결: 서울고법 2010. 6. 4. 선고 2009나88060 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들이 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

#### 1. 상고이유 제1점에 대하여

가. 제2차 자택대기명령이 통상적인 업무수행명령에 해당하는지 여부

원심은, 피고가 2005. 9. 15. 원고들에 대하여 2005. 10. 4.자로 파면처분(이하 '이 사

건 파면처분'이라 한다)을 하였다가, 2006. 5. 22. 지방노동위원회의 원직복직명령에 따라 2006. 5. 17.자로 이 사건 파면처분을 취소하면서 원고들을 객실승원부로 복귀시키되 비행근무는 부여하지 않는 자택대기(Home Stand-by, HS)를 명하였고(이하 '제2차 자택대기명령'이라 한다), 그 기간 동안 기본급 및 상여금을 지급하는 외에 월 60시간에 해당하는 비행수당을 지급한 점 등 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 제2차 자택대기명령은 통상적인 업무수행명령의 하나로 봄이 상당하다는 이유로, 제2차 자택대기명령이 직위 또는 보직 자체를 부여하지 아니하는 일반적인 대기발령 또는 징계에 해당한다는 원고들의 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 제2차 자택대기명령의 법적 성격에 관한 법리 오해의 위법이 없다.

#### 나. 제2차 자택대기명령의 정당성 유무

원심은 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고가 원고들에 대하여 제2차 자택대기명령을 한 것은 객실 남승무원들 사이에 남아 있는 갈등이 다시 증폭되는 것을 방지하고 기내 안전 및 양질의 서비스를 확보하기 위한 업무상 필요에 따른 것으로 보이는데다가 원고들이 수령한 급여 및 비행수당 등에 비추어 볼 때 이로 인하여 원고들이 입은 생활상의 불이익이 현저히 크다고 할 수 없으므로 제2차 자택대기명령은 정당하다고 판단하고, 나아가 제2차 자택대기명령이 통상적인 업무수행명령에 해당하는 이상 원고들과의 협의절차는 필요하지 아니하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 제2차 자택대기명령의 정당성에 관한 법리오해나 채증법칙 위반, 판단누락 등의 위법이 없다.

#### 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 96다47074 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 객실 승무원에게 수시로 부여되는 근무형태 중 하나로서 실제 비행기에 탑승하여 승무원 업무를 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.

#### 라. 제2차 자택대기명령 기간의 정당성 유무

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고들이 제기한 행정소송과 관련 민·형사 소송, 징계절차의 진행경과 등에 비추어 제2차 자택대기명령이 2006. 5. 17. 발령되어 그 후 원고들에 대한 정직처분이 확정되고 이 사건 전직처분이 이루어지기까지 계속될 필요성이 있었다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 제2차 자택대기명령 기간의 정당성에 관한 법리오해의 위법이 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 관하여

#### 가. 이 사건 전직처분에 원고들의 동의를 필요로 하는지 여부

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 가지며, 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 다만 근로계약에서 근로내용이나 근무장소를 특별히 한정한 경우에 사용자가 근로자에 대하여 전보나 전직처분을 하려면 원칙적으로 근로자의 동의가 있어야 한다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결 등 참조).

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고들은 최초 입사 당시의 직종만이 객실승무원직으로 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.

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 전직처분의 요건에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

## 나. 이 사건 전직처분의 정당성 유무

전직처분 등이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 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 여부에 의하여 결정되어야 하는데(대법원 1991. 7. 12. 선고 91다12752 판결 등 참조), 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 할 것이고(대법원 1996. 4. 12. 선고 95누7130 판결 등 참조), 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고 볼 수는 없다(대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 등 참조). 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, 근로자간의 인화 등의 사정도 포함된다.

원심은, 피고가 2008. 6. 1. 원고 1을 '객실승원부 객실승무3급'에서 '사무1급 22호 외항사서비스센터'로, 원고 2를 '객실승원부 객실승무4급'에서 '사무2급 13호 인천여객서비스지점'으로 각 발령한 이 사건 전직처분에 대하여, 그 판시와 같은 사정을 종합하면 피고가 이 사건 전직처분을 함에 있어 업무능률의 증진, 직장질서의 유지나 회복, 근로자간의 인화 등의 업무상 필요가 있었다고 인정되고, 이 사건 전직처분으로 인하여 원고들에게 발생하는 생활상의 불이익이 원고들이 근로자로서 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것으로 보기 어려우며, 나아가 신의칙상 원고들과의 성실한 협의절차를 거친 것으로 봄이 상당하다는 이유로, 이 사건 전직처분은 피고의 정당한 인사권의 범위 내에 속한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 전직처분의 정당성에 관한 법리오해나 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

## 3. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 소송비용은 패소자들이 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이상훈(재판장), 신영철, 김용덕, 김소영(주심)





### (3) 경영상 필요에 적합한 수단이 아니라고 판단한 사례

 서울고법 2018. 2. 1. 선고 2017누70153 판결★<sup>3)</sup>

#### » 요 지 «

사용자의 정당한 전보발령에 요구되는 업무상의 필요성을 판단함에 있어서, 당해 전보 발령을 통해 인원 배치를 변경할 경영상 필요성, 인원선택의 합리성, 수단의 적합성 등의 사정들을 종합적으로 고려하여야 한다. 전보 등에 따른 생활상 불이익은 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저히 벗어난 것이 아니라면 정당한 인사권의 범위 내에 속한다고 볼 수 있다.

원고가 이 사건 전보발령에 앞서 참가인들의 동의를 받거나 협의를 거치지 않았다는 사정만으로 무효라 볼 수 없고, 이 사건 전보발령으로 인한 참가인들의 생활상 불이익이 근로자로서 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이라고 볼 수는 없지만, 이 사건 전보발령이 원고의 경영상 필요에 적합한 수단이라 볼 수 없어 그 업무상 필요성이 인정되지 않으므로, 결국 이 사건 전보발령은 정당한 인사권의 범위 내에서 이루어진 것이라 볼 수 없어 위법하다.

- \* 원고, 항소인 : ○○○○○○○ 주식회사
- \* 피고, 피항소인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : 강○○ 외 3인
- \* 제1심판결 : 서울행법 2017.8.17. 선고 2016구합81857 판결

#### » 주 문 «

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 재심판정의 경위, 이 사건 재심판정의 적법 여부

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는, 제1심판결 제17쪽 ‘차)’ 이하부터 제25쪽 제2행까지를 아래 제2항과 같이 고쳐 쓰는 것 이외에는 제1심판결 이유 해당 부분 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다(그 밖에 원고가 항소하면서 이 법원에서 주장하는 사유는 제1심에서 원고가 주장한 내용과 크게 다르지 아니하고, 제1심과 이 법원에서 제출된 증거들을 모두 살펴보더라도, 원고의 주장을 배척한 제1심의 판단은 정당하다).

3) 대법원 2018. 6. 15. 2018두36929 판결에서 심리불속행 기각으로 확정

## 2. 판 단

### 1) 관련 법리

근로기준법 제23조제1항은 ‘사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌을 하지 못한다’고 규정하고 있다. 사용자는 인사권자로서 원칙적으로 근로자에 대해 인사발령을 할 수 있는 권한을 가지고 있으나, 다른 한편으로 근로계약관계의 당사자가 계약 내용을 일방적으로 변경하는 것에 한계가 있으므로 ‘정당한 이유’가 인정되는 범위 내에서만 인사권을 행사할 수 있다. 근로자에 대한 전직이나 전보는 근로자가 제공하는 근로의 종류·내용·장소 등에 변경을 가져오는 것으로서 당초 근로계약의 범위를 벗어나거나 근로자가 예상하지 못한 상당한 불이익한 처분이라면 정당한 인사권의 행사라 보기 어렵다. 따라서 전보발령이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 당해 전보발령의 업무상의 필요성과 전보에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하고, 근로자가 속하는 노동조합(노동조합이 없으면 근로자 본인)과의 협의 등 그 전보발령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 등을 종합하여 결정하여야 한다.

사용자의 정당한 전보발령에 요구되는 업무상의 필요성을 판단함에 있어서, 당해 전보발령을 통해 인원 배치를 변경할 경영상 필요성, 인원선택의 합리성, 수단의 적합성 등의 사정들을 종합적으로 고려하여야 한다. 전보 등에 따른 생활상 불이익은 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저히 벗어난 것이 아니라면 정당한 인사권의 범위 내에 속한다고 볼 수 있다. 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소이나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보발령이 당연히 무효가 된다고 볼 수는 없다. 다만 근로계약에서 근로내용이나 근무장소를 특별히 한정한 경우에는 사용자가 근로자에 대하여 전보나 전직처분을 하려면 근로자의 동의를 받아야 한다.

### 2) 근로계약 변경에 대한 동의절차나 신의칙상 협의절차 위반 여부

앞서 본 사실관계에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음 사정들, 즉 ① 원고는 노사합의로 1994년부터 기술직을 관리직으로 직군을 분류하여 영업, 일반관리 등의 업무와 같은 직군 하에서 통합적으로 인사관리를 해온 점, ② 참가인4 근로계약서에는 ‘업무는 재직 중 필요에 따라 변경할 수 있고, 일반경영직은 업무 또는 지역의 제한이 없다’고 규정되어 있고, 관리직으로서 참가인4와 동일 직군인 참가인 1, 2, 3에 대한 근로계약에서 참가인4의 근로계약과 달리 그 근로 내용이나 근무 장소를 특별히 한정하고 있다고 볼 만한 아무런 증거가 없는 점 ③ 단체협약 제26조 제3항은 원고가 부서 이동 등의 인사명령을 할 때 조합원의 의사를 최대한 반영하도록 하고 있을 뿐 사전에 조합원과의 협의 또는 조합원의 동의를 거쳐 인사명령을 하라고 규정하고 있지는 않은 점, ④ 원고는 이 사건 전보발령 이전과 마찬가지로 참가인들의 근로시간 결정, 휴가 및 출장 등 일반적인 근태관리를 하였고 업무수행에 따른 평가권한 등을 행사하였으며, 참가인들에게 임금뿐만 아니라 판매촉진비나

출장비 등 판매 활동과 관련된 각종 비용을 지급하였고 영업 관련 교육프로그램도 제공한 점, ⑤ 참가인들로부터 판매 업무 관련 지시를 하고 보고를 받은 것도 위탁 대리점이 아닌 원고인 점, ⑥ 참가인들의 이동통신상품 판매로 인한 이익 중 상당 부분이 원고에게 귀속되는 점 등을 종합하면, 참가인들의 근로계약상 근로의 종류나 내용 등이 특별히 한정되어 있었다고 볼 수 없고, 이 사건 전보발령이 근로계약의 상대방 등을 변경하였다고 볼 수도 없다. 따라서 원고가 참가인들에게 이 사건 전보발령에 대한 동의를 받지 않았고 참가인들과 사전협의를 거치지 않았다는 사정만으로 이 사건 전보발령이 무효라고 볼 수 없다.

### 3) 이 사건 전보발령의 업무상 필요성 여부

앞서 본 사실관계와 제1심과 이 법원에서 제출된 증거들을 종합하여 인정되는 아래의 사정들을 위 관련 법리에 비추어 살펴보면, 참가인들과 같은 저성과자를 대상으로 별도 조직을 신설하여 전보하는 조치가 일정 기간 경제적 수익성에 도움이 되지 않는다고 하더라도 경영전략에 따른 조직 개편, 업무능률 증진, 직장질서의 유지나 회복, 근로자간의 인화 등을 위하여 경영상 필요하다고 볼 수 있으나, 이 사건 전보발령은 그 경영상 필요에 적합한 것이라 볼 수 없으므로, 결국 이 사건 전보발령이 원고가 주장하는 바와 같이 실제 업무상 필요한 것이었다고 보기 어렵다.

#### 가) 저성과자 대상 별도 조직 신설 및 전보의 경영상 필요성: 일반적으로 인정

- (1) 전보발령의 업무상 필요성을 판단하는 요소로는 경제적 수익성, 경영전략에 따른 조직 개편, 업무능률 증진, 직장질서의 유지나 회복, 근로자 간의 인화 등 다양한 사정이 있을 수 있다.
- (2) 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 부여 할 수 있다. 이러한 조직구성이 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.
- (3) 원고는 참가인들에게 연간 1억 원이 넘는 임금을 지급하고 있는데, 참가인들은 수년 동안 하위 50%의 인사평가를 받는 등 변화하는 경영환경에 따라 원고가 요구하는 수준에 상응하는 노무를 제공하지 못하였다. 이러한 상황에서 원고가 참가인들을 신설팀에 전보하여 근로의욕을 고취할 수 있는 새로운 업무를 수행하도록 하면서 제품과 고객에 대한 이해를 심화하고 업무태도를 적극적으로 전환할 수 있도록 시도하였다면, 이는 사용자의 경영 판단의 영역에 포함되고 그 경영상 필요성도 인정된다.

#### 나) 이 사건 전보발령의 수단으로서 적합성: 부정

- (1) 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 대상으로 선정하고, 그 필요에 적합한 곳으로 전보하여야 한다.
- (2) 원고는, 시장환경 변화에 맞추어 새로운 유통채널을 개척하고 직접 판매 관련 경험과 노하우를 구축하며 고객 직접접촉을 통한 고객의 요구파악 및 제품의 보완개선 등을 위하여 DS팀을 설치하였다고 주장하였다. 또한, 원고는, 스마트폰 시장이 포화인 상황에서 새로운 판매시장인 신종 스마트 기기나 인공지능 기기에 관하여 고객들이 사용의 필요성과 효용성을 쉽게 인식하지 못하고 있고 연령대에 따라 사용하는 데 어려움을 겪을 수 있으므로 직접 방문판매하는 방식에 적합한 스마트워치, 키즈폰, 인공지능 스피커(NUGU) 등을 DS팀의 판매대상 제품으로 선정하였다고 주장하였다. 그런데 실제 위와 같은 목적과 이유라면, 그에 맞는 역량을 가진 조직과 인력으로 팀을 구성하거나 운영하는 것이 합당하다. 그런데 원고는 스마트 기기나 인공지능 기기 시장에서 그 판매증가 효과가 특별히 검증되었다거나 그 성장 전망이 높다고 보기 어려운 직접 방문판매 방식을 영업방식으로 선택하였고, 이미 자회사 등 별도 법인이나 위탁판매대리점을 통한 판매망과 중복되는 영역이 존재하는 DS팀을 설치하였으며, 실질적 효과를 달성하기 어려운 30명 정도의 소규모 인원만을 배치하였고, 원고가 요구하는 성과를 내더라도 원고에 기여하는 수준이 미미한 제품들을 선정하거나 업무를 부과하였으며, 영업실적이 저조하거나 새로운 판매시장인 스마트 기기나 인공지능 기기에 관한 경험이나 지식이 부족한 인력들을 대부분 배치하였다. 따라서 이 사건 전보발령이 원고가 주장하는 DS팀의 설치 목적과 판매제품 선정 이유에 부합한다고 보기 어렵다.
- (3) 특히, 참가인2, 3, 4는 기술직으로 입사한 이래 이 사건 전보발령 전까지 대부분 기술 관련 업무만 담당하였을 뿐 영업에 관련된 업무를 담당할 경험이 전혀 없었고, 참가인1은 마케팅 직군으로 입사하였으나 직접 판매하는 업무를 담당할 경험은 없었다. 참가인들이 원고가 주장하는 DS팀의 설치 목적과 판매제품 선정에 적합한 인력이라 보기 어렵다.
- (4) 원고는 기존 팀에서 성과를 내지 못하고 조직의 분위기를 저해하는 직원들에게 근로의욕 고취, 성취감 회복, 업무역량 향상의 기회를 부여하기 위해 DS팀에 배치하였다고도 주장한다. 그러나 기존 업무가 소멸되거나 필요한 업무에서 역량을 발휘하지 못한 직원들의 근로의욕 고취, 성취감 회복, 업무역량 향상을 위하여 전보발령이 필요한 것이었다면, 원고는 그 대상자들에게 그에 적합하거나 도움이 되는 업무를 부여하거나 그에 맞는 교육기회를 제공함이 타당하다. 저성과자 업무역량 향상이라는 명목으로 현업부서 업무와 관련이 없거나 그에 도움이 되지 않는 업무를 부여하거나 실질적인 교육 없이 새로운 업무를 부여하면, 오히려 근로의욕을 떨어뜨

리고 성취감을 느끼기 어렵게 만들어 저성과자 스스로 퇴직할 수밖에 없는 구조를 만드는 것이 된다. 참가인들이 정기인사 평가결과가 수년 동안 매우 낮았고, 40대 후반에서 50대 나이로 원고의 조직내에서 상대적으로 고령에 해당한다고 하더라도, 특별히 다른 팀이나 신설팀에 격리하여 배치할 필요가 있을 정도로 직원들과의 인간관계에 갈등이 있었다거나 직장질서를 훼손하였다고 볼 만한 사정은 없고, DS팀 근무경험이 현업부서에 필요한 업무역량을 향상하는데 실질적으로 기여한다고 보기도 어렵다. 또한, 앞서 인정한 참가인들이 DS팀에서 받은 교육내용만으로 DS팀 설치 목적과 판매제품 선정 이유에 실질적으로 도움이 될 정도의 교육이라 보기도 어렵다.

- (5) 원고의 인사이동방침(인사규정 제10조)은 '사원의 담당직무를 체계적·계획적으로 변경시켜줌으로써 개인의 역량을 개발하고 업적을 창출할 수 있도록 하며, 적재적소 배치를 통하여 조직 활성화와 인력운영의 효율화를 기할 수 있도록 한다'고 규정하고 있다. 그런데 앞서 본 참가인들의 경력, 업무평가결과, 나이 등을 고려하면, 참가인들을 DS팀에 배치한 이 사건 전보발령이 위 인사이동방침에 부합한다고 보기 어렵다.
- (6) 갑 제47, 72, 73호증, 을나 제124호증의 각 기재를 종합하면, 참가인들은 2015년경 소속 부서 상급자로부터 특별퇴직 내지 다른 회사로의 전출을 권유받았고, 2015.3.경 DS팀에서 특별퇴직 조건 충족자 중 실제로 특별퇴직한 인원의 비중은 47%(DS1팀), 53%(DS2팀)이며, 당시 DS팀원들은 대부분 특별퇴직 조건 충족자로서 그 비중이 다른 팀에 비해 매우 높았고, 2015년 초 DS팀원은 총 26명이었는데 2015년 참가인들을 포함해 34명이 새로 전입하고 그 중 24명이 같은 해에 특별퇴직 하였으며, 2013.12. DS팀 설립 이후 현재까지 DS팀에서 총 31명이 퇴직하였는데 그중 28명이 특별퇴직자인 사실이 인정된다. 이러한 DS팀의 운영형태는 특별퇴직에 불응한 인력을 사실상 퇴출시키기 위하여 DS팀을 운영하였다고 볼 소지가 많다.
- (7) 원고는 성과가 저조한 직원들을 DS팀에 배치함으로써 공격적 영업을 통해 성과를 개선할 기회로 삼도록 하고 향후 개선이 이루어지면 다시 기존 팀으로 복귀할 수 있도록 하였으므로 DS팀이 저성과자 퇴출을 위해 만든 조직이 아니라고 주장한다. 그런데 앞서 인정한 사실 및 갑 제71, 83, 88, 89, 106, 107호증, 을나 제127, 133호증의 각 기재에 의하면, 원고는 DS팀원들 중 기존 팀으로 복귀시키는 대상자를 선정함에 있어 판매실적과 같은 객관적인 기준이 아닌 불분명한 기준으로 DS팀을 운영하였고, DS팀 신설 후 기존 팀으로 복귀된 인원은 2014년 5명, 2015년 7명, 2016년 3명, 2017년 16명인데 그중 5명(차JJ, 정KK, 정LL, 신MM, 이NN)은 DS팀 배치 2주 만에 전출되었으며, 나머지 인원 중 대부분은 원고가 2016.11.28. 이 사건 소를 제기한 이후 일괄하여 현업으로 복귀된 사실이 인정된다. 따라서 DS팀이 객관적인 업무성취결과를 바탕으로 자신의 역량과 적성에 맞는 현업부서로 이동할 수 있다는 목표에 따라 신설되었다거나 이에 맞게 운영되었다고 보기 어렵다.

#### 4) 이 사건 전보발령으로 인한 생활상 불이익 여부

앞서 본 사실관계에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음의 사정들 즉, 참

가인들은 DS팀 발령으로 기존에 수동적으로 수행하였던 업무로부터 외근하면서 적극적으로 고객을 확보해야 하는 업무로 변경된 점, DS팀이 요구하는 적극적 영업방식은 참가인들에게 정신적 긴장감을 상당히 증가시킨 점, 실적이 저조한 근로자들이 모인 조직에 발령되었다는 회사내 인식이나 평가 등이 존재하는 점 등을 고려하면, 이 사건 전보발령으로 참가인들에게 어느 정도의 생활상 불이익은 있었다.

그러나 앞서 본 사실관계에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 참가인2, 3, 4의 생활근거지는 DS팀이 소재한 서울이어서 근무 장소에 있어 생활상 불이익이 없고, 참가인2, 4는 각 대구, 광주에서 근무하다가 이 사건 전보 발령으로 인해 생활근거지로 오게 된 점, ② 참가인1은 생활근거지가 대전이나, 원고가 참가인1에게 개인사택비와 주말 교통비를 지원하는 등 생활상 불이익을 최소화한 점, ③ 참가인들은 이 사건 전보발령 이후에도 종전과 동일한 수준의 급여와 복리후생 혜택을 받은 점, ④ 참가인들은 이 사건 전보발령 이전과 동일한 성과급 지급기준이 적용되었고, 참가인들이 2016년에 성과급을 받지 못한 것은 DS팀 업무와 무관하게 이 사건 전보발령 전에 근무했던 부서에서 2015년 정기인사평가 시 C 등급을 받았기 때문인 점, ⑤ 참가인들이 DS팀으로 전보되기 전인 2014년, 2015년 정기인사평가 결과 DS팀 소속 직원들의 C등급 비율이 다른 팀에 비하여 높았다는 이유만으로 참가인들이 생활상 불이익을 받았다고 보기 어려운 점, ⑥ 판매목표가 제시되는 것은 판매 업무를 담당하는 영업부서의 일반적인 특성이고, 피고와 참가인들이 제출한 증거들만으로 원고가 제시한 판매목표가 특별히 불합리하다고 보기 어려운 점, ⑦ 원고가 최소 판매목표 미달성 시 사유서 제출이나 경고 등의 조치가 취해지지만, 이는 인사규정상 징계의 종류가 아니고 징계의 사유로 명시되어 있지도 않은 점, ⑧ 원고가 판매목표 달성 여부에 따라 징계하거나 임금을 삭감하는 등의 직접적 불이익을 주지는 않은 점 등을 종합하면, 이 사건 전보발령으로 인한 참가인들의 생활상 불이익이 근로자로서 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이라고는 볼 수 없다.

##### 5) 소결론

앞서 살펴본 바와 같이 원고가 이 사건 전보발령에 앞서 참가인들의 동의를 받거나 협의를 거치지 않았다는 사정만으로 무효라 볼 수 없고, 이 사건 전보발령으로 인한 참가인들의 생활상 불이익이 근로자로서 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이라고 볼 수는 없지만, 이 사건 전보발령이 원고의 경영상 필요에 적합한 수단이라 볼 수 없어 그 업무상 필요성이 인정되지 않으므로, 결국 이 사건 전보발령은 정당한 인사권의 범위 내에서 이루어진 것이라 볼 수 없어 위법하다. 따라서 일부 이유를 달리하나 이와 결론을 같이한 이 사건 재심판정은 적법하다.

### 3. 결 론

그렇다면 원고의 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로, 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 윤성원, 판사 박순영, 판사 이정환



#### (4) 생활상 불이익 판단(통상 감수할 불이익 범위)

☞ 대법원 1995. 10. 13. 선고 94다52928 판결

#### » 요 지 «

1. 근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량을 가지며, 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하여 결정하여야 하고, 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면, 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다.
2. 이 사건 전보에 따라 출퇴근과 숙식이 가능한 숙소나 주택을 새로이 마련하여 원고가 전보지인 서울 본사에 단신 부임하거나 가족을 대동하여 이사를 하여야 하는 생활상의 불이익이 있다고 하더라도 이러한 불이익은 전보나 전직에 따라 근로자가 통상 감수하여야 할 범위 내의 불이익에 불과하고 그것이 현저하게 그러한 범위를 벗어난 생활상의 불이익이라고는 할 수 없다.

\* 원심판결 : 서울고법 1994. 9. 30 선고 94나5702 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

1. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고 회사가 영위하는 경방직업 분야는 동남아를 비롯한 신흥개발국들의 저렴한 노동력과 원자재를 바탕으로 한 도전으로 인하여 점점 국제 경쟁력이 떨어지는데다가 국내 산업 전반의 불경기가 피고 회사에까지 영향을 미치게 되어 피고 회사는 1990 사업연도에 1,458,410,085원이 사업 결손이 발생하는 등 경영사정의 악화로 대내외적인 경영개선이 필요하여 모든 부서에 걸쳐 불필요한 잉여인력을 남겨둘 수 없게 됨으로써 원고가 춘천공장에서 원직인 변전실 전공으로 다시 근무하게 될 무렵에 이미 원고와 소외 김×남 두 사람만으로 위 변전실의 업무를 담당, 처리하도록 결정하였던 사실, 그런데 1991.1.24 전기사업법시행규칙의 개정으로 같은 규칙 제58조에 따라 피고회사와 같이 전기설비의 용량이 1,000kw 이상 5,000kw 미만인 업체에서

는 소속 직원 중에서 전기안전관리사 외에 전기분야 기능사 1,2급 또는 전기안전관리사 외에 전기분야 기능사 1,2급 또는 전기기사 2급 이상의 자격이 있는 전기안전관리원 1명을 반드시 두도록 되었고, 이에 따라 안전관리담당자 선·해임기관으로 지정된 소외 사단법인 대한전기기사협회의 강원지부에서 피고 회사에 대하여 2회에 걸쳐 전기안전관리원 선임결과 통보를 독촉하여 옴으로써 피고 회사는 1991.4.6 인사위원회를 개최하여 유자격자로 전기안전관리원 1명을 선임하기로 결정하게 되었는데, 이로 인하여 위 변전실에 근무하던 무자격자인 원고와 위 김×남은 공업고등학교 전기과 졸업자로서 전기 분야의 전공자이고 위 춘천공장의 변전실 근무경력이 원고보다 장기인 점을 고려하여 그를 변전실에 계속 근무하도록 하는 한편, 당시 공석이던 본사 관리부 서무과 용도계 서무주임직이 비록 사무직이기는 하나 각 공장의 기계부품이나 일반 소모품의 구매를 담당하며 간단한 송장 및 구매카드를 정리하는 등의 업무를 담당하는 부서로서 현장직에서 오래 근무한 원고가 이를 충분히 수행할 수 있을 것으로 판단하고 원고를 본사 관리부 서무과 용도계 서무주임으로 승진시켜 자재업무를 담당케 하기로 결정하고, 같은 해 4.15일 춘천공장장을 통하여 원고에게 같은 달 8일자 발령장을 제시하며 위 전근 처분을 통보한 사실을 인정한 다음, 위 전근처분은 피고 회사의 잉여인력의 효율적 활용을 위하여 부득이하게 행하여진 것으로서 그 업무상의 필요성이 인정되고 또한 원고와 위 김×남의 전공, 경력 등에 비추어 볼 때 그 대상으로서 원고를 선택한 점에 관하여도 그 합리성이 일응 인정된다고 판단하면서도 그 채택 증거에 의하여 원고는 피고 회사의 춘천공장에서 원직인 변전실 전공으로 근무하게 되기 직전인 1990.10.23 춘천에서 정착하기 위하여 노모와 처 및 국민학생인 자녀 등 5식구 모두가 구미시에서 춘천시 후평동에 있는 전세금 9,000,000원의 2칸 방으로 이사하였으며, 1991.4월경에는 소외 대한주택공사에서 분양하는 춘천시 석사동 근로자복지주택의 분양 신청까지 준비하고 있었던 사실, 그런데 피고 회사는 사전에 원고에게 춘천공장 내의 다른 부서에서 근무할 의사가 있는지 여부를 타진하는 등 그의 생활상의 이익에 관한 적절한 배려를 위한 협의나 상의도 하여 보지 아니한 채 원고를 아무런 연고도 없는 서울 동대문구 답십리동 64의 9에 있는 피고 회사의 본사 관리부 서무과로 전근 처분을 한 사실과 피고 회사의 서울 본사에는 생활근거지가 서울이 아닌 근로자를 위한 기숙사 등의 편의 시설이 전혀 없고 원거리 출퇴근 근로자를 위한 교통비 보조 등의 제도도 없으며, 또한 원고의 경제력으로는 서울에서 가족과 함께 적정한 수준의 생계를 유지하기 어려운 사실을 인정한 후 그 인정사실에 의하면 피고의 원고에 대한 전근 처분은 그 대상인 원고에 대하여 근로자로서 통상 감수할 수 있는 정도를 현저히 초과한 중대한 불이익을 주는 것일 뿐만 아니라 그 과정에 있어서도 원고에게 가장 불이익이 적은 춘천 공장 내에서의 전직이나 기타 그의 생활상의 이익에 관한 적절한 배려를 위하여 신의칙상 요구되는 원고의 의사반영의 기회를 부여하는 등 원고와의 진지한 대화의 절차를 거치지 아니한 채 이루어진 것으로서 위 전근 처분은 위 인정의 절차적 하자과 함께 원고가 입을 불이익과 피고의 인사의 필요성의 범위를 일탈한 인사권의 남용에 해당되어 무효라고 봄이 상당하다고 판시하고, 나아가 피고 회사의 원고에 대한 전근 처분이 정





당한 이유 없는 것으로서 무효인 점, 원고가 피고 회사의 서울 본사에 출근하지 아니한 것이 부당한 전근 처분에 대한 항의 내지 시정요구의 수단으로 이루어진 점 등을 참작하여 볼 때, 위 전근 처분을 거부하면서 무단결근한 것을 이유로 한 원고에 대한 징계 해고도 역시 무효라고 할 것이고, 가사 그렇지 않다고 하더라도 위 무단결근한 소위는 통상의 무단결근과는 달리 원·피고 사이의 근로계약관계를 지속케 하는 것이 현저히 부당하다고 인정될 정도의 비위행위에 해당한다고는 볼 수 없다고 할 것이므로 피고가 위 취업규칙 소정의 징계의 종류 중 가장 무거운 해고를 선택하여 원고에 대하여 해고 처분을 한 것은 징계권의 남용이거나 형평의 원칙에 어긋난 부당한 결정이라고 할 것이어서 위 징계해고 처분도 정당한 이유가 없어 무효라고 판단하였다.

2. 근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량을 가지며 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 유효하다 할 것이고(당원 1989. 2. 28, 선고 86다카2567 판결;1991. 9. 24 선고 90다12366 판결;1991. 10. 25 선고 90다20428 판결 등 참조), 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하여 결정되어야 할 것이고, 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다 할 것이다(위 90다20428 판결 참조).

이 경우 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의 절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고는 할 수 없다(당원 1994. 5. 10 선고 93다47677 판결).

이 사건의 경우를 돌이켜 보면 원심의 사실인정과 같이 원고에 대한 이 사건 전보처분이 업무상의 필요성에 의하여 인정되는 것이라면 원심인정과 같이 원고의 노모와 처 및 국민학교 자녀 등 5명의 가족들이 정착하기 위하여 구미에서 춘천으로 이사를 하여 전세를 얻어 살고 있고, 1991.4월경에 근로자복지주택을 분양받기 위하여 분양 신청의 준비를 하고 있다는 점 등의 사정이 있으며 원고가 근무를 하도록 전보된 피고 회사의 서울 본사에 근로자를 위한 기숙사 등의 편의시설이 없고, 원거리 출퇴근 근로자를 위한 교통비 보조 등의 제도가 없다고 하더라도 원고가 춘천에 주택을 소유하고 있거나 근로자복지주택을 분양 받은 것도 아닐 뿐만 아니라 이 사건의 경우 원고가 그 생활근거지인 춘천에서 서울 본사까지 원거리 출퇴근을 하는 것은 그 거리나 현재의 교통수단에 의한 소요시간 등에 비추어 현실적인 가능성이 거의 없다고 보여지므로 피고가 원거리 출퇴근자를 위한 교통비 보조 등의 제도를 마련하지 아니하였다 하여 이를 잘못이라 할 수는 없으며, 전보된 근로자들을 위한 기숙사 시설이 일반적으로 보편화되어

있는 것도 아닌 점에서 이 사건 전보에 따라 출퇴근과 숙식이 가능한 숙소나 주택을 새로이 마련하여 원고가 전보지인 서울 본사에 단신 부임하거나 가족을 대동하여 이사를 하여야 하는 생활상의 불이익이 있다고 하더라도 이러한 불이익은 전보나 전직에 따라 근로자가 통상 감수하여야 할 범위 내의 불이익에 불과하고 그것이 현저하게 그러한 범위를 벗어난 생활상의 불이익이라고는 할 수 없다.

그리고 이 사건 전보처분의 업무상 필요성 및 원고가 입게 될 생활상의 불이익의 정도에 비추어 피고가 전보처분을 함에 있어서 원심판시와 같이 원고와 협의하지 아니한 사실이 있다 하더라도 그러한 사정만으로 이 사건 전보처분이 인사권의 남용이라고도 할 수 없을 뿐 아니라(실제로 원고는 자신이 근무하던 춘천공장 변전실에서의 근무만을 고집하고 있는 터이므로 비록 사전에 협의절차를 거쳤다 하여도 그 사정이 달라졌을 것이라고 보이지도 아니한다) 기록에 의하면 피고는 이 사건 전보처분을 함에 있어 원고가 입게 될 생활상의 불이익을 해소하려고 정기적인 승진대상자가 아니었음에도 변전실 전공에서 본사 관리부 서무과 용도계 서무주임으로 승진발령까지 하였던 것으로 보여 진다.

그렇다면 원심이 그 판시의 사정만으로 이 사건 전보처분이 원고에 대하여 근로자로서 통상 감수할 수 있는 정도를 현저히 초과하는 중대한 불이익을 주는 것이라고 판단하고 나아가 피고가 이 사건 전보처분 과정에서 춘천공장에서의 전직이나 기타 그의 생활상의 이익에 관한 적절한 배려를 위하여 신의칙상 요구되는 원고와의 진지한 대화를 거치지 아니하였다고 하여 이 사건 전보처분이 인사권의 남용에 해당하여 무효라는 주장을 내세워 이 사건 전보처분을 거부하면서 무단결근한 것을 이유로 한 원고에 대한 징계해고도 무효라고 판시한 것은 전보처분의 정당성에 관한 법리를 오해하였거나 그 점에 관한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다 할 것이고 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하므로 이 점을 지적하는 논지는 이유가 있다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 서성(재판장), 지창권(주심), 유지담



## (5) 전직처분에 대한 성실한 협의절차

☞ 대법원 2009. 3. 12. 선고 2007두22306 판결

### » 요 지 «

1. 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다.
2. 사용자가 서울특별시장의 감축은행지시에 따른 업무상 필요에 의하여 근로자에게 전보발령을 하였고 그에 따라 근로자가 입게 되는 생활상의 불이익은 출·퇴근 시간 및 비용이 조금 더 소요되는 것인 점 등에 비추어, 근로자에 대한 전보발령이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다.

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 2007.10.17. 선고 2007누2984 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량을 가지며 그것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 유효하고(대법원 1989.2.28. 선고 86다카2567 판결, 대법원 1997.12.12. 선고 97다36316 판결 등 참조), 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하여 결정되어야 하고, 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 보아야 하며(대법원 1991.10.25. 선고 90다20428 판결, 대법원 1995. 10. 13. 선고 94다52928 판결 등 참조), 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하

여 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다(대법원 1995.5.9. 선고 93다51263 판결, 대법원 1997.7.22. 선고 97다18165 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 비록 참가인이 서울특별시장의 감축은행명령에도 불구하고 상당기간 노선별 운전기사 수를 조정하지 않다가 감축은행의 기간이 만료되기 20일쯤 전에 이 사건 전보발령을 하였다 할지라도, 2005년 1월의 근무현황에 따라 참가인의 영업소별 업무량과 만근수당에서 상당한 격차가 발생하였고 거기에 설 연휴기간 동안의 추가 감축은행으로 인하여 영업소에 따른 격차가 더 심해질 것으로 예상되는 상황이었으므로, 참가인으로서는 뒤늦게라도 영업소별 근무인원을 조정하여 그 격차를 줄일 필요가 있었다고 보이는 점, 평소에도 서울특별시장의 운행 지시 변경에 따라 배치 인원의 수시 조정이 필연적으로 요청되고 있었고 원고를 비롯한 참가인의 근로자 대부분이 이러한 사정을 잘 알고 있던 점, 참가인은 원고 등을 전보대상자로 선정하면서 노무팀장 등을 통하여 비교적 단기간 내에 복귀될 수 있도록 노력하겠다고 설명하면서 협조를 요청하였고, 실제 방학기간이 종료될 무렵인 2005.3.4.자로 모두 원래의 근무지로 복귀시킨 점, 이 사건 전보발령으로 인한 원고의 생활상의 불이익은 약 30분 정도 더 소요되는 출퇴근시간과 그에 따른 출퇴근 비용인 점 등 이 사건 변론에 나타난 여러 사정을 종합하여 볼 때, 참가인으로서도 이 사건 전보발령을 할 업무상 필요가 있었다 할 것이고 이로 인하여 원고가 입게 되는 생활상의 불이익이 근로자로서 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이라고는 볼 수 없으며, 참가인이 여러 차례 서울특별시장의 감축은행 지시에 따른 전보발령의 필요성을 공고하고 참가인 노조지부와도 협의한 점에 비추어 참가인으로서 이 사건 전보발령에 앞서 신의칙상 요구되는 절차도 거쳤다 할 것이므로, 결국 이 사건 전보발령은 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 보면 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 전보명령의 정당성에 대한 법리오해, 심리미진, 채증법칙 위배 등의 위법이 없다.

나아가 전보명령이 무효가 아니라면 근로자로서는 이에 따라야 할 의무가 있고 유효한 전보명령에 불응하여 부임을 거부하는 것은 잘못이므로(대법원 1991.9.24. 선고 90다12366 판결, 대법원 1994.5.10. 선고 93다47677 판결 등 참조), 참가인이 취업규칙 등의 규정에 따라 십여 일간 계속 무단결근하고 정확한 근거 없이 추측에 기초하여 작성한 유인물을 사업장 내에 배포한 원고를 징계해고한 것은 정당하다고 할 것이고, 거기에 징계해고의 정당성에 대한 법리오해 등의 위법이 없다.

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하는 것으로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 안대희(재판장), 박시환(주심), 박일환, 신영철



## (6) 전직명령과 징계와의 관계

☞ 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010두20447 판결★

### » 요 지 «

1. 원고 은행의 업무지원역 발령은 원고 은행의 '후선역 관리방안'에 따라 '사고자 및 징계자' 중 현업배치 제한이 필요하다고 인정되는 직원을 대상으로, 개인별 일일 활동내용 보고, 실적관리, 실적평가, 면담기록부 작성 등 지속적인 관리를 통해 업무 능력을 제고하기 위한 인사상 조치로서, 이로 인하여 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류나 내용, 장소, 임금 등에 변경을 가져오는 불이익이 있다고 하더라도, 기업 활동을 계속적으로 유지하기 위해서 노동력을 재배치하거나 그 수급 조절을 위하여 인사권자인 사용자가 자신의 고유 권한에 기하여 발령한 인사명령이지 징계처분이라고 볼 수 없으므로, 이 사건 감봉처분과 이 사건 업무지원역 발령이 동일한 사유에 기초하여 이루어졌다고 하여 이를 통틀어 하나의 징계처분으로 볼 수 없다.
2. 이 사건 업무지원역 발령으로 인해 기본급의 85%만을 지급받고, 임금 인상이 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.

\* 원고, 피상고인 : 주식회사 A

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : B

\* 원심판결 : 서울고법 2010. 9. 8. 선고 2010누5402 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

## 1. 피고의 상고이유 및 피고보조참가인의 상고이유 제2점에 대하여

원심은, 원고 은행의 업무지원역 발령(이하 ‘이 사건 업무지원역 발령’이라 한다)은 원고 은행의 ‘후선역 관리방안’에 따라 ‘사고자 및 징계자’ 중 현업배치 제한이 필요하다고 인정되는 직원을 대상으로, 개인별 일일 활동내용 보고, 실적관리, 실적평가, 면담기록부 작성 등 지속적인 관리를 통해 업무 능력을 제고하기 위한 인사상 조치로서, 이로 인하여 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류나 내용, 장소, 임금 등에 변경을 가져오는 불이익이 있다고 하더라도, 기업 활동을 계속적으로 유지하기 위해서 노동력을 재배치하거나 그 수급 조절을 위하여 인사권자인 사용자가 자신의 고유 권한에 기하여 발령한 인사명령이지 징계처분이라고 볼 수 없으므로, 이 사건 감봉처분과 이 사건 업무지원역 발령이 동일한 사유에 기초하여 이루어졌다고 하여 이를 통틀어 하나의 징계처분으로 볼 수 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 이 사건 업무지원역 발령의 법적 성격에 관한 법리오해의 위법이 없다.

## 2. 피고보조참가인의 상고이유 제1점 및 제3점에 대하여

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 하는 것으로서, 그것이 앞서 본 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 전직처분 등이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지의 여부는 당해 전직처분 등의 업무상의 필요성과 전직 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하고, 근로자가 속하는 노동조합(노동조합이 없으면 근로자 본인)과의 협의 등 그 전직처분 등을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지의 여부에 의하여 결정되어야 하는데(대법원 1991. 7. 12. 선고 91다12752 판결 등 참조), 업무상 필요에 의한 전직 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 할 것이고(대법원 1996. 4. 12. 선고 95누7130 판결 등 참조), 전직처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전직처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고 볼 수는 없다(대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 등 참조). 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.



원심은 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 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 인사관리 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, 임금 인상이 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 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 이 사건 업무지원역 발령의 정당성에 관한 법리오해의 위법이 없다.

### 3. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 소송비용 중 보조참가로 인한 부분은 참가인이, 나머지는 피고가 각 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이인복(재판장), 민일영, 박보영, 김신(주심)

## (7) 노동조합과의 합의절차를 위반한 전보명령

☞ 서울고법 2008. 5. 14. 선고 2007누25710 판결<sup>4)</sup>

### » 요 지 «

원직에 복직시켜야 할 조합원 또는 조합의 간부인 원고들에 대하여 이 사건 전보를 함에 있어 위와 같은 단체협약 규정에 따른 절차를 준수하기는커녕 그와 같은 제한을 회피하기 위하여 아무런 합리적인 이유도 없이 근로자를 7명 또는 8명 등 9명 미만으로 나누어 인사발령하였는바, 참가인이 이 사건 전보를 함에 있어 노조지회 등과 아무런 합의절차도 거치지 않았으므로 이 사건 전보는 이와 같은 절차상의 흠으로 인하여 위법하다 할 것이다.

\* 피고, 피항소인: 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 항소인: A 주식회사

\* 1심판결 서울행법 2007. 8. 23. 선고 2006구합28376 판결

### » 주 문 «

1. 원고들의 항소 및 피고보조인참가인의 항소를 모두 기각한다.
2. 항소비용 중 원고들의 항소로 인한 부분은 원고들이, 피고보조참가인의 항소로 인한 부분은 피고보조참가인이 각 부담한다.

### » 이 유 «

#### 1. 인정사실

- (1) 참가인은 잦은 노사분규, 경영진의 방만한 경영 등으로 1997년경부터 경영이 급속히 악화되어 1998. 11. 30. 최종 부도처리 되어 법정관리에 들어갔다가 2003. 2. 7. 주식회사○○과의 인수·합병에 의하여 2003. 3. 15. 법정관리에서 벗어나게 되었다.
- (2) 그러나 참가인은 2003년에도 노조와의 산별 교섭이 결렬되어 노조가 파업을 강행하는 등 난항을 겪게 되자, 2004년 들어 경영정상화를 이유로 노조지회에 수차에 걸쳐 구조조정을 위한 협의를 요청하였으나 노조지회는 이를 거부하였다.
- (3) 참가인은 유휴인력의 조정을 통한 경영개선을 꾀한다며 2004. 4. 1.자로 100명, 같은 달 6.자로 100명, 같은 달 9.자로 50명 등 총 250명의 근로자들(이에 원고들이 포함되어 있다)에 대하여 휴업휴가를 실시하였다.

4) 대법원 2011. 11. 10. 2011두20192 판결에서 심리불속행 기각으로 확정



(4) (가) 참가인은 2004. 4. 27. 노조지회장 P과 '경영정상화 관련 회사 최종제시안에 대한 합의'를 하면서 '회사와 노조지회는 기업경쟁력 확보를 통한 일자리 창출을 위해 협조하며, OEM 물량확보, Q 인수, R 인수 등 4대 프로젝트와 생산라인의 재배치에 따른 인력의 전환배치, 인력이동 등에 대한 노사 공동의 생산대책위원회 등을 통해 추진'하기로 하는 한편, 위 휴업휴가에 관한 대책으로 '회사는 휴업휴가자 250명에 대해서 반기결산 후 영업이익이 발생하면 단계적으로 복귀시키는 것을 원칙으로 하고, 다만 4대 프로젝트 추진경과에 따라 일자리가 창출되거나, 월별 결산에서 영업이익이 발생하거나, 또는 경영상 필요성이 발생하거나 하면 반기결산 이전이라도 필요 인력부터 조기에 복귀시켜 나간다', '휴업휴가자 250명 복귀와 관련 최종시한은 2005. 1. 31.까지로 한다'고 정하였다.

(나) 이와 같은 합의에 대하여 2004. 4. 28. 노조지회 조합원을 대상으로 찬반투표를 실시한 결과 재적인원 939명 중 730명이 참석하여 493명(67.53%)이 찬성하였으나, 전국금속노동조합은 본조의 규약 및 지침을 위반하여 체결하였다는 이유로 추인을 거부하였다. 그러던 중 2006. 1. 10.에야 비로소 전국금속노동조합 위원장 명의의 인장이 날인된 합의서가 작성되었다.

(5) 그런데 새로 선출된 노조지회장 S 등 137명이 위 휴업휴가에 대하여 경남지방노동위원회에 부당휴업휴가 등의 구제명령을 신청한 사건에서 경남지방노동위원회가 2004. 9. 21. 위 휴업휴가를 부당휴업휴가로 인정하여 구제명령을 하자, 창원지방노동사무소는 2004. 9. 23. 참가인에게 휴업휴가 조치한 근로자들을 2004. 10. 5.까지 원직에 복직시키라고 이행지시를 하였다. 그런데 참가인이 일부 근로자들에 대해서만 위 구제명령을 이행하고 나머지 근로자들에 대해서는 이를 이행하지 아니하자 창원지방노동사무소는 2005. 1. 12. 참가인에게 위 구제명령을 이행할 것을 재촉하였다.

(6) 참가인 회사의 조직체계는 차량사업본부, 특수사업본부, 기계사업본부, 주물사업본부, 해외사업본부 등 5개 사업본부로 구성되어 있고, 각 사업본부는 동일한 지역 내에 소재하여 인사노무관리 등 일체의 경영행위가 통합관리되고 있는데 주물공장은 차량사업본부나 특수사업본부 등 다른 공장에 비하여 뜨거운 열과 분진 등으로 업무환경이 위험하다.

(7) (가) 참가인은 휴업휴가자 250명 중 2004년 말까지 84명을 복귀시킨 후, 나머지 166명의 근로자 중 원직으로 복귀시킨 10명을 제외한 156명에 대하여 2005. 1. 3.부터 2005. 1. 31.까지 1. 3.자 1명만을 제외하고는 모두 7명 또는 8명씩(다만, 1. 31.자는 전체 9명을 인사명령의 번호를 달리하여 7명과 2명으로 나누었다) 나누어 순차적으로 주물공장으로 인사발령하였다.

(나) 그리하여 참가인은 2005년 들어 1. 4. 원고 B, C, 1. 5. 원고 D, 1. 6. 원고 E, 1. 7. 원고 T, U, 1. 10. 원고 V, F, 1. 11. 원고 G, H, I, 1. 12. 원고 W, X, Y, 1. 13. 원



고 Z, 1. 14. 원고 AA, AB, 1. 17. 원고 AC, AD, 1. 18. 원고 AE, AF, AG, AH, M, 1. 19. 원고 L, AI, 1. 20. 원고 N, 1. 21. 원고 AJ, AK, AL, 1. 24. 원고 AM, AN, AO, 1. 25. 원고 AP, AQ, 1. 26. 원고 AR, AS, 1. 27. 원고 AT, AU, AV, 1. 28. AW에 대하여 각각 원직복직과 동시에 주물사업본부로 2005. 12. 31.까지 한시적인 기간을 정하여 파견명령을 함으로써 이 사건 전보를 하였다.

(다) 이 사건 전보를 전후하여 주물공장에 생산라인이 재배치되거나 추가로 설비투자가 된 것은 없었다.

- (8) 그런데 원고들은 이 사건 전보에 불응하고 장기간에 걸쳐 결근 등을 하였다.
- (9) 참가인은 원고 M, N을 제외한 나머지 원고들의 비위행위에 대하여 사실조사 및 소명기회를 부여하기 위하여 위 나머지 원고들에 대하여 2005. 1. 31.부터 2005. 2. 4.까지의 기간 중 2차에 걸쳐 출석요구를 하였으나 위 나머지 원고들은 이에 불응하고 조사를 방해하였다. 참가인이 노조지회에 2005. 2. 4.부터 2005. 2. 23.까지의 기간 중 2차에 걸쳐 징계위원 위촉 및 출석을 요구하였으나 노조지회도 이를 거부하였다.
- (10) 참가인은 2005. 2. 25. 원고들 중 원고 M, N을 제외한 나머지 원고들에 대한 중징계위원회를 개최하고 2005. 2. 28. 재심청구 기한을 2005. 3. 10. 17:00까지로 명시하여 징계결정을 통보하였고, 이들의 재심청구에 대하여 2005. 3. 11. 재심 중징계위원회를 개최하여 위 나머지 원고들을 2005. 3. 14.자로 해고하였다.
- (11) 한편, 참가인이 원직복직과 동시에 주물사업본부로 파견명령한 156명 중 92명(그 중 해고처분을 받은 근로자는 89명)이 경남지방노동위원회에 부당전보, 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을, 노조지회장 S이 부당노동행위 구제신청을 각 제기하였으나, 원고들과 AX, AY, AZ 등 44명을 제외한 48명(그 중 해고처분을 받은 근로자는 47명)은 노조지회장 S을 대표로 하여 참가인과 위 구제신청사건에서 화해를 함으로써 최종적으로 원고들을 포함한 44명만이 경남지방노동위원회의 결정 등을 받았다.

## 2. 판단

### (1) 부당전보

- (가) 근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서 사용자는 상당한 재량을 가지며 그것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 수 없고, 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지의 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활의 불이익을 비교·교량하고 근로자 측과의 협의 등 그 전보처분 등의 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다( 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결 등 참조)

(나) 그런데 이 사건 전보의 필요성을 인정할 만한 증거가 없고, 오히려 앞서 인정한 바에 의하면 참가인 회사의 단체협약은 제24조 제3항에서 '조합의 임원, 간부, 대의원의 인사에 대하여는 사전에 조합과 합의한다', 제36조에서 '조합원의 대량인사(9인 이상)가 있을 시에는 회사는 조합과 합의 후 실시한다'고 규정하고 있음에도(이와 같은 규정은 그 취지, 규정, 형식, 내용, 체계 등에 비추어 회사가 근로자에 대하여 일반적 인사권을 행사한다는 내용을 규정하고 있는 단체협약 제22조, 제24조 제1항을 제한하는 규정이라 할 것이다) 참가인은 경남지방노동위원회의 구제명령, 경남지방노동사무소의 이행지시에 의하여 원직에 복직시켜야 할 조합원 또는 조합의 간부인 원고들에 대하여 이 사건 전보를 함에 있어 위와 같은 단체협약 규정에 따른 절차를 준수하기는커녕 그와 같은 제한을 회피하기 위하여 아무런 합리적인 이유도 없이 근로자를 7명 또는 8명 등 9명 미만으로 나누어 인사발령 하였는바, 참가인이 이 사건 전보를 함에 있어 노조지회 등과 아무런 합의절차도 거치지 않았으므로 이 사건 전보는 이와 같은 절차상의 흠으로 인하여 위법하다 할 것이어서 이에 관한 원고들의 주장은 나머지 주장에 관하여 더 나아가 살펴볼 것 없이 이유 있다 할 것이다.

(다) 이에 대하여 참가인은 이 사건 전보는 참가인과 노조지회가 2004. 4. 27. '경영정상화 관련 회사 최종제시안에 대한 합의'에서 참가인과 노조지회가 기업경쟁력확보를 통한 일자리 창출을 위해 협조하며, OEM 물량확보, Q 인수, R 인수 등 4대 프로젝트와 생산라인의 재배치에 따른 인력의 전환배치, 인력이동 등에 대해 노사공동의 생산대책위원회 등을 통해 추진하기로 합의한 바에 따른 것이고, 이와 같은 합의는 특별단체협약으로서 일반 단체협약의 규정에 우선 적용되므로 단체협약 제24조 제3항, 제36조는 그 적용이 없다고 할 것이어서 이 사건 전보는 정당하다고 주장한다.

살피건대, 합의의 문언에 비추어 볼 때 위 합의의 효력에 의하여 단체협약 제24조 제3항, 제36조의 적용이 배제되는 것으로 보이지는 아니할 뿐만 아니라{을 제1호증의 기재에 의하면, 위 합의서는 오히려 3. 다}에서 '단체협약은 2003년 단체협약 내용을 준수한다'고 하고 있음을 알 수 있다}, 을 제23호증의 1 내지 5의 각 기재와 증인 BA의 증언만으로는 이 사건 전보가 위 합의에 따라 이루어진 것이라고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로 참가인의 위 주장은 이유 없다.

## (2) 부당노동행위

(가) 사용자가 근로자에 대하여 해고 등의 불이익처분을 함에 있어서 표면적으로 내세우는 사유와는 달리 실질적으로 근로자가 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 해고 등의 불이익처분을 한 것으로 인정되는 경우에 있어서 그 해고 등의 불이익처분은 부당노동행위라고 보아야 할 것이나, 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분에 정당한 이유가 있는 것으로 인정되는 경우에는 비록 사용자가 근로자

의 조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합 의사가 추정된다고 하더라도 당해 불이익처분의 사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없어 그와 같은 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없고( 대법원 1996. 12. 20. 선고 95누18345 판결 등 참조), 한편 그 사실의 주장 및 입증책임은 부당노동행위임을 주장하는 근로자에게 있다( 대법원 1996. 9. 10. 선고 95누16738 판결 등 참조).

(나) 그런데 앞서 본 바와 같이 원고 B 등에 대한 이 사건 해고는 원고 B 등이 업무방해 및 출입제한규정 위반 등의 행위를 하여 단체협약, 취업규칙, 징계규정을 위반한 데 따른 것으로서 정당한 이유가 있는 것이고, 한편 이 사건 전보가 부당한 것이기는 하나 참가인이 부당노동행위로서 이를 행한 것이라고 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로 결국 이 사건 해고와 전보가 부당노동행위라는 원고들의 주장은 이유 없다.

(3) 이 사건 청구 중 원고 B 등이 이 사건 재심판정 중 부당전보에 관하여 취소를 구하는 부분의 구제이익

앞서 본 바와 같이 원고 B 등에 대한 이 사건 전보도 부당전보에 해당함은 원고 B 등을 제외한 나머지 원고들과 마찬가지로는 하나, 원고 B 등에 대한 이 사건 해고가 정당한 것으로 인정되는 이상 원고 B 등에 대한 부당전보에 관한 부분은 구제신청의 이익이 없고, 전보의 정당성 여부가 해고의 정당성 여부와 별도의 절차에서 다투어지면서 해고의 정당성 여부가 확정되지 아니한 경우에는 근로자에게 부당전보에 관한 구제이익이 있을 것이나, 이와 달리 전보 및 해고의 정당성 여부가 하나의 절차에서 함께 판단되면서 해고가 정당한 것으로 인정되는 경우에는 부당전보에 관한 구제이익을 판단함에 있어서 해고가 정당함을 전제로 할 것이지 해고의 정당성 여부가 확정되지 않았음을 전제로 할 것은 아니므로 근로자에게 부당전보에 대한 구제의 이익이 없다. 따라서 구제명령을 하지 않아야 한다는 의미에서 이 부분에 관한 원고 B 등의 재심신청을 받아들이지 아니한 이 사건 재심판정 부분은 그 결론에 있어서 정당하다.

### 3. 결 론

그렇다면, 이 사건 재심판정 중 원고 9. 내지 41.에 대한 부당전보 부분에 관하여 취소를 구하는 위 원고들의 청구는 이유 있어 이를 인용하고, 위 원고들의 나머지 청구 및 원고 1. 내지 8.의 청구는 모두 이유 없어 이를 각 기각할 것인바, 1심판결은 이와 결론을 같이 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 조용호, 판사 이평근, 판사 안상원



## 2. 전적

### 2.1 전적과 근로관계

#### (1) 동의를 얻지 않은 전적의 유효조건

☞ 대법원 1996. 12. 23. 선고 95다29970 판결

#### » 요 지 «

1. 근로자를 그가 고용된 기업으로부터 별개의 기업체인 다른 기업으로 적을 옮겨 그 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 전적은 원칙적으로 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생기는 것이고, 다만 다양한 업종과 업태를 가진 계열기업들이 자본, 임원의 구성, 영업활동 등에 있어서 어느 정도 밀접한 관련성을 갖고 경제활동을 전개하는 기업그룹 내의 계열기업 사이의 전적에 있어서는 미리 전적할 계열기업을 특정하고 그 기업에서 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 기본적인 근로조건을 명시하여 사전 동의를 얻은 경우나 기업그룹 내에서 근로자의 동의를 얻지 아니하고 다른 계열기업으로 근로자를 전적시키는 관행이 있어서 그와 같은 관행이 기업 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적 사실로 명확하게 승인되거나 기업의 구성원이 일반적으로 아무런 이의를 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업 내에서 사실상의 제도로 확립되어 있어 근로계약의 내용을 이루는 것으로 인정되는 경우처럼 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 근로자의 구체적인 동의를 얻지 아니하더라도 근로자를 다른 계열기업으로 유효하게 전적시킬 수 있다.
2. 전적은 종전 기업과의 근로관계를 합의해지하고 이적하게 될 기업과 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이므로, 유효한 전적이 이루어진 경우에 있어서는 당사자 사이에 종전 기업과의 근로관계를 승계하기로 하는 특약이 있거나 이적하게 될 기업의 취업규칙 등에 종전 기업에서의 근속기간을 통산하도록 하는 규정이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계는 단절되는 것이고 이적하게 될 기업이 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계를 승계하는 것은 아니다.
3. 그룹 내 다른 계열사로의 전적을 명하면서 종전 기업에서의 근속연수만을 기초로 하여 산정한 퇴직금을 수령할 것인지 또는 그 퇴직금을 이적하게 될 기업으로 이체, 적립하여 근속기간의 통산을 받을 것인지를 근로자에게 선택하도록 하였는데 근로자가 자의에 의하여 퇴직금을 수령하는 쪽을 선택한 경우, 근로자의 종전 기업에서의 퇴직은 근로자의 자유로운 의사에 의하여 결정된 것으로서 그 종전 기업에서의 근로관계는 퇴직금 수령으로 종결되고 달리 특별한 사정이 없는 한 전적 후 기업으로 승계되어 계속된다고 보기 어렵다는 이유로 종전 기업과의 근로관계 단절을 인정한다.

\* 원심판결 : 서울지법 1995.5.25. 선고 94나 36345 판결

## » 주 문 «

원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고 이 부분 사건을 서울지방법원 합의부에 환송한다.

## » 이 유 «

피고 소송대리인의 상고이유(기간경과 후에 제출된 변호사 유경희, 김학세의 상고이유 보충서의 기재는 이를 보충하는 범위 내에서)를 함께 본다.

1. 근로자를 그가 고용된 기업으로부터 별개의 기업체인 다른 기업으로 적(籍)을 옮겨 그 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 전적(轉籍)은 원칙적으로 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생기는 것이고, 다만 다양한 업종과 업태를 가진 계열기업들이 자본, 임원의 구성, 영업활동 등에 있어서 어느 정도 밀접한 관련성을 갖고 경제활동을 전개하는 기업그룹 내의 계열기업 사이의 전적에 있어서는 미리 전적할 계열기업을 특정하고, 그 기업에서 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 기본적인 근로조건을 명시하여 사전 동의를 얻은 경우나 기업그룹 내에서 근로자의 동의를 얻지 아니하고 다른 계열기업으로 근로자를 전적시키는 관행이 있어서 그와 같은 관행이 기업 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적 사실로 명확하게 승인되거나 기업의 구성원이 일반적으로 아무런 이의를 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업 내에서 사실상의 제도로 확립되어 있어 근로계약의 내용을 이루는 것으로 인정되는 경우처럼 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 근로자의 구체적인 동의를 얻지 아니하더라도 근로자를 다른 계열기업으로 유효하게 전적시킬 수 있다 할 것이다(당원 1996.5.10. 선고 95다 42270 판결, 1993.1.26. 선고 92다 11695 판결 등 참조).

그리고 이와 같은 전적은 종전 기업과의 근로관계를 합의해지하고, 이적하게 될 기업과 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이므로 유효한 전적이 이루어진 경우에 있어서는 당사자 사이에 종전 기업과의 근로관계를 승계하기로 하는 특약이 있거나 이적하게 될 기업의 취업규칙 등에 종전 기업에서의 근속기간을 통산하도록 하는 규정이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계는 단절되는 것이고, 이적하게 될 기업이 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계를 승계하는 것은 아니라 할 것이다(위 95다 42270 판결 및 당원 1993.6.11. 선고 92다 19316 판결, 1995.7.14. 선고 94다 20198 판결 등 참조).

2. 원심판결 이유에 의하면 원심은, 원고가 1980.12.15. ○○그룹 계열사인 피고 회사에 입사하여 근무하다가 1986.11.30. 퇴직하였고, 그 다음날 같은 그룹 계열사인 소외 주식회사 ○○항공(이하 소외 회사라고 한다)에 입사하여 1988.9.30.까지 근무하다가 퇴직하였으며, 그 다음날부터 다시 피고 회사에 재입사하여 근무하다가 1993.4.16. 최종적으로 퇴직한 사실, 피고 회사, 소외 회사 및 소외 주식회사 ○○ 등 여러 개의 계열회사를 가지고 있는 ○○그룹은 1986.6.경 피고 회사에 최소한의 기본적인 조직과 그에 소속된



인원만을 남겨두고 나머지 기구와 그에 소속된 인원은 같은 그룹 내의 계열회사인 소외 회사에 신설되는 해운사업부 또는 소외 주식회사 ○○, ○○화재해상보험 주식회사 등 11개 기업에 입사시키기로 결정을 하였고, 위 결정에 따라 피고 회사의 직원 260여 명 중 해무부, 정비부, 경리부, 자재부와 일반관리부서에 소속된 직원들인 60여 명은 피고 회사에 그대로 남아 있고, 나머지 직원 중 140명은 소외 회사로, 30여 명은 소외 주식회사 ○○으로, 10여 명씩은 ○○화재해상보험 주식회사, ○○공항 주식회사 및 ○○증권 주식회사 등으로 각 전출된 사실, 소외 회사로 전출된 원고를 포함한 140명의 직원들은 피고 회사에 사직원을 제출하고 소외 회사에 입사하는 형식적인 절차를 취하였으나 달리 입사시험을 치르는 등의 실질적인 절차는 거치지 아니하였으며, 위 직원들은 소외 회사에서도 피고 회사에서의 업무와 동일한 업무를 수행한 사실, ○○그룹은 1988.9.경 다시 소외 회사 등으로 전출된 직원들을 피고 회사로 전출시키기로 결정하였고, 위 결정에 따라 소외 회사로 전출되었던 직원의 대부분은 소외 회사에 사직원을 제출하고 피고 회사에 입사하는 형식적인 절차를 취하였으나 달리 입사시험을 치르는 등의 실질적인 절차는 거치지 아니하였으며, 위 직원들은 종전의 피고 회사의 근무부서에서 종전과 같은 업무를 수행하게 된 사실, 원고 등 피고 회사로 다시 전출된 직원들은 피고 회사에 처음으로 입사할 당시를 기준으로 직급, 호봉 및 승급을 인정받고 그 때부터 기산된 근속수당을 지급받고 있는 사실을 각 인정한 다음, 위 인정 사실에 의하면 소외 회사와 피고 회사는 비록 그 법인격이 다른 별개의 회사이기는 하나 모두 ○○그룹 소속의 계열기업이고, 그 직원들에게 종전 회사에서의 계속 근무와 전출 중 어느 것을 택할 것인지 여부에 대한 자유로운 선택의 기회가 주어지지 아니한 채 ○○그룹의 경영방침에 의하여 근무부서에 따라 일률적으로 전출되면서 형식상으로는 종전 회사에서의 퇴직과 새로운 회사에서의 입사라는 절차를 취하였을 뿐 그 전후를 통하여 동일한 업무를 담당하고, 직급, 직책, 호봉 및 승급 등의 근로조건에 관하여도 최초의 입사일을 기준으로 하여 처리하여 왔으므로 달리 특별한 사정이 없는 한 원고의 피고 회사, 소외 회사 및 다시 피고 회사에서의 근무는 그 계속성이 유지되는 단일기간의 근로라고 보아 전체적으로 1개의 퇴직금이 지급됨이 상당하고, 원고가 피고 회사 및 소외 회사에서 각 퇴직할 당시 피고 회사 및 소외 회사에서의 근속연수만을 기초로 하여 산정한 퇴직금을 각 수령하였다는 사정만으로는 원고의 이 사건 청구가 신의칙에 반한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

3. 그런데 기록에 의하면, 피고는 원고가 피고 회사와 소외 회사에서 각 퇴직할 당시 아무런 이의 없이 퇴직금을 수령하였다는 주장 외에 소외 회사를 퇴직하고 피고 회사로 재입사할 당시에는 소외 회사에서의 근속연수만을 기초로 하여 산정한 퇴직금을 수령할 것인지 또는 그 퇴직금을 피고 회사로 이체, 적립하여 근속기간의 통산을 받을 것인지를 원고에게 선택하도록 하였는데 원고가 자의에 의하여 퇴직금을 수령하는 쪽을 선택하였으므로 그 근무의 계속성은 단절된 것으로 보아야 한다고 주장하였고, 원심이 채용한 증인 홍○○과 김○○의 각 증언에 의하면 피고의 위 주장사실을 인정하기에 부족함이 없다.



사실관계가 위와 같다면, 원고의 소외 회사에서의 퇴직은 원고의 자유로운 의사에 의하여 결정된 것으로서 소외 회사에서의 근로관계는 위 퇴직금 수령으로 종결되고 달리 특별한 사정이 없는 한 피고 회사로 승계되어 계속된다고 보기는 어렵다 할 것이다. 그리고 소외 회사와 피고 회사간에 영업양도나 기업의 합병·분할 등 근로관계를 포함한 권리의무관계의 포괄적인 승계가 있었음이 인정되지 아니하는 이 사건에서 단지 피고 회사와 소외 회사가 같은 기업 그룹에 속하는 회사이고, 피고 회사가 ○○그룹의 인사방침에 따라 원고의 소외 회사에서의 근무경력을 감안하여 직급, 호봉 및 근속기간을 피고 회사에 최초로 입사한 때를 기준으로 인정하였다는 사정만으로 근로관계의 단절에 무슨 영향이 있다고 할 수 없다(위 95다 42270 판결 및 당원 1992.11.24. 선고 91다 31753 판결 참조).

그럼에도 불구하고, 원심은 피고의 위와 같은 주장에 대하여는 아무런 심리·판단을 하지 아니한 채 원고의 피고 회사와 소외 회사에서의 근무는 근로관계의 계속성이 유지되는 단일기간의 근무라고 보아 전체적으로 1개의 퇴직금을 지급하는 것이 상당하다고 판단하였으니 원심은 근속연수산정 내지 계속근로의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다고 아니할 수 없고, 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다.

4. 그러므로 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 천경송(재판장), 안용득, 지창권(주심), 신성택





## (2) 회사의 일방적 경영방침에 의한 전직

☞ 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001다71528 판결

### » 요 지 «

비록 전직 당시 원고가 소외 회사에 사직서를, 피고회사에 입사서류를 각각 제출하는 형식을 거쳐 퇴직금을 지급받았다 하더라도 원고에게 근로관계를 단절할 의사가 있었다고 할 수는 없고, 따라서 소외 회사와의 계속근로관계도 단절되지 않는다고 할 것이며, 또한 피고회사가 비록 독립한 법인이라는 하나 소외 회사의 대주주들에 의하여 설립된 특수관계에 있는 회사인 점, 전직 전후에 걸쳐 원고의 업무내용 및 업무처리 장소에 변동이 없었던 점, 또 호봉, 근속수당 등에 대하여도 소외 회사에 최초 입사일을 결정기준으로 삼아온 점과 함께 원고의 퇴직금 산정의 기초가 될 근속기간에 대하여는 소외 회사의 근속기간을 통산하지 아니하고 전직 이후 피고회사의 근속기간만을 산정한다는 별도의 약정이 있었음을 인정할 아무런 자료가 없는 점에 비추어 보더라도, 위 전직에도 불구하고 소외 회사와 피고회사에서의 근무는 그 계속성이 유지되는 단일 기간의 근로라고 보아야 할 것이다.

\* 원고, 피상고인 : 양○○

\* 피고, 상고인 : 주식회사 D기공 대표이사 김○○

\* 원심판결 : 대구고법 2002.11.15 선고, 2002나5133 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

#### 1. 제1, 2점에 대하여

원심은, 제1심 판결을 인용하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고가 소외 J주식회사(이하 '소외 회사'라고 한다)에서 피고회사로 전직할 당시 소외 회사에 잔류할 수 있는 선택권이 전혀 주어지지 아니한 상태에서 원고의 자의에 의한 것이 아니라 소외 회사의 계열기업간 업무조정이라는 일방적인 경영방침에 따라 공무과 소속 근로자 중 사무보조원 2명만을 제외한 전원이 부득이 소외 회사를 사직하고 소외 회사와 특수관계에 있는 피고회사에 입사한 형식을 거친 것에 불과하여서, 비록 전직 당시 원고가 소외 회사에 사직서를, 피고회사에 입사서류를 각각 제출하는 형식을 거쳐 퇴직금을 지급받았다 하더라도 원고에게 근로관계를 단절할 의사가 있었다고 할 수는 없고, 따라서 소외 회사와의 계

속근로관계도 단절되지 않는다고 할 것이며, 또한 피고회사가 비록 독립한 법인이라는 하나 소외 회사의 대주주들에 의하여 설립된 특수관계에 있는 회사인 점, 전적 전후에 걸쳐 원고의 업무내용 및 업무처리 장소에 변동이 없었던 점, 또 호봉, 근속수당 등에 대하여도 소외 회사에 최초 입사일을 결정기준으로 삼아온 점과 함께 원고의 퇴직금 산정의 기초가 될 근속기간에 대하여는 소외 회사의 근속기간을 통산하지 아니하고 전적 이후 피고회사의 근속기간만으로 산정한다는 별도의 약정이 있었음을 인정할 아무런 자료가 없는 점에 비추어 보더라도, 위 전적에도 불구하고 소외 회사와 피고회사에서의 근무는 그 계속성이 유지되는 단일 기간의 근로라고 보아야 할 것이므로 전 근무기간을 통산한 퇴직금이 지급되어야 할 것이라고 판단하였다.

기록에 의하면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 근로관계의 승계에 관한 법리오해의 위법이 없다.

## 2. 제4점에 대하여

원심은, 1991.7.25 피고회사의 노사협의회에서, 기본급, 직무수당, 근속수당, 가족수당, 시간외수당 등의 인상에 합의하는 이외에, 종전에 소외 회사의 근속기간에 대하여 지급되던 보정수당을 폐지하고 기본급으로 전환하여 지급하기로 하면서, 그 회의록에 “단, 향후 소외 회사 근속연수로 파생되는 문제는 다시 거론하지 않는다”라고 기재한 사실은 인정되지만, 단서부분은 소외 회사의 근속수당에 갈음하여 지급되던 보정수당을 본봉에 산입하여 지급한다는 것과 같은 항목에 기재되어 있을 뿐 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간과 관련하여서는 아무런 기재가 없고, 전적근로자들의 종전 근속기간을 감안한 보정수당을 직접 본봉에 산입하는 것은 소외 회사에서의 근속기간을 그대로 피고회사의 근속기간으로 인정한다는 취지로 해석될 여지가 있는 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 회의록의 기재만으로 피고의 주장과 같이 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간을 피고회사의 입사일을 기준으로 계산하기로 하는 내용의 합의가 있었다고 단정할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였는 바, 기록에 의하면, 원심의 위와 같은 사실인정은 정당하고, 거기에 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 합의문구의 해석에 관한 법리오해의 위법이 없다.

## 3. 제3점에 대하여

기록에 의하면, 원심이, 원고가 퇴직을 하면서 “① 본인의 희망퇴직은 자유의사에 따라 신청하고 회사에서 지급한 희망퇴직보상금에 대하여 이의를 제기하지 않는다. ② 본인은 희망퇴직 시점에서 본인의 근속기간에 대한 퇴직금 계산방법에 대하여 이의를 제기하지 않는다. ③ 본인은 재직기간 중 직무수행상 지득한 회사의 기밀사항을 외부에 누설하지 않는다. ④ 본인은 퇴직 후 본인의 (주)D기공 재직기간(1987.7.1~1998.11.14)의 재직 및 퇴직과 관련하여 일체의 민·형사상 이의를 제기하지 않는다”라는 내용의 서약서를 작성하여 제출하였지만, 위 서약서 작성 당시 피고회사의 대표이사가 “서약서는 회사기밀누설



등을 방지하기 위하여 받는 것이다”라는 점을 분명히 하였고, 또 서약서가 소외 회사에서 근무한 기간에 대한 퇴직금 청구에 아무런 영향을 미치지 않는다는 취지에서 이의를 제기하지 않겠다는 대상을 “(주)D기공(피고 회사)의 재직기간(1987.7.1~1998.11.14)의 재직 및 퇴직과 관련하여”라고 명시한 점이나 원고의 희망퇴직 경위 및 서약서 작성 경위에 비추어 보면, 서약서의 기재 내용만으로는 원·피고 사이에 부제소 특약이 체결되었다고 볼 수 없다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 채증법칙 위배로 인한 사실오인의 위법이 없다.

#### 4. 결 론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하는 것으로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 손지열(재판장), 조무제, 유지담(주심), 이규홍

## 2.2 전적과 근로자 동의 절차

### (1) 근로자의 동의 없는 전적이 무효라고 본 사례

☞ 대법원 2006. 1. 12. 선고 2005두9873 판결

#### » 요 지 «

근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전적은, 동일 기업 내의 인사이동인 전근이나 전보와 달리 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생기며, 나아가 기업그룹 등과 같이 그 구성이나 활동 등에 있어서 어느 정도 밀접한 관련성을 갖고 사회적 또는 경제적 활동을 하는 일단의 법인체 사이의 전적에 있어서 그 법인체들 내에서 근로자의 동의를 얻지 아니하고 다른 법인체로 근로자를 전적시키는 관행이 있어서 그 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 인정하기 위하여는, 그와 같은 관행이 그 법인체들 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나, 그 구성원이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업 내에서 사실상의 제도로서 확립되어 있지 않으며 아니 된다.

\* 원고, 피항소인 : 이○○

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : ○○○○산립조합

\* 원심판결 : 서울고법 2005. 7. 12. 선고 2004누13839 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고보조참가인이 부담이 한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전적은, 종래에 종사하던 기업과 사이의 근로계약을 합의 해지하고 이적하게 될 기업과 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이거나 근로계약상의 사용자의 지위를 양도하는 것이므로, 동일 기업 내의 인사이동인 전근이나 전보와 달리 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생긴다. 나아가 기업그룹 등과 같이 그 구성이나 활동 등에 있어서 어느 정도 밀접한 관련성을 갖고 사회적 또는 경제적 활동을

하는 일단의 법인체 사이의 전적에 있어서 그 법인체들 내에서 근로자의 동의를 얻지 아니하고 다른 법인체로 근로자를 전적시키는 관행이 있어서 그 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 인정하기 위해서는, 그와 같은 관행이 그 법인체들 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나, 그 구성원이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업 내에서 사실상의 제도로써 확립되어 있지 않으며 아니 된다고 할 것이다(대법원 1993. 1. 26. 선고 92누8200 판결, 1993. 1. 26. 선고 92다11695 판결, 1996. 12. 23. 선고 95다29970 판결, 2005. 1. 14. 선고 2003다28477 판결 등 참조).

원심판결과 원심이 인용한 제1심판결의 이유에 의하면, 원심은, 피고보조참가인이 그 소속의 신용상무인 원고를 ○○○○산림조합의 지도상무로 전적시킨 것은 원고의 동의 없이 이루어진 것으로서 무효이고 또한 해고무효판결에 승소하여 복직한 원고에 대한 보복적 인사로서 인사권의 남용에 해당하여 위법·부당하다는 원고의 주장에 대하여, 그 채용증거들에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 그 판시와 같은 이유로 이 사건 전적명령은 원고의 동의를 얻지 아니하였고, 나아가 조합직원의 동의 없는 전적의 관행이 확립되어 있다고 볼 수는 없지만, 그러나 그것만으로는 이 사건 전적명령을 무효라고 할 수는 없고, 다만 이 사건 전적명령을 할 만한 업무상 필요성이 별로 없는데 반하여 그로 인하여 여태껏 신용업무만을 담당하여 오던 원고가 다른 업무인 지도업무를 처음으로 맡게 된 데다가 출퇴근 시간이 현저히 증가하는 등 원고에게는 생활상의 불이익을 주고 전적과정에서 원고의 동의는 아니더라도 양해나 협조를 구하는 등 신의칙상 요구되는 절차를 취하였다는 증거도 없으므로 정당한 인사권의 범위를 넘는 부당한 조치라고 판단하여, 부당전적이 아니라는 피고 및 피고보조참가인의 주장을 배척하는 원고의 이 사건 청구를 제1심판결을 그대로 유지하였다.

그런데 기록에 의하면, 피고보조참가인 조합 및 ○○○○산림조합을 비롯하여 전국에 별도의 법인으로 설립·운영되고 있는 144개 회원조합을 두고 있는 ○○조합중앙회가 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 ○○조합중앙회 산하 지역조합들 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적 사실로서 명확히 승인되었거나 그 직원들이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 사실상의 제도로써 확립되어 있었다고 볼만한 자료는 찾아보기 어렵다. 한편 피고보조참가인이 ○○조합중앙회의 조정에 따라 인사교류를 한다는 인사규정을 두고 있었다는 사정만으로 직원의 동의 없는 일방적인 전적의 관행이 규범적인 사실로서 명확히 승인되었거나 사실상의 제도로써 확립되어 있었다고 볼 수도 없다.

따라서 원심이 이 사건 전적명령에 원고의 동의를 얻지 아니하였고 나아가 직원의 동의 없는 전적의 관행이 확립되어 있지 아니한 점을 인정하면서도 그와 같은 사유만으로

는 이 사건 전적의 관행이 무효가 아니라고 판단한 것은 잘못이라고 하겠다. 그러나 원심이 그 결론에 있어서 이 사건 전적명령에 관하여 부당전적이 아니라는 피고의 재심판정이 위법하다고 보아 그 취소를 구하는 원고의 이 사건 청구를 인용한 것은 결과적으로 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위반으로 인한 사실오인, 심리미진, 법리오해 등으로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다. 상고이유의 주장은 이유 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 고현철(재판장), 강신욱, 양승태, 김지형(주심)



## (2) 그룹사간 전적명령에 대한 사전 포괄적 동의가 유효하기 위한 요건

☞ 대법원 1993. 1. 26. 선고 92다11695 판결★

### » 요 지 «

1. 근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전적은 종래에 종사하던 기업과 사이의 근로계약을 합의해지하고 이적하게 될 기업과 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이거나 근로계약상의 사용자의 지위를 양도하는 것이므로, 동일기업 내의 인사이동인 전근이나 전보와 달라 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생기는 것인바, 사용자가 근로자의 동의를 얻지 아니하고 기업그룹 내의 다른 계열회사로 근로자를 전적시키는 관행이 있어서 그 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 인정하기 위하여는 그와 같은 관행이 기업사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나, 기업의 구성원이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업 내에서 사실상의 제도로써 확립되어 있지 않으면 안된다.
2. 근로자의 동의를 전적의 요건으로 하는 이유는 근로관계에 있어서 업무지휘권의 주체가 변경됨으로 인하여 근로자가 받을 불이익을 방지하려는 데에 있다고 할 것인바, 그룹 내의 기업에 고용된 근로자를 다른 계열기업으로 전적시키는 것은 형식적으로는 사용자의 법인격이 달라지게 된다 하더라도 실질적으로 업무지휘권의 주체가 변동된 것으로 보기 어려운 면이 있으므로, 사용자가 기업그룹 내부의 전적에 관하여 미리(근로자가 입사할 때 또는 근무하는 동안에) 근로자의 포괄적인 동의를 얻어 두면 그때마다 근로자의 동의를 얻지 아니하더라도 근로자를 다른 계열기업으로 유효하게 전적시킬 수 있다.
3. 근로기준법 제22조와 같은법 시행령 제7조 제1호의 규정취지에 비추어볼 때, 사용자가 기업그룹 내의 전적에 관하여 근로자의 포괄적인 사전동의를 받는 경우에는 전적할 기업을 특정하고(복수기업이라도 좋다) 그 기업에서 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 기본적인 근로조건을 명시하여 근로자의 동의를 얻어야 된다.

\* 원고, 피상고인 : 김○○

\* 피고, 상고인 : ○○캐리어주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 1992. 2. 19. 선고 91나13436 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

### 1. 원심이 인정한 사실관계의 요지

- 가. ○○그룹은 그 산하에 피고회사를 비롯한 26개의 계열회사를 두고 있었는데, 계열회사간의 원활한 인력수급조정과 그룹차원의 효율적인 인사정책수행 등을 목적으로 그룹 산하에 ○○인력관리위원회와 그룹기획조정실을 설치하여 운영하면서 대졸 관리직사원에 관하여는 전 계열회사의 급여체계를 동일하게 하는 한편, 원칙적으로 각 계열회사가 이들을 개별적으로 채용하는 것을 허용하지 아니하고 그룹인력관리위원회가 각 계열회사의 인력수요를 감안하여 그룹차원에서 일괄 채용한 다음, 이들을 각 계열회사에 배정하고 그 후에는 그룹기획조정실이 매년 각 계열회사별로 인력의 과부족현황을 파악하여 그 충원계획을 수립하고 계열회사의 잉여인원에 대하여는 그룹차원에서 이를 취합하여 인원의 충원을 요구한 다른 계열회사로 전출시키는 등 인사관리를 시행하여 왔지만 필요에 따라 각 계열회사가 직접 대졸 관리직사원을 채용하기도 하여 왔다. 위와 같이 그룹차원에서 계열회사 사이에 사원의 전출입이 행하여지는 경우 퇴직금 등 금품청산절차를 거치지 아니하고 그가 최종적으로 퇴직하는 계열회사가 당해 근로자의 그룹 산하 계열회사에서의 전 근속기간을 통산하여 퇴직금을 지급하고 기타 금품청산절차도 그때에 하도록 하고 있기는 하나, 실제로 지급받는 상여금·수당 등의 수령액이 각 계열회사마다 다르기 때문에(각종 수당의 경우는 40,000원 내지 50,000원 정도가, 상여금의 경우는 200% 내지 300%가 동일 직급에서 각 계열회사마다 차이가 난다) 관리직사원을 다른 계열회사로 전출함에 있어서는 당해 사원의 명시적 묵시적 동의를 받고 이를 시행하여 왔다.
- 나. 원고는 1986.2.경 대학을 졸업하고 ○○그룹인력관리위원회가 실시한 대졸 관리직사원의 공개채용에 의하여 채용되어 피고 회사에 배치된 후 피고 회사 인천공장 에어컨개발팀 소속 대리(전기직)로 성실하게 근무하여 피고 회사로부터도 그 재능을 인정받기까지 하였다. 피고회사는 창립초기에 해당하는 1989년경까지 수출부진과 노사분규 등 경영여건의 악화로 적지 않게 적자가 누적되는 등 경영난을 겪기도 하였으나 1989.4.경부터 피고 회사가 주력하여 개발한 로타리 컴프레서의 생산이 시작되고 1990년을 흑자전환의 해로 삼는 등 경영상태가 점차 좋아지는 추세였고(실제로 1990년에 피고 회사의 주력 생산품인 냉방기의 내수판매량은 경쟁회사 중에서 1위를 점하였다), 1990.3.초 피고 회사의 대표이사가 직원들에게 생산을 독려하면서 원고가 소속된 에어컨개발팀의 인원을 더 보충하여 주겠다고 언급하기까지 할 정도여서 위 에어컨개발팀에 잉여인원은 없었다.
- 다. 1990.2.경 피고회사 광주공장에 전기직사원 1명이 부족하여 원고가 위 광주공장으로 전출되는 문제가 거론되기에 이르렀으나 당시 원고가 화농성관절염 등으로 치료를 받고 있던 처의 질병치료를 이유로 광주에서의 근무가 어려운 사정임을 토로하게 되었는데, 그 무렵 계열회사인 ○○조선공업주식회사(이 뒤에는 “○○조선”이라고



약칭한다)에서 소형승용차 생산팀에 합류할 경력 있는 전기직사원을 충원하여 줄 것을 요청하여 이 요청을 받은 ○○그룹기획조정실은 피고 회사 소속의 경력 있는 전기직사원의 명단과 인사기록카드를 ○○조선에 송부하도록 피고 회사에 지시하자, 피고 회사는 3.13. 원고를 포함한 전기직사원 4명의 명단과 인사기록카드를 ○○조선에 송부하고 ○○조선은 원고를 적임자로 판단하여 기획조정실과 피고 회사에 이를 통보하였다. 이에 따라 피고 회사는 원고와 아무런 상의 없이 3.21. 위 기획조정실에 원고를 4.1.자로 피고 회사에서 ○○조선으로 전출시켜 달라는 내용의 인사발령의뢰를 하기에 이르렀고(피고 회사가 의뢰한 전출처는 원래 예정된 ○○조선의 소형승용차 생산팀이 아니었고 위 승용차 생산팀은 별도로 관리되어 인사발령도 이를 구분하여 내고 있었다), 위 기획조정실은 4.10. 피고 회사의 요청대로 원고를 4.1.자로 피고 회사에서 ○○조선으로 전출시키는 내용의 인사발령을 소급하여 행하고 이를 원고에게 통보하였다.

- 라. 원고는 위와 같은 인사조치가 원고와의 사전협의나 원고의 사전 동의 없이 이루어져 부당하다는 이유로 ○○조선에의 부임을 거부하면서 피고 회사로 계속 출근하자, 피고 회사는 6.30. 인사위원회를 개최하여 원고가 회사의 인사명령에 불응하였다는 이유로 7.11.부터 8.7.까지 정직 4주의 징계조치를 취하였고, 한편 원고는 피고 회사와 위와 같은 이유로 원고의 징계를 위한 인사위원회를 소집하게 되자 그 개최일인 6.30. 08:00경 ○○센터빌딩 정문에서 그룹의 인사관리 실태에 항의하는 내용의 유인물을 출근하는 그룹사원들에게 배포하고, 위 정직기간이 만료된 후에도 위 인사발령의 부당함을 이유로 ○○조선으로의 부임을 계속 거부하자, 피고 회사는 8.17. 다시 원고에 대한 징계위원회를 개최하여 원고가 회사의 정당한 인사명령에 불응하고 위와 같은 유인물을 배포하여 회사를 비방하였다는 사유로 8.20.자로 원고를 해고하였다. 피고 회사의 취업규칙에는 그 소속직원에 대한 정직 등 징계사유로서 정당한 이유 없이 상사의 업무상 정당한 명령, 지시에 불복한 경우 등이 열거되어 있고, 해고사유로서 정당한 이유 없이 1주일 이상 무단결근하고도 출근독촉에 따르지 아니하거나 1개월에 15일 이상 결근한 경우, 회사 또는 노동조합의 허가 없이 인쇄 또는 전단의 배포 등 행위를 한 경우, 기타 각 해고사유에 준하는 정도의 불량한 행위를 한 경우 등이 열거되어 있다.

## 2. 피고 소송대리인들의 상고이유 제1점에 대한 판단

소론이 지적하는 점(○○그룹 산하의 계열회사마다 동일한 직급의 사원이 실제로 지급 받는 상여금과 각종 수당 등의 수령액이 다르다는 점 및 ○○그룹 내의 관리직사원을 다른 계열회사로 전출함에 있어서는 당해 사원의 명시적·묵시적 동의를 받고 시행하여 왔다는 점)에 관한 원심의 인정판단은, 원심판결이 실시한 증거관계에 비추어 정당한 것으로 수긍이 되고, 그 과정에 소론과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 볼 수 없다.

근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 그 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전직(전직, 원심판결은 “계열회사간의 전출”이라고 표현하고 있다)은, 종래에 종사하던 기업과 간의 근로계약을 합의해지하고 이적하게 될 기업과 간에 새로운 근로계약을 체결하는 것이거나, 근로계약상의 사용자의 지위를 양도하는 것이므로, 동일 기업내의 인사이동인 전근이나 전보와 달라, 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생기는 것인바, 사용자가 근로자의 동의를 얻지 아니하고 기업그룹 내의 다른 계열회사로 근로자를 전직시키는 관행이 있어서 그 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 인정하기 위하여는, 그와 같은 관행이 기업사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나, 기업의 구성원이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업 내에서 사실상의 제도로써 확립되어 있지 않으면 안된다. 사실관계가 원심이 확정한 바와 같다면, 소론과 같이 ○○그룹 내 계열회사간의 전직이 20여 년간 계속 시행되어 왔고 현존 관리직사원의 30% 이상이 위와 같이 전직된 경력을 가지고 있다고 하더라도, 사용자가 당해 사원의 동의를 얻지 아니하고 일방적으로 다른 계열회사로 전직시키는 관행이 규범적인 사실로서 명확히 승인되었거나 사실상의 제도로써 확립되어 있다고 단정하기 어렵다.

논지는 결국 원심의 전권에 속하는 증거의 취사판단과 사실의 인정을 비난하는 것이어서 받아들일 것이 못된다.

### 3. 같은 상고이유 제2점에 대한 판단

소론이 지적하는 점(이 사건 전직명령 당시 원고가 소속한 피고 회사의 에어컨개발팀에 잉여인원이 없었다는 점)에 관한 원심의 인정판단은, 원심판결이 실시한 증거관계에 비추어 정당한 것으로 수긍이 되고, 그 과정에 소론과 같이 경험칙에 반하여 증거를 취사하는 등 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 볼 수 없다.

사실관계가 원심이 확정한 바와 같다면, 피고 회사가 전기직사원인 원고에 대한 정리해고를 회피하기 위한 수단으로 이 사건 전직명령을 하게 된 것이라고도 볼 수 없다. 피고 회사가 이 사건 전직명령을 함에 있어서 원고를 원래 예정된 ○○조선의 소형승용차 생산팀으로 전출시키지 아니하고 ○○조선의 다른 부서로 전출시킨 경위에 관하여 원심판결이 아무런 언급도 하지 아니하였음은 소론이 지적하는 바와 같지만, 원고가 위 전직명령에 따르지 않은 것 등을 이유로 한 이 사건 징계해고가 정리해고로서의 요건을 갖춘 것이라고 볼 수 없는 이상, ○○조선 내에서 원고가 근무할 부서가 달라지게 된 경위는 피고회사의 이 사건 전직명령 및 징계해고의 당부와는 직접 관계가 없는 것이므로, 원심판결에 소론과 같이 심리를 제대로 하지 아니한 채 판단을 유탈하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 볼 수도 없다.

논지도 원심의 전권에 속하는 증거의 취사판단과 사실의 인정을 비난하거나 원심이 인정하지 아니한 사실을 전제로 원심의 판단을 헐뜯는 것에 지나지 아니하여 받아들일 것이 못된다.



#### 4. 같은 상고이유 제3점에 대한 판단

원심은, 원고가 이 사건 전적명령에 불복하여 전적회사로의 부임을 거부하고, 이를 이유로 한 원고에 대한 징계위원회를 소집함에 항의하는 표시로 ○○그룹 내의 인사제도에 다소 불만을 표시하는 내용의 유인물을 회사의 승인 없이 그룹 내 직원들에게 일부 배포하였다는 사유를 들어 원고에 대하여 한 이 사건 징계해고는 그 정당성을 결하여 무효라 할 것이라고 판단하고 있다.

원심판결의 이유를 전체적으로 살펴보면, 원심은 원고의 위와 같은 유인물의 배포행위가 소론과 같이 독립된 징계사유에 해당한다고 하더라도, 그 행위의 동기나 경위에 비추어 사회통념상 근로계약을 지속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유에 해당한다고 볼 수 없어, 이를 이유로 한 이 사건 징계해고는 정당성이 인정될 수 없는 것이라는 취지로 판단한 것으로 이해되므로, 원심판결에 독립된 징계사유로서의 위 유인물배포행위에 관하여 심리를 제대로 하지 아니한 채 판단을 유탈한 위법이 있다는 논지도 받아들일 수 없다.

#### 5. 같은 상고이유 제4점에 대한 판단

근로자의 동의를 전적의 요건으로 하는 이유는, 근로관계에 있어서 업무지휘권의 주체가 변경됨으로 인하여 근로자가 받을 불이익을 방지하려는 데에 있다고 할 것인바, 다양한 업종과 업태를 가진 계열기업들이 기업그룹을 형성하여 자본·임원의 구성·근로조건 및 영업 등에 관하여 일체성을 가지고 경제활동을 전개하고, 그 그룹내부에서 계열기업간의 인사교류가 동일기업 내의 인사이동인 전보나 전근 등과 다름없이 일상적·관행적으로 빈번하게 행하여져 온 경우, 그 그룹내의 기업에 고용된 근로자를 다른 계열기업으로 전적시키는 것은, 비록 형식적으로는 사용자의 법인격이 달라지게 된다고 하더라도, 실질적으로 업무지휘권의 주체가 변동된 것으로 보기 어려운 면이 있으므로, 사용자가 기업그룹 내부의 이와 같은 전적에 관하여 미리(근로자가 입사할 때 또는 근무하는 동안에) 근로자의 포괄적인 동의를 얻어 두면, 그때마다 근로자의 동의를 얻지 아니하더라도 근로자를 다른 계열기업으로 유효하게 전적시킬 수 있다고 보아야 할 것이다.

그러나 근로기준법 제22조와 같은법 시행령 제7조 제1호에 의하면 사용자는 근로계약 체결시에 근로자에 대하여 임금·근로시간·취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 근로조건을 명시하여야 되도록 규정되어 있는바, 근로자의 특정기업에의 종속성을 배려하여 근로자의 보호를 도모하고 있는 위 규정의 취지에 비추어 볼 때, 사용자가 기업그룹 내의 전적에 관하여 근로자의 포괄적인 사전동의를 받는 경우에는 전적할 기업을 특정하고(복수기업이라도 좋다) 그 기업에서 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 기본적인 근로조건을 명시하여 근로자의 동의를 얻어야 된다고 해석하여야 할 것이다.

이 사건의 경우 피고 회사가 속한 ○○그룹의 인사관리방식 및 실태와 원고가 피고 회사의 사원으로 채용된 경위 등이 소론과 같다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로는 원고

가 피고 회사의 사원으로 입사함에 있어서 소론과 같이 ○○그룹 내의 다른 계열회사로의 전직명령에 승복하겠다는 포괄적인 사전동의를 한 것으로 보기 어렵다. 또한 소론이 들고 있는 을 제3호증은 원고가 피고 회사에 입사할 때 제출한 서약서로서, 그 내용 중에 “전근, 출장 기타 귀사의 명령에 대해서는 불평없이 절대 복종하겠습니다”라고 기재된 부분이 있기는 하지만, 이는 원고가 피고 회사와의 근로계약관계가 존속하는 것을 전제로 피고 회사의 업무지휘권에 따르겠다는 의사를 표시한 것에 지나지 아니할 뿐, 피고 회사와의 근로계약을 종료시키는 전직에 관하여도 포괄적으로 동의를 한 것으로 볼 수는 없다.

원심이, 원고가 다른 계열회사로의 전직에 대하여 사전에 포괄적인 동의를 하였다는 피고의 주장을 배척한 것은, 원심판결이 설시한 증거관계와 위에서 본 법리에 비추어 정당한 것으로 수긍이 되고, 원심판결에 소론과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하거나 판단을 유탈한 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 논지도 이유가 없다.

**6. 그러므로 피고의 상고를 기각하고 상고비용은 패소자인 피고의 부담으로 하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.**

대법관 ○○○(재판장), ○○○, ○○○, ○○○(주심)



### (3) 일방적 전적명령에 대한 포괄적 사전 동의

☞ 대법원 1993. 1. 26. 선고 92누8200 판결

#### » 요 지 «

1. 근로자의 동의를 전적의 요건으로 하는 이유는 근로관계에 있어서 업무지휘권의 주체가 변경됨으로 인하여 근로자가 받을 불이익을 방지하려는 데에 있다고 할 것인바 그룹 내의 기업에 고용된 근로자를 다른 계열기업으로 전적시키는 것은, 비록 형식적으로는 사용자의 법인격이 달라지게 된다고 하더라도 실질적으로 업무지휘권의 주체가 변동된 것으로 보기 어려운 면이 있으므로, 사용자가 기업그룹 내부의 전적에 관하여 미리(근로자가 입사할 때 또는 근무하는 동안) 근로자의 포괄적인 동의를 얻어 두면 그때마다 근로자의 동의를 얻지 아니하더라도 근로자를 다른 계열기업으로 유효하게 전적시킬 수 있다.
2. 근로기준법 제22조와 같은 법시행령 제7조 제1호에 의하면 사용자는 근로계약 체결시에 근로자에 대하여 임금·근로시간·취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 근로조건을 명시하도록 한 규정의 취지에 비추어 볼 때, 사용자가 기업그룹 내의 전적에 관하여 근로자의 포괄적인 사전동의를 받는 경우에는 전적할 기업을 특정하고(복수기업이라도 좋다) 그 기업에서 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 기본적인 근로조건을 명시하여 근로자의 동의를 얻어야 된다.
3. 근로자가 전적에 따르기로 하여 갑회사로부터 퇴직하는 절차를 마치고 계열회사인 을 회사에 취업하는 서류를 작성, 제출하고 그 후 2개월 동안이나 을 회사에서 정상적으로 근무하였다면 특별한 사정이 없는 한 근로자의 위와 같은 행동은 전적에 대한 동의를 전제로 행하여진 것이다.

\* 원고, 상고인 : ○○건설주식회사

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 김○○

\* 원심판결 : 서울고법 1992. 4. 23. 선고 91구7301 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기한다. 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

### 1. 원고소송대리인들의 상고이유 제1점에 대한 판단

근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 그 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전적은, 종래에 종사하던 기업과 간의 근로계약을 합의해지하고 이적하게 될 기업과 간에 새로운 근로계약을 체결하는 것이거나, 근로계약상의 사용자의 지위를 양도하는 것이므로, 동일 기업내의 인사이동인 전근이나 전보와 달라, 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생기는 것이다. 사용자가 기업체의 경영자로서 근로자의 노동력을 업무목적을 위하여 이용·처분할 권리는 그 근로자와 간의 근로계약에 의하여 비로소 취득하는 것이어서, 그 계약관계를 떠나서는 근로자의 노동력을 일방적으로 처분할 수 있는 권한이 사용자에게 있다고 볼 수 없을 뿐더러, 강행법규로 보이는 민법 제657조 제1항이 사용자는 노무자의 동의 없이 그 권리를 제3자에게 양도하지 못한다고 규정하고 있는 점 등에 비추어 보더라도, 근로자의 동의를 얻어야 되는 것이기 때문이다.

다만 위와 같이 근로자의 동의를 전적의 요건으로 하는 이유는, 근로관계에 있어서 업무지휘권의 주체가 변경됨으로 인하여 근로자가 받을 불이익을 방지하려는 데에 있다고 할 것인바, 다양한 업종과 업태를 가진 계열기업들이 기업그룹을 형성하여 자본·임원의 구성·근로조건 및 영업 등에 관하여 일체성을 가지고 경제활동을 전개하고, 그 그룹 내부에서 계열기업 간의 인사교류가 동일 기업 내의 인사이동인 전보나 전근 등과 다름없이 일상적·관행적으로 빈번하게 행하여져 온 경우, 그 그룹내의 기업에 고용된 근로자를 다른 계열기업으로 전적시키는 것은, 비록 형식적으로는 사용자의 법인격이 달라지게 된다고 하더라도, 실질적으로 업무지휘권의 주체가 변동된 것으로 보기 어려운 면이 있으므로, 사용자가 기업그룹 내부의 이와 같은 전적에 관하여 미리(근로자가 입사할 때 또는 근무하는 동안) 근로자의 포괄적인 동의를 얻어 두면 그때마다 근로자의 동의를 얻지 아니하더라도 근로자를 다른 계열기업으로 유효하게 전적시킬 수 있다고 보아야 할 것이다.

그러나 근로기준법 제22조와 같은법 시행령 제7조 제1호에 의하면 사용자는 근로계약 체결시에 근로자에 대하여 임금·근로시간·취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 근로조건을 명시하여야 되도록 규정되어 있는바, 근로자의 특정기업에의 종속성을 배려하여 근로자의 보호를 도모하고 있는 위 규정의 취지에 비추어 볼 때, 사용자가 기업그룹 내의 전적에 관하여 근로자의 포괄적인 사전동의를 받는 경우에는 전적할 기업을 특정하고(복수기업이라도 좋다) 그 기업에서 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 기본적인 근로조건을 명시하여 근로자의 동의를 얻어야 된다고 해석하여야 할 것이다.

원고 회사가 소속되어 있는 ○○그룹이 계열회사간의 원활한 인력수급조정과 효율적인 인사정책의 수행 등을 위하여 종합기획실을 설치하여 그룹차원의 인원수급업무를 관장하면서, 사원을 일괄 채용하여 신입사원 연수를 마친 뒤 각 계열회사의 인원수급사정과 본인의 희망을 고려하여 각 계열회사로 배정하고 있고, 피고보조참가인(이 뒤에는 “참가인”이라고 약칭한다)도 원고 회사에 채용되기 전에 계열회사간의 인사이동에 대한 설명을 들어서 이를 알고 입사하였으며, 원고 회사가 취업규칙과 단체협약에서 근로자를 계열회

사에 인사이동시킬 수 있는 규정을 두고 있음이 소론과 같다고 하더라도, 그와 같은 사유만으로는 원고 회사가 전적에 관한 사항을 명시하여 참가인의 포괄적인 사전동의를 얻은 것이라고 보기 어렵다.

관계증거와 기록에 의하면, 원심이 ○○그룹에 속한 원고 회사와 다른 계열회사 사이에 근로자의 전출입이 상당히 이루어져 왔어도 그것이 원고 회사 소속 근로자들 대부분으로부터 규범적 사실로 승인된 관행으로 확립되어 있다고 인정하기에 부족하다고 본 원심의 인정판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 원심판결에 소론과 같이 노사관행에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다.

논지는 결국 원심의 전권에 속하는 증거의 취사판단과 사실의 인정을 비난하거나 원심이 인정한 사실과 상치되는 사실을 전제로 원심판결에 대규모기업 산하 계열회사 간의 근로자의 전적에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 혈뜰는 것에 지나지 아니하여 받아들일 수 없다.

## 2. 같은 상고이유 제2점에 대한 판단

원심은, 참가인이 1985.1.7. ○○그룹의 일반공채를 거쳐 일반직 4급사원으로 채용된 이래 약 5년 동안 ○○그룹 전체의 홍보업무를 담당하고 있는 원고 회사 통합홍보실 소속 사보팀 요원으로 근무하여 왔으며, 1990.3.경으로 예정되어 있는 원고 회사의 인사에서는 5년의 근무경력을 채우게 되어 대리로의 승진을 기대하고 있었던 사실, 그런데 위 통합홍보실 실장인 소외 박○○이 1990.2.14. 참가인과 면담하는 자리에서, 사보업무담당자들의 타성에 젖은 업무처리 등을 시정하기 위한 계열회사 사보업무담당자들 사이의 순환배치 계획의 일환으로, 원고 회사 사보업무담당자 중 소외 유○○은 계열회사인 소외 현대자동차서비스주식회사 사보업무담당자인 소외 손○○와 교환하여 위 회사로 전출하는 한편, 참가인도 소외 ○○개발산업주식회사(이 뒤에는 “○○개발”이라고 약칭한다) 사보업무담당자인 소외 김○○과 교환하여 ○○개발로 전출하기로 결정하였다는 원고 회사의 방침을 전하면서 위 결정에 따라 줄 것을 요청하기에, 참가인은 자신의 승진문제 등을 내세워 명백한 거부의를사를 표명하며 즉시 사직원까지 제출하였으나, 원고 회사는 참가인이 위와 같이 완강하게 전출을 거부함에도 그 다음날인 2.15.자로 참가인을 ○○개발로 전출발령한 사실, 참가인은 그 무렵 위 박○○과 위 통합홍보실 사보담당부장인 소외 홍○○로부터 ○○개발로 전직이 되어도 대리로의 승진에 지장이 없으며, ○○개발에서의 담당업무도 원고 회사에서와 동일하게 사보편집 등의 업무를 담당한다는 설득을 받고는 2.15. 위 홍○○와 함께 ○○개발로 갔으나, ○○개발의 인사담당자인 소외 김○○로부터 ○○개발에서는 연내의 승진이 어렵다는 말을 듣고는 다시 전출을 거부하며 곧장 원고 회사로 돌아와 그 다음날부터 원고 회사로 출근한 사실, 한편 ○○개발은 원고 회사의 참가인에 대한 전직의뢰통보에 따라 3.3. 참가인에 대하여 원고 회사에서의 재직경력을 인정하여 사업개발실 부산팀 소속 4급 23호봉 사원으로 2.15.부로 소급하여 발령하였는데, 원고 회사로 출근하고 있던 참가인은 원고 회사가 참가인에게 아무런 업무도 부여하지 아니하고 또 위 전출명령을 거부함으로 인하여 징계 등의 제재사유가 되는 것을 염려한 나머지 마

지못해 일용 위 전출명령에 따르기로 하여, 3.6. 원고 회사로부터 퇴직금을 정산받는 등 퇴직절차를 마치는 한편 ○○개발로 출근하여 근로계약서·서약서 등 취업서류를 작성·제출하였으나, 참가인이 배치된 부서가 원고 회사에서와는 달리 백화점의 개점과 그 운영에 관련된 업무를 담당하는 사업개발실 부산팀이며 더욱이 위 부산팀 요원은 4, 5개월 후에는 부산으로 내려가 근무하게 된다는 것을 뒤늦게 알고는 위 인사명령에 반발하며 출근하지 아니하다가, 3.12.부터 ○○개발에 출근하기 시작하여 서울특별시지방노동위원회에 위 인사명령에 대한 구제신청을 한 5.11.경까지 위 사업개발실 부산팀 요원으로 근무한 사실, ○○개발은 참가인이 위 구제신청을 한 후인 6.12. 위 구제신청의 취하를 종용하며 사보편집실로 재배치하였다가, 7.20. 참가인을 다시 계열회사인 금강기획주식회사로 전출발령한 사실 등을 인정한 다음, 비록 참가인이 ○○개발에 근로계약서와 서약서 등 취업서류를 제출한데 이어 이 사건 구제신청이 있기까지 약 2개월 동안 ○○개발에 근무하였어도, 참가인이 원고 회사로부터 전출명령을 받아 ○○개발에 위 취업서류를 제출하거나 근무한 경위에 비추어 볼 때, 이는 참가인이 위 인사명령이 적법한 것인지의 여부를 판단하기 어려운 데다가 이에 따를 것인지의 여부에 대하여 확실한 태도를 결정하지 못한 상태에서 일시적인 현상유지의 방편에 불과하였던 것이므로, 위와 같은 사유만으로는 참가인이 위 전출명령에 동의하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

그러나, 원심이 인정한 사실관계 자체에 의하더라도, 참가인은 원고 회사로부터 ○○개발로의 전적에 따르기로 하여 1990.3.6. 원고 회사로부터 퇴직하는 절차를 마치고 ○○개발에 취업하는 서류를 작성·제출하고는, 그 후 3.12.부터 5.11.경까지 2개월 동안이나 ○○개발에서 정상적으로 근무하였다는 것이므로, 참가인이 그와 같은 과정에서 위 전적에 대하여 동의를 보류하는 의사를 표시하거나, 참가인이 전적을 거부하는 경우에는 징계 등의 제재를 받게 될 것이라는 위협을 받아 부득이 전적한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 참가인의 위와 같은 행동은 전적에 대한 동의를 전제로 행하여진 것이라고 봄이 논리와 경험의 법칙에 합치된다고 할 것이다. 원심이 실시한 바와 같이, 원고 회사가 참가인에게 아무런 업무도 부여하지 아니하였고 참가인이 전적을 거부함으로써 인하여 징계 등의 제재사유가 되는 것을 단순히 염려하였다는 사정만으로는, 참가인이 일시적인 현상유지의 방편으로 전적절차를 밟았을 뿐 전적에 동의한 것이 아니라고 보기는 어렵다.

그럼에도 불구하고, 원심은 판시한 바와 같은 이유로 참가인이 위 전적명령에 동의하였고 볼 수 없다고 판단하였으니, 원심판결에는, 의사의 해석을 그르치거나 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 할 것이고, 이와 같은 위법은 판결에 영향을 미친 것임이 분명하므로, 이 점을 지적하는 논지는 이유가 있다.

3. 그러므로 상고이유 제3점에 대하여는 판단하지 아니한 채 원심판결을 파기하고 다시 심리판단하게 하기 위하여 사건을 원심법원에 환송하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 윤관(재판장), 최재호, 김주한





## 2.3 전적과 근로관계의 승계

### (1) 회사분할 시 근로관계의 승계

☞ 서울행법 2008. 9. 11. 선고 2007구합45583 판결<sup>5)</sup>

#### » 요 지 «

1. 회사분할로 인하여 근로관계의 일방 당사자의 지위가 변경되는 경우, 근로자의 근로관계가 신설회사에 포괄승계됨으로써 근로관계의 존속 보호를 꾀하는 것은 기존의 근로계약 상대방과 완전히 동일하다고는 할 수 없는 사용자와의 근로관계를 형성하는 것을 의미한다. 이는 근로관계의 존속 보호에는 충실할 수 있으나, 당사자의 자유로운 의사결정으로 법률관계를 형성한다는 계약자유 원칙의 입장에서 볼 때, 실질적으로는 근로자 스스로가 자유롭게 선택하지 않은 사용자와의 근로관계가 강제되는 것과 같은 결과를 초래하여 자기결정의 원리에 반할 수 있다. 따라서 회사분할시 근로관계의 승계 문제는 근로관계 존속 보호와 근로자의 자기결정의 원리가 조화를 이룰 수 있도록 해결하여야 한다.
2. 우리나라 기업에서 통상 근로자의 배치전환과 관련한 인사권은 대부분 사용자가 상당한 제량권을 가지고 행사하고 있는 점, 여러 개의 사업을 운영하고 있는 회사가 경영상 위기를 극복하기 위하여 구조조정의 일환으로 특정 사업부분을 분할하는 경우, 신설회사가 경영상의 위기를 극복하지 못하고 도산하게 되면, 회사는 근로기준법상 경영상 해고에 관한 절차를 거치지 아니하고 특정 사업 부분을 폐지하는 효과를 거둘 수 있는 점, 회사분할로 사용자이던 회사가 신설회사로 변경되는 경우, 이는 실질적으로는 사용자의 변경과 차이가 크지 아니하므로 이에 대한 근로자의 의사가 적절히 반영될 수 있도록 하는 것이 근로관계의 전속성에 합치하는 점, 회사분할로 인하여 근로관계가 포괄승계되므로, 특정 승계되는 영업양도와는 달리 양도성을 제한하는 당사자의 의사보다는 법률에 의한 포괄 승계의 효력에 우선권을 부여하는 것이 민사상의 법률관계의 체계에 합당한 점 등을 종합적으로 고려하면, 회사분할시 분할대상이 되는 사업에 종사하던 근로자들의 근로관계는 원칙적으로 신설회사에 포괄적으로 승계되고, 예외적으로 근로자가 거부권을 행사하는 경우에는 거부권을 행사한 근로자의 근로관계는 승계대상에서 제외된다고 봄이 상당하다.
3. 회사분할시 사용자는 근로자의 거부권 행사를 보장하기 위하여 원칙적으로 포괄승계의 대상이 되는 근로자에게 거부권 행사에 필요한 상당한 기간을 부여하여야 한다. 만약 사용자가 근로자에게 거부권 행사에 필요한 상당한 기간을 부여하지 아니한 경우, 이는 근로자의 자기의사결정권을 침해한 것이므로 무효이고, 그 기간은 사회통념상 거부권 행사에 필요한 상당한 기간까지 연장된다고 보아야 한다.

\* 원 고: 대우자동차판매 주식회사

5) 대법원 2009. 9. 24. 2009두9796 판결에서 심리불속행 기각으로 확정



\* 피 고: 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인: 참가인 1외 196인

## » 주 문 «

1. 원고의 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 모두 원고가 부담한다.

## » 이 유 «

### 1. 당사자의 지위 및 재심판정의 경위 <생략>

### 2. 재심판정의 적법 여부

#### 가. 원고의 주장

- (1) ‘합병’에 반대되는 개념인 회사분할은 하나의 회사를 두 개 이상의 회사로 분할하되 분할 전 회사의 권리·의무가 분할 후 회사에 포괄승계되는 법률효과를 가지게 되는데, 상법 제530조의10은 분할에 대해 합병과 마찬가지로 포괄승계를 인정하고 있음을 명시하고 있다. 그런데 회사분할에 따른 근로관계 승계에 관하여는 상법 및 관계 법령에서 별도로 규정한 바가 전혀 없으므로, 회사분할의 당연한 법률적 효과로서 분할계획서 등에서 특별히 근로자의 승계를 배제하지 아니한 이상 개별 근로자의 동의 여부를 불문하고 그 분할되는 사업부문에 속한 근로관계는 원칙적으로 분할로 인하여 설립되는 신설회사에게로 승계되는 것으로 보아야 한다. 따라서 원고의 경우에도 분할되는 사업부문에서 근로하던 별지 1, 2 목록 기재 근로자(이하 ‘이 사건 근로자들’이라고 한다)와의 근로관계는 신설회사(DW&직영판매 주식회사)가 포괄승계하고 위 근로자들에 대한 퇴직금 역시 신설회사가 지급하기로 하는 내용의 분할계획서를 작성하였는바, 이 사건 근로자들의 동의 여부와 관계없이 이 사건 회사분할로 원고와 이 사건 근로자들 사이의 근로관계는 당연히 신설회사에게로 승계되었다.
- (2) 근로자가 원래의 소속기업과 근로계약관계를 종료하고 다른 기업과 새로이 근로계약을 체결하여 그 기업의 업무에 종사하는 ‘전적’(轉籍)의 경우 종래 종사하던 기업과 사이의 근로계약을 합의해지하고 이적하게 될 기업과 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이거나, 근로계약상의 사용자의 지위를 양도하는 것이라는 점에서 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생긴다. 그러나 회사분할의 경우 근로관계의 단절 없이 상법의 규정에 따라 근로관계가 당연승계되는 점에서 명확한 차이가 있으므로, 전적시 근로자의 동의를 요한다는 점을 근거로 회사분할로 인한 근로관계 승계의 경우에도 당해 근로자의 동의를 요한다고 볼 수는 없다.
- (3) 영업양도의 경우 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉, 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 법률행위에 의하여 특정된 사업 또는 사업부문을 양도·양수하는 것이므로 그 법적 성질은 권리의무의 특정승계에 해당



된다. 따라서 이러한 경우에는 민법 제657조제1항에 따라 양도 대상이 된 사업부분에서 근무한 근로자는 근로관계를 이전하는 사용자에게 적극적으로 승계거부의 의사를 표현하여 기존 사용자와의 근로관계를 유지할 수 있다. 그러나 회사분할의 경우에는 그 대상이 되는 영업은 개별 권리의무에 대하여 이전행위를 기다릴 필요 없이 한꺼번에 설립회사 및 승계회사로 승계되는 '포괄승계'가 있게 되므로, 분할대상 사업부분의 근로관계 역시 포괄적으로 승계되기 때문에 특별승계를 전제로 하는 민법 제657조제1항은 당연히 적용될 여지가 없다.

- (4) 회사분할이 있는 경우의 근로자들의 고용관계를 구체적으로 살펴보면, i) 분할 부분의 업무를 담당하면서 오로지 그 영업부분에만 종사하는 근로자, ii) 분할 부분과 분할 부분 이외의 영업부분에 종사하는 근로자로 주된 업무 영역이 분할 부분에 있는 근로자, iii) 2개 이상의 영업부분에 종사하고 있으면서 분할 부분이 종된 영업 부분에 속하는 근로자, iv) 분할 부분에 종사하지 않는 근로자의 네가지 형태로 구분할 수 있다. i)의 유형은 분할제도의 취지상 원칙적으로 근로관계가 승계되는 범주의 근로자이고, 이 유형에서 당해 근로자들에게 근로관계 승계의 거부에 관한 포괄적인 항변권이 있다고 할 경우에는 '분할'이라는 경영상 결정이 불가능할 수 있게 된다. 이 사건 근로자들의 경우 자동차판매부분에서 근무하는 것을 전제로 원고와 근로계약을 체결하였고, 이 사건 회사분할 이전까지 직영판매부분에서만 근무하여 왔으므로, 위 i)의 유형의 근로자에 해당하고, 직영판매부분 적자의 주요인은 이 사건 근로자들의 실적 부진 때문이었고 이러한 자동차판매부분의 적자 개선을 위해, 원고는 이 사건 회사분할을 하게 되었는데, 이들의 근로관계 승계에 관한 동의권을 인정할 경우 물적 시설의 운영에 필수적인 인적 요소가 이전되지 않는 결과가 초래되어 회사분할의 목적이 실현될 수 없는 결과에 이르게 된다. 이러한 상황을 고려해 볼 때 위 i)의 유형에 해당하는 이 사건 근로자들에게 민법 제657조제1항에 따른 동의권이 인정된다고 볼 수는 없다.
- (5) 이 사건 회사분할로 이 사건 근로자들의 담당 업무 및 근로조건에 어떤 변화도 없었던 점, 원고 회사의 직영판매부분이 신설회사로 이전함에 따라 이 사건 근로자들이 근로관계승계를 거부하더라도 원고에 이들이 담당할 업무가 없다는 점, 직영판매부분의 업무와 상용판매 등 자동차판매부분 중 다른 부분의 업무는 업무 내용이 전혀 다른 점, 이 사건 회사분할 이전에도 자동차판매부분과 다른 사업부분 사이, 자동차판매부분 내 영업부분 사이에서도 근로자의 이동이 전혀 없었던 점 등을 종합할 때 이 사건 회사분할에 따라 원고와 이 사건 근로자들 사이의 근로관계가 신설회사로 승계되었다고 하더라도 이 사건 근로자들의 직업선택의 자유가 침해되었다고 볼 수는 없다.
- (6) 원고는 이 사건 회사분할이 결정되기 이전인 2006.9.부터 전국금속노동조합(전국의 금속관련 산업에 종사하는 근로자 등을 조직대상으로 하는 일반노동조합으로, 이 사건 근로자들이 조합원으로 가입하고 있다. 이하 '이 사건 노조'라고 한다)의 간부들과의 면담, 담화문, 설명회 등을 통해 회사분할이 있을 예정인 사실을 알리고, 희망퇴직을 시행하였을 뿐 아니라 이 사건 노조와 회사분할을 이유로 교섭을 하는 등 이 사건 근로자들에게 이 사건 회사분할로 인한 근로관계승계에 대하여 이의 제기 여부를 밝히

도록 충분히 알린 바 있다. 더욱이 이 사건 노조에게는 “원고 회사가 GM대우 자동차 판매사업을 계속 영위하는 이상 신설회사를 폐쇄하거나 정리하지 않을 것임과 함께 만약 신설회사에 문제가 생길시 원고가 신설회사 직원들의 고용을 보장하겠다는 내용의 합의를 할 수 있다”는 제안을 하였으나 이 사건 노조가 이를 거부하였다. 원고는 2006.9.29. 사내 전산망을 통하여 이 사건 근로자들에게 주주총회에서 회사분할에 대한 결의가 있었다는 사실을 알리면서 근로관계 승계를 거부하는 근로자는 같은 해 10.2.부터 10.10.까지 이의신청을 할 것을 공고하고, 같은 해 9.30.에는 이 사건 근로자 전원에게 같은 취지의 문자메시지를 보냄으로써 이 사건 근로자들에게 근로관계 승계에 관한 의견 표현의 기회를 제공하였다. 또한, 원고는 이 사건 근로자들이 업무로 인하여 이의신청서를 제출하지 못할 수 있는 사정을 고려하여 같은 해 10.9. 및 10.10.이 평일임에도 불구하고, 직영판매부문의 근로자들에 대하여 임시 휴무일로 공시함으로써 이 사건 근로자들이 이의신청서 제출에 지장이 없도록 조치한 바도 있다. 이상의 사정을 종합해 볼 때 원고가 설정한 이의신청기간 도중 추석연휴가 있었다고 하더라도 이 사건 근로자들의 이의신청에 기간상의 제한이 있었다고 보기 어렵다.

한편, 개별적 근로관계의 법리상 회사분할에 따른 근로관계 승계 여부에 대하여 개별 근로자의 별도 위임이 없는 이상 동 근로자들이 소속된 노동조합에는 그 동의권이 있다고 할 수 없으므로, 이 사건 노조가 이의신청기간이 만료되기 전 이의신청을 한 사실을 근거로 이 사건 근로자들이 근로관계 승계에 대하여 거부의 의사를 표시하였다고 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 근로자들이 이의신청기간 경과 후 원고의 회사분할 등기가 종료된 다음날인 2006.10.12.에서야 이의신청서를 일괄 제출한 점을 근거로 원고가 이 사건 회사분할에 따른 근로관계 승계에 대하여 근로자들의 의견을 반영하지 아니한 것으로 볼 수는 없고, 오히려 이 사건 근로자들이 위 이의신청기간 동안 어떠한 이의신청도 하지 않았다는 점에서 이 사건 근로자들은 이 사건 회사분할에 따른 근로관계 승계에 대하여 묵시적으로 동의하였다고 보는 것이 마땅하다.

#### 나. 인정 사실(생략)

#### 다. 판 단

- (1) 1997년 이후 기업환경이 급변하면서 기업의 조직측면에서 이에 대응하기 위한 기업조직의 재편의 중요성이 강조되고 있다. 그 중 상법의 개정으로 1998.12.28. 도입된 회사분할은 ① 수 개 사업의 영위 또는 단계별로 기능이 복잡하게 얽혀 있는 대기업에서 사업의 일부를 분리시켜 적절한 경영규모로 조절하여 경영을 전문화와 효율화하는 경우, ② 위험도가 높은 사업부문(또는 채산성이 부진한 사업부문)을 모기업으로부터 분리시켜 위험부담의 범위를 한정시키며, 별개의 독립회사로서 자조적으로 운영케 함으로써 경영의 효율화를 기하는 경우, ③ 이익을 분산하여 세제상의 혜택을 도모하려는 경우, ④ 주식회사의 내분해결 또는 상속을 위한 경우 등 경제적 효용이 있을 때 이루어진다.



- (2) 일본은 회사분할에 따른 고용승계에 관한 불안정을 해소하기 위해 위와 같이 회사분할에 따른 근로계약승계 등에 관한 법률을 제정하여 회사분할시 근로관계의 승계에 관한 문제를 입법적으로 해결하였다. 그러나 우리나라는 상법을 개정하여 회사분할 제도를 도입하는 과정에서 근로관계의 승계에 관한 어떠한 조항도 두지 않았기 때문에, 회사분할시 근로관계의 승계에 관한 문제는 민법·상법·근로기준법의 관련 규정을 유추하여 해석에 의하여 해결하여야 한다.
- (3) 판례는 영업양도시 양도인과 양수인 사이의 특약이 없는 한 근로관계는 양수인에게 원칙적으로 승계되고, 양도인과 양수인 사이에 특약이 있거나 근로자가 승계를 거부하는 경우 승계에서 배제될 수 있다는 입장을 취하고 있다(대법원 1997.4.25. 선고 96누 19314 판결, 대법원 2002.3.29. 선고 2000두8455 판결 등 참조). 그러나 영업양도는 그 성질상 특정승계에 해당하는 점, 양도인의 법인격이 영업양도 이후에도 여전히 존속하고 있는 점, 민법 제657조제1항은 근로계약의 전속성을 규정하면서 사용자의 변경시 근로자의 동의를 요하도록 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 판례에서 말하는 영업양도시 근로관계가 포괄적으로 승계된다는 것은, 양도되는 영업에 밀접하게 결합되어 있는 근로자의 근로관계는 근로자의 명시적인 거부 의사 없는 한 근로자가 원칙적으로 근로관계의 승계를 동의한 것으로 보고(‘동의설’, 이와 같은 입장을 취하게 되면 근로자의 명시적인 의사표시가 없으면 근로관계의 승계에 동의한 것으로 추정된다), 양도인과 근로자 사이에 존재하였던 근로자의 기득의 권리·의무(계속근로연수 등)가 양수인에게 그대로 승계된다는 것을 의미한다고 해석함으로써 근로자를 보호하기 위한 것이다.
- (4) 그러나 회사분할은 그 성질상 포괄승계에 해당하므로, 특정승계에 해당하는 영업양도로 인한 근로관계 승계의 법리를 그대로 유추 적용할 수는 없다. 회사분할로 인하여 근로관계의 다른 일방 당사자의 지위가 변경되는 경우, 근로자의 근로관계가 신설회사에 포괄승계됨으로써 근로관계의 존속보호를 꾀하는 것은 기존의 근로계약 상대방과 완전히 동일하다고는 할 수 없는 사용자와의 근로관계를 형성하는 것을 의미한다. 이는 근로관계의 존속보호에는 충실할 수 있으나, 당사자의 자유로운 의사결정으로 법률관계를 형성한다는 계약자유 원칙의 입장에서 볼 때 실질적으로는 근로자 스스로가 자유롭게 선택하지 않은 사용자와의 근로관계가 강제되는 것과 같은 결과를 초래하여 자기결정의 원리에 반할 수 있다(근로관계의 전속성은 근로자와 분리할 수 없는 근로자의 노동력 제공과 결부된 것이어서 다른 사법상의 법률관계와는 구별된다). 따라서 회사분할시 근로관계의 승계문제는 근로관계존속보호와 근로자의 자기결정의 원리가 조화를 이룰 수 있도록 해결하여야 한다.
- (5) 살피건대, ① 우리나라의 기업에서 통상 근로자의 배치전환과 관련한 인사권은 대부분 사용자가 상당한 재량권을 가지고 행사하고 있는 점, ② 이 사건과 같이 여러 개의 사업을 운영하고 있는 원고가 경영상 위기를 극복하기 위하여 구조조정의 일환으로 특정 사업부분을 분할하는 경우, 신설회사가 경영상의 위기를 극복하지 못하고 도산하게 되면 결국, 원고는 근로기준법상 경영상 해고에 관한 절차를 거치지 아니하고 특정 사업부분을 폐지하는 효과를 거둘 수 있는 점, ③ 회사분할로 인하여 이 사건 근로자들이

원고와 근로계약을 체결할 당시 사용자이던 원고가 신설회사로 변경되는 경우, 이는 실질적으로는 사용자의 변경과 차이가 크지 아니하므로 이에 대한 근로자의 의사가 적절히 반영될 수 있도록 하는 것이 근로관계의 전속성에 합치하는 점, ④ 회사분할로 인하여 근로관계가 포괄승계되므로, 특정승계되는 영업양도와는 달리(동의설에 의하면, 양도성을 제한하는 당사자의 의사에 근로관계의 승계의 효력보다 우선권을 부여한다), 양도성을 제한하는 당사자의 의사보다는 법률에 의한 포괄승계의 효력에 우선권을 부여하는 것이 민사상의 법률관계의 체계에 합당한 점 등을 종합적으로 고려하면, 회사 분할시 분할대상이 되는 사업에 종사하던 근로자들의 근로관계는 원칙적으로 신설회사에 포괄적으로 승계되고, 예외적으로 근로자가 거부권을 행사하는 경우에는 거부권을 행사한 근로자의 근로관계는 승계대상에서 제외된다고 봄이 상당하다(거부권설).

- (6) 사용자는 위와 같은 근로자의 거부권 행사를 보장하기 위하여, 회사분할시 원칙적으로 포괄승계의 대상이 되는 근로자에게 거부권 행사에 필요한 상당한 기간을 부여하여야 한다. 만약, 사용자가 근로자에게 거부권 행사에 필요한 상당한 기간을 부여하지 아니한 경우, 이는 근로자의 자기의사결정권을 침해한 것이므로 무효이고, 그 기간은 사회통념상 거부권 행사에 필요한 상당한 기간까지 연장된다고 보아야 할 것이다.
- (7) 이 사건에서 원고는 2006.9.29. 사내 전산망을 통하여 이 사건 근로자들에게 거부권 행사기한을 2006.10.10.로 정하여 공고하였으나, ① 위와 같은 공고문이 이 사건 근로자들에게 도달하였다는 점에 대한 증거가 없는 점, ② 위와 같은 거부권 행사기간의 대부분은 공휴일·휴무일이어서 근로자들이 위 공고문에 접근하기 어려운 것으로 보이는 점, ③ 위와 같은 기간은 이 사건 근로자들이 신설회사의 자본·경영계획·발전가능성 등을 고려하여 거부권을 행사하는 것과 거부권을 행사하지 아니하는 것 중 어느 것이 더 유리한 것인지 여부를 판단하여 거부권 행사 여부를 결정하기에는 사회통념상 현저히 짧다고 인정되는 점 등에 비추어 보면, 원고가 거부권 행사기한을 2006.10.10.로 정한 부분은 이 사건 근로자들의 자유로운 거부권 행사를 침해하는 것으로서 무효라고 보아야 할 것이다.
- (8) 따라서 이 사건 근로자들이 원고가 정한 거부권 행사기한을 넘었지만 사회통념상 거부권 행사에 필요한 상당한 기간 내로 보이는 2006.10.12.까지 원고에게 전적부동의서를 제출하여 한 이 사건 거부권 행사는 적법하므로, 이 사건 근로자들의 거부권 행사에도 불구하고, 이 사건 근로자들을 원고 회사에서 퇴직시키고 신설회사에 채용시킨 인사명령은 정당한 이유가 없어서 무효라고 할 것이어서, 이와 결론을 같이 한 재심판정은 적법하다.

### 3. 결 론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 모두 이유 없으므로 이를 각 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사 정종관(재판장), 권창영, 정혜은



## (2) 자회사 설립에 따른 전적

☞ 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다17575 판결

### » 요 지 «

1. 근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전적은 종전 기업과의 근로관계를 합의 해지하고 이적하게 될 기업과 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이므로, 유효한 전적이 이루어진 경우에 있어서는 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계는 단절되고 이적하게 될 기업이 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계를 승계하는 것은 아님이 원칙이나, 당사자 사이에 종전 기업과의 근로관계를 승계하기로 하는 특약이 있거나 이적하게 될 기업의 취업규칙 등에 종전 기업에서의 근속기간을 통산하도록 하는 규정이 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계는 단절되지 않고 이적하게 될 기업이 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계를 승계한다.
2. 영업양도 등에 의하여 근로계약관계가 포괄적으로 승계된 경우에는 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로, 승계 후의 퇴직금 규정이 승계 전의 퇴직금 규정보다 근로자에게 불리하다면 근로기준법 제95조 제1항 소정의 당해 근로자 집단의 집단적인 의사결정 방법에 의한 동의 없이는 승계 후의 퇴직금 규정을 적용할 수 없고, 같은 법 제28조 제2항, 부칙(1980.12.31. 법률 제3349호) 제2항이 하나의 사업 내에 차등 있는 퇴직금제도의 설정을 금하고 있지만, 이는 하나의 사업 내에서 직종, 직위, 업종별로 퇴직금에 관하여 차별하는 것을 금하고자 하는 데 그 목적이 있는 것이므로, 위와 같이 근로관계가 포괄적으로 승계된 후의 새로운 퇴직금제도가 기존 근로자의 기득 이익을 침해하는 것이어서 그들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전의 퇴직금 규정을 적용하지 않을 수 없어서 결과적으로 하나의 사업 내에 별개의 퇴직금제도를 운용하는 것으로 되었다고 하더라도, 이러한 경우까지 위 제28조 제2항, 부칙 제2항이 금하는 차등 있는 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다고 할 수는 없다.
3. 퇴직금을 산정함에 있어서는 근로계약이 만료됨과 동시에 근로계약기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우에는 갱신 또는 반복한 계약기간을 모두 합산하여 계속근로연수를 계산하여야 한다.

\* 원고, 피상고인 : 변○○ 외 10인

\* 피고, 상고인 : 주식회사 엠비씨예술단

\* 원심판결 : 서울고법 1997. 4. 1. 선고 96나30207 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

### 1. 제3점에 대하여

근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전직은 종전 기업과의 근로관계를 합의 해지하고 이적하게 될 기업과 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이므로, 유효한 전직이 이루어진 경우에 있어서는 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계는 단절되고, 이적하게 될 기업이 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계를 승계하는 것은 아님이 원칙이나, 당사자 사이에 종전 기업과의 근로관계를 승계하기로 하는 특약이 있거나 이적하게 될 기업의 취업규칙 등에 종전 기업에서의 근속기간을 통산하도록 하는 규정이 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계는 단절되지 않고, 이적하게 될 기업이 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계를 승계한다고 보아야 할 것이다(대법원 1996. 5. 10. 선고 95다42270 판결, 1996. 12. 23. 선고 95다29970 판결, 1997. 7. 8. 선고 96다38438 판결 등 참조). 그런데 원심판결 이유와 기록에 의하면, 원고들은 원심 판시 각 일자부터 소외 회사와 1년 단위로 전속계약을 체결하고, 소외 회사의 TV 관현악단의 단원으로 입사하여 소외 회사가 필요로 하는 각종 프로그램 또는 사업에 출연하여 음악을 연주하여 온 사실, 소외 회사는 1991. 9. 10. 100%의 자본을 출자하여 자(子)회사로 방송 출연, 각종 공연, 문화예술행사, 이벤트의 주최, 주관, 후원 등의 사업을 목적으로 하는 피고 회사를 설립하고, 당시 소외 회사 산하에 있던 TV 관현악단, 라디오악단, 합창단, 무용단(이하 전속단이라고 한다) 등의 운영 업무를 1992. 1. 1.자로 피고 회사에 이관하면서 소외 회사와 피고 회사는 1991. 12.경 인사 관련 약정을 맺은 사실, 위 약정에 의하면, 소외 회사는 전속단의 단원을 해당자의 동의를 얻어 계약해지(퇴직) 처리하되, 피고 회사는 소외 회사가 1992. 1. 1. 계약해지한 전속단원과 동일자로 전속계약을 체결하고, 소외 회사는 전속단원이 1992. 1. 1.자 퇴직시 퇴직금 152명 분 금 815,380,800원을 피고 회사에게 일괄 이관하며, 다만 퇴직금 수령을 희망하는 단원에게는 소외 회사가 퇴직금을 지급하고, 이로써 소외 회사는 전속단원에 대한 퇴직금 지급의무를 면하며, 피고 회사는 퇴직금 지급, 기타 업무상 필요에 의하여 전속단원의 근속기간을 산정할 경우 1992. 1. 1. 소외 회사에서 퇴직시 퇴직금을 수령한 단원은 피고 회사와 전속계약을 체결한 시점부터 근속기간을 기산하고, 퇴직금을 수령하지 않은 단원은 피고 회사의 근속기간과 소외 회사의 근속기간을 합산하여 산정하도록 되어 있는 사실, 소외 회사는 피고 회사에 대하여 전속단에 관한 운영 업무를 이관할 당시 원고들을 비롯한 이관 대상자들에게 동의서라는 문서를 회람시켜 서명날인을 하도록 하였는데, 그 내용은 당시의 단원들과 소외 회사와의 기존 전속계약 및 운영 관리 형태를 그대로 유지하기로 하되, 전속계약상 소외 회사의 명의 및 권리·의무 사항을 피고 회사에서 승계·인수하며, 소외 회사와의 계약시 약정된 급여 및 후생·복지 사항을 계속 보장하고, 현 계약기간 만료 후에는 피고 회사에서 기존의 방식대로 1년 단위의 재계약을 하며, 전속단원은 소외 회사와의 전속계약이 사실상 해지됨에 따라 퇴직 처리하고 피고 회사로 이적하며, 퇴직금은 실제 근속기간을 산정하여 금액 정산 후 피고 회사에서 승계할 수 있도록 퇴직충당금으로 이관하고, 단 본인이 희망하면 이관 시점에서 전액을 지급하기로 하며, 각 전속단체가 소외 회사의 본사 사옥 내에서 사용하던 기존의 시설을 계속 사용할 수 있도록 보장하고, 전속단체가 사용하던



약기·비품 등은 장부가로 피고 회사에 이관하기로 한다는 것 등인 사실, 위 인사 관련 약정과 동의서의 내용대로 원고들을 비롯한 이관 대상자들인 전속단원들에게는 그때까지 적립된 퇴직금을 지급받고 피고 회사로 이적할 것인지 아니면 퇴직금을 피고 회사로 이관시킨 다음 이후 피고 회사에서 퇴직할 때 퇴직금을 일괄하여 지급받을 것인지에 관하여 선택권이 부여되었고, 원고들을 비롯한 대부분의 이관 대상자들은 그 중 후자를 선택하여 미리 퇴직금을 지급받지 않고 이후 피고 회사에서 퇴직할 때 일괄하여 퇴직금을 지급받기로 한 사실을 알아볼 수 있다.

위와 같은 사실관계에 의하면, 소외 회사의 자(子)회사인 피고 회사는 소외 회사의 영업 부문에 속하던 전속단 업무와 관련하여 그 물적 시설뿐만 아니라 인적 조직까지도 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받은 것으로 볼 수 있을 뿐만 아니라, 소외 회사와 피고 회사 사이의 개별적인 약정에 의하여 소외 회사로부터 퇴직금을 지급받지 않고 피고 회사에서 근무하게 된 근로자들에 대한 근로관계를 포괄적으로 승계하기로 한 것이라고 할 것이므로, 소외 회사에 속해 있던 원고들에 대한 근로관계는 피고 회사에 포괄적으로 승계되었고, 따라서 종전 기업인 소외 회사와의 근로관계는 단절되지 않고 신설 기업인 피고 회사와 사이에서도 계속된 것으로 보아야 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 근로관계의 단절에 관한 법리오해 등의 위법이 없다. 이 점에 관한 상고이유도 받아들일 수 없다.

## 2. 제4점에 대하여

영업양도 등에 의하여 근로계약관계가 포괄적으로 승계된 경우에는 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로, 승계 후의 퇴직금 규정이 승계 전의 퇴직금 규정보다 근로자에게 불리하다면 근로기준법 제95조 제1항 소정의 당해 근로자집단의 집단적인 의사결정 방법에 의한 동의 없이는 승계 후의 퇴직금 규정을 적용할 수 없는 것이고(대법원 1991. 9. 24. 선고 91다17542 판결, 1994. 3. 8. 선고 93다1589 판결, 1994. 8. 26. 선고 93다58714 판결, 1995. 12. 26. 선고 95다41659 판결 등 참조), 근로기준법 제28조 제2항, 부칙(1980. 12. 31. 법률 제3349호) 제2항이 하나의 사업 내에 차등 있는 퇴직금 제도의 설정을 금하고 있지만, 이는 하나의 사업 내에서 직종, 직위, 업종별로 퇴직금에 관하여 차별하는 것을 금하고자 하는 데 그 목적이 있는 것이므로, 위와 같이 근로관계가 포괄적으로 승계된 후의 새로운 퇴직금제도가 기존 근로자의 기득 이익을 침해하는 것이어서 그들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전의 퇴직금 규정을 적용하지 않을 수 없어서 결과적으로 하나의 사업 내에 별개의 퇴직금제도를 운용하는 것으로 되었다고 하더라도, 이러한 경우까지 위 제28조 제2항, 부칙 제2항이 금하는 차등 있는 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다고 할 수는 없다(대법원 1992. 12. 22. 선고 91다45165 전원합의체 판결, 1995. 12. 26. 선고 95다41659 판결 등 참조). 원심판결 이유에 나타난 바와 같이 피고 회사가 소외 회사의 자회사로 설립되면서 원고들과 소외 회사의 근로관계를 포괄 승계한 이상, 원고들의 퇴직금은 피고 회사로 소속이 변경된 이후 적법하게 변경된 퇴직금 지급 규정이 승계 전의 퇴직금 규정보다 근로자들에 불리하지 않다면 이에 따라 산정하여야 할 것이나, 기록에 의하면, 피고 회사가 1993. 10. 1. 단수제에 의한 퇴직금 지급 규

정을 새로이 채택하면서, 그 퇴직금 지급 규정이 종전에 근무하던 소외 회사의 누진제 퇴직금 지급 규정에 비하여 그 지급률 등에 있어서 불리한 것임에도 불구하고 원고들을 비롯한 이미 기득권을 가지고 있던 근로자들의 동의가 없었음을 알아볼 수 있으므로, 위와 같이 새로 채택된 피고 회사의 퇴직금 지급 규정은 원고들에 대하여는 그 효력이 없다고 할 것이고, 따라서 원고들이 지급받아야 할 퇴직금은 소외 회사의 누진제 퇴직금 지급 규정에 의하여 산정함이 상당하다고 할 것이며, 원고들에게 누진제에 기한 퇴직금을 인정하게 된다 하여도 피고 회사 사업체에 차등 있는 퇴직금제도를 설정하는 것이라고 할 수는 없다. 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 심리미진이나 퇴직금제도의 차등금지 원칙에 관한 법리오해 등의 위법이 없다. 이 점에 관한 상고이유 역시 받아들일 수 없다.

### 3. 제2점에 대하여

원심판결 이유와 기록에 의하면, 원고들은 피고 회사의 설립에 따라 그 동안의 퇴직금이 피고 회사에 이관되는 것을 동의한 바 있을 뿐 단수제에 의한 퇴직금의 적립이나 단수제에 의한 퇴직금의 산정에 동의하지 않았음을 알아볼 수 있으므로, 원고들이 단수제에 의한 퇴직금의 적립이나 단수제에 의한 퇴직금의 산정에 동의하고서도 누진제에 의한 퇴직금을 청구함은 신의칙 내지 금반언의 원칙에 어긋난다는 피고의 주장을 배척한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 채증법칙 위배나 신의칙 내지 금반언의 원칙에 관한 법리오해 등의 위법이 없다. 이 점에 관한 상고이유 또한 받아들일 수 없다.

### 4. 제5점에 대하여

퇴직금을 산정함에 있어서는 근로계약이 만료됨과 동시에 근로계약기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우에는 갱신 또는 반복한 계약기간을 모두 합산하여 계속근로연수를 계산하여야 하는 것이다(대법원 1975. 6. 24. 선고 74다1625, 1626 판결, 1979. 4. 10. 선고 78다1753 판결, 1995. 7. 11. 선고 93다26168 전원합의체 판결 등 참조). 원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고들이 1년 단위로 소외 회사 또는 피고 회사와 전속계약을 맺었으나, 원고들을 비롯한 전속단원들이 1년의 전속계약이 끝난 뒤에 도 당사자가 원하지 않거나, 부적격자로 판정되는 등 특별한 사정이 없는 한 계속 갱신계약이 체결되어 왔고, 소외 회사나 피고 회사도 계약기간이 끝나는 1년 단위마다 퇴직금을 정산하지 않은 사실 등을 인정한 다음, 원고들에 대한 퇴직금을 계산함에 있어서는 갱신 또는 반복한 계약기간을 모두 합산하여 계속근로연수를 산정하여야 한다고 판단하고, 매 계약기간이 끝나는 시점에서의 퇴직금의 단순 합산액만을 퇴직금으로 보아야 한다는 피고의 주장을 배척하였다.

위에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 근로계약기간 및 그 종료에 관한 법리오해 등의 위법이 없다. 이 점에 관한 상고이유도 받아들일 수 없다.

5. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 상고인인 피고의 부담으로 하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.



### 3. 대기발령

#### 3.1 대기발령의 개념

##### (1) 대기발령의 의미

☞ 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두5151 판결

#### » 요 지 «

1. 원고가 노동조합 조합원들을 상대로 조합탈퇴를 권유하는 활동을 하고, 두 차례의 사원교육 불참과 중요업무 하달 건으로 회사임원이 4차례에 걸쳐 호출하였는데도 응하지 아니하였다는 등의 사실과 대기발령의 사유들을 종합하여 보면, 참가인의 원고에 대한 근로계약서 작성·제출 요구 및 원고가 이를 거부해 오고 있었던 사정 등이 있었다고 하더라도 사회통념상 원고와 참가인 사이의 고용관계를 계속 할 수 없을 정도로 참가인에게 책임 있는 사유가 있다고 보아야 하고, 따라서 그 징계해고도 그 징계권을 일탈·남용하여 정당성이 없는 것으로 볼 수 없다.
2. 원고의 근무태도 등이 불량한 경우에 해당된다고 보아 잠정적인 조치로서 그 보직을 해제하고 대기발령을 명한 것을 두고, 그 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 부여된 인사권의 상당한 재량을 일탈·남용한 것으로서 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당하여 위법하다고 단정할 수는 없다고 할 것이다.

\* 원고, 피상고인 : 이○○

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : ○○산업 주식회사 대표이사 이△△

\* 원심판결 : 서울고법 2006.2.7 선고, 2004누23614 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원으로 환송한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 상고이유를 본다

- 가. 근로자에 대한 직위해제는 일반적으로 근로자가 직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행 중인 경우, 근

로자가 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 과거 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행해지는 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 위해서는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요 불가결하므로, 대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고, 따라서 이러한 인사명령에 대해서는 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).

- 나. (1) 그런데 우선 원심은 그 1차 대기발령에 관하여 기초사실을 인정함에 있어서는 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다)이 2003.1.6 원고에 대하여 원고가 참가인 측의 경고에도 불구하고 노동조합 조합원들을 상대로 조합 탈퇴를 강요한 점과 ○○시청 주변에서의 피켓 시위, 2002.12.26경 시청 방문 때 한 경영권과 관련한 발언, 다른 회사의 인사경영권 개입 등에 대한 사실 여부와 회사에 대한 명예훼손에 대한 확인조사 후 그 결과에 따라 응분의 처분을 하고자 한다는 이유로 기간을 2003.1.8부터 2003.2.6까지로 한 대기명령을 발하였다고 인정한바 있고, 기록에 의하면, 참가인은 원고가 근로계약서 작성을 거부하였다는 사정 자체를 대기발령 사유로 삼은 것이 아니고, 그 경위사실로서 기재하였을 뿐이라고 보아야 하는데, 그럼에도 불구하고 원심이 막상 그 사실인정을 기초로 판단을 함에 있어서는 참가인이 원고가 근로계약서 작성을 거부했다는 사정을 대기발령의 주된 사유로 삼았다고 하면서 주료이에 대해 판단한 것은 참가인의 주장의 취지를 오해하였거나 판결의 이유에 모순이 있는 때에 해당한다고 할 것이다.

나아가 참가인이 위와 같이 대기발령의 사유들로 삼은 사정들에 대하여 원심은 그 사정들의 존재 자체는 대부분 부정하지 않은 것으로 보이는데, 그러한 사정들 대부분은 적어도 원고의 근무태도 등과 관련되어 있는 것들로서 참가인이 이러한 사정들을 들어 원고의 근무태도 등이 불량한 경우에 해당된다고 보아 잠정적인 조치로서 그 보직을 해제하고 대기발령을 명한 것을 두고, 그 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 부여된 인사권의 상당한 재량을 일탈·남용한 것으로서 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당하여 위법하다고 단정할 수는 없다고 할 것이다.

- (2) 원심은 또 취업규칙 제51조 제3항에서 30일을 초과하여 대기발령할 수 있는 사유는 제1항 제6호(형사사건으로 기소된 자), 제8호(회사를 상대로 민사소송을 제기한

자), 제10호 뿐이고, 위 제10호라 함은 적어도 제6호, 제8호에 준하는 사유를 일컫는 것으로 해석함이 상당한데, 참가인이 대기발령 사유로 삼은 것들이 취업규칙 제51조 제3항으로 결국 참가인의 대기발령 연장명령은 그 권한을 일탈·남용한 것으로서 부당하다고 판단하였다.

우선, 원심이 위 제10호라 함은 적어도 제6호, 제8호에 준하는 사유를 일컫는 것으로 해석함이 상당하다고 판단한 것은 수긍할 수 있고, 원심의 이 부분 판단에 법리를 오해하거나 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수는 없다. 그러나 위 취업규칙의 해석상 예컨대 취업규칙 제51조 제1항 제1호, 제4호 등의 사유가 있어 1차로 30일을 초과하지 않는 대기기간을 정하여 대기발령을 하였는데, 그 대기기간 동안에 당해 근로자에게 또다시 위 제51조 제1항 제1호, 제4호 등에 해당하는 새로운 사유가 있어 회사에 복귀하여 원만한 업무수행을 하는 데 지장이 있게 된 경우에 이를 사유로 하여 재차 30일을 초과하지 않는 대기기간을 정하여 대기발령을 하는 것까지 금지되어 있는 것으로 볼 수는 없다.

그런데 원심은 참가인이 근로계약서체결 촉구 목살, 업무지시 목살, 집단시위, 진정, 대기명령기간 중 직장이탈 등에 대한 사유서 내지 시말서들을 제출할 것을 지시받았음에도 이를 이행하지 않고 개전의 정도 없다는 이유로 대기명령을 2003.3.5까지 연장한다는 내용의 명령을 발하였다고 인정하였고, 참가인이 위와 같이 2차 대기발령의 사유들로 삼은 사정들에 대하여 원심은 근로계약서체결 촉구 목살에 대한 사유서 등 제출지시 불이행의 점을 제외하고는 그 사정들의 존재 자체는 부정하지 않은 것으로 보이는바, 그러한 사정들 또한 대부분 적어도 원고의 근무태도 등과 관련되어 있는 것들로서 참가인이 이러한 사정들을 들어 원고의 근무태도 등이 불량한 경우에 해당된다고 보아 재차 대기발령을 명한 것을 두고, 그 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 부여된 인사권의 상당한 재량을 일탈·남용한 것으로서 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당하여 위법하다고 단정할 수도 없다고 할 것이다.

2. 나아가 원심은 원고의 이 사건 해고 사유로 삼은 무단결근, 참가인의 명예를 훼손하는 듯한 시위 등의 사유가 모두 위와 같이 정당성을 인정받기 어려운 연장 대기발령 이후 발생한 것이라는 점을 그 판단의 주된 근거로 삼아 원고의 귀책사유로 인하여 참가인과 더 이상 근로관계를 계속할 수 없게 되었다고 보기 어려우므로 참가인이 원고에 대하여 징계의 종류 중 해고를 선택한 것은 그 징계재량권을 남용한 것으로서 부당하다고 판단하였다.

그렇지만 앞서 본 바와 같이 이 사건 각 대기발령이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당하여 위법하다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 원고가 그 대기명령 연장기간 중인 2003.2.15과 같은 달 21일, 22일에 각 결근을 하고, 같은 달 25일경 연가신청서를 일방적으로 제출한 후 2003.3.1까지 결근한 것은 원고가 그 각 대기발령의 부당함에 항의하려는 차원에서 행해진 것이 아니며, 그 각 대기발령의 정당성 여부와 아

무 관계도 없고, 또 원고가 2003.2.6과 같은 달 7일, 같은 달 10일부터 같은 달 13일까지 ○○시청 앞에서 ‘악덕기업주 S산업 이△△ 사장 처벌하라’, ‘민간위탁 중단하라’는 등의 구호를 외치며 시위를 하고, 2003.2.20 노동부 청사 앞에서 유사한 내용으로 시위를 한 것 또한 그 주된 동기가 각 대기발령의 부당함을 항의하려는 취지에서 행해진 것도 아니며, 그 각 대기발령이 적어도 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하여 위법함이 객관적으로 명백하다고까지는 할 수 없는 이상 그 시위와 같은 항의행위를 당연히 정당한 것으로 볼 수도 없다.

이러한 사정들에 앞서 본 바와 같이 원고가 노동조합 조합원들을 상대로 조합탈퇴를 권유하는 활동을 하고, 두차례의 사원교육 불참과 중요업무 하달 건으로 회사임원이 4차례에 걸쳐 호출하였는데도 응하지 아니하였다는 등의 사실과 앞에서 본 각 대기발령의 사유들을 종합하여 보면, 원심이 판시한 바와 같은 참가인의 원고에 대한 근로계약서 작성·제출 요구 및 원고가 이를 거부해 오고 있었던 사정 등이 있었다고 하더라도 사회통념상 원고와 참가인 사이의 고용관계를 계속 할 수 없을 정도로 원고에게 책임 있는 사유가 있다고 보아야 하고, 따라서 그 징계해고도 그 징계권을 일탈·남용하여 정당성이 없는 것으로 볼 수 없다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 참가인이 원고에 대하여 해고의 징계를 선택한 것이 징계권을 남용하여 위법한 것이라고 판단하였으니, 원심판결에는 판결 결과에 영향을 미친 법리오해와 채증법칙 위배 등에 의한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 것이고, 따라서 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 안대희(재판장), 김영란, 김황식(주심), 이홍훈



## (2) 대기발령과 징계와의 관계

☞ 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결

### » 요 지 «

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 의미하고, 근로자의 과거의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다.

\* 원고, 피상고인 : 학교법인 Z학원

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 황○○

\* 원심판결 : 서울고법 2003. 6. 20 선고 2002누2019 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이, 그 나머지 부분은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

#### 1. 직위해제처분에 관하여

가. 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 의미하고, 근로자의 과거의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르므로, 근로자에 대한 직위해제처분의 정당성은 근로자에게 당해 직위해제사유가 존재하는지 여부나 직위해제에 관한 절차규정을 위반한 것이 당해 직위해제처분을 무효로 할 만한 것이냐에 의하여 판단할 것이다(대법원 2004. 10. 28 선고 2003두6665 판결 ; 1996. 10. 29 선고 95누15926 판결 등 참조).

나. 원심은 제1심 판결이유를 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고 법인이 운영하는 ○○대학교 부설기관인 ○○대학교 전자계산교육원(이하 '전산원'이라 한다)의 교학과장으로 근무하던 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)이 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 전자계시판에 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 정관규정에 따라 이루어진 정당한 인사조치라고 판단하였다.

기록에 비추어 보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 위 법리에 따른 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 상고이유 주장과 같은 사실오인 또는 직위해제처분의 정당성에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

## 2. 면직처분에 관하여

가. 단체협약 또는 취업규칙 등에 '직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자 또는 직원으로서 근무태도가 심히 불성실한 자' 등과 같이 직위해제 또는 대기발령을 명할 수 있는 사유를 규정하는 한편, 대기발령기간 중 직위해제의 사유가 소멸 또는 해소된 때에는 지체없이 직위를 부여하되, 대기발령 또는 직위해제처분을 받은 자가 그 기간 중 능력의 향상 또는 개전의 정이 없다고 인정되는 경우에는 징계위원회의 동의를 얻어 면직할 수 있다는 규정을 두고 있는 경우, 위와 같은 규정에 의하여 행하여지는 직위해제처분과 그에 이은 면직처분은 이를 일체로서 관찰할 때 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약 관계를 종료시키는 것으로서 실질상 해고에 해당한다고 할 것이므로 그 처분에 있어서는 근로기준법에 의한 제한을 받는다고 보아야 할 것이다. 그리고 위와 같은 규정에 의하여 대기발령 또는 직위해제처분이 정당하게 이루어진 다음 그 대기발령기간 중 직무수행능력을 회복하거나 근무태도를 개선하는 등으로 직위해제사유가 소멸되지 않아 대기발령 또는 직위해제처분을 받은 자가 그 기간 중 능력의 향상 또는 개전의 정이 없다고



인정되는 경우에는 위와 같은 인사규정에 따라 행하여진 직위해제처분에 이은 면직 처분은 인사권 내지 징계권의 남용에 해당한다고 할 수 없다고 할 것이다(대법원 1995. 12. 5 선고 94다43351 판결 등 참조).

- 나. 원심은 그 판시 사실을 인정한 다음, 적법한 직위해제 및 대기발령을 받은 참가인으로서 그 기간 중 근무태도를 개선하고 자신의 잘못을 반성하는 등으로 근신하여야 할 것임에도 불구하고, 그 이후에도 직위해제 및 대기발령을 받게 된 가장 중요한 원인인 명예훼손 행위를 수회에 걸쳐 또 다시 반복하였을 뿐만 아니라, 더 나아가 원고법인 사무처장에 대한 각종 개인적인 비리 의혹을 무책임하게 마구 제기함으로써 그 명예를 심각하게 훼손한 점, 참가인이 원고 법인 내부에서 차지하고 있는 지위 등에 비추어 볼 때, 원고가 이와 같이 전혀 개선의 정을 보이지 않고 근무태도도 나아졌다고 볼 수 없는 참가인에 대하여 직무수행능력 회복이나 근무태도의 개선 등 직위해제 사유가 소멸되어 마땅히 직위를 부여하여야 할 만한 사정이 없다는 이유로 행한 이 사건 면직처분은 결코 원고의 정당한 인사권의 범위를 벗어난 것이라고 볼 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단도 위 법리에 따른 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 상고이유 주장과 같은 사실오인 또는 징계권의 남용에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

### 3. 재심절차 규정의 위반 여부

- 가. 취업규칙의 하나인 인사규정의 작성·변경에 관한 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라 인사규정을 작성·변경할 수 있고, 원칙적으로 인사규정을 종전보다 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우가 아닌 한 당해 사업장 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자 과반수의 동의를 받지 아니하고 인사규정을 변경하였다고 하여 그 인사규정의 효력이 부정될 수는 없다(대법원 1999. 6. 22 선고 98두6647 판결 등 참조). 그리고 취업규칙 위반행위시와 징계처분시에 있어서 서로 다른 내용의 취업규칙이 있는 경우, 다른 특별한 사정이 없는 한 해고 등의 의사표시는 의사표시의 시점에 시행되고 있는 신 취업규칙 소정의 절차에 따라 행하면 족하다고 할 것이다(대법원 1994. 12. 13 선고 94다27960 판결 참조).
- 나. 원심은, 참가인이 이 사건 면직처분에 대하여 재심청구를 할 당시 시행 중이던 원고 법인의 '일반직원 재심위원회 조직·운영 규정'(이하 '구 규정'이라 한다)은 '직원재심위원회의 재심위원은 법관·검사 또는 변호사의 직에 있는 자, 대학에서 법률학을 담당한 조교수 이상의 직에 2년 이상 근무하고 있는 자 또는 당해 학교의 법인 이사 중에서 이사회의 의결을 거쳐 선임하되 이사장이 위촉한다'고 규정하고 있는 사실, 그럼에도 불구하고 원고는 구 규정에 의하여 참가인에 대한 재심위원회를 구성하지 않고, 참가인의 재심청구 이후인 2000.10.6 원고 법인 이사회에서 참가인에 대한 재

심위원회를 구 규정과는 달리 '2명의 원고 법인 이사와 교수·직원·변호사 각 1명'으로 구성하되, 그 세부교칙은 원고 법인의 이사장이 정하도록 의결하고, 그에 따라 재심위원회를 구성한 사실, 그런데 2000.10.27 열린 제1차 재심위원회에서 참가인이 구 규정을 제시하며 재심위원 중 교수 및 직원은 재심위원 자격이 없으므로 재심위원회의 구성이 위법하다고 주장하면서 이의를 제기하자, 원고는 2000.10.31 위 이사회에서 의결한 바와 같이 직원재심위원회는 원고 법인 이사 2명과 교수·직원·변호사 각 1명으로 구성한다는 취지의 '법인직원 재심위원회 규칙'(이하 '신 규칙'이라 한다)을 새로 제정하여 그 근거를 마련하고, 종전과 같은 인적 구성으로 2000.11.27 제2차 재심위원회를 열어 참가인의 재심청구의 당부를 심리한 다음 2000.12.6 제3차 재심위원회에서 참가인의 재심청구를 기각한 사실을 인정한 다음, 구 규정과 신 규칙은 모두 근로자의 해고 기타 대우에 관한 근로조건인 불이익처분에 대한 재심절차에 관한 규정으로서, 사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙에 해당한다고 할 것인데, 신 규칙이 구 규정상의 재심위원 중 '대학에서 법학을 담당한 조교수 이상의 직에 2년 이상 근무하고 있는 자'를 제외하고 '교수 및 직원'을 추가함으로써 근로자의 입장을 대변할 수 있는 직원도 재심위원으로 선임하도록 규정하고 있어 신 규칙이 구 규정에 비하여 근로자에게 불리한 변경이라고 단정할 수는 없으므로 신 규칙의 효력을 부정할 수는 없고, 따라서 참가인이 재심청구를 한 후 원고가 새로 제정한 신 규칙에 따라 재심위원회를 구성하여 재심절차를 진행하였다고 하더라도 그러한 사유만으로 바로 참가인에 대한 면직처분이 적법한 절차를 준수하지 않은 위법한 것이 되지는 않는다고 판단하였다.

원심의 위와 같은 판단은 위에서 본 법리에 따른 것으로서 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 취업규칙의 불이익 변경 등에 관한 법리오해의 위법이 없다.

- 다. 기록에 의하면, 구 규정 제4조는 '재심위원회는 재심청구서를 접수한 때에는 30일 이내에 이를 심사하여야 한다'고 규정하고 있는 반면, 신 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 재심의 결을 하였다면 인사규정 등에서 정한 재심사기간이 경과한 후 재심의 결을 하였다는 이유만으로 그 재심결정이 무효가 된다고 할 수 없다. 이에 관한 상고이유도 받아들일 수 없다.

#### 4. 원징계절차 규정의 위반 여부

- 가. 징계처분에 대한 재심절차는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계과정 전부에 관하여 판단되어야 할 것으



로, 원래의 징계과정에 절차위반의 하자가 있더라도 재심 과정에서 보완되었다면 그 절차위반의 하자는 치유된다(대법원 1999. 3. 26. 선고 98두4672 판결 등 참조).

나. 피고가 원심에서 이 사건 징계절차에는 구성 등에 관한 절차상의 하자가 있으므로 이 사건 면직처분은 그 효력이 없다는 주장을 하였음에도 불구하고 원심이 위와 같은 피고의 주장에 대한 판단을 전혀 하지 않아 원심판결에 판단유탈의 위법이 있다고 할 것임은 상고이유 주장과 같지만, 이 사건 징계절차에 상고이유 주장과 같이 징계위원회 구성 등에 관한 절차상의 하자가 있다고 하더라도, 참가인이 이 사건 면직처분에 대한 재심을 청구하고 그 재심절차가 위에서 본 바와 같이 적법하게 이루어진 이상 징계절차상의 하자는 치유된다고 할 것이므로, 원심의 위와 같은 판단유탈의 위법은 판결 결과에 영향을 미치지 못한다고 할 것이어서, 이에 관한 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

**5. 그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.**

대법관 배기원(재판장), 이강국, 김용담(주심)

### (3) 사용자의 경영상 필요에 따른 대기발령과 휴직

☞ 대법원 2013. 10. 11. 선고 2012다12870 판결

#### » 요 지 «

1. 근로기준법 제46조제1항에서 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 제23조제1항에서 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, ‘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, 대기발령은 근로기준법 제23조제1항에서 정한 ‘휴직’에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 사용자가 자신의 귀책사유에 해당하는 경영상의 필요에 따라 개별 근로자들에 대하여 대기발령을 하였다면 이는 근로기준법 제46조제1항에서 정한 휴업을 실시한 경우에 해당하므로 사용자는 그 근로자들에게 휴업수당을 지급할 의무가 있다.
2. 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라고 한다) 제179조제1항제10호는 “채무자의 근로자의 임금”을 공익채권으로 규정하고 있고, 근로기준법 제2조제1항제5호는 “임금이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.”라고 규정하고 있는데, 근로기준법 제46조제1항에서 정한 “사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우”에 지급하는 휴업수당은 비록 현실적 근로를 제공하지 않았다는 점에서는 근로 제공과의 밀접도가 약하기는 하지만, 근로자가 근로 제공의 의사가 있는데도 자신의 의사와 무관하게 근로를 제공하지 못하게 된 데 대한 대상(對象)으로 지급하는 것이라는 점에서 임금의 일종으로 보아야 하므로 휴업수당청구권은 채무자회생법에서 정한 공익채권에 해당한다.

\* 원고, 피상고인 겸 상고인 : 별지 원고 명단

\* 피고, 상고인 겸 피상고인 : ○○송도개발 주식회사의 소송수계인 회생회사 ○○송도개발 주식회사의 관리인 소외 1의 소송수계인 관리인 소외 2

\* 원심판결 : 서울고법 2011. 12. 23. 선고 2010나124917 판결

#### » 주 문 «

별지 원고 명단 (1), (2) 기재 원고들 중 원고 72, 원고 10, 원고 18, 원고 23, 원고 53, 원고 79를 제외한 나머지 원고들에 대한 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분



사건을 서울고등법원에 환송한다.

별지 원고 명단 (1), (3) 기재 원고들의 상고와 피고의 원고 72, 원고 10, 원고 18, 원고 23, 원고 53, 원고 79에 대한 상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 원고 72, 원고 10, 원고 18, 원고 23, 원고 53, 원고 79와 피고 사이에서 생긴 부분은 각자 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 별지 원고 명단 (1), (3) 기재 원고들의 상고이유에 관하여

#### 가. 상고이유 제1점에 관하여

근로자에 대한 대기발령의 정당성은 근로자에게 당해 대기발령 사유가 존재하는지 여부나 대기발령에 관한 절차규정의 위반 여부 및 그 정도에 의하여 판단하여야 한다(대법원 2011.10.13. 선고 2009다86246 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ○○자동차판매 주식회사(이하 '○○자동차판매'라고 한다)가 원고들에 대하여 상당한 기간 동안 대기발령(이하 '이 사건 대기발령'이라고 한다)을 할 업무상 필요성이 있다고 볼 수 있고, 이 사건 대기발령으로 인한 원고들의 생활상 불이익이 위 업무상 필요성을 초과한다고 보기 어려우며, 이 사건 대기발령이 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 유지되었다고 보기 어려운 사정을 인정할 수 있으므로, 이 사건 대기발령은 정당한 이유가 있어 유효하다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 대기발령의 정당성에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

#### 나. 상고이유 제2점에 관하여

원심은 ○○자동차판매의 인사규정 중 경영 형편상 과원으로 인정된 자에 대하여 할 수 있는 대기발령에 관한 규정은 ○○자동차판매의 정상적인 의사결정에 따라 경영 형편상 과원으로 인정되어 보직대기, 인사대기 등의 절차를 거쳐 근로자를 퇴직시키는 상황을 전제로 한 것으로 봄이 상당한데, 이 사건 대기발령은 그 경위 등에 비추어 볼 때 ○○자동차판매에 신의칙상 잠정적·예외적 조치로서 인정되는 것이어서 원고들이 위 인사규정의 경영 형편상 과원에 해당한다고 하더라도 인사대기자의 처우에 관한 규정은 원고들에게 적용되지 않는다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나

사실을 잘못 인정하거나 인사규정의 해석과 적용 범위에 관한 법리 등을 오해한 위법이 없다.

다. 상고이유 제3점에 관하여

원심은 ○○자동차판매가 2006.1.12. ○○자동차판매 노동조합과 사이에 종전의 월차휴가제도를 고정연차휴가제도로 전환하기로 하면서 2005.12.까지 발생한 월차휴가 미사용분에 대한 월차수당을 2006.1. 지급하기로 하는 2005년 임·단협 합의를 하고, 이에 따라 2006.1.25. 원고들에게 2005년도 월차휴가 미사용분에 대한 월차수당을 일괄적으로 지급한 사실 등을 인정한 다음, 위 2005년도 월차수당 지급액은 이 사건 대기발령에 따른 휴업수당을 산정하는 데 기초가 되는 임금지급 대상기간의 임금과는 무관하다고 보아 이를 제외하고, 장학금은 ○○자동차판매의 모든 근로자에게 일률적으로 지급하는 금전이 아니라, 근로자들의 개별적이고 우연한 특수한 사정에 따라 지급되는 복리후생적 성격의 금전이라는 이유로 이를 평균임금 산정의 기초가 되는 임금에서 제외하고, 교통비는 근로자가 영업활동에 소요되는 교통비를 먼저 지출하고 ○○자동차판매가 이를 사후적으로 보전해주는 것이고, 통신비도 ○○자동차판매가 근로자에게 업무용 휴대전화기를 지급하는 대신 근로자 개인이 보유한 휴대전화를 이용하여 영업활동을 하도록 하되, 업무상 사용한 휴대전화비용을 월 5만 원으로 간주하여 사후적으로 보전해주는 것이어서 모두 실비변상적 성격의 금전이라는 이유로 평균임금 산정의 기초가 되는 임금에서 제외하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 근로기준법에서 정한 평균임금의 산정에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

라. 상고이유 제4점에 관하여

근로기준법과 근로기준법 시행령 등이 정한 원칙에 따라 평균임금을 산정하였다고 하더라도, 휴업 직전의 일정 기간 특수하고 우연한 사정으로 임금액 변동이 있었기 때문에 위와 같이 산정된 평균임금이 근로자의 전체 근로기간, 임금액이 변동된 일정기간의 장단, 임금액 변동의 정도 등을 비롯한 제반 사정을 종합적으로 평가해 볼 때 통상의 경우보다 현저하게 적거나 많게 산정된 것으로 인정되는 예외적인 경우라면, 이를 기초로 휴업수당을 산출하는 것은 근로자의 통상적인 생활임금을 기준으로 휴업수당을 산출하고자 하는 근로기준법의 정신에 비추어 허용될 수 없으므로, 근로자의 통상적인 생활임금을 사실대로 반영할 수 있는 합리적이고 타당한 다른 방법으로 그 평균임금을 따로 산정하여야 한다(대법원 2009.5.28. 선고 2006다17287 판결 참조).

원심은 이 사건의 특수한 사정을 고려하여 휴업수당 산정을 위한 평균임금의 산정기준기간을 원고들이 ○○자동차판매로부터 정상적으로 임금을 지급받은 최종 시점인 2006.9.30.을 기준으로 하여 그로부터 소급하여 3개월의 기간 동안 원고들이 ○○자동차판매로부터 받은 임금을 기준으로 하되, 위 기간 중에는 받은 금액이 없거나 과소한



반면, 그 전의 다른 기간에는 받은 금액이 있거나 많은 임금 항목이 있는 경우에는, 위 3개월의 기간이 본래 근로기준법상 산정사유가 발생한 날 이전의 3개월의 기간에 해당되지 않는 임의의 기간인 점을 고려하여 2006.9.30.부터 소급하여 1년의 기간인 2005.10.부터 2006.9.까지에 해당하는 금액을 3개월분으로 환산하여 월 평균임금을 산정하였다.

앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 근로기준법에서 정한 휴업수당 산정방식에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

## 2. 피고의 상고이유에 관하여

### 가. 상고이유 제1점에 관하여

이 부분 상고이유 주장은 ‘종래 인사교류가 거의 없었던 사업부문의 경계에 따라 자연스럽게 회사를 분할하는 경우에는 근로자에게 승계 거부권이 인정되지 않는다.’는 취지이나, 이는 원심이 판단하지 아니한 사항에 관한 주장으로서 적법한 상고이유가 되지 못한다.

### 나. 상고이유 제2, 4점에 관하여

근로기준법 제46조제1항에서 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 제23조제1항에서 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 제23조제1항에서 정한 ‘휴직’에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 사용자가 자신의 귀책사유에 해당하는 경영상의 필요에 따라 개별 근로자들에 대하여 대기발령을 하였다면 이는 근로기준법 제46조제1항에서 정한 휴업을 실시한 경우에 해당하므로 사용자는 그 근로자들에게 휴업수당을 지급할 의무가 있다.

원심은 인천지방법원이 2007.1.18. 위 법원 2006카합2621호로 ‘원고들을 포함한 219명의 근로자들이 임시로 ○○자동차판매의 근로자 지위에 있음을 정한다.’는 가처분결정을 한 사실 등을 인정한 다음, 이 사건 대기발령은 ○○자동차판매가 위 가처분결정에 기하여 원고들의 근로자 지위를 인정하기는 하였으나 이미 회사분할로써 직영 승용판매 부문이 신설회사로 이전되어 원고들을 종전의 직영승용판매 부문에서 근로하게 할 수 없거나 ○○자동차판매에 그러한 의무를 부담시키는 것이 합리적이라

고 볼 수 없으므로, 이 사건 대기발령 상태는 ○○자동차판매가 실질적으로 직영승용판매 부문을 휴업하는 것으로 볼 수 있고, 근로기준법 제46조에서 정한 ‘사용자의 귀책사유’는 민법 제538조제1항의 규정과 관련지어 볼 때 사용자가 기업의 경영자로서 불가항력이라고 주장할 수 없는 모든 사유를 말하는데, ○○자동차판매가 경영상의 이유로 이 사건 대기발령을 한 것을 불가항력에 해당한다고 보기 어렵다는 이유로, 피고는 원고들에게 적어도 휴업수당 상당액을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 근로기준법 제46조제1항에서 정한 휴업수당에 관한 법리 등을 오해한 위법이 없다.

#### 다. 상고이유 제5점에 관하여

채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라고 한다) 제179조제1항제10호는 “채무자의 근로자의 임금”을 공익채권으로 규정하고 있고, 근로기준법 제2조제1항제5호는 “임금이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.”라고 규정하고 있는데, 근로기준법 제46조제1항에서 정한 “사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우”에 지급하는 휴업수당은 비록 현실적 근로를 제공하지 않았다는 점에서는 근로 제공과의 밀접도가 약하기는 하지만, 근로자가 근로 제공의 의사가 있는데도 자신의 의사와 무관하게 근로를 제공하지 못하게 된 데 대한 대상(대상)으로 지급하는 것이라는 점에서 임금의 일종으로 보아야 하므로 휴업수당청구권은 채무자회생법에서 정한 공익채권에 해당한다.

이 부분 상고이유 주장은 휴업수당청구권이 회생채권에 불과하므로 회생채무자의 관리인인 피고에게 곧바로 그 지급을 명할 수 없다는 취지이나, 이는 위 법리와 다른 전제에 선 주장이므로 받아들이지 아니한다.

### 3. 결 론

그렇다면 별지 원고 명단 (1), (2) 기재 원고들 중 원고 72, 원고 10, 원고 18, 원고 23, 원고 53, 원고 79를 제외한 나머지 원고들에 대한 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 별지 원고 명단 (1), (3) 기재 원고들의 상고와 피고의 원고 72, 원고 10, 원고 18, 원고 23, 원고 53, 원고 79에 대한 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이인복(재판장), 민일영, 박보영, 김신(주심)





## 3.2 대기발령의 정당성 판단

### (1) 정당성 판단 원칙

☞ 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결

#### » 요 지 «

1. 인사규정은 보직을 해임하고 대기발령을 할 수 있는 사유에 관하여 규정하고 있고, 대기발령의 형식 및 절차에 관하여는 인사규정은 물론 취업규칙, 단체협약 등에서도 아무런 정함이 없으며, 대기발령은 인사권자의 인사권에 속하는 사항이므로 그 사유를 명시하지 않았다고 하여 그 자체로 대기발령이 무효로 된다고는 할 수 없다.
2. 기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위하여는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요불가결하므로, 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 없고, 대기발령이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 대기발령의 업무상의 필요성과 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교교량, 근로자와의 협의 등 대기발령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지의 여부 등에 의하여 결정되어야 하며, 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.

\* 원고, 상고인 : 임○○

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 주식회사 신○○

\* 원심판결 : 서울고법 2000. 9. 1. 선고 99누7908 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

### 1. 이 사건 대기발령이 그 사유를 밝히지 아니하여 부당한 것인지 여부에 관하여

기록에 의하면, 피고보조참가인 회사(이하 '참가인 회사'라고 한다)의 인사규정 제16조는 보직을 해임하고 대기발령을 할 수 있는 사유에 관하여 규정하고 있고, 대기발령의 형식 및 절차에 관하여는 위 인사규정은 물론 취업규칙, 단체협약 등에서도 아무런 정함이 없으며, 대기발령은 인사권자의 인사권에 속하는 사항이므로 그 사유를 명시하지 않았다고 하여 그 자체로 대기발령이 무효로 된다고는 할 수 없다.

같은 취지의 원심의 판단은 수긍이 되고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 심리미진이나 채증법칙 위배 등의 위법이 없다.

이 부분 상고이유는 받아들일 수 없다.

### 2. 이 사건 대기발령이 사직서 미제출에 따른 보복조치로서 한 것인지 여부에 관하여

원심은, 원고가 1998.1.9. 참가인 회사로부터 보직해임과 대기발령을 받은 것은 아무런 정당한 이유 없는 참가인 회사의 사직서 제출 요구에 불응한 데 대한 보복조치로서 이루어진 것이므로 부당하다는 주장에 대하여, 위 대기발령이 그 주장과 같은 보복조치로서 이루어진 것임을 인정할 증거가 없고, 오히려 그 판시와 같은 사실인정에 터잡아 참가인 회사는 인사규정 제16조에 따라 원고를 대기발령을 한 것이라고 판단하였다.

관계 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 수긍이 되고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 심리미진이나 채증법칙 위배 등의 위법이 없다.

이 부분 상고 이유 역시 받아들일 수 없다.

### 3. 이 사건 대기발령의 정당성 여부에 관하여

가. 기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위하여는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요불가결하므로, 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 없고, 대기발령이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 대기발령의 업무상의 필요성과 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교교량, 근로자와의 협의 등 대기발령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지의 여부 등에 의하여 결정되어야 하며, 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).

나. 원심은, 그 채용한 증거들에 의하여, (1) 참가인 회사는 1991년의 대두 수입자유화 조치 이래로 상품재고 증가, 공장가동을 저하 등으로 말미암아 경영상태 악화와 수익률 저하가 지속되다가, 1997년 말경의 IMF체제하에서의 환율과 금리 급등으로 인하여 1997. 사업연도의 당기순손실이 178억원에 이르는 등 기업이 존폐의 위기에 몰리게 되었고, (2) 참가인 회사는 경영난 타개를 위하여 신규사원의 채용 및 축적직원의 재계약 금지, 인력의 재배치, 한계사업의 정리, 조업 중단, 임금 반납, 각종 경비절감 등의 조치를 취하였으며, (3) 참가인 회사는 그 노동조합과의 합의에 의하여 인사고과, 징계전력, 현 직급에서의 승진 가능성 유무, 현 부서에서의 보직 유무 등을 감안하여 구조조정 대상자를 선정하기로 하는 ‘사직서 수리기준’(정리해고 기준)을 정하여 인원감축을 추진하였는데, 원고가 그 기준에 해당되었고, 이와 더불어 기구개편을 단행하여 개발본부를 폐지하고 개발사업부를 설치하였다가 다시 개발사업부를 폐지하고 생산본부 직속의 개발담당과 소비자 상담담당으로 축소하였는데 원고는 위 기구개편으로 인하여 담당업무가 없어지게 되었고, (4) 참가인 회사의 인사규정 제16조(보직해임 및 대기)는 “다음 각 호에 해당하는 사원은 보직을 해임하고 대기발령할 수 있다. 1. 기구의 개편으로 인사관리상 부득이할 때, 2. 당해 직무를 수행할 능력이 현저히 부족하다고 인정된 때, 3. 부정행위 또는 불상사를 야기하였을 때, 4. 대기발령 부서는 해당사원의 인사권이 있는 본사 인사담당 부서로 한다.”라고 규정하고 있는 사실을 각 인정한 후, 이러한 사정을 종합하여 보면, 이 사건 대기발령은 참가인 회사의 인사규정 제16조제1호에 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.

기록과 위 법리에 비추어 관계 증거들을 살펴보면, 이러한 원심의 사실인정과 판단은 수긍이 되고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배나 심리미진, 법리오해 또는 법령위반 등의 위법이 없다.

이 부분 상고이유도 받아들일 수 없다.

#### 4. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이규홍(재판장), 송진훈, 변재승(주심), 윤재식

## (2) 부당하게 장기간인 대기발령 조치의 효력

☞ 대법원 2007. 2. 23. 선고 2005다3991 판결★

### » 요 지 «

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 걸쳐 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.

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : 지엠대우오토엔테크놀로지 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2004. 12. 1. 선고 2004나15500 판결

### » 주 문 «

원심판결 중 예비적 청구에 관한 부분을 파기하여, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원고의 나머지 상고를 기각한다.

상고기각 부분의 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

1. 원심이 적법하게 확정된 사실관계 및 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 원고는 1986. 1. 소외 ○○ 주식회사(이하 소외 회사라 한다)에 입사한 다음 1989.경부터는 같은 회사의 기술연구소 내 차량실험실에서 근무하기 시작하였다.

나. 그 후 소외 회사는 회사의 경영이 어려워지자 1998. 10. 14. 원고를 영업팀인 필드서베이팀으로 전보하는 처분을 하였다가, 2000. 12. 1. 경영상 과원을 이유로 대기발령(이하 '이 사건 인사대기처분'이라 한다)을 하였다.



- 다. 2002. 8. 7. 설립된 피고 회사는 2002. 10.경 소외 회사의 부평공장 일부, 창원공장, 군산공장을 자산양수도 방식으로 인수하였고, 그 소속의 근로자들에 대하여는 소외 회사를 퇴사하고, 피고 회사에 재입사하는 형식을 취하여 고용관계를 그대로 승계하기로 하였다.
- 라. 피고 회사는 위와 같은 방침에 따라 2002. 10. 11. 원고에게도 '소외 회사와 동일한 근로조건(급여와 후생 등) 하에 소외 회사에서 근무하던 부서에서 동일한 직무를 수행하는 조건으로 근로자들을 신규로 고용하되 피고 회사는 소외 회사의 퇴직금 지급 의무만을 승계하고, 근로자들은 피고 회사를 상대로는 소외 회사와의 고용관계 및 소외 회사로부터의 퇴사와 관련하여 발생하는 어떠한 권리주장이나 청구를 하지 않을 것에 동의한다'는 취지의 내용의 담긴 고용제안서를 제시하였다.
- 마. 이에 원고는 피고 회사가 제시한 고용제안서에 '본인이 처한 특수상황(20개월 이상 지속되는 인사대기의 부당성과 인사상의 불이익)에 국한하여 정당한 권리주장을 할 것입니다'라는 취지의 문구를 추가 기재한 다음 이를 제출하였다가, 2002. 10. 21. 무렵 피고 회사가 위 고용제안서를 되돌려주면서 새로운 고용제안서 제출을 요구하자, 이의를 유보하는 내용의 문구가 없는 고용제안서에 서명한 후 이를 제출하였다.
- 바. 피고 회사 취업규칙 제67조 제11호는 '대기발령 된 자가 3개월이 경과되도록 보직되지 아니한 때에는 해고한다'고 규정하고 있는데도 원고는 2000. 12. 1. 소외 회사로부터 대기발령을 받은 이래, 피고 회사가 고용승계를 한 2002. 10. 이후에도 보직을 부여받지 못한 채 기본급만 지급받아 오고 있다.

## 2. 주위적 청구에 관하여

원심이 제1심판결을 인용하여, 소외 회사가 원고에 대하여 한 1998. 10. 14.자 전보처분, 이 사건 인사대기처분의 각 무효와 임금 및 위자료의 지급을 구하는 이 사건 주위적 청구가 원고와 피고 회사 사이의 부제소합의에 반하여 이루어진 것이어서 부적법하고, 위 부제소합의가 비진의 의사표시에 해당하거나 피고 회사의 강요 또는 원고의 공박, 경솔, 무경험으로 인하여 현저히 불공정하게 체결되었다고 볼 수 없으며, 부제소합의의 문구가 예문에 불과하다고 볼 수도 없다고 하여, 원고의 주위적 청구를 각하한 제1심판결을 유지한 것은 정당하고, 거기에 부제소 합의에 관한 심리미진으로 인한 사실오인, 비진의 의사표시, 불공정한 법률행위, 강요된 행위에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 3. 예비적 청구에 관하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고가 피고 회사에 입사한 날로부터 1년이 경과한 2003. 10. 11.에 한 인사대기처분은 합리적 이유 없는 무효의 것이므로 위 인사대기처분의 무효확인과 아울러 위 인사대기처분으로 인하여 감액된 임금의 추가지급을 구하는 예비적 청구에 대하여, 피고 회사가 원고에 대하여 2003. 10. 11. 인사대기처분을 한 것으로 간주할

수 없고, 달리 피고 회사가 인사대기처분을 하였음을 인정할 증거가 없으므로 나머지 점에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다고 판단하였다. 그러나 원심이 원고의 예비적 청구를 모두 배척한 조치는 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다. 기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위하여는 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 하지만(2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결 참조), 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 걸쳐 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. 기록에 의하면, 피고 회사의 취업규칙 제53조 제1호는 경영형평상 과원으로 인정된 자에 대하여는 대기발령을 할 수 있고, 제53조 제2호는 대기발령된 직원에 대하여는 출근을 금할 수 있으며, 회사의 명에 의하여 출근하는 경우에는 기본급 또는 그에 준하는 임금만을 지급하고 기타의 급여는 지급하지 아니한다고 되어 있으며, 소외 회사에도 동일한 내용이 취업규칙에 정해져 있는바, 소외 회사가 경영형평상 과원을 이유로 이 사건 인사대기처분을 한 것 자체는 업무상 필요한 범위 안에서 이루어진 것으로서 정당한 이유가 있었다고 보더라도 그 이후 장기간에 걸쳐 인사대기처분을 그대로 유지하고 있다가 피고 회사가 2002. 10. 11.경 사실상 소외 회사와 원고사이의 고용관계를 그대로 승계하면서 원고와 명시적으로 고용계약까지 체결한 이상 경영형평상 과원이라고 보기도 어려우므로 원고에 대한 대기발령 사유는 일응 해소되었다고 볼 것인데, 그 이후에도 원고에게 아무런 직무도 부여하지 않은 채 기본급 정도만을 수령하도록 하면서 장기간 대기발령 조치를 그대로 유지한 것은 특별한 사정이 없는 한 정당한 사유가 있다고 보기 어렵다할 것이다. 그렇다면, 피고 회사가 2002. 10. 11.경 이후에도 원고에 대한 대기발령을 그대로 유지한 조치는 특별한 사정이 없는 한 무효라고 볼 것이고, 원고가 구하는 바에 따라 원고는 2003. 2. 1.부터 피고의 귀책사유로 인하여 자신의 근로계약상의 의무인 근로제공을 하지 못하게 된 것이라고 볼 수밖에 없으므로, 위 날짜 이후 계속 근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금과 실제 지급받은 돈의 차액의 지급을 청구할 수 있다고 할 것이다. 한편, 기록에 의하면, 원고 대리인은 2004. 5. 17. 제출한 청구취지 변경신청서에서 예비적 청구취지로 2003. 10. 11.자 인사대기처분의 무효를 구하고 있으나, 위 날짜를 기준으로 청구하는 원인은 전혀 밝히지 아니하고 있고, 오히려 같은 날짜에 제



출한 준비서면에서는 피고 회사가 고용승계를 한 후에도 인사대기처분을 유지하고 있는데 이러한 조치가 부당하다는 취지로 주장하면서 고용승계 이후의 대기처분은 피고가 행한 처분으로 보아야 한다고 주장하고 있는바, 결국 원고 주장의 요지는 피고 회사가 대기발령을 유지하면서 보직을 부여하지 않고 있는 것이 부당하다는 취지로 설회할 여지도 충분히 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 예비적 청구중에 피고 회사가 대기발령을 그대로 유지한 조치의 무효를 주장하는 지에 관하여 보다 세밀히 심리하여 보아야 함에도 불구하고 이에 이르지 아니한 채 위와 같은 이유로 예비적 청구를 그대로 기각한 원심판결에는 대기발령의 효력에 관한 법리를 오해하였거나 심리를 다하지 못함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

#### 4. 결 론

그러므로 원심판결 중 예비적 청구에 관한 부분을 파기하여, 이 부분 사건을 다시 심리, 판단하도록 원심법원에 환송하고, 원고의 나머지 상고를 기각하며, 상고기각 부분의 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박일환(재판장), 박시환, 김능환, 김용담(주심)

### (3) 대기발령 사유의 존부만으로 정당성을 판단한 사례

☞ 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000두9113 판결

#### » 요 지 «

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 것이다.

\* 원고, 상고인 : 김○○

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 농업협동조합중앙회 대표자 회장 정○○

\* 원심판결 : 서울고법 2000.10.19. 선고 99누15039 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 원심판결의 요지

원심은 제1심판결을 인용하여 판시 각 사실을 인정한 다음, 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 철산지점, 효자촌지점, 파주하나로클럽의 최상급자들이 ‘직무수행능력의 현저한 부족’ 등을 이유로 원고에 대한 인사조치를 요청하였던 점, 1998.5.경 파주하나로클럽의 동료 근로자들 역시 파견 나와 있던 원고의 근무태도 등



을 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 있던 노동조합 경기도지부장조차 ‘원고를 즉시 징계해직시켜야 한다’는 의견을 제시하였던 점, 원고가 철산지점 등 여러 곳의 사업장에 근무하면서 다수의 상급자로부터 연이어 최하위에 가까운 근무 성적 평정을 받아 온 점 등에 비추어 원고의 직무수행능력 및 근무태도는 극히 불량하였던 것으로 보이므로 참가인이 인사규정 제24조 제1항 제1호에 근거하여 원고에 대해 대기발령을 명한 것이 부당하다고 볼 수 없다고 판단하고, 나아가 참가인의 인사규정에 의한 직권면직 처분은 대기발령 후 3월간 보직을 부여받음이 없이 대기발령 상태가 계속됨으로 인하여 이루어지는 처분이므로 일단 대기발령이 정당하게 내려진 경우라면 그 후 3월의 기간 동안 직무수행능력의 회복이나 근무태도의 개선 등 대기발령 사유가 소멸되어 마땅히 보직을 부여하여야 할 경우가 아닌 한, 대기발령에 이은 직권면직 처분을 부당하다고 볼 수 없다고 할 것인데 원고는 대기발령을 받은 후 청와대 및 일부 국회의원에게 민원을 제기하는 등 자신의 주장을 강변하는 태도를 보여 왔을 뿐, 달리 대기발령 사유를 해소시키기 위한 노력을 기울인 흔적을 엿볼 수 없는 점, 참가인의 인사규정 제22조 제1항 제5호에 의하면 ‘직무수행능력 부족’ 자체가 면직사유로 규정되어 있는데 앞서 본 바와 같은 원고의 직무수행능력이나 근무태도만으로도 충분히 해고의 요건을 충족시킬 수 있는 것으로 보이는 점 등에 비추어 이 사건 해고가 부당하다고 볼 수 없다고 판단하였다.

## 2. 채증법칙 위배 및 심리미진으로 인한 사실오인 주장에 대한 판단

원심이 인용한 제1심이 채택한 증거 중의 일부가 이 사건의 지방노동위원회의 구제 명령이 있는 이후에 작성된 것이기는 하지만 그 증거의 내용이 원고에 대한 전보명령, 대기발령 및 면직처분 당시에 작성된 서류의 내용과 어긋나지 않고 그 내용 자체에서 허위로 또는 원고에게 불리하게 과장되어 작성된 것으로 보이지 않으므로 상고이유에서 주장하는 위와 같은 사유만으로는 원심판결에 채증법칙을 위반한 위법이 있다고 볼 수 없다.

그리고 취업규칙 등에 대기발령이 징계처분의 하나로 규정되어 있지 아니한 이상 사용자가 대기발령 처분을 함에 있어서 당해 근로자에게 변명의 기회를 부여하는 등의 징계절차를 거칠 필요는 없다 할 것인바, 기록에 의하면, 참가인회의 인사규정에는 대기발령이 징계처분의 하나로 규정되어 있지도 않고 그 절차에 관하여도 규정되어 있지 않음을 알 수 있으므로, 원심이 참가인회가 원고에 대한 대기발령을 함에 있어 소명의 기회를 부여하였는지 여부 등 그 절차에 관하여 심리하지 않았다고 하더라도 거기에 어떤 위법이 있다고 볼 수 없고, 또한 참가인회가 원고를 태백시지부 철암출장소 또는 파주하나로클럽으로 전보명령을 함에 있어 원고에게 소명기회를 부여하지 않았다는 사유만으로는 위 각 전보명령이 권리남용에 해당한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 원고의 직무수행능력부족을 사유로 한 대기발령 및 면직처분에 대한 이 사건에 있어서 위와 같은 사유는 판결 결과에 영향이 있다고 볼 수 없다. 결국 원심의 위에서 본 바와 같은 사실인정에 상고이유에서 주장하는 채증법칙 위배나 심리미진으로 인하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

### 3. 법리오해 주장에 대한 판단

가. 근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 상당한 재량을 인정하여야 할 것이지만, 그것이 근로기준법 등에 위반하거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 허용되지 않는다고 할 것이고, 전직처분이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 전직 명령의 업무상의 필요성과 전직에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교교량, 근로자 본인과 협의 등 그 전직명령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지의 여부 등에 의하여 결정되어야 할 것이다(대법원 1997.12.12. 선고 97다36316 판결 참조).

기록에 의하면, 참가인회가 원고를 안양 철산지점에서 태백시지부 철암출장소로 한 전보명령과 효자촌지점에서 파주하나로클럽으로 한 전보명령은 원고의 직무수행능력부족, 직원간의 인화 저해 등을 사유로 각 책임자의 인사이동 요청에 의한 것으로서 직장질서의 유지회복이라는 업무상 필요에 따른 것이고 이로 인하여 원고가 입게 되는 생활상의 불이익을 감안한다고 하더라도 그것이 원고가 근로자로서 통상 감수해야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이라고 볼 수 없으므로 권리남용에 해당된다고 할 수 없으므로 위 각 전보명령이 정당함을 전제로 한 원심판단은 정당하고, 거기에 법리오해의 위법은 없다.

나. 인사규정 등에 대기발령 또는 직위해제처분 후 일정기간이 경과하도록 복직발령을 받지 못하거나 직위를 부여받지 못하는 경우에는 당연퇴직 또는 면직된다는 규정을 두는 경우, 그 규정에 의하여 직위해제처분에 이은 당연퇴직 또는 면직은 이를 일체로서 관찰할 때 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약 관계를 종료시키는 것으로서 실질상 해고에 해당한다 할 것이고, 그 처분에 있어서는 근로기준법에 의한 제한을 받는다고 보아야 할 것인바, 일단 대기발령 또는 직위해제처분이 정당하고 그 대기발령 또는 직위해제처분 당시에 이미 근로자에게 사회통념상 근로관계를 지속시킬 수 없을 정도로 귀책사유가 있어 해고의 요건이 존재하는 경우에는 대기발령 또는 직위해제처분 후 직무수행능력의 회복이나 근무태도 개선 등 직위해제 사유가 소멸되어 마땅히 직위를 부여하여야 할 사정이 있음에도 합리적인 이유 없이 직위를 부여하지 아니하는 등의 경우가 아닌 한 대기발령 또는 직위해제처분에 이은 당연퇴직 또는 면직 처리 그 자체가 인사권 내지 징계권의 남용에 해당한다고 볼 수는 없다.

이 사건 대기발령과 면직처분에 관한 원심판결의 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 대기발령과 면직처분에 대한 법리오해의 위법은 없다.

### 4. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.



#### (4) 인사규정에서 정한 사유 이외의 사유를 이유로 한 대기발령

☞ 서울고법 2015. 7. 10. 선고 2015누38988 판결<sup>6)</sup>

#### » 요 지 «

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.

\* 제1심판결 서울행법 2015.3.5.선고 2014구합15139 판결

#### » 주 문 «

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용 중 원고와 피고 사이에 생긴 부분은 피고가 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이 각 부담한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 제1심 판결의 인용

피고와 참가인이 당심에서 주장하는 사유는 제1심에서 이미 주장한 내용과 크게 다르지 아니한데, 피고와 참가인이 당심에서 일부 보완한 주장과 사유를 고려하고, 제1심에서 제출된 증거에다가 참가인이 당심에서 새롭게 제출한 을나 제14 내지 27호증(가지번호 있는 경우 가지번호 포함)이 각 기재와 당심의 변론 결과 등을 보태어 살펴보더라도 원고에게 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 책임 있는 사유가 있다고 보기 어렵다는 제1심의 판단은 정당한 것으로 인정된다.

##### 2. 피고와 참가인의 당심에서의 본안전 항변에 관한 판단

###### 가. 피고와 참가인 주장의 요지

참가인이 원고에 대하여 2013.12.31. 이 사건 직위해제처분과 동일한 사유로 이 사건 징계해임처분을 한 이상 이 사건 직위해제처분은 그 효력을 상실하였다고 할 것이므로 원고에게는 그 취소를 구할 이익이 없다.

###### 나. 판단

- 1) 직위해제처분은 근로자의 지위를 그대로 존속시키면서 다만 그 직위만을 부여하지 않는 처분이므로 만일 어떤 사유에 기하여 근로자를 직위해제한 후 그 직위해제 사유와 동일한 사유를 이유로 징계처분을 하였다면 뒤에 이루어진 징계처분에 의하여 그전에 있었던 직위해제처분은 그 효력을 상실한다. 여기서 직위해제처분이 효력을

6) 대법원 2015. 10. 29. 2015두49016 판결에서 심리불속행 기각으로 확정



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 제공하기 위하여 그 실효된 직위해제처분에 대한 구제를 신청한 이익이 있다(대법원 2010.7.29.선고 2007두18406 판결 등 참조).

- 2) 위 법리에 비추어 살피건대, 원고가 당심에서 제출한 참가인의 보수규정 제16조의 1(갑 제87호증)은 직위가 해제된 자에 대하여는 기본급의 80%를 지급하되, 징계의결이 요구중이거나 형사사건으로 기소되어 직위해제된 사람이 직위해제일로부터 3개월이 지나도 직위를 부여받지 못할 시에는 그 3개월이 지난 후의 기간 중에는 봉급의 50%를 지급한다고 규정하고 있고 참가인의 인사관리규정 제16조 제2항에 의하면 제18조 제1호에 의하면 직위해제 중인 자는 승진할 수 없는 것으로 규정하고 있다.

그러므로 참가인이 이 사건 직위해제처분과 동일한 사유로 원고에 대하여 징계해임처분을 하였다고 하더라도 앞서 본 바와 같이 원고는 이 사건 직위해제처분으로 인하여 적어도 그 효력발생일부터 이 사건 징계해임처분일까지 급여의 일부를 받지 못하고 위 기간 동안 승진에 제한을 받는 등의 법률상 다툼이 있어 그 효력 여하가 확정되지 아니한 이상 원고는 참가인 소속 근로자의 신분을 상실한다고 볼 수 없어 여전히 이와 같은 인사상 불이익을 받는 상태에 있다고 할 것이므로 후속 처분인 이 사건 징계해임처분과는 별도로 이 사건 직위해제처분에 따른 불이익을 입고 있는 원고로서는 그러한 법률상 불이익을 제거하기 위하여 그에 대한 구제를 신청할 독자적인 이익이 있다고 할 것이다. 따라서 피고와 참가인의 위 본안전항변에 이유 없다.

### 3. 이 사건 직위해제처분의 적법 여부

#### 가. 피고의 참가인 주장의 요지

직위해제는 징벌적 제재로서의 징계와 그 성질이 다르고 이는 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속하는 것이므로 참가인의 인사관리규정 제35조에 규정된 직위해제사유들은 예시규정에 해당한다고 보아야 할 것이다. 그러므로 참가인의 인사관리규정 제35조의 '직수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자'란 단순히 육체적·정신적 기능의 정상적인 발휘가 불가능한 경우에 한정되지 아니하고 당해 근로자가 장래에 있어서 계속 직무를 수행하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니할 필요가 있는 경우도 포함된다. 따라서 원장의 복귀명령에 대한 결재를 거부하고 그와 상반되는 내용의 정정 인사명령을 한 원고에 대한 이 사건 직위해제처분은 참가인의 정당한 인사권의 행사로서 적법하다.

#### 나. 판단

- 1) 직위해제는 일반적으로 근로자가 직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태



도 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 의미하고, 근로자의 과거의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다. 그러므로 근로자에 대한 직위해제처분의 정당성은 근로자에게 당해 직위해제사유가 존재하는지 여부나 직위해제에 관한 절차규정을 위반한 것이 당해 직위해제처분을 무효로 할 만한 것이냐에 판단할 것이다( 대법원 2005.11.25.선고 2003두8210 판결 등 참조)

- 2) 위와 같은 법리에 따라 살펴건대, 참가인의 인사관리규정의 내용에다가 제1심의 인정사실 및 제1심이 든 증거들에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 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. 징계의결이 요구 중인 자, 3. 형사사건으로 기소된 자(약식명령이 청구된 자는 제외한다)'라고 규정함으로써 직위해제사유를 위 각 호의 사유로 한정하고 있을 뿐 명령 위반, 직무상 의무위반, 직무태만 등을 직위해제 사유로 규정하고 있지 않은 바, 위 규정은 인사상 불이익한 처분에 관하 것으로서 이를 단순히 예외적인 규정으로는 볼 수 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 제25조는 '제4장 포상 및 징계'가 아닌 '제5장 신분보장'에 위치하고 있어 이는 직원의 신분을 보장하려는 취지로 보이므로 인사재량권을 근거로 참가인의 인사관리규정을 벗어나 직위해제사유를 인정하기는 어렵다.
- ③ 원고의 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한지 여부에 관하여 살펴 보더라도 '근무수행능력이 현저하게 부족한 경우'라고 함은 정신적·육체적으로 직무를 적절하게 처리할 수 있는 능력이 현저히 부족한 경우만을 의미하고 징계사유에 해당하는 명령 위반, 직무상 의무위반, 직무태만 등은 이에 해당하지 않는다고 보는 것이 타당하므로(참가인의 인사관리 규정 제35조 제1항에 의하더라도 직위해제사유로서 '직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자'와 '징계의결이 요구 중인 자'를 구별하고 있다), 원장의 복귀명령에 대한 결과를 거부하고 그와 상반되는 내용의 정정인사명령을 시행한 바 있다거나, 원고에 대한 감사가 예정되어 있었

다는 등 피고와 참가인이 주장하는 직위해제사유를 가리켜 직무수행능력이 부족한 경우에 해당한다고 볼 수는 없고, 나아가 '근무성적이 극히 불량한 경우'라 함은 인사규정상의 근무평정 등에 의한 성적이 극히 불량함을 의미한다고 할 것인데, 원고에 대한 근무평정의 성적이 극히 불량하였다는 점에 대한 피고와 참가인의 아무런 입증이 없다(오히려 갑 제14호증, 갑 제86호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면 원고는 2013.7.경 2012경영평가 성과급 지급과 관련하여 참가인의 직원들에 대하여 실시된 근무평가에서 가장 높은 등급인 S등급을 받았다).

- ④ 앞서 살핀 바와 같이 원고가 직위해제를 받게 되는 경우 인사 및 보수상 불이익을 받게 되므로 참가인이 원고에 대하여 직위해제를 할 경우 특히 그 사유가 '직무수행능력의 부족과 근무성적의 불량'인 경우에는 근로자들에 대한 근무평가결과, 업무실적 등 객관적인 자료에 기초해서 이루어져야 하는 데 기록상 참가인이 이러한 객관적인 자료를 기초로 원고의 직무수행능력을 적절히 평가하여 이 사건 직위해제처분에 나아갔음을 인정할 자료가 없다.
- ⑤ 한편 참가인의 인사규정 제35조 제1항 제3호의 '징계의결이 요구중인 자'에 해당하기 위해서는 해당 직원에 대한 징계의결 요구서 등이 실제로 제출되어 징계의결이 진행되고 있는 중이거나 해당 직원에게 파면, 해임, 정직, 감봉과 같은 징계사유가 존재하는지에 대한 충분한 조사를 한 결과 징계사유가 존재하는 것에 대한 상당한 개연성이 인정되어 징계의결을 요구할 단계에 이르러야 한다고 봄이 상당하다. 또한 참가인의 인사관리규정을 체계적으로 해석하면 '징계의결이 요구중인 자'는 인사권자가 소속 직원에 대해 징계사유가 있다고 인정하여 참가인의 인사위원회에 징계의결을 요구하는 절차를 의미하는 것으로 해석된다. 그런데 갑 제17호증, 갑 제23호증의1 및 갑 제24호증의 각 기재에 의하면 C도 감사담당관실은 이 사건 직위해제처분이 있던 2013.10.11.로부터 3일 뒤인 2013.10.14.부터 2013.10.18.까지 5일간 이 사건 수련원에 대하여 종합감사를 실시한 뒤 2013.11.19. 감사결과를 통보하면서 원고에 대한 징계해임을 참가인에게 요구한 사실, 참가인은 2013.12.5. 이 되어서야 원고에 대해 인사위원회 개최에 따른 출석을 요구한 사실, 참가인은 2013.12.30. 원고에 대한 징계해임을 의결한 사실 등이 인정된다. 그리고 위 인정사실에 의하면 이 사건 직위해제처분 당시 원고에 대한 징계의결이 요구되거나 예정된 바가 없을 뿐만 아니라 단지 원고에 대한 C도 감사담당관실에 의한 감사가 예정되어 있었을 뿐이므로 참가인이 원고에 대한 징계의결을 요구하기 전에 이루어진 이 사건 직위해제처분이 '징계의결이 요구중인 자'에 대한 직위해제처분으로서 참가인의 인사관리규정의 요건을 갖추었다고 보기 힘들다.

#### 4. 결 론

그렇다면 제1심 판결은 정당하고 피고의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김명수, 판사 여운국, 판사 권순민



## (5) 대기발령의 절차적 정당성 판단

☞ 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다64833 판결

### » 요 지 «

1. 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.
2. 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 이루어져야 한다. 따라서 대기발령 등의 인사명령을 받은 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없다거나 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.
3. 갑 학교법인 산하 의과대학 교수이자 대학병원의 전문의인 을에 대한 진료정지처분이 처분 당시에는 정당한 인사권의 범위 내에 속하였지만, 을의 직능과 직책, 진료정지처분에 의한 을의 직무 제한의 정도 및 을이 입게 된 불이익의 내용, 잠정적인 인사명령 상태가 지속된 기간 등을 고려하면, 갑 법인이 진상조사위원회 조사를 거쳐 을에게 연구전담교수로의 전환을 제안하기 훨씬 전에 을을 원래의 지위로 복귀시키거나 다른 보직을 부여하는 확정적인 처분을 하였어야 함이 타당하므로, 갑 법인이 위 처분을 부당하게 장기간 유지한 것은 위법하다.



- \* 원고, 피상고인 겸 상고인 : A
- \* 피고, 상고인 겸 피상고인 : 학교법인 ○○학원
- \* 원심판결 : 서울고법 2012. 6. 22. 선고 2011나8616 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 각자가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 이 사건 진료정지처분의 성격에 관하여

가. 대기발령 등 근로자에게 불이익한 처분이라도 취업규칙이나 인사관리규정 등에 징계 처분의 하나로 규정되어 있지 않다면, 이는 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권 한에 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(대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결, 대법원 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결 등 참조). 한편 사용자의 인사명령에 속하는 불이익한 처분이 대기발령이나 보직의 해제와 같은 잠정적 처분인지, 전보 등 확정적 처분인지는 그 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. 원심은, 이 사건 진료정지처분은 원고의 환자 진료만을 정지시키는 것일 뿐 대학교수나 임상교원이라는 신분상 지위에 변동을 초래한 것이 아니고, 피고 병원의 인사 규정 등은 진료정지처분을 징계의 종류에 포함시키고 있지도 않은 점 등 그 판시와 같은 사정들을 이유로, 이 사건 진료정지처분은 일반적인 인사권의 범위에 포함되는 직무명령 또는 인사명령일 뿐 징계처분에 해당하지는 않는다고 판단하였다. 그리고 원고는 이 사건 진료정지처분으로 인하여 임상교원으로서의 지위를 유지하면서도 그 본질적 근로 내용인 진료를 제한받고 있으므로, 이 사건 진료정지처분은 원고의 근로 종류나 내용을 확정적으로 변경하는 것이 아니라 그 근로 내용을 잠정적으로 변경하는 것에 불과하여 원고의 피고 병원 의사로서의 지위에 관한 한은 대기발령과 유사한 처분이라고 봄이 옳다고 판단하였다.

이에 대한 원고의 상고이유 주장은 이 사건 진료정지처분은 실질적으로 징계처분이라고 보아야 한다는 취지이고, 반면 피고의 상고이유 주장은 이 사건 진료정지처분





은 원고를 진료업무에서 배제시키는 배치전환과 유사한 것으로서 잠정적인 처분이 아니라 확정적인 전직처분이라는 취지이다.

- 다. 기록에 의하면 이 사건 진료정지처분 당시 피고는 원고에 대한 추가적인 인사조치를 예정하고 있었던 것으로 보이므로, 위에서 본 법리에 비추어 볼 때 원심이 이 사건 진료정지처분은 징계처분이 아니라 잠정적인 인사명령 처분에 해당한다고 본 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 위 각 상고이유의 주장과 같은 법리오해 등의 위법이 있다고는 인정되지 않는다. 따라서 이 점에 관한 쌍방의 상고이유의 주장은 모두 이유 없다.

## 2. 진료정지처분의 절차 등에 관하여

근로자에 대한 전직·전보처분, 대기발령 등의 인사명령이 정당한 인사권의 범위 내에서 한 것인지 여부는 당해 인사명령의 업무상의 필요성과 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하고, 근로자 본인과의 협의 등 그 처분을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다(대법원 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결 등 참조).

원심은, 피고 병원의 적정진료평가위원회에서 원고의 진료가 부적절하다고 평가하였고, 이 사건 진료정지처분이 원고의 근로 내용을 잠정적으로 변경하는 것에 불과한 것인 점 등 그 판시와 같은 사정들을 이유로, 위 처분으로 인한 원고의 여러 불이익을 감안하더라도 피고 병원으로서는 의료사고를 대비하기 위해서라도 미리 원고에 대하여 진료정지처분을 할 필요성이 있었다고 봄이 옳다고 판단하였다. 또한 원심은, 원고가 피고 병원의 인사위원회에 참석할 것을 미리 통보받았고 문제되는 환자의 진료 경위 등에 관한 진술서를 준비하여 위 인사위원회에서 자신의 의견을 진술하기도 하였던 점 등 그 판시와 같은 사정들을 이유로, 피고로서는 이 사건 진료정지처분을 함에 있어 신의칙상 요구되는 절차도 모두 거쳤다고 보았다. 나아가 원심은, 결국 위와 같은 여러 사정들을 종합하여 보면 이 사건 진료정지처분은 적어도 그 처분 당시에는 정당한 인사권의 범위 내에 속하였다고 봄이 옳다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이 부분 원심의 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 원고가 상고이유로 주장하는 바와 같이 관련 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것은 없다.

## 3. 잠정적 인사명령의 한계 등에 관하여

- 가. 대기발령과 같은 잠정적인 인사명령이 그 명령 당시에는 정당한 경우라고 하더라도, 그러한 명령의 목적과 실제 기능, 그 유지의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 그 기간은 합리적인 범위 내에서 이루어져야 한다. 따라서 대기발령 등의 인사명령을 받은 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없다거나 근로제공을 함이 매우 부적

당한 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(대법원 2007. 2. 23. 선고 2005다3991 판결 참조). 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.

나. 원심에 이르기까지 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음 사실을 알 수 있다. 즉 원고는 피고 산하 의과대학 교수이자 대학병원의 산부인과 전문의로서 교수의 지위와 임상 의사의 지위를 겸하고 있지만 주된 업무는 의사로서의 진료이고 대학에서 강의를 맡은 것은 학기당 10시간도 채 되지 않는 정도였다. 이 사건 진료정지처분에도 불구하고 원고는 임상교원으로서의 지위를 유지하여 강의나 연구활동을 할 수는 있었지만 종전 직무 중 가장 핵심적인 부분인 진료를 하지 못하게 되었고, 아울러 진료를 기초로 한 연구활동도 사실상 어렵게 되었다. 또한 진료수당 부지급, 호봉승급 배제 등의 급여상의 불이익도 받게 되었다. 그런데도 피고는 이 사건 진료정지처분으로써 2009.10.1.부터 원고의 진료를 정지시킨 뒤, 그로부터 6개월이나 지난 2010.3.30.부터 실질적인 조사를 위한 진상조사위원회 활동을 시작하였다. 위 진상조사위원회가 2010.8.30.까지 5개월간 조사를 하여 2010.10.1.경 원고가 진료를 담당하는 것이 부적절하다는 의견을 내놓은 뒤에도, 피고는 2010.11.29.에야 원고에게 연구전담교수로의 전환을 제안하면서 2010.12.10.까지 의견을 제시하라고 통보하였다.

위와 같은 원고의 직능과 직책, 이 사건 진료정지처분에 의한 원고의 직무 제한의 정도 및 원고가 입게 된 불이익의 내용, 잠정적인 인사명령 상태가 지속된 기간 등을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고가 위와 같은 조사를 거쳐 원고에게 연구전담교수로의 전환을 제안하기 훨씬 전에 원고를 원래의 지위로 복귀시키거나 다른 보직을 부여하는 확정적인 처분을 하였어야 마땅하다. 따라서 적어도 원심이 인정한 위 2010.12.10. 이후에는 잠정적인 처분에 불과한 이 사건 진료정지처분 상태를 지속할 합리적인 이유가 있다고 볼 수 없다. 원심이 같은 취지에서, 2010.12.11. 이후에도 피고가 이 사건 진료정지처분을 유지한 것은 위법하다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고의 상고이유 주장과 같은 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

#### 4. 결 론

이에 관여 대법관의 일치된 의견으로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 각자가 부담하도록 하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 김창석(재판장), 양창수, 박병대(주심), 고영한



### 3.3 대기발령과 근로관계

#### (1) 대기발령과 출근의무

☞ 대법원 2003. 5. 16. 선고 2002다8138 판결

#### » 요 지 «

직위해제를 당한 원고들은 단순히 직위의 부여가 중지되었던 것에 불과하고 근로관계가 종료된 것이 아니어서 당연히 출근의 의무가 있다 할 것이고, 피고보조참가인의 정관에서는 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자에 대한 직위해제의 경우에 3월 이내의 기간 대기를 명하고, 능력회복이나 직무성적의 향상을 위한 교육훈련 또는 특별한 연구과제의 부여 등 필요한 조치를 취하도록 되어 있으나 근로자가 직위해제를 당한 경우 단순히 직위의 부여가 금지된 것일 뿐이고 근로자와 사용자의 근로관계가 당연히 종료되는 것은 아니라 할 것이다.

\* 원고, 상고인 : 이○○, 정○○

\* 피고, 피상고인 : 학교법인 ○학원 대표자 이사장 신○○

\* 환송판결 : 대법원 2001.5.29 선고, 99두7432 판결

\* 원심판결 : 서울고법 2002.8.9 선고, 2001누9112 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

#### 1. 제1점에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 그 채용증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 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(대법원 1996.10.29 선고, 95누15926 판결 참조), 직위해제를 당한 원고들은 단순히 직위의 부여가 중지되었던 것에 불과하고 근로관계가 종료된 것이 아니어서 당연히 출근의 의무가 있다고 할 것이고, 또한 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, 징계의결

이 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 판단하였는 바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 직위해제시 출근의무에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

## 2. 제2점에 대하여

원심이, '원고들이 출근하여 용역을 제공하더라도 참가인이 이를 받아들일 의사가 전혀 없었으므로 이러한 상태에서 원고들이 무단결근하였음을 이유로 원고들을 징계해임한 것은 위법하다'는 취지의 원고들의 주장에 대하여, 참가인은 전임 이사장인 신○○에 의하여 이사장실에서 근무하던 원고들 및 정○○ 등 5인에 대하여 이사장실에서 ○전문대학 학장실로 근무장소를 옮겼다가, 다시 본관 3층의 강의실, 노동조합사무실을 각 근무장소로 제공하였고, 원고들을 제외한 정○○, 조○○, 권○○ 등은 위 노동조합사무실에서 근무하였는데, 원고들은 위 노동조합 사무실에는 전혀 출근하지 않았고, 학장실에만 간혹 출입하였을 뿐이며, 원고들 스스로 1996.1.17 이후 직위해제가 부당하여 법적 투쟁을 위해 출근치 아니하였다고 진술하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 참가인에게 원고들의 용역을 받아들일 의사가 없었다고 볼 수 없다고 판단하여 원고들의 위 주장을 배척하였는 바, 관계 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 심리를 다하지 아니하거나 채증법칙에 위배하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 할 수 없다.

## 3. 제4점에 대하여

원심이, 원고들은 계속 15일 이상 무단결근을 함으로써 참가인 복무규정 제63조 제10호를 위반하였고, 원고 이○○의 경우 오산전문대학의 서무과장으로 참가인의 회계업무처리함에 있어서 관련 법령 등에 반하는 행위를 함으로써 위 복무규정 제63조 제12호를 위반하였다고 할 것인데, 원고들이 무단결근을 한 기간 및 경위, 원고들에 대한 징계해임결의가 있기까지의 과정, 원고 이○○의 회계관련 위법행위의 내용 등 제반 사정에 비추어 보면, 원고들의 위 복무규정 위반행위는 그 위반의 정도가 심하여 참가인과 사이의 근로관계를 계속함이 심히 부당한 정도에 이르렀다고 할 것이므로, 참가인이 위와 같은 사정을 들어 원고들을 징계해임한 것은 정당하고, 이 사건 징계해임이 재량권을 남용한 부당한 것이라고는 볼 수 없다고 판단하였는 바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 이유불비, 이유모순 또는 징계양정에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

## 4. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들의 부담으로 하기로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 강신욱(재판장), 변재승(주심), 윤재식, 고현철



## (2) 대기발령과 당연퇴직

☞ 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007두1460 판결★

### » 요 지 «

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 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 담당직무의 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.

\* 원고, 피상고인 : 한국시멘트 주식회사

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고 보조참가인, 상고인 : 보조참가인 1

\* 원심판결 : 서울고법 2006. 12. 13. 선고 2006누9704 판결

### » 주 문 «

원심판결 중 당연퇴직 처분에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 나머지 상고를 기각한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 대기발령의 정당성에 관하여

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. 또 기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위해서는 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 2006.8.25. 선고 2006두5151 판결 등 참조).

이러한 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원고의 피고 보조참가인(이하 참가인이라고 한다)에 대한 대기발령의 정당성을 인정한 이 부분 원심판결 및 제1심판결의 이유 설시에는 다소 부적절한 부분이 없지 않으나, 원고의 이사회 결의에 따라 설치된 비상대책위원회의 위원장으로 발령받아 근무하던 참가인이 위 위원회 해체 후에도 원직 복귀명령 및 업무인계 지시에 응하지 않으면서 노동조합의 집회에 참석한 행위 등이 원고의 인사규정 제94조의4 제1항 제1호 소정의 대기발령 사유인 '직장의 내외를 불문하고 회사의 명예나 신용을 손상케 하였을 때'에 해당한다고 판단한 조치는 충분히 수긍할 수 있고(다만, 아래 제2항에서 보는 여러 사정에 비추어 보면 인사규정 제94조의4 제1항 제2호 소정의 '고의 또는 중과실로 회사에 손해를 발생케 하였거나 발생케 할 우려가 있을 때'에 해당하는 것으로 보기는 어렵다), 거기에 피고 및 참가인의 상고이유의 주장과 같이 판결에 영향을 미친 채증법칙 위배, 심리미진 또는 법리오해 등의 위법이 없다.

## 2. 당연퇴직 처분의 정당성에 관하여

인사규정 등에 대기발령 후 일정 기간이 경과하도록 복직발령을 받지 못하거나 직위를 부여받지 못하는 경우에는 당연퇴직 된다는 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 94다43351 판결, 2002.8.23. 선고 2000두9113 판결, 2004.10.28. 선고 2003두

6665 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 2001두8018 판결, 2006.11.23. 선고 2006다48069 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 참가인에 대한 이 사건 당면퇴직 처분은 ‘대기발령 후 3개월 이내에 재발령을 받지 못하였을 때에는 그 사유 발생일에 당면퇴직된 것으로 간주한다.’는 원고의 취업규칙 제29조 제1항 제9호에 근거하여 이루어진 것으로서 실질상 해고에 해당하므로, 이러한 경우 원심으로서는 원칙적으로 사용자의 고유권한에 속하는 인사명령인 대기발령 자체의 정당성뿐만 아니라 그 대기발령 당시에 이미 사회통념상 원고와 참가인 사이의 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 사유가 존재하였거나 대기발령 기간 중 그와 같은 정당한 해고사유가 확정되었는지 여부에 관하여 더 나아가 살펴본 후 이 사건 당면퇴직 처분이 원고의 인사권 내지 징계권의 남용에 해당하는지를 판단하였어야 할 것이다.

그런데도 원심은 이 점에 관한 참가인의 주장에 대하여 아무런 판단을 하지 아니한 채 ‘원고가 원심 피고 보조참가인 2와 달리 참가인에 대하여만 당면퇴직 처분을 한 것이 형평에 반한다고 할 수 없으며, 그 처분은 원고의 취업규칙에 근거한 것이어서 유효하다.’라고만 판단하고 말았으니, 이 부분 원심판결에는 대기발령에 이은 당면퇴직 처분의 성질 및 그것이 정당한 처분이 되기 위한 요건에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니하고 참가인의 주장에 대한 판단을 누락한 위법이 있다.

나아가 이 사건에서 참가인을 해고할 만한 정당한 사유가 존재하는지에 관하여 보건대, 원심이 인정한 사실관계 및 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 참가인은 원고가 직원들의 결의사항을 수용하여 이사회 결의로 설치한 비상대책위원회의 위원장이면서 다른 한편으로는 원고의 근로자들이 설립한 우리사주조합의 조합장이기도 하였으므로 원고의 주식 양도를 둘러싼 경영권 다툼에 직접적인 이해관계를 가지고 있는 점, 참가인이 선동하였다고 하는 근로자들의 집단휴가 신청의 사유도 경영권 교체가 예상되는 원고의 임시주주총회에 근로자들이 직접 참석하겠다는 것이었으므로 그 신청 자체가 부당하였다고 보기는 어려운 점, 비상대책위원회는 당시 원고 대표이사 등의 적극적인 협력하에 원고의 경영권과 관련된 각종 법적 신청을 원고 명의로 제기하거나 주식 양수인측의 그와 같은 신청에 대한 원고의 대응조치 등을 주도적으로 진행하여 왔는데, 아직 일부 소송이 종결되지 않은 상황에서 비상대책위원회가 해체되자 그 사무실에 보관되어 있던 소송 관련 서류 및 원고의 이사 소외인의 주권은 모두 원고의 근로자들로 구성된 노동조합이 넘겨받아 계속 보관하고 있으며 그로 인하여 원고에게 손해가 발생하거나 그 주권이 함부로 처분될 가능성은 크지 않은 점, 참가인은 비상대책위원회 해체 후 원직인 장성공

장 관리팀으로 복귀하지 않고 있었으나 대기발령이 내려질 무렵에는 복귀한 것으로 보이는 점, 한편 이 사건 대기발령 사유 중에서 참가인의 영업활동과 관련된 부실채권 발생 사실에 대하여는 원고가 대기발령 시까지 이를 특별히 문제 삼지 않았던 점, 참가인이 자신에 대한 대기발령 해제 여부를 심의하는 인사위원회에 출석하여 대기발령의 부당성을 주장한 것은 정당한 권리의 행사라고 볼 수 있는 점 등의 여러 사정을 종합해 보면, 참가인에 대한 원고의 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 당연퇴직 처분은 인사권 내지 징계권의 남용에 해당하는 것으로 봄이 상당하다.

따라서 이상과 같은 점들을 지적하는 취지가 포함된 피고 및 참가인의 상고이유의 주장은 이유가 있다.

### 3. 결 론

그러므로 원심판결 중 당연퇴직 처분에 관한 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 나머지 상고는 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김황식(재판장), 김영란, 이홍훈, 안대희(주심)





### (3) 실효된 대기발령의 구제이익

 대법원 2010. 7. 29. 선고 2007두18406 판결<sup>7)</sup>

#### » 요 지 «

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.

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 2007. 8. 14. 선고 2007누872판결

\* 판결선고 : 2010. 7. 29.

7) 본 판결의 원문은 `주제별 노동판례 330선` 제1부 제3장 구제대상과 구제이익 등 206쪽에 기재되어 있음

#### (4) 당연면직으로 이어지는 대기발령의 소의 이익

☞ 대법원 2018. 5. 30. 선고 2014다9632 판결

#### » 요 지 «

1. 근로계약의 종료사유는 퇴직, 해고, 자동소멸 등으로 나누어 볼 수 있다. 퇴직은 근로자의 의사로 또는 동의를 받아서 하는 것이고, 해고는 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사로 하는 것이며, 자동소멸은 근로자나 사용자의 의사와는 관계없이 근로계약이 자동적으로 소멸하는 것이다. 근로기준법 제23조에서 말하는 해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 절차에 관계없이 위의 두 번째에 해당하는 모든 근로계약관계의 종료를 뜻한다. 사용자가 어떠한 사유의 발생을 당연퇴직사유로 정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와 달리 하였더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것은 성질상 해고로서 근로기준법에 정한 제한을 받는다고 보아야 한다. 이 경우 근로자는 사용자를 상대로 당연퇴직조치에 근로기준법 제23조가 정한 정당한 이유가 없음을 들어 당연퇴직처분 무효확인의 소를 제기할 수 있다. 한편 확인의 소는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 관한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 허용되지만, 과거의 법률관계도 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 있고 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효·적절한 수단이라고 인정될 때에는 확인의 이익이 있다.
2. 원고가 징계처분의 일종인 이 사건 대기처분을 받은 후 피고 회사 포상규정에 따라 대기처분 후 6개월 이내에 보직을 받지 못하였다는 이유로 이 사건 자동해임처분까지 이루어진 경우, 이 사건 대기처분의 무효를 구할 확인의 이익이 인정되는지가 문제된 사안임. 원심은 이 사건 자동해임처분이 대기처분 상태가 일정기간 존속한다는 사실에 대한 효과로서 당연히 발생하는 것에 불과하여 자동해임이라는 독립된 별개의 법률행위가 존재하는 것은 아니라고 전제하고, 이 사건 대기처분의 무효 확인을 구할 법률상 이익이 있다고 판단하였음.
3. 이 사건 자동해임처분은 징계처분인 대기처분과 독립된 별개의 처분으로, 근로자인 원고의 의사에 반하여 사용자인 피고의 일방적 의사에 따라 근로계약관계를 종료시키는 해고에 해당하므로, 원심의 이 부분 전제 판단은 잘못이나, 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 해고되었더라도 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 적법한지 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 위험이나 불안을 제거할 수 있다고 보아야 한다. 원심의 판단에 판결에 영향을 미친 잘못은 없다.

\* 원고, 피상고인 : A

\* 피고, 상고인 : ○○일보 주식회사

\* 원심판결 : 부산고법 2014.1.8. 선고 2013나5176 판결

## 》 주 문 《

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

## 》 이 유 《

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서 등은 이를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

### 1. 확인의 이익 인정 여부(상고이유 제1점)

가. 근로계약의 종료사유는 퇴직, 해고, 자동소멸 등으로 나누어 볼 수 있다. 퇴직은 근로자의 의사로 또는 동의를 받아서 하는 것이고, 해고는 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사로 하는 것이며, 자동소멸은 근로자나 사용자의 의사와는 관계없이 근로계약이 자동적으로 소멸하는 것이다.

근로기준법 제23조에서 말하는 해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 절차에 관계없이 위의 두 번째에 해당하는 모든 근로계약관계의 종료를 뜻한다. 사용자가 어떠한 사유의 발생을 당연퇴직사유로 정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와 달리하였더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것은 성질상 해고로서 근로기준법에 정한 제한을 받는다고 보아야 한다. 이 경우 근로자는 사용자를 상대로 당연퇴직조치에 근로기준법 제23조가 정한 정당한 이유가 없음을 들어 당연퇴직처분 무효확인 소를 제기할 수 있다(대법원 1993.10.26. 선고 92다54210 판결 등 참조).

한편 확인의 소는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 관한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 허용되지만, 과거의 법률관계도 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 있고 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효·적절한 수단이라고 인정될 때에는 확인의 이익이 있다(대법원 2010.10.14. 선고 2010다36407 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유와 기록에 따르면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- (1) 피고는 2012.4.18. 징계위원회를 개최하여 원심판결 기재와 같은 징계사유를 들어 원고에 대하여 대기처분을 하였다(이하 '이 사건 대기처분'이라 한다).
- (2) 피고의 포상징계규정 제13조제6호는 징계의 한 종류로 '대기'를 열거하면서 피고의 사원이 대기처분을 받은 뒤 6개월을 지나도 보직을 부여받지 못한 경우 자동 해임되며, 대기기간 중 임금이 감액(1개월: 기본급의 100%, 2개월: 기본급의 80%, 3~6개월: 기본급의 50%)된다고 정하고 있다. 그리고 피고의 사규 제28조와 제30조는 대기처분을 받은 사원의 경우 정기승급과 특별승급이 1회에 한하여 보류되고, 대기처분 확정 후 1년이 지나지 않은 경우 승진이 보류된다고 정하고 있다.
- (3) 피고는 2012.10.17. 원고에게 "피고의 포상징계규정 제13조제6호의 대기처분기간 만료에 따라 보직을 받지 못해 2012.10.19. 00:00시를 기해 자동해임을 확정. 피고는 2012.10.19. 00:00시를 기해 원고와의 근로관계를 해지함"이라는 통지를 하였고, 이에 따라 원고는 2012.10.19. 자동해임되었다(이하 '이 사건 자동해임처분'이라 한다).

다. 이러한 사실을 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 자동해임처분은 징계처분인 이 사건 대기처분과 독립된 별개의 처분으로, 근로자인 원고의 의사에 반하여 사용자인 피고의 일방적 의사에 따라 근로계약관계를 종료시키는 해고에 해당한다. 그런데도 원심은 이 사건 자동해임처분이 대기처분 상태가 일정기간 존속한다는 사실에 대한 효과로서 당연히 발생하는 것에 불과하여 자동해임이라는 독립된 별개의 법률행위가 존재하는 것은 아니라고 전제한 다음, 이 사건 대기처분의 무효 확인을 구할 법률상 이익 여부를 판단한 잘못이 있다.

그러나 이 사건 대기처분으로 원고는 대기처분 기간 동안 승진·승급에 제한을 받고 임금이 감액되는 등 인사와 급여에서 불이익을 입었다. 원고가 이 사건 대기처분 이후 이 사건 자동해임처분에 따라 해고되었다더라도 해고의 효력을 둘러싸고 법률적인 다툼이 있어 해고가 정당한지가 아직 확정되지 않았다. 더군다나 이 사건 자동해임처분이 이 사건 대기처분 후 6개월 동안의 보직 미부여를 이유로 삼고 있는 것이어서 이 사건 대기처분이 적법한지 여부가 이 사건 자동해임처분 사유에도 직접 영향을 주게 된다.

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.

결국 원심판결에는 위와 같은 잘못이 있지만 이 사건 대기처분의 무효 확인을 구할 법률상 이익이 있다고 판단한 원심의 결론은 정당한 것으로 수긍할 수 있다. 원심의



판단에 상고이유 주장과 같이 이 사건 자동해임처분의 성격과 확인의 이익에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

## 2. 징계재량권 남용 여부(상고이유 제2점)

가. 취업규칙이나 상별규정에서 징계사유를 정하면서 동일한 사유에 대하여 여러 등급의 징계가 가능한 것으로 정한 경우에 그중 어떤 징계처분을 선택할 것인지는 징계권자의 재량에 속한다. 이러한 재량은 징계권자의 자의적이고 편의적인 재량이 아니고 징계사유와 징계처분 사이에 적절한 균형이 이루어져야 하므로, 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에는 위법하다(대법원 2015.7.9. 선고 2014다76434 판결 등 참조).

나. 원심은 이 사건 대기처분이 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 경우에 해당하여 위법하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단 이유에 일부 적절하지 않은 부분이 있지만, 원심의 결론은 정당한 것으로 수긍할 수 있다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 이 사건 대기처분의 성격과 그 무효 판단 기준에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

## 3. 결 론

피고의 상고는 이유 없어 이를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김창석, 대법관 조희대, 주 심 대법관 김재형, 대법관 민유숙

## 4. 기타 인사발령

### 4.1 헌법상 일반적 행동자유권을 침해하는 인사명령의 효력

☞ 대법원 2018. 9. 13. 선고 2017두38560 판결

#### » 요 지 «

원고는 항공운송업 등을 영위하는 사기업으로서 헌법상 영업의 자유에 근거하여 항공사에 대한 고객의 신뢰와 만족도 향상, 직원들의 책임의식 고취와 근무기강 확립 등 필요에 따라 합리적 범위 내에서 취업규칙을 통하여 소속 직원들을 상대로 용모와 복장 등을 제한할 수도 있다. 그러나 이러한 취업규칙은 근로자의 기본권을 침해하거나 헌법을 포함한 상위법령 등에 위반될 수 없다는 한계를 가진다. 원고의 취업규칙인 「임직원 근무복장 및 용모규정」 제5조제1항 제2호는 소속 직원들이 수염을 기르는 것을 전면적으로 금지하고 있어 원고의 영업의 자유와 참가인의 일반적 행동자유권이 충돌하는 결과를 초래하고 있다. 오늘날 조금씩 개방화되는 사회현실을 고려할 때 원고 소속 직원들이 수염을 기른다고 하여 반드시 고객의 부정적인 인식과 영향을 끼친다고 단정하기 어렵고, 오히려 해당 직원이 타인에게 혐오나 불쾌감을 주지 않는 범위 내에서 자신의 외모 및 업무 성격에 맞게 깔끔하고 단정하게 수염을 기른다면 그것이 고객의 신뢰나 만족도 등에 긍정적인 영향을 미칠 수도 있다. 더욱이 참가인은 항공기의 조종을 책임지는 기장으로 근무하고 있는데, 기장의 업무범위에 항공기에 탑승하는 고객들과 직접적으로 대면하여 서비스를 제공하는 것이 당연히 포함된다고 볼 수 없고, 참가인이 자신의 일반적 행동자유권을 지키기 위하여 선택할 수 있는 대안으로는 원고 회사에서 퇴사하는 것 외에는 다른 선택이 존재하지 않는다. 원고는 항공운항의 안전을 위하여 항공기 기장의 턱수염을 전면적으로 금지할 필요가 있다는 취지로 주장하나, 이를 뒷받침할 만한 합리적 이유와 근거도 찾아보기 어렵고, 오히려 원고는 항공기 기장을 포함한 외국인 직원들에게는 수염을 기르는 것을 부분적으로 허용하여 왔고 다른 항공사들도 운항승무원이 수염을 기르는 것을 전면적으로 금지하고 있지 않다. 아울러 원고가 개별적인 업무특성과 필요성을 고려하여 수염의 형태 등을 합리적으로 제한하는 것이 불가능하거나 어려워 보이지 않는다.

그러므로 이 사건 조항이 원고 소속 직원들의 수염을 전면적으로 제한하는 것은 원고가 보유하는 영업의 자유의 한계를 넘어서 참가인의 일반적 행동자유권을 과도하게 제한하는 것으로서 참가인 등 근로자의 일반적 행동자유권을 침해한다.

\* 사 건 : 2017두38560 부당비행정지구제재심판정취소

\* 원고, 상고인 : ○○○○ 항공 주식회사



- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인, 피상고인 : 피고보조참가인
- \* 원심판결 : 서울고법 2017.2.8. 선고 2016누50206 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 기본권 충돌상황에서 기본권 침해 여부 등에 관한 판단 방법

가. 헌법상 기본권은 제1차적으로 개인의 자유로운 영역을 공권력의 침해로부터 보호하기 위한 방어적 권리이지만 다른 한편으로 헌법의 기본적인 결단인 객관적인 가치 질서를 구체화한 것으로서, 사법(私法)을 포함한 모든 법 영역에 그 영향을 미치는 것이므로 사인간의 사적인 법률관계도 헌법상의 기본권 규정에 적합하게 규율되어야 한다.

다만 기본권 규정은 그 성질상 사법관계에 직접 적용될 수 있는 예외적인 것을 제외하고는 관련 법규범 또는 사법상의 일반원칙을 규정한 민법 제2조, 제103조 등의 내용을 형성하고 그 해석기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치게 된다(대법원 2010.4.22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결 참조).

나. 헌법 제15조는 ‘모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.’라고 규정하여 직업선택의 자유를 보장하고 있고, 이 규정에 의하여 보장되는 자유에는 선택한 직업에 종사하면서 그 활동의 내용·태양 등에 관하여도 원칙적으로 자유로이 결정할 수 있는 직업활동의 자유도 포함된다(대법원 1994.3.8. 선고 92누1728 판결 참조). 아울러 헌법 제15조제1항, 제23조제1항, 제119조제1항의 취지를 기업 활동의 측면에서 보면, 모든 기업은 그가 선택한 사업 또는 영업을 자유롭게 경영하고 이를 위한 의사를 결정할 자유를 가지며 이는 헌법에 의하여 보장되고 있다(대법원 2003.11.13. 선고 2003도 687 판결 참조).

한편, 헌법 제10조는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다’고 규정한다. 이러한 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동자유권은 모든 행위를 하거나 하지 않을 자유를 내용으로 하고, 그 보호 영역에는 개인의 생활방식과 취미에 관한 사항도 포함된다(헌법재판소 2014.4.24. 선고 2011헌마 659 결정 등 참조). 이에 따라 헌법 제32조제3항 역시 ‘근로조건’의 기준이 ‘인간의

존엄성'을 보장하도록 법률로 정한다고 규정하고 있고, 제33조제1항은 근로자의 근로조건 향상을 위하여 근로 3권을 인정하고 있다. 이러한 조항들은 기업의 경영에 관한 의사결정의 자유가 무제한적인 것이 아니라 그 의사결정과 관계되는 또 다른 기본권 주체인 근로자와의 관계 속에서 그 존엄성을 인정하는 방향으로 조화롭게 조정되어야 함을 당연히 전제하고 있다. 헌법 제119조제2항이 국가로 하여금 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있도록 규정한 취지 역시 이와 궤를 같이한다.

- 다. 이처럼 기업의 경영에 관한 의사결정의 자유 등 영업의 자유와 근로자들이 누리는 일반적 행동자유권 등이 '근로조건' 설정을 둘러싸고 충돌하는 경우에는, 근로조건과 인간의 존엄성 보장 사이의 헌법적 관련성을 염두에 두고 구체적인 사안에서의 사정을 종합적으로 고려한 이익형량과 함께 기본권들 사이의 실제적인 조화를 꾀하는 해석 등을 통하여 이를 해결하여야 하고, 그 결과에 따라 정해지는 두 기본권 행사의 한계 등을 감안하여 두 기본권의 침해 여부를 살피면서 근로조건의 최종적인 효력 유무 판단과 관련한 법령 조항을 해석·적용하여야 한다(위 2008다38288 전원합의체 판결 등 참조).

## 2. 피고보조참가인에 대한 이 사건 비행정지 조치의 위법 여부

가. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- (1) 원고는 1988.2.17. 설립되어 국내외 항공운송업 등을 영위하는 회사이고, 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다)은 1997.7.1. 원고 회사에 입사하여 비행업무에 종사하여 왔다.
- (2) 원고의 취업규칙인 「임직원 근무복장 및 용모규정」 제5조는 '임직원의 용모는 단정하고 청결을 유지하여야 한다'고 하면서, 제1항제2호에서 남자 직원의 경우 '안면은 항상 면도가 된 청결한 상태를 유지하며, 수염을 길러서는 아니 된다. 다만, 관습상 콧수염이 일반화된 외국인의 경우에는 타인에게 혐오감을 주지 않는 범위 내에서 이를 허용한다'고 규정하고 있다(이하 '이 사건 조항'이라고 한다).
- (3) 한편 참가인은 A320 비행기 기장으로 근무하던 2014년 9월경 턱수염을 기르고 있었다. 참가인이 속한 원고의 A320 안전운항팀 팀장은 2014.9.12. 참가인에게 '참가인이 턱수염을 기르는 것은 이 사건 조항에 위배되므로 면도를 하라'고 지시하였으나, 참가인은 위 조항이 참가인과 외국인 직원을 부당하게 차별하고 참가인의 자유를 침해한다는 등의 이유로 위 지시에 계속 불응하였다.
- (4) 이에 원고는 2014.9.12.부터 2014.9.말까지 참가인의 비행업무를 일시적으로 정지시켰다(이하 '이 사건 비행정지'라고 한다). 이후 참가인이 면도를 하고 비행업무에 복귀하고 싶다는 의사를 표시하자, 원고는 2014.10.8.부터 같은 달 10일까지 비행업무





전 지상근무 관찰기간을 거쳐 같은 달 11일부터 참가인을 다시 비행업무에 복귀시켰다.

- (5) 참가인은 2014.12.9. '이 사건 비행정지가 부당한 인사처분에 해당한다'고 주장하면서 서울지방법노동위원회에 구제신청을 하였으나 기각되자 2015.3.6. 중앙노동위원회에 재심신청을 하였다. 중앙노동위원회는 2015.5.14. '이 사건 조항은 유효성에 논란이 있을 수 있고, 이 사건 비행정지에 업무상 필요성이나 합리적 이유가 없고 그로 인하여 참가인이 입은 생활상 불이익이 크다'는 등의 이유를 들어 위 초심판정을 취소하고, 이 사건 비행정지가 부당한 처분임을 인정하는 등의 판정을 하였다.

나. 위와 같은 사실관계 및 기록에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고가 헌법상 영업의 자유 등에 근거하여 제정한 이 사건 조항은 참가인의 헌법상 일반적 행동자유권을 침해하므로 근로기준법 제96조제1항, 민법 제103조 등에 따라서 무효라고 할 것이다.

- (1) 원고는 항공운송업 등을 영위하는 사기업으로서 항공사에 대한 고객의 신뢰와 만족도 향상, 직원들의 책임의식 고취와 근무기강 확립 등 필요에 따라 합리적 범위 내에서 취업규칙을 통하여 소속 직원들을 상대로 용모와 복장 등을 제한할 수도 있다.

일반적 행동자유권 역시 무제한적인 것이 아니기 때문이다. 다만 이러한 취업규칙은 근로자의 기본권을 침해하거나 헌법을 포함한 상위법령 등에 위반될 수는 없다는 한계를 가진다.

- (2) 한편 이 사건 조항은, 일부 외국인 직원의 콧수염 이외에는 참가인을 포함한 원고 소속 직원들이 수염을 기르는 것을 전면적으로 금지함으로써 참가인의 일반적 행동자유권을 제한하고 있다. 이러한 제한으로 인하여 원고의 영업의 자유와 참가인의 일반적 행동자유권이 충돌하는 결과를 초래한다.

- (3) 이 사건 조항은 원고의 영업의 자유와 참가인의 일반적 행동자유권에 대한 이익형량이나 조화로운 조정 없이 일부 외국인의 콧수염에 관한 예외를 제외하고는 원고 소속 모든 직원들이 수염을 기르는 것 자체를 전면적으로 금지하고 있다. 이처럼 영업의 자유와 관련한 필요성과 합리성의 범위를 넘어서 일률적으로 그 소속 직원들의 일반적 행동자유권을 제한하고 있는 것은 기본권 충돌에 관한 형량과 기본권의 상호조화 측면에서 문제가 있다.

- (4) 오늘날 개인 용모의 다양성에 대한 사회 인식의 변화 등을 고려할 때, 원고 소속 직원들이 수염을 기른다고 하여 반드시 고객에게 부정적인 인식과 영향을 끼친다고 단정하기 어렵다. 오히려 해당 직원이 타인에게 혐오나 불쾌감을 주지 않는 범위 내에서 자신의 외모 및 업무 성격에 맞게 깔끔하고 단정하게 수염을 기른다면 그것이 고객의 신뢰나 만족도 등에 긍정적인 영향을 미칠 수도 있다. 이 사건 기록을

살펴보아도, 이 사건 조항에 따라서 직원들에게 수업을 기르지 못하도록 한 결과 직원들의 책임의식이나 고객의 신뢰도가 더 높아졌다고 볼 합리적 이유와 자료도 찾아볼 수 없다. 따라서 수업 자체로 인하여 언제나 영업의 자유에 미치는 위해나 제약이 있게 된다고 단정할 수는 없다.

- (5) 더욱이 참가인은 항공기의 조종을 책임지는 기장으로 근무하고 있는데, 기장의 업무 범위에 항공기에 탑승하는 고객들과 직접적으로 대면하여 서비스를 제공하는 것이 당연히 포함되어 있다고 볼 수 없다. 참가인이 자신의 일반적 행동자유권을 지키기 위해서 선택할 수 있는 대안으로는 원고 회사에서 퇴사하는 것 외에는 다른 선택이 존재하지 않는다. 그럼에도 이처럼 수업을 일률적·전면적으로 기르지 못하도록 강제하는 것은 합리적이라고 볼 수 없어, 참가인의 일반적 행동자유권을 과도하게 제한한다고 볼 수 있다.
- (6) 원고는 항공운항의 안전을 위하여 항공기 기장의 턱수업을 전면적으로 금지할 필요가 있다는 취지로 주장하나, 이러한 주장을 뒷받침할 만한 별다른 합리적 이유와 근거도 찾아보기 어렵다. 오히려 원고는 항공기 기장을 포함한 원고 소속 외국인 직원들에게는 수업을 기르는 것을 부분적으로 허용하여 왔고, 다른 항공사들도 운항승무원이 수업을 기르는 것을 전면적으로 금지하고 있지 않다. 아울러 원고가 취업규칙을 개정하여 개별적인 업무의 특성과 필요성을 고려하여, 구체적·개별적으로 수업의 형태를 포함하여 용모와 복장 등을 합리적으로 제한하는 것이 불가능하거나 어려워 보이지 않는다.
- (7) 그러므로 이 사건 조항은 원고가 보유하는 영업의 자유의 한계를 넘어서 참가인의 일반적 행동자유권을 과도하게 제한하는 것으로서, 참가인 등 근로자의 일반적 행동자유권을 침해한다.

다. 원심은 같은 취지에서, 이 사건 조항이 참가인의 일반적 행동자유권을 침해하여 근로기준법 제96조제1항 등에 위반되어 무효이고, 참가인이 이와 같이 위헌·위법인 이 사건 조항을 준수하지 않았음을 전제로 이루어진 이 사건 비행정지 또한 위법하다고 판단하였다. 원심의 이러한 판단은 앞서 본 법리에 기초한 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 기본권 충돌에 관한 법리, 취업규칙의 효력 등을 오해한 잘못이 없다.

### 3. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 박정화, 대법관 권순일, 주심 대법관 이기택



## 4.2 형사기소를 이유로 하는 명령휴직의 정당성

☞ 대법원 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결

### » 요 지 «

1. 휴직근거규정에 의하여 사용자에게 일정한 휴직사유의 발생에 따른 휴직명령권을 부여하고 있다 하더라도 그 정해진 사유가 있는 경우, 당해 휴직규정의 설정목적과 그 실제기능, 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 없다거나, 근로제공을 함이 매우 부적당하다고 인정되는 경우에만 정당한 이유가 있다고 보아야 할 것이다.
2. 축산업협동조합중앙회의 인사규정에 '형사사건으로 구속 또는 기소되었을 때에는 판결 확정 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.

\* 농업협동조합중앙회 사건

\* 사 건 : 2005.2.18 선고, 대법원 제3부 2003다63029 임금등

\* 원고, 상고인 : 전○○

\* 피고, 피상고인 : 농업협동조합중앙회 대표자 회장 정○○

\* 원심판결 : 서울고법 2003.10.23 선고, 2003나29427 판결

### » 주 문 «

원심판결의 원고 패소 부분 중 2000.1.1부터 2001.8.19까지의 기간에 대한 임금청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원고의 나머지 상고를 기각한다.

### » 이 유 «

#### 1. 사실관계

원심이 제1심판결 이유를 인용하여 적법하게 확정된 사실관계 및 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- 가. 원고는 1987.11.3 축산업협동조합중앙회(이하'축협'이라 한다)에 신규채용 되어 근무 하던 중 1998.8.6 업무상 배임1)의 혐의사실로 구속되었는데, 그 혐의사실은 '원고가 축협 서울지사회에서 금융과장으로 근무하던 중 위 지회 영업부장이던 이○○과 공모하여 1997.9월경 주식회사 B농산에 축산발전기금을 대출함에 있어 B농산이 자기 부담금을 투자한 사실을 확인하고 충분한 담보를 확보한 후 대출하여 줄 업무상 임무에 위배하여, B농산이 자기부담금 20억원을 투자하였다는 근거가 되는 공사선급금 영수증이 허위로 작성되었을 가능성을 인식하면서도 다른 담보를 확보하지 아니한 채 감정가 12억2,500만원 상당의 부동산만을 담보로 확보하고 36억2,000만원을 대출 하여 줌으로써 축협에 위 대출액 상당의 재산상 손해를 가하였다'라는 것이었다.
- 나. 축협의 인사규정 제32조 제3조, 제33조 제3호는 휴직의 종류를 질병휴직, 병역휴직, 명령휴직, 육아휴직, 청원휴직, 유학휴직 등으로 구분하면서, '형사사건으로 구속 또는 기소되었을 때에는 판결확정 후 1월까지 명령휴직을 할 수 있다'고 규정하고 있었는 바, 원고가 위와 같이 구속되자 축협은 1998.8.14 위 인사규정을 적용하여 원고에게 명령휴직을 하였다.
- 다. 원고는 같은 해 9.1 검사의 구속취소로 석방된 후 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄로 불구속 기소되자 그 무렵 축협에 복직을 신청하였으나 축협은 이를 받아들이지 아니하였다.
- 라. 원고는 위 형사사건의 제1심에서 1998.11.6 징역 2년 집행유예 3년의, 항소심에서 1999.2.23 징역 1년 6월 집행유예 3년의 유죄판결을 각 선고받았으나, 대법원은 2001.4.27 위 항소심판결을 파기환송하였고, 환송 후 항소심은 같은 해 7.20 B농산에 대한 위 대출과 관련하여 원고에게 과실이 있는지 여부는 별론으로 하고 고의로 업무상 임무에 위배한 것은 아니라는 이유로 원고에 대하여 무죄를 선고하였으며, 그 판결은 같은 달 28일 확정되었다.
- 마. 한편, 축협은 1999.1.28 원고에 대한 변상판정위원회를 개최하였으나 축협의 손실액이 정확하게 산출될 때 재부의 하도록 한다는 내용의 의결보류결정을 하였다.
- 바. 1999.9.7 법률 제6018호로 제정되어 2000.7.1부터 시행된 농업협동조합법에 의하여 설립된 피고는 위 법 부칙 제7조 제1항에 의하여 축협의 권리의무를 포괄적으로 승계하면서 원고를 비롯한 축협 직원들에 대한 고용관계도 승계하였다.
- 사. 피고는 원고에 대한 무죄판결이 확정된 후 2001.8.20 원고를 복직시켰으나, 인사위원회를 개최하여 원고에 대한 징계 및 변상조치 여부를 확정하기 위하여 같은 날 원고에 대하여 대기발령을 하였다가, 2002.1.3 대기발령 사유가 해소되자 대기발령을 해제하고 원고를 피고의 목포 신안군 지부에서 근무하도록 명하였다.

- 야. 2000.7.1부터 원고에게 적용되는 피고의 인사규정 제15조 제2항 제1호, 제16조 제1항 제1호는 '형사사건으로 기소되었을 때에는 판결확정 후 1월까지 명령휴직을 할 수 있다'고 규정하고, 제24조 제1항 제4호는 '징계사유에 해당되어 인사위원회에 부의될 때에는 대기발령을 할 수 있다'고 규정하고 있다.
- 자. 원고에게 2001.3.31까지 적용되던 축협이 급여규정 제7조 제2항 제6호는 '명령휴직기간 중에는 급여를 지급하지 아니한다.'고 규정하고 있고, 원고에게 2001.4.1부터 적용되는 피고의 직원급여규정 제8조 제2항 제6호, 제4항은 '명령휴직자와 대기발령 중인 직원에 대하여는 고정급여의 80% 해당액을 지급한다.'고 규정하고 있는 바, 피고는 2001.4.1부터 원고에게 적용되는 피고의 직원급여규정에 의하여 같은 날부터 2002.1.2까지의 명령휴직 및 대기발령의 기간에 대하여 본봉에 직책수당을 합한 고정급여의 80% 해당액을 지급하였다.

## 2. 원심의 판단

원심은 원고가 1998.9.1 구속취소로 석방된 후에는 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없다거나 근로제공을 함이 매우 부적당하다고 인정되는 경우에 해당하지 않게 되었으므로 원고의 복직신청을 받아들이지 아니하고 명령휴직을 계속하여 유지한 축협 및 피고의 조치는 정당한 이유가 없어 무효라고 주장하면서 2000.1.1부터 2002.1.2까지의 기간에 대한 미지급 임금의 지급을 구하는 이 사건 청구에 대하여, 위 사실관계에서 나타난 바와 같이, 원고는 업무상 임무에 위배하여 B농산에 대한 축산발전기금의 대출을 실행하여 축협에 손해를 가하였다는 혐의로 구속되었는데, 원고에게 혐의가 없다는 이유로 구속이 취소된 것이 아닌 점, 위 대출과 관련하여 원고가 제1심과 항소심에서 유죄판결을 선고받은 점, 무죄판결의 사유가 위 대출과 관련하여 원고에게 업무상 배임의 고의가 없다는 것이고 과실의 존부에 대해서는 판단하지 않은 점, 원고에 대한 징계 및 변상조치 여부에 관하여 논의하는 피고의 인사위원회가 개최된 점 등에 비추어 보면, 형사사건으로 기소된 직원에 대하여 명령휴직을 할 수 있다는 축협 및 피고의 인사규정은 구속기소된 경우에만 적용되고 불구속기소된 경우에는 적용되지 않는다고 해석할 수 없고, 따라서 축협과 피고가 원고에게 적용되는 인사규정에 따라 원고에게 한 명령휴직 및 대기발령은 정당하고, 나아가 급여규정에 따라 급여를 제한하여 지급한 것도 정당하다는 이유로, 원고의 청구를 전부 배척하였다.

## 3. 이 법원의 판단

그러나 원심이 원고의 청구를 전부 배척한 조치는 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

### 가. 명령휴직 기간 동안의 임금청구에 대하여

휴직이라 함은 어떤 근로자들을 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 말하며, 통례적으로 이러한 휴직제도는 사용자의 취업규칙이나 단체협약 등에 의하여 규정되고 있다.

그런데 근로기준법 제30조 제1항에서 사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 휴직하지 못한다고 제한하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 위와 같은 휴직근거규정에 의하여 사용자에게 일정한 휴직사유의 발생에 따른 휴직명령권을 부여하고 있다 하더라도 그 정해진 사유가 있는 경우, 당해 휴직규정의 설정목적과 그 실제기능, 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 없다거나, 근로제공을 함이 매우 부적당하다고 인정되는 경우에만 정당한 이유가 있다고 보아야 할 것이다(대법원 1992.11.13 선고, 92다16690 판결 참조).

이 사건에서 원고는 1998.8.6 구속되었다가 같은 해 9.1 검사의 구속취소로 석방된 후 불구속 기소되었고, 축협과 피고의 인사규정은 '형사사건으로 구속 또는 기소되었을 때(축협)' 또는 '형사사건으로 기소되었을 때(피고)'에는 판결확정 후 1월까지 명령 휴직을 할 수 있다고 규정하고 있으므로, 원고가 형사사건으로 구속되었다가 불구속 기소된 이상 축협이나 피고의 인사규정에서 정한 명령휴직의 사유 그 자체는 발생하였다고 할 것이고, 나아가 36억2,000만원의 손해를 가하였다는 업무상 배임의 혐의사실로 구속된 원고가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없다는 경우에 해당한다고 본 축협의 명령휴직은 원고가 석방되기 전까지는 다른 특별한 사정이 없는 한 정당한 이유가 있었다고 볼 수 있을 것이다.

그러나 원고가 1998.9.1 검사의 구속취소로 석방된 후 재차 구속되지는 않았으므로, 원고가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없다는 경우에는 더 이상 해당하지 않게 되었음이 분명하고, 다만 원고가 근로제공을 함이 매우 부적당하다고 인정되는 경우에 해당하는지 여부만이 문제된다고 할 것인 바, 축협의 인사규정 제34조 제1항은 '직원이 복직을 신청한 때에는 특별한 사유가 없는 한 10일 이내에 복직을 명하여야 한다.', 같은 조 제2항은 '제1항의 기일 내에 복직을 명하지 아니하였을 때에는 휴직기간의 연장으로 본다.'고 규정하고 있고, 원고는 석방된 후 앞서본 바와 같이 축협에 복직을 신청하였으므로, 명령휴직 규정의 설정목적과 그 실제기능, 명령휴직권 발동의 합리성 여부 및 그로 인하고 원고가 받게 될 신분상, 경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 원고가 상당한 기간에 걸쳐 근로제공을 함이 매우 부적당하다고 인정되는 경우에 한하여 축협이 원고의 복직신청을 받아들이지 아니하고 또 축협과 피고가 종전의 명령휴직을 계속 유지한 조치가 정당한 이유가 있는 것으로 평가될 수 있을 것이다.

그런데 축협의 급여규정은 명령휴직기간 중에는 급여를 전혀 지급하지 아니한다고 규정하고 있으므로, 1998.9월경 불구속 기소된 원고에 대하여 2001.7.28 무죄판결이 확정된 후인 같은 해 8.20경까지 명령휴직을 계속 유지한 것은 그 실질에 있어 해고

나 마찬가지로 볼 수 있고, 한편, 축협은 인사규정은 제35조 제1항에서 ‘근무성직이 극히 불량하거나 근무태도가 심히 불성실한 자(제1호), 징계 부의를 요구 중이거나 징계 부의된 자(제3호), 중대한 부정, 불상 사고와 관련하여 사건의 수습 또는 확대방지에 필요한 경우와 증거를 인멸시킬 우려가 있다고 인정되는 자(제4조), 기타 사무형편상 부득이하다고 인정될 때(7호)’ 등의 하나에 해당하는 때에는 대기를 명할 수 있다고 규정하고 있으며, 축협은 급여규정은 제7조 제3항에서 이러한 대기발령을 받은 자에게는 본봉을 지급한다고 규정하고 있는 바, 비록 원고가 축협에 36억2,000만원의 손해를 가하였다는 업무상 배임의 혐의사실로 구속되기까지 하였다가 불구속 기소되어 제1심 및 항소심에서 유죄의 판결을 선고받음에 따라 원고에게 축협 또는 피고의 업무를 맡기는 것이 적절하지 않았다고 볼 여지가 있었다고 하더라도, 헌법 제27조 제4항은 ‘형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.’고 규정하고 있고, 원고는 업무상 배임의 고의가 인정되지 않는다는 이유로 궁극적으로 무죄판결을 선고받아 확정되었으며, 더 나아가 원고의 과실이 문제되어 원고가 인사위원회 및 변상판정위원회 등에 회부되기는 하였으나 그 후 원고가 실제로 징계처분이나 변상처분을 받았다고 볼 자료도 없고, 축협은 인사규정이나 급여규정에 의하면 이 사건 명령휴직 규정에 의하여 명령휴직처분을 받게 된다는 점과 약 3년에 걸친 이 사건 명령휴직의 기간 등 기록에 나타난 이 사건 명령휴직 규정의 설정목적과 그 실효기능, 명령휴직권 발동의 합리성 여부 및 그로 인하여 원고가 받게 될 신분상, 경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 보면, 원고가 앞서 본 범죄사실로 불구속 기소되었다는 사정만으로 원고가 근로를 제공함이 매우 부적당하다고 판단하여 일체의 근로제공을 하지 못하도록 명령휴직권을 발동한 조치는 사회통념상 합리성을 결여한 처분이라고 아니할 수 없고, 그 후 제1심 및 항소심에서 유죄의 판결이 선고되기는 하였으나 근로의 현실적인 제공에 지장이 없는 집행유예의 판결이었다는 점에 비추어 그러한 판결이 선고되었다는 사정만으로 명령휴직처분에 정당한 이유가 생기는 것이라고 볼 수도 없으며, 나아가 원고가 휴직자에 대하여 본봉에 직책수당을 합한 고정급여의 80% 해당액을 지급한다는 피고의 직원급여규정을 2001.4.1부터 적용받게 되었다고 하더라도 명령휴직의 사유에 변동이 없는 이상 그러한 사정만으로 원고에 대한 명령휴직처분을 계속 유지하는 것에 정당한 이유가 있다고 보기도 어려우므로, 원고가 구하는 2000.1.1부터의 기간에 대한 명령휴직은 무효라고 보아야 할 것이다.

그렇다면 원고는 위 2000.1.1부터 이 사건 대기발령이 있기 전인 2001.8.19까지는 축협 또는 피고의 귀책사유로 인하여 자신의 근로계약상의 의무인 근로제공을 하지 못하게 된 것이라고 볼 수밖에 없으므로, 원고는 위 기간 동안 계속 근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금의 지급을 청구할 수 있다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 원고에 대한 이 사건 명령휴직이 정당하다고 판단하여 원고의 위 기간 동안의 임금청구에 대하여 더 나아가 판

단하지 아니한 채 이를 배척하고 말았으니, 원심판결에는 명령휴직의 효력에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 제대로 하지 아니한 위법이 있다고 할 것이고, 이러한 원심의 위법은 판결에 영향을 미쳤음이 분명하다.

#### 나. 대기발령 기간 동안의 임금청구에 대하여

기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위해서는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요불가결하므로, 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 없고, 대기발령이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 대기발령의 업무상의 필요성과 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교교량, 근로자와의 협의 등 대기발령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지의 여부 등에 의하여 결정되어야 하며, 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 2002.12.26 선고, 2000두8011 판결 등 참조).

이러한 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 피고의 인사규정은 징계사유에 해당하여 인사위원회에 부의될 때에는 대기발령을 할 수 있다고 규정하고 있고, 원고는 형사사건에서 원고에게 과실이 있는지 여부는 별론으로 하고 고의로 업무상 임무에 위배한 것은 아니라는 이유로 무죄판결을 선고받았으며, 원고는 징계 및 변상조치 여부를 확정하기 위하여 인사위원회에 부의되었고, 대기발령을 받은 자에게는 본봉에 직책수당을 합한 고정급여의 80%에 해당하는 금액을 지급하도록 되어있는 이 사건에서, 원고가 징계사유에 해당하여 인사위원회에 부의되었음을 이유로 한 피고의 2001.8.20자 이 사건 대기발령이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당한다고 볼 특별한 사정이 있다고 할 수 없으므로, 위 대기발령은 정당한 인사권의 행사로서 적법하다고 보아야 할 것인 바, 같은 취지에서 위 대기발령 일자부터 그 해제시까지의 기간에 대한 원고의 임금청구를 배척한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 대기발령의 효력에 관한 법리오해 등 상고이유로 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

#### 4. 결 론

그러므로 원심판결이 원고 패소 부분 중 2000.1.1부터 2001.8.19까지의 기간에 대한 임금청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 원고의 나머지 상고는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 강신욱(재판장), 변재승, 박재윤, 고현철(주심)





## 기업변동





## 제 5 장 기 업 변 동

### 1. 영업양도에 따른 근로관계

#### 1.1 영업양도와 근로관계의 승계

☞ 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결★

#### » 요 지 «

1. 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 승계되는바, 여기서 영업의 동일성 여부는 일반 사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하지만, 문제의 행위(양도계약관계)가 영업의 양도로 인정되느냐 안되느냐는 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.
2. 포항종합제철의 자회사가 삼미종합특수강으로부터 봉강 및 강관 사업부문을 매수하였으나 실질적으로 그 사업부문의 영업상 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 포괄적으로 이전받음으로써营业을 양도받은 것으로 보기에 부족하다.

\* 원고, 상고인 : 삼미특수강 주식회사

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 피고보조참가인 1외 181인

\* 원심판결 : 서울고법 1999. 1. 22. 선고 97구53801 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 기초사실

원심이 적법하게 채택한 증거들과 기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

#### 가. 삼미종합특수강 주식회사의 영업과 자산 상태

- (1) 삼미종합특수강 주식회사(이하 '삼미'라 한다)는 원래 서울에 본사를 두고, 창원·울산·부산 세 곳에 공장을, 인천과 하남 두 곳에 하치장을 설치하여 강판·봉강 및 강관을 생산·판매하는 특수강산업을 영위하여 왔다. 부산과 울산 공장에서는 강판만을, 창원 공장에서는 강판 외에도 봉강과 강관을 생산하여 왔는데, 봉강·강관 사업부문은 강판 사업부문과 그 공정이 다르다.
- (2) 창원 공장의 봉강·강관 사업부문(토지 648,967㎡, 건물 220,304㎡)과 강관 사업부문(토지 213,769㎡, 건물 80,752㎡)은 공장 정문과 연결되는 사내도로를 경계로 나뉘어져 있었고, 각 사업부문에 근무하는 근로자들도 구분되어 있었다. 1996년말 현재 삼미의 총 종업원 3,267명 중 봉강·강관 사업 부문에 종사하고 있던 인원은 2,342명으로 전체 인원의 72%에 해당하고, 한편 전체 매출액에서 차지하는 봉강·강관 사업부문의 매출액 비율은 47%에 불과하였다.
- (3) 삼미는 1992년 사업연도부터 계속된 적자로 1996. 12. 31. 현재 누적 결손금이 1,836억 원에 이르고, 대차대조표상 총 자산은 15,336억 원, 총 부채는 14,513억 원 가량이다. 자산은 유동자산 8,928억 원, 투자와 기타자산 2,049억 원, 고정자산 3,940억 원과 이연자산 419억 원 등으로 구성되고, 유동자산 중 당좌자산은 현금과 예금 175억 원, 유가증권 52억 원, 외상매출금 1,037억 원, 받을어음 2,166억 원, 단기대여금 40억 원, 미수금 833억 원, 미수수익 11억 원 등이었고, 부채는 유동부채 8,968억 원과 고정부채 5,545억 원(사채와 장기차입금)으로 구성되어 있었는데, 봉강·강관 사업부문과 직·간접으로 관련된 부채는 약 1조 142억 원 상당에 이르렀다.

#### 나. 이 사건 자산매매계약의 체결 경위와 내용

삼미는 1996년도에 1,199억 원의 적자를 보았을 뿐만 아니라 그 때까지 5년간 계속 적자 상태였으며, 그 상태대로 사업을 계속할 경우 사업이 흑자로 전환될 가능성은 없고 도산할 수밖에 없다는 판단 아래 창원공장의 봉강 및 강관 사업부문을 정리하기로 방침을 세우고 1996. 12. 18. 포항종합제철 주식회사(이하 '포항제철'이라 한다)와 사이에 창원 공장의 봉강 및 강관사업부문(이하 '이 사건 공장'이라 한다)의 자산을 매매하기로 하는 당사자 간의 의향서를 교환하였으며, 이에 따라 포항제철은 1997. 2. 14. 이 사건 공장의 인수를 위하여 자(자)회사로 원고를 설립하였다. 원고는



같은 날 삼미와 사이에 기본합의서를 작성하고 같은 달 17일 이 사건 공장을 대금 7,194억 원(부가가치세 별도)에 매수하기로 하는 다음과 같은 내용의 자산매매계약을 체결하였다.

#### (1) 매매목적물과 부채(계약서 제1조)

공장 및 강관 사업부문의 토지·건물·구축물·기계장치·공기구·비품·차량운반구·재고 자산·리스자산·이전기술(특허권·실용신안권·의장권 등 산업재산권 및 제조에 관한 기술과 노하우 포함)·건설가계정·기타 매매물건에 부대하는 등록에 관한 권리와 인허가 및 매매물건의 운영과 관련된 전산 소프트웨어·업무매뉴얼 및 제반 지침서 등을 매매물건으로 하고, 매매물건에 대한 성능보장에 직접 관련된 물건은 그 목록에 기재되지 않은 경우에도 포함된 것으로 한다(제1 내지 3항).

원고는 삼미의 부채를 인수하지 아니하기로 한다. 다만, 매매물건이 담보로 제공된 금융기관에 대한 부채 및 리스회사에 대한 리스료지급의무는 금융기관 및 리스회사와 협의하여 본 계약의 조건에 따라 매매대금의 일부로서 이를 인수할 수 있다(제4항).

#### (2) 매매대금과 그 지급방법(계약서 제2 내지 4조)

토지·건물·구축물·기계장치 등 고정자산과 미착기계, 건설가계정 및 재고자산에 대하여는 그에 대한 담보물권이 모두 말소될 것을 전제로 하여 이를 6,194억 원으로 평가하였고, 기술이전료에 대하여는 이를 포괄하여 1,000억 원으로 평가하여 전체 대금을 7,194억 원(부가가치세 별도)으로 결정하였으며, 향후 정밀실사를 통하여 매매대금을 증액 또는 감액 조정하여 잔금지급시 정산하기로 하였다(계약서 제2조 및 제4조).

매매대금 7,744억(=위 7,194억+부가가치세 550억) 원 중 ① 계약금 660억 원은 삼미가 '매매물건에 대한 금융기관의 근저당권 및 공장저당 등 담보권이 일정금액의 지급을 조건으로 모두 해제·말소될 것이라는 금융기관의 해제동의서'와 '리스자산에 대한 리스료 지급의무가 일정금액의 지급을 조건으로 모두 해제되어 시설대여이용자에게 리스자산의 소유권이 귀속될 것이라는 리스회사의 확인서'를 원고에게 제공한 다음 3일 이내에 지급하고, ② 중도금 6,363억 원은 금융기관에 대한 근저당 채무 및 리스자산에 대한 리스료 채무의 변제에 사용되어야 하고 원고는 금융기관 및 리스회사와 합의한 조건에 따라 위 금액을 금융기관 및 리스회사에게 직접 지급할 수 있으며, ③ 잔금 721억 원 중 100억 원은 삼미의 포항제철에 대한 외상매입금 중의 일부로서 원고가 포항제철에게 직접 지급하기로 하였다(계약서 제3조).

### (3) 종업원에 대한 의무(계약서 제11조)

삼미는 본 계약 체결 후 즉시 매매물건의 해당 부서에 재직중인 근로자를 대상으로 원고로의 입사 희망 여부를 조사, 원고에게 통보하기로 한다(제1항). 원고는 직무조사 등을 통하여 매매물건의 운영에 필요한 기준 인원을 산정하고, 소요인력을 충원함에 있어서 공정하고 합리적인 공개채용절차에 의거 기준인원의 범위 내에서 신규채용하며, 이 경우에 삼미가 통보한 입사희망자를 가급적 제6조에 의한 매매물건의 인수 전에 채용하도록 우선적으로 고려하기로 한다(제2항). 삼미는 원고의 채용전형에 필요한 자료(근무경력, 자격, 근무성적 등 제반 인사자료)를 원고에게 제공하여야 한다(제3항). 삼미의 근로자 중 원고의 채용전형에 합격한 자에 대하여 삼미는 자신의 비용부담 및 책임하에 삼미와의 근로관계를 종료시키며, 퇴직금 등 종업원에 관련된 모든 금전사항을 정산 처리하여야 한다(제4항). 위 조항에도 불구하고, 원고는 본 매매물건의 매수와 관련하여 삼미의 근로자를 인수할 의무를 부담하는 것은 아니다. 또한 본 계약상의 어떠한 조항도 삼미의 근로자를 인수할 의무를 원고에게 부담시키는 것으로 해석될 수 없으며, 원고가 본건 매매물건과 관련하여 종업원을 신규채용하는 과정에서 원고로의 입사를 원하는 삼미의 종업원이 채용되지 않는 경우에도 삼미와 삼미의 종업원과의 근로관계가 단절되지 아니한다(제5항). 삼미는 삼미의 근로자들에게 본조 및 특히 위 5항의 취지를 주지시키고, 원고에 입사하지 못한 자들을 포함한 삼미의 근로자들이 본 계약 또는 어떠한 이유로든 원고에게 근로관계의 승계를 주장함으로써 원고에게 손해를 입히는 행위를 하지 않도록 최선을 다하여야 한다. 그럼에도 불구하고 원고의 종업원으로 신규 채용된 자들을 제외한 삼미의 근로자들이 소송 기타 법적 쟁송의 방법으로 삼미에게 근로관계의 승계 등을 요구할 경우, 삼미는 삼미의 근로자가 원고를 상대로 제기한 소송 등을 방어하기 위하여 원고가 지출하는 비용을 포함하여 원고가 입은 손해를 배상하여야 한다(제6항).

### (4) 다른 계약에 대한 면책(계약서 제12조)

본 계약서에 달리 정한 바가 없으면 원고는 삼미가 그의 거래선 등과 체결한 어떠한 계약에 대하여도 책임을 부담하지 않는다(제1항).

## 다. 매매대금의 지급과 자산의 이전

- (1) 원고는 삼미로부터 금융기관의 담보권 해제동의서를 교부받은 다음, 1997. 2. 20.까지 계약금 660억 원을, 같은 해 3월 7일부터 같은 해 3월 17일까지 중도금 6,218억 원을, 같은 해 3월 17일 및 18일 잔금 741억 원 등 약 7,619억 원을 지급하였는데, 이 가운데 계약금만 삼미의 은행예금계좌로 송금하여 지급하였고, 중도금의 대부분인 약 5,900억 원은 금융기관에 대한 근저당 채무 내지 리스료 채무의 변제로서 직접 지급하거나 삼미로 하여금 지급하게 하였으며, 잔금은 삼미의 포항제철에 대한 동액 상당의 채무를 대위 변제하는 방식으로 지급에 갈음하였고, 같은 달 19일까지 인수자산에 대한 금융기관의 담보권이 전부 말소되었다.

- (2) 삼미는 1997. 3. 2. 봉강 및 강관 공장의 가동을 중지하고 같은 달 5. 주주총회에서 이 사건 자산매매계약에 대한 특별결의를 거쳐 같은 달 7일까지 원고 앞으로 양도 자산에 대한 등기·등록 등 이전절차를 마쳤으며, 원고는 같은 달 10일 경비요원을 현장에 배치하고 같은 달 말까지 기계장치·공기구·비품·재고자산 등의 유체동산, 각종 산업재산권과 업무매뉴얼 등의 제조기술 등에 대한 실사와 인수를 하였다.

#### 라. 사원의 모집

- (1) 삼미는 이 사건 공장의 종업원 2,342명 전원의 채용을 요청하였으나, 원고는 1997. 2. 25. 직무조사를 통하여 이 사건 공장의 운영에 필요한 인원을 1,978명으로 산정하고 그 범위 내에서 채용하겠다고 삼미에게 통보하였다.
- (2) 원고는 1997. 2. 26. 포항제철의 계열회사로서 정비전문회사인 포철산기 주식회사와 공동으로 사원모집공고를 하여 같은 달 26일부터 같은 해 3월 4일까지 및 같은 해 3월 12일부터 같은 달 22일까지 2회에 걸쳐서 총 2,016명의 삼미 소속 근로자들로 부터 입사지원을 받은 다음, 그 중 1,770명을 각기 원고(1,421명), 포철산기(242명), 주식회사 동우사(포항제철의 계열회사로서 경비·차량운전 등 전문회사, 67명) 및 LG 유통(원고의 사원식당 운영 전문회사, 40명)의 사원으로 선발하였고, 이와 같이 채용된 직원들은 그 직후 삼미에서 퇴직하였다.
- (3) 위에서 채용된 직원은 전체 인원의 75.6%(=1,770/2,342×100)에 해당하고{다만 원고의 사원으로 채용된 인원은 1,421명으로 전체 인원의 약 60.6%(=1,421/2,342×100)에 해당한다}, 그 가운데 관리직은 471명 중 254명이, 기능직은 1,871명 중 1,516명이 채용되었으며, 기술직 관리사원 64명 중 고령 및 투병중인 2명을 제외한 62명 전원이 채용되었다.

#### 마. 원고의 사업내용과 이 사건 공장의 운영

- (1) 원고는 1997. 4. 1.부터 이 사건 공장에 신규 채용한 직원들을 투입하여 특수강을 생산하기 시작하였는데, 봉강 사업은 공급과잉으로 인한 수익성 감소로 장기적으로는 폐업하고 나머지 품목인 선재 및 빌레트(billet) 사업 부문을 주력사업으로 하기로 방침을 정하였고, 이에 따라 1996년말 기준 봉강 생산량은 전체의 59.8%였으나 1998년 9월말 기준으로 11.3%로 대폭 축소되었다.
- (2) 원고는 변화된 생산패턴에 맞추어 포항제철과의 기술교류를 통하여 새로운 기술 즉, BLOOM연주 주편품질향상기술, 공정생략기술, 압연제품 품질향상기술, 조업관리기준 등을 도입하고, 종전의 삼미의 판매조직 대신 새로운 판매조직망을 구축하였으며, 봉강 및 강관 부분에 관한 종전의 삼미의 유통점 중 일부는 원고의 봉강 생산감축에 따라 거래를 중단하였고, 수출대행창구를 포철의 거래사로 변경하였다.



- (3) 특수강 산업은 그 특성상 근로자들의 기술과 경험이 큰 역할을 하는 것이기는 하나 또한 장치산업으로서의 특성에 의하여 설비운용에 필요한 매뉴얼, 기술표준, 작업표준, 매뉴얼 등 업무에 필요한 지식이 정형화 규격화되어 있어 단기간의 훈련을 거치면 일반직원들도 매뉴얼에 따라 생산활동을 할 수 있다.
- (4) 삼미로부터 신규채용된 직원들은 대체로 종전과 같은 부서에 배치되어 동일한 업무를 처리하였고 수습기간에도 급여와 인사 등에서 정규직원과 동일한 대우를 받았으나, 원고는 직급 및 급여체계, 근무시간 등 및 사업부의 조직체계를 삼미와 달리하고 신규채용 직원들에 대하여 3개월의 수습기간을 두었다.

#### 바. 기타 관련 사항

- (1) 삼미와 그 노동조합 사이의 1996년도 단체협약에 의하면, 회사는 생산시설의 일부 혹은 전부를 처분할 때에는 사전에 조합과 협의하여야 하고(제18조 제2호), 회사의 양도시 고용 및 근속년수 승계, 단체협약 및 노동조합 승계를 보장하도록 하며(제24조), 사업장의 축소 또는 인원감축의 필요가 있을 경우 사전에 조합과 합의하여 면직할 수 있다(제20조 제2호)고 규정하고 있는데, 삼미는 노동조합과의 단체교섭과정에서 노동조합측에게 이 사건 공장의 양도시 고용승계가 이루어지지 않지만 최대한 고용이 보장되도록 포항제철측과 협의하겠다는 취지로 설명하였다.
- (2) 삼미는 1997. 3. 18. 서울지방법원 97파1944호로 회사정리절차개시신청을 하였고, 그 다음날 당좌거래가 정지되었으며, 위 법원에서 같은 해 3월 24일 회사재산보전처분결정을, 같은 해 12월 4일 회사정리절차개시결정을 각 받았다.
- (3) 삼미는 1997. 5. 2. 이 사건 공장에 근무하던 직원 60명을 의원면직하고 39명을 정리해고하였다.
- (4) 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다)들은 이 사건 공장에 근무하던 직원들로서 그 가운데 일부는 사원모집공고에 따라 원고의 채용전형에 응하였다가 탈락하였고, 나머지 참가인들은 아예 채용전형에 응하지도 않았다.

#### 사. 재심판정의 경위

참가인들은 이 사건 자산매매계약은 그 명칭에도 불구하고 영업양도·양수 계약이므로 원고는 양도대상인 이 사건 공장에 소속된 근로자 전원을 고용 승계하여야 하는데도 자산매매계약의 특약과 신규채용방식에 의해 일부 근로자를 배제한 것은 사실상 부당해고라고 주장하며 참가인 182명 가운데 105명은 1997. 6. 13., 35명은 같은 달 23일, 그 나머지 42명은 같은 달 30일 각기 경남지방노동위원회에 부당해고구제신청을 하였는바, 위 지방노동위원회는 같은 해 8월 25일 원고가 삼미 소속 근로자들의 고용승계를 거부한다는 의사를 표시한 날은 자산매매계약을 체결한 1997. 2. 17., 또는 늦어도 자산에 관하여 등



기를 경료한 같은 해 3월 7일인데 참가인들은 그로부터 3월의 구제신청의 제척기간이 경과한 후에 위 구제신청을 제기하여 부적법하다는 이유로 위 각 구제신청을 각하하는 결정을 하였고, 이에 대하여 참가인들이 중앙노동위원회에 재심신청을 하였다.

이에 중앙노동위원회는 같은 해 12월 8일 이 사건 자산매매계약의 실질은 영업양도이며 구제신청의 제척기간은 채용전형에 응하지 아니한 근로자들은 입사지원서 접수마감일 다음날인 1997. 3. 22.에, 채용전형에 응한 근로자들은 채용배제를 확인할 수 있는 공장가동일 다음날인 1997. 4. 1.에 시작되므로 제척기간이 지나지 않았다는 이유로 '원고가 참가인들의 근로관계를 승계하지 않은 것은 사실상 정당한 이유 없는 해고에 해당한다. 원고는 참가인들에게 원직에 상응하는 직위를 부여하여야 한다.'라는 내용의 재심판정을 하였다.

## 2. 영업양도인지 여부에 대하여

### 가. 원심의 판단

원심은 앞서 본 사실관계에 터잡아 원고와 삼미의 사업목적이 다르다고 볼 수 없는 점, 원고가 삼미로부터 인수한 자산은 부동산 및 동산뿐만 아니라 산업재산권과 제품매뉴얼까지 포함하여 거기에 인적 자산만 결합하면 곧바로 삼미와 동일한 제품을 생산할 수 있는 점, 원고에 의하여 채용된 인원은 삼미 요청 인원의 75.6%, 원고가 직무조사 결과 산정한 인원의 89.5%에 해당하는 점, 원고에 채용된 삼미 직원들은 삼미를 퇴직하고 나서 원고에 의하여 신규채용된 것이 아니라 신규채용되고 나서 삼미를 퇴직한 것인 점, 원고 채용 직원 중 관리직은 471명 중 254명이, 기능직은 1,871명 중 1,516명이 채용되어 공장을 운영하기 위한 기능직의 비율이 월등히 높으며, 특히 기술직 관리사원 64명 중 고령 및 투병중인 2명을 제외한 62명 전원을 채용한 점, 영업인원 총 48명 중 44명이 삼미 출신이며 봉강 부문의 경우 삼미의 기존 34개 유통점에 신규 유통점 4개를 더해 38개의 유통점과 거래를 하는 등 기존 거래선을 대체로 유지하고 있는 점, 삼미 출신 이외의 직원은 포항종합제철 등 재직경력을 가진 53명에 불과하고 그들은 임직원 또는 노무관리직을 맡고 있을 뿐인 점, 원고는 삼미출신 직원들에 대하여 3개월의 수습기간을 둔다고 하였으나, 위 수습기간에도 인사, 급여 및 후생제도에서 정규직원과 동일하고, 급여도 총액을 기준으로 할 때 삼미보다 약간 상회하는 수준으로 정하여 지급한 점, 한편 원고에 의하여 채용되지 아니한 삼미 직원들은 원고가 봉강 및 강관 부문을 인수함에 따라 정리해고될 운명인데 만일 근로관계가 승계되지 않는다고 한다면 사업을 폐지하면서 자산양도방식을 취하기만 하면 사업폐지의 경우 노동조합과 합의하여야 한다는 단체협약상의 노동조합의 권리 및 회사 재산에 의하여 담보되는 퇴직금 등 임금채권의 우선변제권을 해하게 되는 점, 원고는 이 사건 매매계약 후 얼마 지나지 않은 1997. 4. 1.부터 물적 자산에 삼미로부터 채용한 인적 자산을 투입하여 삼미와 동일한 생산방식으로 특수강을 생산하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 비록 원고가 삼미로부터 이 사건 자산매매 계약을 체결함에 있어서 자산만을 인수할 뿐 인적 조직을 인수하지 아니할 것을 명시적으로 밝혔으며, 직원을 채용함에 있어서 신규채용 및 퇴직의 절차를 밟았고, 채권의 일부 및 채무 전부를 인수하지 않았다는지 조직이나 제도가 일부

달라졌으며 일부 기술을 개선하였다고 하더라도, 원고는 실질적으로 삼미로부터 봉강 및 강관 부문에 관한 영업상의 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 포괄적으로 이전받음으로써 영업을 양도받았다고 판단하였다.

#### 나. 대법원의 판단

그러나 원고가 삼미의 봉강 및 강관 사업부문의 영업을 양도받았다는 원심의 사실인정과 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

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 승계되는바(대법원 1991. 8. 9. 선고 91다15225판결, 1994. 11. 18. 선고 93다18938 판결 등 참조), 여기서 영업의 동일성 여부는 일반 사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하지만, 문제의 행위(양도계약관계)가 영업의 양도로 인정되느냐 안되느냐는 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(대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카10128 판결, 1997. 11. 25. 선고 97다35085 판결 1998. 4. 14. 선고 96다8826 판결 참조).

그런데 앞에서 본 사실관계에 의하면, 삼미의 창원 공장의 봉강·강관부문의 종업원은 삼미 전체 종업원의 72%에 해당함에도 매출액 비율은 삼미 전체의 47%에 불과하여 생산성이 저조했을 뿐 아니라 여러 해에 걸쳐 계속된 적자의 누적으로 자본이 크게 잠식된 상태였고, 따라서 그 상태대로 계속사업을 유지할 경우 흑자로 전환될 가능성은 커녕 도산할 수밖에 없으므로 삼미는 이 부문 사업을 정리하기로 방침을 정하였으나 이 사건 공장의 자산과 함께 인적 조직인 종업원들을 포괄하여 양도하는 방식으로는 양수희망자가 없어 봉강·강관 부문의 사업정리가 불가능하였으므로 결국 이 사건 공장의 자산만을 양도하기로 하고, 그에 따라 이 사건 자산매매계약의 체결에 이르게 된 사실, 이에 따라 삼미는 이 사건 자산매매계약체결 전 노동조합과의 단체 교섭과정에서 노동조합측에게 이 사건 공장의 자산을 매각하지 않을 수 없는 불가피한 사정을 설명하면서 이 사건 자산매매계약이 이행되더라도 고용승계는 이루어지지 않는 점을 알리고 다만 포항제철과 협의하여 최대한 고용이 보장되도록 노력하겠다는 취지로 설명한 사실, 한편 포항제철 역시 삼미로부터 이 사건 공장의 자산 이외에 인적 조직인 종업원들의 대부분을 함께 인수하는 영업양수의 방식으로는 아무리 생산기술을 향상시키고 경영환경을 개선하더라도 건전한 기업으로 육성시킬 가능성이 없다는 판단 아래 이 사건 자산매매계약을 체결함에 있

어 매매목적물은 봉강·강관 부문의 생산시설과 그에 관련된 자산만이고, 종업원들에 대한 고용은 이를 승계하지 않음을 명백히 하면서 이 사건 자산매매계약상의 어떠한 조항도 삼미의 종업원을 인수할 의무를 원고에게 부담시키는 것으로 해석될 수 없고 삼미는 이러한 취지를 종업원들에게 주지시키고 원고에 입사하지 못한 종업원들을 포함한 삼미의 종업원들이 어떠한 이유로든 원고에게 근로관계의 승계를 주장함으로써 원고에게 손해를 입히는 행위를 하지 않도록 최선을 다하도록 하며 다만 원고는 이 사건 공장 운영에 필요한 기준인원의 범위 내에서 소요인력을 충원함에 있어서 공정하고 합리적인 공개채용 절차에 의거 신규 채용하되 원고로의 입사를 희망하는 삼미의 종업원들을 우선적으로 고려하기로 한 사실, 이에 따라 삼미는 원고의 신규 공개채용에 필요한 삼미종업원에 대한 자료를 원고에게 제공하고, 삼미의 종업원 중 원고의 채용전형에 합격한 자에 대하여 삼미는 자신의 비용부담 및 책임하에 삼미와의 근로관계를 종료시키며 퇴직금 등 종업원에 관련된 모든 금전사항을 정산하기로 하였고, 원고가 종업원을 신규 공개 채용하는 과정에서 원고로의 입사를 원하는 삼미의 종업원이 채용되지 않는 경우에는 삼미와 그 종업원과의 근로관계는 단절되지 않도록 함으로써 원고나 포항제철 계열사로 신규 채용되지 아니한 삼미의 종업원들은 삼미에 그대로 잔류한 사실, 또한 원고는 삼미 소속 종업원들의 60.6%정도를 신규입사의 형식으로 새로이 채용하면서(앞서 본 바와 같이 나머지 15%정도는 종업원 구제차원에서 포항제철 관련 계열사에 입사시켰다) 종전 삼미에서의 근로조건이나 직급상태를 그대로 유지하지 않고 3개월간의 수습기간을 거쳐 원고 고유의 직급 및 급여체계, 근무시간 등에 따라 재배치함으로써 종전 삼미의 인적 조직을 해체하여 포항제철 계열사의 기준 및 인사 관리 방법에 따라 재구성하여 조직화한 사실, 특수강 산업은 그 특성상 종업원들의 숙련된 기술과 경험이 제품생산에 있어서 큰 역할을 하는 것이기는 하나 또한 장치 산업으로서의 특성에 의하여 업무에 필요한 지식과 기술이 정형화·규격화되어 있어 단기간의 훈련을 거치면 일반직원들도 매뉴얼에 따라 생산활동을 할 수 있고, 특히 원고의 모 회사인 포항제철에는 특수강 생산에 필요한 기술인력이 많이 있었기 때문에 원고로서는 삼미의 종업원을 반드시 고용하여야 할 필요가 있었던 것은 아니지만 이 사건 공장 자산의 매각 후 실직할 삼미 종업원들을 가능한 한 구제하려는 차원에서 기준인원 범위 내에서 삼미의 종업원들을 신규채용하였을 뿐인 사실, 또한 사업목적(생산품목)에 있어서도 원고는 삼미로부터 인수한 자산을 그대로 사용하여 특수강을 생산하고 있지만, 원고는 봉강사업부문에 대하여는 공급과잉으로 인한 수익성 감소로 장기적으로는 폐업하고 나머지 품목인 선재 및 빌레트(billet) 사업부문을 주력사업으로 하기로 방침을 정하여 1996년말 기준으로 전체의 59.8%이던 봉강 생산량을 1998년 9월말 기준으로는 11.3%로 대폭 축소하는 등 생산전략을 크게 바꾸었고, 이에 따라 변화된 생산 패턴에 맞추어 포항제철과의 기술교류를 통하여 새로운 기술을 도입 품질을 향상시킨 사실, 원고는 삼미의 외상매출금·받을어음·미수금 등 채권은 물론 1조원이 넘는 부채도 인수하지 않았고 다만 매매목적물에 대한 금융기관의 근저당권 및 공장저당등담보권의 해제 말소와 리스자산에 대한 리스료 지급 등을 위하여 매매대금의 대부분을 사용한 사실, 원고는 삼미가 그 거래선등과 체결한 어떠한 계약에 대하여도 책임을 부담하지 않고 삼미의

거래선 중 원자재 구입처의 약 29%, 판매처의 약 10%를 유지하였을뿐 대부분의 거래처를 새로이 개척한 사실, 원고는 삼미라는 상호의 성가는 물론 삼미가 영업상 확보한 주문 관계나 영업상 비밀 등의 재산가치를 인수하지 아니한 사실을 알 수 있는바, 이러한 사실 관계를 위 법리에 비추어 검토하여 보면 원심이 설시한 사정을 고려하더라도 원고가 실질적으로 삼미로부터 봉강·강관 사업부문의 영업상 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 포괄적으로 이전 받음으로써 영업을 양도받은 것으로 보기에는 부족하다 할 것이고 앞서 본 바와 같이 원고가 삼미 종업원의 고용보장차원에서 삼미의 종업원 60.6%를 신규채용 형식으로 고용하였다 하여 달리 볼 수는 없다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 원고가 삼미로부터 이 사건 공장에 관한 영업을 양도받았고 따라서 삼미와 이 사건 공장에 근무하던 참가인들 사이의 근로 관계도 원칙적으로 양수인인 원고에게 포괄적으로 승계된다고 판단하였으니, 원심판결에는 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였거나 영업양도에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

이 부분 상고이유의 주장은 이유 있다.

### 3. 결 론

그러므로 원고의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 원심법원에 환송하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 조무제(재판장), 이용우, 강신욱(주심), 이강

☞ 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결★

### » 요 지 «

1. 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 승계되는바, 여기서 영업의 동일성 여부는 일반 사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하지만, 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.
2. 자산매매계약의 매수인이 매도인인 자동차부품 생산기업으로부터 전장사업부문을 영업목적으로 하여 일체화된 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지한 채 포괄적으로 이전 받음으로써营业을 양수하였다.
3. 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.
4. 영업양도에 의하여 양도인과 근로자 사이의 근로관계는 원칙적으로 양수인에게 포괄승계되는 것이지만 근로자가 반대의 의사를 표시함으로써 양수기업에 승계되는 대신 양도기업에 잔류하거나 양도기업과 양수기업 모두에서 퇴직할 수도 있는 것이고, 영업이 양도되는 과정에서 근로자가 일단 양수기업에의 취업을 희망하는 의사를 표시하였다고 하더라도 그 승계취업이 확정되기 전이라면 취업희망 의사표시를 철회하는 방법으로 위와 같은 반대의사를 표시할 수 있는 것으로 보아야 한다.
5. 근로자가 제출한 사직서가 비록 형식적으로는 양도기업을 사직하는 내용으로 되어 있더라도 실질적으로는 양수기업에 대한 재취업 신청을 철회 또는 포기함과 아울러 양도기업을 사직하는 의사를 담고 있는 것이라고 봄이 상당하다.

- \* 원고, 피상고인 : 원고 1 외 2인
- \* 피 고 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인, 상고인 : 한국오므론전장 주식회사
- \* 원심판결 : 서울고법 2000. 9. 28. 선고 99누 13170 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

1. 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 승계되는바, 여기서 영업의 동일성 여부는 일반 사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하지만, 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(대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결 참조).

원심은 제1심판결을 인용하여, 동해 주식회사(이하 ‘동해’라고만 한다)는 자동차에 필요한 릴레이, 유니트, 카스테레오 등 전기기계장치 부품을 생산하는 회사인데, 1986.12.경부터 일본의 오므론 주식회사와 기술 제휴하면서 1991. 12. 12. 동해가 35%, 일본의 오므론 주식회사가 65%의 자본금을 각 출자하여 피고보조참가인 회사(이하 ‘참가인 회사’라 한다)를 설립한 사실, 동해의 영업부문은 자동차부품 중 릴레이, 유니트 등을 생산하는 전장사업부와 카스테레오를 생산하는 전자사업부로 구분되는데, 동해는 1996.경부터 전자사업부의 생산라인을 중국 남양사로 이전하기 시작하여 1996. 8.경에는 전자사업부 소속 생산직 사원 전원을 전장사업부로 배치한 이후 자재부 직원 일부가 자재 충당을 위하여 전자사업부의 업무까지 병행하였을 뿐 국내에서의 카스테레오 생산을 사실상 중단한 사실, 동해는 1997.말부터 시작된 외환위기와 고금리 및 자동차 수요의 감소로 회사 경영이 어려워지면서 부도위기에 직면하자, 1998. 3. 20. 참가인 회사와 사이에 동해의 전장사업부문과 관련된 일체의 자산을 271억 원에 매도하는 내용의 자산매매계약을 체결하였는데, 그 주요 내용은, 매매물건으로 동해는 참가인 회사에게 그 판시 별첨 1의 토지, 건물, 기계장치, 공기구·비품, 차량운반구, 재고자산,

리스자산, 이전기술 및 영업권 등을 매도하고 참가인 회사는 동해로부터 이를 매수하되 다만 차재전장사업의 운영에 직접 관련된 물건은 별첨 1에 기재되지 않은 경우에도 이를 매매물건에 포함된 것으로 하고, 영업권이란 동해의 차재전장사업부문이 장기간 영업을 계속함으로써 인하여 가지게 된 고객관계, 거래상의 기법, 소비자인식 등을 포함하여 차재전장부문사업에 관한 무형의 재산적 가치를 말하고, 이전기술에는 차재전장사업에 관한 모든 특허권, 실용신안권, 의장권 등 지적재산권 및 제조·판매·보수에 관한 기술과 노하우 등이 포함되며, 매매물건에 부대하는 등록에 관한 권리와 인허가를 매매물건과 함께 이전하는 것으로 하고, 참가인 회사는 동해의 부채가 차재전장사업과 관련하여 발생한 것이든 아니든 일체의 부채를 인수하지 아니하기로 하되, 다만 매매물건이 담보로 제공된 금융기관에 대한 부채 및 리스 회사에 대한 리스료 지급의무는 참가인 회사가 금융기관 및 리스 회사와 협의하여 본 계약의 조건에 따라 매매대금의 일부로서 이를 인수할 수 있으며, 현대자동차 주식회사, 쌍용자동차 주식회사와의 제품공급계약관련 각종 계약은 동 회사들의 동의하에 참가인 회사가 동해의 지위를 인수하기로 하고, 참가인 회사는 이 회사들의 동의를 받기 이전에 인수할 계약 등을 동해로부터 개시받아 인수의 범위를 결정하기로 하며, 동해는 전장사업부 소속 종업원을 대상으로 참가인 회사로의 입사희망 여부를 조사하여 그 결과를 채용 전형에 필요한 인사자료와 함께 참가인 회사에게 통보하고, 참가인 회사는 직무조사를 통하여 매매물건의 운영에 필요한 기준인원을 산정하고 소요인력을 충원함에 있어서 공개채용절차에 의거 기준인원의 범위 내에서 신규채용하되 동해가 통보한 입사희망자를 가급적 위 매매물건 인수 전에 채용하도록 우선적으로 고려하며, 동해는 참가인 회사의 채용 전형에 합격한 자에 대하여 자신의 비용과 책임하에 근로관계를 종료시키고 퇴직금 등 모든 금전사항을 1998. 4. 30.까지 정산처리하여야 하나 참가인 회사는 위 매매물건 인수와 관련하여 동해의 종업원을 인수할 의무를 부담하지 아니하고, 참가인 회사의 위탁에 따라 동해가 전장사업부문에 종사하는 것을 제외하고 별도의 합의가 없는 한 동해는 1998. 3. 20.부터 10년 간 양도하는 영업과 동종 또는 유사한 영업행위를 하여서는 안 되기로 한 사실, 동해 노동조합은 위 자산매매계약 체결사실을 알고 1998. 3. 23. 동해와 사이에 노사협의회를 갖고 근로관계, 노조 승계 및 단체협약 유지 등을 요구하였으나 노사간의 의견차이로 아무런 합의점을 찾지 못하고 결렬되자, 동해는 1998. 3. 25. 사내통신문을 통해 전장사업부 소속 근로자들에게 ‘동해에 대한 사직서, 참가인 회사로의 입사신청서 및 동해가 체불한 설 상여금 100% 삭감동의서가 함께 있는 서면(이하 ‘재취업신청서’라 한다)을 개인별로 작성하여 제출할 것’을 통보하였고, 다시 동해 노동조합이 1998. 3. 26. 및 1998. 3. 27. “동해가 근로자들로 하여금 개별적으로 취업신청을 하게 하거나 일방적으로 사직 및 상여금 삭감에 동의하도록 하는 것은 부당하다.”고 주장하며 전 조합원의 일괄 고용승계를 요구하였으나, 동해는 이러한 노동조합의 요구에도 불구하고 1998. 3. 30.까지 모두 176명으로부터 개별적으로 재취업신청서를 제출 받아 이를 참가인 회사에 통보하였고, 참가인 회사는 동해로부터 근로자 176명이 제출한 재취업신청서를 넘겨받아 선별 없이 1998. 4. 1.자로 모두

신규채용한 사실, 그런데 동해 노동조합의 조합원들인 원고들을 포함한 9명은 동해에 대하여 일괄 고용승계, 상여금 삭감 반대 등을 주장하며 연장된 기한인 1998. 3. 31.까지 재취업신청서를 제출하지 않다가 1998. 4. 4.에 이르러 비로소 이를 제출하였으나, 동해는 제출기한 도과를 이유로 원고들을 포함한 9명의 신청서를 모두 반려하였고, 이에 따라 원고들을 포함한 9명은 참가인 회사에 입사할 수 없게 된 사실, 참가인 회사는 위 자산매매계약에 기하여 동해의 전장사업부문의 모든 자산을 양수하는 한편, 동해 소속 근로자들만을 신규채용의 형식으로 다시 고용하여 그들이 동해에서 일하고 있던 부서와 동일한 부서(그 명칭은 상이하나 업무 내용은 동일하다)에 같은 직급으로 발령하여 이전의 업무를 계속 수행하도록 하였으며, 그 후 동해의 2부문 10팀의 조직체계를 5센터 19그룹 1팀으로 변경하고 인원, 설비, 사무실을 재배치하는 등으로 다품종 소량생산 체제를 도입하여 동해가 생산하던 품목에 70개를 추가하여 총 462개 품목을 생산하고 있는 사실 등을 인정한 다음, 이 사건의 경우 참가인 회사는 동해로부터 전장사업부 영업에 필요한 일체의 유형·무형의 재산을 모두 양수하였을 뿐만 아니라 거래처에 대한 계약자로서의 지위까지 양수함으로써 거기에 동해의 인적 조직만 결합하면 곧바로 이전 영업과 동일한 물적·인적 토대를 형성할 수 있는 것으로 보이는데, 이 사건 계약상으로는 참가인 회사가 동해의 근로자들에 대한 근로관계를 승계하지 않는 것을 전제로 소정의 인원만을 입사전형절차를 거쳐 신규채용하기로 하였고 이에 따라 동해의 근로자들이 사직서를 제출하고 새로 입사하는 형식을 취하였지만, 실제로는 입사시험을 치르는 등 실질적인 입사절차는 거치지 않은 채 소정의 기한 내에 입사의사를 표시한 동해의 근로자 전부를 채용하였던 점, 참가인 회사가 신규채용의 형태로 다시 고용한 동해의 근로자는 199명 중 176명에 달하여 대부분의 근로자가 다시 채용되었을 뿐만 아니라, 참가인 회사는 동해 소속 근로자들만을 신규채용의 형태로 고용하였을 뿐 실제 공개채용의 형태로 동해 소속 근로자 이외의 근로자를 신규채용하지는 않았던 점, 동해 소속 근로자들이 동해에서의 직급에 상응하는 직급을 참가인 회사에서 부여받아 그 이전에 수행하던 업무를 그대로 수행하고 있는 점 등에 비추어 동해의 전장사업부문의 인적 조직 역시 그 동일성을 유지한 채 참가인 회사에 승계되었다고 봄이 상당하고(일부 근로자들이 자진 사직하였다 하더라도 인적 조직의 동일성을 인정하는 데에 방해가 되지 아니한다), 이러한 점들에다가 참가인 회사가 동해로부터 승계한 물적·인적 조직을 이용하여 동해가 영위하던 전장사업부문의 기본 골격을 그대로 유지한 채 이를 토대로 그 사업을 수행하고 있는 점을 더하여 보면, 참가인 회사는 동해로부터 전장사업부문을 영업목적으로 하여 일체화된 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지한 채 포괄적으로 이전받음으로써 영업을 양수하였다 할 것이며, 참가인 회사가 동해로부터 이 사건 계약을 체결하면서 자산만을 인수할 뿐 인적 조직을 인수하지 아니할 것을 명시적으로 밝혔거나, 직원을 채용함에 있어 사직 및 신규채용의 절차를 밟았고, 채권의 전부와 채무의 일부를 인수하지 않았으며, 조직의 일부가 영업양도 이후에 달라진 사실이 있다 하더라도, 그러한 점만으로는 이와 달리 보기에 부족하다고 판단하였다.





위에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 채증법칙을 위배하거나 영업양도에 관한 법리를 오해한 위법이 없다. 이 점을 다투는 상고이유는 받아들일 수 없다.

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 93다33173 판결 등 참조).

원심은 제1심판결을 인용하여, 원고들이 지정된 기일 내에 재취업신청서를 제출하지 않은 것은 사실이지만, 이는 원고들이 조합원으로 있던 동해 노동조합이 “동해가 근로자들로 하여금 개별적으로 취업신청을 하게 하거나 일방적으로 사직 및 상여금 삭감에 동의하도록 하는 것은 부당하다.”고 주장하며 전 조합원의 일괄 고용승계를 요구하다가 이러한 요구가 관철되지 않자 제출기한이 지난 이후에 비로소 이를 제출한 것에 불과할 뿐 재취업 의사가 없었기 때문은 아니었던 것으로 보이는 점, 이 사건 계약의 실질이 영업양도에 해당한다면 일괄 고용승계를 주장하는 것이 부당하다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 재취업 신청과 상여금 삭감을 연계시킬 합리적 이유가 없음에도 동해가 재취업 신청을 받는 것을 기화로 상여금 삭감에 대한 동의도 함께 받으려 하자 이에 항의하는 뜻에서 재취업신청서를 제출하지 않은 것이 원고들의 귀책사유라고 볼 수도 없는 점, 재취업신청서를 제출한 전원이 다시 채용된 것으로 보아 재취업신청서의 제출은 형식적인 절차에 불과한 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 지정된 기일로부터 4일이 지난 뒤에 재취업신청서를 제출하였다는 이유만으로 원고들에 대한 고용승계를 거부한 것은 부당하다고 하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 이와 같은 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 위와 같은 사유로 원고들이 지정된 기일 내에 재취업신청서를 제출하지 아니하였다고 하여 이를 두고 원고들이 참가인 회사에로의 근로관계 승계를 거부하였거나 또는 근로관계 해지의 의사표시를 하였다고 볼 수 없다. 이 점을 다투는 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

3. 원심은, 그 내세운 증거들에 의하여 그 판시와 같이 원고들이 1998. 4. 4. 재취업신청서를 제출한 후인 1998. 4. 6. 이후에 각각 동해에 대한 사직서를 제출한 사실을 인정하고서도, (1) 이 사건 계약은 그 실질이 영업양도에 해당하여 원고들의 동해에 대한 근로계약관계는 정당한 해고사유가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 참가인 회사가 영업을 양수한 1998. 4. 1. 참가인 회사에 대한 근로계약관계로 이전되었으므로, 이미 참가인 회사의 근로자로서의 지위를 취득한 원고들이 그 후 동해에 대한 사직서를 제출하였다고 하더라도 원고들을 영업양도 이전에 이미 동해를 사직한 근로자라고 할 수

없어, 참가인 회사의 고용승계 대상에서 원고들을 제외시킬 수는 없고, (2) 나아가 원고들이 참가인 회사에 대한 재취업신청서를 제출한 직후 재취업 의사를 포기할 만한 사정이 있었음을 인정할 자료가 없는 점, 원고들이 사직서를 자진해서 제출한 것이 아니라 참가인 회사측의 권유로 제출하게 되었고, 특히 나이가 어린 원고 3, 원고 2의 경우에는 같은 원고들의 아버지를 동원한 참가인 회사측의 회유로 인하여 같은 원고들이 사직서 제출이 어떤 의미를 갖는 것인지조차 제대로 알지 못한 상태에서 이를 작성, 제출하였다고 보이는 점, 원고들은 상여금 삭감에 반대하면서 사직서 제출 전까지 당연 고용승계를 일관되게 주장한 점, 사직서를 제출하고 얼마 지나지 않은 1998. 4. 29. 참가인 회사를 상대로 고용승계를 주장하면서 서울지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 제기한 점 등에 비추어 보면, 원고들이 제출한 사직서가 참가인 회사에 대한 재취업 신청을 포기하는 의사를 담고 있다고 볼 수 없다고 판단하여, 위 사직서의 제출을 고용승계 거절사유로 삼는 참가인의 주장을 배척하였다.

영업양도에 의하여 양도인과 근로자 사이의 근로관계는 원칙적으로 양수인에게 포괄 승계되는 것이지만 근로자가 반대의 의사를 표시함으로써 양수기업에 승계되는 대신 양도기업에 잔류하거나 양도기업과 양수기업 모두에서 퇴직할 수도 있는 것이고, 영업이 양도되는 과정에서 근로자가 일단 양수기업에의 취업을 희망하는 의사를 표시하였다고 하더라도 그 승계취업이 확정되기 전이라면 취업희망 의사표시를 철회하는 방법으로 위와 같은 반대의사를 표시할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다.

위와 같은 법리를 전제로 기록에 의하여 살펴보면, 원심이 원고들의 사직서가 참가인 회사에 대한 재취업을 포기하는 의사를 담고 있는 것으로 볼 수 없다고 한 것은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

원심이 채용한 증거들에 의하면, 원고들은 1998. 4. 4. 재취업신청서를 제출하였으나 제출기한이 도과되었다는 이유로 반려되어 참가인 회사로부터 채용승낙을 받지 못하고 있던 중 같은 달 6. 참가인 회사에 채용된 다른 종업원들이 출근하여 공장가동이 시작되자, 원고 1은 같은 달 6. 참가인 회사의 인사업무 담당자인 소외 1과 면담하는 자리에서 생계를 위하여 다른 일자리를 찾아보겠다며 사직서를 제출하였고, 원고 2는 고용승계를 주장하면서 노동조합 사무실에서 다른 노조원과 함께 농성을 계속하다가 같은 달 7. 참가인 회사 총무부 계장인 소외 2가 위 원고의 아버지를 상경시켜 그에게 위 원고로 하여금 노조활동에 참여하지 못하도록 위 원고를 데리고 귀향하라고 권유함에 따라 아버지와 의논을 거쳐 같은 날 사직서를 제출하였으며, 원고 3은 1998. 4. 1.부터 동해에도 참가인 회사에도 출근하지 않으면서 참가인 회사의 직원인 소외 3과의 전화통화에서 어느 회사에도 더 이상 근무할 의사가 없음을 밝히는 한편 같은 달 8. 위 소외 3이 위 원고의 집으로 찾아가 위 원고의 아버지에게 사직서 용지를 전달하자 2주일 후에 1998. 3. 31.자로 소급 작성한 사직서를 참가인 회사로 우송한 사실, 원고들로부터 사직서를 제출받은 직원들은 동해에서 근무하다가 참가인 회사에 취업하



여 인사업무를 담당하던 사람들인 사실, 원고들은 위 사직서 제출로 인하여 동해로부터 2개월분 급여에 해당하는 퇴직위로금을 추가로 지급받은 사실을 알 수 있는바, 이러한 원고들의 사직서 제출의 시기와 그 제출의 경위에 비추어 보면, 원고들이 제출한 사직서는 비록 형식적으로는 동해를 사직하는 내용으로 되어 있더라도 실질적으로는 참가인 회사에 대한 재취업 신청을 철회 또는 포기함과 아울러 동해를 사직하는 의사를 담고 있는 것이라고 봄이 상당하고, 원심이 들고 있는 바와 같이 원고들이 참가인 회사로의 고용승계를 주장하며 재취업신청서까지 제출하였다거나 원고들이 사직서를 제출한지 얼마 지나지 않아 참가인 회사를 상대로 고용승계를 주장하며 부당해고 구제신청을 한 등의 사정이 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

그렇다면 원심이 원고들의 사직서가 참가인 회사에 대한 재취업 포기의 의사표시를 담고 있는 것으로 볼 수 없다고 한 것은 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였거나 영업양도에 따른 고용승계 및 사직에 관한 법리를 오해한 위법이 있고 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다. 이 점을 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 유지담(재판장), 조무제, 강신욱, 손지열(주심)

## 1.2 영업양도와 취업규칙의 승계

☞ 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다41659 판결

### » 요 지 «

1. 영업양도나 기업합병 등에 의하여 근로계약 관계가 포괄적으로 승계된 경우에 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로, 승계 후의 퇴직금규정이 승계 전의 퇴직금규정보다 근로자에게 불리하다면 근로기준법 제95조 제1항 소정의 당해 근로자 집단의 집단적인 의사결정 방법에 의한 동의 없이는 승계 후의 퇴직금 규정을 적용할 수 없다.
2. 근로기준법 제28조 제2항, 부칙(1980.12.31) 제2항이 하나의 사업내에 차등있는 퇴직금제도의 설정을 금하고 있지만, 이는 하나의 사업내에서 직종, 직위, 업종별로 퇴직금에 관하여 차별하는 것을 금하고자 하는데 그 목적이 있으므로, 근로관계가 포괄적으로 승계된 후의 새로운 퇴직금제도가 기존 근로자의 기득이익을 침해하는 것이어서 그들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전의 퇴직금규정을 적용하지 않을 수 없어서 결과적으로 하나의 사업내의 별개의 퇴직금제도를 운용하는 것으로 되었다고 하더라도, 이러한 경우까지 근로기준법 제28조 제2항, 부칙 제2항이 금하는 차등있는 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

\* 원고, 피상고인 : 원고 1 외 2인

\* 피고, 상고인 : ○○기술연구원

\* 원심판결 : 서울고법 1995. 8. 16 선고 95나16266 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

#### 1. 상고이유 제1점에 대하여

원심은, 소외 재단법인 한국정밀기기센터는 1966. 4. 13.경 설립되어 1979. 4. 1.경 소외 재단법인 한국기계금속시험연구소에 흡수 통합되었고, 위 한국기계금속시험연구소는 1981. 5.경 소외 재단법인 한국선박연구소와 통합되어 소외 재단법인 한국기계연구소로 되었는데, 위 각 통합 과정에서 종전 재단법인의 사업과 임직원 전원은 통합 후의 재단법인에 순차인수되었

으며, 그후 1989. 10. 12경 피고가 설립되면서 피고의 정관에 의하여 위 한국기계연구소의 인원, 재산, 사업, 예산 및 권리의무 일체가 피고에게 포괄승계된 사실, 위 한국정밀기기센터에 입사하였던 원고들은 위 한국정밀기기센터가 위와 같이 순차 통합되는 과정에서 경영 주체의 변동에 따른 퇴직이나 입사 등의 절차를 밟음이 없이 직원으로서 동일한 업무를 계속 수행하여 오다가 피고의 직원으로 있을 때에 퇴직한 사실 등을 인정한 다음, 원고들의 위 한국정밀기기센터, 한국기계금속시험연구소 및 한국기계연구소와의 근로계약관계는 위와 같은 통합이 있을 때마다 포괄적으로 피고에게까지 순차 승계되었다고 판단하였는바, 원심의 위와 같은 판단은 당원의 판례(1994. 1. 25, 대법 92다23834; 1994. 3. 8, 대법 93다1589 참조)에 따른 것으로서 정당하고, 원심판결에 논하는 바와 같이 기업의 합병에 있어서의 근로계약 관계의 포괄 승계에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 논지는 이유가 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

퇴직금에 관한 사항은 취업규칙의 필요적 기재사항의 하나이므로(근로기준법 제94조 제5호 참조), 사용자가 취업규칙과 별도로 독립된 퇴직금규정을 두었다고 하더라도 그 퇴직금규정은 취업규칙의 일부로서 취업규칙의 성격을 갖는다고 할 것이고, 따라서 사용자가 근로기준법 제95조 제1항 소정의 노동조합 또는 근로자집단의 동의없이 퇴직금규정을 근로자에게 불리하게 변경하였다면 그 변경된 퇴직금규정은 종전의 근로자에 대하여는 효력이 없다고 할 것이다.

그러므로 같은 취지로 판단한 원심판결은 정당하고 원심판결에 논하는 바와 같이 근로기준법 제95조에 대한 법리를 오해하거나 대법원판례와 상반된 판단을 한 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 논지도 이유가 없다.

## 3. 상고이유 제3점에 대하여

영업양도나 기업합병 등에 의하여 근로계약 관계가 포괄적으로 승계된 경우에 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로, 승계 후의 퇴직금규정이 승계 전의 퇴직금규정보다 근로자에게 불리하다면 근로기준법 제95조 제1항 소정의 당해 근로자집단의 집단적인 의사결정 방법에 의한 동의없이 승계 후의 퇴직금규정을 적용할 수 없는 것 인바(위 93다 1589 판결, 대법원 1991. 9. 24. 선고 91다 17542 판결; 대법원 1994. 8. 26. 선고 93다 58714 판결 참조), 근로기준법 제28조 제2항, 부칙(1980. 12. 31. 법률 제3349호)제2항이 하나의 사업 내에 차등있는 퇴직금제도의 설정을 금하고 있지만, 이는 하나의 사업 내에서 직종, 직위, 업종별로 퇴직금에 관하여 차별하는 것을 금하고자 하는데 그 목적이 있는 것이므로, 이와 같이 근로관계가 포괄적으로 승계된 후의 새로운 퇴직금제도가 기존 근로자의 기득이익을 침해하는 것이어서 그들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전의 퇴직금규정을 적용하지 않을 수 없어서 결과적으로 하나의 사업 내에 별개의 퇴직금제도를 운용하는 것으로 되었다고 하더라도, 이러한 경우까지 위 제28조 제2항, 부칙 제2항이 금하는 차등 있는 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다고는 볼 수 없다 할 것이다(대법원 1992. 12. 22. 선고 91다45165 전원합의체 판결 참조).

같은 취지로 판단한 원심판결은 정당하고, 논지도 이유가 없다.



#### 4. 상고이유 제4점에 대하여

피고의 퇴직금규정이 근로기준법 제28조 제1항이 요구하는 최소한의 요건을 충족하였는지의 여부는 이 사건의 결론에 영향이 없으므로, 논지도 이유가 없다.

#### 5. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 정귀호(재판장), 김석수, 이돈희, 이임수(주심)



### 1.3 영업양도와 단체협약의 승계

☞ 대법원 2002. 3. 26. 선고 2000다3347 판결

#### » 요 지 «

1. 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 승계되는 바, 여기서 영업의 동일성 여부는 일반 사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하지만, 문제의 행위(양도계약관계)가 영업의 양도로 인정되느냐 안되느냐는 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.
2. 사용자가 노동조합에게 단체협약에 따라 무상 제공하여 온 노동조합의 사무실의 사용관계는 민법상 사용대차에 해당한다고 할 것이고 사용대차 목적물은 그 반환 시기에 관한 약정이 없는 한 계약이나 목적물의 성질에 의한 사용 수익이 종료한 때 또는 사용 수익에 족한 기간이 경과하여 대주(貸主)가 계약을 해지한 때에 반환하도록 되어 있는 것(민법 제613조)에 비추어 보면, 앞서 본 바와 같이 노조사무실 제공을 포함하는 단체협약 전체가 해지된 지 6월이 경과되어 소멸하였다 하더라도 그 사유만으로 당연히 위와 같은 사용대차 목적물의 반환 사유인 사용수익의 종료 또는 사용수익에 족한 기간의 경과가 있다고 할 것은 아니어서 특히 그 반환을 허용할 특별한 사정(예컨대 기존 사무실의 면적이 과대하여 다른 공간으로 대체할 필요가 있다든지 사용자가 이를 다른 용도로 사용할 합리적인 사유가 생겼다는 등)이 있어야만 그 사무실의 명도를 구할 수 있다고 보는 것이 상당하다.

\* 원고, 상고인 : 한국오르론전장 주식회사

\* 피고, 피상고인 : 동해 노동조합 대표자 이○○

\* 원심판결 : 서울지법 1999. 12. 3. 선고, 99나1702판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

### 1. 영업양도 여부

‘영업의 양도’라 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 승계되는 바,1) 여기서 ‘영업의 동일성 여부’는 일반 사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하지만, 문제의 행위(양도계약관계)가 영업의 양도로 인정되느냐 안되느냐는 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 것이다2)(대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결 참조3)).

원심은 제1심 판결을 인용하여, 소외 ○○ 주식회사(이하‘○○’라고만 한다)는 자동차에 필요한 릴레이, 유니트, 카스테레오 등 전자기계장치 부품을 생산하는 회사인데, 1986.12 월경부터 일본의 ○○○ 주식회사와 기술제휴를 하면서 1991. 12. 12. ○○가 35%, 위 일본 회사가 65%의 자본금을 각 출자하여 원고회사를 설립하고 이를 공동 경영한 사실, 동해의 영업부문은 자동차부품 중 릴레이, 유니트 등을 생산하는 전장사업부와 카스테레오를 생산하는 전자사업부로 구분되는데, 동해는 1996년경부터 전자사업부의 생산라인을 중국 ○○시로 이전하기 시작하여 1996. 8월경에는 전자사업부 소속 생산직 사원 전원을 전장사업부로 배치한 이후 자재부 직원 일부가 자재 충당을 위하여 전자사업부의 업무까지 병행하였을 뿐 국내 면에서의 카스테레오 생산을 사실상 중단한 사실, 동해는 1997년 말부터 시작된 외환위기와 고금리 및 자동차 수요의 감소로 회사 경영이 어려워지면서 부도위기에 직면하자, 협력관계에 있던 일본의 ○○○ 주식회사와 회사 자산의 인수 논의가 이루어져 1998. 3. 9. 원고회사에게 동해의 원고 회사에 대한 주식 지분 35%를 매도하고 3. 20. 원고회사와 사이에 판시와 같이 ○○의 전장사업부문과 관련된 일체의 자산을 271억원에 매도하는 내용의 자산매매계약을 체결한 사실, 위 계약 당시 동해에는 해외근무 중인 전자사업부 인원 7명을 포함하여 199명의 직원이 있었고, 그 중 피고 조합의 조합원은 위원장 등 임원을 포함하여 61명으로서 그 전원이 전장사업부에 근무하였는데, 피고 조합은 위 계약체결 사실을 알게 되어 1998. 3. 23. ○○와 그에 대한 노사협의회를 갖고 근로관계 및 노조 승계, 단체협약 유지 등을 요구하였으나 의견 차이로 결렬되었고, 이에 동해는 3. 25. 전장사업부 소속팀장에게 동해에 대한 사직서, 원고회사로의 입사신청서 및 동해가 체불한 설 상여금 100%의 삭감동의서가 함께 있는 취업신청서를 종업원 개인별로 작성, 제출할 것을 통보하여 3. 30.까지 모두 176명으로부터 취업신청서를 제출받아 이



를 원고회사에 통보하였으며, 피고 조합의 위원장인 이○○ 등 조합임원 6명은 상여금 삭감에 반대하며 취업신청서를 연장된 제출기한인 3.31까지 제출하지 않다가 4. 4.에야 제출하였으나 동해가 제출기간 도과를 이유로 이를 반려한 사실, 원고회사는 1998. 4. 1. 동해의 직원 199명 중 전자사업부 인원 7명과 자진퇴직자 10명 및 취업신청서를 제출하지 않은 피고 조합 임원 6명을 제외한 나머지 176명 전원을 신규 채용하여 ○○에서 일하고 있던 같은 부서에 종전의 직급으로 발령하였는데, ○○의 근로조건과 비교해서 기본급은 같으나 상여금이 200% 삭감된 사실, 그 후 원고회사는 동해의 2부문 10팀의 조직체계를 5센터 19그룹 1팀으로 변경하고 인원, 설비, 사무실을 재배치하는 등으로 다품종 소량생산 체제를 도입하여 동해가 생산하던 품목에 70개를 추가하여 총 462개 품목을 생산하였고 거래처에 ○○자동차도 추가한 사실, ○○는 중국에 있는 전자사업부 영업을 계속하기 위하여 사업장을 서울 ○○구 ○○3동으로 이전하였으나 국내에서 생산활동을 하고 있는 않은 사실, 한편 피고 조합은 동해의 대리 미만의 종업원을 대상으로 설립되어 1989. 2. 24. 설립신고를 마친 후 ○○와의 단체협약에 의하여 서울 ○○구 ○○동 지상 건물 중 일부를 사무실(이하 ‘노조사무실’이라 한다)로 사용하고 있는데, 위 노조사무실이 있는 위 건물에 관하여 1998. 4. 4. 위 매매계약을 원인으로 한 원고 명의의 소유권이전등기가 마쳐진 사실 등을 인정한 다음, 위와 같이 ○○는, 4) ① 원고회사에게 전장사업부 영업에 필요한 일체의 유형적·무형적 재산을 매도하였고 거래처에 대한 계약자로서의 일체의 지위를 양도하였을 뿐 아니라 위 매도재산 중 아파트는 생산시설이 아닌 직원들의 거주용으로 보이는 점, ② 위 자산매매계약상으로는 원고회사가 ○○의 종업원들에 대한 근로관계 승계의무가 없음을 전제로 하여 소정의 인원만을 입사 전형절차를 통하여 신규 채용하기로 한 것에 따라 ○○의 근로자들이 서류상으로 사직서를 제출하고 새로 입사하는 형식을 취하였지만 입사시험을 치르는 등 실질적인 신규 입사절차를 거치지 아니한 채 소정의 기한 내에 입사의사를 표시한 ○○의 전장사업부 소속 근로자 전원을 채용하여 계속 동일한 업무에 같은 직급으로 종사하게 한 점, ③ 원고회사는 위 물적·인적 조직을 이용하여 ○○가 영위하던 전장사업부문에 영업을 동일성을 유지한 채 계속하고 있는 점 등을 종합해 보면, ○○는 원고회사에게 자신의 영업의 일부인 전장사업부문을 영업양도하였다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

위에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 채증법칙을 위배하거나 영업양도에 관한 법리를 오해한 위법이 없다. 이 점에 관한 상고이유는 받아들일 수 없다.

## 2. 집단적 근로관계의 승계 여부

원심은 제1심 판결을 인용하여, 피고 조합원은 원래 ○○의 사업장에서 설립된 것이고 ○○가 여전히 별개의 법인으로 존속하고 있기는 하나 ○○가 영위하던 2개의 영업부문 중 전자사업부의 생산라인을 중국으로 점차 이전하고 1996. 8월 이후에는 전자사업부 소속 근로자 전부를 이 사건 양도된 전장사업부에 배치하여 전자사업부의 국내 생산이 중

단된 결과 피고 조합은 전장사업부에 근무하는 근로자들을 그 조합원으로 하여 전장사업부 소속 근로자들의 근로조건을 유지·개선하기 위한 노동조합으로 남게 되었고, 이 사건 영업양도 이후 동해는 해외에서 전자사업부문의 생산을 하고 있을 뿐 국내에서는 근로자 고용에 의한 생산활동이 없음을 알 수 있으므로, ○○가 원고회사에게 전장사업부문의 영업을 양도함으로써 피고 조합 역시 원고회사에 입사한 전장사업부 근로자들을 위한 노동조합으로서 원고회사에 존속하고 있다고 봄이 상당하고, 따라서 원고회사는 ○○와 피고 조합 사이의 단체협약상의 권리·의무를 승계하였다고 피고 조합은 위 단체협약에 의하여 노조사무실을 점유, 사용할 권원이 있다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같은 법리오해의 위법이 없다. 이 점을 다투는 상고이유는 받아들일 수 없다.

### 3. 건물사용권원의 존재 여부

원심은, 원고가 항소이유서와 1998. 7. 20.자 및 1999. 9. 24.자 준비서면에서 ○○와 피고 조합 사이의 단체협약상 권리·의무를 승계하지 않는다는 의사를 명백히 밝히고 그 송달에 의하여 위 단체협약의 해지 통고를 하였으므로 위 단체협약은 노동조합및노동관계조정법 제32조 제3항에 의하여 적법하게 해지되었다고 주장함에 대하여, 노동조합및노동관계조정법 제32조 제3항에서는 “단체협약의 유효기간이 만료되는 때를 전후하여 당사자 쌍방이 새로운 단체협약을 체결하고자 단체교섭을 계속하였음에도 불구하고 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 경우에는 별도의 약정이 있는 경우를 제외하고는 종전의 단체협약은 그 효력만료일부터 3월까지 계속 효력을 갖는다. 다만 단체협약에 그 유효기간이 경과한 후에도 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 때에는 새로운 단체협약이 체결될 때까지 종전 단체협약의 효력을 존속시킨다는 취지의 별도의 약정이 있는 경우에는 그에 따르되, 당사자 일방은 해지하고자 하는 날의 6월 전까지 상대방에게 통고함으로써 종전의 단체협약을 해지할 수 있다”고 규정하고 있어, 원고가 위 규정에 의한 해지권을 행사하기 위해서는 위 규정 본문이 요구하는 당사자 쌍방이 새로운 단체협약을 체결하고자 단체교섭을 계속하였음에도 불구하고 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 경우에 해당되어야 할 것인데, 이를 인정할 아무런 증거가 없다는 이유로 원고의 위 주장을 배척하였다.

그런데 위 노동조합및노동관계조정법 제32조 제3항 본문은 종전의 단체협약에 유효기간 경과 후에도 새로운 단체협약이 체결되지 않은 때에는 새로운 단체협약이 체결될 때까지 종전의 단체협약의 효력을 존속시킨다는 규정, 즉 자동연장협정이 없는 경우에 대비하여 두어진 규정으로서 종전의 단체협약에 그러한 자동연장협정의 규정이 있다면 위 규정은 적용되지 아니하는 것이고(구 노동조합법 제35조 제3항에 관한 대법원 1993.2.9 선고 92다27102 판결 참조), 같은 법 제32조 제3항 단서의 규정에 의한 해지권은 종전의 단체협약에 그러한 자동연장협정이 있어 그에 따라 효력이 존속되는 종전의 단체협약을 6월의 기간을 두고 해지할 수 있는 권리이므로, 위 법 제32조 제3항 본문의 ‘당사자 쌍방이 새로운 단체협약을 체결하고자 단체교섭을 계속하였음에도 불구하고 새로운 단체협약

이 체결되지 아니한 경우'에 해당하여야만 위 법 제32조 제3항 단서의 규정에 의한 해지권을 행사할 수 있다고 할 것이 아니다. 따라서 원심이 위법 제32조 제3항 단서의 규정에 의한 해지권을 행사하기 위해서는 같은 항 본문의 '당사자 쌍방이 새로운 단체협약을 체결하고자 단체교섭을 계속하였음에도 불구하고 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 경우'에 해당하여야 한다고 판단하여 위 규정에 의한 단체협약의 해지에 관한 원고의 주장을 배척한 데에는 단체협약의 해지사유에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다 할 것이다.

그러나 사용자가 노동조합에게 단체협약에 따라 무상 제공하여 온 노동조합의 사무실의 사용관계는 민법상 사용대차에 해당한다고 할 것이고 사용대차 목적물은 그 반환 시기에 관한 약정이 없는 한 계약이나 목적물의 성질에 의한 사용 수익이 종료한 때 또는 사용 수익에 족한 기간이 경과하여 대주(貸主)가 계약을 해지한 때에 반환하도록 되어 있는 것(민법 제613조)에 비추어 보면, 앞서 본 바와 같이 노조사무실 제공을 포함하는 단체협약 전체가 해지된 지 6월이 경과되어 소멸하였다 하더라도 그 사유만으로 당연히 위와 같은 사용대차 목적물의 반환 사유인 사용수익의 종료 또는 사용수익에 족한 기간의 경과가 있다고 할 것은 아니어서 특히 그 반환을 허용할 특별한 사정(예컨대 기존 사무실의 면적이 과대하여 다른 공간으로 대체할 필요가 있다든지 사용자가 이를 다른 용도로 사용할 합리적인 사유가 생겼다는 등)이 있어야만 그 사무실의 명도를 구할 수 있다고 보는 것이 상당한 바, 기록상 그러한 사정을 인정할 자료가 발견되지 않는다.

그렇다면 단체협약이 해지되었으므로 건물사용 권원이 당연 소멸하였다는 원고의 주장을 배척한 원심의 조치는 결과에 있어서 정당하고, 위 규정에 의한 단체협약 해지에 관한 원심의 위와 같은 법리오해는 판결 결과에 영향이 없다 할 것이므로, 이 점에 관한 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

#### 4. 노동조합으로서의 실체 성실여부

원심은, 피고 조합이 원고회사에 채용된 동해의 근로자들을 위한 노동조합으로서의 실체를 상실함으로써 단체협약상의 권리·의무관계도 소멸하였다는 원고의 주장에 대하여, 피고 조합이 노동조합으로서의 실체를 상실하였다고 인정할 증거가 없고, 오히려 판시 증거들에 의하면, 피고 조합이 1998. 4월 이후에도 노동조합으로서의 활동을 하여온 사실이 인정된다고 하여 원고의 위 주장을 배척하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 거기에 상고이유 주장과 같은 채증법칙을 위배한 위법이 없다. 이 점을 다투는 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

#### 5. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 이용우(재판장) 서성, 배기원, (주심) 박재윤

- 1) 영업양도는 영업을 처분하려는 종전의 사업주와 그로부터 영업을 인수하여 새로이 경영하려는 자와의 사이에 영업양도에 관한 계약에 의해 이루어진다. 다만 영업양도 계약 당시 근로관계의 승계에 대해 아무런 약정이 없는 경우에 고용승계 여부가 문제된다. 이에 대해서는 본 사건에서 언급된 부분처럼 일반적인 해석론 및 판례의 입장은 이른바 '원칙승계설'을 취하고 있다. 즉, "영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말하고, 영업을 포괄적으로 양도되면, 반대의 특약이 없는 한, 양도인과 근로자간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 승계된다"(대판 1994. 6. 28., 93다33173). 또한 "영업양도란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 영업양도 당사자 사이의 명시적 또는 묵시적 계약이 있어야 한다"(대판 1997. 6. 24., 96다2644). 따라서 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 이에 따라 근로관계는 승계되지 않지만 그 특약은 정당한 해고사유(근로기준법 제30조 제1항)가 있어야 유효하다는 견해로 해석할 수 있을 것이다.(참조 판례로는 대판 1987. 2. 24., 84다카1409; 1991. 3. 22., 90다6545; 1991. 8. 9., 91다15225; 1991. 11. 12., 91다12806; 1992. 7. 14., 91다40276; 1994. 6. 28., 93다33173(이판례평석으로는 김건일, '영업양도와 근로관계의 승계', 대법원 판례해설 21호, 법원행정처, 1994, 520면 참조); 1994. 11. 18., 93다18938).
- 2) 영업양도시 '고용승계 여부'를 알기 위해 영업양도가 무엇인지, 근본적으로는 '영업'의 정의를 검토해보아야 한다. 그런데 영업(또는 사업)의 정의에 대해서는 상법·노동법은 명문화하고 있지 않아 판례·학설에 위임되어 있는 실정이다. 일반적으로 '영업'이란 영업주의 일정한 영업의 목적을 실현하기 위하여 근로자 등 인적조직과 영업재산 등 물적 시설을 갖추고 활동하는 유기적 일체로서의 기능적 재산을 말하고, 이를 '영업재산'이라고 말한다(대판 1989. 12. 26., 88다카10128; 대판 1991. 8. 9., 91다15225; 대판 1994. 5. 13., 93다56183). 이는 영업주의 영업활동, 영업재산의 물적 시설(자본) 및 근로자 등의 인적 조직(노동)의 3요소를 포함하는 개념이라 할 것이다. '상법'에서는 주로 이러한 개념정의에 의해 기능적 재산이전 여부에 따라 영업을 양도되었는지 여부를 판단한다. 노동법에서는 '사업'의 정의규정은 없지만, 판례에서는 '경영상의 일체를 이루는 기업체 그 자체' 또는 '경영상의 일체를 이루면서 유기적으로 운영되는 기업조직은 하나의 사업'이라고 판단하고 있다(대판 1993. 2. 9., 91다21381). 또한 학설은 근로기준법 제15조의 '사업주'를 '개인기업의 경우는 기업주 개인, 법인기업의 경우는 법인 그 자체'로 본다. 이것은 노동법 판례·학설이 '기업'과 '사업'을 분명히 구분하지 않거나, 최소한 양자를 동일한 것으로 본다는 것을 보여준다. 그러나 고용승계 면에서 보면 영업개념, 기업개념, 양자의 관계 및 구별문제(이에 관해서는 우선 이승욱, '사업양도에 있어서 사업의 개념', '기업의 구조조정과 노동법적 과제' 한국노동연구원, 1998년, 7면 이하)도 있다.

참조판례로 ① 대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카10128 판결에서는 “양도 전후에 영업의 동일성이 유지되어야 하므로 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있어야 하고 조직을 일단 해체한 후 재결합하는 것은 영업의 양도에 해당하지 않을 것이다”라고 판시하고 있다. ② 대판 1997. 11. 25. 선고 97다35085에서는 ‘슈퍼마켓의 매장 시설과 비품 및 재고 상품 일체를 매수한 것이 영업양도에 해당한다’고 한 사례로 ‘영업의 판단기준’을 다음과 같이 제시하고 있다. 즉 “상법 제42조가 말하는 영업이란 일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 뜻하는 바, 여기서 말하는 유기적 일체로서의 기능적 재산이란营业을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능한다는 것과 이와 같이 유기적으로 결합한 수익의 원천으로서의 기능적 재산이 마치 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다는 것을 뜻한다 할 것이므로, 영업양도가 있다고 볼 수 있는지의 여부는 양수인이 당해 분야의 營業을 경영함에 있어서 무(無)로부터 출발하지 않고 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 판단되어야 한다.”(또한 1998. 4. 14. 선고 96다8826 판결 참조).

- 3) 참조판례는 영업양도에 있어 영업의 동일성 여부에 대한 판단기준에 대한 그 유명한 창원특수강 사건(대법원 2001. 7. 27., 99두2680 부당해고구제재심판정취소)이다. 그 판례 요지는 본문에서 언급한 것도 동일하다. 다만, 당해 사건에서는 창원특수강이 삼미를 인수한 것은 자산매매계약에 해당하여 고용승계의무가 없다는 취지로 판결을 내렸다. 즉, 창원특수강이 삼미를 인수한 것이 실질적으로 삼미로부터 봉강 및 강관 부문에 관한 영업상의 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 포괄적으로 이전받음으로써 營業을 양도받았다고 판단한 원심판결은 채증법칙을 위배하여 사실을 ‘오인’하였거나 영업양도에 관한 법리를 ‘오해’하여 판결에 영향을 미친 ‘위법’이 있다고 할 수 있다(즉, 창원특수강이 삼미를 인수한 것은 자산매매계약에 해당하여 고용승계의무가 없다고 본 사례). (당시 대법원 제2부 대법관 조무제, 이용우, 강신욱(주심), 이용우). 다음과 같이 ‘사실관계’에서 10가지를 구체적으로 열거하면서, “① 삼미의 창원 공장의 봉강·강관부문의 종업원은 삼미 전체 종업원의 72%에 해당함에도 매출액 비율은 삼미 전체의 47%에 불과하여 생산성이 저조했을 뿐 아니라 여러 해에 걸쳐 계속된 적자의 누적으로 자본이 크게 잠식된 상태였고, 따라서 그 상태대로 계속사업을 유지할 경우 흑자로 전환될 가능성은 커녕 도산할 수밖에 없으므로 삼미는 이 부문 사업을 정리하기로 방침을 정하였으나 이 사건 공장의 자산과 함께 인적조직인 종업원들을 포괄하여 양도하는 방식으로는 양수 희망자가 없어 봉강·강관 부문의 사업정리가 불가능하였으므로 결국 이 사건 공장의 자산만을 양도하기로 하고, 그에 따라 이 사건 자산매매계약의 체결에 이르게 된 사실, ② 이에 따라 삼미는 이 사건 자산매매계약 체결 전 노동조합과의 단

체교섭 과정에서 노동조합측에게 이 사건 공장의 자산을 매각하지 않을 수 없는 불가피한 사정을 설명하면서 이 사건 자산매매계약이 이행되더라도 고용승계는 이루어지지 않는 점을 알리고 다만 포항제철과 협의하여 최대한 고용이 보장되도록 노력하겠다는 취지로 설명한 사실, ③ 한편 포항제철 역시 삼미로부터 이 사건 공장의 자산 이외에 인적조직인 종업원들의 대부분을 함께 인수하는 영업양수의 방식으로서는 아무리 생산기술을 향상시키고 경영환경을 개선하더라도 건전한 기업으로 육성시킬 가능성이 없다는 판단 아래 이 사건 자산 매매계약을 체결함에 있어 매매목적물은 봉강·강관부문의 생산시설과 그에 관련된 자산만이고, 종업원들에 대한 고용은 이를 승계하지 않음을 명백히 하면서 이 사건 자산매매계약상의 어떠한 조항도 삼미의 종업원이 인수할 의무를 원고에게 부담시키는 것으로 해석될 수 없고 삼미는 이러한 취지를 종업원들에게 주지시키고 원고에 입사하지 못한 종업원들을 포함한 삼미의 종업원들이 어떠한 이유로든 원고에게 근로관계의 승계를 주장함으로써 원고에게 손해를 입히는 행위를 하지 않도록 최선을 다하도록 하며 다만 원고는 이 사건 공장 운영에 필요한 기준인원의 범위 내에서 소요인력을 충원함에 있어서 공정하고 합리적인 공개채용 절차에 의거 신규 채용하되 원고로의 입사를 희망하는 삼미의 종업원들을 우선적으로 고려하기로 한 사실, ④ 이에 따라 삼미는 원고의 신규 공개채용에 필요한 삼미종업원에 대한 자료를 원고에게 제공하고, 삼미의 종업원 중 원고의 채용전형에 합격한 자에 대하여 삼미는 자신의 비용부담 및 책임하에 삼미와의 근로관계를 종료시키며 퇴직금 등 종업원에 관련된 모든 금전사항을 정산하기로 하였고, 원고가 종업원을 신규 공개 채용하는 과정에서 원고로의 입사를 원하는 삼미의 종업원이 채용되지 않는 경우에는 삼미와 그 종업원과의 근로관계는 단절되지 않도록 함으로써 원고나 포항제철 계열사로 신규 채용되지 아니한 삼미의 종업원들은 삼미에 그대로 잔류한 사실, ⑤ 또한 원고는 삼미 소속 종업원들의 60.6% 정도를 신규입사의 형식으로 새로이 채용하면서(앞서 본바와 같이 나머지 15% 정도는 종업원 구제차원에서 포항제철 관련 계열사에 입사시켰다) 종전 삼미에서의 근로조건이나 직급상태를 그대로 유지하지 않고 3개월간의 수습기간을 거쳐 원고 고유의 직급 및 급여체계, 근무시간 등에 따라 재배치함으로써 종전 삼미의 인적조직을 해체하여 포항제철 계열사의 기준 및 인사관리 방법에 따라 재구성하여 조직화한 사실, ⑥ 특수강 산업은 그 특성상 종업원들의 숙련된 기술과 경험이 제품생산에 있어서 큰 역할을 하는 것이기는 하나 또한 장치 산업으로서의 특성에 의하여 업무에 필요한 지식과 기술이 정형화·규격화되어 있어 단기간의 훈련을 거치면 일반직원들도 매뉴얼에 따라 생산활동을 할 수 있고, 특히 원고의 모 회사인 포항제철에는 특수강 생산에 필요한 기술인력이 많이 있었기 때문에 원고로서는 삼미의 종업원을 반드시 고용하여야 할 필요가 있었던 것은 아니지만 이 사건 공장 자산의 매각 후 실직할 삼미 종업원들을 가능한 한 구제하려는 차원에서 기준인원 범위 내에서 삼미의 종업원들을 신규채용하였을 뿐인 사실, ⑦ 또한 사업목적(생산 품목)에 있어서도 원고는 삼미로부터 인수한 자산을 그



대로 사용하여 특수강을 생산하고 있지만, 원고는 봉강사업부문에 대하여는 공급과잉으로 인한 수익성 감소로 장기적으로는 폐업하고 나머지 품목인 선재 및 빌렛(billet) 사업부문을 주력사업으로 하기로 방침을 정하여 1996년 말 기준으로 전체의 59.8%이던 봉강 생산량을 1998.9월 말 기준으로 11.3%로 대폭 축소하는 등 생산전략을 크게 바꾸고, 이에 따라 변화된 생산 패턴에 맞추어 포항제철과의 기술교류를 통하여 새로이 기술을 도입, 품질을 향상시킨 사실, ⑧ 원고는 삼미의 외상매출금·받을어음·미수금 등 채권은 물론 1조원이 넘는 부채도 인수하지 않았고 다만 매매목적물에 대한 금융기관의 근저당권 및 공장저당 등 담보권의 해제 말소와 리스자산에 대한 리스료 지급 등을 위하여 매매대금의 대부분을 사용한 사실, ⑨ 원고는 삼미가 그 거래선 등을 체결한 어떠한 계약에 대하여도 책임을 부담하지 않고 삼미의 거래선 중 원자재 구입처의 약 29%, 판매처의 약 10%를 유지하였을 뿐 대부분의 거래처를 새로이 개척한 사실, ⑩ 원고는 삼미라는 상호의 성가는 물론 삼미가 영업상 확보한 주문관계나 영업상 비밀 등을 재산가치를 인수하지 아니한 사실을 알 수 있는 바, 이러한 '사실관계'를 영업양도의 '법리'에 맞추어 검토하여 보면 원심이 실시한 사정을 고려하더라도 원고가 실질적으로 삼미로부터 봉강·강관 사업부문의 영업상 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 포괄적으로 이전받음으로써 영업을 양도받은 것으로 보기에 부족하다 할 것이고 앞서 본 바와 같이 원고가 삼미 종업원의 고용보장차원에서 삼미의 종업원 60.6%를 신규채용 형식으로 고용하였다 하여 달리 볼 수는 없다고 할 것이다"라고 최종판단하고 있다.

4) 주 : 다음의 ①~③의 일련 번호는 판례를 읽기 쉽게 하기 위해 붙인 번호이다.

## 1.4 영업양도와 계속근로기간

☞ 대법원 2001. 11. 13. 선고 2000다18608 판결

### » 요 지 «

영업양도의 경우에는 특단의 사정이 없는 한 근로자들의 근로관계 역시 양수인에 의하여 계속적으로 승계되는 것으로, 영업양도시 퇴직금을 수령하였다는 사실만으로 전 회사와의 근로관계가 종료되고 인수한 회사와 새로운 근로관계가 시작되었다고 볼 것은 아니고 다만, 근로자가 자의에 의하여 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받았다면 계속근로의 단절에 동의한 것으로 볼 여지가 있지만, 이와 달리 회사의 경영방침에 따른 일방적 결정으로 퇴직 및 재입사의 형식을 거친 것이라면 퇴직금을 지급받았더라도 계속근로관계는 단절되지 않는 것이다.

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 ○○마트

\* 원심판결 : 서울고법 2000. 3. 8 선고 99나18413 판결

### » 주 문 «

원심판결 중 원고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 원심의 판단

원심판결 이유에 의하면 원심은, 그 판시 증거에 의하여 소외 대우전자 주식회사(이하 '대우전자'라고만 한다)는 1983년 1월경 소외 대한전선 주식회사(이하 '대한전선'이라고만 한다)의 전자부문을 인수하였는데 이에 따라 1977. 8. 3 대한전선에 입사하여 전기영업부에서 애프터서비스 기사로 근무하던 원고는 1983. 2. 28자로 대한전선을 사직하면서 대한전선으로부터 퇴직금을 정산받고, 다음날부터 대우전자의 애프터서비스 기사로 근무한 사실, 원고는 위와 같이 대우전자에서 애프터서비스 기사로 근무하던 중, 1986. 4. 1. 주식회사 대우(이하 '대우'라고만 한다)의 판매관리2부로 부서를 옮겨 1986. 5. 28부터 같은 대우그룹의 계열사인 소외 이수화학공업 주식회사(이하 '이수화학'이라고만 한다)의 가전제품 판매부문에 파견되어 서부지사의 ○○동지점 지점장으로 근무하였는데, 피고 회사는 1987. 6. 3. 가전제품의 도매업을 목적으로 설립한 대우그룹의 계열회사로서 유통판매업무를 영위하기 위하여 1987.



6. 30. 이수화학과의 사이에 이수화학의 가전제품, 약기 등 판매부문의 자산과 영업상의 권리, 의무 일체를 양수하기로 하는 영업양도계약을 체결하였으며, 위 영업양도계약에 따라서 이수화학 및 대우전자의 가전제품 판매부문에 근무하던 근로자들은 모두 위 영업양도계약인 1987. 6. 30.자로 이수화학 및 대우전자에서 퇴사하고 그 다음 날 피고 회사에 입사한 사실, 원고는 피고 회사가 위와 같이 이수화학 가전제품 판매부문을 영업양수할 당시인 1987. 6. 30. 이수화학 소속 근로자들과 함께 피고 회사로 소속을 옮기기 위하여 당시 소속하여 있던 대우를 퇴직하면서 퇴직금으로 금 2,026,930원을 수령하고 그 다음 날자로 피고 회사와 근로계약을 체결하고 입사하는 형식을 취하였으나 계속 위 ○○지점의 지점장으로 근무하다가 1996. 6. 30. 피고 회사에서 퇴직한 사실을 인정한 다음, 원고가 대한전선에서 대우전자로, 다시 대우전자에서 대우를 거쳐 피고 회사로 퇴직 및 입사의 절차를 거쳤으나, 실제로는 대한전선에서 피고 회사에 이르기까지 근로관계는 단절됨이 없이 이어져 온 것이므로 그 계속근로년수를 기초로 하여 산정된 퇴직금의 지급을 구함에 대하여 먼저, 대한전선에서 퇴직 후 대우전자로의 입사시 근로관계 단절 여부에 대하여 영업양도의 경우에는 특단의 사정이 없는 한 근로자들의 근로관계 역시 양수인에 의하여 계속적으로 승계된다 할 것이나, 원고가 대한전선에서 퇴직하면서 소정의 퇴직금을 지급받았고 당시 퇴직금 지급제도가 단수제였으므로 중간에 퇴직금을 수령하여도 별로 불리하지 아니한 점, 원고가 대우전자, 대우로 전직한 후 이수화학에서 1987. 6. 30. 퇴직하면서 위 각 회사의 재직기간에 해당하는 퇴직금만을 수령하고서도 장기간 동안 퇴직금 수령액에 대하여 이의를 하지 아니한 점 등에 비추어 원고는 그의 자발적인 의사에 기하여 대한전선을 퇴직하였다 할 것이므로 대한전선과의 근로관계는 단절되었다고 판단하고, 다음으로 대우에서 퇴직 후 피고 회사로의 입사시 근로관계 단절 여부에 대하여 대우와 피고 회사는 모두 대우그룹의 계열사들이고, 이수화학 가전제품 판매조직의 일부분인 ○○지점의 지점장으로 근무하고 있던 원고를 퇴직하게 하고 바로 다음 날 피고 회사에 입사하게 한 것은 비록 형식상 영업양도양수의 형식을 갖추었지만 이른바 계열사간의 전적에 해당한다 할 것인데, 그 판시 증거를 종합하면, 대우는 원고를 포함한 판매부 직원들 100여명을 이수화학에 파견하여 지점장으로 보직하였다고 피고 회사를 새로 설립하여 그 중 일부는 대우로 복귀시키고, 나머지 본인의 희망이나 회사의 지점장요원 충원 등 경영방침에 따라 계열회사인 피고 회사로 전적시키면서 원고는 대우전자와 대우에서의 계속근속년수에 따른 퇴직금을 지급받고 새로이 피고 회사와 근로계약을 체결한 사실을 인정할 수 있어 원고가 대우를 사직한 것이 회사의 방침에 따른 것이라고 하더라도 원고가 이에 동의하고 퇴직금까지 수령한 이상, 원고의 이 사건 전적은 유효한 전적이므로 원고의 근로관계는 단절되었다는 이유로 원고의 위 주장을 배척하였다.

## 2. 당원의 판단

그러나 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

가. 대한전선에서 대우로의 이적시 근로관계 단절 여부에 대하여

원심도 실시하고 있듯이 영업양도의 경우에는 특단의 사정이 없는 한 근로자들의 근로

관계 역시 양수인에 의하여 계속적으로 승계되는 것으로, 영업양도시 퇴직금을 수령하였다는 사실만으로 전 회사와의 근로관계가 종료되고 인수한 회사와 새로운 근로관계가 시작되었다고 볼 것은 아니다.

다만, 원고가 자의에 의하여 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받았다면 계속근로의 단절에 동의한 것으로 볼 여지가 있지만, 이와 달리 회사의 경영방침에 따른 일방적 결정으로 퇴직 및 재입사의 형식을 거친 것이라면 퇴직금을 지급받았더라도 계속근로관계는 단절되지 않는 것이라 할 것이다.

그런데 기록을 살펴보아도 원고가 자의에 의하여 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받았다고 인정할 만한 자료를 찾아볼 수 없고, 오히려 제1심 증인 소외 1의 "일괄적으로 같은 직급, 직종으로 고용승계되어 직원들의 동요는 없었으며, 퇴직금을 정산하고 새로 입사하는 형식을 취하였다(기록 82면)."는 진술만이 있어 원고는 회사의 경영방침에 따른 일방적 결정으로 퇴직 및 재입사의 형식을 거친 것이라는 점이 엇보일 뿐이다.

그렇다면 원심으로서도 기왕에 한 대한전선에 대한 사실조회의 회신을 촉구하거나, 그 밖에 증거방법에 의하여 위 소외 1의 진술의 취지를 명백히 하여 원고의 자의에 의한 퇴직여부를 판단하였어야 할 것임에도 그에 나아가지 아니하고 그 설시 사유만으로 자의에 의한 퇴직이라고 인정한 것은 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에 관한 법리를 오해하거나 심리를 미진하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 아니할 수 없고, 이 점에 관한 상고이유의 주장은 이유 있다.

#### 나. 대우에서 피고 회사로의 이적시 근로관계 단절 여부에 대하여

원심 판시 사실 및 기록에 의하면, 주식회사 대우는 국내 전자판매대리점 영업을 이수 화학에게 양도하면서 이수화학으로 하여금 위 사업부분에 종사하는 직원들의 근로관계도 파견 형식으로 포괄적으로 승계하도록 하였다가, 피고 회사를 설립한 후 피고 회사로 하여금 1987. 6. 30.자로 이수화학으로부터 다시 국내 전자판매대리점 영업을 양도받으면서 위 사업부분에 종사하는 근로자들의 소속도 일괄하여 변경시키기로 하였고, 이에 따라 원고도 1987. 6. 30.자로 대우를 퇴직하여 같은 해 7월 1일 피고 회사에 신규 입사하는 형식을 취하였으나 실질적으로는 같은 장소에서 같은 내용의 업무를 처리하였고, 연월차 수당 등 각종 수당도 계속근무한 것과 동일한 기준으로 지급받아 온 사실을 인정할 수 있는바, 이러한 각 일부 영업의 양도를 전후하여 가전제품을 판매하던 국내 전자판매대리점 등이 그 동일성을 유지하면서 계속 운영되고 있었던 이상, 이는 대우로부터 이수화학, 다시 이수화학으로부터 피고로의 각 경영주체의 변경에 불과하여 그 각 경영주체와 근로자들의 근로관계는 새로운 경영주에게 포괄승계되었다고 보아야 하고, 원고가 영업양도시 퇴직금을 수령하였다 하여 그 사실만으로 전 회사와의 근로관계가 종료되고 피고 회사와의 새로운 근로계약관계가 시작되었다고 볼 것이 아니다.



다만, 원심 인정과 같이 이수화학에 파견되어 지점장을 보직된 자 중 일부는 대우로 복귀되고, 원고의 경우 그의 희망에 따라 대우를 퇴직하여 퇴직금을 수령한 다음 새로 이 피고 회사와 근로계약을 체결한 것이라면 원고는, 계속근로의 단절에 동의한 것으로 볼 여지가 있지만, 기록을 살펴봐도 원심이 든 그 밖에 증거 및 앞서 인정한 사실에 비추어 그대로 믿기 어려운 원심 증인 소외 2의 일부 증언 외에는 위 영업양도시 파견된 대우소속직원 중 일부가 대우로 복귀되었다거나 원고가 그의 희망에 따라 피고 회사로 이적하였다고 볼 만한 자료가 없고, 오히려 위 일부 증언내용과는 달리 원고와 같이 대우에서 파견된 직원들은 대우의 경영방침에 따른 일방적 결정으로 피고 회사로 소속이 변경된 점이 엇보일 뿐이다.

사정이 그러하다면, 이 부분 원심 판단에는 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하거나 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에 관한 법리를 오해한 나머지 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 아니할 수 없고, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장도 이유 있다.

### 3. 그러므로 원심판결 중 원고 패소 부분을 파기하여 이 부분 사건을 원심법원에 환송하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 조무제(재판장), 이용우, 강신욱(주심), 이강국

## 1.5 영업의 일부양도와 근로자의 승계거부권

☞ 대법원 2012. 5. 10. 선고 2011다45217 판결

### » 요 지 «

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 승계되는 것이지만 근로자가 반대의 의사를 표시함으로써 양수기업에 승계되는 대신 양도기업에 잔류하거나 양도기업과 양수기업 모두에서 퇴직할 수도 있다. 또한 이와 같은 경우 근로자가 자의에 의하여 계속근로관계를 단절할 의사로 양도기업에서 퇴직하고 양수기업에 새로이 입사할 수도 있다.

이 때 근로관계 승계에 반대하는 의사는 근로자가 영업양도가 이루어진 사실을 안 날로부터 상당한 기간 내에 양도기업 또는 양수기업에게 표시하여야 하고, 상당한 기간 내에 표시하였는지 여부는 양도기업 또는 양수기업이 근로자에게 영업양도 사실, 양도이유, 양도가 근로자에게 미치는 법적·경제적·사회적 영향, 근로자와 관련하여 예상되는 조치 등을 고지하였는지 여부, 그와 같은 고지가 없었다면 근로자가 그러한 정보를 알았거나 알 수 있었던 시점, 통상적인 근로자라면 그와 같은 정보를 바탕으로 근로관계 승계에 대한 자신의 의사를 결정하는데 필요한 시간 등 제반사정을 고려하여 판단하여야 한다.

\* 원고(선정당사자), 피상고인 : 원고(선정당사자) 1 외 1인

\* 원고보조참가인 : 의료법인 ○○의료재단

\* 피고, 상고인 : 학교법인 ○○학원

\* 원심판결 : 대구고법 2011. 4. 27. 선고 2009나9141 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유(제출기간 경과 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.



## 1. 상고이유 제1, 2, 3, 5점에 대하여

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 승계되는 것이지만 근로자가 반대의 의사를 표시함으로써 양수기업에 승계되는 대신 양도기업에 잔류하거나 양도기업과 양수기업 모두에서 퇴직할 수도 있다(대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결, 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다41089 판결 등 참조). 또한 이와 같은 경우 근로자가 자의에 의하여 계속근로관계를 단절할 의사로 양도기업에서 퇴직하고 양수기업에 새로이 입사할 수도 있다(대법원 2005. 2. 25. 선고 2004다34790 판결). 이 때 근로관계 승계에 반대하는 의사는 근로자가 영업양도가 이루어진 사실을 안 날로부터 상당한 기간 내에 양도기업 또는 양수기업에게 표시하여야 하고, 상당한 기간 내에 표시하였는지 여부는 양도기업 또는 양수기업이 근로자에게 영업양도 사실, 양도이유, 양도가 근로자에게 미치는 법적·경제적·사회적 영향, 근로자와 관련하여 예상되는 조치 등을 고지하였는지 여부, 그와 같은 고지가 없었다면 근로자가 그러한 정보를 알았거나 알 수 있었던 시점, 통상적인 근로자라면 그와 같은 정보를 바탕으로 근로관계 승계에 대한 자신의 의사를 결정하는데 필요한 시간 등 제반사정을 고려하여 판단하여야 한다.

원심은 그 채용 증거에 의하여, 피고 법인이 포항선린병원(이하 ‘선린병원’이라 한다)의 분리방안에 관한 구체적인 진행경과나 영업양도의 방식, 내용 등에 관하여 원고(선정당사자 이하 ‘원고’라고만 한다)를 포함한 선린병원의 근로자들에게 고지하거나, 근로자들의 동의를 구하지는 않았던 사실, 2008. 4. 11. 원고보조참가인 법인(이하 ‘참가인 법인’이라 한다)의 설립이 허가되고 2008. 4. 18. 참가인 법인의 설립등기가 마쳐진 후에도 피고 법인은 선린병원의 근로자들에 대하여 영업양도 사실을 고지하지 않았고, 2008. 6. 이전까지는 여전히 선린병원이 피고 법인 소속으로 있을 때 사용하던 급여명세서, 처방전, 진료비 계산서, 신분증 등을 사용하다가 2008. 6.경 이후에야 비로소 참가인 법인의 명칭이 기재된 급여명세서, 처방전 등을 사용하고 새로운 신분증을 발급한 사실, 2008. 6. 5. 선린병원 내 예배실에서 ‘선린병원 개원 55주년 기념 및 인산의료재단 이사장 취임 등 감사예배’가 있었고, 이 예배에서 소외 1 사무처장에 의한 법인 설립경과보고와 소외 2 인산의료재단 이사장에 의한 취임사가 있었던 사실 등을 비롯한 그 판시 사실을 인정한 다음, 참가인 법인의 명칭이 기재된 급여명세서 등이 사용되고 새로운 신분증이 교부된 시점이자 참가인 법인 이사장의 취임예배가 이루어지고, 일부 퇴직 근로자들의 퇴직급여 지급 문제가 불거진 2008. 6.경에서야 원고들을 포함한 선린병원 근로자들이 이 사건 영업양도 사실을 명확하게 인식하게 되었다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

원심은 나아가, 이 사건 영업양도의 내용은 참가인 법인을 새로 설립하여 피고 법인이 선린병원과 관련된 자산과 부채를 모두 이전하는 내용이고, 피고 법인의 회계상 퇴직급여

충당부채 약 117억 원이 참가인 법인으로 이전되면 참가인 법인이 인수하는 순재산이 미미하거나 부채가 오히려 자산을 초과할 정도이어서 선린병원의 근로자들이 참가인 법인으로 근로관계가 승계되는 경우 장차 참가인 법인으로 부터 퇴직금을 정상적으로 수령하지 못하게 될 가능성도 없지 않았던 사실, 피고 법인의 이사회에서도 참가인 법인에 이전할 퇴직급여충당부채의 규모에 관하여 논란이 있었을 뿐만 아니라 피고 법인이 설립 중이던 참가인 법인에게 교부한 '재산의 기부신청서 (갑 제5호증)'에는 퇴직급여충당부채가 제외된 채 순출연금인 약 325억 원으로 기재되어 있어 퇴직급여충당부채가 참가인 법인으로 이전되었는지 여부에 관하여 분쟁이 발생하였고, 그러한 사정은 참가인 법인의 재산 상황에 상당한 영향을 미치는 것으로서 참가인 법인이 장차 원고를 비롯한 근로자들에게 임금이나 퇴직금을 제대로 지급할 수 있는지 여부와 직접 관련되는 것이어서 원고를 비롯한 근로자들로서는 그 진위를 파악하고 참가인 법인으로의 근로관계 승계를 받아들일지 여부에 관한 결정을 하는 데에 어느 정도의 시간적 여유가 필요하였다고 보이는 사실을 비롯한 그 판시 사실을 인정한 다음, 원고 및 선정자들(이하 '원고 등'이라 한다)이 영업양도 사실을 안 날부터 약 2개월이 경과한 2008. 8. 14. 피고 법인에게 퇴직금 청구소송을 제기할 것이라는 취지의 내용증명을 보내고, 2008. 8. 19. 피고 법인에서의 퇴직 의사를 전제로 피고 법인에 대하여 퇴직금의 지급을 구하는 이 사건 소를 제기함으로써 영업양도로 인하여 피고 법인에서 참가인 법인으로 근로관계가 승계되는 것을 상당한 기간 내에 거부하는 의사를 표시한 것이어서 피고 법인과 참가인 법인 사이에 원고등에 대한 근로관계의 승계가 이루어지지 아니하였고, 피고 법인과 원고등 사이의 근로관계도 종료되었으므로, 피고 법인은 원고등에게 퇴직금을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심판결의 이유에 다소 적절하지 않은 점이 있으나, 위와 같이 본 결론에 있어서는 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 판결 결과에 영향을 미친 영업양도와 근로관계 이전, 근로자의 거부권 행사기간에 관한 법리오해, 원고 등이 영업양도 사실을 알게 된 시점에 관한 채증법칙 위반 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 2. 상고이유 제4점에 대하여

판결서의 이유에는 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격방어방법에 관한 판단을 표시하면 되고, 당사자의 모든 주장이나 공격방어방법에 관하여 판단하여야만 하는 것은 아니다(민사소송법 제208조). 따라서 원심판결에 당사자가 주장한 사항에 대한 구체적·직접적인 판단이 표시되어 있지 않았더라도 판결 이유의 전반적인 취지에 비추어 그 주장을 인용하거나 배척하였음을 알 수 있는 정도라면 판단누락이라고 할 수 없고, 설령 실제로 판단을 하지 아니하였다고 하더라도 그 주장이 배척될 경우임이 분명한 때에는 판결 결과에 영향이 없어 판단누락의 위법이 있다고 할 수 없다(대법원 1969. 6. 10. 선고 68다1859 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006재다218 판결 등 참조).

원심은 앞서 본 바와 같이, 피고 법인과 참가인 법인 사이에 원고 등에 대한 근로관계



의 승계가 이루어지지 아니하였고, 피고 법인과 원고 등 사이의 근로관계도 종료되었으므로 피고 법인은 원고 등에게 퇴직금을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

이러한 원심 판단에는, 참가인 법인이 재활병원을 별도사업자로 개원하는 과정에서 재활병원으로 이직하는 일부 원고 등에게 퇴직금을 지급하였다고 하더라도 그것만으로는 그 근로관계가 참가인 법인에게 승계되는 것으로 볼 수 없고, 피고 법인의 퇴직금 지급의무가 소멸되는 것으로 볼 수도 없다는 취지가 포함되어 있다고 할 것이고, 이로써 이와 반대되는 피고 법인의 주장을 배척하였음이 분명하다고 할 것이므로, 원심판결에는 상고이유로 주장하는 것과 같은 판결 결과에 영향을 미친 판단누락의 위법이 있다고 할 수 없다.

### 3. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 소송비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이인복, 주심 대법관 김능환, 대법관 박병대

## 2. 합병과 회사분할에 따른 근로관계

### 2.1 합병에 따른 근로관계의 승계

☞ 대법원 2001. 9. 25. 선고 2001다18421 판결

#### » 요 지 «

1. 회사의 합병에 의하여 근로관계가 포괄적으로 승계되는 경우에는 근로자의 종전 근로 계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로, 이러한 근로관계의 승계가 이루어진 이후 사용자가 일방적으로 종전 취업규칙의 내용보다 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하는 것은 그 효력이 없고, 따라서 종전 취업규칙이 그대로 적용되지만, 합병 후 피 합병회사 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.
2. 근로기준법의 최저기준을 초과하는 수준의 퇴직금 청구권은 퇴직금제도의 내용이 근로 계약, 단체협약, 취업규칙 등에 규정되어 있는 경우에만 인정되는 것인 바, 퇴직금규정이 초창기에 우선 일정한 근속기간까지에 대하여만 지급률을 정하고 있었다면, 이를 초과하는 근속기간에 대한 퇴직금규정은 정하여진 근속기간의 누진율을 그대로 적용하겠다는 취지로 볼 것이 아니라, 그 부분은 추후 검토하기로 유보하여 아직 제정되지 않은 것으로 보아야 할 것이다.

\* 원고, 피상고인 : 이○○ 외 5인

\* 피고, 상고인 : ○○음료 주식회사 대표이사 김○○

\* 원심판결 : 서울고법 2001. 2. 9. 선고 2000나28751 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

#### 1. 제1점에 대하여

- 가. 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심 ○○음료공업 주식회사(이하 ‘칠성음료’라 한다)는 1972. 1월경 직원퇴직금지급규정(이하 ‘1972년 퇴직금규정’이라 한다)





을 제정하여 시행하였고, 이 1972년 퇴직금규정은 ○○음료가 1973. 2. 28 ○○식품공업 주식회사(이하 '○○식품'이라 한다)에 합병되어 상호를 ○○음료공업 주식회사(이하 '○○음료'라 한다)로 변경한 후에도 계속 통용되었다고 인정한 다음, 칠성음료가 칠성한미음료에 합병된 후에도 1972년 퇴직금규정이 계속하여 통용되어 왔다면 ○○음료에서는 퇴직금지급방식에 관하여 1972년 퇴직금규정과 같은 내용의 노사관행1)이 성립되었다고 볼 것이라고 판단하였다.

나. 그러나 원심이 들고 있는 증거들으로써는 위와 같은 사실관계를 인정하기 어려워 보인다.

- (1) 원심이 들고 있는 판결문들(갑 제6, 7호증)은 소외 한○○가 1991년경 피고회사를 상대로 제기한 퇴직금청구 사건의 항소심 및 상고심 판결로서 이들 판결에서 '그 후 ○○음료가 피고회사가 합병된 후에도 1972년 퇴직금규정이 통용되었다'고 인정하였지만, 판결의 전체적인 내용에 비추어 볼 때 이는 '○○음료에서 근무하다가 합병으로 인하여 ○○음료로 근로관계가 승계된 근로자들에게는 ○○음료의 1972년 퇴직금 규정이 여전히 적용되었다'는 사실을 인정한 것일 뿐이고, 원심과 같이 '○○음료가 ○○음료에 합병된 후 ○○의 모든 근로자들에게 1972년 퇴직금규정이 적용되었다'는 사실을 인정한 것은 아님이 분명하므로, 이들 판결은 위와 같은 사실관계를 인정할 증거가 되지 못한다.
- (2) 또 원심이 들고 있는 다른 판결문들(갑 제30, 31호증)은 이 사건과 사안이 유사한 사건의 제1심 및 항소심 판결로서, 이들 판결에서도 한○○ 사건의 판결에 따라 원심과 동일한 사실을 인정하였음을 알 수 있는 바, 앞서 본 바와 같은 이유로 이들 판결 역시 위와 같은 사실관계를 인정할 증거가 되지 못한다.
- (3) 원고들이 제출한 의견메모지, 퇴직금청구소송 결과보고서(갑 제5호증의 1, 2)는 한○○ 사건이 종결된 후 피고회사의 노무후생과에서 그 이후의 대책에 관하여 작성한 기안문서일 뿐이어서, 이로써 피고회사가 1975. 12. 31. 이전 입사자에 대하여 1972년 퇴직금규정의 지급률에 따라 퇴직금을 지급하여야 함을 인정한 것이라고 볼 수 없고, 원고들이 제출한 또 다른 판결문들(갑 제33, 34, 35호증) 역시 이 사건과 사안이 유사한 사건들에 관한 판결로서 앞서 본 바와 같은 이유로 위와 같은 사실관계를 인정할 증거가 되지 못한다.
- (4) 그 밖에 기록상 원심이 인정한 위와 같은 사실관계에 부합하는 증거를 찾아볼 수 없고, 오히려 기록에 의하면, ○○음료가 ○○식품에 흡수합병될 1973. 2. 28 당시 ○○음료는 ○○식품에 비하여 자산, 부채, 당기순이익의 면에서 소규모 회사인 점을 알 수 있는데, 피합병회사로서 규모가 작은 ○○음료의 1972년 퇴직금규정이 합병회사로서 규모가 큰 ○○식품이나 합병 후 ○○음료의 모든 종업원들에게 그대로 통용되었다고 보는 것은 경험칙2)에 비추어 납득하기 어려우며, 또한 ○○청량음료 합병회사에서는 퇴직금규정이 별도로 마련되어 있지 않았고, ○○음료도 1972년에 누진제에 의한 퇴직금 지급제도를 마련하기까지는 회사설립 이래 단수제에



의한 퇴직금을 지급하여 왔으며, ○○식품이나 합병 후 ○○음료도 단수제에 의한 퇴직금 지급제도를 시행하여 온 것으로 볼 수 있을 뿐이다.

- (5) 그렇다면 원심이 인정한 위와 같은 사실관계는 이를 인정할 만한 증거도 없이 한 ○ 사건에 관하여 인정된 사실관계를 그대로 따른 것에 불과한 바, 그렇다면 원심은 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 것으로서, 이러한 위법은 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

상고이유 중 이 점을 지적하는 부분은 이유 있다.

## 2. 제3점에 대하여

가. 원심은, ○○음료에서는 퇴직금지급방식에 관하여 1972년 퇴직금규정과 같은 내용의 노사관행이 성립되었다고 볼 것이어서 피고회사는 이에 따른 퇴직금을 지급할 의무가 있고, 한편 ○○음료와 그 노동조합 사이에 1974.6.1 체결된 단체협약(이하 '1974년도 단체협약'이라 한다) 중 퇴직금에 관한 규정은 20년까지의 근속연수에 대하여는 1972년 퇴직금규정과 동일한 지급률을 정하고 다만 근속연수 20년을 초과하는 부분에 대하여는 지급률을 정하지 아니하였으므로, 1974년도 단체협약은 1972년 퇴직금규정에 모순·저촉된다고 볼 수 없고, 따라서 근속기간 20년을 초과하는 부분에 관한 기존 1972년 퇴직금규정의 효력에 영향을 미치지 않는다고 보아야 할 것인 바, 결국 원고들에 대한 퇴직금 산정에는 1972년 퇴직금규정이 적용되어야 한다고 판단하였다.

나. 그러나 이러한 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

회사의 합병에 의하여 근로관계가 포괄적으로 승계되는 경우에는 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로,3) 이러한 근로관계의 승계가 이루어진 이후 사용자가 일방적으로 종전 취업규칙의 내용보다 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하는 것은 그 효력이 없고, 따라서 종전 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 적용된다4)(대법원 2001. 4. 24. 선고 99다9370 판결5) 등 참조).

우선 앞서 본 바와 같이 합병 후 ○○음료에서 퇴직금지급방식에 관하여 ○○음료의 1972년 퇴직금규정과 같은 내용의 노사관행이 성립되었다고 보기 어렵고, 한편 기록에 의하면, ○○음료에서는 근속연수 1년에서 30년까지 1개월에서 90개월의 월통상임금을 퇴직금으로 지급하는 누진제 퇴직금제도를 내용으로 하는 1972년 퇴직금규정을 제정, 시행하고, ○○식품에서는 단수제 퇴직금제도를 시행하던 중 두 회사가 합병으로 인하여 ○○음료가 되자, ○○음료에서 승계된 근로자들과 한미식품에 근무

하던 근로자들 사이에 서로 다른 퇴직금제도를 운영하게 되는 결과가 되었는데, 합병 후 ○○음료에는 1974.2.11 전체 종업원 780명 중 480명을 조합원으로 하는 노동조합이 처음으로 결성되어 ○○음료와 그 노동조합 사이에 같은 해 6.1 퇴직금에 관하여 근속연수 1년에서 20년까지는 1972년 퇴직금규정과 지급률이 동일하지만 근속연수 20년 이후의 부분에 대하여는 지급률을 정하지 아니한 내용으로, ○○음료에서 근로관계가 승계된 근로자들에게는 기존의 퇴직금제도보다 불리하고 ○○식품이나 통합 후 ○○음료에 입사한 근로자들에게는 기존의 퇴직금제도보다 유리한 1974년도 단체협약을 체결하였음을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 위와 같은 법리에 비추어 살펴보면, 합병 후 ○○음료에 입사한 원고 정○○, 1974년도 단체협약 체결 후 그 유효기간 내에 피고회사에 입사한 원고 김○○, 이○○는 물론, ○○음료에 입사하였다가 합병으로 ○○음료에 근로관계가 승계된 원고 이○○, 박○○, 황○의 경우에도 합병으로 인하여 모든 근로자들의 퇴직금제도를 단일화하기로 변경·조정하는 내용의 새로운 합의인 1974년도 단체협약이 적용된다고 보아야 할 것이다.

- 다. 그럼에도 불구하고, 원고들에게 지급할 퇴직금을 산정하면서 1972년 퇴직금규정이 적용되어야 한다고 본 원심의 판단에는 합병에 의하여 적용될 퇴직금규정의 효력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 상고이유 중 이 점을 지적하는 부분도 이유 있다.

### 3. 제2점에 대하여

- 가. 원심은, 합병 후 ○○음료에서는 1972년 퇴직금규정이 노사관행으로 성립되어 적용되고 있는 상태에서 노사간에 근속기간이 20년을 초과하는 경우에 관한 규정을 두지 아니한 1974년도 단체협약을 체결하였다면, 상위규범인 1974년도 단체협약에서 근속기간 20년 이상 부분에 관하여 규정하지 않고 있을 뿐이지, 1년 이상 20년 이하 부분의 지급률이 노사관행에서 정하고 있는 지급률과 동일하여 두 규범 사이에 저촉이나 모순의 여지가 없으므로, 근속기간 20년 초과 부분에 관하여는 하위규범인 노사관행이 적용된다고 봄이 상당하며, 단지 1974년도 단체협약에서 그러한 경우를 규정하지 않고 있다고 하여 노사관행 중 근속기간이 20년을 초과하는 경우에 대한 규정까지 효력을 상실하게 된다고는 볼 수 없다고 판단하였다.

- 나. 그러나 원심의 위와 같은 판단 역시 수긍하기 어렵다.

근로기준법의 최저기준을 초과하는 수준의 퇴직금 청구권은 퇴직금제도의 내용이 근로계약, 단체협약, 취업규칙 등에 규정되어 있는 경우에만 인정되는 것인 바, 퇴직금규정이 초창기에 우선 일정한 근속기간까지에 대하여만 지급률을 정하고 있었다면, 이를 초과하는 근속기간에 대한 퇴직금규정은 정하여진 근속기간의 누진율을 그대로 적용하겠다는 취지로 볼 것이 아니라, 그 부분은 추후 검토하기로 유보하여 아직 제정되지 않은 것으로 보아야 할 것이다(대법원 1994. 6. 24. 선고 92다28556 판결6)

참조).

앞서 본 바와 같이 합병 후 ○○음료에서는 1972년 퇴직금규정이 노사관행으로 성립되어 적용되고 있다고 볼 수는 없으므로, 합병 후 ○○음료와 그 노동조합 사이에 1974년도 단체협약이 적법히 체결됨으로써 그 단체협약의 규정에 의하여, ○○음료에서 근로관계가 승계된 근로자들을 포함한 ○○음료의 노동조합원 자격이 있는 모든 근로자들에게는 단체협약의 일반적 구속력<sup>7)</sup>에 의하여 기존의 퇴직금제도에 대신하여 그 단체협약상의 퇴직금에 관한 규정이 새로이 적용되는 것이고, 단체협약상 퇴직금규정에 관하여 근속연수 20년을 초과한 부분에 대한 지급률이 정하여지지 않은 것은 위와 같은 법리에 따라 노사간에 유보하여 아직 제정되지 않은 것으로 보아야 할 것이다.

다. 그럼에도 불구하고, 원고들에게 지급할 퇴직금을 산정하면서 근속기간 20년 초과부분에 관하여 노사관행으로서 1972년 퇴직금규정이 적용된다고 본 원심의 판단에는 단체협약 체결의 효력 및 그 해석에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유 역시 이유 있다.

#### 4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이규홍(재판장), 송진훈(주심), 윤재식, 손지열

- 1) 노사관행 : 노사관행(또는 노동관행)이란 취업규칙·단체협약·조합규약·근로계약 등으로 성문화되지 않은 채 노사관계의 현장에서 근로조건·직장규율·시설관리·조합활동 등에 관하여 장기간 반복·계속 행하여진 처리방법을 말한다. 노동관행은 그 자체로서 특별한 법적 효력을 가지지 않는다. 그러나 근로조건에 관하여 일정한 취급이 이의없이 계속하여 행하여져온 경우에는 근로계약 당사자간에 묵시의 합의가 성립한 것으로 보거나 당사자가 이 ‘사실인 관습’에 따를 것을 인정한 것으로 보아 근로계약의 내용으로 되고 그 효력을 인정받는다. 예를 들면, 단체협약이나 취업규칙의 불명확하거나 추상적인 규정과 관련해 일정한 취급이 관행으로 된 경우 그 관행은 단체협약이나 취업규칙의 보충적 해석기준으로서의 지위를 부여받고 결국 단체협약이나 취업규칙과 일체의 효력을 인정받게 된다(임종률, ‘노동법’(제2판), 2000년, 박영사, 9면).

이에 대해 우리나라의 노사관계가 일천하기 때문에 전국적 범위의 노동관행, 노동관습법, 사실인 관습은 존재하지 않거나 확인하기 어려운 형편이라고 하면서 다만, 특정한 기업체 내지 경영체에 있어서의 이른바 ‘경영관행’은 사실인 관습으로서 그 경영내의 노사관계 내지 근로관계를 규율 또는 형성하고 있다. 예를 들면, 사용자가 정기적으로 상여금 이외에 추석위로금을 지급하는 등을 들 수 있다고 한다. 따라서 경영관행은 일종의 사실인 관습(민법 제106조)으로서 당사자가 그 관행을 의한다거나 의하지 않는다는 의사가 명백하지 않은 경우에 근로관계의 내용을 형성하는 효력을 가지며, 또한 재판규범으로서의 법원성을 가진다(김형배, ‘노동법’(제12판),

2000년, 박영사, 127~129면).

- 2) 경험칙 : 경험칙(또는 경험법칙, 실험칙)이란 법규 이외의 경험으로부터 귀납적으로 얻어진 사물의 인과관계와 성상(性狀)에 관한 지식과 법칙을 말한다. 법관은 사회의 지식인으로서의 일반적인 교양을 갖추고 있으므로 일상적·상식적 경험법칙에 관해서는 증명을 기다릴 필요도 없이 자기의 지식을 이용할 수 있으나, 특수한 전문적 학식·경험에 관해서는 증명이 필요하고 그 때문에 감정(鑑定)의 제도가 설치되어 있다. 경험칙도 법규와 같이 법원의 직권으로 발견하여 이용하여야 할 것이지만, 그것이 쉽게 발견되지 아니할 경우에는 그의 존재를 주장함으로써 이익을 받을 사람이 증명할 필요가 있다.
- 3) 회사의 합병과 퇴직금(근로관계승계)의 법률효과 : 기업의 합병(상법 제235조, 제530조 제2항, 제630조), 분할(상법 제530조의 2 내지 제503조의 12), 조직변경(상법 제242조, 제269조, 제604조, 제607조) 및 영업양도의 경우에도 근로계약관계가 포괄적으로 승계된 때에는 기업 자체의 동일성이 인정되는 이상 근로자의 의사와 관계없이 전후 기업의 근로연수를 합쳐 계속근로연수로 보아야 한다(대판 1991. 12. 13. 91다6856). 특히 회사합병의 경우 존속회사 또는 신설회사는 소멸회사 종래 근로자에 대하여 갖고 있던 사업주로서의 지위를 그대로 포괄 인수하게 되는 것으로 보아야 하므로, 원칙적으로 근로자의 임금, 근로시간, 직무의 내용, 퇴직금 등의 근로조건에 대하여 소멸회사와 사이에 형성된 근로관계의 내용이 회사합병으로 말미암은 사업주의 교체와 관계없이 존속회사 또는 신설회사와 사이에 아무런 변동 없이 종전 그대로 유지된다고 풀이하여야 하고, 근로자가 존속회사 또는 신설회사에 편입되어 새로운 근로관계를 형성하는 것으로 보아서는 안된다고 해석하는데 거의 이론(異論)이 없고 판례(대판 1994. 3. 8. 93다1589)도 같은 입장이다. 다만 회사의 합병시 근로자의 자발적 의사에 의해 근로관계를 종료시키고 합병회사에 입사형식을 가진 경우에는 계속근로로 보지 않는다(대판 1991. 5. 29. 90도16801; 대판 1991. 12. 10. 91다12035; 대판 1992. 7. 14. 91다40276; 대판 1993. 6. 11. 92다19316; 대판 1997. 6. 27. 96다38511). 또한 근로관계가 포괄적으로 승계된 후의 새로운 퇴직금제도가 기존근로자의 기득이익을 침해하는 것이어서 그들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전의 취업규칙을 적용할 수밖에 없게 되어 하나의 사업 내 별개의 퇴직금제도가 있을지라도 퇴직금차등제도금지에 관한 근기법 제34조 제2항에 위배되지 않는다(대판 1995. 12. 26. 95다41695).
- 4) 회사합병 후 존속회사 또는 신설회사는 소멸회사와 근로자 사이에 존재하는 종래의 개별 근로계약·취업규칙·단체협약 등을 통하여 정해진 근로조건에 따라 임금이나 퇴직금을 지급하고, 근로시간이나 직종을 정해주는 등 사용자로서의 의무를 이행하여야 하고, 합병 후 취업규칙을 유효하게 개정하거나 노동조합과의 새로운 단체협약의 체결을 통하여 비로소 근로조건을 단일화할 수 있다(영업양도의 경우도 마찬가지임)(대판 1994. 8. 26. 93다58714).
- 5) 참고판례인 대판 2001. 4. 24. 99다9370 퇴직금[공2001. 6. 15.(132), 1191]에서는 먼저, '회사의 합병에 의하여 근로관계가 승계되는 경우 퇴직금 지급의무의 내용'에

대하여 '회사의 합병에 의하여 근로관계가 승계되는 경우에는 종전의 근로계약상의 지위가 그대로 포괄적으로 승계되는 것이므로(해산회사의 퇴직금규정이 흡수회사의 퇴직금규정보다 근로자들에게 불리하다고 하더라도) 합병 당시 취업규칙의 개정이나 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계의 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 없는 한 합병 후 흡수회사는 해산회사에 근무하던 근로자들에 대한 퇴직금 관계에 관하여 종전과 같은 내용으로 승계하는 것이라고 보아야 한다'고 판단하면서(같은 취지 : 대판 1994. 3. 8. 93다1589), 또한 '근로관계의 포괄승계 후 흡수회사의 퇴직금 규정이 승계 전의 해산회사의 규정보다 근로자에게 불리한 경우, 근로자에게 적용될 퇴직금 규정(=승계 전 규정)'에 대해서도 '승계 후의 흡수회사 퇴직금규정이 승계 전의 해산회사의 퇴직금규정보다 근로자들에게 불리하다면 구 근로기준법(1996. 12. 31. 법률 제5245호로 개정되기 전의 것) 제95조 제1항 소정의 당해 근로자집단의 집단적인 의사결정 방법에 의한 동의 없이는 승계 후 흡수회사의 퇴직금규정을 적용할 수도 없다'라고 판단하고 있다(같은 취지 : 대판 1995. 12. 26. 95다41659 ; 대판 1997. 12. 26. 97다17575).

- 6) 참조판례 : ○○제철 사건(대판 1994. 6. 24. 92다28556 퇴직금)은 '퇴직금규정의 변경이 근로기준법에 적합하고 그보다 유리한 종전 규정이 존재하지 않은 경우 근로자집단의 동의를 거치지 않은 것의 적법 여부(적극)'에 대하여 '회사가 근속기간 15년까지의 지급률만을 규정한 종전 퇴직금규정을 30년까지의 지급률을 정하는 것으로 수정하면서 근속기간 15년까지에 대한 부분을 개정전 규정에 비해 누진율을 크게 낮추는 대신 개정 전 근속기간에 대해서는 종전규정을 적용하는 것으로 했더라도 이는 전체로서 근로자에 불이익한 변경으로 근로자집단의 동의를 요한다 할 것인데, 이 사건은 퇴직금규정의 개정은 그러한 동의를 받지 않고 이루어졌으므로 특별한 사정이 없는 한 무효라 할 것이나(대한○○공사 사건 ; 대판 1993. 5. 14. 93다1893 퇴직금)), 개정 퇴직금규정 중 15년을 초과하는 근속기간에 대한 부분은 근로기준법의 기준에 적합하고 그보다 유리한 종전 규정이 존재하지 않아 종전의 근로조건을 불이익하게 변경한 것이라고 할 수 없으므로 근로자집단의 동의를 얻거나 의견청취를 하지 않았다고 하여도 이를 이유로 그 부분을 무효라 할 수 없고 새로운 퇴직금규정의 제정으로서 유효하다 할 것이다. 결국 이 사건 원고들에게는 15년까지의 근속기간에 대하여는 개정전 퇴직금 규정이, 15년을 초과하는 근속기간에 대하여는 개정 퇴직금규정이 각 적용되고, 그 퇴직금 액수는 개정전 퇴직금규정의 기초임금과 지급률에 의하여 근속기간 15년에 대하여 퇴직금을 계산한 후 여기에 개정 퇴직금규정에 의하여 계산한 15년을 초과하는 근속기간에 대한 퇴직금(개정 퇴직금규정에 따라서 15년을 초과하는 근속기간에 대한 지급일수에 기초임금을 곱한 금액)을 합한 금액이 되어야 할 것이다'라고 판시하고 있다.
- 7) 사업장단위의 일반적 구속력 : 노동조합및노동관계조정법 제35조에서는 '하나의 사업 또는 사업장에 상시 사용되는 동종의 근로자 반수 이상이 하나의 단체협약을 적용받게 된 때에는 당해 사업 또는 사업장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대하여도 당해 단체협약이 적용된다'고 규정하고 있다.



## 2.2 합병에 따른 근로관계 승계 후의 근로조건

☞ 대법원 2001. 4. 24. 선고 99다9370 판결

### » 요 지 «

1. 취업규칙의 일부인 퇴직금규정 중 어느 회사의 것이 근로자들에게 유리한지 불리한지 여부를 판단하기 위하여는 퇴직금지급률과 함께 그와 대가관계나 연계성이 있는 기초임금도 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다.
2. 사용자가 근로자에 대하여 중간퇴직처리를 하면서 퇴직금을 지급하였으나 그 퇴직처리가 무효로 된 경우 이는 착오로 인하여 변제기에 있지 아니한 채무를 변제한 경우에 해당한다고 할 수 없으므로, 이미 지급한 퇴직금에 대한 지급일 다음날부터 최종퇴직 시까지의 연 5푼의 비율에 의한 법정이자상당액은 부당이득에 해당하지 않는다.
3. 회사의 합병에 의하여 근로관계가 승계되는 경우에는 종전의 근로계약상의 지위가 그대로 포괄적으로 승계되는 것이므로(해산회사의 퇴직금규정이 흡수회사의 퇴직금규정보다 근로자들에게 불리하다고 하더라도) 합병당시 취업규칙의 개정이나 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계의 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 없는 한 합병 후 흡수회사는 해산회사에 근무하던 근로자들에 대한 퇴직금관계에 관하여 종전과 같은 내용으로 승계하는 것이라고 보아야 한다.
4. 승계 후의 흡수회사 퇴직금규정이 승계 전의 해산회사의 퇴직금규정보다 근로자들에게 불리하다면 구근로기준법(1996. 12. 31. 법률 제5245호로 개정되기 전의 것) 제95조 제1항 소정의 당해 근로자집단의 집단적인 의사결정방법에 의한 동의없이 승계 후의 흡수회사의 퇴직금규정을 적용할 수도 없다.

\* 원고(상고인 겸 피상고인) : 원고(상고인 겸 피상고인) 1 외 2인

\* 피고(피상고인 겸 상고인) : 포항종합제철주식회사

\* 원심판결 : 서울지법 1999. 1. 8. 선고, 97나52232 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울지방법원 본원합의부에 환송한다.

### » 이 유 «

#### 1. 피고 소송대리인의 상고이유 중 채증법칙위배의 점에 대하여

원심판결의 이유에 의하면, 원심은 소외 1, 소외 2, 소외 3의 각 증언, 원고(상고인 겸

피상고인) 1에 대한 본인신문결과에 변론의 전취지를 종합하여 피고 회사로 합병된 소외 제철판매주식회사(이하 "소외 회사"라고 한다)의 퇴직금규정이 1981. 1. 1.자로 개정되기 전 피고 회사의 퇴직금규정(이하 "개정 전 퇴직금규정"이라고 한다)보다 근로자들에게 유리하였던 것으로 보인다고 판단하였다.

그러나 취업규칙의 일부인 퇴직금규정 중 어느 회사의 것이 근로자들에게 유리한지 불리한지 여부를 판단하기 위하여는 퇴직금지급률과 함께 그와 대가관계나 연계성이 있는 기초임금도 고려하여 종합적으로 판단하여야 할 것인바(대법원 1997. 8. 26. 선고, 96다 1726 판결 참고), 기록에 의하면 위 각 증언 및 본인신문결과는 소외 회사의 퇴직금규정과 피고 회사의 개정 전 퇴직금규정을 비교할 때 소외 회사의 퇴직금지급률이 더 높다는 것이 두 퇴직금규정의 기초임금에 대하여는 잘 모른다는 취지에 불과하다.

그렇다면 원심으로서 소외 회사의 퇴직금규정과 피고 회사의 개정 전 퇴직금규정을 비교하여 어느 것이 근로자들에게 유리한 것인지를 밝히기 위하여 소외 회사의 퇴직금규정이 제출되어야 하므로, 원고들이 이러한 중요한 증거를 제출하지 아니한 때에는 석명권을 행사하여 원고들에게 그 제출을 촉구하거나 혹은 다른 증거를 더 보충하여 어느 것이 근로자들에게 유리한지를 충분히 심리·판단하였어야 함에도, 원심이 이에 이르지 아니하고 위 증거들만에 의하여 소외 회사의 퇴직금규정이 피고 회사의 개정 전 퇴직금규정보다 근로자들에게 유리하다고 판단하였음은 석명권을 제대로 행사하지 아니하여 심리를 다하지 아니하였거나 채증법칙에 위배하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 저질렀다 할 것이고, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

## 2. 피고 소송대리인의 상고이유 중 부당이득에 관한 법리오해의 점에 대하여

사용자가 근로자에 대하여 중간퇴직처리를 하면서 퇴직금을 지급하였으나 그 퇴직처리가 무효로 된 경우 이는 착오로 인하여 변제기에 있지 아니한 채무를 변제한 경우에 해당한다고 할 수 없으므로, 이미 지급한 퇴직금에 대한 지급일 다음날부터 최종퇴직시까지의 연 5분의 비율에 의한 법정이자 상당액은 부당이득에 해당하지 않는다 할 것이고(대법원 1992. 5. 26. 선고, 91다38075 판결 참조), 회사합병의 경우에 있어서도 해산회사가 근무하던 근로자들에게 회사방침에 따라 일률적으로 퇴직금을 지급하고 당해 근로자들로 하여금 흡수회사에 재입사하는 형식을 취하였으나 사실은 근로관계가 단절되지 아니하여 해산회사와 그 근로자들 사이의 근로관계가 흡수회사에 포괄적으로 승계되었다면 해산회사가 이미 지급한 퇴직금에 대한 지급일 다음날부터 최종퇴직시까지의 법정이자상당액은 부당이득에 해당하지 아니하므로 해산회사의 권리·의무관계를 그대로 승계한 흡수회사가 당해 근로자들에게 최종퇴직시 해산회사의 근무기간을 포함한 퇴직금을 지급하면서 위 법정이자상당액을 공제할 수는 없다 할 것이다.

기록에 의하면, 소외 회사가 피고 회사로 합병되면서 회사방침에 따라 원고들에게 소외 회사에 근무한 기간에 상당하는 퇴직금을 지급하고 피고 회사에 재입사시키는 형식을 취하였으나 사실은 소외 회사와 원고들 사이의 근로관계가 피고 회사로 합병되면서 단절된



것이 아니라 피고 회사에 포괄적으로 승계되었음을 알 수 있는바, 원심이 피고 회사에 대하여 원고들이 소외 회사에 입사한 때로부터 피고 회사에서 퇴사한 때까지의 기간에 상당하는 퇴직금의 지급의무를 인정하면서 원고들이 소외 회사로부터 이미 지급받은 퇴직금의 원금만을 공제하고 그 법정이자상당액을 공제하지 아니한 조치는 위와 같은 법리에 비추어 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 부당이익의 법리를 오해한 위법이 없으므로, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 없다.

### 3. 원고들 소송대리인의 상고이유에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 피고 회사는 1981. 1. 1. 취업규칙 중 일부인 퇴직금규정을 개정하였는바, 비록 위 퇴직금규정의 변경이 근로자들에게 불이익함에도 불구하고 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 받지 아니한 채 변경을 하였다 하더라도 취업규칙의 작성·변경의 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 피고 회사의 위 퇴직금규정의 개정은 유효하고, 따라서 현행의 법규적 효력을 가진 퇴직금규정은 변경된 퇴직금규정이라 할 것이며, 소외 회사와 피고 회사가 1981. 2. 28. 비로소 합병을 하여 위 합병 당시 피고 회사의 법규적 효력을 가진 유효한 퇴직금규정은 개정 후 퇴직금규정이라 할 것이므로, 위 퇴직금규정의 개정으로 인하여 기득이익을 침해받게 되는 피고 회사의 기존의 근로자들에 해당하지 않는 원고들로서는 비록 소외 회사의 퇴직금규정이 피고 회사의 개정 전 퇴직금규정보다 유리하였다 하더라도 피고 회사에 대하여 개정 전 퇴직금규정을 적용하여 줄 것을 요구할 수는 없고, 소외 회사의 퇴직금규정이 피고 회사의 개정 후 퇴직금규정보다 유리하였다 할 것이므로, 피고 회사는 원고들이 소외 회사에 입사하여 근무한 기간에 대하여도 적어도 피고 회사의 개정 후 퇴직금규정에 따라 산정된 퇴직금을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

회사의 합병에 의하여 근로관계가 승계되는 경우에는 종전의 근로계약상의 지위가 그 대로 포괄적으로 승계되는 것이므로(해산회사의 퇴직금규정이 흡수회사의 퇴직금규정보다 근로자들에게 불리하다고 하더라도) 합병 당시 취업규칙의 개정이나 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계의 내용을 단일화하기로 변경조정하는 새로운 합의가 없는 한 합병 후 흡수회사는 해산회사에 근무하던 근로자들에 대한 퇴직금관계에 관하여 종전과 같은 내용으로 승계하는 것이라고 보아야 하고(대법원 1994. 3. 8. 선고, 93다1589 판결 참조), 승계 후의 흡수회사 퇴직금규정이 승계 전의 해산회사의 퇴직금규정보다 근로자들에게 불리하다면 구근로기준법(1996. 12. 31. 법률 제5245호로 개정되기 전의 것) 제95조 제1항 소정의 당해 근로자집단의 집단적인 의사결정방법에 의한 동의없이 승계 후의 흡수회사의 퇴직금규정을 적용할 수도 없다 할 것인바(대법원 1997. 12. 26. 선고, 97다17575 판결 참조), 기록에 의하면 피고 회사가 소외 회사에 근무하다가 합병으로 인하여 피고 회사에 근무하게 된 근로자들에 대하여 피고 회사의 퇴직금규정에 의하여 퇴직금을 지급하기로 하는 합의를 하였다거나 위 근로자집단의 집단적인 의사결정방법에 의한 동의를 얻었다고 볼 증거가 없으므로, 소외 회사의 퇴직금규정이 피고 회

사의 퇴직금규정보다 근로자들에게 유리하던 불리하던간에 원고들의 퇴직금을 산정함에 있어서는 소외 회사의 퇴직금규정을 적용하여야 할 것이다.

원고들이 1977년 및 1979년경 소외 회사에 입사한 때로부터의 근로관계는 피고 회사에 그대로 포괄적으로 승계되므로 피고 회사가 1981. 1. 1. 근로자들에게 불리하게 퇴직금규정을 변경한 경우 원고들은 위 퇴직금규정의 변경으로 기득이익이 침해되는 근로자들과고 보아야 할 것이어서 그 변경의 효력이 미치지 아니하고, 또한 앞서 본 바와 같이 원고들에게는 소외 회사의 퇴직금규정을 적용하여야 함이 타당한데 원고들이 소외 회사의 퇴직금규정에 따라 산정한 퇴직금이 피고 회사의 개정 전 퇴직금규정에 따라 산정한 퇴직금보다 더 많지만 피고 회사의 개정 전 퇴직금규정에 따른 퇴직금을 청구한다고 주장하는 마당에 법원은 처분권주의의 원칙상 마땅히 피고 회사의 개정 전 퇴직금규정에 따라 산정한 퇴직금의 지급을 명하여야지 개정 후 퇴직금규정에 따라 산정한 퇴직금의 지급을 명할 수는 없다 할 것이다.

따라서 원심이 이와 달리 피고 회사에게 개정 후 퇴직금규정에 따라 산정한 퇴직금의 지급을 명하였음은 회사합병에 있어서의 근로관계승계 및 취업규칙의 개정의 효력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라 할 것이고, 이 점을 지적하는 취지의 상고이유의 주장도 이유 있다.

4. 그러므로 피고 소송대리인의 나머지 상고이유의 주장에 관하여 더 나아가 판단할 필요 없이 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박재윤(재판장), 서성, 유지담(주심), 배기원



## 2.3 합병과 단체협약의 승계

☞ 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다23185, 23192 판결★

### » 요 지 «

1. 사용자가 취업규칙의 변경에 의하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하려면 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요하고, 이러한 동의를 얻지 못한 취업규칙의 변경은 효력이 없으며, 그 동의의 방법은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 요하고, 회의방식에 의한 동의라 함은 사업 또는 한 사업장의 기구별 또는 단위 부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자간에 의견을 교환하여 찬반을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다고 할 것인데, 여기서 사용자측의 개입이나 간섭이라 함은 사용자측이 근로자들의 자율적이고 집단적인 의사결정을 저해할 정도로 명시 또는 묵시적인 방법으로 동의를 강요하는 경우를 의미하고 사용자측이 단지 변경될 취업규칙의 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는 데 그친 경우에는 사용자측의 부당한 개입이나 간섭이 있었다고 볼 수 없다.
2. 사용자가 일방적으로 새로운 취업규칙의 작성·변경을 통하여 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다고 할 것이나, 당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그로 인하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 여전히 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그 적용을 부정할 수는 없다고 할 것이고, 한편 여기에서 말하는 사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
3. 복수의 회사가 합병되더라도 피합병회사와 그 근로자 사이의 집단적인 근로관계나 근로조건 등은 합병회사와 합병 후 전체 근로자들을 대표하는 노동조합과 사이에 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있을 때까지는 피합병회사의 근로자들과 합병회사 사이에 그대로 승계되는 것이고, 합병회사의 노동조합이 유니언 쉐프의 조직형태를 취하고 있었다고 하더라도 위에서 본 바와 같은 피합병회사의 근로자들까지 아우른 노동조합과 합병회사 사이의 새로운 합의나 단체협약이 있을 때까지는 피합병회사의 근로자들이 자동적으로 합병회사의 노동조합의 조합원으로 되는 것은 아니다.
4. 노동조합 및 노동관계조정법 제35조는 하나의 사업 또는 사업장에 상시 사용되는 동종



의 근로자 반수 이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 당해 사업 또는 사업장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대하여도 당해 단체협약이 적용된다고 규정하고 있는데, 이 규정에 따라 단체협약의 적용을 받게 되는 동종의 근로자라 함은 당해 단체협약의 규정에 의하여 그 협약의 적용이 예상되는 자를 가리키는 것인바, 서로 다른 종류의 사업을 운영하던 회사들이 합병한 이후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있기 전에 그 중 한 사업부문의 근로자들로 구성된 노동조합이 회사와 체결한 단체협약은 그 사업부문의 근로자들에 대하여만 적용될 것이 예상되는 것이라 할 것이어서 다른 사업부문의 근로자들에게는 적용될 수 없다.

\* 원고, 피상고인 : 원고 1 외 12인

\* 피고, 상고인 : 주식회사 동방생활산업

\* 원심판결 : 서울지법 2002. 3. 21. 선고 2001나42904, 42911 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

## » 이 유 «

### 1. 1998년 6월 말, 8월 말, 추석, 12월 말 상여금에 대하여

가. 원심은, 피고 회사의 건설사업부문에 근무하였던 근로자들인 소외 1, 소외 2, 소외 3, 소외 4가 작성한 각 사실확인서와 역시 같은 근로자들인 증인 소외 5, 소외 6의 증언에 비추어 피고 회사의 건설사업부문 근로자들의 이 사건 상여금 삭감 동의가 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 상호간 의견을 교환하여 찬반의견을 집약한 후 이루어진 것이라는 점에 부합하는 증인 소외 7의 증언을 믿기 어렵고, 피고 회사의 건설사업부문 근로자들이 서명한 상여금 삭감 동의각서만으로는 이를 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

나. 사용자가 취업규칙의 변경에 의하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하려면 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요하고, 이러한 동의를 얻지 못한 취업규칙의 변경은 효력이 없으며, 그 동의의 방법은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 요하고, 회의방식에 의한 동의라 함은 사업 또는 한 사업장의 기구별 또는 단위 부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자간에 의견을 교환하여 찬반을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다고 할 것인데(대법원 1994.9.23. 선고 94다23180 판결 참조), 여기서 사용자측의 개입이나 간섭이라 함은 사용자측이 근로자들의 자율적이고 집단적인 의사결정을 저해할 정도로 명시 또는 묵시적인 방법으로 동의를 강요하는 경우를 의미하고 사용자측이 단지 변경될 취업규칙의 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는 데 그친 경우에는 사용자측의 부당한 개입이나 간섭이 있었다고 볼 수 없다(대법원 2003.11.14. 선고 2001다18322 판결 참조).

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 채용한 위 각 사실확인서를 작성한 소외 1, 소외 2, 소외 3, 소외 4와 증인 소외 5, 소외 6 중 소외 1을 제외한 나머지 사람들은 모두 피고 회사를 상대로 상여금의 지급을 구하는 소송을 제기하여 사실상 원고들과 같은 입장에 있는 사람들로 객관적인 위치에 있다고 보기 어렵고 따라서 그들이 위 각 사실확인서에 기재한 내용이나 증언한 내용을 그대로 믿기 어려운 사실, 피고 회사의 건설사업부문은 섬유사업부문과 달리 노동조합이 없었기에 피고 회사의 소외 4 부장은 1998. 5. 24.부터 1998. 5. 29.까지 사이에 건설사업부문의 각 공사현장별 및 본사의 팀별로 근로자들이 모인 자리에서 상여금 삭감의 필요성을 설명하였는데 당시 피고 회사의 건설사업부문에 근무하였던 근로자들 51명 중 44명이 참여(7명은 기권)하였으며 그 참여자 중 39명이 상여금의 삭감에 동의하여 소외 4 부장이 교부하는 상여금 삭감 동의각서 용지에 서명하고, 5명은 반대하여 서명을 하지 않은 사실, 위 상여금 삭감 동의각서 용지에는 "I.M.F. 한파에 따른 최악의 건설경기로 인하여 막대한 경영손실 누적과 그에 따른 차입금의 증가, 고금리로 인하여 앞으로의 회사 존폐 또한 위협받고 있는 상황하에서 경영진의 회사살리기를 위한 적극적인 자구계획 추진과 더불어 아래 사원들은 작은 힘이나마 경영위기 극복에 동참하여 회사의 조속한 경영 정상화에 보탬이 되고자 98년 지급될 상여금 전액(연간 600%)을 삭감하는 데 동의하며 이에 서명합니다."라는 내용이 인쇄되어 있었던 사실, 위와 같은 근로자들의 동의에 따라 피고 회사는 1998. 6. 1. 건설사업부문 근로자들에게 적용되던 취업규칙 중 상여금 조항을 삭제한 사실, 한편 피고 회사의 섬유사업부문 근로자 3분의 2 이상으로 구성된 노동조합은 1998. 6. 16. 위 동의각서의 내용과 비슷한 취지로 1998년도분 상여금을 반납하기로 피고 회사와 단체협약 보충협약을 체결한 사실, 당시 피고 회사의 계열 3사는 그 회생을 위하여 대주주가 사재를 출연하고, 회사의 자산을 매각하며 성실히 기업개선작업을 이행하지 않을 때에는 감자, 임원의 퇴임요구 등 채권금융기관의 요구를 감수하기로 약정하는 등 기업개선작업을 추진중이었던 사실을 각 인정할 수 있다.

위 인정 사실에 의하면, 비록 피고 회사에서 먼저 위와 같은 상여금 삭감 동의각서라는 인쇄된 양식을 교부하여 그 근로자들로부터 서명에 의한 동의를 얻었다고 하더라도, 그 근로자들은 상여금 삭감의 필요성을 수긍하고 이에 동의하였다고 할 것이고, 또한 상당한 교섭력을 가진 피고 회사의 섬유사업부문 노동조합도 뒤따라 스스로 건설사업부문 근로자들과 같은 내용의 상여금 반납에 합의하고, 회사의 경영진이나 주주들도 커다란 회생을 감수하고 있던 상황에 비추어 볼 때 피고 회사의 전 직원 사이에 적어도 상여금 삭감을 통한 경영압박의 감소 필요성에 대하여 상당한 공감대가 형성되어 있었던 것으로 보이는바, 여기에 건설사업부문 근로자들 중 일부가 기권하거나 위 삭감에 반대하여 동의각서에 서명을 하지 않은 점까지 감안한다면 피고 회사가 근로자의 상여금 포기를 이끌어낼 의도로 상여금 삭감동의의 결의 절차에 부당히 개입하여 강요한 것으로는 보이지 아니하므로, 건설사업부문의 근로자들이 각 팀별 혹은 현장별로 의견의 집약을 한 후 자유로운 의사에 따라 위 동의각서에 서명한 것으로 볼 것이고, 따라서 1998년도분 상여금을 지급하지 않는 것과 관련하여서는 피고 회사가 취업규칙 중 상여금 조항을 삭제한 것이 유효하다고 볼

여지가 많다고 할 것임에도(취업규칙의 변경 중 1999년도 이후분의 상여금을 지급하지 않도록 한 부분의 유효성에 대하여는 뒤에서 따로 살핀다.) 원심이 이와 견해를 달리하여, 피고 회사의 건설사업부문 근로자들의 이 사건 상여금 삭감 동의가 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 상호간 의견을 교환하여 찬반의견을 집약한 후 이루어진 것으로 볼 증거가 없다고 하고 만 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하였거나 상여금 반납 결의의 효력을 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다 할 것이어서 이 부분 상고이유의 주장은 이유 있다.

## 2. 1999년도분 상여금에 대하여

### 가. 취업규칙의 변경이 사회통념상 합리성이 있는지에 대하여

사용자가 일방적으로 새로운 취업규칙의 작성·변경을 통하여 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다고 할 것이나, 당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그로 인하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 여전히 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그 적용을 부정할 수는 없다고 할 것이고, 한편 여기에서 말하는 사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건의 개선 상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2001. 1. 5. 선고 99다70846 판결 참조).

기록에 비추어 살펴보면, 피고 회사의 건설사업부문 근로자들이 위에서 본 1998년도분의 상여금뿐만 아니라 1999년도 이후분의 상여금까지도 삭감하는 것에 대하여 동의하였다고 볼 아무런 자료가 없음에도 피고 회사는 건설사업부문 근로자들에게 적용되던 이 사건 취업규칙 중 상여금 조항을 1998년도분에 한정하여 그 적용을 배제하는 것으로 변경하지 않고 아예 삭제하였는바, 피고 회사가 위 상여금 조항을 삭제할 당시 국가의 외환위기 상황에서 건설경기의 악화로 인하여 막대한 경영손실을 보고 있었고, 피고 회사의 존립을 위하여 채권은행단과 수립한 워크-아웃 계획에 따라 상여금 규정의 개정을 한 것이라고 하더라도, 이러한 사유만으로는 위 취업규칙의 개정을 통해 근로자들에게 상당한 근로조건의 개선이라든지 기타 이익 되는 요소는 전혀 없이 상여금 조항을 삭제하여 근로자들에게 일방적인 불이익을 감수하도록 한 것은 적어도 1999년도 이후분의 상여금까지도 지급하지 않도록 한 것과 관련하여서는 위 법리에 비추어 볼 때 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있다고 볼 수 없으므로, 같은 취지의 원심의 결론은 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 심리를 다하지 아니하여 사실을 오인한 잘못이 있다고 할 수 없다.

#### 나. 피고 회사와 그 노동조합 간에 체결된 단체협약의 효력에 대하여

복수의 회사가 합병되더라도 피합병회사와 그 근로자 사이의 집단적인 근로관계나 근로조건 등은 합병회사와 합병 후 전체 근로자들을 대표하는 노동조합과 사이에 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있을 때까지는 피합병회사의 근로자들과 합병회사 사이에 그대로 승계되는 것이고, 합병회사의 노동조합이 유니언 쉐의 조직형태를 취하고 있었다고 하더라도 위에서 본 바와 같은 피합병회사의 근로자들까지 아우른 노동조합과 합병회사 사이의 새로운 합의나 단체협약이 있을 때까지는 피합병회사의 근로자들이 자동적으로 합병회사의 노동조합의 조합원으로 되는 것은 아니라 할 것이다.

그리고 노동조합및노동관계조정법 제35조는 하나의 사업 또는 사업장에 상시 사용되는 동종의 근로자 반수 이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 당해 사업 또는 사업장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대하여도 당해 단체협약이 적용된다고 규정하고 있는데, 이 규정에 따라 단체협약의 적용을 받게 되는 동종의 근로자라 함은 당해 단체협약의 규정에 의하여 그 협약의 적용이 예상되는 자를 가리키는 것인바(대법원 2004.2.12. 선고 2001다63599 판결 참조), 서로 다른 종류의 사업을 운영하던 회사들이 합병한 이후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있기 전에 그 중 한 사업부문의 근로자들로 구성된 노동조합이 회사와 체결한 단체협약은 그 사업부문의 근로자들에 대하여만 적용될 것이 예상되는 것이라 할 것이어서 다른 사업부문의 근로자들에게는 적용될 수 없다고 할 것이다.

기록에 비추어 살펴보면, 건설업을 영위하던 동방산업개발 주식회사가 1997. 3.경 섬유생산 및 판매업을 하던 피고 회사에 합병되었고, 피고 회사의 섬유사업부문 소속 근로자들로 구성된 노동조합은 피고 회사와 사이에 1998. 6. 16. 단체협약을 통하여 그 노동조합의 형태와 관련하여 유니언 쉐의 협정을 하기는 하였지만, 위 합병 이후 두 회사의 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있었음을 인정할 아무런 자료가 없고 오히려 합병 후에도 동방산업개발 주식회사에 소속되었던 건설사업부문 근로자들에 대하여는 섬유사업부문 근로자들과는 별도의 취업규칙을 적용하고 있었으며, 이 사건 상여금에 대하여도 피고 회사의 섬유사업부문 노동조합과는 단체협약을 통하여 그 반납을 약정하였으면서도 건설사업부문 근로자들로부터는 그와 별도로 이 사건 상여금 삭감동의 결의를 하고 여전히 그 별도의 취업규칙을 유지하면서 다만 그 상여금 조항을 삭제한 사실을 알 수 있는바, 그렇다면 피합병회사의 근로자들이었던 원고들이 자동적으로 피고 회사의 섬유사업부문 노동조합의 조합원이 된다고 볼 수 없으므로 피고 회사와 섬유사업 노동조합 사이의 1998. 6. 16.자 단체협약은 원고들에 대하여 일응 효력이 없을 뿐만 아니라, 나아가 피합병회사의 근로자들이었던 원고들의 근로관계나 근로조건은 여전히 피합병회사인 동방산업개발 주식회사 당시의 취업규칙 혹은 그 이후 개정된 취업규칙 등에 의해 규율된다 할 것이고, 피고 회사와 섬유사업부문 노동조합 사이의 위 1998. 6. 16.자 단체협약은 건설사업부문 근로자들에게는 그 적용이 예상된 것이 아니라 할 것이어서 위 단체협약의 규범적 효력도 원고들에게는 적용되지 않는다 할 것이므로,

이 부분 원심의 판단은 그 설시에 있어서 비록 미흡한 점이 없지 아니하나 결론에 있어서 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 심리를 다하지 아니하여 사실을 오인하거나 판단을 유탈한 잘못이 있다고 할 수 없다.

#### 다. 1999년도분 상여금이 전혀 지급되지 않았는지에 대하여

기록에 비추어 살펴보면, 피고는 2001. 1. 11.자 준비서면의 진술을 통하여 1999.에 225%의 상여금을 지급하였다고 주장하고 있고, 원고측 증인 소외 6도 1999.에 피고 회사로부터 상여금을 1, 2회 정도 받은 것 같다고 증언하였으며, 을 제34호증의 1 내지 6(상여금 지급내역)의 기재에 의하더라도 피고 회사는 1999. 수회에 걸쳐 일정 금액의 상여금을 그 근로자들에게 지급한 것으로 보이는바, 그렇다면 원심으로서서는 마땅히 원고들이 1999.에 상여금으로 얼마를 지급받았는지를 심리한 후 그 금액을 공제한 나머지 금액만을 상여금으로 지급하도록 명하였어야 함에도 불구하고 이에 이르지 않고, 막연히 1999년도 상여금이 전혀 지급되지 않은 것을 전제로 하여 이를 지급하라고 명하였는바, 원심판결에는 피고의 주장에 대한 판단을 누락하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이어서, 결국 1999년도 상여금 부분에 대한 피고의 상고이유의 주장은 이유 있다.

### 3. 지연손해금 부분에 대하여

직권으로 살펴건대, 개정 전 소송촉진등에관한특례법(2003.5.10. 법률 제6868호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 본문 중 '대통령령으로 정하는 비율' 부분에 대하여는 2003. 4. 24. 헌법재판소의 위헌결정이 있었고, 그 후 개정된 위 법률조항과 소송촉진등에관한특례법제3조제1항본문의법정이율에관한규정(2003. 5. 29. 대통령령 제17981호로 개정된 것)은 위 개정법률 시행 당시 법원에 계속중인 사건에 대하여 2003. 6. 1. 이후에 적용할 법정이율을 연 2할로 한다고 규정하고 있으므로, 원고의 청구를 인용하더라도 그 인용금액에 대하여 위 개정법률이 시행되기 전인 2003. 5. 31.까지는 민사 법정이율인 연 5푼의 비율에 의한 지연손해금을, 2003. 6. 1.부터 완제일까지는 위 개정법률에 따른 연 2할의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명하여야 할 것인데, 이와 달리 2003. 5. 31. 이전부터 위 개정 전의 법률 규정을 적용하여 연 2할 5푼의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명한 제1심판결 부분을 유지하거나 원심에서 추가로 인용하는 금액에 대하여 2003. 5. 31. 이전부터 위 개정 전의 법률 규정을 적용하여 연 2할 5푼의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명한 원심판결에는 결과적으로 지연손해금의 법정이율을 잘못 적용하여 판결에 영향을 미친 위법이 있게 되었다고 할 것이다.

### 4. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 고현철(재판장), 대법관 변재승, 대법관 윤재식(주심), 대법관 강신욱





## 2.4 공기업 합병과 취업규칙의 승계

☞ 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32522, 32539 판결

### » 요 지 «

1. 사용자가 취업규칙의 변경에 의하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하려면 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요하고, 이러한 동의를 얻지 못한 근로조건이나 취업규칙의 변경은 효력이 없으며, 그 동의의 방법으로는 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의 동의를 요하고, 그와 같은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 요한다. 그리고 회의방식에 의한 동의는 전 근로자가 반드시 한 자리에 모여 회의를 개최하는 방식만이 아니라 한 사업 또는 사업장의 기구별 또는 단위 부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 간에 의견을 교환하여 찬반을 집약한 후 이를 전체적으로 모으는 방식도 허용된다. 여기서 사용자측의 개입이나 간섭은 사용자측이 근로자들의 자율적이고 집단적인 의사결정을 저해할 정도로 명시 또는 묵시적인 방법으로 동의를 강요하는 것을 의미하며, 사용자측이 단지 변경될 근로조건이나 취업규칙의 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는 데 그친 경우에는 사용자측의 부당한 개입이나 간섭이 있었다고 할 수 없다.
2. 근로관계가 포괄적으로 승계되는 경우에는 근로자는 승계한 법인에서도 종전의 근로관계와 동일한 근로관계를 유지하게 되고, 사용자가 일방적으로 취업규칙을 변경하거나 종전의 근로관계보다 불리한 승계한 법인의 취업규칙을 적용하기 위해서는 종전의 근로계약상 지위를 유지하던 근로자 집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의 등의 사정이 있어야 하며, 이러한 동의 등이 없는 한 사용자가 일방적으로 종전의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하거나 종전의 근로조건보다 불리한 승계한 법인의 취업규칙을 적용할 수 없다. 이 경우 종전의 근로조건을 그대로 유지한 채 승계한 법인에서 근무하게 되는 근로자에 대하여는 종전의 취업규칙이 그대로 적용된다.
3. 공기업 구조조정을 진행하면서 각 부서별, 사업소·지부별로 설명회를 개최하여 관련 사업의 포괄승계에 따른 근로조건변경 및 퇴직금지급률 변경 사항을 설명하고 근로자들의 동의를 받은 사안에서, 사용자측이 변경될 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는 데에 지나쳐 사용자측의 부당한 개입이나 간섭이 있었다고 볼 수 없으므로, 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 있었다고 본 사례
4. 사용자가 일방적으로 새로운 취업규칙의 작성·변경을 통하여 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니하지만, 당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아

그에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그의 적용을 부정할 수는 없다. 그리고 여기에서 말하는 사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건의 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, 이러한 판단은 개정 당시의 상황을 근거로 하여야 한다.

\* 원고, 피상고인 : 원고 1 외 16인

\* 피고, 상고인 : 한국해양오염방제조합의 소송수계인 해양환경관리공단

\* 원심판결 : 서울고법 2009. 4. 3. 선고 2008나13236, 13243 판결

## » 주 문 «

원심판결을 모두 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 살펴본다.

### 1. 1998. 7. 31.자 포괄승계 및 1999. 12. 31.자 보수규정 개정 당시 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 있었는지 여부

사용자가 취업규칙의 변경에 의하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하려면 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요하고, 이러한 동의를 얻지 못한 근로조건이나 취업규칙의 변경은 효력이 없으며, 그 동의의 방법으로는 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의 동의를 요하고, 그와 같은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 요한다. 그리고 회의방식에 의한 동의는 전 근로자가 반드시 한 자리에 모여 회의를 개최하는 방식만이 아니라 한 사업 또는 사업장의 기구별 또는 단위 부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 간에 의견을 교환하여 찬반을 집약한 후 이를 전체적으로 모으는 방식도 허용된다. 여기서 사용자측의 개입이나 간섭은 사용자측이 근로자들의 자율적이고 집단적인 의사결정을 저해할 정도로 명시 또는 묵시적인 방법으로 동의를 강요하는 것을 의미하며, 사용자측이 단지 변경될 근로조건이나 취업규칙의 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는 데 그친 경우에는 사용자측의 부당한 개입이나 간섭이 있었다고 할 수 없다(대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다18322 판결, 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다23185, 23192 판결, 대법원 2005. 3. 11. 선고 2004다54909 판결 등 참조).

한편, 근로관계가 포괄적으로 승계되는 경우에는 근로자는 승계한 법인에서도 종전의 근로관계와 동일한 근로관계를 유지하게 되고, 사용자가 일방적으로 취업규칙을 변경하거나 종전의 근로관계보다 불리한 승계한 법인의 취업규칙을 적용하기 위해서는 종전의 근로계약상 지위를 유지하던 근로자 집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의 등의 사정이 있어야 하며, 이러한 동의 등이 없는 한 사용자가 일방적으로 종전의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하거나 종전의 근로조건보다 불리한 승계한 법인의 취업규칙을 적용할 수 없다. 이 경우 종전의 근로조건을 그대로 유지한 채 승계한 법인에서 근무하게 되는 근로자에 대하여는 종전의 취업규칙이 그대로 적용된다(대법원 1995.12.26. 선고 95다41659 판결 참조).

원심판결 이유와 기록에 의하면, ① 한국해양오염방제조합(이하 '방제조합'이라 한다)은 구 해양오염방지법(2007. 1. 19. 해양환경관리법 제정으로 폐지되기 전의 것)에 의하여 해양에 배출된 기름 등 폐기물에 대한 효율적인 방제와 방제에 관한 교육·훈련 및 기술개발을 통하여 방제능력을 향상시킴으로써 해양환경을 보전하기 위하여 설립된 법인으로서, 그 운영 및 사업에 소요되는 자금은 정부로부터의 지원금 등을 재원으로 조성하고, 사업계획과 예산운영계획 및 결산서를 매년 해양수산부장관에게 제출하여야 하는 사실, ② 방제조합은 이른바 IMF 금융위기사태를 맞아 공기업 경영혁신의 일환으로 1998.1.경부터 1999. 9.경까지 수회에 걸쳐 해양수산부에 경영혁신추진계획을 제출하였는데, 그 내용 중에 관련 사업의 통폐합, 정년 단축 및 퇴직금지급률 조정 등이 포함되어 있는 사실, ③ 방제조합은 해양수산부의 「한국컨테이너부두공단 예선사업 한국해양오염방제조합 이관」방침에 따라 한국컨테이너부두공단(이하 '부두공단'이라 한다) 예선사업을 1998. 7. 31.자로 포괄승계하였는데, 당시 방제조합은 예선사업에 종사하는 종업원을 전원 인수하고 인수한 종업원에게 퇴직금 지급규정을 적용함에 있어 종전 부두공단의 사업장에서 근무하던 근속년수를 통산하여 적용하기로 한 사실, ④ 1998. 7. 31.자 예선사업 포괄승계 당시 부두공단의 취업규칙에는 직원의 정년에 관하여 일반직 2급 이상은 61세, 일반직 3급 이하 및 기능직은 59세로 규정되어 있었고, 방제조합의 인사규정에는 직원의 정년에 관하여 관리직(일반직) 2급 이상은 61세, 그 밖의 사람은 58세로 규정되어 있었던 사실, ⑤ 위 포괄승계 당시 부두공단의 직원이었던 소외 1 과장과 소외 2 부장은 포괄승계에 따른 근로조건, 급여, 직급 변경을 설명하기 위하여 1998. 8. 11.부터 같은 달 14.까지 예선사업 각 사업소·지부를 방문하여 직원들에게 근로조건 차이, 직급조정 등을 설명한 사실, ⑥ 그 후 예선사업 각 사업소·지부 직원 총 187명 중 186명이 '공단의 기존 제규정을 대신하여 조합의 인사규정, 보수규정, 퇴직금규정 등 조합 소정의 규정에 의한 근로조건에 따르겠다'는 취지의 각서를 1998. 8. 1.자로 소급 작성하여 방제조합에 제출한 사실, ⑦ 한편, 해양수산부는 1999. 1.경 방제조합에 공공기관 퇴직금제도 개선방안을 통보하였고, 이에 따라 방제조합은 1999. 4. 21.경 퇴직금제도 개선방안에 관하여 부서장 회의를 거치는 등으로 퇴직금제도를 종전의 누진제에서 단수제로 변경하는 내용의 보수규정 개정안을 마련하였으며, 1999. 7.경 당시 방제조합 기획과장이던 소외 1 과장이 기

중기 선단과 몇 개 지부를 방문하여 위 보수규정 개정에 관한 설명회를 개최하였고, 그 무렵 방제조합 각 부서·사업소·지부 단위로 직원 약 330명이 ‘본인은 국내 경제의 어려움을 극복하기 위한 노력의 일환으로 추진하고 있는 근로조건의 개정(퇴직금지급에 관한 기준 등 : 별첨 참조)에 대하여 본인의 자유의사로써 동의서를 제출합니다. 아울러 추후 위와 관련하여 어떠한 이의제기도 하지 않을 것을 서약합니다’라는 내용의 “임·직원 보수규정개정 관련 동의서”에 서명하였는데, 위 동의서에는 직원보수규정 신·구조문 대비표가 ‘별첨2’로 첨부되어 있고, 위 ‘별첨2’에는 기존의 누진율에 의한 퇴직금지급률을 ‘근속 1년에 대하여 근로기준법에서 정한 1개월분의 평균임금을 퇴직금으로 지급한다’고 적시되어 있는 사실, ⑧ 방제조합은 1999. 12. 29. 운영위원회에서 퇴직금 누진제를 단수제로 변경하는 보수규정 개정을 의결하였는데, 이에 의하면, ‘퇴직금은 1년 이상 근속한 직원에게 지급하며, 근속 1년에 대하여 근로기준법에서 정한 1개월분의 평균임금을 퇴직금으로 지급하고, 이 규정 시행 당시 재직중인 직원에 대하여 1999. 12. 31.까지의 퇴직금을 일괄 정산하여 지급하되, 2000. 1. 1.부터 발생한 퇴직금은 새로이 개정된 규정을 적용한다’고 되어 있는 사실, ⑨ 방제조합은 1999. 12. 31. 본부 각 팀(실)과 10개 지부장에게 위 보수규정 개정에 관한 동의서 확보를 요청하는 공문을 발송하였고, 그에 따라 본부 각 팀(실)별, 각 지부별로 “임·직원 보수규정 개정 및 퇴직금 일괄정산실시”라는 제목의 용지의 ‘가(가), 부(불)’란에 소속 근로자들의 서명을 받는 방법으로 동의서를 받았으며, 당시 직원 총 365명 중 361명이 ‘가’란에 서명하고 4명이 ‘부’란에 서명한 사실, ⑩ 그 후 근로자들 전원에 대하여 1999. 12. 31.까지의 근속기간에 대하여 퇴직금 중간정산이 실시된 사실, ⑪ 원고 1 등 12인은 부두공단 소속 근로자였다가 예선사업이 방제조합으로 포괄승계됨에 따라 1998. 7. 31.자로 방제조합 소속 근로자가 되었고, 원고 원고 11 등 5인은 처음부터 방제조합에 입사한 근로자들이었는데, 앞서 본 각서 및 동의서에 모두 동의하는 취지로 서명한 사실을 알 수 있다.

위와 같은 사실에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 IMF 금융위기사태를 맞아 정부 주도로 공기업 구조조정이 진행되었는데, 관련 사업의 통폐합, 정년 단축, 퇴직금지급률 조정이 공기업 구조조정의 핵심 사항이었으므로, 당시 예인사업 포괄승계 및 방제조합의 구조조정 사실이 원고들에게도 모두 알려졌을 것으로 보이는 점, 예인사업이나 방제조합의 업무는 그 사업소 또는 지부가 전국 해안에 걸쳐 소규모로 산재해 있어 근로자 전체가 한 자리에 모이는 것이 곤란하였던 점, 이에 각 부서별, 사업소·지부별로 설명회를 개최하여 1998. 7. 31.자 포괄승계에 따른 근로조건의 변경 및 1999. 12. 31.자 퇴직금지급률 변경 사항을 설명하였고, 근로자들은 각 부서별, 사업소·지부별로 설명회에 참석함으로써 상호간에 의견을 교환할 수 있는 기회가 주어진 것으로 보이는 점, 이러한 과정을 거쳐 원고들을 포함한 근로자들은 공기업 구조조정의 일환으로 진행된 정년 단축 및 퇴직금지급률 변경의 필요성을 인식하고 이를 감수하는 입장에서 위 각서와 동의서에 서명하였고, 일부 근로자는 각서를 제출하지 않거나 반대의사를 명백히 표시한 점 등을 종합하면, 1998. 7. 31.자 포괄승계에 따른 근로조건의 변경 및 1999. 12. 31.자 퇴직금지급률 변경 당시 사용자측이 변경될 내용을 근로

자들에게 설명하고 홍보하는 데 그치지 않고 나아가 근로자들의 동의를 강요하는 등 부당하게 개입하거나 간섭한 것으로는 보이지 아니한다. 따라서 예선사업 및 방제조합의 각 부서별, 사업소·지부별로 근로자들의 협의 및 의견 집약이 근로자들의 자유로운 의사에 따라 이루어진 것으로 보아야 하므로, 1998. 7. 31.자 포괄승계에 따른 근로조건의 변경 및 1999. 12. 31.자 퇴직금지급률 변경에 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 있었다고 봄이 상당하다.

그런데 원심은 이와 견해를 달리하여, 위 각 변경 당시 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 상호간에 의견을 교환하여 찬반의견을 집약한 후 이를 모으는 방식으로 동의가 이루어졌다고 볼 수 없다고 판단하였는바, 이는 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미쳤다고 할 것이다.

## 2. 1998. 12. 31.자 인사규정 개정에 사회통념상 합리성이 인정되는지 여부

사용자가 일방적으로 새로운 취업규칙의 작성·변경을 통하여 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니하지만, 당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 그에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 당해 조합의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그의 적용을 부정할 수는 없다. 그리고 여기에서 말하는 사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건의 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, 이러한 판단은 개정 당시의 상황을 근거로 하여야 한다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다57362 판결 등 참조).

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 1998. 12. 31.자 인사규정 개정이 사회통념상 합리성이 있다고 보기 어렵다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 법리오해 등의 잘못이 없다.

## 3. 결 론

그러므로 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 모두 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이홍훈(재판장), 김영란, 김능환, 민일영(주심)

## 2.5 회사분할과 근로관계의 승계

☞ 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두4282 판결★

### » 요 지 «

1. 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 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.
2. 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 신설회사에 승계된다고 보아야 한다.

\* 원고, 상고인 : 주식회사 현대그린푸드

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 피고보조참가인

\* 원심판결 : 서울고법 2011. 1. 19. 선고 2010누21732 판결



## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

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.

원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거 등에 의하면, 원고 회사는 법인사업, 식품사업 및 IT사업 등을 운영해 오다가 법인사업 부문을 분할하여 주식회사 현대비엔피(이하 ‘현대비엔피’라고 한다)를 설립한 사실, 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)은 원고 회사에 입사한 후 법인사업 부문에 속하는 ○○○○○팀에서 재고관리업무를 담당하고 있었던 사실, 원고 회사는 2008. 10. 23.경부터 노동조합에 이 사건 회사 분할과 관련한 노사협의를 요구하였으나 그 노동조합이 현대비엔피로 근로관계가 승계되는 조합원들의 근로조건을 단체협약으로 정할 것을 주장하여 협의가 제대로 진행되지 못한 사실, 원고 회사는 2008. 10.경부터 2009. 3.경까지 약 5개월의 기간에 걸쳐 경인지역 직원, 영남지역 직원, 노조전임자들을 상대로 회사 분할과 관련한 설명회를 개최하여 회사 분할의

필요성과 방법, 해당 사업 부문 근로자 전원에 대한 고용승계 및 고용조건 유지, 현대비엔피의 조직, 인원계획 및 사업목표 등에 관하여 설명한 사실 등을 알 수 있다.

위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 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 현대비엔피에 승계된다고 보아야 한다.

그럼에도 원심은 이와 달리 회사 분할에 따른 근로관계의 승계에 대하여 근로자가 거부권을 행사하기만 하면 해당 근로자의 근로관계는 신설회사에 승계되지 않는다는 전제 아래 참가인이 이 사건 회사 분할에 따른 근로관계의 승계에 대하여 거부권을 행사한 이상 참가인의 근로관계가 현대비엔피로 승계되지 아니한다고 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 회사 분할에 따른 근로관계의 승계에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

그러므로 원고 회사의 나머지 상고이유에 관하여 나아가 살필 필요 없이 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김용덕, 주심 대법관 신영철, 대법관 이상훈, 대법관 김소영





### 3. 위·수탁업체 등의 변동에 따른 근로관계

#### 3.1 수탁업체 변경과 포괄승계 불인정

☞ 대법원 2013. 12. 12. 선고 2012두14323 판결

#### » 요 지 «

원고들에 대한 신규채용 절차를 거부하고 근로 계약의 체결을 승낙하지 아니한 이상 참가인과 원고들 사이의 근로관계는 성립하지 아니하였다.

- \* 원고, 상고인 : 1. A 2. B 3. C
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : 주식회사 D
- \* 원심판결 : 서울고법 2012. 5. 4. 선고 2011누35622 판결

#### 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고들이 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

원심은 그 판시와 같은 이유로 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다)이 원고들을 포함한 E 소속 직원들의 고용을 승계하였다거나 E 소속 직원들에 대한 고용승계의무를 부담한다고 볼 수 없고, 참가인이 게시한 공고문의 내용은 E 소속 직원의 승낙만 있으면 곧 근로계약이 성립하는 구체적·확정적 의사표시라고 보기 어려워 청약이 아닌 청약의 유인에 불과하므로 참가인이 원고들에 대한 신규채용 절차를 거부하고 근로 계약의 체결을 승낙하지 아니한 이상 참가인과 원고들 사이의 근로관계는 성립하지 아니하였다고 보아, 참가인이 원고들을 부당해고한 것이 아니라고 본 이 사건 재심판정은 적법하다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니하고 고용승계, 청약과 계약성립 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

원심의 위와 같은 판단이 정당한 이상 원심이 부가적으로 공고문의 내용이 '청약'에 해당함을 전제로 하여 원고들이 정해진 승낙기간 내에 승낙의 통지를 하였다고도 볼 수 없다고 판시한 부분에 대한 원고들의 상고이유는 나아가 살필 필요가 없다.

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 패소자들이 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 박병대, 대법관 양창수, 대법관 고영한, 주심 대법관 김창석

### 〈참고〉 서울고법 2012. 5. 4. 선고 2011누35622 판결

고용승계의무를 부담하지 않는 상황에서 일방의 근로계약 체결 청약에 대하여 상대방이 신규채용 절차를 거부하고 근로계약의 체결을 승낙하지 아니한 이상 근로관계는 성립하지 아니하고 해고도 아니다.

#### 》 요 지 《

1. 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. 여기서 청약은 그에 대한 승낙에 의하여 곧바로 계약의 성립에 필요한 의사합치에 이를 수 있을 정도로 내용적으로 확정되어 있거나 해석에 의하여 확정될 수 있어야 한다. 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, 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.
2. 이 사건 공고문의 내용은 소속 직원의 승낙만 있으면 곧 근로계약이 성립하는 구체적·확정적 의사표시라고 보기는 어려워, 결국 청약이 아닌 청약의 유인에 불과하다고 해석함이 상당하므로 원고들이 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, 참가인이 원고들에 대한 신규채용 절차를 거부하고 근로계약의 체결을 승낙하지 아니한 이상, 근로계약 체결에 관한 쌍방의 의사합치가 없어 참가인과 원고들 사이의 근로관계는 성립하지 아니한다고 할 것이다. 따라서 참가인이 원고들의 고용을 승계하지 아니하였고 고용승계의무를 부담하지도 아니하며, 나아가 참가인과 원고들 사이의 근로관계도 성립하지 아니하므로, 참가인이 원고들을 부당해고한 것이 아니다.

\* 서울고등법원 제10행정부 판결



- \* 사 건 : 2011누35622 부당노동행위구제재심판정취소청구의소
- \* 원고, 피항소인 : 박○○ 외 2인
- \* 원고, 항소인 : 조○○
- \* 피고, 피항소인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 제1심판결 : 서울행정법원 2011. 9. 16. 선고 2010구합31850 판결
- \* 변론종결 : 2012. 3. 30.
- \* 판결선고 : 2012. 5. 4.

### » 주 문 «

1. 제1심 판결 중 원고 박○○, 이○○, 조○○에 대한 부분을 취소한다.
2. 원고 박○○, 이○○, 조○○의 청구를 각 기각한다.
3. 원고 조○○의 항소를 기각한다.
4. 원고 박○○, 이○○, 조○○과 피고 사이에 생긴 소송총비용은 보조참가로 인한 비용을 포함하여 원고 박○○, 이○○, 조○○이 부담하고, 원고 조○○의 피고에 대한 항소비용은 보조참가로 인한 비용을 포함하여 원고 조○○가 부담한다.

### » 청구취지 및 항소취지 «

#### 1. 청구취지

중앙노동위원회가 2010.7.13. 원고들과 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다) 사이의 중앙2010부해387 부당해고구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

#### 2. 항소취지

원고 조○○ : 제1심 판결 중 원고 조○○ 패소부분을 취소한다. 중앙노동위원회가 2010.7.13. 원고 조○○와 참가인 사이의 중앙2010부해387 부당해고구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

피고보조참가인 : 주문 제1, 2항과 같다.

### » 이 유 «

#### 1. 재심판정의 경위

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 제1심 판결의 이유 제1항의 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

#### 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

##### 가. 원고들의 주장

서구청이 참가인에게 기존 수탁업체인 ○○환경 소속 직원들의 고용승계를 위탁 계약 체결의 조건으로 제시하였고, 그 후 참가인과 서구청 사이에 체결된 위·수탁 계약서에 참가인이 기존 수탁업체 종업원들의 퇴직금과 근속연수를 승계한다는

조항이 포함되어 있으며, 참가인이 ○○환경 소속 직원들의 고용을 보장하겠다는 내용의 공고문을 회사 건물에 게시까지 한 사실에 비추어 보면, 참가인은 원고들의 고용을 승계하였거나 고용승계의무가 있으며, 그렇지 아니하더라도 참가인과 원고들 사이에 의사의 묵시적 합치가 있어 근로관계가 성립되었다고 보아야 할 것임에도 불구하고, 원고들이 제공하려는 근로의 수령을 거부하는 것은 실질상 해고에 해당하여 부당하다.

#### 나. 인정사실

- 1) 서구청은 2002년경 ○○환경과 광주광역시 서구지역 관내 재활용품 수거사업 등에 대한 위·수탁계약을 최초로 체결한 후 수차 계약을 갱신하여 오다가, 2009.11.10. 기존 수탁업체 직원의 고용승계를 조건으로 새로운 수탁업체 선정을 위한 사업설명회를 개최하였다.
- 2) 참가인은 공개입찰을 통해 2009.12.16. 서구청과 재활용품 수거사업 등에 대한 위·수탁계약(위탁기간 : 2010.1.1. ~ 2012.12.31.)을 체결하였는데, 그 주요내용은 아래<생략>와 같다.
- 3) 참가인은 2009.12.29. ○○환경 사무실이 있는 건물에 다음<생략>과 같은 내용의 공고문을 게시하였으나, ○○환경 경영진의 반대로 위 공고문은 게시 당일 바로 철회되었다. 원고 박○○, 이○○, 조○○은 위 공고문에서 명시한 ○○환경 소속 현장 근로자 32명에 포함되고, 원고 조○○은 위 현장 근로자 32명에 포함되지 아니한다. 한편, 참가인은 위 공고문 제6항에서 근로계약체결 시한으로 명시한 2009.12.31. 18:00까지 ○○환경소속 근로자들 중 어느 누구와도 새로이 근로계약을 체결하지 아니하였다.
- 4) 참가인은 2010.1.4. ○○환경 소속 현장 근로자 중 원고 박○○, 이○○, 조○○을 제외한 29명에 대하여 전화로 회사에 나올 것을 통보한 후 2010.1.1.자로 새로이 근로계약을 체결하고 신규로 채용한 반면, 원고들에 대하여는 ○○환경의 경영진과 친인척관계에 있다는 이유로 신규채용 절차를 거부하고 근로계약을 모두 체결하지 아니하였다.
- 5) ○○환경은 2009.12.31.자로 서구청과 위·수탁계약이 종료된 후 참가인의 사업 관할구역인 광주광역시 서구지역에서 재활용품 수거사업을 별도로 경영하고 있다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2, 3, 6호증, 갑 제7호증의 1, 2, 갑 제8, 15호증의 각 기재, 제1심 증인 이○○의 일부 증언, 제1심 및 당심 증인 최○○의 각 일부 증언, 변론 전체의 취지

#### 다. 판단

- 1) 참가인이 원고들에 대한 고용을 승계하거나 고용승계의무를 부담하는지 여부
  - 가) 앞서 본 바와 같이 서구청과 참가인 사이의 위·수탁계약에 따라 서구청 관내 재활용품 수거사업 등을 수행하는 수탁업체가 ○○환경에서 참가인으로 변경된 경우, 새로운 수탁업체인 참가인은 서구청과의 사이에 새로운 위·수탁계약

을 체결하여 서구청으로부터 그 업무를 수탁받았을 뿐이므로 참가인이 종전 수탁업체인 ○○환경소속 직원들의 근로관계를 포괄적으로 승계한다고 볼 수 없고, 갑 제4호증의 기재만으로는 ○○환경과 참가인 사이에 영업양도나 근로관계 승계에 관한 합의가 있었음을 인정하기도 어렵다.

- 나) 나아가 갑 제2, 3호증의 각 기재에 의하면, 서구청이 ○○환경과 위·수탁계약을 체결할 당시에는 ○○환경이 기존 수탁업체의 고용을 승계한다는 것을 명시적으로 약정한 반면, 서구청이 참가인과 위·수탁계약을 체결할 당시에는 참가인이 기존 수탁업체 종업원에 대한 퇴직금 및 근속연수를 승계한다고만 약정하여 ○○환경 소속 직원들에 대한 고용승계 여부를 명시하지 아니하였을 뿐만 아니라, 비록 참가인이 서구청에 대하여 ○○환경 소속 직원들의 고용을 승계한다는 입찰조건을 수락함으로써 새로운 수탁업체로 선정된 후 고용보장을 약속하는 내용의 공고를 하였다고 하더라도 그와 같은 사정만으로는 참가인이 ○○환경 소속 직원들의 고용을 승계하였다거나 ○○환경 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 2000다45273 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 2003다41463 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 2005다5812 등 판결 참조).

- 나) 위 인정사실을 앞서 본 법리에 비추어 보건대, 위 공고문에서 참가인이 ○○환경 소속 직원 중 현장 근로자 32명 전원에 대한 고용을 보장하되 신규채용 방식을 거치도록 한 점, 임금 등 근로조건은 ○○환경에서 근무하면서 정한 그대로를 유지하되 휴게시간 및 임금 구성은 합리적인 조정이 필요하다고 명시한 점, 이와 관련하여 참가인의 취업규칙이 구체적으로 언급되어 있지 아니한 점, 채용서류 제출 및 근로계약서 작성 등의 채용절차 진행을 전제로 한 점 등을 고려하면, 이와 같은 공고문의 내용은 ○○환경 소속 직원의 승낙만 있으면 곧 근로계약이 성립하는 구체적·확정적 의사표시라고 보기는 어려워, 결국 청약이 아닌 청약의 유인에 불과하다고 해석함이 상당하다. 따라서 원고

들이 그에 대응하여 근로계약을 체결하고자 하는 의사표시를 하였다 하더라도 이는 승낙이 아닌 청약에 불과하고, 참가인이 신규채용에 필요한 서류를 제출 받는 절차를 거쳐 승낙의 의사표시를 함으로써 비로소 근로계약이 성립한다고 할 것인바, 앞서 본 바와 같이 참가인이 원고들에 대한 신규채용 절차를 거부하고 근로계약의 체결을 승낙하지 아니한 이상, 근로계약 체결에 관한 쌍방의 의사의 합치가 없어 참가인과 원고들 사이의 근로관계는 성립하지 아니한다고 할 것이다.

다) 이와 달리 참가인의 공고문의 내용을 근로계약의 청약으로 선해하더라도(원고 조○○의 경우에는 고용보장을 약속한 현장 근로자 32명에 포함되어 있지 아니하므로, 애초부터 청약이 있었던 것으로도 볼 수 없다), 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 원고들로부터 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, 원고들이 참가인에게 신규채용에 필요한 서류를 제출하는 등의 방법으로 승낙의 통지를 하였는지에 관하여 갑 제30호증의 1 내지 5의 각 기재 및 당심 증인 최○○, 이○○의 각 일부 증언만으로는 이를 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 참가인의 위 청약은 마찬가지로 효력을 잃게 되었다고 할 것이고, 결국 원고들의 명시적·묵시적 승낙 여부를 나아가 살필 필요 없이 근로계약 체결에 관한 쌍방의 의사의 합치가 없어 참가인과 원고들 사이의 근로관계는 성립하지 아니한다고 할 것이다.

### 3) 소결론

따라서 참가인이 원고들의 고용을 승계하지 아니하였고 고용승계의무를 부담하지도 아니하며, 나아가 참가인과 원고들 사이의 근로관계도 성립하지 아니하였음을 전제로, 참가인이 원고들을 부당해고한 것이 아니라고 본 이 사건 재심판정은 적법하다.

## 3. 결 론

그렇다면, 원고들의 청구는 이유 없어 이를 모두 기각하여야 할 것인바, 제1심 판결 중 원고 박○○, 이○○, 조○○에 대한 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 취소하고, 원고 박○○, 이○○, 조○○의 청구를 각 기각하고, 원고 조○○의 항소를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사 강민구(재판장), 이현수, 허경호



## 3.2 위·수탁계약 이전 해고자의 고용승계 부정

☞ 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002다14488 판결

### » 요 지 «

영업양도 계약에 따라 승계되는 근로관계는 계약 체결일 현재 실제로 근무하고 있는 근로자와의 근로관계만을 의미하고 계약 체결일 이전에 근무하다가 해고된 근로자로서 해고의 효력을 다투는 근로자와의 근로관계까지 승계되는 것은 아니다. 피고들 사이에 위 수탁관리계약을 체결하면서 피고 회의에 근무하던 직원들을 피고 회사가 승계하기로 하는 명시적인 약정이 있었음을 인정할 증거가 없고, 다만 판시와 같은 사정을 종합하면 묵시적인 약정이 있었다고 볼 여지는 있다고 할 것이지만, 그렇더라도 위수탁관리계약 체결 당시 원고가 이미 피고 회의에 의해 해고되었고, 또한 그 해고가 무효임이 객관적으로 명백하다거나 피고 회사가 그 해고가 무효임을 알고 있었다고 볼 수 없는 이 사건에서 원고의 근로관계가 피고 회사에 승계되는 것은 아니라고 할 것이다.

\* 원고, 상고인 : 정○○

\* 피고, 피상고인 : 1. ○○○○아파트입주자대표회의 대표자 회장 신○○  
2. 주식회사 ○○교역, 대표이사 이○○

\* 원심판결 : 서울고법 2002. 2. 1. 선고 2001나39093 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

#### 1. 손해배상책임에 관하여

일반적으로 사용자의 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분이 정당하지 못하여 무효로 판단되는 경우에 그러한 사유만으로 곧바로 그 해고 등이 불법행위를 구성하게 된다고는 할 수 없고, 사용자가 근로자에 대하여 징계해고 등을 할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 어떤 명목상의 해고사유 등을 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고 등의 불이익처분을 한 경우나 해고 등의 이유로 된 어느 사실이 취업규칙 등 소정의 징계사유에 해당되지 아니하거나 징계사유로 삼을 수

없는 것임이 객관적으로 명백하고, 또 조금만 주의를 기울였다라면 이와 같은 사정을 쉽게 알아 볼 수 있는데도 그것을 이유로 징계해고 등의 불이익처분을 하거나 적법한 절차를 거치지 아니한 경우처럼 사용자에게 부당해고 등에 대한 고의·과실이 인정되는 경우나, 징계권의 남용이 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 해당하여야 불법행위가 성립된다고 할 것이다(대법원 1997. 1. 21. 선고 95다24821 판결, 대법원 1997. 9. 26. 선고 97다18974 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고 ○○경남아파트 입주자대표회의(이하 ‘피고 회의’라 한다)의 원고에 대한 징계해고로 인하여 원고가 정신적 손해를 입었다는 원고의 주장에 대하여, 그 채용증거들을 종합하여 그 판시 사실들을 인정한 다음, 이 사건 해고가 일응 적법한 절차를 거쳤으나, 그 징계사유들이 원고와의 근로계약관계를 지속케 하는 것이 현저하게 부당하다고 인정될 정도로 중하다고 보기 어려워 이 사건 해고가 징계재량권을 남용하였기 때문에 부당하여 무효로 인정되는 것이고, 또 이 사건 해고와 관련하여 제기된 피고 회의와 중앙노동위원회위원장 사이의 부당해고구제재심판정취소 사건의 제1심에서는 피고 회의의 주장이 받아들여져 중앙노동위원회의 재심판정을 취소하는 판결이 선고되기도 하였던 점 등을 종합하여 보면 원고에 대한 이 사건 해고에 관하여 피고 회의에 부당해고에 대한 불법행위 책임을 물을 만한 고의·과실이 있다고 볼 수 없다고 하여 원고의 청구를 배척하고 있다.

위에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 인정 및 판단은 수긍이 되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 부당해고로 인한 손해배상책임에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없다.

## 2. 고용승계에 관하여

영업양도 계약에 따라 승계되는 근로관계는 계약 체결일 현재 실제로 근무하고 있는 근로자와의 근로관계만을 의미하고 계약 체결일 이전에 근무하다가 해고된 근로자로서 해고의 효력을 다투는 근로자와의 근로관계까지 승계되는 것은 아니다(대법원 1995. 9. 29. 선고 94다54245 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고 주식회사 ○○교역(이하 ‘피고 회사’라 한다)이 피고 회의로부터 아파트 관리업무 전체를 일괄하여 위탁받음으로써 영업양도에 준하여 원고를 포함한 피고 회의에 고용된 직원들에 대한 근로관계를 포괄적으로 승계하였다는 원고의 주장에 대하여, 피고들 사이에 위수탁관리계약을 체결하면서 피고 회의에 근무하던 직원들을 피고 회사가 승계하기로 하는 명시적인 약정이 있었음을 인정할 증거가 없고, 다만 판시와 같은 사정을 종합하면 이 사건 위수탁관리계약 체결 당시에 피고 회의와 피고 회사 사이에 고용관계를 포괄적으로 승계하도록 하는 묵시적인 약정이 있었다고 볼 여지는 있다고 할 것이지만, 그렇더라도 위수탁관리계약 체결 당시 원고가 이미 피고 회의에 의해 해고되었고, 또한 그 해고가 무효임이 객관적으로 명백하다거나 피고 회사가





그 해고가 무효임을 알고 있었다고 볼 수 없는 이 사건에서 원고의 근로관계가 피고 회사에 승계되는 것은 아니라고 하여 원고의 위 주장을 배척하고 있다.

위에서 본 법리와 관계증거를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 인정 및 판단은 수긍이 되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 고용승계에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없고, 기록에 의하면 피고 회의와 피고 회사 사이의 아파트 관리에 관한 위수탁관리계약을 영업양도라고 볼 수도 없으므로 영업양도임을 전제로 한 상고이유의 주장은 더 나아가 살펴 볼 필요없이 이유 없다.

### 3. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

### 3.3 고용승계 관행과 재채용 의무

☞ 서울고법 2014. 6. 25. 선고 2013누27298 판결

#### » 요 지 «

신·구 수탁업체 사이에 고용승계의 약정이나 관행이 존재한다면 용역계약의 당사자가 아니라 하더라도 새로운 외주용역업체가 자신을 재채용하리라는 상당한 기대를 갖게 되는 경우 새로운 용역업체는 특별한 사정이 없는 한 종전 근로자를 재채용할 의무를 부담할 수 있다.

\* 원고, 피항소인 : 1. A 2. B (○○기업 공동대표)

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 항소인 : C

\* 원심판결 : 서울행법 2013. 8. 27. 선고 2012구합41905 판결

#### » 주 문 «

1. 피고보조참가인의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 피고보조참가인이 부담한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 제1심판결 이유의 인용

제1심판결이 이유는 타당하므로 행정소송법 제8조제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이 판결의 이유로 인용한다.

##### 2. 참가인의 항소심에서의 주장에 대한 판단

참가인은 항소심에서, 원고들이 참가인과의 근로계약 체결을 거부할 당시 참가인의 종전 기업에서의 근태상황은 채용거부의 사유로 고려하지 않았다는 취지로 주장한다. 그러나 당시 원고들이 참가인의 종전 기업에서의 근태상황을 잘 알지 못하여 이를 채용거부 사유로 삼지 않았다 하더라도, 참가인의 근태상황에 앞서 인용한 제1심판결 이유에서 적절히 판시하는 것처럼 채용거부 이전에 존재하였던 사유로서 채용거부의 합리적 이유가 되는 이상, 채용거부의 정당성을 근거지우는 적법한 사유가 될 수 있다고 보아야 한다. 이러한 사정을 고려하지 않은 이 사건 재심판정은 위법하다. 이를 다투는 참가인 주장은 받아들일 수 없다.



### 3. 결 론

이 사건 재심판정의 취소를 구하는 원고의 청구는 인용되어야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하다. 참가인의 항소를 기각한다.

재판장 판사 윤성근, 판사 노경필, 판사 손철우

#### 〈참고〉 서울행법 2013. 8. 27. 선고 2012구합41905 판결

##### » 요 지 «

1. 이 사건 용역계약의 보수작업 시방서에는 이전 외주용역업체의 근로자를 재채용하도록 권고하고 있는 점, 갱도보수, 채탄 등의 업무를 낙찰받은 외주용역업체들은 자진퇴사자, 이직자, 정년퇴직자를 제외한 나머지 근로자들에 대하여 대체로 고용을 승계한 점, 원고 역시 외주용역업체가 바뀔 때마다 각 업체와 근로계약을 체결하여 계속 근무한 점 등을 고려하면, 갱도보수, 채탄 등 작업과 관련하여 입찰을 통해 외주용역업체가 변경되는 경우 신·구 외주용역업체 사이에 특별한 사정이 없으면 근로자들의 고용을 승계하는 관행이 존재한다고 봄이 타당하다.

위와 같은 고용승계 관행이 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.

2. 참가인은 14개월의 근무기간 동안 40일을 무단결근하는 등 근무태도가 불량했던 점, 할당된 작업량이 정해진 상황에서 무단결근을 하게 되면 결근자가 속한 팀의 나머지 팀원이 작업을 더 많이 해야 하거나 2인 1조로 이루어진 팀의 경우 작업을 전혀 할 수 없게 되어 사용자나 다른 근로자들에게 피해가 큰 점, 원고들로서는 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.

\* 원고, 상고인 : 1. A 2. B (○○기업 공동대표)

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : C

\* 재심판정 : 중앙노동위원회 2012. 11. 5. 판정 중앙2012부해778 판정

## » 주 문 «

1. 중앙노동위원회가 2012. 11. 5. 원고들과 피고 보조참가인 사이의 중앙2012부해778 부당해고 구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.
2. 소송비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고 보조참가인이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

## » 이 유 «

### 1. 재심판정의 경위<생략>

### 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

#### 가. 원고들의 주장

원고들은 G와 별개의 사업주체로서 E소장과 체결한 용역계약서나 시방서의 내용에 따르더라도 G 소속 근로자들의 고용관계를 승계하여야 할 법적인 의무가 없을 뿐만 아니라 이와 같은 고용승계 관행이 존재하지도 아니한다. 설령 E의 용역업체 간 고용관계를 승계하는 관행이 존재하여 참가인이 원고들과의 고용계약 체결을 기대하였다 하더라도 참가인이 H(○○기업) 소속으로 근무하는 동안 무단결근이 많은 등 근무태도가 불성실하여 원고들이 참가인과 고용계약을 체결하지 않을 정당한 이유가 있다. 따라서 이와 다른 전제에 선 이 사건 재심판정은 위법하다.

#### 나. 관계 규정

##### ■ 근로기준법

제23조(해고 등의 제한)① 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(이하 “부당해고 등”이라 한다)을 하지 못한다.

#### 다. 인정 사실

- 1) D공사는 E광업소, I광업소, J광업소를 운영하고 있고, E는 K생산부, L생산부, M생산부, F, N생산부로 구분된다. E는 각 생산부 내 굴진, 보수, 채탄, 철쭉, 선탄, 적재, 탄차관리, 전차충전 업무에 관하여 조달청을 통한 공개입찰을 통해 외주용역업체와 1년 단위로 도급계약을 체결해 왔다.
- 2) 원고들은 2012. 2. 17. E의 외주용역계약 공개입찰에 참여하여 G이 수행하던 E 내 O, P, Q 구역(이하 ‘이 사건 작업구역’이라고 한다)에 관한 갱도보수작업을 낙찰받고, 같은 달 27일 E장과 계약기간 2012.3.1.부터 같은 해 12. 31.까지인 갱도보수작업 용역계약을 체결하였다.
- 3) 이 사건 용역계약서상 계약의 일부로 포함된 보수작업 시방서에는 아래와 같은 내용이 기재되어 있다.



### 9. 인원확보 및 노무관리

- 가. 외주용역 특수조건 제6조(노무관리 및 노사책임)를 성실히 준수하여야 한다.
- 나. 위험이 수반되는 작업장에 종사하는 근로자를 채용할 때에는 충분한 기술과 기능이 있는 자를 채용하여야 한다.
- 다. “을”은 계약 전일까지 시행하던 업체의 종업원 중 당해 사업장에서 직접 종사하고 있던 종업원은 채용상 결격사유가 없으면 가급적 채용하도록 하여야 한다.

- 4) 한편 이 사건 작업구역 내 갯도보수작업에 관하여 E소장과 도급계약을 체결한 외주용역업체는 아래 표<생략> 기재 내역과 같다(다만 H는 2013.3.1. 폐업하였다).
- 5) 참가인은 2008. 1.경부터 같은 해 12. 31.까지 R에, 2009. 1. 1.부터 2010. 12. 31.까지 S에, 2011. 1. 1.부터 2012. 2. 29.까지 G에 각 소속되어 이 사건 작업구역에서 근무하여 왔다
- 6) 원고들은 2012. 2. 28. 사무실 게시판에 ‘2012. 2. 29.까지 E F의 보강작업 기능인력을 모집한다’는 내용의 채용광고문을 게시하였다. G에서 2012. 2. 29.부로 퇴직하는 근로자 10명 중 8명의 근로자들이 같은 날 기능인력 모집에 응하자 원고들은 이들을 채용하기로 확정된 후 당일 저녁 채용을 마감하였다. 참가인은 2012. 2. 29. 오후 채용광고문에 따른 근무의사를 원고들에게 표시하였으나, 원고들은 필요한 인원인 8명의 충원이 마감되었다는 이유로 참가인에 대한 채용을 거부하였다.
- 7) 한편 2012년 공개입찰을 통하여 E의 외주용역업체로 선정된 4개 업체는 H, T, S, T으로 위 각 업체들의 이전 외주용역업체 소속 근로자들에 대한 고용승계 내역은 아래 표<생략> 기재와 같다.
- 8) 도급계약을 체결한 외주용역업체는 계약기간 동안 근로자를 채용하여 할당된 작업을 한다. 외주용역업체가 변경되는 경우 새로운 외주용역업체는 근로자 스스로 이직을 결정하거나 해당 작업구역에서 근무할 수 없는 결격사유가 발견되는 등의 특별한 사정이 없으면 이전 외주용역업체 소속 근로자들을 그대로 채용하여 왔다. 또한, 이전 외주용역업체가 낙찰을 받지 못하거나 경영상의 어려움 등으로 폐업하는 경우 소속 근로자들은 같거나 유사한 업종에 종사하는 다른 외주용역업체로 흡수되었다.
- 9) 참가인은 H 소속으로 근무하는 동안 2011. 1. 1.부터 2012. 2. 29.까지 결근 내역은 아래 표<생략> 기재와 같다.
- 10) 갯도보수작업은 2인 1조 또는 3인 1조로 이루어지는데, 3인 1조의 경우 1명이 결근하면 2명이 3명분의 일을 해야 하기 때문에 할당량을 다하기 어렵고, 2인 1조의 경우 1명이 결근하면 작업 자체가 이루어질 수 없어 출근한 나머지 1명은 출근하였다가 일하지 못하고 돌아가야 했다.



[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 2 내지 5, 7, 18호증(각 가지번호 포함)의 각 기재, 증인 원정호의 일부 증언, 변론 전체의 취지

#### 라. 판단

- 1) 위 인정 사실 및 증인 V의 일부 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ① 이 사건 용역계약의 보수작업 시방서에는 이전 외주용역업체의 근로자를 재채용하도록 권고하고 있는 점, ② 갯도보수, 채탄 등의 업무를 낙찰받은 외주용역업체들은 자진퇴사자, 이직자, 정년퇴직자를 제외한 나머지 근로자들에 대하여 대체로 고용을 승계한 점, ③ 원고 역시 외주용역업체가 바뀔 때마다 각 업체와 근로계약을 체결하여 계속 근무한 점 등을 고려하면, E 내 갯도보수, 채탄 등 작업과 관련하여 입찰을 통해 외주용역업체가 변경되는 경우 신·구 외주용역업체 사이에 특별한 사정이 없으면 근로자들의 고용을 승계하는 관행이 존재한다고 봄이 타당하다.
- 2) 위와 같은 고용승계 관행이 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.
- 3) 다만 원고들에게 참가인의 고용승계를 거부할 만한 합리적인 이유가 있는지 여부에 관하여 살피건대, 위 인정 사실 및 갑 9호증의 1 내지 7, 갑 18호증의 각 기재, 증인 원정호의 일부 증언 및 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ① 참가인이 G 소속 근로자로 근무하던 14개월 동안 40일을 무단결근하는 등 근무태도가 불량했던 점, ② 할당된 작업량이 정해진 상황에서 무단결근을 하게 되면 결근자가 속한 팀의 나머지 팀원이 작업을 더 많이 해야 하거나 2인 1조로 이루어진 팀의 경우 작업을 전혀 할 수 없게 되어 사용자나 다른 근로자들에게 피해가 큰 점, ③ 원고들로서는 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.
- 4) 따라서 이와 다른 전제에 선 이 사건 재심판정은 위법하고, 원고들의 주장은 이유 있다.

#### 3. 결 론

그렇다면, 원고들의 이 사건 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 진창수, 판사 이강호, 판사 김혜성



### 3.4 용역업체의 변경과 묵시적 영업양도계약

☞ 서울고법 2017. 6. 14. 선고 2016누62223 판결★<sup>1)</sup>

#### » 요 지 «

종전 사업체와 원고들(사장) 사이에 묵시적 영업양도계약이 성립되었음을 인정하여, 종전 사업체와 참가인들의 근로관계가 원고에게 승계되고 종전 사업체와의 단체협약 또한 참가인들에게 적용된다고 보아, 참가인들의 정년 만료를 이유로 한 이 사건 해고는 부당하며 또한 부당노동행위에 해당한다.

\* 원고, 피항소인 : 1. A 2. B

\* 피고, 항소인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 항소인 : 1. C 2. D

\* 원심판결 : 서울행법 2016. 8. 12. 선고 2015구합83580 판결

#### » 주 문 «

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 원고들의 청구를 기각한다.
3. 소송비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고들이 부담한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 처분의 경위

가. D공사 G광업소(이하 'G광업소'라 한다)는 2015. 3. 11. 손○○이 운영하는 △△기업(이하 '종전 사업체'라 한다)이 담당하던 용역(이하 '이 사건 용역'이라 한다)에 대하여 전자입찰공고를 하였다. 위 공고에 기재한 용역내역은 '1) 선탄작업: 생산탄 이물질 분리작업, 2) 분석작업: 생산탄 열량측정, 3) 화차적재작업: 출하를 위한 무연탄 화재 적재, 4) 경석파쇄작업: 무연탄 생산 시 부산물로 발생되는 경석 파쇄'이고, 용역기간은 '2015. 4. 1.~12. 31.(9개월)'이며, 기초금액은 937,227,000원이고, 근로조건이행확인서 관련 기초금액 중 인건비(퇴직충당금 제외)는 540,337,000원이다. 위 공고에 의하면 '입찰 참가자는 용역입찰유의서, 용역계약 일반조건, 당사 도급계약 작업 특수조건, 일반용역적격심사 세부기준, 수급업체 재해배상기준, 작업요청서 등에 관한 내용을 사전에 숙지, 준수하여야 한다.

나. 손○○, '△△기업'을 공동으로 운영하는 원고들, 주식회사 ▲▲ 등이 입찰에 참여하

1) 대법원 2017. 10. 12. 2017두51303 판결에서 심리불속행 기각으로 확정

였고, 651,395,637원을 투찰금액으로 기재한 원고들이 2015. 3. 26. 낙찰자로 선정되어 D공사와 사이에 계약기간을 2015. 4. 1.부터 2015. 12. 31.까지로 하여 이 사건 용역에 관한 도급계약을 체결하였고, 2015. 4. 1.부터 이 사건 용역업무를 개시하였다. 그런데, 원고 김○○은 2011. 6. 13. 종전사업체 명의로 사업자등록을 하였고, 2015. 2. 9.경 원고들을 공동사업자로 변경하였으나, 2015. 4. 1. 이전까지는 사업실적이 전혀 없었으며, D공사 입찰 시 오래된 사업자등록증이 유리하기 때문에 채탄 등의 사업 입찰에 대비하여 매년 세무서에 무실적으로 신고하여 사업자등록증만 유지시켜 왔다.

다. G광업소는 매년 채탄 및 선탄 작업 등에 관하여 공개경쟁입찰을 통하여 용역업체를 선정하여 왔는데 용역업체가 변경되는 경우 새로이 선정된 용역업체가 종전용역업체에 고용되었던 근로자들 중 자진퇴사자, 정년퇴직자 등을 제외하고 그대로 고용하는 관행이 있고, 종전 사업체에 고용되어 이 사건 용역업무를 수행하던 피고 보조참가인(이하 '참가인'이라고만 한다)들을 포함한 근로자 32명(이하 '이 사건 근로자들'이라 한다) 역시 새로이 선정된 원고들을 위하여 이 사건 용역업무를 그대로 수행하였다.

## 2. 관계법령 : 별지 기재와 같다.

### 3. 이 사건 재심판정 중 참가인들에 관한 부분의 적법 여부

#### 가. 원고들의 주장

- 1) 원고들은 이 사건 근로자들을 신규채용의 형식으로 고용하였을 뿐 종전 사업체로부터 영업을 양수하거나 고용승계를 하지 아니하였으므로, 종전 사업체와 이 사건 근로자들 중 31명이 소속된 이 사건 노조와 사이에 체결되어 만 63세에 도달하는 연말을 정년퇴직일로 정한 2013년도 단체협약이 적용될 여지가 없고, 참가인들에 대한 이 사건 정년퇴직통보는 원고들이 적법하게 작성한 취업규칙의 정년 규정에 따른 것으로서 정당하므로, 이와 달리 이 사건 정년퇴직통보가 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다고 본 이 사건 재심판정 중 원고들과 참가인들 사이에 대한 부분은 위법하다.
- 2) 참가인들을 포함한 이 사건 근로자들을 종전 사업체에서 퇴직하고 원고들과 신규로 근로계약을 체결한 것이므로 원고들이 운영하는 △△기업에는 노동조합이 존재하지 아니하고, 노동조합에 가입하여 활동하였음을 전제로 하는 부당노동행위가 성립할 수 없다.

#### 나. 인정사실

##### 1) 참가인들의 이전 경위

- 가) 참가인 권○○은 1985. 5. 14. 참가인 신○○은 1986. 7. 26. G광업소에 각 입사하여 근무하여 왔는데, D공사의 구조조정에 따라 2001. 1. 1.경부터 선탄관리 업무가 외주화되면서 협력업체 소속 근로자로 근무하게 되었다.



나) 이후 1년 단위로 협력업체가 변경되면서 참가인들의 소속 업체도 그때마다 변경되었는데, 참가인들은 원고들과 별도의 근로계약서를 작성하지 않았다.

## 2) 종전 사업체와 이 사건 지부 사이의 2013년도 단체협약의 체결

가) 이 사건 지부는 2013. 7. 22. G광업소의 용역업체들인 종전 사업체, ●●기업 등과 집단교섭을 실시하고 유효기간을 체결일로부터 2년으로 하는 2013년도 단체협약(이하 '이 사건 단체협약'이라 한다)을 체결하였다.

나) 이 사건 단체협약에는 조합원의 정년에 관하여, 이 사건 근로자들과 같은 간접부의 정년은 만 63세로 하고 정년에 도달하는 연말에 퇴직한다고 규정되어 있다.

## 3) 원고들의 취업규칙 작성

가) 이 사건 지부는 2015. 5. 12.경 원고들에게 취업규칙이 있는지 여부를 문의하였고, 원고들이 취업규칙이 없다고 답변하자 원고들에게 취업규칙의 작성을 요구하였다.

나) 원고들이 종전 사업체의 2013년도 취업규칙을 이 사건 지부의 도움을 받아 확보한 후 2015. 5. 중순경부터 취업규칙안을 마련하기 시작하였다.

## 다. 판단

### 1) 손○○과 원고들 사이의 영업양도 여부 및 이 사건 단체협약의 효력 범위

#### 가) 법리

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 승계되는바(대법원 1991. 8. 9. 선고 91다15225판결, 1994. 11. 18. 선고 93다18938 판결 등 참조), 여기서 영업의 동일성 여부는 일반 사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하지만, 문제의 행위(양도계약관계)가 영업의 양도로 인정되느냐 안되느냐는 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(대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카10128 판결, 1997. 11. 25. 선고 97다35085 판결 1998. 4. 14. 선고 96다8826 판결 참조). 또한 위와 같은 영업양도가 인정되려면 영업양도 당사자 사이의 명시적 또는 묵시적 계약이 있어야 한다(대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다102247 판결 참조).

나) 이 사건에 관한 판단

(1) 앞서 인정한 사실, 앞서 든 각 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 G광업소의 물적 시설을 이용하면서 이 사건 용역을 수행할 인력을 공급하는 역할을 담당하였으므로, 이 사건 용역 수행과 관련하여서는 인적 조직이 제일 중요한 요소이다.

(나) G광업소의 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 용역 업무를 수행하던 이 사건 근로자들 역시 새로이 선정된 원고들을 위하여 이 사건 용역 업무를 그대로 수행하였다.

(라) 원고들이 손○○ 등과 함께 경쟁입찰에 참가하여 낙찰자로 선정되고 D공사와 사이에 이 사건 용역에 관한 도급계약을 체결하였기는 하나, 앞서 살펴본 관행에 비추어 볼 때 입찰자들을 종전 사업체의 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받는 것을 전제로 입찰에 참여하였던 것으로 보인다.

(마) G광업소의 2012년 공개입찰 결과 선정된 용역업체들이 종전 용역업체의 근로자들을 채용한 현황은 아래 표와 같은데(을나 제2호증), 이에 의하면 새로이 선정된 용역업체에 따라서는 종전 용역업체 소속 근로자들을 모두 채용하지 아니한 것으로 보이나, 근로자들은 특별한 사정이 없는 한 언제든지 스스로 퇴직할 수 있으므로 근로자들이 스스로 퇴직하고 다른 업체에 취직한 것은 앞서 본 바와 같이 용역업체의 변경을 전후하여 종전 용역업체와의 근로관계가 새로이 선정된 용역업체로 포괄적으로 이전되는 관행을 인정하는 데 방해가 되지 아니하고, 업무의 증가 등에 따라 새로이 인원을 별도로 채용하는 것 역시 위와 같은 관행을 인정하는 데 방해가 되지 아니한다.

| 구분      | ○○○기업                     | ⓂⓂ산업     | ●●기업                    | ●●산업                    |
|---------|---------------------------|----------|-------------------------|-------------------------|
| 고용승계 인원 | 10명중 8명                   | 27명중 20명 | 15명 중 7명<br>(7명 별도 채용)  | 14명 중 12명<br>(7명 별도 채용) |
| 불승계 이유  | ●●기업 근무(1명)<br>적정인원 채용 완료 | 자진퇴사(7명) | ●●산업 근무(7명)<br>정년퇴직(1명) | 자진퇴사(1명)<br>정년퇴직(1명)    |

(2) 따라서 원고들은 종전 사업체의 영업을 양수하였고 근로관계를 승계하였다고 할 것이므로, 종전 사업체와 이 사건 지부 사이에 체결된 이 사건 단체협약은 원고들과 이 사건 근로자들 사이의 근로관계에서도 적용된다 할 것이다(대법원 2002. 3. 26. 선고 2000다3347 판결 참조).



## 2) 이 사건 취업규칙의 효력

노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제33조(기준의 효력) 제1항은 "단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다."고 규정하고 있는바, 이 사건 취업규칙 중 정년 규정은 이 사건 단체협약의 정년 규정에 위반하여 무효이다.

## 3) 부당해고 여부에 대한 판단

따라서 원고들이 이 사건 취업규칙의 정년 규정에 따라 2015년 전반기의 말일인 2015. 6. 30. 참가인들의 정년이 도래하여 원고들과 참가인들 사이의 근로관계가 당연히 종료한다고 통지한 것은 해고에 해당한다 할 것이고, 이는 정당한 이유 없는 부당해고에 해당한다 할 것이다.

## 4) 부당노동행위 여부에 대한 판단

노동조합법 제81조 제1호는 '근로자가 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위'를 부당노동행위로 규정하여 이를 금지하고 있고, 제81조 제4호는 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위'를 부당노동행위로 규정하여 이를 금지하고 있다.

앞서 인정한 바와 같이 이 사건 지부의 부위원장 김○○에 대한 해고 경위, 노조에 대하여 적대적인 원고 김○○의 발언 내용, 참가인들의 이 사건 지부 조합원이었고 취업규칙 작성에 동의하지 않은 점, 이 사건 조합에서 조합원들이 탈퇴한 경과 등을 종합하여 보면, 원고들이 참가인들을 해고한 것은 참가인들이 조합활동 업무를 위해 정당한 행위를 한 것을 이유로 한 불이익 취급의 부당노동행위에 해당하거나 노동조합의 활동 및 운영에 부당하게 지배 또는 개입하려는 의사에 기하여 이루어진 부당노동행위에 해당한다 할 것이다.

## 5) 소결론

따라서 이 사건 재심판정 중 참가인들에 대한 부분은 적법하다.

## 4. 결 론

그렇다면 원고들의 청구는 이유 없어 기각하여야 할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하다. 따라서 피고와 참가인들의 항소는 이유 있으므로 이를 인용하여 제1심판결을 취소하고, 원고들의 청구를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이동원, 판사 김진석, 판사 이인석

### 3.5 용역업체의 변경과 제3자를 위한 계약

☞ 대전지법 2017. 11. 21. 선고 2015가단228451 판결

#### » 요 지 «

피고와 수자원공사는 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 수자원공사와 위탁계약을 체결한 십수 개의 용역업체에 고용된 근로자들의 대부분은 여러 차례 외부 용역업체의 변경에도 불구하고 새로운 용역업체와 근로계약을 체결하고 수자원공사에서 동일한 업무를 담당하며 계속 근무를 하였던 점, 원고들은 피고에 대하여 이 사건 소장으로 이 사건 위탁계약에 따라 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.

\* 원고, 피상고인 : 최○○ 외 3인

\* 피고, 상고인 : A

#### » 주 문 «

1. 피고는 원고들에게 별지 원고별 청구금액표 기재 각 돈 및 위 각 돈에 대하여 2015. 1. 1.부터 2017. 11. 21.까지는 연 5%의 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
2. 원고들의 나머지 청구를 각 기각한다.
3. 소송비용은 피고가 부담한다.
4. 제1항은 가집행 할 수 있다.

#### » 이 유 «

##### 1. 기초사실

가. 피고는 2013. 12. 11.경 한국수자원공사(이하 ‘수자원공사’라 한다)와 2014. 1. 1.부터 2014. 12. 31.까지 수자원공사의 청소 및 조정업무(이하 ‘청소업무 등’이라고 한다)를 위탁받아 수행하는 위탁계약(이하 ‘이 사건 위탁계약’이라 한다)을 체결하였다.



나. 피고는 2013. 12. 16. 미화원 조정보조원 채용공고를 하여 기존 용역업체에 근무하였던 원고들을 포함한 총 46명(기존근로자 34명+신규 지원자 12명)의 지원을 받아 신규채용을 위한 면접을 실시하고, 그 중 원고들을 제외한 34명(기존 근로자 28명+신규 지원자 6명)과 각 근로계약을 체결하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 14호증, 을 제1, 3호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 당사자의 주장

### 가. 원고의 주장

수자원공사는 1998년경부터 시설관리업무와 청소업무 등을 외부 용역업체에 위탁하여 수행하도록 하였고, 용역업체 소속 근로자들 대부분은 용역업체 변경에도 불구하고 계속하여 고용승계가 되어 수자원공사에서 근무하였다.

피고는 수자원공사와 이 사건 위탁계약을 체결하면서 “정부의 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침 등에 따라 특별한 사정이 없는 한 고용승계를 하겠다.”는 내용의 근로조건 이행확약서를 작성·제출함으로써 명시적인 고용승계 약정을 하였다.

위 고용승계 약정의 법적 성질은 이른바 제3자를 위한 계약이고 원고들은 그 계약의 수익자로서 묵시적인 수익의 의사표시를 하였으므로 피고는 고용승계 의무를 당연히 부담한다.

그런데 피고는 특별한 이유 없이 고용승계 의무를 위반하여 원고들에 대한 고용승계 거절을 하였는바, 피고의 고용승계 거절은 부당하여 무효이므로 피고는 원고들에게 부당한 고용승계 거절이 없었으면 원고들이 지급받을 수 있었던 임금(2014. 1. 1. 분부터 2014. 12. 31.분까지의 임금)을 지급할 의무가 있다.

### 나. 피고의 주장

피고가 입찰과정에서 입찰관련 첨부서류인 근로조건 이행확약서를 작성한 사실이 있으나 이는 피고가 근로조건을 불이행할 경우 향후 입찰 참가자격제한 조치 등 불이익 처분을 받더라도 이의를 제기하지 아니하기로 확약한 것으로 입찰절차와 관련된 권고적 사항에 불과하고 이 사건 위탁계약과 무관하다. 따라서 새로운 수탁업체인 피고가 기존 수탁업체 소속 직원들인 원고들의 고용을 승계할 의무를 부담하지 아니하고 정당한 신규채용절차를 거쳐 원고들을 채용하지 아니하였을 뿐이다.

## 3. 인정사실

가. 정부는 2012. 1. 16. ‘상시·지속적 업무 담당자의 무기계약직 전환기준 등 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침(이하 ‘추진지침’이라고 한다)을 마련하여 공공기관에 하달하였는바, 위 추진지침은 청소·경비 등 단순노무 용역근로자의 근로조건 개선 문

제가 사회 이슈화됨에 따라 해당 업무를 외주화하는 경우 계약과정을 개선하고 발주기관의 관리·감독 등을 강화함으로써 용역근로자의 근로조건을 보호하려는 목적에서 도입된 것으로, ① 용역업체 선정시 일반용역 적격심사기준에 외주근로자 근로조건 보호 관련 항목을 포함하고, 근로조건 보호 관련 협약서 제출 여부를 심사하며, ② 용역계약체결시 '특별한 사정이 없는 한 고용을 승계한다.'는 등의 내용을 계약서에 명시하도록 하고, ③ 발주기관은 용역업체가 제출한 외주근로자 근로조건 보호 관련 협약내용의 이행 여부를 수시로 확인하고, 그 불이행시 계약해지 및 향후 입찰참가자격을 제한하도록 하였다.

나. 정부는 2013. 6. 27. '조달청 일반용역적격심사세부기준(조달청 공고 제2013-36호)'을 개정하여 2013. 9. 1. 입찰공고하는 용역계약부터 각 용역업체들로 하여금 근로조건 이행협약서를 작성하도록 하였다.

다. 수자원공사는 2013. 12. 11.경 피고와 2014년도 청소 용역을 피고에게 위탁하는 내용의 이 사건 위탁계약을 체결하였다. 피고는 이 사건 위탁계약을 체결하면서 별첨 용역계약서, 일반용역계약추가특수조건, 일반용역계약특수조건 및 용역계약일반조건을 완전히 숙지하고, 이 사건 위탁계약을 충실히 이행할 것을 약속하며 위탁계약서인 일반용역계약서(최종)에 기명날인하였다. 한편, 피고가 작성, 제출하여 이 사건 위탁계약서에 첨부된 근로조건 이행협약서의 내용은 다음과 같다.

근로조건 이행협약서(청소용역)

3. 정부의 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침 등에 따라 특별한 사정이 없는 한 고용승계를 하겠습니다.

피고는 본 용역을 수행함에 있어 위에 언급한 내용대로 계약을 성실히 이행할 것이며, 만일 이를 이행하지 않은 경우 부정당업자로 입찰참가자격제한조치 등 불이익 처분을 받더라도 하등의 이익을 제기하지 아니할 것을 약속하고 근로조건 이행협약서를 제출합니다.

라. 이 사건 위탁계약은 적격심사 대상인 용역계약으로서 수자원공사의 ① 용역적격심사세부기준에 의하면 적격심사대상자가 제출한 근로조건 이행협약서를 적정성 평가기준에 따라 평가하도록 되어 있고(제6조), ② 용역계약일반조건에서 계약상대자는 적격심사기준의 심사항목에 규정된 사항에 대하여 적격심사 당시 제출한 내용대로 철저히 이행하여야 한다고 규정되어 있으며(38조), ③ 계약특수조건에서 계약상대자는 적정임금을 지급한 내역을 수자원공사에 제출하여 확인을 받아야 하고 근로기준법 및 최저임금법 규정을 위반하여서는 아니 되고(제4조), 수자원공사와 신·구 계약상대자는 정부권고에 따라 상호협의를 통하여 당해 용역 근로자들의

고용 및 근로조건 유지를 위해 노력할 수 있고, 다만, 채용에 대한 구체적 사항은 계약상대자의 취업규칙 등에 의한다고 규정되어 있으며(제20조), 계약상대자는 적격 심사 당시 제출한 근로조건 이행확약서 내용대로 철저히 이행하여야 하고, 수요기관은 근로조건 이행확약서대로 이행하는지 여부를 수시로 확인하고 제출한 내용대로 계약이행이 되지 않고 있을 때에는 즉시 필요한 조치를 취하여 시정하도록 하여야 하며(제4조), 청소용역계약에 있어서 계약조건 중 상충되는 사항이 있는 때에는 일반용역계약추가특수조건, 일반용역계약특수조건, 용역계약일반조건 순서대로 해석을 적용한다(제9조)고 규정되어 있다.

- 마. 수자원공사는 1998년경부터 청소업무 등을 외부 용역업체에 위탁하여 수행하도록 하고 있고, 1998년경부터 수자원공사와 위탁계약을 체결한 십수개의 용역업체에 고용된 근로자들의 대부분은 여러 차례 외부 용역업체의 변경에도 불구하고 새로운 용역업체와 근로계약을 체결하고 수자원공사에서 동일한 업무를 담당하며 계속 근무를 하였던바, 원고 최○○은 약 11년 동안, 원고 어○○은 약 10년 동안, 원고 이○○, 김○○은 약 6년 동안 각 외부 용역업체와 근로계약을 체결하고 수자원공사에서 계속 근무를 하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2 내지 22호증, 을 제2 내지 4호증(가지번호 있는 서증은 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

#### 4. 판단

- 가. 이 사건 근로조건 이행확약서가 이 사건 위탁계약의 내용에 포함되는지 여부

이 사건 위탁계약과 관련된 문서는 일반용역계약서(최종) 외에 용역계약일반조건, 일반용역계약특수조건, 일반용역계약추가특수조건, 근로조건 이행확약서 등이 있고, 피고가 위 문서들에 기재된 내용을 숙지하고 이를 이행할 것을 확약하며 이 사건 위탁계약을 체결한 사실, 정부의 지침이 곧바로 법적 구속력을 가지는 것은 아니나 공공기관인 수자원공사는 정부의 지침에 따라 피고에게 이 사건 근로조건 이행확약서를 요구하였고, 이 사건 위탁계약의 내용을 이루는 여러 문서에서 피고에게 이 사건 근로조건 이행확약서에 따른 철저한 이행준수를 요구하고 있는 점, 이 사건 위탁계약과 관련된 문서의 각 내용, 특히 청소용역계약에 있어서 계약조건 중 상충되는 사항이 있는 때에는 일반용역계약추가특수조건, 일반용역계약특수조건, 용역계약일반조건 순서대로 해석한다는 조항[일반용역(청소용역)계약추가특수조건 제9조] 등을 종합적으로 고려하면 이 사건 근로조건 이행확약서는 단순히 입찰참가를 위한 권고적 서류에 불과한 것으로 볼 수 없고, 이 사건 위탁계약의 내용에 포함된다고 해석함이 타당하다.

나. 이 사건 위탁계약에 의하여 피고가 원고들을 고용할 계약상 의무를 부담하는지 여부

- 1) 제3자를 위한 계약이라 함은 통상의 계약이 그 효력을 당사자 사이에서만 발생시킬 의사로 체결되는 것과는 달리 계약 당사자가 자기들 명의로 체결한 계약에 의하여 제3자로 하여금 직접 계약 당사자의 일방에 대하여 권리를 취득하게 하는 것을 목적으로 하는 계약이므로, 어떤 계약이 제3자를 위한 계약에 해당하는지 여부는 당사자의 의사가 그 계약에 의하여 제3자에게 직접 권리를 취득하게 하려는 것 인지에 관한 의사해석의 문제로서 이는 계약 체결의 목적, 계약에 있어서의 당사자의 행위의 성질, 계약으로 인하여 당사자 사이 또는 당사자와 제3자 사이에 생기는 이해득실, 거래 관행, 제3자를 위한 계약제도가 갖는 사회적 기능 등 여러 사정을 종합하여 계약 당사자의 의사를 합리적으로 해석함으로써 판별할 수 있다(대법원 2013. 10. 24. 선고 2010다90661 판결 등 참조).
- 2) 피고와 수자원공사는 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 수자원공사와 위탁계약을 체결한 십 수 개의 용역업체에 고용된 근로자들의 대부분은 여러 차례 외부 용역업체의 변경에도 불구하고 새로운 용역업체와 근로계약을 체결하고 수자원공사에서 동일한 업무를 담당하며 계속 근무를 하였던 점, 원고들은 피고에 대하여 이 사건 소장으로 이 사건 위탁계약에 따라 원고들의 고용승계를 주장하며 고용기간에 해당하는 임금을 청구하는 등 수익의 의사 표시를 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.

#### 다. 원고들이 고용승계의 대상에서 제외되는지 여부

이 사건 근로조건 이행확약서에 의하면, 피고는 ‘특별한 사정이 없는 한 고용승계’를 하도록 되어 있고, 위와 같은 특별한 사정의 주장, 입증책임은 피고에게 있다고 할 것인바, 이에 대한 피고의 주장, 입증이 없으므로 원고들은 피고를 상대로 고용승계를 요구할 권리가 있고, 피고들이 신규채용 형식을 빌려 원고들에 대한 고용승계를 거절한 이상 원고들은 피고를 상대로 고용기간 동안 근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금의 지급을 청구할 수 있다고 할 것이다(피고는 특수임무유공자회 대전지부에 소속된 경제적 형편이 어려운 회원들, 유가족들, 일반 소외 계층의 자립을 위하여 그들에게도 종전 근로자들과 동등한 근로의 기회를 부여하는 차원에서 신규채용을 한 것이어서 신규채용을 하게 된 특별한 사정이 있다고 주장하나 그러한 사정만으로 원고들에 대한 고용승계를 거절할 정당한 사유가 있다고 보기 어렵다).

#### 라. 원고들의 임금 계산

앞에서 든 증거들에 의하면, 원고들이 고용기간인 2014. 1. 1.부터 2014. 12. 31.까지 지급받아야 할 임금은 별지 원고별 청구금액표의 각 기재와 같다.

### 5. 결 론

그렇다면, 피고는 원고들에게 별지 원고별 청구금액표의 청구금액란 기재 각 돈 및 위 각 돈에 대하여 2015. 1. 1.부터 피고가 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 이 판결 선고일인 2017. 11. 21.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다(이 사건 위탁계약의 해석 및 원고들의 지위에 관하여 다툼이 있어 임금의 존부를 법원에서 다투는 것이 적절한 것으로 보이므로 지연손해금을 위 범위 내에서 인정한다).

원고들의 청구는 일부 이유 있어 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 기각하기로 한다.

판사 박사랑

## 4. 법률규정과 행정처분에 따른 법인설립 등과 근로관계

### 4.1 공공기관 신설에 따른 근로관계의 승계

☞ 대법원 2002. 5. 14. 선고 2001두6579 판결★

#### » 요 지 «

법률의 제정이나 개정 등으로 새로운 특수법인이 설립되어 종전에 동일한 기능을 수행 하던 법인 등 단체의 기능을 흡수하면서 그 권리의무를 승계하도록 하는 경우에 있어서, 해산되는 종전 단체에 소속된 직원들과의 근로관계가 승계되는지의 여부에 관하여 별도의 규정을 두지 아니한 채, 단순히 새로 설립되는 법인이 종전 단체에 속하였던 모든 재산과 권리·의무를 승계한다는 경과규정만 두고 있다면, 이러한 경과규정은 해산되는 단체의 재산상 권리의무를 새로 설립되는 법인이 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 새로 설립되는 법인에 승계하도록 하기 위한 것은 아니므로, 위 경과규정의 문언만으로는 당해 법률에 따라 종전 단체에 소속된 직원들의 근로관계가 새로 설립되는 법인에 당연히 승계된다고 볼 수는 없다.

\* 원고, 피상고인 : 한국보건산업진흥원

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참고인 : 피고보조참가인 1 외 18인

\* 원심판결 : 서울고법 2001. 6. 22. 선고 2000누14124판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고 보조참가인들의 부담으로 하고, 그 나머지 부분은 피고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

법률의 제정이나 개정 등으로 새로운 특수법인이 설립되어 종전에 동일한 기능을 수행 하던 법인 등 단체의 기능을 흡수하면서 그 권리의무를 승계하도록 하는 경우에 있어서,

해산되는 종전 단체에 소속된 직원들과의 근로관계가 승계되는지의 여부에 관하여 별도의 규정을 두지 아니한 채, 단순히 새로 설립되는 법인이 종전 단체에 속하였던 모든 재산과 권리·의무를 승계한다는 경과규정만 두고 있다면, 이러한 경과규정은 해산되는 단체의 재산상 권리의무를 새로 설립되는 법인이 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 새로 설립되는 법인에 승계하도록 하기 위한 것은 아니므로, 위 경과규정의 문언만으로는 당해 법률에 따라 종전 단체에 소속된 직원들의 근로관계가 새로 설립되는 법인에 당연히 승계된다고 볼 수는 없다(대법원 1998. 10. 23. 선고 98다33932 판결 참조).

원심이 이러한 법리를 전제로, 1999. 1. 21. 제정된 한국보건산업진흥원법 부칙 제3조에 따라 한국식품위생연구원과 재단법인 한국보건의료관리연구원이 해산되고 그 재산과 권리·의무를 원고가 승계하였으나, 그 직원들과의 근로관계도 원고가 승계하는지 여부에 관하여는 위 법률이나 원고의 정관 등에 아무런 규정을 두고 있지 아니할 뿐만 아니라, 원고가 한국식품위생연구원 등의 업무를 인수할 때 그 직원들 중 65명을 계약을 통하여 임시근무요원으로 고용하였던 점 등에 비추어 볼 때, 원고가 한국식품위생연구원과 피고 보조참가인들 사이의 근로관계를 승계하였다고 볼 수 없고, 한국식품위생연구원이 피고 보조참가인들을 포함한 직원들과의 근로관계를 청산하지 아니하였다고 하여 원고와 한국식품위생연구원의 직원들 사이에 새로운 근로관계가 형성되었다고 볼 수도 없으며, 또 원고가 한국식품위생연구원의 권리와 의무를 승계하면서 업무 인수인계와 행정처리상의 편의 등을 위하여 그 직원들에게 원고 명의로 의료보험자격증을 발급하는 등 근로관계가 단절되지 아니한 듯한 태도를 보였다는 사정만으로는 원고가 피고 보조참가인들과 묵시적으로 고용계약을 체결한 것으로 볼 수도 없다고 판단한 것은 옳고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배나 심리미진 또는 법리오해 등의 잘못이 없다. 따라서 이 부분 상고이유는 모두 받아들일 수 없다.

한편 원심이, 이와 같이 원고와 피고 보조참가인들 사이에 고용계약관계가 존재하지 아니하는 이상, 원고가 피고 보조참가인들을 채용대상에서 제외한 것은 피고 보조참가인들을 새로 채용하지 아니하겠다는 의사를 표시한 것에 불과하고 피고 보조참가인들을 해고한 것이 아니므로, 원고가 피고 보조참가인들을 해고하였음을 전제로 한 피고의 이 사건 재심판정이 위법하다고 판단한 것도 옳고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해 등의 잘못이 없다. 따라서 이 부분 상고이유 역시 받아들일 수 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 소송비용의 부담을 정하여 주문과 같이 판결한다.

대법원 배기원(재판장), 서성(주심), 이용우, 박재윤

☞ 대법원 2005. 3. 25. 선고 2003다39644 판결

» 요 지 «

1. 국가 또는 지방자치단체가 수행하던 특정 사업을 법률에 의하여 새로 설립되는 공사에 이관하는 경우에 있어서, 인적 조직에 신분상의 변동이 있고 물적 조직도 그것을 규율하는 법률 등에 차이가 있는 점에 비추어 볼 때 입법정책적 판단에 의하여 새로 설립되는 공사에 승계되는 권리·의무의 범위를 정할 수 있다고 할 것이고, 따라서 공사의 설립에 관한 법률에서 이관되는 업무에 관한 권리·의무를 공사가 승계한다는 규정만을 두고 그 근로관계의 승계 여부에 관한 별도의 규정을 두지 아니한 때에는 공사 설립 전 해당 공무원들의 근로관계가 새로 설립되는 공사에 당연 승계된다고 볼 수는 없다.
2. 국가의 방송사업이 한국방송공사로 이관되어 종전 국영방송국에서 근무하던 임시직 공무원이 해임 후 위 공사에 신규채용된 경우, 한국방송공사법 또는 위 공사의 정관이나 취업규칙에 근로관계 승계에 관한 별개의 규정이 없는 한, 공사 설립 전 해당 공무원들의 근로관계가 위 공사에 승계된다고 볼 수 없다.

\* 원고, 상고인 : 원고 외 5인

\* 피고, 피상고인 : 한국방송공사

\* 원심판결 : 서울고법 2003. 6. 24. 선고 2002나67804 판결

» 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 원고들이 부담한다.

» 이 유 «

상고이유를 본다.

1. 원심판결 이유 및 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거를 종합하여, 피고 공사는 한국방송공사법(1972. 12. 30. 법률 제2418호, 이하 '공사법'이라고만 한다)에 따라 당시 대한민국(문화공보부) 산하 중앙방송국 등 국영방송국의 방송 사업을 위한 시설을 모두 현물출자하는 등 자본금 전액을 국가가 출자하는 방식으로 설립된 공기업이고, 원고들은 1969년 내지 1970년경에 위 중앙방송국에 채용된 후 1년 단위로 해임 및 재발령이 각 반복되면서 근무하던 중 국가의 방송사업이 피고 공사로 이관된 이후에는 피고 공사에서 계속 근무하다가 퇴직하였는데, 피고 공사를 퇴직하면서 위 중앙방송국에서의 재직기간을 제외하고 피고 공사에서의 재직기간에 상응한 퇴직금을 지급받은 사실, 피고 공사가 설립되기 전에는 17개의 TV방송국(수도권의 중앙

방송국 그리고 부산방송국 등 16개의 지역방송국), 72개 라디오방송국, TV중계소로 구성되는 국영방송과 민영방송이 상호 경쟁하고 있는 상태였는데, 당시 국영방송이 정부 행정조직의 하나로 운영됨으로 인한 불합리하고 비능률적인 요인을 제거함으로써 방송사업을 보다 효율적으로 실시하기 위하여 국영방송체제를 공영방송체제로 개편하고자 하였고, 이에 따라 제정된 공사법에 의하여 1973. 3. 1. 피고 공사가 새로이 설립되어 국가의 방송사업이 피고 공사로 이관됨에 따라, 국영방송국의 공무원 대부분은 1973. 2. 28.자로 일괄 해임 또는 직권면직( 국가공무원법 제70조 제1항 제3호에 공무원이 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 과원이 되었을 때에 임용권자가 직권으로 면직시킬 수 있도록 규정되어 있다.)의 방식으로 퇴직되었다가 그 다음날인 1973. 3. 1.자로 피고 공사에 신규채용되었고, 위와 같이 직권면직 또는 해임 후 신규채용의 방식으로 피고 공사로 옮겨가지 않은 나머지 공무원들은 의원면직되어 완전히 퇴직하거나 문화공보부 또는 그 산하기관으로 전보되어 계속 공무원으로 남아 있었으며(정부의 방송관서직제가 피고 공사의 성립으로 인해 1973. 3. 9. 대통령령 제6536호로 폐지되면서 방송관서의 현원 중 34인의 정규직 공무원은 문화공보부의 정원에 불구하고 문화공보부 현원으로 이체되고 1973. 12. 31.까지 문화공보부 정원으로 흡수되지 아니한 자는 당연퇴직된다는 내용의 경과규정을 두었다.), 이와는 달리 문화공보부 총무과에 근무하고 있던 일부 공무원 및 청원경찰이 본래 부서에서 퇴직하고 피고 공사에 신규임용되기도 하였던 사실, 당시 위와 같이 퇴직처리된 국영방송국의 공무원들 중 정규직 공무원들은 피고 공사로 옮겨가 계속 근무한 자들을 포함하여 모두 공무원연금법에 따라 공무원연금관리공단으로부터 퇴직연금이나 퇴직일시금 등의 퇴직급여를 지급받았으나, 원고들을 포함한 임시직 공무원들은 공무원연금법의 적용대상에서 제외되어 있었던 이유로 퇴직금을 지급받지 못하였던 사실, 한편 공사법 부칙 제7항은 "국영방송사업특별회계에 속하는 부동산과 동산은 대통령이 정하는 시기에 이 법에 의한 공사의 자본금으로 국가가 현물출자한 것으로 본다."라고 규정하고 이어 같은 부칙 제8항은 "공사 설립 당시의 국영방송사업특별회계에 속하는 권리와 의무는 이 법에 의하여 공사가 승계한다."라고만 규정하고 있으며, 피고 공사가 공사법에 따라 정부의 현물출자와 국영방송사업특별회계로부터 승계받은 채권채무를 확정하고자 작성한 개시대차대조표상에도 임시직 공무원들의 퇴직금에 관한 사항은 기재된 바 없이 현물출자된 재산과 재산상의 채권, 채무만이 기재되어 있는 사실 등을 인정하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배 등으로 인한 사실오인의 위법이 없다.

2. 국가 또는 지방자치단체가 수행하던 특정 사업을 법률에 의하여 새로 설립되는 공사에 이관하는 경우에 있어서, 인적 조직에 신분상의 변동이 있고 물적 조직도 그것을 규율하는 법률 등에 차이가 있는 점에 비추어 볼 때 입법정책적 판단에 의하여 새로 설립되는 공사에 승계되는 권리·의무의 범위를 정할 수 있다고 할 것이고, 따라서 공사의 설립에 관한 법률에서 이관되는 업무에 관한 권리·의무를 공사가 승계한다는 규정만을 두고 그 근로관계의 승계 여부에 관한 별도의 규정을 두지 아니한 때에는 공사 설립 전 해당 공무원들의 근로관계가 새로 설립되는 공사에 당연 승계된다고 볼 수는 없다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고 공사가 그 설립 전 원고들의 근로관계를 승계하였음을 전제로 하여 퇴직금의 산정시 그 설립 전의 근속기간까지 통산하여야 한다는 원고들의 주장에 대하여, 피고 공사에 승계되는 권리·의무에 관련된 공사법 부칙에는 근로관계의 승계에 관한 아무런 규정이 없고, 피고 공사의 정관이나 취업규칙에 근로관계의 승계에 관한 별개의 규정이 있다고 볼 아무런 증거가 없으며, 국가공무원법 제70조 제1항 제3호에 의하면 직제가 폐지된 경우에 임용권자는 직권면직할 수 있다고 규정되어 있어 위에서 살펴본 바와 같이 공사의 설립과 업무이관으로 인하여 그 업무에 종사하던 공무원들은 대부분 직제폐지로 인하여 직권면직되었으며 원고들과 같은 임시직 공무원들도 모두 해임되고 피고 공사에 새로이 임용절차를 거친 점, 그리고 공무원연금법이 1981. 4. 13. 법률 제3439호로 개정되면서 제32조의2에 공사화관련퇴직급여의 연계에 관한 조항이 신설되었는데 이 규정은 국가의 특정업무가 공사로 이관되는 경우에 근로관계가 원칙적으로 승계되지 않는다는 것을 전제로 한 규정으로 해석되므로 특정업무가 공사로 이관되는 경우 근로관계는 승계하지 않는 것이 원칙적인 정책적 판단이라고 보이는 점 등을 종합하면, 이 사건의 경우에도 피고 공사가 원고들의 근로관계를 승계하지 아니하였다고 할 것이라는 이유로 원고들의 주장을 배척하였다. 위와 같은 원심의 판단은 앞서 본 법리에 의한 것으로서 옳고, 거기에 근로관계의 승계에 관한 법리를 오해하거나 헌법상의 평등권을 침해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 또한, 상고이유에서 내세우는 대법원 1994. 1. 25. 선고 92다23834 판결은 그 주장과 같이 이 사건과 동일한 유형의 사안이긴 하나, 원심은 적법하게 채택한 증거들에 의하여 그 사실인정 및 법률판단을 달리하고 있으므로, 원심판결에 판례위반의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점에 관한 상고이유의 주장도 이유 없다.

한편 원심이, 근로관계의 승계에 관한 묵시적 약정이 있었다는 주장 및 피고 공사가 근로관계를 승계하지 않았다면 정당한 이유 없이 해고한 것이 되는데 국가가 그러한 행위를 하였다고 볼 수 없으므로 승계한 것으로 보아야 한다는 취지의 주장에 대하여 명시적으로 이를 배척하는 판단을 하지는 아니하였으나, 근로관계의 승계를 인정하지 아니한다는 판단 속에는 이를 배척하는 취지의 판단이 포함되어 있다고 볼 수 있을 뿐만 아니라, 원심이 적법하게 확정한 사실 및 기록에 비추어 살펴보면, 그 주장과 같은 묵시적 약정이 있었다고 볼 수 없고, 또한 당시 국영방송국 소속 공무원들은 직제가 폐지된 경우에 관한 위 국가공무원법 제70조 제1항 제3호에 의하여 직권면직 또는 해임된 것인 이상 국가가 정당한 이유 없이 해고하였다고 볼 수도 없으므로, 원심이 원고들의 위와 같은 주장들에 대한 판단을 유탈하였다 한들 그것이 판결 결과에 무슨 영향을 미쳤다고 볼 수도 없다. 이 점에 관한 상고이유의 주장 또한 받아들일 수 없다.

3. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고 공사가 2000. 11. 29. 정기이사회에서 의결하고 2000. 12. 5.부터 시행하기로 한 '중앙방송국 임시직 공무원 출신 직원에 대한 퇴직금지급기준'에 따라 원고들에게 퇴직금 추가지급청구를 할 것을 고지함으로써 중앙방송국 입사일부터 피고 공사 창립일까지의 기간을 재직기간에 합산하여 산정한 퇴직금에서 이미 수령한 금액을 공제한 금액을 지급할 의사를 표시하였으므로 이를 지급할 의

무가 있다는 원고들의 주장에 대하여, 그 채용 증거들에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고 공사가 위 퇴직금 지급기준을 마련한 것은 피고 공사의 정책적 판단이 아니라 관할노동사무소장이 국영방송국에서 근무하다가 피고 공사로 이관된 직원들에 대하여 국영방송국에서 근무한 기간에 대해 퇴직금을 지급할 것과 이를 이행하지 않을 경우 형사처벌하겠다고 통보하자 그와 같은 형사처벌을 면하기 위한 것으로 피고 공사가 마련한 위 기준과 원고들에게 통지한 내용은 피고 공사가 원고들이 국영방송국에서 근무하던 기간을 퇴직금 산정의 기초가 되는 재직기간에 합산할 법률적 의무가 있음을 전제로 하는 것으로 보이고, 그 후에 관할노동사무소장이 그 통보 내용을 철회하자, 피고 공사도 추가퇴직금의 지급을 보류하고 이 사건 소에서 그러한 법률적 의무가 있는지 여부에 관하여 법원의 판단을 구하고 있는 점 등에 비추어 피고 공사의 위 지급기준과 통보 내용은 원고들과 같은 임시직 공무원들이 추가로 퇴직금의 지급을 신청하면, 그 요건을 심사하고 추가퇴직금 지급의 법률적 의무가 있는 경우에 개별적인 산정절차와 지급결정을 거쳐 이를 지급하겠다는 의사라 할 것이고, 그것이 보수규정의 개정해 해당하거나 원고들에게 재직기간을 합산한 퇴직금의 차액을 지급하겠다는 확정적 의사를 표시한 것이라고는 볼 수 없고 그 후 그와 같은 제안마저 철회하였다는 이유로 배척하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙이나 경험칙 위배로 인한 사실오인 또는 의사표시에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

원심은, 가사 위 퇴직금 지급기준이 피고 공사의 보수규정의 변경에 해당한다고 보더라도 퇴직금차등설정을 금지하고 있는 근로기준법 제34조 제2항에 위반되므로 효력이 없다고 판단하였는바, 원심의 이 부분 판단은 가정적 판단으로서 앞서 본 바와 같이 주된 판단이 정당한 것으로 인정되는 이상 그 당부에 관계없이 판결의 결과에 영향을 미칠 수 없어 이 부분에 대한 상고이유의 주장은 더 나아가 살펴볼 것 없이 이유 없다.

4. 기록에 비추어 살펴보면, 피고 공사가 원고들에게 임의로 퇴직금을 추가지급할 의사가 없음을 명백히 밝힌 상황에서 원고들이 이 사건 소송을 제기한 사실을 알 수 있고, 그와 같은 사정이라면 소송비용을 패소한 원고들이 전부 부담함이 상당하며, 달리 피고 공사가 소송비용을 분담할 만한 특별한 사정을 찾아볼 수 없는바, 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 소송비용의 부담에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.
5. 그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들이 부담하는 것으로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박재윤(재판장), 이용우(주심), 이규홍, 양승태

## 4.2 특수법인의 설립과 임금채권의 승계

☞ 대법원 2018. 9. 28. 선고 2018다207588 판결

### » 요 지 «

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 경과규정만 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.

한편 위와 같이 종전 단체와의 근로관계가 새로 설립되는 특수법인에 승계되지 않는다고 하더라도 법률의 제정 등에 의하여 종전 단체의 재산과 권리·의무는 포괄적으로 승계되므로, 종전 단체의 해산시까지 발생한 근로자의 임금이나 퇴직금 등 채무도 종전 단체의 의무에 해당하여 근로관계 승계 여부에 관계없이 새로 설립되는 특수법인에 승계된다고 보아야 한다.

\* 원고, 피상고인 : A

\* 피고, 상고인 : 아시아문화개발원의 소송수계인 아시아문화원

\* 원심판결 : 광주고법 2018. 1. 5. 선고 2016나15746 판결

### » 주 문 «

원심판결의 피고 패소 부분 중 무효확인청구 부분과 금 56,000,000원 및 이에 대한 지연손해금 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 광주고등법원에 환송한다. 나머지 상고를 기각한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 상고이유 제2, 3점에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 원고가 아시아문화개발원 등의 지휘·감독을 받아 예



술감독으로서 업무를 수행하고 근로 자체에 대한 대가로 보수를 받은 사정 등에 비추어 이 사건 계약은 고용계약으로서 원고가 근로기준법상 근로자에 해당하고, 원고에 대한 2015.1.9.자 이 사건 해지통보는 해고통지로서 취업규칙이 정한 절차를 거치지 않는 등 절차적, 실체적으로 위법하여 무효라고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 이 사건 계약의 해석과 해고의 적법 여부 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

## 2. 상고이유 제1점에 대하여

가. 법률의 제정, 개정 등으로 새로운 특수법인이 설립되어 종전에 동일한 기능을 수행 하던 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 경과규정만 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 95다14404 판결 등 참조).

한편 위와 같이 종전 단체와의 근로관계가 새로 설립되는 특수법인에 승계되지 않는다고 하더라도 법률의 제정 등에 의하여 종전 단체의 재산과 권리·의무는 포괄적으로 승계되므로, 종전 단체의 해산시까지 발생한 근로자의 임금이나 퇴직금 등 채무도 종전 단체의 의무에 해당하여 근로관계 승계 여부에 관계없이 새로 설립되는 특수법인에 승계된다고 보아야 한다.

나. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 이유로 「아시아문화중심도시 조성에 관한 특별법」(이하 ‘아시아문화도시법’이라 한다) 부칙(2015. 3. 13. 법률 제13218호로 개정되어 2015. 4. 14. 시행된 것) 제3조제2항에 의해 피고가 승계하는 아시아문화개발원의 권리·의무에 이 사건 계약상 권리·의무가 포함된다고 보아, 피고가 원고와 아시아문화개발원 사이의 근로관계를 포괄승계하였다고 판단하였다. 또한 원심은 이를 전제로 피고에 대한 이 사건 해지통보의 무효확인청구를 인용하고, 피고는 원고에게 2015. 1. 11.부터 이 사건 계약 종료일인 2016. 5. 31.까지 지급받을 임금 166,774,193원에서 원고가 2015. 1. 15.부터 2016. 5. 31.까지 얻은 중간수입의 범위 내에서 같은 기간 받을 수 있었던 휴업수당을 초과한 49,645,161원을 공제한 나머지 117,129,032원을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.



다. 그러나 위 법리 및 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 고려할 때, 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

- 1) 아시아문화도시법 부칙 제3조제2항은 '아시아문화개발원의 권리와 의무는 피고의 설립과 동시에 피고가 포괄승계한다'고 규정하고 있을 뿐 별도의 근로관계 승계에 관한 규정은 없으므로, 위 부칙만으로 원고의 근로관계가 피고에게 당연히 승계된다고 볼 수 없는 점, 피고의 정관, 취업규칙 등에 아시아문화개발원 직원들의 근로관계를 피고가 승계하였다고 볼 만한 규정이 없고, 아시아문화개발원과 피고 사이에 근로관계 승계에 관한 별개의 약정도 존재하지 않는 점에 비추어, 원고의 근로계약상 지위가 피고에게 포괄승계되었다고 볼 만한 사정이 없음에도 원심이 그 지위의 승계를 인정하여 피고에 대한 이 사건 해지통보의 무효확인을 인용하였으니, 원심판결에는 ○○아문화도시법 부칙 제3조 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

- 2) 한편 원심판결 이유와 1심 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 2015. 1. 11.부터 아시아문화개발원의 해산일인 2015. 9. 30.까지 원고가 지급받을 임금은 86,774,193원[= 월 1,000만 원 × (21일/31일 + 8개월), 원 미만은 버림, 이하 같다]이고, 원고가 ○○○○대학교에 복직한 2015. 1. 15.부터 2015. 9. 30.까지 지급받을 수 있는 휴업수당을 초과하는 금액은 25,645,161원[= 평균임금 1,000만 원 × 30/100 × (17일/31일 + 8개월)]으로서 같은 기간 원고가 위 학교로부터 지급받은 임금의 범위 내에 있으므로, 부당해고로 인하여 2015. 1. 11.부터 2015. 9. 30.까지 원고가 받아야 할 임금은 61,129,032원(= 86,774,193원 - 25,645,161원)인 사실을 알 수 있다.

위 사실관계를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원고의 근로관계가 피고에게 승계되지 아니하나 아시아문화개발원의 해산일까지의 임금 지급의무는 피고에게 승계된다고 할 것이므로, 피고는 원고에게 61,129,032원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다. 따라서 원심이 피고에게 2015. 1. 11.부터 2015. 9. 30.까지의 임금지급을 명한 것은 결과적으로 정당하나, 해산일 이후인 2015. 10. 1.부터 2016. 5. 31.까지의 임금 5,600만 원(= 117,129,032원 - 61,129,032원)에 대한 지급을 명한 것은 ○○아문화도시법 부칙 제3조의 권리·의무 승계에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 그러므로 원심판결의 피고 패소 부분 중 무효확인청구 부분과 금 5,600만 원 및 이에 대한 지연손해금 부분을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심 법원에 환송하며, 나머지 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 조재연, 주심 대법관 김소영, 대법관 박상옥, 대법관 노정희



### 4.3 행정기관 지침에 의한 기관 통폐합과 근로관계

☞ 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51017 판결

#### » 요 지 «

법률의 규정에 의하지 아니하고 행정기관 내부의 업무처리방침 또는 행정조치 등에 의하여 새로운 법인이 설립되어 종전에 동일한 기능을 수행하던 법인 등 단체의 권리의무 및 사업조직이 승계되는 경우, 종전 단체에 소속된 직원들의 근로관계가 새로 설립되는 법인에 포괄적으로 승계된다.

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : 재단법인 ○○○○관광연구원

\* 원심판결 : 서울고법 2007. 7. 6. 선고 2006나97148 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

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 아울러 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 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하다고 할 것이다」(대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결, 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002다23826 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고는 1994. 9. 1. 재단법인 한국문화정책개발원(이하 '개발원'이라 한다)에 연구원으로 입사하여 1999. 1. 1.부터 연봉제 계약직으로 근무하여 오다가 1999. 12. 31. 개발원으로부터 재임용 탈락 통보를 받은 사실, 이에 원고는 2000. 3. 30. 서울지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였고, 서울지방노동위원회는 개발원의 원고에 대한 재임용 탈락 결정을 부당해고로 인정하고, 개발원에 대하여 원고를 원직에 복직시키고 원고에게 해고 기간 동안의 임금상당액을 지급하라는 명령을 한 사실, 개발원은 서울지방노동위원회의 위 명령에 불복하여 중앙노동위원회에 재심신청을 하였고, 중앙노동위원회는 2000. 12. 12. 개발원이 재량권을 일탈 남용하였다고 볼 수 없다는 이유로 서울지방노동위원회의 위 명령을 취소하는 재심판정을 내린 사실, 그 후 원고는 서울행정법원에 중앙노동위원회의 위 재심판정의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 서울행정법원은 2001. 7. 20. 위 재심판정을 취소하는 판결을, 서울고등법원은 2002. 8. 29. 중앙노동위원회위원장의 항소를 기각하는 판결을, 대법원은 2005. 7. 8. 중앙노동위원회위원장의 보조참가인인 개발원의 상고를 기각하는 판결을 각 선고함으로써 중앙노동위원회의 위 재심판정은 취소·확정된 사실, 한편 문화관광부는 원고의 위 부당해고구제재심판정취소소송이 계속 중이던 2002.경 개발원과 재단법인 한국관광연구원(이하 '관광연구원'이라 한다)을 통폐합하기로 방침을 정하였고, 이에 따라 개발원은 2002. 9. 18. 이사회를 열어 개발원의 해산을 결의한 후 2002. 12. 4. 해산등기를 마쳤고, 같은 날 피고 법인의 설립등기가 마쳐진 사실, 문화관광부는 2004. 9. 1. 문화와 관광분야의 조사, 연구를 통하여 체계적인 정책개발 및 정책대안을 제시하고 문화·관광산업의 육성을 지원함으로써 국민의 복지증진 및 국가발전에 기여하기 위하여 피고 법인을 설립함에 있어 새로운 법률의 제정이나 개정에 의하지 아니하고 민법 제32조에 의하여 법인을 설립하기로 정부산하기관 경영고시를 한 사실, 피고 법인의 정관은 부칙 제3조에서 '피고 법인은 설립 등기를 한 날에 개발원 및 관광연구원이 기부하는 업무, 재산 및 권리 의무를 승계한다. 다만, 그 내용은 약정에 의한다'라고 규정하고만 있을 뿐, 개발원과 관광연구원 소속 직원의 근로관계 승계에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않고 있는 사실, 피고 법인이 새로 발족함에 따라 통합 전 개발원은 그 직원 23명으로 하여금 개발원의 해산일인 2002. 12. 4. 일제히 사직서를 제출하도록 하여 직원 23명을 면직 처리하였고, 피고 법인은 2002. 11. 30.자 창립 이사회 의결을 거쳐 개발원의 직원 23명과 관광연구원의 직원 21명의 이력서를 받아 선별한 후 피고 법인의 직급별 임용기준을 충족하고 있는 개발원과 관광연구원의 직원들 중 42명을 2002. 12. 5. 기존 직급을 인정하여 같은 직급으로 특별채용 형식으로 임용하고, 나머지 2명을 계약직 직원으로 채용한 사실, 피고 법인의 인사규정은 '피고 법인의 설립 당시 개발원 및 관광연구원에 근무한 직원으로서 피고 법인에 채용된 경우에 경력은 개발원 및 관광연구원 최초 임용일 또는 해당 직급 임용일을 적용한다'(부칙 제3조 제1항), '피고 법인 설립 당시 개발원 및 관광연구원에 근무한 직원으로서 피고 법인에 채용될 경우 제20조의 해당 직급별 승진소요기간이 미달된 경우에는 직종별 차하위 직급부터 승진소요기간을 합산하여 계산할 수 있다'(부칙 제3조 제2항)라고 규정하고 있으며, 피고 법인의 보수규정은 부칙 제2조 제1항에서 '제17조(초임연봉)



및 제28조(기본연봉)의 규정에도 불구하고, 피고 법인 설립 당시 개발원 및 관광연구원에 근무한 직원으로서 피고 법인에 채용된 경우에는 이전의 보수를 기준으로 하여 기본연봉을 조정할 수 있다. 다만, 개인별 연봉조정액은 원장이 결정하되, 직종 또는 직급별로 동일한 기준에 의하여야 한다'라고 규정하고 있는 사실을 인정한 다음, 피고 법인이 개발원 및 관광연구원에 근무한 직원에 대하여 근속연수를 인정하거나 인사규정상의 신규직원 채용절차를 거치지 아니하고 이들을 채용한 것은 개발원 및 관광연구원에 근무하였던 직원들이 피고 법인의 직급별 임용기준을 충족하고 있다고 보고 그들에 대한 정책적 배려의 차원에서 이루어진 것으로 볼 수 있을 뿐, 피고 법인의 정관 및 취업규칙상으로 피고 법인이 개발원 및 관광연구원에 근무한 직원들의 근로관계를 승계하였다고 볼 수는 없다고 판단하였다.

그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

앞서 본 법리와 원심이 인정한 사실관계에 비추어 살펴보면, 정책원, 관광연구원 및 피고 법인은 구 정부산하기관관리기본법(2007. 1. 19. 법률 제8258호로 폐지) 제2조가 규정하는 정부산하기관에 속하는 단체로서 이들에 관한 해산과 설립은 법률의 제·개정 에 의하지 아니하고 문화관광부에 의한 행정조치에 의하여 이루어진 것에 불과하므로, 새로 설립된 피고 법인의 정관 등 규정에 해산되는 개발원 및 관광연구원에 소속된 직원들과의 근로관계가 승계되는지 여부에 관하여 별도의 규정을 두지 아니하였다고 하여 그 근로관계가 새로 설립되는 피고 법인에 당연히 승계되지 아니한다고 확정적으로 해석할 수 없음은 물론, 그 정관의 규정 외에 여러 가지 제반 사정을 종합적으로 참작하여 종전 법인에 소속된 직원들의 근로관계가 새로 설립되는 법인에 당연히 승계되는지 여부를 판단하여야 할 것인바, 피고 법인은 개발원 및 관광연구원으로부터 업무, 재산 및 권리를 승계함으로써 문화와 관광분야의 조사·연구에 관한 종전 사업에 필요한 물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 인수한 것으로 보이는 한편, 피고 법인이 개발원 및 관광연구원의 직원들에 대한 근로관계를 승계하지 아니하는 것을 전제로 면직 및 특별채용의 절차를 거쳐 새로 채용하는 형식을 취하였지만, 실제로는 신규직원 채용절차를 거치지 아니한 채 종전 법인에 근무한 직원들을 대부분 다시 채용하였을 뿐만 아니라 종전 직급에 상응하는 직급을 부여하여 그 이전의 업무를 그대로 수행하도록 하고 있는 점 등 제반 사정에 비추어 종전 법인의 사업에 관한 인적 조직 역시 그 동일성을 유지한 채 피고 법인에게 승계되었다고 봄이 상당하므로, 특별한 사정이 없는 한 해산되는 개발원 및 관광연구원에 소속된 직원들과의 근로관계는 원칙적으로 새로 설립되는 피고 법인에게 포괄적으로 승계되었다고 할 것이고, 나아가 비록 피고 법인의 설립 이후에야 비로소 원고와 개발원과의 사이에 적법·유효한 근로관계가 존재한다는 내용의 판결이 확정되었지만, 이 사건 재임용탈락을 부당해고로 인정한 구제명령, 재심판정, 제1, 2심의 행정소송에서 원고의 승소 등 소송의 진행경과를 볼 때, 피고 법인은 그 설립 당시에 이미 원고와 개발원 사이의 근로관계가 유효하게 존속하고 있는 사실을 알고 있었음이 분명한 이상, 원고와 개발원 사이의 근로관계 역시 피고 법인에게 그대로 승계되었다고 할 것이다.



그럼에도 불구하고, 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고 법인이 개발원 및 관광연구원에 근무한 직원들의 근로관계를 승계하였다고 볼 수 없다고 판단하였으니, 원심판결에는 사업양도에 따른 근로관계의 승계에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

2. 그러므로 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 안대희(재판장), 김영란, 김황식(주심), 이홍훈



## 4.4 부실금융기관에 대한 계약 이전 결정과 고용승계

☞ 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002두23826 판결

### » 요 지 «

1. 영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계된다.
2. 영업양도가 이루어졌는가의 여부는 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 하므로 영업재산의 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 볼 것이지만, 반면에 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도로 볼 수 없다.
3. 금융감독위원회가 구 금융산업의구조개선에관한법률(1998. 9. 14. 법률 제5549호로 개정되기 전의 것) 제14조 제2항에 의하여 내린 계약이전결정은 금융감독위원회의 일방적인 결정에 의하여 금융거래상의 계약상의 지위가 이전되는 사법상의 법률효과를 가져오는 행정처분으로서 부실금융기관의 자산 및 부채 중 일부만을 선택적으로 제3자인 인수 금융기관에게 양도 및 인수하게 함으로써 부실금융기관을 정리하는 방법이다.
4. 부실금융기관의 정리와 예금자보호를 위하여 그 부실금융기관의 일부 우량자산만을 다른 금융기관에게 이전시킨 구 금융산업의구조개선에관한법률(1998. 9. 14. 법률 제5549호로 개정되기 전의 것) 제14조 제2항에 의한 계약이전결정에 의하여 고용승계를 수반하는 영업양도의 효과가 발생하였다고 볼 수 없다.

\* 원고, 상고인(선정당사자) : 박○○ 외 5인

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 ○○은행

\* 원심판결 : 서울고법 2002. 4. 3. 선고 2001나26325 판결

### » 주 문 «

각 상고를 기각한다.

상고비용을 원고(선정당사자)들이 부담하게 한다.

### » 이 유 «

#### 1. 제1주장에 관하여

영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그

동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계되는 것이지만, 영업양도가 이루어졌는가의 여부는 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 한다. 따라서 영업재산의 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 볼 것이지만, 반면에 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도로 볼 수 없는 것이다 ( 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결 참조).

한편, 금융감독위원회가 구 금융산업의구조개선에관한법률(1998. 9. 14. 법률 제5549호로 개정되기 전의 것, 아래에서는 '구 금융산업구조개선법'이라고 한다) 제14조 제2항 에 의하여 내린 계약이전결정은 금융감독위원회의 일방적인 결정에 의하여 금융거래상의 계약상의 지위가 이전되는 사법상의 법률효과를 가져오는 행정처분으로서 부실금융기관의 자산 및 부채 중 일부만을 선택적으로 제3자인 인수금융기관에게 양도 및 인수하게 함으로써 부실금융기관을 정리하는 방법이다(대법원 2002. 4. 12. 선고 2001다38807 판결 참조).

기록 중의 증거들에 따르면, 주식회사 경기은행(아래에서는 '경기은행'이라고 한다)이 1997년에 대기업계열 여신의 부실화 등의 여파로 자산건전성이 악화되어 자주적인 경영 정상화가 불가능할 지경에 이르렀고 이에 금융감독위원회는 1998. 6. 29. 구 금융산업구조개선법 제14조 제2항 에 의하여 경기은행에 대하여 영업의 정지, 임원의 직무집행정지 및 관리인 선임 등과 함께 계약이전의 결정을 하였는데 그 계약이전결정서에 의할 때 계약이전기준일 현재 경기은행의 은행업, 신용카드업 관련 자산·부채, 신탁업, 증권투자업 관련 자산·부채 및 그 발생의 기초가 되는 계약상의 지위를 피고에게로 이전시키고 은행감독규정 제30조에서 정한 고정이하, 회수의문, 추정손실로 분류된 부실자산은 성업공사에게 이전시키되 경기은행이 고용한 직원에 대한 임금 및 퇴직금 지급에 필요한 자산, 퇴직급여충당금 등 일부 자산은 경기은행에 남게 된 사실, 한편 피고는 그 계약이전결정에서 제외된 경기은행 소유의 점포 및 각종 집기류 등 업무용 고정자산에 대하여는 경기은행과 별도의 매매계약을 체결하여 인수한 사실, 경기은행은 그 후 은행업 인가가 취소되고 파산선고를 받은 사실, 피고는 경기은행 소속 직원 중 40%를 약간 넘는 인원을 피고의 계약직 직원으로 채용하였는데 이들은 모두 경기은행을 사직한 후 피고와 고용계약을 체결하였고 피고의 새로운 직원배치계획에 따라 각 점포에 전면적으로 재배치된 사실, 경기은행의 관리인은 나머지 직원들에 대하여 해임발령을 함으로써 경기은행의 인적조직을 완전히 해체시켰던 사실을 인정할 수 있다.

따라서 부실금융기관의 정리와 예금자보호를 위하여 그 부실금융기관의 일부 우량자산만을 다른 금융기관에게 이전시킨 구 금융산업구조개선법 제14조 제2항에 의한 계약이전 결정에 의하여 고용승계를 수반하는 영업양도의 효과가 발생하였다고 볼 수 없음은 물론 (대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다43932 판결 참조), 그 후 피고가 경기은행과의 별도 약정에 의하여 경기은행에 남은 일부 고정자산을 양수하고 경기은행 소속 직원의 일부를





새로 채용하여 종전 경기은행 지점 일부에서 피고의 지점으로서 은행업무를 재개하였다 고 할지라도 이는 경기은행의 은행업 인가가 취소되어 그 조직이 해체되는 과정에서 이루어진 것으로서 영업양도라고 할 수 없는 것이다.

결국, 원심이 이 사건 사실관계에서는 영업양도를 인정할 수 없다고 판단한 것은 정당하고 거기에 계약이전결정, 영업양도와 근로관계 승계에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

그리고 상고이유 중 이 부분 주장에서 내세우는 대법원 1998. 4. 14. 선고 96다8826 판결, 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결, 1991. 8. 9. 선고 91다15225 판결, 1989. 12. 26. 선고 88다카10128 판결, 1987. 11. 25. 선고 97다35085 판결 등은 영업양도가 인정된 것들로서 사안이 달라 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

상고이유의 이 주장들을 받아들이지 아니한다.

## 2. 제2주장에 관하여

위에서 본 바와 같이 경기은행 소속 직원들의 근로관계가 피고에게 승계되지 아니한 이상, 피고가 그 근로관계의 존재를 부정한다고 하여 이를 들어 피고가 그 경기은행 소속 직원들을 해고하였다고 볼 수 없고, 따라서 원심이 그 정당한 이유의 존재 여부에 관하여 이유를 설시하지 아니하였다고 하여 근로기준법상 해고에 관한 법리를 오해한 위법이나 이유불비의 위법이 없다.

그리고 상고이유 중 이 부분 주장에서 내세우는 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결은 사안이 달라 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

상고이유의 이 주장 역시 받아들이지 아니한다.

## 3. 제3주장에 관하여

원고(선정당사자)들이 설령 영업양도가 이루어지지 않았다고 할지라도 피고가 경기은행 소속 직원들의 근로관계를 묵시적으로 승계하였다고 주장한 데 대하여 원심은 이러한 사실이 인정되지 아니한다는 이유로 위 주장을 받아들이지 아니하였다.

기록 중의 증거들과 대조하여 살펴보니, 원심이 피고가 경기은행의 근로관계를 승계한 사실이 인정되지 않는다고 본 것은 정당하고 거기에 증거법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 없다.

상고이유의 이 주장도 받아들이지 아니한다.

## 4. 결 론

그러므로 원고(선정당사자)들의 각 상고를 기각하고, 상고비용을 원고(선정당사자)들이 부담하게 하기로 관여 대법관들의 의견이 일치되어 주문에 쓴 바와 같이 판결한다.

재판장 대법관 이규홍, 주심 대법관 조무제, 대법관 유지담, 대법관 손지열





## 징 계







## 제6장 징계

### 1. 징계 사유

#### 1.1 취업규칙에 근거한 징계사유의 정당성

☞ 대법원 2000. 9. 29. 선고 99두10902 판결

#### » 요 지 «

사용자가 근로자에 대하여 이중징계를 한 경우 일사부재리의 원칙이나 이중처벌금지의 원칙에 위배되어 그 징계처분이 무효이나 이 사건과 같이 이중징계에 해당하려면 선행처분과 후행처분이 모두 법적성질상 징계처분이어야 하고, 선행징계처분이 취소됨이 없이 유효하게 확정되어야 하며, 선행처분과 후행 징계처분의 징계혐의사실이 동일해야 한다. 따라서 이 사건 원고가 회사로부터 받은 승무정지 40일의 징계처분상 징계혐의 사실은 1990.8.6부터 1992.8.20까지 사이에 교통사고 11건, 무단조퇴 2건, 동료기사 폭행 2건을 저질렀다는 것으로서 이 사건 징계해고처분상의 징계혐의 사실과는 전혀 다른 것임이 인정되므로, 이 사건 징계해고처분 이중징계에 해당하지 않는다.

\* 원고, 상고인 : 김○○

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 보조참가인 : A여객운수 주식회사 대표이사 방○○

\* 원심판결 : 서울고법 1999.9.30 선고 99누6714 판결

#### » 주 문 «

상고를 '기각'한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유(기간 경과 후에 제출된 상고이유보충서들은 상고이유를 보충하는 범위 안에서)를 본다.

#### 1. 채증법칙 위배로 인한 사실오인의 점에 대하여

원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 원고가 1993.1.14부터 1997.7.5까지 사

이에 제1심판결의 별지 비위사실일람표 기재와 같이 36회에 걸쳐 징계혐의행위를 저지른 사실을 인정하였는 바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 사실인정은 정당하고, 거기에 채증법칙 위배로 인한 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

이 점에 관한 상고이유는 받아들이지 아니한다.

## 2. 이중징계에 관한 법리오해의 점에 대하여

사용자가 근로자에 대하여 이중징계를 한 경우 일사부재리의 원칙이나 이중처벌금지의 원칙에 위배되어 그 징계처분은 무효이나, 이와 같이 이중징계에 해당하려면 선행 처분과 후행 처분이 모두 법적 성질상 징계처분이어야 하고, 선행 징계처분이 취소됨이 없이 유효하게 확정되어야 하며, 선행 징계처분과 후행 징계처분의 징계혐의사실이 동일하여야 한다.

기록에 의하면, 원고가 1992.10.23 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다) 회사로부터 받은 승무정지 40일의 징계처분상 징계혐의사실은 1990.8.6부터 1992.8.20까지 사이에 교통사고 11건, 무단조퇴 2건, 동료기사 폭행 2건을 저질렀다는 것으로서 이 사건 징계해고 처분상의 징계혐의사실과는 전혀 다른 것임이 인정되므로, 이 사건 징계해고처분이 이중징계에 해당하지 않음이 명백하다. 같은 취지에서 이 사건 징계해고처분이 정당하다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 이중징계에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

이 점에 관한 상고이유도 받아들이지 아니한다.

## 3. 취업규칙 변경의 효력에 관한 법리오해의 점에 대하여

근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 회사에서 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우 그에 대한 노동조합의 동의를 얻어야 하는데, 이 경우에 노동조합의 동의는 법령이나 단체협약 또는 노동조합의 규약 등에 의하여 조합장의 대표권이 제한되었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 조합장이 노동조합을 대표하면 되는 것이지, 노동조합 소속 근로자의 과반수의 동의를 얻어야 하는 것은 아니다(대법원 1997.5.16 선고 96다2507 판결 참조).

원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 참가인 회사가 1992.6.24 취업규칙 중 해고사유에 관한 규정을 변경하면서 전 근로자들이 가입한 노동조합의 동의를 얻은 이상 변경된 취업규칙은 그 효력이 있다고 판단하였는 바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 취업규칙 변경의 효력에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

이 점에 관한 상고이유도 받아들이지 아니한다.



#### 4. 취업규칙의 규범성에 관한 법리오해의 점에 대하여

구 근로기준법(1996.12.31 법률 제5245호로 개정되기 전의 것, 이하 같다.) 제94조 제10호는 '상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 근로자의 제재에 관한 사항에 관한 취업규칙을 작성하여 노동부장관에게 신고하여야 한다. 이를 변경하는 경우에 있어서도 또한 같다'고 규정하고 있는 바, 취업규칙 중 징계사유 내지 해고사유는 이러한 법규정에 해당하는 사항일 뿐만 아니라, 같은 법 제27조 제1항의 정당한 이유 없는 해고 등의 제한에 관련된 법정근로조건에 관한 사항이므로, 이는 취업규칙의 의무적 기재사항이라고 보아야 하고, 한편 기업질서는 기업의 존립과 사업의 원활한 운영을 위하여 필요불가결한 것이고, 따라서 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 98두4672 판결 참조).

기록에 의하면, 참가인 회사의 취업규칙 제14조 제1호 내지 제13호에 규정된 해고사유나 제47조 제1호 내지 제28호에 규정된 제재(징계)사유는 참가인 회사의 기업질서를 확립하고 유지하는데 필요하고도 합리적인 것으로 보이고, 그것이 근로기준법 등의 관련 법령에 반한다거나 단체협약상의 규정과 저촉된다고는 보이지 아니하는 바(다만 취업규칙 제14조 제5호와 단체협약 제30조가 저촉되는 것으로 보게 될 경우가 생길 수는 있으나, 원심은 원고의 비위사실들이 취업규칙 제14조 제3호 및 제47조 제28호에 해당한다고 판단하였으므로, 이 사건에서는 문제가 되지 아니한다), 원고에 대한 이 사건 징계해고처분의 정당성을 판단하면서 참가인 회사의 취업규칙을 적용한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 취업규칙의 규범성에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

이 점에 관한 상고이유 역시 받아들이지 아니한다.

#### 5. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이규홍(재판장), 송진훈(주심), 윤재식, 손지열

## 1.2 수개의 징계사유 중 일부만 인정되는 경우 징계처분의 효력

☞ 대법원 2007. 12. 28. 선고 2006다33999 판결

### » 요 지 «

1. 원 징계처분에서 징계사유로 삼지 않은 징계사유를 재심절차에서 추가할 수 없다.
2. 수개의 징계사유 중 일부가 인정되지 않으나 인정되는 다른 일부 징계사유만으로도 해당 징계처분의 타당성을 인정하기에 충분한 경우, 징계처분을 그대로 유지하여도 위법하지 않다.

\* 원고, 상고인 : ○○○○

\* 피고, 피상고인 : 학교법인 K

\* 원심판결 : 서울고법 2006. 5. 12. 선고 2005나88611 판결

### » 주 문 «

1. 상고를 기각한다.
2. 상고비용은 원고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 직위해제 처분 무효확인에 관한 상고이유에 대하여

직위해제 처분은 그 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 직위해제 처분은 그 효력을 상실한다고 할 것이고(대법원 1997. 9. 26. 선고 97다25590 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 93다10743 판결 등 참조).

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 제1심판결의 이유를 인용하여, 이 사건 직위해제 처분은 이 사건 정직 처분으로 인하여 효력을 상실하였고, 피고 법인 인사규정상 직위해제 종료일로부터 3년이 지난 후 비로소 직위해제에 관한 기록을 말소하도록 되어 있어 원고가 그 기간 동안 직위해제 처분을 받은 전력에 없는 사람보다 인사사고와 등에 있어서 불이익을 당할 가능성이 있기는 하나 이는 사실상의 불이익에 불과할 뿐 법률상의 불이익에 해당한다고 볼 수 없고, 직위해제에 따른 봉급감소로 인한 불이익과 관련하여는 직위해제 처분 무효확인을 구하는 것이 가장 유효·적절한 수단이 될 수 없다는 취



지에서, 이 사건 직위해제 처분 무효확인을 구하는 부분의 소가 부적법하다고 판단한 조치는 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 판결 결과에 영향을 미친 직위해제에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 이와 관련한 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

## 2. 징계사유의 존부에 관한 상고이유에 대하여

원심이 인용한 제1심판결의 이유를 기록에 비추어 검토하여 보면, 원심이 그 채택 증거들에 의하여, 원고가 J대학교 총장의 직권남용과 직무유기로 인하여 인사상 불이익을 입었다는 확인되지 않은 사실 및 총장에 대한 인신공격적인 표현이 담긴 질의서를 총장에게 송부하고, 이를 J대학교 신문 기자에게 배포하거나 감사원에 감사를 청구하면서 제출하여 J대학교의 위신을 손상하고, 총장의 명예를 훼손하였으며, 총장이나 해당 부서장의 승인 없이 인사관련자료와 회계장부를 임의로 복사하여 외부에 공개한 사실을 인정하 다음, 이는 피고 법인의 복무규정 및 인사규정을 위반한 행위로써 징계사유에 해당한다는 취지로 판단한 조치는 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

한편 기록에 의하면, 피고 법인 일반직징계위원회는 당초 위와 같은 사실만을 징계사유로 삼아 원고에게 정직 2월의 징계를 하기로 의결하였음에도 불구하고, 원고의 재심청구에 따라 진행된 재심절차에서는 원고가 서울고등법원 2003나2422 판결을 집행하기 위하여 OO대학교의 예금이 들어 있는 은행의 지점, 계좌번호 등을 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률에 위반하여 취득한 사실을 징계사유로 추가하였는바, 기록을 모두 살펴봐도 이를 인정할 증거가 없을 뿐만 아니라, 원래의 징계처분에서 징계사유로 삼지 아니한 징계사유를 재심절차에서 추가하는 것은 추가된 징계사유에 대한 재심의 기회를 박탈하는 것으로 되어 특별한 사정이 없는 한 허용되지 아니하므로(대법원 1998. 5. 22. 선고 98다2365 판결 등 참조), 피고가 재심절차에서 위 금융거래정보 불법취득 사실을 징계사유로 추가한 것은 잘못이라 할 것이다. 그러나 여러 개의 징계사유 중 일부가 인정되지 않으나 인정되는 다른 일부 징계사유만으로도 당해 징계처분의 타당성을 인정하기에 충분한 경우에는 그 징계처분을 그대로 유지하여도 위법하지 아니하다고 할 것인바(대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다51555 판결 등 참조), 뒤에서 보는 바와 같이 인정되는 징계사유만으로도 이 사건 징계처분은 적정한 것으로 인정되므로, 원심이 금융거래정보 불법취득과 관련한 징계사유의 존부에 관하여 판단을 하지 않았다고 하더라도 판결 결과에 영향을 미친 것은 아니라고 할 것이다. 이와 관련한 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

## 3. 징계양정의 당부에 관한 상고이유에 대하여

근로자에게 징계사유가 있어 징계처분을 하는 경우 어떠한 처분을 할 것인가는 원칙적으로 징계권자의 재량에 맡겨져 있는 것이므로, 그 징계처분이 위법하다고 하기 위하여서는 징계권자가 재량권을 행사하여 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하고, 그 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 처분이라고 하려면 구체적인 사례에 따라 직무의 특성, 징계의 사유가 된 비위 사실의 내용과 성질 및 징계에 의하여 달성하려는 목적과 그에 수반되는 제반 사정을 참작하

여 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우라야 한다(대법원 2003. 7. 25. 선고 2001두 11069 판결 등 참조).

위 법리와 기록에 비추어 보면, 원심이 제1심판결의 이유를 인용하여, 피고가 원고에 대하여 앞서 인정한 바와 같은 인사규정 및 복무규정 위반 사실을 징계사유로 삼아 정직 2월의 징계처분을 한 것은 적정하고, 그것이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 볼 수 없다고 판단한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 징계양정에 관한 법리오해 또는 채증법칙 위배 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

#### 4. 손해배상청구에 관한 상고이유에 대하여

사용자가 근로자를 해고할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 어떤 명목상의 해고사유를 만들거나 내세워 해고한 경우나 해고의 이유로 된 어느 사실이 취업규칙 등 소정의 해고사유에 해당되지 아니하거나 해고사유로 삼을 수 없는 것임이 객관적으로 명백하고 또 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있는데도 그것을 이유로 해고에 나아간 경우 등 해고권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 그 해고가 근로기준법 제30조 제1항에서 말하는 정당성을 갖지 못하여 효력이 부정되는 데 그치는 것이 아니라 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다(대법원 1993. 10. 12. 선고 92다43586 판결, 대법원 2006. 7. 28. 선고 2006다17355 판결 등 참조). 따라서 해고가 불법행위에 해당하기 위하여는 위와 같은 요건을 구비하여야 한다고 할 것이다.

위 법리에 따라 원심이 인용한 제1심판결의 이유를 기록에 비추어 검토하여 보면, 피고 법인의 2001. 5. 22.자 원고에 대한 해임 처분이 확정판결에 의해 무효로 되었다고 하더라도 징계사유는 인정되고 다만 그 징계양정이 지나치다는 것이 그 이유이었으므로, 피고 법인이 아무런 징계사유도 없이 오로지 원고를 몰아내려는 의도 하에 원고를 해임하는 처분을 하였다거나, 해고권의 남용으로서 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 해당한다고 할 수 없고, 한편 피고 법인이 원고가 제기한 해임 처분 무효확인 등의 소송에 응소하여 해임 처분의 정당성을 주장하며 2004. 7. 8. 대법원에서 위 해임 처분 무효확인 판결이 확정될 때까지 원고를 복직시키지 아니하다가 위 판결 확정 이후인 2004. 10. 1. 비로소 원고를 복직시킨 것만으로는 부당하게 복직을 지연시킨 것이라고 볼 수는 없다고 판단한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해나 채증법칙 위배, 판단유탈 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

#### 5. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박시환(재판장), 김용담, 박일환, 김능환(주심)



### 1.3 허위 경력 기재를 이유로 한 징계해고의 정당성 요건

☞ 대법원 2012. 7. 5. 선고 2009두16763 판결★

#### » 요 지 «

근로자가 입사 당시 제출한 이력서 등에 학력 등을 허위로 기재한 행위를 이유로 징계해고를 하는 경우 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 사용자가 사전에 그 허위 기재 사실을 알았더라면 근로계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일 조건으로 는 계약을 체결하지 않았으리라는 등 고용 당시의 사정뿐 아니라, 고용 이후 해고에 이르기까지 그 근로자가 종사한 근로의 내용과 기간, 허위기재를 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 노사간 및 근로자 상호간 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 노사간 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 제반사정에 비추어 보더라도 사회통념상 현저히 부당하지 않다면 그 정당성이 인정된다 할 것이다.

[생산직 사원으로 입사할 당시 이력서에 대학졸업 사실을 기재하지 않은 근로자를 학력 등의 허위기재를 징계해고사유로 규정한 취업규칙에 근거하여 해고하는 경우, 고용 당시에 사용자가 근로자의 실제 학력 등을 알았더라면 어떻게 하였을지에 대하여 추단하는 이른바 가정적 인과관계의 요소뿐 아니라 고용 이후 해고 시점까지의 제반사정을 보태어 보더라도 그 해고가 사회통념상 현저히 부당한 것은 아니라고 인정이 되어야만 정당성이 인정될 수 있다.]

\* 원고, 상고인 : 원고 1 외 6인

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 2009.9.2. 선고 2009누2872 판결

## » 주 문 «

원심판결 중 원고 1, 원고 2, 원고 3, 원고 4, 원고 5, 원고 6의 부당해고에 관한 부분을 각 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원고 1, 원고 2, 원고 3, 원고 4, 원고 5, 원고 6의 나머지 상고와 원고 전국○○노동조합의 상고를 각 기각한다.

원고 전국U노동조합의 상고로 인한 상고비용은 피고 보조참가로 인한 부분을 포함하여 위 원고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

### 1. 부당해고 부분에 대하여

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 경우에만 하여 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, 허위기재를 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 노사간 및 근로자 상호간 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 노사간 신뢰관계의 형성과 안정적인 경영환경의 유지등을 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 제반사정에 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 전국U노동조합을 제외한 나머지 원고들 전원, 이하에서는 '위 원고들'이라 한다)이 모두 4년제 대학졸업자임에도 피고 보조참가인 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 않아왔기 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 해고사유에 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 허위기재 사실을 알았더라면 채용하지 않았을 것이라고 인정되면 해고에 정당한 이유가 있다고 보는 전제에 서 있는 것으로 보인다. 그러나 앞서 본 법리에 비추어 보면, 학력 등의 허위기재를 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 제반사정을 보태어 보더라도 그 해고가 사회통념상 현저히 부당한 것은 아니라고 인정이 되어야만 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 방침이라면서 채용 당시 그러한 조건을 명시적으로 요구하지 아니한 이유, 위 원고들이 학력을 허위기재하여 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 질서 유지에 어떠한 영향을 미쳤는지 등 여러 사정을 두루 심리해 본 다음, 이를 토대로 해서 보더라도 학력 허위기재를 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.

## 2. 부당노동행위 부분에 대하여

사용자가 근로자의 노동조합 활동을 혐오한 나머지 이를 보복하기 위하여 징계사유를 내세워 해고를 하였음을 인정할만한 객관적인 자료가 없는 이상, 그 징계해고의 절차가 위법하다거나 징계의 양정이 재량권의 범위를 일탈하였다는 등의 사유만으로는 부당노동행위로 인정할 수 없다(대법원 1992.2.28. 선고 91누9572 판결 참조).

원심판결 이유와 기록에 의하여 알 수 있는 사정을 위 법리에 비추어 보면, 원심이, 참가인 회사 등이 위 원고들의 노동조합 활동에 대한 보복 등으로 위와 같은 학력허위 기재 등 사유를 내세워 이 사건 해고를 하였다고 단정하기는 어렵다고 하여 부당노동행위에 관한 원고들의 주장을 배척한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법은 없다.

## 3. 결 론

이에 원심판결 중 원고 1, 원고 2, 원고 3, 원고 4, 원고 5, 원고 6의 부당해고에 관한 부분은 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 이를 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 위 원고들의 나머지 상고와 원고 전국U노동조합의 상고는 각 기각하고, 원고 전국U노동조합의 상고로 인한 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 김능환(재판장), 이인복, 박병대(주심)



## 1.4 시말서 제출 거부에 대한 징계의 정당성

☞ 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두6605 판결★

### » 요 지 «

취업규칙에서 사용자가 사고나 비위행위 등을 저지른 근로자에게 시말서를 제출하도록 명령할 수 있다고 규정하는 경우, 그 시말서가 단순히 사건의 경위를 보고하는 데 그치지 않고 더 나아가 근로관계에서 발생한 사고 등에 관하여 '자신의 잘못을 반성하고 사죄한다는 내용'이 포함된 사죄문 또는 반성문을 의미하는 것이라면, 이는 헌법이 보장하는 내심의 윤리적 판단에 대한 강제로서 양심의 자유를 침해하는 것이므로, 그러한 취업규칙 규정은 헌법에 위배되어 근로기준법 제96조 제1항에 따라 효력이 없고, 그에 근거한 사용자의 시말서 제출명령은 업무상 정당한 명령으로 볼 수 없다.

\* 원고, 피상고인 : ○○○○

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 2009. 4. 14. 선고 2008누23834 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

취업규칙에서 사용자가 사고나 비위행위 등을 저지른 근로자에게 시말서를 제출하도록 명령할 수 있다고 규정하는 경우, 그 시말서가 단순히 사건의 경위를 보고하는 데 그치지 않고 더 나아가 근로관계에서 발생한 사고 등에 관하여 자신의 잘못을 반성하고 사죄한다는 내용이 포함된 사죄문 또는 반성문을 의미하는 것이라면, 이는 헌법이 보장하는 내심의 윤리적 판단에 대한 강제로서 양심의 자유를 침해하는 것이므로, 그러한 취업규칙 규정은 헌법에 위반되어 근로기준법 제96조 제1항에 따라 효력이 없고, 그에 근거한 사용자의 시말서 제출명령은 업무상 정당한 명령으로 볼 수 없다.

원심은 제1심판결 이유를 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 사회복지법인 대한불교조계종 사회복지재단이 운영하는 S시장애인복지관(이하 '이 사건 복지관'이라 한다)의 인사규정 제47조 제1항은 "직원이 행한 행위가 징계사유에 미치지 아니하고 조직

의 질서유지에 위배될 수 있는 경미한 행위를 한 경우 부서장은 해당 직원에게 지적사항을 시정하고 반성의 계기가 되도록 시말서와 함께 주의를 줄 수 있다”고 규정하고 있는 바, 그 규정 내용에 비추어 위 규정상의 시말서는 단순히 사건의 경위를 보고하는 데 그치지 않고 더 나아가 근로관계에서 발생한 사고 등에 관하여 자신의 잘못을 반성하고 사죄한다는 내용을 포함하고 있다고 할 것이므로 사죄문 또는 반성문을 의미하는 것으로 봄이 상당하고, 따라서 이에 근거한 시말서 제출명령은 사용자의 업무상 정당한 명령으로 볼 수 없으므로 근로자가 그와 같은 시말서의 제출명령을 이행하지 않았더라도 이를 징계사유나 징계양정의 가중사유로 삼을 수는 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당하다.

상고이유에서 들고 있는 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다12991 판결 등은 사죄문 또는 반성문을 의미하는 시말서에 관한 것이라고 할 수 없어 사안이 달라 이 사건에 적용하기에 적절한 것이 아니다.

원심판결에는 상고이유로 내세우는 바와 같은 판례위반이나 심리미진 등의 위법이 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김영란(재판장), 이홍훈, 김능환(주심), 민일영





## 1.5 사생활 비행에 관한 징계의 정당성 요건

☞ 대법원 2001. 12. 14 선고 2000두3689 판결

### » 요 지 «

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 것이다(대법원 1994. 12. 13. 선고 93누23275 판결 참조). 여기서 기업의 사회적 평가를 훼손할 염려가 있다고 하기 위하여는 반드시 구체적인 업무저해의 결과나 거래상의 불이익이 발생하여야 하는 것은 아니고 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.

\* 원고, 피상고인 : (주)N스포츠채널

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : 양○○

\* 원심판결 : 서울고법 2000.4.19. 선고 99누5438 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 보조참가로 인하여 생긴 부분은 피고 보조참가인의, 나머지는 피고의 각 부담으로 한다.

### » 이 유 «

#### 1. 징계사유의 존부에 대하여

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 것이다(대법원 1994. 12. 13. 선고 93누23275 판결 참조). 여기서 기업의 사회적 평가를 훼손할 염려가 있다고 하기 위하여는 반드시 구체적인 업무저해의 결과나 거래상의 불이익이 발생하여야 하는 것은 아니고 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. 원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고 회사의 설립 경위와 목적, 피고 보조참가인(이

하 참가인이라 한다)이 원고 회사에 입사한 경위와 담당 업무, 원고 회사가 방송용 중계차를 도입하는 방식과 과정, 이 과정에서의 참가인의 역할, 참가인이 방송용 중계차의 납품 업체인 주식회사 M기전(이하 M기전이라한다)의 방송용 중계차 납품에 따른 이행보증보험 계약상의 구상금 채무를 연대보증 한 경위, M기전이 원고 회사가 발주한 4대의 방송용 중계차를 모두 납품하게 된 경위, M기전의 부도로 인한 위 보험사고로 인하여 참가인이 부담하게 된 구상금 채무의 액수와 위 보험회사들이 참가인의 원고 회사에 대한 임금채권을 가압류한 경위, 이에 원고 회사가 위와 같이 연대보증 등의 비위사실을 들어 참가인을 해임한 경위 및 원고회사의 징계에 관한 규정 등에 관하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고의 설립배경 및 목적사업의 공익성, 원고가 중계차 등 주요 방송장비를 조달청이 실시하는 경쟁입찰에 의하여 도입하도록 한 취지, 국내의 방송용 중계차의 제작·납품은 M기전을 포함한 2개회사가 과점하고 있는데 원고가 보유한 고가의 방송용 중계차 4대가 모두 M기전에 의하여 제작·납품된 점, 참가인이 원고의 방송용 중계차 도입계획 수립·사양결정·제작 감독 및 검수 등을 총괄함과 아울러 그 설계를 전담하는 등 방송용 중계차 도입의 전 과정에 있어서 상당한 영향력을 미칠 수 있는 점, M기전은 원고회사와 이해관계가 언제든지 대립할 수 있는 거래업체인 점 등 제반 사정에 비추어 보면, 참가인이 그 업무와 밀접한 관련이 있는 M기전을 위하여 개인 간의 보증에서 통상적으로 있을 수 있는 범위를 현저히 초과하는 18억여원에 달하는 거액의 채무에 대하여 연대보증을 하고 그러한 특수한 관계를 계속 유지하는 행위는, 비록 참가인이 M기전 대표이사와의 친분으로 개인적으로 연대보증을 한 것이며 그로 인하여 원고에게 재산상 손해가 발생하지 아니하였고 참가인이 중계차 도입에 있어서 ○○기전에 특혜를 주었다거나 원고에 의하여 부여된 직무상의 의무를 게을리 하였다고 볼 만한 구체적인 확증이 드러나지는 아니하여 취업규칙 소정의 성실의무를 위반한 것으로 보기는 어렵다 할지라도, 적어도 ○○기전의 사업의 명운에 참가인의 전 재산이 좌우될 정도로 밀접한 모종의 특수관계가 개재되어 있었을 개연성이 높아 대외적으로는 M기전에 대한 특혜의혹을 불러일으키는 결과를 초래함으로써 객관적으로 보더라도 원고의 사회적 평가와 목적사업의 원활한 수행에 심히 중대한 악영향을 미치는 것이라고 평가함이 상당하고, 이는 원고 회사의 상별규정 제12조 제1항 제1호, 취업규칙 제5조, 상별규정 제1항 제3호 소정의 품위유지의무 위반의 징계사유에 해당한다고 판단하였다. 기록과 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 채증법칙 위반 내지 심리미진으로 인한 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다. 한편 관련 형사판결에서 인정된 사실은 달리 특별한 사정이 없는 한 민사재판에서도 유력한 증거자료가 되는 것은 상고이유에서 지적한 바와 같으나, 이 사건에 있어서와 같이 민사재판에 제출된 다른 증거 내용에 비추어 형사판결의 사실 판단을 그대로 채용하기 어렵다고 인정되는 경우에는 법원이 이를 배척할 수 있다 할 것이므로(대법원 1997. 8. 29. 선고 96다14470 판결 참조), 원심판결이 형사판결의 사실 판단을 그대로 채용하지 않았다고 하여 형사판결의 증명력에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수도 없다. 상고이유에서 들고 있는 판례는 이 사건과 사안을 달리하는 것으로 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.

## 2. 징계양정의 적정 여부에 대하여

징계해고의 정당성 여부는 취업규칙 상의 징계해고사유를 일응의 기준으로 삼되, 사용

자의 사업의 성격 및 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 구체적 담당직무의 내용, 비위 사실의 동기와 정도, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 사회통념상 사용자가 당해 근로자와 근로계약관계를 계속할 수 없는 상태에 이르렀다고 볼 사정이 있는지 여부에 의하여 판단하여야 한다(대법원 1995. 4. 25. 선고 94누13053 판결, 대법원 1998. 11. 10. 선고 97누18189판결 참조). 원고와 같이 공익목적에 추구하는 기업이 고가 장비의 도입을 위한 입찰을 시행함에 있어서 특혜 내지 담합의 비리는 해당 기업의 목적사업 수행에 지장을 초래할 뿐만 아니라 사회적으로도 커다란 물의를 일으키는 점, 국내의 방송용 중계차 납품을 2개 업체가 과점하고 있는 상황이어서 발주업체인 원고의 담당 직원이 납품업체와 유착될 경우 입찰의 공정성은 기대하기 곤란하고 그러한 사실이 밝혀질 경우 다른 납품업체는 물론 일반인으로서도 자연스럽게 입찰과정에서의 비리가 있었을 것이라고 짐작하리라고 보이는 점, 따라서 중계차와 같은 고가장비의 도입 업무를 담당하는 직원에 대하여는 관련 법령과 규정을 엄격하게 준수할 것이 요청되고 특히 참가인과 같은 고위 관리직원에게는 보다 높은 품위유지의무와 청렴의무가 요구되는 점 등을 종합하여 볼 때, 참가인이 방송장비의 도입 업무를 직접 관장하거나 총괄하면서 납품업체인 M기전의 대표이사과 개인적인 친분관계를 맺으면서 그 부탁으로 M기전을 위하여 거액의 보증을 하는 등으로 특수관계를 유지하고 이로 인하여 M기전의 중계차 납품에 특혜를 주었는지 모른다는 의혹을 불러 원고의 사회적 평가와 목적사업의 원활한 수행에 중대한 악영향을 미치게 한 것은 원고의 상별규정 제12조 제2항의 징계양정기준 소정의 해임사유인 품위유지의무 위반으로서 그 비위정도가 중하고 고의가 있는 경우에 해당하고, 이는 또한 사회통념상 원고와의 근로관계를 계속시킬 수없는 정도의 비위행위라고 봄이 상당하며, 그 비위의 정도에 비추어 위 연대보증이 원고 회사에 입사하기 전부터의 개인적인 친분관계에서 비롯된 것이고 이로 인한 구체적인 비리가 드러나지 않았다는 등의 사정을 참작하더라도 이 사건 해고가 지나치게 가혹하여 그 재량권의 범위를 일탈한 것이라고 볼 수는 없다 할 것이다. 같은 취지의 원심 판단은 정당하고 거기에 징계양정에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

### 3. 이중징계 여부에 대하여

기록에 의하면, 이 사건 징계가 이루어지기 이전인 1997. 8. 9. 원고가 참가인에 대하여 정직 3월의 징계처분(이하 종전의 징계라 한다)을 한 사실은 인정되나, 이는 감독기관인 국민체육진흥공단의 감사결과에서 지적한 참가인의 방송장비의 도입계획불철저 및 도입장비의 관리소홀을 징계사유로 한 것이고, 이 사건 징계는 그 이후인 1998. 2. 9. 참가인의 급여가 가압류되면서 참가인이 관련 업체를 위하여 연대보증을 하는 등으로 부적절한 관계를 유지하였다는 사실이 새로이 밝혀져 이를 징계사유로 삼아 이루어진 것임을 알 수 있다. 따라서 이 사건 징계는 종전의 징계와는 형식적으로는 물론, 실질적으로도 그 사유를 달리하여 이중징계에 해당한다고 할 수 없으므로 이 부분 상고이유의 주장도 이유 없다.

### 4. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들의 부담으로 하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 손지열(재판장), 대법관 조무제, 대법관 유지담(주심), 대법관 강신욱

## 1.6 경업·겸직 금지 위반에 대한 징계의 정당성

☞ 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99279 판결

### » 요 지 «

1. 근로자에게 징계사유가 있어 징계처분을 하는 경우 어떠한 처분을 할 것인가는 원칙적으로 징계권자의 재량에 맡겨져 있는 것이므로, 그 징계처분이 위법하다고 하기 위하여서는 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하고, 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.
2. 시사주간지 “시사저널”을 발행하는 甲 주식회사의 기자인 乙 등이 무기정직 및 대기발령처분을 받은 상태에서 파업에 적극적으로 참여하고 甲 회사의 퇴직자들과 함께 경쟁업체를 설립하여 경쟁매체인 “시사IN”을 발간하였는데 그 후 甲 회사가 乙 등을 해고한 사안에서, 乙 등은 甲 회사의 일방적인 기사 삭제행위에 대한 항의표시로서 甲 회사의 업무지시를 거부하는 등의 행위를 한 것으로 보이므로 거기에는 참작할 만한 사정이 있는 점, 甲 회사가 乙 등에 대한 무기정직처분을 해제하면서 한 대기발령처분은 甲 회사의 인사규정에도 맞지 않는 비정상적인 것인 점 등에 비추어 乙 등에 대한 무기정직 및 대기발령처분은 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 재량권이 남용된 경우에 해당하여 무효이지만, 乙 등이 경쟁업체를 설립하여 경쟁매체를 발간한 행위는 경업금지의무를 위반한 것으로서 징계사유에 해당하고 甲 회사로서는 그로 인하여 사회통념상 乙 등과 근로관계를 계속하기 어려운 것으로 보이므로, 乙 등에 대한 해고처분은 징계재량권 범위를 일탈하거나 남용하였다고 볼 수 없다고 한 원심판단을 수긍한 사례.
3. 사용자의 근로자에 대한 해고가 무효인 경우 근로자는 근로계약관계가 유효하게 존속함에도 사용자의 귀책사유로 인하여 근로 제공을 하지 못한 셈이 되므로 특별한 사정이 없는 한 민법 제538조 제1항에 의하여 그 기간 중에 근로를 제공하였을 경우에 받을 수 있는 반대급부인 임금의 지급을 청구할 수 있다. 다만 해고가 없었다고 하더라도 취업이 사실상 불가능한 상태가 발생한 경우라든가 사용자가 정당한 사유에 의하여 사업을 폐지한 경우에는 사용자의 귀책사유로 인하여 근로 제공을 못 한 것이 아니므로 그 기간 중에는 임금을 청구할 수 없다. 한편 쟁의행위로 인한 무노동은 쟁의행위가 적법하게 진행되는 경우라도 이를 사용자의 귀책사유로 인한 것이라고 할 수는 없고, 다른 특별한 사정이 없는 한 사용자는 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에 대하여는 그 기간 중의 임금을 지급할 의무가 없다(노동조합 및 노동



관계조정법 제44조 제1항 참조). 이를 종합하여 볼 때, 해고된 근로자가 그 후 쟁의행위에 참가하였거나 쟁의행위 중 해고가 된 경우에 그 해고가 무효라고 하더라도 만일 해당 근로자가 해고가 없었어도 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 않았을 것이 명백한 경우라면 이 역시 취업이 사실상 불가능한 상태가 발생한 경우에 준하여 해당 근로자는 쟁의행위 기간 중의 임금을 청구할 수 없다고 봄이 타당하다. 다만 해당 근로자에 대한 무효인 해고가 직접적 원인이 되어 쟁의행위가 발생한 경우 등 쟁의행위 기간 중 근로를 제공하지 못한 것 역시 사용자에게 귀책사유가 있다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 여전히 임금청구를 할 수 있다고 보아야 한다. 그리고 위와 같은 경우 해고가 없었다고 하더라도 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 않았을 것이 명백한지는 쟁의행위에 이른 경위 및 원인, 해고사유와의 관계, 해당 근로자의 파업에서의 지위 및 역할, 실제 이루어진 쟁의행위에 참가한 근로자의 수 및 이로 인해 중단된 조업의 정도, 해당 근로자에 대한 해고사유와 이전 근무태도 등 제반 사정을 참작하여 신중하게 판단하여야 하고, 그 증명책임은 사용자에게 있다. 또한 해당 근로자가 쟁의행위에 참가하였을 것이 명백한 경우에도 쟁의행위 기간 중의 임금지급에 관한 단체협약이나 취업규칙의 규정 또는 관행의 유무, 쟁의행위에 참가한 다른 근로자에게 임금이 지급되었는지 여부 및 그 지급 범위 등에 따라 사용자에게 임금을 지급할 의무가 있는지를 판단하여야 한다.

4. 시사주간지 “시사저널”을 발행하는 甲 주식회사의 기자인 乙 등이 무기정직 및 대기발령처분을 받은 상태에서 파업에 적극적으로 참여하고 甲 회사의 퇴직자들과 함께 경쟁업체를 설립하여 경쟁매체인 “시사IN”을 발간하였는데 그 후 甲 회사가 乙 등을 해고한 사안에서, 乙 등이 무기정직 및 대기발령이 없었더라도 파업에 참가하여 근로를 제공하지 않았을 것이 명백하다고 단정할 수 없고, 甲 회사가 징계를 이유로 乙 등의 근로 제공에 대하여 계속 수령을 거부하고 있는 상태에서 乙 등이 甲 회사를 사직한 다른 기자들과 함께 경쟁업체를 설립하고 ‘시사IN’을 발간하는 데 관여하였더라도, 이와 같은 乙 등의 행위가 위 징계 등이 없었더라도 행하여졌을 것이라고 단정할 수 없음에도, 乙 등이 파업기간 및 경업금지의무 위반기간에 대하여 임금청구를 할 수 없다고 본 원심판결에 법리오해 등 위법이 있다.

\* 원고, 상고인 겸 피상고인 : ○○○○

\* 피고, 피상고인 겸 상고인 : (주)시사저널사

\* 원심판결 : 서울고법 2010. 10. 22. 선고 2008나22247 판결

## » 주 문 «

원심판결 중 임금청구에 관한 원고들 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

피고의 상고 및 원고들의 나머지 상고를 모두 기각한다.

## » 이 유 «

1. 상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 원고들의 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

### 1. 피고의 상고이유에 대하여

#### 가. 상고이유 제1, 2점 부분

근로자에게 징계사유가 있어 징계처분을 하는 경우 어떠한 처분을 할 것인가는 원칙적으로 징계권자의 재량에 맡겨져 있는 것이므로, 그 징계처분이 위법하다고 하기 위하여서는 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하고, 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 처분이라고 하려면 구체적인 사례에 따라 직무의 특성, 징계의 사유가 된 비위사실의 내용과 성질 및 징계에 의하여 달성하려는 목적과 그에 수반되는 제반 사정을 참작하여 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우라야 한다(대법원 2000. 10. 13. 선고 98두8858 판결, 대법원 2007. 12. 28. 선고 2006다33999 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면 원심은, 그 판시와 같은 사정에 의하면 원고 1이 결재권자의 승인 여부를 확인하지 않은 채 휴가를 가고 그 이후 피고로부터 휴가신청을 승인받지 못하였다고 하더라도, 그 휴가의 사용으로 무단결근을 한 것이라고 보기는 어렵고, 한편 원고들은 피고의 일방적인 기사 삭제행위에 대한 항의표시로서 피고의 업무지시를 거부하는 등의 행위를 한 것으로 보이므로 거기에는 참작할 만한 사정이 있으며, 원고들이 피고에 입사한 이래 성실하게 근무하여 온 점 등 그 판시와 같은 사정에 비추어 볼 때, 피고가 내세우는 징계에 이른 경위 등을 감안하더라도 원고들에 대하여 무기정직이라는 중징계를 한 것은 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 재량권이 남용된 경우에 해당하여 무효라고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴볼 때, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 무단결근 및 징계재량권의 범위에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

#### 나. 상고이유 제3, 4점 부분

원심은, 피고가 원고들에 대한 무기정직처분을 해제하면서 한 이 부분 대기발령처분은 피고의 인사규정에도 맞지 아니하는 비정상적인 것이라는 점을 비롯하여 그 판시와 같은 사정에 비추어 볼 때, 원고들에 대한 이 부분 대기발령처분은 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 재량권이 남용된 경우에 해당하여 무효라는 취지로 판단하였다.



관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단 역시 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 재량권의 범위에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

## 2. 원고들의 상고이유에 대하여

### 가. 상고이유 제1점 부분

원심은, 원고들이 대기발령처분을 받은 상태에서 2007. 8.경부터 피고의 퇴직자들과 함께 피고의 경쟁업체인 주식회사 참언론의 설립에 적극적으로 가담하였고, 그 결과 원고 2는 주식회사 참언론의 대표이사 겸 경쟁매체인 '시사IN'의 발행인으로 활동하고, 원고 1은 주식회사 참언론의 주주(참언론실천시사기자단 부단장) 겸 '시사IN'의 경제전문기자로 활동하면서 경쟁매체인 '시사IN'을 발간한 행위는 경업금지의무를 위반한 것으로서 징계사유에 해당한다고 한 다음, 그 판시와 같은 사정에 비추어 볼 때 피고로서는 그로 인하여 사회통념상 원고들과의 근로관계를 계속하기 어려운 것으로 봄이 상당하므로, 원고들에 대한 해고처분은 징계재량권의 범위를 일탈하거나 남용하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 징계해고의 정당성에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

### 나. 상고이유 제2점 부분

- 1) 사용자의 근로자에 대한 해고가 무효인 경우 근로자는 근로계약관계가 유효하게 존속함에도 불구하고 사용자의 귀책사유로 인하여 근로 제공을 하지 못한 셈이 되므로 특별한 사정이 없는 한 민법 제538조 제1항에 의하여 그 기간 중에 근로를 제공하였을 경우에 받을 수 있는 반대급부인 임금의 지급을 청구할 수 있다. 다만 해고가 없었다고 하더라도 취업이 사실상 불가능한 상태가 발생한 경우라든가 사용자가 정당한 사유에 의하여 사업을 폐지한 경우에는 사용자의 귀책사유로 인하여 근로 제공을 못 한 것이 아니므로 그 기간 중에는 임금을 청구할 수 없다 (대법원 1994. 9. 13. 선고 93다50017 판결 등 참조).

한편 쟁의행위로 인한 무노동은 그 쟁의행위가 적법하게 진행되는 경우라도 이를 사용자의 귀책사유로 인한 것이라고 할 수는 없고, 다른 특별한 사정이 없는 한 사용자는 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에 대하여는 그 기간 중의 임금을 지급할 의무가 없다(노동조합 및 노동관계조정법 제44조 제1항 참조). 이를 종합하여 볼 때, 해고된 근로자가 그 후 쟁의행위에 참가하였거나 쟁의행위 중 해고가 된 경우에 그 해고가 무효라고 하더라도 만일 해당 근로자가 해고가 없었어도 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 않았을 것이 명백한 경우라면 이

역시 취업이 사실상 불가능한 상태가 발생한 경우에 준하여 해당 근로자는 그 쟁의행위 기간 중의 임금을 청구할 수 없다고 봄이 타당하다. 다만 해당 근로자에 대한 무효인 해고가 직접적 원인이 되어 쟁의행위가 발생한 경우 등 쟁의행위 기간 중 근로를 제공하지 못한 것 역시 사용자에게 귀책사유가 있다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 여전히 임금청구를 할 수 있다고 보아야 한다.

그리고 위와 같은 경우 해고가 없었다고 하더라도 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 않았을 것임이 명백한지 여부는 쟁의행위에 이른 경위 및 원인, 해고사유와의 관계, 해당 근로자의 파업에서의 지위 및 역할, 실제 이루어진 쟁의행위에 참가한 근로자의 수 및 이로 인해 중단된 조업의 정도, 해당 근로자에 대한 해고의 사유와 이전의 근무태도 등 제반 사정을 참작하여 신중하게 판단하여야 하고, 그 증명책임은 사용자에게 있다고 할 것이다. 또한 해당 근로자가 쟁의행위에 참가하였을 것임이 명백한 경우에도 쟁의행위 기간 중의 임금지급에 관한 단체협약이나 취업규칙의 규정 또는 관행의 유무, 쟁의행위에 참가한 다른 근로자에게 임금이 지급되었는지 여부 및 그 지급 범위 등에 따라 사용자에게 임금을 지급할 의무가 있는지 여부를 판단하여야 한다.

- 2) 원심은, 원고들이 파업에 가담한 기간 및 ‘시사IN’ 발간 등에 관여하여 경업금지의무를 위반한 기간 동안의 임금청구가 허용될 수 없다는 피고의 주장에 대하여, 원고들은 2007. 1. 11.부터 2007. 7. 6.까지 이루어진 파업에 적극적으로 참여하였고, 또한 원고들은 피고의 출근지시에 불응한 채 2007. 8.경부터 경쟁업체를 설립하고 경쟁매체를 발간하는 등 경업금지의무를 위반하였는데, 이러한 사정은 무기정직 및 대기발령이 없었다고 하더라도 취업이 사실상 불가능한 상태가 발생한 경우에 해당한다고 봄이 상당하므로, 원고들은 위 파업기간 및 경업금지의무 위반기간에 대한 임금청구를 할 수 없다는 이유를 들어 피고의 위 주장을 받아들였다.

- 3) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

우선 파업기간에 관하여 보건대, 앞서 본 법리에 비추어 볼 때 원심과 같이 원고들이 위 파업기간 동안 파업에 적극적으로 참여하였다는 사정만을 들어 이 사건 무기정직 및 대기발령이 없었다고 하더라도 원고들이 파업에 참가하여 근로를 제공하지 않았을 것임이 명백하다고 단정할 수는 없는 것이므로, 원심으로서 원고들이 이 사건 무기정직 및 대기발령이 없었어도 파업에 참가하여 근로를 제공하지 않았을 것임이 명백하다고 볼 충분한 사정이 있는지 여부 및 피고의 귀책사유 등 앞서 본 법리에서 실시한 제반 사정을 심리한 다음 피고에게 임금지급 의무가 있는지를 신중하게 판단하였어야 한다. 따라서 원심이 위 파업기간에 대한 원고들의 임금청구를 배척한 조치에는 관련 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않은 잘못이 있다.





다음으로 경업금지의무 위반기간에 관하여 본다. 원심판결 이유 및 기록에 의하여 보더라도 원고들이 이 사건 무기정직 및 대기발령 이후 위 기간 동안 피고에게 근로를 제공하지 못한 것은 사용자인 피고의 귀책사유로 인한 것이니, 피고가 위 징계를 이유로 원고들의 근로 제공에 대하여 계속 그 수령을 거부하고 있는 상태에서 원고들이 피고를 사직한 다른 기자들과 함께 주식회사 참언론을 설립하고 '시사IN'을 발간하는 데 관여하였다고 하더라도, 이와 같은 원고들의 행위가 위 징계 등이 없었다고 하더라도 행하여졌을 것이라고 단정할 수는 없다 할 것이다. 부당해고 등으로 정상적으로 근로를 제공하고 임금을 지급받을 수 없게 된 근로자가 그 기간 중 다른 직장에 취업을 하거나 창업을 하였다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 이는 부당해고라는 사용자의 귀책사유로 인하여 초래된 것이지, 그 취업이나 창업 등이 있었으니 해고가 없었더라도 원래의 직장에서 근무할 수 없었을 것이라고 볼 것은 아니기 때문이다. 따라서 원고들이 경업금지의무를 위반한 행위를 하였다는 사실만으로 피고에 대한 원고들의 근로 제공이 사실상 불가능하게 되었다거나 피고의 귀책사유가 소멸하였다고 단정할 수는 없다고 할 것임에도, 원심이 이와 달리 원고들의 경업금지의무 위반을 들어 곧바로 피고에 대한 근로의 제공이 사실상 불가능한 상태가 발생한 경우에 해당한다고 판단한 데에는 부당징계에 따른 소급임금 산정에 관한 법리를 오해한 잘못이 있고, 이는 판결에 영향을 미쳤다고 할 것이다.

따라서 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다고 할 것이므로, 원심판결 중 임금청구에 관한 원고들 패소 부분은 파기를 면할 수 없다.

### 3. 결 론

이에 원심판결 중 임금청구에 관한 원고들 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 피고의 상고 및 원고들의 나머지 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김창석(재판장), 양창수, 박병대(주심), 고영한

## 1.7 게시글 게시행위에 대한 징계의 정당성

☞ 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다100919 판결★

### » 요 지 «

1. 취업규칙 등 징계규정에서, 근로자에게 일정한 징계사유가 있을 때 징계의결 요구권자가 먼저 징계사유를 들어 징계위원회에 징계의결 요구를 하고 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. 또한 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있음에도 이러한 징계절차를 위반하여 징계해고하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는지와 관계없이 절차의 정의에 반하여 무효라고 보아야 한다.
2. 국민건강보험공단이 인사규정 위반을 이유로 근로자 甲을 해임처분한 사안에서, 공단의 징계의결 요구를 받은 징계위원회가 甲이 징계위원회에 음주상태로 출석하여서 한 진술과 관련하여 ‘진술 시 품위손상’을 별도의 독립한 징계사유로 삼았으나, 징계의결 요구권자는 징계위원회에 甲의 사내 전자게시판 게시글 게시행위만을 징계사유로 삼아 경징계 요구하였으므로 징계의결에는 요구되지 않은 ‘진술 시 품위손상’을 새로운 징계사유로 추가한 잘못이 있고, 징계위원회가 甲에게 ‘진술 시 품위손상’이 징계사유로 된다는 점을 징계위원회 개최 중에라도 전혀 고지하지 않았으므로 甲이 음주상태로 징계위원회에 출석하게 된 경위에 관하여 답변하였다고 하여 징계사유에 대한 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여받았다고 할 수 없으므로, 공단 인사규정에서 정한 징계절차를 위반하여 이루어진 위 해임처분은 징계사유가 인정되는지와 관계없이 무효라고 보아야 한다.
3. 사내 전자게시판에 게시된 문서에 기재되어 있는 문언에 의하여 타인의 인격, 신용, 명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고, 또 문서에 기재되어 있는 사실관계 일부가 허위이거나 표현에 다소 과장되거나 왜곡된 점이 있다고 하더라도, 문서를 배포한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지증진 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것으로서 문서 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면 이는 근로자의 정당한 활동범위에 속한다.



\* 원고, 상고인 : ○○○○

\* 피고, 피상고인 : 국민건강보험공단

\* 원심판결 : 서울고법 2010. 11. 5. 선고 2010나56168 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원으로 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 제1점에 관하여

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 84누299 판결 참조). 또한 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있음에도 이러한 징계절차를 위반하여 징계해고하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는 여부와 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하여 무효라고 보아야 한다(대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결 참조).

원심은, 이 사건 해임처분 및 징계절차의 경위, 징계절차 과정에서 원고의 진술 내용 등을 종합하여 보면, 원고가 2009. 9. 30. 징계위원회에 음주상태로 출석하여서 한 진술(이하 ‘이 사건 진술’이라 한다)은 정식징계사유로 판단된 것이라기보다는 징계양정자료의 하나로서 참작된 것으로 봄이 상당하고, 이 사건 진술이 이 사건 해임처분에 있어서 정식징계사유의 하나가 되었다고 보더라도 원고 스스로 ‘음주상태에서 징계위원회에 참석한 점에 대하여 위 위원회에서 친척장례문제 등이 있었기 때문이라고 설명하였음’을 인정하고 있으므로, 원고도 이 점에 관하여는 충분히 진술과 반박의 기회를 가졌다고 할 것이어서 징계절차에 있어서 원고의 소명권이 침해되었다고 보기도 어렵다고 판단하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 갑 제2호증(징계처분사유설명서)의 기재에 의하면 피

고로부터 징계의결 요구를 받은 징계위원회가 원고에 대한 구체적인 징계사유를 설명하면서 '품위유지의무 위반'을 이유로 한 징계사유의 하나로 '이 사건 진술 시 품위손상'을 명시하고 있으므로, 위 징계위원회는 원고에 대한 징계의결 시 '이 사건 진술 시 품위손상'을 별도의 독립한 징계사유로 삼았다고 보아야 할 것이다.

그런데 원심이 적법하게 채택하여 조사한 갑 제16호증(인사규정 시행세칙), 을 제12호증(인사규정), 을 제6호증의 2(징계처분요구), 을 제6호증의 3(징계처분요구사항)의 각 기재에 의하면 피고의 징계규정에서 징계의결 요구권자가 먼저 징계사유를 들어 징계위원회에 징계의결을 요구하고(인사규정 제76조, 인사규정 시행세칙 제41조), 징계위원회는 정해진 기간 내에 정해진 절차를 거쳐 징계의결을 하는데(인사규정 제77조), 그 절차에 있어서는 징계혐의자가 징계사유에 대하여 방어권을 충분히 행사할 수 있도록 사전통지 및 진술의 기회를 부여하고, 이익되는 사실을 증명할 수 있도록 하며(인사규정 제78조), 징계의결을 한 경우에는 징계의 원인이 된 사실과 증거의 판단, 관계 법령 및 규정 등을 명시한 징계의결서를 작성하여 징계혐의자에게 징계처분사유설명서를 통보하도록(인사규정 시행세칙 제42조, 제43조) 규정하고 있고, 징계의결 요구권자는 피고의 징계위원회에 원고의 '2009. 7. 17.자 게시글' 게시행위 및 '2009. 7. 21.자 게시글' 게시행위만을 징계사유로 삼아 경징계 요구하였음을 알 수 있는바, 앞서 본 법리에 비추어 보면, 위와 같은 규정의 취지상 피고의 징계위원회는 징계의결 요구권자로부터 징계의결 요구된 징계사유를 심리대상으로 하여 그에 대하여만 심리·판단하여야 하고, 그 밖의 징계사유를 추가하여 징계의결할 수 없는데도 징계의결 요구되지 않은 '이 사건 진술 시 품위손상'을 새로운 징계사유로 추가하여 징계의결한 잘못이 있다.

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 중에라도 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 소명 기회 부여 절차에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유는 이유 있다.



## 2. 제2점에 관하여

### 가. 2009. 7. 17.자 게시글 게시행위에 관하여

원심판결 이유 및 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면 원심은, 원고가 직원으로서 피고의 방침에 불만이 있을 경우 피고가 정한 정당한 절차에 따라 이의를 제기해야 함에도 저속한 표현을 쓰면서 근거 없이 피고의 방침을 비판하는 내용의 2009. 7. 17.자 게시글을 피고의 사내 전자게시판에 게시하였으므로 피고의 인사규정 제38조 제4항을 위반한 사실이 충분히 인정된다고 판단하였는바, 기록과 대조하여 보면 원심의 판단은 수긍이 가고, 거기에 원고 주장과 같은 품위손상행위의 성립에 관한 법리오해의 잘못이 없다. 이 부분 상고이유 주장은 이유 없다.

### 나. 2009. 7. 21.자 게시글 게시행위에 관하여

사내 전자게시판에 게시된 문서에 기재되어 있는 문언에 의하여 타인의 인격, 신용, 명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고, 또 문서에 기재되어 있는 사실관계의 일부가 허위이거나 표현에 다소 과장되거나 왜곡된 점이 있다고 하더라도, 그 문서를 배포한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지증진 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것으로서 문서의 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면 이는 근로자의 정당한 활동범위에 속한다.

원심판결 이유 및 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면 원심은, 원고가 2009. 7. 21.자 게시글을 피고 사내 전자게시판에 게시하면서 피고의 인사원칙에 따라 전보된 인력관리실장 소외인을 특정할 수 있는 표현을 하면서 소외인이 정당하지 못한 방법으로 인사상 특혜를 입었다는 취지의 글로 소외인의 명예를 훼손하고, 피고 공단의 인사정책을 왜곡하였으므로 피고 인사규정 제38조 제4항을 위반한 사실이 인정되어 징계사유에 해당한다고 판단하였다.

그러나 원심이 인정한 사실과 기록에 의하면, 위 게시글에는 소외인의 개인적인 명예를 훼손시킬 수 있는 표현들이 있으나 전체적인 글의 취지는 피고의 이사장에게 전보 인사의 원칙인 1년 근무 규정을 지켜 자의적 인사의 폐해를 방지해 달라고 건의하는 것으로 위 게시글을 게시한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지증진 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것으로 볼 수 있고, 문서의 내용도 전체적으로 보아 진실한 것으로 보인다.

그렇다면 위 게시글에 기재되어 있는 문언에 의하여 소외인의 인격, 신용, 명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고 또 문서에 기재되어 있는 사실관계의 일부가 허위이거나 표현에 다소 과장되거나 왜곡된 점이 있다고 하더라도, 위 글의 게시행위는 근로자의 정당한 활동범위에 속하여 징계사유에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다.

그럼에도 원심은 2009. 7. 21.자 게시글 게시행위가 징계사유에 해당한다고 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 근로자의 정당한 활동범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유는 이유 있다(다만 이 사건 해임처분 당시 원고의 정년이 1년 남짓 남았다고는 하나, 기록상 정확한 원고의 정년 도래시기를 알 수 없어 상고심 계속 중에 그 정년이 지났을 가능성이 있으므로, 환송 후 원심으로서는 해고무효확인청구 부분의 확인의 이익에 관하여도 살펴볼 필요가 있을 것이다).

### 3. 결 론

그러므로 원심의 징계양정에 대한 판단의 당부 등 나머지 점에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원으로 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이상훈(재판장), 전수안(주심), 양창수, 김용덕



## 2. 징계 양정

### 2.1 징계양정 판단기준

☞ 대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두46550 판결★

#### » 요 지 «

원심 인정 비위행위들은 원고가 기존 대출원리금을 연체하는 등의 사유로 대출자격을 갖추지 못한 사람들에게 대출을 실행하고 그 과정에서 신용평가서나 담보물평가서 등 대출 관련 서류를 허위로 작성하거나 결재권자에게 거짓으로 보고하며 여신위원회의 심의를 거치지 아니하는 등 참가인의 여신 관련 규정을 위반한 행위들로서, 참가인에게 손해를 가하거나 손해 발생의 위험을 초래하였으므로, 모두 고의적으로 임무를 위배한 행위라고 평가할 수 있다.

참가인의 금융 관련 업무를 사실상 총괄하는 직위에 있던 원고가 금융기관의 자산건전성을 확보하기 위한 최소한의 내부 심사 규정조차 지키지 아니하고 배임으로 평가될 수 있는 행위를 반복한 것은 금융기관인 참가인의 업무와 신용을 본질적으로 침해·훼손하고 참가인 내부의 회계질서나 규율을 극도로 문란하게 한 행위로 봄이 타당하다.

이 사건 비위행위들의 경위에 비추어 볼 때 그 손해의 발생에 원고가 기여한 부분이 상당히 크다고 보일 뿐만 아니라, 적어도 참가인에게 적지 아니한 재정적 위험을 초래할 수 있는 행위를 한 것임은 명백하다.

따라서 원고가 저지른 원심 인정 비위행위들에 관한 전체의 사유에 비추어 보면, 참가인이 실제로 입은 손해의 규모만을 들어 그 비위의 정도를 가볍게 볼 수는 없고, 금융기관의 금융 관련 업무를 사실상 총괄하는 직원으로서 참가인과의 고용관계를 계속 할 수 없을 정도에 이르렀다고 볼 여지가 충분하다.

원고에 대한 이 사건 파면이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃을 정도로 원고에게 지나치게 가혹하여 징계재량권을 남용한 위법한 해고에 해당한다고 단정하기는 어렵다.

\* 원고, 피상고인 : ○○○○

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : Z산림조합

\* 원심판결 : 서울고법 2015. 6. 11. 선고 2014누73045 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 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 2000다60890, 60906 판결, 대법원 2012.9.27. 선고 2010다99279 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 담당직무의 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 2001두10455 판결 등 참조).

한편 근로자에게 여러 가지 징계혐의 사실이 있는 경우에는, 징계사유 하나씩 또는 그 중 일부의 사유만을 가지고 판단할 것이 아니라 전체의 사유에 비추어 판단하여야 하고(대법원 2011.3.24. 선고 2010다21962 판결 등 참조), 징계사유 중 일부가 인정되지 않더라도 인정되는 다른 일부 징계사유만으로도 해당 징계처분의 타당성을 인정하기에 충분한 경우에는 그 징계처분을 유지하여도 위법하지 아니하며(대법원 1983.4.26. 선고 82누405 판결, 대법원 2004.6.25. 선고 2002다51555 판결 등 참조), 징계시효가 지난 비위행위도 징계양정에서 참작자료로 할 수 있다(대법원 1995.9.5. 선고 94다52294 판결, 대법원 1999.11.26. 선고 98두10424 판결 등 참조).

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 97누7165 판결, 대법원 2007.10.12. 선고 2007두7093 판결 등 참조).



2. 원심이 인용한 제1심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거들과 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 원고는 2005.7.15.부터 2012.7.16.까지 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)의 금융과장으로 근무하면서 참가인의 여·수신 업무 및 채권 관리 업무를 담당하였는데, 담당 업무와 관련하여 아래와 같은 비위행위(이하 '이 사건 비위행위'라 한다)를 저질렀다.

(1) (가) 원고는 자신의 중학교 동창생인 C으로부터 부동산을 담보로 제공받고 C에게 2005.11.8. 6,500만 원, 2006.2.27. 1,000만 원의 각 담보대출을 실행하면서, 개별공시지가를 기준으로 담보물을 평가하여 그 가액의 80% 금액 범위 내에서 대출하도록 정한 참가인의 여신업무방법서 규정을 위반하여 표준지 공시지가를 기준으로 평가금액을 산정하고 그 평가금액의 80%를 초과하여 대출하였다(담보평가 부적정 및 대출 가능액 초과로서, 이하 '제1 비위행위'라 한다).

(나) 원고는 C에 대한 2006.11.27. 1,000만 원, 2007.11.26. 1,000만 원의 각 신용대출을 취급하면서, 산림조합 또는 산림조합중앙회의 연체채권 등의 채무자에 대하여는 대출을 취급할 수 없고 다만 연체채권의 정상화를 위한 경우 조합장의 검토의견서를 첨부하여 예외적으로 대출 등을 할 수 있도록 정한 참가인의 여신업무방법서 규정을 위반하여, C의 기존 대출금 채무가 연체되었음에도 대출을 실행하는 한편(채무자자격 제한 위반으로서, 이하 '제2 비위행위'라 한다), 그 대출심사를 진행하면서 C의 신용평가점수를 허위로 기재한 신용평가서를 작성하고 조합장의 검토의견서를 첨부하지도 아니하였다(허위문서 작성 및 행사로서, 이하 '제3 비위행위'라 한다).

(다) 한편 원고는 4회에 걸친 위 각 대출을 실행하는 과정에서 조합장 전결한도를 초과한 대출에 대하여 여신위원회의 심의를 거치도록 정한 참가인의 여신업무방법서 규정을 위반하여 위 각 대출 모두가 조합장 전결한도를 초과함에도 여신위원회의 심의를 거치지 아니하였다(대출취급 전결기준 위반으로서, 이하 '제4 비위행위'라 한다).

(라) C의 담보부동산에 대한 참가인의 임의경매 실행 및 대손상각 처리 후에 참가인이 산정한 C의 미변제 대출원리금 등은 136,020,157원에 이른다.

(2) (가) 원고는 D의 새마을금고에 대한 대출금 채무가 연체되어 신용관리대상자로 등록되어 있음에도, 참가인의 여신업무방법서 규정을 위반하여 2008.11.15. D이 E의 참가인에 대한 1억 5,700만 원의 담보부 대출금 채무를 면책적으로 인수하는 것을 승인하고 참가인의 전산데이터상 위 대출금 채무의 채무자를 D으로 변경하는 한편, 2008.11.25. 동일인 대출한도를 초과하여 D에 대하여 3,000만 원의 대출을 추가로 실행하였다(채무자자격제한 위반 및 동일인 대출한도 초과로서, 이하 '제5 비위행위'라 한다).

(나) 그리고 조합장 전결한도를 초과하는 위 각 대출 과정에서 여신위원회를 개최하지 아니하였다(대출취급 전결기준 위반으로서, 이하 '제6 비위행위'라 한다).

(다) E의 담보부동산에 대한 참가인의 임의경매 실행 및 대손상각 처리 후에 참가인이 산정한 D의 미변제 대출원리금은 174,016,461원에 이른다.

(3) 원고는 2011.5.24.경까지 C, D 등 9명의 합계 7억 7,200만 원에 이르는 대출원리금 채무가 짧게는 216일 동안, 길게는 1,276일 동안 연체되어 있었음에도 채권 회수를 위한 아무런 조치를 취하지 아니하였다(장기연체채권관리 부적정으로서, 이하 '제9 비위행위'라 한다).

(4) 원고는 D으로부터 'F에게서 1,500만 원을 차용하려고 하니 F의 처 G에게 대출을 실행해 달라'는 부탁을 받고, 2010.7.16. G에게 1,500만 원의 대출을 실행하면서, G로부터 제공받은 담보부동산 중 일부 임야가 군사보호지역 내에 있는 지뢰매설지역임을 알면서도 담보물평가표에 위 임야 인근의 다른 토지 사진을 첨부하는 한편, '차량 출입이 가능하며, 접근성이 양호하고 이용가치가 많아 담보물에 적합함'이라고 기재하고, 참가인 조합장 H에게는 자신이 위 임야를 직접 확인하였고 환가성이 높다고 허위로 보고하였다(담보물평가에 관한 여신업무 부적정으로서, 이하 '제10 비위행위'라 한다).

나. 참가인은 산림조합중앙회의 감사 결과에 기한 조합감사위원회의 징계의결 요구에 따라 2012.10.11. 조합징계변상위원회를 개최하여, 원고의 이 사건 비위행위들 및 원심 판시 이 사건 제7, 8 비위행위가 징계사유에 해당한다는 이유로, 원고에 대하여 파면(이하 '이 사건 파면'이라 한다) 및 변상판정을 의결하였다.

다. 한편 원심은 제1 비위행위 및 제2 내지 4 비위행위 중 2006.11.27.자 대출 실행에 관련된 부분은 각 징계사유가 발생한 날부터 징계의결 요구시까지 참가인의 회원조합 징계변상예규에서 정한 5년의 징계시효가 지났고, 원심 판시 이 사건 제7, 8 비위행위는 징계사유에 해당하지 아니 한다고 인정 하였다.

결국 원심은 제2 내지 4 비위행위 중 2006.11.26.자 대출 실행에 관련된 부분과 제5, 6, 9, 10 비위행위가 정당한 징계사유에 해당한다고 판단한 다음(이하 위 비위행위들을 '원심 인정 비위행위들'이라 한다), 그와 같은 사정을 비롯한 판시와 같은 이유를 들어 이 사건 파면은 사회통념상 현정하게 타당성을 잃어 징계재량권을 일탈·남용 하였다고 봄이 타당하다고 판단하였다.

라. 그런데 참가인의 현 금융과장 I 및 참가인의 지도상무로 근무한 적이 있는 J, K는 참가인의 고소에 따른 원고에 대한 수사과정에서, 참가인의 금융 관련 업무의 실질적인 권한은 금융과장에게 집중되어 있고, 참가인이 금융상무를 별도로 두지 아니하여 금융 업무를 잘 알지 못하는 지도상무가 금융과장의 비위행위를 확인하는 것은 어렵다 는 취지로 진술하였다.



마. 그리고 참가인의 징계변상규정 제6조 [별표] 징계기준 제1호(총칙)는, 파면·해임의 기준으로 '징계사유에 해당하는 자로서 고의 또는 중대한 과실로 조합에 중대한 손해를 끼치게 하거나 질서를 심히 문란하게 한 자', '횡령, 배임, 절도 및 금품수수 등 범죄행위를 한 자' 등을 규정하고 있고, 제2호(징계양정 일반기준)는, 성실의무 위반 중 '직무태만 또는 회계질서 문란'이나 '금융 관련 범죄'에 대하여, 비위의 도가 중하고 고의가 있는 경우에는 파면의 처분을, 비위의 도가 경하고 고의가 있는 경우에는 해임의 처분을 하도록 규정하고 있다.

한편 참가인의 회원조합 징계변상예규 제21조는, 징계처분 대상자가 훈장 또는 포장을 받은 공적이나 정부표창규정에 따른 표창을 받은 공적이 있는 경우 등에는 징계를 감경할 수 있도록 하되, 금융 및 일반사업관련 불법행위에 해당하는 범죄사고의 경우에는 감경대상에서 제외하도록 규정하고 있다.

### 3. 위와 같은 사실관계를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴본다.

가. 제9 비위행위는 원심이 인정한 것과 같이 업무미숙으로 인한 착오 내지 업무태만에 기인한 것으로 볼 수 있다. 그렇지만 그 나머지 원심 인정 비위행위들은 원고가 기존 대출원리금을 연체하는 등의 사유로 대출자격을 갖추지 못한 사람들에게 대출을 실행하고 그 과정에서 신용평가서나 담보물평가서 등 대출 관련 서류를 허위로 작성하거나 결재권자에게 거짓으로 보고하며 여신위원회의 심의를 거치지 아니하는 등 참가인의 여신 관련 규정을 위반한 행위들로서, 참가인에게 손해를 가하거나 손해 발생의 위험을 초래하였으므로, 모두 고의적으로 임무를 위배한 행위라고 평가할 수 있다.

나. 위와 같은 원심 인정 비위행위들의 내용 및 성질과 아울러 조합원에 대한 여신 등 신용사업을 영위하는 참가인의 사업 목적과 성격을 고려하면, 참가인의 금융 관련 업무를 사실상 총괄하는 직위에 있던 원고가 금융기관의 자산건전성을 확보하기 위한 최소한의 내부 심사 규정조차 지키지 아니하고 배임으로 평가될 수 있는 행위를 반복한 것은 금융기관인 참가인의 업무와 신용을 본질적으로 침해·훼손하고 참가인 내부의 회계질서나 규율을 극도로 문란하게 한 행위로 봄이 타당하다.

따라서 이러한 사정을 고도의 직업적 도덕성과 청렴성이 요구되는 원고의 지위 및 담당직무의 내용에 비추어 볼 때, 비록 이 사건 파면에서 징계사유로 삼은 비위행위들 중에서 일부에 관하여 징계사유로 인정되지 아니하거나 징계시효가 지났음을 감안하더라도, 원심 인정 비위행위들만으로도 상당히 중한 징계가 불가피하다고 보아야 한다.

다. 이 사건 비위행위들에 따른 대출원리금 등의 미변제로 인하여 참가인이 입은 경제적 손해 전부를 원고의 책임으로 돌리기는 어렵다거나 이 사건 비위행위들로 인한 실질적·개별적인 손해를 산술적으로 명확히 산정할 수 없다 하더라도, 앞에서 본 이 사건

비위행위들의 경위에 비추어 볼 때 그 손해의 발생에 원고가 기여한 부분이 상당히 크다고 보일 뿐만 아니라, 적어도 참가인에게 적지 아니한 재정적 위험을 초래할 수 있는 행위를 한 것임은 명백하다.

따라서 원고가 저지른 원심 인정 비위행위들에 관한 전체의 사유에 비추어 보면, 참가인이 실제로 입은 손해의 규모만을 들어 그 비위의 정도를 가볍게 볼 수는 없고, 금융기관의 금융 관련 업무를 사실상 총괄하는 직원으로서 참가인과의 고용관계를 계속 할 수 없을 정도에 이르렀다고 볼 여지가 충분하다.

라. 이러한 사정들과 아울러 앞에서 본 참가인의 징계 관련 규정에서 정한 징계양정 기준 및 감경 대상에서 제외 되는 비위행위 등을 함께 참작하면, 원고가 산림조합에 입사하여 성실히 근무하여 오면서 유공표창을 받았다는 사정이나 이 사건 파면으로 인하여 원고가 입게 되는 경제적 불이익, 지도상무로 근무하였던 K에 대한 징계양정과 형평성 등 원심이 들고 있거나 기록에 나타난 여러 사정을 감안하더라도, 원고에 대한 이 사건 파면이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃을 정도로 원고에게 지나치게 가혹하여 징계재량권을 남용한 위법한 해고에 해당한다고 단정하기는 어렵다.

4. 그럼에도 이와 달리 원심은, 참가인이 징계재량권을 남용하였다고 보기에 부족한 판시와 같은 사정들을 들어 이 사건 파면이 징계재량권을 일탈·남용한 것이라고 판단하고 말았다.

따라서 이러한 원심의 판단에는 징계재량권의 범위와 해고의 정당성 인정 요건 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

5. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김신(재판장), 대법관 김용덕(주심), 대법관 박보영, 대법관 권순일



☞ 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두40616 판결

### » 요 지 «

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. 그리고 지방의회에서의 의원에 대한 징계에 관하여도 위와 같은 법리가 적용된다.

【참조조문】 지방공무원법 제69조, 지방자치법 제88조, 행정소송법 제27조

【참조판례】 대법원 2009. 6. 23. 선고 2006두16786 판결

\* 원고, 피상고인 : A

\* 피고, 상고인 : 파주시의회

\* 원심판결 : 서울고법 2014. 7. 18. 선고 2013누50656 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 살펴본다.

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 2006두16786 판결 등 참조). 그리고 지방의회에서의 의원에 대한 징계에 관하여도 위와 같은 법리가 적용된다.

2. 원심은, ① 이 사건 징계사유는 원고의 지방의회 의원 신분으로서의 공적인 업무 내지 지방의회 의사와 관련된 것이 아니라 지방의회라는 공간에서 개인적으로 한 발언이 발단이 된 점, ② 원고는 2013. 6. 11. 윤리특별위원회 회의에 참석하여, 원고가 고소 등 법적 대응을 하겠다는 내용으로 문자 메시지를 보낸 4명의 동료의원에게 직접 사과하였고, 당시 경찰의 통보문을 받고 흥분된 상태에서 문자를 보낸 것이라고 양해를 구하는 등 자신의 잘못을 전혀 반성하지 않거나 사건 해결을 위해 노력하지 않았다고 보기 어려운 점, ③ 지방자치법상 징계에는 제명 외에도 공개회의에서의 경고 및 사과, 30일 이내의 출석정지가 있는바, 지방의회는 그 소속 의원을 징계할 경우, 지방의회 의원의 선거기관성과 자치구역 주민의 대표자성, 의회에서의 소수자 보호의 원칙 등도 함께 고려하여 위반행위에 비하여 그 징계 정도가 지나치게 무겁지 않은 범위 내에서 징계종류를 선택해야 하고, 특히 의원의 신분을 박탈하는 가장 무거운 징계인 제명을 의결할 경우 징계절차와 그 종류의 선택이 형평과 비례의 원칙에 부합하는지를 신중히 고려하여야 하는 점 등을 근거로, 원고에 대한 피고의 제명의결처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법하고 그 하자가 취소사유에 해당한다고 보아 그 취소를 구하는 예비적 청구를 인용하였다.

원심이 든 위와 같은 사정에 더하여, ① 원고가 발언한 내용은 도의원이 불륜을 저지르는 등 부정한 행위를 하였다는 것으로서 의원의 품위유지 의무와 관련된 것임에도 이 사건 지방의회 의장 등은 그 내용의 진위에 관하여 제대로 된 조사를 실시하지 않았던 점, ② 원고의 발언 내용은 이미 지역 언론인들에게 알려져 있었고, 원고도 지역 신문 기자로부터 그 내용을 지득한 것이어서 원고로서는 그 내용이 지역 사회에 널리 퍼지기 전에 의회가 진상을 확인하고 적절한 조치를 취할 필요가 있음을 촉구하는 취지로 발언한 것으로도 보이는 점, ③ 해당 도의원이 원고를 명예훼손으로 고소한 사건에서 경찰이 원고를 기소 의견으로 송치하였으나 그 이유는 원고가 발언의 출처를 밝히지 않았기 때문이지 부정행위가 없었다는 사실이 확인된 것은 아닌 것으로 보이고, 위 도의원이 검찰 수사 중 고소를 취소하여 공소권 없음의 불기소처분으로 종결된 점 등 기록상 알 수 있는 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 징계재량권의 범위 및 한계에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김신(재판장), 민일영(주심), 박보영, 권순일



## 2.2 징계양정 참작사유의 범위

☞ 대법원 2011. 3. 24 선고 2010다21962 판결

### » 요 지 «

1. 노동위원회의 구제명령은 사용자에게 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. 해고는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 정당하다고 인정되고, 사회통념상 당해 근로자와 고용관계를 계속할 수 없을 정도에 이르렀는지 여부는 당해 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하되, 근로자에게 여러 가지 징계혐의 사실이 있는 경우에는 징계사유 하나씩 또는 그 중 일부의 사유만을 가지고 판단할 것이 아니고 전체의 사유에 비추어 판단하여야 하며, 징계처분에서 징계사유로 삼지 아니한 비위행위라도 징계종류 선택의 자료로서 피징계자의 평소 소행과 근무성적, 당해 징계처분 사유 전후에 저지른 비위행위 사실 등은 징계양정을 하면서 참작자료로 삼을 수 있다.
3. 근로자가 승진과 관련하여 직장 상사에게 부당한 언동을 하고 책상서랍을 던져 상사에게 신체적 위협을 가하였으며 동료직원과의 대화내용을 몰래 녹음하는 등 회사 내 복무질서를 문란하게 하였다는 이유로 해고를 당한 사안에서, 근로자가 비위행위에 이르게 된 동기와 경위, 비위행위의 내용, 해고 이후의 정황 등 여러 사정에 비추어 근로자의 책임 있는 사유로 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없는 상황에 이르게 되었다고 한 사례.

\* 원고, 피상고인 : ○○○

\* 피고, 상고인 : (주)엘지전자

\* 원심판결 : 서울고법 2010. 2. 5. 선고 2007나49139 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

### 1. 상고이유 제1점에 관하여

노동위원회의 구제명령은 사용자에게 대하여 구제명령에 복종하여야 할 공법상 의무를 부담시킬 뿐 직접 근로자와 사용자 간의 사법상 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니므로(대법원 1992.5.22. 선고 91다22100판결 등 참조), 설령 근로자가 부당해고 구제신청을 기각한 재심판정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다가 패소 판결을 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. 위 법리에 비추어 볼 때, 같은 취지에서 피고의 본안 전 항변을 배척한 원심의 판단은 정당하다. 상고이유에서 지적한 대법원 1992.7.28. 선고 92누2099 판결은 사안을 달리하는 것으로서 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다. 원심판결에는 상고이유에서 주장하는 바와 같은 부당해고구제 재심판정 취소소송과 해고무효 확인소송의 관계 및 소의 이익에 관한 법리오해 등의 위법이 없다. 이 부분 상고이유의 주장은 이유 없다.

### 2. 상고이유 제2점에 관하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 그 판시와 같은 이유를 들어, 이 사건 해고사유 중 원고가 ① 승진과 관련하여 직장 상사들에게 부당한 언동을 하고, ② 책상서랍을 던져 상사에게 신체적 위협을 가하였으며, ③ 동료사원과의 대화내용을 몰래 녹음함으로써 결국 복무질서를 문란하게 한 사실은 인정되나, 피고가 문제 삼은 나머지 징계사유들은 인정되지 않는다고 판단하였다. 원심의 채용 증거들을 기록에 비추어 살펴 보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 모두 정당한 것으로 수긍할 수 있다. 원심판결에는 상고이유에서 주장하는 바와 같은 확정된 판결에서 인정된 사실의 증명력에 관한 법리오해, 판례 위반 등의 위법이 없다. 이 부분 상고이유의 주장도 이유 없다.

### 3. 상고이유 제3점에 관하여

해고는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 그 정당성이 인정되고, 사회통념상 당해 근로자와 고용관계를 계속할 수 없을 정도에 이르렀는지 여부는 당해 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장의 여



건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하되, 근로자에게 여러 가지 징계혐의사실이 있는 경우에는 그 징계사유 하나씩 또는 그 중 일부의 사유만을 가지고 판단할 것이 아니고 전체의 사유에 비추어 판단하여야 하며, 징계처분에서 징계사유로 삼지 아니한 비위행위라도 징계종류 선택의 자료로서 피징계자의 평소 소행과 근무성적, 당해 징계처분사유 전후에 저지른 비위행위 사실 등은 징계양정을 하면서 참작자료로 삼을 수 있다(대법원 1996.9.20.선고 95누15742판결, 대법원 2002.5.28.선고 2001두10455판결, 대법원 2003.7.8.선고 2001두8018판결 등 참조). 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 사정들을 종합하여 볼 때, 비록 원고가 이 사건 대기발령과 해고 및 그 과정에서 이루어진 상사들과 동료 직원들의 대우에 대해 일반인에 비하여 다소 무리하고 부적절하게 대응하였고 현재 원고와 피고 사이의 신뢰관계가 상당히 손상된 것은 분명하나, 그렇다고 하여 사회통념상 피고와의 근로관계를 계속할 수 없을 정도로 원고에게 책임 있는 사유가 있었다고 인정하기에 부족하다는 이유로, 피고가 앞서 인정한 징계사유만으로 원고를 해고한 것은 그 징계양정이 과다하므로 결국 이 사건 해고는 무효라고 판단하였다. 그러나 원심이 인정한 사실관계에 의하더라도, 이 사건의 발단은 원고가 승진에서 탈락하자 사회적으로 상당한 수준의 항의를 넘어 소외 1, 소외 2등 상급자들에게 자신을 진급시켜 주지 아니할 경우 비리제보로 인한 인사상 불이익 등에 관하여 대표이사에게 투서하겠다고 압력을 행사하는 등 회사 내 복무질서를 문란하게 한 것으로부터 비롯되었다. 또한, 원고는 이 사건 대기발령 후 해고를 당하기까지 십 여개월 동안 많게는 하루녹음테이프 3개 이상의 분량으로 동료 직원이나 상사와의 대화내용을 몰래 녹음해 왔는데 이러한 행위는 사생활의 비밀과 자유를 침해하고 직원 상호간에 불신을 야기하여 직장 내 화합을 해치는 것으로서, 비록 원고가 대기발령 후 회사 내에서 부당한 대우를 받아 왔고 그에 관한 증거를 확보하려 했다는 동기를 참작한다 하더라도, 그 비위행위의 내용, 비위행위를 저지른 기간과 횟수 등에 비추어 보면, 회사 내 부당한 대우에 대한 항의를 넘어 스스로 회사 및 동료직원들과의 신뢰관계를 파괴하는 것이었다고 봄이 상당하다. 원심은, 원고가 책상서랍을 던져 상사인 소외 2에게 신체적 위협을 가한 행위에 관하여 그로 인한 피해가 적었고, 원고도 비교적 가벼운 형사처벌을 받았을 뿐이라고 판단하였으나, 그 행위 태양이나 경위를 살펴보면, 이는 사무실 내에서 분실한 디스켓을 찾으려고 시도해보지도 않은 채 바로 도난신고를 하여 경찰관들을 회사로 출동시키고 소외 2를 절도범으로 지목하여 소란을 피우다 책상서랍을 들어 소외 2를 향해 집어던질 듯 한 태도를 취하며 위협하다가 이를 바닥에 던지는 등 위력으로 상사의 업무를 방해한 것으로서 결코 가벼이 볼 수 없다. 나아가 원심이 인정한 사실관계에 의하면, 원고는 이 사건 해고 이후에도 대표이사와 소외 2등 15명의 상사와 동료직원들을 폭행이나 무고, 위증 등의 혐의로 고소하였으며, 집회금지가처분결정을 통지받았음에도 불구하고 2000년 7월에 열렸던 피고의 임시 주주총회 회의장에 피켓을 들고 나타나 주주총회의 개최를 방해하였고, 그 과정에서 이를 저지하는 질서유지인들에게 폭행을 가하여 각 전치 2주의 상해를 입히기도 하였으며, 원고가 개설한 인터넷

사이트에 피고를 비방하는 내용의 글들이 게시되어 있음을 알 수 있다. 앞서 본 법리에 비추어, 위와 같은 원고가 비위행위에 이르게 된 동기와 경위, 비위행위의 내용, 비위행위를 저지른 기간과 횟수, 그로 인하여 회사의 복무질서가 문란해진 정도, 해고 이후의 정황 등 여러 사정들을 종합하여 보면, 원고의 책임 있는 사유로 말미암아 원고와 피고는 사회 통념상 더 이상 고용관계를 계속할 수 없는 상황에 이르게 되었다고 봄이 상당하다. 그럼에도 불구하고 원심은 이 사건 해고가 징계재량권의 범위를 일탈하여 정당한 이유 없이 이루어진 것으로서 무효라고 판단하였으니, 원심판결에는 해고의 징계양정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 이 부분 상고이유의 주장은 이유 있다.

#### 4. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하기로 하기 위해 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 양창수(재판장), 김지형(주심), 전수안, 이상훈



### 3. 징계 절차

#### 3.1 징계위원회 개최일시와 장소 통보의무 규정 위반

☞ 대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결★

#### » 요 지 «

1. 단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 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 정의에 반하는 처사로서 무효라고 보아야 한다.
2. 징계규정에 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있다면 그 통보의 시기와 방법에 관하여 특별히 규정한 바가 없다고 하여도 변명과 소명자료를 준비할 만한 상당한 기간을 두고 개최일시와 장소를 통보하여야 하며, 이러한 시간적 여유를 주지 않고 촉박하게 이루어진 통보는 징계규정이 규정한 사전통보의 취지를 몰각한 것으로서 부적법하다고 보아야 할 것인바, 징계위원회의 개최일시 및 장소를 징계위원회가 개최되기 불과 30분 전에 통보하였다면 이러한 촉박한 통보는 징계대상자로 하여금 사실상 변명과 소명자료를 준비할 수 없게 만드는 것이어서 적법한 통보라고 볼 수 없다.
3. 징계대상자가 위 "나"항의 징계위원회에 출석하여 진술을 하였다고 하여도 스스로 징계에 순응하는 경우가 아닌 한 그 징계위원회의 의결에 터잡은 징계해고는 징계절차에 위배한 부적법한 징계권의 행사임에 틀림없다.

【참조조문】 근로기준법 제27조 제1항

【참조판례】 가. 대법원 1982.10.26. 선고, 82다카298 판결(공1983,57), 1986.7.8. 선고, 85다375,85다카1591 판결(공1986,996) 나. 다. 대법원 1991.2.8. 선고, 90다15884 판결(공1991,960)

\* 원고, 상고인 : 원고 1 외 6인

\* 피고, 피상고인 : A 주식회사

\* 원심판결 : 부산고법 1990.9.7. 선고 89나7627 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고 사건을 부산고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

원고들 소송대리인들의 상고이유를 본다.

1. 원심판결 이유에 의하면 원심은 그 거시증거를 종합하여 피고 회사의 단체협약(1987.6.20.부터 1년동안 시행) 제23조에 노동조합장은 조합원의 징계시 징계위원이 되도록 되어 있고 피고 회사 노동조합의 규약 제31조에는 위원장 유고시 부위원장이 위원장을 대리하도록 되어 있으며, 또 피고 회사의 취업규칙 제76조에는 사원에 대한 징계결정은 징계위원회의 의결에 따라 사장이 정하도록 되어 있고, 징계규정 제17조 및 제20조에는 징계위원장은 징계위원회의 개최일시와 장소를 징계대상자에게 통보하여야 하고 징계대상자는 징계사유에 대하여 징계위원회에서 진술하여야 하며 징계대상자가 진술을 거부하였을 때는 징계처분결과에 이의가 없는 것으로 보고 또 징계대상자가 징계위원회에서 진술할 수 없는 부득이한 사유가 있을 때에는 징계대상자가 지정한 대리인이 대리 진술하게 할 수 있도록 되어 있는 사실, 피고 회사는 원고들을 각 해고한 그 날짜에 각 징계위원회를 개최하여 징계위원 7명 중 6인이 출석하여 원고들의 원심판시와 같은 각 비위사실이 피고 회사 징계규정에 규정된징계사유에 해당하는 것으로 인정하여 원고들을 각 징계해고하기로 의결하였고 이에 따라 피고 회사 대표이사가 같은 날자로 원고들을 각 징계해고한 사실, 그런데 원고들은 위 각 징계위원회 개최당시 그 개최 30분 전에야 비로소 징계위원회의 개최일시 및 장소를 통보받아서 모두 징계위원회에 출석하여 간사로부터 각 징계혐의사실에 대한 설명을 들었으나, 원고 2, 3, 4는 그 직후 진술을 거부하고 일방적으로 퇴장하였고 원고 1, 5, 6, 7은 자리에 남아 징계사유에 대하여 진술을 하거나 변명을 하였던 사실, 한편 원고 1, 2에 대한 징계위원회 개최당시에는 피고 회사 노동조합집행부를 이루고 있는 위원장 소외 1, 부위원장 소외 2, 사무장 원고 2 등이 모두 사직당국에 구속되어 있어 수습대책위원회의 1인인 소외 진순찬이 피고 회사 노동조합의 업무를 사실상 집행하고 있었으므로 피고 회사는 위 진순찬에게 노동조합측 징계위원으로 참석할 것을 통보하였으나 그의 참석거부로 노동조합측 징계위원의 출석없이 원고 1, 2에 대한 징계위원회의가 개최되었고, 나머지 원고들의 경우에는 같은 해 11.12.자로 피고 회사 노동조합 대의원대회에서 부위원장으로 선출된 소외 안동락이 위원장 권한대행의 자격을 가지고 노동조합측 징계위원으로 출석하여 징계위원회의가 개최되었던 사실을 인정한 다음, 위 인정사실에 의하면 위 각 징계위원회는 징계대상자인 원고들에게 충분한 시간적 여유없이 그 개최일시 및 장소가 통보되었고 특히 원고 1, 2의 경우에는 노동조합위원장 및 그 직무대행자까지 구금되어 있던 관계로 노동조합측 징계위원의 출석없이 개최된 절차상의 흠이 있다고 하겠으나, 위 취업규칙과 징계규정에서 노동조합측 징계위원의 지위, 징계위원회의 개최일시와 장소를 통보하는 시기 및 방법 등에 관하여 명시한바 없고 더욱이 원고들이 직접 위 각 징계위원회에 출석하여 진술과 변명을 하였거나 또는 그러할 기회가 주어졌던 이상, 위와 같은 절차상의 흠으로 인하여 위 취업규칙과 징계규정에서 요구하는 절차적 정의가 본질적으로 침해된 것은 아니므로 원고들에 대한 위 각 징계해고처분이 그 절차적 유효요건이 흠결된 것으로 보기는 어렵다고 판단하였다.

2. 그러나 첫째로, 원심인정과 같이 피고 회사의 단체협약에 의하여 노동조합의 위원장이 조합원의 징계시 징계위원이 되도록 되어 있다면 징계위원회를 개최함에 있어서는 노동조합의 위원장에게 그 개최사실을 통보하여 참석의 기회를 부여하여야 할 것인 바, 원심은 위원장, 부위원장, 사무장 등이 모두 구속 중이어서 수습대책위원회의 1인으로서 사실상 노동조합업무를 집행하던 진순찬에게 노동조합측 징계위원으로 참석할 것을 통보하였다고 실시하고 있으나, 위 진순찬이 단체협약상 징계위원이 되도록 규정된 위원장을 대리할 지위에 있는 자인지의 여부가 기록상 분명하지 않을 뿐 아니라, 노동조합측에서 위원장을 대리하여 징계위원회에 출석할 수 있는 자를 선정할 만한 시간적 여유를 두고 통보를 하였는지 조차도 분명하지 않다.

둘째로, 원심인정과 같이 피고 회사의 징계규정에 징계위원회의 개최일시와 장소를 징계대상자에게 통보하고 징계대상자는 징계사유에 대하여 징계위원회에서 진술하도록 규정되어 있다면(을 제1호증 기재에 의하면 취업규칙 제74조에서도 회사는 본인에게 징계사유에 대한 소명의 기회를 주어야 한다고 규정하고 있다), 이는 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 수 있는 기회를 부여한 것이므로 그 통보의 시기와 방법에 관하여 특별히 규정한 바가 없다고 하여도 변명과 소명자료를 준비할 만한 상당한 기간을 두고 개최일시와 장소를 통보하여야 하며, 이러한 변명과 소명자료를 준비할 만한 시간적 여유를 주지 않고 촉박하게 이루어진 통보는 실질적으로 변명과 소명자료제출의 기회를 박탈하는 것과 다를 바 없어 위 취업규칙이나 징계규정이 규정한 사전통보의 취지를 몰각한 것으로서 부적법하다고 보아야 할 것이다.

위 원심판시 사실에 의하면 이 사건 징계위원회의 개최일시 및 장소가 원고들에게 통보된 것은 징계위원회가 개최되기 불과 30분전이었다는 것이므로 이러한 촉박한 통보는 징계대상자로 하여금 사실상 변명과 소명자료를 준비할 수 없게 만드는 것이어서 적법한 통보라고 볼 수 없으며, 설사 원고들 중 일부가 징계위원회에 출석하여 진술을 하였다고 하여도 스스로 징계에 순응하는 경우가 아닌 한 그 징계위원회의 의결에 터잡은 징계해고는 징계절차에 위배한 부적법한 징계권의 행사임에 틀림없다.

그런데 단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계절차를 규정한 것은 징계권의 공정한 행사를 확보하고 징계제도의 합리적인 운영을 도모하기 위한 것으로서 중요한 의미를 갖는 것인 바, 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 정의에 반하는 처사로서 무효라고 보아야 할 것이다.

3. 결국 원심판결에는 징계절차의 위배여부와 그 효력에 관하여 심리미진과 법리오해로 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이므로 이 점에 관한 논지는 이유 있다.

그러므로 원심판결을 파기환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 배만운(재판장), 이회창, 이재성, 김석수

☞ 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다100919 판결★<sup>1)</sup>

## » 요 지 «

1. 취업규칙 등 징계규정에서, 근로자에게 일정한 징계사유가 있을 때 징계의결 요구권자가 먼저 징계사유를 들어 징계위원회에 징계의결 요구를 하고 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. 또한 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있음에도 이러한 징계절차를 위반하여 징계해고하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는지와 관계없이 절차의 정의에 반하여 무효라고 보아야 한다.
2. 국민건강보험공단이 인사규정 위반을 이유로 근로자 갑을 해임처분한 사안에서, 공단의 징계의결 요구를 받은 징계위원회가 갑이 징계위원회에 음주상태로 출석하여서 한 진술과 관련하여 ‘진술 시 품위손상’을 별도의 독립한 징계사유로 삼았으나, 징계의결 요구권자는 징계위원회에 갑의 사내 전자게시판 게시글 게시행위만을 징계사유로 삼아 경징계 요구하였으므로 징계의결에는 요구되지 않은 ‘진술 시 품위손상’을 새로운 징계사유로 추가한 잘못이 있고, 징계위원회가 갑에게 ‘진술 시 품위손상’이 징계사유로 된다는 점을 징계위원회 개최 중에라도 전혀 고지하지 않았으므로 갑이 음주상태로 징계위원회에 출석하게 된 경위에 관하여 답변하였다고 하여 징계사유에 대한 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여받았다고 할 수 없으므로, 공단 인사규정에서 정한 징계절차를 위반하여 이루어진 위 해임처분은 징계사유가 인정되는지와 관계없이 무효라는 이유로, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다.
3. 사내 전자게시판에 게시된 문서에 기재되어 있는 문언에 의하여 타인의 인격, 신용, 명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고, 또 문서에 기재되어 있는 사실관계 일부가 허위이거나 표현에 다소 과장되거나 왜곡된 점이 있다고 하더라도, 문서를 배포한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지증진 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것으로서 문서 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면 이는 근로자의 정당한 활동범위에 속한다.

1) 본 판결의 원문은 `주제별 노동판례 330선` 제2부 제6장 징계 608쪽에 기재되어 있음

### 3.2 해고 사유와 절차에 관한 단체협약 규정의 규범적 효력

☞ 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다70336 판결

#### » 요 지 «

1. 이 사건 (구)단체협약 중 “쟁의기간 중에는 조합원에 대하여 어떠한 사유에 의해서도 징계, 부서이동 등 제반 인사조치를 할 수 없다”라는 규정은 쟁의기간 중에 쟁의행위에 참가한 조합원에 대한 징계 등 인사조치 등에 의하여 노동조합의 활동이 위축되는 것을 방지함으로써 노동조합의 단체행동권을 실질적으로 보장하기 위한 것이라 할 것이므로, 쟁의행위가 그 목적에 있어 정당하고, 절차적으로 노동조합 및 노동관계조정법의 제반 규정을 준수함으로써 정당하게 개시된 경우라면, 비록 그 쟁의 과정에서 징계사유가 발생하였다고 하더라도 쟁의가 계속되고 있는 한 그러한 사유를 들어 쟁의기간 중에 징계위원회의 개최 등 조합원에 대한 징계절차의 진행을 포함한 일체의 징계 등 인사조치를 할 수 없음을 선언한 것으로, 피고가 정당하게 개시된 전면파업 또는 부분파업 기간 중에 징계위원회를 개최하여 위 파업에 참여한 원고들에 대하여 파업기간 중의 행위를 이유로 파면을 결의한 것은 (구)단체협약에 위반한 것으로서 징계절차상 중대한 하자가 있으므로 이에 따른 징계해고는 무효이고, 이는 위 결의에 따른 징계처분의 효력발생시기를 쟁의기간 이후로 정하였다고 하여도 마찬가지이다.
2. 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 되고, 단체협약 중 해고사유 및 해고의 절차에 관한 부분에 대하여도 이와 같은 법리가 그대로 적용되는 것인바, 위와 같은 법리에 비추어 볼 때, 위 (구)단체협약의 내용은 개별적인 노동조건에 관한 부분이므로 (구)단체협약이 단체협약 해지통보 및 소정 기간의 경과로 실효되었다고 하더라도 (신)단체협약이 체결되기까지는 여전히 원고들과 피고 사이의 근로계약의 내용으로서 유효하게 존속한다.

\* 원고, 피상고인 : 1. 이○○, 2. 최○○, 3. 류○○, 4. 이○○

\* 피고, 상고인 : 학교법인 H

\* 원심판결 : 서울고법 2008.8.22 선고 2007나116763 판결

#### » 주 문 «

1. 상고를 모두 기각한다.



## 2. 상고비용은 피고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

1. 원심은, 피고가 전국대학노동조합 T대학교지부(이하 'T지부'라고 한다)와 사이에 체결한 2004년도 단체협약(이하 '구 단체협약'이라고 한다) 중 제111조의 "쟁의기간 중에는 조합원에 대하여 어떠한 사유에 의해서도 징계, 부서이동 등 제반 인사조치를 할 수 없다"라는 규정은 쟁의기간 중에 쟁의행위에 참가한 조합원에 대한 징계 등 인사조치 등에 의하여 노동조합의 활동이 위축되는 것을 방지함으로써 노동조합의 단체행동권을 실질적으로 보장하기 위한 것이라 할 것이므로, 쟁의행위가 그 목적에 있어 정당하고, 절차적으로 노동조합 및 노동관계조정법의 제반 규정을 준수함으로써 정당하게 개시된 경우라면, 비록 그 쟁의 과정에서 징계 사유가 발생하였다고 하더라도 쟁의가 계속되고 있는 한 그러한 사유를 들어 쟁의기간 중에 징계위원회의 개최 등 조합원에 대한 징계절차의 진행을 포함한 일체의 징계 등 인사조치를 할 수 없음을 선언한 것이라고 본 다음, 피고가 정당하게 개시된 T지부의 전면파업 또는 부분파업 기간 중인 2006.10.10과 2006.12.7 각 징계위원회를 개최하여 위 파업에 참여한 원고들에 대하여 파업기간 중의 행위를 이유로 파면을 결의한 것은 구 단체협약 제111조에 위반한 것으로서 징계절차상 중대한 하자가 있으므로 이에 따른 징계해고는 무효이고, 이는 위 결의에 따른 징계처분의 효력발생시기를 쟁의기간 이후로 정하였다고 하여도 마찬가지라고 판단하고 있다.

원심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍이 되고, 거기에 채증법칙을 위배하거나 단체협약의 해석에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 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 되고, 단체협약 중 해고사유 및 해고의 절차에 관한 부분에 대하여도 이와 같은 법리가 그대로 적용되는 것인바(대법원 2000.6.9 선고 98다13747 판결, 대법원 2007.12.27 선고 2007다51758 판결 등 참조), 위와 같은 법리에 비추어 볼 때, 구 단체협약 제111조는 개별적인 노동조건에 관한 부분이므로 구 단체협약이 ○○○○○대학교 측의 단체협약 해지통보 및 소정 기간의 경과로 실효되었다고 하더라도 2007년도 단체협약(이하 '신 단체협약'이라고 한다)이 체결되기까지는 여전히 원고들과 피고 사이의 근로계약의 내용으로서 유효하게 존속하였다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 단체협약의 실효와 관련된 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.



3. 원심은, 비록 T지부가 원고들에 대한 징계위원회 개최시 지부장이 추천하기로 되어 있는 징계위원회 선정을 거부하고, 노동조합 측의 징계위원들이 그 징계위원회에 참석하지도 아니하였으나, 이는 앞서 본 바와 같이 쟁의기간 중에 원고들을 징계하기 위한 징계위원회를 개최하는 것이 구 단체협약 제111조에 위반된다는 정당한 주장을 하면서 이루어진 것이므로, T지부 측이 징계위원회 의결 당시 징계에 반대하면서 징계위원을 선정하여 징계위원회에 참가하지 않았다는 사정만으로는 피고가 징계에 있어서 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 T지부 측이 징계위원회 구성권한을 남용하였거나 포기한 것으로는 보기 어렵다고 판단하고 있는바, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 징계위원회 구성권한이나 동의권의 남용·포기에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.
4. 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 재심절차에서 징계해고가 확정되었으므로, 위 징계재심위원회의 의결만으로는 당초 징계위원회의 하자가 치유되었다고 볼 수 없다고 판단하고 있다.

그러나 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 치유된다고 할 것인데(대법원 1993.10.26 선고 93다29358 판결, 대법원 2005.11.25 선고 2003두8210 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 위원 5인만으로 구성하여 진행된 상태에서 이루어졌기는 하나, 2007.1.1부터 효력이 발생한 신 단체협약에 의하면 징계재심위원회는 총장이 임명하는 대학 측 5인과 노동조합 측 4인의 위원으로 구성하며 재적위원 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.

하지만 원심은, 피고와 T지부 사이에 2007.1.22 체결된 단체협약 중 부속서 형식의 기타 합의사항에 학교는 파업사태와 관련하여 추가로 징계하지 않는다는 취지의 면책합

의가 포함되어 있는 사실을 인정한 다음, 만일 징계재심위원회에서의 징계해고 확정을 원고들에 대한 새로운 징계로 본다 하더라도 이는 신 단체협약상의 면책합의에 반하는 것으로서 무효라고 판단하고 있는바, 그 취지는, 표현에 있어 다소 미흡한 점이 없지 아니하나, 결국 위 면책합의 이후 원고들에 대하여는 파업사태와 관련하여 더 이상 징계할 수 없고 이는 징계재심사위원회의 재심결의 형식으로 이루어진 경우라 하더라도 마찬가지이므로 이에 반하여 이루어진 원고들에 대한 징계재심위원회의 재심결의는 무효라는 취지임이 명백한데, 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거에 의하여 알 수 있는 신 단체협약에 이르게 된 과정, 위 면책합의의 문언 및 기타 각 합의 사항의 내용, 신 단체협약 체결 이후의 경과 등에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍이 되고, 거기에 채증법칙을 위배하거나 면책합의의 효력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 결과적으로 원심의 앞서 본 잘못된 판결 결과에 영향을 미치지 아니한다 할 것이다.

5. 따라서 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박일환(재판장), 양승태(주심), 박시환, 김능환



### 3.3 통상해고, 당연퇴직처분에 대한 징계절차 적용 여부

☞ 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두18423 판결

#### » 요 지 «

1. 이 사건 단체협약에서는 당연퇴직 사유와 해고 사유를 구분하고, '금고 이상의 형의 확정'은 해고 사유로 규정하고 있는 점, 단체협약에서는 '금고 이상의 형의 확정'과 '공민권의 정지 또는 박탈'을 함께 규정하고 있는데, '공민권의 정지 또는 박탈'은 실행 판결에 의해서만 발생하는 것이 아닌 점, 또한 위 규정에서는 '금고 이상의 형의 확정'에 '도로교통법 위반으로 인한 경우'를 예외 사유로 두어 범죄의 내용도 고려하고 있는데, 이는 단순히 근로 제공 의무의 장기간 불이행만을 해고 사유로 정한 것이 아님을 뒷받침하는 점 등과 아울러 이 사건 단체협약상 해고 사유로 규정된 다른 사유들과 당연퇴직 사유로 규정된 사유들을 종합적으로 비교·검토하여 보면, 위 단체협약에서 규정하고 있는 '금고 이상의 형'이 반드시 실행만을 의미한다고 볼 수 없다.
2. 해고의 절차는 경영상의 이유에 의한 해고의 경우와 같이 특별한 법 규정 등이 없는 한 단체협약이나 취업규칙 등에 정한 바에 따라야 한다. 따라서 단체협약이나 취업규칙 등에 일정한 사유(이하 '전자의 사유'라 한다)를 이유로 하여 해고처분 등을 할 때에는 반드시 일정한 절차를 거치도록 규정하는 한편, 그와 달리 일정한 사유(이하 '후자의 사유'라 한다)에 대하여는 아무런 절차 없이 해고처분 등을 할 수 있도록 규정하고 있다면, 이러한 경우 위 전·후자 각각의 사유 중 어느 것이 동일한 사유로서 중복되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 사용자가 후자의 사유를 이유로 하여 해고처분 등을 할 때에는 전자의 사유를 이유로 하여 해고처분 등을 하는 경우와는 달리 어떠한 절차도 거치지 않고 할 수 있다.

\* 원고, 상고인 : 이○○

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : ○○주식회사 대표이사 이○○

\* 원심판결 : 서울고법 2006. 10. 20. 선고, 2006누3065 판결

【참조조문】 [1] 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 제1항( 현행 제23조 제1항 참조)

[2] 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 제1항( 현행 제23조 제1항 참조)

【참조판례】 [1] 대법원 1997. 9. 26. 선고 97누1600 판결(공1997하, 3307)

[2] 대법원 2000. 6. 23. 선고 99두4235 판결(공2000하, 1772)

## » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 해고사유의 부당성에 대하여

단체협약 등에서 해고사유로 ‘금고 이상의 형이 확정되었을 때’라는 규정을 두고 있는 취지는 통상 그러한 유죄판결로 인하여 ① 근로자의 기본적인 의무인 근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가 장기화되어 근로계약의 목적을 달성할 수 없게 되었기 때문일 뿐 아니라, ② 기업 내의 다른 종업원과의 신뢰관계나 인간관계가 손상되어 직장질서의 유지를 저해하거나, ③ 당해 근로자의 지위나 범죄행위의 내용 여하에 따라서는 회사의 명예와 신용을 심히 훼손하거나 거래관계에까지 악영향을 미치게 되고, 또 ④ 사용자와 근로자 간의 신뢰관계가 상실됨으로써 근로관계의 유지가 기대될 수 없기 때문이라고 할 것이므로, 여기서의 ‘금고 이상의 형’이 반드시 실형만을 의미한다고 단정하여서는 안 되며( 대법원 1997. 9. 26. 선고 97누1600 판결 등 참조), 그 의미는 규정의 취지나 다른 면직사유의 내용 등에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다.

이러한 법리를 바탕으로 원심이 확정된 사실 관계를 살펴보면, 이 사건 단체협약에서는 당연퇴직사유와 해고사유를 구분하고, 당연퇴직사유에는 근로자가 명시적 또는 묵시적으로 근로제공의사가 없음을 표시한 경우(사직원의 제출, 복직원 미제출, 직업군인이 된 경우 등), 그 성질상 근로자가 근로제공을 할 수 없는 경우(근로자의 사망, 신체상 또는 정신상 장애), 예정된 근로기간이 만료된 경우(정년, 근로계약의 만료) 등을 규정하는 한편, 해고사유로는 ① 징계해고가 결정되었을 때, ② 금고 이상의 형이 확정되거나 법률에 의하여 공민권이 정지 또는 박탈되었을 때(단, 도로교통법 위반으로 인한 사유인 경우에는 예외), ③ 금치산, 한정치산, 파산선고를 받았을 때, ④ 기타 관계 법령에 의거 허가를 득하였을 때를 규정하고 있음을 알아볼 수 있는바, 위와 같이 이 사건 단체협약에서는 당연퇴직사유와 해고사유를 구분하고, ‘금고 이상의 형의 확정’은 해고사유로 규정하고 있는 점, 위 단체협약에서는 ‘금고 이상의 형의 확정’과 ‘공민권의 정지 또는 박탈’을 함께 규정하고 있는데, ‘공민권의 정지 또는 박탈’은 실형판결에 의해서만 발생하는 것이 아닌 점, 또한 위 규정에서는 ‘금고 이상의 형의 확정’에 ‘도로교통법 위반으로 인한 경우’를 예외사유로 두어 범죄의 내용도 고려하고 있는데, 이는 단순히 근로제공의무의 장기간 불이행만을 해고사유로 정한 것이 아님을 뒷받침하는 점 등과 아울러 이 사건 단체협약상 해고사유로 규정된 다른 사유들과 당연퇴직사유로 규정된 사유들을 종합적으로 비교·검토하여 보면, 위 단체협약에서 규정하고 있는 ‘금고 이상의 형’이 반드시 실형만을 의미한다고 볼 수 없다.



원심이 같은 취지에서, 원고가 징역 8월에 집행유예 2년의 확정판결을 받은 것이 이 사건 단체협약에서 정한 ‘금고 이상의 형이 확정되었을 때’에 해당한다고 판단한 것은 정당하다.

원심판결에는 상고이유 주장과 같은 단체협약 해석에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

## 2. 해고절차의 부당성에 대하여

해고의 절차는 경영상의 이유에 의한 해고의 경우와 같이 특별한 법규정 등이 없는 한 단체협약이나 취업규칙 등에 정한 바에 따라야 한다. 따라서 단체협약이나 취업규칙 등에 일정한 사유(이하 ‘전자의 사유’라 한다)를 이유로 하여 해고처분 등을 할 때에는 반드시 일정한 절차를 거치도록 규정하는 한편, 그와 달리 일정한 사유(이하 ‘후자의 사유’라 한다)에 대하여는 아무런 절차 없이 해고처분 등을 할 수 있도록 규정하고 있다면, 이러한 경우 위 전·후자 각각의 사유 중 어느 것이 동일한 사유로서 중복되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 사용자가 후자의 사유를 이유로 하여 해고처분 등을 할 때에는 전자의 사유를 이유로 하여 해고처분 등을 하는 경우와는 달리 어떠한 절차도 거치지 않고 할 수 있다(대법원 2000. 6. 23. 선고 99두4235 판결 등 참조).

원심은 제1심 판결을 인용하여, 이 사건 단체협약 및 취업규칙에서 앞서 본 것처럼 해고사유로 ‘징계해고가 결정되었을 때’와 ‘금고 이상의 형이 확정되었을 때’ 등을 따로 규정하면서 징계해고가 아닌 해고에 대해서는 아무런 절차규정도 두고 있지 아니하고, 또 ‘금고 이상의 형의 확정’이 동시에 징계사유로도 규정되어 있지는 않은 사실 등을 인정한다음, 보조참가인이 ‘금고 이상의 형의 확정’을 이유로 원고를 해고하면서 단체협약상의 징계절차를 거치지 않았다 하더라도 해고절차상의 위법이 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

원심판결에는 상고이유 주장과 같은 해고절차에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

## 3. 해고제한 위반의 점에 대하여

원심판결 이유와 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은, 이 사건 단체협약에서 조합원이 업무상 질병 또는 부상으로 요양 중에 있는 경우 해고하지 못하도록 규정하고 있기는 하나, 한편으로 원고는 2004. 2. 19. 양 어깨와 뒷목 통증을 이유로 사내 의무실의 의사와 상담한 후 2004. 2. 23., 2004. 5. 4. 및 2004. 5. 10. 등 모두 4차례 정도 사내 의무실 내에 있는 물리치료실을 이용하였고, 의사의 진단 필요 없이 수시로 자유롭게 이용할 수 있는 사내 의무실 내 수치료실도 2004. 3. 5.부터 2004. 5. 3.까지만 이용한 사실, 원고는 같은 해 6. 22. 이 사건 유죄확정판결을 이유로 보조참가인으로부터 해고되자, 같은 달 24. 비로소 조선대학교 부속병원에서 좌 견관절 회전근 개 파열로 수술적 치료가 필요하다는 진단 등을 받고 이를 근거로 같은 달 26. 근로복지공단 목포지사에 요양신청을 하여 위 목포지사로부터 요양기간을 2004. 6. 24.부터 2004. 9. 30.까지로 하는 요양승

인을 받은 사실 등을 인정한 다음, 이러한 사실관계에 비추어 볼 때 이 사건 해고 당시 원고는 위 단체협약상의 해고금지기간인 '업무상 재해 또는 부상으로 요양 중'에 있었다고 볼 수 없다고 판단하여, 이 사건 해고 당시 원고가 요양 중에 있어 이 사건 해고가 위법하다는 원고의 주장을 배척하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 간다.

원심판결에는 상고이유 주장과 같은 단체협약상 해고금지기간의 해석·적용에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

#### 4. 해고양정의 부당성에 대하여

원심판결 이유와 원심이 인용한 제1심 판결 이유에 의하면, 원심은, 원고가 노조 간부로 활동하면서 보조참가인의 보건진단명령 이행업무를 방해한 행위로 벌금 30만 원을 선고 받아 보조참가인으로부터 강급 2호봉 3월의 징계를, 사장실의 점거행위로 정직 1월의 징계 등을 받은 전력이 있는 상태에서, 소속 근로자들의 산재요양승인신청에 대한 승인을 촉구한다는 명목으로 근로복지공단 목포지사에 무단으로 침입하였고 또 진단의사가 근무하는 목포기독병원 앞에서 고성으로 노동가요를 부르는 등으로 진단의사 등의 업무를 방해하였다는 범죄사실로 징역 8월에 집행유예 2년의 이 사건 확정판결을 받은 점에 비추어 볼 때, 원고의 이와 같은 행위는 사용자인 보조참가인과의 관계에서 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 책임 있는 사유에 해당한다고 판단하고, 이를 이유로 한 보조참가인의 원고에 대한 해고가 지나치게 가혹한 것으로 위법하다는 원고의 주장을 배척하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당하다.

원심판결에는 상고이유 주장과 같은 해고양정에 관한 법리를 그르친 위법이 없다.

#### 5. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 차한성(재판장), 고현철, 김지형(주심), 전수안



☞ 대법원 1994. 10. 25. 선고 94다25889 판결

### » 요 지 «

1. 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 것이나, 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 관계 규정의 취지가 회피됨으로써 근로자의 지위에 불안정이 초래될 수 있기 때문이다.
2. 단체협약 등에서 징계에 특별한 절차를 요하는 것으로 규정되어 있는 경우, 그러한 절차는 실제적 징계사유의 존부, 부당노동행위예의 해당 여부를 불문하고 사용자가 하는 징계처분의 유효요건이다.
3. 사용자의 근로자에 대한 해고가 무효인 경우 근로자는 근로계약관계가 유효하게 존속함에도 불구하고 사용자의 귀책사유로 인하여 근로제공을 하지 못한 셈이므로 민법 제538조 제1항에 의하여 그 기간 중에 근로를 제공하였을 경우에 받을 수 있는 반대급부인 임금의 지급을 청구할 수 있다고 할 것이지만, 해고가 없었다고 하더라도 취업이 사실상 불가능한 상태가 발생한 경우라든가 사용자가 정당한 사유에 의하여 사업을 폐지한 경우에는 사용자의 귀책사유로 인하여 근로제공을 하지 못한 것이 아니므로, 그 기간 중에는 임금을 청구할 수 없다.

\* 원심판결 : 부산고법 1994.04.21 선고 93나10156 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 각자의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

#### 1. 피고소송대리인의 상고이유를 본다.

가. 제1점에 대하여

- (1) 원심은 그 거시증거에 의하여, 원고는 1988.6.25. 피고회사에 입사하여 생산부 기공과에 근무하면서 1989.11.1.부터 교육선전부장의 직책을 맡고 있던 중 1989.12.16. 상사에게 항명, 욕설, 협박을 하고 생산현장을 돌며 정상조업을 방해하였다는 등의 사유로 정직 2개월의 징계처분을 받았고, 재심절차에서 그 처분이 확정된 사실, 피고회사가 정직기간 만료일인 1990.2.15. 원고에게 정상출근을 촉구하자 원고는 노동조합을

통하여 형사입건되어 수배중이어서 출근할 수 없다는 이유로 휴직처리를 요청하였고, 피고회사는 이를 거부하고 같은달 20. 제차 출근을 촉구한 사실, 피고회사의 단체협약 제30조에는 "무계결근이 계속 3일 이상일 때"를 해고사유로 하고, 그 해고의 경우 근로기준법 제27조의2 소정의 해고예고를 하도록 규정하고 있으나, 같은 해고사유로서 "고의 또는 중대한 과실로 회사의 위신을 추락시키거나 사회적 물의를 일으킨 경우" 등을 포함하고 있고, 취업규칙 제41조에는 "무계결근이 계속 3일 이상일 때"의 해고사유는 포함되지 않고 "기구개편으로 인원감축을 단행할 때" 등의 해고사유와 그 절차만을 규정하고 있는 사실, 피고회사는 1990.2.26. 원고가 3일 이상 무단결근하였다는 이유로 취업규칙 제41조, 단체협약 제30조에 따라 징계절차를 거치지 않고 원고를 해고한 사실을 인정하고, 그러한 사실인정에 기해 "3일 이상의 무계결근"은 단체협약과 취업규칙에 규정된 퇴직사유에는 해당되지 않고, 단체협약 제30조는 해고사유로서 "3일 이상의 무계결근"과 함께 "징계해고처분을 받은 경우"를 병렬적으로 규정하고 있으나, 위 규정 중에는 "고의 또는 중대한 과실로 회사의 위신을 추락시키거나 사회적 물의를 일으킨 경우" 등과 같이 단체협약과 취업규칙의 전체규정 취지에 비추어 해당 근로자에게 소명의 기회를 주어 사실을 규명한 다음 징계절차에 의하여 근로자를 해고할 것을 예정하고 있는 사유도 포함되어 있고, 위 취업규칙은 "정당한 사유없이 무계출결근이 빈번한 자"를 징계사유의 하나로 규정하고 있으므로, 이러한 사정을 종합하면, "3일 이상의 무계결근"에 해당하는 경우에도 징계절차를 거치도록 규정한 취지라고 보아야 하고, 따라서 그러한 절차 없이 행해진 이 사건 해고처분은 무효라고 판시한 후, 나아가 원고에 대한 징계해고가 무효인 이상 피고회사와 원고 사이의 고용계약관계는 여전히 유효하게 존속한다 할 것이지만, 원고는 수사기관의 수배를 받아 계속 피신해있던 중 1991.11. 구속 수감되고 1992.4.28.에야 출소한 것이어서, 그때까지는 원고의 사정에 의하여 피고회사에게 근로를 제공하지 못한 것이므로 해고일로부터 출소일까지의 임금청구부분은 이유 없고, 피고회사는 원고에게 1992.5.1.부터 복직시킬 때까지만 임금상당액을 지급할 의무가 있다고 판단하고 있다.

- (2) 특정사유가 단체협약이나 취업규칙 등에서 징계해고사유와 통상해고사유의 양쪽에 모두 해당하는 경우 뿐 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 범위내에서 사용자의 재량에 속하는 적법한 것이다.

그러나 근로자에게 변명의 기회가 부여되지 않더라도 해고가 당연시될 정도라는 등의 특별한 사유가 없는 한, 징계해고 사유가 통상해고 사유에도 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.

이 사건에서 기록에 의하여 원심이 취사한 증거관계를 살펴보면, "3일 이상의 무계결근"을 징계해고사유로 보아 소정의 징계절차를 요한다고 본 원심의 인정판단은 옳고, 소론과





같이 피고회사가 위 징계해고사유에 대하여 통상해고사유를 규정한 취업규칙 제41조를 적용하여 원고를 통상 해고하였다고 하더라도 피고회사로서는 징계절차를 거쳐야 하는 만큼 그러한 절차를 생략한 피고회사의 이 사건 해고처분은 무효이므로, 결국 원심의 판단은 정당하며, 원심판결에 소론과 같은 해고에 관한 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다. 논지는 이유가 없다.

#### 나. 제2점에 대하여

단체협약 등에서 징계에 특별한 절차를 요하는 것으로 규정되어 있는 경우, 그러한 절차는 실제적 징계사유의 존부, 부당노동행위에의 해당여부를 불문하고 사용자가 하는 징계처분의 유효요건이라는 것이 당원의 판례로서(당원 1986.7.8. 선고, 85다 375, 85다카 1591 판결, 1992.9.25. 선고, 92다 18542 판결, 1993.10.22. 선고, 92다 49935 판결 등 참조), 이에 반하는 논지는 독자적인 견해에 불과하여 이유가 없다.

### 2. 원고의 상고이유를 본다.

#### 가. 제1점에 대하여

사용자의 근로자에 대한 해고가 무효인 경우 근로자는 근로계약관계가 유효하게 존속함에도 불구하고 사용자의 귀책사유로 인하여 근로제공을 하지 못한 셈이므로 민법 제538조 제1항에 의하여 그 기간 중에 근로를 제공하였을 경우에 받을 수 있는 반대급부인 임금의 지급을 청구할 수 있다고 할 것이지만(당원 1989.5.23. 선고, 87다카 2132 판결, 1991.6.28. 선고, 90다카 25277 판결, 1992.12.8. 선고, 92다 39860 판결, 1992.3.31. 선고, 90다 8763 판결 참조), 해고가 없었다고 하더라도 취업이 사실상 불가능한상태가 발생한 경우라든가 사용자가 정당한 사유에 의하여 사업을 폐지한 경우에는 사용자의 귀책사유로 인하여 근로제공을 하지 못한 것이 아니므로, 그 기간 중에는 임금을 청구할 수는 없다 할 것이다.

원심판결 이유에 의하면, 원고는 이 사건 해고처분이전부터 수사기관의 수배를 피해 다니다가 1991.11. 구속되었고, 1992.4.28. 교도소에서 출소한 것이어서, 이 사건 해고처분 시부터 위 출소 시 까지는 애당초 원고가 근로의 제공을 할 수 없는 처지였기 때문에 수령지체의 문제는 생길 수 없는 것이어서 원고의 그 기간 동안의 임금청구를 배척한 원심의 조치에 이행불능 및 수령지체에 대한 법리오해로 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유가 없다.

#### 나. 제2점에 대하여

1992.4.부터 적용되는 기본급에 대하여 재협상 결과 750원이 더 인상되었다는 점이나, 1992.5.1. 이후 다른 근로자들이 실제 연장근로 하였다는 점 등은 모두 원고에게 입증책임이 있고 이 사건에서 논지가 주장하는 석명의무가 있다고 볼 수도 없다. 논지도 이유가 없다.

### 3. 그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 각자의 부담으로 하기로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 정귀호(재판장), 김석수, 이돈희, 이임수(주심)

☞ 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42082 판결

» 요 지 «

1. 사용자가 어떤 사유의 발생을 당연퇴직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와 달리 한 경우에 그 당연퇴직사유가 근로자의 사망이나 정년, 근로계약기간의 만료 등 근로관계의 자동소멸사유로 보여지는 경우를 제외하고는 이에 따른 당연퇴직처분은 근로기준법 제27조 소정의 제한을 받는 해고라고 할 것이고, 따라서 당연퇴직처분이 유효하려면 근로기준법 제27조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 하는 것이므로, 단체협약 등에서 당연퇴직사유에 대하여 다른 징계해고에 관한 절차 등을 거치도록 규정하고 있지 않다 하여 그것이 근로기준법상의 해고제한 규정을 회피하려는 것으로서 무효라고 할 수 없고, 이처럼 당연퇴직에 대하여 일반의 징계해고와 달리 아무런 절차규정을 두고 있지 아니한 경우에는 당연퇴직사유가 동일하게 징계사유로도 규정되어 있는 경우를 제외하고는 당연퇴직처분을 함에 있어서 다른 일반의 징계절차를 거쳐야 한다고 할 수 없으며, 이는 당연퇴직사유가 실질적으로 징계사유로 보여지는 경우에도 달리 해석할 것은 아니다.
2. 노사합의서 등에 당연퇴직사유로 규정된 “형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우”의 의미는 그 규정취지나 다른 당연퇴직사유의 내용 등에 비추어 합리적으로 판단하여야 할 것인데, 노사합의서나 취업규칙에 규정된 다른 당연퇴직사유나 당연면직사유가 ① 근로자가 근로제공의사가 없음을 표시한 경우, ② 그 성질상 근로자가 근로제공을 할 수 없는 경우, ③ 예정된 근로기간이 만료된 경우 등에 비추어 위 규정의 취지는 “근로계약에 따른 근로자의 기본적인 의무인 근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가 장기간 계속되어 왔음”을 근거로 하여 사용자가 근로자를 당연퇴직시켜도 근로자측에서 이의를 제기할 여지가 없을 정도의 상태, 즉 형사상 범죄로 구속되어 있는 근로자가 현실적인 근로제공이 불가능한 신체의 구속상태가 해소되지 아니하는 내용의 유죄판결(예컨대, 실형판결)을 받은 경우를 의미한다고 풀이함이 상당하다.

\* 환송판결 : 대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결

\* 원심판결 : 대구고법 1994. 7. 7. 선고 93나6356 판결

» 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

» 이 유 «

상고이유를 본다.



## 1. 제1점, 제5점에 대하여

사용자가 어떤 사유의 발생을 당연퇴직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계 해고와 달리 한 경우에 그 당연퇴직사유가 근로자의 사망이나 정년, 근로계약기간의 만료 등 근로관계의 자동소멸사유로 보여지는 경우를 제외하고는 이에 따른 당연퇴직처분은 근로기준법 제27조 소정의 제한을 받는 해고라고 할 것이고, 따라서 당연퇴직처분이 유효하려면 근로기준법 제27조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 하는 것이므로, 단체협약 등에서 당연퇴직사유에 대하여 다른 징계해고에 관한 절차 등을 거치도록 규정하고 있지 않다 하여 그것이 근로기준법상의 해고제한 규정을 회피하려는 것으로서 무효라고 할 수 없고, 이처럼 당연퇴직에 대하여 일반의 징계해고와 달리 아무런 절차규정을 두고 있지 아니한 경우에는 당연퇴직사유가 동일하게 징계사유로도 규정되어 있는 경우를 제외하고는 당연퇴직처분을 함에 있어서 다른 일반의 징계절차를 거쳐야 한다고 할 수 없다. 이는 당연퇴직사유가 실질적으로 징계사유로 보여지는 경우에도 달리 해석할 것은 아니다.

이 사건 당연퇴직처분 당시 적용되던 피고회사와 피고회사 노동조합 사이에 체결된 노사합의서 제23조에는 징계사유와는 별도로 당연퇴직사유를 규정하고 있고, 피고회사의 취업규칙 제9조에도 징계사유 및 해고사유와는 별도로 당연면직 및 직권면직사유 등을 규정하고 있으면서 징계에 관하여는 그 절차 등을 규정하고 있으나 당연퇴직절차 등에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하다.

따라서 이 사건의 경우 형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우를 당연퇴직사유로 삼고 있는 위 노사합의서, 단체협약, 취업규칙 등의 규정이 근로기준법의 해고제한 규정을 회피하기 위한 것으로서 무효라고 할 수 없고, 이에 따른 당연퇴직처분에 징계절차규정이 적용될 것은 아니라 할 것이므로 이와 다른 견해에 선 논지는 모두 이유가 없다.

## 2. 제2점에 대하여

가. 위와 같이 노사합의서 등에 당연퇴직사유로 규정된 형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우의 의미는 그 규정취지나 다른 당연퇴직사유의 내용 등에 비추어 합리적으로 판단하여야 할 것이다.

이 사건의 경우 노사합의서나 취업규칙에 규정된 당연퇴직사유나 당연면직사유는 형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우를 제외하고는 ①근로자가 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, 군입대자가 직업군인으로 전환한 경우) ②그 성질상 근로자가 근로제공을 할 수 없는 경우(사망하거나 한정치산 및 금치산, 파산 선고를 받은 경우) ③예정된 근로기간이 만료된 경우(정년, 근로계약기간의 만료) 등으로 되어 있는 바, 이러한 규정내용 등에 비추어 형사상의 범죄로 유죄판결

을 받았을 경우를 당연퇴직사유로 한 취지도 근로계약에 따른 근로자의 기본적인 의무인 근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가 장기간 계속되어 왔음을 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, 실형판결)을 받은 경우를 의미한다고 풀이함이 상당하다 할 것이다.

따라서 이 사건 당연퇴직사유로 규정되어 있는 형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우의 의미를 이와 같이 풀이하는 한 이와 같은 노사합의서의 당연퇴직규정이나 취업규칙의 당연면직규정이 무죄추정의 원칙에 반하는 것이라고 할 수는 없다.

원고는 근로자의 장기구속에 따른 휴직은 판결확정시까지 이므로 위 당연퇴직사유는 형사상의 범죄로 유죄의 확정판결을 받은 경우를 의미한다고 주장하나 이 사건 당연퇴직처분 당시 적용되던 노사합의서나 취업규칙에는 형사상 범죄로 구속된 자에 대하여 휴직한다는 별도의 규정을 두고 있지 아니하고 단지 그러한 경우에는 회사가 인정하는 부득이한 사유가 있는 경우 노사합의서 제21조 제1항의 다., 취업규칙 제10.1조의 (1)의 (라) 참조로 보아 회사가 휴직처분을 할 수 있으나 이와 같은 경우에도 그 기간은 3개월을 초과할 수 없다고 되어 있다. 그리고 원고가 주장하는 형사상 범죄로 구속된 자에 대하여 휴직한다는 별도의 규정을 둔 것은 이 사건 당연퇴직처분 후인 1991.5.에 체결된 단체협약 제22조 제1항 다.의 규정이 처음이고, 이에 따르더라도 그 휴직기간은 형확정시까지의 기간을 초과할 수 없다는 것일 뿐 휴직기간을 형확정시까지 하여야 한다는 것은 아니라 할 것이다.

원고는 다시 1990.6.12.자 합의서에 의하여 구속자중 형이 확정되지 아니한 인원은 인사상 조치를 취하지 아니하도록 합의하였으므로 당연퇴직사유로 되어 있는 형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우의 의미는 유죄의 확정판결을 받은 때라고 해석하여야 한다고 주장하나 위 합의서는 뒤에서 보는 바와 같이 1990년도 임금협상과 관련하여 구속중인 근로자에 대하여 인사조치를 할 수 있는 시기를 형확정시까지 유보한다는 내용에 불과하므로 위 합의에 근거하여 당연퇴직사유로 되어 있는 형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우의 의미가 유죄의 확정판결을 받았을 때를 의미하는 것으로 해석할 수는 없다.

- 나. 원고는 다시 형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우의 의미를 현실적인 근로제공이 사실상 불가능한 상황을 근거로 하여 제1심에서 실형판결을 받은 경우라고 해석한다 하더라도 원고에 대한 이 사건 당연퇴직처분 당시에 원고는 항소심에서 집행유예의 판결을 선고받아 석방되었으므로 당연퇴직사유는 소멸하였다는 취지로 다투나 일단 당연퇴직사유가 발생한 이상 그것이 취소되는 등의 사정이 없는 한 그 후에 사정의 변화가 있다고 하여 당연퇴직사유가 소멸한다고 할 수 없고, 원고 주장과 같은 사유가 당연퇴직사유의 소멸을 초래하는 것이라고 할 수도 없다. 더욱이 이 사



건의 경우 원고와 같이 1990년 임금협상과 관련하여 구속 중인 근로자에 대하여는 뒤에서 보는 바와 같이 그 형의 확정시까지 인사조치를 유보하도록 노사합의가 이루어져 있었으므로 일단 당연퇴직사유가 발생하였음에도(원고의 경우 자신의 범법행위로 1990.6.13. 구속되어 4개월가량 지난 같은 해 9.8.에 제1심에서 징역 1년의 실형선고를 받고 그로부터 4개월 16일 정도가 지난 1991.1.25.에 징역 1년에 집행유예 2년의 형을 선고 받았다) 위 노사합의에 따라 그 인사조치를 유보하여야 하는 과정에서 구속자의 신병이 석방되었다고 하여 당연퇴직사유가 소멸한다고 하면 장기간 근로제공을 하지 아니하였음을 근거로 형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우(즉 1심에서 실형선고를 받은 경우)를 당연퇴직사유로 삼은 취지가 몰각되는 것이므로 그와 같이 해석할 수는 없다.

원심이 형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우의 의미를 해석함에 있어서 그 판시에 적절하지 아니한 점은 있으나 그 의미를 위와 같이 1심에서 실형선고를 받은 경우로 본 것은 결론적으로 정당하므로 이와 다른 견해에 선 논지도 이유가 없다.

3. 제3점에 대하여 피고가 형사상의 범죄로 장기간 구속되어 근로제공을 하지 아니한 원고에 대하여 제1심의 유죄실형판결이 선고되어 노사합의서 및 취업규칙 소정의 당연퇴직사유가 발생하였음에도 피고회사 노동조합과 피고회사 사이의 1990.6.12.자 노사합의에 따라 그 신병이 석방되지 아니하여 구속된 상태로 되어 있는 원고에 대하여 당연퇴직처분을 하지 못하다가 1991.1.25. 항소심에서 징역 1년에 2년간 집행유예의 판결이 선고되어 그 신병이 석방되자 곧바로 피고가 원고에 대하여 같은 달 29.에 당연퇴직처분을 한 것은 위 합의에 따른 것으로 정당한 것이라 할 것이다.

원심판결에 위 합의서 내용을 이와 다르게 해석한 잘못이 있기는 하나 이 사건 당연퇴직처분이 위 1990.6.12.자 합의에 반한다는 원고의 주장을 배척한 결론은 정당하므로 논지는 이유가 없다.

4. 제4점에 대하여 원심판결이유에 의하면, 피고회사의 원고에 대한 당연퇴직처분이 적법하다고 판시하고 있으므로 원심은 피고의 원고에 대한 1991.1.29.자 당연퇴직처분에 대하여 판단하고 있음이 분명하다. 다만 원심이 위와 같이 판시하면서도 한편으로는 원고에 대한 당연퇴직사유가 발생한 날을 1991.6.26.이라고 보아 피고는 원고에 대하여 같은 해 1.29.부터 같은 해 6.26.까지의 급료지급의무가 있다고 판단한 것은 잘못이라 할 것이나 원고만이 상고한 이 사건에 있어서 원심의 위와 같은 잘못을 들어 원심판결에 변론주의 및 당사자주의에 위배한 위법이 있다는 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.
5. 따라서 상고논지들은 모두 이유가 없으므로 이를 기각하고 상고비용은 패소한 원고의 부담으로 하기로 관여법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 김형선(재판장), 박만호, 박준서(주심)

### 3.4 근로자 측 징계위원의 자격과 선임

☞ 대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3351 판결

#### » 요 지 «

기업별 단위노동조합과 사용자가 체결한 단체협약에서 징계위원회를 노사 각 3명의 위원으로 구성하기로 정하면서 근로자측 징계위원의 자격에 관하여 아무런 규정을 두지 않은 경우, 그 근로자측 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 근로자측 징계위원은 사용자 회사에 소속된 근로자에 한정되어야 한다.

[기업별 단위노동조합 형태의 노동조합이 사용자와 체결한 단체협약에서 징계위원회를 노사 각 3명의 위원으로 구성하기로 정하면서 근로자측 징계위원의 자격에 관하여 아무런 규정을 두지 않았는데, 그 노동조합이 그 후 산업별 단위노동조합의 지부로 조직이 변경되고 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 상태에서 근로자에 대한 징계절차를 진행하면서, 산업별 노동조합이 추천한 사용자 회사 소속 근로자가 아닌 노동조합 간부의 징계위원 선정을 거부하고 사용자 회사가 자체적으로 선정한 징계위원을 근로자측 징계위원으로 하여 구성한 징계위원회에서 징계해고 또는 정직처분을 한 사안에서, 노동조합이 스스로 징계위원 선정을 포기 또는 거부한 것으로 보아야 하므로 징계위원회 구성에 단체협약을 위반한 위법이 없다고 한 원심의 판단을 수긍함.]

- \* 원고, 상고인 : 원고 1 외 6인
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : S코리아 유한회사
- \* 원심판결 : 서울고법 2013.1.17. 선고 2012누19375 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고들이 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

### 1. 상고이유 제1점에 관하여

단체협약에 정하여진 해고에 관한 절차위반이 그 해고를 무효로 하느냐 여부는 일률적으로 말할 수는 없고 그 규정의 취지에 따라 결정되어야 할 것으로서, 단체협약에서 징계위원회의 구성에 근로자측의 대표자를 참여시키도록 되어 있음에도 불구하고 이러한 징계절차를 위배하여 징계해고를 하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는지 여부에 관계없이 절차에 관한 정의에 반하는 것으로 무효라고 보아야 할 것이지만, 근로자측에 징계위원 선정권을 행사할 기회를 부여하였는데도 근로자측이 스스로 징계위원 선정을 포기 또는 거부한 것이라면 근로자측 징계위원이 참석하지 않은 징계위원회의 의결을 거친 징계처분이라고 하더라도 이를 무효로 볼 수는 없다(대법원 1999.3.26. 선고 98두4672 판결 등 참조).

한편 기업별 단위노동조합과 사용자가 체결한 단체협약에서 징계위원회를 노사 각 3명의 위원으로 구성하기로 정하면서 근로자측 징계위원의 자격에 관하여 아무런 규정을 두지 않은 경우, 그 근로자측 징계위원은 사용자 회사에 소속된 근로자에 한정된다고 해석하여야 한다. 나아가 기업별 단위노동조합이 그 단체협약을 체결한 후 산업별단위노동조합의 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 근로자측 징계위원은 사용자 회사에 소속된 근로자에 한정되어야 한다.

원심은 그 판시 사정을 종합하면, 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고만 한다)이 참가인 소속 근로자가 아닌 전국금속노동조합 광주전남지부 소속 소외 1, 소외 2를 근로자측 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 제22조제1항을 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.

### 2. 상고이유 제2점에 관하여

원심은, 이 사건 초심 징계위원회와 재심 징계위원회가 열릴 무렵 원고들이 쟁의행위에 참여하였다고 인정할 증거가 없고 이 사건 노동조합의 소수 조합원에 의한 지명파업이

간헐적으로 있었다고 하더라도 원고들에 대한 이 사건 징계로 말미암아 이 사건 노동조합의 단체행동권이 실질적으로 보장받지 못할 우려가 발생한다고 보기 어려우므로 이 사건 징계가 단체협약 제120조에 위반하였다고 할 수 없다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같은 단체협약상의 쟁의기간 중 징계금지 규정 위반에 관한 법리오해, 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 등의 위법이 없다.

### 3. 상고이유 제3점에 관하여

원심은, 그 판시 사정을 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 수 없으므로 재심 통지기간을 준수하지 않았음을 이유로 이 사건 징계가 무효라고 할 수 없다고 판단하였다. 또한 원심은, 그 판시 사정에 비추어 보면 참가인이 원고들에게 이 사건 재심 징계위원회에서도 소명할 기회를 부여하였으나 원고들이 소명하지 아니하거나 소명 자체를 요구하지 않았다고 봄이 타당하다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같은 재심 징계위원회 개최에 관한 통보 하자, 소명기회 미부여에 관한 법리오해 및 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 등의 위법이 없다.

### 4. 상고이유 제4점에 관하여

원심은, 그 채택 증거에 의하여 참가인은 원고들이 2007.9.경부터 계속해서 쟁의발생 신고를 하면서 쟁의기간중임을 이유로 징계를 할 수 없다고 주장하였기 때문에 바로 징계위원회를 열지 않고, 원고 1의 징계사유 ①, 원고 4의 징계사유 ② ⑤, 원고 7의 징계사유 ④ ⑤에 대하여 해당 원고에게 각 징계사유 발생일로부터 3개월 이내에 위 각 징계사유가 징계대상에 해당되지만 이 사건 단체협약에 따라 징계를 보류한다는 내용의 통지를 한 사실을 인정한 다음, 따라서 위 각 징계사유는 이 사건 단체협약 제23조제10항 단서의 '징계위원회 진행사안'에 해당하므로 그 징계사유들에 대한 징계시효가 지났다고 볼 수 없다고 판단하였다. 원심은 또한, 그 판시 사실을 인정한 다음 원고들이 2007.9.경부터 계속해서 쟁의발생 신고를 하면서 쟁의기간 중임을 이유로 징계할 수 없다고 주장하는 상황에서 참가인이 원고 4, 원고 5의 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.





## 5. 상고이유 제5점에 관하여

원심은, 원고들이 상고이유로 다투고 있는 각 징계사유에 관하여 그 채택 증거로 각각의 징계사유 사실을 인정하고 그와 같이 인정된 각각의 사실을 징계사유로 삼는 것이 정당하다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 개별 징계사유의 존부 및 정당성에 관한 법리오해, 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 등의 위법이 없다.

## 6. 상고이유 제6점에 관하여

원심은, 그 판시 사정들을 고려하면 원고들에 대한 각 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계재량권의 범위를 일탈하거나 이를 남용한 것이라고 보기 어렵다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같은 징계양정에 관한 법리오해, 채증법칙 및 경험칙 위반으로 인한 사실오인 등의 위법이 없다.

## 7. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 패소자들이 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박상옥(재판장), 이상훈, 김창석(주심), 조희대

☞ 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006다48069 판결★

## » 요 지 «

취업규칙 등에서 노·사 동수로 징계위원회를 구성하도록 하고 있다면 이는 근로자들 중에서 징계위원을 위촉하여 징계위원회에 대한 근로자들의 참여권을 보장함으로써 절차적 공정성을 확보함과 아울러 사측의 징계권 남용을 견제하기 위한 것이라고 할 것이므로, 취업규칙에 직접적으로 징계위원의 자격과 선임절차에 관해서 규정하고 있지는 않지만, 노측 징계위원들이 이전부터 근로자들을 대표하거나 근로자들의 의견을 대변해왔다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로자들의 의견을 반영하는 과정 없이 임의로 노측 징계위원을 위촉할 수 있는 것으로까지 해석할 수는 없다.

\* 원고 : ○○○

\* 피고, 피상고인 : 유한회사 ○○콜택시

\* 변론종결 : 2006. 9. 6.

\* 원 심 판 결 : 서울고법 2006.6.23. 선고 2005나100627 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

### 1. 징계절차에 관한 상고이유에 대하여

#### 가. 원심의 판단

원심은, 징계사유를 사전에 통보받거나 그에 관하여 소명할 기회를 부여받지 못하였고, 징계위원회 구성에도 중대한 하자가 있다는 원고의 주장에 대하여, 피고가 원고에게 사전에 이 사건 해고사유를 알려주고 소명할 기회를 주었을 뿐만 아니라 피고의 취업규칙에 징계사유의 사전통고와 진술기회 부여에 관한 절차가 규정되어 있지 않은바,

이러한 경우 그러한 절차를 거치지 아니하고 징계처분을 하였다고 하더라도 징계의 효력에는 영향이 없는 것이고, 피고의 취업규칙에 징계위원회의 구성에 관하여 '징계위원회는 노, 사 각 2명으로 구성하여'라고만 되어 있을 뿐 징계위원의 자격이나 선임절차에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하므로, 징계위원의 자격이나 선임절차에 대하여 따로 문제 삼을 수 없다고 할 것이어서, 피고가 취업규칙에 정해진 바에 따라 노측 및 사측 징계위원 각 2명으로 하여 규정된 형식을 갖추어 징계위원회를 구성한 다음 이 사건 해고를 결의한 이상, 노측 징계위원 2명이 피고 대표이사



에 의하여 위촉되었다는 사실만으로 그 구성에 어떠한 절차적 하자가 있다고 보기는 어렵다고 판단하여, 이를 배척하였다.

#### 나. 이 법원의 판단

먼저 원심이 채택한 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 피고가 원고에게 사전에 이 사건 해고사유를 알려주고 소명할 기회를 주었다고 본 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙 위배 또는 심리미진으로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

그러나 원심이 노측 및 사측 징계위원 각 2명으로 하여 징계위원회를 구성한 것에 징계위원회의 구성에 관한 피고의 취업규칙을 위반한 절차적 하자가 없다고 판단한 것은 그대로 수긍하기 어렵다.

기록에 의하면, 피고의 취업규칙에는 ‘징계위원회는 노, 사 각 2명으로 구성한다’고 규정되어 있고, 피고 대표이사는 피고의 실질적 사주이면서 사업장이 피고와 동일한 삼우택시 주식회사 대표이사인 이상원과 그 처인 ○○○를 사측 징계위원으로, 피고 근로자인 ○○○를 노측 징계위원으로 각 위촉하였음을 알 수 있는바, 단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계절차를 규정한 것은 징계권의 공정한 행사를 확보하고 징계제도의 합리적인 운영을 도모하기 위한 것으로서 중요한 의미를 갖는 것이고(대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결 등 참조), 나아가 취업규칙 등에서 노·사 동수로 징계위원회를 구성하도록 하고 있다면 이는 근로자들 중에서 징계위원을 위촉하여 징계위원회에 대한 근로자들의 참여권을 보장함으로써 절차적 공정성을 확보함과 아울러 사측의 징계권 남용을 견제하기 위한 것이라고 할 것이므로, 피고의 취업규칙에 직접적으로 징계위원의 자격과 선임절차에 관해서 규정하고 있지는 않지만, 노측 징계위원들이 이전부터 근로자들을 대표하거나 근로자들의 의견을 대변해왔다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로자들의 의견을 반영하는 과정 없이 임의로 노측 징계위원을 위촉할 수 있는 것으로까지 해석할 수는 없다고 할 것이다.

따라서 원심으로서도 노측 징계위원으로 위촉된 ○○○가 이전부터 근로자들을 대표하거나 근로자들의 의견을 대변해온 사정이 있는지 여부나 피고 대표이사가 노측 징계위원을 위촉함에 있어 근로자들의 의견을 반영하는 절차를 거친 사실이 있는지 여부(기록에 의하면, 피고와 삼우택시 주식회사의 근로자들은 이 사건 해고 전에 노동조합 창립총회를 개최하고 노동조합설립을 피고에게 통지한 바 있고, 또 그 전부터 근로자들 대부분이 우신상조회에 가입하여 우신상조회가 회사와 임금협상 등을 해온 것으로 보인다)에 관하여 좀 더 심리하여 이 사건 징계위원회 구성에 절차적 하자가 있는지 여부를 판단하였어야 함에도 불구하고, 징계위원의 자격이나 선임절차에 대하여는 문제 삼을 수 없다고 하면서 노측 징계위원 2명이 피고 대표이사에 의하여 위촉되었다는 사실만으로 징계위원회 구성에 어떠한 절차적 하자가 있다고 보기는 어렵다고 판단하였으니, 원심판결에는 필요한 심리를 다하지 아니하고 취업규칙상 징계절차규정의 해석에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

## 2. 징계사유에 관한 상고이유에 대하여

### 가. 원심의 판단

원심은, 운송수입금 미납은 해고사유에 해당하지 않고, 그렇지 않더라도 이 사건 해고는 그 사유에 비해 지나치게 중하여 징계재량권을 일탈하였다는 원고의 주장에 대하여, 원고가 택시운행을 하고도 이 사건 사납금을 납입하지 않다가 2003. 4. 10. 이를 한꺼번에 납입한 것은 운송수입금을 유용한 행위이거나 3일 이상 운송수입금을 납입하지않은 경우로서 피고의 취업규칙 제36조 제6호에서 정하고 있는 해고사유에 해당한다고 하면서, ① 원고가 이 사건 사납금을 미납한 이유라는 것은 2003. 3. 15. 일으킨 교통사고로 인한 손해를 보상하는데 따른 어려움 때문이라고 하지만, 원고가 이 사건 사납금을 미납하기 시작한 것은 위 교통사고가 발생하기 이전인 2003. 3. 13. 경부터이고, 이는 원고가 피고의 고정승무기사로 근무하기 시작한지 3개월 남짓 밖에 지나지 아니한 시점인 점, ② 피고가 위 교통사고로 인하여 발생한 손해 중 대인·대물 손해를 처리하여 주었을 뿐 아니라, 위 교통사고는 원고의 중대한 과실로 발생한 사고이므로 그로인하여 발생한 손해를 근로자에게 부담시킨다는 것이 피고의 부당한 책임전가라고 보기는 어려운 점, ③ 원고가 비록 이 사건 사납금을 완납하였으나, 피고로부터 수차례 독촉을 받고 징계위원회 통지까지 받았음에도 불구하고 납입하지 아니하다가 징계위원회 개최 당일 비로소 납부한 것이므로 완납하였다는 사실만으로 앞으로 동일한 미납행위가 반복되지 않으리라고 기대하기는 어렵다고 보이는 점, ④ 원고의 미납액이 큰 편이 아니거나 통상적인 수준이라고 인정할 만한 뚜렷한 자료가 없을 뿐 아니라, 원고가 형평성을 내세우는 ○○○의 경우 피고로부터 징계해고를 당한 사실에 비추어 이 사건 해고가 사유에 비하여 지나치게 중하여 형평성이 없다고 보기 어려운 점 등의 사정과 택시 운송사업을 영위하는 회사로서는 운영자금을 소속 운전기사들이 매일 택시를 운행하여 회사에 납입하는 운송수입금으로 충당하는 것이 보통이고 이와 같은 영업구조에서 운전기사들이 임금협정 등에서 정한 바에 따라 성실하고 규칙적으로 운송수입금을 회사에 납입하여야 하는 것은 택시회사 운전기사로서의 기본적 의무이므로, 운전기사가 특별한 사정이 없는데도 임금협정 등에서 정한 운송수입금의 납입의무를 제대로 이행하지 아니하는 것은 근로계약에 따른 근로자의 본질적이고 기본적인 의무를 이행하지 아니하는 것으로서 이는 채무불이행이 될 뿐 아니라 일반적으로 해고사유가 된다고 보아야 하는 점을 종합하여 보면, 피고와 원고 사이의 근로관계는 사회통념상 원고의 귀책사유로 더 이상 그 계속을 기대하기 어려울 정도에 이르게 되었다고 보는 것이 상당하므로, 이 사건 해고가 징계재량권을 일탈하거나 남용한 것이라고 볼 수는 없다고 판단하여 원고의 위 주장을 배척하였다.

### 나. 이 법원의 판단

그러나 원심이 이 사건 해고가 징계재량권을 일탈하거나 남용한 것이라고 볼 수 없다고 판단한 것은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

해고는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가



있는 경우에 행하여져야 그 정당성이 인정되는 것이고, 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지의 여부는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 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 2001두10455 판결 등 참조).

그런데 기록에 의하면, 원고가 이 사건 사납금을 연체하기 시작한 것이 2003. 3. 15.자 교통사고 전인 2003. 3. 13.부터임을 인정할 증거가 없고, 오히려 연체액과 연체일수를 비교해 보면 위 교통사고 이후부터 연체하기 시작하였을 가능성이 크며, 피고 회사 2002년도 일일납금장부내역서에 의하면, 원고가 2002. 6.경부터 피고 회사에 사납금을 납입한 것이 확인되는데, 시용기간 3개월을 참작하더라도 원고는 2002. 9.경부터는 고정승무기사로 근무하였던 것으로 보이는 점, 피고는 100만 원 이상의 사납금 미납자들에게 성실납입 독촉장을 발송하였고, 그 독촉장에는 납입기일이 2003. 4. 10.로 기재되어 있는데, 원고는 미납된 사납금이 100만 원에 미달해 피고로부터 위와 같은 독촉장을 받은 사실이 없고, 독촉장 납입기일인 2003. 4. 10.에는 미납된 이 사건 사납금을 모두 납부한 점, 피고 소속 운전기사들은 사납금을 일일납입하지 않고 2-3일분을 일괄납입하는 것이 통상이었고, 일주일분, 심지어 100만 원 이상을 일괄납입하는 경우도 있었는데, 피고가 종전에 이를 이유로 징계한 사례가 없고, 일일납입 여부와 상관없이 말일까지의 사납금이 모두 입금되기만 하면 성실수당을 지급해온 점 등을 알 수 있고, 여기에 원고가 이 사건 사납금을 연체한 것이 2003. 3. 15.자 교통사고의 손해배상을 위해 벌린 일수사채를 변제하는데 따른 어려움 때문이라는 점과 원고가 징계위원회 개최 직전 이 사건 사납금을 모두 납입한 사정 등을 종합해 보면, 피고와 원고 사이의 근로관계가 사회통념상 원고의 귀책사유로 더 이상 그 계속을 기대하기 어려울 정도에 이르게 되었다고 볼 수는 없고, 따라서 이 사건 해고는 지나치게 가혹하여 그 재량권의 범위를 일탈한 것으로 볼 수 있다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 이 사건 해고가 징계양정이 적정하여 징계재량권을 일탈하거나 남용한 것이라고 볼 수는 없다고 판단하였으니, 원심판결에는 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나, 징계재량권 일탈에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

### 3. 결 론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리. 판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김지형(재판장), 고현철(주심), 양승태, 전수안



### 3.5 징계위원 기피신청

☞ 대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두36126 판결

#### » 요 지 «

1. 기피신청은 원래 징계위원 개개인에 대한 것으로서 기피신청에 대한 의결 역시 기피신청 대상자별로 개별적으로 하여야 하므로, 징계위원에 대한 수개의 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 징계 대상자가 징계위원 전원 또는 대부분에 대하여 동시에 기피신청을 함으로써 징계위원회를 구성할 수 없게 하거나 징계위원회의 결정 자체를 불가능하게 하는 경우, 그밖에 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. 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.

2. 원고의 기피신청은 징계절차의 지연을 목적으로 함이 명백하여 기피신청권을 남용한 경우에 해당하므로, 참가인의 징계위원회에서 6인의 징계위원이 자신과 공통된 원인으로 기피신청을 받은 다른 징계위원들의 기피의결에 참여 하였다고 하더라도 그 기피의결이나 징계위원회의 징계의결이 위법하다고 볼 수는 없다.

\* 원고, 피상고인 : A

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : 학교법인 B

\* 원심판결 : 서울고법 2014.12.12. 선고 2014누57906 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유에 대하여 판단한다.

1. 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)의 「교·직원 징계에 관한 규정」은 참가인의 직원 징계위원회는 5인 이상 7인 이내(위원장 1인을 포함)의 위원으로 구성하고(제4조제2항제1호), 징계 대상자는 징계위원회의 위원이 불공정한 의결을 할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 사유가 있을 때에는 그 사실을 서면으로 소명하고 기피를 신청할 수 있으며(제13조제1항), 기피신청이 있을 때에는 위원회의 의결로 기피 여부를 결정하여야 하는데 이 경우 기피신청을 받은 자는 그 의결에 참여하지 못하고(제13조제2항), 한편 직원의 징계의결은 재적위원 3분의2 이상 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 한다(제14조제2항)고 규정하고 있다.

기피신청은 원래 징계위원 개개인에 대한 것으로서 기피신청에 대한 의결 역시 기피신청 대상자별로 개별적으로 하여야 하므로, 징계위원에 대한 수개의 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 징계 대상자가 징계위원 전원 또는 대부분에 대하여 동시에 기피신청을 함으로써 징계위원회를 구성할 수 없게 하거나 징계위원회의 결정 자체를 불가능하게 하는 경우, 그밖에 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 2007추127 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.

2. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사정들을 알 수 있다.

가. 원고는 2007.3.1. C대학교의 도서관장으로 발령을 받은 것에 불만을 품고 총장실을 점거하거나 휘발유를 반입하여 방화를 시도하기도 하였으나, 2008.1.25. 징계의결을 유보하는 결정을 받았고, 2008.8.1. 이후에는 무단결근을 하였음에도 참가인으로부터 임금을 지급받았다. 이에 광주지방검찰청 순청지청에서 2012.11.21. 참가인의 이사장과 C대학교 총장 등을 업무상배임 혐의로 기소하자, C대학교 총장이 2012.12.10. 참가인에게 원고에 대한 징계를 요구함으로써 비로소 이 사건 징계절차가 개시되었다.

나. 참가인은 2012.10.29. 원고와 그의 전 배우자이자 C대학교 교수인 D에게 교직원 복무규정 미준수에 따른 경고, 업무용 차량 반납 요청 등을 내용으로 하는 우편물과 전자우편을 발송했는데, D이 2012.11.2. 위 전자우편을 수신한 이후로 원고와 D 모두 참가인이 발송한 우편물의 수취를 거절하였고 전자우편도 확인하지 않았다.

다. 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 E를 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 C대학교 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 F(위원장)과 G(부위원장)를 제외한 나머지 징계위원에 대하여는 단지 노동조합의 의결에 참여 하였다는 이유만으로 원고가 기피신청을 한 것으로 보여 그 기피사유가 정당하다고 보기도 어렵다.

- 마. 한편 참가인의 「교·직원 징계에 관한 규정」 제4조제2항제2호는 ‘직원 징계위원회의 위원은 교·직원 또는 참가인의 이사 중에서 임명하되, 교·직원인 위원의 수가 3분의 1 이상이어야 한다’고 규정하고 있고, 교원과 직원은 그 지위, 직무내용, 근무형태 등이 달라 직원을 배제한 채 직원 징계위원회를 구성하는 것은 적절하지 않을 수 있으므로, 노동조합의 의결에 참여하였다는 이유만으로 그 직원을 징계위원회에서 기피할 수 있다면 적절한 징계위원회를 구성하기가 현저히 곤란해질 것으로 보인다.
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.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 원고가 기피신청권을 남용하였다고 보기 어려워 결국 원고에 대한 징계가 위법하다고 판단하였으므로, 이러한 원심판결에는 기피신청권 남용에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장에는 정당한 이유가 있다.

4. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김소영(재판장), 이인복(주심), 고영한, 이기택





### 3.6 제척규정을 위반한 이해관계자의 징계위원회 참석

☞ 대법원 1995. 4. 28. 선고 94다59882 판결

#### » 요 지 «

지역의료보험조합의 운영규정 중 징계위원 제척규정은 공정하고 합리적인 징계권을 보장하기 위하여 피징계자의 친족이나 그 징계사유에 관계있는 자를 모두 징계위원에서 제척시키려는 강행규정으로서, 그 제척원인이 있는 징계위원은 그 사유만으로 당연히 당해 직무집행으로부터 제외되고 이에 위반한 징계권 행사는 징계사유가 인정되는 여부에 관계없이 절차에 있어서 정의에 반하는 것으로 무효이다.

\* 원심판결 : 서울고법 1994.11.8 선고, 93나50293 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

##### 1. 제1점에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판결에서 들고 있는 증거들을 종합하여 피고 조합의 취업규칙에 해당하는 지역의료보험조합운영규정(이하 "운영규정"이라 한다) 제94조에 "징계위원회의 위원 중 징계혐의자의 친족이나 그 징계사유와 관계가 있는 자는 그 징계사건의 심의에 관여하지 못한다"라고 규정되어 있는데, 피고가 원고에 대한 징계의결을 하기 위하여 구성한 징계위원회의 전체위원 6명 중 징계사유의 하나로 삼은 품위손상 행위와 인신모독 행위의 직접적인 피해자들이 4명이나 포함되어 있었던 사실을 인정한 후, 위 징계위원회의 결의에 기하여 이루어진 피고 조합의 원고에 대한 해임처분은 징계사유의 존부에 관하여 나아가 판단할 필요 없이 절차위반의 점에 있어서 이미 무효이고, 그 주된 징계사유가 전체적으로 보면 노동쟁의권의 남용의 경우라 하더라도 그 징계사유에 관계있는 자에 해당하는지 여부는 사용자에게 해당하는 모든 자를 징계사유에 관계있는 자라고 할 것이 아니라 그 징계위원이 구체적 징계사유에 해당하는 직접적인 피해자인가 여부에 따라서 이를 기준으로 결정하여야 한다고 판단하고 있다.

피고 조합의 운영규정 제94조는 공정하고 합리적인 징계권을 보장하기 위하여 피징계자의 친족이나 그 징계사유와 관계있는 자를 모두 징계위원에서 제척시키려는 강행규정으로서, 이러한 제척원인이 있는 징계위원은 그 사유만으로 당연히 당해 직무집행으로부터 제외되고 이에 위반한 징계권 행사는 징계사유가 인정되는 여부에 관계없이 절차에 있어서 정의에 반하는 것으로 무효라 할 것이고, 여기에서 피징계자의 친족이나 징계사유와 관계있는 자라 함은 대체로 피징계자와 이해관계를 같이 하거나 징계혐의사유에 피해자를 말하는 것으로(대법원 1994.8.23 선고, 94다7553 판결), 징계사유와 관계있는 자는 그 구체적 징계사유가 전체적으로 보아 결국 노동쟁의권의 남용의 내용을 이루고 있는 사유라 하더라도 징계권을 행사하려는 사용자측과 관련이 있는 모든 자를 가리키는 것이 아니라 구체적인 징계사유에 해당하는 행위의 직접적인 피해자를 가리킨다고 해석하여야 할 것이므로, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 제척원인 규정의 해석에 관한 법리오해, 이유불비 등의 위법이 없다. 이 점에 관한 상고이유는 받아들일 수 없다.

## 2. 제2점에 대하여

기록에 의하면, 피고가 원심에서 상고이유에서 지적한 바와 같은 주장을 한 사실은 있으나, 원심 최종 변론기일인 1994.10.4 11:00 제9조 변론기일에서 당사자 쌍방이 1991.10.11부터 1993.12.31까지 기간 동안 원고가 받을 임금의 총액이 금 25,814,793원인 점과 1994년의 월 임금액이 금 1,240,021원인 점에 관하여 다툼이 없다고 진술하고 있음이 분명하므로, 이로써 피고는 원고의 임금액수에 관한 종전의 방어방법을 모두 철회하고 자백한 것으로 보아야 할 것이므로, 이에 배치되는 주장이 계속 유지되고 있음을 전제로 하는 상고이유는 받아들일 것이 못된다.

3. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 상고인인 피고의 부담으로 하기로 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.



☞ 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008두11693 판결★

### » 요 지 «

1. 단체협약에서 조합원의 인사에 관하여 노동조합이 이의를 제기하는 경우 노동조합과 사전협의를 거치도록 한 취지는 조합원에 대한 사용자의 자의적인 인사권 행사를 방지하려는 뜻에서 사용자로 하여금 조합원에 대한 인사의 내용을 미리 노동조합에 통지하는 등 노동조합을 납득시키려는 노력을 하게하고, 노동조합에 의견을 제시할 기회를 주게 하며, 아울러 노동조합으로부터 제시된 의견을 참고자료로 고려하게 하려는 것에 지나지 않는 것이라고 봄이 상당하므로, 조합원에 대한 인사가 위와 같은 사전협의절차를 거치지 아니한 채 행하여졌다고 하여 반드시 그 인사의 효력이 없는 것이라고 할 수는 없다.
2. 취업규칙 등에 징계사유에 관하여 이해관계가 있는 징계위원은 징계위원회에 참석할 수 없다는 규정이 있는 경우에 그러한 이해관계 있는 자가 징계위원으로 참석하였다면 그 징계는 절차상 중대한 하자가 있어 무효이나, 그러한 규정이 없는 경우에는 그 징계가 무효라고 할 수 없다.

\* 원고, 상고인 : 한○○ 외 1인

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 2008. 6. 25. 선고 2007누30750 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고들이 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유에 대하여 판단한다.

#### 1. 사전협의조항 위반의 효력에 관한 법리오해 주장에 대하여

단체협약에서 조합원의 인사에 관하여 노동조합이 이의를 제기하는 경우 노동조합과 사전협의를 거치도록 한 취지는 조합원에 대한 사용자의 자의적인 인사권 행사를 방지하려는 뜻에서 사용자로 하여금 조합원에 대한 인사의 내용을 미리 노동조합에 통지하는 등 노동조합을 납득시키려는 노력을 하게하고, 노동조합에 의견을 제시할 기회를 주게 하며, 아울러 노동조합으로부터 제시된 의견을 참고자료로 고려하게 하려는 것에 지나지 않는 것이라고 봄이 상당하므로, 조합원에 대한 인사가 위와 같은 사전협의절차를

거치지 아니한 채 행하여졌다고 하여 반드시 그 인사의 효력이 없는 것이라고 할 수는 없다(대법원 1995.1.12. 선고 94다15653 판결 참조).

같은 취지에서 조합원인 원고들에 대한 인사가 위와 같은 사전협의절차를 거치지 아니한 채 행하여졌다고 하여 그 인사의 효력이 없는 것이라고 할 수는 없다고 본 원심의 판단은 옳고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 사전협의조항에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 2. 단체협약 제21조 제2항의 해석에 관한 법리오해 주장에 대하여

원심판결의 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 근거를 들어, 단체협약 제21조 제2항의 규정이 사용자의 징계권한을 전적으로 배제하는 취지로 볼 것은 아니고, 참가인이 사실상 B노동조합(이하, 'B노조'라 한다)의 조합원에 대한 징계를 인정하여 왔다고 하여 근로자에 대한 고유의 징계권한을 명시적으로 노동조합에 위임하였다고 볼 증거가 없는 이상 참가인에게 이 사건 원고들에 대한 징계권한이 없다고 볼 수 없으며, B노조가 하는 징계는 조합원의 B노조에 대한 관계에 관한 것으로서 B노조의 조합원으로서의 지위를 박탈하거나 정지하는 등의 내용인 반면 참가인이 하는 징계는 근로자의 회사에 대한 관계에 관한 것으로서 근로자를 해고하거나 정직시키는 등의 내용인어서, B노조의 징계와 참가인의 징계는 성격이 전혀 다른 것이라고 판단하였다.

인사사항에 대한 일체의 권한이 회사에게 있음을 선언한 단체협약 제16조 제1항과 회사가 징계의 주체임을 명시한 단체협약 제20조, 제21조 제1항, 취업규칙 제7-3조, 제7-4조의 규정들 및 징계권은 사용자의 본질적인 권한에 속하는 점 등 원심 판시의 근거에 비추어 보면 원심의 이러한 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 단체협약 제21조 제2항의 해석에 관한 법리오해의 위법이 없다.

## 3. 징계위원회 구성에 관한 법리오해의 주장에 대하여

단체협약이나 취업규칙에 정해진 해고에 관한 절차위반이 그 해고를 무효로 하느냐 여부는 일률적으로 말할 수는 없고 그 규정의 취지에 따라 결정되어야 할 것으로서, 단체협약 등에서 징계위원회의 구성에 근로자 측의 대표자를 참여시키도록 되어 있음에도 불구하고 이러한 징계절차에 위배하여 징계해고를 하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는지 여부에 관계없이 절차에 관한 정의에 반하는 처사로서 무효라고 보아야 할 것이지만, 근로자 측에 징계위원 선정권 등을 행사할 기회를 부여하였는데도 근로자 측이 스스로 징계위원 선정을 포기 또는 거부한 것이라면 근로자 측 징계위원이 참석하지 않은 징계위원회의 의결을 거친 징계처분이라고 하더라도 이를 무효로 볼 수는 없다(대법원 1999.3.26. 선고 98두4672 판결 참조). 그리고 취업규칙 등에 징계사유에 관하여 이해관계가 있는 징계위원은 징계위원회에 참석할 수 없다는 규정이 있는 경우에 그러한 이해관계 있는 자가 징계위원으로 참석하였다면 그 징계는 절차상 중대한 하자가 있어 무효이나, 그러한 규정이 없는 경우에는 그 징계가 무효라고 할 수 없다(대법원 1995.5.23. 선고 94다24763 판결 참조).



원심은 그 채용 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 비록 노사협의 회에서 사용자의 범위에 속하는 것으로 정한 과장급 직원이라 하더라도 복수노조 중의 하나인 A항운 주식회사 노동조합의 대표인 김○○를 근로자측 징계위원으로 하여 징계 위원회를 구성한 것은 근로자 측이 스스로 징계위원 선정 등의 권한 행사를 포기한 것에 따른 것이고, 취업규칙 등에 이해관계 있는 징계위원에 관한 규정을 두고 있지 아니한 이 사건에서 원고 한○○에 대한 징계사유의 하나인 2005.5.21. 야유회 사태의 관련자인 이○○이 징계위원으로 위촉되었다 하여 그 징계가 무효라고 할 수 없으므로, 위와 같은 징계위원회 구성을 이유로 그 징계위원회에서 의결된 원고들에 대한 이 사건 해고가 위법하다고 볼 수는 없다고 판시하였다.

앞서 살펴본 법리에 비추어 보면 위와 같은 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 상고이유에서 주장하는 바와 같은 징계위원회 구성에 관한 법리오해의 위법은 없다.

#### 4. 징계사유의 존부와 징계양정의 적정성에 관한 법리오해 등의 주장에 대하여

해고처분은 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 그 정당성이 인정되는 것이고, 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지의 여부는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 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 2001두 10455 판결 참조).

원심은 그 채용증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고들에 대한 징계사유는 단체협약 제20조제5호, 제8호의 징계사유에 해당하고, 그 인정의 징계사유들은 참가인으로 하여금 원고들과의 고용계약을 더 이상 계속할 수 없게 하는 정도의 중한 사유들로 그 징계사유를 이유로 한 이 사건 해고의 징계양정이 과도하여 재량권을 일탈하거나 남용한 것으로 보이지 아니하며, 원고 한○○이 2005.5.21. 야유회 사태와 관련하여 이미 경위서를 제출하였다거나 김○○ 부사장이 과거의 불미스러운 일들은 없는 것으로 하자는 취지의 취임사를 하였다는 사정만으로는 이 사건 해고가 이중징계에 해당한다거나 신의칙에 위반된다고 할 수 없다고 판단하였다.

위 법리에 비추어 살펴보면 원심의 이러한 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 징계사유의 존부 및 징계양정에 관한 법리오해의 위법이 없다.

#### 5. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자들이 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 안대희(재판장), 대법관 김능환, 대법관 민일영, 대법관 이인복(주심)

### 3.7 노동조합의 사전합의권 남용과 포기

☞ 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50263 판결

#### » 요 지 «

1. 단체협약 등에 규정된 인사협의(합의)조항의 구체적 내용이 사용자가 인사처분을 함에 있어서 신중을 기할 수 있도록 노동조합이 의견을 제시할 수 있는 기회를 주어야 하도록 규정된 경우에는 그 절차를 거치지 아니하였다고 하더라도 인사처분의 효력에는 영향이 없다고 보아야 할 것이지만, 사용자가 인사처분을 함에 있어 노동조합의 사전 동의나 승낙을 얻어야 한다거나 노동조합과 인사처분에 관한 논의를 하여 의견의 합치를 보아 인사처분을 하도록 규정된 경우에는 그 절차를 거치지 아니한 인사처분은 원칙적으로 무효라고 보아야 할 것이다.
2. 단체협약의 인사협의(합의)조항에 조합간부의 인사에 대하여는 사전 "합의"를, 조합원의 인사에 대하여는 사전 "협의"를 하도록 용어를 구분하여 사용하고 있다면, 교섭 당시 사용자의 인사권에 대하여 조합간부와 조합원을 구분하여 제한의 정도를 달리 정한 것으로 보아야 하고, 그 정도는 노조간부에 대하여는 조합원에 대한 사전 협의의 경우보다 더 신중하게 노동조합측의 의견을 참작하여야 한다는 정도의 차이가 있는 것으로 볼 수는 없는 것이므로, 노조원에 대한 인사권의 신중한 행사를 위하여 단순히 의견수렴절차를 거치라는 뜻의 사전 "협의"와는 달리, 노조간부의 인사에 대하여는 노동조합과 의견을 성실하게 교환하여 노사간에 "의견의 합치"를 보아 인사권을 행사하여야 한다는 뜻에서 사전 "합의"를 하도록 규정한 것이라고 해석하는 것이 타당하다.
3. 인사협의조항이 노동조합 간부의 인사 및 징계 전반에 관하여 사전 합의를 거치게 하고 있다고 하더라도 이는 어디까지나 사용자에게 있는 인사권을 노동조합과의 합의를 거쳐 행사하도록 제한한 것일 뿐 사용자의 인사권을 근본적으로 부정하는 것은 아닌 이상, 단체협약에 노동조합 간부에 대한 징계에는 노동조합과의 사전 합의가 있어야 하도록 규정되어 있는 경우에도, 노동조합측에 중대한 배신행위가 있고 이로 인하여 사용자측의 절차의 흠결이 초래된 경우이거나, 또는 피징계자가 사용자인 회사에 대하여 중대한 위법행위를 하여 직접적으로 막대한 손해를 입히고 비위사실이 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백하며 회사가 노동조합측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합측이 합리적 근거나 이유제시도 없이 무작정 징계에 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다고 인정되는 경우에는 노동조합측이 합의거부권을 남용한 것이 되어 사용자가 이러한 합의 없이 한 해고도 유효하다고 보아야 한다.
4. 노동조합이 합의거부권을 남용하였다고 하여 노동조합과 합의에 이르지 못한 채 한 징계면직처분이 유효하다고 본 사례.

5. 회사 상별규정 및 단체협약상 조합원의 징계는 징계위원회의 심의를 거치고 징계대상자에게 사실소명의 기회를 주도록 되어 있음에도 회사가 피징계자에게 사전통보나 사실소명의 기회를 주지 아니한 채 개최한 1990.8.31. 자 징계위원회의 심의결정이나, 위 징계위원회에서 피징계자에게 차후에 소명기회를 부여한 후 결정하기로 하고서도 피징계자가 징계를 인정하지 아니한다는 이유만으로 징계위원회의 소집 및 심의도 없이 위 일자 징계위원회의 심의내용에 의거하여 1990.9.15. 피징계자를 해고한 회사의 조치는 모두 회사의 취업규칙이나 단체협약상의 징계절차를 위배한 것이므로 무효이다.
6. 단체협약 제48조 제1항은 "징계위원회의 위원은 노사 각 3명으로 구성하며, 심의대상조합원 또는 동료조합원에게 사실소명의 기회를 준다"고 되어 있다 하더라도, 상별규정 제16조 제2호가 "상별위원회는 징계대상자 및 관계인을 출석시켜 사실소명의 기회를 준다"고 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 위 단체협약 제48조 제1항은 징계대상조합원이 필요한 경우 자신과 함께 하거나 또는 자신 대신에 다른 조합원으로 하여금 자신에 대한 소명을 하게 할 수 있음을 규정한 것이라고 해석하여야 하므로 회사측으로서는 반드시 징계대상자에게 사실소명의 기회를 주어야 한다.
7. 회사의 징계위원회의 성격이 의결기관이 아닌 심의기관이고, 징계는 징계위원회의 심의를 거쳐 임명권자가 하는 것이라고 하더라도 징계위원회의 심의결과는 임명권자의 징계 여부 결정에 중요한 자료로써 결정적 영향을 미친다고 할 것이므로, 회사가 징계위원회 개최통지를 하지 아니함으로써 단체협약이 징계대상자에게 주도록 규정한 소명의 기회를 주지 아니한 채 개최된 징계위원회의 심의결과에 의거하여 임명권자가 한 징계해고처분은 징계절차에 위배한 부적법한 징계권의 행사로서 무효라고 보아야 한다.

\* 원심판결 : 부산고법 1992.10.14 선고 92나1032 판결

## » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 상고인 각자의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

### 1. 원고 최○우, 김○수 소송대리인의 상고이유에 대하여 본다.

- 가. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고 회사취업규칙 제50조가 종업원의 징계해고가 결정되었을 때(제2호)에는 해고한다고 규정되어 있고, 제43조에는 종업원의 표창 및 징계에 관하여는 별도상별규정에 의한다고 규정되어 있으며, 위 상별규정 제13조에는 "벌금 이상의형을 받은 자"(제11호)등을 열거하고 있고, 피고 회사와 그 노동조합(이하노동조합이라 한다) 사이에 체결된 단체협약에는 조합의 임원 및 간부의 해고는 사전에 조합과 합의한다(제46조 제2항)고 규정하고 있으며, 징계위원회의 위원은 노사 각 3명으로 구성하며 심의대상조합원 또는 동료조합원에게 사실소명의 기

회를 주고, 징계위원회의 개최 2일 전까지 서면으로 조합에 해당조합원의 인적사항, 징계사유, 개최일시 및 장소를 통보한다(제48조)라고 규정되어 있는 사실, ① 원고 최○우는 1988.4.경부터 노동조합 쟁의지도부장으로 활동하여 오면서 1990.5.경 4회에 걸쳐 정당한 절차를 거치지 아니한 채 연장근로거부, 전작업거부, 집단조퇴를 선동하는 등 불법쟁의행위를 하여 1990.6.12. 당시 K지방법원에 구속 기소되어 같은 해 9.28. 위 법원 90고단1142판결로 징역 1년의 형을 선고받고 항소하여 1990.12.28. 위 법원 90노9001호로 징역 1년, 집행유예 2년을 선고받아 그 무렵 위 형이 확정된 사실, ② 원고 김○수는 노동조합 총무부장으로 활동하여 오면서 1989.1. 중순경 노동조사무실에 비치하여 운영하던 노동조합 문고를 활성화한다는 명목으로 노동자계급과 자본가계급의 갈등을 주제로 하여 계급투쟁의식을 고취시키고 자본가계급의 타파를 강조하는 내용의 이적표현물인 도서를 구입하여 소속 조합원들에게 대출하여 줌으로써 탐독하게 하고, 1989.10. 말경 이적표현물을 취득, 탐독하여 1990.3.17. 국가보안법위반 혐의로 같은 법원에 구속 기소되어 같은 해 9.18. 같은 법원에서 징역 1년 및 자격정지 1년의 형을 선고받고 위 원고가 항소하였으나 1990.12.19. 위 법원 90노1005호로 위 원고의 항소가 기각되고 위 원고의 상고포기로 그 형이 확정된 사실, 이에 피고회사는 위 원고들의 행위에 대하여 징계를 하기로 하고, ① 원고 최○우에 대하여는 위 원고에 대한 제1심 유죄판결이 선고된 후인 1990.10.19. 14:00에 징계위원회를 개최하기로 하고 이를 각 징계위원 및 노동조합에 통지하였으나 노조 측에서 징계위원회를 연기할 것을 요청하므로 다시 징계위원회 개최일시를 같은 해 10.22.14:00로 정하여 통지하고 당시 구속 수감중이던 위 원고에게는 소명서를 제출하게 한 후 회사측 징계위원 3명과 노조 측 징계위원 2명이 참석한 징계위원회에서 위 원고의 소명서를 참작하여 위 원고는 피고 회사의 상별규정 제13조 제11호에 해당한다 하여 위 원고를 면직하기로 결정함에 따라 피고 회사는 1990.10.29. 위 원고를 면직한 사실, ② 원고 김○수에 대하여도 위 원고의 제1심 유죄판결이 선고된 이후당시 구속수감중이던 위 원고에게 소명서를 제출하게 한 다음 1990.10.26. 10:00 피고 회사와 노조 측 징계위원 전원이 참석한 징계위원회에서 위 원고가 제출한 소명서를 참작하여 회사 측 징계위원 전원이 면직을 요구함에 따라 피고 회사에서는 1990.11.21. 위 원고를 면직한 사실을 인정하고, 앞에서 인정한 원고 최○우, 김○수의 행위는 모두 피고 회사상별규정 제13조 소정의 징계면직사유에 해당한다 할 것이고, 위 취업규칙 및 상별규정의 각 해당 조항이 근로기준법에 위배되어 무효라고 볼 만한 사정이 없는 이 사건에 있어서 피고 회사가 위 징계위원회의 징계결의에 따라 위 원고들을 해고한 것은 정당한 이유가 있다고 할 것이고, 위 원고들의 위 행위에 이르게 된 경위와 그 결과, 징계의 목적 및 징계심의 과정에서의 위 원고들의 태도 등에 비추어 보면 그것이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 것으로서 징계권의 남용에 해당한다고 볼 수도 없다고 한 다음, 피고 회사의 단체협약 제37조 제2호, 제46조 제2항에는 조합의 임원 및 간부의 해고는 사전에 조합과 합의하도록 규정되어있기는 하나, 위 협약 제37조 본문에서 "조합은



조합원에 대한 인사권이 회사에 있음을 인정한다"고 규정하고 있으며, 피고 회사상별규정 제4조는 "포상 및 징계는 상별위원회의 심의를 거쳐 임명권자가 결정한다"고 규정되어 있는 점 등을 감안하여 볼 때, 위 단체협약상의 합의조항은 노동조합 간부나 대의원에 대한 사용자의 자의적인 인사권이나 징계권의 행사로 노동조합의 정상적인 활동이 저해되는 것을 방지하려는 취지에서 사용자로 하여금 노동조합의 간부에 대한 인사나 징계의 내용을 노동조합에 미리 통지하도록 하여 노동조합에게 인사나 징계의 공정을 기하기 위하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 제시된 노동조합의 의견을 참고자료로 고려하게 하려는 정도에 지나지 아니하는 것이라고 봄이 상당하고, 더욱이 이 사건에 있어서 징계위원회의 구성은 노사 동수로 되어 있고 노동조합 측에 위 원고들에 대한 징계일정을 미리 통보하였으며 징계심의과정에서 노조간부 다수가 징계위원으로 참석하여 그 의견을 개진한 사실을 인정할 수 있으므로 위 원고들에 대한 징계해고가 노조와의 사전 합의를 거치지 아니한 채 행하여졌다고 하여 그 효력에 영향이 없다고 판단하였다.

- 나. 단체협약 등에 규정된 인사협의(합의)조항의 구체적 내용이 사용자가 인사처분을 함에 있어서 신중을 기할 수 있도록 노동조합이 의견을 제시할 수 있는 기회를 주어야 하도록 규정된 경우에는 그 절차를 거치지 아니하였다고 하더라도 인사처분의 효력에는 영향이 없다고 보아야 할 것이지만, 사용자가 인사처분을 함에 있어 노동조합의 사전 동의나 승낙을 얻어야 한다거나 노동조합과 인사처분에 관한 논의를 하여 의견의 합치를 보아 인사처분을 하도록 규정된 경우에는 그 절차를 거치지 아니한 인사처분은 원칙적으로 무효라고 보아야 할 것이다(당원 1992.4.14.선고, 91다4775판결 ; 1992.5.22.선고, 91다22100판결 ; 1992.12.8.선고, 92다32074판결 ; 1993.4.23.선고, 92다34940판결 참조). 그런데, 관계증거를 기록과 대조하여 검토하면, 이 사건에서 단체협약 제37조 제2호에서 “조합간부의 인사 및 징계는 조합과 사전 합의한다”고 규정한 반면, 제3호에서 “조합원에 대한 징계, 해고, 파견근무는 조합과 사전 합의한다”고 규정하고 있어, 조합간부의 인사 및 징계에 대하여는 사전 “합의”를, 조합원의 인사 및 징계에 대하여는 사전 “협의”를 하도록 용어를 구분하여 사용하고 있고, 이렇게 “합의”와 “협의”를 구분하여 사용하고 있는 태도는 이밖에도 제45조에서 “회사는 조합원의 경고, 견책, 감봉 및 정직은 상별규정에 따르며 조합과 협의한다”고 규정하고, 제46조제2항에서 “합의 임원 및 간부의 해고는 조합과 사전 합의한다”고 규정하고 있는 데서도 드러난다. 단체협약상의 인사협의(합의)조항은 원칙적으로 사용자에게 있는 인사권에 대하여 노사간의 교섭의 결과에 따라 이를 제한하는 규정으로서 그 문구의 선택도 사용자나 노동조합 중 어느 일방의 주장만에 의하여 채택된 것이 아니고 노사 쌍방간의 협상에 의한 최종적 합의로 채택된 것이므로 결국 노사간의 교섭 당시의 협상력의 정도에 따른 산물인 것이다. 그러므로 위와 같이 단체협약의 인사협의(합의)조항에 노동조합 간부의 인사에 대하여는 사전 “합의”를, 조합원의 인사에 대하여는 사전 “협의”를 하도록 용어를 구분하여 사용하고 있다면, 교섭 당시 피고의 인사권에 대하여 조합간부와 조합원을 구분하여 제한의 정도를 달리 정

한 것으로 보아야 하고, 그 정도는 노조간부에 대하여는 조합원에 대한 사전협의의 경우보다 더 신중하게 노동조합 측의 의견을 참작하여야 한다는 정도의 차이가 있는 것으로 볼 수는 없는 것이므로, 노조원에 대한 인사권의 신중한 행사를 위하여 단순히 의견수렴절차를 거치라는 뜻의 사전 “협의”와는 달리, 노조간부의 인사에 대하여는 노동조합과 의견을 성실하게 교환하여 노사간에 “의견의 합치”를 보아 인사권을 행사하여야 한다는 뜻에서 사전 “합의”를 하도록 규정한 것이라고 해석하는 것이 타당하다. 따라서, 피고가 노동조합 간부인 위 원고들에 대한이 사건 징계해고를 함에 있어 사전에 위와 같은 노사간의 의견교환에 의한 “의견의 합치”가 없었으니 위 원고들에 대한 이 사건 징계해고는 단체협약제37조 제2호, 제46조 제2항 소정의 합의절차 없이 행하여진 것이어서 노동조합측이 스스로 이러한 합의절차를 포기하였다거나, 합의거부권을 남용하였다는 특별한 사정이 없는 한 무효라고 보아야 할 것인바, 위 인사합의조항의 해석에 관하여 이와 견해를 달리한 원심은 단체협약상 인사합의조항의 해석에 관한 법리를 오해하였다고 할 것이다.

- 다. 그러나, 위 인사합의조항이 노동조합 간부의 인사 및 징계 전반에 관하여 사전 합의를 거치게 하고 있다고 하더라도 이는 어디까지나 사용자에게 있는 인사권을 노동조합과의 합의를 거쳐 행사하도록 제한한 것일 뿐 사용자의인사권을 근본적으로 부정하는 것은 아닌 이상, 단체협약에 노동조합 간부에 대한 징계에는 노동조합과의 사전 합의가 있어야 하도록 규정되어 있는 경우에도, 노동조합 측에 중대한 배신행위가 있고 이로 인하여 사용자측의 절차의 흠결이 초래된 경우이거나, 또는 피징계자가 사용자인 회사에 대하여 중대한 위법행위를 하여 직접적으로 막대한 손해를 입히고 비위사실이 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백하며 회사가 노동조합측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합측이 합리적 근거나 이유 제시도 없이 무작정 징계에 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다고 인정되는 경우에는 노동조합측이 합의거부권을 남용한 것이 되어 사용자가 이러한 합의 없이 한 해고도 유효하다고 보아야 할 것이다. 그런데 원심이 인정한 사실에 의하면, 이 사건에 있어서 원고 최○우는 노동조합의 쟁의지도부장으로 불법 쟁의를 주도함으로써 피고 회사의 업무를 방해하여 피고 회사에 대하여 직접적으로 막대한 재산상 손해를 입혔고, 이로 인하여 제1심 법원에서 징역 1년의 실형을 선고받았고(위 원고에 대한 형은 이 사건 소제기 전에 항소심에서 징역 1년, 집행유예2년으로 변경되어 확정되었다), 원고 김○수는 노동조합의 총무부장으로서 이적표현물인 도서를 노동조합 문고로 구입하여, 탐독하고 소속조합원들에게 대출하여 줌으로써 탐독하게 하여 제1심법원에서 징역 1년 및 자격정지1년의 형을 선고받아(위 원고에 대한 위 형은 이 사건 소제기 전에 확정되었다)위 원고들이 제1심에서 위 각 형을 받은 것은 모두 상벌규정 제13조 제11호소정의 징계면직사유인 "종업원이 벌금 이상의 형을 받은 경우"에 해당함이 객관적으로 명백하고, 징계에 관한 사전 합의의 구체적 절차와 방식에 관하여 단체협약, 취업규칙, 인사규정에 별도의 규정이 없고, 단체협약 제48조제1항이 징계위원회의 위원은 노사 각 3명으로 구성한다

고 규정하고 있는 것으로 보아 위 사전 합의절차는 노사 동수로 구성된 징계위원회에서 행하는 것이 보통일 것이라고 보여지는데(대법원 1992.12.8. 선고, 92다32074판결 참조), 노동조합측 징계위원들이 피고 회사로부터 위 원고들에 대한 징계위원회의 개최통보를 받고 1990.10.22.자 및 같은 달 26.자의 각 징계위원회에 참석하여 위 원고들에 대한 각 징계안을 심의함으로써 위와 같은 원고들의 비위사실을 충분히 알고 있었으며, 피고 회사측은 노동조합측과의 합의를 이루기 위하여 원고 최○우에 대한 징계위원회의 개최를 한 차례 연기하여 주고 개최된 각 징계위원회에서 노동조합 측과 합의를 시도하는 등 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고, 노동조합 측 징계위원들이 합리적 근거나 이유제시도 없이 일방적으로 위 원고들에 대한 각 징계에 반대함으로써 노사 간의 합의에 이르지 못하였다고 할 것인바, 이는 노동조합측이 위 인사합의조항에 기한합의거부권을 남용한 것이라 봄이 상당하므로, 피고 회사가 비록 노동조합과의 사전 합의에까지는 이르지 못한 채 한 이 사건 각 징계면직처분도 유효하다고 보아야 할 것이다.

그렇다면, 원심이 앞에서 본 바와 같이 인사합의조항의 "합의"의 뜻을 징계절차에 있어서 공정을 기하기 위하여 노동조합에게 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 제시된 그 의견을 참고자료로 고려하게하자는 것일 뿐 의사의 합치까지 필요하지는 아니하다고 본 것은 잘못이라 할 것이지만, 원심이 위 원고들에 대한 이 사건 각 징계면직처분이 노동조합 측과의 사전 합의 없이 이루어졌다 하더라도 유효하다고 판단한 결론은 옳다 할 것이므로 거기에 소론과 같은 판결결과에 영향을 미친 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다. 논지는 결국 이유 없음에 돌아간다.

## 2. 피고 소송대리인의 상고이유에 관하여 본다.

가. 원심판결이유에 의하면, 원심은 원고 조○준에 대한 징계절차에 관하여, 피고 회사가 위 원고를 징계하기로 하여 위 원고에 대한 제1심 유죄판결이 선고된 후인 1990.8.31. 14:00에 징계위원회를 개최하기로 하고 이를 각 징계위원과 노동조합에 통지하였으나(다만 위 원고에 대하여는 이를 통지하였다고 인정할 증거는 없다) 노조 측은 참석하지 아니하여 회사 측 징계위원들만 참석한 위 징계위원회에서 위 원고의 행위는 피고회사 상벌규정 제13조 제9호, 제11호에 해당하므로 해고가 마땅하나 본인에게 소명 기회를 부여한 후 결정하기로 하고, 같은 해 9.10. ○○교도소에 수감중이던 위 원고에게 소명서를 제출하도록 통지하였으나, 같은 달 12. 위 원고가 피고 회사의 징계를 인정할 수 없다는 서면을 보내오자 다시 징계위원회를 열지도 아니한 채 위 1990.8.31.의 징계위원회 결정에 의거하여 같은 해 9.15.위 원고를 면직한 사실을 인정한 다음, 피고 회사 상벌규정 및 단체협약상 조합원의 징계는 징계위원회의 심의를 거치고 징계대상자에게 사실소명의 기회를 주도록 되어 있음에도 피고 회사가 위 원고에게 사전통보나 사실소명의 기회를 주지 아니한 채 개최한 1990.8.31.자 징계위원회의 심의결정이나, 위 징계위원회에서 위 원고에게 차후에 소명기회를 부여한 후 결

정하기로 하고서도 위 원고가 징계를 인정하지 아니한다는 이유만으로 징계위원회의 소집 및 심의도 없이 위 일자 징계위원회의 심의내용에 의거하여 1990.9.15. 위 원고를 해고한 피고 회사의 조치는 모두 피고 회사의 취업규칙이나 단체협약상의 징계절차를 위배한 것이므로 무효라고 판단하였는바, 원심이 위 사실을 인정하는 데 거친 채증의 과정을 기록에 의하여 살펴보아도 정당하고, 거기에 소론과 같은 채증법칙 위반으로 인한 사실오인의 위법사유가 없다. 논지는 이유 없다.

나. 기록에 의하면 단체협약 제48조 제1항은 "징계위원회의 위원은 노사 각3명으로 구성하며, 심의대상조합원 또는 동료조합원에게 사실소명의 기회를 준다"고 되어 있어 문리대로라면 피고 회사는 심의대상조합원이나 동료조합원 중 어느 일방에만 사실소명의 기회를 주면 될 것같기도 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 절차보장규정을 유명무실화 시킬 수 있다는 비난을 면할 수 없을 뿐 아니라, 상별규정 제16조 제2호는 "상별위원회는 징계대상자 및 관계인을 출석시켜 사실소명의 기회를 준다"고 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 위 단체협약 제48조 제1항은 징계대상조합원이 필요할 경우 자신과 함께하거나 또는 자신 대신에 다른 조합원으로 하여금 자신에 대한 소명을 하게할 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 피고회사의 징계위원회의 성격이 의결기관이 아닌 심의기관이고, 징계는 징계위원회의 심의를 거쳐 임명권자가 하는 것이라고 하더라도 징계위원회의 심의결과는 임명권자의 징계 여부 결정에 중요한 자료로써 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 행사로서 무효라고 보아야 하고, 임명권자가 이러한 위법한 징계위원회의 심의결과와 함께 위 징계위원회의 심의 후에 뒤늦게 소명자료 제출을 통보받은 원고 조○준이 서면으로 제출한 소명자료도 참작하여 징계해고처분을 하였다고 하더라도 결론에 소장이 없다고 할 것이므로, 원고 조○준에 대한 징계해고 처분이 무효라고 본 원심의 판단은 옳고, 거기에 소론과 같이 근로기준법에서 요구하는 절차적 정의에 관한 법리오해의 위법이 없다. 논지는 이유 없다.

3. 그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 상고인 각자의 부담으로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김석수(재판장), 최재호(주심), 배만운, 최종영

☞ 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007 판결

### » 요 지 «

1. 단체협약의 인사협의(합의)조항에 노동조합간부의 인사에 대하여는 사전 ‘합의’를, 조합원의 인사에 대하여는 사전 ‘협의’를 하도록 용어를 구분하여 사용하고 있다면, 교섭당시 사용자의 인사권에 대하여 노동조합간부와 조합원을 구분하여 제한의 정도를 달리 정한 것으로 보아야 하고, 그 정도는 노동조합간부에 대하여는 조합원에 대한 사전협의의 경우보다 더 신중하게 노동조합측의 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, 노동조합간부의 인사에 대하여는 노동조합과 의견을 성실하게 교환하여 노사간에 ‘의견의 합치’를 보아 인사권을 행사하여야 한다는 뜻에서 사전 ‘합의’를 하도록 규정한 것이라고 해석하는 것이 타당하다.
2. 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 쌍방간의 협상에 의한 최종 합의 결과 단체협약에 정리해고에 관하여 사전 ‘협의’와 의도적으로 구분되는 용어를 사용하여 노사간 사전 ‘합의’를 요하도록 규정하였다면, 이는 노사간에 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.
3. 이 사건 정리해고는 그 필요성과 합리성이 객관적으로 명백하고 피고가 노동조합측과 정리해고에 관한 합의 도출을 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였는데도 노동조합측이 합리적 근거나 이유제시 없이 정리해고 자체를 반대하고 불법적인 쟁의행위에 나아감으로써 합의에 이르지 못하였다고 할 것이므로, 이는 노동조합이 사전합의권을 남용하거나 스스로 사전합의권의 행사를 포기한 경우에 해당한다고 봄이 상당하다. 따라서 이 사건 정리해고가 노동조합과 사전 합의를 거치지 아니하였다는 사정만으로 무효라고 볼 수 없다.

\* 원고, 상고인 : 원고 1 외 1인

\* 피고, 피상고인 : Y생명보험 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2010.4.16. 선고 2009나89797 판결

## » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 원고들이 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유에 대하여 판단한다.

### 1. 상고이유 제3점에 대하여

가. 긴박한 경영상의 필요에 관한 법리오해 등의 점

(1) 근로기준법 제24조에 의한 정리해고의 요건이 되는 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함된다(대법원 2002.7.9. 선고 2001다29452 판결, 대법원 2004.11.12. 선고 2004두9616, 9623 판결 등 참조).

(2) 원심은 그 채용증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, J그룹이 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 M빌딩관리주식회사(이하 'M빌딩관리'라고 한다)를 주식회사 V월드(이하 'V월드'라고 한다)에 매각한 다음 본연의 사업인 보험업무에 역량을 집중하기 위하여 건물관리업무를 외주용역으로 전환하면서 M빌딩관리에 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 정리해고의 요건인 긴박한 경영상의 필요에 관한 법리를 오해한 위법 등이 없다.

나. 해고 회피 노력에 관한 법리오해 등의 점

(1) 정리해고를 함에 있어 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 한다는 것은, 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근

등 사용자가 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미하는데, 그 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라질 수 있다(대법원 1992.12.22. 선고 92다14779 판결, 대법원 2011.3.24. 선고 2010다92148 판결 등 참조).

- (2) 원심은 그 판시와 같은 여러 사정, 즉 피고가 경영합리화 조치의 일환으로 피고 소유의 건물 매각 및 그 관리업무를 담당하던 자회사 M빌딩관리의 매각을 추진함에 따라 M빌딩관리에 파견되어 기계·전기 업무를 담당하여 오던 원고들을 비롯한 피고 소속 기계·전기직 근로자 34명의 담당 업무 자체가 폐지될 상황에 이르자, 2007.3.29. 정부터 같은 해 4.2.경까지 기계·전기직 근로자들을 개별적으로 면담하여 M빌딩관리의 매각에 따라 더 이상 근로관계를 유지할 수 없음을 설명한 후, 2007.4.18. 기계·전기직 근로자들에게 ‘2007.4.24.까지 전환배치 신청을, 같은 달 30.까지 특별퇴직(30개월분의 평균임금에 상당하는 특별퇴직금 지급, 고용알선) 신청을 받을 예정이며, 위 기간 내에 전환배치나 특별퇴직을 신청하지 아니한 근로자에 대해서는 정리해고절차를 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 업무지원부서로 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 퇴직시점을 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 금원(1인당 평균 약 1억 2,000만원)을 지급하고 M빌딩관리를 인수한 V월드에 최소 2년간 고용이 보장되도록 조치한 점 등을 종합하여 보면, 피고는 이 사건 정리해고의 범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하였다고 봄이 상당하다는 취지로 판단하였다.

원심이 든 위와 같은 여러 사정에 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 피고가 V월드에 M빌딩관리를 매각한 경위 및 그 약정내용, 당시의 상황 등에 비추어 피고가 소유 건물을 매각할 때마다 단계적으로 기계·전기직 근로자의 인원을 감축하고 V월드가 그때마다 그 감축인원의 고용을 승계할 것을 V월드에 요구하는 것은 현실적으로 어려워 보이는 점 등의 사정을 아울러 참작하면, 위와 같은 원심의 판단은 앞에서 본 법리에 따른 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 정리해고의 요건인 해고 회피 노력 등에 관한 법리오해, 판단누락 등의 위법이 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

가. 단체협약의 인사협의(협의)조항에 노동조합간부의 인사에 대하여는 사전 ‘협의’를, 조합원의 인사에 대하여는 사전 ‘협의’를 하도록 용어를 구분하여 사용하고 있다면, 교섭 당시 사용자의 인사권에 대하여 노동조합간부와 조합원을 구분하여 제한의 정도를 달리 정한 것으로 보아야 하고, 그 정도는 노동조합간부에 대하여는 조합원에 대한 사전 협의의 경우보다 더 신중하게 노동조합측의 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, 노동조합간부의 인사에 대하여는 노동조합과 의견을 성실하게 교환하여 노사간에 ‘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 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 쌍방간의 협상에 의한 최종 합의 결과 단체협약에 정리해고에 관하여 사전 ‘협의’와 의도적으로 구분되는 용어를 사용하여 노사간 사전 ‘협의’를 요하도록 규정하였다면, 이는 노사간에 사전 ‘협의’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 노동조합측에 중대한 배신행위가 있고 이로 인하여 사용자측의 절차의 흠결이 초래되었다거나, 인사처분의 필요성과 합리성이 객관적으로 명백하며, 사용자가 노동조합측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합측이 합리적 근거나 이유제시도 없이 무작정 인사처분에 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다는 등의 사정이 있는 경우에 인정된다 할 것이다(대법원 2007.9.6. 선고 2005두8788 판결, 대법원 2010.7.15. 선고 2007두15797 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유에 의하면, 원고 1을 비롯한 피고 소속 근로자들에게 적용되는 피고의 이 사건 단체협약 제25조는 ‘인사권’이라는 제목으로 제1항에서 “조합은 다음 각 호의 인사권이 회사에 귀속함을 확인한다. 다만, 다음 각 호의 결과에 대하여 조합에서 이의가



있을 시는 의견을 제출하여 개선을 건의할 수 있다.”고 규정하면서 제1호에서 “종업원의 채용, 임면, 이동, 표창, 징계, 휴직, 복직, 퇴직에 관한 사항”을 규정하고, 같은 조 제2항에서 “회사는 합리적이고 보편타당한 인사원칙 및 객관적이고 정당한 인사기준을 수립·시행하여야 하며, 조합의 요청이 있을 시는 성실히 협의를 하여야 한다.”고 규정하고 있는 사실, 한편 이 사건 단체협약 제26조는 ‘조합간부에 대한 인사’라는 제목으로 “회사는 조합의 임원, 각 부장, 여성부 차장(3명), 전임자, 지구협의회장에 대한 임면, 이동, 교육 등의 인사에 관하여는 조합과 사전에 합의하여야 하며, 대의원(분회장) 이동 시에는 사전 조합에 통보한다.”고 규정하고 있는 사실, 피고는 2007.7.12. 노동조합의 정책부장으로 있던 기계·전기직 근로자인 원고 1에게 이 사건 정리해고의 통보를 하면서 그에 관하여 노동조합과 사전 합의를 하지 아니한 사실 등을 알 수 있다.

다. 위 사실관계를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴본다.

이 사건 단체협약 제26조는 노동조합의 간부에 대한 인사 중 임면, 이동, 교육에 관한 사항을 특정하여 이에 관하여는 특별히 피고의 자의적인 인사권 행사로 노동조합의 정상적인 활동이 저해되는 것을 방지하기 위하여 노동조합과 사전에 합의하여야 한다는 취지를 규정한 것으로 해석되고, 여기서 말하는 ‘임면’에는 ‘면직’이 포함된다고 볼 수 있는데, 이 사건 단체협약이나 취업규칙 등에서 ‘면직’의 의미에 관하여 별도의 정의 규정을 두고 있다고 볼만한 자료가 없는 이상, 이는 단체협약 제26조의 규정취지와 통상적인 용어의 의미에 따라 통상해고, 징계해고, 정리해고 등 피고가 조합간부와는 근로계약을 종료시키는 인사처분을 의미한다고 해석함이 상당하다.

이러한 해석에 터잡아 살펴보면, 피고가 2007.7.12. 원고 1을 정리해고하면서 이 사건 단체협약 제26조를 위반하여 노동조합과 사전 합의를 하지 아니한 것은 적법한 해고절차를 갖추었다고 볼 수 없지만, 피고가 그 당시 인원삭감 조치를 취할 필요성이 객관적으로 분명하였고 정리해고를 하기 전에 가능한 해고 회피 노력을 다하였던 점, 원심이 실시한 바와 같이 피고가 2007.3. 초순경부터 같은 해 7. 초순경까지 노동조합 및 피고 소속 기계·전기직 근로자 대표와 사이에 기계·전기직 근로자들에 대한 인력조정 문제에 관하여 26회에 걸쳐 협의를 하고, 9회에 걸쳐 노동조합에 대하여 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 협의를 요청하면서 여러 가지 해고 회피 방안을 제시하였던 점, 원고 1 스스로도 피고가 제시한 전환배치 방안에 따라 전환배치를 신청하여 놓고도 피고가 이를 승인하자 그 신청을 철회해버린 후, 피고 소속 기계·전기직 근로자들과 함께 정리해고 철회를 위하여 본사에서 피켓을 들고 구호를 제창하고 8회에 걸쳐 본사 1층 로비와 인적자원실, 임원실의 복도 등을 점거하고, 약 10여 일간 회사 관계자 및 고객 등이 출입하는 본사 1층 로비에 천막을 치고 집단농성을 하는 등 정리해고 자체를 무산시키는 데 주력한 점, 피고가 실시하려 한 정리해고는 피고 소유의 건물과 자회사인 M빌딩관리를 매각하면서 그에

따라 담당 업무가 폐지될 기계·전기직 근로자들 전원을 대상으로 한 것이어서 노동조합으로서의 원고 1이 노동조합의 정책부장이라는 이유만으로 이 사건 단체협약 제26조를 내세워 정리해고를 거절할만한 합리적 근거나 이유가 있다고 보기 어려운 점 등 여러 사정을 종합·참작하면, 이 사건 정리해고는 그 필요성과 합리성이 객관적으로 명백하고 피고가 노동조합측과 정리해고에 관한 합의 도출을 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였는데도 노동조합측이 합리적 근거나 이유제시 없이 정리해고 자체를 반대하고 불법적인 쟁의행위에 나아감으로써 합의에 이르지 못하였다고 할 것이므로, 이는 노동조합이 사전합의권을 남용하거나 스스로 사전합의권의 행사를 포기한 경우에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 피고의 원고 1에 대한 이 사건 정리해고가 노동조합과 사전 합의를 거치지 아니하였다는 사정만으로 무효라고 볼 수 없다.

라. 원심이 이와 달리 이 사건 단체협약 제26조에 의한 노동조합과의 사전 합의 대상에 정리해고가 포함되지 아니한다고 해석한 후, 피고가 원고 1에 대하여 이 사건 정리해고를 하면서 노동조합과 사전 합의를 하지 아니하였다 하더라도 아무런 절차상의 하자가 없다고 판단한 것은 잘못이지만, 피고의 위 원고에 대한 이 사건 정리해고가 유효하다고 본 원심의 결론은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

결국 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 처분문서의 증명력이나 단체협약의 해석에 관한 법리 등을 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

### 3. 그 밖의 상고이유에 대하여

이 사건 정리해고가 유효하여 원고들이 피고의 근로자의 지위에 있지 아니하다는 이유로 원고들의 청구를 배척한 원심의 결론이 정당한 이상, 이 사건 징계해고가 그 양정이나 절차상의 위법으로 무효인지 여부는 판결 결과에 영향을 미칠 수 없으므로, 이를 다투는 상고이유의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들이지 아니한다.

### 4. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자들이 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김능환(재판장), 안대희, 이인복(주심), 박병대



### 3.8 징계재심 절차를 위반한 징계의 효력

☞ 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010두1743 판결 ★

#### » 요 지 «

징계처분에 대한 재심절차는 징계처분에 대한 구제 내지 확정절차로서 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계과정 전부에 관하여 판단되어야 하므로, 원래의 징계처분이 그 요건을 갖추었다 하더라도 재심절차를 전혀 이행하지 않거나 재심절차에 중대한 하자가 있어 재심의 효력을 인정할 수 없는 경우에는 그 징계처분은 현저히 절차적 정의에 반하는 것으로서 무효라고 할 것이다.

\* 원고, 피상고인 : 김○○

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 2009. 12. 16. 선고 2009누14974 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고 및 피고 보조참가인이 부담한다.

#### » 이 유 «

피고 및 피고 보조참가인의 각 상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 상고이유보충서는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 함께 본다.

1. 기록에 의하면, 피고 보조참가인 A조합중앙회(이하 ‘참가인 중앙회’라고 한다)의 인사규정 제76조제1항은 직원의 상벌 기타 인사에 관한 중요사항을 심의하도록 하는 기구로서 중앙본부에 고등위원회와 보통위원회, 지역본부에 지역본부위원회, 시군지부에 시군지부위원회를 규정하고 있고, 제78조제1항 내지 제4항은 직원들에 대한 징계관할 등 각 위원회의 기능을 규정하면서 징계관할에 있어서는 징계대상자가 중앙본부 1급 직원 및 지역본부장인 경우 고등위원회가 관할하도록 하고 중앙본부 감사에서 발견된 사고에 관련된 지역본부 및 지역본부 관내 지사무소 직원은 보통위원회에서 관할하도록 하는 등 징계대상자의 소속과 직급, 징계대상 사고의 발견 주체와 경위에 의하여 징계관할을 정하되, 제5항에서 “동일사고에 관련된 다수 징계대상자의 징계관할 인사위원회가 서로 상이할 경우 제1항 내지 제4항의 규정에도 불구하고 최상급 관할 인사위원회에서 이를 심의·의결한다. 다만, 각 징계대상자의 관할 인사

위원회별로 심의·의결하는 것이 타당하다고 인정될 때에는 최상급 관할 인사위원회 위원장의 결재를 얻어 각 관할 인사위원회에 이송할 수 있다.”고 규정하고 있음을 알 수 있다.

위 규정의 취지 및 문언에 비추어 보면, 위 인사규정 제78조제5항에 규정된 ‘다수징계대상자가 동일사고에 관련되어 있는 경우’란 당해 징계대상 사고를 발견한 주체와 경위, 징계사유들의 발생 시기와 그 내용, 징계에 이르게 된 과정, 징계사유들 사이의 관련성 및 동시 심의·의결의 필요성 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 볼 때 징계대상자들이 징계절차에서 하나의 사고로서 취급되는 사건과 서로 관련되어 있는 경우를 의미하는 것이지 단순히 징계대상자들에 대한 징계사유 자체의 기본적인 사실관계가 동일한 경우만을 의미하는 것은 아니라고 할 것이다.

2. 원심이 인정한 사실과 기록에 의하면, 참가인 중앙회의 중앙본부가 원고의 공제금부당편취행위를 적발하여 형사고소하자, 원고는 이에 반발하여 자신의 신분을 보호하여 주지 않으면 농협의 비리를 폭로하여 조직을 쑥대밭으로 만들겠다는 취지의 말을 하여 품위유지의무를 위반하고, 참가인 중앙회의 광주지역본부 사무실에서 소란을 피우며 우산으로 책상 유리를 내리쳐 책상 유리를 파손하여 복무규율을 위반하였으며, 참가인 중앙회 광주지역본부의 예산변칙경리를 통한 부외자금 조성 및 사용 등에 관하여 케이비에스(KBS), 국가청렴위원회, 감사원 등에 제보하여 광주지역본부에 대한 경찰의 압수수색 등 수사가 시작되도록 한 사실, 광주지역본부의 관련 직원들은 위 부외자금 조성 및 사용이 언론에 보도되자 사건확대를 막기 위해 원고와 협의하는 과정에서 당시 광주지역본부장이던 정○○이 2006.9.1. 참가인 중앙회의 승낙 없이 원고에 대한 위 형사고소를 임의로 취소하여 주었고, 당시 광주지역본부 기획·총무팀장 손○○, 우산동 지점장 이○○은 원고에게 원고의 승진에 최선을 다한다는 취지의 승진확약서를 교부한 사실, 원고는 2007.1.29. 조합원자유토론평에 위 승진확약서를 게시한 사실, 참가인 중앙회의 중앙본부는 그 사실 여부를 확인하기 위하여 2007.2.12.부터 같은 달 23.까지 사이에 광주지역본부에 대하여 특별감사를 실시하였고, 그 무렵 원고가 조합원자유토론평에 게시한 광주지역본부 산하의 대인동지점에서 있었던 대출 관련 뇌물 수수 등의 비위사실에 대하여도 감사를 실시한 사실, 참가인 중앙회는 이와 같은 감사를 통하여 원고를 비롯한 17명의 비위사실을 적발하고 이들을 모두 광주지역본부 등에서 발생한 사고 공제금 편취 등 사건으로 보아 고등인사위원회의 징계절차에 회부하여 2007.4.25. 그 중 이미 퇴직한 2명(허○○, 정○○)에 대하여 징계불능처리하고 나머지 15명에 대하여 징계처분을 하였는데, 그 징계사유는 ① 과장보 오○○ 외 3인의 경우 원고의 공제금 부당편취와 관련하여 당시 해당 서류의 징구 소홀 등으로 공제금 편취를 방지하지 못하였거나 공제금의 지급결제를 한 행위이고, ② 전 광주지역본부장 허○○, 전○○은 광주지역본부장 재직시절 예산변칙경리를 통한 부외자금 조성 및 사용 등이며, 전 광주지역본부장 정○○은 보조참가인의 승인을 얻지 않은 채 원고에 대한 형사고소를 임의 취소한 행위이고,



③ 지점장 손○○, 팀장 이○○은 위 부의자금 조성 및 사용과 관련한 실무처리를 한 행위, 원고에게 위와 같은 승진확약서를 작성하여 준 행위, 정○○의 지시로 원고에 대한 위 형사고소를 임의로 취소한 행위이며, ④ 원고는 위 사고공제금 부당편취와 품위유지의무 위반, 복무규율 위반 등으로서 모두 원고의 공제금 부당편취로부터 비롯되어 그에 대한 대처과정에서 문제된 사고에 대하여 실시된 중앙본부의 감사에 의하여 발견된 사유들이었던 사실 등을 알 수 있다.

이를 위 인사규정에 비추어 보면, 위 전○○ 등에 대한 징계사유들은 원고의 공제금 부당편취 사건과 이에 대한 대처과정에서 광주지역본부 등에서 발생한 하나의 사고에 대해 참가인 중앙회 중앙본부가 착수한 감사에 의하여 드러난 것들로서 서로 관련되어 있으므로 원고와 위 전○○ 등은 인사규정 제78조제5항 규정된 '다수 징계대상자가 동일사고와 관련되어 있는 경우'에 해당한다고 봄이 상당하고, 이에 따라 참가인 중앙회가 원고에 대한 징계절차를 위 전○○ 등의 징계관할에 따라 고등위원회에서 진행한 것은 정당하다.

그럼에도 원심이 이와 달리, 원고에 대한 징계사유인 공제금 부당편취 등과 나머지 징계대상자들 중 고등위원회의 징계심의·의결 대상인 전○○ 등에 대한 징계사유가 별개의 사실이라는 등의 전제 아래 원고에 대한 징계심의·의결절차를 인사규정 제78조제2항에 정해진 보통위원회가 아닌 제78조제1항에 정해진 고등위원회에서 한 것은 인사규정을 위반한 것으로서 절차상 하자가 있다고 판단한 것은 잘못이라고 할 것이다.

3. 그러나 다른 한편, 징계처분에 대한 재심절차는 징계처분에 대한 구제 내지 확정절차로서 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계과정 전부에 관하여 판단되어야 하므로, 원래의 징계처분이 그 요건을 갖추었다 하더라도 재심절차를 전혀 이행하지 않거나 재심절차에 중대한 하자가 있어 재심의 효력을 인정할 수 없는 경우에는 그 징계처분은 현저히 절차적 정의에 반하는 것으로서 무효라고 할 것이다(대법원 1994.1.14. 선고 93다968 판결, 대법원 1997.9.30. 선고 97다10956, 10963 판결, 대법원 1998.12.8. 선고 98다31172 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거에 의하여, 참가인 중앙회가 원고로부터 2007.5.29. 위 징계절차에 의하여 이루어진 해고에 대한 재심청구를 받고서도 원심 변론종결일인 2009.11.25.까지 재심절차를 이행하지 않은 사실을 인정한 다음, 원고는 공제금 부당편취와 관련하여 법원의 형사사건의 제1심판결이 선고된 후인 2008.3.24. 내용증명우편으로 참가인 중앙회에게 위 재심절차를 이행할 것을 촉구하는 한편, 제1심의 제1차 변론기일에 진술된 2008.9.22.자 준비서면에서 참가인 중앙회가 재심절차를 이행하지 않고 있는 것은 위법하다고 주장한 이래 소송과정에서 같은 주장을 계속하고 있고, 위 형사사건은 2009.3.12. 대법원에서 확정된 사실이 인정되는 점에 비추어 위



와 같은 재심절차의 지연이 원고의 이익을 위한 것이라고 보기 어렵고, 달리 재심절차의 지연에 관하여 납득할 만한 사정의 주장·입증이 없으므로 이 사건 해고는 그 절차상 중대한 하자가 있어 무효라는 취지로 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍이 된다. 이 부분의 원심 판단이 정당한 이상, 앞서 본 원심의 잘못은 판결 결과에 영향이 없다.

결국 원심판결에는 상고이유의 주장과 같이 원심판결에 영향을 미친 채증법칙 위반이나 법리오해 등의 위법이 없다.

4. 그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자인 피고 및 피고 보조참가인이 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김영란(재판장), 대법관 이홍훈, 대법관 김능환(주심), 대법관 민일영



### 3.9 절차상 하자의 치유

☞ 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결★ <sup>2)</sup>

#### » 요 지 «

1. 적법한 직위해제 및 대기발령을 받은 참가인으로서는 그 기간 중 근무태도를 개선하고 자신의 잘못을 반성하는 등으로 근신하여야 할 것임에도 불구하고, 그 이후에도 직위해제 및 대기발령을 받게 된 가장 중요한 원인인 명예훼손 행위를 수회에 걸쳐 또다시 반복하였을 뿐만 아니라, 더 나아가 원고법인 사무처장에 대한 각종 개인적인 비리 의혹을 무책임하게 마구 제기함으로써 그 명예를 심각하게 훼손한 점, 참가인이 원고법인 내부에서 차지하고 있는 지위 등에 비추어 볼 때, 원고가 이와 같이 전혀 개선의 정을 보이지 않고 근무태도도 나아졌다고 볼 수 없는 참가인에 대하여 직무수행능력 회복이나 근무태도의 개선 등 직위해제사유가 소멸되어 마땅히 직위를 부여하여야 할 만한 사정이 없다는 이유로 행한 이 사건 면직처분은 결코 원고의 정당한 인사권의 범위를 벗어난 것이라고 볼 수 없다.
2. 징계처분에 대한 재심절차는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계과정 전부에 관하여 판단되어야 할 것으로, 원래의 징계과정에 절차위반의 하자가 있더라도 재심 과정에서 보완되었다면 그 절차위반의 하자는 치유된다. 징계위원회 구성 등에 관한 절차상의 하자가 있다고 하더라도, 참가인이 이 사건 면직처분에 대한 재심을 청구하고 그 재심절차가 적법하게 이루어진 이상 징계절차상의 하자는 치유된다고 할 것이다.

\* 원고, 피상고인 : 학교법인 Z학원

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 황○○

\* 원심판결 : 서울고법 2003. 6. 20 선고 2002누2019 판결

2) 본 판결의 원문은 `주제별 노동판례 330선` 제2부 제4장 인사발령 429쪽에 기재되어 있음

## 4. 성희롱 관련 판단기준

### 4.1 징계사유로서의 성희롱 요건, 증명 책임 및 증명의 정도

☞ 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결★

#### » 요 지 «

1. 성희롱이란 업무, 고용, 그 밖의 관계에서 국가기관·지방자치단체, 각급 학교, 공직유관단체 등 공공단체의 종사자, 직장의 사업주·상급자 또는 근로자가 ① 지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 또는 성적 요구 등으로 상대방에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위, ② 상대방이 성적 언동 또는 요구 등에 따르지 아니한다는 이유로 불이익을 주거나 그에 따르는 것을 조건으로 이익 공여의 의사표시를 하는 행위를 하는 것을 말한다[양성평등기본법 제3조 제2호, 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제2조 제2호, 국가인권위원회법 제2조 제3호 (라)목 등 참조]. 여기에서 ‘성적 언동’이란 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 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위를 의미한다.
2. 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.
3. 성희롱을 사유로 한 징계처분의 당부를 다투는 행정소송에서 징계사유에 대한 증명책임은 그 처분의 적법성을 주장하는 피고에게 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. 민사책임과 형사책임은 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.



4. 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.

\* 원고, 피상고인 : ○○○○

\* 피고 : 교원소청심사위원회

\* 피고보조참가인, 상고인 : 학교법인 H학원

\* 원심판결 : 서울고법 2017. 11. 10. 선고 2017누34836 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원으로 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 사건의 경위

가. 원고는 학교법인 H학원이 설립·운영하는 M대학교의 컴퓨터계열 교수이고, 피해자 소외 1, 소외 2는 소속 학과 학생들이다.

나. 피고보조참가인은 2015. 4. 10. 원고가 소속 학과 여학생들에게 다음과 같은 행위 등을 포함하여 수차례 성희롱 및 성추행 행위를 하였고 이는 사립학교법 제61조 제1항 각호의 징계사유에 해당한다는 사유로 원고를 해임하였다.

#### (1) 피해자 소외 1 관련 징계사유

① 소외 1이 봉사활동을 위한 추천서를 받기 위해 친구들과 함께 원고의 연구실을 방문했을 때, 뽀뽀해 주면 추천서를 만들어 주겠다고 하였다(제1-2 징계사유).

- ② 수업 중 질문을 하면 소외 1을 뒤에서 안는 듯한 포즈로 지도하였다(제1-3 징계사유).
- ③ 소외 1이 원고의 연구실을 찾아가면 “남자친구와 왜 사귀냐, 나랑 사귀자”, “나랑 손잡고 밥 먹으러 가고 데이트 가자”, “엄마를 소개시켜 달라”고 하는 등 불쾌한 말을 하였다(제1-4 징계사유).

## (2) 피해자 소외 2 관련 징계사유

- ① 수업시간에 소외 2를 뒤에서 안는 식으로 지도하고 불필요하게 소외 2와 한 의자에 앉아 가르쳐 주며 신체적 접촉을 많이 하였다(제3-1 징계사유).
- ② 복도에서 소외 2와 마주칠 때 얼굴에 손대기, 어깨동무, 허리에 손 두르기와 함께 손으로 엉덩이를 툭툭 치는 행위를 하였다(제3-2 징계사유).
- ③ 소외 2와 단 둘이 있을 때 팔을 벌려 안았다(제3-3 징계사유).
- ④ 학과 MT에서 아침에 자고 있던 소외 2의 볼에 뽀뽀를 2차례 하여 정신적 충격을 주었다(제3-4 징계사유).
- ⑤ 장애인 교육 신청서를 제출하러 간 소외 2에게 자신의 볼에 뽀뽀를 하면 신청서를 받아 주겠다고 하여 소외 2가 어쩔 수 없이 원고의 볼에 뽀뽀를 하였다(제3-5 징계사유).

다. 원고는 징계에 불복하여 2015. 5. 7. 피고에 대하여 소청심사를 청구하였고, 피고가 원고 청구를 모두 기각하는 결정을 하자, 그 취소를 구하는 이 사건 소송을 제기하였다.

## 2. 원심의 판단

### 가. 피해자 소외 1 관련 징계사유에 관하여

- (1) 제1-3 징계사유 가운데 소위 ‘백허그’를 하였다는 것은, 교수인 원고가 많은 학생들이 수업을 받는 실습실에서 그러한 행위를 시도하였다는 것을 상상하기 어려울 뿐만 아니라, 위 피해자가 익명으로 이루어진 강의평가에서 이에 대한 언급 없이 원고의 교육방식을 긍정적으로 평가한 점 등에 비추어 볼 때 발생사실 자체를 인정하기 어렵다. 다만 원고가 위 피해자의 손 위로 마우스를 잡거나 어깨동무를 하는 등의 불필요한 신체적 접촉을 한 사실은 인정할 수 있지만, 이는 원고의 적극적인 교수방법에서 비롯된 것이고 위 피해자가 그 후에도 계속하여 원고의 수업을 수강한 점 등에 비추어 볼 때 일반적이고 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도에 이른 것이라고 보기 어렵다.
- (2) 제1-2, 제1-4 징계사유와 같은 말을 한 사실은 인정할 수 있고 이는 부적절한 면이 없지 않지만, 원고는 평소 위 피해자를 비롯한 소속 학과 학생들과 격의 없고 친한 관계를 유지하면서 자주 농담을 하거나 가족 이야기, 연애상담을 나누기도 한 점, 원



고와 위 피해자의 대화 가운데 극히 일부분을 전체적인 맥락을 고려하지 않은 채 문제 삼는 것은 부적절하다는 점 등을 고려하여 보면 이는 피해자인 여학생의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈다고 보기 어렵다.

#### 나. 피해자 소외 2 관련 징계사유에 관하여

제3-1 내지 5 징계사유에 관한 피해자 소외 2의 진술은 다음과 같은 이유로 신빙성을 인정하기 곤란하다. 그리고 그 진술 내용에 의하더라도 원고의 강의에 대한 학생들의 평가가 매우 좋았던 점, 원고가 평소 친밀감의 표현으로 다수의 제자들을 향하여 팔을 벌려 안으려는 듯한 자세를 취한 것을 과장한 것이 아닌가 의심이 드는 점, 위 피해자가 원고에게 뽀뽀를 한 것은 그녀의 친구들이 벌인 장난 가운데 일어난 일로서 원고가 이를 강요하였다고 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때 그 징계사유를 모두 인정할 수 없다.

첫째로, 피해자 소외 2는 최초 소외 1의 부탁을 받고 자신의 성희롱 사건도 함께 신고하게 된 것인데, 자신의 피해사실에 대하여는 형사고소 이후 수사기관이나 법원에서 진술을 거부하면서도 소외 1의 피해사실에 대하여는 증인으로 출석하여 자유롭게 진술하고 있는데, 이를 성희롱 내지 성추행 피해자로서의 대응이라고 볼 수 있을지 의문이다.

둘째, 위 피해자가 자신의 진술서를 작성한 것은 2014. 12. 17. 무렵인데, 그 기재 내용은 2013년부터 2014년 전반기까지 일어난 일들이어서 소외 1의 권유 또는 부탁이 없었더라면 과연 한참 전의 원고 행위를 비난하거나 신고하려는 의사가 있었는지 의심스럽다.

셋째, 위 피해자는 이전에는 원고와 격의 없이 지내다가 이 사건 해임처분이 있는 이후로는 원고를 만나는 것을 피하고 있는 것으로 보이는데, 이로 미루어 볼 때 위 피해자가 자신의 피해사실에 대하여 수사기관 등에서 진술을 거부한 이유는 자신의 신고로 인한 책임추궁이 두렵기 때문으로 의심된다.

넷째, 위 피해자는 원고에 대한 형사고소를 하지 않을 것을 약속하는 각서를 작성하여 주는 대신 원고에게도 자신에 대한 법적 대응을 하지 않도록 요구하여 그러한 내용의 원고 명의 각서를 공증사무소에서 인증받기까지 하였는데, 이는 통상 피해자가 단순히 가해자를 용서하는 합의를 하여주는 행동이라고 보기에 이례적이다.

#### 다. 징계양정에 관하여

가사 위 징계사유가 모두 인정된다고 하더라도, 원고의 언동은 좁은 실습실에서 소위 맨투맨식 강의방법으로 적극적인 수업을 하고 학생들과 격의 없이 대화하고 농담도 하며 친밀하게 지내던 중에 아무런 고의 없이 이루어진 일이라는 점, 여학생들도 대

부분 당시에는 별다른 문제점을 느끼지 못하고 심각하게 받아들이지 아니하였다가 짧게는 3개월 길게는 1년 이상의 세월이 흐른 후에 피해자 소외 1의 문제 제기로 인하여 신고하게 된 것이라는 점 및 이 사건 발생 경위와 피해 정도에 비추어 볼 때, 이 사건 해임처분은 원고 행위의 비위 정도에 비추어 지나치게 무거워 징계 재량권의 범위를 일탈·남용한 것으로서 위법하다.

### 3. 대법원의 판단

#### 가. 성희롱의 판단 기준 및 증명책임에 관하여

- (1) 성희롱이란 업무, 고용, 그 밖의 관계에서 국가기관·지방자치단체, 각급 학교, 공직유관단체 등 공공단체의 종사자, 직장의 사업주·상급자 또는 근로자가 ① 지위를 이용하여 업무 등과 관련하여 성적 언동 또는 성적 요구 등으로 상대방에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위, ② 상대방이 성적 언동 또는 요구 등에 따르지 아니한다는 이유로 불이익을 주거나 그에 따르는 것을 조건으로 이익 공여의 의사표시를 하는 행위를 하는 것을 말한다[양성평등기본법 제3조 제2호, 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제2조 제2호, 국가인권위원회법 제2조 제3호 (라)목 등 참조]. 여기에서 ‘성적 언동’이란, 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 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위를 의미한다.

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 한다(대법원 2007. 6. 14. 선고 2005두6461 판결 등 참조).

- (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 2008다6755 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 2012다117492 판결 등 참조).

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. 징계사유의 존부에 관하여

- (1) 위 법리에 비추어 원심이 제1-3, 제3-1 내지 5 징계사유인 성희롱 사실 발생 자체를 인정할 수 없다고 판단한 부분을 살펴본다.

먼저 원심은 제1-3 징계사유와 관련하여 원고가 수업 중에 실습실에서 소위 ‘백허그’를 하였다는 것은 상상하기 어렵다고 판단하였다. 원심은 위 행위 외의 다른 부분에 대해서는 원고가 피해자 소외 1에 대하여 불필요한 신체 접촉을 한 사실을 인정하면서도, 위 행위 부분에 대해서는 위 피해자가 익명으로 이루어진 강의평가에서 이에 대한 언급 없이 원고의 교육방식을 긍정적으로 평가하였다고든가 또는 그 후에도 계속하여 원고의 수업을 수강한 점 등을 근거로 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하였다. 그러나 이는 앞서 본 법리에 비추어 볼 때 법원이 충분히 심리를 한 끝에 상반되는 증거를 비교·대조하여 증명력을 평가하여 내린 결론이라고 보기 어렵다.

다음으로 제3-1 내지 5 징계사유에 관한 피해자 소외 2의 진술을 배척한 이유들 역시 선뜻 받아들이기 어렵다. 피해자가 자신의 성희롱 피해 진술에 소극적이었거나 성희롱 사실 발생 후 일정 시간이 경과한 후에 문제를 제기했다는 등의 사정이 피해자 진술을 가볍게 배척할 사유가 아님은 이미 살펴본 바와 같다. 특히 원심이 소외 1의 권유 또는 부탁이 없었더라면 과연 피해자에게 한참 전의 원고 행위를 비난하거나 신고하려는 의사가 있었는지 의심스럽다고 한 부분은 성희롱 사실 발생 자체를 배척하는 근거로 삼기에 적절하지 않다.

(2) 제1-2, 제1-3, 제1-4 징계사유에 관한 원심판단을 살펴본다.

원심이, 제1-2, 제1-4 징계사유와 관련하여 원고와 피해자의 대화 가운데 극히 일부분을 전체적인 맥락을 고려하지 않은 채 문제 삼는 것은 적절하지 않다고 판단한 것 자체는 옳다. 그러나 원심이 이에 관하여 원고가 평소 학생들과 격의 없고 친한 관계를 유지하면서 자주 농담을 하거나 가족 이야기, 연애상담을 나누기도 한 점 등을 이유로 들고, 제1-3 징계사유와 관련하여 원고가 피해자에 대하여 불필요한 신체 접촉을 한 사실이 인정되더라도 이는 원고의 적극적인 교수방법에서 비롯된 것이고 피해자가 성희롱 사실 이후에도 계속하여 원고의 수업을 수강한 점 등을 이유로 들어 원고의 행위가 일반적이고 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도에 이른 것이라고 보기 어렵다고 판단한 부분은 수긍할 수 없다. 이와 같은 이유 설시는 자칫 법원이 성희롱 피해자들이 처한 특별한 사정을 고려하지 않은 채 은연중에 가해자 중심적인 사고와 인식을 토대로 평가를 내렸다는 오해를 불러일으킬 수 있어 적절하지 않다.

원고의 행위가 성희롱에 해당하는지 여부는 가해자가 교수이고 피해자가 학생이라는 점, 성희롱 행위가 학교 수업이 이루어지는 실습실이나 교수의 연구실 등에서 발생하였고, 학생들의 취업 등에 중요한 교수의 추천서 작성 등을 빌미로 성적 언동이 이루어지기도 한 점, 이러한 행위가 일회적인 것이 아니라 계속적으로 이루어져 온 정황이 있는 점 등을 충분히 고려하여 우리 사회 전체의 일반적이고 평균적인 사람이 아니라 피해자들과 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도였는지를 기준으로 심리·판단하였어야 옳았다.

다. 소결

그런데도 원심은 이와 달리 앞서 본 이유만을 들어 피해자들의 진술을 배척하거나 원고의 언동이 성희롱에 해당하지 않는다고 보아 이 사건 징계사유들이 인정되지 않는다고 단정하였다. 이러한 원심판단에는 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 성희롱의 성립 요건 및 증명책임에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 않는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 결 론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 고영한(재판장), 김소영, 권순일(주심), 조재연



## 4.2 직장 내 성희롱으로 인한 해고의 징계양정 판단

☞ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22498 판결

### » 요 지 «

1. 구 남녀고용평등법(2005. 5. 31. 법률 제7564호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2항에서 규정한 '직장 내 성희롱'의 전제조건인 '성적인 언동 등'이란 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 행위를 의미한다. 나아가 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 사람에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있게 하는 행위가 있고, 그로 인하여 행위의 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈음이 인정되어야 한다.
2. 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 직장에서도 계속 근무하는 것이 성희롱 피해 근로자들의 고용환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져 올 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.
3. 카드회사의 지점장이 우월한 지위를 이용하여 자신의 지휘·감독을 받는 8명의 여직원을 상대로 일정 기간 동안 14회에 걸쳐 반복적으로 성희롱 행위를 한 것은 그 성희롱 행위가 왜곡된 사회적 인습이나 직장문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제의식 없이 이루어진 것이라 하여 이를 가볍게 평가할 수는 없으므로, 그에 대한 징계해고처분은 정당하다.

\* 원고, 피상고인 : 정○○

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : P주식회사 대표이사 유○○

\* 원심판결 : 서울고법 2007. 10. 10. 선고, 2006누9285 판결

## » 주 문 «

원심 판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고 이유를 판단한다.

1. 원심은 그 채택 증거를 종합하여, 원고는 1985.1.14 S그룹 공채로 입사하여 R생명 주식 회사에서 근무하다가 2000.7.1 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)으로 전직한 후 참가인의 강서지점, 태평로지점, 안산지점 등에서 차장 또는 지점장으로 근무하였고 2003.1.22부터 참가인 동부지점의 지점장으로 근무하게 된 사실, 원고가 안산지점장으로 근무할 당시인 2002.7월경 여직원 서○○가 점심 시간에 혼자 남아 팩스를 이용하여 서류를 전송하고 있자 갑자기 뒤에서 서○○를 껴안아 그를 당황스럽게 하였고 원고가 동부지점장으로 자리를 옮긴 2003.2월경 술에 취하여 밤 11시부터 다음 날 새벽 1시경까지 사이에 여러 차례 서○○에게 전화를 걸어 “오빠야, 내가 너 사랑하는지 알지. 너는 나 안보고 싶냐”는 등의 말을 하였던 사실, 참가인의 동부지점은 기존의 구리지점과 동대문지점이 통합되어 2003.1월경부터 새로 신설된 곳인데 원고가 위 동부지점의 최초 지점장으로서 영업과장 1명, 대리 1명, 주임 3~4명, 여직원 10여 명과 함께 근무하게 되었는데 동부지점은 최초 신설된 때인 2003.1월경에는 지점의 영업 실적이 다른 곳에 비하여 저조하였으나, 그로부터 6개월 후인 2003.7.11 같은 해 6월 지점의 영업 실적에 대한 종합평가 결과 참가인의 전국 지점 중 1위를 한 것으로 발표된 사실, 위 영업 실적 종합평가가 발표된 2003.7.11 이전에 있었던 원고의 동부지점 여직원들에 대한 성희롱 행위를 보면 2003.4월경 원고의 사무실인 지점장실에 여직원 황○○에게 목과 어깨를 주물러 달라고 요구하고, 2003.6월 토요일 저녁에 여직원 이○○에게 수차례 전화를 걸어 ‘집이 비어 있는데 놀러 오라’고 요구하였으며, 2003.6.11 직원 회식을 마치고 노래방으로 자리를 옮기는 중 계단에서 갑자기 여직원 이○○을 껴안고 “내가 너를 얼마나 좋아하는지 알지”라고 말하면서 볼에 입을 맞추었고, 2003.7월경 여직원 김○○이 업무를 보고할 때 성과가 좋다고 하면서 “열심히 했어, 뽀뽀”하면서 얼굴을 들이대는 등의 행동을 하였고, 김○○이 휴가를 가겠다고 보고하자 잘 다녀오라고 하면서 위 여직원을 껴안았던 사실, 영업 실적 종합평가가 발표된 2003.7.11 회식 전후의 원고의 동부지점 여직원들에 대한 성희롱 행위를 보면, 2003.7.11 참가인의 컴퓨터 전산망을 통하여 원고의 동부지점이 6월 영업 실적 종합평가 결과 전국 지점 중 1위를 한 사실을 알게 되자, 당시 동부지점의 서무를 담당하던 황○○을 지점장실로 불러 동부지점의 다른 직원들에게 위와 같은 사실을 알리라고 지시하면서, 흥분을 이기지 못하여 원고의 컴퓨터 화면을 보고 있던 황○○을 갑자기 껴안았고, 원고를 비롯한 위 동부지점 직원들은 같은 날 저녁에 회사 부근의 ○○식당에서 최우수지점 선정 축하 회식을 하게 되었는데, 수차례 선정 축하에 따른 건배 등 음주를 하는 과정에서 원고는 여직원들을 자신의 좌석 옆자리로 불러 그 동안의 노고를 치하하면서 술을 먹도록 권유하였고, 여직원 안○○의 옆자리에 앉아 껴안으면서 그의 귀에 입을 맞추거나 자리를 옮기는 여직원 이○○의 엉덩이를 치는 등



의 행동을 하였으며, 여직원 이○○에 대해서는 원고가 한 입 먼저 먹은 상추쌈을 먹도록 하였고, 위 ○○식당에서 회식을 마치고 식당 앞으로 직원들과 함께 나가는 과정에서 모여 있던 직원들 중 여직원 이○○, 이△△, 김○○ 등 수 명의 여직원들을 차례로 껴안아 올리거나 도는 등의 행동을 하였는데, 특히 김○○의 경우 그의 가슴 부위를 안고 들어 올려 본인 뿐 아니라 다른 여직원들에게도 불쾌감을 느끼게 한 사실, 참가인의 인사규정 제29조에서는 징계 사유로, 서약서 또는 회사의 제규칙에 위반하거나 기타 업무상의 의무에 위배되는 언동을 함으로써 사내 질서를 문란케 하거나 회사의 명예를 훼손한 경우(2호), 사내외 질서, 미풍양속을 해치거나 풍기를 문란시킨 경우(17호), 대내외적으로 회사의 명예 또는 신용을 훼손하거나 사원으로서의 체면을 손상한 경우(18호), 조직 융화를 해치거나 조직력을 저해시키는 경우(19호), 성적인 언어나 행동 등으로 또는 이를 조건으로 고용상의 불이익을 주거나 성적 굴욕감을 유발하게 하여 고용 환경을 악화시키는 경우(20호) 등을 규정하고 있고, 참가인의 상벌 규정 제32조(징계조치의 결정)에서 상벌위원회는 징계 혐의자의 비위 유형, 비위의 정도 및 고의, 과실의 경중, 평소의 근무 태도, 근무 성적 등을 감안한 별지 제3호의 '징계 조치 결정 기준'에 따라 징계 조치 안을 심의, 의결하도록 규정하였는데, 그 별지 제3호(징계 조치 결정 기준)에서는 신의성실의 위반 등 9종류의 비위 유형별로 '위반의 범위가 크고 중하며 고의성이 현저한 경우'에는 징계 해직에, '위반의 범위가 중하며 중과실이거나, 위반의 범위가 작고 경하며 고의가 개재된 경우'에는 정직·강격(다만 공금 횡령 등 일부 사유에 대해서는 징계 해직)에, '위반의 범위가 크고 중하며 경과실이거나, 위반의 범위가 작고 경하며 중과실인 경우'에는 감봉·감급에 각 처하도록 규정하여 징계사유 및 정도에 따라 징계 종류를 구분지어 규정하고 있는 사실, 참가인은 2003.9.5 원고 가 동부지점 내 여직원들을 성희롱하고 조직력을 저해하였다는 등의 이유로 징계 해고를 하였으나 1차 징계 해고에 대한 원고의 부당해고 구제 신청에 대하여 서울지방법노동위원회는 2004.1.29 징계 양정이 과다하고 징계 절차에 하자가 있다는 이유로 1차 해고를 부당해고로 인정하고 원직 복귀 등의 구제 명령을 발하자 참가인은 위와 같은 구제 명령에 따라 2004.3.19 원고에 대한 1차 해고를 취소하고 2004.3.22 원고를 서울영업사업부 지원팀 담당부장으로 복직시켰고 새로이 상벌위원회를 거친 다음 1차 해고 사유 외에 위 안산지점장 재직 시 서○○를 껴안았다는 점과 원고가 자신의 행위를 은폐, 합리화하기 위하여 참가인의 지시를 어기고 피해 여직원들을 접촉하여 회유하였다는 점을 징계 사유로 추가하여 다시 이 사건 2차 해고를 한 사실, 이에 대하여 원고는 서울지방법노동위원회에 부당해고 구제 신청을 하였으나 기각되었고, 중앙노동위원회에 재심 신청을 하였으나 중앙노동위원회 역시 2005.4.8 원고의 재심 신청을 기각하는 이 사건 재심 판정을 한 사실 등 판시와 같은 사실을 인정하고, 원고의 여직원들에 대한 행동이 원고의 성적 동기나 의도에서 비롯된 것이라기보다는 지점장으로서 여직원들에 대한 격려의 의도나 또는 전국 최우수지점으로 선정된 데 따른 과도한 흥분 상태에서 우발적으로 이루어진 것으로 보이나, 유사한 행동이 반복되었을 뿐 아니라 그 행위의 내용이나 정도가 사회 통념상 일상 생활에서 허용되는 단순한 농담이나 친밀감 있는 행동의 범위를 넘어 객관적으로 원고의 지휘·감독을 받는 여직원들로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위라 할 것이므로, 이와 같

은 원고의 언동은 여직원들에 대한 성희롱에 해당하고, 이러한 성희롱은 참가인의 사내 질서를 해치고 그 명예를 훼손시켰으며 이로 인하여 여직원들의 고용 환경을 악화시킨 행위로서 참가인의 인사규정 제29조 제2, 17 내지 20호에서 정한 징계 사유에 해당한다고 판단한 다음, 원고는 함께 근무하는 많은 여직원들에게 반복하여 성적 수치심을 유발할 수 있는 이야기를 하거나 불쾌감을 주는 행동을 하고, 일부 여직원들에게는 휴일이나 심야에 수차례 전화를 거는 등 상식을 벗어났다고 보일 정도의 지나친 관심을 표현하여 피해자들로 하여금 심적 고통을 유발시켰으며, 이로 인하여 여직원들이 징계를 요구하였던 점 등에 비추어 볼 때, 원고의 위와 같은 행동에 관하여 상당히 중한 내용의 징계는 불가피하다고 판단되지만, 원고의 위와 같은 행동이 비록 여직원들로 하여금 성적인 수치심을 일으킬 만한 것이었다 하더라도 일부 여직원의 경우 격려의 의미로 받아들일 정도로 그 정도가 중하다고는 보이지 않을 뿐만 아니라, 원고의 위와 같은 행동이 노골적인 성적 표현이나 성적 의도에서 비롯된 것이라기보다는 지점을 책임지는 관리자로서 나름대로 직원에 대한 애정을 표시하여 직장 내 일체감과 단결을 이끌어낸다는 의도에서 비롯된 것으로 보이는 점, 위와 같은 원고의 행동이 도저히 수인할 수 없을 정도였다면 6개월이라는 단기간에 참가인의 전국 최우수지점이라는 실적을 내기 어려웠을 것으로 판단되는 점, 한편 원고의 이 사건 성희롱행위 중 많은 부분이 2003.7.11 전국 최우수지점 선정을 축하하는 회식에서 비롯된 것인데 원고가 위와 같은 실적에 지나치게 흥분하고 들뜬 상태에서 술에 취하여 우발적으로 여직원들에게 지나친 행동을 하게 된 것으로 그 경위나 동기에 참작할만한 사정이 있는 점 등을 종합하여 보면 원고의 위와 같은 행동은 그 동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장 문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활 태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제의식 없이 이루어진 것으로 봄이 상당하여 참가인의 상벌규정에서 정한 해직 요건인 '고의성이 현저한 경우'에 해당한다고 보기 어렵고, 여기에 서울지방노동위원회에서 1차 해고에 대하여 구제 명령을 발하자 참가인은 1차 해고를 취소한 다음 특별히 새로운 비위 사실이 없음에도 곧바로 원고를 다시 해고한 사정을 더하여 보면, 원고에 대한 징계 사유와 징계 처분으로서의 해고 사이에 사회 통념상 상당하다고 인정되는 균형이 존재한다고는 볼 수 없으며, 참가인이 원고에 대하여 가장 무거운 해고 처분을 한 것은 지나치게 가혹하여 징계권을 남용한 경우에 해당한다고 판단하였다.

## 2. 그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

- 가. 해고는 사회 통념상 고용 관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 그 정당성이 인정되는 것이고, 사회 통념상 당해 근로자와의 고용 관계를 계속할 수 없을 정도인지의 여부는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용, 비위 행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무 태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 하며(대법원 2003.7.8 선고, 2001두8018 판결 참조), 근로자에게 징계 사유가 있어 징계 처분을 하는 경우 어떠한 처분을 할 것인가는 원칙적으로 징계권자의 재량에 맡겨져 있는

것이므로, 그 징계 처분이 위법하다고 하기 위하여서는 징계권자가 재량권을 행사하여 한 징계 처분이 사회 통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하고, 그 징계 처분이 사회 통념상 현저하게 타당성을 잃은 처분이라고 하려면 구체적인 사례에 따라 직무의 특성, 징계의 사유가 된 비위 사실의 내용과 성질 및 징계에 의하여 달하려는 목적과 그에 수반되는 제반 사정을 참작하여 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우라야 한다(대법원 2000.10.13 선고, 98 두8858 판결 ; 대법원 2002.9.24 선고, 2002두4860 판결 참조).

그리고 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 다른 근로자에게 성적 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 사용자 책임으로서 피해 근로자에 대해 손해배상 책임을 지게 될 수도 있을 뿐 아니라 성희롱 행위자가 징계 해고되지 않고 같은 직장에서도 계속 근무하는 것이 성희롱 피해근로자들의 고용 환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져 올 수도 있으므로, 근로 관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있다고 보아 내린 징계 해고 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 사회문제화 된 후 1999.2.8 개정된 남녀고용평등법에서 성희롱 행위를 금지하고 성희롱 예방 교육, 성희롱 행위자에 대한 징계 등을 규정하게 된 이상, 그 이후에 발생한 성희롱은 그 동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장 문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활 태도에서 비롯된 것

으로서 특별한 문제 의식 없이 이루어진 것이라는 이유로 그 행위의 정도를 가볍게 평가할 수 없으며, 특히 직장내 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.

나. 원심이 인정한 사실 관계에 의하더라도, 이 사건 원고의 행위는 여직원들을 껴안거나 불에 입을 맞추거나 엉덩이를 치는 등 강제 추행 또는 업무상 위력에 의한 추행으로 인정될 정도의 성적 언동도 포함된 성희롱 행위로서, 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 보아 고용 환경을 악화시킬 정도로 그 정도가 매우 심하다고 볼 수 있을 뿐 아니라, 한 지점을 책임지고 있는 지점장으로서 술선하여 성희롱을 하지 말아야 함은 물론 같은 지점에서 일하는 근로자 상호간의 성희롱 행위도 방지해야 할 지위에 있음에도, 오히려 자신의 우월한 지위를 이용하여 자신의 지휘·감독을 받는 여직원 중 8명을 상대로 과감하게 14회에 걸쳐 반복적으로 행한 직장 내 성희롱이라고 할 것이므로, 이러한 원고의 성희롱 행위가 우발적이라거나 직장 내 일체감과 단결을 이끌어낸다는 의도에서 비롯된 것이라고 평가할 수 없으며, 이 사건 성희롱 행위가 남녀고용평등법이 성희롱 행위를 금지하고 성희롱 예방 교육, 성희롱 행위자에 대한 징계 등을 규정하게 된 이후인 2002.7월경부터 2003.7.11.까지 반복적으로 행해 진 점에 비추어 설사 원고의 성희롱 행위가 그 동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장 문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활 태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제의식 없이 이루어졌다고 하더라도 그러한 이유로 그 행위의 정도를 가볍게 평가할 수 없으므로, 결국 원고의 성희롱 행위는 참가인 규정상 징계 해직 사유인 '위반의 범위가 크고 중하며 고의성이 현저한 경우'로 보아야 하고, 원고가 징계 해고 되지 않고 같은 직장에서 계속 근무하는 것이 성희롱 피해자들의 고용 환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져 올 수도 있다는 점과 사업주가 성희롱 피해자들에 대해 손해배상 책임을 부담할 수도 있다는 점 등을 감안할 때, 참가인의 원고에 대한 이 사건 징계 해직 처분은 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되지 않는다.

다. 그럼에도 불구하고 이와 달리 원심은 참가인이 원고에 대하여 가장 무거운 해고 처분을 한 것은 지나치게 가혹하여 징계권을 남용한 경우에 해당한다고 판단하고 말았으니, 이러한 원심 판단에는 성희롱 행위자에 대한 징계 해고에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고 이유의 주장은 이유 있다.

3. 그러므로 참가인의 나머지 상고이유에 대해서는 더 나아가 살필 필요 없이 원심 판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심 법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김영란(재판장), 이홍훈, 안대희(주심)



## 5. 징계시효 등

### 5.1 징계시효

☞ 대법원 1998. 6. 12. 선고 97누16084 판결

#### » 요 지 «

1. 절차상의 위법을 이유로 한 직위해제 및 직권면직처분의 무효확인 판결이 확정된 경우 그 소송 도중 징계시효기간이 도과하였어도 위 판결확정일로부터 상당한 기간 내에 같은 사유로 다시 징계처분을 할 수 있다.
2. 직위해제 및 면직처분의 무효확인판결의 기판력은 판결 주문에 포함된 위 각 처분의 무효 여부에 관한 법률적 판단의 내용에 미치는 것으로, 지방의료공사가 위 판결의 확정 후에 직위해제 등 처분의 사유와 동일한 사유를 들어 다시 당해 정직처분을 하였다고 하여 위 확정판결의 기판력에 저촉된다고 할 수 없다.

\* 원고, 상고인 : 지○○

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회 위원장

\* 피고보조참가인 : 지방공사 충남B의료원

\* 원심판결 : 서울고법 1997.8.29. 선고 96구 1193 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

#### 1. 제1점에 대하여

기록에 의하면, 원고는 1990.7.경부터 피고보조참가인 지방공사 충남B의료원(이하 '참가인'이라고 한다)의 원무과장으로 근무하던 중 잦은 무단 이석으로 직무를 태만히 하여, 의료보험환자에 대한 진료비 청구를 지연하고 청구한 의료보험진료비의 삭감에 대한 조치를 제대로 취하지 아니하였으며, 1992.12. 말경 관리부장 승진에 누락된 후에는 7주간의 병가원과 원무과장 사임원을 내고, 직급을 강등하여 평직원으로 근무하겠다는 직급강등동

의서를 제출하는 등 근무태도가 불성실하여 근무분위기를 문란케 하였다는 이유로, 1993.3.5. 직위해제 및 대기발령 처분(이하 '직위해제 등 처분'이라고 한다)을 받고 이어 대기발령일로부터 3월 이내에 재보직되지 않아 같은 해 6.5. 직권면직처분을 받았는데, 참가인을 상대로 제기한 위 각 처분의 무효확인청구소송의 항소심에서 1995.2.9. 원고에게 직위해제처분의 사유가 통지되지 아니하였다는 이유로 위 직위해제처분 및 이를 요건으로 하는 위 면직처분은 모두 무효라는 원고승소판결을 선고받고 참가인의 상고 취하로 위 판결이 확정됨으로써 같은 해 4.19. 복직하였으나, 참가인의 원장은 같은 해 4.20. 위 직위해제 등 처분의 사유와 동일한 사유를 내세워 징계의결요구를 하고 인사위원회의 의결을 거쳐 같은 해 4.28. 원고에게 정직 3월의 징계처분(이하 '이 사건 정직처분'이라 한다)을 하였으며, 한편 참가인의 인사규정은 위와 같은 근무성적 불량, 근무태도 불성실의 사유를 직위해제 및 대기발령 사유와 징계사유의 하나로 중복하여 규정하고(제40조 제1항 제1호, 제51조 제4호), 인사규정 제60조의1은 징계의결요구는 징계사유가 발생한 날부터 2년을 경과한 때에는 이를 요구하지 못한다고 규정하고 있다.

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(당원 1995.3.10. 선고 94다 14650 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 계속중에 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 기업질서의 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(당원 1993.1.15. 선고 92다 20149 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(당원 1994.9.30. 선고 93다 26496 판결, 1995.12.5. 선고 95다 36138 판결 등 참조).



따라서 위와 같은 취지에서 이 사건 정직처분이 적법하다고 한 원심의 판단은 그 이유 설시에 미흡한 점은 있으나 정당하다고 여겨지고, 거기에 징계사유의 시효에 관한 위 인사 규정이나 위 확정판결의 기판력에 대한 법리오해가 있다고 할 수 없다. 논지는 이유 없다.

## 2. 제2점에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 '인사위원회의 위원 중 징계혐의자의 친족이나 그 징계사건과 관계가 있는 자는 해당 징계사건의 심의에 참여할 수 없다.'는 참가인의 인사규정 제56조 제2항에서 들고 있는 '징계사건과 관계가 있는 자'란 징계혐의자와 이해관계를 같이 하거나 징계혐의사유에 해당하는 행위의 직접적인 피해자를 가리킨다고 한 다음, 비록 소외 조한숙이 원고의 징계사유인 근무태만 사실을 기록하여 참가인에게 보고하고 원고에게 불리한 증언을 한 바 있더라도 위 인사규정에 정한 제척대상에 해당하지 아니한다고 판단하였다.

이러한 원심의 판단은 원고와 관련한 위 조○○의 행위에 대한 원고의 주장사실이 모두 진실임을 전제로 하고 있으므로 위 조○○의 허위보고, 위증의 사실 여부에 대하여 구체적으로 언급하지 아니하였다고 하여 판단유탈이 있다고 할 수 없고, 위 조○○이 징계사건과 관계있는 자에 해당하지 않는다고 본 원심의 결론은 정당하므로 징계사건과 관계있는 자에 대한 법리의 오해가 있다고 할 수 없다. 논지는 이유 없다.

## 3. 제3점에 대하여

기록과 대조하여 보면, 원심이 증인 김○○의 증언을 채용하고 갑 제15호증, 갑 제17호증과 증인 이○○, 김○○의 각 일부증언을 배척하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 것은 수긍이 가고, 거기에 채증법칙 위배, 심리미진의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지도 이유 없다.

## 4. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 신성택(재판장), 천경송(주심), 지창권, 송진훈

☞ 대법원 2014. 6. 12. 선고 2014두4931 판결★

## » 요 지 «

사업자가 취업규칙을 작성·변경하면서 시행일을 정하였다면 특별한 사정이 없는 한 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, 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 관련해서는 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 적용이 제한될 수 있을 뿐이다.

\* 원고, 상고인 : 교통안전공단

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 2014. 2. 13. 선고 2013누7577 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 취업규칙은 노사 간의 집단적인 법률관계를 규정하는 법규범의 성격을 갖는 것이므로 명확한 증거가 없는 한 그 문언의 객관적 의미를 존중하는 해석을 하여야 하고, 객관적 의미를 넘는 해석을 할 때에는 신중하고 엄격하여야 할 것이다(대법원 2003. 3. 14. 선고 2002다69631 판결 참조). 그리고 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.

## 2. 원심판결 이유에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고만 한다) 1은 2007. 12. 말경 금품수수 비위행위를, 피고보조참가인 2는 2007. 1. 19.경 금품수수 비위행위를, 피고보조참가인 3, 4는 2007. 8. 28.경 금품수수 비위행위를 각 저질렀다.

나. 2008. 12. 31. 법률 제9296호로 개정된 국가공무원법 제83조의2 제1항은 금품 및 향응 수수, 공금의 횡령·유용에 대한 징계시효를 3년에서 5년으로 연장하였다. 기획재정부는 2009. 4. 15. 감사 주기에 비해 징계시효가 짧아 비위에 상응한 처벌이 어려워 징계제도의 취지가 퇴색되고 위 국가공무원법 조항의 개정에 맞추어 공공기관도 자체 인사규정을 개정하도록 하는 감사원의 처분 요구가 있었음을 이유로, 각 정부부처에 대하여 산하 공공기관들이 인사규정 등의 개정을 통해 금품·향응 수수 등에 대한 징계시효를 3년에서 5년으로 연장하도록 조치하여 줄 것을 요청하는 공문을 발송하였다. 이에 원고는 2009. 7. 31. 인사규정 제69조를 개정하면서 위 국가공무원법 제83조의2 제1항과 같이 금품 및 향응 수수, 공금의 횡령·유용에 대한 징계시효를 3년에서 5년으로 연장하였다. 한편 개정된 국가공무원법은 부칙 제1조에 “이 법은 공포한 날로부터 시행한다”라고 규정하면서도, 위 개정규정의 적용범위와 관련하여 부칙 제5조에 “이 법 시행 전에 징계사유가 발생한 자에 대하여는 제83조의2 제1항의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다”라는 경과규정을 두었는데, 개정된 원고의 인사규정은 부칙에 “이 규정은 2009. 7. 31.부터 시행한다”라고만 규정하였을 뿐 별도의 경과규정을 두지 않았다. 원고는 노동조합으로부터 위 개정 인사규정에 대한 동의를 받았고, 그 당시에 종전에 발생된 징계사유에 대한 소급적용에 관하여 명시하지 않았다.

다. 감사원이 2010. 12. 21.부터 2011. 3. 25.까지 2차례에 걸쳐 원고에 대한 감사를 하고, 그 후 수사기관이 위 감사 결과를 기초로 참가인들을 포함한 원고의 인사 관련 금품수수 비리혐의 의심자 등에 대하여 수사를 진행한 결과 참가인들의 위 금품수수 비위행위가 발견되었고, 원고가 피고보조참가인 1, 2의 위 금품수수 비위행위에 대하여 2011. 11. 20. 징계의결을 요구하여 징계위원회 의결 등을 거친 후 위 참가인들은 최종적으로 2011. 12. 13. 각 파면처분을 받았으며, 원고는 피고보조참가인 3, 4의 위 금품수수 비위행위에 대하여 2012. 1. 5. 징계의결을 요구하여 징계위원회 의결 등을 거친 후 위 참가인들은 최종적으로 2012. 1. 26. 각 파면처분을 받았다.



3. 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.

그럼에도 원심이 그 판시와 같은 사정을 들어 참가인들의 각 금품수수 비위행위에 대한 징계시효는 개정 전의 인사규정에 따른 3년으로 보고 원고의 징계의결 요구가 참가인들의 각 비위행위가 있었던 날로부터 3년이 경과한 후에 이루어져 원고의 참가인들에 대한 위 각 징계가 위법하다는 이유로 원고의 재심신청을 기각한 이 사건 재심판정을 적법한 것으로 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 경과규정 없이 징계시효를 연장한 취업규칙 개정에 있어 그 해석에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 양창수(재판장), 고영한, 김창석(주심), 조희대



## 5.2 퇴직급여의 감급

☞ 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다29442 판결

### » 요 지 «

1. 퇴직급여에 관한 규정에서 임원 및 직원이 업무와 관련하여 금고 이상의 형을 받은 경우에는 그 퇴직급여의 100분의 50을 감하여 지급하도록 규정하고 있더라도, 그 규정이 임직원으로 하여금 재직 중 성실하고 청렴하게 근무하도록 유도하기 위한 것으로서 정당한 목적을 가지고 있고, 제한의 사유를 업무와 관련한 범죄행위로 인하여 금고 이상의 형을 선고받은 중대한 사유가 발생한 경우 등으로 한정하고 있으며, 제한의 범위도 근로기준법 소정의 최저 퇴직금 제도에 위배되지 아니함으로써 그 수단의 상당성과 법익의 균형성도 갖춘 것이라면 그 규정을 무효라고 볼 수 없고, 퇴직금은 후불 임금으로서의 성격 이외에도 사회보장적 급여로서의 성격과 공로보상으로서의 성격을 아울러 가지는 것인 점에 비추어 볼 때 위와 같은 퇴직금감액 규정이 퇴직금의 본질에 어긋나는 것이라고 볼 수 없다.
2. 근로자가 퇴직 당시 퇴직급여 전액을 지급받았으나 퇴직 후 재직 중의 업무와 관련하여 금고 이상의 형을 받은 경우, 업무와 관련하여 금고 이상의 형을 받은 경우에는 그 퇴직급여를 감하여 지급한다는 퇴직급여규정에 따라 그 근로자는 퇴직급여 중 그 감액 상당액을 법률상 원인 없이 취득한 것이므로 반환하여야 한다.

\* 원고, 피상고인 : 한국도로공사

\* 피고, 상고인 : 피고 1외 2인

\* 원심판결 : 서울고법 2002.5.2 선고 2001나49823 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고들의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

퇴직급여에 관한 규정에서 임원 및 직원이 업무와 관련하여 금고 이상의 형을 받은 경우에는 그 퇴직급여의 100분의 50을 감하여 지급하도록 규정하고 있더라도, 그 규정이 임직원으로 하여금 재직중 성실하고 청렴하게 근무하도록 유도하기 위한 것으로서 정당한

목적<sub>1</sub>을 가지고 있고, 제한의 사유를 업무와 관련한 범죄행위로 인하여 금고 이상의 형을 선고 받은 중대한 사유가 발생한 경우 등으로 한정하고 있으며, 제한의 범위도 근로기준법 소정의 최저 퇴직금 제도에 위배되지 아니함으로써 그 수단의 상당성과 법익의 균형성도 갖춘것이라면 그 규정을 무효라고 볼 수 없고, 퇴직금은 후불 임금으로서의 성격 이외에도 사회보장적 급여로서의 성격과 공로보상으로서의 성격을 아울러 가지는 것인 점에 비추어 볼 때 위와 같은 퇴직금감액 규정이 퇴직금의 본질에 어긋나는 것이라고 볼 수 없다(대법원 1994.4.12 선고 92나20309 판결, 1995.10.12 선고 94다36186 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 원고의 퇴직급여규정(1999.5.20 자 규정으로 개정되기 전의 것)은 원고의 임직원이 업무와 관련하여 금고 이상의 형을 받은 경우에는 그 퇴직급여의 100분의 50을 감하여 지급한다고 규정하고 있는 사실, 피고들이 퇴직 당시 퇴직급여 전액을 지급받았는데 퇴직 후 재직중의 업무와 관련하여 금고 이상의 형을 받은 사실을 인정하고, 피고들이 지급받은 퇴직급여 중 100분의 50 상당액은 법률상 원인 없이 취득하였다고 판단하고, 나아가 원고의 퇴직금 지급제한 규정이 퇴직금의 본질에 어긋난다고 볼 수 없고, 원고가 피고들을 사직서 제출에 의한 의원면직으로 처리하였다고 하더라도 달리 볼 수 없으며, 원고가 피고들에 대하여 수사가 진행중이라는 사실을 알고도 퇴직급여규정에서 정한 바에 따라 퇴직급여의 100분의 50 상당액을 지급중지하지 아니한 채 전액을 지급하였다고 하더라도 그러한 점으로는 퇴직 당시 금고 이상의 형이 확정되어 100분의 50 상당액에 대한 지급의무가 없음이 확정된 경우가 아니기 때문에, 지급의무가 없음을 알고도 지급한 경우로서 반환청구를 할 수 없는 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 하여, 원고들의 청구가 부당하다는 피고들의 주장을 배척하였다.

위와 같은 법리와 기록에 비추어 관계 증거를 살펴보면, 원심의 위와 같은 인정 및 판단은 수긍이 되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 채증법칙에 위배하여 사실을 오인하거나 원고의 퇴직급여규정 및 퇴직금, 부당이득, 비채변제에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없다.

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이규홍(재판장), 송진훈, 변재승(주심), 윤재식



## 해 고





## 제7장 해고

### 1. 해고의 의의

#### 1.1 해고의 의미

☞ 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다62724 판결★

#### » 요 지 «

1. 근로기준법에서 말하는 해고란 실제 사업장에서 불리우는 명칭이나 그 절차에 관계없이 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로관계가 종료되는 것을 의미하고, 사용자가 어떠한 사유의 발생을 당연퇴직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와는 달리 하였더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것이면 성질상 이는 해고로서 근로기준법에 의한 제한을 받는다고 보아야 할 것이다.
2. 국민건강보험공단은 국민건강보험법상 건강보험의 보험자로서 관련 업무를 수행하는 법인이고 그 업무의 공익성이 인정되는 점, 국민건강보험공단의 인사규정 제83조에 근거한 당연퇴직처분은 근로기준법상 해고에 해당한다고 할 것이므로, 인사규정 제83조가 유효하다고 보더라도 종국적으로는 위 인사규정에 기한 당연퇴직처분에 있어 해고의 정당한 이유가 인정되는지 여부에 따라 당해 당연퇴직처분의 효력을 판단하게 되는 점 등 기타 제반 사정들에 비추어 보면, 정관의 위임을 받은 인사규정에서 근로관계를 일방적으로 종료시키는 방법으로 당연퇴직, 징계면직, 직권면직을 규정한 것은 유효하다고 할 것이고, 직원의 신분보장에 관한 정관 제17조는 인사규정에서 당연퇴직에 관하여 규정하는 것을 허용하지 않는다는 의미로 해석할 것은 아니라고 봄이 상당하다.

\* 원고, 피상고인 : ○○○○

\* 피고, 상고인 : 국민건강보험공단

\* 원심판결 : 서울고법 2008.7.25. 선고 2007나125194 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 상고보충이유서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)에 대하여 본다.

1. 원심은, 그 채용증거들을 종합하여, 피고 공단의 정관 제16조는 ‘직원의 임면’이라는 표제 하에 ‘이사장은 인사규정이 정하는 바에 의하여 직원을 임면한다.’라고 규정하는 한편, 제17조는 ‘직원의 신분보장’이라는 표제 하에 ‘공단의 직원은 인사규정이 정하는 바에 따라 징계 또는 직권면직이 되는 경우를 제외하고는 그 의사에 반하여 해임되지 아니한다.’라고 규정하고 있는 사실 및 피고 공단의 인사규정은 제7장에서 징계의 사유, 종류, 절차 등에 관하여, 제85조에서 직권면직의 사유와 절차에 관하여 각 규정하면서 아울러 제83조에서 당연퇴직에 관하여 규정하고 있는 사실을 비롯하여 그 판시와 같은 사실들을 인정한 다음, 정관의 위임에 따라 제정되는 인사규정에서 정관 제17조의 신분보장조항에 위배되는 규정을 둘 수 없고 그러한 규정은 무효라고 할 것인바, 인사규정 제83조는 정관 제17조가 본인의 의사에 반하여 해고할 수 있는 사유로 열거한 징계면직과 직권면직 외에 당연퇴직을 규정한 것이어서 정관 제17조에 위배되어 무효임이 명백하고, 따라서 위 인사규정 제83조에 근거한 이 사건 당연퇴직처분은 정당한 이유가 없는 것으로서 무효라고 판단하였다.

그러나, 원심의 이러한 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

2. 근로기준법에서 말하는 해고란 실제 사업장에서 불리우는 명칭이나 그 절차에 관계없이 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로관계가 종료되는 것을 의미하고, 사용자가 어떠한 사유의 발생을 당연퇴직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와는 달리 하였더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것이면 성질상 이는 해고로서 근로기준법에 의한 제한을 받는다고 보아야 할 것이다(대법원 1993.10.26. 선고 92다54210 판결 등 참조).

그리고, 위와 같은 해고 내지 당연퇴직과 관련된 피고 공단의 정관 및 그 정관의 위임에 따라 제정된 인사규정의 각 규정 내용을 해석함에 있어서는, 피고 공단의 설립 목적 및 기능, 정관 및 인사규정의 전체적인 규정 형식과 내용, 각 해당 조항의 규정 취지와 내용, 다른 조항들과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 객관적, 합리적으로 해석하여야 할 것이다.

원심이 인정한 사실관계들 및 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉, 피고 공단은 국민건강보험법(이하 ‘법’이라고 한다)상 건강보험의 보험자로서 관련 업무를 수행하는 법인이고, 그 업무의 공익성이 인정되는 점, 법 제22조 제1항에서는 피고 공단의 임원이 법 제21조 소정의 임원의 결격사유에 해당하는 것이 확인되면 당해 임원은 당연퇴임한다고 규정하고 있고, 피고 공단의 정관에도 같은 취지의 규정(정관 제12조,





제13조)이 있는 점, 피고 공단의 인사규정은 기본적으로 피고 공단의 정관 제16조에 근거하여 제정된 것이고, 따라서 인사규정 제83조(당연퇴직) 역시 정관의 위임에 의하여 규정된 것으로 볼 수 있는 점, 인사규정 제83조에서 정하고 있는 당연퇴직사유는 모두 인사규정 제8조에서 정하고 있는 직원 임용결격사유에 포함되는 것들인 점, 근로자가 당연퇴직사유에 해당하는지 여부는 객관적, 확일적으로 결정될 뿐 사용자의 재량에 의하여 달라질 가능성이 없고, 그 해당 여부를 누구나 쉽게 예상, 확인할 수 있는 점, 피고 공단의 인사규정 제83조에 근거한 당연퇴직처분은 근로기준법상 해고에 해당한다고 할 것이므로, 인사규정 제83조가 유효하다고 보더라도 종국적으로는 위 인사규정에 기한 당연퇴직처분에 있어 해고의 정당한 이유가 인정되는지 여부에 따라 당해 당연퇴직처분의 효력을 판단하게 되는 점, 기타 제반 사정들에 비추어 보면, 피고 공단의 정관의 위임을 받은 인사규정에서 피고 공단이 근로관계를 일방적으로 종료시키는 방법으로 당연퇴직, 징계면직, 직권면직을 규정한 것은 유효하다고 할 것이고, 정관 제17조는 인사규정에서 당연퇴직에 관하여 규정하는 것을 허용하지 않는다는 의미로 해석할 것은 아니라고 봄이 상당하다(다만, 당연퇴직에 관한 인사규정이 유효하다고 하더라도, 실제 그러한 인사규정에 근거한 개개의 당연퇴직처분이 정당한 이유가 있는 것인지는 추가로 심리 판단하여야 할 문제이다).

이와 달리 원심 판시와 같은 내용의 당연퇴직을 규정하고 있는 피고 공단의 인사규정 제83조가 피고 공단의 정관 제17조에 위배되어 무효라고 판단한 원심판결에는 피고 공단의 정관의 해석이나 당연퇴직에 관한 법리오해로 인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 피고의 상고이유의 주장은 이유 있다.

한편, 원심이 들고 있는 대법원판결은 이 사건과는 그 사안을 달리하는 것으로서 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니함을 지적해 둔다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 안대희(재판장), 박시환, 박일환(주심)

☞ 대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결

### » 요 지 «

1. 근로계약의 종료사유는 근로자의 의사나 동의에 의하여 이루어지는 퇴직, 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 해고, 근로자나 사용자의 의사와는 관계없이 이루어지는 자동소멸 등으로 나눌 수 있으며, 근로기준법 제27조에서 말하는 해고란 실제 사업장에서 불리우는 명칭이나 그 절차에 관계없이 위의 두번째에 해당하는 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다.
2. 회사가 어떠한 사유의 발생을 당연퇴직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계 해고와는 달리 하였더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것이면 성질상 이는 해고로서 근로기준법에 의한 제한을 받는다고 보아야 할 것이므로 근로자에 대한 퇴직조치가 단체협약이나 취업규칙에서 당연퇴직으로 규정되었다 하더라도 위 퇴직조치가 유효하기 위하여는 근로기준법 제27조 제1항이 규정하는 바의 정당한 이유가 있어야 하고, 이와 같은 정당한 이유가 없는 경우에는 퇴직처분무효확인인 소를 제기할 수 있다.

\* 원심판결 : 대구고법 1992. 10. 29. 선고 92나2722 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 대구고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

#### 1. 원심이 인정한 사실의 요지는 다음과 같다.

- 가. 원고는 1987.6.24.부터 피고 회사의 조립공으로 근무하여 오다가 1990.2.7. 피고 회사 노동조합의 위원장으로 선출되었다. 그 후 원고는 노조위원장으로 1990.4.20.경부터 같은 해 6.7.경까지 사이에 노사간에 임금교섭을 하는 과정에서 회사업무를 방해하고, 불법으로 태업, 파업을 하며 옥외집회를 열고 시위를 주동하였다는 이유로 같은 해 6.13. 구속되어 같은 해 9.8. 대구지방법원에서 징역 1년의 실형을 선고받고 항소하여 1991.1.25. 항소심에서 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받았으며, 다시 대법원에 상고하였으나 같은 해 6.26. 상고기각되어 확정되었다.
- 나. 피고 회사의 노사합의서 제23조에 의하면 정당한 사유 없이 5일 이상 무단결근하였을 때, 조합원이 정년에 달했거나 사망하였을 때, 형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 때, 금치산, 한정치산, 파산선고를 받았을 때, 전역일 또는 질병, 부상으로 인해 휴직한 자가 완치일로부터 2주 이내에 복직원을 제출하지 아니한 때에는 당연퇴직한다고 규정되어 있고, 취업규칙 제9조 제2항 제3호에도 위와 같은 사유(형사상의



범죄로 유죄판결을 받았을 경우를 가리키는 것으로 보인다)가 있는 경우에는 당연면직한다고 규정되어 있다.

다. 또한 피고 회사의 취업규칙에서는 당연면직과는 별도로 제15조 제2항 제1호에서 취업규칙을 위반하는 자에 대하여는 징계를 할 수 있다고 규정하고, 제2호에서 징계의 종류로 경고, 견책, 감봉, 정직, 해고를 규정하고, 제4호에서 당연퇴직사유와 다른 해고사유를 규정하고 있으며, 위 노사합의서 제25조에서도 위와 같은 징계 종류를 규정하고 있다.

라. 피고 회사는 원고가 항소심에서도 징역 1년에 집행유예 2년의 판결을 선고받자 1991.1.29. 인사위원회를 열어 노사합의서 및 취업규칙상의 당연퇴직사유가 발생하였다 하여 형식적인 심의의결을 거쳐 같은 날자로 원고가 당연퇴직되었음을 원고에게 통보하였다.

## 2. 원심의 판단

원심은 위와 같은 사실관계하에서, 피고 회사가 “형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 때”를 당연퇴직사유로 삼은 것은 근로자가 사규위반의 정도를 넘어 범죄를 저지르고 소추되어 유죄판결을 받아 확정되었다면 당해 범죄가 직무에 관하여 범한 것인가에 관계없이 그를 근로자로 두는 것이 회사의 사회적 명예를 해하고 기업질서의 유지에 저해가 된다고 보여질 뿐 아니라 그와 같은 비행이 있었음이 명백하고 비행의 정도가 커서 별도의 징계 등의 절차를 거쳐 해고하지 않아도 됨이 상당하다고 인정되기 때문이고, 그 사유에서의 유죄판결은 자유형 이상의 형(집행유예 포함)을 선고받음을 전제로 하고 있는 것으로 해석되는 점에 비추어 보면, 위 당연퇴직규정이 무조건 근로자에게 불리하여 효력이 없다고 볼 수는 없으며, 피고 회사 취업규칙에 당연퇴직과는 별도로 징계해고규정을 두고 있고 그 사유 및 절차가 다른 점에 비추어 보면 당연퇴직의 통보를 해고처분으로 볼 수는 없고, 당연퇴직은 그 사유가 발생한 때에 특별한 처분행위 없이 당연히 퇴직하는 것이고 이를 원고에게 통지한 것은 당연퇴직사실을 확인하고 알리는 관념의 통지에 불과하므로 위 통지가 해고임을 전제로 한 해고무효확인 소나 해고와는 다른 독립된 처분임을 전제로 한 퇴직처분무효확인 소는 모두 그 확인을 구할 소의 이익이 없고, 당연퇴직사유의 하나인 유죄판결을 받았을 때란 유죄판결이 확정되었을 때를 의미하는 것으로 보아야 할 것이므로 피고 회사가 항소심에서 유죄판결이 선고되자 그 며칠 후인 1991.1.29. 당연퇴직통보를 한 것은 잘못된 것이기는 하나 그 후 같은 해 6.26. 상고심에서 상고기각되어 유죄판결이 확정됨으로써 원고는 같은 날 피고 회사를 당연퇴직하여 사원의 지위를 상실하였다 할 것이므로, 위 청구를 사원의 지위의 확인을 구하는 것으로 보더라도 이는 과거의 법률관계의 확인을 구하는 것이어서 부적법하다 할 것이고, 다만 피고는 원고에게 임금을 지급하지 않은 1991.1.29. 부터 당연퇴직된 같은 해 6.26.까지의 급료 금 3,472,010 원을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

## 3. 당원의 판단

가. 생각컨대, 근로계약의 종료사유는 근로자의 의사나 동의에 의하여 이루어지는 퇴직, 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 해고, 근로자나 사용자의 의사와는 관계없이 이루어지는 자동소멸 등으로 나누어 볼 수 있을 것인바, 근로기준법 제27조에서 말하는 해고란 실제 사업장에서 불리우는 명칭이나 그

절차에 관계없이 위의 두번째에 해당하는 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다고 해석하여야 할 것이므로, 피고 회사가 어떠한 사유의 발생을 당연퇴직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와는 달리 하였더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것이면 성질상 이는 해고로서 근로기준법에 의한 제한을 받는다고 보아야 할 것이다.

그러므로 원고에 대한 이 사건 퇴직조치가 단체협약이나 취업규칙에서 당연퇴직으로 규정하였다 하더라도 이는 위와 같은 의미의 해고의 일종이고, 다만 그 절차에서 다른 일반의 해고절차와 구분하기 위하여 회사가 내부적으로 그 명칭과 절차를 달리한 것이라고 볼 것이고, 따라서 원고에 대한 이 사건 퇴직조치가 유효하기 위하여는 근로기준법 제27조 제1항이 규정하는 바의 정당한 이유가 있어야 하고, 이와 같은 정당한 이유가 없는 경우에는 퇴직처분무효확인 소를 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다.

그렇다면 원심이 원고에 대한 이 사건 퇴직조치가 관념의 통지인 것으로만 파악하여 본안에 들어가 원고에 대한 퇴직처분의 정당성에 관하여 판단하지 아니하고, 확인의 이익이 없다는 이유로 각하한 것은 잘못이라고 할 것이다.

이 사건에서는 원고가 해고무효확인 소를 제기한 것이건 퇴직처분무효확인 소를 제기한 것이건 이는 모두 해고의 일종인 위 퇴직조치의 무효확인을 구하는 것으로 보아야 할 것이므로, 퇴직처분무효확인청구와 해고무효확인청구를 독립한 별개의 청구로 볼 것도 아니다.

- 나. 나아가 보건대, 이 사건에서 문제된 위 취업규칙이나 노사합의서(단체협약)의 규정이 종업원이 형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 때는 당연퇴직한다고 되어 있어 마치 위 규정상의 요건에 충족되기만 하면 곧바로 퇴직되는 것과 같은 형식으로 규정되어 있지만, 이를 이유로 하는 당연퇴직조처도 일종의 해고로서 정당한 것으로 인정되어야 하는 것임은 위에서 본 바와 같으므로, 위와 같은 취업규칙이나 노사합의서의 규정은 그 규정의 형식에도 불구하고 위와 같은 정당성이 인정될 수 있는 경우라면 적법한 당연퇴직사유에 해당할 수 있는 것이고, 그렇지 아니하고 형식적으로 위 규정에 해당하는 모든 경우를 당연퇴직사유로 삼는 취지라면 이는 근로기준법 제27조 제1항의 규정에 위배된다고 볼 여지가 있을 수 있다.

이렇게 볼 때 위의 취업규칙이나 단체협약의 당연퇴직사유에 관한 규정은 근로기준법 제27조 제1항에서 말하는 정당한 사유가 있는 경우라는 내재적 제약(內在的 制約)을 가지고 있다고 보는 것이 합리적일 것이며, 이렇게 보면 위의 규정이 근로기준법 제27조 제1항에 위반되어 무효라고 할 수는 없다.

- 다. 원심판결에는 해고로서의 당연퇴직에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 것이고, 논지는 이 범위 안에서 이유 있다.

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략하고 원심판결을 파기하여 사건을 원심법원에 환송하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 김석수(재판장), 배만운(주심), 김주한, 정귀호



## 1.2 직권면직의 효력

☞ 대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두10548 판결

### » 요 지 «

1. 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.
2. 참가인 학원의 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, 원고가 유죄판결을 받은 범죄의 내용은 같은 직장의 동료직원을 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, 원고가 원심 판시의 해고무효소송에서 승소하였다는 것이 이 사건 무고행위를 정당화시키거나 그에 대한 비난가능성을 감소시킬 사유로 될 수는 없는 점 등을 아울러 참작하면, 원고와 참가인 학원 간에 신뢰를 바탕으로 한 고용관계의 계속이 어렵게 된 데에 원고의 책임이 있다고 보아야 할 것이다.

\* 원고, 피상고인 : A

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : 학교법인 국민학원

\* 원심판결 : 서울고법 2004.8.20. 선고 2003누19014 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

#### 1. 재심판정의 경위

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거를 종합하여, 원고는 1987.3.1. 피고보조참가인 학교법인 국민학원(이하 '참가인 학원'이라 한다)의 일반직 직원으로 채용되어 참가인 학원 산하의 국민대학교에서 사무직원으로 근무하여 오던 중, 1999.11.경 무고죄로 불구속 기소되어 2001.4.24. 서울중앙지방법원(사건번호 생략)에서 무죄판결이 선고되었다가,

항소심(사건번호 생략)에서 유죄가 인정되어 징역 8월에 집행유예 2년의 형을 선고받고 상고하였으나 2002.6.28. 대법원에서 상고기각되어 항소심판결이 그대로 확정된 사실, 참가인 학원은 위 판결이 확정되자 원고의 위와 같은 유죄판결의 확정이 참가인 학원의 정관 제 83조 제1항 제4호, 제3항에서 정한 당연퇴직사유에 해당한다는 이유로 2002.6.28. 원고를 당연퇴직 처리한 사실, 서울지방법노동위원회는 2002.11.15. 원고의 부당해고구제신청을 받아 들여 원직복직 등의 구제명령을 하였으나, 중앙노동위원회는 2003.5.16. 위 지방노동위원회의 초심결정을 취소하는 이 사건 재심판정을 한 사실을 인정하였다.

## 2. 원심의 판단

원심은 또한 그 채택 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 참가인 학원의 정관 제83조 제1항 제4호, 제3항은 당연퇴직사유의 하나로 '금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자에 해당하게 된 때'를 규정하고 있으나, 이는 근로자나 사용자의 의사와 상관없이 이루어지는 근로관계의 자동 소멸사유를 정한 것으로 볼 수는 없고, 오히려 사용자의 일방적 의사에 의한 근로관계의 종료사유를 정한 것으로 보아야 할 것이므로, 참가인 학원이 위 정관의 규정에 근거하여 한 이 사건 당연퇴직처분은 근로기준법의 제한을 받는 해고에 해당한다 할 것이어서 그것이 유효한 것으로 인정되기 위하여는 근로기준법 제30조 소정의 정당한 이유가 있어야 할 것이라고 전제하고, 나아가서 이 사건 당연퇴직처분의 원인이 된 무고죄의 범죄사실은 원고가 참가인 학원의 부당해고에 맞서 제기한 해고무효확인소송의 진행중에 참가인 학원측의 증인으로 출석하여 증언한 소외 1을 위증죄로 고소한 것이 허위라는 것인데, 원고가 결국 위 해고무효확인소송에서 승소한 점, 원고의 위 무고행위가 위법한 것이기는 하지만, 이는 참가인 학원의 원고에 대한 부당해고의 법적 다툼과정에서 야기된 것으로서 그로 인하여 참가인 학원의 대외적인 신용이나 명예가 훼손되었다고 보기는 어려운 점, 또한 원고가 위와 같이 불구속 기소되어 집행유예의 판결을 받았다는 것만으로는 그 직 무수행 자체에 바로 어떠한 곤란이 있다고 볼 수는 없는 점, 원고에 대한 무고죄의 주된 쟁점은 소외 1이 유인물이 배포되어 있는지를 확인하기 위해 경비주임 소외 2와 함께 교내를 둘러본 사실이 있는지 여부인데, 원고는 소외 2의 확인서 등을 근거로 소외 1을 고소한 것이므로 그 정상에 참작할 만한 사정이 있는 점, 원고가 재직중 위 유인물 배포 외에 별다른 비위행위를 저지른 적이 없는 점, 참가인 학원이 학교법인이라는 특수성이 있다고 하더라도, 일반직원에게 대해서까지 교원과 동일한 고도의 도덕성이 요구된다고 볼 수는 없는 점 등 원심 판시에서 인정한 제반 사정에 비추어 보면, 원고가 무고죄로 징역 8월에 집행유예 2년의 형을 선고받아 그 형이 확정되었다는 사유만으로는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 발생한 경우에 해당한다고 보기는 어려워 이 사건 당연퇴직처분은 그 정당성이 인정된다고 할 수 없다는 이유로 이 사건 재심판정을 취소한 제1심판결을 유지하였다.

## 3. 대법원의 판단

그러나 원심이 이 사건 당연퇴직처분의 정당성을 부정한 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

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 당연퇴직 하도록 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 교직원은 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.

이러한 사정에다가 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 점들 즉 ① 원고가 유죄판결을 받은 범죄의 내용은 같은 직장의 동료직원을 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 원심판시의 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.

그럼에도 불구하고, 원심은 판시와 같은 이유만을 들어 이 사건 당연퇴직처분은 그 정당성을 인정할 수 없다고 보아 이 사건 재심판정을 취소한 제1심판결을 유지하였으니, 이와 같은 원심판결에는 당연퇴직사유에 의한 퇴직처리의 정당성 판단에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

#### 4. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박재윤(재판장), 이용우(주심), 이규홍, 양승태

### 1.3 저성과자 해고의 정당성 판단

☞ 서울행정법원 2011. 6. 24. 선고 2010구합47404 판결<sup>1)</sup>

#### » 요 지 «

인사규정에 의하여 행하여진 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 동안 그 대기발령의 사유도 소멸되지 않아야 정당한 처분으로서 효력이 인정된다 할 것이다.

이 사건에 관하여 살피건대, 참가인이 인사규정 등에 근거하여 행한 이 사건 직권면직 처분은 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 사용자의 재량권을 남용한 부당해고라고 볼 수 없다.

\* 원고 : 유○○

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 변론종결 : 2011. 05. 18.

\* 판결선고 : 2011. 06. 24.

#### » 주 문 «

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 보조참가로 인한 비용을 포함하여 모두 원고가 부담한다.

#### » 청구취지 «

중앙노동위원회가 2010. 11. 25. 원고와 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다) 사이의 중앙2010부해901 부당해고구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 재심판정의 경위

가. 당사자의 지위

1) 대법원 2013. 1. 15. 2012두21369 판결에서 심리불속행 기각으로 확정





- 1) 참가인 : 1981.6.1. 설립된 공공기관으로서 위 주소지에 본사를 두고, 본사 및 전국 10여개 지사에 상시근로자 1,100여 명을 사용하여 교통사고 예방활동, 자동차 검사업무, 운수업체 교통안전진단 및 지도업무 등을 행하는 자
- 2) 원고 : 1985.9.23. 참가인에 입사하여 근무하다가 2010.3.9. 직권면직된 자

#### 나. 불복절차

- 1) 경기지방노동위원회 : 2010.7.28. 원고의 부당해고구제신청을 기각함
- 2) 중앙노동위원회 : 2010.11.25. 원고의 재심신청을 기각함(중앙2010부해901, 이하 ‘이 사건 재심판정’이라 한다)

## 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

### 가. 원고의 주장

이 사건 재심판정은 다음과 같은 이유로 부당하다.

- 1) 원고는 2008년 내부경영실적평가결과 평가등급 A등급, 1군평가 1위를 얻는 등 최초 보직대기발령을 받기 전까지 능력을 인정받으며 성실히 직무를 수행하여 왔음에도 불구하고 참가인이 C-Player 제도(저성과자 관리방안)를 시행하면서 평가결과 하위 일정 비율에 속한다는 이유만으로 원고를 직권면직한 것은 그 자체로 정당성이 없다.
- 2) 2008년 다면평가 당시 참가인의 이사장이 원고에 대하여 유독 낮은 점수를 부여하는 등 원고에 대한 인사고과 및 평가부진자 선정이 객관적인 기준에 의하여 공정하게 이루어지지 않았고, 참가인이 2009.3.경 3회 연속 평가부진자에 해당되는 경우에만 직권면직한다는 방안을 채택하였음에도 2회 연속 평가부진자에 불과한 원고를 직권면직하는 등 원고에 대한 직권면직처분은 참가인의 내부규정을 위반하였다.
- 3) 참가인은 부당한 근무평정을 근거로 원고에게 원직에 준하는 보직을 부여하지 않고 징벌성 보직을 부여하였고, 참가인의 의뢰를 받아 한국표준협회에서 원고에 대하여 실시한 교육은 업무수행능력 향상과는 무관한 것으로 참가인은 원고의 근무능력을 향상시키기 위한 실질적인 노력을 하지 않았다.

### 나. 관계법령

별지 기재와 같다.<생략>

#### 다. 인정사실

- 1) 원고는 2006.3.28.부터 본사 홍보실에서 근무하다가 2007.12.21. 일반 2급으로 승진하여 2008.1.2.부터 홍보실 실장으로 근무하였는데, 2008.8.경 정OO가 참가인의 이사장으로 새로 부임한 이후인 2008.9.16. 울산지사 안전관리처장으로 전보되었다.



- 2) 참가인은 인사규정에 근거하여 2004년에 다면평가제도를 도입하여 3급 이상 직원을 대상으로 시범실시를 하였고, 2005년부터 전 직원을 대상으로 다면평가를 통한 근무평정을 시행하면서 매년 제도를 보완하여 왔는데, 2006년에는 다면평가결과 하위 3% 이내 및 근무기강 문란자 중에서 인사위원회의 심의를 거쳐 보직대기 대상자를 정하는 제도를 시행하였고, 2007.9.경에는 '근무부진자 관리방안'을 마련하여 최근 2년간 다면평가결과 연속 하위 전체 5% 이내인 자를 근무부진자로 정하기로 하였으며, 2008.10.경에는 'C-Player 역량강화계획'을 마련하여 최근 다면평가결과 평가군별 2년 연속 하위 5% 이내인 자 등을 C-Player로 정하기로 하였다.
- 3) 참가인은 2008년의 경영실적이 악화되자 2009년부터 비상경영체제로 전환하여 경영효율화를 도모하기 위한 일환으로, 2009.1.28. '평가부진 간부직원 보직대기계획'을 시행하면서 3급 이하의 직원에 대하여는 종전대로 최근 다면평가결과 평가군별 2년 연속 하위 5% 이내인 자를 평가부진자로 하되, 2급 이상의 간부직원에 대하여는 당해연도 하위 5% 이내인 자를 평가부진자로 정하기로 하였다.
- 4) 그런데 2008년에 실시된 다면평가(업무실적, 업무능력, 업무태도, 리더십 항목을 각 25점으로 평가)에서 원고는 총 67.47점(상사평가 34.67점, 부하평가 32.80점)으로 전체 94명의 부서장 중 93위에 해당하는 점수를 받았다.
- 5) 참가인은 2008년 다면평가결과 하위 5%에 해당하는 간부직원들(2008년 당시 2급 이상 직원은 94명으로 이에 대한 5%는 4.7명이 되나, 참가인은 원고를 포함하여 5명을 평가부진자로 선정하였고, 2급 직원에 해당하나 당시 무보직 상태여서 3급 이하 직원들과 함께 다면평가를 받아 평가부진자로 선정된 1명을 포함하면 6명이 된다. 이하 '평가부진 간부직원'이라 한다)에 대하여 2009.1.29. 중앙인사위원회를 개최하여 명예퇴직의 기회를 우선 부여하고 명예퇴직을 신청하지 않은 자에 대하여 보직대기를 명하기로 하였다.
- 6) 참가인은 원고를 포함한 평가부진 간부직원들에게 2009.2.6. '보직대기자 역량강화계획'을 통보하였는데, 그 중요내용은 2009.2.9.부터 2.14.까지 제1단계로 발전연구과제(① 자동차검사 위상 제고, ② 교통사고 사망자 절반 줄이기)를 수행하고, 2009.2.16.부터 2009.3.15.까지 제2단계로 의식변화 및 기본역량교육을 한국표준협회 등에 위탁 실시한 후 위탁교육기관 종합평가 및 연구과제 수행결과물을 심의하여 업무복귀 여부를 결정한다는 것이다.
- 7) 원고는 위와 같이 실시된 역량강화교육에서 총 62.6점(위탁교육과정인 '의식고도화 과정평가'는 미수로)을 받아 평가부진 간부직원들 중 최하위를 하였으나, 참가인은 2009.4.2. 중앙인사위원회를 개최하여 역량강화교육 시행결과 대상자 전원이 총점 60점 이상이어서 현업에 복귀시켜 업무를 부여하는 등 재차 기회를 부여하기로 결정하였다.



- 8) 원고는 보직대기(2009.2.9~2009.4.8) 이후, 2009.4.9. 서울지사 안전검사처, 2009.4.24. 감사운영본부 검사서비스처, 2009.5.9. 수원검사소, 2009.7.13. 도로안전본부 안전기획처 교통사고줄이기 TF팀(2009.7.17. 교통사고 예방팀으로 명칭변경)으로 전보되어 2010.1. 1. 보직대기발령을 받기까지 근무하였다.
- 9) 참가인은 2009.11.경 평가부진 간부직원 6명으로 구성된 교통사고 예방팀(1반)의 활동에 대한 만족도수준을 파악하고 성과를 측정하기 위하여 전담 운수업체의 교통사고 담당자를 대상으로 설문조사를 실시한 결과 원고는 위 6명중 최하위의 평가를 받았다.
- 10) 또한 2009년에 실시된 다면평가(업무실적 30점, 업무능력 40점, 업무태도 30점을 배점항목으로 함)에서 원고는 총점 66.80점(상사평가 41.46점, 부하평가 25.34점)을 받아 전체 공단의 평직원 1,026명 중 최하위의 점수를 받았다.
- 11) 한편 참가인은 2009.3.27. 인사위원회를 개최하여 인사규정에 '다면평가결과 삼진아웃제 도입(3회 C-Player 해당자 직권면직)'을 명시하는 방안을 검토하였다가 폐기하였고, 2009.12.18. 종전의 C-Player 역량강화계획을 보완하여 '2009년도 C-Player 관리·운영계획'을 수립하여 시행하면서 다면평가 하위 5% 이내자 중 2급 이상은 1회, 3급 이하는 연속 2회에 해당하는 경우 C-Player로 선정하여 보직대기를 명하고, 2개월의 역량강화 프로그램을 이수한 후 인사위원회의 심의를 거쳐 현업복귀 또는 직권면직을 하도록 정하였다.
- 12) 참가인은 2009년 다면평가결과 C-Player로 선정된 총 12명(원고 포함)의 인원을 보다 효율적으로 관리하고, 근로자들의 역량강화와 근무부진 개선을 도모하기 위하여 2009.12.31. '보직대기자 관리방안'을, 2010.1.7. 'C-player 역량강화 교육계획'을 각 수립하여 시행하였다.
- 13) 원고는 2010년 실시된 C-Player 역량강화교육에서 총점 58.47점을 받아 기준점수 60점에 미달하여 교육을 수료하지 못하였다.
- 14) 참가인은 2010.2.23. 중앙인사위원회를 개최하여 원고가 역량강화교육을 수료하지 못하였고 2년 연속 다면평가결과 하위 3% 이내에 해당되었음을 이유로 원고를 2010.3.9.자로 직권면직하기로 결정하였다.

## 라. 판단

### 1) C-Player 제도의 적법성 여부

참가인이 시행한 C-Player 제도의 적법성 여부에 관하여 보건대, 참가인의 인사규정 제57조 4호는 '제61조에 따라 보직대기 명령을 받은 자가 그 기간 중 능력 또는 근무성적의 향상을 기대하기 어렵다고 인정된 때'에 직권면직 시킬 수 있다고 규정하

고 있고, 인사규정 제61조제2항, 제3항은 업무수행능력이 부족한 자 또는 근무태도가 심히 불성실한 자에 대하여는 2개월의 기간 내에 보직대기를 명할 수 있고, 그 기간내에 보직을 부여받지 못한 때에는 인사위원회의 의결을 거쳐 보직대기자를 직권면직 시키되, 다만 보직대기 명령을 받은 자에 대하여는 업무수행능력 향상이나 근무태도 개선을 위한 교육·훈련 또는 특별한 연구과제의 부여 등 필요한 조치를 취하여야 하고, 이러한 조치에도 불구하고 능력의 향상 또는 개전의 정이 없다고 인정될 때 한한다고 규정하고 있으며, 또한 참가인의 인사관리세칙 제13조의5는 '다면평가 결과 전체 직원 대상 평정점 하위 5%에 해당하는 인원, 근무성적 평점이 60점 미만인 자로서 업무수행능력이 부족한 자'에 해당하는 경우 별도 정하는 바에 따라 교육훈련 또는 전보조치·보직대기 등의 조치를 취할 수 있다고 규정하고 있는바, 위와 같은 참가인의 인사규정 등을 종합적으로 고려해 보면, 참가인이 실시한 C-Player 제도는 포괄적·추상적으로 규정되어 있던 인사규정 등의 직권면직에 관한 사항을 구체적으로 실현하기 위한 것에 불과하여 참가인의 인사규정 등을 위반한 것으로 보이지 않는다.

## 2) 이 사건 직권면직처분의 정당성 여부

인사규정에 의하여 행하여진 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.

이 사건에 관하여 살피건대, 위 인정사실 및 을 제17, 20, 21호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하면, 참가인이 인사규정 등에 근거하여 행한 이 사건 직권면직처분은 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 사용자의 재량권을 남용한 부당해고라고 볼 수 없다.

앞서 본 바와 같이 참가인이 실시한 C-Player 제도는 포괄적·추상적으로 규정되어 있던 인사규정 등의 직권면직에 관한 사항을 구체적으로 실현하기 위한 것에 불과한데다가, 참가인은 2004년부터 3급 이상 직원을 대상으로 다면평가 제도를 도입한 이래, 2005년부터는 전 직원을 대상으로 범위를 확대하고, 2006년에는 다면평가결과 하위 3% 이내 및 근무기강 문란자 중에서 보직대기 대상자를 정하는 제도를, 2007.9.경에는 최근 2년간 다면평가결과 연속 하위 전체 5% 이내인 자를 근무부진자로 정하는 제도를, 2008.10.경에는 최근 다면평가결과 평가군별 2년 연속 하위 5% 이내인 자 등을 C-Player로 정하는 'C-Player 역량강화계획'을, 2009.1.28.에는 3급 이하의 직원에 대하여는 종전대로 최근 다면평가결과 평가군별 2년 연속 하위 5% 이



내인 자를 평가부진자로 하되, 2급 이상의 간부직원에 대하여는 당해 연도 하위 5% 이내인 자를 평가부진자로 정하는 '평가부진 간부직원 보직대기계획'을, 2009.12.18.에는 다면평가 하위 5% 이내자 중 2급 이상은 1회, 3급 이하는 연속 2회에 해당하는 경우 C-Player로 선정하여 보직대기를 명하고, 2개월의 역량강화 프로그램을 이수한 후 인사위원회의 심의를 거쳐 현업복귀 또는 직권면직 여부를 정하는 '2009년도 C-Player 관리·운영계획'을 각 수립하여 시행하는 등 인사규정의 범위 내에서 C-Player 제도를 지속적으로 보완하여 온 반면, 참가인이 2009.3.27. 인사규정을 개정하여 '다면평가결과 삼진아웃제 도입(3회 C-Player 해당자 직권면직)'을 명시하는 방안을 검토한 적은 있으나, 그 방안은 시행되지 않고 폐기되었다. 위와 같은 참가인의 C-Player 제도의 시행경과에 비추어 참가인이 앞서 본 바와 같이 원고를 평가부진자로 선정하고 직권면직처분을 함에 있어 참가인의 내부규정을 위반하였다고 보기 어렵다.

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 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 등의 근본취지를 이해하지 못하고 근무향상이나 업무태도 개선을 위하여 적극적인 노력을 하지 않았으며, 2010년에 실시한 역량강화교육에서 총점 58.47점을 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.

원고는 2008년 평가자(상사평가는 이사장, 부하평가는 홍보실 직원이 담당)와 2009년 평가자(상사평가는 도로안전본부장과 교통사고예방팀장, 부하평가는 교통사고 예방팀 직원이 담당)가 각각 다른 상황에서 2년 연속 C-Player 대상자로 선정되었고, 다면평가는 상사평가 뿐만 아니라 동료 및 부하평가를 실시한 후 평가자별 가중치를 부여하여 이를 종합한 점수로 산정되는바, 비록 비계량 평가에서 평가자의 주관적인 면이 다소 작용될 여지는 있으나 그러한 사정만으로 2008년 다면평가결과가 자의적이고 형평에 어긋난다고 단정할 수 없다.

참가인의 직제규정 제19조제1항은 한시적인 특정업무를 수행하기 위하여 이사장이 필요하다고 인정할 경우에는 총 정원의 범위 내에서 임시조직을 둘 수 있다고 규정

하고 있고, 참가인은 이에 기하여 임시조직 운영에 관한 지침에 따라 ‘교통사고 사상자 절반 줄이기’라는 참가인의 중요과제를 달성하기 위한 임시조직으로 교통사고 예방팀을 구성한 후 원고 등 평가부진 간부직원들로 하여금 근무하게 하였는바, 특별한 사정이 없는 한 원고 등과 같은 평가부진자들에게 종래와 동일한 보직을 부여하는 것은 무리라고 보인다. 비록 원고에 대한 수차례의 전보로 인하여 원고가 연속성 있게 업무를 수행하기 어려웠던 측면은 존재하나, 원고가 자신에게 부여된 업무를 충실히 수행함으로써 2009년 다면평가에서 C-Player 대상자에서 제외될 수 있었음에도 참가인이 교통사고예방팀의 활동에 대한 만족도 수준을 파악하고 성과를 측정하기 위하여 실시한 설문조사결과에서 원고는 위 6명 중 최하위의 평가를 받고, 2009년에 실시된 다면평가결과 전체 공단의 평직원 1,026명 중 최하위의 점수를 받는 등 업무복귀 후에도 다른 근로자에 비하여 근무향상이나 업무태도 개선 등이 있었다고 보기 어려운 데다가 보직대기 중 실시한 역량강화교육마저 제대로 이수하지 못한 사정에 비추어 참가인이 원고에게 원직에 준하는 보직을 부여하지 않았고 한국표준협회에서 실시한 교육내용의 일부가 피교육자의 입장에서 불만족스러웠다는 점만으로 참가인이 원고에 대하여 징벌성 보직을 부여하였고 근무능력을 향상시키기 위한 실질적인 노력을 하지 않았다고는 볼 수 없다.

참가인의 2008년 내부경영실적평가결과 본사 홍보실이 평가등급 A등급, 1군평가 1위를 차지하였으나, 이는 참가인 내부의 각 조직에 대한 평가에 불과할 뿐 원고 개인에 대한 직접적인 평가로 볼 수 없다.

3) 따라서 원고의 구제신청을 기각한 이 사건 재심판정은 적법하다.

### 3. 결 론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 오석준(재판장), 판사 양순주, 판사 이재홍



## 1.4 사업폐지와 통상해고

☞ 대법원 2003. 4. 25. 선고 2003다7005 판결

### » 요 지 «

1. 정리해고는 긴급한 경영상의 필요에 의하여 기업에 종사하는 인원을 줄이기 위하여 일정한 요건 아래 근로자를 해고하는 것으로서 기업의 유지·존속을 전제로 그 소속 근로자들 중 일부를 해고하는 것을 가리킨다.
2. 기업이 파산선고를 받아 사업의 폐지를 위하여 그 청산과정에서 근로자를 해고하는 것은 위장폐업이 아닌 한 기업경영의 자유에 속하는 것으로서 파산관재인이 파산선고로 인하여 파산자 회사가 해산한 후에 사업의 폐지를 위하여 행하는 해고는 정리해고가 아니라 통상해고이다.
3. 파산자 회사의 단체협약상 해고수당에 관한 규정이 정리해고의 경우를 예상한 것으로서 통상해고의 경우에는 적용되지 않는다고 한 사례.

【재판경과】 서울지법 2002. 8. 1. 선고 2001가합71878 판결, 서울고법 2002. 12. 13. 선고 2002나48308 판결, 대법원 2003. 4. 25. 선고 2003다7005 판결

【참조판례】 [1], [2] 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다27975 판결(1984,520),

[2] 대법원 1993. 6. 11. 선고 93다7457 판결(1988,189), 대법원 1995. 10. 12. 선고 94다52768 판결(1992,1037)

【따름판례】 서울행법 2006. 4. 20. 선고 2005구합3707 판결, 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92148 판결

【참조법령】 [1] 근로기준법 제30조, 제31조,

[2] 상법 제227조, 제517조, 파산법 제4조, 근로기준법 제30조 제1항,

[3] 파산법 제4조, 근로기준법 제30조 제1항

\* 원고, 피상고인 : 유○○ 외 8인

\* 피고, 상고인 : 파산자 K건설산업 주식회사 파산관재인 안○○

\* 원심판결 : 서울고법 2002. 12. 13. 선고 2002나48308 판결

## » 주 문 «

원심판결 중 해고수당 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원으로 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용한 증거들에 의하여, K건설산업 주식회사(이하 '파산자 회사'라 한다)가 2000. 5. 11. 파산선고를 받은 사실, 원고들은 파산선고 후인 2000. 5. 14. 1개월분의 해고예고수당을 받고 해고된 사실, 파산자 회사와 그 노동조합이 체결한 1997. 5. 12.자 단체협약에는 '회사가 경영상 또는 불가항력적인 사유로 조합원 감축을 수반하는 제반행위를 하고자 할 때에는 45일 이전에 조합에 통보하고 인원정리 방법에 관하여는 조합과 합의하여 시행한다(제24조 제2항). 제2항에 의거 조합원을 감축하고자 할 때에는 해당 조합원에게 30일 이전에 통보하고 해고수당으로 평균임금의 3개월분을 지급한다(제24조 제3항).'고 규정하고 있는 사실을 인정한 다음, 파산자 회사의 파산으로 인하여 전직원을 해고하면서 원고들을 부득이하게 해고한 것이므로 이는 통상해고일 뿐이고 정리해고가 아니므로 해고수당을 지급할 수 없다는 주장에 대하여는, 원고들이 귀책사유 없이 해고된 이상 파산자 회사가 파산으로 인하여 원고들을 해고하였더라도 이는 회사의 경영상 또는 불가항력적인 사유에 해당한다는 이유로 이를 배척하고, 평균임금의 3개월분에 해당하는 해고수당을 구하는 원고들의 청구를 인용하였다.

그러나 이와 같은 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 이를 그대로 수긍할 수 없다.

정리해고는 긴급한 경영상의 필요에 의하여 기업에 종사하는 인원을 줄이기 위하여 일정한 요건 아래 근로자를 해고하는 것으로서 기업의 유지·존속을 전제로 그 소속 근로자들 중 일부를 해고하는 것을 가리키는 것이고( 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다27975 판결 참조), 이와 달리 기업이 파산선고를 받아 사업의 폐지를 위하여 그 청산과정에서 근로자를 해고하는 것은 위장폐업이 아닌 한 기업경영의 자유에 속하는 것으로서( 대법원 1993. 6. 11. 선고 93다7457 판결, 1995. 10. 12. 선고 94다52768 판결 등 참조) 파산관재인이 파산선고로 인하여 파산자 회사가 해산한 후에 사업의 폐지를 위하여 행하는 해고는 정리해고가 아니라 통상해고이고, 이러한 경우 단체협약에 정리해고에 관하여 노동조합과 협의하도록 정하여져 있다 하더라도 파산관재인은 이에 구속되지 않는다고 할 것이다.

그런데 파산자 회사의 1997. 단체협약의 규정은 문언상으로도 회사가 경영상 또는 불가항력적인 사유로 조합원 '감축'을 수반하는 행위를 할 경우에 적용하는 것으로 되어 있고, 또한 회사가 위와 같은 행위를 할 때에는 45일 이전에 노동조합에 통보하고 인원정리 방법에 관하여는 노동조합과 합의하여 시행한다고 정하고 있는 점에 비추어 보면, 이는 기업의 유지·존속을 전제로 긴급한 경영상의 필요에 의하여 그 소속 근로자들 중 일부





를 해고하여 기업에 종사하는 인원을 줄이는 정리해고의 경우에 적용되는 것을 예상한 규정이라고 할 것이고, 이와는 달리 이 사건에서와 같이 기업이 파산선고를 받아 사업의 폐지를 위하여 그 청산과정에서 근로자 전체를 해고하는 통상해고의 경우까지 적용되는 것이라고 볼 수는 없다.

그러함에도 원심은 위 해고수당에 관한 단체협약의 규정이 파산자 회사가 사업의 폐지를 위하여 근로자를 해고하는 경우에까지 적용되는 것으로 판단하여 원고들의 해고수당 청구를 인용하고 말았으니 원심판결에는 사업의 폐지에 따른 해고의 성질 및 단체협약의 해석에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이고, 이러한 위법은 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

그러므로 원심판결 중 해고수당 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원으로 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 조무제(재판장), 유지담, 이규홍(주심), 손지열

## 2. 경영상 이유에 의한 해고의 의의

### 2.1 경영상 이유에 의한 해고의 유효요건

☞ 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결★

#### » 요 지 «

1. 정리해고의 요건 및 그 요건의 충족 여부의 판단 방법 : 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자대표에게 해고실시일 60일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함되는 것으로 보아야 하고, 위 각 요건의 구체적 내용은 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족 정도와 관련하여 유동적으로 정해지는 것이므로 구체적 사건에서 경영상 이유에 의한 당해 해고가 위 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
2. 정리해고의 요건으로서 사용자가 해고회피노력을 다하였는지 여부의 판단 방법 : 사용자가 정리해고를 실시하기 전에 다하여야 할 해고회피노력의 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이고, 사용자가 해고를 회피하기 위한 방법에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 정리해고 실시에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고회피노력의 판단에 참작되어야 한다.
3. 정리해고의 요건으로서 합리적이고 공정한 해고 기준인지 여부의 판단 방법 : 합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 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.
4. 정리해고의 절차적 요건으로서 노동조합 또는 근로자대표와의 성실한 협의를 규정한 취지 : 근로기준법 제31조제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우



에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(근로자대표)에 대하여 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다고 하여 정리해고의 절차적 요건을 규정한 것은 같은 조 제1, 2항이 규정하고 있는 정리해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서이다.

5. 정리해고가 실시되는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우 사용자가 그 노동조합과의 협의 외에 정리해고의 대상인 일정 급수 이상 직원들만의 대표를 새로이 선출케 하여 그 대표와 별도로 협의를 하지 않았다고 하여 그 정리해고를 협의절차의 흠결로 무효라 할 수는 없다.
6. 인사발령과 휴직명령이 근로자를 정리해고하는 과정에서 그 근로자에게 퇴직을 강요하기 위하여 인사재량권을 남용하여 한 인사처분이므로 무효라고 판단한 원심판결은 위법하다.

\* 원고, 피상고인 : 한○○

\* 피고, 상고인 : 주식회사 A은행 (변경전 상호 : 주식회사 M은행)

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고 이 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

### 1. 원심이 적법하게 확정된 사실은 다음과 같다.

- 가. 주식회사 한국M은행(이하 M은행이라고 한다)은 1998.8.24.누적된 적자로 존립의 위기에 직면하여 경영개선 목적으로 주식회사 K은행과 합병계약을 체결하고, 1998.9.30.예금보험공사로부터 구 예금자보호법(2000.12.30. 개정전의 법)제38조의 2 제1항에 따라 3조 2,642억원의 출자(소위 공적자금의 지원)를 받았으며, 1999.1.6. 합병등기를 마쳐 피고 은행으로 되었다.
- 나. 피고 은행은 1999.1.22. 금융감독위원회 및 예금보험공사와 경영정상화를 위한 세부 이행계획 이행약정을 체결하였는바, 위 약정의 필수이행사항에는 단기수익성 강화방안의 일환으로 3급 이상 직원을 최대한 감축하도록 노력하고 중복, 저생산성 점포 및 자회사를 정리하는 내용이 포함되어 있었다.
- 다. 피고 은행은 1998년부터 1999년 상반기까지 260개의 점포를 폐쇄하였고, 본부조직도 M은행의 37개 부서, K은행의 30개 부서를 통폐합하여 33개 부서를 폐쇄하고 34개 부서만 남겼다.
- 라. 피고 은행은 1999.2.12. 위 경영정상화계획의 이행과 점포 및 조직통폐합에 따른 구조조정을 위하여 1급 50%(73명), 2급 40%(201명), 3급 10%(82명)등 총 356명을 감축

시키기로 하고, 연령·재직기간·근무성적의 감축대상자 선정기준에 따라 감축대상자 명단을 작성하여, 감축대상인원 및 감축대상선정기준을 노동조합에 통보하는 한편, 같은 달 20일 희망퇴직자들에 대하여 월평균임금의 8개월분에 해당하는 특별퇴직금을 지급하기로 하여 희망퇴직실시를 발표하였다.

- 마. 원고는 3급 직원으로서 1946.12.5.생이고 1965.7.19. M은행에 입행하여 재직기간이 33년인 관계로 감축대상자 선정기준상 연령 및 재직기간에 해당하여 감축대상으로 선정되었다.
- 바. 피고 은행은 노동조합과 협의를 계속하다가 1999.3.4. 노동조합과 감축대상자 선정기준은 그대로 유지하고, 1급의 50%(73명), 2급의 32%(161명), 3급의 6%(48명)등 총 282명을 감축하기로 합의하였다. 이에 따라 피고 은행은 당초 감축대상자로 선정된 직원 중 연령이 낮은 직원과 근무성적이 낮은 직원 중 호봉이 낮은 직원들을 감축대상에서 제외하였지만 원고는 구제대상에 들지 못하였다.
- 사. 3급 이상 직원 중 희망퇴직 신청을 한 인원은 1급의 경우 대상자 73명 전원이, 2급의 경우 대상자 161명 전원이, 3급의 경우 대상자 48명 중 원고를 제외한 47명 등 대상자 282명 중 281명이었다. 한편 당초 희망퇴직 대상이 아니었던 1급 직원 1명과 3급 직원 4명이 추가로 희망퇴직신청을 하여 총 286명이 희망퇴직신청을 하였으며, 피고 은행은 286명 전원을 1999.2.27.자로 희망퇴직시켰다.
- 아. 원고는 익산중앙지점 개인고객영업점장으로 근무하고 있었는데, 피고 은행은 원고에게 감축대상자로 선정된 사실을 통보한 후 현직에서 그대로 업무를 수행하기 어렵다는 이유로 1999.2.27.자로 인사부 조사역으로 인사발령을 하고, 1999.3.27. 원고에 대하여 해고예고를 함과 동시에 인사관리지침 제6장 제4조 제5항(기타 직원 및 은행형편상 휴직이 불가피하다고 인정될 때)을 적용하여 휴직명령을 내린 다음 인사협의회 심의의결을 거쳐 1999.4.30.자로 원고를 정리해고 하였다.

## 2. 이 사건 정리해고의 효력에 관하여

- 가. 근로기준법 제31조 1항 내지 3항에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자대표에게 해고실시일 60일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함되는 것으로 보아야 하고, 위 각 요건의 구체적 내용은 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족정도와 관련하여 유동적으로 정해지는 것이므로 구체적 사건에서 경영상 이유에 의한 당해 해고가 위 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.



나. 원심은 원고에 대한 위 해고가 정리해고의 요건을 갖추지 못하여 무효라고 하면서 다음과 같이 항목별로 판단하고 있으므로 위와 같은 종합적 고려의 관점에서 그 당부를 살펴본다.

#### (1) 긴박한 경영상의 필요에 관하여

원심은 피고 은행이 1999년 1/4분기에 3,406억원의 순이익을 기록하였고, 1999년 상반기에는 순이익 5,585억원, 업무이익 1조 992억원, 충당금 적립비율 115%를 기록한 사실을 인정한 후, 일련의 구조조정 과정에서 경영상태가 호전되었던 점 등에 비추어 피고 은행이 원고를 해고할 당시에는 정리해고를 할 긴박한 경영상의 필요성이 있었다고 단정할 수 없다고 판단하였다. 그러나 합병전 M은행은 누적된 적자로 존립의 위기에 직면한 상태에서 1998.9.30. 예금보험공사로부터 3조 2,642억원의 공적자금을 출자형식으로 지원 받았고, 합병후 피고 은행은 1999년도에 1조 9,872억원의 적자를 기록하였으며(을 제27호증), 그 후에도 예금보험공사로부터 2000.12.30. 출자형식으로 2조 7,644억원, 2001.9.29. 출연형식으로 1조 8,772억원의 공적자금을 추가로 지원 받은 점에 비추어 보면, 피고은행이 1999년 상반기에 일시적으로 흑자를 기록한 것은 부실요인이 제대로 반영되지 않은 가결산이었기 때문이라고 보아야 하고 이 자료를 들어 피고 은행의 경영상태가 구조조정의 필요가 없을 정도로 호전되었다고 볼 수 없으며, 오히려 위와 같이 피고 은행의 경영위기가 계속되고 있었고 이를 극복하기 위하여 실시한 합병과 부서 통폐합에 따른 인원과잉현상을 참작하면 피고 은행이 원고에 대한 정리해고를 실시할 당시에도 이를 실시하여야 할 고도의 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 할 것이다. 이와 다른 견해에서 한 원심의 판단에는 긴박한 경영상의 필요에 관한 법리를 오해하였거나 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 위법이 있다고 할 것이다.

#### (2) 해고회피 노력에 관하여

원심은 원고가 희망퇴직에 불응하자 피고 은행은 하향배치 전환, 전직 등의 고용유지 노력을 하지 않고 사실상 퇴직을 강요하는 수단으로 인사부 조사역으로 인사발령을 하여 현직에서 배제시키고 휴직명령을 내린 후 해고한 점에 비추어 피고 은행이 희망퇴직을 실시하였다는 사실과 해고직원 중 일부에게 재취업을 알선하였다는 사실만으로는 해고회피노력을 다하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.

사용자가 정리해고를 실시하기 전에 다하여야 할 해고회피 노력의 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이고, 사용자가 해고를 회피하기 위한 방법에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 정리해고 실시에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고회피 노력의 판단에 참작되어야 한다.

이 사건에서 보건대, 합병전 M은행은 존립의 위기에 직면한 상황에서 금융감독위원회와 예금보험공사에 경영개선계획을 제출하고 합병을 성공시키는 등의 노력을

통하여 예금보험공사로부터 3조 2,642억원의 공적자금을 지원 받아 회생의 기회를 마련하였던 점, 신규채용을 중단하고 월 평균임금의 8개월분에 해당하는 특별퇴직금을 지급하기로 하여 희망퇴직자를 모집하였던 점, 희망퇴직자 중 일부를 계약직으로 전환하여 재취업시키고, 일부는 자회사나 관련 업체에 취업알선 하였으며, 또 일부에 대하여는 재취업을 위한 연수를 실시하는 등 퇴직자를 배려하는 상당한 조치를 취하였던 점, 노동조합과의 협의 과정을 거쳐 당초 356명 해고계획에서 282명만을 해고하는 것으로 해고인원을 감축합의하였던 점을 고려해 보면, 피고 은행은 해고회피 노력을 다하였다고 할 것이다. 한편 피고은행이 합병 후 260개 점포를 폐쇄하고 본부조직도 총 67개 부서를 통폐합하여 34개 부서만 남긴 사정에 비추어 보면 피고 은행은 심각한 인원과잉 상태에 있었다고 보이므로 원심이 지적하고 있는 하향배치 전환 또는 전직 등의 방법으로 해고를 회피할 수 있었다고 볼 특별한 사정이 없는 한 그 사정을 들어 피고 은행이 해고회피노력을 다하지 않았다고 할 수 없다.

따라서 이와 다른 견해에서 한 원심의 판단에는 해고회피 노력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

### (3) 합리적이고 공정한 해고의 기준에 관하여

원심은, 해고대상자 선정기준에 있어서 근로자의 부양의무의 유무, 재산, 건강상태, 재취업가능성 등 근로자 각자의 주관적인 사정과 사용자의 이익 측면을 적절히 조화시켜야 함에도 근로자의 생활보호측면을 전혀 고려함이 없이 단순히 연령, 재직기간, 근무성적 등 3가지 선정기준만을 설정하였을 뿐 아니라 그나마 이들 기준을 합리적으로 조화시키지 아니하고 그 중 어느 하나의 요건에만 해당하면 근무성적을 다소 고려하는 외에는 다른 기준에 불구하고 아무런 심사과정도 거치지 아니하고 바로 감축대상자로 선정한 점에 비추어 그 대상자 선정기준 역시 합리적이고 공정하다고 할 수 없다고 판단하였다.

합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 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 나쁜 직원을 해고대상으로 하고, 앞의 두 기준에 해당하는 자 중 근무성적 상위자를 제외하기로 하는 것이었는바, 피고 은행은 공적자금을 지원 받기 위하여 금융감독위원회와 예금보험공사에 제출한 경영정상화 계획서에서 3급 이상 직원을 최대한 감축하기로 약속하였고, 노동조합과 협의하여 위와 같은 선정기준에 대한 합의에 이르렀으며, 우리나라에 독특한 연공서열적인 임금체계를 감

안하면 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 나름대로 합리적이고 공정한 기준으로 수긍할 만 하고, 정리해고를 조속히 마무리지어 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.

#### (4) 노동조합과의 성실한 협의에 관하여

원심은, 근로기준법 제31조 제3항의 규정 취지는 정리해고시 근로자들의 이해관계를 대변할 수 있는 조직과의 협의를 통하여 이해관계를 조절함이 필요하다는 것으로서 이에 비추어 볼 때 감축대상이 특정한 직종 또는 직급으로 한정되는 경우에는 그 대상자의 과반수가 노동조합의 조합원이면 노동조합, 그렇지 아니하면 그 근로자의 과반수를 대표하는 자와의 협의가 필요하다고 해야 할 것이고, 따라서 그 특정 직종 또는 직급이 당초 노동조합에 가입할 수 없는 경우라면 감축에 관한 노동조합과의 협의는 무의미하다고 보아야 할 것이라고 전제한 후, 이 사건의 경우 감축대상이 당초부터 피고 은행 노동조합의 노조원 자격이 없는 3급 이상 직원에 한정되어 있는 바 이러한 경우 피고 은행은 인원감축에 있어 3급 이상 직원 전체 또는 각 급수에 해당하는 직원의 과반수를 대표하는 조직 또는 개인과 성실한 협의를 거쳐야 하는데 감축대상이 전혀 포함되어 있지 아니하여 별다른 이해관계가 없고 일면에서는 이해가 상반된다고도 볼 수 있는 노동조합과의 협의절차만을 거쳤으므로 이 사건 인원감축에 있어 성실한 협의의무를 다하였다고 보기도 어렵다고 판단하였다.

근로기준법 제31조 제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해사업 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 정리해고의 절차적요건을 규정한 것은 같은 조 제1,2항이 규정하고 있는 정리해고의 실질적요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서인바, 이러한 규정취지와 위 조항의 문언 및 이 사건에서 정리해고를 실시하여야 할 경영상필요의 긴박성 등 실질적요건의 충족정도, 피고 은행의 노동조합이 종전에도 사용자와 임금협상 등 단체교섭을 함에 있어 3급 이상 직원들에 대한 부분까지 포함시켜 함께 협약을 해왔고 이 사건 정리해고에 있어서도 노동조합이 협의에 나서 격렬한 투쟁 끝에 대상자 수를 당초 356명에서 282명으로 줄이기로 합의하는데 성공한 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 정리해고가 실시되는 피고 은행 전사업장에 걸쳐 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 이 사건에 있어, 피고 은행이 위 조항의 문언이 요구하는 노동조합과의 협의 외에 정리해고의 대상인 3급 이상 직원



들만의 대표를 새로이 선출케 하여 그 대표와 별도로 협의를 하지 않았다고 하여 이 사건 정리해고를 협의절차의 흠결로 무효라 할 수는 없는 것이다.

이와 다른 견해에서 한 원심의 판단에는 근로기준법 제31조 제3항의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

- (5) 이어서 피고 은행이 노동조합과 합의한 인원수를 넘어서 원고를 정리해고 하였는지에 관하여 본다.

원심은, 피고 은행이 노동조합과의 합의에 의하여 감축하기로 한 인원수는 282명이었는데, 감축대상자 중 원고를 제외한 281명과 감축대상자가 아니었던 5명이 희망퇴직을 신청하여 노동조합과의 합의에 따른 감원 목표량을 초과하여 달성하고서도 피고 은행이 원고를 정리해고한 것은 무효라고 판단하였다.

그러나 기록에 의하면, 피고 은행이 1999.2.12. 당초 계획하였던 감원 인원수는 356명으로서 위에서 본 바와 같은 기준을 적용하여 같은 인원의 감축대상자 명단을 작성하였고, 희망퇴직을 실시한 결과 1999.2.말경 감축대상자가 아니었던 5명이 희망퇴직을 신청하였으며, 당시 노동조합이 감축대상자 인원 축소를 강력하게 요구하고 있었으므로 피고 은행은 1999.3.4. 당초의 감축대상자 356명 중에서 젊은 직원과 호봉이 낮은 직원 일부를 제외하고 282명만을 감축대상자로 하기로 하여 노동조합과 합의하였던 사실을 알 수 있는바, 감축대상자가 아니었던 5명이 희망퇴직을 신청하였던 시점과 위 합의의 시점, 감축인원수를 최소화하고자 한 노동조합과의 합의과정에 비추어 보면 피고 은행과 노동조합은 감축대상자가 아니었던 5명의 희망퇴직신청을 감안하여 그 외에 추가로 정리해고 하여야 할 인원수를 282명으로 합의하였던 것으로 보아야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고 은행과 노동조합이 합의한 감축인원수 282명은 감축대상자가 아니었던 5명의 희망퇴직을 고려하지 않은 인원수이므로 희망퇴직 신청자가 286명으로서 노동조합과의 합의에 따른 감축인원수를 초과한 상황에서 피고 은행이 그 합의를 위반하여 원고를 정리해고한 것은 무효라고 판단하였으므로 이러한 원심의 판단에는 채증법칙을 위배하거나 경험칙에 반하여 위 합의의 내용을 잘못 해석한 위법이 있다고 할 것이다.

- 다. 따라서 원심의 판단에는 정리해고에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙 등을 위배하여 사실을 오인함으로써 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이므로 이를 지적하는 상고이유의 주장은 모두 정당하다.

### 3. 1999.2.27.자 인사발령과 1999.3.27.자 휴직명령의 효력에 관하여

원심이 적법하게 확정된 사실에 의하면, 원고는 익산중앙지점 개인고객영업점장으로 근무하고 있었는데, 피고 은행은 원고를 정리해고대상자로 선정하여 통보한 후, 1999.2.27.자로 인사부 조사역으로 인사발령을 하고, 같은 해 3.27. 휴직명령을 하였는바, 원심은 피고 은행이



원고에 대하여 한 위 인사발령과 휴직명령은 원고를 정리해고하는 과정에서 원고에게 퇴직을 강요하기 위하여 한 인사처분으로서 인사재량권을 남용하여 한 것이므로 무효라고 판단하였다.

먼저 1999.2.27.자 인사명령에 관하여 보건대, 피고 은행은 위 인사명령의 이유를 원고를 정리해고대상자로 선정하여 통보한 상황에서 원고를 현직에서 그대로 업무를 수행하게 하는 것이 곤란하다고 판단하였기 때문이라고 설명하고 있고, 원고가 당시 담당하고 있던 업무의 내용에 비추어 보면 피고가 인사명령의 이유로 들고 있는 경영상의 필요에 합리성이 있다고 할 것이며, 위 인사명령은 원고에게 급여 또는 처우상의 불이익을 주는 것이 아니고, 반면 위 인사명령이 정리해고 실시과정에 있었다는 사정만으로 원고에게 퇴직을 강요하기 위해서 한 것이라고 추정할 수 없으며, 기록상 그와 같은 피고은행의 의도를 인정할 만한 자료도 없다. 그럼에도 불구하고 원심은 아무런 증거 없이 피고은행이 원고에게 퇴직을 강요하기 위하여 위 인사명령을 하였다고 단정하고 이러한 사실인정에 기초하여 위 인사명령은 인사권을 남용하여 한 것으로서 무효라고 판단하였으므로 이러한 원심의 사실인정 및 판단에는 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였거나 이유불비 또는 이유모순의 위법이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 정당하다.

이어서 1999.3.27.자 휴직명령에 관하여 보건대, 기록에 의하면 피고 은행은 1999.3.4. 노동조합과 감축대상 인원수와 정리기준에 관하여 합의한 후 희망퇴직 실시 기간 중 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 정리해고 절차를 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. 결 론

그러므로, 원심판결을 파기하고 이 사건을 새로 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박재윤(재판장), 서성, 이용우(주심), 배기원

## 2.2 고용안정협약에 반하여 이루어진 경영상 이유에 의한 해고의 효과

☞ 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20406 판결

### » 요 지 «

정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없으나, 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 정리해고를 제한하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 단체협약이 강행법규나 사회질서에 위배된다고 볼 수 없고, 나아가 이는 근로조건 기타 근로자에 대한 대우에 관하여 정한 것으로서 그에 반하여 이루어지는 정리해고는 원칙적으로 정당한 해고라고 볼 수 없다. 다만 이처럼 정리해고의 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 정리해고를 할 수 있을 것이다.

\* 원고, 피상고인 : 별지 원고 명단 기재와 같다.<별지 생략>

\* 피 고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : A배기컨트롤시스템코리아 주식회사의 소송수계인 A배기컨트롤시스템코리아 유한회사

\* 원심판결 : 서울고법 2011. 7. 21. 선고 2010누19647 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고보조참가인이 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서들의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없으나

(대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 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 정리해고를 제한하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 단체협약이 강행법규나 사회질서에 위배된다고 볼 수 없고, 나아가 이는 근로조건 기타 근로자에 대한 대우에 관하여 정한 것으로서 그에 반하여 이루어지는 정리해고는 원칙적으로 정당한 해고라고 볼 수 없다. 다만 이처럼 정리해고의 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 정리해고를 할 수 있을 것이다.

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 특별교섭 합의서에서 정한 고용보장에 관한 약속은 A배기시스템코리아 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 약속한 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 약속은 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 약속의 효력을 유지하는 것이 객관적으로 부당한 상황에 이르렀다고 보기는 어렵다고 보아, 고용보장에 관한 약속에 반하여 단행된 이 사건 정리해고는 부당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 정리해고를 제한하는 노사합의의 효력에 관한 법리오해, 특별교섭 합의서의 해석 및 적용에 관한 법리오해, 정리해고 요건의 판단 기준에 관한 법리오해 내지 그 판단 과정에서의 채증법칙위반 등으로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 피고보조참가인이 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김소영(재판장), 신영철, 이상훈(주심), 김용덕

### 3. 긴박한 경영상 필요 판단

#### 3.1 별개 법인이 사실상 1개 단위로 운영된 경우 긴박한 경영상 필요

☞ 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30580 판결

#### » 요 지 «

동종의 사업을 하는 두 개의 법인이 동시에 정리해고를 하거나 한 법인의 특정사업부문에 한하여 정리해고를 하는 경우, 정리해고가 정당하다고 하기 위한 요건으로서 ‘긴박한 경영상의 필요’가 있는지 여부는 원칙적으로 정리해고를 하는 법인별로 판단하여야 하나, 한 법인의 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어 있고 재무와 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 양 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정사업부문이 동종의 사업을 경영하여 그 업종이 처한 경기상황에 동시에 반응하며, 상호 인적·물적 설비가 엄격하게 분리되어 있지 않고, 노동조합도 각각이 아닌 단일노조로 구성되어 양 법인과 통일적으로 교섭하고 있는 등 사실상 하나의 법인으로 운영되어 그 경영상황이 하나의 기업으로 볼 수 있을 정도로 상호 밀접한 관련이 있는 경우에는 양 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정사업부문의 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단할 수 있다.

\* 원고, 상고인 : 원고 1 외 53인

\* 피고, 피상고인 : T산업 주식회사 외 1인

\* 원심판결 : 부산고법 2005. 4. 20. 선고 2004나12523 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유는 상고장 또는 상고이유서 자체에 기재하여 주장하여야 하며, 항소이유서를 원용한다는 등의 기재 방식으로 상고이유를 주장할 수는 없다. 그러므로 상고이유서에 추가적 상고이유로 주장한 점만을 상고이유로 보아 판단한다.

##### 1. 상고이유 제1점에 대하여

동종의 사업을 하는 두 개의 법인이 동시에 정리해고를 하거나 한 법인의 특정 사업부문에 한하여 정리해고를 하는 경우, 정리해고가 정당하다고 하기 위한 요건으로서 ‘긴박한 경영상의 필요’가 있는지 여부에 관하여는 원칙적으로 정리해고를 하는 법인별로 이를 판단하여야 할 것이나, 한 법인의 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적·장소적으로

분리·독립되어 있고 재무 및 회계도 분리되어 있을 뿐만 아니라 노동조합도 각 사업부문 별로 조직되어 있고, 경영여건도 서로 달리고 있다면 그 사업부문만을 따로 떼어 긴박한 경영상의 필요 여부를 판단할 수 있고, 한편 양 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 양 법인과 통일적으로 교섭하고 있는 등 사실상 하나의 법인으로 운영되어 그 경영상황이 하나의 기업으로 볼 수 있을 정도로 상호 밀접한 관련이 있는 경우에는 양 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문의 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단할 수 있다고 할 것이다.

원심이 인용한 제1심판결은 그 채용 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실들을 인정한 다음, 피고 T산업 주식회사(이하 'T산업'이라 한다) 화섬부분과 피고 D화섬 주식회사(이하 'D화섬'이라 한다)는 별개의 법인으로 설립되어 있기는 하나, 인사교류, 자재 공동 구입, 단일노조, 대표이사 겸직, 자금지원 등의 면에서 사실상 1개 단위의 회사로 운영되어 온 점, 피고 T산업 화섬부분뿐만 아니라 피고 D화섬도 경영실적이 악화되어 장래 경영전망이 어두웠던 점, 피고 T산업 화섬부분과 피고 D화섬의 경영실적 악화는 화섬업계의 전반적 사양산업화에 기인한 것인 점에 비추어 보면 피고 T산업 화섬부분과 피고 D화섬의 경영상황은 상호 밀접한 관련이 있는 것으로 보이므로 피고들이 이를 종합적으로 판단하여 공동 시행한 이 사건 정리해고는 경영상 필요에 의한 것이라고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 인용한 제1심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 위 법리에 따른 것으로서 모두 옳다고 수긍이 가고, 거기에 정리해고의 요건과 관련하여 긴박한 경영상의 필요에 대한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 또한, 피고들이 단일노조와의 교섭에 있어서 양 회사가 법인격을 달리하므로 공동교섭을 할 수 없다는 이유로 교섭을 회피한 일이 있었다는 사정만으로는 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단하여 공동으로 정리해고를 시행한 행위가 신의칙에 반한다고 할 수 없으므로 이 부분 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

사용자가 정리해고를 실시하기 전에 다하여야 할 해고회피노력의 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이고, 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 정리해고의 절차적 요건을 규정한 것은 같은 조 제1, 2항이 규정하고 있는 정리해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서이다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 참조).

이러한 법리에서 기록과 원심판결에 나타난 피고들의 최근 5년간 신규사원 채용내역, 임원

및 관리직 사원의 급여반납 내용, 휴업실시 횟수, 회사 내 인력 재배치의 용이성, 근로자들에 대한 전직 지원 프로그램의 운영 내용, 노조와의 교섭의 경위, 횟수, 계속시간, 제안 및 반대제안의 경위, 제안의 취지 및 내용, 교섭에 참여한 노조 교섭위원의 수 등 제반 사정을 참작할 때, 원심이 피고들은 이 사건 정리해고를 회피하기 위한 충분한 노력을 다하였다고 판단한 것은 수긍이 가고, 거기에 원고들의 상고이유 주장과 같은 어떠한 위법도 없다.

### 3. 상고이유 제3점에 대하여

합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 참조).

원심이 적법하게 확정한 사실관계에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 피고들은 총 1,937명의 개인별 점수표를 만들어 점수 순으로 이 사건 정리해고의 대상자를 선정하였는데, 위 평가기준은 인사고과 등 9개 항목으로 구성되어 있고 각 항목에 대한 세부평가기준이 마련되어 있었고, 위 평가기준은 100점 만점에 근로자측 요소 27점, 사용자측 요소 73점이 각 배점된 점, 피고들이 상당한 기간을 두고 해고대상자 선정에 관하여 서면으로 이의신청을 받은 결과 이 사건 정리해고 대상자 중 7명이 변경되었고, 노조임원·간부 및 부부에 대한 특별가점이 부여된 점, 피고들이 특별인사고과 항목을 둔 것은 인사고과가 노조의 반대로 시행되지 못하다가 뒤늦게 시행됨으로써 인사고과의 조사대상기간이 짧고 축적된 자료가 부족하며, 그 반영내용도 제대로 정비되어 있지 않은 점을 보완하기 위한 것이었던 점, 이 사건 단체협약 제31조는 월 연속 6회 이상의 무단결근을 당면퇴직 사유로 정하고 있으나, 피고들은 이 사건 파업과 관련된 무단결근자를 당면퇴직하게 하는 대신 감점처리만 한 점 등을 종합하여 보면, 위 인사고과의 대상기간이 주로 파업기간에 관련되어 있어 근로자들이 이 사건 노조의 불법파업에 참가한 정도나 참가일수 등을 참작하여 고과를 한 것이므로, 이와 같은 항목의 설정이나 점수부여의 필요성이 인정되고, 그 평가방법에 다소 사용자의 주관성이 개입될 여지가 있다고 하더라도 배당된 점수 등에 비추어 현저히 자의적인 기준으로 보이지 아니하므로, 특별인사고과의 설정과 그 평가기준으로 말미암아 정리해고 대상자의 선정기준이 불공정하다고 볼 수는 없을 뿐만 아니라 피고들이 이 사건 정리해고를 조속히 마무리지어 회사의 안정을 기해야 할 필요성에 비추어 볼 때, 위 선정기준은 공정성을 확보하기 위한 최소한의 장치를 갖춘 것으로서 당시의 상황에서 나름대로 합리적이고 공정한 것이었다고 보인다.

따라서 원심이 해고대상자 선정기준의 불공정성에 관한 원고들의 주장을 배척한 것은 정당하고, 이와 다른 취지의 원고들의 위 상고이유의 주장 또한 이유 없다.

### 4. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박일환(재판장), 김용담(주심), 박시환, 김능환



### 3.2 다년간 적자 누적의 경우 긴박한 경영상 필요성

☞ 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13972 판결

#### » 요 지 «

참가인 회사는 2000년도부터 매년 20억 원 이상의 적자가 발생하여 2005년도까지 누적 적자가 100억 원에 이르고 매출액도 지속적으로 감소하였으며 부채비율도 전체 숙박업 평균 부채비율을 크게 상회한 점, 참가인 회사의 인건비 비중이 증대하여 인건비 절감이 절실했던 점 등에 비추어 이 사건 정리해고를 단행할 긴박한 경영상의 필요가 있었고, 위와 같은 경영위기에 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 정리해고를 실시함에 있어서 해고회피노력을 다하였다고 볼 것이다. 또한, 참가인 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 정리해고의 시행을 위하여 원고와 수회에 걸쳐 노사협의회를 개최하여 정리해고에 관한 협의 및 의견제시를 요청함으로써 근로자대표와의 성실한 협의를 거쳤으므로, 이 사건 정리해고는 그 요건을 모두 갖추었다.

- \* 원고, 상고인 : D제주노동조합 외 8인
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : 주식회사 F제주
- \* 원심판결 : 서울고법 2008. 7. 9. 선고 2007누27570 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고들이 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

#### 1. 부당해고에 관한 상고이유에 대하여

가. 구 근로기준법(2007.1.26. 법률 제8293호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제31조제1항

내지 제3항에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의한 해고, 즉 정리해고를 하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자 대표에게 해고실시일 60일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 하는데, 위 각 요건의 구체적 내용은 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족 정도와 관련하여 유동적으로 정해지는 것이므로, 구체적 사건에서 정리해고가 위 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69393 판결 등 참조).

나. 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고 보조참가인 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 절실했던 점 등에 비추어 이 사건 정리해고를 단행할 긴박한 경영상의 필요가 있다고 인정하였는바, 원심의 이와 같은 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

다. 사용자가 정리해고를 실시하기 전에 다하여야 할 해고회피노력의 방법과 정도는 그 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이므로, 그 정리해고가 해고회피노력의 요건을 충족하였는지 여부의 판단에 있어서는 이와 같은 사정들이 고려되어야 한다(대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30580 판결 등 참조).

원심이 인용한 제1심판결 이유 및 기록에 의하여 인정되는 사정들, 즉 참가인 회사가 위와 같은 경영위기에 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 정리해고를 실시함에 있어서 해고회피노력을 다하였다고 볼 것이다.

한편 원심이 인용한 제1심판결 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 정리해고 무렵에는 인적교류가 이루어지지 아니한 점 등에 비추어, 참가인 회사가 카지노사업 부문으로 인력을 배치전환하지 않았다고 하여 해고회피노력을 다하지 않았다고 볼 수 없다.





또한 기록에 의하면, 이 사건 정리해고 당시 참가인 회사는 이 사건 호텔에서 파견근로자들을 사용하고 있었는데, 위 파견근로자 사용은 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006.12.21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 파견근로자보호법'이라 한다)의 요건을 결여한 위법한 파견인 사실, 위 파견근로자들 중 일부는 이미 2년을 초과하여 근무하고 있었던 사실을 알 수 있다. 그런데 구 파견근로자보호법 제6조제3항의 직접고용간주 규정은 위법한 파견의 경우에도 적용되므로(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결 등 참조), 이와 같이 2년을 초과하여 근무한 파견근로자들은 위 직접고용간주 규정이 적용되어 이들과 참가인 회사와의 사이에는 직접고용관계가 성립되었다고 볼 수 있는 점이나 이 사건 정리해고가 이루어지게 된 원인 및 그 배경, 그 밖에 참가인 회사가 해고의 규모를 최소화하기 위하여 취했던 여러 조치들을 고려하면, 참가인 회사가 위와 같은 파견근로관계를 정리하지 않았다고 하여 해고회피노력을 다하지 않았다고 단정할 수 없다.

원심이 같은 취지에서 참가인 회사가 해고회피노력을 다하였다고 판단한 조치는 정당하다.

- 라. 정리해고 대상자를 선정함에 있어서 요구되는 합리적이고 공정한 기준은 그 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이다. 또한 구 근로기준법 제31조제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장의 근로자대표에 대하여 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다는 절차적 요건을 규정한 것은, 같은 조제1항 및 제2항이 규정하고 있는 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의 과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 취지이다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 등 참조).

원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 판시와 같은 사실을 인정한 다음 참가인 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 정리해고의 시행을 위하여 원고 D제주노동조합과 수회에 걸쳐 노사협의회를 개최하여 정리해고에 관한 협의 및 의견제시를 요청함으로써 근로자대표와의 성실한 협의를 거쳤다고 판단하였는바, 원심의 이와 같은 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

- 마. 따라서 이 사건 정리해고가 그 요건을 모두 갖추었다고 본 원심은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 것과 같은 사실오인 및 정리해고에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

## 2. 부당노동행위에 관한 상고이유에 대하여

사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서는 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 할 것이지만, 정당한 해고사유가 있어 근로자를 해고한 경우에 있어서는 비록 사용자가 근로자의 노동조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다가거나 사용자에게 반노동조합의사가 추정된다고 하더라도 그 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없을 것이므로, 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결 참조).

이러한 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 제1심판결을 인용하여 이 사건 정리해고가 부당노동행위에 해당하지 않는다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 것과 같은 부당노동행위에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

## 3. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 신영철(재판장), 박시환, 안대희(주심), 차한성



### 3.3 흑자 기업의 일부 사업부문 경영악화

☞ 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3629 판결

#### » 요 지 «

1. 근로기준법 제24조에 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 올수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원 삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함된다.
2. 기업의 전체 경영실적이 흑자를 기록하고 있더라도 일부 사업부문이 경영악화를 겪고 있는 경우, 그러한 경영악화가 구조적인 문제 등에 기인한 것으로 쉽게 개선될 가능성이 없고 해당 사업부문을 그대로 유지한다면 결국 기업 전체의 경영상황이 악화 될 우려가 있는 등 장래 위기에 대처할 필요가 있다는 사정을 인정할 수 있다면, 해당사업부문을 축소 또는 폐지하고 이로 인하여 발생하는 잉여인력을 감축하는 것이 객관적으로 보아 불합리한 것이라고 볼 수 없다.

\* 원고, 피상고인 : 양○○ 외 23명

\* 피고, 상고인 : 주식회사 K텍

\* 원심판결 : 서울고법 2009. 11. 27. 선고 2009나39600 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

근로기준법 제24조에 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 올수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원 삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함된다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 사정을 인정한 다음, 피고의 대전공장이 본사와 재무 및 회계가 완전히 분리되어 있었다고 보기 어려우므로, 피고의 대전공장 폐쇄에 따른 이 사건 정리해고에 긴박한 경영상의 필요성이 있었는지 여부를 판단함에 있어 피고 대전공장의 경영사정만을 기준으로 할 것이 아니라 피고 전체의 경영사정을 종합적으로 검토하여 긴박한 경영상의 필요성 유무를 심사하여야 한다고 판단하였다.

원심은 나아가 그 판시와 같은 사실을 인정한 후, 피고가 2000년부터 2006년까지 계속

상당한 액수의 당기순이익을 낸 점, 피고의 2004년부터 2007년까지의 부채비율이 동종 업종의 평균 부채비율 또는 2007년 산업 평균 부채비율보다 훨씬 낮아 재무구조 또한 상당히 안정적이었던 점, 피고가 2006년에 대전공장 소속 근로자들에 관하여 9.1%의 임금인상안에 합의하는 과정에서 주문량이 조금씩 회복되고 있다고 밝히는 등 이 사건 정리해고 당시 경영상 큰 어려움이 있었다고 보이지 아니하는 점 등에 비추어 볼 때, 피고 전체로는 긴박한 경영상의 위기에 있었다거나 인원 삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심이 피고 전체의 경영사정을 기준으로 이 사건 정리해고에 긴박한 경영상의 필요가 있었는지 여부를 판단한 것은 정당하다고 할 것이나, 앞서 본 법리에 비추어 볼 때 피고가 전체적으로 당기순이익을 내고 재무구조상 안정적이었던 점 등을 들어 이 사건 정리해고에 긴박한 경영상 필요성이 없었다고 판단한 것은 다음과 같은 이유에서 그대로 수긍하기 어렵다.

기업의 전체 경영실적이 흑자를 기록하고 있더라도 일부 사업부문이 경영악화를 겪고 있는 경우, 그러한 경영악화가 구조적인 문제 등에 기인한 것으로 쉽게 개선될 가능성이 없고 해당 사업부문을 그대로 유지한다면 결국 기업 전체의 경영상황이 악화 될 우려가 있는 등 장래 위기에 대처할 필요가 있다는 사정을 인정할 수 있다면, 해당사업부문을 축소 또는 폐지하고 이로 인하여 발생하는 잉여인력을 감축하는 것이 객관적으로 보아 불합리한 것이라고 볼 수 없다.

그런데 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거들을 종합하면, 피고 전체적으로는 매년 당기순이익을 냈으나 피고의 대전공장은 2004 사업연도부터 매년 상당액의 영업손실을 냈고, 그 생산량도 증감의 변동은 있지만 지속해서 감소 추세에 있었던 사실, 결국 피고는 2007.7.10. 대전공장을 폐쇄한 사실을 알 수 있고, 한편 피고는 위와 같은 대전공장의 경영악화가 수출경쟁력의 저하 등 구조적인 원인에 의한 것으로 단기간 내에 개선될 여지가 없었다고 주장하고 있다.

그렇다면 원심으로서 는 피고의 대전공장이 계속하여 영업 손실을 낸 원인이 무엇인지, 위 대전공장의 경영악화가 구조적인 문제 등에 기인하여 쉽게 개선될 가능성이 없었는지, 위 대전공장의 경영악화가 피고 전체의 경영에 어떠한 영향을 미쳤는지, 피고가 대전공장의 폐쇄를 결정한 것이 피고 전체의 경영악화를 방지하기 위하여 불가피한 것이었는지 등에 대하여 좀 더 자세히 심리한 다음에, 피고가 대전공장을 폐쇄하고 이에 따라 발생한 잉여인력을 감축한 조치가 객관적으로 보아 합리성이 있었는지에 관한 최종 판단을 할 필요가 있다고 할 것이다.

그럼에도 원심은 앞서 본 것과 같은 이유로 이 사건 정리해고에 긴박한 경영상의 필요가 없었다고 판단하였는바, 원심판결에는 긴박한 경영상의 필요에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 피고의 상고이유의 주장은 이유 있다.

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박병대(재판장), 김능환, 안대희(주심), 이인복



### 3.4 긴박한 경영상 필요에 대한 판단 시점

☞ 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60193 판결

#### » 요 지 «

1. 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 고용인원의 감축이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함되는 것으로 보아야 한다. 그리고 정리해고의 요건 중 긴박한 경영상의 필요가 있었는지 여부는 정리해고를 할 당시의 사정을 기준으로 판단하여야 한다.

정리해고 당시 조업단축 등으로 인한 잉여인력이 단시일 내에 쉽사리 해소될 것으로 기대하기 어려웠고, 또한 자동차부품 제조업체의 경기전망이 더욱 안 좋게 전개될 것으로 예측되는 상황이라 그에 대처하기 위해서 인력조정을 하는 것은 객관적으로 보아도 합리성이 있었던 것으로 볼 여지가 상당하고, 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.

2. 정리해고의 요건 중 ‘합리적이고 공정한 해고의 기준’은 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제 상황 등에 따라 달라지는 것이다. 그리고 해고대상자의 선별 기준은, 대상 근로자들의 사정뿐 아니라 사용자측의 경영상 이해관계와 관련된 사정도 객관적 합리성이 인정되는 한 함께 고려하여 정할 수 있다.

\* 원고, 피상고인 : A외 13명

\* 피고, 상고인 : Y주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2011. 7. 8. 선고 2010나54803 판결

#### » 주 문 «

원심판결 중 피고 패소부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

## 1. 제1점에 대하여

근로기준법 제24조제1항에 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 고용인원의 감축이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함되는 것으로 보아야 한다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 참조). 그리고 정리해고의 요건 중 긴박한 경영상의 필요가 있었는지 여부는 정리해고를 할 당시의 사정을 기준으로 판단하여야 한다.

원심은 피고의 자본금은 30억 원이나 2008년도의 이익잉여금은 98억 원에 이르는 점, 피고가 2003년부터 2009년도까지 2006년도와 2008년도를 제외하고는 당기순이익을 유지하고 있었던 점, 피고는 국내의 다른 경쟁사보다 기술력과 제품의 품질 등이 우수하여 이 사건 정리해고 당시 피고의 자체적인 경쟁력이나 수익성이 상실된 것으로 보이지 않는 점, 피고의 매출액은 2009.1.경 이후 꾸준히 증가하고 있었고, 이 사건 정리해고 직후인 2009.4.경부터 잔업이 증가하기 시작한 점, 이 사건 정리해고를 한 2009년도에 약 19억 원의 당기순이익이 발생하였으며, 피고는 2009년도에 4억 5천만 원을 주주에게 배당하였던 점, 피고의 2008년도 매출액 감소는 P의 영향력이 개입되어 있다고 보이는 점, 피고의 2009년도의 전체 차입금 총액이 2008년도의 전체차입금 총액보다 감소한 점, 피고는 공정합리화 조치 등을 통하여 잉여인력 규모를 2008.11.7.경 25명, 2008.11.28.경 30명, 2008.12.19.경 51명 등으로 단기간에 급격히 증가시킨 것으로 보이는데, 위 잉여인원 51명 중 2명은 정년퇴임이 예정되어 있었고, 조업단축으로 인한 인원 13명은 조업이 정상화되면 이를 진정한 잉여인력으로 볼 수 없고, 이 사건 정리해고 이전에 36명이 희망퇴직을 함으로써 결국 피고의 잉여인력은 대부분 해소된 것으로 보아야 하는 점, 피고는 피고의 지배회사인 P 등에게 계속적으로 배당을 한 것과는 별도로 차임으로 P에 매월 6,300만 원 상당을 지급하여 온 것으로 보이는 점 등을 들어 피고가 주장하는 사정들만으로는 피고의 경영악화 또는 기업재정상의 어려움이 계속적으로 누적되어 왔고 장래에도 쉽사리 해소되지 않을 개연성이 있다거나 인원감축이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

그러나 원심이 실시한 사정들 중 피고의 매출액이 2009.1.경 이후 꾸준히 증가하였고 이 사건 정리해고 직후인 2009.4.경부터 잔업이 증가하기 시작한 점, 이 사건 정리해고를 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 정리해고 이후의 사정들로서 이러한 사정은 정리해고 당시의 경영상태를 판단하는 간접적 요소로 고려하는 정도를 넘어 정리해고의 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 정리해고 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 금속노조가 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 정리해고 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 고용유지 훈련, 휴무 실시, 임원 임금 삭감, 희망퇴직 등의 조치를 시행한 점 등에 비추어 보면, 피고로서는 이 사건 정리해고 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.

한편, 피고의 2008년도 회계상 누적된 이익잉여금은 대부분 설비자산에 투입되어 있어 이 사건 정리해고 당시 긴요한 현금유동성의 해결에는 별 도움이 될 수 없는 상황이었고, 피고의 매출액 감소의 직접적인 원인은 실질적으로 현대자동차와 쌍용자동차에 대한 납품액 감소에 있었으며, P이 의도적으로 피고의 경영상 위기를 조성하기 위하여 매출을 감소시켰다고 볼만한 근거는 없다.

다른 한편, 원심은 법원의 촉탁에 의하여 실시된 감정결과가 피고의 주장에 상당한 정도로 부합하는 내용으로 되어 있고 매우 구체적인 근거가 제시되어 있음에도 납득할 만한 아무런 이유의 설시도 없이 이를 배척하였다.

위와 같은 제반 사정을 종합하여 보면, 이 사건 정리해고는 긴박한 경영상의 필요에 의한 것으로 볼 여지가 상당하다 할 것인데도, 이와 달리 판단한 원심판결에는 정리해고의 요건 중 '긴박한 경영상의 필요'에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다.

## 2. 제2점에 대하여

정리해고의 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, 정리해고를 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 정리해고에 이르기까지 노동조합을 상대로 2008.11.7. 대주주인 Q의 구조조정 방침과 고용유지지원 제도 및 잉여인력 현황을 설명하면서 배치전환 등 대응방안에 관한 협조를 요청하였고, 2008.11.14.에는 희망퇴직 실시에 대한 협조 요청과 더불어 고용유지방안에 관하여 논의하였으며, 2008.11.28.에는 해고회피 노력에 관하여 설명하고 협조를 요청하였으며, 2008.12.18.에는 경영현황을 설명하면서 완성차의 감산에 따른 연차휴가 사용과 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 그 중 8차례의 노사협의회에 불참하였다) 노동조합과의 성실한 협의를 위하여 상당한 노력을 한 것으로 보인다.

그럼에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 정리해고의 요건 중 '해고 회피를 위한 노력을 다하였는지 여부'에 관하여 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다.

### 3. 제3점에 대하여

정리해고의 요건 중 '합리적이고 공정한 해고의 기준' 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 참조). 그리고 해고대상자의 선별 기준은, 대상 근로자들의 사정뿐 아니라 사용자측의 경영상 이해관계와 관련된 사정도 객관적 합리성이 인정되는 한 함께 고려하여 정할 수 있다 할 것이다.

원심은 이 사건 정리해고가 조합원인 생산부서 직원만을 대상으로 하고 있는 점, 피고가 단체협약 제33조제1항에서 정한 바와 달리 노동조합과 아무런 합의 없이 해고대상자 선정 기준을 정하면서 회사측 고려요소로 근태불량, 정시 미출근 등을 선정기준으로 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 선정기준을 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, 근로자측 고려요소로 입사경력과 부양가족수 및 연령, 사용자측 고려요소로 근태불량과 정시 미출근을 함께 고려하는 선정기준을 정하고 그에 따라 해고대상자를 결정하였으며, 피고의 단체협





약에는 유니온숍 조항이 있어 생산직 근로자는 모두 당연히 조합원이기 때문에 결과적으로 해고대상자는 모두 조합원일 수밖에 없는 사실 등을 알 수 있다. 이와 같은 제반 사정을 고려해 보면 피고의 위 해고대상자 선정기준이 불합리하다거나 불공정하다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

그럼에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 해고대상자 선정기준이 공정하고 합리적이었는지 여부에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 잘못이 있다.

#### 4. 결 론

그러므로 이 사건 정리해고가 그 요건을 모두 갖추지 못한 것이라고 본 원심판결에는 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이에 원심판결 중 피고 패소부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김창석(재판장), 양창수, 박병대(주심), 고영한

### 3.5 복수 사업부문에서의 긴박한 경영상 필요

☞ 대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두25873 판결

#### » 요 지 «

관광호텔업 등을 경영하는 법인으로서 사업부문의 도급화 과정에서 도급업체로의 고용승계나 전환배치를 거부한 근로자들을 경영상 이유로 해고하였는바, ① 참가인의 서울호텔 사업부와 부산호텔사업부가 인적·물적·장소적으로 분리되어 있고 노동조합이 별도로 조직되어 있더라도, 서울호텔사업부만을 분리하여 ‘긴박한 경영상 필요’ 여부를 판단할 수 있는 경우에 해당한다고 보기 어렵고, ② 이 사건 정리해고 무렵 기업신용평가 전문업체인 한국기업데이터 주식회사와 한국신용평가 주식회사는 참가인의 신용등급과 현금흐름 등급을 최상위 등급으로 평가하였던 점, 원고들의 업무와 다른 분야이기는 하나 이 사건 정리해고 직전에 41명의 신규인력을 공개 채용하기도 한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 정리해고 당시 참가인의 전반적인 경영상태는 견고하였던 것으로 보이고, 참가인의 서울호텔사업부에 쉽게 개선되기 어려운 구조적인 문제가 있어 참가인 전체의 경영악화를 방지하기 위하여 인원을 감축하여야 할 불가피한 사정이 있었던 것으로 보이지 않으며, ③ 이 사건 정리해고 당시 참가인의 매출 규모에 비하여 이 사건 정리해고를 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 정리해고는 어떠한 경영상의 위기에 대처하기 위한 것이라기보다는 단순한 인건비 절감 또는 노무관리의 편의를 위하여 단행된 것으로 보일 뿐이어서 ‘긴박한 경영상 필요’에 따른 것으로 보기 어렵다.

- \* 원고, 상고인 : 김○○외 7명
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : Q호텔
- \* 원심판결 : 서울고법 2012. 10. 17. 선고 2012누3042 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.



## » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서들의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 정리해고의 요건 중 ‘긴박한 경영상의 필요’란 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원삼각이 필요한 경우도 포함되지만, 그러한 인원삼각은 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되어야 한다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11339 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 2005다30580 판결 참조).
2. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 관광호텔업 등을 경영하는 법인으로서 그 산하에 서울호텔사업부와 부산호텔사업부를 두고 있는 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)은 2008년 8월경 경영합리화를 위하여 서울호텔사업부의 객실정비, 기물세척, 미화, 린넨, 운전 등 5대 부문을 도급으로 전환하기로 결정하고 도급화를 진행하였으나, 도급회사로의 고용승계를 거부하는 원고들을 포함한 12명은 참가인의 서울호텔사업부에서 계속 근무하였던 사실, 참가인은 2010.6.28. 원고들을 포함한 12명의 잔여인력으로 말미암은 위장도급 등의 법적 문제를 해결하고, 고임금·비효율의 인력구조를 개선하기 위하여 위에서 본 5대 부문에 대한 완전도급화를 추진하기로 결정한 사실, 이에 따라 참가인은 2010.12.20.경 그때까지 남아있던 원고들을 포함한 11명의 근로자에 대한 희망퇴직을 신청받는 한편, 2010.12.22.경부터 2011.1.27.경까지 수차례 참가인의 노동조합과 협의를 통하여 ‘통상임금 20개월분의 위로금 지급 조건으로 도급업체로 전원 고용승계, 도급업체로 고용승계 이후에도 정년까지 고용보장, 도급업체로의 고용승계를 거부하는 근로자에 대하여는 유니폼 세탁직무 등 4개 부분 업무로 전환배치’ 등을 골자로 하는 합의에 이른 사실, 이에 따라 도급화 대상자인 11명의 근로자 중 2명은 직무 및 직종 변경을 신청하여 전환배치되었으나 원고들은 도급업체로의 고용승계나 전환배치를 거부한 사실, 이에 참가인은 2011.2.14. 경영상 이유로 원고들을 해고(이하 ‘이 사건 정리해고’라 한다)한 사실을 알 수 있다.
3. 원심은, 참가인의 서울호텔사업부와 부산호텔사업부는 인적·물적·장소적으로 분리되어 있고 재무와 회계도 사실상 분리되어 있으며 노동조합도 각 사업부별로 조직되어 있고 경영여건도 서로 달리하고 있으므로, 이 사건 정리해고가 이루어진 서울호텔사업부를 따로 떼어 ‘긴박한 경영상 필요’ 여부를 판단할 수 있다는 전제에서, 이 사건 정리해고 당시 서울호텔사업부는 2년 연속 적지 아니한 금액의 영업적자를 나타내고 있었던 점, 참가인은 고임금 단순업무를 외부 전문용역업체에 도급화하는 관광호텔업계의

일반적인 추세에 발맞추어 2008년 8월경 고객과 직접 대면하지 아니하면서 비교적 고 임금 단순업무에 해당하는 5대 부문에 대하여 도급화를 시행하고, 다만 끝까지 도급화 조치를 거부하였던 원고 등 12명에 대하여만 그 시행을 보류하였다가 2010년에 이르러 이 사건 정리해고를 하였던 점, 이러한 도급화 조치로 장기적인 경비절감과 인력의 효율적·탄력적 운영이 가능하게 되는 점 등을 들어, 이 사건 정리해고에는 '긴박한 경영상 필요'가 인정된다고 판단하였다.

4. 그러나 원심의 판단은 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 그대로 수긍하기 어렵다.

먼저 원심은 참가인의 서울호텔사업부와 부산호텔사업부의 재무와 회계가 분리되어 있다는 것을 전제로 서울호텔사업부만을 따로 떼어 '긴박한 경영상 필요' 여부를 판단할 수 있다고 보았다. 그러나 참가인의 공식적인 재무제표는 서울호텔사업부와 부산호텔사업부를 포함한 법인 전체를 기준으로 작성되어 있고, 참가인이 서울호텔사업부와 부산호텔사업부가 재무적으로 분리되어 있다는 근거로 제출한 회계자료는 참가인이 회계의 편의를 위하여 내부적으로 작성한 자료에 불과한 점, 참가인 내부에는 서울호텔사업부와 부산호텔사업부 외에도 외식사업부가 있는데 참가인의 본사에는 이를 사업부 전체의 인사와 재무를 관장하는 지원담당부서가 있었던 것으로 보이는 점, 참가인은 서울호텔사업부와 부산호텔사업부 소속 직원들에게 일률적으로 성과급을 지급하기도 하였던 점 등에 비추어 보면, 참가인의 서울호텔사업부와 부산호텔사업부의 재무와 회계가 분리되어 있다고 단정하기 어렵다. 따라서 원심 판시와 같이 참가인의 서울호텔사업부와 부산호텔사업부가 인적·물적·장소적으로 분리되어 있고 노동조합이 별도로 조직되어 있더라도, 서울호텔사업부만을 분리하여 '긴박한 경영상 필요' 여부를 판단할 수 있는 경우에 해당한다고 보기 어렵다.

나아가 이 사건 정리해고 당시 참가인의 경영사정에 관하여 본다.

이 사건 정리해고 무렵 기업신용평가 전문업체인 한국기업데이터 주식회사와 한국신용평가 주식회사는 참가인의 신용등급과 현금흐름등급을 최상위 등급으로 평가하였던 점, 참가인의 서울호텔사업부는 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 보이는 하나 서울호텔사업부만을 기준으로 하더라도 2010회계연도에 15억 원 이상의 영업흑자를 기록하였던 점, 참가인은 이 사건 정리해고 직전인 2010.8.27.과 2011.1.12.에 서울호텔사업부와 부산호텔사업부 소속 직원들에게 통상임금의 200%에 해당하는 성과급을 지급하였고, 원고들의 업무와 다른 분야이기는 하나 이 사건 정리해고 직전인 2011년 1월경부터 41명의 신규인력을 공개 채용하기도 한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 정리해고 당시 참가인의 전반적인 경영상태는 견고하였던 것으로 보이고, 참가인의 서울호텔사업부에 쉽게 개선되기 어려운 구조적인 문제가 있어 참가인 전체의 경영악화를 방지하기 위하여 인원을 감축하여야 할 불가피한 사정이 있었던 것으로 보이지 않는다.



위와 같은 사정에다가 이 사건 정리해고 당시 참가인의 매출 규모에 비하여 이 사건 정리해고를 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 정리해고는 어떠한 경영상의 위기에 대처하기 위한 것이라기보다는 단순한 인건비 절감 또는 노무관리의 편의를 위하여 단행된 것으로 보일 뿐이어서 '긴박한 경영상 필요'에 따른 것으로 보기 어렵다.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 이 사건 정리해고에 '긴박한 경영상 필요'가 인정된다고 판단하였으니, 원심의 판단에는 정리해고의 요건 중 '긴박한 경영상 필요'에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

5. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 조희대(재판장), 이상훈(주심), 김창석, 박상옥

## 4. 해고회피 노력과 해고 대상자 선정 기준

### 4.1 해고회피 노력의 충족

☞ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다20875, 20882 판결

#### » 요 지 «

1. 근로기준법 제24조제1항에 의하면, 사용자가 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하려면 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 인원 감축이 필요한 경우도 포함되지만, 그러한 인원 감축은 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되어야 한다.

이 사건 회사는 1999.8.부터 2005.1.까지 진행된 기업구조개선작업(워크아웃) 기간에 규모 있는 연구개발과 투자를 할 수 없었고, 이후 R자동차가 회사를 인수한 이후에도 회사에 대한 적극적인 투자가 이루어지지 않아 SUV 차량 외에 차종의 다양화를 이루지 못하였다. 거기에 SUV 차량에 대한 세제혜택 축소로 SUV 차량에 대한 선호도가 떨어지자 매출은 더욱 감소하게 되었고, 그러던 중에 2008년 하반기의 경유 가격 급등과 국내외 금융위기 사태에 봉착하게 되자 회사는 자력으로는 유동성 위기를 해결할 수 없는 지경에 이르게 되었다.

이러한 사정을 고려하면, 당시 이 사건 회사가 처한 경영위기는 상당기간 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.

2. 기업 운영에 필요한 인력의 규모가 어느 정도인지, 잉여인력은 몇 명인지 등은 상당한 합리성이 인정되는 한 경영판단의 문제에 속하는 것이므로 특별한 사정이 없다면 경영자의 판단을 존중하여야 한다.

이 사건 정리해고 이후에 노사대타협이 체결되어 정리해고자 중 상당수가 무급휴직으로 전환되었으나, 노사대타협은 노사간의 극심한 대립으로 기업의 존립 자체가 위태로워 노사가 공멸하는 최악의 상황을 막기 위한 교육지책으로 노사가 마지막 단계에서 상호 양보하여 체결된 것이다. 따라서 노사대타협이 체결되었다는 사정만으로 회사측에서 제시한 인원 감축 규모가 비합리적이거나 자의적이라고 볼 수 없다.

3. 미래에 대한 추정은 불확실성이 존재할 수밖에 없으므로 회사의 예상 매출수량 추정이 합리적이고 객관적인 가정을 기초로 한 것이라면 그 추정이 다소 보수적으로 이루어졌다고 하더라도 그 합리성을 인정하여야 할 것이다.



그런데 이 사건 회사는 2008년 하반기부터 극심한 유동성 위기를 겪어 신차 출시 여부가 불확실한 상태였고, 단종이 계획되었던 기존 차종은 경쟁력이 약화된 상태였던 점 등을 고려하면, 회사의 예상 매출수량 추정이 현저히 합리성을 결여한 것으로 보기 어렵다.

다른 한편으로 회사가 위와 같이 유형자산 손상차손을 인식하기 전부터 회사의 재무상황은 악화되어 있었던 것으로 볼 수 있다.

4. 정리해고의 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 그 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이다.

이 사건의 무급휴직 조치는 노사간 극심한 대립으로 기업의 존립 자체가 위태롭게 되자 최악의 상황을 막기 위해 고육지책으로 시행된 것으로, 회사가 무급휴직을 우선적으로 시행하지 않았다고 하여 해고회피노력을 다하지 않은 것으로 보기는 어렵다. 그리고 이 사건 회사가 정리해고에 앞서 부분휴업, 임금 동결, 순환휴직, 사내협력업체 인원 축소, 희망퇴직 등의 조치를 실시한 점을 볼 때, 이 사건 회사가 해고회피노력을 다한 것으로 볼 수 있다.

\* 원고, 피상고인 : 별지 원고 명단 기재와 같다. <별지 생략>

\* 피고, 상고인 : S자동차 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2014. 2. 7. 선고 2012나14427, 2012나74290(병합) 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유 보충서는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

### 1. 긴박한 경영상의 필요에 관한 상고이유 주장에 대하여

가. 근로기준법 제24조제1항에 의하면, 사용자가 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하려면 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 인원 감축이 필요한 경우도 포함되지만, 그러한 인원 감축은 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되어야 한다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007 판결 등 참조).



나. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- 1) 피고는 1999.8. 기업구조개선작업(Workout) 대상기업으로 선정되어 채권단의 주도 아래 기업개선작업을 추진하여 오다가 2005.1. 중국 R기차공업(집단)공사(이하 'R자동차'라고 한다)가 피고의 경영권을 인수하면서 기업구조개선작업 절차를 종결하였다.
- 2) 피고의 차량 판매대수는 2002년에 최고 실적을 기록한 후 2003년부터 증감 변동은 있으나 대체로 감소추세에 들어갔고, 2008년에는 피고의 주력 차종인 스포츠형 다목적 차량(SUV, Sport Utility Vehicle)에 대한 세제 혜택이 없어지고 위 차량의 연료인 경유 가격의 상승으로 차량 선호도가 감소한데다 2008년 하반기부터 본격화된 국내외 금융위기로 소비심리가 위축되면서 판매가 급감하였다.
- 3) 위와 같은 매출 감소는 현금보유액의 감소로 이어졌는데, 2008년에는 판매부진 외에 파생상품 거래에서의 손실 및 국내외 금융위기에 따른 금융권의 지원 중단으로 가용할 수 있는 현금보유액이 급격히 줄어들어 피고는 근로자들의 급여도 제때 지급하지 못할 정도의 유동성 부족을 겪게 되었다. 이에 피고는 2009.1.9. 서울중앙지방법원에 회생절차개시신청을 하여 2009.2.6. 개시결정을 받았다.
- 4) 회생절차개시결정 이후 피고(실제 행위 주체는 회생법원이 선임한 관리인이나, 편의상 '피고'라고 한다)는 E KPMG에 경영 전반에 대한 진단 및 회생전략 수립을 의뢰하였다. 이에 따라 E KPMG는 2009.3.31. 작성한 검토보고서에 '경기 침체 및 경쟁력 약화 등으로 매출액이 감소하고 영업실적이 악화된 결과 자본 감소 및 유동성 부족 사태가 초래되었고, 동종업체와 비교하여 수익성, 효율성, 재무건전성이 취약하여 시급한 개선이 필요한 상태'라고 진단하고, 경영정상화를 위한 방안으로 인력구조조정과 자산 매각, 비용절감과 효율성 개선 등을 제시하였다. 인력구조조정과 관련하여 E KPMG는 향후 생산판매계획 등을 고려할 때 총 2,646명 규모의 구조조정이 필요하다고 보았다.
- 5) 피고는 E KPMG가 제시한 경영정상화 방안에 입각하여 총 2,646명을 감원하는 인력구조조정 방안을 확정된 다음, 회생법원의 허가를 받아 2009.6.8. 위 2,646명에서 그 무렵까지 희망퇴직 등으로 퇴사한 1,666명을 제외한 980명에 대하여 이 사건 정리해고를 단행하였다.
- 6) 전국금속노동조합 S자동차지부(이하 '노조'라고 한다)는 2009.5.22. 피고의 인력구조조정에 반대하여 피고의 평택공장을 점거한 채 파업에 돌입하였는데, 이 사건 정리해고 이후 노사의 대립이 극한 상황에까지 이르다가 피고와 노조는 2009.8.6. 노사대타협을 하면서 정리해고된 근로자들을 무급휴직, 희망퇴직, 영업직 전직 등으로 전환하기로 하는 'S자동차의 회생을 위한 노사합의서'를 작성하였다. 이에 따라 이 사건 정리해고자 980명 중 459명이 무급휴직으로 전환되고, 그 밖에도 상당수가 희망퇴직, 전직 등으로 전환되면서, 최종적으로 정리해고된 근로자는 원고들을 포함하여 모두 165명이 되었다.
- 7) 한편 기업회계기준서는 유형자산의 진부화 또는 시장가치의 급격한 하락 등으로 유





형자산의 사용 및 처분으로부터 기대되는 미래의 현금흐름 총액의 추정액이 장부가액에 미달하는 경우에는 장부가액을 회수가능가액으로 조정하고 그 차액을 손상차손으로 처리하도록 정하고 있다. 여기서 회수가능가액은 순매각가액과 사용가치 중 큰 금액으로 하는데, 순매각가액은 합리적인 판단력과 거래의사가 있는 제삼자와의 독립적인 거래에서 매매되는 경우의 예상처분가액에서 예상처분비용을 차감한 금액이고, 사용가치는 해당 자산 또는 자산그룹의 사용으로부터 예상되는 미래현금흐름의 현재가치를 말한다. 피고는 2008년 재무제표 작성 당시 위 기업회계기준서에 따라 토지를 제외한 유형자산의 사용가치와 장부가액과의 차액을 손상차손으로 인식하면서 손상차손액으로 517,687,494,022원을 계상하여 2008년 재무제표상 당시순손실과 부채비율이 큰 폭으로 증가하였다. 피고는 2007년에 수립된 사업계획을 기초로 해당 유형자산에서 생산될 차량의 2009년부터 2013년까지의 예상 매출수량을 추정한 다음 이를 토대로 해당 유형자산의 사용가치를 산정하였는데, 위 사업계획에서 2009년과 2010년에 단종되는 것으로 계획된 일부 기존 차종에 대해서는 위 단종계획을 반영하여 예상 매출수량을 추정한 후 미래현금흐름을 산출하였으나, 그 후속 차량으로 출시가 계획된 신차의 예상 매출수량은 고려하지 않았다.

- 다. 원심은 위와 같은 사실관계를 기초로, 이 사건 정리해고 당시 피고에게 유동성 위기가 발생한 직접적 원인은 2008년 들어 경유 가격의 급등 및 국내외 금융위기로 매출이 급격히 하락한 데에 있고, 피고가 담보 여력이 있는 부동산을 소유하고 있어 유동성 위기를 완화할 수단이 전혀 없었다고 볼 수 없으며, 유동성 위기를 해결하기 위하여 회생절차에 들어가는 것은 불가피하였다고 볼 여지가 있으나 회생절차에 들어갔다고 하여 바로 인원 감축의 필요성이 도출된다고 단정할 수 없다고 하였다.

또한 원심은, 피고가 2008년 재무제표 작성 당시 유형자산의 사용가치를 산정함에 있어 기존 차종에 대하여 2009년 또는 2010년 단종을 전제로 예상 매출수량을 추정하였으면서도 2013년까지 어떠한 신차도 출시되지 않는다는 가정 아래 위 기존 차종의 후속으로 출시가 계획된 신차의 예상 매출수량을 누락함으로써 해당 유형자산의 사용가치를 과소하게 평가하여 유형자산 손상차손을 과다하게 계상하였고, 그 결과 2008년 재무제표상 당기순손실과 부채비율이 큰 폭으로 증가하게 되었으므로, 위 재무제표를 기초로 피고의 재무건전성이 취약하다고 단정하기 어렵다고 판단하였다.

그리고 원심은 피고의 1인당 매출액, 매출액 대비 인건비 비중, HPV(Hours Per Vehicle, 자동차 1대당 생산소요시간) 등의 지표가 동종업체와 비교하여 악화되어 있다는 사정만으로 피고의 생산효율성이 낮다고 단정할 수 없다고 본 다음, 이상과 같은 사정과 SUV 차량과 대형 승용차 시장에서의 피고의 경쟁력, 피고가 위와 같은 유동성 위기를 겪게 된 데에는 R자동차가 피고의 경영권을 인수한 이후 약속한 투자 등을 이행하지 않는 등 R자동차 측의 경영상 태도에 주요한 원인이 있는데 회생절차를 통해 피고의 대주주를 교체함으로써 경영위기의 원인을 제거할 수 있는 기회가 주어진 점, 피고가 주장하는 잉여인력의 존재나 규모에 의문이 제기되는 점 등을 종합하면, 유동성 위기로 표출된 피고의 경영위기가 구조적·계속적 위기의 성격을 가진

것이었다고 단정하기 어렵고, 따라서 그러한 유동성 위기가 존재하였다는 사정만으로는 인원감축의 객관적 필요성이 있었다고 단정할 수 없다고 판단하였다.

나아가 원심은, 설령 피고가 경영위기를 극복하기 위하여 인원을 감축할 필요가 있었다고 하더라도 피고의 경영위기를 구조적·계속적 위기로 단정하기 어려운 이상 총 소속 근로자의 3분의 1을 상회하는 대규모의 인원 감축이 필요하였다고 단정하기 어려운 점, 2009.8.6.자 노사대타협에 의하여 이 사건 정리해고에 포함되었던 근로자 중 459명의 근로자가 무급휴직으로 전환된 것을 고려하면 원래 피고가 상정하였던 인원 감축 규모가 합리적인지 의문이 제기되는 점, 이러한 무급휴직조치로 원래의 인력구조조정 방안보다 인원 감축 규모가 축소되었는데도 회생계획이 인가되었고, 이에 대하여 채권자들이 반대한 흔적이 보이지 않아 채권자 등 이해관계인이나 법원이 원래 규모의 인원 감축을 회생절차 진행의 전제조건으로 삼았다고 단정하기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 피고가 제시한 인원 감축 규모에 객관적 합리성이 있다고 단정하기 어렵다고 보아 이 사건 정리해고의 객관적 합리성을 부정하였다.

라. 그러나 이 사건 정리해고에 있어 긴박한 경영상의 필요성을 부정한 원심의 판단은 다음과 같은 점에서 그대로 수긍하기 어렵다.

- 1) 가) 먼저 원심은 이 사건 정리해고 당시 피고가 유동성 위기를 겪은 사실은 인정하면서도 담보 제공을 통한 대출을 통해 그러한 유동성 위기를 완화할 수 있었다고 보았다.

그러나 기록에 의하면, 당시 피고의 주채권은행인 한국산업은행은 R자동차의 유동성 지원이 선행되지 않으면 대출을 할 수 없다는 입장이었으나, R자동차는 금융권의 대출 재개와 구조조정에 대한 노조의 협력을 유동성 지원의 조건으로 내걸어 피고에 대한 대출이 이루어지지 않았던 사실, 피고는 이 사건 정리해고를 포함한 인력구조조정을 마친 2009.8.11.에야 한국산업은행으로부터 1,300억여 원을 대출받을 수 있었는데, 위 대출금은 구조조정자금으로만 사용되도록 용도가 제한되었던 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계에 따르면, 이 사건 정리해고 당시 피고가 그 소유의 부동산을 담보로 제공하고 금융권으로부터 신규자금을 대출받는 것은 사실상 불가능한 상황이었다는 것으로 봄이 타당하다.

나) 다음으로 재무건전성 위기에 대하여 보면, 원심은 피고가 손상차손 인식의 대상이 된 유형자산에서 생산될 차량의 예상 매출수량을 부당하게 과소 추정함으로써 해당 유형자산의 손상차손이 과다 계상되었다고 보았으나, 미래에 대한 추정은 불확실성이 존재할 수밖에 없는 점을 고려할 때 피고의 예상 매출수량 추정이 합리적이고 객관적인 가정을 기초로 한 것이라면 그 추정이 다소 보수적으로 이루어졌다고 하더라도 그 합리성을 인정하여야 할 것이다.

그런데 원심판결 이유와 기록에 의하여 알 수 있는 사정들, 즉 ① 2008년 하반기부터 극심한 유동성 위기를 겪던 피고는 신차 개발에 투자할 수 있는 현금이 없고, 설비

를 마련할 자금 동원능력도 없어 사용가치 산정의 대상기간 안에 계획대로 신차를 출시할 수 있는지 여부가 불확실하다고 판단하고 신차의 미래 매출을 예상 매출수량에 반영하지 않은 것으로 보이는 점, ② 또한 피고는 단종이 계획되었던 기존 차종의 경우 모델의 노후화 등으로 시장에서의 경쟁력이 약화된 상태여서 단종 없이 계속해서 생산한다고 해서 수익이 보장된다고 보기 어려운 사정을 고려하여 단종계획을 반영하여 예상 매출수량을 추정한 것으로 보이는 점, ③ 피고는 러시아 솔러스(Sollers)사와 기존 차종 중 액티언과 카이런을 2011.12.까지 공급하기로 하는 계약을 체결하였으나, 위 회사가 2008년 하반기의 세계적인 금융위기로 현지 판매가 급감하였다는 이유로 인수를 거절하는 등 2008년 말부터 실질적으로 위 회사와의 거래는 중단된 상태였던 점, ④ 이 사건 유형자산 손상차손의 과다 계상 여부를 감정한 원심 감정인은 당시 상황에서 신차의 개발은 실현 불가능한 계획이었기 때문에 신차 매출에 따른 미래현금흐름을 반영하지 않은 것은 타당하나, 피고가 해당 유형자산의 처분·잔존가치를 추정함에 있어 타차 경유자산과 전차종 공통자산의 경우 장부가액의 100%로 회수할 수 있는 것으로 하여 신차의 매출로 예상되는 미래현금흐름이 간접적으로 반영되었다고 볼 수 있고, 기존 차종의 경우 판매를 하더라도 적자 상태였기 때문에 계속 생산할 이유가 없다는 취지의 의견을 제시한 점 등을 종합하여 보면, 앞서 본 바와 같은 피고의 예상 매출수량 추정이 현저히 합리성을 결여한 것으로 보기 어렵다. 설령 피고의 예상 매출수량 추정에 문제가 있더라도 전체적으로 사용가치가 과소평가된 것이 아니라면 유형자산 손상차손이 과다 계상되었다고 할 수 없는데, 기존 차종을 단종 없이 계속 생산한다고 하여 그것이 미래현금흐름의 증가로 이어진다고 단정하기 어렵다.

다른 한편으로 기록에 의하여 알 수 있는 바와 같이 피고는 1994년부터 2000년까지 계속 당기순손실을 기록하다가 2001년부터 2003년 당기순이익을 기록하였으나, 2004년 영업이익이 감소하면서 기업구조개선작업이 종료한 2005년과 2006년에 당기순손실을 보았고, 2007년에 일시적으로 당기순이익을 보았으나 2008년에 다시 손실이 바뀌어 이 사건 유형자산 손상차손을 인식하기 전에도 이이 1,861억여 원의 당기순손실을 기록한 점, 지속적인 매출 감소로 피고의 현금보유액이 감소하여 2009.1. 당시 가용가능한 현금이 74억여 원에 불과하였던 점 등에 비추어 보면, 피고의 재무상황은 이 사건 유형자산 손상차손을 인식하기 전부터 악화되어 있었던 것으로 봄이 타당하다.

다) 결국 위와 같은 사정과 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 기술 집약적인 자동차산업의 경우 지속적인 기술개발과 대규모 투자가 이루어지지 않으면 동종업체와의 경쟁에서 뒤쳐질 수밖에 없고, 이는 매출 감소와 시장점유율의 하락으로 이어지는데, 피고는 기업구조개선작업 기간에 규모 있는 연구개발과 투자를 할 수 없었고, 이후 R자동차가 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 정리해고 당시 피고가 처한 경영위기는 상당기간 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.

- 2) 한편 기업 운영에 필요한 인력의 규모가 어느 정도인지, 잉여인력은 몇 명인지 등은 상당한 합리성이 인정되는 한 경영판단의 문제에 속하는 것이므로 특별한 사정이 없다면 경영자의 판단을 존중하여야 할 것이다(대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60193 판결 참조)

원심판결 이유와 기록에 의하면, 피고는 E KPMG의 제안을 토대로 2,646명 규모의 인력구조조정 방안을 세웠는데, E KPMG는 생산부문의 경우 모듈스기법(MODAPTS 기법, 사람의 신체 각 부분의 동작을 거리비율로 나타내어 시간 데이터 카드에 따라 표준시간을 구하는 표준시간측정방법)을 활용하여 작업자의 작업시간과 비교검토하는 방법으로 요소작업을 분석하고, 각 공정별 레이아웃(Layout)을 검증하여 작업 동선상의 제약조건을 파악한 후 각 공정에 편성된 작업자 간에 작업량 배분이 적정한지를 검토함으로써 적정 인력 규모를 산출하였고, 일반 사무직에 대해서는 국내 경쟁사의 일반 사무직 비중과 사무직 1인당 매출액을 비교하여 적정 인력 규모를 산출하는 등의 방법으로 구조조정 규모를 도출한 점, 이 사건 정리해고 당시 피고는 동종 업체와 비교하여 1인당 매출액, 매출액 대비 인건비 비중, 기능직 1인당 생산 대수 등 생산성을 보여주는 각종 지표가 상당히 악화되어 있었던 점, 이 사건 정리해고 이후에 체결된 노사대타협으로 정리해고자 중 459명이 무급휴직으로 전환되어 결국 정리해고 된 근로자 수가 165명으로 대폭 축소되기는 하였으나, 위 노사대타협은 이 사건 정리해고를 둘러싼 노사간의 극심한 대립으로 기업의 존립 자체가 위태로워 피고의 회생실패로 노사가 공멸하는 최악의 상황을 막기 위한 교육지책으로 노사가 막판에 상호양보하여 체결된 점 등을 알 수 있는바, 이와 같은 사실관계에 비추어 볼 때 피고가 제시한 이 사건 인원 감축 규모가 비합리적이라거나 자의적이라고 볼 수 없다.

- 마. 이상과 같은 사정을 종합하여 보면, 이 사건 정리해고는 긴박한 경영상의 필요에 의한 것으로 볼 여지가 상당함에도, 이와 달리 판단한 원심판결에는 정리해고의 요건 중 긴박한 경영상의 필요에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다.

## 2. 해고회피노력에 관한 상고이유 주장에 대하여

- 가. 정리해고의 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 방



법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 그 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11339 판결 등 참조).

나. 원심은, 피고가 당초 제시한 2,646명의 인원 감축 규모에 합리성이 인정되지 않는 이상 정리해고 인원을 더 축소하여야 하는데도 그러한 조치가 없었던 점, 사용자의 해고회피노력은 근로관계를 유지하는 조치를 먼저 모색하여야 하는데도 피고는 이 사건 정리해고 당시 무급휴직 조치를 우선적으로 시행하지 않다가 정리해고 이후에야 비로소 시행한 점, 피고는 대기업으로서 일반적으로 중소기업보다는 동원 가능한 수단과 능력이 크기 때문에 해고회피를 위한 노력도 더 많이 요구된다고 보아야 하는 점, 희망퇴직은 정리해고와 비교하여 법적 분쟁을 최소화하면서 온건한 방법으로 인원 과잉을 해소할 수 있는 장점을 갖고 있지만 본질적으로 근로자의 고용상실을 초래한다는 측면에서 최후적인 해고회피수단으로 취급되어야 하는 점, 피고가 정리해고를 하는 대신 무급휴직 조치를 취할 경우 고용보험법의 관련규정에 따라 정부로부터 일정한 지원을 받을 수 있었던 점에 비추어 보면, 피고가 해고회피노력을 다한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

다. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 점에서 수긍하기 어렵다.

피고가 제시한 이 사건 인원 감축 규모가 비합리적이거나 자의적이라고 볼 수 없고, 이 사건 정리해고 이후에 이루어진 무급휴직 조치는 이 사건 정리해고를 둘러싼 노사간 극심한 대립으로 기업의 존립 자체가 위태로워지자 최악의 상황을 막기 위해 고육지책으로 시행된 것이라는 점은 앞서 본 바와 같다.

또한 기록에 의하면 피고는 이 사건 정리해고에 앞서 부분 휴업, 임금 동결, 순환휴직, 사내협력업체 인원 축소, 임직원 복지 중단, 희망퇴직 등의 조치를 실시하였음을 알 수 있다.

위와 같은 사정과 당시 피고가 처한 경영위기의 성격이나 정도, 피고의 사업 내용과 규모 등을 종합하여 보면, 피고로서는 해고회피를 위한 노력을 다한 것으로 보아야 할 것이다.

이와 달리 피고가 해고회피노력을 다한 것으로 볼 수 없다고 본 원심판결에는 정리해고의 요건 중 해고회피를 위한 노력을 다하였는지에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다.

### 3. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 권순일(재판장), 민일영, 박보영(주심), 김신



## 4.2 경영상 이유에 의한 해고 대상자 선정 기준

☞ 대법원 2012. 5. 24. 선고 2011두11310 판결

### » 요 지 «

1. 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우 근로기준법 제24조제1항 내지 제3항에 따라 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고, 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 하는바, 이때 합리적이고 공정한 기준이 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이기는 하지만, 객관적 합리성과 사회적 상당성을 가진 구체적인 기준이 마련되어야 하고, 그 기준을 실질적으로 공정하게 적용하여 정당한 해고대상자의 선정이 이루어져야 한다.
2. 이 사건 정리해고 대상자 선정기준은 근무태도에 대한 주관적 평가와 객관적 평가 및 근로자 측 요소가 각 1/3씩 비중을 차지하고 있는데, 근무태도라는 단일한 대상을 주관적 평가와 객관적 평가로 나누어 동일하게 배점하고 주관적 평가 항목에서 참가인들과 잔존 근로자들 사이에 점수를 현격하게 차이가 나도록 부여함으로써 결국 근무태도에 대한 주관적 평가에 의하여 해고 여부가 좌우되는 결과가 된 점, 근무태도에 대한 주관적 평가의 개별 항목 중 현장직 근로자들의 업무 특성에 비추어 적절해 보이지 않는 부분이 있고, 참가인들에 대하여 부여된 주관적 평가 점수가 객관적 평가 점수나 잔존 근로자에 대한 주관적 평가 점수와 비교해 볼 때 납득하기 어려울 만큼 차이가 큰 점 등 그 판시와 같은 사정들에 비추어 보면 그 선정기준 자체가 합리적이고 공정하다고 인정하기 어렵고, 그 기준을 정당하게 적용하여 해고 대상자를 선정하였다고 보아지도 아니하므로 이 사건 참가인들에 대한 해고가 위법하다.

\* 원고, 상고인 : 한국W터미널 주식회사

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 별지 피고 보조참가인 목록 기재와 같다.

\* 원심판결 : 서울고법 2011. 4. 20. 선고 2010누35731 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 각 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우 근로기준법 제24조제1항 내지 제3항에 따라 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고, 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 하는바, 이때 합리적이고 공정한 기준이 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13972 판결 등 참조)이기는 하지만, 객관적 합리성과 사회적 상당성을 가진 구체적인 기준이 마련되어야 하고, 그 기준을 실질적으로 공정하게 적용하여 정당한 해고대상자의 선정이 이루어져야 한다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 원고가 마련한 이 사건 정리해고 대상자 선정기준은 근무태도에 대한 주관적 평가와 객관적 평가 및 근로자 측 요소가 각 1/3씩 비중을 차지하고 있는데, 근무태도라는 단일한 대상을 주관적 평가와 객관적 평가로 나누어 동일하게 배점하고 주관적 평가 항목에서 참가인들과 잔존 근로자들 사이에 점수를 현격하게 차이가 나도록 부여함으로써 결국 근무태도에 대한 주관적 평가에 의하여 해고 여부가 좌우되는 결과가 된 점, 근무태도에 대한 주관적 평가의 개별 항목 중 현장직 근로자들의 업무 특성에 비추어 적절해 보이지 않는 부분이 있고, 참가인들에 대하여 부여된 주관적 평가 점수가 객관적 평가 점수나 잔존 근로자에 대한 주관적 평가 점수와 비교해 볼 때 납득하기 어려울 만큼 차이가 큰 점 등 그 판시와 같은 사정들에 비추어 보면 그 선정기준 자체가 합리적이고 공정하다고 인정하기 어렵고, 원고가 그 기준을 정당하게 적용하여 해고 대상자를 선정하였다고 보지도 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, 정리해고 대상자 선정기준에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박병대(재판장), 김능환, 안대희(주심), 이인복



## 5. 근로자대표와의 협의

### 5.1 경영상 이유에 의한 해고 시 협의 주체인 근로자대표의 의미

☞ 대법원 2006. 1. 26. 선고 2003두69393 판결

#### » 요 지 «

1. 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 정리해고의 절차적 요건을 규정한 것은 같은 조 제1, 2항이 규정하고 있는 정리해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서라고 할 것이므로, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에 그 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 할 것이다.
2. 근로기준법 제31조의2는 정리해고를 한 사용자는 정리해고일로부터 2년 이내에 근로자를 채용하고자 할 때에는 정리해고 된 근로자가 원하는 경우 해고 전의 직책 등을 감안하여 그 근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다고 규정하고 있는바, 이는 사용자가 신규채용의 기회가 생기기만 하면 반드시 정리해고자를 우선 재고용하여야 한다는 법적 의무를 부과한 것이 아니라, 사용자가 신규채용하고자 하는 직책에 맞는 정리해고자가 있으면 그를 우선적으로 고용하도록 노력하라는 취지에 불과하다 할 것이므로, 정리해고자가 사용자가 신규채용하려는 직책에 맞는 사람이라고 볼 만한 사정이 인정되지 아니한다면 사용자가 그의 합리적인 경영판단에 의하여 다른 근로자를 채용하였다고 하더라도 근로기준법이 정한 위 우선재고용 노력의무를 위반하였다고 평가할 수는 없다.

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 한진중공업

\* 원심판결 : 서울고법 2003. 11. 28. 선고 2003나35163 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.





## » 이 유 «

상고이유를 본다.

### 1. 상고이유 제1점에 대하여

#### 가. 정리해고의 실질적 요건에 관하여

근로기준법 제31조 제1항 내지 제3항에 의하여, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여야 하는데, 위 각 요건의 구체적 내용은 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족 정도와 관련하여 유동적으로 정해지는 것이므로, 구체적 사건에서 경영상 이유에 의한 당해 해고가 위 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2000두9373 판결, 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 등 참조).

원심이 인용한 제1심판결은 그 채용 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실들을 인정한 다음, 그 사실관계에 터 잡아 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 정리해고에 이르렀다고 보아, 원고에 대한 정리해고는 긴박한 경영상의 필요가 있었고, 정리해고를 회피하기 위한 노력을 다하였으며, 객관적이고 합리적인 기준을 적용하여 정리해고 대상자를 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 정리해고의 실질적 요건과 관련하여 그 정당성 판단에 대한 법리를 오해하거나 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

#### 나. 정리해고의 절차적 요건에 관하여

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 정리해고의 절차적 요건을 규정한 것은 같은 조 제1, 2항이 규정하고 있는 정리해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서라고 할 것이므로

(위 2001다29452 판결 참조), 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에 그 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 할 것이다(대법원 2004. 10. 15. 선고 2001두1154, 1161, 1178 판결 참조).

원심이 인용한 제1심판결은 그 채용 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고 회사는 회사의 경영사정이 악화된 이래 9회에 걸쳐 건설부문의 노동조합과 정리해고에 관한 구체적 협의를 진행하였고 도출된 합의에 따라 별다른 의견대립 없이 정리해고를 시행한 점에 비추어 피고 회사는 근로자측과 정리해고에 관한 성실한 협의를 하였다고 볼 것이고, 단지 피고 회사 건설부문의 노동조합이 근로자 과반수로 조직되지 아니하였다는 이유만으로 피고 회사가 근로자들과 성실한 협의를 하지 아니한 것으로 볼 수 없다면서 위 노동조합에 근로자 대표성이 없어 정리해고의 절차적 요건을 갖추지 못하였다는 피고의 주장을 배척하였다.

기록에 의하면, 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 정리해고를 위하여 노동조합과 9회에 걸쳐 협의하는 동안 노동조합은 근로자들의 의견을 수렴하여 정리해고에 반대하고 수정안을 제시하면서 정리해고 대상자 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 정리해고 대상자로 선정된 127명 중 원고를 제외한 126명은 대부분 노동조합원이 아님에도 불구하고 모두 노사협의 결과를 수용하여 희망 퇴직에 응한 사실을 인정할 수 있는바, 그렇다면 피고 회사의 근로자들은 피고 회사와 정리해고에 관한 협의를 함에 있어서 노동조합이 근로자들을 대표하는 것을 인정하였다고 할 것이므로, 위 노동조합은 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 인정할 수 있다고 판단된다.

그렇다면 원심의 이 부분 이유 설시는 다소 적절하지 아니하나 이 사건 정리해고가 절차적 요건도 갖추었다고 보아 원고의 청구를 기각한 조치는 결과적으로 정당하고, 거기에 상고이유 의 주장과 정리해고의 정당성과 관련하여 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 따라서 상고이유 제1점의 논지는 모두 받아들일 수 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

근로기준법 제31조의2는 정리해고를 한 사용자는 정리해고일로부터 2년 이내에 근로자를



채용하고자 할 때에는 정리해고된 근로자가 원하는 경우 해고 전의 직책 등을 감안하여 그 근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다고 규정하고 있는바, 이는 사용자가 신규채용의 기회가 생기기만 하면 반드시 정리해고자를 우선 재고용하여야 한다는 법적인 의무를 부과한 것이 아니라, 사용자가 신규채용하고자 하는 직책에 맞는 정리해고자가 있으면 그를 우선적으로 고용하도록 노력을 하라는 취지에 불과하다 할 것이므로, 정리해고자가 사용자가 신규채용하려는 직책에 맞는 사람이라고 볼 만한 사정이 인정되지 아니한다면 사용자가 그의 합리적인 경영판단에 의하여 다른 근로자를 채용하였다고 하더라도 근로기준법이 정한 위 우선재고용 노력의무를 위반하였다고 평가할 수는 없다고 할 것이다.

기록에 비추어 살펴보면, 피고 회사가 행정직 과장이던 원고를 정리해고한 후 2년 이내에 신규채용한 53명은 모두 신입사원일 뿐 아니라 그 중 3명만이 행정직이어서 신규채용한 직원들에게 맡긴 업무나 직책이 원고의 직위나 경력 등에 비추어 맞는 것이 아니므로, 피고 회사가 신입사원을 채용하면서 원고를 재고용하지 아니하였더라도 위 근로기준법에 정한 우선재고용 노력의무에 위반하였다고 평가할 수 없다고 판단한 원심의 조치는 앞서 본 법리에 따른 것으로 옳다고 수긍이 가고, 거기에 상고이유 제2점의 주장과 같이 우선재고용 노력의무와 관련한 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

### 3. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 강신욱(재판장), 고현철, 양승태(주심), 김지형



## 5.2 경영상 이유에 의한 해고 시 사전협의의 상대방

☞ 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15964 판결<sup>2)</sup>

### » 요 지 «

1. 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 구제 명령을 발할 수 없게 되므로 부당노동행위 구제절차를 유지할 이익도 소멸한다.
2. 누적 적자에 의한 자본 잠식, 부채비율의 급증과 유동비율 급감에 의한 단기 지급능력의 약화 및 부채구조의 악성화, 경영판단의 잘못으로 인한 감가상각비와 이자비용의 급증, 국제경쟁력 약화 및 원재료 가격 상승 등으로 인한 수익성의 악화 등의 원인에 의한 재무적인 어려움, 노사관계의 불안정, 잉여인력이 존재하는 조직의 비대 등 정리해고를 할 긴박한 경영상의 필요가 있고, 해고 대상 인력의 최소화, 명예퇴직 처리 등을 통하여 해고 회피를 위한 충분한 노력을 하였으며, 공정하고 합리적인 선정기준을 마련하여 해고 대상자를 선정하였으므로 정리해고로서의 요건을 갖추었다.
3. 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에 정리해고에 관한 협의의 상대방이 형식적으로는 근로자 과반수의 대표로서의 자격을 명확히 갖추지 못하였더라도 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 볼 수 있는 사정이 있다면 절차적 요건을 충족하였다고 보아야 한다.

\* 원고, 상고인 : 별지 원고들 목록과 같다.

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 주식회사 카○로

\* 원심판결 : 서울고법 2010. 6. 17. 선고 2009누3998 판결

2) 본 판결의 원문은 `주제별 노동판례 330선` 제1부 제3장 구제대상과 구제이익 등 195쪽에 기재되어 있음



### 5.3 단체협약 상 해고합의조항의 효력

☞ 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두8788 판결★

#### » 요 지 «

1. 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 제1항은 “사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고를 하지 못한다”고 규정하여 원칙적으로 해고를 금지하면서, 다만 예외적으로 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 해고를 허용하여 제한된 범위 안에서만 사용자의 해고 권한을 인정하고 있는데, 노사간의 협상을 통해 사용자가 그 해고 권한을 제한하기로 합의하고 노동조합이 동의할 경우에 한하여 해고권을 행사하겠다는 의미로 해고의 사전 합의 조항을 단체협약에 두었다면, 그러한 절차를 거치지 아니한 해고처분은 원칙적으로 무효이다.
2. 단체협약에 해고의 사전 합의 조항을 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 노동조합측에 중대한 배신행위가 있고 그로 인하여 사용자측의 절차의 흠결이 초래되었다거나, 피징계자가 사용자인 회사에 대하여 중대한 위법행위를 하여 직접적으로 막대한 손해를 입히고 비위사실이 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백하며 회사가 노동조합측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합측이 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.
3. 파업을 주도한 노동조합 위원장에 대한 해고사유가 해고하여야 함이 명백한 때에 해당한다고 보기 어렵고, 노동조합 또한 사전 합의 조항만을 내세워 해고를 무작정 반대하였다고도 볼 수도 없어, 노동조합이 사전동의권을 남용하였다고 단정할 수 없다고 한 사례.

【재판경과】 서울행법 2004. 9. 24. 선고 2004구합8323 판결

서울고법 2005. 6. 22. 선고 2004누21762 판결

대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두8788 판결

【참조판례】 [1][2] 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50263 판결(공1993하, 2257), 대법원 2003. 6. 10. 선고 2001두3136 판결(공2003하, 1537)

[1] 대법원 1994. 9. 13. 선고 93다50017 판결(공1994하, 2627)

[2] 2004. 3. 11. 선고 2003두10978 판결

【따름판례】 대법원 2010. 7. 15. 선고 2007두15797 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007 판결

【참조법령】 [1] 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 ( 현행 제23조 제1항 참조)

[2] 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 ( 현행 제23조 제1항 참조)

[3] 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 (현행 제23조 제1항 참조)

\* 원고, 피상고인 : A 주식회사

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 2005. 6. 22. 선고 2004누21762 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조(현행 제23조 참조) 제1항은 “사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고를 하지 못한다”고 규정하여 원칙적으로 해고를 금지하면서, 다만 예외적으로 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 해고를 허용하여 제한된 범위 안에서만 사용자의 해고 권한을 인정하고 있는데, 노사간의 협상을 통해 사용자가 그 해고 권한을 제한하기로 합의하고 노동조합이 동의할 경우에 한하여 해고권을 행사하겠다는 의미로 해고의 사전 합의(合意) 조항을 단체협약에 두었다면, 그러한 절차를 거치지 아니한 해고처분은 원칙적으로 무효로 보아야 할 것이다(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50263 판결, 1994. 9. 13. 선고 93다50017 판결 등 참조). 다만, 이처럼 해고의 사전 합의 조항을 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 가능하다 할 것이나, 여기서 노동조합이 사전동의권을 남용한 경우라 함은 노동조합측에 중대한 배신행위가 있고 이로 인하여 사용자측의 절차의 흠결이 초래되었다거나, 피징계자가 사용자인 회사에 대하여 중대한 위법행위를 하여 직접적으로 막대한 손해를 입히고 비위사실이 징계사유에 해당함이

객관적으로 명백하며 회사가 노동조합측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합측이 합리적 근거나 이유 제시도 없이 무작정 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다는 등의 사정이 있는 경우에 인정된다 할 것이므로(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50263 판결, 대법원 2003. 6. 10. 선고 2001두3136 판결 등 참조), 이러한 경우에 이르지 아니하고 단순히 해고사유에 해당한다거나 실제로 정당성 있는 해고로 보인다는 이유만으로는 노동조합이 사전동의권을 남용하여 해고를 반대하고 있다고 단정하여서는 아니 될 것이다.

원심이 제1심판결을 인용하여 적법하게 확정한 바와 원심이 배척하지 아니한 증거 등 기록에 따르면, ① 이 사건 징계 해고 당시 원고 회사와 노동조합사이의 단체협약 제35조 제1항은 “회사는 조합 임원에 대한 해고, 징계, 이동에 대하여는 사전에 조합과 합의한다.”고 규정되어 있고, 해고 사유에 관하여 위 단체협약 제40조는 “회사는 다음의 각 호의 1에 해당하는 경우 이외에는 해고를 명할 수 없다. 1.~6. (생략) 7. 다음 사항으로 인사위원회 결의에 의할 시. 가)~다), 마)~사) (각 생략) 라) 고의 또는 중대한 과실로 기물을 파손하거나 또는 재산에 손해를 끼쳤을 때”라고 규정된 사실, ② 원고 회사는 2003. 3. 3. 피고 보조참가인(이하 ‘참가인’이라고만 한다)에 대하여 “참가인은 원고 회사 노동조합 위원장으로서 2000. 11. 8.부터 2001. 1. 26.까지 파업 기간 동안 소외인등과 공모 공동하여 업무방해, 임직원 폭행·협박·감금·명예훼손, 성희롱, 회사기물 손괴, 업무방해로 인한 매출 손실, 회사 명예 실추, 기타 불법집단 행위 등을 자행하였다.”는 것을 징계 사유로 삼아 참가인을 포함하여 노동조합 임원 4명을 징계위원회에 회부한 사실, ③ 원고 회사는 2003. 2. 17.부터 2003. 4. 10.까지 5차례에 걸쳐 당시 노동조합 위원장이던 소외인등과 사이에 참가인에 대한 징계에 관하여 노사협의를 벌였는데, 그 때 노동조합측은 원고 회사 담당자에게 “이미 파업이 끝난 지 2년이 지난 일이다. 징계 양정이 고려되어야 한다. 2002년 7월 1차 징계로 일정 부분 징계의 효과를 보았다. 해고만 아니면 타협의 여지가 있다. 참가인에 대한 1심 재판에서 징역형이 아닌 벌금형이 나왔기 때문에 해고를 받아들이기 어렵다. 사측의 기물파손, 재산상 손실이라는 해고사유는 수용하기 어렵다. 실제 파업기간 동안 기물파손이라 할 만한 것이 없었고, 재산상 손실이라고 제시된 텔레센터 관련 손실액 4억여 원도 판결이 났으면 모르겠으나 그것도 아니었다. 참가인에 대한 징계양정이 해고만 아니면 징계에 회부된 다른 임원들에 대하여는 지난번 징계의 양정을 수용할 수 있다.” 등의 이유를 들어 참가인에 대한 징계해고를 반대하여 결국 노사간에 참가인에 대한 징계해고에 관하여 합의에 이르지 못한 사실을 인정할 수 있다.

그리고 그 밖에도 기록에 의하면 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 징계해고 사유들 중 업무방해의 점에 대하여는 파업 종료 후 노사 합의에 따라 원고가 형사고소를 취하였으나, 참가인은 업무방해죄로 기소되어 형사재판절차에서 벌금형을 선고받고 확정되었는데, 그 밖에 이를 제외한 나머지 징계해고사유들은 모두 위 노동조합의 위 파업 과정에서 벌어진 임직원 폭행·협박·감금·명예훼손, 전화상담 근무자에 대한 조합원들의 성희롱 발언, 기물손괴·매출손실·회사명예실추, 기타 불법행위 등으로서, 그 정도가 법이

허용하는 한도를 일정 정도 넘어서기는 하였으나, 이에 대하여는 따로 형사처벌을 받지 않은 점, ② 원고회사가 입었다고 주장하는 손해는 거의 대부분 단체교섭 결렬에 따른 집단적 노무 제공 거부 자체로 인한 손해로서 노동조합측에만 그 책임을 물을 수 있는 손해로는 보이지 않고, 쟁의행위에서 벗어난 위와 같은 일탈행위로 인하여 발생한 직접 손해와 기물 파손으로 인한 손해는 이 사건 쟁의행위의 규모와 양상, 발단과 종료 과정에 비추어 볼 때 그 자체만으로는 회사 경영에 타격을 가져올 정도의 손해로 보이지 않는 점, ③ 일부 일탈행위의 경우 조합원 개인의 일탈행위로 보일 뿐 참가인이 직접 공모하였거나 지시, 방조하였다고 보기 어려운 점, ④ 파업 종료 후 원고 회사 노사는 대타협 정신에 따르겠다면서 서로에 대하여 제기한 일체의 고소·고발·소송을 취하하고, 쟁의행위 관련자에 대한 징계조치를 사면하겠다고 발표하는 등의 조치가 이루어졌고, 그 후 참가인이 노동조합 위원장으로 재직하는 동안에도 노사는 2001. 7. 28. 2003년 1월까지 노사평화기간을 설정하여 회사의 경영권과 노동조합 활동을 서로 존중하기로 하는 이른바 '노사 평화 대선언'을 발표하고, 2001년, 2002년도 임금 동결과 일정 수당의 반납 등을 합의하였다는 점 등을 엿볼 수 있다.

이와 같이 알 수 있는 이 사건 쟁의행위의 본질적 내용과 그 과정 중에 빚어진 일탈행위의 경위와 그 정도, 쟁의행위 종료 후 노사가 서로에게 보인 대타협 정신, 이 사건 쟁의행위 종료 때부터 이 사건 징계회부 시점까지 경과된 적지 않은 기간, 노동조합이 나름대로 든 이 사건 해고 반대의 이유 등을 종합하면, 이 사건 참가인의 경우에 있어서는 그에 대한 해고사유가 중대하여 참가인을 해고하여야 함이 명백한 때에 해당한다고 보기 어렵고, 노동조합 또한 위 단체협약의 사전합의 조항만을 내세워 참가인에 대한 해고를 무작정 반대하였다고 볼 수도 없어, 노동조합이 이 사건 단체협약상의 사전동의권을 남용하였다고 단정할 수는 없다.

그럼에도 불구하고, 원심은 제1심판결을 인용하여 그 판시와 같은 이유로 참가인의 행위가 징계사유에 해당함에도 노동조합이 징계를 반대하고 있는 사정만을 들어 노동조합의 징계반대 입장이 합리적 이유가 없는 것이라는 취지로 판단한 다음, 위 노동조합이 참가인에 대한 해고에 관하여 사전동의권을 남용하였다고 보고 말았으니, 이러한 원심판결에는 단체협약에 정한 조합원 또는 조합 임원의 해고에 대한 사전동의권의 남용에 관한 해석·적용에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다. 이 점을 지적하는 상고 이유 주장은 이유 있다.

그러므로 다른 상고이유에 관하여는 더 살필 필요 없이 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 사건을 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 고현철(재판장), 양승태, 김지형(주심), 전수안





## 6. 해고 절차의 정당성

### 6.1 해고의 서면통지

☞ 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결★

#### » 요 지 «

1. 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 사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때는 근로자의 처지에서 해고사유가 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.
2. 사용자가 근로자를 징계해고하면서 인사위원회 출석요구 통보서와 인사위원회 심의결과 통보서, 해고통보서에 근로자의 어떠한 행위가 사규 위반에 해당하여 징계사유와 해고사유가 되는지를 전혀 기재하지 않은 사안에서, 위 해고에는 절차상 근로기준법 제27조를 위반한 위법이 있다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.
3. 갑 주식회사가 그 회사 감사실장인 임원 을에 대한 징계해고를 하면서, 회사와 경영진에 대한 비방, 감사결과의 독단적 작성, 회사의 업무상 기밀 및 감사 내용 누설, 법인카드 무단사용, 무단결근 등을 징계사유로 삼은 사안에서, 위 징계사유를 인정할 증거가 부족할 뿐만 아니라 설령 징계사유가 인정되더라도 을의 담당 업무와 해고 경위에 비추어 그 사유만으로는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 책임 있는 사유가 을에게 있다고 할 수 없다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.
4. 사용자가 근로자퇴직급여 보장법 제8조에 따라 퇴직금 제도를 설정한 경우 사용자는 퇴직 근로자에게 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 지급하여야 하는데, 이때의 계속근로기간은 원칙적으로 근로자의 재직기간을 말하므로 재직기간 중 일부를 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에서 제외하는 것은 그러한 내용이 단체협약이나 취업규칙으로 규정되어 있고, 그와 같이 하여 산정한 퇴직금 액수가 근로자퇴직급여 보장법에 따라 산정한 퇴직금 액수 이상이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 허용될 수 없다.
5. 갑 주식회사에 고문으로 위촉되어 입사하였다가 그 후 임원인 전무로 승진하여 입사 이



래 계속 감사실장으로 근무하여 온 을의 퇴직금 산정 기초가 되는 근속기간이 문제된 사안에서, 갑 회사 임원관리규정에서 “준 임원(수석부장)에서 임원으로 선임된 경우 퇴직한 것으로 간주하고 퇴직금을 지급한다.”고 규정하고 있기는 하나 을이 고문으로 재직할 당시 위 규정에서 말하는 준 임원(수석부장)에 해당하였다고 볼 증거가 없고, 갑 회사가 을을 전무로 선임할 당시 그로 하여금 퇴직절차를 밟도록 한 적도 없는 점 등에 비추어 을이 갑 회사 고문으로 재직한 기간을 퇴직금 산정 기초가 되는 근속기간에서 제외할 근거가 없음에도 이를 제외한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

6. 갑 주식회사에서 감사실장으로 근무하다 징계해고된 을이 징계해고가 무효임을 이유로 소급하여 지급을 구한 성과배분상여금과 자가운전보조금이 근로의 대가로 지급되는 임금에 해당하는지가 문제된 사안에서, 성과배분상여금은 급여규칙에 명시적 근거를 두고 있을 뿐만 아니라 거기에 지급사유와 지급시기를 사전에 정해 놓았으며, 그에 따라 정기적·계속적으로 지급되어 온 점에 비추어 임금에 해당하나, 자가운전보조금은 회사에서 제공하는 차량의 운행과 관련하여 지출된 비용을 변상해 주기 위한 것으로서 임금에 해당하지 않으므로 해고가 무효라 하더라도 을이 해고기간 동안 자가운전보조금 지급요건이 되는 차량운행을 하지 않은 이상 이를 소급하여 구할 수 없다고 한 사례.

\* 원고, 피상고인 겸 상고인 : B

\* 피고, 상고인 겸 피상고인 : C조선해양 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2011. 4. 29. 선고 2010나10766 판결

## » 주 문 «

원심판결 중 퇴직금 51,581,250원, 성과배분상여금 77,463,000원, 자녀학자금보조 1,238,700원 및 그 지연손해금에 관한 원고 패소부분을 파기하고, 그 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원고의 나머지 상고와 피고의 상고를 기각한다.

## » 이 유 «

상고이유에 대하여 판단한다.

### 1. 피고의 상고이유에 대한 판단

#### 가. 근로기준법 제27조에 관한 법리오해 등의 점에 대한 판단

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 이를 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 받아들이지 않는다.

나. 원고에 대한 징계사유의 존부, 징계양정의 정당성에 관한 심리미진 및 채증법칙 위반, 법리오해 등의 점에 대한 판단

원심판결의 이유에 의하면, 원심은 이 사건 징계해고의 사유 중 원고가 피고와 그 경영진을 비방하고 감사결과를 독단적으로 작성하였으며 피고의 업무상 기밀 및 감사내용을 타에 누설하였다는 점에 관하여는 이를 인정할 증거가 부족하다고 판단하고, 나머지 법인카드 무단사용 및 무단결근 등의 징계사유에 관하여도 그 판시 증거에 의하여 원고의 법인카드 사용내역과 정도, 임원의 법인카드 사용에 관한 피고회사의 규율 및 관행, 원고가 ○○○○으로서 담당하는 직무의 포괄성, 피고의 원고에 대한 대기발령의 경위 및 대기장소의 불특정 등에 관한 판시사실을 인정한 다음, 해당 징계사유를 인정할 증거가 부족할 뿐만 아니라, 설령 징계사유가 인정되더라도 원고의 담당업무 및 이 사건 해고에 이른 경위에 비추어 위 인정된 징계사유만으로 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 책임 있는 사유가 원고에게 있다고 보기 어렵다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 모두 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 이 부분 상고이유 중 심리미진 혹은 채증법칙 위반의 점에 관한 주장은 결국 원심의 전권에 속하는 사실인정을 비난하는 취지에 불과하여 적법한 상고이유가 될 수 없으며, 원심의 판단에 징계사유로서 법인카드 무단사용의 의미나 대기발령시 출근의무의 존부 및 범위, 징계양정의 적정성에 관하여 법리를 오해하여



판결에 영향을 미친 위법이 있다고 볼 수도 없다. 따라서 이 부분 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

## 2. 원고의 상고이유에 대한 판단

가. 감사실 폐지 및 대기발령의 적법성에 관한 법리오해 등의 점과 징계대상 여부에 관한 판단누락의 점에 대한 판단

원고는 이 부분 상고이유로서 원고에 대한 대기발령의 전제가 된 감사실 폐지는 감사위원회의 조직과 운영에 관한 것으로서 피고회사 '감사위원회 운영규정'의 개정사항이므로 감사위원회의 의결과 이사회 결의를 거쳐야 함에도 이를 거치지 않아 위법하고, 따라서 감사실 폐지를 전제로 한 이 사건 대기발령에도 정당한 사유가 있다고 볼 수 없으며, 임원에 대하여는 대기발령이나 징계처분을 할 수 있는 근거가 없음에도 전무로서 임원인 원고에 대하여 대기발령 및 징계해고를 한 것은 위법함에도 원심이 법리를 오해하여 이를 적법하다고 판단하거나 이에 관한 판단을 누락한 위법이 있다는 취지로 주장한다.

그러나 원심이 위에서 본 바와 같이 피고가 원고에 대한 징계해고의 사유로 삼은 비위사실이 인정되지 않거나 비위사실이 인정되더라도 해고의 사유로는 부족하다고 보아 원고에 대한 이 사건 징계해고가 무효라고 판단한 이상, 이 부분 상고이유 주장은 이 사건 해고의 정당성과 관련하여 결론에 아무런 영향을 줄 수 없는 것이고, 위자료의 금액과 관련하여서도 뒤에서 보는 바와 같이 원심이 정한 위자료의 금액이 정당하다고 수긍할 수 있어서 마찬가지로 결론에 영향을 미친 위법이 있다고 볼 수 없다. 결국 이 부분 상고이유 주장은 모두 받아들일 수 없다.

나. 퇴직금의 산정방법에 관한 법리오해 등의 점에 대한 판단

사용자가 근로자퇴직급여 보장법 제8조에 따라 퇴직금제도를 설정한 경우 사용자는 퇴직 근로자에 대하여 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 지급하여야 하는데, 이때의 계속근로기간은 원칙적으로 근로자의 재직기간을 말하므로 재직기간 중 일부를 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에서 제외하는 것은 그러한 내용이 단체협약이나 취업규칙으로 규정되어 있고, 그와 같이 하여 산정한 퇴직금의 액수가 근로자퇴직급여 보장법에 따라 산정한 퇴직금의 액수 이상이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 허용될 수 없다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다28358 판결 참조).

원심판결의 이유에 의하면, 원심은 원고에게 지급되어야 할 퇴직금을 산정하면서 원고가 피고회사의 이른바 고문으로 재직한 기간인 2006.5.10.부터 2007.3.31.까지를 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에서 제외하였는데, 이러한 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

즉, 원심이 인정한 사실관계에 의하더라도 원고가 위 2006.5.10. 고문으로 위촉되어 피



고회사에 입사한 후 2007.4.1. 대우임원(비등기임원)인 전무로 승진하였으며 피고회사에 입사한 이래 계속 ○○○○으로 근무하여 왔다는 것인데, 갑 제6호증의 기재에 의하면 피고회사의 임원관리규정 7.항에서 “준 임원(수석부장)에서 임원으로 선임된 경우 퇴직한 것으로 간주하고 퇴직금을 지급한다.”라고 규정하고 있기는 하나 원고가 고문으로 재직할 당시 위 규정에서 말하는 준 임원(수석부장)에 해당하였다고 볼 증거가 없으며, 아울러 기록에 의하면 피고가 2007.4.1. 원고를 전무로 선임할 당시 그로 하여금 퇴직절차를 밟도록 한 적이 없고, 오히려 이 사건 해고 당시 원고의 전 재직기간을 근속기간으로 하여 퇴직금을 산정한 사실을 알 수 있으므로, 원고가 고문으로 재직기간이 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에서 제외된다고 볼 근거가 없을 뿐만 아니라 원고가 2007.4.1. 전무로 승진할 당시를 전후하여 계속근로기간이 단절되었다고 보기도 어렵다.

따라서 원심으로서 원고가 피고회사의 고문으로 재직한 기간인 2006.5.10.부터 2007.3.31.까지의 기간에 대하여 이를 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에는 포함시켜 비록 전무에 해당하는 지급율을 적용하지는 않더라도 적어도 법정퇴직금 지급율에 상당하는 퇴직금은 가산하여야 할 것임에도, 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로 기간에 관한 법리를 오해하여 이를 근속기간에서 제외하였고, 이러한 원심판결의 위법은 판결에 영향을 미쳤음이 분명하므로 이 부분 원고의 상고이유 주장은 정당한 이유가 있다. 다만, 원고가 2006.5.10. 입사 당시부터 전무의 직위에 있었음을 전제로 하는 상고이유 주장은 원심의 전권사항에 속하는 사실인정을 다투는 취지에 불과하여 적법한 상고이유가 될 수 없다.

다. 성과배분상여금, 자가운전보조금, 자녀학자금보조의 임금 해당 여부에 관한 법리오해 등의 점에 대한 판단

(1) 해고처분이 무효인 경우에는 그 동안 근로계약관계가 유효하게 계속되고 있었는데도 불구하고 근로자가 사용자의 귀책사유로 말미암아 근로를 제공하지 못한 것이므로 근로자는 계속 근로하였을 경우에 받을 수 있었던 임금 전부의 지급을 청구할 수 있고, 그 임금은 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금품을 가리킨다(대법원 1992.12.8. 선고 92다39860 판결, 대법원 1993.12.21. 선고 93다11463 판결 등 참조).

(2) 먼저 성과배분상여금에 관하여 본다.

원심은 원고가 이 사건 징계해고가 무효임을 이유로 소급임금으로서 지급을 구하는 성과배분상여금이 근로의 대상으로 지급되는 것이라고 보기 어렵고, 설령 근로의 대상으로 지급되는 것으로 볼 수 있다고 하더라도 원고는 2008년도 성과배분상여금의 현실적 지급일에 피고회사에 재직하지 않고 있어서 지급일 재직요건 규정을 충족할 수 없다는 이유로 원고의 이 부분 청구를 배척하였다.

그러나 원심의 이 부분 판단은 수긍하기 어렵다.

즉, 상여금이 그 지급사유 발생이 불확정이고 일시적으로 지급되는 것이라면 임금으로 보기 어려우나, 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 이는 근로의 대가로 지급되는 임금의 성질을 갖는다고 보아야 할 것인데(대법원 2006. 5. 26. 선고 2003다54322, 54339 판결 참조), 기록에 의하면 피고가 근로자들에게 지급하는 성과배분상여금은 급여규칙에 명시적 근거를 두고 있을 뿐만 아니라 거기에서 지급사유와 지급기준을 사전에 정해 놓았으며, 그에 따라 2001년 이후 정기적·계속적으로 지급되어 온 사실을 알 수 있다.

또한, 원심은 원고가 2008년도 성과배분상여금의 현실적 지급일에 피고회사에 재직하지 않고 있어서 지급일 재직요건 규정을 충족할 수 없다고 판단하였으나, 피고회사가 성과배분상여금 지급대상을 지급일 재직자로 한정하고 있다는 점을 인정할 아무런 증거가 없고, 오히려 기록에 의하면 피고회사의 성과배분상여금 지급대상자를 매년 12.31. 기준 재직자로 정하고 있음을 알 수 있을 뿐이다.

따라서 원심으로서 피고회사의 성과배분상여금 지급에 관한 규정과 관행을 구체적으로 살펴 만일 이 사건 징계해고가 없었다면 원고가 2008년 성과배분상여금의 지급대상에 포함되었을지, 포함되었다면 원고에게 지급될 금액이 얼마일지를 심리한 후 그에 따라 이 부분 원고 청구의 당부를 판단하여야 했음에도 불구하고, 성과배분상여금의 임금 해당성과 그 지급대상의 확정에 관한 법리를 오해하거나 증거에 의하여 뒷받침되지 않는 사실의 인정을 통하여 그 지급대상자의 범위를 오인하여 위와 같은 심리에 나아가지 아니한 채 원고의 청구를 기각함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 부분 상고이유 주장은 정당한 이유가 있다.

### (3) 다음으로 자가운전보조금에 관하여 본다.

해고처분이 무효인 경우 소급하여 받을 수 있는 임금에는 실비변상적 성격의 급여는 제외된다고 할 것인데, 원고가 이 부분 청구로 구하는 자가운전보조금은 그 상고이유 주장에 의하더라도 '전속 운전기사가 없는 임원은 회사에서 제공하는 차량을 직접 운전하여 출, 퇴근 및 업무수행시 이용하므로 피고회사는 임원에 대하여 일률적으로 자가운전보조금을 지급한다'는 것이므로, 이러한 급여는 회사에서 제공하는 차량의 운행과 관련하여 지출된 비용을 변상해 주기 위한 것으로 봄이 타당하고, 따라서 비록 원고에 대한 이 사건 해고가 무효라고 하더라도 원고가 그 해고기간 동안 위 자가운전보조금 지급의 요건이 되는 차량운행을 하지 않은 이상 이를 소급하여 구할 수는 없다고 할 것이다.

결국 이 부분 원고의 청구를 기각한 원심의 판단은 정당하고 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 이 부분 상고이유 주장은 받아들여지지 않는다.



#### (4) 마지막으로 자녀학자금보조에 관하여 본다.

원심은 원고의 자녀학자금보조 부분 청구에 대하여 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 배척하였으나, 갑 제6호증의 기재에 의하면 피고회사의 임원관리규정 8.항에서 학자금 지급의 근거로 불 만한 규정이 있는데다가 피고도 임직원의 자녀에 대한 일률적인 학자금 보조사실에 대하여는 명시적으로 다두고 있지 않은 것으로 보므로, 원심으로서 이 사건 징계해고가 없었다면 원고에게도 다른 임직원들과 마찬가지로 자녀학자금보조가 지급되었을 것인지를 따져본 후 그렇다고 판단되는 경우라면 원고가 부주의로 간과하고 있음이 명백한 학자금 납입의 근거나 자료를 제출하도록 입증을 촉구할 의무가 있다고 할 것임에도, 원심이 이에 이르지 아니한 채 단순히 이 부분 주장사실을 인정할 증거가 없다 하여 이 부분 원고의 청구를 배척한 데에는 석명권의 행사를 게을리 함으로써 필요한 심리를 다하지 않은 위법이 있다고 할 것이다.

#### 라. 위자료 산정의 적법성에 대한 판단

불법행위로 입은 정신적 고통에 대한 위자료 액수에 관하여는 사실심 법원이 여러 사정을 참작하여 그 직권에 속하는 재량에 의하여 이를 확정할 수 있다(대법원 1999.4.23. 선고 98다41377 판결 참조).

원심은 원고에 대한 이 사건 징계해고가 무효라고 판단하면서 그 경위에 관한 여러 사정을 참작하여 피고의 위자료 지급의무를 인정한 다음 그 금액을 1,000만 원으로 정하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 그 금액의 확정이 현저히 부당하다고 볼 정도로 재량의 행사를 그르친 위법이 있다고 볼 수 없으므로 이 부분 상고이유 주장은 받아들이지 아니한다.

### 3. 결 론

그러므로 원심판결의 원고 패소부분 중 퇴직금, 성과배분상여금, 자녀학자금보조 부분은 파기를 면할 수 없지만, 원고가 퇴직금과 성과배분상여금은 패소부분의 일부에 대해서만 상고를 제기하였으므로 이에 관한 파기범위는 상고취지에 한정되어, 원심판결 중 퇴직금 51,581,250원, 성과배분상여금 77,463,000원, 자녀학자금보조 1,238,700원 및 그 지연손해금에 관한 원고 패소부분을 파기하고, 그 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 원고의 나머지 상고와 피고의 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 안대희(재판장), 김능환, 민일영, 이인복(주심)

## 6.2 이메일에 의한 해고통지

☞ 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두41401 판결★

### » 요 지 «

1. 근로기준법 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 '서면'으로 통지하여야 효력이 있다고 규정하고 있는데, 이는 해고사유 등을 서면으로 통지하도록 함으로써 사용자가 해고 여부를 더 신중하게 결정하도록 하고, 해고의 존부 및 그 시기와 사유를 명확히 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결되고 근로자도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이다.

여기서 '서면'이란 일정한 내용을 적은 문서를 의미하고 이메일 등 전자문서와는 구별되지만, ① 전자문서 및 전자거래 기본법 제3조는 '이 법은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 모든 전자문서 및 전자거래에 적용한다.'고 규정하고 있고, 같은 법 제4조제1항은 '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 수도 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 기재되어 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 해하지 아니하는 범위 내에서 구체적 사안에 따라 서면에 의한 해고통지로서 유효하다고 보아야 할 경우가 있다.

2. 사용자가 근로자의 대리인인 노무사의 이메일로 사용자의 대표이사 인감이 날인된 정계결과통보서를 복사한 파일 등을 발송하였고, 근로자가 그 이메일을 수신한 경우, 이메일에 의한 해고통지가 예외적으로 유효하다.

\* 원고, 상고인 : B

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : A산업안전 주식회사

\* 원심판결 : 대전고법 2015. 4. 2. 선고 2014누12695 판결





## » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 모두 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 징계절차의 적법성에 대하여

가. 근로기준법 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 ‘서면’으로 통지하여야 효력이 있다고 규정하고 있는데, 이는 해고사유 등을 서면으로 통지하도록 함으로써 사용자가 해고 여부를 더 신중하게 결정하도록 하고, 해고의 존부 및 그 시기와 사유를 명확히 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결되고 근로자도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결 등 참조).

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 제4조제1항은 ‘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 수도 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 기재되어 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 해아 겠다며 비위 내용과 관련된 CCTV 자료 일체를 원고 본인에게 보내지 말고 원고의 대리인인 담당 노무사에게 보내라고 요청한 사실, ④ 참가인은 위 노무사에게 이메일

일로 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 경기지방노동위원회에 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. 이를 다투는 상고이유 주장 역시 이유 없다.

## 2. 징계사유의 존부에 대하여

이 부분 상고이유의 주장은 결국 사실심인 원심의 전권에 속하는 증거의 취사선택과 사실인정을 다투는 취지에 불과하여 적법한 상고이유로 보기 어렵고, 나아가 원심의 판단을 기록에 비추어 살펴보더라도 채증법칙에 반하여 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다고 볼 수 없다.

## 3. 징계양정의 적정성에 대하여

원심은 그 판시 사정을 이유로 원고에 대한 징계해고가 사회통념상 징계재량권의 범위를 일탈하거나 남용한 것으로 보기 어렵다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보아도 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 징계양정에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙에 반하여 사실을 오인한 잘못이 있다고 볼 수 없다.

## 4. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 모두 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 민일영(재판장), 박보영, 김신(주심), 권순일



## 7. 부당해고와 불법행위·채무불이행 책임과의 관계

### 7.1 부당해고와 불법행위 책임

☞ 대법원 1993. 10. 12. 선고 92다43586 판결★

#### » 요 지 «

사용자가 근로자를 징계해고 할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 어떤 명목상의 해고사유를 만들거나 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고한 경우나, 해고의 이유로 된 어느 사실이 소정의 해고사유에 해당되지 아니하거나 해고사유로 삼을 수 없는 것임이 객관적으로 명백하고, 또 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있는데도 그것을 이유로 징계해고에 나아간 경우 등 징계권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 그 해고가 근로기준법 제27조 제1항에서 말하는 정당성을 갖지 못하여 효력이 부정되는데 그치는 것이 아니라, 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성할 수 있을 것이다.

\* 원심판결 : 서울고법 1992. 8. 21 선고 92나15408 판결

#### » 주 문 «

원심판결 중 피고 강○회에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 원고의 피고 A정공주식회사에 대한 상고를 기각하고, 이 부분의 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

피고 A정공주식회사에 대한 부분

기록에 의하면, 피고 A정공주식회사(이하피고회사라고 한다)가 피고 강○회의 근로자에 대한 부당한 해고로 말미암은 임금 및 위자료 등의 손해배상책임까지 승계하였다는 원고의 주장을 인정하지 아니한 원심의 조처를 수긍할 수 있고, 거기에 소론과 같은 채증법칙을 어긴 위법이나 법리의 오해가 있다고 할 수 없다. 따라서 논지는 이유 없다.

피고 강○회에 대한 부분

1. 원심판결이유에 의하면 원심은, 피고 강○회가 1990. 1. 11. 원고를 부당하게 해고함으로써 인하여 원고 및 선정자들이 정신적 고통을 받았다는 이유로 위자료의 지급을 구하는 이 사건에서, 근로계약은 근로자가 사용자에게 근로를 제공함에 대하여 사용자는

그에 대한 반대급부로 근로자에게 임금을 지급하는 내용의 쌍무계약이라는 점에 비추어, 사용자인 피고 강○희가 원고를 부당하게 해고하였다 하더라도 이는 같은 피고가 임금지급채무를 부당하게 이행하지 아니한 것에 불과하여 결국 금전채무의 불이행으로 볼 수 있고, 특별한 사정이 없는 한 금전채무의 불이행에 관한채권자는 채권액 및 그에 대한 지연손해금 상당의 손해를 입게 되는 것 이외에 따로 정신적 손해를 입게 된다고 볼 수 없고, 달리 원고가 위 해고처분으로 인하여정신적 손해를 입었음을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 배척하였다.

2. 근로계약이 근로자의 근로제공과 이에 대한사용자의 임금지급을 내용으로 하는 쌍무계약임은 원심의 설시와 같다고 할 것이나, 근로계약에 따른 근로자의 근로제공이 단순히 임금의 획득만을 목적으로 하는 것은 아닐 것이므로, 사용자가 근로자를 부당해고한 것이 반드시 임금지급채무를 이행하지 아니한 것에 불과하다고만 말할 수는 없고, 이것이 불법행위를 구성하는 경우도 있을 수 있으며, 이와 같은 경우에는 그 해고가 법률상 무효라고 하여 해고전의 상태로 돌아간다 하더라도 사회적 사실로서의 해고가 소급적으로 소멸하거나 해소되는 것은 아니므로, 임금채무나 그에 대한 지연손해금을 받게 된다고 하여 이것만 가지고 불법행위로 인한 정신적 고통의 손해가 완전히 치유되는 것이라고 할 수 없다.
3. 일반적으로 사용자가 근로자를 징계해고한 것이 정당하지 못하여 무효로 판단되는 경우 그 해고가 무효로 되었다는 사유만에 의하여 곧바로 그 해고가 불법행위를 구성하게 된다고 할 수 없음은 당연하다고 하겠으나, 사용자가 근로자를 징계해고 할만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 어떤 명목상의 해고사유를 만들거나 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고한 경우나, 해고의 이유로 된 어느 사실이 소정의 해고사유에 해당되지 아니하거나 해고사유로 삼을 수없는 것임이 객관적으로 명백하고, 또 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있는데도 그것을 이유로 징계해고에 나아간 경우 등 징계권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 그 해고가 근로기준법 제27조 제1항에서 말하는 정당성을 갖지 못하여 효력이 부정되는데 그치는 것이 아니라, 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성할 수 있을 것이므로, 원심으로서는 피고 강○희가 원고를 해고한 것이 여기에 해당하는 것인지 여부를 살펴보아야 할 것이다.
4. 원심판결에는 부당해고에 있어서의 불법행위 성립에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 것이고,논지는 이 범위 안에서 이유 있다.

그러므로 원심판결중 피고 강○희에 대한 부분을 파기환송하고, 원고의 피고회사에 대한 상고는 기각하며 이 부분 상고비용은 원고의 부담으로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김석수(재판장), 배만운, 최종영



## 7.2 위장폐업과 불법행위 책임

☞ 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다13282 판결

### » 요 지 «

1. 사용자가 근로자들에게 어떠한 해고사유도 존재하지 아니함에도 노동조합 활동을 혐오한 나머지, 경영상 어려움 등 명목상 이유를 내세워 사업 자체를 폐지하고 근로자들을 해고함으로써 일거에 노동조합을 와해시키고 조합원 전원을 사업장에서 몰아내고는 다시 기업재개, 개인기업으로의 이행, 신설회사 설립 등 다양한 방법으로 종전 회사와 다를 바 없는 회사를 통하여 여전히 예전의 기업 활동을 계속하는 것은 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 행위이므로, 이러한 위장폐업에 의한 부당해고는 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다. 따라서 근로자들로서는 위장폐업에 의한 부당해고가 무효임을 이유로 민법 제538조 제1항에 따라 구회사 내지는 그와 실질적으로 동일성을 유지하고 있는 신설회사에 대하여 계속 근로하였을 경우 그 반대급부로 받을 수 있는 임금의 지급을 구할 수 있음은 물론이고, 아울러 위장폐업에 의한 부당해고가 불법행위에 해당함을 이유로 손해배상을 구할 수 있으며, 그 중 어느 쪽의 청구권이라도 선택적으로 행사할 수 있다.
2. 구회사를 실질적으로 운영하는 사주가 쟁의행위로서 정당성을 결여한 직장폐쇄를 감행하여 전 직원을 퇴직처리한 다음 구회사를 폐업하고 새로이 회사를 설립하는 위장폐업의 방법으로 근로자들을 부당해고한 사안에서, 부당해고된 근로자가 해고 무효를 주장하면서 사용자에게 민법 제538조 제1항에 의하여 해고 기간 중의 임금 지급을 청구하는 소는 그 실체가 근로계약에 따른 임금청구권의 행사인 반면, 부당해고가 불법행위를 구성한다는 이유로 임금 상당의 손해배상을 청구하는 것은 그 자체로는 근로계약과 무관한 청구로서 양자는 그 법적 근거와 성질을 달리하고, 부당해고로 인하여 근로자에게 손해가 발생하였는지 여부는 부당해고 피해자인 근로자가 부당해고가 없었더라면 향유하거나 취득할 수 있었던 이익이 부당해고로 말미암아 상실되거나 취득할 수 없게 된 것에 따른 불이익이 발생하였는지 여부에 의하여 판단할 것이지, 부당해고가 존재하지 아니하였을 경우에 취득할 수 있는 법률상 권리인 임금청구권을 유효하게 가지고 있느냐 여부에 따라 그 손해의 발생 여부가 좌우되는 것은 아님에도, 위장폐업에 따른 부당해고는 그 효력이 부정되어 근로자들과 구회사(또는 신설회사) 사이에 여전히 근로관계가 존속하기 때문에 근로자들은 특별한 사정이 없는 한 사용자인 구회사(또는 신설회사)에 대하여 부당해고 기간 중의 임금을 청구할 수 있으므로 임금 상당의 손해가 발생하였다고 볼 수 없다고 하며, 위 해고가 불법행위에 해당함을 이유로 한 손해배상청구는 인정되지 않는다고 본 원심판단을 파기한 사례.
3. 위장폐업에 의한 부당해고는 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 것이어서 불법행위를 구성하므로, 사용자는 그로 인하여 근로자들이 입게 된 정신적 고통에 대한 위자료를 배상할 책임이 있다.

4. 민법 제766조 제1항 에 규정한 ‘손해 및 가해자를 안 날’이란 피해자나 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 현실적이고도 구체적으로 인식하는 것을 의미하는 것으로서 손해발생의 추정이나 의문만으로는 충분하지 않고, 손해의 발생사실뿐만 아니라 가해행위가 불법행위를 구성한다는 사실, 즉 불법행위의 요건사실에 대한 인식으로서 위법한 가해행위의 존재, 손해의 발생 및 가해행위와 손해의 인과관계 등이 있다는 사실까지 안 날을 뜻한다.
5. 구회사를 실질적으로 운영하는 사주가 쟁의행위로서 정당성을 결여한 직장폐쇄를 감행하여 전 직원을 퇴직처리한 다음 구회사를 폐업하고 신설회사를 설립하는 위장폐업의 방법으로 근로자들을 부당해고하자 근로자들이 그로 인한 정신적 고통을 이유로 위자료를 청구한 사안에서, 위장폐업의 경우 구회사와 신설회사는 형식적으로는 법인격을 전혀 달리하므로 신설회사의 설립만으로 근로자들이 위 두 회사가 실질적으로 동일한 회사로서 구회사의 폐업과 신설회사의 설립 등 일련의 행위가 위장폐업으로 불법행위를 구성한다는 사실을 알 수 있다고 단정하기 어려운데도, 신설회사가 설립된 시점에 근로자들이 위 사주의 위법행위로 인한 위자료 상당의 손해 및 가해자를 알았다고 단정하여 위자료청구권이 민법 제766조 제1항 에서 3년으로 정한 단기소멸시효기간의 경과로 소멸하였다고 본 원심판단을 파기한 사례.

【참조판례】 [1] 대법원 1981. 12. 22. 선고 81다626 판결(공1982, 220)

[4] 대법원 1989. 9. 12. 89다카2285 판결, 대법원 1989. 9. 26. 선고 88다카32371 판결(공1989, 1560)

【따름판례】 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결

【참조법령】 [1] 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호, 근로기준법 제23조 제1항, 민법 제538조 제1항, 제750조

[2] 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호, 근로기준법 제23조 제1항, 민법 제538조 제1항, 제750조

[3] 민법 제750조, 제751조

[4] 민법 제766조 제1항

[5] 민법 제751조, 제766조 제1항

\* 원고, 상고인 : 원고 1 외 3인

\* 피고, 피상고인 : 피고

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 부산고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.



## 1. 위장폐업에 의한 부당해고가 불법행위임을 이유로 한 손해배상청구에 관하여

부당노동행위가 되는 위장폐업이란 기업이 진실한 기업폐지의 의사가 없이, 다만 노동조합의 결성 또는 조합활동을 혐오하고 노동조합을 와해시키기 위한 수단으로서 기업을 해산하고 조합원을 전원 해고한 다음 새로운 기업을 설립하는 등의 방법으로 기업의 실체가 존속하면서 조합원을 배제한 채 기업활동을 계속하는 경우를 말한다(대법원 1991. 12. 24. 선고 91누2762 판결 등 참조).

한편, 일반적으로 사용자의 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분이 정당하지 못하여 무효로 판단되는 경우 그러한 사유만에 의하여 곧바로 그 해고 등의 불이익처분이 불법행위를 구성하게 된다고 할 수는 없으나, 사용자가 근로자에 대하여 해고 등 불이익처분을 할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도 하에 고의로 어떤 명목상의 사유 등을 내세워 해고 등의 불이익처분을 한 경우나 해고 등의 불이익처분이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에는 그 해고가 「근로기준법」 제23조 제1항 에서 말하는 정당성을 갖지 못하여 효력이 부정되는 데 그치는 것이 아니라, 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성할 수 있다(대법원 1992. 10. 12. 선고 92다43586 판결 등 참조).

그런데 사용자가 근로자들에게 어떠한 해고사유도 존재하지 아니함에도 노동조합활동을 혐오한 나머지, 경영상 어려움 등 명목상 이유를 내세워 사업 자체를 폐지하고 근로자들을 해고함으로써 일거에 노동조합을 와해시키고 조합원 전원을 사업장에서 몰아내고는 다시 기업재개, 개인기업으로의 이행, 신설회사 설립 등 다양한 방법으로 종전 회사와 다를 바 없는 회사를 통하여 여전히 예전의 기업 활동을 계속하는 것은 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 행위이므로, 이러한 위장폐업에 의한 부당해고는 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다.

따라서 근로자들로서는 위장폐업에 의한 부당해고가 무효임을 이유로 「민법」 제538조 제1항 에 따라 구회사 내지는 그와 실질적으로 동일성을 유지하고 있는 신설회사에 대하여 계속 근로하였을 경우 그 반대급부로 받을 수 있는 임금의 지급을 구할 수 있음은 물론이고(대법원 1981. 12. 22. 선고 81다626 판결 등 참조), 아울러 위장폐업에 의한 부당해고가 불법행위에 해당함을 이유로 손해배상을 구할 수 있고, 그 중 어느 쪽의 청구권이라도 선택적으로 행사할 수 있다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거들을 종합하여, 피고는 구회사인 소외 1주식회사를 실질적으로 운영하는 사주로서 2003. 7. 3. 수동적·방어적인 수단을 넘어 쟁의행위로서의 정당성을 결여한 2003. 12. 31.까지의 직장폐쇄를 감행하였고, 나아가 직장폐쇄 이후 근로자들의 직장폐쇄 철회 요청을 무시한 채 결국 2004. 1. 1. 원고들을 비롯한 전 직원을 퇴직처리하였으며, 2004. 1. 2. 소외 1주식회사를 폐업한 후 새로 소외 2주식회사를 설립함으로써, 직장폐쇄기간 중 수차례 소외 1주식회사를 상대로 고발이나 민원을 제기한 노동조합 소속 근로자들을 해고할 의도로 폐업의 형식을 빌어 정당한 이유 없이 원고들을 해고한 사실을 인정한 다음, 위와 같은 일련의 피고의 행위는 소외 1주식회사의 근로자들인 원고들에 대한 관계에서 위법행위로 평가함에 부족함이 없다고 하면서도, 이러한 위장폐업에 따른 부당해고는 그 효력이 부정되어 원고들과 소외 1주식회사(또는 그와 동일한 실체를 가진 소외 2주식회사) 사이에 여전히 근로관계가 존속되고 있기 때문에 원고들로서는 특별한 사정이 없는 한 사용자인 위 회사에 대하여 부당해고기간 중의 임금을 청구할 수 있으

므로 임금 상당의 손해가 발생하였다고 볼 수 없다는 이유로 원고들의 손해배상청구를 기각한 제1심판결의 판단을 그대로 유지하였다.

그러나 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 원심의 위와 같은 판단은 수긍하기 어렵다.

즉, 부당해고된 근로자가 해고 무효를 주장하면서 사용자에게 대하여 「민법」 제538조 제1항에 의하여 해고 기간 중의 임금 지급을 청구하는 소는 사용자와 사이의 근로계약에 바탕을 둔 청구로서 그 실체는 근로계약에 따른 임금청구권의 행사인 반면, 위 부당해고가 불법행위를 구성한다 하여 임금 상당의 손해배상을 청구하는 것은 그 자체로는 근로계약과는 무관한 청구로서 양자는 그 법적 근거와 성질을 달리 한다.

또한, 부당해고가 불법행위를 구성하는 경우 그 부당해고로 인하여 근로자에게 손해가 발생하였는지 여부는 부당해고의 피해자인 근로자가 부당해고가 없었더라면 향유하거나 취득할 수 있었던 이익이 부당해고로 말미암아 현실적으로 상실되거나 취득할 수 없게 된 것에 따른 불이익이 발생하였는지 여부에 의하여 판단할 것이지, 부당해고가 존재하지 아니하였을 경우에 취득할 수 있는 법률상 권리인 임금청구권을 유효하게 가지고 있느냐 여부에 따라 그 손해의 발생 여부가 좌우되는 것은 아니다.

따라서 이와 달리 판단하여 원고들의 손해배상청구를 배척한 원심판결에는 불법행위를 구성하는 위장폐업에 따른 부당해고의 손해배상책임의 요건 및 범위 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

## 2. 위장폐업에 의한 부당해고에 대한 위자료청구에 관하여

위장폐업에 의한 부당해고는 앞서 본 바와 같은 이유로 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 것이어서 불법행위를 구성하므로, 피고는 그로 인하여 근로자들이 입게 된 정신적 고통에 대한 위자료를 배상할 책임이 있다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고가 원고들에게 위장폐업에 따른 부당해고로 입게 된 정신적 고통을 위자할 책임이 있다고 전제한 다음, 신설회사인 소외 2주식회사가 설립된 2004. 1. 2.경에는 원고들이 적어도 피고의 위법행위로 인한 위자료 상당의 손해 및 가해자를 알았다고 봄이 상당하다는 이유로, 그로부터 「민법」 제766조 제1항 소정의 단기소멸시효기간인 3년이 경과한 2009. 10. 12.에서야 원고들이 원심에 위자료청구를 추가한 이상 원고들의 이 사건 위자료청구권은 시효로 소멸하였다고 판단하였다.

「민법」 제766조 제1항에서 규정한 ‘손해 및 가해자를 안 날’이란 피해자나 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 현실적이고도 구체적으로 인식하는 것을 의미하는 것으로서 손해발생의 추정이나 의문만으로는 충분하지 않고, 손해의 발생사실뿐만 아니라 그 가해행위가 불법행위를 구성한다는 사실, 즉 불법행위의 요건사실에 대한 인식으로서 위법한 가해행위의 존재, 손해의 발생 및 가해행위와 손해의 인과관계 등이 있다는 사실까지 안 날을 뜻한다(대법원 1989. 9. 12. 89다카2285판결, 대법원 1989. 9. 26. 선고 88다카32371 판결 등 참조).

그런데 위장폐업의 경우 구회사와 신설회사는 형식적으로는 법인격을 전혀 달리하므로, 신설회사의 설립만으로 근로자들이 위 두 회사가 실질적으로 동일한 회사로서 구회사의



폐업과 신설회사의 설립 등 일련의 행위가 위장폐업으로서 불법행위를 구성한다는 사실을 알 수 있다고는 단정하기 어렵다.

즉, 구회사와 신설회사가 동일성을 유지하는지 여부는 신설회사와 구회사의 소재지 및 업종, 자본 성격 그리고 설립자·출자자·임원·종업원 등 신설회사 구성원과 구회사와의 관련성, 영업목적 등 신설회사와 구회사의 소유 및 경영관계, 운영상황 등을 종합적으로 판단하여야 알 수 있는데, 기업 외부에 있는 근로자들에게 신설회사의 설립시점에 위와 같은 사정들을 모두 파악하여 위장폐업이 이루어졌고, 그것이 불법행위를 구성한다는 사실을 현실적이고도 구체적으로 인식하는 것을 기대할 수는 없다.

뿐만 아니라 이 사건은 구회사 내지 신설회사의 대표이사가 아닌 실질적 사주 개인에 대하여 위장폐업에 따른 불법행위책임을 묻는 것이므로 신설회사의 설립 시점에 근로자들이 이 사건 불법행위의 가해자가 피고임을 알았다고 볼 수 있는 사정도 인정되어야 한다.

한편 기록에 의하면, 원고 1 및 소외 3은 2007. 3. 21. 부산노동지방법원에 피고가 소외 1 주식회사의 실질적 사주로서 노동조합 조합원을 해고할 목적으로 소외 1주식회사를 위장 폐업하고 그와 다를 바 없는 회사인 소외 2주식회사를 설립하는 등 부당노동행위를 하였다는 이유로 피고 등을 고발한 사실, 피고는 수사과정에서 조합원들이 부산 시내를 돌아다니며 집회 등을 심하게 하는 바람에 매출이 90% 이상 줄어들고 회사 이미지가 크게 실추되어 부득이 소외 1주식회사를 폐업하게 된 것이고, 소외 2주식회사는 소외 1주식회사와 전혀 관계없는 회사라고 진술하는 등 위장폐업 사실을 부인한 사실, 피고에 대하여는 소외 1주식회사를 위장폐업하고 정당한 이유없이 이 사건 근로자들을 포함한 소외 1 주식회사의 근로자들을 해고하여 구 「근로기준법」 제30조( 2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것) 를 위반하였다는 이유로 약식명령이 청구된 사실, 피고는 이에 불복하여 부산지방법원 2007고정5304 호로 정식재판을 청구하였으나 2008. 2. 14. 벌금 300만 원의 유죄판결을 선고받았으며, 위 판결은 2008. 2. 22. 확정된 사실 등을 알 수 있다.

따라서 원심으로서는 신설회사인 소외 2주식회사가 설립되었다는 사실만으로 원고들이 손해 및 가해자를 알았다고 단정할 것이 아니라, 앞서 본 법리 및 기록에 나타난 위와 같은 여러 사정들도 함께 고려하여 피고가 소외 1주식회사를 위장폐업 하였고, 그것이 불법행위에 해당한다는 사실을 원고들이 현실적·구체적으로 인식할 수 있었던 시점이 언제 인지를 더 심리한 후 피고의 소멸시효 항변의 당부에 관하여 판단하였어야 할 것이다.

원심판결에는 불법행위를 구성하는 부당해고로 인한 위자료청구의 단기소멸시효 기산일 등에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다.

이 점을 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 결 론

그러므로 나머지 상고이유 주장에 관하여는 더 나아가 살필 필요 없이 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 하기 위해 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 전수안(재판장), 김지형(주심), 양창수

### 7.3 부당해고와 위자료 책임

☞ 대법원 1999. 2. 23. 선고 98다12157 판결

#### » 요 지 «

사용자가 근로자를 징계해고할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 어떤 명목상의 해고사유를 만들거나 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고한 경우나, 해고의 이유로 된 어느 사실이 취업규칙 등 소정의 해고사유에 해당되지 아니하거나 해고사유로 삼을 수 없는 것이 객관적으로 명백하고 또 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있는데도 그것을 이유로 징계해고에 나아간 경우 등 징계권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 그 해고가 근로기준법 제27조 제1항에서 말하는 정당성을 갖지 못하여 효력이 부정되는 데 그치는 것이 아니라, 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다.

\* 원고, 피상고인 : 배○○

\* 피고, 상고인 : ○○자동차 주식회사 (변경 전 상호 : ○○콜택시 주식회사)

\* 원심판결 : 서울고법 1998. 2. 4. 선고 97나35308 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

제1점에 대하여 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면 원심은, 그 증거에 의하여 판시와 같은 사실들을 인정한 다음, 원고가 노동위원회의 부당해고판정에 의하여 피고 회사에 복직함에 따라 기지급받은 퇴직금을 피고 회사에 반환하여야 할 채무가 발생하였음에도 이를 이행하지 않은 사실만으로는 이를 단체협약 및 취업규칙상 해고사유의 하나인 회사재산의 횡령에 해당한다고 할 수 없고, 더욱이 원고가 피고 회사에게 위 퇴직금을 반환할 의사를 표시하되 부당해고기간 중의 임금분과 위자료 등을 계산하여 공제할 것과 경제적 사정을 이유로 위 금원을 분할하여 반환할 수 있도록 하여 달라는 요청을 하였음에도 불구하고 피고 회사가 일방적으로 원고에 대한 배차를 중단시킨 후 퇴직금의 반환을 반복하여 요구하는 외에 별다른 합리적인 조치 및 절차를 거치지 아니한 채 복직 후

불과 2개월만에 직권으로 원고를 해고조치하기에 이를 것이라면, 이 사건 해고에 정당한 사유가 있다고 보이지 아니한다고 판단하였는바, 기록에 의하여 관계 증거를 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 모두 옳게 수긍이 가고, 거기에 상고이유가 지적하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인, 해고무효에 관한 법리오해 등의 위법은 없다.

제2점에 대하여 사용자가 근로자를 징계해고할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 어떤 명목상의 해고사유를 만들거나 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고한 경우나, 해고의 이유로 된 어느 사실이 취업규칙 등 소정의 해고사유에 해당되지 아니하거나 해고사유로 삼을 수 없는 것임이 객관적으로 명백하고 또 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있는데도 그것을 이유로 징계해고에 나아간 경우 등 징계권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 그 해고가 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5305호로 폐지되기 전의 것) 제27조 제1항에서 말하는 정당성을 갖지 못하여 효력이 부정되는 데 그치는 것이 아니라, 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성할 수 있다 할 것이다(대법원 1993. 10. 12. 선고 92다43586 판결, 대법원 1997. 1. 21. 선고 95다24821 판결, 대법원 1997. 9. 26. 선고 97다18974 판결 등 참조). 같은 취지에서 원심이 피고 회사가 원고를 부당해고한 후 노동위원회의 부당해고판정을 받아 원고를 복직시켰으면서도 그가 수령한 퇴직금을 반환하지 않는다는 이유만으로 승무정지 및 재차 해고조치를 하고 그 기간 중의 임금을 지급하지 아니한 일련의 행위는 취업규칙 소정의 해고사유에 해당하지 아니하는 것이 객관적으로 명백한 사유로 해고를 한 것이어서 사회통념이나 사회상규상으로도 용인될 수 없고, 또한 피고로서도 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알 수 있었다고 보이므로 이는 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 원고에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다고 판단하고, 판시와 같은 위자료액을 정하여 피고에게 그 지급을 명한 조치는 모두 옳게 수긍이 가고, 거기에 상고이유가 지적하는 바와 같은 위자료에 관한 법리오해 등의 위법은 없다.

상고이유는 받아들일 수 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 서성(재판장), 박준서, 이돈희(주심), 이임수

## 7.4 사용자의 복직의무 불이행에 따른 손해배상 책임

☞ 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다69385 판결

### » 요 지 «

이 사건 해고무효확인 등 판결로 근로자에 대한 해고가 부당하여 무효임이 확인되었음에도 근로자의 정년퇴직일까지 복직의무를 제대로 이행하지 아니하여 업무에 종사시키지 아니하였고, 나아가 근로제공을 거부할 만한 특별한 사정이 있었다는 점에 대하여 아무런 입증이 없는 이상, 이 사건 근로자의 정년퇴직 시까지 근로제공을 계속적으로 거부한 것은 인격적 법익을 침해하는 것이므로 사용자는 채무불이행책임으로서 근로자가 입은 정신적 손해를 배상할 의무가 있다.

\* 원고, 상고인 겸 피상고인 : A

\* 피고, 피상고인 겸 상고인 : B 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2013. 8. 23. 선고 2012나85047 판결

### » 주 문 «

1. 원심판결의 원고 패소 부분 중 퇴직금 및 2000.7.28. 이후의 임금 차액 상당 손해배상 청구에 관한 주위적·예비적 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.
2. 원고의 나머지 상고 및 피고의 상고를 각 기각한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 피고의 상고이유에 관하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 해고무효확인 등 판결로 피고의 원고에 대한 해고가 부당하여 무효임이 확인되었음에도 피고가 원고의 정년퇴직일까지 원고에 대한 복직의무를 제대로 이행하지 아니하여 업무에 종사시키지 아니하였고, 나아가 원고의 근로제공을 거부할 만한 특별한 사정이 있었다는 점에 대하여 아무런 입증이 없는 이상, 피고가 원고의 정년퇴직 시까지 근로제공을 계속적으로 거부한 것은 근로자인 원고의 인격적 법익을 침해하는 것이므로 피고는 채무불이행책임으로서 원고가 입은 정신적 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고 이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 않거나 복직거부로 인한 위자료 청구에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 2. 원고의 상고이유에 관하여

### 가. 퇴직금 청구에 관하여

1) 원심판결 이유에 의하면, 원심은 원고가 피고에 대하여 퇴직금 123,212,496원 상당 금액을 주위적으로는 복직의무 불이행의 채무불이행에 기하여, 예비적으로는 복직거부의 불법행위에 기하여 원고가 입은 손해의 배상을 청구하는 것으로 파악한 다음, 원고는 여전히 피고에 대하여 정년퇴직일인 2009.5.31. 당시를 기준으로 원고가 복직되어 실제로 근무하였을 경우에 받았을 평균임금을 기준으로 산정된 퇴직금 청구권을 갖고 있으므로 원고가 청구하는 위 퇴직금 상당 손해는 피고의 복직거부에 의한 채무불이행이나 불법행위에 따른 손해라고 볼 수 없다는 전제에서 원고의 청구를 이유 없다고 판단하였다.

2) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍할 수 없다.

기록에 의하면, ① 소장에 사건명으로 ‘손해배상금 및 퇴직금 청구의 소’, 결론 부분에 ‘453,685,898원의 임금차액에 상당하는 손해배상금 453,685,898원, 특별상여금 상당의 손해배상금 21,383,344원, 퇴직금 123,212,496원 및 위로금 63,373,817원’이라고 기재되어 있고, ② 원고가 원심에서 제출한 2003.1.3.자 준비서면에 ‘이 사건 원고의 피고에 대한 청구채권의 성질은 우선 피고가 원고에 대하여 이 사건 확정판결에서 명한 복직의무를 이행하지 아니함으로써 위 판결에 의한 월 2,602,700원과 원고가 피고회사에 복직하여 받게되었을 실제 임금과의 차액에 상당하는 손해배상금과 원고가 2009.5.31. 피고회사 취업규칙상의 정년퇴직일이 지나도록 끝내 복직되지 못함에 따라 피고회사가 원고에게 지급해야 할 퇴직금 및 위로금 등 피고의 원고에 대한 금전채무입니다’라고 기재되어 있으며, ③ 원고가 원심에서 제출한 2003.6.11.자 준비서면에도 ‘이 사건 원고의 청구는 원고가 회사로부터 불법해고 당하지 않고 계속 근무하였다면 지급받았을 실제 급여액과 원고가 피고를 상대로 제기한 해고무효 확인 및 임금 청구소 판결에 의한 월 금 2,602,700원과의 차액 상당의 손해배상금과 퇴직금 및 위자료이고...’라고 기재되어 있음을 알 수 있다.

위와 같은 소장 및 원고의 준비서면의 기재 내용에 의하면, 원고는 피고의 복직거부에 의한 채무불이행이나 불법행위에 따른 손해배상으로서 위 퇴직금 상당액을 청구한 것으로만 볼 수 없다. 또한 당사자의 주장이 법률상의 관점에서 보아 불명료 또는 불완전하거나 모순이 있는 경우, 법원은 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견 진술의 기회를 부여하여야 하고, 만일 이를 게을리한 채 당사자가 전혀 예상하지 못하였던 법률적 관점에 기한 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가

하였다면 석명 또는 지적의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 것으로서 위법하다고 할 것인바(대법원 2002.1.25. 선고 2001다11055 판결 등 참조), 설령 소송의 진행 과정에서 원고가 위 퇴직금 상당을 손해배상으로 청구하는 것으로 볼 수 있는 행위를 하였다고 하더라도 위와 같은 기재 내용에 비추어 원고의 청구원인이 불명료 또는 불완전하다고 볼 수 있으므로 원심으로서는 석명권을 행사하여 위 퇴직금을 근로계약에 의하여 청구하는 것인지, 아니면 손해배상으로서 청구하는 것인지 명확히 한 다음 판단하였어야 할 것이다.

그럼에도 위 퇴직금 상당 금액을 피고의 복직거부에 의한 채무불이행이나 불법행위에 따른 손해라고 볼 수 없다는 이유로 그에 관한 청구를 기각한 원심판결에는 청구의 원인을 잘못 판단하였거나 석명권을 적절하게 행사하지 아니함으로써 심리를 제대로 하지 아니한 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

#### 나. 복직거부로 인한 임금차액 상당 손해배상청구에 관하여

사용자가 복직의무를 이행하지 아니한 것이 채무불이행 또는 불법행위를 구성하는 경우, 근로자가 사용자의 복직의무 불이행과 관계 없이 근로계약에 기한 임금청구권을 가진다고 할지라도, 위와 같은 사용자의 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상청구권은 실체법상 근로계약에 기한 임금청구권과 별개의 청구권으로 존재하고 소송법적으로도 소송물을 달리하므로(대법원 1989. 3. 28. 선고 88다1936 판결 참조), 근로자로서는 근로계약에 기한 임금채권을 가지고 있다 하더라도 아직 채권의 만족을 얻지 못한 경우에는 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상청구권에 관한 이행판결을 얻기 위하여 그에 관한 이행의 소를 제기할 수 있다. 그리고 근로자가 먼저 해고무효 확인과 함께 해고가 무효일 경우 근로계약에 기한 임금을 청구하는 소를 제기하여 임금의 지급을 명하는 확정판결을 받았다고 하더라도 그 승소액을 넘는 금액에 대하여 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상청구권의 행사가 허용되지 않는 것도 아니다(대법원 2013. 9. 13. 선고 2013다45457 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 피고가 원고에 대한 복직의무를 이행하지 아니하였음을 이유로 원고가 구하는 임금 차액 상당 손해배상청구 중 원고가 피고를 상대로 제기한 해고무효확인 등 소송의 변론종결일인 2000.6.15. 이전에 발생한 임금 인상분 및 2000.2.자 특별상여금 부분에 관하여, 이는 위 소송의 변론종결일 이전에 발생한 임금 및 상여금채권이므로 피고가 이 사건 해고무효확인 등 판결이 선고되어 확정되었음에도 원고에 대한 복직을 거부함으로써 발생한 손해라고 볼 수 없다는 등의 이유로, 위 2000.6.15.후에 발생한 임금 인상분에 관하여는 원고가 피고의 근로자로서 근로계약을 근거로 하여 피고에 대하여 임금 청구권을 가지는 이상 피고의 복직거부에 의한 채무불이행이나 불법행위에 따른 손해가 있다고 볼 수 없다는 이유로, 원고의 위 손해배상청구를 배척하였다.



그러나 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 원심의 위와 같은 판단은 수긍하기 어렵다.

피고가 근로계약상의 복직의무를 이행하지 아니한 것이 채무불이행 또는 불법행위를 구성하는 경우 원고가 위와 별도로 근로계약에 기하여 피고에 대하여 임금인상분의 청구권을 가진다고 하여 그 복직의무 불이행으로 말미암아 현실적으로 상실하거나 취득할 수 없게 된 불이익이 발생하였는지 여부에 의하여 판단하여야 한다.

그럼에도 이러한 불이익이 발생하였는지 여부를 따져보지 않고 원고가 피고에게 근로계약에 기한 임금청구권을 갖는다는 이유만으로 재산상 손해가 없다고 보아 원고의 임금 차액 상당 손해배상청구를 배척한 원심판결에는 손해배상에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

다만 기록에 의하면, 원고가 제기한 해고무효확인 등 소송에서 피고의 원고에 대한 해고가 부당하여 무효라는 판결이 2000.7.28. 확정되었음에도 피고가 원고의 정년퇴직일이 지나도록 원고를 복직시키지 않았음을 이유로 원고는 임금 차액 상당 손해배상청구를 하고 있는바, 적어도 2000.7.27. 이전의 손해배상청구 부분은 위 판결 확정 이전에 발생한 것이어서 피고가 해고무효확인 등 판결이 선고되어 확정되었음에도 원고에 대한 복직을 거부함으로써 발생한 손해라고 볼 수는 없다.

결국 원고의 이 부분 상고이유 중 2000.7.27. 이전의 임금 차액 상당 손해배상청구부분에 관한 원심판단은 이유 설시에 있어 다소 부적절한 면이 있기는 하나 결론에 있어 정당하므로 이 부분 상고이유 주장은 이유 없다.

#### 다. 위로금 청구에 관하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고가 원고의 정년퇴직 시까지 근로제공을 계속적으로 거부함으로써 근로자인 원고의 인격적 법익을 침해하였음을 인정한 다음, 피고는 원고에게 채무불이행책임으로서 원고가 입은 정신적 고통에 대한 손해 15,000,000원을 배상할 의무가 있다고 판단하였다.

기록에 의하면, 원고는 위로금 청구의 원인으로 복직거부로 인한 채무불이행 또는 불법행위에 기한 정신적 고통을 위자하여야 한다는 주장 이외에 달리 위로금을 지급해야 할 근거에 관하여 주장을 하지 않고 있음을 알 수 있으므로, 원심이 위로금을 복직거부로 인한 채무불이행 또는 불법행위에 기한 위자료 청구로 본 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 원심판단에 원고의 상고이유 주장과 같이 위로금에 관한 청구취지와 청구원인을 오해한 잘못이 있다고 보기 어렵고, 설령 오해하였다고 할지라도 위로금 청구원인에 관한 주장 입증이 있다고 볼 수 없는 이상 이러한 잘못이 판결에 영향을 미쳤다고 볼 수 없으므로, 이 부분 원고의 상고이유 주장은 이유 없다.



라. 소멸시효와 관련된 신의칙 주장에 관하여

기록 및 관련 법리에 비추어 보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고가 소멸시효 항변을 하는 것이 신의칙에 반하여 허용될 수 없다는 원고의 주장을 배척한 것은 정당하고 거기에 원고의 상고이유 주장과 같은 잘못이 없다.

마. 상계와 관련된 주장에 관하여

기록과 관련 법리에 비추어 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 원고가 피고에게 부당이득으로 소득세 등 합계 16,904,351원을 반환할 의무가 있다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 사실을 인정하거나 불법원인급여에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 3. 결 론

그러므로 원심판결의 원고 패소 부분 중 퇴직금 및 2000.7.28. 이후의 임금 차액 상당 손해배상청구에 관한 주위적·예비적 청구 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하고, 원고의 나머지 상고 및 피고의 상고를 각 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박병대(재판장), 양창수, 고영한, 김창석(주심)





## 7.5 부당해고와 중간수입 공제

☞ 대법원 1991. 6. 28. 선고 90다카25277 판결★

### » 요 지 «

- 가. 외국인인 원고가 학교법인인 피고와의 교수임용계약에 따른 교수의무를 이행할 수 없게 된 것이 오로지 피고의 귀책사유로 인한 것이어서 원고에 대한 휴직처분 및 면직처분이 무효이고 교수임용관계는 유효하게 존속한다고 하여 민법 제538조 제1항에 따라 그 임금지급의무가 있다고 본 사례
- 나. 교육법 제151조 제1항은 각 학교의 학년은 3.1.에 시작하여 익년 2.말일에 끝난다고 규정되어 있고, 사립학교법 제30조는 학교법인의 회계연도는 그가 설치 경영하는 사립학교의 학년도에 따른다고 규정되어 있으므로 학교법인의 회계연도는 매년 3.1.부터 익년 2.말일까지라 할 것이다.
- 다. 사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에 종사하여 얻은 이익(이른바 중간수입)은 민법 제538조 제2항에서 말하는 채무를 면함으로써 얻은 이익에 해당하므로, 사용자는 위 근로자에게 해고기간 중의 임금을 지급함에 있어 위의 이익의 금액을 임금액에서 공제할 수 있다.
- 라. 근로기준법 제38조는 근로자의 최저생활을 보장하려는 취지에서 사용자의 귀책사유로 인하여 휴업하는 경우에는 사용자는 휴업기간 중 당해 근로자에게 그 평균임금의 100분의 70(1989.3.29. 법률 제4099호로 개정되기 전에는 100분의 60) 이상의 수당을 지급하여야 한다고 규정하고 있고, 여기서의 휴업이란 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있음에도 불구하고 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 또는 불가능하게 된 경우도 포함된다고 할 것이므로, 위 "다"항의 공제에 있어서 근로자가 지급받을 수 있는 임금액 중 근로기준법 제38조 소정의 휴업수당의 한도에서는 이를 이익공제의 대상으로 삼을 수 없고, 그 휴업수당을 초과하는 금액에서 중간수입을 공제하여야 한다.
- 마. 위 "다"항의 공제에 있어서 위 휴업수당을 초과하는 금액을 한도로 중간수입을 공제할 경우에도 중간수입이 발생한 기간이 임금지급의 대상으로 되는 기간과 시기적으로 대응하여야 하고 그것과는 시기적으로 다른 기간에 얻은 이익을 공제하여서는 안된다.
- 바. 위 "가"항의 원고가 교수임용계약 만료일까지 계속적, 반복적으로 발생하게 될 임금의 지급을 구하면서 변론종결 이후의 임금에 대하여 중간이자를 공제한 현가를 구하는 청구 속에 그 청구가 받아들여지지 아니할 경우에는 장래이행의 소로서 구하는 취지도 포함되어 있다고 본 사례
- 사. 장래의 이행을 명하는 판결을 하기 위하여는 채무의 이행기가 장래에 도래하는 것뿐만 아니라 채무불이행사유가 그때까지 계속하여 존재한다는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 있어야 한다.

아. 위 "가"항의 원고가 장차 지급받게 될 퇴직금에 대하여 중간이자를 공제한 현가로 환산하여 즉시 지급하여 줄 것을 주장하는 있는 경우 그가 교수임용계약 만료일까지 사이에 복직되지 않으리라고 단정할 자료가 없는 한 퇴직금 산정의 기초가 되는 퇴직일자를 변론종결 당시 확정적으로 예정하는 것이 불가능하므로 위와 같은 성질의 청구는 즉시이행은 물론 장래이행으로서도 용인할 수 없다.

\* 원고, 상고인 겸 피상고인 : A

\* 피고, 피상고인 겸 상고인 : 학교법인 대우학원

\* 원심판결 : 서울고법 1990.6.20. 선고 89나47085 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

### 1. 피고 소송대리인의 상고이유 제1점, 제5점에 대하여

원심은 그 채택증거에 의하여 피고의 책임발생 원인으로서 다음과 같은 사실을 인정하였다. 즉 원고는 1971.1.경 미국시민권을 취득함에 따라 대한민국의 국적을 상실한 자로서, 미국내 포담대학교의 경영학과 주임교수로 재직중 피고가 경영하는 아주대학교에 초빙되어 1981.5.26. 위 대학교의 경영대학장 겸 교수로 근무하기 시작하여 시험재직기간을 거쳐 1983.3.9.자로 같은 해 3.1.부터 1993.2.28.까지 10년간 경영학과 교수로 임용되고, 1983.3.26. 교육부(당시 문교부, 이하 같다)에 임용보고까지 수리되었는데, 같은 해 6.1. 아주대학교 총장에 의하여 경영대학장 및 경영학과장의 보직을 해임 당한 사실, 원고는 교수활동 목적으로 입국한 이래 3개월마다 아주대학교 총장 명의의 재직증명서와 거류기간연장신청 사유서를 첨부하여 출입국사무소로부터 국내체류기간연장 허가를 받아 온 사실, 그런데 1983.6.20. 교육부로부터 외국인 교수 중 국내인으로 대체할 수 없는 외국어 담당 이외의 인문사회계열 과목에 대하여는 점차 국내인으로 대체하고 외국인 교수의 채용을 억제하라는 내용의 외국인 교수 관리방안이 시달되고, 이에 따라 출입국관리사무소가 같은 해 11.4. 아주대학교에 대하여 원고를 계속 교수로 채용할 필요성과 한국인 교수로의 대체 가능성에 대하여 조회하여오자, 아주대학교 총장은 11.14 출입국사무소에 원고는 경영학과교수로서 경영문헌원장, 경영영어, 조직행위론 등을 담당하고 있으며, 교육부에 1983.3.1.부터 1993.2.28.까지의 기간으로 임용보고가 수리되어 있고, 원고의 담당과목은 국내인 교수로 대체가능한 것으로 판단된다고 회신한 사실, 출입국사무소는 위 회신에 따라 1983.11.18. 원고의 국내체류기간을 1984.2.29.까지 금회에 한하여 연장한다는 체류기간제한 결정을 한 사실, 그 후 원고는 아주대학교 총장으로부터 1983.12.16.부터 1984.2.16.까지의 해외여행 허가를 받고 1983.12.4. 출국한 뒤, 아주대학교에 대하여 위 회신의 취소와 원고의 국내체류자격의 보장을 요구하였으나 아주대학교가 이를 이행하지 아니하였고, 원고는 교수목적의 국내체류가 불가능한 상황에서는 입국이 무의미하다고 판단하고, 1984.2.29.이 지나도록 입국하지 아니한 사실, 이에 아주대학교 총장은 원고에 대하여 같은 해 5.4.자로 그 때까지 입국하지 아니하여 강의를 할 수 없다는 이유로 1984.3.1.부터

소급하여 같은 해 8.31.까지 1학기 동안 휴직 발령하고, 2학기가 시작되어도 원고의 입국 및 국내체류 문제가 해결되지 아니하자 같은 해 9.3.자로 같은 해 10.31.까지 휴직기간을 연장 발령하였다가 1984.10.31.자로 직권면직 발령을 한 사실을 인정한 다음, 아주대학교는 외국인인 원고와의 약정에 따라 원고를 교수로 임용한 이상, 원고에 대하여 출입국관리법령상의 입국자격 부여나 체류기간의 연장 또는 그에 필요한 재직증명서 등 계속 재직의 필요성에 관한 소명자료를 구비하여 주는 등 원고가 그 교수행위를 할 수 있도록 하여 줄 의무가 위 임용계약의 일부를 이룬다 할 것이므로, 출입국관리사무소가 원고를 교수로 계속 채용할 필요성과 국내인 교수로의 대체가능성 등 교육부의 외국인 교수 관리방안에 부합되는지의 여부에 대한 의견을 물어왔다면 그 회신 여하에 따라 원고를 국내인 교수로의 대체의사가 있는 것으로 받아들여져 체류기간이 단축되거나 그 연장이 어렵게 되리라는 사정을 알았거나 알 수 있었음에도 1983.11.14.자로 원고가 담당하는 과목은 국내인 교수로 대체 가능하다고 회보함으로써 출입국사무소에 의하여 원고의 국내체류기간이 1984.2.28.로 제한되게 하여 그 고의 또는 과실로 위 교수임용계약에 반하여 원고로 하여금 더 이상 교수목적으로 국내에 체류하지 못하게 하였고, 위와 같이 원고에 대한 체류기간제한조치가 아주대학교의 위 회신에 따라 이루어졌고 아주대학교가 원고의 교체가능성에 대한 공식적인 판단을 표명한 데다가 체류기간이 만료된 후에는 새로운 입국자격의 취득이 필요하며 교육부의 외국인 교수 관리 방침이 그대로 존속하고 있는 사정 아래서는 원고가 교수목적의 새로운 입국자격을 얻기 위하여는 다른 특별한 사정이 없는 한 아주대학교측에서 위 회신을 철회함과 아울러 자신이 보낸 위 회신과는 달리 원고를 계속 교수로 임용하여 원래의 과목을 담당케 할 필요성이 있음을 관계 당국에 적극적으로 주장하여 이를 인식시키는 것이 전제로 되어야 할 것이고, 이에 원고의 신청 행위가 반드시 선행되어야 하는 것이 아님에도 피고가 적극적 행위를 하였다고 인정할 증거가 없으므로 원고가 1984.3.1.이후부터는 교수목적으로는 더 이상 국내에 체류할 수 없게 되었고, 그에 따라 교수임용계약에 따른 교수의무를 이행할 수 없게 된 것은 오로지 피고의 귀책사유로 인한 것이므로 위 휴직처분 및 면직처분은 무효이고, 따라서 피고와 원고 사이의 교수임용관계는 유효하게 존속한다고 하면서 피고는 민법 제538조 제1항의 규정에 따라 원고에게 임금을 지급할 의무가 있다고 판시하였다.

원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 이 사건에 대한 당원의 환송판결 판시 취지에 따른 것으로 정당하고 소론과 같은 심리미진이나 채증법칙위배 또는 민법 제538조 제1항의 법리오해가 없다.

또한 원고가 위 체류기간 내에 입국하여 체류기간연장신청 또는 교수목적의 입국자격 획득을 위한 신청이나 체류자격변경신청을 하지 아니하였다고 해서 그 교수의무 이행불능에 대하여 책임이 있다고 할 수 없고, 이는 오로지 피고의 귀책사유로 인한 것이라고 판시하면서 원심이 과실상계를 하지 아니한 조치도 수긍되므로 원고의 과실인정 여부에 관한 소론과 같은 심리미진이나 과실상계에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유없다.

## 2. 피고 소송대리인의 상고이유 제2점에 대하여

원심은 그 증거를 종합하여 원고가 1984년도에는 아주대학교의 정교수 39호봉의 급여를 지급받고 있었다는 것과 아주대학교의 교수의 호봉은 매 1년마다 1호봉씩 승급되고, 봉급은 매년도 1.1에 인상되어 12.31.까지의 균일한 급여액을 인정한 다음, 1984.3.1.부터 1990.5.30.까지 피고가 원고에게 지급하여야 할 봉급액을 산정하였다.

그러나 교육법 제151조 제1항은 각 학교의 학년은 3.1.에 시작하여 익년 2.말일에 끝난다고 규정되어 있고, 사립학교법 제30조는 학교법인의 회계년도는 그가 설치 경영하는 사립학교의 학년도에 따른다고 규정되어 있으므로 피고의 회계년도는 매년 3.1.부터 익년 2.말일까지라 할 것 이고, 피고 소속 교직원의 봉급은 회계년도에 따라 매년 3.1.부터 인상된다고 할 것이다. 따라서 원고의 봉급을 산정함에 있어서도 회계년도에 따라 구분하여 매년 1월과 2월에는 인상되지 아니한 전년도의 봉급표를 기준으로 하여 원고에게 지급하여야 할 봉급을 산정하는 것이 옳을 것이다. 그럼에도 불구하고 원심이 역년에 따라 인상되는 것을 전제로 인상된 당년도의 봉급표를 기준으로 이를 산정하였으니 이는 사립학교법 소정의 회계년도에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이다.

진정성립에 다툼이 없는 갑 제10호증의 1 내지 14와 갑 제19호증의 1 내지 7의 기재에 변론의 전취지를 종합하면, 원고가 교수로 임용되어 재직중 1983.9.1.에 39호봉으로 승급된 사실과 피고 소속 교수는 근속년수 매 1년마다 승급되는 사실을 알 수 있는바, 원심이 원고의 호봉에 대하여 1984.1.1.에 39호봉인 것을 전제로 매년 1호봉씩 승급되는 것으로 하고 또한 매년 1.1. 봉급이 인상된 것으로 하여 봉급을 산정함으로써 매년 1월과 2월은 당년 3.1.부터 인상된 봉급표를 적용함으로써 원고에게 유리하게 계산한 셈이 된다. 그런데 매년 9.1.부터 12.31.까지는 1호봉씩 낮게 산정되고, 매년도의 총액계산에 있어서는 원고에게 불리한 결과가 되나 이는 원고의 주장에 따른 것이다. 원심의 앞에서 본 바와 같은 위법은 판결에 영향이 있다고 할 것이므로 논지는 이유있다.

## 3. 피고 소송대리인의 상고이유 제3점에 대하여

원심은 피고가 원고에게 지급하여야 할 상여수당을 매년 급여합계금의 연 6백퍼센트로 인정하였다. 그런데 이 점에 관하여 피고는 피고 소속 교직원에게 상여수당으로 연 4백퍼센트와 정근수당으로 매년 6개월마다 1백퍼센트씩을 한도로 하여 근속년수 1년 미만인 경우에는 50퍼센트를 지급하고 근속년수 1년 이상인 경우에는 근속년수 1년마다 5퍼센트씩 증액하여 지급하고 있는 것으로 주장하고 있다.

기록을 살펴 보아도 원심인정과 같이 피고가 원고에게 상여수당을 연 6백퍼센트 지급하였다고 인정할 증거가 없고, 오히려 위 갑 제10호증의 1 내지 14의 기재에 의하면 피고가 1983년도에 원고에게 지급한 상여수당이 6백퍼센트 미만인 사실을 알 수 있다. 원심판결은 채증법칙을 위배하여 증거없이 사실을 인정하였거나 심리미진의 위법이 있다는 비난을 면치 못한다. 논지는 이유 있다.

## 4. 피고 소송대리인 상고이유 제4점과 원고의 상고이유

제1점에 대하여



### (1) 피고의 휴직기간 동안에 지급한 금원의 공제

기록에 의하면, 피고는 원고에게 휴직기간인 1984.3.1.부터 같은 해 10.31.까지 8개월 동안 월봉급액의 반액인 금 4,135,842원을 지급하였다고 주장하였고, 원고의 수령액수를 밝히지 아니하나 휴직기간 중 보수규정이 정하는 바에 따라 일정액을 지급하였다는 원심증인 권태익의 증언도 있다. 그럼에도 불구하고 원심은 이에 관한 아무런 판단이 없다. 원심으로서 원고가 실제로 수령한 휴직수당의 액수를 심리 확정하여 이를 손해액에서 공제하여야 할 것이다. 그리하여 원심판결에 심리미진, 판단유탈의 위법이 있다는 피고 소송대리인의 논지는 이유있다.

### (2) 중간수입공제

사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에 종사하여 이익을 얻은 때에는 사용자는 위 근로자에게 해고기간 중의 임금을 지급함에 있어 위의 이익(이른바 중간수입)의 금액을 임금액에서 공제할 수 있다. 위의 중간수입은 민법 제538조 제2항에서 말하는 채무를 면함으로써 얻은 이익에 해당하기 때문이다. 그런데 근로기준법 제38조는 근로자의 최저생활을 보장하려는 취지에서 사용자의 귀책사유로 인하여 휴업하는 경우에는 사용자는 휴업기간 중 당해 근로자에게 그 평균임금의 100분의 70(1989.3.29. 법률 제4099호로 개정되기 전에는 100분의 60) 이상의 수당을 지급하여야 한다고 규정하고 있고, 여기서의 휴업이란 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있음에도 불구하고 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 또는 불가능하게 된 경우도 포함된다고 할 것이므로 근로자가 지급받을 수 있는 임금액 중 근로기준법 제38조 소정의 휴업수당의 한도에서는 이를 이익공제의 대상으로 삼을 수 없고, 그 휴업수당을 초과하는 금액에서 중간수입을 공제하여야 할 것이다.

그리고 위 휴업수당을 초과하는 금액을 한도로 중간수입을 공제할 경우에도 중간수입이 발생한 기간이 임금지급의 대상으로 되는 기간과 시기적으로 대응하여야 하고 그것과는 시기적으로 다른 기간에 얻은 이익을 공제하여서는 안된다.

나아가서 근로기준법 제38조는 1989.3.29. 개정 공포되어 종전 평균임금의 60퍼센트이던 휴업수당이 70퍼센트로 변경되었으므로 이 사건의 경우 1984.3.1.부터 1989.3.28.까지는 구 법 소정의 휴업수당인 평균임금의 60퍼센트를, 그 이후부터는 개정된 법에 따라 70퍼센트를 각 초과하는 금액을 한도로 하여 중간수입을 공제하여야 할 것이다.

원심은 피고가 원고에게 1984.3.1.부터 1990.5.30.까지의 기간동안에 지급하여야 할 봉급의 총액을 금 137,618,129원을 산출한 다음, 그 증거에 의하여 원고가 면직처분기간 중인 1988.1.1.부터 1989.1.31.까지 13개월간 소외 한국공업표준협회에 책임전문위원으로 근무하면서 월급여 및 상여금으로 합계금 30,795,000원을 지급받은 사실을 인정하여 그 수입금액에다가 원고가 공제를 자인하는 미국시민으로서 1984.3.1.부터 아주대학교의 교수로 종사하지 못하고 다른 직업에 종사하여 지급받게 되는 미국 근로기준법 소정의 최저임금인 시간당 3.35달러씩 매월 580.67달러를 1달러당 833원 20전으로 환산한 금 25,142,733원을 가산한 합계 금 55,937,733원을 산출하여 이 금액이 위 금

137,618,129원 중 중간수입 공제한도인 4할을 초과한다고 보고 그 6할인 금 82,570,877원을 지급하여야 한다고 판시하였다.

그러나 원고가 소외 한국공업표준협회에 근무하면서 얻게 된 중간수입금 30,795,000원에 대하여서는 원고가 피고로부터 받게 될 봉급 중 위 중간수입의 대상으로 된 기간과 시기적으로 대응하는 기간에 해당하는 봉급을 기준으로 구 근로기준법 제38조 소정의 휴업수당인 평균임금의 60퍼센트를 제한 나머지금액을 초과하는지 여부를 결정할 필요가 있다. 다만 그 외의 기간에 대한 중간수입의 공제는 원고가 그 공제를 스스로 자인하고 있어 휴업수당을 초과하는 금액을 한도로 하지 아니하고 이를 공제하여도 무방할 것이다.

그리고 원심이 1989.3.29. 이후에도 구 근로기준법 제38조를 적용한 것은 잘못이나 이 날짜 이후에는 원고가 그 공제를 자인하는 미국 근로기준법상의 최저임금액을 공제한 것이고, 이 금액이 개정된 위 법률 소정의 휴업수당 70퍼센트를 공제한 나머지 금액을 초과하지 아니하므로 판결 결과에 영향이 없다. 이와 같이 피고 소송대리인의 논지는 이유 없고, 원고의 논지는 봉급의 총액에서 중간수입의 총액을 공제한 부분에 한하여 이유 있고 나머지 주장은 이유 없다.

### (3) 학생지도비, 호봉별, 직급별 연구비

원심은 피고가 원고에게 지급하여야 할 봉급액을 산정함에 있어 학생지도비 호봉별, 직급별 연구비를 산입하였는바, 갑 제19호증의 1 내지 17의 각 기재에 의하면 피고는 그 소속교수 등에게 그 직급에 따라 정기적, 일률적으로 학생지도비, 호봉별 연구비 및 직급별 연구비를 지급한 사실을 알 수 있으므로 위와 같은 금액을 임금에 포함시킨 원심의 조치는 정당하다. 피고 소송대리인의 이 점에 관한 주장은 이유없다.

## 5. 원고의 나머지 상고이유에 대하여

- (1) 원심판결 이유에 의하면, 원고가 항소심 변론 종결일 후부터 임용계약기간 만료시까지 사이에 발생할 임금부분에 대하여 중간이자를 공제한 현가를 즉시 지급할 것을 주장한데 대하여, 원심은 원고와 피고 사이의 위 교수임용계약에 기하여서는 원고의 아주대학교 교수복직시까지의 임금을 장래이행의 소로서 청구함은 모르되, 위 임용계약기간 만료일까지의 임금을 위와 같이 일시금으로 미리 청구할 아무런 근거가 없고, 위 임금 상당액의 청구가 변론종결일 이후에도 계속될 피고의 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상의 청구로 본다 하여도, 원고의 위 교수 복직시까지의 발생가능한 손해를 장래이행의 소로서 구하는 것은 모르되, 원고의 위 교수의무이행불능이 피고의 귀책사유에 인한 것이라는 이유로 원고와 피고 사이의 이 사건 환송전 고등법원 판결이 대법원에서 파기환송되는 등의 이 사건 소송과정에 비추어, 피고의 채무불이행 또는 불법행위 상태가 위 임용계약기간 만료시까지 계속될 것이라고 단정하기 어려운 이 사건에서, 그 상태가 위 임용계약기간 만료시까지 계속될 것이라는 전제에서 예상손해를 미리 중간이자를 공제하여 일시금으로 청구할 수는 없다고 판시하였다.

그런데 원고는 피고와의 교수임용계약관계가 여전히 유효하게 존속하는 것임을 주장



하여 위 교수임용계약 만료일까지 계속적 반복적으로 발생하게 될 임금의 지급을 구하면서 변론종결 이후의 임금에 대하여 중간이자를 공제한 현가를 구하고 있기 때문에 일응 즉시이행의 소로서 파악될 것이나 그 청구가 받아들여지지 아니할 경우에는 장래이행의 소로서 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있을 것이다. 원심으로서도 변론종결 이후의 임금청구 부분에 대하여 이 점을 석명하여 그 청구의 취지를 명백히 할 필요가 있는 것이다. 다만 장래 이행의 청구가 포함되어 있다고 볼 경우에도 변론종결 이후부터 교수로 복직할 때까지의 임금에 한한다고 보아야 할 것이다.

원심이 원심변론종결일 이후부터 위 교수임용기간내로서 원고의 복직시까지의 임금청구를 배척한 것은 석명권을 행사하지 아니하여 심리미진의 위법이 있거나 장래 이행의 소에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있는 경우에 해당한다고 할 것이다. 논지는 이 점에서 이유 있다.

- (2) 장래의 이행을 명하는 판결을 하기 위하여는 채무의 이행기가 장래에 도래하는 것뿐만 아니라 채무불이행사유가 그때까지 계속하여 존재한다는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 있어야 한다( 당원 1987.9.22. 선고86다카 2151 판결 참조). 원고는 장차 지급받게 될 퇴직금에 대하여 중간이자를 공제한 현가로 환산하여 즉시 지급하여 줄 것을 주장하는바, 원고가 위 교수임용계약 만료일까지 사이에 복직되지 않으리라고 단정할 자료가 없는 이 사건에서는 퇴직금 산정의 기초가 되는 원고의 퇴직일자(를) 변론종결 당시 확정적으로 예정하는 것이 불가능하므로 위와 같은 성질의 청구는 즉시이행은 물론 장래이행으로서도 용인할 수 없는 것이다.

원심이 퇴직금청구 부분을 배척한 것은 결과에 있어서 정당하다. 논지는 이유 없다.

- (3) 원심은 피고가 원고에게 지급하여야 할 매월 봉급액을 산정함에 있어 본봉, 학생지도비, 호봉별 연구비, 직급별 연구비 및 상여수당만을 포함시키고, 보직수당과 입시수당을 제외하였는바, 보직수당에 대하여는 원고가 휴직처분이나 직권면직처분 당시 학장 등의 보직을 맡고 있었다고 볼 증거가 없을 뿐만 아니라 아주대학교의 경영대학장으로 임용계약이 체결되었다고 볼 증거도 없고, 입시수당은 일률적, 정기적으로 지급되었다고 인정할 증거가 없고, 오히려 입시관리에 종사한 교수들에게 예산의 범위 내에서 지급된 것으로 보이기 때문에 이를 임금에 포함시킬 수 없다. 따라서 원심이 이러한 수당을 임금액의 산정에서 제외한 조치는 정당하다. 원심판결에 소론과 같은 채증법칙 위배나 심리미진 또는 임금에 대한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.
6. 이상과 같이 피고 소송대리인의 상고이유 일부와 원고의 상고이유 일부를 인용할 것이므로 지연손해금 등에 관한 원고의 상고이유에 대하여 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김상원(재판장), 박우동, 배석, 윤영철





## 참고 문헌

### 【참고 서적】

- 김근주·김기선 편, 노동판례리뷰 2017, 한국노동연구원, 2018.
- 김기선·김근주·박제성 편, 노동판례리뷰 2016, 한국노동연구원, 2017.
- 김수복, 근로기준법(개정5판), 중앙경제, 2018.
- 김수복, 채용에서 퇴직까지 법률지식(제25판), 중앙경제, 2018.
- 김형배, 새로 쓴 노동법(제25판), 박영사, 2016.
- 김형배·박지순, 노동법강의(제6판), 신조사, 2017.
- 고용노동부, 차별시정 판정·판결 사례집, 2017.
- 노동법실무연구회, 근로기준법 주해 I, II, III, 박영사, 2010.
- 서울지방노동위원회, 주제별 노동판례 200선, 2017.
- 이수영·임무송·최선애·양성필·부종식, 노동법 실무(전면 개정판), 중앙경제, 2019.
- 임종률 편저, 노동법(제16판), 박영사, 2018.
- 중앙노동위원회, 분기별 주요 노동판례, 각 분기.
- 중앙노동위원회, 주요 판례 100선, 2011.
- 중앙노동위원회, 주제별 판례 분석집, 2016.
- 중앙노동위원회, 주제별 판례 분석집(개정판), 2017.
- 최영우, 개별 노동법 실무(제5판), 중앙경제, 2017.
- 하갑래, 근로기준법(제30판), 중앙경제, 2018.
- 하갑래, 집단적 노동관계법(제5판), 중앙경제, 2018.
- 한국노동법학회, 노동판례100선, 박영사, 2014.

### 【홈페이지】

- 인터넷 대한민국법원 종합법률정보([glaw.scourt.go.kr](http://glaw.scourt.go.kr))
- 법제처 국가법령정보센터([www.law.go.kr](http://www.law.go.kr))
- 이레이버([www.elabor.co.kr](http://www.elabor.co.kr))
- 로앤비([www.lawnb.com](http://www.lawnb.com))



## 이 책을 만든 사람들

---

### 중앙노동위원회

|       |         |             |
|-------|---------|-------------|
| 박 준 성 | 중앙노동위원회 | 위원장         |
| 이 수 영 | 중앙노동위원회 | 사무처장        |
| 김 왕   | 중앙노동위원회 | 상임위원        |
| 장 근 섭 | 중앙노동위원회 | 前 조정심판국장    |
| 김 효 순 | 중앙노동위원회 | 조정심판국장      |
| 한 용 호 | 중앙노동위원회 | 前 심판2과장     |
| 박 정 웅 | 중앙노동위원회 | 심판2과장       |
| 김 윤 혜 | 중앙노동위원회 | 법무지원과장      |
| 김 재 훈 | 중앙노동위원회 | 교섭대표결정과 조사관 |
| 변 성 영 | 중앙노동위원회 | 심판1과 전문위원   |
| 김 원 영 | 중앙노동위원회 | 심판2과 조사관    |

### 지방노동위원회

|       |           |      |
|-------|-----------|------|
| 강 선 희 | 경기지방노동위원회 | 상임위원 |
| 나 기 형 | 충남지방노동위원회 | 사무국장 |
| 박 은 규 | 전남지방노동위원회 | 사무국장 |
| 김 성 권 | 경북지방노동위원회 | 사무국장 |
| 김 성 민 | 경남지방노동위원회 | 사무국장 |

### 자문위원

|       |           |      |
|-------|-----------|------|
| 유 성 재 | 중앙노동위원회   | 공익위원 |
| 권 오 성 | 경기지방노동위원회 | 공익위원 |
| 김 기 선 | 서울지방노동위원회 | 공익위원 |
| 박 은 정 | 경남지방노동위원회 | 공익위원 |

---

## 주제별 노동판례 330선

---

|       |                               |
|-------|-------------------------------|
| 초판 인쇄 | 2019년 10월 인쇄                  |
| 초판 발행 | 2019년 10월 발행                  |
| 발행처   | 중앙노동위원회                       |
| 주소    | 세종특별자치시 한누리대로 422, 정부세종청사 11동 |
| 편집    | 심판2과(044-202-8265)            |
| 인쇄    | 동명기획(044-868-7542)            |

---