

# 주제별 판례 분석집

- 개별적 근로관계 -

2016. 10.



중앙노동위원회  
National Labor Relations Commission



제1장 근로자 적격 .....	1
제1절 근로자 적격 개관 및 주요쟁점 .....	5
1. 개설 .....	5
2. 근로기준법상 근로자의 개념 .....	5
3. 근로기준법상 근로자성 판단기준에 관한 판례의 변화 .....	6
3.1 2006년 이전 .....	6
가. 근로자성 판단기준 .....	6
나. 구체적인 판단 사례 .....	7
3.2 2006년 이후 .....	8
가. 근로자성 판단기준 .....	8
나. 2006년 이전 판례와의 차이점 .....	10
다. 2006년 대입종합반강사 판결의 근로자성 판단기준에 따라 근로자성이 인정된 사례 .....	10
4. 판례에 나타난 사용종속관계의 구체적인 징표에 관한 판단 .....	11
4.1 업무내용을 사용자가 정하는지 여부 .....	11
4.2 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용 여부 .....	12
4.3 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지 .....	12
4.4 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속받는지 여부 .....	13
4.5 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지 여부 .....	13
4.6 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항 .....	14
4.7 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도 ...	14
4.8 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 ...	14
5. 노동조합법상 근로자의 개념 .....	15

6. 노동조합법상 근로자에 관한 주요 판례 .....	15
6.1 노동조합법상의 근로자성이 인정된 주요 사례 .....	15
6.2 노동조합법상의 근로자성이 부정된 주요 사례 .....	18
7. 근로기준법상 근로자와 노동조합법상 근로자의 관계 .....	20
<b>제2절 근로자 적격 관련 판례 .....</b>	<b>24</b>
1. 근로기준법상 근로자성 관련 판례 .....	24
1.1 근로자성을 인정한 판례 .....	24
가. 공무원 .....	24
나. 대학 시간강사 .....	25
다. 방과후학교 강사 .....	26
라. 백화점 매니저 .....	27
마. 법무법인 구성원으로 등기된 변호사 .....	27
바. 비등기 임원 .....	28
사. 사업자 등록상의 의사 .....	31
아. 시립교향악단 비상임단원 .....	32
자. 영상취재요원(VJ) .....	33
차. 원목 .....	34
카. 원어민 영어강사 .....	35
타. 객공(재봉공) .....	36
파. 전기검침원(전기요금 청구서 송달업무 포함) .....	37
하. 전화 보험설계사 .....	38
거. 채권추심원(1) .....	38
너. 채권추심원(2)(근로자성 인정을 회피하기 위하여 재계약을 한 경우) .....	40
더. 텔레마케터 .....	42
러. 프리랜서 방송제작PD .....	43
머. 학원버스기사 .....	44
버. 향운노조의 조합원 .....	45
서. 형식적 대표이사(실제 경영자가 별도로 있는 경우) .....	47
어. 화물운송 지입차주점 운전기사 .....	47

1.2 근로자성이 부정된 판례 .....	49
가. 간병인 .....	49
나. 골프장 경기보조원(캐디) .....	50
다. 국민기초생활보장법에 따른 자활사업 참여자 .....	51
라. 교회 부목사, 교육전도사 .....	52
마. 지자체와 위탁계약을 체결한 어린이집 원장 .....	52
바. 영상취재요원(VJ) .....	54
사. 유치원 버스기사 .....	54
아. 학원버스 기사 .....	55
자. 헬스장 개인교습 트레이너 .....	56
차. 화물운송 지입차주겸 운전기사 .....	56
카. 기타(선원에 대한 관할의 문제) .....	58
2. 노동조합법상 근로자성에 관한 판례 .....	59
2.1 골프장 경기보조원(캐디) .....	59
2.2 방송연기자 .....	60
2.3 불법체류 외국인 .....	62
2.4 학습지 교사 .....	63
<b>제2장 사용자 적격 .....</b>	<b>65</b>
<b>제1절 사용자 적격 개관 및 주요쟁점 .....</b>	<b>69</b>
1. 개설 .....	69
2. 사용자의 개념 및 사용자 지위 판단 기준 .....	69
2.1 사용자의 개념 .....	69
2.2 사용자 지위 판단 기준 .....	71
3. 피신청인 적격에 관한 주요 쟁점 .....	72
3.1 권리의무 귀속주체와 사용자 지위 판단 .....	72
가. ‘사업 경영 담당자’ 또는 ‘근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자’ .....	72
나. 법인이 설치한 하부기관 .....	72
다. 국가의 하부기관, 행정관청 및 시설 등 .....	73

3.2 간접고용관계와 사용자 지위 판단 .....	74
가. 간접고용과 사용자 지위 판단 요소 .....	75
1) 근로자의 채용과정 .....	75
2) 승진, 징계 등에 관한 실질적 권한 행사 .....	76
3) 근로자들에 대한 지휘·감독권의 행사 .....	77
4) 임금 및 수당 지급에 대한 실질적 영향력 행사 .....	77
5) 사업경영상 독립적인 물적 시설을 갖추었는지 여부 .....	78
나. 간접고용 관련 사용자 지위 인정 주요 유형 .....	79
1) 사실상 직접 고용관계 .....	79
2) 사실상 근로자파견관계 .....	82
3.3 근로자공급사업(항운노조원) .....	87
가. 항운노조의 사용자 지위 인정에 관한 판례 경향 .....	87
나. 사용자 지위를 인정한 사례 .....	88
다. 사용자 지위를 인정하지 않은 사례 .....	89
3.4 고용승계와 사용자 지위 판단 .....	89
가. 영업양도에 따른 고용승계와 사용자 지위 판단 .....	89
1) 영업양도 .....	89
2) 영업양도와 사용자 지위 판단 .....	90
3) 아파트 관리형태 변경과 사용자 지위 판단 .....	92
나. 수탁업체 변경에 따른 고용승계와 사용자 지위 판단 .....	93
4. 사용자 적격 불비 사건의 처리 .....	93
4.1 사용자가 아닌 자를 상대로 한 구제신청 .....	93
4.2 사용자가 아닌 자에 대한 노동위원회의 구제명령 .....	94
<b>제2절 사용자 적격 관련 판례 .....</b>	<b>95</b>
1. 사용자의 개념 .....	95
2. 사용자 지위 판단 기준 .....	96
3. 원청업체와 하청업체 근로자 사이의 묵시적 근로계약관계 인정 여부 ....	97
3.1 묵시적 근로계약관계가 인정된 판례 .....	97
가. 물류센터 사내협력업체 직원 .....	97
나. 조선소 사내협력업체 직원 .....	98
다. 대형할인매장 납품업체 직원 .....	99

라. 소사장 법인 직원 .....	100
마. 지입차량 차주 운전자 .....	101
3.2 목시적 근로계약관계가 인정되지 않은 판례 .....	102
가. K레일 K열차여승무원 .....	102
나. 사내협력업체 직원 .....	104
4. 원청업체와 하청업체 근로자 사이의 근로자파견관계의 인정 여부 .....	105
4.1 근로자파견관계가 인정된 판례 .....	105
가. H자동차회사 사내협력업체 직원 .....	105
나. 원청업체 야구버스 운전기사 .....	106
다. 사용사업체 파견 운전원 .....	107
라. K구청 안내도우미 .....	110
4.2 근로자파견관계가 인정되지 않은 판례 .....	111
가. 시공참여자(속칭 ‘오야지’)가 채용한 건설근로자 .....	111
나. 도급사와 별개로 사업자등록이 되어 있는 수급사의 직원 .....	112
다. 용역경비업체 직원 .....	112
라. 아파트 용역관리업체 직원 .....	113
마. 지방자치단체 위탁운영 어린이집 보육교사 .....	113
바. ○○회의 지교회 소속 근로자 .....	114
사. 검역용역업체 직원 .....	115
아. K열차 승객서비스 용역업체 여승무원 .....	115
5. 근로자공급사업자의 사용자 지위 인정 여부 .....	117
5.1 근로자공급사업자의 사용자 지위가 인정된 판례 .....	117
5.2 근로자공급사업자의 사용자 지위가 인정되지 않은 판례 .....	118
6. 고용승계와 사용자 지위 인정 여부 .....	120
6.1 고용승계가 인정된 판례 .....	120
6.2 고용승계가 인정되지 않은 판례 .....	120

### 제3장 구제이익·대상적격 ..... 123

#### 제1절 구제이익 ..... 127

##### 1. 구제이익 개관 ..... 127

1.1	구제이익의 의의	127
1.2	구제이익 판단의 기준시기	127
1.3	구제이익이 없는 경우의 조치	128
2.	구제이익 관련 판례	128
2.1	구제의 목적이 이미 달성된 경우	129
가.	해고 후 원직복직된 경우	129
나.	해고처분을 철회하면서 전보명령을 한 경우	132
다.	대기발령(직위해제) 이후 처분이 해제되어 다시 직위를 부여 받은 경우	132
라.	금전보상명령신청 후 원직복직이 이루어진 경우	132
2.2	사정변경으로 인하여 원상회복이 불가능해진 경우 (근로관계 종료, 폐업등)	132
가.	근로관계가 종료된 경우	132
나.	사업체가 소멸된 경우(사실상 사업계속이 불가능한 경우)	133
다.	전보명령 후 해고된 경우	134
2.3	별개의 민사소송에서 근로자 패소 판결이 확정된 경우	134
2.4	기타 구제이익이 문제되는 경우	135
가.	구제신청의 포기가 있는 것으로 인정되는 경우: 구제이익 소멸	135
나.	근로자가 불이익취급에 동의한 경우: 구제이익 소멸	136
다.	복수의 구제신청 중 하나가 인용된 경우의 나머지 구제 신청: 구제이익 유지	136
2.5	‘임금상당액 지급명령’과 관련한 독자적 구제이익의 인정 여부	136
가.	쟁점	136
나.	판례의 경향	136
1)	주류적 판례: 임금상당액 부분에 대한 구제이익 부정	136
2)	예외적 판례: 임금상당액 부분에 대한 구제이익 인정	138
3)	최근의 판례 태도	140
다.	유형별 분석	141
제2절	대상적격	146
1.	대상적격 개관	146
1.1	대상적격의 의의 및 판단기준	146



1.2 대상적격이 없는 경우의 처리 .....	148
2. 대상적격 관련 판례 .....	149
2.1 '그 밖의 징벌'로 볼 수 있는 경우 .....	149
2.2 연속된 두 개의 처분을 다투는 경우 .....	155
2.3 근로조건 위반에 대한 손해배상이 문제된 경우 .....	158
<b>제4장 채용내정, 시용근로관계 .....</b>	<b>161</b>
<b>제1절 채용내정 .....</b>	<b>165</b>
1. 채용내정의 개념과 법적 성질 .....	165
2. 채용내정취소의 정당성 판단기준 .....	166
3. 채용내정취소 관련 판례 .....	167
3.1 채용내정취소가 정당하다고 본 판례 .....	167
3.2 채용내정취소가 정당하지 않다고 본 판례 .....	170
<b>제2절 시용근로관계 .....</b>	<b>173</b>
1. 시용의 법률관계 .....	173
1.1 시용의 개념 .....	173
1.2 시용의 법적 성질 .....	174
1.3 시용근로관계 인정을 위한 판단요소 .....	175
가. 단체협약, 취업규칙, 근로계약상의 근거 .....	175
나. 취업규칙에 시용기간 적용이 선택사항으로 규정된 경우 .....	176
다. 근로자의 직무능력 등의 평가에 관한 필요성 .....	177
1.4 시용근로관계에 관한 판례 경향 .....	178
2. 시용기간 .....	179
2.1 시용기간의 제한 .....	179
2.2 시용기간의 연장 또는 갱신 .....	180
3. 시용근로자에 대한 본채용 거부 또는 시용기간 중 해고의 정당성 판단 .....	180
3.1 본채용 거부 또는 시용기간 중 해고의 정당성 판단기준 .....	180
가. 정당한 이유의 존재 .....	180
나. 해고 절차의 준수 .....	181
다. 합리적이고 객관적인 평가 .....	183

3.2 시용근로자의 해고 유형 개관 .....	183
가. 이력서 허위기재 및 경력사칭 관련 유형 .....	183
나. 업무적격성 결여 관련 유형 .....	184
1) 해고의 정당성을 인정한 경우 .....	185
2) 해고의 정당성을 부정한 경우 .....	186
다. 인성평가 및 위계질서 문란 관련 유형 .....	187
1) 해고의 정당성을 인정한 경우 .....	187
2) 해고의 정당성을 부정한 경우 .....	187
<b>제3절 시용근로관계 관련 판례 .....</b>	<b>188</b>
1. 시용근로관계 인정 관련 판례 .....	188
1.1 시용근로관계가 인정된 경우 .....	188
가. 면접표와 서약서에 시용의 취지가 기재된 경우 .....	188
나. 취업규칙에 필수적으로 시용기간을 둔 경우 .....	189
다. '일반직 수습직원 근로계약서'를 작성한 경우 .....	190
라. 시용기간이 포함된 취업규칙을 준수할 것을 서약한 경우 .....	190
마. 시용기간이 없는 계약서에 근로자가 먼저 서명하고 사용자가 시용기간을 기재한 후 근로자에게 교부한 경우 .....	191
1.2 시용근로관계가 인정되지 않은 판례 .....	192
2. 시용근로기간 관련 판례 .....	194
3. 본채용 거부 관련 판례 .....	196
3.1 본채용 거부의 정당성이 인정된 경우 .....	196
3.2 본채용 거부의 정당성이 부정된 경우 .....	197
4. 시용기간 중 해고 관련 판례 .....	201
4.1 시용기간 중 해고의 정당성이 인정된 경우 .....	201
4.2 시용기간 중 해고의 정당성이 부정된 경우 .....	204
<b>제5장 대기발령 .....</b>	<b>207</b>
<b>제1절 대기발령 개관 및 주요쟁점 .....</b>	<b>211</b>
1. 대기발령의 개념 .....	211
1.1 대기발령의 의의와 구별 개념 .....	211

가. 대기발령의 의의 .....	211
나. 대기발령과의 구별 개념 .....	212
1) 징계와의 구별 .....	212
2) 직위해제와의 관계 .....	214
1.2 대기발령의 종류 .....	214
2. 본안 전 판단: 대상적격 · 구제이익 · 소의 이익 .....	215
2.1 불이익을 수반하지 않는 대기발령 .....	215
2.2 사용자가 대기발령 처분을 해제한 경우 .....	215
2.3 후행처분이 있는 경우 .....	219
3. 대기발령의 정당성 .....	220
3.1 실체적 정당성 .....	220
가. 대기발령의 사유가 존재할 것 .....	220
나. 대기발령이 정당할 것 .....	223
다. 부당하게 장기간 행하여지지 아니할 것 .....	225
3.2 절차적 정당성 .....	226
<b>제2절 대기발령 관련 판례 .....</b>	<b>228</b>
1. 대기발령의 개념 관련 판례 .....	228
2. 대기발령의 실체적 정당성 관련 판례 .....	229
2.1 대기발령 사유 관련 .....	229
가. 대기발령에 관한 특별한 규정이 없는 경우 .....	229
나. 인사규정상 대기발령에 관한 규정이 있는 경우 .....	231
2.2 대기발령의 정당성 판단 방식 관련 .....	234
가. 판례의 일반적 경향 .....	234
나. 대기발령 사유의 존부만으로 정당성을 판단한 판례 .....	236
2.3 대기발령의 기간 관련 .....	240
가. 정당성 인정 판례 .....	240
나. 정당성 부정 판례 .....	241
3. 대기발령의 절차적 정당성 관련 판례 .....	243
3.1 절차 규정이 없는 경우 .....	243
3.2 근로자와의 협의를 거치지 않은 경우 .....	243
3.3 취업규칙 등에 대기발령이 징계의 일종으로 규정된 경우 .....	244

<b>제6장 전직·전보, 전적 등</b>	247
<b>제1절 전직·전보, 전적 등 개관 및 주요쟁점</b>	251
1. 전직·전보	251
1.1 전직·전보의 의의	251
1.2 전직·전보의 정당성	252
가. 근로내용·장소 특정시 근로자의 동의	252
나. 업무상 필요성	253
다. 생활상 불이익	255
라. 성실한 협의절차	256
1.3 전직·전보의 특수문제	257
가. 업무추진역(후선역) 제도	257
나. 노동위원회의 원직복직명령과 전보	258
다. 보직의 변경과 직급의 변경	259
2. 전적	259
2.1 전적의 의의	259
2.2 전적의 정당성	260
가. 근로자의 동의	260
나. 관행의 규범적 승인 내지 사실상의 제도화	261
다. 전적이 기업분할의 형식으로 이루어지는 경우	261
<b>제2절 전직·전보, 전적 등의 정당성에 관한 판례</b>	263
1. 전직·전보 관련 판례	263
1.1 근로내용·장소 특정시 근로자의 동의 여부	263
가. 근로자의 동의가 필요하다고 본 사례	263
나. 근로자의 사전 동의가 있었다고 본 사례	264
다. 근로자의 묵시적 동의를 인정한 사례	264
1.2 업무상 필요성	265
가. 업무상 필요성을 부정하거나 소극적으로 인정한 사례	265
나. 업무상 필요성으로 전직·전보의 정당성을 긍정한 사례	266
1.3 생활상 불이익	269
가. 생활상 불이익으로 전직·전보의 정당성을 부정한 사례	269

1.4 성실한 협의절차 .....	270
1.5 전직·전보의 특수문제 .....	271
가. 업무추진역(후선역) 제도 - 업무추진역 발령의 정당성을 긍정한 사례 .....	271
나. 노동위원회의 원직복직명령과 전보 .....	273
다. 보직의 변경과 직급의 변경 .....	274
1) 보직(직명)의 변경에 불과하다고 본 사례 .....	274
2) 직급의 변경에 해당한다고 본 사례 .....	276
2. 전직 관련 판례 .....	277
2.1 전직의 정당성 .....	277
가. 근로자의 동의 없는 전직이 무효라고 본 사례 .....	277
나. 포괄적 사전 동의로 근로자 동의 요건을 충족한다고 본 사례 ....	278
다. 묵시적 동의로 근로자 동의 요건을 충족한다고 본 사례 .....	278
라. 전직이 기업분할의 형식으로 이루어지는 경우 .....	279
마. 근로자의 동의 없는 전직 관행이 사실상 제도화되었다고 본 사례 .....	280

## 제7장 사직·합의해지 ..... 281

### 제1절 사직·합의해지 개관 및 주요쟁점 ..... 285

1. 사직·합의해지의 개념 .....	285
1.1 근로관계의 종료 원인으로서는 사직과 합의해지 .....	285
1.2 사직의 의사표시의 성격 .....	285
1.3 사직과 합의해지의 법률관계 .....	287
2. 사직의 의사표시 존부를 판단하는 요소 .....	287
3. 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임 .....	289
3.1 증명책임의 의의 .....	289
3.2 근로관계의 종료 원인과 증명책임의 분배 .....	289
3.3 판례의 경향 .....	290
4. 사직의 의사표시와 하자 .....	292
4.1 진의 아닌 의사표시 .....	292
4.2 강요 등 기타 의사표시의 하자 .....	294

5. 사직의 의사표시의 철회 .....	295
5.1 사직의 의사표시의 성격에 따른 철회 가능시점 .....	295
5.2 근로계약의 종료시점과 사직의 의사표시의 철회 가능시점 .....	296
<b>제2절 사직·합의해지 등 관련 판례 .....</b>	<b>297</b>
1. 사직의 의사표시 존부를 판단하는 요소 .....	297
1.1 사직의 의사표시 존재를 긍정한 사례 .....	297
1.2 사직의 의사표시 존재를 부정한 사례 .....	301
2. 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임 .....	303
2.1 사용자에게 증명책임을 부담시킨 사례 .....	303
2.2 근로자에게 증명책임을 부담시킨 사례 .....	306
2.3 기타 .....	308
3. 사직의 의사표시와 하자 .....	309
3.1 진의 아닌 의사표시 .....	309
가. 진의 아닌 의사표시가 인정되어 사직의 의사표시가 무효인 경우 .....	309
나. 진의 아닌 의사표시가 부정되어 사직의 의사표시가 유효인 경우 .....	312
3.2 기타 의사표시의 하자 .....	316
가. 강요에 의한 사직의 의사표시를 인정한 경우 .....	316
나. 강요에 의한 사직의 의사표시를 부정한 경우 .....	317
다. 사직의 의사표시가 반사회적질서의 약정에 의한 경우 .....	318
4. 사직의 의사표시의 철회 .....	319
4.1 사직의 의사표시의 성격에 대한 판례의 입장 .....	319
가. 사직의 의사표시를 해지통고로 본 경우 .....	319
나. 사직의 의사표시를 합의해지의 청약으로 본 경우 .....	324
<b>제8장 징계해고사유 .....</b>	<b>327</b>
<b>제1절 개설 .....</b>	<b>331</b>
<b>제2절 징계 사유별 판례의 태도 .....</b>	<b>333</b>

1. 학력·경력사칭, 이력서 허위 기재 .....	333
1.1 학력·경력 사칭의 의의와 판례 경향 .....	333
가. 의의 .....	333
나. 해고사유의 정당성 판단 .....	333
다. 경력 사칭의 하자 치유 .....	336
라. 경력 사칭과 징계시효 .....	337
마. 경력 사칭의 해고와 신의칙 .....	338
1.2 경력 사칭 해고 관련 종전 판례 .....	338
가. 징계해고의 정당성을 인정한 판례 .....	338
나. 징계해고의 정당성을 부정한 판례 .....	340
2. 무단결근 .....	341
2.1 의의 .....	341
2.2 종류 .....	341
가. 사용자의 승인을 얻지 않은 결근 .....	341
나. 연차휴가 .....	342
다. 전근·전보·전직 등 인사 명령에 불응한 결근 .....	345
라. 노동조합 활동과 무단결근 .....	347
2.3 해고사유로 되는 무단결근 기간의 계산 .....	348
가. 결근일수의 계산 .....	348
나. 휴일·비번일의 포함 여부 .....	349
3. 근무성적·태도 불량 .....	350
3.1 의의 .....	350
3.2 근무성적·태도 불량 관련 판례 .....	350
가. 징계사유의 정당성을 인정한 판례 .....	350
나. 징계사유의 정당성을 부정한 판례 .....	352
4. 업무상 지시 위반 .....	353
4.1 의의 및 판단기준 .....	353
4.2 업무지시 위반 관련 판례 .....	353
가. 운송사업체 승무 관련 지시의 정당성 .....	353
나. 시말서 제출 거부 .....	354
다. 기타 .....	355

5. 동료 또는 상사에 대한 폭력 행사 .....	356
5.1 의의 및 판단기준 .....	356
5.2 동료 또는 상사에 대한 폭력행사 관련 판례 .....	356
가. 징계해고의 정당성을 인정한 판례 .....	356
나. 징계해고의 정당성을 부정한 판례 .....	357
6. 범죄 행위와 중대한 사고로 인한 손해발생 .....	358
6.1 의의 .....	358
6.2 범죄 행위와 중대한 사고의 사유별 관련 판례 .....	358
가. 횡령, 운송수입금 미납 등 .....	358
1) 판례의 일반적 경향 .....	358
2) 횡령 .....	359
3) 운송수입금 미납 .....	361
나. 중대한 과실 등으로 인하여 회사에 손해를 야기한 경우 .....	362
다. 시설안전 규칙 위반 .....	363
라. 금품 및 향응 수수 .....	363
7. 사생활 비행 .....	363
7.1 의의 .....	363
7.2 사생활 비행 관련 판례 .....	364
가. 징계해고의 정당성을 인정한 판례 .....	364
나. 징계해고의 정당성을 부정한 판례 .....	365
8. 경업·겸직 금지 위반 .....	365
8.1 의의 .....	365
8.2 경업·겸직 금지 위반 관련 판례 .....	366
가. 징계사유의 정당성을 인정한 판례 .....	366
나. 징계사유의 정당성을 부정한 판례 .....	367
9. 회사에 대한 비방·진정, 내부고발 .....	368
9.1 의의 및 판단기준 .....	368
9.2 회사에 대한 비방·진정, 내부고발 관련 판례 .....	368
가. 징계사유의 정당성을 인정한 판례 .....	368
1) 고소, 고발, 언론 유포 행위 .....	368
2) 청원권 행사 .....	369



3) 소송 제기 .....	369
4) 내부 고발 .....	369
10. 직장내 성희롱 .....	370
10.1 의의 .....	370
10.2 '성희롱'의 성립요건 .....	370
10.3 성희롱에 따른 해고의 징계양정에 관한 판례의 경향 .....	371
11. 위법한 노동조합 활동 .....	387
11.1 의의 .....	387
11.2 정당한 노동조합 활동인지 여부의 판단기준 .....	387
11.3 위법한 노동조합 활동 관련 판례 .....	388
가. 조합활동과 징계사유의 정당성 .....	388
1) 징계사유의 정당성을 인정한 판례 .....	388
2) 징계사유의 정당성을 부정한 판례 .....	389
나. 유인물 배포와 노동조합 활동에 관한 판례 .....	390
12. 쟁의행위 .....	391
12.1 의의 및 판례의 일반적 경향 .....	391
12.2 쟁의행위의 정당성 판단 요건별 관련 판례 .....	393
가. 주체 .....	393
나. 목적 .....	393
다. 시기 및 절차 .....	394
라. 방법 .....	395
13. 노사면책 합의 .....	395
14. 형사상 범죄와 유죄판결 .....	396
14.1 의의 .....	396
14.2 미확정 판결도 '형사상 유죄판결'에 포함되는지 여부 .....	396
14.3 '형사상 유죄판결'은 '실형'만을 의미하는 것인지, 집행유예도 포함하는 것인지 여부 .....	397
14.4 유의사항 .....	397
<b>제3절 이중징계와 일사부재리 원칙 .....</b>	<b>398</b>
1. 의의 .....	398
2. 관련 판례 .....	398

제4절 징계해고로서의 당연퇴직과 권고사직 .....	400
1. 의의 .....	400
2. 당연퇴직 .....	400
3. 권고사직 .....	403
제9장 직권면직 .....	405
제1절 직권면직 개관 및 주요쟁점 .....	409
1. 직권면직의 의의 및 성질 .....	410
1.1 직권면직의 의의와 구별개념 .....	410
가. 의의 .....	410
나. 구별개념 .....	410
1.2 직권면직의 법적 성질: 해고 .....	411
2. 직권면직의 제한 .....	412
2.1 ‘정당한 이유’ 필요 .....	412
2.2 서면통지 필요 .....	414
2.3 시기상 제한 .....	415
2.4 정리해고의 요건 구비: 경영상 해고에 해당하는 경우 .....	415
2.5 인사규정상의 징계절차 준수 필요 여부: 원칙적 불요 .....	415
3. 직권면직규정의 해석 .....	416
3.1 해석의 원칙 .....	416
3.2 적용 예: 형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우의 해석 .....	417
4. 직권면직규정과 징계규정과 관계(직권면직에의 징계절차 적용여부) .....	417
4.1 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있고 양자가 실질적으로 구별되는 경우 .....	417
4.2 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있으나 양자가 실질적으로 동일한 경우 .....	419
4.3 직권면직사유가 별도로 규정되어 있지 않고 징계의 한 종류인 경우 .....	420
5. 대기발령에 이은 직권면직 .....	421
6. 직권면직사유별 검토 .....	424
6.1 형사상 범죄로 인한 유죄판결 .....	424

가. 판결 확정 여부 .....	424
나. 실행 판결 여부 .....	425
다. 정당성 판단 .....	428
6.2 무단결근 .....	428
6.3 복직원 미제출 .....	429
6.4 허위 이력서 제출, 경력 사칭 .....	430
6.5 노동능력 상실(신체장애 등) .....	430
6.6 자격취소 .....	431
6.7 근로자 파산 .....	431
6.8 업무 저성과 .....	431
6.9 기타 .....	432
<b>제2절 직권면직 관련 판례 .....</b>	<b>433</b>
1. 직권면직사유별 판례 .....	433
1.1 형사상 범죄로 유죄판결을 받았음을 사유로 한 사안 .....	433
가. 유죄판결의 확정 여부 .....	433
1) 확정 판결을 의미한다고 본 판례 .....	433
2) 미확정 판결의 경우도 직권면직사유로 인정한 판례 .....	434
나. 집행유예 판결의 포함 여부 .....	435
1) 실행 판결만을 의미한다고 본 판례 .....	435
2) 집행유예 판결을 포함한다고 본 판례 .....	436
다. 직권면직처분의 정당한 이유 .....	438
라. 정당성을 인정한 사안 .....	438
마. 정당성을 부정한 사안 .....	443
1.2 무단결근을 사유로 한 사안 .....	445
가. 정당성을 인정한 사안 .....	445
나. 정당성을 부정한 사안 .....	447
1.3 복직원 미제출을 사유로 한 사안 .....	447
가. 정당성을 인정한 사안 .....	447
나. 정당성을 부정한 사안 .....	448
1.4 허위 이력서 제출을 사유로 한 사안 .....	448
가. 정당성을 인정한 사안 .....	448

나. 정당성을 부정한 사안 .....	450
1.5 노동능력 상실을 사유로 한 사안 .....	452
가. 정당성을 인정한 사안 .....	452
나. 정당성을 부정한 사안 .....	454
1.6 자격취소를 사유로 한 사안 .....	455
1.7 근로자의 파산을 사유로 한 사안 .....	456
1.8 업무 저성과를 이유로 한 사안 .....	457
1.9 기타 .....	457
2. 징계절차의 적용 여부 관련 판례 .....	458
2.1 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있고 양자가 실질적으로 구별되는 경우 .....	458
2.2 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있으나 양자가 실질적으로 동일한 경우 .....	459
2.3 직권면직사유가 별도로 규정되어 있지 않고 직권면직이 징계의 한 종류인 경우 .....	460
3. 대기발령에 이은 직권면직 관련 판례 .....	460
3.1 정당성을 인정한 사안 .....	460
3.2 정당성을 부정한 사안 .....	464
<b>제10장 정리해고 .....</b>	<b>467</b>
<b>제1절 정리해고 개관 및 주요쟁점 .....</b>	<b>471</b>
1. 정리해고의 의의 .....	471
2. 정리해고의 정당성 요건 .....	471
2.1 개설 .....	471
2.2 긴박한 경영상의 필요성(제24조 제1항) .....	472
가. 긴박한 경영상의 필요성의 의미 .....	472
나. 긴박한 경영상의 필요성 판단범위 .....	473
다. 긴박한 경영상의 필요성 판단기준 .....	474
라. 긴박한 경영상 필요성 인정 여부 관련 사례 .....	476
2.3 해고회피노력(제24조제2항) .....	479

가. 해고회피노력의 의의 .....	479
나. 해고회피노력의 판단기준 .....	479
다. 해고회피노력 인정 여부 관련 사례 .....	480
1) 인정한 예 .....	480
2) 부정한 예 .....	482
2.4 해고대상자 선정의 합리성·공정성(제24조제2항) .....	484
가. 해고대상자 선정의 합리성·공정성의 의의 .....	484
나. 해고대상자 선정의 합리성·공정성 판단기준 .....	484
다. 해고대상자 선정의 합리성·공정성 인정 여부 관련 사례 .....	485
1) 인정한 예 .....	485
2) 부정한 예 .....	486
2.5 근로자대표에 대한 사전통보 및 성실한 협의(제24조제3항) .....	488
가. 사전협의 절차의 취지 .....	488
나. 사전협의 절차의 체계적 지위 .....	489
다. 사전협의의 상대방 .....	489
1) 사전협의의 상대방은 ‘근로자대표’임 .....	489
2) 근로자대표성을 인정하는 판례의 태도 .....	489
3) 근로자대표성을 부정하는 판례의 태도 .....	492
라. 사전협의의 정도 및 방법 .....	492
1) 사전협의 정도와 방법에 있어 정당성을 인정한 사례 .....	492
2) 사전협의의 정도와 방법에 있어 정당성을 부정한 사례 .....	493
마. 사전통보기간 .....	494
3. 기타 정리해고 관련 논점 .....	494
3.1 고용안정협약 .....	494
가. 고용안정협약의 구분 .....	494
나. 고용안정협약의 ‘협의’의 의미 .....	495
다. 단체협약의 고용보장조항과 사정변경 .....	496
3.2 우선재고용 의무 .....	496
<b>제2절 정리해고 관련 판례 .....</b>	<b>498</b>
1. 긴박한 경영상 필요성 인정 여부 .....	498
1.1 긴박한 경영상 필요성 판단의 범위 .....	498

1.2	긴박한 경영상 필요성 판단의 기준시점	505
1.3	긴박한 경영상의 필요성을 인정한 사례	506
1.4	긴박한 경영상의 필요성을 부정한 사례	518
	가. 사용자가 경영상 필요의 근거로 삼는 지표 이외의 다른	
	지표들은 안정적인 경우	518
	나. 회계지표 악화의 원인이 과다인원과 관계가 없는 경우	521
	다. 경영상 위기의 일반적인 상황에 반하는 간접사실들이 다수	
	있는 경우	522
2.	해고회피노력 충족 여부	523
2.1	사용자의 해고회피노력을 인정한 사례	523
2.2	사용자의 해고회피노력을 부정한 사례	533
3.	해고대상자 선정의 합리성·공정성 인정 여부	546
3.1	해고대상자 선정의 합리성·공정성을 인정한 사례	546
3.2	해고대상자 선정의 합리성·공정성을 부정한 사례	554
4.	근로자대표에 대한 사전통보 및 성실한 협의 인정 여부	566
4.1	사전협의의 상대방	566
	가. 근로자 대표성을 인정한 사례	566
	나. 근로자대표성을 부정한 사례	572
4.2	사전협의의 정도 및 방법	574
	가. 사전협의 정도 및 방법에 있어 정당성을 인정한 사례	574
	나. 사전협의 정도 및 방법에 있어 정당성을 부정한 사례	576
4.3	사전통보기간 위반의 효과	580
5.	기타 정리해고 관련 논점	580
5.1	단체협약의 정리해고동의조항 관련	580
	가. 단체협약의 '합의'의 의미를 '협의'로 본 사례	580
	나. 단체협약의 '합의'의 의미를 '합의'로 본 사례	584
5.2	단체협약의 고용보장조항 관련	585
5.3	우선재고용의무의 법적 성질	588
<b>제11장 징계절차</b>		<b>591</b>
<b>제1절 징계절차 개관 및 주요쟁점</b>		<b>595</b>

1. 개설 .....	595
2. 징계절차 규정의 법적 지위 .....	595
2.1 징계절차 규정이 있는 경우 .....	595
가. 징계절차 규정이 있는 경우 이를 위반한 징계는 원칙적으로 무효 .....	595
나. 징계절차 규정 상호 간에 다른 내용이 있는 경우 .....	597
2.2 징계절차 규정이 없는 경우 .....	599
2.3 징계절차 규정이 임의규정인 경우 .....	600
2.4 징계절차를 규정한 단체협약의 유효기간이 경과된 경우 .....	601
2.5 통상해고, 당연퇴직처분에 대한 징계절차 적용 여부 .....	602
2.6 징계관련 내부적인 보고절차에 관한 규정 위반 .....	603
3. 소명(변명)기회 부여 .....	603
3.1 소명(변명)기회 부여와 관련한 문제 .....	603
3.2 출석하여 소명이 반드시 이루어져야 하는지 여부 .....	604
3.3 소명권 포기·남용 여부 .....	605
4. 사전통지 관련 문제 .....	605
4.1 사전통지를 반드시 해야 하는지 여부 .....	605
4.2 사전통지의 상대방 .....	606
4.3 사전통지의 방법 .....	607
4.4 사전통지의 시기 .....	608
4.5 사전통지 시 혐의사실 고지의 구체성 정도 .....	609
4.6 사전통지 위반의 하자 치유 .....	610
5. 징계위원회의 구성 및 운영 .....	610
5.1 징계위원회 구성 규정을 위반한 징계처분의 효력: 무효 .....	610
5.2 ‘징계사유와 관계있는 자’의 징계위원 참석 가능 여부 .....	611
5.3 의장윤번제 .....	614
5.4 징계 가부가 동수인 경우 .....	615
5.5 외부인의 참여 가능 여부 .....	615
가. 사용자가 선정하는 인사위원 .....	615
나. 단체협약 등에 증인 신청 규정이 있는 경우 .....	615
다. 징계절차에서의 징계혐의자의 대리인(변호사) 선임 가능 여부 .....	615
5.6 징계위원회 구성의 하자 치유 .....	616

6. 근로자 대표를 참여시키지 않은 징계절차의 적법성 .....	617
6.1 근로자 대표를 반드시 참여시켜야 하는지 여부 .....	617
6.2 근로자 측 위원 자격·선임 방법 등에 관한 규정이 없는 경우 .....	617
7. 사전동의 또는 사전협의 규정 관련 .....	619
7.1 사전동의(합의)를 요하는 규정의 효력 .....	619
가. 동의를 얻지 않은 징계의 효력 .....	619
나. 동의의 방법 .....	620
7.2 사전동의권 포기·남용 관련 .....	620
7.3 사전협의를 요하는 규정의 효력 .....	621
7.4 동의와 협의의 구분이 모호한 경우 .....	621
8. 징계재심절차와 관련한 문제 .....	622
8.1 징계재심절차를 반드시 거쳐야 하는지 여부 .....	622
가. ‘변명기회 부여’와 관련한 재심절차 규정이 없는 경우 .....	622
나. ‘징계재심위원회 구성’과 관련한 재심절차 규정이 없는 경우 .....	622
8.2 징계재심절차에 중대한 하자가 있는 경우 .....	623
8.3 징계재심절차에 의한 하자 치유 .....	624
9. 재징계 .....	626
10. 징계시효 .....	627
10.1 징계시효의 의의 .....	627
10.2 징계시효의 기산점 .....	627
10.3 징계시효의 정지 .....	628
10.4 징계시효의 완성 .....	628
10.5 ‘징계시효’와 ‘징계절차와 관련한 기간’의 구별 .....	629
가. 징계절차와 관련한 기간 .....	629
나. 구별 기준 .....	631
10.6 취업규칙 개정 전 비위행위에 대한 연장된 징계시효의 소급적용 여부 판단 .....	631
<b>제2절 징계절차 관련 판례 .....</b>	<b>634</b>
1. 징계절차 규정의 법적 지위에 관한 판례 .....	634
1.1 징계절차 규정이 있는 경우 .....	634
1.2 징계절차 규정이 없는 경우 .....	635



1.3 징계절차 규정이 임의규정인 경우 .....	636
1.4 징계절차를 규정한 단체협약의 유효기간이 경과된 경우 .....	638
2. 소명(변명)기회 부여 관련 판례 .....	639
3. 징계위원회 사전통지 관련 판례 .....	642
3.1 사전통지를 반드시 해야 하는지 여부 .....	642
3.2 사전통지의 상대방 .....	645
3.3 사전통지의 시기 및 방법 .....	646
3.4 사전통지 시 혐의사실 고지의 구체성 정도 .....	650
4. 징계위원회 구성 관련 판례 .....	653
4.1 징계위원회 구성 관련 규정이 있는 경우 .....	653
4.2 '징계사유와 관계있는 자'의 징계위원 참석 가능 여부 .....	660
4.3 의장윤번제 관련 .....	663
4.4 징계 가부가 동수인 경우 .....	663
4.5 외부위원 참여 가능 여부 .....	665
4.6 징계위원회 구성의 하자 치유 .....	666
4.7 근로자 대표를 참여시키지 않은 징계절차의 적법성 .....	667
가. 근로자 대표를 반드시 참여시켜야 하는지 여부 .....	667
나. 근로자측 위원 자격·선임 방법 등에 관한 규정이 없는 경우 .....	671
5. 사전동의 또는 사전협의 규정 관련 판례 .....	673
6. 징계재심절차 관련 판례 .....	676
6.1 징계재심절차를 반드시 거쳐야 하는지 여부 .....	676
가. '변명기회 부여'와 관련한 재심절차 규정이 없는 경우 .....	676
나. '징계재심위원회 구성'과 관련한 재심절차 규정이 없는 경우 .....	678
6.2 징계재심절차에 중대한 하자가 있는 경우 .....	678
6.3 징계재심절차에 의한 하자 치유 .....	681
7. 재징계 관련 .....	681
8. 징계시효 관련 판례 .....	683
8.1 징계시효의 기산점 .....	683
8.2 징계시효의 정지 .....	685
8.3 징계시효의 완성 .....	687
9. 징계절차와 관련한 기간 .....	689

10. 취업규칙 개정 전 비위행위에 대한 연장된 징계시효의 소급적용 여부 판단 .....	691
11. 기타 판례 .....	692
<b>제12장 이행강제금 .....</b>	<b>695</b>
<b>제1절 이행강제금 개관 및 주요쟁점 .....</b>	<b>699</b>
1. 의의 .....	699
2. 법적 근거 및 성질 .....	699
3. 근로기준법상 이행강제금 .....	700
4. 이행강제금의 부과절차 .....	700
4.1 구제명령 이행 지도 .....	700
4.2 구제명령 이행 여부 확인 및 확인결과보고서 작성 .....	701
4.3 부과예고 .....	701
4.4 이행강제금 부과결정 .....	701
4.5 이행강제금 부과처분 .....	702
4.6 이행강제금의 추가 부과 .....	702
4.7 이행강제금의 부과유예 .....	702
4.8 이행강제금의 반환 .....	703
<b>제2절 이행강제금 부과처분에 대한 불복 .....</b>	<b>704</b>
1. 개관 .....	704
2. 본안 전 판단 .....	704
2.1 원고(청구인)적격 · 대상적격 .....	704
2.2 피고(피청구인)적격 .....	705
2.3 제소기간 .....	705
3. 이행강제금 부과처분의 위법성 .....	706
3.1 구제명령의 하자과 이행강제금 부과처분의 관계 .....	706
3.2 구제명령의 이행 여부 또는 이행할 수 없는 사유에 대한 판단 ...	707
가. 원직복직 관련 판례 .....	707
나. 임금상당액 지급에 관한 판례 .....	707
다. 구제명령 불이행 여부의 판단시점 .....	709

3.3 이행강제금 부과금액의 적정성 .....	709
가. 이행강제금의 부과기준 .....	709
나. 이행강제금 부과금액의 적정성에 관한 판례 .....	710
3.4 이행강제금 부과절차의 적법성 .....	710
4. 이행강제금 부과처분에 대한 집행정지 인정 여부 .....	711
<b>제3절 이행강제금 부과처분 불복절차 관련 판례 .....</b>	<b>713</b>
1. 구제명령의 하자과 이행강제금 부과처분의 관계에 관한 판례 .....	713
2. 구제명령의 이행 여부 또는 이행할 수 없는 사유에 대한 판례 .....	715
2.1 원직복직 관련 판례 .....	715
가. 원직복직 일반론에 관한 판례 및 구제명령을 이행하였다고 본 사례 .....	715
나. 구제명령을 이행하지 않았거나, 이행하지 못함에 있어 정당한 사유가 없다고 본 사례 .....	716
2.2 임금상당액 지급에 관한 판례 .....	718
가. 임금상당액 지급 일반론에 관한 판례 및 구제명령을 이행하였다고 본 사례 .....	718
나. 구제명령을 이행하지 않았거나, 이행하지 못함에 있어 정당한 사유가 없다고 본 사례 .....	719
2.3 구제명령 불이행의 판단시점에 관한 판례(재결례) .....	724
3. 이행강제금 부과금액의 적정성 관련 판례 .....	725
4. 이행강제금 부과절차의 적법성 관련 판례 .....	726
5. 이행강제금 부과처분에 대한 집행정지 관련 판례 .....	728
<b>제13장 기간제 근로계약 .....</b>	<b>729</b>
<b>제1절 기간제 근로계약 개관 및 주요쟁점 .....</b>	<b>733</b>
1. 개설 .....	733
2. 기간제 근로계약의 종료 .....	733
2.1 원칙 .....	733
2.2 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 볼 수 있는 경우 .....	734
2.3 기간의 정함이 없는 근로계약인지 여부에 관한 구체적 판단기준 .....	735

2.4 기간제 근로계약이 문제되는 사건의 해결과정	736
3. 갱신기대권	737
3.1 갱신기대권 인정법리	737
3.2 갱신기대권 인정 여부에 대한 구체적 판단기준	738
가. 갱신의무 또는 갱신 절차 규정 등의 존재	738
나. 상시·계속적인 사업(업무)	739
다. 평가 등의 존재	740
라. 관행의 존재	741
마. 기타	741
3.3 기간제법 시행 이후 갱신기대권	742
가. 문제의 소재	742
나. 기간제법 시행 이전 체결된 기간제 근로계약	743
다. 기간제법 시행 이후 신규 체결된 기간제 근로계약	744
1) 2년을 초과하는 갱신기대권을 부정한 판결	745
2) 2년을 초과하는 갱신기대권을 긍정한 판결	746
3) 갱신기대권과 무기계약 전환 기대권과의 구별 논의	747
3.4 계약갱신 거절에 있어서 합리적 이유	750
4. 사용기간제한의 예외 관련	753
4.1 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우	753
4.2 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우	754
4.3 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우	754
4.4 「고령자고용촉진법」 제2조제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우	754
4.5 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우	755
가. 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우	755
나. 정부의 복지정책 실업대책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우	756
4.6. 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우	757

4.7 사용기간의 제한 예외사유와 기간제법 시행 이후의 갱신기대권	758
<b>제2절 기간제 근로계약 관련 판례</b>	761
1. 사실상 무기계약으로 인정한 판례	761
2. 갱신기대권이 인정된 판례	768
3. 갱신기대권이 부정된 판례	775
4. 기간제법 시행 이후 갱신기대권 관련 판례	789
4.1 기간제법 시행 이전 신규 체결된 기간제 근로계약	789
4.2. 기간제법 시행 이후 신규 체결된 기간제 근로계약	790
가. 2년을 초과하는 갱신기대권을 부정한 판결	790
나. 2년을 초과하는 갱신기대권(또는 무기계약 전환 기대권)을 긍정한 판결	797
5. 갱신거절에 있어 합리적 이유가 있다고 본 판례	803
6. 갱신거절에 있어 합리적 이유가 없다고 본 판례	810
7. 사용기간제한의 예외 관련 판례	819
7.1 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우	819
7.2 고령자고용촉진법 제2조제1호의 규정에 의한 고령자와 근로계약을 체결하는 경우	821
7.3 전문적 지식 기술의 활용이 필요한 경우(전문국가자격을 소지하고 해당분야에 종사하는 경우)	822
7.4 정부의 복지정책·실업대책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우	825
7.5 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우	827
8. 기타 판례	833
<b>제14장 차별시정</b>	837
<b>제1절 차별시정 개관 및 주요쟁점</b>	841
1. 개설	841
2. 차별시정 명령의 의의	842
3. 차별시정 명령의 요건	842

<b>제2절 차별시정 명령의 구체적 요건</b>	843
1. 당사자적격과 제척기간	843
1.1 당사자적격	843
가. 신청인 적격	843
1) 기간제근로자	843
2) 단시간근로자	844
3) 파견근로자	844
나. 피신청인 적격	845
1.2 제척기간	846
2. 비교대상근로자	847
2.1. 비교대상근로자의 의미	847
2.2 비교대상근로자가 다수인 경우 선정기준	848
2.3 기타 비교대상근로자 관련 쟁점	848
3. 차별금지영역	849
3.1 차별금지영역의 의미	849
3.2 차별금지영역 포함 여부 판단사례	851
4. 불리한 처우	851
4.1 불리한 처우의 의미	851
4.2 불리한 처우의 판단방법	851
가. 항목별 비교 방식	852
나. 범주화 비교 방식	852
5. 합리적 이유	852
<b>제3절 차별시정 명령</b>	854
1. 차별시정 명령의 내용	854
<b>제4절 차별시정 요건별 관련 판례</b>	856
1. 제척기간 관련 판례	856
2. 기간제법 적용여부 관련 판례	859
3. 구제이익, 소의 이익 관련 판례	862
4. 비교대상자 관련 판례	864
4.1 대학교 시간강사의 비교대상근로자	864

4.2	기간제 민간조리원의 비교대상근로자	865
4.3	단시간 조리보조원의 비교대상근로자	866
4.4	은행 내부통제점검자에 대한 비교대상근로자	867
4.5	철도 매표원 등에 대한 비교대상근로자	867
4.6	중형버스 운전원에 대한 비교대상근로자	868
4.7	기간제 부지점장의 비교대상근로자	869
4.8	백화점 기간제 계산원, 수영·헬스 강사 등에 대한 비교대상근로자	871
4.9	연구소의 참여연구원에 대한 비교대상근로자	872
4.10	공항전력시설 유지관리업무 기간제근로자	873
4.11	근로직업상담원과 전화상담원	874
4.12	부자재보조와 약품원료보조 업무담당 기간제근로자	877
4.13	사료연구위원	877
4.14	사무보조원	879
4.15	카지노 계약직 딜러	880
5.	불리한 처우 존재 관련 판례	881
5.1	항목별 비교 방식에 따라 판단한 사례	881
5.2	범주화 비교 방식에 따라 판단한 사례	882
6.	합리적 이유 관련 판례	886
6.1	합리적 이유를 부정한 판례	886
6.2	합리적 이유를 인정한 판례	894





# 제 1 장

## 근로자 적격

제1절 근로자 적격 개관 및 주요쟁점	5
1. 개설	5
2. 근로기준법상 근로자의 개념	5
3. 근로기준법상 근로자성 판단기준에 관한 판례의 변화	6
4. 판례에 나타난 사용종속관계의 구체적인 징표에 관한 판단	11
5. 노동조합법상 근로자의 개념	15
6. 노동조합법상 근로자에 관한 주요 판례	15
7. 근로기준법상 근로자와 노동조합법상 근로자의 관계	20
제2절 근로자 적격 관련 판례	24
1. 근로기준법상 근로자성 관련 판례	24
2. 노동조합법상 근로자성에 관한 판례	59



## 목 차

<b>제1절 근로자 적격 개관 및 주요쟁점</b> .....	5	4.7 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도 .....	14
1. 개설 .....	5	4.8 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 .....	14
2. 근로기준법상 근로자의 개념 .....	5	5. 노동조합법상 근로자의 개념 .....	15
3. 근로기준법상 근로자성 판단기준에 관한 판례의 변화 .....	6	6. 노동조합법상 근로자에 관한 주요 판례 ...	15
3.1 2006년 이전 .....	6	6.1 노동조합법상의 근로자성이 인정된 주요 사례 .....	15
가. 근로자성 판단기준 .....	6	6.2 노동조합법상의 근로자성이 부정된 주요 사례 .....	18
나. 구체적인 판단 사례 .....	7	7. 근로기준법상 근로자와 노동조합법상 근로자의 관계 .....	20
3.2 2006년 이후 .....	8		
가. 근로자성 판단기준 .....	8	<b>제2절 근로자 적격 관련 판례</b> .....	24
나. 2006년 이전 판례와의 차이점 .....	10	1. 근로기준법상 근로자성 관련 판례 .....	24
다. 2006년 대입종합반강사 판결의 근로자성 판단기준에 따라 근로자성이 인정된 사례 .....	10	1.1 근로자성을 인정한 판례 .....	24
4. 판례에 나타난 사용종속관계의 구체적인 징표에 관한 판단 .....	11	가. 공무원 .....	24
4.1 업무내용을 사용자가 정하는지 여부 ...	11	나. 대학 시간강사 .....	25
4.2 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용 여부 .....	12	다. 방과후학교 강사 .....	26
4.3 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지 .....	12	라. 백화점 매니저 .....	27
4.4 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속받는지 여부 .....	13	마. 법무법인 구성원으로 등기된 변호사 ...	27
4.5 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지 여부 .....	13	바. 비등기 임원 .....	28
4.6 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항 ...	14	사. 사업자 등록상의 의사 .....	31
		아. 시립교향악단 비상임단원 .....	32
		자. 영상취재요원(VJ) .....	33
		차. 원목 .....	34
		카. 원어민 영어강사 .....	35
		타. 객공(재봉공) .....	36
		파. 전기검침원(전기요금 청구서 송달업무 포함) .....	37
		하. 전화 보험설계사 .....	38
		거. 채권추심원(1) .....	38
		너. 채권추심원(2)(근로자성 인정을 회피하기 위하여 재계약을 한 경우) .....	40

## 목 차

더. 텔레마케터 .....	42
러. 프리랜서 방송제작PD .....	43
머. 학원버스기사 .....	44
버. 향운노조의 조합원 .....	45
서. 형식적 대표이사(실제 경영자가 별도로 있는 경우) .....	47
어. 화물운송 지입차주점 운전기사 .....	47
1.2 근로자성이 부정된 판례 .....	49
가. 간병인 .....	49
나. 골프장 경기보조원(캐디) .....	50
다. 국민기초생활보장법에 따른 자활 사업 참여자 .....	51
라. 교회 부목사, 교육전도사 .....	52
마. 지자체와 위탁계약을 체결한 어린이집 원장 .....	52
바. 영상취재요원(VJ) .....	54
사. 유치원 버스기사 .....	54
아. 학원버스 기사 .....	55
자. 헬스장 개인교습 트레이너 .....	56
차. 화물운송 지입차주점 운전기사 .....	56
카. 기타(선원에 대한 관할의 문제) .....	58
2. 노동조합법상 근로자성에 관한 판례 .....	59
2.1 골프장 경기보조원(캐디) .....	59
2.2 방송연기자 .....	60
2.3 불법체류 외국인 .....	62
2.4 학습지 교사 .....	63

## 제1절 근로자 적격 개관 및 주요쟁점

### 1. 개설

「근로기준법」(이하 꺾쇠를 모두 생략하고 “근로기준법”이라 함) 제28조제1항은 근로자만이 노동위원회에 부당해고 등의 구제신청을 제기할 수 있도록 하고 있고, 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 “노동조합법”이라 함) 제82조제1항에서도 ‘근로자’ 또는 노동조합에게 부당노동행위 구제신청을 제기할 수 있도록 하고 있으며, 「노동위원회 규칙」 제60조제1항제3호는 당사자 적격이 없는 경우 노동위원회의 심판사건을 각하하도록 하고 있음

즉 근로자 적격이란 구제신청절차에 있어서 신청인이 될 수 있는 자격을 말함

그런데 근로기준법 및 노동조합법은 근로자에 대한 정의 규정을 두고 있으나 근로자성에 대한 구체적인 판단이 쉽지 않은 경우가 있음

따라서 아래에서는 근로기준법 및 노동조합법상 근로자성 판단에 관한 판례의 태도와 구체적인 판단 사례를 살펴봄으로써 근로자성 판단에 대한 이해를 돕고자 함

### 2. 근로기준법상 근로자의 개념

근로기준법 제2조제1항제1호는 ‘근로자’를 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에서 근로를 제공하는 자”로 정의하고 있음

판례는 근로자에 해당하는지는 계약 형식에 관계없이 실질적으로 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공했는지에 따라 판단해야 한다고 보고 있음<sup>1)</sup>

따라서, 직업의 종류를 불문하므로 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자이면 예컨대, 교육·훈련과 근로제고를 겸할 수 있는 위탁실습생<sup>2)</sup>이나 수련의<sup>3)</sup>도 근로자에 해당할 수 있고, 회사 이사 등 임원도 지위가 형식적·명목적일뿐, 실질적으로 대표이사 등의 지휘감독 아래 일정한 근로를 제공하고 대가로 보수를 받아온 경우<sup>4)</sup>에는 근로자에 해당할 수 있음

1) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다50601 판결

2) 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2920 판결

3) 대법원 1991. 11. 8. 선고 91다27730 판결

4) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결

결국, 근로기준법상 근로자성 판단에서 가장 **본질적이고 중요한 요소**는 직종이나 직위가 아닌 **‘사용종속관계’**라 할 것임

### 3. 근로기준법상 근로자성 판단기준에 관한 판례의 변화

#### 3.1 2006년 이전

##### 가. 근로자성 판단기준

2006년 대법원의 **대학입시학원 종합반강사의 퇴직금청구 사건**<sup>5)</sup>에 관한 판결(이하 ‘2006년 대입종합반강사 판결’이라 함)이 나오기 이전까지 근로자성은 대체적으로 1994년도에 대법원에서 선고된 판결(이하 ‘1994년 대법원 판결’이라 함)<sup>6)</sup>의 입장에 따라 판단되었음

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

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

5) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결

6) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결

## 【대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결】

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

## 나. 구체적인 판단 사례

2006년 대입종합반강사 판결이 나오기 이전까지 대체로 1994년 대법원 판결에 따라 근로자성을 판단하였으나 판례들 간에는 동일한 직종에 대해서도 구체적인 사안에 따라 그 결론을 달리함

〈표 1-1〉 근로자성에 관한 구체적 판단 사례

직종	근로자성 인정	근로자성 부정
외근형 노무제공자	신문사 광고외근원 <sup>7)</sup> , 방송사 시청료 위탁징수원 <sup>8)</sup> , 신문판매확장 요원 <sup>9)</sup>	전기요금 위탁 수금원 <sup>10)</sup> , 생명보험회사 외무 사원 <sup>11)</sup> , 학습지 교사 <sup>12)</sup> , 보험설계사 <sup>13)</sup> , 방문판매회사 판매대리인 <sup>14)</sup> 등
차량 운전자	수영장 전속기사 <sup>15)</sup> , 오토바이 소유 토크서비스 택배종사자 <sup>16)</sup>	지입차주 겸 운전자 <sup>17)</sup> , 회사 소유 차량 운전 레미콘 운전기사 <sup>18)</sup> , 레미콘 차주 겸 운전기사 <sup>19)</sup>
전문직 종사자, 강사, 예술인 등	학술 용역 계약 형태를 취한 노무 제공자 <sup>20)</sup> , 전공의로 임명된 인턴·레지던트 <sup>21)</sup> , 공중보건의사로 일반 병원에 배치되어 근무 하던 자 <sup>22)</sup> , 대학교 언어교육연구원 시간 강사 <sup>23)</sup> , 방송사 소속 관현악단원 <sup>24)</sup>	입시학원 단과반 강사 <sup>25)</sup> , 유흥업소 가수 <sup>26)</sup>
특수 형태 노무 제공자	방송사드라마제작국외부제작요원 <sup>27)</sup> , 초등학교과학실험조교 <sup>28)</sup> , 안마시술사 <sup>29)</sup> , 애니메이션 채화작업자 <sup>30)</sup>	향토 예비군 중대장 <sup>31)</sup> , 골프장 캐디 <sup>32)</sup> , 신문사 지사장 <sup>33)</sup> , 재봉공 <sup>34)</sup> , 애니메이션 채화 작업자 <sup>35)</sup>

출처: 「근로기준법주해 I」, 노동법실무연구회, 박영사, 2010, 95~97쪽 재정리

## 3.2 2006년 이후

### 가. 근로자성 판단기준

2006년 대입종합반강사 판결<sup>36)</sup>은 근로기준법상 근로자성 판단기준에 대한 변화를 보여줌

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

- ① 업무의 내용을 사용자가 정하고 있는지 여부
- ② 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받는지 여부
- ③ 업무수행과정에서 사용자가 **상당한 지휘·감독**을 하는지 여부

7) 대법원 1988. 11. 8. 선고 87다카683 판결

8) 대법원 1993. 2. 9. 선고 91다21381 판결

9) 대법원 1996. 10. 29. 선고 95다카53171 판결

10) 대법원 1970. 7. 21. 선고 69누152 판결, 대법원 1978. 7. 25. 선고 78다510 판결

11) 대법원 1990. 5. 22. 선고 88다카28112 판결

12) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다20348 판결

13) 대법원 2000. 1. 28. 선고 98두9219 판결

14) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001도5995 판결

15) 대법원 2000. 1. 18. 선고 99다48986 판결

16) 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003두13939 판결

17) 대법원 1997. 11. 14. 선고 97누13016 판결

18) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96누1795 판결

19) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다57959 판결

20) 대법원 1991. 12. 13. 선고 91다24250 판결

21) 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카21296 판결

22) 대법원 1996. 2. 9. 선고 95다28731 판결

23) 대법원 1994. 1. 11. 선고 93다17843 판결

24) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다17575 판결

25) 대법원 1996. 7. 30. 선고 96도732 판결

26) 대법원 1994. 4. 29. 선고 93누16680 판결

27) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다27671 판결

28) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다45653 판결

29) 대법원 1992. 6. 26. 선고 92도674 판결

30) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다50194 판결

31) 대법원 1979. 4. 24. 선고 78다828 판결

32) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13432 판결

33) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도2451 판결

34) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도2451 판결

35) 대법원 2004. 1. 15. 선고 2002도3075 판결

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



- ④ 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지 여부
- ⑤ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 여부, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 알고 있는지 여부
- ⑥ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항
- ⑦ 근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성의 유무와 정도
- ⑧ 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부
- ⑨ 양 당사자의 경제적·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단함

다만, 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 된다고 판시하고 있음

【대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결】

“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. 선고 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 안 된다.”

나. 2006년 이전 판례와의 차이점<sup>37)</sup>

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

〈표 1-2〉 근로자성 판단기준에 관한 판례의 변화

구분	2006년 이전	2006년 판례
사용자의 지휘·감독의 정도	구체적·개별적 지휘·감독	‘상당한 지휘·감독’으로 완화
사업자성에 관한 적극적 징표 제시	‘근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재나 작업도구 등의 소유관계’로만 설시	‘독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 <sup>38)</sup> , 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지’를 기준으로 제시
기본급이나 고정급의 유무, 근로소득세 원천징수 여부, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 여부	주요판단 기준으로 봄	‘사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점’을 고려하여 근로자성 판단에서 부차적인 것으로 봄

## 다. 2006년 대입종합반강사 판결의 근로자성 판단기준에 따라 근로자성이 인정된 사례

2006년 대입종합반강사 판결 이후 계약상 도급·위탁관계임에도 아래와 같은 사례들에서 근로자성이 인정되었음

〈표 1-3〉 근로자성 인정 사례

직종	해당 판례
학원버스기사	자기 소유의 버스를 운행하면서 스스로 유지보수비를 부담하였더라도 학원으로부터 상당한 지휘·감독을 받았고, 사실상 원생 운행 외에 다른 운행 업무를 하지 못한 경우 근로자로 인정(대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다37165 판결) <sup>39)</sup>
미용학원 강사	강의내용이나 방법에 관하여 운영자로부터 구체적·개별적인 지휘·감독을 받지 않았으며, 근로소득세가 아닌 사업소득세를 납부하였고 이른바 ‘4대 보험’에도 가입되어 있지 않았다고 하더라도 업무수행과정에서 상당한 지휘·감독을 받았다면 근로기준법상 근로자에 해당(대법원 2007. 9. 7. 선고 2006도777 판결)

37) 이러한 판례의 변화는 종전 판례에 대한 학계의 비판을 상당부분 수용한 것으로 보임. 종전 판례에 대하여 학계는 사용종속성 판단을 위한 다수 요소를 사이의 비중이나 우열관계를 고려하지 않고, “업무내용 및 업무수행에 구체적·직접적 노무지휘”가 있었는지로 단순화함으로써, 사실상 “계약의 실질”에 따라 근로자성을 판단할 수 없도록 하고, 고용형태의 다양화 및 비전형적 근로관계의 확산이라는 현 노동시장의 상황을 반영하고 있지 못하고 있다고 비판함. 예컨대, 골프장 캐디, 레미콘 기사, 보험모집인, 학습지 교사, 구성작가 등과 같이 시간적·장소적 구속이 어렵거나 업무처리상의 재량이 인정되는 성격의 업종에서 판례는 사용종속성이 없다고 보아 근로자성을 부인하는 경우가 많았음

38) 이전 판단기준은 ‘독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 여부’에 대한 판단요소가 됨으로서 그 지위가 하락함

직종	해당 판례
채권추심원	채권추심업무 수행에 관하여 사용자로부터 구체적인 지휘·감독을 받지 않는다고 하더라도 상당한 지휘·감독할 수 있는 여지가 있었던 경우 근로자로 인정(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566 판결)
영상취재요원(VJ)	자기 소유 6mm 카메라를 소지하여 일을 하고 출·퇴근 시간의 근태관리를 받지 않고, 4대 보험에 가입한 바 없더라도 상당한 지휘·감독을 받았다면 근로자에 해당(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10754 판결)

#### 4. 판례에 나타난 사용종속관계의 구체적인 징표에 관한 판단<sup>40)</sup>

근로자성 판단에 관한 판례의 특징은 계약의 형식이 아닌 노무공급관계의 실질<sup>41)</sup>에 나타난 제 요소를 종합적으로 고려하여 종속적인 관계의 유무를 판단함. 즉 전형적인 근로자의 모습에서 도출되는 다양한 징표를 추출하고 유형화하여 그러한 징표 중 일부가 해당되지 않는다고 근로기준법상 근로자성을 부정하는 것이 아니라 전체 징표를 종합적으로 고려하여 근로자성을 판단함<sup>42)</sup>

##### 4.1 업무내용을 사용자가 정하는지 여부

판례는 대체적으로 업무의 내용이 업무의뢰자에 의하여 결정하거나 업무의뢰자의 구체적인 업무의뢰를 노무제공자가 거부할 수 없는 사정이 인정되는 경우 사용종속 관계를 인정함

특히 2006년 대입종합반강사 판결<sup>43)</sup> 이후 업무의 구체적인 내용까지 사용자에게

39) 이 사건에서 학원버스기사는 자기 소유의 차량을 운행하면서 버스 유류비, 유지보수비 등을 모두 부담하였지만, 학원 학생을 통학시키는 것 외에 사실상 다른 운송 사업을 영위할 수 없었던 점에 주목하여 법원은 원고(학원버스 기사)가 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 없는 자라고 판단하여 근로자성을 인정하였음

40) 이 부분은 「근로기준법주해 I」, 노동법실무연구회, 박영사, 2010, 108~116쪽을 재정리한 것임

41) “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결)”

42) “종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재나 작업도구 등의 소유 관계, 보수 성격이 근로 자체의 대가적 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 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여야 하고(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결 참조), 이러한 사용종속성의 판단에 있어서는 노동관계법에 의한 보호필요성도 고려하여야 하며(대법원 2001. 6. 26. 선고 99다5484 판결 참조), 전체적으로 보아 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였다고 인정되는 이상, 근로자에 관한 여러 징표 중 근로조건에 관한 일부의 사정이 결여되었다고 하여 그러한 사유만으로 근로기준법상의 근로자가 아니라고 할 수는 없다(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57498 판결 참조)(대법원 2004. 3. 6. 선고 2003두13939 판결).”

의하여 정해지지 않은 경우라 하더라도 그것이 업무 자체의 특성이나 전문직종의 상대적 자율성에 기인한 것이라면 근로자성을 부정해서는 안 된다고 함<sup>44)</sup>

#### 4.2 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용 여부

판례는 근로자명부, 인사기록카드, 출근부 등 인사관리체제가 갖추어져 있고 복무 규율을 위하여 취업규칙, 복무규정 등 업무관리가 이루어지고 있거나, 지시나 명령에 불응한 경우 해지나 손해배상 외 다른 징계제도가 있는 경우 사용종속관계 인정이 쉬우나, 이는 사용자가 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수도 있는 것이어서 이 요소가 인정되지 않는다고 하여 근로자성 부정을 단정해서는 안 된다고 봄<sup>45)</sup>

2006년 대입종합반강사 판결 이후에는 취업규칙 또는 복무규정의 적용이 근로자성 판단의 요소이기는 하지만 이는 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있으므로 이 요소가 인정되지 않는다고 하여 근로자성이 부정된다고는 보지 않음<sup>46)</sup>

#### 4.3 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지

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

다만 2006년 ‘대입종합반강사’ 판결에서는 취업·고용형태의 다양화를 반영하여 ‘구체적·개별적인 지휘·감독’을 ‘상당한 지휘·감독’으로 변경하였으며, 이후 판례에서는 위 판결을 쫓은 판례들이 나오고 있음<sup>47)</sup>

43) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결

44) “시간강사들이 원고들로부터 강의내용이나 방법 등에 관한 구체적인 지휘·감독을 받지 않은 것은 지적 활동으로 이루어지는 강의업무의 특성에 기인하는 것일 뿐 그들이 근로자가 아니었기 때문이라고 할 수도 없다. 따라서 위와 같은 사정들만으로는 이 사건 각 대학교의 시간강사들의 근로자성을 부정할 수 없다(대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025 판결).”

45) “시간강사가 위와 같은 업무를 수행하면서 업무수행에 불성실하거나 대학교의 제반 규정을 위반하고 교수로서의 품위를 유지하지 못하는 경우 등에는 전임교원(총장, 학장, 교수, 부교수, 조교수 및 전임강사)에 대한 재임용제한 및 해임 또는 파면 등 징계처분과 동일한 의미를 갖는 조치인 재위촉제한 또는 해촉(해임)을 받도록 되어 있는 점(대법원 2007. 3. 29. 선고 13018, 13025 판결)”이라고 하여 재위촉 제한이나 해촉 역시 징계제도의 일환으로 보고 있음

46) “채권추심원에게는 정규직 직원에게 적용되는 취업규칙·복무규정·인사규정 등이 적용되지 않았고, 위임직의 관리를 위하여 마련된 참가인 회사의 지침에도 통상 취업규칙 등에 포함되는 사항이 규정되어 있지 않은 점, …(중략)… 등은, 최근에 급격하게 증가하고 있는 시간제 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상이거나 사용자인 참가인이 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정한 사정들에 불과하다. …(중략)… 따라서 위와 같은 사정들만으로 망인의 근로자성을 부정하기는 어렵다고 할 것이다(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566 판결).”

“피고인이 강사들에 대하여 복무·징계 등에 관한 취업규칙, 복무규정, 인사규정 등 일체의 규정을 정하지 않았던 사정들은, 최근에 급격하게 증가하고 있는 시간제 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상이거나 사용자인 피고인이 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정한 사정들에 불과하다. …(중략)… 따라서 위와 같은 사정들만으로는 위 공소외인의 근로자성을 부정할 수 없다(대법원 2007. 9. 7. 선고 2006도777 판결).”

47) “위 위임계약서에 의하더라도, 참가인은 망인으로 하여금 관계 법령에 의하거나 교육 등 필요한 경우 일정한

아울러 판례는 업무의 특성에 따라서는 업무의 내용에 대한 구체적인 지휘·감독이 없어도 근로자성 인정에 장애가 되지 않을 수 있다고 함<sup>48)</sup>

#### 4.4 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속받는지 여부

근무시간과 장소가 사용자의 지시에 따라 좌우되는 경우 사용종속관계 인정이 용이함  
다만, 최근 탄력적 시간제, 재택근로제 등 채택과 외근형인 경우에는 근무장소 및 근무시간에서 업무 특성이 있으므로 이러한 점을 고려해야 함<sup>49)</sup>

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

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

따라서 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는 독자적인 전문성과 경제적 능력을 가지는지 여부, 다른 사업자와도 거래할 수 있고 이윤의 창출과 손실의 초래 등 사업 운영에서 비롯되는 위험도 인수하고 있는지 여부도 고려되어야 함<sup>50)</sup>

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 구체적인 지휘·감독을 하지는 않는다고 하더라도 참가인의 필요에 따라 적절한 방법으로 망인에 대한 상당한 지휘·감독할 수 있는 여지는 있다고 할 것이다(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566 판결).”

48) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025 판결

49) “참가인이 망인의 근무시간이나 근무장소에 대하여 제한하지 않았다고 하더라도, 이는 채무자와의 면담 등을 위하여 주로 출장근무의 형식으로 이루어지는 채권추심업무의 특성에 기인하는 것으로 보일 뿐이다. 따라서 위와 같은 사정들만으로 망인의 근로자성을 부정하기는 어렵다고 할 것이다(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566 판결).”

50) “원고 운행 버스의 소유권 등록 명의를 피고 앞으로 하였다면 위 버스로 위 학원의 학원생들을 통학시키는 것 외에 원고가 그 버스를 운전하여 다른 영업을 할 경우, 이는 여객자동차 운수사업법에서 정하는 여객자동차운송사업을 면허 없이 영위하는 것이 되고, 사고가 생겼을 때 보험금을 받지 못하게 되는 등의 사정 때문에 원고로서는 위 학원의 학원생을 통학시키는 것 외에 사실상 다른 운송사업을 영위할 수 없었다는 점 등을 보태어 보면, 원고는 버스 운행업무 수행 과정에서 피고로부터 상당한 지휘·감독을 받았고, 피고가 지정한 근무시간과 근무장소에 구속되었으며, 이 사건 버스 운행과 관련하여 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하지 못하였고, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안지 못하였으며, …(중략)… 근로자의 지위를 가지고 있었다고 보인다. 따라서 원심이 같은 취지에서 원고를 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 본 것은 정당하다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다37165 판결).”

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

제공된 근로시간에 대응하여 대가로서 보수가 지급되거나, 결근·지각의 경우 보수를 공제하거나 연장근로에 따른 별도의 수당을 지급하는 경우처럼 제공된 근로의 양에 따른 대가관계의 비례성이 강한 경우에는 그 대가는 임금으로 볼 수 있으므로 근로자성이 인정될 수 있음

또한 일의 성과에 따라 보수가 지급되는 경우라 하더라도 얼마나 물건을 팔았는가(점원), 몇 통의 석탄을 켜는가(광부) 등과 같은 경우 그 대가가 일의 결과라기 보다는 근로제공 자체에 대한 대가로 지급되는 성격이 강한 것이 있음. 따라서 모든 성과급 보수를 동일하게 판단할 수는 없음

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

#### 4.7 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도

일반적으로 나타나고 있는 시간제 근로자는 근로제공관계가 단속적인 경우가 많으며 특정 사용자에게 전속되어 있지 않는 등 이를 이유로 근로자성을 부정할 수는 없을 것임<sup>51)</sup>

#### 4.8 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지

이러한 징표도 사용자가 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 근로자성 판단에 큰 영향을 미치지 않음<sup>52)</sup>

51) “시간강사들이 ...(중략)...근로제공관계가 단속적인 경우가 일반적이며 특정 사용자에게 전속되어 있지도 않을 뿐만 아니라...(중략)... 이러한 사정들은 최근에 급격하게 증가하고 있는 시간제 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상으로 볼 수 있는 데다가 ...(중략)... 따라서 위와 같은 사정들만으로는 이 사건 각 대학교의 시간강사들의 근로자성을 부정할 수 없다(대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025 판결).”

52) “공소외인 등은 건강보험, 국민연금, 고용보험, 산재보험 등 이른바 ‘4대보험’에 위 학원의 사업장 근로자로 가입되어 있지 않았던 사정...(중략)...사용자인 피고인이 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정한 사정들에 불과하다. ...(중략)... 따라서 위와 같은 사정들만으로는 위 공소외인의 근로자성을 부정할 수 없다(대법원 2007. 9. 7. 선고 2006도777 판결).”

## 5. 노동조합법상 근로자의 개념

노동조합법 제2조제1항은 ‘근로자’를 “① 직업의 종류를 불문하고 ② 임금·급료 기타 이에 준하는 수입 ③에 의하여 생활하는 자”로 정의하고 있음

① ‘직업의 종류를 불문’하므로 노동의 형태(정신 또는 육체노동), 근무의 형태(상용, 임시, 일용 등), 직종, 직급 등은 근로자성 판단의 기준이 되지 못함

② ‘임금·급료 기타 이에 준하는 수입’ 중 ‘임금’은 근로기준법 제2조제5호에 따른 “사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금·봉급 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품”을 말함. 반면 ‘기타 이에 준하는 수입’의 경우 임금의 개념에 포함시켜 독자적 의미를 부여하지 않는 견해와 임금이 아니면서 임금과 유사한 수입(예: 사업주가 아닌 개인에게 일시적으로 근로를 제공하거나, 종속적 근로는 아니지만 유사한 노무를 공급하는 등이 대가로 얻는 수입)을 의미한다는 견해가 있음

③ ‘임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자’의 경우 현재 임금·급료 기타 이에 준하는 수입으로 생활하는 자뿐만 아니라 이러한 수입으로 생활할 수밖에 없는 경우(예: 실업 중인 근로자, 해고된 근로자)도 포함하는 것으로 해석됨

## 6. 노동조합법상 근로자에 관한 주요 판례

### 6.1 노동조합법상의 근로자성이 인정된 주요 사례

1993년 대법원의 골프장 경기보조원 판결<sup>53)</sup>에서는 골프장 경기보조원이 일정한 통제와 지휘감독 아래 일하고 있는 점, 캐디피(caddie fee)를 노동조합법의 ‘기타 이에 준하는 수입’으로 볼 수 있는 점, 전속성 등을 이유로 노동조합법상의 근로자성을 인정함

2004년 대법원의 ‘구직중인 여성 노동자’를 구성원으로 포함한 지역별 노동조합의 노동조합설립신고반려처분취소 판결<sup>54)</sup>(이하 ‘서울여성노조 판결’이라 함)에서는 근로기준법과 노동조합법의 입법목적이 상이하므로 노동조합법상의 근로자는 취업중인 자 이외에 실업상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권 보장이 필요한 경우 노동

53) 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결

54) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결, 동일한 취지로 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012두28247 판결이 있음

## 조합법상의 근로자로 인정함

그러나 2011년 대법원의 영일만 신항 항운노조 판결<sup>55)</sup>에서는 노동조합법상의 근로자는 특별한 사정이 없는 한 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자에 한정하는 것이 원칙이라고 전제한 후, 이 사건 항운노조의 조합원은 현실적으로 취업하고 있는 자라고 할 수는 없으나, 취업 시기를 특정할 순 없지만 취업 자체가 확실하기 때문에 노동조합법상의 근로자성을 인정할 만한 특별한 사정이 존재하는 경우에 해당한다고 판단함

### 【노동조합법상 근로자성이 인정된 판례】

#### 1. 골프장 경기보조원(대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결)

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

“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, 휴장일에도 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 지급

55) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2007두4483 판결, 이 판결의 경우 결과적으로는 실업자 내지 구직자의 노동조합법상 근로자성을 인정한 서울여성노조 판결과 유사하지만 일반적 의미의 실업자 내지 구직자의 노동조합법상 근로자성을 원칙적으로는 부인하고 특별한 사정이 있는 경우에만 인정한다는 듯한 태도를 보임으로써 산별노조의 경우 현실적으로 취업하고 있을 것을 요건으로 보고 있지 않은 서울여성노조 판결과 비교됨. 이러한 대법판결의 태도는 노동조합법상의 근로자이기 위해서는 근로기준법에서와 마찬가지로 특정 사용자와 사용종속관계가 존재해야 한다던 ‘여성노조판결 이전의 입장’에 더 가까운 것으로 보여진다는 견해(김기선, ‘노조법상의 근로자개념’ 노동판례리뷰, 노동법학 제38호(2011.6.) 181쪽 참조)가 있음. 한편 이에 대해서 두 판결의 차이점은 근로자 내지 근로의 특성의 차이에서 비롯되는 표현상 차이에 지나지 않는다는 견해도 있음



받기로 하는 묵시적인 약정이 있는 것으로 엿보이고, 이와 같은 약정은 고용계약관계에 근사하다고 보이므로 캐디피를 노동조합법 제4조 소정의 “기타 이에 준하는 수입”으로 못볼 바도 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 엿보이는바, 이러한 사정들에 비추어 보면 소외회사 골프장 소속의 캐디들은 소외회사와의 사이에 종속적 노동관계에 있다고 보아야 할 것이다.”

## 2. 실업상태에 있는 자 또는 구직중인 자(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결)

“원심은 근로기준법은 ‘현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가’라는 관점에서 개별적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것인 반면에, 노동조합및노동관계조정법(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 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 기업별 노동조합의 경우와는 달리 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에는 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 것이 아닌 점에 비추어, 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서는 ‘기업별 노동조합’의 조합원이 사용자로부터 해고됨으로써 근로자성이 부인될 경우에 대비하여 마련된 규정으로서, 이와 같은 경우에만 한정적으로 적용되고, 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 필요로 하지 않는 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에까지 적용되는 것은 아닌 점 등을 근거로, 노조법 제2조 제1호 및 제4호 (라)목 본문에서 말하는 ‘근로자’에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자뿐만 아니라, 일시적으로 실업 상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함되고, 따라서 지역별 노동조합의 성격을 가진 원고가 그 구성원으로 ‘구직중인 여성 노동자’를 포함시키고 있다 하더라도, ‘구직중인 여성 노동자’ 역시 노조법상의 근로자에 해당하므로, 구직중인 여성 노동자는 근로자가 아니라는 이유로 원고의 이 사건 노동조합설립신고를 반려한 이 사건 처분을 위법하다고 판단하였는바, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 노조법에 정한 근로자의 개념에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.”

## 3. 현실적으로 취업하고 있지는 않으나 취업 자체가 확실히 되는 자(대법원 2011. 3. 24. 선고 2007두4483 판결)

“노동조합법 제2조 제1호 및 제4호 단서 (라)목의 ‘근로자’라 함은, 특별한 사정이 없는 한 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자에 한정하는 것이 원칙이라 할 것이다.

원심이 적법하게 확정한 사실관계에 의하면, 우선 원고의 설립신고 당시에는 원고가 조합원으로 삼은 '영일만신향'(이하 '이 사건 항만'이라 한다) 내 항만, 창고 등 각 분야 하역 및 운송 보관업 이와 유사한 하역과 일용잡역분야에 종사하는 근로자가 되려는 자'는 그들에 의한 노무공급이 이루어지지 못하고 있는 상황이어서 현실적으로 취업하고 있는 자라고 할 수는 없다. 그러나 지역별·업종별 노동조합인 원고는 근로자공급 사업을 영위하면서 하역업체의 요청이 있으면 그 때마다 소속 조합원들로 하여금 그 하역업체에 근로를 제공하게 할 것을 예정하고 있는데, 원고의 설립신고 당시 조합원들이 노무를 제공할 이 사건 항만의 하역 관련 사업장이 아직 현실적으로 설립되지 아니하였다 하더라도 통상 단계적 준공절차를 거치는 항만공사의 특성 등에 비추어 볼 때 이 사건 항만의 준공예정일 이전이라도 원고 조합원에 의한 노무공급이 이루어질 가능성 자체를 부정할 수 없고, 나아가 이 사건 항만의 건설공사가 이미 착공된 상태로 준공이 예정되어 있었던 결과, 원고 조합이 노동조합법에 의하여 설립되는 경우 조합원들의 취업은 그 시기를 특정할 수 없을 뿐이지 취업 자체는 확실시되어 이 사건 항만에서 원고의 조합원들에 의한 노무공급은 당연히 이루어질 수 있다는 점에서, 원고의 조합원은 일반적인 의미에서의 단순한 실업자 내지 구직자와는 구별되는 사정을 알 수 있다.

앞서 살펴본 법리에 비추어 보면, 위와 같은 항운노동조합으로서의 원고가 가지는 특성 등을 고려하면, 원고의 설립신고 당시에도 근로3권을 보장할 필요성을 부정할 수 없는 등 노동조합법상 근로자성을 인정할 특별한 사정이 존재하는 경우에 해당한다. 이와 같은 취지에서, 원고의 조합원이 노동조합법 제2조 제1호 및 제4호 단서 (라)목에서 말하는 '근로자'에 해당한다고 평가한 후 이와 반대의 전제에서 원고의 노동조합설립신고를 반려한 피고의 처분을 위법하다고 한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 노동조합법에서 정한 근로자 개념에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

## 6.2 노동조합법상의 근로자성이 부정된 주요 사례

2006년 대법원 판결<sup>56)</sup>은 레미콘 지입차주 겸 기사의 경우 업무수행과정 등에서 일정 정도 레미콘 회사의 지휘·감독을 받는 것은 업무의 특성상 불가피하거나 지입차주가 운송이익 증대를 위하여 자발적으로 감수한 결과라고 보아 노동조합법상의 근로자성을 인정하지 않음

또한 학습지 교사의 노동조합법상 근로자성이 문제된 경우에도 대법원 판결<sup>57)</sup>은 업무의 내용·방법·수행시간 등에 대하여 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 않는 점, 전속성을 인정하기 어렵다는 점, 수수료를 임금으로 보기 어렵다는 점 등을 이유로 노동조합법상의 근로자성을 인정하지 않음

56) 대법원 2006. 5. 11. 선고 2005다20910 판결

57) 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다39136 판결

## 【노동조합법상 근로자성이 부정된 판례】

## 1. 레미콘 지입차주겸 기사(대법원 2006. 5. 11. 선고 2005다20910 판결)

“① 피고 등이 원고의 레미콘 운반 지시에 성실히 응할 의무가 있음은 피고 등이 체결한 레미콘운반도급계약의 성질상 당연히 요구되는 것으로서 이를 업무의 내용이 사용자에게 의해 일방적으로 정해진 것이라고는 볼 수 없고, ② 근무시간 및 근무장소에 관하여 원고의 지시에 따라야 함은, 레미콘을 필요로 하는 건설현장으로부터 공급주문을 받는 주체가 원고인 이상, 원고가 운반도급계약의 상대방인 피고 등으로 하여금 운반장소를 지정하여 운송을 위탁하는 것은 운반도급계약의 기본적인 내용이 될 수밖에 없고, 레미콘 제조회사가 레미콘의 타설시간을 조정할 수 있는 것이 아니라 수요자인 건설현장의 공정에 따라 수요자가 원하는 시간에 맞추어 타설하여야 하는데, 레미콘운송차주들이 건설현장에서 원하는 시간을 개별적으로 파악하기는 힘들기 때문에 제조회사인 원고가 피고 등에게 구체적인 출하시간을 알려 줄 수밖에 없는 점에 비추어 레미콘 운송의 특성상 불가피하다 할 것이며, ③ 피고 등의 복장이나 차량관리를 통제하는 것은, 공사현장에 상시로 출입하는 피고 등의 안전을 위한 것이거나, 장기적이고 전속적인 레미콘 운반도급계약에 수반되는 것으로 레미콘 제조회사인 원고의 대외적인 이미지 제고와 제조회사의 식별을 위한 것으로서, 피고 등과 사이에 레미콘운반도급계약시에 양해된 사항이라 볼 것이고, ④ 원고가 제조한 레미콘만을 운반하도록 하여 레미콘운송차주들의 사업상 독립성을 일정 범위 내에서 제한하는 것은, 레미콘은 생산된 시점으로부터 일정시간이 경과하면 품질에 문제가 발생하여 신속히 수요자에게 운송될 것을 필요로 하고, 레미콘의 정확한 강도와 규격에 대한 품질 보증이 필요하기 때문으로, 이는 안정적인 운송수단을 확보함으로써 적정 품질의 레미콘 공급에 차질이 발생하는 것을 방지하기 위한 것일 뿐만 아니라, 레미콘운송차주들인 피고 등 또한 레미콘 제조회사와의 전속적이고 장기적인 운반계약을 통하여 자신들의 경제적 이익을 안정적으로 유지, 증대시킬 수 있다는 이로운 점이 있어 그와 같은 운반도급계약을 체결하였다고 볼 것이라고 하여, 피고 등이 업무수행과정 등에서 어느 정도 원고의 지휘·감독을 받는 것은 레미콘 운송업무의 성질상 불가피하거나, 피고 등이 운송이익 증대를 위하여 스스로 감수한 결과라고 할 것이고, 이에 더하여, 레미콘운송차주들의 복귀시간이 정해져 있지 않고 그 복귀 여부도 자유로운 점, 스스로 제3자를 고용하여 업무를 대행하는 것이 불가능하지 않은 점, 레미콘운송 차량의 소유권이 레미콘운송차주들에게 있고 그 차량의 관리를 레미콘운송차주들 스스로 하여 온 점, 레미콘운송차주들이 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받지 아니하고, 기본급이나 고정급이 정하여져 있지 아니한 점, 근로소득세를 원고가 원천징수한 것이 아니라 레미콘운송차주들이 각자 사업자등록을 하여 사업소득세 및 부가가치세를 납부한 점 등을 종합하여, 피고 등을 원고에 대하여 사용종속적인 관계에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 노동조합법 소정의 근로자라고 볼 수 없다고 판단하였다.”

## 2. 학습지 교사(대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다39136 판결)

“학습지교사가 피고 회사로부터 위탁계약에 따른 최소한의 교육 등을 받을 의무가 있을 뿐 위탁업무의 수행과정에서 업무의 내용이나 수행방법 및 업무수행시간 등에 관하여 피고 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 아니한 점, 학습지교사는 피고 회사의 정사원과는 달리 그 채용부터 출퇴근시간, 위탁관계의 종료에 이르기까지 그 제한이 거의 없고 다른

곳의 취업에도 특별한 제한이 없는 점에 비추어 피고 회사에 전속되어 있다고 볼 수 없는 점, 학습지교사가 피고 회사로부터 지급받는 수수료 등은 그 위탁업무수행을 위하여 학습지교사가 제공하는 근로의 내용이나 시간과는 관계없이 오로지 신규회원의 증가나 월회비의 등록에 따른 회비의 수금실적이라는 객관적으로 나타난 위탁업무의 이행실적에 따라서만 그 지급 여부 및 지급액이 결정되는 것이어서 근로제공의 대가로서의 임금이라고 보기 어려운 점 등에 비추어 보면, 원고(선정당사자) 및 선정자 성00와 같은 학습지교사는 피고 회사와 사이에 사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자로 볼 수 없으므로, 선정자 전국학습지산업노동조합은 결국 근로자가 아닌 자로 구성된 단체로서 ‘노동조합 및 노동관계조정법’(이하 ‘노동조합법’이라 한다)상 노동조합에 해당한다고 볼 수 없어 피고 회사가 위 선정자조합의 단체교섭 요구에 응하지 않은 것은 노동조합법상 부당노동행위로 볼 수 없다고 판단하였다.”

## 7. 근로기준법상 근로자와 노동조합법상 근로자의 관계

대법원은 서울여성노조 판결<sup>58)</sup>에서 근로기준법은 ‘현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가’라는 관점에서 개별적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것인 반면에, 노동조합법은 ‘노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가’라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것으로 그 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고 있어 노동조합법상의 근로자 판단을 위해 반드시 사용종속관계를 그 요건으로 하는 것은 아니라고 보았음

다만 위 판결은 실업자나 구직자와 같이 교섭 대상인 사용자가 존재하지 않을 때 적용된 경우이므로 사용자가 존재하는 ‘현실적으로 취업하고 있는 자’에 관해서도 근로기준법상 근로자와 노동조합법상 근로자에 관하여 다르게 판단하고 있는 사례라고는 할 수 없어 ‘현실적으로 취업하고 있는 자’에 관하여 근로기준법과 노동조합법상 근로자에 대한 판단기준이 동일한지 여부가 문제됨

근로기준법상 근로자성 관련해서는 ‘1994년 ○○주식회사 판결’<sup>59)</sup>에서 근로자성 판단기준이 제시된 이후 ‘2006년 대입종합반강사 판결’<sup>60)</sup>에서 ‘구체적 지휘·감독’이

58) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결

59) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결

60) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29763 판결

‘상당한 지휘·감독’ 등으로 판단징표<sup>61)</sup>가 새롭게 변화되는 등 현실변화에 맞춰 발전해 왔지만, 노동조합법상 근로자성 판단 기준에 대해서는 일관된 판례법리가 형성되어 있지 않음

대법원은 대체로 **노동조합법상 근로자성을 판단하는 경우에는** 골프장 경기보조원의 노동조합법상 근로자성이 인정되었던 대법원 판결<sup>62)</sup>을 인용하여 **‘사용종속관계’라는 기준을 사용하고** 있는데 근로기준법상 근로자성을 판단하는 경우에도 동일하게 **‘사용종속관계’라는 기준으로 판단한다는 점에서 실제적인 차이를 구분하기 어려운 측면이 있음**

최근 대법원은 골프장 경기보조원 판결(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결, 부당징계무효확인 사건)에서 이 사건 골프장 경기보조원에 대하여 근로기준법상 근로자에는 해당하지 않지만 노동조합법상 근로자에는 해당한다고 판단하여 실제로 근로기준법과 노동조합법의 근로자성 판단기준이 다름을 보여주었음. 그러나 동 판결에서는 “설령 원심이 근로자성 판단에 있어서 인적 종속성보다는 **‘업무의 종속성 및 독립사업자성(경제적 종속성)’**의 평가요소에 더 중점을 두었다고 하더라도, 원고들에 대하여 노동조합법상의 근로자성을 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 간다.”고 밝혀 원심의 근로자성 판단 기준을 긍정한 것인지는 명확하지는 않음<sup>63)</sup>

다만 동 판례는 현실적으로 취업하고 있는 자에 관해서 근로기준법상 근로자성과

61) ① 상당한 지휘·감독, ② 독립하여 자사의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, ③ 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, ④ 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 된다는 등의 징표

62) “노동조합법상 근로자란 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금등을 받아 생활하는 자를 말한다고 할 것이고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관 없다고 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.(대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결).”, 동일한 취지로 대법원 2006. 10. 13. 선고 2005다64385 판결이 있음

63) 동 판결의 원심인 서울고등법원은 명확하게 근로기준법상의 근로자성과 노동조합법상의 근로자성을 명확하게 구분하고 있음을 보여 주고 있음[“중전 대법원 판결에서 정한 근로자성 판단의 각 징표는 근로기준법상의 근로자성을 판단함에 있어서는 근로계약의 존재를 인정하기 위한 전제로서 주로 사용자가 근로자의 노무제공의 대가에 상응하는 직접적 이익을 보유한다고 볼 수 있는지 여부, 즉 ‘사용자에 대한 임금의 종속성’을 판단할 수 있는 요소로 평가하여야 하고, 노조법상의 근로자성을 판단함에 있어서는 근로계약과는 무관하므로 사용자의 지휘, 감독의 정도 및 근로자가 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 등의 주로 ‘업무의 종속성 및 독립사업자성’을 판단할 수 있는 요소로 평가함으로써 근로기준법과 노조법상의 근로자성을 각기 달리 판단하는 것이 보다 합리적이다(서울고등법원 2011. 8. 26. 선고 2009나112116 판결).”]

노동조합법상 근로자성의 판단기준이 다를 수 있는가라는 오랜 쟁점에 대해 처음으로 그 가능성을 명시적으로 인정한 판례라는 점에서 의의가 있음<sup>64)</sup>

위 판례 이후의 동일한 사업장에서 골프장 경기보조원의 노동조합법상의 근로자성만이 문제된 다른 대법원 판결(대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두23139 판결, 부당노동행위구제재심판정취소 사건)에서는 ‘원심<sup>65)</sup>이 노동조합법상의 근로자성 판단에 있어 주로 **업무의 종속성 및 독립사업자성을 평가요소**로 하여 골프장 경기보조원의 노동조합법상의 근로자성을 인정한 것에 대하여 원심의 판단이 정당한 것으로 수긍이 간다’고 밝혀 원심 판단에 대한 별다른 단서 없이 원심을 긍정하기도 하였음

【대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결】

“골프장에서 일하는 캐디는, …(중략)… 여러 사정을 종합하여 볼 때, 골프장 시설운영자에 대하여 사용종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근기법 소정의 근로자로 볼 수 없다 할 것이다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13432 판결 참조).

원심은, …(중략)… 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, …(중략)… 위법이 없다.”

“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 투입하는 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

64) 윤애림, ‘노동조합 및 노동관계조정법의 근로자 -대법원2014.2.13. 선고2011다78804 판결을 보며-’, 노동법연구 2014상반기 제36호, 서울대노동법연구회, 293쪽

65) “노조법상의 근로자로 인정하는 데 근로기준법상의 근로자와 같이 목시적 근로계약의 존재까지를 요건으로 한다고 할 수 없고, 사용자의 노무제공자에 대한 지휘, 감독의 정도 및 노무제공자가 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 등의 주로 ‘업무의 종속성 및 독립사업자성’을 판단하는 평가요소로 삼아 노조법상의 근로자성을 인정할 수 있다.(서울고등법원 2011. 9. 2. 선고 2010누22308 판결)”

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 소속 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.”

#### 【대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두23139 판결】

“원심판결 이유에 의하면, 원심은 노조법상의 근로자로 인정하는 데 묵시적 근로계약의 존재가 요구되는 것은 아니므로 사용자의 근로자에 대한 지휘·감독의 정도 및 근로자가 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 등 주로 ‘업무의 종속성 및 독립사업자성’을 노조법상의 근로자성을 판단하는 평가요소로 삼아야 한다고 전제한 다음, 이 사건 골프장의 경기보조원들은 원고의 구체적인 지휘·감독에 따라 노무 제공을 하고 있고, 업무수행과정에 원고가 관여하는 정도가 커서 경기보조원들의 원고에 대한 업무의 종속성이 상당하며, 특히 경기보조원들의 캐디 피 수입은 원고에 의하여 상당한 영향을 받고 있으므로 경기보조원 스스로 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는 독립사업자성의 징표가 미흡하고, 원고가 피고 보조참가인을 노동조합으로 인정하여 단체협약, 별도의 합의, 노동쟁의 조정절차 등을 거쳐 온 점 등에 비추어 이 사건 골프장의 경기보조원들은 노조법상의 근로자에 해당한다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이 사건 골프장의 경기보조원들에 대하여 노조법상의 근로자성을 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 노조법상의 근로자성의 개념에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.”

## 제2절 근로자 적격 관련 판례

### 1. 근로기준법상 근로자성 관련 판례<sup>66)</sup>

#### 1.1 근로자성을 인정한 판례<sup>67)</sup>

##### 가. 공무원

법원은 공무원의 경우 근로기준법상 근로자에 해당하므로 법령상 달리 특별한 구제절차가 마련되어 있지 않은 계약직 공무원은 노동위원회에 구제신청을 할 수 있고, 기간제법 제8조제1항의 비교대상 근로자가 사법상 근로계약을 체결한 근로자에 한정되지 않으므로 공무원도 기간제근로자의 비교대상근로자에 해당할 수 있다고 판단함

【서울행정법원 2014. 5. 23. 선고 2013구합24334 판결<sup>68)</sup>】

“지방공무원도 근로기준법상 근로자이므로 다른 특별한 규정이 있지 않은 한 근로기준법이 적용된다(대법원 1987.2.24. 선고 86다카1355 판결 참조) 그리고 지방공무원법상 계약직공무원에 대해서는 징계 그 밖에 의사에 반하는 불리한 처분이나 부작위에 대하여 지방소청심사위원회의 소청심사절차를 거치도록 한 규정이 적용되지 않으며(지방공무원법 제3조), 법령상 달리 특별한 구제절차가 마련되어 있지 않다. 따라서 참가인들과 같은 계약직공무원은 근로기준법에 따라 노동위원회에 구제신청을 할 수 있다고 보아야 한다.”

【대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5391 판결】

“공무원은 인사와 복무, 복수 등에서 국가공무원법 및 공무원보수규정 등 관련 법령의 적용을 받기는 하나 기본적으로 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자에 해당한다. (대법원 2002. 11.8. 선고 2001두3051 판결 참조) 그리고 기간제법 제3조 제3항은 국가 또는 지방자치단체의 기관에 대하여도 이 법이 적용됨을 명시적으로 규정하여 공공부문에서 근무하는 비공무원인 기간제 근로자와 공무원 사이의 비교가능성을 열어 두고 있다. 이러한 사정들과 함께 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자의 근로조건 보호를 강화함으로써 노동시장의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하는 기간제법의 입법취지를 종합하여 보면, 기간제법 제8조 제1항이 비교대상 근로자로 들고 있는 ‘기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’를 ‘사법상 근로계약’을 체결한 근로자로 한정하여 해석할 것은 아니다.”

66) 근로자성 판단기준에 대하여 수정·보완된 기준을 제시한 대법원 2006년 판례 이후의 최신 사례들만을 소개함

67) 주요 판례에 대한 소개는 직종별 명칭의 가나다순으로 서술하였음

68) 동 사건은 대법원(대법원 2015. 7. 9. 자 2015두39873판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



## 나. 대학 시간강사

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

【 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025 판결<sup>69)</sup> 】

“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 위촉 규정’ 등 각 대학교마다 다양하다)에 따라 총장 등에 의하여 시간강사로 위촉되어 대학교 측이 지정한 강의실에서 지정된 강의시간표에 따라 대학교 측이 개설한 교과목의 강의를 담당한 점, 대학교 측의 학사관리에 관한 규정 및 학사일정에 따라 강의계획서를 제출하고 강의에 수반되는 수강생들의 출·결석 관리, 과제물 부과와 평가, 시험문제의 출제, 시험감독, 채점 및 평가 등 학사관리업무를 수행한 점, 위와 같은 업무수행의 대가로 시간당 일정액에 실제 강의시간 수를 곱한 금액(강사료)을 보수로 지급받은 점, 시간강사가 제3자를 고용하여 위와 같은 업무를 수행하는 것은 규정상 또는 사실상 불가능한 점, 시간강사가 위와 같은 업무를 수행하면서 업무수행에 불성실하거나 대학교의 제반 규정을 위반하고 교수로서의 품위를 유지하지 못하는 경우 등에는 전임교원(총장, 학장, 교수, 부교수, 조교수 및 전임강사)에 대한 재임용제한 및 해임 또는 파면 등 징계처분과 동일한 의미를 갖는 조치인 재위촉제한 또는 해촉(해임)을 받도록 되어 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 각 대학교의 시간강사들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고들에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다.

그리고, 원심이 확정한 사실관계에 나타난 바와 같이 이 사건 각 대학교의 시간강사들이 전임 교원들과 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 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.”

69) 유사판례로 대법원 2007. 9. 7. 선고 2006두777 판결(미용학원 강사), 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008다27035 판결(회사전속 강사), 서울고등법원 2013. 1. 9. 선고 2012누9293(국립대학교 어학원 시간강사) 등이 있음

### 다. 방과후학교 강사

법원은 **방과후학교 프로그램 위탁업체**와 업무위탁계약을 체결한 방과후학교 강사가 해당 업체와 **업무위탁계약을 맺었다고 하더라도 사용종속관계를 전제로 하는 내용의 청렴서약서를 제출하고 지속적인 지휘·감독을 받았다면 근로기준법상 근로자성을 인정함**

【서울행정법원 2013. 9. 26. 선고 2013구합5715 판결<sup>70)</sup>】

“원고와 참가인이 2012. 1. 11. 작성한 위탁교육계약서 제2조 제1항은 참가인이 원고에게 고용된 것이 아닌 원고가 위탁한 회원에 대해 모집 및 학습관리 용역을 제공하고 그 성과에 따라 위탁 관리수수료 등의 대가를 받는 수탁자라고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 참가인이 원고의 취업규칙 등 규정의 적용을 받지 않는다고 규정하고 있는 사실, 또한 참가인이 같은 날 원고에게 제출한 서약서 제5호에는 참가인이 근로기준법상 근로자의 지위로 취할 수 있는 민·형사상 조치를 취하지 않기로 하는 내용이 기재되어 있는 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 위 위탁교육 계약서 및 서약서의 내용에 비추어 보면 참가인이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고에게 근로를 제공하는 근로자가 아니라고 볼 여지도 있다. 그러나 앞서 본 사실들과 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 참가인은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고에게 근로를 제공한 근로기준법상 근로자에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.

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

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

3) 원고는 참가인에게 2011. 9. 30. 및 2011. 10. 31. 900,000원에서 사업소득세를 공제한 870,300원을, 2012. 3. 31. 및 2012. 4. 30. 1,000,000원에서 사업소득세를 공제한 967,000원을 지급하였는데, 그 이유에 대하여 영업독려차원에서 수수료보다 많은 돈을 지급한 것이라고 주장하나, 참가인이 원고와 학습관리용역 위탁사업계약을 체결한 계약 상대방이라면 원고는 참가인에게

위탁사업계약에 따른 수수료만 지급하면 되는 것으로 보이고, 원고가 참가인에게 위와 같이 수수료보다 많은 돈을 줄 이유는 없어 보인다. 그리고 수강생 수나 교재 판매에 따른 수수료의 차등 지급은 학생 유치를 촉진하기 위한 유인책으로 볼 수 있으므로 이러한 수수료의 차등 지급만으로 참가인이 근로자가 아닌 원고와 위탁사업계약을 체결한 사업자로 보기는 어렵다.”

#### 라. 백화점 매니저

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

#### 【서울고등법원 2011. 6. 9. 선고 2010누44315 판결<sup>71)</sup>】

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

#### 마. 법무법인 구성원으로 등기된 변호사

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

70) 유사판례로는 ‘울산지방법원 2014. 1. 17. 선고 2013노865 판결’이 있음

71) 1심 판결(서울행정법원 2010. 11. 12. 선고 2010구합15810 판결)을 인용함

## 【 대법원 2012. 12. 13. 선고 2012다77006 판결 】

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

원심판결 및 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 변호사법상 구성원 변호사는  
법무법인의 설립, 존속, 해산의 주체로서, 일반적인 변호사 업무 수행은 물론 법무법인의 자산  
및 회계, 조직 변경, 합병 등을 포함한 모든 영역에서 자율적·독자적 권한을 가지고 있고, 구성원  
회의를 통하여 법무법인 운영 전반에 관여할 수 있어야 하는데 그러하지 못한 경우에는 비록  
구성원 변호사로 등기되어 있더라도 진정한 구성원 변호사로 볼 수 없다고 전제한 다음, ①  
원고들이 사법연수원 수료 직후 경력이 없는 신입 변호사로서 피고의 소속변호사로 취업함으로써  
변호사 업무를 시작하였음에도 취업 다음 해에 구성원으로 등기된 점, ② 원고들이 피고의 구성원  
으로 등기되거나, 탈퇴하는 과정에서 지분을 양수하거나 양도하였다는 점에 대한 아무런 증거  
자료가 없으며, 구성원 등기 전후의 원고들 근무 형태 역시 큰 변화 없이 유지된 것으로 보이는 점,  
③ 원고들은 피고로부터 이익배당을 받거나 손실을 부담한 사실이 없으며, 사건 수임에 상관없이  
매달 일정한 금액의 급여를 받은 점, ④ 원고들은 스스로 사건을 수임한 사례가 거의 없는 상태  
에서 피고로부터 배당받은 업무를 처리하는 것이 업무 내용이었던 점, ⑤ 원고들에 대한 급여는  
본봉이 정해져 있었으며, 피고는 갑종근로소득세를 원천징수하고, 국민연금, 건강보험, 요양보험을  
제공한 점, ⑥ 원고들이 제3자로 하여금 업무를 대행하게 할 수 없었고, 사실상 다른 법무법인에  
대한 노무제공 가능성도 없었던 점, ⑦ 원고들은 자신들이 구성원으로 등기된 사실을 알지 못  
하였다가 원고 1의 경우에는 퇴직 1년 전에, 원고 2의 경우에는 퇴직 시에야 알게 되었다고 주장  
하고 있으며, 피고의 구성원이었다가 원고 2에게 지분을 양도하고 탈퇴한 것으로 등기된 소외인  
역시 자신이 구성원으로 등기되어 있었다는 사실을 알지 못하였다고 진술하고 있으며, 업무 처리  
역시 대표변호사의 지시·감독을 받는 선임변호사로부터 할당받은 업무를 수행하였다고 진술하고  
있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 원고들이 피고의 구성원으로 등기되어 있음에도 실질적으로  
원고들은 피고에 대하여 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 근로자 지위에  
있다는 취지로 판단하였다.

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

## 바. 비등기 임원

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

## 【대법원 2013. 6. 27. 선고 2010다57459 판결】

“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 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 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, 경영성과나 업무성적에 따른 것이 아니라 근로 자체의 대상적 성격으로 보수를 지급받은 것에 지나지 않으며, 특히 회사로부터의 위임사무 처리 이외에 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받은 이상, 그 실질에 있어 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자에 해당할 뿐이라 할 것이다.”

## 【대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결】

“주식회사의 이사, 감사 등 임원은 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받고 있는 것이므로, 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하고 소정의 임금을 받는 고용관계에 있는 것이 아니며, 따라서 일정한 보수를 받는 경우에도 이를 근로기준법 소정의 임금이라 할 수 없고, 회사의 규정에 의하여 이사 등 임원에게 퇴직금을 지급하는 경우에도 그 퇴직금은 근로기준법

소정의 퇴직금이 아니라 재직중의 직무집행에 대한 대가로 지급되는 보수에 불과하다(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다61312 판결 등 참조). 그러나 근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당 하는지 여부는 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이므로, 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 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 할 것이다(대법원 1997. 12. 23. 선고 97다44393 판결, 2000. 9. 8. 선고 2000다22591 판결 등 참조).

원심이 확정된 사실관계에 의하면, 원고 갑은 비등기이사로 입사하여 재무담당 상무로서 자금 관리를 담당하였고 등기이사로 선임된 후에도 위와 같은 내용의 직무를 수행하였으며 그 이후 퇴직일까지는 감사로 선임되어 한 달 남짓 근무한 사실, 원고 을은 비등기임원으로서 대구지역 토목담당 이사 및 상무이사로, 원고 병은 역시 비등기임원으로서 대구지역 공사담당 이사로 각 근무한 사실, 한편 원고들은 위와 같이 A사의 임원으로 근무하면서 매월 정액의 월급여와 상여금을 지급받은 사실, A사의 임원 중 회장은 대주주인 ○○○이었고, 회장과 부회장이 A사의 대표이사로서 회사의 업무집행권 및 대표권을 가지고 있었던 사실을 인정할 수 있는바, 앞서 본 바와 같은 A사의 비등기임원의 지위, 상법상 이사와 명목상의 이사와의 업무수행권한의 차이 등과 함께 위 인정 사실을 종합하여 보면, (1) 우선 원고 갑의 경우 비등기이사로 근무한 기간과 원고 을, 병의 전 근무기간 동안에 원고들의 이사 또는 이사대우라는 지위는 상법상의 이사와 같은 위임 관계가 아니라 형식적·명목적인 것으로서 실제로는 이사 또는 이사대우라는 직함을 가지고 회장 등 대표이사의 지휘·감독하에 각자 담당한 회사의 업무를 처리하고 이에 대한 대가로 일정한 보수를 지급받는 관계에 있었던 것으로 보이고, (2) 한편, 원고 갑이 등기이사와 감사로 선임되어 근무한 기간 동안에 원고 갑은 A사로부터 상법상의 이사 또는 감사로서의 일정한 사무처리 위임을 받고 있었던 것으로서 특별한 사정이 없는 한 사용자의 지휘·감독 아래에 일정한 근로를 제공하고 소정의 임금을 받는 고용관계가 아니라고 할 것이나, 기록에 의하면, 원고 갑은, 그가 등기이사와 감사로 선임된 이후에도 이사 또는 감사로서의 직무 이외에 대표이사 등의 지시에 따라 일정한 노무를 담당하면서 그 대가로 보수를 지급받아 왔다고 주장하는 한편, A사의 정관은 비등기이사와 등기이사에 대하여 같은 임원으로서 그 보수에 있어서 동일한 처우를 하고 있고 이에 따라 원고 갑은 비등기이사에서 등기이사를 거쳐 감사로 선임된 이후에도 회사에서의 지위에 별다른 변동이 없이 정액의 보수를 지급받았음을 알 수 있는바, 사정이 이와 같다면, 원고 갑이 비등기이사에서 등기이사 및 감사로 선임된 이후에도 상법상 이사, 감사로서의 위임사무 외에 종래에 담당하고 있던 업무를 대표이사와의 사용종속관계하에서 계속 유지하고 있었다고 볼 여지가 있으므로(위 원고의 감사로서의 재임기간은 한 달 남짓에 불과하다), 원심 으로서는 원고 갑이 등기이사와 감사로 선임된 기간에도 과연 종래와 같은 회사 업무를 담당하고 있었는지, 이에 관하여 대표이사와의 사이에 사용종속관계가 있었는지, 이러한 노무에 대한 대가로 보수가 지급된 것인지 등 근로자의 인정에 전제가 되는 간접사실에 대하여 구체적으로 심리하여 원고 갑이 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단하였어야 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 이에 이르지 아니한 채 그 판시와 같은 사정만으로 원고들이 근로기준법상의 근로자에 해당하지 않는다는 이유로 이 사건 퇴직금 채권이 공익채권임을 전제로 한 원고들의 청구를 모두 기각하였던바, 거기에는 필요한 심리를 다하지 아니하여 사실을 오인하고 그 결과 근로기준법상 근로자의 해석에 관한 법리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.”

### 사. 사업자 등록상의 의사

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

#### 【서울고등법원 2011. 6. 29. 선고 2010누15959 판결<sup>72)</sup>】

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

72) 1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 16. 선고 2009구합31878 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 213. 7. 11.자 2013두6985 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

### 아. 시립교향악단 비상임단원

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

#### 【서울고등법원 2013. 3. 13. 선고 2012누24230 판결<sup>73)</sup>】

“참가인의 시장이 원고들에게 한 ○○시립교향악단 단원 위촉은 공법상 근무관계 설정을 목적으로 하는 공법상 근로계약에 해당한다고 봄이 옳다(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001두7794 판결 참조). 따라서 원고들은 참가인 시장의 단원 위촉으로 지방공무원법상 계약직 공무원으로서 근로기준법상 근로자 지위를 가진다고 보아야 한다(대법원 1987. 2. 24. 선고 86다카1355 판결 참조).

...(중략)...

#### ② ○○시립예술단의 구성 및 단원의 지휘·감독

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

...(중략)...

#### ⑦ 수당 등

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

...(표 생략)...

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



자. 영상취재요원(VJ)<sup>74)</sup>

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

【대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10754 판결<sup>73)</sup>】

“비정규직보호법 시행을 앞두고 사업자등록을 거부했다는 이유로 VJ와의 계약을 종료한 이 사건에서, 비록 참가인들(VJ, 근로자들)이 6mm 카메라를 직접 소유하고 있고, 원고(사용자)로부터 명시적인 출·퇴근시간 등의 근태관리를 받지 않았으며, 참가인들에 관하여 4대 보험이 가입되어 있지 않다고 하더라도, 아래와 같은 사정으로 볼 때, 참가인들은 원고와의 근로관계에 있어 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 보인다.

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

73) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 7. 11.자 2013두6985 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

74) 영상취재요원에 관한 판례 중 근로자성이 부정된 판례는 ‘제2절 1.2 바. 영상취재요원(VJ)’ 참조

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

#### 차. 원목<sup>76)</sup>

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

#### 【서울고등법원 2015. 4. 3. 선고 2014누46296 판결<sup>77)</sup>】

“참가인이 원고의 포괄적인 지휘·감독을 받으며 주중예배, 직원 및 환자 신앙상담 등의 업무를 담당하고 원고의 지시에 따라 외부 행사에 참석하였으며 그 대가로 매월 일정한 급여를 지급받아 왔으므로, 참가인은 근로기준법상 근로자에 해당한다 할 것이다.

...(중략)...

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

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

76) 종교인과 관련한 판례 중 근로자성이 인정되지 않은 경우는 ‘제2절 1.2. 라. 부목사, 교육전도사’ 참조

77) 대법원(대법원 2015. 8. 13.자 2015두40903 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 카. 원어민 영어강사

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

【서울고등법원 2014. 11. 24. 선고 2013나68704, 68711 판결<sup>78)</sup>】

“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 ‘강의 용역제공계약서’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.

...(중략)...

보수의 성격에 관하여 살피건대, 원고들은 강의시간에 비례하여 미리 정하여진 비율에 따른 금액으로 보수를 받았으므로, 원고들은 근로제공에 대한 대가로서 보수를 수령하였다고 보아야 한다(대법원은 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2007.1.25. 선고 2005두8436 판결 등에서 당해 사건의 원고들이 피고로부터 시간당 일정액에 정해진 강의시간수를 곱한 금액을 보수로 지급받았고, 수강생수와 이에 따른 학원의 수입 증감이 보수에 영향을 미치지 않은 사정을 근로자성을 인정하는 징표들 중의 하나로 보았다). 이에 관하여 피고는 원고들이 주당 평균 24시간(월 104시간)만 강의를 하였음에도 불구하고, 한국인 학원강사의 월 평균 소득인 1,030,000원보다 높고, 피고의 정규직 직원들의 보수보다 높으며, 교육청 소속인 원어민 영어보조교사의 급여인 월 1,800,000원에서 2,700,000원보다 높은, 월 3,469,128원에서 3,979,976원에 달하는 보수를 받았기에, 원고들의 근로자성은 희박하다고 주장하나, 원고들의 근로의 내용 및 조건을 한국인 일반 학원강사, 피고의 정규직 직원, 교육청 소속의 원어민 영어보조교사의 것과 동일하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 노무제공자가 지급받는 보수의 액수가 근로자인지 여부를 결정하는 것도 아니므로 피고의 위 주장은 이유 없다.

...(중략)...

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

## 타. 객공(재봉공)

법원은 의류제조업을 영위하는 사업장에서 별도의 사업자등록을 하고 의류제조공정 중 봉제업무를 수행하고 **기본급 없이 작업량에 따른 성과급만을 지급받은 객공의 근로 기준법상 근로자성을 인정함**

### 【대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다51417 판결】

“원심은 그 채택증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 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 원하는 사람들에게 일률적으로 사업자등록을 요구함으로써, 원고들에게 객공 형태로 일할 것인지 아니면 월급제로 일할 것인지에 대한 선택권이 없었다고 보이는 점, 원고들이 임의로 자신이 아닌 제3자로 하여금 피고의 작업장에 출근하여 일을 하도록 할 수는 없는 것으로 보여 그 업무의 대체성을 인정하기 어려운 점, 원고들이 피고 운영 업체의 봄, 가을 두 차례의 패션쇼를 앞두고는 야근과 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 부가가치세법상의 사업자등록을 함으로써 근로소득세가 아닌 사업소득세를 납부하였고 산업재해보상보험, 고용보험 등 이른바 4대

78) 대법원(대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다88161, 2014다88178 판결)에서 확정됨

보험에 가입되어 있지 않은 사정 등이 있기는 하나, 이러한 사정들은 사용자인 피고가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정에 불과하여 원고들의 근로자성을 뒤집는 사정이라고 보기는 어렵다.”

#### 파. 전기검침원(전기요금 청구서 송달업무 포함)

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

#### 【대법원 2014. 11. 13. 선고 2013다77805 판결<sup>79)</sup>】

“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 제공받는 노무의 품질 등이 일정한 수준에 맞도록 요구하는 방법으로 위탁계약에 기하여 위탁원들의 업무에 대하여 일반적이고 추상적인 지시 등을 하는 것에서 더 나아가 상당한 지휘·감독을 하였을 가능성이 있다. ② 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.”

#### 하. 전화 보험설계사

법원은 사무실 내에서 전화로 보험모집을 하는 보험설계사에 대하여 사용자로부터 상당한 지휘·감독을 받았다고 판단하고 근로기준법상 근로자성을 인정함

#### 【대전지방법원 2010. 6. 29. 선고 2010나11154 판결<sup>80)</sup>】

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

#### 거. 채권추심원(1)

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

79) 동 판결은 원심판결(춘천지방법원 강릉지원 2013. 9. 3. 선고 2013나1171 판결)을 파기하고, 다시 원심법원에 환송하여, 원심법원(춘천지방법원 강릉지원 2015. 4. 23. 선고 2014나2133판결)에서 확정되었음

80) 원고의 업무는 사무실 내에서 사용자 소유의 전화를 이용하여 보험모집을 하는 일종의 텔레마케터와 같은 성격의 업무였으므로 이 판결을 통상의 외근 보험모집인의 경우에까지 확대하여 일반화할 수는 없음[통상의 외근형 보험모집인에 대하여 대법원은 근로자성을 부인해왔음(대법원 2000. 1. 28. 선고 98두9219 판결 등)]

【대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566 판결<sup>81)</sup>】

“망인과 같은 채권추심원들은 참가인(사용자)으로부터 추심을 위임받은 채권에 관한 채무자의 정보를 확인하거나 자신의 추심실적을 입력하기 위하여 참가인의 사무실에 설치되어 있는 컴퓨터를 이용하여야 하였으므로 미리 지정된 사무실에 출근하지 않고서는 자신의 업무를 수행하는 것이 불가능하였던 점, 이에 채권추심원은 통상 08:20~09:00경 참가인이 제공한 사무실에 출근하여 그 곳에 설치되어 있는 컴퓨터를 이용하여 채무자의 정보를 확인하거나 전화를 이용하여 채무자에 대한 채무변제를 독촉하는 등의 업무를 수행하였고, 참가인은 채권추심원들에게 사무실이나 그 곳에 설치된 컴퓨터 전화 등의 이용요금을 따로 부담시키지 않았던 점, 망인이 소속되어 있던 위 구미파트에서는 채권추심원 6~8명이 한 팀을 이루어 업무를 처리하였고 참가인은 정규직 주임 또는 대리로 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 구미파트 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 벌점을 종합하여 채권의 배분을 조정할 수 있었고, 채권회수실적이 평균에 현저히 미달하여 업무수행이 곤란하다고 판단되는 경우에는 참가인 회사가 위임계약을 해지할 수도 있었던 점, 채권추심원들로서는 그와 같은 불이익을 피하기 위하여 파트장이나 팀장의 그와 같은 채권회수 독려나 업무지시를 거절 하기가 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 제시 하면 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, 구미파트에서는 개인신용정보보호 등을 이유로 제3자에 대한 재위임이 요청되거나 승인된 적이 없는 점, 채권추심원에게 따로 기본급이나 고정급이 정해져 있지 않았으나 신규 위촉된 채권추심원에게는 업무를 시작한 때부터 3개월 간 순차로 70만원, 50만원, 30만원의 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·복무 규정·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 근무 장소에 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.”

#### 너. 채권추심원(2)(근로자성 인정을 회피하기 위하여 재계약을 한 경우)

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

#### 【대법원 2015. 7. 9. 선고 2012다20550 판결<sup>82)</sup>】

“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 단서 조항 삭제, 근로자성으로 인정될 소지가 있는 용어와 계약서의 변경 등’을 주요 내용으로 하는 ‘채권추심 업무방법서 개정 시행’을 보냈다.

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

81) 유사판례로 ‘대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도816 판결’, ‘대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다99396 판결’이 있음



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

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

이러한 사실관계와 함께 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고는 2008. 6. 16.자로 계약서 양식이 변경된 이후에도 채권추심원들과 재계약을 하면서 종전의 계약서를 사용하기도 하고, 변경된 계약서를 사용하였다가 이후 다시 과거의 계약서 양식을 사용하기도 하는 등 피고 스스로도 계약서 양식 자체에는 큰 의미를 두지 않았던 것으로 보이는 점, ② 피고는 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, 적절한 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 출장 근무가 많은 채권추심업무의 특성상 회사가 근무시간과 장소를 제한하지 않았다고 하여 근로자성을 부정하는 주요 징표가 된다고 보기는 어려운 점 등을 종합하여 보면, 원고 1 등을 비롯한 채권추심원들이 2008. 6. 16.자로 변경된 계약서 양식에 따라 채권추심업무계약을 체결하였다는 사정만으로 이전과 달리 근로기준법상의 근로자에 해당하지 않게 되었다고 단정하기는 어렵다고 할 것이다.”

82) 일부 하급심(서울고등법원 2012. 1. 27. 선고 2011나44193 판결, 서울행정법원 2012. 3. 22. 선고 2011구합2163 판결)에서는 근로계약 변경 등으로 근로자성을 부정한 판결 등이 확정되기도 하였음

## 더. 텔레마케터

법원은 사회복지법인에서 법인이 발간하는 월간지를 후원자들에게 판매하고 그 **구독료 명목의 후원금을 모금**하는 텔레마케터에 대하여 업무수행과정에서 사용자로부터 상당한 지휘·감독을 받은 것으로 판단하고 근로기준법상 근로자성을 인정함

### 【서울고등법원 2008. 9. 10. 선고 2008누9883 판결<sup>83)</sup>】

“① 참가인(근로자)은 원고(사용자)에게 예상후원자들의 인적사항을 제공하고 업무방식을 한정하며 우편물의 내용물을 감독·통제하는 등의 방법으로 ‘구체적 통화대상 및 통화내용’을 제외한 업무내용을 대부분 정하였고, 이에 따라 원고가 업무내용의 결정에 있어 가지는 재량의 범위는 그리 넓지 못하였던 것으로 보인다. ② 원고는 비록 채용, 징계, 각종 근로조건, 정년 등에 있어서 취업규칙의 적용을 받지 아니하였으나, 취업규칙의 내용이나 그 적용 여부 등은 사용자가 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 큰 사항에 해당되는 것이어서 ‘근로관계의 종속성 여부’를 판단함에 있어 중요한 의미를 가지기 어렵다. ③ 참가인은 빈번한 회의를 통하여 원고에게 지시·주의사항을 통보하고 업무방식을 교육하며 업무기준을 제시하였고, 매일 원고로부터 업무수행 결과를 구체적으로 보고받았으며, 원고가 지정된 업무방식을 준수하지 아니할 경우에는 원고의 우편물 발송을 저지하는 등, 업무수행과정에서 상당한 지휘·감독을 하였다. ④ 참가인은 원고의 근무시간과 근무장소를 지정하였고, 출결상황표의 작성과 출근수당 및 만근수당의 지급을 통하여 원고로 하여금 근무시간에 구속을 받게 하였다. 비록 참가인이 근무시간의 부준수를 이유로 원고에 대하여 질책이나 징계를 하지는 아니하였고, 출결상황표가 자율적으로 기재되었으며, 텔레마케터의 실제 근무시간이 일 7시간에 다소 못 미친 경우에도 출근수당이 지급된 경우가 많았다고는 하나, 근무에 있어 출결상황의 명시는 그 자체만으로도 근무시간의 구속성을 강화하는 효과가 있는 점, 원고의 출결상황은 출근수당 및 만근수당의 지급여부와 불가분적으로 결합되어 있었는데 위 수당들의 부지급은 원고에 대하여 실효적인 제재수단으로서의 의미를 가지는 점, 근무시간의 빈번한 부준수는 수당의 부지급뿐 아니라 퇴사의 사유가 될 가능성이 충분하였던 것으로 보이는 점 등을 고려하면 위와 같은 사정으로 인하여 원고가 근무시간에 구속을 받지 아니하였다고 보기는 어렵다. ⑤ 참가인은 원고에게 업무에 필요한 기본적인 사무용품을 모두 제공하고 전화요금 등 업무비용까지 부담하였으며, 원고는 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하지 아니하였을 뿐만 아니라 사실상 그렇게 할 수도 없었던바, 원고가 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있었다고 보이지는 아니한다. ⑥ 원고는 입사 3개월 후까지 매월 40만원을 고정적으로 지급받았고, 그 후에도 매월 출근수당 및 만근수당으로 이와 같은 액수인 합계 40만 원을 지급받았던바, 원고가 지급받은 출근수당 및 만근수당은 사실상 ‘기본급 내지 고정급’의 성격을, 그 부지급은 사실상 ‘결근에 대한 금전적 제재’의 성격을 각 가진다고 할 수 있다. ⑦ 원고는 근로소득세가 아닌 사업소득세를 납부하였고, 이른바 4대 보험에 참가인의 사업장 근로자로서 가입되어 있지 아니하였으나, 이는 참가인이 우월한 지위를 이용하여 임의로 정한 데 따른 것으로 보이고, 원고가 이러한 상태의 법률적·경제적 의미를 정확히 인식하였음에도 불구하고 이를 묵인하였다는 등의 사정에 대한 주장·입증이 없는 이상, 단순히 원고가 이를 알고도 그에 대하여 이의를 제기하지 아니하였다는 사정은 별다른 의미를 가지지 아니한다. ⑧ 원고는 약 3년에

이르는 기간 동안 통상적인 근로자의 일과시간을 참가인의 텔레마케터로서 근무하였던바, 이를 고려하면 참가인의 텔레마케터들 중 일부가 휴직 후 복직하였다거나 다른 업무를 이유로 매주 이틀씩 조퇴하면서도 계속하여 근무하였다는 점만 가지고는 원고의 근로제공의 계속성 및 참가인에 대한 전속성을 부인하기 어렵다.

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

### 러. 프리랜서 방송제작PD

법원은 **특정 방송프로그램의 제작 및 방송을 위해 프리랜서계약을 체결한 방송 제작PD에 대하여 업무수행과정에서 사용자의 상당한 지휘·감독을 받은 것으로 판단하여 근로기준법상 근로자성을 인정하였고, 동 프리랜서계약은 해당 프로그램의 종료시점까지를 계약기간으로 하는 기간제 근로계약으로 볼 수 있다고 봄**

#### 【서울고등법원 2011. 6. 30. 선고 2010누37973 판결<sup>84)</sup>】

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

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

㉡ 근무시간과 근무장소에 관하여 보건대, 참가인들이 제작하는 프로그램은 1주일에 1회씩 정기적으로 방송되므로 이에 따른 업무일정표가 사실상 짝 짜여 있어서 그 흐름에 맞춰 업무를 하였고 편집을 위하여 밤샘 작업도 하는 점 등에 비추어 보면, 참가인들의 근무시간이 상대적으로 자유로웠다고 하더라도 이는 업무의 특성에서 비롯된 것이고 이는 참가인들과 함께 프로그램 제작에 참여하는 정규직 근로자도 마찬가지였을 것으로 보인다. 근무장소와 관련하여서도 참가인

83) 한편, 기획부동산 텔레마케터에 대하여는 서울지방노동위원회(2009부해578 등) 및 국무총리 행정심판위원회(2008. 4. 29.자 07-12660 재결)에서는 대부분 근로자성을 부인하였으나, 서울중앙지방법원 형사판결에서 근로자성을 인정한 바 있음(서울중앙지방법원 2009. 4. 8. 선고 2009노1150 판결)

들의 업무 일정상 다른 장소에서 근무하는 것이 불가능하고 원고 소유의 편집장비 및 카메라, 스튜디오 등을 이용하여야 하였으므로 근무장소는 고정되어 있었고 참가인들이 임의로 선택할 여지는 없었다고 봄이 상당하다.

㉔ 작업도구의 소유관계, 업무의 대체가능성, 손익발생구조에 관하여 보건대, 참가인들은 그 업무를 수행하기 위하여 근로를 제공하는 것 외에 별도로 자본을 투자하거나 장비를 갖추 필요가 없었고, 참가인들 업무의 성격 및 원고가 참가인들을 선발한 경위에 비추어 참가인들이 그 업무를 직접 수행하지 않고 제3자를 고용하여 대행하게 한다는 것은 쉽게 상상하기 어려우며, 특별히 참가인들이 추가로 수취할 이윤도 없고 나아가 손실의 위험도 없었던 점에 비추어 참가인들을 독립된 사업자로 볼 만한 여지는 쉽게 찾기 어렵다.

㉕ 보수의 성격에 관하여 보건대, 참가인들은 프로그램 제작 횟수에 상응하여 일률적으로, 주급으로 급여를 수령하기는 하였으나 보수 자체에 있어서 특별히 변동이 있을 수 없고 2005년경 3회를 제외하고는 결방이 있더라도 고정적으로 급여를 지급받아 왔으며 급여가 근로시간과는 무관하게 책정되었으나 참가인들의 근무시간은 충분히 예측가능하고 근로시간의 장단에 있어서 그 변동이 크지 않은 점을 고려하면, 참가인들은 근로의 대가로 보수를 수령하였다고 봄이 상당하다.

㉖ 사용자에 대한 전속성, 근로제공의 계속성에 관하여 보건대, 참가인들은 정해진 프로그램의 제작 그리고 그 제작과정에서 자신들이 맡은 업무만을 처리하기는 하였으나 이는 정규직 근로자들과 별반 차이가 없었던 것으로 보이고, 1주 단위로 짝 짜인 업무를 반복적으로 수행한 점에 비추어 참가인들이 다른 영업활동을 할만한 여유도 없었고 실제로 그렇게 한 바도 없었으므로 원고의 업무만을 전속적으로 한 것으로 인정되며, 참가인들이 근무한 6년 여간 3주가량을 제외하고는 계속하여 근무한 점에 비추어 근로제공의 계속성도 인정된다.”

#### 머. 학원버스기사<sup>85)</sup>

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

#### 【대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다37165 판결】

“원고가 운행한 버스는 원고 자신의 소유이지만 소유권 등록 명의를 피고 앞으로 한 사실, 원고와 피고가 맺은 계약서에는 원고가 피고로부터 위 버스 운행의 대가로 매달 200만원을 받기로 하였고, 실제로도 원고는 매달 200만원 내외의 돈(기본급에 근무 외 수당 명목의 돈을 추가한 금액)을 피고로부터 지급받았으며, 그 금원에서 소득세, 주민세, 국민연금보험료, 국민건강

84) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두19390 판결)에서 원심이 인정되어 최종 확정되었으며, 소개된 판결의 내용은 원심의 판결내용임. 유사 판례로는 ‘대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다27671 판결’이 있음

85) 학원버스기사, 유치원버스기사에 관한 판례 중 근로자성이 인정되지 않은 판례는 ‘제2절 1.2 사. 유치원버스기사, 아. 학원버스기사’ 참조

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

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

#### 버. 향운노조의 조합원

법원은 향운노조의 조합원에 대하여 **향운노조 지부장을 통하여 임명한 작업반장으로부터 작업현장에서 지시·관리감독을 받는 점** 등을 이유로 **하역회사가 아닌 향운노조와 사용종속관계가 있는 근로자에 해당한다고 봄**

## 【서울고등법원 2011. 8. 17. 선고 2011누9425 판결】

“하역회사가 비록 원고 조합원들의 근로소득세를 원천징수하고 사용자 부담부분 건강보험 등 사회보험료를 납부하였다 하더라도, 참가인 등을 포함한 원고 조합원들은 클로즈드 샵(closed shop)형식의 노동조합인 원고에 가입하거나 등록함으로써 원고가 그 산하 지부장을 통하여 임명한 작업반장의 작업현장에서의 지시·관리감독 아래 하역회사에게 노무를 제공하고 그에 따른 대가를 원고로부터 지급받게 되는 점, 반면 하역회사는 ○○항만물류협회와 원고 사이의 임금협정에 따라 원고가 공급하는 조합원들의 근로 제공의 대가를 원고에게 정기적으로 일괄 지급하는 점, 근로 제공자인 조합원들은 그 근무태도 등에 대하여 원고로부터 규율과 제재를 받을 뿐이고 하역회사는 독자적으로 조합원들을 규율하거나 제재를 가할 방법을 가지고 있지 않는 점 등 조합원들의 근로 관계로의 편입과 배제, 임금지급방식, 근로에 대한 지시·감독권한의 소재에 비추어 볼 때 참가인 등은 원고와 사용·종속관계에 있는 근로자라고 봄이 타당하다.”

【서울고등법원 2009. 8. 21. 선고 2009누5963 판결<sup>86)</sup>】

“참가인은 군산지방노동사무소장으로부터 직업안정법 제33조 제1항에서 정한 근로자공급사업 허가를 받아 이를 영위하는 한편, 관할 세무서에도 근로자공급사업을 내용으로 하는 사업자등록을 마친 사실, 참가인의 조합원들은 노조가입원을 참가인에게 제출하여 참가인 상무집행위원회에서 승인을 받으면 조합원자격을 취득하고 근로제고를 지시받을 수 있으나 별도로 근로계약을 작성하는 방법으로 근로계약을 체결하지는 않은 사실, 참가인에 가입하게 되면 조합원들은 참가인의 노동조합규약과 징계규정에 따른 상무집행위원회의 결정에 따라 징계를 받는 등 규율을 받게 되고, 위 징계규정에는 무단결근이나 작업 중 중대과실로 재해를 발생시키는 것도 징계사유로 정하고 있는 사실, 나아가 참가인은 군산항에 위치한 한국항만물류협회 산하 군산항만물류협회와 사이에 조합원들의 노임액수, 노임지급시기 및 근로시간 등 근로조건에 관한 노임협약을 체결하고, 위 물류협회의 회원인 하역업체로부터 요청이 있으면 조합원들로 하여금 해당 하역업체에게 근로를 제공하도록 지시하며, 조합원들이 근로를 제공하면 참가인은 위 하역업체로부터 조합원들의 임금을 일괄 지원받아 위 금원으로부터 그 2% 상당의 조합비와 조합원 부담부분 건강보험료 및 국민연금법상 연금보험료 등을 공제한 나머지를 조합원들에 지급하고 있는 사실, 한편 조합원들의 갑종 근로소득세나 사용자 부담부분 건강보험료 및 연금보험료는 각 하역업체가 이를 원천징수 또는 공제하여 납부하고 있는 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 하역업체가 조합원들의 갑종근로소득세 원천징수분이나 사용자 부담부분 건강보험료 등을 납부하였다 하더라도, 원고를 포함한 참가인의 조합원들은 참가인에 가입하거나 등록함으로써 참가인과 사이에 참가인의 지시·감독 아래 각 하역업체에게 노무를 제공하고 그에 따른 대가를 참가인으로부터 지급받게 되며, 반면 위 하역업체는 위 물류협회와 참가인과 사이의 노임협약에 따라 참가인이 공급하는 조합원들을 근로에 종사시킨 다음 그 대가를 참가인에게 지급하고, 근로제공자인 조합원들의 근무태도 등에 대하여 참가인의 규율에 의존할 뿐 하역업체 스스로 조합원들을 규율하거나 제재를 가할 방법으로 따로 가지고 있지 않음

알 수 있으므로, 위와 같은 사정에 비추어 보면 원고는 참가인과 사용·종속관계에 있는 근로자라고 할 것이어서 이와 다른 처지의 이 사건 재심판정에는 원고와 참가인 사이의 근로간계를 오해한 위법이 있다.”

#### 서. 형식적 대표이사(실제 경영자가 별도로 있는 경우)

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

#### 【대법원 2009. 8. 20. 선고 2009두1440 판결】

“산업재해보상보험은 동법상의 보험급여를 받을 수 있는 근로자에 대하여 ‘근로기준법에 따른 근로자’를 말한다고 규정하는 외에 다른 규정을 두고 있지 아니하므로 보험급여 대상자인 근로자는 오로지 ‘근로기준법상의 근로자’에 해당하는지의 여부에 의하여 판가름나는 것이고, 그 해당 여부는 그 실질에 있어 그가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이지(대법원 1999.2.24. 선고98두2201 판결, 대법원 2001.2.9. 선고2000다57498 판결 등 참조), 법인등기부에 임원으로 등기되었는지 여부에 따라 판단할 것은 아니다(대법원 2002.9.4. 선고 2002다4429 판결 참조). 한편, 주식회사의 대표이사는 대외적으로는 회사를 대표하고 대내적으로는 회사의 업무를 집행할 권한을 가지는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 산업재해보상보험법상의 근로자에 해당하지 않는다고 할 것이나, 주식회사의 대표이사로 등기되어 있는 자라고 하더라도 대표이사로서의 지위가 형식적·명목적인 것에 불과하여 회사의 대내적인 업무집행권이 없을 뿐 아니라 대외적인 업무집행에 있어서도 등기 명의에 기인하여 그 명의로 집행되는 것일 뿐 그 의사결정권자인 실제 경영자가 따로 있으며, 자신은 단지 실제 경영자로부터 구체적·개별적인 지휘·감독을 받아 근로를 제공하고 경영성이나 업무성적에 따른 것이 아니라 근로 자체의 대상적 성격으로 보수를 지급받은 경우에는 예외적으로 산업재해보상보험법상의 근로자에 해당한다고 할 것이다.”

#### 어. 화물운송 지입차주검 운전기사<sup>87)</sup>

법원은 **제품을 생산하는 회사와 직접 운송계약을 맺고 종속적인 관계에서 자신**

86) 동 사건은 대법원(대법원 2009. 11. 26. 자 2009두15678 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

87) 화물운송 지입차주검 운전기사에 관한 판례 중 근로자성이 인정되지 않은 판례는 ‘제2절 1.2. 차. 화물운송 지입차주검 운전기사’ 참조

**소유의 차량으로 업무를 제공하여 실비변상적인 성격의 금원을 포함한 포괄적인 형태의 임금을 받아온 화물운송기사에 대하여 근로기준법상 근로자성을 인정함**

【대법원 2013. 4. 26. 선고 2013도5385 판결】

“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 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 하고, 근로를 제공하는 자가 기계, 기구 등을 소유하고 있다고 하여, 곧바로 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하고 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 안는 사업자라고 단정할 것은 아니다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로 소득세를 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).

원심은 판시와 같은 이유를 들어 피해 근로자들은 피고인이 운영하는 공소의 1주식회사에 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 근로기준법 위반죄에서의 근로자성 판단에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.”



1.2 근로자성이 부정된 판례<sup>88)</sup>

## 가. 간병인

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

【서울고등법원 2009. 9. 18. 선고 2008누24011판결<sup>89)</sup>】

“① 참가인은 ○○병원에서 일하기 전 ○○병원을 찾아가 간호팀장에게 이력서를 제출하기는 하였으나, ○○병원 운영자들인 원고들과 사이에 근로계약이나 고용계약 등의 약정을 체결하지 않았고, 직원 채용시에 일반적으로 요구되는 신원보증서 등의 서류제출을 한 바도 전혀 없으며, 원고들 또한 간병인 지원자들을 심사한다거나 사전교육을 하는 등 일반적인 직원 채용에 필요한 조치를 하지 않고 천사간병인 등 전문 직업소개소를 통하여 간병인을 소개받아 간병업무를 수행하도록 하여 온 점, ② 목욕, 식사, 체위 변경, 침상 정리, 식사량 확인, 체온 확인, 대소변량 및 색깔 확인 등 간병인의 업무 대부분은 원래 환자 또는 그 보호자가 하여야 할 일을 대신하는 것으로 병원이 입원한 환자들에게 당연히 제공하여야 하는 용역은 아니므로, 비록 ○○병원이 노인전문 병원으로 다른 병원에 비하여 간병인의 필요성이 크고, 간병인의 업무가 ○○병원의 업무와 밀접한 관련이 있다고 하더라도, 간병인 병원 운영에 있어서 필요불가결한 인력이라고 볼 수는 없는 점, ③ 간병인은 환자에 대한 간병업무에 종사할 뿐 병원의 다른 업무에 배치된 바 없고, 가온 병원의 채용·인사·승진·근무시간·보수·징계 등에 관한 취업규칙 또는 인사 규정의 적용을 받지 않으며, 간병인이 업무를 태만히 하거나 업무상 부정한 행위를 하더라도 원고들로서는 업무협약 제5조에 따라 전○○에게 요구하여 간병인을 교체하는 등의 조치를 취하도록 하는 것 외에 직접 ○○병원의 복무질서위배 등을 이유로 간병인에게 징계처분 등을 할 수는 없는 점, ④ ○○병원이 간병인의 근무 병실과 근무시간을 지정하고, 출근부를 비치하여 출·퇴근, 교대시간 준수 여부를 확인하며, 간병과 관련한 업무를 지시하고 간병인을 관리하였다고는 하나, 개별 환자들과의 약정에 의하지 않고 병실을 이용하는 여러 명의 환자를 동시에 간병하는 다인 간병의 특성상 병원 운영자가 간병인이 근무할 병실 및 근무시간을 미리 지정하는 것은 불가피하다고 할 것이고, 간병인의 업무수행이 병원 안에서 병원의 고객들인 환자들을 대상으로 이루어지는데다가 병원의 의료행위와도 밀접한 관련이 있는 것이어서 병원 시설을 관리하고 의료용역을 제공하는 병원 운영자로서는 원활한 업무협조와 환자들의 편의 등을 위하여 간병인에 대한 일정한 규제를 하지 않을 수도 없으므로, 위와 같은 행위를 원고들이 간병인의 업무수행과정에서 그 업무의 수행방법이나 내용에 관하여 구체적이고 직접적인 지시를 하거나 명령을 한 것으로 보기는 어려운 점, ⑤ 원고들이 환자들로부터 직접 간병료를 진료비와 함께 수취하였고, 참가인은 간병료를 납부한 환자의 수와 금액에 관계 없이 근무 일수에 따라 매월 정액의 간병료를 원고들로부터 수령하였음은 앞서 본 바와 같으나, 위와 같은 간병료 수취 및

88) 주요 판례에 대한 소개는 직종별 명칭의 가나다 순으로 서술하였음

지급은 원고들과 천사간병인 전○○의 합의에 의하여 원고들이 간병인 또는 천사간병인의 업무를 대행해준 것이어서, 위 사실만으로 간병인이 지급받은 간병료가 원고들에게 제공한 근로에 대한 대가인 임금에 해당한다고 보기는 어렵고, 그 밖에 원고들이 간병인에게 간병료 이외에 임금의 성격을 가진 금품을 제공하였음을 인정할 자료는 전혀 없는 점(참가인은, 원고들이 환자들로부터 간병료 명목으로 수취한 금액과 천사간병인 및 참가인에게 지급한 금액의 차액을 취득하여 이익을 얻었다고 주장하는바, 원고들이 환자들로부터 수취한 간병료 명목의 금액과 참가인 및 전○○에게 지급한 금액이 일치하지 않는다고 하더라도, 그러한 사정만으로 참가인이 지급받은 간병료가 원고들에게 제공한 노무의 대가라고 단정할 수는 없다). ⑥원고들은 참가인에 대하여 직접 간병료를 지급한 경우에도 근로소득세를 원천징수하지 않았고, 간병인에 대하여 고용보험 등 이른바 4대 보험에 가입하지 않았으며, 간병인의 간병업무 수행과정에서 사고가 발생한 경우 원고들이 아닌 천사간병인 내지 간병인 본인이 실질적으로 그 책임을 부담하였던 점 등의 사정이 인정되는바, 이를 종합하여 보면, ○○병원에서 일하는 간병인인 참가인은 ○○병원 운영자인 원고들에 대하여 사용종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 제2조에서 말하는 근로자에 해당한다고 볼 수 없다.”

#### 나. 골프장 경기보조원(캐디)

법원은 골프장 경기보조원에 대하여 어느 정도의 종속적인 관계에서 사용자에게 노무를 제공하고는 있으나, **그 주된 노무인 경기보조용역 제공의 상대방이 골프장 이용객**이라는 점, 사용자에게 직접 제공되는 **일부 노무의 목적은 사용자로부터 골프장의 출입 및 이용권한인 출장 기회를 제공받는 대가로 부수적으로 수행되는 것**이라는 점 등을 이유로 근로기준법상 근로자성을 부정함

#### 【대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결<sup>90)</sup>】

“골프장에서 일하는 캐디는, ① 골프장 시설운영자와 사이에 근로계약·고용계약 등의 노무공급 계약을 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

89) 동 사건은 대법원 (대법원 2009. 12. 24. 자 2009두18448 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정되었으며, 유사 판례로 서울행정법원 2010.6.10. 선고 2010구합4209 판결이 있음

전혀 지급하고 있지도 아니하며, ⑥ 내장객에 대한 업무 수행과정에서 골프장 시설운용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 않으며, ⑦ 근로소득세를 납부하고 있지 않고, ⑧ 내장객에 대한 경비보조업무 수행을 해태하여도 그 용역을 제공하는 순번이 맨 끝으로 배정되는 등의 사실상의 불이익을 받고 있을 뿐 달리 골프장 시설운용자가 캐디에 대하여 회사의 복무질서 위배 등을 이유로 한 징계처분을 하지 아니하는 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 골프장 시설 운영자에 대하여 사용종속관계하에서 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 정도로 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 법리 오해 및 골프장 내장객의 캐디 피 지급에 관한 묵시적 위임 주장에 관한 판단누락 등의 위법이 없다.”

#### 다. 국민기초생활보장법에 따른 자활사업 참여자

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

#### 【서울행정법원 2014. 8. 14. 선고 2013구합14917 판결】

“원고는 차상위계층에 속하는 사람으로서, 생활이 어려운 사람에게 필요한 급여를 실시하여 최저생활을 보장하고 자활을 돕는 것을 목적으로 하는 국민기초생활보장법 제9조, 제15조, 동법 시행령 제5조의3의 규정에 따라 자활사업에 참가할 것을 조건으로 피고로부터 생계급여를 지급받던 자라고 할 것이고, 원고가 지급받은 생계급여가 근로 자체의 대상적 성격을 지녔다거나 원고가

90) 유사판례로는 대법원 2014. 3. 27. 선고 2012두28322 판결, 대법원 2014. 2. 27. 선고 2010두29284 판결 등이 있으며, 2009년 이후 우리위원회에서 이 사건 사용자와 캐디가 당사자로 진행된 행정소송 6건이 진행되었으나, 대법원은 노동조합법상 근로자성은 인정하되 근로기준법상 근로자성은 부인하는 태도를 견지하고 있음

임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공하였다고는 볼 수 없으므로, 원고는 그 실질에 있어 근로기준법 상의 근로자에 해당한다고 볼 수 없다.”

#### 라. 교회 부목사, 교육전도사<sup>91)</sup>

법원은 부목사, 교육전도사가 지급받는 금원은 **근로의 대가로 지급받는 임금으로 볼 수 없다**고 하여 근로기준법상 근로자성을 부정함

#### 【서울행정법원 2005. 12. 27. 선고 2005구합13605 판결】

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

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

#### 마. 지자체와 위탁계약을 체결한 어린이집 원장

법원은 지자체로부터 어린이집 운영을 위탁받은 어린이집 원장에 대하여 **어린이집 운영에 필요한 운영비를 스스로 부담**하고, 채용, 인사 및 복무관리, 물품 구입, 재무·회계 등을 직접 관리하는 등 **어린이집 운영에 관한 실질적인 권한을** 보유하였다는 점을 이유로 근로기준법상 근로자성을 부정함

91) 종교인과 관련한 판례 중 근로자성이 인정된 경우는 원문에 대한 판례는 ‘제2절 1.1 차. 원목’ 참조

【서울행정법원 2011. 9. 21. 선고 2010구합40779 판결<sup>92)93)</sup>】

“① 참가인은 원고에게 이 사건 어린이집의 시설을 이용하여 영유아보육법 관련 규정에서 정한 영유아보육을 하도록 위탁하였는데, 참가인은 인사규정 등에 따른 징계처분이 아니라 위탁기간이 종료하는 때 또는 위탁을 취소할 사유가 있는 경우에 위탁계약을 취소함으로써 원고와의 관계를 청산할 수 있을 뿐이고, 원고 역시 이 사건 어린이집을 운영할 의사가 없는 경우에는 그 뜻을 표명하여 참가인으로 하여금 위탁을 취소하도록 할 수 있는바, 위탁계약에 따른 원고와 참가인 사이의 관계는 원칙적으로 위임계약에 해당되는 것으로 보이는 점, ② 표준보육시스템에 따른 보고의무는 민간보육시설을 포함한 모든 보육시설에 동일하게 적용되는 것으로 이는 정부의 지원을 받아 운영되는 보육시설의 특성에 기인하는 것으로 보이는 점, ③ 원고는 참가인으로부터 이 사건 어린이집의 운영을 위탁받아 직접 운영하는 자로서 어린이집 운영에 필요한 운영비를 스스로 부담하고(위탁계약서 제7조, 참가인은 위탁계약서 제6조에 따라 예산의 범위 내에서 법령에 따라 보조금의 형태로 원고에게 재정적 지원을 할 뿐이다), 직원의 채용, 인사관리, 출근 등 복무관리, 물품의 구입, 재무·회계 등을 직접 관리하여 어린이집 운영에 관한 실질적인 권한을 보유한 것으로 보이고, 이에 대한 참가인의 실질적인 관여는 없었던 점, ④ 위탁계약, 영유아보육법 관련 규정, 안성시 영유아 보육 조례 등에서 원고로 하여금 수탁자의 의무를 이행하고 참가인의 지도와 명령을 받고 그에 대한 보고를 하도록 규정하고 있어 참가인이 원고에게 구체적인 지휘·감독을 하는 것으로 비쳐질 수 있으나, 이는 영유아보육사업의 건전한 운영확보를 위하여 이 사건 어린이집이 그 목적과 법규정에 맞게 운영되도록 참가인으로 하여금 최소한의 감독을 하게 한 것일 뿐이고, 원고는 관련 규정을 준수하는 범위 내에서는 이 사건 어린이집을 독자적으로 운영할 수 있는 권한이 있는 점, ⑤ 원고는 휴가, 외출 등에 대하여 참가인의 통제를 받지 않았고, 원고에 대한 보수는 참가인이 결정하는 것이 아니라 보건복지가족부에서 매년 시달되는 보육시설 종사자의 인건비 지원기준에 따라 정해지는 점(보육시설의 모든 수입은 원고가 이를 직접 사용하지 못하고 지방자치단체의 세입·세출예산에 편입되므로, 원고는 본인 및 직원들의 인건비를 참가인에게 청구하고 참가인이 이 사건 어린이집 계좌로 입금하는 방법으로 지급하였다), ⑥ 비록 원고는 위 보수 이외에 달리 수익이 없으나, 지방자치단체 소유의 보육시설을 위탁운영 하는 경우 일반적인 영리 추구가 금지되는 대신 해당 시설을 무상으로 사용하면서 지방자치단체의 재정적 지원을 받아 직원들의 인건비 및 운영비를 확보하여 안정적으로 이 사건 어린이집을 운영할 수 있는 점에 비추어 원고가 지급받은 보수를 순전히 근로 자체에 대한 대상적 성격을 갖는 임금으로 보기 어려운 점, ⑦ 원고는 이 사건 어린이집의 시설장(원장)으로서 비영리사업의 사업자등록증이라 할 수 있는 세무서 발행의 고유번호증에 대표자로 등재되어 있고, 이 사건 어린이집 종사자들의 국민연금, 고용보험 등 사회보험의 신고의무자인 점 등을 종합하면, 위 2)에서 인정된 사정들만으로는 원고가 근로기준법상 근로자에 해당된다고 보기 어렵고, 원고와 참가인 사이의 위탁계약은 업무위임 계약의 성격이 강하여 원고가 임금을 목적으로 참가인과 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다고 보기는 어렵다.”

92) 동 사건은 항소심에서 항소 취하되어 확정됨

93) 관련 질의회시(고용서비스지원과-477, 2008. 4. 11.)

## 바. 영상취재요원(VJ)<sup>94)</sup>

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

### 【서울행정법원 2013. 12. 5. 선고 2013구합55185 판결】

“① 일반적으로 브이제이는 특정 프로그램에 필요한 영상물을 촬영하고 이를 편집하여 담당 피디에게 제공하는 업무를 수행하는 점, ② 원고는 고향매거진에 필요한 7분짜리 영상 4편을 제작·편집하고 참가인의 티브이프로그램 제작비 지급규정에 따라 편당 50만원 내지 60만 원의 대가를 지급받았고 나아가 당시 다른 프로그램의 에피드로 활동하고 그 대가로 별도로 7만원을 지급받았을 뿐, 기본급이나 고정급이 정해져 있지 아니하였던 점, ③ 원고는 영상물을 제작함에 있어 담당 피디의 구체적 지시·감독을 받았고 주 5일 이상 오전에 출근하여 자정 내지 새벽까지 근무하였다고 주장하나, 원고가 제출한 증거들 특히 갑 제1,2,12호증(각 가지번호 포함)의 각 기재만으로 이를 인정하기에 부족한 점(갑 제12호증의2의 기재에 의하면, 이상곤이 원고가 브이제이 업무를 수행한 기간에 매일 출근하여 촬영·편집 등 업무를 하였다고 진술하고 있으나, 현장촬영이 많은 브이제이 업무의 성격에다가 원고 역시 촬영장소에서 근무한 적이 많다고 주장하고 있는 점에 비추어 볼 때, 위 진술을 믿기 어렵다), ④ 원고가 참가인이 제공하는 카메라 및 편집기 등을 사용하기는 하였으나, 이는 원고가 상당히 오랫동안 참가인 회사에서 뉴스피디 등으로 근무한 친분관계에 기인한 면이 있는 것으로 보이는 점, ⑤ 근로자가 아닌 도급관계에 있는 일반적인 브이제이 역시 담당피디가 요청하는 기획의도에 맞는 영상을 제작·편집하기 위해서는 기획회의에 참석하는 등 담당 피디와의 의견교환이 필요한 것으로 보이는 점 등을 고려해 보면, 원고가 브이제이 업무를 수행할 당시 원고에게 참가인의 근로자로서의 지위가 인정된다고 보이지 않는다.”

## 사. 유치원 버스기사<sup>95)</sup>

법원은 차량지입계약을 체결하고 유치원 소속 원생들의 등·하원시 수송업무를 담당한 버스기사에 대하여 **차량운행시간 및 운행코스 지정은 차량지입계약에 따른 운행업무의 내용을 특정하는 것이지 업무수행과정에서의 지휘·감독이라고는 보기 어렵다**는 점 등을 이유로 근로기준법상 근로자성을 부정함

“일반적으로 보육시설의 실질적인 운영을 위하여 지방자치단체장 등이 보육시설의 원장을 임명하여 동 원장으로 하여금 보육시설 중사자에 대한 임명 및 복무관리 등을 하도록 하고 원장명의로 사업자등록을 하여 대외적으로 대표권을 행사하도록 하고 있다면 보육시설 원장은 고용보험의 피보험자가 되는 근로자에 해당되지 않는 것으로 판단됨. 다만, 지방자치단체 등에서 자체 또는 위탁운영하고 있는 경우 보육시설 원장과 수탁체 대표 또는 자치단체장과의 별도의 근로계약을 작성하는 등 실질적인 중간관리자의 성격이라면 고용보험 피보험자격을 취득할 수 있다고 판단됨”

94) 영상취재요원에 관한 판례 중 근로자성이 인정된 판례는 ‘제2절 1.1 자. 영상취재요원(VJ)’ 참조

95) 학원버스기사에 관한 판례 중 근로자성이 인정된 판례는 ‘제2절 1.1. 머. 학원버스기사’ 참조

【서울고등법원 2008. 10. 29. 선고 2007누34127 판결<sup>96)</sup>】

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

아. 학원버스 기사<sup>97)</sup>

법원은 학원버스기사에 대하여 운행에 관한 모든 책임을 부담하면서 **별다른 제약 없이 대차운행, 대리운행을 하고 학원버스 업무 외의 영업행위를 한 점** 등을 이유로 근로기준법상 근로자성을 부정함

## 【대법원 2014. 7. 24. 선고 2012두16442 판결】

“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 취업 규칙의 적용을 받지 아니한 점, ③ 원고들은 상당한 가격의 45인승 버스를 지입한 후 실제로 버스를 소유·관리하면서 그 운행에 관한 모든 책임을 부담한 점, ④ 원고들은 별다른 제약 없이 대차운행, 대리운행을 하고 업무 외의 영업행위를 하였던 점, ⑤ 원고들의 버스 운행에 대한 수수료는 차량의 승차인원, 연식, 운행거리 등에 따라 차등적으로 지급된 점 등의 사정을 종합하여, 원고들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공한 것이라고 보기 어려우므로 근로기준법상 근로자에 해당하지 아니한다고 판단하였다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 이러한 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 근로기준법상 근로자의 인정기준에 관한 법리오해, 체증법위반 등의 위법이 없다.”

96) 1심 판결(서울행정법원 2007. 11. 22. 선고 2007구합14626 판결)을 인용하였음

97) 학원 버스기사의 근로자성과 관련하여서는, 대법원에서 인정례와 부정례가 모두 존재하므로 개별적 사안에서 실질적인 차량운행관리권이 누구에게 있는지, 지휘감독의 정도가 어느 정도인지, 다른 업무를 수행할 수 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것임. 학원버스기사에 관한 판례 중 근로자성이 인정된 판례는 ‘제2절 1.1 머. 학원버스기사’ 참조

### 자. 헬스장 개인교습 트레이너<sup>98)</sup>

법원은 개인교습을 통해 고정급의 3배를 수당으로 받고 **겸직이 허용되는 헬스장 개인교습 트레이너**에 대하여 업무수행과정에서 사용자로부터 구체적·직접적인 지휘·감독을 받은 것으로 보이지 않는다고 보아 근로기준법상 근로자성을 부정함

#### 【서울행정법원 2014. 5. 15. 선고 2013구합56751 판결】

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

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

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

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

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

### 차. 화물운송 지입차주겸 운전기사<sup>99)</sup>

법원은 제품을 생산하여 배송할 필요가 있는 회사와 운송전문회사가 운송에 대한 도급계약을 체결한 후, 그 **운송전문회사와 제품운송 용역계약을 체결하고 매월 용역비 명목으로 매월 일정액을 지급받는 지입차주**에 대하여 업무수행 과정에서 운송전문

98) 서울행정법원 2015. 9. 24. 선고 2015구합60891 판결에서는 출퇴근시간이 정해져있는 헬스장 개인교습 트레이너의 근로기준법상 근로자성을 인정하였음(현재 서울고등법원에서 소송 계속중임)

99) 화물운송 지입차주겸 운전기사에 관한 판례 중 근로자성이 인정된 판례는 ‘제2절 1.1 어. 화물운송 지입차주겸 운전기사’ 참조



회사의 지휘·감독을 받는다고 보기 어려운 점 등을 이유로 근로기준법상 근로자성을 부정함

【대법원 2013. 7. 11. 선고 2012다57040 판결】

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

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

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

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

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

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

⑦ 원고는 피고의 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받지 아니하고, 별도의 사업자 등록을 하여 부가가치세 등을 신고·납부하였으며, 자신의 비용으로 이 사건 화물트럭을 유지, 관리하였다.

이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고는 일정한 자본을 투자하여 운송사업을 영위

하는 지입차주로서 지입회사인 피고와 사이에 별도의 운송용역계약을 체결하고 그에 따른 용역비를 지급받은 것으로 봄이 타당하고, 원고가 상당기간 고정된 운송일정과 운송경로에 따라 특정 운송 업무를 반복 수행하며 피고로부터 일정한 금원을 지급받은 것은 위 운송용역계약의 내용과 특성에 따른 것일 뿐 그와 같은 사정만으로 원고가 피고에 대하여 종속적인 관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 볼 수는 없다.

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.”

#### 카. 기타(선원에 대한 관할의 문제)

법원은 선원의 경우 근로기준법이 아닌 **선원법의 우선적용**을 받으므로 **원칙적으로 선원노동위원회에 부당하고 구제신청을 하여야 하지만, 지방노동위원회에 접수된 선원의 부당하고 구제신청을 노동위원회규칙에 따라 이송하지 않고, 관할을 이유로 각하한 것은 부당하다고 봄**

#### 【대법원 2012. 10. 11. 선고 2010두18215 판결】

“원심은 그 판시와 같은 여러 사정을 종합하여 원고 근로자들은 근로기준법이 아닌 선원법의 우선적용을 받는 선원이라고 전제한 다음, 선원법 제4조 제1항, 제2항, 제34조의3, 선원노동위원회 규정 제3조 등 관련 법령 등의 규정에 비추어 볼 때 선원법의 적용을 받는 선원은 원칙적으로 특별노동위원회인 선원노동위원회에 부당하고 구제신청을 하여야 하고 근로기준법의 적용을 받는 근로자들에 대한 부당하고 구제신청 사건을 담당하는 지방노동위원회에 부당하고 구제신청을 할 수 없다고 판단하였다. 나아가 원심은 행정절차법 제6조 제1항, 제2항, 노동위원회법 제25조, 노동위원회 규칙 제32조 제1항, 제5항, 제2조 제1호 등 관련 법령 등의 규정에 비추어 볼 때, 지방노동위원회가 선원법의 적용을 받는 선원의 부당하고 구제신청을 접수한 경우에는 근로기준법에 따른 부당하고 구제신청의 적격이 없다는 이유로 신청을 각하할 것이 아니라 위와 같은 사건 이송에 관한 규정에 따라 관할 선원노동위원회에 사건을 이송하여야 한다고 전제한 다음, 원고 근로자들이 근로기준법의 특별법이 선원법의 적용을 받은 선원이어서 지방노동위원회에 부당하고 구제신청을 할 수 있는 당사자 적격이 없다는 이유로 그 신청을 각하한 인천지방노동위원회의 초심판정을 유지한 피고의 이 부분 재심판정은 위법한 것으로서 취소되어야 한다고 판단하였다.

노동위원회법 제25조는 ‘중앙노동위원회는 중앙노동위원회·지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 운영 기타 필요한 사항에 관한 규칙을 제정할 수 있다’고 규정하고, 그에 따라 중앙노동위원장이 제정한 노동위원회규칙은 제32조 제1항에서 ‘노동위원회는 접수된 사건이 다른 노동

위원회의 관할인 때에는 즉시 당해 사건과 일체의 서류를 관할 노동위원회로 이송하여야 한다'고 규정하는 한편, 같은 조 제5항에서는 '이송된 사건은 처음부터 이송을 받은 노동위원회에 접수된 것으로 본다'고 규정하고 있으므로, 이에 따른 원심의 판단은 정당하고, 중앙노동위원회가 노동위원법 제25조에 근거하여 각 노동위원회의 심판절차를 규율할 목적으로 제정한 규칙이 단순히 행정청의 내부적 사무처리 지침에 불과하여 그 위반이 절차상 하자를 구성하지 않는다는 참가인 회사의 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.”

## 2. 노동조합법상 근로자성에 관한 판례

### 2.1 골프장 경기보조원(캐디)

법원은 골프장 경기보조원에 대하여 근무내용, 근무시간 및 근무장소에 대하여 상당한 정도의 지휘·감독을 받고 있고, 캐디들 스스로 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 위험을 부담하는 독립사업자로 볼 수 없으며 사용자와 단체협약과 별도의 합의나 노동쟁의 조정절차 등을 거쳐 온 점 등을 이유로 노동조합법상 근로자성을 인정함

#### 【대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결<sup>100)</sup>】

“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 근무 내용, 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 투자하는 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 소속 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.”

## 2.2 방송연기자

법원은 방송연기자에 대하여 **업무수행과정에서 사용자로부터 구체적이고 개별적인 지휘·감독을 받고 있는 점 등을 이유로 노동조합법상 근로자성을 인정**하고, 노동조합 법상 근로자인 **방송연기자들이 조직 가입한 노동조합은 교섭단위 분리를 신청할 자격이 있다고 봄**<sup>101)</sup>

### 【서울고등법원 2015. 1. 22. 선고 2013누50946 판결<sup>102)</sup>】

“가) 참가인의 방송연기자에 대한 지휘 감독 등

...(중략)... ② 방송연기자 업무의 기본적인 내용은 참가인이 지정하는 역할과 대본 등으로 결정되며, 연기자들은 참가인으로부터 부여받은 연기 역할을 창의적인 해석과 예술성을 발휘해 연기를 하게 된다. 이러한 연기자의 전문성 때문에 연기 과정에서 방송연기자에게 일정한 재량이 인정되지만 그와 같은 재량은 연출감독 등이 의도하여 연출하고자 하는 역할 범위 내에 있음을 전제로 제한적으로 인정되는바, 방송연기자의 연기는 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

100) 유사판례로는 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두23139 판결이 있으며, 2009년 이후 우리위원회에서 이 사건 사용자와 캐디가 당사자로 진행된 행정소송 6건이 진행되었으나, 대법원은 노동조합법상 근로자성은 인정하되 근로기준법상 근로자성은 부인하는 태도를 견지하고 있음

101) 방송연기자와 구분되는 보조출연자의 경우 법원은 근로복지공단의 보조출연자에 대한 요양불승인처분 취소소송에서 촬영 현장에 일용직의 형태로 고용되어 제작사나 용역공급업체가 요구하는 바에 따라 노무를 제공하고 그러한 노무 제공에 대한 대가로 시간급 보수를 받는 보조출연자는 근로자로 봄이 상당하다고 보았음(서울행정법원 2008. 11. 20. 선고 2007구단15424 판결, 서울고법 2009. 9. 23. 선고 2008누38102 판결에서 확정)

수도 있으며 연출감독이 만족스럽다고 판단하여야 방송연기자의 연기는 비로소 방송프로그램의 일부를 구성하게 된다. 이와 같은 점들을 종합하면 참가인은 방송연기자들의 업무 수행과정에서 구체적이고 개별적인 지휘·감독을 하는 것으로 볼 수 있다.

...(중략)...

나) 참가인에 의해 연기시간 및 장소의 구속을 받는지 여부

방송연기자는 고정된 출퇴근 시간이나 근무 장소가 있지는 않으나 기본적으로 연기 과정에서 참가인이 결정한 시간과 장소의 구속을 받는다. 또한, 연기를 위한 준비과정인 대본연습이나 리허설도 방송연기자의 능력이나 숙련도와 무관하게 기본적으로 참가하여야 하고, 자신의 촬영 순서가 될 때까지 촬영현장 부근에서 대기하고 있어야 한다.

다) 출연료의 근로대가성

...(중략)... 방송연기자의 출연료는 연기에 의한 예술적 가치를 평가한 것이라기보다는 연기라는 노무 제공 자체의 대가로 정액의 급여를 지급한 것으로 보는 것이 상당하다. ...(중략)...

라) 방송연기자의 사업자성

① 모든 방송연기자의 역할이 대체 불가능하지는 않을 것이지만 방송연기자가 다른 방송연기자를 고용하여 자신의 연기를 대행하도록 하는 사례는 없다.

② 방송연기자들이 사업자라면 일응 부담해야 할 것으로 보이는 숙박비와 식비, 교통비는 참가인이 별도로 지급하고 있다.

③ 현대극에서 의상은 방송연기자가 준비하나 특별히 방송연기자에게 의상과 관련한 일정한 의무가 지워져 있는 것은 아니고, 방송연기자가 별도로 자신의 비용으로 준비해야 할 의무가 있는 비품은 없다.

④ 따라서 연기자들은 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있다거나 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있다고 보기 어렵다.

마) 그간의 당사자의 인식 및 노사관행

① 원고와 참가인은 노동조합법상 규정들이 적용됨을 전제로 이에 따라 노동쟁의 조정절차 등을 거쳐 단체협약을 체결하고, 단체협약의 규범적 효력을 전제로 단체협약의 규정내용을 방송연기자들과의 개별 계약의 내용으로 적용하여 오는 등의 집단적 노사관계를 진행하여 온 점 등에 비추어 참가인도 방송연기자 및 원고를 사실상 노동조합법상 근로자 및 노동조합으로 인정하여 왔고, 약 25년간 노동조합법에 따른 법률관계가 형성되어 정착되었다. ...(중략)...

바) 그 밖에 근로자성 판단 요소

① 근로관계는 인적·계속적 관계이므로 근로관계 당사자는 근로제공·임금지급의무에 덧붙여 겸직금지 의무 등의 여러 부수적인 의무를 부담한다. 그러나 참가인이 방송연기자의 근로를 필요로 하는 방송프로그램은 일정한 기간만 유지되는 유기적인 사업이어서 근로관계의 인적·계속적 성격이 낮으므로 그만큼 근로자의 부수적 의무의 정도도 적다고 할 것인데, 방송연기자는 원칙적으로 방송방영시간이 아닌 방송촬영시간에 근로를 제공함으로써 근로제공의무를 다하는 것이므로, 방송연기자가 방송촬영시간 즉 참가인의 지휘·감독에 벗어난 시간을 이용하여 참가인 방송프로그램과 유사 시간대의 다른 방송사 프로그램에 동시에 출연하는 경우도 가능하다.

② 방송연기자가 기획사 등을 운영하며 다른 탤런트를 고용하는 경우도 있으나 이는 방송

연기자가 아닌 다른 지위에서 하는 별도의 사업이고, 위와 같은 사업을 하는 방송연기자 역시 참가인의 지휘·감독을 받으며 노무를 제공할 때에는 다른 방송연기자와 다를 바가 없다.

③ 원고의 조합원 중에는 출연계약을 통해 출연료를 결정하는 자유계약 연기자도 있는데, 이들의 출연계약서에는 일반적인 근로계약서에서 볼 수 있는 근로시간과 휴게시간에 관한 내용이 없으며, 근로기준법에 위반한 위약금 예정에 관한 내용이 기재되어 있기는 하다. 그러나 근로자성 여부는 근로제공의 실질에 따라 평가되어야 할 것이고 계약의 형식에 따라 좌우되지 않는바, 출연료가 어떤 방식으로 결정되는지는 근로자성여부에 영향을 미치지 않고, 출연계약서에 근로시간 및 휴게시간의 정함이 없는 것은 일정이 불규칙한 방송프로그램 촬영의 특성에서 비롯된 것이며(근로기준법 제59조도 이러한 점을 고려해 영화 제작 및 흥행업을 근로시간 및 휴게시간의 특례로 규정하고 있다), 근로기준법에 반하는 위약금의 예정 약정은 노동조합법상 근로자성을 판단하는 데 있어서는 직접적인 관련성이 없다.

④ 방송연기자들은 방송제작비지급규정의 적용을 받고 있는데 방송연기자의 출연료가 결정되는 부분에 한하여 위 규정은 취업규칙에 해당한다고 볼 수도 있다. 그렇지 않다고 하더라도 취업규칙이나 인사규정 등의 적용은 사용자가 경제적·사회적으로 우월한 지위를 이용하여 그 적용 여부나 적용 방식을 결정할 수 있는 사항이므로 노동조합법 상의 근로자성 인정에 있어 중요한 징표로 작용하지 않으며, 같은 이유에서 방송연기자들이 사업소득세를 납부하고 있는 점, 기본급이나 고정급이 정해지지 않은 점, 4대 보험 적용이 배제되고 있는 점 등은 노동조합법상의 근로자성을 판단하는 부차적인 요소라고 할 것이다.”

## 2.3 불법체류 외국인

법원은 불법체류 외국인에 대하여 우리나라에서 **현실적으로 근로를 제공하면서 임금·급여 기타 이에 준하는 수입에 의해 생활하고 있는 점** 등을 이유로 노동조합법상 근로자성을 인정함

### 【대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결】

“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 출입국관리법령에서 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 신분에 따른 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 된다는가 또는 그 체류가 합법화 되는 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 제12조 제3항제1호 규정에 의하여 설립신고서를 반려할 수 있을 뿐만 아니라(대법원 2014.4.10. 선고 2011두6998 판결 참조), 설령 노동조합의 설립신고를 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.”

## 2.4 학습지 교사

법원은 위탁계약을 체결한 학습지 교사에 대하여 **위탁업무의 수행과정에서 업무의 내용이나 수행방법 및 업무수행시간 등에 관하여 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 아니한 점** 등을 이유로 노동조합상 근로자성을 부정함

【 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다39136 판결<sup>103)</sup> 】

“원심은, 그 채용 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 학습지교사가 피고 회사로부터 위탁계약에 따른 최소한의 교육 등을 받을 의무가 있을 뿐 위탁업무의 수행과정에서 업무의 내용이나 수행방법 및 업무수행시간 등에 관하여 피고 회사로부터 구체적이고 직접적인

지휘·감독을 받고 있지 아니한 점, 학습지교사는 피고 회사의 정직원과는 달리 그 채용부터 출퇴근시간, 위탁관계의 종료에 이르기까지 그 제한이 거의 없고 다른 곳의 취업에도 특별한 제한이 없는 점에 비추어 피고 회사에 전속되어 있다고 볼 수 없는 점, 학습지교사가 피고 회사로부터 지급받는 수수료 등은 그 위탁업무수행을 위하여 학습지교사가 제공하는 근로의 내용이나 시간과는 관계없이 오로지 신규회원의 증가나 월회비의 등록에 따른 회비의 수금실적이라는 객관적으로 나타난 위탁업무의 이행실적에 따라서만 그 지급 여부 및 지급액이 결정되는 것이어서 근로 제공의 대가로서의 임금이라고 보기 어려운 점 등에 비추어 보면, 원고(선정당사자) 및 선정자 성○○와 같은 학습지교사는 피고 회사와 사이에 사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자로 볼 수 없으므로, 선정자 전국학습지산업노동조합은 결국 근로자가 아닌 자로 구성된 단체로서 ‘노동조합 및 노동관계조정법’(이하 ‘노동조합법’이라 한다)상 노동조합에 해당한다고 볼 수 없어 피고 회사가 위 선정자조합의 단체교섭요구에 응하지 않은 것은 노동조합법상 부당노동행위로 볼 수 없다고 판단하였다. 관계 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 노동조합법상의 근로자의 해석에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.”

103) 유사판례로 서울행정법원 2007.1.25. 선고 2006구합12821 판결(서울고등법원 2007. 10. 23. 선고 2007누6757 판결에서 확정됨), 고등법원 2014.8.20. 선고 2012누37274 판결(현대 대법원에서 소송 계속중임, 항소심 판결에서는 노동조합법상 근로자성 뿐만 아니라 학습지교사의 근로기준법상 근로자성 역시 부정하고 있음)이 있음



## 제 2 장

# 사용자 적격

제1절 사용자 적격 개관 및 주요쟁점	69
1. 개설	69
2. 사용자의 개념 및 사용자 지위 판단 기준	69
3. 피신청인 적격에 관한 주요 쟁점	72
4. 사용자 적격 불비 사건의 처리	93
제2절 사용자 적격 관련 판례	95
1. 사용자의 개념	95
2. 사용자 지위 판단 기준	96
3. 원청업체와 하청업체 근로자 사이의 묵시적 근로계약관계 인정 여부	97
4. 원청업체와 하청업체 근로자 사이의 근로자파견관계의 인정 여부	105
5. 근로자공급사업자의 사용자 지위 인정 여부	117
6. 고용승계와 사용자 지위 인정 여부	120



# 목 차

제1절 사용자 적격 개관 및 주요쟁점 .....	69	가. 영업양도에 따른 고용승계와 사용자 지위 판단 .....	89
1. 개설 .....	69	1) 영업양도 .....	89
2. 사용자의 개념 및 사용자 지위 판단 기준 ..	69	2) 영업양도와 사용자 지위 판단 ..	90
2.1 사용자의 개념 .....	69	3) 아파트 관리형태 변경과 사용자 지위 판단 .....	92
2.2 사용자 지위 판단 기준 .....	71	나. 수탁업체 변경에 따른 고용승계와 사용자 지위 판단 .....	93
3. 피신청인 적격에 관한 주요 쟁점 .....	72	4. 사용자 적격 불비 사건의 처리 .....	93
3.1 권리의무 귀속주체와 사용자 지위 판단 ..	72	4.1 사용자가 아닌 자를 상대로 한 구제신청 ..	93
가. '사업 경영 담당자' 또는 '근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자' .....	72	4.2 사용자가 아닌 자에 대한 노동위원회의 구제명령 .....	94
나. 법인이 설치한 하부기관 .....	72		
다. 국가의 하부기관, 행정관청 및 시설 등 .....	73	제2절 사용자 적격 관련 판례 .....	95
3.2 간접고용관계와 사용자 지위 판단 .....	74	1. 사용자의 개념 .....	95
가. 간접고용과 사용자 지위 판단 요소 ..	75	2. 사용자 지위 판단 기준 .....	96
1) 근로자의 채용과정 .....	75	3. 원청업체와 하청업체 근로자 사이의 묵시적 근로계약관계 인정 여부 .....	97
2) 승진, 징계 등에 관한 실질적 권한 행사 .....	76	3.1 묵시적 근로계약관계가 인정된 판례 ..	97
3) 근로자들에 대한 지휘·감독권의 행사 .....	77	가. 물류센터 사내협력업체 직원 .....	97
4) 임금 및 수당 지급에 대한 실질적 영향력 행사 .....	77	나. 조선소 사내협력업체 직원 .....	98
5) 사업경영상 독립적인 물적 시설을 갖추었는지 여부 .....	78	다. 대형할인매장 납품업체 직원 .....	99
나. 간접고용 관련 사용자 지위 인정 주요 유형 .....	79	라. 소사장 법인 직원 .....	100
1) 사실상 직접 고용관계 .....	79	마. 지입차량 차주 운전자 .....	101
2) 사실상 근로자파견관계 .....	82	3.2 묵시적 근로계약관계가 인정되지 않은 판례 .....	102
3.3 근로자공급사업(항운노조원) .....	87	가. K레일 K열차여승무원 .....	102
가. 항운노조의 사용자 지위 인정에 관한 판례 경향 .....	87	나. 사내협력업체 직원 .....	104
나. 사용자 지위를 인정한 사례 .....	88	4. 원청업체와 하청업체 근로자 사이의 근로자파견관계의 인정 여부 .....	105
다. 사용자 지위를 인정하지 않은 사례 ..	89	4.1 근로자파견관계가 인정된 판례 .....	105
3.4 고용승계와 사용자 지위 판단 .....	89	가. H자동차회사 사내협력업체 직원 ..	105
		나. 원청업체 야구버스 운전기사 .....	106
		다. 사용사업체 파견 운전원 .....	107
		라. K구청 안내도우미 .....	110

## 목 차

4.2 근로자파견관계가 인정되지 않은 판례 .....	111
가. 시공참여자(숙청 ‘오야지’)가 채용한 건설근로자 .....	111
나. 도급사와 별개로 사업자등록이 되어 있는 수급사의 직원 .....	112
다. 용역경비업체 직원 .....	112
라. 아파트 용역관리업체 직원 .....	113
마. 지방자치단체 위탁운영 어린이집 보육교사 .....	113
바. 00회의 지교회 소속 근로자 .....	114
사. 검역용역업체 직원 .....	115
아. K열차 승객서비스 용역업체 여승무원 .....	115
5. 근로자공급사업자의 사용자 지위 인정 여부 .....	117
5.1 근로자공급사업자의 사용자 지위가 인정된 판례 .....	117
5.2 근로자공급사업자의 사용자 지위가 인정되지 않은 판례 .....	118
6. 고용승계와 사용자 지위 인정 여부 .....	120
6.1 고용승계가 인정된 판례 .....	120
6.2 고용승계가 인정되지 않은 판례 .....	120

## 제1절 사용자 적격 개관 및 주요쟁점

### 1. 개설

근로기준법 제28조제1항 및 노동조합법 제82조제1항에 따라 사용자는 부당해고 및 부당노동행위 구제신청의 피신청인이 되고, 「노동위원회 규칙」 제60조제1항제3호에 따라 사용자성을 결여한 자를 피신청인으로 한 구제신청은 당사자 적격 불비로 각하됨

또한, 근로기준법 제30조제1항 및 노동조합법 제84조제1항에 따라 사용자는 구제 명령의 공법상 의무를 부담하는 자<sup>1)</sup>이기도 하므로 실효성 있는 심판사건 처리를 위해서는 사용자의 명확한 개념 정립이 필요함

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

### 2. 사용자의 개념 및 사용자 지위 판단 기준

#### 2.1 사용자의 개념

노동관계법은 사용자를 ① 사업주, ② 사업 경영담당자, ③ 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 포함하는 것으로 정의하고 있음(근로기준법 제2조제1항제2호, 노동조합법 제2조제2호)

사업주는 개인사업체에서는 개인, 회사 기타 법인체에서는 법인을 의미하고, 경영 담당자란 주식회사의 대표이사, 상법상 지배인과 같은 자를 말하며<sup>2)</sup>, 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자란 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건 결정 또는 업무상 명령이나 지휘·감독을 하는 등의 사항에 대해 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 자를 말함<sup>3)</sup>

1) 사용자 아닌 자는 구제명령 이행의무가 없으므로 재심판정 취소소송을 제기할 당사자적격이 인정되지 않아 각하되며(대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결 참조), 근로기준법 제111조에 따라 확정된 구제명령을 이행하지 않더라도 형사처벌 받지 않음

2) 법원은 명칭이 아닌 실질을 보고 사용자 여부를 판단하고 있음[“법인등기부상 대표이사직에서 사임했으나 실제로는 회장으로서 회사를 사실상 경영하여 온 경우 법상의 사용자에게 해당한다(대법원 1997. 11. 11. 선고 97도813 판결).”]

3) 대법원 1989. 11. 14. 선고 88누6924 판결

그러나 이러한 노동관계법상의 정의와 달리 **노동위원회 실무**<sup>4)</sup>와 **판례**<sup>5)</sup>는 ‘**부당해고 및 부당노동행위**’ 구제신청의 피신청인 및 구제명령의 이행주체로서의 **사용자를 사업주로 한정**하고 있으며 이 경우 사업주란 원칙적으로 근로자와 근로계약 관계를 맺고 있는 자를 의미함

다만, ‘**지배·개입의 부당노동행위**’ 구제신청의 경우 근로자와 근로계약관계에 있지 않더라도 노동조건을 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다면 당사자 적격이 인정된다고 봄

【대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결】

“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 사용자에 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 사용자에 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 노조활동 시간 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 확정

4) “피신청인이 될 수 있는 자격이 있는 자는 사업주인바, 부당해고 등 구제신청사건의 경우 신청인인 근로자와 근로계약관계에 있는 사업주를 말하며, 부당노동행위 구제신청사건의 경우 노동조합원인 근로자와 근로계약관계에 있거나 노동조합과 단체교섭의무가 있는 사업주를 말함”(조사관용 「심판업무 매뉴얼」, 2009. 11., 36쪽)

따라서 사업주가 아닌 사용자를 상대로 한 구제신청은 당사자 부적격으로 각하됨이 원칙이나 실무적으로는 대체로 보정의 기회를 부여하고 있음

5) “부당해고나 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령이 발하여진 경우 그 명령에 따라 이를 시정할 주체는 사업주인 사용자가 되어야 한다.(대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결).”

되어 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 계획한 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.”

나아가 하급심 판결<sup>6)</sup>은 단체교섭 응낙 가치분에 관하여 “근로계약상 사용자 이외의 사업주도 사용자와 직접 근로계약을 맺고 있는 근로자를 자기 업무에 종사시키고 기본적인 노동조건에 관하여 사용자와 같이 볼 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배, 결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그 한도 내에서 ‘단체교섭의무’가 있는 사용자에게 해당한다”고 판시함<sup>7)</sup>

## 2.2 사용자 지위 판단 기준

‘부당해고 및 부당노동행위’ 구제신청 사건의 피신청인 및 구제명령의 이행주체로서의 사용자에게 해당하는지 여부는 형식이 아닌 **실질을 기준으로**<sup>8)</sup>, ① 근로계약의 당사자 ② 임금지급의 주체 ③ 고용·종속관계<sup>9)</sup>의 존부 ④ 실질적인 영향력 내지 지배력<sup>10)</sup> 행사 여부 등의 사정을 고려하여 판단함

6) 대전지방법원 2012. 3. 15.자 2011카합1209 결정

7) 판례는 부당노동행위에 관하여 ① 사용종속관계설(근로계약관계에 있는 자 또는 사실상 사용종속관계에 있는 자를 사용자로 보는 견해)과 ② 지배력설(사용종속관계 유무에 관계없이 실질적 영향력 내지 지배력을 가진 자를 사용자로 보는 견해) 중 ②설을 따르고 있는 것으로 평가됨

8) “어떤 근로자에 대하여 누가 근로기준법 제32조, 제36조 소정의 의무를 부담하는 사용자인가를 판단함에 있어서도 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 하고, 이 때에도 위와 같은 여러 요소들을 종합적으로 고려하여야 할 것이다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2006도300 판결).”

9) 종속적 관계에 관한 판단기준은 ‘대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결’ 참조

10) 실질적인 영향력 내지 지배력 유무 및 행사 정도에 관한 판단기준은 ‘대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결’ 참조

### 3. 피신청인 적격에 관한 주요 쟁점

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

#### 3.1 권리의무 귀속주체와 사용자 지위 판단

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

법원은 학교법인 산하 사립학교 교장<sup>11)</sup>, 의료법인이 운영하는 병원의 원장<sup>12)</sup>, 회사 공장장, 현장소장<sup>13)</sup>, 광업소장<sup>14)</sup> 등의 당사자 적격을 부정함<sup>15)</sup>

#### 【대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결】

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

#### 나. 법인이 설치한 하부기관

공장, 지점 등 법인이 설치한 하부기관은 원칙적으로 권리능력이 없으므로 구제신청의 상대방이 될 수 없음<sup>16)</sup>

다만, 지점, 지부, 분회 명칭에도 불구하고 별도의 설립등기를 하였거나 별도의 정관 등 독립적인 단체로서의 실질을 갖추고 있는 경우에는 피신청인이 될 수 있음<sup>17)</sup>

11) 대법원 1986. 7. 8. 선고 86도722 판결

12) 대법원 1980. 11. 11. 선고 80도1070 판결

13) 대법원 1983. 11. 8. 선고 83도2505 판결

14) 대법원 1976. 10. 26. 선고 76다1090 판결

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

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

17) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다59337 판결, 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007다7973 판결



여러 법인으로 이루어진 ‘그룹’의 경우, 근로자와 근로계약을 체결한 각 법인이 사용자가 될 수 있을 뿐, ‘그룹’이 사용자가 될 수는 없음<sup>18)</sup>

#### 다. 국가의 하부기관, 행정관청 및 시설 등

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

#### 【대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40935 판결】

“‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제2조 제2호는 “사용자라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다”고 규정하면서, 같은 법 제29조 제1항에서는 “노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다”고 규정하고, 같은 법 제81조 제3호에서는 사용자가 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위를 부당노동행위의 하나로 규정함으로써 사용자를 노동조합에 대응하는 단체교섭의 당사자로 규정하고 있는바, 위와 같은 법 조항에 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 95누3565 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 사용자에 해당한다 할 것이다.”

예컨대 국립대학교 근로자들의 구제신청사건에서 교육과학기술부는 중앙행정기관으로서 당사자능력이 없고, 국립대학교는 법인도 아니고 비법인 사단이나 재단도 아닌 교육시설의 명칭에 불과하여 당사자능력이 없으며, 오로지 국가만이 진정한 사용자에 해당함<sup>19)</sup>

18) “E항공그룹은 E항공, E에프엔피 등 10여개의 관계 법인을 통칭하는 호칭에 불과한 것으로 보이고, 달리 E항공 그룹이 독자적으로 권리능력을 가진 사업조직이라고 인정할 만한 증거가 없는데다가, 원고가 E항공에 지원하였을 뿐이고 E항공그룹에 입사지원하지 않은 점 등을 고려해 볼 때, E항공그룹이 구제신청의 상대방으로서 당사자 능력 또는 당사자 적격을 갖추었다고 보기 어렵다(서울행정법원 2011. 10. 20. 선고 2011구합17004 판결).”

19) 서울행정법원 2007. 2. 15. 선고 2006구합28758 판결(동 사건은 소취하로 종결됨), 서울행정법원 2009. 2. 6. 선고 2008구합22747 판결(동 사건은 항소취하로 종결됨. 다만, 서울대학교 등 법인화 대학은 독자적인 법인격이 있으므로 사용자성 인정될 것으로 보임)

국립 초·중·고등학교 학교회계직원의 단체교섭 당사자의 지위에 있는 사용자는 학교장이 아닌 대한민국임<sup>20)</sup>

지방자치단체 소속 공립학교<sup>21)</sup>, 공립학교 병설유치원<sup>22)</sup>, 도립국악원, 읍사무소 등은 하부기관 또는 시설에 불과하여 구제신청의 상대방이 될 수 없고 지방자치단체가 공법인으로서 사용자에게 해당함(지방자치법 제3조제1항)

다만 유치원이나 학교의 근로자가 사법상 근로자가 아니라 공무원에 해당한다면 교육관련법령이 우선하므로 노동위원회 구제대상이 될 수 없음<sup>23)</sup>

### 3.2 간접고용관계와 사용자 지위 판단

일반적으로 사용자가 근로자와 사이에 중간업자를 근로계약의 형식적인 당사자로 개입시키고 노동법상 사용자에게 부과되는 책임을 회피하려는 고용형태, 즉 **사용자가 직접 근로자를 고용하지 않고 자신의 사업을 위하여 그 근로자를 사용 또는 이용하는 형태**를 간접고용이라 하는데<sup>24)</sup>, 이러한 간접고용관계에서 누구를 사용자로 볼 것인지가 문제됨

주로 문제가 되는 **위장도급의 경우**, ① 수급인이 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 도급인의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 아니하여 도급인과 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있는 경우와 ② 그 실질관계가 파견근로관계인 경우로 나누어 판단함<sup>25)</sup>

20) 서울고등법원 2013. 12. 4. 선고 2013누17437판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 5. 22. 선고 2012구합35207 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 3. 27. 자 2014두854 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 위 사건에서 원고들은, 학교회계직원과 직접 근로계약을 체결하여 임금, 복무, 기타 대우 등 근로조건에 관한 사항을 각 학교장이 결정하고 업무의 내용, 작업방법 및 작업장소를 지정하는 등의 구체적인 업무지시와 감독권한이 소속 학교장에게 있으므로 단체교섭의 당사자는 각 학교장이라고 주장하였으나, 법원과 노동위원회는 국·공립학교의 장이 학교회계직원과 근로계약을 체결하였다고 하더라도 그 근로계약관계의 권리·의무는 궁극적으로 행정주체인 국가 또는 지자체에게 귀속되므로, 대한민국 또는 지자체가 단체교섭의 당사자에 해당하고, 학교회계직원이 속한 노동조합과의 단체교섭단위는 각 국립학교 전체 또는 해당 지자체가 된다고 판단하였음

21) 수원지 소재 각 초등학교에서 과학실험조교를 채용한 것과 관련하여 대법원은 초등학교가 아닌 수원시가 고용주라고 보았음(대법원 1992. 4. 14. 선고 91다45653 판결)

22) 법원은 “이 사건 유치원은 공공단체인 경기도가 설치, 운영하는 공립유치원으로서 그 원장인 원고는 특정한 자연인이나 공공단체가 아니라 경기도 교육감으로부터 참가인에 대한 임용권을 위임받은 경기도의 기관으로서 행정청에 불과하다(서울행정법원 2005. 1. 14. 선고 2004구합10265 판결).”는 이유로 공립학교 병설유치원장의 당사자적격을 부정

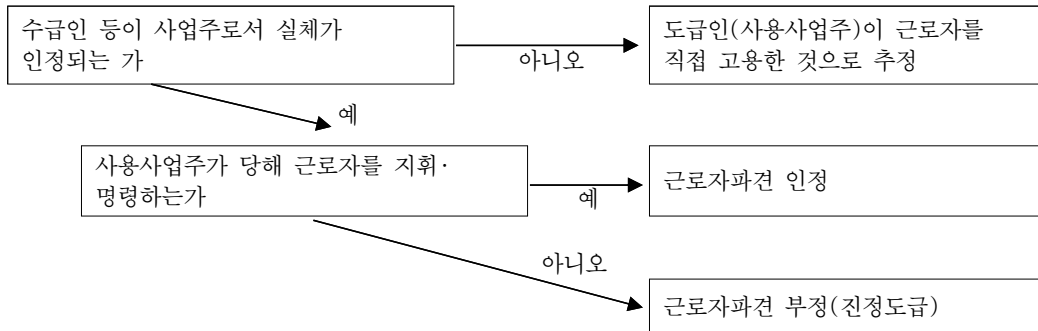
23) 서울고등법원 2008. 9. 26. 선고 2008누13233 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 4. 22. 선고 2007구합43198 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 1. 15.자2008두18304 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

24) 「근로기준법주해 I」, 노동법실무연구회, 박영사, 2010, 128~129쪽 참조

25) 일반적으로 민법상 도급계약의 도급인을 ‘원청업체’, 수급인을 ‘하청업체’라고 하는데, 원·하청업체는 도급계약 이외의 기타 법률관계에서도 여러 가지 형태로 나타남

최근 대법원은 K유통과 근로계약을 체결한 K○X 여승무원들이 K레일을 상대로 낸 근로자지위 확인 등 청구 소송에서 묵시적 근로관계 및 근로자과견관계 모두 성립하지 않는다고 하여 K레일의 사용자성을 부정하는 내용의 판결을 하였음<sup>26)</sup>

〈그림 2-1〉 간접고용에 관한 판단



#### 가. 간접고용과 사용자 지위 판단 요소

##### 1) 근로자의 채용과정

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

#### 【서울남부지방법원 2008. 7. 18. 선고 2007가합10338 판결】

“피고 회사의 임직원만으로 이루어진 사우회의 100% 출자에 의해 설립된 후 주주 및 대표이사도 모두 피고의 임직원이고 설립 이래 거의 전적으로 피고의 업무만을 도급받아 운영한 점, 입사시 피고직원들이 채용·면접주도한 점, 원고들이 수행하는 업무는 피고의 다른 업무와 구분되지 않고 유기적으로 결합된 업무로서 피고가 작업시간·작업대상·연장근로·휴일당번 등 직접

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

\* 다만, 시공참여자제도는 2008. 1. 1.부터 폐지되었으나 건설산업기본법 부칙 제6조에 의해 폐지 이전에 체결한 시공참여자계약은 유효함

노동위원회 사건처리와 관련하여서는 하청업체에 고용되어 원청업체에서 근무하는 이른바 사내하청이 주로 문제가 됨(예컨대, 현대자동차 컨베이어벨트에서 근무하는 하청업체 근로자)

26) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다78316 판결(이 판결은 K○X여승무원과 K레일 사이에 묵시적 근로관계가 성립하였다고 본 원심을 파기하여 현재 서울고등법원에서 파기환송심 계속 중), 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결

구체적인 지시, 소외 회사의 인사노무관리한 사실이 없고, 피고가 직접 인사평정·임금액결정·성과변동형 임금제 도입, 승급에 관여하여 결정한 점, 직무교육·복장 등 동일하게 지급된 점, 소외회사는 인사부서나 회계부서 등 제대로 갖춘 것이 없고 물적 시설 역시 갖추지 못하는 등의 사실을 종합하면 소외회사는 피고와 도급계약을 체결하고 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업 경영의 독립성을 갖추지 못한 채 피고의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고 오히려 피고가 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하다.”

반면에, 하청업체가 독립적으로 근로자와 직접 근로계약을 체결한 경우에는 원청업체의 사용자 지위를 부정하는 판단요소가 될 수 있음

【서울행정법원 2007. 11. 16. 선고 2007구합16042 판결<sup>27)</sup>】

“나. 인정사실

...(중략)...

(5) 윤00 및 김00은 위 시공계약에 따라 선정자들을 비롯한 공사근로자들을 채용하여 그 일당 등 근로조건을 결정하고 구체적인 작업지시 및 감독을 하였으며, 자신 소유의 공동연장을 작업에 투입하여 사용하였고, 매달 원고로부터 공사기성금을 지급받아 자재비를 지급하고 위 공사근로자들에게 각 작업일수에 일당을 곱하여 계산한 임금 및 퇴직금을 지급하였다.

다. 판단

위 인정사실로부터 알 수 있는 원고와 시공참여자들 사이에 시공계약의 내용, 시공참여자들의 업무수행방식, 선정자들과 시공참여자들 사이의 관계 등의 제반사정에 비추어 보면, 선정자들은 ‘원고로부터 공사를 재하도급 받은 시공참여자들에 의하여 고용된 근로자들’이라고 봄이 상당하므로, 원고는 선정자들에 대하여 사용자의 지위에 있지 아니하고, 따라서 선정자들의 구제신청은 사용자 아닌 자를 상대로 한 구제신청으로서 부적법하다고 할 것이다.”

## 2) 승진, 징계 등에 관한 실질적 권한 행사

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

판례는 원청업체가 하청업체 소속 근로자들에 대한 징계를 요구하거나 승진대상자 명단을 통보한 경우<sup>28)</sup>, 원청업체가 하청업체 소속 근로자들의 인사평정 및 승급 등을

27) 나아가 이 판결은 원청업체 명의의 근로계약서가 존재하고 근로자들이 원청업체의 출입증을 발급받았다 하더라도 사용자 지위 인정에 영향을 미치지 못한다고 보았음

결정해 온 경우<sup>29)</sup> 원청업체의 사용자 지위를 인정함

반면 하청업체가 근로자들에 대한 인사권과 징계권을 행사한 경우 원청업체의 사용자 지위를 인정하지 않음<sup>30)</sup>

### 3) 근로자들에 대한 지휘·감독권의 행사

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

판례는 원청업체가 하청업체 소속 근로자들의 출근, 휴가, 근무태도 등을 점검하고, 직접 또는 하청업체 소속 책임자를 통해 근로자들에게 구체적인 작업지시를 하였으며, 작업물량이 없는 경우, 교육, 사업장 정리, 업무지원 등의 명목으로 일정 수준 이상의 소득을 보장해 준 경우<sup>31)</sup>나 원청업체가 하청업체 소속 근로자들의 작업시간, 연장근로 등에 관하여 직접 구체적인 지시를 하고, 명함 등도 원청업체 소속 근로자와 동일하게 지급한 경우<sup>32)</sup> 원청업체의 사용자 지위를 인정함

반면에, 원청업체가 업무표준 등을 만들어 하청업체를 관리하였더라도, 하청업체 소속 근로자들에게 직접적으로 작업지시를 하지 않는 등 하청업체(시공참여자)가 소속 근로자들에게 구체적인 작업지시 및 감독을 한 경우 원청업체의 사용자 지위를 인정하지 않음<sup>33)</sup>

### 4) 임금 및 수당 지급에 대한 실질적 영향력 행사

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

판례는 원청업체가 하청업체 소속 근로자의 업무지원, 안전교육 등에 대한 보수 및 퇴직금이나 사회보험료까지 산정하여 도급대금과 함께 하청업체에 지급하였고, 상여금 등의 수당을 위 근로자들에게 직접 지급한 경우, 하청업체에 대한 작업량 단가가 원청

28) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결 참조

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

30) 서울행정법원 2012. 9. 18. 선고 2011구합26763 판결 참조

31) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결 참조

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

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

업체의 노동조합과 원청업체 사이에 체결된 임금협약 결과에 따라 결정된 사정 등이 존재하는 경우 원청업체의 사용자 지위를 인정함<sup>34)</sup>

반면에, 하청업체가 그 책임아래 직접 소속 근로자들에게 임금 등을 지급하고 그에 따른 근로소득세 원천징수 등의 업무를 수행하였다면 원청업체의 사용자 지위를 부인하는 판단요소가 될 수 있음

판례는 하청업체(시공참여자)가 매달 원청업체로부터 공사기성금을 지급받아 공사 근로자들에게 직접 임금 및 퇴직금을 지급한 경우<sup>35)</sup> 원청업체의 사용자 지위를 인정하지 않음

#### 5) 사업경영상 독립적인 물적 시설을 갖추었는지 여부

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

판례는 하청업체가 원청업체의 임직원의 출자에 의해 설립되고, 그 주주 및 대표이사도 원청업체의 임직원이며, 설립 이래 전적으로 원청업체의 업무만을 도급받아 오는 등 하청업체가 사실상 원청업체의 자회사로 활동하였고, 하청업체가 독자적인 자본, 경영 능력, 사무실, 장비, 차량 등 물적 시설을 제대로 갖추지 못한 경우<sup>36)</sup> 원청업체의 사용자 지위를 인정함

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

〈표 2-1〉 원청업체의 사용자 지위 여부에 대한 판단 요소별 주요 특징

판단 요소	원청업체의 사용자 지위 인정	원청업체의 사용자 지위 부정
근로자의 채용과정	하청업체가 근로자를 모집하나, 원청업체가 요구하는 기능시험을 실시하여 채용여부를 결정함	원청업체와 상관없이 하청업체가 직접 근로자와 개별적으로 계약을 체결함
승진, 징계 등의 인사권 행사	원청업체가 하청업체 소속의 근로자에 대한 징계를 요구한 사실이 있음	하청업체가 자신의 취업규칙에 의거 소속 근로자들에 대한 인사권과 징계

34) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결 참조

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

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

판단 요소	원청업체의 사용자 지위 인정	원청업체의 사용자 지위 부정
	원청업체가 하청업체 소속의 근로자들에 대한 <b>인사평정 및 승급을 결정함</b>	<b>권을 행사함</b>
근로자들에 대한 지휘·감독권의 행사	<b>원청업체가</b> 하청업체 소속의 근로자들에게 <b>직접 구체적인 작업지시</b> 를 함 근로자의 작업물량이 없는 경우, 원청업체가 다른 작업을 지시하는 등 <b>근로자에게 일정 소득을 보장함</b>	작업장에 원청업체의 관리인이 상주하고 있으나 직접적으로 구체적인 작업지시를 한 사실이 없음 <b>하청업체의 관리인이</b> 그 소속 근로자들에 대한 <b>구체적 작업지시</b> 를 함
임금/수당지급에 대한 영향력 행사	<b>원청업체가</b> 도급대금과 별도로 하청업체 소속 근로자들의 <b>퇴직금, 사회보험료까지 산정하여 지급함</b> 원청업체가 하청업체 소속의 근로자들에게 <b>상여금 등을 직접 지급함</b>	<b>하청업체가</b> 원청업체로부터 지급받은 도급대금에서 <b>직접 소속 근로자들의 임금 및 퇴직금을 지급함</b>
독립적인 물적 시설 보유여부(고유 기술 및 자본 투입 여부)	<b>하청업체가</b> 독자적인 사무실, 장비, 차량 등 <b>물적 시설을 갖추고 있지 않음</b>	<b>하청업체가</b> 독자적인 사무실 등 <b>물적 시설을 보유하고 있음</b> 하청업체 소유의 장비를 작업에 투입함
계약내용의 특정성, 전문성, 기술성	<b>고유하고 특정된 계약목적 또는 대상이 없고</b> 원청업체 근로자와 혼재되어 근무 하청업체 고유의 <b>전문성, 기술성</b> 에 대한 <b>요구가 크지 않음</b>	하청업체가 수행하는 <b>고유하고 특정된 계약목적 또는 대상이 존재함</b> 일의 완성에 있어 하청업체에 상당한 <b>전문성과 기술성이 요구됨</b>

## 나. 간접고용 관련 사용자 지위 인정 주요 유형

### 1) 사실상 직접 고용관계

법원은 형식상 도급계약을 체결한 경우라 하더라도 **수급회사의 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 않는 경우**<sup>37)</sup> 도급회사(또는 원청업체)와 수급회사 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가하여 도급회사가 수급회사 근로자를 직접 고용한 것으로 봄

도급회사와 수급회사(원고용주) 근로자 사이의 묵시적 근로계약관계가 인정되기 위해서는 ① 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 도급회사의 노무 대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적이며 ② 사실상 근로자가 도급회사와 종속적인 관계에 있으며 ③ 실질적으로 임금을 지급하는 자가 도급회사이며 ④ 근로제공의 상대방이 도급회사이어야 함<sup>38)</sup>

37) 대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결

## 【대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결】

“원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결 등 참조).”

수급회사가 **형식상으로는 독립된 법인으로 운영되어도 실질적으로는 도급회사의 한 부서와 같이 사실상 경영에 관한 결정권을 도급회사가 행사하는 경우**<sup>39)</sup>에도 직접 고용이 인정됨

그러나 위와 같은 법리가 일종의 법인격 부인 법리의 발현이라는 점에서 인정례가 많지 않고, 최근 K○X여승무원 사건에서 대법원은 K레일과의 묵시적 근로계약관계<sup>40)</sup> 및 근로자파견관계<sup>41)</sup>를 모두 부정한 바 있음

## 【대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다78316 판결】

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

...(중략)...

3. 그러나 원심의 이러한 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

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

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

38) 대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결

39) 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결

40) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다78316 판결, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결

41) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결



체결한 위탁협약에 따라 ○○유통 등에 소속된 K○X 여승무원의 담당 업무로 지정하였다.

2) 열차팀장의 업무와 K○X 여승무원의 업무가 넓게는 K○X 차량이라는 동일한 공간 내에서 수행되고 서로 협조할 여지가 전혀 없는 것은 아니나, 각 업무의 내용이나 영역은 구분되어 있었고, 실제로도 열차팀장이 K○X 차량 전부를 순회·감시하면서 안전업무를 수행한 것과 비교하여, K○X 여승무원은 이와 별도로 각 담당 구간을 순회하면서 승객 응대 등의 업무를 독자적으로 수행한 것으로 보인다. 그리고 각 위탁협약에 의하면, 화재 등의 비상사태가 발생할 경우 K○X 여승무원도 열차팀장의 지시를 받아 화재진압 및 승객대피 등의 활동에 참여하게 되어 있었지만, 이는 이례적인 상황에서 응당 필요한 조치에 불과하고 K○X 여승무원의 고유 업무에서 차지하는 비중도 낮았다.

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

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

나. 이와 같이 열차팀장의 업무와 K○X 여승무원의 업무가 구분되어 있었고, ○○유통 등이 피고 측과 체결한 각 위탁협약에 따라 독립적으로 K○X 승객서비스업을 경영하였으며, K○X 여승무원을 직접 고용하여 관리·감독하면서 업무에 투입하고 그에 대한 인사권을 독자적으로

행사하였던 점 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하면, 각 위탁협약은 단지 도급계약의 형식만 갖춘 것이라거나, ○○유통 등이 K○X 여승무원과 맺은 근로계약도 명목적인 것에 불과할 뿐 K○X 여승무원은 사실상 피고 측과 종속적인 관계에 있고 실질적으로 임금을 지급하는 주체가 피고 측이며 K○X 여승무원이 근로를 제공하는 상대방도 피고 측이라고 단정할 수 없고, 원심이 제시한 그 밖의 사정을 더하여 보더라도 달리 판단하기는 어렵다.

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

## 2) 사실상 근로자파견관계

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

### 【대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결<sup>42)</sup>】

“근로자파견에 해당하는지 여부는 당사자의 형식적이고 명목상 정한 계약형식과 상관없이, 계약목적 또는 대상의 특정성, 전문성 및 기술성, 계약당사자의 기업으로서 실체 본부와 사업 경영상 독립성, 계약 이행에서 사용사업주의 지휘명령권 보유 등을 종합적으로 고려하여 그 근로 관계의 실질을 따져서 판단하여야 한다.

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

① 자동차 생산에 직간접적으로 필요한 작업 중에서 컨베이어 시스템에 의한 자동차 조립 업무의 일환인 의장 공정은 사내협력업체인 수급업체의 기술성과 전문성에 대한 요구 정도가 낮고 노무 제공 과정상 수급업체의 근로자에 대한 지시권이 미약한데, C기업 소속 원고를 포함한 근로자들(이하 ‘C기업 근로자들’이라 한다)은 컨베이어벨트를 이용한 의장 공정에 종사하였다.

② C기업 근로자들은 컨베이어벨트 좌우에 참가인의 정규직 근로자들과 혼재하여 배치되어 참가인 소유의 생산 관련 시설과 부품, 소모품 등을 사용하여 참가인이 미리 작성하여 교부한 것으로 근로자들에게 부품의 식별방법과 작업방식 등을 지시하는 각종 작업지시서 등에 의하여 단순, 반복적인 업무를 수행하였고, 이 과정에서 C기업의 고유 기술이나 자본 등이 업무에 투입된 바는 없었다.

③ 참가인은 C기업 근로자들에 대한 일반적인 작업배치권과 변경결정권을 가지고 있었고, 참가인의 정규직 근로자와 마찬가지로 C기업 근로자들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서 등을 결정하였다. 참가인은 C기업 근로자들을 직접 지휘하거나 또는 C기업 소속 현장관리인 등을 통하여 C기업 근로자들에게 구체적인 작업지시를 하였는데, C기업 근로자들의 잘못된 업무수행이 발견되어 그 수정을 요하는 경우에도 동일한 방식의 작업지시가 이루어졌다. C기업 근로자들이

수행하는 업무의 특성 등을 고려하면, C기업 현장관리인 등이 그 근로자들에게 구체적인 지휘 명령권을 행사하였다 하더라도, 이는 도급인이 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나, 그러한 지휘명령이 도급인 등에 의해 통제되어 있는 것에 불과하였다고 보인다.

④ 참가인은 C기업 근로자들에 대하여 시업과 종업 시간의 결정, 휴게 시간의 부여, 연장 및 야간근로 결정, 교대제 운영 여부, 작업속도 등을 결정하였고, 참가인의 정규직 근로자에게 산재, 휴직 등 사유로 결원이 발생하는 경우 C기업과 같은 사내협력업체 소속 근로자로 하여금 그 결원을 대체하여 작업하게 하는 경우도 있었다.

⑤ 참가인은 C기업을 통해 C기업 근로자들에 대한 근태상황, 인원현황 등을 파악하고 관리 하였다.”

### 【대법원 2012. 7. 22. 선고 2008두4367 판결<sup>43)</sup>】

“가. 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘파견근로자보호법’이라고 한다) 제2조 제1호에 의하면, ‘근로자파견’이라 함은 ‘파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것’을 말한다.

(1) 원심이 확정한 사실관계에 의하면 다음의 각 사정을 알 수 있다.

① 참가인의 자동차 조립·생산 작업은 대부분 컨베이어벨트를 이용한 자동흐름방식으로 진행 되었는데, 참가인과 도급계약을 체결한 이 사건 사내협력업체 소속 근로자들인 원고들은 컨베이어 벨트를 이용한 의장공정에 종사하는 자들이다.

② 원고들은 컨베이어벨트 좌우에 참가인의 정규직 근로자들과 혼재하여 배치되어 참가인 소유의 생산 관련 시설 및 부품, 소모품 등을 사용하여 참가인이 미리 작성하여 교부한 것으로 근로자들에게 부품의 식별방법과 작업방식 등을 지시하는 각종 작업지시서 등에 의하여 단순, 반복적인 업무를 수행하였다. 이 사건 사내협력업체의 고유 기술이나 자본 등이 업무에 투입된 바는 없었다.

③ 참가인은 이 사건 사내협력업체의 근로자들에 대한 일반적인 작업배치권과 변경 결정권을 가지고 있었고, 그 직영근로자와 마찬가지로 원고들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서

- 42) 동 사건을 통하여 아래와 같이 원청업체와 하청업체 근로자 사이의 근로자파견관계의 성부를 판단할 수 있음  
가. 고유하고 특정된 계약목적 또는 대상의 존재 여부 : 원청업체 근로자의 업무와 동일하거나 명확히 구분되지 않으면 파견관계로 볼 가능성이 큼  
나. 전문성과 기술성의 요구 정도 : 요구 정도가 크다면 도급으로 볼 가능성이 큼  
다. 고유 기술 및 자본의 투입 여부 : 하청업체 고유의 기술이나 자본이 투입되었다면 도급, 원청업체 제공 시설과 부품 등을 사용해서 작업이 이루어진다면 파견으로 볼 가능성이 큼  
라. 계약당사자의 실제 존부와 사업경영상의 독립성 여부 : 실체가 미약하고 독립성이 적을수록 파견으로 볼 가능성이 큼  
마. 사용사업주의 지휘명령권 보유 여부 :  
- 사용사업주의 작업배치·변경결정권, 작업방식 지시권이 인정될수록 파견으로 볼 가능성이 큼  
- 사용사업주가 시업과 종업시간 결정, 휴게시간 부여, 연장 및 야간근로 결정, 작업속도, 결원 대체 등을 결정한다면 파견으로 볼 가능성이 큼  
바. 근태상황, 인원현황 등 관리 여부 : 사용사업주가 관리하면 파견으로 볼 가능성이 큼

등을 결정하였다. 참가인은 원고들을 직접 지휘하거나 또는 이 사건 사내협력업체 소속 현장 관리인 등을 통하여 원고들에게 구체적인 작업지시를 하였는데, 이는 원고들의 잘못된 업무수행이 발견되어 그 수정을 요하는 경우에도 동일한 방식의 작업지시가 이루어졌다. 원고들이 수행하는 업무의 특성 등을 고려하면, 사내협력업체의 현장관리인 등이 원고들에게 구체적인 지휘명령권을 행사하였다 하더라도, 이는 도급인이 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나, 그러한 지휘명령이 도급인 등에 의해 통제되어 있는 것에 불과하였다

④ 참가인은 원고들 및 그 직영근로자들에 대하여 시업과 종업 시간의 결정, 휴게시간의 부여, 연장 및 야간근로 결정, 교대제 운영 여부, 작업속도 등을 결정하였다. 또 참가인은 정규직 근로자에게 산재, 휴직 등의 사유로 결원이 발생하는 경우 사내협력업체 근로자로 하여금 그 결원을 대체하게 하였다.

⑤ 참가인은 이 사건 사내협력업체를 통하여 원고들을 포함한 이 사건 사내협력업체 근로자들에 대한 근태상황, 인원현황 등을 파악·관리하였다.

(2) 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고들은 이 사건 사내협력업체에 고용된 후 참가인의 사업장에 파견되어 참가인으로부터 직접 노무지휘를 받는 근로자파견관계에 있었다고 할 것이다.”

법원은 **계약의 내용, 업무수행의 과정, 계약당사자의 적격성** 등 3가지 요소를 근로자파견관계에 대한 구체적인 판단기준으로 제시하고 있음

【서울중앙지방법원 2014. 9. 18. 선고 2010가합112481 판결】

“근로자를 고용하여 타인을 위한 근로에 종사하게 하는 경우 그 법률관계가 파견근로자보호법이 적용되는 근로자파견에 해당하는지 여부는 당사자들이 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애받을 것이 아니라, 계약목적 또는 대상의 특정성, 전문성 및 기술성이 있는지 여부, 계약당사자의 기업으로서 실체가 있는지와 사업경영상 독립성을 가지고 있는지 여부, 계약 이행에서 사용사업주가 지휘명령권 보유하고 있는 지 여부 등 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 하는바(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다60247 판결 등 참조), 그 구체적인 기준은 다음과 같다(서울고등법원 2010. 11. 12. 선고 2007나56977 판결 등 참조).

가) 계약의 내용: 일의 완성에 대한 합의 존재 여부(계약 목적 및 시간적 기한이 명확히 정해져 있는지 여부), 일의 완성 후 인도와 수령의 필요 여부, 일의 완성 이전 대가 청구 가능 여부(파견의 경우는 객관적인 일의 진척정도와 관계없이 업무시간의 양에 따라 대가 지급청구 가능), 하자 등 불완전이행에 따른 담보책임을 부담하는지 여부(파견사업주는 인력조직이나 선발에 과실이 있는 경우에만 책임 부담)

나) 업무수행의 과정: 수급인이 작업현장에서 근로자에 대한 구체적인 지휘·감독과 이에

43) 동 판결에서는 묵시적 근로계약관계의 성립, 근로자파견관계의 성립, 위법한 근로자파견에 대한 고용간주규정의 적용이 쟁점이 되었음

수반하는 노무관리(출근 여부에 관한 감독, 휴가와 휴게에 관한 관리·감독, 근로자에 대한 교육 및 훈련에 대한 부담)를 직접 행하는지 여부, 수급인의 업무수행 과정이 도급인의 업무수행 과정에 연동되고 종속되는지 여부, 즉 업무영역에 따른 조직적 구별이 있는지, 아니면 직영근로자와 부분적인 업무의 공동수행을 하는지, 계약대상이 되는 일 이외의 사항에 노무제공을 하는지 여부

다) 계약당사자의 적격성: 도급계약의 목적이 된 일을 할 수 있는 능력(전문적 기술능력, 고도의 전문인력 보유, 작업복이나 기타 보호복 제공, 노무작업 재료의 공급, 독립된 사업시설 보유)을 보유하는지 여부, 전문화된 영역으로 특화가 가능한지 여부”

최근 대법원은 K○X 여승무원,<sup>44)</sup> N화학,<sup>45)</sup> H자동차<sup>46)</sup> 등 사건에서 근로자파견 관계는 계약의 명칭이나 형식이 아니라, 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다고 하면서 그 판단요소로 ① 제3자가 당해 근로자에 대하여 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 당해 근로자가 제3자의 사업에 실질적으로 편입되어 있는지, ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, ⑤ 원고용주가

44) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결(근로자파견관계를 부정함)

가. 원청업체가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력이 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지 : K레일 직원인 열차팀장이 K○X 여승무원에게 지시하거나 K○X 여승무원을 감독하는 일은 거의 없었음

나. 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지 :

- K유통 등은 K○X 여승무원을 직접 채용한 뒤 자체 계획과 기준에 따라 K○X여승무원에 대한 교육 및 근무 평가를 실시하고 그 결과를 인센티브 지급 등에 반영하였음
- K유통 등이 채용·복무·보수·해고에 관한 내용이 포함된 '고속철도승무원 운용지침'을 제정하고 징계처분 등 K○X 여승무원에 대한 인사권을 직접 행사하였음
- K유통 등은 출근상황, 근무시간, 휴게시간 등 K○X 여승무원의 근무내용을 직접 관리하였음
- 승무교번표를 편성하여 그에 의거 K○X 여승무원을 배치하고 승무일정의 변경 내지 조정 여부를 결정한 주체도 K유통 등이었음

다. 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지 :

- K○X 승무분야 업무 중 K○X 여승무원의 업무를 K레일 소속 열차팀장의 업무와 분리하여 도급 형식으로 위탁하는 것이 불가능하지 않음
- K○X 여승무원의 업무에는 열차팀장이 담당한 운행 및 승객의 안전 업무와 밀접하게 관련된 부분이 일부 존재하나 이는 매우 예외적인 상황에 필요한 것으로서 일상적인 활동이 아니고 K○X 여승무원의 전체 업무에서 차지하는 비중도 극히 낮음

라. 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 : K유통이 K○X 승객서비스업을 담당하는 K○X 승무사업본부나 승무본부를 따로 두고 소속 직원을 관리하였음

45) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결(근로자파견관계를 인정함)

46) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결(근로자파견관계를 인정함)

계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등을 제시함

**사실상의 근로자파견관계가 인정되는 경우에** 2006. 12. 21. 개정 「파견근로자 등에 관한 법률」 시행일인 2007. 7. 1. 이후부터는 원청회사가 고용의무를 부담할 뿐 **바로 사용자로 간주되지는 않음**<sup>47)48)</sup>

다만, 현행 「파견근로자 등에 관한 법률」에 따라 불법파견의 경우 2년 이상의 기간을 초과하지 않았더라도 도급회사는 즉시 고용의무를 부담하며 불이행시 3천만원 이하의 과태료가 부과될 수 있음

【 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결 】

“파견근로자보호법 제6조 제3항은 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 … 파견근로자를 고용한 것으로 본다”고 규정하고 있을 뿐 근로자파견이 파견근로자보호법 제5조에 정한 파견의 사유가 있는 경우라거나 또는 파견근로자보호법 제7조에 정한 근로자파견사업의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 근로자파견에 해당할 것을 그 고용 간주의 요건으로 들고 있지 않을 뿐만 아니라, …(중략)…직접고용간주 규정에 의한 사용사업주와 파견근로자 간의 고용성립의제는 사용사업주가 파견기간의 제한을 위반한 데 따른 것임을 분명히 하고 있다. 이러한 직접고용간주 규정의 문언과 체계 및 그 입법 취지 등을 종합하여 보면 위 규정은 파견근로자보호법 제2조 제1호에서 정의하고 있는 ‘근로자파견’이 있고 그 근로자파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실로부터 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접근로관계가 성립한다는 의미이고, 이 경우 그 근로관계의 기간은 기한의 정함이 있는 것으로 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 기한의 정함이 없다고 보아야 할 것이다.

2. 따라서 이와 달리 직접고용간주 규정이 파견근로자보호법 제5조에 정한 파견의 사유가 있고 파견근로자보호법 제7조의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 이른바 ‘적법한 근로자파견’의 경우에만 적용된다고 축소하여 해석하는 것은 위와 같이 위 규정의 문언이나 입법 취지 등에 비추어 아무런 근거가 없을 뿐만 아니라, 나아가 다음과 같은 점에서도 합리적이라거나 타당하다고 볼 수 없다.”

…(중략)…

또한, 직접고용간주 규정이 적법한 근로자파견에만 적용된다고 보면, 파견근로자보호법이 규정한 제한을 위반하여 근로자파견의 역무를 제공받은 사용사업주는 오히려 직접고용성립 의제의 부담을 지지 않는 결과가 되어 법적 형평에 어긋나고, 특히 위 제5조 제1항에 정한 근로자 파견대상업무에 해당하거나 같은 조 제2항에 정한 근로자파견사유가 있거나 하면, 위 제7조에 의한 근로자파견사업의 허가를 받지 아니한 파견사업주로부터 근로자파견의 역무를 제공받은

47) “피신청인들이 신청인을 직접고용을 요구할 수 있다 하더라도 신청인이 이에 응하여 피신청인들과 실제로 고용계약을 체결하지 않는 한 신청인에 대하여 과태료의 제재를 가할 수 있을 뿐 피신청인들이 곧바로 신청인의 근로자로 간주 되는 것은 아니다(서울중앙지방법원 2008. 11. 7. 자 2008카합3466 결정).”

48) 구 파견법의 경우 직접고용간주 규정을 두고 있었음

사용사업주는 형사처벌을 받지 아니하게 되는데( 제44조 제1호), 이 경우 사용사업주가 직접 고용간주 규정조차도 적용을 받지 아니한다면 사용사업주로서는 당연히 근로자파견사업의 허가를 받지 아니한 파견사업주로부터 근로자파견을 받는 쪽을 더 선호하게 될 것이므로, 파견근로자 보호법에 위반하는 행위를 조장하고 근로자파견사업 허가제도의 근간을 무너뜨릴 염려가 있으므로 타당하지 않다.

한편, 직접고용간주 규정은 파견근로자보호법이 2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되어 제6조의2로 신설된 ‘직접고용의무 규정’으로 대체되었는데, 이와 같이 개정된 직접고용의무 규정은 사용사업주가 근로자파견사업이 원칙적으로 허용되지 않는 업무에 파견근로자를 사용하는 경우에 근로자파견사업의 허가를 받지 않은 파견사업주로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 경우에 대해서도 사용사업주에게 당해 파견근로자의 직접고용의무를 부과하고 있는바(같은 조 제1항 각 호), 이 규정 역시 파견근로의 상용화·장기화를 방지하기 위한 것으로서 직접고용간주 규정과 그 입법 취지가 같다고 할 것이므로, 이러한 입법 연혁에 비추어 보아도 직접고용간주 규정의 적용범위를 축소하려는 해석은 부당하다.”

### 3.3 근로자공급사업(항운노조원)

#### 가. 항운노조의 사용자 지위 인정에 관한 판례 경향

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

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

판례는 일반적으로 근로자에 대한 인사관리, 업무 지휘·감독 등을 항운노조가 하고 있으므로 하역업체는 사용자가 될 수 없다고 보고 있음<sup>49)</sup>

#### 【서울고등법원 2007. 5. 9. 선고 2006누7548 판결<sup>50)</sup>】

“하역업체가 항운노조조합원(이하 ‘조합원’)들의 갑종근로소득세 원천징수분이나 사용자 부담 부분 건강보험료 등을 납부하였다 하더라도, 조합원들은 항운노조에 가입하거나 등록함으로써 항운노조의 지시·감독 아래 각 하역업체에게 노무를 제공하고 그에 따른 대가를 항운노조로부터 지급받게 되며, 반면 위 하역업체는 위 물류협회와 항운노조 사이의 노임협약에 따라 조합원들을

49) 대법원 1995. 1. 4. 선고 94누9290 판결, 대법원 1996. 6. 11. 선고 96누1504 판결, 대법원 1998. 1. 20. 선고 96다56313 판결, 대법원 2009. 11. 26. 자 2009두15678 심리불속행 판결 등 참조

근로에 종사시킨 다음 그 대가를 향운노조에 지급하고, 근로제공자인 조합원들의 근무태도 등에 대하여 향운노조의 규율에 의존할 뿐 하역업체 스스로 조합원들을 규율하거나 제재를 가할 방법으로 따로 가지고 있지 않음을 알 수 있으므로, 위와 같은 사정에 비추어 보면 조합원은 향운노조와 사용·종속관계에 있는 근로자라고 할 것이다.”

그러나 “사실관계에 따라서는 향운노조 조합원을 향만운송업체의 일용근로자로 인정할 수 있는 사안도 있을 것이다”라고 설시한 판례<sup>51)</sup>도 있어 **하역업체의 사용자성을 무조건적으로 부정할 수는 없음**

이에 중앙노동위원회 판정<sup>52)</sup>과 같이 향운노조의 사용자 적격 여부는 향만근로관계의 특수성을 고려할 때 개개의 법률관계마다 구체적인 사정을 고려하여 개별적으로 그 사용자성을 판단하여야 할 것임

#### 나. 사용자 지위를 인정한 사례

향운노조의 조합원이 “조합비 횡령” 등의 이유로 제명처분되자 부당해고를 다툰 사건에서, 노동위원회는 향운노조가 조합원의 사용자 지위에 있지 않다는 것을 이유로 기각 판정을 하였으나, 대법원은 향운노조와 소속 조합원과의 사이에는 조합의 지시 감독 아래 각 하역업체에서 노무를 제공하고 그에 따른 대가를 지급받기로 하는 내용의 근로 계약관계가 존재하는 것으로 보아 향운노조를 사용자로 인정함<sup>53)</sup>

한편, 향운노조의 인적 쇄신을 통한 조직혁신 및 강화를 사유로 노동조합 규약에 의거 노동조합 간부 직원들의 보직을 해임한 사건에서, 노동위원회가 조합원의 근로자성을 인정하여 부당강등이라고 판정한 사례가 있음<sup>54)</sup>

50) 동 사건은 원고가 2명인 사건으로 상고심(대법원 2009. 2. 12. 선고 2007두11115)에서 2명 중 1명은 기각 확정되었고 1명은 파기 환송되었으며, 파기환송된 1인의 사건은 대법원(대법원 2009. 11. 26. 자 2009두15678 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

51) 서울행정법원 2013. 8. 30. 선고 2012구합11072, 서울고등법원 2015. 2. 5. 선고 2013누27243 판결  
동 판결에서 서울행정법원은, 직업안정법이 국내 근로자공급사업을 유일하게 노동조합에게만 허용하고 있는 것은 노동조합이 근로자들만의 자주적이고 민주적인 결합체이기 때문이라고 하여, 노동조합의 구성과 활동에 있어 자주성과 민주성을 갖추고 있는지 여부가 향운노조의 사용자 여부의 중요한 판단 기준이 된다고 하였음  
①조합 임원과 대의원 선출 및 총회 등의 의사결정기구가 올바르게 기능하고 있는 점, ②작업지시권과 임금결정권이 조합에만 전속되어 있지 않고 향만운송업체도 이를 분점하고 있는 점, ③조합원들도 조합을 사용자로 생각하고 활동해 왔다고 보이지 않는 점, ④공급근로자에 대한 대가를 조합이 수령하여 분배하였다고 하여 근로자공급사업과 배치되지 않는 점 등을 이유로 향운노조와 그 조합원들 사이의 사용·종속관계를 부정한 사례가 있음(울산향운노조사건)

52) 중앙노동위원회 2012. 2. 28. 판정 2011부해1048, 부노239 참조

53) 대법원 2009. 11. 26. 자 2009두15678 판결 참조, 같은 취지의 판례로는 대법원 1996. 3. 8. 선고 94누15639 판결, 대법원 1998. 1. 20. 선고 96다56313 판결이 있음

54) 중앙노동위원회 2015. 7. 16. 판정 2015부해361, 현재 서울행정법원 2015구합72283호로 소송 계속중임



#### 다. 사용자 지위를 인정하지 않은 사례

향운노조는 노동조합으로서의 지위 또한 지니고 있으므로 내부통제권의 일환으로 징계 등을 한 경우에는 사용자성이 부정됨<sup>55)</sup>

### 3.4 고용승계와 사용자 지위 판단

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

영업양도의 양수인 또는 위·수탁계약 변경의 새로운 수탁업체가 기존 근로자의 채용을 거부하여 해당 근로자가 그 구제를 신청한 경우, 양수인 또는 새로운 수탁업체의 사용자 적격이 인정되어야 비로소 그 채용 거부에 합리적 이유가 있는지 여부 판단으로 나아갈 수 있음

양수인 또는 새로운 수탁업체가 사용자 적격이 있는지 여부는 **고용승계의무의 존부**에 따라 결정됨

#### 가. 영업양도에 따른 고용승계와 사용자 지위 판단

##### 1) 영업양도

영업양도는 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 **동일성을 유지**하면서 일체로서 이전하는 것을 말함<sup>56)</sup>

#### 【대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카10128 판결】

“상법 제41조가 말하는 영업이란 일정한 영업목적을 위하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능재산(적극적 재산과 소극적 재산)을 뜻하는 것으로서 여기에는 단골관계 등의 경제적 가치가 있는 사실관계도 포함되는 것이고 또한 같은 법규상의 양도란 위와 같은 기능재산의 전부 또는 중요한 일부를 넘겨주어 그에 의하여 양도인이 그 재산으로 경영하고 있던 영업활동의 전부나 중요한 일부를 양수인으로 하여금 인계받게 하여 양도인이 그 양도한 한도에 따라 법률상 당연히 같은 규정상의 경영금지의무를 지는 결과를 수반하는 것이라고 풀이해야 하는 것이 마땅하므로 결국 영업의 양도란 위에서 본 바와 같은 기능재산의 동일성이 유지된 일괄이전을 의미하는 것이라고 보아야 한다.

그리고 영업의 동일성이 인정되는가 안되는가는 일반사회관념에 의하여 결정되어야 할

55) 중앙노동위원회 2012. 2. 28. 판정 2011부해1048, 부노239, 서울고등법원 2015. 2. 5. 선고 2013누27243 판결로 확정됨

56) 대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카10128 판결 등 참조

사실인정의 문제이기는 하나 문제의 행위(양도계약관계)가 영업의 양도로 인정되느냐 않되느냐는 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 유보한채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되지만 하면 그것을 영업의 양도라 하지 않을 수 없는 것이다.

그런 뜻에서 영업의 양도는 그营业을 구성하는 모든 재산물건을 양도하지 않으면 안되는 것이 아니고 당해 영업의 요소로 인정되는 재산물건이 양도되면 영업의 양도로 보는데 아무런 지장도 없는 것이다.”

다만 업무기능의 이전이 법률규정에 의한 것이고, 영업양도계약 등 양도인·양수인 간 **법률행위에 의한 것이 아니라면 영업양도에 해당하지 않음**<sup>57)</sup>

영업의 동일성 판단기준에 관하여 법원은 ① 해당 업체를 인수한 목적, ② 생산 품목의 동일성, ③ 물적·인적 조직의 이전 여부 및 정도, ④ 계약체결 경위, ⑤ 채권·채무의 승계여부 등을 종합적으로 고려하는 것으로 보임<sup>58)59)</sup>

## 2) 영업양도와 사용자 지위 판단

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

### 【대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결】

“영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉 인적 물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말하고 영업이 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한

57) 서울행정법원 2008. 7. 24. 선고 2008구합8857 판결

S아파트의 입주 초기 S아파트 건설사는 Y주택관리업체와 관리업무 위탁계약을 체결하였고, Y주택관리업체는 참가인 근로자를 관리소장으로 사용하였는데 이후 S아파트의 입주자대표회의가 구성되어 아파트 관리방법을 자치관리로 변경할 것을 결정한 후 참가인 근로자의 고용승계를 거부하였음

법원은 이 사건 아파트 관리방법의 변경은 주택법에서 입주예정자의 과반수가 입주할 때까지는 공동주택을 건설한 사업주체가 당해 공동주택을 직접 관리하고, 그 후에는 입주자들이 관리하되, 입주자대표회의에서 자치관리로 결정한 경우 사업주체는 당해 자치관리기구에 공동주택의 관리업무를 인계하도록 규정하고 있음에 근거한 것으로서 영업 양도라고 볼 수 없다고 판시하였음

58) 영업양도를 부정한 사례 : 대법원 1994. 11. 18. 선고 93다18938 판결, 대법원 1995. 7. 14. 선고 94다20198 판결, 대법원 1995. 7. 25. 선고 95다7987 판결, 대법원 2005. 6. 9. 선고 2002다70822 판결, 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다602 판결, 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결 등 참조

59) 영업양도를 긍정한 사례 : 대법원 1991. 8. 9. 선고 91다15225 판결, 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결, 서울고등법원 2006. 4. 14. 선고 2005누3075 판결, 서울고등법원 2007. 9. 21. 선고 2007누3420 판결 등

양도인과 근로자간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계된다 할 것이고(당원 1992.7.14. 선고 91다40276 판결; 1991.11.12. 선고 91다12806 판결; 1991.8.9. 선고 91다15225 판결 등 참조), 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 없다 할 것이므로, 근로기준법 제27조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하다 할 것이며, 영업양도 그 자체만을 사유로 삼아 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다 할 것이다."

영업양도 시 승계되는 근로관계는 **계약체결일 당시 실제로 그 영업부문에서 근무하고 있는 근로자와의 근로관계로 한정되므로**<sup>60)</sup> 해고 또는 면직된 근로자로서 부당해고를 다투는 중 영업양도가 이루어졌다면, 양수인을 상대로 원직복직을 구할 수 없음

#### 【대법원 1995. 9. 29. 선고 94다54245 판결】

“다른 기업의 사업 부문의 일부를 양도·양수하는 계약을 체결하면서 그 물적 시설과 함께 그 인적 조직도 함께 포괄승계받기로 약정한 경우에는 양도인과 근로자 사이의 근로관계는 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계되는 것이지만, 이때 승계되는 근로관계는 계약 체결일 현재 실제로 그 영업 부문에서 근무하고 있는 근로자와의 근로관계만을 의미하고 계약 체결일 이전에 해당 영업 부문에서 근무하다가 해고된 근로자로서 해고의 효력을 다투는 근로자와의 근로관계까지 승계되는 것은 아니며(당원 1993.5.25. 선고 91다41750 판결 참조), 사업양도 계약의 당사자는 양도 과정에 소요되는 기간 등을 고려하여 그 승계 기준일을 계약 체결일과 다른 일자로 정할 수 있다고 할 것이다.”

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

#### 【대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결】

“노동조합법 제42조 소정의 노동위원회의 사용자에 대한 구제명령은 사용자에게 이에 복종하여야 할 공법상의 의무를 부담시킬 뿐 직접 노사간의 사법상의 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니므로(당원 1976.2.11. 고지 75마496 결정 참조), 구제명령이 확정되었다는 사정만으로 원고가 근로자의 지위를 회복하는 것은 아니지만, 갑 제2호증의 1.2.3(각 판결, 기록 37면 이하)의 각 기재에 의하면, 원고는 소외 회사가 구제명령이 확정된 후에도 복직을 시키지 않음은 물론 임금도

60) 대법원 1995. 9.29. 선고 94다54245 판결 등 참조

지급하지 않기 때문에 별도로 임금청구소송을 제기하여 1988.12.1. 승소판결을 받았고, 소외 회사의 항소와 상고가 모두 기각됨으로써 위 승소판결은 영업양도계약 체결 전인 1990.8.24. 확정되었으며, 위 판결은 원고에 대한 해고는 무효여서 원고는 여전히 소외 회사의 근로자로서의 지위를 가지고 있음을 전제로 해고 이후 복직시까지의 임금의 지급을 명하고 있는 사실을 인정할 수 있는바, 사실관계가 이러하다면 비록 현실적인 복직조치가 없었다 하더라도 원고는 영업양도 당시 소외 회사와 적법 유효한 근로관계에 있었다고 보아야 할 것이므로 원고의 소외 회사와의 근로관계는 피고에게 승계되었다고 할 것이다."

같은 취지로 판례는 전적명령 자체가 아무런 효력을 갖게 될 수 없음이 객관적으로 명확한 경우 특별한 사정이 없는 한 근로관계는 승계된다고 봄<sup>61)</sup>

#### 【대법원 1996. 4. 26. 선고 95누1972 판결】

"영업양도시에 해고되어 실제로 그 영업 부문에서 근무하고 있지 아니한 근로자라 하더라도 그 영업양도 이전에 이미 판결을 통하여 당해 해고가 무효임이 객관적으로 명확하게 된 경우에는 그 근로관계가 승계되는 것(대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결 참조)과 마찬가지로, 원고들이 ○○여객의 전적명령에 동의하지 아니함으로써 전적명령 자체가 아무런 효력을 갖게 될 수 없음이 객관적으로 명확하게 되었을 뿐만 아니라, 기록에 의하면 ○○여객의 대표이사인 소외 박○○는 △△여객의 이사이고, △△여객의 대표이사인 소외 김○○은 위 박○○와 함께 ○○여객의 대표이사로 있다가 이 사건 전적명령 이후 영업양도 직전인 1993. 9. 23. ○○여객의 대표이사직만 사임하였을 뿐이어서 △△여객이 이 사건 영업양수를 할 당시 원고들에 대한 전적명령이 아무런 효력이 없게 된 사실을 알고 있었음이 명백한 이 사건에 있어서 특별한 사정이 없는 한 원고들과의 근로관계를 그대로 승계한다고 하여야 할 것이다."

### 3) 아파트 관리형태 변경과 사용자 지위 판단

아파트 관리형태가 자치관리에서 위탁관리로 변경된 경우, 이는 일종의 위임계약에 불과하고 영업양도에 해당하지 않아<sup>62)</sup> 위탁관리로의 전환에 따라 새로이 체결된 위·수탁계약상 수탁업체는 사용자 적격이 없음<sup>63)</sup>

아파트 입주자대표회의의 자치관리 시점에 근무하던 근로자에 대한 해고 정당성은 정리해고의 법리에 따라 판단함<sup>64)</sup>

61) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95누1972 판결

62) 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003두13991 판결

63) 아파트 관리형태가 애초에 위탁관리 형태로서 단순히 위·수탁계약상 수탁업체가 변경됨에 불과한 경우에 관하여는 '제2장 제1절 3.4 나. 수탁업체 변경에 따른 고용승계와 사용자 지위 판단'을 참조

64) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92148 판결, 대법원 2015. 2. 2. 선고 2012두4746 판결, 대법원 2015. 4. 23. 선고 2015두35727 판결 등 참조

### 나. 수탁업체 변경에 따른 고용승계와 사용자 지위 판단

위·수탁계약에 따라 수탁업체가 변경된 경우, 새로운 수탁업체는 특별한 사정이 없는 한 종전 수탁업체 소속 직원들의 근로관계를 포괄적으로 승계한다고 볼 수 없음<sup>65)</sup>

#### 【대법원 2013. 12. 12. 선고 2012두14323 판결】

“원심은...(중략)...참가인이 게시한 공고문의 내용은 ○○환경 소속 직원의 승낙만 있으면 곧 근로계약이 성립하는 구체적·확정적 의사표시라고 보기 어려워 청약이 아닌 청약의 유인에 불과하므로 참가인이 원고들에 대한 신규채용절차를 거부하고 근로계약의 체결을 승낙하지 아니한 이상 참가인과 원고들 사이의 근로관계는 성립하지 아니하였다고 보아, 참가인이 원고들을 부당 해고한 것이 아니라고 본 이 사건 재심판정은 적법하다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면...(중략)...고용승계, 청약과 계약성립 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.”

다만 신·구 수탁업체 사이에 고용승계의 약정이나 관행이 존재하는 등 특별한 사정이 인정되는 경우에는 변경된 수탁업체의 사용자 적격이 인정되고, 합리적 이유 없이 기존 근로자의 채용을 거부한 것은 부당해고에 해당함<sup>66)</sup>

노동위원회는 위·수탁업체 사이의 용역계약서 및 청소용역시방서의 내용을 근거로 새로운 수탁업체에 고용승계의무를 인정한 바 있음<sup>67)</sup>

## 4. 사용자 적격 불비 사건의 처리

### 4.1 사용자가 아닌 자를 상대로 한 구제신청

「노동위원회 규칙」 제60조제1항제3호에 따라 사용자가 아닌 자를 상대로 한 구제신청은 각하되는 것이 원칙이나(노동위원회 규칙 제60조 제1항 제3호), 일반적으로 바로 각하하지 않고 당사자 변경신청 또는 당사자 표시정정 신청 등 보정의 기회를 부여하고 있음

65) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2012두14323 판결, 위 판결에서 새로운 수탁업체는 종전 직원들에 대하여 재고용 관련 공고를 하였지만 이는 고용승계의무 여부 판단에서 고려되지 않았고, 다만 위 공고문을 종전 근로자에 대한 근로계약 체결 청약의 의사표시로 볼 수 있는지 여부만이 문제되었음

66) 서울행정법원 2013. 8. 27. 선고 2012구합41905 판결(고용승계 관행이 존재한다고 인정함), 서울고등법원 2014. 6. 25. 선고 2013누27298 판결

67) 중앙노동위원회 2015. 2. 16. 판정 2014부해1342, 현재 위 판정에 대한 취소소송(대전고등법원 2016누11696호)이 계속중임

## 4.2 사용자가 아닌 자에 대한 노동위원회의 구제명령

판례는 구제명령이 잘못하여 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 행하여졌다 하더라도 구제명령을 위법 또는 무효로 보지 않음

이 경우 구제명령은 사업주인 사용자에게 대하여 행해진 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 이에 대한 중노위 재심신청이나 재심판정 취소소송 역시 신청인적격(당사자 능력) 있는 당해 사업주만이 제기할 수 있음<sup>68)</sup>

68) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결, 판례는 노동위원회가 (사)한국○○○○연합회 산하 노원○○○○○ 복지관에 구제명령을 하였고, 위 두 기관이 모두 행정소송을 제기한 사안에서 대법원은 사업주인 사용자만이 구제명령의 이행주체가 되고 소송에서 당사자적격을 가진다며, (사)한국○○○○○연합회의 소에 대해서만 심리하고, 노원○○○○○복지관의 소는 각하했음

## 제2절 사용자 적격 관련 판례

### 1. 사용자의 개념

법원은 ‘부당해고 및 부당노동행위’ 구제신청 사건의 피신청인 및 구제명령의 이행 주체의 경우 **사용자**를 사업주로 봄

다만, ‘지배·개입의 부당노동행위’ 구제신청 사건의 경우 근로계약관계에 있지 않더라도 노동조건을 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다면 당사자 적격을 인정함<sup>69)</sup>

제2장  
사용자 적격

#### 【대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결】

“부당해고나 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령이 발하  
여진 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 중앙  
노동위원회에의 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 당사자  
능력이 없는 자에 의하여 원고적격 없이 제기된 것으로서 부적법하다고 할 것이다.”

69) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결

## 2. 사용자 지위 판단 기준

법원은 형식이 아닌 **실질**을 기준으로 근로자와 근로관계를 맺고 지휘·감독권을 행사하고 있는 자를 사용자로 봄

특히 실경영주와 명의상 대표자가 다른 경우 **실경영주**를 피신청인 적격 있는 사용자로 봄

### 【서울행정법원 2012. 9. 14. 선고 2012구합8458 판결<sup>70)</sup>】

“1) B가 원고의 사용자인지 여부

B가 원고의 사용자로서의 지위를 가지는지 여부에 관하여 살피건대, ① B는 하나의 주방시설을 갖춘 복층 구조의 이 사건 영업장에서 원고 등과 함께 주로 주방업무를 담당하거나 영업장 전반을 관리하는 A의 지시하에 금전관리 등 실무적인 업무를 담당하였던 점, ② 원고는 A를 상대로 유급휴가 및 급여 등에 관하여 대화를 하거나 금전의 지급 등을 요구하였고, 그 과정에서 A는 독자적인 결정에 따라 원고에게 유급휴가를 부여하였던 점, ③ B가 원고의 채용 면접시에 관여하였고, ‘○○○의 술집 홍대점2’의 사업자로 등록되어 있긴 하지만, 이 사건 영업장에서의 실제 담당 업무, A와의 관계, 원고와의 다툼 과정에서의 A 및 B의 역할 등을 고려해 볼 때, B는 A와 동등하거나 독립한 지위에서 이 사건 영업장을 실질적으로 운영하면서 원고와 근로관계를 맺고 원고에 대한 지휘·감독 권한을 가지는 사용자라고 보기는 어려운 점 등을 종합하면, 이 사건 재심판정 중 원고의 B를 상대로 한 구제신청을 사용자가 아닌 자를 상대로 한 것이어서 부적법하다는 취지로 판정한 부분은 적법하다.”

### 【서울고등법원 2013. 2. 27. 선고 2012누18136 판결<sup>71)</sup>】

“① A는 루○○피자의 상표출원인으로서 루○○피자 동대문점과 창동점을 개점하여 운영하였고, 다만 개인 채무 문제로 사업자등록을 어머니와 처 명의로 각각 하였을 뿐이라고 보이는 점, ② 원고는 A와 입사면접을 보고 루○○피자 동대문점에서 근무하다가 A의 지시를 받고 창동점으로

70) 1심 판결(서울행정법원 2012. 5. 18. 선고 2011구합38582)을 인용함

\* 사건의 개요

- 원고는 2011. 6. 10. ‘○○○의 술집(홍대점)’에 입사하여 주방 실장으로 근무하던 중 2011. 8. 22. 부당하게 해고되었다고 주장하는 자임
- ‘○○○의 술집 홍대점(2층)’과 ‘○○○의 술집 홍대점2(3층)’은 하나의 주방을 갖춘 복층 구조 시설인데 A는 ‘○○○의 술집 홍대점’의, A의 아들인 B는 ‘○○○의 술집 홍대점2’의 각 사업자등록을 한 자들임
- A와 B는 영업장 내에서 각각 ‘큰 사장’과 ‘작은 사장’으로 불리면서, B는 금전출납 및 임금관리, 홀과 주방 등에서 실무관리를 하고, A는 영업장 전반을 관리하는 역할을 하고 있음
- 원고는 주방 부실장과의 불화가 있는 후 A와 1주일간 유급휴가를 실시하기로 합의하였음
- 원고는 유급휴가 기간 중 A가 부여한 유급휴가 의미를 확인하기 위해 영업장 인근에서 A와 면담하였고 1주일간의 유급휴가를 마친 후부터 출근하지 않았음
- 원고는 A에게 임금된 금액에 대해 항의하였고, A는 원고에게 출근해달라고 요청하였으나 원고는 이를 거부하고 A와 B를 상대로 지방노동위원회에 구제신청함



근무지가 변경되었으며 A로부터 해고통지를 받은 점, ③ 이러한 점에 비추어 원고와 실질적 근로관계를 맺은 사용자는 A라고 보이고, 참가인은 A의 처로서 창동점의 사업자등록 명의를 빌려주고, 남편의 사업을 돕기 위해 집에서 가까운 창동점의 업무를 일부 수행한 사실이 있을 뿐 A와 독립하여 창동점을 운영하고 원고와 근로관계를 맺고 있는 사용자라고 보기는 어려운 점, ④ 창동점의 사업자등록증상 명의를 참가인으로 되어 있고, 참가인이 위 창동점의 업무를 일부 처리한 사실에 비추어 원고가 참가인을 창동점의 사업주로서 자신에 대한 사용자라고 오인할 여지가 있다고 보여지나, 근본적으로 이 사건에 있어서 원고가 참가인을 부당하고 구제신청의 피신청인으로 지정하고 이를 유지하고자 하는 것은 원고와 A, 참가인 사이의 분쟁에서 비롯된 각종 고소 및 소송에서의 유리한 결과를 도출해내기 위한 원고 스스로의 판단에 의한 것으로 보일 뿐 실제 원고가 참가인을 자신에 대한 사용자라고 오인한 데에서 비롯된 것으로는 보이지 않는 점 등을 종합하면 원고의 참가인을 상대로 한 구제신청은 부적법하다는 취지의 이 사건 재심판정은 적법하다.”

### 3. 원청업체와 하청업체 근로자 사이의 묵시적 근로계약관계 인정 여부

#### 3.1 묵시적 근로계약관계가 인정된 판례

##### 가. 물류센터 사내협력업체 직원

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

##### 71) \* 사건의 개요

- A는 2005. 상계동에 자신의 어머니 명의로 루○○ 피자를 개업, 2009. 8. 창동에 자신의 처인 참가인 명의로 루○○ 피자를 개업하여 운영하여 오다가 2009. 11.경 상계동 가게를 동대문으로 이전하여 현재 루○○피자 창동점과 동대문점을 운영하고 있으며 두 지점 사이에는 종업원의 인사교류가 있었음
- 루○○피자의 상표출원인은 A이고 홈페이지에도 대표자가 A로 기재되어 있으며 루○○피자 상표권관련 업무를 A가 담당하였음
- 원고는 A와 면접을 본 후 루○○피자 동대문점의 배달사원으로 입사가 결정되어 2010. 8. 20.부터 근무를 시작, 2011. 11. 3. A의 지시에 따라 루○○ 창동점으로 근무지가 변경되었음
- 원고는 A와 갈등을 겪던 중에 A로부터 해고통보서를 수령하였음
- 참가인(A의 처)은 루○○피자 창동점의 사업자등록증상 사업주로 되어 있고, 원고에 대한 산재보험 처리를 위해 관련 서류에 서명을 한 사실이 있으며, 루○○피자 창동점에서 직원들의 관리 등 업무 및 식재료 구입 등 음식재료 준비를 돕거나 루○○피자의 사원모집공고에 관한 글을 인터넷 게시판에 올렸던 사실이 있으나, 이는 참가인이 A의 채무문제로 A대신 루○○피자 창동점의 사업자등록증상 사업주로 되어 있어서 한 것이거나 A의 처로서 집에서 가까워서 창동점의 업무를 도와주는 차원에서 한 것이고 실제 창동점과 동대문점 영업의 전반적 부분은 A가 담당하였음
- 원고는 참가인(A의 처)을 상대로 구제신청 했으나 초심에서 각하, 재심에서 기각 당하자 이에 불복하여 소를 제기함

## 【대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결】

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

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

## 나. 조선소 사내협력업체 직원

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

## 【대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결】

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

뿐만 아니라, 피고 회사는 원고들의 출근, 조퇴, 휴가, 연장근무, 근로시간, 근무태도 등을 점검하고, 원고들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서, 업무 협력 방안을 결정하여 원고들을 직접 지휘하거나 또는 ○○기업 소속 책임자를 통하여 원고들에게 구체적인 작업 지시를 하였으며, ○○기업이 당초 수급한 업무 외에도 원고들로 하여금 피고 회사 소속 부서의 업무를

수행하게 하거나, ○○기업의 작업물량이 없을 때에는 교육, 사업장 정리, 타 부서 업무지원 등의 명목으로 원고들에게 매월 일정 수준 이상의 소득을 보장하는 등, 직접적으로 원고들에 대한 지휘감독권을 행사하였다.

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

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

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

#### 다. 대형할인매장 납품업체 직원

법원은 ○○협동조합이 운영하는 대형할인매장의 납품업체에 고용되어 ○○협동조합에 납품된 전체 상품을 관리한 근로자들에 관하여 ○○협동조합이 근로자들을 **지휘·감독하고 실질적인 보수를 지급한 점**을 이유로 납품업체가 아닌 ○○협동조합을 사용자로 봄

#### 【대법원 2006. 12. 7. 선고 2006도300 판결】

“원심 및 원심이 유지한 제1심판결이 적법하게 채용한 증거에 의하면, (명칭 생략)○○협동조합 직원들이 고소인들의 근무시작 여부, 보수액 및 그 지급방법, 업무내용을 주도적으로 정하고, 출퇴근, 휴가관계를 관리한 사실, 고소인들은 위 농협 직원의 지시에 따라 자신들에게 보수를

임금한 납품업체의 상품만이 아니고 위 농협에 납품된 전체 상품의 진열 및 재고조사, 대청소, 창고정리, 위 농협 ○○마트를 벗어난 외부 직거래장터에서의 판매보조 등의 업무를 수행한 사실 등을 알 수 있는바, 위 법리에 비추어 살펴보면, 고소인들은 위 조합과의 사이에 명시적인 근로계약을 체결한 사실이 없다고 할지라도 실질적으로 위 조합에 고용되어 그 지휘·감독을 받는 근로자에 해당하고, 위 농협의 대표자인 피고인이 고소인들에 대하여 근로기준법 제32조, 제36조 소정의 의무를 부담하는 사용자에 해당한다고 할 것이며, 납품업체들이 고소인들에게 지급한 돈은 사용자로서 지급한 임금이 아니라 위 조합과 약정에 따라 상품진열 등에 필요한 비용을 부담한 것으로 보아야 할 것이다.

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

#### 라. 소사장 법인 직원

법원은 기존기업 중 일부 생산부문의 인적 조직이 형식상 독립적인 법인으로 분리된 이른바 소사장 법인에 관하여, 소사장 법인의 근로자들이 기존기업의 지휘·감독을 받고 기존기업으로부터 임금을 지급받은 경우, **기존기업**을 사용자로 봄

#### 【대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도649 판결】

“가. 기존 기업 중 일부 생산부문의 인적 조직이 이른바 ‘소사장 기업’이라는 별개의 기업으로 분리된 경우 그 소사장 기업에 고용된 채 기존 기업의 사업장에서 기존 기업의 생산업무에 종사하는 자를 기존 기업의 근로자로 보기 위해서는 그가 소속된 소사장 기업이 사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 결여하여 기존 기업의 한 부서와 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 근로자는 기존 기업과 사용종속관계에 있다고 평가될 수 있어야 한다( 대법원 1979. 7. 10. 선고 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 원씩을 전액 출자하여 생산품목별로 주식회사 주식회사 2, 3, 4 및 주식회사 5 등 4개의 이른바 ‘소사장 법인’을 설립한 다음, 울산광역시 소재 온산공장의 해당 생산 부문에서 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 기업조직에 필수적인 인사, 경리, 관리 등의 업무를 담당하는 부서나 직원이 없는 대신 이들 업무를 전적으로 주식회사 1에 위탁하여 처리하도록 하고, 자체적으로는 생산시설을 갖추지 못한 채 주식회사 1의 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 생산시설의 차임이 얼마인지 파악조차 못하고, 임가공계약 체결시 근로자들의 임금 부족분을 주식회사 1이 보전하여 주는 것으로 약정되어 있으며, 나아가 주식회사 1이 소사장 법인들의 경리 등의 업무를 일괄 위탁 받아 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 사실들에 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 사용종속관계에 있다고 보지 않을 수 없다.

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

## 마. 지입차량 차주 운전자

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

### 【대법원 1992. 4. 28. 선고 90도2415 판결】

“원심은, 자기 소유의 화물자동차에 관하여 운수회사와의 사이에 화물자동차 위수탁관리운영 계약(이른바 지입계약)을 체결하는 경우 그 화물자동차의 운전자와 당해 운수회사 사이의 근로 관계가 근로기준법 소정의 고용관계인가를 판단하는 기준은 사용자와의 지배종속관계가 있는지의

여부에 있다고 전제하고, 공소외 송○○이 그 소유의 화물자동차를 피고인이 대표이사로 있는 공소외 1주식회사에 지입함에 있어서 위 회사와는 별도로 사업자등록을 한 후 위 회사에는 매월 지입료만을 내고 그의 계산 아래 위 차량을 이용하여 독자적으로 영업활동을 하면서 그의 임의로 공소외 유○○을 위 차량의 운전사로 채용한 사실을 확정하고, 위 회사와 위 유○○사이에 지배종속관계가 있었다고 인정할 자료가 없으므로 피고인은 근로기준법 제30조에 규정된 금품을 지급하여야 할 사용자가 아니라는 이유로 피고인에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 유지하였다.

그러나 위 회사가 그 명의로 자동차를 소유하고 화물운송업을 경영하고 있는 이상 사업운영의 실태가 위와 같다고 하더라도 그러한 사유는 회사와 차주의 합의에 의한 내부적 사항에 불과한 것으로서 대외적인 관계에 있어서는 회사가 위 자동차를 소유하고 이를 운영하는 경영주체라고 보지 않을 수 없고, 따라서 그 사업장의 근로자와의 관계에 있어서도 회사가 직접 근로관계에 대한 책임을 지고 있는 사용자라고 보아야 할 것이다( 당원 1987.2.24. 선고 86도2475 판결; 1990.9.25. 선고 90도1214 판결 등 참조).

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

### 3.2 묵시적 근로계약관계가 인정되지 않은 판례

#### 가. K레일 K열차여승무원

법원은 K레일로부터 K열차 승객서비스 업무를 수탁받은 K유통 등에 소속된 승무원들에 관하여, K열차여승무원과 K레일과 사이에 묵시적 근로계약관계<sup>72)</sup>를 부정함

#### 【대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다78316 판결】

“1. 원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무를 수행하는 사람을 제3자의 근로자라고 하기 위해서는, 원고용주가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며 실질적으로 임금을 지급하는 주체가 제3자이고 근로 제공의 상대방도 제3자이어서, 당해 피고용인과 제3자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하였다고 평가할 수 있어야 한다(대법원 2010.7.22. 선고 2008두4367 판결 등 참조).

2. 원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시 사실을 인정한 후, 다음과 같은 이유로 재단법인 ○○회(이하 ‘○○회’라고 한다)나 주식회사 한국○○유통(○○○유통 주식회사로 상호가 변경되었는데, 이하 ‘○○유통’이라고 한다)이 형식적으로는 피고 측과 체결한 각 위탁협약에 따라 소속 K○X 여승무원을 사용하여 K○X 승객서비스업무를 수행한 것과 같은 외관이 있다 하더라도,

72) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다78316 판결(원심인 서울고등법원 2011. 8. 19. 선고 2010나90816 판결은 묵시적 근로계약관계를 인정함), 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결(원심인 서울고등법원 2012. 10. 5. 선고 2011나78974 판결은 묵시적 근로계약관계 및 근로자파견관계를 모두 부인함)

실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채 피고측의 일개 사업 부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 하였을 뿐, 오히려 피고 측이 K○X 여승무원인 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 타당하므로, 원고들과 피고 측 사이에는 묵시적 근로계약관계가 성립하였다고 판단하였다.

...(중략)...

3. 그러나 원심의 이러한 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

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

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

2) 열차팀장의 업무와 K○X 여승무원의 업무가 넓게는 K○X 차량이라는 동일한 공간 내에서 수행되고 서로 협조할 여지가 전혀 없는 것은 아니나, 각 업무의 내용이나 영역은 구분되어 있었고, 실제로도 열차팀장이 K○X 차량 전부를 순회·감시하면서 안전업무를 수행한 것과 비교하여, K○X 여승무원은 이와 별도로 각 담당 구간을 순회하면서 승객 응대 등의 업무를 독자적으로 수행한 것으로 보인다. 그리고 각 위탁협약에 의하면, 화재 등의 비상사태가 발생할 경우 K○X 여승무원도 열차팀장의 지시를 받아 화재진압 및 승객대피 등의 활동에 참여하게 되어 있었지만, 이는 이례적인 상황에서 응당 필요한 조치에 불과하고 K○X 여승무원의 고유 업무에서 차지하는 비중도 낮았다.

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

4) ○○유통 등은 ‘고속철도승무원 운용지침’ 등의 규정을 마련한 후 그에 근거하여 K○X 여승무원의 채용·승진·직급체계를 결정하였고, 자체 교육계획을 수립하여 직접 교육 및 근무평가를 실시하였다. 이 과정에서 피고 측 소속 직원 일부가 채용면접관으로 참여하거나 K○X 여승무원이 피고 측의 위탁교육을 받은 적이 있다고 하더라도 그러한 사실은 ○○유통 등이 채용 및 교육의 주체라는 점을 부인하는 근거로 삼기에는 부족해 보인다. 아울러 열차팀장이 K○X 여승무원의 업무 수행을 확인하도록 되어 있는 것은 K○X 여승무원에 대한 업무상 감독이라기 보다는 위탁협약의 당사자가 보유한 권리의 행사로서 K○X 승객서비스업무가 위탁협약의 내용에

맞추어 제대로 이행 되었는지를 확인하고 감수하는 절차라고 이해할 수 있고, ○○유통 등이 피고 측의 시정요구에 따라 징계처분을 한 사실만으로는 ○○유통 등이 독자적으로 인사권을 행사하였다는 점을 부정하기는 어렵다. 나아가 피고 측에서 확정하는 열차운행표(일명 ‘기준 다이아’)는 K○X의 운행 내용만을 제공할 뿐 K○X 여승무원의 구체적인 출퇴근시간이나 승무시간, 배치 순서는 ○○유통 등이 작성하는 승무교번표를 통하여 비로소 확정 되었다. ‘K○X 승무원 서비스 매뉴얼’ 등의 제공 역시 피고 측이 위탁협약 당사자의 지위에서 업무의 표준을 제시하여 K○X 승객서비스업무가 균질적으로 수행되도록 노력해 달라고 ○○유통 등에 주문하는 취지로 못 볼 바 아니다.

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

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

#### 나. 사내협력업체 직원

법원은 근로자들과 혼재하여 배치되어 작업하고 있다거나 근로시간, 휴게 시간 등이 참가인의 정규직 근로자들과 동일하다고 하더라도 **사내협력업체의 사업주에게 독자성이나 독립성이 있는 경우** 도급회사와 사내협력업체의 직원간의 묵시적 근로계약 관계를 부정함

#### 【서울고등법원 2011. 2. 10. 선고 2010누23752 판결<sup>73)</sup>】

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

① A기업은 참가인과 별도로 취업규칙 등 제정하여 근로자들을 채용하고 근태를 관리하며 징계를 하는 등 인사권과 징계권을 행사하였다.



② A기업은 독자적 사업 주체로서 법인세 등 제반 세금을 납부하고 국민건강보험 등 4대 보험에 가입하고 회계와 결산 등을 참가인과 별도로 하였다.

③ A기업은 소속 근로자들에게 임금, 상여금 등을 직접 지급하고 그에 따른 근로소득세 원천징수, 연말정산 등 업무를 독자적으로 수행하였다.

④ A기업은 일정 부분 기성금에서 자신의 이익을 확보하였을 뿐만 아니라 클레임에 관한 규정을 두고 실제로 이에 대한 집행이 이루어짐으로써 일정 부분 사업 경영상 위험을 부담하였다.”

## 4. 원청업체와 하청업체 근로자 사이의 근로자파견관계의 인정 여부

### 4.1 근로자파견관계가 인정된 판례

#### 가. H자동차회사 사내협력업체 직원

법원은 H자동차 사내 협력업체에 소속된 근로자들이 원청업체인 H자동차를 상대로 부당해고를 다툰 사안에서 근로자파견관계가 있다고 보아 H자동차의 사용자성을 인정함

#### 【대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결】

“가. 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률 관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.

나. 원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시 사실을 인정한 다음, 피고가 사내협력업체 소속 근로자에 대한 일반적인 작업배치권과 변경결정권을 가지고 사내협력업체 소속 근로자가 수행할 작업량과 작업방법, 작업순서, 작업속도, 작업장소, 작업시간 등을 결정한 점, 피고는 사내협력업체 소속 근로자를 직접 지휘하거나 사내협력업체 소속 현장관리인 등을 통하여 구체적인 작업 지시를 하였는데, 사내협력업체의 현장관리인 등이 소속 근로자에게 구체적인 지휘·명령권을 행사하였다 하더라도 이는 피고가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나 그러한 지휘·명령이 피고에 의하여

73) 이 판결은 원고의 묵시적 근로계약관계의 성립 주장과 근로자파견관계 주장에 대하여 전자는 인정하지 않고 후자만을 인정하였으며, 원고의 상고를 제기하였고 대법원이 근로자파견관계를 인정하여(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결) 최종 확정됨

통제된 것에 불과한 점, 사내협력업체 소속 근로자가 피고 소속 근로자와 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 수행한 점, 피고는 소속 근로자의 결원이 발생하는 경우 사내협력업체 근로자로 하여금 그 결원을 대체하게 하기도 한 점, 피고가 사내협력업체 소속 근로자에 대한 휴게시간 부여, 연장 및 야간근로, 교대제 운영 등을 결정하고 사내협력업체를 통하여 사내협력업체 소속 근로자의 근태상황 등을 파악하는 등 사내협력업체 근로자를 실질적으로 관리하여 온 점, 사내협력업체가 도급받은 업무 중 일부는 피고 소속 근로자의 업무와 동일하여 명확히 구분되지 아니하는 점, 사내협력업체의 고유하고 특유한 업무가 별도로 있는 것이 아니라 피고의 필요에 따라 사내협력업체의 업무가 구체적으로 결정된 점, 사내협력업체 소속 근로자의 담당 업무는 피고가 미리 작성하여 교부한 각종 조립작업지시표 등에 의하여 동일한 작업을 단순 반복하는 것으로서 사내협력업체의 전문적인 기술이나 근로자의 숙련도가 요구되지 않고 사내협력업체의 고유 기술이나 자본이 투입된 바 없는 점 등의 여러 사정을 종합하면, 원고 1, 2, 3, 4는 사내협력업체에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견 관계에 있었다고 봄이 타당하다고 판단하였다.”

#### 나. 원청업체 야구버스 운전기사

법원은 하청업체에 소속된 근로자들이 원청업체의 야구버스 운전기사로 근무하면서 원청업체가 통보해 준 경기일정표나 직원의 지시에 따라 운행한 경우 이를 파견근로 관계로 보고 원청업체의 사용자성을 인정함

#### 【서울고등법원 2006. 2. 10. 선고 2004누14399 판결<sup>74)</sup>】

“(2) 파견근로관계와 관련된 주장에 관하여

(가) 위 인정사실<sup>75)</sup>에 의하면, △△실업과 참가인 회사는 형식상 용역도급계약을 체결하여 왔으나 실질적으로는 △△실업이 참가인 회사와 사이에 파견법 제2조 소정의 근로자파견계약을 체결하여 원고를 참가인 회사에 파견한 것으로 볼 것인데, 원고가 종사한 자동차 운전업무가 근로자파견사업이 허용되는 업무(파견법 제5조 제1항, 파견법시행령 제2조 제1항과 관련 별표)에는 해당하나 이에 관하여 △△실업이 근로자파견사업의 허가를 얻은 바 없으므로, △△실업이 위 용역도급계약에 따라 원고를 참가인 회사에 파견하여 근무하게 한 것은 파견법에 위배되는 위법한 근로자파견을 한 때에 해당한다 할 것이다.”

74) 이 판결은 근로자파견관계에 대한 인정은 대법원(대법원 2008. 10. 23. 선고 2006두5700 판결)에서 인정되었으나 불법파견의 경우 직접고용간주 규정이 적용되지 않는다고 본 부분은 인정되지 않아 파기환송되어 ‘서울고등법원 2009. 4. 17. 선고 2008누31217 판결’에서 최종 확정됨

75) “(1) ○○실업은 2000. 3. 1. 경 참가인 회사와 사이에 ‘차량 운행 및 관리 용역계약’을 체결하고 ○○실업 소속 직원들인 양○○, 강○○, 한○○와 원고로 하여금 참가인 회사의 야구단 버스 운전기사로 근무하게 되었으며, 2001. 5. 1. △△실업에서 ○○실업의 영업을 양수한 이후에는 △△실업이 참가인 회사와 사이에 ‘차량 운행 및 관리 도급계약’을 체결하고 원고 등으로 하여금 계속 같은 업무를 수행하도록 하였다.

### 다. 사용사업체 파견 운전원

법원은 근로자 채용 과정에서 원청업체가 관여하고, 실질적 지휘감독권을 행사한 사안에서 파견근로관계로 보고 원청업체의 사용자성을 인정함

【서울행정법원 2010. 7. 2. 선고 2009구합49954 판결<sup>76)</sup>】

“참가인과 소외 회사 사이의 운전용역도급계약은 진정한 도급계약으로 보기 어렵고 그 실질은

(2) 위 차량 운행 및 관리 도급계약서에는, 참가인 회사(이하 ‘갑’이라 한다)는 △△실업(이하 ‘을’이라 한다)으로 부터 갑 소유 차량의 운행 및 관리에 관한 용역을 제공받는 대가로 매월 도급비를 을에게 지급하고, 차량의 운행에 따라 발생하는 주차비와 통행료는 갑이 지급하며, 운전기사에 대한 업무지시·지휘감독은 을이 파견한 현장대리인이 하고, 그 노무관리는 을의 책임으로 하며, 을은 갑의 차량을 항상 청결하게 유지하고 운행이 가능한 상태를 유지하여야 하며, 업무수행 중 발생하는 일체의 인적·물적 사고와 관련한 책임은 을에게 있고 갑은 민·형사상의 책임을 지지 않으며, 을은 갑의 근무시간을 숙지하고 성실히 준수해야 하며 운전기사에게 항상 용모와 품행을 단정히 하게 하여야 하고, 운전기사에게 업무수행에 부적합한 사유가 발생할 경우 갑은 그 시정을 요구할 수 있으며, 을은 차량의 운행에 관련된 운행일지, 정비일지 및 점검내용을 기록하여 매월 갑에게 제출하여야 하고, 갑의 근무여건상 타력적인 근로가 필요할 경우 그 요구에 응하여야 한다는 내용이 포함되어 있다.

(3) 원고는 2000. 3. 27. 부터 참가인 회사에서 운전기사로서 근무를 시작하여 참가인 회사로부터 참가인 회사 소유의 야구단 2군 버스를 배차받은 후 계속 동일한 차량을 운행하였는데, 참가인 회사에서 통보해준 경기일정표나 참가인 회사의 담당직원의 지시에 따라 버스로 선수단을 야구장이나 훈련장소 등으로 이동시키고 대기하다가 끝난 후 버스에 선수단을 태우고 숙소나 사무실 등으로 돌아오는 형태로 버스를 운행하였다.

(4) 원고는 참가인 회사의 지원팀에 소속되어 매일 운행일지를 작성하여 참가인 회사에 제출하였고, 원정경기나 출장을 갈 때에는 참가인 회사로부터 결재를 받고 숙박비나 식비 등 경비를 참가인 회사가 부담하였으며, 프로야구 시즌이나 훈련경기기간이 아닌 때에 참가인 회사의 승인하에 휴가를 사용하였고, 원고를 포함한 운전기사들에 대한 근대관리대장을 참가인 회사에서 작성하였다.

(5) 원고를 포함한 운전기사들은 프로야구경기가 있을 경우 참가인 회사의 다른 직원들과 함께 검표 및 경비지원 업무 등을 하여 일비를 지급받기로 하였고, 프로야구 개막식이 있을 때는 경계, 차량통제, 초청차 차량파악, 입장권 검표, 기념품 지급 등의 업무를 맡기도 하였으며, 00와이브스 전용연습구장인 00파크에서 당직근무를 하기도 하였다.

(6) 원고가 버스를 운행함에 있어 발생한 고속도로통행료, 연료비, 차량수리비, 세차비, 비품대 등 차량관련 비용을 모두 참가인 회사에서 부담하였다.

(7) △△실업은 참가인 회사로부터 용역비를 받아 매월 정기적으로 원고에게 급여를 지급하였고, 국민연금, 의료보험료, 산업재해보상보험료 등도 모두 부담하기로 하였으나, 현장관리인을 별도로 지정하여 원고의 근무지로 파견하거나 △△실업에서 원고에 대하여 구체적인 업무지시, 지휘감독을 한 것은 아니었고 대표인 00가 초기에는 자주 방문하여 근무상황을 살펴다가 어느 정도 지난 후부터는 월 2~3회 참가인 회사를 방문하고 가끔 전화로 일을 잘 하고 있는지 확인하는 정도였다.

(9) 그러던 중 △△실업은 원고가 2002. 10. 29. 부터 2002. 11. 1. 까지 연락두절 상태로 배차지시에 따르지 아니하였다는 이유로 2002. 10. 31. 원고에게 “더 이상 근무할 의사가 없는 퇴사표명으로 본다. 앞으로 상호간에 업무를 원만하게 수행할 수 없다고 판단되므로 2002. 11. 30. 까지 타 직장으로 이직할 것을 권고한다”는 내용 증명을 발송하고, 2002. 11. 2. 원고와의 근로계약이 해지되었음을 참가인 회사에 통보하였으며, 이에 따라 참가인 회사의 지원팀장이 2002. 12. 9. 원고에게 버스 열쇠 반납을 요구하였으나, 원고가 이를 거부하자 2002. 12. 10. 원고가 운행하던 버스의 열쇠를 교체하였다.

(10) 그 후 원고는 △△실업에서 근로자를 선동하여 단체행동, 상사의 명령 불복, 회사의 신용과 명예 손상, 업무상 비밀 누설, 학력 및 경력은폐 등의 이유로 2002. 12. 27. 징계해고 되었다.

(11) △△실업이나 그 대표인 000는 근로자파견사업허가를 받은 바 없었고(000실업도 같다), 허가 없이 원고 등 4명의 운전기사를 참가인 회사에 파견하여 근무하게 하는 무허가 근로자파견사업을 하였음을 이유로 2003. 8. 29. 파견법위반죄로 각 벌금 100만원의 약식명령을 받아 위 약식명령이 확정되었으며, 참가인 회사 및 그 대표이사인 000는 2003. 12. 17. 같은 죄로 각 벌금 70만원의 약식명령을 받고 정식재판을 청구하여 2005. 1. 11. 인천 지방법원에서 각 벌금 70만원을 선고받고 같은 해 4. 27. 그 형이 확정되었다.

(12) 한편, 참가인 회사는 노동부로부터 △△실업과 체결한 계약이 파견법에 위반된다는 통보를 받은 후 2002. 9. 23. 과 2002. 10. 19. 원고에게 계약직원으로서의 근로계약 체결을 제의하였으나 원고는 계약직은 정규직이 아니라는 이유로 이를 거부하였다.”

근로자파견계약에 해당하는 것으로 보인다.

① 원고의 채용과정과 관련하여

...(중략)...

원고는 소외 회사의 채용공고에 응모하여 참가인의 인사담당자들이 동석한 가운데 채용면접을 보고 실기시험을 치른 후 참가인으로부터 채용결정통보를 받아 2003.1.1.부터 참가인의 사업장에서 근무하게 되었다.

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

② 용역대금의 산정방법과 관련하여,

참가인과 소외 회사의 계약서는 계약일반조건, 시방서를 포함하고 이행보증금, 지체상금을 (1,000분의 2.5)까지 표시되어 있어 일응 도급계약서로 작성되어 있다.

한편, 참가인과 소외 회사의 2003년도 용역대금은 1억 80만원인데, 위 금액산정의 기초가 된 운전원근로대가내역(2005년에는 원가계산서, 2006년, 2007년에는 용역원가계산서, 2007년 7월에는 파견대가내역서로 각 명칭을 달리하고 있으나 그 구성항목은 완전히 동일하다)을 살펴보면, ㉠ 직접노무비(급여, 각종 수당, 상여금, 중식비 등의 월지급액과 퇴직충당금), ㉡ 직접경비(4대 보험료, 임금채권, 사업소세, 복리후생비)를 각 산출한 다음 ㉢ 일반관리비(위 직접노무비와 직접경비를 합한 금액의 5%), ㉣ 이익준비금(직접노무비, 직접경비, 일반관리비를 합한 금액의 3%이내, 2007년 용역원가계산서부터는 이익준비금을 '이윤'으로 표시하였고 2008년 파견계약서에서 2.6%로 변경되는 외에는 계속하여 3%로 정하였다), ㉤ 부가가치세를 각 더한 항목으로 이루어져 있고, 이를 모두 합하여 근로자 1인당 210만원의 비용이 드는 것을 기초로 1년에 1억 80만원(=210만원×근로자 4명×12개월)으로 용역대금을 정하였다.

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

③ 원고의 업무 내용과 그 지휘관계에 관하여,

참가인과 소외 회사의 도급계약에 따라 소외 회사가 작성한 인력배치계획서에는 원고의 경우

담당차량으로 버스 및 스타렉스, 담당업무는 출·퇴근 버스 운행 및 문서수발로 기재되어 있다. 그러나 원고는 출·퇴근차량운행과 문서수발 뿐만 아니라 부정기적으로 발생하는 임직원의 문상 지원 차량운행, 휴일의 동호회 활동 지원차량운행, 동료근로자의 결원이 생길 경우의 대체 운행, 그밖에 각종 비정기적, 일시적 행사나 수요에 따른 차량업무지원 등 그때그때 필요에 따라 참가인의 정규직 근로자인 박○○ 및 이○○의 배차 지시에 따라 운전업무를 수행하였다.

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

④ 현장대리인 지정과 출근부 작성에 관하여,

소외 회사는 원고 등에 대한 업무를 지시, 감독하기 위하여 현장대리인을 선임하였다고 주장하지만, 현장대리인도 운전업무에 종사하였고 원고 등이 서로 번갈아 가면서 1년씩 현장대리인을 맡는 등 형식적 선임에 지나지 않았다. 또한 참가인과 소외 회사 사이에 체결된 계약서의 계약 일반조건 제18조(관리감독 및 인원변경에 대한 조치사항) 제3항은 “감독부서(관리담당부서)는 위탁 인력을 관리감독(인원배치, 근무태만, 보안교육, 기타 조치사항 등)하며 대가 지급시 근무기록 카드에 의하여 실제 근무일수에 대하여만 대가를 지급한다”고 정하고 있어서 처음부터 참가인의 지휘·감독을 예정하고 있었던 것으로 보이고, 사실상 정규직 운전원과 원고 등이 혼재되어 업무를 수행하였고 참가인이 그들간의 업무를 서로 분리하여 지휘·감독을 하였다고 보기도 어렵다.

한편 소외 회사는 원고 등에 대한 출근부를 작성함으로써 원고 등의 업무를 관리, 감독하였다고 주장하나, 위 출근부는 출퇴근 시간의 기재도 없이 단순히 출근 여부만을 기재하고 그것도 현장대리인이 월말에 소외 회사에게 제출하는 등 극히 형식적인 반면, 원고 등은 업무를 하면서 주행거리, 출발지, 도착지, 운행거리, 용무, 탑승자, 운전원, 차량점검 및 정비내역까지 기재한 차량 운행일지를 작성하여 참가인의 차량담당자에게 제출하였는바, 이러한 사정에 비추어 원고에 대하여 업무를 지휘·감독한 것은 참가인이라고 봄이 상당하다.

⑤ 원고에 대한 근로시간의 결정과 근태관리에 관하여,

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

이와 같은 점에 비추어 보면 참가인이 원고에 대한 근로시간의 결정 및 근태관리를 한 사실을 인정할 수 있다.

⑥ 결국 위와 같이 용역계약에 이르게 된 경위, 용역대금의 결정 요소, 원고의 업무에 대한 지휘·명령의 수행자, 원고에 대한 근로시간의 결정과 근태관리의 행사자, 도급계약에서 근로자 파견계약으로 변경되었지만 원고의 업무 형태나 내용, 소외 회사와 참가인 간의 관계에는 아무런 변화가 없었던 점 등 모든 사정을 고려하여 보면, 소외 회사는 2003.1.1. 원고를 고용하여 참가인에게 제공하고 참가인이 원고를 지휘·명령하여 자신을 위하여 원고를 사용하는 근로자파견 계약이 소외 회사와 참가인 간에 체결된 것으로 볼 수 있고, 운전업무는 구 파견근로자보호법 시행령 제2조제1항에서 정한 파견대상업무에 해당하기는 하나 소외 회사가 2003년경에는 위 법률

제7조에 따른 파견업체로서 허가를 받지 아니하였으므로 불법파견에 해당하는바, 불법파견 여부에 관계없이 원고가 근로를 제공한 날로부터 2년이 경과한 2005.1.1. 참가인은 원고를 직접 고용한 것으로 볼 수 있다(대법원 2008.9.18. 선고 2007두22320 판결 참조).

따라서, 참가인이 2009.6.15.을 마지막으로 원고와 근로관계를 종료하고 노무수령을 거절한 것은 원고에 대한 해고에 해당하고 정당한 사유가 있다고 보기도 어려우므로 부당해고에 해당한다.”

#### 라. K구청 안내도우미

법원은 여러 **하청업체 소속을 변경**하여 가면서 계속해서 K구청 여권과에서 안내도우미로서 **같은 업무를 수행**해온 사례에서, K구청이 안내도우미에 대해 면접을 실시하는 등 최종 적격자의 선발에 관여하고, 직무교육을 직접 주관하여 실시하였으며, 근태관리 역시 직접 행하는 등의 이유를 들어 **근로자파견관계**로 보고 K구청을 사용자로 인정함

#### 【서울고등법원 2011. 9. 23. 선고 2010누24151 판결<sup>77)</sup>】

“B파워와 참가인은 형식상 용역도급계약을 체결하여 왔으나 실질적으로는 B파워가 참가인과 사이에 ‘근로자파견계약’을 체결하여 원고를 참가인에게 파견한 것으로 봄이 상당하고, 그에 따라 원고가 B파워 소속으로 참가인 구청에 파견된 2004. 2. 2.(원고가 실제로 참가인 구청에 파견된 날은 A 소속으로 파견된 2003. 12. 8.로 보이나 A와 참가인 사이의 용역계약서 등이 기록에 현출되어 있지 아니한 관계로 원고의 당초 주장대로 B 소속으로 참가인 구청에서 근무한 날인 2004. 2. 2.을 근로자파견의 시기로 본다)부터 참가인의 여권과에서 민원(전화) 안내도우미로서 업무를 담당하면서 계속 근무하였으므로, 원고의 참가인에 대한 근로자파견기간이 2년이 되는 날의 다음날인 2006. 2. 2.부터는 사용사업주인 참가인과 파견근로자인 원고 사이에 직접 근로 관계가 성립되었다고 보아야 한다.

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

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

③ 참가인은 원고의 작업배치나 변경과 관련한 결정권한 및 구체적인 업무의 지시·감독권을 가지고 있었던 반면, B가 원고 등 안내도우미를 관리·감독하기 위하여 현장관리인을 따로

76) 동 사건은 대법원(대법원 2011. 6. 30.자 2011두8819 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정되었으며, 2심(서울고등법원 2011. 4. 1. 선고 2010누22483 판결)은 1심을 인용함

참가인 구청에 배치하는 등으로 이들의 업무수행에 관하였다고 볼 만한 자료가 없다.

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

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

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

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

## 4.2 근로자파견관계가 인정되지 않은 판례

### 가. 시공참여자(속칭 ‘오야지’)가 채용한 건설근로자

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

#### 【서울행정법원 2007. 11. 16. 선고 2007구합16042 판결<sup>78)</sup>】

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

이에 대하여 참가인이 주장하는 사정들 중 위 인정사실 (6)항 기재 사정(원고의 선정자들에 대한 근로계약서 작성, 출입증 발급, 고용보험료 부담, 갑종근로소득세 원천징수 등)은 출입증의 필요 및 시공참여자들의 사업자등록 미비 등과 같은 다른 사정에 기인한 것으로서 위 판단에 영향을 미치기에 부족하고, 나머지 사정들(시공참여자(속칭 ‘오야지’)가 건설면허나 사업자등록이 없는 점, 시공참여자(속칭 ‘오야지’)들이 원고와 약정할 수 있는 범위가 한정되어 있는 점, 공사에 투입되는 장비가 원고의 작업계획에 따라 원고에 의하여 제공된 점, 시공참여자(속칭 ‘오야지’)들이 공사현장에서 원고 소속 현장소장의

77) 1심 판결(서울행정법원 2010. 7. 1. 선고 2009구합42120 판결)을 인용하였음

하위직업으로 통칭되고 현장소장의 지시를 받은 점, 시공참여자들이 선정자들과 같이 근무시간을 통제받은 점, 원고가 포항지역건설노동조합과 단체교섭을 실시하고 단체협약을 체결한 점, 원고가 시공참여자들에 대한 일당을 기록한 점, 이 사건 공사의 작업조건이 열악한 점, 시공참여자들이 원고와 장기간 일을 하여 온 점, 시공참여자들이 공사현장에 개인자재를 투입하지 아니한 점, 원고가 공사현장의 사고 처리에 직접 관여한 점, 원고가 공사근로자들을 위하여 통근용 버스를 임차한 점 등은 각 이를 인정할 만한 증거가 없거나 가사 인정되더라도 원고의 사용자성을 뒷받침한다고 보기 어렵다.”

#### 나. 도급사와 별개로 사업자등록이 되어 있는 수급사의 직원

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

#### 【서울고등법원 2006. 7. 7. 선고 2005누27422 판결<sup>79)</sup>】

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

#### 다. 용역경비업체 직원

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

78) 같은 취지의 판결로 서울행정법원 2007. 12. 24. 선고 2007구합17267 판결 참조

79) 1심 판결(서울행정법원 2005. 11. 10. 선고 2005구합13018 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2006. 9. 22. 자 2006두13398 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



## 【서울행정법원 2004. 2. 13. 선고 2003구합22629 판결】

“위 인정사실<sup>80)</sup>에 의하면 S실업은 용역경비계약에 의하여 ○○건업으로부터 수급받은 경비 업무에 그 소속 근로자인 원고들을 사용함에 있어, 비록 용역경비계약의 특수성과 계약내용에 따라, ○○건업의 사전 승인을 받아야 하는 등의 제한은 있었지만, 원고들에 대한 인사, 징계, 지휘·명령 등에 관한 궁극적인 권한을 가지고 있었고, 임금지급과 보험료 등의 납부, 원고들의 업무수행으로 인한 ○○건업이나 제3자에 대한 손해배상책임, 원고들에 대한 민·형사상 책임 등 사업주로서의 모든 책임을 부담하여 왔다고 할 것이므로 원고들에 대한 근로기준법상의 사용자는 ○○건업이 아니라 S실업이라고 할 것이다.”

## 라. 아파트 용역관리업체 직원

법원은 아파트 입주자대표회의와 관리업체가 관리위탁계약을 체결한 사안에서 관리업체가 직원의 채용이나 징계에서 **최종적인 결정**을 하며, 관리소장을 통하여 근로자들의 구체적인 업무수행을 지휘·감독하고 임금을 지급한 경우, 관리업체를 사용자로 봄

## 【서울행정법원 2007. 10. 12. 선고 2007구합21150 판결】

“선정자들은 참가인(입주자 대표회의)이 아니라 관리업체(○○주택)에 의하여 채용되었고, 관리사무소 직원의 채용이나 징계에 있어서도 참가인이 관여하나 직원들의 인사에 관한 최종적인 결정과 집행은 ○○주택이 행하며, ○○주택이 그 관리사무소장을 통하여 직원들의 구체적인 업무수행을 지휘·감독하고 직원들에게 임금을 지급한 사실도 알 수 있다.

이러한 여러 사정을 종합하면, ○○주택이 근로계약 당사자로서 갖는 선정자 등 직원들에 대한 임면, 징계, 배치 등 인사권과 업무지휘명령권이 모두 배제 내지 형해화되어 그들 사이의 근로계약관계가 형식적인 것에 지나지 않는다고 볼 수 없고, 또 참가인이 관리사무소 직원들의 업무내용을 정하고 그 업무수행과정에 있어 구체적·개별적인 지휘·감독을 행하고 있다고 볼 수도 없으므로, 참가인이 선정자들과 사이에서 근로계약관계에 있는 사용자라고 할 수 없다.”

## 마. 지방자치단체 위탁운영 어린이집 보육교사

법원은 지자체가 어린이집의 운영을 사인에게 위탁한 경우, 그 사인이 보육교사의 **임면권**을 가지고 있고, 보육교사가 근무수칙을 위배하거나 이행하지 않았을 경우 그 해임권을 갖고 있었던 사례에서, 수탁자인 사인을 사용자로 봄

80) S실업은 ○○건업으로부터 용역비를 받아 매월 정기적으로 원고들에게 임금을 지급해 왔고, 원고들과 관련한 의료보험료, 국민연금, 고용보험료, 산재보험료 등도 납부해 왔음

【서울고등법원 2007. 8. 30. 선고 2007누3734 판결<sup>81)</sup>】

“원고가 참가인의 사용자의 지위에 있는지 여부에 관하여 살피건대, 즉 ① 원고는 1999. 12. 15. △△어린이집 원장 김○○와 사이에 위탁운영약정을 체결하면서 위 김○○가 보육교사의 임면권을 가지는 것으로 약정한 점, ② 참가인은 1999. 12. 23.경 1999년도 퇴직금을 지급 받은 후 2000. 2. 25. 김○○와 사이에 계약기간은 2000. 3. 1.부터 2001. 2. 28.로 하는 임용 계약을 체결한 점, ③ 위 임용계약의 조항 중에는 참가인이 교사 근무수칙을 위배하거나 불이행하는 등의 경우에 원장인 위 김○○가 계약만료전이라도 해임할 수 있다는 내용이 들어 있는 점, ④ 수탁자인 위 김○○가 △△어린이집 대표자로 등록되어 독립적으로 수지관리를 하고 세무처리를 하고 있는 점, ⑤ 비록 원고가 시설장인 위 김○○로부터 보육교사의 임면에 관한 사항을 보고받고 있기는 하지만 이는 원고의 임면권을 전제로 하는 것이라기보다는 어린이집의 운영주체로서 보육교사의 임면권을 비롯한 운영권을 행사하는 시설장을 관리·감독하기 위하여 관련법령이 어린이집을 설립하고 보조금을 지급하는 지방자치단체에게 부여하고 있는 지휘·감독권이라고 보아야 하는 점 등에 비추어 보면, 적어도 2000. 3. 1.부터는 시설장인 김○○가 참가인에 대한 임면권자라고 보아야 하고, 참가인은 퇴직금을 정산 받고 2000. 2. 25. 김○○와의 사이에 임용계약을 체결함으로써 원고와의 근로관계 단절에 동의하였다고 할 것이므로, 이때부터 참가인의 신분은 위 김○○의 피용자로 변동되었다고 보아야 한다.”

## 바. ○○회의 지교회 소속 근로자

법원은 ○○회 총회의 지교회 소속 근로자들로 구성된 노동조합이 ○○회 총회를 상대로 지배·개입유형에 의한 부당노동행위를 주장한 사안에서, 총회의 위 조합원들에 대한 지휘·감독관계가 없음을 이유로 총회의 사용자성을 부정함<sup>82)</sup>

【서울고등법원 2007. 8. 22. 2007누1998 판결<sup>83)</sup>】

“원고(○○회 총회)는 노회가 파송하는 총대로써 구성되는 조직으로서 지교회에 속해 있는 참가인 조합의 조합원을 원고의 업무에 직접 종사시키지도 아니할 뿐 아니라, 나아가 위 조합원들의 근무시간의 배정, 노무제공의 형태 및 방법, 작업환경 등에 대하여는 아무런 관여를 하지 아니하는 등 위 조합원들에 대하여 직접 구체적인 지휘·감독을 하지 아니하므로 노조법 제81조 제4호에서 정하는 지배·개입의 주체로서의 사용자에는 해당한다고 할 수 없다.”

81) 동 사건은 대법원(대법원 2007. 12. 13. 자 2007두19096 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

82) 지교회의 사용자성을 인정하는 것으로 보임

83) 1심 판결(서울행정법원 2006. 12. 7. 선고 2006구합4141 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 11. 15. 자 2007두18451 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

### 사. 검역용역업체 직원

법원은 K검역원으로부터 위탁받아 인천국제공항 신발소독용 발판의 소독·관리업무를 수행하던 하청업체 근로자의 부당해고 구제신청에 대하여 법원은 근로자파견관계를 인정하지 않고 **하청업체**를 사용자로 인정함

#### 【서울행정법원 2012. 9. 18. 선고 2011구합26763 판결】

“① 참가인(원청업체)이 2003년부터 2011년까지 2008년을 제외하고는 매년 공개경쟁입찰을 통하여 이 사건 소독 업무를 담당할 용역업체를 선정하였고 그 용역업체와 사이에 1년 단위의 용역계약을 체결한 점, ② 위 용역계약에는 그 계약의 목적과 대상이 이 사건 소독 업무로 특정되었고, 그에 따른 용역대금도 구체적으로 산정되어 있었던 점, ③ 채용 권한은 물론 주·야간조의 편성과 인원 배치 등에 관한 기본적인 권한은 하청업체에 있었던 점, ④ 용역계약 내용에 포함된 일반 조건에는 용역업체가 근로자에 대해 모든 책임을 지는 것으로 되어 있고, 특수조건에는 용역업체가 근로자의 위생관리, 안전관리 및 작업규율 유지에 대한 일체의 책임을 지는 것은 물론 근로자로 인해 발생한 민·형사상 모든 책임을 부담하도록 되어 있는 점, ④ 하청업체가 이 사건 소독 업무를 수행함에 있어 관리책임자를 두고 근로자들을 지휘·감독한 점, ⑤ 반면에 참가인이 이 사건 근로자들에게 직접적·구체적 업무 지시를 하지 아니한 점, ⑥ 하청업체가 이 사건 근로자들과 사이에 직접 근로계약을 체결하면서 미리 임금을 정하여 두었고, 위 근로계약에 따라 직접 임금을 지급한 점, ⑦ 용역업체가 이 사건 근로자들에 대해 징계권 및 인사권을 행사했고 참가인이 이에 관여한 바 없는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 근로자들과 하청업체 및 참가인과의 관계가 위 용역업체가 이 사건 근로자들을 고용하여 참가인의 지휘·감독을 받아 참가인을 위한 근로에 종사하게 하는 파견근로관계에 해당한다고 보기 어렵다.”

### 아. K열차 승객서비스 용역업체 여승무원

법원은 K레일로부터 K○X 승객서비스업을 위탁받아 경영하는 K유통 소속의 K○X 여승무원들의 K레일에 대한 근로자지위 확인 등 소송에서, **인사·관리·감독 업무를 K유통에서 독자적으로 행사하였고, K레일 소속 열차팀장과 그 업무에 있어서도 구분되므로, 묵시적 근로관계 및 근로자파견관계 모두 성립하지 아니한다고 봄**

#### 【대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결】

“(1) 원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무를 수행하는 사람을 제3자의 근로자라고 하기 위해서는, 원고용주가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며 실질적으로 임금을 지급하는 주체가 제3자이고 근로제공의 상대방도 제3자이어서, 당해 피고용인과 제3자 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하였

다고 평가할 수 있어야 한다( 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결 등 참조).

(2) 한편 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’이라고 한다) 제2조 제1호 에 의하면, 근로자파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다. 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률 관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력이 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.

(3) 원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시 사실을 인정한 다음, 재단법인 흥◇회와 주식회사 한국철▽유@ (이하 ‘철▽유@ 등’이라고 한다)이 K○X 승객서비스업을 담당하는 K○X 승무사업 본부나 승무본부를 따로 두고 소속 직원을 관리한 점, 철▽유@ 등은 원고들과 같은 K○X 여승무원을 직접 채용한 뒤 자체 계획과 기준에 따라 K○X 여승무원에 대한 교육 및 근무평가를 실시하고 그 결과를 인센티브 지급 등에 반영한 점, 철▽유@ 등이 채용·복무·보수·해고에 관한 내용이 포함된 ‘고속철▽승무원 운용지침’을 제정하고 징계처분 등 K○X 여승무원에 대한 인사권을 직접 행사하였던 점, 한편 K○X 승무분야 업무 중 K○X 여승무원의 업무를 피고 측 소속 열차팀장의 업무와 분리하여 도급 형식으로 위탁하는 것이 불가능하지 않은 점, K○X 여승무원의 업무에는 열차팀장이 담당한 운행 및 승객의 안전 업무와 밀접하게 관련된 부분이 일부 존재하나 이는 매우 예외적인 상황에 필요한 것으로서 일상적인 활동이 아니고 K○X 여승무원의 전체 업무에서 차지하는 비중도 극히 낮은 점, 열차팀장이 K○X 여승무원에게 지시하거나 K○X 여승무원을 감독하는 일은 거의 없었던 점, 철▽유@ 등은 출근상황, 근무시간, 휴게시간 등 K○X 여승무원의 근무내용을 직접 관리한 점, 승무교번표를 편성하여 그에 의거 K○X 여승무원을 배치하고 승무일정의 변경 내지 조정 여부를 결정한 주체도 철▽유@ 등이었던 점 등의 여러 사정에 비추어 보면, 원고들이 내세우는 일부 사실만으로는 철▽유@ 등이 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 피고 측의 노무대행기관과 동일시할 수 있을 정도로 그 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 K○X 여승무원이 피고 측과 종속적인 관계에 있으며 실질적으로 임금을 지급하는 주체가 피고 측이고 근로 제공의 상대방도 피고 측이어서, K○X 여승무원과 피고 측 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가하기는 어려우며, 철▽유@ 등이 K○X 여승무원을 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 K○X 여승무원으로 하여금 피고 측의 지휘·명령을 받아 피고 측을 위한 근로에 종사하게 하는 근로자파견관계에 해당한다고 보기도 어렵다고 판단하였다.

(4) 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 철▽유@ 등이 피고 측과 체결한 각 위탁

협약에 따라 독립적으로 K○X 승객서비스업을 경영하고 K○X 여승무원에 대한 인사권도 독자적으로 행사하였다고 보아 원고들과 피고 측 사이의 묵시적 근로계약관계의 성립을 부정한 것은 정당하고, 나아가 K○X 여승무원의 업무와 열차팀장의 업무가 구분되어 있었으며 K○X 여승무원에 대한 피고 측의 구속력 있는 지휘·명령이 없었고 K○X 여승무원의 구체적인 업무수행 방식 등에 관한 결정 권한을 철▽유@ 등이 행사하였다는 취지에서 근로자파견관계에도 해당하지 않는다고 본 원심의 판단 역시 정당하여 수긍할 수 있다.”

## 5. 근로자공급사업자의 사용자 지위 인정 여부

### 5.1 근로자공급사업자의 사용자 지위가 인정된 판례

법원은 군산항운노조 조합원이 “조합비 횡령” 등의 이유로 제명처분되자 부당해고를 다툰 사안에서 **항운노조**를 사용자로 인정함<sup>84)</sup>

【서울고등법원 2009. 8. 21. 선고 2009누5963 판결<sup>85)</sup>】

“참가인은 군산지방노동사무소장으로부터 직업안정법 제33조 제1항에서 정한 근로자공급사업 허가를 받아 이를 영위하는 한편, 관할 세무서에도 근로자공급사업을 내용으로 하는 사업자등록을 마친 사실, 참가인의 조합원들은 노조가입원을 참가인에게 제출하여 참가인 상무집행위원회에서 승인을 받으면 조합원자격을 취득하고 근로제공을 지시받을 수 있으나 별도로 근로계약을 작성하는 방법으로 근로계약을 체결하지는 않은 사실, 참가인에 가입하게 되면 조합원들은 참가인의 노동조합규약과 징계규정에 따른 상무집행위원회의 결정에 따라 징계를 받는 등 규율을 받게 되고, 위 징계규정에는 무단결근이나 작업 중 중대과실로 재해를 발생시키는 것도 징계사유로 정하고 있는 사실, 나아가 참가인은 군산항에 위치한 한국항만물류협회 산하 군산항만물류협회와 사이에 조합원들의 노임액수, 노임지급시기 및 근로시간 등 근로조건에 관한 노임협약을 체결하고, 위 물류협회의 회원인 하역업체로부터 요청이 있으면 조합원들로 하여금 해당 하역업체에게 근로를 제공하도록 지시하며, 조합원들이 근로를 제공하면 참가인은 위 하역업체로부터 조합원들의 임금을 일괄 지원받아 위 금원으로부터 그 2% 상당의 조합비와 조합원 분담 부분 건강보험료 및 국민연금법상 연금보험료 등을 공제한 나머지를 조합원들에 지급하고 있는 사실, 한편 조합원들의 갑종 근로소득세나 사용자 분담부분 건강보험료 및 연금보험료는 각 하역업체가 이를 원천징수 또는 공제하여 납부하고 있는 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 하역업체가 조합원들의 갑종근로소득세 원천징수분이나 사용자 분담부분 건강보험료 등을 납부하였다 하더라도, 원고를 포함한 참가인의 조합원들은 참가인에 가입하거나 등록함으로써 참가인과 사이에 참가인의 지시·감독 아래 각 하역업체에게 노무를 제공하고 그에 따른 대가를 참가인으로부터 지급받게 되며, 반면 위 하역업체는 위 물류협회와

84) 이외에도 제주특별자치도항운노동조합 징계사건에서 같은 취지로 항운노조의 사용자성을 인정하였음(서울고등법원 2011. 8. 17. 선고 2011누9425 판결)

참가인과 사이의 노임협약에 따라 참가인이 공급하는 조합원들을 근로에 종사시킨 다음 그 대가를 참가인에게 지급하고, 근로제공자인 조합원들의 근무태도 등에 대하여 참가인의 규율에 의존할 뿐 하역업체 스스로 조합원들을 규율하거나 제재를 가할 방법으로 따로 가지고 있지 않음을 알 수 있으므로, 위와 같은 사정에 비추어 보면 원고는 참가인과 사용·종속관계에 있는 근로자라고 할 것이어서 이와 다른 취지의 이 사건 재심판정에는 원고와 참가인 사이의 근로 관계를 오해한 위법이 있다.”

## 5.2 근로자공급사업자의 사용자 지위가 인정되지 않은 판례

법원은 항운노조가 다른 노동조합을 설립한 조합원들에 대하여 **취업중지처분 또는 제명처분**을 한 것에 대하여 해당 조합원들이 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 한 사안에서 항운노조의 사용자 적격을 부정함<sup>85)</sup>

### 【서울고등법원 2015. 2. 5. 선고 2013누27243 판결<sup>87)</sup>】

“근로자공급사업은 노동력의 제공하는 자와 이를 실제 이용하는 자 사이에 제3자가 개입하는 것을 허용하는 고용형태로서, 노동법상 사용자 책임을 모호하게 하고, 중간착취의 위험을 야기하기 때문에 직업안정법 제33조 제1항, 제3항은 근로자공급사업을 고용노동부장관의 허가사항으로 규정하면서, 노동조합은 근로자 자신의 손에 의하여 자신을 공급하는 것이라는 점에서 중간착취의 문제가 발생하지 않는다고 보아, 노동조합법에서 정한 노동조합만이 국내 근로자공급사업 허가를 받을 수 있다고 규정하였다. 이처럼 우리 법제는 노동조합이 근로자공급사업을 행할 수 있고, 이 경우에는 노동조합과 조합원 사이에는 반드시 고용관계가 존재하지 않아도 됨을 예정하고 있다고 할 것이므로, 원고들(이 사건 조합원들)과 참가인 조합(이 사건 항운노조) 사이에 근로계약관계가 인정되는지를 판단함에 있어서도 근로자공급사업을 하는 노동조합의 이와 같은 특수성을 고려하여야 할 것이다.

...(중략)...① 직업안정법이 국내 근로자공급사업을 유일하게 노동조합에게만 허용하고 있는 것은 노동조합은 사용자의 개입이 법적으로 차단된 근로자들만의 자주적이고 민주적인 결합체이기 때문에 그 요건에 따라 적정하게 운영되는 경우에는 근로자의 권리가 침해될 우려가 없기 때문이므로, 노동조합이 그 구성과 활동에 있어 이러한 자주성과 민주성의 요건을 갖추고 있는지 여부는 노동조합이 그 실질에 있어 조합원에 대한 근로자공급사업만을 수행하는 것인지, 더 나아가 조합원에 대한 사용자의 지위까지 가지는지를 판단함에 있어 중요한 판단 기준이 될 수 밖에 없으며, 이러한 관점에서 보았을 때, 참가인 조합의 규약에 따르면 조합 임원과 대의원은

85) 동 판례는 대법원에서 파기 환송되어 서울고등법원에서 판결된 것으로 이후 대법원(대법원 2009. 11. 26.자 2009두15678 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

86) “이 사건 사용자의 당사자 적격 여부는 항만근로관계의 특수성을 고려할 때 개개의 법률관계마다 구체적인 사정을 고려하여 개별적으로 그 사용자성을 판단하여야 할 것인바, ...(중략)... 이 사건 취업중지 및 제명처분은 근로기준법상 사용자의 지위에서 행한 징계처분으로 보기 어렵다(중앙노동위원회 2012. 2. 28. 판정 2011부해1048/부노239).”

조합원의 직간접적인 선거로 선출되고, 조합원은 총회 등을 통해 조합의 의사결정에 참여할 수 있으며, 원고들이 제출한 자료만으로는 이러한 선거절차나 총회 등의 의사결정기구가 올바르게 기능하지 못한 채 형해화 되었다고 보기 어려운 점, ② 참가인 조합이 작업에 투입되는 인원을 결정하고 구체적인 작업지시를 행하기는 하지만, 기본적인 작업의 내용과 작업환경은 항만운송업체에 의해 정해지고, 항만운송업체도 작업지시권을 보유하며(임금협약서 제6조 제1호 참조), 작업장에 대한 전체적인 감독은 항만운송업체에 의해 이루어지고 있다고 보이고, 조합원들의 임금은 항만운송업체와 참가인 조합이 체결하는 임금협약상의 하역단가에 따라 직접 정해지는 등 작업지시권과 임금결정권이 참가인 조합에만 전속되어 있지 않고 항만운송업체도 이를 분점하고 있는 점, ③ 원고들은 참가인 조합을 상대로 근로3권을 행사하기 위하여 신설 조합을 결성한 것이 아니라 그 외부에서 독자적으로 근로자공급허가를 받아 항만운송업체들과 근로자공급계약을 체결하기 위하여 위 조합을 설립하였던 것이며, 과거에도 대의원대회 등을 통해 의사결정에 참여하려 했을 뿐 참가인 조합을 사용자로 생각하고 활동해 왔다고 보이지 않는 점, ④ 근로자 공급사업에서도 공급사업자가 근로자공급의 대가를 사용사업자로부터 직접 받아 공급근로자에게 배분하는 것이 금지되는 것이 아닌 이상 참가인 조합이 항만운송업체로부터 대가를 받아 조합원들에게 분배한 것이 근로자공급사업과 배치되는 것이 아닌 점 등을 종합해 보면, 비록 참가인 조합이 근로자공급사업의 원활한 수행에 중점을 두고 다소 통제적으로 운영되어 왔다고 하더라도 그 구성과 활동이 노동조합법에서 요구하는 노동조합의 본질에서 벗어났다고 보기 힘들고, 작업지시나 임금결정 등이 참가인 조합에 의해 배타적으로 이루어진다고 보기 어려워, 원고들이 참가인 조합에 사용·종속된 상태에서 근로를 제공했다고 할 수 없으므로 참가인 조합은 원고들과 근로계약 관계에 있는 사용자에 해당하지 않는다.

5) 이처럼 참가인 조합과 같은 항운노조의 사용자성을 일반적으로 부인하는 해석론을 취할 경우, 항운노조에 대하여 상당한 정도로 종속되어 있는 조합원을 노동법제가 어떻게 보호할 수 있는지에 관하여 부언하기로 한다. ① 앞에서 노동조합의 사용자 지위를 부정하는 가장 큰 이유가 노동조합은 조합원들의 자치로 운영되는 조직이라는 점인 이상, 임원 선거나 총회 등의 절차가 규약에 마련되어 있어도 이런 제도가 제대로 기능하지 못하고 있다면, 그 노동조합은 비록 노동조합의 외형을 가진다고 하더라도 근로계약상의 사용자로 인정할 수 있다. ② 노동조합이 그 조합원에 대하여 행사하는 제명, 징계 등의 통제권은 사법심사의 대상이 되는데(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다21750 판결 참조), 항운노조와 같이 일자리를 제공하는 노동조합이 징계의 일환으로 조합원을 취업에서 배제하거나 제한하는 조치를 한 경우 이러한 조치는 일반적인 노동조합의 통제권 행사보다 더 엄격한 정당성이 요구된다고 해석함으로써 노동조합 집행부의 자의적인 권한 행사로부터 조합원을 보호할 수 있다. 다만, 이것이 사용자가 행하는 해고나 징벌이 아닌 이상 그 구제는 부당해고 구제신청절차에 의할 수는 없고 일반적인 민사소송에 의하여야 한다. ③ 항만운송업체는 항운노조 조합원에 대한 관계에서 묵시적 근로계약관계가 인정되는 근로계약상의 사용자는 아니라고 하더라도(각주: 사실관계에 따라서는 항운노조 조합원을 항만운송업체의 일용 근로자로 인정할 수 있는 사안도 있을 것이다), 앞서 본 바와 같이 조합원들의 임금과 작업환경 등에 관하여 고용주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자로서, 노동조합법상 단체교섭 의무 및 부당노동행위 책임 등을 부담하는 사용자에 해당하므로(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결 참조),

항만근로자에 관한 집단노사관계는 항만운송업체를 사용자로 하여 규율될 수 있다.

6) 이와 같은 이유를 종합하여 볼 때, 참가인 조합은 원고들의 근로계약상 사용자가 아니며, 이와 같이 판단한 이 사건 재심판정은 적법하다.”

## 6. 고용승계와 사용자 지위 인정 여부

### 6.1 고용승계가 인정된 판례

법원은 대한S공사 J광업소의 갯도보수 외주용역 수탁업체가 변경된 사례에서, 수차례 수탁업체가 변경되어 오면서 **고용승계 되었던 관행**을 인정할 수 있으므로 새로운 수탁 업체는 고용승계의무를 진다고 봄

【서울고등법원 2014. 6. 25. 선고 2013누27298 판결<sup>87)</sup>】

“① 이 사건 용역계약의 보수작업 시방서에는 이전 외주용역업체의 근로자를 재 채용하도록 권고하고 있는 점, ② 갯도보수, 채탄 등의 업무를 낙찰 받은 외주 용역업체들은 자진퇴사자, 이직자, 정년퇴직자를 제외한 나머지 근로자들에 대하여 대체로 고용을 승계한 점, ③ 원고 역시 외주용역업체가 바뀔 때마다 각 업체와 근로계약을 체결하여 계속 근무한 점 등을 고려하면 신·구 외주용역업체 사이에 특별한 사정이 없으면 근로자들의 고용을 승계하는 관행이 존재한다고 봄이 타당하다.

2) 위와 같이 **고용승계 관행이 존재한다면 용역계약의 당사자가 아니라고 하더라도 새로운 외주용역업체가 자신을 재 채용하리라는 상당한 기대를 갖게 되고, 새로운 외주용역업체는 특별한 사정이 없는 한 종전 근로자를 재 채용할 의무를 부담하게 된다는 사정을 알게 된다고 봄이 타당하다.**

3) 다만 이 사건 근로자는 ① 14개월 동안 40일을 무단결근하는 등 근무태도가 불량했던 점, ② 활동된 작업량이 정해진 상황에서 무단결근 하여 사용자나 다른 근로자들에게 피해가 큰 점, ③ 이 사건 사용자는 애초에 2인 1조 1팀, 3인 1조 2팀 총 8명의 근로자만을 채용하고자 했던 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 원고들에게 참가인의 고용승계를 거부할 만한 합리적인 이유가 있다고 봄이 타당하므로 원고들의 채용 거부가 위법하다고 보기 어렵다.”

### 6.2 고용승계가 인정되지 않은 판례

법원은 위·수탁계약의 수탁업체가 변경되면서, 신 수탁업체가 기존 근로자들의 채용 공고를 하였다 하더라도, 위 **채용공고는 청약의 유인에 불과할 뿐** 당연히 고용승계 되는 것은 아니라고 봄

87) 1심 판결(서울행정법원 2013. 8. 30. 선고 2012구합11072 판결)을 인용함

88) 1심 판결(서울행정법원 2013. 8. 27. 선고 2012구합41905 판결)을 인용함



【서울고등법원 2012. 5. 4. 선고 2011누35622 판결<sup>89)</sup>】

“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 ○○업체에서 참가인으로 변경된 경우, 새로운 수탁업체인 참가인은 서구청과의 사이에 새로운 위·수탁계약을 체결하여 서구청으로부터 그 업무를 수탁 받았을 뿐이므로 참가인이 종전 수탁업체인 ○○업체 소속 직원들의 근로관계를 포괄적으로 승계한다고 볼 수 없고, ○○업체와 참가인 사이에 영업양도나 근로관계 승계에 관한 합의가 있었음을 인정하기도 어렵다.

나) 나아가 갑 제2, 3호증의 각 기재에 의하면, 서구청이 ○○업체와 위·수탁계약을 체결할 당시에는 ○○업체가 기존 수탁업체의 고용을 승계한다는 것을 명시적으로 약정한 반면, 서구청이 참가인과 위·수탁계약을 체결할 당시에는 참가인이 기존 수탁업체 종업원에 대한 퇴직금 및 근속연수를 승계한다고만 약정하여 ○○업체 소속 직원들에 대한 고용승계 여부를 명시하지 아니하였을 뿐만 아니라, 비록 참가인이 서구청에 대하여 ○○업체 소속 직원들의 고용을 승계한다는 입찰조건을 수락함으로써 새로운 수탁업체로 선정된 후 고용보장을 약속하는 내용의 공고를 하였다고 하더라도 그와 같은 사정만으로는 참가인이 ○○업체 소속 직원들의 고용을 승계하였거나 ○○업체 소속 직원들에 대한 고용승계의무를 부담한다고 볼 수 없다.

2) 참가인과 원고들 사이의 근로관계의 성립 여부

가) 근로계약은 낙성계약으로 청약에 따른 승낙으로 성립하므로 그 계약의 내용은 사용자와 근로자가 개별적인 교섭에 의하여 확정하는 것이 원칙이지만, 특별한 사정이 없는 한 근로계약을 체결한 근로자와 사용자 사이에는 취업규칙에 정하는 바에 따라 근로관계가 성립한다(대법원 1999. 1. 26. 선고 97다53496 판결 참조). 여기서 청약은 그에 대한 승낙에 의하여 곧바로 계약의 성립에 필요한 의사합치에 이를 수 있을 정도로 내용적으로 확정되어 있거나 해석에 의하여 확정될 수 있어야 한다(대법원 2003. 5. 13. 선고 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 ○○업체 소속 직원 중 현장 근로자 32명 전원에 대한 고용을 보장하되 신규채용 방식을 거처도록 한 점, 임금 등 근로조건은 ○○업체에서 근무하면서 정한 그대로를 유지하되 휴게시간 및 임금 구성은 합리적인 조정이 필요하다고 명시한 점, 이와 관련하여 참가인의 취업규칙이 구체적으로 언급되어 있지 아니한 점, 채용서류 제출 및 근로계약서 작성 등의 채용절차 진행을 전제로 한 점 등을 고려하면, 이와 같은 공고문의 내용은 ○○업체 소속 직원의 승낙만 있으면 곧 근로계약이 성립하는 구체적·확정적 의사표시라고 보기는 어려워, 결국 청약이 아닌 청약의 유인에 불과하다고 해석함이 상당하다. 따라서 이 사건 근로자들이 그에 대응하여 근로계약을 체결하고자 하는 의사표시를 하였다 하더라도 이는 승낙이 아닌 청약에 불과하고, 참가인이 신규채용에 필요한 서류를 제출받는 절차를 거쳐 승낙의 의사표시를 함으로써 비로소 근로계약이 성립한다고 할 것인바, 앞서 본

바와 같이 참가인이 이 사건 근로자들에 대한 신규채용 절차를 거부하고 근로계약의 체결을 승낙하지 아니한 이상, 근로계약 체결에 관한 쌍방의 의사의 합치가 없어 참가인과 이 사건 근로자들 사이의 근로관계는 성립하지 아니한다고 할 것이다.

다) 이와 달리 참가인의 공고문의 내용을 근로계약의 청약으로 선해하더라도 3심에서는 2심이 부가적으로 공고문의 내용이 ‘청약’에 해당함을 전제로 하여 이 사건 근로자들이 정해진 승낙기간 내에 승낙의 통지를 하였다고도 볼 수 없다고 판시한 부분에 대한 이 사건 근로자들의 상고 이유는 나아가 살필 필요가 없다고 판단하였다. 승낙의 기간을 정한 계약의 청약은 청약자가 그 기간 내에 승낙의 통지를 받지 못한 때에는 그 효력을 잃는바(민법 제528조 제1항), 공고문 제6항의 기재와 같이 참가인이 승낙의 기간을 2009. 12. 31. 18:00까지로 명시하였고, 그 기간 내에 이 사건 근로자들로부터 승낙의 통지를 받았다고 볼 만한 아무런 증거가 없는 이상, 참가인의 위 청약은 효력을 잃게 되었다고 할 것이다(이와 별도로 참가인과 현장 근로자 29명 사이에 2010. 1. 4. 체결된 각 근로계약은 참가인의 위 청약의 효력이 상실된 이후 별도로 근로계약 체결에 관한 쌍방의 의사의 합치가 있어 근로관계가 성립된 것으로 봄이 상당하다).

라) 설령 참가인이 승낙의 기간을 2010. 1. 4.까지로 연장해 준 것으로 보더라도, 이 사건 근로자들이 참가인에게 신규채용에 필요한 서류를 제출하는 등의 방법으로 승낙의 통지를 하였는지에 관하여 일부 증언만으로는 이를 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 참가인의 위 청약은 마찬가지로 효력을 잃게 되었다고 할 것이고, 결국 이 사건 근로자들의 명시적·묵시적 승낙 여부를 나아가 살필 필요 없이 근로계약 체결에 관한 쌍방의 의사의 합치가 없어 참가인과 이 사건 근로자들 사이의 근로관계는 성립하지 아니한다고 할 것이다.”

89) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 12. 12. 선고 2012두14323 판결)에서 확정됨

## 제 3 장

# 구제이익 · 대상적격

제1절 구제이익	127
1. 구제이익 개관	127
2. 구제이익 관련 판례	128
제2절 대상적격	146
1. 대상적격 개관	146
2. 대상적격 관련 판례	149



## 목 차

<b>제1절 구제이의</b> .....	127	<b>나. 판례의 경향</b> .....	136
1. 구제이의 개관 .....	127	1) 주류적 판례: 임금상당액 부분에 대한 구제이의 부정 .....	136
1.1 구제이의의 의의 .....	127	2) 예외적 판례: 임금상당액 부분에 대한 구제이의 인정 .....	138
1.2 구제이의 판단의 기준시기 .....	127	3) 최근의 판례 태도 .....	140
1.3 구제이의 없는 경우의 조치 .....	128	<b>다. 유형별 분석</b> .....	141
2. 구제이의 관련 판례 .....	128	<b>제2절 대상적격</b> .....	146
2.1 구제의 목적이 이미 달성된 경우 .....	129	1. 대상적격 개관 .....	146
가. 해고 후 원직복직된 경우 .....	129	1.1 대상적격의 의의 및 판단기준 .....	146
나. 해고처분을 철회하면서 전보명령을 한 경우 .....	132	1.2 대상적격이 없는 경우의 처리 .....	148
다. 대기발령(직위해제) 이후 처분이 해제되어 다시 직위를 부여 받은 경우 .....	132	2. 대상적격 관련 판례 .....	149
라. 금전보상명령신청 후 원직복직이 이루어진 경우 .....	132	2.1 '그 밖의 징벌'로 볼 수 있는 경우 .....	149
2.2 사정변경으로 인하여 원상회복이 불가능해진 경우 (근로관계 종료, 폐업등) .....	132	2.2 연속된 두 개의 처분을 다투는 경우 .....	155
가. 근로관계가 종료된 경우 .....	132	2.3 근로조건 위반에 대한 손해배상이 문제된 경우 .....	158
나. 사업체가 소멸된 경우(사실상 사업계속이 불가능한 경우) .....	133		
다. 전보명령 후 해고된 경우 .....	134		
2.3 별개의 민사소송에서 근로자 패소 판결이 확정된 경우 .....	134		
2.4 기타 구제이의이 문제되는 경우 .....	135		
가. 구제신청의 포기가 있는 것으로 인정되는 경우: 구제이의 소멸 .....	135		
나. 근로자가 불이익취급에 동의한 경우: 구제이의 소멸 .....	136		
다. 복수의 구제신청 중 하나가 인용된 경우의 나머지 구제 신청: 구제이의 유지 .....	136		
2.5 '임금상당액 지급명령'과 관련한 독자적 구제이의의 인정 여부 .....	136		
가. 쟁점 .....	136		



## 제1절 구제이익

### 1. 구제이익 개관

#### 1.1 구제이익의 의의

구제이익 또는 구제신청의 이익이란 부당해고나 부당노동행위 등에 관하여 노동위원회의 공권적 판단(구제명령)을 구하기 위하여 가지고 있어야 하는 구체적인 이익 내지 필요를 말함<sup>1)</sup>

반면 소의 이익이란 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 행정소송을 제기한 경우, 당해 명령이나 처분의 취소를 구할 법률상 이익을 의미함<sup>2)</sup>

구제이익과 소의 이익은 모두 구제절차 또는 소송을 이용하고 유지할 정당한 이익 내지 필요성을 의미한다는 점에서 그 실질적인 내용은 동일

다만, 구제이익은 **노동위원회의 구제절차**에서, 소의 이익은 법원의 재판단계에서 문제되는 것이고, 판단의 시점에 있어서도 구제이익은 노동위원회의 판정시를 기준으로, 소의 이익은 법원의 사실심 변론종결시를 기준으로 판단함

구제이익은 법률의 규정에 따라 구제신청이 제기되면 원칙적으로 인정되고, 구제신청 목적의 실현(원직복직 등) 또는 사정변경에 의한 원상회복의 불능(근로계약관계의 종료, 사업체의 소멸 등) 등 특별한 사정이 있는 경우 문제됨

#### 1.2 구제이익 판단의 기준시기

부당해고 및 부당노동행위 등의 구제절차에 있어서 **구제이익 유·무에 대한 판단**

1) “근로계약기간을 정한 경우에 있어서 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료되고(대법원 1996. 8. 29. 선고 95다5783 전원합의체 판결, 1998. 1. 23. 선고 97다42489 판결 참조), 근로자가 부당해고구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 근로계약기간의 만료로 근로관계가 종료되었다면 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 할 것이다(대법원 1995. 12. 5. 선고 95누12347 판결, 1997. 7. 8. 선고 96누5087 판결 참조)(대법원 2001. 4. 24. 선고 2000두7988 판결).”

2) “중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 근로자나 사용자 등 관계당사자가 행정소송을 제기하여 그 취소를 구하려면 일반의 취소소송과 마찬가지로 사실심 변론종결 당시를 기준으로 하여 그 취소를 구할 구체적인 법률상의 이익, 즉 소의 이익이 있어야 한다. 그런데 부당정직 구제신청을 인용한 중앙노동위원회의 재심판정, 즉 구제명령의 내용이 구제명령 발령 이후에 다른 방법에 의하여 실현되어 그 목적이 달성되었거나, 사정변경에 의하여 구제명령의 실현이 무의미하거나 객관적으로 불능하게 된 경우 그 구제명령은 그 시점 이후 그 기초를 상실하여 구속력을 잃게 되므로, 사용자는 더 이상 구제명령에 따를 의무가 없게 되어 원칙적으로 구제명령의 취소를 구할 이익이 없게 된다(서울고등법원 2006. 11. 2. 선고 2005누27811 판결).”

기준시점은 노동위원회의 판정시이며, 소의 이익은 법원의 사실심 변론종결시임

예컨대, 구제신청이 거부된 근로자가 재심판정 취소소송을 제기한 후 사실심 변론종결 전에 근로계약기간 만료, 사용자의 폐업 등이 발생하면 재심판정에 대한 실체적 판단 없이 소의 이익이 없어 소를 각하함<sup>3)</sup>

### 1.3 구제이익이 없는 경우의 조치

「노동위원회 규칙」 제60조제1항제6호에 따라 구제이익이 없는 경우, 지방노동위원회 및 중앙노동위원회는 구제신청을 각하하여야 함<sup>4)5)</sup>

소의 이익이 없는 경우 법원은 소를 각하함

## 2. 구제이익<sup>6)</sup> 관련 판례

판례상 구제이익이 문제되는 사안은 크게 ① 구제의 목적이 이미 달성된 경우 ② 사정 변경으로 인해 원상회복이 불가능해진 경우 ③ 별개의 민사소송<sup>7)</sup>에서 근로자의 패소 판결이 확정된 경우(사법상 권리의무가 확정된 경우), ④ 기타의 경우로 유형화할 수 있음

위 각 유형에 해당하는 사정들이 노동위원회의 판정시에 존재하면 구제이익 소멸로 각하 판정을 하고, 중앙노동위원회의 재심판정 후 법원의 사실심 변론종결 전에 발생한 사유라면 법원은 소의 이익이 없음을 이유로 소 각하 판결을 함

그 밖에 구제이익과 관련한 쟁점은 ‘임금상당액의 지급’을 구하는 부분에 대한 독자적인 구제이익의 인정 여부임

3) 주석 2) 참조

4) 「노동위원회 규칙」 제60조제1항제6호

제60조(판정) ① 심판위원회는 심판사건이 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 각하한다.

6.신청하는 구제의 내용이 법령상이나 사실상 실현할 수 없거나 신청의 이익이 없음이 명백한 경우

5) “앞서 본 바와 같이 이 사건 부당해고 및 부당노동행위구제신청에 대한 참가인(근로자)들의 구제이익은 소멸하였으므로 중앙노동위원회로서는 서울지방법노동위원회가 참가인들의 신청을 인용한 부당해고구제신청사건이든 참가인들의 신청을 기각한 부당노동행위구제신청사건이든 각 구제신청의 이익이 없다는 이유로 각하를 하여야 한다.(서울고등법원 2007.8.17. 선고 2007누9084 판결).”[1심 판결(서울행정법원 2007. 2. 22. 선고 2006구합23029판결)을 인용함]

6) 여기서의 구제이익은 근로자의 ‘구제신청의 이익’을 의미하며, 근로자의 구제신청의 이익이 없음에도 구제신청이 인용된 경우 사용자에게는 이를 다룰 ‘재심 신청의 이익’ 내지 ‘소의 이익’이 당연히 인정됨

7) 판례는 “1. 근로기준법 제27조의3(1989.3.29. 법률 제4099호로 개정)의 규정은 부당해고를 당한 근로자에게 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있는 길을 열어 놓고 있으나 그렇다고 해서 해고를 둘러싼 쟁송에 대한 민사소송의 관할권을 박탈한 것으로 해석되지 아니한다(대법원 1991. 7. 12. 선고 90다9353 판결).”라고 하여 해고무효확인 및 임금상당액의 지급 청구 소송 등 민사절차와 노동위원회를 통한 행정적 구제절차는 양립 가능한 별개의 절차에 해당한다고 봄



노동위원회에 대한 부당해고 구제신청은 크게 ‘원직복직명령’을 구하는 신청 부분과 ‘임금상당액 지급명령’을 구하는 신청 부분으로 나뉘는 바, ‘임금상당액 지급’을 구하는 부분에 대해서 독자적인 구제이익을 인정할 것인지에 대해서는 논란이 존재하고 **판례의 주류는 이를 부정하고 있음**

## 2.1 구제의 목적이 이미 달성된 경우

### 가. 해고 후 원직복직된 경우

사용자가 임의로 해고처분을 취소(철회)하고 근로자를 복직시켰다면 근로자는 구제 신청 목적을 달성하였으므로 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되고 구제이익이 소멸함<sup>8)</sup>

#### 【 대법원 2002. 2. 8. 선고 2000두7186 판결<sup>9)</sup> 】

“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 90다카 27389 판결, 2001. 4. 24. 선고 2000두7988 판결 참조).”

위 판례 취지에 비추어 보면 사용자가 원직이 아닌 다른 직에 복직시키거나, 그간의 임금을 미지급하여 완전한 의미의 원상회복을 한 것이 아니라 할지라도 복직명령을 한 이상 구제이익은 소멸했다고 봄이 맞고, 근로자는 부당전보구제신청으로 다투거나, 민사상 임금지급청구 등의 방법을 이용해야 할 것으로 보임

사용자가 근로자에게 복귀를 명한 경우 특별한 사정이 없는 한 그 해고는 취소 또는 철회된 것으로 봄이 타당하므로 근로자로서는 이를 다투는 구제이익이 소멸함

#### 【 서울행정법원 2012. 9. 14. 선고 2012구합8458 판결 】

“사용자가 근로자를 해고하였다고 하더라도 그 해고를 철회하고 근로자에게 복귀를 요구하였

8) 서울행정법원 2013. 5. 21. 선고 2012구합42779 판결, 서울행정법원 2013. 9. 12. 선고 2013구합11314 판결

9) 소의 이익에 관한 판결이지만 노동위원회 구제이익의 경우도 마찬가지임. 즉 부당해고구제신청을 하여 판정 시까지 사용자가 원직 복직시키면 구제의 목적이 달성되므로 더 이상 구제이익이 존재하지 않아 각하 판정함(대법원 1997.7.8. 96누5087 판결 참조)

다면 사용자자가 해고의 법적 문제를 회피하기 위하여 진의가 결여된 채 형식적으로 근로자에게 복귀를 요구하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 해고는 취소 또는 철회된 것으로 봄이 타당하므로 구제신청의 대상인 해고처분이 존재하지 않게 되어 근로자로서는 이를 다룰 구제이익이 소멸되었다고 보아야 할 것인데(해고기간의 임금을 지급받기 위한 필요가 있다고 하더라도 이는 임금청구소송 등 민사소송을 통해 그 전제로서 해고의 무효를 주장하여 구제받을 수 있는 것이므로 이러한 필요성만으로 구제이익을 인정할 수 없다), 앞서 본 바와 같이 원고는 이○○로부터 2차례에 걸쳐 업무복귀를 요청받았고, 이러한 이○○의 업무복귀요청이 해고와 관련한 원고와의 법적 문제를 회피하기 위하여 형식적으로 이루어진 것으로는 보이지 아니하는 이상 이○○의 원고에 대한 해고는 취소 또는 철회되었다고 할 것이다. 따라서 설령 원고가 이○○로부터 업무복귀요청을 받은 직후에 노동위원회에 원직복직에 갈음한 금전보상명령을 내용으로 하는 부당해고 구제신청을 하였다고 하더라도 원고로서는 구제신청의 대상인 해고처분이 더 이상 존재하지 않아 부당해고의 구제신청을 할 수제이익이 없으므로, 결국 이 사건 재심판정 중 위 부분에 대하여는 그 취소를 구할 소의 이익이 없어 부적법하다.”

사용자가 복직명령을 한 이상 임금상당액 지급 및 4대 보험 상실신고 취소를 거부한 경우에도 근로자의 구제이익은 소멸함

【서울고등법원 2012. 12. 5. 선고 2012누15953 판결<sup>10)</sup>】

“원고는, 부당해고 구제신청의 중요한 목적이 근로자의 단순 복직이 아니라 근로자를 해고되기 이전 상태로 복귀시키는 원상회복인데, 비록 참가인이 원고에게 복직을 통보하였으나 해고기간의 임금을 지급하며 고용보험 등의 피보험자격 상실신고를 삭제하는 등 원고를 해고되기 이전 상태로 복귀시키는 데 필요한 조치를 하고 있지 않으므로 이러한 원상회복을 위해 부당해고 구제신청의 이익이 여전히 존재한다고 주장한다.

그러나 근로기준법 제30조 제1항, 제3항 각 규정의 내용, 구제명령의 제도 취지와 입법 목적 등을 종합하여 볼 때 부당해고 구제신청은 정당한 이유 없이 해고된 근로자를 신속하게 구제하여 원직에 복직시키기 위한 제도이지, 나아가 근로자를 해고되기 이전 상태로 원상회복을 시키기 위한 것은 아니다. 앞서 인용한 제1심판결 이유에서 적절히 실시하는 바와 같이 원고가 구제신청에 따른 절차의 진행 도중에 참가인에게서 복직을 통보받았고 실제 복직하는 데 어떠한 장애가 있었다고 보이지 않는 이상 원고의 부당해고 구제신청은 더는 구제이익이 없게 되었다고 봄이 타당하다.”

다만, 부당해고 등에 대한 구제이익의 유무는 중앙노동위원회의 재심판정시를 기준으로 판단하여야 하고 그 후의 사정변경으로 구제이익이 소급적으로 소멸한다고 볼 수

10) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 28. 자 2012두28810 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

없으므로, 사용자가 재심판정의 취소를 구하는 소를 제기한 이후 해고의 철회 및 원직복직이 이루어진 경우에도 근로자의 구제이익이 소급하여 소멸한다고 볼 수 없음

이 경우 소를 제기한 사용자는 해고기간 동안 임금상당액의 지급을 명한 구제명령을 다룰 소의 이익이 여전히 유지됨

【서울고등법원 2013. 10. 24. 선고 2013누12685 판결<sup>11)</sup>】

“(1) 구제이익이 소급적으로 소멸하였는지 여부

부당해고 등에 대한 구제이익의 유무는 구제명령을 발하거나 이를 유지할 필요가 있는지 여부의 문제이므로 중앙노동위원회의 재심판정시를 기준으로 판단하여야 하고, 그 후의 사정변경으로 구제신청의 목적이 달성되었다고 하여 그 구제이익이 소급하여 소멸한다고 볼 수는 없다.

그러므로 원고가 그 주장과 같이 이 사건 재심판정 후에 피고 보조참가인들에 대한 징계해고 처분을 취소하고 구제명령의 내용을 모두 이행하였다 하여 이 사건 구제신청의 이익이 소급적으로 소멸한다고 할 수 없다.

원고의 이 부분 주장은 이유 없다,

(2) 소의 이익의 유무

노동위원회가 부당해고로 인정하여 발령한 원직복직과 해고기간 임금상당액 지급의 구제명령 가운데 원직복직 명령이 그 후에 이루어진 사용자의 해고처분 취소와 원직복직으로 그 내용이 모두 이행되었다면 사용자가 더 이상 이를 따를 의무가 없어 무의미하게 되었다 할 수 있지만, 해고기간 임금상당액의 지급을 명한 구제조치에 대하여는 그 임금상당액이 이미 지급되었다 하더라도 구제명령이 취소된다면 근로자에게 지급한 임금 상당액은 법적 근거가 없게 되어 부당 이득이 되고, 근로자에 대하여 반환을 청구할 수 있게 되는 것이므로 그 한도에서 구제명령의 취소를 구할 법률상 이익이 있다(대법원 1993. 9. 14. 선고 93누1268 판결 참조).

따라서 원고의 주장과 같이 이 사건 징계해고 처분이 모두 취소되고 피고 보조참가인들이 원직에 복직되었다 하더라도 사용자인 원고는 피고 보조참가인들에게 지급한 임금 상당액의 반환을 구하기 위하여 구제명령을 유지한 이 사건 재심판정의 취소를 구할 법률상 이익이 있다 할 것이다.”

나아가 사용자가 ‘구제명령에 따라’ 이행강제금 등을 피하기 위해 공법상 의무를 이행한 경우는 잠정적으로 종전의 해고처분의 효력을 정지시키고 복직시킨다는 뜻이지 근로자에 대한 해고처분을 종국적으로 취소한다는 뜻이 아니므로 이러한 경우 구제이익이 소멸하였다고 판단하여 근로자의 구제신청을 함부로 각하해서는 안 됨

실제로 초심 구제명령 후 잠정적으로 복직시킨 다음 사용자가 재심, 행정소송까지 다투는 경우가 많음

11) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 2. 28. 자 2013두24426 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

### 나. 해고처분을 철회하면서 전보명령을 한 경우

근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고처분의 효력을 다투던 중 사용자가 그 해고처분을 철회하고 새로운 근무지로 전보하였다면, 근로자로서는 그 전보에 대한 효력을 다투는 것은 별론으로 하고, 구제를 구하는 사항이 복직에 의해 실현됨으로써 구제신청의 목적을 달성한 것이므로 **구제이익은 소멸함**<sup>12)</sup>

### 다. 대기발령(직위해제) 이후 처분이 해제되어 다시 직위를 부여 받은 경우

대기발령 이후 대기발령 처분이 해제되어 다시 직위를 부여받았다면<sup>13)</sup> 원칙적으로 부당대기발령 구제신청의 구제이익이 존재하지 **않음**<sup>14)</sup>

다만, 직위해제 처분이 실효되더라도 승진, 승급에 제한이 가해지는 등 특별한 사정<sup>15)</sup>이 인정되는 경우에는 예외적으로 구제이익이 인정됨<sup>16)</sup>

### 라. 금전보상명령신청 후 원직복직이 이루어진 경우

대법원 판례는 없으나 하급심 판례 중 “근로기준법 제30조제3항이 원직복직에 갈음하는 금전보상제도를 명문으로 인정하고 있는 점에 비추어 볼 때 금전보상명령이 원직복직명령에 수반하는 종속적인 구제명령에 불과하다고 보기 어렵다.”고 판시하여 구제이익을 인정한 사례가 있음<sup>17)</sup>

## 2.2 사정변경으로 인하여 원상회복이 불가능해진 경우(근로관계 종료, 폐업등)

### 가. 근로관계가 종료된 경우

근로자가 구제신청을 하여 처분의 효력을 다투던 중 근로계약기간의 만료 등으로

12) 대법원 2002. 2. 8. 선고 2000두7186 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012두4036 판결 등

13) 직위를 부여 받은 것이 아니라 대기발령 사유와 동일한 사유로 징계처분을 받은 경우에도 징계처분에 의해 대기발령 처분의 효력이 상실되므로 이 경우에도 부당대기발령에 대한 구제 신청의 이익은 원칙적으로 존재하지 않게 됨(대법원 1997. 9. 26. 선고 97다25590 판결 등).

14) 대법원 1987. 9. 8. 선고 87누560 판결

15) 대기발령 기간 동안의 임금 등 경제적 불이익도 이러한 특별한 사정으로 인정 될 수 있을지 여부와 관련하여 대법원 판결은 없으나 일부 하급심 판결에서 ‘임금 등 단순한 경제적 불이익은 민사소송절차에서 구제 받을 수 있으므로 실효된 대기발령에 대해 임금 등 경제적 불이익을 이유로 한 구제 신청은 구제이익이 없다는 취지로 판시한 바 있음(서울고등법원 2009. 12. 17. 선고 2009누13193 판결, 서울행정법원 2011. 11. 25. 선고 2011구합24378 판결 등)

16) 대법원 2010. 7. 29. 선고 2007두18406 판결

17) 서울행정법원 2012. 8. 16. 선고 2012구합8847 판결(근로자가 노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였다가 금전보상명령을 신청한 다음 날 사용자가 근로자에게 원직복직을 명령한 사례임). 이와 달리 근로자가 사용자로부터 업무복귀요청을 받은 직후에 노동위원회에 원직복직에 갈음한 금전보상명령을 내용으로 하는 부당해고 구제신청을 한 경우에는 사용자가 원직복직명령을 하여 이미 구제이익이 소멸하였으므로 원직복직에 갈음한 금전보상명령을 내용으로 하는 부당해고 구제신청의 구제이익이 인정될 수 없음(서울행정법원 2012. 9. 14. 선고 2012구합8458 판결)

근로관계가 종료되면 구제신청에 따른 명령을 얻더라도 그 이행이 불가능하므로 구제이익은 소멸함<sup>18)</sup>

다만, 기간제 근로계약이 만료하였더라도 근로자에게 재임용 내지 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 재계약 거부 등을 다룰 법률상 이익을 가지므로 이 경우에는 구제이익이 있음

【대법원 2005. 7. 8. 선고 2002두8640 판결】

“2. 계약기간이 만료되었으므로 소의 이익이 없다는 주장에 대하여

가. 계약기간을 정하여 임용된 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 재임용계약을 체결하지 못하면 재임용거부결정 등 특별한 절차를 거치지 않아도 당연퇴직되는 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 근거 규정을 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. 사업체가 소멸된 경우(사실상 사업계속이 불가능한 경우)

사용자가 실질적으로 폐업하여 법인격까지 소멸함으로써 근로자가 복귀할 사업체의 실체가 없어졌다면 구제이익이 소멸되며<sup>19)</sup>, 청산종결등기가 경료되지 아니하여 법인격이 형식적으로는 존속하더라도, 폐업으로 사실상 영업이 불가능하면 구제이익이 부정됨<sup>20)</sup>

그러나 사용자가 전부폐업이 아닌 일부폐업<sup>21)</sup> 또는 위장폐업을 하였거나, 근로자가 사용자의 위장폐업을 주장하며 다투는 경우<sup>22)</sup>에는 구제이익이 존재함

18) 대법원 2001. 4. 24. 선고 2000두7988 판결

19) 대법원 1990. 2. 27. 선고 89누6501 판결, 대법원 2000. 8. 22. 선고 99두6910 판결 등

20) 서울고등법원 2006. 12. 13. 선고 2006누11967 판결[동 사건은 대법원(대법원 2007. 4. 13.자 2007두1897 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

21) 일부폐업 관련 판례는 서울고등법원 2007. 4. 19. 선고 2006누13741 판결[1심 판결(서울행정법원 2006. 5. 19. 선고 2005구합30181 판결)을 인용함]이 있으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 7. 13. 자 2007두9556 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

22) 위장폐업과 관련된 판례로 서울고등법원 2007. 11. 27. 선고 2007누6009 판결(대법원 2008. 2. 28. 자 2007두26230 판결)

### 다. 전보명령 후 해고된 경우

근로자들이 전보명령 이후 해고되었다고 하더라도 그 해고의 효력을 둘러싸고 법률적인 다툼이 있어 그 해고가 정당한지 여부가 아직 확정되지 아니하였고, 전보명령의 적법성 여부가 해고의 사유와도 직접 관련을 갖고 있다면, 전보명령에 대한 구제이익이 있음<sup>23)</sup>

### 2.3 별개의 민사소송에서 근로자 패소 판결이 확정된 경우

구제절차가 진행되는 중에 근로자가 별도로 제기한 ‘해고 등 무효확인 청구의 소’ 등에서 청구기각 판결이 선고되어 확정된 경우에는 구제이익이 소멸하나, **노동위원회에서 구제신청 기각결정이 확정되었다고 하여 민사소송의 소의 이익이 없어지는 것은 아님**<sup>24)</sup>

해고 등 불이익 취급이 정당한 것으로 인정된 이상 노동위원회로서는 그 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 하여 구제명령을 발할 수 없게 되므로 **부당노동행위 구제 절차를 유지할 이익도 소멸함**

#### 【대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15964 판결<sup>25)</sup>】

“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 해당하고 하여 구제명령을 발할 수 없게 되므로 부당노동행위 구제 절차를 유지할 이익도 소멸한다.”

23) 대법원 1995. 2. 17. 선고 94누7959 판결

24) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다22100판결 등 참고. “노동조합법 제40조 이하의 구제절차에 따른 구제명령은 사용자에 대하여 명령에 복종하여야 할 공법상의 의무를 부담시킬 뿐 직접 근로자와 사용자간의 사법상의 법률 관계를 발생 또는 변경 시키는 것은 아니므로 노동조합법 제40조 이하의 규정에 의한 구제절차에서 구제신청을 기각하는 노동위원회의 결정이 확정되었다 할지라도 근로자는 사법상의 지위의 확보 및 권리구제를 받기 위하여 별도의 민사소송을 제기할 수 있다”

25) “사용자가 근로자에 대하여 해고를 함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 조합활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 할 것이나 (대법원 1989. 10. 24. 선고 89누4659 판결, 1990. 8. 10. 선고 89누8217 판결, 1991. 4. 23. 선고 90누7685 판결, 1993. 12. 10. 선고 93누4595 판결, 1994. 8. 26. 선고 94누3940 판결, 1994. 12. 23. 선고 94누3001 판결 등 참조), 정당한 해고사유가 있어 해고한 경우에 있어서는 비록 사용자가 근로자의 조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합의 의사가 추정된다고 하여 당해 해고사유가 단순히 표면상의 구실에

판결이 ‘확정’되어야 구제이익이 소멸하므로 근로자의 상소제기 등으로 인해 확정되지 않고 있는 경우에는 여전히 구제이익이 인정됨<sup>26)</sup>

## 2.4 기타 구제이익이 문제되는 경우

### 가. 구제신청의 포기가 있는 것으로 인정되는 경우: 구제이익 소멸

「노동위원회 규칙」 제60조제1항제7호는 ‘신청인이 2회 이상 출석에 불응하거나 주소 불명이나 소재불명으로 2회 이상 출석통지서가 반송되거나 그 밖의 사유로 신청 의사를 포기한 것으로 인정될 경우’ 각하사유로 규정하고 있음

따라서 신청인이 2회 이상 출석통지를 받고도 이에 응하지 아니하거나 출석통지서가 주소불명 또는 소재불명으로 2회 이상 반송된 경우에는 신청의사를 포기한 것으로 인정되어 구제이익이 소멸함<sup>27)</sup>

근로자 또는 노동조합이 명시적으로 구제신청을 포기한 경우에는 구제이익이 소멸함<sup>28)</sup>

불과하다고 할 수는 없는 터이므로, 그것이 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없다(위 89누8217 판결, 94누3001 판결 및 대법원 1988. 2. 9. 선고 87누818 판결, 1989. 3. 14. 선고 87다카3196 판결, 1990. 10. 23. 선고 89누6792 판결, 1994. 8. 12. 선고 93누21521 판결, 1995. 3. 10. 선고 94다14650 판결 등 참조). 따라서 근로자가 자신에 대한 해고 등의 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 주장하여 부당노동행위 구제신청을 하여 그 구제절차가 진행 중에 자신이 별도로 사용자를 상대로 제기한 해고등무효확인청구의 소에서 청구기각 판결이 선고되어 확정된 경우에 있어서는 사용자의 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분이 정당한 것으로 인정되었다 할 것이어서 노동위원회로서는 그 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 하여 구제명령을 발할 수 없게 되었다 할 것이므로 구제이익은 소멸한다고 보아야 할 것이고, 이와 같은 경우 근로자의 부당노동행위 구제신청을 기각한 지방노동위원회의 결정을 유지하여 재심신청을 기각하거나 구제명령을 발한 지방노동위원회의 결정을 취소하여 구제신청을 기각하는 내용의 중앙노동위원회의 재심판정의 취소를 구하는 소송은 그 소의 이익이 없어 부적법하다 할 것이다(대법원 1996. 4. 23. 선고 95누6151 판결)."

26) 서울고등법원 2007. 6. 22. 선고 2006누31763 판결[동 사건은 대법원(대법원 2007. 10. 11. 자 2007두14794 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

27) “노동위원회법 제18조에 의하면, 중앙노동위원회는 중앙노동위원회, 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 운영과 기타 필요한 사항에 관한 규칙을 제정할 수 있게 하는 규칙제정권을 규정하고 있고, 이에 따라 중앙노동위원회는 위 법조의 위임에 근거하여 노동위원회의 권한과 직무를 신속 공정히 처리하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 노동위원회 규칙을 제정하였는데, 지방노동위원회에서의 초심절차에 관한 동 규칙 제32조는 제1항에서 노동위원회가 구제신청을 각하할 수 있는 사유를 열거하면서 제6호에서 신청인이 2회 이상 출석통지를 받고도 이에 응하지 아니하거나 신청인의 주소변경 등으로 소재불명 또는 기타 사유로 신청의 의사를 명백히 포기한 것으로 인정될 경우를 신청각하 사유의 하나로 들고 있으면서도 위 규칙 제32조 제4항에서는 심사를 개시한 후 신청을 각하할 사유가 있음이 판명되었을 경우에는 제3항의 “각하”규정을 적용하도록 규정하고 있다.

위 각 규정취지에 의하면 위 규칙은 위 법 제18조의 위임규정에 근거하여 그 범위내에서 제정된 것이라고 볼 수 있고, 구제신청을 한 신청인이 2회 이상 출석통지를 받고도 이에 응하지 아니하는 경우에는 그의 책임 없는 사유로 인하여 심문기일에 출석하지 못한 경우가 아닌 한, 노동위원회는 위 신청을 각하할 수 있고, 구제신청의 당부에 관하여 판단하여야 하는 것은 아니라고 할 것이다.

이와 같은 취지의 원심의 판단은 옳고, 이와 다른 견해에서 위 규칙이 위 법제18조의 위임범위를 일탈하여 위법이고, 위 규칙 제32조의 취지는 신청인의 2회 이상 불출석 외에 신청인이 신청의사를 명백히 포기한 것으로 인정되는 것이 요건이며, 위 신청각하의 경우에도 구제 신청된 행위의 성립여부를 판단하여야 하는데 이를 유탈한 원심 판결은 위법이라는 논지는 이유 없다(대법원 1990. 2. 27. 선고 89누7337 판결)."

28) 서울행정법원 2005. 6. 3. 선고 2004구합39976 판결

#### 나. 근로자가 불이익취급에 동의한 경우: 구제이익 소멸

근로자가 부당해고 구제신청을 한 후에 당해 해고에 대하여 동의 또는 승인한 경우에는 구제이익이 소멸함<sup>29)</sup>

#### 다. 복수의 구제신청 중 하나가 인용된 경우의 나머지 구제 신청: 구제이익 유지

근로자가 하나의 해고에 대해 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 모두 한 경우에 부당해고에 대한 구제명령이 있었다는 사정만으로 부당노동행위 구제신청에 대한 구제이익 또는 그 구제신청을 받아들이지 않은 중앙노동위원회의 재심판정에 대한 취소소송에서의 소의 이익마저 소멸하는 것은 아님<sup>30)</sup>

### 2.5 ‘임금상당액 지급명령’과 관련한 독자적 구제이익의 인정 여부

#### 가. 쟁점

부당해고 구제절차 중에 계약기간 만료 등 사유로 근로관계가 적법하게 종료한 경우, 부당해고로 판정받더라도 원직복직 자체가 불가능하여 원직복직만을 염두에 둔다면 이러한 경우에 구제이익이 없다고 할 것임

그러나, 근로관계가 적법하게 종료된다 하더라도 부당해고기간 동안 받지 못한 임금상당액의 손해는 여전히 남게 되는데<sup>31)</sup>, 이 경우 부당해고를 주장하는 근로자가 행정적 구제절차를 통해 임금의 지급을 요구할 수 있는지, 즉 임금지급명령의 독립적 구제이익의 존부가 문제됨

#### 나. 판례의 경향

##### 1) 주류적 판례: 임금상당액 부분에 대한 구제이익 부정

법원은 노동위원회가 근로자의 구제신청을 인용하여 원직복직 및 임금상당액 지급을 명하자 사용자가 이에 불복하여 소를 제기한 사안에서 **재심판정 이전 근로관계가 종료되었으므로 구제이익이 없어 각하했어야 한다**며 재심판정을 취소함

이로써, 판례가 임금상당액 지급명령에 대한 독자적 구제이익을 부정하는 입장에 있음을 알 수 있음

29) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97누18202 판결 등

30) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97누7448 판결

31) 예컨대, 부당해고 구제절차 중 근로계약기간 만료(폐업)등으로 원직복직이 불가능한 경우, 부당해고 구제절차 중 사용자가 해고를 취소하여 원직복직은 이루어졌으나 해고기간 동안의 임금은 지급되지 아니한 경우 등



## 【대법원 2001. 4. 24. 선고 2000두7988 판결】

“원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은, 피고보조참가인(이하 참가인이라 한다)이 1998. 1. 22. 아파트의 위탁관리업체인 원고 회사와 사이에 그 기간을 1998. 1. 22.부터 1999. 4. 30.까지로 하는 근로계약을 체결하고 경비원으로 근무하여 오던 중, 원고 회사가 위탁관리업무 가운데 경비업무를 경비전문용역업체인 소외 ○○종합건설관리 주식회사에 재위탁하는 과정에서 1998. 11. 30.자로 사직하게 된 사실, 참가인은 서울지방법노동위원회에 부당해고구제신청을 하여 위 사직이 사실상 부당해고라고 주장하며 그 효력을 다투던 중 위 근로계약기간이 만료된 사실을 인정한 다음, 원고와 참가인 사이의 근로관계는 그 기간의 만료로 이 사건 재심판정 이전에 종료 되었으므로 참가인으로서 더 이상 구제절차를 유지할 이익이 없게 되었다고 판단하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 옳고, 거기에 상고이유에서 주장 하는 바와 같은 위법이 없다.”

제3장  
구제이익·  
대상적격

법원은 지노위 구제명령(원직복직 및 임금지급명령) 후 사직서가 제출되어 중노위가 원직복직명령 부분은 취소하고 사직시까지의 임금상당액을 지급하는 것으로 초심 주문을 변경한 사안에서 ‘중노위는 지노위의 구제명령을 전부 취소하고 구제신청을 각하하였어야 한다’며 재심판정을 취소하였음

## 【대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두22136 판결】

“근로자가 부당해고구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 근로계약기간의 만료로 근로 관계가 종료하였다면 근로자로서는 비록 이미 지급받은 해고기간 중의 임금을 부당이득으로 반환 하여야 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.”

## 2) 예외적 판례: 임금상당액 부분에 대한 구제이익 인정

법원은 부당해고 구제신청에 대한 중앙노동위원회의 재심판정 이전에 근로자의 근로관계가 기간만료로 적법하게 종료된 사안에서, 지방노동위원회의 구제명령 중 해고기간 동안의 임금지급명령이 포함되어 있으므로 근로자의 부당해고 및 부당노동행위 구제신청은 여전히 구제이익을 지니고 있다고 판시함

## 【서울고등법원 2007. 7. 19. 선고 2006누27979 판결】

“(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 원직복귀명령 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.”

법원은 지노위의 구제명령 이후 재심판정 전 사직하였음에도 중노위가 재심신청을 기각하자 사용자가 소를 제기한 사안에서, 재심판정 중 원직복직명령은 위법하나 임금상당액 지급명령의 구제이익은 인정되므로 위법하지 않다고 봄

## 【서울행정법원 2007. 9. 7. 선고 2006구합34845 판결】

“(2) 참가인들의 사직으로 인하여 이 사건 재심판정이 위법한지 여부

(가) 이 사건 재심판정 중 원직복직명령에 관한 부분에 대하여

참가인들이 이 사건 재심판정 전인 2006. 1. 23.경 모두 ○○한정식에서 사직한 사실은 앞에서 본 바와 같은 바, 위 인정사실에 의하면 이 사건 재심판정 당시 이미 참가인들은 원직복직명령에 의한 구제의 이익을 상실하였고 원고는 원직복직명령에 따를 의무를 부담하지 아니하게 되었으므로, 중앙노동위원회로서는 경북지방노동위원회의 위 구제명령 중 원직복직명령 부분은 이를 취소하였어야 함에도 불구하고 이에 대한 원고의 재심신청을 기각하였으므로, 이 사건 재심판정 중 원직복직명령에 관한 부분은 위법하다.

(나) 이 사건 재심판정 중 임금상당액 지급명령에 관한 부분에 대하여

앞에서 본 바와 같이 원고가 이 사건 재심판정 당시까지 참가인들에게 이 사건 근로관계종료 이후의 임금(상당액)을 지급하지 아니한 이상, 참가인들은 이 사건 재심판정 당시 임금상당액

지급명령에 의한 구제의 이익을 가지고 있었다고 할 것이고, 참가인들이 원고에 대하여 그 임금을 민사소송으로 청구할 수 있다는 사정만 가지고는 이러한 판단을 뒤집기에 부족하므로, 이와 다른 전제에서 이 사건 재심판정 중 임금상당액 지급명령에 관한 부분이 위법하다고 할 수는 없다.”

### 【서울행정법원 2011. 9. 7. 선고 2010구합45415 판결】

“(1) 참가인에게 구제이익이 있는지 여부

...(중략)...근로자가 부당징계(승무정지) 구제신청을 하여 징계의 효력을 다투던 중 지방노동위원회의 구제명령 후 사직서를 제출한 사안에서 근로자는 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되어 근로관계의 종료와 동시에 구제이익이 소멸하였다고 보아야 하므로, 지방노동위원회의 구제명령을 전부 취소하고 구제신청을 각하하여야 함에도 부당승무정지일로부터 사직일까지의 임금 상당액에 한하여 구제명령을 한 중앙노동위원회의 재심판정이 위법하다고 한 원심을 유지한 대법원의 판례가 있음은 원고의 주장과 같다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두22136 판결 및 그 원심인 서울고등법원 2008. 11. 13. 선고 2008누9708 판결 참조). 그러나, 부당해고 등의 구제신청 절차에서 구제이익을 이와 같이 좁게 파악하는 입장에 대하여는 아래와 같은 이유에서 찬성할 수 없다.

근로자가 사용자로부터 부당해고 등 불이익처분을 당하였을 경우 종래에는 민사법원에 해고 무효확인 및 임금상당액의 지급 등을 구하는 소를 제기하여 권리구제를 할 수 있었으나, 그 절차상 번잡성과 소송지연, 과도한 비용 부담 등의 문제점이 대두되었다. 그리하여 1989. 3. 29. 법률 제 4099호로 개정된 구 근로기준법은 제27조의 3(현행 근로기준법 제28조)을 두어 이와 같은 문제점을 보완하고 노사관계의 특수성을 정확히 반영하여 신속하고 합목적적인 분쟁해결을 도모하기 위하여 부당해고 등 구제절차제도를 도입하였다.

부당해고 등 구제절차에 의하면, 노동위원회는 근로자의 부당해고 등 구제신청에 대하여 심문을 마친 다음 부당해고 등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하고, 부당해고 등이 성립하지 아니한다고 판정하면 구제신청을 기각하는 결정을 한다. 다만, 그 구제명령의 내용에 대하여 법률상 특별한 규정이 없어서 노동위원회의 재량에 따르는데, 일반적으로 원직복직의 구제명령(이하 ‘원직복직명령’이라고 한다)과 이에 덧붙여 해고 등이 없었더라면 지급받을 수 있었던 해고 기간 동안의 임금 상당액(이른바 ‘Back Pay’) 지급의 구제명령(이하 ‘임금지급명령’이라고 한다)이 내려지고 있다. 그리고 사용자의 구제명령 이행을 촉구하기 위하여 근로기준법 제33조에서는 노동위원회에게 이행기간까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 이행강제금을 부과할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 한편, 2007. 1. 26. 법률 제8293호로 개정된 구 근로기준법은 제33조의3 제3항(현행 근로기준법 제30조 제3항)을 두어 노동위원회가 해고에 대한 구제명령을 할 때에 근로자가 원직복직을 원하지 아니하면 원직복직명령 대신에 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 ‘임금 상당액 이상의 금품’을 근로자에게 지급하도록 명하는(이하 ‘금전보상명령’이라고 한다) 금전보상제도를 도입하여 부당해고에 대한 구제방식을 다양화하였다.

이와 같은 부당해고 등 구제절차의 도입 취지와 운영 형태, 금전보상제도의 도입 경위 등을

종합하여 보면, 임금지급명령이 반드시 원직복직명령이 내려짐을 전제로 하여 원직복직명령에 수반하는 종속적인 구제명령에 불과하다고 보기 어렵고, 따라서 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중에 근로계약기간의 만료로 그 근로관계가 종료하였더라도, 그 근로자에게 비록 원직복직명령을 구할 구제이익은 없을지언정 적어도 구제절차를 유지함으로써 노동위원회로부터 해고일로부터 근로계약기간의 만료일까지 사이의 임금지급명령을 받을 실익이 있어서 이를 구할 구제이익은 여전히 존재한다고 보는 것이 옳으며, 그 임금 상당액을 민사소송절차를 통하여 소구할 수도 있다는 사정만으로 달리 볼 수 없다. 이와는 달리 근로계약기간이 만료한 근로자에게 임금지급명령만을 신청할 구제이익이 없다고 해석한다면, 비정규직 내지 기간제근로자가 앞서 본 바와 같이 근로자의 편의를 위하여 도입된, 신속하고 효과적인 구제절차인 부당해고 등 구제절차를 사실상 이용하지 못하고 민사소송을 통한 임금 상당액의 지급청구만을 하게 되는 불합리한 결과가 초래되며, 이러한 결과는 기간제 근로계약이 상당 부분을 차지하는 노동계의 현실에 비추어 타당하지 아니하다. 특히, 구제명령의 내용과 방법의 선택에 있어 넓은 재량을 갖는 노동위원회 스스로가 근로계약기간이 만료한 기간제근로자에 대하여 임금 상당액의 지급을 구할 구제이익이 있다고 보아 사용자로 하여금 부당해고임을 인정하여 근로자에게 임금 상당액을 지급하도록 판정하였고 그 근로자 역시 원직복직을 희망하지 아니하였다면, 법원이 이러한 경우에까지 근로자에게 구제이익이 없다고 보아 노동위원회의 판정을 취소하는 것은 적절치 아니하다.”

### 3) 최근의 판례 태도

구제명령 이후 재심판정 전 폐업하여 원직복직명령은 취소하고 폐업시까지의 임금 상당액 지급을 명한 중노위 재심판정에 대해 사용자가 소를 제기한 사안에서, 중노위가 위 서울행정법원 2010구합45415 판결을 근거로 임금상당액 지급명령의 독자적 구제이익을 주장하였으나 법원은 이를 부정하고, 종래 대법원 판례의 주류적 견해를 유지하였으며, 대법원의 이와 같은 태도는 현재까지 확고한 것으로 보임

#### 【대법원 2012. 6. 28. 선고 2012두4036 판결<sup>32)</sup>】

“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).

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.

원심의 판단은 정당하고, 상고이유의 주장과 같이 구제이익에 관한 법리를 오해한 위법이 없다. 그러므로 상고를 기각한다.”

## 다. 유형별 분석

**임금상당액 부분에 대한 근로자의 독자적 구제신청 이익을 인정하지 않는 대법원의 확립된 판례 법리에 따르면 구제절차 진행 도중 근로관계가 종료된 때 근로자가 제기한 구제신청의 구제이익과 취소소송의 소의 이익 모두 부정됨.**<sup>32)</sup> 반면, 사용자는 공법상 의무를 면할 이익이 있으므로 **재심신청의 이익 및 취소소송의 소의 이익이 모두 인정됨**

제3장  
구제이익·  
대상적격

32) “피고는 항소심에서도, 사용자가 노동위원회에서 ‘근로자에게 임금상당액을 지급하라’는 임금지급명령을 받고도 이를 불이행할 때에는 노동위원회가 이행강제금을 부과할 수 있는 점, 근로자가 부당하게 해고당하였는데도 원직 복직을 희망하지 않을 때에는 노동위원회가 사용자에게 금전보상명령을 할 수 있는 점, 구제명령 신청대상에 ‘감봉’도 포함되어 있어 근로자가 부당한 감봉조치에 대하여 임금지급명령만을 구하는 구제신청도 가능한 점, 기간제 근로자가 구제명령제도를 이용할 수 있으려면 임금지급명령만의 구제신청을 허용할 현실적 필요성이 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 노동위원회는 근로자가 부당해고되어 구제신청을 한 이후 근로관계가 종료된 경우에는 임금지급명령만을 할 수 있다고 거듭 주장한다.

하지만, 앞서 인용한 제1심 판결 이유에서 적절하게 판단하는 내용에 아래 이유를 더하여 살펴보면, 노동위원회는 원직복직명령을 전제로 원직복직명령과 함께 임금지급명령을 부과할 수 있을 뿐, 근로관계가 종료되어 원직복직명령을 할 수 없게 된 경우에는 임금지급명령만을 할 수는 없다고 봄이 타당하다. 그러므로 원고 주장을 받아들이지 않는다.

① 근로기준법 제23조 제1항, 제28조 제1항은 “사용자가 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰) 등(이하 “부당해고등”이라 한다)을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다”고 규정하면서도 사용자가 근로자에게 정당한 이유 없이 임금을 지급하지 않는 것에 대한 구제신청을 허용하고 있지 않다.

② 근로기준법 제30조 제1항, 제3항은 “노동위원회는 부당해고등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하여야 하고, 구제명령(해고에 대한 구제명령만을 말한다)을 할 때에 근로자가 원직 복직을 원하지 아니하면 원직 복직을 명하는 대신 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액 이상의 금품을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다”고 규정하여 금전보상명령제를 도입하였다. 그런데 금전보상명령제는 입법 취지가 구제명령이 원직복직을 전제로 하지 않는 한 전혀 허용되지 않는다면 근로자가 부당해고를 당하였으나 원직 복직을 원하지 않는 경우에는 구제명령이 효과적인 구제수단이 되지 못하는 문제점을 해결하기 위한 것으로서, 원직복직이 객관적으로 가능한 것을 전제로 한 부당해고에 대한 구제명령인 원직복직명령을 대신하여 부과할 수 있다는 것일 뿐, 나아가 원직복직이 객관적으로 가능한 것을 전제로 한 부당해고에 대한 구제명령인 원직복직명령을 ‘대신하여’ 부과할 수 있다는 것일 뿐, 나아가 원직복직이 객관적으로 가능하지 않는 경우에 임금지급명령만을 할 수 있다는 것까지 의미하지 않는다.

③ 사용자가 임금지급명령을 받고도 이를 이행하지 않는 것에 대하여 종래 노동위원회가 이행강제금을 부과한 것은 임금지급명령이 원직복직명령과 함께 부과된 경우를 전제로 하고 있다고 보인다. 그리고 이처럼 임금지급명령 불이행 시에 이행강제금 부과가 가능하다는 것에서 곧바로 원직복직명령을 전제로 하지 않는 임금지급명령이 허용된다는 결론이 도출될 수는 없다.

④ 임금지급명령이 원직복직명령을 전제로 하여서만 허용되면 기간제근로자는 계약기간 만료 등으로 말미암아 근로관계가 종료하여 구제명령제도를 이용할 수 없게 될 가능성이 더 커지기는 하지만, 원직복직이 가능하다면 여전히 구제명령제도를 이용할 수 있고, 또 이러한 사정은 기간의 정함이 없는 근로자의 경우에도 마찬가지이므로, 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률이 시행된다는 이유만으로 노동위원회가 원직복직명령을 전제로 하지 않는 임금지급명령만을 할 수 있게 되었다고 볼 수는 없다.

따라서, 피고의 항소는 이유 없어 이를 기각한다(서울고등법원 2012. 1. 11. 선고 2011누25465 판결).”

33) 근로관계가 종료하면 원직 복직하는 것이 불가능하고, 임금상당액은 민사소송으로 구제받을 수 있으므로 더 이상 구제절차로 다룰 필요성이 없음(대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두22136 판결)

## 【대법원 1994. 4. 29. 선고 93누16680 판결】

“사용자가 행한 해고처분에 대하여 이를 부당해고로 인정하면서 해고된 근로자를 원직에 복직 시키고 해고기간 동안 임금상당액의 지급을 명하는 내용의 노동위원회의 구제명령에 관한 재심판정 후에 사업장이 폐쇄되어도 해고 다음날부터 복직명령의 이행이 가능하였던 사업장 폐쇄시 까지의 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).”

1) 기간만료로 근로관계가 종료하였음에도 노동위원회가 원직복직 및 임금상당액 지급명령을 하였고, 사용자가 이에 불복하여 소를 제기한 경우

주류적 판례는 원직복직 및 임금상당액 모두에 대해 근로자의 구제이익이 소멸하였다고 보아 재심판정 전부를 취소함

다만, 일부 고등법원 및 행정법원 판례는 임금상당액 부분에 대해서는 구제이익을 인정하여 원직복직을 명한 부분에 한하여 재심판정을 취소하는 판결을 하고 있음

2) 재심판정 이후 근로관계가 종료한 상태에서 근로자가 노동위원회 재심판정에 불복하여 소를 제기한 경우

근로자가 부당해고를 다투던 중, 법원의 사실심 변론종결일 이전에 임용권자의 임기만료로 당연퇴직된 사안에서, 근로자의 지위회복이 불가능하게 된 이상, 명예회복이나 임금을 지급받기 위한 것이라는 등의 사유는 재심판정의 취소를 구할 법률상 이익에 해당된다고 볼 수 없으므로 근로자가 제기한 소를 각하함

## 【대법원 1995. 12. 5. 선고 95누12347 판결】

“1. 부당해고구제신청에 따른 구제명령을 얻는다고 하더라도 객관적으로 보아 그 실현이 불가능한 경우에는 법령 등에서 재취업의 기회를 제한하는 규정을 두고 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 중앙노동위원회 판정의 취소를 구할 소의 이익은 없다고 할 것이다(당원 1991. 5. 28. 선고 90누5313 판결, 1991. 6. 25. 선고 91다1134 판결, 1995. 4. 7. 선고 94누3209 판결, 1995. 4. 11. 선고 94다4011 판결 등 참조).

사실관계가 원심이 확정한 바와 같이, 피고 보조참가인협회(이하 참가인이라고 한다)의 사무총장으로 근무하던 원고가 재심판정 이후 원심의 변론종결 전인 1995. 4. 6. 임용권자인 참가인의 회장 소외 최○호의 임기가 만료됨에 따라 인사규정 제29조 제1항 제5호에 의하여 당연퇴직하게 된 것이고, 한편 참가인의 임원선출규정, 대의원선출규정 등에는 징계를 받아 일정기간이

경과하지 아니한 자는 피선거권이 없다고 규정되어 있으나 원고는 징계를 받은 것이 아니라 직권 면직된 것임이 명백하여 임원, 대의원 등으로 선출되는 데 아무런 장애가 없는 것이라면, 원고로서는 재심판정이 취소되어 구제명령을 얻는다고 하더라도 참가인의 사무총장으로서 복귀하거나 사무총장의 직무를 수행할 지위를 회복하는 것이 불가능하게 되었다고 할 것이므로, 재심판정의 취소를 구하는 이 사건 소는 소의 이익이 없다고 할 것이다.

같은 취지로 이 사건 소가 부적법하다고 판시한 원심판단은 정당하고 거기에 소론과 같은 법리 오해나 판단유탈의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유 없다.

2. 재심판정의 취소를 구하는 이유가 단순히 재심판정으로 입은 사회적인 명예의 손상을 회복하기 위한 것이라면 이는 사실상의 이익에 불과한 것이고(당원 1993. 3. 15. 선고 92다20149 판결, 1995. 4. 11. 선고 94다4011 판결 등 참조), 또한 기록상 노동위원회에서 원고에 대하여 임금의 지급명령을 한 바 없음이 명백한 이 사건에서 원고는 앞에서 본 바와 같이 참가인의 직원으로서의 지위 회복이 불가능하게 된 이상 임금 부분에 대하여 임금청구소송 등 민사소송을 제기하여 그 전제로서 면직이 무효임을 주장하여 구제받을 수 있는 것이므로(당원 1991. 6. 28. 선고 90누9346 판결, 1993. 1. 15. 선고 91누5747 판결 등 참조), 명예회복을 위한 것이라거나 임금을 지급받기 위한 것이라는 등의 사유는 재심판정의 취소를 구할 법률상 이익에 해당된다고 볼 수 없다.

같은 취지로 판시한 원심판단은 정당하고, 거기에 소론과 같은 법리오해나 판단유탈의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유 없다.”

### 3) 노동위원회가 원직복직과 관련한 구제이익 소멸사유가 존재한다고 판단하여 원직복직 부분은 구제신청을 각하하고 임금상당액 지급만 명하는 경우

가) 근로자가 ‘원직복직 각하 부분에’ 불복하여 소를 제기한 경우

법원은 근로자가 부당해고를 다투던 중 복귀할 사업체가 폐업하여 더 이상 원직복직이 불가능하게 된 사안에서, 근로자는 다시 원직에 복직할 수 없게 된 이상, 구제이익은 소멸하였으므로 재심판정은 적법하다고 봄

#### 【서울고등법원 2007. 7. 6. 선고 2005누28692 판결<sup>34)</sup>】

“근로자가 복귀할 사업체가 없어진 이상 근로자의 부당해고 구제신청은 실익이 없게 되는 것인바(대법원 1990. 2. 27. 선고 89누6501 판결 등 참조), 위 사실 인정에 의하면, 원고는 이 사건 공사의 사업수행을 위한 현장책임자로 해용되었으나, 이 사건 해고 이후 이 사건 공사가 중도에 포기되어 원고로서는 다시 원직에 복직할 수 없게 되었다 할 것이므로, 이 사건 공사가 포기된 이후에는 구제신청의 실익이 없다.”

34) 1심 판결(서울행정법원 2005. 11. 17. 선고 2005구합18341 판결)을 인용함

나) 사용자가 ‘임금상당액 지급명령’에 불복하여 소를 제기한 경우  
 법원은, 지노위 구제명령(원직복직 및 임금지급명령) 후 사직서를 제출한 근로자에  
 대한 중노위의 구제명령(임금상당액 지급으로 변경)대에 사용자가 재심판정의 취소를  
 구한 사안에서, **근로관계의 종료와 동시에 구제이익이 소멸하였다고 하여 임금지급  
 명령에 대한 독자적 구제이익을 부정하고 재심판정을 취소함**

이는 판례가 구제명령 중 원직복귀명령을 주된 것으로 보고, 임금지급명령은 부수  
 적인 것으로 이해하고 있기 때문인 것으로 해석됨

【대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두22136 판결<sup>35)</sup>】

“근로자가 부당해고구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 근로계약기간의 만료로 근로  
 관계가 종료하였다면 근로자로서는 비록 이미 지급받은 해고기간 중의 임금을 부당이득으로 반환  
 하여야 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.”

35) 반면, 임금상당액 지급명령만의 구제이익을 인정하여야 한다는 하급심 판례가 있었으나(서울행정법원 2011. 4. 21.  
 선고 2010구합45415 판결) 유사한 사건에서 중노위가 위 하급심 판례를 원용하여 대법원에 상고한 결과 대법원  
 에서 기각함으로써(대법원 2012. 6. 20. 선고 2012두4036 판결) 판례는 임금상당액만의 독자적 구제이익을 인정  
 하지 않는다는 입장을 분명히 하였음



〈표 3-1〉 구제신청 이후 근로관계가 종료된 경우의 처리

구제신청 이후 근로관계가 종료 (사직, 폐업, 기간만료, 정년 등)	처 리
초심 단계에서 근로관계 종료	구제신청 각하판정 (원직복직 불가로 구제이익 없음)
재심 단계에서 근로관계 종료	(1) 초심에서 기각판정이 있어 근로자가 재심신청한 경우- 초심취소, 초심구제신청 각하 판정  (2) 초심에서 구제명령이 있어 사용자가 재심신청한 경우- ① 주류적 판례: 원직복직 불가하므로 초심취소 및 구제신청 각하판정해야 함 <sup>36)</sup> ② 예외적 판례: 원직복직 불가하더라도 임금상당액지급명령의 독자적 구제이익 인정되므로 원직복직 명령 취소 및 임금 상당액 지급 명령 가능 <sup>37)</sup>
소송 단계에서 근로관계 종료	(1) 근로자가 초·재심 구제받지 못해 소 제기한 경우- 소의 이익 없으므로 각하 판결 <sup>38)</sup>  (2) 구제명령이 내려지고 사용자가 불복해 소를 제기한 경우- 소의 이익 있으므로 본안 판단 <sup>39)</sup>

제3장  
구제이익·  
대상적격

36) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두22136 판결

37) 서울행정법원 2011. 4. 21. 선고 2010구합45415 판결

38) 대법원 1994. 1. 11. 선고 93누6829 판결

39) “원심의 사실인정과 같이 피고의 재심결정에 의하여 유지되고 있는 지방노동위원회의 결정 중 원직복귀를 명하는 부분이 사정변경으로 인하여 이행불가능한 것이 되었다 할지라도 이는 노동위원회의 결정이 위법한 처분이라 하여 그 결정 당시에 소급하여 무효로 되는 경우와는 달리 사정변경으로 인하여 위 근로계약 종료일 이후부터만 효력이 없게 되는 것이어서 해고 다음날부터 위 복직명령이 이행가능하였던 위 근로계약종료시까지의 기간 동안에 위 임금 지급명령에 기하여 발생한 구체적인 임금지급의무는 위와 같은 사정변경으로 복직명령이 실효되더라도 소급하여 소멸하는 것은 아니므로 원고로서는 사업장이 폐쇄되어 근로계약이 종료한 이후에도 여전히 위 임금 상당액의 지급명령을 포함하는 노동위원회의 결정에 따른 공법상의 의무를 부담하고 있는 상태라 할 것이어서 원고로서는 그 의무를 면하기 위하여 피고의 위 재심판정의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다고 할 것이다(대법원 1993. 4. 27. 선고 92누13196 판결 등 참조).”

## 제2절 대상적격

### 1. 대상적격 개관

#### 1.1 대상적격의 의의 및 판단기준

노동위원회의 구제절차는 신속·간이한 권리구제를 도모하기 위하여 특별히 마련된 절차로서 그 구제 대상이 법정되어 있고, 이에 해당하지 않는 경우 대상적격이 없으므로 노동위원회의 구제대상이 될 수 없음

대상적격이 인정되는지 여부는 **개별법에서 구제대상으로 인정되어 있는지 여부에 따라 판단**하여야 함

**근로기준법 제23조제1항**은 “사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌<sup>40)</sup>(이하 ‘부당해고 등’이라 한다)을 하지 못한다.”고 규정하고 있고, **동법 제28조제1항**은 “사용자가 근로자에게 부당해고 등을 하면 근로자는 노동 위원회에 구제를 신청할 수 있다”고 규정하여 부당해고 등에 대한 구제의 대상적격을 인정하고 있음

근로기준법 제19조는 제1항에서 “제17조에 따라 명시된 근로조건이 사실과 다를 경우에 근로자는 근로조건 위반을 이유로 손해배상을 청구 할 수 있으며 즉시 근로 계약을 해제할 수 있다”고 규정하고 있고, 제2항에서 “제1항에 따라 근로자가 손해 배상을 청구할 경우에는 노동위원회에 신청할 수 있으며(이하 생략)”라고 규정하여 **근로조건 위반을 이유로 한 손해배상청구**의 대상적격을 인정하고 있음

또한 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제9조는 **차별적 처우**를 구제 대상으로 삼고 있고, 「노동조합 및 노동관계 조정법」 제82조제1항은 **부당노동행위**를 구제대상으로 삼고 있음

대상적격이 인정되는지 판단하기 위해서는 우선 심판대상이 무엇인지 특정해야 하고, 심판대상은 신청인의 ‘구제신청의 내용’을 기준으로 특정되는바, 판례는 이를 폭넓게 해석하여 결과적으로 대상적격을 인정할 여지를 넓히고 있음<sup>41)</sup>

40) 실무상으로는 주로 ‘그 밖의 징벌’에 해당될 수 있는지 여부가 문제됨

41) 「노동위원회법」 제23조 제1항, 「노동위원회 규칙」 제43조, 제46조, 제56조 제4항 등을 종합해 볼 때 노동위원회의 구제 절차는 근로자의 권리구제를 위한 직권주의적 요소가 강하므로 일반 소송절차와 달리 엄격한 대심적 구조라고 볼 수 없음. 따라서 신청취지를 완화해서 받아줄 필요가 있음. 나아가 하급심 판결례 중에는 노동위가 직권으로 신청취지를 변경하는 것이 경우에 따라서는 위법이 아니라고 판시하고 있음(서울행정법원 2012. 9. 25. 선고 2012구합2474 판결 참조)

【대법원 1999. 5. 11. 선고 98두9233 판결<sup>42)</sup>】

“노동위원회규칙에 의하면 사용자로부터 부당노동행위로 인하여 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합, 그리고 사용자로부터 정당한 이유 없이 해고·휴직·정직·전직·감봉 기타 징벌을 당한 근로자가 지방노동위원회에 그 구제를 신청하기 위하여 제출하는 구제신청서에는 ‘부당노동행위 또는 정당한 이유가 없는 해고 등을 구성하는 구체적 사실’과 ‘청구할 구제의 내용’ 등을 기재 하도록 되어 있으나, ‘청구할 구제의 내용’은 민사소송의 청구취지처럼 엄격하게 해석할 것은 아니고 신청의 전취지로 보아 어떠한 구제를 구하고 있는지를 알 수 있을 정도면 되는 것으로서, 노동위원회는 재량에 의하여 신청하고 있는 구체적 사실에 대응하여 적절·타당하다고 인정하는 구제를 명할 수 있는 것이므로, 구제신청서에 구제의 내용이 구체적으로 특정되어 있지 않다고 하더라도 해당 법규에 정하여진 부당노동행위 또는 정당한 이유가 없는 해고·휴직·정직·전직·감봉 기타 징벌 등을 구성하는 구체적 사실을 주장하고 있다면 그에 대한 구제도 신청하고 있는 것으로 보아야 한다.

원심은, 택시운송업을 하는 원고 회사가 소속 택시운전사로서 전국민주택시노동조합연맹 서울 지역택시노동조합에 가입한 소외 1과 소외 2(다음부터는 소외 1 등이라 한다)를 1996. 8. 24. 및 1996. 9. 25. 각 징계해고하자, 소외 1 등이 1996. 11. 13. 서울특별시 지방노동위원회에 원고 회사를 상대로 ‘부당노동행위구제신청서’를 제출, 위 해고에 대한 구제신청을 하였고, 위 지방노동위원회는 ‘부당노동행위구제신청서’란 제목에 따라 이 신청을 부당노동행위구제신청으로만 보고 ‘96부노107’이란 사건번호를 부여한 뒤 1997. 1. 9. 위 해고는 부당노동행위에 해당하지 않는다고 판정, 그 부분 구제신청을 기각하는 결정을 한 사실, 그런데 위 구제신청서에 의하면 소외 1 등은 청구할 구제의 내용으로 ‘부당노동행위구제’와 ‘해고무효구제’를 들며 위 해고의 사유를 다투는 등 위 해고가 부당노동행위에 해당할 뿐만 아니라 부당해고라는 취지로 주장하고 있으며, 1997. 2. 4. 피고에게 제출한 재심신청서에서도 부당노동행위위반과 해고구제판정에 불복한다고 주장하고 있는 사실, 중앙노동위원회는 위 결정에 불복한 재심신청사건에서 소외 1 등이 위 해고는 부당 노동행위뿐만 아니라 부당해고에 해당한다고 주장한 것으로 보고, 사건번호로 ‘97부노14 및 97 부해81’을 부여한 뒤, 1997. 9. 9. 위 해고가 부당노동행위에는 해당하지 않지만 정당한 이유 없는 해고에 해당한다는 이유로 ‘초심결정 중 소외 1 및 소외 2에 대한 부당해고 기각결정을 취소한다. 원고 회사의 소외 1 및 소외 2에 대한 해고를 부당해고로 판정한다. 원고 회사는 소외 1 및 소외 2를 즉시 원직에 복직시켜야 한다.’는 내용의 재심판정을 한 사실 등을 인정한 다음, 구 노동 조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지) 제39조 제1호, 제5호(다만 원심은 이 규정들과 동일한 내용인 노동조합및노동관계조정법 제81조 제1호, 제5호를 들고 있다)가 부당노동행위의 한 유형으로 노동조합활동과 연계된 부당해고를 규정하고 있는 점, 비록 소외 1 등이 위 지방노동위원회에 제출한 구제신청서의 제목에는 부당노동행위구제신청서라고만 기재하였다고 하더라도 청구할 구제 내용으로 부당노동행위구제와 해고무효구제를 기재하여 해고사유를 다투고 있었던 점 등에 비추어 소외 1 등의 위 지방노동위원회에 대한 구제신청에는 부당해고에 대한 구제 신청도 포함되어 있다고 보아야 한다는 이유로, 소외 1 등은 부당노동행위 구제신청만을 하였고 이에 위 지방노동위원회도 부당노동행위 부분에 관하여만 판정을 하였음에도 불구하고 피고가 부당해고 여부까지 판정을 한 것은 위법이라는 원고의 주장을 배척하고, 피고의 재심판정이 적법하다고 판단하였다.

살피건대, 피고가 이 사건 재심판정에서 위 해고가 부당해고인지의 여부에 관하여 판단한 것은 소외 1 등의 신청에 따라 이루어진 것으로서 적법하므로, 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배 및 법리오해의 위법이 없다. 따라서 이 부분 상고이유는 받아들일 수 없다.

그리고 소외 1 등은 위 지방노동위원회에 대한 구제신청시 이미 부당해고임을 주장하였고 중앙노동위원회에 대한 재심신청시 비로소 부당해고임을 주장한 것이 아니므로, 이 사건 부당해고 구제신청이 해고일로부터 제척기간인 3월이 경과한 뒤에 제기되었다고 볼 수 없어 이 상고이유도 받아들일 수 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하여 주문과 같이 판결한다.”

## 1.2 대상적격이 없는 경우의 처리

노동위원회 단계에서는 「노동위원회 규칙」 제60조제1항제4호에 따라 구제신청을 각하하여야 함

그러나 구제명령의 대상이 아닌 것에 대해 구제신청을 하였다고 하더라도 이는 지방노동위원회 또는 중앙노동위원회에서 구제신청을 각하할 사유가 되는 것일 뿐 이로 인해 중앙노동위원회의 재심판정에 대한 취소청구가 부적법하게 되는 것은 아니고, 중앙노동위원회 재심판정이 대상적격이 없어 각하했어야 할 구제신청을 기각하였다고 하더라도 구제신청을 거부하였다는 점에서 마찬가지이므로 이로 인해 재심판정이 취소되어야 한다고 볼 수 없음

### 【서울고등법원 2015. 5. 14. 선고 2014누70473 판결<sup>42)</sup>】

“따라서 이 사건 인사명령은 원고에 대한 당면퇴직처리 및 휴직처리를 해소하여 복직 및 출근을 명하는 것일 뿐 원고에게 어떠한 불이익을 가하는 것이 아니므로 부당해고등 구제신청의 대상인 그 밖의 징벌에 해당하지 않는다(원고에 대한 응급계장 보직해임의 효과는 이 사건 인사명령이 아니라 이 사건 병원장이 2011. 3. 2. 원고에 대하여 한 보직해임에 의해 발생한 것이므로, 원고가 위 보직해임을 다투기 위해서는 근로기준법 제28조 제2항에 따라 위 보직해임이 있었던 날부터 3개월 이내에 위 보직해임에 대한 구제신청을 하였어야 할 것이다).

이 사건 인사명령은 부당해고등 구제신청의 대상에 해당하지 않으므로, 중노위는 노동위원회 규칙 제94조 제1항, 제60조 제1항 제4호에 따라 이 사건 기각결정을 취소하고 원고의 구제신청을 각하하였어야 할 것인데 원고의 재심신청을 기각함으로써 이 사건 기각결정을 그대로 유지한 잘못이 있으나, 원고의 구제신청을 거부하였다는 결과에 있어서는 정당하므로, 결국 이 사건 재심

42) ‘부당노동행위구제신청서’만 제출되었으나 근로자가 구제의 내용으로 ‘부당노동행위구제’와 ‘해고무효구제’를 들며 해고의 사유를 다투는 경우 ‘부당해고구제신청취지’도 포함된 것으로 본다는 사안임

판정의 취소를 구하는 원고의 청구는 이유 없다(노동위원회가 부당해고 등 구제신청을 각하하였거나 기각하였거나 신청인의 부당해고 등 구제신청에 대한 거부처분을 하였다는 점에서는 마찬가지이므로(근로기준법 제30조 제1항 참조), 각하할 것을 기각하였다고 해서 중노위의 재심판정이 취소되어야 한다고 볼 수는 없다.”

## 2. 대상적격 관련 판례

### 2.1 ‘그 밖의 징벌’로 볼 수 있는 경우

근로기준법 제23조제1항<sup>44)</sup>에 열거되지 않은 인사처분(예컨대 근속승진누락, 호봉승급보류 등)을 ‘그 밖의 징벌’로 보아 노동위원회 심판대상으로 삼을 것인지 여부가 문제됨

가. 법원은 ‘그 밖의 징벌’에 대해 **사용자가 당해 근로자에게 제재로서 가하는 불이익한 처분만을 의미하고, 근로계약관계에서 일반적으로 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 의미하는 것은 아니라고 봄**

【서울고등법원 2009. 10. 27. 선고 2009누8382 판결<sup>45)</sup>】

“(나) 살피건대, 이처럼 근로기준법이 제정될 당시부터 ‘정당한 이유 없는 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의(기타) 징벌’을 노동위원회에 대한 구제신청대상으로 규정하고 있어 그 규정 내용이 변경되지 아니한 점과 당초 이러한 사용자의 부당해고 등에 대하여는 처벌규정을 두고 있어서 죄형법정주의의 원칙상 그 해석을 엄격히 해왔는데 조문내용 자체는 아무런 변경이 없고 단지 처벌규정만이 삭제되었다고 하여 그 해석을 달리해야 할 필요성이 있다고 보이지 않는 점과 원칙적으로 사적자치에 지배하는 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에서 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 그 구제신청의 대상으로 삼는 것은 행정의 과도한 관여가 될 수 있다는 점 등에 비추어 보면, 근로기준법이 구제신청의 대상으로 삼고 있는 부당해고 등은 열거적, 한정적 규정으로서 엄격하게 해석함이 상당하다.

이 사건에 대하여 보면, 이 사건 호봉승급 보류가 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 제재로서 가하는 불이익한 처분만을**

43) 1심 판결(서울행정법원 2014. 11. 13. 선고 2014구합1697 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 8. 27. 자 2015두43414 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

44) “사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(이하 “부당해고 등”이라 한다)을 하지 못한다.”

의미하고, 근로계약관계에서 일반적으로 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 의미하는 것은 아니라 할 것이다.”

나. 법원은 위 기준에 입각하여 직위해제, 대기발령, 승무정지, 신차배차거부 등은 물론 근속승진누락<sup>45)</sup> 등의 일부 인사조치에 대해서까지 노동위원회의 심판대상임을 인정함

따라서 대기발령과 같은 인사명령은 징계처분에 해당하지는 않으나 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당될 경우 위법하게 되므로 노동위원회 심판대상이 됨

#### 【대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두5151 판결】

“1. 가. 근로자에 대한 직위해제는 일반적으로 근로자가 직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행 중인 경우, 근로자가 형사사건으로 기소된 경우 등에 있어서 당해 근로자가 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미하므로 과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다(대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15926 판결, 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결 등 참조).

또 기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위하여서는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요 불가결하므로, 대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고, 따라서 이러한 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 하며, 이것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 할 수 없다(대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결, 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결 등 참조).

나. (1) 그런데 우선 원심은 그 1차 대기발령에 관하여 기초사실을 인정함에 있어서는 피고 보조참가인(이하 ‘참가인’이라고 한다)이 2003. 1. 6. 원고에 대하여 원고가 참가인 측의 경고에도 불구하고 노동조합 조합원들을 상대로 조합 탈퇴를 강요한 점과 안산시청 주변에서의 피켓 시위, 2002. 12. 26.경 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. 8.부터 2003. 2. 6.까지로 한 대기명령을 발하였다고 인정한 바 있고, 기록(을 제12호증의 3(대기발령) 등)에 의하면, 참가인은 원고가 근로계약서 작성을 거부하였다는 사정 자체를 대기발령 사유로 삼은 것이 아니고, 그 경위사실로서 기재하였을 뿐이라고 보아야

45) 1심 판결(서울행정법원 2009. 2. 20. 선고 2008구합41168 판결)을 인용하였으며, 유사 판례로는 서울행정법원 2013. 11. 5. 선고 2013구합11789 판결이 있음. 동 사건은 대법원(대법원 2010. 2. 11. 자 2009두20977 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

46) 같은 취지로 서울행정법원 2006. 11. 21. 선고 2006구합25278 판결, 서울행정법원 2008. 10. 10. 선고 2008구합2859 판결, 서울행정법원 2009. 7. 1. 선고 2008구합47494 판결 등

하는데, 그럼에도 불구하고 원심이 막상 그 사실인정을 기초로 판단을 함에 있어서는 참가인이 원고가 근로계약서 작성을 거부하였다는 사정을 대기발령의 주된 사유로 삼았다고 하면서 주로 이에 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 부정하기 않은 것으로 보이는 바, 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 근로기준법에 등에 위반되거나 권리남용에 해당하여 위법하다고 단정할 수는 없다고 할 것이다.”

### 【대법원 2013. 2. 28. 2010두20447 판결】

“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, 면담 기록부 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 수습 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 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 거쳤는지 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 95누

7130 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 사정만으로는 전직처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고 볼 수는 없다(대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 등 참조). 그리고 사용자가 전직 처분 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, 근로자 간의 인화 등의 사정도 포함된다.”

다. 법원은 회사의 위계질서를 문란하게 하였다는 이유로 경고를 받은 후 이를 이유로 **근속승진에서 누락되어 급여상 불이익**을 입은 경우, 사실상 감봉과 비슷한 징벌적 효과를 받은 것으로서 근로기준법 제23조제1항의 ‘그 밖의 징벌’에 해당하므로 대상 적격을 인정함

【서울행정법원 2009. 7. 1. 선고 2008구합47494 판결】

“근로기준법 제23조 제1항 및 제28조 제1항에 의하면 ‘부당한 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌’을 구제신청 대상으로 규정하고 있고, 원고의 취업규칙 제56조는 징계의 종류를 ‘파면, 해임, 정직, 감봉, 견책’으로 구분하고 있는바, 위 근로기준법 규정에서 구제신청의 대상으로 ‘그 밖의 징벌’을 규정하고 있는 취지에 볼 때 구제신청의 대상은 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 견책 등에 한정되는 것이 아니라 근로자에 대한 불이익한 제재로서 이에 준하는 징벌적 성격을 갖는 것도 포함된다고 봄이 상당하다.

이 사건 근속승진누락은 그에 따라 “**급여상의 불이익**”을 받게 되어 “**감봉과 비슷한 징벌적 효과**”를 갖는 것으로서 사실상 견책보다 가혹한 불이익제재에 해당하여 구제신청의 대상인 근로기준법 제23조 제1항 소정의 ‘그 밖의 징벌’에 해당한다고 보아야 할 것이다.”

라. 법원은 성과에 대한 상여로서의 성질을 가진 호봉승급에 대한 보류, 인사 평가와 이에 따른 성과급 및 임금 미지급은 노동위원회 심판대상이 아니라고 봄

【서울고등법원 2010. 11. 19. 선고 2010누14925 판결<sup>47)</sup>】

“2) 인사평가 및 성과급 등 임금 부지급이 노동위원회의 구제 대상인지 여부  
...(중략)...

인사평가 및 이에 따른 성과급 및 임금 미지급은 해고, 휴직, 정직, 전직에 해당하지 아니함은 그 문언의 해석상 명백하고, 감봉은 징계사유가 있음을 전제로 일정기간 임금을 삭감하는 징계 중 하나인데 반하여 이 사건에서 성과급은 징계사유와는 무관하게 실적에 따른 보상강화를 위하여 참가인이 지급하는 것으로 그 성질이 다르다. 나아가 ‘그 밖의 징벌’에 해당하는지 여부가 문제



되는바, 여기서 ‘그 밖의 징벌’이라 함은 문언 자체의 뜻과 해석원칙에 비추어 보면, 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉을 제외한 처분으로서 사용자가 당해 근로자에게 제재로서 가하는 불이익한 처분만을 의미하고, 근로계약관계에서 일반적으로 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 의미하는 것은 아니라 할 것이다.

...(중략)...

따라서 이 사건 인사평가 및 이에 따른 성과급 및 임금 미지급은 근로기준법 제28조 제1항의 노동위원회의 구제대상에 포함되지 아니한다.”

제3장  
구제이익·  
대상적격

마. 법원은 근무연한에 따라 일괄 자동승급되는 자에 대한 승급보류 처분은 대상적격이 있으나, 상여로서의 성질을 가지는 승급보류 처분은 대상적격이 없다고 봄

【서울고등법원 2009. 10. 27. 선고 2009누8382 판결<sup>48)</sup>】

“(1) 이 사건 호봉승급보류의 구제신청 대상여부

(가) 근로기준법 제23조 제1항의 ‘그 밖의 징벌’이라 함은 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉을 제외한 처분으로서 사용자가 당해 근로자에게 제재로서 가하는 불이익한 처분만을 의미하고, 근로계약 관계에서 일반적으로 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 의미하는 것은 아니라 할 것이다.

...(중략)...

(나) 살펴건대, 이처럼 근로기준법이 제정될 당시부터 ‘정당한 이유 없는 해고, 휴직, 정직, 감봉, 그 밖의(기타) 징벌’을 노동위원회에 대한 구제신청 대상으로 규정하고 있고 그 규정 내용이 변경되지 아니한 점과 당초 이러한 사용자의 부당해고 등에 대하여는 처벌 규정을 두고 있어서 죄형법정주의의 원칙상 그 해석을 엄격히 해왔는데 조문 내용 자체는 아무런 변경이 없고 단지 처벌 규정만이 삭제 되었다고 하여 그 해석을 달리해야 할 필요성이 있다고 보이지 않는 점과 원칙적으로 사적 자치가 지배하는 사용자와 근로자 사이의 근로계약 관계에서 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 그 구제 신청의 대상으로 삼는 것은 행정의 과도한 관여가 될 수 있다는 점 등에 비추어 보면, 근로기준법이 구제신청의 대상으로 삼고 있는 부당해고 등은 열거적 한정적 규정으로서 엄격하게 해석함이 상당하다.

...(중략)...여기서 ‘그 밖의 징벌’이라 함은 그 문언 자체의 뜻과 앞서 본 해석원칙에 비추어 보면, 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉을 제외한 처분으로서 사용자가 당해 근로자에게 제재로서 가하는 불이익한 처분만을 의미하고, 근로계약관계에서 일반적으로 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 의미하는 것은 아니라 할 것이다.

앞에서 본 바와 같이 원고 회사는 1년 이상 근속한 임금제사원에 대하여 연 2회 승급을 하되, 1회는 근무연한에 따라 1호봉을 당연 승급하고, 1회는 인사고과에 따른 근무평정에 의하여 상위 10%(A등급)에 대하여는 2호봉(특별승급)을, 하위 5%(C등급)에 대하여는 승급보류, 나머지 85%(C등급)는 1호봉을 승급하도록 하고 있는데, 특별승급 기준은 공장장 또는 팀장 명의의

47) 1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 9. 선고 2009구합38404 판결)을 인용함

수상자, 근면성실하고 술선수범하고 책임감이 투철한 자, 품질사고 예방에 공이 많은 자, 기타 인정할 만한 공이 있는 자에 해당하는지 여부이고, 승급 보류 기준은 근태불량, 근무태도 불량, 품질사고 유발, 품행이 불량한 자로 정하고 있는바, 이와 같이 원고 회사는 인사과과에 따라 근로자별로 달리 이루어지는 이 사건 승급(1월)외에도 근무연한에 따라 일괄 자동승급(7월)하는 규정을 두고 있는 점, 평정에 따라 이루어지는 승급(1월)에 있어서 특별승급은 주로 근면성실하고 업무수행능력이 우수한 자에 대하여 이루어지는 반면, 승급보류는 주로 업무를 태만히 하거나 문제를 일으킨 자에 대하여 이루어진다는 점, 특별승급인원이 승급보류 인원보다 많아 전체적으로 볼 때 평균 1호봉 이상의 승급이 이루어지는 점, 승급이 되지 않았다고 하여 상대적으로 승급에 따른 일당 급여지급기준이 인상되지 않는 외에 특별한 인사상 불이익은 없다는 점 등 제반사정에 비추어 보면, 근무평정에 의하여 이루어지는 원고 회사의 1월의 호봉승급은 근로의욕을 고취하고 생산성을 향상시키기 위하여 성과에 따라 그 처우를 달리하는 상여로서의 성질을 가진다고 할 것이어서, 비록 이 사건 호봉승급보류로 인하여 참가인 등이 호봉 승급 된 근로자들에 비하여 상대적으로 불이익한 처우를 받게 되었다고 하더라도 이를 제재로서의 성질을 가진 것으로서 노동위원회 구제대상이 되는 근로기준법 제23조 제1항의 ‘그 밖의 징벌’에 해당한다고 볼 수 없다.

미지급은 근로기준법 제28조 제1항의 노동위원회의 구제대상에 포함되지 아니한다.”

바. 최근 하급심 법원은 노동위원회에 대한 부당해고 등 구제신청의 대상은 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌인바, 전직이라 함은 근로자의 일정한 행위에 대한 징계로서 그 근로자의 직무내용이나 근무장소를 변경하는 사용자의 인사명령을 의미하고,<sup>49)</sup> 그 밖의 징벌이라 함은 근로자의 일정한 행위를 이유로 근로자에게 경제적, 정신적 또는 생활상 불이익을 가하는 것을 의미한다고 판시함

【서울고등법원 2015. 9. 16. 선고 2015누33365 판결<sup>50)</sup>】

“따라서 노동위원회에 대한 부당해고등 구제신청의 대상은 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌인바, 전직(轉職)이라 함은 근로자의 일정한 행위에 대한 징계로서 그 근로자의 직무 내용이나 근무 장소를 변경하는 사용자의 인사명령을 의미하고, ‘그 밖의 징벌(懲罰)’이라고 함은 근로자의 일정한 행위를 이유로 그 근로자에게 경제적, 정신적 또는 생활상 불이익을 가하는 것을 의미한다.”

48) 1심 판결(서울행정법원 2009. 2. 20. 선고 2008구합41168 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 2. 11. 자 2009두20977 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

49) 일반적으로 전직은 인력을 사업목적에 적합하게 배치하기 위하여 근로자의 직무내용이나 근무지를 상당한 기간에 걸쳐 변경하는 인사처분을 의미할 뿐 징계의 성격을 갖는 것이 아니고, 후술하는 바와 같이 징계의 성격을 지니지 않는 인사명령을 구제대상으로 보는 것이 법원의 확립된 판례이므로 노동위원회의 구제대상이 되는 전직을 징계로서의 성격을 갖는 것으로 한정하는 듯한 판시가 타당한지에 대해서는 의문이 있음

50) 1심 판결(서울행정법원 2015. 1. 15. 선고 2014구합13539 판결)을 인용함

## 2.2 연속된 두 개의 처분을 다투는 경우

가. 법원은 사용자의 **감봉처분 후에 행해진 실제 급여의 삭감행위**는 감봉처분의 집행행위에 불과하다고 보아 대상적격을 **부정함**

### 【서울행정법원 2006. 12. 9. 선고 2006구합33644 판결】

“(3) 이에 대하여 원고는, 이 사건 징계에 대한 구제신청기간은 원고의 급여가 실제로 삭감된 2005. 8. 25. 비로소 기산한다고 주장하므로 보건대, 근로기준법 제33조 제1항에는 사용자가 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 감봉 기타 징벌을 한 때에는 당해 근로자는 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다고 규정하고 있고, 노동조합 및 노동관계조정법 제82조 제1항, 제2항은 사용자의 부당노동행위로 인하여, 그 권리를 침해당한 근로자는 부당노동행위가 있는 날로부터 3개월 이내에 구제신청을 제기하도록 규정하고 있는데, 여기서, 감봉처분은 사용자의 일방적 의사표시에 의한 근로자의 급여를 삭감하는 불이익한 처분으로서 그 징계처분 자체가 구제신청의 대상이 되는 것이고, 그 감봉처분에 기하여 실제 급여가 삭감되는 것은 감봉처분의 집행행위에 불과하여 그러한 행위가 다시 감봉징계처분과 독립하여 별개의 구제신청의 대상이 되거나, 부당노동행위가 된다고 볼 수 없으므로, 이 사건 징계에 대한 구제신청기간 기산점이 실제 급여가 삭감된 시점부터 비로소 기산하는 것은 아니라고 할 것이다. 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.”

제3장  
구제이익·  
대상적격

나. 법원은 사용자가 노동위원회의 구제명령에 따라 **원직복직명령을 이행한 후 복직을 취소한 경우** 근로자가 부당해고처분과 복직취소처분을 함께 다룰 수 있는가에 관하여 **복직취소는** 잠정적인 지위에 대한 불이익처분에 불과하다고 보아 대상적격을 **부정함**

### 【서울고등법원 2008. 10. 29. 선고 2008누16188 판결<sup>51)</sup>】

“구 근로기준법상 노동위원회를 통한 구제절차는 민사소송에 비하여 신속·간이한 권리구제를 도모하기 위하여 특별히 마련된 절차인데, 만일 구제명령을 이행하지 않거나 일시적으로 이행하였다가 이를 취소한 경우까지 노동위원회의 구제대상에 포함시킨다면 분쟁이 끊임없이 생성·반복되어 그 입법취지를 몰각시킬 위험이 있는 점, 원고가 위 구제명령을 일시적으로 이행하였다가 이를 취소한 것을 기존의 부당해고 등을 초과하는 독립적인 불이익처분이라고 보기는 어려운 점, 노동위원회가 근로자의 구제신청을 받아들여 사용자에게 대하여 구제명령을 하는 경우 구제명령은 단순한 공법상의 의무를 부과하는 것에 불과하고 이로써 근로자와 사용자 사이에 부당해고 등이 있기 전의 사법상의 법률관계로 회복시키는 효력이 있는 것은 아니므로, 원고가 부산지방노동위원회의 구제명령에 따라 참가인을 복직시켰다 하더라도 재심청구나 소송을 통하여 위 부당해고 등의 정당성을 다투고 있는 이상, 위 복직은 어디까지나 잠정적인 지위 회복에 불과한 점 등을 고려하면, 구 근로기준법상 노동위원회에 구제를 신청할 수 있는 부당해고 등은

사용자와 근로자 사이의 확정적인 고용관계에 대한 불이익처분을 뜻한다 할 것이고, 이 사건 복직취소와 같이 구제명령 이행에 따른 잠정적인 지위에 대한 불이익처분까지 포함하는 것은 아니라 할 것이다.”

다. 법원은 원징계 처분 후에 행해진 징계재심 결과의 통보는 새로운 해고의 징계 처분을 한 것으로 볼 수 없으므로 대상적격을 부정함

【서울고등법원 2008. 4. 3. 선고 2007누18811 판결<sup>52)</sup>】

“(1) 이 사건 재심결과 통보가 새로운 해고인지 여부

살피건대, 원고가 참가인에 대하여 직권면직의 이 사건 해고를 하면서 ‘참가인이 이후 이 사건 비위사실에 관하여 무죄 또는 형의 감경 등의 판결을 받아 직권면직 처분에 이의를 제기할 수 있는 상황이 발생할 경우, 인사위원회에서 복직 등의 구제절차를 고려할 수 있다’는 내용의 이 사건 단서를 단 사실은 앞서 본 바와 같은바, 이 사건 단서가 ‘구제절차’를 고려할 수 있다고 규정하고 있는 점, 이 사건 해고처분서(갑 제4호증의 3)에 ‘참가인을 직권면직에 처한다’고 기재되어 있을 뿐, 그 징계처분의 효력의 존속에 관하여 어떠한 조건도 명시적으로 기재되어 있지 않은 점 등에 비추어 이 사건 단서의 취지는 참가인에 대하여 직권면직의 징계처분을 확정적으로 하되, 다만 참가인이 형사재판을 받고 있는 상황을 고려하여 재판 결과 사정변경이 생기는 경우 참가인에게 원고의 인사규정이 정하는 징계처분에 대한 ‘구제절차’, 즉 재심을 청구할 기회를 부여하여 복직 등 구제 여부를 고려해 보겠다는 것으로 볼 수 있을 뿐(원고의 인사규정 제48조 제1항에 의하면 징계처분을 받은 자는 처분을 통고받은 날로부터 20일 이내에 1회에 한하여 재심을 청구할 권리가 있으나, 이 사건 단서는 재판 결과 사정변경이 생기는 경우 위와 같은 재심 청구기간이나 재심의 횟수제한에 상관없이 참가인에게 재심을 청구할 기회를 부여하겠다는 취지로 해석된다), 사정변경이 생기는 경우 이 사건 해고를 당연히 무효로 한다든지, 참가인에 대하여 새로운 징계절차를 진행하겠다는 취지로 볼 수는 없다.

따라서 참가인은 이 사건 해고로써 이미 해고되었다 할 것이고, 이 사건 재심결과 통보는 이 사건 단서에 기한 참가인의 재심청구를 기각하였다는 사실을 통지한 것에 불과할 뿐, 이를 참가인에 대하여 새로운 해고의 징계처분을 한 것으로 볼 수는 없으므로, 이 사건 재심결과 통보를 이 사건 해고와는 별개의 새로운 해고로 보고 그에 대하여 신청한 참가인의 구제신청은 구제신청의 대상이 될 수 없는 것을 대상으로 삼아 신청한 것으로 부적법하다 할 것이다.”

51) 1심 판결(서울행정법원 2008. 5. 15. 선고 2007구합38998 판결)을 인용함

52) 동 사건은 대법원(대법원 2008. 6. 26. 선고 2008두6271 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

라. 법원은 **직위해제**를 하는 경우, 전직이 반드시 뒤따르는 것은 아니므로 양자를 **별개의 처분**으로 판단하여 **전직처분**의 대상적격을 인정함

【서울행정법원 2007. 11. 1. 선고 2007구합10570 판결】

“(2) 이에 대하여 원고는 보직해임 즉 **직위해제**와 **전직**은 밀접불가분의 관계에 있어 양자는 별개의 처분이 아니라 하나의 처분으로 보아야 할 것이므로 이 사건 보직해임에 대해서도 이 사건 전직이 있는 때를 기준으로 3개월 내에 구제신청을 하면 적법하다고 주장한다.

살피건대, 을가 제2호증의 1, 을나 제1호증의 각 기재를 종합하면, 참가인 법인의 정관 제41조 제2항은 “임면권자는 다음 각호의 1에 해당하는 교원에 대하여는 직위를 부여하지 아니할 수 있다”고 규정하면서 그 각호로 ‘직무수행 능력이 부족하거나 근무 성적이 극히 불량한 자 또는 교원으로서 근무태도가 심히 불성실한 자(제1호)’, ‘징계의결이 요구된 자(제2호)’를 들고 있는바, 직위해제란 위와 같은 직위해제 사유가 발생한 경우 당해 근로자가 계속 근무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 그 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미하므로, 인사권자인 사용자가 적재적소에 노동력을 배치하고, 부서간의 인사교류를 통하여 업무운영의 원활을 기하는 등의 업무상 필요한 범위 내에서 실시하는 배치전환 중 하나인 직무 내용의 변경을 의미하는 전직과는 그 성질이 다르고, 보직해임을 하는 경우에 전직이 반드시 뒤따르는 것도 아니어서(위 정관 제41조 제3항은 ‘위 제2항의 규정에 의하여 직위를 부여하지 아니한 경우에 그 사유가 소멸된 때에는 임면권자는 지체 없이 직위를 부여하여야 한다’고 규정하고 있다) 양자를 하나의 처분으로 볼 수는 없으므로 원고의 위 주장은 이유 없다(이 사건 직위해제가 00병원의 조직변경 과정에서 참가인의 일반적인 인사권에 기하여 행해진 것이고, 위 정관 제41조의 규정에 관련되어 행해진 것이 아니라고 하더라도 앞서 본 바와 같이 직위해제와 전직은 그 성격이 다르고, 이 사건 직위해제와 이 사건 전직의 시기와 경위 및 내용 등에 비추어 이를 하나의 처분으로 행한 것이라고 볼 수도 없으므로 원고의 위 주장이 이유 없기는 마찬가지이다).

(3) 소결론

따라서, 중앙노동위원회가 부산지방노동위원회의 결정 중 원고의 이 사건 보직해임에 관한 부분을 취소하면서 그 구제신청을 각하하였어야 하지만, 부산지방노동위원회의 구제명령을 취소하면서 그 구제신청을 기각하였다고 하더라도 결과적으로 원고의 이 사건 보직해임에 관한 구제신청을 받아들이지 아니한 점에서 그 실질적 효력에 있어서는 차이가 없으므로(기판력이 인정되는 민사판결에서는 청구기각판결이 소각하 판결보다 원고에게 불리하나, 구제신청기각 결정과 구제신청각하결정 사이에서는 그와 같은 차이가 있다고 보기 어렵다) 이 사건 재심판정을 그대로 유지하기로 한다.”

제3장  
구제이익·  
대상적격

마. 법원은 1차 해고처분이 있는 후 그 해고가 무효일 수 있음을 이유로 2차 해고를 하였는데 추후 1차 해고처분에 대한 소송에서 1차 해고처분이 적법, 유효한 것으로 판결이 선고되어 확정된 경우, 2차 해고처분이 유효함을 전제로 구제명령을 한 재심

판정은 부적법하다고 보아 2차 해고처분의 대상적격을 부정함<sup>53)</sup>

### 2.3 근로조건 위반에 대한 손해배상이 문제된 경우

법원은 근로자가 노동위원회에 근로기준법 제26조 소정의 손해배상을 청구하기 위해서는 사용자가 근로계약 체결시 근로자에 대하여 명시한 근로조건(임금, 근로시간 기타의 근로조건)을 위반하여 근로자에게 손해를 입힌 사실을 전제로 하여야 하고, 근로자가 임금 미지급 등을 사유로 한 손해배상청구는 대상적격이 부정된다고 봄

#### 【대법원 1989. 2. 28. 선고 87누496 판결】

“2. 피고의 상고이유에 관하여 본다(보충이유 포함 다만 피고 보조참가인의 보충상고이유는 기간도와 후의 것이므로 판단하지 아니한다).

근로기준법 제22조는 “사용자는 근로계약체결시에 근로자에 대하여 임금, 근로시간 기타의 근로조건을 명시하여야 한다”, “동법 제23조는 ① 제22조의규정에 의하여 명시된 근로조건이 사실과 상위가 있을 경우에는 근로자는 근로조건위반에 인한 손해의 배상을 청구할 수 있으며 또는 즉시 근로계약을 해제할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의하여 근로자가 손해배상을 청구할 경우에는 노동위원회에 신청할 수 있으며 근로계약이 해제되었을 경우에는 사용자는 취업을 목적으로 거주를 변경하는 근로자에게 귀향여비를 지급하여야 한다”라고 규정하고 있으므로 근로자가 노동위원회에 위 제23조 소정의 손해배상청구를 하려면, 사용자가 근로자와 근로계약 체결시 근로자에 대하여 명시한 근로조건(임금, 근로시간 기타의 근로조건)을 위반하여 근로자에게 손해를 입힌 사실을 전제로 하여야 하는 것이고, 사용자가 근로기준법의 다른 규정사항(예, 같은 법 제27조 제1항 위반)이나 노동조합법상의 확정된 구제명령에 위반하여 근로자에게 손해를 입힌 경우라 하더라도 이를 위 제23조 소정의 근로조건 위반이라고는 볼 수 없으므로 근로자는 노동위원회에 위 법조에 의한 손해배상청구를 할 수 없고, 노동위원회도 이러한 청구에 관하여 심리, 결정할 권한이 없다 할 것 이다( 당원 1983.4.12. 선고 82누507 판결 ; 1984.9.11. 선고 84누448 판결 ; 1985.11.12. 선고 84누576 판결 각 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 거시한 증거를 종합하여, 원고는 1982.4.2. 피고 보조참가인에 의하여 해고당하게 되자, 이것이 부당노동행위라 하여 해고통고를 철회하고 원직에 복귀시키고 부당해고기간중 정상임금을 지급하라는 내용의 구제신청을 서울특별시 노동위원회에 제기하였고, 같은 위원회에서는 이를 받아들여 피고 보조참가인의 해고행위는 부당노동행위라고 판정하였는데, 이에 불복한 피고 보조참가인에 의한 재심신청에서는 피고가 이를 부당노동행위가 아니라고 하여 위 지방노동위원회의 판정을 취소하고, 위 구제신청을 기각하는 판정을 한 사실, 이에 원고가 위 판정의 취소를 구하는 행정소송을 서울고등법원에 제기(82구558)하였는데 같은 법원에서는 1983.7.13. 피고 보조참가인에 의한 원고의 해고는 부당노동행위로 보아야 한다는 이유로 구제신청을 기각한 피고의 판정은 위법하다고 보고 그 취소를 구하는 원고의 청구를 인용하는 판결을 하였으며, 피고가 이에 불복하여 상고를 제기(83누487)하였던 바, 당원은

53) 서울행정법원 2013. 11. 29. 선고 2012구합15999 판결

1984.3.13. 피고의 상고는 이유없다고 기각하는 판결을 한 사실, 원고는 1982.4.2. 해고될 당시, 직위가 시설과 서무직이었는데 피고 보조참가인은 직제편제 표상에도 없는 환경과 서무직으로 복직시켰는 바, 원고가 가입한 단체협약(갑제2호증의3)에 의하면, 근로자에게는 연 4회에 걸쳐 평균 임금 400퍼센트에 해당하는 상여금을 지급하게 되어 있어 1982.4.부터 근로계약 해제시까지의 상여금이 금 1,900,500원이 되는데 피고 보조참가인은 원고에게 근로계약해제시까지 합계 금 1,391,623원의 상여금을 지급한 사실 등을 확정하고, 이점만을 보더라도 피고 보조참가인은 근로기준법 제22조의 규정에 의하여 명시된 근로조건이 사실과 상위가 있는 경우에 해당한다 할 것이므로 원고가 이를 이유로 위 법 제23조 위반으로 인한 손해의 배상을 청구하였음은 정당하다고 실시하면서 피고가 원고의 손해배상신청을 기각하는 결정을 하였음은 위법하여 취소를 면할 수 없다고 판시하였다.

그러나 앞에서 밝힌 근로기준법 제23조가 정하는 손해배상청구의 법리에 비추어 볼 때, 원심이 확정된 원고의 손해배상청구는 비록 위 법조에 의한 손해배상청구임을 표방하고 있으나 이는 사용자가 근로계약 체결시에 근로자에 대하여 명시한 근로조건이 사실과 상위가 있어서 근로자에게 손해가 발생하여 그 배상을 청구한다는 경우에 해당되지 아니하고 그 실질내용은 근로계약 이후, 피고 보조참가인에 의한 부당해고 후에 확정된 구제명령대로 원직으로의 복직과 부당해고 기간중 정상임금 등의 지급이 이루어지지 아니하여 손해를 입었으니 이를 청구하는 것으로 보아야 할 것이므로, 원고는 이러한 손해배상을 근로기준법 제23조를 내세워 노동위원회에 청구할 수도 없고, 노동위원회는 원고의 위 손해배상청구를 심리, 결정할 권한이 없다 할 것이다.

그러므로 원심이 위 손해배상청구를 근로기준법 제23조 소정의 적법한 손해배상청구로 보고 이를 정당하다고 실시하면서, 피고의 재심결정을 위법하다고 판시한 것은 근로기준법 제23조 소정의 근로조건 위반으로 인한 손해배상청구의 법리를 오해한 위법을 저질러 판결결과에 영향을 미쳤다 할 것이니 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다.”





## 제 4 장

# 채용내정, 시용근로관계

제1절 채용내정	165
1. 채용내정의 개념과 법적 성질	165
2. 채용내정취소의 정당성 판단기준	166
3. 채용내정취소 관련 판례	167
제2절 시용근로관계	173
1. 시용의 법률관계	173
2. 시용기간	179
3. 시용근로자에 대한 본채용 거부 또는 시용기간 중 해고의 정당성 판단	180
제3절 시용근로관계 관련 판례	188
1. 시용근로관계 인정 관련 판례	188
2. 시용근로기간 관련 판례	194
3. 본채용 거부 관련 판례	196
4. 시용기간 중 해고 관련 판례	201



# 목 차

<b>제1절 채용내정</b> .....	165	2) 해고의 정당성을 부정한 경우 ..	186
1. 채용내정의 개념과 법적 성질 .....	165	다. 인성평가 및 위계질서 문란 관련	
2. 채용내정취소의 정당성 판단기준 .....	166	유형 .....	187
3. 채용내정취소 관련 판례 .....	167	1) 해고의 정당성을 인정한 경우 ..	187
3.1 채용내정취소가 정당하다고 본 판례 ..	167	2) 해고의 정당성을 부정한 경우 ..	187
3.2 채용내정취소가 정당하지 않다고 본			
판례 .....	170	<b>제3절 시용근로관계 관련 판례</b> .....	188
<b>제2절 시용근로관계</b> .....	173	1. 시용근로관계 인정 관련 판례 .....	188
1. 시용의 법률관계 .....	173	1.1 시용근로관계가 인정된 경우 .....	188
1.1 시용의 개념 .....	173	가. 면접표와 서약서에 시용의 취지가	
1.2 시용의 법적 성질 .....	174	기재된 경우 .....	188
1.3 시용근로관계 인정을 위한 판단요소 ..	175	나. 취업규칙에 필수적으로 시용기간을	
가. 단체협약, 취업규칙, 근로계약상의		둔 경우 .....	189
근거 .....	175	다. '일반직 수습직원 근로계약서'를	
나. 취업규칙에 시용기간 적용이		작성한 경우 .....	190
선택사항으로 규정된 경우 .....	176	라. 시용기간이 포함된 취업규칙을	
다. 근로자의 직무능력 등의 평가에		준수할 것을 서약한 경우 .....	190
관한 필요성 .....	177	마. 시용기간이 없는 계약서에 근로자가	
1.4 시용근로관계에 관한 판례 경향 .....	178	먼저 서명하고 사용자가 시용기간을	
2. 시용기간 .....	179	기재한 후 근로자에게 교부한	
2.1 시용기간의 제한 .....	179	경우 .....	191
2.2 시용기간의 연장 또는 갱신 .....	180	1.2 시용근로관계가 인정되지 않은 판례 ..	192
3. 시용근로자에 대한 본채용 거부 또는		2. 시용근로기간 관련 판례 .....	194
시용기간 중 해고의 정당성 판단 .....	180	3. 본채용 거부 관련 판례 .....	196
3.1 본채용 거부 또는 시용기간 중 해고의		3.1 본채용 거부의 정당성이 인정된 경우 ..	196
정당성 판단기준 .....	180	3.2 본채용 거부의 정당성이 부정된 경우 ..	197
가. 정당한 이유의 존재 .....	180	4. 시용기간 중 해고 관련 판례 .....	201
나. 해고 절차의 준수 .....	181	4.1 시용기간 중 해고의 정당성이 인정된	
다. 합리적이고 객관적인 평가 .....	183	경우 .....	201
3.2 시용근로자의 해고 유형 개관 .....	183	4.2 시용기간 중 해고의 정당성이 부정된	
가. 이력서 허위기재 및 경력사칭 관련		경우 .....	204
유형 .....	183		
나. 업무적격성 결여 관련 유형 .....	184		
1) 해고의 정당성을 인정한 경우 ..	185		



## 제1절 채용내정

## 1. 채용내정의 개념과 법적 성질

‘채용내정’이란 정식채용(본채용) 상당기간 전에 채용할 자를 미리 결정하여 두는 것을 의미하며, 입사일까지 현실적인 근로제공이 행해지지 않는다는 점에서 시용과 구별됨

채용내정의 법적 성질과 관련하여, 근로계약의 체결과정으로 보는 견해(근로계약체결과정설), 근로계약에 대한 예약계약(예약설)으로 보는 견해 등이 있으나, **근로계약의 성립으로 보는 것이 통설(근로계약 성립설) 및 판례의 견해임<sup>1)</sup>**

제4장  
채용내정,  
시용근로관계

## 【대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다25910 판결】

“나. 원고 조○상의 상고이유에 대하여

원심은, 그 채용 증거들을 종합하여, 원고 조○상은 대학 졸업예정자로서 피고회사가 속한 H그룹이 시행한 신입사원 모집에 응모하여 1997년 11월경 피고회사로부터 최종 합격되어 피고 회사에 우선적으로 입사하게 된다는 채용내정 통지를 받은 사실, 그 후 피고회사가 IMF 구제금융 사태라는 경제사정의 악화 등을 이유로 위 원고 등에 대한 신입사원 교육일정을 연기하고 최종 입사예정일인 1998.4.6이 지나도록 위 원고를 입사시키지 못하다가 1998.6.11 채용내정자 소집 점검에서 위 원고 등에게 급박한 경영상의 위기상황에 따른 구조조정작업 등으로 예정대로 채용하는 것이 불가능하게 되었다고 통보하면서 그 대안으로 위 두가지 안(Ⅰ, Ⅱ안)을 제시하고 선택하게 하였던 바, 위 원고는 1999.6.30까지 피고회사가 통보한 채용발령 순번에 따라 채용 발령을 기다려 보되, 위 기한까지 자신의 순번에까지 해당하는 신규인력수요가 없으면 채용내정이 취소되는 것으로 하는 내용의 채용발령연기동의서를 작성하여 피고회사에게 제출하고 1999.6.30까지 피고회사의 취업조치(채용발령)를 기다렸으나 위 기한까지 그 순번에 해당하는 신규인력 수요가 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 1998.4.6부터는 피고회사의 종업원의 지위에 있다 할 것인데, …(중략)…

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.”

1) 대기업인 피고회사가 대학졸업예정자들을 상대로 신입사원을 모집하고, 원고들이 피고회사가 신입사원 채용절차로써 정하고 요구했던 서류전형 및 면접절차에 합격하여 신체검사를 거친 후 1997. 11월경 최종합격통지를 받은 사안에서 법원은 피고회사가 최종합격 통보를 해줌으로써 근로계약관계가 유효하게 성립되었다고 판단함(대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다25910 판결 참조)

근로계약성립설에 따르면, 회사의 모집공고는 청약의 유인으로, 응모자의 응모·응시를 청약으로, 사용자의 채용내정의 통지를 승낙으로 해석함으로써 **채용내정의 통지로써 근로계약이 체결된 것으로 봄**

채용내정은 일정한 사정(채용내정 통지서나 서약서에 기재된 취소사유 발생, 학교를 예정대로 졸업할 수 없는 경우 등)이 생기는 경우 채용내정을 취소할 수 있다는 취지의 합의가 포함된 특수한 근로계약(해약권유보부 근로계약)으로 볼 수 있음<sup>2)</sup>

## 2. 채용내정취소의 정당성 판단기준

통설과 판례인 근로계약 성립설에 따를 경우, **채용내정의 취소는 근로계약의 해지, 즉 해고에 해당<sup>3)</sup>**하므로 채용내정을 취소하여 내정자를 해고하려면 **근로기준법 제23조 제1항의 ‘정당한 이유’<sup>4)</sup>가 존재해야 함**

### 【대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다25910 판결】

“나. 원고 조○상의 상고이유에 대하여

원심은, …(중략)… 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 입사에정일인 1998.4.6부터는 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 해고회피를 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) “피고회사의 취업규칙에 비추어 신규 채용된 자들의 채용내정시부터 정식발령일까지 사이에는 사용자에게 근로계약의 해약권이 유보되어 있다고 할 것이어서 원고들에 대하여는 근로기준법 제31조 제3항이 적용되지 않는다고 보아야 한다고 하여, 결국 피고의 원고들에 대한 정리해고가 정당하다고 판단하고 있다. …(중략)… 원심의 위 판단은 모두 정당한 것으로 인정되고 …”(대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다51476 판결)

3) 원고가 피고회사로부터 채용내정 통지를 받은 후 최종 입사에정일이 지나도록 입사하지 못하여 현실적으로 노무를 제공하지 않았던 사안에서 법원은 “원고는 늦어도 최종 입사에정일인 1998. 4. 6.부터는 피고회사의 종업원의 지위에 있다 할 것인데, 그 후 피고회사가 원고에 대한 채용내정을 취소한 것은 실질적으로 해고에 해당(대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다25910 판결)”한다고 봄

4) “채용내정 취소통지는, 그 실질내용에 비추어, 해고에 해당한다고 할 것이므로, 위 채용내정 취소에 정당한 이유가 없는 한 피고 회사가 원고들에 대하여 한 위 채용내정 취소는 무효라고 할 것이다.”(서울지법 남부지원 1999. 4. 30. 선고 98가합20043 판결)

채용내정이 해약권을 사용자에게 유보한 특수한 계약관계라는 점을 고려할 때, 채용내정된 근로자 측에 ‘졸업 실패’, ‘건강 악화’, ‘직무수행능력 감퇴’ 등의 사유가 있거나, 사용자측에 기업경영 악화 등으로 인한 경영상 이유로 한 해고 필요 등의 사유가 있는 경우에는 위 사유에 의하여 채용내정을 취소할 수 있음<sup>5)</sup>

### 3. 채용내정취소 관련 판례

#### 3.1 채용내정취소가 정당하다고 본 판례

1) 법원은 사용자가 경영상 이유로 채용내정 근로자들에 대한 채용내정을 취소 하였더라도, 「근로기준법」 제24조의 요건을 구비하여 채용내정을 취소하였다면 정당하다고 판단함. 다만 성실한 협의 요건과 관련하여 근로자 대표에 대한 사전통지 및 협의 의무(근로기준법 제24조제3항)가 적용되지 않는다고 보기도 함

#### 【대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다51476 판결<sup>6)7)</sup>】

“원심은 원고들의 주위적청구인 종업원지위확인청구에 대하여, 판단하기를, 그 거시증거에 의하여, 피고회사가 1997. 8월경 원고들을 포함한 대학졸업자 또는 졸업예정자들로부터 채용신청서류를 제출받은 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 입사교육 계획 일정과 늦어도 1998. 4. 6 까지는 모두 입사일이 지정되어 근무가 시작될 것임이 고지된 사실, 그 후 1997. 11월경부터 IMF 구제금융을 받게 되는 경제위기가 도래하자 피고는 1997. 12 월경부터 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

5) 위와 같은 해약권 유보사유와 그 행사에 있어서도 근로기준법 제23조제1항의 ‘정당한 이유’에 따른 제한을 받고, 다만 ‘정당한 이유’의 유무에 대한 판단에 있어서 통상의 근로관계와 달리 취업활동이 개시되고 있지 않은 시점이라는 점에서 특수성이 고려될 수 있을 뿐임[하경효, ‘채용내정자와 시용근로자의 법적 지위’, 현대법학의 이론(이명구 박사 화갑기념논문집), 1996, 736쪽 참조]

참고로 대법원은 시용근로자와 관련하여 “시용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료 시 본 계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰 판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하고 인정되어야 한다.”라고 판시하고 있음(대법원 1992. 8. 18. 선고 92다15710 판결)

비추어, ① 긴박한 경영상의 필요에 의하여, ② 해고회피를 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 정식 발령일까지 사이에는 사용자에게 근로계약의 해약권이 유보되어 있다고 할 것이어서 원고들에 대하여는 근로기준법 제31조 제3항<sup>8)</sup>이 적용되지 않는다고 보아야 한다고 하여, 결국 피고의 원고들에 대한 정리해고가 정당하다고 판단하고 있다.

기록에 의하여 인정되는 사실관계에 비추어 볼 때 원심의 위 판단은 모두 정당한 것으로 인정되고 거기에 채증법칙과 경험칙에 위배하여 사실을 오인하였거나 정리해고의 유효요건에 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 상고이유의 주장과 같은 심리미진 또는 판단유탈의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 상고이유 또한 이유 없다.”

### 6) 1심(서울지방법원 1999. 6. 18. 선고 98가합67930 판결)

#### 1) 사건 개요

사용자가 입사원서를 제출한 근로자들에 대하여 1997. 11.경 채용내정의 통지를 하면서 1998. 4. 6.부터 근무를 시작하는 것으로 정하였는데, 사용자의 경영상 이유로 위 입사에정일이 지난 후에 다시 입사에정일을 추후통보하기로 정한 뒤, 1998. 6. 11.경 사용자의 경영상 이유로 위 근로자들에 대하여 채용내정 취소 통보를 함

#### 2) 판결내용

“근로계약이란 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급함을 목적으로 체결된 계약으로서 기본적으로 낙성, 불요식의 계약이라고 할 것이다. 그런데 위에서 본 바와 같이 이 사건의 경우처럼 대기업인 피고회사가 대졸졸업예정자들을 상대로 신입사원을 모집함에 있어 원고(근로자)들이 피고(사용자)회사가 신입사원 채용절차로서 정하고 요구하는 서류전형 및 면접절차에 응하는 것은 근로계약의 청약에 해당한다고 보아야 하며, 이에 따라 피고회사가 서류전형과 면접 및 신체검사를 거친 후 1997. 11월경 원고들에게 최종합격통지를 해 줌으로써 승낙의 의사표시가 있었다고 보아야 할 것이며, 이는 동시에 원고들에 대한 피고회사의 채용내정통지라고 보아야 할 것이다.

따라서, 가사 피고회사의 주장과 같이 원고들이 취업하기 위해서는 소정의 근로계약서, 서약서 등의 서류를 작성해야 하는 절차가 남아 있다 하더라도 이는 원고들이 피고회사에 근무하기 시작하면서 제출해야 하는 형식적, 부수적 절차에 지나지 않는다고 볼 것이다. 그렇다면 위에서 인정한 바와 같이, 피고회사가 1997. 11월경 원고들에 대하여 채용내정통지를 함으로써 원고들과 피고회사 사이에는 근로계약관계가 유효하게 성립되었다고 볼 것이고, 다만 대졸신입사원 모집요강(갑1)에서 보는 바와 같이 원고들이 당시 아직 대학을 졸업하지 아니하고 있었으므로 졸업예정일인 1998.2월까지 대학을 졸업하지 못하거나, 그 사이에 피고회사의 취업규칙 등에서 정한 채용결격사유가 발생하는 것 등을 사유로 해약할 수 있는 권한을 피고회사가 유보하고 있고, 소정의 입사교육 후 취업할 시기는 원고들에 대한 개별적인 입사에정일의 통지에 의함을 그 특별한 내용으로 하고 있다고 할 것이다.

따라서, 이 사건에서 원고들은 적어도 그들이 구하는 바에 따라 위에서 본 바와 같이 최종입사에정일인 1998. 4. 6.부터는 일용 피고회사의 종업원의 지위에 있다고 할 것이다. 그러므로 피고회사가 원고들을 현실적으로 취업시켜 원고들이 노무를 제공하였는지 여부와는 상관없이 피고회사가 원고들에 대하여 한 이 사건 채용내정 취소는 실질적으로 해고에 해당한다고 할 것이다.”

### 7) 2심(서울고등법원 2000. 8. 25. 선고 99나41055 판결)

“피고가 채용내정자들에 대하여 근무를 시작하도록 하기로 약속한 기한인 1998. 4. 6.을 경과함으로써 피고와 원고들 사이에는 일용 유효한 근로계약관계가 성립되어 피고에게 임금지급의무가 발생한다고 할 것이나, 사용자인 피고에게도 채용내정시부터 정식발령시까지 사이에 채용내정자 중 직무부적격자를 가려내어 채용내정을 취소할 수 있는 권리 즉, 근로계약에 대한 해약권이 유보되어 있다고 보아야 할 것이다.

근로기준법 제31조 제3항은 근로자를 해고하기 위하여는 60일 전에 이를 통보하고 근로자의 대표자와 협의할 것을



2) 법원은 **경영상 해고**의 경우 합리적이고 공정한 기준에 의한 대상자 선정 요건과 관련하여 **채용내정자는** 현실적인 노무제공이 없다는 점에서 근로관계에의 밀접도가 통상의 근로자에 비하여 떨어지므로 **기존의 근로자에 비해 우선적으로 정리해고 대상자에 속할 수 있다고 봄**

【서울고등법원 2000. 4. 28. 선고 99나41468 판결】

“3) 합리적이고 객관적인 기준에 의한 해고대상자 선정

다음의 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 을 제1호증의 153, 을 제21호증, 을 제30호증의 각 기재와 원심증인 최학송의 증언에 변론의 전취지를 종합하여 이를 인정할 수 있다.

가) 피고회사는 1997.11월경 추천전형에 의하여 원고를 포함하여 총 1,192명에 대하여 최종합격 통지를 하였다가 1998.6.11 및 같은 달 12일 원고 등 거의 전원에 대하여 채용내정취소의 합의를 하였다.

나) 피고회사는 1998.5.18 피고회사 노동조합과 사이에 ‘고용안정에 관한 협약’을 체결하였는데, 그 협약에 의하면 피고회사는 향후 1년간 노동조합과의 합의 없이는 정리해고를 할 수 없게 되었다.

위 인정사실에 의하면, 기존 직원들에 대하여 명예퇴직, 의원사직 유도 등을 통하여 상당한 인원을 감축한 후에도 인원감축의 필요성은 계속되었으나, ‘고용안정에 관한 협약’에 의하여 기존 직원들에 대한 추가적인 정리해고가 불가능하였을 뿐만 아니라, 원고 등은 비록 피고회사와 사이에 근로계약이 성립되어 종업원의 지위를 가지고 있었지만 당시까지 현실적으로 노무를 제공하지 않은 상태로써 근로관계에의 밀접도가 통상의 근로자에 비하여 떨어진다고 할 것이어서 기존의 근로자들에 비하여 우선적인 정리해고 대상에 속할 수 있다고 할 것이므로 피고회사가 위와 같이 원고를 비롯한 채용내정자들을 정리해고 대상자로 선정한 것은 합리적인 이유가 있는 것으로 판단할 수 있다.”

제4장  
채용내정,  
사용근로관계

3) 법원은 채용내정된 근로자들이 채용내정의 취소에 관하여 일체의 법적 청구를 하지 않기로 합의했다 하더라도 입사에정일부터 채용내정이 취소될 때까지의 임금청구권은 해고와 관계없이 당연히 발생하는 권리이므로 위 임금청구권을 포기한 것으로 볼 수는 없다고 봄

【대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다25910 판결】

“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 1999.6.30까지

규정하고 있으나, 근로자의 신분보장을 위한 이러한 규정은 근로계약이 확정된 근로자를 전제로 하는 것으로서 사용자에게 해약권이 유보되어 있는 채용내정자에 대하여는 그 적용이 없다고 할 것이다. 따라서 채용내정을 취소하기 위하여는 정당한 사유가 있어야 함은 당연하나 따로 근로기준법 제31조 제3항의 절차를 거쳐야 하는 것은 아니라고 할 것이므로 이 부분에 관한 원고의 주장은 이유 없다.”

8) 현 근로기준법 제24조제3항

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. 6부터 1년 이상을 대기하여야 하는 점, 만약 그 기간을 기다리더라도 채용되지 않을 경우 향후 취업과 생계에 상당한 타격을 입게 되리라는 점, I 안을 선택한 원고들이 1998. 6. 11경의 채용내정취소에 따라 위로금을 지급받은 점과 비교할 때 형평이 맞지 않는 점 및 위 원고들은 II 안 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 것이 근로기준법의 정신에 부합한다고 보이는 점 등의 사정에 비추어 볼 때, 위 원고들이 한 부제소 합의는 위 원고들이 채용을 기다리기로 한 1999. 6. 30까지 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. 6부터 1999. 6. 30까지 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.”

### 3.2 채용내정취소가 정당하지 않다고 본 판례

법원은 사용자가 경영상 이유로 일방적으로 채용내정을 취소하면서 해고회피노력 및 객관적 합리성과 사회적 상당성을 결여하였다면 부당해고로서 무효로 봄

아울러 예정된 취업시기부터 근로자들을 해고시킬 때까지의 임금지급청구<sup>9)</sup>는 인용하였으나, 해고가 불법행위에 해당하지 않는다고 보아 손해배상청구는 기각함

9) 이 경우, 예정된 취업개시일부터 채용내정취소(해고)일까지의 임금은 해고와 무관하게 사용자가 부담하는 책임이고, 채용내정취소(해고)일 이후의 임금은 채용내정취소가 부당해고이기 때문에 사용자가 부담하는 임금임(하경효, '채용내정자의 법적 지위와 해고 문제', 경영계 254호, 1999, 58쪽 참조)

【서울지방법원 서울남부지원 1999. 4. 30. 선고 98가합20043 판결<sup>10)11)</sup>】

“가. 채용내정의 법적 성격

...(중략)...

(2) 판 단

위 인정 사실에 의하면, 피고 회사가 1997. 11.말경 원고들에 대하여 최종합격 통지를 하고 같은 해 12.경 서약서 등 입사관계 서류 제출을 요구하여 교부받음으로써 원고들과 피고 회사 사이에는 원고들이 1998. 2. ○○대학을 졸업하지 못할 것 등을 해약사유로 유보하고, 취업할 시기(始期)를 1998. 3. 1.로 하는 내용의 근로계약이 성립되었다고 할 것이고, 따라서 피고 회사가 1998. 8. 18. 원고들에 대하여 한 채용내정 취소통지는, 그 실질내용에 비추어, 해고에 해당한다고 할 것이므로, 위 채용내정 취소에 정당한 이유가 없는 한 피고 회사가 원고들에 대하여 한 위 채용내정 취소는 무효라고 할 것이다.

나. 피고 회사와 정리해고 주장에 대한 판단

피고 회사는, 1997년 말경 국내에 외환보유고 부족·환율 급등 등으로 인한 이른바 환란(換亂)으로 국가가 국제통화기금(imf)으로부터 구제금융을 받게 되는 등 국내 기업환경이 크게 악화되어 신규투자의 보류, 건축수요의 감소 등 시멘트 수요의 대폭 감소로 인한 경영위기를 타개하기 위하여 회사조직을 정비하고 불필요한 인원을 감축하기 위한 조치로서 채용 내정한 원고들을 정리해고의 일환으로 채용 내정을 취소하게 된 것이므로, 그 조치는 일종의 정리해고에 해당하여 유효하다는 취지의 주장을 한다.

제4장  
채용내정,  
시용근로관계

10) 동 사건은 피고 항소심(서울고등법원 99나27790 사건) 진행 중 조정이 성립되어 종결됨

11) “1. 기초 사실

...(중략)...

가. 피고는 시멘트의 생산 및 판매 등을 주업종으로 하는 회사이고, 원고들은 1998. 2.경 대학교를 졸업한 자들이다.

나. 피고는 1997 4.경 각 대학에 1998. 2. 졸업예정자를 대상으로 1998. 1. 1. 또는 같은 해 3. 1.부터 피고 회사에 입사하여 근무할 산학장학생을 추천하도록 의뢰하였고, 원고들은 이에 응하여 1997 4. 10.경부터 같은 달 18. 경까지 사이에 피고 회사에 소정의 원서를 접수하여 같은 해 5. 2.경 피고 회사로부터 서류전형합격 통보를 받았고, 같은 달 8.경 면접을 보아 같은 달 15.경 면접합격 통보를 받았다.

다. 원고들은 1997. 5. 20.경 피고 회사가 주관하여 시행하는 채용신체검사를 받아 같은 달 말경 그 합격통보를 받았으며(원고들과 같은 산학장학생으로 합격된 사람은 원고들을 포함하여 12명이고, 인턴사원 채용자 4명, 공채 예정자 20명 등 36명이 최종합격 통보를 받았다), 같은 달 31.경(원고 김△△는 같은 달 30.경) 피고 ○○대학 재학 중(1997. 3.부터 같은 해 12.까지) 피고 회사로부터 일정한 장학금(등록금 2학기분과 매월 25만 원)을 받는 ○○대학 졸업을 조건으로 위 수혜기간의 2배의 기간 동안 피고 회사에서 근무하고 수혜기간 중에도 피고 회사의 지시와 교육기관의 규율을 엄수하며, 항상 긴밀한 연락관계를 유지하고 여름방학 기간 중에는 피고 회사에서 현장 실습을 할 것 등을 서약하는 내용의 서약서와 재정보증서, 재정보증인의 인감증명서 등을 제출하였다.

라. 원고들은 그 후 피고 회사로부터 장학금을 지급받았고, 피고 회사가 실시하는 연수(1997. 7. 8.부터 같은 달 13.까지 및 같은 해 10. 31.경 실시), 수련회 등에 참가하였으며, 1997. 11. 30.경 재차 신체검사를 받고 그 무렵 최종합격 통지를 받은 다음, 같은 해 12. 5.경(원고 김△△는 같은 달 10.경) 원고들이 1998. 1. 1.자로 피고 회사에 채용됨에 있어 피고 회사의 제규정을 준수하고 상사의 업무상 지시에 순종할 것 등을 서약하는 내용의 서약서 및 신원보증서 등 입사관계 서류 일체를 제출하였다.

마. 그런데 피고 회사는 1997. 12. 17.경 원고들을 비롯한 채용내정자들을 소집하여 채용일자를 1998. 1. 1.에서 같은 해 3. 1.로 연기하였고, 1998. 2. 18.경 채용내정자들을 2차로 소집하여(그 내용은 같은 달 12.경 서면으로 통보) 채용내정자들을 같은 해 3. 1.부터 신입 사원으로 근무하게 하려 하였으나 피고 회사의 사업구조조정과 조직개편에 따른 조직의 정비 등으로 부득이 채용을 다시 연기하게 되었는데 1998년 상반기 중에 채용내정자 전원을 채용하고 상반기 중 전원 채용이 안되는 경우 1998년 말까지는 반드시 채용하겠다고며 입사 시기를 연기 하였다가, 1998. 8. 18.경 원고들을 재차 소집하여(같은 달 12.경 서면으로 먼저 통보) 채용내정 취소를 통지 하였다(피고 회사는 채용내정자 36명 중 6명을 1998. 3. 4월경에 채용하였다).”

살피건대, 기업이 경영상의 필요에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 정리해고가 정당하다고 하려면 그것이 긴박한 경영상의 필요에 의한 것인지 여부, 사용자가 해고회피를 위하여 상당한 노력을 하였는지 여부, 객관적이고 합리적인 기준에 의하여 해고 대상자를 선정하였는지 여부, 그밖에 근로자와의 성실한 협의 등을 거쳤는지 여부 등 제반사정을 전체적, 종합적으로 고려하여 당해 해고가 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 인정될 수 있어야 하는바, 피고 회사에게 그 주장과 같이 원고들에 대한 채용 내정을 취소해야만 할 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 하더라도, 피고 회사가 원고들에 대한 채용 내정을 취소하기 전에 그를 회피하기 위한 노력을 하였고 피고 회사의 원고들에 대한 위 채용 내정취소가 객관적 합리성과 사회적 상당성이 있는가에 관하여 살피건대, 을 제14, 15, 16, 17호증의 각 기재와 증인 임습주의 증언만으로는 이를 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정될 만한 증거가 없으므로 피고 회사의 위 주장은 이유 없다.

#### 다. 소결론

따라서 피고 회사가 원고들을 채용 내정한 것으로 그들간에 근로계약이 성립하였고, 피고 회사가 원고들에 대하여 1998. 8. 18.자로 한 채용내정 취소는 성질상 해고에 해당하며 또한 정당한 이유 없이 행한 것으로 무효라고 할 것이고, 한편 피고 회사가 위와 같이 위 채용내정 취소가 유효하다고 다투는 이상 그 확인을 구할 이익도 있다 할 것이다.”

## 제2절 시용근로관계

### 1. 시용의 법률관계

#### 1.1 시용의 개념

‘시용’이란 정식채용(본채용) 전에 일정기간 동안 정식근로자로서의 적격성 유무 및 본채용 가부를 판정하기 위한 시험적 사용을 의미함

반면 ‘수습기간’은 정식채용 이후 근로자의 직업능력에 대한 양성·교육을 목적으로 설정된 기간을 의미하며, 이미 정식채용이 되었고, 본채용 여부를 결정하는 적정성 평가가 별도로 예정되어 있지 않다는 점에서 시용과 구별됨<sup>1)</sup>

한편, ‘채용내정’이란 본채용(정식채용) 상당기간 전에 채용할 자를 미리 결정하여 두는 것을 의미하며, 입사일까지 현실적인 근로제공이 행해지지 않는다는 점에서 시용과 구별됨

〈표 4-1〉 시용·수습·채용내정의 구분

구분	시용	수습	채용내정
근로계약의 성립 여부	○	○	○ <sup>2)</sup>
정식채용 여부	×	○	×
정식채용 여부에 대한 적정성 평가	○	×	일정한 채용내정 취소 사유가 존재
해고의 정당성 판단	통상의 해고보다 넓게 인정	통상의 해고와 동일한 기준 적용	통상의 해고보다 넓게 인정

주) 다수설 및 판례에 따른 구분임

시용과 수습은 개념적으로는 구분되지만, 기업의 인사규정 및 일부 판례 등에서 수습과 시용을 구별하지 않고 혼용하여 사용하는 경우가 있음

#### 【 혼용사례 : 취업규칙에서의 혼용사례 】

##### 제8조 (수습기간)

① 학교 직원으로서 적성과 자질을 갖추기 위하여 일정 기간의 수습을 거쳐 정규 채용하며

1) 수습기간 중에 있는 근로자에게도 근로기준법 적용되나, 수습 사용 중인 근로자(수습 사용한 날부터 3개월 이내인 자)의 경우는 해고예고(근로기준법 제35조)가 적용 되지 않고, 수습기간은 평균임금 산정기간에서 제외(동법 시행령 제2조) 되며, 수습(시용)기간에 대해서는 최저임금의 10/100 감액 지급이 가능(최저임금법 시행령 제3조, 다만, 1년 미만의 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자는 제외)함

2) 채용내정시(합격통지서 등) 근로계약 성립된다고 볼 수 있으나 단 해약권이 유보되었다고 봄

수습기간을 3개월 이내로 한다.

② 수습기간 종료와 동시에 계속 근무가 부적당하다고 인정되는 자는 정규채용하지 않는다.

\* 위 경우, 적정성 평가를 통해 정기채용 여부 결정을 예정하고 있으므로 ‘수습’은 ‘시용’의 의미임

다만, 법원은 필요한 경우에 양자를 명확히 구분하고 있음

【서울고등법원 2012. 11. 2. 선고 2011누38980 판결<sup>3)</sup>】

“구 취업규칙 제8조 제1항에 의하면 공개채용에 의하여 신규채용된 사원은 원칙적으로 3개월 간의 수습기간을 두도록 되어 있다. 또한 구 취업규칙 제8조 제2항은 ‘수습기간 중 또는 수습기간 만료시에 기능, 근무태도, 적성, 건강상태, 대인관계 등을 종합판단하여 사원으로서 계속 근무가 부적당하다고 인정되는 자에 대하여 회사는 정식채용을 거부할 수 있다’라고 하여 수습기간은 정식채용 후 업무수습을 위한 기간이라는 의미라기보다는 정식채용 전에 정식채용 여부를 결정하기 위한 시용기간의 의미인 것으로 판단된다.”

## 1.2 시용의 법적 성질

시용계약의 법적 성질과 관련해서는 정지조건설, 해제조건설, 해지권유보설 등이 있으나, 판례와 통설은 근로자의 업무부적격성을 이유로 사용자가 시용관계 해지 권리를 유보하고 있는 **해약권유보부 근로계약**이라고 보고 있음

【대법원 1992. 8. 18. 선고 92다15710 판결】

“피고가 원고들을 포함한 신입사원을 채용하는 과정에 있어서 일단 수습사원으로 발령한 후 일정한 연수기간을 거치도록 하고 그 연수기간중의 평가에 의하여 합격기준 이상의 점수를 얻은 경우에만 신입사원으로 채용하는 방식을 채택하고 있는 경우 원고들과 같이 연수기간중에 있는 자의 지위는 이른바 “사용기간 중의 근로관계”에 해당하고 위와 같은 “사용기간 중의 근로관계”는 수습사원으로 발령한 후 일정기간동안 당해 근로자가 앞으로 담당하게 될 업무를 수행할 수 있는가에 관하여 그 인품 및 능력 등을 평가하여 정식사원으로서의 본 채용여부를 결정하는 것이므로 일종의 해약권유보부 근로계약으로서 시용기간 중의 채용거부는 유보해약권의 행사라 할 것인데…(중략)…

기록에 의하여 살펴보면 …(중략)…시용기간중의 근로관계 및 그 평가기준, 해고의 재량권에 관한 법리오해, 판단유탈 등의 위법이 있다고 할 수 없으므로 논지는 모두 이유 없다.”

3) 1심 판결(서울행정법원 2011. 10. 14. 선고 2011구합17714 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 14.자 2012두26548 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

따라서 본채용을 거절하지 않은 채 사용기간이 경과하면 해약권의 유보가 없는 통상 근로관계로 전환됨

사용중의 부당해고와 같이 사용자의 귀책사유로 사용기간이 중단된 채 사용기간이 경과한 경우, 유보된 해약권은 소멸하고 정식 근로관계로 전환된 것으로 봄<sup>4)</sup>

해약권유보부 근로계약으로 볼 경우라도 근로계약이 성립된 이상 사용기간 도중이나 종료 후에 본채용의 거부는 해고에 해당함

【서울고등법원 2009. 4. 15. 2008누29610 판결<sup>5)</sup>】

“가) 사용자가 정식채용을 전제로 하여 근로자를 채용함에 있어 수습기간 등 사용기간을 설정하는 것은 확정적인 근로관계를 맺기에 앞서 당해 근로자의 직업적 능력이나 업무적격성의 유무 등을 판단하기 위하여 확정적인 근로계약의 체결 여부를 어느 정도 유보하는 것이기는 하나, 이와 같은 경우에도 어디까지나 정식으로 채용된 경우와 마찬가지로 근로계약관계는 성립한 것이므로, 그 사용기간 중이나 기간 경과 후에 정식채용을 거절하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서 해고에 해당한다. 다만 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격을 관찰·판단하려는 사용제도의 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).”

제4장  
채용내정,  
사용근로관계

### 1.3 사용근로관계 인정을 위한 판단요소<sup>6)</sup>

#### 가. 단체협약, 취업규칙, 근로계약상의 근거

사용기간은 사용자가 임의로 정할 수 있는 것이 아니며 **단체협약이나 취업규칙 또는 근로계약에 근거가 있어야 함**

취업규칙에 모든 신규근로자에 대해 필수적으로 사용기간을 두도록 규정되어 있는 경우 근로계약을 구두로 체결하고 사용목적은 밝히지 않았더라도 사용근로관계를 인정한 하급심 판례가 있음<sup>7)</sup>

4) 대법원 판례도 사용근로자에 대한 부당해고 후 복직 합의서의 의미를 해석함에 있어 “해고가 위법한 이상 적법한 해약권이 행사되지 못하고 사용기간이 경과한 데에는 피고 회사에게 그 귀책사유가 있고, 원고가 사용근로를 계속 하여야만 할 특별한 사정도 없어 보이는 점, 이 사건 해고가 없었다면 원고는 별다른 사정이 없는 한 정식근로자로 채용되었을 것으로 보이는 점” 등을 근거로 사용근로자의 지위가 아닌 정식근로자의 지위로 복직하는 것이라고 판시한 바 있음(대법원 2005. 7. 15. 선고 2003다50580 판결 참조)

5) 1심 판결(서울행정법원 2008. 9. 26. 선고 2008구합15701 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 7. 23.자 2009두6520 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

6) 하경효, ‘채용내정자와 사용근로자의 법적 지위’, 현대법학의 이론(이명구 박사 화갑기념논문집), 1996, 728-729쪽

7) 반면, 취업규칙 및 운영규정에 필수적으로 사용기간을 두도록 규정되어 있고, 근로계약서에 사용기간에 관한 내용이 없는 경우 사용근로관계를 부정한 판례로는 ‘서울고등법원 2015. 11. 19. 선고 2015누51776 판결’이 있음

【서울고등법원 2009. 4. 15. 2008누29610 판결<sup>8)</sup>】

“가) 원고의 주장

...(중략)...

1) 참가인 회사는 2007. 6. 9. 원고와 사이에 구두로 근로계약을 체결하면서 원고에게 “조경관리 직으로서 아침·저녁·출·퇴근 근무를 하며 월 급여 1,360,000원을 지급받는다”고만 말하였을 뿐, “3개월간의 수습기간을 거쳐야 한다”고는 말한 바 없고, 또한 취업규칙을 제시한 바도 없으므로, 원고는 참가인 회사의 수습 근로자에 해당하지 않는다. 그런데, 참가인 회사는 원고가 수습 근로자임을 전제로 원고에 대하여 이 사건 해고를 하였다.

...(중략)...

다. 판단

1) 원고가 참가인 회사의 수습근로자인지 여부

...(중략)...

① 참가인 회사의 취업규칙 제13조 제1항은 참가인 회사가 경력을 인정하거나 특별 채용하는 등의 사정이 없는 한 신규 채용 근로자에 대하여 수습기간 3개월을 필수적으로 적용하도록 규정하고 있는데, 참가인 회사에 입사하기 전에 약 3개월 동안 아무런 자격증 없이 ○○병원에서 조경관리사로 근무한 경력밖에 없는 원고에 대하여 참가인 회사가 그 경력을 인정하여 특별 채용하였다고 보기는 어려운 점, ② 참가인 회사의 취업규칙 제69조는 상여금을 연간 12회로 분할하여 매월에 지급함을 원칙으로 하되, 수습기간 중에는 상여금을 지급하지 않는 것으로 규정하고 있는데, 참가인 회사는 원고에게 2007년 7월분 임금을 지급하면서 상여금을 지급하지 않은 점, ③ 참가인 회사는 원고에게 3개월 미만 근로자에 해당한다는 이유로 2007년 하계 휴가비를 지급하지 않은 점 등을 종합하여 보면, 원고는 참가인 회사와 사이에 수습기간을 3개월로 정하여 근로계약을 체결한 수습 근로자라고 봄이 상당하다.”

## 나. 취업규칙에 시용기간 적용이 선택사항으로 규정된 경우

취업규칙에 시용기간 적용이 선택사항으로 규정되어 있는 경우 근로계약서에 시용기간 적용이 명시되지 않았다면 정식직원으로 채용된 것으로 보아야 함<sup>9)</sup>

## 【대법원 1991. 11. 26. 선고 90다4914 판결】

“피고회사의 취업규칙이 유효함을 전제로 하여 피고회사의 취업규칙 중 이른바 시용기간의 적용에 관한 규정은 근로자에 대한 시용기간의 적용을 선택적 사항으로 규정하고 있으므로 근로자를 신규채용하는 경우에는 그 근로자에 대하여 시용기간을 적용할 것인가의 여부를 근로계약에 명시하여야 하는데 원고와의 근로계약에는 시용기간이 적용된다고 명시되지 않았으며 원심이 믿지 아니하는 제1심 및 원심증인 최○○의 증언 외에는 원고에게 시용기간이 적용된다는

8) 1심 판결(서울행정법원 2008. 9. 26. 선고 2008구합15701 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 7. 23.자 2009두6520 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

9) 대법원 1991. 11. 26. 선고 90다4914 판결, 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다30473 판결



취지를 명시하였음을 인정할 수 있는 증거가 없다고 인정한 다음 거시 증거에 의하여 원고는 시용근로자가 아닌 정식직원으로 채용되었다고 인정하였는바, 기록에 비추어 보면 원심의 위 사실 인정은 옳고 거기에 소론이 주장하는 채증법칙 위반으로 인한 사실오인의 위법이나 취업규칙의 법률적 성격과 근로조건의 주지의무에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.”

그러나 시용기간 등이 반드시 근로계약서에 구체화된 문언으로 명시될 필요는 없고, 시용기간 및 본채용에 대한 적정성 평가를 예정하는 내용의 시용입사원 또는 서약서 등을 제출한 경우에도 시용에 대한 합의가 있었다고 볼 수 있음

제4장  
채용내정,  
시용근로관계

【서울고등법원 2006. 12. 15. 2006누13543 판결<sup>10)</sup>】

“나. 원고는 또 참가인 회사가 신규채용자의 시용기간을 6개월로 정한 취업규칙을 근로자들에게 주지시킨 일이 없으므로 위 취업규칙은 무효라고 주장하나, 을 제1, 2, 3호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 참가인 회사는 원고를 비롯한 운전기사를 신규로 채용하면서 시용기간 등에 관한 취업규칙을 주지시킴과 아울러 운전기사들로부터 시용기간이 6개월임을 인지하고, 시용기간 내의 근무태도 등이 근로자로서 적합하지 못하다고 판단될 경우 시용 해제됨을 충분히 인지하며, 취업규칙을 준수할 것을 서약한다는 내용의 시용입사원을 개별적으로 제출받은 사실을 인정할 수 있으므로 원고의 위 주장 역시 이유 없다.”

즉, 취업규칙에 시용기간이 명시되어 있거나, 근로계약 체결 시 시용기간에 대한 내용이 통지되는 등 근로자가 인식할 수 있어야 비로소 시용근로관계라고 인정 가능함

다. 근로자의 직무능력 등의 평가에 관한 필요성

시용근로관계가 인정되기 위해서는 근로자의 직무능력·업무적격성에 대한 평가의 필요성이 객관적으로 인정되는 직종 또는 업무여야 한다는 견해가 있음<sup>11)</sup>

한편 시용기간에 대한 명시적인 약정이 없는 경우에도 이러한 업무적 특성은 묵시적 약정 등이 있었는지를 판단 할 수 있는 정황 판단요소가 될 수 있을 것임

【서울행정법원 2007. 3. 8. 선고 2006구합2466 판결<sup>12)</sup>】

“원고의 취업규칙이 위 근로계약 체결 당시 존재하고 있었는지 여부가 불분명할 뿐만 아니라,

10) 1심 판결(서울행정법원 2006. 5. 9. 선고 2005구합42061 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 3. 29. 자 2007두2234 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

11) 단순한 육체적 작업만을 하는 근로자의 경우에는 취업규칙 등에 시용기간이 설정되어 있더라도 사용자가 근로자의 업무수행의 능력 및 인품의 구비 여부를 사전 평가할 필요가 없기 때문에 시용기간의 설정이 불합리한 경우로 인정되어 시용기간의 근로관계가 아닌 정식근로관계로 보아야 한다는 견해가 있음(김지형, 「근로기준법 해설」, 청림출판, 2001, 1114쪽)

참가인의 원고 회사 내에서의 지위와 행한 업무 등에 비추어 참가인을 수습기간을 두어 채용하였다는 것도 이례적으로 보이는 점에 비추어 참가인에게 수습기간이 있었다고 인정할 수 없고…”

## 1.4 시용근로관계에 관한 판례 경향

판례는 시용근로자에 대한 본채용 거부는 통상의 해고보다 광범위하게 인정된다고 보고 있어 일반적으로 사용자와 근로자는 해고의 정당성에 대한 다툼 이전에 시용근로관계의 존부에 대해 다투는 경우가 많음

따라서 시용 관련 판례들은 ‘시용근로자인지 정식근로자인지’가 주된 쟁점이며, ‘시용근로자인지 여부’와 관련하여서는 취업규칙과 근로계약서에 시용기간 적용 규정이 있는지가 주요한 판단 요소임

〈표 4-2〉 시용근로관계 인정에 관한 판례

시용근로관계 인정 판례	시용근로관계 부정 판례
① 근로계약서에 시용 관련 내용은 없으나, <b>입사 당시 작성된 서약서</b> 등에 시용의 취지가 기재되어 있고 <b>취업규칙</b> 에 신규사원에 대해 3개월의 시용기간을 두도록 규정하고 있는 경우 <sup>13)</sup> ② 근로계약체결 시 근로자에게 시용기간에 대해 언급한 바 없으나, <b>취업규칙에 신규채용근로자에 대해 필수적으로 3개월의 시용기간을 두도록 규정</b> 되어 있고, 취업규칙에 따라 시용 근로자에게 상여금 등을 지급하지 않은 경우 <sup>14)</sup> ③ 채용 당시 ‘ <b>일반직 수습직원 근로계약서</b> ’를 작성하였고 근로계약서에 정해진 기간이 수습근무기간으로 기재된 경우 <sup>15)</sup> ④ 신규채용 시 시용기간을 두고 시용기간 종료 시 본채용을 거부할 수 있으며 취업규칙의 준수를 서약한다는 내용의 <b>시용입사원</b> 을 개별적으로 제출한 경우 <sup>16)</sup> ⑤ 근로계약 전에 시용기간이 부동문자로 기재되어 있는 계약서 양식을 송부하였고, 이에 근로자가 자필로 기재, 서명하였으며 시용기간에 관한 조항의 존재를 인식한 경우 <sup>17)</sup>	① 취업규칙에 시용의 적용이 <b>선택적으로 규정</b> 되어 있고 근로계약체결 당시 시용의 적용에 대한 언급이 없었던 경우 <sup>18)</sup> ② 근로자의 지위(영업이사)와 업무(마케팅 기획 업무)에 비추어 시용기간을 정함이 이례적이고, 근로계약서에 시용과 관련한 <b>규정이 없음</b> 이며 시용을 규정한 취업규칙이 근로계약체결 당시 존재했는지 여부가 불분명한 경우 <sup>19)</sup> (주식회사 H데이 사건) ③ 시용기간을 적용한다는 취지의 근로계약서 등이 작성되지 않았고 <b>경력직인 마케팅 팀장으로 채용</b> 되어 이사로 대우를 받고 있는 경우 <sup>20)21)</sup> ④ 입사서류를 제출한 근로자가 1개월간 버스노선 숙지를 위한 견습기간을 거쳤으나, 견습과정 동안 사용자의 지휘·감독이 없었고 회사로부터 임금을 받은 사실이 없으며 견습기간 종료 후 비로소 근로계약서를 작성한 경우 <sup>22)</sup> ⑤ 취업규칙에서 시용기간은 3개월을 초과할 수 없고 기간 경과시 별다른 약정 없이 채용되는 것으로 규정되어 있는데, 근로계약기간을 1년으로 하고 만료시 자동퇴직 처리되며 재계약할 수 있다고 약정한 경우 <sup>23)</sup>

12) 동 사건은 항소심 진행 중 소취하로 종결됨

13) 서울고등법원 2008. 5. 9. 선고 2007누30057 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 23. 선고 2006구합45968 판결)을 인용함]

그 밖에도 ‘**해고절차 규정을 거쳤는지**(이 경우 시용근로관계로 판단되면 해고절차의 위법은 거의 문제되지 않음), ‘**해고의 정당한 이유가 있는지**’가 쟁점임

대법원은 시용근로자에 대한 해고 또는 본채용 거부 사유와 관련하여 “시용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료 시 본 계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰 판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하고 인정되어야 한다.”라고 판시<sup>24)</sup>하고 있는바, 이 경우 **시용근로자의 능력과 자질에 관한 객관적 평가 자료가 있는지에 관한 사실 확인이 판결의 결과에 영향을 줌**

제4장  
채용내정,  
시용근로관계

## 2. 시용기간

### 2.1 시용기간의 제한

**시용기간은 근로자의 적격성 판단에 필요한 최소한의 기간으로 한정되어야 함**

「근로기준법 시행령」 제16조는 해고예고의 적용 제외 대상이 되는 수습근로자를 ‘수습 사용한 날부터 3개월 이내인 자’로 규정하고 있고, 이에 따라 통상적으로 인사규정에 시용(수습)기간을 3개월로 규정하고 있는 경우가 많으나, 6월의 시용기간이 정당하다고 본 판례도 있음

그러나 부당하게 장기간의 시용기간이 설정된 경우 초과기간에 관한 한 시용으로서의 효력이 없으나 기간의 적정성은 사안별로 판단해야 할 것임

- 14) 서울고등법원 2009. 4. 15. 선고 2008누29610 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 9. 26. 선고 2008구합15701 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 7. 23. 자 2009두6520 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]
- 15) 서울행정법원 2008. 5. 23. 선고 2007구합34125 판결(항소심 진행 중 소취하로 종결됨)
- 16) 서울고등법원 2006. 12. 15. 선고 2006누13543 판결[1심 판결(서울행정법원 2006. 5. 9. 선고 2005구합42061 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 3. 29. 자 2007두2234 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]
- 17) 서울고등법원 2015. 1. 14. 선고 2014누52475 판결[1심 판결(서울행정법원 2014. 5. 15. 선고 2013구합22369 판결)을 인용함]
- 18) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다30473 판결
- 19) 서울행정법원 2007. 3. 8. 선고 2006구합2466 판결(항소심 진행 중 소취하로 종결됨)
- 20) 서울고등법원 2007. 1. 30. 선고 2006누11455 판결[1심 판결(서울행정법원 2006. 4. 14. 선고 2005구합11869 판결)을 인용함]
- 21) 유사 판례로 서울고등법원 2012. 6. 21. 선고 2012누2896 판결 참조
- 22) 서울고등법원 2007. 6. 19. 선고 2006누18586 판결[동 사건은 대법원(대법원 2007. 9. 21. 자 2007두14411 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]
- 23) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두28193 판결
- 24) 대법원 1992. 8. 18. 선고 92다15710 판결, 대법원 1994. 1. 11. 선고 92다44695 판결 등

1차 수습기간(3월)이 종료된 이후 사용자가 다시 3개월의 수습기간을 두는 것은 부당하다는 판결<sup>25)</sup>이 있는가 하면, 사회통념상 상당한 이유가 있는 경우에는 비교적 장기(6월, 1년)의 사용기간약정이 가능하다는 판결<sup>26)</sup>도 있음

## 2.2 사용기간의 연장 또는 갱신

사용기간의 연장 또는 갱신은 원칙적으로 허용될 수 없으나, 채용 당시에는 예견할 수 없었던 질병 또는 휴업 등의 사유에 의하여 근로자의 적격성을 평가할 수 없었던 경우에는 근로자의 동의 또는 근로자에게 통보한 후 사용기간을 연장할 수 있음

### 【서울행정법원 2006. 9. 26. 선고 2006구합20655 판결<sup>27)</sup>】

“참가인이 2005. 3. 12. 원고 회사와 작성한 근로계약서에는 위 참가인의 당초 사용기간은 2005. 3. 12.부터 같은 해 6. 11.까지로 되어 있다가, 2005. 6. 12.부터 같은 해 9. 11.까지로 연장된 것으로 기재되어 있고, 원고 회사 취업규칙 제15조 제4호, 단체협약 제16조 제2호에 의하면 원고 회사는 최초 사용기간이 만료한 경우 일정한 사정에 따라 사용기간을 3개월 연장할 수 있다고 규정하고 있기는 하지만, 사용기간의 연장은 근로자의 법적 지위에 중대한 영향을 미치고, 근로 계약의 중요한 일부를 이루는 사항이므로 최소한 사용기간 연장은 그에 대하여 근로자가 동의 하거나 근로자에게 통보되어야 그 효력이 있다고 할 것인데, 위 참가인의 근로계약서에 기재된 사용기간 연장 부분은 원고 회사 부장 김○○이 일방적으로 기재한 것으로서 원고 회사가 그러한 사실을 위 참가인에게 통보한 사실이 없는 이상, 위 사용기간의 연장은 위 참가인에 대하여는 효력이 없다고 할 것이다. 따라서, 이 사건 본채용 거부일인 2005. 7. 30.에 참가인 이○○은 사용 기간 중의 근로자라고 할 수 없다.”

## 3. 사용근로자에 대한 본채용 거부 또는 사용기간 중 해고의 정당성 판단

### 3.1 본채용 거부 또는 사용기간 중 해고의 정당성 판단기준

#### 가. 정당한 이유의 존재

사용기간 중의 해고 또는 사용기간의 종료 시 본채용 거부는 해고에 해당하므로 해고 또는 본채용을 거부하기 위해서는 근로기준법 제23조제1항의 **정당한 이유가 존재**해야 함

25) 서울행정법원 2007. 3. 8. 선고 2006구합2466 판결(항소심 진행 중 소취하됨)

26) 대전고등법원 2015누10795 판결[1심 판결(대전지방법원 2015. 2. 5. 선고 2014구합100626 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 12. 24.자 2015두52678 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울고등 법원 2006. 12. 15. 선고 2006누13543 판결[1심 판결(서울행정법원 2006. 5. 9. 선고 2005구합42061 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 3. 29. 자 2007두2234 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

27) 동 사건은 서울고등법원(서울고등법원 2007. 6. 1. 선고 2006누25980 판결)에서 확정됨

다만, 시용 자체가 당해 근로자의 자질·성격·능력 등 그 일에 대한 적격성 여부를 결정하는 단계이므로 **통상의 해고보다 광범위하게 인정할 수 있음**<sup>28)</sup>

【대법원 1992. 8. 18. 선고 92다15710 판결】

“사용기간 중의 근로관계”는 수습사원으로 발령한 후 일정기간동안 당해 근로자가 앞으로 담당하게 될 업무를 수행할 수 있는가에 관하여 그 인품 및 능력등을 평가하여 정식사원으로서의 본 채용여부를 결정하는 것이므로 일종의 해약권유보부 근로계약으로서 사용기간 중의 채용거부는 유보해약권의 행사라 할 것인데 위와 같은 해약권의 행사는, “시용”이라는 것 자체가 당해 근로자의 자질, 성격, 능력 등 그 일에 대한 적격성 여부를 결정하는 단계이므로 통상의 해고보다는 광범위하게 인정될 수 있는 것이지만 그 적격성여부의 결정은 사용기간중에 있어서의 근무태도, 능력 등의 관찰에 의한 앞으로 맡게 될 임무에의 적격성 판단에 기초하여 행해져야 하고 그 평가가 객관적으로 공정성을 유지하여야 하며 위 해약권의 행사는 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 할 것이라고 한 다음, …(중략)…원고들의 청구를 배척하였다.

기록에 의하여 살펴보면 …(중략)…사용기간중의 근로관계 및 그 평가기준, 해고의 재량권에 관한 법리오해, 판단유탈 등의 위법이 있다고 할 수 없으므로 논지는 모두 이유 없다.”

제4장  
채용내정,  
시용근로관계

다만, 근로자의 능력과 업무 적격성 평가를 위한 본래의 시용과 시용 목적 없이 이름만 사용기간인 명목상의 시용<sup>29)</sup>을 구분하여 전자의 경우에만 해고제한의 법리의 완화되어야 한다는 논의가 있음

즉 이러한 논의에 따를 때에는 사용기간을 설정한 것이 명목에 불과한 경우 ‘정당한 이유’ 심사에서 본채용된 근로자에 준하는 엄격한 정당성을 요구한다고 봄이 타당함

#### 나. 해고 절차의 준수

사용기간의 종료 시 본채용 거부는 해고이므로 당연히 근로기준법 제27조의 **해고서면 통지 의무도 준수해야 함**

일반적으로 **징계해고가 아니라 시용근로자에 대한 해고로서 근로자를 해고하는 경우 징계해고에 필요한 절차를 거칠 필요는 없음**

28) 확정적인 근로관계를 맺기에 앞서서 정식채용을 전제로 하여 당해 근로자의 직업적 능력이나 업무적격성을 판단하기 위하여 사용기간을 두는 시용제도의 취지에 비추어 볼 때 사용기간 중의 해고 및 정식채용 거부는 통상의 근로자에 대한 해고와 동일한 기준에 따라야 한다고 볼 수는 없고, 직업적 능력이나 업무적격성에 대한 부정적 평가로 인하여 정식채용을 거부할 합리적인 이유가 있을 때에는 그 해고 및 정식채용거부가 가능하다고 할 것임 (대법원 1994. 1. 11. 선고 92다44695 판결, 대법원 1999. 2. 23. 선고 98두5965 판결 등)

29) 취업시켜 보지 않고도 근로자의 직업적 능력, 적격성 유무의 판단이 가능하거나, 취업시켜 보아도 이러한 판단이 불가능한 경우에는 시용제도의 설정은 무의미하고 이러한 시용제도의 설정은 해고제한의 법리를 회피하기 위한 것이므로 일반 해고의 법리가 적용되어야 함(박인호, ‘사용기간과 근로자의 해고’, 대법원 판례해설 제8호, 법원도서관(1988), 204쪽)

법원은 시용기간 종료 시 본채용 거부는 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서 일반적인 징계해고와는 그 성질을 달리하므로 시용근로자의 채용을 거절하면서 징계해고에 필요한 절차를 거치지 않았다고 하더라도 위법한 것으로 보지 않음

【서울고등법원 2006. 2. 14. 선고 2004누23638 판결<sup>30)</sup>】

“시용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료시 본계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사(대법원 2003. 7. 22. 선고 2003다5955 판결 등 참조)로서 일반적인 징계해고와는 그 성질을 달리하므로 원고가 참가인에 대한 채용거절을 하면서 그와 같은 절차를 거치지 않았다고 하여 이를 위법한 것으로 볼 수 없다.”

【서울고등법원 2005. 4. 22. 선고 2004누9007 판결<sup>31)</sup>】

“또한, 위 감 6(=을 1)에 의하면, 참가인회사 취업규칙 제10조(상법규정)의 나.(징계행위)항에는 ‘참가인회사는 13가지 사유가 발생한 때에는 언제든지 근로자를 징계할 수 있다’라고, 대(징계의 종류)항에는 ‘징계의 경중도에 따라 서면경고, 감봉, 정직, 강등, 해고(적법한 법 범위 내에서 사전통고 하거나 통고 없이 해고한다)할 수 있다’라고, 마.(징계절차)항에는 ‘1. 회사는 징계위원회(4인 이상)를 소집하여 징계사실을 심의하고 토의하여야 한다. 2. 징계조치를 취하기 전에 회사는 본인에게 소명기회를 주어야 한다’고 각 규정되어 있는 사실을 알 수 있으나, 참가인회사의 수습기간 중 견습직 해지에 관한 취업규칙 규정의 내용과 목적, 취지 등에 비추어 위와 같은 절차는 수습기간을 무사히 마친 정식 임직원에 대한 징계를 통한 해고의 경우에 따라야 할 절차일 뿐 수습기간 중에 고용계약을 해지할 경우에도 반드시 거쳐야 할 필요는 없다고 보여지고, 앞서 본 바와 같이 수습임직원의 원고에 대한 이 사건 해고통고가 사회통념상 부당하지 아니하다고 판단되는 이상 참가인회사가 원고에게 사전에 경고하지 아니하거 소명기회를 주지 아니하였다는 사정만으로 상당성을 결여하였다고 할 수 없다 할 것이다.”

그러나 법원은 시용근로자에 대하여 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서의 본채용 거부가 아니라, 해고사유에 해당하여 징계해고를 하는 경우에는 당연히 징계절차 규정이 적용되는 것으로 봄<sup>32)</sup>

30) 동 사건은 대법원(대법원 2006. 8. 25. 자 2006두6956 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

31) 1심 판결(서울행정법원 2004. 4. 16. 선고 2003구합27273 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2005. 9. 9. 자 2005두4991 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

32) “피고가 징계절차를 거쳐 징계해고의 형식으로 원고를 해고한 이상 원고에 대한 해고는 오직 징계해고만이라고 할 것이고, 징계사유에 (시용기간 중의 해약권 유보사유 중 하나인) 채용취소사유를 덧붙여 기재하였다고 하여 징계해고가 아닌 (시용기간 중의 본채용 거부의 성격을 지니는) 채용취소로서의 해고처분도 아울러 존재한다고 볼 것이 아니다.”(대법원 1993. 2. 9. 선고 92다45636 판결)

### 다. 합리적이고 객관적인 평가

시용기간 중의 직업적 능력 및 업무 적격성의 평가는 합리적인 기준과 방법에 따라 객관적으로 이뤄져야 하고, 사전에 정해져 있는 절차가 있다면 그러한 절차를 준수해야 함  
법원은 평가가 추상적이고 주관적이거나, 시용근로자 개인의 능력과 무관하게 미리 본채용 탈락자의 수를 사전에 할당하는 경우에는 이를 객관적이고 합리적인 평가방법으로 인정하지 않음<sup>33)</sup>

## 3.2 시용근로자의 해고 유형 개관<sup>34)</sup>

### 가. 이력서 허위기재 및 경력사칭 관련 유형

법원은 이력서 허위기재 및 경력사칭은 착오나 사기에 해당하여 계약의 취소가 가능하고 신의칙상 진실고지 의무 위반에 해당하므로 정당한 해고(본채용 거부)사유로 봄

#### 【대법원 1995. 3. 10. 선고 94다14650 판결】

“기업이 근로자를 고용하면서 학력 또는 경력을 기재한 이력서 등을 요구하는 이유는 단순히 근로자의 근로능력 즉 노동력을 평가하기 위해서만이 아니라 노사간의 신뢰형성과 기업질서유지를 위해서는 근로자의 지능과 경험, 교육정도, 정직성 및 직장에서의 정착성과 적응성 등 전인격적 판단을 거쳐 고용여부를 결정할 필요가 있으므로 그 판단자료로 삼기 위한 것이고, 근로자의 채용시의 허위경력기재행위 내지 경력은폐행위를 징계해고사유로 규정하는 취업규칙이나 상벌 규정 등은 특별한 사정이 없는 한 유효하다 할 것이다(대법원 1990.12.7. 선고 90다카23912 판결; 1992.9.25. 선고 92다18542 판결 등 참조). 따라서 경력을 기재하게 되면 채용되지 않을 것이 예상된다고 하여 그 경력을 은폐하거나 허위경력을 기재하는 행위가 정당화될 수는 없는 것이고, 이러한 허위경력기재행위 내지 경력은폐행위를 징계사유로 삼는 것이 근로자의 생존권을 박탈하는 것이라고 할 수도 없을 것이므로 이를 징계사유로 삼은 데 무슨 위법이 있다고 할 수 없으며, 한편 사용자는 통상적으로 근로자가 이력서 등에 기재한 경력 등을 진실한 것으로 신뢰하는 것이므로 달리 특별한 사정이 없는 한 사용자에게 근로자의 이력서 등의 기재내용의 진실여부를 확인하여야 할 일반적인 의무가 있다고 할 수는 없는 것이고, 허위경력기재행위 내지 경력은폐사유가 징계사유로 규정되어 있는 이상 취업규칙 등에서 근로자의 시용기간 동안에만 이를 징계사유로 삼을 수 있다는 등의 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이를 시용기간이 지난 후에도 징계사유로 삼을 수 있음은 당연하므로 허위경력기재행위 내지 경력은폐사유를 시용기간이 지난 후에는 징계사유로 삼을 수 없다고 할 수 없다. 이 점을 지적하는 상고이유도 받아들일 수 없다.”

33) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결

34) 최영진, '시용기간중의 법률관계에 관한 연구', 법학연구 제19권 제3호, 2011. 12.

그러나 이력서 허위 기재 및 경력사칭이 업무적격성과 무관하거나, 기업문화 적응에 지장을 초래하지 않는다면 그 정도에 따라 본채용거부 및 징계해고의 정당성 판단에 있어 경중을 달리해야 함

법원은 시용운전기사인 근로자에게 취업규칙에 규정되어 있지 않은 대형차량 운전 경력증명서를 요구하면서 위 증명서의 미제출을 이유로 시용기간 중 근로자를 해고한 것은 부당하다고 봄<sup>35)</sup>

또한 법원은 규칙위반에 따른 시말서 1회 제출, 이력서에 단기간의 근무경력 누락, 이혼 및 재혼사실 은폐 등은 운전업무를 담당하는 데 있어 본채용을 거부할 만한 객관적 사정으로 보기 어려우므로 부당하다고 봄

#### 【대법원 2003. 7. 22. 선고 2003다5955 판결】

“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 진술 하였다면 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.

...(중략)...위법이 있다고 할 수 없으며, 상고이유에서 내세우고 있는 대법원 판결들은 그 사안을 달리하는 것으로 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.”

#### 나. 업무적격성 결여 관련 유형

해고는 사회통념상 근로관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우여야 하므로 단순히 인사고과에서 하위 일정 비율에 속한다는 이유 또는 추상적으로 업무능력이 부족하다는 이유만으로 해고 또는 본채용 거부가 정당화될 수 없음

35) 대법원 2005. 7. 15. 선고 2003다50580 판결



## 1) 해고의 정당성을 인정한 경우

법원은 객관적 평정기준에 따라 평가한 결과 시용근로자의 업무실적 및 동료직원이나 상급자의 평가가 매우 낮으며 이전 직장에서도 제대로 적응하지 못했던 사정이 존재하는 경우 해고의 정당성을 인정함

【서울고등법원 2006. 6. 1. 선고 2005누7848 판결<sup>36)</sup>】

“참가인이 원고 재단 운영팀에서 수습직원으로 근무하는 동안 업무실적이 다른 수습직원들에 비하여 현저히 저조하고, 성실한 근무태도를 보이지 못하였으며, 동료 직원이나 상급자 및 관련 업체 직원들과도 제대로 융화하지 못한 점, 이러한 구체적 근무태도 등을 기초로 하여 팀장이 참가인에 대하여 극히 낮은 근무평가를 하였고, 그 근무평가에 대한 검증과 인사위원회의 심의를 거쳐 참가인에 대한 이 사건 채용거절이 이루어진 점, 한편 참가인은 원고 재단에서 근무하기 이전 직장에서도 제대로 적응하지 못하였던 것으로 보이는 점 등을 알 수 있고, 여기에 서울시 등의 출원에 의하여 설립된 원고 재단의 설립 목적 및 원고 재단이 직원의 신규채용시 6개월의 수습기간을 두어 평가과정을 거치도록 한 취 등을 더하여 고려할 때, 이 사건 채용거절이 사회 통념상 합리성을 일탈하였다고는 보기 어려우므로, 이와는 달리 채용거절을 부당해고로 본 이 사건 재심판정은 위법하여 취소를 면할 수 없다 할 것이다.”

제4장  
채용내정,  
시용근로관계

법원은 시용기간(28일) 동안 병가로 인해 실제 근무한 날이 5일 정도에 불과하고 병가 중에도 특별한 치료를 받은 사실이 없으며 근로자가 담당업무 전환을 계속하여 요구한 경우 해고의 정당성을 인정함

【서울고등법원 2008. 5. 8. 2007누25789 판결<sup>37)</sup>】

“참가인이 견습기간 중에 일을 한 날은 5일에 불과하여(2006. 6. 17.은 휴무함) 이를 이상의 병가가 필요할 만큼 과로에 시달렸다고 보기 어렵고, 가로청소 업무를 하는 환경미화원으로 견습기간 중에 있으면서도 계속하여 운전원으로 전환해 줄 것을 요구하였으며, 2006. 6. 21.에는 사무실에서 소란을 피웠고, 몸이 아파 병가를 신청하였다고 하나 약국에서 피로회복제 등을 구입하여 복용하는 이외에 별달리 치료를 받지 않은 점 등 견습기간 중에 있는 참가인이 보여준 위와 같은 태도는 참가인이 환경미화원으로 계속 근무하는 것이 부적격하다고 판단하게 하는 합리적인 이유가 된다 할 것이므로, 이 사건 임용제외는 정당하다고 봄이 상당하다.”

법원은 시용기간 중 보고 요구 항목에 대한 보고를 이행하지 아니하고, 사용자가 중요하다고 강조한 업무에 대하여도 노력을 기울이지 않은 사정이 있는 경우 해고의

36) 1심 판결(서울행정법원 2005. 3. 22. 선고 2004구합30122 판결)을 인용함

37) 1심 판결(서울행정법원 2007. 9. 14. 선고 2007구합14619 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 7. 24.자 2008두7991 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

정당성을 인정함<sup>38)</sup>

## 2) 해고의 정당성을 부정한 경우

법원은 10개의 평가요소 중 9개 항목에서 양호를 받고 1개의 항목에서만 보통을 받았음에도 채용기준점수에 미달하고, 근무평가 결과만으로는 업무수행능력이 어떻게 부족했는지 알 수 없다고 판단한 경우 해고의 정당성을 부정함<sup>39)</sup>

또한 근무성적에 대한 최고점과 최저점의 차이가 매우 커서 평가의 객관성에 의심이 들고 인사규정에 정식채용기준점수가 존재하지 않으며 사용자가 정식채용기준점수를 근로자에게 통보한 사실도 없는 경우 해고의 정당성을 부정함<sup>40)</sup>

법원은 시용기간 중 업무수행능력을 인정받아 승진발령된 사실이 있고 평소 근무태도에도 문제가 없었는데 노조에 가입한 후 사용자가 합리적 이유 없이 낮은 근무평가점수를 부여하여 본채용을 거부한 경우 해고의 정당성을 인정하지 않음

### 【대법원 2008. 12. 11. 선고 2006두13220 판결】

“원고는 표면상으로는 참가인 김00 등의 근무평가점수가 적격판정점수에 미달한다는 것을 이유로 본계약의 체결 거부라는 형식으로 근로관계를 단절하였지만, 그 실질은 금속노조에 가입한 참가인 김○○ 등의 노동조합 활동을 방해하고, 참가인 김○○ 등과의 근로관계를 일방적으로 단절할 목적으로 객관적이고 합리적인 평가기준을 적용하지 아니한 채 다른 수습근로자들에 비하여 비합리적인 평가점수를 부여하여 참가인 김00 등을 사실상 해고한 것이므로 이 사건 해고는 부당노동행위에 해당한다고 판단하였다.

...(중략)...본계약의 체결 거부, 노동조합의 적법성 등에 관한 법리오해의 위법이 없다.”

법원은 사용자가 신규채용 당시 조경관리사 자격증을 요구한 바 없고, 근로자가 3개월 동안 조경관리업무를 수행한 경력이 있음에도 객관적인 평가자료 없이 업무상 기술이 부족하다는 이유로 해고한 것은 부당하다고 봄

### 【서울고등법원 2009. 4. 15. 선고 2008누29610 판결<sup>41)</sup>】

“① 원고는 입사 당시 참가인 회사에 자신의 경력을 사실대로 기재한 이력서를 제출하였고, 참가인 회사는 원고가 제출한 위 이력서를 충분히 검토하고 면접을 한 후 약 3개월 동안 대전 ○○병원에서 조경관리사로 근무한 경력이 있는 원고를 이 사건 아파트의 조경관리직으로 신규

38) 서울행정법원 2010. 7. 16. 선고 2010구합1897 판결

39) 서울고등법원 2008. 5. 9. 선고 2007누30057 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 23. 선고 2006구합45968 판결)을 인용함]

40) 서울행정법원 2008. 5. 23. 선고 2007구합34125 판결

채용한 점, ② 참가인 회사는 조경관리직에 대한 구인 광고나 신규 채용을 할 당시 조경관리와 관련된 자격증을 요구한 바 없고, 조경관리와 관련된 자격증을 소지하고 있는 사람이 기본급으로 1,050,000원을 지급받으면서 참가인 회사에서 근무할 것으로 보이지도 않는 점, ③ 이 사건 아파트가 1,241세대의 대규모 단지라는 이유만으로 참가인 회사에 입사하기 전에 약 3개월 동안 대전○○병원에서 꽃 시기, 물 주기, 잡초 제거, 나무 옮겨심기 등 전반적인 조경관련업무를 수행한 바 있는 원고에게 이 사건 아파트의 조경관리직원으로서 업무상 필요한 기술이 부족하다고 단정하기 어려운 점, ④ 참가인 회사는 원고가 이 사건 아파트의 조경관리직원으로서 업무상 필요한 기술이 부족하다고 주장하고 있을 뿐, 구체적으로 어떠한 기술이 어떻게 부족하다는 것인지에 관하여는 아무런 주장·입증을 하고 있지 않은 점, …(중략)…참가인 회사가 수급 근로자인 원고에 대하여 수습기간 중에 이 사건 해고를 할 정도의 객관적으로 합리적인 이유가 존재한다고 보기는 어렵다.”

제4장  
채용내정,  
사용근로관계

## 다. 인성평가 및 위계질서 문란 관련 유형

### 1) 해고의 정당성을 인정한 경우

법원은 인성평가 및 위계질서 문란으로 형사상 처벌을 받은 경우<sup>42)</sup>, 사용자의 정당한 업무지시에 계속 불응한 경우 및 사업장내에서 과음을 한 채 장시간에 걸쳐 욕설로 소란을 피운 경우<sup>43)</sup>, 술루선사업본부장이라는 관리자급 직원으로 시용계약을 체결 하였으나, 직속상관의 비위행위에 대해 보고체계를 무시하고 보고하여 사용자에게 피해를 준 경우<sup>44)</sup>, 상사의 비위행위에 대하여 수차례 허위제보를 하고, 홈페이지에 허위 사실을 게시한 경우<sup>45)</sup> 해고의 정당성을 인정함<sup>46)</sup>

### 2) 해고의 정당성을 부정한 경우

판례는 퇴근 후 개인적인 술자리에서 발생한 불미스러운 일이 있었을지라도 형사 처벌로 이어지지 않고 업무상 피해를 주지 않았다면 이를 이유로 한 본채용 거부는 부당하다고 봄<sup>47)</sup>

41) 1심 판결(서울행정법원 2008. 9. 26. 선고 2008구합15701 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 7. 23. 자 2009두6520 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

42) 서울고등법원 2007. 6. 1. 선고 2006누25980 판결

43) 서울고등법원 2006. 12. 15. 선고 2006누13543 판결[1심 판결(서울행정법원 2006. 5. 9. 선고 2005구합42061 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 3. 29. 자 2007두2234 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

44) 서울행정법원 2004. 4. 16. 선고 2003구합27273 판결[대법원(대법원 2005. 9. 9. 자 2005두4991 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨]

45) 서울행정법원 2011. 12. 22. 선고 2011구합26350 판결

46) 서울행정법원 2012. 4. 12. 선고 2011구합37343 판결(서울고등법원 2012. 11. 13. 선고 2012누16819 판결로 확정됨)

47) 서울행정법원 2006. 9. 26. 선고 2006구합20655 판결(서울고등법원 2007. 6. 1. 선고 2006누25980 판결로 확정됨)

### 제3절 시용근로관계 관련 판례

#### 1. 시용근로관계 인정 관련 판례

##### 1.1 시용근로관계가 인정된 경우

###### 가. 면접표와 서약서에 시용의 취지가 기재된 경우

법원은 근로자가 입사할 당시 작성한 면접표와 서약서에 시용의 취지가 기재되어 있고 근로자가 시용기간이 있다는 사실을 알았다면 시용근로관계를 인정함

【서울고등법원 2008. 5. 9. 선고 2007누30057 판결<sup>48)</sup>】

“① 원고의 입사 다시 작성된 면접표와 서약서에는 3개월 시용의 취지가 기재되어 있는 점 {원고는 위 서약서 중 시용의 취지가 기재된 부분이 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문개정되기 전의 것) 제30조 제1항을 위반하여 무효라고 주장하나, 위 조항은 사용자의 부당 해고 등을 금지하는 취지일 뿐이고 어떤 근로계약의 성격을 판단함에 있어 ‘해고의 자유 또는 광범위한 해고사유에 대한 합의의 존재’를 참작하는 것까지 막는(즉 모든 근로계약 중 그러한 합의 부분을 일률적으로 무효화시키는) 취지로는 보이지 아니한다}, ② 원고가 입사 당시 3개월 간의 시용기간이 있다는 사실을 알았던 것으로 보이는 점, ③ 참가인의 취업규칙이 신규사원에 대하여는 원칙적으로 3개월의 시용기간을 두는 것으로 규정하고 있는 점과 일반인에게는 ‘시용’과 ‘수습’이 명확히 구분하여 사용되고 있다고 보이지 않는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 근로계약은 (비록 시용기간 후 별다른 절차 없이 원고를 정식채용할 것을 의도하고 있다고 하더라도) 시용 계약에 해당한다고 봄이 상당하고, 이에 대하여 원고가 주장하는 사정, 즉 이 사건 근로계약의 계약서에 근로계약의 종기가 명시되어 있지 아니하고 시용에 관한 기재가 없는 점만 가지고는 위 판단을 뒤집고 이 사건 근로계약이 정식근로계약에 해당한다고 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

원고는 참가인회사의 취업규칙은 근로자들이 쉽게 볼 수 있도록 비치되어 있지 않았으므로 취업규칙의 내용은 무효이고 따라서 취업규칙상 신규사원에 대한 시용규정은 원고에 대하여는 효력이 없다는 것이나, 이 사건 근로계약서(갑 제1호증)에도 기타 근로조건(계약서에 명시되지 아니한)에 관하여는 참가인 회사의 취업규칙에 준하도록 되어 있다는 점에 비취 볼 때 취업규칙의 내용이 근로자들이 알 수 없었다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 앞서 본 바와 같이 오로지 취업규칙의 규정 내용만으로 이 사건 근로계약의 성격을 판단하는 것은 아니므로 이 점에 관한 원고의 주장은 이유없다.

원고는 또한 경력사원으로 입사하였고, 경력사원의 경우 시용여부가 선택사항인데도 이 사건 근로계약에는 시용임을 명시하지 않았으므로 원고는 시용근로자가 아닌 정식근로자라는 것이나, 원고가 그 주장과 같이 경력직 사원으로 채용되었다고 하더라도 앞서 본 바와 같이 원고에 대한 채용시의 면접표나, 원고가 작성하여 제출한 서약서의 기재 등에 의하면, 이 사건 근로계약이

시용계약임을 충분히 인정할 수 있을 뿐만 아니라, 참가인 회사의 취업규칙에 의하더라도, 경력을 인정하여 채용한 경력사원의 경우에도 시용기간을 단축하거나 면제할 수 있을 뿐(제11조)인데, 원고가 위 규정에 따라 시용기간이 단축되거나 면제되었다고 볼 아무런 자료가 없으니 원고의 주장은 이유없다.”

#### 나. 취업규칙에 필수적으로 시용기간을 둔 경우

법원은 취업규칙에 신규채용근로자에 대해 필수적으로 3개월의 시용기간을 두도록 규정되어 있고, 시용근로자에게 정식근로자와 달리 상여금 등을 지급하지 않은 사정이 있다면 시용에 대한 구두계약 및 근로자와의 합의가 있었다고 추단하여 시용근로관계를 인정함

제4장  
채용내정,  
시용근로관계

#### 【서울고등법원 2009. 4. 15. 2008누29610 판결<sup>49)</sup>】

“가) 원고의 주장

...(중략)...

1) 참가인 회사는 2007. 6. 9. 원고와 사이에 구두로 근로계약을 체결하면서 원고에게 “조경관리직으로서 아침·저녁·출·퇴근 근무를 하며 월 급여 1,360,000원을 지급받는다”고만 말하였을 뿐, “3개월간의 수습기간을 거쳐야 한다”고는 말한 바 없고, 또한 취업규칙을 제시한 바도 없으므로, 원고는 참가인 회사의 수습 근로자에 해당하지 않는다. 그런데, 참가인 회사는 원고가 수습 근로자임을 전제로 원고에 대하여 이 사건 해고를 하였다.

...(중략)...

다. 판단

1) 원고가 참가인 회사의 수습근로자인지 여부

...(중략)...

① 참가인 회사의 취업규칙 제13조 제1항은 참가인 회사가 경력을 인정하거나 특별 채용하는 등의 사정이 없는 한 신규 채용 근로자에 대하여 수습기간 3개월을 필수적으로 적용하도록 규정하고 있는데, 참가인 회사에 입사하기 전에 약 3개월 동안 아무런 자격증 없이 ○○병원에서 조경관리사로 근무한 경력밖에 없는 원고에 대하여 참가인 회사가 그 경력을 인정하여 특별 채용하였다고 보기는 어려운 점, ② 참가인 회사의 취업규칙 제69조는 상여금을 연간 12회로 분할하여 매월에 지급함을 원칙으로 하되, 수습기간 중에는 상여금을 지급하지 않는 것으로 규정하고 있는데, 참가인 회사는 원고에게 2007년 7월분 임금을 지급하면서 상여금을 지급하지 않은 점, ③ 참가인 회사는 원고에게 3개월 미만 근로자에 해당한다는 이유로 2007년 하계 휴가비를 지급하지 않은 점 등을 종합하여 보면, 원고는 참가인 회사와 사이에 수습기간을 3개월로 정하여 근로계약을 체결한 수습 근로자라고 봄이 상당하다.”

48) 1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 23. 선고 2006구합45968 판결)을 인용

49) 1심 판결(서울행정법원 2008. 9. 26. 선고 2008구합15701 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 7. 23.자 2009두6520 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

### 다. ‘일반직 수습직원 근로계약서’를 작성한 경우

법원은 사용자가 근로자를 신규채용할 당시 계약직에 대한 언급이 없었고 근로자가 ‘일반직 수습직원 근로계약서’를 작성한 경우, 위 근로계약서에 정해진 기간은 근로계약 기간이 아닌 시용기간에 해당한다고 봄

#### 【서울행정법원 2008. 5. 23. 선고 2007구합34125 판결<sup>50)</sup>】

“1) 참가인이 계약직 수습직원인지 여부

...(중략)...① 원고(사용자) 회사의 인사규정 제3조 제1항은 직원을 일반직과 계약직으로 구분하고 있고, 원고 회사는 일반직 직원채용지침과 계약직 직원채용지침을 별도로 정하여 그 직원을 채용하고 있는 점, ② 그런데 원고 회사가 참가인(근로자)을 직원으로 신규채용할 당시 공고한 내용에는 계약직 직원에 관한 언급이 전혀 없었고, 원고 회사와 참가인이 이 사건 근로계약 체결 당시 작성한 서면도 ‘일반직 수습직원 근로계약서’인 점, ③ 위 ‘일반직 수습직원 근로계약서’에는 2005. 11. 1.부터 2006. 10. 31.까지가 근로계약기간이 아닌 수습근무기간으로 기재되어 있는 점 등을 종합하여 보면, 참가인은 위 수습기간의 만료로 인해 원고 회사와의 근로관계가 당연히 종료되는 계약직 수습직원이 아니라 정식채용을 전제로 하여 원고 회사로부터 채용된 후 확정적인 근로관계를 맺기에 앞서 위 수습기간 동안 업무능력이나 업무적격성 등을 판단받는 지위에 있는 일반직 수습직원이라고 봄이 상당하다 할 것이다.”

### 라. 시용기간이 포함된 취업규칙을 준수할 것을 서약한 경우

법원은 사용자가 취업규칙을 근로자들에게 주지시킨 바 없다고 하더라도, 신규채용시 6개월의 시용기간을 두고 취업규칙을 준수할 것을 서약한다는 내용의 시용입사원을 근로자가 개별적으로 제출하였다면 시용근로관계를 인정함

#### 【서울고등법원 2006. 12. 15. 선고 2006누13543 판결<sup>51)</sup>】

“나. 원고는 또 참가인 회사가 신규채용자의 시용기간을 6개월로 정한 취업규칙을 근로자들에게 주지시킨 일이 없으므로 위 취업규칙은 무효라고 주장하나, 을 제1, 2, 3호증의 각 기재의 변론 전체의 취지를 종합하면, 참가인 회사는 원고를 비롯한 운전기사를 신규로 채용하면서 시용기간 등에 관한 취업규칙을 주지시킴과 아울러 운전기사들로부터 시용기간이 6개월임을 인지하고, 시용기간 내의 근무태도 등이 근로자로서 적합하지 못하다고 판단될 경우 시용 해제됨을 충분히 인지하며, 취업규칙을 준수할 것을 서약한다는 내용의 시용입사원을 개별적으로 제출받은 사실을 인정할 수 있으므로 원고의 위 주장 역시 이유 없다.”

50) 동 사건은 항소심 진행중 소취하되어 종결됨

51) 1심 판결(서울행정법원 2006. 5. 9. 선고 2005구합42061 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 3. 29. 자 2007두2234 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

### 마. 사용기간이 없는 계약서에 근로자가 먼저 서명하고 사용자가 사용기간을 기재한 후 근로자에게 교부한 경우

법원은 근로계약 체결 전에 사용자가 계약서 양식(‘사용기간: 년 월 일’이라는 부동산 문자가 기재되어 있음)을 송부하였고, 이에 근로자가 자필로 서명하였으나 사용기간의 날짜를 근로자가 직접 기재하지 아니하였어도 근로자가 사용기간의 존재를 인식하고 있는 경우 사용근로관계를 인정함

#### 【서울고등법원 2015. 1. 14. 선고 2014누52475 판결<sup>52)</sup>】

“2) 이 사건 근로계약이 사용계약인지 여부

가) 앞서 본 바와 같이 원고와 참가인은 근로계약을 작성하면서 제3조에서 입사일을 기준으로 3개월 동안 사용기간을 두고, 원고는 사용기간 중 소정의 평가에 따라 사용기간 만료시점에 참가인에 대한 정식채용 여부를 결정하되, 참가인의 적성, 자질, 능력, 적응도 등을 종합적으로 고려하여 평가하도록 정하고 있으므로, 이 사건 근로계약은 사용기간 동안 참가인이 앞으로 원고의 재무1팀장으로서 적절하고도 충분한 업무수행이 가능한지 여부를 평가하여 정식채용 여부를 최종 결정하는 일종의 해약권유보부 근로계약으로서 사용계약에 해당한다고 봄이 상당하다.

...(중략)...

먼저 위 ① 주장에 관하여 보건대, 갑 제4호증, 을나 제1호증의 각 기재, 증인 황00의 증언 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 이 사건 근로계약 체결 전 참가인에게 전자메일로 사용기간이 부동산자료로 기재되어 있는 근로계약서 양식을 송부하였고, 참가인은 그 양식 2부를 출력하여 자필로 자신의 이름·주민등록번호·주소 및 날짜를 기재하고 서명한 다음 원고에게 이를 제출하였으며, 원고의 직원은 위 근로계약서 제3조에 공란으로 되어있던 사용기간의 ‘연·월·일’란에 일자를 기재한 다음 작성완료된 근로계약서 1부를 참가인에게 교부한 사실, ② 참가인은 팀원들에게 ‘나는 3개월 뒤에 평가를 받기 때문에 3개월 동안은 조용히 있어야 한다’라고 말한 사실, ③ 원고는 2012. 9. 1. 이후 입사한 팀장을 포함한 모든 정규직 근로자에 대하여 사용기간을 두고 있었던 사실을 인정할 수 있으므로, 위와 같은 사정에 비추어 보면 비록 참가인이 근로계약서상 ‘사용기간’란의 날짜를 직접 기재하지는 않았다고 하여도, 참가인은 사용기간에 관한 조항의 존재를 충분히 인식하고 이를 근로계약의 내용에 편입하려는 의사가 있었다고 추단할 수 있으므로, 피고측의 위 ① 주장은 받아들일 수 없다.”

제4장  
채용내정,  
사용근로관계

52) 1심 판결(서울행정법원 2014. 5. 15. 선고 2013구합22369 판결)을 인용함

## 1.2 시용근로관계가 인정되지 않은 판례

가. 취업규칙에 시용관련 규정이 선택적으로 적용되고 근로계약에 시용기간 적용에 대한 명시가 없는 경우

【대법원 1999. 11. 12. 선고 99다30473 판결】

“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).

…(중략)…그 취업규정 제1조는 “이 규정은 근로기준법에 의거 당사 사원의 취업에 관한 기본 사항을 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.”



### 나. 근로계약 체결 당시 취업규칙과 근로계약서에 시용 규정이 없는 경우

법원은 근로자의 지위와 업무에 비추어 시용기간의 정함이 이례적이고 근로계약서에 시용과 관련한 규정이 없으며, 시용을 규정한 취업규칙이 근로계약 체결 당시 존재하고 있었는지 여부가 불분명하다면 시용근로관계를 부정함

#### 【서울행정법원 2007. 3. 8. 선고 2006구합2466 판결<sup>53)</sup>】

“(1) 참가인이 수습기간 중의 근로자인지 여부

위에서 본 바와 같이, 원고와 참가인이 체결한 근로계약서에 수습기간에 관한 규정이 없고, 원고의 취업규칙이 위 근로계약 체결 당시 존재하고 있었는지 여부가 불분명할 뿐만 아니라, 참가인의 원고 회사 내에서의 지위와 행한 업무 등에 비추어 참가인을 수습기간을 두어 채용하였다는 것도 이례적으로 보이는 점에 비추어 참가인에게 수습기간이 있었다고 인정할 수 없고, 가사 그렇지 않다고 하더라도 수습기간은 근로자의 적격성 판단에 필요한 최소한의 기간으로 정하여야 하고, 당사자 간의 합의에 따라 합리적인 기간의 범위 내에서 결정되어야 하며 그 목적인 취지에 비추어 그 기간을 지나치게 장기기간으로 정하는 것은 근로자의 지위를 불안정하게 할 우려가 있는 점 등에 비추어 참가인에게 1차 수습기간이 종료된 이후 다시 3개월의 수습기간을 두었다는 원고의 주장은 부당하므로 참가인은 수습기간이 이미 경과되었다고 할 것이어서, 결국 이 사건 해고 당시 참가인이 수습기간 중의 근로자였다고 볼 수 없다.”

제4장  
채용내정,  
시용근로관계

다. 시용기간을 적용한다는 취지의 근로계약서 등이 작성되지 않았고 근로자가 경력직인 마케팅 팀장으로 채용되어, 이사로서의 대우를 받은 사정이 존재한 경우

#### 【서울고등법원 2007. 1. 30. 선고 2006누11455 판결<sup>54)</sup>】

“(3) 수습사원에 대한 적법한 해고인지 여부

...(중략)...

앞서 인정한 바와 같이 참가인의 취업규칙에는 신규 채용하는 직원에 대한 시용기간의 적용을 선택적 사항으로 규정하고, 업무의 성격이나 직원의 경력 등을 참작하여 수습기간을 단축하거나 연장 또는 두지 않을 수 있도록 하는 특칙을 두고 있는데, 원고와 참가인 사이에 시용기간을 적용하겠다는 취지의 근로계약서 등이 작성되지 않았을 뿐만 아니라 원고가 경력직인 마케팅 및 해외영업팀의 팀장으로 채용되었고 비록 형식적이거나 이사로서 대우를 받았던 사정 등을 종합하여 보면, 원고는 시용 기간의 적용을 받는 수습 직원이 아니라 정식 직원으로 채용되었다고 보아야 할 것이고, 원고와 참가인 사이에 근로계약서가 작성되지 않았다는 사정 등만으로 달리 볼 수도 없다.”

53) 동 사건은 항소심 진행중 소취하로 종결됨

라. 버스에 회사에 입사원서를 제출한 근로자가 1개월간 견습기간을 거쳤으나, 견습과정에 대한 사용자의 지휘·감독이 없었고 회사로부터 급료를 받은 사실이 없으며 견습기간이 종료한 후에 근로계약을 작성한 경우

【서울고등법원 2007. 6. 19. 선고 2006누18586 판결<sup>55)</sup>】

“(1) 임시발령취소일이 시용(試用)기간에 해당하는지 여부  
 …(중략)…원고가 임금을 목적으로 참가인 회사에 입사서류를 제출한 후 2004. 7. 7.부터 2004. 8. 6.까지 참가인 회사의 정비 및 버스노선 견습을 받았다고 하더라도, 견습 방법이 일률적이지 않고, 견습에 참가하기 위하여 출근하는 시간이 일정하게 정하여 있지 않는 등 견습과정이 참가인 회사의 지휘·감독 하에서 이루어졌다고 볼 만한 자료가 없는 점(견습과정이 참가인 회사의 지휘·감독 하에서 이루어졌다는 점껏 부합하는 듯한 갑 제28증의 1, 갑 제29호증의 1 내지 11, 갑 제30호증의 1, 2,의 각 기재는 을 제47호증 내지를 제49호증의 3의 각 기재에 비추어 볼 때 견습과정에서의 참가인 회사의 지휘·감독 사실을 인정하기에 충분하다고 할 수 없다), 원고의 위와 같은 견습행위가 참가인 회사에 대한 근로의 제공이라고 보기 어려운 점, 원고를 비롯한 견습 기사들이 견습기간 동안 회사로부터 급료를 받지 아니하였을 뿐만 아니라 급료를 받지 못한다 하여 당시에는 물론이고 이 사건에 이르기 이전까지 이익을 제기한 적이 없는 점, 원고에 대한 국민연금 가입이나 고용보험 관련 서류에도 2004. 8. 7.이 입사일로 기재되어 있는 점 등을 종합하여 보면, 원고는 이 사건 견습기간 동안 참가인 회사의 근로자로 채용되어 있었다고 하기 어렵고, 2004. 8. 7. 비로소 참가인 회사의 근로자로 채용되었다고 할 것이며, 따라서 원고가 참가인 회사로부터 임시발령 취소처분을 받은 2004. 10. 25.에는 근로계약에서 규정한 수습기간 중에 있었다고 봄이 상당하다. 앞서 본 바와 같이, 참가인 회사의 취업규칙은 제7조에서 “전형과 심사에 합격한 자는 소정의 견습과정을 거쳐 사원발령을 받음으로써 채용이 확정된다.”라고 규정한 다음 제8조로 “임시사용 사원의 근로계약기간은 3개월로 한다.”라고 규정하고 있는바, 이러한 취업규칙 규정은, 견습과정을 끝낸 대상자에 대하여 비로소 사원발령(채용)을 하게 되고 다시 그에게 3개월간 임시사용사원으로서의 지위를 부여하겠다는 취지로 해석함이 상당하다 할 것이다.”

## 2. 시용근로기간 관련 판례

법원은 시용기간은 근로자의 적격성 판단에 필요한 최소한의 기간에 한정되어야 하므로, 합리적인 이유 없이 장기간의 시용기간을 설정하는 것은 부당하다고 봄

【서울행정법원 2007. 3. 8. 선고 2006구합2466 판결<sup>56)</sup>】

“(1) 참가인이 수습기간 중의 근로자인지 여부

54) 1심 판결(서울행정법원 2006. 4. 14. 선고 2005구합11869 판결)을 인용함

55) 동 사건은 대법원(대법원 2007. 9. 21. 자 2007두14411 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

…(중략)…수습기간은 근로자의 적격성 판단에 필요한 최소한의 기간으로 정하여야 하고, 당사자 간의 합의에 따라 합리적인 기간의 범위 내에서 결정되어야 하며 그 목적이나 취지에 비추어 그 기간을 지나치게 장기기간으로 정하는 것은 근로자의 지위를 불안정하게 할 우려가 있는 점 등에 비추어 참가인에게 1차 수습기간이 종료된 이후 다시 3개월의 수습기간을 두었다는 원고의 주장은 부당하므로 참가인은 수습기간이 이미 경과되었다고 할 것이어서, 결국 이 사건 해고 당시 참가인의 수습기간 중의 근로자였다고 볼 수 없다.”

다만, 법원은 사회통념상 상당한 이유가 있는 경우에는 비교적 장기(6개월, 1년)의 시용기간약정도 가능하다고 봄

제4장  
채용내정,  
시용근로관계

【서울고등법원 2006. 12. 15. 선고 2006누13543 판결<sup>57)</sup>】

“(1) 시용기간약정의 유효 여부

(가) 사용자라 근로자를 채용하면서 근로의 특성에 따라 근로자를 정식으로 고용하기 전에 그 업무수행능력 및 적성을 파악, 평가하기 위하여 일정기간의 시용기간을 두고 그 기간 중에 있는 근로자에 대하여는 적성평가의 기준을 보다 엄격히 하여 해고 및 채용여부에 관한 재량권을 갖는 것은 사회통념상 합리성을 일탈하지 않는 한 허용된다고 할 것이다.

이 사건에서 보건대, 시용기간제도는 근로자의 업무능력만을 판단하려는 것이 아니라 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 취지에서 시행되는 것으로서 단순히 동종 업종에 근무한 경력이 있다는 사정만으로 시용기간을 두는 제도적 취지가 달성되는 것이 아니라는 점, 참가인 회사로서는 ○○시가 시행하는 운행평가 및 고객만족도 평가에 의하여 이후 재계약여부가 결정되기 때문에 보다 엄격하고 신중하게 시내버스 운수 종사자로서의 인품 등을 관찰, 판단하기 위한 상당한 기간이 필요하다고 보여지는 점, ○○시는 2004. 7. 1.부터 시내버스의 운행의 서비스 향상과 교통안전을 위해서 기존과는 다른 대폭적인 버스운행노선 및 버스운행체계를 개편하게 되었고 이에 따라 버스운송 종사자로서도 노선적용 및 배차시간의 준수, 친절, 서비스 향상 등에 관하여 상당한 적응기간이 필요하다고 보여지는 점, 이 사건 근로계약기간이 다른 근로계약에 비하여 비교적 장기인데다가 참가인 회사와 ○○시 사이에 체결한 위 운송협약기간과 동일한 6년이라는 점, 시용기간을 6개월로 하고 있을 뿐 임금이나 근로시간, 근속기간 등 다른 근로조건에 관하여는 전혀 불리함이 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 참가인 회사와 원고 사이에 시용기간을 6개월로 하는 약정이 사회통념상 합리성을 일탈한 것으로서 무효라고 볼 수 없고, 따라서 이 사건 시용기간약정이 무효임을 전제로 하는 원고의 이 부분 주장은 더 나아가 판단할 필요 없이 이유없다.

(나) 이에 대하여 원고는 이 사건 단체협약에 계약직 근로자의 계약기간을 3개월을 초과하지 못하도록 한 규정이 시용기간제한에 관한 규정이라고 주장하나, 이 사건 단체협약(갑 제12호증)에서 운전직 사원을 계약직으로 채용할 경우에는 3월을 초과하지 못하며 계속 근무시킬 경우에는 최초 입사일부터 채용한 것으로 간주하며 임금에 있어서 불이익을 주지 않는다고 정한 것은

56) 동 사건은 항소심 진행 중 소취하되어 종결됨

3개월을 초과하는 단기근로계약의 폐해(퇴직금, 상여금, 연차수당 등의 배제)를 방지하기 위하여 근로기간이 3개월을 초과하는 근로자에 대하여는 최초 입사일부터 정규직과 같은 근로계약을 체결하는 것으로 의제하려는 것일 뿐 시용기간제한에 관한 것이라고 볼 수 없다.”

【대전고등법원 2015. 9. 3. 선고 2015누10795 판결<sup>58)</sup>】

“이 사건 근로계약에서는 계약기간을 2012. 7. 16.부터 2013. 7. 15.까지 1년으로 정하여 두고 있기는 하지만 그와 동시에 참가인이 계약기간 중 사규저촉행위를 하지 않는 한 기간이 만료됨과 동시에 원고의 일반직 사원으로 임용한다고 정하고 있다. 또한 원고는 파업으로 인하여 부족한 인력을 충원하기 위해 당초 ‘평가에 따라 1년 연장 계약 가능’한 것을 조건으로 공개모집을 하였으나 지원자가 적어 인력을 충원할 수 없자 ‘1년 근무(시용) 후 정규직 임용’을 채용조건으로 공개모집을 하여 참가인을 채용하였고, 이 사건 계약서에도 ‘계약기간 중 사규 저촉행위를 하지 않는 한 계약기간이 만료됨과 동시에 원고의 일반직 사원으로 임용한다’고 명시하였을 뿐 별도의 임용조건 및 임용절차를 규정하지 않았다. 이러한 인력의 채용 내지 이 사건 근로계약의 체결과정에서 원고의 업무처리를 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, 시용근로 기간을 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(試用)’이라는 단어를 사용한 사실을 비롯하여 위에서 살펴본 제반 사정을 모두 합하여 보면, 이 사건 근로계약은 시용 기간 동안 참가인의 업무 수행 여부를 평가하여 정식채용 여부를 최종적으로 결정하는 일종의 해약권유보부 근로계약으로서 시용계약에 해당한다고 봄이 상당하다.

### 3. 본채용 거부 관련 판례

#### 3.1 본채용 거부의 정당성이 인정된 경우

가. 법원은 시용기간 동안 근로자가 병가를 내 실제 근무한 날이 5일 정도에 불과

57) 1심 판결(서울행정법원 2006. 5. 9. 선고 2005구합42061 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 3. 29. 자 2007두2234 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

58) 1심 판결(대전지방법원 2015. 2. 5. 선고 2014구합100626 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 12. 24.자 2015두52678 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

하고 병가기간 중 치료를 받은 사실이 없으며, 담당업무를 전환해 줄 것을 계속하여 요구하였다면 본채용 거부는 정당하다고 인정함

【서울고등법원 2028. 5. 8. 2007누25789 판결<sup>59)</sup>】

“참가인이 견습기간 중에 일을 한 날은 5일에 불과하여(2006. 6. 17.은 휴무함) 이를 이상의 병가가 필요할 만큼 과로에 시달렸다고 보기 어렵고, 가로청소 업무를 하는 환경미화원으로 견습기간 중에 있으면서도 계속하여 운전원으로 전환해 줄 것을 요구하였으며, 2006. 6. 21.에는 사무실에서 소란을 피웠고, 몸이 아파 병가를 신청하였다고 하나 약국에서 피로회복제 등을 구입하여 복용하는 이외에 별달리 치료를 받지 않은 점 등 견습기간 중에 있는 참가인이 보여준 위와 같은 태도는 참가인이 환경미화원으로 계속 근무하는 것이 부적격하다고 판단하게 하는 합리적인 이유가 된다 할 것이므로, 이 사건 임용제외는 정당하다고 봄이 상당하다.”

제4장  
채용내정,  
시용근로관계

나. 법원은 객관적 평정기준에 따라 평가한 결과 시용근로자의 업무실적 및 동료 직원이나 상급자의 평가가 매우 낮으며 이전 직장에서도 제대로 적응하지 못했던 사정이 존재하는 경우, 본채용 거부를 정당한 것으로 인정함

【서울고등법원 2006. 6. 1. 선고 2005누7848 판결<sup>60)</sup>】

“참가인이 원고 재단 운영팀에서 수습직원으로 근무하는 동안 업무실적이 다른 수습직원들에 비하여 현저히 저조하고, 성실한 근무태도를 보이지 못하였으며, 동료 직원이나 상급자 및 관련 업체 직원들과도 제대로 융화하지 못한 점, 이러한 구체적 근무태도 등을 기초로 하여 팀장이 참가인에 대하여 극히 낮은 근무평가를 하였고, 그 근무평가에 대한 검증과 인사위원회의 심의를 거쳐 참가인에 대한 이 사건 채용거절이 이루어진 점, 한편 참가인은 원고 재단에서 근무하기 이전 직장에서도 제대로 적응하지 못하였던 것으로 보이는 점 등을 알 수 있고, 여기에 서울시 등의 출원에 의하여 설립된 원고 재단의 설립 목적 및 원고 재단이 직원의 신규채용시 6개월의 수습기간을 두어 평가과정을 거치도록 한 취지 등을 더하여 고려할 때, 이 사건 채용거절이 사회통념상 합리성을 일탈하였다고는 보기 어려우므로, 이와는 달리 채용거절을 부당해고로 본 이 사건 재심판정은 위법하여 취소를 면할 수 없다 할 것이다.”

### 3.2 본채용 거부의 정당성이 부정된 경우

가. 법원은 시용기간 만료 시 본계약의 체결을 거부하는 것도 해고에 해당하므로, 근로기준법 제27조제1항에 따라 해고사유를 서면으로 통지하지 않은 것은 부당하다고 봄

59) 1심 판결(서울행정법원 2007. 9. 14. 선고 2007구합14619 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 7. 24. 자 2008두7991 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

60) 1심 판결(서울행정법원 2005. 3. 22. 선고 2004구합30122 판결)을 인용함

## 【대법원 2015. 11. 27. 선고 2015두48136 판결】

“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.”

나. 법원은 사용자가 설정한 평가항목이 불합리하고, 그 채용기준 점수가 너무 높으며 근무평가결과만으로 업무수행능력이 어떻게 부족하였는지 알 수 없다면 위 근무평가 결과에 의한 정식채용 거부는 부당하다고 봄

【서울고등법원 2008. 5. 9. 선고 2007누30057 판결<sup>61)</sup>】

“① 이 사건 해고의 근거인 근무평가결과와 이 사건 근로계약 이후에 시달된 지침에 따른 것이고 원고는 입사 이후 이 사건 해고 당시까지 위 지침에 따른 근무평가가 실시되는 사실을 알지 못하였던 것으로 보이는 점, ② 비록 사용자는 정식채용기준의 설정에 관하여 광범위한 재량을 가지고 있으나 참가인 회사의 근무평가방식에 따르면 만약 근로자가 10개의 평가요소 중 9개에 ‘양호’를 받고 1개의 항목에서만 ‘보통’을 받더라도 평균 80점에 미달하게 되는바, 이에

비추어 보면 참가인 회사가 설정한 정식채용기준인 80점은 다소 높은 것으로 보이는 점(참가인은 2006. 2. 부터는 채용기준을 60점으로 하향조정하여 시행하고 있다), ③ 이 사건 근무평가결과만으로는 원고의 업무수행능력이 어느 정도, 어떻게 부족하였는지 또 그로 인하여 업무수행에 어떠한 차질이 있었는지를 알 수 없는 점 등 이 사건 변론에 나타난 제반 사정에 비추어 보면, 이 사건 근무평가결과만으로는 이 사건 해고에 객관적으로 합리적인 이유가 있다고 보기 어려우므로, 이 사건 해고는 사회통념상 상당하다고 보기 어렵고, 이에 대하여 참가인이 주장하는 사정(이 사건 근무평가는 불량인 경우에도 최소한 4점을 받게 되므로 근무평가결과와 점수를 백분율로 환산하면 50점에 미달한다는 점 및 원고와 비슷한 시기에 근무평가를 받은 다른 시용근로자의 상당수가 평균 80점 이상을 받았다는 점 등)만 가지고는 위 판단을 뒤집기에 부족하다.”

제4장  
채용내정,  
시용근로관계

다. 법원은 평가위원들이 평가한 시용근로자들의 근무성적의 편차가 너무 커서 객관성에 의심이 있고, 인사규정에 정식채용의 기준점수가 존재하지 않으며 사용자가 기준점수를 근로자에게 통보한 사정도 없는 경우 평가점수 미달을 사유로 한 정식채용 거부는 부당하다고 봄

【 서울행정법원 2008. 5. 23. 선고 2007구합34125 판결 】

“2) 이 사건 근로계약 해지에 합리적인 이유가 존재하는지 여부

나) …(중략)…① 5명의 평가위원이 근무실적평가를 통하여 참가인에게 부여한 점수는 각 92.5점, 90점, 80점, 67.5점, 57.5점으로서 가장 높은 점수와 가장 낮은 점수의 차이가 무려 35점이나 되는데, 이는 일부 평가위원이 객관성과 공정성을 유지하지 못한 채 의도적으로 참가인에게 낮은 점수를 부여한 것이 아닌가 하는 의문을 들게 하는 점, ② 그러한 상황에서 참가인이 이 사건 근로계약해지 이후 위와 같은 근무실적평가결과에 문제를 제기하며 서울지방노동위원회에 부당 해고 구제신청을 하자, 위 근무실적평가에 참여한 평가위원 중의 한 명인 김○○이 그 무렵 “참가인이 수습기간동안 업무수행을 제대로 하지 못했고, 기대이하의 영업실적을 올렸다”는 내용의 업무수행평가서를 작성하면서, 마치 위 업무수행평가서가 위와 같은 근무실적평가 이전에 작성된 것처럼 보이게 하기 위하여 그 작성일자를 2006. 10. 20.로 소급한 점, ③ 원고 회사의 내부규정상에 “수습기간동안의 근무실적평가에서 400점 이상을 획득하여야만 정규직 직원으로 임용될 수 있다”는 내용의 규정은 존재하지 않고, 원고 회사도 이 사건 근로계약해지 이전에 참가인에게 위와 같은 내용을 제대로 고지한 바 없는 점, ④ 원고 회사가 설립된 이래 참가인과 같은 일반직 수습직원에게 그 수습기간 경과 후에 정식채용이 거절된 사례가 한 번도 없었던 점(원고 회사는 과거에도 그 수습기간 경과 후에 정식채용이 거절된 사례가 있었다고 주장하면서 손00의 경우를 그 예로 들고 있으나, 갑 제7호증의 1 내지 4의 각 기재에 의하면 원고 회사가 위와 같이 주장하는 손00은 참가인과 같은 일반직 수습직원이 아니라 계약직 직원으로 채용된 사람임을 알 수 있으므로, 원고 회사의 위 주장은 받아들일 수 없다), ⑤ 참가인이 수습기간동안

61) 1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 23. 선고 2006구합45968 판결)을 인용함

징계를 받거나 시말서를 제출하는 등 특별한 문제없이 수습을 마친 점(앞서 살펴본 바와 같이 원고 회사가 수습기간 중 참가인에 대하여 이 사건 근로계약을 해지하였다가, 이에 대하여 참가인이 서울지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하자, 그 후 참가인을 복직시킨 사정만으로 참가인에게 업무적격성 등에 있어 문제가 있었다고 단정할 수는 없다) 등을 종합하여 보면, 비록 참가인이 근무실적평가에서 원고 회사가 임용적격점수로 정한 400점에 미달되는 387.5점을 획득하는데 그쳤다고 하더라도, 이와 같은 점만으로 원고 회사가 참가인에 대하여 그 정식채용을 거절할 정도의 객관적으로 합리적인 이유가 존재한다고 보기는 어렵다고 할 것이다.”

라. 법원은 시용근로자의 근무성적평정에 있어 미리 하위평정등급의 해당자 수를 지점별로 할당하고, 근무성적평정표가 작성된 후 평정요령에 위반하여 재작성을 하였으며, 평정표만으로 업무수행능력이 어떻게 부족한지 여부를 알기 어려운 경우에 정식채용 거부는 부당하다고 봄

【대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결<sup>62)</sup>】

“원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고 은행이 각 지점별로 C 또는 D의 평정등급 해당자 수를 할당한 점, 피고 은행이 근무성적평정표가 작성·제출된 후 일부 지점장들에게 재작성을 요구하였고, 이에 따라 일부 지점장들이 평정자 및 확인자를 달리하도록 정한 피고 은행의 근무성적평정요령에 어긋나게 혼자서 근무성적평정표를 재작성하기도 한 점, 평정대상자마다 평정자가 상이한 점, 시용조건부 근로계약 해지의 성격상 당해 근로자의 업무적격성 등을 절대적으로 평가하여야 함에도 상당수의 평정자가 다른 직원들과의 비교를 통하여 상대적으로 평가한 점, 원고들에 대한 근무성적평정표 및 평정의견서만으로 원고들의 업무수행능력이 어느 정도, 어떻게 부족하였는지 또 그로 인하여 업무수행에 어떠한 차질이 있었는지를 알 수 없는 점 등에 비추어 보면, 피고 은행이 원고들과의 이 사건 근로계약을 해지한 데에는 정당한 이유가 있다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 결국 피고 은행이 이 사건 근로계약에서 유보된 해지권을 행사하여 원고들을 해고한 것은 무효라고 판단하여, 원고들의 이 사건 청구를 인용하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서의 주장과 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인의 위법이 없다.

한편, 시용계약에서 평정대상자를 평가함에 있어 평정자가 모두 동일하여야만 하는 것은 아닐 것이고, 더구나 이 사건과 같이 평정대상자가 730여 명에 이르는 경우에 이를 모두 동일한 평정자가 평정을 하는 것은 사실상 매우 곤란할 것이라는 점, 또한 평가대상자의 근무태도, 업무능력 등을 평가함에 있어 통상의 평균적인 직원의 그것을 기준으로 하여 이와 비교하여 평가하는 것은 가능하다고 할 것인 점에서, 원심이 이 사건 근로계약의 해지가 정당하지 않은 이유로서, 평정대상자마다 평정자가 상이한 점이나, 상당수의 평정자가 다른 직원들과의 비교를 통하여 평가한 것을 상대적인 평가로 보고 이 점을 열거한 점은 부적절하다고 할 것이다.<sup>63)</sup>



그러나 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 위 사항을 제외한 나머지 사유만으로도 이 사건 근로계약의 해지를 정당하지 않다고 보기에 충분하다 할 것이므로, 원심의 위와 같은 잘못된 판결의 결과에는 영향이 없다고 할 것이므로, 결국 이 부분 상고이유의 주장도 이유 없다.”

## 4. 시용기간 중 해고 관련 판례

### 4.1 시용기간 중 해고의 정당성이 인정된 경우

가. 법원은 택시기사인 시용근로자가 근무시간이 종료된 후에 술자리에서 다툼을 벌여 2일 간 회사업무를 수행하지 못하였고, 이로 인해 형사처벌까지 받았으며 시용기간 중 5차례나 제한속도를 위반하였다면 시용기간 중 해고는 정당하다고 봄

#### 【서울고등법원 2007. 6. 1. 선고 2006누25980 판결】

“(3) 참가인은 비록 근무시간이 종료된 이후이기는 하지만 술자리에서 다툼을 벌이고, 그로 인하여 2일 간 회사 업무를 수행하지 못하였음은 물론, 형사처벌까지 받은 점, 원고 회사가 공고한 고과수당제에 대하여 근무시간 중에 정당한 절차를 거치지 아니한 채 이를 일방적으로 비방한 점, 2005. 7월 한 달 동안 택시를 운행하면서 다섯 차례나 제한속도를 위반한 점 등 변론에 나타난 여러 사정을 종합하면, 원고 회사가 참가인에 대하여 택시운전기사로서의 업무적격성이 없다고 판단하고 본채용을 거부한 데에는 객관적으로 합리적인 이유가 있었다고 할 것이므로, 이 사건 본채용 거부를 부당해고로 인정한 이 사건 재심판정은 위법하다.”

나. 법원은 수습이지만 임직원의 신분에는 있던 근로자가 허위로 밝혀진 직속상관의 비위행위에 대해 보고체계를 무시하고 보고하여 사용자에게 피해를 준 경우에 시용근로자에 대한 해고는 정당하다고 봄

62) “이 사건 평정요소 중 ‘업무수행능력 및 성과(440%)’는 어느 정도 수치화할 수 있으나 원심이 언급한 바대로 ‘원고들의 업무수행능력이 어느 정도, 어떻게 부족하였는지 또 그로 인하여 업무수행에 어떠한 차질이 있었는지’가 나타나 있지 않다. 평정결과에 상대적으로 큰 영향을 미치는 ‘업무수행태도 및 의욕(60%)’이라는 요소는 그 기준이 모호하고 불분명하여 평정자의 주관적 견해에 좌우될 가능성이 매우 높다. 게다가 산하지점장들에게 이미 제출된 근무성적평정표를 재작성하도록 한 사실은 피고은행 각 지점의 평정자들이 할당된 하위등급자수에 맞춰 인위적으로 근무성적평정표 및 평정의견서를 재작성하였다는 추측을 가능하게 한다. 이처럼 피고은행이 추상적이고 모호한 평정요소로 평정자를 달리하여 평가한 후 객관성이 없는 평가를 기초로 근로계약을 해지한 행위는 정당하다고 보기 어렵다. 더구나 원고들은 은행원 출신들로 이미 은행업무 경력이 있는 자들이라는 점에서 더욱 그러하다.”(조성혜, ‘시용조건부 근로계약과 해고’, 노동법률, 2006. 4.)

63) 평정대상자 736명을 동일한 평정자가 평정을 하는 것은 사실상 매우 곤란하고, 평가대상자의 근무태도, 업무능력 등을 평가함에 있어 통상의 평균적인 직원을 기준으로 하여 이와 비교하여 평가하는 것은 가능하다고 하여 원심과 일부 의견을 달리하였음

【서울고등법원 2005. 4. 22. 선고 2004누9007 판결<sup>64)</sup>】

“우선, 원고가 참가인 회사의 수습사원으로 입사한 사실은 앞서 인정한 바와 같고, 그 밖의 사실관계와 참가인회사 솔루션 사업본부장으로 채용되어 수습기간 중에 있던 원고는 지역지사장과 본사 판매담당이사에게 업무보고를 하도록 되어 있으나, 참가인 회사의 아시아지역 본사 판매담당 이사인 ○○는 해당 사업부문 전략 조언 및 기술적 조언을 담당하고 있을 뿐 엔지니어링, 품질관리, 판매, 인사, 재무 등 한국지사의 영업 전반에 대하여는 참가인회사의 한국지사장인 조○○가 최종적인 책임을 지고 있던 점, 원고를 채용할 때도 조○○가 면담을 하여 채용하게 되었던 점, 원고는 수습기간중의 임원으로 채용된지 채 한 달도 되지 아니하였다는 점 등 {증거 : 갑 35-1, 2, 을 22~25. 당심 중인 원○○(일부), 박○○}에 비추어 입사한 지 2주일밖에 되지 아니한 원고가 업무파악의 시기에 발견한 참가인 회사의 프로젝트 관련 문제점들은 당연히 상사인 한국지사장에게 먼저 보고하여 사실여부를 확인하는 절차를 거쳤어야 할 것임에도 불구하고 아시아지역 본사 판매담당에게 바로 보고한 행위는 수습임직원으로서 문제해결을 위한 적절한 조치로 보이지 않는 점, 또한 원고는 관련자의 불확실한 진술이나 소문만으로 아시아지역 본사 판매담당에게 자신의 직속상사인 한국지사장과 ○○건설 사이의 비리의혹을 제기하고 나아가 확실한 근거자료를 확보한 것도 아님에도 불구하고 한국지사장과 ○○건설 사이에 부적절한 관계에 있음을 확인한다는 내용을 확인까지 하여주는 신중하지 못한 행동을 취한 점, 그로 인해 참가인 회사의 아시아 지역 본사 차원에서 대대적인 실사조치가 취해지게 되었고 그 결과 적어도 한국지사장에 대한 비리혐의부분만큼은 사실이 아닌 것으로 밝혀져 결국 이로써 직원들 간에 분열을 조장하고 상호신뢰를 떨어뜨리는 결과만을 초래한 점(○○는 ‘○○○○프로젝트는 회사가 정한 적절한 절차에 따라 이루어졌고 ○○건설 건도 원고가 말한 내용이 대부분 허위이며 원고가 ○○공단 등에 참가인회사를 음해하였으므로 원고가 솔루션 담당임원의 자격이 없다고 판단하고 원고를 면담한 후 참가인회사에서 원고를 수습해지하기로 결정·통보하였다’고 밝히고 있다, 을 25) 등을 함께 고려하면, 입사한 지 얼마 안 된 수습임직원의 신분에서 있던 원고가 참가인 회사의 보고체계를 무시하고 설불리 직속상관에 대한 비위사항을 보고하여 확인까지 함으로써 결과적으로 참가인 회사에게 피해를 주게 하였다는 이유로 참가인 회사가 솔루션사업 본부장이라는 책임 있는 관리자급 직원으로서는 원고가 부적격하다고 판단하여 원고에 대한 고용계약을 해제한 조치는 사회통념상 부당하다고 볼 수 없다.”

다. 법원은 시용기간 중에 있는 학원강사의 실력 부족으로 인해 강의가 폐강되었고 보강수업 지시 등을 이행하지 않은 사정이 있다면 위 근로자에 대한 해고는 정당하다고 봄

【서울고등법원 2008. 7. 30. 선고 2008누5843 판결<sup>65)</sup>】

“① 참가인(근로자)은 이 사건 학원 입사 당시 자신의 경력이나 능력을 다소 과장한 것으로 추단된다.

64) 1심 판결(서울행정법원 2004. 4. 16. 선고 2003구합27273 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2005. 9. 9.자 2005두4991 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

② 참가인을 고용하였던 다른 학원들의 운영자들이나 참가인의 강의를 들은 학생들은 참가인의 실력부족을 확인하는 취지의 서면을 제출하였는데, 참가인은 이에 대하여 명시적으로 반박하거나 자신의 실력을 확인할 만한 자료를 제출하지 아니하였다.

③ 이 사건 학원의 유료강의전환 후 고등부 1개 반이 곧바로 폐강된 데에는 참가인의 실력부족 또는 불성실한 근무태도가 상당부분 원인이 된 것으로 보인다.

④ 이 사건 학원은 참가인이 입사한 뒤에 비로소 개원한 소규모의 신설학원이고, 원고는 참가인의 강사로서의 능력을 검증하기 위한 시강 등의 절차를 거치지 아니하였으며, 참가인과 사이에 근로계약기간을 정하지도 아니하였는바, 이 사건 학원과 같은 입시·검정·보충학습을 위한 학원은 강사의 실력이나 학원생들의 강사에 대한 평가가 절대적으로 중요하여서 학원 운영자 입장에서는 어떤 강사를 고용하는지가 학원 운영의 성패를 결정하는 중요한 문제라는 점을 고려해볼 때, 원고가 참가인의 강사로서의 능력이나 학원생들의 참가인에 대한 평가와 무관하게 참가인에 대하여 계속적인 고용을 보장하였다고 보기 어렵고, 참가인도 그 동안의 학원 강사로서의 경력에 비추어볼 때 학원생들의 자신에 대한 평가와 무관하게 계속적인 고용이 보장 되는 것으로 기대하고 있었다고 보기 어렵다.

이러한 제반사정에 일반적으로 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 인정되는 점(대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결 참조)을 더하여 보면, 비록 참가인의 주장과 같이 유료강의 전환 후의 위 폐강이 온전히 참가인의 실력부족 탓 이라고 볼 수는 없다고 하더라도, 이 사건 해고는 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회 통념상 상당한 반면 참가인에게는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 귀책사유가 있다고 할 것이다.”

라. 법원은 버스운전사인 근로자가 시용기간 중 버스운행을 할 수 없을 만큼 과음을 한 채 사업장 내를 돌아다니면서 욕설과 고성으로 소란을 피운 사정 등이 존재한다면 위 근로자에 대한 해고는 정당하다고 봄

【서울고등법원 2006. 12. 15. 선고 2006누13543 판결<sup>65)</sup>】

“원고(근로자)가 이 사건 당일 오후에 버스운행이 예정되어 있음에도 불구하고 당일 근무를 할 수 없을 정도로 과음을 한 채 사업장 내를 돌아다니면서 다른 동료들의 만류에도 불구하고 장시간에 걸쳐 고성과 욕설로 소란을 피운 점, 원고는 시민들의 안전과 쾌적한 교통환경을 책임지는 버스운전기사로서 자제력, 친절, 성실성, 책임감 등이 특히 요구된다는 점, 시용기간 약정을 둔 취지 등을 보태어 고려할 때, 이 사건 시용해제는 객관적으로 합리적인 이유가 존재하고 또 사회통념상 합리성을 일탈한 것이라고 보기 어렵다.”

65) 1심 판결(서울행정법원 2008. 1. 18. 선고 2007구합13968 판결)을 인용함

## 4.2 시용기간 중 해고의 정당성이 부정된 경우

가. 법원은 사용자가 신규채용 당시 조경관리사 자격증을 요구한 바 없고 근로자가 3개월 동안 조경관리업무를 수행한 경력이 있음에도 객관적인 평가자료 없이 업무상 기술이 부족하다는 이유로 시용기간 중 근로자를 해고한 것은 부당하다고 봄

### 【서울고등법원 2009. 4. 15. 선고 2008누29610 판결<sup>67)</sup>】

“① 원고는 입사 당시 참가인 회사에 자신의 경력을 사실대로 기재한 이력서를 제출하였고, 참가인 회사는 원고가 제출한 위 이력서를 충분히 검토하고 면접을 한 후 약 3개월 동안 대전 ○○병원에서 조경관리사로 근무한 경력이 있는 원고를 이 사건 아파트의 조경관리직으로 신규 채용한 점, ② 참가인 회사는 조경관리직에 대한 구인 광고나 신규 채용을 할 당시 조경관리와 관련된 자격증을 요구한 바 없고, 조경관리와 관련된 자격증을 소지하고 있는 사람이 기본급으로 1,050,000원을 지급받으면서 참가인 회사에서 근무할 것으로 보이지도 않는 점, ③ 이 사건 아파트가 1,241세대의 대규모 단지라는 이유만으로 참가인 회사에 입사하기 전에 약 3개월 동안 대전 ○○병원에서 꽃 시기, 물 주기, 잡초 제거, 나무 옮겨심기 등 전반적인 조경관련업무를 수행한 바 있는 원고에게 이 사건 아파트의 조경관리직원으로서 업무상 필요한 기술이 부족하다고 단정하기 어려운 점, ④ 참가인 회사는 원고가 이 사건 아파트의 조경관리직원으로서 업무상 필요한 기술이 부족하다고 주장하고 있을 뿐, 구체적으로 어떠한 기술이 어떻게 부족하다는 것인지에 관하여는 아무런 주장·입증을 하고 있지 않은 점, …(중략)…참가인 회사가 수급 근로자인 원고에 대하여 수습기간 중에 이 사건 해고를 할 정도의 객관적으로 합리적인 이유가 존재한다고 보기는 어렵다.”

나. 법원은 사용자가 경비근무를 담당하는 시용근로자들을 도난사고 또는 고령 등을 사유로 해고하였으나, 도난사고는 근로자의 근무시간 중에 발생한 것이 아니고 근로계약 당시 사용자가 근로자의 연령을 이미 알고 있었으므로 이를 사유로 한 해고는 부당하다고 봄

### 【서울행정법원 2007. 1. 11. 선고 2006구합4905 판결】

“원고와 참가인들이 2005. 3. 1. 근로계약을 체결하면서 근로계약기간을 2005. 3. 1.부터 2006. 2.28.까지로 정하였지만 ‘수습기간은 3개월로 하며(기간 2005. 3. 1. ~ 2005. 5. 31.), 근무태도 등 부적격자로 판명될 시 현장책임자가 본채용을 거절하고 해고할 수 있다’라고 각각 약정하였으므로 참가인들은 원고에 대하여 모두 시용기간 중의 근로자라 할 것이다.

66) 1심 판결(서울행정법원 2006. 5. 9. 선고 2005구합42061 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 3. 29.자 2007두2234 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

67) 1심 판결(서울행정법원 2008. 9. 26. 선고 2008구합15701 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 7. 23.자 2009두6520 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

그러나, 참가인들에 대한 해고사유를 인정할만한 별다른 증거가 없고, 오히려 갑 제1호증의 2, 갑 제2호증의 2, 을 제2호증의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, 참가인 변○○의 경우 도난사고 발생시기는 2004. 3. 14., 2004. 11. 28.로 참가인 변○○의 근무일 중에 도난사고가 발생한 것이 아닌 점, 참가인 남○○, 김○○의 경우 도난사고가 발견된 시기는 후속근무자에게 업무를 인수인계한 이후로서 참가인 남○○, 김○○이 근무하던 중 도난사고가 발생하였는지 여부가 불분명한 점, 참가인 김○○, 정○○의 경우 고령이라는 사유는 이 사건 해고일 현재 경비원 25명 중 만 65세 이상 되는 근로자가 3명(염○○, 최○○, 이○○), 만 60세 이상 만65세 미만 근로자가 11명(용○○, 지○○, 권○○, 이○○, 김○○, 장○○, 이○○, 김○○, 김○○, 이○○, 홍○○)이나 될 뿐 아니라, 이는 이 사건 각 근로계약 당시 원고가 이미 알고 있었던 사정(근로계약 당시 예상했던 것보다 고령으로 인하여 노동능력이 더 떨어져 있었다고 볼 자료도 없다)인 점 등이 인정되므로 결국 참가인들에 대한 이 사건 해고는 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정하기 어렵다.”

다. 법원은 수습운전기사인 근로자에게 취업규칙에 규정되어 있지 않은 대형차량 운전경력증명서를 요구하면서 위 증명서의 미제출을 이유로 수습기간 중에 있던 근로자를 해고한 것은 부당하다고 봄

#### 【대법원 2005. 7. 15. 선고 2003다50580 판결】

“원고와 피고 회사 사이의 이 사건 수습사원근로계약은 원고를 수습사원으로 채용한 후 일정 기간 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 시용기간이 경과한 다음 이 사건 합의가 이루어진 점, 앞서 본 바와 같이 이 사건 해고가 위법한 이상 적법한 해약권이 행사되지 못하고 시용기간이 경과한 데에는 피고 회사에게 그 귀책사유가 있고, 원고가 시용근로를 계속하여야만 할 특별한 사정도 없어 보이는 점, 이 사건 해고가 없었다면 원고는 별다른 사정이 없는 한 정식근로자로 채용되었을 것으로 보이는 점, 이 사건 합의는 경기지방노동위원회의 부당해고판정에 따라 원고를 원직에 복직시키기로 하여 이루어진 것인 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 합의는 원고가 시용기간의 만료와 동시에 정식근로자로 채용되었음을 전제로 하여 원고를 정식 운전기사로 복직

하기로 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.”

# 제 5 장

## 대기발령

제1절 대기발령 개관 및 주요쟁점	211
1. 대기발령의 개념	211
2. 본안 전 판단: 대상적격·구제이익·소의 이익	215
3. 대기발령의 정당성	220
제2절 대기발령 관련 판례	228
1. 대기발령의 개념 관련 판례	228
2. 대기발령의 실체적 정당성 관련 판례	229
3. 대기발령의 절차적 정당성 관련 판례	243





## 목 차

제1절 대기발령 개관 및 주요쟁점 .....	211	나. 정당성 부정 판례 .....	241
1. 대기발령의 개념 .....	211	3. 대기발령의 절차적 정당성 관련 판례 .....	243
1.1 대기발령의 의의와 구별 개념 .....	211	3.1 절차 규정이 없는 경우 .....	243
가. 대기발령의 의의 .....	211	3.2 근로자와의 협의를 거치지 않은 경우 ..	243
나. 대기발령과의 구별 개념 .....	212	3.3 취업규칙 등에 대기발령이 징계의	
1) 징계와의 구별 .....	212	일종으로 규정된 경우 .....	244
2) 직위해제와의 관계 .....	214		
1.2 대기발령의 종류 .....	214		
2. 본안 전 판단: 대상적격 · 구제이익 · 소의			
이익 .....	215		
2.1 불이익을 수반하지 않는 대기발령 .....	215		
2.2 사용자가 대기발령 처분을 해제한 경우 ..	215		
2.3 후행처분이 있는 경우 .....	219		
3. 대기발령의 정당성 .....	220		
3.1 실체적 정당성 .....	220		
가. 대기발령의 사유가 존재할 것 .....	220		
나. 대기발령이 정당할 것 .....	223		
다. 부당하게 장기간 행하여지지			
아니할 것 .....	225		
3.2 절차적 정당성 .....	226		
제2절 대기발령 관련 판례 .....	228		
1. 대기발령의 개념 관련 판례 .....	228		
2. 대기발령의 실체적 정당성 관련 판례 .....	229		
2.1 대기발령 사유 관련 .....	229		
가. 대기발령에 관한 특별한 규정이			
없는 경우 .....	229		
나. 인사규정상 대기발령에 관한 규정이			
있는 경우 .....	231		
2.2 대기발령의 정당성 판단 방식 관련 ...	234		
가. 판례의 일반적 경향 .....	234		
나. 대기발령 사유의 존부만으로			
정당성을 판단한 판례 .....	236		
2.3 대기발령의 기간 관련 .....	240		
가. 정당성 인정 판례 .....	240		



## 제1절 대기발령 개관 및 주요쟁점

### 1. 대기발령의 개념

#### 1.1 대기발령의 의의와 구별 개념

##### 가. 대기발령의 의의

‘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 의미함<sup>68)</sup>

실무상 직위해제, 보직대기 등의 명칭을 사용하는 경우가 있으나 그 명칭과 관계없이 취지상 대기발령이라면 이에 포섭된다고 보아야 함

한편 인사명령은 원칙적으로 사용자의 고유권한이므로, 대기발령에는 **업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량이 인정됨**<sup>69)</sup>

#### 【대법원 2002. 2. 8. 선고 2000두7186 판결】

“근로자에 대한 직위해제는 일반적으로 근로자가 직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행중인 경우, 근로자가 형사사건으로 기소된 경우 등에 있어서 당해 근로자가 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미하므로 과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다(대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15926 판결, 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결 등 참조).

또 기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위하여서는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요 불가결하므로, 대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고, 따라서 이러한 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 하며, 이것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 할 수 없다(대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결, 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결 등 참조).”

68) 대법원 2013. 10. 11. 선고 2012다12870 판결 참조

69) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두5151 판결, 대법원 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결 등

## 나. 대기발령과의 구별 개념

### 1) 징계와의 구별

대기발령은 당해 근로자가 **장래**에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 **잠정적인 조치**로서의 보직의 해제임

반면, 징계는 **과거**의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 **징벌적 제재**임<sup>70)</sup>

따라서 단순히 과거의 비위행위에 대한 제재 목적으로만 인사조치로서의 대기발령을 하는 것은 대기발령의 정당한 사유로 인정되지 않을 수 있음<sup>71)</sup> (표 5-1 (B) 참조)

같은 논리로, 인사조치로서의 대기발령 후 다시 징계해고하였다 하여 징계해고가 이중징계에 해당하는 것은 아님

이는 반대의 경우에도 마찬가지인데, 징계를 받은 후 다시 대기발령하였다 하더라도 그것이 일사부재리나 이중처벌금지의 원칙에 저촉되는 것은 아님

#### 【대법원 1992. 7. 28. 선고 91다30729 판결】

“그런데 앞에서도 언급한 바와 같이 직위해제는 징벌적 제재인 징계와는 그 성질을 달리하는 것이어서 어느 사유로 인하여 징계를 받았다 하더라도 그것이 직위해제사유로 평가될 수 있다면 이를 이유로 새로이 직위해제를 할 수도 있는 것이고, 이는 일사부재리나 이중처벌금지의 원칙에 저촉되는 것이 아님은 소론과 같으나 원심의 위 실시 이유가 징계처분의 기초로 된 사유를 근거로 다시 직위해제처분을 할 수 없다는 취지를 밝힌 것은 아니라 할 것이므로 원심의 이 부분 이유실시에 징계처분과 직위해제처분의 법리 및 일사부재리나 이중처벌금지의 법리를 오해한 위법이 있다 할 수는 없다.”

70) “근로자에 대한 직위해제는 일반적으로 근로자가 직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행 중인 경우, 근로자가 형사사건으로 기소된 경우 등에 있어서 당해 근로자가 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미하므로 **과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다.**”(대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두5151 판결, 대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15926 판결, 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결 등)

71) “직위해제 또는 대기발령은 …(중략)… 과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징벌적 징계와는 그 성질이 다르다(대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15926 판결)는 점에 비추어 보면, 상사의 정당한 지시·명령에 불복한 행위가 취업규칙상 대기발령 사유인 “기타 회사 운영상 필요한 때”에 해당한다고 하기 위하여는, 과거에 이러한 행위가 있었다는 점만으로는 부족하고 향후에도 동일한 행위가 지속되어 업무상의 장애가 발생할 개연성이 있다는 점이 인정되어야 한다고 보아야 할 것인데, 참가인이 시정지시서 발부에 항의하고 경위서 제출을 거부한 것은 모두 과거에 이루어진 일로서 이를 사유로 대기발령을 하는 것은 부당하다고 할 것이다.”(서울행정법원 2001. 6. 29. 선고 2001구합5278 판결), 같은 취지로 ‘서울행정법원 2005. 6. 30. 선고 2005구합4649 판결’이 있음

【서울고등법원 2013. 10. 10. 선고 2013누17444 판결<sup>72)</sup>】

“나아가 본안에 관하여 본다 하더라도, 제1심에 제출된 증거에 의하면, 이 사건 정직처분에 대하여는 별지 표 순번 4, 6, 8, 9, 10의 징계사유가 인정되고, 그 징계양정 또한 재량권을 일탈·남용한 것으로 보기 어려우며, 또한 참가인의 취업규칙 제19조 제1항은 ‘기타 회사 운영상 필요하다고 인정된 자’에 대하여 보직을 해제하고 대기발령할 수 있다고 규정하고 있고, 원고는 참가인이 필요하다고 인정하거나 근무처의 민원대상이 되었을 때는 재보직을 받는 데 동의하였으며(을 14호증), 이 사건 아파트에서의 근무기간 동안 보인 근무형태 등에 비추어 원고가 이 사건 아파트에 복귀하게 되는 경우 다시 원주민들과 사이에 다툼이 생길 가능성이 매우 높은 것으로 보이는 점(참가인이 규정에도 없는 각서 작성을 요구하기는 하였으나, 이는 원고가 향후 이 사건 아파트에 복귀하는 경우 입주민들과 다툼없이 원만하게 근무할 수 있는지 여부를 판단하기 위한 일환이었던 것으로 보이므로, 단순히 원고의 각서 작성 거부만을 이유로 대기발령한 것으로 볼 수 없다), 대기발령은 징벌적 제재인 징계와는 성질을 달리하는 것이므로, 참가인이 정직처분에 연이어 원고를 대기발령 하였다고 하여 이를 이중처벌금지원칙에 위반한 것으로 볼 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 원고의 청구는 이유 없다.”

제5장  
대기발령

그러나 기업에 따라서는 **징계의 한 종류로 대기발령을 규정**하는 경우가 있는데, 그에 따른 대기발령은 본래적 의미의 대기발령과는 달리 징계로서의 성격을 가지므로, 사유·절차 등의 정당성을 판단할 때도 징계사유·징계절차의 정당성을 따져야 함(표 5-1의 (A) 참조)

물론 그렇다고 하여 징계로서의 대기발령(즉 ‘대기발령’이라는 이름의 징계)과 별도로 업무명령으로서의 대기발령(고유한 의미의 대기발령)을 행하는 것이 제한되는 것은 아님에 유의할 것임(표 5-1의 (C) 참조)<sup>73)</sup>

〈표 5-1〉 징계와 대기발령

	징계 목적의 대기발령 (실질상 ‘징계’)	업무명령으로서의 (고유한 의미의) 대기발령
징계의 일종으로 ‘대기발령’이 규정되어 있는 경우	징계사유가 존재하는 경우에 한하여 징계절차를 거쳐 가능(A)	업무상 필요한 범위 안에서 자유로이 가능 <sup>74)</sup> (C)
특별한 규정이 없는 경우	징계와 대기발령은 그 성질이 다르므로 불가능(B)	

72) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 1. 23.자 2013두22246 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

73) “운송사업체에 있어서의 승무정지처분은 사용자가 경영권 행사의 일환으로 업무수행을 위하여 근로자에 대하여 행하는 업무명령인 승무지시의 소극적 양태라 할 것이고, 이러한 승무정지처분이 경영상 필요나 업무수행의 합리적인 이유에 기인한 경우에는 이는 정당한 업무명령에 속한다고 할 것이므로(당원 1994. 8. 12. 선고 94누1890 판결 참조) 비록 단체협약에 승무정지가 징계사유로 열거되어 있다고 하여도 징계로서의 승무정지와는 별도로 업무명령으로서의 승무정지도 가능하다고 할 것이다.”(대법원 1997. 11. 25. 선고 96누13231 판결)

## 2) 직위해제와의 관계

대기발령은 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 해제임

한편, 직위해제는 근로자에게 그 직위를 계속 유지시킬 수 없는 사유가 있는 경우 그 **직위를 박탈**하여 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 말함

‘직위를 박탈하는’ 직위해제는 제재로써 행하여지는 불이익처분이고, ‘직위를 부여하지 않는’ 대기발령은 일반적인 인사명령으로 행하여지는 경우가 많다는 점에서, 개념적으로 양자는 구별될 수 있음

그러나 인사실무상 직위를 박탈하는 직위해제 후 새로운 직무에 종사하지 못하게 하는 대기발령을 명함으로써 양자가 일체로 행하여지는 경우가 많고, ‘직위해제’ 혹은 ‘대기발령’이라는 용어 각각이 양자의 의미를 모두 갖고 있는 것으로 해석하는 경우도 많으며, 실제로 법원에서도 이를 엄격하게 구별하여 쓰고 있지는 않는 것으로 보임

## 1.2 대기발령의 종류

대기발령은 그 사유에 따라 (1) 인력배치의 합리성을 위한 대기발령, (2) 경영합리화를 위한 대기발령<sup>74)</sup>, (3) 근로자의 귀책사유에 의한 대기발령, (4) 장애 예방을 위한 대기발령으로 나누어볼 수 있고, 대기의 방식에 따라 (1) 자택대기발령, (2) 사무실대기발령 등으로도 구별이 가능함

그러나 노동위원회실무 또는 재판실무에서 가장 유의하여야 할 분류기준은 (1) 불이익을 수반하는 대기발령인지 아니면 (2) 불이익을 수반하지 않는 대기발령인지 여부인데,

74) 징계의 일종으로 ‘대기발령’이 규정되어 있든, 그렇지 않든, 고유한 의미의 대기발령은 언제나 행사할 수 있는 사용자의 권한임. 징계의 일종으로 규정된 ‘대기발령’은 ‘징계의 일종으로써 대기발령을 행하는 경우’만을 제한할 뿐, 업무명령으로서의 대기발령을 행하는 경우까지 제한하는 규정이 아니기 때문임. 따라서 사용자는 대기발령이 징계의 일종으로 규정되어 있는지와 무관하게 업무명령으로서의 대기발령을 자유로이 행할 수 있음. **그러나 당연히 이 경우 사용자는 업무명령으로서 행한 대기발령으로 근로자에게 징계의 효과를 주장할 수 없음.** 사용자가 징계의 효과를 주장하기 위해서는 징계 목적의 대기발령이 요구하는 징계사유와 징계절차를 갖추어 대기발령을 행하여야 함

75) 사유에 따른 분류와 관련하여 논여겨볼 판결로 대법원 2013. 10. 11. 선고 2012다12870 판결이 있음. 근로자의 귀책사유 없이 조직개편 또는 업무량 감소 등과 같은 사용자의 귀책사유로 볼 수 있는 경영사정으로 인해 근로자들이 대기발령을 받고 근로를 하지 못하게 된 사안에서, 대법원은 이러한 경우의 대기발령은 「근로기준법」 제46조 제1항에서 정한 **휴업의 실**시에 해당하므로 사용자가 근로자들에게 휴업수당을 지급할 의무가 있다고 판시하였음

이는 불이익을 수반하는 대기발령의 경우 대기발령의 정당성이, 불이익을 수반하지 않는 대기발령의 경우 구제이익 내지 소의 이익이 각 문제되기 때문임

대기발령에 수반되는 불이익으로는 다음과 같은 예들이 있음

〈표 5-2〉 대기발령에 수반되는 불이익의 예

임금에 관한 불이익	임금 이외의 불이익
<ul style="list-style-type: none"> <li>· 평균임금의 70%만 지급</li> <li>· 기본급만 지급</li> <li>· 통상임금만 지급</li> <li>· 상여금 미지급</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 승진 보류</li> <li>· 대기발령 기간을 승진소요기간에 미산입</li> <li>· 호봉 승급 보류</li> </ul>

## 2. 본안 전 판단: 대상적격·구제이익·소의 이익

제5장  
대기발령

### 2.1 불이익을 수반하지 않는 대기발령

불이익을 수반하는 대기발령에 대하여는 노동위원회가 심사권을 가지고, 따라서 근로자는 노동위원회에 부당대기발령에 대한 구제를 신청하거나 중앙노동위원회의 기각판정에 불복하여 법원에 그 취소를 구할 수 있음

그러나 불이익을 수반하지 않는 대기발령은 근로기준법 제23조제1항에 해당할 여지가 없어 노동위원회의 심사대상이 아니므로, 노동위원회는 대상적격 흠결을 이유로 근로자의 구제신청을 각하하는 것이 이론상으로는 타당함<sup>76)</sup>

다만, 실무상으로는 대기발령으로 인한 불이익이 없다는 점은 대기발령의 정당성을 인정하는 근거 중 하나로 들고 있을 뿐, 노동위원회가 구제신청을 각하하지는 않고 있음

한편 불이익을 수반하지 않으면서 근로수령을 거부하는 형태의 대기발령은 경우에 따라서 근로자의 취업청구권에 대한 침해가 될 수 있어 이는 손해배상청구의 대상이 될 수 있음

### 2.2 사용자가 대기발령 처분을 해제한 경우

대기발령 이후 대기발령 처분이 해제되어 다시 직위를 부여받았다면 원칙적으로

76) 소취하로 종결된 서울행정법원 2007. 4. 19. 선고 2006구합32474 판결은 “사실상 직위해제가 급여 등에 있어 오히려 징계처분인 정직이나 감봉보다 당사자에게는 더 불이익하게 작용하고 있을 뿐만 아니라, 승진소요최저연수 산정 시 재직기간에서도 제외되고, 직위해제 기간은 승급에 필요한 최저근무기간에서도 제외되는 등 원고들이 참가인 공단의 직원의 지위를 계속 보유하고 있는 한 직위해제에 의한 영향이 지속되고 있으므로 원고들에게 이 사건 직위해제의 취소를 구할 소의 이익도 인정된다고 보아야 할 것이다.”라고 판시하였음. 이를 반대해석하면 대기발령에 따른 불이익이 없다면 소의 이익이 부정된다는 취지이며, 이러한 취지는 노동위원회 절차에서의 구제이익에도 원용할 수 있을 것임

부당대기발령 구제신청의 구제이익이 존재하지 않음. 이는 부당해고 후 사용자가 해고처분을 취소하여 근로자를 원직에 복직시킨 경우 구제이익이 인정되지 않는 것과 같은 이치임<sup>77)</sup>

【서울고등법원 2006. 11. 17. 선고 2006누8565 판결<sup>78)</sup>】

“대기발령 처분에 의하여 종전 직위에서 계속 근무할 수 없게 되었다 하더라도 그 이후 대기발령 처분이 해제되어 다시 직위를 부여받았다면 그 직위는 이미 회복되었다고 볼 것이므로, 이 경우 당초의 대기발령 처분에 어떠한 하자가 있음을 이유로 노동위원회에 구제를 신청할 이익 및 나아가 그에 관한 재심판정의 취소를 구할 소외 이익은 없는 것으로 보아야 할 것이다(대법원 1987. 9. 8. 선고 87누560 판결 참조).

위 인정사실에 의하면, 참가인이 2004. 6. 7. 원고에 대하여 대기발령을 하였다가 2004. 12. 7. 이를 해제하고 다른 직위로 전보시켰는바, 그렇다면 위 전보 처분에 대하여 다툼은 별론으로 하더라도, 지금에 와서 이미 해제된 위 대기발령 처분의 하자를 다룰 소외 이익은 없는 것으로 보아야 할 것이다.”

그러나 대기발령 처분이 실효되더라도 대기발령에 기하여 이미 발생한 효과까지 소급하여 소멸하는 것은 아니므로, 기왕의 대기발령으로 인해 승진·승급에 제한이 가해지는 등의 특별한 사정이 있는 경우라면 구제이익을 인정함

【대법원 2010. 7. 29. 선고 2007두18406 판결<sup>79)</sup>】

“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 인사규정상 직원 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 최저근무

77) “무릇 직위해제란 공무원에 있어 그 직위를 계속 유지시킬 수 없는 사유가 있어 그 직위를 부여하지 아니하는 처분인데, 앞서 본 바와 같이 원고가 1986.3.31 00구청 시민국 위생과 식품위생계장의 직위에서 그 직위해제처분을 받았다가 1986.8.24에 1986.5.26자로 00구청 세무2과 과장1 계장의 직위를 다시 부여받았다면 그 직위는 이미 회복되었다고 볼 것이고, 따라서 그 직위해제처분에 어떤 하자가 있음을 이유로 그 무효확인을 구할 소송상 이익은 없다 할 것이다.”(대법원 1987. 9. 8. 선고 87누560 판결)

78) 1심 판결(서울행정법원 2006. 2. 24. 선고 2005구합27819 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 3. 15. 자 2006두20501 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



기간에 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.”

그런데 위 승진·승급 제한 등의 특별한 사정에 ‘대기발령 기간 동안 받지 못한 임금’ 등 경제적 불이익, 또는 ‘사회적 명예 손상’ 등 사실상 불이익이 포함될 수 있는지가 문제됨

이는 이른바 경제적·사실상 불이익의 독자적 구제이익 인정 여부에 관한 것으로, 가령 대기발령으로 인해 승진·승급의 제한과 임금상의 불이익이 동시에 발생한 경우라면, 대기발령이 실효되더라도 승진·승급의 제한이라는 사정이 여전히 남아있는 경우이므로 구제이익의 인정에는 문제 없음

그러나 대기발령의 효과가 단지 임금상의 불이익뿐인 경우라면, 기존에 입었던 임금상의 불이익은 민사소송절차에서 구제받을 수 있기 때문에 대기발령의 효력을 다룰 독자적인 구제이익이 없는 것은 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있음

실제로 이에 대하여 일부 하급심 판결은 단순한 임금 등 경제적 불이익은 민사소송절차에서 구제받을 수 있고, 사회적 명예손상 등은 사실상의 이익에 불과하여 실효된 대기발령에 대해 임금 등 경제적 불이익 및 사실상 불이익을 이유로 한 구제신청은 구제이익이 없다는 취지로 판시하고 있으나,<sup>80)</sup> 대법원의 명시적인 판단은 없음<sup>81)</sup>

79) 같은 취지로 서울고등법원 2015. 7. 10. 선고 2015누38988판결(대법원 2015. 10. 29. 자 2015두49016판결에서 심리불속행 기각으로 확정됨), 서울행정법원 2011. 11. 25. 선고 2011구합24378 판결이 있음

80) 서울고등법원 2009. 12. 17. 선고 2009누13193 판결, 서울행정법원 2011. 11. 25. 선고 2011구합24378 판결

81) 다만 대법원은 부당대기발령이 아닌 부당해고에 관한 사건에서, 부당해고 구제신청에 대한 중앙노동위원회의 재심판정 이전에 근로자의 근로관계가 기간만료로 적법하게 종료된 경우 근로자의 구제이익이 소멸하였음에도 구제신청을 인용한 재심판정이 위법하다고 판시함으로써 임금상당액 부분에 대한 독자적 구제이익을 부정하고 있음(대법원 2001. 4. 24. 선고 2000두7988 판결). 이에 반대하는 하급심 판례도 있으며 자세한 내용은 제3장 구제이익·대상적격 관련 판례 참조

## 【서울고등법원 2009. 12. 17. 선고 2009누13193 판결】

“원고의 인사규정에 따르면, 대기발령을 받은 경우에는 직위가 부여되지 아니하여 직무에 종사할 수 없고, 6개월 경과시까지 직위를 부여받지 못하는 경우 당연면직될 수 있는 가능성도 있으므로, 이는 인사상의 불이익처분에 해당한다고 할 것이지만, 한편 직권으로 보건대, 원고는 이 사건 재심판정 전인 2007. 3. 17. 이미 참가인에 대한 대기발령을 해제하고 이 사건 전보발령을 통하여 새로운 직위를 부여하였으므로, 이러한 경우 당초의 대기발령 처분에 어떠한 하자가 있음을 이유로 노동위원회에 구제를 신청할 이익은 없다고 할 것이다(이에 대하여 참가인은 이 사건 대기발령으로 직원들로부터 냉대를 받았고 대기발령 중 전례 없는 급여 삭감 등의 사정이 있다고 주장하나, 직원들의 냉대 등 사회적인 명예의 손상은 사실상의 이익에 불과하고, 대기발령 중 급여 삭감이 있었다면 그 부분에 대하여는 임금청구소송 등 민사소송을 제기하여 구제받을 수 있는 것이므로, 위와 같은 사정만으로 구제를 신청할 이익이 있다 할 수 없다.”

그러나 경제적 불이익이나 사실상 불이익이 독자적 구제이익으로 인정되지 않는다 하더라도 법원은 대기발령의 정당성 판단에 있어 이러한 사정을 고려 요소로는 삼고 있음<sup>82)</sup>

【서울고등법원 2011. 8. 17. 선고 2011누11725 판결<sup>83)</sup>】

“원고는 참가인이 다수의 교통사고를 야기하였다는 사유로 이미 정직 3개월의 징계처분을 하였으므로 다시 동일한 사유로 제재적 처분을 할 수 없을 뿐만 아니라, 특별한 해결방안을 제시하지 아니한 채 원고가 내세운 사유만으로 참가인에게 다시 무기한 대기발령을 한다고 하여 참가인이 향후 교통사고를 야기하지 않는다는 보장이 있는 것도 아니어서 이 사건 대기발령의 필요성을 쉽사리 인정하기 어려운 점, 원고는 참가인이 향후 상당한 기간에 걸쳐 자신의 귀책사유로 근로의 제공을 할 수 없다거나 근로제공을 함이 매우 부적당하다고 인정할 만한 특별한 사정이 없음에도 3개월의 정직기간을 마치고 출근하자마자 아무런 사전 통지나 협의 없이 무기한 대기발령을 하면서 신의칙상 요구되는 최소한의 적정절차도 거치지 아니한 점, 참가인은 이 사건 대기발령으로 인하여 기본급 이외에 사납금을 공제하고 남은 추가수입 기회를 잃게 되는 경제적 불이익뿐만 아니라, 출근을 하여도 본래 근로제공을 못하게 되어 근로자로서 인격적 침해를 받을 수 있는 점, 특히 원고도 현재까지 소속 근로자들에게 이 사건과 같이 무기한 대기발령을 한 전례가 없다고 자인하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 이 사건 대기발령은 그 업무상 필요성이 인정되지 아니하고 정당한 인사재량권의 범위를 넘는 경우에 해당하므로 위법하다.”

82) 직위해제기간이 직급별 승진소요 최저기간에 산입되지 않는 점과 더불어 기본급의 90%만 지급되는 점을 대기발령으로 인하여 근로자가 입은 불이익으로 고려한 판결로 서울행정법원 2011. 11. 25. 선고 2011구합24378 판결 등이 있음

83) 동 사건은 대법원(대법원 2011. 12. 8. 자 2011두22297 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

### 2.3 후행처분이 있는 경우

근로자를 대기발령한 후 그 대기발령 사유와 **동일한** 사유를 이유로 징계처분을 하였다면 뒤에 이루어진 징계처분에 의하여 그 전에 있었던 대기발령 처분은 효력을 상실하므로, 이 경우도 부당대기발령 구제신청의 구제이익이 존재하지 않음<sup>84)</sup>

물론 이 경우에도 대기발령에 기하여 이미 발생한 효과까지 소급하여 소멸하는 것은 아님은 앞서 본 경우와 마찬가지로, 기왕의 대기발령으로 인해 승진·승급에 제한이 가해지는 등의 특별한 사정이 있는 경우라면 여전히 구제이익이 인정됨

#### 【대법원 2010. 7. 29. 선고 2007두18406 판결<sup>85)</sup>】

“[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 직위해제 처분이 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 직위해제 처분에 따른 효과로 승진·승급에 제한을 가하는 등의 법률상 불이익을 규정하고 있는 경우에는 직위해제처분을 받은 근로자는 이러한 법률상 불이익을 제거하기 위하여 그 실효된 직위해제 처분에 대한 구제를 신청할 이익이 있다.”

제5장  
대기발령

이와는 달리 대기발령 사유와 **다른** 사유로 징계처분을 하는 경우는 후의 징계처분에 의해 앞선 대기발령 처분이 실효되는 것이 아니므로 당연히 부당대기발령과 부당징계에 대한 각각의 구제신청을 별도로 제기할 수 있음

84) “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 상실한다**고 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).” (대법원 2007. 12. 28. 선고 2006다33999 판결)

85) 동 판결로 원심 파기된 후 서울고등법원(서울고등법원 2010. 12. 2. 선고 2010누24465 판결)으로 환송되어 확정됨

### 3. 대기발령의 정당성

#### 3.1 실제적 정당성

##### 가. 대기발령의 사유가 존재할 것

대기발령은 인사명령의 일종이므로, 특별한 규정이 없는 이상 사용자에게 업무상 필요한 범위 안에서 **상당한 재량**이 인정되나, 대기발령 사유 존재 자체의 입증책임은 사용자에게 있음

〈표 5-3〉 대기발령 사유 불인정 판례<sup>86)</sup>

판례	주요내용	비고
서울고등법원 2005. 7. 7. 선고 2004누14597 판결	근로자가 새로 도입된 근무성적 평가에서 최하위를 하였다고 하더라도 입사한 이후로 업무수행과 관련하여 문제를 일으킨 바 없고 상급자의 지시명령을 태만히 했다는 사정도 존재하지 않는데도, 만연히 ‘업무수행능력 부족’ 및 ‘지시명령 위반’을 사유로 대기발령한 경우	대법원(대법원 2005. 11. 25. 자 2005두9217 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정
서울고등법원 2012. 1. 12. 선고 2011누27782 판결	직전 파업에 참가했던 조합원들이 이후 20여 일간 정상 근로하여 왔음에도 ‘홍분’과 ‘피로누적’ 등으로 직무수행능력이 부족한 상태라며 새로운 파업을 앞두고 대기발령한 경우	대법원(대법원 2012. 5. 24. 자 2012두3682 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정
서울고등법원 2006. 11. 15. 선고 2006누8824 판결	인력구조 개편의 필요성이 있다며 대기발령하였으나 구체적으로 어떠한 부서에 어느 정도의 잉여인력이 발생했는지에 관해 인정할 증거가 없어 인원감축 필요성이 부정된 경우	
서울고등법원 2011. 11. 1. 선고 2012누17980 판결	해고대상자로 선정된 근로자들이 권고사직에 응하지 아니하자 사직을 유도할 목적으로 대기발령한 경우	대법원(대법원 2013. 3. 14. 자 2012두26555 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정

한편 인사규정에 대기발령 사유가 한정되어 있는 경우에는 그 이외의 사유를 대기발령의 사유로 삼을 수 없음<sup>87)</sup>

86) 대기발령 사유의 존재를 인정한 판례는 아래 <표 5-4>, <표 5-5>, <표 5-6>에 소개된 인정례들을 각 참조할 것

87) ① 참가인의 인사관리규정 제35조 제1항은 “이사장은 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 직위를 부여하지 아니할 수 있다. 1. 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자, 2. 징계의결이 요구 중인 자, 3. 형사 사건으로 기소된 자(약식명령이 청구된 자는 제외한다)”라고 규정함으로써 직위해제사유를 위 각호의 사유로 한정하고 있을 뿐, 명령 위반, 직무상 의무 위반, 직무태만 등을 직위해제 사유로 규정하고 있지 않은바, 위 규정은 인사상 불이익한 처분에 관한 것으로서 이를 단순히 예시적인 규정으로는 볼 수는 없다(서울고등법원 2015. 7. 10. 선고 2015누38988 판결).”[(동 사건은 대법원(대법원 2015. 10. 29. 자 2015두49016 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨), 유사판례로 서울고등법원 2014. 6. 12. 선고 2014누41727 판결(상고심에서 심리불속행 기각으로 확정)이 있음]

판례는 인사규정에서는 ‘징계사유에 해당되어 인사위원회에 부의될 때’에 대기발령을 할 수 있다고 정하고 있는데, 대기발령 당시에는 근로자가 인사위원회에 부의된 것은 아니었지만 곧 인사위원회에 부의될 것이 충분히 예상되었던 경우<sup>88)</sup> 대기발령의 사유를 인정함

반면, 판례는 인사규정에서는 ‘조합과 직원 간 소송이 진행 중인 경우’에 대기발령을 할 수 있다고 정하고 있는데, 조합이 근로자를 업무상 배임죄로 고소하여 수사 중에 있었던 상태는 ‘소송이 진행 중인’ 경우에 해당하지 않는다고 하여 대기발령 사유로 인정하지 않음

【서울고등법원 2010. 10. 27. 선고 2010누3895 판결<sup>89)</sup>】

“1) 취업규칙은 사용자가 기업경영권에 의하여 사업자에 근로자 복무규율이나 근로조건 기준을 획일적 통일적으로 정립하기 위하여 작성하는 것으로서 이는 근로기준법이 종속적 노동관계 현실에 입각하여 실질적으로 불평등한 근로자 입장을 보호 강화하여 근로자들이 누리는 기본적인 생활을 보호, 향상시키려는 목적에서 그 작성을 강제하고 이에 법규범성을 부여한 것이다(대법원 1977. 7. 26. 선고 77다355 판결 참조). 따라서 취업규칙을 적용함에 있어 명확한 증거가 없는 한 그 문언이 가지는 객관적 의미를 무시하는 해석이나 사실인정은 신중하고 엄격하여야 한다(대법원 2003. 3. 14. 선고 2002다69631 판결 참조). 한편 복무규율과 임금 등 근로조건에 관한 준칙을 담고 있으면 그 명칭을 불문하고 취업규칙이다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2001다77970 판결, 대법원 2004. 2. 12. 선고 2001다63599 판결 참조).

2) 원고 조합 ‘인사규정’은 근로자에 대하여 통일적으로 적용될 복무규율에 관한 준칙을 담고 있는 취업규칙에 해당한다. 원고 조합 ‘인사규정’ 제22조 제1항은 ‘조합과 직원간 소송이 진행 중인 경우’에 당해 직원에 대하여 직위 또는 직무를 부여하지 아니하고 대기발령할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 원고 조합이 참가인들에 대하여 이 사건 각 대기발령을 할 당시 원고 조합은 참가인들을 업무상 배임죄로 고소한 것에 불과한 상태였다. 이를 들어 ‘소송이 진행 중인 경우’에 해당한다고 해석하는 것은 위 인사규정 중 대기발령 사유에 대한 문언이 가지는 객관적 의미를 넘어서는 것이다. 참가인들을 대기발령한 사유는 ‘인사규정’에서 정한 대기발령 사유에 해당하지 아니한다.”

88) “근로자에 대한 대기발령의 정당성은 근로자에게 당해 대기발령 사유가 존재하는지 여부나 대기발령에 관한 절차 규정의 위반 여부 및 그 정도에 의하여 판단할 것이다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다86246 판결 등 참조). 이 사건에서 관하여 보건대, 앞서 든 사실 및 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 참가인 조합 인사규정 제62조 제1항 제4호에서는 ‘징계사유에 해당되어 인사위원회에 부의될 때’에 대기발령을 할 수 있다고 정하고 있는데, 대기발령처분이 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니하는 잠정적인 조치임을 고려할 때 위 규정은 징계사건을 인사위원회에 부의한 이후에만 대기발령을 할 수 있다는 의미라고 보기보다는 징계사건으로 곧 인사위원회에 부의될 것이 충분히 예상되는 경우에도 대기발령을 할 수 있다는 의미로 봄이 타당한 점”(서울행정법원 2014. 1. 10. 선고 2013구합18360 판결)[항소심(서울고등법원 2014. 8. 28. 선고 2014누42089 판결)에서 원고의 근로계약기간 만료로 소각하됨]

89) 대법원(대법원 2011. 1. 27.자 2010두25886 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

한편, 취업규칙상 대기발령이 징계의 일종으로 규정되어 있는 경우에는 근로자에게 징계사유가 존재하는 경우에 한하여만 대기발령이 가능하나, 이와 별도의 업무명령으로서의 대기발령은 징계로서의 대기발령과는 무관하게 가능함<sup>90)</sup>

다만, 징계로 규정되어 있지 않은 업무명령에 해당한다고 하더라도 과거 징계전력을 이유로 근로자에게 불이익을 주는(실질적으로는 징계 대체적 목적의) 대기발령은 위법하다고 볼 수 있음

【서울고등법원 2009. 7. 29. 선고 2009누371 판결<sup>91)</sup>】

“1) 살피건대, 참가인은 …(중략)… 영업점장 평가 하위자, 징계대상 해당자, 직무미부여자 등을 대상으로 관리역, 연구역, 상담역, 소송역, 교수, 채권추심역 등에 발령하여 일정기간 동안 근무하게 한 후 다시 원직에 복직시키거나 일정기간 근무 후 퇴직하게 하는 단계별 역직제도를 마련하여 2004. 6. 21. 노동조합의 동의(찬성 79.9%)를 얻어 그 무렵부터 시행하였고, 참가인은 이러한 역직제도에 의하여 이 사건 정직처분을 받은 전력으로 비리문책자에 해당하여 3년간 채권추심역에 발령되어 근무하다가 참가인 회사를 퇴직하도록 되어 있고, 이 사건 대기발령은 이러한 과정에서 행해진 것임은 앞서 본바와 같다.

그런데 참가인의 경우와 같이 과거 징계전력을 이유로 역직되는 경우에는 다른 역직사유와는 달리 당초부터 원직복귀가 불가능하고 일정기간 역직되어 근무한 이후에는 인사위원회의 심의를 거쳐 대기발령된 후에 당연 퇴직에 이르도록 되어 있는바, 이와 같은 역직제도의 내용은 이미 처벌받은 과거의 징계전력을 이유로 재차 역직되고 시간의 경과에 따라 순차적으로 대기발령을 거쳐 퇴직에 이르는 것이 예정된 것이어서 결국 징계전력이 있어 역직대상이 된다는 그 자체가 기간의 유예를 두었을 뿐 바로 퇴직을 의미하는 것이 되므로, 적어도역직기간 중의 근무성과 등을 재평가하여 다시 원직에 복직될 수 있는 기회를 원천적으로 봉쇄하는 한 이러한 내용의 역직제도는 비록 효율적인 인력관리 등을 목적으로 근로자 과반수의 동의를 얻어 시행된 것이라 하더라도, 과거의 징계전력을 이유로 소급처벌을 하는 것이거나 이중처벌에 해당하여 무효라 할 것이다.

2) 따라서 원고가 이러한 무효인 단계별 역직제도에 의하여 과거의 징계전력을 이유로 참가인에 대하여 직무 미부여, 1차 대기발령에 이어 한 이 사건 대기발령은 퇴직에 이르게 되는 전 단계의 절차라 할 것이므로 위법하다…(중략)…”

90) “운송사업체에 있어서의 승무정지처분은 사용자가 경영권 행사의 일환으로 업무수행을 위하여 근로자에 대하여 행하는 업무명령인 승무지시의 소극적 양태라 할 것이고, 이러한 승무정지처분이 경영상 필요나 업무수행의 합리적인 이유에 기인한 경우에는 이는 정당한 업무명령에 속한다고 할 것이므로(당원 1994. 8. 12. 선고 94누1890 판결 참조) 비록 단체협약에 승무정지가 징계사유로 열거되어 있다고 하여도 징계로서의 승무정지와는 별도로 업무명령으로서의 승무정지도 가능하다고 할 것이다.”(대법원 1997. 11. 25. 선고 96누13231 판결)

91) 1심 판결(서울행정법원 2008. 11. 18. 선고 2008구합24518 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 10. 29. 자 2009두15159 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 나. 대기발령이 정당할 것

사용자의 대기발령은, 대기발령의 사유 또는 업무상 필요성이 인정된다 하더라도 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없어야 하고, 대기발령이 사용자의 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 대기발령의 업무상의 필요성과 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익<sup>92)</sup>과의 비교교량 등에 의하여 결정되어야 함

### 【대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결】

“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).”

제5장  
대기발령

〈표 5-4〉 대기발령 정당성 인정·불인정 판례

구분	판례	주요내용	비고
인정	서울고등법원 2009. 4. 10. 선고 2008누24554 판결	종래 영업부문이 회사분할로 인하여 신설회사로 이전됨에 따라 사용자에게 대기발령의 업무상 필요성이 발생한 반면에, 근로자들은 급여 등과 관련한 생활상 불이익이 크지 않고, 생활상 불이익을 줄이기 위한 여러 대안들을 제시한 사정이 있는 경우	
불인정	서울고등법원 2012. 2. 9. 선고 2011누29498 판결	과거 비위행위에 대한 추가적인 사고와 손해발생방지를 대기발령 사유로 제시하였으나 그에 관하여는 이미 시정조치 등이 완료된 상태인 반면에, 근로자들은 급여가 40% 내지 45% 정도로 줄어들고 승급 및 승진이 제한되는 등 생활상 불이익이 큰 경우	대법원(대법원 2012. 6. 14. 자 2012두6780 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨
	서울고등법원 2011. 8. 17. 선고 2011누11725	다수의 교통사고를 야기하였다는 이유로 특별한 해결방안 없이 대기발령을 하였으나 그렇다고 하여 근로자가 향후 교통사고를 야기하지 않는다는 보장이 있는 것도 아닌 반면에, 근로자는 사납금을 공제하고 남은	대법원(대법원 2011. 12. 8. 자 2011두22297 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

92) 생활상 불이익 중 임금의 감소와 관련하여 대기발령도 ‘휴업’에 해당하므로 근로기준법 제46조 제1항에 따라 평균 임금의 100분의 70이상을 지급하여야 함에도 사용자가 이에 미달하는 임금을 지급하였으므로 대기발령으로 인한 생활상 불이익이 크다는 주장에 대하여 서울행정법원은 “원래 대기발령 시에 지급해야 할 임금에 미치지 못하는 임금을 지급하였다고 하더라도 이는 원고가 참가인들에 대한 임금 지급 채무의 일부를 이행하지 않은 것에 불과하여 임금 체불에 따른 민·형사상 문제가 발생할 수 있는 사정에 그칠 뿐이지 이로 인하여 이 사건 대기발령으로 인한 생활상 불이익의 판단이 영향을 받지는 않는다(즉 이러한 경우에 참가인들은 원래 받아야 할 임금과 실제 받은 임금의 차액 부분에 관한 임금 채권을 여전히 가지고 있으므로 그 부분에 관하여 불이익을 입고 있는 것이 아니며, 설령 그 부분의 지급 지연을 불이익으로 보더라도 이는 사용자인 원고의 임금 체불로 인한 것이지 이 사건 대기발령으로 인한 것이 아니다).”고 판시(서울행정법원 2016. 9. 22. 선고 2015구합77776 사건 참조)

	판결 <sup>93)</sup>	추가수입 기회를 잃게 되거나 근로제공을 하지 못하는 인격적 침해를 받는 등 생활상 불이익이 큰 경우	
	서울고등법원 2002. 12. 13. 선고 2001누13074 판결 <sup>94)</sup>	은행 입사 후 줄곧 단순한 경비 또는 잡무처리의 고유 업무만을 수행하여 왔던 근로자들을 아무런 협의 없이 창구업무 및 후선업무를 맡도록 전보 조치한 다음, 새로운 직무에 대한 성적을 평가하여 이를 토대로 대기발령한 경우	

그러나 구체적인 사안에 따라서는 대기발령에 따른 근로자의 생활상 불이익과의 비교·형량없이 **대기발령 사유의 존부만으로 곧바로** 대기발령의 정당성을 판단하는 경우도 있음

〈표 5-5〉 생활상 불이익과의 비교·형량 없이 대기발령의 정당성을 인정한 판례

판례	주요내용	비고
대법원 2002. 7. 26. 선고 2000두9113 판결	근로자에 대한 인사고과 결과와 업무실적, 출결상황, 상급자 또는 동료 근로자들의 평가 등을 종합한 결과, 근로자의 직무수행능력이 현저히 부족하다고 판단하여 대기발령을 한 경우	
대법원 1997. 11. 25. 선고 96누13231 판결	대기발령이 정식 징계를 위한 준비로서 잠정적 조치에 불과한 경우	
대법원 1995. 5. 26. 선고 94누9351 판결	중학교 영어교사인 근로자가 영어 지도능력 부족으로 인한 담당학생들의 성적저조를 우려하여 학생들의 성적을 상향조정하여 징계를 받았으며, 이후에도 평가수업 및 학생들의 설문조사 결과 수업능력이 부족한 것으로 평가된 경우	
대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결 <sup>95)</sup>	상급자에 대한 폭언, 명예훼손 행위, 다른 직원을 선동하여 근무지 이탈 등의 행위를 한 자에게 '직원으로서의 근무태도가 심히 불성실한 경우'에 해당함을 이유로 대기발령한 경우	
서울고등법원 2008. 7. 1. 선고 2007누31463 판결	3년간 업무실적이 하위 20% 이내에 해당함을 이유(업무실적 저조)로 대기발령한 경우	대법원(대법원 2008. 10. 9. 자 2008두12900 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨
서울고등법원 2001. 12. 13. 2001누1811 판결 <sup>96)</sup>	잉여인력에 대한 수급을 조절하기 위하여 인사고과 평균성적을 기준으로 195명 중 최하위의 자를 명예 퇴직 대상으로 선정하고 명예퇴직 권고에 불응하자 대기발령한 경우	대법원(대법원 2002. 4. 15. 자 2002두707 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨
서울고등법원 2013. 10. 10. 선고 2013누17444 판결	정직처분을 받았던 경비원이 정직기간 만료로 아파트에 복귀하게 되면 다시 입주민들과 다툼이 생길 가능성이 높다는 이유로 대기발령한 경우	대법원(대법원 2014. 1. 23. 자 2013두22246 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

93) 이 사안은 위에서 본 사정 뿐만 아니라 대기발령에 앞서 이미 같은 이유로 정직 3개월의 처분을 받았던 점을 함께 고려하였음에 유의할 것

94) 이 사안은 앞선 전보조치가 야기하는 근로자들의 생활상의 불이익이 크다고 판단하면서 대기발령에 대하여도 마찬가지로 보았음



참고로 노동위원회 및 법원에서 대기발령의 정당성을 판단할 때는 사용자가 당시 대기발령의 사유로 삼은 사유에 의하여만 판단하여야 하고, 애초에 거론하지 아니한 사유를 포함시켜 대기발령의 당부를 판단할 수는 없음

【대법원 1993. 11. 23. 선고 92다34933 판결<sup>97)</sup>】

“원심은 피고조합이 직위해제처분을 하면서 들고 있지도 않은 위 운영규정 제35조 제1항 제2호 소정의 징계의결이 요구중인 때의 직위해제사유를 적시하면서 직위해제처분이 정당하다는 근거의 하나로 삼고 있으나, 직위해제처분의 당부는 인사위원회에서 직위해제사유로 삼은 사유에 의하여 판단하여야 하고 인사위원회에서 거론하지 아니한 사유를 포함시켜 직위해제의 당부를 판단할 수도 없다.”

제5장  
대기발령

다. 부당하게 장기간 행하여지지 아니할 것

사유가 인정되고 재량권 범위 내에서 행하여진 대기발령이라 하더라도, 부당하게 장기간 대기발령을 하는 경우는 정당성이 부정됨

판례는 대기발령의 기간에 대한 평가에 있어서는 다른 유형의 대기발령 사안과 달리

- ① 당해 대기발령 규정의 목적과 그 실제 기능, ② 대기발령 유지의 합리성 여부 및 ③ 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익 등을 판단요소로 추가하고 있음

【대법원 2007. 2. 23. 선고 2005다3991 판결】

“대기발령이 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치이고, 근로기준법 제30조 제1항에서 사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 전직, 휴직, 기타 징벌을 하지 못한다고 제한하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 사용자가 대기발령 근거규정에 의하여 일정한 대기발령 사유의 발생에 따라 근로자에게 대기발령을 한 것이 정당한 경우라고 하더라도 당해 대기발령 규정의 설정 목적과 그 실제 기능, 대기발령

95) 유사한 판례로 서울행정법원 2007. 7. 3. 선고 2006구합40826 판결, 서울고등법원 2013. 9. 11. 선고 2013누101 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 1. 24. 자 2013두21083 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

96) 1심 판결(서울행정법원 2001. 1. 9. 선고 2000구7208 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2002. 4. 15. 다 2002두707 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

97) 같은 취지로 “다만, 사용자의 인사규정 등에 직원의 대기발령사유에 관하여 규정하고 있는 경우에 사용자가 위 규정에 의하여 직원을 대기발령하였다면 그 대기발령의 당부는 당해 처분에서 대기발령사유로 삼은 사유에 의하여 판단하여야 하고, 이와는 전혀 별개의 사유까지를 포함하여 위 대기발령 처분의 당부를 판단할 수는 없다고 할 것인바(대법원 1995. 3. 10. 선고 94누11880 판결 참조), 기록에 의하면 피고 회사는 위 원고에 대한 대기발령사유 중 ‘1996년 1월경 자신이 연장자라는 이유로 군기를 잡는다는 구설하에 소외 1 등 3인을 폭행한 건’은 그 사유로 적시하지 아니하였음이 분명함에도 원심이 위 사유까지를 포함하여 이 사건 대기발령 처분의 당부를 판단한 것은 잘못이라고 할 것이다.”(대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결)과 서울고등법원 2012. 1. 12. 선고 2011누25106 판결[대법원(대법원 2012. 6. 14. 자 2012두4739 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]이 있음

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."

〈표 5-6〉 대기발령의 기간과 관련된 판례

판례		주요내용	비고
인정	서울고등법원 2009. 4. 10. 선고 2008누24554 판결	대기발령 기간이 중앙노동위원회의 재심판정 당시를 기준으로 하면 약 9개월 간, 소송의 변론종결일을 기준으로 하면 약 1년 5개월 간 지속되어 왔으나, 대기발령의 업무상 필요성(경영형편상 과원)이 계속 되고 있었으며 근로자들에게도 대기발령의 장기화에 일부 책임이 있었던 경우	
	서울고등법원 2001. 12. 13. 2001누1811 판결 <sup>98)</sup>	인사규정이 대기발령의 기간을 6개월로 제한하고 있고 실제로 6개월을 초과하였으나, 인사규정에 ‘6개월을 초과하여도 사유가 없어지지 않을 경우에는 인사위원회의 결정에 따른다’는 규정이 함께 있었으며 근로자에게 달리 대기발령 해제사유가 없었던 경우	대법원(대법원 2002. 4. 15. 자 2002두707 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨
불인정	서울고등법원 2012. 4. 19. 선고 2011누23339 판결	대기발령 없이도 충분히 근로자들의 횡령 혐의 조사가 가능함에도 불구하고 징계의 효과를 얻기 위하여 혐의 조사를 명목으로 약 1년 가까이 대기발령한 경우	대법원(대법원 2012. 8. 17. 자 2012두10109 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨
	대법원 2007. 7. 23. 선고 2005다3991 판결	대기발령의 사유가 일용 해소되었음에도 아무런 직무도 부여하지 않은 채 기본급 정도만을 수령 하도록 하면서 2년 이상 대기발령 조치를 그대로 유지한 경우	

### 3.2 절차적 정당성

대기발령이 사용자가 행하는 인사명령의 일종인 이상, 사용자가 대기발령 처분을 함에 있어서 당해 근로자에게 변명의 기회를 부여하는 등의 절차를 반드시 거쳐야 하는 것은 아님<sup>99)</sup>

판례는 '근로자와의 협의'를 신의칙상 요구되는 절차 중 하나로 판시하고 있으나,

98) 1심 판결(서울행정법원 2001. 1. 9. 선고 2000구7208 판결)을 인용함

99) 대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결, 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다64833 판결 참조

그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 대기발령이 권리남용에 해당되어 당연히 무효가 되는 것은 아니라고 보고 있음<sup>100)</sup>

그러나 취업규칙 등에 대기발령이 징계의 일종으로 규정되어 있고 이에 따른 징계성 대기발령을 하고자 하는 경우에는 징계절차를 거쳐야 함

한편, 단체협약이나 취업규칙 등에 정해진 대기발령의 절차가 있다면 역시 그에 따라야 함

〈표 5-7〉 대기발령의 절차적 정당성 인정·불인정 판례

구분	판례	주요내용
인정	대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결	인사규정에 대기발령을 할 수 있는 사유에 관한 규정은 있었지만 그 형식 및 절차에 관하여는 인사규정은 물론 취업규칙, 단체협약 등에서도 아무런 규정이 없었고, 이에 사용자가 대기발령을 하면서 그 사유를 명시하지 않은 경우
	대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다64833 판결	취업규칙 등에 징계로 규정되어 있지 않고, 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 경우
불인정	대법원 1994. 8. 23. 선고 94다7553 판결	조합운영규정상 ‘이해관계 있는 자’는 인사위원회 심의에 참여할 수 없도록 규정되어 있는데, 근로자의 욕설, 모욕과 불신임 발언의 피해자가 근로자에 대한 인사위원회 위원장으로 참석하여 심의와 결정을 한 경우
	서울행정법원 2002. 7. 23. 선고 2002구합11073 판결	인사규정상 대기발령을 위해서는 이사회의 승인을 얻어 이사장이 행하는 절차를 준수하도록 되어 있는 상황에서 이러한 절차 없이 상무의 결재로 대기발령한 경우 <sup>101)</sup>

제5장  
대기발령

100) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결

101) 유사판례로 서울고등법원 2012. 2. 9. 선고 2011누29498 판결[대법원(대법원 2012. 6. 14. 선고 2012두6780 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]이 있음

## 제2절 대기발령 관련 판례

### 1. 대기발령의 개념 관련 판례

1.1 법원은 대기발령이 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 해제**를 의미한다고 봄

#### 【대법원 2002. 2. 8. 선고 2000두7186 판결】

“근로자에 대한 직위해제는 일반적으로 근로자가 직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무 태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행중인 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 비위 행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다(대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15926 판결, 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결 등 참조).

또 기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위하여서는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요 불가결하므로, 대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고, 따라서 이러한 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 하며, 이것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 할 수 없다(대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결, 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결 등 참조).”

1.2 법원은 대기발령이 근로기준법 제23조 제1항에서 정한 ‘**휴직**’에 해당한다고 볼 수 있다고 판단함

#### 【대법원 2013. 10. 11. 선고 2012다12870 판결】

“근로기준법 제46조 제1항에서 정하는 ‘휴업’에는 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있는데도 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 불가능하게 된 경우도 포함되므로, 이는 ‘휴직’을 포함하는 광의의 개념인데, 근로기준법 제23조 제1항에서 정하는 ‘휴직’은 어떤 근로자를 그 직무에 종사하게 하는 것이 불가능하거나 적당하지 아니한 사유가 발생한 때에 그 근로자의 지위를 그대로 두면서 일정한 기간 그 직무에 종사하는 것을 금지시키는 사용자의 처분을 말하는 것이고(대법원 2009. 9. 10. 선고 2007두10440 판결 참조), ‘대기발령’은 근로자가 현재의 직위 또는 직무를 장래에 계속 담당하게 되면 업무상 장애 등이 예상되는 경우에 이를

예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치를 의미하므로(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다86246 판결 참조), 대기발령은 근로기준법 제23조 제1항에서 정한 ‘휴직’에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 사용자가 자신의 귀책사유에 해당하는 경영상의 필요에 따라 개별 근로자들에 대하여 대기발령을 하였다면 이는 근로기준법 제46조 제1항에서 정한 휴업을 실시한 경우에 해당하므로 사용자는 그 근로자들에게 휴업수당을 지급할 의무가 있다.”

## 2. 대기발령의 실체적 정당성 관련 판례

### 2.1 대기발령 사유 관련

#### 가. 대기발령에 관한 특별한 규정이 없는 경우<sup>102)</sup>

1) 법원은 근로자가 새로 도입된 근무성적 평가에서 최하위를 하였다고 하더라도 입사한 이후로 업무수행과 관련하여 문제를 일으킨 바 없고 상급자의 지시명령을 태만히 했다는 사정도 존재하지 않는데도, ‘업무수행능력 부족’ 및 ‘지시명령 위반’을 사유로 대기발령한 경우 대기발령의 사유를 부정함

#### 【서울고등법원 2005. 7. 7. 선고 2004누14597 판결<sup>103)</sup>】

“(나) 이 사건에 있어서, 앞서 본 바와 같이 2002년도 근무성적 평가를 함에 있어 부장, 실장, 사무총장의 3단계로 나누어 평가를 하고, 그에 대한 평가가중치 및 여러 세부 평가사항을 나누고 있는 점에 비추어 나름대로는 객관적이고 합리적으로 평가한 것으로 보인다. 그러나 참가인이 입사한 이래 위 근무성적을 평가한 2002년도 전까지 직무수행에 특별한 문제가 없었음에 비추어 (만약, 업무수행에 특별한 문제가 있었다면 앞서 본 바와 같이 재계약을 하지 아니하였을 것으로 보인다) 2002년도에 시행한 근무성적평가에서 최하위를 하였다고 하여 이 사건 대기발령 사유에 기재된 바와 같이 직무수행능력이 현저히 부족하다고는 볼 수 없다 할 것이고, 또한 상급자 지시명령을 태만히 하였다는 사유는 앞서 본 바와 같이 상급자인 한○○가 하급자인 참가인에게 지시를 함에 있어 지시사항과 그 해당 업무수행자를 특정하는 등 하급자인 참가인이 자신에 대한 지시사항이고 이를 보고할 의무가 있다고 충분히 알 수 있을 정도로 지시를 하였어야함에도 일부 문서는 ‘참고’란에 참가인을 기재하고, 일부 문서는 이미 상급자에게 자신이 작성한 문서를 보낸 후 참가인 등에게 이를 검토하라고 보내는 등 그 지시방법과 관련하여 문제가 있다 할 것이어서 그에 따라 참가인이 문서를 제출하지 아니하였다고 하여 그 책임을 순전히 참가인에게만 돌릴 수 없다는 점과 아울러 일부 문서는 정해진 기한을 지키지는 못하였지만 제출한

102) 대기발령은 인사명령의 일종이므로 특별한 규정이 없는 이상 사용자에게 업무상 필요한 범위 안에서 상당한 재량이 인정되나, 대기발령 사유의 존재 자체의 입증책임은 사용자에게 있음

점에 비추어 보면, 참가인이 상급자 지시명령을 태만히 하였다고 할 수도 없다 할 것이다. 따라서 이 사건 대기발령은 그 대기발령 사유가 존재하지도 아니함에도 불구하고 한 것이므로, 위법하다 할 것이다.”

2) 법원은 직전 파업에 참가했던 조합원들이 이후 20여 일간 정상 근로하여 왔음에도 ‘홍분’과 ‘피로누적’ 등으로 직무수행능력이 부족한 상태라며 새로운 파업을 앞두고 대기발령한 경우 대기발령의 사유를 부정함

【서울고등법원 2012. 1. 12. 선고 2011누27782 판결<sup>104)</sup>】

“(나) 한편, 직위해제사유로서의 ‘직무수행능력이 부족한 경우’라 함은 정신적·육체적으로 직무를 적절하게 처리할 수 있는 능력이 현저히 부족한 경우를 말하는 것으로, 징계사유로서의 명령위반, 직무상 의무위반, 직무태만 등과는 구별된다고 할 것이다 …(중략)…

(다) 특히, 아래에서 보는 바와 같이 직위해제를 받은 근로자는 인사 및 보수상 불이익을 받게 되는 점에 비추어 볼 때, 원고가 근로자에 대하여 직위해제를 할 경우 특히 그 사유가 ‘직무수행능력의 부족’인 경우에는 근로자들에 대한 근무평가결과 등 객관적인 자료에 기초해서 이루어져야 한다 …(중략)…

(2) 참가인들의 직무수행능력이 부족하였는지 여부

위 인정사실에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 참가인들이 이 사건 파업 이전에 단행된 파업에 참여한 날은 2009. 11. 5. 하루에 불과한 점, 참가인들은 2011. 11. 6.부터 이 사건 파업 전까지 정상적으로 근무하였던 점, ‘피로’와 ‘홍분’ 상태에 있었다는 등의 사정은 자의적 판단이 개입될 여지가 많아 ‘직무수행능력이 부족한지 여부’를 판단함에 있어 그 평가기준으로 삼기 곤란한 점 등에 비추어 볼 때, 증인 임○○의 증언만으로는 참가인들이 이 사건 파업 이전에 단행된 파업을 준비하였거나 이에 참여하여 직무수행능력이 현저히 부족한 상태에 있었다거나, 원고가 참가인들의 직무수행능력을 적절히 평가하여 이 사건 직위해제를 하였음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없다.”

3) 법원은 인력구조 개편의 필요성이 있다며 대기발령하였으나 구체적으로 어떠한 부서에 어느 정도의 잉여인력이 발생했는지에 관해 인정할 증거가 없어 인원감축 필요성이 부정된 경우 대기발령의 사유를 부정함

103) 1심 판결(서울행정법원 2004. 6. 24. 선고 2003구합36611 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2005. 11. 25. 자 2005두9217 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정

104) 1심 판결(서울행정법원 2011.6. 30. 선고 2010구합44719 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 5. 24. 자 2012두3682 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정

【서울고등법원 2006. 11. 15. 선고 2006누8824 판결<sup>105)</sup>】

“원고 회사는 원가상승 압박, 매출감소 등 경영위기에 직면하자 이를 극복하기 위하여 잉여 인력에 대한 인력감축의 필요성이 대두되어 인사권의 행사로서 이 사건 대기발령을 한 것이라고 주장하므로, 이 사건 대기발령이 ‘정당한 인사권’의 행사인지 여부가 이 사건의 쟁점이다.

위와 같은 법리에 비추어 이 사건 대기발령이 업무상 필요성과 신의칙상 요구되는 절차를 거쳐 합리적으로 발령된 것인지 여부를 보건대, 원고 회사는 2003년 말경부터 원자재 가격상승과 그로 인한 매출감소 및 부채증가 등으로 경영상 압박을 받아오다가, 2004. 8. 20. 임원과 부장급 직원의 급여를 2004. 12. 31.까지 삭감하고, 구조조정의 일환으로 조직개편을 단행한 사정에 비추어 보면, 원고 회사가 조직개편 과정에서 잉여인력이 발생하였다면 그들에 대하여 재배치 혹은 대기 발령을 통하여 인력구조를 개편하여야 할 업무상 필요성은 있었던 것으로 보인다. 그러나 원고 회사가 제출한 자료만으로는 원고 회사가 경영위기를 극복하기 위하여 조직개편을 단행한 사실만이 인정될 뿐이고, 구체적으로 그러한 조직개편으로 인하여 어떠한 부서에 어느 정도의 잉여 인력이 발생하였는지에 관하여는 이를 인정할 증거가 없고, 참가인이 소속된 의장생산부 기장 팀의 경우 조직개편에도 불구하고 그대로 존속하고 있었던 사정에 비추어 원고 회사가 의장생산 부에 소속된 참가인을 대기발령하여 인력구조를 개편하여야 할 경영상 필요성이 있었다고 단정하기 어렵다.”

제5장  
대기발령나. 인사규정상 대기발령에 관한 규정이 있는 경우<sup>106)</sup>

1) 법원은 인사규정에서는 ‘징계사유에 해당되어 인사위원회에 부의될 때’에 대기 발령을 할 수 있다고 정하고 있는데, 대기발령 당시에는 근로자가 인사위원회에 부의된 것은 아니었지만 곧 인사위원회에 부의될 것이 충분히 예상되었던 경우 대기발령의 사유를 인정함

【서울행정법원 2014. 1. 10. 선고 2013구합18360 판결<sup>107)</sup>】

“대기발령은 근로자가 현재의 직위 또는 직무를 장래에 있어서 계속 담당하게 되면 업무상의 장애 등이 예상되는 경우에 이를 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치를 의미한다. 이는 근로자의 과거의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르므로, 근로자에 대한 대기발령의 정당성은 근로자에게 당해 대기발령 사유가 존재하는지 여부나 대기발령에 관한 절차규정의 위반 여부 및 그 정도에 의하여 판단할 것이다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다86246 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 앞서 든 사실 및 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉

105) 1심 판결(서울행정법원 2006. 3. 14. 선고 2005구합23015 판결)을 인용함

106) 인사규정에 대기발령 사유가 한정되어 있는 경우에는 그 이외의 사유를 대기발령의 사유로 삼을 수 없음

① 참가인 조합 인사규정 제62조 제1항 제4호에서는 ‘징계사유에 해당되어 인사위원회에 부의될 때’에 대기발령을 할 수 있다고 정하고 있는데, 대기발령처분이 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니하는 잠정적인 조치임을 고려할 때 위 규정은 징계사건을 인사위원회에 부의한 이후에만 대기발령을 할 수 있다는 의미라고 보기 보다는 징계사건으로 곧 인사위원회에 부의될 것이 충분히 예상되는 경우에도 대기발령을 할 수 있다는 의미로 봄이 타당한 점, ② 그런데 원고는 농업협동조합법위반 사건을 제외하고는 이 사건 징계해고처분의 사유와 동일한 사유로 2012. 8. 9. 징계해고되었다가 경기지방노동위원회에서 원고에게 소명기회를 부여하지 않아 위 해고가 부당하다는 판정에 따라 2012. 11. 23. 원직복직 되었으므로, 동일한 사유로 곧 인사위원회에 부의될 것이 충분히 예상되었던 점, ③ 실제 원고에게 인사위원회 출석 통지가 이루어진 것은 2012. 12. 27.로서 대기발령 시부터 약 한 달 가량이 흐른 뒤였는데, 그 기간이 대기발령처분을 위법하게 할 만큼 길다고 보기 어렵고, 농협중앙회가 대기발령 후인 2012. 11. 29. 원고에 대하여 농업협동조합법위반과 관련하여 정직 1월의 징계를 요구하는 추가적인 사정까지 발생하였던 것까지 고려하면 더욱 그러한 점, ④ 대기발령으로 인해 원고가 급여상 손실을 보았다는 사정은 대기발령처분의 위법 여부에 영향을 미친다고 보기 어려운 점, ⑤ 달리 원고에게 대기발령 사유가 없다거나 대기발령에 관한 절차규정을 위반하였음을 인정할 증거가 없는 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 원고에 대한 대기발령처분은 적법하고, 이에 대한 원고의 주장은 이유 없다.”

2) 법원은 인사규정상의 대기발령 규정 해석과 관련해서 인사규정에 ‘회사와 근로자 간에 소송이 진행 중인 경우’라고 규정된 경우, 근로자를 업무상 배임죄로 고소하여 수사 중에 있는 경우도 이러한 규정에 해당한다며 사용자가 근로자를 대기발령한 사안에서 대기발령의 사유를 부정함

【서울고등법원 2010. 10. 27. 선고 2010누3895 판결<sup>107)</sup>】

“1) 취업규칙은 사용자가 기업경영권에 의하여 사업장에 근로자 복무규율이나 근로조건 기준을 획일적 통일적으로 정립하기 위하여 작성하는 것으로서 이는 근로기준법이 종속적 노동관계 현실에 입각하여 실질적으로 불평등한 근로자 입장을 보호 강화하여 근로자들이 누리는 기본적인 생활을 보호, 향상시키려는 목적에서 그 작성을 강제하고 이에 법규범성을 부여한 것이다(대법원 1977. 7. 26. 선고 77다355 판결 참조). 따라서 취업규칙을 적용함에 있어 명확한 증거가 없는 한 그 문언이 가지는 객관적 의미를 무시하는 해석이나 사실인정은 신중하고 엄격하여야 한다 (대법원 2003. 3. 14. 선고 2002다69631 판결 참조). 한편 복무규율과 임금 등 근로조건에 관한 준칙을 담고 있으면 그 명칭을 불문하고 취업규칙이다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2001다77970 판결, 대법원 2004. 2. 12. 선고 2001다63599 판결 참조).

2) 원고 조합 ‘인사규정’은 근로자에 대하여 통일적으로 적용될 복무규율에 관한 준칙을 담고

107) 동 판결은 항소심(서울고등법원 2014. 8. 28. 선고 2014누42089 판결)에서 소각하로 취소됨



있는 취업규칙에 해당한다. 원고 조합 ‘인사규정’ 제22조 제1항은 ‘조합과 직원간 소송이 진행 중인 경우’에 당해 직원에 대하여 직위 또는 직무를 부여하지 아니하고 대기발령할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 원고 조합이 참가인들에 대하여 이 사건 각 대기발령을 할 당시 원고 조합은 참가인들을 업무상 배임죄로 고소한 것에 불과한 상태였다. 이를 들어 ‘소송이 진행 중인 경우’에 해당한다고 해석하는 것은 위 인사규정 중 대기발령 사유에 대한 문언이 가지는 객관적 의미를 넘어서는 것이다. (따라서) 참가인들을 대기발령한 사유는 인사규정에서 정한 대기발령 사유에 해당하지 아니한다.”

3) 법원은 인사관리규정이 직위해제사유로 ‘직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자’, ‘징계의결이 요구 중인 자’, ‘형사사건으로 기소된 자’라고 규정하여 **직위해제사유를 한정**한 경우, ‘명령 위반’, ‘직무상 의무 위반’, ‘직무태만’ 등의 사유에 대해서는 직위해제사유로 인정하지 않음

제5장  
대기발령

【서울고등법원 2010. 7. 10. 선고 2015누38988 판결<sup>110)</sup>】

“이 사건 직위해제처분은 참가인의 인사관리규정 소정의 직위해제사유에도 해당하지도 아니하는 사유를 그 처분 사유로 삼은 것으로서 참가인의 정당한 인사권의 범위 내에서 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 의무 위반, 직무태만 등을 직위해제 사유로 규정하고 있지 않은바, 위 규정은 인사상 불이익한 처분에 관한 것으로서 이를 단순히 예시적인 규정으로는 볼 수는 없다. ② 피고와 참가인은 이 사건 직위해제처분이 참가인의 인사권에 기초한 것으로서 참가인의 인사재량권 범위 내라고 주장하고 있으나, 직위해제에 대한 규정의 유무는 인사권자가 행한 직위해제의 정당성 판단에 상당한 영향을 미치는 것으로 보아야 하고, 이 사건 직위해제의 근거 규정인 참가인의 인사관리규정 제35조는 ‘제4장 포상 및 징계’가 아닌 ‘제5장 신분보장’에 위치하고 있어 이는 직원의 신분을 보장하려는 취지로 보이므로, 인사재량권을 근거로 참가인의 인사관리규정을 벗어난 직위해제 사유를 인정하기는 어렵다.”

108) 대법원(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010두25886 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

109) 이 사건 1심 법원은 “형사소송은 원칙적으로 공소제기 후의 공판절차를 의미하나 사후 공소제기에 의해 수사 개시에 상당한 근거가 있었음이 확인되었다면 수사 진행 단계도 형사소송에 준해서 볼 수 있고, 상호간 민사소송이 예정되어 있었다”고 하면서 “위 규정은 원고 조합과 직원 사이 분쟁으로 이해관계가 대립되어 직원에게 계속적으로 업무를 부여하는 것이 적절하지 않은 경우 일단 그 업무에서 배제하기 위한 것이므로 대기발령 사유로 정당하다”고 판단하였음. 당시 이러한 1심 판결에 대해서는 이처럼 인사규정을 무리하게 해석하게 되면 ‘회사가 고발한 상태만으로도 대기발령의 대상이 된다’, ‘회사와 민사소송을 할 태세라도 보이면 대기발령의 대상이 된다’는 결론에 이르게 되므로 부당하다는 비판이 있었음(정인섭, ‘회사와 소송 중임을 이유로 한 대기발령’, 『노동법학』 제33호)

## 2.2 대기발령의 정당성 판단 방식 관련

### 가. 판례의 일반적 경향<sup>111)</sup>

1) 법원은 종래 영업부문이 회사분할로 인하여 신설회사로 이전됨에 따라 사용자에게 대기발령의 업무상 필요성이 발생한 반면에, 근로자들은 급여 등과 관련한 생활상 불이익이 크지 않고, 사용자가 생활상 불이익을 줄이기 위한 여러 대안들을 제시한 사정이 있는 경우 대기발령의 정당성을 인정함

#### 【서울고등법원 2009. 4. 10. 선고 2008누24554 판결<sup>112)</sup>】

“나) 위 법리에 비추어 먼저 이 사건 대기발령의 업무상 필요성에 관하여 보건대, 위 인정 사실로부터 알 수 있는 다음의 사정들, 즉 ① 원고 근로자들이 이 사건 가처분결정에 따라 참가인 회사로 복직되었으나 직영승용판매부문의 영업시설은 이 사건 회사분할로 인하여 모두 신설 회사로 이전되었으므로, 참가인으로서 원고 근로자들을 원직에 복직시키는 것이 경영형편상 불가능하거나 불합리하였던 점(이 사건 회사분할은 수년간의 적자누적 원인으로 지목되어 온 직영승용판매부문의 사업을 폐지하는 것이 타당하다는 외부 컨설팅업체의 의견에도 불구하고 그 소속 근로자들의 고용보장 등을 위하여 가장 수익이 높은 특판부문과 함께 분할하기로 한 것으로서 경영상 불가피한면이 있었다고 할 것이다), ② 참가인의 각 사업부문 사이에는 인사 이동이 거의 없었고 특히 영업사원에 대하여는 직영승용판매부문에서 다른 판매부문으로의 인사이동이 전혀 없었으므로, 참가인이 복직된 원고 근로자들을 직영승용판매부문 이외의 사업 부문으로 발령하기를 기대하기도 어려웠던 점 등에 비추어 보면, 원고 근로자들은 참가인의 취업규칙·인사규정이 정한 “경영형편상 과원으로 인정된 자”들로서 대기발령의 대상에 해당하므로 이 사건 대기발령은 업무상 필요성이 있다.

...(중략)...

다) 다음으로, 이 사건 대기발령으로 인한 원고 근로자들의 생활상 불이익에 관하여 보건대, 위 인정사실 및 변론 전체의 취지로부터 알 수 있는 다음의 사정들에 비추어 보면, 위 생활상 불이익이 극심하여 이 사건 대기발령의 업무상 필요성을 초과한다고 보기는 어렵고, 원고들이 주장하는 다른사정(원고 근로자들이 거의 모두 그 가족의 생계를 책임지고 있고 그 자녀가 대부분 중·고등학생 내지 대학생이라는 점)만 가지고는 이러한 판단을 뒤집기에 부족하다.

① 원고들은 “원고 근로자들이 이 사건 대기발령으로 인하여 영업행위를 할 수 없어 판매 수당을 전혀 지급받지 못하게 된 결과 급여가 31~81% 축소되는 불이익을 겪어 왔다”고 주장하는바, 갑 제16 내지 제18, 20호증(각 가지번호 포함)의 각 기재 및 원고 조○○ 본인신문결말에 의하면 일단 원고들의 위 주장사실은 인정된다. 그러나 을 제14, 15호증(각 가지번호 포함)의 각 기재, 증인 정○○의 증언 및 변론 전체의 취지에 의하면, 참가인이 이 사건 대기발령 후에도

110) 대법원(대법원 2015. 10. 29. 자 2015두49016 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

111) 판례는 사용자의 대기발령이 ① 근로기준법 등에 위반되거나 ② 권리남용에 해당하지 않는 이상 그 사유를 위법하지 않다고 보고 있는데, 여기서 사용자의 대기발령이 재량권을 일탈한 권리남용에 해당하는지의 여부는 **대기발령의 업무상의 필요성과 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익**을 비교하여 심사함

㉠ 원고 근로자들 중 노조전임자에게는 이 사건 회사분할 이전과 동일한 수준의 급여를, ㉡ 원고 근로자들 중 절반 이상(101명)을 차지하는 CM 영업직 근로자에게는 평균적으로 종전 급여의 약 80%를, ㉢ 그 나머지인 SR 영업직 근로자에게는 평균적으로 종전 급여의 40% 이상을 각 지급하여 온 사실, 원고 근로자들 중 CM 영업직 근로자와 SR 영업직 근로자의 이 사건 대기발령으로 인한 급여수준 차이는 직접적으로는 그들의 성과급 비중 차이로부터 비롯된 사실을 각 인정할 수 있는바, 이에 비추어 보면 원고들의 위 주장사실만 가지고 이 사건 대기발령으로 인한 원고 근로자들의 급여상 불이익이 극심하다고 보기는 어렵다.

㉡ 원고들은 “이 사건 대기발령으로 인하여 원고 근로자들 중 약 15명이 최저임금에 못 미치는 급여를 지급받았다”고 주장하나, 나아가 구체적인 대상이나 급여액수에 관하여는 아무런 주장도 하지 아니하며, 이에 대한 참가인의 주장(원고 근로자들이 파업·결근으로 최저임금에 못 미치는 급여를 자초하였고, 일부 원고 근로자들에 대하여는 참가인이 ‘최저임금지원’이라는 항목으로 급여를 추가 지급함으로써 최저임금을 보장하였다는 취지임)에 대하여도 명백히 다투지 아니하는바, 원고들 주장의 위 사정을 전제로 이 사건 대기발령으로 인한 원고 근로자들의 급여상 불이익이 극심하다고 보기도 어렵다.

㉢ 원고들은 “원고 근로자들은 각 그 거주지 부근에 참가인의 사무실이 위치하고 있음에도 불구하고 이 사건 대기발령에 따라 대부분 시·도의 경계를 넘은 먼 곳의 사무실을 근무지로 지정받았으므로, 이 사건 대기발령으로 인하여 통근비용이 크게 증가하였다”고 주장하는바, 갑 제19호증의 기재, 원고 조○○ 본인신문결과 및 변론 전체의 취지에 의하면 일단 원고들의 위 주장사실은 인정된다. 그러나 위와 같은 비용증가는 참가인의 직영판매부문 사무실 대부분이 이 사건 회사분할에 따라 신설회사로 이전된 데 따른 것으로서 불가피한 측면이 상당히 있는 것으로 보이고, 원고 조○○ 본인신문결과만 가지고는 이러한 판단을 뒤집기에 부족하다.

...(중략)...

㉤ 특히 위와 같은 생활상 불이익의 원인에 관하여 보건대, 이 사건 대기발령은 직접적으로는 원고 근로자들이 신설회사로의 전적을 거부하여 이 사건 가처분결정을 받은 데 따른 것인바, 원고 근로자들로서는 “근로관계의 내용에 변경이 없는, 다른 사용자로의 근로관계 이전”과 “대기발령으로 인한 불이익의 감수” 사이에 선택을 할 수 있으므로(신설회사로의 전적이 곧 정리해고를 의미한다는 원고들의 주장은 받아들일 수 없다), 이 사건 대기발령은 “근로관계의 완전한 종료”와 “대기발령으로 인한 불이익의 감수” 외에는 근로자측에 다른 선택의 여지가 없는 통상적 대기발령의 경우와 그 사안이 다르다고 할 것이다.

...(중략)...

결국, 원고들은 이 사건 회사분할의 효력을 직접 다투는 데 실패하자 우회적인 방법으로 이 사건 회사분할을 사실상 무효화시킬 목적으로 위와 같은 생활상 불이익을 스스로 감수하고 있는 측면이 있고, 이에 비추어 보면 위 생활상 불이익은 원고 자신들에게도 그 원인이 일부 있다고 할 것이므로, 위 생활상 불이익이 온전히 이 사건 대기발령으로 인한 것이라고 보기는 어렵다.”

112) 1심 판결(서울행정법원 2008. 7. 18. 선고 2007구합45576 판결)을 인용함

2) 법원은 다수의 교통사고를 야기하였다는 이유로 특별한 해결방안 없이 대기발령을 하였으나 그렇다고 하여 근로자가 향후 교통사고를 야기하지 않는다는 보장이 있는 것도 아닌 반면, 근로자는 사납금을 공제하고 남은 추가수입 기회를 잃게 되거나 근로제공을 하지 못하는 인격적 침해를 받는 등 생활상 불이익이 큰 경우<sup>113)</sup> 대기발령의 정당성을 부정함

【서울고등법원 2011. 8. 17. 선고 2011누11725 판결<sup>114)</sup>】

“위 법리에 비추어 이 사건의 경우를 보건대, 제1심 판결에서 적절히 판시한 바와 같이 원고는 참가인이 다수의 교통사고를 야기하였다는 사유로 이미 정직 3개월의 징계처분을 하였으므로 다시 동일한 사유로 제재적 처분을 할 수 없을 뿐만 아니라, 특별한 해결방안을 제시하지 아니한 채 원고가 내세운 사유만으로 참가인에게 다시 무기한 대기발령을 한다고 하여 참가인이 향후 교통사고를 야기하지 않는다는 보장이 있는 것도 아니어서 이 사건 대기발령의 필요성을 쉽사리 인정하기 어려운 점, 원고는 참가인이 향후 상당한 기간에 걸쳐 자신의 귀책사유로 근로의 제공을 할 수 없다거나 근로제공을 함이 매우 부적당하다고 인정할 만한 특별한 사정이 없음에도 3개월의 정직기간을 마치고 출근하자마자 아무런 사전 통지나 협의 없이 무기한 대기발령을 하면서 신의칙상 요구되는 최소한의 적정절차도 거치지 아니한 점, 참가인은 이 사건 대기발령으로 인하여 기본급 이외에 사납금을 공제하고 남은 추가수입 기회를 잃게 되는 경제적 불이익뿐만 아니라, 출근을 하여도 본래 근로제공을 못하게 되어 근로자로서 인격적 침해를 받을 수 있는 점, 특히 원고도 현재까지 소속 근로자들에게 이 사건과 같이 무기한 대기발령을 한 전례가 없다고 자인하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 이 사건 대기발령은 그 업무상 필요성이 인정되지 아니하고 정당한 인사재량권의 범위를 넘는 경우에 해당하므로 위법하다.”

나. 대기발령 사유의 존부만으로 정당성을 판단한 판례<sup>115)</sup>

1) 법원은 근로자에 대한 인사사고과 결과와 업무실적, 출결현황, 상급자 또는 동료 근로자들의 평가 등을 종합한 결과, 근로자의 직무수행능력이 현저히 부족하다고 판단하여 대기발령을 한 경우 정당성을 인정함

113) 이 사건에서 원고(사용자)는 근로자가 12건의 교통사고를 야기하였다는 이유로 정직3월의 징계를 한 사실이 있음. 참가인(근로자)은 정직기간 중 노조사무실에서 열린 노동조합 집회에 참석하였는데 원고 관리자가 정직기간 중임을 들어 참가인에게 퇴거 요구를 하였고, 참가인이 이에 불응하자 경찰에 신고하여 경찰이 출동한 사실이 있음. 이에 원고는 참가인이 정직기간 중 자숙하지 아니하였다는 점과 운전업무를 할 경우 교통사고 유발 우려가 있다는 점을 들어 무기한 대기발령하였음. 실제로 법원 또한 대기발령의 정당성을 판단함에 있어 ‘같은 이유로 이미 정직 3개월의 처분을 받았던 점’을 함께 고려하였음에 유의할 것

114) 대법원(대법원 2011. 12. 8. 자 2011두22297 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

115) 판례 중 구체적인 사안에 따라 대기발령에 따른 근로자의 생활상 불이익과의 비교·형량 없이 대기발령 사유의 존부만으로 대기발령의 정당성을 판단하는 경우도 있음

## 【대법원 2002. 7. 26. 선고 2000두9113 판결】

“근로자에 대한 대기발령이 정당하기 위해서는 해당 근로자에게 직위를 부여하지 않을 만한 정당한 사유가 있어야 할 것이고, 특히 직무수행능력 부족이나 근무태도 불량 등을 대기발령 사유로 삼을 경우에는 사용자의 자의적 판단이 문제될 수 있으므로, 객관적인 자료에 의해 대기발령 사유가 존재함이 입증되어야 하는 것이지만 ‘직무수행능력 혹은 근무태도’ 자체가 근로자의 능력 및 태도에 대한 일반적·추상적인 평가를 전제로 하는 것이므로, 인사고과결과, 업무실적, 출결상황, 상급자 혹은 동료 근로자들의 당해 근로자에 대한 평가 등의 자료를 모두 종합하여, 당해 근로자의 직무수행능력이 부족하거나 근무태도가 불량한 것으로 판단된다면, 해당 근로자에게 직위를 부여하지 않는 대기발령은 정당한 것이라고 보아야 할 것인데, 이 사건의 경우 원고가 근무하였던 ○○지점, ○○○지점, 파○ ○○○클럽의 최상급자들이 ‘직무수행능력의 현저한 부족’ 등을 이유로 원고에 대한 인사조치를 요청하였던 점, 1998. 5.경 파○ ○○○클럽의 동료 근로자들 역시 파견 나와 있던 원고의 근무태도 등을 이유로 그 복귀를 요청하였던 점, 원고의 근무실태를 조사하였던 서○가 ‘원고의 업무처리능력과 태도가 매우 불량하다’는 의견을 제시하였을 뿐만 아니라, 조합원들의 권익을 옹호하여야 할 위치에 있던 노동조합 경기도지부장조차 ‘원고를 즉시 징계해직 시켜야 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…(중략)…”

제5장  
대기발령

2) 법원은 대기발령이 **정식 징계를 위한 준비로서 잠정적 조치에 불과한 경우** 대기발령의 정당성을 인정함

## 【대법원 1997. 11. 25. 선고 96누13231 판결】

“나. 원심은 위와 같은 사실관계를 바탕으로 참가인 회사에서 원고의 위 도중회차행위 등을 이유로 1994. 11. 15.부터 같은 달 24.까지 사이에 4일간 원고에게 배차를 하지 아니하여 승무를 하지 못하게 한 것은 참가인 회사의 종업원에 대한 징계의 종류의 하나인 승무정지처분에 해당한다 할 것이고, 따라서 같은 해 12. 9. 다시 동일한 사유로 원고를 징계해고한 것은 이중징계에 해당하여 위법하다고 판단하였다.

다. 그러나 참가인 회사의 단체협약상 징계의 종류로서 열거된 ‘승무(출근)정지’는 원래 승무정지가 출근의무까지 면제되는 것은 아니라는 점과 취업규칙이나 상벌위원회운영규정에서 ‘정직’ 또는 ‘정직(출근정지)’이라고 규정하고 있는 점을 참작하여 보면 출근정지를 수반하는 승무정지 즉 ‘정직’을 의미한다고 보아야 할 것이다.

또한 운송사업체에 있어서의 승무정지처분은 사용자가 경영권 행사의 일환으로 업무수행을 위하여 근로자에 대하여 행하는 업무명령인 승무지시의 소극적 양태라 할 것이고, 이러한 승무정지처분이 경영상의 필요나 업무수행의 합리적인 이유에 기인한 경우에는 이는 정당한 업무

명령에 속한다고 할 것이므로(당원 1994. 8. 12. 선고 94누1890 판결 참조) 비록 단체협약에 승무정지가 징계사유로 열거되어 있다고 하여도 징계로서의 승무정지와는 별도로 업무명령으로서의 승무정지도 가능하다고 할 것이다.

그런데 이 사건 기록에 나타난 증인 조○○, 전○○, 장○○의 각 증언과 수원지방법노동사무소에서 전○○, 김○○, 소외 1 등이 한 진술 등을 종합하여 보면 참가인 회사가 원고에 대하여 출근정지를 명하지 아니한 채 판시와 같은 4일간 원고에 대하여 배차를 하지 않은 것은 원고가 총무부장 조○○의 경위서 재작성 제출 지시를 이행하지 아니한 채 나가버리자 그 경위서를 받아 원고를 정식으로 징계하기 위한 준비를 하기 위해 잠정적으로 취한 조치임을 알 수 있는바, 그렇다면 이는 업무수행의 합리적인 이유에 기인한 정당한 업무명령에 속한다고 할 것이고 도중회차에 대한 징계라고 볼 수는 없다고 할 것이다.

따라서 원심판결이 판시와 같은 이유만으로 참가인 회사의 이 사건 승무정지조치를 징계라고 보아 이중징계에 해당한다고 판단한 것은 업무명령으로서의 승무정지처분과 징계로서의 승무정지처분에 관한 법리오해 및 단체협약의 적용에 관한 법리오해로 인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이므로 이 점을 지적하는 논지는 이유가 있다.”

3) 법원은 중학교 영어교사인 근로자가 영어 지도능력 부족으로 인한 담당 학생들의 성적저조를 우려하여 학생들의 성적을 상향조정하여 징계를 받았으며, 이후에도 평가수업 및 학생들의 설문조사 결과 수업능력이 부족한 것으로 평가된 경우 대기발령의 정당성을 인정함

#### 【대법원 1995. 5. 26. 선고 94누9351 판결】

“1. 원심판결 이유에 의하면 원심은, 그 거시증거를 종합하여 중학교 영어교사인 원고가 부임한 이래 학생들과 학부모들 사이에서 실력없는 교사로 소문이 나기 시작하여 육성회와 학부모들로부터 여러 차례 퇴직요구를 받아 왔고, 원고가 자신의 지도능력 부족으로 인한 담당 학생들의 성적 저조를 염려하여 담당 학생들의 성적을 일률적으로 상향 조정하였다가 감봉 3개월의 징계처분까지 받았으며, 학교장과 장학사 등이 참관한 평가수업에서도 전반적으로 수업능력이 부족하다는 평가를 받았고 학생들에 대한 설문조사 결과에서도 대부분의 학생들이 다른 교사로의 교체를 원하였던 사실, 원고가 직무수행능력 부족으로 직위해제되어 3개월간의 대기명령과 아울러 영어발음교정, 영어회화훈련 및 영어실력향상을 위한 연수 등 직무수행능력 회복을 위한 과제를 부여받았음에도 불구하고 그 기간 만료 후 직무수행능력 회복여부를 평가하기 위해 1993학년도 고등학교 신입생 선발고사 및 대학입학 학력고사, 중등교사 채용고사의 각 영어과 문제지를 이용하여 실시한 평가에서 100점 만점을 기준으로 각 76점 및 40점, 38점을 득점하는데 그쳤고, 채용고사 중 발음능력 및 작문능력 평가에서도 수, 우, 미, 양, 가의 평가기준 중 가장 낮은 “가”로 판정받은 사실 등을 각 인정한 다음, 위 인정사실에 의하면 영어교사로서의 직무수행능력이 부족하여 직위해제된 원고가 직위해제기간이 만료될 때에도 그 직무수행능력이 향상되었다고 볼 수 없다는 이유로 피고보조참가인이 사립학교법 제58조 제1항 제2호 및 피고

보조참가인 법인정관의 각 규정에 따라 원고에 대하여 한 이 사건 직권면직처분은 정당하고, 따라서 같은 취지의 피고의 재심결정도 적법한 것이라고 판단하였다.

2. 관계규정과 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 소론과 같은 채증법칙 위배 및 심리미진 등으로 인한 사실오인의 위법이 있다 할 수 없으며, 이 사건 직권면직처분이 헌법이나 교육법에 의하여 보장된 원고의 기본 인권과 교권을 침해하는 것이라고는 볼 수 없으므로 원심판결에 소론과 같은 법리오해의 위법도 없다. 논지는 모두 이유 없다.”

4) 법원은 상급자에 대한 폭언, 명예훼손 행위, 다른 직원을 선동하여 근무지 이탈 등의 행위를 한 자에게 ‘직원으로서의 근무태도가 심히 불성실한 경우’에 해당함을 이유로 대기발령한 경우 정당성을 인정함

제5장  
대기발령

【대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결】

“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 전자게시판에 전산원장을 비방하는 글을 게재하는 등의 명예훼손 행위를 하였을 뿐만 아니라 이사장을 면담하기 위하여 근무시간 중에 다른 직원들을 선동하여 근무지를 이탈한 것은 원고 법인의 정관 제48조 제2항 제1호 소정의 직위해제처분의 사유인 ‘직원으로서의 근무태도가 심히 불성실한 경우’에 해당한다고 할 것이고, 거기에 참가인의 업무상 착오로 원고 법인의 예산에서 훈련비를 지급하게 함으로써 원고 법인에 재산상 손해를 입힌 것, 시설임대료 등의 수입 및 지출의 투명성을 확보하지 아니한 것, 전산원장의 인장을 임의로 사용한 것 등의 다른 사유들까지 보태어 보면 원고의 참가인에 대한 직위해제 및 대기발령은 위 정관 규정에 따라 이루어진 정당한 인사조치라고 판단하였다.

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.”

5) 법원은 3년간 업무실적이 하위 20% 이내에 해당함을 이유(업무실적 저조)로 대기발령한 경우 정당성을 인정함

【서울고등법원 2008. 7. 1. 선고 2007누31463 판결<sup>116)</sup>】

“앞서 인정한 바와 같이 참가인 소속 부서의 2003년부터 2005년까지 3년간의 업무실적이 하위 20% 이내에 해당하는 점, 업무실적평가 기준과 절차 등에 있어서 원고의 인사고과 평가제도가 특별히 불합리하다고 보이지 않는 점, 2003년도 하반기에 있는 태풍 ‘매미’로 인하여 업무실적 평가에 있어 다소 나쁜 영향을 받았으리라 짐작되나 태풍 매미와 관련된 보험금 지급 건은 업무 실적평가에서 제외된 점, 임원회의를 통하여 이 사건 보직해제가 최종적으로 결정된 점 등에 이 사건 변론 과정에 나타난 제반 정상을 종합하여 보면, 이 사건 보직해제는 정당한 인사권의 행사에 해당하는 것으로 봄이 상당하다.”

## 2.3 대기발령의 기간 관련

## 가. 정당성 인정 판례

1) 법원은 대기발령 기간이 중앙노동위원회의 재심판정 당시를 기준으로 하면 약 9개월 간, 소송의 변론종결일을 기준으로 하면 약 1년 5개월 간 지속되어 왔으나, 대기발령의 업무상 필요성(경영형편상 과원)이 계속되고 있었으며 근로자들에게도 대기발령의 장기화에 일부 책임이 있었던 경우 대기발령의 정당성을 인정함

【서울고등법원 2009. 4. 10. 선고 2008누24554 판결<sup>117)</sup>】

“다음으로 이 사건 대기발령이 장기간 행하여져 부당한지에 관하여 보건대, 이 사건 대기발령은 이 사건 재심판정 당시를 기준으로 하면 약 9개월간, 이 사건 변론종결일을 기준으로 하면 약 2년 2개월간(다만, 앞의 제2항에서 본 바와 같이 원고 근로자들 대부분은 2008. 11. 1.자로 새로운 보직을 부여받았으나, 원고 박○○의 경우에는 휴직으로 인하여 아직 대기발령 상태가 계속되고 있다)지속되어 왔으나, ① 위 기간 동안 이 사건 가처분결정의 효력이 지속된 반면 그 본안소송은 확정되지 아니하여 이 사건 대기발령의 업무상 필요성(경영형편상 과원)이 계속되고 있었던 점, ② 앞에서 본 바와 같이 원고들에게도 이 사건 대기발령의 장기화에 일부 책임이 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 대기발령이 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 유지되었다고 보기는 어렵다.”

2) 법원은 인사규정이 대기발령의 기간을 6개월로 제한하고 있고 실제로 6개월을 초과하였으나, 인사규정에 ‘6개월을 초과하여도 사유가 없어지지 않을 경우에는 인사

116) 1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 26. 선고 2006구합48479 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 10. 9 자 2008두12900 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

117) 1심 판결(서울행정법원 2008. 7. 18. 선고 2007구합45576 판결)을 인용함



위원회의 결정에 따른다’는 규정이 함께 있었으며 근로자에게 달리 대기발령 해제사유가 없었던 경우 정당성을 인정함

【서울고등법원 2001. 12. 13. 2001누1811 판결<sup>118)</sup>】

“원고는 ‘이 사건 대기발령은 대기발령의 기간을 6개월로 제한하고 있는 인사규정 제22조의 규정에 위반한 것인 데다가, 참가인 은행이 1999년도에 들어 26개의 점포를 확장하였던 점 등에 비추어 부당하다’고 주장한다.

그러나, 참가인 은행의 인사규정 제22조 제3항은 대기기간이 6개월을 초과하여도 그 사유가 없어지지 않을 경우에는 인사위원회의 결정에 따르도록 규정하고 있으므로, 이 사건 대기발령의 기간이 6개월을 초과하였다는 점만을 들어 이 사건 대기발령이 곧바로 부당한 것이라고 볼 수는 없고, 참가인 은행의 점포 확장 경위에 대하여는 이를 인정할 아무런 자료도 없으므로, 원고의 위 주장도 받아들일 수 없다.”

제5장  
대기발령

### 나. 정당성 부정 판례

1) 법원은 장기간 대기발령 필요성이 없음에도 불구하고 약 1년 가까이 대기발령한 경우 정당성을 인정하지 않음

【서울고등법원 2012. 4. 19. 선고 2011누23339 판결<sup>119)</sup>】

“1) 이 사건 대기발령의 존속 기간

이 사건 대기발령이 언제까지 계속되었는지에 관하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 참가인은 2010. 4. 1.자로 원고들에 대한 대기발령 철회 후 그 때까지 대기발령으로 인한 임금 차액분 전액을 지급하였으며, 2010. 7. 30.까지 원고들의 이 사건 대기발령 직전 3개월 평균임금을 기준으로 급여를 지급한 사실은 있으나, ① 고속버스를 운전하는 것이 원고들의 본연의 업무인데도 원고들은 위 기간동안 고속버스 운전을 하지 못하였고 ② 참가인의 위와 같은 임금 지급으로 원고들의 경제적 손해는 회복될 수 있다고 하더라도 원고들이 본래의 근로제공을 하지 못함으로써 받는 침해가 회복되었다고 볼 수는 없으므로, 이 사건 대기발령은 위 기간에도 존속하였다고 보아야 하고, 또한 참가인은 이 사건 재심판정이 송달된 이후인 2010. 8. 1.부터는 원고들에게 심야수당, 대기수당, 초과수당 등 운행내역에 따른 급여를 지급하지 않았으므로, 원고들이 2010. 12. 3. 정직 2개월의 징계를 받을 때까지 이 사건 대기발령 상태가 지속되고 있었던 것으로 보아야 한다. 따라서 이 사건 대기발령은 2009. 12. 13.부터 2010. 12. 3.까지 약 1년간 계속되었다고 할 것이다.

...(중략)...

가사 원고들이 권○○의 횡령에 가담하였다거나 이를 묵인하였다고 보더라도 그 조사를 위하여

118) 1심 판결(서울행정법원 2001. 1. 9. 선고 2000구7208 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2002. 4. 15. 자 2002두707 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

위와 같이 장기간 대기발령을 유지할 필요성이 있었다고 보기 어렵다(이 사건 대기발령은 원고들이 권○○의 횡령에 가담한 것에 대한 징계의 의미로서 내려진 것이 아니라, 가담 여부의 조사를 위한 것이었으므로, 원고들이 권○○의 횡령에 가담하였는지 여부는 대기발령 기간의 적정성을 판단함에 있어 주요한 고려요소로 여길 것은 아니다)."

2) 법원은 대기발령의 사유가 일응 해소되었음에도 아무런 직무도 부여하지 않은 채 기본급 정도만을 수령하도록 하면서 2년 이상 대기발령 조치를 그대로 유지한 경우 정당성을 부정함

【대법원 2007. 2. 23. 선고 2005다3991 판결】

“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 원고 사이의 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 어렵다 할 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.”

119) 1심 판결(서울행정법원2011. 6. 17. 선고 2010구합31393 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 8. 17.자 2012두10109 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

### 3. 대기발령의 절차적 정당성 관련 판례

#### 3.1 절차 규정이 없는 경우

법원은 대기발령이 사용자가 행하는 인사명령의 일종인 이상, 사용자가 대기발령 처분을 함에 있어서 당해 근로자에게 변명의 기회를 부여하는 등의 절차를 반드시 거쳐야 하는 것은 아니라고 봄

##### 【대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결】

“피고 회사의 취업규칙이나 인사관리규정에 대기발령이 징계처분의 하나로 규정되어 있지 아니한 이상 위 처분을 함에 있어서 해당자에게 변명의 기회를 부여하는 등의 징계절차를 거칠 필요는 없다 할 것이고(대법원 1995. 3. 10. 선고 94누11880 판결 참조).”

제5장  
대기발령

##### 【대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다64833 판결】

“대기발령 등 근로자에게 불이익한 처분이라도 취업규칙이나 인사관리규정 등에 징계처분의 하나로 규정되어 있지 않다면, 이는 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속하는 인사명령의 범주에 속하는 것이라고 보아야 하고, 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 한다. 따라서 위와 같은 처분은 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 단지 징계절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 위법하다고 할 수는 없다.”

#### 3.2 근로자와의 협의를 거치지 않은 경우

법원은 ‘근로자와의 협의’를 신의칙상 요구되는 절차 중 하나로 판시하고 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 대기발령이 권리남용에 해당되어 당연히 무효가 되는 것은 아니라고 봄

##### 【대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결】

“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).

...(중략)...

이러한 사정을 종합하여 보면, 이 사건 대기발령은 참가인 회사의 인사규정 제16조 제1호에 근거한 것으로서 그 상당성이 있고 대기발령 선정기준도 합리성과 공정성을 가지고 있으므로 이 사건 대기발령은 정당하고, 참가인 회사가 1997. 말경 경영위기에 처하였고, 그 노동조합과의 사이에 사직서 수리기준에 관하여 협의를 마치는 등 원고에 대한 대기발령을 할 수 있는 실질적인 요건들이 갖추어져 있었을 뿐 아니라 원고가 위 사직서 수리기준의 1순위 대상자에 해당되는 점을 고려하면 참가인 회사가 원고를 대기발령함에 있어서 근로자 본인과 사전 협의를 거치지 않은 절차상의 하자가 있었다고 하더라도 그 사정만으로 이 사건 대기발령이 무효라고는 할 수 없다고 판단하였다.

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.”

### 3.3 취업규칙 등에 대기발령이 징계의 일종으로 규정된 경우

가. 법원은 인사규정에 대기발령을 할 수 있는 사유에 관한 규정은 있었지만 그 형식 및 절차에 관하여는 인사규정은 물론 취업규칙, 단체협약 등에서도 아무런 규정이 없었고, 이에 사용자가 대기발령을 하면서 그 사유를 명시하지 않은 경우에는 정당성을 인정함

#### 【 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결 】

“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.”

나. 법원은 조합운영규정상 ‘이해관계 있는 자’는 인사위원회 심의에 참여할 수 없도록 규정되어 있는데, 근로자의 욕설, 모욕과 불신임 발언의 피해자가 근로자에 대한 인사위원회 위원장으로 참석하여 심의와 결정을 한 경우 대기발령의 정당성을 인정하지 않음

【 대법원 1994. 8. 23. 선고 94다7553 판결 】

“1. 지역의료보험조합운영규정(이하 운영규정이라 한다) 제12조 제5항은 인사위원회의 심의 사항에 대하여 이해관계가 있는 위원은 그 회의에 참석할 수 없다고 규정되어 있고, 이는 강행 규정이라 할 것이며, 한편 피고는 원고에 대한 직위해제사유로 위 운영규정 제35조 제1항 제1호 소정의 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 불량한 자 또는 근무태도가 심히 불성실한 자를 들고 있고, 그 구체적인 내용은 소외인에 대한 욕설과 그에 대한 추태 및 불신임과 모독적 발언 이므로, 위 안○○는 원고의 행위로 인한 구체적인 피해자로서 원고에 대한 직위해제를 심의하는 인사위원회의 심의사항에 대하여 이해관계가 있는 자임이 명백하고, 따라서 위 안○○가 인사위원회 위원장으로 참석하여 심의와 결정을 한 위 인사위원회는 그 구성에 중대한 잘못이 있으므로 그 인사위원회의 결의에 기하여 이루어진 피고의 1991.10.5.자 직위해제처분은 절차상 중대한 하자가 있게 되어 무효이고, 이에 터잡아 이루어진 피고의 1992.1.6.자 직권면직처분도 무효라고 할 것이니, 이와 같은 취지의 원심판단은 정당하고, 원심판결에 논지가 주장하는 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유가 없다.”

제5장  
대기발령



## 제 6 장

# 전직·전보, 전적 등

제1절 전직·전보, 전적 등 개관 및 주요쟁점	251
1. 전직·전보	251
2. 전적	259
제2절 전직·전보, 전적 등의 정당성에 관한 판례	263
1. 전직·전보 관련 판례	263
2. 전적 관련 판례	277





# 목 차

제1절 전직·전보, 전적 등 개관 및 주요쟁점	251	나. 업무상 필요성으로 전직·전보의 정당성을 긍정한 사례	266
1. 전직·전보	251	1.3 생활상 불이익	269
1.1 전직·전보의 의의	251	가. 생활상 불이익으로 전직·전보의 정당성을 부정한 사례	269
1.2 전직·전보의 정당성	252	1.4 성실한 협의절차	270
가. 근로내용·장소 특정시 근로자의 동의	252	1.5 전직·전보의 특수문제	271
나. 업무상 필요성	253	가. 업무추진역(후선역) 제도 - 업무추진역 발령의 정당성을 긍정한 사례	271
다. 생활상 불이익	255	나. 노동위원회의 원직복직명령과 전보	273
라. 성실한 협의절차	256	다. 보직의 변경과 직급의 변경	274
1.3 전직·전보의 특수문제	257	1) 보직(직명)의 변경에 불과하다고 본 사례	274
가. 업무추진역(후선역) 제도	257	2) 직급의 변경에 해당한다고 본 사례	276
나. 노동위원회의 원직복직명령과 전보	258	2. 전직 관련 판례	277
다. 보직의 변경과 직급의 변경	259	2.1 전직의 정당성	277
2. 전적	259	가. 근로자의 동의 없는 전적이 무효라고 본 사례	277
2.1 전적의 의의	259	나. 포괄적 사전 동의로 근로자 동의 요건을 충족한다고 본 사례	278
2.2 전적의 정당성	260	다. 묵시적 동의로 근로자 동의 요건을 충족한다고 본 사례	278
가. 근로자의 동의	260	라. 전적이 기업분할의 형식으로 이루어지는 경우	279
나. 관행의 규범적 승인 내지 사실상의 제도화	261	마. 근로자의 동의 없는 전적 관행이 사실상 제도화되었다고 본 사례	280
다. 전적이 기업분할의 형식으로 이루어지는 경우	261		
제2절 전직·전보, 전적 등의 정당성에 관한 판례	263		
1. 전직·전보 관련 판례	263		
1.1 근로내용·장소 특정시 근로자의 동의 여부	263		
가. 근로자의 동의가 필요하다고 본 사례	263		
나. 근로자의 사전 동의가 있었다고 본 사례	264		
다. 근로자의 묵시적 동의를 인정한 사례	264		
1.2 업무상 필요성	265		
가. 업무상 필요성을 부정하거나 소극적으로 인정한 사례	265		



## 제1절 전직·전보, 전적 등 개관 및 주요쟁점

### 1. 전직·전보

#### 1.1 전직·전보의 의의

전직은 인력을 사업 목적에 적합하게 배치하기 위하여 근로자의 직무내용이나 근무지를 상당한 기간에 걸쳐 변경하는 인사처분을 말하는 것으로 그 중에서도 근무장소를 변경하는 인사명령을 일반적으로 전보(전근)라고 부름<sup>1)</sup>

근로자에 대한 전직·전보의 인사명령은 **원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서** 사용자는 **상당한 재량**을 가진다고 보아야 함<sup>2)</sup>

그러나 근로계약의 내용에 명시적·묵시적으로 근로의 **종류·내용·장소 등을 약정** 하였다면 이에 대한 변경은 근로계약의 변경에 해당하므로 **근로자의 동의**가 필요하며, 또한 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류·내용·장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 불이익한 처분이 될 수 있기 때문에 근로기준법 제23조제1항에 위반되거나 권리남용에 해당되는 특별한 사정이 있는지 살펴보아야 하고, 이때 근로기준법 위반 여부 및 권리남용 해당 여부는 인사명령의 **업무상 필요성**과 인사명령에 따른 **근로자의 생활상 불이익**을 **비교·교량**하고 인사명령 과정에서 **신의칙상 요구되는 절차**를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 함<sup>3)</sup>

제6장  
전직·전보,  
전적 등

#### 【대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결】

“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 할 것이다.”

1) 보통 기업현장에서는 전직·전보의 인사명령을 혼용하여 사용하는 등 양자를 명확히 구분하고 있지 않음

2) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결, 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두 11566 판결 등 참조

3) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결, 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두 11566 판결, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결 등 참조

즉, 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 것임<sup>4)</sup>

## 1.2 전직·전보의 정당성

### 가. 근로내용·장소 특정시 근로자의 동의

근로계약상 근로의 내용·장소가 특정되어 있는 경우에 이를 변경하는 전직이나 전보명령을 하려면 근로자의 동의가 있어야 함<sup>5)</sup>

〈표 6-1〉 전보명령시 근로자의 동의 여부 관련 사례 비교

동의를 필요하다고 본 사례	사전에 포괄적 동의가 있었다고 본 사례
<p>① 사용자가 근로계약상 근무장소가 국회현장으로 되어 있는 근로자를 다른 곳으로 승진에 해당하는 전직명령을 한 경우<sup>6)</sup>,</p> <p>② 인사규정에 채용분야와 다른 업무분야에 전보 배치할 수 없는 것으로 규정되어 있으며, 채용공고에서 채용분야를 특정하고 임용 후 채용분야에서만 근무하게 됨을 명시하였을 뿐만 아니라, 근로계약서에도 이와 같은 사항이 기재되어 있는 경우<sup>7)</sup></p> <p>③ 입사 당시 작성된 근로계약서에 직종 부분이 공란으로 되어 있고 이력카드에도 신입사원으로 채용되었지만, 근로자가 조리사 면허증을 제출하면서 식음료 분야에 지원하였고 실제 조리업무 내지 조리업무와 밀접한 관련이 있는 업무만을 20여년 담당한 경우<sup>8)</sup></p>	<p>① 근로자가 입사 당시 희망근무지란에 ‘서울’이라고 기재한 사실이 있으나, 면접에서 근로자로부터 지방 근무에 대하여 사전 동의를 받고 이를 입사원서에 기재한 경우<sup>9)</sup></p> <p>② 근로계약서에 근무장소가 제주사무소로 기재되어 있고 다른 지역으로 전보발령 한 전례가 없더라도, 근로계약서에 근무장소 또는 업무를 변경할 수 있다고 명시되어 있고 근로계약 체결시 이미 제주사무소 산하 서귀포출장소가 폐쇄되어 근로계약서상 근무장소 변경의 의미를 제주사무소와 서귀포출장소 간의 이동으로 이해하기 어려운 경우<sup>10)</sup></p>

4) 대법원 1995. 10. 13. 선고 94다52928 판결

5) 서울고등법원 2011. 7. 14. 선고 2010누30408 판결[동 사건은 대법원(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011두20192 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 한편 경영상황에 따라 불가피하게 직제를 폐지하는 등의 사정이 있는 경우 근로자의 동의를 받을 수 없는 상황이 발생할 수 있으나, 이러한 경우에도 신의칙상 성실한 협의절차는 거쳐야 한다는 판례가 있음(서울행정법원 2013. 8. 22. 선고 2012구합42915 판결)

6) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5204 판결

7) 서울고등법원 2013. 11. 29. 선고 2013누21696판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 6. 20. 선고 2012구합41271 판결)을 인용함, 같은 취지로 서울고등법원 2013. 10. 24. 선고 2013누21689 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 6. 26. 선고 2012구합41134 판결)을 인용함], 서울고등법원 2010. 7. 14. 선고 2010누4225 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 12. 31. 선고 2009구합33423 판결)을 인용함]이 있음

8) 서울고등법원 2011. 7. 14. 선고 2010누30408 판결[동 사건은 대법원(대법원 2011. 11.10.자 2011두20192 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

9) 대법원 1993. 9. 14. 선고 92누 18825 판결

10) 서울고등법원 2012. 5. 24. 선고 2011누22190 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 6. 17. 선고 2010구합37490 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 9. 27.자 2012두14231 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

사용자가 근로자에게 입사 당시 근로내용으로 특정하지 않은 직무를 담당하게 하는 전직 내지 전보처분을 하기 위하여 필요한 근로자의 동의는 반드시 명시적인 동의에만 한정되는 것은 아니고 **묵시적인 동의도 가능함**<sup>11)</sup>

한편, 사용자가 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤음에도 불구하고 근로자가 합리적인 이유 없이 전직 내지 전보처분에 동의하지 않았고, 이로 말미암아 사용자가 근로자의 동의를 받지 못한 채 전직 내지 전보처분을 한 경우에는 그러한 전직 내지 전보처분이 인사권의 남용에 해당한다고 단정할 수는 없음<sup>12)</sup>

#### 나. 업무상 필요성

업무상 필요성은 노동력의 적정 배치, 업무의 능률 증진, 근로자의 능력 개발, 근무 의욕의 고양, 업무 운영의 활성화, 기술 혁신이나 기업 재편에 따른 인력 조정, 직장 질서의 유지·회복과 근로자 사이의 인화 등 다양한 이유에서 찾을 수 있음

〈표 6-2〉 업무상 필요성 판단 관련 사례 비교

업무상 필요성을 부정하는 경우 <sup>13)</sup>	업무상 필요성을 긍정하는 경우 <sup>14)</sup>
① 징계처분의 후속조치로 이루어지는 전보처분에서 징계처분이 위법한 경우 <sup>15)</sup>	① 정기적으로 생활권외 전보 등을 시행하여 이례적이라고 볼 수 없는 경우 <sup>18)</sup>
② 근로자가 권고를 거절하자 전보명령을 하고 전보 이후 근로자에게 업무를 부여하지 않는 경우 <sup>16)</sup>	② 영업지점의 폐쇄 <sup>19)</sup> 내지 조직개편(통·폐합)으로 근무인원의 조정이 필요한 경우 <sup>20)</sup>
③ 전직발령 직전에 신규직원을 채용한 경우 <sup>17)</sup>	③ 신규인력 채용 제한 및 경영실적 악화 속에 인력 수급 불균형의 타개 방안인 경우 <sup>21)</sup>
	④ 근로자의 경력과 업무의 특수성을 감안하여 인원 충원이 필요한 곳으로 전보한 경우 <sup>22)</sup>
	⑤ 잉여인력의 고용유지를 위한 경우 <sup>23)</sup>
	⑥ 경영상 해고회피노력의 일환인 경우 <sup>24)</sup>

11) 판례는 기자로 입사한 근로자가 전보발령에 이의를 제기하지 아니하고 3년 8개월 동안 기자의 업무가 아닌 다른 업무(외주프로그램 원작, MD, 뉴스PD 업무)를 수행한 경우 묵시적인 동의를 인정하였음(서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014누40922 판결)[동 사건은 대법원(대법원 2015. 5. 28. 자 2015두38757 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

12) 서울고등법원 2015. 3. 13. 선고 2014누45538 판결[동 사건은 대법원(대법원 2015. 6. 24.자 2015두40125 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]과 서울고등법원 2014. 7. 16. 선고 2013누27274 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 27.자 2014두11458판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]에서 언급된 법리, 그러나 두 판례에서는 모두 사용자의 성실한 협의가 인정되지 않음. 이와 달리 전보발령에 대한 근로자의 반대 의사에도 불구하고 사용자가 근로자와 협의를 거치고 배려를 한 점이 인정된 사례가 있음(서울고등법원 2015. 7. 10. 선고 2015누30946 판결)[1심 판결(서울행정법원 2014. 12. 18. 선고 2014구합10912 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 11. 12.자 2015두49146 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

업무상 필요성을 부정하는 경우 <sup>13)</sup>	업무상 필요성을 긍정하는 경우 <sup>14)</sup>
	<p>⑦ 상사와의 업무적 마찰<sup>25)</sup>, 동료근로자 내지 부하 직원들과의 불화 해결을 위한 경우<sup>26)</sup></p> <p>⑧ 직무수행과정에서 근로자의 업무능력 및 태도에 문제가 있었던 경우<sup>27)</sup></p> <p>⑨ 근로자의 부상부위 악화 등으로 인한 경영상 부담을 예방하기 위한 경우<sup>28)</sup></p>

13) 업무상 필요성이 전직·전보로 인하여 근로자가 받는 생활상 불이익보다 작은 경우를 포함함

14) 업무상 필요성이 전직·전보로 인하여 근로자가 받는 생활상 불이익보다 큰 경우를 포함함

15) 서울고등법원 2014. 12. 17. 선고2013누26325 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 8. 10. 선고 2012구합41493 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 4. 23.자 2015두 240 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

16) 서울행정법원 2013. 10. 11. 선고 2013구합54038 판결

17) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결

18) 서울고등법원 2011. 5. 12. 선고 2010누41781 판결

19) 서울행정법원 2014. 7. 17. 선고 2013구합28671 판결

20) 서울행정법원 2012. 5. 24. 선고 2011구합31611 판결, 같은 사유에 의한 전보로 서울행정법원 2011. 6. 17. 선고 2010구합34989 판결, 서울고등법원 2012. 4. 26. 선고2011누35486 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 9. 8. 선고 2010구합39816 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 9. 13.자 2012두11003 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨]이 있음

21) 대전고등법원 2015. 6. 25. 선고 2015누10191 판결[1심 판결(대전지방법원 2014. 12. 24. 선고 2014구합597 판결)을 인용함]

22) 서울고등법원 2010. 9. 9. 선고 2010누1356 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 12. 3. 선고 2009구합22928 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 12. 9.자 2010두21174 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

23) 서울고등법원 2011. 10. 19. 선고 2011누11879 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 3. 3. 선고 2010구합40571 판결)을 인용함]

24) 서울고등법원 2014. 5. 28. 선고 2013누23999 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 7. 25. 선고 2012구합22522 판결)을 인용함]

25) 서울고등법원 2010. 11. 2. 선고 2010누10596 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 7. 8. 선고 2009구합4500 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 3. 10.자 2010두27462 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

26) 서울고등법원 2011. 5. 24. 선고 2010누26164 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 7. 22. 선고 2010구합11504 판결)을 인용함], 서울고등법원 2010. 2. 10. 선고 2009누10903 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 4. 7. 선고 2008구합46514 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 4. 29.자 2010두4902 판결)에서 심리불 속행 기각으로 확정됨], 서울고등법원 2012. 6. 20. 선고 2011누7474 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 1. 28. 선고 2010구합25251 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 11. 29.자 2012두18493 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울고등법원 2012. 5. 2. 선고 2011누30181 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2011구합7137 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 9. 17.자 2012두12365 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

27) 서울고등법원 2014. 10. 22. 선고 2016누26608 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 8. 22. 선고 2013구합2037 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 3. 12.자 2014두14792 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울고등법원 2012. 11. 1. 선고 2012누17379 판결[1심 판결(서울행정법원 2012. 5. 17. 선고 2011구 합26909 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 2. 28.자 2012두25965 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울행정법원 2012. 9. 6. 선고 2012구합7486 판결, 서울고등법원 2013. 10. 25. 선고 2013누 20198 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 6. 18. 선고 2012구합31427 판결)을 인용함]

28) 서울행정법원 2013. 5. 14. 선고 2012구합41325 판결

이때 업무상 필요성이 있는 경우란 **인원배치를 변경할 필요성** 뿐만 아니라 그 변경에 당해 근로자를 포함시킬 **인원선택상의 필요성(합리성)**도 있는 경우를 의미함<sup>29)</sup>

【대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결】

“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.”

#### 다. 생활상 불이익

생활상 불이익은 단순히 **경제적 불이익**에 한정되지 않고 **정신적, 육체적, 사회적 불이익** 나아가 **조합활동상의 불이익**을 모두 포함하는 개념임<sup>30)</sup>

【서울고등법원 2010. 11. 4. 선고 2010누12721 판결<sup>31)</sup>】

“‘업무상의 필요성’이 있는 경우란, 인원배치를 변경할 필요성, 그 변경에 당해 근로자를 해당 시킬 인원선택상의 필요성(합리성)의 쌍방을 의미하고, ‘생활상의 불이익’이란 경제적 이익에 한정되지 않고 정신적, 육체적, 사회적 이익 나아가 조합활동상의 이익까지도 포함하며, 위 양자는 서로 상관관계를 갖고 있다.”

사용자가 전직 내지 전보처분의 대상에게 통근차량이나 숙소를 제공하였는지 여부, 특별수당 등을 지급하여 **불이익 제거 또는 완화의 조치**를 취하였는지 여부 등은 업무상 필요성과 함께 근로자의 생활상 불이익이 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것인지를 판단하는 요소가 될 수 있음

판례는 ① **노동 강도의 증가** 등 직무내용의 변경으로 인한 업무수행상 어려움이 막대한 경우<sup>32)</sup>, ② 상당한 수준(약 27%)의 **임금 감소**가 있는 경우<sup>33)</sup>, ③ 임금총액은

제6장  
전직·전보,  
전적 등

29) 서울고등법원 2015. 6. 17. 선고 2014누58206 판결[1심 판결(서울행정법원 2014. 7. 11. 선고 2013구합29117 판결)을 인용함], 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결 ; 경쟁력 강화, 비효율적 인력구조 개선 등을 위하여 저성과자를 전보대상자로 선정한 것은 합리적이라고 본 판례(서울고등법원 2010. 10. 13. 선고 2010누13939 판결)[1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 15. 선고, 2009구합3064, 3484(병합) 판결)을 인용함]

30) 서울고등법원 2010. 11. 4. 선고 2010누12721 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 1. 선고 2009구합25415 판결)을 인용함], 서울고등법원 2015. 6. 17. 선고 2014누58206 판결[1심 판결(서울행정법원 2014. 7. 11. 선고 2013구합29117 판결)을 인용함]

31) 1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 1. 선고 2009구합25415 판결)을 인용함

32) 서울고등법원 2008. 5. 27. 선고 2007누30187 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 19. 선고 2007구합15810 판결)을 인용함], 서울고등법원 2011. 3. 31. 선고 2010누16501 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 30. 선고

거의 차이가 없으나 기본급이 줄고 성과급 비중이 증가하였으며 근로자가 실적을 올리는 것이 어려운 경우<sup>34)</sup>, ④ 근거리 근무지에 수요가 있음에도 급여·교통비 보전 없이 원격지로 전보되어 **통근에 소요되는 시간과 비용이 증가한 경우**<sup>35)</sup>, ⑤ 장애인인 부모(내지 병환중인 부모)와 자녀 등 **가족부양의 곤란함**이 인정된 경우<sup>36)</sup> 등에 있어 전직·전보로 인하여 근로자가 받는 생활상 불이익이 업무상 필요성보다 큰 경우에 해당한다고 판단하였음

#### 라. 성실한 협의절차

성실한 협의절차 내지 신의칙상 요구되는 절차란 사용자의 일방적인 전직 내지 전보 처분을 제한하기 위한 **절차적 정당성**을 말하는 것으로 그 내용으로는 전직 내지 전보의 필요성에 대한 설명, 고려기간의 부여, 대상조치(반대급부)에의 배려 등 사용자가 근로자의 동의를 얻기 위한 노력의 정도나 동의를 얻지 못한 경우에도 본인의 가정생활상의 사정을 어디까지 고려하였는지의 사정 등을 포괄하는 개념임<sup>37)</sup>

전직 내지 전보처분 등을 함에 있어 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고 할 수는 있으나, 그러한 **절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전직 내지 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 되는 것은 아니라는 것**이 판례의 일관된 태도임<sup>38)</sup>

그러나 취업규칙이나 단체협약에 인사이동의 기준 및 절차를 별도로 규정하고 있거나 노동조합과의 **협의절차**를 거치도록 규정되어 있다면 원칙적으로 이에 **따라야함**<sup>39)</sup><sup>40)</sup>

2009구합35139 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 7. 14.자 2011두9119 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

33) 서울고등법원 2013. 10. 24. 선고 2013누21689 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 6. 26. 선고 2012구합41134 판결)을 인용하였음]

34) 서울고등법원 2011. 2. 1. 선고 2010누19845 판결[동 사건은 대법원(대법원 2011. 5. 13.자 2011두5513 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

35) 서울고등법원 2011. 10. 19. 선고 2011누11879 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 3. 3. 선고 2010구합40571 판결)을 인용함]

36) 서울고등법원 2010. 11. 11. 선고 2010누43527 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 11. 11. 선고 2010구합26810 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 11. 29.자 2011두30069 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울고등법원 2011.3.8. 26. 선고 2011누32142 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 26. 선고 2011구합8963 판결)을 인용함]

37) 서울고등법원 2010. 4. 1. 선고 2010누12721 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 1. 선고 2009구합25415 판결)을 인용함]

38) 대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 판결, 대법원 2007. 3. 12. 선고 2007두22306 판결 등 참조

39) 서울고등법원 2008. 5. 14. 선고 2007누25710 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 8. 23. 선고 2006구합28376 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 25.자 2008두8321 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

40) 서울고등법원 2009. 10. 20. 선고 2009누4410 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 1. 8. 선고 2008구합22624 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 1. 28.자 2009두21208 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]



다만, 단체협약에서 사용자가 전직 내지 전보명령과 같은 인사처분을 함에 있어서 신중을 기할 수 있도록 노동조합이 **의견을 제시할 수 있는 기회**를 주어야 하도록 **규정한 경우에는 그 절차를 거치지 아니하였다고 하더라도** 인사처분의 효력에는 영향이 없다고 할 것이고,<sup>41)</sup> 사용자가 단체협약에 따라 노동조합과 사전 합의를 하기 위하여 성실하고 진지한 **노력을 다하였음에도 불구하고** 노동조합이 협의나 합의절차에 불응하는 등 스스로 권리를 포기한 것으로 볼 수 있는 경우에는 그러한 **절차를 거치지 않았다는 이유만으로** 전직 내지 전보처분의 정당성이 부정되는 것은 아님<sup>42)</sup>

【대법원 1992. 12. 8. 선고 92다32074 판결】

“피고 회사의 단체협약 제20조 제1항에 의하면 조합은 사원의 채용, 해고, 휴직, 배치전환, 전보, 승진, 상벌 등 제반 인사권이 회사에 있음을 인정한다고 규정하고 같은 조 제2항에 의하면 제반 인사는 협약의 기준에 따르되 조합간부의 인사는 조합과 합의하여야 한다고 규정하고 있으므로 이러한 합의를 거치지 아니한 징계처분은 원칙적으로 무효라 할 것이지만 근로자나 노동조합측에서 스스로 이러한 합의절차를 포기하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 그렇지 않다고 보아야 할 것인바...”

제6장  
전직·전보,  
전직 등

### 1.3 전직·전보의 특수문제

#### 가. 업무추진역(후선역) 제도

업무추진역 제도는 **실적이 좋지 않은 직원을 임시보직에 배치하여 급여 등을 줄이고 일정 실적을 달성하는 경우에 해당 직원을 원직으로 복귀시키는** 제도로 전직 내지 전보의 형식으로 이루어지기 때문에 업무상 필요성과 생활상 불이익을 비교·교량하여 정당성을 평가함

판례는 ① 근무평정을 실시하여 선정된 명예퇴직 대상자 중에서 **명예퇴직에 응하지 않는 자에 대하여** 후선발령을 한 경우<sup>43)</sup>, ② 사고자 및 징계자 중 현업 배치 제한이 필요하다고 인정되는 직원에 대하여 개인별 일일 활동 내용보고, 실적관리, 실적평가, 면담기록부 작성 등을 통해 **지속적인 관리를 하여 업무능력을 제고하고자** 업무지원역 발령을 한 경우<sup>44)</sup>, ③ 업무실적이 부진한 근로자들을 ‘**역직위 운용기준**’에 의하여 특수

41) 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다45735 판결, 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다22100 판결 등 참조

42) 대법원 1992. 12. 8. 선고 92다32074 판결 등 참조

43) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결

44) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010두20447 판결

영업팀에서 업무추진역으로 발령을 한 경우<sup>45)</sup> 등에 업무추진역 발령의 정당성을 긍정하였음

#### 나. 노동위원회의 원직복직명령과 전보

노동위원회가 근로자의 구제신청이 이유 있다고 판정하여 사용자에게 대하여 원직복직명령을 하였을 때, 사용자가 근로자를 종전 근무지가 아닌 **다른 근무지로 복직**시키거나 근로자로 하여금 **종전 업무가 아닌 다른 업무를 하도록 인사명령**을 한 경우에 이는 전직 내지 전보처분에 해당하여 원직복직명령이 이행된 것으로 볼 수 있는지 문제됨

이와 관련하여 사용자가 해고되었던 근로자를 복직시키면서 해고 이후 복직 시까지 해고가 유효함을 전제로 **이미 이루어진 인사질서, 사용자의 경영상 필요, 작업환경의 변화 등을 고려**하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우, 그 일이 비록 종전의 일과 **다소 다르더라도** 이는 사용자의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것이므로 **정당하게 복직시킨 것에 해당**한다는 것이 판례의 기본 태도임<sup>46)</sup>

판례는 근로자가 징계해고된 이후 근로자가 담당하던 자리에 이미 대체인력이 채용되어 원직복직명령이 있는 후에도 그 **대체인력이 근무**하고 있었던 경우<sup>47)</sup>, 이전에 **담당한 직제가 폐지**되어 근로자를 직급변동이 없는 다른 직제로 발령한 경우<sup>48)</sup> 등에 정당하게 복직시킨 것으로 보았음

그러나 이때 전직 내지 전보처분은 원직복직명령의 이행을 가장한 사용자의 보복성 인사조치에 해당할 수 있기 때문에 근로내용이나 근무장소가 특정된 경우 근로자의 **동의, 사전 협의절차 등 정당화 요건**을 엄격히 갖출 것이 요구되고<sup>49)</sup>, 노동위원회로부터의 구제명령이 있는 후 얼마 지나지 않은 시점에서 협의 없이 신속하게 전보발령을 한 경우<sup>50)</sup>에는 그 정당성이 부정될 수 있음

45) 서울고등법원 2008. 5. 15. 선고 2007누25949 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 9. 11. 선고 2007구합9228 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 21.자 2008두9188 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

46) 대법원 1997. 5. 16. 선고 96다47074 판결

47) 서울고등법원 2013. 1. 25. 선고 2012누9811 판결[1심 판결(서울행정법원 2012. 3. 22. 선고 2011구합37121 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 7. 3.자 2013두5319 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

48) 서울고등법원 2015. 8. 27. 선고 2015누33655 판결[동 사건은 대법원(대법원 2015. 12. 24.자 2015두51224 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

49) 서울고등법원 2015. 3. 13. 선고 2014누45538 판결[동 사건은 대법원(대법원 2015. 6. 24.자 2015두40125 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

50) 서울행정법원 2011. 9. 2. 선고 2011구합3852 판결

#### 다. 보직의 변경과 직급의 변경

사용자의 전직 내지 전보처분에 따라 근로자의 **직책(직명)**이 변경되는 경우 단순한 보직 변경으로 인사명령에 해당하는지 아니면 직급 변경으로 보아 사실상 징계에 해당하는지 문제됨

〈표 6-3〉 보직 변경과 직급 변경의 사례 비교

보직(직명)의 변경으로 본 경우	직급의 변경으로 본 경우
① 실무책임자인 근로자를 지점장의 보직으로 전보하여 자신보다 직급이 낮은 새로운 실무책임자로부터 결재를 받아야 하는 사정이 발생하였으나 종전의 직급(일반직 1급)을 그대로 유지하고 있는 경우 <sup>51)</sup>	① 근로계약상 요리과장을 맡기로 되어있는 근로자를 최하위 직급인 메인 주방으로 전보시켜 정리업무를 지시한 경우 <sup>54)</sup>
② 팀장인 근로자를 팀원으로 인사발령을 하였으나 회사 내에서 팀장이 공식적인 직위가 아닐 뿐만 아니라 팀장의 직급도 고정되어 있지도 않은 경우 <sup>52)</sup>	② 이사부장의 직위에 있는 근로자를 초급사원인 사원, 주임, 대리가 수행하는 판매직 영업사원직으로 발령한 경우 <sup>55)</sup>
③ 팀장급 근로자를 팀원으로 전보발령을 하였으나 팀제 개정에 따라 급수는 큰 의미가 없는 상황에서 전보발령 전에도 같은 직급의 팀원이 다수 존재하는 경우 <sup>53)</sup>	

제6장  
전직·전보,  
전적 등

## 2. 전적

### 2.1 전적의 의의

전적은 근로자를 그가 고용된 기업으로부터 **다른 기업으로** 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 것으로 종래에 종사하던 기업과 사이의 근로계약을 합의해지하고 이적하게 될 기업과 사이에 **새로운 근로계약**을 체결하는 것이거나 근로계약상의 사용자의

51) 서울고등법원 2012. 5. 2. 선고 2011누30818 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2011구합7137 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 9. 13.자 2012두12365 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

52) 서울고등법원 2011. 11. 9. 선고 2011누9678 판결, 같은 맥락에서 직급을 유지한 채로 선임전기장에서 전기원으로 직명이 변경된 것은 보직의 변경에 불과하다는 판례로 서울행정법원 2011. 6. 17. 선고 2010구합34989 판결이 있음

53) 서울고등법원 2009. 12. 17. 선고 2009누13193 판결, 같은 맥락에서 회사의 인사규정상 팀장과 팀원은 직책의 분류에 지나지 않는 경우 팀장을 팀원으로 전환 배치한 것은 직책의 변경에 불과하다고 본 판례로 서울고등법원 2010. 11. 18. 선고 2009누40973 판결[동 사건은 대법원(대법원 2011. 3. 11.자 2010두28625 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]이 있음

54) 서울고등법원 2009. 3. 20. 선고 2008누25328 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 8. 12. 선고 2007구합40182 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 6. 11.자 2009두5497 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

55) 서울고등법원 2011. 2. 1. 선고 2010누19845 판결[동 사건은 대법원(대법원 2011. 5. 13.자 2011두5513 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

지위를 양도하는 것을 말함<sup>56)</sup>

따라서 동일 기업 내의 인사이동인 전근이나 전보와 달라 특별한 사정이 없는 한 **근로자의 동의를 얻어야 유효함**

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 관행**이 있어서 그 관행이 **근로계약의 내용**을 이루고 있다고 인정하기 위해서는, 그와 같은 관행이 그 법인체들 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 **규범적인 사실로서 명확히 승인**되거나, 그 구성원이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업 내에서 **사실상의 제도로서 확립**되어 있어야 함<sup>57)</sup>

## 2.2 전적의 정당성

### 가. 근로자의 동의

전적처분은 전직 내지 전보처분과는 달리 근무내용이나 근무장소만 변경되는 것이 아니고, 사용자가 달라지는 경우이므로 **사용자가 그 권리를 제3자에게 양도**함에 있어 노무자의 동의를 요구하고 있는 「민법」 제657조제1항을 보더라도 원칙적으로 근로자의 동의를 필요함

판례가 근로자 동의를 전적의 요건으로 하는 이유는 근로관계에 있어서 업무지휘권의 주체가 변경됨으로 인하여 근로자가 받을 불이익을 방지하려는 데에 있는 것이므로<sup>58)</sup> 근로자 동의 없이 전적시키는 관행이 규범적으로 승인되지 아니한 상태에서 근로자가 동의하지 않은 전적은 원칙적으로 무효라고 보았음<sup>59)</sup>

특히 전적에 대한 포괄적 사전 동의 가능성, 묵시적 동의 가능성, 개별동의의 대체 가능성 등이 문제되는데, 판례는 그룹 내의 기업에 고용된 근로자에 대한 다른 계열 기업으로의 전적에서 **전적할 기업을 특정**하고 업무에 관한 사항 등 **기본적인 근로 조건을 명시**하여 근로자로부터 **포괄적인 사전 동의**를 받은 경우에는 포괄적 사전 동의에 해당하여 ‘근로자 동의’ 요건을 충족하는 것으로 보았고<sup>60)</sup>, 근로자가 전 사용자로부터

56) 대법원 2006. 1. 12. 선고 2005두9873 판결 참조

57) 대법원 2006. 1. 12. 선고 2005두9873 판결 참조

58) 대법원 1993. 1. 26. 선고 92다11695 판결

59) 대법원 2006. 1. 12. 선고 2005두9873 판결

퇴직금을 수령하고 전직된 이후에 업무수행, 급여수령, 노동조합 결성 등을 한 경우에도 **묵시적 동의**에 해당하여 ‘근로자 동의’ 요건을 충족한다고 보았음<sup>61)</sup>

【대법원 1993. 1. 26. 선고 92다11695 판결】

“근로자의 동의를 전직의 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 전직시키는 것은, 비록 형식적으로는 사용자의 법인격이 달라지게 된다고 하더라도, 실질적으로 업무지휘권의 주체가 변동된 것으로 보기 어려운 면이 있으므로, 사용자가 기업그룹 내부의 이와 같은 전직에 관하여 미리(근로자가 입사할 때 또는 근무하는 동안에) 근로자의 포괄적인 동의를 얻어 두면, 그때마다 근로자의 동의를 얻지 아니하더라도 근로자를 다른 계열기업으로 유효하게 전직시킬 수 있다고 보아야 할 것이다.”

제6장  
전직·전보,  
전적 등

#### 나. 관행의 규범적 승인 내지 사실상의 제도화

판례는 사용자의 전직처분에 있어서 근로자 동의를 첫 번째 원칙으로 보고 있으나, 기업그룹 내의 다른 계열회사로 근로자를 전직시키는 관행이 규범적인 사실로 승인되거나 사실상의 제도로 확립된 경우에는 근로자의 구체적인 동의를 얻지 않은 전직처분의 정당성을 인정함

다만, **단순한 관행의 수준을 넘어서** 관행이 규범적인 승인 내지 사실상의 제도화의 단계에 이를 것을 요구하고 있음에 유의하여야 함

#### 다. 전적이 기업분할의 형식으로 이루어지는 경우

회사 분할에 의한 근로관계의 승계는 일반적인 기업그룹 내의 전직과는 구별하여 근로자의 동의 여부를 판단해야 함

판례는 회사 분할에 따른 근로관계의 승계는 근로자의 이해와 협력을 구하는 절차를 거치는 등 **절차적 정당성**을 갖춘 경우에는 해당 근로자의 동의를 받지 못한 경우라도 신설회사에 승계되는 것이 원칙이나, 회사의 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하면서 해당 근로자를 해고하기 위한 방편으로 이용되는 등의 특별한 사정이 있는

60) 서울행정법원 2013. 2. 8. 선고 2012구합26685 판결, 대법원 1993. 1. 26. 선고 92다11695 판결

61) 서울행정법원 2007. 9. 21. 선고 2007구합7642 판결

경우에는, 해당 근로자는 근로관계의 승계를 통지받거나 이를 알게 된 때부터 사회통념상 상당한 기간 내에 반대 의사를 표시함으로써 근로관계의 승계를 거부하고 분할하는 회사에 잔류할 수 있다고 보았음<sup>62)</sup>

62) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두4282 판결[동 판결로 원심 파기된 후 서울고등법원(서울고등법원 2011. 8. 31. 선고 2011누13103 판결)으로 환송되고, 대법원(대법원 2015. 3. 12.자 2014두14716 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

## 제2절 전직·전보, 전적 등의 정당성에 관한 판례

### 1. 전직·전보 관련 판례

#### 1.1 근로내용·장소 특정시 근로자의 동의 여부

##### 가. 근로자의 동의가 필요하다고 본 사례

법원은 입사 당시 작성된 근로계약서에 직종 부분이 공란으로 되어 있고 이력카드에도 신입사원으로 채용되었지만, 근로자가 **조리사 면허증을 제출**하면서 식음료 분야에 지원하였고 **실제 조리업무** 내지 조리업무와 밀접한 관련이 있는 업무만을 20여년 담당한 경우에는 근무내용을 ‘**조리 업무**’로 특별히 한정하는 근로계약이 체결되었다고 봄

제6장  
전직·전보,  
전적 등

#### 【서울고등법원 2011. 7. 14. 선고 2010누30408 판결<sup>63)</sup>】

“원고가 참가인 회사에 입사할 당시에 작성된 근로계약서에는 직종 부분이 공란으로 기재되어 있고 원고의 이력카드에도 원고가 신입사원으로 채용된 것으로 기재되어 있기는 하지만, … (중략)… 다음과 같은 사정, 즉 ① 참가인 회사의 사원 모집 광고에 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 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 동의를 있어야 할 것인데, 앞서 인정한 바와 같이 참가인 회사는 이 사건 전보명령을 하기에 앞서 원고에게 보직 이동에 관한 설문조사를 실시하였을 뿐 원고가 그 보직 이동 희망에 관한 설문 답변하지 않았는데도 그 의사에 반하여 원고를 조리 업무와 무관한 상품 판매 업무를 담당하는 상품팀(판매)으로 전보하였으므로, 이 사건 전보명령은 인사권의 남용에 해당한다고 할 것이고, 참가인 회사가 이 사건 전보명령을 통하여 식음료 업장의 운영행태를 변경하는 방법으로 효율을 개선하거나 그 정원을 조정할 필요성이 있었다고 하여 위와 달리 볼 것이 아니다.”

#### 나. 근로자의 사전 동의를 있었다고 본 사례

법원은 근로자가 입사 당시 희망근무지란에 ‘서울’이라고 기재한 사실이 있으나, 면접에서 근로자로부터 **지방근무에 대하여 사전 동의를** 받고 이를 입사원서에 기재한 경우, 근무지를 특정하는 근로계약을 체결하였다고 볼 수 없다고 봄

#### 【대법원 1993. 9. 14. 선고 92누18825 판결】

“참가인이 입사 당시 작성한 입사원서의 희망근무지란에 ‘서울’이라고 기재한 사실은 인정되지만, 이는 참가인의 일방적인 희망을 기재한 것이고 면접과정에서 위 인정과 같이 지방근무를 명하면 이에 따르겠다고 답하여 동인이 입사원서의 좌측 상단에 이를 기재한 사실이 인정되므로 입사 당시에 근무지를 서울로 하는 근로계약이 명시적 또는 묵시적으로 체결되었다고 할 수도 없다. 따라서 원심이 참가인이 입사 당시 지방근무에 관하여 사전 동의를 하였고 서울지역을 취업 장소로 특정하는 근로계약을 체결하였다고 볼 수 없다고 한 것은 정당하고...”

#### 다. 근로자의 묵시적 동의를 인정한 사례

법원은 근로계약 체결시에는 근로내용을 한정하였으나 다른 업무로 인사발령이 된 후에 **이의를 제기하지 아니하고 약 3년 8개월** 근로계약 체결 시와 다른 업무를 수행한 경우 최초 근로계약에서 정한 근로 내용이 아닌 다른 업무를 담당하는 것에 관해 묵시적으로 동의하였다고 봄

#### 【서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014누40922 판결<sup>64)</sup>】

“원고가 참가인에게 기자가 아닌 다른 직무를 담당하게 하는 전보처분을 하기 위해서는 원칙적으로 참가인의 동의를 있어야 할 것이나, 여기서 동의를 반드시 명시적인 동의에만 한정되는 것은 아니고 묵시적인 동의도 가능하다고 볼 것이다.

63) 동 사건은 대법원(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011두20192 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



원고가 이 사건 선행 구제명령에 따라 2009.3.10. 참가인을 방송본부 뉴스센터의 취재부 기자로 원직복직시킨 다음 2009.4.14. 방송본부 편성센터로 발령하여 2009.9.20.까지 외주프로그램 제작 업무를, 2009.9.21.부터 2011.6.30.까지 MD 업무를, 2011.7.1. 보도국 편집제작부로 발령하여 2012.12.17.까지 뉴스PD 업무를 각 담당하게 한 사실은 앞서 본 것과 같다. 참가인이 원고의 2009.4.15.자 방송본부 편성센터 발령에 이의를 제기하지 아니하고 그때부터 2012.12.17.까지 3년 8개월 가량 기자가 아닌 다른 업무를 수행한 이상 참가인은 근로계약에서 정한 근로 내용인 기자 업무가 아닌 다른 업무를 담당하는 것에 관해 묵시적으로 동의하였다고 할 것이고, 참가인이 2009년 말, 2010년 말, 2011년 말 각 작성하여 원고에게 제출한 실적보고서와 2012.11.18. 원고에게 한 고충처리신청을 통해 취재보도 업무로의 복귀를 요청하였다고 하더라도 달리 볼 수 없다.

그러므로 이 사건 전보처분 당시 참가인은 더 이상 근로계약에서 근로 내용을 특별히 한정한 근로자에 해당한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 전보처분에 관한 참가인의 동의가 없다는 이유로 위 전보처분이 무효라고 볼 수 없다.”

## 1.2 업무상 필요성

### 가. 업무상 필요성을 부정하거나 소극적으로 인정한 사례

법원은 **징계처분의 후속조치**로 이루어지는 전보처분의 관행이 있다고 하더라도 전보처분의 업무상 필요성이 선행 징계처분의 구체적인 징계사유를 묻지 않고 당연히 인정되는 것은 아니라고 봄

#### 【서울고등법원 2014. 12. 17. 선고2013누26325 판결<sup>64)</sup>】

“참가인은 이 사건 전보처분의 업무상 필요성과 관련하여 이 사건 전보처분이 조직분위기 쇠퇴 등을 이유로 이 사건 징계처분의 후속조치로 이루어진 관행적인 것이라 주장하고, 앞서 본 바와 같이 실제 이 사건 전보처분이 참가인의 정기인사의 일환으로 이루어진 것이 아니라 이 사건 징계처분에 따른 정직기간의 만료에 맞추어 원고에게 개별적으로 이루어진 점에 비추어 이 사건 징계처분이 이 사건 전보처분의 가장 큰 요인으로 작용한 것으로 보이므로 이 사건 징계처분으로 인하여 이 사건 전보처분의 업무상 필요성이 있는지 살피건대, 참가인 회사에 징계처분을 받은 직원이 후속조치로 전보처분까지 받는 관행이 있다는 점에 관하여 달리 이를 인정할 증거가 없다. 또한 그러한 관행이 있다고 하더라도 징계처분의 후속조치로 이루어지는 전보처분의 업무상 필요성이 선행 징계처분의 구체적인 징계사유를 묻지 않고 당연히 인정되는 것도 아니라 할 것인데, 이 사건 징계사유로 인하여 원고와 참가인 소속 직원들 사이의 질서 또는 인화가 깨어졌다고 보기 어렵고, 이 사건 징계처분은 아래에서 보는 바와 같이 정당한 징계사유를 삼을 수 없고, 징계재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하므로, 원고가 이 사건 징계처분을 받았다는 것만으로 이 사건 전보처분에 업무상 필요성이 있다고 할 수 없다.”

64) 1심 판결(서울행정법원 2013. 12. 19. 선고 2013구합17268 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 5. 28. 자 2015두38757 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 나. 업무상 필요성으로 전직·전보의 정당성을 긍정한 사례

### 1) 정기적으로 생활권외 전보 등을 시행하여 이례적이라고 볼 수 없는 경우

#### 【서울고등법원 2011. 5. 12. 선고 2010누41781 판결】

“참가인은 …(중략)… 그 사업장이 전국에 분포되어 있는데 2000년경 실시한 지역조합과 직장 조합 등과의 조직통합으로 지역 간 인력불균형이 심하게 발생하여 그 통합 초부터 3급 이상 직원에 대하여 매년 100명 이상 생활권외 전보를 시행하여 왔던 점, 이 사건 전보도 그와 같은 이유로 참가인 내에서 핵심 업무 수행자인 3급을 주 대상으로 하여 실시한 것인 점 등에 비추어 보면, 이 사건 전보는 참가인의 전보관리규칙에 해당하는 사유가 있다고 봄이 타당하다.”

### 2) 조직개편(통·폐합)으로 근무인원의 조정이 필요한 경우

#### 【서울행정법원 2012. 5. 24. 선고 2011구합31611 판결】

“참가인 회사가 2007년부터 2009년 사이에 34억 원에서 59억 원 사이의 영업손실이 계속적으로 발생하여 원인을 분석한 결과 그 원인의 하나로 참가인 회사의 판매관리비(인건비 포함) 비중이 경쟁호텔에 비하여 상대적으로 높게 나타나 조직 규모를 축소하여 경영효율 및 수익률 증대를 도모할 필요가 있었던 점, 참가인은 홍보부의 업무가 상당 부분 외주업체에 의해 수행되고 있고 경쟁호텔에 비하여 규모가 방만하다는 판단 하에 홍보부를 홍보과로 축소한 점, 그 과정에서 홍보부장이었던 원고의 직책이 없어지게 된 점, 홍보부에는 김○○ 과장 등 4명이 홍보부의 담당 업무를 분담하고 있었고 참가인이 홍보부의 업무에 비하여 인력이 과하다는 판단 하에 조직을 축소하였기 때문에 원고를 축소된 홍보과의 다른 직책으로 전보하는 것은 인사구조 및 조직 개편의 취지에 부합하지 아니하는 면이 있는 점, 이 사건 전보처분 당시 세 개 부서를 축소하였기 때문에 원고를 보임할 다른 부서장의 공석이 없었고 순환배치과정에서 다른 과장급 직원들이 기물관리 담당으로 배치되기도 한 점 등을 종합하면, 참가인이 원고를 기물관리부장으로 배치하여야 할 업무상 필요성이 있었던 것으로 판단된다.

홍보부장이었던 원고가 기물관리·세척 및 주방보조 업무를 담당하게 되어 심리적 상실감은 있었을 것으로 보인다. 그러나 참가인이 이 사건 대기발령 이후에도 원고에게 그 전과 동일한 수준의 급여를 지급하였고, 이 사건 전보처분 전후 사이에 급여 내지 복리 후생상 불이익이 없었던 점, 출퇴근 장소가 동일한 것으로 보이고 원고가 담당할 업무가 특별히 어려워 원고가 그 직무를 수행할 수 없는 것으로 보이지 아니하는 점, 기물관리 업무에 은기류 세척 및 주방보조 등 단순노무도 있으나, 은기류 등 고가의 제품들이 연회과정 등에서 손상되지 아니하도록 관리하여야 할 최종적인 책임을 지고 각 업장의 기물을 관리하며 호텔 기물의 부족분이 발생할 경우 발주 및 재발주 업무를 담당하는 등 호텔경영에 있어 비교적 중요한 업무내용도 포함되어 있는 것으로 보이는 점, 원고가 홍보부에서 주로 근무하기는 하였으나 2년간의 연회판촉부에서 근무한

65) 1심 판결(서울행정법원 2013. 8. 10. 선고 2012구합41493 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 4. 23.자 2015두 240 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

경험도 있고 2006년 이후에는 홍보부장으로 관리직 업무를 수행하였기 때문에 전문적 기술을 요하는 업무를 지속적으로 수행하였다고 보이지는 아니하는 점 등을 비추어 볼 때 이 사건 전보처분으로 인하여 원고가 입게 될 생활상의 불이익이 근로자로서 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이라고 볼 수 없다.”

### 3) 신규인력 채용 제한 및 경영실적 악화 속에 **인력수급 불균형의 타개** 방안인 경우

#### 【대전고등법원 2015. 6. 25. 선고 2015누10191 판결<sup>66)</sup>】

“① 원고는 …(중략)… 경영실적이 좋지 않은 상황에서 신규인력 채용에 제한을 받고 있었고, 그렇다고 지방에서 근무하는 직원들을 해고하고 인력이 필요한 수도권 지역에서 인력을 보강하는 것이 바람직한 방안이라고 볼 수도 없으므로, 원고가 겪고 있는 인력 수급 불균형 상황을 타개하기 위해 제한적으로 지방연고 직원들을 수도권으로 일시 전보시키는 것은 그 업무상 중대한 필요에 기인한 정책으로 보인다.

② 참가인이 수도권에서 자녀를 양육하면서 근무할 경우 발생하는 비용 중 일부분은 부산에 근무할 경우에도 발생하는 비용으로 보이고, 전보 후 원거리 근무지에 근무하게 되는 기간은 최대 3년으로서 많은 경우 단축되기도 하므로, 참가인이 입을 불이익이 도저히 감당할 수 없을 만큼 크다고 보기는 어렵다.

③ 참가인이 복직 후 PI 실적을 쌓을 여유가 없어서 다소 불리한 처지에 있었던 것은 사실이나, 원고는 PI 실적을 상위 10%의 실적자를 전보 대상에서 제외하는 소극적인 방식으로 반영하였을 뿐 절대적인 전보기준으로 삼았던 것은 아니고, 만일 참가인만을 PI 실적과 무관하게 전보대상에 제외한다면 이는 휴직을 하지 않은 다른 직원들에 대한 역차별이 될 우려가 있는 점에 비추어, 참가인의 PI 실적을 반영한 것이 불합리한 것이라고 할 수는 없다.

④ 원고가 나름대로 참가인의 사정(자녀양육 및 시모 간병의 필요성)을 인지하고도, 다른 직원들의 사정을 참작하여 참가인을 전보 발령 대상으로 삼게 된 것으로 보이고, 실제로 참가인보다 선순위 또는 동순위 장기근속자임에도 전보대상에서 제외된 직원들은 참가인보다 적지 않은 개인적 고충을 가지고 있었던 것으로 보인다.

⑤ 원고는 본래 한 영업점에서 3년 이상 근무한 직원을 전보하는 것을 원칙으로 하고 있고, 비록 참가인이 복직 후 52일 만에 이 사건 전보발령을 받기는 하였으나, 이는 참가인이 정기인사 시기를 약 52일 남겨두고 복직하여 원고로서는 불가피하게 임시적으로 참가인을 부산지역금융 본부로 발령하였다가 다시 이 사건 전보발령의 대상으로 삼을 수밖에 없었던 것에 기인하는 것으로서, 이를 원고의 통상적인 인사원칙에 반한다고 볼 수는 없다.

⑥ 비록 원고가 참가인과 사전 협의 절차를 거치지 않았으나 협의절차를 거쳤더라면 참가인이 전보 대상에서 제외되었을 것이라고 단정하기 어렵고, 또한 그러한 사정만으로 이 사건 전보처분이 권리남용이라고 볼 수는 없는 것이며, 달리 이 사건 전보발령이 참가인이 장기간 육아휴직 및 가족간호휴직을 쓴 것에 대한 보복적 조치라고 볼 만한 사정이 전혀 없다.”

제6장  
전직·전보,  
전적 등

66) 1심 판결(대전지방법원 2014. 12. 24. 선고 2014구합597 판결)을 인용함

## 4) 근로자의 경력과 업무의 특수성을 감안하여 인원충원이 필요한 곳으로 전보한 경우

【서울고등법원 2010. 9. 9. 선고 2010누1356 판결<sup>67)</sup>】

“① 서울 본사에서의 원고에게 팩스확인, 인감날인 등 단순 업무보조를 시키는 것은 원고의 경력과 급여 수준 등을 감안할 때 참가인의 인력관리 측면에서 매우 비효율적인 것인 점, ② 참가인의 매출액이 증가함에 따라 이에 따른 물류센터의 업무도 증가하여 물류센터의 인원을 보충하는 방향으로의 인력 재배치가 요구되었던 점, ③ 사내 업무상 주로 영어를 사용하는 참가인에서 영어가 능통하지 못한 원고에게 부여할 수 있는 업무가 극히 제한적인 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 전보에는 업무상 필요성이 인정된다.”

## 5) 동료근로자 내지 부하직원들과의 불화 해결을 위한 경우

【서울고등법원 2011. 5. 24. 선고 2010누26164 판결<sup>68)</sup>】

“이 사건 노동조합의 지부장과 상당수의 조합원들이 원고의 전주본점에서의 복귀에 반대하고 있어서 원고를 다시 전주본점으로 복귀시킬 경우 근로자들 사이의 인화에 적지 않은 문제가 발생할 것으로 보이는 점, 원고가 복귀하고자 하는 전주본점의 보일러실에는 2009. 6. 1.부터 다른 근로자가 이미 근무하고 있는 점 …(중략)… 등을 종합하면, 참가인이 원고를 익산○○지점에 배치하여야 할 업무상 필요성이 인정된다.”

## 6) 직무수행과정에서 근로자의 업무능력 및 태도에 문제가 있었던 경우

【서울고등법원 2014. 10. 22. 선고 2016누26608 판결<sup>69)</sup>】

“원고는 국내 근무와 해외 근무의 급여를 다르게 정한 연봉계약을 체결하여 이 사건 전보처분으로 인하여 해외 근무에서 국내 근무로 변경됨에 따라 월 급여가 6,415,228원에서 4,192,959원으로 감소하는 사실을 인정할 수 있고, 이 사건 회사가 원고와 협의 또는 원고의 사전 동의 절차 없이 이 사건 전보처분을 한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

그러나 …(중략)… 이 사건 회사가 해외 공사 현장에서 이루어진 원고의 업무처리와 관련하여 원청으로부터 항의하는 취지의 이메일을 받았고, 원고가 해외 지사장으로서 본사 품의 없이 건물을 임차하여 임차료까지 지급한 점에 비추어 보면, 이 사건 회사로서는 원고를 국내 본사로 발령하여 원청의 항의 및 본사 품의 없는 건물의 임차와 관련한 사실관계를 파악하고, 그에 대한 책임을 물을 필요가 있다고 보이고, 이러한 이 사건 전보처분의 업무상 필요성을 감안하면, 앞서 본 바와 같이 이 사건 전보처분으로 인하여 원고에게 경제적 불이익이 발생하고, 이 사건 회사가 이 사건 전보처분을 함에 있어서 원고와 협의 절차를 거치지 않았다고 하더라도, 이 사건 전보처분이 근로기준법에 위배되거나 권리남용에 해당하여 무효라 보기 어렵다.”

67) 1심 판결(서울행정법원 2009. 12. 3. 선고 2009구합22928 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 12. 9.자 2010두21174 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

68) 1심 판결(서울행정법원 2010. 7. 22. 선고 2010구합11504 판결)을 인용함

### 1.3 생활상 불이익

#### 가. 생활상 불이익으로 전직·전보의 정당성을 부정한 사례

##### 1) 노동 강도의 증가 등 직무내용의 변경으로 인한 업무수행상 어려움이 막대한 경우

【서울고등법원 2008. 5. 27. 선고 2007누30187 판결<sup>70)</sup>】

“○○대 병원이 대규모로 확대 개원하는 과정에서 외부에서 경력직을 채용하는 등 조직 개편이 불가피하였고, 참가인을 비롯한 장기 근속자들을 활용하기 위한 경영개선팀이 해체되어 더 이상 경영개선팀에서 근무할 수 없었던 점 등에 비추어 볼 때, 참가인에 대하여 전보 명령을 해야 할 업무상의 필요성은 인정된다.

그러나 참가인은 의료보험연합회에서 심사 간호사로 근무하다가 ○○대 병원에 입사하였고, 그 후 10여 년간 심사 간호사 업무만 한 점에 비추어 볼 때, 참가인은 입사 당시 사실상 심사 간호사로 근무하기로 하고 입사한 것으로 추정되는 점, …(중략)… 임상 간호사와 심사 간호사 모두 간호사 자격증을 가지고 있다고는 하나 그 업무의 성격은 달라 통상 장기간 심사 간호사로 근무하다가 임상 간호사로 전환되는 경우는 드문 점, 참가인의 연령은 52세로 약 25년 전에 3년 정도 임상 간호사로 근무한 것이 임상 간호 경력의 전부인데, 25년 동안 임상 간호사의 업무 내용도 상당히 변화되었으리라 보이고, 그만큼 임상 업무에 적응하는 것이 쉽지 않은 점 등 이 사건 변론 과정에 나타난 제반 정상을 종합해 보면, 참가인이 이 사건 전보 명령에 따라 임상 간호사로서 근무하게 됨으로써 입게 되는 일상생활에서의 불이익이 통상 근로자로서 감수하여야 할 불이익의 범위를 초과하였다고 봄이 상당하다.”

제6장  
전직·전보,  
전적 등

##### 2) 임금총액은 거의 차이가 없으나 기본급이 줄고 성과급 비중이 증가하였으며 근로자가 실적을 올리는 것이 어려운 경우

【서울고등법원 2011. 2. 1. 선고 2010누19845 판결<sup>71)</sup>】

“원고가 이 사건 전보발령에 의하여 담당하게 된 판매직 영업사원직은 통상 초급사원인 사원, 주임, 대리가 하는 일선 영업담당업무로서 이사부장인 원고의 직위에 있어서는 전례가 없는 인사발령이고, 참가인 회사 내에서도 직원을 크게 판매직 영업사원과 일반사원으로 구분하였고, 판매직 영업사원의 직제는 과장까지만 있었던 것에 비추어 보면 원고가 그간 주로 담당했던 관리직 업무와는 그 업무내용이 상당히 다른 것으로 보이며,

…(중략)…

이 사건 전보발령 이전과 이후에 원고가 받을 수 있는 임금총액에 있어 산술적으로는 거의 차이가 없지만, 그 구성면에서 기본급이 줄어들고, 성과급의 비중이 많이 높아졌는데, 성과급은

69) 1심 판결(서울행정법원 2013. 8. 22. 선고 2013구합2037 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 3. 12.자 2014두14792 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

70) 1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 19. 선고 2007구합15810 판결)을 인용함

원고의 업무실적에 따라 받지 못하게 될 여지가 있고, 특히 다른 판매직 영업사원에 비해 고령인 원고의 나이, 전문적인 판매직 영업사원이 아닌 경력, 그 밖에 원고가 처한 환경이나 참가인 회사에서 원고를 대하는 태도 등을 고려해 보았을 때 원고가 충분한 영업실적을 올리는 어려위 보이므로, 임금체계 면에서도 원고에게 불이익하다고 보지 않을 수 없다.”

## 1.4 성실한 협의절차

가. 단체협약상 노동조합과의 **협의절차**를 위반한 전보명령은 위법하다고 본 경우

### 【서울고등법원 2008. 5. 14. 선고 2007누25710 판결<sup>72)</sup>】

“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 각 규정하고 있음에도 참가인은 경남지방노동위원회의 구제명령, 경남지방 노동사무소의 이행지시에 의하여 복직시켜야 할 조합원 또는 조합의 간부인 원고들에 대하여 이 사건 전보를 함에 있어 위와 같은 단체협약 규정에 따른 절차를 준수하기는커녕 그와 같은 제한을 피하기 위하여 아무런 합리적인 이유도 없이 근로자를 7명 또는 8명 등 9명 미만으로 나누어 인사발령 하였는바, 참가인이 이 사건 전보를 함에 있어 노조지회 등과 아무런 합의 절차도 거치지 않았으므로 이 사건 전보는 이와 같은 절차상의 흠으로 인하여 위법하다.”

나. 단체협약상 이의제기절차를 통해 **인사위원회에서 부당하다고 의결한 전보명령은 효력을 상실한 것**이라고 본 경우

### 【서울고등법원 2009. 10. 20. 선고 2009누4410 판결<sup>73)</sup>】

“이 사건 단체협약 제15조는 ‘회사의 인사결정에 이의가 있을 때 조합 또는 해당 조합원은 인사 결정 통보를 받은 날로부터 5일 이내에 이의를 제기할 수 있으며, 이의가 제기되면 회사는 조합 대표와 당해 조합원이 참석한 가운데 인사위원회를 개최하여 5일 이내에 재심의하여야 하며, 3일 이내에 결정사항을 서면으로 통보하여야 한다. 단, 재심결정시까지 그 인사결정의 효력은 정지 된다’고 규정하고 있고, 제16조는 “1. 회사는 노사동수 3인으로 인사위원회를 구성하여 조합원의 제반 인사에 관한 사항을 심의·의결한다. 2. 인사위원회의 의장은 회사와 조합이 교대로 하며, 위원회는 과반수의 참석으로 성립하고 참석위원 과반수의 찬성으로 의결한다”고 규정하고 있다.

이 사건에서 원고의 참가인들에 대한 전보처분은 인사결정에 해당하고, 참가인들이 원고에게 이의를 제기한 이상, 인사위원회에서 과반수의 참석과 참석위원 과반수의 찬성으로 전보처분의

71) 동 사건은 대법원(대법원 2011. 5. 13.자 2011두5513 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

72) 1심 판결(서울행정법원 2007. 8. 23. 선고 2006구합28376 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 25.자 2008두8321 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

정당성을 의결할 때까지 전보처분의 효력은 정지되고, 인사위원회에서 전보처분의 정당성이 부결되면 전보처분은 효력을 상실하게 된다.”

## 1.5 전직·전보의 특수문제

### 가. 업무추진역(후선역) 제도 - 업무추진역 발령의 정당성을 긍정한 사례

1) 근무평정을 실시하여 선정된 명예퇴직 대상자 중에서 **명예퇴직에 응하지 않는 자**에 대하여 후선발령을 한 경우

#### 【대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결】

“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 임금에 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. …(중략)… 원고 은행은 이 사건 후선발령 대상자 선정을 위한 근무평정을 할 때 원고 은행 인사지침과 달리 근속년수, 승급누락, 부양가족 등을 평가기준으로 하였으나, 이 사건 평정은 은행 인사지침에 따른 근무평정과 그 실시시기, 목표와 대상이 다르므로 평가기준을 달리한 것을 위법하다고 볼 수 없는 점 …(중략)… 등을 종합하면 이 사건 평정기준이 불합리하거나 불공정하다고 볼 수 없다고 판단하였다. …(중략)… 그렇다면 이 사건 각 인사발령이 정당한 인사권의 범위 내에서 행사된 것으로 적법하다는 원심의 판단은 정당하고…”

제6장  
전직·전보,  
전적 등

2) **사고자 및 징계자** 중 현업 배치 제한이 필요하다고 인정되는 직원에 대하여 개인별 일일 활동 내용보고, 실적관리, 실적평가, 면담기록부 작성 등을 통해 **지속적인 관리를 하여 업무능력을 제고**하고자 업무지원역 발령을 한 경우

73) 1심 판결(서울행정법원 2009. 1. 8. 선고 2008구합22624 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 1. 28.자 2009두21208 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 【대법원 2013. 2. 28. 선고 2010두20447 판결】

“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 감봉 처분과 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

...(중략)...

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...”

3) 업무실적이 부진한 근로자들을 **역직위 운용기준**에 의하여 특수영업팀에서 업무 추진역으로 발령을 한 경우

【서울고등법원 2008. 5. 15. 선고 2007누25949 판결<sup>74)</sup>】

“원고들이 특수영업팀에 근무하면서 2005년 하반기 평가 결과 목표 이익 대비 실적이 전무하거나 현저하게 부진하였던 점, 참가인 역직위 운용 기준에 의하면 참가인은 업적이 부진하여 인사상 사후 관리가 필요한 직원을 업무 추진역으로 보임할 수 있는 점 등을 고려하면 참가인은 이 사건 전직을 할 업무상 필요가 있었다고 할 것이다.

반면, 가사 이 사건 전직으로 인하여 원고들의 임금이 30% 정도 삭감되었고, 그에 따라 원고들의 기대 퇴직금 액수가 감소하였으며, 원고들이 사실상 참가인 조직에서 이탈함에 따라 업무



효율이 저하되는 등의 개인적인 불이익이 있다고 하더라도(원고들은 나아가 자신들이 장차 인사부 조사역, 전담역으로 발령되어 임금이 추가로 삭감될 것이라고 주장하나, 참가인 역직위 운용 기준에 의하면 업적 평가결과 성과 우수자에 대하여는 부점장 또는 현직 책임자로 보임하고, 성과 저조자에 대하여 조사역으로 전환 배치한다고 되어 있는 바, 가사 원고들이 장차 조사역 등으로 전환 배치된다고 하더라도 이는 이 사건 전보 명령으로 인한 것이 아니라 성과 저조에 따른 것이라고 할 것이다), 참가인 역직위 운용 기준은 일반 역직위 직원 중 업적 평가 결과 성과 우수자에 대하여는 부점장 또는 현직 책임자로 보임하고, 부점장 보임의 경우 역직위 보임 직전 근무 점포와 동급 또는 하위 등급 점포장으로 보임한다고 규정하고 있고, 나아가 실제로 이 사건 업무추진역으로 인사 발령된 참가인 직원 중 실적이 양호한 일부 직원들은 지점 또는 영업본부로 인사 발령되었으며, 또한 일부 직원들은 성과급을 지급받음에 따라 일반 영업점에서 근무하는 동급의 직원보다 더 많은 급여를 받는 경우도 있는 점 등에 비추어 보면 이 사건 전보 명령으로 인한 원고들의 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 크게 벗어났다고 보기 어렵다.”

제6장  
전직·전보,  
전직 등

#### 나. 노동위원회의 원직복직명령과 전보

1) 근로자가 징계해고된 이후 근로자가 담당하던 자리에 이미 **대체인력이 채용되어** 근무하고 있는 경우

#### 【서울고등법원 2013. 1. 25. 선고 2012누9811 판결<sup>74)</sup>】

“① 비록 원직의 문언적 의미는 해고 당시 근로자가 보유하였던 직위 그 자체를 의미하지만, 앞서 본 법리에 더하여 비교형량의 대상이 되는 사용자의 인사권·노무지휘권·직장질서유지 등 여러 법익의 중요성 등을 고려하면, 해고된 근로자가 해고되기 전과 동일한 직무에 복귀하지는 아니하였다고 하더라도 해고 전에 담당하였던 직무·직급과 유사한 직무·직급의 지위를 부여받은 경우에는 노동위원회규칙 제79조 제1호에 따른 원직복직에 해당한다고 해석함이 옳다.

② 또한 원고가 징계해고된 이후 원고가 담당하던 간병인의 자리에 소외 한○○을 임명하여 원고가 복직될 당시에도 위 한○○이 근무하고 있었던 점, 2008년도 이래로 계속 거주하는 생활인이 줄어들고 있어 거주생활인 대비 직원의 정원초과상태가 발생하고 있었던 점, 이러한 사정은 앞서 본 원고의 행정관청에 대한 민원회신결과에서도 확인되는 점 등을 고려하면, 원고를 해고할 당시 담당하던 간병인의 직무에 복귀시키지 아니한 것은 종래의 인사질서, 경영상의 필요에 따른 것으로 볼 것이다.

③ 2011. 1. 20.자로 원고를 사회복지사로 복직시킬 당시 원고로부터 동의를 받았고, 이후 인력 운용상의 필요에 따라 원고에게 선택권을 부여한 후 그 선택에 따라 원고를 요양보호사로 배치하였으며, 원고 또한 요양보호사로 근무한다는 내용의 근로계약서를 작성하였던 점 등에 비추어

74) 1심 판결(서울행정법원 2007. 9. 11. 선고 2007구합9228 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 21.자 2008두9188 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

보면, 원고에 대한 일련의 인사조치는 원고의 동의에 기초한 것이라고 할 것이다.

④ 간병인의 직무와 요양보호사의 직무가 간호의 대상을 달리하는 등 그 업무내용에 있어 다소간의 차이가 있다고 보이기는 하나, 위 각 직무가 간병의 대상, 직무 내용, 자격사항과 관련하여 전혀 다른 성질의 직무에 해당한다거나 그 노동강도의 차이가 지나치게 과도하다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 한편 원고는 당초 간병인이 아닌 사회재활교사 내지 생활교사로 근무하다가 2009. 2경 비로소 간병인으로 근무하기 시작하였을 뿐이고, 원고의 직무가 당사자간의 약정 기타 원인에 의하여 간병인에 한정되어 있었다고 볼 별다른 자료도 없다. 또한 원고의 출퇴근 거리 및 시간이 다소 늘어나는 것으로 보이기는 하나, 해고 전·후의 각 근무지가 모두 서울 지역 내에 소재하고 있어 그 불이익의 정도가 지나치다고 볼 것은 아니다. 위와 같은 제반 사정을 참작하면, 원고의 인사조치로 인하여 원고가 입게 될 생활상의 불이익이 근로자로서 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이라고 볼 수도 없다.”

2) 이전에 **담당한 직제가 폐지되어** 근로자를 직급변동이 없는 다른 직제로 발령한 경우

【서울고등법원 2015. 8. 27. 선고 2015누33655 판결<sup>76)</sup>】

“참가인이 …(중략)… 이사회를 개최하여 부사장의 직위를 폐지한 점, 참가인의 입장에서는 실질적인 근로자이나 임원에 준하여 대표이사를 보좌하던 부사장의 직제를 폐지하고 그 업무를 업무이사가 수행하도록 함으로써 직제를 개편할 경영상 필요가 있었다고 보이는 점, …(중략)… 참가인의 원고에 대한 해임 이후 원고와 참가인 대표이사 사이의 신뢰관계는 원고가 부사장의 직무를 수행하기 어려울 정도로 깨어져서 정상적인 회사 운영이 어렵다고 판단되므로 참가인 으로서는 원고를 아파트 관리사무소장으로 전보시킬 업무상 필요성이 있는 점 등을 고려하면, 참가인이 원고를 복직시키면서 해고 당시 담당하였던 부사장의 직무에 복귀시키지 않은 것은 종래의 인사질서 유지나 경영상의 필요에 따른 것으로 봄이 상당하다.”

#### 다. 보직의 변경과 직급의 변경

##### 1) 보직(직명)의 변경에 불과하다고 본 사례

가) 실무책임자인 근로자를 지점장의 보직으로 전보하여 자신보다 직급이 낮은 새로운 실무책임자로부터 결재를 받아야하는 사정이 발생하였으나 **종전의 직급(일반직 1급)을 그대로 유지하고** 있는 경우

75) 1심 판결(서울행정법원 2012. 3. 22. 선고 2011구합37121 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 7. 3.자 2013두5319 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

76) 동 사건은 대법원(대법원 2015. 12. 24.자 2015두51224 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2012. 5. 2. 선고 2011누30818 판결<sup>77)</sup>】

“이 사건 인사발령으로 인하여 원고의 지위·권한 등에 변동이 있고 업무와 관련하여 원고보다 직급이 낮은 새로운 실무책임자로부터 결재를 받게 되는 사정 등에 비추어 보면 이 사건 인사발령이 원고에게 다소 불이익한 처분이라고 할 수 있다. 그러나 …(중략)… 원고가 참가인 금고의 실무책임자로 재직할 당시 노동조합에 가입한 부하직원들과의 관계가 원만하지 않았던 것으로 보이는 점, …(중략)… 원고와 부하직원들 사이에 불거진 갈등으로 형사고소까지 제기되는 등 직장 분위기가 침체된 상황에서 참가인 금고로서는 적절한 인사권의 발동으로 이를 쇄신할 필요성이 있었다고 보이고, …(중략)… 원고가 이 사건 인사발령 이후로도 일반직 1급의 직급을 그대로 유지하고 있고, 출퇴근 소요시간(차량으로 10분 이내) 등 생활환경에 별다른 변동이 없어 이 사건 인사발령으로 인하여 원고에게 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 생활상의 불이익이 있다고 보기 어려운 점 등을 더하여 보면, 이 사건 인사발령은 참가인 금고의 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당한다고 보기 어렵다.”

나) 팀장인 근로자를 팀원으로 인사발령을 하였으나 회사 내에서 팀장이 **공식적인 직위가 아닐** 뿐만 아니라 팀장의 직급도 고정되어 있지도 않은 경우

## 【서울고등법원 2011. 11. 9. 선고 2011누9678 판결】

“○○A Sales팀을 참가인이 ○○A코리아를 흡수합병하면서 임시로 운영하던 조직으로서, 이를 폐지한 것은 그간의 영업조직의 비효율성과 고객 불만을 최소화하기 위한 것이어서 업무상 필요성이 인정된다. 그리고 참가인 회사 내 ‘팀장’이라는 명칭은 공식적인 직위가 아니라 편의적으로 사용되는 용어로서 팀장의 직급 또한 고정되어 있지 않기 때문에 원고가 단지 팀장에서 팀원으로 되었다는 사정만으로 신분상 불이익을 입었다고 할 수는 없다. 또한 원고가 성과급을 지급받지 못한 점도 팀원으로 되었기 때문이 아니라 원고가 팀장 직위를 요구하며 영업고객 할당을 거부하고 영업회의에 불참하였던 것이 그 중요한 원인이 되었던 것으로 보인다.”

다) 팀장급 근로자를 팀원으로 전보발령을 하였으나 **팀제 개정에 따라 급수는 큰 의미가 없는 상황에서** 전보발령 전에도 같은 직급의 팀원이 다수 존재하는 경우

## 【서울고등법원 2009. 12. 17. 선고 2009누13193 판결】

“비록 이 사건 전보발령 직후인 2007.4.2. 부산남부지사에 3급 일반직 사원에 3명의 정원초과가 있었고, 이 사건 전보발령 즈음 원고 회사 관리본부, 상품팀, 감사실의 3급 일반직 사원은 정원 대비 1 내지 2명이 부족한 상태였으며, 원고가 전보발령을 함에 있어 참가인과 협의절차를 거치지

77) 1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2011구합7137 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 9. 13.자 2012두12365 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

아니한 등의 사정은 인정되나, 한편 앞서 인정한 사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고는 2006.5.경 ○○○엑스 승무본부를 폐지하고 2007.5.31.경 ○○○엑스 열차의 식음료 판매사업 등의 폐지가 예정되어 조직을 통폐합하고 팀조직으로 조직을 개편하는 등의 상황에서, 부산남부지사가 2006.12.31. 감사 당시 정원 대비 19명이 부족하였던 점, ② 이 사건 전보발령 직후인 2007.4.2. 부산남부지사에 일반직 3급과 5급에서는 합계 4명의 정원 초과가 있었으나, 2급, 4급, 7급에서는 6명이 정원에 미달하여 일반직 전체로서는 2명의 결원이 있는 상태여서 인원의 보충이 필요하였던 것으로 보이는 점, ③ 2006.6.27.의 팀제 개정에 따라 급수는 큰 의미가 없고, 이미 이 사건 전보발령 전에도 팀장 직책을 가지고 있지 아니한 3급 일반직이 다수 있었으므로, 일반직 전체 정원이 초과된 바 없이 3급 정원이 일부 초과되었다는 것만으로는 부산 남부지사의 결원을 보충하기 위한 전보발령이 부당해 보이지는 아니한 점, ④ 2007.4.2. 현재 관리본부, 상품팀, 감사실 등에 일반직 3급의 결원이 일부 있기는 하나, 일반직 전체로 볼 경우 관리본부와 상품팀에는 결원이 없거나 정원을 초과한 상태이며, 감사실에는 결원이 있기는 하나 그 업무의 특성상 주로 영업소나 지역본부 등에서 근무한 참가인으로 이를 충원하기에는 적절하지 아니한 것으로 보이므로, 원고 회사가 참가인을 관리본부나 상품팀, 감사실 등으로 발령하지 아니한 것이 부당하다고 할 수 없는 점, ⑤ 참가인이 원고 회사에 입사한 것이 광주영업소일 뿐 아니라, 참가인은 그 후에도 부산지역본부, 장항영업소, 경주영업소, 익산영업소, 순천판매지원센터, 익산판매지원센터 등에서 순환 근무한 사실이 있어, 원고와 참가인 사이의 근로계약이 근로내용이나 근무장소를 특별히 한정한 경우에 해당한다고 할 수 없으므로, 원고가 참가인을 경인본소에서 멀리 떨어진 부산남부지사로 발령하였다 하더라도 거기에 참가인의 동의를 요한다고 볼 수는 없는 점(대법원 1992.1.21. 선고 91누5204 판결, 1997.7.22. 선고 97다 18165,18172 판결 등 참조), ⑥ 비록 원고가 참가인이 부산남부지사에 근무하면서 거처할 수 있는 임차주택이나 합숙소를 제공할 수 없었다 하더라도, 참가인이 위와 같이 순환근무를 해 왔던 것으로 미루어 보면, 참가인이 입게 되는 생활상의 불이익이 근로자로서 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어나는 것이라고는 볼 수 없는 점 등의 사정에 비추어 보면, 원고의 참가인에 대한 이 사건 전보발령은 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 아니한다고 할 것이다.”

## 2) 직급의 변경에 해당한다고 본 사례

**근로계약상 요리과장을 맡기로 되어있는 근로자를 최하위 직급인 메인 주방으로 전보시켜 정리업무**를 지시한 경우

### 【서울고등법원 2009. 3. 20. 선고 2008누25328 판결<sup>78)</sup>】

“1978.부터 현재까지 약 30년 동안 중식요리 전문가로 활동하였으며, ○○호텔을 비롯한 최고급 호텔에서 중식요리를 담당하여 온 참가인을 양식요리 파트로 전보시켜 설거지 된 접시 정리 업무를 지시한 것은 참가인의 능력에 반한 조치일 뿐 아니라, 임금이나 근로조건의 변경이 없었다고는 하나 요리사의 경우 계속적인 업무를 통한 능력개발이 필요하므로 전보조치에 따른

생활상의 불이익이 현저하다고 보이는 점, 당시 양식요리 파트에 인원 충원이 필요한 상황이었다고 보이지 않고, 이 사건 전보로 인하여 중식요리 파트에 일손이 부족하게 되어 신규 근로자를 채용하였음에 비추어 전보의 업무상 필요성이 전혀 없는 점, 참가인은 원고 회사 신양○○호텔에 중식요리 조리과장 업무를 수행하기로 하고 입사하였으며, 따라서 원고가 근로계약에 의한 직종이 아닌 다른 업무를 지시하기 위해서는 신의칙상 근로계약 당사자인 참가인의 동의 등을 거쳐야 한다고 볼 것임에도, 원고 회사는 그와 같은 절차를 전혀 거치지 아니한 점, 원고 회사가 참가인을 ‘중식 요리과장’에서 최하위 직급인 ‘메인 주방’으로 전보시킨 것은 실질적으로 취업규칙 제46조 제6호상의 징계로서 ‘강등’에 해당한다 할 것임에도 원고 회사는 취업규칙상 일체의 징계절차를 거치지 아니한 점, …(중략)… 참가인의 생활상의 불이익에 비해 업무상의 필요성이 크지 않았음에도 실시된 이 사건 전보는 그에 따른 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것으로서, 정당한 인사권의 범위 내에 속한다고 볼 수 없으므로 권리남용에 해당하여 부당전보로 인정된다.”

## 2. 전적 관련 판례

### 2.1 전적의 정당성

#### 가. 근로자의 동의 없는 전적이 무효라고 본 사례

법원은 근로자 동의 없이 전적시키는 관행이 **규범적으로 승인되지 아니한** 상태에서 근로자가 동의 없는 전적은 원칙적으로 무효에 해당한다고 봄

#### 【대법원 2006. 1. 12. 선고 2005두9873 판결】

“전국에 별도의 법인으로 설립·운영되고 있는 144개 회원조합을 두고 있는 산림조합중앙회가 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 산림조합중앙회 산하 다른 지역조합들 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적 사실로서 명확히 승인되었거나 그 직원들이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 사실상의 제도로 확립되어 있었다고 볼 만한 자료는 찾아보기 어렵다. 한편, 피고 보조참가인이 산림조합중앙회의 조정에 따라 인사교류를 한다는 인사규정을 두고 있었다는 사정만으로 직원의 동의 없는 일방적인 전적의 관행이 규범적인 사실로서 명확히 승인되었거나 사실상의 제도로 확립되어 있었다고 볼 수도 없다. 사정이 이와 같다면, 앞에서 본 법리에 비추어 볼 때, 원고의 동의 없는 이 사건 전적명령은 이러한 사유만으로도 전적의 유효요건 자체를 갖추지 못한 것으로서 무효라고 할 것이다.”

78) 1심 판결(서울행정법원 2008. 8. 12. 선고 2007구합40182 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 6. 11.자 2009두5497 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

### 나. 포괄적 사전 동의로 근로자 동의 요건을 충족한다고 본 사례

법원은 그룹 내의 기업에 고용된 근로자에 대한 다른 계열기업으로의 전적에서 **전적할 기업을 특정**하고 업무에 관한 사항 등 **기본적인 근로조건을 명시**하여 근로자로부터 포괄적인 사전 동의를 받은 경우에는 근로자의 동의 요건을 갖추었다고 봄

#### 【서울행정법원 2013. 2. 8. 선고 2012구합26685 판결】

“참가인과 D농업협동조합은 모두 밀양지역 관내의 지역 농협으로서 농협중앙회와의 관계 등을 고려하면 이들 사이의 전적은 기업그룹 내부의 계열기업 간 전적에 준한다고 봄이 상당하므로, …(중략)… 만약 원고가 이 사건 전적에 대하여 포괄적인 사전동의를 하였다면 이 사건 전적은 근로자의 동의 요건을 갖추었다고 할 것이다.

…(중략)… 다음과 같은 사정 즉, ① 농협중앙회 경남지역본부는 2002. 2. 9. 관할 지역 농협에 인사교류시 직원의 동의를 얻어 실시하라는 공문을 하달하였고, 그에 따라 참가인을 포함한 밀양지역 농협들은 인사교류 동의서를 제출한 자에 한하여 인사교류를 시행하여 왔던 점, ② 인사교류동의서의 제출은 의무사항이 아니어서 참가인 소속 직원 중 인사교류동의서를 제출하지 않은 직원도 있었으나, 원고는 2011. 5. 9. 인사교류권역을 밀양지역 소재 농협으로 하고, 동일 직급, 동일 호봉만을 대상으로 하는 인사교류동의서를 참가인에게 자발적으로 제출하였던 점, ③ 밀양지역에는 9개의 지역 농협만이 존재하고 있어 전적할 기업이 특정되었다고 보이고, 동일 직급, 동일 호봉만을 대상으로 한 것이어서 근로시간·종사하여야 할 업무 등도 거의 유사함과 동시에 예측가능하다고 보이므로 전적할 기업에서 종사 할 업무에 관한 기본적인 근로조건을 명시하지 않았다고 볼 수 없는 점, ④ 비록 인사 교류동의서는 직책, 주민등록번호, 작성명의 등을 기재하는 부분을 제외하면 전부 부동 문자로 인쇄된 양식을 이용하여 작성된 것이기는 하나, 그 내용은 밀양지역 소재 농협 소속 일반직직원의 인사교류권역, 대상직원, 그 방법을 구체적으로 특정하고 있는 점, ⑤ 원고가 인사교류동의서를 제출한 것을 두고 위법하거나 부당한 전적까지 포괄적으로 동의한 것으로는 볼 수 없다 하더라도 이 사건 전적이 위법하거나 부당한지는 개별적으로 살펴 보아야 할 것인 점 등을 종합하면, 원고는 이 사건 전적에 대하여 포괄적인 사전동의를 하였다고 봄이 상당하다.”

### 다. 묵시적 동의로 근로자 동의 요건을 충족한다고 본 사례

법원은 근로자가 전 사용자로부터 **퇴직금을 수령**하고 전적된 이후에 **업무수행, 급여수령, 노동조합 결성** 등을 한 경우에는 묵시적으로 동의하였다고 봄

#### 【서울행정법원 2007. 9. 21. 선고 2007구합7642 판결】

“참가인 시 폐기물 관리에 관한 조례 제4조에 의하면, 시장은 필요하다고 인정할 경우 관할 구역 안에서 배출되는 생활폐기물을 구 폐기물관리법 (2007. 4. 11. 법률 제8371호로 전문개정되기 전의 것) 제26조 제1항 의 규정에 의하여 폐기물처리업의 허가를 받은 자로 하여금 수집, 운반

또는 처리를 대행하도록 할 수 있고, 참가인 시는 한국산업관계연구원에 청소행정 개선을 위한 타당성 분석을 용역 의뢰한 결과를 토대로 시설공단에 청소업무를 위탁하였는바, 이는 참가인 시의 고유한 경영권의 행사로 정당하다고 판단되고, 이사건의 경우 원고들은 참가인 시 소속으로 청소업무에 종사하다가 퇴직한 후 시설공단 소속으로 시설공단이 참가인 시로부터 위탁받은 청소업무에 종사하게 되었으므로 이는 이른바 전적(轉籍)에 해당한다.

...(중략)...

참가인 시는 2005. 1. 29. 원고를 비롯한 환경미화원들에게 청소업무를 시설공단 위탁과 관련하여 청소업무를 위탁, 고용승계, 급여수준, 정년 1년 연장, 퇴직금 지급시 필요한 자료 제출 등을 주요 내용으로 하는 설명회를 개최하였고, 같은 날 저녁 만찬회를 개최한 점, 참가인 시는 2005. 12. 29. 시설공단으로 소속이 변경되는 원고들을 비롯하여 환경미화원 69명 전원에 대하여 공로패를 수여하였으며, 그중 10명에게는 유공자 표창장을 수여한 점, 원고들은 퇴직금 지급에 필요한 구비서류인 인감증명서 등을 참가인 시의 요구에 따라 참가인 시에 제출하였고, 2006. 1. 17. 아무런 이의 없이 퇴직금을 수령한 점, 2006. 1. 1.부터 시설공단 소속 직원으로 청소업무를 수행하였고, 2006. 1. 25. 시설공단으로부터 원고들이 제출한 계좌로 급여를 지급받은 점, 원고들을 비롯한 환경미화원들은 “○○시시설관리공단 노동조합”을 설립하고, 2006. 1. 13. 참가인 시에 이를 신고한 점 등에 이 사건 변론 과정에 나타난 제반사정을 종합해 보면, 원고들은 시설공단으로의 전적에 동의 내지는 적어도 묵시적인 동의를 하였다고 봄이 상당하고, 원고들을 비롯한 환경미화원들이 2005. 3. 24. 참가인 시에 부당전출철회촉구서를 제출하였다고 하여 이미 효력이 발생된 동의가 소급하여 무효가 된다고 보기도 어렵다.”

#### 라. 전적이 기업분할의 형식으로 이루어지는 경우

법원은 회사 분할에 따른 근로관계의 승계는 근로자의 이해와 협력을 구하는 절차를 거치는 등 **절차적 정당성**을 갖춘 경우에는 해당 근로자의 동의를 받지 못한 경우라도 신설회사에 승계된다고 봄

#### 【대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두4282 판결<sup>79)</sup>】

“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 ○○비엔피에 승계된다고 보아야 한다.”

79) 동 판결로 원심 파기된 후 서울고등법원(서울고등법원 2011. 8. 31. 선고 2011누13103 판결)으로 환송되고, 대법원(대법원 2015. 3. 12.자 2014두14716 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

**마. 근로자의 동의 없는 전적 관행이 사실상 제도화되었다고 본 사례**

법원은 본사가 4년간 81명의 근로자에 대하여 근무지 변경을 수반한 계열사로의 전적을 하면서 근로자의 동의를 받은바가 없고, 근로자들 사이에서나 일반인들 사이에서나 **같은 조직으로 인식되고** 있는 경우 근로자의 동의 없는 계열사간 전적이 사실상의 제도로서 확립되어 있다고 봄

**【서울고등법원 2012. 5. 4. 선고 2011누9432 판결<sup>80)</sup>】**

“① 참가인은 2007년부터 2010년까지 총 81명의 근로자들에 대하여 근무지 변경을 수반한 전적을 하였는데, 그 과정에서 근로자의 동의를 거치지 않은 사실, ② 참가인의 노동조합위원장이○○도 참가인의 계열사간 인사이동시 별도의 동의절차를 거치지 않는다고 인정한 점, ③ 전국에 있는 10개의 ○○백화점은 백화점이라는 동일한 기능을 수행하기 위하여 거의 유사한 업무방식으로 운영되고 있으므로, 그 영업주인 법인이 서로 다르다 하더라도 근로자들 사이에서나 일반인들 사이에서나 같은 조직으로 인식되고 있고, 근무하는 근로자들의 업무내용이나 근로조건 역시 별다른 차이가 없는 점, ④ 전국에 있는 ○○백화점 직원들에 대한 인사를 모두 참가인이 하는 점, ⑤ 참가인의 취업규칙과 인사규정의 전적 관련 규정에는 근로자의 동의에 관한 내용이 포함되어 있지 않고, 단체협약에도 이에 관한 별다른 조항이 없는 점 등을 종합하면, 참가인과 계열사에서는 근로자의 동의 없는 계열사간 전적이 사실상의 제도로서 확립되어 있다고 판단된다. 따라서 이 사건 전적은 정당하다.”

80) 1심 판결(서울행정법원 2011. 2. 11. 선고 2010구합31270 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 9. 27.자 2012두12815 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



## 제 7 장

# 사직 · 합의해지

제1절 사직 · 합의해지 개관 및 주요쟁점	285
1. 사직 · 합의해지의 개념	285
2. 사직의 의사표시 존부를 판단하는 요소	287
3. 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임	289
4. 사직의 의사표시와 하자	292
5. 사직의 의사표시의 철회	295
제2절 사직 · 합의해지 등 관련 판례	297
1. 사직의 의사표시 존부를 판단하는 요소	297
2. 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임	303
3. 사직의 의사표시와 하자	309
4. 사직의 의사표시의 철회	319



## 목 차

<b>제1절 사직·합의해지 개관 및 주요쟁점</b> .....	285	<b>3.2 기타 의사표시의 하자</b> .....	316
1. 사직·합의해지의 개념 .....	285	가. 강요에 의한 사직의 의사표시를	
1.1 근로관계의 종료 원인으로 사직과		인정한 경우 .....	316
합의해지 .....	285	나. 강요에 의한 사직의 의사표시를	
1.2 사직의 의사표시의 성격 .....	285	부정한 경우 .....	317
1.3 사직과 합의해지의 법률관계 .....	287	다. 사직의 의사표시가 반사회적질서의	
2. 사직의 의사표시 존부를 판단하는 요소 ...	287	약정에 의한 경우 .....	318
3. 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임 ...	289	<b>4. 사직의 의사표시의 철회</b> .....	319
3.1 증명책임의 의의 .....	289	4.1 사직의 의사표시의 성격에 대한 판례의	
3.2 근로관계의 종료 원인과 증명책임의		입장 .....	319
분배 .....	289	가. 사직의 의사표시를 해지통고로 본	
3.3 판례의 경향 .....	290	경우 .....	319
4. 사직의 의사표시와 하자 .....	292	나. 사직의 의사표시를 합의해지의	
4.1 진의 아닌 의사표시 .....	292	청약으로 본 경우 .....	324
4.2 강요 등 기타 의사표시의 하자 .....	294		
5. 사직의 의사표시의 철회 .....	295		
5.1 사직의 의사표시의 성격에 따른 철회			
가능시점 .....	295		
5.2 근로계약의 종료시점과 사직의			
의사표시의 철회 가능시점 .....	296		
<b>제2절 사직·합의해지 등 관련 판례</b> .....	297		
1. 사직의 의사표시 존부를 판단하는 요소 ...	297		
1.1 사직의 의사표시 존재를 긍정한 사례 ...	297		
1.2 사직의 의사표시 존재를 부정한 사례 ...	301		
2. 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임 ...	303		
2.1 사용자에게 증명책임을 부담시킨 사례 ...	303		
2.2 근로자에게 증명책임을 부담시킨 사례 ...	306		
2.3 기타 .....	308		
3. 사직의 의사표시와 하자 .....	309		
3.1 진의 아닌 의사표시 .....	309		
가. 진의 아닌 의사표시가 인정되어			
사직의 의사표시가 무효인 경우 ...	309		
나. 진의 아닌 의사표시가 부정되어			
사직의 의사표시가 유효인 경우 ...	312		



## 제1절 사직·합의해지 개관 및 주요쟁점

### 1. 사직·합의해지의 개념

#### 1.1 근로관계의 종료 원인으로서는 사직과 합의해지

근로관계의 종료 원인은 크게 ① 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 해고, ② 근로자의 의사나 동의에 의하여 이루어지는 퇴직, ③ 사용자나 근로자의 의사와는 관계없이 이루어지는 자동소멸(계약기간의 만료, 근로자의 사망 등)로 나눌 수 있음<sup>1)</sup>

퇴직은 다시 ① 근로자의 일방적 의사표시에 의한 근로계약의 해지를 의미하는 사직(辭職), ② 근로자와 사용자의 합의에 의한 근로계약의 해지를 의미하는 합의해지(合意解止)로 구분됨

#### 1.2 사직의 의사표시의 성격

판례는 사직의 의사표시에 대해 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 일방적으로 종료시키는 해지통고(해약의 고지)로 이해하고 있으며, 다만 사직의 의사표시가 기재된 사직서의 구체적 내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직의 의사표시 철회의 동기, 사직서 제출 이후의 상황 등 제반사정을 참작·고려하여 근로계약에 대한 합의해지의 청약으로 볼 수 있는지 여부를 파악하고 있음<sup>2)</sup>

한편, 사직의 의사표시에 조건을 부가한 경우에도 이로써 합의해지의 청약이라고 단정할 수 있는 것은 아니고, 해약의 고지의 경우에도 원칙적으로는 조건을 붙일 수 없으나 근로자에게 유리한 것으로서 이미 사용자가 동의하였거나 사용자에게 특별히 불리하지 아니한 경우에는 예외적으로 조건을 붙일 수 있는 것이므로, 조건이 붙었다고 하여 사직의 의사표시를 해약고지로 보지 못할 것은 아님<sup>3)</sup>

1) 대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결 참조

2) 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8657 판결, 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007다11668 판결

3) 대전고등법원 2015. 10. 8. 선고 2015누11507 판결[1심 판결(대전지방법원 2015. 4. 22. 선고 2014구합102530 판결)]을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 1. 28.자 2015두55608 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

## 【 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8657 판결 】

“사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지로 볼 것인바, 원심이 확정된 사실관계 및 기록상 나타난 바와 같은 사직서의 기재내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직 의사표시 철회의 동기 기타 여러 사정을 참작하면 원고의 위 사직서 제출은 위에서 본 원칙적 형태로서의 근로계약의 해지를 통고한 것이라고 볼 것이지, 근로계약의 합의해지를 청약한 것으로 볼 것은 아니며...”

〈표 7-1〉 사직의 의사표시를 해지통고로 본 사례와 합의해지의 청약으로 본 사례 비교

사직의 의사표시를 해지통고로 본 경우	사직의 의사표시를 합의해지의 청약으로 본 경우
① 사회복지법인 운영 어린이집 원장으로 근무하던 근로자가 비위행위로 견책처분을 받음과 아울러 새로운 어린이집 개원 실무책임자로 전보되자 사직서를 제출하였다가, 새로운 어린이집 관련 조례가 통과되었다는 소식을 듣고 사직의 의사표시를 철회한 경우 <sup>4)</sup>	① 근로자가 순환명령휴직 대상자에 선정될 것을 예상하고 그와 같은 경우 휴직기간 경과 후 복직이 이루어지지 아니할 것을 우려하여 명예퇴직의 허락을 구하는 내용이 기재된 사직원을 제출한 경우 <sup>10)</sup>
② 대표이사가 민원인에게 사과할 것을 거듭 요구하였음에도 민원인에게 사과하느니 차라리 그만두겠으며 대표이사와 동료들에게 사직의사를 표시한 사실이 인정되고, 사직서에 결재란이 없으며, 회사의 사직처리 관행 또한 결재 없이 처리한 경우가 많은 경우 <sup>5)</sup>	② 교사인 근로자가 질병을 이유로 학교 측에 사직서를 제출하였다가, 학교 측의 승낙의 의사가 형성되기 전에 질병이 완치됨에 따라 사직의 의사표시를 철회한 경우 <sup>11)</sup>
③ 부하직원이 비위행위를 일으킨 것에 대한 관리감독 책임을 지는 의미로 사직서를 제출하였다가, 근로자의 구직을 배려하여 사용자가 사직처리를 연기하고 있던 중 구직활동이 제대로 되지 않자 사직의 의사표시를 철회한 경우 <sup>6)</sup>	③ 사직서에 사용자의 허락을 구하는 문구가 기재되어 있으며, 실제로 결재권자들의 결재가 있었던 경우 <sup>12)</sup>
④ 사직서에 ‘사직하고자 하오니 허락하여 주시기 바랍니다.’라는 기재는 되어 있으나, 근로자가 사용자의 행위로 인해 모욕감을 느껴 사직서를 제출한 경우 <sup>7)</sup>	
⑤ 팀장으로 20년 이상 근무하던 근로자가 팀원으로 근무하게 되면서 어려움을 느끼고 이에 대하여 숙고한 후 사직원을 제출한 경우 <sup>8)</sup>	
⑥ 민원에 대한 책임을 인정하고 사직서를 제출하면서 근로계약의 종료일을 별도로 기재한 경우 <sup>9)</sup>	

4) 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8657 판결

5) 서울고등법원 2012. 5. 25. 선고 2012누41900 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 11. 4. 선고 2011구합21775 판결)을 인용함]

6) 서울고등법원 2010. 9. 29. 선고 2009누36240 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 10. 16. 선고 2009구합157 판결)을

### 1.3 사직과 합의해지의 법률관계

해고는 근로자의 의사와 상관없이 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료하는 것이므로 부당해고로부터 근로자를 보호하기 위해 강행규정인 근로기준법 제23조의 제한을 받지만, **사직과 합의해지**에 관해서는 근로기준법을 비롯한 노동관계법이 별도로 규정하고 있지 않으며, 따라서 대등한 당사자 사이의 계약관계를 규율하는 「**민법**」이 적용됨

#### 【사직에 있어 「민법」의 적용 모습<sup>13)</sup>】

“기간의 약정이 없는 근로계약의 경우 근로자는 언제든지 계약해지(사직)의 통고를 할 수 있고 (「민법」 제660조 제1항), 사용자가 해지통고를 받은 날로부터 1월이 경과하면 효력이 발생하여 근로계약이 해지되며(제2항), 월급·주급 등 일정한 기간으로 임금을 정한 때에는 사용자가 통고를 받은 당기(當期) 후의 1기를 경과함으로써 해지의 효력이 생김(제3항).

한편 근로자는 기간의 약정이 있는 경우에도 부득이한 사유가 있는 때에는 사직할 수 있으며 (제661조 본문), 이때 부득이한 사유가 근로자의 과실에 기인한 것인 때에는 사용자에게 대하여 손해를 배상하여야 함(제661조 단서)”

제7장  
사직·  
합의해지

사직 또는 합의해지가 다툼의 쟁점이 되는 경우는 ① 사직의 의사표시 내지 근로계약 해지의 합의가 존재하는지 여부, ② 근로자의 의사표시가 하자 있는 의사표시에 해당하는지 여부, ③ 사직의 의사표시 내지 합의해지의 청약이 철회 가능한지 여부 등임

## 2. 사직의 의사표시 존부를 판단하는 요소

「민법」상 의사표시는 원칙적으로 불요식행위로 근로계약에 대한 사직의 의사표시 역시 특정한 방식이 요구되지 않으므로, 서면은 물론 구두나 이메일(전자문서)을 통한 의사표시도 효력이 있음

인용하였으며, 동 사건은 대법원(2011. 2. 10.자 2009누36240 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

7) 서울고등법원 2012. 5. 24. 선고 2011누33961 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 25. 선고 2011구합12726 판결)]을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(2012. 9. 27.자 2012두13542 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

8) 서울고등법원 2012. 7. 25. 선고 2012누2902 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 12. 22. 선고 2011구합21034 판결)]을 인용함]

9) 대전지방법원 2015. 1. 21. 선고 2014구합101223 판결

10) 대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11458 판결

11) 대법원 1992. 4. 10. 선고 91다43138 판결

12) 서울행정법원 2011. 1. 28. 선고 2010구합28069 판결

13) 이에 대하여 자세한 「근로기준법주해II」, 노동법실무연구회, 박영사 2010, 77쪽 이하 참조

법원이 사직의 의사표시 존재를 긍정하는 구체적 판단요소로는 ① 근로관계 종료가 다투어지는 시점 이전에 존재하는 사직의 의사표시, ② 동료직원과의 작별인사, ③ 개인 물품의 정리 및 반납, ④ 출근 거부, ⑤ 해고의 부당성을 다투는 항의 내지 이의제기의 부존재, ⑥ 퇴직금·전별금·감사패 등의 이의 없는 수령, ⑦ 다른 직장에서의 취업, ⑧ 권한 없는 직원으로부터의 해고 통지 후 결근 등이 있는 경우, 어느 하나에 해당한다고 하여 사직의 의사표시가 있음을 단정하는 것이 아니라 **종합적으로** 고려하여 판단함

〈표 7-2〉 사직의 의사표시 존부 사례 비교

사직의 의사표시 존재를 긍정한 사례	사직의 의사표시 존재를 부정한 사례
<p>① 취업규칙에 퇴직원의 제출이 규정되어 있지만, 이메일 내지 구두로 사직의 의사표시를 한 경우<sup>14)</sup></p> <p>② 근로자가 징계감봉처분을 받고 급여가 적다는 이유로 2차례에 걸쳐 구두로 사직의 의사표시를 하고 이후 업무미배정에 대해서도 별다른 이의를 제기하지 않은 경우<sup>15)</sup></p> <p>③ 근로자가 근로조건의 향상을 주장하면서 근로조건이 충족되지 않는다면 출근할 수 없다고 통보한 뒤 회사를 떠난 경우<sup>16)</sup></p> <p>④ 근로자가 사용자로부터 성과급 및 퇴직일자가 기재된 감사패를 이의 없이 수령하고 자신이 사용하던 진료실 열쇠를 반납하였으며 구직활동까지 한 사실이 있는 경우<sup>17)</sup></p> <p>⑤ 근로자가 고용노동관서에 연장근로수당 진정을 제기한 이후 출근하지 않고, 장기간 이의나 항의 제기 없이 다른 곳에 취직한 경우<sup>18)</sup></p> <p>⑥ 해고결정권한이 없는 자로부터 들은 말을 해고로 오인하고 출근하지 않은 경우<sup>19)</sup></p>	<p>① 사용자의 지시에 따라 동료들과 작별인사를 했고, 이후에도 계속 출근하면서 해고통지서를 작성해 줄 것을 요구한 경우<sup>20)</sup></p> <p>② 사업장이 차후 업종이 변경되거나 매각되면 다른 직장을 알아보겠다는 취지로 이야기한 경우<sup>21)</sup></p> <p>③ 컴퓨터에 사직서파일을 작성한 사실은 있으나, 이를 출력하여 제출하지 않은 경우<sup>22)</sup></p> <p>④ 사업장 폐지라는 정지조건부 사직의 의사표시를 하였으나 이후 조건이 성취되지 않은 경우<sup>23)</sup></p> <p>⑤ 필요하다면 사직하겠다고 하였을 뿐, 별도의 사직서를 제출하지 않은 경우<sup>24)</sup></p>

14) 서울고등법원 2010. 12. 17. 선고 2010누19838 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 6. 3. 선고 2009구합53342 판결)을 인용함], 서울행정법원 2011. 4. 22. 선고 2010구합36541 판결

15) 서울행정법원 2015. 12. 8. 선고 2005구합22654 판결

16) 서울고등법원 2008. 11. 7. 선고 2008누16430 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 5. 20. 선고 2007구합24357 판결)을 인용함]

17) 서울고등법원 2009. 1. 7. 선고 2008누22787 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 7. 24. 선고 2008구합10959 판결)을 인용함]

18) 서울고등법원 2011. 11. 18. 선고 2011누16430 판결[동 사건은 대법원(대법원 2012. 2. 23. 선고 2012두454 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]



### 3. 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임

#### 3.1 증명책임의 의의

증명책임은 소송상 증명을 요하는 사실의 존부가 확정되지 않을 때 그 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 법률판단을 받게 되는 당사자 일방의 위험 또는 불이익을 말함. 인간의 인식능력이나 당사자의 증명에는 한계가 있을 수밖에 없기 때문에 재판에서는 사실이 증명되지 않는 경우가 적지 않음에도 불구하고 법원은 종국적인 판단을 하여야 하는바, 이때 법원은 증명책임이 있는 당사자가 증명하지 못하는 사실은 그 사실의 존재를 부인한 채 나머지 사실만으로 옳고 그름을 판단함<sup>25)26)</sup>

따라서 증명되지 않은 사실에 대해 누가 증명책임을 부담하는지에 따라 소송의 승패가 좌우되기 때문에 증명책임의 분배는 매우 중요함. 통설과 판례는 법률요건분류설에 따라 증명책임을 분배하고 있는바, 이에 의하면 권리의 존재를 주장하는 사람은 자신에게 소송을 통하여 실현시키고자 하는 어떠한 권리가 발생하였다는 점을 뒷받침하는 사실(권리발생사실, 청구원인사실)에 대하여, 권리의 존재를 다투는 상대방은 그러한 권리에 따른 의무를 자신이 부담하지 않는다는 사정을 뒷받침하는 사실(권리장애사실, 권리소멸사실, 권리행사저지사실)에 대하여 증명책임을 부담함

#### 3.2 근로관계의 종료 원인과 증명책임의 분배

근로관계의 종료가 사직·합의해지에 의한 것인지 여부는 중앙노동위원회의 재심판정의

19) 서울고등법원 2011. 4. 28. 선고 2010누41002 판결 [1심 판결(서울행정법원 2010. 10. 15. 선고 2010구합1965 판결)을 인용함], 서울고등법원 2010. 5. 14. 선고 2009누29303 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 9. 3. 선고 2009구합23495 판결)을 인용함]

20) 서울고등법원 2009. 11. 20. 선고 2009누7198 판결[동 사건은 대법원(대법원 2009. 11. 20. 선고 2009두23051 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

21) 서울고등법원 2015. 9. 16. 선고 2014누56934 판결 [1심 판결(서울행정법원 2014. 7. 4. 선고 2013구합29827 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2016. 2. 3.자 2015두53237 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

22) 서울고등법원 2014. 7. 23. 선고 2013누49540 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 10. 4. 선고 2013구합10236 판결)을 인용함]

23) 서울고등법원 2015. 3. 6. 선고 2014누52482 판결[1심 판결(서울행정법원 2014. 5. 23. 선고 2013구합55413 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 7. 23.자 2015두40101 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

24) 서울행정법원 2015. 3. 26. 선고 2014구합62333 판결

25) 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2011, 499-501쪽 참조

26) 증명책임은 민사소송에서 발전된 논의주제이기 때문에 행정소송에 해당하는 중앙노동위원회의 재심판정의 취소를 구하는 소송에서 증명책임의 개념이 유용한지 여부에 대하여 다툼이 있으나, 통설과 판례는 행정소송의 경우에도 변론주의를 기반으로 직권탐지주의를 가미한 것으로 보고 있고, 행정소송에서 직권조사가 인정되더라도 직권조사를 통해 모든 것을 명확하게 밝혀내기 어려워 경우에 따라 여전히 진위불명의 상태가 발생할 수 있으므로 증명책임에 대한 논의는 유효함

취소를 구하는 행정소송(부당해고구제재심판정취소소송) 내지 해고무효확인을 구하는 민사소송에서 문제되는데, **사직·합의해지의 존부는 결국 해고의 존부에 대한 증명 문제와 관련되어 있음**

실무에서는 해고의 정당성을 판단하기에 앞서 선결문제로 해고의 존부(사직·합의해지의 존부)가 모호한 경우가 상당히 많은데, 가령 사용자와 근로자가 다투는 과정에서 사용자가 찾김에 그만 두라고 말하거나 근로자가 더 이상 못하겠다고 말하는 경우 근로관계의 종료 원인을 정확하게 짚어내는 것은 쉽지 않고 종종 소송과정에서도 진위불명의 상태로 남게 됨

근로관계의 종료 원인이 사용자의 일방적인 의사에 의한 것, 즉 해고인지 여부에 따라 근로자에 대한 보호 정도가 달라질 수 있기 때문에 해고가 존재한다는 사실은 근로자에게 있어 매우 중요한 문제이고, 사용자의 입장에서 근로관계의 종료 원인이 계약기간의 만료나 사직·합의해지가 아닌 해고로 평가되는 순간 근로기준법 제23조 제1항에 따라 **정당한 이유를 갖추어야** 한다는 점에서 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임 분배는 간과할 수 없는 문제임

### 3.3 판례의 경향

근로기준법 제23조는 사용자에게 근로자를 해고함에 **정당한 이유를** 요구하고 있고, 법원에서도 예외 없이 해고의 정당성에 관한 증명책임을 사용자에게 부담시키고 있지만, 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임은 근로기준법이나 대법원에 의해 입장이 정리된 바가 없음

법률요건분류설에 의하면 해고로부터 구제를 받고자 하는 근로자에게 증명책임이 있다고 할 것이나 **하급심 법원의 판례는 근로관계의 종료 원인이 불분명한 경우 사용자에게 증명책임을 부담시키는 경우와 근로자에게 증명책임을 부담시키는 경우로 나누어짐**<sup>27)</sup>

27) 그러나 최근 서울고등법원(서울고등법원 2016. 5. 13. 선고 2015누54379 판결)은 근로자가 근로관계 종료원인이 해고라고 주장함에 대하여 사용자가 근로자의 사직 의사표시 또는 근로계약의 합의해지에 따라 적법하게 종료 되었다고 주장하는 경우, 일반적으로 행정소송에 있어서 행정청에게 처분의 적법성에 대한 증명책임이 있으므로 근로자의 구제신청을 인용한 중앙노동위원회가 근로관계 종료원인이 사직이 아닌 해고라는 점을 증명하여야 한다는 판결을 하기도 하였음

【서울고등법원 2014. 7. 18. 선고 2014누41857 판결<sup>28)</sup>】

“근로관계 종료 원인을 둘러싸고 근로자 측에서는 해고라고 주장하는 반면, 사용자 측에서는 사직이나 합의해지라고 주장하고 있는 경우에는 사용자 측에게 그 종료 원인이 사직이나 합의해지라는 점에 대한 증명책임이 있다.”

【서울고등법원 2015. 8. 19. 선고 2014누58350 판결<sup>29)</sup>】

“어느 쪽에 근로계약 종료 사유에 관한 입증책임이 있는지에 관해 살피건대, 해고가 구두로 이루어진 경우 근로자는 해고 사실을 입증할 방법이 마땅치 않은 반면 근로자의 사직 의사표시가 구두로 이루어진 경우 사용자는 근로자에게 사직서 제출을 요구하거나 근로자가 이를 거부하고 무단으로 결근하는 경우 이를 징계사유로 삼아 해고할 수 있는 점 등 근로계약에 있어 양 당사자의 지위와 입증의 부담을 고려하면, 근로자의 의사나 동의에 의해 근로계약이 종료되었다고 주장하는 사용자가 그와 같은 근로계약 종료사유를 입증할 책임이 있다고 봄이 타당하다.”

【서울고등법원 2013. 10. 16. 선고 2012누34756 판결<sup>30)</sup>】

“해고의 효력을 다투는 소송에서 해고가 있었다는 점, 즉 사용자가 근로자에게 일방적인 의사에 의하여 근로계약 관계를 종료시키는 행위를 하였다는 점에 대한 증명책임은 이를 주장하는 근로자에게 있다.”

제7장  
사직·  
합의해지

## 〈표 7-3〉 증명책임의 분배와 관련된 사례 비교

사용자에게 증명책임을 부담시킨 사례 <sup>31)</sup>	근로자에게 증명책임을 부담시킨 사례
<p>① 근로자가 동료 직원들로부터 퇴직선물을 받고 그들과 작별인사를 마친 후 사용자에게 해고통지서의 송부를 요구하고, 사용자는 퇴직을 이유로 고용보험 피보험자격 상실신고를 하고 근로자의 요청 이후 해고예고통지서를 송부한 경우<sup>32)</sup></p> <p>② 근로자가 사용자와의 면담 과정에서 근로시간에 대하여 이견이 있는 후 출근하지 않다가 사용자가 근로자 소유 물품을 치우는 시기를 묻자 근로자가 이를 정리한 경우<sup>33)</sup></p> <p>③ 사용자가 이미 해고를 한 차례 통지한 적이 있고 근로자가 사직하였다는 것에 대한 증명은 사용자</p>	<p>① 휴일근로수당의 추가 지급 여부를 두고 사용자와 다툰 이후 근로자가 스스로 월급을 정산하고 회사에서 나간 경우<sup>36)</sup></p> <p>② 근로자는 구두로 해고통보를 받았다고 주장하고, 사용자는 근로자가 무단결근 후 재직기간(3일)의 임금을 지급하면 사직서를 제출하겠다고 하였다며 해고사실의 존부를 다툰 경우<sup>37)</sup></p>

28) 1심 판결(서울행정법원 2014. 1. 16. 선고 2013구합13365 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 6. 선고 2014두39890 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

29) 1심 판결(서울행정법원 2014. 7. 17. 선고 2013구합30544 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 11. 26.자 2015두51088 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

30) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 2. 28.자 2013두23904 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

<p>측 증인의 증언 뿐이고 근로자가 달리 사직서를 제출한 사실이 없는 경우<sup>34)</sup></p> <p>④ 사용자가 업무 중 발생한 사고와 관련하여 근로자에게 “이런 식으로 일을 하려면 당장 그만두라.”는 취지의 강한 질책을 하고, 몇 시간 뒤에 근로자가 작업복, 작업화, 출입카드 등을 남겨두고 퇴근한 경우<sup>35)</sup></p>	
--	--

## 4. 사직의 의사표시와 하자

### 4.1 진의 아닌 의사표시

자기의 진의와 다른 의사표시를 표의자 스스로 알면서 하는 경우를 진의 아닌 의사표시라고 하는바, 「민법」은 제107조제1항에서 진의 아닌 의사표시의 경우에도 원칙적으로 유효하고 다만 상대방이 표의자의 진의 아님을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 무효라고 규정함

이때 진의는 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하고, 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하지 않으므로, 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것을 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없음<sup>38)</sup>

한편, 사직의 의사표시와 진의가 일치하지 않는다는 점 및 사용자가 진의 아닌 의사

31) 한편, 증명책임에 대한 명시적인 판시는 하지 않았으나 사용자가 근로자의 사직의 의사표시에 대한 증명을 하지 못하였음을 이유로 근로관계의 종료 원인을 해고라고 판단한 경우로는 서울고등법원 2008. 9. 16. 선고 2008누5850 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 1. 18. 선고 2007구합18147 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 1. 15.자 2008두18397 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울행정법원 2008. 5. 23. 선고 2007구합39120 판결

32) 서울행정법원 2008. 1. 31. 선고 2007구합19195 판결

33) 서울행정법원 2011. 5. 27. 선고 2010구합32709 판결

34) 서울고등법원 2014. 7. 18. 선고 2014누41857 판결[1심 판결(서울행정법원 2014. 1. 16. 선고 2013구합13365 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 6. 선고 2014두39890 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

35) 서울고등법원 2015. 8. 19. 선고 2014누58350 판결[1심 판결(서울행정법원 2014. 7. 17. 선고 2013구합30544 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 11. 26.자 2015두51088 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

36) 서울고등법원 2013. 10. 16. 선고 2012누34756 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 2. 28.자 2013두23904 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

37) 서울고등법원 2014. 6. 25. 선고 2014누40021 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 12. 5. 선고 2013구합20981 판결)을 인용함]

38) 대법원 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결 등

표시에 해당함을 알았거나 알 수 있었다는 점에 대한 **증명책임은 근로자에게 있음**

판례의 경향을 살펴보면, 회사의 방침이나 지시에 따라 어쩔 수 없이 (일괄)사표를 제출한 경우<sup>39)</sup>에는 진의 아닌 의사표시로 인정되는 반면, 희망퇴직(명예퇴직)의 경우 또는 비위행위로 인해 징계가 예상되는 경우<sup>40)</sup>와 같이 근로자가 제반 상황을 종합적으로 고려하여 불이익이 예상된 결과 자발적으로 사직서 등을 제출한 때에는 진의에 의한 의사표시를 인정하고 있음

〈표 7-4〉 진의 여부에 따른 사직의 의사표시 관련 사례 비교

사직의 의사표시가 무효인 사례 (진의 아닌 의사표시가 인정된 경우)	사직의 의사표시가 유효인 사례 (진의 아닌 의사표시가 부정된 경우)
① 사용자가 경영사정의 악화 및 임금채불을 타개할 목적으로 모든 근로자들로부터 미리 인쇄된 양식의 사직서를 제출받은 경우 <sup>41)</sup>	① 사용자가 경영상태 악화 및 인력감축의 필요성에 의해 일괄적으로 희망퇴직원을 받아 선별적으로 퇴직원을 수리한 경우 <sup>46)</sup>
② 품질경영팀 직원 전원이 품질불량 문제에 근신하고 책임지는 차원에서 마지못해 형식상 사직서를 제출하였는데 유독 마지막까지 항의했던 자의 사직서만 수리된 경우 <sup>42)</sup>	② 인사총무팀 차장이 전 직원을 상대로 희망퇴직 중용의 글을 사내게시판에 게시하였고, 부서장의 권유로 모두가 일괄 희망퇴직 신청서를 제출하자 그 중 일부를 선별수리 한 경우 <sup>47)</sup>
③ 아파트입주자대표회의가 자치관리에서 위탁관리로 변경하면서 고용승계를 약속하며 사직서 양식을 배부, 일괄하여 사직서 제출을 요구하여 이에 사직서를 제출한 경우 <sup>43)</sup>	③ 사용자가 구조조정차원에서 실시한 명예퇴직 제도에 따라 근로자가 사직서를 제출한 경우 <sup>48)</sup>
④ 자신이 이미 기간의 정함이 없는 근로자가 되었음을 알지 못한 채 사용자가 계약기간 만료를 전제로 사직서 제출을 중용하자 사직서를 제출한 경우 <sup>44)</sup>	④ 소속 직원이 비위행위를 일으킨 데 대하여 사용자로 부터 관리감독 책임을 지적받고 자진하여 사직서를 제출한 경우 <sup>49)</sup>
⑤ 퇴직금 중간정산을 위하여 사직 후 재입사의 형식을 취하고자 사직서를 제출한 경우 <sup>45)</sup>	⑤ 간호사가 향정신성의약품을 무단반출·투약한 사실이 발각되어 징계가 예상되자 사직서를 제출한 경우 <sup>50)</sup>
	⑥ 사용자가 종전에 근로자의 사직서를 수차례 수리하지 않았다고 할지라도 사직서를 수리하지 않겠다는 합의가 있지 않은 이상, 근로자가 사직일자 가 표기되지 않은 사직서와 함께 제출한 각서에 향후 문제가 발생하면 사직서를 수리하여도 이의를 제기하지 않겠다는 내용이 있는 경우 <sup>51)</sup>

제7장  
사직·  
합의해지

39) 대법원 1991. 7. 12. 선고 90다11554 판결, 대법원 1992. 9. 1. 선고 92다26260 판결, 대법원 1994. 4. 29. 선고 93누16185 판결, 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다18351 판결, 대법원 2003. 10. 10. 선고 2001다76229 판결 등

40) 대법원 2003. 4. 22. 선고 2002다65066 판결, 대법원 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결 등

41) 서울고등법원 2008. 5. 14. 선고 2007누29224 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 16. 선고 2007구합 16332 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 21.자 2008두8987 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

## 4.2 강요 등 기타 의사표시의 하자

사용자가 근로자에게 인사상 불이익이나 경제적 불이익, 폭언 등을 가하면서 반복적으로 사직을 종용하여 근로자의 자유의사가 침해된 상태에서 사직의 의사표시를 한 경우<sup>52)</sup> 이는 강요 내지 강박에 의한 의사표시로서<sup>53)</sup> 실질적으로 해고에 해당함<sup>54)</sup>

그러나 법원은 인사담당자가 근로자의 비위행위에 대하여 장래 징계해고의 가능성을 시사한 것은 객관적인 상황에 대한 고지에 불과하여 강요라고 볼 수 없다고 봄<sup>55)</sup>

〈표 7-5〉 강요에 의한 사직의 의사표시 관련 사례 비교

강요에 의한 사직의 의사표시를 인정한 경우	강요에 의한 사직의 의사표시를 부정한 경우
<p>① 정부의 공기업 경영혁신계획에 따른 인력감축의 일환으로 사용자가 구조조정대상자를 선정함에 있어 합리적이고 공정한 기준 없이 일부 근로자를 문제직원으로 확정하고 계속하여 사직을 종용함으로써 의원면직 형식으로 근로계약관계를 종료시킨 경우<sup>56)</sup></p> <p>② 사용자가 사무실이 아닌 곳에서 욕설과 폭언을 하면서 사직서를 요구하여 근로자가 어쩔 수 없이 사직서를 제출한 경우<sup>57)</sup></p>	<p>① 사직하지 않으면 징계절차에 회부되어 징계해고 될 것이고 검찰 고발을 당하게 되어 형사처벌을 받게 될 것이라는 비위행위에 대한 감사처리결과를 통보받은 후 근로자가 사직서를 제출한 경우<sup>58)</sup></p> <p>② ‘경영진과 맞지 않으니 회사를 떠나라’는 요구가 있었다고 하더라도, 근로자가 1차 사직서 제출 이후 2차 사직서 및 퇴직서약서까지 제출한 경우<sup>59)</sup></p>

42) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두15951 판결

43) 서울행정법원 2012. 4. 12. 선고 2011구합39776 판결

44) 서울고등법원 2012. 11. 14. 선고 2011누39419 판결[동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 14.자 2012두27732 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

45) 서울고등법원 2014. 12. 19. 선고 2014누42898 판결

46) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결

47) 서울고등법원 2007. 6. 14. 선고 2007누17306 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 6. 14. 선고 2006구합40086 판결)을 인용하였음]

48) 대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11458 판결

49) 서울고등법원 2010.9.29. 선고 2009누36240 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 10. 16. 선고 2009구합157 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(2011. 2. 10.자 2009누36240 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

50) 서울고등법원 2010. 9. 28. 선고 2009누32927 판결[동 사건은 대법원(대법원 2011. 1. 13.자 2010두23118 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

51) 서울고등법원 2012. 4. 6. 선고 2012누12596 판결[1심 판결(서울행정법원 2012. 4. 6. 선고 2011구합35774 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 28.자 2012두28797 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

52) 대법원 1993. 1. 26. 선고 91다38686 판결, 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001두11076 판결 등

53) 참고로 판례는 진의 아닌 의사표시와 강요에 의한 의사표시를 구분하지 않고 함께 판단하는 경우가 많음

54) 「민법」 제110조는 강박에 의한 의사표시는 취소할 수 있다고 규정하고 있으나, 판례는 강요 내지 강박에 의한 사직의 의사표시의 경우 취소권을 인정하는 대신 실질적으로 해고에 해당한다고 판시하고 있음

55) 서울고등법원 2011. 5. 31. 선고 2010누23806 판결[동 사건은 대법원(2011. 9. 29.자 2011두13972 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 같은 취지로 대법원 1995. 12. 5. 선고 95누12033 판결, 대전고등법원 2015. 10. 8. 선고 2015누11507 판결[1심 판결(대전지방법원 2015. 4. 22. 선고 2014구합102530 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 1. 28.자 2015두55608 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

56) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001두11076 판결

한편, 사직의 의사표시가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 약정 등에서 비롯한 경우에도 의사표시의 하자가 있는 것인바, 법원은 「민법」 제103조에 따라 이때 사직의 의사표시를 무효라고 봄<sup>60)</sup>. 법원은 노동조합장 선거에 참여한 두 조합원이 선거결과에 따라 사직하기로 하는 약정을 하고 미리 퇴직원을 제출한 후 낙선한 자의 사직서를 수리한 경우, 선거결과에 따라 사직하기로 하는 약정은 법률상 강제할 수 없는 성질의 것이라 할 것인데, 미리 퇴직원을 제출하기로 함으로써 법률상 강제할 수 없는 의무의 내용을 실질적으로 강제하고 있으므로 이러한 사직의 합의는 「민법」 제103조 소정의 반사회질서행위에 해당하여 무효이고 이에 따라 제출된 퇴직원에 기한 사직의 의사표시 역시 무효에 해당한다고 보았음<sup>61)</sup>

진의 아닌 의사표시의 경우와 마찬가지로 사직의 의사표시가 ‘강요 내지 강박에 의한 것’이라는 점 또는 ‘반사회질서 행위에 해당하는 것’이라는 점에 대한 증명책임은 근로자에게 있음

## 5. 사직의 의사표시의 철회

### 5.1 사직의 의사표시의 성격에 따른 철회 가능시점

사직의 의사표시가 존재하고 그 의사표시에 아무런 하자가 없더라도, 의사표시가 있는 후 근로관계의 종료를 더 이상 원하지 않을 경우 근로자는 사직의 의사표시를 철회할 수 있는바, 철회가 가능한 시점은 사직의 의사표시의 성격에 따라 달라짐

사직의 의사표시가 근로자의 일방적인 **근로계약 해지통고(해약의 고지)**에 해당하는 경우 근로자는 사직의 의사표시가 **사용자에게 도달한 후에는 사용자의 동의가 있는 경우를 제외하고 철회할 수 없는 반면**, 사직의 의사표시가 근로계약에 대한 **합의해지 청약**에 해당하는 경우 근로자는 철회로 인해 사용자에게 불측의 손해를 입히는 등 신의칙에 반하는 사정이 있는 경우를 제외하고는 **사용자의 승낙이 근로자에게 도달할 때까지**

57) 서울행정법원 2013. 7. 23. 선고 2013구합2051 판결

58) 서울고등법원 2011. 5. 31. 선고 2010누23806 판결[동 사건은 대법원(2011. 9. 29.자 2011두13972 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

59) 서울고등법원 2009. 6. 30. 선고 2008누27454 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 9. 5. 선고 2008구합11549 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 9. 25.자 2009두12860 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

60) 반사회질서 행위의 개념에 대하여는, 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다56833 판결 참조.

61) 서울고등법원 2010. 1. 20. 선고 2009누18853 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 6. 18. 선고 2008구합48107 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 5. 13.자 2010두3275 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

## 청약의 의사표시를 철회할 수 있음

〈표 7-6〉 해지통고와 합의해지 청약의 철회가능 시점 비교

	해지통고(해약고지)	합의해지의 청약
철회 가능 시점	[원칙] 사직의 의사표시가 사용자에게 도달하기 이전 철회 가능	[원칙] 사용자의 승낙의 의사표시가 근로자에게 도달하기 이전 철회 가능
	[예외] 사용자의 동의가 있는 경우 사직의 의사표시 도달 이후에도 철회 가능	[예외] 철회로 인해 사용자가 불측의 손해를 입는 등 신의칙에 반하는 사정이 있는 경우 철회 불가

## 5.2 근로계약의 종료시점과 사직의 의사표시의 철회 가능시점

근로계약의 종료시점과 사직의 의사표시 철회 가능시점은 서로 다른 개념임에 유의하여야 하는바, 가령 사직의 의사표시가 해지통고(해약의 고지)에 해당하는 경우 근로계약의 일반적인 종료시점은 「민법」 제660조 소정의 기간이 경과한 때이지만, 사직의 의사표시 철회 가능 여부는 여전히 의사표시가 사용자에게 도달하였는지를 기준으로 함. 따라서 철회 가능시점이 지났음에도 근로계약이 종료되지 않았다고 해서 사직의 의사표시를 철회할 수 있는 것은 아님(마찬가지로 사직의 의사표시를 하면서 근로계약의 종료에 기한이나 조건을 부가한 경우 그 기한이 도래하거나 조건이 성취되는 때에 근로관계가 종료되는 것이지만, 이때 사직의 의사표시의 철회 가능시점은 근로관계 종료시점과 관계없이 그 의사표시의 성격이 해지통고(해약의 고지)인지 합의해지의 청약인지 여부에 따라 결정됨)<sup>62)</sup>

## 【 대법원 1994. 8. 9. 선고 94다14629 판결 】

“근로자가 사직원을 제출하여 근로계약관계의 해지를 청약하는 경우 그에 대한 사용자의 승낙 의사가 형성되어 그 승낙의 의사표시가 근로자에게 도달하기 이전에는 그 의사표시를 철회할 수 있는 것이나, 근로자와 사용자가 근로계약관계를 해지시키기로 합의하였다면 그 합의시에 근로자의 근로계약관계 해지의 청약의 의사표시에 대하여 사용자의 승낙의 의사가 확정적으로 형성, 표시되어 해지의 의사 합의가 있었다고 할 것이므로 이러한 경우 어느 일방 당사자가 임의로 이를 철회할 수는 없다 할 것이고, 이는 근로자와 사용자가 위 합의시 특별히 근로계약관계를 일정기간 경과 후 종료기로 약정하였다고 하여도 마찬가지라 할 것이다.”

62) 대법원 1994. 8. 9. 선고 94다14629 판결



## 제2절 사직·합의해지 등 관련 판례

### 1. 사직의 의사표시 존부를 판단하는 요소

#### 1.1 사직의 의사표시 존재를 긍정한 사례

가. 취업규칙에 퇴직원의 제출이 규정되어 있지만, 이메일로 사직의 의사표시를 한 경우

【서울고등법원 2010. 12. 17. 선고 2010누19838 판결<sup>63)</sup>】

“근로계약관계의 합의해지에 관하여는 근로기준법에 특별한 규정이 없으므로 민법상 법률행위에 관한 규정이 적용된다고 할 것인데, 민법상 의사표시는 다른 규정이 없는 한 원칙적으로 불요식 행위이므로 근로계약관계의 합의해지에 관한 청약의 의사표시인 사직의 의사표시 역시 특정한 방식이 요구되지 아니한다고 할 것이다.

비록 취업규칙 제42조 제1호에서 “근로자가 퇴직하고자 할 경우에는 적어도 퇴직예정일 1개월 전에 퇴직원을 제출하여야 한다.”라고 규정하고 있기는 하나, 위 규정은 참가인 회사의 적정한 인사행정 처리와 업무 인수인계를 위한 규정에 불과한 것으로 보일 뿐이고, 위 취업규칙 조항을 두고 근로자가 반드시 ‘퇴직원’이라는 명칭의 서면을 제출하여야만 적법한 사직의 의사표시를 한 것으로 인정하고 나머지 방식, 즉 구두나 이메일(전자문서)을 통한 사직의 의사표시는 효력이 없는 것으로 보겠다는 취지로 해석할 수는 없다.

원고가 참가인에게 보낸 이메일(을 1, 4호증 및 갑 6호증 참조)의 내용을 전체적으로 살펴보면, 원고의 의사표시 중 자신이 희망하는 퇴직일을 밝힌 부분이 잠정적인 의사표시에 불과한 것으로 볼 수 없다.”

제7장  
사직·  
합의해지

나. 취업규칙에 퇴직원의 제출이 규정되어 있지만, 구두로 사직의 의사표시를 한 경우

【서울행정법원 2011. 4. 22. 선고 2010구합36541 판결】

“근로계약관계의 합의해지에 관하여는 근로기준법에 특별한 규정이 없는 한 민법상 법률행위에 관한 규정이 적용되고, 민법상 의사표시는 원칙적으로 불요식행위로 근로계약관계의 합의해지에 관한 청약의 의사표시인 사직의 의사표시 역시 특정한 방식이 요구되지 아니하므로, 서면은 물론 구두나 이메일(전자문서)을 통한 사직의 의사표시도 효력이 있다 할 것이다.

비록 취업규칙 제66조 제1호에서는 ‘직원이 퇴직하고자 할 때에는 30일 전에 퇴직원을 제출하고 업무 인계인수 완료시까지 종전의 업무를 계속 집무하여야 한다.’라고 규정되어 있으나, 위 규정은 참가인의 적정한 인사행정 처리와 업무 인수인계를 위한 규정에 불과할 뿐이고, 위 조항을 두고 근로자가 반드시 ‘퇴직원’이라는 명칭의 서면을 제출하여야만 적법한 사직의 의사표시를

63) 1심 판결(서울행정법원 2010. 6. 3. 선고 2009구합53342 판결)을 인용함

한 것으로 볼 수는 없다.

...(중략)... 원고는 ① 신○○ 소장의 용액팀에서의 근무 제안을 거절하며 구두로 회사를 그만 두겠다고 했던 점, ② 차○○ 사장과의 면담에서도 퇴사하겠다는 의사를 구두로 표시하였던 점 ... (중략)... 등을 종합하면, 원고는 적법한 사직의 의사표시를 하였다고 보이고, 이를 감정상 발언에 불과한 잠정적인 의사표시에 불과한 것으로 볼 수 없다.”

다. 근로자가 징계감봉처분을 받고 급여가 적다는 이유로 2차례에 걸쳐 구두로 사직의 의사표시를 하고 이후 업무 미배정에 대해서도 별다른 이의를 제기하지 않은 경우

【서울행정법원 2015. 12. 8. 선고 2005구합22654 판결】

“원고는 2004. 6. 30.과 2004. 7. 1. 참가인 회사에 대하여 명백히 사직의 의사를 밝혔고, 참가인 회사의 관리부장 정○○와의 사이에 퇴사시기를 2004. 7. 31.로 하기로 합의한 점, 원고는 그 이후 퇴사시기로 정한 2004. 7. 31.에 이르기까지 참가인 회사에 대하여 사직의 의사를 철회한 적이 없고, 원고의 퇴사를 전제로 하여 참가인 회사가 2004. 7월 말경 원고에게 2004. 8월 초경 실시될 예정인 운전교습과 관련하여 교습차량 및 수강생을 미배정한 행위에 대하여도 별다른 이의를 제기하지 아니한 점, 그러다가 사용자측인 참가인 회사와의 합의에 따라 퇴사의 효과가 발생하여 근로계약관계가 종료한 결과 더 이상 사직의사를 철회할 수 없는 시점인 2004. 8. 2. 에 이르러서야 비로소 참가인 회사에 대하여 계속근로의 의사를 밝혔던 점, 원고가 사직의 의사를 밝히게 된 것은 급여가 적다는 사유에 의한 것으로, 사직서 등 서면의 제출 없이 구두로 사직의 의사표시를 밝힌 것이기는 하나, 이는 참가인 회사가 가족 중심으로 운영되는 소규모 회사로서 원고가 참가인 회사에 입사할 당시에도 서면에 의한 근로계약을 작성함이 없이 구두로 임금 등만을 협의하여 근로계약이 체결되는 등 근로자와의 사이에 근로계약과 관련한 행위가 대체로 서면이 아닌 구두에 의하여 주로 이루어져 구두로 사직의 의사를 밝히는 원고에 대하여도 특별히 사직서의 제출을 요구하지 않은 것에 불과한 것으로 볼 수 있는 점을 종합하면, 달리 원고의 참가인에 대한 사직의 의사표시가 의사결정의 자유를 박탈당하였거나 위법하게 침해받은 상태에서 이루어진 것으로 볼 사정이 존재하지도 아니하는 이 사건에서, 원고와 참가인 회사 사이의 근로계약관계는 위와 같이 원고의 사직의 의사표시와 참가인 회사의 이에 대한 승낙으로써 합의해지에 의하여 유효하게 종료되었다 할 것이다.”

라. 근로자가 근로조건의 향상을 주장하면서 근로조건이 충족되지 않는다면 출근할 수 없다고 통보한 뒤 회사를 떠난 경우

【서울고등법원 2008. 11. 7. 선고 2008누16430 판결<sup>64)</sup>】

“참가인들은 원고 회사에게 일반적으로 근로계약에서 정한 본질적 근로조건이라 할 수 있는 1일 9시간의 근로시간을 일급 12만 원을 유지한 상태에서 8시간으로 변경하여 줄 것을 요구

하였고, 원고 회사가 이를 받아들이지 아니하자 최초 근로계약에서 정한 근로조건에 따라서는 더 이상 근무하지 않겠다는 의사를 표시한 뒤, 그때부터 스스로 원고 회사에 출근하지 않았다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 근로관계는 참가인들이 스스로 근로 제공을 하지 않겠다는 의사 표시를 하고 그 후 출근하지 않음에 따라 원고 회사가 사직 처리를 함으로서 합의 해지되었다고 봄이 상당하다.”

마. 근로자가 사용자로부터 성과급 및 퇴직일자가 기재된 감사패를 이의 없이 수령하고 자신이 사용하던 진료실 열쇠를 반납하였으며 구직활동까지 한 사실이 있는 경우

【서울고등법원 2009. 1. 7. 선고 2008누22787 판결<sup>65)</sup>】

“원고가 참가인에 대하여 사직서를 제출하지는 않았으나, 앞서 인정된 바와 같이 원고는 이 사건 근로관계 종료일 이전에 다른 병원으로 이직을 위한 구직활동을 하여 왔고, 참가인 역시 추○○와 2007. 7. 1.부터 추○○가 이 사건 병원의 병원장으로 근무하는 내용의 계약을 체결한 점, 원고는 특별히 이의를 제기하지 않고 평소의 급여지급일보다 이른 2007. 6. 30. 정산된 성과급을 수령하였을 뿐 아니라 퇴직일이 2007. 6. 30.로 기재된 감사패를 수령하고 그동안 사용하던 진료실의 열쇠를 반납한 점, 참가인이 별다른 사유 없이 자신의 비용을 들여 정상적인 병원진료기간 중 원고에게 제주도 여행을 보내 주었을 것으로 보이지는 않으므로 이는 퇴직위로여행으로 보이고 원고는 아무런 이의 없이 위 여행을 다녀온 점, 참가인은 여행을 다녀온 후 2007. 7. 23.부터 ○○ 중앙병원에서 근무하여 온 점 등 이 사건 근로계약 종료일을 전후한 일련의 사정들을 종합하면, 이 사건 근로계약 종료일 무렵 이미 원고와 참가인 사이에는 2007. 6. 30. 근로계약 종료합의가 있었던 것으로 봄이 상당하다.”

제7장  
사직·  
합의해지

바. 근로자가 고용노동관서에 연장근로수당 진정을 제기한 이후 출근하지 않고, 장기간 이의나 항의 제기 없이 다른 곳에 취직한 경우

【서울고등법원 2011. 11. 18. 선고 2011누16430 판결<sup>66)</sup>】

“원고는 참가인과 사이에 야간근로수당 등의 지급문제와 관련하여 사직하겠다는 취지로 이야기를 하는 등 여러 차례 마찰을 빚다가 노동청의 조사까지 받은 후에는 이 사건 사업장에서 더 이상 근무하는 것이 어렵다고 판단하여 임의로 이 사건 사업장에 출근하지 않음으로써 묵시적으로 사직의 의사표시를 하였고, 참가인은 원고의 묵시적인 사직의 의사표시를 수용함으로써, 원고와 참가인 사이의 근로관계는 합의해지로 종료되었음을 추인할 수 있다.

...(중략)... 원고가 참가인으로부터 부당하게 해고를 당하였다면 해고통보를 받은 즉시 이 사건 사업장으로 출근하여 이의를 제기하였을 것임에도, 원고는 자신이 해고통보를 받았다는 날인

64) 1심 판결(서울행정법원 2008. 5. 20. 선고 2007구합24357 판결)을 인용함

65) 1심 판결(서울행정법원 2008. 7. 24. 선고 2008구합10959 판결)을 인용함

2008. 12. 11.부터 경인지방노동위원회에 구제신청을 한 2009. 3. 6.까지 참가인이나 최○○에게 해고여부를 확인하거나, 해고에 대한 항의를 하는 등의 조치를 취하지 아니하고, 오히려 2009. 1. 22.부터 ○○아파트 관리사무소에 취직하여 근무하였다.

원고가 참가인에게 사직서를 제출하지 않았으나, 이 사건 사업장은 비교적 소규모 사업장으로서, 앞서 본 바와 같이 참가인이 원고를 채용하면서도 따로 근로계약을 제출하지 않은 점에 비추어 볼 때, 원고가 사직서를 제출하지 않았다는 사실 만으로 원고에게 사직의 의사가 없었다고 보기는 어렵다.”

사. 해고결정권한이 없는 자로부터 들은 말을 해고로 오인하고 출근하지 않은 경우

1) 해고통지에 의하여 출근을 하지 못하게 된 것이 아니라 동료 직원들과의 갈등에 따라 스스로 출근을 하지 아니한 것이라고 인정된 경우

【서울고등법원 2011. 4. 28. 선고 2010누41002 판결<sup>67)</sup>】

“③ 설사 참가인 회사의 직원 중 일부가 원고에게 출근하지 말라는 취지로 말한 사실이 있다고 하더라도 그 직원이 참가인 회사의 해고 결정을 전달한 것이 아니고, 해고 여부를 결정할 만한 지위에 있지도 않다면 이를 가리켜 원고가 해고 통지를 받았다고 할 수는 없을 것인 점, ④ 원고는 경북지방노동위원회에 출석하여, 조장 박○○나 포장1반 반장 정○○으로부터 다른 직장을 알아 보라는 말을 들은 사실은 있으나 참가인 회사로부터 해고통보를 받은 사실은 없음을 인정하였던 점 …(중략)… 등을 종합하여 보면, 원고는 참가인 회사의 일방적인 해고통지에 의하여 출근을 하지 못하게 된 것이 아니라 동료 직원들과의 갈등에 따라 스스로 출근을 하지 아니한 것일 뿐, 원고 주장의 해고 사실이 있다고 할 수 없으므로 …”

2) 사용자가 근로자의 업무태도, 건강상태 등을 고려하여 사직할 것을 권고하자 근로자 스스로 사직 의사로 근로제공을 더 이상 하지 아니한 것이라고 인정된 경우

【서울고등법원 2010. 5. 14. 선고 2009누29303 판결<sup>68)</sup>】

“물리치료실장 조○○이 참가인의 최종적인 인사권자로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 가사 참가인 이사장 한○○로부터 권한을 부여받아 실질적으로 인사권을 행사할 수 있는 지위에 있었다 하더라도, 조○○의 발언 내용이 원고와 사이의 근로관계를 종료하고자 하는 의사였던 것은 인정 된다 할 것이지만 그러한 근로관계 종료가 원고의 의사에 반하는 경우에까지 일방적으로 강행 하겠다는 것인지 명확하지 아니하고 더욱이 참가인은 일정 기간의 유예를 두고 근로관계 종료의

66) 1심 판결(서울행정법원 2008. 5. 20. 선고 2007구합24357 판결)을 인용함

67) 1심 판결(서울행정법원 2010. 10. 15. 선고 2010구합1965 판결)을 인용함

의사를 타진하였던 것이어서, 참가인이 원고에 대하여 2008. 10. 13.자로 근로관계를 종료한다는 확정적인 의사표시를 하였다고까지는 보기 어려운 점, 원고는 물리치료실장 조○○과 옥상에서 면담한 후 자신의 남편과 통화하면서 남편이 당장 그만두고 나오라고 하자, 이에 곧바로 퇴근한 후 다음 일부터 스스로 출근하지 않은 점, 원고는 참가인으로부터 해고되었다고 주장하는 2008. 10. 13. 이후 부당해고 구제신청을 한 2009. 1. 5.에 이르기까지 참가인에게 해고의 효력과 관련한 어떠한 이의제기도 없었던 것으로 보이고, 오히려 2008. 12. 20.경과 2009. 1. 2.경 노동부 고용지원 센터와 참가인에게 각 전화하여 실업급여를 받을 수 있는지에 대하여 상의하였던 점 등 제반사정에 비추어 보면, 원고는 참가인이 원고의 업무태도, 건강상태 등을 고려하여 사직할 것을 권고하자 스스로가 사직 의사로 근로제공을 더 이상 하지 아니한 것으로 봄이 상당하다.”

## 1.2 사직의 의사표시 존재를 부정한 사례

가. 컴퓨터에 사직서 파일을 작성한 사실이 있으나, 이를 출력하여 제출하지 않은 경우

【서울고등법원 2014. 7. 23. 선고 2013누49540 판결<sup>69)</sup>】

“① 참가인에게 자진 사직의 의사가 전혀 없었던 것은 아니나, 이는 11월분 급여와 퇴직금을 지급하여 주고, 이에 더해 실업급여를 지급받을 수 있게 해 달라는 조건부 의사였던 것으로 보이고, 이에 원고 대표이사는 11월분 급여와 퇴직금의 지급은 가능하나, 실업급여를 지급받을 수 있게 해 달라는 요구는 받아들일 수 없다고 하였으므로 참가인과 원고 사이에서 근로계약의 합의해지가 이루어지지 못하였다고 보아야 하고, 설령 참가인의 요구가 법적으로 허용되지 않는 것이더라도 이를 이유로 달리 판단할 수 없는 점, ② 위와 같이 참가인과 원고 대표이사 사이에서 근로계약의 합의해지가 이루어지지 않은 상태에서 원고 대표이사는 직원들을 통해 참가인에게 당장 나가라는 지시사항을 전달하면서 컴퓨터까지 수거하여 간 점, ③ 참가인이 컴퓨터에서 사직서 파일을 작성한 적은 있으나, 위 사직서 파일에는 작성일자나 작성자의 서명·날인이 없었고, 참가인이 이를 출력하여 원고에게 제출한 바도 없으므로 사직서 파일의 존재만으로 참가인이 원고에게 사직의 의사표시를 하였다고 보기 어려운 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 원고가 2012. 10. 17. 참가인의 의사에 반하여 일방적으로 근로관계를 단절시키는 해고를 하였다고 봄이 상당하다.”

제7장  
사직·  
합의해지

나. 사업장폐지라는 정지조건부 사직의 의사표시를 하였으나 이후 조건이 성취되지 않은 경우

【서울고등법원 2015. 3. 6. 선고 2014누52482 판결<sup>70)</sup>】

“참가인을 비롯한 이 사건 현장 근로자들이 원고에게 제출한 근로계약해지동의서는 원고가

68) 1심 판결(서울행정법원 2009. 9. 3. 선고 2009구합23495 판결)을 인용함

69) 1심 판결(서울행정법원 2013. 10. 4. 선고 2013구합10236 판결)을 인용함

이 사건 현장에서 더 이상 용역업무를 수행하지 않을 것을 정지조건으로 하여 효력이 발생하는 사직의 의사표시라고 보아야 할 것이다.

...(중략)...

위 근로계약해지동의서에도 “사업장폐지(고성농장)로 근로계약 해지”에 대해 동의한다고 기재되어 있고,

...(중략)...

결국 참가인이 원고에게 제출한 근로계약해지동의서는 원고의 이 사건 현장에서의 철수 또는 사업장(이 사건 현장) 폐지라는 조건의 미성취로 효력이 발생하지 않았다고 보는 것이 타당하므로 원고가 참가인을 퇴직 처리한 것은 정당한 사유 없는 해고에 해당하여 위법하다.”

다. 사용자의 지시에 따라 동료들과 작별인사를 했고, 이후에도 계속 출근하면서 해고장을 작성해줄 것을 요구한 경우

【서울고등법원 2009. 11. 20. 선고 2009누7198 판결<sup>71)</sup>】

“참가인은 원고가 원감과 담임교사를 함께 수행하는 것을 망설이자 일방적으로 원감과 담임교사 직을 함께 수행할 교사를 채용하였고, 그때부터 다른 동료교사들에게 원고가 퇴직하게 되었다는 말을 하면서 원고로 하여금 퇴직인사를 하도록 한 점, 그런데도 원고가 2008년 3월 이후에도 계속 출근하자 참가인은 원고를 보조교사로 보직 변경한 다음 급여를 대폭 감액하는 등의 불이익을 준 점, 원고는 2008. 2. 22.경부터 계속하여 참가인에게 서면으로 해고장을 작성하여 줄 것을 요구하였던 점 …(중략)… 등을 종합하여 보면, 참가인은 2008년 2월경부터 원고에게 사직을 강요·종용하였으나 원고가 서면 해고장을 작성하여 줄 것을 요구하면서 불응하자 원고를 보조교사로 보직변경하고 급여를 감액하는 등의 불이익을 주어 사직을 종용하다가 2008. 4. 3. 원고와의 다툼을 계기로 정식으로 원고를 해고하였다고 봄이 상당하다.”

라. 사업장이 차후 업종이 변경되거나 매각되면 다른 직장을 알아보겠다는 취지로 이야기한 경우

【서울고등법원 2015. 9. 16. 선고 2014누56934 판결<sup>72)</sup>】

“송○○와 참가인이 나눈 대화 및 그 이후 주고받은 문자메시지의 내용에 미루어 볼 때, 참가인은 2013. 4. 2. 원고의 남편으로서 이 사건 식당의 실질적인 공동경영자인 송○○가 경영악화를 토로함에 따라 이 사건 식당이 이를 극복하지 못하고 차후 업종을 변경하거나 매각되면

70) 1심 판결(서울행정법원 2014. 5. 23. 선고 2013구합55413 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 7. 23.자 2015두40101 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

71) 동 사건은 대법원(대법원 2009. 11. 20. 선고 2009두23051 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

다른 직장을 알아보겠다는 취지의 이야기를 한 것으로 보이는데, 그것만으로는 참가인이 먼저 확정적인 사직의 의사표시를 한 것으로 보기 어렵다.”

마. ‘필요하다면 사직하겠다’라고 말하였을 뿐, 별도의 사직서를 제출하지 않은 경우

【서울행정법원 2015. 3. 26. 선고 2014구합62333 판결】

“① 참가인이 심○○와 연쟁이 있는 다음날 간호과장에게 보낸 문자 메시지의 내용에 따르면, 참가인은 심○○ 등과의 갈등에도 불구하고 이 사건 병원에서 계속 근무할 의사를 가지고 있었던 것으로 보이고, ‘필요하다면’ 사직하겠다고 하여 확정적인 사직 의사를 가지고 있지는 않았던 것으로 보이는 점, ② 원고는 심○○ 등으로부터는 사직서를 제출받았음에도 불구하고 참가인으로 부터는 사직서를 제출받지 않았던 점, …(중략)… ④ …(중략)… 설령 원고의 주장과 같이 참가인이 간호과장 등에게 사직 의사를 표시하였다고 하더라도, 근로 계약의 당사자도 아니고 사직을 수리할 권한도 없는 간호과장 등에 대한 위와 같은 의사표시를 원고에 대한 확정적인 사직의 의사표시로 볼 수 있는지 의문인 점 …(중략)… 등을 종합하여 보면, 원고는 참가인이 원고에게 확정적인 사직의 의사표시를 한 적이 없음에도 참가인과의 근로 계약 관계를 일방적으로 종료 시켰다고 봄이 타당하고…”

제7장  
사직·  
합의해지

## 2. 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임

### 2.1 사용자에게 증명책임을 부담시킨 사례

가. 법원의 일부판결은 부당해고등 구제신청사건에서 근로관계의 종료 원인을 둘러싸고 근로자측에서는 해고라고 주장하고, 사용자측에서는 사직이나 합의해지라고 주장하고 있는 경우, 양당사자의 지위와 입증의 부담을 고려하면 사용자측에게 그 종료 원인이 사직이나 합의해지라는 점에 대한 입증책임이 있다고 봄

1) 근로자는 동료직원들로부터 퇴직선물을 받고 그들과 작별인사를 마친 후 사용자에게 해고통지서의 송부를 요구하고, 사용자는 퇴직을 이유로 고용보험피보험 자격 상실신고를 하고 근로자의 요청 이후 해고예고통지서를 송부한 경우

【서울행정법원 2008. 1. 31. 선고 2007구합19195 판결】

“참가인은 2006. 9. 12. “2006. 9. 14.자로 퇴사되더라도 9월분 임금을 전액 지급하여 주고, 3개

72) 1심 판결(서울행정법원 2014. 7. 4. 선고 2013구합29827 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2016. 2. 3.자 2015두53237 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

월분의 해고예고수당을 지급함으로써 향후 노사간 이의를 제기하지 않기로 합의한다”는 내용으로 지불각서를 작성하여, 최○○에게 그 이행을 요구하였으나 최○○은 참가인이 스스로 퇴사하였다는 이유로 이를 거절하였다. 참가인은 2006. 9. 16. 출근하여 16:30경 퇴근을 하면서 동료직원들로부터 퇴직신물을 받고 작별인사까지 하였으나, 2006. 9. 19.과 그 다음날에 계속 출근하였다. 참가인은 2006. 9. 20. 최○○에게 전화로 해고통지서를 보내 달라는 요구를 하였고, 원고는 2006. 9. 22. “업무처리 능력 및 직원사기 제고를 위한 회사사정에 의한 퇴직”이라고 상실사유를 들어 참가인에 관하여 2006. 9. 17.자로 고용보험피보험자격 상실신고를 하였다. 원고는 2006. 9. 25. 참가인에게 취업규칙위반사항과 함께 2006. 9. 16.자 해고예고통지서를 우편으로 송부하였고, 1개월분 임금에 상당하는 금원을 참가인에게 지급하였다.

...(중략)...

위 인정사실에 의하면, 참가인과 원고 사이의 근로관계는 참가인의 자발적 의사표시(사직)나 원고와 참가인 사이의 의사합치(합의해지)에 의하여 종료된 것이 아니라 참가인의 의사에 반하여 원고의 일방적 의사표시(해고)에 의하여 종료되었다고 보아야 할 것이다(부당해고등구제신청 사건에서 근로관계의 종료 원인을 둘러싸고 근로자측에서는 해고라고 주장하고, 사용자측에서는 사직이나 합의해지라고 주장하고 있는 경우에는, 사용자측에게 그 종료 원인이 사직이나 합의해지라는 점에 대한 입증책임이 있다고 할 것이다).”

2) 근로자가 사용자와의 면담 과정에서 근로시간에 대하여 이견이 있을 후 출근하지 않다가 사용자가 근로자 소유 물품을 치우는 시기를 묻자 근로자가 이를 정리한 경우

【서울행정법원 2011. 5. 27. 선고 2010구합32709 판결】

“근로기준법 제27조에서 말하는 해고란 실제 사업장에서 불리우는 명칭이나 그 절차에 관계 없이 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다고 해석하여야 하고(대법원 1993.10.26. 선고 92다 54210 판결 등 참조), 부당해고구제 재심판정 취소사건에서 근로관계의 종료 원인을 둘러싸고 근로자 측에서는 해고라고 주장하는 반면, 사용자측에서는 사직이나 합의해지라고 주장하고 있는 경우에는, 사용자측에게 그 종료 원인이 사직이나 합의해지라는 점에 대한 증명책임이 있다고 할 것인바, ... (중략) ... ② △△△는 이 사건 면담 당시 손○○에게 대진의를 채용하라는 의견을 제시하는 등 이 사건 병원에서 사직을 할 합리적 이유가 없는 것으로 보이는 점, ③ 원고는 2010. 1. 8. 이후 △△△에게 아무런 연락을 취하지 않다가 같은 달 15.에서야 △△△에게 의료기기 등을 언제 가져갈 것인지에 대하여 확인하는 등 △△△의 사직에 따른 조치를 취하지 않았던 점, ④ △△△가 이 사건 병원측에 사직서 등 사직의 의사가 기재된 서면을 작성하지 아니하였고 2010. 1. 18. 위 병원에 가서 원고와의 면담을 요청하기도 한 점 등을 종합하여 보면, 증인 박○○의 증언만으로는 △△△가 2010. 1. 8. 손○○에게 사직의 의사를 표시하였음을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.”



3) 사용자가 이미 해고를 한 차례 통지 한 적이 있고 근로자가 사직하였다는 것에 대한 증명은 사용자 측 증인의 증언 뿐이고 근로자가 달리 사직서를 제출한 사실이 없는 경우

【서울고등법원 2014. 7. 18. 선고 2014누41857 판결<sup>73)</sup>】

“해고란 실제 사업장에서 불리우는 명칭이나 그 절차에 관계없이 근로자의 의사와는 무관하게 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것을 의미하고(대법원 1993. 10. 26. 선고 92다 54210 판결 등 참조), 부당해고구제 재심판정을 다투는 소송에서 해고의 정당성에 관한 증명책임은 이를 주장하는 자가 부담한다. 또한 참가인이 원고와의 근로관계 종료 원인이 해고라고 주장함에 대하여 원고가 참가인과의 근로관계가 참가인의 사직 의사표시 또는 근로관계의 합의해지에 따라 적법하게 종료되었다고 주장하는 이 사건에서, 원고가 참가인과의 근로관계 종료 원인이 해고가 아니라는 점을 증명하여야 한다.

증인 노○○가 이 법원에서 참가인이 한 달만 여유를 주면 새로운 직장을 알아보겠다는 말을 하였다고 진술하고 있으나, 노○○가 원고 법인에서 근무하고 있는 사람인 점, …(중략)… 참가인이 원고 법인 이사장에게 사직서를 제출한 사실이 없는 점 등을 종합해보면, 위 증언을 믿기 어렵거나 위 증언만으로 원고의 주장사실이 증명되었다고 보기에 부족하다.

오히려 …(중략)… ① 참가인이 2012. 12. 3. 부산지방노동위원회에 부당해고구제 신청을 하자 원고가 참가인에게 해고의사를 철회한다는 내용의 해고의사 철회통지서를 송부한 점, ② 원고는 2012. 12. 10. 4대보험 등 운영기관에 참가인에 대한 피보험자격상실신고서를 제출하였고, 위 신고서에 피보험자격상실일자를 ‘2012. 11. 24.’로 구체적 상실이유를 ‘회사 업무수행 부적정’으로 기재한 점, ③ 원고는 초심판정 심리과정에서 참가인이 원고 법인의 업무를 처리함에 있어 이사장의 결재 없이 독단적으로 일을 처리하는 등 원고 법인의 업무에 지장을 초래하여 고용계약서에 합의된 해고조건에 따라 해고한 것이기 때문에 정당한 해고라는 취지로 주장한 점 등을 고려해 볼 때, 원고가 참가인의 의사와 무관하게 일방적으로 참가인과의 근로관계를 종료시킨 것으로 판단된다.”

제7장  
사직·  
합의해지

4) 사용자가 업무 중 발생한 사고와 관련하여 근로자에게 “이런 식으로 일을 하려면 당장 그만두라.”는 취지의 강한 질책을 하고, 몇 시간 뒤에 근로자가 작업복, 작업화, 출입카드 등을 남겨두고 퇴근한 경우

【서울고등법원 2015. 8. 19. 선고 2014누58350 판결<sup>74)</sup>】

“원고는 자신이 참가인의 실질적인 사장인 이○○으로부터 해고당한 것이라고 주장하는 반면 피고 및 참가인은 원고가 퇴직한 것이라고 주장한다.

73) 1심 판결(서울행정법원 2014. 1. 16. 선고 2013구합13365 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 6. 선고 2014두39890 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

이 경우 어느 쪽에 근로계약 종료사유에 관한 입증책임이 있는지에 관해 살피건대, 해고가 구두로 이루어진 경우 근로자는 해고사실을 입증할 방법이 마땅치 않은 반면 근로자의 사직 의사표시가 구두로 이루어진 경우 사용자는 근로자에게 사직서 제출을 요구하거나 근로자가 이를 거부하고 무단으로 결근하는 경우 이를 징계사유로 삼아 해고할 수 있는 점 등 근로계약에 있어 양당사자의 지위와 입증의 부담을 고려하면, 근로자의 의사나 동의에 의해 근로계약이 종료되었다고 주장하는 사용자가 그와 같은 근로계약 종료사유를 입증할 책임이 있다고 봄이 타당하다.

따라서 원고가 2013. 3. 16. 참가인에게 사직의 의사표시를 한 사실이 있는지에 관해 살피건대, ① 원고가 2013. 3. 16. 이○○으로부터 질책 및 어떠한 말을 들은 후 작업복, 작업화, 사무실 출입카드, 법인카드 등을 남겨두고 퇴근하였고, 이○○에게 “법인카드와 사무실카드 책상서랍 맨 위 칸 카메라 밑 봉투 안에 있네”라는 휴대전화 문자메시지를 보낸 사실, ② 이○○이 원고에게 3차례 전화를 걸었으나 원고는 이를 받지 않았고, 이○○이 원고에게 “부장님 어디세요?” 및 “부장님 전화가 안 되는 곳에 계신가 봐요. 고생만 많이 하시구 가셔서 맘이 쓰이네요. 그동안 고생 많았어요”라는 각 휴대전화 문자메시지를 보냈으나 원고는 이에 대하여도 아무런 답변을 하지 않은 사실은 앞서 본 것과 같으나, 이는 원고의 주장과 같이 이○○으로부터 “오늘까지만 근무하라”는 말을 들었다면 나올 수 있는 자연스러운 행동이므로 위 인정사실만으로 원고가 참가인에게 사직의 의사표시를 한 사실을 추인하기에 부족하고, 이를 달리 인정할 증거가 없다.

오히려 ① 원고는 소외 회사에 근무하다가 이○○의 거듭된 입사제외에 의해 참가인에 입사하게 되었고, 아무런 대책도 없이 이○○으로부터 심한 질책을 당하였다는 이유만으로 사직의 의사표시를 할 특별한 사정이 보이지 않는 점, ② 이○○은 원고가 명시적으로 사직의 의사표시를 하지 않았음에도 2003. 3. 16. 19:27 원고에게 “부장님 전화가 안 되는 곳에 계신가 봐요. 고생만 많이 하시구 가셔서 맘이 쓰이네요. 그동안 고생 많았어요”라고 근로계약 종료를 의미하는 휴대전화 문자메시지를 보낸 점, ③ …(중략)… 이○○은 평소 직원들이 실수나 잘못을 할 경우 “이런 식으로 일할 거면 다 그만둬야 한다”는 등 해고의 의사표시로 보일 수 있는 말을 자주 한 점, ④ 원고는 2013. 4. 12.부터 참가인에게 자신이 2013. 3. 16. 참가인으로부터 부당해고 되었음을 주장하며 미지급된 연장·휴일근로수당 등을 지급하여 줄 것을 요구한 점을 종합하면, 이○○은 2013. 3. 16. 원고를 사장실로 불러 해고의 의사표시를 한 것으로 보인다.”

## 2.2 근로자에게 증명책임을 부담시킨 사례

법원의 일부판결은 사용자가 근로자에게 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 행위를 하였다는 점에 대한 증명책임은 이를 주장하는 근로자에게 있다고 봄

1) 휴일근로수당의 추가 지급 여부를 두고 사용자와 다툰 이후 근로자가 스스로 월급을 정산하고 회사에서 나간 경우

74) 1심 판결(서울행정법원 2014. 7. 17. 선고 2013구합30544 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 11. 26.자 2015두51088 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2013. 10. 16. 선고 2012누34756 판결<sup>75)</sup>】

“원고의 남편 강○○은 …(중략)… 음식점인 상호 ‘아○○○’를 그의 부인인 원고 명의로 사업자 등록을 하고 …(중략)… 운영하다가, …(중략)… 참가인을 채용하였다. …(중략)… 참가인은 2011. 2. 4. 강○○에게서 수당을 받은 후에 강○○을 식당 내 방으로 불러 둘만이 있는 자리에서 “설 연휴에 근로한 대가치고는 너무 약소한 것 아니냐? 정당한 대가를 지급해 달라”고 수당의 추가 지급을 요청한 것을 기화로 강○○과 소리높여 언쟁하였다. 참가인은 위와 같이 강○○과 언쟁한 다음 날인 2011. 2. 5. 자신의 차와 함께, 그 이전에 자신의 화물차를 원고에게 사용하도록 하면서 원고에게 받았던 500만 원에서 그때까지의 월급을 스스로 정산하고 남은 금액을 수표 등으로 준비하여 ‘아○○○’의 탁자에 던져 강○○에게 주고 자신의 화물차를 가지고 갔다.

…(중략)…

해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 절차와 관계없이 근로자 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 모든 종류의 근로계약관계 종료를 의미하는데, 근로계약관계가 이와 같은 해고 때문에 종료하였다는 점에 대한 증명책임은 이를 주장하는 자에게 있다.

위와 같은 인정사실에, 중앙노동위원회 판정서 중 …(중략)… 근로계약관계 종료 경위에 관한 사실 인정은 참가인 진술에 근거할 뿐 달리 뒷받침할만한 객관적인 증거가 있다고 보이지 않는 점, …(중략)… 이 사건에 제출된 증거만으로는 ‘아○○○’의 사업주인 원고나 실질적 운영자인 강○○이 ‘아○○○’의 실장이던 참가인을 해고하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다.”

제7장  
사직·  
합의해지

2) 근로자는 구두로 해고통보를 받았다고 주장하고, 사용자는 근로자가 무단결근 후 재직기간(3일)의 임금을 지급하면 사직서를 제출하겠다고 하였으며 해고사실의 존부를 다툰 경우

【서울고등법원 2014. 6. 25. 선고 2014누40021 판결<sup>76)</sup>】

“가. 원고의 주장

원고는 2012. 12. 15. 주간미화감독 김○○에게 면접을 본 후 채용이 결정되었다. 원고는 2012. 12. 18. ~ 20. 정상 근무하였고, 12. 21. 휴무하였으며, 12. 22. 17:40경 김○○으로부터 구두로 해고를 통보받았다.

참가인의 2012. 12. 22.자 해고는 징계절차를 거치지 않았고 서면으로 통지하지 않았으며 정당한 이유도 없으므로 무효이고, 이와 다른 전제에서 선 이 사건 재심판정은 위법하다.

나. 피고 및 참가인의 주장

원고는 2012. 12. 22.부터 무단으로 결근하였고, 참가인은 원고가 전화로 3일치의 임금을 지급하면 사직서를 제출하겠다고 하기에 2013. 1. 17. 원고에게 3일치 임금을 송금하였다. 그 후 원고는 사직서를 제출하지 않고 노동위원회에 구제신청을 하였다.

75) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 2. 28.자 2013두23904 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 다. 판단

근로기준법 제23조에 따른 부당해고 구제 재심판정을 다투는 소송에 있어서 해고사실의 입증 책임은 근로자 등 이를 주장하는 자가 부담한다고 할 것인데, 참가인이 주간미화감독 김○○을 통하여 2012. 12. 22. 원고를 해고하였다는 점에 관하여 이를 인정할 아무런 증거가 없다. 따라서 2012. 12. 22.자 해고가 존재하지 않는다고 본 이 사건 재심판정은 적법하다.”

## 2.3 기타

일반적으로 행정소송에 있어서 행정청에게 처분의 적법성에 대한 증명책임이 있는 점에 비추어 보면 근로자(참가인)와 사용자(원고)간의 근로관계 종료원인이 사직이 아닌 해고라는 점은 행정청인 중앙노동위원회(피고)가 증명하여야 한다고 본 경우

## 【 서울고등법원 2016. 5. 13. 선고 2015누54379 판결 】

“해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 그 절차에 관계없이 근로자의 의사와는 무관하게 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것을 의미하는바(대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결 등 참조), 피고와 참가인이 원고와의 근로관계 종료원인이 해고라고 주장함에 대하여 원고가 참가인과의 근로관계가 참가인의 사직 의사표시 또는 근로계약의 합의해지에 따라 적법하게 종료되었다고 주장하는 이 사건에서, 일반적으로 행정소송에 있어서 행정청에게 처분의 적법성에 대한 증명책임이 있는 점(대법원 2001. 10. 23. 선고 99두3423 판결 참조)에 비추어 보면 원고와 참가인과의 근로관계 종료원인이 사직이 아닌 해고라는 점은 피고가 증명하여야 한다. 살피건대, 이 사건 음식점의 고기 담당 책임자인 김○○이 참가인에게 2014. 7. 2. 하루 동안 휴무를 허락하였던 사실, 김○○은 2014. 7. 2. 오전 10시 10분경 참가인에게 전화하여 휴무를 잘못 허락하였다고 하면서 출근을 지시하였던 사실, 참가인이 출근을 거부하자 김○○이 오후 4시경에 참가인에게 다시 한 번 전화를 하였던 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다. 그러나 갑 제8호증 및 을나 제6호증의 각 기재, 당심 증인 윤○○의 증언, 제1심 증인 김○○의 일부 증언, 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하면, 원고와 참가인 사이의 근로관계 종료의 원인은 참가인의 사직 의사표시 또는 근로계약의 합의해지가 아니라 원고의 일방적인 근로관계 종료에 따른 해고라고 봄이 상당하다.

① 참가인이 사직 의사표시를 하였다는 원고 주장에 직접 부합하는 증거로는 제1심 증인 김○○의 증언과 관련 형사사건 증인신문 녹취서 중 김○○의 진술기재(갑 제17호증)가 있는데, 위 증거들을 살펴봐도 김○○은 오전과 오후에 행해진 각 통화 내용을 구체적이고 명확하게 기억하지 못하고 있는 것으로 보이고, 설령 참가인이 김○○에게 그만두겠다는 표현을 사용하였더라도 근로관계를 종료시키는 사직 의사표시의 중요성에 비추어 볼 때, 이를 두고 참가인이 근로계약의 상대방으로서의 사용자인 원고에 대하여 구체적, 확정적으로 사직의 의사표시를 하였다고 보기 어렵다.

…(중략)…이에 비추어 보면 참가인이 자발적으로 확정적인 사직의 의사표시를 한 것으로 보기

76) 1심 판결(서울행정법원 2013. 12. 5. 선고 2013구합20981 판결)을 인용함

어렵고, 다만 참가인이 김○○을 통한 원고의 해고 통보에 대한 감정적인 응답으로 ‘그만 둔다’는 표현을 사용하면서 사용자인 원고로부터 직접 해고 통보를 듣겠다는 단서를 단 것으로 보일 뿐이어서, 이와 같은 사정만으로 사직의 의사표시가 있음을 전제로 근로관계의 종료가 발생한 것으로 보기는 어렵다.”

### 3. 사직의 의사표시와 하자

#### 3.1 진의 아닌 의사표시

가. 진의 아닌 의사표시가 인정되어 사직의 의사표시가 무효인 경우

1) 사용자가 경영사정의 악화 및 임금체불을 타개할 목적으로 모든 근로자들로부터 미리 인쇄된 양식의 사직서를 제출받은 경우

【서울고등법원 2008. 5. 14. 선고 2007누29224 판결<sup>77)</sup>】

“연구소 자체의 수익이 없고, 본사로부터의 자금지원이 끊겨 직원들에 대한 월 급여도 제대로 지급하지 못하고 있는 상황에서 2006. 7. 18. 연구소의 책임자인 윤○○이 회의석상에서 연구소의 전 직원에게 미리 인쇄된 사직서 양식을 배부하면서, 앞으로 본사에서의 자금지원이 없을 것이라고 설명하고 배부된 사직서에 모두 서명, 날인하여 일괄적으로 제출할 것을 요구한 점, 당시 사직서에 사직사유로 ‘개인적인 사정으로’라고 기재되어 있는 것에 대하여 직원인 안○○이 이의를 제기하자 윤○○은 그냥 형식적으로 그렇게 쓰는 것뿐이라면서 사직서 작성을 종용하여 참가인(근로자)을 비롯한 전 직원이 배부된 사직서에 서명, 날인하여 윤○○에게 제출한 점, 원고(사용자)는 위와 같이 윤○○을 제외한 연구소의 전 직원들로부터 사직서를 제출받은 후 필수 인원이 아닌 박○○ 전무, 안○○ 선임연구원, 박○○ 주임 등 3명의 사직서는 바로 수리하고 나머지 참가인을 비롯한 4인에 대하여는 ‘2006. 7. 15. 이후 급여는 연구소 매출이 발생하는 시점에 소급 및 일괄 지급받는 것에 동의하며 이득금의 발생시는 일정금액을 연말에 정산하여 준다’는 변경된 근무조건을 제시하여 이에 동의한 3인에 대해서는 사직서를 수리하지 않고 이에 동의하지 아니한 참가인에 대해서는 같은 해 7. 22.자로 사직서를 수리한 점 등 사직서 제출을 요구한 전후의 연구소의 상황과 제출 경위 및 선별 수리과정 등 제반사정에 비추어 보면, 원고가 참가인을 비롯한 연구소 직원들에게 사직서를 제출받은 것은 연구소의 사정이 어려워지고 직원들에 대한 임금을 체불하게 되자 이러한 상황을 타개할 의도로 이루어진 것으로 보이고, 이러한 상황에서 연구소의 상황을 비관적으로 보이게 함으로써 연구소 직원들로부터 일괄 사직서를 받아낸 것은 사직서 제출을 강요 내지 종용한 것에 다름 아니라 할 것이다.

따라서 참가인의 사직서 제출은 진의 아닌 의사표시로서 무효라 할 것이고 원고가 참가인이 변경된 근무조건을 받아들이지 못하겠다고 하자 사직서를 수리하는 방식으로 참가인과의 근로계약관계를 종료시킨 것은 실질적으로는 원고의 일방적인 의사에 의하여 근로관계를 종료시킨 것으로 그 형식에 불구하고 해고에 해당한다 할 것이다.”

제7장  
사직·  
합의해지

2) 품질경영팀 직원 전원이 품질불량문제에 근신하고 책임지는 차원에서 하지못해 형식상 사직서를 제출하였는데 유독 마지막까지 항의했던 자의 사직서만 수리된 경우

【대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두15951 판결】

“사용자가 근로자로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약 관계를 종료시킨 것이라 할지라도, 사직의 의사가 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다(대법원 2005.11.25. 선고 2005다38270 판결, 대법원 2002.6.14. 선고 2001두11076 판결 등 참조).

...(중략)...

원심이 인정한 사실 및 기록에 의하면, ① 원고가 2007. 10. 9. 정기 임원회의에서 상무 유○○에게 2007년 1월부터 9월까지의 누적 불량률 및 관련 손실비용을 보고하도록 지시하였고, 유○○은 품질경영팀장 우○○에게 위 사항의 조사를 지시한 점, ② 우○○이 조사한 결과 관련 손실비용이 5,000여만 원에 이르는 것으로 확인되었고, 이러한 사실을 보고하기 위하여 2007. 10. 12.(금) 비상 임원회의가 소집되었던 점, ③ 유○○은 비상 임원회의에 참석하기 직전에 품질경영팀 직원 전체 회의를 소집하여 품질불량 및 근무태도 불량 문제 등에 관하여 강하게 질책하고, 전사적 차원의 손실을 끼쳤으니 근신하고 책임지는 자세에서 사직서를 작성하자고 말한 뒤 그 자리에서 자신의 사직서를 작성하여 우○○에게 건네주었던 점, ④ 그 후 우○○과 성○○이 사직서를 작성하였고 참가인과 이○○는 사직서 작성 요구를 거부하였으나, 우○○이 계속하여 사직서가 수리될 일은 없으니 걱정하지 말라는 취지로 말하면서 사직서 작성을 종용하자, 참가인도 마지막으로 사직서를 작성하였던 점, ⑤ 우○○은 위 비상 임원회의에서 품질관리팀 소속 직원 전원(4명) 및 상무 유○○의 사직서를 제출하였고, 원고는 임원회의 직후 위 사직서를 모두 수리한 점, ⑥ 참가인과 이○○는 2007. 10. 15.(월) 09:00경 회사에 출근하였으나 부장 홍○○과 팀장 우○○이 출근을 저지하자 자신들의 사직서가 수리된 이유를 따지며 1시간 정도 항의하다가 돌아간 점, ⑦ 상무 유○○, 팀장 우○○, 사원 성○○은 그 후에도 종전의 직위 및 임금 등을 그대로 유지하면서 계속 근무하였고, 그 중 성○○은 2008. 4. 7. 퇴직금을 정산·지급받고 퇴사한 점 등을 알 수 있다.

앞서 본 법리에 위 사실관계를 비추어 보면, 참가인의 사직서 제출은 품질경영팀 직원전원이 품질불량 등 문제에 대하여 근신하고 책임지는 모습을 보이기 위하여 형식상으로 제출한 것으로서, 이에 기한 사직의 의사표시는 ‘진의 아닌 의사표시’에 해당한다고 할 것이고, 상무 유○○을 통한 검토 지시 및 보고 경위, ○○금속의 규모 등에 비추어 원고로서도 참가인의 사직서 제출이 진의가 아니라는 점을 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하다고 할 것이다.”

77) 1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 16. 선고 2007구합16332 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 21.자 2008두8987 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

3) 아파트입주자대표회의가 자치관리에서 위탁관리로 변경하면서 고용승계를 약속하며 사직서 양식을 배부, 일괄하여 사직서 제출을 요구하여 이에 사직서를 제출한 경우

【서울행정법원 2012. 4. 12. 선고 2011구합39776 판결】

“비진의 의사표시에서 진의란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니다(대법원 2000.4.25. 선고 99다34475판결 참조). 또한 근로자들이 일괄적으로 사직원을 제출할 때 근로계약관계를 종료시키고자 하는 내심의 의사가 없었고, 사용자 또한 이러한 사정을 알고서 사직원을 수리하였다면 위 근로자들의 사직의사표시는 무효라고 할 것이다(대법원 1992.8.14. 선고 92다21036판결 참조). 진의 아닌 의사표시인지 여부는 효과의사에 대응하는 내심의 의사가 있는지 여부에 따라 결정되는 것인바, 근로자가 사용자의 지시에 좇아 일괄하여 사직서를 작성 제출할 당시 그 사직서에 기하여 의원면직 처리될지 모른다는 점을 인식하였다고 하였더라도 이것만으로 그의 내심의 의사가 있는 것이라고 할 수 없다(대법원 1991.7.12. 선고 90다11554판결 참조).

살피건대, …(중략)… 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고가 이 사건 건물의 관리형태를 자치관리에서 위탁관리로 변경하기로 하면서 위탁관리회사로의 고용승계를 전제로 오○○을 비롯한 소속 근로자들에게 사직서 양식을 배부하면서 일괄적으로 사직서 제출을 요구하였던 점, ② 그 과정에서 원고 소속 경비반장 또는 관리소장은 오○○을 비롯한 근로자들에게 ‘현재 용역회사에서 관리하도록 계약이 되어 있으니 사직서를 제출하여야 한다’는 취지로 말하여 사직서 제출을 지시하였던 점, ③ 이에 원고 소속 근로자 전원이 원고에게 사직서를 작성·제출하였던 점, ④ 그 과정에서 오○○도 원고의 대표자 이○○(서울남부지방법원 2011. 6. 23.자 ○○카합○○○ 결정에 의하여 직무집행이 정지된 자이다)로부터 ‘근로자들의 고용승계를 할 것이고 사직서 제출은 형식적이다’라는 취지의 말을 듣고 원고에게 사직서를 작성·제출하였던 점 등에 비추어 보면, 오○○이 사직서를 제출한 행위는 새로운 위탁관리업체로의 고용승계를 위하여 사직의 의사 없이 외관상으로 다른 근로자들과 일괄하여 사직서를 제출한 것이고, 사용자인 원고 또한 이러한 오○○의 진의를 알았다고 봄이 상당하다. 결국 사직서제출을 통한 오○○의 사직의 의사표시는 비진의 의사표시로서 무효라고 할 것이고, 피고가 이를 수리하여 근로계약관계를 종료시킨 것은 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어진 해고에 해당한다고 할 것이다.”

제7장  
사직·  
합의해지

4) 자신이 이미 기간의 정함이 없는 근로자가 되었음을 알지 못한 채 사용자가 계약기간 만료를 전제로 사직서 제출을 종용하자 사직서를 제출한 경우

【서울고등법원 2012. 11. 14. 선고 2011누39419 판결<sup>78)</sup>】

“인정사실에 의하면, 원고의 교학팀장 유○○은 참가인과의 재계약이 체결되지 않음에 따라 2010. 8. 31. 계약기간 만료로 참가인의 근로관계가 종료됨을 전제로 하여 참가인에게 단지 후임자 발령을 위한 사무처리를 하는 데 절차상 참가인의 사직서가 필요하다는 사직서 제출을 종용하였고,

이에 따라 참가인은 자신이 앞서와 같이 2009. 9. 1.경 이미 기간의 정함이 없는 근로자로 되었음을 알지 못한 채 직속상관인 유○○의 중용에 어쩔 수 없이 위와 같은 의미로 사직서를 제출하였던 것으로 보인다.

따라서 참가인의 사직서 제출은 기간의 정함이 없는 근로자가 사직하고자 하는 내심의 의사로 한 것이라 할 수 없으며 당시 원고 측도 이러한 사정을 알고 있었다고 봄이 타당하다. 그러한 이상 원고가 참가인의 사직서를 수리하는 방식으로 참가인을 퇴직처리한 것은 실질적으로 정당한 이유 없이 원고의 일방적 의사에 의하여 참가인과의 근로계약관계를 종료시킨 것으로서 부당해고에 해당한다.”

### 5) 퇴직금 중간정산을 위하여 사직 후 재입사의 형식을 취하고자 사직서를 제출한 경우

【서울고등법원 2014. 12. 19. 선고 2014누42898 판결<sup>79)</sup>】

“원고의 근로자 중에는 참가인 이외에도 퇴직금 중간정산을 위해 퇴사하였다가 재입사한 사람이 2008년부터 2012년까지 178명이나 있었던 사실은 앞서 본 것과 같으므로, 이를 종합하면 참가인은 퇴직금 중간정산을 위하여 강○○, 김○○가 지시하는 대로 사직 후 재입사라는 형식을 취한 것일 뿐이고 참가인의 사직서 제출은 사직의 의사 없이 한 비진의 의사표시라고 봄이 옳다.

...(중략)...

이 사건에서 참가인은 퇴직금 수령을 위해 사직이 최선이라고 판단하여 사직서를 제출한 것이 아니라 퇴직금 중간정산을 받기 위해 사직 후 재입사라는 형식을 취할 뿐 원고에 계속 근무한다는 생각으로 사직서를 제출한 것이므로, 참가인에게는 사직의 의사표시를 하고자 하는 생각이 없었다고 할 것이어서, 참가인의 사직서 제출은 비진의 의사표시라고 보아야 한다.

...(중략)...

강○○, 김○○는 참가인의 사직서 제출이 진의 아닌 의사표시임을 알았다고 할 것이고, 강○○, 김○○의 원고에서의 직책, 담당 업무를 볼 때 원고 또한 강○○, 김○○를 통해 참가인의 사직서 제출이 진의 아닌 의사표시임을 알았거나 적어도 알 수 있었다고 할 것이다.

따라서 참가인의 사직서 제출에 의한 사직 의사표시는 민법 제107조 제1항 단서에 따라 무효이다.”

### 나. 진의 아닌 의사표시가 부정되어 사직의 의사표시가 유효인 경우

#### 1) 사용자가 경영상태 악화 및 인력감축의 필요성에 의해 일괄적으로 희망 퇴직원을 받아 선별적으로 퇴직원을 수리한 경우<sup>80)</sup>

78) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 14.자 2012두27732 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

79) 1심 판결(서울행정법원 2014. 1. 16. 선고 2013구합10991 판결)을 인용함

80) 이 사건 원심에서는 ‘근로자가 퇴직과 관련된 어떠한 이의도 제기하지 않겠다는 확인서를 작성·제출하였고, 회사와의 근로관계가 종료됨으로 인하여 발생하는 일체의 법률관계에 관하여 민사소송 등 쟁송을 하지 않기로 하는



## 【대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결】

“진의 아닌 의사표시에 있어서의 진의란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음 속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니므로 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음 속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것이 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없는바(대법원 1996. 12. 20. 선고, 95누16059 판결; 2000. 4. 25. 선고, 99다34475 판결 등 참조), 원심이 인정한 그 판시와 같은 위 원고들의 사직원제출경위에 의하면, 위 원고들이 피고회사에 사직원을 제출함으로써 사직의 의사표시를 한 데에 위 원고들의 내심의 효과의사가 결여되었다고 볼 수 없으므로, 위 원고들의 사직의 의사표시가 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다.

또한, 피고회사가 희망퇴직제를 시행할 당시 우리나라의 경제상황과 피고회사 및 보험업계 일반의 경영상태와 이로 인한 피고회사의 구조조정과 인력감축의 필요성 등이 원심이 인정한 바와 같은 이상, 피고회사가 희망퇴직제를 실시하는 과정에서 당시 또는 앞으로 다가올 피고 회사의 어려운 상황을 다소 과장하거나 위 퇴직권유에 응하지 않을 경우 어떤 불이익을 입을 수도 있다는 취지의 설명을 하였다는 사정만으로는 피고회사가 위 원고들에게 기망행위나 강박 행위를 하였다고 보기 어렵고, 위 원고들이 이로 인하여 사직의 의사표시를 하였다고 볼 수도 없다고 할 것이다.”

제7장  
사직·  
합의해지

2) 인사총무팀 차장이 전 직원을 상대로 희망퇴직 종용의 글을 사내게시판에 게시하였고, 부서장의 권유로 모두가 일괄 희망퇴직 신청서를 제출하자 그 중 일부를 선별수리한 경우

【서울고등법원 2007. 6. 14. 선고 2007누17306 판결<sup>81)</sup>】

“원고의 인사총무팀 차장 윤○○이 직원들을 대상으로 사내 게시판에 희망퇴직에 동참하여 줄 것을 호소하는 내용의 글을 게시하고, 참가인이 소속된 원고의 한국영업팀 부장 서○○가 참가인을 비롯한 팀원들에게 영업실적에 비하여 회사 형편이 어려워니 자진하여 희망퇴직신청서를 제출할 것을 독려한 사실은 인정되나, 이는 당시 회사정리절차개시결정이 있는 지 5년이 경과 하였음에도 오히려 순순실이 누적되고, 자본잠식의 정도가 확대되는 등 경영상태가 계속 악화되고, 2003년부터는 회사정리계획안에 따른 변제조차도 이행하지 못하게 되자 투자유치와 수익성 개선을 위한 경영상 필요에 따라 이루어진 것으로서 그 경영상의 필요에 합리성이 있다고 할 것이어서 원고의 인사권이나 경영권을 남용한 것이라고 볼 수 없는 점 등에 비추어 …(중략)… 참가인이 내심으로는 퇴직의 의사가 전혀 없음에도 원고의 위와 같은 강요로 어쩔 수 없이 희망 퇴직신청서를 제출하였고 원고도 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

부제소 합의를 한 점 등을 고려하여 퇴직이 회사의 기망이나 강요에 의한 것으로 볼 수 없다고 판단하여 강요에 의한 사직의 의사표시를 부정한 사례로 볼 수도 있음

오히려 앞서 본 인정사실에 의하면, 참가인이 희망퇴직신청서를 제출하게 된 것은 원고의 명시적 또는 묵시적 권유나 요구에 의하여 비롯된 면은 있지만 …(중략)…참가인이 그 당시 원고의 경영상태나 그에 대한 장래의 전망, 원고가 제시하는 희망퇴직의 조건과 그 과정, 참가인의 개별적 사정과 장래의 불확실성, 원고에서 퇴직할 경우와 계속 근무할 경우에 있어서의 이해관계 등을 종합적으로 고려하여 스스로 진심으로 그와 같은 퇴직의사를 결정하였거나 마음속으로는 그와 같은 퇴직이 내키지 않았다 하더라도 당시의 상황으로서는 그것이 최선이라고 판단하여 희망퇴직신청서를 제출하였다고 봄이 합당하므로, 참가인의 희망퇴직신청서 제출을 통한 사직의 의사표시는 진의에 의한 것이라고 보아야 한다.”

### 3) 사용자가 구조조정 차원에서 실시한 명예퇴직제도에 따라 근로자가 사직서를 제출한 경우

#### 【대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11458 판결】

“원심은, 피고 소속의 ‘구조조정비상대책회의’가 1999. 1월경 인력구조조정의 일환으로 명예퇴직 제도와 함께 순환명령휴직제도를 실시하기로 결정하면서 순환명령휴직대상자를 선정하기 위하여 기준을 정하였는바, 위 기준에 해당하여 내부적으로 순환명령휴직대상자로 선정된 원고가 위 명예퇴직제도 및 순환명령휴직제도의 실시에 즈음하여 1999. 1. 15. 명예퇴직을 신청한다는 내용의 이 사건 사직원을 제출한 것은 진정으로 마음속에서 명예퇴직을 바란 것은 아니라 할지라도 그 당시 상황에서 명예퇴직을 하는 것이 최선이라고 판단하여 스스로의 의사에 기하여 이 사건 사직원을 제출한 것이라고 봄이 상당하다고 판단하였다.

원심판결의 이유를 위 법리 및 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 진의 아닌 퇴직의 의사표시에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.”

### 4) 소속 직원이 비위행위를 일으킨 데 대하여 사용자로부터 관리감독 책임을 지적받고 자진하여 사직서를 제출한 경우

#### 【서울고등법원 2010. 9. 29. 선고 2009누36240 판결<sup>82)</sup>】

“원고는 참가인의 지도·경제과 총괄업무를 담당하는 상무로서, 같은 과 소속 직원의 업무에 관하여 지도·감독하고, 위 지도·경제과의 업무를 총괄할 지위에 있는 사실이 인정되는바, 위 인정 사실에 의하면, 원고는 전○○에 대하여 적절한 지도·감독을 함으로써 군납계약에 관한 업무를 적정하게 이끌어갈 업무상 책임이 있다고 할 것이므로, 원고가 소속 계장 전○○에 대하여 군납업무에 관한 사항에 관하여 사전에 철저한 보고를 요구하거나 적절한 관리·감독을 할

81) 1심 판결(서울행정법원 2007. 6. 14. 선고 2006구합40086 판결)을 인용하였음

의무가 있음에도 이를 하지 않아 발생한 이 사건 군납사건에 관하여 원고의 관리·감독책임이 없다고 할 수 없다. 이러한 사정에, 앞서 처분의 경위에서 본 바와 같이, 원고가 참가인의 이사진으로부터 재고관리업무에 대한 관리·감독업무를 소홀히 한 것을 지적받고 자진하여 참가인의 전무 및 조합장에 대하여 사직의사를 밝히고 그 무렵 사직서를 제출한 점을 고려하면, …(중략)… 원고가 사직의 의사가 없음에도 참가인의 조합장의 강요, 기망 등에 의하여 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고의 사직의사 표시가 진의 아닌 의사표시라거나 통정허위표시에 해당한다는 원고의 주장은 이유 없다.”

#### 5) 간호사가 항정신성의약품을 무단방출·투약한 사실이 발각되어 징계가 예상되자 사직서를 제출한 경우

【서울고등법원 2010. 9. 28. 선고 2009누32927 판결<sup>83)</sup>】

“이 사건 당시 및 그 이후의 원고의 언행에 비추어 원고가 참가인 병원에서 무단으로 반출한 항정신성의약품인 아티반과 도미컴을 2009.1.3. 주사기로 투여한 사실은 넉넉히 인정할 수 있다. 나아가 병원의 간호사인 원고로서는 자신이 저지른 위와 같은 행위가 징계절차에 의할 때 충분히 해임이 가능한 비위행위이고, 원고가 위와 같은 사유로 징계를 받게 되는 경우 향후 재취업을 하는데도 상당한 어려움이 있을 것이며, 수간호사 등 관련자들도 의약품 관리의 책임을 함께 질 수 있고, 병원 측에서도 행정적 책임을 면할 수 없어 상당한 문제가 되리라는 것을 알고 있었다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건에서 원고가 사직서를 제출한 것은 자신이 진정으로 마음으로 바라지는 않았다고 하더라도 당시 진행되던 징계절차에서 해임이 예상되는 상황에서 상황을 확대시키지 않기 위해서라도 징계절차에 의한 해고보다는 사직서의 제출에 의한 의원면직이 최선의 조치라는 내심의 의사를 반영한 자발적인 것으로 보이므로 그 효력을 부정할 수 없다할 것이다.”

제7장  
사직·  
합의해지

#### 6) 사용자가 종전에 근로자의 사직서를 수차례 수리하지 않았다고 할지라도 사직서를 수리하지 않겠다는 합의가 있지 않은 이상, 근로자가 사직일자가 표기되지 않은 사직서와 함께 제출한 각서에 향후 문제가 발생하면 사직서를 수리하여도 이의를 제기하지 않겠다는 내용이 있는 경우

【서울고등법원 2012. 4. 6. 선고 2012누12596 판결<sup>84)</sup>】

“원고가 이 사건 사직서를 제출하기 이전까지 4회나 사직서를 제출하였음에도 참가인이 이를 한 번도 수리한 적은 없으나, 위 각 사직서와 같이 제출한 각서의 내용은 대체로 원고가 잘못을

82) 1심 판결(서울행정법원 2009. 10. 16. 선고 2009구합157 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(2011. 2. 10.자 2009누36240 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

83) 동 사건은 대법원(대법원 2011. 1. 13.자 2010두23118 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

반성하면서 향후 문제가 발생하는 경우 제출한 사직서를 수리하여도 이의를 제기하지 않겠다는 것이고, 사직서에도 그 일자를 작성하지 않거나, 사직서를 제출한 이후의 시점으로 일자를 작성하였던 점에 비추어 보면, 원고는 향후 문제가 재발할 경우 사직서를 수리해도 무방하다는 의사로 그와 같이 사직서를 제출한 것이고, 참가인도 당해 사건에 한해서는 문제삼지 않겠으나 향후 문제가 발생하면 원고를 사직시키겠다는 의사로 사직서를 받은 것으로 보이는 점, …(중략)… 원고가 이 사건 사직서를 제출함에 있어 원고와 참가인 사이에서 이 사건 사직서를 수리하지 않을 것임을 전제로 하는 합의가 있었다고 볼 만한 증거가 없는 점 등에 비추어 보면 원고로서는 당시 상황에서 이 사건 사직서를 제출하는 것이 불가피하다고 판단했던 것으로 보이므로 결국 원고의 이 사건 사직의 의사표시가 비진의표시이거나 통정허위표시에 해당하여 무효라고 볼 수 없고, 이에 대한 원고의 주장은 이유 없다.”

### 3.2 기타 의사표시의 하자

#### 가. 강요에 의한 사직의 의사표시를 인정한 경우

1) 정부의 공기업 경영혁신계획에 따른 인력감축의 일환으로 사용자가 구조조정 대상자를 선정함에 있어 합리적이고 공정한 기준 없이 일부 근로자를 문제 직원으로 **확정하고 계속하여 사직을 종용함**으로써 의원면직 형식으로 근로계약관계를 종료시킨 경우

#### 【대법원 2002. 6. 14. 선고 2001두11076 판결】

“원심은 그 내세운 증거들에 의하여, 피고보조참가인의 전신인 농어촌진흥공사의 원고에 대한 보직해임 경위 및 퇴직처리 경위에 관하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 노사간 합의 및 인사위원회의 의결에 따라 구조조정대상자로 선정되는 문제직원들에 대하여 스스로 사직원을 제출하지 아니할 경우 총무관리처로의 대기발령, 직위해제 및 해고예고절차를 거쳐 직권면직시킨다는 인사방침이 확정, 공고되었고, 원고가 문제직원으로 선정된 후 이에 불복하여 사직원을 제출하지 아니하였다는 이유로 총무관리처로 무보직 대기발령을 받고 위 공사의 거듭된 종용에 따라 사직서를 작성, 제출한 점 등 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 원고는 원래 사직의 의사가 없었음에도 위 공사가 자신을 문제직원으로 확정하여 무보직 대기발령을 내리고 명예퇴직신청을 하지 아니할 경우 직권면직하겠다는 의사를 거듭 표시하면서 사직원의 제출을 종용함에 따라 어쩔 수 없이 사직원을 작성, 제출하였다고 보여지고, 농어촌진흥공사가 이를 수리하여 퇴직처리한 것은 실질적으로 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 판단하였는바, 앞에서 본 법리에 따라 관련 증거들을 기록에 비추어 살펴보면 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로

84) 1심 판결(서울행정법원 2012. 4. 6. 선고 2011구합35774 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 28.자 2012두28797 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

주장하는 바와 같이 사직 의사의 존부에 관하여 채증법칙에 위배하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 할 수 없다.”

2) 사용자가 **사무실이 아닌 곳에서 욕설과 폭언을 하면서 사직서를 요구하여** 근로자가 어쩔 수 없이 사직서를 제출한 경우

【서울행정법원 2013. 7. 23. 선고 2013구합2051 판결】

“다음과 같은 사정 즉, ① 한○○이 참가인을 사무실이 아닌 자택으로 호출하여 참가인에게 욕설과 폭언을 하면서 사직서의 작성을 요구한 점, ② 그 과정에서 참가인이 교수들에게 도움을 요청하는 문자메시지를 보낸 점, ③ 참가인이 약 5시간 동안 한○○의 자택에 있다가 이 사건 사직서를 제출하고서야 비로소 나올 수 있었던 점, ④ 이 사건 사직서의 작성·제출 당시 참가인이 스스로 사직할 만한 뚜렷한 이유가 없었고, 이 사건 사직서에도 사직의 이유가 구체적으로 기재되어 있지 아니한 점, ⑤ 참가인이 이 사건 사직서를 제출한 직후 원고의 임원들에게 사직서의 작성 당시의 상황을 해명하면서 사직서가 강압 등에 의해 작성된 것이라는 내용의 호소문을 보낸 점 등을 종합하면, 참가인이 한○○의 강요와 협박 등을 견디다 못해 어쩔 수 없이 이 사건 사직서를 제출하였고, 원고는 참가인의 진의가 아님을 알고서도 이 사건 사직서를 수리하였다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 면직은 실질적으로 원고의 일방적인 의사표시로 근로관계를 종료시킨 사실상의 해고에 해당하는바, 해고의 정당성을 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로 부당해고이다.”

제7장  
사직·  
합의해지

나. 강요에 의한 사직의 의사표시를 부정한 경우

1) 사직하지 않으면 징계절차에 회부되어 징계해고 될 것이고 검찰 고발을 당하게 되어 형사처벌을 받게 될 것이라는 비위행위에 대한 감사처리결과를 통보 받은 후 근로자가 사직서를 제출한 경우

【서울고등법원 2011. 5. 31. 선고 2010누23806 판결<sup>85)</sup>】

“다음과 같은 사정, 즉 ① 원고는 협력업체 등으로 부터 1,000만원 이상의 금품을 수수하여 이를 유용한 사실이 있고, 참가인의 조사과정에서 이를 시인함으로써 검찰 고발이 가능한 상태였으므로 굳이 참가인이 원고에 대하여 사직서 제출을 강요할 이유가 없다고 보이는 점, ② 원고는 윤리경영실의 담당자들과 인사담당자들에게 사직하지 않는 경우 자신에 대한 감사처리 결과를 문의하였는데, 이에 대하여 윤리경영실의 담당자들과 인사담당자들은 ‘사직하지 않으면 징계절차에 회부되어 징계해고될 것이고 검찰 고발을 당하게 되어 형사처벌을 받게 될 것’이라는 원론적인 답변을 한 점, ③ 윤리경영실의 담당자들과 인사담당자들이 원고에게 위와 같이 사직하지 않으면 징계해고가 되고 검찰에 고발되어 형사처벌을 받게 될 것이라는 등의 내용을 알려 주었다고 하더라도, 이는 원고에 대한 비위행위 조사결과에 따른 객관적인 상황을 고지한 것에

불과하므로, 원고는 자신의 비위행위로 인하여 징계해고나 형사처벌을 받게 될 것 등 여러 사정을 고려하여 사직서를 제출하였다고 보이는 점 …(중략)… 등을 종합하면, 원고는 여러 사정을 고려하여 스스로의 의사로 이 사건 사직서를 작성·제출한 것으로 판단된다.”

## 2) ‘경영진과 맞지 않으니 회사를 떠나라’는 요구가 있었다고 하더라도, 근로자가 1차 사직서 제출 이후 2차 사직서 및 퇴직서약서까지 제출한 경우

### 【서울행정법원 2008. 9. 5. 선고 2008구합11549 판결】

“원고의 경력이나 참가인 회사에서의 직책 등에 비추어 원고는 이 사건 각 사직서를 각 작성하여 제출할 당시 위 각 사직서에 참가인 회사와의 근로계약관계를 해지하는 의사표시가 담겨 있다는 것을 충분히 인식하고 있었던 것으로 보이는 점, 원고가 주장하는 바와 같이 원고가 1차 사직서를 작성할 당시 “경영진과 맞지 않으니 즉시 회사를 떠나라”는 최○○의 요구가 있었다고 하더라도, 위와 같은 최○○의 요구가 원고의 자유의사를 현저히 침해하여 사직의 의사표시를 무효로 할 수 있을 정도의 강요라고 보기는 어려운 점, 원고가 1차 사직서를 작성하여 제출하고 난 후 1개월 이상 경과한 시점에 다시 하급직원인 이○○에게 2차 사직서를 작성하여 주었을 뿐만 아니라, 그 무렵 참가인 회사에 퇴직서약서까지 제출한 점 등에 비추어 보면 참가인 회사가 사직의 의사가 없는 원고에 대하여 이 사건 각 사직서 제출을 강요하여 원고가 어쩔 수 없이 이 사건 각 사직서를 제출하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 참가인 회사가 원고의 2차 사직서를 수리하여 원고에 대하여 한 이 사건 퇴직처리는 원고의 위 사직서 제출이 진의 아닌 의사표시에 해당하는 등으로 무효이어서 실질적으로 참가인 회사의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시킨 해고에 해당한다고 볼 수 없다.”

### 다. 사직의 의사표시가 반사회적질서의 약정에 의한 경우

경쟁관계에 있던 근로자와 전 노동조합 지부장이 노동조합장 선거결과에 따라 사직하기로 하는 약정을 하고 선거를 하기 전에 미리 퇴직원을 제출하였고, 사용자가 선거 후에 낙선한 자의 사직서를 수리한 경우(다만, 사직하기로 한 합의 후에 선거가 치러지고, 선거결과에 따라 스스로 퇴직원을 제출한 경우에는 달리 보아야 함)

### 【서울고등법원 2010. 1. 20. 선고 2009누18853 판결<sup>85)</sup>】

“민법 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서 행위는 법률행위의 목적인 권리의무의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라, 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이

85) 동 사건은 대법원(2011. 9. 29.자 2011두13972 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

아니라고 하여도 법률적으로 이를 강제하거나 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적인 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우를 포함한다(대법원 2001. 11. 27. 선고 93다33311 판결, 2000. 2. 11. 선고 99다56833 판결 등 참조).

이 사건의 경우 앞서 본 사실관계에 의하면, 원고는 김○○과의 2008. 4. 25.에 실시되는 장성 지부장 보궐선거에서 낙선하는 자는 사직하기로 하는 내용의 합의에 따라 선거관리위원회에 미리 퇴직원을 작성, 제출하였고, 참가인은 선거관리위원회로부터 이들의 퇴직원을 제출받아 가지고 있다가 선거결과에 따라 당선된 김○○의 퇴직원은 반려하고, 낙선한 원고의 퇴직원은 수리하였다는 것인바, 원고와 김○○ 사이의 위 합의는 결국 선거결과에 따라 사직하기로 하는 약정으로서 이러한 합의는 법률상 강제할 수 없는 성질의 것이라 할 것인데, 원고와 김○○은 선거 전에 미리 퇴직원을 제출하기로 함으로써 법률상 강제할 수 없는 의무의 내용을 실질적으로 강제하고 있으므로 이러한 사직의 합의는 민법 제103조 소정의 반사회질서행위에 해당하여 무효라 할 것이고, 이에 따라 제출된 퇴직원에 기한 사직의 의사표시 역시 무효라 할 것이다(사직하기로 한 합의 후에 선거가 치러지고, 선거결과에 따라 스스로 퇴직원을 제출한 경우와는 달리 보아야 한다)."

## 4. 사직의 의사표시의 철회

### 4.1 사직의 의사표시의 성격에 대한 판례의 입장

#### 가. 사직의 의사표시를 해지통고로 본 경우

1) 사회복지법인 운영 어린이집 원장으로 근무하던 근로자가 비위행위로 견책 처분을 받음과 아울러 새로운 어린이집 개원실무책임자로 전보되자 사직서를 제출 하였다가, 새로운 어린이집 관련 조례가 통과되었다는 소식을 듣고 사직의 의사 표시를 철회한 경우

#### 【대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8657 판결】

“원심은, 원고는 참가인이 ○○직할시 ○구로부터 위탁받아 운영하는 ○○ 어린이집의 원장으로 근무하던 중 1997. 2. 10. “신입원생 학부모들 앞에서 보육교사 이○○의 명예를 훼손하는 발언을 하였고, 직장 구성원간에 불화를 조성하였으며, 부하직원 지휘의 책임이 있음에도 학부모에게 의도적으로 소문을 내어 시설의 품위를 실추시켰다”는 이유로 참가인으로부터 징계처분(견책)을 받음과 아울러, 참가인이 위탁 운영 중인 ○○종합사회복지관에 병설하여 운영할 예정인 어린이집(○○ 어린이집)의 개원실무 책임자로 근무하라는 전보명령을 받고, 같은 달 18일 ○○종합사회복지관에 첫 출근하여 같은 날부터 같은 달 27일까지의 휴가원을 제출한 후 당일 사직서를 제출하였으며 참가인은 같은 달 20일 원고의 사직서를 수리한 사실, 그런데 원고는 휴가

86) 1심 판결(서울행정법원 2009. 6. 18. 선고 2008구합48107 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 5. 13.자 2010두3275 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

중인 같은 달 25일 ○○직할시 ○구 의회에서 ○○ 어린이집에 관한 조례가 통과되었다는 소식을 듣고 ○○종합사회복지관의 관장인 소외 권○○에게 사직 의사표시를 철회한다고 하였으나, 권○○은 사직서가 이미 수리되었음을 통보한 사실을 인정한 다음, 근로자가 사직원의 제출방법에 의하여 근로계약관계의 합의해지를 청약하고 이에 대하여 사용자가 승낙함으로써 당해 근로 관계를 종료시키게 되는 경우에 있어서 근로자는 위 사직원의 제출에 따른 사용자의 승낙의사가 형성되어 확정적으로 근로계약 종료의 효과가 발생하기 전에는 그 사직의 의사표시를 자유로이 철회할 수 있는 바, 참가인과 원고 사이의 근로계약관계의 합의해지의 청약이라 할 수 있는 원고의 1997. 2. 18.자 사직서에 대하여 사용자인 참가인이 같은 달 20일 이를 승낙함으로써 이때 이미 위 근로계약 종료의 효과는 발생하였다 할 것이므로 원고로서는 더 이상 위 사직의 의사표시를 철회할 수 없다는 이유로, 위 사직 의사표시 철회로서 근로계약이 여전히 존속 중이라는 원고의 주장을 배척하였다.

근로자가 사직원을 제출하여 근로계약관계의 해지를 청약하는 경우 그에 대한 사용자의 승낙 의사가 형성되어 그 승낙의 의사표시가 근로자에게 도달하기 이전에는 그 의사표시를 철회할 수 있고, 다만 근로자의 사직 의사표시 철회가 사용자에게 예측할 수 없는 손해를 주는 등 신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 철회가 허용되지 않는다 할 것이다(대법원 1992. 4. 10. 선고 91다43138 판결, 1994. 8. 9. 선고 94다14629 판결 등 참조).

그런데도 원심은 근로자의 근로계약 합의해지 청약에 대한 사용자의 승낙의사가 형성되어 있지만 하면 그 의사가 아직 상대방인 근로자에게 도달하지 않은 단계에서도 확정적으로 근로 계약 종료의 효과가 발생하여 근로자로서는 더 이상 사직 의사표시를 철회할 수 없다는 전제에서 원고의 사직 의사표시 철회는 참가인이 원고의 사직서를 수리한 이후에 이루어진 것이므로 그 효력이 없다고 판단하였으니, 원심판결에는 근로계약 합의해지에 있어서의 청약의 철회에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

그러나, 사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약 고지로 볼 것인 바, 원심이 확정된 사실관계 및 기록상 나타난 바와 같은 사직서의 기재내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직 의사표시 철회의 동기 기타의 해지를 통고한 것이라고 볼 것이지, 근로계약의 합의해지를 청약한 것으로 볼 것은 아니며, 이와 같은 경우 사직의 의사 표시가 참가인에게 도달한 이상 원고로서는 참가인의 동의 없이는 비록 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 전이라 하여도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다 할 것이므로, 원고의 사직 의사표시 철회로서 참가인과의 근로계약이 여전히 존속 중이라는 원고의 주장을 배척한 원심의 판단은 결과적으로 정당하다 할 것이다.”

2) 대표이사가 민원인에게 사과할 것을 거듭 요구하였음에도 민원인에게 사과 하느니 차라리 그만두겠다며 대표이사와 동료들에게 사직의사를 표시한 사실이 인정 되고, 사직서에 결재란이 없으며, 회사의 사직처리 관행 또한 결재 없이 처리한 경우가 많은 경우



【서울고등법원 2012. 5. 25. 선고 2012누41900 판결<sup>87)</sup>】

“다음과 같은 사정 즉, ① 참가인이 제출한 사직서에는 비록 부동문자로 인쇄되어 있기는 하지만 ‘상기 본인은 일신상의 이유로 사직하고자 이에 사직서를 제출합니다’라는 문구가 기재되어 있는데, 그 내용은 사직에 대한 원고의 승낙을 구하는 취지라기보다는 근로관계를 확정적으로 단절하겠다는 취지로 보이는 점, ② 참가인은 사직서를 제출하기 전에도 동료들에게 사직할 의사를 표명한 바 있고, 원고의 대표이사에게 회사를 그만두더라도 마○○에 대한 사과는 할 수 없다는 의사를 표시한 바 있었던 점, ③ 비록 참가인의 사직서 제출이 고객의 불만제기에 대하여 직원의 일방적인 사과만을 요구함으로써 직원을 제대로 보호해 주지 못하는 원고의 처사에 대한 항의의 표시라는 측면이 있다손 치더라도 사과를 하느니 차라리 회사를 그만두겠다는 참가인 자신의 의사도 포함되어 있는 것으로 보이는 점, ④ 참가인이 제출한 사직서에는 결재란이 마련되어 있지 않고, 원고의 경우 사직서를 제출하였더라도 결재를 거쳐 사직처리를 한 경우보다 사직서를 제출받지 않거나 사직서를 제출하였더라도 결재를 하지 않고 사직처리를 한 경우가 더 많았던 점 등을 종합하면, 참가인이 제출한 사직서는 근로관계에 대한 합의해지의 청약이 아니라 위에서 본 원칙적 형태로서의 민법 제660조에 규정된 근로계약의 해지를 통고한 것으로 보이고, 이와 같은 경우 사직의 의사표시가 원고에게 도달한 이상 참가인으로서 원고의 동의 없이는 비록 민법 제660조 제2항의 기간이 경과하기 전이라 하여도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다 할 것이다.”

제7장  
사직·  
합의해지

3) 부하직원이 비위행위를 일으킨 것에 대한 관리감독 책임을 지는 의미로 사직서를 제출하였다가, 근로자의 구직을 배려하여 사용자가 사직처리를 연기하고 있던 중 구직 활동이 제대로 되지 않자 사직의 의사표시를 철회한 경우

【서울고등법원 2010.9.29. 선고 2009누36240 판결<sup>88)</sup>】

“아래와 같은, 사직서의 기재내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직 의사표시 철회의 동기 기타 제반 사정을 참작하면, 원고의 참가인에 대한 사직의 의사표시는 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약의 고지로서 이와 같은 사직의 의사표시가 참가인에게 도달한 이상 이를 철회할 수 없다고 할 것이고, 설령 원고의 사직의 의사표시가 근로계약관계 해지의 청약을 표시한 것이라 하더라도, 아래와 같은 사정에, 원고가 소속 계장에 대한 관리·감독 소홀에 대하여 책임을 지고 사직을 한 후 사직을 전제로 참가인 조합에 대하여 사직 수리를 연장해 오면서 구직활동에 전념하고 참가인 조합의 업무를 수행하지 않았고, 참가인의 군납계약이 결국 해지되는 등 이 사건과 관련된 제반 사정을 모두 종합하면, 원고의 사직의 의사표시 철회는 금반언의 원칙 등 신의칙에 반한다고 할 것이다. 따라서 이 부분에 관한 원고의 주장도 이유 없다.

원고가 참가인의 이사들로부터 질타를 받은 후 자진하여 참가인의 전무 및 조합장에 대하여 구두로 사직의 의사를 표시한 다음 조합장에게 스스로 사직서를 제출하였다. 참가인으로서도

87) 1심 판결(서울행정법원 2011. 11. 4. 선고 2011구합21775 판결)을 인용함

원고의 사직을 전제로 원고에 대하여 아무런 사무를 부여하지 않았고, 그 후 원고도 참가인의 업무를 수행하지 않았다. 원고가 참가인에 대하여 사직서의 반환을 요구하였으나 참가인은 원고의 이러한 요구를 거절하였고, 원고가 사직의 의사표시를 철회한 것은 참가인의 배려로 인하여 하던 구직활동이 제대로 되지 않았기 때문이다. 원고는 참가인에 대하여 사직의 철회를 요구하였으나, 참가인으로부터 거절을 당한 이후 다시 사직할 것을 전제로 참가인의 조합장과 함께 ○○축산업 협동조합의 조합장을 만나 구직활동을 하였다. 참가인이 원고가 사직서를 제출한 날로부터 약 50일이 경과하여 원고와의 근로관계를 종료하였으나, 이는 참가인이 원고의 사직에 대한 수락 여부를 결정하기 위하여 사직을 연기한 것이 아니라, 참가인이 원고에게 구직활동기간을 보장하기 위하여 특별히 배려하여 준 것이다."

4) 사직서에 '사직하고자 하오니 허락하여 주시기 바랍니다.'라는 기재는 되어 있으나, **근로자가 사용자의 행위로 인해 모욕감을 느껴 사직서를 제출한 경우**

【서울고등법원 2012. 5. 24. 선고 2011누33961 판결<sup>89)</sup>】

"원고는 2008. 9. 24. 참가인 학원의 ○○○대학에 기획처장으로 입사하여 2009. 7. 31. 부총장으로 발령을 받았다가 2010. 1. 1. 부총장 겸 창업학과 전임교원으로 발령을 받아 근무하였는데, 참가인 학원의 횡령문제와 관련하여 전임 이사장이 구속됨에 따라 참가인 학원의 정상화를 위한 새로운 이사진의 취임과정에서 2010. 4. 20. 부총장직에서 면직되었다. 원고는 2010. 7.경 참가인 학원의 사무처장으로부터 시간강사 대기실 부족을 이유로 ○○캠퍼스에 있던 연구실을 ○○캠퍼스로 옮기라는 지시를 받아 자신의 연구실을 옮겼으나, 이후 위 연구실이 시간강사 대기실이 아닌 교무처장의 사무실로 사용되어 있음을 알게 되었고, 이에 모욕감을 느껴 2010. 7. 19. ...(중략)... 사직서를 작성하여 참가인의 사무처장에게 제출하였다. 한편 ○○○대학교의 총학생회장인 오○○이 2010. 7. 23.경 학교 게시판에 원고를 비방하는 글을, 같은 해 8. 12. 원고에 대한 파면을 촉구하는 서명운동에 대한 글을 각 올리자, 원고는 2010. 8. 13. 사무처장 및 비서실장에게 '학교 측에서 진상조사위원회 등을 열어 원고에 대한 근거없는 의심에 대하여 진상규명을 해주고 자신이 제출한 사직서는 이 메일로 인해 무효이며, 사직일은 진상이 규명되어 자유게시판에 공개되는 날로 하겠다'는 취지의 전자메일을 보냈고, 2010. 8. 17. 재차 ○○○대학 총장(참조 사무처장 및 비서실장)에게 같은 취지의 내용이 기재된 내용증명우편을 보냈다. ○○○대학의 총장은 2010. 8. 13. 원고에 대한 의원면직 발령을 참가인 학교에게 제청하였고, 참가인 학교는 2010. 8. 31.자로 원고에 대한 의원면직 발령을 하였다.

...(중략)...

앞서 본 인정사실 및 증거에 의하여 나타난 사직서의 기재내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직 의사표시 철회의 동기 등 제반 사정에 비추어 보면, 원고의 사직서에 담긴 의사표시는 근로계약의 해지의 통고로 보아야 할 것이고 합의해지의 청약으로 볼 수는 없으므로,

88) 1심 판결(서울행정법원 2009. 10. 16. 선고 2009구합157 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(2011. 2. 10.자 2009누36240 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

원고의 사직의 의사표시가 참가인에게 도달한 이상 원고는 이를 철회할 수 없다(한편 원고가 2010.7.19. 사직서를 작성하여 참가인 학원의 사무처장에게 제출한 이상 위 사직서는 참가인 학원에게 도달되었다고 할 것이고, 원고의 주장과 같이 의원면직 발령 제청 전 철회의 의사표시를 하였다하여 이를 참가인 학원에게 도달 전 철회된 것이라 볼 근거도 없다.)”

5) 팀장으로 20년 이상 근무하던 근로자가 팀원으로 근무하게 되면서 어려움을 느끼고 이에 대하여 숙고한 후 사직원을 제출한 경우

【서울고등법원 2012. 7. 25. 선고 2012누2902 판결<sup>90)</sup>】

“다음과 같은 사정, 즉 ① 원고가 특별한 의사표시 없이 이 사건 사직원을 작성·제출한 점, ② 원고가 노무팀장 등 팀장으로 근무하다가 팀원으로 근무하는 데 따른 어려움, 업무 실적 저조 등에 대하여 숙고한 후 사직원을 제출하는 것이 최선이라고 판단하여 이 사건 사직원을 작성·제출한 것으로 보이는바, 이 사건 사직원을 제출할 당시 원고의 사직 의사가 확정적이었던 것으로 보이는 점, ③ 원고의 사직 의사표시에 대하여 참가인의 의사결정과정에서 별도로 필요한 사항이 아니었던 점, ④ 참가인이 원고에 대하여 사직을 권유하였고 원고가 이 사건 사직원에 사직 일자리를 기재하지 않았다는 사정만으로 원고의 이 사건 사직원 제출을 근로계약의 합의해지 청약으로 보기 어려운 점 등을 고려해 보면, 원고의 이 사건 사직원 제출은 근로계약관계를 종료시키는 취지의 해약고지에 해당한다고 봄이 상당하다. 따라서 이 사건 사직원이 참가인에 도달한 이상 원고는 참가인의 동의 없이는 사직의 의사표시를 철회할 수 없으므로 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 이유 없다.”

제7장  
사직·  
합의해지

6) 민원에 대한 책임을 인정하고 사직서를 제출하면서 근로계약의 종료일을 별도로 기재한 경우

【대전지방법원 2015. 1. 21. 선고 2014구합101223 판결】

“다음과 같은 사정, 즉 ① 원고는 도중회차로 인해 발생한 민원에 대하여 책임을 인정하고 사직에 이르게 된 것이라는 취지로 사직의 의사를 밝히고 있는 점, ② 원고의 사직 의사표시 수리 여부에 대해 참가인의 의사결정과정에서 별도로 필요한 것으로 보이지 않는 점, ③ 원고가 2013. 6. 30.자로 이 사건 사직서를 기재한 것은 위 날짜를 기준으로 근로계약관계를 종료한다는 취지로 보아야지 이를 원고가 조건부 사직의사를 표시한 것이라거나 위 날짜까지 사직서의 수리가 유보 되었다고는 볼 수는 없는 점 등을 고려하면, 원고의 이 사건 사직서 제출은 위에서 본 원칙적 형태로서의 근로계약의 해지를 통고한 것이라고 봄이 상당하고, 참가인이 원고에 대하여 사직을

89) 1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 25. 선고 2011구합12726 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(2012. 9. 27.자 2012두13542 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

90) 1심 판결(서울행정법원 2011. 12. 22. 선고 2011구합21034 판결)을 인용함

권유하였고, 사직서상 “사직서를 제출하오니 허락하여 주시기 바랍니다”라는 문구가 기재되어 있다는 사정만으로 근로계약의 합의해지 청약이라고 볼 수 없다.”

#### 나. 사직의 의사표시를 합의해지의 청약으로 본 경우

1) 근로자가 순환명령휴직 대상자에 선정되어 휴직기간 경과 후 복직이 이루어지지 아니할 것을 우려하여 명예퇴직의 허락을 구하는 내용이 기재된 사직원을 제출한 경우

#### 【대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11458 판결】

“원심은, 위와 같이 원고가 1999. 1. 15. 피고에게 명예퇴직을 신청하는 내용의 사직원을 제출한 다음 피고가 원고를 의원해직한다는 인사발령을 통보하기 이전인 같은 해 1. 22. 위 명예퇴직 신청의 의사를 철회한 사실을 인정하면서도, 사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지라는 전제 아래 변론에 나타난 이 사건 사직원의 기재내용, 사직원 작성·제출의 동기 및 경위, 사직 의사표시 철회의 동기 기타 여러 사정을 참작하면 원고의 위 사직원 제출은 원칙적 형태로서의 근로계약의 해지를 통고한 것이라고 볼 것이지 근로계약의 합의해지를 청약한 것으로 볼 것은 아니며, 이와 같은 경우 사직의 의사표시가 피고에게 도달한 이상 원고로서는 피고의 동의 없이는 비록 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 전이라 하여도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다는 취지로 판단하였다.

그러나 원심의 위와 같은 판단은 아래와 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

기록에 의하면, 피고가 구조조정의 일환으로 일정한 사유가 있는 자를 순환명령휴직대상자로 선정하고 그 대상자가 명예퇴직을 신청하는 경우에는 이를 모두 받아들이기로 내부적인 결정이었다고 하더라도, 외부적으로는 일정한 경력이 있는 근로자 전원에 대하여 명예퇴직을 신청할 수 있고 그 명예퇴직신청자 가운데 결격사유가 있는 자를 유보한 후 고등인사위원회의 의결을 거쳐 명예퇴직대상자를 정하기로 방침을 정하고 소속 근로자들에게 이를 고지한 후 이 사건 명예퇴직 신청을 받은 사실, 원고는 자신이 순환명령휴직 대상자에 선정될 것을 예상하고 그와 같은 경우 휴직기간 경과 후 복직이 이루어지지 아니할 것을 우려한 나머지 피고에게 명예퇴직을 허락하여 달라는 내용이 기재된 이 사건 사직원을 작성하여 제출하였을 뿐 피고로부터 원고가 순환명령휴직 대상자로 선정되었다는 이유로 명예퇴직을 중용받아 위 사직원을 제출한 것은 아닌 사실, 이 사건 명예퇴직 신청이 마감된 후 피고는 원래 순환명령휴직 대상에 해당되어 명예퇴직신청을 받은 자 가운데 대통령 사면을 받은 자 107명에 대하여 사면 전의 징계사유를 들어 순환명령휴직 대상자에 포함시키는 것은 대통령의 사면권에 대한 도전이라는 비판이 일자 노사합의에 의하여 위 107명을 명예퇴직의 대상에서 제외하기로 결정하여 해당 명예퇴직신청서를 반환하여 준 사실을 인정할 수 있는 바, 위와 같이 변론에 나타난 이 사건 사직원의 기재내용, 사직원 작성·제출의 동기 및 경위, 사직원 제출 이후의 사정 기타 여러 사정을 참작하면, 원고가 이 사건 사직원에 의하여 신청한 명예퇴직은 근로자가 명예퇴직의 신청(청약)을 하면 사용자가

요건을 심사한 후 이를 승인(승낙)함으로써 합의에 의하여 근로관계를 종료시키는 것으로, 명예 퇴직의 신청은 근로계약에 대한 합의해지의 청약에 불과하여 이에 대한 사용자의 승낙이 있어 근로계약이 합의해지되기 전에는 근로자가 임의로 그 청약의 의사표시를 철회할 수 있다 할 것이다(대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다60890, 60906 판결, 대법원 2000. 7. 7. 선고 98다42172 판결 등 참조).

그럼에도 불구하고, 원심은 원고가 이 사건 사직원에 의한 명예퇴직의 신청을 근로계약에 대한 합의해지의 청약이 아닌 해약고지로 보아 피고에게 그 신청의사가 도달한 이후에는 그 의사를 철회할 수 없다고 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 명예퇴직 신청의사의 법적 성질과 그 의사의 철회에 관한 법리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 하지 않을 수 없고, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 정당하다.”

## 2) 교사인 근로자가 질병을 이유로 학교측에 사직서를 제출한 경우

### 【대법원 1992. 4. 10. 선고 91다43138 판결】

“원심은 원고의 주장, 즉 원고가 이 사건 사직원 제출에 의한 퇴직효과의 발생 전인 1989. 2. 23.에 위 사직의 의사표시를 철회하였으니 그 후에 이루어진 피고의 원고에 대한 이 사건 의원 면직처분은 무효에 해당된다는 주장에 대하여, 원고의 사직 의사표시는 그 사직원 제출일인 1988.12.초에 이미 그 효력이 발생한 것으로서 실제로 사직원 작성일자로 기재된 1989. 2. 28.에 그 효력이 발생되는 것이 아니므로 1989. 2. 23. 그 사직 의사표시가 철회되었음을 전제로 한 위 주장도 이유없다고 판단하였다.

그러나 근로자가 일방적으로 근로계약관계를 종료시키는 해약의 고지방법에 의하여 임의사직하는 경우가 아니라, 근로자가 사직원의 제출방법에 의하여 근로계약관계의 합의해지를 청약하고 이에 대하여 사용자가 승낙함으로써 당해 근로관계를 종료시키게 되는 경우에 있어서는, 근로자는 위 사직원의 제출에 따른 사용자의 승낙의사가 형성되어 확정적으로 근로계약종료의 효과가 발생하기 전에는 그 사직의 의사표시를 자유로이 철회할 수 있다고 보아야 할 것이며, 다만 근로계약종료의 효과발생전이라고 하더라도 근로자의 사직의 의사표시를 철회하는 것이 사용자에게 불측의 손해를 주는 등 신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 철회가 허용되지 않는다고 해석함이 상당하다 할 것이다.

이 사건에 있어 원심이 적법하게 확정한 사실관계에 의하면, 원고는 피고법인이 설치·경영하는 ○○고등학교의 교원으로 채용되어 근무하여 오다가 만성간염의 질병으로 인하여 지각, 조퇴, 결근 등에 따른 수업결손이 잦아지게 되면서 학부모들로부터 항의나 보강을 받은 동료 교원들의 불만 등으로 교직의 계속적인 수행이 더 이상 어렵게 되자, 1988. 12.초 스스로 사직하기로 결심하고 사직원을 작성하여 위 학교장인 소외 상○○에게 이를 제출하면서 다만 1989. 2.말까지 계속 교원의 신분을 가지고 의료보험혜택과 봉급을 받을 수 있도록 도와 달라고 요청하여 그 승낙에 따라 이를 명확히 하기 위하여 위 사직원의 작성일자를 1989. 2. 28.로 기재하게 된 것임이 분명하고, 한편 …(중략)… 피고법인의 정관상에는 위 학교의 일반 교원에 대한 임명권자는 이사장이고, 교원을 해임하는 경우에는 위 학교장의 제청으로 이사회의 의결을 거쳐야

하는 것으로 규정되어 있으며, 원고의 이 사건 사직원 제출에 대하여 그 소속학교장인 위 상○○이 원고가 위 질병이 완치되었음을 이유로 사직의사를 철회한 이후이고, 위 사직원 작성일자로 기재된 1989.2.28.에 비로소 그 사직원을 근거로 피고법인의 이사회에 원고의 해임을 제청하고 그해 3.2. 위 이사회에서 원고를 의원면직하기로 하는 결의를 거쳐 이 사건 면직처분에 이르게 된 것임을 알 수 있다.

위와 같은 사실관계에 비추어 보건대, 원고의 위 사직원 제출은 곧 사용자에 대하여 근로계약관계의 합의해지를 청약한 경우에 해당한다고 볼 것이고, 원고가 지병관계로 부득이 사직원을 작성 제출한 후에 그 질병이 완치됨에 따라 1989.2.23. 위 학교측에 대하여 다시 근무할 것을 희망하는 의사를 밝힌 것은 종전의 사직의사표시를 철회한 것으로 보아야 할 것인바, 이는 원고의 위 사직원 제출방법에 따른 근로계약관계의 종료를 위한 합의해지의 청약에 대하여 피고법인의 내부적인 승낙의사가 형성되기 전에 이루어진 것으로써 특별히 위 사직의사표시의 철회를 허용하는 것이 피고법인에 대한 불측의 손해를 주게 되는 등 신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 적법하게 그 철회의 효력이 생긴 것이라고 보아야 하고, 따라서 피고법인이 원고의 위 사직의사의 철회이후에 비로소 종전의 사직원에 기하여 원고를 의원면직 처분한 것은 무효라고 보아야 할 것이다.”

3) 사직서에 사용자의 허락을 구하는 문구가 기재되어 있으며, 결재란이 마련되어 있고, 실제로 결재권자들의 결재가 있었던 경우

【서울행정법원 2011. 1. 28. 선고 2010구합28069 판결】

“원고들이 제출한 사직서에는 비록 부동문자로 인쇄되어 있기는 하지만 ”상기와 같이 사직코자 하오니 청허하여 주시기 바랍니다“라는 문구가 기재되어 있는데, 이는 원고들의 사직에 대한 참가인 회사의 승낙을 구하는 취지로 보인다.

위 사직서에는 관리부서, 인사부서 및 대표이사의 결재란이 마련되어 있고 실제로 대표이사의 결재를 제외한 나머지 결재권자들이 결재가 이루어졌는데, 이는 위 사직서에 따른 퇴직 여부에 관한 결정 권한이 참가인 회사에게 있음을 전제로 한 것으로 보인다.

...(중략)...

원고들은 사직 희망일을 2009. 9. 2. 또는 같은 달 3.로 기재하였으면서도 참가인 회사가 위 사직서에 따라 원고들을 퇴직 처리하지 않고 이 사건 각 해고를 하자 이에 불복하여 경금지방 노동위원회에 구제신청을 하였는데, 이와 같은 태도에 비추어 원고들이 참가인 회사의 사직 의사 수리 여부에 관계없이 일방적, 확정적으로 사직을 하고자 위와 같이 사직서를 제출하였던 것은 아닌 것으로 보인다.”

## 제 8 장

# 징계해고사유

제1절 개설	331
제2절 징계 사유별 판례의 태도	333
1. 학력·경력사칭, 이력서 허위 기재	333
2. 무단결근	341
3. 근무성적·태도 불량	350
4. 업무상 지시 위반	353
5. 동료 또는 상사에 대한 폭력 행사	356
6. 범죄 행위와 중대한 사고로 인한 손해발생	358
7. 사생활 비행	363
8. 경업·겸직 금지 위반	365
9. 회사에 대한 비방·진정, 내부고발	368
10. 직장내 성희롱	370
11. 위법한 노동조합 활동	387
12. 쟁의행위	391
13. 노사면책 합의	395
14. 형사상 범죄와 유죄판결	396
제3절 이중징계와 일사부재리 원칙	398
1. 의의	398
2. 관련 판례	398
제4절 징계해고로서의 당연퇴직과 권고사직	400
1. 의의	400
2. 당연퇴직	400
3. 권고사직	403





# 목 차

제1절 개설 .....	331	5. 동료 또는 상사에 대한 폭력 행사 .....	356
제2절 징계 사유별 판례의 태도 .....	333	5.1 의의 및 판단기준 .....	356
1. 학력·경력 사칭, 이력서 허위 기재 .....	333	5.2 동료 또는 상사에 대한 폭력행사 관련 판례 .....	356
1.1 학력·경력 사칭의 의의와 판례 경향 ..	333	가. 징계해고의 정당성을 인정한 판례 ..	356
가. 의의 .....	333	나. 징계해고의 정당성을 부정한 판례 ..	357
나. 해고사유의 정당성 판단 .....	333	6. 범죄 행위와 중대한 사고로 인한 손해발생 ..	358
다. 경력 사칭의 하자 치유 .....	336	6.1 의의 .....	358
라. 경력 사칭과 징계시효 .....	337	6.2 범죄 행위와 중대한 사고의 사유별 관련 판례 .....	358
마. 경력 사칭의 해고와 신의칙 .....	338	가. 횡령, 운송수입금 미납 등 .....	358
1.2 경력 사칭 해고 관련 종전 판례 .....	338	1) 판례의 일반적 경향 .....	358
가. 징계해고의 정당성을 인정한 판례 ..	338	2) 횡령 .....	359
나. 징계해고의 정당성을 부정한 판례 ..	340	3) 운송수입금 미납 .....	361
2. 무단결근 .....	341	나. 중대한 과실 등으로 인하여 회사에 손해를 야기한 경우 .....	362
2.1 의의 .....	341	다. 시설안전 규칙 위반 .....	363
2.2 종류 .....	341	라. 금품 및 향응 수수 .....	363
가. 사용자의 승인을 얻지 않은 결근 ..	341	7. 사생활 비행 .....	363
나. 연차휴가 .....	342	7.1 의의 .....	363
다. 전근·전보·전직 등 인사 명령에 불응한 결근 .....	345	7.2 사생활 비행 관련 판례 .....	364
라. 노동조합 활동과 무단결근 .....	347	가. 징계해고의 정당성을 인정한 판례 ..	364
2.3 해고사유로 되는 무단결근 기간의 계산 ..	348	나. 징계해고의 정당성을 부정한 판례 ..	365
가. 결근일수의 계산 .....	348	8. 경업·검직 금지 위반 .....	365
나. 휴일·비번일의 포함 여부 .....	349	8.1 의의 .....	365
3. 근무성적·태도 불량 .....	350	8.2 경업·검직 금지 위반 관련 판례 .....	366
3.1 의의 .....	350	가. 징계사유의 정당성을 인정한 판례 ..	366
3.2 근무성적·태도 불량 관련 판례 .....	350	나. 징계사유의 정당성을 부정한 판례 ..	367
가. 징계사유의 정당성을 인정한 판례 ..	350	9. 회사에 대한 비방·진정, 내부고발 .....	368
나. 징계사유의 정당성을 부정한 판례 ..	352	9.1 의의 및 판단기준 .....	368
4. 업무상 지시 위반 .....	353	9.2 회사에 대한 비방·진정, 내부고발 관련 판례 .....	368
4.1 의의 및 판단기준 .....	353	가. 징계사유의 정당성을 인정한 판례 ..	368
4.2 업무지시 위반 관련 판례 .....	353	1) 고소, 고발, 언론 유포 행위 .....	368
가. 운송사업체 승무 관련 지시의 정당성 .....	353	2) 청원권 행사 .....	369
나. 시달서 제출 거부 .....	354		
다. 기타 .....	355		

## 목 차

3) 소송 제기 .....	369	제3절 이중징계와 일사부재리 원칙 .....	398
4) 내부 고발 .....	369	1. 의의 .....	398
10. 직장내 성희롱 .....	370	2. 관련 판례 .....	398
10.1 의의 .....	370	제4절 징계해고로서의 당연퇴직과 권고사직 .....	400
10.2 '성희롱'의 성립요건 .....	370	1. 의의 .....	400
10.3 성희롱에 따른 해고의 징계양정에 관한 판례의 경향 .....	371	2. 당연퇴직 .....	400
11. 위법한 노동조합 활동 .....	387	3. 권고사직 .....	403
11.1 의의 .....	387		
11.2 정당한 노동조합 활동인지 여부의 판단기준 .....	387		
11.3 위법한 노동조합 활동 관련 판례 .....	388		
가. 조합활동과 징계사유의 정당성 .....	388		
1) 징계사유의 정당성을 인정한 판례 .....	388		
2) 징계사유의 정당성을 부정한 판례 .....	389		
나. 유인물 배포와 노동조합 활동에 관한 판례 .....	390		
12. 쟁의행위 .....	391		
12.1 의의 및 판례의 일반적 경향 .....	391		
12.2 쟁의행위의 정당성 판단 요건별 관련 판례 .....	393		
가. 주체 .....	393		
나. 목적 .....	393		
다. 시기 및 절차 .....	394		
라. 방법 .....	395		
13. 노사면책 합의 .....	395		
14. 형사상 범죄와 유죄판결 .....	396		
14.1 의의 .....	396		
14.2 미확정 판결도 '형사상 유죄판결'에 포함되는지 여부 .....	396		
14.3 '형사상 유죄판결'은 '실형'만을 의미 하는 것인지, 집행유예도 포함하는 것인지 여부 .....	397		
14.4 유의사항 .....	397		

## 제1절 개설

징계해고란 근로자의 비위행위 등 징계사유를 이유로 사용자가 근로관계를 종료시키겠다고 하는 일방적인 의사표시로서 실무상 해고, 해임, 면직 등이라고도 하고, 그 정당성은 근로자의 직장질서 위반행위가 사회통념상 사용자가 근로관계를 더 이상 유지할 수 없을 정도에 이르렀는지 여부를 기준으로 판단해야 함

특히 징계해고 사유의 정당성이 빈번히 다투어지는데, 이에 관하여 우선 취업규칙 등에 정한 **해고사유에 해당하는지** 여부를 살펴야 하며, 취업규칙 등에 구체적인 징계 **규정이 없다면** 정당성 판단은 **근로기준법 제23조 해석 일반**으로 돌아가 판단해야 함<sup>1)</sup>

한편 **취업규칙** 등에 징계해고사유가 규정되어 있다고 하더라도 **해당 사유가 법에 위배되거나 권리남용**에 해당한다면 이를 이유로 한 징계해고는 정당성이 없음

## 【대법원 1991. 10. 11. 선고 91다20173 판결】

“취업규칙에서 징계사유와 그에 대한 징계종류를 규정하고 있는 이상 그 규정 자체가 신의칙에 위반한다거나 권리 남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 그 규칙에 정하는 바에 따라야 한다고 보아야 할 것이고, 원고들의 위 인정의 비위사실이 피고 회사의 취업규칙 제65조 제28호 소정의 해고사유에 해당한다면 위 취업규칙을 그대로 적용하는 것이 위법 부당하다는 어떤 사정이 없는 한 그 규정에 따른 해고의 징계처분은 일응 정당한 것으로 보아야 할 것이다.

그런데 노동쟁의라 함은 임금, 근로시간, 후생, 해고, 기타 대우 등 근로조건에 관한 노동관계 당사자 간의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태를 말하는 것인바, 원심이 인정한 바와 같이 원고들이 1987년도 임금협상에 불만을 품고 이를 시정하기 위한 방편으로 위 인정과 같은 행위를 한 것은 방위산업체인 피고 회사의 업무의 정상적 운영을 방해하고 노동쟁의에 준하는 노사분규를 주동하는 행위에 해당한다고 못 볼 바 아니고, 그렇다면 취업규칙 제65조 제28호소정의 해고사유에 해당되는데도 불구하고 원심이 아무런 합리적인 이유를 제시함이 없이 이에 해당하지 않는다고 판단한 것은 이유불비 내지는 피고 회사의 취업규칙의 해석을 잘못된 위법을 저질렀다 할 것이다.”

제8장  
징계해고사유

나아가 징계처분은 피징계자에게 **통지**하여야 하는 바 그 내용에 **징계사유**가 포함되어야 하지만, 징계위원회에서 어떤 사유를 징계사유로 삼았는지는 징계의결서나 징계처분서에 기재된 취업규칙이나 징계규정 소정의 징계 근거사유만으로 한정되는 것은 아니고 구체적인 자료를 통해 판단하여야 함

1) 「근로기준법주해 II」, 노동법실무연구회, 박영사, 2010, 152쪽

## 【대법원 1996. 9. 20. 선고 95누15742 판결】

“어떤 비위행위가 징계사유로 되어 있느냐 여부는 구체적인 자료들을 통하여 징계위원회 등에서 그것을 징계사유로 삼았는가 여부에 의하여 결정되어야 하는 것이지 반드시 징계의결서나 징계처분서에 기재된 취업규칙이나 징계규정 소정의 징계근거 사유만으로 징계사유가 한정되는 것은 아닐 뿐만 아니라 소외인의 진술에 의하여도 자신에 대한 징계위원회 개최통보 당시 원고가 “회사 이미지 손상 등”이라는 제목의 통보서를 자신에게 교부하였던 사실을 인정하고 있고(갑 제10호증 기록 97면, 102면 참조), 징계위원회에서 자신이 원고 회사의 소속 직원이 아니라 원고 회사 창원공장 제조사업부 소속이므로 원고 회사 직원들로 구성된 징계위원들의 질문에 답할 수 없다고 말하였던 사실을 인정하고 있으며(갑 제10호증 기록 102면 참조) 갑 제7호증의 2에도 소외인이 징계위원회에서 같은 취지의 발언을 한 후 징계위원들의 질문에 성실한 답변을 하지 않다가 스스로 징계위원회의 심의 도중 회의실을 나간 것으로 기재되어 있는 터이므로, 그렇다면 다른 특별한 증거도 없이 심의 도중에 회의실을 나간 소외인의 주장에 근거하여 소외인의 퇴장 후에 소외인이 개인적 이익을 도모한 행위와 관련된 비위사실이 징계사유로 논의된 것으로 기재된 갑 제7호증의 2의 해당 부분을 함부로 배척할 수는 없다 할 것이고, 더욱이 기록에 의하여 인정되는 바와 같이 원고와 위에서 본 바와 같은 협약을 체결한 소외인이 원고의 허락 없이 원고와 경쟁관계에 있는 다른 회사와 레미콘 운반업무를 수행하기로 하는 내용의 지입계약을 체결하여 레미콘차량 지입사업을 하려고 그에 필요한 준비작업을 한 행위는 취업규칙 제19조, 제21조를 위반하는 것이고 이는 결국 회사의 복무규율을 위반하여 회사의 위계질서를 문란케 하는 행위라고 보아도 무방하다 할 것이므로 소외인이 회사 이익에 반하여 사리를 도모하였다는 원고 주장의 비위사실 부분은 징계의결서나 징계처분장에 징계근거로 기재된 취업규칙 제60조 제4항 및 징계규정 제4조 제3항 제14호 소정의 징계해고사유인 “업무상 지시에 따르지 아니하여 회사의 위계질서를 문란시킨 때”에 포함되었다고 못 볼 바 아니다.”

또한 이미 징계한 비위행위를 징계사유로 삼아 다시 징계할 수 없음<sup>2)</sup>

징계의 사유가 정당하다고 인정되더라도 취업규칙 등에 정한 징계절차를 적법하게 거치지 않았거나(절차위법) 또는 비위행위가 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도에 이르지 아니한 경우(양정과다) 그 해고는 무효임

아래는 징계사유들을 유형화하고 각 유형의 징계사유의 정당성에 관한 판례의 태도를 정리한 내용임

2) 자세한 것은 “제3절 이중징계와 일사부재리 원칙” 참조

## 제2절 징계 사유별 판례의 태도

### 1. 학력·경력 사칭, 이력서 허위 기재

#### 1.1 학력·경력 사칭의 의의와 판례 경향

##### 가. 의의

일반적으로 경력 사칭이란 근로자가 기업에 채용될 때 제출하는 이력서나 면접 등에서 요구하는 학력, 경력, 학생운동 전력, 노동운동 전력, 범죄경력 등을 사칭하거나 숨기는 것을 의미함

##### 나. 해고사유의 정당성 판단

**종래 판례**는 허위 경력 기재는 그 자체로 정직성에 대한 부정적 요소가 되어 전 인격적 판단을 그르치게 하는 것이므로 **기업 질서 문란의 현실적 결과가 발생하지 않았더라도** 징계사유가 되고<sup>3)</sup>, 사전에 그러한 사실이 발각되었다면 사용자는 고용계약을 하지 아니하였거나 적어도 같은 조건으로는 고용계약을 하지 아니하였을 것으로 인정되는 정도의 것이라면 징계해고사유로서 정당하다고 봄<sup>4)</sup>

그러나 허위 기재가 작성자의 착오로 인한 것이거나 그 내용이 극히 사소하여 그것을 징계해고사유로 삼는 것이 사회통념상 타당하지 않다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 해고사유로 삼을 수 없다고 봄<sup>5)</sup>

#### 【대법원 1990. 12. 7. 선고 90다카23912 판결】

“2. 단체협약이나 취업규칙에 징계해고사유에 해당하는 행위가 구체적으로 규정되어 있는 경우에, 객관적으로 보아 그와 같은 징계해고사유가 고용계약을 계속시킬 수 없을 정도의 사유로 근로자에게 책임을 지우는 것이 사회통념상 타당성이 없는 것으로 평가되기 때문에, 그와 같은 규정 자체가 근로기준법 제27조 제1항에 위반되어 무효라고 인정되지 아니하는 한, 그와 같은 규정에 따른 징계해고는 일응 정당한 이유가 있는 해고라고 보아야 할 것인바 (당원 1987.4.14. 선고 86다카1875 판결; 1989.9.26. 선고 89다카5475 판결; 1990.4.27. 선고 89다카5451 판결 등 참조), 기업이 근로자를 고용함에 있어서 학력이나 경력 등을 기재한 이력서의 제출을 요구하는 것은, 단순히 근로자의 근로능력을 평가하기 위하여만이 아니라, 노사간의 신뢰의 형성과 기업질서의 유지를

3) 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다카23912 판결, 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다14650 판결 등

4) 대법원 1999. 12. 21. 선고 99다53865 판결, 대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결 등

5) 대법원 1999. 3. 26. 선고 98두4672 판결, 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결

위하여는 근로자의 지능과 상식·경험·기능·교육정도·정직성 및 직장에 대한 정착성과 적응성 등을 모두 고려한 전인격적인 판단을 거쳐 고용여부를 결정할 필요가 있기 때문에, 그와 같은 판단의 자료로 삼기 위한 것이라고 할 터인데(당원 1985.4.9. 선고 83다카2202 판결; 1988.2.9. 선고 87누818 판결; 1988.12.13. 선고 86다204, 86다카1035 판결; 1989.1.31. 선고 87다카2410 판결; 1989.3.14. 선고 87다카3196 판결 등 참조), 이와 같은 목적으로 제출이 요구되는 이력서에 허위의 경력을 기재한다는 것은, 그 자체가 그 근로자의 정직성에 대한 중요한 부정적인 요소가 됨은 물론, 기업이 고용하려고 하는 근로자들에 대한 전인격적인 판단을 그르치게 하는 것이므로, 피고 회사의 취업규칙의 경우와 같이, 근로자가 채용될 때 제출한 이력서에 허위의 경력 등을 기재한 행위를 징계해고사유의 하나로 삼은 규정은, 그와 같은 허위사항의 기재가 작성자의 착오로 인한 것이라거나, 그 내용이 극히 사소하여 그것을 징계해고사유로 삼는 것이 사회통념상 타당하지 않다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에만 이를 적용하지 않는 한, 정당한 해고사유를 규정하는 것으로 유효하다고 보지 않을 수 없다."

이러한 종래 판례의 입장에 따라 판례는 낮은 학력을 높게 사칭하는 것만이 아니라 **높은 학력을 낮게 사칭하는 것도 징계해고사유가 되고**<sup>6)</sup>, 낮은 학력을 숨기고 취업 하였으나 모자라는 학력 때문에 **하는 일에 지장이 없고 오랜 기간 성실히 근무하여 왔더라도** 정당한 징계해고사유가 된다<sup>7)</sup>고 판시하는 등 상당히 넓게 해고의 정당성을 인정해왔음

이러한 종래 판례 법리에 대하여 해고의 정당한 이유 판단을 오로지 근로계약 당시의 사용자의 주관적 사정만을 고려한 '가정적인 인과관계 판단'으로 대체하고 있다<sup>8)</sup>는 등 학계의 비판<sup>9)</sup>이 있었음

이에 하급심 판결<sup>10)</sup>이 "경력사칭의 동기, 사칭된 경력이 기업 질서를 현실적으로 침해하는 것인지 여부 등을 종합적으로 고려하여 사회통념상 합리성이 인정되어야

6) 대법원 1989. 1. 31. 선고 87다카2410 판결

7) 대법원 1989. 3. 14. 선고 87다카3196 판결

8) "사전에 알았다면 고용계약을 체결하지 않았거나 적어도 동일한 조건으로 계약하지 않았을 것"이라는 이른바 가정적 인과관계 판단으로 통상적 해고 판단에 요구되는 '정당한 이유'를 대체하고 있어 해고 제한 법리에 맞지 않고, '사회 통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유'에 해당하는지 여부에 대하여 사업장 여건, 근로자 직무 내용, 비위행위의 동기와 경위 등 종합적 검토를 하는 타 해고사유와 달리 오로지 근로계약 시 사용자의 주관적 사정만을 고려하는 것은 합리적이지 않다는 비판(조건주, '학력 또는 경력을 사칭한 경우 징계해고의 정당성', 「민사판례연구」 25권, 박영사, 2003.2.)

9) 경력 사칭으로 사용자가 구체적 피해를 본 경우에만 징계사유로 인정되어야 한다는 견해(이종복, '학력 내지 경력 사칭으로 인한 근로관계종료에 관한 법리구성', 「판례연구」 4집, 고려대학교 법학연구소, 1986.12.), 계약 체결 시 의사표시와 관련한 문제로서 취소의 법리로 해결해야지 해고 문제로 다룰 수 없다는 견해(하경효, '학력은폐 시 징계 해고의 타당성', 「노동법률」 97호, 중앙경제, 1999.6.) 등

10) 서울고등법원 2009. 1. 8. 선고 2008누10999 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 4. 3. 선고 2007구합31560 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 5. 28. 자 2009두2382 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

한다”고 하여 위 대법원 판례들과는 다른 판단기준을 제시한 예도 있었음

최근 대법원은 이른바 가정적 인과관계의 요소뿐 아니라 **고용 이후 해고 시점까지의 제반 사정**을 보태어 보더라도 그 해고가 사회통념상 현저히 부당한 것은 아니라고 인정이 되어야만 경력 사칭을 이유로 한 해고의 정당성이 인정될 수 있다는 취지로 판시하였는데, 이 판례는 ① 판단 시점이 고용 당시에서 해고 시점까지 확장된 점, ② 판단 요소에 사용자의 주관적 의사뿐 아니라 객관적 제반사정까지 포함되었다는 점에서 **기존 판례보다 까다로운 기준**을 제시하였다고 평가됨

#### 【대법원 2012. 7. 5. 선고 2009두16763 판결】

“가. 근로기준법 제23조 제1항 은 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고하지 못한다고 하여 해고를 제한하고 있으므로, 징계해고사유가 인정된다 하더라도 사회통념상 고용관계를 계속 할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다 (대법원 1998. 11. 10. 선고 97누18189 판결 등 참조). 이는 근로자가 입사 당시 제출한 이력서 등에 학력 등을 허위로 기재한 행위를 이유로 징계해고를 하는 경우에도 마찬가지이고, 그 경우 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 사용자가 사전에 그 허위 기재 사실을 알았더라면 근로계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일 조건으로는 계약을 체결하지 않았으리라는 등 고용 당시의 사정뿐 아니라, 고용 이후 해고에 이르기까지 그 근로자가 종사한 근로의 내용과 기간, 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 고려 요소가 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 그이후의 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 전국○○노동조합을 제외한 나머지 원고들 전원, 이하에서는 ‘위 원고들’이라 한다)이 모두 4년제 대학졸업자임에도 피고 보조참가인 회사들 및 ○○○파워월드 주식회사(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 기재 행위를 해고사유로 규정하고 있는 점, 참가인 회사 등은 4년제 대학졸업자를 생산직 사원으로 고용하지 않아 왔기 때문에 참가인 회사 등이 고용 당시 위 원고들의 4년제 대학졸업 사실을 알았더라면 이들을 고용하지 않았을 것으로 보이는 점 등을 종합하여 볼 때, 위 원고들이 입사 당시 이력서에 대학졸업 사실을 기재하지 아니한 것은 정당한 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 허위 기재 사실을 알았더라면 채용하지 않았을 것이라고 인정되면 해고에 정당한 이유가 있다고 보는 전제에 서 있는 것으로 보인다. 그러나 앞서 본 법리에 비추어 보면, 학력 등의 허위기재를 징계해고 사유로 규정한 취업규칙에 근거하여 근로자를 해고하는 경우에도, 고용 당시에 사용자가 근로자의 실제 학력 등을 알았더라면 어떻게 하였을지에 대하여 추단하는 이른바 가정적 인과관계의 요소 뿐 아니라 고용 이후 해고 시점까지의 제반 사정을 보태어 보더라도 그 해고가 사회통념상 현저히 부당한 것은 아니라고 인정이 되어야만 정당성이 인정될 수 있다고 할 것이다.

따라서 원심으로서 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 허위 기재하여 취업한 경위 및 그 목적과 의도, 고용 이후 해고에 이르기까지 위 원고들 각자가 종사한 근로의 내용과 기간, 학력이 당해 근로의 정상적인 제공 등과 관련이 있는지 여부, 학력 허위 기재가 드러나게 된 경위와 그 이후 위 원고들의 태도 및 참가인 회사 등의 조치, 학력 허위 기재가 드러남으로써 노사간 또는 근로자 상호간의 관계나 기업경영 환경 및 사업장 질서유지에 어떠한 영향을 미쳤는지 등 여러 사정을 두루 심리해 본 다음, 이를 토대로 해서 보더라도 학력 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.”

#### 다. 경력 사칭의 하자 치유

법원은 경력 사칭의 하자 치유를 쉽게 인정하지 않는 경향을 보이는 바, 졸업증명서를 위조하는 등의 하자가 8년의 시일 경과로 치유되었다고 볼 수 없다고 봄

#### 【대법원 1989. 3. 14. 선고 87다카3196 판결】

“2. 그러나 기업이 근로자를 고용하면서 학력 또는 경력을 기재한 이력서나 그 증명서를 요구하는 이유는 단순히 근로자의 근로능력 즉 노동력을 평가하기 위해서만이 아니라 노사간의 신뢰형성과 기업질서유지를 위해서는 근로자의 지능과 경험, 교육정도, 정직성 및 직장에 대한 정착



성과 적응성 등 전 인격적 판단을 거쳐 고용여부를 결정할 필요가 있으므로 그 판단자료로 삼기 위한 것이다.(1989.1.31. 87 다카2410)

위 원심확정사실에 의하면, 피고 회사는 사원자격으로 중졸이상의 학력을 요건으로 하고 그 증명방법으로 중학교 졸업증명서의 제출을 요구하고 있는데 원고는 중학교졸업자가 아님에도 불구하고 졸업자인 것처럼 사칭하고 이를 증명하기 위하여 졸업증명서까지 위조하여 제출하였다는 것인 바, 피고가 원고를 고용할 때에 위와 같은 내용을 알았다면 원고의 근로능력의 측면 외에도 정직성 등 인격적 측면을 고려하여 원고를 고용하지 않았을 것이 우리의 경험칙상 명백하고, 원고가 그동안 학력미달로 인한 능력부족으로 작업에 지장을 초래한 일이 없었다고 하여도 이는 원고의 근로능력 즉 노동력을 뒷받침할 사유는 될지언정 앞에서 본 인격적 측면에서 고려해야 할 고용조건까지 뒷받침 해주는 사유는 될 수 없으며, 또 원고가 입사후 8년간 계속 근무하여 왔다는 것은 위와 같은 학력사칭과 문서위조 등 부정사실이 그토록 장기간 발각됨이 없이 은폐되었다는 점에서 오히려 피고 회사의 기업질서유지에 부정적인 영향을 미친다고 볼 수 있을 지언정 8년의 시일 경과로 위와 같은 하자가 치유되었다고 보는 것은 타당하지 않다.”

#### 라. 경력 사칭과 징계시효

법원은 경력 사칭을 은폐한 비위행위에 관하여 근로자가 취업규칙 등에 규정된 징계시효를 주장하는 것은 신의칙 위반이라 봄

#### 【대법원 1995. 3. 10. 선고 94다14650 판결】

“피고 회사의 종업원에 대한 징계절차를 규정하고 있는 상벌규정 제17조는 “징계사유의 시효”라는 제목 아래 “징계의결의 요구는 징계사유가 발생한 날로부터 1년을 경과한 때에는 이를 행하지 못한다”고 규정하고 있는바, 위 규정은 근로자에 대한 징계사유가 발생하여 회사가 일방적으로 근로자를 징계할 수 있었음에도 그 행사 여부를 확정하지 아니함으로써 근로자로 하여금 상당기간 불안정한 지위에 있게 하는 것을 방지하고 아울러 회사가 비교적 장기간에 걸쳐 징계권행사를 게을리하여 근로자로서도 이제는 회사가 징계권을 행사하지 않으리라는 기대를 갖게 된 상태에서 회사가 새삼스럽게 징계권을 행사하는 것은 신의칙에도 반하는 것이 되므로 위 기간의 경과를 이유로 사용자의 징계권행사에 제한을 가하려는 취지에서 둔 규정으로서 그 기산점은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때라고 할 것이다.

따라서 원심이 상벌규정상 징계권행사에 관한 제한규정의 취지를 위와 같이 풀이하면서도 위 시효기간의 기산점이 피고 회사가 원고의 경력허위 기재사실을 알았거나 알 수 있었을 때라고 해석하여 이 사건 징계해고가 소멸시효기간 내에 행하여졌다고 판시한 것은 잘못이라 할 것이나, 원심이 인정한 바와 같이 원고가 피고 회사에 입사할 당시 이력서에 원고의 채용여부 등에 영향을 미칠 중요한 경력을 은폐, 허위의 경력을 기재하고 피고로서도 아무런 잘못이 없이 그러한 사실을 알지 못하여 징계권을 행사하지 못한 채 위 징계시효기간이 도과한 후인 1990.11.20.에 이르러서야 비로소 원고의 경력허위 기재사실을 알고서 곧바로 원고에 대한 징계절차를 취하였음이 분명한 이상, 원고는 채용 당시부터 사용자에 대하여 그 채용여부 등에 중요한 영향을 미칠 경력을 은폐

하고 허위의 경력을 기재함으로써 사용자와 피용자 사이에 요구되는 신의칙상의 의무에 위배하여 근로계약을 체결한 자로서, 오히려 피고는 아무런 잘못이 없이 이러한 징계사유를 알지 못하여 징계시효기간을 도과하였음에도 불구하고 이를 이유로 자신에 대한 징계처분의 효력을 다투는 것은 보통인의 정의관념에 비추어 볼 때 신의칙에 위반되어 도저히 허용될 수 없다고 하지 않을 수 없다. 원심이 원고의 징계권 소멸에 관한 주장을 배척한 것은 결과적으로 정당하므로 이 점을 지적하는 상고이유도 받아들일 수 없다.”

#### 마. 경력 사칭의 해고와 신의칙

법원은 사용자가 경력 은폐 사실을 **알게 되었으나** 근로자들의 반발을 우려하여 원고의 징계를 유보하여 오다가 **1년 3개월**이 지나 근로자가 집회 및 시위에 관한 법률위반으로 구속되어 재판을 받게 되자 징계해고를 한 사안에서 징계해고가 **신의칙 위반에 해당하지 않는다고 봄**

#### 【대법원 1994. 1. 28. 선고 92다45230 판결】

“피고 회사가 원고의 학력은폐 사실을 알고도 피고 회사측의 사정으로 그로부터 약 1년 3개월 남짓이 경과하도록 징계를 하지 않았다 하여 상대방인 원고가 이제는 피고 회사가 이를 이유로 징계권을 행사하지 아니할 것으로 신뢰할만한 정당한 기대를 가지게 된 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로 그 후 원고를 징계하는 것이 신의성실의 원칙에 위반하는 것으로는 인정되지도 아니한다고 한 후에, 피고 회사가 1989.8. 단체협상과정에서 경력은폐 등을 이유로 한 해고조항을 개정하면서 원고 개인의 학력은폐 등은 불문에 붙이기로 합의하였다는 원고의 주장에 관하여 1989.8. 단체협약을 체결하면서 경력은폐 등을 이유로 한 해고조항에 “타목적을 위해”라는 요건을 추가한 것은 사실이나 그것만으로 그 당시 원고 개인의 학력은폐 등을 불문에 붙이기로 하였다고 보기는 어렵고 그 밖에 달리 이를 인정할 증거가 없다며 배척하였는바, 원심의 위와 같은 사실 인정과 판단은 정당하고 거기에 소론과 같은 채증법칙 위배나 심리미진으로 인한 사실오인, 판단유탈 또는 징계위원회구성과 징계절차, 신의성실의 원칙 및 입증책임에 대한 법리오해의 위법은 없다.”

## 1.2 경력 사칭 해고 관련 종전<sup>11)</sup> 판례

### 가. 징계해고의 정당성을 인정한 판례

- 1) 법원은 다른 공장에서 봉제공으로 근무한 경력이 있음에도 그 공장이 노사

11) 위 정당성 요건을 강화한 판결(대법원 2012.7.5. 선고 2009두16763 판결)이 선고되기 전의 판례들이므로 이하의 정당성 인정 사례들에 대하여는 향후 다른 판단이 나올 가능성을 배제할 수 없음

분규와 관련하여 폐쇄된 것으로 항간에 알려져 있어 그 기간 동안 **다른 회사에 근무한 것처럼** 이력서에 허위 기재하여 봉제공으로 취업한 경우 해고의 정당성을 인정함<sup>12)</sup>

2) 법원은 고교 재학 중 특수강도 혐의로 형사 입건되어 **고등학교에서 퇴학** 처분을 받았음에도 고등학교 **졸업으로** 이력서를 허위 기재한 경우 해고의 정당성을 인정함<sup>13)</sup>

3) 법원은 공업고등학교 졸업, **공업전문대학 2학년 중퇴** 사실을 은폐하고 **중학교 졸업으로** 이력서에 허위 기재한 경우 해고의 정당성을 인정함<sup>14)</sup>

4) 법원은 중학교 졸업 이상 학력을 요건으로 하는 회사에 입사하면서 중학교 졸업을 사칭하고 **졸업증명서를 위조**하여 제출한 후 **8년간 계속 근무**한 경우 해고의 정당성을 인정함<sup>15)</sup>

5) 법원은 실제 철도청 공작장에 **근무한 기간이 1년 4개월** 남짓임에도 중공업 회사에 입사하면서 같은 곳에서 **약 4년간 근무**한 것처럼 이력서에 경력을 기재한 경우 해고의 정당성을 인정함<sup>16)</sup>

6) 법원은 근로자 대부분이 여자인 회사에 입사하면서 **강간치상죄 처벌** 사실을 은폐하고 경력을 과장한 경우 해고의 정당성을 인정함<sup>17)</sup>

7) 법원은 **대학교 졸업 사실을 누락**시키고 고등학교 졸업 후 트럭 조수 등으로 근무하다가 군에 입대한 것처럼 허위로 기재한 이력서를 제출하여 입사한 근로자를, 사용자가 그 사실을 안 뒤 1년 3개월 여만에 해고한 경우 해고의 정당성을 인정함<sup>18)</sup>

8) 법원은 입사 전 **3개 업체에 2년 미만씩** 근무하고 마지막 회사에서 근무 중 해고당하자 부당해고 구제신청을 하고 사용자와 합의하여 구제신청을 취하하고 퇴사하였음에도, 마치 **2개 업체에서 7년과 3년** 동안 근무하였고 위 마지막 회사는 근무한 적 없는 것처럼 기재한 경우 해고의 정당성을 인정함<sup>19)</sup>

12) 대법원 1985. 4. 9. 선고 83다카2202 판결

13) 대법원 1988. 2. 9. 선고 87누818 판결

14) 대법원 1989. 1. 31. 선고 87다카2410 판결

15) 대법원 1989. 3. 14. 선고 87다카3196 판결

16) 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다카23912 판결

17) 대법원 1991. 4. 9. 선고 90다카2742 판결

18) 대법원 1994. 1. 28. 선고 92다45230 판결

19) 대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결

9) 법원은 **대학교 3학년**까지 마친 후 제적되었음에도 고졸 이하의 미혼 여성으로 지원자격을 제한한 회사에 입사하면서 이력서에 **고등학교만 졸업**한 것으로 기재하였고, 각서를 제출하여 허위 사실이 발견되면 어떠한 처벌도 감수하겠다고 한 경우 해고의 정당성을 인정함<sup>20)</sup>

#### 나. 징계해고의 정당성을 부정한 판례

1) 법원은 **초등학교 5학년 중퇴** 학력임에도 **고등학교 2학년을 중퇴**하였다고 하여 회사에 입사하였는데 주로 납땜 업무에 종사하여 학력이 **업무 능력에 미치는 영향이 거의 없었고**, 입사 후 **2년 9개월** 동안 성실하게 직무를 수행하여 학력 미달로 인한 능력 부족이나 그 밖의 결함이 없었던 경우 해고의 정당성을 부정함<sup>21)</sup>

2) 법원은 **단순 생산직** 육체노동 근로자로서 **학교 이름만 조금 다르게** 기재했을 뿐이고 학력이 전혀 문제되지 않았던 경우 해고의 정당성을 부정함<sup>22)</sup>

3) 법원은 **철도청에 근무하다 업무상 배임죄**로 형사처벌을 받고 파면된 후 6년이 지나 그 사실을 은폐하고 관광호텔에 입사하였지만, 철도청 직무와는 다른 종류인 **관광 숙박업 종사원 자격증**을 취득하고 **호텔 식음료부**에 13년간 성실하게 근무한 경우 해고의 정당성을 부정함<sup>23)</sup>

4) 법원은 버스 회사에 입사할 때 이력서를 제출하면서 **다른 버스 회사에 4개월 동안 근무한 경력**을 누락하였으나, 비위 사실을 은폐할 목적으로 **고의로 이를 누락한 것이 아니라** 그 경력 외에 다른 버스 회사에서 2년 이상 대형 버스를 운전한 경험이 있고 이것만으로 회사가 입사 자격으로 삼는 운전 경력을 나타내는 데 큰 지장이 없다고 판단하여 이를 누락한 경우 해고의 정당성을 부정함<sup>24)</sup>

5) 법원은 **대학교 중퇴와 다른 택시 회사 근무 경력**을 누락하였으나 실제로 회사에는 **대졸 학력**을 가진 근로자가 **최소한 5명 이상** 있었고, 위 근로자나 대졸 학력자들이나 모두 같은 조건으로 근무했던 점, 그 학력·경력이 근로계약 체결 여부나 근로조건 결정에 크게 영향을 주지 않은 점, 고학력 때문에 동료들 사이에 위화감이나

20) 대법원 2003. 5. 16. 선고 2002다25525 판결

21) 대법원 1986. 10. 28. 선고 85누851 판결

22) 대법원 1989. 5. 9. 선고 88다카4918 판결

23) 대법원 1993. 10. 8. 선고 93다30921 판결

24) 대법원 1999. 12. 21. 선고 99다53865 판결

위장 취업에 따른 노사 분쟁을 야기한 적이 없는 등 학력·경력 은폐와 관련한 문제가 없었던 경우 해고의 정당성을 부정함<sup>25)</sup>

## 2. 무단결근

### 2.1 의의

무단결근이란 정당한 사유 없이 근로일에 사업장에 나오지 않은 것을 말하며, 보통 ‘~일 이상 무단결근할 때’, ‘근무성적 또는 근무능력이 불량할 때’ 등의 형식으로 취업 규칙에 징계해고사유로 규정되어 있음

### 2.2 종류

#### 가. 사용자의 승인을 얻지 않은 결근

1) 법원은 사전에 결근계를 제출하여 승낙을 받아야 하고, 전화나 구두로 알려 사전 승낙을 받은 경우에도 사후에 사유서를 첨부한 결근계를 제출하도록 규정하였 다면 결근계를 제출하지 않은 이상 실제로 질병 또는 부득이한 사유가 있었다더라도 무단결근이라고 봄<sup>26)</sup>

2) 법원은 관리자에게 병가사실을 충분히 알린 경우라고 하더라도, 사용자의 절차에 따른 병가신청 권유에도 불구하고 이를 이행하지 않은 채 출근하지 아니한 것은 무단 결근의 징계사유에 해당한다고 봄<sup>27)</sup>

3) 법원은 사전에 허가를 받거나 연차휴가를 사용하지 아니한 채, 노동위원회 심문기일에 출석하기 위하여 외출한 것은 개인적 사유로 인한 외출로서 무단외출에 해당<sup>28)</sup>하고, 사후에 연차휴가를 사용하였더라도 이미 행한 무단외출이 정당하게 되는 것은 아니라고 봄<sup>29)</sup>

25) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003두14338 판결

26) 대법원 1987. 4. 14. 선고 86다카1875 판결

27) 1심(서울행정법원 2015. 2. 26. 선고 2014구합21202 판결)과 2심(서울고등법원 2015. 11. 4. 선고 2015누 38001 판결) 모두 동일한 판단을 하였으며, 대법원(대법원 2016. 2. 18.자 2015두57673 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

28) 근로자가 노동위원회에 정당한 권리구제를 신청하여 조사에 응한 것 그 자체를 이유로 불이익을 주는 것은 부당 하겠지만 노동위원회 조사에 응하기 위해 출석하는 것은 공의 직무라고 보기 어렵기 때문에 사용자의 승낙을 얻고 외출하거나 결근해야 함

29) 서울고등법원 2011. 11. 4. 선고 2011누4901 판결

4) 법원은 사용자의 **사전승인 없이 휴가**를 간 것은 무단결근에 해당하고, 휴가 사용을 동료직원에게 **알리고 게시판에 게재하였다고 하여** 무단결근이 아니라고 볼 수 없다고 판단함<sup>30)</sup>

5) 법원은 회사 내에서 근로자들이 무단결근을 하면 **관행적으로 시말서만 받았다고 하더라도** 무단결근 자체는 징계사유에 해당한다고 봄<sup>31)</sup>

6) 법원은 버스기사인 근로자들이 노동위원회 심문회의 참석을 위하여 **사전에 배차명령을 조정하여 줄 것을 수차에 요청하였고**, 관행적으로 배차조정이 어렵지 않을 것으로 보임에도 불구하고 사용자는 취업규칙 등의 절차에 따라 **연차휴가를 사용할 것만을 주장하여 결국 버스가 결행된 경우**, 이러한 배차명령은 **신의칙에 반하여 위법**하고 이에 따르지 않은 것을 징계사유로 삼을 수 없다고 봄<sup>32)</sup>

7) 법원은 상사·동료의 폭행, 협박으로 **직장 생활을 감당할 수 없어 휴직 신청**을 하였으나 회사가 이를 **승인하지 아니하자** 계속 승인을 요구하면서 결근한 것은 무단결근에 해당하지만 이를 이유로 해고한 것은 **징계권 남용**이라고 봄<sup>33)</sup>

8) 법원은 취업규칙 등에 결근에 관한 특별한 규정이 없는 경우에도 객관적인 소명 자료를 제시하는 등 **적당한 방법으로 사전 또는 사후 승인을 받아야** 결근이 정당화된다고 봄<sup>34)</sup>

9) 법원은 **숙부상을** 당하였다는 이유로 이를 **중간관리자에게만** 고지한 채 조퇴하고 그 다음 날에도 출근하지 아니한 경우, 취업규칙 등에 숙부상을 당한 경우 별다른 절차 없이 휴가를 사용할 수 있다는 규정에 관한 입증이 없는 이상 무단조퇴 및 무단결근이라고 봄<sup>35)</sup>

## 나. 연차휴가

1) 근로기준법 제60조제5항에 따라 근로자가 시기를 지정한 휴가신청에 대해 사용

30) 서울행정법원 2012. 6. 29. 선고 2012구합6933 판결

31) 서울행정법원 2015. 2. 25. 선고 2014구합14587 판결

32) 대전고등법원 2015. 12. 3. 선고 2015누11934 판결[1심 판결(대전지방법원 2015. 6. 10. 선고 2014구합 102189 판결)을 인용함]

33) 대법원 1997. 7. 22. 선고 95다53096 판결

34) 대법원 1992. 4. 24. 선고 91다17931 판결

35) 서울고등법원 2011. 7. 14. 선고 2010누36499 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 10. 27. 자 2011두20208 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

자가 시기변경권을 행사하지 아니한 이상 정당한 연가신청이므로 사용자는 연차휴가를 실시하여야 함

법원은 사용자가 근로자의 연차휴가 신청에 대하여 회사의 운영에 지장이 있음을 이유로 그 시기 변경권을 행사하였다는 사정이 없는 한, 그 연차휴가 신청에 회사의 승인이 없더라도 근로자는 출근의무가 없다고 봄<sup>36)</sup>

2) 법원은 근로자가 시기를 지정한 연차휴가 신청에 대하여 사용자는 그것이 **사용자를 규탄하는 천막농성을 위한 휴가신청이라는 이유로** 시기 변경권을 행사하거나 이를 반려할 수 없다고 봄

【서울행정법원 2014. 6. 20. 선고 2013구합65243 판결】

“근로기준법 제60조 제5항에서 정한 “사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우”라 함은 해당 근로자가 휴가를 사용하여 그 직접적 효과로서 발생하는 업무의 공백으로 사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우를 지칭하는 것으로 보이고, 해당 근로자가 휴가 기간이라는 개인적 시간에 펼치는 활동으로 인해 사업 운영에 지장이 있는 경우를 지칭한다고 볼 수 없다. 왜냐하면, 근로기준법 제60조에 따라 근로자에게 보장된 휴가는 근로기준법 제55조에서 정한 휴일과 마찬가지로의 근무 외 시간으로서 사용자가 근로자의 근무 외 시간의 활용 방법에 따라 휴가 부여 여부를 결정할 수 있도록 하면 사용자의 근로자의 사적 생활에 대한 간섭을 허용하는 결과를 야기할 수 있고 더 나아가 근로자에게 법적으로 보장된 휴가지정권이 침해될 수도 있기 때문이다. 물론, 휴가 기간 동안의 활동으로 사용자에게 손해를 끼친 경우 이를 사유로 징계 또는 손해배상을 청구할 수 있음은 별론으로 한다.”

제8장  
징계해고사유

3) 법원은 근로자들이 단체로 연차휴가를 내고 회사가 이를 불허하였는데 **집단적 연차휴가를 승인할 경우 사업 운영에 막대한 지장이 초래될 개연성이 인정된 경우** 이러한 연차휴가 불승인은 정당하다고 봄<sup>37)</sup>

4) 법원은 사용자의 **부당해고로 인하여 근로자가 출근하지 못한 기간은 전체 근로일 및 출근일에 모두 산입하여 연차휴가를 계산하여야 한다**고 봄<sup>38)</sup>

36) 서울고등법원 2013. 4. 10. 선고 2012누23534 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 8. 20. 자 2013두8561 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

37) 1심(서울행정법원 2014. 7. 17. 선고 2013구합61708 판결)과 2심(서울고등법원 2015. 4. 22. 선고 2014누58831 판결) 모두 동일한 판단을 하였고, 동 사건은 대법원(2015. 8. 31. 자 2015두42756 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정되었으며, 리조트 객실 정비 용역을 하는 회사의 입장에서 제때 객실 정비가 이루어지지 아니하면 리조트 측으로부터 손해배상청구 및 계약 해지를 당할 수도 있는 사정을 고려하면(실제로 용역대금 중 약 8백만 원 상당의 금원을 손해배상금 명목으로 공제 당하였음) 회사가 근로자들의 연차휴가 신청을 승인할 경우 사업 운영에 막대한 지장이 초래될 개연성이 있었다고 봄이 타당하다고 한 사례임

38) 1심(서울행정법원 2012. 7. 6. 선고 2011구합30182 판결)과 2심(서울고등법원 2013. 4. 10. 선고 2012누23534

5) 법원은 근로자가 연차휴가를 사용하면서 언제부터 언제까지 사용할 것인지에 관하여 **특정하지 않은 것은 적법한 시기지정권의 행사라고 할 수 없어** 무단결근에 해당한다고 봄

이에 **단체교섭을 요구하는 농성**에 참여하기 위해 **시기를 특정하지 않은 연차휴가 신청서**를 제출하고 출근하지 않은 노조 지부장을 무단결근으로 해고한 것은 정당하다고 봄<sup>39)</sup>

6) 법원은 **시기지정권의 행사 방법**과 관련하여 취업규칙에 휴가 청구 절차에 관한 규정이 없는 경우에는 **전화나 구두로 한 청구도 적법하다고** 봄

법원은 갑자기 부상을 입고 치료를 받게 되어 **전화로 치료 기간을 연차휴가로 대체 해줄 것을 요청**한 사안에서 전화로 한 휴가 청구도 적법하므로 이에 대해 회사가 시기변경권을 행사하지 아니하였다면 이에 따라 출근하지 않은 기간은 연차휴가권 행사이지 결근이 아니라고 봄<sup>40)</sup>

법원은 사업장에 **결근계 양식만 비치되어** 있고 연차휴가계 양식이 존재하지 않는 경우, 근로자가 **“개인사정 및 노동조합 활동”을 사유로 결근계를 제출한 것은 연차휴가에 관한 시기지정권 행사의 의사표시로** 보아야 하고, 따라서 사용자가 시기변경권을 행사하지 아니하고 결근 허가 사유에 해당하지 않는다는 이유로 위 연차휴가 신청을 불허하는 것은 허용되지 않는 것이므로, 이에 반하여 결근한 것을 두고 무단결근이라고 볼 수 없다고 봄<sup>41)</sup>

7) 법원은 **기간의 특정**과 관련하여 연가신청은 그 기간을 특정하면 족하고 어떤 **근무연도의 연가인지를 꼭 기재할 필요는 없으므로** 2008년도 연가신청을 함에 있어 ‘2007년분 연차휴가’라고 잘못 기재한 것을 이유로 휴가신청을 불허한 것은 부당하다고 봄

이 판결에서 법원은 휴가기간을 특정하면 족한 것이고, 어떤 근무연도인지를 기재할 필요가 없는 점, 다른 근로자들도 몇 년도 분인지 특정하지 않았던 점, 2007년도 분은 이미 소멸되었음이 명백한 것으로 볼 때 **단순 오기인 것으로** 보인다고 판단함<sup>42)</sup>

판결)모두 동일하게 판단하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 8. 20. 자 2013두8561 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

39) 대법원 1997. 3. 25. 선고 96다4930 판결, 대법원 1997. 3. 28. 선고 96누4220 판결

40) 대법원 1992. 4. 10. 선고 92누404 판결

41) 1심(서울행정법원 2013. 10. 24. 선고 2012구합41455 판결)과 2심(서울고등법원 2014. 8. 21. 선고 2013누30867 판결) 모두 동일하게 판단하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 12. 24. 자 2014두12093 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



### 다. 전근·전보·전직 등 인사 명령에 불응한 결근

1) 사용자의 인사명령(전근·전보·전직)에 반발하여 회사에 출근하지 않아 일견 취업규칙상 무단결근 또는 업무상 명령 위반에 해당하는 경우, **선행 인사명령의 당부**에 따라 징계사유로서의 정당성 여부가 결정됨<sup>43)</sup>

법원은 인사명령이 정당하여 무단결근이 해고 사유가 될 수 있다 하더라도 당해 근로자의 결근 일수, 인사처분 경위 등의 사정을 살펴 해고가 재량권 범위 내의 처분인지를 살펴야 한다고 봄

#### 【서울고등법원 2012. 5. 23. 선고 2011누33220 판결<sup>44)</sup>】

“위 인정 사실에 의하면, 이 사건 대기발령은 인사권 남용으로 무효이어서 원고로서는 이 사건 대기발령에 따라 참가인 사업장 내에서 일정 시간 대기할 의무가 있었다고 볼 수 없고, 설령 원고가 이 사건 대기발령 기간에 근무 복장을 제대로 갖추어 출근·대기를 하더라도, 참가인이 원고에게 배치지시를 하지 아니할 것이 명백히 예상되었기 때문에 원고는 자신에게 배치명령이 있는지를 확인한 후 조기에 귀가할 수 밖에 없었다고 봄이 타당하다. 따라서 이처럼 원고가 이 사건 대기발령 기간에 자신에 대한 배치지시가 없는 것을 확인한 후 참가인 사업장 내에서 대기하지 않고 참가인의 허락 없이 곧바로 귀가한 것은 정당화할 만한 특별한 사정이 존재하므로 징계해고사유인 무단결근으로 볼 수는 없다.”

제8장  
징계해고사유

2) 법원은 해고한 근로자를 법원 판결, 노동위원회 구제명령 등에 따라 **복직 시키면서 종전과 다른 업무로 인사명령**을 하자 근로자가 거부한 경우, 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용자의 경영상 필요, 작업 환경의 변화 등을 고려하여 **합당한 복직**이라고 인정된다면 이에 불응하여 작업을 거부하는 것은 징계사유가 된다고 봄<sup>45)</sup>

#### 【대법원 1997. 5. 16. 선고 96다47074 판결】

“원심판결 이유에 의하면, 원심은, 사용주가 해고되었던 근로자를 복직시키면서 해고 이후

42) 서울고등법원 2012. 4. 12. 선고 2011누27379 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 7. 26.자 2012두9734 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

43) 선행 인사명령이 정당하다면 정당성이 인정되고(대법원 1995. 8. 11. 선고 95다10778 판결), 선행 인사명령이 부당하다면 정당성이 부정됨(대법원 1997. 12. 12. 선고 97다36316 판결, 대법원 1991. 9. 24. 선고 90다12366 판결, 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다47677 판결, 대법원 2009. 3. 12. 선고 2007두22306 판결 등) 인사명령의 정당성에 관한 자세한 내용은 ‘제6장 전직·전보, 전직 등’ 참조

44) 동 사건은 대법원(대법원 2012. 9. 27.자 2012두13702 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

45) 대법원 1994. 7. 29. 선고 94다4295 판결, 대법원 1997. 5. 16. 선고 96다47074 판결

복직시까지 위 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 필요, 작업 환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨다면 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 이는 사용주의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것이므로 정당하게 복직시킨 것으로 보아야 한다고 전제한 후, 피고 회사가 1994. 12. 11. 영업용 택시의 고정기사로 근무하던 원고를 징계해 고하였으나, 강원도지방법노동위원회가 피고 회사에게 원고를 복직시킬 것을 권고하여, 피고는 1995. 1. 21. 원고에게 1995. 1. 22.부터 영업용 택시의 주간 예비기사로 복직할 것을 통보한 사실, 1994년 말 및 1995년 초경 피고 회사가 운행하는 영업용 택시는 약 30대이고, 각 영업용 택시마다 고정기사가 1인씩 지정되어 있어 피고 회사의 고정기사는 약 30명이며, 예비기사는 약 7명인 사실, 피고 회사는 고정기사가 결원되는 경우 즉시 예비기사 중 가장 먼저 입사한 기사를 고정기사로 지정하고 있는데, 1994. 12. 11. 고정기사였던 원고를 해고한 후 위 인사방침에 따라 예비기사 중 1인을 고정기사로 지정하여 영업용 택시를 운행하게 한 사실, 원고를 복직시킬 당시인 1995. 1. 22. 피고 회사가 운행하는 모든 영업용 택시에 이미 고정기사가 지정되어 있어서 피고 회사는 원고를 예비기사로 복직시킨 사실, 예비기사는 고정기사가 휴무하는 경우 그 고정기사에게 지정된 영업용 택시를 운행하게 되는데, 고정기사의 근무일수와 예비기사의 근무일수는 큰 차이가 없는 사실을 인정한 다음, 피고 회사는 원고를 종전과 같이 운전기사로 복직시켰으므로 원고에게 합당한 직책을 부여한 것이라고 할 것이고, 다만 피고 회사가 원고를 종전의 직책인 고정기사가 아닌 예비기사로 복직시켰다 하더라도 이는 1994. 12. 11.자 해고 이후 위 해고가 유효함을 전제로 하여 이미 이루어진 인사질서 및 피고 회사의 경영상의 필요에 비추어 불가피한 조치였으므로, 원고가 위와 같은 복직을 거부하면서 계속 결근한 행위는 피고 회사의 취업규칙상 해고사유인 3일 이상의 무단결근에 해당한다고 보아 원고에 대한 해고가 정당하다고 판단하였다. 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 모두 수긍이 가고, 거기에 채증법칙을 위반한 잘못이 없고, 해고의 정당한 이유에 관한 법리오해의 위법도 없다. 이 점을 지적하는 상고이유도 받아들일 수 없다.”

3) 법원은 **직위해제** 처분의 경우에는 그것이 **위법하다 하더라도** 근로자의 출근 의무 자체가 면제된다고 볼 수 없어, 직위해제 처분이 부당함을 다투면서 근무지에 **출근하지 않은 것은 무단결근에** 해당한다고 봄

【서울고등법원 2012. 11. 14. 선고 2012누11777 판결<sup>46)</sup>】

“원고는 철도노조가 전면파업에 돌입하자 2009. 11. 26.부터 2009. 12. 2. 사이에 참가인들을 포함한 철도노조의 간부들에 대하여 일률적으로 인사규정 제52조 제1항 제1호를 적용하여 직위 해제를 하면서 지정장소 대기를 지시하고 연구과제를 부여하였다. 그 무렵 철도노조는 참가인들을 비롯한 직위해제자들에게 과제물 제출을 거부하도록 지시하였고, 참가인들 등 직위해제자들은 그 과제수행을 거부하거나 지정된 대기장소에 머무르지 않고 소속장의 승인 없이 대기장소를 이석하였다…(중략)…근로자의 출근의무는 근로자가 근로계약에 의하여 사용자에게 부담하는 근로제공의무에 내재된 것으로서 근로관계 유지를 위하여 필수적으로 이행되어야 할 기본적인

의무에 해당하고, 사용자의 근로자에 대한 직위해제 처분이 위법하다고 하여 근로자의 출근의무 자체가 면제된다고 보기 어렵다.”

#### 라. 노동조합 활동과 무단결근

1) 법원은 **노사분규가 수습되어 회사 업무가 정상으로 돌아왔는데도 회사 근무 촉구**에 응하지 않고, **노동조합 활동임을 내세워** 장기간 승무에 임하지 않은 것은 무단결근에 해당한다고 판단함<sup>47)</sup>

2) 법원은 **노동조합 대의원 선거에 입후보하여 선거운동을 하여야** 한다는 이유로 결근한 것은 정당하지 않다고 봄<sup>48)</sup>

3) 법원은 사용자가 **시간 외 근로수당을 지급하지 않은** 경우 적법 절차에 따라 지급을 구하는 것은 별론으로 하고 이를 **사유로 불성실 근무를 하는** 것은 정당하지 못하다고 봄<sup>49)</sup>

4) 법원은 **노동조합 전임자는** 휴직 상태에 있는 것과 유사하므로 **교육·연수·훈련에 참가하지 않은 것은 징계사유에 해당하지 않으나**<sup>50)</sup>, 노동조합 전임자도 **출·퇴근에 관한 취업규칙** 등의 적용을 받으므로 이를 위반한 때에는 징계사유가 된다고 보았으며<sup>51)</sup>, 노조전임자가 **노조 대표자의 승인 없이 노조사무실에 출근하지 않은** 경우, 무단결근의 **징계사유에 해당한다고** 봄<sup>52)</sup>

5) 법원은 단체협약에 따라 노동조합이 사용자에게 당해 근로자를 **노조전임자로** 통보하였으나 사용자의 **노조전임 발령이 아직 없었다면** 원칙적으로 **근로제공의무가 면제되지 않는다**<sup>53)</sup>고 보고 있으므로, **종전 근무 부서에 결근하면** 특별한 사정이 없는 한 무단결근에 해당하고<sup>54)</sup>, 이 경우 노조전임 발령이 있었는지, 노조전임 통지만으로 근로제공의무가 면제되는 관행이 있었는지 등의 사정을 검토하여야 함

46) 1심 판결(서울행정법원 2012. 3. 29. 선고 2011구합18373 판결)을 인용함

47) 대법원 1990. 10. 23. 선고 89누4666 판결

48) 대법원 1992. 2. 11. 선고 91다5976 판결

49) 대법원 1992. 4. 24. 선고 91다17931 판결

50) 대법원 1999. 11. 23. 선고 99다45246 판결

51) 대법원 1993. 8. 24. 선고 92다34926 판결

52) 서울행정법원 2015. 2. 25. 선고 2014구합14587 판결

53) 대법원 1997. 4. 25. 선고 97다6926 판결 참조

54) 대법원 1997. 4. 25. 선고 97다6926 판결

【서울고등법원 2010. 7. 6. 선고 2010누568 판결<sup>55)</sup>】

“(1) 노조전임제는 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태이고 사용자가 단체협약 등을 통하여 승인하는 경우에 인정되는 것으로서 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 근로조건이라고 할 수 있으므로, 단체협약에 노조전임규정을 두었다고 하더라도 그 내용상 노동조합 대표자 등의 특정 근로자에 대하여 그 시기를 특정하여 사용자의 노조 전임발령 없이도 근로제공의무가 면제됨이 명백하거나 그러한 관행이 확립되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 근로자의 근로계약관계를 직접 규율할 수 없어서 노조전임발령 전에는 근로제공의무가 면제될 수 없다고 할 것이고, 근로자가 근로계약에 의하여 사용자에게 부담하는 근로제공의무를 이행하지 못하게 된 경우 이를 정당화하기 위하여는 사용자의 사전 또는 사후의 승인을 요하고, 근로자의 일방적인 통지에 의하여 근로제공의무의 불이행이 정당화될 수 없다 할 것이다(대법원 1997. 4. 25. 선고 97다6926 판결 참조).”

6) 법원은 **노조전임자의 근거규정인 단체협약이 유효기간의 만료로 효력을 상실한 경우 노조전임자는 사용자의 원직복귀명령에 응하여야** 하고, 이에 따르지 않은 경우 무단결근으로서 징계해고사유가 된다고 봄<sup>56)</sup>

7) 법원은 근로자들이 지명파업에 참여하라는 노동조합 분회의 지시에 따라 사용자가 지시한 **자체교육을 집단적으로 거부**하거나 사용자의 **인사명령을 거부하면서 업무복귀 지시에 불응한 것이** **정당한 쟁의행위**에 해당하여 징계사유로 삼을 수 없다고 봄<sup>57)</sup>

## 2.3 해고사유로 되는 무단결근 기간의 계산

### 가. 결근일수의 계산

7일 이상 무단결근이 해고사유로 규정되어 있는 경우, 이는 원칙적으로 연속 7일이 아닌 **통산 7일**을 의미하며, 그 산정 기간은 **상당한 기간 내의 기간**이라고 제한적으로 해석됨

## 【대법원 1995. 5. 26. 선고 94다46596 판결】

“해고는 징계처분 중 가장 무거운 처분으로서 사회통념상 고용계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 사유가 있는 경우에만 할 수 있는 것인 점에 비추어 인사위원회규정에

55) 대법원(대법원 2010. 10. 28.자 2010두18246 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

56) 대법원 1997. 6. 13. 선고 96누17738 판결

57) 1심(서울행정법원 2012. 7. 6. 선고 2011구합30182 판결)과 2심(서울고등법원 2013. 4. 10. 선고 2012누23534 판결) 모두 동일한 판단을 하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 8. 20. 자 2013두8561 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

의한 징계해고사유인 “7일 이상 무단결근 하였을 때”란 일정한 시간적 제한이 없이 합계 7일 이상의 무단결근을 한 모든 경우를 의미하는 것이 아니라 상당한 기간 내에 합계 7일 이상의 무단결근을 한 경우를 의미한다고 제한적으로 해석하여야 할 것이다.

원심이 적법하게 확정한 바와 같이 원고가 1991. 1.월경에 5회, 1992. 3.월경에 2회 무단결근을 하여 1년 2개월에 걸쳐 합계 7회의 무단결근을 한 것이라면, 이는 사회통념상 고용관계를 계속 할 수 없을 정도로 상당한 기간 내에 7회 이상의 무단결근을 한 것이라고 볼 수는 없으므로 이는 인사위원회규정 소정의 징계해고사유에 해당되지 않는다고 할 것이다.”

#### 나. 휴일·비번일의 포함 여부

1) 법원은 주휴일 제도는 근로자 피로를 회복시키는 물론 근로제공의무를 벗어나 사업장 이외의 장소에서 자유로운 시간을 갖도록 하는 취지의 강행규정이므로 **휴일은 결근일수에 포함되지 않는다**고 봄<sup>58)</sup>

그러나 교대제 근무기간 중의 비번일은 전날 근무일에 정상근무가 이루어진 경우에 인정되는 휴일이므로 결근이 계속되는 경우 비번일도 결근일수에 **포함된다**<sup>59)</sup>고 보고 있어, 격일제 근무형태의 버스기사인 근로자가 근무일에 근무하지 않은 이상 비번인 그 다음날의 결근은 결근일수에 포함된다고 봄<sup>60)</sup>

2) 취업규칙 등에서 지나치게 적은 횟수의 무단결근으로도 해고할 수 있도록 규정하고 있다면 그러한 규정은 **신의칙에 위반되어 무효로 될 수 있으나**, 실제 신의칙 위반으로 본 사례는 찾기 힘들

법원은 **연속 3일** 무단결근한 것을 해고사유로 규정한 단체협약은 법에 저촉되지 않는다고 보았으며<sup>61)</sup>, **연속되지 않더라도 5일 이상** 무단결근을 징계해고사유로 규정한 것 역시 **정당한 것으로 판단함**<sup>62)</sup>

58) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002두2857 판결

59) 대법원 1996. 11. 26. 선고 95누17571 판결

60) 서울행정법원 2015. 2. 25. 선고 2014구합14587 판결

61) 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다15631 판결

62) 대법원 2002. 12. 27. 선고 2002두9063 판결

### 3. 근무성적·태도 불량

#### 3.1 의의

기업 실무에서 근무 성적의 저조 등의 이유로 대기발령 후 일정 기간 교육기회를 부여하였음에도 개선되지 않는 경우 당연퇴직 처리할 수 있도록 취업규칙 등에 규정하는 사례가 많음

위와 같은 규정 자체는 적법하나, 실제 운용하면서 사용자가 고의적으로 근무평정을 낮게 주는 등 정당한 징계절차를 회피한 채 해고하는 수단으로 악용하는 경우 부당 해고에 해당할 수 있음<sup>63)</sup>

근무 성적·태도 불량이라는 징계사유는 대개 다른 비위행위와 경합하여 징계해고 사유가 되는 바, 징계 양정이 다투어지는 경우가 많음

#### 3.2 근무성적·태도 불량 관련 판례

##### 가. 징계사유의 정당성을 인정한 판례

1) 법원은 근로자가 3개월간 59회의 무단외출과 7일간의 지각을 하고도 반성하는 태도를 보이지 않는다면, 이를 이유로 한 해고는 정당하다고 봄<sup>64)</sup>

2) 법원은 보험회사가 거수실적(보험계약을 체결하여 보험료를 입금시킨 실적)이 불량한 사원에 대하여 징계할 수 있다는 인사규정에 따라 한 징계면직은 정당하다고 봄<sup>65)</sup>

3) 법원은 감독권자로서 토요일 근무시간 중에 부하직원과 함께 골프를 3회 하였고, 이것이 언론에 게재되게 한 것은 징계사유에 해당하나, 징계의 종류 중 가장 중한 해고를 선택한 것은 지나치게 가혹하다는 이유로 징계권 남용으로 봄<sup>66)</sup>

4) 법원은 자원봉사센터의 사무국장으로서 소장을 보좌하여 자원봉사센터의 업무를 총괄하는 한편 직원들의 복무관리까지 담당하는 지위에 있으므로 자신이 직접 담당하는 업무가 아니더라도 그 직원들이 비위행위를 저지른 이상 징계사유에 해당한다고 봄<sup>67)</sup>

63) 자세한 내용은 '제9장 직권면직' 참조

64) 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누15742 판결

65) 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다카25420 판결

66) 대법원 1996. 4. 23. 선고 96다2378 판결

67) 서울고등법원 2013. 2. 7. 선고 2012누25417 판결, 대법원(대법원 2013. 6. 13. 자 2013두6060 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨

5) 법원은 **부하직원이 약 16억원 이상의 금액을 횡령**하는 금융사고가 발생하였는바, 근로자는 부하직원을 관리·감독하여야 할 직무상 의무를 게을리하여 징계사유에 해당한다고 봄<sup>68)</sup>

6) 법원은 택시기사인 근로자가 회사의 전액관리제 실시 공고에 반발하여 **6개월여 기간 동안 고의로 불성실하게** 근로를 함으로써 **운송수입금을 총 1,783,039원 적게 입금**한 경우, 취업규칙상 ‘업무명령을 위반하거나 직무를 게을리하고 회사 지시를 고의로 회피 또는 회사교육을 기피한 자’에 해당하여 징계사유로 된다고 봄<sup>69)</sup>

7) 법원은 00연금공단 근로자의 업무실적이 매우 저조[CSA업무의 경우 **목표량의 18.9%**(후임자는 목표량의 99.8% 달성), 평생고객이력 등록내역이 **동료 및 후임자의 1/22 내지 1/11 수준**]하여 이를 징계해고사유로 삼은 것은 정당하다고 봄<sup>70)</sup>

8) 법원은 사립학교 교사가 학생들의 대학 진학 상담 및 학교 내 장학금 지급 대상 선정에 활용되는 중요한 자료인 **학력평가 자료를 불성실하게 잘못 입력**하고, 수업시간에 충실하게 수업을 하지 않고 학생들의 **학업 성취 및 인격 향상에 악영향을 미칠 수 있는 발언**들로 인하여 학생들로부터 민원이 들어오기도 하였다는 점 등을 이유로 징계해고한 것은 정당하다고 봄<sup>71)</sup>

9) 법원은 학교법인의 **교비회계 및 결산 등에 관한 업무**를 담당하고 있는 근로자들이 **계좌를 이사 등이 직접 관리**하고 있다는 이유로 교비를 제대로 집행하거나 결산하지 못하여 **교비횡령 사고**를 막지 못하였더라도, 사무분장규정 등에서 정한 자신의 역할과 권한을 행사하지 않아 성실의무 위반으로 징계사유가 인정된다고 봄

그러나 근로자들이 입사하기 전부터 이사 등이 계좌를 직접 관리하였고 학교법인의 총장도 이를 알고 있으면서도 별다른 조치를 취하지 않았던 점, 근로자들의 전임자도 이사 등이 발급하여 주는 잔액증명서를 통해 교비의 잔고를 확인하여 왔기에 근로자들 역시 같은 방법으로 업무를 수행하여 왔던 점 등에 비추어 징계해고는 그 양정이 과하다고 판단함<sup>72)</sup>

68) 서울행정법원 2012. 5. 4. 선고 2012구합270 판결, 다만, 동 판례는 인정되는 징계사유들 만으로 징계면직처분은 그 양정이 과하다고 판단함

69) 서울고등법원 2012. 8. 22. 선고 2012누1992 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 12. 28. 자 2012두20182 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

70) 서울행정법원 2011. 11. 27. 선고 2011구합19956 판결

71) 서울행정법원 2013. 8. 29. 선고 2013구합9427 판결

10) 법원은 연구직 근로자가 **연속 6회에 걸쳐 매우 저조한 수준**의 직무평가등급을 받은 사실은 취업규칙 등에서 정한 직무태만에 해당하여 징계사유로 된다고 봄

그러나 ① 이전에 징계처분을 할 당시에도 위와 같은 징계사유가 존재하였지만 이를 징계사유로 삼지 않았던 점, ② 다른 연구원들에 대하여는 직무평가 하위등급을 받았다는 이유로 징계한 예가 없는 점 등에 비추어 징계해고는 양정이 지나치게 무거워 부당하다고 판단함<sup>73)</sup>

#### 나. 징계사유의 정당성을 부정한 판례

1) 법원은 하급자에 대한 지휘·감독 의무 위반이 있으나 결재권자로서 부하직원의 **부정행위를 쉽게 밝혀낼 수 없다고 인정**되는 경우 근무태만을 부정함<sup>74)</sup>

2) 법원은 점심시간이 고정되지 않은 근로자가 **허용된 휴게시간 범위 내에서** 근무지를 이탈한 것은 무단이탈에 해당하지 않는다고 봄<sup>75)</sup>

3) 법원은 **수회 지각하였으나 참작할 만한 사정**이 있고 업무상 지장이 없으며 사용자가 특별한 반응을 보이지도 않아서 근로자로서는 묵시적 양해가 있는 것으로 해석할 수 있었을 것으로 보이는 점 등을 이유로 징계사유에 해당하지 않는다고 봄<sup>76)</sup>

4) 법원은 상사의 개선지시가 있었음에도 **근무 중 취침한 사실**은 인정되나, 당시 파업 등으로 대무 근로자가 없어 **하루에 16시간씩 근무**하고 있었던 사정을 고려하면 근무태도가 불량하다고 단정하기 어려우므로 이를 징계사유로 삼을 수 없다고 봄<sup>77)</sup>

5) 법원은 **취업규칙 등에 근거가 없는 부당한 조건을 붙여 복직시킨 경우**, 그 조건을 충족시키지 못했다는 사정은 징계사유로 삼을 수 없다고 봄<sup>78)</sup>

72) 서울행정법원 2011. 11. 27. 선고 2011구합15237 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 4. 12. 자 2012두28957 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

73) 서울행정법원 2012. 2. 9. 선고 2011구합29441 판결

74) 대법원 1971. 8. 31. 선고 71다1400 판결

75) 1심(서울행정법원 2014. 1. 23. 선고 2012구합10185 판결)과 2심(서울고등법원 2015. 6. 12. 선고 2014누2340 판결) 모두 동일하게 판단하였으며, 현재 대법원에서 소송 계속중임

76) 1심(서울행정법원 2014. 6. 13. 선고 2013구합59262 판결)과 2심(서울고등법원 2015. 4. 29. 선고 2014누55658 판결) 모두 동일한 판단을 하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 8. 19. 자 2015두43377 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

77) 서울고등법원 2013. 1. 17. 선고 2012누19375 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3351 판결)에서 확정됨

78) 서울행정법원 2012. 5. 4. 선고 2012구합270 판결



## 4. 업무상 지시 위반

### 4.1 의의 및 판단기준

업무명령 위반에 대한 징계처분이 정당하려면 ① 업무명령이 정당하고, ② 근로자가 그 명령에 복종하지 않은 것에 부득이한 사유가 없으며, ③ 비위행위에 비추어 징계가 상당한 것이어야 함

법원은 노동조합이 정기총회 개최일에 체육행사 등을 실시한다는 사정을 알면서도 상당기간 아무런 이의를 제기하지 않다가 총회 전날에서야 총회 당일 오전 정상 근무를 하도록 한 사용자의 지시는 부당하고, 그 지시를 어긴 것을 징계해고사유로 삼을 수 없다고 봄<sup>79)</sup>

법원은 근로자가 자신의 비위행위를 조사하기 위한 회사의 출석 요구에 불응했다 하더라도 이러한 출석요구 자체는 징계절차의 일환일 뿐 근로자가 수행하여야 할 본연의 업무명령에 해당한다고 볼 수 없으므로, 위 출석 요구에 불응하였다고 하여 독자적인 징계사유로 삼을 수 없다고 봄<sup>80)</sup>

법원은 상당한 이유 없이 기능직 사원을 사무직으로, 다시 사무직에서 기능직으로 수시로 여러 차례 전직 처분을 하고, 다른 기능직 사원과 차별하여 연장근로 등을 시키지 않음으로써 급여가 감소된 데 대한 항의 내지 시정 요구의 수단으로 5일간 작업을 거부한 근로자를 해고한 것은 징계권 남용이거나 형평의 원칙에 위배하여 무효라고 봄<sup>81)</sup>

법원은 상사의 직무 명령에 대하여 그 어려움을 호소하기 위하여 단순히 항의의 의사표시를 한 것은 업무상 지시 불응에 해당하지 않으므로 이를 업무상 지시 불응으로 보아 해고할 수 없다고 봄<sup>82)</sup>

### 4.2 업무지시 위반 관련 판례

#### 가. 운송사업체 승무 관련 지시의 정당성

1) 법원은 승무직 근로자가 운송 사업체 사용자의 배차지시를 거부하는 것은 근로 계약의 본질적이고 기본적인 의무를 불이행하는 것으로서 일반적으로 해고사유가 되고,

79) 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다6095 판결

80) 서울고등법원 2001. 9. 6. 선고 2000누16694 판결, 동 사건은 상고심(대법원 2002. 10. 25. 선고 2001두8339 판결)에서 최종 확정됨

81) 대법원 1991. 5. 28. 선고 90다8046 판결

82) 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다6095 판결

나아가 배차지시를 거부함으로써 여객 운송 질서를 문란하게 한 경우에는 단순한 무단결근과는 성질을 달리 하는 것으로서 중대한 해고사유가 된다고 봄

가) 법원은 배차지시를 거부하여 **1일 결근했다 하더라도 노선이 1회 결행, 2회 대리 운행**되었다면 정기성·계속성이 요구되는 고속버스사업의 특수성과 공익성을 고려할 때 해고가 정당하다고 봄<sup>83)</sup>

나) 법원은 시내버스 기사가 이미 배차가 되어 있음에도 **하루 전에 일방적으로 휴무신청**을 하고 출근하지 않는 등 **3차례나 배차지시를 거부**하였고 그로 인하여 시내버스가 **결행**된 적도 있다면, 이러한 행위는 대중교통을 이용하는 다수의 시민들에게 불편을 야기하고 회사의 신뢰도를 근본적으로 훼손시키는 중한 비위행위에 해당하여 징계해고는 정당하다고 판단함<sup>84)</sup>

2) 그러나 **배차지시가 지나치게 부당**하여 근로제공을 이행하기 어려운 상황이라면 배차지시 거부만으로 해고사유로 삼을 수 없음

가) 법원은 취업규칙에는 7시간 20분 근무라고 규정되어 있으나 실질적으로 휴게시간 포함하여 1일 12시간까지 임의로 택시를 운행하여 **추가 수입을 얻는 것을 묵인**해왔던 회사가 **전액관리제 시행을 요구한 근로자에 대해서만 7시간 20분으로 배차를 제약**하고 **추가 승무를 금지**하자, 근로자가 정상적인 근무시간과 배차를 요구하면서 결근한 경우, 이를 이유로 한 해고는 정당하지 않다고 판단함<sup>85)</sup>

#### 나. 시말서 제출 거부

1) 법원은 징계처분에 따른 시말서 미제출은 그 자체가 사용자의 업무상 정당한 명령을 거부한 것으로서 **새로운 징계사유**가 될 수 있다고 봄<sup>86)</sup>

2) 법원은 시말서 미제출이라는 가벼운 비위만으로 징계종류 중 가장 무거운 **해고**를 선택한 것은 **징계권 남용**으로 위법하다고 보지만<sup>87)</sup>, **1년이 되지 않은 기간 동안 5차례에 걸쳐 시말서 제출을 요구**받은 근로자에 대한 징계해고는 정당하다고 봄<sup>88)</sup>

83) 대법원 1994. 8. 12. 선고 94누1890 판결, 대법원 1997. 11. 25. 선고 96누13231 판결

84) 서울고등법원 2015. 5. 13. 선고 2014누47800 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 9. 10. 자 2015두44097 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

85) 서울고등법원 2010. 7. 22. 선고 2010누4584 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 11. 25. 자 2010두18178 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

86) 대법원 1991. 8. 13. 선고 91다12745판결, 1991. 12. 24. 선고 90다12991 판결

87) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다12991 판결

88) 대법원 1995. 4. 25. 선고 94누13053 판결

3) 법원은 시말서가 단순히 사건의 경위를 보고하는 데 그치지 않고 **사죄문 또는 반성문을 요구**하는 취지라면 이는 헌법상 **양심의 자유를 침해**하는 것이므로 이러한 시말서 제출을 거부했다 하더라도 징계사유가 될 수 없다고 봄<sup>89)</sup>

#### 다. 기타

1) 법원은 어린이집 내 CCTV를 설치하자 보육교사들이 검정 비닐봉지를 씌운 채 이를 제거하라는 사용자의 지시를 불이행한 경우, 위 **CCTV 설치가 단체협약상 절차를 거치지 아니한 채 이루어진 것**으로서 노동조합은 사용자에게 그 철거를 요구할 수 있다고 볼 수 있으므로 위 업무지시 불이행은 징계사유로 할 수 없고, CCTV 설치가 원아 체벌 사건으로 인한 학부모들의 요청에 의한 것이라고 하더라도 마찬가지로 판단함<sup>90)</sup>

2) 법원은 법령에 따라 경비지도사는 **경비원으로 근무할 수 없고 이에 위반할 경우 자격정지**를 받을 수도 있는 경우, 경비지도사인 근로자가 사용자의 경비근무 지시를 거부한 것은 정당하고 징계사유로 삼을 수 없다고 판단함<sup>91)</sup>

3) 법원은 금융기관 근로자가 그 **연수과정에 해병대훈련 등의 과도한 신체훈련을 거부**한 경우, 그러한 연수과정 이수를 강제하는 것은 근로계약에 의한 사용자의 노무 지휘·감독권의 범위를 넘어서고 사회통념상으로도 허용될 수 있는 업무지시의 범위를 벗어난 것으로서 업무지시 위반의 징계사유는 인정할 수 없다고 봄

#### 【서울행정법원 2012. 6. 21. 선고 2011구합44495 판결<sup>92)</sup>】

“한편, 사용자가 근로자에 대하여 직무수행 및 업무능력 등의 향상을 위한 연수를 실시하는 경우 그 대상자 선정 및 교육과정의 구성 등과 관련하여 폭 넓은 재량이 인정되고, 연수 대상자로 선정된 근로자로서는 특별한 사정이 없는 한 고유한 업무수행에 갈음하여 실시되는 연수에 성실히 임할 의무가 있다고 할 것이다. 그러나 근로자의 연수의무(또는 노무제공의무)이행은 근로자의 인격이 내재된 신체활동에 해당하므로 사용자의 연수(또는 노무제공) 지시권은 금지 법령에 따라 제한될 뿐만 아니라 인간으로서의 품위 내지 인격권에 대하여 사회통념상 허용되는 침해의 한계를 넘어설 수는 없다고 봄이 타당하다. 따라서 사용자가 실시한 연수가 표면적으로 내세운 목적 및 효과와 달리 연수 대상자의 업무능력 등의 향상에 별다른 도움이 되지 않거나

89) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두6605 판결

90) 서울행정법원 2014. 9. 25. 선고 2013구합61364 판결, 동 사건은 항소심(서울고등법원 2015. 5. 14. 선고 2014누65808 판결)에서 확정됨

91) 서울고등법원 2012. 8. 16. 선고 2012누5901 판결

다소 도움이 된다고 하더라도 근로계약에 따라 제공될 노무의 종류나 태양, 근로자의 경력이나 나이, 신체조건 등을 종합적으로 고려해 볼 때 연수 대상자의 인간으로서의 품위나 인격권 등을 현저하게 침해하여 사회통념상 용인되기 어려운 정도에 이른 경우에는 이러한 연수의 실시가 부당한 업무지시와 다름없어 근로자가 이를 거부하였다고 하더라도 그러한 행위가 성실의무 위반, 업무지시 위반 등의 징계사유를 구성한다고 볼 수 없다.”

4) 법원은 사용자가 가스 충전원에게 대기실 대기 관행을 무시하고 충전장에 상주할 것을 내용으로 하는 업무지시는 정당성이 없어 이를 거부한 것이 징계사유에 해당하지 않는다고 판단함<sup>93)</sup>

## 5. 동료 또는 상사에 대한 폭력 행사

### 5.1 의의 및 판단기준

판례는 직장동료 또는 상사에 대한 폭력 행위를 징계해고사유로 하는 것은 통상적으로 회사 경영 질서유지를 위하여 엄격한 근무 기강 확립이 요구된다는 점에서 적법하고<sup>94)</sup>, 비위 행위의 동기와 경위 등 전후의 여러 사정을 종합하여 해고의 정당한 이유가 있는지 여부를 판단해야 한다고 봄

아울러 판례는 폭력 행위가 이루어진 장소(직장 내 혹은 직장 외), 폭력행위의 대상(동료 혹은 상사), 폭력 행위의 동기 및 경위, 사업장의 규모, 전후의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하고 있음

### 5.2 동료 또는 상사에 대한 폭력행사 관련 판례

#### 가. 징계해고의 정당성을 인정한 판례

1) 법원은 다른 종업원이 지켜보는 가운데 회사 대표이사과 상무에게 욕설, 폭행을 함으로써 회사의 경영질서 및 위계질서를 크게 해친 경우 해고사유에 해당

92) 다만 이 사건 근로자는 연수규정에 따른 절차를 거치지 않은 채 일방적으로 귀가를 요구하는 과정에서 폭언을 하고 몸싸움을 벌였을 뿐만 아니라 이 사건 훈련기관을 무단으로 이탈하였는바, 이는 취업규칙 등에서 정한 성실의무위반, 사내 질서 문란 등에 해당하여 징계사유가 되었음

93) 1심(대전지방법원 2014. 12. 4. 선고 2014구합100176 판결)과 2심(대전고등법원 2015. 4. 30. 선고 2014누12732 판결) 모두 동일하게 판단하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 8. 13. 자 2015두42541 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨

94) 대법원 1992. 3. 13. 선고 91다39559 판결

한다고 판단함<sup>95)</sup>

2) 법원은 자기보다 16세나 연상이고 회사 근무경력이 10년이나 많은 노조위원장<sup>96)</sup>을 탁자 위에 뛰어 올라 발로 툅을 차 쓰러뜨리고 주먹으로 얼굴을 때려 전치 3주의 상해를 입혀 형사처벌까지 받았다면, 비록 입사 후 단 한 번의 징계전력이 없고, 회사 내 다른 근로자가 동료들 칼로 찔려 3주의 상해를 가한 것에 대하여 회사 측으로부터 아무런 징계처분이 내려진 바 없다는 사정이 있더라도 징계해고가 적법하다고 봄<sup>96)</sup>

3) 법원은 피해자가 근로자에게 ‘상무로 근무하던 박○○의 자살은 당신이 박○○의 공금횡령을 사실대로 말했기 때문’이라고 이야기하자, 근로자가 피해자의 얼굴을 수회 때렸고, 피해자 얼굴에서 피가 나자 근로자는 화장실로 데리고 가 씻겼는데, 피해자가 다음날 사표를 내겠다고 하면서 밖으로 나가자 다시 화가 난 근로자가 뒤따라가 주먹으로 얼굴을 수회 때려 전치4주의 상해를 입힌 사건에서 계획적 범행으로 보이진 않지만 1차 폭행 후 쫓아가 2차 폭행한 점, 피해자가 함께 근무할 수 없다는 입장인 점, 9명으로 이루어진 소규모 직장으로서 조직의 화합을 심각하게 저해하는 점, 사건 발생 이전 근로자가 상사의 공금횡령을 제보하여 해당 상사의 자살, 피해직원과의 갈등 등으로 직원들 사이 인화에 어려움이 있었던 점, 지점 1개뿐인 소규모 금고로서 근로자를 분리시켜 근무시킬 방법이 없는 점 등을 종합하여 해고가 정당하다고 봄<sup>97)</sup>

제8장  
징계해고사유

#### 나. 징계해고의 정당성을 부정한 판례

1) 법원은 상사 폭행을 이유로 징계해고를 하였지만, 상사가 먼저 근로자를 폭행하여 싸움이 유발되었고 근로자는 4주, 상사는 10일의 치료가 필요한 상해를 입었으며 그 후 수습과정에서 참작할 만한 사정이 있다면 징계해고는 징계권 남용에 해당한다고 판단함<sup>98)</sup>

2) 법원은 단합대회를 하다가 술기운에 상사의 먹살을 잡아당기다 옷이 찢어지는 폭행이 있었다 하여 가장 무거운 해고를 하는 것은 징계권 남용이라고 봄<sup>99)</sup>

95) 대법원 1995. 6. 30. 선고 95누2548 판결

96) 대법원 1992. 3. 13. 선고 91다39559 판결

97) 서울고등법원 2011. 10. 27. 선고 2011누17266 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 4. 29. 선고 2010구합45071 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 1. 27.자 2011두29823 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

98) 대법원 1992. 2. 11. 선고 91다25109 판결

99) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91누5884 판결

3) 법원은 자신의 **이혼 및 재혼 경력을 다른 사람에게 이야기한 것에 격분하여** 동료 근로자를 찾아가 10여 차례 폭행하고, 커터기로 1차례 위협한 사안에서 폭행 경위에 참작할 사정이 있는 점, 근로자가 이전에 폭행 전력이 없고 오히려 포상 전력이 있는 점, 깊이 반성하는 점 등을 참작하여 이를 이유로 한 사용자의 해고는 부당해고라고 판시함<sup>100)</sup>

## 6. 범죄 행위와 중대한 사고로 인한 손해발생

### 6.1 의의

근로자가 횡령, 배임, 절도, 손괴 등의 위법행위를 저지르거나, 기타 중대한 과실로 회사에 중대한 손실을 발생시킨 경우 사용자가 이를 징계사유로 삼아 해고하는 경우가 많으며, 운수업체의 경우 교통사고를 징계사유로 규정하는 것이 일반적임

또한 근로자의 비위행위가 일반적인 시각으로는 중하지 않다고 하더라도 사업의 종류나 특성 등을 고려하여 중대한 비위행위로 판단되는 경우가 있음

### 6.2 범죄 행위와 중대한 사고의 사유별 관련 판례

#### 가. 횡령, 운송수입금 미납 등

##### 1) 판례의 일반적 경향

법원은 횡령은 범죄 행위로서 그 액수가 적다하여 비행의 정도가 가볍다고 할 수 없다고 보며<sup>101)</sup>, 비록 횡령금 일부를 회사 업무에 사용하였고, 근로자가 사용자가 입은 손해를 배상하였더라도 횡령을 이유로 한 징계해고는 적법하다고 봄<sup>102)</sup>

특히 횡령의 대상이 운송회사의 운송수입금, 용역회사의 수수료 등 **회사의 본질적 수입원과 연결되어 있는 경우** 더 엄격하게 판단하며, **택시 회사나 버스 회사에서** 영업 수익의 대부분을 차지하는 요금을 횡령한 행위는 그 횡수나 금액이 어떠하든지 노사간 신뢰를 손상시키고 회사 경영에 심각한 지장을 주므로 해고사유가 됨

예컨대, 시내버스 운행 도중 요금 5,000원을 횡령한 것을 이유로 한 해고가 정당

100) 서울고등법원 2012. 8. 24. 선고 2011누33237 판결

101) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카21589 판결

102) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카21589 판결

하다<sup>103)</sup>고 판단하였으며, 시내버스 운전기사가 2,600원을 횡령한 사건에서 징계권 일탈·남용이 아니라고 봄<sup>104)</sup>

나아가 운송수입금의 횡령에 이르는 아니하였으나 **정당한 사유 없이 수십 개월에 걸쳐 기준액에 미달하는 운송수입금을 납입**하는 등의 행위 역시 해고사유가 된다고 봄

【 대법원 2013. 10. 31. 선고 2013두13198 판결 】

“운송수입금을 기반으로 사업을 영위하는 택시회사로서는 운송수입금이 제때 규칙적으로 납입되는 것이 경영상 매우 중요하고, 운송수입금의 미납은 근로자 개인의 사적인 유용이나 횡령으로 이어져 고용관계의 안정적 존속을 해할 가능성이 큰 점 등에 비추어 살펴보면, 원고(근로자)와 보조참가인(사용자) 사이의 고용관계는 원고의 귀책사유에 의해 사회통념상 계속할 수 없을 정도가 되었다고 봄이 상당하므로, 보조참가인이 위와 같은 사정을 징계사유로 하여 원고를 해고한 것은 징계권의 남용에 해당한다고 보기 어렵다.”

법원은 미납된 운송수입금을 월급과 정산하여 실질적으로 회사에 손해가 발생하지 않았다고 하더라도 운송수입금 미납행위는 징계사유에 해당한다고 봄

【 서울고등법원 2014. 11. 5. 선고 2014누47602 판결<sup>105)</sup> 】

“참가인 회사의 일부 택시기사들이 기준 운송수입금을 일일단위로 입금하지 않고 월말에 지급 받는 임금 등과 정산하는 방법으로 지급하기도 한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 참가인 회사가 소속 택시기사들에게 여러 차례에 걸쳐 기준 운송수입금 미납행위를 금지하는 공고를 하면서 기준 운송수입금을 미납한 소속 택시기사들에 대하여는 징계를 하기도 한 사정에 비추어 보면, 위와 같은 정산방법의 지급이 관행으로 정립된 것으로 보기는 어렵다. 또한 기준 운송수입금 미납의 횟수·기간 및 정도와 정당한 사유의 소명 정도 등에 비추어 볼 때 원고의 미납행위는 기준 운송수입금 입금지연에 불과한 것이 아니라 실질적으로 그 입금을 거부한 것으로 봄이 상당하므로, 원고의 기준 운송수입금 미납행위는 징계사유로 삼기에 충분하다.”

제8장  
징계해고사유

## 2) 횡령

가) 법원은 우유협동조합의 지방영업소장이 **우유판매대금**을 일부 횡령하였다는 등의 이유로 징계면직된 사안에서, 비위사실이 상당기간, 수차례 걸쳐 고의로 행해진 점에 비추어 볼 때 비록 원고가 횡령금 일부를 판촉비에 사용하였고 징계면직 이전에

103) 대법원 1997. 7. 8. 선고 96누6431 판결

104) 서울고등법원 2004. 1. 15. 선고 2003누515 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2004. 4. 28.자 2004두2714 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

105) 1심 판결(서울행정법원 2014. 3. 25. 선고 2013구합15019 판결)을 인용함

피고가 입은 손해를 모두 배상하였다고 하더라도 이 사건 징계면직은 정당하다고 보았음<sup>106)</sup>

나) 법원은 지정식당에서 식사한 것처럼 장부에 허위 기재하고 이 사실을 모르는 회사로 하여금 식당에 식대를 지급하게 함으로써 약 35만원의 피해를 발생시킨 경우, 손해액은 크지 않으나 무려 13개월이라는 오랜 기간 동안 159회에 걸쳐 이루어진 행위라는 점, 소속 기사들이 다른 곳에서 식사를 하고 장갑을 받아가기 위해 지정 식당에 허위로 서명을 한다는 관행을 인정할 증거가 없는 점, 근로자가 이전 6회의 징계전력이 있는 점 등을 고려하여 징계해고가 정당하다고 봄<sup>107)</sup>

다) 법원은 새마을금고 상무가 규정에 위배하여 이사회 의결 없이 금고 여유자금 중 5억원을 보장금리가 없는 주식형 수익증권에 투자하였다가 주가 하락으로 위 금고에 약 4,000만원의 손해를 입힌 경우, 사적인 이익을 도모하기 위한 목적이 아니었던 점, 사후 이사회에 보고되어 추인을 받은 점, 여유자금을 부적정하게 운영한 것으로 적발된 여타의 새마을금고의 경우에는 변상조치 외에 징계조치가 따로 이루어지지 않은 점 등을 종합하여 해고는 징계재량권을 남용하여 부당한 처분이라고 판단함<sup>108)</sup>

라) 법원은 근로자가 노동조합 업무와 관련하여 횡령한 경우, 취업규칙 등에서 해고사유로 규정한 ‘업무상 고의 또는 중과실로 인하여 회사에 경제적 손해를 끼쳤을 때’의 ‘업무’는 근로계약상 업무에 한정되고 노동조합 임원으로서의 조합업무는 해당되지 않는다고 보아 노동조합 내부의 징계는 별론으로 하고 조합비 횡령을 위 해고사유에 해당된다고 할 수는 없다고 봄<sup>109)</sup>

마) 법원은 자동차 영업사원인 근로자가 차량전매행위를 하여 판매수수료를 부당하게 취득하고 공금을 유용한 사안에서, 취득한 금원은 크지 않다고 하더라도 사용자의 자동차 판매질서를 교란하는 행위로서 결과적으로 사용자에게 재산적 손해 뿐만 아니라 대외적 신용 및 명예를 훼손하는 행위라고 판시함<sup>110)</sup>

106) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카21589 판결

107) 서울고등법원 2010. 5. 11. 선고 2009누26816 판결

108) 대법원 1999. 4. 23. 선고 98두618 판결

109) 1심(서울행정법원 2013. 8. 22. 선고 2013구합50456 판결)과 2심(서울고등법원 2014. 5. 21. 2013누46862 판결) 모두 동일하게 판단하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 10. 16. 자 2014두37900 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

110) 서울고등법원 2008. 1. 30. 선고 2007누19357 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 4. 28.자 2008두3678 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



바) 법원은 **은행원인 근로자가 50만원을 횡령한 사안**에서, 금융기관 종사자들에게는 고도의 청렴성과 윤리의식이 요구되므로 소액의 금액이라도 고객에 대한 금융부조리는 엄격하고 철저히 다루어야 한다고 판시함<sup>111)</sup>

사) 법원은 **은행원이 여신규정을 위반하고 부동산에 대한 근저당을 임의로 해지**하여 해고된 사건에서, 다른 금융기관 재직시 업무상 배임죄로 700만원의 벌금형 선고 등을 고려할 때, 금융기관 실무 책임자로서 요구되는 기본적인 윤리를 저버린 행위라고 판시함<sup>112)</sup>

### 3) 운송수입금 미납

운송수입금 미납으로 인한 징계의 경우, 미납동기·경위, 미납액, 미납행위를 전후한 근로자의 태도 등을 종합적으로 고려하여 징계사유 해당 여부가 달라질 수 있음

버스회사의 경우는 소액의 요금을 횡령하더라도 해고의 정당성이 쉽게 긍정되는데 반해, 택시회사에서의 운송수입금 횡령의 경우는 운송수입금 전액관리제 시행 여부에 따라 판례는 해고의 정당성 여부를 달리 봄

가) 법원은 전액관리제가 아닌 **사납금제** 하에서 초과 금액은 월급명세서에서 누락시키고, 이를 추가 입금이라는 형태로 근로자에게 전액 반환하고, 사납금에 **미달하는 금액은 월급에서 공제하는 방식으로 운영**되는 회사에서 운전수가 운송수입금 중 일부를 미납하였더라도 이를 가지고 징계할 수 없다고 판단함<sup>113)</sup>

나) 또한, 사납금제 하에서는 회사에 납부한 운송수입금액이 정해진 액수에 모자라더라도 월급에서 공제하면 되므로 **미납금액이 소액**(60여 만원)이라면 징계사유로 삼을 수 없다고 봄<sup>114)</sup>

다) 그러나 **전액관리제** 하에서 택시 기사가 **미터기를 사용하지 않고** 운송수입금을 횡령하였고, 이전에도 같은 사유로 3차례 징계처분을 받은 사실이 있다면, 해고사유가 된다고 판시함<sup>115)</sup>

111) 서울고등법원 2008. 2. 13. 선고 2007누16464 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 6. 26.자 2008두4923 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

112) 서울고등법원 2009. 12. 9. 선고 2009누12633 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 3. 11.자 2010두832 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

113) 대법원 2002. 2. 22. 선고 2000두9984 판결

114) 서울고등법원 2011. 9. 1. 선고 2011누11923 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 12. 27.자 2011두25715 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

115) 서울고등법원 2002. 5. 1. 선고 2001누3060 판결

### 나. 중대한 과실 등으로 인하여 회사에 손해를 야기한 경우

법원은 취업규칙 등에 ‘과실로 중대한 사고를 일으킨 경우’를 징계사유로 규정하였다면, **중대한 과실로 사고를 일으키고 이로 인하여 발생한 인명 피해나 물적 손해 등이 중대한 경우로 한정하여 해고사유로 봄**<sup>116)</sup>

1) 법원은 시내버스 운전기사가 교차로에서 교통사고를 내어 사람을 사망하게 한 경우, 취업규칙상의 해고사유인 ‘고의 또는 과실로 중대한 사고를 발생시켜 회사에 손해를 끼쳤을 때’에 해당한다고 봄<sup>117)</sup>

2) 법원은 시내버스 운전사가 회사 주차장에서 브레이크 대신 가속 페달을 밟아 동료를 사망케 하고 여러 대 차량을 파손시킨 행위는 징계해고사유라고 판시함<sup>118)</sup>

3) 법원은 원목 수입, 판매 담당자가 매출 채권 관리 내규 등 제 규정에 따른 조치를 하지 아니하고 거래처와 신용 거래를 시작하여 결국 거래처 부도로 회사에 중대한 손해를 발생시켰다면 징계해고사유에 해당한다고 봄<sup>119)</sup>

4) 법원은 운전기사인 근로자가 동료 운전기사와 다투다가 상대방이 피하자 원고 소유의 택시 트렁크 부분을 주먹으로 내리쳐 수리비가 발생할 정도로 택시를 손괴한 사안에서, 택시손괴가 비록 경미한 피해이지만 택시는 회사의 근간이 되는 자산으로서

116) 특히 운수업체의 경우 취업규칙 등에 ‘교통사고 다발’, ‘중대한 과실로 교통사고 유발’ 및 그로 인하여 ‘회사에 상당한 손해를 끼친 경우’등을 징계해고 사유로 규정하고 있는 사례가 많은데 징계사유 정당성은 쉽게 인정되고, 주로 징계양정의 적정성이 문제됨

#### 【참고 : 운전직 근로자 교통사고와 징계의 정당성 판단방법】

- 1) 일반적으로 피해액에 따라 징계양정을 따지지만, 가벼운 사고라도 상습적이어서 업무능력이 부족하거나 근로계약의무이행 곤란하다고 인정되면 해고도 가능  
특히 교통사고처리특례법 제3조제2항 각호(10개항)은 운전자의 고의 또는 중과실을 규정한 것으로 이에 해당할 경우 징계양정 확대
- 2) 사고로 이어지지 않더라도 음주, 무면허 등의 경우처럼 사고의 개연성을 가진 경우에는 해고와 같은 중징계 가능
- 3) 신호위반, 중앙선 침범, 음주 등 운전습관과 관련하여 발생한 사고에 대해서는 사고로 인한 재산피해액이 적더라도 승객의 안전에 심각한 위협을 줄 수 있으므로 보다 엄격히 판단 필요  
승차하려는 고객이 있는지 확인, 버스출발 전에 문을 닫고 승객이 자리에 앉았거나 손잡이 등을 잡았는지 확인 등의 업무상 주의의무는 버스운전자의 가장 기본적인 중요한 의무이므로, 이 의무 위반으로 사고가 발생하였을 경우에는 다른 사고보다 징계양정의 정당성 범위가 확대됨
- 4) 사고내용(대인 vs 대물), 사고발생 경위 등 역시 징계양정 고려대상임

117) 대법원 1992. 8. 18. 선고 92다19910 판결

118) 대법원 1997. 4. 8. 선고 96다33556 판결

119) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96누9508 판결

운행수입의 기초가 된다는 점에서 다른 기물 파손의 경우와 달리 보아야 한다고 판단함<sup>120)</sup>

#### 다. 시설안전 규칙 위반

법원은 **화약류 취급 공간에서 1미터 떨어진 금연 구역에서 흡연한 것을** 사규 위반으로 해고한 경우, 흡연 장소가 폭발 위험성이 매우 높고 만일 잘못되어 인화될 경우에는 엄청난 인명과 재산손실을 초래할 위험이 있으며, 근로자들은 평소 안전교육 등을 통하여 위와 같은 사실을 충분히 인식하고 있음에도 흡연행위에 나아간 것으로서 취업규칙 소정의 비위의 정도가 극심하거나 고의가 있는 경우에 해당된다 할 것이므로, 징계해고는 정당하다고 판단함<sup>121)</sup>

#### 라. 금품 및 향응 수수

법원은 취업규칙 등에서 “금품 및 향응 수수”의 ‘수수’는 **제공하거나 받는 것을** 뜻하는 것이고 받는 것만을 의미하는 것은 아니라고 봄<sup>122)</sup>

## 7. 사생활 비행

### 7.1 의의

사생활 비행은 원칙적으로 노동력 평가나 근로 제공과 직접적 관련이 없는 사적 공간에서 발생하는 것이므로 **원칙적으로 해고사유가 될 수 없으나, 사업활동에 직접 관련이 있거나 기업의 사회적 평가를 훼손할 염려가** 있다면 징계할 수 있고, 정도가 심하다면 해고까지 이를 수도 있음<sup>123)</sup>

이 경우 기업의 사회적 평가를 훼손할 염려는 반드시 구체적인 업무 저해의 결과나 거래상의 불이익이 발생하여야 하는 것은 아니고 당해 행위의 성질과 정상, 기업의 목적과 경영 방침, 사업의 종류와 규모, 그 근로자의 기업 내 지위와 담당 업무 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 그 비위 행위가 기업의 사회적 평가에 미친 **악영향이 상당히 중대하다고 객관적으로 평가될 수** 있어야 함<sup>124)</sup>

120) 서울고등법원 2008. 6. 13. 선고 2007누33452 판결

121) 대법원 1991. 8. 27. 선고 91다20418 판결

122) 대법원 1992. 11. 27. 선고 92누1100 판결, 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013두26064 판결 등

123) 대법원 1994. 12. 13. 선고 93누23275 판결

124) 대법원 2001. 12. 14. 선고 2000두3689 판결

## 7.2 사생활 비행 관련 판례

### 가. 징계해고의 정당성을 인정한 판례

1) 법원은 **도시개발공사 직원의 부동산투기행위**에 대하여, “택지의 개발과 공급, 주택의 건설, 개량, 공급 및 관리 등을 통하여 시민의 주거생활의 안정과 복지향상에 이바지함을 목적으로 지방공기업법 제49조에 의하여 특별시가 전액 출자하여 설립한 도시개발공사의 설립목적, 그 업무의 종류와 태양, 부동산보상 관련업무를 담당하는 근로자의 업무내용 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하면, 도시개발공사 소속 근로자의 부동산투기행위는 객관적으로 그 공사의 사회적 평가에 심히 중대한 악영향을 미치는 것으로 평가될 수 있는 경우”라고 하면서, 이는 인사규정 소정의 “공익을 저해하는 중대한 행위를 하였을 때”에 해당하는 해고사유로 봄<sup>125)</sup>

2) 법원은 **고속버스 운전기사들이 취침시간을 어기고 술을 마시면서 새벽 4시까지 도박행위**를 한 경우, 비록 그 동안 충실하게 근무해왔고 이튿날 아무 사고 없이 운행을 완료하였다 하더라도, 고속버스회사 업무의 특수성, 교통부의 강력한 교통안전 대책, 교통사고의 다발 대형화 추세에 대비한 피고회사의 소속직원들에 대한 교양과 교육의 심화, 피고 회사 상벌규정 제15조제2항제4호에 사내풍기를 문란케 하거나 도박행위를 한 자는 징계해고 또는 권고사직의 대상이 된다는 규정 등을 종합적으로 고려하여 징계해고는 정당하다고 봄<sup>126)</sup>

3) 법원은 **동료 직원들의 대화 내용을 비밀 녹음하여 형사고소 사건의 자료로 이용한 행위**는 사생활의 비밀과 자유를 침해하고 직원 사이의 불신을 야기하여 직장 내 화합을 해하는 것이므로 징계해고사유가 된다고 봄<sup>127)</sup>

4) 법원은 **쟁의행위를 하는 과정에서 천막 안에서 수차례 음주, 도박 및 취사행위를 한 것과 족구, 야구 등을 한 것, 일부 직원들이 상의를 벗고 있었던 것** 등은 사내질서 문란으로 징계사유에 해당한다고 봄<sup>128)</sup>

5) 법원은 항공사 팀장이 해외 비행 후 근무의 연장이라 할 수 있는 현지 호텔

125) 대법원 1994. 12. 13. 선고 93누23275 판결

126) 대법원 1983. 11. 22. 선고 83다카1243 판결

127) 대법원 1995. 10. 13. 선고 95다184 판결

128) 서울고등법원 2012. 3. 28. 선고 2011누9104 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 8. 30.자 2012두9314 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

채류 중 부하 여직원과 부적절한 관계를 맺었거나 적어도 그렇게 인식되도록 보이는 행동을 함으로써 취업규칙 등에서 정한 ‘풍기문란행위’의 징계사유가 인정된다고 판시함<sup>129)</sup>

6) 법원은 전자 전기기계기구와 그 부품 및 소재의 제조, 판매 및 임대업 등을 사업목적으로 하는 회사의 생산직 사원 근로자가 상습적으로 불법스포츠도박을 하였다는 점을 징계사유로 한 경우, 위 비위행위는 사생활에서의 비행으로서 회사의 사업 활동에 직접 관련이 없으므로 사업장 밖에서 불법스포츠도박을 한 사실은 징계사유로 할 수 없으나, 근무시간에 사내 공용PC 등을 이용하여 공공연하게 불법스포츠도박을 한 사실은 사업장의 근무기강과 질서를 해치는 행위로서 징계사유로 된다고 봄<sup>130)</sup>

#### 나. 징계해고의 정당성을 부정한 판례

법원은 업무와 관련 없이 동료 교사들이 마련해준 전근 축하회에서 우연히 도박에 가담하였다가 술기운에 액수가 커지면서 도박을 하게 된 경우 해임 처분은 재량권 일탈이라고 판단함<sup>131)</sup>

## 8. 경업·겸직 금지 위반

### 8.1 의의

근로자가 겸직하는 것은 사생활 범주에 속하는 것이므로 기업질서나 노무제공에 지장이 없는 겸직까지 전면적, 포괄적으로 금지하는 것은 부당하나<sup>132)</sup> 노무제공에 지장을 줄 정도의 장시간의 겸직, 경쟁회사의 취업 등의 경우는 금지 대상이 될 수 있고 징계해고사유가 됨

기업 실무상 일반적으로 취업규칙 등에서 겸직금지의무 위반을 해고사유로 명시하고 있는 까닭에, 일단 겸직사실이 인정되면 징계사유는 인정되고 다만 그 양정의 적정여부가 문제됨<sup>133)</sup>

129) 서울행정법원 2011. 8. 26. 선고 2011구합11365 판결, 동 사건은 항소심(서울고등법원 2012. 1. 19. 선고 2011누31842 판결)에서 확정됨

130) 서울고등법원 2014. 10. 16. 선고 2013누31631 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 2. 26. 자 2014두14365 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

131) 대법원 1985. 3. 26. 선고 84누711 판결

132) 서울고등법원 2002. 7. 4. 선고 2001누13098 판결 등

133) “근로자는 회사에 입사하기 이전부터 M회사의 대표이사로 재직하고 있었고 입사 2달 후에 사직한 점, 겸직금지

법원은 취업규칙에서 겸직금지의무를 규정하고 있더라도 **상급자가 개별적으로 겸직을 승인**하였다면 징계사유로 삼을 수 없다고 봄<sup>134)</sup>

취업규칙 등에서 이중취업을 해고사유로 규정하고 있지 않다고 하더라도 동종 회사에의 이중취업은 일반적으로 사용자와 근로자 사이의 **신뢰관계를 파괴하는 행위로서 특별한 사정이 없는 한 징계해고사유**가 된다고 본 하급심 판례가 있음<sup>135)</sup>

## 8.2 경업·겸직 금지 위반 관련 판례

### 가. 징계사유의 정당성을 인정한 판례

1) 법원은 대기발령처분을 받은 기자가 퇴직자들과 함께 **경쟁업체인 언론사 설립에 적극적으로 가담하고, 경쟁매체를 발간한 행위**는 경업금지 위반으로 근로관계를 지속하기 어려운 사유에 해당한다고 봄<sup>136)</sup>

2) 법원은 근로자가 개인적으로 꽃집을 운영하면서 사용자의 이름과 거래처, 명함도안 등을 꽃집 운영에 활용하는 등 **회사 직무·직위를 부당하게 이용**하였고 근무시간 중 회사 자산을 이용하여 영리행위를 하였으므로 징계해고사유에 해당한다고 봄<sup>137)</sup>

의무 위반으로서 회사의 경영질서가 현저히 훼손되었다고 보기 어려운 점 등을 고려하여 근로자의 비위행위가 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도에 이르는 것으로 보기 어렵다.”(서울행정법원 2011. 12. 27. 선고 2011구합15237 판결)

134) 서울고등법원 2013. 2. 7. 선고 2012누25417 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 6. 13. 자 2013두6060 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

135) 서울행정법원 2010. 10. 1. 선고 2009구합56532 판결, 동 판결의 항소심은 “참가인 회사의 취업규칙은 작성권한 없는 자에 의해 작성된 것으로 주지절차를 밟은 바도 없어 효력이 없으므로 원고가 참가인 회사의 승인 없이 이중취업하였다고 하더라도 이를 징계사유로 삼을 수 없고, 그렇지 않다고 하더라도 원고는 부당한 이 사건 1차 해고 이후 생계를 위하여 원고의 형이 운영하는 회사 T건설에 입사하여 형식적으로만 근무하였고 참가인 회사도 이를 용인하고 있었으며 복직 이후에 T건설을 퇴사하지 못한 것은 참가인 회사의 형식적인 복직명령과 원고에게 퇴직금 중간정산을 해주지 않았기 때문이므로 징계사유가 될 수 없다(서울고등법원 2011. 7. 14. 선고 2010누36499 판결)”고 하면서 1심 판결을 취소하였고, 이는 대법원(대법원 2011. 10. 27. 자 2011두20208 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정되었음

그러나 ① 취업규칙 등에 구체적인 징계사유가 없다면 정당성 판단은 근로기준법 제23조 해석 일반으로 돌아가 판단여야 한다는 점 ② 판례 역시 “취업규칙 등에 징계사유를 제한적으로 열거하고 있다면 그 외의 사유로 징계할 수 없다(대법원 1992. 7. 14. 선고 91다32329 판결 등 다수)”라고 판시하고 있는 것은 그 반대해석상 같은 취지라고 볼 것이라는 점, ③ 위 항소심 판결 역시 ‘이중취업을 징계사유로 삼을 수 없다’고 하면서도 해당 이중취업을 징계사유로 볼 수 없는 특별한 사정을 함께 설시한 점 등에 비추어 볼 때, 위 항소심 판결이 “취업규칙 등에서 이중취업을 해고사유로 규정하고 있지 않다고 하더라도 동종 회사에의 이중취업은 일반적으로 사용자와 근로자 사이의 신뢰관계를 파괴하는 행위로서 특별한 사정이 없는 한 징계해고사유가 된다”는 1심 판결의 법리가 잘못되었다는 취지로 1심을 취소한 것은 아닌 것으로 보임

136) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2010다99279 판결

137) 1심(서울행정법원 2013. 9. 5. 선고 2013구합2716 판결)과 2심(서울고등법원 2014. 7. 23. 선고 2013누47681 판결) 모두 동일한 판단을 하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 28. 자 2014두40197 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

3) 법원은 근로자가 회사의 승인 또는 휴직명령을 받지 아니한 채 **지방의회 의원직**에 취임한 것은 겸직금지의무에 위반되어 징계사유로 할 수 있다고 판시함<sup>138)</sup><sup>139)</sup>

4) 법원은 토지주택공사 근로자가 토지주택공사의 미분양아파트를 매입하여 임대 사업을 할 목적으로 설립된 **영리 기업들을 실질적으로 운영·관리**하였거나 투자한 경우, 취업규칙상 ‘영리적인 업무를 스스로 경영’, ‘본인의 직무와 관련 있는 타인의 기업에 투자’라는 각 징계사유에 해당한다고 봄<sup>140)</sup>

#### 나. 징계사유의 정당성을 부정한 판례

1) 법원은 **자원봉사센터의 직원이 외부의 대학교에 출강**을 나갔다는 사실이 겸직금지의무 위반인지 여부에 관하여, 취업규칙에서 겸직금지의무를 규정하고 있더라도 상급자가 ‘겸임교수 임용 합의 동의서’를 발급하는 것을 **묵시적으로 승인**하였다면 징계사유로 삼을 수 없다고 봄<sup>141)</sup>

#### 【서울고등법원 2013. 2. 7. 선고 2012누25417 판결<sup>142)</sup>】

“시행규칙 제15조는 ‘자원봉사센터의 소장 및 직원은 그 직무 이외의 다른 업무를 겸직할 수 없다’고 규정하고 있으므로, 원고가 자원봉사센터 소장의 사전 승인을 받았더라도 ○○대학에 출강한 것은 시행규칙 제15조를 위반한 것으로 인사규정 제22조 제1항 제1호에서 정한 징계 사유가 된다. 그러나 자원봉사센터 소장이 위 ‘겸임교수 임용 합의 동의서’에 관하여는 명시적으로 사전 승인한 바 없더라도, 위 동의서에 날인된 직인은 소장이 직접 관리하지 않고 담당직원이 관리하는데 위 출강을 사전에 승인하였으므로 묵시적으로라도 위 동의서의 작성을 승인한 것으로 볼 수 있다. 따라서 이 부분은 징계사유로 삼을 수 없다.”

제8장  
징계해고사유

2) 법원은 근로자가 **대통령후보 중앙선거대책위원회 특별보좌관 활동**을 한 경우, 근로자가 근무시간에 구체적으로 어떠한 활동을 하였는지, 그로 인하여 회사에 손해 발생 또는 손해 발생 개연성이 있었다고 인정되지 않아 위 활동은 회사 또는 회사의 직원으로서 근로자가 취급·처리하는 업무행위와는 성격이 전혀 달라서 취업규칙 등에 규정된 해고사유인 직무전념의무 내지 경업금지의무 위반에 해당하지 않는다고 봄<sup>143)</sup>

138) 서울고등법원 2012. 7. 18. 선고 2012누883 판결

139) 한편, 위 사건에서 회사는 ‘징계해고’가 아닌 ‘통상해고’를 하였는데 그 통상해고의 절차를 규정한 인사규정이 정관에 위반되어 무효이고, 따라서 위 통상해고는 절차 위반으로 무효라고 판단하였음

140) 1심(서울행정법원 2014. 11. 5. 선고 2014구합115 판결)과 2심(서울고등법원 2015. 4. 16. 선고 2014누12329 판결) 모두 동일하게 판단하였으며, 대법원(대법원 2015. 7. 23. 자 2015두41845 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

141) 서울고등법원 2013. 2. 7. 선고 2012누25417 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 6. 13. 자 2013두6060 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

142) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 6. 13. 자 2013두6060 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 9. 회사에 대한 비방·진정, 내부고발

### 9.1 의의 및 판단기준

근로자는 사용자의 이익을 배려해야 할 근로계약상 성실의무가 있으므로 회사를 비방하거나, 직장 내부 사실을 외부에 공표하여 사용자의 비밀, 명예, 신용 등을 훼손하는 것은 통상 징계사유가 됨

판례는 공표 내용과 그 진위, 공표 경위와 목적, 공표 방법 등을 고려하여 징계의 정당성을 판단해야 한다고 봄<sup>144)</sup>

### 9.2 회사에 대한 비방·진정, 내부고발 관련 판례

#### 가. 징계사유의 정당성을 인정한 판례

##### 1) 고소, 고발, 언론 유포 행위

법원은 대체로 그 행위의 목적, 내용의 진실성 여부 등을 고려하여 정당성을 판단하고 있음

가) 법원은 **뚜렷한 자료 없이** 사업체 대표자를 고소, 고발하거나 인격을 비난하는 진정서 등을 관련 기관에 제출하는 행위, 공개 석상에서 진실과 다른 내용을 가지고 회사를 비방하는 행위 등은 징계사유가 된다고 봄<sup>145)</sup>

법원은 회사 사옥 앞 인도 및 대표이사가 거주하는 아파트 단지 입구 앞 인도 등에서 집회를 열면서 확성기를 사용하여 **장송곡 등을 틀고 대표이사를 비방하는 현수막을 게시한** 것은 직장 및 사회질서를 문란하게 한 행위로서 징계사유 해당한다고 봄<sup>146)</sup>

나) 그러나 법원은 고소, 고발 및 언론 제보 등이 **진실이거나 상당한 근거가** 있는 경우에는 징계사유에 해당하더라도 징계해고까지 하는 것은 재량권 일탈이고, 특히 공공성이 강한 경우에는 더욱 그렇게 봄<sup>147)</sup>

143) 대전지방법원 2015. 1. 8. 선고 2014구합101339 판결, 동 판결은 위와 같은 활동이 취업규칙 등에서 일반징계사유로 정한 '회사의 허가 없이 취업 시간 중 정치적 활동 또는 단체적 활동을 한 자'에 해당할 여지는 있으나, 해고사유로 정한 '일반징계사유에 해당하는 행위로 회사에 미치는 피해가 심대하다고 판단된 경우'에 해당한다고 볼 수 없어 징계해고사유에 해당하지 않는다고도 판시하였음

144) 대법원 1999. 9. 3. 선고 97누2528,2535 판결, 대법원 1999. 12. 21. 선고 98두7787 판결

145) 대법원 1992. 6. 26. 선고 91다42982 판결, 대법원 1995. 3. 3. 선고 94누11767 판결, 대법원 1996. 3. 12. 선고 95다51403 판결

146) 서울고등법원 2013. 6. 13. 선고 2012누22555 판결

147) 대법원 1995. 3. 3. 선고 94누11767 판결



## 2) 청원권 행사

법원은 근로자는 헌법상 보장된 청원권을 행사할 수 있으므로 청원행위 자체를 가지고 징계할 수 없지만, 그 내용이 **허위이거나 사용자를 비방하는 것이라면** 징계사유가 된다고 봄<sup>148)</sup>

## 3) 소송 제기

근로자도 헌법상 재판청구권의 주체로서 회사를 상대로 소송을 제기할 수 있으나 사용자의 명예를 훼손하거나 비방할 목적이라면 징계사유에 해당함

법원은 근로자가 회사를 상대로 소를 제기하여 기각당했다고 하더라도 **패소한 원인이 법률적 견해 차이에서** 기인한 것이고, 사용자에게 손해를 입히려는 목적이 아니며, 사용자에게 소송비용 상환을 거부하였다 하더라도 민사상 채무에 불과할 뿐 직무상 의무는 아니므로 이러한 소송 제기와 소송비용 상환 거부를 가지고 징계할 수 없다고 판시함<sup>149)</sup>

## 4) 내부 고발

공익을 위한 내부 고발 행위는 일부 사실과 다른 내용이 있더라도 **전체적으로 진실되고 목적이 정당하다면** 해고사유로 삼을 수 없음

가) 법원은 고도의 공공성을 갖는 **공법인**의 경우 그 업무수행에 있어서의 위법행위는 널리 공법인의 내·외부로부터 감시, 견제되어야 할 필요가 있으므로 소속 직원에 의한 **업무관련사실의 공표행위**는 일반 사기업의 경우와 동일하게 평가할 수 없다고 봄<sup>150)</sup>

나) 법원은 공표된 내용이 공익성과 관련 없는 극히 경미한 사항으로서 **주로 사익적인 목적이나 동기에서** 비롯된 것이라면 징계사유가 된다고 봄<sup>151)</sup>

다) 법원은 지방공사 의료원 직원이 의료원의 **비정상적인 약품 구입 절차를 조사하여** 시정하여 달라는 내용으로 도지사에게 진정하고, 진정서 사본을 도의회 의원에게 제공한 행위를 이유로 파면처분한 것은 징계재량권 일탈로 봄<sup>152)</sup>

148) 대법원 1999. 9. 3. 선고 97누2528,2535 판결

149) 대법원 1999. 9. 3. 선고 97누2528,2535 판결

150) 대법원 1999. 12. 21. 선고 98두7787 판결

151) 대법원 1999. 9. 3. 선고 97누2528,2535 판결

152) 대법원 1999. 12. 21. 선고 98두7787 판결

라) 법원은 사회복지법인 팀장으로 근무하는 자가 **사용자의 비리혐의**에 대하여 시 감사실, **시의회 홈페이지 게시판, 시민연대, 국민권익위원회 등에 제보**한 사건에서 “근로자 주장 및 의혹에 일부 부합하는 사실이 인정된 이상, 비록 근로자가 시 및 관할 지방경찰청, 국가인권위원회 등으로부터 사용자에게 부패행위가 없다는 통지를 받았다고 하더라도 이러한 사정만으로 근로자가 자신의 신고 및 이의신청 내용이 허위라는 사실을 알았거나 알 수 있었다고 보기 어려우므로 근로자는 구 부패방지법에 정한 법적 보호를 받는다”며 징계사유로 정당하지 않다고 판시함<sup>153)</sup>

## 10. 직장내 성희롱

### 10.1 의의

성희롱은 피해자의 인권을 침해할 뿐만 아니라 직장 내 사업 질서를 해치는 중대한 비위행위로서 기업실무는 성희롱 그 자체를 징계해고사유로 규정하거나, ‘직원으로서의 품위손상’ 또는 ‘직장명예 훼손’ 등의 사유로 규정하고 있음

### 10.2 ‘성희롱’의 성립요건

“직장내 성희롱”이란 사업주·상급자 또는 근로자가 직장 내 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 고용에서 불이익을 주는 것을 의미함<sup>154)</sup>

1) ‘**성적 언동 등**’의 의미에 관하여 판례는 “남녀간 육체적 관계나 남성 또는 여성의 신체적 특징과 관련된 육체적, 언어적, 시각적 행위로서 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 **객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위**”를 의미한다고 판시함<sup>155)</sup>

2) 법원은 행위의 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈음이 인정되어야 한다는 입장이나<sup>156)</sup>, **가해자의 성적 의도나 동기는 불필요**<sup>157)</sup>하다고 봄

153) 서울행정법원 2009. 10. 23. 선고 2009구합1822 판결

154) 「남녀고용평등법」 제2조제2호

155) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22498 판결

156) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22498 판결

3) 한편, 당해 행위가 성적 굴욕감을 느끼게 하는 행위인지, 상대방이 굴욕감을 느꼈다고 보아야 하는지는 “당사자의 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황<sup>158)</sup>, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기적인 것인지 아니면 계속적인 것인지 여부 등 구체적 사정을 참작”해야 함<sup>159)</sup>

### 10.3 성희롱에 따른 해고의 징계양정에 관한 판례의 경향

성희롱 행위가 고용환경을 악화시킬 정도로 매우 심하거나 반복적으로 행해지는 경우, 징계해고처분이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우가 아닌 한 쉽게 징계권이 남용이라 볼 수 없고, 법원은 대체로 성희롱을 중대한 비위행위로 보아 해고의 정당성을 인정함

또한, 같은 성희롱이라도 그 반복적으로 이루어졌거나 피해자의 수가 많다면 해고의 정당성이 쉽게 인정될 것이고, 비위행위자가 성희롱을 방지해야 할 사업주이거나 사업주를 대신할 지위에 있는 자라면 더욱 엄격히 취급해야 할 것임

법원은 카드회사 지점장이 여직원 8명에 대하여 14회에 걸쳐 성희롱을 한 사건에서 성희롱이 일정한 기간에 반복적으로 다수의 피해자에게 행해졌다면 우발적이라고 볼 수 없고, 특별한 문제의식 없이 행해졌다고 하더라도 가볍게 평가할 수 없으며, 특히 성희롱을 방지하여야 할 우월한 지위에 있는 자의 경우 더 엄격히 판단하여야 한다고 판시함<sup>160)</sup>

157) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22498 판결

158) “근무시간은 물론 회사가 그 비용을 지원한 공식적 회식이나 야유회, 체육대회나 그 밖에 객관적으로 이에 준하는 것으로 평가할 수 있는 회사의 임원 등 간부들이 공식적으로 주재하는 회식 등에서 일어난 성희롱 행위에 대해서도 사용자 책임이 인정된다”고 판시하였음(대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다89712 판결 등)

159) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22498 판결

160) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22498 판결. 본 사건의 원심법원은 원고의 행위가 “지점을 책임지는 관리자로서 직원에 대한 애정을 표시하여 직장 내 일체감과 단결을 이끌어낸다는 의도에서 비롯된 것이고, 전국최우수 지점선정을 축하하는 회식에서 흥분하고 들뜬 상태에서 술에 취하여 우발적으로 행동한 것으로 그 경위나 동기에 참작할 만한 사정이 있으며” “원고의 위와 같은 행동은 그 동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제의식 없이 이루어진 것으로 참가인의 상벌규정에 정한 해직요건인 ‘고의성이 현저한 경우’에 해당한다고 보기 어려워” 징계권을 남용하였다고 판단하였음(서울고등법원 2007. 10. 10. 선고 2006누9285 판결)

[참고] 직장내 성희롱 관련 판례분석<sup>161)</sup>

## 1. 직장내 성희롱을 이유로 한 징계처분의 정당성 판단기준

## 1.1 들어가는 말

직장내 성희롱<sup>162)</sup>을 이유로 한 징계처분의 정당성을 다루는 사건이 늘고 있는데, 이는 여성의 인권의식 향상 뿐 아니라 고용환경 악화, 기업 이미지 훼손, 손해배상 책임을 우려하는 사용자의 인식변화에 기인한 것으로 보임<sup>163)</sup>

「남녀고용평등과 일·가정의 양립지원에 관한 법률」(이하 ‘남녀고용평등법’이라 함)은 사업주에게 직장내 성희롱 발생시 지체 없이 행위자에 대하여 징계 등의 조치를 취하도록 하고(제14조제1항), 이를 위반할 경우 500만원의 과태료를 부과하도록 함(제39조제1항)<sup>164)</sup>

「남녀고용평등법」 및 직장내 성희롱 사건에 관한 기존 판례를 분석하여 징계사유로서 성희롱 여부에 관한 판단기준과 성희롱 행위자에 대한 해고의 징계양정 판단에 있어 고려해야 할 사항을 정리하였음

## 1.2 징계사유: 성희롱 판단기준

「남녀고용평등법」에서 직장내 성희롱 발생시 사업주에게 지체 없이 행위자에 대하여 징계 등의 조치를 취할 것을 규정하고 있으므로(제14조제1항) 직장내 성희롱이 징계사유가 됨은 명백함

회사의 취업규칙이나 단체협약상의 ‘비위행위로서 복무질서를 문란하게 한 경우’, ‘회사에 손해를 끼친 경우’, ‘회사의 위신을 추락시키고 사회적 물의를 일으킨 경우’ 등의 징계사유에 해당한다고 보아 징계할 수도 있음

‘직장내 성희롱’이란 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 ‘성적 언동 등’으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 그와 관련하여 고용상의 불이익을 주는 것을 말함(남녀고용평등법 제2조제2호)

여기서 ‘성적인 언동 등’이란 남녀의 육체적 관계나 신체적 특징에 관한 것으로서 사회 공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 **객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람에게** 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위를 의미함(대법원 2007. 6. 14. 선고 2005두6461)<sup>165)</sup>

행위자(사업주, 상급자, 동료근로자)에게 반드시 성적 동기나 의도가 있어야 하는 것은 아님

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 판단함

직장내 성희롱은 사업장 내부 및 근무시간 뿐 아니라 사업주, 상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련이 있는 것이라면 **사업장 밖이나 근무시간 외에도** 성립됨<sup>166)</sup>

## 【 직장 내 성희롱 판단을 위한 기준의 예시 】

## 1. 성적인 언동에 대한 예시

## 가. 육체적 행위

- (1) 입맞춤이나 포옹, 뒤에서 껴안는 등의 신체적 접촉행위
- (2) 가슴·엉덩이 등 특정 신체부위를 만지는 행위
- (3) 안마나 애무를 강요하는 행위

## 나. 언어적 행위

- (1) 음란한 농담을 하거나 음탕하고 상스러운 이야기를 하는 행위(전화통화를 포함한다)
- (2) 외모에 대한 성적인 비유나 평가를 한 행위
- (3) 성적인 사실관계를 묻거나 성적인 내용의 정보를 의도적으로 유포하는 행위
- (4) 성적인 관계를 강요하거나 회유하는 행위
- (5) 회식자리 등에서無理하게 옆에 앉혀 술을 따르도록 강요하는 행위

## 다. 시각적 행위

- (1) 음란한 사진·그림·낙서·출판물 등을 게시하거나 보여주는 행위(컴퓨터통신이나 팩시밀리 등을 이용하는 경우를 포함한다)
- (2) 성과 관련된 자신의 특정 신체부위를 고의적으로 노출하거나 만지는 행위

라. 그밖에 사회통념상 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 것으로 인정되는 언어나 행동

## 2. 고용상의 불이익을 주는 것의 예시

채용탈락·감봉·승진탈락·전직·정직·휴직·해고 등과 같이 채용 또는 근로 조건을 일방적으로 불리하게 하는 것

- \* 비고: 성희롱 여부의 판단시에는 피해자의 주관적 사정을 고려하되, 사회통념상 합리적인 사람이 피해자의 입장이라면 문제가 되는 행동에 대하여 어떻게 판단하고 대응하였을 것인가를 함께 고려하여야 하며, 결과적으로 위협적·적대적 고용환경을 형성하여 업무능률을 저해하게 되는지를 검토하여야 한다.

직장내 성희롱 사건은 피해자의 진술 외에는 별다른 증거가 없는 경우가 많으므로 피해자의 진술을 뒷받침할 수 있는 정황증거 내지 간접증거(정신과 등 병원진단서, 피해자의 일기 등 기록, 직장 동료 진술서, 징계대상자의 동종 징계경력)가 중요함

판례는 피해자의 진술이 구체적이며 일관된 때 진술의 신빙성을 인정함

\* 피해자 이○○이 작성한 “내가 겪은 취재일지”는 그 세부내용의 묘사가 매우 구체적이고 풍부하며, 실제 경험하지 않고서는 표현할 수 없는 내용들이 기재되어 있고, 일부 과장된 측면이 없지 않으나 당시의 감정 상태가 자연스럽게 드러나 있음(서울고등법원 2011. 7. 7. 선고 2011누3199 판결)

\* 원고의 성희롱 행위에 대하여 피해자들이 제출한 탄원서 등의 내용이 구체적이면서 상세한데다가, 박○○는 중앙노동위원회 심문회의 및 이 법정에서 원고의 성희롱적 언행을 구체적이고 일관되게 진술하거나 증언하였는바, 피해자들의 앞서 본 바와 같은 진정 등의 내용은 사실로 여겨짐(서울행정법원 2012. 4. 27. 선고 2011구합34863 판결)

\* 직장내 성희롱의 성격상 피해자들이 상사의 비위행위에 관하여 쉽게 진술하기 어려움에도 참가인이 조사한 판촉 직원 8명 모두 원고의 비위사실에 대하여 비교적 구체적이고 상세하게 언급하면서 참기 어려운 성적 굴욕감 내지 혐오감을 느꼈다고 진술하고 있어 그 진술의 신빙성을 쉽게 배척할 수 없음(서울행정법원 2012. 7. 19. 선고 2012구합7042 판결)

### 1.3 직장 내 성희롱으로 인한 해고의 징계양정 판단시 고려사항

직장내 성희롱 사건은 징계해고를 당한 근로자가 양정이 과다함을 이유로 불복하는 경우가 대부분이므로 징계양정의 판단이 특히 중요함

판례는 징계해고는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 그 정당성이 인정된다고 하면서, 이는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다고 판결함(대법원 2003. 7. 8. 선고 2001두8118 판결 등)

직장내 성희롱으로 인한 해고사건의 경우 사안의 특수성으로 인하여 징계양정 판단에 있어 다음과 같은 사항도 고려되어야 함

① 성희롱 행위가 고용환경을 악화시킬 정도로 **매우 심하거나 반복적으로** 행해지는 경우, 징계해고처분이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우가 아닌 한 쉽게 징계권이 남용되었다고 볼 수 없음<sup>167)</sup>

#### 【 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22498 판결 】

객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 보아 어떠한 성희롱 행위가 고용환경을 악화시킬 정도로 매우 심하거나 또는 반복적으로 행해지는 경우, 사업주가 사용자책임으로 피해 근로자에 대해 손해배상책임을 지게 될 수도 있을 뿐 아니라 성희롱 행위자가 징계해고되지 않고 같은 직장에서도 계속 근무하는 것이 성희롱 피해 근로자들의 고용환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져올 수도 있으므로, 근로관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있다고 보아 내린 징계해고처분은 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우가 아닌 한 쉽게 징계권을 남용하였다고 보아서는 안 된다

② 그동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제의식 없이 이루어졌다는 점이 감경사유가 될 수 없음(대법원 2007. 6. 14. 2005두6461 판결, 2008. 7. 10. 선고 2007두22498 판결 등)

③ 특히 직장 내 성희롱을 방지하여야 할 지위에 있는 **사업주나 사업주를 대신할 지위에 있는 자가** 오히려 자신의 우월한 지위를 이용하여 성희롱을 하였다면 더욱 **엄격히 취급**하여야 함(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22498 판결 등 다수)

④ 업무의 특성상 **여직원이 많아서 회사가 특히 성희롱 교육**에 힘써왔으며 취업 규칙 등을 통하여 성희롱 행위를 엄격히 금지하고 있는 경우 비난가능성이 높음(서울고등법원 2012. 7. 5. 선고 2011누42774 판결, 서울행정법원 2011. 11. 10. 선고 2011구합19208 판결)

⑤ 직장내 성희롱 사건으로 인하여 **공적기관**의(방송·언론기관, 공사, 대학교 등) 이미지가 실추된 경우, **회사 특성상** 그 운영에 막대한 영향을 받은 경우(여성 대상 헬스클럽) 엄격히 판단하여야 함(대법원 2011. 7. 14.자 2011두8796 심리불속행 판결, 서울행정법원 2012. 4. 27. 선고 2011구합34863 판결)

⑥ 가해 근로자가 해고되지 않고 같은 직장에서 계속 근무하는 것이 성희롱 피해자들의 **고용환경을 감내할 수 없을 정도로 악화**시키는 결과를 가져 올 수 있는지 살펴 보아야 함<sup>168)</sup>(가해 근로자가 피해 근로자로부터 용서를 받았는지 여부 등을 고려)(서울행정법원 2011. 8. 12. 선고 2010구합28717 판결, 2012. 7. 19. 선고 2012구합7042 판결)

⑦ 성희롱이 **일정한 기간에 걸쳐 반복적으로** 이루어지고 **피해자도 다수**라면 이를 우발적이라고 평가할 수 없고(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22498 판결), 비위행위의 정도가 성희롱을 넘어 형법상 강제추행에까지 이르는 경우 엄격히 판단하여야 함(서울고등법원 2012. 7. 5. 선고 2011누42774 판결)

⑧ ‘직장내 성희롱’의 전제요건인 ‘성적인 언동 등’에는 **육체적, 언어적, 시각적 행위가 모두 포함**되고, 언어적 성희롱에 불과하여 위법성이 낮다고 볼 수 없음(서울고등법원 2012. 7. 5. 선고 2011누42774 판결, 2012. 5. 16. 선고 2011누29788 판결)

## 2. 구체적 사안 검토

### 2.1 S카드회사 사건

카드회사 지점장이 **여직원 8명에 대하여 14회에 걸쳐** 성희롱을 한 사건으로 성희롱이 일정한 기간에 반복적으로 다수의 피해자에게 행해졌다면 우발적이라고 볼 수 없고, 특별한 문제의식 없이 행해졌다고 하더라도 가볍게 평가할 수 없으며, 특히 성희롱을 방지하여야 할 우월한 지위에 있는 자의 경우 더 엄격히 판단하여야 함<sup>169)</sup>

#### 【 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22498 판결 】

“가. 남녀고용평등법(2005.5.31 법률 제7564호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2항에서 규정한 ‘직장내 성희롱’이라 함은 사업주, 상급자 또는 근로자가 직장내의 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

하어금 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 직장에서 계속 근무하는 것이 성희롱 피해근로자들의 고용 환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져 올 수도 있으므로, 근로관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있다고 보아 내린 징계 해고 처분은 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우가 아닌 한 쉽게 징계권을 남용하였다고 보아서는 아니 된다.

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, 직장내 성희롱이 사회 문제화된 후 1999. 2. 8. 개정된 남녀고용평등법에서 성희롱 행위를 금지하고 성희롱 예방 교육, 성희롱 행위자에 대한 징계 등을 규정하게 된 이상, 그 이후에 발생한 성희롱은 그 동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장 문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활 태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제 의식 없이 이루어진 것이라는 이유로 그 행위의 정도를 가볍게 평가할 수 없으며, 특히 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 켜안거나 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 직장내 성희롱이라고 할 것이므로, 이러한 원고의 성희롱 행위가 우발적이라거나 직장내 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 해고되지 않고 같은 직장에서 계속 근무하는 것이 성희롱 피해자들의 고용 환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져 올 수도 있다는 점과 사업주가 성희롱 피해자들 에 대해 손해배상 책임을 부담할 수도 있다는 점 등을 감안할 때, 참가인의 원고에 대한 이 사건 징계 해직 처분은 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되지 않는다.

그러므로.....원심 판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심 법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.”

## 2.2 K항공사 사건

**여성 근로자가 다수이고, 제한된 공간에서 남녀가 함께 근무**하는 업무 특성을 고려하여 회사가 교육, 징계규정을 통하여 성희롱 행위를 엄격히 금지하고 있음에도 팀장의 지위에 있는 자가 상당기간 수차례에 걸쳐 성희롱 행위를 한 경우 해고가 정당함

### 【 서울고등법원 2012. 7. 5. 선고 2011누42774 판결 】

“가. 징계사유의 존부

① 참가인 회사가 한 804팀원들에 대한 조사결과에 의하면, 원고가 804팀의 팀장으로 임명된 직후부터 평소 원고의 팀원들에 대한 성희롱적 언행이 지속적으로 이루어진 점, ② 원고의 팀원인 승무원들과의 관계, 별지 비위행위의 기재와 같은 성적인 언동이 이루어진 장소 및 상황, 그 내용 및 정도에 비추어 상대방인 여승무원들이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈을 것으로 보이는 점, ③ 결국 원고의 언동에 대한 여승무원들의 문제 제기로 인하여 참가인 회사가 원고에 대한 징계절차에 착수한 점, ④ 성희롱인지 여부는 행위자의 내심의 의사나 동기보다는 상대방의 입장에서 객관적으로 판단되어야 할 것인 점 등을 종합하면, 원고는 부하직원인 여승무원들에게 성적 혐오감을 일으키는 언동으로 성희롱을 하였다 할 것이고, 위와 같은 원고의 행위는 참가인의 취업규칙에서 정한 징계사유에 해당한다.

나. 징계양정의 정당성

객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 보아 어떠한 성희롱 행위가 고용 환경을 악화시킬 정도로 매우 심하거나 또는 반복적으로 행해지는 경우.....근로관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있다고 보아 내린 징계 해고 처분은 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우가 아닌 한 쉽게 징계권을 남용하였다고 보아서는 아니된다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22498 판결 참조).

‘직장 내 성희롱’의 전제조건인 ‘성적인 언동 등’에는 육체적, 언어적, 시각적 행위가 모두 포함되고, 성희롱에 해당되는지 여부나 그에 대한 위법성의 정도는 당사자의 관계, 행위가

행해진 장소 및 상황, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 여부 등의 구체적 사정을 참작하여 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위인지 여부와 그 정도에 따라 결정되는 것이므로, 그 성적인 언동이 언어적이라는 이유만으로 다른 언동에 비하여 위법성의 정도가 낮다고 단정할 수 없다. 한편, 이 사건 징계의 사유로 된 원고의 비위행위에는 언어적인 것뿐만 아니라 신체접촉도 포함되어 있다.

① 참가인 회사의 전체 직원 약 17,000여명 중 7,000명이 여성이고, 객실승무원의 경우에는 약 90%에 상당하는 5,000여명이 여성인데, 항공기 기내라는 좁고 제한된 공간에서 남녀가 함께 근무하고, 해외 체류시 장시간 공동생활을 하여야 하는 업무의 특성으로 인하여 참가인 회사는 성희롱 예방 교육자료를 배포하고 취업규칙 등을 통하여 성희롱 행위를 엄격히 금지하고 있는바, 참가인 회사의 위와 같은 노력과 지침에 비추어 원고의 앞서 본 바와 같은 비위행위는 그 비난가능성이 매우 커 엄격히 처리되어야 함이 마땅한 점, ② 원고는 소속 팀원들보다 더 모범적인 근무태도로서 참가인 회사가 방지하고자 하는 성희롱 행위 등을 예방하고 감독해야 하는 팀장의 지위에 있음에도 오히려 평상시 소속 여승무원들에 대한 성적인 언동을 함으로써 소속 부하 직원들에게 성적 혐오감과 수치심이 들게 하여 근무 환경을 악화시킨 점, ③ 원고가 행한 성적인 언동의 횟수 및 기간, 그 내용에 비추어 보면, 원고의 성희롱은 상습에 이르렀다고 보이고, 그 비위의 정도 또한 매우 중하다고 할 것인 점, ④ 원고가 2002년 및 2005년 성적인 언동으로 인하여 담당자로부터 주의와 경고를 받았음에도 재차 이 사건 비위행위에 나아갔고, 이 사건 징계절차에 이르러서도 자신의 언동에 대하여 기억이 나지 않는다거나 오해에 불과하였다는 등으로 변명하고 있는 점에서 원고에게 개전의 정이 없다고 보이는 점 등을 종합하여 보면, 참가인 회사의 원고에 대한 이 사건 해고는 객관적으로 명백히 부당하여 사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 것으로 볼 수 없다”

### 2.3 K관광공사 사건

공기업 간부가 해외 출장지에서 여자 인턴사원에게 성희롱 발언을 하였고, 이 사실이 일부 인터넷 언론에 보도되어 회사의 명예가 훼손된 경우 성희롱을 이유로 한 징계면직은 정당함

#### 【서울고등법원 2012. 5. 16. 선고 2011누29788 판결】

“가. 징계사유의 존부

참가인이 행한 피해자 등에 대한 감사결과와 언론사들의 보도내용이 원고의 행위와 피해자의 반응, 장소 및 정황 등에 있어서 상당부분 구체적이고 상세하게 부합하는 점, 원고도 인사위원회 회의에 참석하여 성희롱 사실을 일부 인정한 점, 성희롱인지 여부는 행위자의 내심의 의사나 동기보다 상대방의 입장에 더 주안점을 두어 판정되어야 마땅한 점 등을 종합하면, 원고는 직장 내 상하관계에 있는 여직원을 출장지로 불러 같은 방에 투숙하는 과정에서 불미스러운 언행으로 성희롱을 하였다 할 것이고, 위와 같은 원고의 행위는 참가인의 징계규정 제3조 제1호, 제3호, 제4호, 제11호에서 정한 각 징계사유에 해당한다.”

“나. 징계양정의 적정 여부

참가인의 인사위원회는 징계규정에 따라 원고에 대한 징계의결을 하였고, 원고가 재직 중 장관표창 3회, 사장표창 3회 등을 수상하여 징계감경사유는 존재하나, 이는 임의적 감경 사유에 불과....

원고는, 자신이 평소에 직원에게 성적 농담조차 하지 않았는데 이 사건 당시 만취하여 우발적으로 신체접촉 없는 언어적 성희롱을 하였을 뿐이고 인턴사원이던 피해자가 퇴직하여 추가 피해 가능성이 없으며 더욱이 원고의 해고를 원하지 않고 있는 점 등을.... 종합하여 볼 때 이 사건 징계해고는 재량권을 남용한 것이어서 위법하다고 주장한다.

그러나 피해자가 원고를 신뢰하여 동행하다가 몽골지역에서 같은 숙박시설에서 머무르던 중 원고의 이 사건 성희롱 행위에 두려움을 느껴 숙박시설 밖으로 나가 두 시간 이상 추위에 떨어지고 다음날 다른 동행을 만난 후에 기절하였으며, 이러한 사실이 일부 인터넷 언론 등에 보도되었고, 이 사건 징계면직 당시는 물론 이 사건 재심판정 시까지도 피해자에게 용서받지 못하였던 점 등을 비롯하여 공사인 참가인의 사업 목적과 성격, 참가인 국외 지사의 여건, 원고의 지위와 담당직무 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이 사건 성희롱 행위 및 언론보도가 기업질서에 미칠 영향 등을 종합적으로 검토하여 보면, 사회통념상 원고에게 책임 있는 이유로 고용관계를 계속할 수 없는 정도에 이르렀다고 봄이 타당하므로, 원고에 대한 징계면직은 재량권을 일탈하거나 남용한 것이라고 볼 수 없다”

## 2.4 M방송사 사건

방송국 보도국 차장이 후배 여기자에게 4회에 걸쳐 신체부위를 만지는 등 **형법상 강제추행죄에 해당할 정도**의 성희롱 행위를 하였고, 이 사실이 언론에 보도되어 방송·언론기관인 회사의 이미지가 실추되었으며, 성희롱 행위자와 계속 근무하는 것이 피해자의 고용환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 것으로 인정된다면 해고의 정당성이 인정됨

### 【서울고등법원 2012. 3. 21. 선고 2011누29481 판결】

“가. 징계사유의 존부

(제 1, 2차 성희롱에 대하여)

① 당시 1년차 신입사원이었던 피해자가 2008. 11. 8. 있었던 원고의 행위에 대해 2008. 12. 2. 직근 상급자인 유△△에게 전자우편을 통해 ‘원고가 노래방에서 껴안으려고 했다’, ‘양고기를 먹던 날 노래방에서 원고가 허벅지 안쪽을 만졌고 너무 수치스러워 뛰쳐나가 고 싶었다’고 하는 등 원고의 행위를 구체적으로 기재하였던 점, ② 위 전자우편은 피해자가 원고로부터 피해를 입고 얼마 되지 않은 상태에서 자신에게 생길 수도 있는 불이익을 감수하고 정신과 치료를 받으려고 유△△로부터 양해를 구하기 위하여 보낸 것이었던 점, ③ 실제로 피해자는 이 사건 제 1, 2차 성희롱 피해를 입은 후 정신과 치료를 받았던 점, ④ 피해자가 2009. 10. 19. 임☆☆에게 이 사건의 경위를 설명할 당시 이 사건 제 1, 2차 성희롱에 대해서 위 전자우편의 내용과 일관되게 진술한 점, ⑤ 피해자의

진술서 내용이 처음보다 다소 구체적으로 기재되어 있지만 중요한 내용은 일관성이 있고, 2009. 10. 20. 작성한 진술서에 원고가 다리를 만졌다는 내용이 추가되었다는 사정만으로 피해자의 진술서에 대한 신빙성을 배척하기 어려운 점 등을 종합하면 피해자의 진술을 기재한 전자우편, 진술서 등은 그 내용을 신빙할 수 있다.

(제 3, 4차 성희롱 존부 내용은 생략)”

“나. 징계양정의 적정 여부

이 사건 해고처분이 재량권을 일탈·남용하였는지 여부에 관하여 보건대, 이 사건 원고의 행위는 피해자의 신체부위를 만지는 등 형법상 강제추행으로 인정될 정도의 성희롱 행위로서, 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 보아 고용환경을 악화시킬 정도로 그 정도가 매우 심하다고 볼 수 있을 뿐 아니라, 공익의 가치를 실현하고자 하는 참가인 회사의 보도국 사회부의 차장으로서 술선하여 성희롱을 하지 말아야 함은 물론, 같은 부서에서 일하는 직원 상호간의 성희롱 행위도 방지해야 할 지위에 있음에도, 오히려 자신의 지휘·감독을 받는 피해자를 상대로 4회에 걸쳐 반복적으로 행한 직장 내 성희롱이라고 할 것이므로, 이러한 원고의 성희롱 행위가 우발적 이라거나 후배에 대한 애정을 표시하여 업무와 관련한 조언과 격려를 한다는 의도에서 비롯된 것이라고 평가할 수 없으며, 설사 원고의 성희롱 행위가 그동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제의식 없이 이루어졌다고 하더라도 그러한 이유로 그 행위의 정도를 가볍게 평가할 수 없고, 원고가 징계해고되지 않고 같은 직장에서 계속 근무하는 것이 피해자의 고용 환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져 올 수도 있다는 점(원고는 현재 까지 피해자로부터 이 사건 성희롱과 관련하여 용서를 받지 못한 것으로 보인다)과 원고의 행위와 관련된 언론보도로 인하여 방송·언론기관인 참가인의 이미지가 실추된 점 및 참가인이 원고의 행위에 관하여 피해자에 대해 손해배상책임을 부담할 수도 있다는 점 등을 감안할 때,... 이 사건 해고처분이 그 징계양정에 있어 재량권의 일탈·남용에 해당할 정도로 부당하다고 보기는 어렵다...

원고가 약 20년간 성실하게 우수한 성적으로 근무하였고 이전에 징계처분을 받은 적이 없으며 이 사건과 유사한 전력도 없는 점 등 원고가 주장하는 사정을 모두 고려한다 하더라도 이 사건 해고처분이 징계양정을 그르친 것으로서 징계재량권을 일탈, 남용한 것이라고 볼 수 없다”

## 2.5 L건강 주식회사 사건

취업규칙에서 성희롱을 강직 이하의 징계로 규정하였으나, 징계대상자의 비위행위가 성희롱을 넘어 강제추행에 이르렀을 경우 위 취업규칙 규정이 징계양정의 한계로 적용될 수 없고, 해고가 정당할 수 있음

## 【서울고등법원 2012. 7. 12. 선고 2011누445032 판결】

“가. 징계사유의 존부

① 원고 회사 방판강원영업팀 여자직원이고 피해자들인 4명(최○○, 이○○, 신○○, 김○○)이 원고 회사로부터 조사받은 과정에서 진술한 내용이나 2011. 6.경 최○○, 이○○, 김○○이 작성한 진술서 및 최○○이 이 법정에서의 증언 내용이 구체적이고 일관성이 있는 점, ② 파견직원인 한△△, 원고 회사 방판강원영업팀 남자직원들인 이△△, △광△, 조△△, 박△△이 원고로부터 조사받은 과정에서 진술한 내용이 최○○ 등의 진술 등과 부합하는 점, ③ 방판강원영업팀 직원들이 주고받은 사내메신저의 대화내용, 참가인이 최○○에게 전화나 문자메시지를 보낸 횟수나 시간(2010. 5. 경 참가인은 최○○에게 100번이 넘게 전화를 하거나 문자메시지를 보냈고, 그 중 22:00시 이후에 전화를 한 횟수도 상당함) 등도 최○○ 등의 위 진술 등과 부합하는 점 등에 비추어 보면, 참가인의 비위행위는 모두 인정되고, 취업규칙 제139조 제3호, 제9호, 제12호, 제140조 제5호, 제16호의 징계사유에 해당한다.”

“나. 징계양정의 적정 여부

참가인의 비위행위 중 여직원의 의사에 반하여 강제로 꺼안거나 볼에 접촉하는 행위는 성희롱을 넘어 형법상 강제추행죄에 해당하는 것으로 보이는 점(대법원 2004. 4. 16. 선고 2004도52 판결, 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결 등 참조), 참가인은 팀장으로서 술선하여 성희롱을 하지 말아야 함은 물론 같은 팀에서 일하는 근로자 상호간의 성희롱 행위도 방지해야 할 지위에 있음에도, 오히려 자신의 우월한 지위를 이용하여 지휘·감독을 받는 여직원을 상대로 장기간에 걸쳐 반복적으로 성희롱 내지 강제추행을 하여 그 비난 가능성이 매우 큰 점, 취업규칙 제 139조 제12호가 직장 내 성희롱의 경우 강직 이하로 징계하도록 규정하고 있으나 참가인의 비위행위는 성희롱을 넘어서 강제추행에 이르러 위 규정이 징계양정의 한계로 적용된다고 보기 어려운 점, 반면에 징계업무처리 매뉴얼에 의하면, 피해자의 명확한 거부 표시가 있는 이후에도 계속적으로 성희롱을 반복하는 경우 권고사직 이상의 징계양정 사유에 해당하는 점, 참가인이 징계해고 되지 않고 같은 직장 에서 계속 근무하는 것이 성희롱 피해자들의 고용환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져 올 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고의 참가인에 대한 이 사건 징계 해고가 부당하다고 보기 어렵다”

제8장  
징계해고사유

## 2.6 J대학교 사건

상급자로서 **우월한 지위**에 있을 뿐 아니라, **근무지가 대학**이라는 특수성에 비추어 성희롱에 대하여 보다 엄격하게 보아야 할 필요가 있음

【서울고등법원 2011. 4. 12. 선고 2010누19630 판결<sup>170)</sup>】

“가. 징계사유의 존부

원고의 이○○, 김○○, 박○○에 대한 성희롱 사실은 인정됨<sup>171)</sup>”

“나. 징계양정의 적정 여부

이 사건에 관하여 보건대, 원고는 이○○, 김○○, 박○○의 상급자로서 우월한 지위에

이므로 원고의 성희롱은 동급자 혹은 하급자의 성희롱 보다는 엄격하게 취급할 필요가 있는 점, 원고의 행위는 여직원을 꺼안고 입맞춤을 하거나 강제로 자신의 허벅지 등을 만지게 하고 손에 입맞춤을 하는 등 형법상 강제추행죄로 인정될 정도의 성적 언동이 포함된 성희롱 행위로서, 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 보아 고용환경을 악화시킬 정도로 그 정도가 매우 심하다고 볼 수 있는 점, 원고의 성희롱 행위는 남녀고용평등법에 성희롱 행위 금지, 성희롱 예방교육, 성희롱 행위자에 대한 징계 등의 규정이 마련된 지 약 8년이 경과한 시점에서 3명의 여직원들을 상대로 반복적으로 행해졌으므로 설령 원고의 성희롱 행위가 그동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제 의식 없이 이루어졌다고 하더라도 그러한 이유로 그 행위의 정도를 가볍게 평가할 수 없는 점, 원고가 징계하고 되지 않고 같은 직장에서 계속 근무할 경우 성희롱 피해자들의 고용환경이 감내할 수 없을 정도로 악화될 우려가 있는 점, 원고는 참가인 산하의 J대학교에 근무하고 있으므로 대학이라는 특수성에 비추어 성희롱에 관하여 보다 엄격하게 보아야 할 필요가 있는 점, 이 사건 2차 해고 사유로 추가된 교내 고시원 ‘인○○’의 규칙 위반 조장 부분 역시 교직원으로서의 본분에 어긋나는 행동인 점, 원고가 주장하는 다른 징계 사례들은 성희롱과는 무관한 비위사실에 관한 것이어서 이 사안과 직접 비교하기에는 적절하지 아니한 점 등을 종합하면, 표창수상 등 원고에게 유리한 사정을 모두 감안하더라도 참가인의 원고에 대한 이 사건 2차 해고는 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되지 않는다”

## 2.7 C공항공사 사건

징계위원회를 구성함에 있어 성희롱 예방지침에 따랐으나 상위규정인 인사규정을 위반한 경우, 이러한 절차상 하자가 성희롱 예방지침이 인사규정의 특별규정이라고 오인한 데 따른 것이지 징계대상자를 불리하게 처우하기 위한 것이라고 보기 어렵고, 결격자인 위원을 제외하고도 인사규정에서 정하고 있는 최소 구성정족수 및 의결정족수 요건을 충족하고 있다면, 징계를 무효로 할 정도의 위법이 있다고 볼 수 없음

【서울고등법원 2008. 11. 11. 선고 2008누 11886 판결<sup>172)</sup>】

“가. 징계절차의 적법 여부

원고 공사는 참가인보다 상위 직급인 3인의 인사위원과 하위직급이자 여직원인 2인의 인사위원 등 5인으로 인사위원회를 구성하여 참가인에 대한 징계절차를 진행하여 5인 만장일치로 참가인에 대한 이 사건 해고를 의결하였다.

그런데 원고 공사의 사규의 규정체계에 비추어 보면, 인사규정과 성희롱예방지침이 서로 충돌하는 경우에는 상위규정인 인사규정이 우선할 수밖에 없는 것이고 따라서 인사위원회에 참가인보다 하위직급자인 여직원 2인이 포함되어 있다면 이는 인사위원회는 심의대상자보다 상위직급으로 구성되어 있어야 한다는 인사규정 제6조 제2호를 위반한 것이라 할 것이다. 그러나 원고 공사가 인사위원회를 구성함에 있어 참가인보다 하위직인 여성위원 2인을 참가

시키게 된 것은 성희롱 관련 인사위원회의 구성에 있어 남성 또는 여성의 비율이 전체위원의 10분의 7을 초과하여서는 아니된다는 성희롱예방지침 제11조의 규정에 따른 것으로서 참가인보다 상위직급의 여성 직원이 없었기 때문이라는 것인바, ....성희롱 예방지침이 인사규정보다 나중에 제정된 것이고 그 규정 내용이 인사규정의 특별규정인 것으로 잘못 해석될 여지가 있는 점, 이는 규정의 해석의 잘못에 기인한 것일 뿐 원고 공사에서 참가인에게 특별히 불리하게 하기 위한 의도가 있었던 것으로 보이지 아니하고, 참가인 역시 징계절차에서 특별히 그 구성의 위법을 주장한 것으로 보이지는 않는 점,..... 인사규정에 따라 그 자격이 없다고 판단되는 참가인보다 하위직급 여직원 2인을 제외하더라도 위 인사규정에서 정하고 있는 인사위원회의 최소 구성정족수(3인) 및 의결정족수(출석위원 과반수 이상의 찬성)를 충족하고 있다는 점 등에 비추어 보면, .....이 사건 징계자체를 취소하여야 할 정도의 절차상 위법이 있는 것이라고는 볼 것이 아니다.”

#### “나. 징계사유의 존부

참가인은 당초 성희롱 행위의 장소로 지목된 노래방에 간 사실조차 부인하다가 당시 함께 동석하였던 동료직원들의 진술을 통하여 노래방에 간 사실이 입증되자 이를 뒤늦게 번복하고 인정하는 등 진술에 일관성이 없는 점, 참가인도 이 사건 성희롱 행위 중 2006. 6. 경 저녁 공사 사무실에서 퇴근하려는 피해자에게 “남편하고 자는 것은 집에 가서 늦게 하고 남아서 일 좀하고 가라”고 큰소리로 말한 사실은 인정하고 있고 참가인이 과거에도 자신과 함께 근무하였던 직원들에게도 이 사건 성희롱 행위와 유사한 성희롱 행위를 한 사실이 있는 점, 피해자의 성희롱행위에 대한 진술이 세부적인 내용에 있어서는 다소 일관되지 않는 점은 있으나 이는 오래된 과거의 사실을 반복하여 진술함에 따라 나타날 수 있는 기억상의 오류 정도에 불과하고 큰 줄거리에 있어서는 그 피해를 대체로 명확하게 진술하고 있는 점, 피해자는 원고 공사에 입사한지 얼마 안 되는 신입사원으로써 참가인을 무고할 특단의 사정이 없고 참가인의 능력에 관하여 비교적 중립적인 위치에서 평가하고 있는 점 및 피해자의 동료직원이나 남편이 피해자로부터 그 이전부터 참가인이 성희롱행위를 하였다는 이야기를 들은 적이 있다고 진술하고 있는 점 등에 비추어 보면, 참가인이 이 사건 징계사유와 같은 성희롱 행위를 하였다는 점은 충분히 인정할 수 있고,,, 인사규정상 징계사유에 해당한다.

#### 다. 징계양정의 적정 여부

참가인은 물류팀 팀장의 직위에서 직원들에 대한 성희롱을 예방하고 감독하여야 할 지위에 있음에도 오히려 그 자신이 상습적으로 직원에게 성적굴욕감 및 혐오감을 주는 행위를 한 점, 성희롱의 장소가 회식자리는 물론 사내 사무실에서도 자행되었을 뿐 아니라 장기간에 걸쳐 이루어짐으로써 직원들 간의 신뢰와 직장질서를 심각하게 파괴한 점, 원고 공사는 이 사건이 발생하기 이전에도 성희롱방지를 예방하기 위하여 교육과 교범을 정립하는 등 최선의 노력을 다해왔고, 참가인도 이러한 사정을 잘 알면서도 이 사건 성희롱 행위를 한 점...이 사건 해고가 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 그 징계재량권을 일탈하거나 남용하여 위법한 처분이라고 할 수 없다.”

## 2.8 Y자회사 사건

성희롱 행위가 직장 내의 지위를 이용하거나 고용상의 불이익을 주는 것으로 보기에 부족하나, 이미 성희롱 행위로 경고조치를 받은 전력이 있음에도 불구하고 외부 회의에 참석하여 노골적인 성적언행을 하여 회사의 위신을 크게 실추시킨 경우 해고는 정당함

【서울고등법원 2007. 11. 6. 선고 2007누9589 판결<sup>173)</sup>】

“가. 징계사유의 존부에 관하여

살피건대, 원고 회사의 취업규칙 제43조 제2호는 ‘고의 또는 중대한 과실로 회사에 손해를 끼치거나 회사의 위신을 추락시키고 사회적 물의를 일으킬 때’를 해고사유의 하나로 규정하고 있고, 참가인이 원고 회사에 입사하면서 준수를 서약한 Y비즈니스 행동 및 윤리강령 III. 4.는 ‘Y의 정책은 성희롱을 포함한 직장 내의 어떠한 형태의 괴롭힘(즉 남을 부끄럽게 하거나 공격적이거나 적대적인 근무환경을 조성하거나 직원의 업무를 방해하는 일체의 구두의, 신체적인 그리고 시각적인 행위)도 철저히 금지하고 있습니다.’.....참가인의 2차 성희롱 행위는 위 규정들에 일응 모두 해당된다고 볼 것이다.

참가인은, 한국의 동료여직원들이 평소 서로를 ‘Charlie’s Angel’로 부르며 농담을 주고받기에 이를 업무보고 중에 재미있는 일화로 소개하려다가 동료여직원들을 ‘Charlie’s Angel’로 지칭하게 된 것이고, 어떤 백인인 여성동료가 회식자리에서 먼저 동양인 남자의 성기는 작다며 성적 농담을 걸어오기에 이에 대응하다가 자신의 성기가 크다고 말하게 된 것이며, 한국의 술문화를 소개하다가 동료여직원들과 러브샷을 하게 된 것이므로 위와 같은 행위의 경위나 동기를 고려하면 위 2차 행위들은 성희롱 행위에 해당되지 않는다고 주장하나, 그와 같은 사정을 고려한다고 하더라도, 참가인의 언동이나 행위들이 성희롱 행위에 해당되지 않는다고 볼 수 없으니 참가인의 위 주장은 이유 없다.”

“나. 징계양정의 적정여부에 관하여

이 사건에 관하여 보건대, 위 인정사실에 의하면, 이 사건 2차 성희롱 행위가 직장 내의 지위를 이용한 것이거나 또는 성적요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것으로 보기에 부족하기는 하나<sup>174)</sup>, 참가인이 1차 성희롱 행위로 인하여 원고 회사로부터 경고조치를 받은 전력이 있음에도 불구하고, 그러한 경고를 받은 지 약 1개월 정도 지난 시점에서 회사를 대표하여 원고 회사의 모회사에서 개최한 업무회의에 참석하여 세계 각 지역 자회사의 책임자들을 상대로 운영보고를 하는 공식석상에서 성적의미가 내포된 부적절한 말을 하고, 회의 직후의 회식자리에서 더욱 노골적인 성적언행들을 계속함으로써 원고 회사의 위신을 크게 추락시켰다고 할 것인바, 위에서 본 바와 같은 2차 성희롱 행위의 일시·장소 및 상황, 행위의 상대방, 행위태양, 참가인의 원고 회사에서의 지위 등 이 사건 변론에 나타난 모든 사정을 종합하여 볼 때, 원고 회사가 참가인의 2차 성희롱 행위에 대하여 한 이 사건 징계해고는 징계재량권의 범위 내에 이루어진 것으로서 정당하다 할 것이며, 따라서 이 사건 징계해고가 재량권을 일탈·남용한 것이라고 판단한 이 사건 재심판정은 위법하다고 할 것이다.”



## 2.9 A헬스클럽 코치 사건

헬스클럽 코치가 장기간에 걸쳐 여성고객 및 직원을 상대로 성적인 발언이나 행동을 하여 수차례 경고를 받았음에도 개선하지 않았고, 이로 인하여 다수의 여성들을 상대하는 헬스클럽의 운영에 지장을 주었다면 해고의 정당성이 인정됨

### 【서울행정법원 2012. 4. 27. 선고 2011구합34863 판결】

#### “1. 징계사유의 존재 여부

① 원고의 성희롱 행위에 대하여 피해자들이 제출한 탄원서 등의 내용이 구체적이면서 상세한데다가 일관적이어서 사실로 여겨지는 점, ② 이 사건 헬스클럽의 여성고객인 이○○, 김○○, 박○○는 여자 화장실 출입문제, 성희롱적 발언을 이유로 참가인들에게 공개적으로 문제를 제기하였는바, 이들과 원고와의 관계, 문제의 연행이 이루어진 장소 및 상황, 그 정도에 비추어 이○○, 김○○, 박○○가 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈을 것으로 보이는 점, ③ 이 사건 헬스클럽의 아르바이트생이었던 박△△은 원고의 성희롱적인 언행을 이유로 참가인들에게 문제를 제기한 후 퇴사하였는데, 원고와의 관계, 문제의 연행이 이루어진 장소 및 상황, 그 정도에 비추어 박△△ 역시 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈을 것으로 보이는 점, ④ 성희롱인지 여부는 행위자의 내심의 의사나 동기보다 상대방의 입장에 더 주안점을 두어 판정되어야 마땅한 것인 점 등을 종합하면, 원고는 이 사건 헬스클럽의 여성고객이나 직원에게 성적 혐오감을 일으키는 언행을 하였다 할 것이고, 원고의 위와 같은 행위는 참가인들의 취업규칙 제69조 제7항, 제10항을 위반한 것으로서 징계사유에 해당한다.”

#### “2. 징계양정의 적정 여부

이 사건에 관하여 살피건대. 위 인정사실 및 앞서 든 증거들과 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉,.....① 원고의 성희롱 행위는 장기간에 걸쳐 여성 고객이나 직원을 상대로 행하여진 것으로 보이고, 참가인들로부터 수차례에 걸쳐 경고를 받았음에도 개선되지 않았던 것으로 보이는 점, ② 신림동 고시촌에 위치하여 다수의 미혼 여성회원들을 상대로 영업하는 이 사건 헬스클럽의 특수성에 비추어 원고의 성희롱 행위는 이 사건 헬스클럽의 운영에 막대한 영향을 미칠 것으로 보이고 실제로도 원고의 잘못된 언행으로 인하여 일부 고객들이 환불을 받거나 탈퇴하기도 한 점 등에 비추어 원고는 참가인들과의 고용관계를 계속 유지할 신뢰를 상실한 것으로 보이므로 참가인들의 원고에 대한 해고 조치는 객관적으로 명백히 부당하여 사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 것으로 볼 수 없다”

161) 중앙노동위원회, ‘직장내 성희롱, 해고의 서면통지 판례 분석’, 2012. 12. 중 직장내 성희롱 판례 분석만 발췌함

162) 1993년 서울대 교수의 조교 성희롱 사건을 계기로 「여성발전기본법」이 제정(1995. 12. 30.)되면서 ‘성희롱’이 법적 용어로 도입되었음(여성발전기본법은 현재 양성평등기본법으로 개정되었음). 현재 「국가인권위원회법」(제2조 제3호 (라)목)과 「남녀고용평등법」(제12조)에서 ‘직장 내 성희롱’에 관하여 규정하고 있는데, 본 판례분석에서는 「남녀고용평등법」을 중심으로 서술함

163) 직장 내 성희롱을 이유로 한 징계의 정당성 판단에 관한 중앙노동위원회의 재심판정을 다루는 행정소송이 2010년 까지는 연간 2~3건에 불과하였으나, 2011년에는 10건으로 그 수가 급증하였음. 대부분 직장 내 성희롱을 이유로 징계해고를 당한 근로자가 징계양정이 과다하다고 하면서 불복한 사건임

164) 「남녀고용평등법」 제12조는 직장 내 성희롱의 일반적 금지를 선언하면서 제13조에서 사업주의 직장 내 성희롱

- 예방교육을 의무화하고, 제14조에서 성희롱 발생시 사업주가 지체 없이 행위자에 대하여 징계 등의 조치를 취할 것과 성희롱 피해 근로자 또는 성희롱 피해 발생을 주장하는 근로자에게 불리한 조치를 하지 말 것을 규정하고 있음
- 165) 미국법원도 성희롱 판단기준으로 과거 ‘합리적인 인간기준’을 사용하였으나, Ellison v. Brady(1991) 사건 이후 ‘합리적인 여성기준’을 사용한 판례들이 많이 나오고 있음. 위 사건에서 재판부는 합리적 인간기준이 남성 편향적이고 제도적인 여성의 경험을 무시하는 경향이 있기 때문에 피해자와 같은 성을 가진 합리적인 인간의 관점에 초점을 맞추어야 한다고 판결함
- 우리 법원도 교사들의 회식자리에서 교감이 여교사들에게 교장에게 술을 따르라고 권유한 사건(대법원 2007. 6. 14. 선고 2005두6461) 이후로 ‘합리적인 여성기준’을 사용하고 있음. ‘성희롱인지 여부는 행위자의 내심의 의사나 동기 보다는 상대방의 입장에서 객관적으로 판단되어야 함’(서울행정법원 2011. 11. 10. 선고 2011구합19208 판결 등)
- 한편, 미국법원은 성희롱의 위법성을 판단함에 있어 조건형 성희롱(성희롱이 고용조건, 보수나 승진과 관련되는 경우)과 환경형 성희롱(성희롱으로 인하여 위협적, 적대적, 공격적 근로환경이 조성되는 경우)을 구분하고 있으나, 우리법원은 성희롱에 관한 위와 같은 개념구분을 인정하지 않음(대법원 1998. 2. 10. 선고 95다39533 판결)
- 166) 여직원 270명이 집단적으로 회사의 성희롱 문화에 대하여 사용자책임을 묻은 L호텔 사건에서 법원은 “외형상 객관적으로 사용자의 사업활동 내지 사무집행 행위 뿐만 아니라 그 행위과정이 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 이상 그와 관련된 것”에까지 직무집행관련성이 인정된다고 하면서 “직장 내 근무시간은 물론 회사가 그 비용을 지원한 공식적인 회식이나 야유회, 체육대회나 그 밖에 객관적으로 이에 준하는 것으로 평가될 수 있는 회사의 임원 등 간부들이 공식적으로 주재하는 회식 등에서 일어난 성희롱 행위에 대해서도 사용자 책임이 인정될 수 있다”고 보았음(서울지방법원 2002. 11. 26. 선고 2000가합57462 판결, 유사판결 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다89712 판결 등)
- 167) 사용자에게 직장 내 성희롱 행위에 대하여 징계처분을 할 법적 의무가 있다는 점(남녀고용평등법 제14조제1항)과 성희롱 피해자에 대한 손해배상 책임이 인정될 수도 있다는 점을 고려하여 사용자의 성희롱 행위에 대한 해고 처분의 징계권 남용여부를 완화하여 판단한 것으로 보임
- 판례는 “사용자에게는 근로자에 대한 보수 지급 외에도 쾌적한 근로환경을 제공함으로써 근로자를 보호하고 부조할 의무가 있고”(대법원 1998. 2. 10. 선고 95다39533 판결), “이러한 사용자의 보호 의무에는 상사나 직장 동료의 성희롱 행위로 인하여 정신적 고통을 당하지 않도록 적절한 조치를 강구하여야 할 의무가 당연히 포함”(부산고등법원 2008. 4. 4. 선고 2007나19976 판결)된다고 보면서, 일정한 요건이 충족될 경우 성희롱 가해자뿐만 그 자의 사용자에게 대하여도 성희롱 피해자에 대한 손해배상 책임이 인정될 수 있다고 보고 있음(대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다89712 판결 ; 부산고등법원 2008. 4. 4. 선고 2007나19976 판결 ; 대구지방법원 2005. 6. 8. 선고 2004가단129046 판결 ; 인천지방법원 부천지원 2010. 8. 18. 선고 2009가단20606 판결 ; 서울지방법원 2002. 11. 26. 선고 2000가합57462 판결 등)
- 한편, 야영대회 총괄 책임을 맡은 부장교사가 피해자로부터 가해자가 지니친 성적표현을 한다는 보고를 받고도 적절한 조치를 취하지 않고 야영대회에서 당사자들을 함께 숙박하도록 하여 성추행사건이 발생한 경우 중간관리자 뿐 아니라 사업주도 손해배상책임의 주체가 된다고 본 판례도 있음(부산고등법원 2008. 4. 4. 선고 2007나19976 판결)
- 168) 피해자의 근로할 권리를 가해자로부터 보호하는 것은 직장 내 성희롱에 관해 사업주에게 가해자를 징계할 것을 명한 남녀고용평등법 제14조제1항의 입법취지에 부합하는 것이고, 국가인권위원회에서 성희롱에 관한 조사를 하고 시정조치권고를 할 때 가장 중요한 요소로서 고려되고 있는 것임(정지원 ‘직장 내 성희롱에 관한 연구’, 재판자료 제118집 노동법실무연구)
- 169) 본 사건의 원심법원은 원고의 행위가 “지점을 책임지는 관리자로서 직원에 대한 애정을 표시하여 직장 내 일체감과 단결을 이끌어낸다는 의도에서 비롯된 것이고, 전국최우수지점선정을 축하하는 회식에서 흥분하고 들뜬 상태에서 술에 취하여 우발적으로 행동한 것으로 그 경거나 동기에 참작할 만한 사정이 있으며” “원고의 위와 같은 행동은 그 동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제의식 없이 이루어진 것으로 참가인의 상벌규정에 정한 해직요건인 ‘고의성이 현저한 경우’에 해당한다고 보기 어려워” 징계권을 남용하였다고 판단하였음(서울고등법원 2007. 10. 10. 선고 2006누9285 판결)
- 170) 1심 판결(서울행정법원 2010. 6. 4. 선고 2009구합49190 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 7. 14.자 2011두8796 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨
- 171) 본 사건의 초심지방법노동위원회는 2007. 9. 14. 당시 회식자리 분위기가 좋았다는 점을 김OO도 인정하고 있는 점 등으로 보아 원고의 행동이 성적 수치심을 느끼게 할 정도는 아니었고, 같은 날 택시 안에서 당시 원고가 몸을 가누지 못할 정도로 만취한 상태여서 성희롱 의사가 있었다고 보기 어렵다고 하면서 원고의 김OO, 박OO에 대한 성희롱을 인정하지 않았음. 원고의 일련의 성희롱 행위가 사회통념상 근로계약을 지속할 수 없을 정도로 중하게 보이지 않고, 원고에게 동종 징계 처분 전력이 없으며, 19년의 근무기간 중 6차례 표창을 받은 사실을 고려할 때, 본 사건의 해고는 징계양정이 과하여 부당하다고 판정하였음(2009부해139)
- 그러나 이후 중앙노동위원회는 김OO이 ‘회식자리의 분위기는 좋았지만 자신은 기분이 안좋았고 개인적인 자리가 아니었기 때문에 그러한 기분을 숨기고 있었다’고 진술한 것 등에 기초하여 원고의 행위는 모두 성희롱 행위로 인정된다고 하면서 본 사건의 해고를 정당하다고 판정하였음(2009부해691)

## 11. 위법한 노동조합 활동

### 11.1 의의

단체협약이나 취업규칙에서 회사 내 노무 제공과 무관한 집회, 연설, 벽보 게시, 유인물 배포 등의 활동을 일반적으로 금지하고 사용자의 허가를 받은 경우에 한하여 허용하는 규정을 두고 있는 경우 노동조합 활동의 권리와 사용자의 시설지배관리권과의 충돌이 발생하는바 적절한 이익형량이 필요함

노동조합 활동이 헌법과 노동조합법에서 보장하는 노동조합 활동에 해당한다면 회사는 허가제를 이유로 이를 금지할 수는 없고<sup>175)</sup> 징계사유로 삼을 수 없으나, 이와 달리 징계해고사유가 된 근로자의 업무 외 활동이 **위법한 노동조합 활동으로** 평가된다면 이를 징계사유로 삼을 수 있음

노동조합 활동 중 쟁의행위에 대해서는 다음 장에 서술하였음

### 11.2 정당한 노동조합 활동인지 여부의 판단기준

법원은 정당한 노동조합 활동으로 인정받기 위해서는 ① **성질상** 노동조합 업무를 위한 활동이거나 노동조합의 목시적 **수권 혹은 승인**을 받았다고 볼 수 있는 것<sup>176)177)</sup>, ② **목적**이 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적 지위 향상을 도모하기 위한 것 일 것, ③ 별도의 허용 규정이 있거나 노동 관행·사용자 승낙이 있기 전에는 **원칙적으로 취업시간 외에** 행해질 것, ④ 폭력과 파괴행위 등의 **방법**에 의하지 않을 것의 요건을 충족해야 한다고 봄<sup>178)</sup>

#### 【대법원 1992. 9. 25. 선고 92다18542 판결】

“조합원의 일부가 조합 집행부와 조합원 전체의 의사에 따르지 않고 **노동조합의 결정이나 방침에 반대하거나 이를 비판하는 행위**는 행위의 **성질상 노동조합의 활동으로** 볼 수 있다거나

172) 1심 판결(서울행정법원 2007. 3. 27. 선고 2006구합35916 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 1. 30.자 2008두21751 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

173) 1심 판결(서울행정법원 2008. 4. 22. 선고 2007구합40670 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 3. 13.자 2007두24487 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

174) 본 사건의 중앙노동위원회 재심판정 및 1심 행정법원은 “참가인의 2차 성희롱 행위를 직장 내의 지위를 이용하여 업무와의 관련성 또는 고용상의 불이익을 주는 직장 내의 성희롱으로 보기에 부족”하다고 하면서 해고의 양정이 과하여 부당하다고 판단하였으나, ① 직장 내 성희롱의 주체는 사업주, 상급자 뿐 아니라 동료근로자도 포함되고, ② 회사에서 주관하는 회식자리의 경우 업무와 관련된 것으로 인정되며, ③ 직장 내의 지위를 이용하여 고용상의 불이익을 주는 것 이외에 상대방에게 ‘성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게’ 하는 것도 직장 내 성희롱 행위로 인정되고 있으므로 타당하지 않음

175) 대법원 1988. 10. 11. 선고 87누147 판결

노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 인정할 만한 사정이 없는 한 조합원으로서의 자의적인 활동에 불과하여 노동조합의 활동이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 설사 그 행위가 조합 활동으로서 취업시간 외에 행하여졌다고 하더라도 장소가 사업장 시설내인 경우에는 시설에 대한 소유권 또는 관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하고(당원 1990.5.15. 선고 90도357 판결 참조), 한편 연장근로는 노사의 합의에 의하여 행하여지는 것이라고 하더라도 사용자가 근로시간을 연장할 필요가 있어 근로자들에게 연장근로를 제의한 경우에 집단적으로 이를 거부하고 연장근로를 하지 말라고 선동하는 행위는 사용자의 업무를 방해하는 것으로서 정당하다고 할 수 없는 것이다.”

### 11.3 위법한 노동조합 활동 관련 판례

#### 가. 조합활동과 징계사유의 정당성

##### 1) 징계사유의 정당성을 인정한 판례

가) 법원은 **휴게시간중의 유인물 배포행위**에 대해 취업시간뿐만 아니라 휴게 시간 중에도 시설 관리나 다른 직원이 휴게 시간을 자유롭게 이용하는 것을 방해할 염려가 있고 나아가 기업 질서를 어지럽힐 가능성도 있으므로 이를 제한하는 취업 규칙을 무효라 할 수 없고, 허가받지 않은 유인물 배포를 징계사유로 규정한 취업규칙 또한 헌법상 언론의 자유를 침해한 것으로서 무효라 할 수 없다고 판단함<sup>179)</sup>

나) 법원은 **허가받지 아니한 집회가 점심시간 중에 이루어진 것이라 하더라도** 그것이 노무지휘권이 미치는 사내에서 취업규칙이 금하고 있는 태양으로 이루어진 이상 이는 징계사유에 해당한다고 봄<sup>180)</sup>

다) 법원은 **병원 직원이 구호가 적힌 주황색 셔츠를 근무 중 착용하여** 환자들에게 불안감을 주고, 노동조합 전용 게시판이 아닌 곳에 벽보를 부착하며, 노동조합이나 병원과 무관한 내용의 현수막을 현관 외벽에 설치함으로써 병원 질서를 문란하게 한 경우 징계사유에 해당한다고 봄<sup>181)</sup>

176) 노동조합 위원장으로 출마하는 행위(대법원 1990. 8. 10. 선고 89누8217 판결), 노동조합 위원장 후보 사퇴자가 자신의 사퇴 이유를 조합원에게 알리기 위해 유인물을 배포한 행위(대법원 1991. 11. 12. 선고 91누4164 판결) 등이 이에 포함됨

177) 그러나 노동조합원이 허위 사실 등을 유포하여 노동조합장 불신임 운동을 전개하는 것은 기업의 공동체 질서를 위태롭게 하는 것으로서 정당한 노동조합 활동이 아님(대법원 1995. 2. 14. 선고 94누5847 판결)

178) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결, 1992. 4. 10. 선고 91도3044 판결, 1992. 9. 25. 선고 92다18542 판결

179) 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다4042 판결

180) 대법원 1994. 5. 13. 선고 93다32002 판결

181) 대법원 1996. 4. 23. 선고 95누6151 판결

라) 법원은 사용자측의 부당노동행위에 대한 조사 명목으로 조합원 10여 명이 **영업소를 찾아가 붉은 머리띠를 두르고 시위를 하며 영업소장의 퇴장요구에 불응**하고, 사무실 옆면에 걸려있는 노조 게시판을 떼어 정면의 경영방침 옆에 못을 치고 게시한 행위들은 노조원이 폭행당한 것에 대한 사과와 재발방지를 요구하는 것으로서 노조원의 권익옹호라는 목적을 위한 측면이 있다고 하더라도 그 일시, 장소, 수단 등에 비추어 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적 규율이나 제약을 벗어난 행위로서 징계사유에 해당한다고 봄<sup>182)</sup>

마) 법원은 ‘후원금의 모금행위’ 그 자체는 정당한 노동조합 활동으로 징계 사유가 될 수 없으나, 후원금의 모금 및 관리·사용과 관련하여 **객실승무원간에 민·형사소송이 제기될 정도로 ‘객실승무원 간에 분쟁을 야기한 행위’**는 비록 노동조합 내부의 문제라고 하더라도 그로 인하여 회사의 손실 등이 초래되기 때문에 징계사유에 해당한다고 판단함<sup>183)</sup>

바) 법원은 **노동조합 위원장이 조합비 횡령·유용한** 경우 취업규칙 등에서 정한 ‘직무태만 또는 회계질서 문란 등 성실의무를 위반한 때’에 해당되어 징계사유에 해당한다고 봄<sup>184)</sup>

## 2) 징계사유의 정당성을 부정한 판례

가) 법원은 회사의 승낙 없이 **회사를 비난하는 등의 성명서**를 회사 내외 전자통신망 게시하여 배포하였다고 하더라도 성명서와 게시문의 기본적 목적이 회사의 이익을 침해하거나 명예를 훼손하려는 것이 아니라 **근로자의 단결권에 포함될 수 있고 전체적으로 그 내용이 진실한 것이라면** 징계사유가 되지 않는다고 봄<sup>185)</sup>

나) 법원은 노동조합 지부장이 근무시간 중 **취업규칙 등에서 정한 절차에 의하지 않고 당일 외출증**을 제출한 채 조합활동을 이유로 외출하였지만, **관행적으로** 위와 같은 절차로 외출하면 사후승인을 해주었던 점 및 노사관계가 악화된 시점부터 비로소 사후승인을 거절한 점 등에 비추어 위 무단외출은 징계사유가 되지 않는다고 봄<sup>186)</sup>

182) 대법원 1992. 9. 25. 선고 92다18542 판결, 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결, 같은 취지로 대법원 1997. 9. 12. 선고 97누7165 판결

183) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두17636 판결

184) 서울행정법원 2011. 9. 23. 선고 2011구합19796 판결, 다만 이러한 징계사유만으로 해고처분한 것은 징계양정이 과하여 무효라고 판단하였음

185) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2001두8339 판결

186) 1심(대전지방법원 2014. 12. 10. 선고 2014구합2562 판결)과 2심(대전고등법원 2015. 5. 7. 선고 2015누

### 나. 유인물 배포와 노동조합 활동에 관한 판례

1) 법원은 유인물 배포가 정당한지 여부는 **회사의 승인이나 허가 여부만으로 판단할 것은 아니고**, 그 유인물의 내용, 매수, 배포의 시기, 대상, 방법, 이로 인해 기업이나 업무에 영향을 미친 정도 등 여러 가지 사정을 고려하여 판단하여야 한다고 봄<sup>187)</sup>

2) 법원은 **유인물의 내용**과 관련하여 유인물의 내용이 다른 사람의 인격·명예 등을 훼손하거나, 허위 사실을 담은 것이 아니라 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지 증진 기타 경제적 사회적 지위 향상을 도모하기 위한 것으로서 전체적으로 진실하다면 정당성이 있다고 봄<sup>188)</sup>

3) 법원은 **배포시기**와 관련하여 취업 시간이 아닌 휴게 시간 중의 배포의 경우 그것이 다른 근로자의 근로 제공에 나쁜 영향을 미치거나 휴게 시간의 자유로운 이용을 방해하거나 구체적으로 직장 질서를 문란하게 한 것이 아닌 한 허가를 얻지 아니하고 유인물을 배포하였다는 이유만으로 조합활동의 정당성을 잃는다고 할 수 없다고 봄<sup>189)</sup>

4) 법원은 **방법**과 관련하여 근로자에게 직접 건네지 않고 사업장에 은밀히 뿌리는 것은 사용자의 시설관리권을 침해하는 것인바, 이러한 행위가 직장 질서를 문란하게 할 구체적인 위험성이 있는 것이라면 정당성이 있다고 볼 수 없다고 봄<sup>190)</sup>

5) 법원은 **‘사내’의 의미** 관련하여 징계규정에 “회사의 허가없이 사내에서 집회, 연설 또는 유인물을 배포하였을 때”로 규정되어 있는 경우, 회사의 근무질서를 유지하기 위한 위 규정의 목적에 비추어 볼 때 사내에서의 행위인지의 여부는 단순히 장소적인 면만으로 판단할 것이 아니라 회사의 노무지휘권이 미치는 범위 내인지에 따라 판단해야 하는바 회사공장 정문 앞의 유인물 배포는 사내의 유인물 배포에 해당한다고 봄<sup>191)</sup>

6) 법원은 **기업에 미친 영향** 관련 인쇄물이 집단적으로 월차휴가를 실시할 것을 선동하는 내용인 데다가, 그 결과 다수 근로자가 동조하여 사업장을 무단이탈하고 이로써 회사 업무의 정상적 운영에 지장을 주었다면 이는 정당하지 않다고 판단함<sup>192)</sup>

10061 판결) 모두 동일하게 판단하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 8. 13. 자 2015두43612 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

187) 대법원 1992. 3. 13. 선고 91누5020 판결, 1996. 9. 24. 선고 95다11504, 1997. 12. 23. 선고 96누11778 판결

188) 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다13544 판결

189) 대법원 1991. 11. 12. 선고 91누4164 판결

190) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92누4253 판결

191) 대법원 1991.4.12. 선고 90다8084 판결

7) 법원은 한편, 불법 유인물 **배포·게시**를 금지한다고만 규정되어 있다면 명시적 규정이 없는 한 소지, 운반, 작성 등 **준비행위**는 **이에 포함되지 않으므로** 징계할 수 없다고 봄<sup>193)</sup>

## 12. 쟁의행위

### 12.1 의의 및 판례의 일반적 경향

회사는 정당성이 없는 쟁의행위에 대하여 취업규칙 등에 ‘중대한 비행 또는 정당한 명령에 대한 고의적인 불복종’ 내지 ‘불법파업을 주동하거나 참여한 경우’ 등의 징계 해고사유를 규정하여 해고사유로 삼고 있음

법원은 **쟁의행위가 정당성이 있는 것인지 여부에 따라** 그 징계해고사유의 당부를 판단함

즉, 정당성이 없는 쟁의행위에 참가한 경우는 ‘정당한 업무명령에 대한 고의적인 불복종’에 해당하여 해고사유가 되나<sup>194)</sup>, 쟁의행위가 정당한 경우 그 기간 동안 근로자는 사용자에 대한 주된 의무인 **근로제공의무** 등이 **정지되므로**, 무단결근에 해당되지 않고, 근로자들이 출근하지 않음으로써 다른 직원의 업무 부담이 가중되거나, 그로 인해 회사 업무에 지장이 초래된 것 역시 정당한 쟁의행위 참가의 결과에 불과하므로 징계사유로 삼을 수 없다고 봄<sup>195)</sup>

#### 【대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결】

“마. 근로자의 쟁의권행사는 그것이 정당할 때에 한하여 형법상 위법성이 부정되어 처벌되지 않는 것인 바, 쟁의행위의 정당성은, 첫째로 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자에 의하여 행해진 것이어야 하고, 둘째로 노사의 자치적 교섭을 조성하기 위하여 하는 것이어야 하며, 셋째로 사용자가 근로자의 근로조건의 개선에 관한 구체적 요구에 대하여 단체교섭을 거부하거나 단체교섭의 자리에서 그러한 요구를 거부하는 회답을 했을 때에 개시되, 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 사전신고를 거쳐서 행하여야 하고, 넷째로 쟁의권의 행사방법은 노무의 제공을 전면적 또는 부분적으로 정지하는 것이어야 함은 물론 공정성의 원칙에 따라야 할 것임은 노사 관계의 신의칙상 당연하며, 사용자의 기업시설에 대한 소유권 기타의 재산권과도 조화를 기해야 하고,

192) 대법원 1992. 3. 13. 선고 91누5020 판결

193) 대법원 1993. 10. 12. 선고 93다1957 판결

194) 대법원 1992. 9. 22. 선고 91다4317 판결

195) 서울고등법원 2004. 10. 21. 선고 2003누20830 판결

폭력의 행사는 신체의 자유, 안전이라는 법 질서의 기본원칙에 반하는 것이므로 허용될 수 없고, 특히 쟁의권이 노동력의 집단적 거래로서의 측면을 갖는 단체교섭에 있어서 그것을 집단적으로 이용시키지 않게 함으로써 경제적 압력을 넣는 권리이고, 또한 이러한 경제적 압력을 유지, 강화시키기 위하여 사용자가 다른 노동력을 사용하거나 거래선을 확보하는 것을 방해하는 권리인 것이므로 쟁의권에 의하여 보호되는 행위로서의 “쟁의행위”는 근로자집단이 그 주장의 시위나 그 주장을 관철할 목적으로 노무의 제공을 완전 또는 불완전하게 정지하거나, 또한 필요에 따라 이 노무정지를 유지하기 위한 피켓팅이나 사용자와의 거래를 거부하라고 호소하는 행위를 의미하는 것이다.”

정당성이 없는 쟁의행위에 참가했다고 하여 그것만으로 해고가 정당화되는 것은 아니고 해고양정의 적정성 여부를 다시 판단해야 하는바, 판례는 통상적으로 일반조합원보다는 **노조 간부들에게** 무거운 책임을 묻는 경향을 보임

판례의 이러한 태도는 통상적으로 노조 간부들이 쟁의행위를 기획·결정하는 등 주도적 역할을 하였을 것이라는 판단에 기초하는 것이므로 직책과 달리 주도적 역할을 하지 않은 간부를 중하게 징계하는 것은 허용되지 않음<sup>196)</sup>

【서울고등법원 2012. 12. 5. 선고 2012누16802 판결<sup>197)</sup>】

“① 원고 최○○, 최○○의 경우 원고 ○○노조의 최고위층 간부의 직책을 담당하지는 않았으므로 이 사건 순환 및 전면파업을 직접적으로 계획·결정, 주도하는 역할을 하였다기보다는 원고 ○○노조 집행부가 결정·집행한 사항을 각 지부 또는 지방본부 조합원들에게 전달하고 또 조합원들의 의사를 원고 ○○노조 집행부에 전달하는 등의 역할을 한 정도로 보이는 점, … (중략)… 각 해임의 징계처분은 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계재량권을 일탈하거나 남용하였다”

법원은 노동조합법 제2조제4호 단서에 따라 부당해고되어 현실적으로 근로 제공을 하고 있지 않은 근로자라도 부당노동행위 구제신청을 하였을 때는 중앙노동위원회의 재심

196) 대법원은 위법한 쟁의행위에 대하여 노동조합 간부 중 일부에 대하여는 “쟁의행위가 목적면에서 근로조건의 유지·개선과 관련 없이 단지 사용자가 시행하고자 하는 ‘타제’의 시행을 저지하기 위한 것으로 보여 그 정당성을 인정할 수 없는 점, 관계 행정기관 행정지도를 무시한 채 5개월여 이른 장기간 쟁의행위로 상당한 손해를 끼친 점, 이 사건 근로자들은 지부의 중추적 간부로서 의사결정에 주도적으로 관여할 수 있는 지위에 있었던 점, 쟁의 관련 범죄 사실에 대하여 징역형의 무거운 형을 선고받은 점 등을 고려하면 징계해고는 적정하다”는 취지로, 다른 일부에 대하여는 “집단행위 참여 기간이 상대적으로 짧은 점, 이 사건 쟁의행위 중 가장 과격하였던 것으로 보이는 ‘○○○출정식’에도 참가하지 아니한 점 등에 비추어 정적 2월의 징계는 양정이 과하다”는 취지로 각 판시한 바 있음(서울고등법원 2009. 10. 15. 선고 2009누7570 판결, 이후 대법원 2010. 2. 11.자 2009두19694 심리불속행 기각 판결로 확정됨)

197) 1심 판결(서울행정법원 2012. 5. 11. 선고 2011구합12429 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 9. 4. 자 2013두864 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니 되므로, 그 한도 안에서 쟁의행위 관련 회사 규정이나 법령을 지켜야 하므로, **부당해고 후 복직 전까지** 기간 중 쟁의행위 가담 행위도 징계사유로 될 수 있다고 판단함<sup>198)</sup>

## 12.2 쟁의행위의 정당성 판단 요건별 관련 판례

### 가. 주체

법원은 쟁의행위의 주체는 **“노동조합”으로 한정**되므로 노동조합 아닌 근로자집단에 의한 쟁의행위<sup>199)</sup>, 노동조합의 일부 조합원이 조합의 승인 없이 또는 조합원 전체의 의사에 반하여 하는 이른바 ‘비공인 파업’<sup>200)</sup> 등은 그 정당성을 인정받지 못한다고 봄

### 나. 목적

법원은 하나의 쟁의행위에서 추구하는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 **“주된 목적”**의 당부에 의하여 정당성 여부를 판단하여야 하고, 부당한 요구사항을 뺏더라면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 판단함<sup>201)</sup>

구체적으로, 근로조건의 유지·개선을 위한 목적이 아닌 ① 순수한 정치적 목적의 정치파업<sup>202)</sup>, ② 제3자가 파업 중인 노동관계 당사자를 조종·방해·선동할 목적으로 간섭하는 동정파업<sup>203)</sup>, ③ 경영주체의 고도의 경영상 결단에 속하는 사항을 목적으로 하는 파업<sup>204)</sup>은 정당성을 인정받지 못함

제8장  
징계해고사유

### 【서울고등법원 2012. 11. 14. 선고 2012누11777 판결<sup>205)</sup>】

“원고의 정원감축 등 공기업선진화 정책과 신규사업 부족 인력 충원 등은 경영주체의 경영 판단에 기초하는 것으로 경영권에 속하는 사항이고, 해고자 복직, 고소·고발 및 징계 철회, 손해 배상소송 철회 등은 근로조건의 결정과 무관한 경영자의 고유한 권리영역에 속하는 사항이므로, 위와 같은 주장을 관철하기 위한 파업은 허용되지 아니한다.”

198) 대법원 1994. 9. 30. 선고 93다26496 판결

199) 대법원 1991. 5. 24. 선고 91도324 판결

200) 대법원 1997. 4. 22. 선고 95도748 판결

201) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5204 판결

202) 대법원 1991. 1. 29. 선고 90도2852 판결

203) 헌법재판소 1990. 1. 15. 선고 89헌가103 결정, 다만, 파업 중인 노동조합이 가입한 산별 노동조합 등은 제3자가 아니므로 이들의 동정파업은 정당함

204) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두10852 판결), 기타 유사 판결로는 대법원 2001. 5. 8. 선고 99도4659 판결, 2003. 12. 26. 선고 2001도3380 판결, 2003. 11. 13. 선고 2003도687 판결, 2001. 4. 24. 선고 99도4893 판결 등

공장장이나 회사간부 퇴진을 요구하는 것이라 하더라도 그것 자체가 목적이 아니고, **근로조건 유지·개선을 위한 수단**으로서 주장할 때에는 정당한 경우가 있고, 순수 정치파업과 구별하여 근로조건 개선·유지 목적의 파업에 이르게 된 점 등을 참작하여 해고가 지나치다고 본 판례도 있음

【대법원 1992. 5. 12. 선고 91다34523 판결】

“비록 원고들이 이 건 쟁의행위를 함에 있어 피고 연구소장의 퇴진을 요구하였다 하더라도 이는 부차적인 것이고 주된 목적은 원심이 인정한 바와 같이 위 소외인들에 대한 파면처분이 노동조합의 핵심적 관심사항인 연구자율수호운동을 주동한 것에 대한 보복조치라고 하여 이의 철회를 구하는 것이고 기록에 의하면 그 뜻은 조합원의 근로조건의 개선요구에 있다고도 볼 수 있어 이는 단체교섭사항이 될 수 있는 것이라 할 것이므로 이 건 쟁의행위는 그 목적에 있어 정당하다고 보아야 할 것임에도 불구하고 원심이 이 건 쟁의행위의 목적이 정당하지 못하다고 한 판단은 쟁의행위 목적의 정당성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이다.”

【대법원 2002. 4. 26. 선고 2000두4637 판결】

“원심은 …(중략)… ① 비록 원고가 주도한 위 파업이 사용자를 상대로 근로조건의 유지 또는 향상을 도모하기 위하여 행해진 것은 아니나 노동관계법은 근로자 내지 노동조합의 경제적 이익과 밀접하게 관련된 것이어서 순수한 정치적 목적의 쟁의행위와는 구별되는 측면이 있는 점, ② 소속상급단체인 00노총에서 노동관계법 개정에 반대하는 무기한 연대파업에 돌입하도록 결의함에 따라 위 파업에 이르게 된 점, …(중략)… 등에 비추어 볼 때, 원고의 위 비위사실은 원고와 참가인 회사 사이의 근로계약관계를 지속하게 하는 것이 현저히 부당하다고 인정될 정도의 중대한 귀책사유에 해당한다고 보기는 어려우므로, 참가인 회사가 원고를 징계면직까지 한 것은 징계재량권의 범위를 일탈 또는 남용한 것으로서 부당하다고 판단하였다.  
…(중략)…이 사건 징계면직이 부당하다고 한 원심의 판단은 결론에 있어서 정당하다.”

#### 다. 시기 및 절차

법원은 노동조합법 제45조제1항에 따라 노조가 쟁의행위에 들어가기 위해서는 먼저 총회나 대의원회에서 노동쟁의 발생 결의를 하여야 하고 노동관계 상대방에게 서면으로 통보하여야 하며, 노동위원회에 노동쟁의의 '조정(調停)'을 신청하여야 한다고 봄<sup>206)</sup>

205) 1심 판결(서울행정법원 2012. 3. 29. 선고 2011구합18373 판결)을 인용함

206) 노동조합법 제45조 제2항에 따른 이른바 ‘조정전치주의’에 따라 원칙적으로 조정절차를 거치지 않고 한 쟁의행위는 정당성이 없으나 판례는 조정전치절차 위반을 이유로 곧바로 쟁의행위 정당성을 상실하는 것은 아니라는

또한, 노동조합법 제41조제1항에 따라 조정기간이 지나면 쟁의행위를 할 수 있는데 쟁의행위에 들어가기 위해서는 조합원의 직접 비밀 무기명 투표에 의한 과반수의 찬성이 있어야 하나<sup>207)</sup>, 「노동조합법 시행령」 제17조에 따라 행정관청과 노동위원회에 신고를 하지 않았다 하더라도 쟁의행위의 정당성 결여로 보지는 않음<sup>208)</sup>

#### 라. 방법

법원은 폭력적 방법의 쟁의행위는 정당화될 수 없다고 보며<sup>209)</sup>, 부분적·병존적 직장 점거는 허용되나, 장기간에 걸친 전면적·배타적 점거는 정당화될 수 없다고 봄<sup>210)</sup>

### 13. 노사면책 합의

징계해고사유에 해당하는 근로자의 행위에 대해 노사간 합의로 그 책임을 면제하기로 하는 것은 가능하므로, 회사는 면책 합의에 반하여 그 행위를 징계사유로 삼을 수 없음

1) 법원은 이러한 면책 합의는 회사의 근로자들에 대한 민·형사상의 책임 추궁이나 고용계약상 불이익 처분을 하지 않겠다는 취지이지 **회사에 면책권한이 없는 법률상 책임의 면제를 약속한 취지는 아니라고 봄**<sup>211)</sup>

한편, 면책 합의는 당해 비위 행위를 징계사유로 삼지 않기로 하는 것이지, **다른 비위행위를 징계사유로 하여 근로자를 징계할 때 양정의 판단자료로 삼는 것까지 금하는 것은 아님**<sup>212)</sup>

2) 법원은 면책 합의의 시적 범위와 관련하여, 농성중의 행위와 **일체성**을 가지는 행위 또는 위 농성중의 행위와 **필연적으로 연속되는** 행위로서 불가분적 관계에 있는 행위에 대해서도 면책시키기로 한 것이라고 보아야 하므로 면책합의 이전의 농성행위 등으로 인하여 면책합의 이후에 처벌을 받고 그로 인하여 결근한 행위가 형식상 회사의 인사규정 등의 징계해고사유에 해당한다고 하더라도 이를 이유로 징계해고한 것은

입장임(대법원 2000. 10. 13. 선고 99도4812 판결, 대법원 2001. 11. 27. 선고 99도4779 판결, 대법원 2001. 6. 26. 선고 2000도2871 판결)

207) 노동조합법 제41조 제1항, 위반하면 쟁의행위 정당성 결여, 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결

208) 대법원 2007. 12. 28. 선고 2007도5204 판결

209) 대법원 1990. 10. 12. 선고 90도1431 판결

210) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결

211) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92다14786 판결

212) 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다4042 판결

위 면책합의에 반한다고 봄<sup>213)</sup>

3) 법원은 “최대한 선처하겠다”는 내용의 합의는 징계 면책합의가 아니라고 봄<sup>214)</sup>

## 14. 형사상 범죄와 유죄판결

### 14.1 의의

근로자가 형사상 범죄행위를 저질러 형사처벌을 받게 되면 회사의 명예나 신용이 훼손되고, 사용자의 신뢰가 침해될 수 있으므로 통상적으로 회사는 ‘형사상 범죄로 유죄판결을 받았을 경우’를 징계해고사유로 규정하고 있음

이와 관련하여, 취업규칙 등에 ‘형사상 범죄로 유죄판결을 받은 경우’라고만 표현되어 있는 경우가 많은데, 위 유죄판결이 ① 확정판결만을 의미하는 것인지 미확정판결도 포함하는 것인지, ② 실형만을 의미하는지 집행유예 등도 포함하는지가 특히 문제가 됨

### 14.2 미확정 판결도 ‘형사상 유죄판결’에 포함되는지 여부

1) 법원은 유죄판결이라 함은 단체협약이나 취업규칙 등에 다른 규정(미확정 유죄판결도 징계해고사유로 삼는다는 등)이 없는 한 헌법상 무죄추정의 원칙상 **유죄의 확정판결을 받은 경우만을** 의미한다고 봄<sup>215)</sup>

2) 그러나 다른 당연퇴직사유 등의 규정에 비추어 “**근로제공의무를 장기간 이행할 수 없는 상태**”에 있음을 이유로 하여 그와 같은 면직사유를 규정하고 있는 것으로 해석<sup>216)</sup>된다면 미확정 유죄판결을 받은 경우가 포함될 수 있음

예컨대 수사 중 구속되어 4개월 복역하다가 1심에서 징역 1년의 실형선고를 받고 그로부터 4개월 더 복역하다가 항소심에서 집행유예 판결을 받았다면, 8개월이 넘는 상당 기간 근로제공이 불가능했고, 1심 당시 실형을 선고받아 근로제공 불능이 예상되는 시점이었으므로 1심의 유죄실형판결 선고만으로 직권면직이 가능하다는 판례가 있음<sup>217)</sup>

213) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92다14786 판결

214) 대법원 1993. 5. 11. 선고 93다1503 판결

215) 대법원 1997. 6. 24. 선고 93다28584 판결, 1997. 5. 23. 선고 97다9239 판결, 1997. 7. 25. 선고 97다7066 판결

216) 예컨대 다른 징계해고나 직권면직사유가 근로제공의사 없음을 표시한 경우(사직원 제출, 휴직 후 복직원 미제출), 성질상 근로제공을 할 수 없는 경우(사망, 한정치산 및 금치산), 예정된 근로기간이 만료된 경우(정년, 근로계약 기간 만료) 등이라면 ‘형사상 범죄로 유죄판결을 받은 자’란 유죄판결로 근로제공을 장기간 이행할 수 없는 상태를 의미한다는 것을 짐작할 수 있음

217) 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42082 판결; 대법원 1993. 5. 25. 선고 92누12452 판결 참조

### 14.3 ‘형사상 유죄판결’은 ‘실형’만을 의미하는 것인지, 집행유예도 포함하는 것인지 여부

신체가 구속되어 근로제공이 불가능한 경우를 상정하여 징계해고사유를 규정한 것이라면 ‘실형’만을 의미하는 것으로 보아야 하겠지만, 형사 유죄판결로 인해 사용자와의, 또는 근로자 상호간의 신뢰 관계가 훼손되어 더 이상 직장 질서 유지가 어렵거나, 범죄 행위 내용과 업무와의 관계에 따라서는 회사의 명예나 신용을 심히 훼손·거대 관계에 악영향을 미치게 되는 것을 우려하여 규정한 것이라면 **집행유예 판결을 포함한 것으로 해석해야 함**<sup>218)</sup>

예컨대 공공성이 강한 지하철 운송 사업의 직장 질서 유지에 악영향을 미칠 것이 명백하다면 위 집행유예 판결도 징계해고사유인 ‘유죄의 확정판결’에 해당함<sup>219)</sup>

### 14.4 유의사항

‘유죄판결’이 아니라도 당해 **범죄사실 자체가 해고사유에 해당**한다면 회사로서는 판결 확정 전이라도 얼마든지 범죄사실 자체를 이유로 해고할 수 있으므로<sup>220)</sup> 사용자가 해고사유로 들고 있는 것이 무엇인지를 확정하는 것이 중요함

법원은 근로자들이 회사가 개최한 설명회에 참석한 다른 직원들을 선동하고 소란을 일으키는 등 업무방해행위를 한 경우, **비록 형사절차에서 무죄**를 선고받기는 하였으나 그 이유가 단지 위 방해행위를 「형법」 제314조에서 규정한 ‘위력’의 행사로 볼 수 없다는 것인 점 등에 비추어 취업규칙 등에서 규정한 성실의무, 품위유지의무, 복종의무 등을 위반한 것으로서 징계사유에 해당한다고 봄<sup>221)</sup>

형사 판결에서 확정된 사실은 특단의 사정이 없는 한 유력한 증거자료가 되므로 노동위원회 구제절차나 행정소송 단계에서도 합리적 이유의 설시 없이는 배척할 수 없음<sup>222)</sup>

공문서의 경우에도 판례는 높은 증명력을 인정하여 그 기재사항을 진실이라고 추정하는 경우가 많아<sup>223)</sup> 검사의 불기소결정에서 인정한 사실 또한 특별한 사정이 없는 한 인정할 수 있을 것임

218) 대법원 1997. 5. 23. 선고 97다9239 판결, 1997. 7. 25. 선고 97다7066 판결, 1997. 9. 26. 선고 97누1600 판결

219) 대법원 1997. 9. 26. 선고 97누1600 판결

220) 대법원 1994. 6. 24. 선고 93다28584 판결

221) 서울행정법원 2012. 3. 29. 선고 2011구합17509 판결

222) 대법원 2007. 8. 23. 선고 2005다72386·72393 판결, 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다58471 등. 외국의 민사판결도 같은 취지로 판결하고 있으며, 특히 2003년 개정 독일 민사소송법 제415조에서는 확정된 형사판결에 완전한 증명력을 인정

223) 대법 1994. 6. 10. 선고 94다1883 판결, 대법 1990. 11. 23. 선고 90다카21022 판결, 대법 1996. 7. 26. 선고 95다19072 판결 등

### 제3절 이중징계와 일사부재리 원칙

#### 1. 의의

일사부재리 원칙에 따라 정당한 징계사유가 있더라도 동일한 사유에 대하여 이중으로 징계할 수는 없음

그러나 종전의 징계가 절차상의 흠 또는 징계 양정이 과하다는 등의 이유로 노동위원회 구제절차나 법원 소송절차에서 부당한 것으로 밝혀지자 사용자가 동일한 사유에 대하여 다시 절차를 밟거나 징계의 수준을 낮추어 다시 징계하거나, 사용자 스스로 종전의 징계를 취소하고 새로이 징계하는 것은 가능함

새로운 징계처분을 하면서 종전에 징계를 받았던 점을 **징계 회부 여부나 징계 수단의 결정에 참고**하는 것에 불과하고 그것을 징계사유로 하지 않았다면 이중징계에 해당하지 않음

#### 2. 관련 판례

법원은 택시회사의 근로자가 회사와의 갈등, 동료와의 이간질 등의 비위행위를 저질러 오다가 2010. 10. 4. 졸음운전으로 교통사고를 발생시키고 같은 달 13일 사고에 대한 시말서 제출을 거부하였다는 이유로 2010. 11. 12. 고정승무배제 처분을 받고, 이후 2011. 7. 29. 그동안 발생한 비위행위들을 모두 징계사유로 하여 해고된 사안에서 위 고정승무배제처분은 **교통사고 및 시말서 제출 거부만을 이유로 한 것으로 판단**된다고 하여 비록 위 고정승무배제 처분 이전에 발생한 비위사실이라도 이 사건 해고 처분의 징계사유로 하는 것이 이중징계에 해당하지는 않는다고 봄

【서울고등법원 2013. 6. 19. 선고 2012누36929 판결<sup>224)</sup>】

“사용자가 근로자에 대하여 이중징계를 한 경우 일사부재리의 원칙이나 이중처벌 금지원칙에 위배되어 그 징계처분은 무효이나, 이와 같이 이중징계에 해당하려면 선행처분과 후행 처분이 모두 법적 성질상 징계처분이어야 하고, 선행 징계처분이 취소됨이 없이 유효하게 확정되어야 하며, 선행 징계처분과 후행 징계처분의 징계혐의사실이 동일하여야 한다(대법원 2000. 9. 29. 선고 99두10902 판결 등 참조).

이 사건 징계해고가 이중징계에 해당하는지에는 관하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 원고가

2010. 11. 12.경 참가인에 대하여 고정승무를 배제시켰고, 고정승무배제는 단체협약에서 정한 징계 처분에 해당하며, 그와 같은 고정승무배제 상태는 참가인이 징계해고될 무렵까지 취소됨이 없이 유지되어 온 사실은 인정되나, 한편 앞서 든 사실 및 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, …(중략)…⑤ 이 사건 노동조합은 2010. 10. 30.경 원고에게 참가인의 징계를 요구하였고, 그 사유는 회사와의 갈등, 동료와의 이간질, 터무니 없는 낭설 퍼트림, 유인물 배포 등으로서 이 사건 징계사유와 상당히 유사한바, 원고는 2010. 12. 17. 이에 대해서 별도로 징계를 하지 않고 주의를 주겠다는 것을 분명히 밝혔는바, 결국 원고는 위와 같은 사유에 대해서는 당시 징계를 하지 않았다고 보이는 점 등을 종합적으로 고려하면 원고의 2010. 11. 12.자 참가인에 대한 고정 승무배제는 참가인이 교통사고를 일으켰음에도 원고의 시말서 제출요구에 응하지 않았음을 이유로 이루어진 것이라고 보이고, 결국 a 내지 p의 징계사유를 이유로 한 이 사건 징계해고가 이중징계에 해당한다고 본 재심판정의 판단은 잘못이다.”

224) 1심 판결(서울행정법원 2012. 11. 2. 선고 2012구합12907 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 10. 14. 자 2013두13471 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 제4절 징계해고로서의 당연퇴직과 권고사직

### 1. 의의

기업 실무상 징계해고사유에 해당하는 것을 당연퇴직 또는 권고사직 등의 사유로 규정하여 근로관계를 종료시키는 경우가 있는바, 이러한 처분의 성질 및 그 정당성 여부가 문제됨

### 2. 당연퇴직

실질적으로는 징계해고사유에 해당하는 것을 당연퇴직사유로 규정하고 있는 경우, 이에 따른 당연퇴직 조치의 효력이 문제됨

1) 법원은 당연퇴직의 사유가 정년 등 근로관계의 자동소멸사유가 아니라면 실질적으로 사용자의 일방적 의사표시에 의한 근로관계의 종료로서 해고로 보아야 한다고 판시하여<sup>225)</sup>, 사용자의 의사표시가 필요하다고 봄

#### 【대법원 1997. 2. 14. 선고 96다43904 판결】

“살피건대, 사용자가 어떤 사유의 발생을 당연퇴직 사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와 달리 한 경우에 그 당연퇴직 사유가 근로자의 사망이나 정년, 근로계약기간의 만료 등 근로관계의 자동소멸사유로 보여지는 경우를 제외하고는 이에 따른 당연퇴직은 근로기준법 제27조 소정의 제한을 받는 해고라고 보아야 할 것이고(대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결, 1995. 3. 24. 선고 94다42082 판결 등 참조), 이와 같이 당연퇴직을 해고로 보는 이상에는 퇴직처분 등 근로관계를 종료시킨다는 사용자의 의사표시가 있어야만 비로소 근로관계가 종료된다고 할 것인바, 이 사건에 있어 원고의 피용자인 위 소외 1이 집행유예의 형을 선고받은 것이 위 인사 규정상의 당연퇴직 사유에 해당한다고 할지라도 사용자인 원고가 이를 이유로 하여 소외 1에 대하여 퇴직처분 등 근로관계를 종료시킨다는 의사표시를 하지 아니한 이상 위 소외 1은 여전히 원고의 직원으로서의 지위를 계속하여 가지고 있다고 보아야 할 것이므로 이와 같은 취지의 원심의 판단은 옳고, 거기에 ‘당연퇴직’ 등 원고 직원의 신분제한에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없으니, 이 점에 관한 상고이유의 주장은 이유 없다고 할 것이다.”

2) 취업규칙 등에 규정된 당연퇴직사유는 근로관계 자동소멸사유와 유사하여야 할

225) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96다43904 판결



것이므로, 그러한 범위 내로 한정하여 해석함

법원은 당연퇴직사유로 사망, 정년 등과 함께 채용 결격사유가 규정된 것으로 보아, 여기서 말하는 채용 결격사유는 미성년자, 한정치산자, 자격 상실 등을 규정한 취업규정의 결격사유로 해석하여야 할 것이라고 봄

【서울고등법원 2012. 10. 25. 선고 2012누4915 판결<sup>226)</sup>】

“취업규칙 등에서 당연퇴직사유로 정한 사유가 근로관계의 자동소멸사유로 보이는 경우 위와 같은 당연퇴직사유를 규정한 취업규칙이 유효한 이상 그러한 사유의 발생만으로 그 사유발생일 또는 소정의 일자에 당연히 근로관계가 종료하고, 정년 등과 같은 근로관계의 자동소멸사유로 인한 퇴직처리는 법률상 당연히 발생한 퇴직의 사유 및 시기를 공적으로 확인하여 알려주는 ‘관념의 통지’에 불과할 뿐 근로자의 신분을 상실시키는 ‘해고처분’과 같은 새로운 형성적 행위가 아니다 (대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다85997 판결 등 참조).

(2) 위 법리를 토대로 살피건대, 앞서 본 각 증거(갑 4, 14호증의 각 기재) 및 변론 전체의 취지를 종합하면 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ① 참가인의 인사규정 제18조는 당연퇴직 사유로 직원이 사망하였을 때(제1호), 정년 연령이 되었을 때(제2호), 직원의 채용 결격사유가 입사 후에 발견되었을 때(제3호), 휴직기간이 만료하였음에도 불구하고 복직원을 제출하지 아니하였을 경우(제4호)를 규정하고 있고, 채용 결격사유가 무엇인지에 대하여는 취업규정에 따라 정하고 있는 점, …(중략)…앞서 본 바와 같이 근로기준법 소정의 해고의 제한을 받지 않는 당연퇴직 사유로서의 결격사유는 그 사유의 발생만으로 당연히 근로관계가 종료되는 자동소멸사유(인사규정 제18조 제1, 2, 4호)와 유사하여야 할 것인바 취업규정 제6조의 결격사유가 이에 가까운 것으로 보이는 점, ④ 참가인의 인사규정 제18조 제3호가 당연퇴직사유로 ‘직원의 채용 결격사유가 입사후 발견되었을 때’를 규정하고 있는데 반하여, 위 인사규정 제27조 제1항 제4호는 해고사유로 ‘기재 경력을 높게 사칭하는 등 이력서에 허위사실을 기재하여 입사하였음이 추후 확인되었을 때’를 규정하고 있는데, 참가인이 당연퇴직사유로 주장하는 ‘원고들이 채용 당시 직급별 채용자격기준에 부합하는 경력을 가지고 있지 않았다’는 사유는 그 주장이 사실이라고 인정된다고 하더라도 해고 사유에 불과한 것으로 볼 수 있는 점 등 당연퇴직의 일반적인 성질 및 당연퇴직사유의 한계, 이 사건 인사규정 제18조 제3호 소정의 당연퇴직사유인 ‘직원의 채용 결격사유가 입사 후에 발견 되었을 때’란 취업규정 제6조 소정의 결격사유가 있는 경우를 말한다고 해석함이 타당하다.”

제8장  
징계해고사유

즉, 사용자가 당연퇴직사유로 들고 있는 ‘임용자격기준 위반’은, 그것이 취업규칙 등에서 당연퇴직사유로 규정된 경우에는 당해 **당연퇴직사유로 정한 것이 사회통념상 상당한지**를 기준으로 처분의 정당성을 판단<sup>227)</sup>하여야 함

226) 1심 판결(서울행정법원 2012. 1. 19. 선고 2011구합26046 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 14. 자 2012두26579 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

227) 당연퇴직 사유를 정한 것이 사회통념상 상당성을 인정하기 어렵다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위 규정들의 취지는 존중되어야 할 것임(대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두10548 판결)

3) 법원은 취업규칙의 규정에 따른 당연퇴직이 해고에 해당한다면, 그것이 유효한 것으로 인정되기 위하여는 해고의 정당한 이유가 있어야 하고, 따라서 그 정당성의 판단에 있어서는 당연퇴직 규정이 사회통념상 상당성이 있는지 여부에 대한 판단도 함께 이루어져야 한다고 봄

【서울중앙지법 2006. 7. 14. 선고 2006가합17954 판결】

“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 있는데, 근로기준법 제30조 에서 말하는 해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 그 절차에 관계없이 위의 두 번째에 해당하는 모든 근로계약관계의 종료를 의미하므로, 사용자가 어떠한 사유의 발생을 당연퇴직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와는 달리하였더라도 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)

이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 인사규정은 채용결격사유인 ‘파산자로서 복권되지 아니한 자’를 당연퇴직사유의 하나로 규정하고 있으나, 이는 근로자나 사용자의 의사와 상관없이 이루어지는 근로관계의 자동소멸사유를 정한 것으로 볼 수는 없고, 오히려 사용자의 일방적 의사에 의한 근로관계의 종료사유를 정한 것으로 보아야 할 것이므로, 피고가 이 사건 인사규정에 근거하여 한 이 사건 당연퇴직처분은 근로기준법의 제한을 받는 해고에 해당한다고 할 것이고, 따라서 그것이 유효한 것으로 인정되기 위하여는 근로기준법 제30조 소정의 정당한 이유가 있어야 할 것이다.”

3) 한편 당연퇴직의 절차에 징계해고절차와 유사한 규정을 두어 실질적으로 징계해고와 유사하게 운용하는 경우도 있으나, 법원은 **절차규정이 없다 하여도** 이를 두고 법상 해고 제한 규정을 회피하는 것이라고 볼 수는 없다고 봄

【대법원 1995. 7. 14. 선고 95다1767 판결】

“취업규칙 등에서 당연퇴직 사유에 대하여 다른 징계해고 등과는 달리 아무런 절차 규정을 두고 있지 아니한 경우에는 당연퇴직 사유가 동일하게 징계 사유로도 규정되어 있는 경우와는 달리 당연퇴직 처분을 함에 있어서 징계 등에서 정한 절차를 거쳐야 한다고 할 수 없다(대법원 1993.5.25. 선고 92누12452 판결; 1995.3.24. 선고 94다42082 판결 등 참조).”

### 3. 권고사직

징계해고를 할 만한 사유가 있는 근로자에게 징계해고의 가혹성을 완화하기 위하여 ‘권고사직’을 행하는 경우가 있음

기업 실무상 징계의 종류의 하나로 ‘권고사직’을 규정하면서, 징계절차를 거쳐 ‘권고사직’처분을 하기로 결정되면 일정 기간(통상 1개월) 안에 사직의 의사표시를 하도록 권고하여, 이에 응하면 즉시 퇴직시키고 기간 내에 사직의 의사표시를 하지 않으면 별도의 징계절차 없이 자동 징계해고할 수 있도록 규정되어 있는 경우가 많음

법원은 이러한 경우의 **권고사직 조치와 이에 응하지 않아 효력을 발생한 징계해고는 불가분의 관계에 있는 것으로서 하나의 징계처분에 해당한다고 봄**

#### 【대법원 1991. 11. 26. 선고 91다22070 판결】

“피고회사의 징계조치로서의 권고사직과 이에 따른 “자동 징계해고”는 권고사직조치일로부터 1개월 이내에 사직원을 제출하여 퇴직조치되지 아니함을 조건으로 하여 효력을 발생하는 징계해고이거나 원심의 실시와 같이 불가분의 관계에 있는 것으로서 위 (6)호 소정의 1개의 징계조치로 볼 것이지, 권고사직조치가 징계해고를 하기 위한 전단계의 독립된 단순한 절차라고 볼 것은 아니다.

이렇게 본다면 원·피고 간의 근로계약관계가 해소되는 것은 권고사직조치에 따른 자동 징계해고의 효력에 의한 것이기는 하나, 이 사건에서 원고가 권고사직 및 이에 따른 해고의 무효확인을 청구하는 것은 이와 같이 불가분의 관계에 있는 하나의 징계조치의 무효확인을 구하는 것이므로 그 소송의 적부도 이를 하나의 징계조치로서 파악하여 판단하여야지 권고사직조치 부분을 자동 징계해고의 효력발생과 따로 떼어서 볼 것은 아니다.”



# 제 9 장

## 직권면직

제1절 직권면직 개관 및 주요쟁점	409
1. 직권면직의 의의 및 성질	410
2. 직권면직의 제한	412
3. 직권면직규정의 해석	416
4. 직권면직규정과 징계규정과의 관계 (직권면직에의 징계절차 적용여부)	417
5. 대기발령에 이은 직권면직	421
6. 직권면직사유별 검토	424
제2절 직권면직 관련 판례	433
1. 직권면직사유별 판례	433
2. 징계절차의 적용 여부 관련 판례	458
3. 대기발령에 이은 직권면직 관련 판례	460



# 목 차

<b>제1절 직권면직 개관 및 주요쟁점</b> .....	409	6.3 복직원 미제출 .....	429
1. 직권면직의 의의 및 성질 .....	410	6.4 허위 이력서 제출, 경력 사칭 .....	430
1.1 직권면직의 의의와 구별개념 .....	410	6.5 노동능력 상실(신체장애 등) .....	430
가. 의의 .....	410	6.6 자격취소 .....	431
나. 구별개념 .....	410	6.7 근로자 파산 .....	431
1.2 직권면직의 법적 성질: 해고 .....	411	6.8 업무 저성과 .....	431
2. 직권면직의 제한 .....	412	6.9 기타 .....	432
2.1 ‘정당한 이유’ 필요 .....	412	<b>제2절 직권면직 관련 판례</b> .....	433
2.2 서면통지 필요 .....	414	1. 직권면직사유별 판례 .....	433
2.3 시기상 제한 .....	415	1.1 형사상 범죄로 유죄판결을 받았음을 .....	
2.4 정리해고의 요건 구비: 경영상 해고에 .....		사유로 한 사안 .....	433
해당하는 경우 .....	415	가. 유죄판결의 확정 여부 .....	433
2.5 인사규정상의 징계절차 준수 필요 .....		1) 확정 판결을 의미한다고 본 .....	
여부: 원칙적 불요 .....	415	판례 .....	433
3. 직권면직규정의 해석 .....	416	2) 미확정 판결의 경우도 직권면직 .....	
3.1 해석의 원칙 .....	416	사유로 인정한 판례 .....	434
3.2 적용 예: 형사상의 범죄로 유죄판결을 .....		나. 집행유예 판결의 포함 여부 .....	435
받았을 경우의 해석 .....	417	1) 실행 판결만을 의미한다고 본 .....	
4. 직권면직규정과 징계규정과의 관계 .....		판례 .....	435
(직권면직예외의 징계절차 적용여부) .....	417	2) 집행유예 판결을 포함한다고 본 .....	
4.1 직권면직사유와 징계사유가 각각 .....		판례 .....	436
규정되어 있고 양자가 실질적으로 .....		다. 직권면직처분의 정당한 이유 .....	438
구별되는 경우 .....	417	라. 정당성을 인정한 사안 .....	438
4.2 직권면직사유와 징계사유가 각각 .....		마. 정당성을 부정한 사안 .....	443
규정되어 있으나 양자가 실질적으로 .....		1.2 무단결근을 사유로 한 사안 .....	445
동일한 경우 .....	419	가. 정당성을 인정한 사안 .....	445
4.3 직권면직사유가 별도로 규정되어 있지 .....		나. 정당성을 부정한 사안 .....	447
않고 징계의 한 종류인 경우 .....	420	1.3 복직원 미제출을 사유로 한 사안 .....	447
5. 대기발령에 이은 직권면직 .....	421	가. 정당성을 인정한 사안 .....	447
6. 직권면직사유별 검토 .....	424	나. 정당성을 부정한 사안 .....	448
6.1 형사상 범죄로 인한 유죄판결 .....	424	1.4 허위 이력서 제출을 사유로 한 사안 .....	448
가. 판결 확정 여부 .....	424	가. 정당성을 인정한 사안 .....	448
나. 실행 판결 여부 .....	425	나. 정당성을 부정한 사안 .....	450
다. 정당성 판단 .....	428	1.5 노동능력 상실을 사유로 한 사안 .....	452
6.2 무단결근 .....	428		

## 목 차

가. 정당성을 인정한 사안 .....	452
나. 정당성을 부정한 사안 .....	454
1.6 자격취소를 사유로 한 사안 .....	455
1.7 근로자의 파산을 사유로 한 사안 .....	456
1.8 업무 저성과를 이유로 한 사안 .....	457
1.9 기타 .....	457
2. 징계절차의 적용 여부 관련 판례 .....	458
2.1 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있고 양자가 실질적으로 구별되는 경우 .....	458
2.2 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있으나 양자가 실질적으로 동일한 경우 .....	459
2.3 직권면직사유가 별도로 규정되어 있지 않고 직권면직이 징계의 한 종류인 경우 .....	460
3. 대기발령에 이은 직권면직 관련 판례 .....	460
3.1 정당성을 인정한 사안 .....	460
3.2 정당성을 부정한 사안 .....	464



## 제1절 직권면직 개관 및 주요쟁점

사용자는 취업규칙 등에 징계해고와 구분하여 직권면직·당연퇴직의 규정을 두고 이를 근거로 근로관계를 일방적으로 종료하는 경우가 있는데 이 때 직권면직·당연퇴직의 정당성을 둘러싼 법적 다툼이 발생함

특히, 직권면직에 대하여 일반의 징계해고와 달리 아무런 절차 규정이 없는 경우에는 직권면직사유가 동일하게 징계사유로도 규정되어 있는 경우를 제외하고는 직권면직 처분을 할 때 일반의 징계절차를 거칠 필요가 없다는 것이 판례의 일관된 견해이어서 직권면직처분으로 손쉽게 근로관계를 종료하고자 하는 경우도 있어 직권면직의 정당성에 관한 판례의 법리를 숙지할 필요가 있음

아래에서는 우선 직권면직에 관한 이론 및 판례를 개관한 후 직권면직의 주요 유형에 관한 판례의 태도를 소개함

### 【대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42082 판결】

“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 없다.

이는 당연퇴직사유가 실질적으로 징계사유로 보여지는 경우에도 달리 해석할 것은 아니다.

이 사건 당연퇴직처분 당시 적용되던 피고 회사와 피고 회사 노동조합 사이에 체결된 노사합의서 제23조에는 징계사유와는 별도로 당연퇴직사유를 규정하고 있고, 피고 회사의 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 경우”를 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.”

## 1. 직권면직의 의의 및 성질

### 1.1 직권면직의 의의와 구별개념

#### 가. 의의

직권면직은 단체협약·취업규칙 등에 정한 일정한 사유(유죄판결의 선고, 근로자의 파산, 무단결근, 피성년후견의 개시<sup>1)</sup>, 노동능력의 상실 등) 발생 시 사용자가 근로자의 동의 없이 일방적으로 근로관계를 해지하는 것을 의미함

직권면직은 사용자가 일방적으로 근로계약관계를 해지하는 것이라는 점에서 해고에 해당함

실무상 직권면직은 i) 징계의 한 종류로 규정된 경우, ii) 징계사유와 별도로 규정된 경우, iii) 징계의 한 종류로 규정하면서도 별도의 규정을 따로 두는 경우 등 다양한 형태로 규정 되고 있고, 각각의 법률적 취급에 다소 차이가 있음

#### 나. 구별개념

직권면직과 달리 당연퇴직은 근로자의 사망, 정년도래, 근로계약기간 만료 등 근로관계의 자동소멸 사유<sup>2)</sup>까지 포함된다는 점에서 직권면직과 차이가 있음

실무상 당연퇴직사유가 해고사유에 해당(유죄판결 선고, 휴직기간 경과 후 복직원 미제출, 자격·면허 취소 등)하는 경우는 직권면직에도 해당하므로 특별히 용어를 구별하지 않고 사용하고 있는데, 직권면직, 면직, 당연면직, 자동면직, 당연퇴직, 퇴직, 자동퇴직 등 다양한 명칭이 혼용되고 있음

본 장에서는 해고에 해당하지 않는 근로관계의 자동소멸사유를 원인으로 한 당연 퇴직은 다루지 않고, 해고에 해당하는 직권면직만을 분석의 대상으로 함

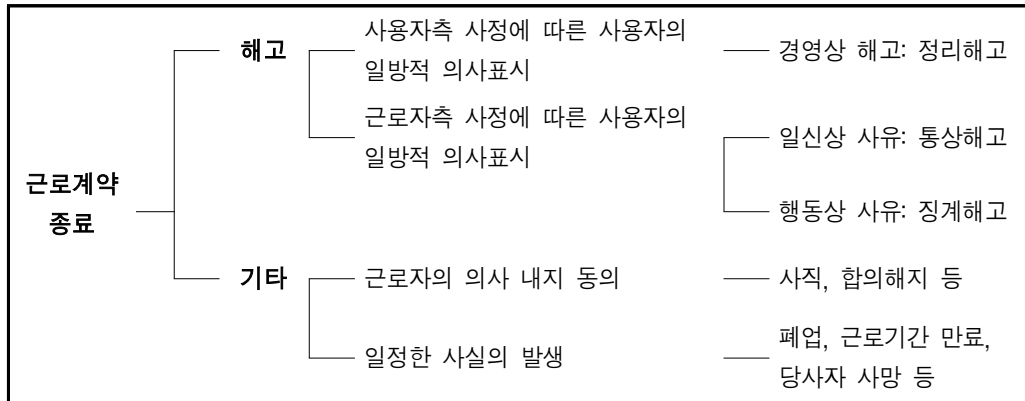
1) 구 행위무능력자 제도(금치산, 한정치산 등)

2) 인사규정 상 채용당연결격사유를 당연 퇴직 사유로 규정하고 있는 경우 이를 해고의 제한을 받지 않는 근로관계의 자동소멸사유로 볼 것인가, 아니면 근로기준법상의 제한을 받는 해고로 볼 것인가에 대해서는 서울행정법원 2012. 1. 19. 선고 2011구합26046 판결(채용결격사유가 발견 된 경우 ‘직원의 채용결격 사유가 입사 후에 발견되었을 때’의 당연퇴직사유에 해당할 수 있다는 취지로 판단), 서울고등법원 2014. 11. 27. 선고 2014누50165 판결(채용결격 사유인 금고이상의 형을 받고 집행 종료되거나 집행 받지 아니하기로 확정된 날로부터 3년이 경과되지 아니한 자를 당연퇴직사유로 규정한 경우 근로관계의 자동소멸사유를 정한 것이 아닌 사용자의 일방적 의사에 의한 근로관계 종료사유를 정한 것이어서 근로기준법상의 제한을 받는 해고에 해당한다고 판단) 참고

## 1.2 직권면직의 법적 성질: 해고

근로계약관계의 종료 형태는 일반적으로 다음과 같이 분류할 수 있음<sup>3)4)</sup>

〈그림 9-1〉 근로계약관계의 종료 형태



단체협약이나 취업규칙 등에 따른 직권면직처분은 사용자의 일방적 의사에 의한 근로계약관계의 종료라는 점에서 성질상 근로기준법 제23조 소정의 제한을 받는 해고에 해당함

### 【대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결<sup>5)</sup>】

“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 의미한다 고 해석하여야 할 것이므로, 피고 회사가 언떠한 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 퇴직조처가 단체협약이나 취업규칙에서 당연퇴직으로 규정하였다 하더라도 이는 위와 같은 의미의 해고의 일종이고, 다만 그 절차에서 다른 일반의 해고 절차와 구분하기 위하여 회사가 내부적으로 그 명칭과 절차를 달리한 것이라고 볼 것이고, 따라서 원고에 대한 이 사건 퇴직조처가 유효하기 위하여는 근로기준법 제27조 제1항이 규정하는 바의 정당한 이유가 있어야 하고, 이와 같은 정당한 이유가 없는 경우에는 퇴직처분무효확인인 소를 제기할 수 있다 고 보아야 할 것이다.”

3) 임종률, 노동법 제13판, 박영사, 2015, 521~522쪽

4) 「근로기준법주해Ⅱ」, 노동법실무연구회, 박영사, 2010, 76쪽, 132~135쪽

5) 같은 취지의 판결로는 대법원 1998. 4. 24. 선고 97다58750 판결, 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007두2067 판결 등이 있음

직권면직은 일반적으로 근로자의 적성이나 능력을 사유(일신상 사유)로 한다는 점에서 통상해고로 볼 수 있으나 실질적으로 징계해고의 일종으로 해석되기도 하고, 정리해고에 해당하는 경우도 있음

예컨대 인사규정상의 직권면직사유가 ‘직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 감원되었을 때’로 규정되어 있는 경우 정리해고로 해석될 수 있음

【서울고등법원 2011. 2. 11. 선고 2010누15430 판결<sup>6)</sup>】

“(2) 이 사건 해고가 정리해고의 요건을 갖추었는지 여부

...(중략)...

(가) 원고는 정부와 서울특별시의 공기업 경영혁신 정책의 일환으로 연구용역을 실시한 후 그 연구결과에서 제시된 의견에 따라 장기적인 경비절감과 인력의 효율적, 탄력적 운영을 위하여 청원경찰 직군을 폐지하고 해당 업무를 외주 용역화하기로 결정하였다.

...(중략)...

(다) 이 사건 해고가 세부시행계획상 외주 용역화 계획에 따른 청원경찰 직원들의 일괄 해고이어서 원고로서는 이들 중 해고대상 인원을 선별할 여지가 없었고, 원고는 이 사건 해고에 앞서 참가인 등 직원들에게 조기퇴직 및 외주업체로의 이직보장 등에 관하여 성실히 설명하였다.

...(중략)...

(바) 또한, 참가인은 총무팀에서 근무하면서 김○○나 정○○로부터 구두로 외주업체로 이직할 것을 권유받았던 것으로 보이고, 설령 그렇지 않다고 하더라도 원고가 일반 사기업체가 아닌 서울특별시가 전액 출자한 공기업인 점에 비추어 참가인으로서도 직군폐지로 인한 직원면직이 예고된 이상 자신이 위 예고통보에 따라 더 이상 원고 회사에서 일할 수 없게 될 것임을 충분히 예상하고 있었다고 봄이 상당하다(게다가 청원경찰법 제10조의6, 제10조의5 제1항에 의하면 원고는 청원경찰직제 폐지로 인한 당연퇴직의 대상이다).”

당연퇴직의 경우 더 포괄적 개념이므로 기타 일정한 사실의 발생으로 인한 근로계약 관계의 당연종료의 경우로 분류되는 경우도 있을 수 있음

## 2. 직권면직의 제한

### 2.1 ‘정당한 이유’ 필요

직권면직은 해고에 해당하므로 근로기준법 제23조에 따라 ‘정당한 이유’가 있어야 함

6) 1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 29. 선고 2009구합49305 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 6. 9.자 2011두6370 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

다만, 이 부분 판단에 대한 판결문상의 표현은 일치되어 있지 않아 판례별로 “근로기준법상 소정의 정당한 이유가 있는지 여부”, “인사규정이 인사권 설정과 관련하여 사용자에게 부여된 합리적인 재량권의 범위를 일탈·남용하여 위법한지 여부”, “이 사건 인사규정이 적법유효한지 여부” 등으로 표현하고 있음

일반적으로 직권면직의 ‘정당한 이유’ 판단에 있어서는 징계양정이 문제되지는 않는데, 이는 양정이란 징계해고 사례처럼 여러 가지 징계 유형이 있고 그 중에 징계의 종류를 해고로 선택하는 것이 타당한지 여부, 즉 선택재량이 일탈·남용되었는지 여부를 판단하는 것을 지칭하는 용어이지만, **직권면직의 경우는 면직을 할 것인지, 말 것인지를 결정하는 결정재량의 일탈·남용을 평가하는 것이기 때문에 양자는 개념적으로 구분되기 때문임**

다만, 직권면직이 별도로 규정되어 있지 않고 징계의 한 종류로만 규정되어 있는 경우에는 직권면직과 다른 종류의 징계 사이의 선택재량의 문제가 발생하므로 징계양정의 판단이 여전히 문제될 여지가 있을 것임

‘정당한 이유’란 사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우를 뜻하므로 당해 직권면직사유가 **근로계약관계를 유지시킬 수 없는 사유인지, 직권면직규정을 대상 근로자에게 적용하여 면직시키는 것이 사회통념상 타당한지** 여부를 판단하여야 함<sup>7)</sup>

한편 취업규칙, 인사규정 등에 규정된 당연퇴직사유에 의한 퇴직처리가 근로기준법의 제한을 받는 해고에 해당한다고 하더라도 그 정당성의 판단에 있어서는 이와 같은 당연 퇴직사유를 정한 것이 사회통념상 상당성을 인정하기 어렵다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위 규정들의 취지는 존중되어야 하는 것이므로<sup>8)</sup>, 당연퇴직처분에 정당한 이유가 있는지 여부를 판단함에 있어서는 먼저 ‘당연퇴직규정’이 사회통념상 상당성이 있는지 여부에 대한 판단이 이루어질 필요가 있음

7) 대법원 1995. 4. 25. 선고 94누13053 판결, 대법원 1998. 11. 10. 선고 97누18189 판결 등 참조

8) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두10548 판결 참조

【 대법원 1998. 11. 10. 선고 97누18189 판결<sup>9)</sup> 】

“단체협약, 취업규칙 등에 해고에 관한 규정이 있는 경우에 그것이 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호 이전의 것) 제27조 제1항의 규정에 위배되어 무효가 아닌 이상 그에 따른 해고는 정당한 이유가 있는 해고라고 할 것이나(대법원 1987. 4. 14. 선고 86다카1875 판결, 1990. 4. 27. 선고 89다카5451 판결 등 참조), 취업규칙 등의 징계해고사유에 해당하는 경우, 이에 따라 이루어진 해고처분이 당연히 정당한 것으로 되는 것이 아니라 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 정당성이 인정 되는 것이고(대법원 1995. 5. 26. 선고 94다46596 판결 참조), 사회통념상 당해 근로자와의 고용 관계를 계속할 수 없을 정도인지는 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 할 것이다(대법원 1995. 4. 25. 선고 94누13053 판결 참조).”

## 2.2 서면통지 필요

근로기준법 제27조의 해고의 서면통지 규정이 적용 되므로 근로관계를 종료시킨다는 사용자의 ① 서면에 의한 의사표시가 ② 근로자에게 도달하여야 효력이 발생함

【 대법원 1998. 12. 8. 선고 98다31172 판결<sup>10)</sup> 】

“사용자가 어떤 사유의 발생을 당연퇴직 사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계 해고와 달리 한 경우에 그 당연퇴직 사유가 근로자의 사망이나 정년, 근로계약기간의 만료 등 근로관계의 자동소멸사유로 보여지는 경우를 제외하고는 이에 따른 당연퇴직처분은 구 근로기준법(1996. 12. 31. 법률 제5245호로 개정되기 전의 것) 제27조 소정의 제한을 받는 해고라고 할 것이고(대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결, 1995. 3. 24. 선고 94다42082 판결 참조), 이와 같이 당연퇴직을 해고로 보는 이상에는 퇴직처분 등 근로관계를 종료시킨다는 사용자의 의사표시가 있어야만 비로소 근로관계가 종료된다 할 것이다(대법원 1997. 2. 14. 선고 96다 43904 판결 참조).”

반면에 사망, 정년, 기간만료 등 자동소멸사유를 이유로 한 당연퇴직은 사유 발생만으로 근로관계 당연소멸의 효과가 발생하므로 퇴직사유·시기를 알려주는 퇴직처리는 ‘관념의 통지’에 불과하고, 따라서 별도의 서면통지가 필요하지 않음

9) 대법원 1995. 4. 25. 선고 94누13053 판결 참조

10) 대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다85997 판결 참조

## 2.3 시기상 제한

해고의 일종이므로 시기상 해고 제한 규정인 근로기준법 제23조제2항에 따라 업무상 부상 또는 질병 등을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일 동안은 면직할 수 없음<sup>11)</sup>

## 2.4 정리해고의 요건 구비: 경영상 해고에 해당하는 경우

직권면직이 실질적으로 정리해고에 해당하는 경우에는 근로기준법 제24조의 정리해고의 요건을 구비해야 함<sup>12)</sup>

## 2.5 인사규정상의 징계절차 준수 필요 여부: 원칙적 불요

단체협약 등에 직권면직에 필요한 절차규정이 따로 규정되어 있다면 당연히 그에 따라야 할 것이나, 취업규칙, 단체협약 등에 징계사유와 별도로 면직사유가 규정되어 있고 면직절차에 대해 아무런 규정이 없는 경우에는 징계절차를 별도로 거칠 필요 없고<sup>13)</sup>, 이는 직권면직사유가 실질적으로는 근로자의 행위를 사유로 한 징계에 해당하는 경우라 할지라도 달리 볼 것은 아님<sup>14)</sup>

또한, 징계시효 규정이나 포상감경 규정이 징계에 대해서만 규정되어 있는 경우 직권면직에는 적용되지 않음

### 【서울고등법원 2009. 11. 11. 선고 2009누1190 판결<sup>15)</sup>】

“(또한, 이 사건 당면퇴직이 징계에 해당하지 아니하므로, 포상으로 인한 감경규정도 적용되지 아니한다).

(5) 당면퇴직처분시 징계시효의 적용 여부

단체협약 제31조에는 징계에 대한 시효만 규정하고 있고, 단체협약상의 징계에는 당면퇴직이 포함된다고 할 수 없으므로, 인사규정에 의한 당면퇴직의 경우 단체협약에서 규정한 징계시효는 적용되지 않는다.”

제9장  
직권면직

11) ‘7일 이상 무단결근’을 사유로 직권 면직한 사안에서 법원은 ‘우울기분장애’라는 업무상 상병을 얻어 요양 중인 기간에 한 해고이므로 근로기준법 제23조제2항 위반으로 위법하다고 판시하였음(서울고등법원 2009. 12. 17. 선고 2009누13193 판결)

12) 서울고등법원 2011. 2. 11. 선고 2010누15430 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 4. 29. 선고 2009구합49305 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 6. 9. 자 2011두6370 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨. 유사 판례로는 서울고등법원 2015. 1. 14. 선고 2014누52628 판결 참조

13) 취업규칙 등에서 당면 퇴직 사유에 대하여 다른 징계해고 등과는 달리 아무런 절차규정을 두고 있지 아니한 경우에는, 당면 퇴직 사유가 동일하게 징계사유로도 규정되어 있는 경우와는 달리 당면 퇴직 처분을 함에 있어서 징계 판에서 정한 절차를 거쳐야 한다고 할 수는 없다 할 것임(대법원 1995. 7. 14. 선고 95다1767 판결 참조), 같은 취지의 판결로 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009두12952 참조

14) 대법원 1998. 4. 24. 선고 97다58750 판결, 같은 취지의 하급심 판결로는 2012. 4. 5. 선고 2011구합30175 판결(서울고등법원에서 2012. 9. 27. 선고 2012누11074 판결로 항소 기각되어 확정됨)

그러나 직권면직사유가 동일하게 징계사유로도 규정되어 있거나 직권면직사유가 별도로 규정되어 있지 않고 징계의 한 종류로 되어 있는 경우에는 당연히 징계절차가 적용됨

### 3. 직권면직규정의 해석

#### 3.1 해석의 원칙

직권면직의 실체적 정당성 유무를 판단하기 위해서는 먼저 취업규칙 등에서 정한 당연퇴직사유의 의미를 해석해야 하고, 이때 **당연퇴직사유로 정한 것이 근로관계를 더 이상 유지·존속시킬 수 없는 사유로 정할만한 합리적인 근거가 있는지도 함께 고려해야 함**<sup>15)</sup>

나아가 해당 규정만을 고립적으로 해석해서는 안 되고, 그 규정 취지 뿐 아니라 해당 사업장의 성격 및 특성, 임용결격 사유, 당연퇴직사유의 내용 및 취업규칙 등에서 정한 당연퇴직 이외의 해고사유 등 근로관계 종료사유를 모두 살펴봐야 함

#### 【대법원 2005. 6. 10. 2004두10548 판결<sup>17)</sup>】

“비록 정관 등에 규정된 당연퇴직사유에 의한 퇴직처리도 근로기준법의 제한을 받는 해고에 해당한다고 하더라도 그 정당성의 판단에 있어서는 이와 같은 당연퇴직 사유를 정한 것이 사회 통념상 상당성을 인정하기 어렵다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위 규정들의 취지는 존중되어야 할 것이다.

이러한 사정예다가 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 점들 즉 ① 원고가 유죄판결을 받은 범죄의 내용은 같은 직장의 동료직원을 무고한 것이라는 점에서 다른 직원과의 신뢰관계나 인간 관계가 손상되어 직원들 간의 인화에 좋지 않은 영향을 미칠 수 있을 뿐만 아니라 참가인 학원의 명예나 신용과 무관하다고 볼 수는 없는 점, ② 원고가 원심 판시의 해고무효소송에서 승소하였다는 것이 이 사건 무고행위를 정당화시키거나 그에 대한 비난가능성을 감소시킬 사유로 될 수는 없는 점, ③ 원심이 무고행위의 정상참작사유로 들고 있는 소외 2의 확인서는 무고죄의 형사판결에서 그 신빙성이 배척된 점 등을 아울러 참작하면, 원고와 참가인 학원 간에 신뢰를 바탕으로 한 고용관계의 계속이 어렵게 된 데에 원고의 책임이 있다고 보아야 하고 따라서 원심이 판시한 사정들만으로 곧 이 사건 당연퇴직처분에 정당성이 없다고 할 수는 없을 것이다.”

15) 1심 판결(서울행정법원 2008. 12. 18. 선고 2008구합 34917 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 2. 12.자 2009두22171 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

16) 하경효, ‘형사유죄확정판결에 대한 당연퇴직규정의 적용 한계’, 『노동관계평석모음집』, 중앙노동위원회, 2005, 57쪽

17) 유사판례로 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42082 판결 참조



### 3.2 적용 예: ‘형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우’의 해석

법원은 근로자가 현실적으로 근로제공이 불가능한 신체의 구속 상태가 해소되지 아니하는 유죄 판결로 해석해야 한다고 판단하기도 하고<sup>18)</sup>, 금고 이상의 형의 확정<sup>19)</sup>이 실형을 선고받은 경우만을 의미한다고 볼 수 없다<sup>19)</sup>고 보기도 함

## 4. 직권면직규정과 징계규정과의 관계(직권면직에의 징계절차 적용여부)

### 4.1 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있고 양자가 실질적으로 구별되는 경우

이 경우 인사규정 상의 징계절차를 따를 필요는 없으나, 직권면직에 고유한 절차가 있는 경우에는 이를 준수하여야 함

예컨대, 법원은 취업규칙에서 징계사유로 ‘무단결근’(1 내지 6일 및 7일 이상으로 구분되어 있음)을 규정하면서, 이와는 별도로 ‘월 7일 이상 무단결근’을 면직사유로 들고 있는 경우 위 두 개의 사유는 복무질서를 해하는 정도를 달리하는 것으로서 **별개의 사유**에 해당하므로 사용자는 월 7일 이상 무단결근을 사유로 징계절차 없이 직권면직 처분이 가능하고, 징계양정 기준에 구속받을 필요가 없다고 봄

#### 【대법원 1995. 6. 30. 선고 94다35350 판결】

“피고 회사의 취업규칙과 포상및징계규정(이하 징계규정이라 한다)의 관계조항을 살펴보면, 취업규칙에서는 해고와는 별도로 면직을 규정하면서 “월 7일 이상 무단결근 “을 면직사유의 하나로 들고 있고, 한편 징계해고 등에 관한 징계사유, 징계기준, 징계절차 등을 정한 징계규정에서는 징계사유의 하나로 일반의 “무단결근“(1 내지 6일 및 7일 이상으로 구분되어 있다)을 규정하고 있는바, 위 무단결근에 관한 두 개의 사유는 복무질서를 해하는 정도를 달리하는 것으로서 **별개의 사유임이 분명하므로**, 사용자는 전자의 사유에 의하여 징계규정과 관계없이 취업규칙에 따라 면직처분을 할 수 있다 할 것이다. 이와 같은 취지의 원심판단은 옳고, 논지는 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다.

그리고 이 사건에 있어서와 같이, 면직처분과 징계처분이 따로 규정되어 있으면서도 면직처분에 관하여는 일반의 징계처분과 달리 아무런 절차규정도 두고 있지 아니하고, 그 면직사유가 동일하게 징계사유로 규정되어 있는 것도 아니라면, 사용자가 면직처분을 함에 있어 일반의 징계절차를 거쳐야 한다고 할 수 없고(대법원 1995.3.24. 선고 94다42082판결 참조), 면직처분에

18) 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42082 판결

19) 서울고등법원 2011. 9. 7. 선고 2011누14038 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 4. 14. 선고 2011구합3487 판결)]을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 12. 27. 자 2011두25753 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

있어 징계규정이 정한 징계기준에 구속받을리도 없으니, 이 사건 처분이 징계규정을 따르지 아니하였다고 하여 위법하다 할 수 없다.”

또한 무단결근 5일 이상이 징계사유로 규정되어 있고, 무단결근 10일 이상이 직권면직사유로 규정되어 있는 경우 법원은 ‘① 별도의 규정을 둔 것은 무단결근 기간의 장단에 따라 처우를 달리하기 위한 것으로 보이고, ② 기간이 길지 않은 경우에는 여러 참작 사유를 고려하여 근로관계 단절 여부를 판단할 가능성이 있으므로 소명의 기회를 부여하는 등 절차적 보장 필요성이 큰 반면, 기간이 10일 이상인 경우에는 그러한 절차를 거치더라도 달리 판단할 가능성이 적으므로 양 사유가 실질적으로 구별된다’고 보았음

【서울고등법원 2011. 8. 24. 선고 2011누2998 판결<sup>20)</sup>】

“참가인이 무단결근 기간이 10일 이상이라는 점에서 취업규칙 제13조의 자연퇴직 사유인 “10일 이상의 무단결근”과 취업규칙 제50조에 규정된 징계해고 사유인 “무단결근 5일 이상인 때”에 동시에 해당하기는 하나, 앞서 본 바와 같이 일정한 사건이 두 사유에 동시에 적용된다는 사정만으로는 양 사유가 동일하다고 볼 수는 없다. 또한, 양 사유가 일정 기간 이상의 무단결근에 관한 것이라는 점에서 서로 유사점이 있기는 하나, ① 취업규칙에서 5일 이상의 무단결근에 관한 징계해고 규정이 있음에도 10일 이상의 무단결근의 경우는 별도의 규정을 두어 자연퇴직 사유에 해당한다고 규정한 것은 근로자가 근로제공 의무를 무단으로 이행하지 아니한 기간의 장단에 따라 그에 대한 처우를 달리하기 위한 것으로서 합리적이라고 할 것인 점, ② 무단결근은 근로자로서의 기본적인 의무를 위반한 것으로서 사회통념상 근로관계의 존속 여부에 관하여 중요하게 고려될 수 있는 사유라 할 것인데, 그 기간이 상대적으로 길지 아니한 경우에는 여러 참작 사유들을 고려하여 근로관계의 단절 여부에 관하여 달리 판단할 가능성도 상당하므로 근로자에게 소명 기회를 부여하는 등 절차적 보장의 필요성이 상대적으로 크다고 할 것이나, 무단결근 기간이 10일 이상에 이르는 경우에는 그와 같은 절차를 거치더라도 달리 판단할 가능성이 상대적으로 작다고 할 것이므로 근로관계 단절에 관한 절차를 달리하는 것도 가능하다고 할 것인 점, ③ 앞서 본 원고 회사의 취업규칙의 규정체계 및 당연퇴직 사유 및 징계해고 사유 사이의 차이에 비추어 보면 원고 회사의 취업규칙이 10일 이상의 무단결근에 관하여도 징계해고에 관한 절차적 보장을 할 것을 예정하고 있다고 보기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 참가인의 무단결근이 당연퇴직 사유에 해당한다고 보아 징계절차를 거치지 않고 참가인을 퇴직 처리하는 것은 허용된다고 할 것이고, 이를 징계해고 사유에 관한 절차적 보장을 회피되는 것이라고 볼 수는 없다.”

20) 1심 판결(서울행정법원 2010. 12. 24. 선고 2010구합13883 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 12. 27.자 2011두23610 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 4.2 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있으나 양자가 실질적으로 동일한 경우

이 경우 인사규정상의 징계절차를 따라야 함

【서울행정법원 2014. 10. 16. 선고 2013구합22338 판결<sup>21)</sup>】

“2) 징계해고절차를 거쳐야 하는지 여부

특정사유가 단체협약이나 취업규칙 등에서 징계해고사유와 통상해고사유의 양쪽 모두에 해당하는 경우 그 사유를 이유로 징계해고처분의 규정상 근거나 형식을 취하지 아니하고 근로자에게 보다 유리한 통상해고처분을 택하는 것은, 근로기준법 제22조 제1항에 반하지 않는 범위 내에서 사용자의 재량에 속하는 적법한 것이다. 그러나 근로자에게 변명의 기회가 부여되지 않더라도 해고가 당연시될 정도라는 등의 특별한 사유가 없는 한, 징계해고사유가 통상해고사유에도 해당하여 통상해고의 방법을 취하더라도 징계해고에 따른 소정의 절차는 부가적으로 요구된다(대법원 1994. 10. 25. 선고 94다25889 판결 참조).”

예컨대, 징계해고사유에 ‘형사상 유죄판결을 받은 자(벌금형 이하 제외)’가 규정되어 있고, 당연퇴직사유에 ‘금고 이상의 형이 확정되었을 때’가 규정된 경우 전자는 헌법상 무죄추정 원칙상 ‘형사상 유죄확정 판결을 받은 자’로 해석되고 벌금형 이하만 제외하고 있으므로 금고 이상 형의 확정은 물론 형사상 자격정지나 자격상실 형의 확정까지 포함되는 것으로 해석되는 한편, 후자는 다른 당연퇴직사유에 공민권 정지 또는 박탈 등이 규정되어 있는 것으로 볼 때 반드시 금고 이상의 실형만을 의미하는 것은 아니고 집행유예 등도 포함되는 것으로 해석되는데 그렇다면 후자(당연퇴직사유)는 전자(징계해고사유)에 모두 포함되므로 결국 위 당연퇴직사유는 동일하게 징계해고사유로도 규정되어 있는 것으로 봄, 따라서 당연퇴직 시 징계절차를 거쳐야 함

【서울고등법원 2011. 9. 7. 선고 2011누14038 판결<sup>22)</sup>】

“위 법리와 참가인의 취업규칙 제61조에서 정한 당연 퇴직사유에는 금고 이상의 형이 확정된 경우뿐만 아니라 공민권이 정지 또는 박탈되었을 때도 포함되어 있는데(갑 2호증 참조) 그러한 사유는 근로자에게 실형이 선고·확정된 경우처럼 근로자의 현실적인 근로제공의무의 이행이 불가능한 상태를 전제로 한 것이 아니라는 점 등에 비추어 보면, 취업규칙 제61조에서 정한 금고 이상의 형의 확정이 실형을 선고받은 경우만을 의미한다고 볼 수 없다.…(중략)…”

21) 취업규칙에서 직권면직사유로 ‘업무성적 또는 능력이 현저하게 불량한 등 근로자의 귀책으로 근로관계를 도저히 지속시킬 수 없는 사유가 발생한 경우’를 규정하고 있고 징계해고사유로 ‘근로자의 중대한 귀책사유로 인하여 사회통념상 근로관계를 지속시킬 수 없는 경우’를 규정하고 있는 경우 위 면직사유는 위 징계해고사유의 예시에 불과하다는 이유로 징계해고절차를 거쳐야 한다고 판단한 사례임

## (2) 절차상 하자의 존재 여부

참가인의 취업규칙 제62조 제22호에서는 징계해고의 사유로 ‘형사상 유죄 판결을 받은 자(단, 벌금형 이하의 형을 받은 자는 그 정도에 따라 정직 이하의 징계에 처함)’를 규정하고 있는데 (갑 2호증 참조), 유죄판결을 받은 사실 자체가 해고사유로 되는 경우 그 범죄사실의 존부에 관하여는 살피지 않은 채 유죄판결의 존부만을 따져 징계를 하게 되므로 근로자로서는 징계 사유에 대한 실질적인 소명의 기회도 가지지 못한 채 해고를 당하게 되고, 제1심이나 제2심에서 유죄판결을 선고받아 이를 이유로 해고된 후 상급심에서 원심판결이 취소되어 무죄판결이 선고되는 경우에도 구제받지 못하는 불이익을 입게 된다는 점에서 헌법상의 원칙인 무죄추정의 원칙을 고려할 때 위 징계해고 사유는 ‘형사상 유죄의 확정판결을 받은 자’만을 의미하는 것으로 해석함이 타당하다(대법원 1994. 6. 24. 선고 93다28584 판결 등 참조). 그리고 참가인의 취업규칙 제61조 제3호에서는 당연 퇴직사유로 ‘금고 이상의 형이 확정되었을 때’를 규정하고 있는데, 앞서 본 바와 같이 취업규칙 제62조 제22호의 징계해고 사유를 ‘형사상 유죄의 확정판결을 받은 자(벌금형 이하 제외)’로 해석하게 되면 취업규칙 제61조 제3호의 당연 퇴직 사유 외에 형사상 자격정지나 자격상실의 형이 확정된 경우까지 포함된다, 결국 참가인의 취업규칙 제61조 제3호에서 정한 당연 퇴직사유는 동일하게 제62조 제22호의 징계해고 사유로도 규정되어 있는 것으로 봄이 상당하다.

이처럼 취업규칙에 ‘금고 이상의 형이 확정되었을 때’라는 당연 퇴직사유가 동일하게 징계해고 사유로도 규정되어 있으므로, 참가인이 이 사건 당연 퇴직처분을 하기 위해서는 단체협약에서 정한 인사고충처리위원회의 의결 등 일반적인 징계절차를 거칠 것이 요구된다(대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42082 판결 등 참조). 그러나 참가인이 이러한 징계절차를 거치지 아니하였음을 당사자 사이에 다툼이 없으므로 이 사건 당연 퇴직처분에는 중대한 절차상 하자가 존재한다.”

#### 4.3 직권면직사유가 별도로 규정되어 있지 않고 징계의 한 종류인 경우

별도의 직권면직사유가 규정되어 있지 않고 징계의 한 종류로 직권면직이 규정되어 있는 경우, 직권면직은 징계해고에 불과하므로 징계해고 정당성 판단방식을 그대로 적용하여 징계사유·양정·절차를 판단함<sup>23)</sup>

22) 1심 판결(서울행정법원 2011. 4. 14. 선고 2011구합3487 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 12. 27. 자 2011두25753 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

23) 서울고등법원 2007. 9. 20. 선고 2007누8203 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 2.1. 선고 2006구합23746 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 1. 10. 자 2007두21518 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]. 동 판례는 면직과 정직이 징계의 종류로 규정되어 있고 별도로 직권면직 규정이 없는 경우 자동면직을 징계로 보아 징계사유 존부·절차위법 여부·징계양정 적정 여부를 판단해야한다고 본 사례임

## 5. 대기발령에 이은 직권면직

근로자에 대한 대기발령(또는 직위해제<sup>24)</sup>)은 직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행 중인 경우, 근로자가 형사사건으로 기소된 경우 등 당해 근로자가 장애에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미함

인사규정 등에 대기발령 후 일정 기간이 경과하도록 복직발령을 받지 못하거나 직위를 부여받지 못하면 직권면직된다는 규정을 두는 경우, 대기발령에 이은 직권면직 처리를 일체로서 관찰하면 이는 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약 관계를 종료시키는 것으로서 **실질상 해고**에 해당하므로, 근로기준법 제23조 소정의 정당한 이유가 있어야 함

또한 대기발령에 이은 직권면직의 정당성이 인정되기 위해서는 먼저 **선행된 대기발령이 정당해야 함**. 즉 대기발령 자체가 그 사유 부존재로 정당성이 없다면 직권면직 역시 정당성을 결하여 무효임

한편 대기발령기간 동안 직무수행능력이 향상되었거나 근무태도의 개선이 이루어지지 않는 등<sup>25)</sup> 대기발령 이후 아무런 사정변경이 없다면 기간 도과로 직권면직처분은 정당하다는 판결이 그동안 주를 이루었음

예컨대, ‘대기발령 후 3월 동안 직위를 부여받지 못한 경우 직권 면직된다.’는 규정이 있는 경우 대기발령이 정당하고 일정한 기간이 도과하였다면(대기발령기간 동안 대기발령사유가 소멸되었음에도 사용자가 합리적인 이유 없이 직위를 부여하지 아니하고 직권면직한 경우가 아니라면) 직권면직이 정당함<sup>26)</sup>

24) 직위해제와 대기발령은 개념적으로는 구분이 가능하나, 기업의 인사실무와 법원의 관행상 구분되지 않고 사용되고 있어 본 분석집에서도 양자를 같은 의미로 사용함

25) 직위해제처분을 받은 후 직위해제 기간 동안에 직무수행능력이 향상되었거나 진정으로 자신의 잘못을 반성하는 등 개전의 정이 보이지 않는 경우 직권면직을 한 것은 정당한 인사권의 행사에 해당함(대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두5151 판결, 같은 취지로 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결)

26) 대법원 1995. 12. 5. 선고 94다43351 판결, 이와 같은 대법원의 입장에 대해서는 첫째, 선행 대기발령의 정당성만 충족되면 일정기간 경과만으로 당연퇴직의 정당성을 인정한다는 면에서 당연퇴직 정당성 심사를 사실상 선행 대기발령 정당성 여부에 종속시켰다는 점, 둘째, 당연퇴직의 실질이 해고임에도 사용자가 입증책임을 지는 것이 아니라 근로자에게 대기발령 사유 해소여부에 대한 입증을 요구하게 된다는 점, 셋째, 당연퇴직 정당성 심사에 있어 인사권 내지 징계권 남용의 범리에 머물러 있다는 점 등의 문제를 제기하며 비판하는 견해가 있음(김성진, ‘대기발령의 법적성질과 정당성’, 『노동법학』 제26호, 2008.6., 247쪽)

【대법원 1995. 12. 5. 선고 94다43351 판결<sup>27)</sup>】

“그러나 이 사건 직위해제 처분과 당연퇴직 처리의 관계를 살펴보면, 피고 조합의 운영규정상 직위해제 처분을 받은 자는 직위해제 처분 자체의 효력에 의하여 일정한 조건하에 당연퇴직 처리를 당할 수 있는 상당한 개연성을 가지게 되고, 반면 당연퇴직 처리는 직위해제 후 3월간 직위를 부여받음이 없이 직위해제 상태가 계속됨으로 인하여 이루어지는 처분이므로, 일단 직위해제 처분이 정당하게 내려진 경우라면 그 후 3월의 기간 동안 직무수행능력의 회복이나 근무태도 개선 등 직위해제 사유가 소멸되어 마땅히 직위를 부여하여야 할 사정이 있음에도 합리적인 이유 없이 직위를 부여하지 아니하는 등의 경우가 아닌 한 당연퇴직 처리 그 자체가 인사권 내지 징계권의 남용에 해당한다고 볼 수는 없다 할 것이다.”

최근에는 대기발령 당시에 이미 직권면직사유가 존재하였거나 대기발령기간 중 그와 같은 면직사유가 확정되어야 한다고 함으로써 직권면직의 정당성 인정 요건을 엄격하게 보는 판례가 나오기 시작하였음

【대법원 2007. 5. 31. 선고 2007두1460 판결<sup>28)</sup>】

“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 2003두6665 판결 등 참조), 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 2003. 7. 8. 선고 2001두8018 판결, 2006. 11. 23. 선고 2006다48069 판결 등 참조).”

이러한 판례의 태도는 일정한 대기발령사유에 기인한 대기발령처분 이후 상황의 변화가 없다고 해서 자유롭게 해고시킬 수 있는 것이 아니고, 그 대기발령사유가 대기발령 당시에 해고사유에 해당하는 정도의 위법성을 지니거나, 대기발령기간 중에 다른 해고사유가 발생하여야 한다는 의미임

대기발령 이후 사정변경이 있었는지 여부를 기준으로 판단하는 판례는 주로 직무수행

27) 유사 판례로는 대법원 2004. 10. 28. 선고 2003두6665 판결 등 참조

28) 동 판결로 원심 파기된 후 서울고등법원(서울고등법원 2007. 9. 21. 선고 2007누14284 판결)으로 환송되고, 다시 상고되어 대법원(대법원 2008. 1. 24. 자 2007두21198 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

능력이나 근무성적 및 태도를 이유로 한 직권면직의 경우에, 대기발령 당시 직권면직 사유가 존재하였거나 대기발령기간 중 그 사유가 확정될 것을 요구하는 판례는 주로 일정한 비위행위를 이유로 한 직권면직의 경우에 적용되고 있는 것으로 보임

〈표 9-1〉 대기발령에 이은 직권면직에 관한 판례

구분	대기발령에 이후 사정변경이 있었는지 여부를 기준으로 하는 판례 <sup>29)</sup>	대기발령 당시 직권면직 사유가 존재하였거나 대기발령 기간 중 그 사유가 확정될 것을 요구한 판례
참조 판례	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 서울고등법원 2012. 4. 20. 선고2011누32708 판결<sup>30)</sup></li> <li>· 서울고등법원 2012. 8. 23. 선고 2011누25458 판결<sup>31)</sup></li> <li>· 서울고등법원 2014. 11. 13. 선고 2012누38888 판결<sup>32)</sup></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 서울고등법원 2013. 6. 5. 선고 2012누31283 판결<sup>33)</sup></li> </ul>
비고	주로 직무수행능력이나 근무성적 및 태도를 이유로 한 직권면직에 적용 <sup>34)</sup>	주로 일정한 비위행위를 이유로 한 직권면직의 경우 적용

29) 대법원 1995. 12. 5. 선고 94다43351 판결

30) 1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 26. 선고 2011구합7120 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 9. 13. 자 2012두11812 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

동 판결은 위와 같은 판단기준이 되는 법리를 설시하면서 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두5151판결 및 대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15926 판결을 참조판례로 들고 있는데 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두5151 판결의 경우 대기발령 기간 중에 발생한 근로자의 비위행위를 이유로 한 직권면직이 정당하다는 판결(해당 판결의 원심은 대기발령 이후에 사유가 발생했다는 이유로 직권면직의 정당성을 부정)로서 위 판결이 설시하고 있는 법리와는 직접적 관련성이 없어 보이고, 대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15926 판결은 동일한 법리를 설시하고 있기는 하나 해당 사건의 인사규정 자체에서 '이사장은 직위해제로 인하여 대기발령을 받은 자가 그 기간 중 능력의 향상 또는 개전의정 없이 있다고 인정되면 그 직원을 직권으로 면직할 수 있다'고 규정하고 있는 사안이었다는 점에서 다소 특수성이 있음

31) 1심 판결(서울행정법원 2010구합47404 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 1. 15. 자 2012두21369 판결)에서 심리불속행 기각되어 확정됨

32) 서울고등법원 2014. 11. 13. 선고 2012누38888 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 3. 12. 자 2014두15221 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

33) "피고가 들고 있는 사유만으로는 대기발령 당시에 이미 사회통념상 원고와 참가인 사이에 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 사유가 존재하였거나 혹은 대기발령 기간 중에 그와 같은 해고사유가 확정되었다고 단정하기 어렵다는 이유로 직권면직이 부당하다"

34) 직무수행능력이나 근무태도를 이유로 한 대기발령 후 이어지는 직권면직의 경우에도 ① 논리적으로 대기발령 당시 직권면직 사유가 존재하였거나 대기발령 기간 중 그 사유가 확정 될 것을 직권면직의 요건으로 요구하는 것이 충분히 가능하고, ② 사정변경만을 중심으로 판단하는 것은 대기발령의 정당성만으로 직권면직의 정당성을 추인하는 논리인데, 이는 직위해제의 정당성 요건과 해고의 실질을 가지는 직권면직의 정당성 요건이 다르다는 것을 간과한 것이어서 타당성이 없는 것으로 생각 됨. 따라서 직권면직을 정당화 할 수 있는 사유가 직권면직 당시 존재하였는지 여부 및 그 기간 동안 새롭게 발생하였는지를 구체적으로 따지지 않은 채 단순히 사정변경이 있었는지를 중심으로 판단하는 판례의 태도가 정당한지에 대해서는 의문이 있음

## 6. 직권면직사유별 검토

### 6.1 형사상 범죄로 인한 유죄판결

직권면직사유로 ‘형사상 범죄로 인한 유죄판결’을 두고 있는 경우 그 해석과 관련하여, ① 판결이 확정된 경우만을 의미하는지, ② 실형선고만을 의미하는지를 확정할 필요가 있음

그 이유는 첫째, 직권면직사유의 정당성을 판단하기 위해서이고, 둘째, 당해 직권면직사유가 징계해고사유로 규정된 것과 실질적으로 동일하면 징계절차를 거쳐야 하는 문제가 발생하므로 이를 판단하기 위한 것임

#### 가. 판결 확정 여부

원칙적으로 유죄판결이란 단체협약, 취업규칙상 미확정 유죄판결을 직권면직사유로 삼고 있음이 분명한 경우를 제외하고는 **무죄추정의 원칙상 유죄의 확정판결을 받은 경우를 의미함**<sup>35)</sup>

다만, 다른 당연퇴직사유 등의 규정에 비추어 볼 때 “근로제공의무를 장기간 이행할 수 없는 상태”에 있음을 이유로 하여 그와 같은 면직사유를 규정하고 있는 것으로 해석된다면 미확정 유죄판결을 받은 경우가 포함될 수 있음. 즉 취업규칙상 ‘형사상 범죄로 인한 유죄판결’의 해석이 명료하지 않은 경우 다른 규정과의 연계 내지 고려 속에서 해석해야 할 것임

#### 【서울행정법원 2013. 3. 28. 선고 2012구합25286 판결】

“2. 같은 상고이유 제2의 (1), (2), (3)점에 대한 판단  
 피고보조참가인(이 뒤에는 참가인이라고 약칭한다) 회사의 취업규칙 제14조 제7호에 퇴직사유의 하나로 규정되어 있는 “제8조 제4호(형사사건으로 구속기소되었을 때)의 휴직에 있어서 유죄판결을 받았을 때”라는 것은, 구속기소로 인하여 휴직처리된 종업원이 취업규칙 제9조 제2항과 단체협약 제23조 제2항에 규정된 휴직기간이 만료되는 때, 즉 제1심 판결이 선고될 때까지도 현실적인 근로의 제공이 불가능한 신체의 구속이라는 당초의 실질적인 휴직사유가 해소되지 아니하는 내용의 유죄판결 즉 실형의 판결을 선고받는 것을 의미하는 것으로 해석하는 것이 상당하고, 이와 같이 구속기소로 인하여 휴직처리된 종업원이 유죄의 제1심 판결(실형)을 선고받은 경우에 퇴직처리하는 것으로 해석하는 것은 그 유죄판결에서 인정된 범죄사실이 제1심 판결의 선고에 의하여 유죄로 확정된 것으로 보아 그 범죄사실에 의하여 퇴직이라는 불이익

35) 대법원 1994. 6. 24. 선고 93다28584 판결



처분을 하는 것이 아니라, 종업원이 휴직기간이 만료되는 제1심 판결의 선고시까지지는 물론이고 그 이후에도 장기구속에 따라 장기결근할 수밖에 없는 근로자측의 사정으로 말미암아 근로계약에 따르는 기본적 의무인 근로의 제공을 할 수 없게 된 사실 그 자체에 의하여 퇴직처리를 한다는 취지이므로, 취업규칙 제14조 제7호가 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다는 헌법상의 무죄추정의 원칙에 어긋나는 것은 아니라고 할 것이며, 한편 사용자가 취업규칙 제14조 제7호에 따라 일방적인 의사표시로 종업원과의 근로계약관계를 종료시키는 경우 그것이 정당한 것으로 인정되기 위하여는 종국적으로 근로기준법 제27조 제1항에 규정된 “정당한 이유”가 있어야 된다고 할 것이므로, 취업규칙 제14조 제7호의 규정이 근로기준법 제27조 제1항의 규정에 위배되는 것이라고는 할 수 없다고 보는 것이 당원의 판례(1992.11.13. 선고 92누6082 판결)가 취하고 있는 견해이므로, 이와 같은 취지로 판단한 원심판결에 취업규칙 제14조 제7호를 잘못 해석하였거나 무죄추정의 원칙 또는 근로기준법 제27조 제1항에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 비난하는 논지도 받아들일 것이 못된다.”

예컨대, 다른 당원면직사유가 ① 근로제공의사가 없음을 표시한 경우(사직원을 제출한 경우, 복직원을 제출하지 아니하여 복직의사가 없는 것으로 인정되는 경우, 무단 결근 후 회사의 취업요구에 응답하지 아니한 경우, 군입대자가 직업군인으로 전환한 경우) ② 성질상 근로제공을 할 수 없는 경우(사망하거나 한정치산 및 금치산, 파산 선고를 받은 경우), ③ 예정된 근로기간이 만료된 경우(정년, 근로계약기간의 만료)라면 ‘형사상 범죄로 유죄판결을 받았을 경우’는 ‘근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가 장기간 계속되어 온 경우’로 해석됨<sup>36)</sup>

#### 나. 실행 판결 여부

취업규칙의 다른 당원면직사유가 ① 명시적 또는 묵시적으로 근로제공의사가 없음을 표시한 경우(사직원 제출, 복직원 미제출, 직업군인이 된 경우), ② 성질상 근로제공 할 수 없는 경우(사망, 한정치산·금치산·파산 선고를 받은 경우), ③ 예정된 근로기간 만료(정년, 근로계약기간 만료) 등으로 되어 있으면 ‘금고 이상의 형을 선고받았을 때’는 근로제공이 불가능한 ‘실행’ 선고를 받은 때로 해석할 수 있음

36) 수사 중 구속되어 4개월 복역하다가 1심에서 징역 1년의 실행선고를 받고 그로부터 4개월 더 복역하다가 항소심에서 집행유예 판결을 받았다면, 8개월이 넘는 상당 기간 근로제공이 불가능했고, 1심 당시 실행을 선고받아 향후 근로제공 불능이 예상되는 시점이었으므로 1심의 유죄실행판결 선고만으로 직권면직이 유효하다는 사안(대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42082 판결, 대법원 1993. 5. 25. 선고 92누12452 판결 참조)

## 【대법원 1999. 9. 3. 선고 98두18848 판결】

“이 사건 기록에 의하면, 원고 회사의 취업규칙에 규정된 당연면직사유는 ‘금고 이상의 형을 선고받았을 때’를 제외하고는 ① 근로자가 명시적 또는 묵시적으로 근로제공의사가 없음을 표시한 경우(사직원의 제출, 복직원의 미제출, 직업군인이 된 경우), ② 그 성질상 근로자가 근로제공을 할 수 없는 경우(사망하거나 한정치산·금치산·파산 선고를 받은 경우), ③ 예정된 근로기간이 만료된 경우(정년, 근로계약기간의 만료) 등으로 되어 있고, ‘협박 또는 폭행 등 업무 방해, 횡령·배임 및 사기 등 여타의 범죄행위를 하여 법적조치를 받았을 때’를 별도의 징계해고 사유로 규정하고 있음을 알 수 있는바, 이러한 규정내용을 서로 비교·검토하여 보면 ‘금고 이상의 형을 선고받았을 때’를 당연면직사유로 한 취지도 근로계약에 따른 근로자의 기본적인 의무인 근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가 장기간 계속되어 왔음을 근거로 하여 사용자가 근로자를 당연면직시켜도 근로자 측에서 이의를 제기할 여지가 없을 정도의 상태, 다시 말하자면 형사상 범죄로 구속되어 있는 근로자가 현실적인 근로제공이 불가능한 신체의 구속상태가 해소되지 아니하는 내용의 유죄판결, 즉 실형판결을 받은 경우를 의미한다고 풀이함이 상당하다(대법원 1992. 12. 13. 선고 92누6082 판결, 1993. 5. 11. 선고 92다20712 판결, 1993. 5. 25. 선고 92누12452 판결, 1995. 3. 24. 선고 94다42082 판결 등 참조).”

그러나 ‘금고 이상의 형’이 반드시 실형만을 의미한다고 단정해서는 안 되며 그 의미는 직권면직 사유규정 취지나 다른 면직사유의 내용 등에 비추어 합리적으로 판단해야 함

## 【대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두18423 판결】

## “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 확정한 사실 관계를 살펴보면, 이 사건 단체협약에서는 당연면직사유와 해고사유를 구분하고, 당연면직사유에는 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 징계

해고가 결정되었을 때, ② 금고 이상의 형이 확정되거나 법률에 의하여 공민권이 정지 또는 박탈 되었을 때(단, 도로교통법 위반으로 인한 사유인 경우에는 예외), ③ 금치산, 한정치산, 파산 선고를 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 실행판결에 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 근로 제공의무의 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 실행만을 의미한다고 볼 수 없다.”

예컨대, 아래와 같은 사례들에서 법원은 ‘형사상 유죄판결’에 집행유예가 포함된 것으로 봄

① 당연퇴직사유에 ‘형사상 범죄로 금고이상의 유죄판결이 확정되었을 때’를 규정 하면서, 예외적으로 선고유예의 경우와 교통사고로 인한 집행유예의 경우 및 업무 수행 중 자가운전에 따른 교통사고 범죄로 인한 유죄판결의 경우만을 제외하고 있는 경우에는 이러한 경우만을 제외하고 구속 여부와 관계없이 나머지 실행판결 뿐만 아니라 집행유예 판결을 포함한 금고 이상의 유죄판결이 확정된 경우를 모두 의미한다고 해석됨<sup>37)</sup>

② 당연퇴직사유에 금고 이상의 형이 확정된 경우뿐만 아니라 공민권이 정지 또는 박탈되는 경우도 포함되어 있는 경우, 이는 근로제공의무 불가능을 전제로 한 것이 아니라는 점에 비추어 금고 이상의 실행 확정만을 의미한다고 볼 수 없음<sup>38)</sup>

③ 범죄행위로 인하여 유죄의 확정판결을 받은 사실을 해고사유로 규정하는 것은 근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가 장기화되어 근로계약의 목적이 달성될 수 없는 경우 뿐만 아니라 그 범죄행위로 인하여 사용자인 회사의 명예나 신용이 심히 실추 되거나 거래관계에 악영향을 끼친 경우 또는 사용자와 근로자간의 신뢰관계가 상실됨

37) 서울고등법원 2009. 7. 8. 선고 2008누37314 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 11. 28. 선고 2008구합13897 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원((대법원 2009. 10. 15. 자 2009두12952 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

38) 서울고등법원 2011. 9. 7. 선고 2011누14038 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 4. 14. 선고 2011구합3487 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 12. 27. 자 2011두25753 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

으로써 근로관계의 유지가 기대될 수 없는 경우에도 근로계약상의 의무를 침해한 것으로 보기 때문이라고 할 것이므로, **범죄로 사용자의 명예나 신용이 심히 실추되거나 거래관계에 악영향을 끼친 경우 또는 신뢰관계가 상실되는 경우에는** 집행유예도 포함된다고 해석 가능함<sup>39)</sup>

#### 다. 정당성 판단

위와 같이, 직권면직사유에 해당된다고 인정되면 다음으로는 ‘정당한 이유’ 유무에 대한 판단이 뒤따르는데, 업무상 유죄판결(예를 들면, 횡령 및 배임 또는 뇌물수수 등)을 받은 경우에는 그로 인하여 직접 회사에 손해를 끼치는 결과가 되어 직권면직사유로서의 정당성이 쉽게 긍정되는 편임

업무 외 사건으로 유죄판결을 받는 경우에는 사안마다 다른데, 법원은 직장 동료를 무고하여 무고죄로 처벌받은 사안, 불법쟁의행위로 집시법위반·업무방해죄를 범한 사안, 공기업과 같이 일반 사기업보다 높은 도덕성이 요구되는 사안 등에서 직권면직사유의 정당성을 인정함

반면에 **업무관련성**이 없는 사생활 비행, 즉 간통죄, 음주·무면허로 인한 도로교통법 위반죄, 단순과실로 인한 폭행치사죄와 같은 범죄로 인한 직권면직은 정당성을 부정함

## 6.2 무단결근

무단결근을 사유로 하는 직권면직 정당성은 대체로 인정되는 경향임<sup>40)</sup>

다만, 무단결근 일수 산정과 관련하여 법원은 ‘**휴일**’을 전후하여 결근한 경우 휴일은 **결근일수에서 제외**해야 한다고 봄

#### 【서울고등법원 2009. 7. 29. 선고 2009누1616 판결<sup>41)</sup>】

“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 있다. 근로기준법 제55조 및 같은 법 시행령 제30조에서 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 정하는 것으로 해석하여야 할 것이다. 따라서 근로

39) 대법원 1997. 5. 23. 선고 97타9239, 대법원 1997. 9. 26. 선고 97누1600 판결 참조

40) 대법원 2007. 9. 6. 자2007두12101 판결, 서울행정법원 2008. 7. 25. 선고 2008구합5940 판결 등 참조

자가 소정의 근로일수를 모두 근무하지 아니하였다 하더라도 사용자에게 대하여 유급휴일로 처리하여 줄 것을 청구할 수 없을 뿐 휴일 자체가 보장되지 않는다고 볼 수는 없으므로, 휴일 전후의 근로일을 결근하였다고 하여 휴일을 결근으로 처리할 수는 없다(대법원 2004. 6. 25. 선고 2002두2857 판결 참조).”

반면에 이와 구별하여 근무 1일, 비번 1일을 반복하는 ‘교대제 근무제에서 비번일’은 전날의 근무일을 정상근무 한 것을 전제로 인정되는 휴일이므로 결근일수에 포함된다고 봄<sup>42)</sup>

### 6.3 복직원 미제출

회사가 복직원을 미제출하는 근로자를 직권면직시키는 것은 근로자의 장기휴직으로 인한 회사의 업무마비를 막기 위한 것이고, 휴직기간을 넘겨 계속해서 무단결근한 경우는 원칙적으로 직권면직사유에 해당함<sup>43)</sup>

그러나, 복직원 미제출을 형식적으로만 보아 판단할 것은 아니고 근로자의 복직 의사가 있었는지, 사용자가 무리한 복직원 제출을 요구한 것은 아닌지, 복직원을 제출하지 못할 사정이 있었는지 그리고 그 사정을 알았는지 등 실질을 보고 판단하여야 함

예컨대, 근로자가 복직의사를 밝혔음에도 복직의사 표시가 기재된 서면을 제출하지 않았다는 이유만으로 직권면직한 것은 부당함<sup>44)</sup>

‘신경학적 이상 소견이 없고, 일상생활 영위에 지장이 없으며, 무리하지 않는 범위 내 직장생활이 가능하고 다만, 6개월 이상의 약물치료가 필요하다’는 소견서에 ‘택시 업무를 하여도 된다’는 내용이 명시되어 있지 않다는 것만으로 회사가 복직신청을 거부한 것은 정당한 이유가 없으므로 이를 이유로 한 직권면직도 부당함

#### 【서울고등법원 2009. 12. 3. 선고 2009누16130 판결<sup>45)</sup>】

“② 2007. 1. 18.자 소견서의 내용은 보조참가인의 당시 건강상태가 신경학적 이상 소견이 없고, 일상생활을 영위하는데 지장이 없으며, 무리하지 않는 범위 내에서 직장생활이 가능하고, 다만 발병 후 약 6개월 이상의 약물치료(항경련제)가 필요하다는 것인데, 위와 같은 내용을 보조참가인이 택시운전 업무를 할 수 없는 건강상태라는 소견을 밝힌 것으로 보기에 부족하고 …(중략)…

41) 1심 판결(서울행정법원 2008. 12. 4. 선고 2008구합19628 판결)을 인용함

42) 대법원 1996. 11. 26. 선고 95누17571 판결

43) 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다21065 판결 참조

44) 서울행정법원 2007. 7. 10. 선고 2006구합4119 판결

보조참가인이 제출한 의사의 소견서에 ‘택시운전 업무를 하여도 된다’는 내용이 명시되어 있지 않다는 것만으로는 2007. 1. 18.자 보조참가인의 복직신청을 거부한 데에 정당한 이유가 있다고 보기에 부족한 점...(중략)...

## 6.4 허위 이력서 제출, 경력 사칭

기업이 근로자를 고용하면서 학력 또는 경력을 기재한 이력서나 그 증명서를 요구하는 이유는 근로자의 정직성 및 직장에 대한 정착성과 적응성 등 전인격적 판단을 거쳐 고용 여부를 결정하기 위한 것이므로 이에 불응하는 것은 원칙적으로 직권면직 사유에 해당함

## 6.5 노동능력 상실(신체장애 등)

법원은 이 경우 직권면직으로 정당화하는 ‘근로자가 신체장애를 입게 된 경위 및 그 사고가 사용자의 귀책사유 또는 업무상 부상으로 인한 것인지 여부, 근로자의 치료기간 및 치료 종결 후 노동능력 상실의 정도, 근로자가 사고를 당할 당시 담당하고 있던 업무의 성격과 내용, 근로자가 그 잔존노동능력으로 감당할 수 있는 업무의 존부 및 내용, 사용자로서도 신체장애를 입은 근로자의 순조로운 직장 복귀를 위하여 담당 업무를 조정하는 등의 배려를 하였는지 여부, 사용자의 배려에 의하여 새로운 업무를 담당하게 된 근로자의 적응능력 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단’하여야 한다고 봄<sup>45)</sup>

다만, 업무 외 부상으로 장기간 치료가 필요한 경우는 업무상 부상으로 인한 경우보다 직권면직 정당성 판단이 다소 완화하여, 근로자가 업무 외 부상으로 단체협약 최고 한도보다 약 3배나 많은 기간 동안 휴직 연장을 신청한 경우 이에 대해 퇴직 처분한 것은 정당하다고 봄<sup>47)</sup>

45) 1심 판결(서울행정법원 2008. 12. 4. 선고 2008구합19628 판결)을 인용함

46) 대법원 1996. 12. 6. 선고 95다45934 판결 참조

47) 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다21065 판결, 유사 사례로 서울행정법원 2013. 7. 4. 선고 2011구합25463 판결로 동 판결에서는 2008. 10. 17.부터 같은 해 12. 7.까지 휴가 33일을 사용하도록 조치하고, 같은 달 8일부터 2009. 3. 7. 까지 휴직처리를 하였고, 같은 달 8일부터 2010. 6. 7. 까지 6차례에 걸쳐 휴직기간을 연장하였음에도 업무 수행능력을 회복하지 못하였으며, 정리해고가 진행 중이어서 전환배치도 불가능하였던 사안에서 퇴직처분의 정당성을 인정함

## 6.6 자격취소

법원은 특정 자격 소지를 이유로 특채한 경우 자격취소는 직권면직사유로 정당하다고 보아, 회사 내 직장예비군 업무 수행을 위해 직장예비군 중대장 자격 가진 자를 채용했는데 중대장 자격이 해임된 경우, 시내버스 운전기사의 운전면허가 취소된 경우 등은 직권면직의 정당성을 인정함<sup>48)</sup>

다만, 운전면허정지와 같이 일정한 기간 동안 자격이나 면허가 정지된 경우에는 면허 정지기간, 면허정지를 받게 된 사유, 근무기간, 업무 내용 등을 종합하여 근로관계를 계속할 수 없을 정도로 중대한 사유인지, 아니면 정직이나 휴직 등 다른 징계나 제도에 의해 해고를 회피할 수 있는지를 판단해야 함(영업용 택시운전사가 적성검사 미필로 운전면허가 취소되었으나 운전면허 재발급신청으로 곧 재발급을 받게 된 경우 해고의 정당성을 인정하지 않은 판례가 있음<sup>49)</sup>)

## 6.7 근로자 파산

법원은 경제적 어려움으로 인해 파산선고를 받았다는 사유만으로 직권면직 처분했다면 부당하다고 봄<sup>50)</sup>

특히, 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제32조의2는 “누구든지 이 법에 따른 회생 절차·파산절차 또는 개인회생절차 중에 있다는 이유로 정당한 사유 없이 취업의 제한 또는 해고 등 불이익한 처우를 받지 아니한다.”고 규정하고 있음

## 6.8 업무 저성과

업무 저성과와 관련된 사례의 경우 주로 대기발령에 이어 직권면직이 이루어지는 경우가 많으며, 단순히 인사고파에서 하위 일정 비율에 속한다는 이유로 한 직권면직은 그 정당성을 인정하기 어려우나, 현저하게 근무성적이 나쁜 것이 증명될 뿐 아니라 재교육 등 충분한 기회를 주었음에도 그와 같은 사정이 개선되지 않을 경우에는

48) 서울행정법원 2008. 9. 5. 선고 2008구합5735 판결, 대법원 1993. 12. 21. 선고 93다43866 판결

49) 서울고등법원 1991. 1. 23. 선고 90구10997 판결 참조

50) 서울중앙지법 2006.7.14. 선고 2006가합17954 판결, 동 판결은 직원이 파산선고를 받는 경우에 예외 없이 당연 퇴직한다고 정하고 있는 지방공기업의 인사규정은 그 필요성과 취지에 불구하고, 근로기준법 제23조 제1항의 취지에 반할 뿐만 아니라, 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제32조의2 규정의 취지에도 명시적으로 반하는 것이며, 직원의 근로의 권리, 직업행사의 자유를 과도하게 침해하는 것으로서, 사회통념상 그 상당성을 인정하기 어렵다고 한 사례임

직권면직의 정당성이 인정됨<sup>51)</sup>

## 6.9 기타

법원은 단체협약상 해고제한규정에 위배하여 취업규칙에 직권면직규정을 추가한 것은 위법하므로 정당성이 없다고 봄<sup>52)</sup>

입사 당시 호적 등에 기재된 생년월일이 실제 생년월일과 다르다고 할지라도 입사 당시 기록된 생년월일을 기준으로 한 직권면직(정년도래)<sup>53)</sup>은 정당함<sup>54)</sup>

51) 1심 판결(서울행정법원 2011. 6. 24. 선고 2010구합47404 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 1. 15. 자 2012두21369 판결)에서 심리불속행 기각되어 확정됨. 동 사건은 직위해제 이후 직권면직이 이어진 사안이었음

52) 서울고등법원 2010. 4. 14. 선고 2009누25509 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 7. 23. 선고 2009구합10567 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 7. 8. 자 2010두8416 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

53) 실질은 자동소멸에 해당하는 것으로서 본 분석집에서 논의하고자 하는 직권면직에는 해당하지 않는 것이긴 하나 간단히 소개하기로 함

54) 서울행정법원 2011. 11. 24. 선고 2011구합33570 판결



## 제2절 직권면직 관련 판례

아래에서는 일반적으로 자주 문제되는 직권면직사유에 대한 판례의 태도를 유형별로 검토하고, 실무상 자주 문제되는 ‘직권면직 시 징계절차 규정의 적용 여부’와 ‘대기발령에 이은 직권면직’에 대하여 별도의 목차로 판례의 구체적 내용을 검토함

### 1. 직권면직사유별 판례

#### 1.1 형사상 범죄로 유죄판결을 받았음을 사유로 한 사안

##### 가. 유죄판결의 확정 여부

##### 1) 확정 판결을 의미한다고 본 판례

법원은 ‘형사상 범죄로 유죄판결을 받은 경우’라고 되어 있는 경우 원칙적으로 헌법상 무죄추정 원칙에 따라 유죄 ‘**확정**’ 판결을 의미한다고 봄

#### 【대법원 1994. 6. 24. 선고 93다28584 판결】

“제1심 또는 제2심에서 유죄판결을 선고받기만 하면 상소하여 상급심에 계속 중이더라도 위 해고사유에 해당한다고 해석하는 경우, 제1심이나 제2심에서 유죄판결을 선고받아 이를 이유로 해고한 후에 상급심에서 원심판결이 취소되어 무죄판결이 선고되는 경우에도 구제받지 못하는 불이익을 입게 된다는 점과 헌법상의 원칙인 무죄추정의 원칙을 고려할 때 단체협약이나 취업규칙이 미확정 유죄판결도 해고사유로 삼고 있음이 분명한 경우에 그 조항이 무죄추정의 원칙에 위반된다 하여 무효라 할 것은 아니라 할지라도 그 의미가 불분명할 경우에는 해고사유로서의 ‘유죄판결을 받은 자’란 ‘유죄의 확정판결을 받은 자’만을 의미하는 것으로 해석해야 한다.”

#### 【대법원 1997. 5. 23. 선고 97다9239 판결】

“그런데 징계처분이 적법하기 위하여는 처분 당시에 징계사유가 존재하여야 할 것이므로 처분 당시에 유죄판결이 확정되어야 하고 처분 당시 유죄판결이 확정되지 아니한 이상 징계처분 후에 확정된다고 하여 하자가 치유된다고 볼 수는 없는 것인바, 기록에 의하면, 피고 회사는 1994. 10. 1. 원고를 징계해고 하였는데, 원고는 이 사건 사고로 인하여 1994. 11. 29. 기소되었으므로(기록 385쪽 공소장 참조), 단체협약 등 징계규정 소정의 ‘유죄의 확정판결을 받은 자’에 해당하지 아니 하였다고 할 것인데도, 피고가 이를 징계사유로 삼은 것은 잘못이라고 할 것이다.”

## 【대법원 1992. 4. 10. 선고 92누404 판결】

“(3) 원고 회사의 취업규칙 제50조 제7호에는 형사상 유죄판결을 받은 경우를 해고사유로 규정하고 있는바, 이 사건에서와 같이 징계처분 당시 형사상 유죄판결이 선고된 바 없는 이상 가사 앞으로 그 유죄판결을 받을 것이 거의 분명하다는 것으로 예상되었다고 하여도 그러한 사정만으로는 위 규정을 적용하여 참가인을 해고할 수는 없을 것이다. 같은 취지의 원심판결은 정당하고 논지는 이유 없다.”

## 2) 미확정 판결의 경우도 직권면직사유로 인정한 판례

법원은 단체협약 등에 “미확정 유죄판결”을 명시하여 직권면직사유로 규정했다거나 명시적 규정은 없더라도 다른 직권면직사유와 비교해볼 때 ‘근로제공의 불가능을 당연퇴직사유로 하는 취지’임이 드러나는 경우에는 미확정 유죄판결도 직권면직사유로 볼 수 있다고 봄

## 【대법원 1993. 5. 25. 선고 92누12452 판결】

“피고보조참가인(이 뒤에는 참가인이라고 약칭한다) 회사의 취업규칙 제14조 제7호에 퇴직사유의 하나로 규정되어 있는 “제8조 제4호(형사사건으로 구속기소되었을 때)의 휴직에 있어서 유죄판결을 받았을 때”라는 것은, 구속기소로 인하여 휴직처리된 종업원이 취업규칙 제9조 제2항과 단체협약 제23조 제2항에 규정된 휴직기간이 만료되는 때, 즉 제1심 판결이 선고될 때까지도 현실적인 근로의 제공이 불가능한 신체의 구속이라는 당초의 실질적인 휴직사유가 해소되지 아니하는 내용의 유죄판결 즉 실형의 판결을 선고받는 것을 의미하는 것으로 해석하는 것이 상당하고, 이와 같이 구속기소로 인하여 휴직처리된 종업원이 유죄의 제1심 판결(실형)을 선고받은 경우에 퇴직처리하는 것으로 해석하는 것은 그 유죄판결에서 인정된 범죄사실이 제1심 판결의 선고에 의하여 유죄로 확정된 것으로 보아 그 범죄사실에 의하여 퇴직이라는 불이익처분을 하는 것이 아니라, 종업원이 휴직기간이 만료되는 제1심 판결의 선고시까지지는 물론이고 그 이후에도 장기구속에 따라 장기거근할 수밖에 없는 근로자측의 사정으로 말미암아 근로계약에 따르는 기본적인 의무인 근로의 제공을 할 수 없게 된 사실 그 자체에 의하여 퇴직처리를 한다는 취지이므로, 취업규칙 제14조 제7호가 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다는 헌법상의 무죄추정의 원칙에 어긋나는 것은 아니라고 할 것이며, 한편 사용자가 취업규칙 제14조 제7호에 따라 일방적인 의사표시로 종업원과의 근로계약관계를 종료시키는 경우 그것이 정당한 것으로 인정되기 위하여는 종국적으로 근로기준법 제27조 제1항에 규정된 “정당한 이유”가 있어야 된다고 할 것이므로, 취업규칙 제14조 제7호의 규정이 근로기준법 제27조 제1항의 규정에 위배되는 것이라고는 할 수 없다 고 보는 것이 당원의 판례(1992.11.13. 선고 92누6082 판결)가 취하고 있는 견해이므로, 이와 같은 취지로 판단한 원심판결에 취업규칙 제14조 제7호를 잘못 해석하였거나 무죄추정의 원칙 또는 근로기준법 제27조 제1항에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 비난하는 논지도 받아들일 것이 못된다.”

## 【대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42082 판결】

“이 사건의 경우 노사합의서나 취업규칙에 규정된 당연퇴직사유나 당연면직사유는 “형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우”를 제외하고는 ① 근로자가 명시적 또는 묵시적으로 근로제공 의사가 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) ② 그 성질상 근로자가 근로제공을 할 수 없는 경우(사망하거나 한정치산 및 금치산, 파산 선고 받은 경우) ③ 예정된 근로기간이 만료된 경우(정년, 근로계약 기간의 만료) 등으로 되어 있는바, 이러한 규정내용 등에 비추어 “형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우”를 당연퇴직사유로 한 취지도 “근로계약에 따른 근로자의 기본적인 의무인 근로제공 의무를 이행할 수 없는 상태가 장기간 계속되어 왔음”을 근거로 하여 사용자가 근로자를 당연 퇴직시켜도 근로자측에서 이의를 제기할 여지가 없을 정도의 상태, 즉 형사상 범죄로 구속되어 있는 근로자가 현실적인 근로제공이 불가능한 신체의 구속상태가 해소되지 아니하는 내용의 유죄 판결(예컨대, 실형판결)을 받은 경우를 의미한다고 풀이함이 상당하다 할 것이다.

따라서 이 사건 당연퇴직사유로 규정되어 있는 “형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우”의 의미를 이와 같이 풀이하는 한 이와 같은 노사합의서의 당연퇴직규정이나 취업규칙의 당연면직 규정이 무죄추정의 원칙에 반하는 것이라고 할 수는 없다.

원고는 근로자의 장기구속에 따른 휴직은 판결확정시까지이므로 위 당연퇴직사유는 “형사상의 범죄로 유죄의 확정판결을 받은 경우”를 의미한다고 주장하나 이 사건 당연퇴직처분 당시 적용 되던 노사합의서나 취업규칙에는 형사상 범죄로 구속된 자에 대하여 휴직한다는 별도의 규정을 두고 있지 아니하고 단지 그러한 경우에는 회사가 인정하는 부득이한 사유가 있는 경우(노사 합의서 제21조 제1항의 다., 취업규칙 제10.1조의 (1)의 (라) 참조)로 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 당연 퇴직처분 후인 1991.5.에 체결된 단체협약 제22조 제1항 다.의 규정이 처음이고, 이에 따르면라도 그 휴직기간은 형확정시까지의 기간을 초과할 수 없다는 것일 뿐 휴직기간을 형확정시까지 하여야 한다는 것은 아니라 할 것이다.”

제9장  
직권면직

## 나. 집행유예 판결의 포함 여부

## 1) 실형 판결만을 의미한다고 본 판례

## 【대법원 1999. 9. 3. 선고 98두18848 판결】

“이 사건 기록에 의하면, 원고 회사의 취업규칙에 규정된 당연면직사유는 ‘금고 이상의 형을 선고받았을 때’를 제외하고는 ① 근로자가 명시적 또는 묵시적으로 근로제공의사가 없음을 표시한 경우(사직원의 제출, 복직원의 미제출, 직업군인이 된 경우), ② 그 성질상 근로자가 근로제공을 할 수 없는 경우(사망하거나 한정치산·금치산·파산 선고를 받은 경우), ③ 예정된 근로기간이

만료된 경우(정년, 근로계약기간의 만료) 등으로 되어 있고, ‘협박 또는 폭행 등 업무방해, 횡령·배임 및 사기 등 여타의 범죄행위를 하여 법적조치를 받았을 때’를 별도의 징계해고사유로 규정하고 있음을 알 수 있는바, 이러한 규정내용을 서로 비교·검토하여 보면 ‘금고 이상의 형을 선고 받았을 때’를 당연면직사유로 한 취지도 근로계약에 따른 근로자의 기본적인 의무인 근로제공 의무를 이행할 수 없는 상태가 장기간 계속되어 왔음을 근거로 하여 사용자가 근로자를 당연면직 시켜도 근로자 측에서 이의를 제기할 여지가 없을 정도의 상태, 다시 말하자면 형사상 범죄로 구속되어 있는 근로자가 현실적인 근로제공이 불가능한 신체의 구속상태가 해소되지 아니하는 내용의 유죄판결, 즉 실형판결을 받은 경우를 의미한다고 풀이함이 상당하다(대법원 1992. 12. 13. 선고 92누6082 판결, 1993. 5. 11. 선고 92다20712 판결, 1993. 5. 25. 선고 92누12452 판결, 1995. 3. 24. 선고 94다42082 판결 등 참조).”

## 2) 집행유예 판결을 포함한다고 본 판례

### 【서울고등법원 2009. 7. 8. 선고 2008누37314 판결<sup>55)</sup>】

“참가인 회사의 인사규정 제49조 제1항 제3호는 “형사상의 범죄로 금고 이상의 유죄판결이 확정되었을 때”를 당연면직 사유로 규정하면서, 예외적으로 선고유예의 경우와 교통사고 범죄로 인한 집행유예의 경우 및 업무수행 중의 자가운전에 따른 교통사고 범죄로 인한 유죄판결의 경우만을 제외하고 있으므로, 위 규정이 정하고 있는 당연면직 사유인 “금고 이상의 유죄판결이 확정되었을 때”는 위 단서가 정하고 있는 선고유예 판결과 교통사고 범죄로 인한 집행유예의 판결 및 업무수행 중의 자가운전에 따른 교통사고 범죄로 인한 유죄판결이 확정된 경우만을 제외하고, 구속 여부와 관계없이 실형 판결뿐만 아니라 집행유예 판결도 포함한 나머지 금고 이상의 유죄판결이 확정된 경우를 모두 의미하는 것으로 해석함이 타당하다.”

### 【서울고등법원 2011. 9. 7. 선고 2011누14038 판결<sup>56)</sup>】

“위 법리와 참가인 취업규칙 제61조에서 정한 당연퇴직사유에는 금고 이상의 형이 확정된 경우뿐만 아니라 공민권이 정지 또는 박탈되었을 때도 포함되어 있는데(갑 2호증 참조) 그러한 사유는 근로자에게 실형이 선고·확정된 경우처럼 근로자의 현실적인 근로제공의무의 이행이 불가능한 상태를 전제로 한 것이 아니라는 점 등에 비추어 보면, 취업규칙 제61조에서 정한 금고 이상의 형의 확정이 실형을 선고받은 경우만을 의미한다고 볼 수 없다.”

55) 1심 판결(서울행정법원 2008. 11. 28. 선고 2008구합13897 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 10. 15. 자 2009두12952 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

56) 1심 판결(서울행정법원 2011. 4. 14. 선고 2011구합3487 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 12. 27. 자 2011두25753 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【대법원 1997. 5. 23. 선고 97다9239 판결<sup>57)</sup>】

“그러나 근로자가 범죄행위로 인하여 유죄의 확정판결을 받은 사실을 징계규정에 해고사유(당연 퇴직사유나 휴직 중에 있는 근로자에 대한 퇴직사유의 경우와는 다르다)로 규정하는 것은 그 범죄행위로 인하여 근로자의 기본적인 의무인 근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가 장기화되어 근로계약의 목적이 달성될 수 없는 경우 뿐만 아니라 그 범죄행위로 인하여 사용자인 회사의 명예나 신용이 심히 실추되거나 거래관계에 악영향을 끼친 경우 또는 사용자와 근로자 간의 신뢰관계가 상실됨으로써 근로관계의 유지가 기대될 수 없는 경우에도 근로계약상의 의무를 침해한 것으로 보기 때문이라고 할 것이므로, 징계규정상의 해고사유인 ‘유죄의 확정판결을 받은 자’(근로기준법 제27조 제1항에 의한 제한은 별론으로 한다)를 ‘근로제공이 불가능한 신체의 구속 상태가 해소되지 아니하는 내용의 유죄판결(예컨대 실형판결)을 받은 자’만을 의미하는 것으로 볼 수는 없다.”

【서울고등법원 2012. 9. 27. 선고 2012누11074 판결<sup>58)</sup>】

“㉠ 종래의 단체협약에는 이 사건 규정이 ‘형사상 범죄로 유죄판결을 받았을 때’라고 되어 있었으나 1991. 11.경 참가인 회사와 노동조합이 단체교섭을 거쳐 ‘유죄판결’에서 벌금형을 제외하기로 합의하여 현재와 같이 ‘금고 이상의 형 판결을 받았을 때’로 개정되었고 당시 노동조합이 당연퇴직사유에서 ‘집행유예를 선고받은 경우’를 제외할 것을 요구했음에도 참가인 회사가 이를 받아들이지 않았는바, 위 개정 경위에 비추어 위 규정 소정의 ‘금고 이상의 형’이 ‘실형’만을 의미한다고 보기 어려운 점, ㉡ 취업규칙 제9조 제3호, 제4호는 ‘금고 이상의 형을 받고 그 집행유예기간이 만료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자’, ‘금고 이상의 형을 받고 선고유예를 받은 경우에 그 선고 유예기간 중에 있는 자’까지도 채용결격사유로 규정하고 있는 점, ㉢ 취업규칙 및 단체협약에 규정된 다른 당연퇴직사유로 ‘법률에 의하여 공민권이 정지되거나 박탈 당하였을 때’가 있는데 이는 반드시 실형의 유죄판결에 의해서만 발생하는 것이 아닌 점(취업규칙 제15조 제9, 단체협약 제31조 제3호 참조), ㉣ 이 사건 규정 단서에 ‘자가운전자 중 교통사고처리특례법상의 뺑소니, 중요위반행위 10개항 중 무면허, 음주운전을 위반하지 않은 교통사고로 인하여 구속 기소되었을 때’를 당연퇴직사유에서 제외하도록 규정하고 있는 것으로 보아 단체협약 등에 당연퇴직사유를 규정함에 있어 단순히 근로제공의무의 장기간 불이행만을 고려한 것으로 보이지 않는 점 등을 종합해 볼 때, 이 사건 규정에서 말하는 ‘금고 이상의 형’에는 실형 뿐만 아니라 ‘금고 이상의 형의 집행유예’도 포함된다고 봄이 상당하다. 따라서 원고가 징역 8월에 집행유예 2년의 이 사건 형사판결을 선고받아 확정된 것은 당연퇴직사유에 해당한다고 볼 것이므로 원고의 ㉠ 주장은 이유 없다.”

제9장  
직권면직

57) 유사 판례로 대법원 1997. 9. 26. 선고 97누1600 판결 참조

58) 1심 판결(서울행정법원 2012. 4. 5. 선고 2011구합30175 판결)을 인용함

#### 다. 직권면직처분의 정당한 이유

법원은 형사유죄판결이 확정되었음을 이유로 직권면직처분을 하는 경우에는, ① 근로자의 담당 업무나 지위, ② 범죄의 내용, ③ 구속 여부, ④ 당해 범죄행위로 인하여 사용자에게 미친 영향 등을 고려하여 사회통념상 고용관계를 지속시킬 수 없을 정도로 책임 있는 사유에 해당하는 유죄판결만이 직권면직사유에 해당한다고 봄

#### 【서울고등법원 2009. 6. 25. 선고 2008누29801 판결<sup>59)</sup>】

“① 근로자가 범죄행위로 인하여 금고 이상의 형에 대한 집행유예의 확정판결을 받았다 하더라도, 당해 근로자가 담당하는 업무의 내용이나 회사 내의 지위, 당해 범죄의 내용 및 그 행위태양, 당해 범죄와 담당 업무와의 관련성 유무 및 그 정도, 수사나 재판과정에서 구속되었는지 여부 및 그 기간의 제반 사정에 따라 사용자의 명예나 신용, 거래관계, 또는 근로제공의무 불이행으로 인한 업무의 결손이나 기업 내의 다른 직원들과의 신뢰관계, 기업의 기강·질서에 미치는 영향이 각기 다른 점, ② 사용자에 의해 일방적으로 근로계약관계를 종식시키는 해고는 근로자의 생활에 중대한 타격을 주어 생존권을 위협하게 되고, 특히 우리나라는 노동시장의 유연성이 부족하여 일단 해고된 근로자는 재취업이 제대로 이루어지지 않음을 고려할 때, 해고의 기준에 대하여는 다른 징계 등에 비하여 엄격하게 판단할 필요성이 있는 점 등을 종합하면, 근로자의 담당 업무나 지위, 범죄의 내용, 구속 여부 및 구속기간, 당해 범죄행위로 인하여 사용자에게 미친 영향 등 제반 사정을 고려하여, 사회통념상 고용관계를 지속시킬 수 없을 정도로 원고에게 책임있는 사유에 해당하는 집행유예의 확정판결만이 당연퇴직 사유에 해당한다고 보아야 한다.”

#### 라. 정당성을 인정한 사안

1) 법원은 유죄판결을 받은 경우 직권면직사유를 정한 것이 사회통념상 상당성을 인정하기 어렵다는 등의 특별한 사정이 없는 한 규정들의 취지는 존중되어야 한다는 견해임

#### 【대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두10548 판결】

“사립학교법 제70조의2 제1항은 사무직원의 임면, 보수, 복무 및 신분보장에 관하여는 학교 법인의 정관으로 정하도록 규정하고 있는데, 기록에 의하면 이에 따른 참가인 학원의 정관에서는 일반직원의 복무 및 신분보장에 관하여는 사립학교 교원에게 적용하는 규정을 준용하도록 하고 있으면서(정관 제85조, 제87조), 일반직원의 임용결격사유의 하나로 ‘금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자에 해당하게 된 때’를 규정하고, 재직중 위와 같은 임용결격사유에 해당하게 된 때에는 당연퇴직하도록 규정하고 있는 점(정관

59) 1심 판결(서울행정법원 2008. 9. 25. 선고 2008구합17691 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 9. 24. 자 2009두12693 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

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 사정예다가 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 점들 즉 ① 원고가 유죄판결을 받은 범죄의 내용은 같은 직장의 동료직원을 무고한 것이라는 점에서 다른 직원과의 신뢰관계나 인간 관계가 손상되어 직원들 간의 인화에 좋지 않은 영향을 미칠 수 있을 뿐만 아니라 참가인 학원의 명예나 신용과 무관하다고 볼 수는 없는 점, ② 원고가 원심 판시의 해고무효소송에서 승소하였다는 것이 이 사건 무고행위를 정당화시키거나 그에 대한 비난가능성을 감소시킬 사유로 될 수는 없는 점, ③ 원심이 무고행위의 정상참작사유로 들고 있는 소외 2의 확인서는 무고죄의 형사판결에서 그 신빙성이 배척된 점 등을 아울러 참작하면, 원고와 참가인 학원 간에 신뢰를 바탕으로 한 고용관계의 계속이 어렵게 된 데에 원고의 책임이 있다고 보아야 하고 따라서 원심이 판시한 사정들만으로 곧 이 사건 당연퇴직처분에 정당성이 없다고 할 수는 없을 것이다.”

2) 법원은 범죄의 구체적인 사실관계를 고려하여 그 범죄가 사용자의 명예나 신용, 거래관계, 업무의 결손, 직원들과의 신뢰관계, 기업의 기강·질서에 미치는 영향 등을 직권면직의 정당성 판단에서 중요한 요소로 봄

#### 【대법원 2005. 4. 15. 선고 2003두12639 판결】

“이 사건 당연퇴직 처분은 그 사유가 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 경우로서 이는 참가인 인사규정 소정의 임용 결격사유에도 해당되는 점, 참가인은 국민건강보험법에 의하여 국민건강보험에 관한 주요 업무를 담당하는 공익적 목적을 가지고 있는 점, 원고들이 징역형의 집행유예를 선고받은 범죄의 내용은 원고들이 참가인의 전보인사를 철회할 목표로 정상적인 파업절차도 밟지 않고 전국적인 전면총파업에 돌입하기로 결정하였으며, 직접 또는 다른 노동조합원들과 함께 참가인 소속 간부들의 출근을 강제로 저지하고 사무실을 점거하고 농성하는 방법으로 불법쟁의행위를 하였다는 것인 점, 원고들은 위 불법쟁의행위를 주도하였고, 이로 인하여 참가인의 피보험자격관리, 보험료 부과 및 징수, 피보험자 진료비지급 및 사후관리, 민원업무 등에 심각한 차질을 초래한 점, 이 사건 당연퇴직 처분 당시 시행중이던 구 국민건강보험법(2004. 1. 29. 법률 제7144호로 개정되기 전의 것) 제22조 제1항, 제21조 제4호의 규정에 의하면, 참가인의 임원이 금고 이상의 형의 집행유예 선고를 받고 그 유예기간 중에 있음이 확인된 때에는 당연퇴임하는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 당연퇴직 처분은 정당한 이유가 있다고 봄이 상당하다.”

3) 법원은 노조 간부들이 불법파업 등에 의해 유죄판결을 받아 사용자의 명예와 신용에 큰 영향을 미친 경우, 직권면직의 정당성을 인정하는 경향을 보임

【서울고등법원 2011. 9. 29. 선고 2008누37826 판결】

“(2) 이 사건에 관하여 보건대, 위 인정사실에 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 위 참가인이 유죄판결을 받은 범죄의 내용은 위 참가인이 원고 노동조합의 사무국장으로 활동하면서 약 5개월 동안 지속적으로 위법한 쟁의행위를 주도하여 원고의 업무를 방해하였다는 것이고, 원고가 위와 같은 장기간의 위법한 쟁의행위로 명예와 신용에 심각한 훼손을 입고 거래관계에서도 악영향을 받았을 것이라는 것은 경험칙상 분명하다 할 것인 점, ② 위 참가인이 위와 같은 행위로 징역 4월, 집행유예 2년의 확정판결을 받고도 계속 근무하게 된다면, 원고가 직장 내의 질서를 원만하게 유지할 수 없을 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보며, 원고 조합장에게 위 참가인의 쟁의행위를 유발한 책임이 일부 인정되는 점을 감안하더라도, 원고와 위 참가인 사이의 신뢰를 바탕으로 한 근로관계의 계속은 어렵게 되었다고 봄이 타당하므로, 원고의 위 참가인에 대한 이 사건 직권면직 처분에는 정당한 이유가 존재한다고 할 것이다.”

4) 법원은 공기업 직원인 경우 일반 사기업보다 더 높은 도덕성이 요구되고, 경우에 따라 공무원법상 결격사유 규정의 적용을 받는 경우도 있는 점 등을 고려하여 직권면직의 정당성을 인정하는 경향을 보임

【서울고등법원 2008. 11. 27. 선고 2008누19330 판결<sup>60)</sup>】

“위와 같은 법리에 비추어 이 사건 당연퇴직처분에 근로기준법 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 있는지에 관하여 보건대, 다음에서 보는 사정들 즉, ① 원고가 집행유예의 확정 판결을 받은 위 범죄사실은 사람에게 치명적인 상해를 입힐 수 있는 위험한 물건인 맥주병으로 같은 전국계도노동조합연대 소속인 홍○○의 머리 부분을 내리쳐 상해를 입힌 것으로서, 법정형이 3년 이상의 유기징역으로 정해져 있는 중한 죄에 해당하는 점, ② 위와 같은 범죄행위에 이르게 된 경위를 보더라도, 홍○○이 계도연대 총파업 철회성명서를 발표했던 것에 대하여 좋지 않은 감정을 가지고 있던 원고가 먼저 홍○○ 일행을 향해 계속하여 욕설을 하는 등 시비를 유발하였을 뿐만 아니라, 원고가 먼저 맥주병을 들고 홍○○의 머리를 내리친 점(을 제1호증의 2의 기재), ③ 참가인 공사는 지방공기업법과 서울특별시 조례에 따라 지하철의 운영으로 도시 교통의 발전과 시민 복리 증진에 기여하기 위하여 지방자치단체인 서울특별시에 의해 설립된 공기업인 점에 비추어, 참가인 소속 임원들은 물론 직원들에게도 공무원에 준하는 정도는 아니라 하더라도 일반 사기업 소속 직원들보다는 더 높은 도덕성이 요구 된다고 보아야 할 것인 점, ④ 이와 같은 공기업 소속 직원인 원고가 맥주병으로 타인의 머리를 내리쳐 상해를 입혀 징역형의 집행 유예를 선고받은 것이 참가인의 명예나 신용과 무관하다고 볼 수 없는 점, ⑤ 비록 인사규정 등에 규정된 당연퇴직사유에 의한 퇴직처리도 근로기준법의 제한을 받는 해고에 해당한다고 하더라도, 그 정당성의 판단에 있어서는 이와 같은 당연퇴직사유를 정한 것이 사회통념상 상당성을 인정



하기 어렵다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그러한 규정의 취지는 존중되어야 할 것인 점(대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두10548 판결 참조), …(중략)… 등을 종합하여 보면, 원고와 참가인 간에 신뢰를 바탕으로 한 고용관계의 계속은 어렵게 되었다고 할 것이고 그에 관하여 원고에게 책임 있는 사유가 있다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 당연퇴직처분에는 근로기준법 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 있다고 할 것이다.”

【서울고등법원 2009. 11. 11. 선고 2009누1190 판결<sup>61)</sup>】

“③ 참가인은 산업재해보상보험사업, 고용보험의 적용·징수사업, 근로자복지기본법에 의한 복지사업, 실업대책사업, 임금채권보장사업 등을 행하는 공법인이므로 그 업무의 공공성·공익성에 비추어 참가인의 소속 직원들에게 상당한 정도의 윤리성·도덕성이 요구되는 점, ④ 참가인의 설립근거가 되는 산업재해보상보험법 제19조에서는 임원의 결격 및 당연퇴직 사유를 국가공무원법에서 정하고 있는 사유와 동일하게 규정하고 있으나 직원의 결격 및 당연퇴직 사유는 별도로 규정하고 있지 않은바, 참가인이 수행하는 업무의 성질과 내용에 비추어 보면 참가인 소속 직원들에게도 임원들에게 요구되는 수준과 동일한 정도의 윤리성·도덕성을 요구하는 것이 타당한 점, ⑤ 참가인의 임원과 직원은 형법 제129조부터 제132조까지의 규정에 따른 벌칙의 적용에서는 공무원으로 의제되는 점 등을 종합하면, 위와 같이 집행유예의 확정판결이 있었다는 사실을 일률적으로 당연퇴직 사유로 규정한 이 사건 인사규정은 인사규정 설정과 관련하여 사용자에게 부여된 합리적인 재량권의 범위를 일탈·남용하여 위법하다고 볼 수는 없다.

…(중략)…

(3) 원고에게 이 사건 인사규정을 적용하는 것이 부당한지 여부

원고는 2003. 2.부터 2006. 9.까지 채납관리 및 보상업무를 담당하고 있었고 위 업무는 특별히 고도의 도덕성을 요하는 업무에 해당하는 점, 원고가 집행유예 판결을 선고받은 범죄행위는 참가인의 업무와의 관련성이 큰 것이어서 이로 인하여 참가인의 명예와 신용을 훼손하여 직장 질서의 유지를 저해한 점 등을 종합하면, 비록 원고가 뛰어난 업무능력을 가지고 있고 참가인에 대한 기여도가 상당하며 2004. 2. 27. 참가인 이사장 표창을 수상하였다는 점 등을 감안한다 하더라도, 원고가 이와 같이 집행유예의 형을 선고받아 그 형이 확정된 것에 대하여 참가인이 이 사건 인사규정을 적용하여 원고에게 당연퇴직처분한 것은 부당하지 아니하다.”

제9장  
직권면직

## 5) 기타 정당성을 긍정한 판례

【대법원 1995. 7. 14. 선고 95다1767 판결】

“당연퇴직 처분은 근로자의 의사와 관계없이 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로관계를 종료시키는 것이기는 하나, 성질상 해고라 할 것이므로 그 퇴직 처분이 유효하기 위하여는 근로

60) 대법원(대법원 2009. 4. 23. 자 2008두23948 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

61) 1심 판결(서울행정법원 2008. 12. 18. 선고 2008구합34917 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009두22171 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

기준법 제27조 제1항 소정의 정당한 사유가 있어야 할 것이다 ( 대법원 1993.10.26. 선고 92다 54210 판결 ; 1995.3.24. 선고 94다42082 판결 등 참조).

이 사건 당연퇴직 처분은 그 사유가 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 경우로서 이는 위 인사규정 소정의 임용 결격사유에도 해당 되는 점, 피고 법인이 경영하는 ○○대학교 의과대학 부속병원이 하는 의료사업은 국민보건 향상을 목적으로 하는 공익사업에 해당하고 병원의 구성원인 원고 역시 간호사로서 국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활 확보에 기여함을 임무로 하는 의료인인 점, 의료법 제8조 제1항 제5호에도 금고 이상의 형의 선고를 받고 집행을 받지 않기로 확정되지 아니한 자를 의료인의 결격사유의 하나로 규정하고 있는 점, 원고가 징역형의 집행유예를 선고받은 범죄의 내용은 행정관청의 노동조합 운영 상황 등에 대한 업무 조사 등을 거부하였고 다른 사업장의 쟁의행위에 제3자로서 개입을 하였다는 것인 점 등에 비추어 보면, 이 사건 당연퇴직 처분은 정당한 이유가 있고, 이 사건 당연퇴직 처분이 부당노동행위에 해당되지 않음은 물론 징계권을 남용하였다고 볼 수도 없어 원심의 이러한 판단은 정당하다. 이 점에 관련된 상고이유도 받아들일 수 없다.”

【 서울고등법원 2010. 3. 17. 선고 2009누24636 판결<sup>62)</sup> 】

“살피건대, 앞서 본 바와 같이 참가인은 대국민 서비스를 목적으로 하는 정부출연기관으로 그 업무 역시 공익적 성격을 지니고 있으므로 원고를 비롯한 참가인의 소속 직원들에게는 일반 사기업의 임직원보다 강한 도덕성이 요구된다고 할 것임에도 불구하고, 원고는 국회 및 정부정책을 반대하는 불법집회 및 시위 등에서 주최자 또는 가담자로서 불법행위를 주도하였고, 위와 같은 집회는 그 목적·수단·방법에 있어서 정당성을 지니지 못한 것으로서 법의 허용 범위를 넘어서는 것이며, 이로 인해 원고는 금고 이상의 형의 확정판결까지 받았다. 또한, 참가인 법인의 업무특성상 소속 연구원의 명예 및 대외적인 신뢰는 매우 중요시된다고 할 것인데, 위와 같은 원고의 불법행위 및 유죄판결은 참가인 소속 연구원의 명예 및 대외적인 신뢰도에 적지 않은 부정적인 영향을 주는 행위에 해당된다는 점에서, 원고가 주장하는 유리한 사정을 참작하더라도 원고와 참가인 사이에 신뢰를 바탕으로 한 고용관계의 계속은 더 이상 어렵게 되었다고 할 것이므로, 이 사건 퇴직처분에는 근로기준법 제23조 제1항 소정의 정당한 이유가 있다고 할 것이다.”

【 서울고등법원 2010. 9. 16. 선고 2010누10404 판결 】

“앞서 본 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음 각 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 사회 통념상 참가인이 원고와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 원고에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 해당한다 할 것이므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

62) 1심 판결(서울행정법원 2009. 7. 16. 선고 2009구합3415 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 6. 10. 자 2010두6229 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

① 원고는 불과 1년도 못되는 단기간에 고의로 반복하여 음주·무면허운전이라는 범죄행위를 하여 징역형의 집행유예 판결을 받았고, 그 과정에서 20일 동안이나 구속되어 출근하지 못함으로써 참가인의 업무에 상당한 지장을 주었을 것임은 경험칙상 명백하다 할 것이다.

② 대형 참사를 초래할 수도 있는 음주·무면허운전을 강력히 처벌해야 할 필요성에 대한 사회적인 공감대가 형성되어 있는 점에 비추어 볼 때 음주·무면허운전에 대한 사회적 비난 가능성이 결코 가볍지 않으므로, 원고처럼 고의로 반복하여 음주·무면허운전을 하였다는 등의 이유로 징역형의 집행유예 판결을 선고받은 경우에는 참가인 인사규정 소정의 면직사유에 해당한다 할 것이다.

...(중략)...

#### 마. 정당성을 부정한 사안

1) 법원은 근로자의 간통행위는 회사에서 수행하는 업무와 아무런 관계가 없는 사생활 영역에서 범한 비행으로서 참가인 회사의 경영질서나 사업활동에 별다른 영향을 미치지 않는다고 보아 직권면직의 정당성을 부정함

#### 【서울고등법원 2009. 7. 8. 선고 2008누37314 판결<sup>63)</sup>】

“또한 사용자가 근로자에 대하여 징계권을 행사할 수 있는 것은 사업활동을 원활하게 수행하는데 필요한 범위 내에서 규율과 질서를 유지하기 위한 데에 그 근거가 있으므로, 근로자의 사생활에서의 비행은 사업활동에 직접 관련이 있거나 기업의 사회적 평가를 훼손할 염려가 있는 것에 한하여 정당한 징계사유가 될 수 있다 할 것이고, 기업의 사회적 평가를 훼손할 염려가 있다고 하기 위하여는 반드시 구체적인 업무저해의 결과나 거래상의 불이익이 발생하여야 하는 것은 아니지만, 당해 행위의 성질과 정상, 기업의 목적과 경영방침, 사업의 종류와 규모 및 그 근로자의 기업에 있어서의 지위와 담당 업무 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 그 비위행위가 기업의 사회적 평가에 미친 악영향이 상당히 중대하다고 객관적으로 평가될 수 있어야 한다(대법원 2001. 12. 14. 선고 2000두3689 판결 등 참조).

...(중략)...

① 원고의 간통행위는 원고가 참가인 회사에서 수행하는 업무와 아무런 관계가 없는 사생활 영역에서 범한 비행으로서 참가인 회사의 경영질서나 사업활동에 별다른 영향을 미치지 않은 점, ② 원고가 불구속 상태로 참가인 회사에서 정상적으로 근무하면서 간통죄의 수사와 재판을 받았기 때문에 업무 수행에 어떠한 장애를 초래한 바 없고, 원고의 위와 같은 비위행위가 참가인 회사의 명예와 신용 등 사회적 평가에 별다른 악영향을 미친 바도 없는 점(원고에 대한 유죄 판결이 대법원에서 확정된 후 각종 언론매체에 보도되기는 하였으나, 이는 이혼한 배우자를 이혼 전의 간통행위로 고소할 수 있다는 대법원의 판결내용 때문에 보도된 것이었고, 원고의 직업이나 범행 내용이 문제가 되어 보도된 것은 아니었으며, 보도 당시 원고의 성명이나 직업은 모두 익명으로 처리되었다), ...(중략)....참가인 회사의 원고에 대한 이 사건 면직처분에는 정당한 이유가 존재한다고 할 수 없다.

2) 법원은 **만취한 상태에서 우발적으로 직장동료를 폭행하여 사망에 이르는 범행을 저지른 것은 사용자(공사)의 업무와 관련된 것도 아니고, 그로 인하여 사용자의 명예와 신용을 심히 훼손하거나 거래관계에까지 악영향을 미쳤다고 볼 수 없는 점 등을 이유로 직권면직의 정당성을 부정함**

【서울고등법원 2009. 9. 8. 선고 2009누4014 판결<sup>64)</sup>】

“이러한 전제하에 원고가 인사규정 제46조 제2항이 규정하는 당업면직 예외사유인 ‘직무수행에 지장이 없는 때’에 해당하는 것으로 볼 수 있는지 여부에 관하여 살피건대, 위 인정사실 및 앞서 든 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 원고는 그 형의 집행이 유예되었기 때문에 참가인 공사에 근로를 제공하는 데 있어 아무런 장애가 없는 점, 원고가 직장동료 김○○에게 사망이라는 중한 결과를 발생케 한 잘못은 인정되지만, 원고가 직장동료들과 술을 마시다가 만취한 상태에서 지극히 사소한 시비 끝에 극히 우발적으로 범행을 저지른 것으로서 참가인 공사의 업무와 관련된 것도 아니고, 그로 인하여 참가인 공사의 명예와 신용을 심히 훼손하거나 거래관계에까지 악영향을 미쳤다고 볼 수 없는 점, 원고는 경제적으로 넉넉한 형편이 아님에도 김○○의 유족에게 합의금 2억 원을 지급한 점, 원고와 같이 근무지에서 근무하는 다수의 직원들이 원고의 선처를 바라는 탄원서를 제출하고 있어 참가인 공사 내 다른 직원들과의 신뢰관계나 인간관계가 손상된다거나 직장질서의 유지를 저해한다고 볼 만한 사정도 없는 점, 원고는 장비운전원으로서 근무하고 있는데 참가인 공사가 지방공기업이라는 특수성이 있다고 하더라도 일반직원에 대해서까지 고도의 도덕성이 요구된다고 볼 수는 없는 점, 원고는 이 사건 이전에 폭력 성향을 보였다고 볼만한 사정이 전혀 엮이지 아니할 뿐만 아니라 비위행위를 저지르거나 징계를 받은 바 없이 참가인 공사에 입사한 이래 16년여 동안 성실하게 근무하여 왔던 것으로 보이는 점을 종합하면, 원고가 폭행치사죄로 징역 2년에 집행유예 3년의 형을 선고받아 그 형이 확정되었다 할지라도 인사규정 제46조 제2항의 직무수행에 지장이 없다고 볼 것이다.”

3) 법원은 **집행유예 판결을 선고받은 후 거위 1년이 다 되어 가는 시점에서 직권면직이 이루어진 경우 정당성을 부정함**

【서울고등법원 2005. 4. 7. 선고 2004누11826 판결<sup>65)</sup>】

“원고가 받은 위 집행유예 판결의 범죄내용이 원고의 업무와 관련된 것도 아니고 그로 인하여 피고보조참가인 조합의 대외적인 신용이나 명예가 크게 훼손되었다고 보기도 어렵고, …(중략)…

63) 1심 판결(서울행정법원 2008. 11. 28. 선고 2008구합13897 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 10. 15. 자 2009두12952 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

64) 1심 판결(서울행정법원 2009. 1. 13. 선고 2008구합33235 판결)을 인용하였으며, 이 사안도 공기업 직원의 범죄행위에 관한 것이지만 서울고등법원 2008. 11. 27. 선고 2008누19330 판결(동료 직원을 위협한 물건으로 내리쳐 상해를 입혀 직권면직이 긍정된 사안)과 달리 사소한 우발적 사고로 발생한 범죄였다는 면에서 결론이 달라졌던 것으로 보임. 이처럼 정당성 판단은 여러 요소를 종합하여 판단할 수밖에 없어 유사한 사안일지라도 개별 사안별로 결론이 달라질 수 있음

일반 직원에까지 임원과 동일한 고도의 도덕성이 요구된다고는 보기는 어렵고 농업협동조합법도 직원의 임면은 정관이 정하는 바에 따라 조합장이 한다고만 규정하고 있을 뿐(제56조 제1항), 임용결격사유를 정하지 않고 있는 점, 원고는 시말서 제출로 위 집행유예의 판결을 선고받은 문제가 마무리 된 것으로 알고서 위 집행유예 판결 선고 후 조합원의 실익증대 및 농업의 경쟁력 강화를 위하여 맡은 업무를 성실히 수행하여 왔고 특히 직거래사업 활성화에 크게 기여하였다 하여 농업협동조합중앙회회장 표창장을 수여받기까지 하였는데 위 집행유예 판결을 선고받은 후 거의 1년이 다 되어 가는 시점에 이르러 이 사건 면직처분이 이루어진 점 등의 제반사정에 비추어 보면, …(중략)… 이 사건 면직처분에 정당한 사유가 있다고 할 수 없다.”

4) 법원은 **사용자와 근로자가 유죄판결을 받은 범죄사실에 대해 노조와 면책합의**를 한 경우, 그 후 취업규칙에 근거하여 위 근로자에 대하여 한 직권면직 조치는 위 면책합의에 배치되어 부당하다고 봄

#### 【대법원 2007. 10. 25. 선고 2007두2067 판결】

“사용자가 어떤 사유의 발생을 당연퇴직 또는 면직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와 달리 한 경우에 그 당연퇴직사유가 근로자의 사망이나 정년, 근로계약기간의 만료 등 근로관계의 자동소멸사유로 보이는 경우를 제외하고는 이에 따른 당연퇴직처분은 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 소정의 제한을 받는 해고라고 할 것이고, 위와 같이 취업규칙 등에 당연퇴직사유로서 근로관계의 자동소멸사유에 해당하지 아니하는 사유를 규정한 경우 그 의미는 그 규정 취지나 다른 당연퇴직사유의 내용 등에 비추어 합리적으로 판단하여야 할 것이다 (대법원 1999. 9. 3. 선고 98두18848 판결 참조).

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 제1심 판결의 이유를 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 위 피고 보조참가인이 2002. 12. 9.자로 한 지하철 1시간 연장운행 방해행위로 유죄판결을 받았으나, 원고공사와 노조가 2002. 12. 16.자로 위 연장운행과 관련하여 조합간부 및 조합원의 징계를 최소화하며 해고자가 없도록 한다는 내용의 합의를 하였고 이는 적어도 해고의 면에서는 그 행위자를 면책하기로 한다는 합의로 풀이되므로, 원고공사가 위 피고 보조참가인에 대하여 한 당연퇴직 조치는 원고공사와 노조의 위 면책합의에 배치된다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 당연퇴직에 관한 법리오해의 위법이 없다.”

제9장  
직권면직

## 1.2 무단결근을 사유로 한 사안

### 가. 정당성을 인정한 사안

1) 법원은 무단결근은 근로자가 근로제공의무를 해태한 중대한 사안이므로, 이를

65) 동 사건은 대법원(대법원 2007. 11. 15. 선고 2005두4120 판결)에서 최종 확정됨

이유로 한 직권면직의 정당성을 인정하는 경향을 보임

【서울고등법원 2007. 5. 31. 선고 2005누21523 판결<sup>66)</sup>】

“원고가 비록 휴직원을 제출하고 산재처리를 요청하였다고 하더라도 참가인으로부터 2003. 11. 24.까지에 대하여만 휴가로 처리되었고, 그 이후로는 참가인의 조합장으로부터 업무상 부상으로 인정되지 않는다는 등의 이유로 위 인사규정 제54조 제5항에 의한 휴직발령을 받지 못하고 오히려 2003. 11. 29. 이후 여러 차례에 걸쳐 출근 지시를 받았다. 그럼에도 불구하고 원고가 계속해서 적어도 7일 이상 무단결근한 것은 위 인사규정 제61조 제1항 제2호에 정한 면직사유에 해당한다고 할 것이다.”

2) 법원은 당초 해고 이후 복직 시까지 위 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 채용 등 사용자 고유한 권한에 기한 조치를 원직복직 방해로 받아들여 이에 항의하는 방법으로 한도를 넘어 무단결근했다면 이를 이유로 한 직권면직은 정당하다고 봄

【서울행정법원 2008. 7. 25. 선고 2008구합5940 판결】

“다음과 같은 사정들, 즉 ① 비록 참가인 조합이 중앙노동위원회의 2006부해949호 재심 판정이 이루어진 이후 김○○을 신임 상무이사로 선임하기는 하였으나, 참가인 조합의 위와 같은 신임 상무이사 선임은 참가인 조합이 중앙노동위원회로부터 위 재심 판정의 판정서를 송달받기 전에 이루어졌기 때문에 참가인 조합이 위 재심 판정의 결과를 인식하지 못한 상태에서 상무이사의 결원으로 인한 장기간의 업무 공백을 막기 위하여 위와 같이 신임 상무이사를 선임하였을 가능성을 배제할 수 없는 점(2007. 1. 26. 별률 제8296호로 노동위원회법이 개정되면서 제17조의2 제1항에 “노동위원회는 부문별위원회의 의결결과를 지체 없이 당사자에게 통보하여야 한다”는 규정이 신설되었으나, 위 개정법률은 2007. 4. 1.부터 시행되었으므로, 2007. 3. 16. 이루어진 중앙노동위원회의 2006부해949호 재심판정 당시에는 위 개정법률이 적용되지 않는다), ② 참가인 조합은 중앙노동위원회로부터 2006부해949호 재심판정서를 송달받은 다음, 컴퓨터와 전화기가 설치된 원고의 책상을 마련하고 참가인 조합의 상무이사 직함이 인쇄된 원고의 명함을 제작한 후, 원고를 2006. 6. 8.자 해임 이전과 마찬가지로의 상태인 상무이사로 복직시킴으로써, 위 재심 판정의 원직 복직 명령을 성실히 이행한 것으로 보이는 점, ③ 참가인 조합이 결과적으로 조합의 임원으로 상무이사 1인을 두도록 하고 있는 참가인 조합의 정관 제43조 제1항을 위반하게 되었으나, 이는 2006. 6. 8.자 해임 이후 위 해임이 유효함을 전제로 하여 이미 이루어진 인사 질서 등에 비추어 불가피한 조치였던 점, ④ 원고는 참가인 조합의 복직 명령에도 불구하고 “참가인 조합이 김○○을 신임 상무이사로 급히 채용하여 원고의 원직 복직을 방해하고 있다”는 이유로 2007.4.28부터 2007.5.9까지 계속하여 참가인 조합에 출근을 하지 않음으로써 참가인 조합의

66) 대법원(대법원 2007. 9. 6. 자 2007두12101 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

인사규정 제27조 제3호에서 정하고 있는 “무단 결근이 연속 7일 이상에 이를 때”에 해당하게 된 점 등을 종합하여 보면, 참가인이 중앙노동위원회의 2006부해949호 재심 판정 이후 원고의 원직 복직을 방해하기 위하여 신임 상무이사를 채용한 다음 원고의 원직 복직을 저지한 상태에서 이 사건 직권면직을 하였다고 보기는 어렵고, 이 사건 직권면직은 인사규정 제27조 제3호에 근거하여 이루어진 것으로서 정당하다고 할 것이다.”

### 나. 정당성을 부정한 사안

법원은 **무단결근 일수는 휴일을 제외하고 계산하여야** 하며, 직권면직도 해고이므로 근로기준법 제27조에 따라 직권면직의 사유와 시기를 서면으로 통지하여야 한다고 봄

#### 【서울고등법원 2009. 7. 29. 선고 2009누1619 판결<sup>67)</sup>】

“이 사건에서 원고가 2007. 9. 29.부터 근로제공의무가 있는 날이 10일째에 해당한 2007. 10. 12.에 이르러서야 10일 간 무단결근하였다고 보아야 할 것임에도, 휴일에 근로제공의무가 있다는 점을 전제로 하여 2007. 10. 8.까지 10일간 무단결근하였다는 참가인의 주장은 이유 없다  
...(중략)...

위에서 본 바와 같이, 원고가 10일간 무단결근하였다는 이유로 직권해직한 것은 해고에 해당하므로, 참가인이 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야만 직권해직은 유효하게 된다. 그러나 위 인정사실에서 본 바와 같이 원고가 실제 직권해지처리일인 2007. 10. 15. 이전인 2007. 10. 21.자로 10일간 무단결근하여 운용준칙 소정의 직권해직사유에 해당한다 하더라도, 참가인이 원고에게 이 사건 직권해직을 서면으로 통지한 바 없으므로, 이 사건 직권해직은 근로기준법 제27조의 규정에 위반하여 무효로 보아야 할 것이다.”

제9장  
직권면직

## 1.3 복직원 미제출을 사유로 한 사안

### 가. 정당성을 인정한 사안

법원은 회사가 복직원을 제출하지 않는 근로자를 직권면직 시키는 것은 근로자의 장기휴직으로 인한 회사의 업무마비를 막기 위한 것이고, 휴직기간을 넘겨 계속해서 무단결근한 경우는 원칙적으로 직권면직사유에 해당한다고 봄

#### 【대법원 1996. 10. 29. 선고 96다21065 판결】

“그러나, 단체협약 제21조 제2호가 휴직기간은 45일을 초과할 수 없다고 규정하고 있을 뿐, 휴직기간의 연장에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있고, 오히려 제21조 제4호가 휴직기간 만료

67) 1심 판결(서울행정법원 2008. 12. 4. 선고 2008구합19628 판결)을 인용함

전일까지 복직원을 제출하지 않으면 복직의사가 없는 것으로 간주한다고 규정함과 동시에, 제23조 제6호가 휴직기간 만료 전일까지 복직원을 제출하지 않으면 퇴직처리한다고 규정하고 있으므로, 버스운수회사인 피고 회사로서는 근로자의 장기간의 휴직으로 인한 업무마비를 막기 위하여 휴직기간이 45일을 초과하도록 복직할 수 없는 자는 퇴직처리하도록 단체협약에 규정한 것이라고 해석함이 상당하고, 단체협약 제23조 제7호의 규정이나 제21조 제6호의 규정은 위와 같은 해석에 아무런 영향을 미칠 수 없다고 할 것이며, 당연퇴직에 관한 단체협약 제23조 제6호의 규정을 위와 같이 해석한다고 하여 위 규정이 근로기준법 제27조 제1항에 위반되는 당연무효의 규정이라고 볼 수 없으므로, 논지는 이유가 없다.”

#### 나. 정당성을 부정한 사안

법원은 취업규칙에 일정한 기한 내의 복직원 제출이 의무사항으로 되어 있더라도 이는 그 기한 내에 회사에 대해 복직의 의사를 표시하라는 취지이므로 **회사관계자와 복직에 관한 협의를 함에 있어 구두로 복직의사를 명백히 밝혔다면 설사 복직원을 제출하지 않았더라도 직권면직할 수 없다고 봄**

#### 【서울행정법원 2007. 7. 10. 선고 2006구합41119 판결】

“살피건대, 위 인정사실에서 본 바와 같이 참가인 장○○가 휴직기간 만료 전날인 2005. 11. 11. 프론티팀장과 원고 호텔 내에서 만나 복직협의를 하였고, 다시 같은 해 11. 14. 총무과 소속 송○○을 만나 복직협의를 하였는데 송○○은 구체적인 근무장소는 소속 부서장인 소○○의 지시를 받으라고 하였으며, 이에 참가인 장○○가 소○○을 다시 만나 복직시의 근무장소에 대해 협의를 하는 과정에서 소○○이 휴직 직전의 근무장소인 프론트로비가 아닌 에이스타운 및 2층 수영장로비 청소를 담당할 것을 지시하자 참가인 장○○가 내일부터 노동조합의 출근투쟁에 동참 하겠다면서 그 자리를 나온 점 등에 비추어 보면, 참가인 장○○는 휴직기간이 만료되는 시점을 전후하여 프론티팀장, 송○○ 등을 만나 근무장소 등의 복직에 관한 협의를 함으로써 원고에게 복직의사를 명백히 밝혔다고 할 것이고 그러한 복직의사의 표시가 반드시 서면으로 행해져야만 그 효력이 있다고 볼 것은 아니므로 원고가 참가인 장○○에 대하여 휴직기간 만료 후 30일 이내에 복직원을 제출하지 아니하였다는 이유로 직권면직을 한 것은 그 면직사유가 없음에도 직권 면직을 한 것으로서 위법하다 할 것이다.”

### 1.4 허위 이력서 제출을 사유로 한 사안

#### 가. 정당성을 인정한 사안

- 1) 법원은 고등학교 졸업자만을 대상으로 신규사원을 모집하는 회사에 입사함에



있어 의도적으로 대졸학력을 은폐하였고, 면접에 임함에 있어서는 적극적으로 회사를 기망한 경우 이를 이유로 한 직권면직은 정당하다고 봄

【서울고등법원 2007. 5. 16. 선고 2006누21698 판결<sup>68)</sup>】

“기업이 근로자를 고용하면서 학력 또는 경력을 기재한 이력서나 그 증명서를 요구하는 이유는 단순히 근로자의 근무능력, 즉 노동력을 평가하기 위해서만이 아니라 노사간의 신뢰형성과 기업 질서 유지를 위해서는 근로자의 지능과 경험, 교육정도, 정직성 및 직장에 대한 정착성과 적응성 등 전인격적 판단을 거쳐 고용 여부를 결정하기 위한 판단자료로 삼기 위한 것이고, 이와 같은 목적으로 제출이 요구되는 이력서에 허위의 학력 혹은 경력을 기재한다는 것은 그 자체가 근로자의 정직성에 대한 중요한 부정적인 요소가 되는 점, 그런데 원고는 고등학교 졸업자만을 대상으로 신규사원을 모집하는 참가인 회사에 입사함에 있어 의도적으로 대졸학력을 은폐하였고, 나아가 면접에 임함에 있어서는 적극적으로 참가인 회사를 기망하였다는 점 등을 종합하면, 참가인 회사가 원고의 학력 허위기재 사실을 들어 이 사건 퇴직에 나아간 것은 근로기준법 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 있다고 할 것이다.”

2) 법원은 **과거의 근무경력이 신규채용시의 경력환산과 호봉산정에 있어서 중요한 요소가 되는 경우 허위 이력서를 제출하였다면** 이를 이유로 한 직권면직은 정당하다고 봄

【대법원 2001. 12. 27. 선고 2000두6626 판결】

“참가인 법인이 경력직원을 채용함에 있어서 경력의 기재와 제출을 요구하고 채용되고자 하는 자도 이에 부응하여 정확한 경력을 기재하여 제출하는 것은 신규채용시의 경력환산과 호봉산정에 있어서 중요한 요소가 되는 점을 종합하여 보면, 경력직으로 채용된 자가 신규 임용시 허위의 이력서를 제출하는 행위는 사립학교법 제58조 제1항 제5호 소정의 면직사유로서 이는 병원 직원 인사규정 제15조 제10호 소정의 임용결격사유인 ‘기타 제 규정에 저촉되어 부적당하다고 인정되는 자’에 해당한다고 봄이 상당하고, 또한, 원고가 경력직원으로 채용됨에 있어 사회통념상 허용되는 범위를 현저히 초과하여 과거의 근무경력을 과대하게 허위 기재한 이력서를 제출하였고, 그에 따라 채용 시 경력연수와 호봉이 책정된 이 사건에 있어서, 위와 같은 경력 허위 기재가 경미한 사항에 불과하다고 볼 수는 없으므로, 참가인 법인이 이를 이유로 이 사건 직권면직을 한 것은 참가인 법인의 취업규칙 제43조 제1항 제7호 및 병원 직원인사규정 제33조 제1항 제7호, 제30조 제10호의 규정에 따른 것으로서 정당한 해고라고 보아야 한다고 판단하였다.”

제9장  
직권면직

68) 1심 판결(서울행정법원 2006. 8. 22. 선고 2006구합13770 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 8. 20. 자 2007두11153 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

3) 법원은 회사가 국가보훈처로부터 수령한 고용명령서에 따라 채용하였다 하더라도 고용명령서가 근로자의 허위 제출한 자료에 기한 것으로 밝혀진 이상 ‘입사 시 제출한 서류가 허위’인 때에 해당하여 직권면직한 것은 정당하다고 봄

【서울고등법원 2012. 6. 15. 선고 2011누45339 판결<sup>69)</sup>】

“인사규정 제33조 제6호에 의하면 ‘입사 시 제출서류가 허위로 판정되었을 때’에 직권면직을 할 수 있도록 규정하고 있다. 비록 참가인이 입사 당시 원고에게 직접 허위의 고용명령서를 제출한 것은 아니나, 위 고용명령서는 국가유공자법 제31조의 2(“취업지원을 받으려는 취업지원 대상자는 국가보훈처장에게 취업지원을 신청하여야 한다”)에 의하여 참가인 본인이 국가보훈처장에 대하여 취업지원을 신청함에 따라 국가보훈처장(내지 그 위임을 받은 수원보훈처장)이 원고에게 제출한 것이므로 ‘입사 시 제출서류’에 해당한다고 봄이 옳다. 그리고 앞서 본 바와 같이 위 고용명령서가 잘못된 국가유공자 등록신청에 의한 허위 서류임이 밝혀진 이상 이 사건 처분 사유가 인정된다. 그와 같은 해석이 문언 자체가 허용하는 의미 범위를 넘어서는 유추해석에 해당하지 아니하고, 참가인이 위 고용명령서가 허위임을 알았는지 여부나 허위의 고용명령서 발급에 직접 개입하였는지 여부는 문제되지 아니한다.”

#### 나. 정당성을 부정한 사안

1) 법원은 채용과 학력·경력 등이 채용 여부의 결정과 아무런 관련성이 없는 경우라면 이력서에 일부 허위기재가 있다고 하더라도 이를 이유로 한 직권면직은 부당하다고 봄

【대법원 1989. 5. 9. 선고 88다카4918 판결】

“원심이 원고 1의 경우, 그 설시의 학력부실기재 사실과 피고 회사내의 소요 및 유인물살포 사실을 인정하고서, 위 학력부실기재행위는 학교이름만 조금 다르게 기재한 것 뿐으로 위 원고가 피고 회사와 단순한 생산직 육체노동자로 채용되었고 그 채용시 학력이 전혀 문제가 안된 사실 등에 비추어 피고가 사전에 위 사실을 알았더라면 위 원고와 고용계약을 맺지 아니하였거나 적어도 동일 조건으로는 계약을 맺지 아니하였을 것으로는 보이지 않는다고 보아 적법한 해고 사유가 될 수 없고,...(중략)...”

2) 법원은 허위 이력서 제출 등으로 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없는지는 채용 당시 뿐만 아니라 해고 시점에 이르기까지의 여러 가지 사정을 전체적으로 살펴보고 판단해야 한다고 봄

69) 1심 판결(서울행정법원 2011. 11. 3. 선고 2011구합20512 판결)을 인용함

【대법원 2012. 7. 5. 선고 2009두16763 판결<sup>70)</sup>】

“가. 근로기준법 제23조 제1항 은 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고하지 못한다고 하여 해고를 제한하고 있으므로, 징계해고사유가 인정된다 하더라도 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다(대법원 1998. 11. 10. 선고 97누18189 판결 등 참조). 이는 근로자가 입사 당시 제출한 이력서에 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 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 이력서에 학력 등을 허위로 기재한 행위를 징계해고사유로 특히 명시하고 있는 경우에는 이를 이유로 해고하는 것은, 고용 당시 및 그이후의 제반사정에 비추어 보더라도 사회통념상 현저히 부당하지 않다면 그 정당성이 인정된다 할 것이다.

나. 원심판결에 의하면, 원심은 제1심 판결을 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건에서 해고된 원고들(원고 전국○○노동조합을 제외한 나머지 원고들 전원, 이하에서는 ‘위 원고들’이라 한다)이 모두 ○○대학졸업자임에도 피고 보조참가인 회사들 및 00주식회사(이하 위 회사들을 통틀어 ‘참가인 회사 등’이라고 한다)에 생산직 사원으로 입사할 당시 ○○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 ○○대학졸업자를 생산직 사원으로 고용하지 않아왔기 때문에 참가인 회사 등이 고용 당시 위 원고들의 ○○대학졸업 사실을 알았더라면 이들을 고용하지 않았을 것으로 보이는 점 등을 종합하여 볼 때, 위 원고들이 입사 당시 ○○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 전제에서 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 하였을 지에 대하여 추단하는 이른바 가정적 인과관계의 요소 뿐 아니라 고용 이후 해고 시점까지의 제반사정을 보태어 보더라도 그 해고가 사회통념상 현저히 부당한 것은 아니라고 인정이 되어야만 정당성이 인정될 수 있다고 할 것이다.

따라서 원심으로서 그 판시한 사정 이외에 참가인 회사 등이 그 취업규칙에서 학력 등의 허위 기재행위를 해고사유로 명시한 취지, ○○대학졸업자는 생산직 사원으로 고용하지 않는다는 방침이라면서 채용 당시 그러한 조건을 명시적으로 요구하지 아니한 이유, 위 원고들이 학력을 허위기재하여 취업한 경위 및 그 목적과 의도, 고용이후 해고에 이르기까지 위 원고들 각자가 종사한 근로의 내용과 기간, 학력이 당해근로의 정상적인 제공 등과 관련이 있는지 여부, 학력 허위 기재가 드러나게 된 경위와 그 이후 위 원고들의 태도 및 참가인 회사 등의 조치, 학력 허위 기재가 드러남으로써 노사간 또는 근로자 상호간의 관계나 기업경영 환경 및 사업장 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.”

## 1.5 노동능력 상실을 사유로 한 사안

### 가. 정당성을 인정한 사안

1) 법원은 근로자가 업무상의 재해를 당하여 종전에 담당하여 오던 생산부 업무를 더 이상 감당할 능력이 없고, 현재 신체조건에 맞는 경미한 직종을 찾기가 힘들어 퇴직 처분한 것은 ‘신체 장애로 인하여 직무를 감당할 수 없을 때’에 해당한다고 보아 정당한 것이라고 봄

#### 【대법원 1996. 12. 6. 선고 96다45935 판결】

“원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여 인정하고 있는 그 판시와 같은 사실에 바탕을 두고 피고 회사는 원고가 업무상의 재해를 당하여 종전에 담당하여 오던 생산부 업무를 더 이상 감당할 능력이 없어서 임시적 방편으로 공정점검 업무에 종사케 하였으나 원고는 그 업무조차 원활히 수행하지 못하였고, 전신 육체노동을 요하는 원고

70) 동 판결로 원심 파기된 후 서울고등법원(서울고등법원 2013. 8. 21. 선고 2012누23008 판결)으로 환송되고, 다시 상고되어 대법원(대법원 2014. 1. 6. 자 2013두18995 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정되었으며, 동 판례는 징계해고에 관한 판결이었으나 직권면직의 정당성 판단에 있어서도 동일하게 원용할 수 있을 것임

생산부 업무의 특성상 원고의 신체조건에 맞는 경미한 직종을 찾기가 힘들었고, 더구나 피고 회사가 연차적으로 인력감량계획을 시행하여 인력의 효율적 합리적 운영을 기하고 있는 상태에서 원고의 급여수준에 맞는 적절한 직종으로 전환배치할 방법도 없어 원고를 퇴직처분하기에 이른 것이며, 피고는 원고의 업무상재해로 인한 노동능력 상실에 따른 정년에 이르기까지의 손해를 이미 배상한 바 있으므로 이러한 사정 등을 종합하여 보면 피고 회사가 취업규칙 제10조에 따라 원고를 ‘신체 장애로 인하여 직무를 감당할 수 없을 때’에 해당한다고 보아 퇴직케 한 것은 정당한 것이라고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙을 위반하여 심리를 다하지 못한 잘못이 없으며, 그 판단은 위에서 본 법리에 따른 것으로 거기에 퇴직처분의 정당성에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점을 지적하는 상고이유는 받아들일 수 없다.”

2) 법원은 사용자가 업무상 재해를 당한 근로자를 현재의 잔존노동능력으로도 감당할 수 있는 업무로 전환해주기 위하여 노력하였으나, 근로자가 급여수준 등을 이유로 거부하는 등 기존의 급여 수준에 맞는 담당업무를 찾기 어려운 경우 면직 처분의 정당한 사유가 인정된다고 봄

【서울고등법원 2009. 8. 26. 선고 2008누28006 판결<sup>71)</sup>】

“(나) 이 사건에 관하여 보건대, 원고는 운전원으로서의 자격을 갖추지 못하였을 뿐 아니라, 앞서 본 원고의 장애 부위나 그로 인한 노동능력 상실률의 정도, 세척차와 집게차 요원이 담당하는 업무의 내용·강도 등에 비추어 볼 때, 기존에 담당하던 생활쓰레기 수거원으로서의 업무는 물론 세척차나 집게차 요원으로서의 업무도 담당하기 어려울 것으로 보이는 점, 참가인은 원고를 기존의 급여 수준에 맞으면서 현재의 잔존노동능력으로도 감당할 수 있는 경비 업무로 전환하기 위하여 노력하였으나, 대전광역시 5개구의 협의로 처리되는 참가인의 업무 운영방식으로 인하여 경비 업무로의 전환이 불가능해진 점, 참가인은 그 외에도 산재 요양·재요양이 끝난 이후 약 23개월의 기간 동안 원고를 특정한 업무에 종사시키지 못하고 대기 상태로 둔 채 수차례에 걸쳐서 전사업장 및 동물원운영팀 등에 원고의 잔존노동능력으로 감당할 수 있는 업무가 있는지 검토를 요청한 바 있는 점, 그러나 대체로 결원이 없어 원고가 직종을 변경하여 담당할 수 있는 업무가 거의 없었고, 그나마 전환이 가능한 선별작업 인부로서의 업무는 기존의 업무에 비하여 급여수준이 낮다는 이유로 원고가 거절한 점, 이에 참가인은 원고의 처를 동물원 일용직으로 고용하여 급여를 보충하는 방법까지 제안하였으나 원고는 처의 건강상태 및 급여수준을 이유로 받아들이지 않은 점, 원고가 참가인의 업무를 담당하던 중 재해를 당한 것은 사실이나, 위 재해에 대하여 참가인에게 귀책사유가 인정된다고 단정하기 어려운 점 등을 종합하면, 비록 원고가 참가인의 업무를 담당하다가 위와 같은 신체적 장애를 입게 되었다는 사정을 감안한다 하더라도 이 사건 면직에는 근로기준법상의 정당한 사유가 인정된다 할 것이다.”

## 나. 정당성을 부정한 사안

법원은 노동능력이 일부 상실되었더라도 **현재의 노동능력으로 근무가 가능한 보직으로의 배치전환이 가능한 경우** 단순히 회사의 인사규정상에 명기된 신체장애등급에 해당된다는 이유만으로 당해 근로자를 직권면직하는 것은 부당하다고 봄

## 【 대법원 1997. 8. 26. 선고 96누14593 판결 】

“2. 사용자의 일방적 의사표시에 의하여 근로자와의 근로계약관계를 종료시키는 경우 그것이 정당한 것으로 인정되기 위하여는 종국적으로 구 근로기준법(1996. 12. 31. 법률 제5245호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제27조 제1항에서 말하는 ‘정당한 사유’가 있어야 할 것이고, 이 사건과 같이 근로자가 인사규정에서 정한 ‘신체장애로 인하여 직무능력을 상실하거나 노력불능자로 판정 되었을 때’에 당한다고 보아 직권면직함에 있어서 그 정당성은 근로자가 신체장애를 입게 된 경위 및 그 사고가 사용자의 귀책사유 또는 업무상 부상으로 인한 것인지의 여부, 근로자의 치료기간 및 치료 종결 후 노동능력 상실의 정도, 근로자가 사고를 당할 당시 담당하고 있던 업무의 성격과 내용, 근로자가 그 잔존노동능력으로 감당할 수 있는 업무의 존부 및 그 내용, 사용자로서도 신체 장애를 입은 근로자의 순조로운 직장 복귀를 위하여 담당업무를 조정하는 등의 배려를 하였는지 여부, 사용자의 배려에 의하여 새로운 업무를 담당하게 된 근로자의 적응 노력 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 할 것이다. (당원 1996. 12. 6. 선고 95다45934 판결 참조)

원심이 확정한 사실과 기록에 의하면, 원고는 1970. 10. 15. 피고보조참가인(이하 참가인이라 한다) 산하 ○○광업소에 입사하여 채탄부, 측량공 등의 보직을 거쳐 1990. 12. 1.부터 생산반장으로 근무하던 중 1991년 이후의 건강진단에서 매년 소음성 난청이 의심된다는 이유로 작업전환이 필요하다는 소견을 받은 사실, 그리하여 참가인은 원고의 경력을 고려하여 1994. 6. 27. 원고를 소음이 덜한 작업환경의 보직인 검탄계장으로, 다시 같은 해 12. 16. 측량계장으로 보직변경하였으며, 한편 원고는 같은 해 9. 22. 위 소음성 난청은 직업병에 해당함을 이유로 관할 지방노동청에 산업재해보상보험법에 따른 장애보상을 청구하여 같은 해 12. 27. 동법 시행령 소정의 제9급 7호의 신체장애등급을 판정받아 판시 장애보상금을 지급받은 사실, 그러자 참가인은 참가인의 업무상 재해자 관리지침상 요양종결을 마친 업무상 재해자의 장애정도가 신체장애등급 제9급까지는 취업 부적격자로서 해고한다는 규정을 들어 1995. 2. 28. 원고에게 같은 해 3. 1.부터 같은 달 31.까지의 기간을 해고예고기간으로 통보한 후, 같은 해 4. 1. 참가인의 인사규정 제39조 제4호(신체장애로 인하여 직무능력을 상실하거나 노력불능자로 판정되었을때)에 의하여 원고를 직권면직한 사실, 원고의 경우에는 오른쪽 귀는 고도난청으로 청력회복은 불가능하나 왼쪽 귀는 정상이어서 위와 같이 소음이 덜한 작업으로 전환배치된 후 직권면직될 때까지 위 소음성 난청으로 인하여 담당업무를 수행함에 있어 특별히 근무능력이 떨어진다든가의 일이 없이 정상적으로 근무하여 온 사실을 알아 볼 수 있다.

사정이 이와 같다면 원고가 위와 같은 신체장애로 인하여 그 직무를 감당할 수 없다는 사정이

71) 1심 판결(서울행정법원 2008. 9. 4. 선고 2007구합46389 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 12. 10. 자 2009두16398 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

인정되지 아니하는 이 사건에 있어서 참가인이 원고의 신체장해등급이 형식적으로 위 업무상 재해자 관리지침상의 취업부적격자에 해당한다는 이유만으로 원고를 직권면직한 것은 정당한 이유가 없는 것으로서 부당해고에 해당한다 할 것이다.

이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 위 업무상 재해자 관리지침의 효력에 관한 해석을 그르치거나 구 근로기준법 제27조 제1항 소정의 해고의 정당한 이유에 관한 법리오해, 심리미진, 판단유탈 등의 위법이 있다고 할 수 없다.”

## 1.6 자격취소를 사유로 한 사안

가. 법원은 단체협약이나 취업규칙에 특별한 규정이 없는 한, 사용자가 특정한 자격을 가진 근로자를 특수업무에 종사시키기 위하여 채용한 경우 그 자격이 취소된 때에 행하는 직권면직은 정당하다고 봄

### 【서울행정법원 2008. 9. 5. 선고 2008구합5735 판결】

“① ○○자동차서비스는 수임군부대장인 제○○보병사단장이 국방부의 예비군 지휘관 인사관리규정 등에 의하여 예비군 지휘관 선발을 위한 필기시험에 합격한 원고를 직장예비군 중대장 요원으로 추천함에 따라, 향토예비군설치법령에 의하여 직장예비군 중대를 편성·운영함에 있어서 반드시 보유하도록 되어 있는 그 지휘관 임명대상 자격자를 확보할 목적으로 1989. 11. 27. 원고를 직장예비군 중대장으로 특별채용한 점, ② ○○자동차서비스나 참가인 회사가 원고에 대하여 별도로 겸임 인사발령을 하는 등으로 공식적인 업무명령을 행한 바 없는 점에 비추어 보면, 원고가 ○○자동차서비스에 입사한 이래 ○○자동차서비스와 참가인 회사에서 직장예비군 중대장으로서 직장예비군 관련 업무 이외에 경비 업무 등도 일부 수행한 바 있다는 사실만으로 ○○자동차서비스나 참가인 회사가 원고를 일반직원으로 전환배치하였다고 보기는 어려운 점, ③ 수임군부대장인 제○○보병사단장은 참가인 회사의 원호로 중대가 해체되었다는 이유로 2007. 4. 23.자로 원고를 참가인 회사의 원호로 중대장에서 해임하였고, 참가인 회사는 원고에 대하여 국방부의 예비군 지휘관 인사관리규정 제25조와 제26조의 각 규정에 따라 직장예비군 중대장의 정년연령에 도달하는 2007. 6. 30.자로 이 사건 퇴직처리를 한 점, ④ 직장예비군 중대장의 정년연령에 도달한 사람을 일반직원으로 전환배치하여 계속 고용할 것인지 여부는 참가인 회사가 개개의 사례에 따라 제반사정을 고려하여 결정하는 것이고, 직장예비군 중대장으로 특별채용된 원고가 단지 다른 사례와의 형평을 주장하며 참가인 회사에 대하여 그와 같은 계속 고용을 요구할 권리를 가진다고 보기는 어려운 점 등을 종합하여 보면, 참가인 회사가 직장예비군 중대장으로서의 직무를 수행할 수 있는 자격을 상실한 원고에 대하여 한 이 사건 퇴직처리는 향토예비군 설치법령과 국방부의 예비군 지휘관 인사관리규정에 근거하여 이루어진 것으로 정당하다고 할 것이다.”

나. 법원은 시내버스 운수회사의 취업규칙에 직권면직 사유의 하나로 운전기사의 면허 또는 자격증이 취소당한 때를 규정하고 있는 경우, 운전면허가 취소되면 그 근로자의 면허가 취소되었다는 사실만으로 직권면직은 정당하다고 봄

【대법원 1993. 12. 21. 선고 93다43866 판결】

“(2) 피고 회사와 같은 시내버스 운수회사의 취업규칙에 당연퇴직사유의 하나로, ‘기능, 기술 및 전문직에 있는 자로서 면허 또는 자격증이 취소당한 때’를 규정하고 있는 경우, 사용자인 회사가 운전면허취소처분을 받은 근로자에 대하여 위 취업규칙상의 규정을 이유로 퇴직처분의 통지를 하였다면, 이러한 퇴직처분은 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와는 달리하였다고 하더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것인 이상 이는 성질상 해고의 일종으로서 근로기준법에 의한 제한을 받는다고 보아야 할 것이기는 하나(당원 1993.10.26. 선고 92다54210 판결 참조), 한편 위 취업규칙상의 당연퇴직규정의 취지는 달리 특별한 사정이 없는 한 운수회사라는 특성상 회사로서는 운전면허가 취소된 운전기사를 계속 고용할 수 없을 것이라는 고려에서 일단 근로자의 운전면허가 취소되면 그 근로자의 면허가 취소되었다는 사실만으로 당연퇴직사유에 해당하는 것이라는데 있는 것으로 해석되고, 따라서 이를 이유로 회사에서 당연퇴직처분을 한 이상 설사 이후 위 운전면허취소처분이 행정심판절차에 의하여 다시 취소되어 소급하여 무효로 돌아간다고 하여도 퇴직처분 당시 위와 같은 당연퇴직사유가 있었던 것이므로 그 퇴직처분이 무효로 되는 것은 아니라 할 것이다. 원고의 운전면허가 취소된 것이 피고 회사가 원고를 공소시효가 지난 공문서변조등의 혐의로 수사기관에 고소함에 기인한 것이라고 하더라도 원고가 공문서를 변조하여 운전면허를 발급받은 것이 사실인 이상 결과적으로 원고의 운전면허가 취소되었음을 이유로 퇴직처분한 것이 신의칙에 위반된 것이라고도 할 수 없다.”

## 1.7 근로자의 파산을 사유로 한 사안

법원은 경제적 사정으로 파산선고를 받았다는 사유만으로 직권면직처분을 한 경우 그 정당성을 부정함

【서울중앙지방법원 2006. 7. 14. 선고 2006가합17954 판결】

이 사건 당연퇴직의 근거가 된, 직원이 파산선고를 받는 경우 예외 없이 당연퇴직시키도록 하는 이 사건 인사규정은 그 일응의 필요성과 취지에도 불구하고, 정당한 이유 없이 해고 등을 하지 못한다고 규정하고 있는 근로기준법 제30조 제1항의 취지에 반할 뿐만 아니라, 비록 이 사건 당연퇴직처분 당시 시행되고 있었던 것은 아니나 채무자회생및파산에관한법률 제32조의2 규정의 누구든지 이 법에 따른 회생절차·파산절차 또는 개인회생절차 중에 있다는 이유로 정당한 사유 없이 취업의 제한 또는 해고 등 불이익한 처우를 받지 아니한다는 취지에도 명시적으로 반하는 것이며, 직원의 근로의 권리, 직업행사의 자유를 과도하게 침해하는 것으로, 위와



같이 개인의 경제적 사정으로 인해 원고가 파산을 선고받았다는 사유만으로는 사회통념상 고용 관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 발생한 경우에 해당한다고 보기는 어렵다.

## 1.8 업무 저성과를 이유로 한 사안

법원은 단순히 인사고과에서 하위 일정 비율에 속한다는 이유로 한 직권면직은 그 정당성을 인정하기 어렵다고 보고 있으나, 현저하게 근무성적이 나쁜 것이 증명될 뿐만 아니라 재교육 등 충분한 기회를 주었음에도 그와 같은 사정이 개선되지 않을 경우에는 직권면직의 정당성을 인정함

【서울고등법원 2012. 8. 23. 선고 2011누25458 판결<sup>72)</sup>】

“단순히 인사고과에서 하위 일정 비율에 속한다는 이유로 한 직권면직은 그 정당성을 인정하기 어려우나, 현저하게 근무성적이 나쁜 것이 증명될 뿐만 아니라 재교육 등 충분한 기회를 주었음에도 그와 같은 사정이 개선되지 않을 경우에는 직권면직의 정당성이 인정된다 할 것이다. 그런데 원고는 2008 다면평가결과 및 2009년 다면평가결과 2년 연속 하위 5%에 해당되어 각 C-Player 대상자로 선정되었고, 참가인은 원고의 현업복귀를 돕고 업무능력을 향상시키기 위하여 2009년에 실시한 역량강화교육에서 원고가 총점 62.6점으로 평가부진 간부직원 6명 중 최하위의 평가를 받았음에도 업무에 복귀시켜 기회를 부여하였으나, 원고는 업무복귀 후 역량강화교육 등 근본 취지를 이해 못하고 근무향상이나 업무태도 개선을 위해 적극적인 노력을 하지 않았으며, 2010년에 실시한 역량강화교육에서 총점 54.87점을 받아 기준 점수 미달로 교육을 수료하지 못하였다. 위와 같이 참가인은 원고에게 재교육을 포함하여 충분한 기회를 주었음에도 원고의 업무능력이 개선되지 아니한 사정을 종합적으로 고려하여 이 사건 직권면직처분을 하였음에 비추어 참가인이 원고가 단순히 인사고과에서 하위 일정 비율에 속한다는 이유만으로 직권면직을 하였다고 볼 수 없다.”

제9장  
직권면직

## 1.9 기타

법원은 단체협약의 해고제한규정에 위배하여 취업규칙에 직권면직규정을 추가한 것은 위법하다고 봄

72) 1심 판결(서울행정법원 2011. 6. 24. 선고 2010구합47404 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 1. 15. 자 2012두21369 판결)에서 심리불속행 기각되어 확정됨. 동 판결은 대기발령 이후 직권면직이 이어진 사례로 자세한 내용은 하단 “3. 대기발령에 이은 직권면직의 경우” 참고

【서울고등법원 2010. 4. 14. 선고 2009누25509 판결<sup>73)</sup>】

“(나) 단체협약상 해고사유제한 위배 여부

참가인 회사의 단체협약(갑제5호증) 제26조는 ‘회사는 조합원에 대한 징계 시 단체협약으로 명시된 징계사유로만 징계할 수 있으며 징계위원회는 다음 각 호에 해당하는 자만 징계할 수 있다’고 규정하면서 각 호로써 징계사유를 구체적으로 열거하고, 제27조는 징계종류로 권고 해직, 징계면직 등을 규정하고 있으며, 단체협약 제28조는 다음 각 호에 정한 사유에 해당할 때에만 해고할 수 있다고 규정하면서 제1호 ‘무단결근 10일 이상이거나 회사에 근무할 의사가 없는 자’, 제2호 ‘부당노동행위, 조합과 조합원 및 비조합원에게 불이익 행위를 할 때’를 각 규정하고 있다.

이러한 참가인 회사 단체협약 규정은 제28조 제1, 2호의 해고사유에 해당하는 경우와 제26조 각 호의 징계사유에 해당함으로써 권고해직 내지 징계면직의 징계처분을 받는 경우만으로 그 해고사유를 제한하는 취지임이 분명하므로, 참가인 회사는 취업규칙으로 단체협약 소정의 해고 사유와는 다른 새로운 해고사유를 규정할 수 없다고 할 것이다.

...(중략)...

이 사건 당연퇴직규정에서 정한 사유인 ‘형사사건으로 금고 이상의 형이 확정된 때’는 근로 관계의 자동소멸사유에 해당하지 않으므로, 참가인 회사의 단체협약에서 정한 해고사유 이외에 근로자를 그 의사에 반하여 면직할 수 있는 사유를 새로이 규정하는 것이어서 단체협약 제27조 내지 제28조에 위배되어 무효라 할 것이다.”

## 2. 징계절차의 적용 여부 관련 판례

### 2.1 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있고 양자가 실질적으로 구별되는 경우

법원은 직권면직에 고유한 절차가 있는 경우에는 이를 준수하여야 하지만 징계 절차규정은 적용되지 않는다고 봄<sup>74)</sup>

## 【대법원 2000. 6. 23. 선고 99두4236 판결】

“2. 그러나 취업규칙 등에 면직처분과 징계처분이 따로 규정되어 있으면서도 면직처분에 관하여는 일반의 징계처분과 달리 아무런 절차규정도 두고 있지 아니하고 그 면직사유가 동일하게 징계사유로 규정되어 있는 것도 아니라면, 사용자가 면직처분을 함에 있어 일반의 징계절차를 거쳐야 한다고 할 수 없고(대법원 1995. 6. 30. 선고 94다35350 판결 참조), 이는 면직사유가

73) 1심 판결(서울행정법원 2009. 7. 23. 선고 2009구합10567 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 7. 8. 자 2010두8416 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

74) 같은 취지로 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42028 판결 참조

실질적으로 징계사유로 보여지는 경우에도 달리 해석할 것은 아니다(대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42082 판결 참조).

기록에 비추어 살피건대, 취업규칙의 성질을 갖는 참가인의 신 운영규정의 관계조항을 보면, 제28조 가항에는 징계사유에 관하여 ‘복무규정을 위반하거나 직무를 태만히 하여 시설운영에 지장을 초래하거나 시설의 재산상 피해를 끼쳤을 때, 원생을 학대 또는 구박하는 등 인권을 침해하였거나 물의를 야기하였을 때, 종사자 상호간 시기 반목 등과 싸움 등으로 물의를 야기하였을 때, 불미스러운 행위로 시설의 명예를 대외적으로 훼손시켰을 때’라고 규정하고 있고, 제28조 나항에는 징계절차에 관하여 “징계처분시에는 충분한 소명자료가 있어야 하며 징계처분 대상자의 진술기회를 주어야 한다.”라고 규정하고 있으며, 제29조에는 징계의 종류에 관하여 ‘경고, 감봉, 권고사직(파면)’을 규정하고 있고, 이와는 별도로 제30조에는 직권면직사유에 관하여 ‘신체 및 정신 장애로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때, 직무수행에 있어 능력이나 소양이 현저하게 부적정하다고 인정될 때’라고 규정하고 있으며, 직권면직절차에 관하여는 따로 규정을 두고 있지 않은 사실을 알 수 있는바, 위 징계사유와 직권면직사유는 별개의 사유이고 위 징계절차와 직권면직절차 역시 별개의 절차임이 분명하며, 위 직권면직사유에 관한 제30조 규정을 ‘제5장 징계’에 두었다고 하더라도 위 각 규정의 해석상 직권면직처분을 징계처분의 일종으로 볼 수는 없으므로, 참가인은 원고들에 대하여 징계절차와는 관계없이 진술의 기회를 부여하지 아니하고 직권면직처분을 할 수 있다 할 것이다(원심이 들고 있는 대법원 판결의 실시 부분은 이 사건과 사안을 달리한 것에 대한 것으로 이 사건에 원용하기에는 적절한 것이 아니다).”

## 2.2 직권면직사유와 징계사유가 각각 규정되어 있으나 양자가 실질적으로 동일한 경우

법원은 취업규칙 등의 규정상 직권면직사유가 동시에 징계사유에도 해당하는 경우에는 직권면직을 하더라도 절차는 반드시 징계절차에 의하여야 한다고 봄

제9장  
직권면직

### 【대법원 1994. 10. 25. 선고 94다25889 판결】

“(2) 특정사유가 단체협약이나 취업규칙 등에서 징계해고사유와 통상해고사유의 양쪽에 모두 해당하는 경우뿐 아니라 징계해고사유에는 해당하나 통상해고사유에는 해당하지 않는 경우에도, 그 사유를 이유로 징계해고처분의 규정상 근거나 형식을 취하지 아니하고 근로자에게 보다 유리한 통상해고처분을 택하는 것은, 근로기준법 제27조 제1항에 반하지 않는 범위 내에서 사용자의 재량에 속하는 적법한 것이다.

그러나 근로자에게 변명의 기회가 부여되지 않더라도 해고가 당연시될 정도라는 등의 특별한 사유가 없는 한, 징계해고사유가 통상해고사유에도 해당하여 통상해고의 방법을 취하더라도 징계해고에 따른 소정의 절차는 부가적으로 요구된다고 할 것이고, 나아가 징계해고사유로 통상해고를 한다는 구실로 징계절차를 생략할 수는 없는 것이니, 절차적 보장을 한 관계규정의 취지가 회피됨으로써 근로자의 지위에 불안정이 초래될 수 있기 때문이다.”

## 2.3 직권면직사유가 별도로 규정되어 있지 않고 직권면직이 징계의 한 종류인 경우

법원은 인사규정상 면직과 정직이 징계의 종류로 규정되어 있고, 무기한 정직의 경우 징계일로부터 6월 내 복직명령이 없으면 자연면직된다는 규정이 존재하는 사안(징계로서의 면직 이외에 별도의 면직 규정은 존재하지 않음)에서, 법원은 자동면직을 징계로 보아 징계사유의 존부·징계절차의 위법 여부·징계양정의 적정 여부로 그 정당성을 판단하였음

### 【서울고등법원 2007. 9. 20. 선고 2007누8203 판결<sup>75)</sup>】

“(1) 징계사유의 존부

(가) 회원사들에 대한 대출 및 연체로 인한 행위

앞서 본 바와 같이 원고가 참가인의 회원사로부터 대출을 받을 당시 이미 채무가 자산을 초과하여 시중은행으로부터 더 이상 대출을 받을 수 없게 되자 참가인의 회원사들에게 대출을 신청했고, 회원사들로서는 원고가 대출자격이 없음을 알면서도 원고가 회원사들에게 영향력을 행사하는 참가인의 직원이라는 사실이 부담스러워 대출을 해 줄 수밖에 없었는바, 원고가 대출자격이 되지 않음에도 자신의 지위를 이용하여 참가인의 회원사로부터 부당하게 대출을 받고 변제하지 못함으로써 업무감독기관의 종사자로서 의무를 다하지 못하여 참가인의 명예를 훼손했다고 할 것이므로, 원고의 위와 같은 비위행위는 복무규정 제3조의2 제2항에 위반된 것으로서 인사규정 제28조 제3호, 제4호 징계사유에 해당한다.”

## 3. 대기발령에 이은 직권면직 관련 판례

### 3.1 정당성을 인정한 사안

가. 법원은 대기발령처분을 받은 자는 그 처분자체의 효력에 의하여 일정한 조건하에 직권면직 처리를 당할 수 있는 상당한 개연성을 가지게 되므로, 일단 대기발령처분이 정당하게 내려진 경우라면 그 후 대기기간 동안 대기발령사유가 소멸되지 않는 한 직권면직처분은 정당하다고 봄

75) 1심 판결(서울행정법원 2007. 2. 1. 선고 2006구합23746 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 1. 10. 자 2007두21518 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨, 이 사건에서 법원은 징계사유의 존부에 이어 징계절차의 위법 여부, 징계양정의 적정 여부를 판단하였음

【대법원 1995. 12. 5. 선고 94다43351 판결<sup>76)</sup>】

“이 사건에서 원고들이 그 무효를 다투고 있는 당연퇴직 처리는 원고들이 피고 조합의 운영 규정 제35조 제1항 제1호에 정한 사유에 해당한다고 하여 직위해제 처분을 받은 다음, 그 후 3월이 경과하도록 직위를 부여받지 못하였다는 이유로 같은 조 제3항에 근거하여 이루어진 것 인바, 이와 같은 직위해제 처분에 이은 당연퇴직 처리는 이를 일체로서 관찰할 때 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약 관계를 종료시키는 것으로서 실질상 해고에 해당 하고, 따라서 그 처분에 있어서는 근로기준법에 의한 제한을 받는다고 보아야 할 것이다.

그러나 이 사건 직위해제 처분과 당연퇴직 처리의 관계를 살펴보면, 피고 조합의 운영규정상 직위해제 처분을 받은 자는 직위해제 처분 자체의 효력에 의하여 일정한 조건하에 당연퇴직 처리를 당할 수 있는 상당한 개연성을 가지게 되고, 반면 당연퇴직 처리는 직위해제 후 3월간 직위를 부여받음이 없이 직위해제 상태가 계속됨으로 인하여 이루어지는 처분이므로, 일단 직위 해제 처분이 정당하게 내려진 경우라면 그 후 3월의 기간 동안 직무수행능력의 회복이나 근무 태도 개선 등 직위해제 사유가 소멸되어 마땅히 직위를 부여하여야 할 사정이 있음에도 합리적인 이유 없이 직위를 부여하지 아니하는 등의 경우가 아닌 한 당연퇴직 처리 그 자체가 인사권 내지 징계권의 남용에 해당한다고 볼 수는 없다 할 것이다.

이 사건에 있어서, 원고들이 집단 월차휴가를 주도한 행위는 불법쟁의 행위로서 그 비위의 정도가 중하여 이로 인한 직위해제 처분은 정당한 것임은 이미 판결에 의하여 확정된 바 있고, 따라서 피고 조합이 원고들에게 직위해제 처분을 인정하고 소송을 취하하면 직위를 부여하겠다는 화해조건을 제시하였음에도 원고들이 이를 거부한 것으로 미루어 근무태도가 개선되지 아니 하였다고 보고 직위를 부여하지 아니한 것이 부당하다고 볼 수 없을 뿐 아니라, 달리 위 3월의 기간 동안 원고들에게 직위해제 사유의 소멸 등 직위를 부여하였어야 할 사정이 있었다고 볼 자료를 기록상 발견할 수 없으며, 피고 조합이 직위해제자에게 교육훈련 등의 조치를 취하여야 한다는 규정은 이 사건 이후에 개정된 운영규정에 비로소 도입된 것으로서 그 이행 여부는 이 사건 당연퇴직 처리의 위법 여부를 판단하기 위한 자료로서는 적절하지 아니하다 할 것이므로, 원심이 든 사정만으로는 원고들을 당연퇴직 처리한 피고 조합의 조치가 인사권 내지 징계권의 남용이라고 보기 어렵다고 하여야 할 것이다.”

제9장  
직권면직

나. 법원은 직무수행능력 부족으로 대기발령을 받았음에도 대기발령기간 동안 다른 곳에서 일을 하는 등 업무수행능력 향상을 위한 노력을 하지 않은 경우, 대기발령 기간 경과 후 직권면직처분이 적법하다고 보았음

【서울고등법원 2006. 9. 29 선고 2006누7029 판결<sup>77)</sup>】

“(나) 이 사건 면직처분의 적법성

76) 원심(서울고등법원)은 대기발령과 당연퇴직을 하나의 처분으로 보아 직위해제 사유의 경중, 직위해제 기간 중의 근로자의 태도, 직위부여를 하지 아니하는 사유의 타당성 등을 고려하여 면직처리의 정당성 여부를 판단한 결과 사용자가 근로자의 근로복귀를 위한 교육훈련이나 특별연구과제의 부여 등의 조치를 취한 사실이 없다는 이유로 면직처분이 부당하다고 하였으나, 대법원은 원심판결을 취소하였음

나아가 위 인정사실에 의하면, 종전에 직무수행능력 부족으로 2회에 걸쳐 대기발령을 받은 원고로서는 다시 직무수행능력 부족을 이유로 이 사건 대기발령을 받았으면 업무수행능력을 향상 시키기 위한 노력을 기울여야 할 것임에도(원고는 참가인 농협이 그 기간 동안 다른 업무를 하도록 하는 등의 면직 위험성을 회피하기 위한 노력을 기울여야 함에도 그러하지 못하였다고 주장하나, 앞서 본 바와 같은 원고의 대기발령 전력과 업무습득기간을 부여한 점 등에 비추어 볼 때 원고의 주장은 받아들일 수 없다) 대기발령 기간 동안 다른 곳에서 일을 하는 등 그러한 노력을 하지 아니하였으므로, 이러한 사실관계 하에서는 참가인 농협이 원고에게 마땅한 직무를 부여하지 아니하였다고 하여 이를 두고 3월의 기간 동안 직무수행 능력의 회복이나 근무태도 개선 등 직위해제 사유가 소멸되어 마땅히 직위를 부여하여야 할 사정이 있음에도 합리적인 이유 없이 직위를 부여하지 아니하는 등의 경우에 해당한다고 할 수는 없다. 따라서 이 사건 면직처분은 적법하다 할 것이고 이와 견해를 같이한 이 사건 재심판정은 적법하다.”

다. 법원은 직위해제처분을 받은 자가 그 직위해제기간 동안에 그 직무수행능력이 향상되었다거나 진정으로 자신의 잘못을 반성하는 등으로 개전의 정을 보이지 않는 경우 직권면직 처분이 정당하다고 봄

【대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15926 판결<sup>78)</sup>】

“그리고 참가인이 이와 같이 직위해제처분을 받은 후 그 직위해제기간 동안에 그 직무수행 능력이 향상되었다거나 진정으로 자신의 잘못을 반성하는 등으로 개전의 정을 보였다는 점은 기록상 나타나 있지 않고, 오히려 기록에 의하면 참가인은 진정으로 자신의 잘못을 뉘우치기 보다는 자신의 비위행위가 사장의 지시에 의하여 어쩔 수 없이 이루어진 것처럼 그 책임을 상급자에게 전가시키는 등으로 자신을 변명하는 것으로 일관하여 온 사정을 알 수 있는바, 그렇다면 원고가 그와 같이 개전의 정을 나타내고 있지 아니한 참가인에 대하여 인사규정에 따라 직권면직의 처분을 한 것이 정당한 인사권의 범위를 벗어나거나 인사권을 남용하였다고 단정할 수도 없다.”

【서울고등법원 2012. 4. 20. 선고 2011누32708 판결<sup>79)</sup>】

“이 사건에 관해 살피건대, 위 인정사실 및 앞서 든 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 원고에 대한 보직해임 및 대기발령은 원고에 대한 수습기간 중의 평가결과만을 기초로 이루어진 것이 아니라, 원고가 복직된 후의 근무태도와 플라즈마가공실장인 최00이 원고에게 업무를 지시한 결과 등을 종합적으로 반영하여 이루어진 것으로서 참가인이 인사권을 남용한 것으로 보이지 않는 점, …(중략)…④ 원고는 업무수행능력이 경력직 직원으로서 요구되는

77) 1심 판결(서울행정법원 2006. 2. 2. 선고 2005구합27871 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원2007. 3. 15. 자 2006두17413 판결)에서 심리불속행 기각되어 확정됨

78) 유사 판결로는 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006두5151 판결 등 참조

수준에 부족하다는 이유로 보직해임 및 대기발령처분을 받았으므로 부단한 노력으로 업무수행 능력을 갖추고 있음을 보여주었다면 참가인으로서 추가적인 평가를 통하여 원고에게 다시 보직을 부여할 수도 있었을 것인데, 원고는 앞서 본 바와 같이 업무지시를 거부하는 등으로 인하여 업무수행능력의 향상을 기대하기 어려운 것으로 판단되었던 점, ⑤ 나아가 원고는 위 업무지시와 관련하여 인사담당자와 직속상관을 업무방해 혐의로 고소까지 하는 등 개전의 정이 보이지 않는 점, ⑥ 위와 같은 사정에 비추어 원고의 보직해임 및 대기발령 사유가 소멸됨으로써 참가인이 원고에게 보직을 부여했어야 함에도 합리적인 이유 없이 보직을 부여하지 아니하였다고는 보기 어려운 점 등을 종합하면...(중략)...대기발령 기간 동안 직무수행능력이 향상되었음을 보여주지 못하고 개전의 정 또한 보이지 않는 원고에 대한 면직처분은 정당하다고 할 것이다.”

라. 법원은 단순히 인사고과에서 하위 일정 비율에 속한다는 이유로 한 직권면직은 그 정당성을 인정하기 어려우나, **현저하게 근무성적이 나쁜 것이 증명될 뿐만 아니라 재교육 등 충분한 기회를 주었음에도 그와 같은 사정이 개선되지 않을 경우에는 직권면직의 정당성이 인정된다고 봄**

【서울고등법원 2012. 8. 23. 선고 2011누25458 판결<sup>80)</sup>】

“인사규정에 의하여 행해진 보직대기발령과 이에 이은 직권면직은 이를 일체로서 관찰할 때 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약 관계를 종료시키는 것으로서 실질상 해고에 해당하므로, 그 처분에 있어 근로기준법에 의한 제한을 받는다 할 것이고, 이러한 직권면직은 그 바탕이 된 대기발령이 인사규정에 의하여 정당하게 이루어진 것이어야 할 뿐만 아니라 대기발령 후 일정기간(참가인의 경우에는 2개월) 동안 그 대기발령의 사유도 소멸되지 않아야 정당한 처분으로서 효력이 인정된다 할 것이다.

...(중략)...

단순히 인사고과에서 하위 일정 비율에 속한다는 이유로 한 직권면직은 그 정당성을 인정하기 어려우나, 현저하게 근무성적이 나쁜 것이 증명될 뿐만 아니라 재교육 등 충분한 기회를 주었음에도 그와 같은 사정이 개선되지 않을 경우에는 직권면직의 정당성이 인정된다 할 것이다. 그런데 원고는 2008 다면평가결과 및 2009년 다면평가결과 2년 연속 하위 5%에 해당되어 각 C-Player 대상으로 선정되었고, 참가인은 원고의 현업복귀를 돕고 업무능력을 향상시키기 위하여 2009년에 실시한 역량강화교육에서 원고가 총점 62.6점으로 평가부진 간부직원 6명 중 최하위의 평가를 받았음에도 업무에 복귀시켜 기회를 부여하였으나, 원고는 업무복귀 후 역량강화교육 등 근본 취지를 이해 못하고 근무향상이나 업무태도 개선을 위해 적극적인 노력을 하지 않았으며, 2010년에 실시한 역량강화교육에서 총점 54.87점을 받아 기준 점수 미달로 교육을 수료하지 못하였다. 위와 같이 참가인은 원고에게 재교육을 포함하여 충분한 기회를 주었음에도 원고의 업무능력이 개선되지 아니한 사정을 종합적으로 고려하여 이 사건 직권면직처분을 하였음에 비추어 참가인이

79) 1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 26. 선고 2011구합7120 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 9. 13.자 2012두11812 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

원고가 단순히 인사고과에서 하위 일정 비율에 속한다는 이유만으로 직권면직을 하였다고 볼 수 없다.”

### 3.2 정당성을 부정한 사안

가. 직위해제처분 후 대기발령기간 중 직위해제사유가 계속 존재한다는 것은 사용자가 입증하여야 하고, 이를 인정할 증거가 없는 경우에는 직권면직은 부당함

#### 【대법원 2004. 10. 28. 선고 2003두6665 판결<sup>81)</sup>】

“기록에 의하면, 원고는 이 사건 직위해제처분 이후 자신의 실수로 참가인 법인에게 손해를 입힌 사실을 시인하고 그 피해액을 환수하기 위하여 변호사의 자문을 거쳐 HP의 담당자들과 수차례 접촉을 하는 등의 노력을 기울였으나, 참가인법인이 공식적으로 HP에 대하여 피해액 회수를 위한 어떠한 노력을 기울이지 않은 채 원고에 대하여만 피해액의 변상을 요구하면서 원고를 업무상배임 등의 혐의로 고소하고, 원고를 상대로 피해배상을 청구하는 소송을 제기해 옴에 따라 원고가 참가인법인에 대하여 손해를 변상하거나 구체적인 변상계획을 밝힐 수도 없게 된 사정을 알 수 있고, 그 밖에 이 사건 직위해제처분 후 대기발령기간 중 원고의 직무수행능력이 부족하거나 근무 성적 불량하다는 직위해제 사유가 계속 존재한다고 볼만한 증거가 없음에도 불구하고 참가인법인이 합리적인 사유 없이 원고에게 직위를 부여하지 아니하다가 3개월의 기간이 만료하였다는 사유만으로 이 사건 당연면직처분을 한 것으로 보이므로, 이는 징계권의 남용에 해당한다.”

나. 법원은 ‘대기발령 당시에 이미 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 사유(퇴직사유)가 존재하였거나 대기발령기간 중 그와 같은 해고사유가 확정되어야 한다’고 봄

#### 【대법원 2007. 5. 31. 선고 2007두1460 판결<sup>82)</sup>】

“1. 대기발령의 정당성에 관하여  
...(중략)...

원고의 이사회 결의에 따라 설치된 비상대책위원회의 위원장으로 발령받아 근무하던 참가인이 위 위원회 해체 후에도 원직 복귀명령 및 업무인계 지시에 응하지 않으면서 노동조합의 집회에

80) 1심 판결(서울행정법원 2011. 6. 24. 선고 2010구합47404 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 1. 15. 자 2012두21369 판결)에서 심리불속행 기각되어 확정됨

81) 원심(서울고등법원)은 대기발령과 당연퇴직을 하나의 처분으로 보아 직위해제 사유의 경중, 직위해제 기간 중의 근로자의 태도, 직위부여를 하지 아니하는 사유의 타당성 등을 고려하여 면직처리의 정당성 여부를 판단한 결과 사용자가 근로자의 근로복귀를 위한 교육훈련이나 특별연구과제의 부여 등의 조치를 취한 사실이 없다는 이유로 면직처분이 부당하다고 하였으나, 대법원은 원심판결을 취소하였음



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 부여 받지 못하는 경우에는 당연퇴직된다는 규정을 두는 경우, 대기발령에 이은 당연퇴직 처리를 일체로서 관찰하면 이는 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약 관계를 종료시키는 것으로서 실질상 해고에 해당하므로, 사용자가 그 처분을 함에 있어서는 구 근로기준법(2007. 1. 26. 법률 제8293호로 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 필요하다고 할 것이다. 따라서 일단 대기발령이 인사규정 등에 의하여 정당하게 내려진 경우라도 일정한 기간이 경과한 후의 당연퇴직 처리 그 자체가 인사권 내지 징계권의 남용에 해당하지 아니하는 정당한 처분이 되기 위해서는 대기발령 당시에 이미 사회통념상 당해 근로자와의 고용 관계를 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 2003두6665 판결 등 참조), 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 2003. 7. 8. 선고 2001두8018 판결, 2006. 11. 23. 선고 2006다48069 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 참가인에 대한 이 사건 당연퇴직 처분은 ‘대기발령 후 3개월 이내에 재발령을 받지 못하였을 때에는 그 사유 발생일에 당연퇴직된 것으로 간주한다.’는 원고의 취업규칙 제29조 제1항 제9호에 근거하여 이루어진 것으로서 실질상 해고에 해당하므로, 이러한 경우 원심으로서도 원칙적으로 사용자의 고유권한에 속하는 인사명령인 대기발령 자체의 정당성 뿐만 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 당연퇴직 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 당연퇴직 처분을 한 것이 형평에 반한다고 할 수 없으며, 그 처분은 원고의 취업규칙에 근거한 것이어서 유효하다.’라고만 판단하고 말았으니, 이 부분 원심판결에는 대기발령에 이은 당연퇴직 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 장성공장 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 대기발령시까지 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 정도였거나 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.”

다. 법원은 ‘징계 전 조사를 위해 대기발령이 이루어진 경우’에는 일정기간 직위를 부여받지 못하면 자동면직되도록 한 규정이 적용될 수 없다고 봄

【서울행정법원 2013. 3. 28. 선고 2012구합25286 판결】

“나) 이 사건 면직처분의 적법여부에 관한 판단

(1) 이 사건 대기 발령은 참가인에 대한 징계 전 조사완료시까지 임시적으로 행해지는 자정적인 처분이라고 할 것인데, 조사 완료 시까지의 임시적인 대기발령처분을 한 경우 조사기간이 3개월이 경과하면 당연히 면직처분 되는 것은 부당한 점 등에 비추어보면, 징계 전 조사를 위한 대기발령의 경우에는 3개월 동안 직위 또는 직무를 부여받지 못하는 경우에 적용되는 면직사유(인사규정 제28조 제1항 제5호)가 적용될 수 없다고 봄이 상당하므로, 위 면직사유를 적용하여 처분한 이 사건 면직처분은 위법하다.”

82) 동 판결로 원심 파기된 후 서울고등법원(서울고등법원 2007. 9. 21. 선고 2007누14284 판결)으로 환송되고, 다시 상고되어 대법원(대법원 2008. 1. 24. 자 2007두21198 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

# 제 10 장

## 정리해고

제1절 정리해고 개관 및 주요쟁점	471
1. 정리해고의 의의	471
2. 정리해고의 정당성 요건	471
3. 기타 정리해고 관련 논점	494
제2절 정리해고 관련 판례	498
1. 긴박한 경영상 필요성 인정 여부	498
2. 해고회피노력 충족 여부	523
3. 해고대상자 선정의 합리성·공정성 인정 여부	546
4. 근로자대표에 대한 사전통보 및 성실한 협의 인정 여부	566
5. 기타 정리해고 관련 논점	580



# 목 차

<b>제1절 정리해고 개관 및 주요쟁점</b> .....	471	2) 근로자대표성을 인정하는 판례의 태도 .....	489
1. 정리해고의 의의 .....	471	3) 근로자대표성을 부정하는 판례의 태도 .....	492
2. 정리해고의 정당성 요건 .....	471	라. 사전협의의 정도 및 방법 .....	492
2.1 개설 .....	471	1) 사전협의의 정도와 방법에 있어 정당성을 인정한 사례 .....	492
2.2 긴박한 경영상의 필요성 (제24조 제1항) .....	472	2) 사전협의의 정도와 방법에 있어 정당성을 부정한 사례 .....	493
가. 긴박한 경영상의 필요성의 의미 ...	472	마. 사전통보기간 .....	494
나. 긴박한 경영상의 필요성 판단범위 ..	473	3. 기타 정리해고 관련 논점 .....	494
다. 긴박한 경영상의 필요성 판단기준 ..	474	3.1 고용안정협약 .....	494
라. 긴박한 경영상 필요성 인정 여부 관련 사례 .....	476	가. 고용안정협약의 구분 .....	494
2.3 해고회피노력(제24조제2항) .....	479	나. 고용안정협약의 '합의'의 의미 .....	495
가. 해고회피노력의 의의 .....	479	다. 단체협약의 고용보장조항과 사정 변경 .....	496
나. 해고회피노력의 판단기준 .....	479	3.2 우선재고용 의무 .....	496
다. 해고회피노력 인정 여부 관련 사례 .....	480	<b>제2절 정리해고 관련 판례</b> .....	498
1) 인정한 예 .....	480	1. 긴박한 경영상 필요성 인정 여부 .....	498
2) 부정한 예 .....	482	1.1 긴박한 경영상 필요성 판단의 범위 ...	498
2.4 해고대상자 선정의 합리성·공정성 (제24조제2항) .....	484	1.2 긴박한 경영상 필요성 판단의 기준시점 ..	505
가. 해고대상자 선정의 합리성·공정성의 의의 .....	484	1.3 긴박한 경영상의 필요성을 인정한 사례 .....	506
나. 해고대상자 선정의 합리성·공정성 판단기준 .....	484	1.4 긴박한 경영상의 필요성을 부정한 사례 .....	518
다. 해고대상자 선정의 합리성·공정성 인정 여부 관련 사례 .....	485	가. 사용자가 경영상 필요의 근거로 삼는 지표 이외의 다른 지표들은 안정적인 경우 .....	518
1) 인정한 예 .....	485	나. 회계지표 악화의 원인이 과다인원과 관계가 없는 경우 .....	521
2) 부정한 예 .....	486	다. 경영상 위기의 일반적인 상황에 반하는 간접사실들이 다수 있는 경우 .....	522
2.5 근로자대표에 대한 사전통보 및 성실한 협의(제24조제3항) .....	488	2. 해고회피노력 충족 여부 .....	523
가. 사전협의 절차의 취지 .....	488	2.1 사용자의 해고회피노력을 인정한 사례 ..	523
나. 사전협의 절차의 체계적 지위 .....	489		
다. 사전협의의 상대방 .....	489		
1) 사전협의의 상대방은 '근로자 대표'임 .....	489		

## 목 차

2.2 사용자의 해고회피노력을 부정한 사례 ..	533
3. 해고대상자 선정의 합리성·공정성 인정 여부 ..	546
3.1 해고대상자 선정의 합리성·공정성을 인정한 사례 .....	546
3.2 해고대상자 선정의 합리성·공정성을 부정한 사례 .....	554
4. 근로자대표에 대한 사전통보 및 성실한 협의 인정 여부 .....	566
4.1 사전협의의 상대방 .....	566
가. 근로자 대표성을 인정한 사례 .....	566
나. 근로자대표성을 부정한 사례 .....	572
4.2 사전협의의 정도 및 방법 .....	574
가. 사전협의 정도 및 방법에 있어 정당성을 인정한 사례 .....	574
나. 사전협의 정도 및 방법에 있어 정당성을 부정한 사례 .....	576
4.3 사전통보기간 위반의 효과 .....	580
5. 기타 정리해고 관련 논점 .....	580
5.1 단체협약의 정리해고동의조항 관련 ...	580
가. 단체협약의 '합의'의 의미를 '협의'로 본 사례 .....	580
나. 단체협약의 '합의'의 의미를 '합의'로 본 사례 .....	584
5.2 단체협약의 고용보장조항 관련 .....	585
5.3 우선재고용의무의 법적 성질 .....	588

## 제1절 정리해고 개관 및 주요쟁점

### 1. 정리해고의 의의

해고사유를 기준으로 할 때 해고의 유형은 크게 ‘근로자 측 사유에 의한 해고’와 ‘기업경영상의 필요에 의한 해고’로 나누어 볼 수 있는데, 후자를 경영상 해고 또는 정리해고라고 함

정리해고<sup>1)</sup>란 사용자의 긴박한 경영상 필요에 따라 기업의 유지·존속을 위해 일정한 요건 하에 근로자를 해고하는 것을 말함<sup>2)</sup>

### 2. 정리해고의 정당성 요건

#### 2.1 개설

정리해고는 오로지 사용자 측의 사정으로 인해 근로관계가 종료된다는 점과 일반적으로 다수의 근로자가 해고되는 경우가 많아 사회적 영향이 크다는 점 등을 고려하여 별도로 근로기준법 제24조에 엄격한 요건이 규정되어 있음<sup>3)</sup>

사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하려면,

- ① 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고(필요성),
- ② 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며(보충성),
- ③ 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고(공정성),
- ④ 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자대표에게 해고실시일 50일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 함(쌍무성)

제10장  
정리해고

1) 정리해고란 용어보다는 법규정에 따라 ‘경영상 이유에 의한 해고’란 용어를 사용하는 것이 타당하지만, ‘정리해고’란 용어가 판례를 중심으로 일반화되어 있으므로 편의상 이를 사용함

2) 판례는 사업의 폐지를 위하여 해산한 기업이 그 청산과정에서 근로자를 해고하는 경우 또는 기업이 파산선고를 받아 사업의 폐지를 위하여 그 청산과정에서 근로자를 해고하는 경우는 정리해고가 아니고 통상해고라고 보고 있음(대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다27975 판결, 대법원 2003. 4. 25. 선고 2003다7005 판결 등)

3) 1997년 근로기준법 개정 전의 대법원 판례는 이러한 4가지 요건들을 정당한 정리해고를 위한 엄격한 요건으로 보기 보다는 일종의 고려요소들로 보아 하나의 요소가 결여된 경우(예를 들어 사전협의가 전혀 없는 경우)에도 정리해고를 무효라고 볼 수는 없다고 하였음(예를 들어 대법원 1992. 11. 10. 선고 91다19463 판결 등). 그러나 근로기준법이 위와 같은 4가지 요건을 명문화함으로써 위 요건 중 하나라도 결한 정리해고는 그 정당성을 인정받기 어렵게 되었다고 할 것임[이흥재, ‘경영해고의 판례경향’, 노동법연구, 제10호, 2001. 5. ; 하경효, 노동법사례연습(제2판), 박영사, 175쪽 ; 한주한, ‘근로기준법 제31조 제3항이 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준을 해고실시 60일 이전까지 근로자대표에게 통보하게 한 취지’, 대법원 판례해설, 제47호 등 참조]

판례는 위 각 요건의 구체적 내용은 **확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족정도와 관련하여 유동적으로 정해지는 것이므로** 구체적 사건에서 정리해고가 위 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별 사정들을 **종합적으로 고려하여 판단하여야** 한다고 봄<sup>4)</sup>

최근의 판례에서는 위와 같은 정리해고의 정당성에 대한 종합적 판단에서 더 나아가 ‘긴박한 경영상 필요성’ 심사에서 종합적 검토를, ‘공정한 해고 대상자 선정’ 심사에서 종합적 검토를 하는 등 **정리해고 각 요건을 판단함에 있어서도 종합적 검토를 요구함으로써 요건 충족 여부를 심사하는 편임**<sup>5)</sup>

## 2.2 긴박한 경영상의 필요성(제24조 제1항)

### 가. 긴박한 경영상의 필요성의 의미<sup>6)</sup>

과거의 판례는 긴박한 경영상의 필요에 대하여 해고를 하지 않으면 기업이 도산되거나 존속유지가 위태롭게 되는 것이 객관적으로 인정되는 경우에 한한다고 하는 태도를 취하다가(도산회피설)<sup>7)</sup>

현재는 반드시 기업의 도산이 초래될 수밖에 없는 고도의 경영상 위기상태에 있어야 하는 것은 아니고, **장래에 올 수도 있는 위기에 대처하기 위하여 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우**<sup>8)</sup>도 포함되는 것으로 보고 있음(합리성 필요설)<sup>9)10)</sup>

따라서 판례는 긴박한 경영상 필요성을 매우 넓게 보고 있다고 평가할 수 있음

4) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2000두9373 판결, 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결, 대법원 2002. 11. 13. 선고 2003두4119 판결, 대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69393 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13972 판결 등 참조

5) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3629 판결, 2010다3735 판결, 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다14517 판결 참조

6) 긴박한 필요성의 정도에 대한 견해는 세 가지 정도로 분류할 수 있다. 첫째는 해고를 하지 않으면 기업이 도산에 이르는 상황에 있을 것이 요구된다는 견해이고, 둘째는 도산에 이를 정도로 급박한 상황은 아니나 기업에 경제적인 적자요인이 있어 정리해고 이외의 방법으로는 그것을 제거하기 현저히 어려운 상황일 것이 요구된다는 견해이고, 셋째는 인원삭감에 대한 기업경제상의 합리성이 인정되는 경우에는 정리해고의 필요성이 인정된다는 견해임

7) 대법원 1989. 5. 23. 선고 87다카2132 판결 등(이 판결은 정리해고의 요건을 모두 거시하고 있는 최초의 판결임)

8) 기구개편이 경영상 부득이한 필요에 의해 단행된 경우, 경영악화로 사업을 계속할 수 없거나 적어도 기업재정상 심히 곤란한 처지에 놓일 개연성이 있는 경우, 경영합리화를 위해 직제개편을 한 경우 등을 예로 들 수 있을 것임

9) 경영상의 필요성을 판례와 같이 넓게 볼 때는 근로자의 생존권 보호가 도산회피설을 취할 때보다 경시될 염려가 있는데 이는 정리해고의 다른 요건을 보다 엄격하게 적용하여 막으면 된다는 견해(곽현수, ‘정리해고의 요건 중 급박한 경영상의 필요성의 의미’, 대법원 판례해설 16호, 법원행정처, 1992, 650쪽)가 있음

10) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2000두9373 판결, 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결, 대법원 2004. 10. 15. 선고 2001두1154, 1161, 1178 판결, 대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11339 판결 등



## 나. 긴박한 경영상의 필요성 판단범위

### 1) 원칙

긴박한 경영상의 필요성을 판단함에 있어서는 원칙적으로 **회사 전체 또는 하나의 법인**별로 경영상 필요성을 판단함<sup>11)</sup>

### 2) 예외

**한 법인의 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어 있고 재무 및 회계도 분리되어 있는 등 경영여건을 달리하고 있다면 그 사업부문만을 따로 떼어 긴박한 경영상의 필요성 여부를 판단할 수 있음**<sup>12)</sup>

다만 각 사업부를 **별개의 독립된 사업체로 볼 수 없다고 하여도 특정 사업부문의 경영악화가 기업 전체의 경영악화를 초래할 우려가 있는 등 장래 위기에 대처할 필요가 있다고 인정되는 경우에는** 해당 사업부문을 축소 또는 폐지하고 이로 인하여 발생하는 잉여인력을 감축하는 것이 객관적으로 불합리하다고 볼 수 없음<sup>13)</sup>

또한 **두 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문이 동종의 사업을 경영하여 그 업종이 처한 경기상황에 동시에 반응하며, 상호 인적·물적 설비가 엄격하게 분리되어 있지 않고, 노동조합도 각각이 아닌 단일노조로 구성되어 두 법인과 통일적으로 교섭하고 있는 등 사실상 하나의 법인으로 운영되어 그 경영상황이 하나의 기업으로 볼 수 있을 정도로 상호 밀접한 관련이 있는 경우에는** 두 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문의 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단할 수 있음<sup>14)</sup>

### 3) 사례

가) 긴박한 경영상의 필요성 판단은 기업 전체의 경영사정을 종합적으로 검토해서 판단하여야 하므로, 사용자가 위탁관리하고 있는 **여러 개의 아파트 단지 중 일부 영업소의 영업이익이 감소하였다는 사정만으로는 긴박한 경영상의 필요를 인정할 수 없음**<sup>15)</sup>

11) 대법원 1999. 4. 27. 선고 99두202 판결 등

12) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다14779 판결, 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다4892 판결

13) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004두9616, 2004두9623(병합) 판결, 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두14682 판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3735 판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3629 판결 등

14) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30580 판결 등

15) 대법원 1999. 4. 27. 선고 99두202 판결

나) **자치단체와 별개의 용역계약**을 체결하여 운영하고 있는 여러 개의 사업 부문이 있으나, 각 사업장의 회계처리·사업장 사이의 인사이동 등의 사정을 감안할 때 각각 독립된 사업장(또는 사업부문)이라고 볼 수 없다면, 긴박한 경영상의 필요성 판단은 법인 전체를 기준으로 판단하여야 함<sup>16)</sup>

다) **학교 내의 식당 운영을 담당하던 복지위원회의 사업부문**이 다른 사업 부문과 인적·물적으로 분리·독립되어 있거나 경영여건을 달리하고 있다고 보기 어려운 경우, 복지위원회의 사업부문은 사용자 법인의 다른 사업부문들로부터 독립되었다고 볼 수 없음<sup>17)</sup>

라) **두 사업부문이 별개의 법인으로** 설립되어 있기는 하나, 인사교류, 자재 공동구입, 단일노조, 대표이사 겸직, 자금지원 등의 면에서 **사실상 1개 단위로** 운영 되어 온 경우, 두 법인의 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단할 수 있음<sup>18)</sup>

마) **복수의 사업부문에서 특히 재무와 회계가 분리되어 있다고** 보기 어려운 경우, 인적·물적·장소적으로 분리되어 있고 노동조합이 별도로 조직되어 있더라도, 하나의 사업부만을 분리하여 ‘긴박한 경영상의 필요’ 여부를 판단하기 어려움<sup>19)</sup>

바) 각 사업부에서 생산하는 제품은 모두 관련 제품으로 제조공정 등 그 생산 업무 사이에 **업무종사의 호환성이** 높은 경우, 각 사업부를 별개의 독립된 사업체로 보기 어려움<sup>20)</sup>

## 다. 긴박한 경영상의 필요성 판단기준

### 1) 판단의 기준시점

긴박한 경영상의 필요가 있었는지 여부는 **정리해고 당시의 사정**을 기준으로 판단해야 함<sup>21)</sup>. 다만 일정한 특정시점에서 판단할 것이 아니고 사용자가 **해고회피조치를 취할 무렵부터 근로자들에 대한 해고조치를 취할 때까지** 사이에 걸쳐서 여러 상황을 **종합적으로 고려하여** 판단함<sup>22)</sup>

16) 서울고등법원 2009. 5. 19. 선고 2008누30917 판결[동 사건은 1심 판결(서울행정법원 2008. 10. 10. 선고 2008구합7045 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 8. 20. 자 2009두9314 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

17) 서울고등법원 2009. 12. 2. 선고 2009누 7839 판결[동 사건은 대법원(대법원 2010. 3. 11.자 2010두207 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

18) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30580 판결

19) 대법원 2015. 5. 28 선고 2012두25873 판결

20) 서울행정법원 2016. 6. 2 선고, 2015구합70874 판결[동 사건은 현재 고등법원(서울고등법원 2016누50367 사건)에서 소송 계속중임]

21) 대법원 2013. 6. 13 선고 2011다60193 판결

22) 서울고등법원 2008. 8. 22. 선고 2008누8088 판결[1심 판결(서울행정법원 2008. 2. 14. 선고 2007구합16974

## 【대법원 2013. 6. 13 선고 2011다60193 판결】

“근로기준법 제24조 제1항에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 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.”

따라서 근로자에 대한 정리해고를 한 이후 경영 상태가 호전되었다고 하더라도 원칙적으로 정리해고 당시의 정리해고의 필요성이 인정된다면 **정리해고 이후의 사정은 정리해고의 정당성을 판단하는 간접적 요소에 불과하다고 할 것임**

다만 정리해고에 의하여 인원 삭감 조치를 한 후 남은 근로자의 임금을 대폭 인상하였다거나<sup>23)</sup>, 해고된 근로자수와 비슷하거나 그 이상의 근로자를 신규로 채용하였다거나<sup>24)</sup>, 순이익 증가에 따라 주주에게 고율의 주식 배당을 하는 등 명백히 모순되는 경영상의 행동이 뒤따른 경우 등에는 긴박한 경영상의 필요성이 부정됨<sup>25)</sup>

## 2) 판단 방법

판례는 인원삭감의 합리적 필요성이 있으면 정리해고의 긴박한 경영상의 필요성이 있다고 넓게 인정하면서도, 그 판단에 있어서는 현재 영업성적의 악화에 따른 경영 위기상태에 있는지 여부(경영상태)를 기준으로 하는 경우가 많음<sup>26)</sup>

따라서 당사자들은 긴박한 경영상 필요의 입증을 위해 **재무제표상의 회계지표**를 우선적으로 증거로 제시하는 경우가 일반적임<sup>27)</sup>

제10장  
정리해고

판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 11. 27. 자 2008두16711 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

23) 대법원 1987. 4. 28. 선고 86다카1873 판결, 대법원 1989. 5. 23. 선고 87다카2132 판결, 대법원 1993. 12. 25. 선고 92다34858 판결, 대법원 1995. 11. 24. 선고 94누10931 판결 등, 다만 해고회피노력 판단에 있어서는 이러한 사정들 부정적 판단요소로 작용하지 않은 판결이 있음[아래, ‘2.3. 다. 1) 라)’참조]

24) 해고회피노력 판단에 있어서는 부정적 판단요소로 작용한 판결이 있음[아래, ‘2.3. 다. 2) 라)’참조]

25) 「근로기준법주해 II」, 노동법실무연구회, 박영사, 2010, 246쪽

26) 이에 대해 위와 같은 판례의 태도는 장차 발생할 수 있는 경영여건의 변화를 충분히 대비할 수 없는 단점이 있으므로, 긴박한 경영상의 필요를 경영상태를 기초로 판단하는 것이 아니라 객관적으로 일어 노동력의 발생 자체에 판단의 기초를 두는 것이 바람직하다는 견해가 있음(박종희, ‘경영상 해고제도의 법리와 법정책적 운용방안’, 한국노동연구원, 1998)

27) 긴박한 경영상의 필요성을 판단하기 위하여 사용자들이 통상적으로 제시하는 방법은 재무회계지표의 분석임. 따라서 정리해고의 정당성을 판단하는 과정에서도 재무제표에 대한 분석이 판단의 일차적인 단계가 됨. 재무제표 중에서는 손익계산서, 현금흐름표 등이 중요함. 한편, 직접적인 재무제표 분석에는 한계가 있으므로 정리해고 전후의 임금 등 인건비 상태, 해고 후의 신규채용, 시간외 근무의 추이, 적자 부문의 계속 영업의 유무, 배당의 유무, 회담

그러나, 판례는 재무제표상 지표들이 악화되어 있지 않은 경우에도, 폭넓게 긴박한 경영상의 필요성을 인정하는 경우도 다수 있음

특히 국가·지방자치단체 및 그들이 출연한 기관의 정리해고에 있어서는 긴박한 경영상의 필요성을 더욱 넓게 인정함

한편 긴박한 경영상의 필요를 부정하는 판례도 있으며, 그러한 경우에는 주로 다음과 같은 유형으로 분류됨

① 사용자가 경영상 필요의 근거로 삼는 지표(주로 당기순손실, 부채비율<sup>28)</sup> 등) 이외의 다른 지표\*들은 안정적인 경우(제1유형)

\* 유동비율<sup>29)</sup>, 이익잉여금<sup>30)</sup>, 시장점유율, 이자보상배율<sup>31)</sup> 등

② 회계지표 악화의 원인이 과다인원과 관계가 없는 경우(제2유형): 관리비의 과다계상으로 관리비 비중이 높아 손실이 발생한 경우, 설비투자 등으로 인한 이자비용의 증가로 손실이 발생한 경우 등

③ 경영상 위기의 일반적인 상황에 반하는 간접사실들이 다수 있는 경우(제3유형): 사업확장, 자금대여, 신규채용, 시간외 근로 등이 이루어지고 있는 경우

## 라. 긴박한 경영상 필요성 인정 여부 관련 사례

### 1) 인정한 예<sup>32)</sup>

가) 정리해고 시점에서 부채비율 증가, 당기순손실 누적, 매출액 감소 등의 사정이 있는 경우에는 긴박한 경영상 필요성을 인정함<sup>33)</sup>

퇴직자의 수와 비해고자의 수의 비율 등의 간접사실을 통해 긴박한 경영상의 필요성을 판단하는 경우가 많음

28) 대차대조표상의 부채총액을 자본총액으로 나눈 비율

29) 대차대조표상의 유동자산을 유동부채로 나눈 비율로 회사의 지불능력을 판단하기 위해서 사용하는 분석지표임. 유동부채의 몇 배의 유동자산을 가지고 있는가를 나타내며 이 비율이 높을수록 지급능력이 커짐을 뜻함

30) 기업의 순자산액이 법정자본액을 초과하는 부분을 잉여금이라 하며, 그 중에서 이익을 원천으로 하는 잉여금을 이익잉여금이라 함. 이익잉여금은 기업의 영업활동에서 생긴 순이익으로, 배당이나 상여(賞與) 등의 형태로 사외로 유출시키지 않고 사내에 유보한 부분임

31) 기업이 부채에 대한 이자지급 의무를 이행할 수 있는 능력을 보기 위한 지표로서 영업이익을 지급이자 비용으로 나누어 산출함. 이자보상배율이 1 미만일 때는 갚아야 할 이자비용보다 기업이 벌어들인 영업이익이 더 적었다는 뜻으로 지급이자비용이 영업이익을 넘는 것을 뜻하므로 이자지급 능력에 문제가 있다고 판단할 수 있음

32) 근로기준법에 정리해고의 요건이 명시되기 전 판례가 긴급한 경영상 필요를 인정한 예를 보면, ① 생산의 중단·축소로 인하여 작업부서를 폐지한 경우(대법원 1990. 1. 12. 선고 88다카34094 판결), ② 계속적인 노사분규로 인한 적자경영으로 사업장 내 일부 단위부서를 폐지한 경우(대법원 1992. 5. 12. 선고 90누9421 판결), ③ 경영합리화를 위한 직제개편의 경우(대법원 1991. 1. 29. 선고 90누4433 판결; 대법원 1989. 2. 28. 선고 88다카11145 판결), ④ 정부투자기관의 민영화 과정에서 종래의 방만한 경영의 개선을 위하여 기구를 개편한 경우(대법원 1992. 8. 14. 선고 92다16973 판결), ⑤ 계속된 적자난으로 일부 사업을 하도급제로 전환하면서 인력을 감축한 경우(대법원 1995. 12. 22. 선고 94다52119 판결), ⑥ 외부의 자금지원에 의존하는 기업에게 자금지급이 중단된 경우(대법원 1995. 12. 5. 선고 94누15783 판결) 등이 있음

나) 당기순손실이 지속될 뿐만 아니라 비용 중 인건비의 비율이 높고 유휴 인력이 상당수 존재하는 사정 등이 있는 경우 긴박한 경영상의 필요성을 인정함<sup>34)</sup>

다) 비록 손익계산서상 결손이 발생한 경우가 아니라 하더라도, 전년도 대비 순이익의 대폭 감소, 비효율적 영업구조, 시장점유율의 하락 등의 사정을 종합적으로 고려하여 장래 도래할 수 있는 위기에 대처하기 위한 경우에도 긴박한 경영상의 필요성을 인정함<sup>35)</sup>

라) 사업체의 일부 영업부문 적자로 총 영업이익이 감소되어 향후 계속하여 경손손실이 가중될 것으로 보이는 경우 이러한 영업부문에 관하여 구조개선을 할 객관적 합리성이 인정됨<sup>36)</sup>

마) 리무진운영의 수급업체가 도급업체의 감차방침 및 수송인원 감소 등으로 적자발생이 예상되자 정리해고를 실시한 사안에서, 장래에 올 수 있는 위기에 대처하기 위하여 인원삭감이 객관적 합리성이 있다고 판단하여 긴박한 경영상 필요성을 인정함<sup>37)</sup>

바) 누적적자로 인해 경영이 악화된 상황에서 인력감축을 통한 생산성 향상이 필요한 경우 긴박한 경영상의 필요를 인정함<sup>38)</sup>

사) 지속적인 적자가 누적되어 구조조정을 실시한 결과 일시적인 흑자로 돌아서거나 기업 전체 경영실적이 흑자를 기록하고 있더라도 일부 사업부문이 경영악화를 겪고 있어 향후 계속적인 구조조정이 필요한 경우 긴박한 경영상의 필요성을 인정함<sup>39)</sup>

33) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13972 판결

34) 서울고등법원 2008. 4. 30. 선고 2007누26591 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 8. 30. 선고 2006구합35756 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 21. 자 2008두7663 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울고등법원 2008. 5. 23. 2007누29293 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 11. 선고 2006구합15561 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 11. 자 2008두9935 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울고등법원 2009. 7. 29. 선고 2008누36243 판결[대법원(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두14682 판결)에서 확정됨]

35) 서울고등법원 2008. 2. 19. 선고 2007누7781 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 2. 6. 선고 2006구합22880 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 7. 10. 자 2008두5056 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울고등법원 2010. 4. 30. 선고 2009누26809 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 8. 21. 선고 2008구합44303 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 9. 9. 자 2010두10273 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

36) 서울고등법원 2010. 7. 21. 선고 2010누4560 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 1. 14. 선고 2009구합29646 판결)을 인용함], 서울고등법원 2009. 1. 22. 선고 2008누24349 판결[대법원(대법원 2009. 5. 14. 자 2009두3897 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

37) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2001두10776 판결

38) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69393 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13972 판결

39) 서울고등법원 2009. 10. 8. 선고 2009누920 판결[대법원(대법원 2010. 2. 11. 자 2009두19595 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3735 판결, 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3629 판결, 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60193 판결 등

아) 공동주택 입주자들이 공동주택을 자치관리 방식으로 관리하다가 주택법에 정한 절차에 따라 주택관리업자에게 위탁관리하기로 하여 관리방식을 변경함으로써 관리직원을 해고한 경우 긴박한 경영상 필요성이 인정됨<sup>40)</sup>

자) 국가·지방자치단체 등의 경우 긴박한 경영상의 필요성을 완화된 기준으로 판단하고<sup>41)</sup>, 지방자치단체가 출연한 재단에 대한 예산지원의 중단이 있는 경우 긴박한 경영상의 필요성을 인정함<sup>42)</sup>

카) 경영합리화 조치의 일환으로 소유 건물과 그 건물의 관리업무를 수행하던 자회사를 매각하고 건물관리업무를 외주용역으로 전환하면서 인력조정을 실시한 것은 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위한 인원삭감으로서 객관적으로 보아 합리성이 있음<sup>43)</sup>

타. 기술집약적인 산업의 경우 상당기간 신규 설비 및 기술 개발에 투자하지 못하여 경영위기가 온 것은 계속적·구조적인 것으로서 긴박한 경영상의 필요성을 인정함<sup>44)</sup>

## 2) 부정한 예

가) 사용자가 경영상 필요의 근거로 삼는 지표(당기순손실, 부채비율 등) 이외의 다른 지표들은 안정적인 경우:

① 정리해고 실시 전년도에 당기순손실이 발생한 사실은 인정되나, 그 이전에는 지속적으로 당기순이익이 발생하였고, 유동비율·부채비율·시장점유율 등 다른 지표들이 안정적인 경우에는 긴박한 경영상의 필요성을 부정함<sup>45)</sup>

② 수년간 매출액 감소로 인한 누적적자가 발생하였던 점은 인정되나, 유동비율·부채비율·이익잉여금 등이 안정적인 상황이고 인원삭감에 앞서 임금 삭감 여지가 있는 점 등이 있는 경우에는 긴박한 경영상의 필요성을 부정함<sup>46)</sup>

③ 일부 사업부문은 영업손실을 기록하였으나 법인 전체로는 영업이익이

40) 서울고등법원 2009. 9. 8. 선고 2009누3189 판결

41) 서울고등법원 2006. 4. 27. 선고 2005누6753 판결[대법원(법원 2006. 8. 25. 자 2006두9269 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨]

42) 서울행정법원 2007. 2. 2. 선고 2006구합26547 판결

43) 대법원 2012. 6. 28 선고 2010다38007 판결

44) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다 20875, 20882 판결, 대법원 2014.11.13 선고 2012다14517 판결

45) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2009두15401 판결

46) 서울고등법원 2009. 8. 11. 선고 2009누29 판결[대법원(대법원 2009. 11. 4. 자 2009두15838 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨]

발생하였고, **성과급 지급 및 신규인력을 채용한 경우** 긴박한 경영상의 필요성을 부정함<sup>47)</sup>

나) 회계지표 악화의 원인이 과다인원과 관계가 없는 경우

① **적자 원인이 설비투자의 증가로 인한 감가상각비 및 이자비용의 증가 등에 기인한 경우**, 정리해고를 하여야 할 긴박한 경영상의 필요성이 부정됨

② 재무제표상 적자가 누적되는 상황이라 하더라도 **적자발생의 주된 원인이 인건비가 아닌 관리비 등 기타 비용이며**, 일부 업무의 외주용역 전환 후에도 특별한 개선이 없는 경우에는 긴박한 경영상의 필요성을 부정함<sup>48)</sup>

다) 경영상 위기의 일반적인 상황에 반하는 간접사실들이 다수 있는 경우

재무제표상 자본이 잠식된 상황이라 하더라도, **사업확장, 자금 대여, 계속된 신규 사원 채용** 등의 사정이 존재하는 경우 긴박한 경영상의 필요성이 부정됨<sup>49)</sup>

## 2.3 해고회피노력(제24조제2항)

### 가. 해고회피노력의 의의

해고회피를 위한 노력은 ‘사용자가 근로자의 **해고범위를 최소화하기 위하여** 경영 방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 중지, 일시 휴직 및 희망퇴직의 활용, 전근, 임금삭감·동결 등의 **가능한 조치**를 취하는 것’을 뜻함<sup>50)</sup>

해고회피노력으로 인하여 해고의 필요성이 없어졌음에도 정리해고를 실시하는 경우 부당해고에 해당함<sup>51)</sup>

### 나. 해고회피노력의 판단기준

위와 같은 해고회피노력에 대한 판례의 일반적 판단기준은 ‘해고범위를 최소화하기 위한 비용절감의 모든 조치를 다 하였는지 여부’라고 할 수 있음<sup>52)</sup>

47) 대법원 2015. 5. 28 선고 2012두25873 판결

48) 서울행정법원 2007. 2. 15. 선고 2006구합14179 판결

49) 대법원 1995. 11. 24. 선고 94누10931 판결, 서울행정법원 2006. 1. 10. 선고 2005구합16390 판결

50) ILO의 1982년 ‘사용자의 주도에 의한 고용종료에 관한 권고’ 제166호 제21조는 해고회피 또는 최소화를 위한 조치의 내용으로 채용제한, 배치전환, 일정한 기간에 걸친 인력의 자연감축, 훈련 및 재훈련, 적절한 소득보장이 수반되는 자발적인 조기퇴직, 시간외 근로의 제한 및 정규근로시간의 단축 등을 제시하고 있음

51) 서울고등법원 2010. 11. 24. 선고 2007누12738 판결

52) 이러한 판례의 입장은 정리해고의 의의를 경영개선을 위해 해고 이외의 다른 선택가능성이 없는 불가피한 최후의 선택으로 파악하는 것으로 볼 수 있음(이흥재, 경영해고의 판례 경향, 노동법연구(제10호), 2001).

그러나, 해고회피노력의 방법과 정도의 판단기준은 획일적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모 등에 따라 달라짐<sup>53)</sup>

#### 다. 해고회피노력 인정 여부 관련 사례

##### 1) 인정한 예

가) 원칙적으로 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 중지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등의 가능한 모든 조치를 취한 경우에 해고회피노력이 인정됨<sup>54)</sup>

나) 자회사를 매각하면서 자회사 소속 근로자들에게 특별퇴직 프로그램을 실시하고, 특별퇴직 위로금으로 최대 30개월분의 평균임금에 상당하는 금원을 지급하며 자회사를 인수한 매수회사에 최소 2년간 고용이 보장되도록 조치한 경우, 정리해고의 범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하였다고 봄이 상당함<sup>55)</sup>

다) 임원진 등의 임금 일부 반납, 비품 처분, 부동산매각추진 등 비용절감을 위한 조치를 취하고, 관계 계열사에 해고 대상 직원의 우선채용협조를 요청하는 한편 당초 해고 대상 예정인원을 감축하는 경우 해고회피노력을 인정하고, 정리해고대상자를 인사관리과 별도로 이루어지는 다른 사업부문에 배치전환하지 않았다고 하여 해고회피노력을 다하지 않은 것으로 볼 수 없음<sup>56)</sup>

라) 정리해고 이후 나머지 직원들에 대한 보상차원에서 이루어진 급여인상이나 사기 진작 차원에서 이루어진 승진인사를 이유로 해고회피노력을 부정할 수 없음<sup>57)</sup>

마) 근로자에 대한 무급휴직 실시로 인해 오히려 손실이 확대될 수 있는 사정이 존재하는 경우, 무급휴직을 실시하지 않았다고 하여 해고회피노력이 부정되는 것은 아님<sup>58)</sup>

53) 대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11339 판결 등 참조

54) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다14779 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13972 판결, 서울고등법원 2010. 3. 23. 선고 2009누5079 판결, 서울고등법원 2009. 10. 8. 선고 2009누920 판결[대법원(대법원 2010. 2. 11. 자 2009두19595 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨, 대법원 2012. 6. 28 선고 2010다38007 판결] 등

55) 대법원 2012. 6. 28 선고 2010다38007 판결

56) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13972 판결

57) 서울고등법원 2007.7.24. 2006누30371 판결[대법원(대법원 2007. 11. 15. 자 2007두17182 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울고등법원 2008. 5. 23. 2007누29293 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 11. 선고 2006구합15561 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 11. 자 2008두9935 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 다만 긴박한 경영상 필요성 판단에 있어서 이러한 사정들이 부정적 판단요소로 작용한 판결들이 있음[위, '2.2 다. 1)'참조]

58) 서울고등법원 2008. 7. 1. 선고 2007누34226 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 11. 23. 선고 2007구합19843



바) 정리해고에 앞서 부분 휴업, 임금 동결, 순환휴직, 사내협력업체 인원 축소, 임직원 복지 중단, 희망퇴직 등의 조치를 실시한 사정 등이 있는 경우, 정리해고 당시에는 고용보험법에 따른 지원을 받을 수 있는 무급휴직을 실시하지 않고 있다가 정리해고 이후 무급휴직을 실시한 것이 사용자의 해고회피노력을 부정하지 않음<sup>59)</sup>

사) 근로자가 담당하고 있던 업무의 대체가능성이 낮아 배치전환이 사실상 곤란한 사정이 있는 경우, 근로자에 대하여 배치전환을 실시하지 않았다고 하여 해고회피노력이 부정되는 것은 아님<sup>60)</sup>

아) 정리해고를 전·후하여 비록 연장근로를 실시한 사실이 있다고 하더라도 한시적인 특정 제품의 생산량 증대에 기인한 것이라면 해고회피노력이 부정되지 않음<sup>61)</sup>

자) 사용자가 근로자들에게 현재의 경영현황을 설명하고 연차휴가 사용과 연말 상여금 지급보류 등 근로자들의 협조를 구하면서 수차례 노사협의회와 노사실무회의를 거치는 등 노동조합과 성실한 협의를 한 경우<sup>62)</sup> 또는 해고를 회피하기 위한 방법에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 정리해고 실시에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고회피노력의 판단에 참작됨<sup>63)</sup>

차) 공동주택 관리방식을 기존 자치관리에서 위탁관리로 변경함에 따라 관리업체로 하여금 근로자들의 기존 임금수준 및 근속기간을 보장하면서 근로자들을 고용승계하도록 한 경우에는 해고회피노력이 인정됨<sup>64)</sup>

카) 정리해고에 앞서 부분휴업, 임금 동결, 순환휴직, 사내협력업체 인원 축소, 임직원 복지 중단, 희망퇴직 등의 조치를 실시하고, 정리해고된 근로자 중 기능직 근로자들에 한정하여 무급휴직, 희망퇴직, 영업직 전직 등으로 전환하기로 하는 ‘노사 합의서’를 작성한 경우 해고회피 노력이 인정됨<sup>65)</sup>

판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 25.자 2008두12887 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

59) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다20875,20882 판결

60) 서울고등법원 2006. 10. 20. 선고 2005누30060 판결[대법원(대법원 2007. 2. 9. 자 2006두18812 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13972 판결

61) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두14682 판결

62) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60193 판결, 서울고등법원 2007. 10. 23. 선고 2007누6764 판결

63) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2001두10776, 10783 판결, 서울고등법원 2008. 4. 30. 선고 2007누26591 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 8. 30. 선고 2006구합35756 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 21. 자 2008두7663 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

64) 서울고등법원 2009. 9. 8. 선고 2009누3189 판결, 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92148 판결, 서울고등법원 2014. 12. 17. 선고 2014누41956 판결[대법원(대법원2015. 4. 23. 선고 2015두35727 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

65) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다14517 판결

2) 부정한 예<sup>66)</sup>

가) 사용자가 제시하는 여러 **해고회피노력이 구체적이지 못하고** 정리해고를 하는 과정에서 그 노력을 성실하게 이행하지 아니한 사정이 인정될 경우에는 해고회피 노력이 부정됨<sup>67)</sup>

나) 사용자가 해고회피노력의 일환으로 실시한 명예퇴직으로 인해 이미 **구조조정 목표치를 달성하였고 수익성이 호전되었으며** 승진 및 신규채용을 실시하고 있는 상황에서 근로자를 추가로 정리해고 하는 경우에는 해고회피노력이 부정됨<sup>68)</sup>

다) 사용자가 경영방침이나 작업방식의 합리화를 통해 **적자를 개선할 여지**가 있음에도 그러한 노력을 하지 않은 경우 해고회피노력이 부정됨<sup>69)70)</sup>

라) 기존의 명예퇴직 희망자만으로 추가적인 인원감축이 필요 없고, 직원 급여 삭감을 일시적으로 실시하였으며, 자금사정이 악화된 상태에서 **정규직 전환을 조건으로 계약직을 채용한** 등의 사정이 있는 경우에는 사용자의 해고회피노력이 부정됨<sup>71)</sup>

마) 사용자가 실제 해고범위를 최소화하기 위한 조치를 취하지 아니하고 **전직 희망자 파악이나 다른 업체로의 취업소개 등에 그친** 경우에는 해고회피노력 부정됨<sup>72)</sup>

바) **희망퇴직의 실시 외에** 휴직제도의 시행, 조업기간의 단축, 전환배치, 임금 동결 등 **다른 해고회피노력을 다하지 아니한** 경우에는 해고회피노력이 부정됨<sup>73)</sup>

사) **정당의 일반 사무직 당직자를** 정리해고함에 있어서도 통상적인 근로자와 마찬가지로 해고회피노력을 해야 하고, 순환인사가 적용되는 조직에서 특정 근로자를

66) 사용자의 해고회피조치는 구체적이고 명확하게 이루어질 필요가 있음. 예컨대, 배치전환조치와 관련하여 근로자에게 제공될 수 있는 일자리의 수 및 그 내용, 근무장소, 요구되는 근로자의 기술기능 등이 분명하게 제시되어야 할 것이고, 그 실현을 가능케 하는 수단과 방법이 구체화되어야 함. 또한 해고회피조치는 현실적으로 실현가능한 것이어야 함. 해고회피조치의 시행을 위해 사용자가 동원할 수 있는 수단과 방법이 명시되어야 함. 고용보험법상의 고용안정사업에 의해 지원될 수 있는 조치들을 형식적으로 나열하는 것으로는 충분하다고 볼 수 없음(조용만, 경영해고회피법리의 현재와 미래, 노동법연구(제13호), 2002)

67) 서울행정법원 2009. 1. 16. 선고 2008구합12382 판결

68) 대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11339 판결

69) 사용자의 해고회피노력은 그가 보유하고 있거나 동원 가능한 수단과 능력에 비례하여 이루어져야 하고, 해고회피조치의 내용도 이러한 수단과 능력에 비례하여 설정되어야 함(조용만, 위 논문)

70) 서울행정법원 2007. 2. 15. 선고 2006구합14179 판결

71) 서울고등법원 2009. 10. 8. 선고 2009누9606 판결

72) 서울고등법원 2008. 6. 19. 2007누25437 판결[대법원(대법원 2008. 9. 11. 자 2008두11495 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

73) 서울고등법원 2010. 7. 21. 선고 2010누4560 판결, 1심 판결(서울행정법원 2008. 7. 8. 선고 2007구합29499 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 6. 25. 자 2009두6063 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

비어있는 보직으로 발령할 수 있음에도 **비어있는 보직의 상급자가 반대한다는 이유로 정리해고를 할 수는 없음**<sup>74)</sup>

아) 사용자의 주주 지위에 있는 재단법인에 지속적으로 **상당한 액수의 장학금을 지급한 사정**이 있는 경우에는 해고회피노력이 부정됨<sup>75)</sup>

자) **정리해고가 이루어진 이후에 취해진 조치**는 해고회피노력에 해당하지 않고, 정리해고 전 이미 10년 동안 신규채용을 중단해왔다면 신규채용 중단이 해고회피노력에 해당하지 않으며, **정리해고 실시일 이전으로부터 상당한 시간적 간격이 있는 조치** 역시 해고회피노력으로 볼 수 없음<sup>76)</sup>

차) 사용자가 사실상 기한이 없는 무급휴직을 권고한 것 외의 **별다른 해고회피 대안**을 제시하지 않고, **정리해고 방침을 공표한 후 1주일 만에 정리해고**를 한 경우 해고회피노력이 부정됨<sup>77)</sup>

카) 사용자가 **비정기 승진**을 단행하고, **대표이사 추가선임 후 보수지급**시 해고회피노력이 부정됨<sup>78)</sup>

타) 사용자가 경영난의 주된 원인을 해결하지 않고 **특정부서에 초점을 맞춰 정리해고**를 하고, 사용자의 자산매각 등의 자구노력이나 휴직조치에 대한 노력이 없을 경우 해고회피노력이 부정됨<sup>79)</sup>

파) 집합건물의 관리방법이 **자치관리에서 위탁관리로 변경되면서** 이루어진 정리해고 과정에서 사용자의 해고회피노력의 일환으로 다른 업체와 사이에 그 소속 근로자들의 **고용승계에 관한 합의**를 하였다고 하더라도, **고용승계과정에서 임금 등 근로조건이 해당 근로자로서 받아들이기 어려울 정도로 악화되는 경우에는** 고용승계에 관한 약정이 있었다는 점만으로 해고회피노력을 다하였다고 평가하기는 어려움<sup>80)</sup>

74) 서울고등법원 2010. 11. 30. 선고 2010누 5020 판결

75) 서울고등법원 2009. 8. 11. 선고 2009누29 판결[대법원(대법원 2009. 11. 4. 자 2009두15838 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨]

76) 서울고등법원 2014. 9. 24. 선고 17987 판결[대법원(대법원 2015. 2. 12. 선고 2014두13867 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨]

77) 서울고등법원 2012. 4. 20. 선고 2011누13868 판결[대법원(대법원 2012. 9. 27. 선고 2012두12808 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

78) 서울고등법원 2011. 5. 12. 선고 2010누32800 판결

79) 서울고등법원 2010. 7. 21. 선고 2009누33807 판결

80) 서울행정법원 2012. 4. 12. 선고 2011구합39776 판결

## 2.4 해고대상자 선정의 합리성·공정성(제24조제2항)

### 가. 해고대상자 선정의 합리성·공정성의 의의

일반적으로 해고대상자 선정기준이 근로자의 근무성적, 업무능력, 근무태도 및 입사시기 등을 종합적으로 고려한 것이라면 합리적이고 공정한 해고기준으로 인정하고 있음<sup>81)</sup>

### 나. 해고대상자 선정의 합리성·공정성 판단기준

해고대상자 선정의 공정성을 확보하기 위해서는 사용자 측의 입장과 근로자 측의 입장이 동시에 고려되어야 함

즉 정리해고 대상자 선정기준은 사용자 측 입장에서 평소의 근무성적·상벌 관계·경력·기능의 숙련도 등(회사에 대한 공헌도)이 고려되어야 하고, 근로자 측 입장에서 연령·근속기간·부양의무의 유무·재산·건강상태 등(해고로 인한 생활 불안의 정도)이 적절히 안배되어야 하며, 특히 사회적 보호와 배려의 필요성이 높은 근로자의 경우 그러한 주관적 사정을 반영 하는 요소들이 실질적인 선정 기준으로 기능할 수 있도록 하여야 함

따라서 이러한 여러 요소들을 항목별로 점수화하여 공정하게 순서를 정하고 그 점수화된 순서에 의하여 기업의 존립보호라는 취지에 부합하는 자로서 사회적 보호가 덜 필요한 근로자 순으로 해고대상자를 선별하는 것은 합리적이라고 판단됨

그러나 합리적이고 공정한 해고기준 역시 획일적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유 등에 따라 달라지며, 사용자가 해고기준에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의한 사정도 합리적이고 공정한 해고기준 판단에 참작하고 있음<sup>82)</sup>

한편 사용자는 정리해고대상자 선정을 위한 기준의 수립과 적용에 있어서 재량권을 갖고 있고, 그러한 재량권 행사는 법령에 위반되지 않는 한 원칙적으로 존중되어야 함. 판례도 사용자의 정리해고대상자 선정 기준이 법령에 위반된다면 중앙노동위원회로서는 이를 이유로 당해 정리해고를 부당해고로 보아 근로자의 복직 등을 명하여야 하는 것이고, 사용자의 재량권 행사 기회 자체를 박탈하여 사용자를 대신하여 새로운

81) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000두4910 판결 등

82) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다2010 판결 등

정리해고대상자 선정 기준을 정한 후 이에 따라 정리해고의 위법 여부를 판단하여서는 안 된다고 보고 있음<sup>83)</sup>

#### 다. 해고대상자 선정의 합리성·공정성 인정 여부 관련 사례

##### 1) 인정한 예<sup>84)</sup>

가) 원칙적으로 노동조합과 합의에 의해 정리해고 대상자 수와 선정기준을 결정하였고<sup>85)</sup> 그 기준이 **근무성적, 업무능력, 근무태도 및 입사시기** 등을 종합적으로 고려한 것이라면 합리적이고 공정한 해고기준으로 인정됨<sup>86)</sup>

나) 사용자의 선정기준이 지나치게 자의적이거나 불합리한 것이 아닌 한 그 선정기준 및 방법에 대해 **사용자에게 상당한 재량을 인정함**<sup>87)</sup>

다) 일부 사업 철수에 따른 **보직 미부여자**를 정리해고 대상자로 선정되는 것은 어느 정도 불가피할 수 있음<sup>88)</sup>

라) 정리해고 당시 **인사대기 및 무보직 상태**이었기 때문에 **근무평점 항목에서 '0'점**을 받을 수밖에 없었던 경우에도 근무평점 항목의 **배점이 크지 않고**, 결과적으로 근무평점에 의하여 정리해고의 대상자 선정 여부가 좌우된 것도 아닌 경우, 정리해고 대상 선정기준이 공정성을 상실한 것은 아니라고 봄<sup>89)</sup>

마) 합리적이고 공정한 해고대상자 선정기준에 관하여 **노동조합 스스로 의견을 제시하지 않았**다거나 근로자가 **해고기준과 관련한 충분한 자료를 제출하지 않은**

83) 서울고등법원 2014. 9. 24. 선고 2013누17987 판결[대법원(대법원 2015. 2. 12. 선고 2014두13867 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

84) 입법화 이전에 해고대상자 선정의 공정성을 인정한 사례로는 일용근로자를 우선 해고한 경우(대법원 1966. 4. 6. 선고 66도204 판결), 단기근속자를 우선 해고한 경우(서울고등법원 1996. 5. 9. 선고 95구10784 판결), 영어구사 능력이 없는 자를 우선 해고한 경우(대법원 1995. 12. 5. 선고 94누15783 판결) 등이 있음

85) 적법한 근로자대표와 합의하여 작성한 해고기준은 합리적이며 공정한 것으로 추정될 수 있을 것임. 왜냐하면, 노사의 합의로 해고기준이 작성되었다면 이는 자율적인 이해관계의 조정이므로 그 절차 면에서 공정성을 담보하는 것으로 볼 수 있기 때문임(하경호, '기업구조조정과 근로자해고의 문제', 비교사법(제11호), 1999).

86) 서울고등법원 2008. 5. 23. 2007누29293 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 11. 선고 2006구합15561 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 11. 자 2008두9935 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울고등법원 2008. 4. 30. 선고 2007누26591 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 8. 30. 선고 2006구합 35756 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 21. 자 2008두7663 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

87) 서울고등법원 2007. 7. 10. 선고 2006누27924[대법원(대법원 2007. 11. 15. 자 2007두16844 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨], 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13972 판결

88) 서울고등법원 2009. 10. 8. 선고 2009누920 판결[대법원(대법원 2010. 2. 11. 자 2009두19595 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨]

89) 서울고등법원 2013. 6. 28. 선고 2012누10675 판결[대법원(대법원 2013. 11. 28. 자 2013두17565 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨]

경우에는 이를 노동조합이나 근로자의 귀책사유로 보고 있음<sup>90)</sup>

바) 특정 부문(또는 부서) 소속 근로자들만 해고대상자로 선정하는 것이 불가피한 경우 해고대상자 선정이 불합리하거나 불공정하다고 보지 않음<sup>91)</sup>

사) 오피스텔 관리방식을 기존 자치관리에서 위탁관리로 변경함에 따라 소속 근로자들을 일괄 해고한 경우, 해고대상 인원을 선별할 수 없는 사정이 인정됨<sup>92)</sup>

아) 사용자가 정리해고 선정기준을 징계사실 유무, 부양가족 여부 등으로 정한 경우, 정당하지 않은 조합활동에 대하여 감점하고, 연말정산시 부양가족 신고를 하지 아니한 근로자에 대하여 부양가족이 없는 것으로 보아 점수를 산정한 것은 부당하지 않음<sup>93)</sup>

자) 정리해고 대상자가 모두 조합원이었으나, 노동조합이 해고자 선정 기준 등에 관한 사용자와의 협의를 거부하여 사용자가 정리해고 대상자를 임의인력이 발생한 생산직 근로자로 결정하였을 뿐이고, 단체협약의 유니온숍 조항이 있어 생산직 근로자들이 모두 조합원이기 때문에 결과적으로 해고대상자가 모두 조합원이 된 경우에는 해고대상자 선정 기준이 불합리하다거나 불공정하다고 보기는 어렵다고 판단함<sup>94)</sup>

차) 정리해고 대상자를 선정함에 있어 소규모 사업장에서 근로자 개인의 주관적 사정을 반영한 선정기준을 마련하는 것은 오히려 특정인을 대상으로 한 정리해고가 될 우려가 있으므로 인사평가를 토대로 직원대표와 경영진의 협의를 통해 해고대상자를 선정하는 것이 더 타당하다고 할 수 있음<sup>95)</sup>

## 2) 부정한 예<sup>96)</sup>

가) 해고대상자 선정기준이 객관적이지 못하고 사용자가 그 대상자를 임의로

90) 서울고등법원 2008. 9. 3. 선고 2008누1261 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 11. 22. 선고 2006구합27281 판결)을 일부 인용했으며, 대법원(대법원 2008. 12. 24.자 2008두16346 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

91) 서울고등법원 2010. 4. 30. 선고 2009누26809 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 8. 21. 선고 2008구합44303 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 9. 9.자 2010두10273 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울고등법원 2008. 9. 3. 선고 2008누1261 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 11. 22. 선고 2006구합27281 판결)을 일부 인용했으며, 대법원(대법원 2008. 12. 24.자 2008두16346 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

92) 서울고등법원 2009. 9. 8. 선고 2009누3189 판결

93) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두14682 판결

94) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60193 판결

95) 서울고등법원 2012. 10. 18. 선고 2012누623 판결

96) 입법화 이전에 해고대상자 선정의 공정성을 부정한 사례로는 하위직을 우선 해고대상자로 한 경우(대법원 1995. 11. 24. 선고 94누10931 판결), 장기근속자를 우선 해고대상자로 한 경우(대법원 1993. 12. 28. 선고 92다34858 판결) 등이 있음

정할 수 있도록 **추상적으로만 정하고 있는 경우에는 그 선정기준은 부당함**<sup>97)</sup>

나) 정리해고 대상자를 선별함에 있어 근로자의 연령, 근속기간, 부양의무의 유무, 재산, 건강상태 등 **근로자 각자의 주관적 사정은 전혀 고려하지 않거나**<sup>98)</sup>, 정리해고 대상자 선정기준에 있어 사용자적 요소(업무성과, 징계 여부)와 근로자적 요소(연령, 부양의무, 근속기간)를 적절하게 고려하지 않고 **근로자적 요소보다 사용자적 요소에 대한 배점비율을 현저하게 높게 정한 경우** 합리적이고 공정한 선별 기준이라고 보지 않음<sup>99)</sup>

다) 사용자가 제시하고 있는 **근무성적 배점기준표와 무관하게** 근로자를 해고 대상자로 선정한 정황이 있는 경우에는 그 선정기준은 부당함<sup>100)</sup>

라) 구체적이고 객관적인 해고대상자 선정기준 없이 **생산부문 폐지계획을 이유로 생산직 근로자 전원을** 정리해고 대상자로 하는 것은 부당함<sup>101)</sup>

마) 별도의 해고기준이나 심사과정 없이, **영업이익 창출이 없다는 이유만으로** 특정 직무담당자를 일률적으로 해고하는 것은 부당함<sup>102)</sup>

바) 사용자가 영위하는 **주된 사업과 관련이 없는 기준으로** 정리해고자를 선정하여 해고한 경우에는 ‘합리적이고 공정한 해고기준 및 해고자 선정’ 요건이 충족된 것으로 볼 수 없음<sup>103)</sup>

사) 특정 근로자의 해고 배제는 경영위기 상황에서 사용자가 선호하지 않는 근로자에게 불이익을 가하거나 사용자가 선호하는 근로자로 근로조직을 변경하는 기회로 사용될 수 있으므로 **정리해고 대상자 선정 당시에 특정 업무를 담당하고 있었다는 사정만으로 대체 불가자로 선정하여 정리해고대상에서 배제하는 것은 공정한 선정기준이라 할 수 없음**<sup>104)</sup>

아) **특정 근로자를 염두에 두어** 직무가 없는 직원, 인건비가 높은 직원 등을 정리해고 대상자로 삼은 것은 자의적인 선정기준으로 공정하지 않음<sup>105)</sup>

97) 서울고등법원 2010. 3. 23. 선고 2009누5079 판결, 서울고등법원 2010. 11. 30. 선고 2010누 5020 판결

98) 서울행정법원 2010. 4. 29. 선고 2009구합37395 판결

99) 서울고등법원 2010. 11. 24. 선고 2007누12738 판결

100) 서울행정법원 2009. 1. 16. 선고 2008구합12382 판결

101) 서울고등법원 2009. 3. 24. 선고 2008누24004 판결 [1심 판결(서울행정법원 2008. 7. 8. 선고 2007구합29499 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원2009. 6. 25.자 2009두6063 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

102) 서울고등법원 2007. 2. 14. 선고 2006누4648 판결

103) 서울행정법원 2004. 12. 23. 선고 2004구합26062 판결

104) 서울고등법원 2010. 7. 21. 선고 2009누33807 판결

자) 파업참여자를 해고 대상으로 먼저 선정한 다음 정리해고 대상 기준에 포함 되도록 근태 기준과 적용기간을 사용자가 일방적으로 정한 경우 합리성과 공정성을 결여하였다고 봄<sup>106)</sup>

차) 사용자가 정리해고 대상 선정 기준을 정함에 있어 개인별 평가에 징계사실 반영기간을 변경한 경우, 그 경위와 의도, 징계처분 경위와 정리해고 당시 근접성을 종합적으로 고려하여 선정 기준의 공정성을 판단함<sup>107)</sup>

또한 사용자가 ‘취업규칙 등 준수확약서’ 등과 같은 문서를 작성 조건으로 정리해고자를 복직시키고 확약서 작성을 거부한 근로자들만 정리해고를 유지하는 경우, 정리해고는 확약서 작성거부를 이유로 한 해고로 그 성격이 일부 변경되는 것으로 봄<sup>108)</sup>

카) 정리해고 대상자 선정기준이 근무태도라는 단일한 대상을 주관적 평가와 객관적 평가로 나누어 동일하게 배점하고 주관적 평가 항목에서 점수를 현격하게 차이가 나도록 부여하는 경우, 근무태도에 대한 주관적 평가에 의하여 해고 여부가 좌우된다는 점에서 합리적이고 공정하다고 할 수 없음<sup>109)</sup>

타) 정리해고 대상자 선정 기준을 위해 인사고과를 보완하는 업무역량 평가를 실시하면서 업무역량 평가의 구체적인 지침도 없고, 근로자들 사이에 인사고과와 업무역량 평가의 순위 및 점수 차이가 큼에도 업무역량 평가가 대상자 선정에 결정적인 역할을 한 경우, 객관성과 공정성을 인정하기 어려움<sup>110)</sup>

## 2.5 근로자대표에 대한 사전통보 및 성실한 협의(제24조제3항)

### 가. 사전협의 절차의 취지

정리해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 취지임<sup>111)</sup>

105) 서울고등법원 2011. 5. 12. 2010누32800 판결

106) 서울고등법원 2011. 4. 20. 선고 2010누31869 판결[동 사건은 대법원(대법원 2011.8.25.자 2011두11280판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

107) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2012두18530 판결

108) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2012두18530 판결

109) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2011두 11310 판결

110) 서울고등법원 2014. 9. 24. 선고 2013누17987 판결[대법원(대법원 2015. 2. 12. 선고 2014두13867 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

111) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결



### 나. 사전협의 절차의 체계적 지위

’97. 3월 근로기준법에 정리해고의 요건이 규정되기 전 대법원 판례는 사전협의를 전혀 없는 경우에도 정리해고를 무효라고 볼 수는 없다고 한 사례가 있음<sup>112)</sup>

근로기준법 개정 후에도 위와 같은 대법원의 해석론이 그대로 유지될 수 있는지가 문제됨

이에 대해 학설은 근로기준법에서 4가지 요건을 명문화함으로써 4가지 요건 중 하나라도 결한 정리해고는 그 정당성을 인정받기 어렵게 되었다고 보는 것이 지배적인 견해<sup>113)</sup>이고, 판례도 법 개정 후에는 사전협의를 없는 경우에 정리해고를 유효하다고 본 사례를 찾기 어려움

### 다. 사전협의를의 상대방

#### 1) 사전협의를의 상대방은 ‘근로자대표’임

형식적으로는 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 그 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자이고, 실질적으로는 정리해고 대상자의 의견을 민주적으로 대변할 수 있는 이익공동체적 대표를 말함<sup>114)</sup>

#### 2) 근로자대표성을 인정하는 판례의 태도

##### 가) 개요

판례는 사안에 따라 노동조합이 형식적으로 과반수 근로자로 조직되어 있다는 논거로 (형식적 대표성), 또는 형식적 요건을 갖추지 못한 경우에는 실질적으로 해고대상자를 대표한다는 논거로 근로자대표성을 폭넓게 인정함

##### 나) 노동조합이 과반수로 구성된 경우

판례는 과반수 노동조합이 있는 경우 그 노동조합과의 협의를 거친 경우에는 성실한 협의 요건을 충족하는 것으로 인정함

112) 정리해고의 실질적 요건이 충족되어 해고의 실행이 시급하게 요청되고 한편 근로자들을 대표할 만한 노동조합 기타 근로자집단도 없고 취업규칙에도 그러한 협의조항이 없으며 또 해고 대상 근로자에 대하여는 해고조치 외의 마땅한 대안이 없어서 그 근로자와의 협의절차를 거친다고 하여도 별다른 효과를 기대할 수 없는 등 특별한 사정이 있는 때에는 사용자가 근로자 측과 사전협의절차를 거치지 아니하였다 하여 그것만으로 정리해고를 무효라고 할 수는 없음(대법원 1992. 11. 10. 선고 91다19463 판결)

113) 하경효, 노동법사례연습(제2판), 박영사, 175쪽 ; 김성환, ‘경영상 이유에 의한 해고(정리해고)와 협의의무’, 노동법학 제8호, 1998. 12. ; 이홍재, ‘경영해고의 판례경향’, 노동법연구 제10호, 2001. 5. 등

114) 이승길, ‘경영 참여 및 해고의 동의·협의 조항에 대한 소고’, 노동법률, 2003.10.

노동조합 가입자격이 없는 일정 급수 이상 직원들을 대상으로 정리해고를 실시함에 있어서, 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있어 사용자가 그 노동조합과 협의를 거쳤다면, 해고대상자들에 의해 선출된 대표와 별도 협의를 하지 않았더라도 협의절차의 흠결이 아니라고 판단함<sup>115)</sup>

#### 다) 노동조합이 과반수로 조직되지 못한 경우

노동조합이 있으나 과반수가 되지 않거나 노동조합이 없는 경우에는 근로자대표를 선출하여야 하는 것이 원칙임

그러나 판례는 형식적으로 노동조합이 과반수로 조직되었는지 여부가 중요한 것이 아니라 과반수 미달의 노동조합이라도 실질적으로 근로자의 의사를 대표할 수 있다면 근로자대표로 인정하는 경향임<sup>116)</sup>

노동조합이 근로자들의 과반수로 조직되지는 않았지만, 근로자들이 사용자와 정리해고에 관한 협의를 함에 있어서 노동조합이 근로자들을 대표하는 것으로 근로자들이 묵시적으로 인정한 경우 그 노동조합은 실질적인 대표성이 있다고 봄<sup>117)</sup>

근로자들의 과반수로 조직된 노동조합이 아니더라도, 달리 위 노동조합 외에 그 당시 원고 회사 근로자의 과반수에 의하여 근로자를 대표하는 자가 선정되어 있다거나 위 노동조합이 근로자들의 의사를 충분히 반영하지 못할 특별한 사정이 있었다는 점에 대한 주장·입증이 없는 이상, 위 노동조합이 근로자들의 과반수로 조직되지 아니하였다는 이유만으로 사용자가 근로자 대표와의 협의를 하지 아니한 것으로 보지 않음<sup>118)</sup>

#### 라) 노사협의회 위원들의 근로자 대표성 여부

판례는 노사협의회위원들의 근로자대표성을 인정한 경우가 다수 있음<sup>119)</sup>

115) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결. 그러나 이 사건의 제1심(서울지방법원 2000. 2. 11. 선고 99가합 55101 판결)과 항소심(서울고등법원 2001. 4. 11. 선고 2000나15908 판결)은 대법원의 입장과는 달리 가입자격이 특정직종에 한정되어 있는 노동조합과의 협의는 성실한 사전협의 의무에 위반된다고 판시하였음. 위 대법원 판결은 근로기준법 법문의 형식에 충실한 해석이나, 이에 대해서는 1,2심 법원이 근로자의 이해관계에 보다 부합되는 실질적 판단을 하고자 노력하였음에도 불구하고 대법원은 단순히 비조합원이 아닌 조합원 자격조차 없는 자들에 대한 해고에 대해서도 근로자 과반수로 구성된 노동조합과의 협의만으로 충분하다는 기계적인 법적용을 통하여 근로자들의 이해관계에 대한 고려는 도외시하였다는 비판이 있음(예를 들어 박귀천, 'IMF 경제위기 이후 인원감축 관련 주요판례들에 대한 비판적 검토', 노동법연구 제13호, 2002년 하반기, 59쪽 등)

116) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69393 판결, 서울행정법원 1999. 10. 15. 선고 99구6230 판결 등

117) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69393 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15964 판결

118) 서울행정법원 1999. 10. 15. 선고 99구6230 판결

119) 노사협의회 운영규정 등에 근로자 과반수의 득표를 선출요건으로 하지 않은 이상, 노사협의회위원은 그 선출에 있어서 반드시 근로자 과반수의 득표를 요건으로 하지 않으므로(근로자참여 및 협력증진에 관한 법률 제6조) 정리해고 협의의 상대방이 될 수 없는 것이 원칙이고, 노사협의회는 취지상 기본적으로 근로조건에 관한 의사결정기관이 될 수 없다는 점을 고려하면, 위와 같은 판례의 태도는 문제가 있다고도 볼 수 있음

사용자가 관행적으로 사우회의 임원들을 근로자 대표위원으로 인정하여 노사협의회를 구성해 운영해 왔다면, 사우회의 임원들에게 근로자 대표로서의 자격을 인정해 노사협의회를 구성하여 정리해고에 대한 협의를 한 것은 정당하다고 봄<sup>120)</sup>

정리해고 기준안을 근로자들과 협의함에 있어서 노조위원장 외에 노조원들이 모두 탈퇴하여 노동조합이 근로자 대표성을 갖지 못하는 경우, 근로자들이 구성한 직장협의회에서 근로자 대표를 선출한 다음 근로자 대표들과 수차례에 걸쳐 정리해고의 기준 및 정리인원에 관하여 협의하여 그 기준안에 합의하였다면 성실한 협의를 거친 것으로 봄<sup>121)</sup>

#### 마) 노동조합·노사협의회가 아닌 제3의 기관의 근로자대표성 여부

판례는 회사 주도로 만들어진 다른 기구가 있던 경우에 그 기구의 평소활동 내용을 고려하여 이 기구의 대표자들을 협의의 상대방이 된다고 판단한 경우도 있음<sup>122)</sup>

또한 최근 판례는 사용자가 총 구조조정 인원 중 **관리직의 감원규모만을 증가시킨 경우**, 생산직이 대부분인 **노동조합과의 협의 없이 사무직대표자협의회(관리직으로 구성)와 협의하였다**고 하여 위법한 것은 아니라고 보았음<sup>123)</sup>

#### 바) 개별 근로자와의 협의의 정당성 여부

노동조합도 노사협의회도 없는 경우에는 별도의 근로자대표 선출절차를 거치는 것이 원칙이나, 사용자가 근로자대표를 선출하도록 유도하지 않고 개별 근로자들과의 협의를 한 경우 성실한 협의 요건 충족 여부가 문제가 됨

판례는 근로자들과의 개별 협의도 인정하는 경향인데, 사용자가 정리해고 이전에 노동조합이나 노사협의회가 구성되어 있지 않는 관계로 각 직원들의 동의를 구하는 절차를 거친 경우에는 직원들과 상당한 방법으로 성실한 사전협의 요건을 충족하였다고 봄<sup>124)</sup>

또한 사용자가 정리해고의 필요성과 계획을 통보하였고 그에 대해 일부 근로자들이 동의하고 퇴사한 경우에 성실한 협의요건을 충족하였다고 본 사례도 있음<sup>125)</sup>

120) 대법원 2004. 10. 15. 선고 2001두1154,1161,1178 판결

121) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003두4119 판결

122) 대법원 2002. 8. 27. 선고 2000두6756 판결. 그러나 이 사건의 1심과 2심은 그 기구의 성격과 도입배경을 볼 때 근로자대표기구로 보기 어렵다고 판단하였다.

123) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다14517 판결

124) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2002다21233 판결

125) 서울고등법원 2010. 4. 13. 선고 2009누25776 판결[대법원(대법원 2010. 7. 8.자 2010두7567 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨], 위 대법원 2002. 7. 12. 선고 2002다21233 판결의 사실관계와 다른 점은 근로자의 개별동의 절차도 제대로 밟지 않았다는 점인데 위와 같은 정도의 사실관계를 성실한 협의로 인정할 수 있는지에 대해서는 의문이 있음)

### 3) 근로자대표성을 부정하는 판례의 태도

판례 중에는 위와 같은 주류적 경향과는 달리 근로자대표가 정리해고대상근로자들의 실질적인 대표가 아니라는 이유로 성실한 협의 요건을 부정한 사례도 있음

회사가 비조합원인 1,2급 직원들을 대상으로 먼저 정리해고를 진행하면서 그들을 대표할 수 없는 노동조합을 협의의 상대방으로 삼은 경우에는 노동조합의 근로자대표성을 부정함<sup>126)</sup>

즉 근로자대표가 정리해고 대상 근로자들과 이해관계가 없는 근로자로 구성되어 있는 경우에는 사용자가 성실한 협의절차를 거쳤다고 보지 않음<sup>127)</sup>

#### 라. 사전협의의 정도 및 방법

##### 1) 사전협의의 정도와 방법에 있어 정당성을 인정한 사례

가) 사용자와 노동조합이 희망퇴직금 지급에 합의하고 인원감축 정원에 대한 합의서를 작성하였으며 정리해고 대상자 선정기준에 있어 노조의 다면평가 반영 요청에 대한 사용자의 승인이 있는 경우, 사용자의 성실한 협의를 인정함<sup>128)</sup>

나) ‘사전통보 및 성실한 협의’요건에 대한 충족 여부는 폭넓게 인정되는 편이고<sup>129)</sup>, 근로자대표가 있으나 사용자의 계속되는 협의요청에도 불구하고 협의를 기피하는 경우에는 근로자 스스로 권리를 포기한 것이므로 협의의무 불이행의 책임을 사용자에게 물을 수 없음

다) 사용자가 정리해고 계획 통보 전에 수차례 협의하였고, 통보 후에도 근로자

126) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2001두7602 판결

127) 대법원 2005. 9. 29. 선고 2005두4403 판결(노동조합 가입자격이 없는 일정 급수 이상 직원들을 대상으로 정리해고를 실시하면서 근로자의 과반수로 조직된 노동조합과의 협의를 거친 경우 협의절차의 흠결이 아니라고 판단한 대법원 2001다29452 판결과 달리, ‘성실한 협의’ 판단의 전제로서 근로자대표가 실질적으로 정리해고 대상 근로자들의 이해관계를 대변할 수 있는지 여부를 판단한 점에서 의미가 있는 판결로 평가됨), 서울행정법원 2010. 4. 29. 선고 2009구합37395 판결

128) 서울고등법원 2010. 12. 31. 선고 2010누16518 판결[대법원(대법원 2011. 3. 4. 28.자 2011두3937판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

129) 학설은 협의의 의미에 대하여 ‘자기 의견을 상대방에게 설명한 다음 상대방의 의견을 듣거나 질문에 답변하면서 수용할 것은 최대한 수용하고 그렇지 못한 것은 그 이유를 설명하는 일련의 의견교환 내지 논의과정’[임종률, 노동법(제12판), 2014, 530쪽], ‘정리해고의 다른 세 가지 요건에 대하여 노사 간에 의견을 성실하게 교환함으로써 근로자 측의 의견을 충분히 반영함과 동시에 회사 측이 이행하는 조치를 근로자 측이 납득 내지 이해하는 것’[이흥재, ‘정리해고의 절차적 제한’, 서울대학교법학, 제34권 3·4호, 1993, 199쪽], ‘사용자가 근로자 측의 납득과 동의를 얻기 위하여 객관적으로 보아 할 수 있는 모든 조치가 강구된 경우에 비로소 성실한 협의를 인정할 수 있다.’[하경효, 노동법사례연습(제2판), 박영사, 175쪽], ‘사용자가 “기업경영상 부득이 하다”, “경영이 어렵다.” 등의 추상적인 설명만 일관할 경우에는 협의의무를 다하였다고 보기 어렵다고 본다’(이승길, ‘경영 참여 및 해고의 동의·협의 조항에 대한 소고’, 노동법률, 2003.10.) 등으로 이해하면서 판례보다는 좁게 보고 있음

대표와 수차례 협의를 시도하고 의견 제출의 기회를 주었다면 성실한 협의를 거친 것으로 봄<sup>130)</sup>, 예컨대 정리해고 당시 사용자가 **해고대상자 기준을 마련하고 노동조합에 수차례에 걸쳐 이에 대한 의견을 제출하여 줄 것을 요청하였으나 노동조합이 이에 대하여 아무런 의견을 제시하지 아니한 경우에** 경영위기의 심각성, 합병 혹은 퇴출을 피하기 위하여 조직통폐합, 인력감축 등 재무구조개선을 위한 조치를 이행하여야만 할 사정 등 그 밖의 여러 사정을 종합하여 근로자 대표와의 성실한 협의를 인정함<sup>131)</sup>

라) 사용자의 협의요청을 노조가 특별한 이유 없이 거부하고 **무리한 요구** 등을 하는 경우에는 노조의 협의권 남용으로 보아 성실한 협의 요건을 충족한 것으로 볼 수 있음<sup>132)</sup>

## 2) 사전협의를 정도와 방법에 있어 정당성을 부정한 사례

가) 사용자가 사업장별 **대책회의 개최라는 형식을 갖추기는 하였으나 사실상 사용자 측에서 마련한 구조조정 계획 및 그 기준을 근로자들에게 일방적으로 전달** 함에 그쳤을 뿐인 경우에는 근로자 대표로 선정된 자와 해고회피 방안이나 해고의 방법, 해고기준 등에 관하여 실질적으로 협의를 거친 것으로 보지 않음<sup>133)</sup>

나) 1차 정리해고 이후 약 5개월 여 지난 시점에서 2차 정리해고가 있었던 사안에서, 법원은 1차 정리해고 당시 사용자와 근로자대표 사이의 사전통보 및 협의는 2차 정리해고를 위한 사전통보 및 협의로 보기 어렵다고 판단하여 **2차 정리해고 시 별도의 협의절차가 없는 경우**, 사전통보 및 성실한 협의를 부정함<sup>134)</sup>

다) 구조조정 **협의를 시작한 지 1개월 만에**, 더욱이 노조에게 구조조정의 필요성을 뒷받침할 만한 자료를 주지 아니한 상태에서 **곧바로 정리해고의 전단계로서 명예퇴직 희망자를 모집한 사정 등이 있는 경우에는** 사용자의 성실한 협의를 부정함<sup>135)</sup>

130) 서울고등법원 2006. 10. 20. 선고 2005누30060 판결[대법원(대법원 2007. 2. 9. 자 2006두18812 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

131) 서울고등법원 2010. 4. 30. 선고 2009누26809 판결[1심 판결(서울행정법원 2009. 8. 21. 선고 2008구합44303 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 9. 9. 자 2010두10273 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

132) 서울고등법원 2008. 7. 1. 선고 2007누34226 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 11. 23. 선고 2007구합19843 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 25. 자 2008두12887 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

133) 서울고등법원 2010. 11. 24. 선고 2010누12738 판결

134) 서울행정법원 2005. 9. 15. 선고 2005구합5536 판결

135) 서울행정법원 2009. 1. 16. 선고 2008구합12382 판결

라) 약 1개월 동안 노조측과 6차례에 걸쳐 노사협의회를 개최하였으나 이러한 절차가 근로자들을 해고하기 위한 형식일 뿐인 것이라면 실질적으로 노조와 성실하게 협의하였다고 보지 않음<sup>136)</sup>

마) 노동조합이 계속 협의할 의사를 갖고 있었고 계속 합의하는 경우 원만한 합의점에 이르렀을 개연성이 충분함에도, 사용자는 교섭 창구 단일화 절차가 진행되는 경우 노조가 쟁의행위를 할 수 없다는 점을 악용하여 교섭요구 사실공고를 함으로써 노조와의 협의를 일방적으로 중단한 채 정리해고를 한 경우, 정리해고 절차는 위법함<sup>137)</sup>

#### 마. 사전통보기간

사전통보기간까지 근로자대표에게 통보하지 아니한 경우에 정리해고의 유효 여부는 사전통보기간(현행 50일, 구법 60일) 규정의 성격을 단속규정으로 보는 견해, 강행규정으로 보는 견해에 따라 달라짐

판례는 이를 단속규정으로 보아 사전통보기간의 준수는 정리해고의 효력요건이 아니고 기타 요건이 충족되었다면 통보기간을 정확히 지키지 않았더라도 정리해고가 유효하다고 판시함<sup>138)139)</sup>

### 3. 기타 정리해고 관련 논점

#### 3.1 고용안정협약

##### 가. 고용안정협약의 구분<sup>140)</sup>

고용안정협약은 근로자의 고용을 유지하기 위해 정리해고를 금지하거나(고용보장조항),

136) 서울고등법원 2009. 3. 24. 선고 2008누24004 판결 [1심 판결(서울행정법원 2008. 7. 8. 선고 2007구합29499 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원2009. 6. 25. 자 2009두6063 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

137) 서울고등법원 2014. 9. 24. 선고 2013누17987 판결[대법원(대법원 2015. 2. 12. 선고 2014두13867 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

138) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003두4119 판결, 대법원 2004. 10. 15. 선고 2001두1154 판결 등

139) 정리해고와 그 규정의 내용과 취지가 완전히 동일한 것은 아니라고 하더라도, 대법원이 근로기준법에서 규정하고 있는 30일 전의 해고예고의무규정의 효력에 관하여 해고의 사법상 효력은 원칙적으로 정당한 해고사유의 존부에 따라 판단하여야 한다고 하면서도, 해고예고의무규정을 효력규정이 아닌 단속규정으로 보아 이를 위반한 해고의 효력을 유효하다고 인정(대법원 1998. 11. 27. 선고 97누14132 판결, 대법원 1993. 9. 24. 선고 93누4199 판결 등)하고 있는 점은 참고가 될 만함. 또한 헌법재판소도 해고예고제도는 해고 자체를 금지하는 제도는 아니고, 대법원 판례 또한 예고의무를 위반한 해고도 유효하다고 보므로 해고 자체의 효력과도 무관한 제도라고 보고 있음(헌법재판소 2001. 7. 19. 선고 99헌마663 결정)

140) 최홍엽, '고용안정협약의 법적성격과 경영사항', 노동법학 제51호, 2014. 9. 참조 및 인용함

그 실시 여부와 요건 등에 대해 노동조합과 합의(정리해고동의조항)하도록 하는 단체협약을 의미함

예컨대 ① **고용보장조항**은 “현재 재직인원에 대해서는 고용보장을 확약한다”<sup>141)</sup>, “회사는 생산성 향상, 인력 재배치 등 해고회피를 위해 최선의 노력을 다해야 하며, 향후 5년간 인위적인 정리해고를 하지 않는다”<sup>142)</sup>라고 규정된 단체협약의 규정을 의미하며, ② **정리해고동의조항**은 “정리해고나 사업장 통폐합에 따른 직원의 해고시 노조와 사전에 합의한다”<sup>143)</sup>, “긴박한 경영상의 사유로 해고하고자 할 때에는 조합과 충분한 협의를 한 후 시행하되, 단체협약 체결일로부터 2년 이내에 발생한 때에는 사전에 조합과 합의 후 시행한다”<sup>144)</sup>, “회사가 기업의 축소 또는 부득이한 사유로 인원의 일부 또는 전부를 정리하고자 할 때에는 늦어도 60일 전 통보하고 협의 후 합의하며, 본인에게는 30일 전에 해고예고를 한다”<sup>145)</sup> 등의 규정을 말함

#### 나. 고용안정협약의 ‘합의’의 의미

판례는 고용안정협약 등에 정리해고 실시에 대해 ‘합의’하여야 한다는 규정이 있는 경우라 하더라도, 단체협약상 다른 규정과의 체계적 해석을 통해 ‘합의’ 규정의 실질적 의미를 ‘협의’로 해석하는 사례<sup>146)</sup>가 많음

#### 【대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결】

“사용자가 경영권의 본질에 속하여 단체교섭의 대상이 될 수 없는 사항에 관하여 노동조합과 ‘합의’하여 결정 혹은 시행하기로 하는 단체협약의 일부 조항이 있는 경우, 그 조항 하나만을 주목하여 쉽게 사용자의 경영권의 일부포기나 중대한 제한을 인정하여서는 아니 되고, 그와 같은 단체협약을 체결하게 된 경위와 당시의 상황, 단체협약의 다른 조항과의 관계, 권한에는 책임이 따른다는 원칙에 입각하여 노동조합이 경영에 대한 책임까지도 분담하고 있는지 여부 등을 종합적으로 검토하여 그 조항에 기재된 ‘합의’의 의미를 해석하여야 할 것이다.”

제10장  
정리해고

그러나 최근 대법원은 노사 쌍방 간의 협상에 의한 최종 합의 결과 단체협약에 정리해고에 관하여 사전 ‘협의’와 의도적으로 구분되는 용어를 사용하여 노사 간 사전

141) 대법원 2014. 3. 27. 2011두20406 판결

142) 서울고등법원 2003. 7. 10. 선고 2002나58138 판결

143) 대법원 2002. 2. 28. 선고 99도53850 판결

144) 대법원 2002. 5. 14. 선고 2001두649 판결

145) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15964 판결

146) 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결, 서울행정법원 2010. 5. 14. 선고 2009구합29943 판결 등

‘합의’를 요하도록 규정하였다면, 이는 노사 간에 사전 ‘합의’를 하도록 규정한 것이라고 해석함이 상당하다고 판단<sup>147)</sup>하여 단체협약상의 ‘합의’의 의미에 대해서 문언 그대로 협의가 아닌 합의로 판단하는 사례가 등장하고 있음

#### 다. 단체협약의 고용보장조항과 사정변경

고용보장조항과 관련한 판결에서 법원은 사용자의 경영권에 속하는 사항이라 하더라도 사용자가 노동조합과의 협상에 따라 정리해고를 제한하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면 특별한 사정이 없는 한 그에 반하여 이루어지는 정리해고는 원칙적으로 정당한 해고라고 볼 수 없다고 봄

다만 그 단체협약을 체결할 당시의 사정이 현저하게 변경되어 사용자에게 그와 같은 단체협약의 이행을 강요한다면 심각한 재정적 위기에 처하여 협약의 효력을 유지하는 것이 객관적으로 부당한 상황에 이르는 경우에는 사용자가 단체협약에 의한 제한에서 벗어나 정리해고를 할 수 있을 것이라고 보아<sup>148)</sup> 단체협약에 사법상의 사정변경의 원칙을 적용하여 판단하고 있음

### 3.2 우선재고용 의무

근로기준법 제25조제1항은 ‘제24조에 따라 근로자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날부터 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우 제24조에 따라 해고된 근로자가 원하면 그 근로자를 우선적으로 고용하여야 한다’고 규정하고 있음

2007. 4. 11. 법률 제8372호로 개정되기 전 해당규정은 ‘제31조의 규정에 의하여 근로자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날부터 2년 이내에 근로자를 채용하고자 할 때에는 제31조의 규정에 의하여 해고된 근로자가 원하는 경우 해고전의 직책 등을 감안하여 그 근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다.’고 규정되어 있었고, 법원도 근로기준법 제25조 우선재고용 의무는 법적인 의무를 부과한 것이 아니라, 사용자가 신규 채용하고자 하는 직책에 맞는 정리해고자가 있으면 그를 우선적으로 고용하도록 노력을 하라는 취지라고 보았음<sup>149)</sup>

147) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007 판결

148) 서울고등법원 2011. 2. 9. 선고 2010누18552 판결[대법원(대법원 2011. 3. 26.자 2011두7526 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울고등법원 2012. 3. 28. 선고 2011누25922 판결[대법원(대법원 2012. 3. 28.자 2012두9307 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20406 판결



그러나 우선 재고용 규정은 법률 개정으로 ‘노력하여야 한다’에서 ‘고용하여야 한다’로 변경되었으므로 더 이상 ‘노력하라’는 취지의 규정으로 볼 수 없고 사용자에게 근로자의 재고용에 대한 법적인 의무를 부과한 것으로 봐야 할 것임

최근 판례도 구 근로기준법상 ① 우선 재고용 규정이 노력규정에 불과하였던 것을 근로자 보호 및 고용안정성의 도모를 위해 의무규정으로 전환한 것인 점, ② 위와 같이 개정된 입법자의 의도는 정리해고를 한 사용자에게 재고용 노력의무를 넘어 법적인 재고용 의무를 부과한 것으로 볼 수 있는 점, ③ 정리해고된 근로자는 자신에게 귀책사유가 없음에도 사용자의 경영상 판단에 따라 고용상실의 불이익을 감수하였고 이러한 근로자의 과거의 희생에 대한 사후적 보상의 필요성이 인정되는 점, ④ 정리해고의 대상이 되는 근로자에 대한 사회적 보호장치가 충분히 마련되지 않은 상태에서 경영상의 이유에 의한 해고만을 강화한다는 것은 사회적 시장경제체제를 근간으로 하는 헌법 원리에 부합하지 않는다 할 것인 점 등에 비추어 보면, **현행 우선 재고용 규정은 정리해고 된 근로자가 이를 근거로 사용자에게 대하여 고용의무의 이행을 구할 수 있는 사법상의 청구권으로서의 성격을 가진다고 봄**<sup>150)</sup>

149) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69393 판결 등

150) 인천지방법원 2014. 9. 25. 선고 2013가합17168 판결(현재 대법원에서 소송 계속중임)

## 제2절 정리하고 관련 판례

### 1. 긴박한 경영상 필요성 인정 여부

#### 1.1 긴박한 경영상 필요성 판단의 범위

가. 법원은 긴박한 경영상의 필요성 판단은 기업 전체의 경영사정을 종합적으로 검토해서 판단해야 하므로, 사용자가 위탁관리하고 있는 여러 개의 아파트 단지 중 일부 영업소의 영업이익 감소하였다는 사정만으로는 긴박한 경영상의 필요를 인정할 수 없다고 봄

#### 【대법원 1999. 4. 27. 선고 99두202 판결】

“기업이 경영상의 필요에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 정리해고의 정당성의 요건으로 요구되는 긴박한 경영상의 필요성이란 기업의 일부 영업부문 내지 영업소의 수지만을 기준으로 할 것이 아니라 기업 전체의 경영사정을 종합적으로 검토하여 결정하여야 한다. …(중략)…”

기록에 의하면, 위 관리소의 소장인 소외 강00이 다른 아파트단지로 전근신청을 한 적이 있고, 원고의 인사 및 복무규정 제12조는 단지간의 전보에 관한 규정을 두고 있음에 비추어 위 아파트 외에 원고가 위탁관리를 맡고 있는 아파트단지가 더 있음을 알 수 있는 바, 원고가 그가 운영하고 있는 모든 아파트 관리소의 수효, 총 직원 수, 영업수입, 회사의 규모, 회사의 자산 및 부채 등 회사 전체의 경영실태를 가늠할 수 있는 자료를 제출하고 있지 않은 이상, 대표회의가 인건비 지급을 거절한 감축대상인원에 대한 급여를 원고가 부담하게 됨으로써 발생하게 된 일개 관리소에서의 영업이익의 감소 내지 손실 때문에 반드시 인원삭감을 하여야 할 정도로 원고에게 경영상 긴박한 사정이 있다고 인정할 수 없다.”

나. 법원은 자치단체와 별개의 용역계약을 체결하여 운영하고 있는 여러 개의 사업부문이 있으나, 각 사업장의 회계처리·사업장 사이의 인사이동 등의 사정을 감안할 때 각각 독립된 사업장(또는 사업부문)이라고 볼 수 없다면, **긴박한 경영상의 필요성 판단은 법인 전체를 기준으로 판단**하여야 하는데, 법인 전체를 기준으로 보았을 때 긴박한 경영상의 필요성을 인정할 수 없음

【서울고등법원 2009. 5. 19. 선고 2008누30917 판결<sup>151)</sup>】

“다음의 사정들에 비추어 보면, 적환장은 원고의 다른 사업부문(재활용품 선별장, 생활쓰레기 수거장, 하수종말처리장)과 인사 및 재무·회계 등에 있어서 분리되어 있지 아니하고 노동조합 또한 사업부문별로 조직되어 있지 아니하였던 것으로 보인다. 따라서 적환장은 원고의 다른 사업부문들로부터 독립된 사업부문이라고 볼 수 없고, 이에 대하여 원고가 주장하는 사정들(원고의 사업부문들이 “각기 독립적으로 00시와 사이에 체결된 별개의 용역계약들”에 바탕한 점, 본인이나 노동조합과의 합의가 없는 한 사업부문 간의 인사교류가 사실상 불가능한 점, 각 사업부문의 내용이나 근무 형태가 서로 다른 점 등)만으론 이러한 판단을 뒤집기에 부족하다.

① 원고는 공부 기재나 세무신고 등에 있어서 적환장 등 개별 사업부문을 독립적인 것으로 특정하지 아니하였고, 회계에 있어서도 각 사업부문을 뚜렷이 구분하지 아니하였으며, 내부적으로 각 사업부문의 업무를 통합적으로 처리하였다.

② 원고는 모든 소속 근로자들에게 (‘내용이 비슷한 복수의 취업규칙’이 아닌)단일한 취업규칙을 적용하여 왔다.

③ 원고의 단체협약이나 취업규칙상 사업부문 간의 인사이동은 관계법령에 따른 제한보다 특별히 더 어렵지 아니하다.

④ 원고는 적환장과 다른 사업부문 간에 인사교류를 실시하였었고(원고 주장의 사정들, 즉 위 인사교류의 대상자들이 노동조합에 가입되어 있지 아니하였던 점이나 위 인사교류가 당사자들에 대한 배려 차원에서 행하여진 점 등은 이 부분 판단과 관련하여 별다른 의미를 갖지 아니한다), 다른 사업부문의 근로자들로 하여금 적환장의 근로를 대체하도록 하였으며, 이 사건 해고에 대한 회피노력의 일환으로 적환장에서 다른 사업부문으로의 전출 희망자를 모집하였을 뿐만 아니라 이 사건 재심판정 후 참가인들을 원래 근무하던 적환장이 아닌 다른 사업부문으로 복직시키는 등, 사업부문 간의 인사이동을 특별히 자제하지 아니하였다.

⑤ 원고의 사업부문들은 모두 단순노무나 수송을 내용으로 하는 것으로서 그 업무내용이 서로 크게 다르다고 보이지 아니한다.

⑥ 비록 적환장 소속 근로자들의 대부분은 환경노조의 조합원이지만, 그 일부는 민주노조의 조합원이고 또한 원고와 민주노조 사이에 체결된 단체협약이 적환장 소속 근로자들을 비롯하여 ‘민주노조에 소속된 조합원’ 모두에게 적용되는 이상, 원고가 민주노조 및 환경노조와 각각 단체협약을 체결하였다는 사정만을 들어 원고의 사업부문별로 노동조합이 따로 조직되어 있다고 보기는 어렵다.

...(중략)...

적환장은 원고의 다른 사업부문들로부터 독립된 사업부문이라고 할 수 없으므로, ‘긴박한 경영상의 필요’ 존부는 적환장만이 아닌 원고의 법인 전체를 기준으로 판단하여야 할 것이다. 그런데 위 인정사실에서 본 바와 같이 원고가 2004년부터 2006년까지 매년 모든 사업부문을 통틀어 당기 순이익을 기록하여 왔고 2006년에는 상당한 액수의 부동산을 매입하기까지 한 점에 비추어 보면, 원고는 인원을 감축할 만한 합리적인 사정이 있었다고 보이지 아니하므로, 원고에게는 근로자를 해고해야 할 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 해고는 정리해고의 요건을 갖추지 못하였다.”

다. 법원은 학교 내의 식당 운영을 담당하던 복지위원회의 사업부문이 다른 사업 부문과 인적·물적으로 분리·독립되어 있거나 경영여건을 달리하고 있다고 인정하기 어려워 법인의 다른 사업부문들로부터 독립되었다고 볼 수 없으므로, 다른 사업 부문을 포함하여 긴박한 경영상의 필요성을 판단하여야 한다고 봄

【서울고등법원 2009. 12. 2. 선고 2009누 7839 판결<sup>152)</sup>】

“① ○○대학교 위원회 설치규정 제3조에 의하면, ○○대학교 내의 각종 위원회는 부서장이 기획조정실에 요청하여 총장의 재가를 받아서 설치하도록 되어 있는바, 복지위원회도 이러한 과정을 거쳐서 설치되었으며 그 폐지 또한 …(중략)… 참가인 법인에 의하여 결정된 것으로 보이는 점, ② ○○대학교의 후생복지과가 복지위원회의 실무업무를 담당하였으며 ○○대학교 복지사업공동관리 운영규정 제12조 제1항에 의하더라도 ‘복지위원회에서 의결된 사항과 기타 복지사업 및 수익사업의 일상적인 실무업무는 후생복지과에서 담당한다’고 규정되어 있는 점, ③ 복지위원회의 임대수익이 교비로 편입되었고 복지위원회가 해산하면서 그 운영자금이 참가인의 교비로 편입된 점, ④ 복지위원회의 사업활동은 모두 ○○대학교 건물 내에서 이루어졌음에도 복지위원회가 참가인에게 임대료 등을 지급한 바 없고, 각종 경비의 지출도 ○○대학교 후생복지과를 통하여 이루어졌으며, 복지위원회는 별도의 사업자 등록을 하지 않고 ○○대학 총장 명의의 사업자 등록을 이용하여 물품을 구매한 점, …(중략)… 등을 종합하면, 복지위원회의 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적으로 분리·독립되어 있거나 경영여건을 달리하고 있다고 인정하기 어려우므로, 복지위원회의 사업부문이 참가인 법인의 다른 사업부문들로부터 독립되었다고 볼 수 없다.”

라. 법원은 두 사업부문이 별개의 법인으로 설립되어 있기는 하나, 인사교류, 자재 공동구입, 단일노조, 대표이사 겸직, 자금지원 등의 면에서 사실상 1개 단위로 운영되어 온 점을 고려하면, 두 법인의 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단할 수 있다고 봄

【대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30580 판결】

“동종의 사업을 하는 두 개의 법인이 동시에 정리해고를 하거나 한 법인의 특정 사업부문에만하여 정리해고를 하는 경우, 정리해고가 정당하다고 하기 위한 요건으로서 ‘긴박한 경영상의 필요’가 있는지 여부에 관하여는 원칙적으로 정리해고를 하는 법인별로 이를 판단하여야 한다. 그러나 한 법인의 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어 있고 재무 및 회계도 분리되어 있을 뿐만 아니라 노동조합도 각 사업부문별로 조직되어 있고, 경영

151) 1심 판결(서울행정법원 2008. 10. 10. 선고 2008구합7045 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 8. 20. 자 2009두9314 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

152) 대법원(대법원 2010. 3. 11.자 2010두207 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

여건도 서로 달리하고 있다면 그 사업부문만을 따로 떼어 긴박한 경영상의 필요 여부를 판단할 수 있고, 한편 두 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문이 동종의 사업을 경영하여 그 업종이 처한 경기상황에 동시에 반응하며, 상호 인적·물적 설비가 엄격하게 분리되어 있지 않고, 노동조합도 각각이 아닌 단일노조로 구성되어 두 법인과 통일적으로 교섭하고 있는 등 사실상 하나의 법인으로 운영되어 그 경영상황이 하나의 기업으로 볼 수 있을 정도로 상호 밀접한 관련이 있는 경우에는 두 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문의 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단할 수 있다.

...(중략)...

피고 태○산업 주식회사(이하 ‘태○산업’이라 한다) 화섬부분과 피고 대○화섬 주식회사(이하 ‘대○화섬’이라 한다)는 별개의 법인으로 설립되어 있기는 하나, 인사교류, 자재 공동구입, 단일노조, 대표이사 겸직, 자금지원 등의 면에서 사실상 1개 단위의 회사로 운영되어 온 점, 피고 태○산업 화섬부분 뿐만 아니라 피고 대○화섬도 경영실적이 악화되어 장래 경영전망이 어두웠던 점, 피고 태○산업 화섬부분과 피고 대○화섬의 경영실적 악화는 화섬업계의 전반적 사양산업화에 기인한 것인 점에 비추어 보면 피고 태○산업 화섬부분과 피고 대○화섬의 경영상황은 상호 밀접한 관련이 있는 것으로 보이므로 피고들이 이를 종합적으로 판단하여 공동 시행한 이 사건 정리해고는 경영상 필요에 의한 것이라고 판단하였는 바, 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.”

마. 법원은 복수의 사업부문에서 **재무와 회계가 분리되어 있다고 보기 어려운 경우**, 인적·물적·장소적으로 분리되어 있고 노동조합이 별도로 조직되어 있더라도, 하나의 사업부만을 분리하여 ‘긴박한 경영상의 필요’ 여부를 판단할 수 없다고 봄

#### 【대법원 2015. 5. 28 선고 2012두25873 판결】

“1. 정리해고의 요건 중 ‘긴박한 경영상의 필요’란 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원삭감이 필요한 경우도 포함되지만, 그러한 인원삭감은 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되어야 한다(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 서울호텔 사업부와 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 거부한 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 부문 업무로 전환배치’ 등을 골자로 하는 합의에 이른 사실, 이에 따라 도급화 대상자인 11명의 근로자 중 2명은 직무 및 직종 변경을 신청하여 전환배치되었으나 원고들은 도급업체로의 고용승계에 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 달라하고 있으므로, 이 사건 정리해고가 이루어진 서울호텔사업부만을 따로 떼어 ‘긴박한 경영상의 필요’ 여부를 판단할 수 있다는 전제에서, 이 사건 정리해고 당시 서울호텔사업부는 2년 연속 적지 아니한 금액의 영업적자를 나타내고 있었던 점, 참가인은 고임금 단순업무를 외부 전문용역 업체에 도급화하는 관광호텔업계의 일반적인 추세에 발맞추어 2008년 8월경 고객과 직접 대면하지 아니하면서 비교적 고임금 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 경영상의 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 경영상의 필요’ 여부를 판단할 수 있다고 보았다. 그러나 참가인의 공식적인 재무제표는 서울호텔사업부와 부산호텔사업부를 포함한 법인 전체를 기준으로 작성되고 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 이들 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 원심판시와 같이 참가인의 서울호텔사업부와 부산호텔사업부가 인적·물적·장소적으로 분리되어 있고 노동조합이 별도로 조직되어 있더라도, 서울호텔사업부만을 분리하여 ‘긴박한 경영상의 필요’ 여부를 판단할 수 있는 경우에 해당한다고 보기는 어렵다.”

바. 법원은 각 사업부에서 생산하는 제품은 모두 관련 제품으로 제조과정 등 그 생산업무 사이에 **업무종사의 호환성**이 높은 경우 각 사업부를 별개의 독립된 사업체로 볼 수 없다고 봄

【서울행정법원 2016. 6. 2 선고, 2015구합70874 판결<sup>153)</sup>】

“2) 이 사건 해고가 통상해고로서의 요건을 갖추고 있는지 여부

가) 관련 법리

사용자가 그 경영의 사업체 전부를 폐업하고 이에 따라 그 소속 근로자 전원을 해고하는 것은 원칙적으로 기업경영의 자유에 속하는 것으로서 노동조합의 단결권 등을 방해하기 위한 위장폐업이라는 등의 특단의 사정이 없는 한 부당노동행위가 된다고 할 수는 없고(대법원 1992. 5. 12. 선고 90누9421 판결 참조), 사용자가 영위하던 사업 중 일부만을 폐지하였더라도 폐지한 사업과 존속하는 사업이 독립한 별개의 사업체로 볼 수 있어 사업의 일부 폐지가 단순한 양적 축소가 아닌 독자적 사업 부분 전체의 폐지에 해당하는 경우 위와 마찬가지로 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계가 종료된다고 봄이 타당하다.

나) 이 사건의 경우

앞서 본 인정사실과 위 증거들 및 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음의 사정들을 종합하여 보면, 원고의 통신사업부는 존속하는 다른 사업부와 독립한 별개의 사업체로 보기 어려우므로 원고가 통신사업부를 폐지한 것은 사업축소에 해당할 뿐 사업체 전부를 폐업한 것과 같다고 볼 수 없다.

따라서 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

① 원고의 각 사업부는 생산하는 제품이 다르기는 하나 본사가 경영을 총괄하여 경영주체가 동일할 뿐만 아니라 그 중 수원 전선공장에 소재하는 전선사업부와 안산(반월)공장에 소재하는 재료사업부 및 통신사업부는 모두 원고 산하 전선사업본부 산하에 편제되어 있고, 특히 통신사업부와 재료사업부는 동일한 공장 내에 소재하여 인적·물적 설비가 독립되어 있다고 보기 어렵다.

② 원고의 각 사업부는 대표이사로부터 위임을 받은 권한에 의해 어느 정도 독자성을 갖는 것으로 보이기는 하나, 각 사업부별로 재무·회계가 분리되어 있지 않으며, 사업부서와 상관없이 근로자를 채용하면서 작성하는 근로계약서에도 원고의 대표이사가 사용자로 기재되어 있고, 통신사업부를 폐지하는 과정에서 노사협의회나 이 사건 해고의 통고도 통신사업부 차원에서가 아니라 전선사업본부장 명의로 이루어졌다.

③ 참가인 이○○, 박○○는 2013년 전선사업부에서 지원업무를 수행한 적이 있고, 이 사건 해고에 앞서 전환배치된 김○○은 통신사업부에서 11개월만 근무하였음에도 특별한 교육훈련도 없이 전선사업부로 전환배치 되어 업무를 수행하고 있다.

④ 원고의 각 사업부에서 생산하는 제품은 모두 전기 관련 제품으로 그 생산업무 사이에 **업무종사의 호환성**이 없다고 단정할 수 없고, 특히 전선사업부에서 생산하는 전력선과 통신사업부에서 생산하는 통신케이블은 그 제조공정도 유사하여 **업무종사의 호환성**이 상당히 높은 것으로 보인다.

3) 이 사건 해고가 유효한 정리해고인지 여부

가) 긴박한 경영상 필요가 있었는지 여부

(1) 관련 법리

근로기준법 제24조에 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 삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함된다. 기업의 전체 경영실적이 흑자를 기록하고 있더라도 일부 사업부문이 경영악화를 겪고 있으며, 그러한 경영악화가 구조적인 문제 등에 기인한 것으로 쉽게 개선될 가능성이 없고 해당 사업부문을 그대로 유지할 경우 결국 기업 전체의 경영상황이 악화될 우려가 있는 등 장래 위기에 대처할 필요가 있다면, 해당 사업부문을 축소 또는 폐지하고 이로 인하여 발생하는 잉여인력을 감축하는 것이 객관적으로 보아 불합리한 것이라고 볼 수 없다(대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3735 판결 참조).

(2) 이 사건의 경우

앞서 본 인정사실과 위 증거들 및 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음의 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 원고가 통신사업부를 그대로 유지할 경우 원고 회사 전체의 경영상황까지 악화될 상당한 개연성이 있었던 것으로 보이므로, 원고에게 통신사업부를 축소 내지 폐지할 긴박한 경영상 필요가 있었다고 봄이 상당하다.

① 원고는 통신사업부의 손익정상화를 위해 고정비 절감 등의 노력을 기울였던 것으로 보이나 그럼에도 2011년부터 2014년까지 적자를 기록하여 누적 적자액이 104억 원에 달하였는데, 이는 국내 유선통신망 기반구축이 대부분 구축되고 무선통신망이 발전하면서 유선 케이블의 수요가 감소하고, 생산설비의 과잉에 따른 상품가격의 하락 등 구조적인 문제에서 기인한 것으로 보이고, 향후 시장상황이 좋아지리라 예측할 만한 사정도 찾기 어렵다.

② 원고 회사 전체로 보더라도 2010년부터 2014년까지 전체 매출액이 지속적으로 감소하여 2014년도 매출액은 2010년도 대비 약 25% 정도 줄어들었고, 2011년과 2012년은 당기순이익 적자액이 100억 원을 넘었으며, 2012년에서 2014년 사이 원고의 재무제표상 차입금 규모도 2,700억 원을 상회하는 등 원고 회사 전체의 경영실적도 양호하다고 볼 수 없는 상황이었다.

③ 2012년의 경우 통신사업부의 영업이익 적자 32억 8,000만 원은 원고의 전체 영업이익 적자액인 59억 8,000만 원의 절반을 상회하는 금액이고, 다른 년도에도 통신사업부의 적자가 원고 전체의 실적 부진에 상당한 비중을 차지하였던 것으로 보인다.”

153) 동 사건은 현재 고등법원(서울고등법원 2016누50367 사건)에서 소송 계속중임



## 1.2 긴박한 경영상 필요성 판단의 기준시점

가. 법원은 긴박한 경영상 필요성의 여부는 **정리해고를 당시를 기준으로 하여야** 하고, **경영상 해고 이후 경영상태가 호전되어 독자경영이 된 사정들은 당시의 경영상태를 판단하는 간접적 요소로 봄**

### 【대법원 2013. 6. 13 선고 2011다60193 판결】

“근로기준법 제24조 제1항에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 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.

...(중략)...

그러나 원심이 설시한 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 전세계적으로 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 대응 교본에서도 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 고용유지훈련, 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.”

나. 법원은 긴박한 경영상의 필요성은 일정한 특정시점에서 판단할 것이 아니고 사용자가 **해고회피조치를 취할 무렵부터 근로자들에 대한 해고조치를 취할 때까지 사이에 걸쳐서 여러 상황을 종합적으로 고려하여 판단한다고 봄**

【서울고등법원 2008. 8. 22. 선고 2008누8088 판결<sup>154)</sup>】

“참가인은, 원고가 희망퇴직·권고사직제도를 통하여 원래목표로 정한 32명을 초과한 34명의 근로자를 감축하여 원래 목표에 근접하였음에도 참가인을 경영상 해고한 것은 긴박한 경영상 필요성이 없어서 부당하다고 주장하나, 사용자가 시장경제제도 하에서 경제적·산업구조적·기술적 성격 등 기업외적인 요소에 의하여 필연적으로 발생하는 경영상의 위기를 극복하기 위하여 선택할 수 있는 하나의 방법인 경영상 해고의 본질에 비추어 보면, 긴박한 경영상의 필요성은 일정한 특정 시점에서 판단할 것이 아니고, 원고가 해고회피조치를 취할 무렵부터 참가인에 대하여 이 사건 해고조치를 취할 때까지 사이에 걸쳐서 제반 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이므로, 참가인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.”

【서울행정법원 2007. 8. 16. 선고 2006구합45784 판결】

“원고(근로자)들은, 참가인(사용자)이 희망퇴직제도를 통하여 111명의 근로자를 감축하여 원래 목표에 근접하였음에도 원고들을 포함하여 5명을 경영상 해고한 것은 긴박한 경영상의 필요성이 없어서 부당하다고 주장하나, 사용자가 시장경제제도 하에서 경제적·산업구조적·기술적 성격 등 기업외적인 요소에 의하여 필연적으로 발생하는 경영상의 위기를 극복하기 위하여 선택할 수 있는 하나의 방법인 경영상 해고의 본질에 비추어 보면, 긴박한 경영상의 필요성은 일정한 특정 시점에서 판단할 것이 아니고 참가인이 해고회피조치를 취할 무렵부터 원고들에 대하여 이 사건 해고조치를 취할 때까지 사이에 걸쳐서 제반 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이므로, 원고들의 위 주장은 받아들이지 아니한다.”

### 1.3 긴박한 경영상의 필요성을 인정한 사례

가. 법원은 **다년간 적자가 누적된 상태에서 매출액도 지속적으로 감소하였으며 부채비율도 동종 업종 평균 부채비율을 크게 상회하고 인건비 비중이 증대한 경우, 긴박한 경영상 필요성을 인정함**

【대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13972 판결】

“원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고 보조 참가인 회사(이하 ‘참가인 회사’라고만 한다)는 2000년도부터 매년 20억 원 이상의 적자가 발생하여 2005년도까지 누적적자가 100억 원에 이르고 매출액도 지속적으로 감소하였으며 부채비율도 전체

154) 1심 판결(서울행정법원 2008. 2. 14. 선고 2007구합16974 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 11. 27. 자 2008두16711 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

숙박업 평균 부채비율을 크게 상회한 점, 참가인 회사의 인건비 비중이 증대하여 인건비 절감이 절실하였던 점 등에 비추어 이 사건 정리해고를 단행할 긴박한 경영상의 필요가 있다고 인정하였는바, 원심의 이와 같은 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.”

나. 법원은 **당기순손실이 지속될 뿐만 아니라 비용 중 인건비의 비율이 높고 유휴인력이 상당수 존재하는** 사정이 있는 경우 긴박한 경영상 필요성을 인정함

【서울고등법원 2008. 4. 30. 선고 2007누26591 판결<sup>155)</sup>】

“참가인(사용자)은 2002년 이후 지속적으로 당기순이익의 손실을 보고 있을 뿐 아니라 그에 따라 현금보유액도 급격히 감소되고 있었고, 또한 2002년부터 2005년까지 자기자본수익률이 지속적으로 마이너스 상태에 있는 등 원가에 있어 대부분을 차지하고 있는 인건비의 절감이 절실한 상태에 있었고, 다른 감리업체에 비하여 재택자 비율이 높아 상당수의 유휴인력이 존재하고 있었던 것으로 보이는 점 등에 비추어 상당한 정도의 경영상의 어려움에 처해 있었음이 인정되고, 더욱이 이러한 경영상황에 대하여 노동조합이 공감하고 인력감축에 합의한 사정을 고려하면 참가인 회사는 이러한 경영상의 어려움을 극복하기 위하여 유휴인력을 감축하기 위한 구조조정 방안으로 이 사건 해고를 단행할 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 할 것이다.”

【서울고등법원 2008. 7. 1. 선고 2007누34226 판결<sup>156)</sup>】

“참가인(1991. 2. 설립된 이래 00자동차 주식회사와 사이에 직접 탁송용역계약을 체결하고 T/P 【Trans Porter】 차량으로 00자동차 주식회사가 생산한 완성차를 전국의 출고지로 운송하는 업무를 영위하는 회사)은 2000년 이후 자본금의 전액 잠식에까지 이르는 심각한 경영악화를 겪었던 바, 이러한 경영악화에는 도급주체의 변경, 운송단가의 인하 및 글00스 주식회사(2000. 3.경부터 00자동차 주식회사가 참가인과의 탁송용역계약을 해지하고 대신 탁송용역계약을 맺은 회사임)의 (참가인 회사에 대한) 물량배분비율 감소가 상당한 영향을 끼친 것으로 보인다. 그런데 직영 T/P차량의 운영은 운송단가나 물량배분비율의 변동과 무관하게 고정비용(특히 인건비)의 지출을 발생시키므로, 직영 T/P차량의 운영은 참가인의 경영악화를 심화시키는 한 원인이 되었던 것으로 판단된다. 따라서 참가인에게는 직영 T/P 차량을 매각하고 완전히 지입차주제로 전환할 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 할 것이다.”

【서울고등법원 2008. 5. 23. 2007누29293 판결<sup>157)</sup>】

“참가인은 2003년 875억 원, 2004년 1,500억 원 등 거액의 당기순손실이 발생하였고, 2004. 9.말 현재 이자보상배율이 0.81배로 수익성 악화가 심화되고 있었으며, 신용도 하락에 이은 주가 급락

155) 1심 판결(서울행정법원 2007. 8. 30. 선고 2006구합35756 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 21. 자 2008두7663 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

156) 1심 판결(서울행정법원 2007. 11. 23. 선고 2007구합19843 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 25.자 2008두12887 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

으로 유가증권시장에서 관리종목으로 지정되는 등 상장폐지의 위기에 있었던 점 등에 비추어 상당한 정도의 경영상의 어려움에 처해 있었음이 인정되고, 더욱이 이러한 경영상황에 대하여 노동조합이나 공제회가 공감하고 인력감축에 합의한 사정을 고려하면 참가인 회사는 이러한 경영상의 어려움을 극복하기 위하여 이 사건 해고를 단행할 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 할 것이다."

【서울고등법원 2009. 7. 29. 선고 2008누36243 판결<sup>158)</sup>】

“① 참가인 회사가 망간 전지에 대한 대외적, 대내적 수요의 감소, 원자재 가격의 폭등 등의 원인으로 인하여 2004년부터 지속적으로 영업 손실이 발생하고 부채 비율이 급증하게 되어 적자 상태에 있어 온 점, ② 이후 참가인 회사는 하남 공장 부지를 매각하고, 주식회사 리빙000의 지분을 매각하면서, 임원의 축소, 출퇴근 버스의 노선 감축, 2005년 대리 이상 근로자의 임금 동결, 주식 감자, 일부 공장 태국 이전, 차세대 전지 개발 등의 경영 개선을 위한 노력을 하였음에도 자기 자본 대비 부채 비율을 낮추지 못하고 계속하여 적자 상태에 있는 점, ③ 참가인 회사 근로자들이 연장 근로를 한 것은 생산량 급증에 따른 것이 아닌 점, ④ 2007년 상반기 당기 순이익도 사실상 해외 지점 폐쇄로 인한 환산 금액으로 인한 것일 뿐 사실상의 적자 상태인 점, 근로자들의 지속적인 임금 인상은 최저임금의 상승이 그 주된 원인으로 보이는 점, ⑤ 참가인 회사가 2006. 2.경 12명의 근로자를 신규 채용하였지만, 이는 참가인 회사의 실적 호전에 의한 신규 채용이 아니라는 점 등의 사정을 종합하여 보면, 참가인 회사로서는 이 사건 정리 해고 당시 망간 전지 생산 라인을 2개에서 1개로 축소할 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 할 것이다."

다. 법원은 비록 손익계산서상 결손이 발생한 경우가 아니라 하더라도, **전년도 대비 순이익의 대폭 감소, 비효율적 영업구조, 시장점유율의 하락** 등의 사정을 종합적으로 고려하여 **장래 도래할 수 있는 위기에 대처하기 위한 경우에도 긴박한 경영상의 필요성을 인정함**

【서울고등법원 2008. 2. 19. 선고 2007누7781 판결<sup>159)</sup>】

“참가인 회사(사용자)는 비록 손익계산서상 결손이 발생한 것은 아니었지만 2004. 4. 1.부터 2005. 3. 31.까지의 당기순이익이 금 26,327,982,798원으로 전기의 금 53,389,512,604원보다 대폭 감소하였고, 가중부실자산 및 위험가중자산의 비율도 2004년 상반기가 전기에 비하여 증가하였으며, 2004년 해약환급금 비율도 생명보험업계의 평균에 비하여 높았던 점, 참가인 회사는 이 사건 정리 해고 이전 그 자산규모가 유사한 다른 보험회사에 비하여 점포수는 월등히 많은 반면, 매출은 큰 차이가 없어 전반적으로 비능률적이고 비효율적인 영업구조를 가진 것으로 보이는 점, 2003. 8.

157) 1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 11. 선고 2006구합15561 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 11. 자 2008두9935 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

158) 대법원(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두14682 판결)에서 확정됨

30.부터 도입된 방카슈랑스 제도로 인하여 은행 등 금융기관도 지점 창구를 통하여 보험상품을 판매할 수 있게 됨에 따라 보험회사들이 은행권과의 제휴를 통하여 보험상품의 판매에 주력하게 되었고, 그 결과 기존 전속설계사를 중심으로 이루어지던 영업 및 판매 조직의 축소 및 개편이 불가피하였던 점, 방카슈랑스 제도의 도입에 즈음하여 국내 보험업계는 외국계 보험회사의 공격적인 시장공략으로 외국계 보험회사의 시장 점유율은 지속적으로 증가했지만, 참가인 회사를 포함한 중소 규모의 보험회사의 시장점유율은 지속적으로 하락한 점 …(중략)… 등 이 사건 변론에 나타난 제반사정을 종합하여 보면, 참가인 회사로서는 방카슈랑스 제도의 도입과 …(중략)… 동종 업계에 비해 비능률적이고 취약한 생산성 구조를 개혁함으로써 장래 도래할 수 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 이 사건 조직개편을 단행하고, 그 과정에서 발생하는 잉여인력에 대하여 구조 조정을 단행할 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 할 것이다.”

【서울고등법원 2010. 4. 30. 선고 2009누26809 판결<sup>160)</sup>】

“① 국내 엘리베이터 시장이 앞으로 2012년까지 연 5%로 성장할 것으로 예상되고, 경쟁사인 현대엘리베이터 주식회사의 공격적인 시장확대로 국내 엘리베이터 업계의 시장점유율이 변화하고 있는 상황에서, 참가인 회사는 그 매출총이익이 2004/2005회계연도(전년도 10.부터 당해연도 9.까지, 이하 같다) 약 413억 원, 2005/2006회계연도 약 260억 원, 2006/2007회계연도 약 3억 원으로, 세전 이익이 2004/2005회계연도 약 163억 원, 2005/2006 회계연도 약 523억 원, 2005/2006회계연도 약 -164억 원, 2006/2007회계연도에 약686억 원의 적자가 예상되는 등 경쟁사에 비하여 낮은 실적과 수익성으로 인하여 기하급수적으로 손실액이 증가하고 있었던 사실, ② 위와 같은 적자상태가 발생한 것은 직영 직원 시간당 비용이 높은 반면, 생산성이 낮고, 근무효율 면에서 참가인 회사 모 회사 그룹 내 다른 회사보다 낮은 것 등이 그 원인으로 거론되고 있었던 사실, …(중략)… 을 인정할 수 있다. 위 인정 사실에 의하면, …(중략)… 참가인 회사는 이 사건 정리하고 당시 경영상의 이유로 인하여 근로자를 해고할 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 할 것이다.”

라. 법원은 사업체의 일부 영업부문 적자로 총 영업이익이 감소되어 **향후 계속하여 경손손실이 가중될 것으로 보이는 경우** 이러한 영업부문에 관하여 구조개선을 할 객관적 합리성을 인정함

【서울고등법원 2010. 7. 21. 선고 2010누4560 판결<sup>161)</sup>】

“(사용자 회사 소속의) Y식물원(식물원운영 부문과 상품매출 부문으로 구분됨) 입장객 수의 추이, Y식물원의 영업이익 및 경손손실의 추이, 차입금의 원금상환 시기의 도래, Y식물원의 각 사업

159) 1심 판결(서울행정법원 2007. 2. 6. 선고 2006구합22880 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 7. 10. 자 2008두5056 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

160) 1심 판결(서울행정법원 2009. 8. 21. 선고 2008구합44303 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 9. 9.자 2010두10273 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

부문 및 경영성과, 영업팀의 영업이익과 높은 인건비 구조 등에 비추어 보면, Y식물원은 그 영업 부문(상품매출부문)의 적자로 인하여 총 영업이익이 감소되어 향후 계속하여 경상손실이 가중될 것으로 보여, 원고로서는 이러한 영업부문에 관하여 구조개선을 통하여 경영합리화를 할 객관적 합리성은 인정된다.”

마. 법원은 리무진운영의 수급업체가 도급업체의 감차방침 및 수송인원 감소 등으로 적자발생이 예상되자 정리해고를 실시한 사안에서, 장래에 올 수 있는 위기에 대처하기 위하여 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 판단하여 긴박한 경영상 필요성을 인정함

【대법원 2003. 9. 26. 선고 2001두10776 판결】

“이 사건에 관하여 보건대, 참가인(근로자)들을 정리해고할 시점에 원고 회사로서는 인원삭감이 객관적으로 보아 불가피한 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 볼 여지가 있다고 할 것이다.

① 원고 회사는 리무진버스에 관한 여객자동차운송사업 면허를 받은 ○○항공과 리무진운 영도급계약을 체결하고 ○○항공이 그 소유의 리무진버스를 제공하면 필요한 승무원과 관리직원 등의 인력을 투입하여 ○○항공의 리무진버스 운행업무를 대행하여 그 대가로 쌍방협약에 의하여 조정될 수 있는 용역인원수에 따라 계산된 용역비를 ○○항공으로부터 지급받는 형태의 사업을 그 한 사업부분으로 삼고 있었는데, ○○항공은 1998. 5. 및 6.경과 1999. 1.경에 이르러 관할관청 으로부터 리무진버스의 경기침체에 대응하여 원가절감을 위한 방안으로 리무진버스를 감차하고 배차시간을 조정하는 내용의 사업변경 인가를 받은 다음 원고 회사에 대하여 감차와 관련된 용역 인원의 감축에 관한 협의를 각 요구하게 되었는바, 사정이 그러하다면 ○○항공의 리무진버스 사업을 대행하는 원고 회사로서는 사업내용의 특성상 ○○항공에 대한 사업의존도가 절대적일 수 밖에 없어 그 사업에 제공될 리무진버스의 감차에 관한 ○○항공의 기본방침에 벗어나 그 대행 사업을 영위할 수는 없는 지위에 있고 따라서 조정된 용역인원에 상응하는 용역비를 감축하여 지급받고서도 계속 용역인원에 대한 고용을 유지한다면 필경 그 사업부문에서의 영업수지가 악화 될 것임은 명백하였던 점

② 원고 회사의 경우 각 사업부문별 영업이익과 영업비용 외에 일반관리비가 따로 계상되어 있음을 알 수 있고, 이와 같은 경우에는 어느 사업부문의 영업이익의 발생 여부는 당해 사업부문의 영업수입에서 그 영업비용과 일반관리비의 합계를 공제한 금액으로 하여야 할 것인데, 위 감사 보고서에는 1998년도 리무진버스 사업부의 영업수입은 4,457,998,232원, 그 영업비용은 4,104,101,921원으로 기재되어 있으나 일반관리비는 각 사업부문의 합계인 2,326,223,077원만 기재 되어 있고 각 사업부문별 일반관리비는 기재되어 있지 않으므로, 위 일반관리비 중 리무진버스 사업부의 일반관리비가 어느 정도를 점하고 있는지를 더 나아가 파악해 보지 아니하고서는 리무진 버스 사업부문에서 영업이익이 실현된 것이라고 단정하기에는 부족하다고 보이고 오히려 아래에서

161) 1심 판결(서울행정법원 2010. 1. 14. 선고 2009구합29646 판결)을 인용함

보는 바와 같은 당시의 경제여건과 리무진버스의 운영실태에 비추어 일반관리비까지 감안하는 경우 오히려 영업손실이 발생하였을 개연성이 있었다고 볼 여지가 있는 점

③ 원심이 인정한 바와 같이 ○○항공이 1998. 2. 27.경 예측한 바에 따르면 1997년도와 대비하여 1998년도의 리무진버스 수송실적이 20% 감소할 것으로 예상되어 이 사업부문에서만 무려 38억 원의 적자가 발생할 것을 우려하였다는 것이므로, 이러한 ○○항공의 예측이 당시의 경제 사정에 비추어 별달리 불합리하다고 보이지 아니하는 이 사건에 있어서, 원고 회사 역시 인원감축 등 특단의 조치를 취하지 아니하고서는 리무진버스 사업부의 경영위기를 타개할 수는 없었음을 추지할 수 있는 점

바. 법원은 **누적적자로** 경영이 악화된 상황에서 **인력감축을 통한 생산성 향상**이 필요한 경우 **긴박한 경영상 필요성**을 인정함

【대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69393 판결】

“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 건설 부문의 누적적자로 인한 경영의 악화로 회사의 생존이 어렵게 되자 자산매각조치 등의 자구노력을 게을리 하지 않으면서 최소한의 인력감축을 통한 생산성 향상을 꾀하였으나 어쩔 수 없이 노동 조합과의 협의를 거쳐 이 사건 정리해고에 이르렀다고 보아, 원고에 대한 정리해고는 긴박한 경영 상의 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.”

제10장  
정리해고

사. 법원은 지속적인 적자가 누적되어 **구조조정을 실시한 결과 일시적인 흑자로 돌아선 사정**이 있더라도 **향후 계속적인 구조조정이 필요한 경우** **긴박한 경영상 필요성**을 인정함

【서울고등법원 2009. 10. 8. 선고 2009누920 판결<sup>162)</sup>】

“원고 회사는 지속적으로 적자가 누적되던 바이오군산공장 핵심, GM/ARG사업과 전분당군산공장 양성전분, 환경 소재 사업 등에서 철수하는 구조 조정을 단행하고 그에 따른 잉여 인력을 감축하기로 하였는데, 원고 회사는 원료 가격 상승과 높은 인건비 비중 등과 같은 국내외적 경영 환경 악화 및 사업 구조 비효율성으로 인하여 2005년도 459억 원 적자, 2006년도 169억 원 적자 등 2년간 628억 원의 적자가 발생하는 등 장기간 적자 경영을 하여 왔고, 노동조합 또한 구조조정에 합의하고 인력 감축에 동의한 사정을 종합해 보면, 전체적으로 적자 경영을 하고 있었던 원고 회사

로서는 경영 개선 가능성이 희박한 바이오·전분당군산공장 일부 사업에서 철수하고 생산 라인을 폐쇄하기로 한 것은 경영상의 어려움을 극복하기 위한 구조조정 방안으로서 불가피하게 이루어진 경영상의 선택이며 그 구조조정에 따른 유휴 인력 감축 또한 객관적으로 필요하다고 보이며, 긴박한 경영상의 필요는 있었다고 판단된다.

이에 대하여 피고 및 참가인은, 이 사건 정리 해고를 실시한 시점에는 2007년도 1~3분기 동안 95억 원의 흑자가 발생하는 등 원고 회사의 경영 상태가 매우 호전되어 일부 사업 부문의 적자를 충분히 상쇄하고도 남을 정도였으며, 참가인이 근무하고 있는 전분당군산공장의 당기순이익은 2006년도 412억 원, 2007년도 312억 원으로 2년 연속 흑자를 기록하였고, 원고 회사는 2008. 1. 18. 전 직원에게 19억 7,000만 원의 특별 경영 성과금을 지급하였는데 특히 2007년도 경영 실적이 제일 우수하였던 전분당 사업 부문의 경우 그 지급률이 130%임에 비추어 ‘긴박한 경영상의 필요’가 인정되지 않는다고 주장하므로 살피건대, 비록 전분당공장이 2년 연속 흑자를 기록하였으나 긴박한 경영상의 필요성이란 기업의 일부 영업 부문 내지 영업소의 수지만을 기준으로 할 것이 아니라 기업 전체의 경영 사정을 종합적으로 검토하여 결정되어야 하고, 원고 회사가 2007년도에 들어서서 흑자로 돌아서는 등 경영 상태가 호전되었으며 정리 해고 이후 전 직원들에 대하여 특별 경영 성과금 지급할 수 있었던 것은 원고 회사가 지속적으로 추진하던 인원 감축 등과 같은 일련의 구조 조정에 따른 결과로도 볼 수 있으며 구조조정을 중단하여도 좋을 정도로 경영 환경이 근본적으로 개선된 것으로 볼 수는 없다 할 것이므로, 적자 경영 상태였던 원고의 경영 상태가 일시적으로 흑자로 돌아섰다는 사정만으로 적자가 누적되어 왔으며 실적이 개선될 여지도 없었던 일부 생산 라인을 폐쇄하고 그에 따른 유휴 인력을 감축하여야 할 합리적인 필요성을 부정하기 어렵다 할 것이므로, 피고 및 참가인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.”

아. 법원은 기업의 **전체 경영실적이 흑자**를 기록하고 있더라도 일부 사업부문이 경영악화를 겪고 있으며, 그러한 경영악화가 구조적인 문제 등에 기인한 것으로 쉽게 개선될 가능성이 없고 **해당 사업부문을 그대로 유지할 경우 결국 기업 전체의 경영 상황이 악화될 우려**가 있는 등 장래 위기에 대처할 필요가 있는 경우 긴박한 경영상 필요성을 인정함

【대법원 2012. 2. 23 선고 2010다3735 판결】

“원심이 피고의 대전공장 수지만을 기준으로 할 것이 아니라 피고 전체의 경영사정을 기준으로 이 사건 정리해고에 긴박한 경영상의 필요가 있었는지 여부를 판단하여야 한다고 본 것은 정당하다고 할 것이나, 피고가 전체적으로 당기순이익을 내고 재무구조상 안정적이었다는 점 등을 들어 이 사건 정리해고에 긴박한 경영상의 필요가 없었다고 판단한 것은 앞서 본 법리에 비추어 다음과 같은 이유에서 그대로 수긍하기 어렵다.

기업의 전체 경영실적이 흑자를 기록하고 있더라도 일부 사업부문이 경영악화를 겪고 있으며,

162) 대법원(대법원 2010. 2. 11. 자 2009두19595 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



그러한 경영악화가 구조적인 문제 등에 기인한 것으로 쉽게 개선될 가능성이 없고 해당 사업부문을 그대로 유지할 경우 결국 기업 전체의 경영상황이 악화될 우려가 있는 등 장래 위기에 대처할 필요가 있다면, 해당 사업부문을 축소 또는 폐지하고 이로 인하여 발생하는 잉여인력을 감축하는 것이 객관적으로 보아 불합리한 것이라고 볼 수 없다.

그런데 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거들을 종합하면, 피고 전체적으로는 매년 당기순이익을 냈으나 피고의 대전공장은 2004 사업연도부터 매년 상당액의 영업 손실을 냈고, 그 생산량도 증감의 변동은 있지만 지속해서 감소 추세에 있었던 사실, 결국 피고는 2007. 7. 10. 대전 공장을 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 원심으로서의 피고의 대전공장이 계속하여 영업 손실을 낸 원인이 무엇인지, 대전 공장의 경영악화가 구조적인 문제 등에 기인하여 쉽게 개선될 가능성이 없었는지, 대전공장의 경영악화가 피고 전체의 경영에 어떠한 영향을 미쳤는지, 피고가 대전공장의 폐쇄를 결정한 것이 피고 전체의 경영악화를 방지하기 위하여 불가피한 것이었는지 등에 대하여 보다 자세히 심리한 다음에, 피고가 대전공장을 폐쇄하고 이에 따라 발생한 잉여인력을 감축한 조치가 객관적으로 보아 합리성이 있었는지를 판단하여야 할 것이다.

그럼에도 원심은 앞서 본 것과 같은 이유로 이 사건 정리해고에 긴박한 경영상의 필요가 없었다고 판단하였으니, 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.”

자. 법원은 경영상 해고 이후 경영상태가 호전되어 흑자경영이 되기는 하였지만 경영상 해고 당시에는 **조업단축 등으로 인한 잉여인력이 단시일 내에 쉽사리 해소될 것으로 기대하기 어려웠고 또한 동종업계의 경기전망이 더욱 안 좋게 전개될 것으로 예측되는 상황에서** 그에 대처하기 위해서 인력조정을 한 경우 긴박한 경영상 필요성을 인정함

제10장  
정리해고

#### 【대법원 2013. 6. 13 선고, 2011다60193 판결】

“근로기준법 제24조 제1항에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 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.

...(중략)...

그러나 원심이 실시한 사정들 중 피고의 매출액이 2009. 1.경 이후 꾸준히 증가하였고 이 사건 정리하고 직후인 2009. 4.경부터 잔업이 증가하기 시작한 점, 이 사건 정리하고를 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 정리하고 이후의 사정들로서 이러한 사정은 정리하고 당시의 경영상태를 판단하는 간접적 요소로 고려하는 정도를 넘어 정리하고의 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 정리하고 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 정리하고 당시 피고의 경영상태를 감정한 감정인도 2009. 3.경 피고는 경영위기 상황에 직면해 있었다는 의견이었던 점으로도 뒷받침된다. 거기에서 피고는 이전부터 추진해 온 공정합리화 조치의 결과 이미 상당수의 잉여인력이 발생되어 있는 등의 어려움을 극복하기 위하여 고용유지훈련, 휴무 실시, 임원 임금 삭감, 희망퇴직 등의 조치를 시행한 점 등에 비추어 보면, 피고로서는 이 사건 정리하고 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 정리하고 당시 긴요한 현금유동성의 해결에는 별 도움이 될 수 없는 상황이었고, 피고의 매출액 감소의 직접적인 원인은 실질적으로 현○자동차와 쌍○자동차에 대한 납품액 감소에 있었으며, 유○기업이 의도적으로 피고의 경영상 위기를 조성하기 위하여 매출을 감소시켰다고 볼 만한 근거는 없다.

다른 한편, 원심은 법원의 촉탁에 의하여 실시된 감정 결과가 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 정리하고는 긴박한 경영상의 필요에 의한 것으로 볼 여지가 상당하다 할 것인데도, 이와 달리 판단한 원심판결에는 정리하고의 요건 중 ‘긴박한 경영상의 필요’에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다.”

차. 법원은 오피스텔을 기존의 자치관리방식에서 위탁관리방식으로 변경함에 따라 직제가 폐지되는 해당 업무 근로자들을 해고하는 것은 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 봄

## 【서울고등법원 2009. 9. 8. 선고 2009누3189 판결】

“참가인은 기존의 자치관리 방식에 대하여 이 사건 오피스텔의 구분소유자 등으로부터 여러 차례 이의가 제기되자, 외부 전문기관의 이 사건 오피스텔 관리실태에 대한 조사를 거친 후, 그 결과를 바탕으로 이 사건 오피스텔 관리업무의 전문화 및 효율화를 위해 이 사건 오피스텔을 외부 전문 관리업체에 위탁관리하기로 총회에서 결의하였고, 이에 따라 이 사건 오피스텔의 관리업무에 종사 하던 원고들을 포함 근로자들을 해고할 수밖에 없었던 점 …(중략)… 을 고려할 때, 이 사건 해고는 경영상의 필요에 의하여 이 사건 오피스텔의 관리를 외부 전문관리업체에 위탁함에 따라 직제가 폐지되는 원고들을 해고하게 된 것으로 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지녀 정당하다고 봄이 상당하다.”

카. 법원은 국가나 지방자치단체의 경우, 긴박한 경영상의 필요성을 완화된 기준으로 판단하여, 지방자치단체의 청소업무 민간위탁 결정은 긴박한 경영상의 필요성이 있는 경우에 해당한다고 봄

【서울고등법원 2006. 4. 27. 선고 2005누6753 판결<sup>163)</sup>】

“국가나 지방자치단체와 같은 공공부문의 경우, 인원삭감을 하지 않으면 도산할 우려가 있거나 심각한 재정상의 곤란이 초래되는 상황을 일반적으로 상정하기 어려우므로 정리해고의 정당성을 판단함에 있어서도 ‘긴박한 경영상의 필요성’을 민간 기업의 정리해고의 경우와 같이 엄격하게 다룰 수는 없다. 국가나 지방자치단체의 경우 부단한 체질개선과 구조조정을 통하여 예산을 절감하고 행정의 효율성을 증대하여야 할 것이 요구되므로 특별한 재정상의 어려움에 처해 있지 않음에도 불구하고 일정 업무를 민간업체에 위탁하였다는 사정만으로 경영상의 필요성을 쉽게 부정해서는 안될 것이다.

앞서 본 바와 같이 원고 시(사용자)가 청소업무를 민간위탁한 조치는 원래 정부와 경기도의 지방 조직개편추진지침에 따른 것인데, 정부와 경기도가 비정규사용인력을 비효율적으로 운용하는 시·군에 대하여 지속적으로 비정규인력의 감축관리를 강화해 줄 것을 요구하고, 원고 시에 대하여도 부의 인센티브 부여 가능성을 내세워 여러 차례에 걸쳐 조직개편을 강조하여 온 점, 원고 시가 재정수입 중 상당 부분을 국가나 경기도로부터 받는 교부세 또는 보조금에 의존하고 있는 현실에서 이와 같은 정부와 경기도의 요구에 따르지 않을 수 없었던 점, 원고 시가 전문가에 대한 연구용역 등을 통해 청소업무를 민간위탁할 경우 경제적인 효율성이 제고되고 그와 관련한 관리업무 기능이 축소되어 경비절감의 효과가 있을 것으로 보았을 뿐만 아니라, 실제로 환경미화업무가 민간기업에 위탁된 다른 기초자치단체의 경우에 상당 정도 재정효율성이 나타나는 것으로 평가되고 있는 점 등에 비추어, 이 사건 해고는 경영상의 필요성이 충분히 인정된다 할 것이다.”

제10장  
정리해고

163) 대법원(대법원 2006. 8. 25. 자 2006두9269 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

타. 법원은 감독관청인 서울특별시가 재단법인 서울시립 교향악단을 설립하고 재단법인 S문화회관 교향악단을 폐지하기로 결정함에 따라 S문화회관이 그 교향악단 소속 직원을 정리해고한 사안에서, **감독관청의 예산지원 중단에 대하여** 긴박한 경영상 필요성을 인정함

【서울행정법원 2007. 2. 2. 선고 2006구합26547 판결】

“참가인(사용자)으로서는 감독관청(○○시)이 새로이 재단법인으로 교향악단을 설립하고 기존의 참가인 교향악단을 폐지하기로 하여 그 예산상 지원을 중단함에 따라 참가인으로서 원고(근로자) 등을 포함하여 그 직제 소속 단원 전원에 대하여 정리해고를 단행할 긴박한 경영상의 필요성이 있었다고 할 것이다.”

파. 법원은 경영합리화 조치의 일환으로 소유 건물을 매각하고 그 **관리업무를 수행 하던 자회사를 매각하고 건물관리업무를 외주용역으로 전환**하면서 인력조정을 실시한 것은 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위한 인원삭감으로서 객관적으로 보아 합리성이 있다고 봄

【대법원 2012. 6. 28 선고 2010다38007 판결】

“원심은 그 채용 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 알○○○ 그룹이 1999년 피고를 인수한 이후 2006. 3. 31.까지 증자한 금액이 모두 8,515억 원에 달함에도 피고는 1999년 이후 2006년 사업연도까지 약 510억 원의 손실액이 누적되었고, 이러한 상황에서 주변지역의 상권 및 업무환경 변화, 부동산 경기변동에 따른 건물 공실률 상승 등으로 인하여 피고 소유 건물의 투자수익률이 시중은행의 평균적인 정기예금 이자율에도 미치지 못할 정도로 저하되자, 피고가 경영합리화 조치의 일환으로 피고 소유 건물을 매각하고 그 관리업무를 수행하던 자회사인 ○○빌딩관리 주식회사(이하 ‘○○빌딩관리’라고 한다)를 주식회사 ○○이월드(이하 ‘○○이월드’라고 한다)에 매각한 다음 본연의 사업인 보험업무에 역량을 집중하기 위하여 건물관리업무를 외주용역으로 전환하면서 ○○빌딩관리에 파견되어 근무하던 원고들을 비롯한 피고 소속 기계·전기직 근로자에 대한 인력조정을 실시한 것은 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위한 인원삭감으로서 객관적으로 보아 합리성이 있으므로 긴박한 경영상의 필요를 인정할 수 있다는 취지로 판단하였다.

앞에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 위와 같은 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 정리해고의 요건인 긴박한 경영상의 필요에 관한 법리를 오해한 위법 등이 없다.”

하. 법원은 기술집약적인 자동차산업의 경우 상당기간 신규 설비 및 기술 개발에 투자하지 못하여 경영위기가 온 것은 계속적·구조적인 것으로서 긴박한 경영상의 필요성을 인정하고, 경영진의 부실경영 등으로 경영위기가 초래되었다고 하여 이러한 필요성이 부정된다고 보기 어렵다고 판단함

【대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다 20875, 20882 판결】

“1) 가) 먼저 원심은 이 사건 정리하고 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 한국○○은행은 상○○자동차의 유동성 지원이 선행되지 않으면 대출을 할 수 없다는 입장이었으나, 상○○자동차는 금융권의 대출 재개와 구조 조정에 대한 노조의 협력을 유동성 지원의 조건으로 내걸어 피고에 대한 대출이 이루어지지 않았던 사실, 피고는 이 사건 정리하고를 포함한 인력구조조정을 마친 2009. 8. 11.에야 한국○○은행으로부터 1,300억여 원을 대출받을 수 있었는데, 위 대출금은 구조조정자금으로만 사용되도록 용도가 제한되었던 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계에 따르면, 이 사건 정리하고 당시 피고가 그 소유의 부동산을 담보로 제공하고 금융권으로부터 신규자금을 대출받는 것은 사실상 불가능한 상황이었던 것으로 봄이 타당하다.

나) 다음으로 재무건전성 위기에 대하여 보면, 원심은 피고가 손상차손 인식의 대상이 된 유형 자산에서 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 설비를 마련할 자금 동원 능력도 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 과소 평가된 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 손익이 바뀌어 이 사건 유형자산 손상차손을 인식하기 전에도 이미 1,861억여 원의 당기순손실을 기록한 점, 지속적인 매출 감소로 피고의 현금보유액이 감소하여 2009. 1. 당시 가용 가능한 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 기술집약적인 자동차산업의 경우 지속적인 기술개발과 대규모 투자가 이루어지지 않으면 동종업체와의 경쟁에서 뒤처질 수밖에 없고, 이는 매출 감소와 시장점유율의 하락으로 이어지는데, 피고는 기업구조개선 작업 기간에 규모 있는 연구개발과 투자를 할 수 없었고, 이후 상○○자동차가 피고를 인수한 이후에도 피고에 대한 적극적인 투자가 이루어지지 않아 SUV 차량 외에 차종의 다양화를 이루지 못하였고, 거기에 SUV 차량에 대한 세제혜택 축소로 SUV 차량에 대한 선호도가 떨어지자 매출은 더욱 감소하게 된 점, 그러던 중에 2008년 하반기의 경유 가격 급등과 국내외 금융위기 사태에 봉착하게 되자 피고는 자력으로는 유동성 위기를 해결할 수 없는 지경에 이른 것으로 볼 수 있는 점 등을 고려하면, 이 사건 정리하고 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.”

## 1.4 긴박한 경영상의 필요성을 부정한 사례

가. 사용자가 경영상 필요의 근거로 삼는 지표 이외의 다른 지표들은 안정적인 경우

1) 법원은 정리하고 실시 전년도에 당기순손실이 발생한 사실은 인정되나, 그 이전에는 지속적으로 당기순이익이 발생하였고, 유동비율·부채비율·시장점유율 등 다른 지표들이 안정적인 경우에는 긴박한 경영상 필요성을 부정함

## 【대법원 2012. 2. 23. 선고 2009두15401 판결】

“원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고 보조참가인들(이하 ‘참가인들’이라고 한다)에 대한 2007.4.12.자 이 사건 해고 당시 원고의 재무구조상 성장성 또는 수익성 측면에서 경영 상태가 나빠지고 있었다고 볼 수 있으나, 2000년도 이후 2006년도에 처음으로 당기순손실이 발생하였을 뿐 그전에는 계속하여 당기순이익을 유지하고 있었고, 2006년도에 처음으로 매출 수량 및 매출액이 평균을 크게 벗어났을 뿐인 점, 원고의 유동비율과 부채비율, 차입금과 이익잉여금의 규모, 신용등급 등에 비추어 볼 때 이 사건 해고 당시 원고는 재무구조 측면에서 매우 안전하였다고 볼 수 있는 점, 원고가 이 사건 해고를 전후하여 직원들의 임금을 인상하였고 이 사건 해고 이후에 남아 있는 직원들로 하여금 연장근로 및 휴일근로를 하도록 한 점, 2006년부터 2010년까지 정년퇴직 예상인원이 30명에 이르러 원고로서는 정년퇴직에 의한 자연스러운 인력감축을 통해 이 사건 해고 범위를 일정 부분 피할 수 있었던 점 등을 종합하여 보면, 원고에게 이 사건 해고를 해야 할 정도의 긴박한 경영상 필요가 있었던 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

위에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 정리해고의 요건에 관한 법리오해 등의 위법이 없다. 원고의 주장과 같이 원고가 2008.8.31.자로 기타 제조판매업을 중단하고 참가인들이 근무하던 부평공장을 폐쇄하였다고 하더라도, 이는 이 사건 해고 이후의 사정이어서 이 사건 해고의 정당성을 판단함에 있어 고려할 것은 아니다(다만 이 사건해고는 부평공장 폐쇄에 수반하여 이루어진 해고와는 별개로서 그 정당성 여부에 관한 평가는 별도로 이루어져야 할 것이다).

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

2) 수년간 매출액 감소로 인한 누적적자가 발생하였던 점은 인정되나, **유동비율·부채비율·이익잉여금 등이 안정적인 상황**이고 인원삭감에 앞서 임금을 삭감할 여지가 있는 점이 있는 경우에는 긴박한 경영상 필요성을 부정함

제10장  
정리해고【서울고등법원 2009. 8. 11. 선고 2009누29 판결<sup>164)</sup>】

“원고가 2004년부터 2007년도까지 해마다 매출이 감소하여 누적적자가 210억원에 이른 사실, 인터넷 확산, 무료신문 등으로 원고의 신문발행, 판매 및 광고수입 등이 지속적으로 감소하고 있는 사실, A보고서에는 2009년경 자본잠식사태에 이를 것으로 추정한 사실은 앞에서 본 바와 같다.

그러나 원고는 중앙 및 지역일간지를 통틀어 2006년도 재정안정성지표를 충족한 3개 신문사 중 하나에 포함되었는데, 2005년도 유동비율(유동자산을 유동부채로 나눈 비율) 238.4%, 부채비율은 53.0%이었고, 2006년 유동비율은 220.0%, 부채비율은 47.8%인 사실, 2007년도 …(중략)… 유동비율은 202.8%인 사실, 원고의 이익잉여금은 2005년에는 42,885,919,942원, 2006년에는 34,807,562,279원, 2007년도에는 28,851,711,106원, 2008년도에는 29,293,651,459원으로서 해마다 적자가 발생하였음에도

불구하고 피고보조참가인들을 해고할 무렵 여전히 300억원에 이르는 이익잉여금을 보유하고 있었다는 사실, A보고서는 …(중략)… 300~400억원에 이르는 이익잉여금을 제외한 채 자본잠식을 추정한 사실, 원고 직원의 인건비는 국내신문사 중 4위인 평균65,690,000원(2004년 기준)에 이르고 있어 임금을 삭감할 여지가 충분히 있다고 보이는데도 불구하고 원고는 …(중략)… 임금 삭감을 위한 아무런 합의도 하지 않은 사실(2007. 7. 6.자 임금협약서의 기재에 의하면 원고는 기본급과 직무수당의100%씩 연7회에 걸쳐 상여금을 지급하는 외에도 하기휴가비 100%를 지급하기로 하였다)을 인정할 수 있는 바, 이를 종합하여 고려할 때, 원고가 피고보조참가인들을 해고할 무렵 도산에 이를 정도로 경영상황이 악화되었다고 보기 어렵고 장래에 올수도 있는 위기에 미리 대처하기 위한 인원을 삭감한 것이 아니라 하더라도 그러한 인원삭감에 객관적인 합리성이 보이지 않으므로 원고에게는 경영상 해고를 위한 긴박한 경영상의 필요성이 인정되지 않는다.”

3) 법원은 일부 사업부문은 영업손실을 기록하였으나 법인 전체로는 영업이익이 발생하였고, 성과급 지급 및 신규인력을 채용한 경우 긴박한 경영상 필요성을 부정함

【 대법원 2015. 5. 28 선고 2012두25873 판결 】

“1. 정리해고의 요건 중 ‘긴박한 경영상의 필요’란 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원삭감이 필요한 경우도 포함되지만, 그러한 인원삭감은 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되어야 한다(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 사업 부문 내지 사업소의 수지만을 기준으로 할 것이 아니라 법인 전체의 경영사정을 종합적으로 검토하여 결정하여야 한다(대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30580 판결 참조).

…(중략)…

나아가 이 사건 정리해고 당시 참가인의 경영사정에 관하여 본다. 이 사건 정리해고 무렵 기업 신용평가 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 견고

164) 대법원(대법원 2009. 11. 4. 자 2009두15838 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



하였던 것으로 보이고, 참가인의 서울호텔사업부에 쉽게 개선되기 어려운 구조적인 문제가 있어 참가인 전체의 경영악화를 방지하기 위하여 인원을 감축하여야 할 불가피한 사정이 있었던 것으로 보이지는 아니한다.

위와 같은 사정에다가 이 사건 정리해고 당시 참가인의 매출규모에 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 경영상의 필요’에 따른 것으로 보기 어렵다.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 이 사건 정리해고에 ‘긴박한 경영상의 필요’가 인정된다고 판단하였으니, 원심의 판단에는 정리해고의 요건 중 ‘긴박한 경영상의 필요’에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.”

#### 나. 회계지표 악화의 원인이 과다인원과 관계가 없는 경우

법원은 재무제표상 적자가 누적되는 상황이라 하더라도 **적자발생의 주된 원인이 인건비가 아닌 관리비 등 기타 비용**이며, 일부 업무의 외주용역으로 전환한 후에도 특별한 개선이 없는 경우에는 긴박한 경영상 필요성을 부정함

#### 【서울행정법원 2007. 2. 15. 선고 2006구합14179 판결】

“원고 병원은 1997년경부터 경영여건이 악화되어 2000. 3.부터 2005. 2.까지 누적적자금액이 140억 7,153만 원에 달하기는 하였으나, 2002년부터 2005년까지 의료수익의 연평균 증가율 7.6%에 비하여 인건비증가율은 연평균 2.5%에 그친 반면에 관리비증가율이 연평균 26.7%를 초과하여 적자발생의 큰 원인이 되었고, 영양과 소속 직원들의 인건비가 전체 직원 인건비의 3% 남짓으로 그 비중이 낮은 점, 원고 병원의 영양과 업무를 외주용역으로 전환하더라도 그 직원들의 근로조건을 직영시 정규직원과 동일하게 유지하도록 하여 경영여건의 개선에 당장 별다른 효과를 가져오지 못할 것으로 보이는 점, 영양과는 그 업무를 외주용역으로 전환하기 전인 2004. 3. 1.부터 2005. 2. 28까지는 41,088,855원의 흑자를 냈음에도 오히려 외주용역으로 전환한 후인 2005. 3. 1.부터 2006. 2. 28까지는 492,712,965원의 적자를 낸 점 등을 종합하여 보면, 원고 병원이 영양과 업무를 외주용역으로 전환하는 방법에 의하여 인원감축을 할만한 객관적·합리적인 이유가 있는 때에 해당한다고 할 수 없으므로 경영합리화를 위한 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 할 수 없다.”

#### 다. 경영상 위기의 일반적인 상황에 반하는 간접사실들이 다수 있는 경우

법원은 재무제표상 자본잠식이 된 상황이라 하더라도, **사업확장, 자금 대여, 계속된 신규사원 채용** 등의 사정이 존재하는 경우에는 긴박한 경영상 필요성을 부정함

##### 【대법원 1995. 11. 24. 선고 94누10931 판결】

“참가인 회사는 위와 같은 누적적자로 일부 자본 잠식이 있던 상황임에도 ○○은행에서 참가인 회사를 인수할 때 자본잠식분 이외에 1억 여 원을 더 주고 인수하였으며, 참가인 회사의 총 인원은 회장, 전무 각 1인씩 임원 2인이 있었고, 직원은 1급 2명, 2급 1명, 3급 6명, 4급 4명, 5급 여직원 1명, 6급 여직원 4명, 서무원 2명 등 총 22명이었는데 위와 같이 ○○은행에 인수되면서 6명(3급 4명, 4급 2명)이 모기업인 ○○투자신탁으로 복귀하여 이 사건 원고를 해고할 당시에는 16명이었던 사실, ○○은행이 참가인 회사를 인수한 이후 참가인 회사는 경영개선책의 일환 등으로 사무실의 규모를 줄여 임대차보증금을 1억 5천만원 정도 줄인 바 있으나, 기존의 슈퍼살롱 및 프린스 승용차 이외에 새로이 그랜저 승용차를 구입하고 그에 필요한 운전기사까지 추가로 채용하였으며, 이 사건 해고 당시 참가인 회사의 접대비는 1년에 약 9,000만원 정도였을 뿐만 아니라 이 사건 해고 이후 참가인 회사는 계속적으로 흑자를 보고 있는 사실을 알아볼 수 있는바, 위 사실과 원심이 적법하게 확정한 사실에 의하면, 첫째, 참가인 회사가 누적적인 적자상태에 있기는 하지만 적자 상태가 만성적이고 앞으로도 계속 그런 상태가 유지될 가능성이 있어야 급박한 경영상의 필요가 있다고 볼 수 있을 것인데, 이 사건의 경우에는 ○○은행에서 그러한 참가인 회사를 잠식된 자본금을 보전하고도 남은 금원을 추가로 지급하고서 인수한 점이라든지 그 후 참가인 회사가 흑자로 돌아 선 사정, 원고에 대한 이 사건 해고를 하기 약간 전에 새롭게 고급 승용차를 구입하고 그에 부수하여 운전기사까지 새로이 고용한 점에 비추어 선뜻 급박한 경영상의 필요가 있다고는 볼 수 없음은 물론, 현재의 근로자를 해고하고 그 대신 낮은 근로자를 새로이 고용하면 해결될 정도의 상황이 급박한 경영상의 사정이 있는 경우라고 인정하기도 곤란할 뿐만 아니라 인수하는 회사의 요구가 있다고 해서 정리해고의 요건이 될 정도의 급박한 경영상의 필요가 있다고 볼 수는 없을 것이어서 참가인 회사가 경영합리화를 위하여 정리해고를 할 필요가 있다고 단정할 수 없다.”

##### 【서울행정법원 2006. 1. 10. 선고 2005구합16390 판결】

“① 원고 회사는 재무제표상으로는 2001~2004 사업연도에 걸쳐 단기차입금의 증가에 따른 부채 증가와 그로 인한 자본잠식이 누적되는 상황에 처해 있기는 하였지만, 2003 사업연도에는 당기순 이익을 기록한 점, ② 이 사건 정리해고 직전인 2004. 5. 13. 소외 회사를 설립하여 사업 확장을 도모한 점, ③ 대표이사를 비롯한 특수관계에 있는 법인에게 상당한 규모의 자금을 대여한 점, ④ 이 사건 정리해고 2달 전 신규사원을 11명이나 채용하였고, 이 사건 정리해고 이후에도 신규사원을 계속 채용하고 있는 것으로 보이는 점, ⑤ 부동산 투자 및 개발업 등을 영위하는 원고 회사의 특성상 신규 사업을 수행하기 위한 단기자금차입은 불가피한 것이어서 그로 인한 일시적인 부채 누적이 반드시 회사 전체의 경영수지 악화라고 단정할 수 없는 점 등을 종합하면, 원고 회사는 이 사건 정리해고 당시 긴박하고 절실한 경영상의 필요가 있었다고 보기 어렵다.”

## 2. 해고회피노력 충족 여부

### 2.1 사용자의 해고회피노력을 인정한 사례

가. 법원은 원칙적으로 **경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시 휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근** 등의 가능한 모든 조치를 취한 경우에 해고회피 노력을 인정함(요구되는 해고회피노력의 방법과 정도는 경영상 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라짐)

#### 【대법원 1992. 12. 22. 선고 92다14779 판결】

“기업이 경영상의 사정에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 정리해고에 정당한 이유가 있기 위하여 필요한 요건 중 해고회피를 위한 노력을 다하여야 한다는 것은 사용자가 근로자의 해고범위를 최소화하기 위하여 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등의 가능한 조치를 취하는 것을 의미하는 것인바, 피고 회사(사용자)는 섬유류 제조, 판매 및 수출입업 등을 하는 회사로서 본사에 내수공장, 서울 구로구 독○동에 구○공장, 성○시에 성○공장을 각 두고 위 본사 내수공장에서는 뽕○○○라는 상표로 국내여성용 의류를, 구○공장에서는 수출용의류(재킷)를, 성남공장에서는 양말류를 주로 제조한 사실, 피고 회사는 구로공장이 1988. 1. 가동 이래 매년 적자상태가 계속되고 사업전망도 없어 더 이상 공장경영을 계속하기 어렵게 된 데다가 노사의 폐업을 면하기 위한 마지막 자구노력도 실패로 돌아가자 1990. 7. 18.경 어쩔 수 없이 폐업하기에 이른 사실, 피고 회사가 구○공장의 폐업과 관련하여 원고 등 소수를 제외한 대다수 근로자들과는 잔여급여 및 퇴직금을 지급하는 조건으로 해고하기로 합의한 사실, 내수공장은 고급여성용의류를 생산하므로 기술과 숙련이 필요하여 재킷류 등의 의류를 라인작업에 따라 다량 제조하는 구로공장에 비하여 고임금이 지급되었고, 성남공장은 단순노동에 속하는 작업이어서 구○공장보다 저임금이 지급되어 위 각 사업은 같은 피고 회사의 사업이기는 하지만 실체는 서로 다른 직장으로 취급되어 근로자들의 교류가 행하여지기 어렵게 되어 있는 사실 및 위 본사 내수공장 또한 1990. 9.경 경영악화로 폐업한 사실 등을 인정한 바에 비추어 보면, 원심은 피고 회사 구○공장의 폐업이 긴급한 경영상의 필요에 의한 것이고, 피고 회사가 이로 인하여 구로공장의 근로자 전부를 해고함에 있어서 그 근로자들을 본사 내수공장이나 성○공장으로 전근 시킬 여지가 없었고, 다른 해고회피를 위한 조치도 취할 수 없는 경우라고 판단한 것으로 이해되는 바, 기록에 비추어 보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 소론이 지적하는 바와 같은 정리해고의 요건에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.”

제10장  
정리해고

나. 법원은 자회사를 매각하면서 자회사 소속 근로자들에게 **특별퇴직 프로그램**을 실시하고, 특별퇴직 위로금으로 최대 30개월분의 평균임금에 상당하는 금액을 지급하고 자회사를 인수한 매수회사에 **최소 2년간 고용이 보장되도록** 조치한 경우, 정리

해고의 범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하였다고 봄이 상당하다는 취지로 판단함

【 대법원 2012. 6. 28 선고 2010다38007 판결 】

“(2) 원심은 그 판시와 같은 여러 사정, 즉 피고가 경영합리화 조치의 일환으로 피고 소유의 건물 매각 및 그 관리업무를 담당하던 자회사 ○○빌딩관리의 매각을 추진함에 따라 ○○빌딩관리에 파견되어 기계·전기 업무를 담당하여 오던 원고들을 비롯한 피고 소속 기계·전기직 근로자 34명의 담당 업무 자체가 폐지될 상황에 이르자, 2007. 3. 29.경부터 같은 해 4. 2.경까지 기계·전기직 근로자들을 개별적으로 면담하여 ○○빌딩관리의 매각에 따라 더 이상 근로관계를 유지할 수 없음을 설명한 후, 2007. 4. 18. 기계·전기직 근로자들에게 ‘2007. 4. 24.까지 전환배치 신청을, 같은 달 30일까지 특별퇴직(30개월분의 평균임금에 상당하는 특별퇴직금 지급, 고용알선) 신청을 받을 예정이며, 위 기간 내에 전환배치나 특별퇴직을 신청하지 아니한 근로자에 대해서는 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 특별 퇴직 프로그램 자체를 반대하다가 그 후 다시 퇴직 시점을 약 1년 후로 미루어 달라고 요청한 점, 피고는 원고들을 제외한 나머지 기계·전기직 근로자 30명에 대하여 특별퇴직 프로그램을 실시하여 소속 변경 전후의 급여 및 퇴직금 차액 등에 대한 보전 차원에서 특별퇴직 위로금으로 최대 30개월분의 평균임금에 상당하는 금원(1인당 평균 약 1억 2,000만 원)을 지급하고 ○○빌딩관리를 인수한 ○○월드에 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 ○○월드에 ○○빌딩관리를 매각한 경위 및 그 약정 내용, 당시의 상황 등에 비추어 피고가 소유 건물을 매각할 때마다 단계적으로 기계·전기직 근로자의 인원을 감축하고 ○○월드가 그때마다 그 감축인원의 고용을 승계할 것을 ○○월드에 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 해고회피노력 등에 관한 법리오해, 판단누락 등의 위법이 없다.”

다. 법원은 임원진 등의 임금 일부 반납, 비품 처분, 부동산매각추진 등 비용절감을 위한 조치를 취하고, 관계 계열사에 해고 대상 직원의 우선채용협조를 요청하는 한편 당초 해고 대상 예정인원을 감축하는 경우 해고회피노력을 인정하고, 정리해고대상자를

인사관리가 별도로 이루어지는 다른 사업부문에 배치전환하지 않았다고 하여 해고 회피노력을 다하지 않은 것으로 볼 수 없다고 판단함

【대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13972 판결】

“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 우선 채용협조를 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 호텔 사업 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 제6조 제3항의 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. 법원은 정리해고 이후 나머지 직원들에 대한 보상차원에서 이루어진 급여인상이나 사기 진작 차원에서 이루어진 승진인사만을 이유로 해고회피노력을 부정할 수 없다고 봄

【서울고등법원 2007.7.24. 2006누30371 판결<sup>165)</sup>】

“원고(근로자)는 참가인 회사가 이 사건 정리해고 이후 직원들의 급여를 1인당 20만원씩 인상하기로 합의하였으므로, 이는 이 사건 정리해고를 피하기 위한 모든 조치를 다하지 아니하였다는 것을 반증하는 것이라는 취지로 주장하므로 보건대, …(중략)… 이는 인력감축으로 인하여 업무부담이 증가하게 된 나머지 직원들에 대한 보상차원에서 이루어진 것으로 보이므로, 그러한 사정만으로 참가인 회사가 이 사건 정리해고를 피하기 위한 조치를 다하지 아니한 것이라고 단정할 수 없다.”

【서울고등법원 2008. 5. 23. 2007누29293 판결<sup>166)</sup>】

“그러므로 참가인이 2002년경 행한 성과급 지급이나 이 사건 해고(2005. 5. 21.자) 이후 사기 진작 차원에서 행해진 것으로 보이는 승진인사나 상당한 기간이 지난 후의 특별격려금 지급(2005. 2. 1.자 노사합의서 제3항에 의하여 향후 성과급의 지급이 예정되어 있기도 하다) 등을 들어 이 사건 해고를 함에 있어 참가인이 해고회피노력을 다하지 아니하였다는 원고들의 주장은 받아들일 수 없다.”

마. 법원은 근로자에 대한 무급휴직 실시로 인해 오히려 손실이 확대될 수 있는 사정이 존재하는 경우, 근로자에 대하여 무급휴직을 실시하지 않았다고 하여 해고회피노력이 부정되는 것은 아니라고 봄

【서울고등법원 2008. 7. 1. 선고 2007누34226 판결<sup>167)</sup>】

“원고(근로자)들이 주장하는 사정, 즉 참가인(사용자)이 무급휴직을 실시하지 아니하였다는 사정은, 만약 참가인이 직영 T/P차량의 운전기사들을 상대로 무급휴직을 실시하였다면 운영이 정지된 직영 T/P차량에 대한 고정비용(차량유지비 등)의 지출로 경감손실이 오히려 확대되었을 것으로 보이는바, 참가인에게 해고회피를 위한 수단으로 ‘무급휴직의 실시’를 요구하는 것은 불합리하다고 보이는 점에 비추어 위 판단에 영향을 미치지 어렵다.”

165) 대법원(대법원 2007. 11. 15. 자 2007두17182 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

166) 1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 11. 선고 2006구합15561 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 11. 자 2008두9935 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

167) 1심 판결(서울행정법원 2007. 11. 23. 선고 2007구합19843 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 25.자 2008두12887 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

바. 법원은 정리해고에 앞서 **부분 휴업, 임금 동결, 순환휴직, 사내협력업체 인원 축소, 임직원 복지 중단, 희망퇴직** 등의 조치를 실시한 사정 등이 있는 경우, 정리해고 당시에는 고용보험법에 따른 지원을 받을 수 있는 무급휴직을 실시하지 않고 있다가 **정리해고 이후 무급휴직을 실시하였다고 하여 해고회피노력을 부정하지 않음**

【대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다20875,20882 판결】

“가. 정리해고의 요건 중 ‘해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 한다’는 것은 경영방침이나 작업 방식의 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(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 관련 규정에 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 비합리적이라거나 자의적이라고 볼 수 없고, 이 사건 정리해고 이후에 이루어진 무급휴직 조치는 이 사건 정리해고를 둘러싼 노사 간 극심한 대립으로 기업의 존립 자체가 위태로워지자 최악의 상황을 막기 위해 교육지책으로 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.”

사. 법원은 근로자가 담당하고 있던 **업무의 대체가능성이 낮아 배치전환이 사실상 곤란한 사정이 있는 경우**, 근로자에 대하여 배치전환을 실시하지 않았다고 하여 해고 회피노력이 부정되는 것은 아니라고 봄

【서울고등법원 2006. 10. 20. 선고 2005누30060 판결<sup>168)</sup>】

“참가인 회사는 철구사업부문의 폐지에 앞서 2차례에 걸쳐 일부 근로자들을 다른 사업부문으로 배치전환 하였고, 철구사업부 소속 91명의 근로자 중 76명에 대한 희망퇴직을 실시하여 유리한 조건에서 자발적으로 퇴직할 수 있도록 하였으며, 신규채용을 억제하고 연장근로를 중단하였음은 물론, 철구2공장을 매각하는 등 정리해고를 피하고 그 범위를 감소시키기 위한 방안을 강구하였고, 나아가 일부 근로자의 배치전환에 대해서도 노동조합에게 지속적인 협조를 요청하고 합의를 위해 노력하였다는 사정 및 노동조합측이 요구한 철스크랩사업부로의 배치전환은 철구사업부와 철스크랩 사업부는 목적사업이 다르고, 근로자들에게 요구되는 기술, 경험도 상이한 분야로서 상호간 배치 전환이 사실상 곤란하다는 점 등 변론에 나타난 여러 사정을 감안하면, 참가인 회사로서는 이 사건 정리해고를 피하기 위하여 가능한 노력을 다하였다고 할 것이다.”

아. 법원은 정리해고를 전·후하여 비록 **연장근로**를 실시한 사실이 있다고 하더라도 **한시적인 특정 제품의 생산량 증대에 기인한 것**이라면 해고회피노력을 부정하지 않음

【대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두14682 판결】

“1. 정리해고에 정당한 이유가 있기 위하여 필요한 요건 중 해고회피를 위한 노력을 다하여야 한다는 것은 사용자가 근로자의 해고범위를 최소화하기 위하여 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직, 희망퇴직의 활용 및 전근 등의 가능한 조치를 취하는 것을 의미하고 (대법원 1992.12.22. 선고 92다14779 판결 등 참조), 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(대법원 2002.7.9. 선고 2001다29452 판결 등 참조).

원심은 그 채용 증거들을 종합하여 그 판시 사실들을 인정한 다음, 그 판시와 같은 사정들에 비추어 피고보조참가인이 노동조합과 사이에 이 사건 정리해고를 회피하기 위한 노력을 다하였다고 판단하고, 또한 이 사건 정리해고를 전후하여 지속적으로 연장근로를 실시할 정도로 생산직 근로자들의 업무량이 많은 상태였으므로 연장근로를 중단하고 그 작업량을 정리해고된 근로자들에게 분산하였다면 이 사건 정리해고를 피할 수 있었는데도 피고보조참가인이 이러한 해고회피노력을

168) 대법원(대법원 2007. 2. 9. 자 2006두18812 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



게을리 하였다는 원고들의 주장에 대하여, 그 채용 증거들에 의하여, 망간전지 생산라인과 알카전지의 생산라인은 그 생산공정이 다르고, 망간전지 생산라인의 경우 근로자 29인이 1라인에 참여하지만, 알카전지 생산라인은 근로자 27명이 2라인에 참여하는 체제로 구성되어 있어서 각 생산라인과 제품 간에 교차하여 생산할 수 없으며, 망간전지 생산라인은 단순 공정이 많은 데 비하여 알카전지 생산라인은 설비운영 및 정비에 기술을 요하는 부분이 있어 망간전지 생산라인에 근무하는 근로자들이 알카전지 생산라인에 배치되더라도 주로 단순한 자재공급, 포장이나 기초 스위치 조작을 행할 수 있을 뿐인 사실 등 그 판시 사실들을 인정한 다음, 원고들이 주장하는 생산직 근로자들의 연장근로는 망간전지의 생산물량 또는 매출량의 증가로 인한 것이 아니라 주로 한시적인 알카전지의 생산량 증대로 일어난 것으로 보이고, 알카전지 생산라인에 근무하는 근로자들의 연장근로를 중단하고 이 사건 정리해고의 대상이 된 원고들을 알카전지 생산라인에 배치하여 그 작업량을 대신 수행하도록 하기도 어렵다는 이유로, 원고들의 위 주장을 배척하였다.

위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 모두 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 인정한 위법이나 정리해고 요건으로서의 해고회피노력에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.”

자. 법원은 사용자가 근로자들에게 현재의 경영현황을 설명하고 연차휴가 사용과 연말상여금 지급보류 등 근로자들의 협조를 구하면서 수회 노사협의회의와 노사실무회의를 거치는 등 **노동조합과 성실한 협의를 한 경우**, 해고회피노력을 인정함

#### 【대법원 2013. 6. 13 선고 2011다60193 판결】

“정리해고의 요건 중 ‘해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 한다’는 것은 경영방침이나 작업 방식의 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 실현 가능한 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 ○○그룹의 구조조정 방침과 고용유지지원 제도 및 잉여인력 현황을 설명하면서 배치전환 등 대응방안에 관한 협조를 요청하였고, 2008. 11. 14.에는 희망퇴직 실시에 대한 협조 요청과 더불어 고용유지 방안에 관하여 논의하였으며, 2008. 11. 28.에는 해고 회피노력에 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 노사협의

회와 노사실무회의를 개최함으로써(노동조합은 그중 8차례의 노사협의회에 불참하였다) 노동조합과의 성실한 협의를 위하여 상당한 노력을 한 것으로 보인다.

그럼에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 정리해고의 요건 중 ‘해고회피를 위한 노력을 다하였는지 여부’에 관하여 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다.”

차. 법원은 사용자가 해고를 회피하기 위한 방법에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하였고, 그 과정에서 노동조합 또는 근로자대표가 주장하지 않았던 배치전환 등을 사용자가 실시하지 않았다고 하더라도 해고회피노력을 다한 것으로 보아야 한다고 판단함

【대법원 2003. 9. 26. 선고 2001두10776, 10783 판결】

“한편, 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.

기록에 의하면, 원고 회사(사용자)에는 당시 리무진버스사업부 근로자만으로 조직된 ○○관광 리무진노동조합(가입대상 인원 172명 중 93명 가입)과 관광버스 운전원 및 안내원, 정비사 등을 가입대상으로 하는 관광버스 노동조합(가입대상 인원 34명 중 27명 가입)이 있었고, 그 외에 본사, 화물, 면세점의 직원을 대상으로 하는 00관광 노동조합(가입대상인원 417명 중 255명 가입)이 존재하고 있었는데, 위 3개 노동조합은 각자 구성원 근로자들을 대표하여 원고 회사와 독립된 단체협약을 체결하고 노사협의를 하여 온 사실, 원고 회사는 1년 가까이 리무진노동조합과 인원 감축에 관하여 협의하여 오면서 명예퇴직 실시, 순환휴직제, 상여금 삭감 등의 조치를 취하였는데, 당시 원고 회사나 리무진노동조합 모두 관광버스 운전원으로서의 배치전환 등의 주장은 없었던 사실을 알 수 있는바,

이에 비추어 보면 원고 회사는 물론 리무진버스사업부의 근로자들조차도 리무진버스 사업과 관광버스 사업을 별개의 사업으로 인식하고 있었다고 할 것이고, 한편, 원고 회사는 1998. 2. 25. 부터 리무진버스 사업부분 외의 나머지 사업부문에 대해서도 구조조정을 단행하여 명예퇴직 형식으로 상당한 인원을 감축하였고, 당시 관광버스 25대를 운영하고 있었으나 참가인들을 관광버스 운전원으로 받아들일 여력이 없었다는 것이므로, 리무진버스 승무원과 관광버스 운전원의 채용조건, 근무형태나 임금체계 등 근로조건, 관광버스 운전원의 공석 여부 등 관광버스 사업팀으로서의 배치전환 가능성은 거의 없었다고 할 것이니, 사정이 그러하다면 원고 회사로서는 해고회피를 위한 노력을 다 한 것으로 보아야 할 것이다.”

【서울고등법원 2008. 4. 30. 선고 2007누26591 판결<sup>169)</sup>】

“참가인은 그간 사업특성상 다수 발생하는 무보직자 중 사업유지에 필요한 적정인원 이상을 재택근무를 활용하여 고용을 유지하여 왔던 것으로 보이고, 희망퇴직 및 이 사건 해고를 실시함에 있어서는 2차례의 조직개편을 통해 본사조직을 슬림화하였으며, 정규직원 채용을 중단하고 사업 유지에 꼭 필요한 인력은 계약직으로 채용하였고, 감축대상자로 선정된 직원에 대해서는 위로금을 지급하고 희망퇴직을 실시하는 등 해고를 피하기 위하여 노력하였으며, 특히 이러한 해고회피 방법에 관하여 노동조합과 수차례에 걸쳐 협의한 끝에 합의를 하고 그에 따라 이 사건 해고를 행한 것인 점 등 변론에 나타난 제반 사정을 참작하면, 참가인은 이 사건 해고를 피하기 위하여 가능한 노력을 다한 것이라고 할 것이다.

- 이에 대하여 원고는 참가인이 이 사건 해고 이후에 일부 희망퇴직자를 재고용하거나 신규 채용을 하였다는 이유로 이 사건 해고가 위법하다고 부장한다. 그러나 위와 같은 재고용이나 신규채용은 노동조합과의 합의에 따라 인력감축 대상자 중 발주처의 미승인으로 교체가 안 되는 감리원이나 수주계약조건에 부합하는 한정된 필요인력을 계약직으로 일부 채용한 것으로 보여 이는 참가인의 사업유지를 위한 불가피한 필요성에 의한 것이라 할 것이므로 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.”

카. 법원은 오피스텔 관리방식을 기존 자치관리에서 위탁관리로 변경함에 따라 관리업체로 하여금 근로자들의 기존 임금수준 및 근속기간을 보장하면서 근로자들을 고용승계하도록 한 경우에는 해고회피노력을 인정함

## 【서울고등법원 2009. 9. 8. 선고 2009누3189 판결】

“이 사건 해고는 관리방식 변경에 따라 참가인 소속 근로자를 일괄 해고하는 것이어서 해고대상 인원을 선별할 수 없고 참가인은 소속근로자에게 해고예고통보를 하면서 전문 관리업체로 하여금 기존의 임금수준 및 근속기간을 보장하면서 근로자들을 고용승계 하도록 하겠다는 대안을 제시하였던 점, 참가인과 건물관리도급계약을 체결한 이 사건 관리회사는 참가인과의 약정에 따라 참가인 소속 근로자들에게 기존의 임금 수준 및 근속기간을 보장하는 조건으로 근로계약을 체결할 것을 권유하였고 참가인 소속 근로자 중 8명은 이에 응하여 이 사건 관리회사와 근로계약을 체결하였으나 원고들을 포함한 나머지 9명이 이에 응하지 아니하자 참가인은 이 사건 관리회사와 근로계약을 체결하지 않은 근로자들을 해고하게 된 점 …(중략)… 을 고려할 때, 이 사건 해고는 경영상의 필요에 의하여 이 사건 오피스텔의 관리를 외부 전문관리업체에 위탁함에 따라 직제가 폐지되는 원고들을 해고하게 된 것으로 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지녀 정당하다고 봄이 상당하다.”

제10장  
정리해고

169) 1심 판결(서울행정법원 2007. 8. 30. 선고 2006구합35756 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 21. 자 2008두7663 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

타. 법원은 아파트 입주자대표회의가 아파트 관리방식을 자치관리에서 위탁관리로 변경하면서 위탁관리업체로 하여금 고용승계를 부탁하는 등의 노력을 한 경우, 해고 회피노력을 인정함

【대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92148 판결】

“나. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고가 2009. 4. 16. 별다른 조치 없이 원고와의 근로계약이 2009. 5. 20.자로 자동 종료되고 원고가 알아서 새로운 직장을 구하라는 이 사건 해고통지를 하였을 뿐만 아니라, ○○종합관리는 원고와의 근로계약이 종료되기 전에 미리 이 사건 아파트 관리소장으로 이정우를 내정하여 놓은 점, ○○종합관리가 원고에게 관리업무 인수인계를 요구하면서 보낸 공문에도 관리소장인 원고의 고용승계에 관한 사항이 전혀 포함되어 있지 않은 점 등을 종합하면, 피고가 ○○종합관리에게 원고의 고용승계를 부탁하였다고 보기도 어렵고, 원고를 제외한 기존의 직원들에 대한 면접이 실시된 후 일부가 재채용되었다고는 하나, 원고의 경우는 면접통보 이전에 이미 원고의 직책에 해당하는 이 사건 아파트의 관리소장이 정해져 있는 이상 원고에 대한 면접은 형식이나 명목에 불과할 뿐, 피고가 애초부터 원고의 고용을 승계시킬 의사가 없었다고 봄이 상당하다는 이유로 피고는 해고를 회피하기 위한 노력을 다하였다고 보기 어렵다고 하여 원고에 대한 정리해고는 무효라고 판단하였다.

다. 그러나 원심의 판단은 앞에서 본 법리와 다음에서 보는 사정에 비추어 그대로 수긍하기 어렵다.

먼저, 원심이 피고가 해고회피노력을 다하지 아니하였다는 근거로서 들고 있는 사정들 중, ○○종합관리가 원고의 근로계약이 종료되기 전에 이미 이 사건 아파트 관리소장을 내정하여 놓았다거나, 관리업무 인수인계를 요구하는 공문에 고용승계에 관한 내용이 포함되어 있지 아니하였다는 점은 그 자체로 피고와는 별개이고 그 지배영역에 속한다고 보기 어려운 ○○종합관리에 의하여 행하여진 것이 분명하므로, 이를 근거로 피고가 해고회피노력을 다하지 아니하였다고 볼 수는 없다.

나아가 피고가 이 사건 해고통지를 한 점에 관하여 보더라도, 이 사건 해고통지는 피고가 근로기준법 제26조에 따라 이 사건 아파트의 관리방식이 2009. 5. 20.부터 위탁관리로 변경됨으로써 원고를 비롯한 관리직원들을 해고하게 되었음을 예고하기 위하여 통지한 것으로서, 이 또한 해고 회피노력을 다하였는지 여부와는 무관함이 분명하다.

오히려 원심이 채용한 을 제2호증의 기재와 제1심 증인 소외 5의 증언 등에 의하면, 피고는 2009. 3. 10. 이 사건 아파트 관리방식을 변경하기 위한 입주자대표 임시회의에서 관리사무소 직원의 고용을 승계시킬 것을 결의한 사실, 이에 따라 피고의 회장 소외 6은 ○○종합관리를 위탁관리업체로 선정한 직후 ○○종합관리의 본부장인 소외 5에게 원고를 포함한 관리사무소 직원 5명의 고용을 승계하여 줄 것을 부탁한 사실, 이에 위 소외 5 등은 2009. 4. 13. 원고에게 고용승계 등과 관련한 면담을 요청하였으나 원고는 정식으로 공문을 보내라는 등의 이유를 내세워 이를 거절하였고, 이후에도 계속 면담요청을 거절한 사실, 이후 원고는 소외 5 등으로부터 2009. 4. 30. 실시되는 채용면접에 응할 것을 요청받기도 이에 응하지 아니하였고, ○○종합관리에서 새로운 관리소장을 내정한 후에는 다른 아파트에서라도 근무할 수 있도록 채용면접에 응하라는 통지를 받고도 계속 응하지 아니한 사실, 한편 원고를 제외한 관리사무소 직원 중 ○○종합관리로의 취업을 원한 3명은 모두 ○○종합관리에 고용된 사실을 알 수 있는바, 위와 같은 사실관계에 비추어 보면, 원고가 ○○

종합관리와 고용계약을 체결하지 못한 것은 관리방식의 변경에 불만을 품고 스스로 이를 거부하였기 때문으로 보일 뿐이고 피고로서는 ○○종합관리로 하여금 원고를 고용하도록 부탁하는 등의 노력을 함으로써 해고회피노력을 다하였다고 봄이 상당하다.”

파. 법원은 정리해고에 앞서 부분휴업, 임금 동결, 순환휴직, 사내협력업체 인원 축소, 임직원 복지 중단, 희망퇴직 등의 조치를 실시하고, **정리해고된 근로자 중 기능직 근로자들에 한정하여 무급휴직, 희망퇴직, 영업직 전직 등으로 전환하기로 하는 ‘노사합의서’를 작성한 경우** 해고회피노력을 인정함

#### 【대법원 2014. 11. 13 선고 2012다14517 판결】

“가. 정리해고의 요건 중 ‘해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 한다’는 것은 경영방침이나 작업 방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직과 희망퇴직의 활용 및 전근 등 사용자가 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미하고, 그 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 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. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 피고는 이 사건 정리해고에 앞서 부분휴업, 임금 동결, 순환휴직, 사내협력업체 인원 축소, 임직원 복지 중단, 희망퇴직 등의 조치를 실시한 점, 이 사건 정리해고 이후 노사의 대립이 극한 상황에까지 이르다가 피고와 전국금속노조 쌍○차지부는 2009. 8. 6. 노사대타협을 하면서 정리해고된 근로자 중 기능직 근로자들에 한정하여 무급휴직, 희망퇴직, 영업직 전직 등으로 전환하기로 하는 ‘쌍○자동차의 회생을 위한 노사합의서’를 작성하였는데, 위 노사대타협은 이 사건 정리해고를 둘러싼 노사 간의 극심한 대립으로 기업의 존립 자체가 위태로워 피고의 회생 실패로 노사가 공멸하는 최악의 상황을 막기 위한 교육지책으로 노사가 막판에 상호 양보하여 체결된 점 등을 알 수 있다.

이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고는 이 사건 정리해고에 앞서 해고를 회피하기 위한 노력을 다하였다고 봄이 타당하다. 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 해고회피노력 요건에 관하여 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 없다.”

제10장  
정리해고

## 2.2 사용자의 해고회피노력을 부정한 사례

가. 법원은 사용자가 제시하는 여러 해고회피노력이 **구체적이지 못하고** 정리해고를 하는 과정에서 그 노력을 성실하게 이행하지 아니한 여러 사정이 인정될 경우에는 해고회피노력을 부정함

## 【서울행정법원 2009. 1. 16. 선고 2008구합12382 판결】

“비록 원고(사용자 회사)는 이 사건 해고에 앞서 명예퇴직 희망자를 모집하였으나, 다음의 여러 사정들에 비추어 보면, 단지 그러한 사정만 가지고 원고가 상당한 해고회피노력을 다하였다고 보기는 어렵다.

원고는 이 사건 해고 전의 협의에서 이 사건 노조에게 3교대근무, 무급휴가제 등의 방안을 구체적으로 제시하였다고 주장한다. 그러나 원고가 당시 이 사건 노조에게 협의진행상황을 모두 내용증명 우편으로 통지하였음에도 불구하고 위 방안들의 구체적 내용은 이를 같은 방식으로 통지하지 아니한 점에 비추어 보면, 관련 증거 기재내용과 증인의 증언만 가지고는 원고의 위 주장사실을 인정하기 어렵고 원고가 주장하는 위 방안들의 내용 또한 구체성이 부족한 것으로 판단된다. 따라서 원고가 위 방안들을 인원감축의 대안으로서 진지하고 성실하게 고려하였다고 보기는 어렵다.

원고는 이 사건 노조와 구조조정에 관한 협의를 시작한 지 약 1개월 만에, 더욱이 이 사건 노조에게 구조조정 자체의 필요성을 뒷받침할 만한 자료를 주지 아니한 상태에서 곧바로 정리해고의 직전단계로서 명예퇴직 희망자를 모집하였던 바, 이에 비추어 보면 원고는 애초부터 인원감축을 목표로 하였던 것으로 보인다.

원고는 2006. 6.경부터 상근이사직을 폐지하고 임원 중 대표이사 1명만 남겨 두었으며 대표이사의 월급을 삭감하였다는 취지로 주장하나, 관련 증거의 기재 내용과 증인의 증언만 가지고는 이를 인정하기에 부족하다.

이 사건 노조의 해고회피방안(조기출근·연장근로 중단)에 관한 원고의 이 사건에서의 주장(원고의 처리물량이 1년 중 10월경부터 다음 해 2월경까지 가장 많아 위 기간 동안에는 조기출근·연장근로가 반드시 필요하다는 취지)만 가지고는 위 해고회피방안의 실사가가능성이나 실효성을 부인하기 어렵다(특히 이 사건 해고 당시 【2007. 5. 31.】를 기준으로 하면 더욱 그렇다).”

나. 법원은 사용자가 해고회피노력의 일환으로 실시한 명예퇴직으로 인해 이미 구조조정 목표치를 달성하였고 수익성이 호전되었으며 승진 및 신규채용을 실시하고 있는 상황에서 근로자를 추가로 정리해고 하는 경우에는 해고회피노력을 부정함

## 【대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11339 판결】

“원고(사용자)가 참가인(근로자)에 대하여 이 사건 정리해고 조치를 취한 2001. 9. 26. 당시에는 이미 원고의 해고회피노력에 의한 명예퇴직자의 수가 인력구조조정의 전체 목표치를 상회한 상황 이었고, 원고의 경영상태도 호전되어 가고 있었을 뿐만 아니라, 특히 원고가 위와 같은 명예퇴직 직후에 고임금 인력구조에 해당하는 4급 이상의 직원 41명의 승진인사를 단행하고 대졸사원을 26명이나 신규 채용하는 방식으로 3급 이상 직원 18명을 보충함으로써, 결과적으로 3급 이상 직원 중 12명의 인원만이 삭감된 점에다가, 참가인이 3급 이상 명예퇴직 권고대상자 중 18위로 선정되었던 점을 종합하여 보면, 원고가 참가인을 정리해고함으로써 추가 인원삭감 조치를 취한 것은 객관적으로 보아 그 합리성이 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 해고를 피하기 위한 노력을 다한 경우에 해당한다고 할 수도 없다.”

다. 법원은 사용자가 경영방침이나 작업방식의 합리화를 통해 **적자를 개선할 여지가 있음에도 그러한 노력을 하지 않은 경우에는 해고회피노력을 부정함**

【서울행정법원 2007. 2. 15. 선고 2006구합14179 판결】

“원고 병원(사용자)은 2002년과 2004년 단체협약 갱신을 위한 단체교섭시 노조지부로부터 병원의 경영개선 방안의 하나로 10년 이상 장기근속자에 대해 무급순환휴직을 도입할 것을 요구받고도 인원감축에 의하여 인건비를 다소 절감할 수 있는 방안에 대한 협의를 거부한 점, 원고 병원은 영양과에서 공급하는 구내식당 직원들의 1끼 식대가 다른 병원은 물론 ○○○중앙의료원 산하 다른 병원들에 비해 30% 이상이나 낮게 책정되어 있고, 구내식당에서 의사들의 점심 외 식사, 자원 봉사자 식사 등은 무료로 제공하도록 하고 있으며, 수도자들의 식재료비를 직원들 식재료비에서 지급되도록 하고 있는 바, 영양과 부서가 적자를 내고 있다면서도 별다른 이유 없이 이에 대하여 개선을 하지 않은 점 등 이 사건 변론에 나타난 여러 사정을 고려하면, 원고 병원이 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 노력을 다하였다고 볼 수 없다.”

라. 법원은 기존의 명예퇴직 희망자만으로 추가적인 인원감축이 필요 없고, 직원 급여 삭감을 일시적으로 실시하였으며, **자금사정이 악화된 상태에서 정규직 전환을 조건으로 계약직을 채용한 등의 사정이 있는 경우에는** 사용자의 해고회피노력을 부정함

【서울고등법원 2009. 10. 8. 선고 2009누9606 판결】

“참가인 협회는 2007. 10. 31. 1차 사원총회에서 ‘기금원금 사용불가 및 수입범위 내 지출 원칙’에 따라 구조조정 필요성을 강조하고, 2007. 11. 12. 3차 사원총회에서 2007년도 결산시 6억 7,130만 원 정도의 손실이 발생할 것으로 보고 2억 7,000만 원 정도의 인건비 감축을 목표로 3가지 ‘비상경영 체제 구축방안’을 제시한 다음, 2007. 11. 27. 4명에 대하여 명예퇴직을 실시하기로 하는 등 구조조정 추진계획을 발표하고 그 후 3명만이 명예퇴직을 신청하자 인력구조조정 목표치를 하회한다고 보아 정리해고 자체에 대한 일부 직원들의 반대가 있었음에도 원고에 대해 정리해고를 강행하였는데, 다음과 같은 사정, 즉 ① 2007년도 결산 결과 실제 손실이 2개월여 전 예상했던 손실 규모보다 크게 낮은 1억 9,430만 원 정도였던바 참가인 협회가 재정악화 상황을 다소 과장하여 구조조정 단행한 것으로 보이는 점(손실 규모가 예상보다 낮았던 것은 참가인 협회가 2007년도 수익에서 기금운영에 따른 투자수익, 신문발전위원회 위탁사업비 등을 누락하였기 때문으로 보이는데 향후에도 기금의 지속적 투자가 가능하다 할 것이며 당시 신문발전위원회 위탁업무가 중단된 상태였다 할지라도 위탁사업비 부담집행에 대한 감사 등에 따른 잠정적 조치로서 그 후 실제 업무가 재개된 사정 등에 고려할 때 누락된 수익이 2007년도 일시적·우발적 수익으로 볼 수도 없다), ② 구조조정 당시 홍0윤 사무국장, 임0남 기획경영팀장은 위탁사업비 부담집행 등에 따라 중징계가 예상되자 징계 대신 명예퇴직하기로 참가인 협회와 합의된 상태였고, 정0수 경영기획팀 차장은 종교(기독교)에 귀의하기로 하고 퇴직의사를 공공연히 밝힌 상태여서 3명의 명예퇴직이 예정된 상황이었던바, 2007년도 결산 결과에 비추어 보면 위 3명에 대한 명예퇴직 실시만으로도 현재 상황에서 추가

적인 인원감축 없이 수입 범위 내에서 지출하는 것이 가능했던 것으로 보이는 점, ③ 참가인 협회는 2006. 10. 비상경영체제구축시안에서 임직원 급여 50% 삭감계획을 마련하였으나 그 후 20%로 축소하여 2개월 정도만 실시하고 원상회복하였고, 2007. 11. 비상경영체제구축방안 가운데 4명에 대한 인원감축만 실시하고 급여삭감은 실시하지 않은 점, ④ 참가인 협회는 기금고갈로 이미 재정이 악화된 상태였던 불과 1년여 전에 정규직 전환이 향후 상당한 인건비 부담으로 작용할 것임을 충분히 예상할 수 있었던 상황에서 정규직 전환을 조건으로 계약직 8명을 채용한 다음 2007. 7. 말경 계약기간이 만료된 계약직 3명을 정규직으로 전환하고, 1명을 계약갱신 한 다음 몇 달 지나지 않아 정리해고를 단행한 점 등에 비추어 보면, 비록 참가인 협회가 2006. 10.부터 비상경영체제를 구축하고 간부급 임직원에 대한 명예퇴직을 실시하고 연간 9,000여만 원 상당의 비상근 임원 보수를 폐지한바 있다는 사정 등만으로 참가인 협회가 정리해고요건으로서의 해고회피노력을 충분히 다하였다고 인정하기 어렵다.”

마. 법원은 사용자가 실제 해고범위를 최소화하기 위한 조치를 취하지 아니하고 전직희망자 파악이나 다른 업체로의 취업소개 등에 그친 경우에는 해고회피노력을 부정함

【서울고등법원 2008. 6. 19. 2007누25437 판결<sup>170)</sup>】

“원고 지원단이 이 사건 해고를 함에 있어서 먼저 클럽관리관으로 전직을 희망하는 사람들을 파악하여 이들을 제외한 나머지 기사들 중 해고대상자를 선정한 것은 어느 정도 이 사건 해고를 피하기 위한 노력을 한 것으로 볼 수 있다. 그러나 해고를 피하기 위한 노력이란 해고대상자를 선정하기에 앞서 시행하는 임금동결, 휴직, 명예퇴직, 전직, 신규채용 직종에 우선 채용, 근로시간 단축 등을 의미하는 것이라고 할 것이므로, 원고 지원단이 이미 2005. 7. 29. 이 사건 해고대상자를 선정한 다음 그들을 상대로 클럽관리관이나 다른 복지시설로의 전직 등을 권유하였다고 하여 이것을 해고를 피하기 위한 노력으로 볼 수 없고, 위 클럽관리관 전직 희망대상자 파악 여부만으로 해고를 피하기 위한 노력을 다한 것이라고 볼 수 없다.

원고는 근무원 인사위원회가 개최된 2006. 10. 25.경 이 사건 해고대상자가 선정되었다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 원고 지원단이 2005. 7. 29. 보급기사 등 잔류자를 선정하면서 클럽관리관 전직을 희망하지 아니한 이 사건 해고대상자가 선정되었다고 할 것이므로 원고의 위 주장은 이유 없다.”

바. 법원은 희망퇴직의 실시 외에 휴직제도의 시행, 조업기간의 단축, 전환배치, 임금동결 등 다른 해고회피노력을 다하지 아니한 경우에는 해고회피노력을 부정함

170) 대법원(대법원 2008. 9. 11. 자 2008두11495 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



【서울고등법원 2009. 3. 24. 선고 2008누24004 판결<sup>171)</sup>】

“이 사건 정리해고는 …(중략)… 사업장 실정에 적합한 구조조정 계획을 사전에 마련하여 이에 터잡아 정리해고를 단행한 것이 아니라 단지 최근 2, 3년간의 원자재 가격의 앙등과 환율하락 등으로 제품판매의 수익성이 악화되었음을 이유로 향후 생산부문을 폐지하고 수입, 판매부문으로 사업을 운영하겠다고면서 갑작스럽게 생산직 근로자 대부분을 정리해고한 것인 점, 참가인 강○남 등은 당초 원고 회사의 안산영업팀 제품반 또는 시화공장 생산팀 후처리 팀에서 근무하다가 안산 공장 육각 생산라인으로 전보되었고, 위 참가인들이 전보된 이후 그들이 담당하였던 업무는 관리직 직원들이 이를 수행하였던 점 등에 비추어 생산직 근로자와 관리직 근로자 간의 전환배치가 전혀 불가능한 것으로 보이지 아니함에도 원고는 이 사건 정리해고 이전에 2차례의 형식적인 희망퇴직 모집공고를 한 이외에 이러한 전환배치 등을 비롯한 조업단축, 임금동결 등의 기본적인 해고회피 조치를 전혀 취하지 아니한 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 정리해고는 …(중략)… 원고 회사가 해고회피를 위한 노력을 충분히 다하였다고 인정하기도 어렵다.

사. 법원은 **정당의 일반 사무직 당직자**를 정리해고함에 있어서도 통상적인 근로자와 마찬가지로 해고회피노력을 해야 하고, 순환인사가 적용되는 조직에서 특정 근로자를 비어있는 보직으로 발령할 수 있음에도 **비어있는 보직의 상급자가 반대한다는 이유로 정리해고를 할 수는 없다**고 봄

## 【서울고등법원 2010. 11. 30. 선고 2010누 5020 판결】

“가) 원고가 주장하는 바와 같이 정치상황의 변화에 따라 경영환경이 달라지고, 조직 내의 권력 관계에 의하여 당직자의 구성을 달리할 수 있는 정당으로서 그 성질상 정리 해고의 요건과 기준을 일반기업체와는 다소 달리 적용할 여지가 있다고 하더라도, 기본적으로 정무직이 아니라 일반 사무직 당직자로서의 지위를 가지는 참가인과 같은 근로자에 대하여 정리해고를 함에 있어 특히 그 해고회피를 위한 노력을 충분히 해야 한다는 측면에서는 통상적인 근로자에 대한 것과 달리 볼 이유가 없다.

그런데, 원고가 그 주장대로 일부 당직자들에 대하여 명예퇴직 및 정무직 전환을 실시하고, 참가인과 같은 직급의 일부 중앙당 국장급들을 시·도당 사무처장에 임명하였으며, 유급직원으로 임명할 수 있는 정무직 당직자 3명의 임명을 포기함과 동시에 부국장 이상은 급여의 30%를 자진 삭감하고, 합당 당시 구 ○○당 당사 등 3곳의 사무실을 영등포 당사 1곳의 사무실로 축소하는 등 비용 절감을 위하여 노력한 사실이 있다고 하더라도, 앞의 인정사실에 의하여 알아볼 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 원고가 이 사건 해고를 회피하기 위한 노력을 충분히 하였다고 보기에 부족하다.

① 원고는 이 사건 구조조정 기간 중 전라남도당 및 충청남도당에서 이 사건 구조조정의 취지와

171) 1심 판결(서울행정법원 2008. 7. 8. 선고 2007구합29499 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 6. 25.자 2009두6063 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

달리 사무처장 등 당직자를 신규로 공개모집하는 것을 그대로 두는 한편, 오히려 전국 16개 시·도당 사무처장을 신규로 공개모집하는 요강을 홈페이지에 공고하고, 이에 따라 2008. 8. 14. 인천광역시당 등 3개 시·도당 사무처장을 신규 채용하여 임명하였고, 2008. 8. 14. 인천광역시당 3개 시·도당 사무처장을 신규 채용하여 임명하였고, 2008. 9. 11. 참가인을 해고한 이후 2008. 11. 7.에도 부산시당 및 충청북도당 사무처장 모집공고를 하는 등 신규채용을 계속하였다. ② 시·도당 사무처장은 그 직위가 국장급이므로 참가인을 비롯한 국장급의 근로자들이 임명될 수 있는 자리임에도 불구하고, 원고는 일부 시·도당 위원장이 반대하기 때문에 반대하는 곳에는 기존 국장급들을 임명하지 못하고 신규채용을 할 수 밖에 없었다고 한다. 그러나, 일반적으로 사용자의 조직 내부에서 기존 근로자가 고용을 계속할 수 있는 보직이 있는 경우에는 다른 근로자들과의 보직 변경이나 비어있는 보직의 상급자와의 협의와 같이 내부적인 업무조정을 통하여 보직을 부여하여야 할 것이고, 비어있는 보직의 상급자가 반대한다는 이유를 들어 정리해고를 할 수는 없다고 할 것이다. 실제로 원고의 지방조직규정 제38조는 “시·도당 사무처장은 중앙당 순환인사를 원칙으로 하되, 해당 시·도당위원장과 협의하고 중앙당사무직담당직자인사위원회의 심의를 거쳐 사무처장이 임명한다”고 규정하고 있는바, 시·도당 사무처장 임명시 시·도당 위원장과 협의하도록 하고는 있으나, 임명권은 엄연히 중앙당 사무처장에게 있고, 특히 시·도당 위원장들의 반대가 있었다고 하더라도 위와 같이 임명권을 가진 원고로서는 참가인 등으로 하여금 시·도당 사무처장으로 임명될 수 있도록 시·도당 위원장과 구체적인 협의를 하고 만에 하나 협의가 제대로 되지 않는다고 하더라도 그 권한 내에서 인사발령을 할 수 있었을 것인데, 원고가 그러한 노력을 충분히 하였다고 볼만한 사정이 나타나 있지 않다.

이에 대하여 원고는, 참가인이 원고에 대하여 시·도당 사무처장으로 임명될 것을 요구하는 요청을 하지 않아 시·도당 사무처장에 임명할 수 없었으므로, 해고를 회피하기 위한 노력을 다하였다고 주장하나, 원고가 참가인 등 구조조정 대상 국장급들에게 시·도당 사무처장으로 임명신청을 할 것을 공지하였거나, 원고에게 정식으로 임명신청을 할 것을 권유하였다고 인정할 만한 증거가 없고(원고가 위와 같이 임명신청을 공지하였다는 점에 일응 부합하는 듯한 제1심 증인 이○○의 증언은 원고가 게시판을 공지하였다는 자료를 제출하지 못하는 점 등에 비추어 그대로 믿기 어렵다). 오히려 다툼 없는 사실, 갑 제2호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 참가인은 전남도당 사무처장의 직위에 임명되고자 도당위원장 등을 만나 그 문제를 상의하고 원고의 고위직 당직자 등에게 그 희망의사를 전달한 사실이 인정됨에 비추어 참가인이 시·도당 사무처장으로 임명되려는 의사를 밝힌 사정을 알 수 있으므로, 이와 다른 취지의 위 주장은 받아들이지 않는다.”

아. 법원은 사용자의 주주 지위에 있는 재단법인에 지속적으로 상당한 액수의 장학금을 지급한 사정이 있는 경우에는 해고회피노력을 부정함

172) 대법원(대법원 2009. 11. 4. 자 2009두15838 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2009. 8. 11. 선고 2009누29 판결<sup>172)</sup>】

“원고는 경영상 위기를 타개하기 위하여 각종 비용을 절감하고 불필요한 재산을 매각하였으며 임원들의 성과급 등을 감축하고 조직을 개편하며 우대퇴직을 실시하는 등 해고를 회피하기 위해 노력해왔다.

그러나 ① ○○장학회에 대해서는 계속적으로 8억 원의 장학금을 지급하여 왔는바 …(중략)… 공익활동으로 인하여 기업의 이미지 향상 등 긍정적 효과를 얻을 수도 있음은 부인할 수 없으나, …(중략)… 자사의 근로자들에 대한 해고를 하면서까지 그와 같은 공익사업을 그대로 유지하는 것이 바람직한 것인지 의문이고, 특히 원고의 주된 사업이 지방지인 ○○일보의 발행, 판매임에 비추어 볼 때 전국적인 규모의 ○○장학회에 대한 장학금 지급이 원고의 경영이나 이미지 개선에 과연 어느 정도의 영향을 미칠 수 있는지 강한 의문이 드는 점, ② 더구나 ○○장학회는 원고의 전 주식을 소유하고 있는 주주이므로 이 장학회에 대한 장학금 지급은 실질적인 배당으로 볼 수도 있는 점, ③ 원고는 ○○장학회에 대한 매년 8억 원의 장학금을 지급하여 왔는데, 위 금액은 이 사건 해고 당시 명예퇴직 및 정리해고로 인하여 절감된 임금 12억 원의 2/3에 해당하는 점, …(중략)… 등에 비추어 볼 때 위와 같이 ○○장학회에 대한 장학금 지원사업을 같은 규모로 계속 유지해온 이상 위와 같은 노력만으로 해고범위를 최소화하기 위해 필요한 모든 조치를 다하였다고 보기 어렵다.”

자. 법원은 정리해고가 이루어진 이후에 취해진 조치는 해고회피노력에 해당하지 않고, 정리해고 전 이미 10년 동안 신규채용을 중단해왔다면 신규채용 중단이 정리해고회피노력에 해당하지 않으며, 정리해고 실시일 이전으로부터 상당한 시간적 간격이 있는 조치 등 역시 해고회피노력으로 볼 수 없다고 판단함

【서울고등법원 2014. 9. 24. 선고 17987 판결<sup>173)</sup>】

“(3) 해고를 피하기 위한 노력 여부에 대하여

(가) 관련 법리

정리해고의 요건 중 하나인 ‘해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 한다.’는 것은 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직이나 희망퇴직의 활용 및 전근 등 사용자가 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미한다. 그 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영 위기의 정도, 해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이기는 하나(대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11339 판결 등 참조), 근로자의 귀책사유 없이 이루어지는 정리해고의 특성을 비추어 볼 때, 해고 이외의 다른 경영상 조치를 취할 수 없어 부득이 해고할 수밖에 없다고 인정될 정도에 이르러야 한다.

(나) 판단

…(중략)…

1) 앞서 본 것처럼 비록 참가인이 이 사건 정리해고 당시 객관적으로 보아 장래에 올 수 있는

위기에 미리 대처하기 위하여 고용인원을 감축할 합리적 필요성이 있었다고는 인정되지만, 참가인의 주장과 같이 도산의 위험에 직면하는 등 매우 신속한 조치가 필요할 정도로 급박한 경영 위기를 겪고 있었다고는 보이지 않는다. 결국 참가인으로서는 근로관계를 일방적으로 단절시키는 해고라는 극단적인 조치를 취하기에 앞서 경영 위기를 극복하기 위한 다른 방안을 적극적으로 모색하고 이를 시행하는 데 필요한 정도의 시간은 있었다고 판단된다. 더욱이 참가인과 이 사건 노조가 체결한 단체협약 제26조 제2항에서는 참가인이 해고를 피하기 위해서 연장노동시간 제한과 정상노동시간 단축, 신규채용 중단, 교육훈련 및 재훈련을 통한 다른 부서로의 전환배치, 일시휴업, 근무교대제 개편 등 고용을 유지하기 위한 다각도의 노력을 기울여야 한다고 규정함으로써 참가인에 대하여 보다 적극적인 해고회피노력을 요구하고 있다.

2) 참가인은 인건비 절감을 위해서 시간외 근로시간을 축소하는 노력을 기울였고, …(중략)… 생산2팀의 경우 2010년 51,371시간에서 37,281시간으로 축소되었다. 또 참가인은 이 사건 정리해고 전인 2011년 10~11월경 3개월분 또는 6개월분의 기본급 지급을 조건으로 희망퇴직제도를 실시하기도 하였고, 사무/기술직 사원에 대하여는 2010년 연말에 종전과 마찬가지로 남은 연차휴가를 일괄소진 처리함으로써 인건비 지출을 줄이기도 하였다.

그러나 앞서 언급한 방안 이외에 참가인이 이 사건 정리해고를 피하기 위해서 노력하였다고 주장하는 내용 중 우선 직원용 사택 매각, 스탬핑 프레스 90ton 매각, 임원 차량 매각은 모두 이 사건 정리해고가 이루어진 이후에 비로소 취해진 조치이므로, 이 사건 정리해고를 정당화하는 해고회피노력에 해당하지 않는다.

다음으로 참가인은 수년 간 퇴직자를 대체하는 외에는 별다른 인원 충원을 하지 않았다고 주장하나, 참가인이 영업이익이 지속적으로 발생한 시기를 포함하여 약 10년 동안 신규 채용을 사실상 중단하였던 사정에 비추어 볼 때, 참가인의 신규 채용 중단이 이 사건 정리해고를 회피하기 위한 조치였다고 인정하기는 어렵다.

또 참가인이 주장하는 ① 과장급 이상 상여금에 해당하는 급여(기본급의 100%) 반납(2008년 10월경), ② 임원, 팀장, 이사보 등의 임금 삭감(2009년 2~12월경), ③ 사원, 비팀장 차장의 개인별 5주간 휴업 실시(2009년 2~6월경), ④ 기능직 근로자 29명 관계사 전출(2010년 4월경)은 모두 이 사건 정리해고가 실시된 2011. 11. 7. 과 상당한 시간적 간격이 있고, 정리해고의 대안으로서 위와 같은 조치를 취하였다고 인정할 만한 증거가 부족하다. 따라서 위와 같은 방안을 통하여 참가인의 비용이 절감되고 경영 개선이 이루어지는 긍정적인 효과가 일부 발생하였다고 하더라도, 참가인이 이를 통하여 이 사건 정리해고를 피하기 위한 노력을 한 것으로 보기는 어렵다.

나아가 참가인은 인건비 절감을 위해서 임원 보수를 삭감하였다고 주장하나, 참가인은 2010년 한 해 동안 이사 5명에 대한 보수로 합계 3억 7,500만 원을 지급하였고(감사 1명에 대하여는 보수가 지급되지 않았다), 2011. 1. 1.~9.30. 이사 5명 및 감사 1명에 대한 보수로 합계 2억 7,800만 원을 지급하였다고 공시하였다. 그런데 이러한 공시내용에 의하면(위 공시내용이 허위라고 인정할 만한 증거는 부족하다), 경영권 이전 과정에서 임원이 일시적으로 중복되어 기존 임원에 대한 보수까지 지급하게 되었다는 참가인의 주장을 감안하더라도, 해고회피노력으로 평가할 수 있을 정도로 의미 있는 임원 보수 감액이 이루어졌다고 보기는 어렵다.

그 밖에 참가인이 주장하는 임원용 사택에 관한 전세계약 해지 등은 그 구체적 내용과 절감된 금액 등에 비추어 볼 때, 평소 경영자로서 마땅히 취하여야 할 조치로 보일 뿐이고, 이를 넘어서 이 사건 정리해고를 피하기 위한 적극적인 노력에 해당한다고 인정하기에 부족하다.

오히려 참가인은 영업손실이 누적된 상황 속에서도 2010. 11. 5.경 모든 사원에게 1인당 200만원, 합계 약 5억 원의 성과금을 지급하였고, 2011. 1. 7.경 모든 사원에게 생산격려금 명목으로 급여의 200%, 합계 약 9억 원을 지급하는 등 인건비 절감과는 상반된 조치를 취하기도 하였다. 이에 대하여 참가인은 2010. 11. 5.자 성과금 지급은 이 사건 노조가 지속적으로 실적에 따른 배분을 요구하면서 참가인을 압박하였기 때문이라고 주장하나, 을 제76, 77호증의 각 기재만으로는 참가인의 위 주장사실을 인정하기에 부족하다.

3) 참가인은 이 사건 노조의 불합리한 협의 거부로 말미암아 참가인의 해고회피노력이 제한될 수밖에 없었다고 주장한다.

그러나 아래 (5)항에서 판단하는 것처럼, 이 사건 노조가 제시한 경영 정상화 방안을 실현하는 것 자체가 불가능하였다거나 이 사건 노조가 협의권을 남용하였다고는 보이지 않고, 오히려 경영 정상화 방안에 관한 이 사건 노조와 참가인 사이의 이견을 좁히는 것은 가능하였다고 보인다. 그럼에도 이 사건 합의서를 작성한 지 불과 열흘 만인 2011년. 9. 2. 이 사건 정리해고를 실시하겠다는 뜻을 이 사건 노조에 일방적으로 통보한 후 정리해고에 관한 협의에 응할 것을 반복적으로 요구하였을 뿐 정리해고 이외의 다른 대안에 관하여 협의를 시도하지 않았다. 이러한 사정에 비추어 볼 때, 참가인의 위 주장은 받아들일 수 없다.”

차. 법원은 사용자가 사실상 기한이 없는 무급휴직을 권고한 것 외의 별다른 해고 회피 대안을 제시하지 않고, 정리해고 방침을 공표한 후 1주일 만에 정리해고를 한 경우 해고회피노력을 부정함

【서울고등법원 2012. 4. 20. 선고 2011누13868 판결<sup>174)</sup>】

“① 원고는 2010. 1. 13. 재단 이사장의 명의로 정리해고의 필요성을 알리는 담화문을 발표한 후 근로자대표 전○○와의 노사협의 과정에서 휴직기간을 ‘중소기업청이 원고에게 행한 각종 처분(보조사업자 해지 등)이 취소될 때 까지’로 하여 사실상 기한이 없는 무급휴직을 권고한 것 외에는 해고회피를 위한 별다른 대안을 제시한 바 없고, 노사협의를 시작한 다음날인 2010. 1. 15.경 참가인들의 사무실 컴퓨터를 동의 없이 회수하여 가는 등의 조치를 취하였을 뿐인 점, ② 원고는 자구책의 일환으로 2010. 1. 중순경 중소기업청에, 재단운영재원 확보를 위한 기본재산 전환 및 재단운영비 차입 안건의 승인을 요청한 바 있었는데, 중소기업청으로부터 그 처리결과를 통보 받기도 전에 2010. 1. 20. 참가인들 전부를 해고하였고(중소기업청의 불승인통보는 2010. 1. 22. 이루어졌다.), 결국 이 사건 해고는 정리해고 방침이 공표된지 약 1주일 만에 이루어지게 된 점, …(중략)…

이 사건 해고는 경영상의 필요 외의 정리해고의 다른 요건들을 충족하지 못하였다고 판단된다.”

173) 대법원(대법원 2015. 2. 12. 선고 2014두13867 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

174) 대법원(대법원 2012. 9. 27. 선고 2012두12808 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

카. 법원은 사용자가 **비정기 승진**을 단행하고, **대표이사 추가선임 후 보수지급시** 해고회피노력을 부정함

【서울고등법원 2011. 5. 12. 선고 2010누32800 판결】

“원고 회사의 현금흐름표상 현금보유액이 2007년 7억 3천만 원에서 2008년 2천만 원으로 줄어 들어 현금흐름이 다소 경색된 사실은 인정되나, 대차대조표상 당기순이익이 2006년 12억 6천만 원 상당, 2007년 15억 원 상당, 2008년 11억 원 상당에 달하는 등 양호한 경영지표를 보여주고 있는 등 긴박한 경영상의 필요성을 인정하기 어렵다.

나) 원고의 대표이사 급여를 50% 삭감 지급하고, 직원 상여금을 낮게 지급하고, 희망퇴직 공고를 한 점은 인정된다. 그러나 위 조치 외에 경영방침이나 작업방식의 합리화 시도, 일시 휴직의 활용 등 해고 범위를 최소화할 수 있는 조치를 취하지 아니하였던 점, 원고는 2009. 1월경 이○○의 처인 이○○를 대표이사로 추가로 선임하여 보수를 지급하였고, 관리직 직원을 신규 채용하거나 정기 인사 시기가 아님에도 직원의 직급승진을 단행한 점 등에 비추어 보면, 원고가 해고를 최소화하기 위한 가능한 모든 노력을 다 하였다고 볼 수 없다.”

타. 법원은 사용자가 경영난의 주된 원인을 해결하지 않고 **특정부서에 초점을 맞춰 정리해고**를 하고, 사용자의 자산매각 등의 자구노력이나 휴직조치에 대한 노력이 없을 경우 해고회피노력을 부정함

【서울고등법원 2010. 7. 21. 선고 2009누33807 판결】

“아래에서 보는 사정을 위와 같은 법리에 비추어 볼 때, 원고가 해고 자체를 피하기 위한 노력 또는 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 다하였다고 볼 수 없다.

① 먼저, 원고는 ○○ 식물원의 경영난의 주된 원인을 지나치게 영업팀의 실적부진에만 제한하여 파악함으로써 해고범위를 확대하였다.

원고가 경영진단을 통하여 정리해고의 근거로 제시하고 있는 ○○회계법인의 보고서 …(중략)… 위 보고서에서 진단하고 있는 바와 같이 제주도 내방객 수는 2003년부터 2006년까지 꾸준히 증가하고 있었으나 식물원 내방객 수는 감소하고 있었으며, 2006년의 경우 식물원의 영업이익이 1,290,828,000원이었으나, 주로 이자비용을 의미하는 영업외 비용이 2,382,833,000원에 달하여 976,837,000원의 경상손실을 입었고(보고서 8쪽 참조), 원고는 2006.12.31.을 기준으로 40,719,000,000 원을 차입하고 있었다(보고서 18쪽 참조).

위 보고서는 위와 같은 분석을 근거로 경상손실의 누적과 영업활동으로 인한 현금흐름의 유출액 및 차입금 원금상환 부담으로 인하여 회사의 계속기업가능성에 의문을 가져올 수 있는 상황을 초래할 수 있다고 진단한 다음, 그 개선방안으로 영업팀의 경비 절감, 영업기능의 조정, 영업기능의 임대전환을 제시하고 있다.

원고 식물원은 영업이익으로 이자비용을 감당하지 못하는 구조로서 경영난의 해소가 쉽지 않은

것으로 보이나, 경영난의 주된 원인이 영업 부문에만 있다고 보기는 어렵다.

원고 식물원은 식물원 내방객의 입장료 수입(식물팀 부분)과 내방객의 상품매출수입(영업팀 부분)을 주된 수입원으로 하므로 식물원 내방객 수의 증가가 긴요한데, 제주도의 내방객 수가 증가하였음에도 원고 식물원의 내방객은 감소하고 있어 식물원 부분의 영업개선방안이 제시되어야 한다. 또한, 무엇보다도 경영난의 핵심 원인은 과도한 차입구조라고 할 것이므로 부채의 축소를 통한 이자부담의 경감을 위한 노력이 필요하다.

그럼에도 불구하고, 위 보고서는 차입금 원금상환 부담으로 인한 문제점을 지적하면서도, 식물원 영업의 활성화 방안, 장기적으로 식물원 내방객이 증가할 가능성이 없다면 그 기능의 축소 여부 및 과도한 차입구조의 개선방안을 제시하지 아니한 채, 그 일부 원인에 불과한 영업 부분의 축소만을 해결책으로 제시하였고, 원고는 그에 따라 구조조정을 진행하였다.

또한, 위 보고서에서는 임대하는 매장의 임대수익, 전망대 망원경 수익 등을 기타 매출로 분류하여 영업팀의 상품매출과 별도로 분석하고 있는데, 원고가 제출한 매출현황에서는(갑 제16호증) 위 각 수익을 영업매장의 매출로 분류하고 있고, 임대수익과 전망대 망원경 수익 등은 원고가 식물원을 인수하기 이전에도 부대영업매장의 수익으로 파악되었으며(을 제33호증의 1 내지 3), 임대수익 등 그 이익의 성격도 영업팀의 영업이익으로 볼 수 있음에도 이를 영업팀의 영업이익에서 제외하였다는 점, 위 보고서는 2007.6. 원고의 의뢰에 따라 2007. 7. 6. 작성되었으나 대부분 원고가 제공한 재무제표, 경영·산업정보 및 사업계획서 등을 기초로 작성되었는데 ○○회계법인은 원고가 제시한 자료의 완전성에 대하여 책임을 지지 않는다고 기술한 점(갑 제5호증), 아래에서 보는 바와 같이 해고 대상으로 선정된 사람은 2007. 6. 기준으로 육아휴직·출산휴가자 및 식물원 노동조합 장인 김○○를 제외하고는 모두 영업팀 소속인 점(관리팀소속 김○○이 2007. 6.경 영업팀에서 관리팀으로 전환·배치된 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다), 원고가 2007. 9. 3. 노사협의회에서도 영업부문의 폐쇄 방안에 관하여만 논의하였던 점(갑 제9호증) 등에 비추어 볼 때, 원고의 구조조정 노력은 영업팀에 과도하게 초점을 맞추어 진행된 것으로 판단된다.

② 원고는 자구노력을 통하여 이자비용을 감축함으로써 해고의 범위를 축소하려는 노력을 충분히 하지 못하였다.

정리해고는 근로자의 귀책사유가 아니라 경영상의 이유로 해고를 하는 것이므로, 사용자도 자산의 매각 등을 통하여 상당한 정도의 자구노력을 하여야 하고, 이 사건과 같이 원고가 2006. 12. 31.을 기준으로 40,719,000,000원을 차입하고 있는 상황에서는 자구노력의 필요성이 더욱 크다.

그런데 원고가 해고회피노력으로 들고 있는 재산세, 종합부동산세 감면, 사택용 아파트 임차계약 해지를 통한 임대보증금 37,000,000원의 회수, 보일러 교체, 자동차 매각(갑 제45호증에 따르면 매각 차량의 견적가는 최대 5,500,000원에 해당한다)은 경영자로서 해야 할 통상적인 경영활동의 범주를 벗어난 자구노력으로 보기 어렵고, 그 액수도 미미하다.

오히려 원고는 2006. 12. 31. 기준으로 60,694,407,000원의 자산을 보유하고 있었는데(을 제29호증), 위 자산 중 제주 노형동 아파트(을 제4호증의 1, 2), 서귀포시 ○○연립주택(을 제15호증) 등을 비롯한 매각 가능한 자산을 처분할 필요가 있었다. 이에 대하여, 원고는 위 각 부동산이 대표이사와 사원의 사택으로 사용되어 매각이 불가능하다는 취지로 주장하나, 경영상의 이유로 인하여 근로자가 해고됨으로써 근로자의 희생을 수반하는 정리해고의 성격에 비추어 볼 때, 사용자에게 다소 불편하더라도 필요한 자구노력을 감내하여야 할 것이므로, 원고가 주장하는 사유가 위 부동산을 매각하지 아니할 정당한 사유라고 보기 어렵다.

무엇보다도, 원고는 2007.12.31. 현재 공정가액 기준으로 132,749,000원의 국민주택채권, 1,994,033,000원 상당의 회사채, 2,007,126,000원의 증권을 보유하고 있었는데(을 제29호증), 위와 같은 유가증권 등을 매각하여 차입규모를 줄일 수 있었음에도 이러한 해고회피노력을 다하지 않았다.

특히, 원고가 ○○식물원을 인수할 당시 근로자는 114명이었으나, 2006년에는 97명, 2007년에는 80명으로 꾸준히 감축되고 있었고(갑 제2, 3호증), 원고가 해고한 근로자 임금의 합계는 연간 311,839,950원(갑 제35호증) 정도이므로, 해고로 줄일 수 있는 임금의 상당 부분은 위와 같은 유가증권 등의 매각으로 감축되는 이자비용과 자연적인 인력 감축으로도 상당 부분 상쇄될 수 있었을 것이다.

③ 원고는 조업시간을 단축할 수 없는 식물원 영업의 특성과 단체 관람객의 일시 입점으로 인한 영업장 관리의 곤란성 등의 이유로 휴직을 실시할 수 없었다고 주장한다.

원고가 2005.8.5. 식물원 노동조합과 체결한 단체협약 제35조 가의 2항은 원고가 경영상의 이유로 해고를 시행하기 전에 경영합리화, 신규채용 중단, 근로시간 단축, 휴직제도 도입 등의 충분한 해고 회피노력을 하여야 한다고 규정하고 있다.

앞서 본 대로 정리해고의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없다고 하더라도(대법원 2003.12.26. 선고 2001도3380 판결 참조), 정리해고에서 해고 대상 근로자의 선정 기준이 단체협약이나 취업규칙에 정해져 있는 경우 이에 따라야 하고(대법원 2002.7.9. 선고 2001다29452 판결 참조), 근로기준법 제24조제3항에서 경영상 이유에 의한 해고의 경우에 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합과 성실하게 협의하여야 한다고 규정하고 있으며, 식물원 노동조합은 ○○식물원의 운영주체가 고용의 보장이 상대적으로 안정적인 서울특별시에서 사기업(私企業)인 원고로 바뀔에 따라 위 단체협약 조항을 계속 유지할 것을 요구하였던 것으로 추단되는 점에 비추어 볼 때, 원고로서는 정리해고를 하는 경우에도 가능한 위 조항에 따라 휴직의 실시 여부를 검토하는 것이 타당하다.

또한, 영업매장의 일부 운영과 매장의 재구성, 임대매장의 확대 등과 동반하여 시행하는 경우 조업을 중단하거나 관리상의 특별한 어려움 없이 휴직을 실시할 수 있고, 그 경우 보조금의 지원을 받을 수 있었음에도, 원고는 휴직의 실시 여부에 관하여 특별히 검토하지 않았으므로(원고는 휴직의 실시 여부를 검토하였다는 서면 등의 자료를 제출하지 못하고 있다), 해고를 피하기 위한 노력을 충분히 하였다고 볼 수 없다.”

파. 법원은 집합건물의 관리방법이 자치관리에서 위탁관리로 변경되면서 이루어진 정리해고 과정에서 사용자의 해고회피노력의 일환으로 다른 업체와 사이에 그 소속 근로자들의 고용승계에 관한 합의를 하였다고 하더라도, 고용승계과정에서 임금 등 근로조건이 해당 근로자로서 받아들이기 어려울 정도로 악화되는 경우에는 고용승계에 관한 약정이 있었다는 점만으로 해고회피노력을 다하였다고 평가하기는 어렵다고 봄



## 【서울행정법원 2012. 4. 12. 선고 2011구합39776 판결】

“(가) 이 사건 해고는 집합건물인 이 사건 건물의 입주자들이 그 관리방법을 자치관리에서 위탁 관리로 변경함에 따라 이루어진 것으로서 이는 경영상의 필요에 의한 해고, 즉 이른바 정리해고에 해당한다고 볼 것인데, …(중략)… ① 원고는 막연히 ○○개발과 사이에 원고 소속 근로자들의 고용승계를 약속하였다는 취지의 주장만을 하고 있을 뿐, 원고 소속 근로자들의 고용승계의 범위, 승계를 전후하여 임금을 비롯한 제반 근로조건 등에 대하여 구체적으로 어떠한 내용의 합의가 이루어졌는지를 알 수 있는 자료를 전혀 제출하고 있지 아니하고, 관리업무위수탁계약서 제15조에는 2011. 2. 28.까지의 임금만을 동일하게 지급한다는 약정만이 있는 점, ② 원고 소속 근로자 30명이 대부분 고용승계를 위하여 원고에게 사직서를 제출하였고, 원고의 주장에 따르더라도 그 중 27명이 ○○개발의 채용을 위한 면접에 응하였음에도 최종적으로 ○○개발에 고용승계된 근로자가 16명에 불과한 점에서 원고의 근로자 전원을 ○○개발에 고용승계하기로 합의하였다는 원고의 주장을 선뜻 믿기 어려운 점(증인 천○○은 ○○개발의 설득에도 불구하고 원고 소속근로자들 일부가 고용승계를 극구 거부하였다고 증언하고 있으나, 고용승계를 위하여 사직서를 제출하고 ○○개발의 채용면접까지 응한 근로자들이 갑자기 태도를 바꾸어 고용승계를 거부할 만한 특별한 사정이 엿보이지 아니하므로 위 증인의 증언은 믿을 수 없고, 오히려 위 사정에 비추어 보면, 원고는 ○○개발과 고용승계약정을 한 것이 아니라 ○○개발이 직원을 채용함에 있어 원고 직원들에게 면접우선권만을 주기로 한 것으로 볼 여지가 많다), ③ 또한 원고는 오○○이 ○○개발의 채용면접을 거부하면서 그 스스로 고용승계를 거부하였다는 취지로 주장하나, 오○○은 초심 및 재심판정과정을 통하여 일관되게 자신이 ○○개발의 면접을 보았고 그 당시 경비원 인원감축과 임금삭감에 관한 말을 들었다고 진술하였고, ‘관리사무실에서 근무 중 경비원 오○○ 본인이 면접을 거부하고 근무하지 않겠다며 뛰쳐 나가는 것을 본 사실이 있다’는 취지의 김○○의 진술(갑 제3호 증의 1 참조)만으로는 그 자체로 오○○이 면접 자체를 거부한 것인지 아니면 면접과정에서 인원 감축이나 임금삭감에 관한 말을 듣고 이에 대한 불만의 표시로 면접에 적극적으로 응하지 아니한 것인지 불분명한 점 등의 사정에 비추어 원고의 위 주장을 그대로 받아들이기 어려운 점, ④ 비록 사용자가 정리해고를 실시하면서 해고회피노력의 일환으로 다른 업체와 사이에 그 소속 근로자들의 고용승계에 관한 합의를 하였다고 하더라도, 고용승계과정에서 임금 등 근로조건이 해당 근로자로서 받아들이기 어려울 정도로 악화되는 경우에는 고용승계에 관한 약정이 있었다는 점만으로 해고회피 노력을 다하였다고 평가하기는 어려운 점 등을 종합하면, 오○○의 고용관계가 ○○개발로 승계되지 아니한 것이 오○○ 자신의 거부 의사에 따른 것이라고 보기 어렵고, 달리 오○○의 귀책사유로 ○○개발에 고용승계가 이루어지지 아니하였다고 볼 자료가 없다. 따라서 이 사건 해고에 있어 원고가 해고회피를 위한 노력을 다하였다고 보기도 어렵다.”

제10장  
정리해고

### 3. 해고대상자 선정의 합리성·공정성 인정 여부

#### 3.1 해고대상자 선정의 합리성·공정성을 인정한 사례

가. 법원은 원칙적으로 **노동조합과 합의**에 의해 정리해고 대상자 수와 선정기준을 결정하였고 그 기준이 **근무성적, 업무능력, 근무태도 및 입사시기 등을 종합적으로 고려한 것**이라면 합리적이고 공정한 해고기준으로 인정함

#### 【서울고등법원 2008. 4. 30. 선고 2007누26591 판결<sup>175)</sup>】

“참가인(사용자)은 희망퇴직 및 이 사건 해고를 실시함에 있어서 노동조합과의 합의 하에 기술 분야인 토목·건축·기술연구소 근무자는 근무성적평정, 특별평가, 자격, 연령, PQ경력에 기술개발 실적 및 벌점·징계(가·감점 사항)요소를, 사무분야 근무자는 근무성적평정, 특별평가, 연령, 포상·징계(가·감점 사항)요소를 기준으로 삼아 감축(해고)대상자를 선정하였는바, 이러한 기준은 각 평가 요소별로 보면 사용자의 이익측면이 보다 고려된 점이 없지 않으나, 노사가 여러 사정을 감안하여 합의에 이른 것인 점 등 전체적으로 보면 나름대로 합리적이고 공정한 기준이라 하지 않을 수 없고, 또한 이러한 감축대상자 선정기준에 따른 원고에 대한 평가의 경우를 보더라도 근무성적평정에서 원고가 노조전임자로 있을 당시의 기간에 대하여는 일정 부분 우대하여 평가되었고, 동일 평가 대상의 다른 근로자에 비해 달리 차별적인 평가를 받았다고 볼 만한 사정도 찾아보기 어려우므로 위 선정기준이 원고에게 특별히 불리하다 할 수도 없다.”

#### 【서울고등법원 2008. 5. 23. 2007누29293 판결<sup>176)</sup>】

“참가인(사용자)은 포상, 징계, 근무태도, 업무능력, 연령, 재산정도, 부양가족 등의 14개 세부 평가요소들을 정하고 각 평가요소의 중요성의 정도에 따라 가중치를 부여하면서 특히 15%의 가중치가 부여된 업무평가 영역을 능력의 측면(55점)과 태도의 측면(45점)으로 나누고, 전자는 다시 업무수행실적(25점)과 업무능력(30점)으로, 후자는 규율성, 책임성, 협조성(각 15점)으로 각 세분화함으로써 업무능력평가가 가지는 주관적 속성의 폐해를 가급적 최소화하여 평가의 공정성을 높인다는 취지로 과장급, 팀장, 담당 임원의 3단계 평가 방식을 채택하였는바, 참가인이 이 사건 해고 이전에 1개월여 이상의 기간 동안 진행된 인력감축에 관한 노사 협의 당시 해고대상자 선정 기준을 노동조합에 충분히 설명하였으나 이에 대하여 노동조합은 이 사건 해고가 실행될 때까지 아무런 이의를 제기하지 않았으므로 이러한 정리해고 대상자 선정기준은 일응 객관적이고 합리적인 기준이라 할 것이다.”

175) 1심 판결(서울행정법원 2007. 8. 30. 선고 2006구합35756 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 21. 자 2008두7663 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

176) 1심 판결(서울행정법원 2007. 10. 11. 선고 2006구합15561 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 11. 자 2008두9935 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

나. 법원은 사용자의 선정기준이 지나치게 자의적이거나 불합리한 것이 아닌 한 그 선정기준 및 방법에 대해 **사용자에게 상당한 재량**을 인정함

【서울고등법원 2007. 7. 10. 선고 2006누27924<sup>177)</sup>】

“정리해고 대상자의 선정기준 및 방법에 대하여는 근로자의 업무능력만을 기준으로 하여야 하는 것은 아니고 근로자의 생활사정, 근로자 사이의 공평성 등을 기준으로 하는 것도 가능하여 사용자에게 상당한 재량이 있고, 특히 근로자 대표의 동의를 얻어 결정된 선정기준 및 방법은 지나치게 자의적이거나 불합리한 것이 아닌 한 합리성을 부인할 수 없다 할 것이다.”

다. 법원은 **자의적·주관적 요소를 배제하기 위하여 각 항목별로 조정평균이나 세부항목으로 구분하여 배점을 달리한 경우** 정리해고의 해고대상자 선정기준이 전체적으로 합리적이고 공정한 기준이라고 봄”

【서울고등법원 2008. 7. 9. 선고 2007누27570 판결<sup>178)</sup>】

“참가인 회사는 근로자 생활보호 관점에서 근속연수(10점), 생활평가(10점)를, 기업경영의 관점에서 최근 2년간 인사사고과(50점), 연령(10점), 기능평가(10점), 상벌(5점), 자격증 유무(5점) 등에 대하여 기준 및 배점을 정하고 종합점수를 산정한 후 해고대상자들을 선정한 점, 위 선정기준의 구성 항목과 각 항목별 배점 배정은 기업경영상 이해관계와 근로자들의 개인적 사정이 적절한 조화를 이루도록 설정된 것으로 보이고 또한 자의적·주관적 요소를 배제하기 위하여 각 항목별로 조정 평균이나 세부항목으로 구분하여 배점을 달리한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 정리해고의 해고 대상자 선정기준은 전체적으로 합리적이고 공정한 기준이라 할 것이다.”

라. 법원은 일부 사업 철수에 따른 **보직 미부여자**를 정리해고 대상자로 선정되는 것이 어느 정도 불가피하다고 봄

【서울고등법원 2009. 10. 8. 선고 2009누920 판결<sup>179)</sup>】

“원고(사용자)가 노동조합과의 협의에 따라 정한 이 사건 정리해고자 선정기준은 인사사고 50%, 보직 유무 20%, 부양가족수 10%, 보훈 유무 10%, 장애 유무 10%로 하고, 포상은 총점에서 가감

177) 대법원(대법원 2007. 11. 15. 자 2007두16844 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

178) 대법원(대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13972 판결)에서 확정됨. 대법원은 위 원심판결에 대하여 “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 ○○○○제주노동조합과 수회에 걸쳐 노사협의 회를 개최하여 정리해고에 관한 협의 및 의견제시를 요청함으로써 근로자대표와의 성실한 협의를 거쳤다고 판단 하였는바, 원심의 이와 같은 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.” 라고 설시함

하는 형식인데, 원고 회사의 대상 직원 120명을 상대로 위 기준에 따라 순위를 매긴 결과 참가인은 고과점수 32점, 보직 3점, 부양 7점, 장애 7점으로 총점 56점으로 전체 인원 중 두 번째로 낮은 점수를 받아 정리해고대상자로 선정되었고, 그 중 보직 미부여자로 분류된 자는 참가인 외에 김○성, 박○동, 김○현이고, 위 4명이 최종적으로 정리해고 대상자로 선정되었음을 알 수 있다.

...(중략)...

다음으로 위 선정기준 중 보직점수에 관하여 보면, 보직의 유무는 위 정리해고 기준을 세우기 전에 이미 결정된 사항이고 참가인은 원고 회사가 일부 생산라인을 폐쇄함에 따라 보직을 부여받지 못하게 된 것이어서, 보직을 부여받지 못하게 된 점에 대한 귀책사유가 참가인에게 있다고 볼 수 없기는 하나, 정리해고는 근로자를 그의 귀책사유로 인하여 해고하는 것과는 달리 회사의 필요에 의하여 해고하는 것이므로, 그 대상자의 선정기준 및 방법을 정함에 있어서 반드시 근로자의 업무능력만을 기준으로 하여야 하는 것은 아니고, 이에 관하여 사용자에게 상당한 재량이 있는 점, 보직이 없던 사람이 보직을 부여받아 다른 공정에 투입되기 위하여는 상당 기간 교육을 받고 적응과정을 거쳐야 할 것이어서 무보직자는 보직자에 비하여 작업능률과 생산성이 떨어질 것으로 보이는 점, 보직 유무 및 그 점수 배정도 노동조합과 협의하여 결정된 점, 보직의 경우 보직자는 14점, 무보직자는 3점이 부여되어 보직 여부에 따라 11점의 차이가 나지만, 이는 표준편차에 따른 통계적인 점수를 부여하는 방법을 취함으로써 나타난 결과인데, 위와 같은 방법을 택한 것 자체가 불합리하다고 할 수는 없는 점, 결과적으로 무보직자로 분류된 참가인과 김○성, 박○동, 김○현이 정리해고대상자로 선정되었지만, 참가인이나 박○동, 김○현은 모두 그들이 담당하던 생산라인이 폐쇄되면서 무보직자로 된 것으로서, 일부 사업 철수에 따른 잉여인력의 발생도 정리해고의 주된 원인이 되었던 이 사건에서 바로 그 사업 철수로 폐쇄된 생산라인에 종사하던 사람이 우선적으로 정리해고대상자가 되는 것은 어느 정도 불가피하다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 보면, 보직 점수의 가중치 및 산정방법을 위와 같이 정한 것이 비합리적이거나 불공정하다고 할 수는 없으므로, 결국 위와 같은 선정기준에 따라 참가인을 정리해고대상자로 선정한 것은 나름대로 합리적이고 공정한 기준에 따라 선정한 것으로 볼 것이다.”

마. 법원은 정리해고 당시 인사대기 및 무보직 상태이었기 때문에 근무평점 항목에서 ‘0’점을 받을 수밖에 없었던 경우에도 근무평점 항목의 배점이 크지 않고, 결과적으로 근무평점에 의하여 정리해고의 대상자 선정 여부가 좌우된 것도 아닌 경우, 정리해고 대상 선정기준이 공정성을 상실한 것은 아니라고 봄

【서울고등법원 2013. 6. 28. 선고 2012누10675 판결<sup>180)</sup>】

“위 인정사실 및 앞서 든 각 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 대우 송도개발이 관리직협의회(이를 근로자대표로 볼 수 있음은 뒤에서 판단하는 바와 같다)와 협의를 거쳐 수립한 이 사건 각 정리해고의 대상자 선정기준은 당시의 상황에서 나름대로 합리적이고

179) 대법원(대법원 2010. 2. 11. 자 2009두19595 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

공정한 것으로 충분히 수긍할 수 있고, 위 기준에 따라 원고들이 이 사건 각 정리해고의 대상으로 선정된 이상 이와 같은 선정결과가 객관성과 공정성을 상실하였다고 보기 어렵다.

① 이 사건 각 정리해고 대상자 선정기준이 평가항목 중 사용자측면으로는 인사사고, 근태, 포상징계, 재급년차, 근무연속성이, 근로자측면으로는 근속년수, 부양가족, 배우자 맞벌이, 장애 여부, 보훈대상 여부 등이 포함되어 있고, 각 항목별로 산정기간 및 일정한 배점기준을 정하여 산정된 점수에 따라 정리해고 대상자를 선정하도록 되어 있는데, 위와 같은 각 평가항목의 내용 및 배점이 불합리하거나 불공정한 것으로 보이지 않는다.

② 각 평가항목의 점수를 합산한 점수에 따른 정리해고 대상 커트라인을 보면, 부장과 차장의 경우에는 31점이었고, 대리의 경우에는 25점이었으며, 원고들은 각 위 커트라인 점수에 미치지 못하여 최종적으로 정리해고 대상자에 선정된 사실이 인정된다. ③ 원고들은 당시 인사대기 및 무보직 상태이었기 때문에 근무연속성에 관한 근무평점 항목에서 모두 '0'점을 받을 수밖에 없었으나, 무보직자의 작업능률이나 생산성이 보직자에 비하여 상대적으로 낮고, 보직 유무에 따른 최대 점수 차이가 4점(보직이 있는 경우에는 9점, 없는 경우에는 5점을 받게 된다)으로서 다른 평가항목의 배점에 비해 납득하기 어려울 만큼 큰 것도 아니며, 결과적으로 근무평점에 의하여 정리해고의 대상자 선정 여부가 좌우된 것도 아니므로 근무연속성에 의한 근무평점을 평가항목에 포함시켰다는 사정만으로는 무보직 상태인 원고들을 의도적으로 해고하기 위한 선정기준이라고 볼 수 없다.

④ 갑 제10호증의 기재 및 다심 증인 김○○의 일부 증언에 따르면, 대우송도개발이 근로자들에게 인사사고표 양식을 배포하여 근로자들로 하여금 인적사항, 근무경력, 수행업무, 배치전환란을 기재하여 제출하도록 하고, 이를 기초로 인사과파를 실시해 왔고, 근로자들에게 인사과과결과를 공개하지 않은 사실이 인정된다. 그러나 위 각 증거 및 을 제18호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음의 사정 즉, 임금피크제의 대상자들에 대하여는 인사사고과가 실시되지 않았을 가능성이 있는 점, 실시되었다 하더라도 인사사고과는 판매실적 뿐만 아니라 업무태도 등을 종합적으로 고려하여 실시된 것으로 보이는 점, 인사사고과의 공개 여부는 사용자의 재량사항이므로 대우송도 개발에게 인사사고과를 공개할 의무가 있다고 할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 위 인정 사실만으로는 원고들을 이 사건 각 정리해고의 대상자로 선정함에 있어서 기초로 삼은 관리직 인사사고과 연봉(승급) 심사대장(갑 제7호증, 을 제5호증)상 인사사고과가 실제 인사사고과와 달리 자의적이거나 허위로 이루어졌다고 보기 어렵다.

⑤ 오히려 위 심사대장의 비교란에는 고과평가의 기초가 될 수 있는 근로자별 특이사항 즉, 재급 초과나 연령초과 여부, 사내교육 참석 및 합격 여부, 휴직내역 등이 구체적으로 기재되어 있는 점에 비추어 보면 이와 같이 다양한 요소들을 고려하여 인사사고과서열이 매겨진 것으로 보이고, 달리 인사사고과가 반드시 판매실적만을 따라야 한다고 볼만한 자료가 없다.

⑥ 또한, 원고 1. 내지 8.이 임금피크제의 적용대상자라는 이유만으로 고과평점을 낮게 받았다거나 원고 9.의 호봉승급이 잘못 계산되었다고 볼 만한 근거가 없고(호봉승급은 전년도를 기준으로 책정되므로 원고 9.의 호봉승급은 옳게 계산된 것으로 보이고, 설사 원고 9.의 주장에 따르면 원고 9.의 점수는 커트라인에 미치지 못한다), 비교대상 자료가 없다는 이유만으로 이 사건 각 정리해고 대상자를 선정함에 있어서 인사사고과가 형평에 맞지 않게 산정되었다고 보기 어렵다.

⑦ 앞서 살펴 본 대우송도개발의 경영상 위기의 정도와 승용차 부문의 영업직 근로자 전원이 정리해고된 점 등에 비추어 보면, 이 사건 각 정리해고가 승용차 부문의 관리직 근로자들을 해고하기 위해 마련된 불합리한 선정기준에 따라 이루어진 것이라고 볼 수 없다.”

바. 법원은 합리적이고 공정한 해고대상자 선정기준에 관하여 **노동조합 스스로 의견을 제시하지 않았거나** 근로자가 **해고기준과 관련한 충분한 자료를 제출하지 않은** 경우에는 이를 노동조합이나 근로자의 귀책사유로 보고 있음

【서울고등법원 2008. 9. 3. 선고 2008누1261 판결<sup>181)</sup>】

“참가인(사용자)이 최종적으로 업무실적, 업무태도 등 주관적 요소에 대하여는 합계 20점만을 부여하고, 상벌, 배우자 직업유무, 부양가족수, 입사역순 등 객관적 요소에 대하여 합계 80점을 부여한 평가기준을 채택한 것은 합리적인 것으로 볼 수 있는 점, 해고대상자 선정기준에 관하여 이 사건 노조가 어떠한 의견도 제시하지 아니한 것은 근로조건의 유지·향상을 위하여 헌법이 단결권을 보장하고 근로기준법이 경영상 해고에 관하여 협의권을 부여한 본래의 취지를 망각하고 근로자 보호의무를 포기한 것으로 볼 수 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 해고시 참가인이 적용한 해고기준은 합리적이고 공정한 기준이라고 봄이 상당하다.

...(중략)...

근로계약의 성질상 근로의 양과 질에 관한 평가는 사용자인 참가인의 고유권한이고 근로자에 대한 평가가 불합리하거나 불공정하여 정의의 관념에 반하지 않는 한 유효한 것으로 승인하여야 하는데, 이 사건 해고를 위한 평가에서 그와 같은 사정이 있다고 보기에 충분한 자료가 없으며, 참가인이 부양가족수를 산정함에 있어 이 사건 노조 및 근로자들이 경영상 해고에 관한 협의가 종료될 때까지 부양가족 신고를 거부하여 부득이하게 소득공제신고서, 주민등록등본, 건강보험증에 의존하여 부양가족수를 산정하였는바, 위 기록상의 부양가족과 실제 부양가족수가 서로 다른 경우에도 신고를 하지 않아 평가를 제대로 받지 못하였거나, 신고를 했어도 사실상의 부양가족이 있다는 사실을 누락하고 신고한 것에 대한 귀책사유는 참가인으로부터 관련 자료의 제출을 통보 받고서도 그 신고를 제대로 하지 않은 원고들에게 있다 할 것이므로, 그 산정의 잘못을 참가인의 탓으로 돌릴 수 없다 할 것이어서, 원고들의 위 부분 주장은 이유 없다.”<sup>182)</sup>

“원고들은 또한, 참가인이 해고 대상 근로자들의 범위를 정함에 있어 전체 근로자들을 선별대상으로 하지 아니하고, 편집국 소속 기자들만을 선별대상으로 한 잘못이 있다고 주장한다.

살피건대, ① 앞서 본 바 같이 이 사건 해고 당시 편집국이 역대 최대인원(2002년도 한일월드컵 특수로 인한 편집국 소속 기자의 이례적 증원의 경우는 제외) 대비 인원감소 비율이 다른 부서에 비하여 낮았고, 참가인의 노조원인 편집국장도 2005. 6. 14. ‘편집국 운영계획서’를 통하여 편집국 소속 직원을 45명 이내로 줄이는 방안을 제시하였던 점, ② 참가인은 2005. 6. 14. 이 사건 노조 등에게 ‘정리해고 대상자 선정 기준에 대한 회사의 입장’이라는 공문을 통하여 ‘경영정상화의 마지막 수단으로 정리해고를 추진하되, 1단계로 편집국만을 대상으로 추진하며, 자체 노력에 의한 경영 정상화가 한계에 봉착하여 사업의 양도·인수·합병을 통한 경영 정상화를 추진할 수 밖에 없을 경우에는 편집국을 제외한 조직만을 대상으로 상대 기업의 인원 상태, 의견 등을 감아하여 2단계로 정리해고를 추진할 계획이다’라고 하면서 이에 대한 의견을 구하였으나, 이 사건 노조 등은 정리해고자 선정 기준에 대하여 아무런 의견을 제시하지 않았던 점(갑 제7호증), ③ 이미 상당한 인원이 감소된 다른 부서의 상황(을 제3호증) 및 기자의 업무 특성상 편집국 소속 기자들을 다른 부서로

180) 대법원(대법원 2013. 11. 28.자 2013두17565 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

전환배치하기는 어려웠을 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 참가인이 편집국 소속 기자들만을 해고의 선별대상으로 삼은 것에 어떠한 잘못이 있다고 할 수 없으므로 이 부분에 관한 원고들의 주장도 이유 없다.”

사. 법원은 **특정 부문(또는 부서) 소속 근로자들만** 해고대상자로 선정하는 것이 **불가피한 경우** 해고대상자 선정이 불합리하거나 불공정하다고 보지 않음

【서울고등법원 2010. 4. 30. 선고 2009누26809 판결<sup>183)</sup>】

“참가인이 폐쇄예정부서인 생산부 기계 및 모터, 판금 생산라인 근로자 45명 중 32명을 정리해고 대상자로 선정하면서, 부양가족 20%, 근속연수 20%, 임금수준 40%, 업무적합성 20%의 비율로 점수를 반영하되, 부양가족이 적을수록, 근속연수가 적을수록, 임금수준이 높을수록, 업무적합성이 적을수록 가점하여 1점 내지 5점을 부여하여, 부여된 점수가 높은 순서대로 정리해고대상자를 선정한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

위 인정 사실에, 비록 임금수준이 근속연수에 비례하여 증가되는 것이 일반적이어서, 임금수준을 40%, 근속연수를 20%의 비율로 배점한다면, 결국 근속연수가 많아 임금수준이 높은 근로자가 더 높은 배점을 받아 정리해고대상자로 선정될 가능성이 더 클 수 있지만, 나머지 부양가족 20%와 업무적합성 20%의 비율에 따라 정리해고대상자 선정이 결정될 수 있어 임금수준이 해고대상자를 선정하는 결정적인 기준이라 할 수 없는 점, …(중략)…; 또한 참가인이 이 사건 정리해고대상자로 지정된 생산부 기계 및 모터, 판금 생산라인의 근로자만을 상대로 인력 감축을 한 것이 아니라, 기능직, 관리직 전 임직원을 상대로 명예퇴직 신청을 받는 등 인력 감축을 하였음에도, 폐쇄예정 부서인 생산부 기계 및 모터, 판금 생산라인의 근로자들이 명예퇴직신청을 하지 않아 그 중 32명만이 정리해고대상자로 선정되었다고 할 것이어서, 이 사건 정리해고가 특정 부서만을 대상으로 하였다고 보기 어려운 점 등의 사정을 모두 종합하면, 참가인은 이 사건 정리해고 당시 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하였다고 할 것이다.”

제10장  
정리해고

아. 법원은 사용자가 오피스텔 관리방식을 기존 자치관리에서 위탁관리로 변경함에 따라 소속 근로자들을 **일괄 해고**한 경우, 해고대상 인원을 선별할 수 없는 사정이 있다고 봄

181) 1심 판결(서울행정법원 2007. 11. 22. 선고 2006구합27281 판결)을 일부 인용했으며, 대법원(대법원 2008. 12. 24.자 2008두16346 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

182) 여기까지는 이 사건 1심 판결을 판단 부분을 발췌함

183) 1심 판결(서울행정법원 2009. 8. 21. 선고 2008구합44303 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 9. 9.자 2010두10273 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 【서울고등법원 2009. 9. 8. 선고 2009누3189 판결】

“이 사건 해고는 관리방식 변경에 따라 참가인 소속 근로자를 일괄 해고하는 것이어서 해고대상 인원을 선별할 수 없고 참가인은 소속근로자에게 해고예고통보를 하면서 전문 관리업체로 하여금 기존의 임금수준 및 근속기간을 보장하면서 근로자들을 고용승계 하도록 하겠다는 대안을 제시하였던 점, 참가인과 건물관리도급계약을 체결한 이 사건 관리회사는 참가인과의 약정에 따라 참가인 소속 근로자들에게 기존의 임금 수준 및 근속기간을 보장하는 조건으로 근로계약을 체결할 것을 권유 하였고 참가인 소속 근로자 중 8명은 이에 응하여 이 사건 관리회사와 근로계약을 체결하였으나 원고들을 포함한 나머지 9명이 이에 응하지 아니하자 참가인은 이 사건 관리회사와 근로계약을 체결하지 않은 근로자들을 해고하게 된 점 …(중략)… 을 고려할 때, 이 사건 해고는 경영상의 필요에 의하여 이 사건 오피스텔의 관리를 외부 전문관리업체에 위탁함에 따라 직제가 폐지되는 원고들을 해고하게 된 것으로 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지녀 정당하다고 봄이 상당하다.”

자. 법원은 사용자가 정리해고 선정기준을 징계사실 유무, 부양가족 여부 등으로 정한 경우, 정당하지 않은 조합활동에 대하여 감점하고, **연말정산시 부양가족 신고를 하지 아니한 근로자에 대하여 부양가족이 없는 것으로 보아 점수를 산정한 것이 부당하지 않다고 봄**

## 【대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두14682 판결】

“무엇이 합리적이고 공정한 해고의 기준인가는 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리 해고를 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(대법원 2003.9.26. 선고 2001두10776, 10783 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면 원심은, 이 사건 정리해고 대상자 선정기준은 제안자, 대내외 표창수상자, 자격증 취득, 보훈가족 및 장애인 근로자 등과 관련하여 일정한 점수를 가점하고, 징계사실 유무, 취업규칙 미준수, 재취업가능자, 고과열등자, 근로자 개별생활능력 등과 관련하여 일정한 점수를 감점하는 방법으로 이 사건 정리해고를 위한 점수를 부여하게 되어 있는바, 이러한 기준이 전혀 합리성이 없거나 특정한 근로자만을 해고하기 위한 방편이라는 등 사용자의 재량권의 범위를 벗어나 사회통념상 현저히 불합리한 것이라고 볼 수 없고, 한편 피고보조참가인으로서 근로자들로부터 부양가족이 실제로 부양을 받는지 여부를 판단할 객관적인 자료가 없는 이상 개별근로자들의 의사에 의한 연말정산 신고서류 및 인사기록등록표 등만을 근거로 부양가족을 판단할 수 밖에 없는 점을 고려하면, 피고보조참가인이 위 정리해고 대상자 선정기준 중 근로자 개별생활능력 항목과 관련하여 객관적인 자료라고 볼 수 있는 연말정산시 신고서류상의 부양가족을 기준으로 점수를 부여한 것이 부당하다고 볼 수 없다고 판단하여, 연말정산시 부양가족 신고를 하지



아니하였다는 이유만으로 원고 김○○에 대하여 부양가족이 없는 것으로 보아 점수를 산정한 것은 위 정리해고 대상자 선정기준을 자의적으로 적용한 것으로서 부당하다는 위 원고의 주장을 배척하였다.

위에서 본 법리에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 정리해고 대상자 선정기준 및 그 적용의 합리성 판단에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.”

차. 법원은 **정리해고 대상자가 모두 조합원이었으나, 노동조합이 해고자 선정 기준 등에 관한 사용자와의 협의를 거부하여 사용자가 정리해고 대상자를 **잉여인력이 발생한 생산직 근로자로 결정하였을 뿐**이고, 단체협약의 **유니온숍 조항**이 있어 생산직 근로자들이 모두 조합원이기 때문에 결과적으로 해고대상자는 모두 조합원이 된 경우에는 해고 대상자 선정 기준이 불합리하다거나 불공정하다고 보기는 어렵다고 판단함**

#### 【대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60193 판결】

“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 사정 뿐 아니라 사용자 측의 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 제33조 제1항에서 정한 바와 달리 노동조합과 아무런 합의 없이 해고대상자 선정 기준을 정하면서 회사 측 고려요소로 근태불량, 정시 미출근 등을 선정 기준으로 삼은 점 등을 들어, 피고가 제출한 증거들만으로는 피고가 합리적이고 공정한 기준에 따라 해고대상자를 선별하였음을 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

그러나 기록에 의하면, 피고가 2008. 12. 23. 제7차 노사협의회에서 노동조합에 잉여인력 문제와 해고자 선정 기준을 설명하고 협의를 시도하였으나 노동조합은 이를 거부하고 이어서 같은 달 26일 개최된 제8차 노사협의회에 불참하였고, 이에 피고는 우선 해고 대상 근로자의 범위를 현실적으로 잉여인력이 발생한 생산직 근로자로 정한 다음, 근로자 측 고려요소로 입사경력과 부양가족수 및 연령, 사용자 측 고려요소로 근태불량과 정시 미출근을 함께 고려하는 선정 기준을 정하고 그에 따라 해고대상자를 결정하였으며, 피고의 단체협약에는 유니온숍 조항이 있어 생산직 근로자는 모두 당연히 조합원이기 때문에 결과적으로 해고대상자는 모두 조합원일 수밖에 없는 사실 등을 알 수 있다. 이와 같은 제반 사정을 고려해 보면 피고의 위 해고대상자 선정 기준이 불합리하다거나 불공정하다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

그럼에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 해고대상자 선정 기준이 공정하고 합리적이었는지 여부에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 잘못이 있다.”

카. 법원은 정리해고 대상자를 선정함에 있어 **소규모 사업장에서 근로자 개인의 주관적 사정을 반영한 선정기준을 마련하는 것은 오히려 특정인을 대상으로 한 정리해고가 될 우려가 있으므로** 인사평가를 토대로 직원대표와 경영진의 협의를 통해 해고 대상자를 선정하는 것이 더 타당하다고 봄

【서울고등법원 2012. 10. 18. 선고 2012누623 판결】

“참가인이 해고대상자 선정기준에 관하여 근로자들을 상대로 설문조사를 실시하여 인사평가를 기준으로 하자는 의견과 직원대표와 경영진의 협의를 기준으로 하자는 의견이 각 동수로 나왔고, 이에 따라 인사평가결과를 기준으로 직원 대표 윤미숙과 참가인의 경영진의 협의를 거쳐 이 사건 정리해고를 실시하였다.

이러한 선정기준에 근로자의 근속연수나 연령, 보유재산이나 기술 등 생계유지능력, 부양가족에 관한 상황 등 근로자 개인의 주관적 사정이 반영되지 않은 측면이 있지만, 참가인의 직원이 16명에 불과하여 근로자 개인의 주관적 사정을 반영한 선정기준을 마련하는 것이 오히려 특정인을 대상으로 한 정리해고가 될 우려가 컸던 점을 고려하면, 위와 같이 인사평가를 토대로 직원대표와 경영진의 협의를 통해 해고대상자를 선정한 것은 해고대상자 선정이 합리적이고 공정한 기준에 따른 것이라 볼 수 있다.”

### 3.2 해고대상자 선정의 합리성·공정성을 부정한 사례

가. 법원은 해고대상자 선정기준이 객관적이지 못하고 사용자가 그 **대상자를 임의로 정할 수 있도록 추상적으로만 정하고 있는 경우에는 그 선정기준은 합리적이거나 공정한 기준에 의한 것으로 보지 않음**

【서울고등법원 2010. 3. 23. 선고 2009누5079 판결<sup>184)</sup>】

“무엇이 합리적이고 공정한 해고의 기준인가는 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정래 해고를 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(대법원 2003. 9. 26. 선고 2001두10776, 10783 판결 등 참조).

이 사건에서, 관리인 김○지가 단체협약 제72조 제4항에도 불구하고 앞서 본 바와 같이 “1. 부서별 잉여인력에 대한 조정, 2. 부서별 업무능력 검토(부서장의 평가), 3. 징계사항이나 친화력 등, 4. 노조 의견(적극반영), 5. 정년초과나 고령자(58세 전후), 6. 계약직이나 아르바이트직을 우선하여 선정, 7. 부서폐쇄 및 업무축소”를 기준으로 정리해고대상자 선정기준을 마련한 후 구조조정 심의회를 개최하여 정리해고 대상자를 선정한 사실은 앞서 본 바와 같다. 그러나 한편, 위와 같은 정리해고

기준은 위 기준에 따른 객관적인 순위를 수치화하는 등의 방법으로 근로자 들 중 정리하고 대상자를 선별하는 것이 아닐 뿐만 아니라 그 내용도 사용자인 관리인 김○지가 정리하고 대상자를 임의로 정할 수 있도록 추상적으로만 정하고 있는 점, 위와 같은 정리하고 기준에 관하여는 노사가 합의 하에 작성된 것이 아니라 관리인 김○지가 일방적으로 작성하여 이를 노동조합에 통보한 것인 점, 원고는 정리하고 대상자들 중에서 이 사건 근로자들을 정리하고 할 수 밖에 없었다는 이유로 위 2의 나. 4)항 기재 표\*와 같은 사유만을 주장하고 있을 뿐, 참가인들과 유○옥, 김○진, 김○경을 다른 근로자들과 달리 정리하고 대상자로 선정한 정리하고기준에 따른 이유 및 그 자료를 밝히지 못하고 있는 점 등을 종합하면, 이 사건 정리하고가 합리적이거나 공정한 기준에 의하여 이루어 졌다거나 위와 같은 기준을 공정하고 합리적으로 적용하였다고 볼 수는 없다.”

\* 관련 근로자들에 대한 구체적인 정리하고 사유

근로자명	사유
이○도(참가인)	- 공무과 업무능력 및 친화력 부족(노조의견) - 고령자
박○갑(참가인)	- 공무과 업무축소 - 고령자
유○옥	- 업무실수 및 근무태만으로 징계위원회에 회부되어 감봉 3월 징계 - 임상병리실 폐쇄
김○진	- 경리과 폐쇄
김○경	- 징계사항이나 친화력
김○수(참가인)	- 1호차 폐쇄

나. 법원은 정리하고 대상자를 선별함에 있어 근로자의 **연령, 근속기간, 부양의무의 유무, 재산, 건강상태 등 근로자의 주관적 사정은 전혀 고려하지 않은 경우에는 그 대상자 선별이 합리적이거나 공정하다고 보지 않음**

【서울행정법원 2010. 4. 29. 선고 2009구합37395 판결】

“합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리하고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리하고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리하고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이다. 정리하고의 경우 근로자의 일신상·행태상의 사유가 아닌 사용자 측의 경영상 필요로 해고가 이루어지는 것이므로 연령, 근속기간, 부양의무의 유무, 재산, 건강상태 등 근로자 각자의 주관적 사정을 기초로

184) 1심 판결(서울행정법원 2008. 12. 19. 선고 2008구합11457 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 7. 8.자 2010두8447 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

그 사회적 위치를 살펴 상대적으로 사회적 보호의 필요성이 낮은 근로자들부터 해고를 하여야 하고, 근무성적, 업무능력 등 사용자 측의 이해관계와 관련된 사항들은 부차적으로 고려되어야 한다.

앞서 본 증거에 의하여 인정되는 아래의 사정을 종합해 볼 때, 원고의 정리해고 대상자 선별이 합리적이거나 공정하다고 보기 어렵다.

① 원고(사용자)의 제1차 휴업조치는 차체반과 조립반 소속 근로자들만을 대상으로 하였을 뿐이고 기계반이나 시작반 소속 근로자들은 대상으로 하지 않았던 점, 원고가 2008. 5.경 조립반을 차체반에 통합하는 조치를 하였음에도 기계반을 사실상 존치시키고 있었고 같은 해 9.경 제2차 휴업을 실시하면서도 기계반 업무를 하였던 것으로 보이고 김○교, 임○연은 그 대상에 포함시키지 않았던 점 등에 비추어 보면, ○○자동차의 주문 일부 회수로 인하여 기계반의 작업량이 전무하게 되어 기계반을 존치시킬 수 없는 상태에 이르게 되었다고 보기 어렵고, 오히려 이와 같은 주문의 감축 내지 회수는 원고 회사 전체 내지는 조립반 등 생산부서 전체에 영향을 미친 것으로 볼 수 있다.

② 사정이 그러함에도 원고는 전체 직원들이나 전체 생산부서 근로자들을 대상으로 하지 아니한 채 특정 사업부서만 기계반에 소속한 근로자들과 경고를 받거나 경위서·시말서를 작성한 자를 정리해고 대상으로 선정하는 구조조정안을 마련하였고, 이에 따라 기계반 소속이었던 참가인 등 4명의 근로자등만 정리해고하였다(조립반 역시 2008. 5.경 차체반으로 통합되었음에도 조립반 소속 근로자들은 정리해고 대상으로 선정하지 않았다).

③ 원고는 정리해고 대상자를 선별함에 있어 근로자의 연령, 근속기간, 부양의무의 유무, 재산, 건강상태 등 근로자 각자의 주관적 사정은 전혀 고려하지 아니하였다.”

다. 법원은 정리해고 대상자 선정기준에 있어 사용자적 요소(업무성과, 징계 여부)와 근로자적 요소(연령, 부양의무, 근속기간)를 적절하게 고려하지 않고 **근로자적 요소보다 사용자적 요소에 대한 배점비율을 현저하게 높게 정한 경우** 합리적이고 공정한 기준이라고 보지 않음

【서울고등법원 2010. 11. 24. 선고 2007누12738 판결】

“근로기준법 제24조 제2항은 사용자가 긴박한 경영상 필요에 따라 근로자를 해고하는 경우 합리적이고 공정한 해고 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다고 규정하고 있다. 근로자에게 책임이 있어서가 아니라 경영상 사정으로 인하여 근로자를 해고하는 근로기준법 제24조 해고의 특성과 정리해고가 자칫 경영위기에서 사용자가 선호하지 않는 근로자에게 불이익을 가하거나 사용자가 선호하는 근로자로 근로조직을 변경하는 기회로 사용되지 않도록 하기 위하여, 해고 대상자를 선정하는 기준은 비교대상의 범위에 든 근로자 중에서 해고로부터 보호하여야 할 필요성이 높은 근로자를 보호하여야 한다는 근로자적 요소, 즉 근로자 연령, 부양의무 정도, 근속기간 등과 업무성과, 징계 여부 등 사용자적 요소를 적절하게 고려하여야 한다.

참가인은 근로자적 요소에 대한 배점을 총 20점에 부양가족 1명당 1점을 더한 방식으로 산정한 반면, 사용자적 요소에 대한 배점을 50점으로 하여 사용자적 요소와 근로자적 요소를 적절하게 고려하지 않았고, 그에 따라 원고는 근로자적 요소에서는 5위에 해당하는 비교적 높은 점수를 얻어

해고로부터 보호할 필요성이 높았는데도 불구하고, 사용자적 요소에 대한 배점비율이 현저하게 높아 해고 대상자로 선정되었다. 이 사건 해고는 근로기준법 제24조 제2항에서 정한 합리적이고 공정한 기준에 따라 이루어진 것이라고 볼 수 없다.”

라. 법원은 사용자가 제시하고 있는 **근무성적 배점기준표와 무관하게 근로자를 해고대상자로 선정한 상황**이 있다면 ‘합리적이고 공정한 해고기준 및 해고자 선정’요건이 충족된 것으로 보지 않음

【서울행정법원 2009. 1. 16. 선고 2008구합12382 판결】

“정리해고 선정기준에 관하여 원고(사용자 회사)와 이 사건 노조 사이에 합의가 이루어지지 않은 사실은 당사자 사이에 다툼이 없는바, 원고는 자신이 근무성적 배점기준표(이하 ‘이 사건 기준표’라 한다)에 따라 참가인들을 정리해고 대상자로 선정하였다고 주장하는 데 대하여, 피고 측은 이 사건 기준표가 이 사건 해고 이후에 그 결과에 맞추어 작성된 것에 불과하고 원고가 이와 무관하게 참가인들을 정리해고 대상자로 선정하였다고 주장한다.

살피건대, 원고가 이 사건 해고 무렵 그 근로자들로 하여금 이 사건 기준표를 열람하게 한 사실을 뒷받침하는 관련 증거의 각 기재 내용 및 증인의 증언은 믿기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이와 다른 전제에서 원고의 위 주장사실을 인정하기는 어렵다. 오히려 다음의 사정들, 즉 ① 이 사건 기준표가 노동위원회의 조사절차에도 제출되지 아니하다가 이 사건에 이르러서야 비로소 제출된 점, ② 원고가 이 사건 해고를 공고함에 있어서 이 사건 기준표의 존재나 그 내용을 전혀 언급하지 아니한 채 오직 참가인들의 비위행위만을 사유로 명기한 점 등에 비추어 보면, 원고는 이 사건 기준표와 무관하게 참가인들을 정리해고 대상자로 선정한 것으로 보인다.

나아가 설령 이와 달리 보더라도, 관련 증거에서는 이 사건 기준표의 내용 중 일부(214면, 215면)가 누락되어 있을 뿐만 아니라 확인되는 그 나머지 내용(점수산정)의 객관성·정당성을 뒷받침할 자료가 전혀 제출되지 아니한 점, 이 사건 기준표의 내용상 근로자들의 생활적 측면(부양가족의 유무·수 등)이 전혀 참작되지 아니한 점 등을 고려하면, 원고가 이 사건 기준표에 따라 참가인들을 정리해고 대상자로 선정한 것이 합리적이고 공정한 기준에 따른 것이었다고 보기도 어렵다.”

제10장  
정리해고

마. 법원은 구체적이고 객관적인 해고대상자 선정기준 없이 **생산부문 폐지계획을 이유로 생산직 직원 전원을 정리해고 대상자로 하는 것**은 부당하다고 봄

【서울고등법원 2009. 3. 24. 선고 2008누24004 판결 185)】

“원고 회사는 이 사건 정리해고를 하면서 어떠한 구체적이고 객관적인 평가기준이나 평가항목 등의 해고자 선정기준을 마련하여 그것에 의해 원고 회사 전 직원을 대상으로 하여 정리해고 대상자를 선정한 것이 아니라 향후 생산부문을 폐지하고 수입, 판매부문만으로 사업운영을 할

계획이라는 이유만으로 관리직 근로자는 제외하고 생산직 근로자만을 대상으로 정년이 얼마 남지 않았거나 산재 요양 중인 근로자를 제외한 나머지 생산직 근로자 전원을 정리해고한 점에 비추어 보면, 이 사건 정리해고는 그 해고대상자 선정기준 또한 합리성과 공정성을 갖춘 것이라고 보기 어렵다.”

바. 법원은 별도의 **해고기준이나 심사과정 없이, 영업이익 창출이 없다는 이유만으로 특정 직무담당자를 일률적으로 해고한 경우에는 ‘합리적이고 공정한 해고기준 및 해고자 선정’ 요건이 충족된 것으로 보지 않음**

【서울고등법원 2007. 2. 14. 선고 2006누4648 판결】

“참가인 은행(사용자)이 2003. 7.경 일반직원은 44명, 서무원은 10명 전원에 대하여 명예퇴직을 권고하였는데, 위 명예퇴직 권고에 응하지 않은 일반직원 18명은 현재까지 참가인 은행에 근무하고 있음에 반해, 위 권고에 응하지 않은 서무원이었던 원고들에 대하여만 전원을 정리하고 한 점, 참가인 은행은 서무직 직무가 폐지되었다는 이유로 원고(근로자)들을 일률적으로 해고하였으나 이후 계약직 사원을 채용하여 동일업무를 수행하게 하고 있는 사정들을 고려하여 볼 때, 근로자의 생활 보호측면을 전혀 고려함이 없이 서무원의 직무가 축소되고, 직접적인 영업이익 창출이 없다는 이유만으로 별다른 심사과정도 거치지 아니한 채 서무원 전원을 명예퇴직 대상으로 선정하고, 명예 퇴직권고에 응하지 아니한 직원 중 서무원인 원고들만을 정리해고 대상으로 선정한 참가인 은행의 대상자 선정은 합리적이고 공정하다고 할 수 없다 할 것이다.”

사. 법원은 사용자가 영위하는 **주된 사업과 관련이 없는 기준**으로 정리해고자를 선정하여 해고한 경우에는 ‘합리적이고 공정한 해고기준 및 해고자 선정’ 요건이 충족된 것으로 보지 않음

【서울행정법원 2004. 12. 23. 선고 2004구합26062 판결】

“정리해고 대상자 선정과 관련하여 원고(사용자)는 석사학위 소지 여부 및 전문연구 업무수행 능력이 그 기준이었다고 주장하고 있기는 하나, 원고가 직원들에 대하여 석사학위 등을 요구하면서 연구사업팀제의 형식으로 사업을 수행하게 된 것은 2003. 6. 23. 임원회의 결과 개정된 정관 및 직제규정 등에 기한 것이지만, 위와 같이 개정된 정관에 의하여서도 여전히 원고의 주된 사업은 연구사업이라기 보다 청소년의 보호 및 선도사업에 중점이 있는 것으로 보이고, 회원의 유지·관리도 그 사업의 일부로 규정되어 있는 점 및 2002. 10. 이후 2003. 2.경까지 원고의 실무를 총괄 하였던 부회장 직무대행인 고○○나 그 이후 부회장 직무대행의 직무를 수행하였을 뿐만 아니라

185) 1심 판결(서울행정법원 2008. 7. 8. 선고 2007구합29499 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원 (대법원 2009. 6. 25. 자 2009두6063 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

사실상 위 정관 등의 개정 및 구조조정절차를 주도하였던 이○○와 참가인(근로자)들 사이에 그 업무수행과 관련하여 갈등이 있어 왔던 점 등에 비추어 보면, 원고가 처음부터 참가인들만을 이 사건 정리해고대상자로 선정한 후 구조조정절차를 진행시킨 이 사건 정리해고가 객관적이고 합리적인 기준에 의해 해고대상자를 선정하였다고 보기 어렵다.”

아. 법원은 **특정 근로자의 해고 배제**는 특정 근로자의 계속 근무가 사업에 상대적으로 유용하다는 정도만으로는 허용되어서는 안 되고, **사업의 정상운영 및 수익성 제고를 위하여 현저하게 중요한 경우 허용**되어야 한다고 봄

【서울고등법원 2010. 7. 21. 선고 2009누33807 판결】

“나. 해고 대상자 선정이 합리적이고 공정하였는지 여부에 관한 판단

1) 근로기준법 제24조제2항은 사용자가 긴박한 경영상의 필요에 따라 근로자를 해고하는 경우 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 이 경우 남녀의 성(姓)을 이유로 차별하여서는 아니 된다고 규정하고 있다.

또한, 정리해고가 불가피하여 해고 대상자를 선정하는 경우에는 비교대상의 범위에 든 근로자 중에서 해고로부터 보호하여야 할 필요성이 높은 근로자를 보호하여야 한다는 근로자적 요소, 즉 근로자의 연령, 부양 의무의 정도, 근속기간 등의 요소와 함께 업무 성과, 징계 여부 등의 사용자적 요소가 적절하게 고려되어야 한다.

다만, 근로자적 요소와 사용자적 요소를 종합적으로 고려한 기준에도 불구하고 정당한 경영상의 필요에 따라 특정 근로자 또는 특정 업무에 종사하는 근로자의 계속 근무가 절실히 요청되는 경우에는 해당 근로자를 해고 대상자에서 제외할 수도 있다.

그러나 정리해고는 근로자에게 책임이 있는 사유가 있어서가 아니고 사용자측의 경영상의 사정으로 인하여 근로자를 해고하게 되는 것이고, 해고 대상자의 선정기준에서 이미 사용자적 요소가 일정 부분 반영된다는 점을 고려할 때, 그와 같은 **특정 근로자의 해고 배제는 특정 근로자의 계속 근무가 사업에 상대적으로 유용하다는 정도만으로는 허용되어서는 안 되고, 사업의 정상운영 및 수익성 제고를 위하여 현저하게 중요한 경우 허용**되어야 한다. 그리고 위와 같은 특정 근로자의 해고 배제는 자칫 경영위기에서 사용자가 선호하지 않는 근로자에게 불이익을 가하거나 사용자가 선호하는 근로자로 근로조직을 변경하는 기회로 사용되지 않도록 행사되어야 한다.

2) 갑 제33 내지 36호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 연령, 징계 여부, 부양 가족, 고과, 근속 등의 요소를 반영하여 환산점수를 산정한 후 자체적으로 대체 불가자를 선정하여 해고 대상자에서 제외하는 방식으로 아래 표<생략>와 같이 해고 대상자를 선정한 사실이 인정된다.

3) 위 인정사실에서 알 수 있는 아래와 같은 사정을 위와 같은 법리에 비추어 볼 때, 원고의 해고 대상자 선정은 합리적이고 공정하다고 볼 수 없다.

① 먼저, 원고는 남○○, 김○○, 이○○, 정○, 이○○(대체 불가자 중 김○○, 강○○은 본래 환산점수상 해고 대상자 순위 밖에 있으므로 따로 검토하지 아니한다)을 대체 불가자로 선정하였다. 그런데 특정 근로자가 계속 근무하는 것이 사업에 상대적으로 유용하다는 정도만으로는 대체 불가자로

선정할 수 없고, 특정 업무를 담당하는 사람을 해고 대상자에서 제외하는 경우에도, 이미 근로자적 요소와 사용자적 요소를 종합한 환산점수에 따라 해고 대상자 순위가 선정된 이상, 다른 선순위 대상자가 일정기간의 교육 등으로 업무를 승계할 수 있는 경우에는 우연히 해고 대상자 선정 당시에 특정 업무를 담당하고 있었다는 사정만으로는 대체 불가자로 선정할 수 없다.

원고가 대체 불가자로 선정한 이○○의 여행사 관리업무, 이○○의 사진업무, 정\*의 회계업무 등이 다른 근로자가 담당하기 어려운 업무라고 보기도 어렵고, 위 업무들이 그 근로자가 법령상 반드시 소지하여야 하는 자격증에 기초하여 수행 가능한 업무라고 볼 수도 없다(피고는 위 업무 등은 계속성이 보장되어야 하는 업무라고 주장하나, 근로자의 업무는 통상 담당자가 교체되지 않고 계속 수행하는 것이 효율적이므로, 계속 근무의 의미는 상대적인 것에 불과하여 위 주장을 받아들이기 어렵다).

원고는 2007. 12. 24. 식물원 노동조합에 '평가대상 직무 중 자체인력으로는 대체 가능성이 없는 직무수행자는 제외한다'고 안내하였음에도(갑 제32호증), 원고로부터 해고 대상자 선정 업무를 위임받은 김○○은 직무 분류에 따라 대체 불가자를 선정하였을 뿐 선순위 해고 대상자 중 대체 가능성이 있는 근로자가 있는지 여부에 관하여는 검토하지도 않았다(당심 증인 김○○의 증언).

또한, 원고가 대체 불가자로 선정한 남○○(2005년 입사), 김○○(2007년 입사), 정○(2006년 입사), 이○○(2005년 입사)은 모두 원고가 ○○식물원을 인수한 2005년 이후 입사하였고, 이○○은 5급의 홍보파트장으로서(갑 제4호증), 모두 사용자가 선호하는 근로자라고 의심된다.

나아가 이○○은 2008. 9. 30. 원고 회사에서 퇴사하여 부국산업 주식회사로 전직하였고, 김○○도 2008.9.경 원고 회사를 사직하였고, 정○도 2009. 6. 30.경 사직하였으며(다툼 없는 사실), 이○○도 자신의 업무가 '자격증이 있어야 하거나 특별히 전문성을 필요로 하는 업무는 아니라고' 진술하고 있는 점(을 제2호증의 4)을 아울러 고려하면, 대체 불가자 선정의 공정성에 의문이 든다.

② 앞서 본 대로 원고가 형식적으로는 연령 10%, 징계 20%, 부양가족 30%, 고과 30%, 근속기간 10%를 고려한 환산점수로 해고 대상자 선정을 함으로써 근로자적 요소와 사용자적 요소가 조화된 것으로 보이나, 실제로는 대체 불가자를 선정하는 과정을 통하여 근로자적 요소가 사실상 배제된 형태로 해고 대상자가 선정되었음을 알 수 있다.

즉, 원고는 근속기간이 긴 근로자, 연령이 많은 근로자에게 가산점을 주는 형태로 환산점수를 적용하였고, 근로기준법 제24조제2항은 명시적으로 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니 된다고 규정하고 있음에도, 환산점수상 해고 대상 선순위자에 해당하는 남○○(4번), 김○○(8번), 이○○(10번), 정○(18번), 이○○(20번)이 대체 불가자로 선정됨으로써, 결과적으로 해고 대상자에는 입사 연도가 1898년에서 1996년 사이로 근속기간이 긴 근로자, 육아휴직·출산휴가자, 노동조합장, 김○○을 제외하고는 원고가 당초 구조조정 대상으로 삼은 영업팀 소속 근로자(김○○은 노동조합장으로서 운영팀에 소속되어 있고, 김○○은 2007.6.경 영업팀에서 관리팀으로 전보되었다)가 선정되었고, 이 사건 해고 대상자 선정 당시 전체 81명의 근로자 중 34명의 근로자가 여성으로서 여성의 비율이 약 41%에 해당하였으나, 해고 대상자에는 전·현직 노동조합장인 양○○과 김○○을 제외하고는 모두 여성이 선정되어 해고 대상자의 약 86%가 여성이었다(갑 제33호증).”

자. 법원은 **특정 근로자를 염두하여** 직무가 없는 직원, 인건비가 높은 직원 등을 정리하고 대상자로 삼은 것은 자의적인 선정기준으로 공정하다고 보지 않음



## 【서울고등법원 2011. 5. 12. 2010누32800 판결】

“다) 해고 대상자를 전체 근로자 또는 최소한 관리직 근로자를 대상으로 연령, 근속기간, 건강 상태, 업무능력 등을 감안하여 선정기준을 정하여 함에도 직무가 없는 직원, 인건비가 높은 직원 등을 대상으로 삼은 것은 참가인을 염두에 둔 자의적인 선정기준으로서 원고의 선정 기준이 합리적이고 공정하다고 할 수 없다”

차. 법원은 **파업참여자를 해고 대상으로 먼저 선정**한 다음, 정리해고 대상 기준에 포함되도록 **근태 기준과 적용기간을 일방적으로 정한 경우** 합리성과 공정성을 결여하였다고 봄

【서울고등법원 2011. 4. 20. 선고 2010누31869 판결<sup>186)</sup>】

“(나) 원고가 정한 해고 기준 중 판매 후 수리업무(AS)를 담당하는 직원(이하 ‘수리직원’이라 한다)에 대하여 적용되는 근태 기준은, 「최근 3년간 무단결근 : -3점, 유계결근 : -2점, 불법파업 : -2점, 지각 : -1점, 조퇴 : -0.5점」 (이하 ‘이 사건 근태 기준’이라 한다)이다.

...(중략)... 비조합원 34명은 파업에 참여한바 없다. 한편 원고가 확인한 바에 의하면, 수리직원 42명은 모두 최근 3년 간 결근·지각·조퇴가 없었다.

...(중략)... 원고가 이 사건 근태 기준을 정하면서 확인한 바와 같이 수리직원들에게는 최근 3년간 결근·지각·조퇴로 인한 감점 사유가 없었으므로, 수리직원들에게 적용되는 이 사건 근태 기준은 곧 불법파업에 참여한 사실이 있느냐가 유일한 기준이 된다.

...(중략)...

위에서 본 사정들을 종합해 보면, 원고는 해고대상자 선정 기준을 정한 다음 이에 따라 수리직원 중 해고대상자를 선정한 것이 아니라, 파업참여자(특히 정리해고 반대 파업 참여자)를 해고 대상으로 먼저 선정한 다음, 이에 맞추어 파업에 참여하였다면 해고대상자에 포함되도록 근태 기준과 적용기간을 일방적으로 정한 것으로 보인다.

설령 해고대상자 선정 기준이 해고대상자를 선정하기 이전에 정해진 것이라 하더라도 다음과 같은 점에서 합리성과 공정성을 결여하였다.

① 원고가 정한 해고대상자 선정기준은 인사고과 35%, 근태 15%, 연령 10%, 부양가족 20%, 근속연수 10%, 맞벌이 부부 10%를 각 반영하도록 하고 있으나, 실제로는 파업 참여 여부가 15% 배점을 차지하고, 그 배점 편차는 해고대상자 선정에 결정적인 영향을 미친다. 해고대상자를 선정하는 기준에 여러 반영요소를 두고 있더라도 그 반영요소들을 적용하는 정도에서 형평성을 잃어 한, 두 가지 반영요소가 해고대상자인지 여부를 좌지우지하면, 해고대상자 선정기준이 형식상 여러 사정을 반영하여 합리적이거나 공정한 것처럼 보여도 실질적으로는 사용자가 혐오하는 반영요소에 따라 해고 여부가 결정되는 것이 되므로, 이러한 경우 해고자 선정기준은 합리적이고 공정하다고 보기 어렵다.

② 이 사건 근태 기준을 적용하기 위해서는 그 적용기간을 어떻게 정할 것인지도 합리적이고 공정하게 결정되어야 한다. 원고는 파업 참여 여부를 근태 기준에 적용할 적용기간을 정하면서

합리적인 이유 없이 다른 기준의 적용기간과 달리 정하였다.

(다) 나아가 원고가 근태 기준을 적용하면서 불법파업으로 간주한 파업일은 2007. 6. 28., 2007. 6. 29., 2007. 8. 27., 2007. 8. 28., 2007. 8. 29., 2007. 8. 30., 2008. 6. 26., 2009. 2. 5., 2009. 2. 13., 2009. 2. 19., 2009. 2. 20., 2009. 2. 23., 2009. 2. 24.로 모두 13일이다. 그런데 을 7호증, 을 13호증, 을 35호증의 7의 각 기재에 의하면, 2008. 6. 26.은 쟁의행위를 위한 찬반투표가 1시간 동안 실시되었을 뿐이다. 2007. 8. 27.부터 같은 달 30.까지 파업에 관하여는 갑 19호증의 3, 갑 26, 27호증의 각 기재만으로는 을 10 내지 12호증, 을 32호증의 각 기재에 비추어 위 파업이 불법파업에 해당한다고 단정하기도 어렵다.

(라) 원고는 수리직원들에 대하여 정리해고를 하면서 해고기준을 정하고 이에 따라 대상자를 선정한 것이 아니다. 해고기준도 합리적이거나 공정하지 않다. 그 해고기준을 정당하게 적용하여 해고대상자를 선정하였다고 보기도 어렵다.”

카. 법원은 사용자가 정리해고 대상 선정 기준을 정함에 있어 **개인별 평가에 징계 사실 반영기간을 변경한 경우** 그 경위와 의도, 징계처분 경위와 정리해고 당시 근접성을 종합적으로 고려하여 선정 기준의 공정성을 판단함

또한 사용자가 ‘취업규칙 등 준수확약서’를 작성을 조건으로 정리해고자를 복직시키고 **확약서 작성을 거부한 근로자들만 정리해고를 유지하는 경우, 정리해고는 확약서 작성거부를 이유로 한 해고로 그 성격이 일부 변경된다고 봄**

#### 【대법원 2012. 12. 13. 선고 2012두18530 판결】

“원심판결 이유에 의하여 알 수 있는 이 사건 정리해고의 최종기준이 된 제2차 선정기준에서 개인별 평가에 징계사실을 반영하는 대상기간을 바꾸게 된 경위와 그 의도, 2010년도에 이루어진 징계처분의 경위와 이 사건 정리해고 시점의 근접성 등을 종합해 보면, 원심이 이 사건 제2차 선정기준이 해고대상자 선정기준으로서 갖추어야 할 객관성과 공정성을 결여하였다고 판단한 것은 수긍할 수 있고, 그 판단이 상고이유의 주장과 같이 자유심증주의의 한계를 벗어났다고 할 정도로 채증법칙을 위배하였거나 관련 법리를 오해한 것이라고는 보이지 않는다.

또한 상고이유의 주장과 같이 2010년도의 징계내용을 개인별 평가점수에서 제외하면 해고대상자 선정의 기준점수 자체가 달라질 수는 있다고 보인다. 그러나 기록상 그 경우에 기준점수가 어느 정도로 올라가게 되는지, 피고 보조참가인들은 그 변경된 기준점수에 의하더라도 여전히 해고 대상자 범위에 포함되는지 여부 등을 확인할 객관적인 자료는 찾을 수 없을 뿐 아니라, 기록에 의하면 이 사건 정리해고 이후 원고와 원고회사 노조는 해고대상 근로자들이 ‘취업규칙 등 준수 확약서’를 작성하면 이 사건 정리해고를 철회하기로 합의하였고, 그에 따라 당초 해고대상자 189명 중 184명이 복직되고 확약서 작성을 거부한 피고보조참가인들 등 5명에 대해서만 이 사건 정리

186) 대법원(대법원 2011.8.25.자 2011두11280판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

해고가 유지된 사실을 알 수 있다. 결국 그로써 참가인들에 대한 이 사건 정리해고는 확약서 작성거부를 이유로 한 해고로 그 성격이 일부 변경된 것으로 볼 여지가 있고, 이러한 사정 등을 함께 고려하면 위 상고이유의 주장과 같은 정리해고 기준점수의 변경가능성 등만을 이유로 피고 보조참가인들에 대한 이 사건 정리해고가 정당화될 수는 없다.

원고는 상고이유로 피고 보조참가인 박○○은 원심 판시 이 사건 경고처분을 배제하더라도 정리해고 기준점수에 미달하므로 그에 대한 정리해고는 정당하다는 취지로 주장하나, 위와 같이 제2차 선정기준의 객관성 및 공정성이 긍정될 수 없는 이상, 위 피고 보조참가인에 대한 2010. 1. 8.자 정직처분도 점수 평가에서 제외되어야 할 것이므로 위 상고이유 주장 역시 받아들일 수 없다.

그 밖에 위 제2차 선정기준에 대하여 노조와의 협의절차를 준수한 것으로 보아야 한다는 상고이유의 주장은 설사 그 절차준수 여부에 대한 평가를 달리한다고 하더라도 판결결과에는 영향이 없다고 보이고, 권리남용이나 금반언 원칙 등에 관한 상고이유의 주장은 원심판결 이유 등에서 알 수 있는 이 사건 정리해고의 경위 등에 비추어 받아들일 수 없다.

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

타. 법원은 정리해고 대상자 선정기준이 **근무태도**라는 단일한 대상을 주관적 평가와 객관적 평가로 나누어 동일하게 배점하고 **주관적 평가 항목에서 점수를 현격하게 차이가 나도록 부여하는 경우**, 근무태도에 대한 주관적 평가에 의하여 해고 여부가 좌우된다는 점에서 합리적이고 공정하지 않다고 봄

#### 【대법원 2012. 5. 24. 선고 2011두 11310 판결】

“사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우 근로기준법 제24조 제1항 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 보이지도 아니한다고 하여 이 사건 참가인들에 대한 해고가 위법하다고 판단하였다.

앞서 본 법리 및 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하여 수긍할 수 있고 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 정리해고 대상자 선정기준에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.”

과. 법원은 정리해고 대상자 선정 기준을 위해 인사고과를 보완하는 업무역량 평가를 실시하면서 업무역량 평가의 구체적인 지침도 없고, 근로자들 사이에 **인사고과와 업무역량 평가의 순위 및 점수 차이가 큼에도** 업무역량 평가가 대상자 선정에 결정적인 역할을 한 경우, 객관성과 공정성을 인정하기 어렵다고 봄

— 【서울고등법원 2014. 9. 24. 선고 2013누17987 판결<sup>187)</sup>】 —

“가) 참가인의 사고고과 결과는 그 변별력이 매우 낮을 뿐 아니라(예를 들어 2010년 사고고과 결과 전체 기능직 근로자 중 88.8%가 A~E의 5단계 평가 등급 중 B, C, D 등급에 해당하였다) 평가자가 대체로 진급을 앞두고 있는 근로자들에게 상대적으로 높은 점수를 부여하였다고 볼 만한 사정도 나타난다. 따라서 참가인이 사고고과의 단점을 보완하기 위한 방안으로서 근로자들에 대하여 업무역량 평가를 실시하여 그 결과를 이 사건 정리해고대상자 선정을 위한 기준의 하나로 삼고자 하였던 것 자체가 불합리하다고 볼 수는 없다.

나) 그러나 업무역량 평가가 포함된 참가인의 이 사건 정리해고대상자 선정 기준은 그 합리성과 공정성을 인정하기 어렵다. 그 이유는 다음과 같다.

① 참가인은 1978. 6. 16.경 설립된 이래 근로자들을 대상으로 업무역량 평가를 실시한 적이 전혀 없다. 더욱이 업무역량 평가는 이 사건 정리해고대상자를 선정하기 위한 목적으로 실시된 것으로서 그 결과가 근로자 개개인에게 미치는 영향이 매우 컸다. 따라서 참가인으로서 평가자에게 구체적이고 합리적인 평가 지침을 내리거나 평가자가 평가 대상 근로자들의 소명이나 의견 청취 등을 거쳐 적정한 평가를 하도록 하는 등 평가 결과의 객관성과 공정성을 최대한 확보할 수 있는 방안을 강구·시행 할 필요가 있었다.

그럼에도 참가인은 평가 항목을 ‘업무숙련도’, ‘다기능수행력’, ‘품질완성도’ 등과 같이 다소 추상적으로만 구분한 채 평가자로 하여금 근로자를 ‘매우 우수, 우수, 보통, 미흡, 부족’의 5단계 중 하나로 평가하도록 하는 업무역량 평가표를 마련하는 데 그쳤고, 구체적인 평가 지침을 평가자에게 제공한 사실이 없다. 이에 대하여 참가인은 업무역량 평가자인 각 파트 담당과장과 팀장들이 구체적인 평가 기준을 논의했다고 주장하나, 을 제66호증의 기재만으로는 위 주장사실을 인정하기에 부족하다. 오히려 갑 제80호증의 2의 일부 기재에 의하면, 업무역량 평가자들은 개별 평가 항목의 의미나 평가 방법에 대하여 서로 이야기를 나누어보지도 않았던 사실이 인정된다. 또 업무역량 평가자들이 평가 과정에서 평가의 공정성을 확보하기 위해서 평가 대상 근로자들로부터 의견이나

입장을 듣는 기회를 가졌다고 인정할 만한 증거도 없다. 오히려 참가인은 2011. 10. 31.에야 비로소 이 사건 정리해고대상자 선정 기준을 확정하였음에도 불구하고 불과 4일 후인 2011. 11. 4. 원고 근로자들을 비롯한 정리해고대상 전원에게 해고 통지를 한 점에 비추어 볼 때, 이 사건 업무역량 평가는 객관적인 평가를 위한 충분한 시간적 여유도 없이 매우 급하게 이루어진 것으로 보인다.

나아가 인사사고과와 업무역량 평가는 결국 사용자의 시각에서 당해 근로자가 이익 창출에 도움이 되는지 판단함을 주된 목적으로 하는 것으로서 상호 유사한 성격을 갖는다. 또 그 평가자 역시 인사사고과의 경우 업무역량 평가와는 달리 반장이 1차 평가자라는 차이는 있지만, 담당과장과 팀장이 평가에 관여한다는 점에서 공통된다. 따라서 진급 대상자에 대한 고려 등 앞서 언급한 인사사고과의 단점을 감안하더라도, 인사사고과와 업무역량 평가 사이에는 상당한 정도의 관련성이 나타나는 것이 일반적이다. 그런데 이 사건의 경우 전체 업무역량 평가 대상 근로자의 인사사고과 점수와 업무역량 평가 점수의 차이는 평균 6.3점에 이르고 이 사건 정리해고대상자의 경우 그 차이가 평균 8.7점에 이른다. 또 인사사고과 순위와 업무역량 평가 순위가 100위 이상 차이나는 근로자도 전체 206명 중 37명(약 18%)이나 된다.

이러한 사실들을 종합할 때, 이 사건 업무역량 평가는 통일적이고 체계적인 기준 없이 평가자 각자의 주관적인 판단에 의존하여 성급하게 이루어진 것으로 보이고, 따라서 설불리 그 객관성과 공정성을 인정하기 어렵다.

② 참가인은 이 사건 정리해고대상자 선정 기준을 마련하면서 크게 ‘기업 이익 측면’과 ‘근로자 생활보호 측면’으로 평가 항목을 구분하여 각각의 항목에 대하여 동일하게 100점을 배정하였고, 200점 만점을 기준으로 하여 점수가 상대적으로 낮은 근로자가 해고대상자에 포함되도록 하였는데, ‘기업 이익 측면’ 항목에 속하는 업무역량 평가의 배점은 최대 15점에 불과하였던 사실이 인정되기는 한다.

그런데 이 사건 정리해고대상자 선정 기준을 실제로 적용한 결과 ‘기업 이익 측면’에 해당하는 항목의 합계 점수는 최고 85.23점, 최저 43.87점으로 그 편차가 41.49점이나 되었지만, ‘근로자 생활보호 측면’의 합계 점수는 최고 93.93점, 최저 82.29점으로 그 편차가 11.64점에 불과하였다. 또 ‘기업 이익 측면’ 중 인사사고과는 최고 17.96점, 최저 11.76점으로 그 편차가 6.2점이었던 반면, 업무역량 평가는 최고 15점, 최저 3점으로 그 편차가 12점으로 나타났다. 나아가 업무역량 평가에서 낮은 점수를 받은 근로자가 이 사건 정리해고의 대상자로 최종 선정된 경우가 많은데, 업무역량 평가 항목을 제외하는 경우 참가인이 정리해고대상자로 선정한 62명(정리해고대상자 선정 후 희망퇴직 자 등 8명을 포함한 것이다) 중 약 40%에 해당하는 25명이 해고 대상에서 제외되고, 업무역량 평가 결과의 최대 점수를 10점, 5점으로 낮추는 경우 정리해고대상자가 각각 약 8%, 약 24% 바뀌게 된다.

따라서 이 사건 정리해고대상자 선정에 있어서 ‘근로자 생활보호 측면’의 기준은 별다른 영향을 미치지 못하였고, 실질적으로는 ‘기업 이익 측면’, 그중에서도 특히 앞서 본 것처럼 객관성과 공정성을 설불리 인정하기 어려운 업무역량 평가 결과가 결정적인 역할을 하였다고 판단된다.”

187) 대법원(대법원 2015. 2. 12. 선고 2014두13867 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 4. 근로자대표에 대한 사전통보 및 성실한 협의 인정 여부

### 4.1 사전협의의 상대방

#### 가. 근로자 대표성을 인정한 사례

1) 법원은 노동조합 가입자격이 없는 일정 급수 이상 직원들을 대상으로 정리해고를 실시함에 있어서, 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있어 사용자가 그 노동조합과 협의를 거쳤다면, **해고대상자들에 의해 선출된 대표와 별도 협의를 하지 않았더라도 협의절차의 흠결이 아니라고 봄**

#### 【대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결】

“근로기준법 제31조 제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(근로자대표)에 대하여 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다고 하여 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 이유에서인바, 이러한 규정 취지와 위 조항의 문언 및 이 사건에서 정리해고를 실시하여야 할 경영상 필요의 긴박성 등 실질적 요건의 충족 정도, 피고 은행(사용자)의 노동조합이 종전에도 사용자와 임금협상 등 단체교섭을 함에 있어 3급 이상 직원들에 대한 부분까지 포함시켜 함께 협약을 해 왔고 이 사건 정리해고에 있어서도 노동조합이 협의에 나서 격렬한 투쟁 끝에 대상자수를 당초 356명에서 282명으로 줄이기로 합의하는 데 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 직원들만의 대표를 새로이 선출케 하여 그 대표와 별도로 협의를 하지 않았다고 하여 이 사건 정리해고를 협의절차의 흠결로 무효라 할 수는 없는 것이다.”

2) 법원은 노동조합이 근로자들의 과반수로 조직되지는 않았지만, 근로자들이 사용자와 정리해고에 관한 협의를 함에 있어서 노동조합이 근로자들을 대표하는 것으로 근로자들이 묵시적으로 인정한 경우 그 노동조합은 실질적인 대표성이 있다고 봄

#### 【대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69393 판결】

“피고 회사 건설부문의 노동조합이 근로자들의 과반수로 조직되지는 아니하였지만, 1987년 노동조합 설립 이후 피고 회사와 노동조합 사이에 체결된 단체협약이 노동조합에 가입하지 아니한

피고 회사의 다른 모든 근로자들에게도 적용되었고 그 단체협약 제26조에 회사 경영상 종업원의 감원이 불가피할 시 조합과 협의하여 인원을 정리한다고 규정되어 있는 사실, 피고 회사가 이 사건 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 대상으로 선정된 127명 중 원고를 제외한 126명은 대부분 노동조합원이 아님에도 불구하고 모두 노사협의 결과를 수용하여 희망퇴직에 응한 사실을 인정할 수 있는바, 그렇다면 피고 회사의 근로자들은 피고 회사와 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.”

### 【대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15964 판결】

“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 ○○○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 협의가 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.”

3) 법원은 근로자들의 과반수로 조직된 노동조합이 아니더라도, 근로자들의 의사를 충분히 반영하지 못할 특별한 사정이 있었다는 점에 대한 주장·입증이 없는 이상 위 노동조합과 협의에 대해서 사용자가 근로자 대표와의 협의를 한 것으로 봄

【서울행정법원 1999. 10. 15. 선고 99구6230 판결】

“참가인(근로자)은 노동조합이 원고 회사 근로자들의 과반수로 조직되지 아니하였으므로 원고 회사가 노동조합과 협의를 한 것으로 볼 수 없다는 취지의 주장을 하나, 가사 원고 회사의 노동조합이 근로자들의 과반수로 조직되지 아니하였다고 하더라도, 달리 위 노동조합 외에 그 당시 원고 회사 근로자의 과반수에 의하여 근로자를 대표하는 자가 선정되어 있다거나 위 노동조합이 근로자들의 의사를 충분히 반영하지 못할 특별한 사정이 있었다는 점에 대한 주장·입증이 없는 이상, 위 노동조합이 원고 회사 근로자들의 과반수로 조직되지 아니하였다는 이유만으로 원고 회사가 근로자 대표와의 협의를 하지 아니한 것으로 볼 수 없다.”

4) 법원은 사용자가 관행적으로 사우회의 임원들을 근로자 대표위원으로 인정하여 노사협의회를 구성해 운영해 왔다면, 사우회의 임원들에게 근로자 대표로서의 자격을 인정해 노사협의회를 구성하여 정리해고에 대한 협의를 한 것은 정당하다고 봄

【대법원 2004. 10. 15. 선고 2001두1154,1161,1178 판결】

“원심은 제1심 판결을 인용하여, 1997. 12. 2.자로 개정된 공단의 ‘노사협의회 규정’은 그 제4조 제2항에서 ‘근로자를 대표하는 위원은 사우회칙에서 정하는 직원으로 한다’라고 규정하고 있고, 1997. 4. 28.자로 개정된 공단의 ‘사우회칙’은 공단의 직원을 사우회의 회원으로 하며, 사우회는 ‘회원의 복리후생 증진 등 노사협의를 위한 사항’을 수행 사업 중 하나로 삼고 있는데, 회원이 기관별·부서별로 직접·비밀·무기명 투표로 운영위원을 선출하고, 임원은 운영위원회에서 직접·비밀·무기명 투표로 운영위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 선출하며, 임원은 노사협의회에서 근로자를 대표하는 위원이 되는 것으로 각 규정하고 있는데, 위와 같이 사우회의 수행 사업의 하나로 ‘노사협의를 위한 사항’이 사우회칙에 추가로 기재되기 이전부터 공단은 사우회의 임원들을 근로자 대표위원으로 인정하여 노사협의회를 구성해 임금 문제를 비롯한 공단 직원의 복리후생의 증진과 관련된 여러 사항을 협의하여 왔고, 원고를 비롯한 공단 직원들은 이 사건에 이르기 전까지만 하더라도 그 동안 이에 대하여 아무런 이의를 제기하지 아니하여 왔던 사실을 인정한 다음, 공단이 이미 오래 전부터 공단 직원들을 대표하여 노사협의를 할 권한을 가지는 것으로 최소한 묵시적으로나마 인정되어 온 사우회의 임원들에게 근로자 대표로서의 자격을 인정해 노사협의회를 구성한 것은 정당하다고 판시하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해 또는 채증법칙에 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 볼 수 없다.”



5) 법원은 조합원들의 탈퇴로 노동조합이 근로자 대표성을 갖지 못하는 경우 근로자들이 구성된 직장협의회에서 근로자 대표를 선출한 다음 근로자 대표들과 4회에 걸쳐 정리해고의 기준 및 정리인원에 관하여 협의하여 그 기준안에 합의한 경우에는 성실한 협의를 거친 것으로 봄

【대법원 2003. 11. 13. 선고 2003두4119 판결】

“정리해고 기준안을 근로자들과 협의함에 있어 원고(근로자)가 노조위원장으로 있던 노동조합은 원고 외의 노조원들이 모두 탈퇴한 상태여서 근로자 대표성을 갖지 않는다고 판단하여 근로자들로 하여금 직장협의회를 구성하고 근로자 대표를 선출하도록 하여 근로자 대표들과 4차례에 걸친 협의 끝에 직급별 정리해고 대상인원 및 그 기준을 정하고 그 기준에 의거하여 원고를 경영상 이유로 해고한 점을 모두 인정할 수 있다.”

6) 법원은 노동조합이나 노사협의회가 아닌 회사 주도로 만들어진 다른 기구에 대해서도 그 기구의 평소활동 내용을 고려하여 이 기구의 대표자들을 협의의 상대방이 된다고 판단한 경우도 있음

【대법원 2002. 8. 27. 선고 2000두6756 판결】

“원고 회사의 주니어보드는 1997. 4. 15.자 운영규정이 개정 전에는 사장의 직속기구였으나, 그 후에는 직원들의 복지후생, 인사관리, 근로조건의 유지 및 개선 등을 임무로 하는 전직원의 대표 기구로서, 본사 주니어보드(사원, 대리, 과장의 직급별로 다시 나누어짐)와 현장 주니어보드로 구성되고, 각 주니어보드의 위원과 대표는 직접·비밀·무기명 투표에 의한 과반수이상의 찬성으로 선출되었으며, 본사 주니어보드의 의장단이 전체 주니어보드를 사실상 대표하여 사용자 측과 정기회의를 가지면서 임금협약을 포함한 제반 근로조건 과반수로 조직되지 못하였던 관계로 그 공백을 보완하기 위한 것이었던 사실, 이에 따라 원고회사는 1998. 1월경부터 노동조합 및 본사 주니어보드 의장단과 사이에 노사협의 및 회의를 개최하여 복지후생제도 변경 및 경상비 절감, 연월차휴가 사용, 수당조정 등에 관하여 협의함으로써 해고회피노력을 한 다음, 1998. 4월에는 고용조정 실시 및 대상자 선발기준에 관한 순차 협의를 한 결과 노동조합과 본사 주니어보드 의장단 모두 원고회사의 방침에 동의하였던 사실을 알 수 있는 바, 사정이 이러하다면, 원고 회사의 본사 주니어보드 의장단은 그 실질적인 지위 및 앞서 본 절차적 요건의 취지에 비추어 정리해고의 협의 대상인 ‘근로자의 과반수를 대표하는 자(근로자대표)’에 해당한다고 봄이 상당하고, 원고회사가 이러한 본사 주니어보드 의장단은 물론이고 노동조합과도 위와 같은 협의를 한 것은 성실한 협의를 거친 경우에 해당한다.”

7) 법원은 총 구조조정 인원 중 **관리직의 감원규모만을 증가시킨 경우**, 생산직이 대부분인 **노동조합과의 협의 없이 사무직대표자협의회(관리직으로 구성)와 협의하였다고 하여 위법한 것은 아니라고 봄**

【대법원 2014. 11. 13 선고 2012다14517 판결】

“다. 나아가 원심이 인정한 사실관계와 기록에 의하면, 피고(실제 행위 주체는 회생법원이 선임한 관리인이나, 편의상 ‘피고’라고 한다)는 2009. 4. 8. 관리직 297명을 포함하여 총 2,646명을 감원하는 인력구조조정 방안을 발표한 사실, 회생절차의 조사위원인 ○○회계법인이 2009. 5. 6.자 조사보고서에서 구조조정을 실시하는 2009년 이후부터 경영정상화가 예정된 2013년까지 생산량 증대에 따른 인력충원이 필요한데, 기능직의 경우 2,670명에서 3,433명으로 760명의 증원이 예상되나, 관리직을 포함한 사무직은 1,852명에서 1,690명으로 160명의 축소가 예상된다고 한 사실, 피고는 2009. 5. 27. 기능직과 사무직 사이의 감원 비율의 형평성과 향후 경영이 정상화될 경우 기능직 근로자의 증원이 필요한 점 등을 고려하여 총 구조조정 인원 2,646명은 그대로 유지하면서 관리직의 감원 규모를 322명으로 증가한 사실, 피고는 금속노동조합 쌍○차지부가 구조조정과 관련한 협의를 거부하자 사무직 직원들로 구성된 사무직대표자협의회와 관리직의 해고 규모 등에 관하여 협의한 사실을 알 수 있다.

위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고가 관리직의 감원 규모를 증가한 것은 적법한 것으로 봄이 타당하고, 그 과정에서 금속노동조합 쌍용차지부와의 협의가 없었다고 하여 달리 볼 수는 없다.

라. 이상과 같은 사정을 종합하여 보면, 이 사건 정리해고는 긴박한 경영상의 필요에 의한 것으로 봄이 타당하므로, 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 긴박한 경영상의 필요와 관련하여 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 없다.”

8) 법원은 사용자가 정리해고 이전에 **노동조합이나 노사협의회가 구성되어 있지 않은 관계로 각 직원들의 동의를 구하는 절차를 거친 경우에는 직원들과 상당한 방법으로 성실한 사전협의 요건을 충족하였다고 봄**

【대법원 2002. 7. 12. 선고 2002다21233 판결】

“근로자 측과 성실한 협의를 하였는지에 관하여 피고 공단(사용자)은 이 사건 직권면직처분 이전까지 피고 공단에 노동조합이나 노사협의회가 구성되어 있지 않은 관계로 조직개편 및 인력감축 과정에서 서면을 통하여 각 직원의 의견을 취합하여 인력감축 방법 및 기준 등을 마련한 후 재차 그 방안에 대하여 각 직원의 동의를 구하는 절차를 거쳤으므로 직원들과 상당한 방법으로 사전협의를 거쳤다고 판단한 후, 피고 공단이 원고(근로자)를 정리해고하기 위하여 한 이 사건 직권면직처분은 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것이라고 보아 위 처분이 정당하다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에

상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 정리해고에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.”

9) 법원은 사용자가 정리해고의 필요성과 계획을 통보하였고 그에 대해 일부 근로자들이 동의하고 퇴사한 경우, 성실한 협의요건을 충족하였다고 봄

【서울고등법원 2010. 4. 13. 선고 2009누25776 판결<sup>188)</sup>】

“○○신탁(피합병법인)에는 근로자들을 대표할 만한 노동조합이 없었으므로 이사가 해고에 앞서 상당한 시간적인 여유를 두고 수차례에 걸쳐 참가인을 포함한 전 직원들에게 합병 및 퇴직의 불가피성을 설명하고 그들의 재취업을 위하여 노력하는 한편 그들의 동의를 얻어 퇴직을 유도 하였던 것이고, 참가인을 제외한 나머지 직원들이 모두 이를 용인한 상태에서 사전 통지를 거쳐 정리해고를 한 이상, ○○신탁으로서는 당시 처한 상황 아래에서 직원들과의 성실한 협의를 거쳤다고 할 것이다.”

10) 법원은 근로자대표성을 가지는 기관의 임원이 그 임기가 만료된 경우에도 후임자 선출시까지 그 직무를 담당하도록 규정한 경우, 그 기관이 사용자와 한 협의를 인정함

【서울고등법원 2013. 6. 28. 선고 2012누10675 판결<sup>189)</sup>】

“가) 근로기준법 제31조 제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(근로자대표)에 대하여 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다는 절차적 요건을 규정한 것은, 같은 조 제1항 및 제2항이 규정하고 있는 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불기피한 정리해고라 하더라도 협의 과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 취지이다(대법원 2002. 8. 27., 선고 2000두 6756 판결).

나) 관리직협의회는 2009. 4. 14.자 임원 임기 연장 결의의 효력이 인정되지 아니함으로 인하여 관리직협의회가 근로자 대표성을 상실하였는지에 관하여 보건대, 갑 제12, 13호증의 각 기재 및 당심 증인 안병규의 일부 증언만으로는 위 임기 연장 결의가 효력이 없는 불법적인 것이라고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 설령, 위 결의의 효력이 인정되지 않는다고 하더라도 위 인정사실에 의하면 관리직협의회 운영규정 제7조 제3호는 위원이 그 임기가 만료될 경우라도 그 후임자가 선출될 때까지 계속 그 직무를 담당하도록 하고 있고, 제6대 관리직 협의회의 임원들이 선출된 이후 새로운 임원이 선출되지 않았으므로 관리직협의회는 위 결의의

제10장  
정리해고

188) 대법원(대법원 2010. 7. 8.자 2010두7567 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

효력과 무관하게 여전히 근로자대표기관으로서 이 사건 각 정리해고를 피하기 위한 방법 및 기준 등에 관하여 협의할 대표권을 가진다고 보아야 한다.

따라서 ○○○○개발이 이 사건 각 정리해고에 앞서 관리직협의회와 여러 차례 인력감축에 관한 협의를 하였고, 2011. 1. 12.경 정리해고의 규모, 선정기준 등에 대한 합의에 이른 사실은 앞서 본 바와 같으므로 ○○○○개발은 정리해고에 앞서 근로자 대표와 성실한 협의를 하였다고 봄이 상당하다.”

#### 나. 근로자대표성을 부정한 사례

1) 법원은 사용자가 **비조합원**인 1, 2급 직원들을 대상으로 먼저 정리해고를 진행 하면서 그들을 대표할 수 없는 **노동조합을 협의의 상대방**으로 삼은 경우에는 노동조합의 근로자대표성을 부정함

#### 【대법원 2003. 7. 8. 선고 2001두7602 판결】

“사용자가 근로자들 중의 일부 직급을 대상으로 정리해고를 실시하려면, 대상이 되는 근로자들이 노동조합원이라거나 노동조합원은 아니지만 그들의 의사에 따라 노동조합에 사용자와의 협상을 위임한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 대상이 되는 근로자들을 대표할 수 있는 자와 정리해고에 관한 협의를 진행하여야 할 것이고, 대표성을 지니지 못한 노동조합과 협의를 진행할 수는 없다고 할 것이다. 만약 이와 달리 해석한다면, 일부 계층의 근로자들로 하여금 자신들의 의사와 이익을 제대로 반영할 수 없는 자에게 운명을 맡기는 것을 감수하도록 하는 결과가 될 것이다. 특히 이 사건과 같이, 애당초 노동조합의 가입대상도 아닌 데다가 노동조합과 갈등관계를 빚기 쉬운 중상급 관리직 근로자들이 정리해고의 대상이 된 경우, 이들에 대한 정리해고를 노동조합과 협의하도록 방치한다면, 이들을 정리해고 제한에 관한 법적 보호의 사각지대에 놓이게 하는 결과를 초래할 뿐이다.

그런데 이 사건의 경우 참가인 법인은 비조합원인 1, 2급 직원들을 대상으로 먼저 정리해고를 진행하면서 그들을 대표할 수 없는 노동조합을 협의의 상대방으로 삼았을 뿐만 아니라, 그마저도 노동조합과 사이에 1, 2급 직원들의 해고대상자 선정기준이나 그들에 대한 해고회피방안 등에 대하여는 별다른 협의도 진행하지 않은 채 노동조합장에게 일방적으로 해고대상자 선정기준을 통보한 직후 1, 2급 직원들 중 해고대상자를 선정한 점 등에 비추어 보면, 참가인 법인이 근로자들과 성실한 협의를 거쳐 이 사건 해고를 한 것으로 볼 수 없다.”

2) 법원은 근로자대표가 정리해고 대상 근로자들과 **이해관계가 없는 근로자로** 구성되어 있는 경우에는 사용자가 성실한 협의 절차를 거쳤다고 보지 않음

189) 대법원(대법원 2013. 11. 28.자 2013두17565 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【대법원 2005. 9. 29. 선고 2005두4403 판결<sup>190)</sup>】

“정리해고시 근로자들의 이해관계를 대변할 수 있는 조직과의 협의를 통하여 이해관계를 조절함을 목적으로 하고 있는 근로기준법 제31조 제3항의 취지에 비추어 보면, 근로자 중 주로 4급 이상의 직원을 감원하기로 하는 경우 4급 이상 직원들의 이해관계를 대변할 수 있는 근로자 대표와의 협의도 필요하다고 해야 할 것인데, 서울R병원이 정리해고와 관련하여 협의하였다고 하는 근로자대표는 신○○을 제외하고는 모두 5급 이하의 직원, 고용원, 기능직 직원들로 구성된 근로자대표와 근로자의 과반수를 넘지 않고 주로 5급 이하의 근로자로 구성된 노동조합이라는 것이고, 위 근로자대표와 노동조합 조합원은 대부분 정리해고대상자가 아니어서 이 사건 정리해고와 거의 이해관계를 갖고 있지 아니하므로, 위와 같은 근로자대표 및 노동조합과의 감원에 대한 협의는 근로자대표와 성실한 협의를 하였다고 볼 수 없다.”

## 【서울행정법원 2010. 4. 29. 선고 2009구합37395 판결】

“근로기준법 제24조 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 이행 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서이다.

근로자들 감원함에 있어 정리해고 대상자의 이행관계를 대변할 수 있는 근로자대표와의 협의가 필요하다고 할 것인데, 앞서 본 증거에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 노사협의회를 구성하는 근로자 대표 4명 중 1명인 심○보(노동조합의 대표자이기도 하다)가 원고(사용자)의 동생인 점, 노사협의회의 근로자대표 중에는 정리해고의 직접 이해관계가 있는 기계반 소속 근로자는 전혀 포함되어 있지 않은 점 등에 비추어 보면, 종전 조립반의 심○보, 차제반의 진○수, 시작반의 최○상, 박○우로만 구성된 근로자대표가 정리해고 대상자인 기계반 소속 근로자들의 이해관계를 대변할 수 있는 근로자대표에 해당한다고 보기 어려울 뿐만 아니라 근로자대표의 선정과 관련하여 원고가 노사협의회 운영규정에 따른 선거를 실시하였다고 볼 만한 증거가 없다. 따라서 근로기준법 제24조 제3항에서 규정하는 근로자대표와의 성실한 협의절차를 거쳤다고 보기 어렵다.”

제10장  
정리해고

190) 위 판례는 앞에서 제시한 대법원 2001다29452 판결과 달리, ‘성실한 협의’ 판단의 전제로서 근로자대표가 실질적으로 정리해고 대상 근로자들의 이해관계를 대변할 수 있는지 여부를 판단한 점에서 의미가 있음.

## 4.2 사전협의의 정도 및 방법

### 가. 사전협의의 정도 및 방법에 있어 정당성을 인정한 사례

1) 법원은 사용자와 노동조합이 희망퇴직금 지급에 합의하고 인원감축 정원에 대한 합의를서를 작성하였으며 정리하고 대상자 선정기준에 있어 노조의 다면평가 반영 요청에 대한 사용자의 승인이 있는 경우, 사용자의 성실한 협의를 인정함

#### 【서울고등법원 2010. 12. 31. 선고 2010누16518 판결<sup>191)</sup>】

“원고 법인이 이○규 등과 성실한 협의를 거쳤는지 여부에 관하여 보면, …<중략>…, 다음 각 사정 즉, ① 원고 법인은 2009. 1. 19. 이○규 등 근로자 대표 사이에 1년 이상 근속한 직원에 대해서도 희망퇴직을 할 수 있고 희망퇴직금을 지급할 수 있다는 점에 관하여 합의한 점, ② 또한 원고 법인은 2009. 1. 28. 근로자 대표 사이에 정부의 공공기관 경영효율화 방침에 따라 구조조정 대상자를 선정하는 것에 관하여 인사규정 제54조의 직권면직 기준에 따라 대상자를 선정하되, 인원감축은 정원의 10%만 하고 유효기간은 당해 연도에 한하는 것으로 합의하고 합의서(갑 제23호증의 1)에 서명한 점, ③ 원고 법인의 인사규정상 직권 면직의 기준은 징계처분 사실, 업무성적, 직무수행 능력 등을 고려하는 것으로 되어 있는 점, ④ 근로자 대표들은 원고 법인이 합의를 작성한 뒤 구조조정 대상자 선정을 위한 세부적인 기준을 마련할 때 다면평가 등을 반영해 줄 것을 적극적으로 요청하였고 원고 법인이 실제로 다면평가 등의 기준으로 대상자를 선정한 점 등을 종합하여 볼 때, 원고 법인이 근로자 대표와 사이에 정리하고 여부와 해고를 피하기 위한 방법으로서 희망 퇴직 및 구조조정 대상자 선정을 위한 기준에 관하여 충분한 협의를 거쳤다고 할 것이다.”

2) 법원은 사용자가 정리하고 계획 통보 전에 수차례 협의하였고, 통보 후에도 근로자대표와 수차례 협의를 시도하고 의견제출의 기회를 주었다면 ‘성실한 협의’를 거친 것으로 봄

#### 【서울고등법원 2006. 10. 20. 선고 2005누30060 판결<sup>192)</sup>】

“참가인 회사는 이 사건 정리하고 이전인 2004. 초순경 노동조합에게 수 차례에 걸쳐 회사의 경영상황을 설명하면서 해고회피 방안 등을 협의하였고, 이 사건 정리하고 계획을 통보한 이후에도 수 차례에 걸쳐 노사협의회, 노사간담회를 개최하여 해고회피 방안, 배치전환문제 및 해고대상자 선정기준에 대한 협의를 시도하였다.

또한, 참가인 회사는 2004. 6. 22. 포항지방노동사무소에 정리해고계획서를 제출하고, 그 후 노동조합에게 해고대상자 명단과 정리하고 예정일을 통보하였으며, 포항지방노동사무소의 중재로 3차례에 걸쳐 노동조합과 간담회를 개최하여 정리하고 방안 등에 관하여 협의한 사정을 종합하면,

191) 대법원(대법원 2011. 3. 4. 28.자 2011두3937판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

참가인 회사는 이 사건 정리해고에 앞서 노동조합 및 근로자대표와 성실한 협의를 거쳤다고 할 것이다.”

3) 법원은 정리해고 당시 사용자가 해고대상자 기준을 마련하고 노동조합에 수차례에 걸쳐 이에 대한 **의견을 제출하여 줄 것을 요청하였으나 노동조합이 이에 대하여 아무런 의견을 제시하지 아니한 경우**, 경영위기의 심각성, 합병 혹은 퇴출을 피하기 위하여 조직통폐합, 인력감축 등 재무구조개선을 위한 조치를 이행하여야만 할 사정 등 그 밖의 여러 사정을 종합하여 근로자 대표와의 성실한 협의를 인정함

【서울고등법원 2010. 4. 30. 선고 2009누26809 판결<sup>193)</sup>】

“참가인(사용자)이 ○○○컨설팅으로부터 컨설팅 결과를 받고, 2008. 2. 1.부터 2008. 2. 29.까지 8차례에 걸쳐 참가인 회사 노동조합에 대하여 구조조정 실시 인원 및 부서 정리 문제를 협의하기 위하여 노사협의회를 개최하여 의견을 제출할 것을 통보하였는데, 참가인 회사 노동조합은 참가인 회사가 2007. 5. 28.부터 생산성 향상을 위하여 생산 라인별로 잉여인원을 파악하여 외주제작 품목 중 일부 제품을 참가인 회사 내부에서 생산하는 방식으로 경영합리화를 추진하다가 2008. 1. 31. 아무런 노사협의를 거치지 않고 일방적으로 이 사건 구조조정을 실시하기로 결정하였다는 이유로, 참가인 회사에 대하여 이 사건 구조조정의 실시 여부에 대한 단체교섭을 요구하면서 참가인 회사의 위와 같은 요구에 아무런 의견을 제출하지 않은 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 3호증, 갑 4호증 1내지 4, 갑 9호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이를 인정할 수 있다.

위 인정 사실에, 비록 참가인 회사 단체협약 제34조 제2항이 “회사가 조합원을 경영상의 이유로 해고하고자 할 때는 60일 이전에 본인과 조합에 통보하고, 해고수당을 지급하여야 하며, 노사합의 하여 시행한다.”라고 규정하고 있으나, 정리해고나 사업조직의 통폐합, 공기업의 민영화 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고(대법원 2006. 5. 25. 선고 2002도5577 판결 등 참조), 참가인 회사 단체협약 제34조 제2항의 규정상 정리해고의 구체적인 시행만을 사용자와 근로자대표의 합의에 의하도록 하고 있을 뿐, 그 실시 여부에 관하여 노사합의할 것을 규정하고 있지 않으므로, 설령 참가인 회사가 이 사건 구조조정의 실시 여부를 노사합의로 결정하지 않았다고 하더라도, 참가인이 위 단체협약 제34조 제2항의 규정에 위반하였다고 할 수 없는 점 등의 사정을 종합하면, 참가인 회사는 위와 같이 참가인 회사 노동조합과 사이에 이 사건 구조조정의 인원 및 부서, 정리해고대상자 선정기준 등에 관하여 협의하기 위하여 성실하게 노력하였다고 할 것이다.”

제10장  
정리해고

192) 대법원(대법원 2007. 2. 9. 자 2006두18812 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

193) 1심 판결(서울행정법원 2009. 8. 21. 선고 2008구합44303 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2010. 9. 9.자 2010두10273 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

4) 법원은 사용자의 협의요청을 **노조가 특별한 이유 없이 거부한 경우**, 노조의 협의권 남용으로 보아 ‘성실한 협의’ 요건을 충족한 것으로 봄

— 【서울고등법원 2008. 7. 1. 선고 2007누34226 판결<sup>194)</sup>】 —

“참가인(1991. 2. 설립된 이래 ○○자동차 주식회사와 사이에 직접 탁송용역계약을 체결하고 T/P【Trans Porter】차량으로 ○○자동차 주식회사가 생산한 완성차를 전국의 출고지로 운송하는 업무를 영위하는 회사)이 수차에 걸쳐 노조 및 T/P차량 운전기사들에게 지입차주제 전환의 필요성을 알린 사실, 이에 따라 대부분의 T/P차량 운전기사들이 지입차주제 전환에 응한 사실, 그 후 참가인이 ‘만약 원고들이 지입차주제 전환에 응하지 아니하면 정리해고를 할 수밖에 없음’을 알리면서 노조에 협의를 요청한 사실, 그런데 노조가 참가인의 협의요청을 별다른 이유 없이 무시한 채 지입차주제 전환에 대한 논의 자체를 거부하면서 자동차처분금지가처분을 신청하는가 하면 단체협상에서 참가인의 경영사정을 전혀 고려하지 아니한 채 무리한 요구를 한 사실을 알 수 있는 바, 이에 비추어 보면 노조는 그 협의권을 남용하여 정리해고 관한 참가인과의 협의를 거부하였다고 봄이 상당하고, 참가인은 이 사건 해고를 함에 있어서 노동조합이나 근로자 측과 성실히 협의할 의무를 다하였다고 할 것이다.”

**나. 사전협의 정도 및 방법에 있어 정당성을 부정한 사례**

1) 법원은 사용자가 사업장별 대책회의 개최라는 형식을 갖추기는 하였으나 사실상 사용자 측에서 마련한 구조조정 계획 및 그 기준을 근로자들에게 일방적으로 전달함에 그쳤을 뿐인 경우에는 근로자 대표로 선정된 자와 해고회피 방안이나 해고의 방법, 해고기준 등에 관하여 실질적으로 협의를 거친 것으로 보지 않음

— 【서울고등법원 2010. 11. 24. 선고 2010누12738 판결】 —

“근로기준법 제24조 제항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수를 대표하는 사람(근로자 대표)에게 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다고 하여 정리해고 절차적 요건을 규정한 것은, 같은 조 제1, 2항이 규정하고 있는 정리해고의 실질적 요건을 충족하는 것을 담보하는 것과 함께 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서이다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 참조).

참가인은 2008. 11. 10. 임원회의에서 인력 구조조정을 시행하기로 의결한 후 전략기획실에서 그 구체적 방안을 수립하여 부서장들에게 전자우편을 전달하고, 1차적으로 희망퇴직 및 무급휴직

194) 1심 판결(서울행정법원 2007. 11. 23. 선고 2007구합19843 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 25.자 2008두12887 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



신청을 받았으나 희망자가 불과 1명 밖에 없자, 2008. 11. 17. 회사에서 마련한 인력평가기준표를 각 부서장들에게 전자우편으로 발송하면서 위 기준에 따른 부서별 인력평가를 다음 날인 2008. 11. 18.까지 작성할 것을 지시하였을 뿐 그 이전에 임원을 제외한 근로자들에게 해고를 피하기 위한 방법 및 해고 대상자 선정 기준에 관하여 통보하거나 협의한 사실이 없다.

참가인이 2008. 11. 17. 사업장별로 대책회의를 실시하여 그 자리에 참석한 근로자들에게 인원 감축의 필요성을 설명하고 회사 측에서 정한 구조조정 기준에 따라 해고 대상자를 선정하겠다고 알렸으나, 부서장에게 2008. 11. 18.까지 정해진 인력평가 기준표에 따른 점수를 작성할 것을 지시하였고, 곧바로 구조조정 대상자 선정에 들어가 2008. 11. 21. 조직개편에 따른 인사발령을 하였다. 위와 같은 구조조정 대상자 통보 및 선정 경위에 비추어 볼 때, 참가인은 회사에서 마련한 구조조정 계획 및 그 기준을 근로자에게 일방적으로 전달하면서 희망퇴직 및 무급휴직 신청을 권하였을 뿐 근로자 대표로 선정된 자와 해고회피 방안이나 해고 방법, 해고 기준 등에 관하여 실질적으로 협의를 하였다고 보기 어렵다.

이 사건 해고는 근로기준법 제24조 제3항에서 정한 절차를 거치지 않고 이루어 졌다.”

2) 법원은 사용자가 1차 정리해고 당시 노동조합과 사전협의를 하였으나, 약 5개월이 지난 시점에 2차 정리해고를 하면서 다시 사전협의를 하지 않은 경우, 정리해고가 위법하다고 봄

【서울행정법원 2005. 9. 15. 선고 2005구합5536 판결】

“근로자들에게 1차 구조조정이 있었던 2003. 8.경으로부터 이미 상당한 기간이 경과한 이후인 2004. 2. 11. 시행된 이 사건 구조조정계획에 의한 정리해고 등은 쉽사리 예상할 수 없었던 것이므로, 정리회사(사용자)가 2003. 7. 28. 노동조합에 대하여 ‘회사경영 구조조정 계획통보’를 한 바 있고, 그 이후인 2003. 8.경 근로자대표로 선출된 노00과의 사이에 구조조정에 관한 협의를 있었다고 하더라도, 위 통지와 협의가 이 사건 정리해고를 포함하는 2004. 2. 11. 이후 시행된 구조조정을 위한 통지와 협의로까지 보기 어려운 점을 종합하여 보면, 정리회사는 이 사건 근로자들에게 대하여 이 사건 정리해고를 함에 있어 근로기준법 제31조 제3항에서 정한 협의를 거치지 아니한 것이므로, 이 사건 정리해고는 위법하다.”

제10장  
정리해고

3) 법원은 구조조정 협의를 시작한 지 1개월 만에, 더욱이 노조에게 구조조정의 필요성을 뒷받침할 만한 자료를 주지 아니한 상태에서 바로 정리해고 전단계로서 명예퇴직 희망자를 모집한 사정 등이 있는 경우에는 사용자의 성실한 협의를 부정함

【서울행정법원 2009. 1. 16. 선고 2008구합12382 판결】

“원고는 이 사건 노조와 구조조정에 관한 협의를 시작한 지 1개월 만에 더욱이 이 사건 노조에게

구조조정 자체의 필요성을 뒷받침할 만한 자료를 주지 아니한 상태에서 곧바로 정리해고의 직전 단계로서 명예퇴직 희망자를 모집하였던 바, 이에 비추어 보면 원고는 애초부터 인원감축을 목표로 하였던 것으로 보인다.

또한 원고는 자신이 이 사건 해고를 위한 협의에서 이 사건 노조에게 퇴사자 처리 시행규칙 {노사가 구조조정에 합의하지 못할 경우 명예퇴직자를 모집하고, 명예퇴직희망자가 없을 경우 근무실적(4점), 입사연월(3점), 연령(2점) 등의 기준으로 정리해고 대상자를 선정한다는 내용}을 제시하였다고 주장하는 데 대하여, …(중략)… 그런데 원고가 당시 이 사건 노조에 협의진행상황을 모두 내용증명우편으로 통지하였음에도 불구하고 위 시행규칙은 이를 같은 방식으로 통지하지 아니한 점 …(중략)… 따라서 이와 다른 전제에서 이 사건 해고의 기준에 관하여 이 사건 노조와 성실하게 협의하였다고 보기도 어렵다.”

4) 법원은 약 1개월 동안 노조측과 6차례에 걸쳐 노사협의회를 개최하였으나 이러한 절차가 **근로자들을 해고하기 위한 형식일 뿐인 것**이라면 실질적으로 노조와 성실하게 협의하였다고 보지 않음

【서울고등법원 2009. 3. 24. 선고 2008누24004 판결<sup>195)</sup>】

“나아가 원고 회사가 한 달 남짓 기간동안 노동조합 측과 6차례에 걸친 노사협의회를 가진 뒤 노동조합 측과 해고의 기준이나 해고조건 등에 관하여 합의가 성립되지 아니함을 이유로 일방적으로 이 사건 정리해고를 단행한 점에 비추어 보면, 원고 회사는 생산직 근로자들을 해고하기 위한 절차로써 노동조합 측과의 노사협의회 개최라는 형식을 갖추었을 뿐 실질적으로 근로자 대표와 성실하게 협의하였다고 볼 수도 없다.”

5) 법원은 **노동조합이 계속 협의할 의사**를 갖고 있었고 계속 합의하는 경우 원만한 합의점에 이르렀을 개연성이 충분함에도, 사용자는 **교섭 창구 단일화 절차가 진행되는 경우 노조가 쟁의행위를 할 수 없다는 점을 악용하여 교섭요구 사실공고를 함으로써 노조와의 협의를 일방적으로 중단한 채 정리해고를 한 경우**, 정리해고 절차가 위법하다고 봄

【서울고등법원 2014. 9. 24. 선고 2013누17987 판결<sup>196)</sup>】

“1) 참가인은 이 사건 합의를 작성하고 불과 열흘이 지난 2011. 9. 2.부터 경영 정상화 방안에 대한 합의가 성립되지 않았음을 이유로 일방적으로 이 사건 정리해고에 착수하였다. 그런데 앞서

195) 1심 판결(서울행정법원 2008. 7. 8. 선고 2007구합29499 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 6. 25.자 2009두6063 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

판단한 것처럼 참가인이 이 사건 정리해고를 실시할 당시 파산의 위험에 직면할 정도로 경영이 악화되어 있었다고 보기는 어렵고, 정리해고 이외의 다른 대안을 마련하기 위해서 이 사건 노조와 추가 협의를 진행할 정도의 시간은 있었다고 보인다. 비록 ○○은행이 참가인의 신용위험을 세부 평가한 후 부실징후기업으로 선정되었음을 통보하기도 하였으나, 그 시기는 '2011. 10. 6.'로서 참가인이 일방적으로 이 사건 정리해고 절차를 진행하기 시작한 이후였다.

이에 대하여 참가인은 이 사건 합의서에 기재된 '2011. 8. 26.'이 노사 간 최종 협의 시한이고, 2011. 8. 26.까지 경영 정상화 방안에 대한 노사 간 협의가 성립되지 않으면 참가인이 언제든지 다시 정리해고를 실시할 수 있다는 인식 하에 이 사건 합의서가 작성되었다는 취지로 주장한다.

그러나 이 사건 합의서의 내용과 그 작성 경위에 관한 2011. 8. 23.자 회의록의 내용, 당시까지 진행된 노사 간 협의의 경과 등을 살펴보면, 이 사건 노조와 참가인 측은 기본급 삭감이나 정리해고 실시 등에 대하여 의견 대립이 지속되기는 하였으나, 이 사건 합의서를 작성할 무렵에 이르러 참가인이 기존의 정리해고 계획을 철회하는 대신 양측이 협력하여 인력 감축을 제외한 다른 경영 정상화 방안을 모색하기로 합의하였다고 판단된다. 또 당시 이 사건 노조와 참가인 측으로서는 지난 6개월 동안 계속해서 대립각을 세우면서 힘들게 협의를 진행하여 온 경험을 통하여 짧은 시일 내에 양측의 이견을 완전히 해소하여 경영 정상화 방안에 관한 합의에 이를 것을 기대하기는 어렵다는 사정을 충분히 알고 있었다고 보인다. 따라서 참가인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

2) 참가인은 이 사건 합의서를 작성한 이후에도 이 사건 노조가 근로자 50% 순환휴업 실시와 같은 비현실적인 방안을 고수하면서 성실한 협의에 임하지 않아 추가 협의의 의미가 더 이상 없게 됨에 따라 부득이 이 사건 정리해고 절차를 진행하게 되었다고 주장한다.

...(중략)...

그런데 이 사건 노조는 참가인이 이 사건 정리해고 실시를 통보한 2011. 9. 2.까지도 참가인 측과 경영 정상화 방안에 대하여 계속 협의할 의사를 갖고 있었고, 원고들의 구제신청 후 중앙노동위원회의 권고에 따라 화해교섭이 진행될 당시 기능직 근로자 중 매월 최소 30명의 무급 휴직 실시 방안을 제시하기도 하였다. 이러 한 사정들에 비추어 볼 때, 참가인이 순환휴업의 규모에 대하여 이 사건 노조와 추가 협의를 시도하였다면 양측이 원만한 합의점에 이르렀을 개연성이 충분하다.

...(중략)...

그 밖에 참가인이 이 사건 정리해고 절차에 돌입할 당시 노사 간 존재하였던 이견 역 시 그 의견을 절충하는 것이 불가능하였다고 인정하기에 충분한 증거가 없다.

4) 복수노조제도의 시행에 따라 참가인의 경우에도 기존에 설립되어 있었던 이 사건 노조 이외에 2011. 8. 17.경 조합원 수를 32명으로 하는 피○○○○ 노동조합이 새로 설립되었다. 그런데 참가인은 이 사건 노조와 최종 협의를 한 2011. 8. 31.의 바로 다음날인 2011. 9. 1. 교섭요구 사실을 공고한 후 2011. 9. 2. 바로 이 사건 정리해고를 실시하겠다는 뜻을 이 사건 노조에 통보하였다. 이러한 사정들에 비추어 볼 때, 참가인은 교섭요구 사실의 공고로 복수노조 사이의 교섭 창구 단일화 절차가 진행됨에 따라 이 사건 노조에서 가장 강력한 단결권 행사 수단인 쟁의행위를 할 수 없다는 점을 활용하여 이 사건 노조와의 추가 협의를 일방적으로 중단한 채 이 사건 정리해고 절차에 나아간 것으로 볼 여지가 충분하다.

#### (6)소결론

이 사건 정리해고의 경우 당시 참가인에게 긴급한 경영상의 필요성이 있었음은 인정되나, 그 밖에 근로기준법 제24조에 의하여 요구되는 정리해고의 요건을 충족하였다고 판단되지 않는다. 결국 이 사건 재심판정 중 정리해고에 관한 부분이 위법하다는 원고 근로자들의 주장은 이유 있다."

### 4.3 사전통보기간 위반의 효과

법원은 사용자가 60일(현행 근로기준법 50일)이전까지 해고의 기준 등을 노동조합이나 근로자대표에게 통보하지 않았다고 하더라도, 60일 **기간의 준수는 정리해고의 효력 요건이 아니므로 기타 요건이 충족되었다면 정리해고가 유효하다고 봄**

【대법원 2003. 11. 13. 선고 2003두4119 판결】

“그리고 앞서 본 규정이 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준을 해고실시 60일 이전까지 근로자대표에게 통보하게 한 취지는 통보의 대상인 소속근로자의 인원수와 그의 소재지의 원근 등 구체적 사정에 따라 그 통보를 전달하는 데 소요되는 시간, 그 통보를 받은 각 근로자들이 통보 내용에 따른 대처를 하는 데 소요되는 시간, 근로자대표가 성실한 협의를 할 수 있는 기간으로서 모자라지 않게 허용하기 위하여 모든 경우에 통용될 기간을 규정한 것이어서 60일 기간의 준수는 정리해고의 효력요건은 아니라 할 것이고, 구체적 사안에서 통보 후 정리해고 실시까지의 기간이 그와 같은 행위를 하는데 소요되는 시간으로 부족하였다는 등의 특별한 사정이 없으며, 정리해고의 그 밖의 요건은 충족되었다면 그 정리해고는 유효하다고 하겠다.”

## 5. 기타 정리해고 관련 논점

### 5.1 단체협약의 정리해고동의조항 관련

#### 가. 단체협약의 ‘합의’의 의미를 ‘협의’로 본 사례

1) 법원은 단체협약의 정리해고 ‘**합의**’규정이 있는 경우에도 **단체협약의 체결 경위와 당시의 상황, 단체협약의 전체적인 체계 및 내용 등에 비추어 사전에 노조에게 해고의 기준 등에 관하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 참고하게 함으로써 구조 조정의 합리성과 공정성을 담보하고자 하는 ‘협의’의 취지로 해석할 수 있다고 봄**

【대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결】

“원심은 위 쟁의행위 당시 유효하던 단체협약에 의하면 공사는 정리해고를 하는 경우에도 사전에 노조와 ‘합의’할 의무를 부담하도록 되어 있어 이 사건 쟁의행위는 그러한 합의를 할 수 없다는 주장을 하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성을 인정할 수 있다고 판단하고 있다.

그러나, 사용자가 경영권의 본질에 속하여 단체교섭의 대상이 될 수 없는 사항에 관하여 노동

196) 대법원(대법원 2015. 2. 12. 선고 2014두13867 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

조합과 '합의'하여 결정 혹은 시행하기로 하는 단체협약의 일부 조항이 있는 경우, 그 조항 하나만을 주목하여 쉽게 사용자의 경영권의 일부포기나 중대한 제한을 인정하여서는 아니되고, 그와 같은 단체협약을 체결하게 된 경위와 당시의 상황, 단체협약의 다른 조항과의 관계, 권한에는 책임이 따른다는 원칙에 입각하여 노동조합이 경영에 대한 책임까지도 부담하고 있는지 여부 등을 종합적으로 검토하여 그 조항에 기재된 '합의'의 의미를 해석하여야 할 것이다.

기록에 의하면, 공사와 노조가 체결하여 위 각 쟁의행위 당시 시행되던 단체협약 제28조 제3호에는 "정리해고나 사업장조직 통폐합에 따른 직원의 해고시 노조와 사전에 합의한다."라고 규정되어 있음을 알 수 있으나, 한편 위 단체협약 제21조에는 "공사의 조직개편 및 정원 변경시 조합과 사전에 성실히 협의한다."라고, 제22조 제1항에는 "공사는 합리적이며 공정한 인사제도를 확립·운영 함으로써 직원의 인사관리에 공정성이 보장되도록 하여야 한다. 다만, 인사결과에 대하여 조합이 이의가 있을 때에는 의견을 제출할 수 있다."라고 각 규정되어 있는 점, 위 단체협약 체결 당시 공사는 정부가 100% 출자한 공기업으로서 노동조합에게 경영에 대한 책임까지도 부담시켜 노·사가 공사를 공동경영하기로 방침을 정할 상황이 아니었던 점 등 위 단체협약의 체결 경위와 당시의 상황, 단체협약의 전체적인 체계 및 내용 등에 비추어 보면, 위 단체협약 제28조 제3호는 공사가 정리해고 등 경영상 결단을 하기 위하여는 반드시 노조의 사전동의를 요건으로 한다는 취지가 아니라 사전에 노조에게 해고의 기준 등에 관하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 공사는 노조의 의견을 성실히 참고하게 함으로써 구조조정의 합리성과 공정성을 담보하고자 하는 '협의'의 취지로 해석함이 상당하다 할 것이므로, 앞에서 본 사실관계와 같이 공사가 수차 노조에 창통폐합의 불가피성을 설득하며 그에 따른 해고문제를 협의하려고 노력하였음에도 노조는 창통폐합의 백지화만 고집하면서 쟁의행위에 나아간 이 사건에서 위 단체협약 제28조 제3호의 규정에 의하여 이 사건 쟁의행위가 그 목적의 정당성을 부여받을 수도 없다 할 것이다."

【대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7225 판결<sup>197)</sup>】

"의사표시의 해석은 표시된 문언에 따라 해석함이 원칙이나, 여기서의 문언해석은 당해 조항만이 아니라 이를 포함하는 의사표시 전체의 취지 속에서 당해 조항의 문언이 가지는 의미를 찾아야 하고, 또 그 의사표시를 하게 된 경위와 당시의 상황 및 분위기, 당위성 등을 참작하여 규범적인 해석이 필요한 경우도 있다.

원심이 같은 취지에서 그 판시와 같은 이유로, 이 사건 단체협약시행협정서 제1조의 '사전합의'를 '사전협의'의 취지로 해석하고, 그 문언이 이 사건 쟁의행위의 정당성을 가림에 있어 영향을 줄 수 없다고 판단한 조치는 수긍할 수 있고 거기에 그 주장과 같은 위법이 없다."

【대법원 2010. 11. 11. 선고 2009도4558 판결<sup>198)</sup>】

"사용자가 경영권의 본질에 속하여 단체교섭의 대상이 될 수 없는 사항에 관하여 노동조합과 '합의'하여 결정 혹은 시행하기로 하는 단체협약의 일부 조항이 있는 경우, 그 조항 하나만을

197) 정부정책에 반대하여 벌어진 쟁의행위의 정당성 여부가 문제된 사례로 단체협약시행협정서의 '사전합의'를 '사전협의'의 취지로 해석하고, 그 문언이 쟁의행위의 정당성을 가림에 있어 영향을 줄 수 없다고 판단한 사안임

주목하여 쉽게 사용자의 경영권의 일부 포기나 중대한 제한을 인정하여서는 아니되고, 그와 같은 단체협약을 체결하게 된 경위와 당시의 상황, 단체협약의 다른 조항과의 관계, 권한에는 책임이 따른다는 원칙에 입각하여 노동조합이 경영에 대한 책임까지도 분담하고 있는지 여부 등을 종합적으로 검토하여 그 조항에 기재된 ‘합의’의 의미를 해석하여야 할 것이다(대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결 등 참조).

원심은 그 판시와 같은 이유로, 이 사건 단체협약 제34조제2항 및 제39조제3항의 ‘합의’를 ‘합의’의 취지로 해석하여 피고인 2 주식회사의 대표이사인 피고인 1이 노동조합과 ‘합의 없이’ 공소의 2 등 31명의 근로자에 대하여 경영상 이유로 해고를 실시한 것이 단체협약의 내용 중 해고의 사유와 중요한 절차에 관한 사항을 위반하였다고 단정할 수 없고, 나아가 피고인 1등이 협의절차를 위반하였다고도 단정할 수 없다고 보아 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 유지하였다.

위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 법리오해 등의 위법이 없다.”

#### 【대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도11030 판결<sup>198)</sup>】

“정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체의 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 노동조합이 실질적으로 그 실시 자체를 반대하기 위하여 쟁의행위에 나아간다면, 비록 그 실시로 인하여 근로자들의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반된다고 하더라도 그 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없다(대법원 2001. 4. 24. 선고 99도4893 판결, 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결 등 참조). 또한 쟁의행위에서 추구되는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 당부를 판단하여야 할 것이고, 부당한 요구사항을 제외하였다면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 그 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 보아야 한다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2001도1863 판결, 대법원 2004. 4. 9. 선고 2002도7368 판결 등 참조). 한편 사용자가 경영권의 본질에 속하여 단체교섭의 대상이 될 수 없는 사항에 관하여 노동조합과 ‘합의’하여 시행한다는 취지의 단체협약의 일부 조항이 있는 경우, 그 조항 하나만을 주목하여 쉽게 사용자의 경영권의 일부 포기나 중대한 제한을 인정하여서는 아니되고, 그와 같은 단체협약을 체결하게 된 경위와 당시의 상황, 단체협약의 다른 조항과의 관계, 권한에는 책임이 따른다는 원칙에 입각하여 노동조합이 경영에 대한 책임까지도 분담하고 있는지 여부 등을 종합적으로 검토하여 그 조항에 기재된 ‘합의’의 의미를 해석하여야 한다(대법원 2002.2.26. 선고 99도5380 판결, 대법원 2003.2.11. 선고 2000도4169 판결 등 참조).

원심은, 그 판시와 같은 이 사건 정리해고의 추진 배경, 당시의 회사 재무상태, 정리해고의 회피를

198) 경영상 이유로 해고할 경우 노동조합과 ‘합의’하여 시행한다는 단체협약이 있음에도 회사의 대표이사인 피고인이 노동조합과 합의 없이 해고를 실시하였다고 하여 구 노동조합법 위반으로 기소된 사안으로, 위 ‘합의’를 ‘협의’의 취지로 해석하여 피고인이 단체협약의 내용 중 해고의 사유와 중요한 절차에 관한 사항을 위반하였다고 단정할 수 없다고 본 원심판단을 수긍한 사안임

위한 회사의 노력과 그에 대한 노동조합의 반응, 이 사건 쟁의행위 과정에서 노동조합이 보인 태도 등의 여러 사정을 종합하여, 이 사건 쟁의행위의 주된 목적은 회사의 긴박한 경영상의 필요에 의하여 실시되는 정리해고 자체를 전혀 수용할 수 없다는 노동조합 측의 입장을 관철하기 위한 것이라고 인정한 다음, 이러한 노동조합 측의 요구는 사용자의 정리해고에 관한 권한 자체를 전면적으로 부정하고 경영권의 본질적인 내용을 침해하는 것으로서 단체교섭의 대상이 될 수 없는 사항에 관한 것이므로, 그와 같은 요구사항을 내용으로 하는 이 사건 쟁의행위는 그 목적의 정당성을 인정받을 수 없다고 판단하였다.

나아가 원심은, 그 판시와 같은 이 사건 단체협약서의 전체 내용, 단체협약 체결 당시의 상황 등 여러 사정에 비추어 보면, '노동조합과의 합의에 의하여 정리해고를 실시할 수 있다'는 취지의 그 판시 단체협약 조항의 진정한 의미는 "회사가 정리해고 등 경영상 결단을 하기 위해서는 반드시 노동조합과 사전에 합의하여야 한다는 취지가 아니라 사전에 노동조합에 해고의 기준 등에 관하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 노동조합의 의견을 성실히 참고하게 함으로써 구조조정의 합리성과 공정성을 담보하고자 하는 '협의'의 취지"로 해석함이 상당하다고 전제한 다음, 그와 같은 단체협약 조항에 의하더라도 이 사건 쟁의행위의 목적이 정당화될 수는 없다는 이유로, 피고인 10, 16, 17, 19를 제외한 나머지 피고인들에 대하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심이 적법하게 채용한 증거들을 원심판결 이유 및 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 모두 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 논리와 경험칙에 반하여 사실을 오인하거나 쟁의행위의 정당성 등에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 없다."

### 【대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15964 판결<sup>200)</sup>】

“의사표시의 해석은 표시된 문언에 따라 해석함이 원칙이나, 여기서의 문언해석은 당해 조항만이 아니라 이를 포함하는 의사표시 전체의 취지 속에서 당해 조항의 문언이 가지는 의미를 찾아야 하고, 또 그 의사표시를 하게 된 경위와 당시의 상황 및 분위기, 당위성 등을 참작하여 규범적인 해석이 필요한 경우도 있다(대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7225 판결 참조).

경영권의 본질에 속하여 단체교섭의 대상이 될 수 없는 사항에 관하여 사용자가 노동조합과 ‘합의’하여 시행한다는 취지의 단체협약의 일부 조항이 있는 경우, 그와 같은 단체협약을 체결하게 된 경위와 당시의 상황, 단체협약의 다른 조항과의 관계, 권한에는 책임이 따른다는 원칙에 입각하여 노동조합이 경영에 대한 책임까지도 분담하고 있는지 여부 등을 종합적으로 검토하여 그 조항에 기재된 ‘합의’의 의미를 해석하여야 한다(대법원 2003.7.22. 선고 2002도7225 판결, 대법원 2010.11.11. 선고 2009도4558 판결, 대법원 2011.1.27. 선고 2010도11030 판결 등 참조).

원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 단체협약 조항에 대하여 판시와 같은 이유를 들어 사전에 원고 조합에 해고 기준 등에 관하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 원고

199) 회사의 긴박한 경영상의 필요에 의하여 실시되는 정리해고 자체를 전혀 수용할 수 없다는 노동조합 측의 입장 관철을 주된 목적으로 하는 쟁의행위는 그 목적의 정당성이 인정되지 않는다는 이유로 노동조합 지부장 등 근로자들에 대한 업무방해의 공소사실을 유죄로 인정한 원심판단을 수긍한 사안임

조합의 의견을 성실하게 참고함으로써 구조조정의 합리성과 공정성을 담보하고자 하는 협의의 취지로 해석된다고 본 원심의 판단에, 상고이유에서 주장하는 바와 같이 단체협약의 해석을 그르친 위법이 있다고 보기 어렵다.”

## 나. 단체협약의 ‘협의’의 의미를 ‘합의’로 본 사례

법원은 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 상당하다고 봄

### 【 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007 판결 】

“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 노동조합 측의 의견을 참작하여야 한다는 정도의 차이만 있는 것으로 볼 수는 없는 것이므로, 조합원에 대한 인사권의 신중한 행사를 위하여 단순히 의견수렴절차를 거치라는 뜻의 사전 ‘협의’와는 달리, 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(대법원 1993.7.13. 선고 92다50263 판결 등 참조). 그리고 정리해고는 근로자에게 귀책사유가 없는데도 사용자의 경영상의 필요에 의하여 단행되는 것으로서, 정리해고의 대상과 범위, 해고회피 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.

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

200) 정리해고에 긴박한 경영상 필요성이 없으며, 정리해고 대상자 전원이 조합원으로 전·현직 간부, 대의원, 교섭위원 등 노조활동에 열성적인 근로자들을 해고하였으므로 부당노동행위에 해당한다며 부당해고 및 부당노동행위 구제 신청을 한 사안으로 단체협약상에 ‘고용은 보장되어야 한다’ 내지 ‘정리해고는 60일전 통보하고 협의 후 합의한다’라는 의미에 대해서는 협의 규정으로 판단한 사안임



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 인사 처분에 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).

...(중략)...

피고가 실시하려 한 정리해고는 피고 소유의 건물과 자회사인 ○○빌딩관리를 매각하면서 그에 따라 담당 업무가 폐지될 기계·전기직 근로자들 전원을 대상으로 한 것이어서 노동조합으로서 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.”

## 5.2 단체협약의 고용보장조항 관련

가. 법원은 사용자가 스스로 경영상 결단에 의하여 정리해고를 제한하기로 노조와 합의한 경우, 기업 자체가 존폐 위기에 처할 심각한 재정적 위기가 도래하였다거나 예상하지 못했던 급격한 경영상 변화가 있는 경우 등 **협약체결 당시 예상하지 못하였던 사정변경이 있어 협약의 효력을 유지하는 것이 객관적으로 보아 부당한 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한 위 합의를 위반하는 것은 정당하지 않다고 봄**

【서울고등법원 2011. 2. 9. 선고 2010누18552 판결<sup>201)</sup>】

“정리해고나 사업조직 통폐합 등 기업이 구조조정을 실시할지 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭 대상이 되지 아니한다(대법원 2002.

## 2. 26. 선고 99도5380 판결 참조).

그러나 단체협약은 사용자와 노동조합 사이에 이루어진 단체교섭 결과 성립된 합의사항을 문서화한 것으로 강행법규나 공서양속에 위반되지 않는 한 그 내용에 대한 법적 제한은 없다.

앞서 살펴 본 인정사실에 의하면, '특별단체교섭 합의서' 중 인수 후 인위적인 구조조정을 실시하지 않는다는 조항은 참가인 회사 인수예정자였던 ○○○○○공업이 참가인 회사를 인수하여 사용자가 되는 것을 전제로 스스로 경영상 결단에 의하여 참가인 회사 소속 근로자들에 대한 정리해고를 제한하기로 한 것이다. 이는 이른바 고용안정협약으로 근로조건 기타 근로자에 대한 대우에 관하여 정한 부분이므로, 규범적 부분에 해당한다. 그러므로 참가인 회사 인수 후 기업 자체가 존폐 위기에 처할 심각한 재정적 위기가 도래하였다거나 예상하지 못했던 급격한 경영상 변화가 있는 경우 등 협약체결 당시 예상하지 못하였던 사정변경이 있어 협약의 효력을 유지하는 것이 객관적으로 보아 부당한 경우와 같은 특별한 사정이 없는 한 위 협약은 유효하다.

나) 특별단체교섭 합의서 중 위 조항이 가지는 효력을 배제할 특별한 사정이 있었는지 여부

(1) 을 제7호증의 1, 을 제12호증의 1, 2의 각 기재, 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

○○금융경영연구소가 2009.1.29. 발간한 '○○ 산업위험 분석'에 의하면, 국내 강관산업은 각 회사들이 특색 없는 비슷한 설비와 제품을 보유하여 과열경쟁이 심각하고, 만성적인 공급과잉으로 구조조정이 불가피하다고 평가되었다.

...(중략)...

(2) 이 사건 정리해고 당시 국내 철강 수요 감소가 예상되고, 실제로 2008.1.1.부터 2008.12.31.까지 참가인 회사에 당기 순손실이 2,716,000,000원 발생하였으며, 유동부채가 유동자산을 초과하는 등 경영상 어려움이 있었다. 그러나 참가인 회사가 고용안정협약을 체결한 2007. 7. 16. 이후 2008년까지는 국내 강관 가격이 올라 강관업계는 사상 최대 수준인 매출실적을 올리고 있었는데도, 참가인 회사는 구조조정을 하지 않겠다고 약정한 후 채 1년도 지나지 아니한 2008. 5. 16. 제1차 정리해고를 하였고, 그 정리해고가 위법하다는 경북지방노동위원회의 판정이 있자, 2008. 11. 28. 다시 이 사건 정리해고를 한 점, 참가인 회사는 2007년에 적자가 51억 원 발생하였고, 이에 비하면 2008년도 당기 순손실은 그 2분의 1을 약간 상회하는 정도로 2008년에는 오히려 적자 폭이 대폭 준 점, 고용안정협약 체결 당시에 비하여 급격한 매출감소가 일어나고 있다고 볼 자료는 없는 점 등에 비추어 볼 때, 참가인 회사가 협약 체결 당시 예상하지 못하였던 심각한 재정적 위기에 처하여 협약의 효력을 유지하는 것이 객관적으로 보아 부당한 상황에 이르렀기 때문에 이 사건 정리해고를 하였다고 보기 어렵다. 참가인 회사가 약속한 고용안정협약의 효력을 배제할 수 없는 이상 이를 어기고 원고들을 정리해고한 것은 정당하지 않다.”

나. 법원은 공공기관인 사용자와 노동조합이 특정 직렬에 대하여 정년을 보장한다는 합의를 한 경우, ① 정부의 공공기관 선진화 계획으로 말미암아 이 사건 합의가 실효 또는 해지되어 그 효력이 소멸하였다거나 ② 정부로부터 선진화 계획을 시달받은

201) 대법원(대법원 2011. 3. 26.자 2011두7526 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

이상 이 사건 합의를 고려할 필요 없이 정리해고를 단행하여야 할 긴박한 경영상 이유가 있다고 인정할 수는 없다고 봄

【서울고등법원 2012. 3. 28. 선고 2011누25922 판결<sup>202)</sup>】

“피고는 항소심에서도, 단체협약 상의 정리해고 전 노사 간의 ‘합의’는 노사 간의 ‘협의’를 의미할 뿐 아니라 통상적인 경영환경에서 이루어진 이 사건 합의가 근로기준법상의 경영상 이유에 의한 해고(이하 ‘정리해고’라 한다)까지 제한한다면 이는 경영권의 본질적 내용을 침해하는 것이어서 그 법적 효력이 인정될 수 없는 점 등에 비추어 이 사건 합의는 정리해고 시에는 적용되지 않는다고 보아야 하고, 정부가 참가인의 대주주로서 참가인이 이 사건 소방 직렬 정리해고를 포함한 구조 조정을 미룰 경우 가까운 장래에 경영상 문제가 발생할 수 있다는 위기의식 속에서 소방 직렬 130명, 장비정비직렬 70명 등 감축 분야와 인원을 특정한 이 사건 선진화 계획을 마련하여 참가인에게 시행하도록 시달함에 따라 사실상 이에 구속될 수밖에 없는 참가인으로서 이 사건 선진화 계획에 따라 이 사건 소방 직렬 정리해고를 할 수밖에 없었던 점을 비롯한 정리해고 요건을 모두 갖추었으므로 이 사건 소방 직렬 정리해고는 정당하다고 거듭 주장한다.

하지만 앞서 인용한 제1심판결 이유에서 그 채택 증거들에 의하여 인정한 사실에 터잡아 적절하게 판단한 사정에, ‘공공기관별 효율성 10% 이상 향상’이라는 정책을 추진중이던 정부가 공공기관인 참가인의 대주주로서 먼저 참가인에게서 경영 효율화 방안을 제출받아 이를 토대로 참가인과 협의 등을 거쳐 이러한 정책 목표를 달성하기 위한 구체적인 계획인 이 사건 선진화 계획을 수립하여 참가인에게 시달한 점, 그런데 이 사건에서 제출된 증거를 모두 모아보더라도 참가인과 정부가 이 사건 선진화 계획을 수립하는 과정에서 그 전에 이미 참가인이 노동조합과 합의서까지 작성함으로써 단체협약에 따라 규범적 효력이 인정되고 있던 “소방 직렬의 현원을 정년까지 보장한다”는 이 사건 합의의 존재와 효력 및 그 존속, 그 밖에 이 사건 소방 직렬을 정리해고하지 않고서는 달리 이러한 정책 목표를 달성할 방안을 마련할 수 없는지 등을 충분히 고려하였다고 인정하기 어려운 점을 더하여 살펴보면, 정부가 ‘공공기관별 효율성 10% 이상 향상’이라는 정부정책을 추진하기 위해 마련하여 참가인에게 시달한 이 사건 선진화 계획으로 말미암아 이 사건 합의가 실효 또는 해지되어 그 효력이 소멸하였다거나 참가인이 정부로부터 이 사건 선진화 계획을 시달받은 이상 이 사건 합의를 고려할 필요 없이 이 사건 선진화 계획에 따라 이 사건 소방 직렬 정리해고를 단행하여야 할 긴박한 경영상 이유가 있다고 인정할 수는 없으므로, 피고 주장은 이유 없다.”

제10장  
정리해고

다. 법원은 사용자가 노동조합과의 협상에 따라 정리해고를 제한하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면 특별한 사정이 없는 한 그에 반하여 이루어지는 정리해고는 원칙적으로 정당한 해고라고 볼 수 없다고 봄. 다만 그 단체협약을 체결할 당시의 사정이 현저하게 변경되어 사용자에게 그와 같은 단체협약의 이행이 명백하게 부당한 결과에 이르는 경우에는 정리해고를 할 수 있을 것이라고 판단함

202) 대법원(대법원 2012. 3. 28.자 2012두9307 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 【대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20406 판결】

“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 확약은 ○○○○배기시스템코리아 주식회사(이하 ‘이 사건 회사’라 한다)가 공장 이전을 계기로 근로자의 고용불안과 근로조건의 변화에 대처하기 위하여 이루어진 것으로서 이 사건 회사 스스로 인위적인 구조조정으로 근로관계를 종료하지 아니하겠다는 내용의 고용보장을 확약한 것으로 보아야 하고, 그 내용상 단순히 공장 이전에만 국한하여 적용할 사항이 아니라 그 이후의 제반 근로조건에 관한 사항을 정한 것으로 보아야 하며, 이러한 고용보장에 관한 확약은 단체협약의 규범적 부분에 해당한다고 판단하였다. 그리고 원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 이 사건 회사가 이 사건 특별교섭 합의서 체결 당시 예상하지 못하였던 심각한 재정적 위기에 처하여 고용보장에 관한 확약의 효력을 유지하는 것이 객관적으로 부당한 상황에 이르렀다고 보기는 어렵다고 보아, 고용보장에 관한 확약에 반하여 단행된 이 사건 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 채증법칙 위반 등으로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.”

### 5.3 우선재고용의무의 법적 성질

가. 법원은 **구 근로기준법** 우선재고용 의무 규정(2007. 4. 11. 법률 제8372호 이전의 규정)은 법적인 의무를 부과한 것이 아니라, 사용자가 신규채용하고자 하는 직책에 맞는 정리해고자가 있으면 그를 **우선적으로 고용하도록 노력을 하라는 취지**로 보았음(그러나 2007. 7. 1. 시행된 근로기준법 제25조는 위와 같이 노력해야 한다는 수준의 훈시규정을 우선적으로 고용해야 한다는 **의무규정으로 전환**하였음)

## 【대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69393 판결】

“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 있는 바, 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 채용하였다라도 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 법리 오해의 위법이 있다고 할 수 없다.”

나. 법원은 **현행 우선 재고용 규정은** 정리해고 된 근로자가 이를 근거로 사용자에게 대하여 **고용의무의 이행**을 구할 수 있는 **사법상의 청구권**으로서의 성격을 가진다고 봄

【인천지방법원 2014. 9. 25. 선고 2013가합17168 판결<sup>203)</sup>】

“이 사건 규정에 의하면 사용자가 경영상 필요에 의하여 근로자를 정리해고한 이후 그때로부터 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하는 경우 사용자는 재고용을 원하는 정리해고 된 근로자를 우선적으로 고용할 의무를 부담한다.

그리고 구 근로기준법(2007.1.26 법률 제8293호로 개정되기 전의 것) 제31조의2는 “제31조의 규정에 의하여 근로자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날부터 2년 이내에 근로자를 채용하고자 할 때에는 제31조의 규정에 의하여 해고된 근로자가 원하는 경우 해고전의 직책 등을 감안하여 그 근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다”라고 규정하여 노력규정에 불과하였던 것을 근로자 보호 및 고용안정성의 도모를 위해 의무규정으로 전환한 것인 점, 위와 같이 개정된 입법자의 의도는 정리해고를 한 사용자에게 재고용 노력의무를 넘어 법적인 재고용 의무를 부과한 것으로 볼 수 있는 점, 정리해고 된 근로자는 자신에게 귀책사유가 없음에도 사용자의 경영상 판단에 따라 고용상실의 불이익을 감수하였고 이러한 근로자의 과거의 희생에 대한 사후적 보상의 필요성이 인정되는 점, 정리해고의 대상이 되는 근로자에 대한 사회적 보호장치가 충분히 마련되지 않은 상태에서 경영상의 이유에 의한 해고만을 강화한다는 것은 사회적 시장경제체제를 근간으로 하는 헌법 원리에 부합하지 않는다 할 것인 점 등에 비추어 보면, 이 사건 규정은 정리해고 된

근로자가 이를 근거로 사용자에 대하여 고용의무의 이행을 구할 수 있는 사법상의 청구권으로서의 성격을 가진다고 봄이 타당하다.

...(중략)...

3) 그리고 근로자의 우선 재고용에 관한 권리를 실질적으로 보호하기 위하여 사용자는 이 사건 규정의 적용을 받는 신규 채용 절차에 앞서 재고용 우선권을 갖는 근로자에게 개별적 통지의 방식으로 채용절차를 고지하고 이에 관한 의사를 확인하여야 한다고 봄이 타당한 바, 이 사건에서 피고가 위 2010.12.1.과 2011.7.1.에 진행된 채용절차에 관하여 위 각 절차 진행 이전에 원고에게 개별적으로 통지하여 재고용 의사를 확인한 사실을 인정할 증거가 없고, 원고가 피고를 상대로 해고무효확인 소송을 제기한 사실만으로 피고의 원고에 대한 재고용의사 확인의무가 부정된다거나 원고가 재고용 거절의사를 명백히 밝혔다고 보기 어렵다.

4) 결국 피고는 이 사건 규정에 따라 적어도 피고가 원고를 정리해고한 때로부터 두 명의 생활 재할고사 신규채용이 이루어진 2011.7.1. 원고를 우선적으로 고용할 의무가 발생하였다.

라. 소결론

따라서 피고는 원고에게 고용의 의사를 표시할 의무가 있다.

3. 피고의 불법행위로 인한 손해배상책임의 존부

가. 피고의 불법행위로 인한 손해배상책임의 성립

피고가 현재까지 원고와 사이에 고용계약을 체결한 사실을 인정할 증거가 없으므로, 앞서 본 바와 같이 원고를 고용할 의무가 있는 피고는 원고에게 고용의무의 불이행으로 인한 손해를 배상할 의무가 있다.

나. 금전적 손해배상의 범위

피고의 고용의무 불이행으로 인하여 원고가 입은 손해는 피고가 고용의무를 이행하였더라면 원고가 받았을 임금 상당액이라 할 것인데, 갑 제3호증의 1, 2, 3, 갑 제6호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 피고가 원고를 재고용하였을 경우 원고가 피고에 근무하였던 경력이 모두 인정되는 사실, 원고는 피고로부터 정리해고 되기 전 지급받았던 3개월 동안의 급여 평균이 2,326,000원인 사실을 인정할 수 있고, 위 인정사실에 의하면 원고가 피고에 고용되어 근로를 제공하였을 경우 적어도 매월 위 2,326,000원을 지급받았을 것임을 추인할 수 있으므로, 피고는 원고에게 원고를 고용할 의무가 발생한 2011.7.1.부터 고용의 의사표시를 할 때까지 월 2,326,000원의 비율에 의한 금원을 지급할 의무가 있다.

...(중략)...

4. 신의칙 위반 여부

피고는, 원고가 피고에게 재고용 의사를 표시하지 아니하다가 정리해고를 당한 2010.6.1.부터 3년 또는 위 2011.7.1.부터 2년 3개월이 지나 이 사건 소를 제기한 것은 권리남용에 해당하여 신의성실의 원칙에 위반된다고 주장하므로 살피건대, 권리자가 장기간에 걸쳐 그 권리를 행사하지 아니하여 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 신의성실의 원칙에 위반되어 허용되지 아니한다고 하려면, 의무자인 상대방이 더 이상 권리자가 그 권리를 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있어야 하는바(대법원 2002.1.8. 선고 2001다60019 판결 참조), 을 제12호증의 1, 2, 3, 4의 각 기재만으로도 피고가 더 이상 원고가 권리를 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 원고가 이 사건 소를 제기하여 그 권리를 행사하였다고 하여 신의성실의 원칙에 위반된다고 할 수 없고, 결국 피고의 위 주장은 이유 없다.”

# 제 11 장

## 징계절차

제1절 징계절차 개관 및 주요쟁점	595
1. 개설	595
2. 징계절차 규정의 법적 지위	595
3. 소명(변명)기회 부여와 관련한 문제	603
4. 사전통지 관련 문제	605
5. 징계위원회의 구성 및 운영	610
6. 근로자 대표를 참여시키지 않은 징계절차의 적법성	617
7. 사전동의 또는 사전협의 규정 관련	619
8. 징계재심절차와 관련한 문제	622
9. 재징계	626
10. 징계시효	627
제2절 징계절차 관련 판례	634
1. 징계절차 규정의 법적 지위에 관한 판례	634
2. 소명(변명)기회 부여 관련 판례	639
3. 징계위원회 사전통지 관련 판례	642
4. 징계위원회 구성 관련 판례	653
5. 사전동의 또는 사전협의 규정 관련 판례	673
6. 징계재심절차 관련 판례	676
7. 재징계 관련	681
8. 징계시효 관련 판례	683
9. 징계절차와 관련한 기간	689
10. 취업규칙 개정 전 비위행위에 대한 연장된 징계시효의 소급적용 여부 판단	691
11. 기타 판례	692





# 목 차

제1절 징계절차 개관 및 주요쟁점 .....	595	5.4 징계 가부가 동수인 경우 .....	615
1. 개설 .....	595	5.5 외부인의 참여 가능 여부 .....	615
2. 징계절차 규정의 법적 지위 .....	595	가. 사용자가 선정하는 인사위원 .....	615
2.1 징계절차 규정이 있는 경우 .....	595	나. 단체협약 등에 증인 신청 규정이	
가. 징계절차 규정이 있는 경우 이를		있는 경우 .....	615
위반한 징계는 원칙적으로 무효 ...	595	다. 징계절차에서의 징계혐의자의	
나. 징계절차 규정 상호 간에 다른		대리인(변호사) 선임 가능 여부 ...	615
내용이 있는 경우 .....	597	5.6 징계위원회 구성의 하자 치유 .....	616
2.2 징계절차 규정이 없는 경우 .....	599	6. 근로자 대표를 참여시키지 않은 징계	
2.3 징계절차 규정이 임의규정인 경우 .....	600	절차의 적법성 .....	617
2.4 징계절차를 규정한 단체협약의		6.1 근로자 대표를 반드시 참여시켜야	
유효기간이 경과된 경우 .....	601	하는지 여부 .....	617
2.5 통상해고, 당면퇴직처분에 대한		6.2 근로자 측 위원 자격·선임 방법 등에	
징계절차 적용 여부 .....	602	관한 규정이 없는 경우 .....	617
2.6 징계관련 내부적인 보고절차에 관한		7. 사전동의 또는 사전협의 규정 관련 .....	619
규정 위반 .....	603	7.1 사전동의(협의)를 요하는 규정의 효력 ...	619
3. 소명(변명)기회 부여 .....	603	가. 동의를 얻지 않은 징계의 효력 ...	619
3.1 소명(변명)기회 부여와 관련한 문제 ...	603	나. 동의의 방법 .....	620
3.2 출석하여 소명이 반드시 이루어져야		7.2 사전동의권 포기·남용 관련 .....	620
하는지 여부 .....	604	7.3 사전협의를 요하는 규정의 효력 .....	621
3.3 소명권 포기·남용 여부 .....	605	7.4 동의와 협의의 구분이 모호한 경우 ...	621
4. 사전통지 관련 문제 .....	605	8. 징계재심절차와 관련한 문제 .....	622
4.1 사전통지를 반드시 해야 하는지 여부 ...	605	8.1 징계재심절차를 반드시 거쳐야 하는지	
4.2 사전통지의 상대방 .....	606	여부 .....	622
4.3 사전통지의 방법 .....	607	가. '변명기회 부여'와 관련한 재심절차	
4.4 사전통지의 시기 .....	608	규정이 없는 경우 .....	622
4.5 사전통지 시 혐의사실 고지의 구체성		나. '징계재심위원회 구성'과 관련한	
정도 .....	609	재심절차 규정이 없는 경우 .....	622
4.6 사전통지 위반의 하자 치유 .....	610	8.2 징계재심절차에 중대한 하자가 있는	
5. 징계위원회의 구성 및 운영 .....	610	경우 .....	623
5.1 징계위원회 구성 규정을 위반한		8.3 징계재심절차에 의한 하자 치유 .....	624
징계처분의 효력: 무효 .....	610	9. 재징계 .....	626
5.2 '징계사유와 관계있는 자'의 징계위원		10. 징계시효 .....	627
참석 가능 여부 .....	611	10.1 징계시효의 의의 .....	627
5.3 의장윤번제 .....	614	10.2 징계시효의 기산점 .....	627

# 목 차

10.3 징계시효의 정지 .....	628	가. 근로자 대표를 반드시 참여시켜야 하는지 여부 .....	667
10.4 징계시효의 완성 .....	628	나. 근로자측 위원 자격·선임 방법 등에 관한 규정이 없는 경우 .....	671
10.5 '징계시효'와 '징계절차와 관련한 기간'의 구별 .....	629	5. 사전동의 또는 사전협의 규정 관련 판례 ...	673
가. 징계절차와 관련한 기간 .....	629	6. 징계재심절차 관련 판례 .....	676
나. 구별 기준 .....	631	6.1 징계재심절차를 반드시 거쳐야 하는지 여부 .....	676
10.6 취업규칙 개정 전 비위행위에 대한 연장된 징계시효의 소급적용 여부 판단 .....	631	가. '변명기회 부여'와 관련한 재심절차 규정이 없는 경우 .....	676
<b>제2절 징계절차 관련 판례</b> .....	634	나. '징계재심위원회 구성'과 관련한 재심절차 규정이 없는 경우 .....	678
1. 징계절차 규정의 법적 지위에 관한 판례 ..	634	6.2 징계재심절차에 중대한 하자가 있는 경우 .....	678
1.1 징계절차 규정이 있는 경우 .....	634	6.3 징계재심절차에 의한 하자 치유 .....	681
1.2 징계절차 규정이 없는 경우 .....	635	7. 재징계 관련 .....	681
1.3 징계절차 규정이 임의규정인 경우 .....	636	8. 징계시효 관련 판례 .....	683
1.4 징계절차를 규정한 단체협약의 유효기간이 경과된 경우 .....	638	8.1 징계시효의 기산점 .....	683
2. 소명(변명)기회 부여 관련 판례 .....	639	8.2 징계시효의 정지 .....	685
3. 징계위원회 사전통지 관련 판례 .....	642	8.3 징계시효의 완성 .....	687
3.1 사전통지를 반드시 해야 하는지 여부 ..	642	9. 징계절차와 관련한 기간 .....	689
3.2 사전통지의 상대방 .....	645	10. 취업규칙 개정 전 비위행위에 대한 연장된 징계시효의 소급적용 여부 판단 ..	691
3.3 사전통지의 시기 및 방법 .....	646	11. 기타 판례 .....	692
3.4 사전통지 시 혐의사실 고지의 구체성 정도 .....	650		
4. 징계위원회 구성 관련 판례 .....	653		
4.1 징계위원회 구성 관련 규정이 있는 경우 .....	653		
4.2 '징계사유와 관계있는 자'의 징계위원 참석 가능 여부 .....	660		
4.3 의장윤번제 관련 .....	663		
4.4 징계 가부가 동수인 경우 .....	663		
4.5 외부위원 참여 가능 여부 .....	665		
4.6 징계위원회 구성의 하자 치유 .....	666		
4.7 근로자 대표를 참여시키지 않은 징계절차의 적법성 .....	667		

## 제1절 징계절차 개관 및 주요쟁점

### 1. 개설

징계는 사용자의 일방적 의사로 이루어지는 근로자에 대한 불이익 처분으로서 단체협약, 취업규칙 등에 징계절차를 규정하는 예가 많음<sup>1)</sup>

예컨대, 징계위원회 출석을 위한 사전통지, 소명기회 부여, 징계위원회 구성 시 근로자 측 위원 참여, 재심기회 부여, 노동조합의 해고 동의(협의) 조항 등을 들 수 있음

이렇게 단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계절차를 규정한 것은 징계권의 공정한 행사를 확보하고 징계제도의 합리적인 운영을 도모하기 위한 것으로서 중요한 의미를 갖고 있음<sup>2)</sup>

판례는 취업규칙 등에 절차적 규정이 있으면 규정을 둔 취지를 존중하여 그에 위반한 징계를 무효로 보는 반면, 규정이 없는 경우에는 그와 같은 절차를 거치지 않더라도 정당하다는 입장이며, 이는 법원의 확립된 견해임

아래에서는 사전 통지에서부터 재징계에 이르기까지 징계절차의 시간적 순서에 따라 쟁점을 분류·서술함

### 2. 징계절차 규정의 법적 지위

#### 2.1 징계절차 규정이 있는 경우

가. 징계절차 규정이 있는 경우 이를 위반한 징계는 원칙적으로 무효

단체협약, 취업규칙, 사규 등에 징계절차를 규정하고 있는 경우 이에 위반한 징계처분은 무효<sup>3)</sup>임

1) 근로기준법 제93조은 취업규칙의 필수 기재사항으로 '제재'에 관한 사항을 기재하도록 하고 있음

2) 대법원 1979. 1. 30. 선고 78다304 판결, 대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결 등 참조

3) 무효로 보는 근거와 관련하여, ① 징계절차는 징계처분의 유효요건이라는 견해, ② 징계절차를 거치지 않은 징계는 절차상 신의칙에 반하고 징계권행사의 남용이라는 견해, ③ 근로기준법 제23조 제1항의 '정당한 이유'에는 실체적 정당성 뿐만 아니라 절차적 정당성도 포함한다는 견해 등이 있는바, 판례는 '징계절차를 거치지 않은 경우 이는 절차적 정의에 반하는 것으로서 무효'(대법원 1994. 4. 12. 선고 94다3612 판결) 또는 '사전 통지와 진술권 부여를 의무조항으로 규정하고 있다면 이는 징계의 객관성과 공정성을 확보하기 위한 것으로서 징계의 유효요건'(대법원 1996. 9. 6. 선고 95다16400 판결) 등으로 판시하는 것으로 보아 ① 또는 ② 설의 입장에 있는 것으로 평가됨

## 【 대법원 1994. 4. 12. 선고 94다3612 판결 】

“단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계위원회의 구성에 노동조합의 대표자를 참여시키도록 되어 있음에도 불구하고 이러한 징계절차를 위배하여 징계해고를 하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는 여부에 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 처사로서 무효라고 보아야 할 것이다(대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결 참조).”

## 【 대법원 1996. 9. 6. 선고 95다16400 판결 】

“단체협약 등에서 조합원의 징계시에 사전 통지와 진술권 부여를 의무조항으로 규정하고 있다면 이는 징계의 객관성과 공정성을 확보하기 위한 것으로서 징계의 유효요건이라고 할 것이고, 징계대상자가 구속중이라고 하여도 서면 또는 대리인을 통하여 징계절차에서 변명을 하고 소명자료를 제출할 이익이 있는 것이므로 사전 통지를 하지 아니함으로써 이러한 기회가 박탈되었다면 그 징계는 효력이 없다고 볼 수밖에 없다 할 것이다.”

이때, 징계절차를 거쳤는지 여부는 외관보다는 실질을 보고 판단하여야 함. 판례는 사용자가 정식사원인 근로자를 임시사원(시용근로자)으로 전제하여 비위행위를 이유로 징계위원회에서 정식사원 임용거부를 의결하는 절차를 취한 경우, 정식사원 임용거부 처분은 징계해고에 해당하므로 징계해고절차를 거쳐야 함에도 정식사원 임용거부처분에 이르기까지 밟은 절차는 정식사원 채용거부절차에 불과할 뿐 징계사유 인정과 징계양정에 초점을 맞춘 징계절차라고 볼 수 없어 그에 따른 해고는 무효라고 판시하였음

## 【 대법원 1999. 10. 26. 선고 99두2604 판결 】

“한편 참가인 회사의 단체협약 제16조에 의하면, 조합원이 비위행위를 저지른 경우에는 취업규칙에 의거하여 징계처분을 받게 되고(제1항), 징계위원회는 단위 노사위원회에서 구성하도록 되어 있으며(제2항), 또한 참가인 회사의 징계운영규정(을 제9호증의 32)에 의하면, 사원에 대한 징계는 취업규칙 및 단체협약 등의 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 위 징계운영규정에 의하고(제2조), 징계위원회의 구성은 3인 이상 6인 이내로 하며(제3조), 징계위원회의 의결이 분립되어 출석위원 과반수에 이르지 못할 때에는 출석위원 과반수에 이르기까지 징계협의자에게 가장 불리한 의견에 차례로 유리한 의견을 더하여 그 중 가장 유리한 의견을 합의된 의견으로 보도록 되어 있으므로(제9조), 참가인 회사의 근로자에게는 비록 비위가 있어 징계를 당할 경우라 하여도 징계위원회에서의 의결이라는 절차상의 권리가 보장되어 있다 할 것이다.

그런데 이 사건에서는 비록 참가인이 징계위원회의 의결을 거쳐 원고에 대하여 이 사건 처분을 하였지만, 당시 징계위원회는 본디 원고가 취업규칙 제2조 제3호 소정의 임시고용사원임(강학상으로는 시용기간 중인 근로자에 해당)을 전제로 사용자가 이러한 원고에 대하여 근로계약의

해약권을 행사하는 것(정식사원으로서의 채용을 거부하는 것)이 과연 시용(試用)제도의 목적에 비추어 볼 때 객관적으로 합리적인가 하는 점에 초점을 맞추었던 것이지, 정식사원인 원고가 참가인이 징계사유로 삼은 바와 같은 비위행위를 저지른 사실이 있는가(징계사유의 인정), 그리고 그 같은 비위행위가 인정된다면 원고를 어떠한 종류의 징계에 처하는 것이 상당한가(징계의 양정) 하는 점에 초점을 맞추었던 것은 아니라 할 것이다.

그렇다면 비록 이 사건 처분이 원고에게는 징계해고처분으로서의 성격을 지녔다 하더라도, 참가인이 이 사건 처분을 하기 위하여 밝은 일련의 절차는 정식사원으로서의 채용거부 절차라고 볼 수 있을 뿐 징계절차라고는 볼 수 없으므로, 원고로서는 단체협약 및 취업규칙에서 보장된 징계에 관한 절차상의 권리를 침해받았다 할 것이고, 그 결과 참가인의 원고에 대한 징계해고로서의 이 사건 처분은 징계사유가 인정되는지 여부에 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 처사로서 무효라 할 것이다.”

#### 나. 징계절차 규정 상호 간에 다른 내용이 있는 경우

① 단체협약과 취업규칙에 서로 다른 내용이 규정된 경우 단체협약에 정한 징계 절차에 위반하는 취업규칙 해당규정은 무효이며, 판례는 **취업규칙이나 근로계약이 단체협약보다 근로자에게 유리한 경우에도 단체협약의 규범적 효력이 우선한다**<sup>4)</sup>는 입장에 있는 것으로 해석됨

#### 【서울고등법원 2006. 6. 15. 선고 2005누10004 판결<sup>5)</sup>】

“(나) 단체협약과 취업규칙의 효력

그런데 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효라 할 것인데(노동조합및노동관계조정법 제33조 제1항), 위 인정사실에 의하면, 참가인 회사의 취업규칙 제71조는 직원에 대한 징계를 함에 있어 인사위원회는 임용권자가 지정한 5인 이내의 인원으로 구성하여 운영한다고 규정하고 있어 노동조합이 관여할 수 없도록 규정되어 있는 반면, 이 사건 단체협약 제50조에는 징계위원회에 의하지 아니하고는 조합원을 징계할 수 없고, 징계위원은 노사 각 2명으로 한다고 규정하면서 노동조합이 참여할 수 있도록 규정되어 있으므로, 이러한 단체협약의 취지와 목적 등에 비추어 볼 때 취업규칙 중 임용권자가 인사위원회를 지정하고 가부동수일 경우에는 위원장이 결정한다는 징계절차에 관한

제11장  
징계절차

4) 취업규칙이나 근로계약이 단체협약보다 근로자에게 유리한 경우에도 노동조합법 제33조제1항이 적용되어 단체협약의 규범적 효력이 미칠 것인지 여부에 관하여 ① 유리원칙 적용설(또는 최저기준설, 단체협약은 근로조건을 최저기준을 정한 것이므로 이보다 유리한 내용의 취업규칙이나 근로계약이 있다면 유리원칙이 적용되어 그에 따른다)과 ② 유리원칙 적용 부정설(또는 양면기준설, 단체협약은 최저기준이자 최고기준의 양면을 규율하는 것이므로 취업규칙이나 근로계약이 단체협약보다 유리하더라도 이 경우 유리원칙이 적용되지 않고 단체협약이 우선 적용된다)이 대립되는바, 판례(대법원 1993. 3. 23. 선고 92다51341 판결, 대법원 1997. 6. 10. 선고 95다34316 판결, 대법원 1997. 8. 22. 선고 96다6967 판결, 대법원 2005. 3. 11. 선고 2003다27429 판결 등)는 ②설의 입장에 있는 것으로 해석됨

부분은 이 사건 단체협약에 위반되어 그 효력이 없다 할 것이다(이에 대하여 참가인은, 소외 회사의 노동조합이 1994. 6. 10.과 1998. 7. 16.에 단체협약을 갱신 체결하면서도 1994. 3. 1.부터 장기간 지속되어 온 취업규칙상의 징계절차에 대하여 별다른 이의나 수정 요구가 없었고, 이후 참가인 회사는 위 취업규칙상의 징계절차 규정을 지속적으로 적용하여 이것이 참가인 회사의 관행으로 굳어져 온 점에 비추어 볼 때 참가인 회사와 노동조합은 적어도 취업규칙상의 징계 절차에 대하여 묵시적 합의가 있었던 것으로 볼 수 있으므로, 위 취업규칙 중 징계의결시 가부 동수일 경우 위원장이 결정한다는 징계절차규정은 적법하다고 주장하나, 이 사건 단체협약상의 징계절차 규정에 우선하여 위 취업규칙상의 징계절차 규정을 적용하는 것이 참가인 회사의 관행으로 굳어졌거나 위 취업규칙상의 징계절차에 대하여 참가인 회사와 노동조합 사이에 묵시적 합의가 있었다는 점을 인정할 아무런 증거가 없다.)”

### 【 대법원 2002. 12. 27. 선고 2002두9063 판결 】

#### “1. 단체협약의 불이익 변경에 대하여

원심이 인정한 사실관계에 의하면, 피고 보조참가인(이하 ‘참가인 회사’라고 한다)의 취업규칙 제98조 라항 제14호와 1998. 1. 21. 개정되기 전의 단체협약 제21조 제1항 제4호는 무단결근으로 인한 면직기준을 월 7일 이상인 경우로 규정하고 있었는데, 참가인 회사의 노사는 1997. 10. 30. 무단결근이 경영상 큰 장애가 됨을 인식하고 그 방지를 위하여 상습적인 무단결근자를 엄중히 징계하기로 합의한 다음, 이에 따라 단체협약 중 무단결근자의 면직기준일수를 월 7일에서 월 5일로 단축하기로 합의하여 위 단체협약의 규정을 1998. 1. 21. 그와 같은 내용으로 개정, 시행 하였으나, 위 취업규칙의 규정은 변경하지 아니한 채 종전 그대로 둔 사실을 알 수 있는바, 협약자치의 원칙상 노동조합은 사용자와 사이에 근로조건을 유리하게 변경하는 내용의 단체협약 뿐만 아니라 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약도 체결할 수 있으므로, 근로조건을 불리하게 변경하는 내용의 단체협약이 현저히 합리성을 결하여 노동조합의 목적을 벗어난 것으로 볼 수 있는 것과 같은 특별한 사정이 없는 한 그러한 노사간의 합의를 무효라고 볼 수는 없고 (대법원 1999. 11. 23. 선고 99다7572 판결, 2000. 9. 29. 선고 99다67536 판결 등 참조), 한편 위와 같은 단체협약의 개정 경위와 그 취지에 비추어 볼 때, 단체협약의 개정에도 불구하고 종전의 단체협약과 동일한 내용의 취업규칙이 그대로 적용된다면 단체협약의 개정은 그 목적을 달성할 수 없으므로 개정된 단체협약에는 당연히 취업규칙상의 유리한 조건의 적용을 배제하고 개정된 단체협약이 우선적으로 적용된다는 내용의 합의가 포함된 것이라고 봄이 당사자의 의사에 합치한다고 할 것이고, 따라서 개정된 후의 단체협약에 의하여 취업규칙상의 면직기준에 관한 규정의 적용은 배제된다고 보아야 할 것이다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다30516, 30523, 30530, 30547 (병합) 판결 등 참조).”

5) 1심 판결(서울행정법원 2005. 4. 28. 선고 2004구합31002 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2006.11.23. 자 2006두11644 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

② 사용자와 노동조합이 취업규칙보다 근로자에게 유리한 방식으로 징계절차를 운영하기로 합의하고, 상당한 기간 그 합의에 따라 운영되어 왔고 근로자들도 이에 대하여 문제를 제기하지 않은 경우, 노사합의에 따른 징계절차 운영은 취업규칙의 징계절차를 따르지 않았더라도 유효함

【 대법원 1995. 2. 14. 선고 94다21818 판결 】

“사용자와 노동조합 사이에 근로자에 대한 징계절차를 취업규칙에 정해진 징계절차 보다 근로자에게 유리한 방식으로 운영하기로 합의가 이루어져 상당한 기간 그 합의에 따라 징계절차가 운영되어 왔고, 이에 대하여 근로자들도 아무런 이의를 제기하지 아니하였다면, 그와 같은 징계절차의 운영은 취업규칙의 징계절차에 따르지 않았더라도 그 효력을 부인할 수는 없다 할 것이다.”

③ 근로계약 내용이 취업규칙보다 불리하다면 근로기준법 제97조에 따라 취업규칙이 우선 적용됨<sup>6)</sup>

④ 취업규칙의 일부로 인정되는 규정(예컨대 인사규정)의 징계절차가 취업규칙에 규정된 징계절차와 다른 경우에는 후에 성립된 규정 또는 특별 규정을 우선 적용하여야 함<sup>7)</sup><sup>8)</sup>

## 2.2 징계절차 규정이 없는 경우

징계절차 규정이 없는 경우에는 피징계자에 대한 사전통고, 변명 기회의 부여 등의 절차를 거치지 않고 징계를 하였더라도 그 징계를 무효라 할 수 없음<sup>9)</sup>

【 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다4775 판결 】

“또 피고 회사의 단체협약이나 취업규칙 등에 징계절차에서 피징계자에게 사전에 통고하거나 변명의 기회를 부여할 것을 명한 규정이 없는 이상, 피고가 원고에 대한 징계절차에서 그와 같은

제11장  
징계절차

6) 취업규칙은 근로기준에 대한 최저기준이라는 점에서 양면적 기준으로 해석되는 단체협약과 구별됨, 즉 단체협약과 다른 규범 경합 시 유·불리를 떠나 단체협약이 적용되는 것과 달리, 취업규칙과 근로계약의 경합 시에는 각자 유리한 규정이 적용됨

7) 김희수, 「근로기준법주해Ⅱ」, 노동법실무연구회, 박영사, 2010, 119쪽

8) 상이한 법원들이 경합하는 경우(예컨대, 단체협약과 취업규칙, 취업규칙과 근로계약)에는 계위의 원칙, 유리우선의 원칙으로 해결하고, 같은 계위의 법원들이 경합하는 경우에는 유리우선의 원칙이 적용되지 않고, 법의 일반원칙인 신법 우선의 원칙, 특별법 우선의 원칙으로 해결한다는 견해가 있음(김형배, 「노동법」 2014, 105쪽)

9) 이러한 판례 법리는 징계해고에 따라 근로자가 받는 불이익의 정도와 진술의 기회를 부여함으로써 인해 사용자가 받는 불편의 정도를 이익형량해 볼 때, 근로자에게 일방적으로 불이익하다는 이유로 비판받고 있지만(강용현, ‘징계절차의 적법성’, 「경사 이회창선생 화갑기념논문집, 법과 정의」, 박영사, 1995), 확립된 판례 법리임(대법원 1992. 4. 14. 선고 91다4775 판결, 대법원 1998. 11. 27. 선고 97누14232 판결 등)

절차를 거치지 않았다고 하더라도 징계처분을 무효라고 할 수 없다(대법원 1979. 12. 26. 선고 79누306 판결, 1991.4.9. 선고 90다카27042 판결 각 참조). 원심판결에 심리미진 및 해고제한에 관한 법리오해의 위법이 있다는 논지는 모두 이유 없다.”

예컨대, 같은 회사에 근무하는 정규직원에 대한 사규와는 달리 일용직원에 대한 사규에는 징계절차 규정이 없는 경우 정규직과 달리 일용직에게 변명의 기회를 부여하지 않았더라도 위법하지 않음

【 대법원 1996. 2. 27. 선고 95누15698 판결 】

“원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고들은 일용직 근로자이고, 피고 보조참가인(이하 참가인이라 한다)은 일용직 근로자에 대하여 정규 직원과는 별도의 사규(을 제4호증)를 작성하여 적용하고 있으며, 위 일용직 근로자에 대한 사규에는 정규 직원에 대한 사규(갑 제6호증)와는 달리 징계 절차에 대하여 아무런 규정도 두고 있지 아니한 사실을 인정한 다음, 참가인이 원고들을 징계 해고함에 있어서 일용직 근로자에 대한 사규를 적용하여 정규 직원과는 달리 원고들에게 변명의 기회를 부여하는 등의 절차를 밟지 않았다고 하더라도 그 징계해고가 위법하지 아니하다고 판단 하였는바, 위에서 본 법리와 원심이 실시한 증거관계를 기록에 비추어 살펴보면 원심의 이러한 사실인정과 판단은 모두 정당하고, 거기에 심리미진 또는 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 위법이 있거나 징계절차 또는 일용직 근로자에 대한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.”

또한 인사명령이 근로자에 대한 **제재적인 의미가 내포되어 있다고 하더라도** 그 자체가 단체협약이나 취업규칙 등에 정한 **징계절차를 요하는 징계로서 규정되지 아니한 이상** 그러한 징계절차를 거치지 않았다고 하더라도 **효력에 영향이 없음**<sup>10)</sup>

다만, 해고절차와 관련한 별도의 규정이 없더라도 해고사유와 해고시기의 서면 통지만큼은 강행규정(근로기준법 제27조)이므로 반드시 준수해야 함

### 2.3 징계절차 규정이 임의규정인 경우

단체협약이나 취업규칙에서 ‘심의를 필요하다고 인정되는 관계자의 의견을 청취할 수 있다’는 규정만 있을 뿐 징계대상자에게 필요적으로 변명의 기회를 부여할 것을 규정하지는 않은 경우, 변명의 기회를 부여하지 않은 징계처분은 위법하지 않다는 판례<sup>11)</sup>가 있음

10) 대법원 1998. 12. 22. 선고97누5435 판결

11) 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다42774 판결



반면에 ‘당사자에게 구두 또는 서면으로 소명할 기회를 부여할 수 있다’는 규정만 있는 경우 소명 기회 부여 여부는 재량사항이지만 소명의 기회를 부여하지 못할 정도로 장소적·시간적으로 급박한 사정이 없었다면 소명의 기회를 부여하지 않은 채 해고를 한 것은 징계권 남용이라는 판결<sup>12)</sup>도 있음

## 2.4 징계절차를 규정한 단체협약의 유효기간이 경과된 경우

징계절차를 규정한 단체협약의 유효기간이 경과하여 실효되었다고 하더라도 징계절차 규정은 근로조건에 관한 부분으로 그 단체협약의 적용을 받고 있던 근로자의 근로계약의 내용이 되어 여전히 회사와 근로자에게 적용되므로, 새로운 단체협약 또는 취업규칙이 체결·작성되거나 개별적 동의를 얻기 전까지는 기존 단체협약의 징계절차가 적용됨<sup>13)</sup>

그런데, 단체협약 실효 후 기존 단체협약과 다른 내용으로 징계절차에 관한 단체협약 또는 취업규칙이 개정되어 징계사유 발생 시(취업규칙 등의 위반행위 시)와 징계처분 시의 취업규칙 또는 단체협약 등이 서로 다른 경우, 어떠한 징계절차를 따라야 할지가 문제되며, 특히 징계사유 발생 시의 단체협약이 실효된 후 징계처분 하는 시점에는 그보다 불리한 내용으로 단체협약 또는 취업규칙이 개정된 경우가 문제됨

판례는 징계사유 발생 시와 징계처분 시 존재하는 규정이 다를 경우 징계권(징계사유)의 유무에 관한 결정은 징계사유 발생 시의 舊 단체협약 또는 舊 취업규칙에 따라야 할 것이나 절차는 징계처분 시의 新 단체협약 또는 新 취업규칙에 따라야 한다는 입장임<sup>14)</sup><sup>15)</sup>

### 【대법원 1993. 7. 13. 선고 92다42774 판결<sup>16)</sup>】

“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

제11장  
징계절차

12) 서울고등법원 2005. 10. 12. 선고 2005누10769, 10776 판결[1심 판결(서울행정법원 2005. 5. 3. 선고 2004구합 18689, 18702 판결)]을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2006. 2. 24.자 2005두14806 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨]

13) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51758 판결 참조

14) 대법원 1994. 12. 13. 선고 94다27960 판결, 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결 참조

15) 하급심 판결(서울행정법원 2012. 8. 17. 선고 2011구합36906 판결) 중에는 비록 징계절차에 관한 규정이라도 징계권 유무에 직접적 영향을 미치는 경우에는 舊 단체협약을 따라야 하므로 新 취업규칙의 징계위원회 규정을 적용하는 것은 절차 위반에 해당한다고 본 예가 있음. 그러나 항소심 판결(서울고등법원 2014. 4. 2. 선고 2012누 28300판결)에서는 이에 대하여 판단하지 않았고, 대법원(대법원 2014. 8. 20.자 2014두6777 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

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 위원의 불참으로 대학 측 위원 5인만이 참석한 상태에서 진행되었기는 하나, 2007. 1. 1.부터 효력이 발생한 신 단체협약에 의하면 징계재심위원회는 총장이 임명하는 대학 측 5인과 노동조합 측 4인의 위원으로 구성하며 재직위원 과반수의 출석에 출석위원 과반수의 찬성으로 결의하게 되어 있었기에 노동조합 측 재심위원이 불참하였다고 하여 위 징계재심위원회의 개최나 진행에 어떠한 하자가 있다고 할 수 없으므로, 원심이 지적한 사정만으로는 위 징계재심위원회의 개최와 재심결의에 의하여 원래의 징계절차상의 하자가 치유되지 않는다고 볼 수는 없다 할 것이다. 그러므로 이에 관한 원심의 앞서 본 판단에는 징계절차상의 하자의 치유에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.”

## 2.5 통상해고, 당연퇴직처분에 대한 징계절차 적용 여부

당연퇴직, 직권면직 등 통상해고는 징계해고와는 그 성질이 다르므로 별도의 절차규정이 없는 이상, **징계절차에 관한 규정이 바로 적용되지 않음**<sup>17)</sup>

그러나, 하나의 비위행위가 단체협약의 징계해고사유 및 통상해고사유 양쪽에 모두 해당하는 경우 사용자가 통상해고의 방법을 취할 수도 있는데 이 경우 절차적 보장의 취지가 회피되는 것을 방지하기 위하여 징계절차가 요구됨. 즉 **징계해고사유로 통상해고를 하는 경우에는 징계절차를 생략할 수는 없으며**<sup>18)</sup>, 당연퇴직사유가 동일하게 징계사유로 규정되어 있는 경우에도 역시 징계절차를 생략할 수 없음<sup>19)</sup>

또한, 당연퇴직사유에 해당한다고 하더라도 사용자가 징계대상자를 그 비위사실을 이유로 징계위원회에 회부한 경우에는 징계절차규정을 준수해야 함<sup>20)</sup>

16) 동 사안은 노조 측 위원 불참으로 사용자 측 위원 5인만이 참석한 징계위원회는 舊 단체협약에 의하면 의사정족수 미달이라는 중대한 하자가 있으나, 新 단체협약에 의하면 사용자가 임명하는 5인과 노조 측 4인으로 구성하고 재직위원 과반수 출석에 출석위원 과반수 찬성으로 결의하게 되어 있어 노조 측 위원이 불참하였더라도 징계위원회 개최나 진행에 하자가 없다고 본 판례임. 최근 판례에서도 이러한 법리가 재확인되었음 “단체협약에는 징계해고 시 출석 위원 전원의 동의를 요하는 것으로 규정되어 있었으나, 이 사건 취업규칙에는 재직 위원 과반수의 출석과 출석 위원 과반수의 동의로 징계해고가 가능한 것으로 규정되어 있는 사실, 이 사건 취업규칙은 근로자 과반수 동의를 얻어 변경된 사실은 위에서 인정한 바와 같고, 징계해고 시 의결정족수는 해고의 절차에 관한 것이므로 전항에서 살펴본 법리에 따르면 이 사건 징계해고의 절차적 적법 여부는 이 사건 취업규칙에 따라 결정된다. …(중략)… 이 사건 징계해고는 출석위원 전원 또는 과반수 찬성으로 행해졌으므로 이 사건 취업규칙을 준수한 것이어서 적법하다”(서울고등법원 2012. 5. 2. 선고 2011누37123 판결)[1심 판결(서울행정법원 2011. 9. 22. 선고 2010구합41222 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 9. 13.자 2012두12266 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

17) 대법원 1992. 5. 8. 선고 91누10480 판결 등

18) 대법원 1994. 10. 25. 선고 94다25889 판결

19) 대법원 1995. 3. 24. 선고 94다42082 판결

## 2.6 징계관련 내부적인 보고절차에 관한 규정 위반

사용자의 징계와 관련한 내부적인 보고절차 규정은 징계절차규정으로 볼 수 없고, 이와 같은 절차를 위반하였다고 하여 근로자의 소명의 기회 등에 영향을 미치는 것도 아니므로, 위 내부보고절차를 거치지 않았다는 사정만으로는 징계처분에 절차상 위법이 있다고 할 수 없음

예컨대 취업규칙에 ‘직원이 취업규칙을 위반한 경우 해당 부서장은 관련 증빙자료 및 구체적인 사실을 서면으로 작성하여 발생일부터 7일 이내에 관리본부장에게 통보하여야 한다’고 규정한 경우, 이러한 절차를 위반하여 징계한 것에 절차상 위법이 있어 징계가 무효라고 할 수 없음<sup>21)</sup>

## 3. 소명(변명)기회 부여

### 3.1 소명(변명)기회 부여와 관련한 문제

취업규칙 등에 소명기회 부여와 관련한 규정이 있는 경우에는 반드시 징계혐의자에게 소명기회를 부여해야 하므로 이를 위반한 징계처분은 무효이나<sup>22)</sup>, 규정이 없는 경우에는 소명기회 부여 없이 행한 징계처분도 적법함<sup>23)</sup>

그러나, 사용자가 이미 정해진 징계사유에 대하여 노동위원회 판정에 따라 징계양정만을 다시 정하기 위하여 징계위원회를 개최하는 경우에는 징계양정의 위법만 치유하면 될 것이므로 피징계자에게 별도의 소명기회를 부여하지 않았다 하더라도 적법함

#### 【서울고등법원 2007. 6. 26. 선고 2006누26075 판결<sup>24)</sup>】

“이 사건 징계는 원고에 대한 참가인 조합의 최초 징계처분사유 중 노동위원회의 판정에 따라 징계사유로 인정된 2003. 8. 4.자 근무지 이탈의 점에 대한 징계양정을 다시 정한 것에 불과하고, 새로이 징계사유를 추가하는 등 새로운 징계절차라고 보기 어려워 이 과정에서 원고에게 별도의 소명기회를 부여하지 아니하였다 하더라도 그러한 사정만으로 참가인 조합의 징계 절차에 징계처분의 취소사유에 해당할 만한 절차상의 하자가 있다고 할 수 없고, 또한 징계대상자인 원고의

20) 대법원 1994. 12. 27. 선고 93다52525 판결

21) 서울고등법원 2009. 12. 23. 선고 2009누6751 판결[동 사건은 대법원(대법원 2010. 4. 29.자 2010두2050 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

22) 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다6095 판결 참조

23) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다4775 판결, 대법원 1998. 11. 27. 선고 97누14132 판결 참조

방어권 행사에 어떠한 지장이 있었다고는 보이지 아니하므로, 이 사건 징계절차에 하자가 있었다는 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.”

### 3.2 출석하여 소명이 반드시 이루어져야 하는지 여부

단체협약에서 당사자에게 징계사유와 관련한 소명기회를 주도록 규정하고 있는 경우에는 그 대상자에게 그 기회를 제공하면 되는 것이고 소명 그 자체가 반드시 이루어져야 하는 것은 아님<sup>25)</sup>

#### 【대법원 1993. 9. 28. 선고 91다30620 판결<sup>26)</sup>】

“원심판결 이유에 의하면, 원심은 단체협약 제32조에 회사가 조합원을 징계하고자 할 때는 인사위원회(징계위원회)의 심의를 거쳐 결정하되…(중략)… 해당 조합원의 요청시 필히 소명의 기회를 주어야 하며, …(중략)… 피고 회사가 조합원을 징계하고자 함에 있어 그 대상자에게 소명의 기회를 주어야 하고 조합대표를 참석시켜 의견을 개진하게 한다는 위 단체협약의 취지는 그 소명대상자에게 소명의 기회를 부여하면 되는 것이고 소명자체가 반드시 있어야 하는 것은 아니므로 그 기회를 주었는데도 소명하지 아니하거나 소명자체를 요구하지 아니하는 경우에는 통보만으로써 각 징계절차는 속행할 수 있는 것이고, 조합대표 3인을 참석시켜 의견을 개진하게 함으로써 부당한 징계처분을 사전에 예방하고 조합이 회사의 일방적인 인사권 행사를 견제케 하여 조합원의 지위를 보장하자는 것이므로 조합대표에게 참석의 기회를 주었는데도 참석하지 아니하는 경우 그들의 참석과 의견개진 없이 징계위원회를 개최할 수 있다 할 것인 바, 1989.1.18.에 있는 이 사건 징계위원회는 원고들이나 조합대표에게 출석 또는 참석하여 소명하거나 의견을 개진할 기회를 부여하였음에도 원고들이나 조합대표 스스로 출석 또는 참석을 거부함으로써 이들의 출석 및 참석 없이 이루어진 것이어서 위법하다고 할 수 없다고 판단하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심의 위와 같은 인정판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 또 피고 회사가 원고들과 노동조합의 징계연기요청을 받아들이지 아니한 것이 소론이 지적하는 바와 같이 부당하다거나 당시 상황이 원고들이 실질적인 소명을 할 수 없고 조합대표의 참석이 사실상 배제되는 상황이었다고 보여지지도 아니하므로 원심판결에 소론과 같이 위 단체협약조항의 해석을 잘못하거나 이에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.”

따라서 징계혐의 사실을 고지하여 진술할 기회를 주면 족한 것이지 혐의사실 개개의 사항에 대하여 구체적으로 적시하여 빠짐없이 진술하도록 조치하여야 하는 것은 아님<sup>27)</sup>

24) 1심 판결(서울행정법원 2006. 10. 13. 선고 2006구합4653 판결)을 인용함

25) 서울고등법원 2013. 1. 17. 선고 2012누19375 판결[동 사건은 대법원(대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3351 판결)에서 확정됨]

26) 유사 판례로 대법원 1995. 5. 23. 선고 94다24763 판결 등이 있음

27) 대법원 1995. 7. 14. 선고 94누1141 판결

또한 소명기회를 부여하였는데도 근로자가 소명하지 않고 연기요청을 하는 경우에는 연기요청에 불구하고 피징계자 참석과 의견개진 없이 징계위원회를 예정대로 개최할 수 있음<sup>28)</sup>

### 3.3 소명권 포기·남용 여부

피징계자에게 출석하여 소명하거나 의견을 개진할 기회를 부여하였음에도 스스로 출석을 거부한 경우에는 소명권의 포기에 해당하므로 피징계자가 출석하지 않은 상태에서 징계절차를 속행할 수 있음<sup>29)</sup>

그러나 피징계자의 변명 또는 소명자료의 제출 등 방어권의 행사, 나아가 그러한 방어권의 포기는 피징계자가 징계사유를 알고 있음을 전제로 하는 것이므로 징계사유를 통지받지 못한 상태에서 불출석했다면 이를 들어 방어권 포기라고 할 수 없음<sup>30)</sup>

또한, 재심절차에 이르기까지 끝내 징계사유를 통지받지 못하였다면, 공정한 징계를 기대하기 어렵다는 우려와 출석하지 않겠다는 의사만을 담은 답변서를 제출하고 재심 징계위원회에 불출석한 것만을 가지고 방어권 포기로 단정할 수 없음<sup>31)</sup>

## 4. 사전통지 관련 문제

### 4.1 사전통지를 반드시 해야 하는지 여부

사전통지와 진술권 부여를 **의무조항으로 하고 있다면** 이는 징계의 공정성과 객관성을 위한 것으로서 **징계의 유효요건**에 해당함<sup>32)</sup>

즉, 사전통지가 의무조항으로 규정되어 있다면, 징계사유 내용이 객관적으로 명확하다거나, 징계대상자가 다른 절차에서 징계사유 정당성에 대한 주장을 했다거나, 구속 중(이 경우 서면 또는 대리인을 통하여 소명할 수 있도록 통지해 주어야 함)이라거나<sup>33)</sup>, 다른 불법행위를 저지를 위험이 있다거나<sup>34)</sup>, 수사당국으로부터 내사를 받고 있다 하여<sup>35)</sup> 사전통지 절차를 거치지 않아도 되는 것은 아님

28) 대법원 1993. 5. 25. 선고 92누8699 판결, 1993. 9. 28. 선고 91다30620 판결 등

29) 대법원 1993. 9. 28. 선고 91다30620 판결

30) 대법원 1994. 1. 28. 선고 92다45230 판결 등

31) 대법원 1994. 1. 28. 선고 92다45230 판결

32) 대법원 1996. 9. 6. 선고 95다16400 판결

33) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92다14786 판결

34) 대법원 1992. 9. 22. 선고 91다36123 판결

또한 징계위원회에서 징계사유를 추가하였음에도 추가된 징계사유에 대하여 제대로 고지하지 않은 경우 해당 징계사유에 대한 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하지 않은 것이므로 해당 징계는 무효가 될 수 있음<sup>35)</sup>

그러나 행방불명 등으로 통보 자체가 불가능한 것과 같은 부득이한 사유가 있는 경우에는 사전통지나 소명이 없더라도 무방함<sup>37)</sup>

## 4.2 사전통지의 상대방

사전통지의 상대방은 특별한 사정이 없는 한 **징계대상자 본인**이어야 하므로 징계대상자의 가족, 회사 동료에 대한 사전통지는 원칙적으로 부적법함

판례는 단체협약이 ‘심의대상조합원 또는 동료조합원에게 사실소명의 기회를 준다’라고 규정하고 있는 경우, 위 규정은 문리대로라면 어느 일방에만 소명기회(사전통지)를 주면 될 것 같이 오해될 소지가 있으나 ‘필요한 경우 자신과 함께 하거나’ 또는 ‘자신 대신에 다른 조합원으로 하여금 자신에 대한 소명을 하게 할 수 있다’는 의미로 해석해야 하므로 회사측으로서는 반드시 피징계자에게 소명 기회를 주어야 하고 이를 위해 피징계자에게 사전에 징계위원회 개최통지를 하여야 한다는 입장임

### 【대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50263 판결】

“나. 기록에 의하면 단체협약 제48조 제1항은 “징계위원회의 위원은 노사 각 3명으로 구성하며, 심의대상조합원 또는 동료조합원에게 사실소명의 기회를 준다”고 되어 있어 문리대로라면 피고 회사는 심의 대상조합원이나 동료조합원 중 어느 일방에만 사실소명의 기회를 주면 될 것 같아도 오해될 소지가 있기는 하나, 이렇게 해석한다면 피고 회사측에서 징계대상자에게는 소명기회를 주지 아니한 채 회사측에 호의적인 다른 조합원으로 하여금 형식적인 소명을 하도록 함으로써 위 절차보장규정을 유명무실화 시킬 수 있다는 비난을 면할 수 없을 뿐 아니라, 상벌규정 제16조 제2호는 “상벌위원회는 징계대상자 및 관계인을 출석시켜 사실소명의 기회를 준다”고 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 위 단체협약 제48조 제1항은 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 하고 이를 위하여는 징계대상자에게 사전에 징계위원회 개최통지를 하여야 한다고 할 것이고, 소론과 같이 피고 회사의 징계위원회의 성격이 의결기관이 아닌 심의기관이고, 징계는 징계위원회의 심의를 거쳐 임명권자가 하는 것이라고 하더라도 징계위원회의 심의결과는 임명권자의 징계 여부 결정에 중요한 자료로써 결정적 영향을 미친다고 할 것이므로, 피고 회사가

35) 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다6095 판결

36) 대법원 2012 .1. 27. 선고 2010다100919 판결 참조

37) 대법원 1990. 12. 7. 선고 90다6095 판결

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○○이 서면으로 제출한 소명자료도 참작하여 징계해고처분을 하였다고 하더라도 결론에 지장이 없다고 할 것이므로, 원고 조○○에 대한 징계해고처분이 무효라고 본 원심의 판단은 옳고, 거기에 소론과 같이 근로기준법에서 요구하는 절차적 정의에 관한 법리오해의 위법이 없다.”

다만, 본인이 거주하는 주소지로 통지서가 도달이 되었고, 동거 가족이 대신 수령한 경우에는 수령한 가족이 실제로 본인에게 전달하지 않았다 하더라도 적법하게 본인이 통지서를 수령했다고 볼 수 있을 것임<sup>38)</sup>

#### 4.3 사전통지의 방법

징계절차에 관한 규정에 통지방법을 명시하고 있다면 반드시 그 방법을 따라야 하나, 판례 중에는 비록 서면으로 하도록 규정되어 있더라도 구두, 전화 또는 전언 등의 방법 또는 사내게시판 등으로 전달되었다면 적법하다고 본 예도 있음<sup>39)</sup>

#### 【대법원 1992. 7. 14. 선고 91누9961 판결】

“교육공무원징계령 제8조 제1항에 “징계위원회가 징계혐의자의 출석을 명할 때에는 문교부령이 정하는 출석통지서에 의하여야 한다.”라고 규정되어 있는바 위 규정은 징계혐의자에 대한 출석통지는 징계혐의자로 하여금 징계위원회가 언제 개최되는가를 알게 함과 동시에 자기에게 이익되는 사실을 진술하거나 증거자료를 제출할 기회를 부여하기 위한 조치에서 나온 강행규정이라 할 것이므로 위 출석통지 없이 한 징계심의절차가 위법하다 함은 소론과 같으나, 위와 같은 위

제11장  
징계절차

38) 그러나 본인이 거주하는 주소지로 발송한 통지서가 수취인 장기부재로 반송되었고, 본가로 보낸 통지서는 동거하지 않는 가족이 수령한 것이어서(본인에게 통지서가 전달되었다는 사정이 없는 한) 적법한 송달로 인정되지 않는다고 본 판례가 있음(대법원 1993. 5. 25. 선고 92누8699 판결 참조). 결국 이러한 통지에 대한 수령여부는 통지가 도달한 때 효력이 생기는 것이고, 여기서 도달이라 함은 사회통념상 상대방이 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 경우를 가리키는 것으로서, 상대방이 통지를 현실적으로 수령하거나 통지의 내용을 알 것까지는 필요로 하지 않는다고 할 것임(대법원 1983. 8. 23. 선고 82다카439 판결 등 참조). 또한 상대방이 정당한 사유 없이 통지의 수령을 거절하는 경우에는 상대방이 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 때에 의사표시의 효력이 생기는 것으로 보아야 할 것임(대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다 19973 판결 참조)

39) 사전통지 방식에 관한 위 판례의 태도는 해고의 서면통지에 관하여 엄격한 해석을 요하는 대법원 판례(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결)와는 다소 다른 태도라고 볼 수 있는데, 해고 서면 통지 위반의 경우 설령 근로자가 해고시기와 사유를 알았다 하더라도 서면으로 통보한 바가 없으면 그 자체로 무효가 될 것이나 소명을 위한 사전통지를 서면이 아닌 방법으로 했더라도 구체적 사유와 내용을 통보받았음을 입증할 수 있다면 무효라고 단정할 수는 없을 것으로 보임

규정의 입법취지로 보아 위 규정에 정한 출석통지는 소정의 서면에 의하지 아니하더라도 구두, 전화 또는 전언 등의 방법에 의하여 징계혐의자에게 전달되었으면 출석통지로서 족하다고 할 것이고 (대법원 1985.10.8. 선고 84누251 판결; 1983.9.13. 선고 83누277 판결 각 참조), 구두로 통보할 경우에도 반드시 징계혐의자 본인에게 직접 통보되어야 한다고 할 필요는 없을 것이며 소론이 들고 있는 대법원판례가 이에 배치되는 것이라고 볼 수 없다. 제2차 징계위원회에 관한 출석통지에 흠이 있다는 논지는 받아들일 수 없다.”

#### 4.4 사전통지의 시기

단체협약, 취업규칙 등에 통보시기가 규정되어 있는 경우에는 그 시기를 준수해야 하고 징계위원회 개최 통보서가 사용자 귀책사유가 아닌 우체국 사정으로 송달이 지체된 경우에도 사용자가 징계절차 위반의 책임을 지게 됨<sup>40)</sup>

또한 소명기회 부여 규정은 있으나 징계위원회 개최 통보시기에 관한 규정이 없는 경우에는 “상당한 시간”을 두고 통보해야 함<sup>41)42)</sup>

판례 중에는 사용자가 인사위원회 개최 하루 전날 인사위원회 개최사실을 알리고 출석통보를 하였으나 근로자가 이의를 제기하지 않은 경우에도 상당한 기간 내에 이루어져 적법하다<sup>43)</sup>고 본 사례도 있으나, 징계위원회 개최 불과 30분 전에 통보한 경우<sup>44)</sup> 또는 원거리에서 근무하는 근로자에게 인사위원회에 출석하라는 통지서를 1시간 50분 전에 송달되게 한 경우<sup>45)</sup>에는 상당한 기간 내에 이루어지지 않아 위법하다고 보기도 하였음

한편, 제1차 징계위원회 소집통지를 규정된 기간 내에 적법하게 받았던 경우라면 제2차 징계위원회 개최사실을 2시간 전<sup>46)</sup> 또는 직전<sup>47)</sup>에 통보받았다 하더라도 절차상

40) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2003두15317 판결

41) 대법원 1992. 5. 12. 선고 91다27518 판결, 대법원 2006. 6. 15. 선고 2003두5600 판결

42) 판례는 근로자가 이의를 제기하였음에도 이를 묵살하거나 사실상 출석하여 변명을 할 수 없을 정도로 촉박하게 이루어진 통보(30분 전, 1시간 50분 전 등)를 제외하고는 대체로 그 통보의 시기의 하자에 대하여는 관대한 태도(1일 내지 3일 전)를 취하고 있음(황영목, ‘징계처분(해고)절차에 관한 판례의 검토’, 「재판과 판례」 제4집, 대구판례연구회)

43) 대법원 2006. 6. 15. 선고 2003두5600 판결

44) 대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결

45) 대법원 1991. 7. 23. 선고 91다13731 판결

46) ‘규정에 따라 3일 전 제1차 징계위원회를 통보받은 경우 이미 자신이 어떠한 사유로 징계위원회에 회부되어 있다는 사실을 알고 있는 상태이므로 제1차 징계위원회 불출석 이후 제2차 징계위원회 개최사실을 직전에 통보받았다 하더라도 절차상 하자가 없다(대법원 1994. 5. 13. 선고 93다32002 판결).’

47) 제2차 인사위원회가 개최되기 전날 저녁에 제1차 인사위원회 출석통보서를 수령하여 자신에 대한 징계 혐의사실이 무엇인지에 대하여 이미 알고 있었고, 제2차 인사위원회 출석통보서를 인사위원회 개최 2시간 전에 수령하였으나, 그 출석통보서를 수령한 장소(회사 정문 앞)가 인사위원회 개최장소와 매우 가까운 장소였으며, 자신이 배포하는 유인물 등을 토대로 인사위원회에 참석하여 자신의 의견을 진술할 수 있었던 경우(대법원 1997. 7. 11. 선고 95



하자가 없다고 본 사례도 있음

따라서 ‘**상당한 시간**’이란 징계혐의사실을 인지하여 회의에 참석·소명할 만한 시간적 여유라 할 것인데, 이는 일률적으로 정할 수 없으므로 근로장소와 회의장소 사이의 거리·징계의 내용·요구되는 자료의 질·근로자의 사전예측 가능성 등을 종합적으로 고려하여 **사회통념상 합리적인지 여부를 판단**해야 할 것임

#### 4.5 사전통지 시 혐의사실 고지의 구체성 정도

사전통보 시 징계혐의사실 고지와 관련한 **특별한 규정이 없는 경우** 반드시 구체적이고 상세하게 고지해야 할 의무는 없으므로 **축약적 표현도 가능함**

예컨대, 단지 “직장질서 문란”이라고만 고지하고, 미리 근로자의 징계혐의 사실을 구체적으로 밝히지 아니한 경우<sup>48)</sup> 또는 ‘근로자가 이 사건 쟁의행위 기간 중 행한 불복종, 무단결근/이탈, 회사자산 손상, 폭행/협박 등 비행, 불법점거, 업무방해, 안전규칙 위반 등’과 같이 축약하여 특정하였더라도 징계절차상 하자는 없음<sup>49)</sup>

그러나 ‘취업규칙 제00조, 제00조의 각 위반’으로 명시하였는데, 위 조항이 추상적, 포괄적인데다가 여러 사유들이 열거되어 있어 구체적 특징이 곤란하여 이에 대해 근로자가 이의를 제기했음에도 해고통보에 이르기까지 끝내 사유를 통보받지 못한 경우<sup>50)</sup> 또는 향후 징계절차가 진행될 예정이라는 것만을 전달하였을 뿐 구체적인 징계위원회 개최 일시 및 장소, 징계사유 등을 통지하지 않은 경우<sup>51)</sup> 등을 위법하다고 본 예도 있음

또한 ‘인터넷 및 집회 등을 통해 다수에 걸쳐 확인되지 않은 허위사실을 유포하였다’고 기재되어 있거나 ‘근로자가 더 잘 알고 있으리라 생각된다’거나 ‘직접 확인하라’는 등으로 비위행위를 특정하지 않고 특정 사실관계를 징계사유로 삼는 것은 징계사유의 사전통지 및 소명기회 부여 절차를 거치지 않아 위법하다고 할 것임<sup>52)</sup>

다55900 판결)

48) 대법원 2004. 1. 29. 선고 2001다6800 판결

49) 서울고등법원 2007. 11. 1. 선고 2007누13571 판결[동 사건은 대법원(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007두23880 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

50) 서울고등법원 2007. 12. 12. 선고 2007누8883 판결[동 사건은 대법원(대법원 2008. 4. 24.자 2007두26698 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

51) 서울고등법원 2012. 3. 9. 선고 2011누36342 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 9. 15. 선고 2011구합8437 판결)을 인용함]

52) 서울고등법원 2014. 12. 17. 선고 2013누26325 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 8. 13. 선고 2012구합41493 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 4. 23.자 2015두240 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

#### 4.6 사전통지 위반의 하자 치유

징계심의대상자가 ① 징계위원회에 출석하여, ② 통지절차에 대한 이의를 제기하지 아니하고, ③ 충분한 소명을 한 경우에는 사전통지와 관련한 절차상 하자는 치유됨

예컨대, 징계위원회 개최 5일 전에 당사자에게 통보하여야 한다고 규정하고 있으나, 5일의 여유를 두지 아니하고 징계에 회부된 사실이 통보되었을 경우에도, ① 피징계자 스스로 징계위원회에 출석하여, ② 출석통지 절차에 대한 이의를 제기하지 않고, ③ 충분한 소명을 한 경우에는 그와 같은 절차상 하자는 치유됨<sup>53)</sup>

그러나 징계대상자가 징계위원회에 출석하여 진술을 했더라도 스스로 징계에 순응하는 경우가 아닌 한(절차에 대한 이의를 제기했다든지, 충분한 소명을 하지 못한 경우) 징계해고는 무효라고 판시하여 절차상 하자의 치유를 제한한 판례도 있음

#### 【대법원 2004. 6. 25. 선고 2003두15317 판결<sup>54)</sup>】

“단체협약, 취업규칙 또는 징계규정에서 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명 자료를 제출할 수 있는 기회를 부여한 경우 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 부적법하다고 보아야 할 것이고, 설사 징계대상자가 그 징계위원회에 출석하여 진술을 하였다 하여도 스스로 징계에 순응하는 것이 아닌 한 그 징계위원회의 의결에 터잡은 징계해고는 징계절차에 위배한 부적법한 징계권의 행사라 할 것이다(대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결 참조).”

### 5. 징계위원회의 구성 및 운영

#### 5.1 징계위원회 구성 규정을 위반한 징계처분의 효력: 무효

취업규칙 등에 직원의 징계는 징계위원회 등의 심의 또는 의결 등을 거치도록 되어 있으나 이러한 취업규칙에 따른 별도의 징계위원회 등을 구성하지 않고 회사의 이사회 및 운영위원회를 개최하여 근로자를 징계하였다면 징계절차상 중대한 하자가 있음<sup>55)</sup>

53) 대법원 1999. 3. 26. 선고 98두4672 판결, 대법원 1995. 3. 3. 선고 94누11767 판결, 대법원 1991. 2. 8. 선고 90다15884 판결 등

54) 유사판례로는 대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결 참조

55) 서울고등법원 2005. 10. 12. 선고 2005누10783 판결[1심 판결(서울행정법원 2005. 5. 3. 선고 2004구합19002 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2006. 2. 24.자 2005두14820 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

한편, 징계와 관련하여 단체협약과 취업규칙에 각각의 징계위원회 규정이 있고 징계위원회의 구성과 의결정족수, 의결대상에 대하여 달리 정하고 있는 경우에는 단체협약을 따르는 것이 원칙이지만 단체협약에서 규정되지 않은 부분에 대하여는 취업규칙을 따르도록 되어 있다면 단체협약의 징계위원회에서 달리 정함이 없는 부분에 대하여는 취업규칙의 징계위원회 규정을 따르는 것은 정당함(다만 이 경우에도 징계위원회의 구성 및 의결정족수는 단체협약을 따라야함)<sup>56)</sup>

또한 징계위원회의 구성에 노동조합의 대표자를 참여시키도록 되어 있음에도 불구하고 이러한 징계절차를 위배하여 징계해고를 하였다면 무효임<sup>57)</sup>

그러나, 예외적으로 징계위원회 구성과 관련한 규정을 이행하기 어려운 사정이 존재한다면, 이를 위반한 징계위원회 구성도 적법하다고 보는 경우가 있음

예컨대, 판례는 인사위원회의 구성원이 3인이나 당연직 위원인 사무국장이 징계대상자인 관계로 인사위원회에서 배제된 경우, 위 사무국장 대신 이사 1인을 새로운 인사위원으로 하여 징계의결을 한 경우<sup>58)</sup> 또는 당연직 징계위원인 병원장이 징계의 원인이 된 비위행위의 피해자인 관계로 부득이하게 그 징계권을 병원 부원장에게 위임한 경우<sup>59)</sup>에 징계절차는 적법하다고 봄

## 5.2 ‘징계사유와 관계있는 자’의 징계위원 참석 가능 여부

‘징계사유와 관계있는 자’란 징계권을 행사하려는 사용자측과 관련이 있는 모든 자를 가리키는 것이 아니라 구체적인 징계사유에 해당하는 행위의 직접적인 피해자를 의미함

### 【대법원 1995. 4. 28. 선고 94다59882 판결】

“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

제11장  
징계절차

56) 서울고등법원 2014. 12. 4. 선고 2014누48926 판결

57) 대법원 1994. 4. 12. 선고 94다3612 판결

58) 대법원 1997. 12. 12. 선고 97누3637 판결(동 사건은 인사위원회의 결의에 있어서 가부동수일 경우 위원장이 결정하도록 하는 규정이 있는 경우, 만약 새로운 인사위원을 위촉하지 않는다면, 인사위원회가 위원장과 위원 1인만 남게 되고, 결국 인사위원회의 결의는 전적으로 위원장 1인의 의사에 따라 결정되는 불공정한 결과가 발생하게 되는 사례였음. 따라서 이 사례를 일반화하는 것은 곤란하고 규정에 따라 위원 구성을 제대로 하지 않은 경우의 적법성은 극히 예외적으로 인정되어야 할 것임)

59) 서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누7121 판결[1심 판결(서울행정법원 2005. 3. 10. 선고 2004구합10500 판결)을 인용함]

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 필요없이 절차 위반의 점에 있어서 이미 무효이고, 그 주된 징계사유가 전체적으로 보면 노동쟁의권의 남용의 경우라 하더라도 그 징계사유에 관계있는 자에 해당하는지 여부는 사용자에게 해당하는 모든 자를 징계 사유에 관계있는 자라고 할 것이 아니라 그 징계위원이 구체적 징계사유에 해당하는 직접적인 피해자인가 여부를 따라서 이를 기준으로 결정하여야 한다고 판단하고 있다.

피고 조합의 운영규정 제94조는 공정하고 합리적인 징계권을 보장하기 위하여 피징계자의 친족이나 그 징계사유에 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 정의를 반하는 것으로 무효라 할 것이고, 여기에서 피징계자의 친족이나 징계사유와 관계있는 자라 함은 대체로 피징계자와 이해관계를 같이 하거나 징계혐의 사유의 피해자를 말하는 것으로(대법원 1994. 8. 23. 선고 94다 7553 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 가르킨다고 해석하여야 할 것이므로, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 제척원인 규정의 해석에 관한 법리오해, 이유불비 등의 위법이 없다. 이 점에 관한 상고이유는 받아들일 수 없다.”

인사위원회 위원 중 ‘징계사유와 관계있는 자는 징계의결에 참석하지 못한다’는 규정이 있는 경우, 징계대상자의 징계원인이 된 사고와 관련하여 징계를 받은 자가 징계의결에 참석한 경우는 중대한 절차상 하자로 무효이며, 자격이 없는 징계위원을 제외하고 의결정족수가 충족된다 하더라도 징계위원회의 구성 자체에 위법이 있는 이상 그 징계는 무효임<sup>60)</sup>

【서울고등법원 2006. 3. 30. 선고 2005누15016 판결<sup>61)</sup>】

“사용자 ○○의 회원조합징계변상업무처리준칙 제11조에서는 ‘조합인사위원회 위원장 및 위원 중 징계관련자의 친족이나 그 징계사유와 관계있는 자 등 제척사유 해당자는 동 인사위원회에서 해당 사고와 관련하여 징계의결에 참여하지 못한다’고 규정하고 있는바, 위와 같은 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 관계 없이 절차에 있어서 정의를 반하는 것으로 무효라고 할 것이다 (대법원 1995. 4. 28. 선고 94다59882 판결 등).

60) 대법원 1996. 6. 28. 선고 94다53716 판결

그런데, 근로자에 대한 이 사건 징계해고를 의결한 사용자 ○○의 2003. 10. 22.자 인사위원회는 4명으로 구성되었는데, 위 4명 중 김○○를 제외한 나머지 3명은 지역본부가 이 사건 사고 관련자라는 이유로 사용자 ○○에게 징계요구를 한 사람들이고, 특히 이○○와 박○○ 등 2명은 사용자 ○○의 2004. 10. 13.자 인사위원회를 거쳐 이 사건 사고와 관련하여 감봉 3월 및 감봉 1월의 각 징계를 받은 사람들임을 알 수 있으며, 이러한 사정에 근로자가 이 사건 징계해고를 전후하여 일관되게 사용자 ○○의 임직원들이 자신들의 잘못을 근로자에게 전가하려 한다고 주장하고 있는 사정에서 알 수 있는 제척의 필요성 등을 더하여 감안하면, 그 구성에 하자가 있는 인사위원회의 결의에 따른 이 사건 징계해고는 부당하다.”

다만, 징계사유와 관계있는 자가 의결권이 있는 인사위원이 아닌 간사 등으로 참여하는 것은 무관함<sup>62)</sup>

또한 취업규칙 등에 징계사유에 관하여 이해관계가 있는 징계위원은 징계위원회에 참석할 수 없다는 규정이 없는 경우에는 이해관계 있는 자가 징계위원으로 참석하였다고 하더라도 그 징계가 위법하다고 할 수 없음

【대법원 1995. 5. 23. 선고 94다24763 판결】

“나. 취업규칙 등에 징계사유에 관하여 이해관계가 있는 징계위원은 징계위원회에 참석할 수 없다는 규정이 있는 경우에 그러한 이해관계 있는 자가 징계위원으로 징계위원회에 참석하였다면 그 징계는 절차상 중대한 하자가 있어 무효라 할 것이나(대법원 1994.8.23. 선고 94다7553 판결 참조), 그러한 규정이 없는 경우에는 이해관계 있는 자가 징계위원으로 징계위원회에 참석하였다 하더라도 그 징계가 무효라고 할 수 없다.”

한편, 취업규칙 등에 ‘징계사유와 관계있는 자’에 대하여 징계혐의자의 기피신청권이 규정되어 있는 경우, 징계혐의자가 특별히 징계위원회 개최 전에 명단 공개를 요구하지 않았고 명단공개 규정도 없었다면 징계혐의자에게 징계위원의 명단을 공개하지 않은 것이 기피신청권을 본질적으로 침해한 것으로 볼 수 없음<sup>63)</sup>

또한, 징계혐의자가 징계위원 전원 또는 대부분에 대하여 동시에 기피신청을 함으로써 징계위원회를 구성할 수 없게 하거나 징계위원회의 결정 자체를 불가능하게 하는 경우,

61) 동 사건은 대법원(대법원 2006.8.25.자 2006두6857판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

62) 서울고등법원 2014. 9. 25. 선고 2014누46746 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 10. 28. 선고 2010구합15247 판결)]을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 1. 29.자 2014두42827 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

63) 서울고등법원 2011. 8. 24. 선고 2010누42456 판결[동 사건은 대법원(대법원은 2011.11.29.자 2011두25166 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

또는 그밖에 기피신청이 징계절차의 지연을 목적으로 함이 명백한 경우 등 기피신청 권의 남용에 해당하는 경우에는 그 기피신청 자체가 부적법함, 이러한 경우에는 기피신청의 대상이 된 징계위원이 기피사유가 공통되는 다른 징계위원의 기피결정에 관여하는 것이 금지된다고 볼 수 없음<sup>64)</sup>

### 5.3 의장윤번제

단체협약상 징계위원회의 의장윤번제를 규정하고 있으나, 노사가 그 운영방식에 대해 대립하는 경우(예컨대, 사측은 징계안전별, 노측은 징계위원회 회수별로 의장선임을 주장하는 경우), 사용자 대표가 이에 대한 설득이나 노동위원회의 해석을 요청하지 않고 일방적으로 의장을 자칭하여 징계위원회를 주재하였다면 징계는 절차적 정당성이 없으므로 무효임

#### 【서울고등법원 2008. 6. 13. 선고 2007누33063 판결<sup>65)</sup>】

“이 사건에서 노사 사이에 의장윤번제의 운영방식에 관하여 견해대립이 있었고, 원고들에 대한 징계를 담당할 징계위원회의 의장 순서도 명확하지 아니하였음에도(사측은 징계안전별로 의장을 선임하여야 한다고 주장하고, 노측은 징계위원회 회수별로 의장을 선임하여야 한다고 주장한다), 참가인은 위와 같은 단체협약이 체결된 이래로 의장윤번제는 사용자의 인사권을 침해하는 것이어서 무효라고 주장하면서 항상 사용자측이 징계위원회 의장을 담당하였는바(참가인은 이 사건 소송과정에서 앞으로도 의장윤번제에 관한 규정을 준수할 생각이 없음을 명백히 하고 있다(2007. 5. 9.자 준비서면)), 위와 같은 참가인의 행위는 노조법 제92조 제1호 다목에 해당하는 것이어서 위법하고, 노사간의 신뢰를 파괴하여 사업장의 질서를 스스로 무너뜨릴 뿐만 아니라 이 사건 징계의 절차적 정당성 보장을 원천적으로 불가능하게 한다.

따라서, 사용자측 징계위원들로서는 의장윤번제도의 취지를 존중하여 노측 징계위원을 설득하여 노사합의하에 의장을 선임한 다음 원고들에 대한 징계를 진행하거나, 노조법 제34조에 의하여 노동위원회에 관련 조항의 해석 또는 이행방법에 관한 견해의 제시를 요청하여 그 해석 또는 견해에 따라 의장을 정한 다음 원고들에 대한 징계를 진행하였어야 함에도, 의장윤번제에 대한 노측 징계위원들의 이의를 무시하고 일방적으로 참가인 대표이사인 김○○ 스스로가 의장이라고 자칭하면서 징계위원회를 주재한 이상, 이 사건 징계위원회의 결의는 유효하다고 할 수 없고, 따라서 원고들에 대한 이 사건 해고는 절차적 정당성이 없으므로, 무효라고 보아야 할 것이다.”

64) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두36126 판결[동 사건은 서울고등법원(2015누68095)으로 파기환송되었으나 소취하됨]

65) 1심 판결(서울행정법원 2007. 11. 15. 선고 2007구합2302 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 11.자 2008두11105판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 5.4 징계 가부가 동수인 경우

징계절차에서 가부 동수의 경우 **위원장이 결정한다는 명시적인 규정이 없음에도 불구하고** 찬반이 각 2표씩의 가부 동수인 상황에서 **회사대표가 최종 징계결정을 한 경우, 그 징계절차는 무효임**<sup>66)</sup>

징계규정상 징계위원회의 표결이 3가지 이상으로 나뉘고 어느 한 가지 의견도 표결 위원 수의 과반수에 미치지 못할 경우 재표결을 하고 그 결과 역시 같을 때에는 징계 위원장이 결정하도록 되어 있음에도, 1차 표결 후 과반수에 이르는 의견이 없음에도 바로 위원장이 징계를 결정하였다면, 그 징계절차 역시 무효임<sup>67)</sup>

## 5.5 외부인의 참여 가능 여부

### 가. 사용자가 선정하는 인사위원

취업규칙에 징계시 상벌위원회를 거치도록 규정하고 있을 뿐, 그 구성과 절차에 대하여 별도의 규정이 없다면, **해당 사업장에 소속되지 아니한 자를 사용자가 상벌위원으로 선정하였더라도 무효로 볼 수 없음**<sup>68)</sup>

### 나. 단체협약 등에 증인 신청 규정이 있는 경우

단체협약에 징계위원회는 조합원이 증인을 신청할 때에는 이를 받아들여야 하고, 이를 위반한 경우 징계는 무효로 한다고 규정되어 있는 경우, 근로자가 신청한 증인 중 일부를 채택하지 않았다면 절차상 하자가 중대하므로 무효임<sup>69)</sup>

### 다. 징계절차에서의 징계혐의자의 대리인(변호사) 선임 가능 여부

최근 하급심 판결 중에는 취업규칙 또는 징계규정에 사용자가 징계대상자에게 구두 또는 서면으로 자신의 비위혐의에 관해 진술할 수 있는 기회를 부여하면서 합리적인

66) 서울고등법원 2006. 6. 15. 선고 2005누10004 판결[1심 판결(서울행정법원 2005. 4. 28. 선고 2004구합31002 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2006.11.23.자 2006두11644 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

67) 서울고등법원 2006. 7. 6. 판결 2005누25600 판결[동 사건은 대법원(대법원 2006. 9. 28.자 2006두12401 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

68) 서울행정법원 2007. 2. 2. 선고 2006구합16311 판결

69) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007두10174 판결, [동 사건의 제1심 및 제2심 법원은 신속한 절차진행의 필요 및 피징계자의 소명 및 불복의 기회가 충분히 주어졌다는 이유로 위 단체협약 규정 위반이 중대한 징계절차의 하자가 아니라고 판단하였으나, 대법원 판결에 의해 파기환송 되어 서울고등법원(서울고등법원 2009. 1. 16. 선고 2008누26093 판결)에서 확정됨]

근거를 가지고 특별히 변호사의 조력을 받는 것을 금지하는 내용의 규정을 두지 않는 한, 징계혐의자는 변호사의 조력을 받아서 자신의 비위혐의에 관해 징계위원회에 변명하는 것이 허용된다고 봄이 상당하고, 이러한 징계혐의자의 권리를 침해하고 비위혐의에 관해 진술할 수 있는 기회를 박탈하고 징계해고를 하였다면, 이러한 징계 권의 행사는 징계사유가 인정되는지 여부와 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 것으로서 무효라고 본 사례가 있음<sup>70)</sup>

그러나, 또 다른 판결에서 법원은 ‘변호인의 조력을 받을 권리는 국가권력의 일방적인 형벌권 행사에 대항하기 위한 피의자와 피고인의 권리이므로 일반적으로 공무원의 징계 절차에서 변호인의 조력을 받을 권리가 당연히 보장된다고 할 수 없다’라고 판단<sup>71)</sup>했으며, 소방공무원의 징계와 관련한 사건에서는 ‘소방공무원징계령은 변호인의 조력을 별도로 규정하고 있지 않으므로 소방공무원에 대한 징계절차에서 변호인의 조력을 받을 권리가 인정된다고 보기 어렵다’라고 본 판례도 있음<sup>72)</sup>

## 5.6 징계위원회 구성의 하자 치유

징계위원회 구성의 하자가 있더라도 재심위원회에서 하자 있는 징계위원이 배제되고 적법한 심의·의결을 거쳤다면 원징계절차의 하자는 치유됨<sup>73)</sup>

그러나 이 경우에도 재심위원회가 개최되지도 않은 채 재심청구가 각하되었다면 하자가 치유되었다고 볼 수 없음<sup>74)</sup>

또한, 이사회 의결을 거치지 않은 파면이 부당하다는 취지의 법원 판결이 선고되자 파면 처분이 있는 후 2년이 지난 시점에서 행한 이사회 추인의결만으로는 하자가 치유될 수 없음<sup>75)</sup>

주의할 것은, 사전통지 위반의 하자는 피징계자가 충분한 진술을 하면 치유되나, 징계위원회 구성의 하자는 근로자에게 충분히 변명권을 부여했다거나 근로자가 출석하여 의견을 진술했다는 사정만으로는 하자가 치유되지 않음<sup>76)</sup>

70) 서울동부지방법원 2007. 10. 19. 선고 2007가합4668 판결

71) 서울행정법원 2013. 7. 26. 선고 2012구합24344 판결, 동 사건은 국가정보원 직원이 보안업무관리규정위반 혐의로 국가정보원으로부터 조사를 받는 과정에서 변호사를 조사에 참여시켜 달라는 등 변호인의 조력을 받을 권리를 주장하였으나 거절된 사안임

72) 대전고등법원(청주) 2011. 9. 28. 선고 2011누144 판결

73) 대법원 1994. 8. 23. 선고 94다7553 판결

74) 대법원 1997. 11. 11. 선고 96다23627 판결

75) 서울고등법원 2007. 4. 26. 선고 2005누30367 판결

76) 대법원 1987. 9. 22. 선고 87다카1187 판결, 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000두7605 판결



## 6. 근로자 대표를 참여시키지 않은 징계절차의 적법성<sup>77)</sup>

### 6.1 근로자 대표를 반드시 참여시켜야 하는지 여부

특별한 규정이 없는 한, 징계위원회를 구성함에 있어서 노동조합측의 견해를 대변할 수 있는 사람을 반드시 징계위원으로 참석시켜야 하는 것은 아님<sup>78)</sup>

그러나 근로자 대표를 참여시키도록 한 규정이 있는 경우에는 이에 따라야 하고<sup>79)</sup>, 예외적으로 근로자 측이 합리적 이유 없이 징계를 반대하는 등의 징계의결권 남용이나 징계위원 선정권 포기 등의 사유가 있는 경우에는 근로자 대표를 배제한 채 징계하였더라도 적법함

예컨대, 근로자의 무단결근에도 불구하고 노동조합측 위원의 계속된 반대로 2차례에 걸쳐 대기발령 1월의 경한 징계처분만을 한 경우<sup>80)</sup>, 사용자가 3차례에 걸쳐 노조측에 징계위원 선정을 요구하였음에도 계속 불응하는 경우<sup>81)</sup>, 법원도 노동조합측 징계위원을 배제하고 의결한 것이 모두 적법하다고 판단하였음

반면, 노조에 조합원 추천권을 둔 취지가 조합원의 참여권 보장을 위한 것으로 해석되는 경우 사용자가 비조합원을 추천할 것을 요구하는 것은 단체협약 규정에 위배되는 요구로서 노조가 이에 불응했다는 사실만으로 노조의 징계위원 선정권 포기라고 보기는 어려움<sup>82)</sup>

### 6.2 근로자 측 위원 자격·선임 방법 등에 관한 규정이 없는 경우

취업규칙 등에서 노·사 동수로 징계위원회를 구성하도록 하고 있다면<sup>83)</sup> 근로자측 징계위원 자격과 선임절차에 관한 규정이 없더라도 사용자는 근로자측 징계위원들이 이전부터 근로자들을 대표해 왔다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로자들의 의견을 반영하는 과정 없이 임의로 근로자측 징계위원을 위촉할 수 없으므로, 사용자는 근로자측

77) 근로자 대표를 참여시키지 않은 징계절차의 적법성 문제도 위 '5. 징계위원회 구성 및 운영'과 관련한 문제에 해당 하지만 실무에서 자주 문제되는 중요 쟁점이라 목차를 따로 구성하였음

78) 대법원 1993. 11. 9. 선고 93다35384 판결(동 판례는 징계위원회 구성에서 근로자 측이나 노동조합 측의 견해를 대변할 수 있는 사람을 징계위원회에 반드시 포함시켜야 할 법령상의 근거는 없으므로 회사 관리자들만으로 징계위원회를 구성하도록 한 것은 적법하다고 판시함)

79) 대법원 1994. 4. 12. 선고 94다3612, 대법원 1996. 6. 28. 선고 94다53716 판결 등

80) 서울고등법원 2007. 12. 28. 선고 2007누15263 판결[1심 판결(서울행정법원 2007. 5. 22. 선고 2006구합46282 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 5. 15.자 2008두2095판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

81) 서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누7121 판결

82) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008두2088 판결

83) 즉, 근로자 위원이 징계위원회의 구성원으로 규정되어 있으나, 자격과 선임 방법에 관해서만 규정이 없는 경우에 한정되는 논의임. 가령 근로자 측 위원이 징계위원회 구성에 참여하는 규정이 없는 경우라면 사용자는 근로자 측위원을 반드시 위촉할 필요는 없음

의견을 들어 징계위원회를 구성하거나 사용자가 위촉한 위원이 근로자를 대표하는 자임을 입증해야 함

【대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두36126 판결<sup>84)</sup>】

“기록에 의하면, 피고의 취업규칙에는 “징계위원회는 노·사 각 2명으로 구성한다.”고 규정되어 있고, 피고 대표이사는 피고의 실질적 사주이면서 사업장이 피고와 동일한 ○○택시 주식회사 대표이사인 이○○과 그 처인 김○○를 사측 징계위원으로, 피고 근로자인 정○○, 이○○를 노측 징계위원으로 각 위촉하였음을 알 수 있는바, 단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계 규정에서 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 원심으로서 노측 징계위원으로 위촉된 정○○, 이○○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 ○○택시 주식회사의 근로자들은 이 사건 해고 전에 노동조합 창립총회를 개최하고 노동조합설립을 피고에게 통지한 바 있고, 또 그 전부터 근로자들 대부분이 ○○상조회에 가입하여 ○○상조회가 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.”

산별노조가 있는 사업장에서 ‘상벌위원회의 노사 각 2명씩 구성한다’라는 단체협약 규정이 있음에도 사용자가 노동조합에서 추천한 징계위원에 대해 사용자 회사에 소속된 근로자가 아님을 이유로 사측 징계위원 2명으로만 징계의결한 경우에는 위법함

84) 이에 대하여는 취업규칙에서 징계위원 선임에 관한 명시적 규정을 두지 않은 이상 노측 징계위원의 선임 시 반드시 근로자들의 의견을 수렴해야 한다고 해석할 수 없고, 위 판례는 취업규칙의 규정을 지나치게 확대해석한 것으로서 수긍할 수 없다는 비판적 견해가 있음(조성해, ‘사납금 미납을 이유로 한 징계해고의 실체적·절차적 정당성’, 『노동법률』 2007.2.월호)

【서울고등법원 2010. 11. 26. 선고 2010누4553 판결<sup>85)</sup>】

“또한, 단체협약 제22조는 “회사는 조합원에 대한 상벌을 공정히 하기 위하여 상벌 위원회를 구성하며 모든 상벌은 상벌위원회의 결의가 있어야 한다.”라고 규정하고 있고, 제23조는 “상벌 위원회의 노사 각 2명씩 구성한다.”라고 규정하고 있음에도, 원고는 참가인 노동조합에서 단체협약에 근거하여 통보한 징계위원에 대하여 징계위원 자격이 없다는 이유로 이 사건 지회 소속의 징계위원회를 위촉하여 줄 것을 계속 요구하다가 노동조합측에서 위촉한 징계위원 없이 회사측이 위촉한 징계위원 2인으로만 징계위원회를 구성하여 이 사건 해고를 의결하였는바, 이 사건 해고는 징계절차상으로도 단체협약을 위반한 중대한 하자가 있어 위법하다.”

그러나 **기업별 단위노동조합**과 사용자가 체결한 단체협약에서 징계위원회를 노사 각 위원으로 구성하기로 정하면서 근로자측 징계위원의 자격에 관하여 아무런 규정을 두지 않은 경우, 근로자측 징계위원은 사용자 회사에 **소속된 근로자에 한정**된다고 해석하여야 함

이 경우 노동조합의 조직이 산별노조로 변경된 후에도 새로운 단체협약이 체결되지 아니하였다면 근로자의 징계절차에는 기업별 단위노동조합일 때 체결된 단체협약이 그대로 적용되어야 하므로 그 징계절차에 있어서도 근로자측 징계위원은 사용자 회사에 소속된 근로자이어야 함<sup>86)</sup>

## 7. 사전동의 또는 사전협의 규정 관련

### 7.1 사전동의(협의)를 요하는 규정의 효력

#### 가. 동의를 얻지 않은 징계의 효력

사용자와 노동조합이 사용자의 해고 권한 제한에 대해 ‘사용자는 노동조합이 동의할 경우에 한하여 해고권을 행사하겠다’는 의미로 해고의 사전협의 조항을 단체협약에 두었다면, 그러한 절차를 거치지 아니한 해고처분은 **원칙적으로 무효**<sup>87)</sup>

85) 1심 판결(서울행정법원 2009. 12. 17. 선고 2009구합21123 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 4. 28.자 2011두3845 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

86) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3351 판결(법원은 근로자가 징계위원 선정을 수차례 거부, 징계를 지연시키다가 노조 상급단체 간부를 추천한 것은 선정권 포기·남용으로 볼 수 있다고 판단하였음)

87) 대법원 1994. 9. 13. 선고 93다50017 판결

## 나. 동의의 방법

명시적이든 묵시적이든 어떠한 형태로든지 합의가 이루어지면 충분하므로<sup>88)</sup>, 징계 절차를 개시함에 있어 노동조합측에 사전통지를 하고, 이에 노조위원장과 다른 간부 1명이 인사위원회에 참석하여 징계에 대한 별다른 이의를 제기하지 아니하였다면 노동조합의 동의를 인정할 수 있음

## 7.2 사전동의권 포기·남용 관련

단체협약에 해고의 사전합의 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 가능함**<sup>89)</sup>

노동조합이 사전동의권을 남용한 경우란 사전합의에 이르지 못한 주된 귀책사유가 노동조합측에 있는 경우를 의미함

따라서 이러한 경우에 이르지 아니하고 단순히 피징계자에게 해고사유가 있거나, 실체적으로 정당성 있는 해고로 보인다는 이유만으로 노동조합이 사전동의권을 남용하여 해고를 반대하고 있다고 쉽게 단정하여서는 아니 되며<sup>90)</sup>, 사전동의권 남용의 경우는 다음과 같은 기준으로 판단될 수 있음<sup>91)</sup>

① **노동조합측에 중대한 배신행위**가 있고 그로 인하여 사용자측의 절차의 흠결이 초래되었다거나, ② **피징계자가 사용자인 회사에 대하여 중대한 위법행위를 하여 막대한 손해를 입히고 비위사실이 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백하며**, 회사가 노동조합측과 사전합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합측이 **합리적 근거나 이유 제시도 없이 무작정 반대함**으로써 사전합의에 이르지 못하였다는 등의 사정이 있는 경우<sup>92)</sup>임

88) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다14560 판결 등

89) 대법원 1993. 9. 28. 선고 91다30620 판결

90) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두8788 판결, 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두8788 판결

91) 참고로 이러한 판단기준은 해고의결조항에도 적용될 수 있다고 본 판례[서울고등법원 2013. 10. 24. 선고 2013누12685판결, 동 사건은 대법원(대법원2014. 2. 28.자 2013두24426 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]가 있는데, 판례는 노동조합측에게 징계의결권을 부여한 규정은 해고의 사전 합의조항과 규정방식에서의 차이가 있을 뿐, 결국 노동조합측의 동의가 필요하다는 점에서 유사한 측면이 있으므로 징계위원회 구성에 사측과 노동조합측 위원이 각각 절반을 차지하도록 하면서 참석위원의 2/3 이상의 찬성으로 해고를 의결하도록 정한 경우에 노동조합측 위원들이 징계의결권 행사를 남용하였는지 여부를 판단할 경우에도 위 법리를 유추 적용할 수 있다고 보았음

92) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두8788 판결, 2003. 6. 10. 선고 2001두3136 판결, 대법원 1993. 8. 24. 선고 92

사전동의권 남용이 아니라고 본 사례로는 노동조합과의 사전합의가 이루어지지 못한 주된 이유가 사용자에게 있는 경우가 대표적임. 예컨대, 사용자가 단체협약상 사전합의 조항의 적용이 배제되는 것으로 잘못 판단하여 사전합의 절차 자체를 거치지 않고 인사명령을 한 경우 노동조합과의 사전합의가 이루어지지 못한 주된 이유가 사용자에게 있다고 보아, 노동조합이 단체협약상의 사전합의 조항을 들어 인사명령을 거부하였다고 하여 곧바로 사전합의권을 포기 또는 남용하였다고 볼 수 없다고 한 사례가 있음<sup>93)</sup>

또한, 노동조합이 최소한의 징계를 요청하였을 뿐 징계 자체를 반대하거나 징계위원회 개최·심의를 방해하지는 않은 경우에도 사전합의권 남용으로 볼 수 없음<sup>94)</sup>

### 7.3 사전합의를 요하는 규정의 효력

사전합의 또는 의견 참작 규정은 동의(합의)와 달리 징계의 공정을 기하기 위하여 노동조합의 의견을 참고자료로 고려하게 하는 정도에 지나지 않음

단체협약상 인사 및 징계는 사전에 노동조합과 협의하여 행한다는 규정이 있더라도, 이를 거치지 않은 퇴직처분도 유효함<sup>95)</sup>

### 7.4 동의와 협의의 구분이 모호한 경우

특별한 사정이 없는 한 단체협약이나 취업규칙 등을 해석함에 있어서는 문언해석이 원칙이나, 문언이 명확하지 않은 경우, 예컨대 단체협약에 “징계위원회 결정통지서에는 노조 위원장과 사용자 대표의 날인이 있어야 유효하다”라는 규정이 있는 경우, 노사합의를 의미하는지 노사협의를 의미하는지는 일률적으로 말할 수 없고, 규정 마련의 취지 등을 고려하여 종합적으로 해석해야 함

판례는 징계위원회를 대표이사, 상무, 업무부장, 관리자로 구성하고 노조측에게는 변론권만 주고 있고, ‘회사의 징계사항은 징계위원회 결정에 따른다’고 단체협약에 규정하고 있으며, 위와 같은 규정은 징계 남발을 막기 위한 취지에서 마련된 것이라면 징계 결정통지서에 노사 양 대표의 날인을 요구하는 것은 노조와 의사의 합치를 보아야 한다는

다34926 판결 등

93) 대법원 2010.7.15. 선고 2007두15797 판결

94) 서울고등법원 2012. 11. 28. 선고 2012누15663 판결[1심 판결(서울행정법원 2012. 4. 26. 선고 2011구합21560 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 4. 25.자 2013두1089 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

95) 대법원 1992. 6. 9. 선고 91다41477 판결, 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다4775 판결

의미라기보다는 회사의 자의적인 인사권이나 징계권 행사를 방지하려는 취지에서 협의의 의미로 둔 규정으로 해석할 수 있다고 보았음<sup>96)</sup>

## 8. 징계재심절차와 관련한 문제

### 8.1 징계재심절차를 반드시 거쳐야 하는지 여부

취업규칙 등에 징계처분에 대한 재심의 기회 부여와 관련한 규정이 없다면 재심절차를 이행하지 아니하였더라도 절차상 하자는 없으나, 규정이 있음에도 재심절차를 생략하였다면 절차상 중대한 하자로 징계처분은 무효임<sup>97)</sup>

#### 가. '변명기회 부여'와 관련한 재심절차 규정이 없는 경우

징계재심절차에서 징계대상자에게 진술기회를 부여한다는 별도의 규정이 없는 이상 재심절차에서 징계대상자에게 진술기회를 부여하지 않았다고 하여 무효라고 할 수 없음<sup>98)</sup>

그러나 징계재심절차는 징계혐의자가 초심 징계의 부당성을 주장하여 그에 대한 재판을 구하는 것으로서 소명기회의 부여가 재심절차의 핵심이라 할 것인 점 등을 고려하면, 취업규칙 등의 해석상 재심징계절차에서 달리 정하고 있지 않는 부분(징계위원회 개최 사전통지 및 소명기회 부여 규정)은 초심징계절차가 그대로 적용된다고 볼 수 있는 경우에는 재심절차에서 징계대상자에게 소명기회를 부여하여야 할 것임<sup>99)</sup>

대법원 판례 중에는 징계의결과 징계재심 의결을 같은 인사위원회에서 담당하는 경우, '인사위원회에서 진술의 기회를 부여한다'는 규정은 징계재심절차에도 적용된다는 취지로 (판결주문과 상관없는 방론으로서) 판시한 사안이 있음<sup>100)</sup>

#### 나. '징계재심위원회 구성'과 관련한 재심절차 규정이 없는 경우

단체협약에 회사가 조합원을 징계하고자 할 경우, 조합대표자가 심의위원으로 참석하도록 규정되어 있는 경우, 위 규정은 특별한 사정이 없는 한 징계재심절차에도 그대로

96) 서울고등법원 2010. 12. 21. 선고 2010누11803 판결[동 사건은 대법원(대법원 2012. 3. 29.자 2011두2071판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

97) 대법원 1993. 10. 22. 선고 92다49935 판결

98) 대법원 1995. 7. 14. 선고 94누11491 판결, 서울고등법원 2005. 5. 12. 선고 2004누9793 판결

99) 서울고등법원 2013. 1. 17. 선고 2012누19375 판결[동 사건은 대법원(대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3351 판결)에서 확정됨]

100) 대법원 2006. 12. 22. 선고 2004두12902 판결

적용되어야 할 것인바, 이를 위반한 징계재심절차는 절차상 하자가 존재함<sup>101)</sup>

## 8.2 징계재심절차에 중대한 하자가 있는 경우

징계처분에 대한 재심절차는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계과정 전부에 관하여 판단해야 함<sup>102)</sup>

따라서 원래의 징계과정에 절차 위반의 하자가 없더라도, 재심절차를 전혀 이행하지 않거나 재심절차에 중대한 하자가 있어 재심의 효력을 인정할 수 없는 경우에는 그 징계처분은 현저히 절차적 정의에 반하는 것으로 무효임<sup>103)</sup>

판례는 재심청구 내용 및 입증자료가 징계원심에서 소명한 내용과 거의 유사하다는 이유만으로 재심청구를 각하했다면 중대한 절차상 하자에 해당한다고 판시함<sup>104)</sup><sup>105)</sup>

또한 취업규칙 등에 **재심개최기간 또는 재심결정기한**을 두는 취지는 징계절차를 빨리 확정함으로써 근로자의 불안정한 신분상태를 조속히 해소하려는 데에 있으므로 **강행규정에 해당하지 않아** 규정된 기간을 다소 도과하였다고 하여 중대한 절차상 하자가 있다고 보지는 않음<sup>106)</sup>

그러나 **장기간** 재심개최기간을 도과하여 재심절차가 개최된 경우에는 재심절차의 **중대한 하자**로 보고 있음

### 【대법원 1994. 1. 14. 선고 93다968 판결】

“그렇다면, 징계처분에 대하여 적법한 이의신청이 있는 경우에 정리회사로서는 인사위원회를 소집할 수 없는 객관적인 사유가 있거나 징계대상자의 이익을 위하여 또는 그의 귀책사유로 인하여 이의절차가 지연되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 소정 기한 내에 아니면 적어도 상당한 기간 내에 인사위원회를 개최하여 원징계 결정을 유지하거나 취소, 변경하는 결정을 하여야 할 것이다.

따라서 원심이 인정한 바와 같이 원고에 대한 징계처분에 대하여 적법한 이의신청이 있는데도 정리회사가 위와 같은 특별한 사정이 없음에도 그로부터 3개월이 경과하도록 인사위원회를 개최함이 없이 지내다가 원심이 인정한 바와 같이 원고가 징계처분에 대한 무효소송을 제기하자

제11장  
징계절차

101) 서울고등법원 2007. 10. 19. 선고 2007누12295 판결[동 사건은 대법원(대법원 2008. 1. 17.자 2007두23293 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

102) 대법원 2006. 12. 22. 선고 2004두12902, 대법원 1981. 6. 9. 선고 80다1769 판결

103) 대법원 1998. 12. 8. 선고 98다31172 판결, 대법원 1981. 6. 9. 선고 80다1769 판결

104) 통상 각하라 함은 형식적 요건을 불비한 경우에 하는 처분임을 고려할 때 청구 내용 및 입증자료가 갖추어졌음에도 각하 처분한 것은 부당하다고 할 것임

105) 서울고등법원 2012. 8. 29. 선고 2012누5246 판결[동 사건은 대법원(대법원 2012. 12. 27.자 2012두20281 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

106) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결

이의신청일로부터 약 6, 7개월 정도가 경과한 무렵에 뒤늦게 이의신청에 대한 인사위원회를 개최하여 원징계 결정을 그대로 유지하는 결정을 하였다면 비록 원고 및 조합 대표가 그 인사위원회에 출석하여 의견을 진술하였다 하더라도 이는 원징계처분에 대한 구제절차로서의 적법한 이의절차 내지 항고절차라 할 수 없을 것이다. 정리회사가 노동조합의 격렬한 파업 등 집단행위로 회사의 정상업무가 마비되어 재심인사위원회를 조속히 개최할 수 없었다는 논지는 원심에 이르기까지 주장하지 않았던 사유일 뿐더러 기록상으로도 수긍될 수 없으므로 이유 없다.”

대체로 6개월 이상을 도과하여 재심을 개최하거나 진행한 경우 위법하다고 판시하고 있으나<sup>107)</sup>, 비록 6개월이 경과하여 징계재심절차를 이행하였다 하더라도 징계재심 청구 사건이 50여건을 초과하여 전체적으로 지연되고 있는 등 지연에 상당한 이유가 있었던 경우에는 위법하지 않다고 본 판례가 있음<sup>108)</sup>

### 8.3 징계재심절차에 의한 하자 치유

징계처분에 대한 재심절차는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계절차를 이루는 것이므로, 원래의 징계과정에 절차 위반의 하자가 있더라도 **재심과정에서 보완되었다면 그 절차 위반의 하자는 치유됨**

#### 【 대법원 1999. 3. 26. 선고 98두4672 판결 】

“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 처사로서 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 없으며(대법원 1997. 5. 16. 선고 96다47074 판결 참조), 단체협약에 조합원을 징계할 경우 징계위원회 개최일로부터 소정일 이전에 피징계자에게 징계회부 통보를 하도록 규정되어 있는데도 사용자가 단체협약에 규정된 여유기간을 두지 아니하고 피징계자에게 징계회부 되었음을 통보하는 것은 잘못이나, 피징계자가 징계위원회에 출석하여 통지절차에 대한

107) 징계처분에 대한 이의신청이 있는 후 6, 7개월 정도가 경과되어서야 재심절차가 개최된 경우 위법함(대법원 1994. 1. 14. 선고 93다968 판결), 1년 7개월이나 지난 뒤에 재심위원회를 개최한 것은 위법함[대법원 1987. 9. 22. 선고 87다카1187 판결, 같은 취지로 서울행정법원 2009. 5. 8. 선고 2008구합9010 판결(동 사건은 대법원(대법원 2010. 5. 27.자 2010두1743 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨)], 2년 이상 도과하여 재심절차가 개최된 경우 위법함(대법원 1997. 9. 30. 선고 97다10956,10963 판결)

108) 서울고등법원 2007. 7. 4. 선고 2006누23496 판결[1심 판결(서울행정법원 2006. 9. 8. 선고 2006구합1982 판결)을 인용함]



이익을 제기하지 아니하고 충분한 소명을 한 경우에는 그와 같은 절차상의 하자는 치유되고 (대법원 1995. 3. 3. 선고 94누11767 판결, 1995. 10. 13. 선고 95누6434 판결 등 참조), 징계처분에 대한 재심절차는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분 절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계 과정 전부에 관하여 판단되어야 할 것이므로, 원래의 징계 과정에 절차 위반의 하자가 있더라도 재심 과정에서 보완되었다면 그 절차 위반의 하자는 치유된다(대법원 1993. 10. 26. 선고 93다29358 판결, 1997. 11. 11. 선고 96다23627 판결 등 참조).”

예컨대, 원래의 징계과정에서 「사립학교법」 및 정관규정에 위반하여 징계위원을 구성한 하자 및 징계대상자에게 징계사유를 기재한 설명서를 교부하지 않은 하자가 있더라도, 징계재심절차에서 징계위원을 관계 법령에 맞게 구성하였고, 징계대상자에게 기일 출석통지를 하여 변명할 기회를 부여한 이상 징계절차상 하자는 치유된다고 본 사례가 있음<sup>109)</sup>

다른 예로는 징계재심위원회가 노조측 위원의 불참으로 대학측 위원 5인만이 참석한 상태에서 진행되어 舊 단체협약에 따르면 의사정족수 미달이라는 중대한 하자가 있으나, 新 단체협약에 의하면 징계재심위원회는 총장이 임명하는 대학측 5인과 노조측 4인의 위원으로 구성하며 재직위원 과반수 출석에 출석위원 과반수 찬성으로 결의하게 되어 있으므로 노조측 위원이 불참하였다고 하더라도 징계재심위원회의 개최나 진행에 어떠한 하자가 있다고 할 수 없어 징계절차상의 하자가 재심과정에서 보완된다고 보는 판례도 있음<sup>110)</sup>

한편, 재심절차에서 반드시 근로자가 출석하여 소명한 경우에만 하자가 치유되는 것은 아니고, 재심 기회를 부여받았음에도 재심청구를 하지 아니하였다면 방어권을 포기한 것으로 보아 더 이상 절차 하자가 문제되지 아니함<sup>111)</sup>

그러나 재심징계기한을 현저히 초과하여 (예컨대 1년 7개월 후) 재심징계결정이 이루어진 경우에는 근로자가 비록 위 재심절차에서 구제될 것을 희망하여 답변서를 제출하고 의견을 진술하였다 하여 그것만으로 그 재심결정이 적법한 것으로 치유되는 것이 아님<sup>112)</sup>

109) 서울고등법원 2007. 11. 27. 2007누9091 판결[동 사건은 대법원(대법원 2008. 3. 13.자 2007두26247 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

110) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다70336 판결

111) 대법원 1994. 3. 11. 선고 93다27413 판결

112) 대법원 1987.9.22. 선고 87다카1187 판결

## 9. 징계

사용자가 징계절차의 하자나 징계사유 인정, 징계양정 부당에 잘못이 있음을 인정할 때에는 노동위원회 구제명령이나 법원의 무효확인 판결을 기다릴 것이 없이 스스로 징계처분을 취소할 수 있음<sup>113)</sup>

당초 징계처분을 취소하면 그 처분은 소급해서 무효가 되는데 그렇다고 징계대상자에 대한 종전의 비위사실이 용서되거나 징계사유마저 없었던 것으로 되는 것은 아니기 때문에, 그 후 같은 사유 또는 새로운 사유를 추가해 다시 징계처분을 한다고 하더라도 이는 일사부재리 원칙이나 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음

### 【 대법원 1994. 12. 27. 선고 94누11132 판결<sup>114)</sup> 】

“사용자가 징계절차에 하자가 있거나, 징계양정이 잘못된 경우 또는 징계사유의 인정에 잘못이 있음을 스스로 인정할 때에는 노동위원회의 구제명령이나 법원의 무효확인판결을 기다릴 것 없이 스스로 징계처분을 취소할 수 있고, 나아가 새로이 적법한 징계처분을 하는 것도 가능하다 할 것이며(대법원 1981. 5. 26. 선고 80다2945 판결 참조), 이러한 경우 당초의 해고처분을 취소하면 그 처분은 소급해서 무효로 되어 처음부터 해고처분이 없었던 것과 같은 상태로 되므로, 사용자가 별도로 그 징계대상자를 원직에 복귀시켜야 할 의무를 부담하게 되는 것이 아닌데다가(이 점에서 사용자가 위와 같은 의무를 부담하게 되어 결국 다시 징계처분을 할 수 없다는 주장은 이유 없다), 이 사건과 같이 사용자인 소외 회사가 징계절차에 하자가 있음을 스스로 인정하여 그 제1차 징계처분을 취소한 것을 일컬어 소외 회사가 그 징계대상자에 대한 종전의 비리를 모두 용서한 것이라고 볼 수도 없으니, 같은 취지로 판단한 원심판결은 수긍이 가고, 거기에 해고의 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 논지는 이유가 없다.”

또한, 1차징계 효력이 다투어지는 상황에서 사용자가 지방노동위원회의 구제명령에 따라 근로자를 복직시키고 1차징계를 취소함 없이 절차를 보완하고 해고사유를 추가하여 2차징계를 한 경우, 2차징계가 단지 1차징계가 효력이 없을 것에 대비하여 행하여진 징계라는 것만으로 당연히 무효라고 할 수는 없음<sup>115)</sup>

징계절차 위반으로 인한 해고무효 판결 확정 후, 같은 사유를 들어 새로이 필요한 제반 징계절차를 밟아서 징계처분을 한 경우도 역시 일사부재리 원칙이나 신의칙 위반에 해당하지 않으며, 법원 판결을 잠탈하는 것도 아니고<sup>116)</sup>, 이 경우에는 소송 도중 징계

113) 대법원 1992. 8. 14. 선고 91다43558 판결, 대법원 1989. 5. 23. 선고 87다카2132 판결

114) 유사 판결로는 대법원 1994. 9. 30. 선고 93다26496 판결 참조

115) 대법원 1996. 4. 23. 선고 95다53102 판결

시효기간이 도과하였어도 위 **판결확정일부터 상당한 기간 내에 다시 동일한 사유에 대하여 징계요구를 할 수 있다**고 보아야 할 것임<sup>117)</sup>

## 10. 징계시효

### 10.1 징계시효의 의의

징계시효란 근로자의 비위행위를 규정한 징계사유에 대하여 **취업규칙 등에서 정한 기간이 경과하면 사용자의 징계권을 소멸시키는 제도**로서 징계가 근로자에 대한 징벌이라는 점에서 형법상 범죄에 대해 일정 기간이 지나면 형벌권을 소멸시키는 공소시효 제도와 유사함

예컨대, 인사규정 등에서 “징계의결의 요구는 징계사유가 발생한 날부터 2년(또는 3년)을 경과한 때에는 이를 행하지 못한다”라고 규정되어 있는 경우, 이는 ‘징계시효’ 규정으로서 그 기간이 경과하면 징계를 할 수 없음

이러한 규정은 근로자에 대한 징계사유가 발생하여 사용자가 일방적으로 근로자를 징계할 수 있었음에도 그 행사 여부를 확정하지 아니함으로써 근로자로 하여금 **상당 기간 불안정한 지위에 있게 하는 것을 방지**하고 아울러 사용자가 비교적 장기간에 걸쳐 징계권 행사를 게을리하여 근로자로서도 이제는 사용자가 **징계권을 행사하지 않으리라는 기대**를 갖게 된 상태에서 새삼스럽게 징계권을 행사하는 것은 **신의칙**에도 반하는 것이 되므로 위 기간의 경과를 이유로 사용자의 징계권 행사에 제한을 가하려는 취지에서 둔 규정임<sup>118)</sup>

### 10.2 징계시효의 기산점

징계시효의 기산점은 원칙적으로 **징계사유가 발생한 때**라고 할 것임<sup>119)</sup>. 그러나 취업규칙 등에서 징계사유 발생사실에 대하여 사용자가 구체적으로 인지한 날을 징계사유 발생일로 본다고 규정하였다면 사용자가 근로자의 비위행위가 있었던 때부터 매우 오랜 기간이 지나더라도 근로자를 징계할 수 있게 되어 근로자에게 불리할지라도

116) 대법원 1995. 12. 5. 선고 95다36138 판결

117) 대법원 1998. 6. 12. 선고 97누16084 판결

118) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다14650 판결, 같은 취지로 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두2484 판결 참조

119) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다14650 판결, 같은 취지로 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두2484 판결 참조

이러한 징계시효의 기산점과 관련한 규정이 사기업(私企業)의 징계시효제도의 취지에 반한다고 볼 수는 없음<sup>120)</sup>

한편, 하나의 비위행위로 볼 수 있는 비위사실이 계속적으로 행하여진 일련의 행위인 경우의 징계시효의 기산점은 일련의 행위 중 최종의 것을 기준으로 하여야 함<sup>121)</sup>

### 10.3 징계시효의 정지

징계시효 규정의 기산점은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때라고 할 것이고, 예외적으로 인사규정 등에서 재판진행 내지 수사개시 등을 징계시효 정지의 사유로 규정하고 있는 경우에 한하여 징계시효가 정지될 수 있음<sup>122)</sup>

예컨대, 취업규칙 등에 ‘징계는 징계사유가 발생한 날부터 3개월 초과시 징계할 수 없다. 단, 징계위원회 진행사안, 동일한 사유에 의한 형사 사건으로 기소된 경우 또는 수사기관에서 조사 중인 때에는 예외로 한다.’고 규정하였다면 징계사유에 대한 적법성 여부를 직접적인 다툼의 대상으로 삼아 행정구제절차가 진행 중인 경우에는 징계위원회 진행사안에 해당되거나 형사사건으로 기소된 경우 또는 수사기관에서 조사 중인 때에 준하여 징계시효가 정지되었다고 봄이 타당함<sup>123)</sup>

한편, 단체협약에서 ‘징계위원회는 징계사유 발생일부터 15일 이내에 개최되어야 하고, 이를 따르지 않는 징계는 무효로 한다’고 규정하고 있는 경우, 징계위원회 개최시한의 기산점은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때라고 할 것이나, 쟁의기간 중에 쟁의 과정에서 발생한 징계사유를 들어 징계를 함에 있어서 단체협약 등에 ‘쟁의기간 중의 징계금지’와 같이 징계가 불가능한 사유가 있는 경우에는 쟁의행위가 종료된 때로부터 위 기간이 기산된다고 할 것임<sup>124)</sup>

### 10.4 징계시효의 완성

징계시효가 만료되면 징계권은 소멸하므로 징계시효가 경과한 후 이루어진 징계는 무효임  
취업규칙 등에 특별한 사유를 정함이 없는 한 징계시효가 완성되었는지 여부는 징계

120) 서울고등법원 2014. 9. 3. 선고 2013누29034 판결[동 사건은 대법원(대법원 2015. 1. 15.자 2014두12345판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

121) 대법원 1986. 1. 21. 선고 85누841 판결 참조

122) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두2484 판결 등 참조

123) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3351 판결

124) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010두20362 판결

사유가 발생한 때를 기산점으로 하여 징계시효기간이 경과할 때까지 **징계의결 요구 등의 징계절차에 착수하였는지 여부로 판단**할 수 있고, 이때 징계절차에 착수하였는지 여부는 징계대상자가 객관적으로 사용자의 징계절차 착수 사실을 인식할 수 있게 된 때에 착수하였다고 봄. 다만 징계시효기간 안에 **징계처분까지 완료하여야 한다는 의미는 아니므로**<sup>125)</sup>, 징계시효가 만료되기 전에 인사권자의 징계의결 요구가 있었다면 실제 징계처분은 그 후에 이루어져도 무관할 것임

예컨대, ‘판결 확정일부터 3개월 이내에 다시 징계절차를 취할 수 있다’는 규정은 그 기간 내에 징계절차에 착수하면 된다는 의미일 뿐, 반드시 그 기간 내에 절차가 마무리되어야 한다는 의미는 아님

【서울고등법원 2011. 11. 17. 선고 2011누22923 판결<sup>126)</sup>】

“원고의 상벌규정 제44조 제3항은 “법원에서 징계처분의 무효 또는 취소의 판결이 있는 경우에는 판결이 확정된 날로부터 3개월 이내에 다시 징계절차를 취할 수 있다.”고 규정하고 있는 바, 이는 징계대상자가 무한정의 신분적 불안정 상태에 빠져 있는 것으로부터 벗어나게 하려는 취지에서 규정한 강행규정이라 할 것이고, 이러한 점에 비추어 볼 때, 원고가 징계대상자를 재징계하기 위한 필요한 절차에 착수한 사실을 징계대상자가 객관적으로 인식할 수 있게 된 때에는 비로소 원고가 위 규정에 정한 징계절차를 취한 것으로 보아야 하고, 징계절차의 개시시점을 회사의 내부적 징계조사 착수시점으로 당겨 잡거나, 징계대상자에게 징계위원회 개최시기를 통지한 시점으로 늦춰 잡는 것은 앞서 징계시효규정의 취지에 부합하지 않는다.”

## 10.5 ‘징계시효’와 ‘징계절차와 관련한 기간’의 구별

### 가. 징계절차와 관련한 기간

‘징계사유 발생일부터 2년을 경과한 때에는 징계할 수 없다’ 또는 ‘판결 확정일부터 3개월 내에 재징계할 수 있다’는 규정은 (재)징계시효에 관한 것으로서 강행규정이므로 그 기간이 도과하면 징계할 수 없음<sup>127)</sup>

징계시효는 근로자로 하여금 상당 기간 불안정한 지위에 있게 하는 것을 방지하고, 사용자가 징계권 행사를 게을리하여 근로자에게 징계권을 행사하지 않으리라는 기대를

125) 서울행정법원 2013. 6. 4. 선고 2012구합35726 판결 참조

126) 동 사건은 대법원(대법원 2012. 3. 15.자 2011두32690 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

127) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다14650 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두2484 판결, 대법원 1999. 3. 15. 선고 97누19335 판결

갖게 한 상태에서 뒤늦게 징계하는 것이 신의칙에 반하기 때문에 사용자의 징계권 행사에 제한을 가하려는 취지에서 둔 규정임<sup>128)</sup>

이와 달리, 근로자가 자신에게 유리한 자료를 제출할 수 있는 소명기회를 부여하고<sup>129)</sup>, 징계처분 대상자의 불안감을 해소하여 직무에 전념하도록 하기 위하여 되도록 빠른 시일 내에 징계절차를 실행하라는 의미 정도로 해석될 수 있는 규정은 징계 사유의 시효에 관한 것이라기보다는 징계절차와 관련된 절차적 훈시규정이라고 할 수 있거나<sup>130)</sup> 단순한 훈시규정에 그친다고는 할 수 없어도 강행규정으로는 볼 수 없음<sup>131)</sup>

예컨대, 징계사유발생일부터 15일 이내에 징계위원회 출석요구서를 통보하도록 규정하고 있는 경우, 징계시효에 관한 규정이라기보다 되도록 이른 시일 내에 징계절차를 실행하라는 의미에서 사용자의 내부 징계처리 절차상 징계위원회의 개최시한을 정한 훈시적인 규정이라고 볼 수 있음<sup>132)</sup>

또한, ‘재심위원회는 재심청구서를 접수한 때부터 30일 내에 심사하여야 한다’ 등과 같은 규정은 징계시효 규정이 아니라 (재)심사기간이므로 징계시효와 같이 엄격히 해석하기 보다는 완화하여 그 기간을 도과하였더라도 ‘상당한 기간’ 내라면 징계가 유효하다고 해석함

〈표 11-1〉 징계절차 기간으로서의 ‘상당한 기간’ 관련 판례

‘상당한 기간’ 내로 인정된 판례	‘상당한 기간’ 내를 부정한 판례
징계사유발생일로부터 60일 이내에 인사위원회가 개최되어야 함을 정하고 있으나 피징계자가 교통사고 범죄로 구속 수감되어 있다가 출소한 이후 개최한 것은 <b>사유 발생일로부터 8개월여</b> 가 지났더라도 정당함 <sup>133)</sup>	‘징계처분을 받은 자가 30일 내에 고등인사위원회 위원장에게 재심을 청구할 수 있다’고 규정되어 있고, 재심결정기한 규정은 따로 없는 경우, 상당한 기간 내에 인사위원회를 개최하여 원징계결정을 유지하거나 취소, 변경함으로써 징계절차를 조속히 확정해야 할 것인데, 원징계처분에 대한 중노위 재심판정 취소소송 변론종결 시( <b>재심청구일로부터 1년 7개월여</b> 후)까지 재심결정을 하지 않은 것은 중대한 절차상 하자임 <sup>134)</sup>

128) 통상 징계시효는 2년 내지 3년(형령 등은 5년)으로 두는 경우가 많고, 판결확정 후 재징계시효는 3월 정도로 하는 경우가 많음

129) 서울행정법원 2011. 7. 15. 선고 2011구합3548

130) “징계는 징계사유가 발생한 날로부터 3개월 이내에 실시한다”라고 규정되어 있다면 위 3개월은 징계절차에 관한 기간으로 훈시적 규정이므로 위 기간이 경과하였더라도 그 이전에 발생한 징계사유로 징계할 수 있다는 하급심 판결(서울고등법원 2007. 7. 26. 선고 2007누3451 판결)[1심 판결(서울행정법원 2006. 12. 12. 선고 2006구합 28123판결)]을 인용함]

131) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결 참조

132) 대전고등법원 2015. 10. 8. 선고 2015누11507 판결[1심 판결(대전지방법원 2015. 4. 22. 선고 2014구합102530 판결)]을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015두55608)에서 소송 계속중임]

## 나. 구별 기준

징계시효인지 징계시효로 볼 수 없는 징계절차와 관련한 기간(징계심사기간 등)인지는 **문언의 형식, 기간의 장단 등을 종합적으로 고려하여** 판단하여야 함

예컨대, ‘기간의 장단’과 관련하여 통상 장기간(2년, 3년)을 설정한 경우 이는 징계시효로 보나, 절차 내에서 처리 기한으로 단기간(30일, 60일)을 설정하고 있는 경우는 징계심사기간 등의 단순한 징계절차와 관련한 기간으로 볼 여지가 큼

그러나 기간의 장단만으로 구별할 것은 아니고, ‘문언의 형식’ 등도 살펴야 하므로, 비교적 단기간을 설정한 경우라도 문언상 징계제한 규정임을 분명히 밝히고 있다면 이는 징계시효로 해석됨

예컨대, 단체협약에 “징계위원회는 징계사유 발생일부터 15일 이내에 개최하여야 한다”고 정하고 있는 경우 기간을 볼 때 징계시효가 아닌 일반적인 징계절차와 관련한 기간으로서 훈시적인 규정으로 해석될 여지가 있지만 “이와 같은 절차를 따르지 않는 징계는 무효로 한다”는 문언을 단서에 명시하고 있다면 단순한 훈시규정이 아닌 효력 규정으로 보아야 함<sup>135)</sup>

한편, “판결 확정일부터 3개월 이내에 재징계할 수 있다”는 규정은 단기간이고, 문언도 임의규정으로 해석될 여지가 있음에도 불구하고 확정된 판결에 따라 조속히 재징계함으로써 근로자의 신분을 조속히 확정할 필요가 있으므로 판례는 징계시효로 봄<sup>136)</sup>

## 10.6 취업규칙 개정 전 비위행위에 대한 연장된 징계시효의 소급적용 여부 판단

사용자가 취업규칙을 작성·변경하면서 시행일을 정하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 취업규칙은 정해진 시행일부터 효력이 발생함. 그런데 **징계사유의 발생시점과 징계절차 요구시점 사이에 취업규칙이 개정된 경우**, 개정된 취업규칙의 경과규정에서 달리 정함이 없다면 해당 징계사유에 대한 징계절차와 관련해서는 **징계절차 요구 당시 시행되는 개정 취업규칙과 그에 정한 바에 의하는 것이 원칙임**<sup>137)</sup>

133) 서울행정법원 2011. 7. 15. 선고 2011구합3548 판결. 통상 기간의 장단만을 놓고 볼 때 8개월은 상당한 기간을 넘어선 것이라고 볼 수 있으나 이 사안은 피징계자가 구속 수감 중이었다는 부득이한 사유가 있었으므로 위와 같은 장기간도 상당한 기간으로 해석되었던 사안임

134) 서울고등법원 2009. 12. 16. 선고 2009누14974 판결[동 사건은 대법원(대법원 2010. 5. 27.자 2010두1743 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

135) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010두20362 판결 참조

136) 대법원 1999. 3. 15. 선고 97누19335 판결

137) 대법원 1994. 12. 13. 선고 94다27960 판결, 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결 참조

그런데 그 개정 취업규칙이 개정 전 취업규칙에서 정한 징계사유에 해당하는 비위 행위(기존의 사실 또는 법률관계)를 적용대상으로 하면서 근로자에 대한 징계시효를 연장하는 등으로 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우, 그러한 비위행위에 대한 개정 전 취업규칙에 따른 징계시효가 개정 취업규칙이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면, 개정 취업규칙을 적용하여 징계시효를 연장하는 것이 헌법상 불소급의 원칙에 위배되어 근로기준법 제96조제1항에 따라 효력이 없다고 할 수는 없음

예컨대, 인사규정 등의 개정을 통해 금품향응 수수 등에 대한 징계시효를 3년에서 5년으로 개정하는 경우 개정시점에 위 비위행위에 대한 징계시효가 아직 3년이 되지 않았다면 5년으로 징계시효가 연장됨

다만, 개정 전 취업규칙의 존속에 대한 근로자의 신뢰가 개정 취업규칙의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 예외적으로 인정된 경우에는 그러한 근로자의 신뢰를 보호하기 위하여 신의칙상 개정 취업규칙의 적용이 제한될 수 있음

【 대법원 2014. 6. 12. 선고 2014두4931 판결<sup>138)</sup> 】

“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.”

〈표 11-2〉 개정 취업규칙의 징계시효 등 적용 여부

개정 시점	징계사유의 징계시효가 이미 완성된 경우	징계사유의 징계시효가 아직 남아있는 경우
적용 규정	개정 전 취업규칙	개정 취업규칙

138) 동 사건은 파기 환송되어 고등법원(서울고등법원 2014. 9. 26. 선고 2014누5448 판결)에서 확정됨



이러한 경우에 아래 대법원과 헌법재판소의 소급입법과 관련한 견해에 따르면 아직 비위행위에 대한 징계사유의 시효가 도과되지 않은 시점에서 사용자의 인사규정 개정으로 그 징계사유의 시효가 연장된 경우에는 이러한 개정 인사규정은 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 **부진정소급효를 갖는 규정으로서 원칙적으로 허용되는 것으로** 보아야 할 것이지, 법률불소급의 원칙에 따라 불허되어야 할 것은 아니라고 할 수 있음

【대법원 2007. 10. 11. 선고 2005두5390 판결】

“소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 적용케 하는 진정소급입법과 현재 진행 중인 사실관계 또는 법률관계에 적용케 하는 부진정소급입법으로 나눌 수 있는바, 이 중에서 기존의 법에 의하여 이미 형성된 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가 원리에 의하여 허용되지 아니하는 것이 원칙인 데 반하여, 부진정소급입법은 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호를 요구하는 개인보호의 사유 사이의 교량과정에서 그 범위에 제한이 가하여지는 것이다. 또한, 법률불소급의 원칙은 그 법률의 효력 발생 전에 완성된 요건사실에 대하여 당해 법률을 적용할 수 없다는 의미일 뿐, 계속 중인 사실이나 그 이후에 발생한 요건사실에 대한 법률적용까지를 제한하는 것은 아니라고 할 것이다(대법원 1994. 2. 25. 선고 93누20726 판결, 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001두5705 판결 등 참조).”

【헌법재판소 2005. 6. 30. 선고 2004헌바42 전원재판부 결정】

“과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양에는 이미 과거에 완성된 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 진정소급효의 입법과 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 부진정소급효의 입법이 있다. 헌법 제13조 제2항이 금하고 있는 소급입법은 전자, 즉 진정소급효를 가지는 법률만을 의미하는 것으로서 이에 반하여 후자, 즉 부진정소급효의 입법은 원칙적으로 허용되는 것이다. 다만 부진정소급효를 가지는 입법에 있어서도 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 비교형량 과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 318 ; 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 27, 43).”

제11장  
징계절차

〈표 11-3〉 진정소급입법과 부진정소급입법의 구별

구분	규율대상	적용원칙
진정소급입법	과거에 완성된 사실 또는 법률관계	원칙적 금지, 예외적 허용
부진정소급입법	현재에 진행 중인 사실 또는 법률관계	원칙적 허용, 예외적 금지

## 제2절 징계절차 관련 판례

### 1. 징계절차 규정의 법적 지위에 관한 판례

#### 1.1 징계절차 규정이 있는 경우

가. 법원은 단체협약 등에 징계절차 규정이 있는 경우 이러한 징계절차를 위반하여 징계해고를 하였다면 그 징계처분은 무효라고 봄

#### 【대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결】

“그런데 단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계절차를 규정한 것은 징계권의 공정한 행사를 확보하고 징계제도의 합리적인 운영을 도모하기 위한 것으로서 중요한 의미를 갖는 것인 바, 징계규정에서 징계위원회의 구성에 노동조합의 대표자를 참여시키도록 되어 있고 또 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있음에도 불구하고 이러한 징계절차를 위반하여 징계해고를 하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는 여부에 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 처사로서 무효라고 보아야 할 것이다.”

나. 법원은 취업규칙 중 징계절차에 관한 부분이 단체협약상의 징계절차와 관련된 규정에 배치되는 경우에는, **단체협약이 우선적으로 적용**되어 취업규칙의 규정은 효력이 없다고 봄

#### 【서울고등법원 2006. 6. 15. 선고 2005누10004 판결<sup>139)</sup>】

“단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효라 할 것인데(노동조합및노동관계조정법 제33조 제1항), 위 인정사실에 의하면, 참가인 회사의 취업규칙 제71조는 직원에 대한 징계를 함에 있어 인사위원회는 임용권자가 지정하는 5인 이내의 인원으로 구성하여 운영한다고 규정하고 있어 노동조합이 관여할 수 없도록 규정되어 있는 반면, 이 사건 단체협약 제50조에는 징계위원회에 의하지 아니하고는 조합원을 징계할 수 없고, 징계위원은 노사 각 2명으로 한다고 규정하면서 노동조합이 참여할 수 있도록 규정되어 있으므로, 이러한 단체협약의 취지와 목적 등에 비추어 볼 때 취업규칙 중 임용권자가 인사위원을 지정하고 가부동수일 경우에는 위원장이 결정한다는 징계절차에 관한 부분은 이 사건 단체협약에 위반되어 그 효력이 없다 할 것이다.”

139) 1심 판결(서울행정법원 2006. 4. 28. 선고 2004구합31002 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원

## 1.2 징계절차 규정이 없는 경우

가. 법원은 징계절차 규정이 없는 경우에는 그러한 절차를 거치지 아니하고 징계를 하였다고 하더라도 그 징계를 **무효로 할 수 없다고 봄**

### 【대법원 1998. 11. 27. 선고 97누14132 판결】

“그리고 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 폐지) 제94조 소정의 취업규칙이란 복무 규율과 임금 등 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있으면 그 명칭을 불문하는 것이므로 개별 근로계약에서 위와 같은 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있으면 이 또한 취업규칙에 해당한다고 할 것인바(대법원 1992. 2. 28. 선고 91다30828 판결, 1997. 11. 28. 선고 97다24511 판결 등 참조), 기록에 의하니 참가인은 원고 등 관현악단원들과 전속계약을 체결함에 있어 단원은 참가인이 필요로 하는 모든 사업에 전속출연하여야 하고 참가인의 사업에 지장을 초래하여서는 아니되며(제1조, 제3조), 참가인이 명하는 업무 이외에는 참가인의 승인 없이 출연할 수 없고(제8조), 참가인은 단원이 본 계약을 성실히 이행하지 않을 때에는 일방적으로 해약할 수 있다(제10조)는 내용 등으로 인쇄되어 있으며 계약기간, 기본급, 상여금, 복지후생비, 연습비란은 공란으로 된 계약서를 제시하여 공란으로 된 부분만을 보충하여 전속계약을 체결하여 왔음을 알 수 있으므로, 위 계약서는 관현악단원에게 적용되는 취업규칙이라고 할 것이며, 나아가 그 계약서에 해고시 인사위원회를 개최하거나 소명의 기회를 부여하도록 하는 등의 절차규정이 마련되어 있지 아니하므로 그러한 절차를 거침이 없이 원고에게 일방적으로 해고를 구두통보 하였다고 하여 절차상의 잘못은 없는 것이다.”

나. 법원은 인사발령에 **제재적인 의미가 내포되어 있다고 하더라도** 징계로서 규정되지 아니한 이상 징계절차를 거치지 않았다고 하더라도 그 효력에 영향이 없다고 봄

### 【대법원 1998. 12. 22. 선고 97누5435 판결】

“직장질서의 유지나 회복, 또는 근로자간의 인화를 위한 배치전환도 업무상 필요성이 있다고 인정되므로 정당한 이유가 있는 경우에는 허용된다고 할 것인데, 이 경우 비록 배치전환에 당해 근로자에 대한 제재적인 의미가 내포되어 있다고 하더라도 그 자체가 단체협약이나 취업규칙 등에 정한 징계절차를 요하는 징계로서 규정되지 아니한 이상 그러한 징계절차를 거치지 않았다고 하더라도 효력에 영향이 없다고 할 것이므로(대법원 1998. 4. 24. 선고 97다58750 판결, 1995. 3. 10. 선고 94누11880 판결, 1994. 9. 30. 선고 93다26496 판결 참조), 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 배치전환 및 징계절차에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 부분 상고논지도 이유 없다.”

제11장  
징계절차

다. 법원은 회사에 취업규칙은 없으나 **사실상 모회사의 취업규칙을 차용**하여 징계한 것을 두고 위법하다고 보기 어렵다고 판단함

【서울행정법원 2011. 1. 27. 선고 2010구합22955 판결<sup>140)</sup>】

“○ 원고 회사가 별도의 취업규칙 등을 제정하여 사용하지 아니하고, 한국○○○의 취업규칙을 그대로 차용하여 직원들에 대하여 적용하여 왔다면 위 취업규칙은 이미 원고 회사의 취업규칙 등이라고 보아야 한다. 원고 회사가 직접 취업규칙 등을 제정하지 아니하고 한국○○○의 취업규칙 등을 그대로 차용하여 왔다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없다.

○ 이 사건 규정에서는 상벌위원회 구성과 관련하여 제4조에서 징계대상사원의 부사장은 위원이 될 수 없다고만 규정하고 있을 뿐, 위원의 자격에 대하여 별다른 제한을 두고 있지 아니하는바, 한국○○○의 임원이 상벌위원회 위원으로 참여하여 A에 대한 징계여부를 심의·의결하였다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없다.

○ 원고 회사와 한국○○○은 모두 ○○○회사가 100%지분을 출자하여 설립한 회사로, 한국○○○의 대표이사가 원고 회사의 이사(대표자)를 겸하고 있는 점, 원고 회사의 공장장(대표자 이사를 제외한 원고의 최고 고위직이다)이 한국○○○의 제조물류본부장의 지사를 받아 근무하고 있는 점, 원고 회사는 한국○○○의 경영방침 및 인사규정에 따라 직원에 대한 급여, 복지, 그 밖의 근로조건 등과 관련한 업무를 처리하여 오고 있는 점, 원고 회사와 한국○○○은 공동으로 직원을 채용하여 온 점 등에 비추어 볼 때, 원고 회사와 한국○○○은 사실상 같은 회사라고 봄이 상당하다.

위와 같은 점에서 원고 회사가 한국○○○이 제정한 이 사건 규정을 차용하고, 이 사건 규정에 따라 상벌위원회의 의결을 거쳐 이 사건 근로자를 징계한 것은 징계절차상 위법하다고 볼 수 없다.

게다가, 단체협약이나 취업규칙에 피징계자에게 소명의 기회를 부여하여야 한다는 등의 징계절차를 규정하고 있지 아니한 경우에는 징계절차를 밟지 아니하고 해고하였다고 하더라도 그 징계를 위법하다고 할 수 없는바(대법원 1992. 3. 27. 선고 91다29071 판결 등 참조), 이러한 법리와 원고 회사 고유의 독자적인 징계규정이 없는 점에 비추어 보면, 엄00에 대한 징계절차가 위법하다고 보기 어렵다.”

### 1.3 징계절차 규정이 임의규정인 경우

가. 법원은 단체협약이나 취업규칙에서 ‘**심의에 필요하다고 인정되는 관계자의 의견을 청취할 수 있다**’는 규정만 있을 뿐 징계대상자에게 필요적으로 변명의 기회를 부여할 것을 규정하지 않은 경우, 변명의 기회를 부여하지 않았다고 해서 징계처분이 위법한 것은 아니라고 봄

140) 중노위는 원고 회사(A)가 징계절차 관련 취업규칙이 없음에도 한국○○○(B)이라는 회사의 취업규칙을 차용하여 한국○○○(B) 소속 임원들로 구성된 상벌위원회에서 A회사의 근로자를 징계 심의·의결한 것은 징계절차상 위법하다고 판정하였으나 행정법원에서 패소확정된 사건임

## 【대법원 1993. 7. 13. 선고 92다42774 판결】

“근로자를 징계함에 있어서는 사전에 징계대상자에게 이를 통지하여 변명할 기회를 주어야 하는 것이 원칙이지만, 단체협약이나 취업규칙 등에 징계절차에서 징계대상자에게 사전에 통고하거나 변명의 기회를 부여할 것을 명한 규정이 없는 경우에는 그와 같은 절차를 거치지 아니하고 징계를 하였다 하여 이것만 가지고서는 그 징계를 당연무효라고 할 수 없을 것이다 (대법원 1991.4.9. 선고 90다카27042 판결, 1992.4.14 선고 91다4775 판결, 1992.10.9. 선고 91다14406 판결 각 참조).

그런데 원심이 인정한 사실에 의하면, 피고회사의 상벌위원회 운영규정은 그 제7조에서 위원회의 심의상 필요하다고 인정되는 관계자를 위원회에 출석시켜 의견을 청취할 수 있다고 규정하였을 뿐 징계대상자에게 필요적으로 변명의 기회를 부여할 것을 명하고 있지는 않다는 것인바, 이와 같이 변명의 기회를 필요적인 것으로 규정하지 아니하였다고 하여 그 규정이 무효라고 할 수 없을 것이고, 또 전국○○○노동조합연맹 ○○교통버스노동조합규약에 이와 다른 규정이 있다 하더라도 이 규약은 피고회사가 노동조합원을 징계하는 절차에 적용될 수 있는 것은 아니다.

소론이 지적하는 판례는 이 사건에 적절하다고 할 수 없다.

따라서 피고회사가 원고들에 대한 징계절차에 있어서 상벌위원회의 개최를 통지하지 아니하고 변명의 기회를 부여하지 아니하였다고 하여 이것만 가지고 그 징계절차가 위법하다고 할 수 없다는 원심의 판단도 옳고, 이를 다투는 논지도 이유 없다.”

나. 법원은 취업규칙 등에 ‘당사자에게 구두 또는 서면으로 소명할 기회를 부여할 수 있다’는 규정만 있는 경우 **소명기회 부여 여부는 재량사항**이지만 **소명기회를 부여하지 못할 정도로 장소적·시간적으로 급박한 사정이 없었다면 소명기회를 부여하지 않은 채 해고를 한 것은 징계권 남용**이라고 봄

【서울고등법원 2005. 10. 12. 선고 2005누10769, 10776 판결<sup>141)</sup>】

“(나) 다음으로 소명기회 제공 부분에 관하여 보건대, 참가인의 취업규칙 제82조 제2항에 의하면 직원의 징계 시에는 당사자에게 구두 또는 서면으로 소명할 기회를 부여할 수 있다고 규정되어 있는데 참가인이 이 사건 해고를 함에 있어 원고들에게 소명의 기회를 부여하였음을 인정할 증거가 없다.

그런데 취업규칙에 의하면 소명의 기회 부여가 문언상 임의규정으로 되어 있어 피징계자에게 소명의 기회를 부여할 것인지의 여부는 인사위원회의 재량사항이라고 보이기는 하지만, 피징계자에게 소명의 기회를 부여하는 것은 징계과정에서 당사자에게 변명을 하도록 하고 유리한 입증기회를 보장함으로써 객관적 진실을 규명하고 징계처분의 절차적 정당성을 확보한다는 중요한 의미를 가진다고 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 피징계자에 대한 소명의 기회는 보장되어야 할 것인데 이 사건의 경우 원고들에게 소명의 기회를 부여하지 못할 정도로 장소적, 시간적으로 급박한 사정이 있었다고 보이지 아니한 점에 비추어 참가인 이사회 및 운영위원회가 원고들에게 소명의 기회를 부여하지 아니한 채 이 사건 해고를 한 것은 징계절차의 재량권을 남용한 것으로서 중대한 위법이 있다고 할 것이다.

(3) 따라서, 이 사건 해고는 징계절차상 중대한 위법이 있어 효력이 없다고 할 것이므로, 그 징계사유의 존부에 대하여는 나아가 판단할 필요 없이 이 사건 해고가 정당하다고 판단한 이 사건 재심판정은 위법하다고 할 것이다.”

【서울행정법원 2013. 6. 11. 선고 2012구합42120 판결】

“징계절차와 관련하여 원고의 취업규칙 제73조는 인사위원회 소집요청자는 해당 종업원의 감봉 및 해고 조치가 필요하다고 판단될 때에는 최소 3일 전에 회의소집 요청서를 제출하여야 하고(제1호), 징계사유가 있는 직원을 불러 해명할 기회를 줄 수 있다(제2호)고 규정하고 있는바, 위 인정 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고가 2012. 4. 6. 대의원총회에서 참가인들을 포함하여 신임 대표인 이○○의 근무지시에 불응하는 직원을 해고하기로 하면서 이를 위한 인사위원회의 소집공고를 생략하기로 한 점, ② 그에 따라 원고는 이를 뒤인 같은 달 6일 인사위원회를 개최하면서 위 규정에서 정한 회의소집요청서를 제출하지 아니한 점, ③ 또한 원고가 사전에 참가인들에게 징계사유와 인사위원회의 개최 사실을 통지하지 아니하여 참가인들이 인사위원회에 출석하여 해명할 기회를 부여받지 못한 점, ④ 원고의 취업규칙 제73조 제2호가 징계혐의자에게 해명의 기회를 줄지를 재량사항으로 규정하고 있지만, 징계혐의자에게 변명의 기회를 주는 것은 그에게 입증의 기회를 제공함으로써 객관적 진실을 규명하고 징계처분의 절차적 정당성을 확보하기 위해서이므로 특별한 사정이 없으면 보장되어야 할 절차라고 봄이 타당한 점, ⑤ 원고가 참가인들에게 해명할 기회를 줄 수 없었던 긴급한 사정이 없었던 점 등에 비추어 보면, 원고가 징계절차와 관련한 취업규칙의 규정을 위반하여 회의소집요청서의 제출 없이 인사위원회를 개최하고 그 인사위원회에서 참가인들에게 해명할 기회를 주지 아니한 채 행한 이 사건 각 해고는 징계절차의 재량권을 남용한 것으로 위법하다.”

#### 1.4 징계절차를 규정한 단체협약의 유효기간이 경과된 경우

가. 법원은 단체협약 실효 후 징계절차에 관한 단체협약이 적법하게 개정되었다면 비록 종전보다 불리한 내용이라 할지라도 新 단체협약이 적용되고 舊 단체협약에 의하면 징계절차 위반이었던 것이 변경된 규정에 의해 치유될 수 있다고 봄

【대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다70336 판결】

“원심은, 비록 원고들의 요구에 의하여 개최된 2007. 2. 28.자 징계재심위원회에서 원고들에 대한 징계를 확정하는 재심결의가 이루어진 바 있으나, 원고들에 대한 당초의 징계위원회는 구

141) 1심 판결(서울행정법원 2005. 5. 3. 선고 2004구합18689, 18702(병합) 판결), 동 사건은 대법원(대법원 2006. 2. 24.자 2005두14806 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

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 5인만이 참석한 상태에서 진행되었기는 하나, 2007. 1. 1.부터 효력이 발생한 신 단체협약에 의하면 징계재심위원회는 총장이 임명하는 대학 측 5인과 노동조합 측 4인의 위원으로 구성하며 재직위원 과반수의 출석에 출석위원 과반수의 찬성으로 결의하게 되어 있었기에 노동조합 측 재심위원이 불참하였다고 하여 위 징계재심위원회의 개최나 진행에 어떠한 하자가 있다고 할 수 없으므로, 원심이 지적한 사정만으로는 위 징계재심위원회의 개최와 재심결의에 의하여 원래의 징계절차상의 하자가 치유되지 않는다고 볼 수는 없다 할 것이다. 그러므로 이에 관한 원심의 앞서 본 판단에는 징계절차상의 하자의 치유에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.”

## 2. 소명(변명)기회 부여 관련 판례

2.1 법원은 사용자가 이미 정해진 징계사유에 대하여 노동위원회 판정에 따라 징계양정만 다시 정하기 위하여 징계위원회를 개최하는 경우에는 별도로 소명기회를 부여하지 않았다 하더라도 적법하다고 봄

【서울고등법원 2007. 6. 26. 선고 2006누26075 판결<sup>142)</sup>】

“사용자가 징계관련 규정에 근로자에 대한 징계의결 시 피징계자에게 징계사유에 대한 소명의 기회를 부여 하도록 규정하고 있는 경우 그 취지는 징계의결요구 그 자체로 피징계자는 상당한 불이익을 입을 수밖에 없으므로 피징계자에게 변명의 기회를 주고 징계사유가 객관적으로 소명된 상태에서 징계의결 요구가 이루어지도록 함에 있다 할 것인바, 앞서 본 바에 의하면, 이 사건 징계는 근로자에 대한 사용자 조합의 최초 징계처분사유 중 노동위원회의 판정에 따라 징계사유로 인정된 2003. 8. 4.자 근무지 이탈의 점에 대한 징계양정을 다시 정한 것에 불과하고, 새로이 징계사유를 추가하는 등 새로운 징계절차라고 보기 어려워 이 과정에서 근로자에게 별도의 소명의 기회를 부여하지 아니하였다 하더라도 그러한 사정만으로 사용자 조합의 징계절차에 징계처분의 취소사유에 해당할 만한 절차상의 하자가 있다 할 수 없고, 또한 징계대상자인

근로자의 방어권 행사에 어떠한 지장이 있었다고는 보이지 아니하므로, 이 사건 징계절차에 하자가 있었다는 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.”

2.2 법원은 단체협약에서 당사자에게 징계사유와 관련한 **소명기회를 주도록 규정하고 있는 경우에는 그 대상자에게 그 기회를 제공하면 되는 것이고 소명 그 자체가 반드시 이루어져야 하는 것은 아니라고 봄**

【서울고등법원 2013. 1. 17. 선고 2012누19375 판결<sup>143)</sup>】

“단체협약에서 당사자에게 징계사유와 관련한 소명기회를 주도록 규정하고 있는 경우에도 그 대상자에게 그 기회를 제공하면 되는 것이고 소명 그 자체가 반드시 이루어져야 하는 것은 아니다(대법원 2007. 12. 27 선고 2007다51758 판결). 앞서 인정한 사실에 의하여 알 수 있는 다음의 각 사정 즉, ① 참가인은 이 사건 재심징계위원회 개최 3일 전인 2010. 12. 20 원고들에게는 문자메시지를 발송하고 이 사건 노동조합에는 공문을 발송하여 2010. 12. 21.까지 재심사유 및 소명사항을 제출하여 달라고 요구하였고, 그럼에도 원고들은 재심사유 및 소명사항을 제출하지 않은 점, ② 원고들은 이 사건 재심징계위원회 개최 당시 정문에서 집회를 마친 후 사무복지동 3층까지 계단을 통하여 올라갔다(원고들 중 일부는 X자가 표시 된 마스크를 쓰고 있었다), 3층 방화문이 잠겨 있자 사진 촬영만 한 후 돌아 나갔으며, 이후 L에게 연락하거나 참가인 소속 인사담당 직원들에게 문의한 바 없고 또한 엘리베이터를 이용하여 징계위원회 개최 장소인 3층으로 이동하려고 하지 않는 등 이 사건 재심 징계위원회에 출석하기 위한 시도를 전혀 하지 않은 점, ③ 원고들은 이 사건 재심 징계위원회 개최 이전에 이미 수차례 소명 요청을 받았으나 이에 응하지 않았고, 이 사건 초심 징계위원회에 출석하였을 때에도 이 사건 초심 징계위원회를 인정할 수 없다는 말만 하고 실질적인 소명은 하지 않았던 점 등을 고려하면, 비록 참가인이 원고들의 출석을 적극적으로 안내하거나 독려하지 않았고 조○○ 대표이사가 이 사건 재심 징계위원회 당시 징계대상자들을 부를 필요가 없다는 취지의 말을 하였다고 하더라도, 참가인은 원고들에게 이 사건 재심 징계위원회에서도 소명할 기회는 부여하였으나 원고들이 소명하지 아니하거나 소명 자체를 요구하지 않았다고 봄이 타당하다. 따라서 소명기회 부여와 관련하여 이 사건 재심 징계위원회의 절차에 위법이 있다고 할 수 없다.”

2.3 법원은 인사위원회에서 징계대상자가 소명자료를 읽는 중, 위원장이 **일부 확인된 진술이라는 이유로 이를 제지하는 것은 소명기회를 박탈하는 것으로 볼 수 없다고 판단함**

142) 1심 판결(서울행정법원 2006. 10. 13. 선고 2006구합4653 판결)을 인용함

143) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3351 판결로 확정됨



【서울고등법원 2011. 6. 9. 선고 2010누36642 판결<sup>144)</sup>】

“참가인 조합은 징계의결사항을 의결할 때에는 해당 징계대상자를 인사위원회에 출석시켜 소명할 기회를 부여해야 한다는 규정(회원조합징계변상업무처리준칙 제27조 제1항)을 두고 있는 사실, 원고가 참가인 조합의 인사위원회 위원들에게 사전에 징계사유에 관한 자신의 해명을 담은 소명서를 배포하였는데 이는 원고가 ○○중앙회 감사팀에 제출한 소명자료, 재심판정시에 제출한 자료와 동일하였던 사실, 원고는 인사위원회에 출석하여 소명서를 상당부분 읽어 나가자 위원장은 기존에 배포한 자료 외에 새로운 내용을 말하라고 하면서 원고의 낭독을 제지하였던 사실, 그러나 일부 위원들이 원고에게 기회를 주자고 하여 원고는 이어서 소명서의 중요부분에 대하여 설명하였던 사실, 당시 인사위원회 의결기록부에 의하면 인사위원 중 1인이 원고에게 징계사유의 발생 경위에 관하여 질문하고 원고는 이에 대하여 대답한 것으로 기재되어 있는데, 그 내용은 원고로부터 직접 들은 것이 아니면 알 수 없는 것으로 임의로 기재된 것이라고 할 수 없고, 참가인 조합이 의결기록에 그와 같은 애용을 허위로 기재할 이유는 없어 보이며 달리 이를 허위로 기재하였다고 할 정황도 찾을 수 없는 사실, 원고 스스로도 중노위 재심과정에서 소명서의 3분의 1 가량을 읽었다고 진술하였던 사실 등을 인정할 수 있다.

이러한 사실들에 의하면, 설령 참가인 조합의 인사위원회 위원장이 원고의 진술을 일부 제한하였다고 하더라도 이는 위원회 진행의 효율성을 위한 조치에 불과하다고 할 것이므로, 참가인 조합은 징계대상자인 원고에게 징계사유와 관련한 소명기회를 주었다고 할 것이다.”

2.4 법원은 인사발령이 징계의 종류로서 규정되어 있지 않다면 비록 징계로서의 성격이 있거나 불이익한 처분에 해당한다고 할지라도 신의칙을 이유로 징계절차에 준하여 인사발령사유에 대한 근로자의 의견을 묻는 절차를 반드시 거쳐야 하는 것은 아니라고 봄

【대법원 2015. 8. 27. 선고 2012두10666 판결<sup>145)</sup>】

“5) 원고의 단체협약 제41조의2는 징계의 종류를 ‘경고, 견책, 승무정지, 정직, 징계해고’로 정하면서 ‘사고자에 대한 차량인사는 단위사업장 노사합의로 한다’라고 규정하고 있고, 원고의 승무직사원 징계처분 규정 제8조는 징계의 종류를 ‘해고, 정직, 승무정지, 변상, 감봉, 견책, 경고’로 정하고 있다. 또한 원고의 단체협약 제41조와 승무직사원 징계처분 규정 제6조는 징계 처분을 위해서는 징계위원회를 개최하여야 하고, 대상자에게 징계사유 등을 사전에 통보하고 소명의 기회를 부여하여야 한다고 규정하고 있다.

6) 원고는 참가인들에게 이 사건 인사발령을 통보하면서 인사발령의 사유에 대하여 설명하였으나, 단체협약에서 정한 징계절차를 거치지 않았고, 사전에 참가인들에게 인사발령의 사유에 대하여 의견을 묻는 절차도 거치지 않았다.

나. 위와 같은 사실관계 및 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고의 단체

144) 동 사건은 대법원(대법원 2011.10.13.자 2011두18342판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

협약과 승무직사원 징계처분 규정은 징계의 종류를 ‘경고, 견책, 승무정지, 정직, 징계해고’ 또는 ‘견책, 감금, 출근정지, 정직, 승급의 유보, 해고’로 규정하고 있을 뿐 예비기사로의 발령을 징계의 종류로 규정하고 있지 않은 점, ② 단체협약 제41조의 2가 ‘사고자에 대한 차량인사는 단위사업장 노사합의로 한다’라고 규정하고 있으나, 이는 노사합의에 따라 사고자에 대한 차량인사를 징계의 대상으로 할 수 있다는 취지로 보일 뿐이므로 위 규정만으로 예비기사로의 발령이 곧바로 징계 처분에 해당한다고 보기는 어려운 점, ③ 원고가 노사합의에 따라 제정한 이 사건 지침 또한 일정한 사유가 발생한 지정기사를 예비기사로 발령하도록 규정하고 있을 뿐 예비기사의 발령을 위해 징계절차나 근로자 본인의 의견을 듣는 절차 등 별도의 절차를 거치도록 규정하고 있지 않은 점 등을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 인사발령을 하기 위해 단체협약에서 정한 징계절차를 반드시 거쳐야 한다고 볼 수는 없다.”

### 3. 징계위원회 사전통지 관련 판례

#### 3.1 사전통지를 반드시 해야 하는지 여부

가. 법원은 사전통지가 의무조항으로 규정되어 있다면, 징계사유 내용이 객관적으로 명확하다거나, 징계대상자가 다른 절차에서 징계사유 정당성에 대한 주장을 했다거나, 구속 중이라 하더라도 이를 거치지 않은 징계처분은 위법하다고 봄

#### 【대법원 1992. 7. 28. 선고 92다14786 판결】

“단체협약 등에서 조합원의 징계 시에 사전통지와 진술권부여를 의무조항으로 규정하고 있다면 이는 징계의 객관성과 공정성을 확보하기 위한 것으로서 징계의 유효요건이라고 할 것이므로, 그 징계사유의 내용이 객관적으로 명확하다거나 징계대상자가 다른 절차에서 자신의 행위의 정당성을 이미 주장한 바 있다고 하여도 사전통지를 결한 이상 그 징계는 무효라고 할 것이고, 또 징계대상자가 구속 중이라고 하여도 서면 또는 대리인을 통하여 징계절차에서 변명을 하고 소명자료를 제출할 이익이 있는 것이므로 사전 통지를 하지 아니함으로써 이러한 기회가 박탈되었다면 그 해고는 효력이 없다고 볼 수밖에 없다.”

145) 동 사건은 파기 환송되어 고등법원(서울고등법원 2016. 1. 15. 선고 2015누1757 판결)에서 확정됨. 이 사건 원심(서울고등법원 2012. 4. 26. 선고 2011누38744판결)에서는 예비기사 인사발령이 징계의 종류 중 ‘경고’나 ‘견책’보다 불이익이 크다고 볼 수 있으므로 단체협약에서 정한 징계로서의 성격을 가지고 있거나 또는 불이익 처분에 해당한다는 이유로 단체협약 등에 따른 절차, 즉 사전통지, 소명기회 부여 등의 절차를 거쳐 징계위원회에서 징계하는 절차를 거쳐야 하는데, 이러한 절차를 거치지 않아 단체협약에 위배되어 무효라고 판결함. 또한 설령 징계절차를 전부 거칠 필요까지는 없더라도, 이 사건 인사발령은 징계로서의 성격이 있거나 불이익처분에 해당하므로 원고는 신의칙상 징계절차에 준하여 인사발령사유에 대한 근로자의 의견을 묻는 절차는 거쳐야 할 것인데, 이러한 절차를 거치지 않은 이 사건 인사발령은 재량권을 남용한 것으로 위법하다고 판단하였음

나. 법원은 사전통지가 의무조항으로 규정되어 있다면, 피징계자가 **다른 불법행위를 저지를 위험이 있다는 사정**만으로 이를 거치지 않은 징계처분이 정당화되는 것은 아니라고 봄

【대법원 1992. 9. 22. 선고 91다36123 판결】

“단체협약이나 취업규칙 등에서 징계대상자에게 징계사항을 통보하고 경위서를 징구하도록 규정한 취지는 징계대상자로 하여금 징계혐의사실에 대한 변명을 위하여 자신에게 이익되는 소명자료를 준비제출할 수 있는 기회를 보장하는 한편, 징계권자로 하여금 비위사실을 정확하게 파악하고 사건을 공정하게 처리하게 하려는데 있으므로 위와 같은 절차에 위반한 징계처분은 원칙적으로 무효이고, 징계사항의 통보시기에 관하여 특별한 규정이 없다고 하더라도 변명과 소명자료를 준비하기 위한 상당한 기간을 두고 통보하여야 하며, 징계대상자가 징계사유 외에 다른 불법행위를 저지를 위험이 있다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 점만으로 징계에서 당연히 밝아야 할 절차를 생략할 정당한 사유가 될 수는 없다 할 것이다.”

다. 법원은 사전통지가 의무조항으로 규정되어 있다면, 행방불명 등으로 통보 자체가 불가능한 경우가 아니고서는 피징계자가 **수사 당국으로부터 내사**를 받고 있다고 하여 사전통지를 생략할 수 없다고 봄

【대법원 1990.12.7. 선고 90다6095 판결】

“피고 회사의 징계위원회규정 제10조는 징계위원회 개최 시는 반드시 본인을 참석시켜 변명의 기회를 부여하되 본인의 변명이 회의진행을 저해하거나 특별한 사항에 대하여는 변명의 기회를 주지 않을 수 있다고 규정하고 있는바, 위 징계규정 제10조 소정의 본인의 변명이 회의진행을 저해하는 경우라 함은 징계위원회에 출석한 징계 대상자에게 변명의 기회를 주었으나 그의 변명이 내용상 징계혐의 사실과 무관하거나 불필요하게 장시간 계속되어 회의 진행을 방해하는 경우 또는 징계 대상자가 폭력으로 징계위원회의 진행을 방해하거나 방해할 우려가 있는 경우를 뜻한다고 할 것이고, 특별한 사항이라 함은 징계대상자가 행방불명되어 그에 대한 통보가 불가능하거나 징계 대상자가 출석통보를 받고서도 징계위원회에의 출석을 거부하는 등 부득이한 경우만을 의미한다고 해석할 것이고, 이 사건에서와 같이 징계 대상자인 원고가 징계위원회 개최 전에 징계혐의 사실의 존재나 취업규칙 위반의 점을 부인하고 있다거나 좌경 불순세력과의 연계 혐의에 대하여 수사당국으로부터 내사를 받고 있다는 사정은 위 단서에 해당한다고 할 수 없으므로 원고에게 위 징계위원회의 개최사실을 통보하지 아니한 채 이루어진 피고 회사의 원고에 대한 이 사건 징계해고는 그 절차에 있어서 위 징계위원회의 규정을 위반하여 한 것이므로 무효라고 판시하였다.”

라. 법원은 인사규정에서 **징계요구권자와 징계위원회가 구분된 경우**라면 징계위원회는 징계의결이 요청된 징계사유에 대해서만 심리·판단하여야 하고 징계사유를 근본적으로 수정하거나 징계의결 요구 이후에 발생한 사정 등을 징계사유로 추가하여 징계의결을 할 수 없는데, **징계위원회가 징계사유를 추가하면서 징계대상자에게 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 제대로 보장하지 못한 경우, 징계절차를 위반하였으므로 징계해고는 무효라고 봄**

【 대법원 2012 .1. 27. 선고 2010다100919 판결 】

“취업규칙 등의 징계규정에서, 근로자에게 일정한 징계사유가 있을 때 징계의결 요구권자가 먼저 징계사유를 들어 징계위원회에 징계의결 요구를 하고 그 징계의결 결과에 따라 징계처분을 하되 징계위원회는 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하고 이익되는 사실을 증명할 수 있도록 하며 징계의결을 하는 경우에는 징계의 원인이 된 사실 등을 명시한 징계의결서에 의하도록 규정하고 있을 경우, 징계위원회는 어디까지나 징계의결 요구권자에 의하여 징계의결이 요구된 징계사유를 심리대상으로 하여 그에 대하여만 심리·판단하여야 하고 징계의결이 요구된 징계사유를 근본적으로 수정하거나 징계의결 이후에 발생한 사정 등 그 밖의 징계사유를 추가하여 징계의결을 할 수는 없다(대법원 1984. 9. 25. 선고 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 친척장래 문제 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 피고로부터 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 중이라도 전혀 고지하지 않았으므로 원고가 음주상태로 징계위원회에 출석하게 된 경위에 대하여 답변하였다고 하여 이로써 원고가 징계사유에 대한 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여받았다고 할 수 없다. 이러한 징계절차를 위반하여 이루어진 이 사건 해임처분은 징계사유가 인정되는 여부와 관계없이 무효라고 보아야 할 것이다.

그런데도 원심이 이 사건 징계절차에 있어서 원고의 소명권이 침해되었다고 보기 어렵다고 판단한 것은 징계위원회의 의결권한의 범위와 징계대상자에 대한 사전통지 및 소명기회 부여 절차에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유는 이유 있다.”

### 3.2 사전통지의 상대방

법원은 출석통지서 송달 당시 가족들과 동거하지 아니하고 주소지나 본가에서 행방이 알려져 있지도 아니하였던 경우 통지서를 수령한 가족들이 실제로 그 취지를 본인에게 전달하였다는 등의 사정이 없는 한 적법한 통지가 있었다고 보기 어렵다고 판단함

제11장  
징계절차

#### 【대법원 1993. 5. 25. 선고 92누8699 판결】

“선정자 방○○, 강○○에 대한 부분에 관하여 보건대, 을 제33호증의 16 내지 21, 을 제34호증의 22, 24 내지 27의 각 기재 등에 의하면, 1989.7.25. 개최된 제9차 징계위원회 출석통지서는 위 선정자를 본인이 직접 수령하였으나 본인들이 징계위원회에 출석하거나 진술을 하지 아니한 사실, 그리고 1989. 8. 3. 개최된 선정자 방○옥에 대한 제10차 징계위원회 출석통지서는 위

선정자의 주소지인 대구 북구 비산○동 ○○○○의 ○○으로 우송되지 아니하고 본가인 경북 경산군 압량면 신대○동 ○○으로 우송되었으나 본인 장기출타로 반송되었고, 그 후 위 선정자가 근무하던 ○○○상업고등학교의 교장 등이 위 선정자에게 제10차 징계위원회 출석통지를 하기 위하여 본가와 주소지를 중심으로 위 선정자의 행방을 찾아보았으나 실패하고 본가를 방문하여 가족들에게 출석통지서를 교부하려고 하였던바, 가족들이 그 수령을 거부하므로 가족들에게 구두 통지만 하였으며, 다시 위 학교장이 본가로 제10차 징계위원회 출석통지서를 우송하여 그의 부인 소외 방○수가 이를 수령한 사실, 한편 1989. 8. 3. 개최된 선정자 강○주에 대한 제11차 징계위원회 출석통지서는 주소지인 경북 의성읍 중리 ○○○으로 우송되었는데 장기출타로 인하여 송달불능되었고, 그 후 위 선정자가 근무하던 ○○공업고등학교장 등이 그의 주소지를 중심으로 그 행방을 찾아 보았으나 실패하여 그 부모가 사는 제주도로 그 부모에게 전화 및 전보통지만을 하였던 사실, 그런데 위 선정자들은 그 이후에는 아무런 징계위원회 출석통지를 받지 못한 채 1989. 8. 12. 개최된 제13차 징계위원회에서 징계의결이 이루어진 사실을 인정할 수 있는바, 위 선정자들이 제2회 출석통지서 송달 당시 가족들과 동거하지 아니하고 주소지나 본가에서 행방이 알려져 있지도 아니하였던 점 등에 비추어 보면, 위 선정자들에 대한 제2회 징계위원회 출석통지는 이를 수령한 가족들이 실제로 그 취지를 선정자 본인들에게 전달하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 적법하게 이루어졌다고 할 수 없고, 위 선정자들이 제1회 출석통지서를 수령한 후 그 행방을 알 수 없게 되었다거나 가족들이 출석통지서의 수령을 거부하였다는 등의 사정만으로는 위 선정자들이 출석통지서의 수령을 거부하였다고 보기도 어렵다고 할 것이다.

그런데도 원심이 위 선정자들이 제2회 징계위원회 출석통지를 받고도 출석하지 아니하였거나 그 수령을 거부하였다고 인정한 것은 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였거나 증거 없이 사실을 인정한 위법이 있고, 이와 같은 위법은 판결에 영향을 미쳤다 하겠다. 이점을 지적하는 주장은 이유 있다.”

### 3.3 사전통지의 시기 및 방법

가. 법원은 단체협약에 징계위원회 개최 5일 전 또는 3일 전 등, 그 **통보시기를 규정해 놓은 경우, 그 규정에 위반하여 예정시기보다 늦게 한 통보는 위법하다고 봄**

#### 【대법원 1991. 11. 26. 선고 91다22070 판결】

“단체협약 제31조 (1)호가 조합원을 징계하고자 할 때에는 5일 전에 해당 조합원에게 서면으로 통보하여야 한다고 규정한 것은 해당 조합원으로 하여금 징계에 회부된 사유에 관한 변명이나 소명을 준비할 기회를 주어 징계권을 공정하고 합리적으로 행사하게 하고자 함에 있다고 볼 것이며, 따라서 여기에서 5일 전에 서면으로 통보하여야 한다 함은 그 서면이 5일 전에 해당 조합원에게 도달되어야 함을 의미하는 것으로 보는 것이 당연하다.

그러므로 징계를 받을 조합원에게 5일의 여유를 두지 아니하고 징계에 회부된 사실이 통보 되었을 경우 해당 조합원이 이에 대하여 이의를 제기하지 않고 소명을 하고 이를 문제삼지 아니한

경우라면 몰라도, 그렇지 아니하고 5일의 여유를 두지 아니하고 통보되었다고 이의를 제기한 경우 이를 묵살하고 징계를 강행하는 것은 위의 단체협약에 위배되는 것으로서 그 절차가 위법하다고 보아야 한다.”

【서울행정법원 2006. 7. 14. 선고 2005구합36257 판결】

“취업규칙에서 징계위원회의 의결을 거쳐 근로자에 대한 징계를 행하도록 하고, 회사가 징계 안건을 심의하고자 할 때는 징계대상자에게 징계위원회의 참석을 3일 전에 통보하여야 하며, 징계대상자는 징계위원회에 참석하여 진술 또는 서면으로 소명할 수 있다고 규정하고 있음에도 불구하고, 사용자가 근로자들에게 징계위원회가 개최되기 불과 3시간 전에 징계사유를 구체적으로 적시하지 아니한 채 출석통지를 한 것은 징계대상자에게 변명과 소명자료의 준비를 할 수 있을 정도의 시간적 여유를 두고 징계사유를 구체적으로 특정하여 실질적으로 변명의 기회를 부여하였다고 보기 어려워 부적법하다고 할 것이어서 이 사건 해고는 그 절차에 있어서도 정당성이 결여되었다 할 것이다.”

나. 법원은 재심 징계위원회 개최에 관한 통지가 단체협약상의 기간을 준수하지 않은 경우에도 징계대상자들이 징계사유를 충분히 알고 있었고, 스스로 재심을 신청 하였으며, 실제 개최일시까지 알았던 경우에는 징계대상자가 소명을 준비할 여유가 없을 정도로 촉박하게 이루어진 것으로 볼 수는 없으므로 통지기간의 부준수를 이유로 재심징계위원회에서 의결한 징계가 무효라고 할 수는 없다고 봄

【서울고등법원 2013. 1. 17. 선고 2012누19375 판결<sup>146)</sup>】

“이 사건 단체협약 제23조 제3항은 징계위원회의 개최는 7일전까지 징계혐의자에게 통보하도록 규정하고 있음에도 참가인이 2010. 12. 22. 이 사건 재심 징계위원회의 개최 예정 사실 및 일시를 통보한 사실은 앞서 인정한 바와 같다. 그러나 위 인정사실 및 을나 제21-26, 31호증(각 가지번호 포함)의 각 기재에 의하여 알 수 있는 다음의 각 사정, 즉 ① 참가인은 원고들에게 여러 차례 징계절차가 진행될 예정임을 통지하였고, 원고들이 수차례 징계위원회에 불출석하는 등의 이유로 징계위원회의 의결이 계속 보류되어 원고들로서는 이 사건 징계사유를 충분히 알고 있었을 것으로 보이고 그에 대한 반론을 준비할 시간도 충분하였던 점, ② 또한 참가인은 이 사건 초심 징계위원회 개최 7일 이전인 2010. 12. 8. 이 사건 초심 징계위원회의 개최를 공고함과 동시에 원고들에게 징계사유를 통지하면서 소명의 기회를 부여하였고, 원고들은 이 사건 초심 징계위원회에 참석하였으며 이후 스스로 재심을 신청하였던 점, ③ 참가인은 이 사건 재심 징계위원회 개최 3일전인 2010. 12. 20. 원고들에게는 문자메시지를 발송하고 이 사건 노동조합에는 공문을 발송하여 2010. 12. 21.까지 재심사유 및 소명사항을 제출하여 달라고 요구한 점, ④ 참가인은

2010. 12. 22. 이 사건 노동조합에 이 사건 재심 징계위원회의 개최 예정 사실 및 일시를 통보하였고, 같은 날 이 사건 재심 징계위원회의 개최 일시, 장소, 목적 등을 공고하면서 재심사유 등을 재심 징계위원회 개최 전일까지 제출하도록 알린 점, ⑤ 원고들이 이 사건 재심 징계위원회 당시 개최 장소인 회의실의 복도로 통하는 방화문 앞까지 왔다가 돌아간 점 등을 고려하면, 비록 이 사건 재심 징계위원회 개최에 관한 통지가 개최 7일 전까지 이루어지지 않았어도, 그 통지가 원고들이 소명을 준비할 여유가 없을 정도로 촉박하게 이루어진 것으로 볼 수는 없으므로, 재심 통지기간의 부준수를 이유로 이 사건 징계가 무효라고 할 수는 없다.”

다. 법원은 변명기회를 부여한다는 규정은 있으나, 그 사전통지 시기에 관한 규정은 없는 경우, **상당한 기간**을 두고 징계위원회의 개최일시와 장소를 통보해야 하므로 **1시간 50분 전 또는 30분 전 등에 한 통보**는 상당한 기간이 아니므로 그 절차상 중대한 하자가 있다고 봄

【 대법원 1991. 7. 23. 선고 91다13731 판결 】

“사용자 회사의 취업규칙에 의하면 인사위원회에서 징계의결을 함에 있어서는 징계대상자에게 인사위원회에 출석하여 변명할 기회를 부여하도록 규정되어 있는데도 사용자 회사의 인사위원회는 인천지점에 근무하는 근로자들에게 1988. 10. 26. 10:20 사용자 회사 안양 본사에서 위 근로자들에 대한 징계의결을 위한 인사위원회를 개최하니 출석하라는 내용의 출석통지서를 같은 달 24. 우편으로 발송하여 같은 달 26. 08:30경에야 위 근로자들에게 도달되었다는 것인바,

이에 의하면, 위 근로자들은 인사위원회가 개최되기 불과 1시간 50분 전에 출석통지를 수령한 것이 되어 인천에서 안양까지 가서 개최시간에 맞추어 인사위원회에 출석한다는 것이 사실상 어려웠다고 보여질 뿐 아니라, 가사 출석이 가능하였다고 하더라도 징계대상자에게 인사위원회에 출석하여 변명할 기회를 부여한 위 취업규칙의 규정취지에 비추어 인사위원회의 개최통지는 징계대상자에게 변명과 소명자료의 준비를 할 수 있을 정도의 시간적 여유를 두고 고지되어야 하고 이러한 시간적 여유를 둬서 없이 촉박하게 고지된 경우에는 실질적으로 변명의 기회를 부여하지 않은 것과 같아서 부적법하다고 보아야 할 것이다.”

라. 법원은 변명과 소명자료를 준비할 시간적 여유가 없을 정도로 촉박한 것이 아니라면 **징계위원회 개최 1, 2일 전에 한 사전통보**도 상당한 기간 내에 한 통보로서 적법하다고 봄

146) 동 사건은 대법원(대법원 2015.5.28. 선고2013두3351 판결)에서 확정됨



## 【대법원 2006. 6. 15. 선고 2003두5600 판결】

“이 사건 사용자의 상벌규정에는 인사위원회에서 비위사실을 심의할 때에는 징계혐의자 본인을 출석하게 하여 진술을 들어야 하고, 징계혐의자에 대한 출석통지는 출석통지서에 의하며, 직접 송부하는 것이 주소불명 기타 사유로 곤란하다고 인정되는 경우에는 징계혐의자의 소속 부서장에게 송부하되 이 경우에 소속 부서장은 지체 없이 징계혐의자에게 이를 교부해야 하고, 징계혐의자가 진술포기서 및 정당한 불참사유서를 제출하지 아니하고 인사위원회에 불참하였을 때에는 출석을 원하지 않는 것으로 보아 서면심사만으로 징계의결을 할 수 있다고 규정하고 있는 사실,

사용자는 담당업무소홀, 근무태도불량 등을 이유로 위 근로자를 징계하기로 하고 인사위원회 개최시기를 2001. 3. 30. 14:00로 정한 사실, 사용자는 2001. 3. 29.에 단체협약 제38조 제2항에 따라서 노조 측에 인사위원회 개최사실을 알리는 한편, 같은 날 위 근로자에게도 출석통지서를 전달하려고 하였으나, 위 근로자가 다음 날인 3. 30. 1일간의 휴가를 일방적으로 신청한 상태에서 무단외출을 하여 버린 것을 알게 된 사실,

총무과장인 정○○는 3. 29. 16:00경 전화로 위 근로자에게 징계사유 및 인사위원회 개최사실을 알리고 출석하도록 통보를 하였는데, 이에 대해서 위 근로자는 인사위원회에 참석할 뜻이 없음을 밝힌 사실, 이에 따라 총무과장 정○○는 출석통지서를 소속 부서장에게 교부하였고, 소속 부서장은 3. 29. 19:30경 근로자의 가족들에게 이를 전달한 사실, 3. 30. 14:00에 개최된 인사위원회에서는 근로자의 출석 없이 해임을 결의한 사실을 알 수 있는 바,

그렇다면, 근로자는 자신에 대한 징계사유를 잘 알고 있음에도 스스로 변명의 기회를 포기하였고, 사용자의 상벌규정에는 출석통지의 시기에 관한 제한이 없으며, 총무과장 정○○가 위 근로자에게 비록 전화로 인사위원회 개최사실을 알렸으나 이에 대해서 위 근로자의 이의가 없었던 사정까지 더하여 보면, 인사위원회 개최 하루 전에 출석통지를 하였다고 하더라도 그것이 변명과 소명자료를 준비할 시간적 여유가 없을 정도로 촉박한 것이어서 부적법한 통지라고는 볼 수 없다.”

## 【대법원 1992. 5. 12. 선고 91다27518 판결】

“단체협약이나 취업규칙에 조합원에게 징계를 주고자 할 때에는 피징계자에게 변론의 기회를 주어야 한다고 규정하고 있을 뿐 그 통보의 시기와 방법에 관하여는 특별한 규정이 없다 하더라도 피징계자에게 변명과 소명자료를 준비할 만한 상당한 기간을 두고 징계위원회의 개최일시와 장소를 통보하여야 하지만, 위 1988. 6. 4.자 통보(징계위원회 개최 2일전)는 피징계자인 근로자가 변명과 소명자료를 준비할 만한 상당한 기간을 두고 이루어진 것이라고 할 것이다.”

마. 법원은 인사위원회 출석통보서가 전달되지 않았으나, 사내계시판 등을 통해 피징계자가 징계사유를 인식하고 인사위원회에 출석한 경우, 출석통보서가 교부된 것으로 봄

【서울고등법원 2012. 11. 15. 선고 2012누10668 판결<sup>147)</sup>】

“① 원고의 직원이 인사위원회 개최 공문을 사내 게시판에 게시하였고, 한편 참가인을 만나지 못하여 경리와 사무실 출입문 틈과 경리와 우편함에 인사위원회 출석통보서를 놓아두었던 점, ② 총무팀장 박○가 총무과 사무실에 온 참가인에게 출석통보서를 교부하려 하였으나 참가인이 이를 받지 아니하고 그대로 나가버린 점, ③ 2011. 1. 4.경 참가인과 원고의 직원 사이의 대화 내용 및 참가인의 규정집 복사 등에 비추어 참가인이 이미 징계사유를 알고 있었던 것으로 보이는 점, ④ 참가인이 2011. 1. 10. 인사위원회에 출석한 점 등을 고려하면, 참가인에게 출석통보서가 교부된 것으로 봄이 타당하고, 현실적으로 위 출석통보서가 참가인에게 전달되지 않았다는 점만을 들어 이 사건 징계절차가 위법하다고 볼 수는 없다.”

## 3.4 사전통지 시 혐의사실 고지의 구체성 정도

가. 법원은 징계대상자에게 사전 출석통지를 하면서 그 징계사유를 ‘취업규칙 제○○조, 제○○조의 각 위반’으로 명시하여, 근로자가 이에 대해 이의 제기를 하며 구체적으로 명시해 줄 것을 요구하였음에도 불구하고, 그대로 징계위원회를 개최하였다면 중대한 절차상 하자가 존재한다고 봄

【서울고등법원 2012. 11. 15. 선고 2012누10668 판결<sup>148)</sup>】

“사용자가 근로자에게 징계위원회 출석통지를 하면서 그 징계사유에 관하여 취업규칙 제12조, 제13조, 제57조, 제60조의 각 위반으로 명시하였을 뿐 구체적인 내용을 기재하지 아니하였고, 징계결과를 통지하면서도 그 징계사유에 관하여 아무런 명시를 하지 아니하였는바, 취업규칙 제12조에는 사용자 회사의 직원으로서 준수해야 할 복무의 기본원칙이 추상적이고 포괄적인 내용으로 기재되어 있고, 제13조, 제57조 및 제60조에는 직원으로서 금지되는 행위, 사용자 회사의 해고사유 및 징계사유가 모두 열거되어 있는 것이어서 이들 조항의 적시만으로는 징계사유를 특정하여 통보하였다고 볼 수 없다.”

나. 법원은 징계혐의 사실의 고지에 관한 규정이 없다면 징계혐의 사실을 구체적으로 고지하지 않고, 어느 정도 축약적으로 고지하는 것은 적법하다고 봄

## 【대법원 2004. 1. 29. 선고 2001다6800 판결】

“취업규칙 등에 징계대상자에게 미리 징계혐의 사실을 고지하여야 한다는 취지의 규정이 있는 경우에는 이러한 절차를 거치지 아니한 징계처분을 유효하다고 할 수 없을 것이지만, 그러한

147) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 14.자 2012두27275 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

148) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 3. 14.자 2012두27275 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

규정이 없는 경우에는 사용자가 반드시 징계대상자에게 징계혐의 사실을 구체적으로 고지하여 줄 의무가 있는 것이 아니라고 할 것이다(대법원 1992. 9. 25. 선고 92다18542 판결, 대법원 1995. 2. 3. 선고 94다17758 판결 등).

원심은, 사용자 회사의 취업규칙 및 인사관리규정에 징계혐의 사실의 고지에 관한 규정이 없는 이상, 사용자 회사가 근로자에게 징계통보를 할 당시 징계사유에 관하여 단지 “직장질서 문란”이라고만 고지하고, 미리 근로자의 징계혐의 사실을 구체적으로 밝히지 아니하였다고 하여 이로써 이 사건 징계처분의 절차상 어떠한 하자가 있다고 볼 수는 없다는 이유로 근로자의 징계절차상의 위 하자 주장을 배척하였는바, 원심의 위 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 징계절차상의 하자에 관한 법리오해의 위법이 없다.”

【서울고등법원 2007. 11. 1. 선고 2007누13571 판결】

“비록 사용자가 근로자에게 이 사건 징계위원회의 개최를 통지하면서 징계사유를 일일이 자세히 특정하여 명시하지는 아니하였다고 하더라도, 위 징계사유는 모두 이 사건 징계행위 당시에 발생한 것들로서 그 내용이 상당히 장황하므로 이를 이 사건 쟁의행위와 관련지어 어느 정도 축약적으로 표현하는 것은 구체성을 해하지 아니할 뿐만 아니라 부득이하다고 보이는 점, 근로자는 위 통지 당시 위 징계사유에 대하여 장기간 형사재판을 받아 오던 중이었으므로 위 징계사유의 구체적 내용에 관하여 충분히 알고 있었을 것으로 보이는 점 등을 감안할 때, 사용자가 앞에서 본 바와 같이 징계사유를 ‘근로자가 이 사건 쟁의행위 기간 중 행한 불복종, 무단결근·이탈, 회사 자산 손상, 폭행·협박 등 비행, 불법점거, 업무방해, 안전규칙 위반 등’과 같이 특정한 것은 징계사유를 구체적으로 명시한 것이라고 봄이 상당하고, 또한 사용자가 근로자에게 징계사유를 구체적으로 명시하고 소명기회를 부여한 이상, 근로자가 사용자에게 징계사유의 구체적인 명시를 요구하며 이 사건 징계위원회에 참석하지 아니한 것을 가지고 이 사건 징계위원회가 위법하게 개최되었다고 할 수는 없으므로, 이 사건 해고에 징계절차상의 하자가 있다고 할 수는 없다.”

다. 법원은 소명기회 부여에 관한 규정이 있음에도 향후 징계절차가 진행 될 예정이라는 것만을 전달하였을 뿐, 구체적인 징계위원회 개최 일시 및 장소, 징계사유 등을 통지하지 않은 것은 위법하다고 봄

【서울고등법원 2012. 4. 6. 선고 2011누36342 판결】

“참가인은 원고에 대한 이 사건 징계사유가 인정된다는 이유로 2010. 6. 8. 17:00경 참가인의 회의실에서 이 사건 인사위원회를 개최하여 이 사건 해고를 의결한 후 같은 날 참가인 이사장의 결재를 받아 그 무렵 원고에게 이를 통보하였을 뿐, 이 사건 인사위원회를 개최하기 이전에 원고에 대하여 인사위원회에 출석하여 진술하거나 소명자료를 제출하도록 요구하는 등으로 변명의 기회를 부여한 바는 없다.

김○○ 이사가 이 사건 해고 이전에 원고의 진료실을 2회 방문하여 장차 인사위원회에서

원고에 대한 해고가 의결될 수 있음을 고지하고 원고로부터 퇴직조건과 관련한 메모지를 받은 사실은 앞서 본 바와 같으나, 김○○ 이사는 위 각 방문 당시 원고에게 징계사유가 무엇인지조차 고지하지 아니하였다. 따라서 김○○ 이사가 원고를 만나 해고 의결의 가능성을 고지하였다는 사정만으로는 원고에게 징계사유에 대한 변명의 기회가 제공되었다고 보기 어렵다. 뿐만 아니라 원고가 이 사건 해고 통보를 받은 때로부터 상당기간이 지난 후에야 비로소 이 사건 해고의 효력을 다투기 시작하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 원고가 이 사건 해고를 유효한 것으로 인정하였거나 그 절차상의 하자를 유효한 것으로 승인하였다고 단정할 수 없다.”

라. 법원은 징계의결 사유의 기재내용으로 **비위행위를 특정하지 않고 사전통지한 후 특정 사실관계를 징계사유로 삼는 것은 징계사유의 사전통지 및 소명기회 부여 절차를 거치지 않아 위법하다고 봄**

【서울고등법원 2014. 12. 17. 선고 2013누26325 판결<sup>149)</sup>】

“㉔ 근로자의 어떤 비위행위가 징계사유로 되어 있느냐 여부는 구체적인 자료들을 통하여 징계위원회 등에서 그것을 징계사유로 삼았는가 여부에 의하여 결정되어야 하는 것이지, 반드시 징계의결서나 징계처분서에 기재된 취업규칙이나 징계규정 소정의 징계근거 사유만으로 징계사유가 한정되는 것은 아니다(대법원 2009. 4. 9 선고 2008두22211 판결 참조).

㉕ 기초사실 및 위에서 든 각 증거, 갑 33호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 단체협약 제34조는 회사가 징계의결하고자 할 때에는 징계대상자에게 징계사유를 명시하여 사전 통보하고, 소명의 기회를 부여하도록 규정하고 있으나, 참가인은 원고 근로자의 이 사건 징계사유 ㉑에 대한 거듭된 특정 요청에도 불구하고 원고 근로자에게 “2011. 10. 12. ‘참○○’ 인터뷰를 통해 회사가 고의로 산재처리를 회피한 것처럼 주장하는 등 허위사실을 유포하였고, 2011. 10. 13. ‘All Kill ○○경영’이라는 제목하의 ‘참○○’ 기고를 통해 회사로 인해 그룹사 직원이 자살했다는 등의 허위사실을 유포하였다”는 내용의 비위행위만 특정하였을 뿐(이하 ‘특정된 비위행위’라 한다) 그 외에는 원고 근로자가 더 잘 알고 있으리라 생각된다거나 직접 확인하라고 회신하였는바, 이와 같은 회신으로는 특정된 비위행위 이외에 이 사건 징계사유 ㉑에 해당하는 비위행위를 특정할 수 없는 점, 징계의결서에는 이 사건 징계사유 ㉑과 관련하여 원고 근로자가 언론매체, 인터넷 및 집회 등을 통해 다수에 걸쳐 확인되지 않은 허위사실을 유포하였다고 기재되어 있으나, 참가인 인사위원회가 특정된 비위행위 이외에 다른 언론매체, 인터넷 및 집회 등을 통한 허위사실유포를 징계사유로 삼아 판단하였다고 인정할 아무런 증거가 없는 점, 이 사건 징계사유 ㉑과 관련하여 참가인은 서울지방노동위원회에서 2011. 10. 12.자 ‘참○○’ 기사, 2011. 10. 13.자 ‘참○○’ 기고문, 2011. 10. 15.자 ‘○○○뉴스’ 기사, 2011. 11. 9.자 ‘참○○’ 기사(이하 위 4건을 모두 합하여 ‘이 사건 대표기사’라 한다)만을 문제 삼았다가 중앙노동위원회에 제출한 재심이유서에서는 이 사건 대표기사 이외에 원고 근로자의 2011. 1. 18.자, 2011. 10. 6.자 각 개인 블로그 기고, 2011. 10. 28.자, 2011. 12. 9.자 각 ‘참○○’ 기사, 2011. 11. 9.자 ‘○○○뉴스’ 기사, 2011. 12. 5.자 ‘○○○투데이’ 기사, 2012. 2. 1.자 ‘○○

뉴스' 기사, 2012. 2. 1.자 '○○데이' 기사의 보도를 구체적 징계사유로 주장하였고, 이 사건 소송에 와서는 원고 근로자가 언론매체에 허위사실을 수습 회 유포하였고, 그 중 이 사건 대표 기사가 대표적이라고 주장하고 있는바, 참가인 스스로도 이 사건 징계사유 ㉠에 해당하는 원고 근로자의 구체적 비위행위 범위를 특정하지 못하는 점 등을 종합하면, 이 사건 징계사유 ㉠은 특정된 비위행위만이 징계사유로 되어있다고 봄이 상당하다(이와 다르게 특정된 비위행위 이외의 비위행위가 이 사건 징계사유 ㉠에 포함되었다고 본다면 이 사건 징계처분은 단체협약 제34조에 반하여 원고 근로자에 대한 징계사유의 사전 통보 및 소명의 기회 부여 절차를 거치지 않아 위법하다고 할 것이다)."

## 4. 징계위원회 구성 관련 판례

### 4.1 징계위원회 구성 관련 규정이 있는 경우

가. 법원은 단체협약이나 취업규칙 등에 징계위원회가 별도로 규정되어 있음에도, 규정된 징계위원회에서 하지 않고 다른 기관 등(이사회 또는 다른 운영위원회 등)에서 징계를 결정하였다면 이는 절차상 중대한 하자로 무효라고 봄

【서울고등법원 2005. 10. 12. 선고 2005누10783 판결<sup>150)</sup>】

“사용자의 취업규칙 제82조 제1항에 의하면 직원의 징계는 인사위원회의 심의를 거쳐 사장의 재가를 받아야 한다고 규정하고 있고, 취업규칙 등에서 근로자를 징계하고자 할 때에 징계위원회의 의결을 거치도록 명하고 있는 경우, 이러한 절차를 거치지 아니한 징계처분은 원칙적으로 효력을 인정할 수 없다(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000두7605 판결).

물론, 주식회사의 경우 이사회는 회사의 업무집행에 관한 의사결정기관이고, 소규모 회사의 경우 이사회의 구성원과 인사위원회 혹은 징계위원회의 구성원이 상당부분 중복될 수 있기는 하지만, 대부분의 징계절차에서 이사회가 아닌 별도의 인사위원회 혹은 징계위원회의 심의, 결의를 거치도록 한 취지는 근로자의 징계와 같이 근로자의 권리와 의무에 영향을 미치는 사항은 업무관련기관과 독립된 별도의 기관으로 하여금 담당하게 하는 것이 공정한 징계절차가 담보되어 절차적 정당성이 확보된다는 점에 있으므로, 사용자가 이 사건 해고를 함에 있어 막연히 이사회 및 운영위원회를 개최하여 근로자를 징계한 것은 징계절차상 중대한 위법이 있다고 할 것이다.”

제11장  
징계절차

나. 법원은 하나의 징계사유가 서로 다른 두 종류의 인사위원회의 개최사유가 되는 경우, 징계에 대하여 항고할 수 있는 등 절차적 보장을 강화한 인사위원회를 거치지

149) 1심 판결(서울행정법원 2013. 8. 13. 선고 2012구합41493 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 4. 23.자 2015두240 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

150) 동 사건은 대법원(대법원 2006. 2. 24.자 2005두14820 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

않고 다른 하나의 인사위원회만의 결의를 거쳐 징계하는 것은 절차상의 하자에 해당한다고 봄

【서울고등법원 2012. 7. 13. 선고 2011누33275<sup>151)</sup>】

“참가인이 들고 있는 원고의 징계사유는 취업규칙 제75조 제1호(직무상의 의무를 위반하거나 또는 직무에 태만할 때), 제6호(근무태도 및 근무성적이 극히 불량할 때)이고, 취업규칙 제76조 제4호에서 징계의 종류 중 하나로 ‘해임’을 명시하고 있으면서도, 참가인은 이 사건 징계해임의 절차를 거침에 있어 인사관리규정 제23조 제3항에 근거하여 상임인사위원회의 결의에 따른 해임의 방법을 택한 것으로 보이나, 상임인사위원회(인사관리규정 제115조 제1호)는 인사관리규정 제123조 제1호의 각호의 규정에 비추어 볼 때 징계를 심사할 권한은 가지고 있지 아니한 것으로 보이고, 특별인사위원회의 일종인 징계심사위원회(인사관리규정 제115조 제2호 다목)가 원고를 포함한 3직급 이상의 직원의 징계를 심사할 권한을 가지는 것으로 보인다(인사관리규정 제123조 제2호 다목). 또한, 징계심사위원회에서의 징계처분에 대해서는 징계처분을 받은 자가 항고할 수 있는 등(인사관리규정 제97조제1항)절차적 보장을 강화하고 있다. 그렇다면, 비록 인사관리규정 제23조 제3항에 의거하여 상임인사위원회의 결의에 따른 해임의 방법을 취하더라도 징계심사위원회를 거치는 등의 징계절차가 부가적으로 요구된다고 할 것임에도 불구하고(원고의 비위사실과 징계 사유에 비추어 보면, 원고에게 변명의 기회가 부여되지 않더라도 해고가 당연시될 정도의 특별한 사유가 있는 것으로는 보이지 아니한다), 원고에 대하여 징계심사위원회에서의 징계절차를 거치지 아니한 이 사건 징계해임은 그 절차상 위법으로 효력이 없다.”

다. 법원은 사립학교 정관규정에 징계위원회를 5인으로 구성하되 이사의 수가 2분의 1을 초과할 수 없다고 규정되어 있는 경우, **이사 2인 이외에 일반직 징계위원이면서 이사의 지위를 가지고 있는 자가 포함된 경우**, 징계위원회 구성은 징계절차 위반에 해당한다고 봄

【서울고등법원 2007. 11. 27. 선고 2007누9091 판결<sup>152)</sup>】

“사립학교법 제62조 제1항은 “사립학교의 교원의 징계사건을 심의·의결하기 위하여 그 임면권자의 구분에 따라 학교법인·사립학교경영자 및 당해 학교에 교원징계위원회를 둔다”라고 규정하고, 제2항은 “제1항의 규정에 의한 교원징계위원회는 5인 이상 9인 이하의 위원으로 구성하되, 그 위원은 당해 학교의 교원 또는 학교법인의 이사 중에서 당해 학교법인 또는, 사립학교경영자가 임명한다. 다만, 학교법인인 경우에는 당해 학교법인의 이사인 위원의 수가 위원의 2분의 1을 초과할 수 없다.”라고 규정하고 있으며,

또한, 사용자 법인은 정관 제83조 제1항으로 일반직원의 징계에 관하여는 사립학교 교원에게 적용하는 규정을 준용하는 것으로 하면서, 정관 제55조에서 교원징계위원회를 5인의 위원으로

151) 동 사건은 대법원(대법원 2013. 7. 26. 선고 2012두18448 판결)에서 확정됨

조직하고(제1항), 교원징계위원회의 위원은 교원 또는 이사 중에서 이사회의 의결을 거쳐 이사장이 임명되되, 학교법인의 이사인 위원의 수가 위원의 2분의 1을 초과할 수 없다(제2항)고 규정하고 있는바,

학교법인의 징계위원 중에 이사의 수가 2분의 1을 초과할 수 없도록 한 위 법 규정 및 정관 규정은 일반직원 징계에 있어서 학교법인의 사용자 측에서 자신들의 편의에 의하여 일반직원을 쉽게 징계하는 것을 방지하여 징계에 있어서 객관성과 적정성을 도모하기 위한 목적을 가지는 것으로 보이는 사정을 고려해 볼 때, 사용자 법인이 위에서 인정한 바와 같이 일반직 징계위원으로 이사 2인과 교장 1인, 행정실 직원 1인을 선임하기는 하였으나, 교장인 류○○는 비록 교장의 자격에서 징계위원으로 선출된 것이더라도 이사의 자격도 아울러 보유하고 있는 이상 그 역시 이사인 징계위원으로 보아야 할 것이므로, 결국 사용자 법인의 일반직징계위원 구성은 위 법 및 정관 규정에 어긋나 위법하다고 할 것이다.”

라. 법원은 징계위원회의 구성과 관련하여, **당연직 위원이나 위원장이 징계대상자나 징계대상 행위의 피해자인 관계로 부득이하게 징계절차 규정을 위반하여 징계위원회를 구성한 경우에는 징계절차가 적법하다고 봄**

【대법원 1997. 12. 12. 선고 97누3637 판결】

“사용자협회의 인사관리규정에 의하면, 인사위원회는 부회장 중 1인이 위원장으로, 사무국장이 부위원장으로, 관련부장이 위원으로 되어 3인으로 구성하되 위원장 및 위원은 회장이 이를 위촉하고(제53조), 인사위원회 회의는 재적의원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하되 가부동수일 때에는 인사위원장이 결정하고, 인사위원장은 위원회의 심의 사항에 대하여 이해관계가 있는 위원을 회의에 참석시키지 않을 수 있다고 규정하고 있고(제54조), 이 사건에 있어서 사용자협회는 사무국장이 징계대상자로 되는 관계로 사무국장을 인사위원회에서 제외하고 이사 임○○을 인사위원으로 위촉하여 징계결의를 한 사실을 알 수 있는바, 사실관계가 위와 같다면 사무국장이 징계대상자로 되어 인사위원회에서 배제될 경우 인사위원회는 위원장과 위원 1인만 남게 되고 인사위원회의 결의에 있어서 가부동수일 경우 위원장이 결정하도록 되어 있는 관계로 결국 인사위원회의 결의는 전적으로 위원장 1인의 의사에 따라 결정될 것인바, 이는 오히려 사용자협회가 직원에 대한 징계처분을 함에 있어서 인사위원회의 결의를 거치도록 한 취지에 반하고 공정한 징계권의 행사를 위하여 바람직스럽지 아니하므로 사용자협회가 위와 같이 이사 1인을 인사위원으로 위촉하여 인사위원회를 구성하고 그 인사위원회에서 근로자에 대한 징계결의를 한 것은 부득이 한 것으로서 적법하다고 하여야 할 것이다.”

제11장  
징계절차

152) 동 사건은 대법원(대법원 2008. 8. 13.자 2007두26247 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 【서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누7121 판결】

“이사건 징계처분을 함에 있어 병원장으로부터 징계에 관련된 일체의 권한을 위임받은 부원장인 박○○이 징계위원으로 참석한 사실은 앞서 본 바와 같고, 단체협약에 ‘징계위원회는 노사동수 각 3-5인으로 구성하며, 과반수 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 단, 가부 동수일 때는 원장이 결정한다’고 규정되어 있는 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면 가부동수일 때 병원장이 결정한다는 규정의 의미에 비추어 볼 때 병원장은 당연직 징계위원으로 풀이된다. 그러나 병원장은 이 사건 징계처분에 있어 특히, 근로자 배○○의 원장실 난입과 업무방해의 비위행위의 피해자라 할 것인데, 이러한 피해자가 징계위원으로 나서는 것은 결과적으로 징계절차의 절차적 정당성을 확보할 수 없는 결과가 발생할 수 있으므로 이를 피하기 위하여 병원장이 부원장에게 징계권을 위임한 것은 부득이한 행위라 할 것이므로(대법원 1997. 12. 12. 선고 97누3637 판결 등 참조) 이를 두고 징계절차에 위법이 있다고 할 수 없다.”

마. 법원은 징계안을 의결하는 경우 **의결정족수를 정하는 기준이 되는 징계위원의 수는 당초 위원회에 참석한 모든 위원들을 의미하는 것이 아니라 문제가 된 의결 당시 회의장에 남아 있던 위원만을 의미하고, 회의 도중 스스로 회의장에서 퇴장한 위원은 의결에는 참여하면서 단지 기권의 의사표시를 한 것으로 볼 것이 아니라 의결 자체에 참여하지 않았다고 봄이 타당하다고 판단함**

## 【서울고등법원 2014. 12. 10. 선고 2014누47947 판결】

“즉 이사회에서 안건을 의결하는 경우 의결정족수를 정하는 기준이 되는 출석 이사는 당초 이사회에 참석한 모든 이사를 의미하는 것이 아니라 문제가 된 결의 당시 회의장에 남아 있던 이사만을 의미하고, 회의 도중 스스로 회의장에서 퇴장한 이사는 이에 포함되지 않는다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2008두5568 판결 등 참조).

그런데 제1심이 채택한 증거들에 의하면, ① 의결정족수에 관하여 “이사회는 재적이사 3분의 2 이상 출석과 출석 인원 과반수 찬성으로 한다.”고 규정하고 있는 사실, ② 이 사건 이사회가 열릴 당시 참가인의 이사로는 모두 19명이 있었는데 그 중 18명의 이사가 이 사건 이사회에 참석한 사실…(중략)…④ 원고의 해임여부를 결정하기 위한 ‘직원 징계의 건’에 대한 심의가 진행되자 이○○ 등 이사 8명은 원고에 대한 수사결과가 나온 후 의결하여야 한다고 주장하는 등 안건 처리에 강하게 반대하면서 자진 퇴장한 사실, ⑤ 그러나 이 사건 이사회 의장은 이○○ 등 이사 8명이 기권의 의사표시를 한 것으로 보고, 회의장에 남아 있던 이사 10명으로 하여금 배포된 투표 용지에 찬반의 의사를 표시하도록 하여 그 결과를 확인한 후 ‘투표 결과 찬성 9명, 반대 1명, 기권 8명이지만 참가인의 정관 제39조 제3항에 의하여 원고에 대한 해임안이 원안대로 가결되었다고.’고 공표한 사실, ⑥ 이○○ 등 이사 8명의 경우 의결에는 참여하면서 단지 기권의 의사표시를 하는 데 그친 것이 아니라 의결 자체에 참여하지 않았다고 봄이 옳다. 그런데 이○○ 등



이사 8명을 제외하면 원고에 대한 해임안은 이사 19명 중 10명이 참석한 가운데 의결이 이루어졌으므로 참가인의 정관 제39조 제1항에서 정한 의결정족수를 충족하지 못하였다.

결국 이 사건 해고처분은 무효인 이 사건 이사회 해임 결의에 터 잡은 것으로서, 원고의 비위행위가 참가인의 정관 제21조 제5호, 즉 “중대한 과실 또는 고의로 인하여 조합의 재정적 손실을 입혔을 때”에 해당한다는 참가인의 주장에 대하여 나아가 살펴 볼 필요 없이 위법하다.”

바. 법원은 징계와 관련하여 **취업규칙의 인사위원회와 별도로 단체협약에 징계위원회를 두고 있고 그 징계위원회의 구성과 의결정족수, 의결대상에 대하여 인사위원회와 다르게 정하고 있는 경우에도, 단체협약에서 규정되지 않은 부분에 대하여는 취업규칙을 따르도록 되어 있다면 단체협약의 징계위원회에서 달리 정함이 없는 부분에 대하여는 취업규칙의 인사위원회 규정을 따르는 것은 정당하다고 봄**

【서울고등법원 2014. 12. 4. 선고 2014누48926 판결】

“① 원고 의료원 단체협약 제27조는 인사위원회와 별도로 징계위원회를 두고 있고 징계위원회의 징계위원 구성과 의결정족수, 의결대상에 대하여 인사위원회와 다르게 정하고 있으나, 위 제27조 이외에는 단체협약상 징계위원회에 관하여 달리 정함이 없고, 단체협약 제25조는 ‘인사는 본 협약에서 규정이 없는 한 인사규정이 정하는 바에 의한다.’라고 규정하고 있으므로 징계위원회의 절차 진행 등에 관하여는 인사규정상 징계에 관한 사항을 심의·의결하는 인사위원회에 관한 규정 등에 따라야 할 것으로 보이며, 원고 의료원 인사규정 제15조 제2항은 ‘원장은 (인사) 위원회의 의결사항에 대하여 재심을 요구할 수 있고, 다만 동일사건에 대한 재심의 요구는 1회에 한하며 원장은 특별한 사유가 없는 한 재심의 된 의결에 따라야 한다.’고 규정하고 있으므로 원장은 위 규정에 따라 징계위원회 의결에 대해 재심을 요구할 수 있는 것으로 보이는 점, ② 위와 같이 보더라도 재심 징계위원회의 구성 및 의결정족수 등은 여전히 단체협약 제27조에 따르게 되므로 징계위원회를 둬으로써 조합원의 인사에 대한 이 사건 노동조합의 관여를 인정해 징계권의 공정한 행사를 확보하고 징계제도의 합리적인 운영을 도모하고자 하는 원고 의료원 단체협약의 취지에 반하는 것으로 보이지는 않은 점, ③ 재심 징계위원회에서 이 사건 노동조합 대표로 선임된 징계위원 5인도 재심 징계위원회의 의결 범위와 징계양정 등을 다루었을 뿐, 재심 징계위원회가 원장의 재심 청구로 개시된 것에는 아무런 이의를 제기하지 않은 점, ④ 원고 의료원의 단체협약과 인사규정상 원장이 징계위원회 의결에 대해 재심청구를 할 수 있는 근거 규정이 있어 원장이 이에 따라 재심청구를 하였고, 정직 1개월의 징계위원회 의결은 내부 결재를 위해 원장에게 보고가 되었을 뿐 시행 또는 집행되지 않았으며 원고 의료원이 위 의결을 참가인 박○○, 조○○에게 통지하지도 않은 것으로 보이므로 재심징계위원회의 정직 3개월 징계처분이 신뢰보호원칙에 반한다고 보이지도 않는 점 등을 종합하면, 재심 징계위원회가 원장의 재심청구로 정직 3개월을 의결한 것이 위법하다는 피고의 주장은 받아들일 수 없다.”

사. 법원은 **인사위원회 구성에 필요한 인사위원의 수와 정족수에 관하여 인사위원회 규정과 취업규칙이 서로 다르게 규정하고 있는 경우**, 인사위원회 규정이 인사위원회는 인사에 관한 중요한 사항을 심의한다고 규정하고 있는 반면, **취업규칙의 관련 규정 제목이 ‘징계절차’로 되어 있는 점** 등을 고려하면, 인사위원회 규정은 일반규정으로서 전반적인 인사사항을 심의하는 경우에 필요한 인사위원의 수와 정족수를 규정하고 있고, 취업규칙은 그 특칙으로서 징계를 위하여 인사위원회가 구성될 경우에 필요한 인사위원의 수와 정족수를 규정하고 있다고 봄이 타당하다고 판단함

【서울고등법원 2012. 11. 15. 선고 2012누10668 판결<sup>153)</sup>】

“인사위원회 규정 제3조 제1항, 제6조 제1항, 제2항에 의하면, 인사위원은 위원장이 지명하는 5인 이상 7인 이하로 위원장이 임명하고 재직위원 2/3이상 출석으로 개최하여 출석위원 2/3 찬성으로 의결하도록 되어 있고, 반면 취업규칙 제84조 제2항 제1호, 제3호에 의하면, 인사위원회는 이사장이 임명하는 3인 이상의 인사위원으로 구성되고, 위원 2/3 이상의 참석으로 개최하여 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하도록 되어 있어, 인사위원회를 구성하기 위하여 필요한 인사위원의 수와 정족수에 관하여 양자가 서로 다르게 규정하고 있다. 양자의 규정 내용과 인사위원회는 인사에 관한 중요한 사항을 심의하도록 되어 있고(인사위원회 규정 제1조), 취업규칙 제84조의 제목이 ‘징계절차’로 되어 있는 점을 고려하면, 인사위원회 규정은 일반규정으로서 전반적인 인사사항을 심의하는 경우에 필요한 인사위원의 수와 정족수를 규정하고 있고, 취업규칙은 그 특칙으로서 징계를 위하여 인사위원회가 구성될 경우에 필요한 인사위원의 수와 정족수를 규정하고 있다고 봄이 타당하다. 한편, 위 각 규정 내용과 체제에 비추어 정족수 계산에 있어 위원장은 인사위원의 수에 포함하여 산정하는 것으로 해석된다(원고와 참가인의 각 주장도 이를 전제하는 것으로 보인다). 따라서 원고의 인사위원회가 위원장과 위원장이 임명한 인사위원 4인 중 3인의 출석으로 개최하여 만장일치로 의결하였으므로, 이 사건 징계해고에 참가인이 주장하는 바와 같은 인사위원회 구성의 하자가 있다고 보기 어렵다.”

아. 법원은 **복수노조 사업장의 과반수 노동조합이 체결한 단체협약에서 징계위원으로 노조측 위원을 선정하도록 규정한 경우, 노조측 위원은 반드시 징계대상자가 속한 노조의 조합원만을 의미하는 것은 아니라고 봄**<sup>154)</sup>

153) 동 사건은 대법원(대법원 2013.3.14.자 2012두27275 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

154) 그러나 동 사건은 ① 단체협약 조항이 참석권만을 보장한 조항이라는 점(동의조항에서 변경됨), ② 교섭대표 노조의 지위에서 체결되었다는 점이 고려요소로 작용하였다는 점, ③ 소수노조가 극히 영세하여 징계위원회 구성에 문제가 발생할 여지가 있을 수 있다는 점 등을 고려해보면 일반화 시킬 수 있는지에 대해서 의문이 있음

## 【서울행정법원 2015. 2. 5. 선고 2014구합14754판결】

“참가인과 ○○여객노조가 2012. 10. 25. 체결한 ‘2012년도 임금 및 단체협약’으로 이 사건 단체협약 제40조 제3항의 “노동조합은 회사의 정당한 인사에 대하여 이의를 제기할 수 없다. 단, 해고의 경우에는 노조에 사전 통고하여 동의를 득함을 원칙으로 한다.”는 규정의 단서 부분을 “단, 징계위원회에 노동조합 측 위원 1명을 참석토록 한다.”로 변경한 사실은 앞서 본 것과 같다.

따라서 근로자에 대한 징계위원회에는 노동조합 측 위원 1명이 참석하도록 하여야 하나, 여기서 ‘노동조합 측 위원’이라 함은 ‘사용자 측 위원’에 반대되는 의미로서 노동조합 소속 근로자 중 위원 1명을 선정하면 된다는 의미일 뿐, 반드시 징계대상 근로자가 소속된 노동조합의 조합원 중 위원 1명을 선정하여야 한다는 의미로 해석되지는 않는다.

그러므로 참가인이 원고에 대한 인사위원회를 개최하면서 원고가 소속된 노동조합인 ○○여객지부 측 위원을 참석시키지 않았으므로 위 단체협약 규정을 위반하였다는 원고의 주장은 이유 없다.”

자. 법원은 제척을 받은 인사위원의 수는 재적위원 수에 산입하지 아니한다고 규정된 경우, 인사위원이 사직하여 공석 상태에 있는 경우에도 심의 의결에 참석할 수 있는 인사위원의 총원 자체가 줄어든 것이므로 제척의 경우와 마찬가지로 인사위원 공석을 재적위원 수에 산입하지 않는 것으로 해석함이 상당하다고 봄

【서울고등법원 2013. 7. 18. 선고 2013누767판결<sup>155)</sup>】

“먼저 2011. 9. 29.자 인사위원회가 정족수에 미달되었는지에 관하여 보건대, ①인사규정 시행세칙 제37조 제1항 중 “7인 이내”라는 문언에 비추어 인사위원회를 6인 이하로 구성하는 것도 가능하다고 볼 것인 점, ② 인사규정 시행세칙 제37조의2 제2항은 “제척으로 인해 당해 위원이 심의 의결에 참석할 수 없을 때에는 그 위원의 수는 재적위원수에 산입하지 아니한다”라고 규정하고 있는바, 인사위원이 사직하여 공석 상태에 있는 경우 심의 의결에 참석할 수 있는 인사위원의 총원 자체가 줄어든 것이므로 이 경우에도 제척의 경우와 마찬가지로 인사위원 공석을 재적위원수에 산입하지 않는 것으로 해석함이 상당한 점을 종합하면, 앞서 본 바와 같이 관리공단 인사위원회가 애초 7인으로 구성되어 있다가 인사위원 박○○ 이 2011. 9. 15. 사직함에 따라 6인으로 줄어들었고, 2011. 9. 29.자 인사위원회 당시 잔여 인사위원 6인 중 3분의 2 이상에 해당하는 4명이 출석하여 전원 일치로 이 사건 징계처분을 의결한 이상, 위 2011. 9. 29.자 인사위원회가 인사규정 시행세칙 제37조 제1항, 제39조 제2항에 따른 정족수에 미달되었다고 할 수 없다.”

155) 1심 판결(서울행정법원 2012.12.26. 선고 2012구합17971판결)을 인용함

## 4.2 ‘징계사유와 관계있는 자’의 징계위원 참석 가능 여부

가. 법원은 취업규칙 등에 징계사유와 관계있는 자는 징계의결에 참석하지 못한다는 규정이 있음에도 이에 위반하여 징계사유와 관계있는 자가 참석한 징계의결은 절차상 중대한 하자로 무효라고 봄

【서울고등법원 2006. 10. 26. 선고 2005누20001판결<sup>156)</sup>】

“사용자의 인사규정 제59조는 “인사위원회의 위원 중 징계혐의자의 친족이나 그 징계사건과 관계가 있는 자는 해당 징계사건 심의에 참여할 수 없다”고 규정하고 있는바, 이는 공정하고 합리적인 징계권을 보장하기 위하여 피징계자의 친족이나 그 징계사유에 관계있는 자를 모두 징계위원에서 제척시키려는 강행규정으로서, 이러한 제척원인이 있는 징계위원은, 비록 그가 당연직 징계위원이라고 할지라도, 그 사유만으로 당연히 당해 직무집행으로부터 제외되고 이에 위반한 징계권 행사는 징계사유가 인정되는 여부에 관계없이 절차에 있어서 정의에 반하는 것으로 무효라 할 것이다.

나아가, 여기에서 피징계자의 친족이나 징계사유와 관계있는 자라 함은, 대체로 피징계자와 이해관계를 같이 하거나 징계혐의 사유의 피해자를 말하는 것으로서(대법원 1994. 8. 23. 선고 94다7553 판결 참조), 징계사유와 관계있는 자는 징계권을 행사하려는 사용자측과 관련이 있는 모든 자를 가리키는 것이 아니라 구체적인 징계사유에 해당하는 행위의 직접적인 피해자를 의미한다(대법원 1994. 10. 7. 5. 선고 93누20214 판결, 대법원 1995. 4. 28. 산고 94다59882 판결 등 참조).

이 사건의 경우, 사용자는 근로자에 대한 징계사유의 하나로서 인사규정 제54조 제2호 소정의 ‘직무의 내외를 불문하고 병원의 명예와 위신을 손상시키는 행위를 한 경우’를 들고 있는데, 이에 해당하는 구체적인 내용은 ‘근로자의 사용자 병원에 대한 근거 없는 민원 제기 및 근로자의 사용자 병원의 병원장, 당연직 징계위원인 임○○ 등 사용자 병원 간부 4인에 대한 형사 고소’이다.

살피건대, ① 근로자가 사용자 병원의 총무부장이었던 임○○을 강요죄, 근로기준법위반죄 등으로 고소함으로써 임○○은 형사처벌의 위협에 노출되었던 점, ② 임○○을 포함하여 실제로 근로자가 고소한 병원 간부 5명 모두는 특별사법경찰관으로부터 피의자신문을 당하였고, 임○○은 근로자와 함께 대질신문을 받는 등 형사처벌 여부와 상관없이 큰 불편을 겪었던 점, ③ 사용자 병원의 병원장, 임○○ 등 병원 간부 4명에 대한 근로자의 고소가 근거 없어 검찰에서 모두 무혐의 처리됨으로써 형사처벌의 대상이 되지 않았지만, 위 병원 간부 4명은 무고죄의 피해자가 될 가능성이 있었던 점 등에 비추어 보면, 당시 사용자 병원의 총무부장이었던 임○○은 근로자에 대한 구체적인 징계사유에 해당하는 행위(고소행위)로 인한 직접적인 피해자로서, 피징계자의 징계사유와 관련 있는 자에 해당함이 명백하다.

그렇다면, 임○○이 당연직 징계위원으로 참석하여 그 심의와 결정을 한 사용자 병원의 위 특별인사위원회는 그 구성에 중대한 잘못이 있으므로, 그 인사위원회의 결의에 기하여 이루어진 이 사건 해고는 그 징계사유의 존부에 관하여 살펴볼 필요 없이 절차상 중대한 하자가 있게 되어 무효라고 할 것이다.”

156) 동 사건은 대법원(대법원 2007. 2. 8.자 2006두18027 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

나. 법원은 취업규칙 등에 **기피신청권이 규정되어 있으나** 징계혐의자가 특별히 징계위원회 개최 전에 명단 공개를 요구하지 않았고 명단공개 규정도 없는 경우, **징계혐의자에게 사전에 징계위원의 명단을 공개 하지 않았다고 하더라도 기피신청권을 본질적으로 침해한 것으로는 볼 수 없다고** 판단함

【서울고등법원 2011. 8. 24. 선고 2010누42456 판결<sup>157)</sup>】

“원고는 특히 이 사건 항소심에서도, 참가인 회사가 징계절차를 진행하면서 사전에 원고에게 징계위원 명단을 통보한 바 없고, 징계위원회에서도 그 명단을 알려주지 않고 원고의 공개요구도 묵살하였을 뿐 아니라 원고에게 통지된 징계의결서마저도 징계위원의 이름이 감추어져 있는 등 끝까지 징계위원 명단의 공개를 거부하여 원고의 기피신청권을 침해하였으므로 이 사건 징계는 위법하다고 거듭 주장한다.

그러나 앞서 인용한 제1심 판결이유에서 보는 바와 같이 당시 시행되던 참가인 회사의 취업규칙, 인사규정 시행세칙 등에는 사전에 징계혐의자에게 징계위원 명단을 공개하도록 하는 규정을 두고 있지 않았고, 원고도 징계위원회 개최 전에 참가인 회사측에 징계위원 명단의 공개를 요구한 바는 없었던 점, 징계위원회 당시 참가인 회사측은 징계위원 명단을 따로 준비하지 못한 관계로 원고의 열람요청에 응하지 못하기는 하였으나, 이는 앞서와 같은 사정 때문이었던 것으로 보이고, 당시 원고도 그에 관하여는 별다른 이의를 제기하지 않은 채 징계위원회에서 징계혐의사실에 관하여 의견을 진술하였던 점, 징계위원회 직후 참가인 회사측이 원고에게 징계위원 명단을 열람할 수 있도록 하겠다는 통보를 하였으나 원고는 이에 응하지 아니한 점, 이 사건 징계의결서에는 징계위원의 이름과 서명 등이 모두 기재되어 있고 다만 원고에게 통보된 징계의결서 사본에만 징계위원의 이름이 감춰져 있었던 것에 불과한 점, 원고에 대한 이 사건 징계와 관련하여 징계위원회의 위원장이나 위원이 불공정한 의결을 할 우려가 있었다고 볼 아무런 자료가 없고, 사후에라도 원고가 그러한 사유가 있음을 주장하거나 이를 이유로 기피신청을 한 바는 없었던 점 등에 비추어 보면, 원고가 주장하는 위와 같은 사정만으로는 원고의 기피신청권을 본질적으로 침해하여 이 사건 징계가 위법에 이르렀다고 할 수 있을 만큼의 절차상 중대한 하자가 있다고 볼 수 없다. 이 부분 원고 주장은 받아들이지 않는다.”

다. 법원은 징계대상자가 **기피신청권을 남용하는 경우에는 그 기피신청 자체가 부적법**하므로, 기피신청의 대상이 된 징계위원이 기피사유가 공통되는 다른 징계위원의 기피결정에 관여하는 것이 금지되지 않는다고 봄

【대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두36126 판결<sup>158)</sup>】

“기피신청은 원래 징계위원 개개인에 대한 것으로서 기피신청에 대한 의결 역시 기피신청

157) 동 사건은 대법원(대법원은 2011. 11. 29.자 2011두25166 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

대상자별로 개별적으로 하여야 하므로, 징계위원회에 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 의결 뿐 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.

원고는 2012. 12. 27.과 2013. 1. 2.에 열린 제1, 2차 징계위원회에 출석하지 않았고, 2013. 1. 10. 열린 제3차 징계위원회에 비로소 출석하여 7인의 징계위원 전원에 대해 기피신청을 한 후 곧바로 회의장에서 나가버렸다. 또한 원고는 재심 징계위원회에서도 초심 징계위원회에서와 동일하거나 유사한 이유로 5명의 재심 징계위원 전원에 대하여 기피신청을 하였다.라. 원고가 2013. 1. 10.에 한 기피신청의 사유 중 위원장 공○○를 제외한 나머지 6인에 대한 기피신청 사유는 그들이 총장의 지시에 따라 노동조합 임시총회에서 원고의 노조원 자격을 박탈하는 결의를 주도하였으므로 이번에도 총장 지시에 따라 원고에게 불리한 징계를 할 우려가 있다는 것이었는데, 원고는 재심 징계위원 중 4인에 대하여도 동일한 사유로 기피신청을 하였다. 그러나 ○○○○대학교 직원노동조합은 2012. 12.경 임시총회에서 4급 이상의 직원들을 조합원에서 제외하는 의결을 하였을 뿐 원고를 특정하여 조합원 자격을 박탈하는 결의를 한 것이 아니었고, 초심 징계위원 중 노동조합의 간부인 윤○○(위원장)과 김○○(부위원장)를 제외한 나머지 징계위원회에 대하여는 단지 노동조합의 의결에 참여하였다는 이유만으로 원고가 기피신청을 한 것으로 보여 그 기피사유가 정당하다고 보기도 어렵다.

...(중략)...

마. 한편 참가인의 「교·직원 징계에 관한 규정」 제4조 제2항 제2호는 ‘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.”

158) 동 사건은 서울고등법원(2015누68095)으로 파기환송되었으나 소취하됨

### 4.3 의장윤번제 관련

법원은 징계위원장을 노사대표가 교대로 하도록 순번을 정한 경우(의장윤번제), 이에 대해 노사의 견해가 대립하고 있음에도 불구하고, **사용자가 일방적으로 의장을 맡아 개최한 징계위원회 의결은 절차상 중대한 하자로 무효라고 봄**

【서울고등법원 2008. 6. 13. 선고 2007누33063판결<sup>159)</sup>】

“이에 대하여, 피고는 의장윤번제는 노측과 사측이 징계안건별로 징계위원회의 의장을 번갈아가며 맡는다는 것을 의미하는데, 의장윤번제가 단체협약에 삽입된 이후 ① 2003. 8. 25. 이○○에 대한 징계의결은 사측이 의장을 맡았고, ② 같은 날 양○○에 대한 징계의결은 원래는 노측이 의장을 맡을 차례였으나 사측이 의장을 맡아서 후에 의장윤번제위반을 이유로 해고무효결정이 내려져 양○○를 복직시켰으며, ③ 2003. 9. 30. 송○○에 대한 징계의결은 사측이 의장을 맡을 차례이어서 사측이 의장을 맡았고, ④ 2004. 1. 16. 이○○에 대한 징계의결은 노측이 의장을 맡을 차례였으나 사측이 의장을 맡아서 후에 의장윤번제위반을 이유로 참가인과 참가인의 대표이사가 약식명령을 받았으므로 위 ④ 징계의결 이후에 이루어진 이 사건 징계의결은 사측이 의장을 맡을 차례이므로 의장윤번제에 위반되는 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 징계위원회는 노사 각 4명으로 구성되고, 징계위원회 의결시 가부 동수일 경우에는 의장이 결정권을 갖게 되는 사실은 앞에서 살핀 바와 같은바, 위 인정사실에 의하면, 노사의 의견이 첨예하게 대립하는 사안의 경우에는 노사 중 누가 징계위원회의 의장을 맡는가에 따라 징계 여부가 달라질 수밖에 없어서 징계의결에서의 의장의 권한은 막강하다고 할 것이므로 의장윤번제는 실제로 그 직전 의장을 누가 맡았는가에 따라 그 다음 의장은 상대방이 맡는 것으로 엄격하게 해석되고 지켜져야 할 것이며, 사측의 의장윤번제위반으로 인하여 징계해고가 무효로 되거나 사측이 형사처벌을 받았다는 사정만으로 노측이 그 징계의결의 의장을 맡은 것과 동일하게 사측이 그 다음 징계의결의 의장을 맡을 차례가 된다고 할 수 없다.”

### 4.4 징계 가부가 동수인 경우

가. 법원은 징계의결 시 찬반의견이 동수인 경우(가부 동수), 징계위원장이 결정한다는 명시적인 규정이 없는 이상, **부결됨이 원칙**이므로 이를 위반하여 징계위원장이 최종결정을 한 징계절차는 중대한 하자로 무효라고 봄

【서울고등법원 2006. 7. 6. 판결 2005누25600<sup>160)</sup>】

“사용자 회사의 징계규정에 의하면, 징계위원회의 표결이 3가지 이상으로 나뉘고 어느 한

159) 동 사건은 대법원(대법원 2008. 9. 11.자 2008두11105판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

가지의 의견이 표결위원 수의 과반수에 미치지 못할 경우에는 상위 다수 두 가지 의견에 대해 재차 표결을 하고 그 다수의견에 따라 의결하되 재표 결의 결과 역시 같을 때에는 징계위원장이 결정하도록 되어 있다.

그런데, 근로자에 대한 사용자 회사의 초심·재심 징계절차에서 징계의견이 3가지 이상으로 나뉘고 어느 의견도 과반수에 이르지 못하였음에도, 위 징계규정에 위배하여 재표결을 하지 않은 채 징계위원장인 사용자 회사의 대표이사가 근로자를 해고한다고 결정하였으므로, 이 사건 해고의 절차적 적법 여부가 문제가 된다.

이 사건에서 사용자 회사의 위 징계규정은, 징계위원 과반수 이상의 동의를 얻은 징계의견에 대하여는 일응 공정성과 합리성을 인정할 수 있지만, 과반수에 미치지 못하는 의견이 3가지 이상으로 나뉠 경우 상위 두 가지 의견에 대하여 재의결하도록 함으로써 보다 신중하고 사려 깊은 의결을 할 것을 징계위원들에게 요구하고 있다. 나아가, 1차적인 표결권을 가진 노·사 징계위원이 각각 3명으로서 동수이므로 징계위원 과반수에 해당하는 징계의견의 도출이 어려울 것을 예상하여, 위와 같은 1차 표결·재표결의 절차를 거쳤음에도 의결을 하지 못한 경우에 한하여 예외적으로 사용자 회사의 대표이사에게 징계에 관한 결정권을 부여하는 것으로 보아야 할 것이다.

그런데, 사용자 회사는 1차적 표결권을 가진 징계위원 과반수 이상의 찬성을 얻은 징계의견이 없음에도 다시 표결을 하지 않은 채 즉시 징계위원장이 근로자에 대한 해고를 결정하였는바, 이러한 징계권의 행사는 공정성과 합리성을 보장하고자 한 위 징계규정을 정면으로 위반한 것으로서, 근로자에 대한 징계사유가 인정되는지 여부에 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 처사로서 무효라고 보아야 할 것이다.”

【서울고등법원 2006. 6. 15. 선고 2005누10004판결<sup>161)</sup>】

“사용자 회사는 단체협약 제41조에 경영권 및 인사권은 회사 대표가 행사한다는 규정과 제50조 징계위원회의 위원장은 회사 대표가 한다고 규정하고 있으나, 단체협약의 제정취지와 목적에 비추어 볼 때, 단체협약에 대표자가 경영권과 인사권을 가지고 징계위원회 위원장이 된다는 규정이 있다 하더라도 징계절차에 있어서 가부동수일 경우 위원장이 결정한다는 명시적인 규정이 없는 이상은 대표자에게 징계결정 권한이 인정된다고 해석할 수는 없다.

이러한 전제 하에서, 이 사건 단체협약 제50조 제2호의 규정을 살펴보면, “징계위원 참석인원의 과반수이상으로 결정한다”라고 규정되어 있고, 과반수라 함은 절반이 넘는 수를 의미함이 문언상 명백하다 할 것이므로, 사용자 회사가 근로자에 대한 징계절차를 진행함에 있어 징계위원들이 근로자에 대한 해고결의와 관련하여 찬성과 반대 각 2표씩의 가부동수의 결과가 발생하였다면 이런 경우에는 징계가 부결된 것으로 처리함이 단체협약의 위 규정의 취지에 부합하고, 따라서 가부동수일 경우 최종적인 결정권을 가지지 아니한 사용자 회사의 대표가 최종적으로 징계결정을 한 이 사건 징계해고는 절차위배의 점에서 위법하다 할 것이다.”

160) 동 사건은 대법원(대법원 2006. 9. 28.자 2006두12401 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

161) 동 사건은 대법원(대법원 2006.11.23.자 2006두11644 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



나. 법원은 단체협약에 징계위원을 노사 동수로 구성하고 출석위원 과반수 찬성으로 의결하며, 가부 동수일 경우 대표이사가 임명하는 위원장이 결정권을 가진다고 규정되어 있는 경우, 위원장은 노사 동수로 구성된 징계위원 중에서 대표이사에 의해 임명된다고 해석함이 상당하고 징계위원회의 구성원인 징계위원과 별도로 대표이사에 의해 임명된다고 해석할 수 없다고 봄

【대법원 2013. 2. 15. 선고2010두20362 판결】

“원심은, 단체협약 제33조에서 ‘징계위원회는 노·사 각각 4명의 동수로 구성하며 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 단, 가부동수일 경우 대표이사가 임명하는 위원장이 결정권을 가지며 조합원의 징계 해고의 경우는 노동조합과 사전에 충분히 협의한다.’고 정한 것은 사용자측과 근로자측이 같은 수의 징계위원을 참여시킴으로써 서로 대등한 지위에서 근로자에 대한 공정한 징계를 할 수 있도록 하기 위함인데, 징계위원회의 위원장이 징계위원과 별도로 임명될 경우 징계위원회의 구성에 있어 사용자측과 근로자측의 수적 균형이 무너지게 되므로, 징계위원회의 위원장은 단체협약에서 별도의 정함이 없는 한 노·사 동수로 구성된 징계위원 중에서 대표이사에 의해 임명된다고 해석함이 상당하고, 징계위원회의 구성원인 징계위원과 별도로 대표이사에 의해 임명된다고 해석할 수 없다고 전제한 후, 이 사건 징계위원회는 사용자측과 근로자측 징계위원 각 4명씩과 원고 회사의 대표이사인 징계위원장 1명 등 9명으로 구성되었고, 징계위원회의 위원장은 이 사건 징계위원회를 진행하면서 징계심의에도 참여하였을 뿐만 아니라 징계의결서에도 서명을 하였는데, 이는 단체협약 제33조의 징계위원회 구성에 관한 규정을 위반하여 징계위원회를 구성한 다음 그 징계위원회의 결의를 거쳐 피고 보조참가인들에 대한 징계가 이루어진 것으로 이러한 징계권의 행사는 징계위원회의 구성 자체에 위법이 있는 것으로 절차에 있어서 정의에 반하는 처사로서 무효라고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 징계위원회의 구성에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.”

#### 4.5 외부위원 참여 가능 여부

법원은 징계위원회의 구성과 절차에 관한 별도의 규정이 없다면, 해당 사업장에 소속되지 아니한 자 또는 징계사유와 이해관계 있는 자를 사용자가 징계위원으로 선정하였다 하더라도, 그 징계절차를 무효로 볼 수 없다고 판단함

## 【 대법원 1995. 5. 23. 선고 94다24763 판결 】

“취업규칙 등에 징계사유에 관하여 이해관계가 있는 징계위원은 징계위원회에 참석할 수 없다는 규정이 있는 경우에 그러한 이해관계 있는 자가 징계위원으로 징계위원회에 참석하였다면 그 징계는 절차상 중대한 하자가 있어 무효라 할 것이나(대법원 1994.8.23. 선고 94다7553 판결 참조), 그러한 규정이 없는 경우에는 이해관계 있는 자가 징계위원으로 징계위원회에 참석하였다 하더라도 그 징계가 무효라고 할 수 없다.”

【 서울고등법원 2007. 4. 10. 선고 2006누15402 판결<sup>162)</sup> 】

“징계위원회의 사용자측 위원 구성 부분을 보건대, 이 사건 해고를 의결한 징계위원회는 ○○택시 소속 간부 이외에 ○○택시와 동종업계라고 보이는 ○○교통 전무 양○○이 사용자측 징계위원으로 참가하고 있기는 하지만, 이 사건 단체협약이 징계위원회의 구성을 노사동수로 규정한 것은 근로자측이 사용자와 동등한 지위에서 징계절차에 참가함으로써 사용자의 부당한 징계권 행사를 견제하고자 하는 것에 그 주된 취지가 있는 것이므로, 그 경우 사용자 측 위원은 반드시 ○○택시에 소속되어 근무하는 자만을 의미하는 것이라고 한정할 필요가 없는 점, 더구나, ○○택시와 같은 소규모 업체에서 근로자를 제외한 사용자의 범주에 속하는 간부들만으로 3인을 구성할 수 없는 경우 사용자측 징계위원을 ○○택시에서 근무하는 직원에 한정하게 되면 오히려 징계위원회 구성에 있어 사용자 측에 불리한 결과가 초래된다는 점 등을 종합하면, 사용자가 징계위원회를 구성하면서 위 양○○을 사용자 측 징계위원으로 지정한 것이 이 사건 단체협약에 반하여 위법하다고 볼 수 없다.”

## 4.6 징계위원회 구성의 하자 치유

법원은 징계절차에 하자가 있는 파면처분이 있는 후 2년이 지난 시점에서 행한 이사회<sup>162)</sup>의 추인의결만으로는 그 하자가 치유될 수 없다고 봄

## 【 서울고등법원 2007. 4. 26. 선고 2005누30367 판결 】

“새마을금고법 제16조 제3항 제4호에 의하면, 새마을금고 간부직원의 임면에 관한 사항과 직원의 징계에 관한 사항은 새마을금고 이사회의 심의·의결 사항인 것으로 규정되어 있고, 사용자 금고의 정관 제31조에서도 새마을금고법 제16조 제3항 각호에서 정한 사항을 이사회 의결사항으로 정해두고 있으나, 사용자 금고는 근로자에 대한 파면결의가 있자, 이사회를 소집하지 아니한 채 구성원 중 절반이 이사회 구성원이 아닌 사람들로 징계위원회를 구성하여 근로자에 대한 파면을 의결하였음을 알 수 있으므로, 근로자에 대한 이 사건 파면은 새마을금고법 및 사용자 금고의 정관에서 정한 직원에 관한 징계절차 규정을 위반한 것으로서 부당하다고 할 것이다.

162) 1심 판결(서울행정법원2006. 5.16. 선고 2005구합31696 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 6. 29.자 2007두8300 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

한편, 사용자 금고는 2006. 8. 21. 이사회 회의를 개최하여 정족수 7명 중 6명이 참석하여 참석인원 전원 찬성으로 근로자에 대한 이 사건 파면을 추인하는 결의를 한 사실은 인정되나, 이 사건 파면이 절차상 하자가 있는 등으로 인하여 부당하다는 취지의 제1심 판결이 선고되자 이 사건 파면이 있는 후 2년 이상 지난 시점에서 행한 위 추인 의결로써 이 사건 파면과정에서의 절차상 하자가 치유된다고 볼 수 없다.”

#### 4.7 근로자 대표를 참여시키지 않은 징계절차의 적법성

##### 가. 근로자 대표를 반드시 참여시켜야 하는지 여부

1) 법원은 근로자 대표를 참여시켜야 한다는 규정이 있는 경우에 이를 위반한 징계는 원칙적으로 무효이나, 근로자대표(노동조합)측의 징계권 남용에 해당할 경우에는 이를 위반한 징계의결은 적법하다고 봄

##### 【서울고등법원 2007. 12. 28. 선고 2007누15263 판결<sup>163)</sup>】

“단체협약 제30조 제1항, 제29조 제1항은 조합원을 징계할 때는 회사 측 위원 4인과 조합 측 위원 2인으로 구성되는 징계위원회를 개최하도록 규정하고 있는데, 근로자가 사용자 회사의 원직에 복귀하여야 하는 2005. 11. 21. 이래 무단결근을 계속하였고, 이에 사용자 회사는 근로자에게 원직에 복귀하라는 요청을 3차례에 걸쳐 하였으나 근로자가 이에 응하지 아니하자 2005. 12. 19. 단체협약에 따른 징계위원회를 개최하여 근로자를 징계해고하려 하였으나 노동조합 측 위원 2인의 반대로 대기발령 1월의 경한 징계처분을 하였으며, 그 후, 근로자가 대기발령 1월의 징계처분도 이행하지 않은 채 무단결근을 계속하자 2006. 1. 5. 다시 단체협약에 따른 징계위원회를 개최하여 근로자를 징계해고하려 하였으나, 다시 노동조합 측 위원 2인의 반대로 대기발령 1월의 경한 징계처분을 재차 하였고, 그 후 근로자가 이에도 응하지 않고 무단결근을 계속하자 2006. 1. 20. 취업규칙에 따른 징계위원회를 개최하여 근로자를 2006. 1. 27.부로 징계해고 하였음은 앞서 본 바와 같은바, 위 인정사실에 비추어 보면, 근로자가 2005. 11. 21. 이래 원직에 복귀하지 아니하고 무단결근을 계속하고 단체협약에 의한 징계위원회가 결정한 징계처분도 이행하지 않고 있는 등 근로자에게 객관적으로 중대한 징계사유가 있음에도 불구하고 근로자에 대한 단체협약에 따른 2차례의 징계절차에서 노동조합 측 징계위원들이 같은 조합원이라는 이유만으로 근로자에 대한 징계사유에 합당한 징계처분에 반대하고 경한 징계처분만을 주장하여 단체협약에 의한 합리적이고 정당한 징계의결권을 행사하지 아니함으로써 징계의결권을 남용하였고, 또한, 사용자 회사가 2차례의 징계처분에도 불구하고 계속 무단결근을 하는 근로자에 대하여 다시금 단체협약에 따른 징계위원회를 개최하여 근로자의 징계사유에 상응한 징계처분을 하려 해도 노동조합측 징계위원들의 반대로 근로자에게 합리적이고 정당한 징계처분을 할 수 없을 것이 명백해 보이므로, 이러한 경우 사용자 회사가 취업규칙에 따라 노동조합측 징계위원들을 배제한 채 근로자에 대한 징계해고를 의결하였다고 하여 이러한 징계해고를 무효로 볼 만한 절차상의 하자가 있다고 할 수 없다.”

【서울고등법원 2008. 2. 13. 선고 2007누21220 판결<sup>164)</sup>】

“원고와 노동조합측 위원들이 2005. 9. 10.자 징계인사위원회 회의에 불참한 상태에서 이 사건 감봉처분이 의결된 사실이 인정된다.

그러나 앞서 2005. 9. 2. 개최될 예정이었던 징계인사위원회의 회의가 원고를 비롯한 노동조합측의 방해로 개최 자체가 무산되어 다시 징계인사위원회가 개최되게 된 점, 2005. 9. 10.에도 원고와 노동조합측 위원들이 다른 조합원들과 함께 회의장소에 들어가려 하는 과정에서 참가인의 관리직 직원들과 다툼이 발생하였고, 이로 인하여 원고와 노동조합측 위원들이 회의에 불참하게 된 것이며, 당시에 원고와 노동조합측 위원들이 회의에 참석하여 의견을 진술할 목적보다는 회의 자체를 무산시킬 의도를 가지고 있었다고 보이는 점 등 이 사건 변론과정에 나타난 사정을 종합하여 보면, 비록 원고와 노동조합측 위원들이 불참한 상태에서 이 사건 감봉이 의결된 잘못이 있다 하더라도 이는 주로 원고와 노동조합측의 잘못에 기인한 것이므로, 위와 같은 절차상 잘못을 이유로 이 사건 감봉이 위법하여 무효라고 볼 수 없다.”

2) 법원은 **하나의 사업장에 불가피하게 정당한 노조가 2개 이상 관여하고 있고, 징계위원회 구성에 대해 노조 간의 관계에 대한 별도의 규정이 없는 경우, 어느 한 노조가 일방적으로 징계위원 구성에 응하지 않아 다른 한 쪽 노조에서 위촉한 위원들만이 근로자측 징계위원으로 참석한 징계의결도 적법하다고 봄**

## 【서울행정법원 2006. 4. 25. 선고 2005구합31672 판결】

“노동조합 및 노동관계조정법 제5조는 노동자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다고 규정하면서도, 같은 법 부칙 제5조 제1항은 하나의 사업 또는 사업장에 노동조합이 조직되어 있는 경우에는 제5조의 규정에 불구하고 2006. 12. 31.까지 그 노동조합과 조직대상을 같이하는 새로운 노동조합을 설립할 수 없다고 규정하고 있는데, 여기에서 설립이 제한되는 새로운 노동조합은 기존의 노동조합과 조직대상을 같이 하는 경우에 국한되는 것이므로, 하나의 기업별 단위노동조합이 설립된 경우에 그와 조직형태 및 조직대상을 달리하는 초기업적인 산업별·직종별·지역별 노동조합의 설립 및 활동까지 금지하는 것은 아니라고 할 것이다.

그러므로 보건대, 전국○○산업노동조합(이하 ‘전○노’)는 비록 사용자 회사 내에 전○노 대전광역시지역본부 ○○운수분회를 설치하고 있더라도, 위 ○○운수분회는 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립한 단체로서 활동하는 것이 아니고 산업별 단위노동조합인 전○노의 일개 지부에 불과하여 기업별 단위노동조합인 ○○노조와는 그 조직대상 및 형태를 달리하고 있으므로, 전○노 및 ○○노조는 사용자 회사 내에서 모두 정당한 노동조합이라고 할 것이다.

따라서, 하나의 사업장에 불가피하게 정당한 노동조합이 2개 이상 관여하고 있는 경우 그 노동조합간의 관계에 대하여 아무런 규정이 없는 이상, 사용자 회사가 이 사건 상벌위원회를

163) 1심 판결(서울행정법원 2007. 5. 22. 선고 2006구합46282 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 5. 15.자 2008두2095 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

164) 동 사건은 대법원(대법원 2008. 5. 29.자 2008두4909 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

구성함에 있어 전○노와 ○○노조의 협의로 근로자위원을 구성하여 달라고 한 것은 취업규칙의 규정에 따른 정당한 조치인 것으로 판단되고, ○○노조가 이러한 정당한 요구에 응하지 아니한 이상 사용자 회사가 전○노가 위촉한 근로자위원들로 구성된 상벌위원회에서 근로자를 해고하기로 결의하였다고 하여 그 징계절차에 하자가 있다고 볼 수 없다.”

3) 법원은 사용자가 노동조합에게 노측 징계위원으로 비조합원을 추천할 것을 요구하는 것이 **단체협약 규정에 위배되는 요구로** 해석되는 경우 노조가 **이에 불응했다는 사실만으로 징계위원 선정권 포기라고 단정할 수 없다고** 봄

【대법원 2009. 3. 12. 선고 2008두2088 판결<sup>165)</sup>】

“참가인은 2005. 3. 28. ○○노동조합 위원장인 원고 등에 대한 징계를 위한 인사위원회 개최를 결의한 다음 2005. 3. 31. ○○노동조합에게 인사위원 추천 요청 관련 공문을 송부하면서, ‘이번 인사위원회는 노동조합 위원장, 집행간부 및 조합원을 대상으로 징계 여부 및 양정을 심의, 의결하게 되는데, 인사관리규정 제19조 제2항에 의거 이해관계자인 징계대상자와 노동조합의 지배하에 있는 조합원이 인사위원으로 참석하는 것은 객관성과 공정성을 기대할 수 없다고 판단되므로, 귀 노동조합은 단체협약 제19조 및 제24조에 따라 조합원 등을 제외한 공정하고 객관적인 직원 중에서 6인의 인사위원을 2005. 4. 4. 오전 12시까지 추천하여 주시기 바라며, 위 기간까지 추천이 없을 경우에는 노동조합이 인사위원 추천권을 포기한 것으로 간주하겠다’고 통지하였고, 이에 대하여 ○○노동조합은 2005. 4. 1. 참가인에게 ‘사측에서 개최하고자 하는 노동조합 집행부를 비롯한 조합간부와 조합원에 대한 징계위원회에 대하여 우리 노동조합은 인정할 수 없음을 알려드립니다’라고 통보하였으며, 참가인은 2005. 4. 6. 인사위원 13명 중 ○○노동조합 측에서 추천하여야 할 6명을 제외한 7명만으로 인사위원회를 구성한 다음 원고 등이 참석하지 않은 상태에서 원고에 대하여 징계해고를 결정하였다는 것이다.

사실관계가 이와 같다면, 위 단체협약에서 조합원에 대한 징계를 위한 인사위원회에 위원장을 제외한 위원을 노사 동수로 구성하고 노측 인사위원은 ○○노동조합에서 추천하도록 한 취지는 징계에 대한 ○○노동조합 및 조합원의 참여권을 보장하기 위한 것으로 보아야 할 것인바, **비록 징계대상자에 다수의 조합원이 포함되어 있다고 하더라도 당해 징계대상자를 제외한 나머지 조합원 중에서 인사위원을 선정하는 것이 가능한 이상 참가인이 ○○노동조합의 위원장, 집행간부 및 조합원 다수가 징계대상자로 되었다는 이유만으로 조합원을 제외한 직원 중 인사위원을 추천하도록 ○○노동조합에 요구한 것은 위 단체협약을 위반한 것이고, 이에 대하여 ○○노동조합이 인사위원을 추천하지 않았다고 하여 곧바로 ○○노동조합이 참가인으로부터 인사위원 선정권 등을 부여받았음에도 명시적으로 인사위원 선정권을 포기 또는 거부하였다고 볼 수는 없으며, 나아가 ○○노동조합에 중대한 배신행위가 있고 그로 인하여 참가인의 징계절차에 흠결이 초래되었다거나, 참가인이 ○○노동조합과 원고의 징계해고에 대한 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고, ○○노동조합이 합리적 근거나 이유제시도 없이 무작정 징계에 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못한 경우에 해당한다고 할 수도 없다.”**

4) 법원은 ‘심의’와 ‘의결’을 구분하여 사용하고 있는 단체협약에 노동조합 대표자의 ‘심의’ 참석만 규정하고 있을 뿐 징계의결권 인정에 대하여 구체적으로 정하고 있지 않은 경우, 징계의결 시 반드시 노동조합 대표자가 참석하여 의결을 하여야만 한다고 볼 수 있는 명확한 관행이나 묵시적인 합의도 없다면 노조 대표자가 참석하지 않은 상황에서 의결된 징계가 부당하다고 보기 어렵다고 판단함

【서울고등법원 2014. 9. 7. 선고 2014누47930 판결<sup>165)</sup>】

“단체협약 제36조 단서에 의하면 조합원과 관련된 징계사항의 심의는 조합측이 선정한 대표자 1인을 참여시킨다고 규정하고 있는데, 다음과 같은 사정을 종합하면 위 조항은 조합원의 징계에 관한 심의에서 조합측 대표자에게 의견을 진술할 수 있는 기회를 부여하면 충분하다는 취지이지, 반드시 조합측 대표자에게 인사위원의 지위를 부여하여 그가 의결권을 행사하도록 하는 취지는 아니라고 봄이 타당하므로, 피고 등의 이 부분 주장은 이유 없다.

가) 단체협약 및 인사규정의 문언에 의하면, ‘심의’와 ‘의결’을 구분하여 사용하고 있는데, 단체협약 제36조 단서는 단지 조합측 대표자를 ‘심의’에 참여시킨다고 규정하고 있을 뿐 ‘의결’에 참여시킨다는 내용을 담고 있지 않다. 오히려 인사위원회 규정 제3조(구성 및 임명)는 ‘위원장은 임원 또는 국장급 고위 간부 중에서 사장이 임명하고 위원은 임원 및 간부 중에서 사장이 임명한다’고 규정하면서도 조합원의 징계를 위한 인사위원회에서 조합측 대표자를 인사위원으로 임명할 수 있다는 예외규정을 두고 있지 않다.

나) 단체협약 제36조 단서(조합원과 관계된 징계사항의 심의는 조합측이 선정한 대표자 1인을 참여시킨다)는 조합원의 징계 심의절차에 있어 인사위원회 규정 제8조(위원회는 심의 중 필요하다고 인정할 때에는 당사자 또는 관계인을 출석시켜 설명을 요청할 수 있다)의 특별규정으로 볼 수 있으므로, 단체협약 제36조 단서 소정의 ‘심의에 참여’를 인사위원회 규정 제8조 소정의 ‘심의에 출석하여 설명’으로 해석하는 것이 위 규정들의 체계에 부합한다.

다) 단체협약 제36조는 조합원이 인사위원회의 징계결정에 대하여 이의를 제기한 경우 재심의 절차에 관하여 규정하고 있지 않으므로, 그 재심절차는 단체협약 제18조에 의해야 할 것인데, 단체협약 제18조 제1호는 회사의 인사위원회 결정에 이의가 있을 때 조합과 해당 조합원은 7일 이내에 이의서를 제출할 수 있다고 규정하고, 같은조 제2호는 회사는 재심의를 위한 인사위원회에서 조합 및 조합원의 의견을 듣는다고 규정하고 있는 점, 징계처분에 대한 재심절차는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분절차를 이루는 것인 점을 고려할 때, 단체협약 제36조 단서도 단체협약 제18조 제2호와 마찬가지로 조합측 대표자에게 의견 진술의 기회를 부여하면 충분하다고 해석하는 것이 원래의 징계절차와 재심절차 사이의 통일을 기할 수 있다.

라) 2001. 3. 30.부터 2013. 6. 26.까지 조합측 대표자가 참여한 28회의 인사위원회 중 조합측 대표자가 의결권까지 행사한 경우는 2001. 10. 11., 2002. 4. 11., 2004. 7. 27., 2004. 8. 3. 등 4회에 불과하고, 나머지는 조합측 대표자가 심의에 출석하여 의견 진술만 하였는바, 이처럼 회사측과

165) 동 사건은 파기환송되어 고등법원(서울고등법원 2009. 8. 28. 선고 2009누8481 판결)을 거쳐 대법원(대법원 2009. 12. 10.자 2009두16756 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

조합측은 장기간 동안 단체협약 제36조 단서를 조합측 대표자에게 의견 진술의 기회를 부여하면 충분하다는 취지로 해석해 왔다.”

#### 나. 근로자측 위원 자격·선임 방법 등에 관한 규정이 없는 경우

1) 법원은 근로자측 징계위원 자격에 관한 규정이 없는 경우 산업별 노동조합이 회사 소속 지부 조합원이 아닌 상급단체 조합원을 징계위원으로 통보한 것이 징계위원의 추천권한을 남용하였다고 볼 수 없다고 판단함

#### 【서울행정법원 2012. 10. 16. 선고 2012구합17315 판결】

“(1) 이 사건 제1출근정지처분은 구 단체협약 제15조 제1항, 제2항을 위반하여 노조 측 징계위원이 참석하지 않은 가운데 개최된 징계위원회에서 의결된 점, (2) 징계위원회 구성에 관한 구 단체협약 규정의 취지는 징계위원회 구성에 관하여 노동조합의 참여권을 보장함으로써 절차적 공정성을 확보함과 아울러 사용자의 징계권 남용을 견제하기 위한 것으로 보아야 하므로 그와 같은 규정의 효력을 함부로 부정할 수 없는 점, (3) 원고는 노조에서 원고 소속 직원이 아닌 사람을 징계위원으로 고수함으로써 징계위원의 추천권한을 남용하였다고 주장하나, 구 단체협약은 노조 측 징계위원의 자격을 제한하고 있지 않으므로 원고 소속의 근로자가 아닌 자가 노조 측 징계위원으로 추천될 수 없다고 보기 어려운데다가, 노조가 추천한 징계위원들은 원고와의 단체교섭을 담당한 조합간부(지역별 노조)로서 원고와 상당한 관련성이 있으며, 원고는 과거 2009. 7.경 직원을 징계하면서 원고 소속의 직원이 아닌 김○○을 노조 측 징계위원으로 참석시킨 전례가 있는 사정 등에 비추어 앞서 본 노조의 징계위원 추천이 사회통념상 객관적이고 합리적인 추천권의 범위를 벗어났다고 보기 어려운 점 등을 종합해 볼 때, 원고가 노조가 추천한 징계위원을 배제한 채 회사 측 징계위원만으로 징계위원회를 구성하여 이 사건 제1출근정지처분을 의결한 것은 구 단체협약 제15조 제1항, 제2항에서 정한 징계절차를 위반하여 무효라고 봄이 타당하다.”

2) 법원은 근로자측 징계위원 자격에 관한 규정이 없는 경우 정리해고된 자를 노조측 상벌위원으로 추천하였더라도 이를 두고 추천권 남용이나 포기로 볼 수는 없다고 판단함

#### 【서울고등법원 2013. 3. 20. 선고 2012누26755 판결<sup>167)</sup>】

“① 원고와 ○○타이어지회 사이에 체결된 단체협약 제31조는 조합원이 관련된 징계위원회 개최 시에는 노·사 동수로 구성한다고 규정하고 있는바, 징계위원회 구성에 관한 위 규정의

166) 1심 판결(2014. 3. 27. 선고 2013구합12669 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 1. 15.자 2014두41893 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

취지는 징계위원회 구성에 관하여 ○○타이어지회의 참여권을 보장함으로써 절차적 공정성을 확보함과 아울러 사용자의 징계권 남용을 견제하기 위한 것으로 보아야 하므로 그와 같은 규정의 효력을 함부로 부정할 수 없는 점, ② 단체협약 제31조는 조합원이 관련된 징계위원회는 노·사 동수로 구성한다고 규정할 뿐 노조 측 징계위원의 자격이나 선임절차 등에 관하여는 제한을 두고 있지 않으므로 원고 소속 근로자가 아닌 자가 노조 측 징계위원으로 추천될 수 없다고 보기 어려운 점, ③ ○○타이어지회의 조합원 상당수가 이 사건 쟁의행위에 가담하여 징계에 회부될 가능성이 농후한 상황에서 ○○타이어지회가 그 조합원 중에서 이 사건 쟁의행위 이전에 정리해고되어 이 사건 쟁의행위로 인한 징계의 가능성이 희박한 허○○ 등을 상벌위원으로 추천하는 것을 사회통념상 객관적이고 합리적인 추천권의 범위를 벗어났다고 보기 어려운 점, ④ 허○○ 등은 이 사건 정리해고의 효력을 다투면서 그 소송 중에 있던 자들로서 중앙노동위원회로부터 이 사건 정리해고가 위법하다는 전제에서 복직명령이 내려진 상태에 있었으므로 조합원의 신분은 물론이고 근로자로서의 신분을 확정적으로 상실하였다고 보기 어려운 점, ⑤ 설령 이 사건 정리해고가 적법하다고 하더라도 정리해고는 근로자의 귀책사유 없이 사용자 측의 경영상의 이유로 근로관계가 단절되는 것이므로, 허○○ 등이 비위행위를 저질러 해고된 근로자처럼 합리적 근거나 이유제시도 없이 무작정 참가인들에 대한 징계를 반대할 것이라고 단정하기도 어려운 점 등에 비추어 보면, ○○타이어지회가 노조 측 상벌위원으로 허용대 등을 추천한 것이 그 추천권을 남용하여 이를 포기하거나 거부한 정도에 이르렀다고 보기 어렵다. 따라서 원고가 노조 측이 추천한 상벌위원을 배제한 채 사측 위원만으로 상벌위원회를 구성하여 이 사건 해고를 의결한 것은 단체협약 제31조에서 정한 징계절차를 위반하여 무효라고 할 것이므로, 이와 같은 전제에서 이루어진 이 사건 재심판정은 적법하고, 원고의 위 주장은 이유 없다.”

3) 법원은 **기업별 단위노동조합**과 사용자가 체결한 단체협약에서 징계위원회를 노사 각 위원으로 구성하기로 정하면서 **근로자측 징계위원의 자격에 관하여 아무런 규정을 두지 않은 경우, 그 근로자측 징계위원은 사용자 회사에 소속된 근로자에 한정되는 것으로 해석하여야 한다고 봄**

【대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3351 판결】

“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

167) 1심 판결(서울행정법원 2012. 8. 16. 선고 2011구합40516 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 7. 25.자 2013두7278 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



근로자측 징계위원회는 사용자 회사에 소속된 근로자에 한정되어야 한다.

원심은 그 판시 사정을 종합하면, 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고만 한다)이 참가인 소속 근로자가 아닌 전국○○노동조합 광주전남지부 소속 J, 오○○를 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 위한징계위원회 구성에 단체협약 제22조 제1항을 위반한 위법이 없다고 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같은 징계위원회 구성에 관한 법리오해 등의 위법이 없다...”

## 5. 사전동의 또는 사전협의 규정 관련 판례

5.1 법원은 단체협약 등에 징계의결 시 노동조합의 사전동의(합의)를 받도록 규정되어 있다 하더라도, 피징계자가 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백하고, 사용자가 노조측과 합의를 시도하는 노력을 하였음에도, 노조측이 합리적 이유 없이 일방적으로 징계에 반대한 경우에는 노조측의 사전동의(합의) 없이 행한 징계처분도 유효하다고 봄

### 【대법원 1993. 8. 24. 선고 92다34926 판결】

“이 사건의 경우 단체협약에서 노동조합 간부에 대한 징계해고에 노동조합의 사전 합의를 받도록 규정을 하면서도 단체협약이나 기타 인사관계 규정에 그 사전 합의의 구체적 절차나 방식에 관하여 아무런 규정이 없고, 징계대상 근로자는 노동조합의 수석부위원장으로서 장기간 불법파업을 주도함으로써 사용자에게 대하여 직접적으로 막대한 재산상 손해를 입혔고, 국가보안법위반죄를 저질러 구속영장의 집행을 피하려고 도피하여 53일 동안 무단결근을 하였으며, 또 위 죄로 제1심법원에서 징역 1년 6월에 집행유예 3년과 자격정지 1년 6월의 형을 선고받아 상벌규정 제13조 제5호 소정의 징계면직 사유인 “종업원이 7일 이상 무단결근한 경우”에 해당함이 객관적으로 명백하고, 노동조합 측 징계위원들도 사용자 회사로부터 위 근로자에 대한 징계위원회의 개최통보를 받아 위와 같은 사정을 충분히 알고 있었으며 사용자 회사는 노동조합 측과의 합의를 이루기 위하여 징계위원회의 개최를 한 차례 연기하기까지 하면서 노동조합 측과 합의를 시도하는 등 노력을 다하였는데도, 노동조합 측은 사전 합의에 거부하고 그 징계위원 전원은 위 징계위원회의 심의과정에서 합리적 근거나 이유제시도 없이 일방적으로 위 근로자에 대한 징계에 반대함으로써 노사간의 합의에 이르지 못하였다는 것인바, 사정이 위와 같다면 노동조합 측은 위 인사합의조항에 기한 합의거부권을 남용한 것이라 봄이 상당하므로, 사용자 회사가 비록 노동조합과의 사전 합의에까지는 이르지 못한 채 위 근로자에 대한 이 사건 징계면직을 하였다고 하여도 유효하다고 보아야 할 것이다.”

5.2 법원은 징계위원회 구성에 사측과 노동조합측 위원이 각각 절반을 차지하도록 하면서 참석위원의 2/3 이상의 찬성으로 해고를 의결하도록 정한 해고의결조항은 해고의 사전합의조항과 규정방식에서의 차이가 있을 뿐, 결국 노동조합측의 동의가 필요하다는 점에서 유사한 측면이 있으므로 **노동조합측 위원들이 징계의결권 행사를 남용하였는지 여부를 판단하는 경우에도 해고의 사전합의조항과 관련된 법리를 유추 적용할 수 있을 것**이라고 봄

【서울고등법원 2013. 10. 24. 선고 2013누12685 판결<sup>168)</sup>】

“노사간의 협상을 통해 사용자가 그 해고 권한을 제한하기로 합의하고 노동조합이 동의할 경우에 한하여 해고권을 행사하겠다는 의미로 해고의 사전합의조항을 단체협약에 두었다면, 그러한 절차를 거치지 아니한 해고처분은 원칙적으로 무효이다.

다만, 단체협약에 해고의 사전합의조항을 두고 있다고 하더라도 사용자의 해고 권한이 어떠한 경우를 불문하고 노동조합의 동의가 있어야만 행사할 수 있다는 것은 아니고, 노동조합이 사전 동의를 권을 남용하거나 스스로 사전동의를 포기한 것으로 인정되는 경우에는 노동조합의 동의가 없더라도 사용자의 해고권 행사가 가능하나, 여기서 노동조합이 사전동의를 권을 남용한 경우라면 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 제시 없이 무작정 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다는 등의 사정이 있는 경우에 인정되므로, 이러한 경우에 이르지 아니하고 단순히 해고사유에 해당한다거나 실제적으로 정당성 있는 해고로 보인다는 이유만으로는 노동조합이 사전동의를 권을 남용하여 해고를 반대하고 있다고 단정하여서는 아니 된다(대법원 2007. 9. 6. 2005두8788 판결 등 참조). …(중략)… 징계해고의 경우에는 2/3 이상의 찬성으로 의결하도록 함으로써 이 사건 노동조합측 징계위원회가 일정 수 이상 찬성을 하는 경우에만 이루어질 수 있도록 하고 있는바(이하 징계위원회 구성에 사측과 노동조합측 위원이 각각 절반을 차지하도록 하면서 참석위원의 2/3 이상의 찬성으로 해고를 의결하도록 정한 조항을 ‘해고의결조항’이라 한다). 이러한 해고의결조항은 위 가)항에서 본 해고의 사전합의조항과 규정방식에서의 차이가 있을 뿐, 결국 노동조합측의 동의가 필요하다는 점에서 유사한 측면이 있으므로 이 사건에서도 앞서 본 해고의 사전합의조항과 관련된 법리를 유추적용할 수 있다고 보인다. 따라서 해고의결조항이 단체협약에 존재하는 경우 그러한 절차를 거치지 아니한 채 징계해고처분을 하는 것은 무효이고, 다만 노동조합측 위원들이 징계의결권 행사를 남용하거나 스스로 포기한 것으로 인정되는 경우에는 예외적으로 징계해고처분을 할 수도 있다고 보아야 한다.”

168) 1심 판결(서울행정법원 2013. 4. 12. 선고 2012구합27183판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 2. 28.자 2013두24426 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

5.3 법원은 노동조합이 **최소한의 징계를 요청**하였을 뿐 징계 자체를 반대하거나 징계위원회 개최·심의를 방해하지는 않은 경우는 **사전합의권 남용이라 볼 수 없다고** 판단함

【서울고등법원 2012. 11. 28. 선고 2012누1566판결<sup>169)</sup>】

“참가인을 비롯하여 위 각 쟁의행위를 계획·주도한 노조 간부들에 대한 징계와 관련한 원고의 의견제시 요구에 대하여 이 사건 노조는 최소한의 징계를 요청하였을 뿐 참가인을 비롯한 노조 간부들의 징계회부 자체를 반대하거나 징계위원회의 개최 또는 심의를 방해하는 등의 행위를 하지 아니한 점, 박○○은 이 사건 노조 대표 자격으로 참가인에 대한 징계위원회에 출석하였고 그 의결과정에서도 정직 3월의 의견을 제시하여 참가인에 대한 징계 자체를 거부하지는 않은 점, 비록 참가인의 비위행위가 징계사유에 해당하고 무겁기는 하지만... 박○○이 제시한 정직 3월의 의견이 신의칙에 반하는 정도에 이르렀다고 보기 어려운 점 등에 비추어 보면 이 사건 단체협약상의 사전합의권이나 의결권을 남용하였다고 보기 어렵다”

5.4 법원은 단체협약에 “징계위원회 결정통지서에는 **노조 위원장과 사용자 대표의 날인이 있어야 유효하다**”라는 규정이 있는 경우, **노사합의를 의미하는지 노사협의의 의미하는지는** 일률적으로 말할 수 없고, 규정 마련의 취지 등을 고려하여 종합적으로 해석해야 한다고 봄

【서울고등법원 2010. 12. 21. 선고 2010누11803판결<sup>170)</sup>】

“참가인 회사가 원고에게 보낸 해고통보서에 노조위원장의 날인이 누락되어 있는 것이 이 사건 해고를 무효로 할 만한 절차상 하자로 볼 수 있는지 여부에 관하여 본다.

단체협약에 정하여진 해고에 관한 절차위반이 그 해고를 무효로 하느냐 여부는 일률적으로 말할 수는 없다.(대법원 1994. 3. 22. 선고 93다28553 판결 참조)

근로자에 대한 인사권은 원칙적으로 사용자인 참가인 회사에게 있을 뿐 아니라, 참가인 회사의 단체협약 역시 제22조 제1항에서 징계위원회를 대표이사, 상무, 업무부장, 관리자로 구성하고 노동조합측에게는 변론권 내지 변론 기회만을 주고 있는 점, 이 사건 단체협약 부칙 제1의 바.항은 “회사의 징계사항은 노사 간 체결한 단협 및 취업규칙에 의하여 징계위원회 결정에 따른다”고 규정하고 있는 점, 갑 제17호증의 1.의 기재에 의하면 참가인 회사의 노사 양측은 이 사건 단체협약 부칙을 체결하면서 징계에 관한 사항은 징계위원회 결정에 따르되 참가인 회사가 징계절차를 거치지 않고 징계를 남발하는 것을 막기 위하여 이 사건 단체협약 부칙 제1의 바.항 규정을 마련한 사실을 인정할 수 있는 점 등을 고려하면 이 사건 단체협약 부칙 제1의 바.항에서 징계결정통지서에 노사 양 대표의 날인을 요구한 것은 참가인 회사가 징계를 함에 있어 ‘노동

169) 1심 판결(서울행정법원 2012. 4. 26. 선고 2011구합21560 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 4. 25.자 2013두1089판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

조합과 의사의 합치를 보아야 한다라는 의미라기 보다는 조합원에 대한 참가인 회사의 자의적인 인사권이나 징계권의 행사를 방지하려는 취지에서 인사나 징계의 공정을 기하기 위하여 근로자에 대한 징계절차가 완전히 마무리되기 전에 노동조합장에게 징계결과를 미리 알려줌으로써 노동조합측의 징계과정에서의 변론 내지는 필요한 의견을 제시할 기회를 보장하고 제시된 노동조합의 의견을 참고로 하여 최종적인 징계가 이루어지도록 유도하기 위한 규정이라고 해석함이 상당하다. 따라서, 징계결정통지서에 위 ○○○의 날인이 누락되었다고 하더라도 그것만으로 해고절차 위반으로서 무효가 된다고 볼 수 없다.”

## 6. 징계재심절차 관련 판례

### 6.1 징계재심절차를 반드시 거쳐야 하는지 여부

#### 가. ‘변명기회 부여’와 관련한 재심절차 규정이 없는 경우

1) 법원은 징계재심절차에서 소명기회 부여와 관련한 별도의 규정이 없는 경우에는 소명기회를 부여하지 않았다고 하더라도 징계는 유효하다고 봄

#### 【서울고등법원 2005. 5. 12. 선고 2004누9793 판결】

“무릇 인사규정 등에 징계처분에 대한 재심절차에서 징계대상자에게 진술의 기회를 부여한다는 규정이 없는 이상 재심의 절차에서 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하지 않고 진행되었다고 하여 무효라고 할 수 없다(대법원 1995. 7. 14. 선고 94누11491 판결 참조) 할 것이다.

사용자의 ‘회원조합징계변상업무처리준칙’에 의하면 그 제27조 제1항에 징계사항을 의결할 때에 해당 징계대상자를 인사위원회에 출석시켜 소명기회를 부여하도록 규정하고 있을 뿐 나아가 징계처분에 대한 재심절차에서 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하여야 한다는 규정은 없고, 달리 이러한 기회를 부여하여야 한다는 별도의 규정이 있음을 인정할 증거도 없는바, 사용자가 근로자에 대한 징계의결을 함에 있어 근로자를 출석시켜 소명기회를 부여하였음은 앞서 본 바와 같으므로 사용자가 재심절차에서 근로자에게 소명기회를 부여하지 아니하였다 하여 징계절차가 무효라고 할 수는 없으니 결국 징계절차상의 위법이 있다는 근로자의 주장은 이유 없다.”

2) 법원은 징계의결과 징계재심의결을 같은 인사위원회에서 담당하는 경우, ‘인사위원회에서 진술할 기회를 부여한다’는 규정은 징계재심절차에도 그 적용이 있다고 봄(위 ‘1’) 사례와 비교)

170) 동 사건은 대법원(대법원 2012. 3. 29.자 2011두2071판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 【대법원 2006. 12. 22. 선고 2004두12902 판결】

“사용자의 상벌규정은 인사위원회는 징계대상직원의 의사에 따라 징계혐의 사실에 관한 소명서를 제출받거나 인사위원회에 직접 출두시켜 징계혐의사실에 관하여 진술할 수 있는 기회를 주어야 한다고 규정하면서(제10조 제1항), 징계대상직원이 정당한 사유 없이 출석하지 아니하거나 소명서를 제출하지 아니한 경우에는 소명의 기회를 포기한 것으로 간주한다고 규정하고 있고(제10조 제3항), 한편 피징계자는 징계통고 시각으로부터 48시간 이내에 인사관리부서에 서면으로 재심을 청구할 수 있는데(제11조 제1항), 재심신청이 접수되면 당해 안건의 재심을 인사위원회 위원장에게 통보하여 재심의를 의뢰하고(제11조 제2항), 인사위원회 위원장이 인사위원회를 소집하여 재심의 하도록 규정(제11조 제3항)되어 있음을 알 수 있으므로, 인사위원회의 심의 절차를 규정한 상벌규정 제10조 제1항 및 제3항은 같은 인사위원회가 담당하는 징계재심절차에도 그 적용이 있다고 할 것임에도 원심이 사용자의 상벌규정 등에 재심절차에서 징계대상자에게 진술의 기회를 부여한다는 규정이 없다고 판단한 것은 잘못이라 할 것이다.”

3) 법원은 징계재심절차는 소명기회의 부여가 재심절차의 핵심이라 할 것인 점 등을 고려하면, **단체협약상의 징계절차 중 재심징계절차에서 달리 정하고 있지 않는 부분**(징계위원회 개최 사전통지 및 소명기회 부여 규정)은 **초심 징계절차가 그대로 적용된다고 봄**

【서울고등법원 2013. 1. 17. 선고 2012누19375 판결<sup>171)</sup>】

“징계의 절차에 관한 이 사건 단체협약 제23조는 징계사유의 조사, 징계위원회의 개최시 통보, 소명 기회 부여 및 의결 정족수, 징계양정의 감경, 징계절차의 중지, 징계시효 등에 관하여 규정하고 있고, 반면 단체협약 제25조는 징계 재심에 관하여 규정하면서 재심 청구기간과 재심 청구로 인한 징계 효력의 정지, 개최 일시 및 징계결과와 통보 일시에 관한 내용만을 규정하고 있어, 징계 재심절차에서 위 사항 외의 의결정족수, 징계절차의 중지 등은 단체협약 제23조에 따를 수밖에 없는 점, 단체협약 제25조 제3항은 재심 징계위원회는 재심의 요청을 받은 날로부터 15일 이내에 징계위원회를 ‘재개최’하도록 규정하고 있는 점, 징계 재심은 징계혐의자가 초심 징계의 부당성을 주장하여 그에 대한 재판단을 구하는 것으로서 소명기회의 부여가 재심절차의 핵심이라 할 것인 점 등을 고려하면, 징계절차 중 이 사건 단체협약 제25조에서 달리 정하고 있지 않는 부분에 관하여는 제23조가 그대로 적용된다고 봄이 타당하므로, 징계위원회 개최 사전 통보 및 소명의 기회 부여에 관한 단체협약 제23조 제3항, 제4항은 재심 징계절차에 관하여도 적용된다.”

제11장  
징계절차

171) 동 사건은 대법원 2015. 5. 28. 선고2013두3351 판결로 확정됨

### 나. '징계재심위원회 구성'과 관련한 재심절차 규정이 없는 경우

법원은 재심징계위원회의 구성과 관련한 절차규정이 없더라도 징계절차에 관한 단체협약상 일반규정이 적용되므로 이에 위반하여 노조대표를 참석시키지 않고 진행된 징계재심절차는 무효라고 봄

#### 【서울고등법원 2007. 10. 19. 선고 2007누12295 판결<sup>172)</sup>】

“단체협약 제39조에는 ‘회사의 징계결정에 이의가 있을 때 해당 조합원은 징계결정 통보를 받은 날로부터 15일 이내에 이의를 제기할 수 있으며 이의가 제기되면 회사는 해당 조합원 및 관할 대의원이 참석한 가운데 징계위원회를 열어 7일 이내에 재심을 해야 하며 3일 이내에 결정사항을 서면으로 통보하여야 한다’라고 규정되어 있으나, 재심징계위원회 절차 및 징계인원 구성에 있어서 특별한 사정이 없는 한 징계심의에 관한 일반규정인 단체협약 제37조가 그대로 적용된다고 보아야 할 것인바, 근로자에 대한 재심징계절차에 적법한 노조대표자인 최○○ 및 관할 대의원의 참석 없이 이루어진 재심징계절차도 하자가 있다고 할 것이다.”

## 6.2 징계재심절차에 중대한 하자가 있는 경우

가. 법원은 재심청구 내용 및 입증자료가 징계원심에서 소명한 내용과 거의 유사하다는 이유만으로 재심청구를 각하한 경우 이는 재심절차를 거치지 않은 중대한 절차상 하자에 해당한다고 봄

#### 【서울고등법원 2012. 8. 29. 선고 2012누5246 판결<sup>173)</sup>】

“참가인의 인사규정에 제85조, 제86조, 회원조합징계·변상업무처리규정(예) 제29조에 의하면, 징계재심은 징계원심과 동일하게 인사위원회가 담당하기는 하나, 인사위원회는 위원장을 포함하여 7인 이상 9인 이내로 구성되고 재적위원 2/3 이상의 출석으로 개의하여 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하도록 규정하고 있어(갑10-2, 을3), 징계원심에 출석하였던 위원과 징계재심에 출석한 위원이 항상 같다고 볼 수는 없다. 뿐만 아니라 설령 징계원심에 출석하였던 위원과 징계재심에 출석한 위원이 같고 근로자의 소명 내용이 징계원심에서의 그것과 동일하다 하더라도, 징계재심 절차에서 징계사유의 존부와 징계양정에 관하여 반드시 징계원심의 결정과 같게 할 것이라고 단정할 수도 없다.

여기에 회원조합징계·변상업무처리규정(예) 제28조 제1항에서 정한 재심청구 각하 사유의 규정 내용 등 제1심 판결이 들고 있는 여러 사정 등을 종합하여 보면, ‘서류미비 또는 입증자료 불비(제2호)’는 다른 재심청구 각하사유에 준하는 것으로서 그 자체로 형식에 어긋나거나 입증자료를 전혀 구비하지 않는 등 명백히 재심청구의 형식적 타당성을 결여한 것으로 한정된다고 보아야 하고, 근로자의 재심청구 내용 및 입증자료가 징계원심에서 소명한 범위를 벗어나지

172) 동 사건은 대법원(대법원 2008. 1. 17. 자 2007두23293 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

않는다는 사정만으로는 이에 해당한다고 볼 수 없다.

그런데도 중앙노동위원회는, 원고들의 재심청구 내용 및 입증자료가 징계원심에서 소명한 범위를 벗어나지 않는다는 이유만으로, 참가인의 인사위원장이 회원조합징계·변상업무처리규정(예) 제28조 제1항 제2호에 따라 원고들의 재심청구를 각하한 것은 정당하다고 하고 있어 위법하다.”

나. 법원은 재심청구기간은 있으나 재심개최시기 규정이 없는 경우, 재심절차를 전혀 이행하지 않은 것은 물론, 상당한 기간이 지난 후에 징계재심이 이루어졌다면 징계절차의 중대한 하자라고 봄

【서울행정법원 2007. 9. 21. 선고 2007구합14503 판결】

“사용자는 2006. 5. 12. 이 사건 정직을 의결한 후 그로부터 7일이 경과한 날이자 이 사건 정직이 시행되기 전날인 2006. 5. 20.에야 근로자에게 이를 통보하였고, 근로자가 취업규칙에 따른 항고기간(재심청구기간) 내인 2006. 5. 23. 항고하자 이 사건 정직기간이 종료한 후인 2006. 9. 18.에 이르러서야 이 사건 정직에 대한 재심절차에 해당하는 중앙인사위원회를 개최 하였던 바, 비록 사용자의 관련 규정에 중앙인사위원회가 징계처분에 대한 항고를 언제까지 처리하여야 하는지에 관한 규정이 없다고 하더라도, ①취업규칙상 징계처분에 대한 재심청구 기간이 ‘통지를 받은 날로부터 7일 이내’로 제한된 것은 징계처분의 효력을 조기에 확정함으로써 신분관계의 불안정을 제거하는 데 일차적인 목적이 있다고 보이므로, 재심청구에 대한 중앙인사위원회는 위 기간에 상응하는 상당한 기간 내에 개최되어야 할 것이지 그 개최시기에 아무런 제한이 없다고 볼 수 없는 점, ②정직기간이 종료한 후에는 객관적으로 해당 정직에 의한 피징계인의 손해가 이미 회복이 불가능하거나 어려울 수도 있고 피징계인 자신으로서도 해당 정직에 대하여 다들 의사나 실익이 반감할 수도 있음을 감안할 때, 이미 기간이 종료한 정직에 대한 재심절차는 사실상 유명무실한 절차가 될 가능성이 큰 점,

③사용자는 합리적인 이유없이 근로자에게 이 사건 정직을 최대한 늦게 통보하고 이 사건 정직의 종료 후까지 중앙인사위원회의 개최를 지연시킴으로써 의도적으로 이 사건 정직에 대한 실효적 재심절차의 기회를 박탈한 것으로 보이는 점 등 이 사건 변론에 나타난 제반사정을 종합하면, 이 사건 정직은 재심절차가 전혀 이행되지 아니하였거나 재심절차에 중대한 하자가 있어 그 효력을 인정할 수 없는 징계절차상의 하자가 있다고 할 것이다.”

제11장  
징계절차

다. 법원은 징계재심 청구일부터 6개월이 경과하여 징계재심절차를 이행한 경우, 징계재심 청구사건이 50여건을 초과하여 전체적으로 지연되고 있는 등 지연에 상당한 이유가 있는 경우에는 징계재심절차의 중대한 하자로 볼 수 없다고 판단함

173) 동 사건은 대법원(대법원 2012. 12. 27.자 2012두20281 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 【서울고등법원 2007. 7. 4. 선고 2006누23496 판결】

“사용자 공단의 인사규정에 의하면, 직원이 징계처분을 받고 그 처분에 이의가 있을 때에는 징계통지를 받은 날로부터 10일 이내에 중앙징계위원회에 재심을 청구할 수 있고, 재심의 요구 및 청구가 있을 때에는 접수한 날로부터 15일 이내에 심의하여 그 결과를 징계의결요구권자 및 청구자에게 통지하도록 규정하고 있는 바, 이는 대상자에 대한 징계절차를 빨리 확정함으로써 근로자의 불안정한 신분 상태를 조속히 해소하려는 데 그 취지가 있는 것이므로, 회사로서는 적법한 재심 청구가 있을 경우 인사위원회를 소집할 수 없는 객관적인 사유가 있다거나 징계대상자의 이익을 위하여 또는 그의 귀책사유로 인하여 이의절차가 지연되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 소정기한 내에 아니면 적어도 상당한 기간 내에 인사위원회를 개최하여 원징계결정을 유지하거나 취소, 변경하는 결정을 하여야 할 것이다(대법원 1994. 1. 14. 선고 93다968 판결 참조).

그런데, 이 사건에 있어서 근로자가 2005. 3. 8. 재심청구에 이어 같은 달 14. 곧바로 이 사건 해고가 부당하다고 주장하며 인천지방노동위원회에 구제신청을 제기하자 사용자 공단으로서도 이에 대응하여 해고의 정당성 및 적법성을 다툴 수밖에 없었고, 한편 근로자의 재심 청구 무렵 사용자 공단의 징계에 대한 재심청구사건이 50여 건을 초과하여 재심청구건에 대한 처리가 전체적으로 지연되고 있었던 점에 비추어, 근로자에 대한 징계의 재심 절차의 지연에 상당한 이유가 있다고 보여지고, 이후 사용자 공단이 2005. 9. 2. 근로자에 대한 중앙징계위원회를 개최함으로써 원징계처분에 대한 적법한 이의절차가 행하여졌다고 보아야 할 것이므로 이 사건 해고는 절차상으로도 정당하다.”

라. 법원은 어느 징계사유에 대한 원징계절차를 동일한 징계혐의자의 다른 징계사유에 대한 징계재심절차와 함께 진행하는 것은 재심기회를 박탈하는 것으로서 절차상 중대한 하자에 해당하여 무효라고 판단함

## 【서울고등법원 2007. 11. 22. 선고 2007누14642 판결】

“근로자가 2005. 8. 18.부로 근로자를 해고한다는 사용자의 징계처분(2005. 6. 26.자 업무방해 행위 및 폭행행위가 징계대상 비위사실)에 대한 재심을 청구하자 사용자는 2005. 8. 25. 위 징계처분에 대한 재심절차와 2005. 7. 11.자 업무방해행위에 대한 징계심의절차를 통합하여 2005. 9. 1. 16:00에 그 각 절차를 위한 인사위원회를 개최하기로 결정한 후 2005. 9. 1. 근로자를 같은 달 15.자로 해고하기로 의결하였는데, 이는 사용자가 2005. 7. 11.자 업무방해행위에 대하여 징계절차를 진행하면서 근로자에게 단체협약 제50조 제5호에 의하여 보장되어 있는 징계처분에 대한 재심의 기회를 원천적으로 박탈한 징계절차상의 하자가 있으므로 사용자의 2005. 7. 11.자 업무방해에 대한 징계절차는 무효이다.”

마. 법원은 단체협약에 재심청구사유를 징계절차에 대한 이의로 명백히 한정하고 있는 경우, 징계사유 및 양정에 대한 이의에 기한 징계재심청구를 받아들이지 않았다 하더라도 절차상 하자는 없다고 봄



## 【서울행정법원 2006. 12. 12. 선고 2006구합27519 판결】

“단체협약 제22조 제4호는 징계절차 중 재심사유와 관련하여 ‘징계절차에 이의가 있을 시’로 규정하면서 재심이 가능한 경우를 징계절차에 이의가 있는 경우로 명백히 한정하고 있으므로, 위 규정을 근로자의 주장과 같이 징계의 사유와 양정 전반에 대한 이의제기를 보장하기 위한 규정이라고 해석할 수 없다.

근로자가 재심을 신청하면서 들고 있었던 사유는 징계절차에 대한 것이 아니라 징계사유의 존부에 관한 것이므로, 사용자가 그와 같은 사유가 징계절차에 해당하지 아니한다는 이유로 근로자의 재심신청을 받아들이지 아니한 것이 위법하다고 볼 수 없다.”

### 6.3 징계재심절차에 의한 하자 치유

법원은 원래의 징계절차의 징계위원 구성 등의 하자가 있더라도 재심과정에서 보완되었다면 징계절차상 하자는 치유라고 봄

【서울고등법원 2007. 11. 27. 2007누9091 판결<sup>174)</sup>】

“징계처분에 대한 재심절차는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분 절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계 과정 전부에 관하여 판단되어야 할 것이므로, 원래의 징계 과정에 절차 위반의 하자가 있더라도 재심 과정에서 보완되었다면 그 절차 위반의 하자는 치유된다(대법원 1993. 11. 9. 선고 93다17690 판결, 1999. 3. 26. 선고 98두4672 판결 등 참조).

이 사건 징계절차에서, 법인의 이사인 징계위원 수가 전체 위원 2분의 1 이상을 초과할 수 없다는 법 및 정관 규정을 벗어나 일반직 징계위원이 임명된 잘못이 있고, 또한 근로자가 징계 요구권자인 이사장으로부터 징계사유를 기재한 설명서를 송부 받지 못한 채 징계가 이루어지기는 하였으나, 징계재심위원이 징계위원 구성 비율에 대한 관계법령 규정에 맞게 구성되었고, 징계사유에 대하여 잘 알고 있는 근로자가 징계재심의결 기일의 출석통지를 받고 기일에 출석하여 자신에 대한 변명을 할 기회가 부여된 이상, 위와 같은 징계절차상의 하자는 모두 치유되었다고 할 것이다.”

제11장  
징계절차

## 7. 재징계 관련

가. 법원은 1차징계 효력이 다투어지는 상황에서 1차징계를 취소함이 없이 절차를 보완하고 해고사유를 추가하여 2차징계를 한 경우, 2차징계가 단지 1차징계가 효력이 없을 것에 대비하여 행하여진 징계라는 것만으로 당연히 무효라고 할 수는 없다고 봄

174) 동 사건은 대법원(대법원 2008. 3. 13.자 2007두26247 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 【대법원 1996. 4. 23. 선고 95다53102 판결】

“원심은, 피고 회사는 1990. 11. 21. 원고가 7일 이상 무단결근하였다는 이유로 인사위원회를 개최하여 원고를 징계면직하였는데, 원고가 이에 불복하여 경북지방노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 함으로써 위 지방노동위원회가 1991. 2. 26. 위 징계면직을 부당노동행위라고 결정하고 원고를 원직에 복직시키라는 명령을 하게 되자, 피고 회사는 같은 해 3. 18.자로 원고를 복직하게 한 후 같은 달 20. 다시 인사위원회를 개최하여 새로운 징계사유를 추가하여 원고를 징계해고하기로 의결하고 그 의결에 기하여 같은 달 23.자로 원고를 징계해고한 사실을 인정한 후, 이 사건 제2차 해고는 실질적인 복직조치 없이 내려진 해고, 즉 근로자의 신분을 박탈당한 자에 대한 해고여서 당연무효라는 원고의 주장에 대하여는, 피고 회사가 위와 같이 복직조치를 취한 이상 원고는 해고자로서의 지위에서 벗어났다고 할 것이므로 위 제2차 해고를 근로계약관계가 없는 자에 대한 해고로서 무효라고 볼 수 없다고 판단하였다.

기록에 의하면, 피고 회사는 위 지방노동위원회의 복직명령에 따라 원고를 복직시키기는 하였으나 위 지방노동위원회의 결정에 불복하여 중앙노동위원회에 재심신청을 한 사실을 알 수 있는바, 노동조합법 제42조에서 규정한 노동위원회의 사용자에 대한 구제명령은 사용자에게 이에 복종하여야 할 공법상의 의무를 부담시킬 뿐 직접 노사간의 사법상의 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니라고 할 것이므로(대법원 1976. 2. 11.자 75다496 결정, 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결 참조), 피고 회사가 위 복직명령에 대한 공법상의 의무를 이행하기 위하여 원고를 복직시키는 조치를 취하였다고 하더라도 피고 회사가 그에 불복하여 중앙노동위원회에 재심신청을 하였다면, 피고 회사는 제1차 해고를 취소함이 없이 제1차 해고가 받아들여지지 않을 것에 대비하여 예비적으로 이 사건 제2차 해고를 한 것이라고 보아야 할 것이고, 위 제2차 해고를 지방노동위원회의 복직명령에 따라 일시적으로 회복된 근로관계를 해소하기 위한 목적에서의 해고는 아니라고 보아야 할 것이다.

그렇다면, 피고 회사가 복직조치를 취함으로써 원고가 해고근로자의 지위를 벗어났으니 이 사건 제2차 해고는 해고근로자에 대한 해고로 볼 수 없다는 취지의 원심의 판시는 잘못이라고 할 것이나, 이와 같이 제1차 해고의 효력이 다투어지고 있는 상태에서 그 제1차 해고를 취소함이 없이 절차를 보완하고 해고사유를 추가하여 행하여진 제2차 해고를, 그것이 단지 제1차 해고가 효력이 없을 것에 대비하여 행하여진 해고라는 것만으로 당연히 무효인 해고라고 할 수는 없을 것이므로, 원심의 위와 같은 법리오해는 이 사건의 결론에 영향이 없고, 이와 다른 견해를 전제로 한 논지는 모두 이유가 없다.”

나. 법원은 **징계절차상의 위법**을 이유로 한 직위해제 및 직권면직처분의 무효확인 판결이 확정된 경우 그 소송 도중 징계시효기간이 도과하였어도 위 **판결 확정일부**터 상당한 기간 내에 다시 동일한 사유에 대하여 징계요구를 할 수 있다고 봄

## 【대법원 1998. 6. 12. 선고 97누16084 판결】

“위 인사규정 제60조의1의 취지는 징계사유 발생 후 사용자가 징계권을 행사할 것인지를 확정하지 아니함에 따라 근로자가 상당 기간 불안정한 지위에 있게 하는 것을 방지함과 아울러 오랜 기간이 지났기 때문에 사용자가 징계권을 행사하지 않으리라는 근로자의 기대를 보호하기 위한 것(대법원 1995. 3. 10. 선고 94다14650 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(대법원 1993. 1. 15. 선고 92다20149 판결 참조), 참가인이 위 판결의 확정 후에 직위해제 등 처분의 사유와 동일한 사유를 들어 다시 이 사건 정직처분을 하였다고 하여 위 확정판결의 기판력에 저촉된다고 할 수 없다(대법원 1994. 9. 30. 선고 93다26496 판결, 1995. 12. 5. 선고 95다36138 판결 등 참조).”

## 8. 징계시효 관련 판례

## 8.1 징계시효의 기산점

가. 법원은 인사규정 등에 “징계의결의 요구는 징계사유가 발생한 날부터 2년(또는 3년)을 경과한 때에는 이를 행하지 못한다”라고 규정되어 있는 경우, 이는 ‘징계시효’ 규정으로서 기간이 경과하면 징계를 할 수 없다고 봄

## 【대법원 1995. 3. 10. 선고 94다14650 판결】

“○○공사의 근로자에 대한 징계절차를 규정하고 있는 인사규정 제46조의3 제1항은 “징계의결의 요구는 징계사유가 발생한 날로부터 2년(단, 금품 및 향응수수, 공금의 횡령, 유용의 경우에는 3년)을 경과한 때에는 이를 행하지 못한다.”고 규정하고 있는바,

위 규정은 근로자에 대한 징계사유가 발생하여 공사가 일방적으로 근로자를 징계할 수 있었음에도 그 행사 여부를 확정하지 아니함으로써 근로자로 하여금 상당 기간 불안정한 지위에 있게 하는 것을 방지하고 아울러 공사가 비교적 장기간에 걸쳐 징계권 행사를 게을리하여 근로자로서도 이제는 공사가 징계권을 행사하지 않으리라는 기대를 갖게 된 상태에서 공사가 새삼스럽게 징계권을 행사하는 것은 신의칙에도 반하는 것이 되므로 위 기간의 경과를 이유로 사용자의 징계권 행사에 제한을 가하려는 취지에서 둔 규정으로서 그 기산점은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때라고 할 것이다."

나. 법원은 비위사실이 계속적으로 행하여진 일련의 행위인 경우의 **징계시효의 기산점은 일련의 행위 중 최종의 것을 기준으로 하여야 하나 그렇지 아니한 징계시효 규정의 기산점은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때라고 봄**

【서울고등법원 2012. 11. 2. 선고 2012누7846 판결<sup>175)</sup>】

“이에 대하여 원고는, 원고의 인사규정 제51조가 정하는 징계사유가 발생한 날이라고 함은 원고가 징계권을 행사할 수 있는 때를 의미한다고 할 것인바, 참가인이 자신의 범행을 적극 부인하는 상황에서 참가인에 대한 유죄판결이 선고된 때, 적어도 참가인의 범죄행위에 대한 수사가 종결된 때를 징계사유가 발생한 때라고 보아야 한다고 주장하므로 살피건대, 비위사실이 계속적으로 행하여진 일련의 행위인 경우의 징계시효의 기산점은 위 일련의 행위 중 최종의 것을 기준하여야 하나(대법원 1986. 1. 21. 선고 85누841 판결 참조), 그렇지 아니한 징계시효 규정의 기산점은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때라고 할 것이고, 예외적으로 인사규정 등에서 재판 진행 내지 수사개시 등을 징계시효 중단 사유로 규정하고 있는 경우에 한하여 징계시효가 중단될 수 있다고 할 것인바(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두2484 판결 등 참조), 참가인의 배○○에 대한 2008. 2. 28.자 폭행, 같은 해 8. 27.자 상해는 고○○ 소유 차량에 대한 2009. 9. 17.자 재물손괴 및 강○○소유 차량에 대한 같은 달 18.자 재물손괴와 일련의 행위로 볼 수 없으므로, 이 부분 징계시효의 기산점은 참가인의 비위행위가 종료된 날인 2008. 2. 28. 및 같은 해 8. 27.로 해석함이 상당하고, 원고의 인사규정 어디에도 징계시효의 중단에 관하여 규정하고 있지 아니하므로, 참가인에 대한 이 부분 징계 시효가 유죄판결 선고시 내지 수사종결시까지 중단된다고 할 수 없다고 할 것이어서, 이와 다른 전제에서 선 원고의 주장은 이유 없다.”

다. 법원은 취업규칙 위반사실에 대하여 **사용자가 구체적으로 인지한 날을 징계사유 발생일로 본다고 규정**하는 경우에는 사용자가 근로자의 비위행위가 있었던 때부터 매우 오랜 기간이 지나더라도 근로자를 징계할 수 있게 되어 근로자에게 불리할

175) 동 사건은 대법원(대법원 2012. 11. 2.자 2012두27664 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

수 있지만 이러한 징계시효의 기산점과 관련한 규정이 사기업(私企業)의 징계시효 제도의 취지에 반한다고 볼 수는 없다고 판단함

【서울고등법원 2014. 9. 3. 선고 2013누29034 판결<sup>176)</sup>】

“참가인 회사의 단체협약 제 32조 제2호에서는 “회사가 징계를 하고자 할 때에는 사유 발생 일로부터 30일 이내에 징계위원회를 개최하여야 하고”라고 규정하고, 참가인 회사의 징계위원회 시행세칙 4.3.2. 에서는 “취업규칙 위반사실이 발생일보다 나중에 발견된 경우에는 상기 3조의 주관팀(부서)에서 그 위반사실에 대하여 구체적으로 인지한 날을 징계사유 발생일로 본다”고 규정함으로써 참가인 회사가 근로자에 대한 징계권을 행사할 수 있는 기간 즉 징계시효에 관하여 규정하고 있다.

이에 대하여 참가인 회사의 단체협약 제32조 제2호를 징계시효에 관한 규정으로 보는 경우, 참가인 회사로서는 근로자의 비위행위를 뒤늦게 알게 되더라도 그로부터 30일 이내에 징계위원회를 개최하기만 하면 비위행위가 있었던 때부터 매우 오랜 기간이 지나더라도 근로자를 징계할 수 있게 되므로, 이는 징계시효 제도의 취지에 반한다는 지적이 있을 수 있다. 그러나 참가인 회사와 같은 사기업(私企業)의 징계권 행사와 관련하여 법령에서는 그 시효에 대하여 따로 규정하고 있지 않다. 따라서 사기업 소속 근로자에게 있어서 징계시효가 당연히 보장되는 것은 아니고, 사기업별로 사용자와 근로자의 자율적 협의 등을 통하여 징계시효를 인정할 것인지, 징계시효를 인정할 경우 그 기간을 어떻게 할 것인지에 대하여 개별적으로 정하게 된다. 또 징계시효는 사용자가 징계권 행사를 게을리 하여 근로자의 입장에서 사용자가 더 이상 징계권을 행사하지 않으리라는 기대를 갖게 되었는데도 사용자가 새삼스럽게 징계권을 행사하는 것을 허용할 경우 근로자가 장기간 불안정한 지위에 놓이게 될 뿐 아니라 신의칙에도 반하기 때문에 인정되는 것이다. 따라서 참가인 회사의 단체협약 제 32조 제2호를 징계시효를 규정한 것으로 보면서, 참가인 회사의 징계위원회시행세칙 4.3.2. 에 의하여 참가인 회사가 근로자의 비위행위를 뒤늦게 알게 된 경우에는 그 때부터 징계시효의 기산점이 진행된다고 해석하는 것이 징계시효제도의 취지에 반한다고 볼 수는 없다.”

## 8.2 징계시효의 정지

가. 법원은 노동조합이 쟁의기간중 징계를 금지한 단체협약에 따라 쟁의기간 중임을 이유로 단체협약에 ‘징계위원회 진행사안과 동일한 사유에 의하여 **형사사건으로 기소된 경우 또는 수사기관에서 조사 중인 때에 준하여 징계시효가 정지된다**’고 규정된 경우 해당 징계가 행정구제절차 진행 중이면 징계시효가 정지된다고 봄

제11장  
징계절차

176) 동 사건은 대법원(대법원 2015. 1. 15.자 2014두12345 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

## 【대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3351 판결】

“원심은, 그 채택 증거에 의하여 참가인은 원고들이 2007. 9. 경부터 계속해서 쟁의발생 신고를 하면서 쟁의기간 중임을 이유로 징계를 할 수 없다고 주장하였기 때문에 바로 징계위원회를 열지 않고, 원고 근로자1의 징계사유 ①, 원고 김○○의 징계사유 ②, ⑤, 원고 정○○의 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 제23조 제10항 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 쟁의기간중임을 이유로 징계할 수 없다고 주장하는 상황에서 참가인이 원고 김용○, 박○○의 징계사유 각 ①(무단결근)에 관하여 위 원고들을 징계할 것을 예고하였고, 한편 그 무단결근 처리의 적법성 여부를 직접적인 다툼의 대상으로 삼아 행정구제절차가 진행 중이었으므로 위 각 징계사유는 징계위원회 진행사안에 해당되거나 형사사건으로 기소된 경우 또는 수사기관에서 조사 중인 때에 준하여 징계시효가 정지되었다고 봄이 타당하다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 징계시효 완성에 관한 법리오해, 판례 위반 및 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 등의 위법이 없다.”

나. 법원은 **징계위원회 개최시한의 기산점**은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때이지만 쟁의기간 중에 쟁의과정에서 발생한 징계사유를 들어 징계를 함에 있어서 ‘**쟁의기간 중의 징계금지**’와 같이 징계가 불가능한 사유가 있는 경우에는 **쟁의행위가 종료된 때로부터 위 기간이 기산된다고 봄**

## 【대법원 2013. 2. 15. 선고2010두20362 판결】

“단체협약에서 ‘징계위원회는 징계사유 발생일로부터 15일 이내에 개최되어야 하고, 이를 따르지 않는 징계는 무효로 한다’고 정하고 있는 경우, 징계대상자 및 징계사유의 조사 및 확정에 상당한 기간이 소요되어 위 규정을 준수하기 어렵다는 등의 부득이한 사정이 없는 한, 위 규정을 위반하여 개최된 징계위원회에서 한 징계 결의는 무효라고 할 것이다. 한편, 징계위원회 개최시한의 기산점은 원칙적으로 징계사유가 발생한 때라고 할 것이나, 쟁의기간 중에 쟁의 과정에서 발생한 징계사유를 들어 징계를 함에 있어서 앞서 본 ‘쟁의기간 중의 징계금지’와 같이 징계가 불가능한 사유가 있는 경우에는 쟁의행위가 종료된 때로부터 위 기간이 기산된다고 할 것이다.

원심은, 원고 회사의 단체협약 제32조가 ‘회사가 조합원을 징계하고자 할 때는 다음의 절차를 거쳐야 하며 이를 따르지 않는 징계는 무효로 한다.’고 정하고 있고, 그 중 제2호는 ‘징계위원회는 징계사유 발생일로부터 15일 이내에 개최되어야 한다’고 정하고 있으므로 징계위원회 개최시한에 관한 위 규정은 단순한 훈시규정이 아니라 효력규정이라고 전제한 후, 그 기산점은 원칙적으로

징계사유가 발생한 때라고 할 것이나, 단체협약 제108조에서 쟁의기간 중의 징계 등을 금지하고 있는 것과 같이 징계가 불가능한 사유가 있는 경우에는 이 사건 쟁의행위가 종료한 때로부터 위 기간이 기산된다고 보았다. 그리고 2008. 4. 23.자 피고 보조참가인 임○○의 징계사유를 제외한 피고 보조참가인들에 대한 징계사유는 모두 이 사건 쟁의행위 과정에서 발생한 것으로, 이 사건 쟁의행위가 종료한 2008. 4. 4.부터 15일 이내에 징계위원회가 개최되어야 함에도, 피고 보조참가인들에 대한 이 사건 각 해고 및 정직 처분은 그로부터 15일이 훨씬 지난 후에 개최된 징계위원회에서 한 결의에 의한 것으로 무효라고 판단하였다.

한편 원심은, 이 사건 징계위원회는 그 이전에 개최된 징계위원회의 속행으로 행해진 것이므로 징계위원회 개최시한에 관한 단체협약 제32조 제2호를 위반하지 않았다는 원고 회사의 주장에 대하여, 이 사건 쟁의행위 기간 중에 개최된 기존의 징계위원회는 단체협약 제 108조를 위반한 것으로 징계절차상 중대한 하자가 있어 무효이고, 따라서 이 사건 징계위원회는 징계위원회의 개최시한을 준수한 것으로 볼 수 없다고 하여 위 주장을 배척하였다.

위 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 단체협약 제32조 제2호에서 정한 징계위원회의 개최시한 내지 징계시효에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.”

### 8.3 징계시효의 완성

가. 법원은 ‘**판결 확정일부터 3개월 이내에 재징계할 수 있다**’는 규정은 징계시효로서 **강행규정**이고, 위 기간 내에 ‘**재징계절차를 취할 수 있다**’는 의미이지 모든 징계절차를 종료하여야 한다는 취지는 아니므로 **3개월 내에 징계절차에 착수**하면 족하고, 그 착수시점은 감사권자의 징계처분 요구시점이 아닌 **인사권자가 징계심사위원회의 개최를 요구한 때**라고 하는 것이 합리적이라고 봄

#### 【서울고등법원 2011. 9. 1. 선고 2011누12308 판결<sup>177)</sup>】

“인사규정 등에 정해 둔 징계시효에 관한 규정은 징계혐의자가 무한정의 신분적 불안정 상태에서 부터 벗어나게 하고, 징계시효 기간 경과로 인하여 형성된 근로자의 기대를 보호하기 위하여 위 기간의 경과를 이유로 사용자의 징계권 행사에 제한을 가하려는 취지이다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두2484 판결, 대법원 1999.2.5. 97누19335판결 등 참조). 이 사건 상벌규정조항은 일반적인 징계시효 기간인 2년에 대한 특례이므로 그 실질은 여전히 징계시효 기간이다. 따라서 위와 같은 징계시효제도의 취지상 이를 훈시규정으로 볼 수 없고, 이 사건 상벌규정조항에 규정된 3개월의 기간이 도과되면 징계권은 소멸된다고 봄이 옳다.

다음으로, 이 사건 상벌규정조항은 ‘징계절차를 취할 수 있다’는 문언의 문리해석상 판결이 확정된 후 3개월 이내에 모든 징계절차를 종료하여야 한다는 취지라기보다는 위 기간 내에 징계절차를 개시하여야 한다는 것으로 해석함이 상당하다. 이와 같은 해석에 기초하여, 이 사건 재징계가 판결이 확정된 날로부터 3개월 이내에 개시된 것인지에 관하여 살펴본다. 원고의 단체협약과 상벌규정에 의하면 원고가 근로자를 징계하려면 인사위원회(징계심사위원회)의 심의를

거쳐야 하는데, 이와 같이 징계권자가 인사위원회에 징계의결을 요구한 때 비로소 징계권자의 징계의사가 확정적으로 외부에 표시되므로, 징계절차의 개시시점은 징계권자가 인사위원회에 징계의결을 요구한 때이고, 그 전에 이루어진 징계협의 조사라든가 징계권자에 대한 징계대상자의 혐의사실 및 조사결과 통보 등의 절차는 징계권자가 징계절차 개시 여부를 판단하기 위한 내부적인 절차에 불과한 것으로 보는 것이 합리적이다. 그런데 징계권자인 ○○○○○본부장이 인사위원회에 참가인에 관한 징계의결을 요구한 시점이 2010. 1. 21.임은 앞서 인정한 바와 같고, 이는 판결확정일인 2009. 9. 28.로부터 3개월이 경과한 때임이 역수상 명백하므로 이 사건 재징계는 징계시효가 경과한 후에 개시된 것으로 판단된다.

...(중략)...

또 원고 주장의 감사규정에는 인사권자가 감사의 요구에 이의가 있을 때에는 그 이유를 명백히 하여 이의신청을 할 수 있다고 규정하고 있어(제44조 제1항), 감사가 인사권자에게 비위행위자에 대한 조치의뢰를 하는 경우라도 항상 그에 대한 징계가 예정되어 있는 것은 아니라는 점과 위 감사규정이 감사권의 적절한 수행을 위한 내부적 절차규정에 불과한 점 등을 고려하면 감사가 인사권자에게 징계조치를 요구한 때에 징계절차가 개시되었다고 하기도 어렵다.

원고의 단체협약에서 정한 징계절차 규정은 '조합원을 징계하고자 할 때에는 반드시 징계심사위원회를 개최하여야 하며, 대상자의 인적사항, 징계사유, 개최일시와 장소를 명시하여 개최 7일 전까지 해당자 및 조합에 서면으로 통보하여야 한다'고 규정하고 있으므로, 결국 위 상벌규정상 징계절차 개시시점은 감사의 처분요구를 받은 원고의 인사권자의 요구에 따라 징계심사위원회의 개최를 요구한 때라고 하는 것이 합리적이다."

나. 법원은 '징계는 징계사유가 발생한 날부터 적발일까지 2년을 경과한 때에는 이를 행하지 아니한다'고 규정한 경우 위 규정에서의 '적발일'이란 단순히 징계사실을 인지하는 것으로는 부족하고 적어도 이를 이유로 징계절차에 착수할 수 있을 정도에 이른 때를 의미하는 것으로 '징계사유가 발생한 때'를 기산점으로 하여 참가인이 그로부터 2년이 경과할 때까지 징계의결의 요구 등의 징계절차에 착수하여야 한다'는 의미로 해석하는 것이 타당하다고 봄

【서울행정법원 2013. 6. 4. 선고 2012구합35726 판결<sup>178)</sup>】

"인사관리규정 제137조 제1항은 '징계는 징계사유가 발생한 날로부터 적발일까지 2년을 경과한 때에는 이를 행하지 아니한다'고 규정하고 있는바, ① 위 규정은 그 문언 자체에서 징계시효의 기산일과 만료일을 각각 '징계사유가 발생한 날'과 '적발일'이라고 특정하고 있는 점, ② 위 규정은 근로자에 대한 징계사유가 발생하더라도 사용자가 비교적 장기간에 걸쳐 징계권 행사를 하지 아니하여 근로자로서도 이제는 사용자가 징계권을 행사하지 않으리라는 근로자의 신뢰를 보호

177) 2심 추가 판단 이외에 1심 판결(서울행정법원 2011. 3. 18. 선고 2010구합39687 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 1. 5.자 2011두25678 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



하기 위해 위 기간의 경과를 이유로 사용자의 징계권 행사에 제한을 가하려는 취지에서 둔 것이므로, 위 규정에서의 ‘적발일’이라 함은 참가인이 단순히 징계사실을 인지하는 것으로는 부족하고 적어도 이를 이유로 징계절차에 착수할 수 있을 정도에 이른 때를 의미하는 것으로 보이는 점, ③ 같은 조 제2항이 제136조의 규정에 따라 징계절차를 진행하지 아니한 경우에는 제1항의 기간이 경과한 후에도 그 사유가 종료한 날로부터 1개월 이내에 ‘징계절차를 취할 수 있다’고 규정하고 있어 제1항의 ‘행하지 아니한다’를 징계절차를 개시할 수 없다고 해석하는 것이 제2항의 취지와 내용과도 부합하는 점 등에 비추어볼 때, 인사관리규정 제137조 제1항은 의미는 ‘징계 사유가 발생한 때를 기산점으로 하여 참가인이 그로부터 2년이 경과할 때까지 징계의결의 요구 등의 징계절차에 착수하여야 한다’는 의미로 해석하는 것이 타당하고 이와 달리 징계사유가 발생한 때로부터 2년 이내에 징계처분까지 완료하여야 한다는 의미로는 해석되지 않으므로, 이와 다른 전제에 선 원고들의 위 주장은 이유 없다.”

## 9. 징계절차와 관련한 기간

9.1 법원은 취업규칙에 징계는 징계사유가 발생한 날부터 3개월 이내에 실시하도록 규정되어 있다 하더라도, 위 3개월은 **훈시적 규정**으로서 위 기간이 경과하여 한 징계 처분도 적법하다고 봄

### 【서울행정법원 2006. 12. 12. 선고 2006구합28123】

“사용자 취업규칙 제29조 제3항은 징계는 징계사유가 발생한 날 또는 한 날로부터 3개월 이내에 실시하도록 규정하고 있고, 사용자가 이 사건 해고를 함에 있어 이 사건 교통사고가 발생한 2005. 3. 13.부터 3개월이 경과하였음이 역수상 명백한 2005. 9. 15. 이 사건 해고를 한 사실은 앞서 본 바와 같다.

그러나, 위 규정은 징계사유의 시효에 관한 것이 아니라 징계절차에 관한 것으로서 징계를 함에 있어 징계처분 대상자의 불안감을 해소하고 직무에 전념하도록 하기 위하여 되도록이면 빠른 시일 내에 징계절차를 실행하라는 의미의 절차적 훈시규정이라고 할 것 이므로, 위 규정에서 정하는 기간이 경과하였다고 하여 그 이전에 발생한 징계사유를 가지고 징계할 수 없는 것은 아니라고 할 것이다.”

제11장  
징계절차

9.2 법원은 ‘재심위원회는 재심청구서 접수 30일 이내에 심사하여야 한다’고 규정하고 있는 경우 이는 강행규정으로 볼 수 없어 **상당한 기간 내에** 재심위원회를 개최·재심의결하면 족할 뿐 재심사기간 경과만으로 무효라 할 수 없다고 봄

178) 동 사건은 고등법원(서울고등법원 2013누18935)에서 항소 취하로 확정됨

## 【 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결 】

“기록에 의하면, 舊 규정 제4조는 ‘재심위원회는 재심청구서를 접수한 때에는 30일 이내에 이를 심사하여야 한다.’고 규정하고 있는 반면 新 규칙은 위와 같은 규정을 두지 않고 있는 사실을 알 수 있는바, 인사규정 등에 위와 같은 재심사기간을 두는 취지는 징계절차를 빨리 확정함으로써 근로자의 불안정한 신분상태를 조속히 해소하려는 데에 있다고 할 것이어서 단순한 훈시규정에 그친다고 할 수는 없지만, 그렇다고 하여 그와 같은 규정을 강행규정이라고 볼 수도 없으므로, 이 사건에서와 같이 재심위원회가 상당한 기간 내에 재심위원회를 열어 재심사유를 심리한 다음 재심의결을 하였다면 인사규정 등에서 정한 재심사기간이 경과한 후 재심의결을 하였다는 이유만으로 그 재심결정이 무효가 된다고 할 수 없다. 이에 관한 상고이유도 받아들일 수 없다.”

9.3 법원은 취업규칙 등에서 **징계사유 발생일부터 60일 이내에 인사위원회가 개최되어야 함을 정하고 있으나** 피징계자가 교통사고 범죄로 구속 수감되어 징계사유 발생일로부터 **8개월여가 지나 인사위원회가 개최된 경우에는 인사위원회를 60일 이내에 개최하지 못한 것이 징계를 취소할 만한 절차상의 하자에 해당한다고 보기 어렵다고 봄**

## 【 서울행정법원 2011. 7. 15. 선고 2011구합3548 판결 】

“취업규칙은 징계사유 발생일로부터 60일 이내에 인사위원회가 개최되어야 함을 정하고 있다. 위와 같이 인사위원회 개최 시한을 정해둔 취지는 징계대상자의 비위혐의가 발생된 이후 일정 기간 내에 그 징계처분을 결정하기 위한 인사위원회를 개최하여 근로자의 불안정한 신분관계를 조속히 확정하고, 근로자가 자신에게 유리한 자료를 제출할 수 있는 소명의 기회를 부여하기 위한 것으로 해석된다. 위 인정 사실과 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 교통사고처리 세부규정에 의할 때 교통사고에 대한 징계양정의 결정적 기준은 교통사고로 인한 피해의 정도로 보이는데, 이 사건 교통사고로 인한 피해자의 경우 피해상태가 중하고, 치료기간이 길어서 위 교통사고로부터 60일 이내에 인사위원회를 개최하였다고 가정하더라도 피해의 정도와 치료기간 등이 확정되지 아니하여 원고에 대한 징계의 종류와 수준을 정하는 것이 매우 곤란하였을 것으로 보이는 점, ② 원고는 구속되기 이전까지 피해자와 합의하기 위하여 노력하였다가 금고 6월의 형을 선고받고 2010. 8. 5.에 출소하였는데, 합의기간 중에는 원고의 필요에 의하여, 한편 수감기간 중에는 징계위원회를 개최하는 것이 사실상 불가능하였던 사정에 비추어 참가인이 징계심의를 위한 인사위원회를 원고의 만기 출소 이후에 개최한 것이 원고의 소명기회를 제한하거나, 원고의 신분관계를 장기간 불안정한 상태로 방치하기 위한 것이라고 보기는 어려운 점 등을 종합하여 보면, 참가인이 인사위원회를 60일 이내에 개최하지 못한 것이 이 사건 징계를 취소할만한 절차상의 하자에 해당한다고 보기는 어렵다.”

9.4 법원은 ‘징계사유 발생일부터 15일 이내에 징계대상자에게 징계위원회 출석 요구서를 통보’하도록 규정하고 있는 경우에는 징계시효에 관한 규정이라기보다 되도록 빠른 시일 내에 징계절차를 진행하는 의미에서 사용자의 내부 징계처리 절차상 징계위원회의 개최시한을 정한 훈시적인 규정에 해당한다고 봄

【 대전고등법원 2015. 10. 8. 선고 2015누11507 판결<sup>179)</sup> 】

“참가인 회사의 취업규칙 제42조는 징계를 하고자 할 때에는 징계사유발생일로부터 15일 이내에 징계대상자에게 징계위원회 출석요구서를 통보하도록 규정하고 있기는 하다.

그러나 징계시효기간에 관한 규정은 근로자에 대한 징계사유가 발생하여 사용자가 일방적으로 근로자를 징계할 수 있었음에도 그 행사 여부를 확정하지 아니함으로써 근로자로 하여금 상당 기간 불안정한 지위에 있게 하는 것을 방지하고 아울러 사용자가 비교적 장기간에 걸쳐 징계권 행사를 게을리하여 근로자로서도 이제는 사용자가 징계권을 행사하지 않으리라는 기대를 갖게 된 상태에서 사용자가 새삼스럽게 징계권을 행사하는 것은 신의칙에도 반하는 것이 되므로 위 기간의 경과를 이유로 사용자의 징계권 행사에 제한을 가하려는 취지에서 두는 것이다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008두2484 판결 참조). 그런데 참가인 회사의 위 취업규칙 규정은 그 규정의 형식이나 문언 및 내용에 비추어 징계시효에 관한 규정이라기보다 되도록 이른 시일 내에 징계 절차를 실행하라는 의미에서 사용자의 내부 징계처리 절차상 징계위원회의 개최시한을 정한 훈시적인 규정이라고 할 것이므로, 비록 위 규정에서 정한 기간이 경과하였다고 하더라도 곧바로 징계 사유에 해당하는 행위를 한 근로자에 대한 징계가 불가능해지는 것은 아니라 할 것이다.

또한, 위 취업규칙에서 말하는 징계사유 발생일은 참가인 회사가 근로자의 징계사유에 해당하는 행위가 있었음을 구체적으로 인식하여 징계권을 행사할 수 있었던 날을 의미한다고 할 것이다.

따라서 참가인 회사는 참가인 회사가 원고의 부임여비 부정수급 사실을 구체적으로 인식한 2013. 11. 초경 무렵부터 15일이 경과하였다고 하더라도 상당한 기간 내에는 원고에게 징계위원회의 출석요구서를 전달하는 등 징계절차를 적법하게 진행할 수 있다고 할 것이므로, 참가인 회사가 징계시효가 도과되어 징계를 할 수 없음에도 징계절차가 진행될 것으로 말하여 원고가 착오에 빠져 퇴직원을 제출한 것이라는 취지의 원고 주장은 받아들이지 않는다.”

## 10. 취업규칙 개정 전 비위행위에 대한 연장된 징계시효의 소급적용 여부 판단

법원은 개정 취업규칙이 이미 발생한 비위행위 사실을 적용대상으로 하면서 근로자에 대한 징계시효를 연장하는 등으로 불리한 법률효과를 규정한 경우, 그러한 비위행위 사실이 기존 취업규칙으로는 징계시효가 아직 완성된 것이 아니라면 개정 취업규칙에 따라 징계시효가 연장된다고 봄

179) 동 사건은 대법원(대법원 2016. 1. 28.자 2015두55608 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【 대법원 2014. 6. 12. 선고 2014두4931 판결<sup>180)</sup> 】

“사업자가 취업규칙을 작성·변경하면서 시행일을 정하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 취업규칙은 정해진 시행일부터 효력이 발생하므로 징계사유의 발생 시와 징계절차 요구 시 사이에 취업규칙이 개정된 경우에 경과 규정에서 달리 정함이 없는 한 징계절차 요구 당시 시행되는 개정 취업규칙과 그에 정한 바에 의하는 것이 원칙이고, 그 개정 취업규칙이 기존의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 근로자에 대한 징계시효를 연장하는 등으로 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 취업규칙이 시행되기 이전에 이미 완성 또는 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 불소급의 원칙에 위배되어 근로기준법 제96조 제1항에 따라 효력이 없다고 할 수 없으며, 그러한 개정 취업규칙의 적용과 관련하여서는 개정 전 취업규칙의 존속에 대한 근로자의 신뢰가 개정 취업규칙의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 예외적인 경우에 한하여 그러한 근로자의 신뢰를 보호하기 위하여 신의칙상 그 적용이 제한될 수 있을 뿐이다.

...(중략)...

위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 참가인들의 각 금품수수 비위행위는 2007. 1. 19.부터 2007. 12.경까지 사이에 있었고, 원고는 2009. 7. 31. 금품 및 향응 수수, 공금의 횡령·유용에 대한 징계시효 3년을 5년으로 연장하면서 위 징계시효 연장에 관한 경과규정을 두지 않고 개정일 당일부터 시행하기로 인사규정을 개정하였는바, 2009. 7. 31.자 개정 인사규정이 근로자에 대한 징계시효를 연장하여 불리한 법률효과를 규정하고 있더라도 위 개정 인사규정의 시행 전에 참가인들의 각 금품수수 비위행위에 대한 개정 전 징계시효인 3년이 완성된 것이 아니어서 이를 헌법상 금지되는 소급규정에 의한 권리침해라고 볼 수는 없고 달리 참가인들의 신뢰를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있다고 볼 사정도 없다. 따라서 2009. 7. 31.자 개정 인사규정은 그 부칙에 정해진 시행일인 2009. 7. 31.부터 효력이 발생하는 것이므로 원고가 2011. 11. 20. 및 2012. 1. 5.에 참가인들에 대한 징계의결 요구 당시에 징계시효는 개정된 인사규칙에 따른 5년이라고 할 것인데, 원고의 참가인들에 대한 징계의결 요구 당시 5년의 징계시효가 지나지 않았음은 명백하다.”

## 11. 기타 판례

11.1 법원은 단체협약의 조합원 범위가 과장급 이상을 배제한 경우, 실제 조합원으로 노조활동을 하고 있는 과장에게 단체협약의 징계절차를 적용하지 않은 것은 정당하다고 봄

180) 동 사건은 파기 환송되어 서울고등법원(서울고등법원 2014. 9. 26. 선고 2014누5448 판결)에서 확정됨

181) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 13.자 2014두10622 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2014. 6. 26. 선고 2013누26561 판결<sup>181)</sup>】

“앞서 본 바와 같이 단체협약 제6조 제1항 제1호는 ‘과장급 이상의 종업원’을 조합원의 범위에서 배제시키고 있고, 참가인은 과장급 이상의 간부사원으로서 단체협약상 조합원이 될 수 없는 자인바, 사정이 그러하다면 위 규정과 달리 참가인이 참가인의 주장처럼 실제 노동조합에 가입하고 노동조합 활동을 하고 있다고 하여 참가인을 원고에 대한 관계에서 조합원이라고 볼 수는 없고, 따라서 참가인에 대한 징계절차를 진행함에 있어 징계위원회 규정에서 조합원에 대하여 특별히 규정하고 있는 절차(조합원에 대한 징계위원회 개최 사실을 7일 전까지 노동조합에 통보하고, 조합활동으로 인한 징계 시에는 사실조사위원회에서 사실조사 후 징계위원회를 개최하여야 하며, 징계위원회 개최 시 조합위원장과 조합위원장이 지명하는 2인이 참석하여 변론할 수 있도록 함)를 거칠 필요는 없는 것이므로 이에 대한 참가인의 주장은 이유 없다.”

11.2 법원은 단체협약 중 노동조합의 징계절차 참여를 위해서 사용자의 **노동조합에 대한 사전통지 등 의무를 부과하는 규정**이 있는 경우, 위 규정은 징계대상자가 단체협약의 당사자인 노동조합의 **조합원 신분을 상실한** 경우는 물론, 징계대상자가 단체협약 당사자가 아닌 **다른 노동조합에 새로 가입한 경우에도 적용되지 않는다고** 봄

【서울고등법원 2015. 5. 13. 선고 2014누56392 판결<sup>182)</sup>】

“(가) 근로자가 사용자와 단체협약을 체결한 노동조합에 가입하였다가 제명, 탈퇴 등으로 그 조합원의 신분을 상실하게 되었다고 하더라도, 임금, 퇴직금이나 노동시간 그 밖에 개별적인 노동 조건에 관한 부분은 이미 그 단체협약의 적용을 받던 근로자의 근로계약의 내용이 되었으므로, 그것을 변경하는 새로운 단체협약, 취업규칙이 체결·작성되거나 또는 개별적인 근로자의 동의를 얻지 않는 한, 개별적인 근로자의 근로계약의 내용으로서 여전히 남아 있어 사용자와 근로자를 규율한다. 이러한 법리는 단체협약 중 징계절차에 관한 부분에 대하여도 그대로 적용된다(실효된 단체협약의 효력에 관한 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다515758 판결 등 참조).

(나) 그러나 단체협약 중 노동조합의 징계절차 참여를 위해서 사용자에게 사전통지 의무를 부과하는 규정(이하 ‘노동조합 관련 규정’이라 한다)의 경우, 징계의 대상이 된 근로자가 단체협약의 당사자인 노동조합의 조합원 신분을 상실하였다면, 그 근로자에 대한 징계절차에서는 적용되지 않는다고 봄이 옳다. 그 이유는 아래와 같다.

① 단체협약은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 근로조건 기타 노동관계에서 발생하는 사항에 관하여 체결하는 협정으로서 단체협약을 이루는 규정들의 의미나 적용범위 등을 해석함에 있어서는 단체협약을 체결한 당사자의 의사를 우선적으로 고려하여야 한다. 그런데 노동조합 관련 규정은 통상적으로 노동조합이 그 소속의 조합원에 대하여 공정하고 적절한 징계가 이루어질 수 있도록 당해 징계절차에 참여하는 것을 최대한 보장하기 위해서 두게 되는 것으로 이해된다. 따라서 특별한 사정이 없는 한, 노동조합이나 사용자 또는 사용자단체가 노동조합 관련 규정에 합의하면서 그것이 당해 노동조합의 조합원이 아닌 근로자에 대해서까지 그대로 적용될 것을

의도하였다고 보기는 어렵다.

② 노동조합 관련 규정에 따른 단체협약의 당사자인 노동조합의 징계절차 참여 권한은 최대한 보장하여야 한다. 그러나 앞서 본 노동조합 관련 규정의 취지나 의미를 고려할 때, 징계의 대상이 된 근로자가 조합원이 아닌 경우에 대해서까지 노동조합의 징계절차 참여 권한을 반드시 보장하여야 한다고 판단되지 않는다. 또 징계의 대상이 된 근로자로서도 단체협약의 당사자인 노동조합의 조합원 신분을 상실한 이상 당해 노동조합의 징계절차 참여에 대하여 법적으로 보호받아야 할 정당한 기대권을 갖고 있다고 보기는 어렵다. 오히려 근로자가 조합원의 신분 상실을 둘러싸고 노동조합과 분쟁이 있는 등 근로자와 단체협약의 당사자인 노동조합이 상반된 이해관계를 갖고 있는 경우 노동조합의 징계절차 참여로 말미암아 그 근로자에 대한 징계의 공정성과 적정성이 저해될 우려가 있다.

③ 단체협약을 체결한 노동조합의 조합원 신분을 상실한 근로자가 다른 노동조합에 가입한 경우에는 노동조합 관련 규정이 근로자가 새로 가입한 노동조합에 적용되어야 한다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 근로자가 새로 가입한 노동조합은 단체협약의 당사자가 아닐 뿐 아니라 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제35조 제1항에서는 단체협약의 ‘근로자’에 대한 일반적 구속력을 규정하는 데 그치고 있다. 나아가 노동조합 관련 규정이 근로자가 새로 가입한 노동조합에도 적용된다고 해석하는 경우, 단체협약을 체결한 노동조합의 조합원 신분을 상실한 후 아직 어떠한 노동조합에도 가입하지 않은 근로자와 다른 노동조합에 새로 가입한 근로자를 징계절차에 있어서 서로 다르게 취급하는 결과가 되는데, 이를 합리화하기에 충분한 법적 근거를 찾기 어렵다. 따라서 노동조합 관련 규정은 단체협약의 당사자가 아닌 노동조합에 대하여는 그 효력이 미치지 않는다고 해석함이 옳다.”

182) 동 사건은 대법원(대법원 2015. 9. 24.자 2015두44264 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

# 제 12 장

## 이행강제금

제1절 이행강제금 개관 및 주요쟁점	699
1. 의의	699
2. 법적 근거 및 성질	699
3. 근로기준법상 이행강제금	700
4. 이행강제금의 부과절차	700
제2절 이행강제금 부과처분에 대한 불복	704
1. 개관	704
2. 본안 전 판단	704
3. 이행강제금 부과처분의 위법성	706
4. 이행강제금 부과처분에 대한 집행정지 인정 여부	711
제3절 이행강제금 부과처분 불복절차 관련 판례	713
1. 구제명령의 하자과 이행강제금 부과처분의 관계에 관한 판례	713
2. 구제명령의 이행 여부 또는 이행할 수 없는 사유에 대한 판례	715
3. 이행강제금 부과금액의 적정성 관련 판례	725
4. 이행강제금 부과절차의 적법성 관련 판례	726
5. 이행강제금 부과처분에 대한 집행정지 관련 판례	728





# 목 차

제1절 이행강제금 개관 및 주요쟁점 .....	699	3.4 이행강제금 부과절차의 적법성 .....	710
1. 의의 .....	699	4. 이행강제금 부과처분에 대한 집행정지	
2. 법적 근거 및 성질 .....	699	인정 여부 .....	711
3. 근로기준법상 이행강제금 .....	700	제3절 이행강제금 부과처분 불복절차 관련 판례 ..	713
4. 이행강제금의 부과절차 .....	700	1. 구제명령의 하자과 이행강제금 부과처분의	
4.1 구제명령 이행 지도 .....	700	관계에 관한 판례 .....	713
4.2 구제명령 이행 여부 확인 및		2. 구제명령의 이행 여부 또는 이행할 수	
확인결과보고서 작성 .....	701	없는 사유에 대한 판례 .....	715
4.3 부과예고 .....	701	2.1 원직복직 관련 판례 .....	715
4.4 이행강제금 부과결정 .....	701	가. 원직복직 일반론에 관한 판례 및	
4.5 이행강제금 부과처분 .....	702	구제명령을 이행하였다고 본 사례 ·	715
4.6 이행강제금의 추가 부과 .....	702	나. 구제명령을 이행하지 않았거나,	
4.7 이행강제금의 부과유예 .....	702	이행하지 못함에 있어 정당한 사유가	
4.8 이행강제금의 반환 .....	703	없다고 본 사례 .....	716
제2절 이행강제금 부과처분에 대한 불복 .....	704	2.2 임금상당액 지급에 관한 판례 .....	718
1. 개관 .....	704	가. 임금상당액 지급 일반론에 관한	
2. 본안 전 판단 .....	704	판례 및 구제명령을 이행 하였다고	
2.1 원고(청구인)적격 · 대상적격 .....	704	본 사례 .....	718
2.2 피고(피청구인)적격 .....	705	나. 구제명령을 이행하지 않았거나,	
2.3 제소기간 .....	705	이행하지 못함에 있어 정당한	
3. 이행강제금 부과처분의 위법성 .....	706	사유가 없다고 본 사례 .....	719
3.1 구제명령의 하자과 이행강제금		2.3 구제명령 불이행의 판단시점에 관한	
부과처분의 관계 .....	706	판례(재결례) .....	724
3.2 구제명령의 이행 여부 또는 이행할 수		3. 이행강제금 부과금액의 적정성 관련 판례 ..	725
없는 사유에 대한 판단 .....	707	4. 이행강제금 부과절차의 적법성 관련 판례 ..	726
가. 원직복직 관련 판례 .....	707	5. 이행강제금 부과처분에 대한 집행정지	
나. 임금상당액 지급에 관한 판례 .....	707	관련 판례 .....	728
다. 구제명령 불이행 여부의 판단시점 ·	707		
3.3 이행강제금 부과금액의 적정성 .....	709		
가. 이행강제금의 부과기준 .....	709		
나. 이행강제금 부과금액의 적정성에 관한			
판례 .....	710		



## 제1절 이행강제금 개관 및 주요쟁점

### 1. 의의

행정처분을 통해 의무를 부과받은 자가 일정한 기간 내에 의무를 이행하지 않을 때 그 의무를 간접적으로 이행시키기 위하여 일정한 금액을 부과할 것을 계고하고 그 기간 안에 이행이 없는 경우 금전적 의무를 부과하는 행정의 실효성 확보수단임

### 2. 법적 근거 및 성질

이행강제금에 관한 일반법은 없고 개별법이 이를 인정하고 있으며<sup>1)</sup>, 행정처분(침익적 행정행위, 재량행위)의 일종임

이행강제금은 행정상 간접적인 강제집행 수단의 하나로서, 과거의 일정한 법률위반 행위에 대한 제재인 형벌이 아니라 장래의 의무이행 확보를 위한 강제수단일 뿐이어서, 범죄에 대하여 국가가 형벌권을 실행하는 과벌에 해당하지 아니함. 따라서 이중처벌 금지원칙에 위배되지 아니함

또한 부당해고등이 있으면 근로자는 생계의 곤란을 겪게 되어 신속한 구제가 필요한 반면, 이행강제금과 같은 강제수단이 없다면 사용자는 분쟁기간이 길어지더라도 실질적인 불이익이 크지 않아 구제명령을 이행하지 아니하거나 이행을 지연할 개연성이 높음

행정상 강제집행수단의 선택에는 입법재량이 인정되고, 이행강제금은 이행강제금의 금액을 2천만 원 이하로 정하면서 부과횟수는 연 2회, 최장 2년간 부과할 수 있도록 한도를 정하고 있으며, 사용자는 집행정지신청을 통하여 구제명령의 효력을 정지시켜 이행강제금이 부과·징수되지 않도록 할 수 있으므로 재산권을 침해하지 않음<sup>2)</sup>

1) 「건축법」 제80조(가장 대표적인 이행강제금), 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제17조의3, 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제10조 등

2) 헌재 2014. 5. 29. 2013헌바171 결정 참조

〈표 12-1〉 행정벌(과태료)과의 구별

	행정벌(과태료)	이행강제금
성격	행정법상 의무위반에 대해 일반통치권에 근거한 제재 (과거의 의무위반에 대한 제재)	개별법에 근거하여, 현재도 존재하고 장래도 존속할 불복종을 타파하기 위한 수단(장래의 행위강제 수단)
일사부재리의 원칙	적용됨	적용되지 않음 (동일한 위반행위에 대한 반복 부과 가능)
이중처벌금지의 원칙	적용되지 않음 <sup>3)</sup>	
의무위반의 현존요부	현존 불요(과거의 행위가 근거부과)	현존 필요(부과의 필요성 관련)

### 3. 근로기준법상 이행강제금

2007. 1. 26. 개정 근로기준법에서 ‘부당해고등’에 대한 형사처벌 규정을 삭제하고, 대신 ‘부당해고등’ 구제명령에 대한 이행강제금 및 벌칙제도를 도입함<sup>4)</sup>

노동위원회는 부당해고등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령(구제명령 내용의 재심판정 포함)을 하고, 사용자가 구제명령을 받은 후 이행기한까지 구제명령을 이행하지 아니하면 2천만원 이하의 이행강제금을 부과함(근로기준법 제33조제1항)

### 4. 이행강제금의 부과절차

#### 4.1 구제명령 이행 지도

사용자에게 판정서 송부시 공문에 이행강제금 제도를 안내하며, 판정서 주문에 기재된 이행기한까지 구제명령을 이행하도록 지도함(노동위원회규칙 제77조)

3) 헌법재판소 2004. 2. 26. 선고 2001헌바80등(병합) 결정, 현재 2014. 5. 29. 2013헌바171 결정

4) 근로기준법 [시행 2007. 7. 1.] [법률 제8293호, 2007. 1. 26., 일부개정] 개정이유 중 일부

정당한 이유 없는 해고 등에 대한 처벌규정을 삭제하는 대신, 정당한 이유 없는 해고 등에 대한 구제명령 불이행자에 대하여 이행강제금 및 벌칙 부과(법 제33조의6 및 제110조, 제113조의2 신설)

(1) 현행은 정당한 이유 없는 해고 등에 대하여 처벌하도록 하고 있으나 근로자의 진의와는 달리 민사상 분쟁이 형사사건화 되고 사용자의 정당한 해고권을 제약한다는 비판이 있으며, 정당한 이유 없는 해고 등에 대한 노동위원회의 구제명령 불이행시 제재수단이 없어 구제명령의 실효성에 의문이 제기되어 왔음

(2) 정당한 이유 없는 해고 등에 대한 벌칙규정을 삭제하는 대신, 정당한 이유 없는 해고 등에 대한 노동위원회의 구제명령의 실효성을 담보하기 위하여 구제명령 불이행자에 대하여 2천만원 이하의 이행강제금을 1년에 2회의 범위 안에서 최대 2년까지 부과하도록 하고, 확정된 구제명령을 이행하지 아니하는 자에 대하여는 벌칙(1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)을 부과함

(3) 정당한 이유 없는 해고 등에 대한 구제명령 불이행자에 대한 이행강제금 및 벌칙의 도입으로 구제명령의 실효성을 제고하고 근로자의 권익보호에 기여할 것으로 기대됨

이때 「구제명령 이행결과보고서」 서식(노동위원회규칙 별지 제24호)을 동봉하여 그 결과를 이행기한까지 제출하도록 하고, 이행기한까지 구제명령을 이행하지 않으면 이행강제금이 부과됨을 문서로 고지하여야 함(근로기준법 제33조제2항, 노동위원회규칙 제77조)

## 4.2 구제명령 이행 여부 확인 및 확인결과보고서 작성

사용자가 「구제명령 이행결과보고서」를 제출한 경우에는 이를 토대로 근로자에게 사실 여부를 확인하고, 이를 제출하지 아니한 경우 사용자와 근로자 모두에게 이행 여부를 전화 등 신속하고 편리한 방법으로 확인하여 「구제명령 이행 여부 확인결과보고서」를 작성하여 보고함<sup>5)</sup>

사용자의 구제명령 이행 여부는 노동위원회규칙 제79조(구제명령의 이행기준)에 의거하여 판단함

## 4.3 부과예고

사용자의 구제명령 이행실태가 노동위원회규칙 제79조 규정에 따른 기준에 미달하는 경우, 이행강제금 부과예정일 30일 전까지 이행강제금 부과 예고를 하여야 함(근로기준법 제33조제2항, 노동위원회규칙 제80조제1항<sup>6)</sup>)

이행강제금 부과예고시, 사용자에게 10일 이상의 기간을 정하여 의견제출 기회 부여(근로기준법 시행령 제12조제3항, 노동위원회규칙 제80조제2항, 제3항)

## 4.4 이행강제금 부과결정

조사관은 「부당해고등 구제명령 이행결과 조사보고서」를 작성·보고하고, 노동위원회 위원장은 부과예정일 10일 전까지 이행강제금 부과결정을 위한 심판위원회를 소집하여야 함(노동위원회규칙 제81조제1항)

심판위원회 소집통보시 「부당해고등 구제명령 이행결과 조사보고서」와 「사용자가 제출한 의견서」를 당해 위원들에게 송부하여야 함(노동위원회규칙 제81조제2항)

제12장  
이행강제금

5) '다. 구제명령 이행 여부 확인결과보고서 작성', 심판업무 매뉴얼, 중앙노동위원회, 2016. 3., 199쪽~200쪽 참고 ; 노동위원회규칙 제81조(이행강제금의 부과) ③ 심판위원회는 부당해고 등 **구제명령 이행결과 조사보고서**를 토대로 해고 등에 있어서의 동기·고의·과실 등 사용자의 귀책정도, 구제명령 이행노력 정도, 구제명령을 이행하지 아니한 기간 등을 고려하여 「근로기준법시행령」 제13조 별표3의 산정기준에 따라 부과금액을 결정하여야 한다.

6) 이행강제금 부과예고 공문은 부과예정일 30일 전에 도착하도록 발송하고, 이행강제금 납부고지서는 부과예정일 이후에 도착하도록 조치하여야 함

심판위원회는 위반행위의 동기, 고의·과실 등 사용자의 귀책정도, 구제명령 이행노력 정도, 구제명령을 이행하지 아니한 기간 등을 고려하여 근로기준법 시행령 제13조 별표3의 산정기준에 따라 부과금액을 결정함(노동위원회규칙 제81조제3항)

#### 4.5 이행강제금 부과처분

조사관은 이행강제금 부과결정의 경우 징수담당부서에 부과예정일, 부과금액, 사업자 등록번호, 송달주소 등을 명시하고 「이행강제금 부과결정서」 사본을 첨부하여 징수 요청을 하여야 하고, 징수담당자는 이행강제금 부과예정일에 맞춰 납부고지서를 발송 하여야 함

노동위원회는 구제명령을 받은 자가 구제명령을 이행하면 새로운 이행강제금을 부과하지 않되, 구제명령을 이행하기 전에 이미 부과된 이행강제금은 징수하여야 함(근로기준법 제33조제6항)

#### 4.6 이행강제금의 추가 부과

사용자가 계속하여 구제명령을 이행하지 아니할 경우, 최초의 구제명령을 한 날을 기준으로 매년 2회의 범위에서 구제명령이 이행될 때까지 반복하여 이행강제금을 부과·징수할 수 있으며, 2년을 초과하여 부과·징수하지 못함(근로기준법 제33조제5항, 노동위원회규칙 제83조제1항)<sup>7)</sup>

이행강제금의 추가 부과는 직전 부과된 이행강제금 납부기한일부터 6월 이내에 하여야 하며, 이행강제금을 추가 부과하려면 이전 이행강제금 납부기한일부터 2개월이 경과하기 전부터 이행 여부 확인 등 추가 부과절차를 개시함(노동위원회규칙 제83조제2항)<sup>8)</sup>

#### 4.7 이행강제금의 부과유예

① 사용자의 객관적인 노력에도 불구하고 근로자의 소재불명 등으로 구제명령을 이행하기 어려운 것이 명백한 경우, ② 천재·사변 등 그 밖의 부득이한 사유로 구제명령을

7) '최초의 구제명령을 한 날'의 의미에 대하여는 논란이 있을 수 있음. '판정일'을 의미한다는 취지가 일부 포함된 판결로 서울고등법원 2014. 3. 27. 선고 2013누50953 판결이 있으나, 이 판결에 대하여는 '최초의 구제명령을 한 날'을 '판정서 송달일'로 보아야 한다는 비판이 있음

8) 그러나 직전 부과된 이행강제금 납부기한일로부터 6월이 지나 추가 부과하더라도 노동위원회규칙은 행정청 내부 지침에 불과할 뿐 대외적인 구속력이 없어 위법하다고 할 수는 없다는 취지로 서울고등법원 2014. 3. 21. 선고 2013누46367 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 7. 24.자 2014두36129 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

이행하기 어려운 경우에는 부과를 유예할 수 있음(근로기준법 시행령 제14조)

사용자의 신청이나 심판위원회 직권으로 이행강제금 부과를 유예할 수 있으며, 사용자가 신청하는 때에는 부과유예사유에 관한 입증자료를 첨부하여 서면으로 신청하여야 함(노동위원회규칙 제82조제2항)

#### 4.8 이행강제금의 반환

중앙노동위원회의 재심판정이나 법원의 확정판결에 따라 노동위원회의 구제명령이 취소되면 직권 또는 사용자의 신청에 따라 이행강제금의 부과·징수를 즉시 중지하고 이미 징수한 이행강제금을 반환하여야 함(근로기준법 시행령 제15조제1항)

지방노동위원회의 구제명령이 중앙노동위원회에서 취소된 경우 중앙노동위원회는 지체 없이 지방노동위원회에 이를 통보하여야 하고, 해당 지방노동위원회는 이행강제금 부과·징수를 즉시 중지하고 이미 징수한 이행강제금을 반환하여야 함

지방노동위원회의 구제명령을 유지하는 중앙노동위원회 재심판정이 법원에서 취소되고 확정된 경우, 마찬가지로 지방노동위원회는 이행강제금 부과·징수를 즉시 중지하고 이미 징수한 이행강제금을 반환하여야 함

중앙노동위원회가 초심을 취소하고 구제명령을 하였으나 이러한 재심판정이 법원에서 취소되고 확정된 경우, 중앙노동위원회는 이행강제금의 부과·징수를 즉시 중지하고 이미 징수한 이행강제금을 반환하여야 함

한편, 사용자는 구제명령이 아닌 ‘이행강제금 부과처분’ 자체를 다룰 수도 있으므로, 행정심판(인용재결) 또는 행정소송(취소판결)을 통해 이행강제금 부과처분이 취소되는 경우 이행강제금을 부과한 지방/중앙노동위원회는 이행강제금의 부과·징수를 즉시 중지하고 이미 징수한 이행강제금을 반환하여야 함

## 제2절 이행강제금 부과처분에 대한 불복

### 1. 개관

여러 가지 특별규정이 적용되는 재심판정에 대한 불복절차와는 달리, ‘이행강제금 부과처분’에 대한 불복절차는 행정심판법 또는 행정소송법이 적용되는 통상의 행정처분 불복절차임

따라서 이행강제금 부과처분에 대해 사용자가 행정심판을 제기할 경우에는 **중앙행정심판위원회가 행정심판을 담당**하고, 이는 중앙노동위원회가 아닌 지방노동위원회가 이행강제금 부과처분을 하는 경우에도 마찬가지임<sup>9)</sup>

한편, 사용자는 이행강제금 부과처분에 대해 **행정심판을 거치지 않고 바로 행정소송을 제기할 수도 있음**(행정소송법 제18조제1항)<sup>10)</sup>

### 2. 본안 전 판단

#### 2.1 원고(청구인)적격·대상적격

구제명령의 이행의무자인 사용자는 노동위원회의 ‘이행강제금 부과처분’을 쟁송의 대상으로 삼아 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있음

그러나 근로자는 노동위원회에 이행강제금 부과를 신청할 권리가 있다고 볼 만한 법규상 또는 조리상 근거가 없고, 노동위원회에 그러한 신청에 대한 응답의무가 있다고 볼 수도 없으므로, **근로자에게는 원고(청구인)적격이 인정되지 않음**

따라서 근로자가 제기하는 ‘이행강제금 부과청구 거부처분 취소쟁송’ 내지 ‘이행강제금 미부과 결정 취소쟁송’은 부적법하여 각하되어야 함

한편, ‘이행강제금 부과처분’만이 쟁송의 대상이 될 뿐, ‘사용자가 구제명령을 완전하게 이행하였다’는 내용의 노동위원회의 회신은 처분이라고 볼 수 없으므로, 근로자가 이를 다툼의 대상으로 삼을 경우에는 원고(신청인)적격은 물론 대상적격 또한 없어 부적법 각하되어야 함<sup>11)</sup>

9) 지방노동위원회의 이행강제금 부과처분에 대하여 중앙노동위원회에 재심을 신청하는 것으로 오해하여서는 안 됨

10) 이와 달리 지방노동위원회의 구제명령이나 기각(각하)결정 등에 대하여는 행정심판이나 행정소송으로 다룰 수 없고, 오직 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있을 뿐이며, 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여도 행정소송으로만 다룰 수 있도록 하는 특별규정을 두고 있음에 유의할 것



## 2.2 피고(피청구인)적격

이행강제금의 부과주체는 구제명령을 발한 노동위원회이므로 근로자의 초심청구를 인용한 경우에는 지방노동위원회가, 근로자의 재심청구를 인용한 경우에는 중앙노동위원회가 이행강제금을 부과할 수 있음

따라서 이행강제금 부과처분에 대한 취소재송의 피고(피청구인) 또한 각 부과주체에 맞추어 ‘지방노동위원회’ 또는 ‘중앙노동위원회’가 됨

피고(피청구인)를 잘못 지정한 경우 원칙적으로는 각하될 것이나, 통상은 보정명령을 하거나 경정을 함으로써 재판(심판)받을 기회를 주고 함부로 각하하지는 않고 있음<sup>12)</sup>

다만, 지방노동위원회의 경우와는 달리 중앙노동위원회의 경우, 노동위원회법 제27조와의 관계에서 피고를 ‘중앙노동위원회 위원장’으로 지정하여야 하는 것은 아닌가 하는 문제가 제기될 수 있음<sup>13)</sup>

이에 관하여는 피고를 ‘중앙노동위원회(대표자 위원장 ○○○)’로 본 예도 있는 반면,<sup>14)</sup> ‘중앙노동위원회 위원장’으로 본 예도 있어,<sup>15)</sup> 법원의 실무가 확립되어 있다고 말하기는 어려움

## 2.3 제소기간

이행강제금 부과처분 취소재송은 이행강제금 부과처분의 통지를 받은 날부터 90일 이내에 제기하여야 하고, 기간 도과시 부적법하여 각하됨(행정심판법 제27조, 행정소송법 제20조제1항)

한편, 제소기간에 대하여도 지방노동위원회의 경우와는 달리 ‘중앙노동위원회’가 부과한 이행강제금의 경우, 노동위원회법 제27조와의 관계에서 제소기간을 15일로 보아야 하는 것은 아닌가 하는 문제가 제기될 수 있음

11) 국무총리행정심판위원회 2008. 11. 11.자 08-12418 재결

12) 원고가 피고를 ‘충남지방노동위원회장’에서 ‘충남지방노동위원회’로 경정하는 것을 인정한 예로 대전지방법원 2009. 8. 12. 선고 2009구합50 판결

13) 노동위원회법 제27조(중앙노동위원회의 처분에 대한 소송) ① 중앙노동위원회의 처분에 대한 소송은 중앙노동위원회 위원장을 피고(被告)로 하여 처분의 송달을 받은 날부터 15일 이내에 제기하여야 한다.

14) 서울고등법원 2015. 3. 21. 선고 2014누58398 판결(상고심에서 심리불속행 기각으로 확정, 이 사건에서는 피고를 ‘중앙노동위원회위원장’에서 ‘중앙노동위원회’로 경정하였음) 등

15) 서울행정법원 2015. 12. 4. 선고 2015구합8312 판결, 서울고등법원 2014. 3. 27. 선고 2013누50953 판결, 서울고등법원 2014. 3. 21. 선고 2013누46367 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 7. 24.자 2014두36129 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨] 등

그러나 실무상 중앙노동위원회에서는 사용자에게 제소기간을 90일로 안내하고 있고<sup>16)</sup>, 법원 또한 15일을 도과하여 제기된 소를 각하한 예가 없음

### 3. 이행강제금 부과처분의 위법성

실무상 자주 제기되는 사용자의 주장은 다음의 네 가지로 정리됨

- ① 선행처분인 구제명령에 하자가 존재하므로 후행처분인 이행강제금 부과처분도 위법하다는 주장
  - ② 구제명령이 이미 이행되었거나, 이행할 수 없는 사유가 있으므로 이행강제금 부과처분은 위법하다는 주장
  - ③ 이행강제금의 액수가 과다하여 위법하다는 주장
  - ④ 이행강제금의 부과절차가 위법하다는 주장
- ②, ③, ④와 같은 이행강제금 부과처분 자체의 위법성만을 주장하기보다는 ①을 아울러 주장함으로써 선행처분인 구제명령의 위법성을 함께 다투는 경우가 다수임

#### 3.1 구제명령의 하자와 이행강제금 부과처분의 관계

연속적으로 행하여진 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하고 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 된 경우에는, **선행처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연히무효인 경우에만 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 있음**<sup>17)</sup>

판례는 이를 기초로, 선행처분인 구제명령의 하자가 중대·명백하여 당연 무효가 아닌 한 후행처분인 이행강제금 부과처분의 위법성을 다투는 소송에서 구제명령의 위법성을 다룰 수 없다는 입장임<sup>18)</sup>

다만, 중앙노동위원회 재심판정의 취소를 구하는 소송과 이행강제금 부과처분 취소 소송이 병합된 사건에서는 구제명령의 위법성을 판단한 예<sup>19)</sup>가 있음

16) 특히 행정심판의 경우 행정심판법 제27조제5항이 '행정청이 심판청구 기간을 제1항에 규정된 기간보다 긴 기간으로 잘못 알린 경우 그 잘못 알린 기간에 심판청구가 있으면 그 행정심판은 제1항에 규정된 기간(90일)에 청구된 것으로 본다'고 규정하고 있음

17) 대법원 2009.4.23. 선고 2007두13159 판결

18) 서울고등법원 2013. 2. 27. 선고 2012누22913 판결, 서울행정법원 2011. 12. 2. 선고 2011구합28684 판결 등

19) 서울행정법원 2010. 6. 25. 선고 2009구합50534, 2010구합10914(병합) 판결, 대전고등법원 2015. 2. 5. 선고 2014누11685, 2014누11739(병합) 판결 등

### 3.2 구제명령의 이행 여부 또는 이행할 수 없는 사유에 대한 판단<sup>20)</sup>

#### 가. 원직복직 관련 판례

사용주가 해고되었던 근로자를 복직시키면서 해고 이후 복직 시까지 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우, 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 이는 사용주의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것이므로 정당하게 복직 시킨 것으로 보아야 함<sup>21)</sup>

‘임금상당액 지급’과 ‘원직복직’을 내용으로 하는 구제명령 이후 사업장이 폐업되어 원직복직이 불가능해진 경우, 임금상당액 지급명령만 이행하면 족함<sup>22)</sup>

그러나, 스페어기사로 일하던 근로자를 해고 이후 복직시키려 하였으나 원직인 스페어 기사제도가 폐지된 경우, 정규직 택시기사 전환이 가능하였던 경우라면 스페어기사제도가 폐지된 것만으로 ‘원직복직이 불가능해진 경우’라 할 수 없음<sup>23)</sup>

복직될 직위가 용역기간 만료 및 해지, 또는 외주화되어 복직에 곤란한 사정이 있더라도, 다른 현장의 자리가 남아 있어 배치전환이 가능하다면 여전히 원직복직 의무는 존재함<sup>24)</sup>

#### 나. 임금상당액 지급에 관한 판례

임금상당액은 i) 취업규칙이나 임금지급의 관행에 의해 임금액을 특정하거나, ii) 일응 합리적 근거가 있는 산정기준을 적용하여 산정한 금액을 지급할 수 있고, 지급 방법에 있어 법원에 공탁하는 방식<sup>25)</sup>으로 지급할 수도 있음<sup>26)</sup>

취업규칙이나 임금지급 관행에 의해 정확한 임금을 특정할 수 없어서 사용자가 종전 임금협약에 따라 산정한 금액을 지급한 경우, 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 있음<sup>27)</sup>

20) 판례는 대체로 당사자의 합의 또는 합리적 근거가 있는 이행의 경우를 제외하면 이행에 대하여 엄격한 태도를 취하고 있음

21) 대법원 1997. 5. 16. 선고 96다47074 판결, 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결 등

22) 대법원 1994. 4. 29. 선고 93누16680 판결

23) 수원지방법원 2010. 6. 30. 선고 2010구합1140 판결

24) 대전지방법원 2009. 5. 27. 선고 2008구합3809 판결(항소심에서 소취하됨)

25) 따라서 근로자가 수령을 거절하고 있다 하더라도 사용자는 변제공탁으로 불이행을 면할 수 있으므로, 근로자의 수령거절은 사용자의 구제명령 불이행의 정당한 사유가 되지 못함

26) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두12682 판결

27) 부산고등법원(창원) 2012. 9. 27. 선고 2011누1545 판결

사용자와 근로자가 임금상당액 지급명령과 다른 내용으로 합의한 경우 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 있음<sup>28)</sup>

그러나 임금상당액 지급명령의 일부 불이행을 이유로 한 이행강제금 부과처분은 적법하며, 단체협약, 취업규칙, 임금지급 관행 등에 따라 계산하였음에도 사용자가 객관적 금액에 현저히 못 미치는 금액을 지급한 경우, 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 없음<sup>29)</sup>

변제공탁<sup>30)</sup>도 민법상 임금상당액 지급의 한 방법으로 인정되지만, 조건부 변제공탁은 상대방이 수락하지 않는 한 무효이므로 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 없음<sup>31)</sup>

부당해고구제제심판정 취소소송에서 사용자와 근로자의 근로관계가 종료되어 근로자는 다룰 수 없는 대신 사용자는 퇴직금 이외에 600만원을 지급하라는 조정이 성립되었으나 아직 600만원을 지급하지 않은 경우, 위 조정만으로는 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 없음<sup>32)</sup>

또한, 임금상당액이 특정되지 않아 이행할 수 없었다는 점은 구제명령 불이행의 정당한 사유가 되지 못함<sup>33)</sup>

근로자가 사용자에 대한 예금채권을 압류, 상계하였다는 사정은 사용자의 구제명령 불이행의 정당한 사유가 되지 못함<sup>34)</sup>

평균임금을 지급하려 하였으나 근로자들이 임금 산정에 이견이 있어 수령을 거부한 경우에도 변제공탁이 가능하므로, 그러한 수령 거부 사실만으로는 불이행의 정당한 사유가 되지 못함<sup>35)</sup>

28) 예컨대, ‘당사자간 원만히 합의하였으므로 추후 어떠한 형태든 이의를 제기하지 않겠다’는 합의가 이루어진 경우에는 노동위원회 규칙 제79조 단서의 내용과 실질적으로 근로자가 사용자의 조치에 대해 만족한 것으로 인정된다는 점을 종합적으로 고려할 때 그 합의는 구제명령의 이행으로 보아도 무방하다는 제결례(국무총리행정심판위원회 2008. 9. 17. 자 08-07560 재결 참조)

29) 대전지방법원 2009. 7. 15. 선고 2008구합3212 판결

30) 변제공탁이란 채권자가 변제를 받지 아니하거나 받을 수 없는 때 채권자를 위하여 변제의 목적물을 공탁소에 공탁함으로써 채무를 면하는 방법임(민법 제488조). 다만, 판례는 변제공탁에 있어서 채권자에게 반대급부 기타 조건의 이행의무가 없음에도 불구하고 채무자가 이를 조건으로 공탁한 때에는 채권자가 이를 수락하지 않는 한 그 변제공탁은 무효라고 보고 있음(대법원 1970. 9. 22. 선고 70다1061 판결, 1984. 4. 10. 선고 84다77 판결 등 참조).

31) 광주지방법원 2009. 10. 1. 선고 2009구합1259 판결(사용자가 변제공탁을 하면서 반대급부 내용을 기재할 난에 “다만, 공탁자가 신청한 중앙노동위원회의 재심신청이 기각될 때까지 피공탁자의 공탁금 출금을 제한함”이라고 조건을 기재했던 사안임)

32) 전주지방법원 2008. 12. 11. 선고 2008구합1808 판결

33) 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두12682 판결

34) 서울행정법원 2011. 12. 16. 선고 2011구단14404 판결(예금채권을 압류했다는 것은 보전방법은 될지언정 직접적 금전지급과 같은 만족수단은 아니므로 이를 임금상당액 지급으로 볼 수 없고, 상계는 임금 지급 원칙에 반하므로 허용될 수 없기 때문임)

35) 인천지방법원 2009. 12. 24. 선고 2009구합922 판결

근로자가 타 직장에 취업하여 얻은 이익을 공제해야 하는 사정이 발생했다고 하여 임금상당액 지급명령을 이행하지 않은 것은 불이행의 정당한 사유가 되지 못함<sup>36)</sup>

#### 다. 구제명령 불이행 여부의 판단시점

구제명령 불이행 여부의 판단시점은 **부과처분시점**

따라서 구제명령의 이행기한이 지난 경우에도, 노동위원회가 이행강제금 부과처분을 하기 전에 사용자가 구제명령을 이행하였다면, 노동위원회가 이행강제금을 부과하는 것은 위법하다고 볼 수 있음<sup>37)</sup>

그러나 구제명령의 이행에 관한 합의가 이행강제금 부과처분 이후에 있었다면 이미 결정된 이행강제금 부과처분은 적법함<sup>38)39)</sup>

### 3.3 이행강제금 부과금액의 적정성

#### 가. 이행강제금의 부과기준

심판위원회는 위반행위의 동기, 고의·과실 등 사용자의 귀책정도, 구제명령 이행노력 정도, 구제명령을 이행하지 아니한 기간 등을 고려하여 근로기준법 시행령 제13조 별표3의 산정기준에 따라 부과금액을 결정함

〈표 12-2〉이행강제금의 부과기준(근로기준법 시행령 제13조 별표3)

위반행위	해당 법조문	금액
정당한 이유 없는 해고에 대한 구제명령을 이행하지 아니한 자	근로기준법 제33조제1항	500만원 이상 2,000만원 이하
정당한 이유 없는 휴직, 정직에 대한 구제명령을 이행하지 아니한 자	근로기준법 제33조제1항	250만원 이상 1,000만원 이하
정당한 이유 없는 전직, 감봉에 대한 구제명령을 이행하지 아니한 자	근로기준법 제33조제1항	200만원 이상 500만원 이하
정당한 이유 없는 그 밖의 징벌에 대한 구제명령을 이행하지 아니한 자	근로기준법 제33조제1항	100만원 이상 500만원 이하

제12장  
이행강제금

36) 수원지방법원 2010. 6. 30. 선고 2010구합1140 판결

37) 근로기준법 제33조는 '이행기한'까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 이행강제금을 부과하도록 규정하고 있으나, 이행강제금의 부과 취지가 결국은 구제명령의 이행을 확보하는 데 있으므로, 설령 이행기한이 지났더라도 이행강제금 부과처분시까지 구제명령을 이행하였다면 굳이 더 이상 이행강제금을 부과할 필요가 없을 것임

38) 근로기준법 제33조(이행강제금)⑥ 노동위원회는 구제명령을 받은 자가 구제명령을 이행하면 새로운 이행강제금을 부과하지 아니하되, 구제명령을 이행하기 전에 이미 부과된 이행강제금은 징수하여야 한다.

39) 서울고등법원 2012. 2. 8. 선고 2011누27386 판결, 대전지방법원 2009. 7. 15. 선고 2008구합3212 판결 등

구제명령을 신청한 근로자가 여러 명이거나 근로자에 대한 불이익 취급사실이 여러 개이고 그에 대하여 구제명령이 있었던 경우, 근로자별 및 불이익 취급사실별로 이행 강제금 액수를 산정함이 타당함<sup>40)</sup>

#### 나. 이행강제금 부과금액의 적정성에 관한 판례

노동위원회가 2회에 걸쳐 500만원의 이행강제금을 부과하였으나 이를 이행하지 않자, 다시 2,000만원의 이행강제금을 부과(3차)한 것은 재량권 일탈·남용이 아님<sup>41)</sup>

사용자가 3차 이행강제금 부과처분 이후 근로자를 원직에 복귀시키고 임금의 일부를 지급하는 등 구제명령의 이행을 위해 노력하였고, 1차 내지 3차 이행강제금을 모두 납부하였음에도, 노동위원회가 다시 이행강제금 최고액을 부과한 경우 달성하고자 하는 공익에 비하여 침해되는 사용자의 사익이 지나치게 과도하여 재량권 일탈·남용임<sup>42)</sup>

### 3.4 이행강제금 부과절차의 적법성

사용자는 구제명령에 대한 재심 또는 행정소송이 진행중이므로 결과를 기다렸다가 이행강제금 부과 여부를 결정해야 한다는 주장을 제기하는 경우가 많음

그러나 구제명령에 공정력이 있는 한 그에 기한 이행강제금 처분은 적법하고, 구제명령에 대한 불복절차가 진행 중인 경우 그 결과를 기다려 이행강제금 부과 여부가 결정되어야 하는 것은 아님<sup>43)44)</sup>

다만, 근로기준법 등이 규정하는 이행강제금 부과절차를 준수하지 않을 경우 이행강제금 부과처분이 위법하므로 유의하여야 함

가령, 노동위원회가 이행강제금을 부과하기 전에 근로기준법이 정하는 사전통지절차(근로기준법 제33조제2항)를 전혀 거치지 아니하였거나 거쳤더라도 사전통지기간을 제대로 준수하지 아니한 경우에는 이행강제금 부과처분이 위법함<sup>45)</sup>

마찬가지로 근로기준법이 정하는 부과·징수기간인 2년(근로기준법 제33조제5항)을

40) 전주지방법원 2010. 12. 21. 선고 2009구합2891 판결

41) 서울고등법원 2014. 3. 21. 선고 2013누46367 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 7. 24.자 2014두36129 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

42) 서울고등법원 2014. 3. 27. 선고 2013누50953 판결

43) 근로기준법 제32조(구제명령 등의 효력) 노동위원회의 구제명령, 기각결정 또는 재심판정은 제31조에 따른 중앙노동위원회에 대한 재심 신청이나 행정소송 제기에 의하여 그 효력이 정지되지 아니한다.

44) '불복절차가 진행되고 있는 상태에서 사용자에게 이행강제금을 부과하는 것은 행정기관의 처분에 대하여 불복절차의 실효성을 약화나 무력화시키는 것이므로 위법하다'는 원고의 주장을 기각한 판결(대전고등법원 2015. 2. 5. 선고 2014누11685 판결)이 있음

45) 서울고등법원 2014. 3. 27. 선고 2013누50953 판결

초과하여 부과된 이행강제금 부과처분은 역시 위법함<sup>46)</sup>

반면, **노동위원회규칙을 위반한 경우에** 대하여는 노동위원회규칙이 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 그에 위반하였다고 하여 **그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니며**, 따라서 ‘이행강제금의 반복 부과는 이전 이행강제금 납부종료일로부터 6월 이내에 하여야 한다’(노동위원회규칙 제83조제2항)는 규정보다 11일이 더 경과한 시점에 부과한 이행강제금 부과처분이 위법한 것은 아니라는 것이 법원의 태도임<sup>47)</sup>

#### 4. 이행강제금 부과처분에 대한 집행정지 인정 여부

행정소송법 제23조제2항은 ‘취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다’고 규정하고 있음

집행정지가 인정되기 위해서는 아래의 조건들을 갖추어야 함

- ① 처분등의 존재(행정소송법 제23조제2항)
- ② 본안 소송의 계속(행정소송법 제23조제2항)
- ③ 회복하기 어려운 손해예방의 필요(행정소송법 제23조제2항)
- ④ 긴급한 필요(행정소송법 제23조제2항)
- ⑤ 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없을 것(행정소송법 제23조제3항)<sup>48)</sup>
- ⑥ 본안 청구가 이유 없음이 명백하지 않을 것(판례)<sup>49)</sup>

따라서 소송(심판)수행자는 사용자의 집행정지신청이 위 각 요건을 충족하는지를 검토하여 대응하여야 할 것임

46) 서울고등법원 2014. 3. 27. 선고 2013누50953 판결, 한편 동 판결에는 2년의 기산일인 ‘최초의 구제명령을 한 날’은 ‘판정일’을 의미한다는 취지가 일부 포함되어 있으나, 이 부분에 대하여는 ‘최초의 구제명령을 한 날’을 ‘판정서 송달일’로 보아야 한다는 비판이 있음

47) 서울고등법원 2014. 3. 21. 선고 2013누46367 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 7. 24.자 2014두36129 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

48) 행정소송법 제23조(집행정지) ③ 집행정지는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다.

49) “본안 소송에서 처분의 취소가능성이 없음에도 처분의 효력이나 집행정지의 정지를 인정한다는 것은 제도의 취지에 반하므로 효력정지나 집행정지사건 자체에 의하여도 신청인의 본안 청구가 이유 없음이 명백하지 않아야 한다는 것도 효력정지나 집행정지의 요건에 포함시켜야 한다.”(대법원 1994. 10. 11.자 94두23 결정)

특히 이행강제금 부과처분은 금전 지급을 명하는 내용의 행정처분으로,<sup>50)</sup> 노동위원회의 구제명령이 취소될 경우 직권 또는 사용자의 신청에 따라 이미 징수한 이행강제금을 반환하는 제도도 마련하고 있으므로,<sup>51)</sup> 이행강제금 부과처분에 대해서는 **사용자에게 회복하기 어려운 손해 발생이나 이를 예방하기 위하여 그 집행을 정지할 긴급할 필요가 있다고 인정할 수 없음**<sup>52)</sup>

50) “회복하기 어려운 손해는 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해를 말하는 바, 이는 금전보상이 불가능한 경우 내지는 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 의미한다.”(대법원 2011. 4. 21자. 2010무111 전원합의체 결정)

51) 근로기준법 시행령 제15조(이행강제금의 반환) ① 노동위원회는 중앙노동위원회의 재심판정이나 법원의 확정판결에 따라 노동위원회의 구제명령이 취소되면 직권 또는 사용자의 신청에 따라 이행강제금의 부과·징수를 즉시 중지하고 이미 징수한 이행강제금을 반환하여야 한다.

② 노동위원회가 제1항에 따라 이행강제금을 반환하는 때에는 이행강제금을 납부한 날부터 반환하는 날까지의 기간에 대하여 고용노동부령으로 정하는 이율을 곱한 금액을 가산하여 반환하여야 한다.

52) 수원지방법원 2009. 7. 25.자 2008아445 결정



## 제3절 이행강제금 부과처분 불복절차 관련 판례

### 1. 구제명령의 하자과 이행강제금 부과처분의 관계에 관한 판례

법원은 선행처분인 구제명령의 하자가 중대·명백하여 당연히 무효가 아닌 한 후행 처분인 이행강제금 부과처분의 위법성을 다투는 소송에서 구제명령의 위법성을 다퉴 수 없다고 봄

#### 【서울고등법원 2013. 2. 27. 선고 2012누22913 판결<sup>53)</sup>】

“근로기준법 제32조는 “노동위원회의 구제명령, 기각결정 또는 재심판정은 제31조에 따른 중앙노동위원회에 대한 재심 신청이나 행정소송 제기에 의하여 그 효력이 정지되지 아니한다”고 규정하고, 같은 법 제33조 제1항은 “노동위원회는 구제명령(구제명령을 내용으로 하는 재심판정을 포함한다)을 받은 후 이행기한까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 2,000만 원 이하의 이행강제금을 부과한다”고 규정하고 있다. 따라서 이 사건 재심판정의 효력이 정지되었다고 볼 만한 아무런 자료가 없는 이 사건에서, 원고가 이 사건 재심판정에 포함된 구제명령을 그 이행기한까지 이행하지 아니하였음이 분명한 이상, 이 사건 처분(이행강제금 부과처분)은 적법하다고 할 것이다.

이에 대하여 원고는 이 사건 해고가 정당함에도 이와 다른 판단을 한 이 사건 재심판정이 위법하므로 이 사건 처분도 위법하다고 주장하나, 원고가 제출한 갑 3 내지 20호증(갑 20호증은 가지번호 포함)의 각 기재만으로는 이 사건 해고가 정당하다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. … (중략) … 그 뿐만 아니라 이 사건 재심판정을 행정행위로서 주소 법원에 의하여 적법하게 취소되기 전까지 누구든지 그 구속력을 부인하지 못하는 공정력을 가지므로, 설령 이 사건 재심판정에 하자가 있다고 보는 경우에도 그것이 중대·명백하여 당연히 무효에 해당한다고 보이지 않는 이상, 원고가 이 사건 소송에서 이 사건 재심판정의 위법을 이유로 이 사건 처분의 효력을 다퉴 수는 없다고 할 것이다.”

#### 【서울행정법원 2011. 12. 2. 선고 2011구합28684 판결】

“원고는 이 사건 판정이 위법하므로 이 사건 이행강제금부과도 위법하다고 주장한다. 살피건대, 두 개 이상의 행정처분이 연속적으로 행하여지는 경우 선행처분과 후행처분이 서로 결합하여 한 개의 법률효과를 완성하는 때에는 선행처분에 하자가 있으면 그 하자는 후행처분에 승계되므로 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다퉴 수 없게 된 경우에도 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다퉴 수 있다. 반면, 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 법률효과를 목적으로 하는 때에는 선행처분에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다퉴 수 없게 된

53) 1심 판결(서울행정법원 2012. 7. 19. 선고 2012구합5367 판결)을 인용함

경우에는 선행처분의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효인 경우를 제외하고는 선행처분의 하자를 이유로 후행처분의 효력을 다룰 수 없는 것이 원칙이다. 다만, 선행처분과 후행처분이 서로 독립하여 별개의 효과를 목적으로 하는 경우에도 선행처분의 불가쟁력이나 구속력이 그로 인하여 불이익을 입는 자에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오며, 그 결과가 당사자에게 예측 가능한 것이 아닌 경우에는 선행처분의 후행처분에 대한 구속력은 인정될 수 없다(대법원 1994. 1. 25. 선고 93누8542 판결 참조). 위와 같은 행정처분의 하자 승계에 관한 일반 법리와 지방노동위원회의 구제명령의 실효성 확보를 위한 이행강제금 제도의 취지 및 신속한 구제절차로서 노동위원회의 구제명령제도를 둔 취지를 아울러 고려하여 보면, 원고는 이 사건 이행강제금부과의 위법사유로 이 사건 판정의 위법성을 주장할 수 없으므로 원고의 위 주장은 이유 없는 것으로 판단되고 구체적 이유는 다음과 같다. 이 사건 선행처분과 후행처분은 별개의 법률효과를 목적으로 하는 것이므로 이 사건 판정이 취소되지 않는 한 이 사건 판정의 위법을 이유로 이행강제금 부과를 다룰 수 없는 것이 원칙이다. 원고로서는 이 사건 판정에 대한 불복절차(중앙노동위원회나 행정법원에서 이행강제금 문제를 일괄하여 해결할 기회가 있었으므로 선행처분인 이 사건 판정의 불가쟁력이나 구속력을 인정하는 것이 원고에게 수인한도를 넘는 가혹함을 가져오고 그 결과가 당사자에게 예측불가능한 경우에 해당하는 것으로 볼 수도 없다.

다만, 중앙노동위원회 재심판정의 취소를 구하는 소송과 이행강제금 부과처분 취소 소송이 병합된 사건에서는 구제명령의 위법성을 판단한 예가 있음

【서울행정법원 2010. 6. 25. 선고 2009구합50534, 2010구합10914(병합) 판결】

“1) 이 사건 재심판정의 적법 여부

가) 부당승무제한인지 여부

…(중략)… 원고의 참가인에 대한 승무제한은 근로자의 임금이 줄어들어 임금손실을 초래하는 불이익한 처분으로서 정당한 이유 없는 부당승무제한이라고 할 것이므로, 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

…(중략)…

임금협정에서는 ‘1일 배차시간은 오전, 오후 각 10시간으로 하되, 1일 소정근로시간 6시간 40분을 제외한 시간은 휴게시간으로 하고, 휴게시간을 배차시간 중 운전기사가 자유롭게 사용하도록 한다’고 규정하고 있다 … (중략) … 이와 같은 규정은 순항식 근무 행태인 택시근무의 특수성을 고려하여 초과근로시간을 인정하지 않는 대신 휴게시간의 자유로운 사용을 통하여 택시근로자의 임금을 보장하고자 함에 있다고 할 것인바, 원고는 참가인에게 노동조합과의 합의에 따른 3시간 20분의 휴게시간을 보장하여야 할 것이고 위 규정을 지키지 않은 것은 휴게에 관한 근로기준법 위반이 된다.

… (중략) …

나) 부당노동행위에 해당하는지 여부

… (중략) …형식적으로는 근로자들에게 전액관리제와 정액제를 선택할 수 있도록 하고

있으나, 승무제한이라는 근무조건의 제한을 통하여 전액관리제 정착을 위하여 조합 활동을 하는 참가인에게 불이익처분을 하여 실질적으로 근로자들의 전액관리제 선택을 제한하고자 함에 있다고 할 것이므로, 원고의 승무제한은 부당노동행위라고 할 것이다.

원고는 2002년 전액관리제 실시 이후 1일 10시간 배차를 허용하다가 합리적 이유 없이 정액제 근로자들에게는 종전과 같이 배차시간을 운행하면서 전액관리제 근로자들에게만 1일 6시간 40분으로 승무시간을 엄격히 통제 한 것은 부당한 차별대우라고 할 것이다.

... (중략) ...

#### 2) 이 사건 처분의 적법 여부

살피건대, 앞에서 인정한 바와 같이 이 사건 재심판정은 적법하다고 할 것이므로, 이 사건 재심판정이 위법함을 전제로 한 원고의 주장은 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.”

## 2. 구제명령의 이행 여부 또는 이행할 수 없는 사유에 대한 판례

### 2.1 원직복직 관련 판례

#### 가. 원직복직 일반론에 관한 판례 및 구제명령을 이행하였다고 본 사례

1) 법원은 사용자가 징계절차가 예정되어 있는 근로자를 원직복직 시키면서 정당한 자택대기명령을 한 경우 노동위원회의 원직복직명령을 위반하였다고 볼 수 없다고 판단함

#### 【대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결】

“다. 원직복직명령 위반 여부

사용주가 지방노동위원회의 권고에 따라 해고되었던 근로자를 복직시키면서 해고 이후 복직 시까지 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우, 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 이는 사용주의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것이므로 정당하게 복직시킨 것으로 보아야 한다(대법원 1997. 5. 16. 선고 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 객실승무원에게 수시로 부여되는 근무형태 중 하나로서 실제 비행기에 탑승하여 승무업무를 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 객실승원 부로 복귀시키면서 제2차 자택대기명령을 하였다는 사정만으로 지방노동위원회의 원직복직명령을 위반하였다고 볼 수 없다.

같은 취지의 원심판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 원직복직명령의 이행에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.”

2) 법원은 ‘임금상당액 지급’과 ‘원직복직’을 내용으로 하는 구제명령 이후 사업장이 폐업되어 원직복직이 불가능해진 경우, 임금상당액 지급명령만 이행하면 족하다고 봄

【대법원 1994. 4. 29. 선고 93누16680 판결】

“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 폐쇄시까지의 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(대법원 1993. 4. 27. 선고 92누13196 판결 참조).<sup>54)</sup>”

나. 구제명령을 이행하지 않았거나, 이행하지 못함에 있어 정당한 사유가 없다고 본 사례

1) 법원은 근로자가 타 직장에 취업하여 얻은 이익을 공제해야 하는 사정이 발생했다고 하여 임금상당액 지급명령을 이행하지 않은 것은 불이행의 정당한 사유가 되지 못한다고 봄

【수원지방법원 2010. 6. 30. 선고 2010구합1140 판결】

“① 원고가 비록 이 사건 근로자의 원직이었던 일용직 스페어기사제도를 폐지하여 근로자를 원직에 복직시키지 못하게 되기는 하였으나, 원고 회사가 다른 일용직 스페어기사들 중 원하는 자들을 정규직 택시기사로 전환하여 주었으므로, 근로자가 정규직 택시기사로의 전환을 원하는 이상 정규직 택시기사직에 복직시키는 것이 이 사건 구제명령을 이행하는 것인 점, ② 이 사건 근로자는 형식적으로만 스페어기사일뿐, 실질은 정규직 택시기사들과 다를 바 없었으므로, 근로자를 정규직으로 전환시켜주는 것을 신규채용으로 볼 수 없는데도 원고 회사가 근로자에게 요구하는 서류들은 모두 신규채용을 전제로 한 것들이어서 단지 위와 같은 서류를 제출하지 않았음을 전제로

54) 이 판결을 반대로 해석하면, 원직복직을 명하는 재심판정 후에 사업장이 폐쇄된 경우 원직복직의무를 따를 공법상의 의무는 더 이상 부담하지 않는다고 보아야 함

배차를 거부하는 것은 근로자의 복직을 방해하려는 의도로 보이는 점, ③ 원고 회사는 구제명령을 이행하기보다는 이 사건 구제명령에 대한 항고소송에서 이 사건 구제명령이 취소되기만을 기다리고 있는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 단지 원고 회사가 종전 일용직 스페어기사직을 폐지하였다고 하여 이 사건 구제명령이 이행불능에 이르렀다고는 할 수 없다.<sup>55)</sup>

(2) 법원은 복직될 직위가 용역기간 만료 및 해지, 또는 외주화되어 복직에 곤란한 사정이 있더라도, 다른 현장의 자리가 남아 있어 배치전환이 가능하다면 여전히 원직 복직 의무는 존재한다고 봄

【대전지방법원 2009. 5. 27. 선고 2008구합3809 판결<sup>56)</sup>】

“① 원고와 ○○대학교 사이의 청소, 생활폐기물 용역계약은 2008. 9. 22. 기간만료로 종료되는 사실이 인정되므로 2008. 1. 22. 각 구제명령을 송달 받은 후에 근로자들을 현장에 복직시킬 수 있었던 점, ② 노동위원회규칙 제79조에 의하면 당해 근로자에게 해고 등을 할 당시와 같은 직급과 같은 종류의 직무를 부여하였거나 당해 근로자의 동의를 얻어 다른 직무를 부여한 경우에도 원직복구 명령을 이행한 것으로 보면, 같은 직급이나 직무가 없는 불가피한 사유가 발생한 때에는 유사한 직급이나 직무를 부여하는 것도 원직복구 명령을 이행한 것으로 보는바, 원고는 근로자가 근무하였던 ○○대학교 현장에 대한 용역계약이 종료되었다 하더라도 원고가 관리하는 다른 현장으로의 배치전환 또는 다른 방법을 통한 당사자 사이의 합의 등으로 구제명령을 이행할 수 있었을 것으로 보이는 점, ③ 임금상당액의 지급을 명하는 구제명령을 이행하지 못할 불가피한 사정이 전혀 없었던 점, ④ 구제명령은 재심신청이나 행정소송의 제기에 의하여 그 효력이 정지되지 아니하는 점 등을 종합하여 보면 원고가 구제명령을 이행하지 못함에 불가피한 사유가 있었다고 보이지 않고, 따라서 원고의 이 사건 각 구제명령 불이행을 원인으로 한 피고의 이행강제금 부과처분은 적법하다.”

3) 법원은 입주자대표회의가 자치관리에서 위탁관리로 변경하면서 근로자를 해고한 경우, 현재 위탁관리업체가 공동주택 관리업무를 하고 있다는 사정이 원직복직 불이행을 정당화할 수는 없다고 봄

55) 이 사안에서 원고는, 법제처로부터 ‘도급택시 영업을 할 경우 여객자동차운수사업법 제13조의 명의이용금지 조항 위반에 해당한다’는 공문을 받은 후 스페어기사제도가 도급택시 영업과 동일시될 것을 우려하여 일용직 스페어 기사들 중 원하는 자들에 한하여 정규직 택시기사로 전환시키고 일용직 스페어기사제도를 폐지하였으므로 이 사건 근로자를 원직인 스페어기사로 복직시킬 수 없는 상태이고, 따라서 이 사건 구제명령 중 원직복직 명령은 그 이행 자체가 불가능하다고 주장하였음. 뿐만 아니라 원고는 2009. 6. 3. 이○○에게 복직을 통보하였으므로, 이 사건 구제명령 중 원직 복직 명령을 불이행했다고 볼 수 없다고도 주장하였음

56) 동 사건은 항소심에서 소취하됨

【서울행정법원 2011. 11. 10. 선고 2011구합20772 판결<sup>57)</sup>】

“이 사건 아파트가 1단지와 2단지로 분리되었고 현재 각각 다른 관리회사가 관리업무를 수행하고 있다고 하더라도 참가인의 원직복직이 불가능해졌다고 단정하기 어려울 뿐만 아니라, 원고가 아직까지 참가인에게 ‘해고기간 동안 정상적으로 근로하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액’을 지급하지 않은 점, 원고는 이 사건 처분 이전에도 이미 피고로부터 구제명령을 불이행했다는 이유로 2회에 걸쳐 이행강제금의 부과처분(각 5,000,000원)을 받은 바 있음에도 그 후로도 계속하여 구제명령을 이행하지 않아 재차 이 사건 처분이 이루어진 점 등에 비추어 보면, 이 사건 처분이 그 처분사유가 없거나 재량을 일탈·남용한 것으로서 위법하다고 보기 어렵다.”

## 2.2 임금상당액 지급에 관한 판례

## 가. 임금상당액 지급 일반론에 관한 판례 및 구제명령을 이행하였다고 본 사례

법원은 임금상당액은 취업규칙이나 임금지급의 관행에 의해 임금액을 특정하거나, 일응 합리적 근거가 있는 산정기준을 적용하여 산정한 금액을 지급할 수 있고, 지급 방법에 있어 법원에 공탁하는 방식으로 지급할 수도 있다고 봄

## 【대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두12682 판결】

“이행강제금은 근로자를 신속하게 구제하고 노동위원회가 발령한 구제명령의 실효성을 보장하기 위하여 구제명령을 이행하지 않은 사용자로 하여금 구제명령을 이행하도록 하는 행정상의 간접강제수단으로서 일정한 금원을 납부하게 하는 침익적 행정행위에 해당하므로, 이행강제금 부과처분의 전제가 되는 구제명령은 그 내용을 특정하는 것이 바람직하다. 그런데 이 사건 구제명령에 관하여 보면, 이 사건 구제명령 자체로 집행력이 발생하는 것은 아니고 그 수범자인 사용자의 행위에 의하여 실현되는 것이므로, 그 내용의 특정 여부에 관하여 지나치게 엄격하게 해석할 필요가 없는 점, 사용자로서는 평균임금을 기초로 하여 부당하고 기간 동안 정상적으로 근로를 제공하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 용이하게 산정할 수 있는 것으로 보이는 점, 객관적으로 타당한 임금 상당액의 구체적인 액수는 최종적으로는 당사자 사이의 의사 합치 또는 민사소송 등을 통하여서만 확정할 것인데, 사용자로서는 취업규칙이나 임금지급 관행에 의해 임금액을 특정하거나 임금을 정확히 특정할 수 없는 사정이 있는 경우에는 사용자가 일응 합리적인 근거가 있는 산정기준을 적용하여 산정한 금액을 임의로 지급하거나 법원에 공탁함으로써 구제명령 불이행의 책임을 면할 수 있을 것으로 보이는 점, 노동위원회가 원직복직 외에 임금상당액의 지급을 명하는 구제명령을 하고 이를 불이행하는 경우 이행강제금을 부과할 수 있도록

57) 원고는 이 사건 아파트가 1단지와 2단지로 분리되어 각각 다른 회사가 관리하고 있는데 원고는 위 각 회사의 인사권을 갖지 않은 관계로 참가인을 원직에 복직시킬 수 없는 상태라고 주장하였음. 또한, 참가인 근로자는 다른 아파트 관리소장으로 취업하여 현재까지 근무하고 있을 뿐만 아니라 원고를 상대로 임금청구소송을 제기하여 재판 진행 중에 있어, 원고는 재심판정상의 구제명령을 이행할 수 없는 상황이므로 이행강제금 부과처분은 사유가 없거나 재량을 일탈·남용한 것으로서 위법하다고 주장하였음

규정한 취지는 부당해고 등으로 일정 기간 근로를 제공하지 못하여 임금을 받지 못한 근로자들의 생활고를 잠정적으로나마 신속·간이하게 해결하기 위한 것이라는 점 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 구제명령에서 지급의무의 대상이 되는 임금 상당액의 액수를 구체적으로 특정하지 않고, ‘해고기간 동안 정상적으로 근무하였다면 받을 수 있었던 임금상당액’으로 정하였다고 하더라도 구제명령의 이행이 불가능할 정도로 불특정하여 위법·무효라고 할 수 없다.”

나. 구제명령을 이행하지 않았거나, 이행하지 못함에 있어 정당한 사유가 없다고 본 사례

1) 법원은 임금상당액 지급명령의 일부 또는 임금상당액의 객관적 금액에 현저히 못 미치는 금액을 지급한 것은 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 없다고 판단함

【대전지방법원 2009. 7. 15. 선고 2008구합3212 판결】

“위 구제명령에서 원고가 ○○○에게 지급하여야 할 ‘해고기간 동안 근로를 제공하였다더라면 받을 수 있었던 임금상당액’이란, 원고가 ○○○을 부당해고한 2008. 1. 17.부터 ○○○을 원직에 복직시킨 2008. 6. 13.의 전날인 2008. 6. 12.까지의 기간 동안 ○○○이 계속 근로하였다면 받을 수 있는 임금 전부라고 할 것이고, 원고가 이 사건 구제명령 중 해고기간 동안의 임금상당액의 지급의무를 이행하였는지 여부는 노동위원회규칙 제79조 제2호에 비추어 그 금액을 전액 지급하였는지 여부에 따라 판단해야 할 것이다.

그런데, 원고는 2008. 6. 5.에 2008. 1. 17.부터 2008. 3. 16.까지의 임금 4,528,994원만을 지급하였을 뿐이므로(원고는 이 사건 처분일 전인 2008. 6. 30. 임금, 퇴직금 및 부당해고기간 동안의 합의금으로 1,450만원을 지급하였다고 주장하나, 원고가 근로자에게 위 금원을 지급한 날은 이 사건 처분일 이후인 사실이 인정된다), 원고는 이 사건 처분일 전까지 해고기간 동안의 임금상당액 지급의무를 완전하게 이행하지 아니하였다고 판단되므로 이 사건 처분은 적법하다.”

2) 법원은 근로자가 타 직장에 취업하여 얻은 이익을 공제해야 하는 사정이 발생했다고 하여 임금상당액 지급명령을 이행하지 않은 것은 불이행의 정당한 사유가 되지 못한다고 봄

【수원지방법원 2010. 6. 30. 선고 2010구합1140 판결】

“사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에서 근무하여 지급 받은 임금은 민법 제538조 제2항에 규정된 자기의 채무를 면함으로써 얻은 이익에 해당하므로, 사용자는 근로자에게 해고기간 중의 임금을 지급함에 있어 위와 같은 이익을 공제할 수 있는 것이기는 하지만, 근로자가 지급받을 수 있는 임금액 중 근로기준법 제45조 소정의 휴업수당(평균임금의 70/100)의 한도에서는 이를 이익공제의 대상으로 삼을 수 없을 뿐만 아니라, 다른

직장에 근무하지 못한 해고기간도 10개월에 이르고 있어서 지급할 임금 상당액이 없다고 보이지 않는 점, 더욱이 원고 회사는 근로자에게 임금상당액을 지급하기 위한 아무 노력을 하지 않았고, 오히려 이 사건 구제명령에 대하여 항고소송을 제기하여 그 항고소송을 통하여 이 사건 구제명령이 취소되기만을 기다리고 있는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면 원고 회사는 임금상당액 지급명령도 불이행하였다고 인정된다.”

3) 법원은 사용자가 조정권고안에 따른 금원을 지급하지 않은 이상 조정만으로는 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 없다고 판단함

【전주지방법원 2008. 12. 11. 선고 2008구합1808 판결<sup>58)</sup>】

“위 조정권고안이 이 사건 구제명령까지 포괄하여 해결하려는 의도를 가진 것이었다고 하더라도 원고가 위 조정권고안의 내용에 따라 참가인에게 퇴직금 및 추가로 지급하여야 할 600만원을 지급하였음을 인정할 증거가 전혀 없는 이상 이 사건 구제명령의 이행이 완료되었다고 볼 수는 없다고 할 것이므로, 원고의 주장은 이유 없다.”

4) 법원은 근로자가 사용자에게 대한 예금채권을 압류, 상계하였다는 사정은 사용자의 구제명령 불이행의 정당한 사유가 되지 못한다고 봄

【서울행정법원 2011. 12. 16. 선고 2011구단14404 판결<sup>59)</sup>】

“① 이 사건 근로자들이 임금상당액의 수령을 거절하였다면 원고는 법원에 공탁함으로써 구제명령 불이행의 책임을 면할 수 있고(피고가 원고에게 공탁 절차를 안내하여 줄 책임까지 있다고 보기는 곤란하다) ② 근로자에 대한 임금은 직접 근로자에게 전액을 지급하여야 하는 것이므로 근로자에 대하여 가지는 불법행위를 원인으로 한 채권으로써 근로자의 임금채권과 상계하지 못하는 것이며(대법원 1999. 7. 13. 선고 99도2168 판결 참조) ③ 원고가 임금상당액을 지급하지 않고 있는 상황에서 이 사건 근로자들이 원고의 예금채권 등을 가압류한 것을 두고 원고가 임금상당액 미지급을 정당화할 근거로 삼기는 곤란하므로 원고의 위 주장은 이유 없다.”

58) 원고는, 원고가 서울행정법원에 제기한 부당해고구제제심판정취소 소송에서 ‘원고와 참가인의 근로관계가 이 사건 근로계약기간 만료 통보 전인 2007. 4. 6. 종료된 것으로 보는 내용의 조정’이 성립되어 이 사건 이행강제금 부과 처분일 이전에 이미 구제명령의 이행이 완료되었다고 할 것임에도 구제명령 불이행을 이유로 한 이 사건 처분은 위법하다고 주장하였으나, 아직 조정권고안에 따른 금원을 지급하지 않은 이상 조정만으로는 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 없다는 취지의 판결임(동 사건은 항소심에서 항소취하간주로 확정됨)

59) 원고는 이 사건 근로자들에게 임금상당액을 지급하려 하였으나 그들이 ① 터무니없는 금액을 요구하면서 수령을 거절하였고, ② 복직한 후에는 임금상당액에 준하는 공금을 횡령하였으며, ③ 급기야 2010. 1. 15.에는 원고의 금융기관에 대한 예금채권 등을 가압류하였으므로, 원고가 이 사건 각 구제명령에서 지급을 명한 임금상당액을



5) 법원은 조건부 변제공탁은 상대방이 수락하지 않는 한 무효이므로 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 없다고 판단함

【광주지방법원 2009. 10. 1. 선고 2009구합1259 판결】

“공인노무사법 제2조 제1항 각호의 규정에 비추어 볼 때, 공인노무사가 근로자로부터 부당하고 구제신청에 대한 권한을 위임받은 것만으로는 바로 부당하고 구제신청과 관련한 금원을 수령할 권한까지 함께 위임받았다고 볼 수 없고, 달리 근로자 마○○이 자신이 선임한 공인노무사에게 부당하고 구제신청과 관련하여 금원을 수령할 권한까지 위임하였다고 볼 만한 증거가 없으므로, 이 사건 공탁은 민법 제487조 규정에서 정한<sup>60)</sup> 채권자가 변제를 받지 아니하거나 받을 수 없는 경우에 해당하여 변제공탁을 할 수 있는 경우에 해당한다.<sup>61)</sup> 그러나, 원고가 이 사건 공탁을 함에 있어 반대급부 기재란에 “다만, 공탁자가 신청한 중앙노동위원회의 재심신청이 기각될 때까지 피공탁자(근로자 마○○)의 공탁금 출금을 제한함”이라고 기재하였는데 이는 중앙노동위원회에서 원고의 재심신청이 기각될 것을 조건으로 한 변제공탁으로서 공탁 전부가 무효이다.<sup>62)</sup> 따라서, 이 사건 공탁은 무효이므로 원고가 이 사건 구제명령의 이행기한인 2008. 12. 19.까지 이 사건 구제명령을 이행하였다고 볼 수 없다”

6) 법원은 평균임금을 지급하려 하였으나 근로자들이 임금 산정에 이견이 있어 수령을 거부한 경우에도 변제공탁이 가능하므로 그러한 수령 거부 사실만으로는 불이행의 정당한 사유가 되지 못한다고 봄

【인천지방법원 2009. 12. 24. 선고 2009구합922 판결】

“원고와 근로자들 사이에 임금상당액에 관하여 이견이 발생한 사실, 그 과정에서 근로자들이 원고를 근로기준법위반으로 고소하였고, 이에 대하여 인천지방검찰청 검사는 증거불충분을 이유로 원고에 대하여 무혐의 불기소처분을 한 사실은 인정된다. … (중략) … 그러나, … (중략) … 객관적으로 타당한 임금상당액의 구체적인 액수는 결국 당사자 사이의 의사의 합치 또는 민사 소송 등을 통하여서만 확정이 가능할 것이므로, 수범자인 사용자가 평균임금 등 합리적인 기준에 따라 성실하게 산정한 임금상당액을 지급하였다면, 설령 그 지급한 금액이 후에 확정된 임금상당액과 다소 다르다 하더라도 임금상당액 지급의무 이행을 하지 않았다고 보기는 어려울 것으로 보이는 점, 그런데 원고의 경우 스스로 정당하다고 산정한 임금상당액을 지급하는 등 임금

제12장  
이행강제금

지급하지 않은 것에는 이를 정당화할 만한 사유가 있어 이 사건 이행강제금 부과처분은 위법하다는 취지로 주장하였음  
60) 민법 제487조(변제공탁의 요건, 효과) 채권자가 변제를 받지 아니하거나 받을 수 없을 때에는 변제자는 채권자를 위하여 변제의 목적물을 공탁하여 그 채무를 면할 수 있다. 변제자가 과실 없이 채권자를 알 수 없는 경우에도 같다.  
61) 원고는 2008. 12. 17. 근로자 마○○가 미국으로 출국하여 금원의 현실제공이 어렵다는 이유로 이 사건 구제명령에서 지급을 명한 600만원을 관할 법원 공탁공무원에게 변제공탁하였음  
62) 수령불능, 수령거절, 채권자불확지의 경우 변제공탁(민법 제487조)을 함으로써 의무를 면할 수 있는 것이 원칙이나, 판례는 일부 공탁(98다17046)과 조건부 공탁(70다1061)에 대해서는 채권자가 수락하지 않는 한 원칙적으로 무효로 보고 있음

상당액의 지급을 명한 이 사건 구체명령을 이행하기 위하여 충분한 노력을 한 바가 없는 것으로 보이는 점(설령 이 사건 근로자들이 그들이 주장하는 액수가 아니라는 이유로 원고가 정당하다고 산정한 임금상당액의 수량을 거절하였다 하더라도 원고는 변제공탁 등의 방법으로 이 사건 근로자들에게 임금상당액을 지급할 수 있었을 것이다) 등을 종합하면, 원고가 주장하는 사정만으로는 원고가 이 사건 근로자들에게 임금상당액을 지급하지 않은 데에 정당한 이유가 있다고 보기 어려우므로 원고의 주장은 이유 없다.”

7) 법원은 사용자가 취업규칙이나 임금지급 관행에 의해 정확한 임금을 특정할 수 없어서 종전 임금협약에 따라 산정한 금액을 지급한 경우, 구체명령을 이행한 것으로 볼 수 있다고 판단함

【 부산고등법원(창원) 2012. 9. 27. 선고 2011누1545 판결 】

“임금상당액의 지급을 명하는 구체명령에 있어서 객관적으로 타당한 임금상당액의 구체적인 액수는 최종적으로는 당사자 사이의 의사의 합치 또는 민사소송 등을 통하여서만 확정이 가능할 것인데, 사용자로서는 취업규칙이나 임금지급 관행에 의해 임금액을 특정하거나 임금을 정확히 특정할 수 없는 사정이 있는 경우에는 사용자가 일용 합리적인 근거가 있는 산정기준을 적용하여 산정한 금액을 임의로 지급하거나 법원에 공탁함으로써 구체명령 불이행의 책임을 면할 수 있을 것으로 보인다(대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두12682 판결 참조). … (중략) … ① 원고는 개정된 최저임금법에 생산고에 따른 임금이 포함되지 아니함에 따라 생산고에 따른 임금이 포함됨을 전제로 체결된 2009. 8. 1.자 임금협약을 개정하려 했으나 합의에 이르지 못하여 2010. 7. 31.자로 근로자 68명을 해고하였고, 2010. 10. 11. 폐업에 이르게 된 점, ② 위 2009. 8. 1.자 임금협약에 따른 임금에는 개정된 최저임금법상 최저임금 산정에서 제외되는 생산고에 따른 임금이 포함되어 있고, 개정된 최저임금법 시행 후에는 생산고에 따른 임금을 제외한 임금협약이 체결되지 아니하여, 원고로서는 취업규칙이나 임금지급 관행에 의하여 임금을 정확히 특정할 수 없었다고 보이는 점, ③ 이에 원고는 해고근로자 53명에게 위 2009. 8. 1.자 임금협약에 따른 임금을 지급하였고, 위 53명 중 18명에게 일정액을 추가로 지급하고 이 사건 구체명령을 이행한 것으로 서면합의를 하였으며, 1명은 사망하여 합의에 이르기 어려웠고, 1명은 운전면허정지 등으로 2009. 8. 1.자 임금협약에 따른 임금을 지급하게 되었으며, 피고도 이러한 사정을 고려하여 나머지 33명(53명-20명)의 근로자들에게 대하여만 이 사건 임금상당액을 지급하지 아니하였다는 이유로 이 사건 이행강제금 처분을 하는 등 과정을 고려하면, 원고가 해고근로자들에게 임금상당액 지급을 위한 상당한 노력을 하였다고 보이는 점, ④ 위 2009. 8. 1.자 임금협약에 따른 임금과 개정된 최저임금법에 따른 최저임금 간에 상당한 금액차이가 있는데 원고가 결국 지급해야 할 임금상당액은 창원지방법원 2010가합10689 임금 사건에서 구체적으로 확정될 것으로 보이는 점, ⑤ 이 사건 재심판정에 대한 서울행정법원 2010구합853 부당해고 구체명령 재심판정취소의 소에서 이 사건 임금상당액 지급명령에 관한 부분을 취소한다는 판결이 선고되는 등 이 사건 구체명령 중 임금상당액 지급명령에 관하여 다툼의 여지가 있고, 위 판결이 확정될 경우 피고가 징수한

이행강제금을 반환해야 하는 점 등을 종합해 보면, 원고는 해고근로자들에게 2009. 8. 1.자 임금협약에 따른 임금을 지급하고, 임금상당액 민사소송이 확정되면 그에 따른 차액을 지급함으로써 이 사건 구제명령에 따른 의무를 이행하게 되는 것이라고 봄이 상당하다.”

8) 법원은 임금상당액은 평균임금(근로기준법 제2조제1항제6호)을 기초로 산정하여 지급하면 그 지급의무를 다하였다고 볼 수 있으므로 보수를 시급제로 지급하여 매월 보수가 달라진다는 사정만으로 임금상당액 산정이 불가능한 것은 아니라고 봄

【대전지방법원 2009. 8. 12. 선고 2009구합50 판결】

“구제명령 중 임금상당액 지급명령 부분은 ‘해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 지급받을 수 있었던 임금상당액’ 임〇〇에게 지급하라는 것인데, 원고 회사는 시내버스운송사업체로서 보수를 시급제로 지급하므로 실제 운전기사들이 받는 보수는 매월 달라 임〇〇이 해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금상당액을 산정할 수 없었으므로 이 사건 이행강제금 부과처분은 부당하다고 주장한다. … (중략) … 그러나, ① 임금협정서에 의하면 운수회사의 근로자들의 임금을 ‘실제 근무한 시급에 의하여 계산하는 일급제’로 지급하도록 규정하면서도, 운수사업의 특수여건에 비추어 일률적으로 근로자들의 근로시간을 정하고 있는데(위 임금협정서 제1조), 기본 근로시간을 주 40시간으로 하고, 월 근로일수를 22일 만근으로 정하고 있으며(제2조), 이에 따라 회사가 지급하여야 할 수당을 규정하고 있는바(제5조), 위와 같은 임금협정에 비추어 원고는 소속 근로자들에게 실제 근무한 시간을 일일이 계산하여 이에 따라 임금을 지급하는 것이 아니라, 위 임금협정에서 일률적으로 정하고 있는 근로시간에 따라 지급하는 것으로 보이는 점, ② 피고는 원고에게 ‘해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 지급받을 수 있었던 임금상당액을 지급’할 것을 명하는 구제명령을 하였는데, 사용자의 근로자에 대한 해고가 부당해고라고 인정되는 경우 부당한 해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 지급받을 수 있었던 임금상당액은 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금원으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급에 관하여 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 지급의무가 지워져 있다면 그 명칭 여하를 불문하고 모두 그에 포함되는 것이어서, 해고 이후에는 근로자는 실제 근로를 제공하지 못하게 된다는 점에 비추어, 결국 위 임금상당액은 해고 이전의 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금을 기준으로 산정한 평균임금(근로기준법 제2조 제1항 제6호)을 기초로 산정함이 타당하다고 할 것이므로, 원고는 임〇〇에게 해고 이전 3개월 동안 지급한 임금을 기준으로 산정한 평균임금을 기초로 계산한 임금상당액을 지급하면 그 지급의무를 다하였다고 볼 수 있는 점 등의 사정에 비추어 보면, 이 사건 구제명령 중 임금지급 부분에서 명하고 있는 ‘해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금상당액’을 산정하는 것이 불가능하다고 판단되지는 않는다.”

## 2.3 구제명령 불이행의 판단시점에 관한 판례(재결례)

가. 국무총리행정심판위원회는 구제명령 이행기한이 지났으나 **이행강제금을 부과하기 전에 구제명령을 이행한 경우 이행강제금을 부과할 수 없다고 봄**

### 【국무총리행정심판위원회 2008. 9. 17.자 08-07560 재결】

“행정처분의 위법 여부의 판단은 처분시의 법령과 사실 상태를 기준으로 하여야 하지만, 그 의미는 처분 당시 존재하였던 자료나 행정청에 제출되었던 자료만으로 위법 여부를 판단한다는 의미는 아니고 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료뿐만 아니라 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 판단하여야 한다는 것을 말하는 것을 고려하면, … (중략) … 행정심판의 경우에도 처분 시 행정청에 제출된 자료뿐만 아니라 행정심판 청구 시 제출된 자료도 처분 시 존재하였던 객관적 사실을 확정하는 바탕으로 삼아 그 처분의 위법 여부를 판단하여야 한다. … (중략) … 구제명령을 받은 자가 그 이행기한이 지났으나 (피청구인이) 이행강제금을 부과하기 전에 구제명령을 이행한 경우 이행강제금을 부과할 수 있는지에 대해 살펴보면, 근로기준법 제33조 제6항은 구제명령을 받은 자가 구제명령을 이행하면 새로운 이행강제금을 부과하지 아니한다고 되어 있으나, 이행강제금의 취지가 사용자에게 금전적인 압박을 가함으로써 구제명령의 이행을 확보하려는 데에 있다는 점을 고려하면, 새로운 이행강제금의 부과와 최초의 이행강제금의 부과를 다르게 취급할 이유는 없다고 할 것이므로 최초의 구제명령의 이행기한이 지난 경우에도 이미 구제명령을 이행한 경우에는 이행강제금을 부과할 수 없다.”

나. 법원은 구제명령의 이행에 관한 합의가 **이행강제금 부과처분 이후에 있었다면 이미 결정된 이행강제금 부과처분은 적법하다고 봄**

### 【서울고등법원 2012. 2. 8. 선고 2011누27386 판결】

“원고와 근로자 사이에 이 사건 구제명령의 이행기한 이후 이 사건 부당휴직구제신청 사건과 위 부당해고 구제신청 사건에 관하여 합의가 있었고, 원고가 근로자에게 위 합의에서 정한 금액을 지급하여 결과적으로 이 사건 구제명령을 이행한 것이 되었다고 하더라도 그 이행 전에 이미 이루어진 이행강제금 부과처분이 위법하게 된다고 볼 수 없다.”

다. 법원은 임금상당액 지급명령의 일부만을 지급하거나 부과처분 이후 지급한 것은 구제명령을 이행한 것으로 볼 수 없어 이행강제금 부과처분이 적법하다고 봄

## 【대전지방법원 2009. 7. 15. 선고 2008구합3212 판결】

“위 구제명령에서 원고가 ○○○에게 지급하여야 할 ‘해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금상당액’이란, 원고가 ○○○을 부당해고한 2008. 1. 17.부터 ○○○을 원직에 복직시킨 2008. 6. 13.의 전날인 2008. 6. 12.까지의 기간 동안 ○○○이 계속 근로하였다면 받을 수 있는 임금 전부라고 할 것이고, 원고가 이 사건 구제명령 중 해고기간 동안의 임금상당액의 지급의무를 이행하였는지 여부는 노동위원회규칙 제79조 제2호에 비추어 그 금액을 전액 지급하였는지 여부에 따라 판단해야 할 것이다. … (중략) … 그런데, 원고는 2008. 6. 5.에 2008. 1. 17.부터 2008. 3. 16.까지의 임금 4,528,994원만을 지급하였을 뿐이므로(원고는 이 사건 처분일 전인 2008. 6. 30. 임금, 퇴직금 및 부당해고기간 동안의 합의금으로 1,450만원을 지급하였다고 주장하나, 원고가 근로자에게 위 금원을 지급한 날은 이 사건 처분일 이후인 사실이 인정된다), 원고는 이 사건 처분일 전까지 해고기간 동안의 임금상당액 지급의무를 완전하게 이행하지 아니하였다고 판단되므로 이 사건 처분은 적법하다.”

## 3. 이행강제금 부과금액의 적정성 관련 판례

3.1 법원은 2회에 걸친 이행강제금 부과를 받았음에도 구제명령을 이행하지 않고, 근로기준법 시행령의 이행강제금의 부과기준 범위 내에서 이행강제금을 부과하였다면, 1, 2차 이행강제금 500만원에 비하여 금액이 크게 늘어난 2,000만원을 3차 이행강제금으로 부과한 것은 적법하다고 봄

【서울고등법원 2014. 3. 21. 선고 2013누46367 판결<sup>63)</sup>】

“원고는, 원고가 2차 이행강제금 부과예고에 대하여 재정상 이행강제금을 납부하기 어렵다는 취지의 의견서를 제출하였고, 3차 이행강제금 부과예고에 대하여 당사자 사이에 협의가 진행 중이라는 취지의 의견서를 제출하였음에도 피고가 1, 2차 이행강제금 500만 원에 비하여 금액이 크게 늘어난 2,000만 원을 3차 이행강제금으로 부과한 것은 지나치게 과중하여 자기구속의 원칙 및 평등의 원칙에 위반된다고 주장한다.

그러므로 살피건대, 근로기준법 시행령 제13조 [별표 3]은 정당한 이유 없는 해고에 대한 구제명령을 이행하지 아니한 경우 “500만 원 이상 2,000만 원 이하”의 한도에서 이행강제금을 부과되는데, 구제적인 이행강제금의 금액은 위반행위의 동기, 고의·과실 등 사용자의 귀책 정도, 구제명령 이행을 위한 노력의 정도, 구제명령을 이행하지 아니한 기간 등을 고려하여 결정하도록 규정하고 있다.

그런데 앞서 본 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 해고가 부당하다는 취지의 재심판정이 확정된 이상 원고가 주장하는 사정만으로 위 해고가 정당하다고 볼 수 없고, 원고가 이 사건 처분 이전에도 이미 구제명령 불이행을 이유로 2회에 걸쳐 이행강제금 부과처분을 받았음에도 구제명령을 이행하지 않았으며, 이 사건 처분 당시 원고에 의하여 해고된 ○○○가 지급받지 못한 급여액이 합계 146,000,000원에 이르고 있었던 점, ② 근로기준법 시행령

제14조는 이행강제금의 부과유에 사유로 “구제명령을 이행하기 위하여 사용자가 객관적으로 노력하였으나 근로자의 소재불명 등으로 구제명령을 이행하기 어려운 것이 명백한 경우, 천재·사변, 그 밖의 부득이한 사유로 구제명령을 이행하기 어려운 경우”를 들고 있는데 원고가 주장하는 사유는 이에 해당한다고 보기 어렵고, 이 사건 처분이 근로기준법 시행령 제13조 [별표 3]에서 정한 이행강제금의 부과기준 범위 내에서 이루어진 점 등 제반 사정을 종합하여 보면 이 사건 처분이 과중하다고 볼 수 없고, 달리 자기구속의 원칙 및 평등의 원칙 등에 위반되었다고 보기 어렵다. 따라서 원고의 위 주장도 이유 없다.”

3.2 법원은 사용자가 구제명령의 이행을 위해 노력하고, 기존의 이행강제금을 성실히 납부하였음에도 노동위원회가 이행강제금 최고액을 부과한 것은 재량권의 일탈·남용에 해당한다고 판단함

【서울고등법원 2014. 3. 27. 선고 2013누50953 판결<sup>64)</sup>】

“또한, 앞서 본 바와 같이 원고가 3차 이행강제금 부과처분 이후 ○○○를 원직에 복귀시키고 임금의 일부를 지급하는 등 이 사건 구제명령의 이행을 위해 노력하였고, 중앙노동위원회에 1차·2차·3차 이행강제금을 모두 납부하였음에도, 중앙노동위원회가 다시 원고에게 이행강제금 최고액을 부과한 이 사건 부과처분은 그로써 달성하고자 하는 공익에 비하여 침해되는 원고의 사익이 지나치게 과도하여 재량권을 일탈·남용하였다고 봄이 타당하다.”

## 4. 이행강제금 부과절차의 적법성 관련 판례

4.1 법원은 근로기준법 제33조제2항에 따른 이행강제금 부과처분의 사전통지기간(부과 전 30일) 준수 여부 판단 시 이행강제금의 ‘부과’는 그 처분이 상대방에 송달되어 효력이 발생한 때가 아닌 노동위원회가 심판위원회의 의결을 거쳐 그 내용을 처분서의 형식으로 완성한 때라고 판단함

【서울고등법원 2014. 3. 27. 선고 2013누50953 판결<sup>65)</sup>】

“근로기준법 제33조 제1항은 ‘노동위원회는 구제명령을 받은 후 이행기한까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 2,000만 원 이하의 이행강제금을 부과한다’하고 규정하고 있고, 제2항은 ‘노동위원회는 제1항에 따른 이행강제금을 부과하기 30일 전까지 이행강제금을 부과·징수한다는 뜻을 사용자에게 미리 문서로서 알려 주어야 한다’라고 규정하고 있으며, 제5항은 ‘노동위원회는

63) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 7. 24.자 2014두36129 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

64) 1심 판결(서울행정법원 2013. 10. 22. 선고 2013구합55666 판결)을 인용함

최초의 구제명령을 한 날을 기준으로 매년 2회의 범위에서 구제명령이 이행될 때까지 반복하여 제1항에 따른 이행강제금을 부과·징수할 수 있다’고 규정하고 있다. 그리고 근로기준법 시행령 제12조 제3항은 ‘법 제33조 제2항에 따라 이행강제금을 부과·징수한다는 뜻을 사용자에게 미리 문서로써 알려줄 때에는 10일 이상의 기간을 정하여 구술 또는 서면으로 의견을 진술할 수 있는 기회를 주어야 한다’라고 규정하고 있다.

위와 같은 관계 법령의 규정 형식과 내용 등에 비추어 볼 때, ① 근로기준법 제33조 제2항이 정한 사전통지제도는 이행강제금 부과와 관련하여, 한편으로는 사용자에게 변명과 유리한 자료를 제출할 기회를 부여하고, 다른 한편으로 사용자가 자발적으로 이행할 수도 있음을 고려하여 이행에 필요한 기간을 부여함으로써 이행강제금 부과에 신중과 적정을 기하려는 데 그 취지가 있는 것으로 보이고, ② 이러한 사전통지 절차는 2차 내지 4차 이행강제금의 부과에 있어서도 근로기준법 제33조 제5항, 제1항, 제2항이 순차적으로 반복하여 적용된다고 봄이 타당하므로, ③ 중앙노동위원회가 이행강제금을 부과하기 전에 위와 같은 사전통지 절차를 전혀 거치지 아니하였거나 거쳤더라도 사전통지기간을 제대로 준수하지 아니한 경우에는 이행강제금 부과처분이 위법하다.

그런데 앞서 본 바와 같이 중앙노동위원회가 2013. 4. 24. 원고에게 이 사건 예고통지를 하고, 그로부터 30일이 경과되기 전인 같은 해 5. 15. 이 사건 부과처분을 하여 근로기준법 제33조 제2항에서 정한 기간을 제대로 준수하지 아니하였으므로, 이 사건 부과처분은 위와 같은 절차상의 잘못으로 위법하다.

이에 대하여 피고는, 근로기준법 제33조 제2항에서 말하는 이행강제금의 ‘부과’는 그 처분이 상대방에게 송달되어 그 효력이 발생한 때를 의미하므로 이 사건 부과처분이 이 사건 예고통지로부터 30일이 경과된 이후에 원고에게 송달된 이상 적법하다라는 취지로 주장한다. 그러나 행정처분은 내부적으로 결정된 행정청의 의사가 외부적으로 표시된 때에 성립하는 것이므로 이 사건 부과처분은 중앙노동위원회가 심판위원회의 의결을 거쳐 그 내용을 처분서의 형식으로 완성한 때인 2013. 5. 15. 부과한 것으로 보아야 하고, 그 시기가 이 사건 예고통지일로부터 30일이 경과되지 아니한 이상 처분서의 송달이 예고통지일로부터 30일 후에 이루어졌다고 하여 중앙노동위원회가 근로기준법 제33조 제2항에서 정한 기간을 준수한 것이라고 볼 수 없다. 따라서 피고의 위 주장은 이유 없다.

이에 더하여 가사 피고 주장과 같이 근로기준법 제33조 제2항의 이행강제금의 ‘부과’는 이행강제금 부과라는 행정처분이 처분의 상대방인 원고에게 도달하여 그 효력을 발생한 때를 의미한다고 하더라도, 근로기준법 제33조 제5항은 “노동위원회는 최초의 구제명령을 한 날을 기준으로 매년 2회의 범위에서 구제명령이 이행될 때까지 반복하여 제1항에 따른 이행강제금을 부과·징수할 수 있다. 이 경우 이행강제금은 2년을 초과하여 부과·징수하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 그런데 갑 제2호증 및 변론의 전 취지에 의하면, 이 사건 이행강제금 부과처분은 2013. 6. 13. 원고에게 도달하였는바, 이는 중앙노동위원회가 재심판정으로 구제명령을 한 2011. 6. 2.부터 2년을 초과한 날임이 역수상 명백하므로 이에 의하더라도 이 사건 이행강제금 부과처분은 위법하다.”

## 4.2 법원은 노동위원회가 노동위원회규칙 제83조제2항에 따른 이행강제금 부과기간

65) 1심 판결(서울행정법원 2013. 10. 22. 선고 2013구합55666 판결)을 인용함

(이행강제금 납부종료일부터 6월 이내)을 준수하지 않았다는 사정만으로 이행강제금 부과처분이 위법하다고 볼 수는 없다고 판단함

【서울고등법원 2014. 3. 21. 선고 2013누46367 판결<sup>66)</sup>】

“원고는 노동위원회규칙 제83조 제2항에 의하면 이행강제금을 반복하여 부과할 경우 이전 이행강제금 납부종료일로부터 6월 이내에 부과하여야 함에도 피고가 이를 경과하여 이 사건 처분을 하였으므로, 이러한 절차상 하자로 이 사건 처분은 위법하다고 주장한다.

그러므로 살피건대, 노동위원회규칙 제83조 제2항은 “이행강제금의 반복 부과는 이전 이행강제금 납부종료일로부터 6월 이내에 하여야 한다.”라고 규정하고 있는데, 피고가 2012. 2. 29. 납부종료일을 2012. 5. 8.로 하여 2차 이행강제금 500만 원을 원고에게 부과한 후 그로부터 6월 11일이 경과한 2012. 11. 19. 3차 이행강제금 2,000만 원을 다시 부과한 사실은 인정된다.

그런데 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 ‘행정규칙이나 내부지침’은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 그에 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니라고 할 것인데(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두7967 판결 등 참조), 위 노동위원회 규칙은 행정청의 내부지침에 불과할 뿐 대외적인 구속력이 없어 이를 준수하지 않았다는 사정만으로 이 사건 처분이 위법하다고 보기 어렵고, 달리 평등의 원칙이나 신뢰 보호의 원칙 등에 위반되었다고 볼 사정이 없다(위 규칙에서 정한 기한을 11일 초과하였다고 하여 원고에게 실질적인 불이익이 발생하였다고 보기 어렵다). 따라서 원고의 위 주장은 이유 없다.”

## 5. 이행강제금 부과처분에 대한 집행정지 관련 판례

법원은 이행강제금 부과처분은 금전의 지급을 명하는 것을 내용으로 하는 것이어서 그로 인하여 신청인에게 회복하기 어려운 손해가 발생하거나 또는 이를 예방하기 위하여 그 집행을 정지할 긴급할 필요가 있다고 인정되지 않는다고 봄

【수원지방법원 2009. 7. 25.자 2008아445 결정】

“취소소송이 제기된 경우에 처분 등의 집행정지는 그 절차의 속행으로 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급할 필요가 있다고 인정할 때에 처분 등의 집행의 정지를 결정할 수 있고, 여기에서 ‘회복하기 어려운 손해’라 함은 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해로서, 금전보상이 불능인 경우 또는 금전보상으로는 사회통념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형, 무형의 손해를 말한다. … (중략) … 신청인이 효력의 정지를 구하는 이행강제금 부과처분은 금전의 지급을 명하는 것을 내용으로 하는 것이어서 그로 인하여 신청인에게 회복하기 어려운 손해가 발생하거나 또는 이를 예방하기 위하여 그 집행을 정지할 긴급할 필요가 있다고 인정되지 아니한다.”

66) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 7. 24.자 2014두36129 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



# 제 13 장

## 기간제 근로계약

제1절 기간제 근로계약 개관 및 주요쟁점	733
1. 개설	733
2. 기간제 근로계약의 종료	733
3. 갱신기대권	737
4. 사용기간제한의 예외 관련	753
제2절 기간제 근로계약 관련 판례	761
1. 사실상 무기계약으로 인정한 판례	761
2. 갱신기대권이 인정된 판례	768
3. 갱신기대권이 부정된 판례	775
4. 기간제법 시행 이후 갱신기대권 관련 판례	789
5. 갱신거절에 있어 합리적 이유가 있다고 본 판례	803
6. 갱신거절에 있어 합리적 이유가 없다고 본 판례	810
7. 사용기간제한의 예외 관련 판례	819
8. 기타 판례	833



# **목 차**

<b>제1절 기간제 근로계약 개관 및 주요쟁점</b> .....	733	4.1 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우 .....	753
1. 개설 .....	733	4.2 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우 .....	754
2. 기간제 근로계약의 종료 .....	733	4.3 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우 .....	754
2.1 원칙 .....	733	4.4 「고령자고용촉진법」 제2조제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우 ..	754
2.2 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약 으로 볼 수 있는 경우 .....	734	4.5 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우 .....	755
2.3 기간의 정함이 없는 근로계약인지 여부에 관한 구체적 판단기준 .....	735	가. 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우 .....	755
2.4 기간제 근로계약이 문제되는 사건의 해결과정 .....	736	나. 정부의 복지정책 실업대책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우 ..	756
3. 갱신기대권 .....	737	4.6. 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우 .....	757
3.1 갱신기대권 인정법리 .....	737	4.7 사용기간의 제한 예외사유와 기간제법 시행 이후의 갱신기대권 .....	758
3.2 갱신기대권 인정 여부에 대한 구체적 판단기준 .....	738	<b>제2절 기간제 근로계약 관련 판례</b> .....	761
가. 갱신의무 또는 갱신 절차 규정 등의 존재 .....	738	1. 사실상 무기계약으로 인정한 판례 .....	761
나. 상시·계속적인 사업(업무) .....	739	2. 갱신기대권이 인정된 판례 .....	768
다. 평가 등의 존재 .....	740	3. 갱신기대권이 부정된 판례 .....	775
라. 관행의 존재 .....	741	4. 기간제법 시행 이후 갱신기대권 관련 판례 .....	789
마. 기타 .....	741	4.1 기간제법 시행 이전 신규 체결된 기간제 근로계약 .....	789
3.3 기간제법 시행 이후 갱신기대권 .....	742	4.2 기간제법 시행 이후 신규 체결된 기간제 근로계약 .....	790
가. 문제의 소재 .....	742		
나. 기간제법 시행 이전 체결된 기간제 근로계약 .....	743		
다. 기간제법 시행 이후 신규 체결된 기간제 근로계약 .....	744		
1) 2년을 초과하는 갱신기대권을 부정한 판결 .....	745		
2) 2년을 초과하는 갱신기대권을 긍정한 판결 .....	746		
3) 갱신기대권과 무기계약 전환 기대권과의 구별 논의 .....	747		
3.4 계약갱신 거절에 있어서 합리적 이유 ..	750		
4. 사용기간제한의 예외 관련 .....	753		

## 목 차

가. 2년을 초과하는 갱신기대권을 부정한 판결 .....	790
나. 2년을 초과하는 갱신기대권(또는 무기계약 전환 기대권)을 긍정한 판결 .....	797
5. 갱신거절에 있어 합리적 이유가 있다고 본 판례 .....	803
6. 갱신거절에 있어 합리적 이유가 없다고 본 판례 .....	810
7. 사용기간제한의 예외 관련 판례 .....	819
7.1 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우 .....	819
7.2 고령자고용촉진법 제2조제1호의 규정에 의한 고령자와 근로계약을 체결하는 경우 .....	821
7.3 전문적 지식 기술의 활용이 필요한 경우(전문국가자격을 소지하고 해당분야에 종사하는 경우) .....	822
7.4 정부의 복지정책·실업대책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우 .....	825
7.5 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우 .....	827
8. 기타 판례 .....	833

## 제1절 기간제 근로계약 개관 및 주요쟁점

### 1. 개설

기간제 근로계약관계는 근로계약기간이 만료되면 종료되는 것이 원칙이나, 기간제 근로자의 고용안정을 위하여 판례는 두 가지의 보호법리를 마련하였음

즉, i) 기간제 근로계약을 체결하였더라도 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 볼 수 있는 경우 사용자의 계약갱신 거절에 근로기준법 제23조의 ‘정당한 이유’가 있어야 하고, ii) 기간제 근로계약임이 인정된다 하더라도 근로자에게 계약갱신에 대한 정당한 기대권(갱신기대권)이 인정된다면 사용자의 계약갱신거절에 ‘합리적 이유’가 있어야 함

한편, 기간제근로자 보호를 위하여 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 “기간제법”이라 함)이 2007. 7. 1.부터 시행되어 2년 이상 계속고용된 기간제 근로자는 무기계약 근로자로 전환되게 되었는바, 기간제법 시행 이후에도 기존의 기간제 근로자 보호를 위한 판례법리가 유지될 수 있을 것인지, 또한 어떻게 적용될 것인지에 관한 논란이 있었음

이 장에서는 기간제 근로계약의 종료에 관한 기본적인 판례법리에 대하여 알아보고, 기간제법 시행 이후 판례의 변화 및 갱신기대권과 합리적 이유에 관한 최신 판례를 소개함

### 2. 기간제 근로계약의 종료

#### 2.1 원칙

기간제 근로계약을 체결한 경우<sup>1)</sup> 특별한 사정이 없는 한 근로계약기간은 존속기간 이므로 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 근로

1) 법원은 근로계약서가 작성되지 않은 경우(서울행정법원 2005. 5. 3. 선고 2004구합18489, 18702(병합) 판결) 또는 사용자가 근로계약기간이 기재되어 있지 않은 근로계약서를 교부하고, 추후 임의로 근로계약기간을 기입하고 근로자에게 교부하지도 않은 경우(서울고등법원 2013. 12. 10. 선고 2013누23364 판결)[1심 판결(서울행정법원 2013. 7. 11. 선고 2012구합23525 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 4. 30.자 2014두2768 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]에는 일단 기간의 정함이 없는 근로계약으로 보고, 기간을 정했다는 사실은 사용자가 입증하도록 하고 있음

관계는 당연히 종료되는 것이 원칙임

이 경우 사용자의 근로계약 갱신거절은 해고가 아니므로 근로기준법 제23조의 ‘정당한 이유’가 필요 없음

다만 근로계약기간이 그 기간의 만료로 근로관계가 확일적으로 종료되는 존속기간으로 볼 수 없는 경우에는 사실상 기간의 정함이 없는 것인지 또는 갱신에 의하여 연장이 허용되는 갱신기간으로서 갱신기대권이 인정되는 것인지 여부를 살펴보아야 함<sup>2)</sup>

## 2.2 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 볼 수 있는 경우

기간제 근로계약을 체결하였다고 하더라도 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 볼 수 있는 경우 사용자의 계약갱신 거절은 해고와 동일함

즉, ‘계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 대한 관행, 근로자보호법규’ 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우<sup>3)4)</sup> 근로계약서의 문언과 달리 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정될 수 있고, 사용자가 ‘정당한 이유’ 없이 근로계약 갱신을 거절하는 것은 부당해고로 평가됨<sup>5)</sup>

이는 기간제근로자를 근로기준법의 해고제한 법리를 통한 보호영역으로 편입하기 위한 해석이나, 근로계약서는 처분문서<sup>6)</sup>이고, 법원은 근로계약서를 당사자 합의의 내용을 판단하는 가장 중요한 증거로 보기 때문에 근로계약서의 내용에 반하여 당사자 사이에 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결되었다고 인정될 여지는 상대적으로 적음

2) 서울고등법원 2010. 9. 30. 선고 2009누36233 판결 [동 사건은 대법원(대법원 2011. 1. 13.자 2010두22948 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨] 참조

3) 대법원 1994. 1. 11. 선고 93다17843 판결은 최초로 “기간을 정하여 채용된 근로자라 할지라도 장기간에 걸쳐서 그 기간의 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 경우와 다를 바가 없게 되는 것”이라고 판시하였으나, 단지 근로계약의 반복 갱신이 있다는 사정만으로 기간제 근로계약이 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 변한다고 보지 않았고(위 사건에서도 책임자가 강사들에게 예외 없이 재계약을 하겠다고 공고를 한 이후 재계약을 체결한 사정이 있었음) 이후 법원은 위와 같이 여러 요건들을 종합적으로 고려하여야 한다는 판단기준을 제시하였음

4) 대법원은 일반 민사계약에 있어서도 같은 취지의 계약해석 방법을 제시하고 있음. 즉 “당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제되는 경우에는 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기 및 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다”(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다52572 판결)고 판시함

5) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결 등 참조

6) 처분문서란 증명하고자 하는 법률상의 행위가 그 문서 자체에 의하여 이루어진 경우의 문서를 뜻하는 것으로 행정 처분서, 판결문, 어음·수표 등의 유가증권, 계약서·차용증서, 유언서 등을 그 예로 들 수 있음. 처분문서는 그 진정성립이 인정되는 이상, 반증이 있거나 이를 믿을 수 없는 합리적인 이유가 없는 한, 그 기재 내용대로 법률행위의 존재를 인정하여야 함

## 2.3 기간의 정함이 없는 근로계약인지 여부에 관한 구체적 판단기준

판례는 기본적으로 근로계약의 반복 갱신이 있는지 여부를 보지만 이것만으로 기간제 근로계약을 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 판단하지는 않고, 근로계약 관계를 둘러싼 여러 사정들을 종합적으로 보아 엄격하게 판단하고 있음<sup>7)</sup>

다음과 같은 사정은 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정하는 데 있어서 부정적 요소로 작용함<sup>8)</sup>

- ① 근로계약서에 근로계약기간이 명시되어 있고, 계약만으로 근로계약은 당연히 종료한다고 규정한 경우<sup>9)</sup>,
- ② 취업규칙이나 단체협약에서 정규직근로자와 계약직근로자를 별도로 규정하고 있는 경우<sup>10)</sup>,
- ③ 동종 근로자들이 근로계약기간 동안만 근무하고 있거나, 근로계약기간을 명시한 근로계약서를 새로 작성하는 방식으로 근로계약을 갱신하는 경우
- ④ 회사가 근로자를 평가하여 일정 수준 이상의 자와 근로계약을 갱신하는 경우<sup>11)</sup>

7) 법원은 기간제 근로계약의 실질을 판단하는데 있어서 '장기간에 걸쳐서 계약이 반복 갱신된 사실'을 중시하고 있지만 이러한 장기간의 계약갱신의 경향이 없는 경우까지도 기간의 정함이 없는 근로자로 보는 경우도 있음. 예컨대 판례는 신규채용 된 시간강사에 대하여 "기간이 만료된 사실이 있을 뿐 그 위촉기간이 한 번도 갱신된 사실이 없으므로, 이는 장기간에 걸쳐서 그 기간의 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 되는 경우에 해당한다고 볼 수 없다"는 항소심의 판단에 대하여 "다른 강사들의 경우 별다른 하자가 없으면 재계약을 해 왔던 점, 문제된 시간강사가 노조가입 외에는 갱신거절 사유가 없었던 점, 학교가 노조와 단협으로 조합원에 대하여 2001년도의 수업을 보장하기로 한 점 등"을 들어 "별다른 하자가 없는 이상 계속 근무할 수 있다는 기대관계가 존속되어 왔다고 할 것이므로 ..... 근로계약은 단지 형식에 불과하게 되어 사실상 기간의 정함이 없는 근로자와 다를 바 없게 되었다고 볼 여지가 많다"고 보고 있음(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두9336 판결)

8) 아래 사항들과 반대되는 사정이 있는 경우 즉, 근로계약이 수차례 갱신된 경우(대법원 1994. 1. 11. 선고 93다 17843 판결 등), 사용자가 계약 갱신을 보장하는 태도를 보인 경우(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두9336 판결 등), 공익적 사업으로 사업이 계속될 필요가 있는 경우(대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결), 별다른 논의 없이 형식적으로 근로계약을 갱신하였고, 담당할 업무가 전문성을 띠고 있어 계약갱신의 기대를 가지고 있는 경우(대법원 2007. 9. 7. 선고 2005두16901 판결 등), 정규직 근로자를 선발하기 위하여 계약직 근로자를 채용하였고, 계약직 근로자의 정규직 전환 관행이 있는 경우(대법원 2006. 2. 24.자 2005두14806 심리불속행 기각 판결), 근로계약이 반복갱신 되었고, 계약직에서 일반적으로 승진한 전례가 있는 경우(대법원 2005. 11. 25.자 2005두9217 심리불속행 기각 판결)에 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정한 판례들이 있으나, 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정되는 사례가 극히 드문 실정이므로 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정하는데 있어 부정적 요소로 작용하는 사정들을 중심으로 서술함

9) 대학교 시간강사인 근로자가 2002년경부터 2009년경까지 임용계약서 등을 작성하지 아니한 채 근무하여 오다가 2010년부터 근로계약기간이 명시된 임용계약서를 작성하였는데 근로자가 아무런 이의를 제기하지 않았고, 사용자도 계약기간이 단지 형식에 불과하다는 의사를 표시하지 않았다면 처분문서인 임용계약서를 존중하여 기간의 정함이 있는 계약으로 본 판례(서울고등법원 2013. 3. 13. 선고 2012누22173 판결), 그러나 본 판례는 구약전법에 의하여 자신이 이미 기간의 정함이 없는 근로자로 되었음을 알지 못한 채 직속상관의 종용에 어쩔 수 없이 사직서를 제출한 경우 비진정에 의한 의사표시임을 인정한 판례(대법원 2013. 3. 14. 선고 2012두27732 판결)의 취지에 상반되는 것으로 보임

10) 서울고등법원 2010. 11. 26. 선고 2010누11674 판결, 서울고등법원 2012. 12. 27. 선고 2012누25103, 2012누25110(병합) 판결, 서울행정법원 2013. 1. 31. 선고 2012구합14637 판결 등 다수

11) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2010두24128 판결

- ⑤ 사업의 성격이 잠정적, 한시적인 경우<sup>12)</sup>
- ⑥ 기업의 경영상 사정, 업무의 성격상 인력의 탄력적 운영이 필요한 경우<sup>13)</sup>
- ⑦ 고도의 전문성이 요구되는 직종에서 위촉기간을 정하여 근로자를 임용한 경우나<sup>14)</sup>,  
일정한 기간을 정하여 근로자의 업무능력이나 적합성을 판단하기 위하여 기간제  
근로계약을 체결한 경우<sup>15)</sup>

그 밖에 취업규칙에서 정년규정을 정하고 있다고 하더라도 이는 계약갱신의 한계를 정한 것이거나 무기계약 근로자들의 정년을 정한 것으로 보는 것이 합리적이고 이를 이유로 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺었다고 볼 수 없음<sup>16)</sup>

또한 기간제법 사용제한 규정의 적용을 받지 않는 예외에 해당하는 경우에는 상대적으로 기간제근로자로 인정받기 쉬움<sup>17)</sup>

## 2.4 기간제 근로계약이 문제되는 사건의 해결과정

기간제 근로계약이 문제되는 사건은 근로자가 우선적으로 ① **사실상 기간의 정함이 없는 근로계약 관계임을 주장**하고, 설사 ② **기간의 정함이 있는 근로계약이라고 하더라도 계약갱신에 대한 정당한 기대권이 있으므로 사용자의 계약갱신 거절은 합리적 이유가 없어 부당한 해고라는 주장**을 하는 형태가 전형적임

만약 기간제 근로계약이 그 문언에도 불구하고 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정될 수 있는 경우라면 사용자의 계약갱신 거절에 근로기준법 제23조의 ‘정당한 이유’가 있는지 여부를 판단하여야 하나, 법원은 기간제 근로계약이 처분문서로 이루어

12) 사업의 계속 여부 및 사업의 규모가 국가나 지방자치단체의 정책적 고려에 의하여 이루어지는 경우(서울행정법원 2005. 3. 17. 선고 2004구합13257 판결, 2005. 11. 24. 선고 2005구합13414 판결), 근로자가 담당하는 업무가 다른 회사와의 하도급계약에 의한 것으로 사용자의 업무 운영 여부가 도급회사의 의사에 종속되어 있는 경우(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005두7945 판결)

13) 인력 수요에 탄력적으로 대처하고자 하는 회사의 필요성에 의하여 정년 이후 1년간 촉탁직으로 근로계약을 체결한 경우(서울고등법원 2007. 8. 17. 선고 2007누9084), 계절에 따라 업무의 양이 변동하기 때문에 일정 인원의 계약직 또는 일용직 근로자를 고용할 필요가 있는 경우(서울고등법원 2007. 4. 19. 선고 2006누13741), 사고 현장 출동 서비스 업무의 성격상 인력 채용이 탄력적으로 이루어져야 할 필요가 크고, 회사도 이러한 사정을 고려하여 해당 업무에 종사하는 근로자들을 대부분 계약직 직원으로 채용한 경우(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두9765 판결)

14) 본 사건에서 위촉기간은 참가인이 시립예술단을 운영하면서 예술단원들의 예술적 성과를 높이기 위하여 계약 기간을 정하여 단원을 선발하고, 그 계약기간이 종료될 무렵 일정한 심사를 거쳐 자질이 부족하다고 판단되는 단원에 대하여는 재위촉을 하지 아니하고자 하는 취지에서 정한 것이라 할 것이고, 그것이 단지 형식에 불과하다고 할 수 없다고 한 판례(대법원 2006. 5. 12.자 2006두2701 심리불속행 기각 판결)

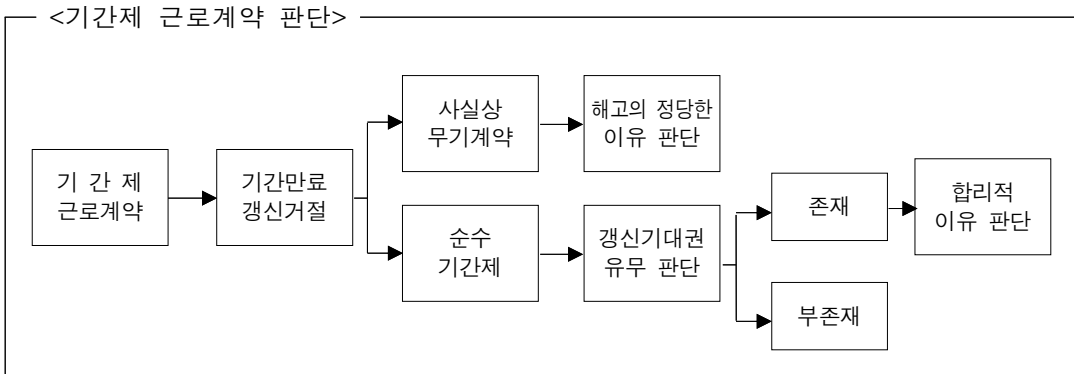
15) 대법원 2006. 6. 24. 선고 2005두14806 판결, 서울고등법원 2008. 12. 10. 선고 2008누11008 판결

16) 서울고등법원 2012. 12. 27. 선고 2012누25103, 2012누25110 (병합) 판결

17) 서울고등법원 2013. 3. 13. 선고 2012누22173 판결(시간강사 관련), 서울고등법원 2012. 8. 16. 선고 2012누7570 판결(보훈복지사 관련)



졌음에 주목하여 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 쉽사리 인정하지 않기 때문에 결국 대다수의 경우 기간제근로자에게 갱신기대권이 있는지와 사용자에게 계약갱신 거절의 합리적 이유가 있는지의 문제로 귀결됨



### 3. 갱신기대권

#### 3.1 갱신기대권 인정법리

기간제 근로계약을 체결하였으나 근로자에게 계약갱신에 대한 정당한 기대권<sup>18)</sup>이 인정되는 경우 사용자가 ‘합리적 이유’ 없이 계약갱신을 거절한다면 부당해고와 같이 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일함<sup>19)</sup>

18) 대법원 2005. 7. 8. 선고 2002두8640 판결에서 처음으로 갱신기대권이란 개념이 사용되었고[그 이전에는 ‘기대 관계’라는 용어가 사용되었음(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두9336 판결 등)], 이어 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두11566 판결에서는 “근무실적 평가에서 우수한 점수를 얻으면 재임용될 수 있다는 합리적이고 정당한 기대권이 인정될 여지가 있다”고 하면서 계약직원에 대한 근무실적평가의 현황과 재임용 여부를 결정해 왔던 관행에 대하여 추가심리가 필요하다는 취지로 파기환송 하였음 ; ‘기대권’이란 개념은 우리 민법전에 존재하지는 않으나, 일반적으로 ‘권리발생의 요건 중 그 대부분은 이미 갖추어 졌지만 아직 갖추지 못한 것이 있어 완전한 권리가 되지 못하여 장차 권리의 취득을 기대하고 있는 상태의 법적 지위’를 말함(김기수 “기대권” 고시제(319호)); 이러한 기대권도 권리의 일종이므로 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권도 권리로 보는 것이 타당함. 법원은 최근 “갱신 기대권이 인정되는 근로자에게 일반 응시자가 참여하는 공개채용절차에 합격해야만 계약갱신을 해주겠다는 사용자의 조치는 그 갱신기대권을 침해하는 것이어서 인정되지 않는다”는 취지의 판결을 한 바 있음(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8225 판결)(오윤식 ‘기간제근로자의 근로계약 갱신기대권 법리’, 『민주법학』 제50호, 2012. 11., 489쪽~490쪽); 한편 기대는 권리가 아니라 권리의 실현 과정에서 발생하는 사실로서 권리의 침해 가능성에 대한 예측(기대)인 것이고, 여러 가지 사정에 의하여 그 예측(기대)이 합리적 이유가 있다고 인정될 때 부당하게 해고 되지 않고 계속 일할 권리가 확인되는 것으로 기대는 권리라기보다는 권리의 침해 또는 존재를 확인하는 가교로서 역할을 한다고 보는 취지의 견해도 있음(박은정, ‘노동관계에서의 기대권-서울행정법원 2013. 3. 22. 선고 2012 구합24801판결-’, 『노동판례리뷰 2012-2013』, 2014. 8., 602쪽, 원문에서 일부 수정하여 저자의 견해를 옮김)

19) 대법원 2011. 4. 11. 선고 2007두1729 판결[동 판결로 원심 파기된 후 서울고등법원(서울고등법원 2011. 8. 31. 선고 2011누13103 판결)으로 환송되어 확정됨]

판례는 최근 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 **일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도** 근로계약의 내용, 계약 체결의 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때, **근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우 근로자에게 갱신기대권이 인정된다고 판시함**<sup>20)</sup>

### 3.2 갱신기대권 인정 여부에 대한 구체적 판단기준

판례는 갱신기대권의 근거를 근로관계 당사자 사이의 계약갱신에 대한 ‘신뢰관계의 형성’에 두고 있음

갱신기대권이 인정될 정도의 신뢰관계가 형성되었는지 여부는 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 고려하여 종합적으로 판단하여야 할 것이나, 적어도 ‘일정한 요건을 충족하면 계약이 갱신된다’는 요건과 결과간의 관계가 인정되어야 하고, 근무평가 규정 등 재계약에 관한 요건이 있다고 하더라도 결국 계약갱신이 사용자의 재량에 의한 것일 때에는 갱신기대권이 인정되기 어려움<sup>21)</sup>

#### 가. 갱신의무 또는 갱신 절차 규정 등의 존재

판례는 갱신기대권 인정에 있어 근로계약이나 취업규칙 등에서 계약갱신 의무나 갱신 절차 내지 요건에 관한 근거규정이 있는지 여부를 중요한 기준인 것으로 삼고 있는 것으로 보이므로<sup>22)</sup> 단순히 재계약이 가능하다는 규정만이 있다거나<sup>23)</sup> 내부결재문서

20) 대법원은 위와 같은 법리에 기초하여 “서울특별시 장애인콜택시 운영계획에 계약기간을 1년 단위로 갱신하도록 하면서 그 취지가 부적격자의 교체에 있음을 명시하고 있고, 장애인콜택시 사업을 한시적·일시적 사업이라고 볼 수 없는 점, 위·수탁 계약에서 위탁기간 연장 규정을 두고 있는 점 등을 종합하면, 위 시설관리공단 소속 운전자들에게는 기간제 근로계약이 갱신된다는 정당한 기대권이 인정된다고 보아야 하고, 위 공단이 공정성 및 객관성이 결여된 심사과정을 거쳐 원고 등에 대하여 갱신 기준 점수 미만이라는 점을 들어 위 계약의 갱신을 거절한 것은 정당성을 결여하여 효력이 없음에도, 이와 달리 본 원심판결에 기간을 정한 근로계약 등에 관한 법리를 오해한 위법이 있다”고 판단하여 항소심 판결을 파기환송 하였음(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결)[동 판결로 원심 파기된 후 서울고등법원(서울고등법원 2011. 8. 31. 선고 2011누13103 판결)으로 환송되어 확정됨, 같은 취지의 판례(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두2665 판결, 서울고등법원 2011. 6. 16. 선고 2011누27799 판결)]

21) 인사고과 및 기타 평가 등을 참작하여 원고와 재계약을 할 수 있다고 정하고 있을 뿐 일정한 요건이 충족되면 재계약을 체결할 의무가 있다는 등의 취지의 규정을 일절 정하고 있지 않고, 취업규칙에도 일정 요건을 충족하면 재계약한다는 의무규정을 두고 있지 아니하고 재계약을 위한 요건이나 절차를 규정하고 있지 않다면 갱신기대권이 인정될 수 없다는 판례(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두28193 판결)

22) 취업규칙 등에서 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정이 없더라도 갱신기대권의 인정가능성을 판시한 대법원 판결(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결) 이전에 선고된 판결(대법원 2005. 7. 8. 선고 2002두8640 판결)에서 대법원은 “임용의 근거가 된 법령이나 계약 등에서 사용자에게 재임용할 의무를 지우거나 재임용절차 및 요건

또는 그와 같은 취지로 말하였다는 사실만으로는<sup>24)</sup> 갱신기대권이 인정될 수 있는 여지가 적다고 할 것임

#### 나. 상시·계속적인 사업(업무)

사업(업무)의 성격이 상시적, 계속적인 경우 갱신기대권 인정의 적극적 요건이 되나<sup>25)</sup>, 업무가 상시적, 계속적인 경우에도 기간제근로자를 고용할지 여부에 관한 사용자의 재량을 존중하여 갱신기대권을 인정하지 않을 수 있고, 발주회사의 사정 또는 업무의 성격상 인력운영이 탄력적으로 이루어져야 하는 경우에도 갱신기대권이 인정되기 어려울 수 있음<sup>26)</sup>

또한, 업무내용 등에 변경이 있으면 신규채용절차를 거치도록 규정하였다면 이러한 규정에 의하여 갱신기대권이 제한될 수도 있음<sup>27)</sup>

등에 관한 근거규정을 두고 있는 경우” 재임용에 대한 정당한 기대권이 인정된다고 하였는데, 이는 교수임용제도에 관한 헌법재판소 결정(2003. 2. 27. 선고 2000헌바26) 및 대법원 판례(2004. 4. 22. 선고 2000두7735 전원합의체 판결)로부터 직·간접적으로 영향을 받은 것으로 추측됨(도재형, ‘기간제 근로계약 갱신 거절권의 제한’, 노동법연구 제24호, 서울대노동법연구회, 2008, 176, 177쪽).

위 대법원 판결(2002두8640)에 대하여 “임용절차에 관한 정함을 두고 있는 대학이나 연구기관이면 몰라도 일반 비정규직 근로자들에 대해서는 적용될 가능성이 희박하다는 전망”도 있었으나(김인재, “기간제근로자의 재임용 기대권, 월간노동법률, 제174호, 2005. 11.) 이어 대법원은 대학교 전산부서에서 근무하는 근로자가 제기한 부당 해고무효확인사건에서 위 대법원 판결(2002두8640)사건 판결을 수용하는 판결을 하였음(대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두11566 판결)

대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결 이후 갱신기대권의 인정 여부를 판단할 때에 동 판결을 근거판결로 들면서도 “재계약의 절차 및 요건 등에 관한 근거 규정이 없을 뿐만 아니라.....재고용할 의무를 지우는 취지의 규정도 존재하지 않는다”와 같이 계약갱신 의무나 그 요건, 절차에 관한 규정이 있는지를 갱신기대권 인정의 주요 근거로 삼는 판례들이 상당수 있음(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두28193 판결, 서울고등법원 2012. 8. 29. 선고 2011누30061 판결[대법원(대법원 2013. 1. 10.자 2012두21727 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울고등법원 2012. 12. 27. 선고 2012누25013, 2012누25110(병합) 판결, 서울행정법원 2012. 11. 1. 선고 2012구합10352 판결 등)

23) 예컨대 법원은 근로계약서상 ‘차기연봉계약은 인사위원회가 공정한 인사사고파에 의하여 계약을 갱신한다’는 취지의 문언이 기재되어 있기는 하나, 취업규칙 등에 그 갱신요건 등에 관하여 별다른 규정이 없는 이상 이를 근거로 원고 회사에게 갱신의무가 있다고 볼 것은 아니라고 보기도 하였음(서울고등법원 2013. 12. 4. 선고 2013누8204 판결)[1심 판결(서울행정법원 2013. 1. 31. 선고 2012구합14637 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(2014. 4. 11.자 2014두809 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

24) 서울고등법원 2013. 7. 3. 선고 2012누36653 판결[1심 판결(서울행정법원 2012. 11. 1. 선고 2012구합10352 판결)을 인용하였음]

25) 전체 직원 중 기간제근로자의 구성 비율을 일정 정도로 유지하여 왔고, 이 사건 재계약 거절 당시 특별히 인원을 감축할 필요가 없었던 점을 들어 갱신기대권을 인정한 판례(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두2665 판결) ; 시의 노인종합복지관의 물리치료 업무는 상시적, 계속적 사업의 성격을 가지고 있고, 계약직 대다수와 계약을 갱신하여 왔고, 직무가 존속하지 않아 재계약을 체결하지 못한 경우에도 일용직 직원으로 재채용 한 점을 들어 갱신기대권을 인정한 판례(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8225 판결) ; 매년 갱신절차를 거치지 아니하고 근로계약을 체결하였고, 시의 노후복지서비스 업무가 일정 수준의 업무량을 유지하고 있는 점을 들어 갱신기대권을 인정한 판례(서울고등법원 2012. 8. 16. 선고 2012누7570 판결) ; 이 밖에 법원은 장애인 콜택시 사업(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결)[환송심(서울고등법원 2011. 8. 31. 선고 2011누13103 판결)을 거쳐 확정됨], 방송국관리 업무(서울고등법원 2010. 11. 16. 선고 2010누11674 판결), 시립예술단 운영(서울고등법원 2012. 11. 30. 선고 2012누13579 판결)[대법원 2013. 4. 12.자 2013두871 판결]에서 심리불속행 기각으로 확정됨, 경륜·경정 사업(서울고등법원 2010. 9. 30. 선고 2009누36233 판결)[대법원(대법원 2011. 1. 13.자 2010두22948 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]]도 상시적, 계속적 사업 내지 업무로 보아 갱신기대권을 인정하는 근거로 삼았음

26) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두9765 판결, 서울고등법원 2013. 10. 25. 선고 2013누19310 판결

## 다. 평가 등의 존재

근무실적을 평가하여 일정 수준 이상이면 재계약하도록 규정한 경우 갱신기대권이 인정될 것이나<sup>28)</sup>, 근무실적 평가규정이 있다고 하더라도 그것이 단순히 근로자의 충실한 업무수행을 담보하고 재계약 여부의 판단자료로 활용하기 위한 정도의 것이라면 이를 재계약의무나 계약갱신의 요건 내지 절차를 정한 것으로 볼 수 없음<sup>29)</sup>. 다만, 이러한 경우에도 재계약 관행, 사업·업무의 계속성 등이 인정되고 일정 수준 이상의 평가점수를 받으면 계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성된 것으로 보아 갱신기대권이 인정될 수 있음<sup>30)</sup>

27) 「특수경력직공무원 인사운영지침」에 의하면 당초 계약내용(업무내용·자격·사업수행기간 및 채용조건 등) 또는 직무분야·계약기간(시간) 등 채용공고상의 내용에 변경이 있으면 신규채용절차를 거치도록 규정하고 있는바, 위 지침은 참가인들과 같은 계약직공무원과의 계약관계를 규율하는 안전행정부 예규로서 참가인들과 같은 계약직 공무원의 계약 갱신에 대한 기대권은 위와 같은 지침의 내용에 의해 제한된다고 본 판례(서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014누55641 판결)[1심 판결(서울행정법원 2014. 5. 23. 선고 2013구합24334 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 7. 9.자 2015두2011누73 판결)에서 심리불속행 기각되어 확정됨]

28) 운전자들과의 위·수탁 계약에서 운행실적 등을 감안하여 위탁기간을 연장할 수 있다고 규정하고 1일 콜 횟수, 교통법규 위반 등 평가자의 주관적인 판단이 개입될 여지가 없는 심사기준을 적용하여 70점 이상인 자들에 대하여는 전원 계약기간을 연장하였다면 참가인 소속 운전자들 사이에 갱신 기준 이상의 점수를 얻게 되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있다고 볼 수 있다고 한 판례(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결) ; 행정안전부의 사업시행 지침에서 ‘연말까지 1년 계약이 원칙이며, 연말 업무평가를 통해 익년도 재계약 여부 결정’, ‘평가위원회를 5인으로 구성하여 3인 이상 동의한 경우 재계약 가능’이라고 규정하였다면 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 둔 것이므로 갱신기대권이 인정된다는 판례(서울행정법원 2013. 1. 10. 선고 2012구합27213 판결) ; 채용계약서에서 계약만료시 최종 평가를 실시한다고 되어 있고, 운영세칙에서 ‘업무수행 실적을 1년 마다 평가하여 계약의 연장 및 해지, 연봉액의 조정 등에 반영할 수 있다’고 하면서 [별표 2]에서 근무실적 평점이 75점 이상인 경우 계약이 연장되도록 규정하고 있는 경우 이러한 규정들은 그 내용상 재계약 절차 및 요건에 관한 근거 규정으로 봄이 상당하고 갱신기대권이 인정된다는 판례(대법원 2014. 2. 13. 선고 2012두1402 판결)

29) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2010두24128 판결 ; 취업규칙에서 ‘의료원장은 업무수행 실적을 평가하여 계약의 변경, 연장 또는 해지시 이를 반영할 수 있다’고 규정한 것은 의료원장이 계약기간의 연장이 필요하다고 인정한 경우에 비로소 적용되는 규정에 불과하고, 달리 이 사건 근로계약이나 위 취업규칙에 계약갱신의 절차에 관한 규정이 없다고 본 판례(서울고등법원 2012. 1. 11. 선고 2011누33244 판결)[1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 25. 선고 2011구합 5759 판결)를 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 4. 30.자 2012두3156 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

30) 시의 보훈복지사에 대하여 매년 근무성적을 평가하도록 하고 근무성적 평점결과를 재계약 및 보수 등의 인사운영에 반영할 수 있도록 규정하였는데, 매년 갱신절차를 거치지 아니하고 근로계약을 체결하였고, 시의 노후복지서비스 업무가 일정 수준의 업무량을 유지하고 있다면 계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정된다는 판례(서울고등법원 2012. 8. 16. 선고 2012누7570 판결) ; 이사장은 ‘계약직 직원의 업무수행실적을 계약의 변경, 연장 또는 해지 시에 반영’할 수 있도록 규정되어 있는데, 근로자의 업무(방송국관리업무)가 계속성이 요구되는 업무이고, 후임을 채용한 점, 공공기업으로서 정부의 “공공기관 기간제근로자의 무기계약 전환계획” 지침을 충실히 수행할 의무가 있는 점, 노사간에 비정규직 직원들을 정규직으로 전환하는 데 대한 강한 공감대가 있었던 점 등을 고려하여 갱신기대권을 인정한 판례(서울고등법원 2010. 11. 16. 선고 2010누11674 판결) ; 근무성적평정의 시기, 방법, 절차에 관하여 비교적 상세한 내용을 정하고 재계약 기준을 70점 이상으로 정하고 재계약기준에 해당하는 근로자들에 대하여 특별한 사정이 없는 이상 재계약을 체결하여 왔다면 갱신기대권이 인정된다는 판례(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두 2665 판결) ; 인사관리지침에서 계약직 근무상황과 업무수행실적을 평가하여 계약의 변경 및 해지시 반영하도록 하고 있고, 공단의 경륜·경정사업을 임시적·계절적인 것으로 볼 수 없고, 공개채용을 하면서도 신규채용과 경력직원에 대하여 다른 기준과 절차를 사용하였고, 이 사건 근로자들을 비롯하여 근로계약기간 종료 후 다시 입사지원서를 제출한 대부분의 근로자들에 대하여 계약을 갱신하여 온 경우 갱신기대권이 인정된다는 판례(서울고등법원 2010. 9. 30. 선고 2009누36233 판결)[대법원(대법원 2011. 1. 13.자 2010두22948 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

## 라. 관행의 존재

단순히 사용자가 재고용 의사를 밝힌 바 있다거나 동종 근로자를 고용하는 관행이 있는 것만으로는 계약갱신의 신뢰관계가 형성되었다고 볼 수 없고,<sup>31)</sup> 계약갱신에 관한 요건이나 절차에 관한 아무런 규율 없이 사용자의 인력 수요 및 근로자의 근무태도에 관한 재량적 판단에 따라 근로계약의 갱신 여부를 결정하여 온 경우 수차례 계약갱신을 하였고, 대부분의 동종 근로자들과 계약갱신을 한 사실이 있다고 하더라도 갱신기대권이 인정될 여지가 적음<sup>32)</sup>. 특히 다수의 동종 근로자를 재고용한 사실이 있다고 하더라도 근로계약 종료 후 퇴사한 근로자가 있거나 근로계약 갱신이 거절된 근로자가 있는 경우 갱신기대권 인정에 부정적인 요소로 작용함<sup>33)</sup>

## 마. 기타

판례는 계약기간을 1년으로 정하여 근로계약을 체결한 이후 매년 계약을 갱신하여 오다가, 최종적으로 재계약을 체결하면서 계약기간이 만료하면 당연 퇴직하는 것으로 정하여 더 이상의 재계약이 불가능함을 분명히 한 경우 갱신기대권이 인정되지 않는다고 보기도 하였고<sup>34)</sup>, 기간제 근로계약의 반복갱신이 있었으나 매우 짧고 불규칙하였 으며 마지막 근로계약이 종전 근로계약기간과 합산하여 2년이 되도록 정한 경우 무기

31) 계약서에 '성실 근로자에 대하여는 재계약할 수 있다'고 되어 있고, 사용자가 '성실한 근로자라면 재계약 하겠다'는 말을 하였고, 대부분의 근로자들과 재계약 한 사실이 있음에도 일정한 요건이 충족되면 계약이 갱신된다는 취지의 규정이나 계약갱신과 관련한 요건이나 절차에 관한 규정을 두고 있지 않다는 점을 들어 갱신기대권이 인정되지 않는다고 본 판례(대법원 2011. 11. 10. 선고 2010두7628 판결); '1년간의 근무평가 후 정규직 전환여부를 결정' 한다는 내부 결재문서가 있고, 채용 당시 연구소 소장이 같은 취지의 말을 한 사실이 있다고 하더라도 갱신기대권을 인정할 수 없다고 본 판례(서울고등법원 2013. 7. 3. 선고 2012누36653 판결)[1심 판결(서울행정법원 12. 11. 1. 선고 2012구합10352 판결)을 인용하였음]; 회사 은행장이나 상근 감사위원이 정년까지 근무할 수 있도록 하겠다는 등의 발언을 하였다고 하여 근로계약 갱신체결에 대한 기대권이 생겼다고 볼 수 없다는 판례(대법원 2011. 11. 10. 선고 2010두24128 판결); 근로자를 제외한 나머지 근로자들과 근로계약을 갱신하여 왔고, 이전에는 계약 기간 만료를 이유로 퇴직한 직원이 없음에도 갱신기대권을 인정하지 않은 판례(대법원 2011. 10. 27. 선고 2010두17205 판결)

32) 근로자와 이미 5차례 계약갱신을 하였고, 대부분의 계약직 근로자들과 계약갱신을 하였으나, 사고현장 출동서비스 업무의 성격상 인력 채용이 탄력적으로 이루어져야 할 필요성이 커 대부분의 근로자들을 계약직 직원으로 채용하고 있는 점에 주목하여 갱신기대권을 부정한 판례(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두9765 판결); 1년 동안 계약직으로 근무하게 한 다음 업무적합성과 회사의 인력수급 문제 등을 고려하여 정규직 채용여부를 결정하였으므로 정규직 채용 여부가 회사의 고유한 인사권한에 속한다고 본 판례(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두28193 판결)

33) 1심에서 자진하여 퇴사하는 자들을 제외하고 대부분의 근로자들과 재계약을 체결한 점을 들어 갱신기대권을 인정 하였으나, 2심에서 계약기간이 만료됨을 이유로 퇴직처리된 자가 상당수 있음을 들어 갱신기대권을 부정하였고, 대법원에서 이를 지지한 판례(대법원 2011. 11. 10. 선고 2010두7628 판결); 비록 1년의 계약기간이 종료된 근로자들 중 90%를 정규직으로 채용하였으나, 이는 회사의 고유권한에 속하고, 1년의 계약기간이 종료된 근로자 중 정규직으로 채용되지 않은 자의 수가 적지 않다는 점을 들어 갱신기대권을 부정한 판례(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두28193 판결)

34) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두3354 판결

근로계약으로 전환되지 않도록 계약당사자간의 의사합치가 있었던 것으로 볼 수 있다고도 판단하였음<sup>35)</sup>

또한, 판례는 취업규칙에 정년에 관한 규정이 있다고 하더라도 이는 계약을 갱신하는 한계를 정한 것이거나, 근로계약에서 정한 기간에도 불구하고 정년에 달하면 근로계약이 종료되는 것을 의미하므로 정년에 이르기까지 계약갱신의 기대권이 인정되는 것은 아니라고 보고 있음<sup>36)</sup>

한편, 정년 이후 근로자를 축탁직으로 고용한 경우 축탁직 근로계약의 실시 목적, 내용 및 특성 등을 고려할 때 계약갱신에 대한 기대가 일반적인 기간제근로자의 것에 미치지 않는다고 보는 것이 사회통념에 부합한다고 본 판례가 있음<sup>37)</sup>. 따라서 단체협약의 정년이 지난 일부 근로자들이 계속하여 근무하고 있다는 사정만으로 축탁 근로계약 체결에 대한 기대권 내지 기존에 체결한 축탁 근로계약에 대한 갱신기대권이 인정된다고 보기는 어려움<sup>38)</sup>

### 3.3 기간제법 시행 이후 갱신기대권

#### 가. 문제의 소재

기간제법 제4조제2항에 의하여 2007. 7. 1. 이후 계약이 체결, 갱신,<sup>39)</sup> 연장된 기간제 근로자는 총 사용기간이 2년이 넘으면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환됨

#### ※ 기간제법 제4조 (기간제근로자의 사용)

① 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의

35) 서울고등법원 2013. 10. 25. 선고 2013누19310 판결

36) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2010두24128 판결

37) 서울고등법원 2013. 12. 4. 선고 2013누8204 판결[1심 판결(서울행정법원 2013. 1. 31. 선고 2012구합14637 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 4. 10.자 2014두809 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

38) 서울고등법원 2014. 10. 31. 선고 2014누57647 판결 [1심 판결(서울행정법원 2014.6.26. 선고 2013구합59293 판결)을 인용했으며 대법원(대법원 2015.3. 12.자 2014두45918 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

39) 판례는 기간제법 제4조의 적용기준인 사용기간 2년의 기산점을 판단함에 있어서는 근로관계의 안정과 계약의 자유 보호라는 입법목적을 고려하여 기간제법 부칙 <법률 제8074호, 2006. 12. 21.> 제2항 소정의 근로계약의 체결, 갱신을 엄격하게 해석하는 것이 바람직하므로, ‘근로계약의 체결’이란 ① 기존에 근로계약관계가 없던 당사자들이 새롭게 근로계약을 체결하거나, ② 기존에 근로계약관계가 있는 당사자들이라 하더라도 기존의 근로계약과는 본질적으로 다른 내용의 근로계약을 체결하는 것을 의미하는 것으로, ‘근로계약의 갱신’이란 기존에 근로계약관계가 있던 당사자들이 기존의 근로계약기간이 만료된 후에도 근로계약 관계를 계속하여 유지하기 위하여 근로계약을 다시 체결하는 것을 의미하는 것으로 해석함이 타당하다고 하면서, ① 사용자가 2007. 7. 1. ‘계약직 직원 및 파트타이머 운용준칙’을 개정(시급 500원 인상, 근로시간 주당 2.5시간 증가)하고, 근로자가 그 무렵 위 개정에 대하여 동의하였다고 하더라도 이를 기존 근로계약과 본질적으로 다른 내용의 근로계약을 새롭게 체결한 것으로 볼 수 없고, ② 운용준칙의 개정과 그에 대한 참가인의 동의가 기왕의 근로계약기간이 만료되기 전에 이루어졌을 뿐 아니라 이로 인하여 기왕의 근로계약기간이 변경되지도 아니하였으므로 이를 근로계약의 갱신으로 볼 수 없다고 보았음(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011두29724 판결)

경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제 근로자를 사용할 수 있다.

- ② 사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로 계약을 체결한 근로자로 본다.

기간제법이 시행됨에 따라 갱신기대권에 대한 판례법리가 기간제법 시행 이전과 동일하게 적용되는가에 대한 논란이 있음. 특히 2년을 초과하는 갱신기대권을 인정하게 되면 기간제 근로계약은 실질적으로 무기계약으로 전환되므로 갱신기대권에 의한 무기계약으로의 전환 인정 여부가 문제됨

이러한 논란은 기간제법 시행 이전에 체결된 기간제 근로계약과 기간제법 시행 이후에 신규로 체결된 기간제 근로계약의 경우로 구분되어 논의되고 있음

#### 나. 기간제법 시행 이전 체결된 기간제 근로계약

기간제법 시행 이전부터 고용되어 오다가 동법 시행 후 사용기간이 2년이 된 시점에서 갱신이 거절된 사안에서 **대법원**은 “기간제근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 그 기간제근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되더라도, 위 규정들의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 기간제법의 시행만으로 그 시행 전에 이미 형성된 기간제 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없다”고 판단하였음<sup>40)</sup>

위 대법원 판단의 이유에 대해서 원심 판결<sup>41)</sup>은 더 구체적으로 실시하고 있는데 원심은 “1년 이상의 기간을 정한 근로계약이 기간제근로자보호법 공포일 이전에 체결되어 사용자와 근로자 모두 그와 같은 법의 시행에 따라 사용기간 2년 초과시 무기계약으로 전환되리라는 점을 예측할 수 없었던 경우에 그 계약이 법 시행일 이후에 만료되고, 이어 재계약 기대권이 인정된 결과 재계약이 체결되고 여기에 기간제근로자보호법 제4조가 적용되어 결국 사용기간이 2년을 초과하는 시점에서 위 재계약이 무기계약으로 전환되면, 경우에 따라 계약 당사자가 의도하지 아니하였던 계약을

40) 대법원 2011. 2. 13. 선고 2011두12528 판결

41) 서울고등법원 2011. 4. 14. 선고 2010누33971 판결

강제하는 불합리한 결과가 초래될 수도 있으나, 무기계약 전환이라는 결과는 재계약 기대권 법리의 직접적 귀결이 아니라 기간제근로자보호법 제4조에 따른 것이므로, 그와 같은 사정을 들어 이미 발생한 재계약 기대권을 부정하거나 제한적으로 해석할 수는 없다”고 보았음

또한, 동일한 취지의 다른 대법원 판결의 원심판결<sup>42)</sup>에서는 “기간제법 시행 전에 이미 재계약 체결 기대권이 인정되었던 기간제근로자가 근로계약기간의 정함이 없는 근로자로 전환되는 것은 기간제법 제4조제2항의 입법취지에 부합한다고 보일 뿐 아니라, 재계약 체결 기대권이 인정된 기간제 근로계약을 체결한 사용자에게는 통상 계약 체결 당시에 기간제 근로계약을 계속하여 반복하려는 의사가 있었다고 볼 수 있는 점 등에서 사용자의 의사에도 크게 반하지 않는다고 볼 수 있기 때문”이라고 판단하였음

따라서 기간제법 시행 이전에 갱신기대권이 이미 형성되었다면, 이후 갱신되는 근로계약 등에서 사용자가 갱신기대권을 배제·제한하는 조치를 취하지 않는 한, 기간제법 시행 이후 계약이 갱신된 결과 총 사용기간이 2년이 경과되면 기간제법에 의하여 무기계약 근로자로 전환됨<sup>43)</sup>

#### 다. 기간제법 시행 이후 신규 체결된 기간제 근로계약

기간제법 시행 이후에 신규로 기간제근로자를 채용한 사안에서는 대법원은 ‘심리불속행 기각판결’<sup>44)</sup>내지 ‘갱신기대권을 부정한 원심판결에 대해서 구체적인 실시 없이 수긍한 판결’<sup>45)</sup>을 제외하고는 아직 이에 대해서 명확한 입장을 제시하지 않고 있고 하급심에서

42) 서울고등법원 2011. 11. 23. 2011누 398판결(대법원 2014. 2. 13. 선고 2012두 1402 판결의 원심 판결, 동 판결에서는 기간제법 시행 이전 체결된 기간제 근로계약의 갱신기대권은 인정하고 있으나 기간제법 시행 이후 신규로 체결하는 기간제 근로계약의 2년을 초과하는 갱신기대권은 부정하였음)

43) 사용자가 기간제법 시행 이전에 이미 근로자에게 인정되는 계약갱신 기대권을 배제 또는 제한하기 위하여 근로자 평가요건과 절차 등을 취업규칙 등에서 마련하였으나, 그러한 요건과 절차 및 실행 행위가 객관성, 합리성 및 공정성이 없는 때에는 그러한 근로계약 갱신 거절은 부당해고와 마찬가지로 효력이 없다는 판례(서울고등법원 2012. 7. 18. 선고 2011누27799 판결)[대법원(대법원 2015. 1. 15.자 2012두18868 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]; 기간제법 시행 이전에 근로계약 등에 의해 재계약 체결 기대권이 인정되는데도 불구하고 사용자가 기간제법 시행 후에 계약기간만 바꿀 뿐 근로자들의 기대권을 배제 내지 제한하는 조치를 별도로 취하지 않았고, 오히려 참가인들과 같은 전문직 직원의 신분 안정을 위해 전문직직원운영세칙을 개정하면서까지 기간제 근로계약을 종전과 동일하게 체결하였다면 참가인들의 재계약 체결 기대권은 기간제법 시행 후에 배제 또는 제한되었다고 볼 수 없다는 판례(대법원 2014. 2. 13. 선고 2012두1402 판결)

44) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011두23061판결, 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013두6671 판결 등

45) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다2672 판결(동 판결의 원심판결에서는 기간제법 시행이후의 2년을 초과하는 갱신기대권은 인정될 수 없다고 실시했는데, 이 사건에서는 취업규칙에 2년을 초과하지 않는 범위에서 재계약을 할 수 있다고 규정하고 있어 무기계약직의 전환을 배제하는 별도의 조치가 있었음. 그런데 대법원은 “원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 사정을 들어 피고와의 근로계약에서 정한 계약 기간이 단지 형식에 불과하다거나 원고에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 있었다는 원고의 주장을 배척한 것은 수긍할 수 있고, 거기에 계약기간의 판단이나 갱신기대권에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.”



서로 상반된 입장을 가진 판결들이 존재함

### 1) 2년을 초과하는 갱신기대권을 부정한 판결

다수의 하급심 판결들에서는 기간제법 시행 이후에는 사용자는 원칙적으로 기간제 근로계약을 2년의 기간 내에서 계약기간을 자유롭게 정할 수 있음은 물론 동일한 내용으로 반복하여 체결할 수도 있지만 총 사용기간이 2년을 초과하는 때에는 해당 기간제근로자에게 근로계약기간의 정함이 없는 근로자로서의 지위가 인정되므로, 기간제법 시행 이후에 신규로 체결되는 기간제 근로계약은 근로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것이 예정되어 있는 반면 근로자에게 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 인정될 수 없다고 봄이 타당하다고 판결하였음<sup>46)47)48)49)</sup>

라고만 실시하고 있어 기간제법 시행 이후 2년을 초과하는 갱신기대권을 부정하는 입장에 있는 것인지 명확하지 않음)

46) 서울고등법원 2013. 2. 27. 선고 2012누22180 판결[1심 판결(서울행정법원 2012. 7. 5. 선고 2011구합43249 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 6. 27.자 2013두6671 판결)에서 심리불속행 기각되었음], 서울고등법원 2011. 11. 23. 선고 2011누 398판결(대법원 2014. 2. 13. 선고 2012두 1402 판결의 원심 판결, 동 판결에서는 기간제법 시행 이전 체결된 기간제 근로계약의 갱신기대권은 인정하고 있으나 기간제법 시행 이후 신규로 체결하는 기간제 근로계약의 2년을 초과하는 갱신기대권은 부정하였음)

47) 근로계약서와 운용준칙에 최장 2년을 초과하여 근무할 수 없다고 규정되어 있으므로 설령 2009. 5. 27.자 근로계약서를 포함한 원고와 참가인간의 근로계약서에 모두 재계약의 절차에 관한 규정이 있고, 운용준칙에도 재계약에 관한 규정이 있다고 하더라도, 기간제법 시행 이후 최초로 갱신된 계약일인 2007. 11. 27.로부터 사용기간 2년이 되는 날이 근로계약기간에 포함되어 있는 2009. 5. 27.자 계약에 관하여는 참가인에게 재계약 체결의 기대권이 인정되지 않는다고 본 판례(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011두29724 판결) ; 기간제 근로계약이 기간제법 시행 이후에 체결되었고, 유사지역 근로자의 채용공고에서 무기계약 전환대상이 아님을 명시하였으며, 근로자 고용에 있어 법령과 예산의 엄격한 제한을 받는 공공기관이라는 점을 고려하면 근로자에게 사용자가 자신들을 2년을 초과하여 사용함으로써 기간제법에 따른 무기한 고용의 부담을 안으리라고 기대하였다고 보기 어렵다고 본 판례(서울고등법원 2011. 8. 18. 선고 2011누9821 판결)[대법원(대법원 2011. 11. 24.자 2011두23061 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

\* 위 두 판례에서는 갱신기대권을 2년의 범위 내에서 제한적으로 인정하는데 있어서 기간제 근로계약이 기간제법 시행 이후 신규 체결된 점 이외에 근로계약이나 내부 규정에서 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 없도록 규정하였는데 이는 기간제법에 의하여 무기계약으로 전환되는 것을 방지하기 위한 것으로 이러한 사용자의 의사는 계약의 자유라는 관점에서 보호할 가치가 크다는 점도 근거로 하고 있어, 기간제법 시행 이후 신규로 기간제 근로계약이 체결된 그 자체만으로 갱신기대권을 2년의 범위 내에서만 인정하는 것인지 여부에 의문이 있음

48) 종전에는 기간제법의 입법취지를 ‘기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 사용자의 남용행위를 규제’하는 것으로 보아 기간제법 제4조제1항 및 제2항이 갱신거절의 합리성 판단에 있어 고려할 사항일 뿐 위 조항을 들어 갱신기대권이 계속근로기간 2년을 초과하지 아니하는 범위 내에서만 인정된다고 할 수 없다는 판례(서울행정법원 2011. 2. 10. 선고 2010구합36312 판결, 후에 서울고등법원 2011. 8. 18. 선고 2011누9821 판결에서 2년을 초과하여 갱신기대권이 인정될 수 없다고 보아 1심 판결을 취소하였고 대법원 2011. 11. 24.자 2011두23061 심리불속행 기각 판결로 확정됨)도 있었음

49) 이러한 판례의 태도는 사용자가 해고제한 법리의 적용을 회피하기 위하여 기간제 근로계약의 체결을 남용하는 것을 방지함과 아울러 상시 고용이 필요한 업무에 기간제근로자를 장시간 사용하는 경우 무기계약 근로자로 전환함으로써 기간제근로자의 근로관계 존속을 보호하고자 하는 기간제법의 입법취지를 몰각하는 부당한 해석이라는 견해(도제형, ‘기간제근로자 고용중지의 효력에 관한 판례 법리의 분석’, 노동법실무연구회 2012. 4. 3. 발표문, 16~18쪽)도 있음

【서울고등법원 2013. 8. 18. 선고 2011누9821 판결<sup>50)</sup>】

“기간제법 제4조는 …(중략)… 위 규정들의 입법취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 기간제근로자 지위의 안정화라는 목표와 사용자가 경기 변동에 따라 고용량을 조절할 수 있는 노동 시장의 유연성 제고라는 목표를 조화롭게 추구하기 위함이고, 이러한 입법취지 등에 비추어 볼 때 법 제4조 제2항은 강행규정으로 봄이 타당하다.

위 규정들의 내용과 체계 및 입법취지, 기간제법이 기간제근로자의 총 사용기간을 원칙적으로 2년으로 제한할 뿐 다른 나라의 입법례처럼 기간제 근로계약의 재체결에 정당한 객관적 사유의 존재를 요구하거나 기간제 근로계약의 반복적 체결이 가능한 횟수를 제한하고 있지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 기간제법 시행 이후에는 사용자는 원칙적으로 기간제 근로계약을 2년의 기간 내에서 계약기간을 자유롭게 정할 수 있음은 물론 동일한 내용으로 반복하여 체결할 수도 있지만 총 사용기간이 2년을 초과하는 때에는 해당 기간제근로자에게 근로계약기간의 정함이 없는 근로자로서의 지위가 인정되므로, 기간제법 시행 이후에 신규로 체결되는 기간제 근로계약은 근로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것이 예정되어 있는 반면 근로자에게 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 인정될 수 없다고 봄이 타당하다.”

또한 위 기간제법 시행취지에 따라 종전의 재계약에 관한 단체협약, 취업규칙, 인사관행도 2년의 범위 내에서 인정되는 것으로 제한적으로 해석하여야 한다는 판례도 있음<sup>51)</sup>

## 2) 2년을 초과하는 갱신기대권을 긍정한 판결

최근 하급심 판결들 중에는 기간제법의 시행으로 사용자가 2년의 기간 내에서 기간제근로자를 사용할 수 있고, 기간제근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 그 기간제근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되더라도, **위 규정들의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는** **정당한 기대권을 인정할 수 있는 것이고, 기간제법이 시행되었다고 하여 기간제법**

50) 대법원(대법원 2011. 11. 24.자 2011두23061 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

51) 계약직 근로자에 대한 근무평가 및 재계약 등에 관한 규정은 기간제법의 취지 및 ‘유기계약직은 2년을 초과하지 않는 범위 내에서 근로계약을 체결한다’는 규정에 비추어 총기간 2년의 범위 내에서 재계약하는 경우 및 기간제법에서 예외적으로 2년 이상의 근로기간을 정한 때에 해당할 경우에 제한적으로 적용되는 것으로 보아야 한다는 판례(서울고등법원 2013. 2. 27. 선고 2012누22180 판결)[1심 판결(서울행정법원 2012. 7. 5. 선고 2011구합43249 판결)를 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 6. 27.자 2013두6671 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨] ; ‘계약기간 만료를 이유로 비정규직을 해고할 수 없다’는 단체협약 규정과 계약직으로 채용한 후 정규직으로 전환하는 인사관행도 기간제법 시행 이후에는 그 의미가 제한되어야 한다고 본 판례(서울고등법원 2012. 1. 11. 선고 2011누33244 판결)[1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 25. 선고 2011구합5759 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 4. 30.자 2012두3156 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

시행 이후에 신규로 채용된 기간제근로자에게는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 부정된다거나, 그 갱신기대권이 인정된다고 하더라도 반드시 총 사용기간이 2년의 기간을 한도로 한다고 볼 수는 없다고 판단한 사안들이 있음<sup>52)</sup>

### 3) 갱신기대권과 무기계약 전환 기대권과의 구별 논의

하급심 판결 중에는 ‘갱신기대권’ 내지 ‘재계약 체결의 기대권’이라는 표현 대신 또는 혼용하여 ‘무기계약직 전환에 대한 기대권’ 내지 ‘정규직 전환에 대한 정당한 기대권’이라는 용어를 쓰는 판결들<sup>53)</sup>이 있는데, 이러한 기대권 등<sup>54)</sup>이 서로 구별되는 개념인지 아니면 갱신기대권과 같은 개념으로 보아야 하는지에 대한 의문이 있음<sup>55)</sup>

특히 대법원이 기간제법 시행 이후 신규로 체결되는 기간제 근로계약과 관련하여 총 사용기간이 2년을 초과하는 갱신기대권 인정 여부에 대한 명확한 입장을 제시하고 있지 않는 상황에서, 양자가 모두 기간의 정함이 없는 근로자로 전환시킨다는 동일한 결과를 가져오지만 법 시행에 따른 기대권 자체의 성립여부 및 판단기준이 다를 수 있다는 점에서 구별 논의의 실익이 있다고 할 것임<sup>56)</sup>

대체적으로 무기계약직 내지 정규직 전환 기대권을 언급하는 다수의 판결들은 갱신기대권의 인정요건을 실시한 대법원 판결(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결)을 인용하면서 무기계약직 내지 정규직 전환에 대한 기대권 역시 갱신기대권의 법리가 유추 적용되고, 다만 기간제근로자를 무기계약직 근로자로 전환시키는 것은 i) 단순히 기간제 근로계약을 갱신하는 것과 달리 사용자에게 근로자와 근로관계에서 큰 질적인 차이를 주어 사용자가 무기계약 전환기준을 정하는 데 상당한 재량권을

52) ○○○○ 재단 사건(서울고등법원 2014. 11. 6. 선고 2013누53679 판결, 동 사건은 현재 대법원에서 소송 계속중임), 충청남도 교육청 사건(대전고등법원 2015. 7. 16. 선고 2015누10696판결)[1심 판결(대전지방법원 2015. 1. 28. 선고 2013구합3544 판결)을 인용하였음], ○○자동차 사건(서울행정법원 2016. 10. 20. 선고 2015구합71068 판결)

53) 서울고등법원 2014. 11. 6. 선고 2013누53679 판결, 서울행정법원 2014. 4. 25. 선고 2013구합27432 판결, 서울행정법원 2015. 4. 16. 선고 2014구합17173 판결 등

54) 판례는 갱신기대권 이외에도 정규직 전환에 대한 기대권, 본채용 체결의 기대권, 정년연장의 기대권 등 기대권이라는 용어를 다양하게 사용하고 있음

55) 물론 법원이 사용하는 용어에 따라 기대권의 내용과 정도가 달라지는 것이 아니므로 기대권 자체의 성격에 따라 판단해야 할 것임

56) 기간제근로자를 일정기간이 지난 후 무기계약직 내지 정규직으로 전환시키는 것이 관행적으로 이루어졌거나 규정으로 정한 경우에는 기간제근로자의 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환은 기간제법 제4조에 따른 것이 아닌 관행의 인정여부 또는 사용자의 재량 내지 노사합의에 따른 결과라고 볼 수 있기 때문에 기간제법의 시행여부와는 무관하다고 볼 수 있을 것임. 예컨대 채용 후 1년의 기간이 지난 후 일정한 평가를 거쳐 정규직 내지 무기계약직으로 사용자가 근로자의 신분을 전환하기로 정한 경우에 근로자가 이른바 정규직 내지 무기계약 전환에 대한 기대권을 갖는 것은 기간제법의 시행과는 관련이 없다고 할 것임. 다만 그 기간이 2년이고 다른 제반사정이 있는 경우 갱신기대권과 무기계약 전환 기대권을 구분하는 것이 쉽지 않아보임

갖는다고 하거나, ii) 동일한 내용의 근로계약을 그 기간만 연장하는 근로계약의 갱신과는 내용이 확연히 다르고 신규채용과는 다르지 않다고 하여 갱신기대권과의 구분을 시도하고 있음<sup>57)</sup>

【서울행정법원 2013. 11. 15. 선고 2013구합13488 판결】

“근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는, 사용자가 이를 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다(대법원 2011. 4. 14. 2007두1729판결 등 참조). 위와 같은 법리는 근로계약기간이 만료된 후 인사평가 등을 거쳐 일정한 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환시킨다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우에도 유추적용될 수 있으므로 사용자가 근로자에게 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결할 정당한 기대권이 인정됨에도 이에 반하여 부당하게 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 효력이 없다고 할 것이다. 다만 기간제근로자를 기간의 정함이 없는 근로자로 전환시키는 것은 단순히 기간제 근로계약을 갱신하는 것과 달리 사용자에게 근로자와의 근로관계에서 큰 질적인 차이를 주게 되므로 사용자가 무기계약 전환기준을 정하는데 있어서는 상당한 재량권을 가진다고 봄이 타당하다.”

한편, 하급심 판결 중에는 동일한 근로자의 기간제 근로계약에 대해서 갱신기대권과 무기계약직 전환에 대한 기대권을 각각 판단한 사안도 존재함. 동 판결에서 법원은 기간제법의 취지 및 당 사건의 취업규칙에 따라 총기간 2년의 범위 내에서 재계약하는 경우 또는 기간제법에서 예외적으로 2년 이상의 근로기간을 정한 때에만 갱신기대권이 인정된다고 판시하면서도 다시 별도로 정규직전환에 대한 기대권 인정여부를 판단하기도 하였음

【서울고등법원 2013. 2. 27. 선고 2012누 22180 판결<sup>58)</sup>】

“2) 원고에게 이 사건 근로계약에 관한 갱신기대권이 있는지 여부

갑 제3호증의 1, 2, 을 제1, 2호증의 각 기재에 의하면, 이 사건 근로계약에는 “참가인은 근로 계약기간 만료일을 기준으로 하여 원고의 근무태도 및 업무능력 등을 고려하여 근로계약을 갱신할 수 있으며, 근로계약이 갱신되지 않은 경우 당해 근로관계는 근로계약 만료일을 기준으로 자동종료된다”는 내용이 포함되어 있음을 인정할 수 있다. 그러나 을 제7, 12호증의 각 기재에 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 그로부터 알 수 있는 아래와 같은

57) 서울고등법원 2012. 9. 5. 선고 2012누1282 판결[대법원(대법원 2013. 1. 24.자 2012두21710 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨], 서울행정법원 2013. 11. 15. 선고 2013구합13488 판결, 서울행정법원 2014. 4. 25. 선고 2013구합27432 판결 등 참조

사정들을 종합해 볼 때, 원고에게 이 사건 근로계약에 관한 갱신기대권이 인정된다고 볼 수 없다. ...**(중략)**...

참가인은 기간제법이 시행된 이후인 2009. 8. 7. 기간제법의 취지에 따라 「계약직 직원 관리 규칙(을 제7호증)」을 제정하여 “유기계약직은 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 (반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위) 계약기간을 정하여 근로 계약을 체결한다”고 규정하였다(제9조, 이 사건 근로계약은 위 규정 시행 이전에 체결되었으나, 경과조치에 의하여 이 사건 근로계약에도 적용되고, 특히 이 사건 갱신계약의 시점은 그 시행 후이다). 위 규칙은 제6장에서 계약직 근로자에 대한 근무평가 및 재계약 등에 관하여도 규정하고 있으나 기간제법의 취지 및 위 규칙 제9조의 규정내용에 비추어 이는 총기간 2년의 범위 내에서 재계약하는 경우 및 기간제법에서 예외적으로 2년 이상의 근로기간을 정한 때에 해당할 경우에 제한적으로 적용되는 것으로 보아야 한다. ...**(중략)**...

### 3) 원고의 정규직 전환에 대한 정당한 기대권이 침해되었는지 여부

앞서 본 사실, 갑 제6, 7, 9 내지 11호증, 을 제8, 9호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 그로부터 알 수 있는 아래와 같은 제반사정들을 종합해 보면 원고에게 정규직 전환에 대한 정당한 기대권이 있다거나, 참가인이 원고의 정당한 기대권을 합리적 이유 없이 침해하였다고 볼 수 없다.

가) 인사규정 제47조 제3항은 계약직으로 임용된 직원은 정원 범위 내에서 직원채용규칙이 정하는 바에 따라 정규직으로 신분이 전환될 수 있다고 규정하고 있고, 직원 채용규칙 제15조는 정규직전환 대상은 동규칙상 직급별 특별채용 추천권자 이상의 추천을 받는 등(제3호) 동조 각 호의 요건을 모두 충족하는 자로 한다고 규정하고 있으며, 특별채용 추천권자를 규정한 [별표 2]에는 1급 본부장에 대한 추천권자만 규정되어 있을 뿐 다른 직급에 대한 추천권자가 규정되어 있지 아니한바(2008. 12. 29. 이전까지는 각 직급에 대한 추천권자가 규정되어 있었으나, 2008. 12. 29. 직원채용규칙 개정에 의하여 1급 본부장 외 직급의 추천권자에 관한 규정이 삭제되었다), 결국 위 규정내용을 종합해 보면, 1급 본부장 외의 다른 직급 계약직 근로자는 직원채용규칙 제 15조 제3호의 요건을 충족할 수 없어 위 인사규정 및 직원채용규칙상 정규직 전환대상자가 될 수 없다.”

그러나 앞서 언급했듯이 최근 하급심 판결 중에는 기간제법 시행 이후 기간제 근로 계약을 체결하고 사용기간이 총 2년이 되어 무기계약직 전환 여부가 문제된 사안에서 ‘갱신기대권’ 내지 ‘갱신 및 정규직 전환에 관한 정당한 기대권’이라는 용어를 쓰고 있는 판결<sup>58)</sup>도 발견되고, ‘정규직 전환에 대한 기대권’이라는 표현을 쓰면서 “기간제법 시행이 곧 재계약의 정당한 기대권의 형성을 막는다거나 이미 형성된 재계약의 기대권을 소멸

58) 1심 판결(서울행정법원 2012. 7. 5. 선고 2011구합43249 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 6. 27.자 2013두6671 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

59) 대전고등법원 2015. 7. 2. 선고 2015누10160 판결, 대전고등법원 2015. 8. 20. 선고 2015누10153 판결(두 판결은 하나의 재심판정에 대하여 재심신청인과 피신청인이 각각 원고가 되어 진행된 사건임)

시키는 사유라고 보기는 어렵다”고 본 판결<sup>60)</sup>도 선고되고 있음

따라서 ‘갱신기대권’ 내지 ‘재계약 체결 기대권’과 ‘무기계약직 전환 기대권’ 내지 ‘정규직 전환 기대권’은 일응 구별되는 것으로 보이지만, 법원은 그에 대한 용어나 판단 기준을 엄격하게 구분하여 실시하고 있다고 보기는 어려움. 다만, 적어도 계약체결 시점부터 일정기간을 정하고 그 기간이 도과하게 되면 평가 등을 거쳐 무기계약직 내지 정규직으로 전환하는 것을 명백히 정한 경우에는 기간제법 시행 이후에 기간제 근로 계약을 체결하였더라도 기간제법 시행 이후 갱신기대권 인정 논의와는 상관 없이 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 기대권이 인정될 수 있고<sup>61)</sup>, 이 경우 무기계약 전환 거절의 합리적인 이유에 대한 판단은 무기계약 전환을 위한 기준과 평가가 얼마나 자의적이지 않고 합리적이고 공정하게 이루어졌는가 여부로 판단할 수 있을 것임

### 3.4 계약갱신 거절에 있어서 합리적 이유

기간제근로자에게 계약갱신에 대한 정당한 기대권이 인정될 경우 사용자가 계약 갱신을 거절함에 있어서 해고제한의 법리가 유추 적용되어 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 사유가 있어야 함<sup>62)</sup>

여기서 ‘합리적 이유’는 ‘정당한 이유’라는 해고 제한의 기준보다는 완화된 기준이므로 그 유효성은 해고보다는 넓게 인정됨<sup>63)64)</sup>

사용자가 근무평정을 하여 근로자의 직무수행능력 부족 등을 증명하고 계약갱신 거절에

60) 서울고등법원 2014. 11. 6. 선고 2013누53679 판결(동 사건은 현재 대법원에서 소송 계속중임)

61) 실제로 이러한 판결들은 기간제법 시행과 관련한 갱신기대권 인정여부를 실시하는 별도의 언급 없이 무기계약직 내지 정규직 전환에 대한 기대권 인정 여부를 판단하고 있음(서울고등법원 2012. 9. 5. 선고 2012누1282 판결 [1심 판결(서울행정법원 2011. 12. 15. 선고 2011구합26824 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 1. 24.자 2012두21710 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨], 서울행정법원 2013. 11. 15. 선고 2013구합 13488 판결, 서울행정법원 2015.4.16. 선고 2014구합17173 판결, 서울행정법원 2014. 2. 11. 선고 2013구합56263 판결, 서울행정법원 2014. 4. 25. 선고 2013구합27432 판결 등)

62) 법원이 갱신기대권이 인정되는 경우 당해 갱신거부를 종전에는 ‘사회통념상 인정되는 합리적 이유 없이’라는 표현을 사용하였지만, 최근에는 ‘그 실질에 있어서 부당해고에 해당되어 그 효력을 인정할 수 없다’는 표현을 사용함으로써 근로기준법상 정당한 이유 없는 해고의 한 유형으로 파악하고 있다는 견해도 있으나(이 정, ‘기간제근로자의 갱신 기대권에 대한 소고’, 중앙노동위원회 공익위원 워크숍 자료, 2012. 9. 14., 17쪽), 여전히 ‘사회통념상 인정되는 합리적 이유 없이’라는 표현을 사용하여 갱신거절의 정당성을 판단하는 판례가 다수 발견되고 있음

63) 법원은 “사용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 사용기간 만료시 본계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 사용 제도의 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)고 보고 있으므로 갱신기간의 재계약거절 사유에 대한 평가는 사용계약의 본채용거절 사유에 대한 평가와 유사하다고 할 수 있음

64) ‘합리적 이유’로 주장되는 사유들은 대체로 ‘정당한 이유’로 주장되는 사유들과 형태상으로 유사함. 즉 직무수행능력 부족이나 직무수행태만(통상해고), 근로자의 비위행위(징계해고), 경영상의 어려움, 업무량 감소(경영상 해고) 등의 사유들이 ‘합리적 이유’로 주장됨

합리적 이유가 있다고 주장하는 경우가 많은데, 판례는 사용자의 근로자 채용 여부 내지 그 방식에 대한 결정은 근본적으로 경영상의 자유로운 판단에 맡겨져 있다고 보아 근무평정 기준과 그에 따른 평가가 자의적이지 않고 객관성, 합리성 및 공정성이 있다면 근무평정 기준 미달을 이유로 한 갱신거절에 합리적 이유가 있다고 보고 있음

또한, 판례는 근무평정을 함에 있어서 근로자를 직접 지켜보는 상급자만이 평가자가 되어야 할 필요는 없다고 보며 근무평가·인사평가에 있어서 평가항목과 평가방법이 다소 추상성을 띠거나 평가자의 주관적 의견이 반영되는 것도 인정되고<sup>65)</sup>, 이를 점수 부여 방식으로 할 수도 있고 평가항목과 평가방법에 관하여 세세한 기준이 마련되어 있어야 하거나 점수부여의 이유를 기재할 필요도 없다고 보고 있음<sup>66)</sup>

특히 업무내용이 연구개발과 같이 학술적, 전문적인 경우 또는 회사가 그러한 업무를 담당하는 기관(연구소 등)인 경우 평가자의 재량권은 더욱 많이 보장되며,<sup>67)</sup> **기간제 근로자를 무기계약 근로자로 전환시키는 기준을 정함에 있어서는 단순한 계약갱신의 경우보다 사용자에게 더 넓은 재량권이 인정됨**<sup>68)</sup>

그러나 근무평정에 따라 계약갱신 거절을 하였더라도 근무평정에 객관성, 합리성 및 공정성 등이 없는 경우<sup>69)</sup>, 평가항목이 포괄적이고 불명확하여 사용자의 자의적 판단이

65) 근로계약의 성질상 근로의 양과 질에 대한 평가는 사용자의 고유권한에 속하는 것이고, 평정을 부여함에 있어 수치로 계량되는 객관적 실적 뿐만 아니라 기업조직에의 융화 정도 등 수치로 계량할 수 없는 부분에 대한 주관적인 평가도 포함된다는 판례(서울고등법원 2008. 9. 5. 선고 2008누10975 판결)[1심 판결(서울행정법원 2008. 4. 3. 선고 2007구합28700 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 11. 27.자 2008두17066 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨]; 유사한 취지의 판례(서울고등법원 2010. 9. 30. 선고 2009누36233 판결)[대법원(대법원 2011. 1. 13.자 2010두22948 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]; 신규임용자 평정의 평가항목이 전문성, 직무수행능력, 책무성, 협동성, 기관 발전 기여 가능성 등이어서 신규임용자에 대한 평정자가 전인격적, 복합적 평가를 통해 평정을 할 수 밖에 없는 경우 평정자의 재량권은 더욱더 보장되어야 하며, 사후적인 사법심사를 통하여 평정결과를 뒤집는 것은 가능한 한 자제되어야 한다는 판례(서울행정법원 2012. 11. 2. 선고 2012구합 5053 판결)

66) 서울고등법원 2012. 9. 5. 선고 2012누1282 판결[동 사건은 대법원(대법원 2013. 1. 24.자 2012두21710 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

67) 교육과정 연구개발 및 각종 국가고시 출제관리를 목적으로 하는 원고 기관의 성격, 그 내에서 부연구위원으로 근무 하였던 근로자의 업무를 고려할 때 평정자의 재량권은 더욱더 보장되어야 한다는 판례(서울행정법원 2012. 11. 2. 선고 2012구합5053 판결)

68) 서울고등법원 2012. 8. 29. 선고 2011누30061 판결[대법원(대법원 2013. 1. 10.자 2012두21727 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨]

69) 근로자들과 접근도가 높은 1, 2차 평정자들은 높은 점수를 부여하였으나, 접근도가 낮은 3, 4차 평정자들은 낮은 점수를 부여하였는데, 평정자들 간에 점수에 큰 폭의 편차가 발생할 만한 사정을 발견할 수 없고 오로지 계약거절의 사유로 삼기 위하여 형식적으로 근무평정을 한 것으로 보이는 경우, 이러한 공정성과 합리성이 결여된 근무평정결과를 이유로 한 갱신거절은 부당해고에 해당한다는 판례(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두2665 판결)[동 판결은 파기 환송후 고등법원(서울고등법원 2011. 11. 16. 선고 2011누27089 판결)에서 확정됨]; 2회차 계약갱신을 할 경우 기간의 정함이 없는 고용형태로 판단될 것이 우려된다는 것은 계약갱신 거절의 합리적 이유로 인정될 수 없고, 수년간 상사와 동료들에 의한 다면평가 결과가 우수하였는데 특별한 사유 없이 근로자가 노동조합 활동을 시작한 이후로 상사에 의한 점수가 하락하기 시작하여 최하위 점수까지 받게 되었다면 다면평가의 타당성 및 신뢰성에 의심이 가므로 합리적 이유가 있는 계약 갱신 거절로 보기 어렵다는 판례(서울고등법원 2010. 11. 16. 선고 2010누11674 판결)

개입될 소지가 커서 객관적 심사항목으로 보기 어려운 경우<sup>70)</sup>, 계약갱신 요건으로서 근무평정 기준이 있음에도 이를 자의적으로 적용한 경우<sup>71)</sup>에는 갱신거절에 합리적 이유가 없다고 봄

또한, 위와 같이 계약갱신에 관한 평가항목, 평가방법에 있어서 사용자의 재량을 넓게 인정하나 평정결과에 대한 검증절차는 공정하여야 하므로, 이의신청 기회를 주지 않는 등 규정된 검증절차를 위반한 경우 평정결과의 공정성 및 정확성을 담보할 수 없게 되므로 중대한 절차 위반으로 계약갱신 거절은 무효가 된다는 판례가 있음<sup>72)</sup>

한편, 판례는 회사가 경영상 어려움에 처하여 인력을 축소하여야 하는 사정이 있거나<sup>73)</sup>, 사업의 성격상 인력을 탄력적으로 조절할 필요성이 있었고, 그 후 업무량이 감소된 경우<sup>74)</sup>, 계약직 근로자를 고용한 계기가 없어진 경우<sup>75)</sup> 계약갱신 거절에 합리적 이유가 있다고 봄

70) '1일 평균 운행횟수'라는 객관적 심사항목 대신 '기타 계약서 위반'이라는 포괄적인 심사항목을 포함시켜 위반행위의 경중이나 경위에 대한 고려 없이 획일적으로 감점하도록 하고 계약갱신 기준 점수를 10점이나 상향조정하여 노동조합원인 근로자들의 계약갱신을 거절한 경우 합리적 이유가 없다고 본 판례(서울고등법원 2009. 11. 20. 선고 2009누11524 판결) ; '중과실' 개념 자체가 포괄적이고 불명확하여 사용자의 자의적 판단이 개입될 소지가 매우 커 객관적 심사항목으로 보기 어렵고, 노동조합원이 근로자에 대하여만 중과실 감점을 포함한 심사항목을 적용한 경우 계약갱신 거절에 합리적 이유가 없다고 본 판례(서울고등법원 2009. 11. 26. 선고 2009누11531 판결) ; 사용자의 계약 갱신 여부 심사가 객관적이고 정확한 자료를 토대로 이루어졌는지 의문이고, 심사항목 중 일부는 평가자의 자의적 평가가 개입될 여지가 있어 그 객관성 및 공정성이 결여되었다고 볼 수 있으며, 일부 심사항목은 심사 대상자 전원에 대하여 일률적으로 적용되지 않아 불공평한 결과가 초래되었다고 인정한 다음, 이와 같이 공정성 및 객관성이 결여된 심사과정을 거쳐 근로자들에 대하여 갱신 기준 점수 미만을 이유로 계약갱신을 거절한 것은 정당성을 결여하여 효력이 없다고 본 판례(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결)

71) 근무평정에 따라 계약갱신을 결정하도록 하는 내부규정이 있음에도 이에 반하여 특정 근로자에 대하여 다른 근로자들과는 다른 심사항목을 적용하여 근무평정을 하고 계약갱신을 거절하였다면 합리성을 결여한 것이라는 판례(서울고등법원 2009. 11. 26. 선고 2009누11531 판결, 유사 취지로 서울고등법원 2009. 11. 17. 선고 2009누12015 판결)

72) 서울행정법원 2012. 11. 2. 선고 2012구합5053 판결

73) 경영상 이유로 기간제근로자에 대하여 계약갱신을 거절하는 경우 사실상 경영상 해고와 유사한 외형을 지니게 됨. 회사의 경영이 어려워질 때 회사는 정규직에 대하여는 경영상 해고로, 기간제근로자에 대하여는 계약갱신 거절로 대응하는 경우가 많고, 기간제근로자를 비롯한 비정규직 근로자와의 근로관계 종료가 경영상 해고에 있어서 해고 회피의무의 일환으로 이행되는 경우도 있음

한편, 갱신기대권이 인정되는 근로자에 대하여 정부의 공공기관 선진화 추진계획에 따라 인력을 감축하기 위하여 계약갱신을 거절하자, 근로기준법 제24조의 경영상 해고 요건을 갖추지 않아 계약갱신 거절의 합리적 이유가 없다고 본 판례도 있음(대법원 2014. 2. 13. 선고 2012두1402 판결)

74) 공과금수납제도를 개선하는 과정에서 인력을 탄력적으로 조절하기 위하여 계약직 근로자를 고용하였는데 은행의 공과금수납업무가 정착되고 업무량이 감소하였다면 공과금전담직원에 대한 계약갱신 거절에 합리적 이유가 있다고 본 판례(대법원 2007. 7. 27.자 2007두9587 심리불속행 기각 판결) ; 간병사에 대한 수요가 줄어들자 병원이 간병사 수요의 변화에 탄력적으로 대처하기 위하여 파견근로자 및 일용근로자를 사용하는 상황이라면 간병사에 대한 계약갱신 거절에 합리적 이유가 있다고 본 판례(서울고등법원 2008. 12. 10. 선고 2008누18771 판결)

75) 근로자를 연봉계약직으로 고용하게 된 계기가 된 직원의 산전휴가와 육아휴직이 종료될 예정이고, 근무시간제 개편을 통해 약무실의 업무부담이 감소하였으며, 경영위기로 인사구조 개편 및 인력의 긴축운영 필요성이 대두되고 있는 상황이라면 계약갱신 거절에 합리적 이유가 있다고 본 판례(서울고등법원 2012. 1. 11. 선고 2011누33244 판결)[1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 25. 선고 2011구합5759 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 4. 30.자 2012두3156 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]



또한, 사용자가 재계약 절차가 아닌 공개채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서, 공개채용절차에 응시하지 않았다는 이유만으로 근로계약의 갱신을 거절한 것은 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것으로서 부당해고에 해당한다고 판단하기도 하였음<sup>76)</sup>

이러한 ‘계약갱신 거절에 합리적 이유가 있는지 여부’에 대해서 법원은 입증책임이 사용자에게 있다고 보고 있음<sup>77)</sup>

#### 4. 사용기간제한의 예외 관련

기간제법 제4조제1항 본문에서 ‘사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 기간제 근로자를 사용할 수 있다.’라고 규정하는 한편, 단서에서 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외를 규정하고 있고, 제2항에서 ‘제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다’라고 규정하고 있음

위 규정들의 입법취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자 지위의 안정화라는 목표와 사용자가 경기 변동에 따라 고용량을 조절할 수 있는 노동시장의 유연성 제고라는 목표를 조화롭게 추구하기 위함이고, 이러한 입법취지 등에 비추어 볼 때 기간제법 제4조제2항은 강행규정이라고 할 것임<sup>78)</sup>

##### 4.1 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우

기간제법 제4조제1항제1호에 따라 기간제근로자를 2년을 초과하여 사용할 수 있는 경우로서 “사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우”에는 건설 공사 등 유기사업, 특정 프로그램 개발 또는 프로젝트 완수를 위한 사업 등과 같이 원칙적으로 사업 또는 업무 자체가 그 객관적인 성격상 한시적이거나 1회성 사업의 특성을 갖는 경우로 한정된다고 보아야 할 것임<sup>79)</sup>

76) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8225 판결

77) 근로자는 계약갱신의 정당한 기대권이 있음을 입증해야 하고 사용자는 계약갱신 거절에 합리적 이유가 있음을 입증하여야 함. 갱신기대권이 인정되는 경우 해고제한의 법리가 유추적용 되므로 갱신거절의 정당성은 해고의 정당성에 상응하기 때문임 ; 사용자가 갱신기대권이 인정되는 근로자의 직무수행능력이 부족하다는 점을 객관적인 자료를 통하여 제시하지 못하고 있으므로 갱신거절에 합리적 이유가 인정되지 않는다고 본 판례(서울고등법원 2012. 8. 16. 선고 2012누7570 판결)

78) 서울고등법원 2013. 8. 18. 선고 2011누9821 판결[동 사건은 대법원(대법원 2011. 11. 24.자 2011두23061 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

한편, 기간제법 제4조의 전체적인 체계 및 내용, 취지에 비추어 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우에는 2년을 초과한 기간제근로자가 가능하다고 해석될 뿐, 사전에 계약기간이 정해져 있음에도 실제로 사업이 완료되거나 특정한 업무가 완성될 때까지 계속하여 고용을 보장해야 한다는 의미로까지 확대해석할 수 없음<sup>80)</sup>

#### 4.2 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우

기간제법 제4조제1항제2호는 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 경우로서 “휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우”를 규정하고 있으며, 이 경우에는 출산·질병·군 입대 등으로 인하여 기존 근로자가 휴직하거나 장기 파견된 경우 당해 근로자를 대체하는 등이 해당됨

#### 4.3 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우

기간제법 제4조제1항제3호는 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 경우로서 “근로자가 학업·직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우”를 규정하고 있으며, 이 규정은 근로자가 학업, 직업훈련 등을 통해 자주적으로 직업능력을 개발하고자 하는 경우에는 동 소요기간과 관련해서는 근로계약기간에 제한을 두지 않겠다는 것이며 학업·직업훈련과 직장의 양립을 도모하려는 것임

#### 4.4 「고령자고용촉진법<sup>81)</sup>」 제2조제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우

기간제법 제4조제1항제4호는 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 경우로서 “고령자고용촉진법 제2조제1호의 고령자(55세 이상)와 근로계약을 체결하는 경우”를 규정하고 있으며, 이 규정은 고령자의 고용촉진을 위해 예외를 허용한 것으로서 사용자가

79) 서울행정법원 2012. 10. 18. 선고 2012구합16893 판결 참조

80) 서울고등법원 2013. 6. 20. 선고 2012누34497 판결 참조

81) 고령자고용촉진법은 2008년 일부개정을 거쳐 2009. 3. 22. ‘고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률’로 법률명을 변경하였으나, 현행 기간제법에서 규정하는 명칭 및 약어로서 이하 ‘고령자고용촉진법’이라 함

기간제 근로계약을 최초로 체결할 당시 근로자가 만55세 이상인 경우 또는 기간제 근로계약을 갱신할 당시 근로자가 만55세 이상이고 기존근로기간이 2년 이하인 경우에 비로소 기간제법 제4조제1항제4호에 해당되어 기간제법 제4조제2항에 따른 무기근로자로의 전환이 배제되는 것으로 해석하는 것이 기간제법 제4조제1항제4호의 문언에 부합할 뿐 아니라 기간제근로자의 보호라는 기간제법의 입법목적에도 합치됨<sup>82)</sup>

#### 4.5 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우

##### 가. 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우

기간제법 제4조제1항제5호가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 경우로서 규정하고 있는 “전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우로서 대통령령이 정하는 경우”란 기간제법 시행령 제3조제1항에 따라 박사학위, 기술사, 전문자격(변호사, 의사, 한의사, 변리사, 공인회계사 등)을 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우를 말하며, 이처럼 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우를 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유로 규정한 이유는, 이러한 전문직종 근로자는 일반적으로 임금 수준이 높고 사용자를 상대로 충분한 교섭력을 가지며 이직이 원활하게 이루어지는 등 사용기간 제한을 두지 않더라도 근로자의 지위가 열악해질 우려가 비교적 적기 때문이라고 할 수 있음<sup>83)</sup>

다만, 채용공고 또는 근로계약 체결의 조건으로 위 자격을 요구하지 않았고, 주된 업무가 위 자격과는 큰 관련이 없으며 자격 취득으로 인한 자격수당 등의 보상도 받지 않은 경우에는 업무수행에 해당 자격의 전문적 지식·기술 활용이 필요한 것으로 보이지는 않으므로 위 자격을 소지한 근로자를 기간제법 제4조제1항제5호에 해당하는 근로자라고 볼 수 없음<sup>84)</sup>

##### 전문자격의 종류<sup>85)</sup>(제3조제1항제3호 관련)

1. 「건축사법」 제7조에 따른 건축사
2. 「공인노무사법」 제3조에 따른 공인노무사
3. 「공인회계사법」 제3조에 따른 공인회계사

82) 서울고등법원 2012. 7. 18. 선고 2011누45056 판결[1심 판결(서울행정법원 2011. 12. 2. 선고 2011구합30694 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 5. 22. 선고 2012두18967 판결)에서 확정됨]

83) 서울고등법원 2013. 7. 5. 선고 2012누39324 판결[대법원(대법원 2013. 11. 15.자 2013두16388 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨]

84) 서울고등법원 2015. 1. 15. 선고 2014누44344 판결(동 사건은 현재 대법원에서 소송 계속중임)

4. 「관세사법」 제4조에 따른 관세사
5. 「변리사법」 제3조에 따른 변리사
6. 「변호사법」 제4조에 따른 변호사
7. 「보험업법」 제182조에 따른 보험계리사
8. 「보험업법」 제186조에 따른 손해사정사
9. 「부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률」 제23조에 따른 감정평가사
10. 「수의사법」 제2조제1호에 따른 수의사
11. 「세무사법」 제3조에 따른 세무사
12. 「약사법」 제3조에 따른 약사
13. 「약사법」 제4조에 따른 한약사
14. 「약사법」 제45조에 따른 한약업사
15. 대통령령 제14319호 약사법 시행령 일부개정령 부칙 제2조에 따른 한약조제사
16. 「의료법」 제5조에 따른 의사
17. 「의료법」 제5조에 따른 치과의사
18. 「의료법」 제5조에 따른 한의사
19. 「중소기업진흥에 관한 법률」 제46조에 따른 경영지도사
20. 「중소기업진흥에 관한 법률」 제46조에 따른 기술지도사
21. 「항공법」 제26조에 따른 사업용조종사
22. 「항공법」 제26조에 따른 운송용조종사
23. 「항공법」 제26조에 따른 항공교통관제사
24. 「항공법」 제26조에 따른 항공기관사
25. 「항공법」 제26조에 따른 항공사

#### 나. 정부의 복지정책 실행대책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우

기간제법은 국가나 지방자치단체의 기관에 대하여도 적용되고(법 제3조제3항), 기간제법 제4조제1항제5호가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 경우로서 규정하고 있는 “정부의 복지정책·실행대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령이 정하는 경우”란 기간제법 시행령 제3조제2항제1호에 따라 고용정책 기본법, 고용보험법 등 다른 법령에 따라 국민의 직업능력 개발, 취업 촉진 및 사회적으로 필요한 서비스 제공 등을 위하여 일자리를 제공하는 경우를 말함

국가나 지방자치단체가 국민 또는 주민에게 제공하는 공공서비스는 그 본질적 특성상 사회적으로 필요한 서비스의 성격을 가지고 있으므로 국가나 지방자치단체가 그 공공 서비스를 위하여 일자리를 제공하는 경우, 기간제법 제4조제1항5호, 기간제법 시행령 제3조제2항제1호에 해당하는지는 해당 사업의 시행 배경, 목적과 성격, 사업의 한시성이나 지속가능성 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 함<sup>85)</sup>

85) 기간제법 시행령 제3조제1항제3호 관련 [별표2]

86) 대법원 2012.12.26. 선고 2012두18585 판결

그 밖에 「제대군인 지원에 관한 법률」 제3조에 따라 제대군인의 고용증진 및 생활 안정을 위하여 일자리를 제공하는 경우, 「국가보훈기본법」 제19조제2항에 따라 국가 보훈대상자에 대한 복지증진 및 생활안정을 위하여 보훈도우미 등 복지지원 인력을 운영하는 경우 등을 규정하고 있음

#### 4.6. 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우

기간제법 제4조제1항제6호, 기간제법 시행령 제3조제3항제1호 내지 제8호<sup>87)</sup>에서는 그 밖에 사용기간의 제한 예외사유를 정하고 있음

특히 그 중 기간제법 시행령 제3조제3항제1호는 ‘다른 법령에서 기간제근로자의 사용기간을 법 제4조제1항과 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우’에 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외사유로 규정하고 있고, 기간제법 제4조제2항은 ‘사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다’고 규정하고 있음

87) ③ 법 제4조제1항제6호에서 "대통령령이 정하는 경우"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

<개정 2010. 2. 4, 2010. 7. 12>

1. 다른 법령에서 기간제근로자의 사용 기간을 법 제4조제1항과 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우
2. 국방부장관이 인정하는 군사적 전문적 지식·기술을 가지고 관련 직업에 종사하거나 「고등교육법」 제2조제1호에 따른 대학에서 안보 및 군사학 과목을 강의하는 경우
3. 특수한 경력을 갖추고 국가안전보장, 국방·외교 또는 통일과 관련된 업무에 종사하는 경우
4. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교(같은 법 제30조에 따른 대학원대학을 포함한다)에서 다음 각 목의 업무에 종사하는 경우
  - 가. 「고등교육법」 제14조에 따른 조교의 업무
  - 나. 「고등교육법 시행령」 제7조에 따른 겸임교원, 명예교수, 시간강사, 초빙교원 등의 업무
5. 「통계법」 제22조에 따라 고시한 한국표준직업분류의 대분류 1과 대분류 2 직업에 종사하는 자의 「소득세법」 제20조제1항에 따른 근로소득(최근 2년간의 연평균근로소득을 말한다)이 고용노동부장관이 최근 조사한 고용 형태별근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업에 종사하는 자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 경우
6. 「근로기준법」 제18조제3항에 따른 1주 동안의 소정근로시간이 뚜렷하게 짧은 단시간근로자를 사용하는 경우
7. 「국민체육진흥법」 제2조제4호에 따른 선수와 같은 조 제6호에 따른 체육지도자 업무에 종사하는 경우
8. 다음 각 목의 연구기관에서 연구업무에 직접 종사하는 경우 또는 실험·조사 등을 수행하는 등 연구업무에 직접 관여하여 지원하는 업무에 종사하는 경우
  - 가. 국공립연구기관
  - 나. 「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 또는 「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따라 설립된 정부출연연구기관
  - 다. 「특정연구기관 육성법」에 따른 특정연구기관
  - 라. 「지방자치단체출연 연구원의 설립 및 운영에 관한 법률」에 따라 설립된 연구기관
  - 마. 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관의 부설 연구기관
  - 바. 기업 또는 대학의 부설 연구기관
  - 사. 「민법」 또는 다른 법률에 따라 설립된 법인인 연구기관

이는 다른 법령에서 기간제근로자의 사용기간을 기간제법 제4조제1항과 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우에도 기간제법을 일률적으로 적용하면 다른 법령의 입법목적에 침해하게 될 수도 있다는 사정 등을 고려하여 사용기간 제한의 예외사유로 인정한 것임<sup>88)</sup>

또한 법원은 예외사유에 해당하는 기간은 기간제법의 2년 사용기간 제한에 합산되지 않는다고 보고 있으므로 기간제법 제4조제1항제6호와 기간제법 시행령 제3조제3항 제6호에서 정한 단시간근로자로 기간제 근로계약을 체결하였다가 해당 근로관계가 종료된 이후에 새로이 기간제법 제4조제1항 단서에 해당되지 않는 일반 기간제 근로계약을 체결한 경우, 단시간근로자로 근무한 기간은 기간제법 제4조제2항의 '2년'에 포함되지 않는다고 할 것임<sup>89)</sup>

#### 4.7 사용기간의 제한 예외사유와 기간제법 시행 이후의 갱신기대권

판례는 기간제법 제4조제1항 단서에 의한 사용기간의 제한 예외사유에 해당하여 2년 초과 사용이 허용되는 기간제 근로계약의 경우에는 갱신기대권에 관한 판례 법리가 기간제법 시행 이후에도 적용된다고 보고 있음<sup>90)</sup>

##### 【서울고등법원 2012. 2. 16. 선고 2011누29900 판결<sup>91)</sup>】

“사용자는 기간제법 시행 이후 원칙적으로 기간제 근로계약을 2년의 기간내에서 계약기간을 자유롭게 정할 수 있음은 물론 동일한 내용으로 반복하여 체결할 수도 있지만 총 사용기간이 2년을 초과하는 때에는 해당 기간제근로자에게 근로계약기간의 정함이 없는 근로자로서의 지위가 인정되므로, 기간제법 시행 이후에 신규로 체결되는 기간제 근로계약은 근로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것이 예정되어 있는 반면 근로자에게 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 인정될 수 없다고 봄이 타당하다. 한편 기간제법 제4조 제1항 단서에서 ‘고령자고용촉진법 제2조 제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우’, ‘정부의 복지 정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우’ 등 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외를 규정하고 있으므로, 기간제법 시행 이후에도 위 제1항 단서의 사유가 있는 기간제근로자에게는 총 사용기간이 2년을 초과하는 근로계약 갱신의 기대권이 인정될 수 있다. 그런데 이 경우에도 갱신기대권이 인정되는지 여부는 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간이 만료되더라도 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는

88) 서울행정법원 2014. 4. 24. 선고 2013구합26064 판결

89) 대법원 2014. 11. 27 선고 2013다2672 판결

90) 하급심 판결중에는 사용기간 제한의 예외 사유에 해당하는 기간제 근로계약을 체결한 경우에도 기간제법 시행 이후 체결되었다면 근로계약 갱신에 대한 기대권을 인정하기가 상대적으로 훨씬 어렵다고 본 판결도 있음(서울행정법원 2014. 4. 10. 2013구합58559 판결)

취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무 내용 등 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어서 근로자에게 근로 계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는지에 달려있다.”

한편, 최근 하급심 판결 중에는 i) 기간제법 시행 이후 신규로 기간제 근로계약을 체결하였고, ii) 사용기간 제한의 예외사유에 해당하는 사업(정부의 복지정책·실업 대책 등에 따른 일자리 제공)이 사용기간 제한을 받는 사업으로 변경되자, iii) 사용자가 사용기간 제한을 받는 사업으로 변경된 시점부터 기간제근로자를 2년 더 사용하고 계약갱신을 거절한 사안에서 민사법원\*(갱신기대권 인정)과 행정법원\*\*(갱신기대권 부정)이 기간제법 시행 이후의 갱신기대권 판례법리의 적용에 대하여 판단을 달리한 사례가 있음<sup>92)</sup>

#### \* 갱신기대권을 인정한 판결

##### 【 부산지방법원 2015. 11. 27. 선고 2014구합4154 판결 】

“기간제법 제4조 제1항, 제2항에서 규정한 바와 같이 기간제법의 시행으로 사용자가 2년의 기간 내에서 일반 기간제근로자를 사용할 수 있고, 일반 기간제근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 일반 기간제근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되더라도, 위 규정들의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 기간제법의 시행만으로 시행 전에 이미 형성된 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없다(대법원 2014.2.13. 선고 2011두12528 판결 참조).

...(중략)...

비록 원고들의 근로기간 중 2013. 1. 1. 전까지 통합 전 방문건강관리사업에 종사하던 기간은 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호에 따라 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 경우에 해당하였고, 2013. 1. 1. 이후부터 비로소 기간제법 제4조 제1항 본문, 제2항에 따라 기간제근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 기간의 정함이 없는 근로자로 간주될 수 있게 되었지만, 위 규정들의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 2013. 1. 1. 이전부터 이미 형성되어 온 원고들의 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없다.”

91) 동 판결은 대법원(대법원 2012두8670)에서 상고장 각하로 확정됨

92) 두 판결 모두 항소심에서 소송 계속중임

## \*\* 갱신기대권을 부정한 판결

## 【대전지방법원 2016. 4. 21. 선고 2015구합104915 판결】

“기간제법 제4조 제1항, 제2항 규정의 내용과 체계, 기간제 근로계약의 남용방지를 통한 기간제 근로자의 지위 안정의 측면과 경기변동에 따른 사용자의 고용량 조정을 통한 노동시장의 유연성 제고라는 사용자 측의 이익을 조화롭게 추구하기 위한 기간제법의 입법 취지, 기간제법이 기간제 근로자의 총 사용기간을 원칙적으로 2년으로 제한할 뿐 기간제 근로계약의 재체결에 정당한 사유의 존재를 요구하거나 기간제 근로계약의 반복적 체결이 가능한 횟수를 제한하고 있지 않은 사정 등을 감안하면 재계약체결에 대한 갱신기대권이 인정되는 등 특별한 사정이 없는 한, 기간제법 시행 이후에 신규로 체결된 기간제 근로계약은 근로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것으로 예정되는 것이 보다 일반적인 모습이라 할 것이다. 이 사건에 있어서 통합 전 방문건강 관리사업과 통합 후 방문건강관리사업의 성격이나 업무의 내용이 유사하다고 하더라도 그와 같은 사정만으로 곧바로 이 사건 근로계약의 갱신에 대한 기대권이 발생한다고 보기는 어렵다. 즉, 이 사건에 있어서 기간제법의 적용을 받지 않던 통합 전 방문건강관리사업 하에서 1년마다 있어온 원고와 피고 보조참가인들 사이의 계약 갱신은 피고 보조참가인들을 비롯한 통합전 방문건강관리사업 종사자들을 2년을 초과하여 사용하여도 무기계약직 전환 대상이 되지 않음을 전제로 이루어진 것에 불과하여, 이를 이 사건근로계약의 갱신에 대한 기대권이 발생하는 사유로 삼는 것은 양 당사자, 특히 사용자의 객관적인 의사가 왜곡될 수 있어 부적절하다(그렇게 파악하지 않는다면, 기간제법의 적용을 받지 않는 예외조항을 둔 취지가 사실상 무의미해진다). 결국 위와 같이 기간제법의 적용을 받지 않던 시점의 계약갱신행위가 피고 보조참가인들에게 추상적인 사실상의 ‘기대’ 외에 무기계약직으로의 전환에 대한 ‘기대권’까지 당연히 내포한다고 하기 어렵다.

...(중략)...

기간제법의 시행으로 사용자가 2년의 기간 내에서 기간제근로자를 사용할 수 있고, 기간제근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 기간제근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되더라도, 위 규정들의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 기간제법의 시행만으로 시행 전에 이미 형성된 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없기는 하지만(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두12528 판결 참조), 이 사건에서 피고 보조참가인들은 기간제법 시행 이후에 채용된 것일 뿐만 아니라, 계약 갱신의 기대권이 인정되지 않는 점은 앞에서 본 바와 같다.”



## 제2절 기간제 근로계약 관련 판례

### 1. 사실상 무기계약으로 인정한 판례

가. 법원은 사용자가 연(年)단위 시간강사제도를 도입하면서 불이익이 없을 것을 약속하였고, **매년 절차 없이 형식적으로 계약서를 작성하는** 방법으로 재계약을 하여 왔다면 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정함

#### 【대법원 1994. 1. 11. 선고 93다17843 판결】

“원고들은, 1991. 3.까지 피고가 설치·운영하는 Y학교 언어교육연구원 한국어교육부에서 시간강사로 근무하여 왔는데 1986. 3. 3.부터 연단위 시간강사 임용규정시행세칙의 시행으로 그 후부터는 근로계약기간을 1년 단위로 정하여 순차 갱신하는 형식으로 근무해 오다가 그 마지막 1년 단위의 기간이 도과한 후 1991. 3. 21.경 피고가 원고들에 대하여 새 연단위 계약체결을 거절한 사실, 위 언어교육연구원에서는 당초 시간강사들에게 근로계약기간의 정함이 없이 그대로 근무하게 하여 오다가 소외 손○한이 원장으로 부임하여 연단위 시간강사제도를 도입하여 한국어교육부 연 단위 시간강사 임용규정시행세칙을 제정하고 1986. 3. 3.부터 이를 시행한 사실, 위 시행세칙의 시행으로 연단위 계약을 체결함에 따라 시간강사들이 약용을 우려하자 위원장 손○한이나 교육부장 소외 임○빈은 위 제도를 약용하거나 이로써 시간강사들에게 불이익을 주는 일이 없도록 하겠다고 다짐하였고...(중략)...시간강사들 측에서 재계약을 원하지 않는 사람을 제외하고는 그 의사에 반하여 계약갱신이 거절된 일은 없었던 사실, 또 그 절차에 있어서도 위 시행세칙 제7조 제1항, 제2항 규정과는 달리 시간강사가 계약만료 1월전에 서면으로 갱신 신청하는 등의 절차 없이 그 기간만료 후 매년 3. 20.경 피고 측이 계약서 용지를 배부하고 원고 등 시간강사들이 서명날인만을 함으로써 계약갱신이 이루어져 온 사실, 원고들이 체결한 마지막 임용계약기간은 1990. 3. 1.부터(다만 원고 백○선은 1990. 3. 2.부터) 1991. 2. 28.까지였는데 피고는 1991. 3. 20.경에 이르러 원고들을 포함한 13명의 재계약 탈락자를 발표하면서...(중략)...계약서에 앞으로 언어교육연구원의 발전을 저해시킨다고 생각하는 집단행동은 하지 않겠다는 내용을 추가로 기재하게 한 사실이 인정된다.

기간을 정하여 채용된 근로자라고 할지라도 장기간에 걸쳐서 그 기간의 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우에는 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 경우와 다를 바가 없게 되는 것이고, 그 경우에 사용자가 정당한 사유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효라고 할 것이므로...(중략)...원고들과의 계약기간 만료 후 계약 갱신을 거부할 만한 정당한 사유에 대한 입증이 없는 한, 피고가 원고들과의 시간강사 임용계약 갱신을 거절한 것은 정당한 사유 없는 해고와 다름이 없어 무효이다.”

제13장  
기간제  
근로계약

나. 법원은 시간강사의 계약이 매년 갱신되어 왔고, 노동조합에 가입한 근로자를 제외한

다른 근로자의 계약은 갱신되었으며, 사용자가 노동조합원에 대하여 계약갱신을 보장한 바 있다면 그 전에 계약갱신을 한 적이 없다고 하더라도 기간의 정함이 없는 계약으로 볼 수 있다고 인정함

【대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두9336 판결<sup>93)</sup>】

“앞서 1.의 나.에서 실시한 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 참가인 서××은 1991. 8. 1, 참가인 강××은 1995. 3. 1, 참가인 노××은 1999. 3. 3, 참가인 이××은 1997. 3. 1일부터 각 이 사건 학교의 시간강사로 위촉된 후 별다른 하자가 없는 이상 근로계약기간을 1년 단위로 정하여 순차 갱신하는 형식으로 근무하여 왔고, 원고로부터 강의배정을 받으면 원고에게 각종 준수사항을 지킬 것을 서약하는 내용과 강사위촉기간을 1년(매년 3월 3일부터 다음해 2월 28일까지)으로 하는 서약서에 서명하여 제출하는 방식으로 근로계약을 갱신하여 온 사실, 참가인 정○○과 마찬가지로 2000년에 시간강사로 채용된 정××, 차×× 등을 포함하여 4~5명의 경우에는 모두 2001년에도 강의시간을 배정받은 사실, 참가인 정○○은 근무기간이 1년 밖에 안되었지만 동료강사들로부터 실기지도력을 인정받고 학생들로부터의 평판도 좋아 노동조합에 가입하였다는 것 외에는 별다른 갱신거절의 사유도 없었던 사실, 또한, 원고가 2000. 10. 25 노동조합과 단체협약을 체결함에 있어 노동조합원에 대하여 2001학년도에 1타임(정규+실기) 이상을 보장한다고 한 사실을 알 수 있는 바, 사정이 이와 같다면, 원고와 참가인 정○○ 사이에는 별다른 하자가 없는 이상 계속 근무할 수 있다는 기대관계가 존속되어 왔다고 할 것이므로 원고와 참가인 정○○ 사이에 정한 근로계약 기간은 단지 형식에 불과하게 되어 사실상 기간의 정함이 없는 근로자와 다를 바가 없게 되었다고 볼 여지가 많다고 할 것이다.”

다. 법원은 일용직 계약을 하고 4대보험에 미가입한 택시기사에게 사직서에 서명을 받거나 승무정지의 징계를 한 것은 계속적으로 근무하는 근로자임을 전제한 것으로 보이고, 정규직과 업무 및 근무조건도 별다른 차이가 없는 경우 사실상 무기계약에 해당한다고 인정함<sup>94)</sup>

93) 원심(서울고등법원 2003. 7. 11. 선고 2002누13446 판결)에서는 참가인 정○○이 미술부 시간강사로서 1년의 위촉 기간이 기간이 만료된 사실이 있을 뿐 위촉기간이 한번도 갱신된 적이 없어 장기간에 걸쳐서 그 기간의 갱신이 반복되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 되는 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였음

94) 그러나 최근 고등법원(서울고등법원 2015. 11. 19. 선고 2015누49605 판결, 동 사건은 대법원 2016. 3. 10.자 2015두59501 판결에서 심리불속행 기각으로 확정됨)은 84회에 걸쳐 일용직 근로계약을 체결한 자(호텔에서 식자재 세척 등 주방 보조 업무 수행)에게 “기간제법은 기간제근로자의 사용기간의 상한에 관하여 정할 뿐 그 하한에 관하여는 아무런 정함이 없을 뿐만 아니라 근로자가 수행하는 업무의 성격에 따라 사용기간을 달리 정하고 있지도 않으므로, 설령 참가인이 수행한 주방 보조 업무가 상시적·지속적 업무라고 하더라도 그러한 사정만으로 원고가 참가인과 사이에 체결한 일용 근로계약이 기간제법의 취지에 위배된다고 할 수 없고, 원고가 오로지 해고를 용이하게 하거나 해고 절차를 거치지 않을 목적으로 일용근로계약을 체결하였다고 볼 만한 사정도 보이지 않는다. 원고가 참가인을 상당 기간 계속하여 고용하였다고 하더라도 ‘참가인이 일용근로자에 해당한다’고 주장하는 것이 신의칙에 반하는 것이라고 볼 수도 없다.”고 판시하여 상당기간 상시적·지속적업무에 일용직으로 근로계약을 체결한 것을 기간의 정함이 없는 근로계약으로 보지 않았고, 근로자가 수행한 주방 보조 업무는 비교적 단순한 업무이므로 동일한 근로자가 계속적으로 수행할 필요가 있다고 보기 어려운 점, 근로계약서뿐만 아니라 취업규칙 등에서도

【서울고등법원 2010. 4. 8. 선고 2009누16505판결<sup>95)</sup>】

“참가인은 원고 회사와 사이에 일용직근로계약을 체결함에 따라 4대 보험에 가입되지 않고 운송수입금 이외에 따로 월급을 지급받지 않았을 뿐, 정규직 택시기사들과 근무조건에 있어서 별다른 차이가 없이 2년에 가까운 기간 동안 계속 출근하여 근무해왔고, 담당업무도 동일한 점, 원고 회사가 참가인으로부터 사직서에 서명을 받거나 참가인에 대하여 승무정지의 징계를 한 것은 참가인이 계속적으로 근무하는 근로자임을 전제한 것으로 보이는 점 등에 비추어 참가인과 원고 회사 사이의 근로관계의 실질을 따져 보면, 참가인과 원고 회사 사이의 일용근로계약은 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과한 것으로 보이므로, 참가인은 원고 회사에 사실상 기한의 정함이 없이 계속적으로 고용된 근로자로 봄이 상당하며, 또한 위 인정사실에 의하여 알 수 있는 바와 같이 원고 회사가 2008. 4. 경 일용직 근로자를 모두 정규직으로 전환하면서 일용직 기사제도를 폐지함에 따라 이 사건 재심판정 당시 참가인으로 하여금 일용직 근로자로서의 원직복직을 명하는 내용의 구제명령은 실현 불가능한 것으로 되었다고 하더라도, 참가인이 원고 회사에 사실상 기한의 정함이 없이 계속적으로 고용된 근로자로 보는 이상 이 사건 재심판정의 구제이익 역시 인정된다고 할 것이다.”

라. 법원은 매년 근로계약이 갱신되었고, **공익적 사업으로서 보건복지부 장관이 공문으로 사업의 계속을 요청하였으며 국가의 재정적 지원도 계속될 수 있어서** 사용자의 사업반납신청만 없었더라면 근로자들과의 고용관계가 유지될 수 있었던 것으로 보이는 경우 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정함

## 【대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결】

“① 원고 법인이 영위하는 사업은 시각장애인들의 재활훈련과 복지혜택을 목적으로 하는 공익적인 사업으로서, 원고 법인은 위 사업과 관련하여 장애인직업재활기금 사업수행기관으로 지정받아 그 운영비와 인건비 전액을 국가로부터 장애인직업재활기금 명목으로 지원받는 점, ② 보건복지부장관은 연말 공문을 통하여 원고들에게 이 사건 사업과 관련한 계약직 직원들에 대하여 인력의 전문성을 제고하는 차원에서 특별한 사정이 없는 한 재계약을 체결하여 계속 고용 관계를 유지하도록 협조 요청해온 점, ③ 보건복지부장관은 원고들의 사업반납요청에 대하여도 이 사건 사업의 공익성과 특수성을 고려하여 처음에는 이를 반려하는 등 계속사업의 필요성이 있는 것으로 보았고 그에 따라 국가로부터의 재정적인 지원도 계속될 수 있었던 점, ④ 2002년 이전에 고용된 참가인들을 비롯한 근로자들은 해마다 별다른 문제 없이 근로계약 갱신을 하여 왔고, 원고들의 위 사업반납신청만 없었다면 참가인들은 고용관계를 계속 유지할 수 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 정부예산으로 적립하기로 한 퇴직금이 원고들이 주장하는 근로계약기간

일용근로자의 근로계약 갱신에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않은 점, 근로자의 실적이나 업무 수행 능력을 일정한 기준에 따라 평가하여 일용근로계약의 갱신 여부를 결정한 것으로 보이지 않는 점 등을 함께 고려하여 보면, 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정되지 않는다고 봄이 상당하다고 판단하였음

95) 대법원(대법원 2010. 7. 8.자 2010두8218 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

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 고용 관계가 지속될 것이라는 기대를 가지고 있었던 점 등의 제반 사정을 종합하여 보면, 비록 참가인 등은 1년이라는 계약기간을 정하여 채용된 근로자들이라 할지라도 사실상 그 기간의 정함이 형식에 불과하여 실질적으로 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었다고 보인다.”

마. 법원은 **근로자의 능력과 자질을 점검하여 정규직 근로자를 선별하기 위하여 계약직 근로자를 채용**한 것이고, 그간 계약직 근로자들이 모두 정규직 근로자로 채용되었으며, 계약기간 만료를 이유로 퇴직한 근로자가 없었다면 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정함

【서울고등법원 2005. 10. 12. 선고 2005누10769판결<sup>96)</sup>】

“설령 참가인이 2002. 11. 30. 원고들과 사이에 근로계약기간을 1년으로 정한 근로계약서를 작성한 것이 사실이라고 하더라도, …(중략)… 원고들과 이○○, 정○○(모두 참가인의 이사회 및 운영위원회가 2003. 6. 19. 징계파면하기로 결의한 근로자들인데, 참가인의 주장에 의하면 위 근로자들만이 2002. 11. 30. 참가인과 사이에 기간을 정한 근로계약을 체결하였다는 취지이다)을 제외한 나머지 근로자들은 참가인과 사이에 원고들과 같은 내용의 임시직 근로계약을 체결하고 근무하여 오다가, 2002. 11. 30. 재계약 부적격자로 인정된 소위 민○○을 제외하고 모두 새로운 근로계약을 체결하여 정규직 근로자로 채용된 사실, 그 후 참가인의 근로자들 중 2003. 11. 30. 1년의 계약기간이 만료되었다는 이유로 퇴직한 근로자는 한명도 없는 사실을 인정할 수 있는데, 이러한 사정에 비추어 보면, 참가인이 근로자들과 최초로 임시직 근로계약을 체결함에 있어 수습 기간을 설정한 취지는 채용한 근로자들의 능력과 자질을 점검한 다음 정규직 근로자를 선별하기 위하여였던 것이고, 그 후 임시직 근로기간이 종료한 후 재계약 적격자로 인정된 근로자들과는 정식 근로계약을 체결하여 정규직 근로자로 채용한 것이라고 보아야 할 것이므로, 참가인과 원고들 사이에 작성된 근로계약서에 근로계약기간이 기재되었다 하더라도 그것은 단지 형식에 불과하다고 보아야 한다.”

바. 법원은 근로자의 업무가 병원의 **상시적 필수업무**이고, 단기간을 정하여 고용해야 할 객관적 사유가 없으며, 근로계약에 자동연장조항이 있어 그간 **재계약에 관한 절차 없이 자동적으로 계약이 갱신**되었고, 계약기간 만료를 이유로 퇴사한 근로자도 없다면 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정함

96) 대법원(대법원 2006. 2. 24.자 2005두14806 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2009. 9. 24. 선고 2009누8542 판결<sup>97)</sup>】

“참가인이 약사로서 원고 병원에서 담당하는 조제 업무는 원고 병원의 상시적 필수 업무로서, 달리 원고가 참가인을 1년이라는 단기간으로 그 근로관계의 존속기간을 정하여 고용해야 할 객관적인 사유(예컨대, 결원의 임시보충의 필요성)를 전혀 찾아볼 수 없는 점, 원고가 직원을 채용하면서 체결하는 근로계약에는 특약사항으로 ‘근로계약은 매년 체결하지 않고, 특별한 사유가 없는 한 자동 연장된 것으로 본다’고 규정하고 있는 점, 원고는 모든 직원을 1년의 기간을 정하여 채용하고 1년간의 기간이 만료되더라도 재계약에 관한 절차 없이 자동적으로 갱신되었으며, 그동안 근로계약기간 만료로 근로관계가 종료된 직원이 없었던 점 등 제반 사정에 비추어 보면, 원고와 참가인 사이에 체결된 근로계약에서 정한 기간은 단지 형식에 불과하여 참가인은 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었다고 보아야 할 것이므로 참가인에 대한 이 사건 근로계약기간 만료통지는 실질적으로 해고에 해당한다고 보아야 할 것이다.”

사. 법원은 별다른 논의 없이 형식적으로 근로계약을 갱신하였고, 근로자가 **담당한 업무가 전문성을 띠고 있어서 계약갱신의 기대를 가지고 있었다면** 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정함

## 【대법원 2007. 9. 7. 선고 2005두16901 판결】

“원심은 피고 보조참가인과 유○○(이하 ‘참가인 등’이라 한다)이 원고 회사와 근로계약을 맺은 이래, 원고 회사가 주식회사 어문○○에게 원고 회사의 교열 업무를 도급하고(이른바 아웃소싱), 이에 따라 교열부를 폐지하기로 하는 원고 회사 방침이 정해지기 전까지는 별다른 문제없이 3회에 걸쳐 근로계약갱신을 하면서 교열업무에 종사하여 왔고, 원심은 …(중략)… 원고 회사는 계약갱신을 할 때마다 임금조건 등의 근로조건에 대하여 별다른 논의 없이 참가인 등으로부터 갱신근로계약서에 서명을 받고 계약갱신을 하여 왔으며, 참가인 등은 업무의 특성상 전문성이 인정되어 자신들의 근로계약이 계속 갱신될 것으로 기대를 가지고 있었던 점을 종합하여, 원고 회사와 참가인 등 사이에 체결된 근로계약에서 정한 기간은 단지 형식에 불과하여 참가인 등은 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었고, …(중략)… 참가인 등은 기간의 정함이 없는 근로자로 보고, 해고에 해당하는 이 사건 근로계약의 갱신거절이 정당한 이유가 없는 것이라고 본 원심의 판단은 정당하다.”

아. 법원은 근로계약이 **장기간 반복 갱신**되었으며, 계약직에서 일반적으로 **승진한 전례**가 있는 경우 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정함

97) 1심 판결(서울행정법원 2009. 9. 24. 선고 2008구합35835 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2009. 12. 24.자 2009두18509 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2005. 7. 7. 선고 2004누14597 판결<sup>98)</sup>】

“원고 위원회가 1997. 11. 1. 참가인을 계약직으로 고용한 이래 이 사건 대기발령이 있기 전까지 5차례에 걸쳐 고용계약을 계속해서 갱신해왔음은 앞서 본 바이고, 참가인과 같은 무렵에 계약직으로 고용된 근로자 중에는 일반직으로 승진하기까지 한 전례가 있음에 비추어 볼 때 참가인의 경우에 장기간에 걸쳐서 매년 근로계약이 반복하여 갱신되어 그 정한 기간이 단지 형식에 불과한 경우에 해당한다 할 것이므로 사실상 기간의 정함이 없는 근로자와 다를 바가 없다 할 것이다. …(중략)… 참가인이 원고 위원회의 주장과 같이 상급자의 지시를 충분히 파악하지 못하고 불성실한 근무태도를 보인 부분이 있다하더라도 그러한 점이나 새로운 근무평정제도를 도입한 결과가 최하위라는 점만으로 참가인이 원고 위원회에서 일할 수 없을 만큼 직무수행능력이 현저히 부족하다고 단정할 수 없다 할 것이어서 이 사건 대기발령 및 직권면직을 한 것은 재량권의 일탈·남용이 아니라 할 수 없다.”

자. 법원은 근로계약이 5회에 걸쳐 형식적으로 갱신되었고, 추천제로 임명된 대학교 직장예비군지휘관에 대하여 연령정년만을 적용하는 국방부의 관행이 인정되며, **국방부 훈령에 근속정년 5년이 규정되어 있으나 사용자가 5년 기한이 도과한 후에도 근로자와 계약갱신을 하였으며, 노동위원회의 재심과정에 이르러서야 위 근속정년 주장을 하였다면** 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정함

【대법원 2013. 2. 14. 선고 2011두24361 판결<sup>99)</sup>】

“원심판결 이유에 의하면, 원심은, ① 원고가 1년 단위의 근로계약을 체결하기는 하였으나 근로계약서도 매년 작성하지 않았을 뿐 아니라, 그 계약서 내용도 매우 간명하여 원고와의 근로관계 전반을 정하고 있다고 하기 어렵고 이 또한 5회에 걸쳐 계속적으로 갱신하였던 점, ② 원고가 수행한 예비군지휘관으로서의 업무는 그 성격이 한시적이지 않고 법령에 의하여 반드시 있어야 하는 상시적, 지속적 업무에 해당하는 점, ③ 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고 하다) 대학교의 계약직 재계약율이 52%에 불과하다고 하더라도 원고는 ‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’상 근로기간 제한 규정의 적용을 받지 않는 예비군지휘관이라는 특수한 지위를 가지고 있으므로 원고와의 근로계약 갱신 여부를 일반 계약직 직원의 경우와 같이 실질적으로 심사하였다고 하기 어려운 점과 함께, 국방부훈령의 성격 및 그 내용과 추천제로 임명된 대학교 직장예비군지휘관에 대하여 연령정년만을 적용하던 국방부의 관행, 이 사건 근로계약 최초 체결 당시 상황과 그 뒤의 갱신과정, 이 사건 소송에 이르기까지 참가인이 취한 태도 등을 종합하면, 이 사건 근로계약은 원고가 예비군지휘관으로서의 지위를 유지하는 것을 전제로 하는 기간의 정함이 없는 근로계약으로 5년 기한의 제한을 받지 아니하므로 참가인의 이 사건 갱신거절은 사실상 해고에 해당하고, 원고에게 참가인과의 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 책임 있는 사유가 있다고 할 수 없으므로 참가인의 이 사건 갱신거절을 부당하다고 판단하였다.

98) 대법원(대법원 2005. 11. 25.자 2005두9217 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 잘못이 없다”

차. 법원은 사용자가 근로계약기간이 기재되어 있지 않은 근로계약서를 교부하고, 추후 임의로 근로계약기간을 기입하고 근로자에게 교부하지도 않은 경우, 사용자가 기간의 정함이 있는 근로계약에 대하여 입증하지 못한다면 기간의 정함이 없는 근로계약을 인정함

【서울고등법원 2013. 12. 10. 선고 2013누23364 판결<sup>100)</sup>】

“가) 해고란 실제 사업장에서 불리우는 명칭이나 그 절차에 관계 없이 근로자의 의사와는 무관하게 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것을 의미하고(대법원 1993. 10. 26. 선고 92다 54210 판결 등 참고), 부당해고구제 재심판정을 다투는 소송에서 해고의 정당성에 관한 증명책임은 이를 주장하는 자가 부담한다. 따라서 참가인이 이 사건 통지가 부당해고에 해당한다고 주장함에 대하여 원고가 참가인과의 근로관계가 근로계약기간의 만료로 적법하게 종료되었다고 주장하는 이 사건에서, 원고가 이 사건 계약이 1년이라는 기간의 정함이 있는 근로계약이라는 점을 증명하여야 한다.

나) 원고의 주장사실에 부합하는 듯한 증거로 진○○이 작성한 진술서(갑 제10호증), 보충 후 근로계약서(갑 제2호증의1)가 있기는 하나, 진○○이 보충 전 근로계약서를 변조하는 등의 혐의로 약식기소된 점, 진○○이 원고의 인사담당 직원인 점 등에 비추어 이를 선뜻 믿기 어렵고, 앞서 본 바와 같이 보충 후 근로계약서는 참가인에게 교부되거나 그 내용이 별도로 고지되지 아니하여 그 효력을 인정할 수 없다. 원고의 상당수 근로자들이 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결하고 입사한 지 1년 이내에 퇴사하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로 참가인과의 근로계약 역시 기간의 정함이 있는 근로계약이라고 단정하기도 어렵다.

다) 또한 원고의 취업규칙 제11조 제1항이 근로계약기간의 정함이 있는 경우 외에는 그 기간을

99) \* 동 사건 개요:

- 원고(근로자)는 육군 중령으로 전역 후 '03. 12. 31.부터 K대학교 소속 직장예비군 연대장으로 근무해 오다가 '09. 12. 30. 계약갱신이 거절된 자임
- 국방부는 '03. 9. 1. 대학직장예비군지휘관 임명방식을 '대학 추천'에서 '국방부 경쟁선발'로 변경하고, 근속기간을 정년 60세 또는 5년으로 제한하기로 결정함(다만, 시행 과도기인 '03. 9. 1. ~ '03. 12. 31.까지는 기존 방식 유지)
- 기존의 대학추천방식으로 임명된 원고는 '03. 12. 31.부터 6년 동안 매년 1년 단위의 근로계약을 K대학교와 체결하였는데, 5회 갱신하는 동안 실제 근로계약서가 작성된 경우는 2회에 불과하였음
- 원고는 '09. 11. 19. 국방부훈령 등에 근거하여 K대학교에 정규직 전환과 미지급 임금(1.8억)을 요구하였는데, K대학교는 “정규직 전환은 불가하나, '10년도 근로계약 연장은 가능”하다는 답변을 하였음
- 원고가 '09. 11. 24. 차별적 처우 시정 및 정규직 전환 요구의 내용증명을 발송하자 K대학교는 '09. 12. 29. 국방부에 신규 지휘관 추천을 요청하고 '09. 12. 30. 원고에게 계약갱신 거절을 통보하였음

\* 관계 법령:

- 예비군지휘관 인사관리에 관한 훈령('09. 8. 17. 국방부훈령 제1147호)
  - '03. 9. 1. 당시 총학장 추천에 의해 임명된 대학직장예비군지휘관은 임기를 보장(연령정년)한다(제21조 제4항)
  - 각 대학직장예비군지휘관의 신분은 정규직으로 한다(제31조 제2항)
  - 직장예비군 연대장의 근무상한연령 60세, 근속기간 5년 중 먼저 도래하는 기간에 퇴직한다(제34조)

1년으로 정하고 있기는 하다. 그러나 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’이라 한다) 제2조 제1호, 제4조, 근로기준법 제23조 등의 규정 내용 및 그 전체적 취지에 비추어 볼 때, 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 기간제근로자 등의 경우에 기간제법의 적용을 받아 2년 이내의 계약기간이 만료되면 근로관계가 종료되나, 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자의 경우에는 근로기준법 제23조가 적용되어 사용자는 정당한 사유가 없는 이상 근로자에 대하여 해고 등 불이익 처분을 할 수 없다. 따라서 위 취업규칙 규정은 기간의 정함이 없는 근로계약의 계약기간을 모두 1년으로 보아 근로기준법 제23조의 해고보호조항 적용을 배제하는 것이어서 근로기준법 등에서 정한 기준에 미달하므로, 근로기준법 제96조 제1항에 비추어 그 효력을 인정하기 어렵다.”

## 2. 갱신기대권이 인정된 판례

가. 법원은 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에 **일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정이 없더라도** 근로계약의 내용과 체결동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 **근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우** 갱신기대권이 인정될 수 있다고 봄

### 【대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결】

“기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신거절의 의사표시가 없어도 그 근로자는 당연 퇴직되는 것이 원칙이다. 그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 할 것이다.

① 위 조례는 서울특별시로부터 장애인콜택시의 관리 등을 위탁받은 수탁자가 다시 이를 제3자

100) 1심 판결(서울행정법원 2013. 7. 11. 선고 2012구합23525 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 4. 30.자 2014두2768 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



에게 재취탁하는 경우 그 계약기간을 1년 단위로 하도록 규정하고 있고 이에 따라 이 사건 계약도 그 기간을 1년으로 정하였으나, 서울특별시의 장애인콜택시 운영계획에는 계약기간을 1년 단위로 갱신하도록 하면서 그 취지가 부적격자의 교체에 있음을 명시하고 있는 점, ② 이 사건 장애인콜택시 사업은 중증장애인의 이동수단 확보를 위해 지속적으로 운영될 필요가 있어 위 사업을 한시적·일시적 사업이라고 볼 수 없으며, 서울특별시 역시 위 운영계획에서 사업의 확대운영을 검토하고 있음을 알 수 있는 점, ③ 참가인은 이 사건 계약을 포함한 운전자들과의 위·수탁계약에서 계약기간 동안 운전자들의 운행실적 등을 감안하여 필요하다고 인정할 때에는 위탁기간을 연장할 수 있고, 계약기간 만료 30일 전까지 상호 서면으로 이의가 없을 때에는 계약은 동일한 조건으로 자동연장된다는 규정을 둔 점, ④ 참가인은 이에 따라 그 소속 운전자들에 대한 위탁기간이 만료될 무렵인 2003년 11월경 심사항목 및 배점, 갱신 기준 점수 등 이 사건 심사기준표를 정하여 운전자들을 심사하여 갱신 기준 점수인 총점 70점 이상인 자들에 대해서 전원 계약기간을 연장하였는데, 참가인이 정한 심사기준은 1일 콜 회수, 교통법규 위반 등 평가자의 주관적인 판단이 개입될 여지가 없는 내용으로 이루어져 있어 참가인 소속 운전자들 사이에 위 심사기준에 따른 심사 결과 갱신 기준 점수 이상의 점수를 얻게 되는 경우에는 특별한 사정이 없는 이상 계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있다고 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 참가인과 그 소속 운전자들 사이에는 소정의 심사절차를 거쳐 일정 기준 이상의 성적을 얻게 되면 계약이 갱신되는 것으로 하기로 하는 약정이 성립하였거나, 적어도 원고들을 비롯한 참가인 소속 운전자들에게 기간제 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정된다고 봄이 상당하다.”

나. 법원은 **단체협약이 실효된 후에도 단체협약의 재계약 요건에 관한 부분은 근로계약의 내용으로 남아 있으므로**<sup>101)</sup>, 근무성적평정에 의하여 재계약을 체결해 온 관행이 인정되고, **계약직 인원을 감축할 필요성이 없는 경우에는 갱신기대권이 인정될 수 있다고 봄**

101) 단체협약이 실효되었다고 하더라도 임금, 퇴직금이나 노동시간, 그 밖에 개별적인 노동조건에 관한 부분은 그 단체협약의 적용을 받고 있던 근로자의 근로계약의 내용이 되어 그것을 변경하는 새로운 단체협약, 취업규칙이 체결·작성되거나 또는 개별적인 근로자의 동의를 얻지 아니하는 한 개별적인 근로자의 근로계약의 내용으로서 여전히 남아 있어 사용자와 근로자를 규율하게 된다고 할 것인데(대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51758 판결), 본 사건의 단체협약 제24조 ‘비정규직의 재계약에 대하여 본인이 계속 근무를 원할 시에는 근무성적 평점에 의하여 계약기간에 관계없이 계속 근무하게 할 수 있다’는 규정이 근로조건에 관한 것이어서 단체협약이 실효된 후에도 개별적인 근로계약의 내용으로 남아 구속력을 가지는지에 관하여, 원심은 “근로계약기간은 단지 근로계약의 존속기간에 불과할 뿐 ‘근로관계에 있어서 임금·근로시간·후생·해고 등 근로자의 대우에 관하여 정한 조건’을 의미하는 근로기준법 소정의 ‘근로조건’에는 해당하지 않는다(대법원 1996. 8. 29. 선고 95다5783 판결 참조)”고 본 대법원 판결을 들어 부인하였으나, 대법원은 “**단체협약 중 재계약 내지 계약 갱신의 요건 및 절차에 관한 부분**”도 근로조건에 해당한다고 보아 긍정하였는데, 이는 종전에 “해고사유 및 해고절차”를 근로조건으로 본 대법원 판결(대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51758 판결)과 일맥상통하는 것이라 보여짐

한편, 재계약 내지 근로계약 갱신에 대한 규정을 근로조건에 관한 것이므로 취업규칙에 해당된다고 본 판례들이 있음 [근무평정의 결과에 따라 재계약 및 임금인상 등 근로조건이 결정되므로 근무평정지침은 근로기준법 소정의 취업규칙에 해당한다고 본 판례(대법원 2010. 4. 15.자 2010두2975 심리불속행 기각 판결)] ; 계약직 직원의 임용과 근무성적 평가, 근로계약 갱신 등에 관하여 규정하고 있는 단시간 근로자 운용지침과 계약직원 운용지침은 모두 계약직 근로자의 근로조건에 관한 준칙의 내용을 정한 것이어서 취업규칙에 해당한다고 본 판례(대법원 2009. 10. 15.자 2009두10598 심리불속행 기각 판결)]

【대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두2665 판결<sup>102)</sup>】

“원심이 인정한 사실과 기록에 의하면, 참가인 이○○은 2000. 10. 9.계약기간을 1년으로 정하여 원고의 계약직 직원으로 고용된 이래 매년 재계약을 체결하여 2006. 10. 8.까지 근로관계를 유지해 왔고, 참가인 이○○ 2000. 11. 21. 계약기간을 1년으로 정하여 원고의 시간제 업무보조원으로 고용된 이래 매년 재계약을 체결하여 2006. 11. 14.까지 근로관계를 유지해 온 사실, 원고의 ‘계약직 직원 운용규정’과 ‘시간제 업무보조원 운용준칙’(이하, 양자를 합하여 ‘이 사건 규정’이라고 한다) 및 원고와 위 참가인들 사이에 작성된 근로계약서에 의하면 계속 근로기간이 5년을 초과하지 못하도록 정해져 있는 사실, 그런데 2003. 7. 31.원고와 노동조합 사이에 체결된 단체협약(이하 ‘이 사건 단체협약’이라고 한다) 제24조는 ‘비정규직의 재계약은 시간제 업무보조원의 준칙과 계약직규정에 의하되 본인이 계속 근무를 원할 시에는 근무성적 평점에 의하여 계약기간에 관계없이 계속 근무하게 할 수 있다’고 정하였고, 이에 따라 원고는 위 참가인들을 포함하여 5년을 초과하여 근무한 기간제근로자들에 대해서도 근무성적 평점에 따라 재계약을 체결하여 온 사실, 이후 이 사건 단체협약은 2006. 9. 10.자로 실효된 사실 등을 알 수 있다. 이에 의하면, 이 사건 단체협약 제24조는 계약기간이 만료한 근로자가 재계약을 원할 경우 이 사건 규정이나 근로계약에서 정한 계속 근로기간 한도 규정의 적용을 배제하여 총 근로기간과 관계없이 근무성적 평점에 의하여 재계약할 수 있도록 한 것으로서 이는 재계약 요건 등에 관한 사항을 정한 것이므로, 이 사건 단체협약의 실효에도 불구하고 새로운 단체협약이 체결되거나 개별적인 근로자의 동의를 얻지 아니하는 한 원고와 위 참가인들 사이의 근로계약의 내용으로서 유효하게 존속한다고 하겠고, 그렇다면 이 사건 규정 및 원고와 위 참가인들 사이의 근로계약 내용 중 계속 근로기간을 5년으로 한정함으로써 재계약 체결을 제한하고 있는 부분은 이 사건 단체협약 제24조보다 미달되는 근로조건을 정한 것이어서 그 효력을 인정할 수 없다고 할 것이다.

또한 기록에 의하면 이 사건 규정과 이 사건 단체협약 제24조 등은 근무성적 평점을 재계약 여부를 결정하는 기준으로 규정하고 있는데, 이 사건 규정은 근무성적평정의 시기, 방법, 절차 등에 관하여 비교적 상세한 내용을 정하고 있고 그에 의하면 재계약기준이 되는 평점을 70점으로 명시하고 있는바, 원고는 근무성적 평점이 위 재계약기준에 해당하는 근로자들에 대하여 특별한 사정이 없는 이상 재계약을 체결하여 왔고 이 사건 단체협약이 실효되기 전에는 5년을 초과하여 근무한 근로자들과도 재계약을 체결하여 온 점, 원고는 인력관리의 유연성 제고 및 생산성 향상 등의 이유로 계약직 직원 및 시간제 업무보조원 등 기간제근로자를 채용하면서 전체 직원 중 기간제근로자의 구성 비율을 일정 정도로 유지하여 왔고, 이 사건 재계약 거절 당시 특별히 그 인원을 감축할 필요가 있었던 것은 아닌 점 등을 알 수 있으므로, 이 사건 단체협약 제24조의 적용을 받는 위 참가인들에 대해서는 이 사건 규정 및 근로계약서 상의 계속근로기간의 한도 규정과 관계없이 근무성적 평점 결과 재계약기준에 해당하는 점수를 받으면 재계약될 수 있다는 합리적이고 정당한 기대권이 인정된다고 할 것이다.”

102) 파기환송 후 고등법원(서울고등법원 2011. 11. 16. 선고 2011누27089 판결)에서 확정됨

다. 법원은 업무수행실적을 평가하여 계약 연장시에 반영하는 규정이 있고, **업무가 상시적·계속적이며, 계약직 직원 대다수와 계약을 갱신한 관행**이 있고, 공공기관 스스로가 시에 계약직 직원의 무기계약 전환을 건의하기도 한 경우에 갱신기대권이 인정될 수 있다고 봄

【대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8225 판결】

“원심은 그 채택 증거들을 종합하여 판사와 같은 사실을 인정한 다음, ① 피고 보조참가인의 계약직 직원 규정에 “사업이 종결되지 않는 한 채용기간을 연장할 수 있고, 이사장은 계약직 직원의 근무상황과 업무수행실적을 정기 또는 수시 평가하여 계약의 연장 시에 이를 반영할 수 있으며, 계약직 직원에 대해서도 근무연수가 25년 이상인 경우에 장기근속 수당을 지급하여야 한다.”고 규정하고 있는 등 관련 규정상 계약직 직원의 계약 갱신이 예정되어 있는 사정, ② 원고가 담당하고 있는 물리치료 업무는 이 사건 복지관의 주요 업무 중의 하나이고, 노인복지법령에도 노인종합복지관의 필수적 업무로 규정되어 있어 상시적, 계속적 사업의 성격을 가지고 있는 사정, ③ 피고 보조참가인은 재계약 의사가 있는 계약직 직원 대다수의 계약을 갱신해 왔고, 계약직 직원의 직무가 더 이상 존속하지 않아 재계약을 체결하지 못한 경우에도 일용직 직원으로 재채용하였던 사정, ④ 피고 보조참가인 스스로 계약직 직원을 무기계약 전환 대상에 포함시키지 않은 ○○○의 지침이 부당하다며 ○○○장에게 계약직 직원들도 무기계약 전환 대상에 포함시키는 방안을 건의하였던 사정 등에 비추어 보면, 원고에게는 담당업무 자체가 폐지되지 않는 한 피고 보조참가인과의 이 사건 근로계약이 갱신될 것이라는 데 대한 합리적이고 정당한 기대권이 인정된다고 판단하였다.

원심은 나아가, 사용자인 피고 보조참가인이 기존 직원들의 동의절차를 거치지 않음은 물론 기존 직원들에게 가점을 주는 것에 대하여 구체적인 기준도 마련하지 않은 채, 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정되는 원고에게 재계약 절차가 아닌 공개채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서, 공개채용절차에 응시하지 않았다는 이유만으로 원고와의 이 사건 근로계약의 갱신을 거절한 것은 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것으로서 부당해고에 해당한다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 기간을 정한 근로계약 및 부당해고에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.”

라. 법원은 시의 **보훈복지사**에 대하여 매년 **근무성적을 평가하여 그 결과를 재계약 및 보수 등에 반영하도록 규정**하고, 매년 갱신절차 없이 근로계약을 갱신하여 왔으며, 업무가 상시적인 경우 갱신기대권 인정함

【서울고등법원 2012. 8. 16. 선고 2012누7570 판결<sup>103)</sup>】**“1) 이 사건 근로계약이 기간의 정함이 없는 것인지 여부**

다음과 같은 사정, 즉 ① 인천보훈지청은 참가인과 근로계약을 체결하면서 매년 채용형태를 ‘계약제’로 하고 계약기간을 근로계약서에 명시하였던 점,

② 참가인은 국가보훈기본법 제19조 제2항에 근거한 국가보훈대상자 노후복지서비스 규정에 따라 매년 1년 단위로 근로계약을 체결하는 것으로 예정되어 있었던 점, ③ 참가인과 같은 보훈복지사는 기간제법 시행령 제3조 제2항 제3호에서 정한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유인 보훈도우미 등 복지지원인력에 해당되는 점 등을 종합하면, 이 사건 근로계약에서 정한 계약기간의 정함이 단지 형식에 지나지 않는 것으로 보기는 어렵다.

**2) 참가인에게 재계약의 정당한 기대권이 인정되는지 여부**

다음과 같은 사정, 즉 ① ‘무기계약 및 1년 이상 기간제근로자 관리규정’ 제16조에서 채용권자는 평가시기(매년 12월 31일)가 도래하면 근무성적을 평가하여야 하고, 근무성적 평점결과에 근로의 재계약 및 보수 등의 인사운영에 반영할 수 있도록 규정하고 있는 점, ② 참가인은 2008. 9. 1. 인천보훈지청에 입사한 이후 별다른 갱신 절차를 거치지 아니하고 매년 근로계약을 갱신했던 점, ③ 국가보훈처가 운영하는 노후복지서비스는 그 업무의 특성상 일정 인원의 근로자가 상시 필요한 것인데다가, 인천보훈지청은 노후복지서비스 업무의 증가로 2010년에 참가인 외 1명의 보훈복지사를 추가로 채용하였고, 2011년에도 2명의 보훈복지사를 채용한 것으로 보아 노후복지서비스의 전체적인 업무량은 일정 수준을 유지하고 있었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 참가인에게 기간제 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정된다고 봄이 상당하다.”

마. 법원은 정부의 비정규직에 대한 정규직 전환방침을 충실히 수행할 위치에 있는 공기업에서, 업무수행실적을 계약 연장시 반영할 수 있는 규정이 있고, 근로자의 업무 계속성이 인정되며, 노사간에 그에 관한 강한 공감대가 있었던 경우에는 갱신기대권을 인정할 수 있다고 봄<sup>104)</sup>

## 【서울고등법원 2010. 11. 26. 선고 2010누11674 판결】

**“1) 원고와 참가인 사이의 근로계약이 기간의 정함이 있는 근로계약인지 여부**

...(중략)... 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고는 ‘비정규직’과 달리 정년이 보장되지 않은 ‘계약직’을 두고 있는데, 계약직 직원들의 임용조건, 임용절차, 보수 등 근로조건에 대하여는 계약직 직원규정 및 시행내규를 별도로 마련하여 이에 근거하여 처리하여 온 점, ② 원고의 계약직직원

103) 1심 판결(서울행정법원 2012. 2. 3. 선고 2011구합31642 판결)을 인용함

104) 그러나 충청남도 교육청 사건에서는 교육청이 그 소속기관에 하달한 추진계획은 모든 기간제근로자를 무기계약직으로 전환하라는 내용이 아닌 평가기준을 충족하는 경우 무기계약으로 전환하라는 것에 불과하여 취업규칙이라고 볼 수 없어 이를 따르지 않은 것이 재량권을 일탈남용한 것이라고 보기 어렵다고 판단하기도 하였음(서울고등법원 2015. 1. 21. 선고 2014누49219 판결)[1심 판결(서울행정법원 2014. 4. 17. 선고 2013구합23072 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 5. 14.자 2015두37846 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

규정에는, 계약직 직원의 채용기간은 3년의 범위 내에서 이사장이 정하는 바에 따르고, 채용기간을 연장하고자 할 경우에는 인사위원회의 의결을 거쳐 재계약할 수 있다고 규정되어 있는 점, ③ 원고와 참가인 사이에 작성된 계약직 직원 채용계약서에 계약기간이 명시되어 있는 점, ④ 원고가 계약직 직원들에 대하여 그 계약기간 만료시 재계약 체결을 거부한 사례가 있는 점 등을 종합하여 보면, 비록 참가인이 원고와 사이에 재계약을 통해 비정규직 근무기간까지 포함하여 6년 4개월 동안 계속하여 근무해 왔고 인사담당자의 권유에 의해 정년이 보장된 비정규직에서 계약직으로 직종을 변경한 사정 등을 감안하더라도, 원고와 참가인 사이의 계약기간이 단지 형식에 불과하다고 볼 수는 없으므로, 원고와 참가인 사이의 근로계약은 기간의 정함이 있는 근로계약이라고 할 것이다.

## 2) 갱신기대권이 인정되는지 여부

다음과 같은 사정, 즉 ① 원고의 계약직직원규정 제6조 제2항은 ‘이사장은 채용기간을 연장하고자 할 경우 근무실적 결과를 반영하여 인사위원회의 의결을 거쳐 재계약 할 수 있다’, ‘이사장은 계약직직원의 근무상황과 업무수행실적을 계약의 변경, 연장 또는 해지 시에 이를 반영할 수 있다’고 규정하고 있어 계약직직원의 계약 갱신이 예정되어 있고 그에 따른 절차가 규정되어 있는 점, ② 참가인이 담당하는 방송국관리업무는 단기기간의 수요나 특정 업무의 완성을 위하여 한시적으로 필요한 것이 아니라 계속성이 요구되는 업무로서 원고는 공개채용방식을 통해 참가인 후임으로 그 자리에 다시 새로운 직원을 채용한 점 ③ 기간제법의 시행, 정부의 “공공기관 기간제 근로자의 무기계약 전환계획” 등에 의하면, 참가인은 상시·지속적인 업무에 종사하면서 근무기간이 2년 이상인 자로서 무기계약직으로 전환될 수 있는 자격을 갖추고 있었고, 원고는 공기업으로서 위와 같은 법률의 취지와 정부지침을 충실히 수행하여야 할 위치에 있었을 뿐만 아니라, 원고의 2007. 12. ‘비정규직 보호법 시행에 따른 종합대책’에 따라 원고와 노동조합 사이에 참가인을 포함하여 기존의 계약직 직원들을 특별 및 공개채용을 통하여 정규직으로 전환하기로 하는 강한 공감대가 형성되어 있었던 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 비록 원고가 2회차 재계약 대상자들과의 재계약을 거절하여 온 사정이 있다 하더라도 참가인에게 계약갱신에 대한 정당한 기대권이 인정된다고 할 것이고, 이러한 경우 갱신을 거절함에 있어서는 해고제한의 법리가 유추 적용되어 정당한 이유라는 해고 제한의 기준보다는 완화된 기준이기는 하지만 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 사유가 있어야 할 것이다.”

바. 법원은 기간제 근로계약이 단지 형식에 불과하여 사실상 기한의 정함이 없는 근로자의 지위에 있다고 볼 수 없는 경우에도, 근로계약기간이 **기간의 만료로 근로관계가 확일적으로 종료되는 존속기간으로 볼 수 없는 경우에는 계약기간은 갱신에 의하여 연장이 허용되는 갱신기간**이라고 보면서, 근로계약기간이 **계절적 요인 등에 의해 일부 단절된다고 하더라도 사업의 계속성이 인정되는 경우 그 사업을 임시적·계절적인 것으로 볼 수 없다고 하여 갱신기대권을 인정함**

【서울고등법원 2010. 9. 30. 선고 2009누36233 판결<sup>105)</sup>】**“참가인들에 대하여 갱신기대권이 인정되는지 여부**

살피건대, 아래와 같은 사정들을 종합해 보면, 원고와 참가인들 사이에 체결된 근로계약에서 정한 근로계약기간이 단지 형식에 불과하여 참가인들이 사실상 기한의 정함이 없는 근로자의 지위에 있다고 볼 수는 없으나, 그렇다고 하여 위 근로계약기간이 그 기간의 만료로 근로관계가 획일적으로 종료되는 존속기간으로 볼 수도 없으므로, 결국 위 근로계약기간은 갱신에 의하여 연장이 허용되는 갱신기간으로서 참가인들에게는 갱신기대권이 인정된다고 봄이 상당하다.

가) 원고가 운영하고 있는 경륜·경정사업은 국민의 여가 선용과 청소년의 건전육성 및 국민 체육진흥을 도모하기 위한 것으로서, 매년 경주개최계획서를 작성하여 문화관광부장관의 승인을 받아야 하나, 위 승인은 연간 경주개최일수, 연간 경주의 종류 및 횟수 등에 관한 것일 뿐 경륜·경정사업의 존속 여부에 관한 것은 아니고{구 경륜·경정법(2008.2.29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제4조제2항, 같은 법 시행령(2008.2.29. 대통령령 제20676호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항}, 매년 체결되는 원고와 참가인들 사이의 근로계약기간이 일부 단절되는 것은 실내경기장의 부족 등으로 인하여 동절기에는 경륜·경정 경기가 열릴 수 없는 사정에 기인한 것이므로, 위 경륜·경정사업을 임시적·계절적인 것으로 볼 수 없다.

나) 원고의 경륜일용계약직 인사관리지침(이하 ‘이 사건 인사관리지침’이라고 한다) 및 이 사건 근무실적평가계획에서는 일용계약직의 근무상황과 업무수행실적을 연 2회에 나누어 평가하여 계약의 변경 및 해지 여부를 평가함에 반영하도록 하는 한편, 그 근무실적 평가를 위한 평가항목 및 평가비율과 평가기준을 구체적으로 규정하여 재계약의 요건과 기준을 규정하고 있다.

다) 원고는 매년 근로자를 새로이 공개채용하였으나, 신규채용의 경우에는 입사지원서 등의 서류심사를 통하여 채용결격사유에 해당하는 자를 배제한 후 2차 전형으로 면접 및 직무교육을 거쳐 상위점수를 얻은 자를 채용하는 반면, 경력직원의 경우에는 입사지원서만을 제출받은 후 전년도 근무평정점수가 70점 이상이고 채권압류 등 신용불량사실이 없으며 기타 채용에 문제가 없다고 인정되는 자를 채용하는 등 신규채용과 경력직원에 대하여 다른 기준과 절차를 적용하였다. 또한, 경력직원의 경우에 대하여는 기존에 부여된 사번을 갱신 후에도 그대로 유지하게 하였고, 2004년경까지는 근속연수에 따른 호봉을 인정하여 경력수당을 지급하여 왔다.

라) 원고는 근로계약기간 종료 후 다시 입사지원서를 제출한 대부분의 근로자들에 대하여 계약을 갱신하여 왔고, 참가인들의 경우도 마찬가지로 원고와 최초의 근로계약을 체결한 이래 이 사건 갱신거절 전까지 4 내지 12회에 걸쳐 근로계약이 갱신되어 왔다.”

사. 법원은 파업으로 인하여 부족한 인력을 충원하기 위해 ‘1년 근무(시용) 후 정규직 임용’을 채용조건으로 공개모집을 하고, 계약서에도 별도의 임용조건 및 임용절차 규정 없이 ‘시용기간 중 사규 저촉행위를 하지 않는 한 시용기간이 만료됨과 동시에 원고의 일반직 사원으로 임용한다’고 명시되어 있고, 함께 채용된 자 대부분 임용된 경우 근로계약의 갱신 내지는 임용에 대한 정당한 기대권을 인정함

105) 대법원(대법원 2011. 1. 13.자 2010두22948 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【대전고등법원 2015. 5. 28. 선고 2014누12510 판결<sup>106)</sup>】

“① 원고는 파업으로 인하여 부족한 인력을 충원하기 위해 당초 ‘평가에 따라 1년 연장 계약 가능’한 것을 조건으로 공개모집을 하였으나 지원자가 적어 인력을 충원할 수 없자 ‘1년 근무(시용) 후 정규직 임용’을 채용조건으로 공개모집을 하여 참가인을 채용하였고, 이 사건 계약서에도 ‘시용기간 중 사규 저촉행위를 하지 않는 한 시용기간이 만료됨과 동시에 원고의 일반직 사원으로 임용한다’고 명시하였을 분 별도의 임용조건 및 임용절차를 규정하지 않았으며, 원고의 기획홍보 본부장도 범죄에 준할 정도의 행위가 없는 이상 1년 경과시 당연히 정규직 사원이 되는 것이라는 취지로 진술하였는바, 원고는 이 사건 근로계약 체결 당시 파업에 참여하지 않거나 기타 범죄 행위에 이를 정도의 문제가 없는 이상 1년 이후 정규직 근로자로 채용할 의사였다고 할 것이다.

② 참가인은 계약기간으로 명시된 1년이 지나더라도 당연히 원고와 고용관계가 지속될 것이라는 기대를 가지고 있었고, 참가인과 함께 채용된 근로자 19명 중 참가인 외 1인을 제외하고 모두 정규직 근로자로 채용되었으며, 참가인 채용 이전에 ‘평가에 따라 1년 연장 계약 가능’을 조건으로 채용한 계약직 기자들까지 모두 정규직 근로자로 채용되었으므로, 참가인의 위와 같은 기대는 사회통념상 상당한 것으로서 보호되어야 할 것이다.”

## 3. 갱신기대권이 부정된 판례

가. 법원은 계약기간을 1년으로 정하여 근로계약을 체결한 이후 매년 계약을 갱신하여 오다가, 최종적으로 재계약을 체결하면서 계약기간이 만료하면 당연 퇴직하는 것으로 정하여 더 이상의 재계약이 불가능함을 분명히 한 경우 갱신기대권을 부정함

## 【대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두3354 판결】

“① 원고는 1998. 1. 19. 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고만 한다)과 계약기간을 1년으로 정하여 근로계약을 체결한 이후 매년 계약을 갱신하여 오다가, 최종적으로 2005. 1. 1. 계약기간을 2005. 1. 1.부터 2006. 12. 31.까지로 정하여 재계약을 체결하면서 계약기간이 만료하면 당연 퇴직하는 것으로 정한 점, ② 이와 같은 갱신 과정에서 작성된 근로계약서에는 근로계약기간이 구체적인 기간으로 명시되어 있을 뿐만 아니라, 원고는 위 2005. 1. 1. 재계약 체결 당시 참가인에게 더 이상의 재계약이 불가능함을 분명히 한 점, ③ 원고는 계약기간이 만료된 직원에 대하여 근로조건을 제시하고 이에 대하여 이의가 있을 경우 다시 근로조건 및 갱신 여부를 검토하는 등의 절차를 거쳐 재계약을 체결하여 왔는 바, 이러한 점에 비추어 볼 때 원고의 갱신절차가 단지 형식적인 것이라고 보기 어려운 점, ④ 한편, 참가인이 수행한 업무가 상시적·지속적으로 필요한 업무라고 하더라도 원고로서는 인력수급사정을 고려하여 기간을 정하여 근로계약을 체결할

106) 1심 판결(대전지방법원 2014. 11. 19. 선고 2014구합191판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 10. 15.자 2015두45458 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

필요성이 있다고 할 것인 점, ⑤ 참가인은 계약직원으로 ○○대학에 입사한 후 근로계약이 최종 갱신된 2006. 12. 31.까지 종합정보센터 문헌정보과에서 도서관 참고열람실 도서관리 업무를 담당하여 왔는데, 원고는 4년제인 ○○정보대학교 및 2년제인 ○○대학을 각 설치·운영하여 오다가 2004년경 무렵부터 일반 종합대학교의 설립을 추진하였고, 2005. 12. 21. 교육인적자원부장관으로부터 일반 종합대학교인 ○○대학교의 설립인가를 받아 2006. 3. 1. ○○정보대학교와 ○○대학을 통합하여 ○○대학교를 설립하였으며, 이로 인하여 ○○대학교가 일반 종합대학교로 승격함으로써 프로그래머, 캐릭터모델링 등 일부 분야의 추가인력이 필요하게 되었지만, 과거 ○○정보대학교의 재학생수 6,520명에 대한 정규직원의 수가 74명이었음에 비하여, 2009학년도 이후 ○○대학교의 학생정원수가 6,484명으로 감소하게 되었음에도 통합 당시에 정규직원의 수가 126명에 이르고 있어 전체적으로 인력감축의 필요성이 매우 높아졌고, 원고는 참가인에 대한 근로계약이 최종 갱신된 이후 도서관 자료실의 야간전담 사서조교 1명을 총원한 것 이외에는 참가인의 근무부서에 인력을 총원한 바 없었던 사정 등에 비추어 원고에게는 참가인에 대한 근로계약의 갱신을 거절할 합리적 이유가 있었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 참가인에 대하여 근로계약서에 명시한 계약기간이 지나더라도 당연히 원고와의 고용관계가 지속될 것이라는 기대 관계가 형성되었다고 볼 수 없다. 따라서 참가인에 대한 계약기간의 정함이 단지 형식에 불과하여 참가인이 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었다거나, 참가인에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정된다고 보기 어렵다.”

나. 법원은 **업무내용 등에 변경이 있으면 신규채용절차를 거치도록 규정하고 있고 실제 그러한 변경이 있는 경우 갱신기대권이 제한된다고 봄**(다만, 갱신기대권을 박탈하기 위한 수단으로 변경하는 경우에는 그러하지 않음)

【서울고등법원 2015. 2. 6. 선고 2014누55641 판결<sup>107)</sup>】

“「특수경력직공무원 인사운영지침」에 의하면 당초 계약내용(업무내용·자격·사업수행기간 및 채용조건 등) 또는 직무분야·계약기간(시간) 등 채용공고상의 내용에 변경이 있으면 신규채용절차를 거치도록 규정하고 있는바, 위 지침은 참가인들과 같은 계약직공무원과의 계약관계를 규율하는 안전행정부 예규로서 참가인들과 같은 계약직공무원의 계약 갱신에 대한 기대권은 위와 같은 지침의 내용에 의해 제한된다 할 것이다. 또한, 앞서 본 바와 같이 원고는 2010년도에 불법주·정차단속분야 시간제계약직공무원을 채용하면서 근무시간이 변경되자 위 지침에 따라 재계약절차가 아닌 신규채용절차를 거치기도 하였다. 위와 같은 규정 및 관행에 비추어 보면 참가인들과 같은 계약직공무원의 계약 갱신 기대권은 「특수경력직공무원 인사운영지침」에서 정한 계약내용(업무내용·자격·사업수행기간 및 채용조건 등) 또는 직무분야·계약기간(시간) 등 채용공고상의 내용의 변경이 있는 경우 원칙적으로 인정되지 않는다고 봄이 상당하고, 다만 채용공고상의 내용의 변경에 따라 언제나 계약 갱신 기대권이 없다고 해석할 경우 원고와 같은 사용자가 특수경력직공무원들의 계약 갱신을 인정하지 않기 위한 방법으로 계약내용 및 채용공고상의 내용을 임의로 변경하여 특수경력직공무원들의 계약 갱신 기대권을 부당하게 침해할 수 있는 문제가 발생할 수 있으므로, 사용자의 채용공고상의 내용 변경이 특수경력직공무원들의



계약 갱신 기대권을 박탈하기 위한 수단으로 이루어진 경우에는 그와 같은 변경만으로 특수 경력직공무원들의 계약 갱신 기대권이 박탈된다고 볼 수 없을 것이다.”

다. 법원은 취업규칙 등에 근로계약 갱신에 관하여 ‘**인사위원회 심의를 거쳐 계약제 직원의 재계약 여부와 재계약기간을 정할 수 있다.**’고 추상적으로 규정하고 있을 뿐, 계약기간이 만료되더라도 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정이 없고 갱신 관행 또한 인정되지 않는 경우 갱신기대권을 부정함

【서울고등법원 2014. 10. 22. 선고 2014누45064 판결<sup>108)</sup>】

“① 2009. 4. 28.자 한국○○○○○관리원 계약제직원 운영규칙, 원고의 인사규정 및 연구직 운영에규에서는 연구직 계약제직원의 근로계약 갱신에 관하여 ‘**원장(원고의 대표자를 의미한다)은 인사위원회 심의를 거쳐 연구직 계약제직원의 재계약 여부와 재계약기간을 정할 수 있다.**’고 추상적으로 규정하고 있을 뿐이고, 계약기간이 만료되더라도 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정은 없다. 오히려 앞서 본 관련 규정들에 의하면, 원고와 연구직 계약제 직원이 체결한 근로계약의 갱신 여부는 사용자인 원고 측의 재량에 속한다고 볼 여지가 충분하다. ② 원고가 2011. 11. 2. 참가인과 2차 근로계약을 체결함으로써 2009. 11. 2. 체결된 1차 근로계약을 갱신한 사실이 인정되기는 한다. 그러나 이는 참가인이 2년의 1차 근로계약기간 중에 연구위원으로서 연구 기회를 부여받지 못한 사정이 감안된 결과에 불과하다. 원고와 참가인은 2차 근로계약을 체결하면서 계약기간을 1년으로 정하였을 뿐이고, 근로계약의 개시에 관하여는 아무런 규정을 두지 않았다. 오히려 원고와 참가인은 2차 근로계약서를 작성하면서 1차 근로계약서에 포함되어 있던 ‘관련 규정에 따라 계약기간을 연장할 수 있다.’는 취지의 문구를 삭제하였다. ③ 원고가 참가인과 2차 근로계약을 체결할 당시까지 참가인 이외의 다른 연구직 계약제 직원과 체결한 근로계약을 갱신한 사례는 없었고, 다만 기관 통합 전 참가인의 사용자였던 한국○○○○○관리원이 2009. 3. 19.경 (참가인이 입사하기 전이다) 연구직 계약제직원인 김○○와 체결한 근로계약을 갱신한 사례가 한 번 있었을 뿐이다. 한편, 원고는 위 2차 근로계약의 갱신을 거부한 이후인 2013. 6. 30.경 계약기간이 만료된 연구직 계약제직원인 박○○와 체결한 근로계약은 갱신하지 않았다. 이러한 사정들에 비추어 볼 때, 원고가 위 2차 근로계약의 갱신을 거부할 당시에 계약기간이 만료된 연구직 계약제직원과 근로계약을 갱신하는 관행이 성립되어 있었다고 보기는 어렵다. ④ 참가인은 2012년 2월 말경 원고 임·직원의 부패행위를 관련 기관에 신고한 사실이 있는데, 원고가 이에 대한 보복으로 참가인과 체결한 2차 근로계약을 갱신하지 않았다고 주장한다. 그러나 이 주장은 참가인에게 원고와 체결한 근로계약의 갱신에 대한 정당한

107) 1심 판결(서울행정법원 2014. 5. 23. 선고 2013구합24334 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 7. 9.자 2015두2011누39873 판결)에서 심리불속행 기각되어 확정됨. 동 판결에서는 심야처리반을 신설하여 일부 근로자에게 심야 업무를 전담하게 하는 것은 근로방법을 전반적으로 개편하는 것이므로 기존 단속원 전원에 대하여 계약내용을 변경하는 것에 해당하고, 심야 업무를 둘러싼 기존 단속원들 사이의 갈등, 고소 사건과 같은 일부 남녀 단속원 사이의 불화 등의 정황으로 볼 때, 원고가 ‘총체적인 분위기 쇄신을 위하여’ 60명 전원을 신규 채용한 것이 참가인들의 갱신기대권을 침해하기 위한 수단이었다고 단정하기 어렵다고 보았음

기대권이 있었는지 여부와 관련성이 없을 뿐 아니라 제출된 증거들만으로는 참가인의 주장을 인정하기에 부족하다.”

라. 법원은 i) 단체협약에 계약직 근로자에게 정규직 채용시 우선권을 부여한다는 규정이 있더라도 이것이 기간제근로자를 정규직으로 전환시키도록 한다거나 정규직 전환의 절차나 요건을 규정한 것으로 볼 수는 없고, ii) 기간제 근로계약의 반복갱신이 있었으나 매우 짧고 불규칙하였으며 마지막 근로계약이 종전 근로계약기간과 합산하여 2년이 되도록 정한 경우라면 무기근로계약으로 전환되지 않도록 계약당사자간의 의사합치가 있었던 것으로 볼 수 있고, iii) 발주회사의 사정에 따라 인력운영을 탄력적으로 하고 있는 회사의 경우에는 근로자가 근무평가에서 일정 점수 이상을 획득하였다고 하여 무조건 정규직으로 채용한다고 단정할 수는 없으므로 이러한 경우에는 갱신기대권을 부정함

【서울고등법원 2013. 10. 25. 선고 2013누19310 판결】

“가. 원고는 단체협약 제20조와 제24조는 기존의 계약직 근로자에게 별개의 정규직 전환권을 보장하는 근거조항인데도 원심이 단체협약의 명문의 규정에 반하여 근로자에게 불리하도록 위조항들을 변형 해석하였다고 주장한다.

그러나 단체협약 제20조 제3항은 정규직 전환 시기에 관하여 규정하고 있을 뿐이고, 단체협약 제24조 제1항 역시 계약직 근로자에게 정규직 채용시 우선권을 부여한다는 내용일 따름이다. 따라서 이를 두고 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로자를 정규직으로 전환시키도록 한다거나 정규직 전환의 절차나 요건을 규정한 것으로 볼 수는 없으므로 원고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

나. 원고는 참가인과 사이에 2010. 2. 1. 최초로 근로계약을 체결한 이후 3차례나 걸쳐 계약을 반복하여 체결한 사정을 들어 원고가 근로계약 유지에 대한 합리적인 기대권을 갖게 되었다고 주장한다.

앞서 든 사실관계에 의하면, 2010. 2. 1. 최초 계약 당시의 근로기간은 5개월, 2010. 7. 1. 두 번째 계약 당시의 근로기간은 2개월, 2010. 9. 1. 세 번째 계약 당시의 근로기간은 1년, 2011. 9. 1. 마지막 계약 당시의 근로기간은 5개월로서 그 기간이 매우 짧고, 불규칙하여 원고가 앞으로도 계속적·안정적으로 참가인과 계약을 체결할 수 있다고 신뢰할 정도에 이르렀다고 보기 어렵다. 오히려 2010. 2. 1.자 계약 및 2010. 7. 1.자 계약 당시 작성한 근로계약서의 근로계약기간 기재란 말미에는 ‘작업 여건에 따라 탄력적 운영’이라고만 기재되어 있어, 원고로서는 참가인이 수주하는 물량의 변동에 따라 계약기간이 만료되면 계약이 해지될 수 있다는 사정을 알 수 있었던 것으로 보일 뿐만 아니라, 2011. 9. 1. 마지막 계약 당시의 근로기간은 종전 3회에 걸친 근로

108) 대법원(대법원 2015. 2. 26.자 2014두44700 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

계약기간과 합산하여 2년이 되도록 정한 것으로 보이는데 이는 기간제법상 기간의 정함이 없는 근로계약으로 전환되는 2년을 초과하지 않도록 계약 당사자 사이에 의사의 합치가 있었다고 할 수 있다. 따라서 계약을 반복하여 체결하였다는 이유로 원고가 계약 유지에 대한 합리적인 기대권을 갖게 되었다는 원고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

다. 원고는 참가인이 실시한 근무평가에서 40점 이상을 획득하면 정규직으로 전환이 되고, 다른 계약직 근로자들이 정규직으로 전환된 사정에 비추어서도 원고에게 계약갱신에 대한 기대권이 인정된다고 주장한다.

갑 제7호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 참가인은 P○○○○ 내 화물운송업무를 담당하는 외주업체로서 발주회사의 사정에 따라 인력운영을 탄력적으로 행하고 있는 사실을 인정할 수 있다. 참가인이 경영사정에 따라 정규직 전환인원을 유동적으로 바꿀 수 있는 이상 근로자가 근무평가에서 일정 점수 이상 획득하였다 하여 무조건 정규직으로 채용한다고 단정할 수는 없으므로 원고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.”

마. 법원은 취업규칙에 따라 만55세가 되는 달의 말일에 정년퇴직한 후 새로 촉탁 근로계약을 체결하여 계속 근무하다가 다시 노동조합 가입에 따른 단체협약의 적용에 따라 만57세가 되는 달의 말일에 정년퇴직하는 경우, 단체협약의 정년이 지난 일부 근로자들이 계속하여 근무하고 있다는 사정만으로 촉탁 근로계약 체결에 대한 기대권 내지 기존에 체결한 촉탁 근로계약에 대한 갱신기대권이 인정되기 어렵다고 봄

【서울고등법원 2014. 10. 31. 선고 2014누57647 판결<sup>109)</sup>】

“취업규칙 등에 명시된 정년에 도달하여 당연퇴직하게 된 근로자에 대하여 사용자가 그 정년을 연장하는 등의 방법으로 근로관계를 계속 유지할 것인지 여부는 특별한 사정이 없는 한 사용자의 권한에 속하는 것으로서, 해당 근로자에게 정년연장을 요구할 수 있는 권리가 있다고 할 수 없고, 사용자가 해당 근로자에게 정년연장을 허용하지 아니한 조치의 정당성은 사용자의 행위가 법률과 취업규칙 등의 규정 내용이나 규정 취지에 위배되는지 여부에 의하여 판단해야 하며, 단지 정년 연장을 허용하지 아니한 것이 해당 근로자에게 가혹하다든가 혹은 다른 근로자의 경우에 비추어 형평에 어긋난다는 사정만으로 그 정당성이 없는 것으로 단정할 수 없다(대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다85997 판결 등 참조).

위 법리를 토대로 이 사건에 관하여 살펴보면, 위 인정 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉 ① 이 사건 정년규정은 정년이 도래하여 퇴직하는 근로자 중 ‘근무성적이 우수하고 안전운행에 지장이 없다고 인정되는 직원에 한하여’ 촉탁 근로계약을 체결한다고 규정되어 있는 점, ② 참가인은 이 사건 단체협약의 체결 전에도 취업규칙 제17조 제3호에 따라 정년이 도과하여 퇴직하는 근로자가 ‘근로성적이 우수하고 계속 근로의 능력이 인정되는 경우’에 그 근로자와 계약기간을 1년 이내로 (통상 6개월)로 하여 촉탁 근로계약을 체결하였고, 위와 같은 조건을 충족하는 경우에만 촉탁 근로계약을 갱신해 왔으므로, 정년이

도과한 근로자들과의 촉탁 근로계약 체결이나 갱신이 형식적인 것에 불과하다고 보기 어려운 점, ③ 참가인이 정년을 도과하여 퇴직한 근로자들과의 촉탁 근로계약 체결 시 계약기간을 1년 이내의 단기간으로 한 것은 고령인 근로자들의 안전운전능력을 정기적으로 점검하여 택시 운전 기사로서의 직무상 능력을 평가하여 재계약 여부를 결정하기 위한 것인바, 촉탁 근로계약의 체결이나 갱신이 형식적인 것에 불과하다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 위와 같이 촉탁 근로계약을 체결 또는 갱신하는 취지, 평가의 기준이 부당하다고 보기도 어려운 점, ④ 그런데 원고가 2012. 10. 8. 무단으로 차선을 변경하여 접촉사고를 내었고, 이로 인해 전국○○운송사업조합연합회가 피해자에게 7,241,180원을 보상한 점 ⑤ 정년퇴직 후 촉탁 근로계약을 체결하여 근무하다가 계약기간이 만료된 후 이를 갱신하지 않고 퇴사한 근로자들이 상당수 있고, 참가인이 취업규칙에 따라 만 55세가 되는 달의 말일에 정년퇴직한 후 새로 촉탁 근로계약을 체결하여 계속 근무한 정○○, 임○○에게도 만 57세가 되는 달의 말일에 정년퇴직한다는 내용의 정년퇴직예고통지서를 보낸 사정 등에 비추어 볼 때, 만 57세가 되는 달의 말일이 지난 근로자들 중 일부가 참가인 회사에 계속하여 근무하고 있다는 사정만으로 원고에게 근로계약이 갱신될 것이라고 기대할 수 없는 점 등을 고려하면, 원고에게 촉탁 근로계약 체결에 대한 기대권 내지 기존에 체결한 촉탁 근로계약에 대한 갱신기대권이 인정된다고 보기 어렵다."

바. 법원은 근로계약서에 계약기간이 명시되어 있고, 취업규칙에서 계약기간 만료를 당연퇴직사유로 하고 있으며, **입주자대표회의에서 입주민 과반수가 재계약 반대결의**를 하였다면, 나머지 근로자들과 근로계약을 갱신하여 왔고, 이전에는 계약만료를 이유로 퇴직한 직원이 없다고 하더라도 갱신기대권이 인정되지 않는다고 봄

【대법원 2011. 10. 27. 선고 2010두17205 판결<sup>110)</sup>】

“원심은 원고가 참가인을 제외한 나머지 근로자들과 근로계약을 갱신하여 왔고, 참가인에 대한 재계약 갱신 거부 이전에는 계약기간 만료를 이유로 퇴직한 직원이 없다는 점 등을 들어 갱신 기대권을 인정하였으나, 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다.

원고는 참가인을 포함한 모든 직원들과 기간을 정한 근로계약을 체결하여 왔고, 취업규칙에도 “근로자의 근로계약은 기간의 명시가 있는 것을 제외하고는 1년으로 한다(제11조제4항).”, “관리소는 근로자가 근로계약이 만료되어 계약갱신이 되지 않았을 때 퇴직조치한다(제57조제4호).”고 규정함으로써 근로계약기간이 만료하면 근로자는 당연히 퇴직하는 것을 원칙으로 하고 있는 사실, 원고는 2006. 12. 9. 참가인과 계약기간을 1년으로 정하여 참가인을 원고 관리사무소장으로 근무하도록 하는 내용의 근로계약을 체결하였다가 그 계약기간이 만료되자 2007. 12. 9. 다시 근로

109) 1심 판결(서울행정법원 2014. 6. 26. 선고 2013구합59293 판결)을 인용했으며 대법원(대법원 2015. 3. 12.자 2014두45918 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨. 동 판결에서는 단체협약에서 달리 촉탁근로자들에 대한 적용을 배제하고 있지 않으므로 정년 후 촉탁직으로 재채용된 근로자에 대하여도 개정된 단체협약에 따라 다시 정년규정이 적용된다고 판단하였음

계약을 체결하였는데, 그 계약 내용에 의하면 참가인은 계약직근로자로서 계약기간이 2008. 12. 8.까지 1년이고, 재계약 여부와 본 계약에 정한 내용 이외의 근로조건에 관한 사항은 관계 법령 및 취업규칙에 정하는 바에 의하도록 함으로써 근로계약기간 등을 구체적으로 명시한 사실, 참가인은 원고가 구성한 자치관리기구의 대표자로서 원고 구성원의 과반수의 찬성으로 선임되어 자치관리기구의 업무를 총괄하고 입주자대표회의가 의결하여 통보한 사항을 집행하는 등의 업무를 담당하는 지위에 있는데(원고 관리규약 제37조), 원고는 참가인과의 근로계약 만료일 무렵인 2008. 10. 10. 개최된 원고의 입주자대표회의에서 입주민들 과반수가 참가인과의 재계약에 반대하는 결의를 하자 그 결의에 따라 위 계약기간 만료 후 원고와 다시 재계약을 체결하지 않게 된 사실 등을 알 수 있다.

위와 같은 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고와 참가인 사이에 체결된 근로계약에서 정한 계약기간이 단지 형식에 불과하다거나 참가인에게 근로계약서에 명시된 계약기간이 지나더라도 당연히 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 원고와 참가인 사이의 근로계약관계는 특별한 사정이 없는 한 그 계약기간이 만료됨으로써 당연히 종료되었다고 봄이 상당하다.”

사. 법원은 근로계약에서 인사고과 등을 참작하여 재계약할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 재계약 의무나 요건, 절차를 규정하고 있지 않다면, 계약기간 만료자 중 90% 이상이 정규직으로 채용되었다 하더라도 이는 사용자의 인사권한에 의한 것이므로 갱신기대권이 인정되지 않는다고 봄

#### 【대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두28193 판결】

“원심은 다음과 같은 사정 기타에 비추어 보면 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 원고가 제출한 증거들만으로는 원고에게 정규직 채용에 대한 정당한 기대권이 있다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로 원고와 ○○여객 사이의 근로계약은 기간만료로 종료되었다고 판단하였다.

① 원고와 ○○여객은 계약기간 만료 시 자동으로 퇴직 처리된다는 점을 명시하여 계약기간을 1년으로 정하여 근로계약을 체결하였다. 위 근로계약에서 ○○여객은 인사고과 및 기타 평가 등을 참작하여 원고와 재계약을 할 수 있다고 정하고 있을 뿐, 일정한 요건이 충족되면 ○○여객에게 원고와 재계약을 체결할 의무가 있다는 등의 취지를 일절 정하고 있지 아니하다. 또한, ○○여객의 취업규칙에도 일정요건을 충족하면 재계약한다는 의무규정을 두고 있지 않을 뿐만 아니라, 재계약을 위한 요건이나 절차를 규정하고 있지 아니하다.

② ○○여객은 신규로 운전기사를 채용할 때 1년 동안 계약직으로 근무하게 한 다음 위 계약기간이 종료되면 그의 업무적합성과 회사의 인력수급 문제 등을 고려하여 정규직 채용여부를 결정 하였다. 비록 1년의 계약기간이 종료된 근로자들 중 90% 이상을 정규직으로 채용하였다

110) 파기환송 후 고등법원(서울고등법원 2012. 5. 23. 선고 2011누37772 판결)에서 확정됨

라도, ○○여객이 원고를 정규직으로 채용할 지 여부는 앞서 본 바와 같이 ○○여객의 고유한 인사권한에 속하고, 1년의 계약기간이 종료된 근로자들 중 정규직으로 채용되지 않은 근로자가 2005년부터 2008년까지 매년 여러 명 있을 뿐만 아니라 2011년에는 12명이나 되어 그 수가 적지 않다.

③ 원고는 위 근로계약에 좇아 ○○여객에 1년 동안 근무하였을 뿐이고 근로계약이 갱신된 일이 없다. 또한, 원고는 ○○여객의 요구에 따른 것이라고 하더라도 계약기간이 만료에 즈음하여 사직서를 제출하였고, ○○여객은 근로계약기간 만료에 따른 고용보험, 국민연금, 산재보험의 처리를 마치고 원고에게 퇴직금을 지급하였다.

원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하다.”

아. 법원은 근로계약 갱신 의무나 절차, 요건을 규정하고 있지 않고, **근무평정의 취지가 근로자의 충실한 업무수행 담보 및 재계약 판단자료에 불과한 경우, 그간 근무평정 결과 B등급 이상을 받고 재계약이 거부된 사례가 없다고 하더라도 갱신기대권이 인정되지 않는다고 봄**

【 서울고등법원 2010. 10. 13. 선고 2010누10374 판결<sup>111)112)</sup> 】

“1) 이 사건 근로계약에서 정한 기간이 형식에 불과한지 여부

...(중략)...

앞서 살펴 본 인정사실에 의하여 인정되는 내부통제점검자 제도 시행 경위와 운영실태 및 근로 계약 갱신 경위 등 아래와 같은 사정을 보면 이 사건 근로계약은 무기계약이 아니라 ‘기간을 정한 근로계약’에 해당하므로, 참가인 회사와 원고들 사이 근로관계는 계약기간 경과로 종료되었다. 원고들의 주장은 이유 없다.

① 원고들이 당초 참가인 회사와 체결한 근로계약과 이 사건 근로계약에는 모두 계약기간이 특정되어 있고, 계약기간 만료시 고용관계가 종료된다고 기재되어 있으며, 원고들 또한 참가인 회사 홈페이지에 내부통제점검자 지원서를 접수하면서 1년 단위로 계약이 체결되는 것을 충분히 알 수 있었다. 참가인 회사와 원고들 사이에 이루어진 근로계약 갱신은 근로계약기간을 명시한 근로계약서를 새로 작성하는 방법으로 이루어졌고, 근무평정을 통해 일정 수준에 미달하는 자에 대해서는 근로계약 갱신이 거절되었다. ② 근로계약에서 기간을 따로 정하고 있는 경우 정년 규정은 계약을 갱신하는 한계를 정한 것이거나, 근로계약에서 정한 기간에도 불구하고 정년에 달하면 근로계약이 종료된다는 것을 의미하는 것으로 보는 것이 합리적이고, 이 사건 정년규정은 원고들과 같은 내부통제점검자나 시간제 근무 직원은 ‘무기 계약인력’ 전환 대상에서 배제하기로 한 노사간 합의가 이루어진 이후 신설된 점 등에 비추어 근로계약에서 기간을 따로 정하고 있으므로, 정년규정이 있다고 하여 정년에 이를 때까지 계약이 갱신된다는 취지로 볼 수 없다.

...(중략)...

3) 원고들이 재계약 체결에 대한 정당한 기대권을 가지는지 여부

...(중략)...

① 참가인 회사는 원고들을 내부통제점검자로 채용한 이후 원고들에 대한 근무성적평가 일환으로 분기별로 전산을 이용한 시험(on-line-test)을 실시하였다. 참가인 회사는 2008. 12. 26. 원고들을 비롯한 내부통제점검자를 대상으로 시험을 실시하겠다고 공고하였다가 2008. 12. 29. 취소하고, 이 사건 재계약 거절 통지를 하였다.

② 내부통제점검자 중 근무평정결과 비(B) 등급 이상을 받고도 재계약이 거부된 사례는 없었다.

그러나, 앞서 든 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위 인정사실만으로는 원고들에게 이 사건 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 형성되었다고 보기 어려워, 원고들의 주장은 이유 없다.

① 이 사건 근로계약이나 이 사건 지침에는 참가인 회사가 근로계약을 갱신하여야 하는 의무나, 갱신절차 내지 요건에 관하여 규정되어 있지 않다.

② 이 사건 복무규정은 무기계약을 체결한 근로자에 비하여 기간제근로자가 처우에서 차별받지 않도록 근무요건을 규정한 것이고, 이 사건 정년규정은 정년연령에 달하면 근로계약이 종료된다는 취지이다. 정년해지로 퇴직한 사례가 다수 있다고 하여 정년에 달하기까지 근로계약이 계속 유지된다는 관행이 있다고 볼 수 없다. 정년에 이를 때까지 계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 원고들에게 있다고 볼 수 없다.

③ 이 사건 평가규정을 둔 취지는 참가인 회사가 원고들을 평가하여 계약직 근로자에 대한 충실한 업무수행을 담보하고 아울러 재계약 여부 판단 자료로 활용하고자 하는 것으로, 이 사건 평가규정만으로 참가인 회사에게 재계약 의무를 부담지운다거나, 이 사건 평가규정을 갱신절차 내지 요건을 정한 규정으로 볼 수 없다.

④ 참가인 회사 은행장이나 상근 감사위원이 정년까지 근무할 수 있도록 하겠다는 등의 발언을 하였다고 하여 근로계약 갱신체결에 대한 기대권이 생겼다고 볼 수 없다.”

자. 법원은 일정한 요건이 충족되면 계약갱신 된다는 취지의 규정이나 계약갱신 요건, 절차에 관한 규정이 없고, **사고현장 출동서비스 업무의 성격상 인력 채용이 탄력적으로 이루어져야 하며, 오로지 사용자의 재량적 판단에 따라 근로계약 갱신여부를 결정하여** 왔다면 갱신기대권이 인정되지 않는다고 봄

111) 대법원(대법원 2011. 11. 10. 선고 2010두24128 판결)에서 원심을 모두 긍정하며 확정됨

112) \* **동 사건의 관계규정:**

<계약인력관리지침>

- 인사규정에서 정한 직원 이외에 은행이 필요에 따라 특정한 업무를 위하여 기간을 정해 고용한 인력을 ‘계약인력’이라 정의하고, 내부통제점검자를 계약인력 중 사무인력의 하나로 구분하고 있음(제3조 제2호 라목)
- 계약해지 사유를 ‘의원해지’, ‘당연해지’, ‘직권해지’ 및 ‘정년해지’로 구분함(제39조)
- 계약인력 인사관리를 위하여 근무성적 등을 평가를 실시할 수 있고(제44조) 평정기준일 현재 임행일로부터 3개월 이상 근속자를 대상으로 6월말과 12월말 기준으로 실시하되(제45조), 근무성적 평점 구성은 업무수행실적 40점, 업무수행능력 30점, 업무수행태도 30점으로 규정함(제46조)

< 2008년 계약인력 재계약 기준>

- ① 근무성적평가 결과 비(B) 등급 이상인 사람, ② 계약기간 내 정제경력 없는 사람, ③ 만 58세 미만인 사람, ④ 소속 부점장이 재고용 찬성의견을 제출한 사람을 재계약 대상으로 하고, 계약기간 내 정년이 도래하는 사람은 만 58세에 도달한 달 말일까지 계약기간으로 함

## 【대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두9765 판결】

## “1) 기간의 정함이 있는 근로계약인지 여부

① 참가인이 담당한 사고현장 출동서비스 업무의 성격상 인력 채용이 탄력적으로 이루어져야 할 필요가 크고, 종전 회사와 원고 회사도 이러한 사정을 고려하여 해당 업무에 종사하는 근로자들을 대부분 계약직 직원으로 채용한 점, ② 종전 회사 또는 원고 회사와 참가인 사이에 작성된 근로 계약서에 참가인의 신분을 전문계약직 사원으로 정하면서 그 계약기간을 명시하고, 그 계약기간이 만료될 경우 근로계약이 자동해지된다고 규정한 점, ③ 종전 회사가 2003년부터 2005년 사이에 참가인과 같은 업무에 종사하는 근로자들 중 일부에 대하여 근로계약의 갱신을 거절한 바 있는 점 등을 종합하여 보면, 비록 참가인이 종전 회사와 원고 회사를 통하여 5회에 걸쳐 근로계약을 갱신하였다고 하더라도 이 사건 근로계약에서 기간을 정한 것이 단지 형식에 불과하다고 볼 수 없다.

## 2) 기간을 정한 근로계약에서 갱신거절의 정당성 여부

원고 회사나 종전 회사는 참가인과 같은 사고현장 출동서비스 업무에 종사하는 근로자에 관하여 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 둔 바 없고, 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 근로자가 수행하는 업무의 내용, 그동안의 계약 갱신 또는 갱신거절의 실태를 보더라도 종전 회사나 원고 회사는 계약갱신에 관한 요건이나 절차에 관한 아무런 규율 없이 오로지 사용자인 자신들의 인력 수요 및 근로자의 근무태도에 관한 재량적 판단에 따라 근로계약의 갱신 여부를 결정하여 온 사실을 알 수 있으므로, 이러한 사정에서라면 참가인에게 근로계약의 갱신에 관한 기대권이 인정된다고 보기는 어렵다.”

차. 법원은 계약갱신 의무나 요건, 절차에 관한 규정 없이, 필요한 경우 재계약에 의하여 계약기간이 연장될 수 있다는 규정만 있는 경우에는 1년간의 근무평가 후 정규직 전환 여부를 결정한다는 내부 결재문서가 있고, 채용 당시 연구소 소장이 같은 취지의 말을 하였다고 하더라도 갱신기대권이 인정되기 어렵다고 봄

【서울고등법원 2013. 7. 3. 선고 2012누36653 판결<sup>113)</sup>】

“아래와 같은 사정에 비추어 보면, 원고에게는 정당한 계약갱신의 기대권이 발생하지 않았다고 봄이 상당하다.

1) 원고가 이 사건 연구소(참가인)와 사이에 체결·갱신한 이 사건 각 근로계약서나 이 사건 연구소의 비정규직 활용요령 등에는 재계약의 절차 및 요건 등에 관한 규정이 없을 뿐만 아니라 달리 참가인에 대하여 원고를 재고용할 의무를 지우는 취지의 규정도 존재하지 않는다. 다만, 이 사건 근로계약 체결 당시 적용·시행되었던 구 비정규직 활용요령 제10조 제1호가 위촉직원의 경우 계약기간은 1년을 원칙으로 하되, 필요한 경우 재계약에 의하여 연장될 수 있다고 규정하고 있고, 비정규직 활용요령 제3조 제1호가 정규직 채용 이전에 업무능력 및 역량검증이 필요



하다고 판단되어 전일제로 일정기간 근무하는 위촉직원을 비정규직으로 사용할 수 있고, 업무능력 및 역량이 검증된 자는 최소 6개월 이후 절차를 거쳐 정규직 전환여부를 결정한다고 규정하여 마치 위촉직원의 경우 정규직 전환을 전제로 채용한 것으로 볼 여지도 있기는 하나, 구 비정규직 사용요령 제14조 제1항 제1호, 비정규직 활용요령 제13조 제1항 제1호는 모두 고용계약기간이 만료되었으나 재계약되지 아니하였을 경우에는 해당 근로계약이 당연히 종료되는 것으로 규정하고 있을 뿐인 점, 위 사용요령 제14조 제2항 제3호, 위 활용요령 제13조 제2항 제3호는 모두 연구소예산 등의 사유로도 비정규직 근로계약을 종료(해지)할 수 있다고 규정하고 있는 점, 오히려 2010. 12. 10. 개정된 위 활용요령 제9조 제1호는 위촉직원의 경우 계약기간이 최대 2년을 초과할 수 없다고 명시하고 있는 점, 나아가 전일제 위촉직 관리기준 제3조는 위촉직의 임용은 전반적인 연구호의 인력운용방침에 따라 예산의 범위 내에서 계약제로 운영한다는 내용으로 그 임용원칙을 규정하고 있고, 제10조에서 비정규직인 위촉직이 정직원 임용시험에 응시할 경우 일정한 가점만을 부여하는데 그치고 있는 점 등에 비추어 보면, 앞서 본 각 규정의 내용만으로 위촉직원(비정규직)으로 근무한 원고에게 계속근로에 대한 신뢰가 형성되었다고 보기 어렵다.

2) 이 사건 연구소가 원고를 특별채용함에 있어 ‘신규임용예정자의 업무수행능력 및 조직적응에 대한 검증제도 강화필요가 요구됨에 따라 1년간 연구지원실장 직무대리(위촉책임행정원)로 근무 후 평가 및 전환절차를 거쳐 정규직 전환여부를 검토할 예정임’이라는 내용을 결재문서에 기재하였고, 당시 이 사건 연구소 소장 김OO이 원고에게 이 사건 근로계약 체결 당시 ‘1년 후 평가를 거쳐 정규직으로 전환한다’거나 ‘T/O 발생시 평가와 절차를 거쳐 정규직으로 전환한다’는 취지의 의사를 밝혔다고 하더라도 이는 이 사건 연구소 내부의 의사결정이거나 앞서 본 각 규정의 범주 내에서 평가를 통한 정규직 전환이 가능하다는 취지의 원론적인 내용에 불과하다고 보일 뿐 원고에게 정규직 전환을 확약한 것이라 보기 어렵다.

3) 앞서 본 각 규정상 이 사건 연구소의 위촉직원과 같은 비정규직의 경우 원칙적으로 연구소의 인력운용방침에 따라 예산의 범위 내에서 운용되어야 하고, 연구소예산 등의 사정으로 일반적으로 그 근로관계가 종료될 수 있다는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 근로계약 종료 당시 이 사건 연구소의 정규직 내지 무기계약직 T/O가 존재하지 아니하였다는 점은 갱신기대권 성립에 부정적인 요소가 된다고 할 것이다.

4) 나아가 원고가 수행한 업무의 특성을 감안하더라도 앞서 본 이 사건 각 근로계약서 등의 문언, 계약 횟수, 원고와의 근로계약관계에 있어서 추론되는 이 사건 연구소(참가인)의 진정한 의사, 원고의 채용절차에서 비롯되는 기간제 고용형태 결정의 필요성 등 제반사정에 비추어 보면, 참가인과 원고 사이의 근로계약관계가 갱신의 전제하에 이루어 졌다고 볼 것도 아니다.”

카. 법원은 계약서에 “성실 근무자에 대하여는 재계약 할 수 있다”고 규정되어 있고 사용자도 같은 취지의 발언을 하였다고 하더라도, 근로계약서에 계약기간이 명시되어 있고, 계약기간이 만료되어 퇴직한 자가 상당수에 이르고, 계약갱신에 관한 요건이나

113) 1심 판결(서울행정법원 2012. 11. 1. 선고 2012구합10352 판결)을 인용하였음

절차에 관한 규정도 없다면 갱신기대권이 인정되지 않는다고 봄

【대법원 2011. 11. 10. 선고 2010두7628판결<sup>114)</sup>】

“원심이 인정한 사실 관계에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 원고 회사는 참가인들과 이 사건 계약을 체결하기 약 2년여 전에 근로자들의 고용안정을 요구하는 노동조합의 요청에 따라 노동조합과 2년 기간제 임시근로계약 제도를 도입하기로 협의하는 등 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결하여 버스운전기사를 채용할 태도를 분명히 밝혔고, 그 이후 그 태도를 명시적으로 바꾸지 않은 채 참가인들과도 이 사건 계약을 체결하면서 임시근로계약서에 각 계약기간을 2년으로 명시하였으며, ② 2년 기간제 임시근로계약 제도가 도입된 2004년부터 참가인들이 입사한 2006년까지의 기간제 신규입사자 중 그 계약기간이 만료됨을 이유로 퇴직처리된 사람이 상당수에 이르고 있고, ③ 원고 회사와 참가인들 사이에 작성된 임시근로계약서는 물론이고 원고 회사의 단체협약 및 취업규칙의 어디에도 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있지 않을 뿐만 아니라, 계약갱신과 관련한 요건이나 절차에 관한 근거규정조차 두고 있지 않은 점 등을 종합하여 보면, 참가인에 대한 계약기간이 단지 형식에 불과하여 참가인이 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었다거나, 참가인에 대하여 임시근로계약서에 명시한 계약기간이 지나더라도 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대관계가 형성되었다고 볼 수 없다.”

다. 법원은 촉탁직 근로계약관계가 정년이 도과하여 더 이상 근로관계를 유지할 수 없는 고령의 근로자를 대상으로 이루어지는 경우, 근로자의 측면에서는 임금을 낮추더라도 새로운 근로의 기회를 부여받을 수 있고, 사용자의 측면에서는 업무상 필요에 따라 상당한 재량의 범위 내에서 그 고용 여부를 결정할 수 있을 뿐만 아니라 비용을 절감할 수 있다는 점에서 근로자와 사용자 사이에 상호 이해가 일치하여 실시되는 것으로도 볼 수 있으므로 촉탁직 근로자의 계약갱신에 대한 기대는 통상 일반적인 기간제근로자의 그것에 미치지 않는다고 보는 것이 사회통념에 부합한다고 봄

【서울고등법원 2013. 12. 4. 선고 2013누8204 판결<sup>115)</sup>】

“법리에 비추어 이 사건에 돌아와 참가인에게 계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는지 여부에 관하여 보건대, 앞서 본 사실 및 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고 회사와 참가인 사이에 체결된 이 사건 각 근로계약서에

114) 동 사건의 행정법원에서는 ① 원고와 참가인들 사이에 체결된 임시근로계약서 제5조에는 “근로계약 만료시 해약과 동시 자동 퇴직으로 한다. 단, 성실 근무자에 대하여는 재계약할 수 있다.”라고 규정되어 있는 점, ② 원고도 전체 근로자를 상대로 하는 교양교육에서 “성실히 근로한다면 재계약은 물론 촉탁직으로도 고용할 수 있다.”라고 발언하여 온 점, ③ 또한 원고는 계약기간 만료 후 또는 계약기간 중에 자진하여 퇴사한 자들을 제외하고는 근로자가 계속 근로를 희망할 경우 대부분의 근로자들과 재계약을 체결한 점 등을 들어 갱신기대권을 인정하였음 (서울행정법원 2009. 4. 30. 선고 2008구합37572 판결)

따르면, 참가인이 촉탁직 근로자로서 근무한 2006. 8. 21.부터 2011. 8. 20.까지 사이에 근로계약 기간이 매 1년으로 정해져 있었고, 이 사건 제1 내지 제4 근로계약서에는 ‘새로운 연봉계약이 체결되지 아니한 경우에는 근로계약기간의 종료와 동시에 자동으로 퇴직한다’는 취지가 기재되어 있었으며, 이와 별도로 취업규칙 제54조 제7호도 계약상 고용기간의 만료가 당연퇴직사유임을 명시적으로 규정하고 있고, 달리 근로계약 또는 취업규칙 등에 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 따로 두고 있지 아니한 점(한편, 이 사건 각 근로계약서상 ‘차기연봉계약은 인사위원회가 공정한 인사과에 의하여 계약을 갱신한다’는 취지의 문언이 기재되어 있기는 하나, 취업규칙 등에 그 갱신요건 등에 관하여 별다른 규정이 없는 이상 이를 근거로 원고 회사에게 갱신의무가 있다고 볼 것도 아니다), ② 원고 회사가 2009년부터 2011년까지 사이에 참가인을 제외하고도 4명의 촉탁직 근로자에 대하여 기간만료를 이유로 계약을 갱신하지 아니한 채 퇴사시킨 점을 고려할 때, 원고 회사의 촉탁직 근로자에 대한 계약갱신절차가 요식에 불과하다거나 기계적으로 이루어진 것으로는 보기 어렵고, 오히려 원고 회사 내에서의 촉탁직 근로자의 계약갱신은 원고 회사가 당해 근로자의 건강상태, 근무태도 등을 고려하여 재량에 따라 실질적으로 그 체결여부를 결정하여 오고 있다고 봄이 상당한 점, ③ 원고 회사가 운용하는 촉탁직 근로계약관계는 기본적으로 정년이 도과하여 더 이상 근로관계를 유지할 수 없는 고령의 근로자를 대상으로 이루어지는데(그 근거는 정년에도 불구하고 업무상 필요에 따라 재고용할 수 있다는 내용의 원고 회사의 취업규칙 제55조 단서에 있다), 이와 같은 형태의 근로관계는 근로자의 측면에서는 임금을 낮추더라도 새로운 근로의 기회를 부여받을 수 있고, 사용자 측면에서는 업무상 필요에 따라 상당한 재량의 범위 내에서 그 고용 여부를 결정할 수 있을 뿐만 아니라 비용을 절감할 수 있다는 점에서 근로자와 사용자 사이에 상호 이해가 일치하여 실시되는 것으로서 일반적인 기간제 근로계약관계와는 차별성이 있고, 그 점에서 원고 회사의 단체협약 및 단체협약 보충협약서 역시 기간제근로자 중 촉탁직 근로자를 별도로 취급하고 있는바, 위와 같은 촉탁직 근로계약관계의 실시목적, 내용 및 특성 등을 고려할 때, 원고 회사 소속 촉탁직 근로자의 계약갱신에 대한 기대는 통상 일반적인 기간제근로자의 그것에 미치지 않는다고 보는 것이 사회통념에 부합하고, 이와 같은 측면은 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조 제1항 단서 제4호, 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 제2조 제1호, 같은 법 시행령 제2조 제1항이 55세 이상인 고령자와 근로계약을 체결하는 경우에는 기간제근로자의 사용기간에 관한 규제를 받지 않는 것으로 규정하고 있는 것에서도 다시 확인할 수 있는 점, ④ 원고 회사가 촉탁직 근로자들에게도 계약만료 30일 전에 미리 우편을 통해 계약만료 사실을 통지하는 관행의 존재를 인정하기 어려울 뿐만 아니라 설령 위와 같은 관행이 존재하였다고 하더라도 기간의 정함이 있는 근로계약의 경우 그 기간이 만료됨으로써 당해 근로계약관계는 당연히 종료되고 별도의 갱신 거절의 의사표시가 요구되지 않는다는 점에서도 참가인의 위 주장은 받아들이기 어려운 점 등에 비추어 보면, 참가인이 원고 회사와 사이에 촉탁직 근로계약을 체결한 이래 4회에 걸쳐 계약을 갱신하였고, 원고 회사의 이 사건 연장거부 무렵에도 참가인과 연령이 같거나 많은 촉탁직 근로자들이 계약을 갱신하여 계속 근무하고 있었던 점, 원고 회사가 계약만료 당일까지 참가인이 수행하던 722번 A조 반장을 교체하지 아니하여 업무 수행의 공백을 자초하고 계약만료 이전인 2011. 8. 19.자 배차표상 계약만료 이후인 2011. 8. 22.까지 참가인의 배차를 지정하였다는 점 등 참가인이 주장하는 여러 정황을 모두

고려하더라도 참가인이 촉탁직 근로자로서 계약갱신에 대한 기대권을 가진다고 보기 어려우므로, 이 사건 연장거부 조치가 부당해고에 해당한다고 할 수 없다.”

파. 법원은 청소년들을 수련하는 기관에서 청소년지도사 자격증을 요구하는 것은 업무 전문성 등의 제고를 위한다는 점에서 계약기간 내에 자격증을 취득하지 못한 근로자들에 대한 기간만료 통보가 재량권을 일탈 남용한 경우라고 보기 어렵다고 봄<sup>116)</sup>

【서울고등법원 2015. 1. 21. 선고 2014누49219 판결<sup>117)</sup>】

“이 사건 통보가 원고 근로자들의 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권을 침해하는 부당한 갱신거절이라고 보이지는 않는다. 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(1) 학생수련원의 2011. 8. 10.자 채용공고에는 재계약이 가능하다고만 기재되어 있고, 원고 근로자들과 학생수련원 사이의 2011. 8. 26.자 근로계약서 제16조에는 ‘근로계약은 매년 1년 단위로 재계약한다. 학생수련원은 계약기간 만료 1개월 전까지 재계약 여부를 결정하고 그 결과를 원고 근로자들에게 통지하여야 한다’라고 기재되어 있을 뿐이다. 달리 위 채용공고, 근로계약서 및 학생수련원 취업규칙 어디에도 근로계약 갱신의 절차와 요건 등이 정해져 있지 않다.

(2) 학생수련원이 2010. 1. 1. 수련지도원(당시 명칭은 ‘수련보조요원’이었으나 이후 수련보조사, 수련지도원으로 그 명칭이 변경되었다. 이하 ‘수련보조요원’, ‘수련보조사’, ‘수련지도원’을 구분하지 아니하고 모두 ‘수련지도원’이라 칭한다) 이○○을, 2011. 1. 1. 수련지도원 최○○을, 2012. 2. 22. 수련지도원 박○○을 무기계약직으로 전환시킨 사실이 있는 것으로 보이나, 이러한 사실만으로는 학생수련원에서 수련지도원에 대하여 근로계약을 갱신하는 관행이 성립되었다고 볼 수도 없다.

(3) 원고 근로자들과 학생수련원 사이의 2011. 12. 27.자 근로계약서 제21조 제2항에는 ‘계약기간 만료시 별도의 통보가 없는 경우 계약은 자동 해지하는 것으로 간주한다’고 기재되어 있는 점, 학생수련원이 2011. 10. 6. 작성한 수련지도원 증원 검토 보고서에는 교육과정의 질적 저하 등의 문제점을 해결하기 위해 2012년부터 수련지도원 전문 인력 확보를 위해 청소년지도사 자격증 소지자를 수련지도원으로 채용하는 것을 제시하고 있고 기존의 수련지도원에 대하여는 계속 자격증을 취득할 수 있도록 유도하는 방안이 기재되어 있는 점, 학생수련원은 원고 근로자들에게 청소년지도사 자격증 취득을 위해 노력할 것을 알려준 것으로 보이고, 실제로 원고 근로자1은

115) 1심 판결(서울행정법원 2013. 1. 31. 선고 2012구합14637 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 4. 10.자 2014두809 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

116) 동 판결에서는 충청남도 교육청이 소속 기관 및 학교에 하달한 기간제근로자의 무기계약직 전환 추진계획이 취업규칙에 해당하여 기간제근로자를 무기계약직으로 전환시켜야 할 법적 의무가 있는지 여부, 이 사건 추진계획이 갱신 또는 무기계약직 전환의 신뢰를 갖게 하여 갱신기대권이 인정되는지 여부가 주요 쟁점이 되었음  
법원은 충청남도 교육청에서 하달한 추진계획은 모든 기간제근로자를 무기계약직으로 전환하라는 내용이 아닌 평가기준을 충족하는 경우 무기계약으로 전환하라는 것에 불과하여 취업규칙이라고 볼 수 없어 이를 따르지 않은 것이 재량권을 일탈남용한 것이라고 보기 어렵다고 판단하였고, 사용자가 수련지도원 전문 인력 확보를 위해 청소년지도사 자격증 소지자를 수련지도원으로 채용하는 것을 정하고 있고 기존의 수련지도원에 대하여는 계속 자격증을 취득할 수 있도록 유도한 점 등을 고려하면 근로자들이 자격증을 취득하지 못하는 경우 근로계약 갱신이 어렵다는 것을 충분히 알 수 있었다는 점을 갱신기대권을 부정하는 하나의 요소로 판단하였음

이 사건 통보 이전에 2급 이상의 청소년지도사 자격을 취득하기 위해 노력한 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 원고 근로자들로서는 2급 이상의 청소년지도사 자격증을 취득하지 못하면 수련지도원으로서 근로계약이 갱신되지 않으리라는 것을 충분히 알 수 있었다고 보임에도 이 사건 통보 이전에 2급 이상의 청소년지도사 자격증을 취득하지 못했다.

(4) 원고들은 학생수련원 교수과장 이정환과 총무부장 이○○이 2011. 8. 29. 원고 근로자들이 학생수련원에 입사할 당시 수회에 걸쳐 “본인이 원하면 계속 근무 가능하고 무기계약직으로 전환된다”라는 취지의 말을 하였다고 주장하나, 이를 인정할 만한 증거가 없다.”

## 4. 기간제법 시행 이후 갱신기대권 관련 판례

### 4.1 기간제법 시행 이전 신규 체결된 기간제 근로계약

법원은 기간제법 시행 이전에 근로계약을 체결하고 법 시행 이후 갱신되는 근로계약 등에서 갱신기대권을 배제 내지 제한하는 별도의 조치를 취하는 것 없이 근로계약서 및 취업규칙 등에 따라 근무실적평가를 실시하여 계약갱신 가능 점수를 얻자 근로계약을 갱신하면서 그 점수를 연봉액 결정에 반영하는 경우 갱신기대권이 인정될 수 있다고 봄

#### 【대법원 2014. 2. 13. 선고 2012두1402 판결】

“기간제법의 시행으로 사용자가 2년의 기간 내에서 기간제근로자를 사용할 수 있고, 기간제 근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 그 기간제근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되더라도, 위 규정들의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데 있는 점을 고려하면, 기간제법의 시행만으로 그 시행 전에 이미 형성된 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없다.

나. 원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 원고가 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다) 1과 작성한 2008년 채용계약서 제7조는 원고가 담당업무 및 성과목표를 기준으로 참가인들의 근무실적을 매년 정기평가하고 계약 만료 시에는 최종평가를 실시한다는 내용을 포함하고 있고, 실제로 원고는 위 참가인에 대한 근무실적평가를 실시하여 위 참가인이 계약 갱신 가능 점수를 얻자 근로계약을 갱신하면서 그 점수를 연봉액 결정에 반영한 점, ② 2008년 채용계약 체결 당시 시행 중이던 2006. 12. 29.자 전문직 직원 운영세칙 제17조는 “채용된 전문직 직원의 근무상황과 업무수행 실적은 계약 후 매 1년마다 정기 평가하되, 계약의 연장 및 해지, 연봉액의 조정, 기타 계약내용을 변경하고자 할 때에는 수시 평가하여 이를 반영할 수 있다.”고 규정하고, 제18조, 제19조는 그 평가방법 등에 관하여 규정하며, 제20조에 근거한 [별표 2]는 근무실적평정

117) 1심 판결(서울행정법원 2014. 4. 17. 선고 2013구합23072 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 5. 14.자 2015두37846 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

결과 최종평점이 75점 이상일 경우 계약을 연장하도록 규정한 점, ③ 원고가 위 참가인과 체결한 여러 차례에 걸친 근로계약 중 근로계약서에 계약기간 자동 연장에 관한 단서가 규정된 것은 2007년 채용계약 한 차례에 불과하며 나머지 계약에서는 모두 계약기간이 1년으로 정해져 있는 점, ④ 원고가 기간제법 시행 후에 갱신되는 근로계약 등에서 갱신 기대권을 배제 내지 제한하기로 합의하거나 갱신 기대권에 관한 규정 등을 개정하는 등 갱신 기대권을 배제 또는 제한하는 조치를 별도로 취한 적이 없고, 오히려 2007. 7. 1.부터 시행되는 기간제법이 공포된 상황에서 위 참가인과 같은 전문직 직원의 신분 안정을 위해 전문직 직원 운영세칙을 개정하면서까지 기간제 근로계약을 종전과 동일하게 체결한 점, ⑤ 위 참가인이 원고에게 마케팅 관련 업무 처리방법을 전수해 주고 퇴직할 것을 전제로 원고와 근로계약을 체결하였다거나 혹은 이 사건 재계약 거부 무렵 원고가 위 참가인의 도움 없이 마케팅 관련 업무를 처리할 능력이 생겨 위 참가인의 담당업무가 소멸하였다고 인정할 증거가 없는 점 등을 들어, 위 참가인에게는 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정되고 원고가 위 참가인과의 재계약 갱신을 거부한 것에 합리적인 이유가 없어 부당해고에 해당한다는 취지로 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 기간제법 시행 후의 갱신 기대권에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.”

## 4.2. 기간제법 시행 이후 신규 체결된 기간제 근로계약

### 가. 2년을 초과하는 갱신기대권을 부정한 판결

1) 법원은 기간제법에 따라 총 사용기간이 2년을 초과하는 때에는 기간의 정함이 없는 근로자로서의 지위가 인정되므로 **기간제법 시행 이후**에 신규로 체결되는 기간제 근로계약은 근로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것이 예정되어 있는 반면 **근로자에게 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 인정될 수 없다고 봄**

#### 【서울고등법원 2011. 8. 18. 선고 2011누9821 판결<sup>118)</sup>】

“기간제법 제4조는 제1항에서 “사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로 계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다.”고 규정하면서, 제1항 단서에서 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외를 규정하고 있고, 제2항에서 “제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.”고 규정하고 있는바, 위 규정들의 입법취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 기간제근로자 지위의 안정화라는 목표와 사용자가 경기 변동에 따라 고용량을 조절할 수 있는 노동시장의 유연성 제고라는 목표를 조화롭게 추구하기 위함이고,

이러한 입법취지 등에 비추어 볼 때 법 제4조제2항은 강행규정으로 봄이 타당하다.

위 규정들의 내용과 체계 및 입법취지, 기간제법이 기간제근로자의 총 사용기간을 원칙적으로 2년으로 제한할 뿐 다른 나라의 입법례처럼 기간제 근로계약의 재체결에 정당한 객관적 사유의 존재를 요구하거나 기간제 근로계약의 반복적 체결이 가능한 횟수를 제한하고 있지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 기간제법 시행 이후에는 사용자는 원칙적으로 기간제 근로계약을 2년의 기간 내에서 계약기간을 자유롭게 정할 수 있음은 물론 동일한 내용으로 반복하여 체결할 수도 있지만 총 사용기간이 2년을 초과하는 때에는 해당 기간제근로자에게 근로계약기간의 정함이 없는 근로자로서의 지위가 인정되므로, 기간제법 시행 이후에 신규로 체결되는 기간제 근로계약은 근로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것이 예정되어 있는 반면 근로자에게 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 인정될 수 없다고 봄이 타당하다.

2) 위와 같은 기간제법 시행 이후 제정된 국민권익위원회의 「무기계약근로자 및 1년 이상 기간제근로자의 관리·운용규정」(을 제9호증, 이하 ‘기간제근로자 관리규정’이라 한다) 제5조 제2항도 국민권익위원회는 1년 이상의 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 근로자의 경우 고도의 전문적 지식·기술의 활용이 필요하다는 등 같은 항 각 호에 정한 사유가 없는 이상 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 없도록 규정하고 있는바(을 제9호증의 기재), 이는 기간제법 제4조제2항에 따라 기간제 근로계약이 기간의 정함이 없는 근로계약으로 전환되는 것을 방지하기 위한 것으로 보이는데, 그와 같은 사용자의 의사는 계약의 자유라는 관점에서 보호할 가치가 크다. 그런데 원고들은 위 기간제근로자 관리규정에서 2년을 초과하여 사용할 수 있는 근로자에 해당되지 않는다.

3) 원고들이 기간제법이 시행된 지 약 1년 정도 경과된 후에 참가인과 최초로 근로계약을 체결한 점, 비록 원고들을 채용하면서 한 것은 아니나 국민권익위원회가 2008. 11. 24. 원고들과 동일한 성격의 전문자문위원 채용 공고를 하면서 그들이 ‘공공기관 비정규직 근로자 등에 관한 규정에 따라 무기계약 전환대상자는 아님’이라는 공고를 하기도 하였던 점(을 제10호증의 2), 근로자를 고용함에 있어 법령과 예산의 엄격한 제한을 받는 참가인의 성격 등에 비추어 보면, 원고들로서도 참가인이 자신들을 2년을 초과하여 사용함으로써 기간제법에 따른 무기한 고용의 부담을 안으리라고 기대하였다고 보기 어렵다.”

2) 법원은 기간제법 시행 이후 2년을 초과하지 않는 범위에서 기간제 근로계약을 체결한다는 규정을 신설하였고, 실제 사업장에서 2년을 초과하여 근로계약을 갱신한 사례가 없다면 2년을 초과하는 갱신기대권이 인정될 수 없다고 봄

【서울고등법원 2012. 6. 1. 선고 2011누38751 판결<sup>119)</sup>】

“이 사건 근로계약에는 “참가인은....원고의 근무태도 및 업무능력 등을 고려하여 근로계약을 갱신할 수 있으며, 근로계약이 갱신되지 않은 경우 당해 근로관계는 근로계약 만료일을 기준으로 자동종료된다”는 내용이 포함되어 있음을 인정할 수 있다. 그러나...(중략)...원고에게 이 사건 근로

118) 대법원(대법원 2011. 11. 24.자 2011두23061 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

계약에 대한 갱신기대권이 인정된다고 볼 수 없다.

참가인이 기간제법이 시행된 2007. 7. 1. 이후 채용한 계약직 근로자들은 대부분 2년 이내에 사직하거나 기간만료로 근로계약이 종료되었고, 일부 근로자 2명이 정규직으로 전환되었을 뿐 2년을 초과하여 근로계약을 갱신한 사례는 거의 없다.

참가인은 기간제법이 시행된 이후인 2009. 8. 7 기간제법의 취지에 따라 「계약직 직원 관리 규칙」을 제정하여 “유기계약직은 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 계약기간을 정하여 근로계약을 체결한다”고 규정하였다(제9조, 이 사건 근로계약은 위 규정 시행 이전에 체결되었으나, 경과조치에 의하여 이 사건 근로계약에도 적용되고, 특히 이 사건 갱신계약의 시점은 그 시행 후이다). 위 규칙은 제6장에서 계약직 근로자에 대한 근무평가 및 재계약 등에 관하여도 규정하고 있으나 기간제법의 취지 및 위 규칙 제9조의 규정내용에 비추어 이는 총기간 2년의 범위 내에서 재계약하는 경우 및 기간제법에서 예외적으로 2년 이상의 근로기간을 정한 때에 해당할 경우에 제한적으로 적용되는 것으로 보아야 하다. 그런데 원고가 기간제법 제4조 제1항 단서 소정의 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 예외에 해당한다고 볼 만한 자료가 없다.

이 사건 근로계약상 원고의 근무태도 등을 고려하여 근로계약을 갱신할 수 있다고 규정하고 있기는 하나, 근로계약의 갱신 여부를 결정하는 주체, 방법 또는 절차 등을 구체적으로 정하지 아니하였고, 이 사건 근로계약 체결 당시의 인사규정, 직원채용규칙에도 그러한 내용이 규정되어 있지 아니하다.”

3) 법원은 사용자가 업무수행실적을 평가하여 계약 연장시 반영할 수 있다는 규정은 계약갱신 절차에 관한 내용으로 볼 수 없고, **기간만료를 이유로 비정규직을 해고하지 못한다는 단체협약 규정과 계약직 채용 후 정규직으로 전환하는 인사관행도 기간제법 시행 이후 체결된 근로계약에 있어서는 제한적으로 해석되어야** 하므로 갱신기대권이 인정되지 않는다고 봄

【서울고등법원 2012. 1. 11. 선고 2011누33244 판결<sup>120)</sup>】

“1) 기간의 정함이 없는 근로계약인지 여부

다음과 같은 사정을 고려하면, 원고와 참가인 사이의 이 사건 근로계약서상의 기간의 정함이 단지 형식에 불과하여 기한의 정함이 없는 근로계약이라고 해석하기는 어렵다.

원고와 참가인 사이의 근로관계는 2009. 8. 1. 참가인과 사이에 근로기간이 명시된 처분문서인 이 사건 근로계약서를 작성하는 방법으로 이루어졌고, ‘연봉 계약 임시직 근로자 취업규칙’은 ‘연봉계약 임시직의 채용기간은 1년 범위 안에서...(중략)...하되 의료원장은...(중략)...업무가 종료되지 아니하여 계약기간의 연장이 필요한 경우에 연장할 수 있다’, ‘계약기간 만료시 새로운 근로계약을 체결하지 아니한 경우에는 근로계약이 종료된다’고 규정하고 있어 연봉계약직 직원의 경우

119) 1심 판결(서울행정법원 2011. 10. 6. 선고 2011구합16292 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 9. 27.자 2012두14293 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



기간의 정함이 있는 근로계약관계임을 명확히 하고 있다.

기간제법 제4조의 내용과 취지를 고려하면 비록 참가인이 2002년경 이 사건 노동조합(지부)과 체결한 단체협약 부속합의서 등에 따라 우선 근로자를 연봉계약직으로 채용하여 근로관계를 유지하다가 정원 내에서 정규직으로 전환하는 방식으로 인력을 운영하여 왔다고 하더라도, 앞서 본 취지의 기간제법이 시행된 이상 그 의미가 축소되지 않을 수 없으므로...(중략)...참가인의 근로자들에 대한 인력운용 및 근로계약 체결방식에 관한 관행 등 원고가 주장하는 사정만으로 기간제법 시행 이후 체결된 원고와 참가인 사이의 이 사건 근로계약이 사실상 정규직 내지는 기간의 정함이 형식에 불과한 경우에 해당한다고 할 수 없다.

## 2) 정당한 갱신기대권이 인정되는지 여부

아래와 같은 사정에 비추어 보면 원고에게 재계약의 기대권이 발생하지 않았다고 봄이 상당하고, 설령 기대권이 발생하였다 하더라도 참가인의 갱신거절에는 합리적 이유가 있다고 할 것이다.

‘연봉 계약 임시직 근로자 취업규칙’에서 ‘의료원장은 연봉 계약 임시직의 근무상황과 업무수행 실적을 정기 또는 수시로 별표 3호의 평가표에 의한 평가를 실시하여 계약이 변경, 연장 또는 해지시 이를 반영할 수 있다’고 규정하고 있기는 하나, 이는 위 취업규칙에서 정한 바에 따라 의료원장이 계약기간의 연장이 필요하다고 인정한 경우에 비로소 적용되는 규정에 불과하고, 달리 이 사건 근로계약이나 위 취업규칙에 계약갱신의 절차에 관한 내용이 없다.

단체협약인 ‘지방의료원 중앙협의서’에서 ‘계약기간 만료를 이유로 정당한 이유 없이 비정규직을 해고할 수 없다’고 규정하고 있으나, 이는...(중략)...‘2002년도 단체협약 부속합의서’에 따라 당시 재직하던 비정규직을 정규직화 하는 과정에서 2002. 6. 7. 신설된 것에 불과하다고 보이고, 2007. 7. 10. 개정된 위 중앙협의서에서 또한 ‘현 정원 내 비정규직을 즉시 정규직화하고, 정원 외 비정규직에 대하여는 정원을 확보하도록 노력한다’고 규정하고 있어 기간제법 시행을 전후하여 당시 재직하던 비정규직의 기득권보호를 위한 규정으로 보이는데, 위 각 규정은 ...(중략)... 앞서 본 바와 같은 기간제법의 취지에 어긋나지 아니하는 한도 내에서 합리적으로 해석되어야 한다고 할 것인바, 이러한 관점에서 위 각 규정 체결 당시 ‘재직 중인 비정규직 간호사 내지 현 정원 내 비정규직 근로자’가 아니었고 기간제법이 시행된 이후 이 사건 근로계약을 체결한 것에 불과한 원고에게 위 중앙협의서 규정만으로 계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 곧바로 인정된다고 보기 어렵다.

나아가 기간제법 시행 이전부터 형성되어 온 참가인과 그 소속 근로자 내지 노동조합 사이의 인사 관행도 기간제법 시행 이후 체결된 원고의 근로계약관계를 해석함에 있어서는 그 의미가 제한된다고 할 것인데, 만일 그리 해석하지 아니한다면, 기간제법 시행 이후에 참가인에게 고용된 연봉계약직 근로자, 즉 기간의 정함이 있는 근로자라도 정규직으로 전환될 때까지 무기한의 계약 갱신기대권이 있다고 보아야 할 것이고...(중략)...이는 앞서 본 기간제법의 입법 취지에 정면으로 반하는 결과를 가져와 쉽게 받아들이기 어렵다.”

4) 법원은 근로계약기간이 만료되면 당연히 해지된다는 규정이 있고, 재계약 의무 내지 그 절차·요건 규정이 없으며, **기간제법 시행 이후 만들어진 ‘성과주의 신인사제도’에서**

120) 1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 25. 선고 2011구합5759 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 4. 30.자 2012두3156 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

정규직 전환이 되지 않으면 계약이 종료되도록 하고 있다면 갱신기대권이 인정되지 않는다고 봄

【서울고등법원 2012. 8. 29. 선고 2011누30061 판결<sup>121)122)</sup>】

“이 사건에 관하여 살피건대, 위 인정사실 및 앞서 든 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 이 사건 근로계약 제2조 제1항, 제2항, 제9조 및 취업규칙 제 12-1조 제5항에는 원고와 같은 계약직 근로자의 계약기간이 만료될 경우 그 근로계약은 당연 해지되는 것으로 규정되어 있을 뿐이고, 이 사건 근로계약이나 취업규칙 어디에도 참가인에게 계약직 근로자에 대한 재계약 의무를 부담시키거나 재계약의 절차와 요건을 규정하는 조항이 존재하지 아니하는 점, ② 참가인이 도입한 성과주의 신인사제도에 의하면, 만 2년 근무자의 경우 계약만료 전 평가를 통하여 정규직으로 전환하거나 계약을 종료한다는 것인데, 원고로서도 정규직으로 전환되지 않으면 근로계약이 갱신되지 않으리라는 점을 충분히 알고 있었던 것으로 보이는 점, ③ 위와 같은 참가인의 인사제도는 엄격한 평가를 통하여 자질이 부족한 최소한도의 인원에 대해서는 2007. 7. 1. 시행된 기간제법 제4조에 의하여 기간제근로자의 근로계약이 기간의 정함이 없는 것으로 의제되는 것을 방지하기 위한 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 비록 원고와 참가인 사이에 여러 차례에 걸쳐 근로계약이 갱신되었고, 담당 업무가 참가인의 상시적인 업무에 해당하며 종래 계약기간의 만료에 따른 근로계약의 해지 사례가 극히 적었다는 사정만으로 원고에게 재계약 체결에 대한 정당한 기대권이 형성되었다고 보기는 어렵다.

나) 설령 원고에게 재계약 체결에 대한 정당한 기대권(정규직 전환에 대한 기대권)이 있었다 하더라도, 위 인정사실 및 앞서 든 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 앞서 본 바와 같이 참가인은 기간제법 시행 이후 원고와 같은 계약직 근로자를 2년 넘게 사용하지 못하게 되는 상황에 직면하여 상당수 계약직 근로자를 정규직 근로자로 전환하고자 2009. 6. 15. 정규직 전환을 위한 기준을 마련하였고, 2009. 8.경 원고를 포함한 근로자들로부터 동의를 얻어 ‘성과주의 신인사제도’를 도입, 시행하였는바, 참가인의 정규직 전환 대상자 또는 계약해지 대상자의 선정을 위한 기준 내지 평가가 정당한지 여부를 판단함에 있어서 이러한 기간제법 시행 이후의 상황 및 이에 따른 신인사제도의 도입 취지를 고려하여야 하는 점, ② 참가인이 시행한 제1차 평가는 부서장에 의한 평가로서 ‘성과’, ‘업무능력(전문지식, 정보분석)’, ‘실행능력(계획 및 실행, 의사결정)’, ‘조직(직업관, 커뮤니케이션)’, ‘개인(도전의식, 성실성)’의 5개 항목에 각각 50, 10, 10, 15, 15의 배점을 두고 있는데, 이러한 평가항목 선정의 객관성이나 공정성이 의심스럽거나 원고에 대한 부서장의 제1차 평가에 잘못이 있다고 보이지 아니하는 점, ③ 그 후 시행한 제2차 평가는 ‘성과’ 및 ‘업무능력’ 항목에 대한 배점을 30으로 낮추는 대신에 ‘실행능력’, ‘조직’, ‘개인’ 항목에 대한 배점을 각각 25, 25, 20으로 높이는 방식을 채택하고 있는데, 이는 정규직 전환 유예자에 대한 제2차 평가인 만큼 비계량적 요소에 보다 높은 배점을 부여한 것으로서 정당하다고 보이는 점, ④ 원고는 제1차 평가에서 하위의 성적을 얻어 정규직 전환 유예자로 선정되었고, 그 후 제2차 평가에서도 70점 미만의 점수를 얻어 최종적으로 ‘계약종료’의 의견을 받은 점 등을 종합하면 이 사건 계약해지는 참가인의 정당한 평가에 따른 조치로서 합리성을 갖추었다고 봄이 상당하다”

5) 법원은 기간제법이 시행되면서 총 근로기간이 2년을 초과하는 기간제근로자는 기간제법 제4조제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로자의 지위를 인정받게 되므로, 기간제법 시행 이후 기간제 근로계약을 체결하는 사용자와 근로자의 의사, 동기 등을 고려해 보면, 기간제법 시행 이전에 체결된 근로계약에 비하여 기간제법 시행 이후에 체결된 기간제 근로계약의 경우 총 근로기간이 2년을 초과하게 되는 근로계약 갱신에 대한 기대권을 인정하기가 상대적으로 어렵다고 봄

【서울고등법원 2014. 9. 26. 선고2014누50271 판결<sup>123)</sup>】

“① 원고와 참가인 사이에 갱신된 이 사건 근로계약에 따르면, 근로계약이 2012. 1. 1.~2012. 6. 30.로 특정되어 있을 뿐 근로계약기간의 갱신에 관한 요건이나 절차에 관한 아무런 내용이 없는 점, ② 이 사건 근로계약에는 ‘본 계약은 종료일에 계약만료 통보가 없어도 근로계약이 자동 해지된 것으로 본다’고 규정하고 있고, 재계약을 할 수 있다는 내용이나 근로계약 갱신의 절차와 요건을 정하고 있지 않으며, 원고의 취업규칙, 인사규정 등에 근로계약 갱신에 관한 규정이 없는 점, ③ 기간제법이 시행되면서 총 근로기간이 2년을 초과하는 기간제근로자는 기간제법 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로자의 지위를 인정받게 되므로, 기간제법 시행 이후 기간제 근로계약을 체결하는 사용자와 근로자의 의사, 동기 등을 고려해 보면, 기간제법 시행 이전에 체결된 근로계약에 비하면 기간제법 시행 이후에 체결된 기간제 근로계약의 경우 총 근로기간이 2년을 초과하게 되는 근로계약 갱신에 대한 기대권을 인정하기가 상대적으로 어려운 점, ④ 원고가 A 공사로부터 위탁받는 용역업무의 성격, 규모 등에 따라 계약직 근로자를 채용하거나 퇴직시켜 왔고, 실제로도 상당수의 기간제근로자들이 계약기간 만료로 퇴직하거나 결원 발생 시 새로 채용되기도 한 점에 비추어 볼 때, 원고와 참가인을 비롯한 근로자들 사이에 일정한 요건을 충족하면 근로계약이 갱신된다고 볼 만한 관행이 정립되어 있었다고 보기 어려운 점, ⑤ 원고가 A 공사로부터 위탁받은 업무의 범위가 축소되거나 세부공정이 바뀌기도 하여 인력운영상황이 수시로 변하였고, 이에 따라 다수의 근로자들이 퇴직하거나 새로 채용되는 경우가 빈번하여 참가인으로서도 계약기간 만료 후 원고와 참가인이 재계약을 체결하지 않을 수도 있다는 점을 예상할 수 있었던 것으로 보이는 점, ⑥ 참가인은 채용면접 당시 현장소장 오○○이 참가인에게

121) 1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 12. 선고 2011구합2347 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 1. 10.자 2012두21727 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

122) 동 사건에서 참가인(사용자)은 2009. 8. 26. 다음과 같은 정규직 전환에 관한 내용이 포함된 ‘성파주의 신인사제도 도입의 건’이라는 제목의 아래와 같은 문서를 각 부서로 발송하여 근로자들의 동의를 받음

**성파주의 신인사제도 도입 건의 주요 내용**

5. 신분전환 및 신규채용

가. 만 2년 근무자 : 계약만료 전 평가를 통하여 정규직 전환 및 계약종료

나. 만 1년 근무자 : 계약만료 전 평가를 통하여 정규직 전환, 계약직유지 및 계약종료

다. 2010. 1.부터는 채용자는 정규직 채용을 원칙으로 하되, 직무특성 및 경영환경 등을 고려하여 계약직 채용 병행

\* 정규직으로 채용한 자는試用기간 6개월 적용 후, 본채용 여부 결정

\* 근속기간의 산정은 기간제법 발효일로부터 산정함

...(이하 생략)...

정년을 보장해준다는 취지로 말하였다고 주장하나, 기간제근로자로서 현장소장에 불과한 오○○에게 그러한 권한이 있다고 보기 어렵고, 오○○ 역시 계약기간 만료로 2011. 12. 31. 퇴직한 점(갑 제20호증의 1, 2의 각 기재, 증인 오○○의 증언)에 비추어 볼 때, 참가인의 위 주장을 뒷받침하는 듯한 을나 제1호증의 1의 기재, 증인 진○○의 증언은 선뜻 믿기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없는 점, ⑦ 갑 제19호증에 나타난 계약기간별 재계약자 비율은 고려인삼창에 재직 중인 계약직 근로자 수 대비 계약을 갱신한 근로자 수의 비율이고, 수 차례 계약을 갱신한 근로자가 중복하여 집계된 수치이므로, 모든 계약직 근로자 중 90% 이상이 원고와의 근로계약을 갱신하였다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 참가인에게 이 사건 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정된다고 보기 어렵다.”

6) 법원은 계약갱신 의무 내지 요건, 절차에 관한 규정이 없고, 다른 생산직 직원과 근로계약을 갱신하고, 회사 인력 수요에 따라 아르바이트 직원을 고용한 점만으로는 계약갱신에 대한 신뢰가 형성되었다고 보기 어렵고, 특별한 사정이 없는 한 기간제법 시행 이후 신규로 체결된 기간제 근로계약은 근로관계가 2년 이내에 종료될 것이 예정되어 있음으로 갱신기대권이 인정되지 않는다고 봄

【서울고등법원 2012. 12. 27. 선고 2012누25103, 2012누25110(병합) 판결<sup>124)</sup>】

“(가) 원고들이 무기계약 근로자인지 여부

...(중략)...

가) 앞서 본 바와 같이 참가인의 취업규칙 제13조제1항은 기간의 정함이 없는 근로계약과 2년 이내의 근로계약기간을 정한 근로계약을 구분하여 정하고 있고, 원고들은 모두 1년의 근로계약기간을 정하여 참가인과 이 사건 근로계약을 체결하였으며, 최초 체결한 이 사건 근로계약 이외에 참가인과 근로계약을 갱신한 적이 없다.

비록 참가인이 다른 생산직 직원들과 매년 근로계약을 갱신한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 그러한 사정만으로 이 사건 근로계약상 계약기간의 정함이 단지 형식에 불과하다고 볼 수 없다.

나) 참가인은 성수기 때 생산공정의 인력이 부족하면 근로계약기간을 3개월 정도로 정한 아르바이트 직원을 추가로 고용하기도 하였는바, 참가인의 인력수요가 상황에 따라 변동하고, 아르바이트 직원을 고용하기도 한 점을 고려하면 원고들이 하던 업무가 기간을 정할 필요가 없거나 기간을 정하는 것이 부적절하다고 보기 어렵고, 참가인이 생산직 직원 이외에 아르바이트 직원을 고용하였다고 하여 모든 생산직 직원들을 무기계약 근로자라고 볼 수도 없다.

다) 참가인의 취업규칙 제25조는 종업원의 정년을 만 60세가 되는 날이 속하는 달의 말일로 정하고 있고...(중략)...취업규칙의 정년규정은 계약을 갱신하는 경우 그 한계를 정한 것이거나 무기계약 근로자들의 정년을 정한 것으로 보는 것이 합리적이고, 위 정년규정을 이유로 원고들이

123) 1심 판결(서울행정법원 2014. 4. 3. 선고 2013구합9632 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 2. 2.자 2014두43899 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

사실상 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺었다고 볼 수 없다.

...(중략)...

#### (나) 원고들에게 계약에 대한 갱신기대권이 인정되는지 여부

...(중략)...

다음과 같은 사정들을 종합하면, 원고들과 참가인 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 원고들에게 이 사건 근로계약의 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정된다고 보기 어려우므로 이 사건 갱신거절로 인하여 원고들의 갱신기대권이 침해되었다고 볼 수 없다.

...(중략)...

가) 이 사건 근로계약에는 근로계약의 갱신에 대한 내용이 없고, 참가인의 취업규칙 제13조제2항은 회사가 근무성적 등을 감안하여 재계약 또는 기간의 정함이 없는 계약으로서의 전환을 결정하지 않을 경우 근로계약기간 만료로 인하여 근로계약이 자동 해지된다는 규정을 두고 있을 뿐 근로계약의 갱신요건이나 절차, 참가인의 근로계약 갱신의무에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다.

나) 참가인이 다른 생산직 직원과 근로계약을 갱신하고, 아르바이트 직원을 고용하였다는 사정만으로는 참가인과 원고들 사이에도 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있다고 보기 어렵다.

다) 또한 앞서 본 바와 같이 취업규칙의 정년규정은 계약을 갱신하는 경우 그 한계를 정한 것이거나 무기계약 근로자들의 정년을 정한 것으로 보는 것이 합리적이라 할 것이므로 이를 근거로 원고들에게 정당한 갱신기대권이 발생한다고 볼 수 없다.

라) 원고들은 기간제법 시행 이후에 신규로 기간제 근로계약을 체결하였는데, 기간제법 제4조는 기간제근로자의 총 사용기간을 원칙적으로 2년으로 제한할 뿐 기간제 근로계약의 재체결에 정당한 객관적 사유의 존재를 요구하거나 기간제 근로계약의 반복적 체결이 가능한 횟수를 제한하고 있지 않은 점 등에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 기간제법 시행 이후에 신규로 체결된 기간제 근로계약은 근로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것이 예정되어 있다.”

### 나. 2년을 초과하는 갱신기대권(또는 무기계약 전환 기대권)을 긍정한 판결

1) 법원은 기간제법의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 기간제법의 시행이 곧 재계약의 정당한 기대권의 형성을 막는다거나 이미 형성된 재계약의 기대권을 소멸시키는 사유라고 보기는 어려워 근로자로서는 정당한 인사평가를 거쳐 정규직으로 전환될 수 있으리라는 기대권이 인정된다고 봄이 타당하다고 본 사례

【서울고등법원 2014. 11. 16. 선고 2013누53679 판결<sup>125)</sup>】

“기간제법의 시행으로 사용자가 2년의 기간 내에서 기간제근로자를 사용할 수 있고, 기간제 근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 그 기간제근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로

제13장  
기간제  
근로계약

124) 1심 판결(서울행정법원 2012. 7. 12. 선고 2011구합31871, 2011구합40066(병합) 판결)을 인용함

간주되더라도, 위 규정들의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 기간제법의 시행이 곧 재계약의 정당한 기대권의 형성을 막는대거나 이미 형성된 재계약의 기대권을 소멸시키는 사유라고 보기는 어렵다.

나) 앞서 본 사실에 의하면, 원고와 참가인은 기간제법 시행 이후에 근로계약기간이 2년을 초과하지 않도록 하여 근로계약을 체결하였던 사실, 원고와 참가인 사이에 근로계약이 갱신된 적이 없는 사실, 참가인의 근로계약서에 ‘재계약을 할 수 있다’는 내용만 기재되어 있을 뿐 특별히 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간제근로자의 근로계약 갱신의 절차와 요건을 정하였다고 볼만한 사정이 없는 사실은 인정된다.

그러나 앞서 본 사실 및 그 증거, 을나 제4호증의 기재, 제1심 법원 증인 정○길, 박○철의 각 일부 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고의 기간제 근로자에는 일반직에 속하는 기간제근로자와 프로젝트 계약직에 속하는 기간제근로자가 있는데, 이 중 참가인과 같은 일반직 기간제근로자의 경우 정규직 채용 전 검증기간이 필요하다는 인사위원회의 요청에 따라 우선 기간제근로자로 채용한 후 계약기간 만료 시 인사평가 등을 거쳐 정규직 근로자로 전환하기 위해 마련한 고용형태인 점, ② 이와 같은 일반직 기간제근로자들은 정규직 근로자와 동일한 업무를 수행하였고, 원고 측에서도 참가인을 비롯한 일반직 기간제근로자들에게 특별한 사정이 없는 한 정규직으로 채용될 것이라고 지속적으로 말해 온 점, ③ 실제로 참가인 이전 정규직 전환을 원했던 일반직 기간제근로자 3명 모두 정규직으로 전환되었고, 이후에도 기간 만료된 일반직 기간제근로자 전원에게 인사평가 실시 및 인사위원회 개최와 같은 정규직 전환의 기회가 제공된 점, ④ 원고는 참가인에게도 정규직 승격의 기회를 부여하기 위해 계약만료일 1개월 전에 인사평가를 실시하였던 점, ⑤ 참가인의 경우 근로계약 만료일 이후까지 사업추진이 예정되어 있는 고용노동부 주요위탁사업의 실무총괄을 담당하는 고위직으로 근무하였던 점 등을 종합하여 보면, 참가인에게는 정당한 인사평가를 거쳐 정규직으로 전환될 수 있으리라는 기대권이 인정된다고 봄이 타당하다.”

2) 법원은 기간제법이 시행되었다고 하여 기간제법 시행 이후에 신규로 채용된 기간제근로자에게는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 부정된다거나, 그 갱신기대권이 인정된다고 하더라도 반드시 총 사용기간이 2년의 기간을 한도로 한다고 볼 수는 없어 갱신기대권이 인정된다고 봄

【서울행정법원 2016. 10. 20. 선고 2015구합71068 판결<sup>125)</sup>】

“기간제법의 시행으로 사용자는 원칙적으로 2년의 기간 내에서 그 횟수나 사유에 관계없이 기간제 근로자를 사용할 수 있고 기간제근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우에만 그 기간제근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되게 되었지만, 위 규정들은 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지하여 근로자의 지위를 정하려는 데에 그 입법취지가 있으므로, 기간제법의 시행이 곧 재계약의 정당한 기대권의 형성을 막는대거나 이미 형성된 재계약의 기대권을 소멸시키는 사유라고 보기는

125) 동 사건은 현재 대법원에서 소송 계속중임

어려운 점, 기간제근로자에게 근로계약의 갱신기대권이 인정되는지 여부는 당사자가 체결한 근로 계약이나 취업규칙 등의 해석·적용에 관한 문제이므로 기간제법의 시행 여부에 따라 그 결론이 달라진다고 할 수 없고, 기간제법 제4조가 2년을 초과하는 계약에 대한 당사자의 신뢰관계 형성을 특별히 제한하는 규정이라고 보아도 않을 뿐만 아니라 위 조항은 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용하는 사용자를 규제하기 위한 것이므로 이를 기간제근로자에게 불리하게 적용할 근거로 삼을 수는 없는 점, 기간제법 시행 이후에도 갱신기대권의 법리를 적용하게 되면 기간제법 제4조 제2항과 결함하여 기간제근로자가 무기근로자로 전환되는 결과가 발생할 수 있으나, 이는 갱신기대권의 법리가 아닌 기간제법 제4조 제2항의 적용에 따른 결과이고 사용자로서는 최초 근로계약이나 재계약에서 갱신사유, 갱신회수, 갱신한도(예컨대 총 사용기간의 상한)등의 계약갱신에 관한 기준을 설정함으로써 갱신기대권의 발생을 저지할 수 있으므로, 기간제법 시행 이후에 갱신기대권의 법리를 그대로 적용하는 것이 사용자의 계약체결의 자유를 불합리하게 제한하거나 침해하는 것이라고 볼 수 없는 점 등을 종합하면, 기간제법 시행 이후에도 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성된 경우에는 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권을 인정할 수 있고, 기간제법이 시행되었다고 하여 그 이후에 신규로 채용된 기간제근로자에게는 재계약이 체결될 수 있으리라는 정당한 기대권이 부정된다거나 총 사용기간이 2년을 넘지 않는 한도 내에서만 인정된다고 볼 것은 아니다.”

3) 법원은 사용자가 기간제근로자를 채용한 후 2년이 경과한 후에 인사평가를 거쳐 기간의 정함이 없는 근로자로 전환시켜 왔고, 직원 재계약 기준 등 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환대상자를 추려내기 위한 인사평가방법 및 기준 등을 수립하였던 점 등을 고려하여 근로자에게 계약기간 만료 후 정당한 인사평가를 거쳐 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수 있을 것이라는 기대권을 인정함

【서울행정법원 2011. 12. 15. 선고 2011구합26824 판결<sup>127)</sup>】

“(1) 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환에 대한 기대가능성이 있는지 여부

2007. 7. 1.부터 시행된 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조 제1항 본문에서는 “사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서)기간제근로자를 사용할 수 있다.”라고 규정하고, 같은 조 제2항에서는 “사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로 계약을 체결한 근로자로 본다.”라고 규정하여, 기간제근로자로서의 사용기간을 2년으로 제한하고 있다. 한편, 위 법제5조에서는 “사용자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고자 하는 경우에는 당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간제근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다.”라고만 규정하여, 사용자에게 기간제근로자를 기간의 정함이 없는 근로자로 전환시킬 의무를 부여하고 있지는 않다.

126) 유사 판결로 대전고등법원 2015. 7. 16. 선고 2015누10696판결(1심 판결(대전지방법원 2015. 1. 28. 선고 2013구합 3544 판결)을 인용하였음)

하지만, 앞서 본 바와 같이 원고는 사무차장을 기간제근로자로 채용한 후 2년이 경과한 후에 인사평가를 거쳐 기간의 정함이 없는 근로자로 전환시켜 왔던 점, 원고는 이를 위하여 위 상공회 직원 재계약 기준 등 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환대상자를 추려내기 위한 인사평가방법 및 기준 등을 수립하였던 점에 비추어 볼 때, 참가인에게는 근로계약기간이 끝난 후 정당한 인사평가를 거쳐 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수 있을 것이라는 기대권이 있었다고 할 것이다. 따라서 이와 다른 견해의 원고의 주장은 받아들일 수 없다(원고는, 참가인이 본인의 근무실적 평가결과가 기간의 정함이 없는 근로자로 전환되기 위한 요건을 충족하지 못하였으므로 참가인에게 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 것이라는 기대권이 없다는 취지로 주장하나, 위와 같은 사정은 기대권의 존부 자체의 문제라기보다는 아래에서 보는 바와 같이 전환 거부의 합리적 이유가 있는지 여부에 관한 사항이라고 봄이 상당하다)."

4) 법원은 사용자가 근로계약기간 만료 후 정규직 전환 규정을 두고 있지는 않지만, 채용 공고에 계약만료 전 평가를 통해 우수자에 한하여 정규직 전환의 기회가 주어진다는 점을 명시하여 안내하였고, 실제로 인사고과와 면접결과 등을 토대로 성적이 우수한 근로자들을 정규직으로 전환해온 사정이 있는 경우, 근로자에게는 계약기간 동안 근무성적 등이 우수한 것으로 평가되면, 면접 등을 거쳐 정규직으로 전환될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정된다고 봄

【서울행정법원 2015. 4. 16. 선고 2014구합17173 판결】

“2) 정규직 전환에 대한 기대권의 인정 여부와 그 거절에 대한 정당성 여부

(가) 먼저, 원고에게 정규직 전환에 대한 정당한 기대권이 인정되는지에 관하여 본다.

기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분 관계는 당연히 종료되고 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신 거절의 의사표시가 없어도 당연 퇴직되는 것이 원칙이다. 그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는, 사용자가 이를 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두12528 판결 등 참조). 이와 같은 법리는 근로계약기간이 만료된 후 근무성적 등을

127) 동 사건은 고등법원(서울고등법원 2012. 9. 5. 선고 2012누1282 판결)을 거쳐, 대법원(대법원 2013. 1. 24.자 2012두 21710 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



평가하여 일정한 요건이 충족되면 정규직으로 전환된다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우에도 유추적용될 수 있으므로, 근로자에게 정규직 전환에 대한 정당한 기대권이 인정되는 경우에는, 사용자가 이를 위반하여 부당하게 정규직 전환을 거절하는 것은 효력이 없다고 할 것이다.

이 사건에 관하여 보건대, 앞서 인정한 사실과 변론 전체의 취지에 의하면, 참가인이 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 근로계약기간이 만료되더라도 일정한 요건이 충족되면 원고를 정규직으로 전환한다는 취지의 규정을 두고 있지는 않지만, 참가인은 모바일 매니저에 대한 채용공고를 하면서 계약만료 전 평가를 통해 우수자에 한하여 정규직 전환의 기회가 주어진다는 점을 명시하여 안내하였고, 실제로 참가인은 그간 원고와 같은 계약직 근로자들을 상대로 계약기간이 만료되기 전 인사고과와 면접결과 등을 토대로 성적이 우수한 근로자들을 정규직으로 전환해 왔음을 알 수 있는바, 이러한 사정을 종합하면, 원고에게는 계약기간 동안 근무성적 등이 우수한 것으로 평가되면, 면접 등을 거쳐 정규직으로 전환될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정된다고 봄이 타당하다.”

5) 법원은 사용자가 **취업규칙 등에 기간제근로자의 계속근로기간을 2년으로 제한하고 있었지만**, 일정한 경우에 근무성적평가와 인사위원회의 의결을 거쳐 2년을 초과하여 **무기계약직으로 전환할 수 있는 근거 규정을 두고 있고, 실제로 2년을 초과하여 계속 근무한 대부분을 무기계약직으로 전환시킨 경우**, 무기계약직 전환에 대한 기대권을 인정함

【서울행정법원2014. 2. 11.선고 2013구합56263 판결】

“그러나 위 인정 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 운영준칙 제3조 제2호는 ‘무기 기간제 업무보조원이라 함은 최장 근로계약기간(2년) 도래 후 근로계약기간의 단절 없이 재채용한 기간의 정함이 없는 자를 말한다’고 규정하고 있고, 제58조의2 제1항은 ‘조장장은 기간제 업무보조원이 최장 근로계약기간(2년) 도래 후 계속 고용이 필요하다고 인정되는 경우 제9조 제6호 및 제12조 제2항의 규정에 불구하고 인사위원회 의결을 거쳐 기간제 업무보조원 직종 중 대체인력확보가능 여부, 특수전문기술 필요 여부 등을 종합적으로 감안하여 무기 기간제 업무보조원으로 채용할 직종을 정할 수 있다’고 규정하고 있으며, 같은 조 제2항은 제1항의 규정에 의하여 무기 기간제 업무보조원으로 채용할 수 있는 기간제 업무보조원은 제15조의 규정에 의한 근무성적이 최장 근로계약기간 만료일 이전 최근 2년간 평균점수가 80점 이상인 자로 한다’고 규정하고 있는바, 위 규정들의 내용 등에 비추어 볼 때 원고가 이 사건 근로계약 제2조 제3항과 운영준칙 제12조 제2항 단서에서 기간제 업무보조원의 계속근로기간을 2년으로 제한하고 있었지만, 일정한 경우에는 근무성적평가와 인사위원회의 의결을 거쳐 2년을 초과하여 무기계약직으로 전환할 수 있는 근거 규정을 두고 있었던 점, ② 참가인들 이전에 채용된 기간제 업무보조원들은 근로계약에서 정한 계약기간이나 운영준칙 제12조 제2항 단서의 계속근로기간의 한도 규정과 상관없이 2년을 초과하여 계속 근로를 하였고, 원고는 이 사건 근로계약이 종료되기 2달 전에 위 기간제 업무보조원들 대부분을 무기계약직으로 전환시킨 점, ③ 원고는 노사협의회

의결로 운영준칙 제15조에서 정한 근무성적평가의 구체적인 시기, 절차, 방법 등을 마련하여 참가인들을 포함하여 2010년에 채용한 13명의 시간제 업무보조원들을 대상으로 최초 1년의 계약기간이 만료되기 전에 근무성적평가를 하여 참가인들을 포함하여 평균 70점 이상의 점수를 받은 시간제 업무보조원들에 대하여 이 사건 근로계약을 갱신하였기 때문에, 참가인들로서는 이 사건 근로계약이 만료되더라도 2년간의 근무성적평가 결과 평균 80점 이상의 점수를 받으면 운영준칙 제58조의2 제2항에 따라 무기계약직으로 전환될 수도 있다고 충분히 예상할 수 있었던 점, ④ 원고는 참가인들을 포함하여 이 사건 근로계약을 갱신한 9명의 시간제 업무보조원에 대하여 재계약을 거절하면서 곧바로 같은 인원의 시간제 업무보조원을 신규로 채용하였으므로, 위 재계약 거절 당시 특별히 시간제 업무보조원의 인원을 감축할 필요가 있었던 것은 아니었던 점 등을 종합하여 볼 때, 참가인들에 대해서는 이 사건 근로계약과 운영준칙의 계속근로기간의 한도 규정과는 관계없이 인사위원회의 의결과 근무성적평가의 결과에 따라 무기계약직으로 전환될 수도 있다는 합리적이고 정당한 기대가 형성되었다고 볼 수 있다.”

6) 법원은 취업규칙에 2년 계약기간중 근무성적이 우수한 근로자에 대한 정규직 전환규정이 있고, 그 요건과 절차에 대해서 비교적 구체적으로 정한 경우 무기계약직 전환 기대권을 인정하고 있으나, 그러한 기대권은 위와 같은 규정의 취치에 부합하는 기준과 절차에 따라 공정하고 객관적으로 평가하여 기준에 부합할 경우 무기계약직으로 전환될 수 있다는 내용에 그친다고 봄

【서울행정법원 2014. 4. 25. 선고 2013구합27432 판결】

“나) 이 사건으로 돌아와 보건대, 앞서 인정한 바와 같이 ○○○체력단련장의 근무원 채용 공고 당시 “2년 계약기간 중 근무성적이 우수할 경우” 정규직으로 전환될 수 있다는 점이 명시되었고, 인사관리규정도 운영부장의 경우 채용일로부터 2년이 경과하면 무기계약직으로 전환할 수 있다고 규정하면서(제19조 제2항 나호), 그 요건 및 절차에 관하여도 비교적 구체적으로 규정하고 있으므로(제28조) 원고에게는 소정의 절차에 따라 무기계약직으로 전환될 수 있으리라는 기대권이 인정된다.

다) 위 기대권의 내용과 관련하여, 원고는 인사관리규정 제28조에서 무기계약직 근로자로의 전환에 관한 심사방법을 별도로 정하지 않은 채 제1항 나호에서 전환요건만을 규정하고 있음을 근거로 원고가 인사관리규정 제28조 제1항 나호의 전환요건만 충족하면 무기계약직 전환을 요구할 수 있는 기대권을 갖는다고 주장한다. 그러나 ① 앞서 본 바와 같이 사용자가 기간제근로자를 무기계약직 근로자로 전환하는 데에는 보다 넓은 재량권을 갖는 점, ② 인사관리규정 제28조 제1항은 “다음 각 호의 요건을 갖춘 자에 대해 업무연속성 및 조직의 안전성 유지를 위해 엄격한 심의를 거친 후” 무기계약직 전환을 추천할 수 있다고 규정하고 있는 점 등을 종합하면, 인사관리규정 제28조 제1항 나호에서 정한 전환요건은 기간제근로자를 무기계약직 근로자로 전환할 수 있는 최소한의 요건을 규정하고 있는 것으로 보아야 하고, 이와 달리 위 요건이 충족되면 바로

무기계약직 근로자로 전환될 것이라는 기대권을 형성케 하는 규정이라 볼 수 없다.

라) 결국, 원고의 무기계약직 전환에 대한 기대권은 참가인이 인사관리규정 제28조의 취지에 부합하는 기준과 절차에 따라 공정하고 객관적으로 원고를 평가하여 원고가 그 기준에 부합할 경우 무기계약직으로 전환될 수 있다는 내용에 그친다 할 것이다. 따라서 원고에 대한 무기계약직 전환 거절이 실질적으로 부당해고에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 원고에 대한 평가가 인사관리규정 제28조의 절차와 기준에 부합하도록 객관적이고 공정하게 이루어졌는지를 살펴보아야 할 것인바, 이는 항을 달리하여 보기로 한다.”

## 5. 갱신거절에 있어 합리적 이유가 있다고 본 판례

가. 법원은 평가자의 주관적 판단이 개입될 여지가 없는 실적평가와 객관적 합리성이나 공정성을 결여하였다고 볼만한 자료가 없는 정성평가에 **최하위로서 ‘계약직사원 평가 및 재계약기준’이 정하는 재계약 제외 대상자(하위 5%)에 해당하는 경우, 근로계약 갱신을 거절할 합리적 이유가 있는 것으로 인정함**

### 【대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두5374 판결】

“원심판결 이유 및 기록에 의하여 인정되는 사정들, 즉 ① 참가인은 그 근로자들로 구성된 노동조합과의 사이에 체결한 단체협약에서 계약기간이 만료되었다는 사정만으로 재계약을 거절하지 아니하고, 실적 및 인사고과 등을 감안한 일정기준에 의하여 평가하여 소정의 절차에 의하여 재계약 여부를 판단하기로 합의한 점, ② 참가인이 제정한 계약직 사원 관리지침에도 계약직 사원에 대하여는 고용계약의 갱신심사 등에 활용하기 위하여 근무성적평가를 실시할 수 있고, 평가자 및 평가시기 및 방법 등 세부사항은 사장이 따로 정하기로 규정되어 있는 점, ③ 참가인은 계약직 사원 평가 및 재계약 기준을 제정하여, 매년 계약직 근로자들의 실적(목표 달성률)을 반영한 정량적 평가, 행정업무처리 숙련도, 조직활성화 기여도 등을 반영한 정성적 평가 등 근무성적평가를 실시하였고 그 결과 하위 5%에 해당하는 근로자들을 제외한 대부분의 근로자들에 대하여는 재계약을 체결해 온 점, ④ 참가인이 2007. 2. 7.경 노동조합의 요구를 받아들여 개정된 ‘계약직사원 평가 및 재계약기준’에는 3년 계약직 근로자들의 경우 3년 전체의 정량적 평가 순위, 정량적 평가와 정성적 평가를 합산한 종합평가 순위를 각 매긴 후 종합평가 하위 5% 해당 근로자, 정량적 평가 하위 5% 해당 근로자에 대하여는 재계약을 할 수 없고, 종합평가 하위 5% 초과 10% 이하 해당 근로자에 대하여는 인사위원회에서 재계약 여부를 결정하도록 규정되어 있으므로, 계약직 근로자들 사이에는 위 기준을 상회하는 한 계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있다고 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 원고를 비롯한 계약직 근로자들에게는 근무성적 평가 결과 일정한 순위 이상의 성적을 얻게 되면 기간제 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정된다고 봄이 상당하다.

그런데 원심이 인용한 제1심판결 이유 및 기록에 의하면, 원고는 3년 동안의 목표 달성률

(실적평가)이 78.79%로서 총 89명의 3년 계약직 근로자들 중 최하위이고, 정성적 평가를 합산한 종합평가 순위에서도 최하위로서 ‘계약직사원 평가 및 재계약기준’이 정하는 재계약 제외 대상자(하위 5%)에 해당하는 사실, 이에 참가인은 2007. 2. 26. 인사위원회의 의결을 거쳐 원고에게 계약 갱신이 불가능함으로 통보한 사실을 알 수 있다.

원고에 대한 3년 동안의 실적 평가는 평가자의 주관적 판단이 개입될 여지가 없는 사항이고, 정성적 평가에 있어서도 객관적 합리성이나 공정성을 결여하였다고 볼만한 자료가 없으므로, 참가인으로서 원고에 대한 근로계약 갱신을 거절할 합리적 이유가 있었던 것으로 인정된다. 따라서 참가인이 부당하게 근로계약 갱신을 거절하였다고 볼 수 없다.”

나. 법원은 근로자에 대한 근로평정은 사용자의 고유권한에 속하고, 객관적 실적 뿐 아니라 조직에의 융화 등에 대한 주관적 평가도 포함될 수 있으므로, **수차례 민원을 발생시키고 상사나 동료와도 불화가 있었던 근로자와의 계약갱신을 거절한 것에 합리적 이유를 인정함**

【서울고등법원 2008. 9. 5. 선고 2008누10975 판결<sup>128)</sup>】

“참가인(사용자)은 2006. 11. 실시한 근무평정을 기준으로 최하위로서 60점 미만인 원고에 대하여 계약갱신을 거절하였는바, 근로계약의 성질상 근로의 양과 질에 대한 평가는 사용자인 참가인의 고유권한에 속하는 것이고, 근로의 양과 질을 평가하여 평정을 부여함에 있어서는 수치로 계량되는 객관적인 실적뿐만 아니라 기업조직에의 융화 정도 등 수치로 계량할 수 없는 부분에 대한 주관적인 평가도 포함되는 것인 점, 앞서 본 바와 같이 원고는 무성의한 치료 및 불친절한 태도로 환자들이나 그 보호자들로부터 수차례 민원을 발생시킨 바 있고, 전공의들은 물론 상사나 동료들과도 원만한 관계를 유지하지 못한 것으로 보이고, 특히 상사나 동료들과의 갈등은 2006. 1. 24. 원고에 대한 정규직 전환 요청이 거절되자 더욱 심화된 것으로 보이는 점, 원고는 참가인이 실시한 공채시험에 합격하여 일용직에서 계약직으로 변경되었을 뿐 공채시험에 합격하였다고 하여 계약갱신이 보장된 것이 아닌 점 등에 비추어 참가인의 원고에 대한 갱신 거절이 보복적 인사조치로서 현저히 불합리한 것이라고는 보이지 아니하므로, 이 부분에 관한 원고의 주장은 받아들이지 아니한다.

따라서 참가인이 위와 같이 원고에 대하여 계약갱신을 거절한 것은 합리적 이유 있는 갱신 거절로서 정당하다 할 것이므로, 이와 결론을 같이 한 이 사건 재심판정은 적법하다.”

다. 법원은 15학기 동안 별다른 문제 없이 강의 업무를 수행한 대학의 시간강사에 대하여 **시간강사의 자격을 박사학위 소지자로 제한하여 갱신을 거절한 것이 합리성을 결여하였다고 보기 어렵다고 봄**

128) 1심 판결(서울행정법원 2008. 4. 3. 선고 2007구합28700 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2008. 11. 27.자 2008두17066 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정되었음

【서울고등법원 2015. 8. 26. 선고 2014누68759 판결<sup>129)</sup>】

“참가인이 촉탁강사 자격을 박사학위 소지자로 제한하는 방침에 따라 원고 김○○과의 계약 갱신을 거부한 것이라고 하더라도, ① 참가인이 위와 같이 촉탁강사의 자격기준을 강화한 이유는 고등교육법이 2012. 1. 26. 법률 제11212호 개정되어 시간강사의 명칭이 강사로 변경되고 강사가 교원의 범주에 포함됨으로써 시간강사에게 교원의 지위가 부여되기 때문으로 보이는 점, ② 또한 참가인은 위와 같이 시간강사에게 교원 지위가 인정됨에 따라 그에 대한 보수액도 인상되어 대학재정상 시간강사의 수를 축소할 수밖에 없는 상황을 예상하였고 이에 따라 시간강사의 자격요건을 제한할 필요성을 느낀 점, ③ 헌법은 대학의 자율성을 법률이 정하는 바에 의하여 보장하고 있고(헌법 제31조 제4항), 이를 구체화한 교육기본법 제16조에서는 학교의 설립자·경영자는 법령으로 정하는 바에 따라 교육을 위한 시설·설비·재정 및 교원 등을 확보하고 운용·관리한다고 규정하고 있는 점, ④ 이에 따라 구 고등교육법(2012. 1. 26. 법률 제11212호로 개정되기 전의 것) 제17조에서는 ‘학교에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 제14조 제2항의 교원 외에 시간강사 등을 두어 교육 또는 연구를 담당하게 할 수 있다.’고 규정하고 있고, 그 위임을 받은 고등교육법 시행령 제7조 제3호에서는 ‘학교의 장은 고등교육법 제17조의 규정에 의하여 교육과정의 운영상 필요한 자를 시간강사로 위촉할 수 있다’고 규정하여 시간강사의 위촉에 광범위한 재량권을 부여한 점 등에 비추어 보면, 참가인이 위와 같이 촉탁강사의 자격을 박사학위 소지자로 제한한 것이 합리성을 결여하였다고 보기 어렵다.”

라. 법원은 기간제근로자를 무기계약 근로자로 전환시키는 것은 단순히 기간제 근로 계약을 갱신하는 것과 달리 사용자에게 근로자와 근로관계에서 큰 질적인 차이를 주어 사용자가 무기계약 전환기준을 정하는 데 상당한 재량권을 갖고 있으므로 근로자가 이러한 기준을 충족하지 못하는 경우 계약갱신 거절에 합리적 이유가 인정됨

【서울고등법원 2012. 9. 5. 선고 2012누1282 판결<sup>130)</sup>】

“앞서 본 바와 같이 원고는 사무차장을 기간제근로자로 채용한 후 2년이 경과한 후에 인사 평가를 거쳐 기간의 정함이 없는 근로자로 전환시켜 왔던 점, 원고는 이를 위하여 위 상공회 직원 재계약 기준 등 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환대상자를 추려내기 위한 인사평가방법 및 기준 등을 수립하였던 점에 비추어 볼 때, 참가인에게는 근로계약기간이 끝난 후 정당한 인사 평가를 거쳐 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수 있을 것이라는 기대권이 있었다고 할 것이다. 따라서 이와 다른 견해의 원고의 주장은 받아들일 수 없다

그러나...(중략)...아래 사정을 더하여 보면, 원고의 상공회 직원 관리규칙 상 무기계약 전환 기준이 자의적이라고 보기 어렵다.

① 평가자인 사업단 단장과 기획관리팀 팀장이 평소 업무적으로 참가인과 관계가 있어 참가인의

제13장  
기간제  
근로계약

129) 1심 판결(서울행정법원 2014. 11. 6. 선고 2014구합50064 판결)을 인용하였으며 동 사건은 현재 대법원에서 소송 계속중임

업무수행태도, 업무능력 등을 충분히 평가할 수 있다고 보인다. 그리고 평가대상자를 평소 직접 지켜보는 상급자만이 평가자가 되어야 한다고 볼 근거는 없다.

② 근무평가·인사평가는 평가항목과 평가방법에서 다소 추상성을 띠 수 밖에 없고, 평가자의 주관적 의견이 반영되기 마련이며, 점수부여 방식으로 충분히 이루어질 수 있는 점 등을 고려하면, 평가항목과 평가방법에 관하여 참가인 주장과 같은 세세한 기준이 마련되어 있어야 한다거나 점수부여의 이유를 기재하여야 한다고 볼 수는 없다.

③ 기간제근로자를 무기계약 근로자로 전환시키는 것은 단순히 기간제 근로계약을 갱신하는 것과 달리 사용자에게 근로자와 근로관계에서 큰 질적인 차이를 주어 사용자가 무기계약 전환 기준을 정하는 데 상당한 재량권을 갖는다고 봄이 옳다. 그런데 피고와 참가인이 제1심과 항소심에서 제출한 증거를 모두 모아 보더라도 원고가 정한 무기계약 전환기준이 이러한 재량권의 범위를 현저히 일탈하였다고 인정하기 어렵다.

④ 기간제근로자가 무기계약 근로자로 전환되기 위해서는 인사평정 결과가 2년 평균 A 이상이어야 하였는데, 인사평가가 원고의 직원 전체를 대상으로 하고 있어, 계약기간 2년의 기간제 근로자는 입사시기에 따라서는 2번의 인사평가를 받지 못할 수 있는 문제점이 있었다. 원고는 이러한 사정을 고려하여 2011년 2월 무기계약 전환기준을 개정하여 인사평정에 관한 요건을 삭제하고 근무평정 결과 80점 이상일 것의 요건만 유지하고 있다. 그런데 참가인은 개정된 무기계약 전환기준도 충족하지 못하고 있다.”

마. 법원은 근로에 대한 평가는 기업조직에의 융화 정도 등 수치로 계량할 수 없는 부분에 대한 주관적인 평가도 포함되는 것이므로, 이러한 부분에 객관적인 판단기준이 마련되어 있지 않아 **상급자의 주관적인 평가에 좌우될 우려가 있다는 사정만으로는 근무평정기준이 부당하지 않다고 봄**

【서울고등법원 2010. 9. 30. 선고 2009누36233 판결<sup>131)</sup>】

“살피건대, 참가인들에 대하여 근로계약 갱신에 관한 기대권이 인정되는 이상, 이 사건 갱신거절에는 해고제한의 법리가 유추적용되므로, 원고가 참가인들에 대하여 이 사건 갱신거절을 하기 위하여는 해고 제한의 기준인 정당한 이유보다는 완화된 기준인 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 이유가 있어야 할 것인바,...(중략)...참가인들의 징계전력, 근무평정결과 및 부서장 의견 등을 종합적으로 고려하여 이루어진 이 사건 갱신거절은 합리적이라고 봄이 상당하다.

가) 징계전력 관련 부분

...(중략)...

(3) 위와 같이 참가인들에 대하여 주된 징계사유가 인정되는 이상, 참가인들에 대한 근로계약을 갱신할 것인지를 판단함에 있어 그와 같은 징계사유를 고려함이 상당하다....(중략)...

나) 근무평정 관련 부분

130) 대법원(대법원 2013. 1. 24.자 2012두21710 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

(1) 이 사건 인사관리지침에 의하면, 일용계약직의 근무상황과 업무수행실적을 연 2회에 나누어 평가하여 계약의 변경 및 해지시 반영하도록 규정하고 있다.

(2) 원고가 근무평정의 기준으로 마련한 이 사건 근무실적평가계획에서는 업무수행평가(40), 서비스평가(20), 근무태도평가(20), 다면평가(20)로 구분하여 평가항목 및 그 배점에 관하여 명시적으로 규정하고 있고, 각 평가항목에 관하여 세부적인 기준도 마련하고 있다. 특히 평가항목 중 근무태도평가에 대하여는 비교적 계량적인 평가기준을 도입하였고, 발매원의 업무능력평가에 대하여는 발매실적을 근거로 산출함으로써 어느 정도 객관적인 평가기준을 도입하였으며, 상급자에 의한 평가항목 외에도 평가자와 피평가자가 서로 교차하는 다면평가도 그 평가항목으로 규정하다만, 업무수행평가 중 업무능력(발매원 제외), 책임감·성실성, 리더십·사회성, 서비스평가 중 부서내부평가에 관하여는 별도의 객관적인 판단기준이 규정되어 있지 않으나, 근로의 양과 질에 대한 평가에는 수치로 계량되는 객관적인 실적뿐만 아니라 기업조직에의 융화 정도 등 수치로 계량할 수 없는 부분에 대한 주관적인 평가도 포함되는 것이므로, 위 일부 평가항목에 관하여 별도의 객관적인 판단기준이 마련되어 있지 않아 상급자의 주관적인 평가에 좌우될 우려가 있다는 사정만으로 위 근무평정기준이 부당하다고 보기 어렵다.

(3) 원고는 근무성적 불량률 이유로 경륜부분 경력직원 중 2002년 35명, 2003년 19명, 2004년 13명, 2005년 46명, 2006년 1명, 2007년 8명, 2008년 1명, 2009년 7명, 2010년 3명에 대하여 각 근로계약의 갱신을 거절하였다.

(4) 근로계약의 성질상 근로의 양과 질에 관한 평가는 사용자인 원고의 고유권한에 속하는 것인바, 참가인들이 제출한 증거만으로는 참가인들에 대한 근무평정결과가 공정하지 못하거나 신빙성이 없음을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

#### 다) 부서장 의견 부분

(1) 계약 갱신 여부를 판단함에 있어 부서장의 의견을 반영하는 것이 부당하다고는 보이지 않을 뿐 아니라, 위 부서장의 의견은 징계전력 및 근무평정결과상 갱신이 거절될 가능성이 있는 근로자에 대하여 부서장의 선처 의견이 있는 경우 예외적으로 갱신을 허용하는 방식으로 보충적으로만 사용된 것으로 보인다.

(2) 이에 대하여 참가인들은 부서장의 의견이 부당한 징계처분 후의 반성 여부를 기준으로 하고 있고, 인사위원회 개최일에 근접한 시기에 작성되었으므로, 이를 이 사건 갱신거절의 고려요소로 삼은 것은 위법하다는 취지로 주장하나, 앞서 본 바와 같이 참가인들에 대하여 주된 징계 사유가 인정되는 점, 부서장의 의견이 징계후의 반성 여부와 반드시 일치하는 것은 아닌 것으로 보이는 점(참가인들과 함께 갱신거절된 유○○의 경우 징계 후 반성한 것으로 나타나 있으나, 당해 부서장은 선처 의견을 개진한 바 없다), 부서장의 의견은 인사위원회에서 갱신거절 여부를 판단하기 위하여 작성되는 것으로 보이는 점 등에 비추어 볼 때, 참가인들의 위 주장은 이유 없다.”

바. 법원은 공과금수납제도를 개선하는 과정에서 **인력을 탄력적으로 운용하기 위하여 계약직 근로자를 고용**하였는데 은행의 **공과금수납업무가 정착되고 업무량이 감소**하였다면 공과금전담직원에 대한 계약갱신 거절에 합리적 이유가 있다고 봄

131) 대법원(대법원 2011. 1. 13.자 2010두22948 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

【서울고등법원 2007. 4. 19. 선고 2006누 6446 판결<sup>132)</sup>】

“원고 은행이 당초 공과금수납업무의 BPR지원센터로의 집중화를 염두에 두고 참가인들의 채용 공고시 수도권지역 해당점포 근무 후 BPR센터로 이전 근무, 3개월 단위 계약 갱신(장기근무 가능)이라는 문구를 기재하기는 하였으나, 새로운 공과금수납방식의 시범운영실시결과 공과금수납 업무를 BPR지원센터로 집중처리하는 방안이 물류비용 및 공과금납부의뢰서의 처리 과정에서의 문제점들로 인해 백지화된 사정, 그리하여 원고 은행은 2002. 10.경 참가인들을 포함하여 계약직 사무직원들에게 재계약이 어려울 수 있음을 통보하기도 하였으나 노동조합 측의 요구로 새로운 공과금수납업무제도가 정착될 때까지 계약직 사무직원들을 각 영업점에 배치하여 공과금수납 업무를 담당케 하기로 하였던 점, 이후 원고 은행의 계속적인 공과금수납제도 개선의 노력으로 원고 은행의 공과금 수납방식이 참가인들이 처음 채용될 당시 시행되었던 의뢰서출금형식에서 무인수납기의 자동화시스템에 의해 별도로 공과금납부의뢰서를 처리할 필요가 없는 방식으로 변경되고, 또한 자동이체 및 인터넷지로 등 은행창구를 통하지 않은 공과금납부비율의 증가로 공과금수납업무량 자체가 현저히 감소하게 된 점, 당초 참가인들의 채용목적이 공과금수납제도의 개선을 계획하고 시범운영하는 과정에서 개선방안이 확정될 때까지 공과금수납업무에 투입될 인력을 탄력적으로 조절할 필요성에 기인하였던 것인데 원고 은행의 공과금수납업무가 정착되고 참가인들의 업무량이 감소함에 따라 더 이상 별도의 공과금전담직원을 고용할 필요성이 없어 졌다고 보이는 사정 등을 종합하여 보면, 원고 은행이 참가인들에 대하여 근로계약의 갱신을 거절한 것은 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 이유가 있다고 보인다.”

사. 법원은 간병사에 대한 수요가 줄어들자 **간병사 수요에 탄력적으로 대응하기 위하여 파견·일용근로자를 사용하는** 상황이라면 간병사에 대한 계약갱신 거절에 합리적 이유가 있다고 봄

## 【서울고등법원 2008. 12. 10. 선고 2008누18771 판결】

“① 원고 법인의 참가인들에 대한 이 사건 각 근로계약 해지를 전·후하여 이 사건 병원의 입원 환자 중 간병업무의 주된 대상인 치매·뇌손상환자의 감소 경향이 뚜렷하여, 그에 따라 간병사에 대한 수요가 감소한 결과 이 사건 병원에서 간병 업무를 담당하는 간병사들의 수가 2006. 7.경 20명에서 2007. 11.경 8명으로 급격히 줄어든 점, ② 원고 법인이 간병사와 보호사의 업무상 특성 및 위와 같은 환자 비중의 변화를 반영하여 보호사를 새로 채용하여 기존에 간병사가 담당하던 정신질환자들에 대한 업무를 담당하게 하고 이에 따라 잉여인력이 발생한 간병사의 수를 감소시킨 것은 원고 법인의 경영권에 속하는 점, ③ 원고 법인이 참가인들 등 6명에 대하여 일괄적으로 직위해제를 한 후 간병업무에 공백이 생기는 것을 막기 위하여 파견근로자 및 일용근로자를 사용하였다는 사정만으로 이 사건 병원의 간병사들에 대한 수요가 감소하지 않았다고 단정하기는 어려운 점, ④ 오히려 원고 법인은 일시적인 업무 공백을 막고 간병사에

132) 1심 판결(서울행정법원 2006. 1. 27. 선고 2005구합16468 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2007. 7. 27.자 2007두9587 심리불속행 기각 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



대한 수요의 변화에 탄력적으로 대처하기 위하여 새로운 계약직 간병사를 채용하는 대신 파견 근로자 및 일용근로자를 사용한 것으로 보이고, 이 사건 각 근로계약 해지 이후인 2007. 4. 1. 부터는 남은 계약직 간병사들과 1년의 기간을 정하여 파견된 간병사들만으로도 이 사건 병원의 간병업무를 처리할 수 있어 더 이상 일용근로자를 사용하지 않은 점, ⑤ 참가인들은 노동조합 활동과 관련하여 허위사실 유포와 업무방해, 집단 생리휴가 사용과 사내질서 문란 등을 이유로 원고 법인으로부터 이 사건 각 정직처분을 받았는바, 이와 같은 근로계약기간 중의 징계는 근로 계약의 갱신 여부를 판단함에 있어 중요한 참작사유가 되는 점, ⑥ 원고 법인은 이 사건 노조의 조합원뿐만 아니라 비조합원인 이○○, 이○○, 박○○에 대하여도 그 의사에 반하여 근로계약의 갱신을 거절한 점 등을 종합하여 보면, 원고 법인의 참가인들에 대한 이 사건 각 근로계약 해지가 참가인들의 노동조합 활동에 대한 보복적인 인사조치로서 합리적인 이유가 없는 근로계약 갱신 거절에 해당한다고 보기 어렵다.”

아. 법원은 운행사업자에게는 버스운행의 안전과 직결되는 운전근로자의 신체상태가 운행에 적합하지 않는 경우 당해 근로자와 사이의 근로계약을 계속 유지할 업무상 필요성이 없으므로 소속 운전기사가 사용자의 **갱신거절 당시 고령의 나이로 교통사고 후 교통안전공단의 운전정밀특별검사 결과 속도예측능력이 부정확하다는 소견하에 교정교육 판정을 받기도 한 경우에는** 갱신거절의 합리적 이유가 있다고 봄

【서울고등법원 2013. 12. 4. 선고 2013누8204 판결<sup>133)</sup>】

“설령 참가인에게 촉탁직 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정된다고 하더라도, 그 갱신거절에는 해고 제한의 기준인 정당한 이유보다는 완화된 기준인 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 이유가 있으면 충분하다고 할 것인바, 시내버스 운행은 그 특성상 근로자에게 상당한 육체적·정신적 부담을 주는 직무이면서 동시에 사용자에게는 공중의 안전확보를 위해 상시적으로 운전근로자 및 차량 등에 대한 주의 깊은 관리책임을 부여한다고 할 것인데, 참가인은 이 사건 연장거부 당시 만 64세의 고령이었고, 2010.6.경 교통사고를 당하여 1개월이 넘는 치료 기간을 요할 정도의 육체적 충격을 받기도 하였으며, 이후 실시된 교통안전공단의 운전정밀특별 검사 결과 속도예측능력이 부정확하다는 소견하에 교정교육 판정을 받기도 하였던 점 등을 고려하면, 원고 회사가 참가인의 신체상태가 더 이상 시내버스 운행에 적합하지 아니하다고 판단한 것은 일응 수긍이 가고, 대중교통인 시내버스의 운행에 있어서 공중의 안전과 이익을 확보할 책임이 있는 운행사업자에게는 버스운행의 안전과 직결되는 운전근로자의 신체상태가 운행에 적합하지 않는 경우 당해 근로자와 사이의 근로계약을 계속 유지할 업무상 필요성이 없다고 할 것이므로, 원고 회사 역시 이를 이유로 참가인과 사이의 근로계약 갱신을 거절할 수 있다고 할 것인 점 등에 비추어 보면, 비록 참가인이 촉탁직 근로자로 근무하면서 별다른 과오를 저지른 바가 없다는 점 등의 사정을 감안하더라도 원고 회사가 참가인과의 사이에 근로계약을 더 이상 갱신하지 아니한 것에 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.”

## 6. 갱신거절에 있어 합리적 이유가 없다고 본 판례

가. 법원은 평정자가 평가결과를 부적정하게 기재하거나 의견제시가 필요한 상황에서 아무런 의견이 없는 경우에는 그 평가가 합리적이고 공정하다고 볼 수 없으므로 평가 결과를 이유로 한 계약해지는 정당한 이유가 없다고 봄

### 【대법원 2015. 1. 25. 선고 2012두18868 판결】

#### “1. 근로계약 갱신에 관한 정당한 기대권 관련 주장에 대하여

...(중략)...

비록 원고가 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 근로계약기간이 만료되더라도 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있지는 않지만, 원고와 피고보조 참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)들 사이에는 기간제법 시행 이전부터 참가인들에 대한 근무평가 결과가 매우 불량하다는 등의 특별한 사정이 없으면 기간제 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 참가인들에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정된다고 판단하였다.

#### 2. 갱신 거절의 정당한 이유 관련 주장에 대하여

앞서 본 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하다. 거기에 근로계약 갱신에 관한 정당한 기대권에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

원심은 이래와 같은 인정사실과 이유를 들어, 원고가 계약직 근로자를 정규직 근로자로 전환시키기 위해 마련한 기준에 따라 참가인들에 대한 합리적이고 공정한 평가를 거쳐 참가인들에 대한 근로계약 갱신을 거절하였다고 볼 수 없으므로, 원고가 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 있는 참가인들에 대하여 갱신을 거절한 것은 정당한 이유가 없어 아무런 효력이 없다는 취지로 판단하였다.

즉, ① 원고가 마련한 정규직 전환을 위한 기준상으로는 기간제근로자인 부서원의 정규직 전환에 관한 근무평가는 부서장, 담당임원, 대표이사로 이어지는 3단계 평가절차를 거쳐야 하는데, 참가인들에 대한 부서장 평가 결과의견이 만 2년 근무자에게는 부적절한 ‘계약직 유지’임에도 담당임원은 의견란에 아무런 기재나 표시를 하지 않은 채 서명만 하였으므로, 참가인들에 대한 담당임원의 평가가 없었다고 보아야 하고, ② 여러 사정을 비추어 볼 때 참가인들에 대한 담당임원의 의견제시가 매우 중요한 상황이었는에도 그것이 없었던 평가절차 상의 잘못은 중대하다고 할 수 있으며, ③ 부서장이 법률전문가나, 인사전문가가 아닌 등의 이유로 그 평가가 합리적이고 공정하였는지 의구심이 들 뿐만 아니라, ‘계약직 유지’라는 평가 결과의견이 반드시 정규직 전환 대상이 아니라는 취지라고 해석할 수도 없고, ④ 이와 달리 보게 되면 사용자인 원고는 평가 결과의견을 자신 마음대로 해석할 수 있게 되어 정규직 전환 기준과 절차는 객관성과 공정성을 상실하게 된다는 것이다.

원심이 채택한 증거 등 기록을 앞에서 살핀 법리에 따라 살펴보면, 위와 같은 원심의 인정과

133) 1심 판결(서울행정법원 2013. 1. 31. 선고 2012구합14637 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 4. 10.자 2014두809 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

판단은 정당하다. 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 계약 해지의 정당한 이유에 관하여 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.”

나. 법원은 평정자들 간의 점수에 큰 폭의 편차가 발생할 만한 사정을 발견할 수 없고, 매년 기준점수 이상의 근무성적 평점을 유지하다가 **마지막 근무성적평정에서 재계약기준 점수에 미치지 못하는 점수를 받을 만큼 업무수행능력이나 업무수행 태도가 급격히 저하되었음을 인정할 만한 자료가 없는 경우**, 갱신거절에 합리적인 이유가 없다고 봄

【대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두2665 판결<sup>134)</sup>】

“원심이 인용한 제1심판결 이유 및 기록에 의하여 인정되는 사정, 즉 ① 이 사건 재계약 거절 직전에 이루어진 2005년 4/4분기부터 2006년 3/4분기까지의 근무성적평정(이하 ‘이 사건 근무성적 평정’이라고 한다)에서 위 참가인들은 70점 미만의 점수를 받은 점, ② 그런데 이 사건 평정과정에서 위 참가인들과 접근도가 높은 1, 2차 평정자들은 70점 이상의 점수를 부여한 반면, 접근도가 낮은 3, 4차 평정자들은 이에 미치지 못하는 점수를 부여하였고, 특히 4차 평정자인 조합장의 점수는 1, 2차 평정자들의 점수에 비해 현저히 낮아 전체 평균이 하락하는 요인이 되었는바, 기록상 평정자들 간의 점수에 큰 폭의 편차가 발생할 만한 사정을 발견할 수 없는 점, ③ 위 참가인들은 참가인 이○○이 2005년 1/4분기 때 69.3점을 받은 것을 제외하고는 입사일로부터 2005. 9. 30.까지 평균 70점 이상의 근무성적 평점을 유지하여 왔는데, 마지막 근무성적평정에서 이와 같이 재계약기준 점수인 70점에 미치지 못하는 점수를 받을 만큼 업무수행 능력이나 업무수행태도가 급격히 저하되었음을 인정할 만한 자료가 없는 점 등을 종합하여 보면, 원고는 이 사건 단체협약이 2006. 9. 10.자로 실효되자 위 참가인들을 포함하여 5년을 초과하여 근무한 기간제근로자들에 대하여 계속 근로기간 한도를 정한 이 사건 규정을 근거로 재계약을 거절하면서 그 과정에서 이들에게 일괄하여 재계약기준 점수에 미치지 못하는 점수를 준 것으로 보인다.

그렇다면 이는 원고가 오로지 재계약 거절의 사유로 삼기 위하여 형식적으로 근무성적평정을 한 것으로서 공정성과 합리성을 결여한 것이고, 이와 같이 공정성과 합리성이 결여된 심사 과정을 거쳐 도출된 점수가 재계약기준 점수에 미달한다는 이유로 재계약 거절을 한 것은 그 실질에 있어 부당해고에 해당하므로, 효력을 인정할 수 없다.”

다. 법원은 기간제근로자에 대하여 **2회차 갱신계약을 할 경우 그 정한 기간이 형식에 불과하여 기간의 정함이 없는 계속적 고용형태로 판단될 것을 우려하여 재계약을 체결하지 아니한다**는 것은 갱신거절을 위한 합리적인 사유라고 보기 어렵다고 봄

134) 파기환송 후 고등법원(서울고등법원 2011. 11. 16. 선고 2011누27089 판결)에서 확정됨

## 【서울고등법원 2010. 11. 26. 선고 2010누11674 판결】

“살피건대, ① 원고의 계약직직원규정에는 계약 갱신과 관련하여...(중략)...채용기간을 제한하는 아무런 규정이 없고...(중략)...원고가 거론하는 갱신 거절의 사유, 즉 ‘계약직직원들에 대하여 2회차 갱신계약을 할 경우 그 정한 기간이 형식에 불과하여 기간의 정함이 없는 계속적 고용 형태로 판단될 것을 우려하여 그 동안 2회차 재계약을 체결하지 아니하여 왔고 같은 이유로 참가인에 대하여도 2회차 재계약을 거절하였다’는 사유는, 근로계약의 갱신에 관하여 위와 같이 합리적 기대가 형성된 원고에 대하여는 그 갱신 거절을 위한 합리적인 사유라고 보기 어려운 점, ② 참가인이 공개채용시험에서 탈락하게 된 데에는 참가인의 다면평가 결과가 크게 작용한 것으로 보이는데, 참가인의 부서장들이 2006년 재계약을 앞두고 참가인의 업무수행을 매우 우수하다는 취지로 평가하였고, 이후 수년간 동료평가 결과 또한 별다른 변동이 없는데 유독 상사평가 결과는 근무태만 등 특별한 사유가 발견되지 아니함에도 참가인이 노동조합 활동을 시작한 2007년 하반기 이후 점수가 하락하기 시작하여 2008년 하반기 평가에는 최하위의 점수까지 기록한 것으로 보아, 다면평가의 타당성 및 신뢰성에 의구심이 드는 점 등을 종합하여 보면, 원고가 참가인에 대하여 근로계약의 갱신을 거절하고 계약만료를 통보한 것이 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 사유가 있는 근로계약의 갱신거절에 해당한다고 보기는 어렵다.”

라. 법원은 기간제법 제4조제2항에 따라 기간제근로자들이 근로계약기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 상황에 직면하게 되자, 업무의 존속 필요성 등에 관하여 구체적인 실질심사를 하지 않은 채 기간제법 제4조제1항 단서에 해당하지 않는 기간제 근로자들과의 재계약을 일률적으로 거부하고, 정리해고의 요건 충족 없이 경영상 이유로 기간제근로자의 재계약을 거절하는 것은 재계약 거절의 합리적인 이유가 없다고 봄

【서울고등법원 2011. 6. 22. 2010누33568 판결<sup>135)</sup>】

“원고가 담당하던 업무를 전문직 직원에 의해 수행할 필요성이 소멸하였다거나 원고와 같은 전문직 직원을 감축할 합리적 이유가 있다고 볼 수 없으므로, 이 부분 피고 주장도 이유 없다.

① 원고가 참가인의 노무관리 업무 등 수행 역량이 미약할 때 위 업무를 일시 처리함과 아울러 원고의 일반직 직원들을 교육시키는 등 노무관리 업무 수행 능력을 전수하도록 일시 채용되었다고 인정할 만한 증거가 없다.

② 원고가 수행한 노무관리 업무 등은 성질상 누구가가 계속 수행하여야 하는 점을 비롯하여 노무관리 업무 등의 전문성, 참가인이 이 사건 재계약거부 이후에 새로운 인사노무담당자의 모집을 위해 공모한 점, 원고와 새로운 업무담당자 사이에 업무인계 인수가 원활하게 이루어졌다고 인정할 만한 증거가 없는 점 등에 비추어 볼 때, 참가인이 이 사건 재계약거부 무렵 전문직 직원인 원고의 관여 없이 일반직 직원만으로 노무관리 업무 등을 수행할 수 있을 만한 역량을 구비하였다고 보기 어렵다.

③ 참가인은 기간제근로자들의 총 사용기간이 2년을 초과하여 법 제4조 제2항에 따라 기간제

근로자들이 근로계약기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 상황에 직면하게 되자, 원고를 포함한 전문직 직원들 업무의 존속 필요성 등에 관하여 구체적인 실질심사를 하지 않은 채 법 제4조 제1항 단서에 해당하지 않는 기간제근로자들과의 재계약을 일률적으로 거부한 것으로 보인다.

④ 위 ① 내지 ③항의 내용에 비추어 볼 때, 참가인의 노무관리 업무 등은 원고가 계속 수행할 필요성이 있는 업무로서 2006. 12. 29.자 운영세칙 제10조 제2항 제3호가 채용계약 해지 사유로 정하고 있는 ‘계약업무가 종료되거나 계속할 필요성이 소멸한 때’에 해당한다고 볼 수 없고, 그 밖에 위 운영세칙 제10조 제2항 각 호에서 정하고 있는 채용계약 해지 사유가 존재한다고 인정할 만한 자료가 없다.

⑤ 근로기준법 제24조에서 규정하는 경영상 이유에 의한 해고의 제한 법리에 따른 각 요건 중 해고회피의 노력, 해고대상자 선별의 합리성·공정성 및 사전협의 절차 요건을 충족하였다고 볼 만한 자료가 없다.”

마. 법원은 사용자가 기간제법 시행 후에 기간제근로자들의 근로계약 체결에 관한 **정당한 기대권을 배제 또는 제한하기 위해 근로자 평가요건과 절차 등을 취업규칙이나 별도의 규정 등에 마련하여 그 평가결과에 따라 근로계약 갱신을 거절할 수 있지만, 그러한 요건과 절차 및 평가 등이 객관성, 합리성 및 공정성이 없는 때에는 근로계약 갱신 거절은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없다고 봄**

【서울고등법원 2014. 11. 16. 선고 2013누53679 판결<sup>135)</sup>】

“사용자는 기간제법 시행 후에 기간제근로자들의 근로계약 체결에 관한 **정당한 기대권을 배제 또는 제한하기 위해 근로자 평가요건과 절차 등을 취업규칙이나 별도의 규정 등에 마련하여 그 평가결과에 따라 근로계약 갱신을 거절할 수 있지만, 그러한 요건과 절차 및 평가 등이 객관성, 합리성 및 공정성이 없는 때에는 그러한 근로계약갱신 거절은 여전히 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없다고 봄이 타당하다.**

앞서 본 사실 및 그 증거, 을나 제8, 18호증의 각 기재, 변론 전체의 취지에 비추어 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 원고가 참가인에 대하여 합리적이고 공정한 평가를 거쳐 이 사건 통보를 하였다고 볼 수 없으므로 이 사건 통보는 정당한 이유가 없어 아무런 효력이 없다고 봄이 옳다. 따라서 이 부분에 관한 원고의 주장도 이유 없다.

① 원고의 직제·인사·복무규정 제14조 및 제15조에 의하면 직원의 임면을 위해서는 인사위원회 회의 심의가 필요한데, 이 같은 절차를 거쳐 직원을 임면하도록 하는 것은 임면 대상자가 공정한 평가를 받을 수 있도록 하기 위함이다. 그런데, 원고는 참가인에 대하여 **인사위원회의 심의 없이 이 사건 통보를 하여 참가인이 공정한 절차에 따라 평가받을 수 있는 기회를 박탈하였다.**

② 또한 참가인과 함께 이 사건 인사평가 대상자였던 권○경의 경우 인사위원회를 거쳐 2012. 11. 1.경 정규직으로 전환되었는데, 정규직 전환 당시 권○경이 소속되어 있던 기획팀

135) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 2. 27. 선고 2011두17745 판결)에서 확정됨

팀장이었던 라○윤과 기획전략 총괄팀장인 하○은 모두 권○경에 대한 인사평가를 실시한 적 없다고 진술하였고, 참가인 이전의 기간제근로자들에게는 별다른 인사평가도 없이 곧바로 인사위원회를 개최하여 정규직으로 전환해 주었던 것으로 보이는 등 참가인에 대하여 실시된 이 사건 인사평가 절차가 과연 공정하게 이루어진 것인지에 관하여 의심이 든다.

③ 2012. 9. 19. 참가인에게 고지된 이 사건 인사평가 방법에 의하면 평가권자는 1차 평가 총괄팀장(60%), 2차 평가 사무국장(40%), 최종평가는 상임이사가 하도록 되어 있을 뿐 구체적으로 정규직 승급 대상의 기준이 정해져 있지 않았다. 또한 1차 평가권자로서 사무국장보다 평가 비중이 더 높은 총괄팀장 박○철은 직근 상급자로서 평소 참가인의 근무실적이나 역량, 근무태도 등을 가장 가까이서 관찰 평가할 수 있는 지위에 있는데, 참가인에 대하여 “홍보팀장과 설립지원팀장 역할을 훌륭히 수행하여 ○○○○ 재단의 비전을 생각할 때 재단에 꼭 필요한 인재”라고 하는 등 매우 구체적이고 상세하게 참가인의 업적을 평가하면서 정량평가에서 대부분 에스(S)를 주는 등 좋은 평가를 하였음에도 상임이사는 2차 평가권자이지만 평가비중이 낮은 사무국장 정○길의 평가만을 참고하여 참가인에 대한 정규직 전환을 결정하지 않았는바, 이 사건 인사평가가 어떠한 기준에서 이루어졌는지 알 수 없다.

④ 참가인이 근무기간 동안 114회에 걸쳐 지각한 사실은 인정되나, 이 사건 인사평가 중 근무평가는 10%에 불과하고 지각시간도 회당 평균 7여 분에 지나지 아니하여 큰 비중을 차지한다고 볼 수 없고, 사무국장 정○길은 참가인의 잦은 지각을 이유로 직원근무평가 중 ‘17. 근태’ 부분에 ‘디(D)’등급을 부여하였으나, 평가기준에 따르면 디(D)등급은 ‘무단결근 1회 이상, 지각, 조퇴 주 3회 이상’에 해당되는 것으로 참가인의 경우 ‘무단결근 없음 지각, 조퇴 주 2회 미만’에 해당되어 ‘비(B)’등급을 부여하였어야 했다고 보이는바, 이 사건 인사평가가 객관적인 기준에 따라 이루어진 것인지 의구심이 든다.

⑤ 또한 사무국장 정○길은 참가인이 팀장으로서의 역할을 제대로 수행하지 못하여 세 차례 보직이 변경되고, 홍보팀장으로 재직 시 외부세미나 참석교육 중 무단으로 조기 퇴근하였으며, 재단 8주년 홍보영상 제작 업무 수행 시 부적절한 업무처리에 대한 상임이사의 지시에 항의하여 구두로 경고 받은 적이 있다고 하나, 이러한 사실을 인정할 증거로는 정○길 본인의 진술과 상임이사의 진술서(갑 제9호증)뿐 다른 객관적인 증거는 보이지 아니한다.

⑥ 참가인은 2년간 근무하면서 총 369시간 이상의 추가근무를 하였고, 2011년 역량평가에서 전체 팀장 10명 중 6위, 2012년 상반기 평가에서는 1차 평가에서 전체 팀장 중 종합평가 1위에 해당하였으며(당시 2차 평가에서는 참가인이 전체 팀장 중 가장 낮은 점수를 받았는데, 2차 평가는 이 사건 인사평가와 동일한 시기에 사무국장 정○길에 의하여 이루어졌다), 을나 제18호증의 1 내지 3의 각 기재에 의하면, 참가인은 담당 업무를 성실하게 수행하였음이 인정된다.”

바. 법원은 평정자가 평정을 함에 있어서 상당한 재량권이 부여되어 있다고 할지라도 **평정결과 검증절차 규정에 반하여 근로자에게 평정결과를 통보하지 않았고, 이의 신청 기회도 주지 않았다면** 절차의 하자가 매우 중대하여 임용거부 결정은 무효라고 봄

136) 동 사건은 현재 대법원에서 소송 계속중임

【서울고등법원 2015. 5. 2. 선고 2012누36356 판결<sup>137)</sup>】**“1) 정당한 계약갱신에 대한 기대권이 있는지 여부**

이 사건의 경우 참가인은 원고와 사이에 2010. 8. 1부터 2011. 7. 31까지를 계약기간으로 하는 임용계약서를 작성한 사실, 인사규정 제19조 제1항에는 연구위원 이하 연구직 등으로 신규 채용하는 직원의 임용기간은 1년으로 하고 있음을 명시하고 있는 사실 …(중략)… 한편 인사규정 제19조 제2항에서는 신규채용자의 재임용 여부에 관한 규정을 두고 있고, 직원평정규칙 제4장 신규임용자 평정 부분에서는 인사규정 제19조 제1항의 최초 임용기간이 1년으로 정해진 신규 직원에 대하여 신규임용자 평정을 하여(제28조) 그 성적이 85점 이상인 경우에는 재임용을 하고, 85점 미만 75점 이상인 경우에는 인사위원회의 심의를 거쳐 재임용 여부를 결정하도록(제29조의2, 제30조) 하고 있는 사실 역시 앞서 본 바와 같으므로 참가인으로서 인사규정 및 직원평정규칙이 정한 기준과 절차에 따라 재임용 여부에 대하여 공정한 심사를 받고, 그러한 기준을 충족하는 경우 재임용될 수 있음을 기대할 수 있다고 할 것이므로 참가인에게 재임용에 대한 기대권이 존재한다.

**2) 계약갱신 거절에 합리적 이유가 있는지 여부**

이 사건을 돌이켜 보건대, 원고의 참가인에 대한 재임용 거절은 아래와 같은 사유로 부당하고, 결국 이 사건 재심판정은 적법하다.

이 사건에서 참가인의 재임용이 거절된 이유는 2명의 평정자가 최하점인 60점을 부여함으로써 참가인의 신규임용자 평정점수가 C등급에 해당하게 되었고, 그 결과 인사위원회 심의에 부쳐졌으나 2/3 이상의 출석위원이 참가인의 재임용을 찬성하지 않아서인바, …(중략)… 그러나 평정자가 개별 근로자에 대하여 평점을 함에 있어서는 상당한 재량권이 부여되어 있다고 보아야 하고, 특히 이 사건의 경우 교육과정 연구개발 및 각종 국가고사 출제관리를 목적으로 하는 원고 기관 자체의 성격, 그 내에서 부연구위원으로서 근무하였던 참가인의 업무내용 및 신규임용자 평정의 평가항목(전문성, 직무수행능력, 책무성, 협동성, 기관 발전 기여 가능성)을 고려하여 볼 때 신규임용자에 대한 평정자는 전인격적, 복합적 평가를 통해 평정을 할 수 밖에 없으므로 그 재량권은 더욱더 보장되어야 하며, 위와 같은 성격에 비추어 사후적인 사법심사를 통해 평정자의 평정 결과를 뒤집는 것은 가능한 한 자제되어야 한다는 점에서 참가인에 대하여 최하점을 부여한 위 2명의 평정결과가 어느 누구도 수긍할 수 없을 정도로 합리성을 결여하고 있다는 점이 명백하게 인정되지 않는 한 설불리 그 결과를 부당하다고 단정할 수는 없는바, 이 사건에서 당사자들의 주장과 제출된 증거들만으로는 위 2명의 참가인에 대한 평정결과가 위와 같이 합리성을 결여하고 있음이 명백하게 인정된다고 보이지는 않는다.

그러나, 위와 같은 평정결과에 대한 사후적인 사법심사는 가능한 한 자제되어야 하는 반면, 원고 내부에서의 평정결과에 대한 검증절차는 최대한 공정하게 이루어져야 하고, 이를 위해 원고는 직원평정규칙 제3조에서 평정결과를 공개하도록 하면서 이에 이의가 있는 직원으로 하여금 3일 내에 이의제기 항목 및 사유 등을 기재하여 서면으로 이의신청을 할 수 있도록 하고 있고, 원장은 이의신청서를 검토하여 타당한 사유가 인정되는 경우 인사위원회의 심의를 거쳐 평가결과를 정정할 수 있도록 하는 절차를 마련하고 있는 바, 원고가 참가인에게 신규임용자 평정결과를 통보하지도 않았고, 위와 같은 이의신청 기회조차 주지 않은 것은 앞서 본 바와 같고, 결국 원고가 이러한 절차를 흠결함으로써 위 평정결과의 공정성 및 정확성을 담보할 수 없게

되었다는 점에서 위와 같은 절차의 하자는 매우 중대한 것이라고 할 것이므로 결국 원고가 참가인의 재임용을 거부한 것에는 이를 무효로 할 만한 중대한 절차상의 하자가 있다.”

사. 법원은 공익적 성격의 기관에서 근무하는 근로자의 사용자에 대한 진정이 허위가 아니고 그로 인해 보조금 집행의 부적정 등 다수 비위행위가 적발되어 향후 개선이 필요함에도 불구하고 ‘찾은 민원제기와 직무수행 불성실’ 등을 이유로 계약갱신을 거절하였다면 합리적 이유가 없어 무효라고 봄

— 【서울행정법원 2013. 1. 10. 선고 2012구합27213 판결】 —

“1) 참가인에게 갱신기대권이 인정되는지 여부

살피건대, 갑 8, 11호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 참가인은 2011. 1. 3. 이 사건 봉사센터의 센터장과 계약기간을 2011. 1. 1.부터 2011. 12. 31.까지로 정하여 근로계약을 체결하였는데(OO시 조례 시행규칙 제5조 제2항에 의하여 이 사건 봉사센터의 직원에 대한 임면은 센터장이 한다), 위 근로계약서는 근로계약의 갱신에 관한 규정을 직접 두고 있지는 않으나, 제8항에서 “이 계약의 정함이 없는 사항은 관계법령 및 행정안전부의 2011 자원봉사 코디네이터 지원사업 시행지침, OO시자원센터 운영규정에 준함”이라고 규정하고 있고, ② 행정안전부의 2011 자원봉사 코디네이터 지원사업 시행지침은 II. 세부시행계획, 4. 관리 및 감독, □ 평가 및 재계약 항목에서 “○ 연말까지 1년 계약이 원칙이며, 연말 업무평가를 통해 익년도 재계약 여부 결정, ○ 평가위원회는 자원봉사센터장, 시·도/시·군·구 공무원 등 5인으로 구성하고, 3인 이상 동의할 경우 재계약 가능”이라고 규정하여 근로계약의 갱신에 관한 규정을 두고 있는 사실을 인정할 수 있는 바, 위와 같이 행정안전부의 2011 자원봉사코디네이터 지원사업 시행지침이 정하고 있는 근로계약의 갱신에 관한 규정은 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정이라 할 것이고, 이는 근로계약서 제8항에 의하여 참가인이 체결한 근로계약의 내용으로 되었다고 할 것이므로 참가인에게 갱신기대권이 인정된다고 할 것이다.

...(중략)...

2) 갱신거절에 합리적 이유가 있는지 여부

위 인정사실, 위에서 든 각 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들을 종합하면 이 사건 갱신거절은 공정성과 객관성이 결여된 평가 과정을 거친 것으로서 그 실질에 있어서 부당해고에 해당하므로 그 효력을 인정할 수 없다.

가) 이 사건 종합의견에 의하면 참가인의 근무태도는 “찾은 민원을 제기하는 과정에서 감사, 징계 등으로 직원간 위화감이 조성되었고, 업무 분위기가 저하됨으로써 센터 운영 및 업무 순실에 영향을 주었다”라는 것이다. 그러나 이 사건 봉사센터는 법 제3조 제4호가 정한 “자원봉사활동의 개발·장려·연계·협력 등” 공익 목적을 수행하기 위하여 설치된 기관으로서 참가인의 진정으로

137) 대법원(대법원 2013. 9. 12.자 2013두9977 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



인하여 운영 및 업무에 손실이 초래되었다고 할 수 없고, 오히려 보조금 집행의 부적정, 허위 자원봉사자 및 봉사실적 등록, 운영규정 위반 등 다수의 비위행위가 적발되어 향후 운영에 있어서 개선이 기대된다고 할 것이다.

나) 원고의 2011. 8. 31.자 감사결과에 “참가인은 소장이 수강생으로부터 재료를 손수 걷고 납부를 종용, 갈취하였다는 등의 내용을 OO시 및 OO 의원에게 진정하여 투서하는 등 맡은 바 직무를 성실히 수행하지 않은 사실이 있다”라는 내용이 포함되어 있으나, 위 감사결과에 의하면 이 사건 봉사센터 소장은 재료를 강사와 총무로부터 수납한 후 직원들에게 그 사실을 알리지 않고 있다가 직원들의 원성이 있자 강사에게 재료를 건네주었다는 것으로 참가인이 허위의 진정을 하였다고 보기 어렵고, 위 감사결과에 따라 이 사건 봉사센터가 참가인에게 내렸던 견책 처분이 2011. 12. 6. △△지방노동위원회에서 징계사유 부존재를 이유로 하여 부당징계로 인정 되었으며, 달리 참가인이 직무를 성실히 수행하지 않았다고 볼 자료도 없다(이 사건 종합의견에 의하더라도 참가인은 근무실적에 있어서 맡은바 소임을 다하였다).”

아. 법원은 포괄적인 심사항목을 포함시켜 위반행위의 경중, 경위를 고려하지 않고 획일적으로 감점하고, 계약갱신 기준 점수를 상향 조정하였을 뿐 아니라, **노동조합원인 근로자에 대하여만 감점을 하고 가점은 부여하지 않은 경우** 계약갱신 거절의 합리적 이유가 없다고 봄

【서울고등법원 2009. 11. 20. 선고 2009누11524 판결<sup>138)139)</sup>】

“원고는 2007년 제1, 2차 계약심사위원회에서 2003년 말경부터 지속되어 온 재계약 심사기준을 변경하면서, ‘1일 평균 운행횟수’라는 중대하고 객관적인 심사항목 대신 ‘기타 계약서 위반’이라는 다소 포괄적인 심사항목을 포함시켜 그 위반 내용의 경중이나 경위에 관하여 구별하지 않고 위반행위마다 5점씩을 감점하도록 하였고, 계약갱신 여부를 판단하는 기준점수 역시 ‘80점 미만’에서 ‘85점 이하’로 전년도에 비해 사실상 10점이나 상향조정하였는바, 이 같은 심사항목 및 갱신 기준점수의 변경에 관하여 참가인을 비롯한 운전원들에 대해 사전에 공지된 바 없는 점, 만일 심사항목에서 정한 사유가 있다고 하여 그 경위를 살피지 않고 그 위반행위에 대하여 획일적으로 5점씩을 감점하여 이를 근거로 계약갱신 여부를 결정하도록 허용할 경우 원고가 특정 운전원에 대해 계약을 갱신할 것인지를 결정할 수단으로 남용될 가능성이 있는 점 등에 비추어 볼 때, 5점을 감점하게 되는 항목별 위반행위는 실질적으로 엄격하게 판단할 필요가 있다.

이 사건을 보면, ① 참가인이 2007. 5. 24. 장애인콜택시를 이용하여 개인적으로 문상을 다녀 오고 노동조합 총회에 참석한 사실은 인정되나, 당시는 콜센터의 지시를 기다리는 대기시간이었을 뿐 콜센터로부터 특별한 지시가 있었던 것은 아니어서 참가인의 문상이나 노동조합 총회 참석으로 인하여 콜센터의 지시를 무시하였거나 운행 공백을 초래한 것으로 보이지 않고, 문상 시간은 약 10분에 불과하였으며 문상자인 서울동부시립병원은 운행구역인 서울시내에 소재하였던 사정, 근무시간 중 노동조합 총회 참석이 이 사건 계약서 제13조 제1항 제11호에서 정하고 있는 ‘자동차

운행과 관련한 집단행동'에 해당한다고 볼 수 없으며, 참가인의 운행시간 및 운행 경위 등에 비추어 참가인은 실제로 근무시간이 거의 종료될 무렵에야 노동조합 총회에 참석하였을 것으로 보이는 사정 등이 인정됨에도, 원고는 위와 같은 사정을 전혀 고려하지 않고 심사항목을 기계적으로 적용하여 10점을 감점함 점, ② 동일하게 지각하여 운행시간을 준수하지 못한 운전자들 중 일부에 대해서만 운행시간 미준수 및 근태 항목에서 감점한 사실, ③ 참가인은 이 사건 계약기간 중 경찰청장으로부터 무사고운전영년표시장을 수여받았고, 이는 변경된 심사기준에 의하더라도 가점 사유에 해당함에도 가점이 부여된 바 없는 점, ④ 또한 원고는 2007. 8. 28.자로 계약해지된 참가인 등이 구제신청을 하자 이 사건 사업의 시행 이후 최초로 재계약 심사기준을 변경하고 기준점수를 유례없이 10점이나 상향조정하였는데, 참가인 등은 기존의 심사기준 및 기준점수에 의하면 이 사건 해지의 원인이 된 사유만으로는 계약이 갱신될 것이 확실한 점, 위와 같이 참가인 등 계약해지된 운전자들은 대부분 노동조합 조합원인 점 등을 고려할 때, 원고가 구제명령을 받을 가능성이 있는 참가인 등에 관하여 다시 갱신을 거절하기 위하여 심사기준 등을 변경한 것이 아닌가 하는 의심이 드는 점 ...-(중략)... 고려할 때, 참가인에 대한 이 사건 갱신거절은 합리적인 이유가 있는 근로계약의 갱신거절에 해당한다고 보기 어렵다.”

자. 법원은 심사기준을 변경하여 ‘중과실 감점’ 등 포괄적이고 불명확한 심사항목을 노동조합원인 근로자에 대하여만 적용시킨 경우 계약갱신 거절에 합리적 이유가 없다고 봄

138) 동 판결과 유사한 취지로 서울고등법원 2009. 11. 13. 선고 2009누9354 판결, 서울고등법원 2009. 11. 27. 선고 2009누11555 판결이 있음

139) \* 동 사건의 개요:

- 참가인(근로자)은 2002. 12. 19. 장애인콜택시 운행업자인 원고(사용자)와 1년간의 위탁계약을 체결하고 이후 4회에 걸쳐 1년 단위로 위탁계약을 갱신하였음
- 원고는 2007. 8. 22. 참가인의 ① 속도위반, ② 지정 차고자 미입고, ③ 장애인콜택시를 이용한 개인적 문상 및 노동조합 총회 참석 등을 사유로(이하 ‘이 사건 해지사유’라 함) 참가인에게 2007. 8. 28.자 계약해지를 통지하였는데, 이에 대한 지방노동위원회의 구제명령에 따라 원고는 2007. 12. 28. 참가인을 원직에 복직시켰음
- 원고는 2007. 11. 27. 제1차 계약심사위원회를 개최하였는데, 위 심사위원회는 그 동안 적용하여 오던 심사기준 등을 다음과 같이 변경하였음

	2003년	2004년	2005년	2006년	2007년
심사기준	① 1일 평균 운행횟수(20점) ② 교통법규 위반(20점) ③ 본인귀책 차량사고(20점) ④ 콜택시운행 및 관리불량(20점) ⑤ 주요민원 유발(20점)				① 기타 계약서 위반(20점) ② 교통법규 위반(20점) ③ 본인귀책 차량사고(20점) ④ 운행시간 및 근태(20점) ⑤ 주요민원 유발(20점) ※ 항목별로 위반행위마다 5점씩 감점 ※ 표창(이사장, 시장, 장관, 국무총리, 대통령)을 받은 경우 5점 가산
기준 점수	70점 미만	75점 미만	하위 5%	80점 미만	85점 이하

- 원고는 2007. 12. 27. 제2차 계약심사위원회를 개최하여 위 변경된 심사기준에 따라 참가인에 대한 재계약 여부를 심사하였는데, 기준점수인 85점 이하에 해당한다는 이유(이 사건 해지사유 중 ①을 이유로 5점 감점, ②, ③을 이유로 15점을 감점하여 80점)로 2007. 12. 31.자로 위·수탁계약의 갱신을 거절하기로 의결하고 2007. 12. 28. 이를 통보함

【서울고등법원 2009. 11. 26. 선고 2009누11531 판결<sup>140)</sup>】

“① 원고는 참가인에 대한 ‘기타 계약서 위반’ 심사항목으로 5점 감점하면서 구체적인 위반 내용에 대하여 아무런 적시가 없었던 점, ② 특히 ‘경과실 10점 감점, 종과실 20점 감점’ 심사항목은 제1차 재계약심사 대상자 169명 가운데 참가인과 김○○에 대하여만 적용한 것으로서 ‘종과실’ 개념 자체가 포괄적이고 불명확하여 사용자의 자의적 판단이 개입될 소지가 매우 커 객관적 심사항목으로 보기 어려운 점(계약갱신거절 기준점수를 ‘80점 미만’에서 ‘85점 이하’로 조정함으로써 전년도에 비하여 실질적으로 그 기준점수를 10점 상향 조정함으로써 ‘종과실’에 해당하여 20점 감점되면 곧바로 갱신거절되게 된다), ③ ‘종과실’의 개념을 계약을 수행할 수 없을 정도로 해당하는 비위행위가 있는 경우를 말하는 것으로 한정하여 본다고 하더라도 원고가 종과실이라고 주장하는 참가인의 행위는 장애인콜택시 운행업무와 전혀 무관한 사항으로서 참가인이 단순히 동료의 발언을 사적인 대화 과정에서 사실대로 전달한 것에 불과하고 그로 인하여 원고와 운전자들 간에 신뢰관계에 중대한 영향을 미쳤다고도 볼만한 사정도 전혀 없어 중대한 비위행위라고 볼 수 없는 점, ④ 참가인은 노조 지회장이고 그밖에도 2007년도 재계약 심사에서 계약해지된 운전자들 대부분은 노동조합 조합원인 점 등에 비추어 보면,···(중략)···이 사건 갱신거절은 합리성을 결여한 것이다.”

## 7. 사용기간제한의 예외 관련 판례

## 7.1 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우

법원은 기간제법 제4조의 전체적인 체계 및 내용, 취지에 비추어 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우에는 2년을 초과한 기간제근로가 가능하다고 해석될 뿐, 사전에 계약기간이 정해져 있음에도 실제로 사업이 완료되거나 특정한 업무가 완성될 때까지 계속하여 고용을 보장해야 한다는 의미로까지 확대 해석할 수 없다고 봄

## 【서울고등법원 2013. 6. 20. 선고 2012누34497 판결】

“이 사건 각 근로계약에서 기간을 정한 것이 형식에 불과하다고 볼 수 없고, 이 사건 각 근로계약은 기간제법 제4조제1항 단서 제1호 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’에 해당된다고 봄이 상당하다. 따라서 이와 다른 전제에선 이 부분 원고 주장은 모두 이유 없다.

① 원고가 제출한 자료를 모두 살펴봐도 이 사건 각 근로계약 당시 참가인이 원고에게 무기계약 내지 정규직 전환을 약정한 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 객관적인

140) 동판결과 유사 취지의 판결로 서울고등법원 2009. 11. 17. 선고 2009누12015 판결이 있음

증거가 없다.

② 참가인은 2007. 4. 지하철 석면에 대한 전반적인 문제제기로 117개역 및 5개 차량기지 전반에 대하여 석면사용 실태조사 및 석면지도 작성, 현장시료채취, 분석 등의 업무를 위하여 원고를 전문계약직으로 고용하였다.

당시 석면관리업무의 사업기간은 2007. 8. 27.부터 3년간으로 명시되어 3년 이내에 석면관리 업무를 완성하도록 예정되어 있었다. 다만 그 기간 내에 석면관리업무(주로 석면함유흙흙철재 해체·제거(안정화 사업포함) 사업으로서 당초 근로계약에서 정한 석면사용 실태조사에 따른 후속 조치로서 당초 근로계약의 석면관리사업과 밀접한 일련의 업무에 해당된다)를 완료하지 못하여 사업 기간이 최종적으로 2014.까지 연장됨으로써 그 무렵 그 업무를 종료할 것으로 예정되어 있었다.

③ 비록 석면관리업무가 당초 근로계약에서 밝힌 기간보다 연장되기는 하였으나, 연장된 기간 또한 정해져 있었다. 기록상 참가인이 기간제법 제4조제1항 단서를 악용할 의도로 당초 근로계약을 축소하여 설정하였다고 볼 만한 자료가 없다. 오히려 2008. 9.경 주무관청인 환경부의 5년 계획에 걸친 지하철 역사에 대한 단계적 석면 철거계획과 예산확보 지체(1, 2차 연장계약에 첨부된 과업 지시서에도 예산 확보에 따라 다소 시기조정이 있을 수 있다고 명기되어 있고, 그에 따라 사업 기간이 연장된 것으로 보인다)등 복합적인 원인으로 사업기간이 연장된 것으로 보일 뿐이다.

④ 원고는 2007. 8. 27. 고용되어 2년간 석면사용 실태조사, 석면지도 작성 등의 업무를 수행하였다. 이후 2회에 걸쳐 근로계약이 연장되면서 구체적인 업무범위가 명시된 과업지시서를 교부 받았다. 위 과업지시서에 따르면, 원고는 석면함유흙흙철재의 해체·제거 및 안정화공사 대상 역사에 대한 조사·분석·지도·감독 등의 업무를 수행하되, 그 과업범위는 원고의 계약기간(과업기간) 중 추진되는 사업으로 특정되었다. 위와 같이 원고는 계약기간 범위 내에서 특정한 업무를 수행할 것이 예정되어 있었다.

⑤ 원고와 참가인 사이에 체결된 3회의 근로계약서 상에 기간제법 제4조제1항 단서 제1호의 '사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우'로서 기간제한의 예외에 해당하고, 근로계약이 종료된 이후 기간연장이나 정규직 채용을 요구할 수 없다는 내용이 명시되어 있었다.

원고는 이러한 내용을 충분히 인식하고 있었다고 할 것이고, 각 연장계약 당시 참가인에게 별다른 이의를 제기한 바는 없다. 그리고 원고가 각 근로계약 당시 작성하여 참가인에게 제출한 직무수행 실적보고서(을18의 1~3)에 따르면 원고가 각 근로계약에 따라 수행한 업무는 구체적으로 정하여져 있었고, 거의 대부분의 업무가 각 근로계약에서 정한 기간 내에 완료된 것으로 기재되어 있다.

⑥ 비록 참가인에게 산업안전보건법, 석면안전관리법 등 석면 관련법령에 따라 석면관리를 지속적으로 하여야 하는 일반적인 의무가 있고, 갑 6~8의 각 기재에 의하면, 실제 참가인이 이 사건 근로계약 종료 통보 이후에 일부 역사(연장계약상 과업대상 역사에 포함되지 않은 역사도 포함되어 있다)에 대하여 석면해제 및 제거 작업을 하거나 작업 예정할 계획에 있는 것으로 보이기는 한다.

그러나 이 사건 각 근로계약서의 담당직무 내지 과업지시서의 과업내용과 원고의 직무수행실적 보고서의 기재내용을 비교·검토하여 보면, 이 사건 각 근로계약에서 정하고 있는 석면관리사업 내지 업무는 위 법령 등에서 정한 석면관리의 일반적인 사항에 관한 것이라기 보다는 석면실태조사 및 그에 따른 특별관리역사 선정, 선정된 역사에 대한 석면함유흙흙철재 해체·제거(안정화 포함) 사업이라는 특정한 사업 내지 업무를 대상으로 한 것이라 할 것이고, 원고가

제출한 자료(갑6)에 의하더라도 참가인측은 최종 연장된 2014년까지 석면제거 작업을 완료하기로 계획하고 있는 점에 비추어 보면, 앞서 원고가 지적하는 사정만으로 이 사건 각 근로계약의 석면 관리사업이나 원고에게 부여된 과업이 최종연장된 기간이 지나더라도 객관적으로 완료 내지 완성될 수 없는 성질의 것으로서 그 업무 완성에 필요한 기간을 정할 수 없는 것이라 단정할 수 없다.

#### (2) 업무 미종료로 인한 부당해고 주장

원고는 자신의 경우가 기간제법 제4조제1항 단서 제1호에 해당한다고 하더라도 원고가 부여 받은 업무가 모두 종료되지 않았기 때문에 참가인이 원고와의 근로관계를 종료시킨 것은 부당해고라는 취지로 주장한다.

그러나 기간제법 제4조의 전체적인 체계 및 내용, 취지(사업완료나 특정업무 완성을 근로계약에서 정한 필요한 기간 내에 하지 못한 경우 근로계약을 정해진)에 비추어 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우에는 2년을 초과한 기간제근로가 가능하다고 해석될 뿐, 이 사건과 같이 사전에 계약기간이 정해져 있음에도 실제로 사업이 완료되거나 특정한 업무가 완성될 때까지 계속하여 고용을 보장해야 한다는 의미로까지 확대해석할 수 없다.”

## 7.2 고령자고용촉진법 제2조제1호의 규정에 의한 고령자와 근로계약을 체결하는 경우

법원은 기간제법상 2년의 사용기간 제한규정 적용이 배제되는 ‘고령자와 계약을 체결하는 경우’는 계약기간 중 고령자가 된 경우를 의미하는 것이 아니라 근로계약의 체결 또는 갱신 시점에 고령자인 경우를 의미한다고 봄<sup>141)</sup>

### 【서울고등법원 2012. 7. 18. 선고 2011누45056 판결<sup>142)</sup>】

“기간제법 제4조 제1항 제4호는 「고령자고용촉진법」 제2조 제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우를 기간제법 제4조 제2항의 적용 제외 사유로 규정하고 있고, 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 제2조 제1호, 같은 법 시행령 제2조 제1항에는 만55세 이상인 사람을 고령자로 규정하고 있다. 위 규정들을 종합하여 보면 사용자가 기간제 근로계약을 최초로 체결할 당시 근로자가 만 55세 이상인 경우 또는 기간제 근로계약을 갱신할 당시 근로자가 만55세 이상이고 기존 근로기간이 2년 이하인 경우에 비로소 기간제법 제4조 제1항 제4호 단서에 해당되어 기간제법 제4조 제2항에 따른 무기근로자로의 전환이 배제되는 것으로 해석하는 것이 기간제법 제4조 제1항 제4호의 문언에 부합할 뿐 아니라 기간제근로자의 보호라는 기간제법의

141) 동 판결에서 근로자는 ‘08. 10. 1. 계약직으로 입사하여 행정지원팀장 업무를 담당하던 중 ‘11. 2. 28. 근로계약기간이 만료되어 총 2년 5개월을 근무한 자로 최초 계약시와 두 번째 갱신계약 당시 만55세가 되지 않았으므로 이미 무기계약근로자로 전환되었으며, 따라서 계약기간 만료를 이유로 한 근로관계 종료는 위법하다고 판단하였음

\* ‘08. 10. 13. 근로계약 체결(‘08. 10. 1. ~ ‘09. 3. 31, 6개월)

‘09. 1. 2. 근로계약 갱신(‘09. 1. 1. ~ ‘11. 2. 28, 2년 2개월)

‘10. 3. 11. 근로자는 만55세에 도달(생년월일: ‘55. 3. 10.)

‘10. 12. 29. 사용자는 ‘계약기간 만료에 따른 재임용 거부’ 통지

입법목적에도 합치된다

이 사건에 관하여 보건대, 참가인이 2008. 10. 1.부터 2년을 초과하여 원고를 사용한 사실은 앞서 인정한 바와 같고, 원고가 참가인과 체결한 두 번째 근로계약기간중인 2010. 3. 10.에 비로소 만55세가 된 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다. 따라서 최초 계약시와 두 번째 갱신계약 당시 만55세가 되지 않았던 원고의 경우 기간제법 제4조 제1항 제4호에 해당되지 않으므로 같은 조 제2항에 따라 무기근로자로 전환된 것으로 판단된다.”

### 7.3 전문적 지식 기술의 활용이 필요한 경우(전문국가자격을 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우)

가. 법원은 기간제법상 기간제근로자 사용기간 제한의 예외규정이 적용되는 전문직종 근로자의 경우에도 사용기간 상한의 제한이 없는 이상 근로자 보호의 필요성 역시 여전히 상존하므로 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성된 경우 갱신기대권을 인정함

#### 【서울고등법원 2013. 7. 5. 선고 2012누39324 판결<sup>143)</sup>】

“기간제법 제4조 제1항 본문과 제2항은 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용하는 경우 원칙적으로 그 기간제근로자를 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다고 규정하고 있다. 다만 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호는 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 따라 기간제법 시행령 제3조 제1항 제1호는 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호로 위임한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유의 하나로 ‘박사 학위(외국에서 수여받은 박사 학위를 포함한다)를 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우’를 들고 있다.

이처럼 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우를 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유로 규정한 이유는, 이러한 전문직종 근로자는 일반적으로 임금 수준이 높고 사용자를 상대로 충분한 교섭력을 가지며 이직이 원활하게 이루어지는 등 사용기간 제한을 두지 않더라도 근로자의 지위가 열악해질 우려가 비교적 적기 때문이라고 할 수 있다.

그러나 전문직종 근로자라 하더라도 그 근로조건이 다양하고 차이가 있으며, 기간제 근로 계약에 내재된 고용의 불안정과 근로조건 차별이라는 문제점과, 사용자가 기간제 근로계약의 반복적 갱신을 통하여 근로기준법상의 해고 제한 규제를 회피하고 상시고용을 대체할 수 있는 위험성은 전문직종 근로자에게도 마찬가지로 존재하고, 사용기간 상한의 제한이 없는 이상 근로자 보호의 필요성 역시 여전히 상존한다.

따라서 기간제법상 기간제근로자 사용기간 제한의 예외규정이 적용되는 전문직종 근로자의

142) 1심 판결(서울행정법원 2011. 12. 2. 선고 2011구합30694판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 5. 22. 선고 2012두18967 판결)에서 확정됨

경우에 있어서도, 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰 관계가 형성되어 있어 근로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당 해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없다고 봄이 상당하다.”

나. 법원은 채용공고 또는 근로계약 체결의 조건으로 **박사학위를 자격요건으로 요구하지 않았고, 주된 업무가 박사학위와는 큰 관련이 없으며 박사학위 취득으로 인한 자격수당 등의 보상도 받지 않은 경우에는** 업무수행에 박사학위소지자의 전문적 지식·기술 활용이 필요한 것으로 보이지는 않으므로 박사학위를 소지한 근로자를 기간제법 제4조제1항제5호에 해당하는 근로자라고 보지 않음

【서울고등법원 2015. 1. 15. 선고 2014누44344 판결<sup>144)</sup>】

“기간제법 시행령 제3조 제1항 제1호는 ‘박사 학위(외국에서 수여받은 박사 학위를 포함한다)를 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우’를 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호에서 규정하는 사유의 하나로 규정하고 있으며, 기간제법 제4조 제2항은 ‘사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸 되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다’라고 규정하고 있는바, 참가인이 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호의 전문직 특례에 해당하여 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외에 해당하는지 살피건대, 앞서 인정한 사실 및 갑 제1, 5호증, 을나 제4, 5, 8, 10호증의 각 기재와 변론전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고는 원목 초빙 공고에서 박사 학위를 자격요건으로 요구하지 않았고, 박사 학위는 근로계약 체결의 조건도 아니었으며 참가인도 원고 법인에 처음 입사할 당시 박사 학위를 소지하고 있지 않았던 점, ② 원고의 주된 업무는 행정업무로 원고가 소지한 박사학위인 신학(설교학)과 관련된 업무는 일시적·부수적인 것으로 보이고, 원고가 근로계약기간 중에 박사학위를 새로 취득함으로써 자격수당 등의 보상을 원고로부터 추가로 받지는 않은 점, ③ 원고 또한 원목 역할을 수행하는데 있어 박사 학위를 반드시 갖추어야 하는 것은 아니라고 인정하고 있는 점, ④ 이러한 사정 등에 비추어 보면 원목의 업무수행에 신학(설교학) 박사학위소지자의 전문적 지식·기술 활용이 필요한 것으로 보이지는 않는 점, ⑤ 기간제근로자 사용의 남용을 방지하려는 법률의 원래 취지에 비추어 전문직의 경우 자신이 갖는 능력을 기업 측에 제공하는 입장에서 충분한 교섭력을 확보하고 있어 2년을 초과하는 장기간의 계약기간을 설정하여도 무리가 없다거나 의사·변호사 등 전문성과 직업능력이 높은 전문 직종은 기간제한을 통해 보호할 필요성과 당위성이 상대적으로 낮다는 점 등이 전문직 특례를 인정한 취지로서 제시되고 있는데, 앞서 인정한 사정에 비추어 참가인의 경우까지 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외로 보는 것은 위와 같은 전문직 특례의 인정 취지에 부합하지 않고 오히려 박사 학위를 소지하지 않고 같은 업무를 수행하는

143) 대법원(대법원 2013. 11. 15.자 2013두16388 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

근로자와 참가인을 아무런 근거 없이 차별하는 것이 되어 형평에 반하는 해석이 된다는 점에 비추어, 참가인의 박사학위가 원목으로서 직무수행에 어느 정도 도움이 될 수 있는 것으로 보이는 점을 고려하더라도 참가인이 기간제법 제4조 제1항 제5호에 해당하다고 볼 수는 없다. 따라서 이를 전제로 한 원고의 주장은 받아들일 수 없다.”

다. 법원은 **박사학위가 채용조건에 있어 다른 기관에서의 연구(행정)경력 중 일부를 면제하는 조건일 뿐, 채용의 전제조건이 된다고 보기 어렵고** 실제 직원을 채용함에 있어 **박사학위가 없는 자도 채용하는 경우**, 근로자가 박사학위를 소지하고 그 전문 지식을 직무에 활용하였다고 하더라도 기간제법 사용기간 제한의 예외사유에 해당하지 않는다고 봄

【서울행정법원 2014. 2. 14. 선고 2013구합53660 판결<sup>145)</sup>】

“기간제법 제4조 제1항 단서 제5호는 ‘전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지 정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우’를 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외로 규정하고 있고, 기간제법 시행령 제3조 제1항 제1호는 ‘박사 학위(외국에서 수여받은 박사 학위를 포함한다)를 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우’를 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호에서 규정하는 사유의 하나로 규정하고 있으며, 기간제법 제4조 제2항은 ‘사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다’고 규정하고 있다. 위 규정에서 ‘박사 학위를 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우’의 의미는 문언상 ‘박사 학위를 소지하고 해당 전문지식을 근로자의 직무에 활용하는 경우’를 의미한다고 할 것이고, 위와 같은 전문직 특례를 인정한 이유는 ① 2년이 지난 시점에서도 기업이 그 전문성이 계속 필요한지 여부나 그 전문성을 근로자가 계속 유지할 수 있는지 여부의 판단이 쉽지 않을 수 있어 2년 후 무기근로계약으로 간주하기보다는 고용을 유연하게 할 필요가 있고, ② 그렇게 해도 이러한 전문직종은 사용자를 상대로 충분한 교섭력을 가지기 때문에 기간제한을 통해 보호할 필요성과 당위성이 상대적으로 낮고, 기간제 사용의 남용이 우려되지 않는다는 점이 제시되고 있다. 그러나 위 규정이 오로지 박사 학위를 소지하고 있다는 이유만으로 다른 근로자들에 비해 차별을 받아도 된다는 것을 의미하는 것은 아니라고 할 것인데, 앞서 본 바와 같이 ‘박사학위를 소지하고 해당 전문지식을 근로자의 직무에 활용하는 경우’이기만 하면 기간제법 제4조 제1항 단서에 해당되어 기간제법 제4조 제2항의 보호를 받을 수 없다고 보게 되는 경우 동일한 업무를 수행하는 근로자라도 박사 학위 소지자와 그렇지 않은 자를 아무런 근거 없이 차별하는 것이 되어 형평에 반하는 해석이 된다. 따라서 기간제법 시행령 제3조 제1항 제1호는 앞서 본 요건 외에도 ‘직무 내용, 전문성 및 업무 난이도 등을 고려하여 해당 분야 박사 학위

144) 동 사건은 현재 대법원에서 소송 계속중임



소지를 근로계약 체결의 조건으로 삼았거나 이에 준하는 경우(예를 들면 박사 학위 소지를 근로 계약 체결의 전제조건으로 삼지는 않았지만 근로계약 체결에 있어 박사 학위 소지에 상당한 가 점을 부여하는 등으로 사실상 박사 학위 소지자가 아닌 한 근로계약이 체결될 수 없는 경우)라는 사정이 있는 경우에 적용될 수 있다고 좁게 해석해야 할 것이다(또한 이와 같이 박사 학위 소지를 근로계약 체결 단계에서 요구되는 경우로 좁혀서 해석하지 않으면 근로계약 체결 후 박사 학위를 취득하게 된 경우 원래 기간제법 제4조 제2항이 적용될 수 있던 기간제 근로관계가 사후적으로 그 적용이 배제되도록 바뀔 수 있다는 해석이 가능해진다는 점에서도 불합리하다).

위와 같은 법리에 따라 이 사건에 관하여 보건대, 앞서 든 사실 및 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 원고의 2009. 8. 28.자 계약직 공개모집 공고에서 참가인이 채용된 3급(책 임급)의 경우 ‘박사 학위 취득 후 3년 이상·석사 학위 취득 후 6년 이상·학사 학위 취득 후 8년 이상 국기가관, 준정부기관, 대학, 연구기관, 기타 유관기관에서 관련 분야에 대한 연구(행정)경력을 가진 자를 자격기준으로 하고 있어 박사 학위가 채용 조건에 있어 다른 기관에서의 연구(행정)경력 중 일부를 면제하는 조건일 뿐, 채용의 전제조건이 된다고 보기 어려운 점, 실제 원고가 3급(책임급) 직원을 채용함에 있어 박사 학위를 가지지 않은 자도 채용한 점 등에 비추어 보면 설령 참가인이 박사 학위를 소지하고 그 전문지식을 직무에 활용하였다고 하더라도 참가인에게 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호, 기간제법 시행령 제3조 제1항 제1호의 사유가 있다고 볼 수 없고, 참가인이 원고 법인에서 계속 근무한 기간이 2년을 초과하는 사실은 명백하므로 참가인은 기간제법 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 되었다 할 것이다.”

## 7.4 정부의 복지정책·실업대책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우

가. 법원은 기간제법 제4조제1항 단서의 구 고령자고용촉진법이 정한 고령자에 해당 하고 정부의 복지정책·실업정책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우라고 하더라도, 이는 근로자에게 계약갱신기대권이 인정됨을 전제로 그 계약기간이 2년을 초과하여 갱신될 수 있다는 취지이지 위 단서조항에 해당할 경우 언제나 2년을 초과하여 계약이 갱신되어야 한다는 취지는 아니라고 봄

### 【서울고등법원 2012. 2. 16. 선고 2011누29900 판결<sup>145)</sup>】

“참가인은 고용노동부 산하 지방노동청과 사이에 ‘사회적 일자리 창출사업 지원약정’을 체결 하고서 ○○○이라는 인쇄물 제작업체를 운영해 왔는데, 위 약정상 노동청의 정기적인 재심사에서 탈락할 경우 사업운영이 어려워 근로자들의 고용이 어려울 수 있는 상황에 있었던 사실, 참가인은 이러한 사업 특성상 근로자들과 단기간의 근로계약을 체결해 왔고, 근로계약이 종료된 근로자들

제13장  
기간제  
근로계약

145) 동 사건은 2심판결(서울고등법원 2015. 1. 14. 선고 2014누44214 판결)을 거쳐 대법원(대법원 2015. 4. 23.자 2015두36904 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

중에는 중도탈락자를 선정하여 재계약을 하지 않았으며, 원고도 기존에 참가인에게 고용되어 있던 중도탈락자를 대신하여 고용되었던 사실, 원고는 당초 계약기간을 2008. 10. 1.부터 2009. 7. 28.까지로 하여 참가인과 근로계약을 체결하였고, 그 후 임금을 인상하여 동일한 근로기간 내에 속한 2009. 1. 1.부터 2009. 7. 15.까지로 그 계약기간을 변경한 근로계약을 체결하였던 사실, 참가인이 ○○○의 사업장 이전으로 기존의 서울지방노동청 대신 서울남부지방노동청과 ‘사회적 일자리 창출사업 지원약정’을 체결함으로써 원고도 다시 2009. 7. 16.부터 2009. 12. 31.까지로 계약기간을 정한 근로계약을 체결하였던 사실, 참가인의 취업규칙이나 원고와의 근로계약서상 계약갱신의 요건이나 절차 등 계약갱신에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않은 사실, 원고는 인쇄물 제작 수주를 위한 영업활동을 주로 하였지만 근로기간 동안 뚜렷한 영업실적을 올린 적이 없었던 사실 등을 인정할 수 있다.

앞서의 기준에 위 인정사실들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정, 즉 원고와 참가인 사이의 근로계약의 체결경위나 그 내용, 원고의 근로기간은 1년 3개월에 불과하고 실질적으로 1차례만 갱신되었던 점, 원고의 업무상황 등을 비추어 보면, 원고에게 계약갱신기대권이 인정되기 어렵고, 원고가 기간제법 제4조 제1항 단서상의 구 고령자고용촉진법이 정한 고령자에 해당하고 참가인이 정부의 복지정책·실업정책 등에 의하여 일자리를 제공하는 경우라고 하더라도, 이는 모두 원고에게 계약갱신기대권이 인정됨을 전제로 그 계약기간이 2년을 초과하여 갱신될 수 있다는 취지이지 위 단서조항에 해당할 경우 언제나 2년을 초과하여 계약이 갱신되어야 한다는 취지는 아니므로, 위 기간제법상의 단서조항을 근거로 한 원고의 주장은 받아들이기 어렵다.”

나. 법원은 ‘공공도서관 개관시간 연장사업’은 일자리 창출을 주된 목적의 하나로 추진된 것으로 기간제법의 제4조제1항제5호, 기간제법 시행령 제3조제2항제1호로 정한 ‘복지정책·실업대책 등에 따라 사회적으로 필요한 서비스 제공을 위하여 일자리를 제공하는 경우’에 해당하여 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유가 존재하므로 근로자가 2년을 초과하여 근무하여도 무기계약직으로 전환되지 않는다고 봄

#### 【대법원 2012. 12. 26. 선고 2012두18585 판결】

“참가인은 서류전형 및 면접시험의 공개채용 절차를 거쳐 선발된 원고와 2008. 1. 계약기간을 1년으로 정한 근로계약을 체결한 후 2009년과 2010년에도 매년 같은 절차를 통해 원고와 1년의 기간제 근로계약을 체결하였다. 참가인은 2010. 12. 3. 원고에게 2010. 12. 31.자로 근로계약이 해지됨을 통보하였다. 원고는 2011년도 기간제근로자 채용시험에 응시하였으나 면접시험 점수가 낮아 채용되지 않았다. 원고는 1년의 계약기간이 만료될 때마다 참가인으로부터 퇴직금을 받았다.

3. 앞서 본 관계 법령과 법리에 비추어 위와 같은 사실관계를 통해 알 수 있는 다음 사정, 즉 ① 참가인이 국고보조를 받아 실시한 공공도서관 개관시간 연장사업은 그 서비스 이용 주체인 시민의 정서를 함양하고 문화수준을 높이기 위한 사회서비스 확충 뿐만 아니라, 연장 개관에

146) 대법원(대법원 2012두8670)에서 상고장 각하로 확정됨

필요한 인력을 채용함으로써 일자리 창출을 주된 목적의 하나로 추진된 것인 점, ② 이로 말미암아 참가인은 감사원으로부터 사회서비스 일자리창출 사업 추진실태에 대한 감사를 받기도 한 점, ③ 참가인이 시행한 위 사업은 국고보조금 지원을 전제로 한 것으로 그 지원이 중단될 경우 지속될 수 없는 내재적 한계를 가진 점 등을 종합하면, 참가인이 원고를 기간제근로자로 채용한 것은 법 제4조제1항 단서 제5호, 법 시행령 제3조제2항제1호로 정한 ‘복지정책·실업대책 등에 따라 사회적으로 필요한 서비스 제공을 위하여 일자리를 제공하는 경우’에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 참가인이 원고를 기간제근로자로 사용하는 데에는 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유가 존재한다.”

### 7.5 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우

가. 법원은 체육지도자는 그 전문성이 계속 필요한지 여부 등에 대한 판단이 쉽지 않으므로 고용을 유연하게 할 필요가 있고, 학생들의 실력 향상을 위해 더 나은 지도자와 근로계약을 체결할 수도 있어야 할 것으로 보이는 점 등을 고려하여 2년을 초과하여 근로하게 한 것이므로 **체육지도자로서 종사하는 자에 대하여 기간제법 시행 이후 체결된 근로계약의 경우에는 근로계약 갱신에 대한 기대권을 인정하기가 상대적으로 훨씬 어렵다**고 봄

#### 【서울행정법원 2014. 4. 10. 선고 2013구합58559 판결】

“기간제법이 시행되면서 총 근로기간이 2년을 초과하는 기간제근로자는 기간제법 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로자의 지위를 인정받게 되지만 기간제법 제4조 제1항 단서는 각 호에 해당하는 경우에는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 항 제6호는 ‘그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우’를 기간제근로자로 사용할 수 있는 예외사유로 들고 있다. 기간제법 시행령 제3조 제3항 및 같은 항 제7호에 의하면 기간제법 제4조 제1항 제6호에서 ‘대통령령이 정하는 경우’에 ‘국민체육진흥법 제2조 제6호에 따른 체육지도자 업무에 종사하는 경우’가 포함된다. 한편 국민체육진흥법 제2조 제6호는 체육지도자에 대하여 ‘학교·직장·지역사회 또는 체육단체 등에서 체육을 지도하는 자로서 학교 체육교사, 생활체육 지도자, 경기 지도자 등을 말한다’고 규정하고 있다. 이와 같은 법령의 내용에 비추어 보면, 원고는 축구 감독으로서 이 사건 대학에서 축구를 지도하는 것을 주된 업무로 하는 참가인을 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있다. 학교의 입장에서 체육을 지도하는 자의 전문성이 계속 필요한 지 여부 등에 대한 판단이 쉽지 않으므로 고용을 유연하게 할 필요가 있는 점, 체육 지도자의 경우 설령 현재 학생들을 지도하는 업무를 적정하게 수행하고 있다고 하더라도 학생들의 실력 향상을 위해 더 나은 지도자와 근로

계약을 체결할 수도 있어야 할 것으로 보이는 점 등을 고려하여 이와 같이 체육 지도자에 대하여 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있도록 한 것으로 보인다. 이러한 사정들을 고려하면, 체육지도자로서 종사하는 자에 대하여 기간제법 시행 이후 체결된 근로계약의 경우에는 근로계약 갱신에 대한 기대권을 인정하기가 상대적으로 훨씬 어렵다.”

나. 법원은 4주 동안을 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만으로 뚜렷하게 짧은 단시간 근로자인 경우에는 2년을 초과하여 근무하더라도 무기한 근로자로 되는 기간제법 조항이 적용되지 않는다고 봄<sup>147)</sup>

【서울고등법원 2013. 1. 9. 선고 2012누9293 판결】

“참가인의 근로계약기간은 2010. 9. 1. 목시적으로 갱신되어 2011. 8. 31.까지로 되었다고 보아야 하는데 어학교육원장이 2010. 10. 7. 일방적으로 그 근로계약을 종료시키는 이 사건 통보를 한 것이므로 이는 해고에 해당한다(한편 중앙노동위원회는 참가인이 2년을 넘게 근로관계를 지속 하였으므로 기간제법에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 되었다고 판단하고 있으나, 기간제법 제2조, 제4조 제1항 제6호, 같은 법 시행령 제3조 제3항 제6호, 근로기준법 제2조 제1항 제7호, 제18조 제3항에 의하면, 단시간근로자 즉 1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자 중에서 특히 4주 동안을 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 뚜렷하게 짧은 단시간 근로자인 경우에는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 예외를 두고 있다. 그런데 갑 2, 3호증의 기재에 의하면 이 사건 어학원에서 근무하는 강사 중 근로계약서를 작성한 정식의 외래강사의 경우 소정근로시간이 주당 30시간 이상으로 인정되는 반면, 참가인의 경우에는 2년의 근로기간이 만료될 무렵의 4주간 주당 평균근로시간이 10시간에 불과하였을 뿐 아니라 근로 기간 전체를 통틀어 보더라도 4주 동안 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 정식의 외래강사에 비해 뚜렷하게 짧음을 알 수 있다. 따라서 참가인은 위와 같은 예외에서 정하고 있는 단시간 근로자에 해당하여 2년을 초과하더라도 무기한 근로자로 되는 기간제법 조항이 적용되지 않는다고 봄이 옳다.”

다. 법원은 기간제법 제4조제1항제6호와 기간제법 시행령 제3조제3항제6호에서 정한 단시간근로자로 기간제 근로계약을 체결하였다가 해당 근로관계가 종료된 이후에

147) 동 판결은 국립대학교 산하 어학교육원의 시간강사의 사례였으나, 대학교 시간강사의 퇴직금 관련 판례(광주지방법원 2015. 1. 30. 선고 2014나52434 판결)[동 사건은 대법원 (대법원 2015. 6. 23.자 2015다209194 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]에서는 실제 강의시간은 퇴직금 지급 적용이 없는 4주간 평균한 1주간의 소정 근로시간이 15시간 미만이나 강의준비를 위한 연구와 자료수집, 수강생의 평가 및 그와 관련한 학사행정업무 처리 등에 상당한 시간이 소요되어 그 근로시간을 강의시간만으로 한정할 수 없다고 보기도 하였음

새로이 기간제법 제4조제1항 단서에 해당되지 않는 일반 기간제 근로계약을 체결한 경우에는 단시간근로자로 근무한 기간은 기간제법 제4조제2항의 '2년'에 포함되지 않는다고 봄

【대법원 2014. 11. 27 선고 2013다2672 판결】

“기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’이라 한다) 제4조는 제1항에서 ‘사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속 근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다’고 규정하면서 그 단서에서 제1호 내지 제6호로 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 예외를 정하고 있고, 제2항에서는 ‘사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다’고 규정하고 있다.

원심은 채택 증거에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고가 피고와 사이에 체결한 4차례의 근로계약에 따라 응급구조사로 근무한 총기간 중 2009. 2. 10.까지는 시간제 경마직으로서 기간제법 제4조 제1항 단서 제6호에 정한 단시간근로자였고, 한편 그 후에는 시간제 경마직과 근로조건이 다른 상근계약직이었는데, 기간제법 제4조 제2항의 ‘2년’에는 단시간근로자로 근무한 기간은 포함되지 않는다고 보아야 하고 원고가 2009. 2. 11.부터 근무한 기간이 2년을 초과하지 않으므로, 원고를 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 볼 수 없다고 판단하였다.

기간제법 제4조 제1항 단서 제6호와 그 법률 시행령 제3조 제3항 제6호에서 정한 단시간근로자로 기간제 근로계약을 체결하였다가 해당 근로관계가 종료된 이후에 새로이 제4조 제1항 단서에 해당되지 않는 일반 기간제 근로계약을 체결한 경우에는 단시간근로자로 근무한 기간은 위 제4조 제2항의 ‘2년’에 포함되지 않는다고 할 것이므로, 이러한 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 기간제법 제4조 제2항의 해석에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.”

라. 법원은 「출입국관리법」의 체류자격 관련 규정은 대한민국에 입국하는 외국인의 체류관리를 위해 외국인의 체류자격별 체류기간의 상한을 정한 것일 뿐, 고용기간의 상한을 정한 것은 아니라 할 것이고, 일정한 요건을 갖추고 있는 경우 체류기간이 연장될 수 있으며, 특히 결혼 이민(F-6) 체류자격으로 대한민국에 체류하면서 취업 활동을 하는 경우 취업활동을 목적으로 체류하는 것이 아니어서 위 출입국관리법령이 기간제법의 사용기간 제한의 예외사유로 인정한 ‘다른 법령에서 기간제근로자의 사용기간을 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우’에 해당하지 않는다고 봄

## 【서울행정법원 2014. 4. 24. 선고 2013구합26064 판결】

“1) 기간제법에 정한 사용기간 제한의 예외사유에 해당하는지 여부

기간제법 제4조 제1항 단서 제6호, 기간제법 시행령 제3조 제3항 제1호는 ‘다른 법령에서 기간제 근로자의 사용기간을 법 제4조 제1항과 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우’에 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외사유로 규정하고 있고, 기간제법 제4조 제2항은 ‘사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다’고 규정하고 있다. 이는 다른 법령에서 기간제근로자의 사용기간을 법 제4조 제1항과 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우에도 기간제법을 일률적으로 적용하면 다른 법령의 입법목적을 침해하게 될 수도 있다는 사정 등을 고려하여 사용기간 제한의 예외사유로 인정한 것이다.

한편, 출입국관리법 제1조는 ‘이 법은 대한민국에 입국하거나 대한민국에서 출국하는 모든 국민 및 외국인의 출입국관리를 통한 안전한 국경관리와 대한민국에 체류하는 외국인의 체류관리 및 난민(難民)의 인정절차 등에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다’고 규정되어 있고, 제10조 제1항에 따르면 대한민국에 입국하려는 외국인은 체류자격을 가져야 하는데, 제10조 제2항에 따라 1회에 부여되는 체류자격별 체류기간의 상한이 정해져 있으며, 제18조 제1항에 따라 외국인이 취업하려면 취업활동을 할 수 있는 체류자격을 받아야 하나, 출입국관리법 시행령 제23조 제2항 제3호에 따르면 [별표 1] 중 28의4, 결혼이민(F-6)의 체류자격을 가지고 있는 사람은 [별표 1]의 체류자격 구분에 따른 취업활동의 제한을 받지 아니한다.

위 각 규정의 내용, 취지에 비추어 볼 때, 출입국관리법 제10조 제2항, 같은 법 시행규칙 제18조의 2 [별표 1]은 대한민국에 입국하는 외국인의 체류관리를 위해 외국인의 체류자격별 체류기간의 상한을 정한 것일 뿐, 고용기간의 상한을 정한 것은 아니라 할 것이고, 대한민국에 체류하는 외국인이 위 [별표 1]에서 정한 체류기간이 만료되더라도 일정한 요건을 갖추고 있고 대한민국 내 외국인의 체류관리 목적을 저해하지 않는 한 체류기간이 연장될 수 있으며, 특히 외국인인 대한민국 국민의 배우자가 결혼 이민(F-6) 체류자격으로 대한민국에 체류하면서 취업활동을 하는 경우 이는 취업활동을 목적으로 대한민국에 체류하는 것이 아니어서 기간제법 제4조 제1항과 달리 사용기간을 정할 필요성도 없으므로, 위 출입국관리법령이 기간제법 제4조 제1항과 달리 외국인의 사용기간을 달리 정한 경우에 해당한다고 보기 어렵다. 이 사건으로 돌아와 살펴보면, 원고가 대한민국 국민인 지○○의 남편으로서 F-6(결혼이민) 체류자격으로 대한민국에 체류하고 있고, 참가인과 1차 내지 3차 계약을 체결하고 계속 근무한 기간이 2년을 초과하는 사실은 앞서 본 바와 같고, 비록 출입국관리법 제10조 제2항, 같은 법 시행규칙 제18조의 2 [별표 1]에서 결혼 이민(F-6)체류자격의 1회에 부여하는 체류기간의 상한을 3년으로 정하고 있다 하지만 이는 기간제법 제4조 제1항 단서 제6호, 기간제법 시행령 제3조 제3항 제1호에서 정한 사유가 있다고 볼 수 없으므로, 결국 원고는 특별한 사정이 없는 한 3차 계약을 체결함으로써 기간제법 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 되었다 할 것이다.”

마. 법원은 **준법감시인은 한국표준직업분류상 대분류 2 ‘전문가 및 관련 종사자’에 속하므로 최근 2년간 연평균 근로소득이 고용노동부가 공고하는 한국표준직업분류 대분류 2 직업종사자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 경우**, 기간제법 제4조 제1항 단서 및 기간제법 시행령 제3조제3항제5호에서 정한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외에 해당되는 기간의 정함이 있는 근로자라고 봄

【서울고등법원 2012. 12. 6. 선고 2012누21613 판결<sup>148)</sup>】

“기간제법 제4조제1항 본문은 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 기간제근로자를 사용할 수 있다고 규정하고 있으나, 그 단서에서 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외를 규정하고 있고, 같은 법 시행령 제3조제3항제5호는 위 예외규정에 따라 ‘통계법 제22조에 따라 고시한 한국표준직업분류의 대분류 1과 대분류 2 직업에 종사하는 자의 소득세법 제20조 제1항에 따른 근로소득(최근 2년간의 연평균 근로소득을 말한다)이 고용노동부장관이 최근 조사한 고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업에 종사하는 자의 근로소득 상위 100분의25에 해당하는 경우’를 합리적인 예외사유로 구체적으로 명시하고 있다.

한편 한국표준직업분류는 대분류 2에 속하는 ‘전문가 및 관련 종사자’에 대하여 ‘주로 자료의 분석과 관련된 직종으로 다양한 분야에서 높은 수준의 전문적 지식과 경험을 기초로 과학적 개념과 이론을 응용하여 해당 분야를 연구하고 새로운 상품이나 서비스를 개발하고 적용한다. 전문지식을 이용하여 의료활동을 수행하고, 각급 학교의 학생을 지도하고, 법률의 집행이나, 기업의 경영 및 예술적인 창작활동, 스포츠 활동 등을 수행한다. 전문가의 지휘 하에 조사, 연구 및 의료, 경영에 관련된 기술적인 업무를 수행하는 관련 종사자들도 이 분류에 포함된다 (법률전문가의 예로 판사, 검사, 변호사, 법무사 등을 들고 있고, 경영 및 진단전문가의 예로 경영진단 전문가, 기업행정진단 전문가, 기업행정 전문가, 기업행정 자문가 등을 들고 있다)’라고 정의하고 있고, 대분류 3에 속하는 ‘사무종사자’에 대하여 ‘관리자, 전문가 및 관련 종사자를 보조하여 경영방침에 의해 사업계획을 입안하고 계획에 따라 업무추진을 수행하며, 당해 작업에 관련된 정보(Data)의 기록, 보관, 계산 및 검색 등의 업무를 수행한다. 금전취급 활동, 법률 및 감사, 상담 및 통계와 관련하여 사무적인 업무를 수행한다. 이 분류에 포함되는 대부분 직업은 문서처리가 주 직무이다(법률 및 감사사무종사자의 예로 특허사무장, 변호사 사무원, 감사사무원 등을 들고 있다)’라고 정의하고 있다.

나) 위 인정사실 및 을 제2, 3, 5호증을 포함하여 앞서 든 증거들과 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 즉, ① 참가인의 준법감시인 직무규정 제6조, 제9조에 의하면 준법감시인은 내부통제정책의 수립 및 기획 입안(제1호), 내부통제 실행에 대한 점검, 자문 및 개선, 시정요구(제2호), 내부통제기준 제정, 개정, 폐기(제5호), 임직원의 외부인 접대, 향응, 선물 지급 시 승인(제11호), 임직원의 대외활동 승인 및 대외활동으로 인한 금전적 보상 취득 및 사용 허락(제15호) 등 약 20여 가지의 업무를 수행하고 있고, 위와 같은 업무를 수행하기 위해 회사의 업무 전반에 대한 접근 및 자료 요구권, 위규 사실 등에 대한 이사회, 대표이사, 감사에의 보고 및 시정요구권, 이사회 등 각종 회의에의 참석 및 발언권 등의 권한을 가지고 있는 점, ② 참가인의 내부통제기준 제7조제2항은 준법감시인은 부서장 또는 임원에 상당하는 직급으로 한다고

규정하고 있고, 참가인은 원고에게 참가인의 대표이사과 과거 임원 경력이 있는 자산운영 부서장을 제외하고 가장 높은 수준의 연봉을 지급하였던 점, ③ 참가인의 내부통제기준 제4조제4항은 준법감시인은 경영진의 입장에서 내부통제체제의 운영을 총괄하며, 임직원의 내부통제기준 준수 여부를 점검하고 내부통제기준을 위반하는 경우 이를 조사하여 대표이사, 감사에게 보고한다고 규정하고 있고, 같은 기준 제9조는 준법감시인은 임직원으로부터 독립된 지위에서 내부통제정책의 수립 및 기획입안 등의 직무를 수행한다고 규정하고 있는바, 준법감시인은 상당한 정도의 독립성을 가지고 그 책임 하에 업무를 수행하는 것으로 보아야 할 것이고, 비록 자본시장법 제28조제2항, 참가인의 내부통제기준 제8조제3항제2호, 참가인의 준법감시인 직무규정 제8조제1항에서 준법감시인에게 내부통제기준의 위반사실을 감사에게 보고할 의무를 규정하고 있다 하더라도 이는 이사회로부터 독립된 상법상 기관인 감사에게 위반사실을 보고하게 함으로써 경영의 투명성을 확보하기 위한 것으로 보일 뿐이고, 준법감시인이 감사의 하부조직으로서 그의 통제 및 지시에 따라 단순한 감사업무를 수행하는 자에 불과하다고는 볼 수 없는 점, ④ 자본시장법 제28조제4항, 참가인의 준법감시인 직무규정 제2조에 의하면, 준법감시인의 자격요건을 엄격하게 제한하고 있는 점, ⑤ 참가인은 자본시장법 제28조제3항에 따라 이사회 결의를 거쳐 원고를 3년 임기의 준법감시인으로 선임하였던 점, ⑥ 원고는 참가인 소속의 다른 근로자들과 비교하여 볼 때 그 임면절차, 신분보장, 권한 및 의무 등에 있어 법령 및 내부규정에 따라 특별한 보호를 받는 특수한 지위에 있다고 보이므로, 다른 근로자들의 근로계약 체결 형식(기간제근로자인지 여부) 등은 원고와 참가인 사이의 근로계약의 성격 판단에 영향을 미친다고 볼 수 없는 점 등을 종합하면, 원고와 참가인 사이의 3년의 근로계약기간이 단지 형식에 불과한 것으로는 볼 수 없고, 원고는 한국표준직업분류상 대분류 3의 '사무종사자'에 속하는 감사사무원으로서 관리자 및 전문가를 보조하는 업무를 수행하는 자가 아니라 대분류 2의 '전문가 및 관련 종사자'에 속하는 자로 보는 것이 타당한 데다, 앞서 본 바와 같이 원고의 최근 2년간 연평균 근로소득(69,681,392원 = (66,363,231원 + 72,999,554원)/2)이 고용노동부가 공고하는 한국표준직업분류 대분류 2 직업종사자의 근로소득 상위 100분의 25(50,844,000원 이상)에 해당하므로, 원고는 기간제법 제4조제1항 단서 및 같은 법 시행령 제3조제3항제5호에서 정한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외에 해당되는 기간의 정함이 있는 근로자라 할 것이다."

바. 법원은 **팀장으로서 업무를 총괄한 근로자는 한국표준직업분류 분류항목표상 대분류 1 '관리자'에 해당하므로, 근로소득이 고용형태별근로실태조사의 한국표준 직업분류의 대분류 2 직업에 종사하는 자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 경우 기간제법 제4조제1항 단서 및 기간제법 시행령 제3조제3항제5호에서 정한 기간제 근로자 사용기간 제한의 예외에 해당되는 기간의 정함이 있는 근로자라고 봄**

148) 1심 판결(서울행정법원 2012. 6. 29. 선고 2012구합5558 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2013. 4. 11.자 2013두123 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨



【서울고등법원 2014. 7. 24. 선고 2014누45866 판결<sup>149)</sup>】

“참가인이 2010. 10. 1.부터 2011. 3. 1.까지 교역지원실 남북교육상담센터 팀장으로 근무하였고, 2011. 3. 2.부터 2012. 9. 30.까지 교역지원실 교역2팀장으로서 교역2팀 업무를 총괄한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 참가인은 한국표준직업분류(2007. 7. 2. 통계청 고시 제2007-3호로 개정된 것) II 분류항목표 1. 관리자 12. 행정 및 경영지원 관리직 1202. 경영지원 관리자(경영지원 관리자는 경영자의 포괄적인 지휘 하에 다른 부서의 관리자와 의논하여 경영, 인사 등의 경영지원 업무와 생산 활동을 지원하는 업무에 관련된 활동을 기획, 지휘 및 조정하는 자를 말한다)에 해당한다고 봄이 타당하다. 기간제법 제4조 제1항 단서 및 제6호에 의하면 기간제법 제4조 제1항 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우에 2년을 초과하여 기간제 근로자로 사용할 수 있고, 기간제법 시행령 제3조 제3항 제5호에는 한국표준직업분류의 대분류 1에 종사하는 자의 근로소득이 고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류의 대분류 2 직업에 종사하는 자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 경우를 규정하고 있다. 참가인이 2011. 1. 1.부터 2011. 12. 31.까지 근로소득이 63,382,910원이었고, 2012. 1. 1.부터 2012. 12. 31.까지 지급받거나 지급받을 근로소득이 63,417,000원이었던 사실은 앞서 본 바와 같고, 「고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업 종사자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 금액」(2011. 5. 19. 고용노동부공고 제2011-142호로 개정되기 전의 것)에 의하면 2011. 1. 1.부터 2011. 5. 18.까지 고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업종사자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 금액이 48,855,000원, 「고용형태별 근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업 종사자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 금액」(2012. 6. 18. 고용노동부공고 제2012-168호로 개정되기 전의 것)에 의하면, 2011. 5. 19.부터 2012. 6. 17.까지 고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업 종사자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 금액이 50,844,000원, 「고용형태별 근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업 종사자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 금액」(2013. 5. 10. 고용노동부공고 제2013-122호로 개정되기 전의 것)에 의하면 2012. 6. 18.부터 2012. 12. 31.까지 고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업 종사자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 금액이 52,380,000원이므로, 참가인은 위 각 규정에 의하여 기간제법 제4조 제1항 제6호에 해당하여 같은 법 제4조 제2항이 적용될 수 없다. 따라서 이를 지적하는 원고의 주장은 이유 있다.”

## 8. 기타 판례

가. 법원은 사립학교법이 정한 임용의 공개전형, 교장의 임용 제청, 이사회의 임용 의결 절차를 거치지 않고 채용된 교사는 중학교에서 다른 정규교사와 동일하게 전일 제로 근무하며 도덕 과목을 담당하였고 근로계약서를 작성하지도 않았다고 하더라도

제13장  
기간제  
근로계약

149) 1심 판결(서울행정법원 2014. 2. 13. 선고 2013구합55857 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 13.자 2014두40142 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

사립학교법상 일반교원이 아닌 기간제교원에 해당하고, 사립학교법이 규정하고 있는 교원과는 다른 형태의 교원, 가령 무기계약직 근로자인 교원은 인정될 수 없으므로 계약만료 통지는 부당한 해고에 해당하지 않는다고 봄

【서울고등법원 2014. 4. 11. 선고 2013누23012판결<sup>150)</sup>】

“사립학교법 제52조 내지 제54조의4가 규정하고 있는 사립·초·중등학교 교원으로는 일반교원(이하 ‘일반교원’이라함 함은 ‘기간제교원’과 대비되는 사립학교법상 정식 교원을 의미하는 용어로 사용한다)과 기간제교원이 있다. 학교법인과 교원의 사법상의 계약에 의하여 사립학교법이 전혀 상정하지 않고 있는 형태의 교원을 채용할 수 있다는 것은 교원의 근무조건·보수 등과 관련된 법률관계를 학교법인이 임의로 형성할 수도 있는 것을 의미하므로, 그 근무조건·보수 등이 법령에 기속되어 고도의 공법적 규율을 받는 사립 초·중등학교 교원과 관련된 법률관계의 성질에 반한다. 즉 헌법 제31조 제6항이 규정한 교원지위법정주의에 비추어 보면, 사립학교법이 규정하고 있는 교원과는 다른 형태의 교원, 가령 무기계약직 근로자인 교원 등은 인정될 수 없다 할 것이다.···(중략)··· 초·중등교육법 제22조는 교육과정을 운영하기 위하여 필요하면 학교에 일반 교원 외에 산학겸임교사·명예교사 또는 강사 등을 두어 학생의 교육을 담당하게 할 수 있고, 이에 따라 학교에 두는 산학겸임교사 등의 종류·자격기준 및 임용 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다. 구 초·중등교육법 시행령(2010. 6. 29. 대통령령 제22234호로 개정되기 전의 것)이 제42조 제1항은 산학겸임교사 등의 종류로서 산학겸임교사, 명예교사, 영예회화 전문강사, 강사를 규정하고 있다. 초·중등교육법 제44조 제2항은 사립학교의 산학겸임교사 등은 학교법인 또는 사립학교 경영자가 임용하되, 학교법인의 정관 등에서 정하는 바에 따라 그 임용권한을 학교의 장에게 위임할 수 있도록 규정하고 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 원고는 이 사건 중학교에서 사회교과군인 도덕을 가르쳤는바, 다음과 같은 사정, 즉 ① 산학겸임교사는 대안학교나 특성화학교 등에서 다양한 분야의 전문인력이 자신의 전문분야와 관련이 있는 현장체험 중심의 일부 과목만을 담당지도하는 교사(교사자격증 소지 불문)로서 원고는 이에 해당하지 않는 점, ② 사회교과군을 가르치는 경우까지 산학겸임 교사의 지위를 인정하면, 그 산학겸임교사는 엄격한 임용절차를 거치는 일반교원과 거의 동일한 지위를 인정받게 되어, 학교법인, 사립학교 경영자 또는 학교장(학교법인 정관으로 정하는 경우)이 재량으로 아무런 제약 없이 일정 수의 ‘일반교원과 유사한 지위의 교원’을 임용할 수 있게 되는 부당한 결과가 초래되는 점, ③ 명예교사는 학부모, 지역사회 인사 또는 전문분야 인사로서 학교의 특정교과 지도, 생활지도, 특별활동 등을 지도하거나 교육활동의 원활한 진행을 위하여 일반교원을 보조하는 교사인 점, ④ 강사는 1개월 미만 결원보충, 교육과정 운영상 일시적 보충, 특수한 교과목을 담당하는 경우에 채용되는 점, ⑤ 헌법 제31조 제6항이 규정한 교원지위법정주의에 비추어 보면, 사립학교법 제52조 내지 제54조의4가 규정하고 있는 일반교원·기간제교원과는 다른 형태의 교원, 즉 이른바 ‘무기계약직 근로자인 교원’등은 인정될 수 없는 점 등을 종합하면, 원고는 초·중등교육법 제22조가 정한 산학겸임 교사 등에 해당하지 않고, 따라서 산학겸임 교사로서의 무기계약직 근로자에 해당할 여지도 없다.”

나. 법원은 사용자가 2년의 사용기간 제한을 회피할 목적으로 일시적으로 근로 관계를 중단했다가 다시 기간제로 근로자를 사용하는 것이 기간제법의 취지를 잠탈하는 탈법행위에 해당한다고 평가되는 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 그 중단 내지 공백 기간에도 불구하고 나중의 근로계약이 이전의 근로계약과 밀접한 관계가 있어 이전 근로계약에서의 사용기간까지 합산하여 기간제법 제4조에서 정한 2년의 사용기간 제한을 받는다고 해석할 수 있다고 봄

【서울행정법원 2015. 1. 8. 선고 2013구합63681 판결】

“위 관련 법령의 규정 내용 및 법리를 토대로 이 사건에 관하여 보건대, 위 인정 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하면, 2009. 2. 2.부터 2011. 2. 10.까지의 근로계약과 2011. 4. 4.부터 2013. 4. 3.까지의 근로계약은 밀접한 관계가 있어 위 각 사용기간을 합산하여 기간제법상 사용기간의 제한을 받는다고 할 것인바, 원고가 참가인과의 마지막 근로계약이 기간만료로 종료되었다고 주장하는 2013. 4. 3. 무렵 참가인은 기간제법 제4조에서 정하고 있는 ‘사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용한 근로자’로서 이미 무기계약 근로자로 전환되었다고 볼 수 있다.

가) 사용자가 2년의 사용제한기간을 회피할 목적으로 일시적으로 근로관계를 중단했다가 다시 기간제로 근로자를 사용하는 경우에, 위와 같은 조치가 그 공백 기간의 장단·성격·발생이유, 전후 근로계약의 동질성, 재계약의 기대가능성, 고용관행, 재고용횟수, 공백 기간 동안 그 근로자의 업무를 대체한 방식, 다른 근로자들의 고용관계 등 제반 사정에 비추어 기간제법의 취지를 잠탈하는 탈법행위에 해당한다고 평가되는 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 그 중단 내지 공백 기간에도 불구하고 나중의 근로계약이 이전의 근로계약과 밀접한 관계가 있어 이전 근로계약에서의 사용기간까지 합산하여 기간제법 제4조에서 정한 2년의 사용기간 제한을 받는다고 해석할 수 있다.

나) 공백 기간의 길이·성격 관련: 참가인이 2011. 2. 10. 이 사건 농업기술원에서 퇴사한 다음 2011. 4. 4. 다시 재입사하였는데, 그 공백 기간이 50여일에 불과하고, 위 퇴사 시 참가인은 농업기술원으로부터 사직서의 제출을 요구받지 않았으며 그 당시 퇴직금을 지급받지 않았다.

다) 전후 근로계약의 동질성: 참가인은 2011. 2. 10.부터 2013. 4. 3.까지 이 사건 농업기술원 구내식당 조리원으로서 동일한 장소에서 동일한 업무를 담당하였다.

라) 재계약의 기대가능성, 고용관행, 재고용횟수: 농업기술원은 조리사에 관하여 공개채용 절차를 거쳤지만 매번 참가인을 포함하여 기존 근무자만 다시 채용하였는바, 위와 같은 공개채용 절차는 형식적인 것에 불과하다고 보인다. 참가인은 농업기술원과 사이에 총 6차례에 걸쳐 계약을 갱신하거나 반복하여 체결하였고 나아가 2011. 4. 4. 재입사 당시에는 공개채용 절차 없이 재입사하였다.

마) 공백 기간 동안 그 근로자의 업무를 대체한 방식, 다른 근로자들의 고용관계: 농업기술원은 참가인을 대체하기 위하여 단시간근로자를 채용하였고, 참가인 외의 조리사, 조리원 역시 농업기술원과 4차례에 걸쳐 근로계약을 갱신하거나 반복하여 체결하였다.

바) 참가인이 2011. 4. 4. 무기계약 전환에 관한 아무런 이의 없이 재입사하였고, 2013. 8. 1.에

150) 대법원(대법원 2014. 8. 28.자 2014두7008 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

이러해서 종전 근로관계(2009. 2. 2.부터 2011. 2. 10.까지)에 관한 퇴직금을 수령하였다고 하더라도 이러한 사정만으로 참가인이 금반언의 원칙 또는 신의성실의 원칙을 위배하였다고 볼 수도 없다.”

다. 법원은 사용자가 기간제법의 사용기간 제한의 예외근로자가 아닌 자와 근로계약을 체결하면서 **법률전문가가 아닌 근로자의 발언(근로자 본인이 기간제법상 사용기간 제한의 예외근로자에 해당한다고 말함)의 정확성에 관해 확인하지 않은 채 이를 신뢰하여 2년을 초과하는 근로계약을 체결하였다면 그 결과는 자기책임의 원칙에 따라 스스로 감수해야** 하므로 해당 근로자는 무기계약직 근로자로 전환된다고 봄<sup>151)</sup>

【서울고등법원 2015. 1. 14. 선고 2014누52277 판결<sup>152)</sup>】

“참가인이 자신은 기간제법 제4조 제2항의 적용을 받지 않는다고 원고를 기망해 재계약을 체결했음에도 이제 와서 기간제법 제4조 제2항에 따라 무기계약직 근로자로 전환됐다고 주장하는 것은 신의성실 또는 금반언의 원칙에 위배된다고 거듭 주장한다. 갑 제12호증의 기재에 의하면, 참가인이 원고 측에 ‘무기계약직 전환 없이 4년까지 근무가 가능한 것으로 알고 있다’는 취지로 말한 사실을 인정할 수 있다. 그러나 이는 단순히 초·중등교육법 제22조, 동법 시행령 제42조 제1항에서 정한 ‘영어회화 전문강사’와 ‘강사’가 법적으로 별개의 자격임을 인지하지 못한 오해에서 비롯된 발언으로 보이고, 참가인이 적극적으로 자신이 ‘영어회화 전문강사’에 해당해 2년을 초과해서 근무하더라도 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 전환되지 않는다고 주장해 원고를 속인 것으로 보이지는 않는다. 위와 같은 참가인의 발언은 법률전문가가 아닌 참가인의 의견 제시에 불과해 이를 사회상규를 벗어난 위법한 기망행위로 보기는 어렵고, 어떤 사실에 관한 법률적 평가를 달리해서 주장하는 것만으로는 금반언의 원칙이나 신의성실의 원칙에 반한다고 할 수 없다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2010다2107 판결 등 참조). 이 사건에서 고용주인 원고가 위와 같은 참가인 발언의 정확성에 관해 제대로 확인하지 않은 채 이를 무조건 신뢰해 만연히 근로계약을 체결했다면 그 결과는 자기책임의 원칙에 따라 원고 스스로 감수해야 한다. 결국 원고의 이 부분 주장은 받아들이기 어렵다.”

151) 동 판결에서는 실제 고등학교에서 생활영어를 가르치는 근로자가 특별이 4년 이내의 범위 내에서 사용할 수 있는 「초·중등교육법」시행령 제42조제1항의 소정의 ‘영어회화 전문강사’에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었는데, 법원은 「초·중등교육법」시행령 제42조제1항 소정의 영어회화 전문강사로 채용한다는 점을 명시하였는지, 「초·중등교육법」시행령 소정의 영어회화 전문강사의 자격기준 여부를 심사하였는지, 업무내용, 보수, 계약서 양식에 있어 영어회화 전문강사와의 차이가 있는지, 보수 재원의 조달에 있어서 교육청으로부터 지원을 받았는지 여부 등을 종합적으로 검토하여 판단하여 이 사건 근로자가 「초·중등교육법」시행령 제42조제5항의 ‘영어회화 전문강사’에 해당하지 아니하고 일반 ‘강사’에 해당하기 때문에 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 근로계약상 지위가 전환된다고 판단하였음

152) 대법원(대법원 2015. 5. 14.자 2015두37631 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

# 제 14 장

## 차별시정

제1절 차별시정 개관 및 주요쟁점	841
1. 개설	841
2. 차별시정 명령의 의의	842
3. 차별시정 명령의 요건	842
제2절 차별시정 명령의 구체적 요건	843
1. 당사자적격과 제척기간	843
2. 비교대상근로자	847
3. 차별금지영역	849
4. 불리한 처우	851
5. 합리적 이유	852
제3절 차별시정 명령	854
1. 차별시정 명령의 내용	854
제4절 차별시정 요건별 관련 판례	856
1. 제척기간 관련 판례	856
2. 기간제법 적용여부 관련 판례	859
3. 구제이익, 소의 이익 관련 판례	862
4. 비교대상자 관련 판례	864
5. 불리한 처우 존재 관련 판례	881
6. 합리적 이유 관련 판례	886



## 목 차

<b>제1절 차별시정 개관 및 주요쟁점</b> .....	841	3. 구체이익, 소의 이익 관련 판례 .....	862
1. 개설 .....	841	4. 비교대상자 관련 판례 .....	864
2. 차별시정 명령의 의의 .....	842	4.1 대학교 시간강사의 비교대상근로자	864
3. 차별시정 명령의 요건 .....	842	4.2 기간제 민간조리원의 비교대상근로자	865
<b>제2절 차별시정 명령의 구체적 요건</b> .....	843	4.3 단시간 조리보조원의 비교대상근로자	866
1. 당사자적격과 제척기간 .....	843	4.4 은행 내부통제점검자에 대한 비교대상근로자	867
1.1 당사자적격 .....	843	4.5 철도 매표원 등에 대한 비교대상 근로자	867
가. 신청인 적격 .....	843	4.6 중형버스 운전원에 대한 비교대상 근로자	868
1) 기간제근로자 .....	843	4.7 기간제 부지점장의 비교대상근로자	869
2) 단시간근로자 .....	844	4.8 백화점 기간제 계산원, 수영·헬스 강사 등에 대한 비교대상근로자	871
3) 파견근로자 .....	844	4.9 연구소의 참여연구원에 대한 비교대상 근로자	872
나. 피신청인 적격 .....	845	4.10 공항전력시설 유지관리업무 기간제근로자	873
1.2 제척기간 .....	846	4.11 근로직업상담원과 전화상담원	874
2. 비교대상근로자 .....	847	4.12 부자재보조와 약품원료보조 업무담당 기간제근로자	877
2.1. 비교대상근로자의 의미 .....	847	4.13 사료연구위원	877
2.2 비교대상근로자가 다수인 경우 선정 기준	848	4.14 사무보조원	879
2.3 기타 비교대상근로자 관련 쟁점	848	4.15 카지노 계약직 딜러	880
3. 차별금지영역 .....	849	5. 불리한 처우 존재 관련 판례	881
3.1 차별금지영역의 의미 .....	849	5.1 항목별 비교 방식에 따라 판단한 사례	881
3.2 차별금지영역 포함 여부 판단사례	851	5.2 범주화 비교 방식에 따라 판단한 사례	882
4. 불리한 처우 .....	851	6. 합리적 이유 관련 판례	886
4.1 불리한 처우의 의미 .....	851	6.1 합리적 이유를 부정한 판례	886
4.2 불리한 처우의 판단방법 .....	851	6.2 합리적 이유를 인정한 판례	894
가. 항목별 비교 방식 .....	852		
나. 범주화 비교 방식 .....	852		
5. 합리적 이유 .....	852		
<b>제3절 차별시정 명령</b> .....	854		
1. 차별시정 명령의 내용 .....	854		
<b>제4절 차별시정 요건별 관련 판례</b> .....	856		
1. 제척기간 관련 판례 .....	856		
2. 기간제법 적용여부 관련 판례 .....	859		





## 제1절 차별시정 개관 및 주요쟁점

### 1. 개설

비정규직 근로자 보호에 대한 사회적 요구에 따라, 2006년 12월 기간제법<sup>1)</sup>이 제정되고 파견법<sup>2)</sup>이 개정되면서 비정규직 근로자(기간제, 단시간, 파견근로자)에 대한 차별시정제도가 2007. 7. 1.부터 시행되었음<sup>3)</sup>

노동위원회는 차별로 판정되는 경우 차별시정을 명령하고, 확정된 시정명령을 이행하지 아니하는 경우 고용노동부 장관은 1억원 이하의 과태료를 부과할 수 있음

2012년 8월부터는 고용노동부 장관의 차별시정요구 및 통보제도<sup>4)</sup>가 도입되었으며, 2014년 9월부터는 배액금전배상 명령<sup>5)</sup>, 제도개선 명령<sup>6)</sup>, 확정된 시정명령의 효력 확대<sup>7)</sup> 규정 등이 새롭게 시행됨

### 2. 차별시정 명령의 의의

차별시정 명령은 사용자가 기간제 및 단시간 또는 파견근로자를 비교대상근로자(무기계약근로자·통상근로자·직접고용근로자)에 비하여 임금, 정기적으로 지급되는

- 1) 기간제 및 단시간 근로자 보호에 관한 법률(2006. 12. 21. 제정, 2007. 7. 1 시행)을 약칭함
- 2) 파견근로자 보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 개정, 2007. 7. 1 시행)을 약칭함, 종전에는 차별을 금지하여야 한다는 의무조항만 있었으나 법이 개정되면서 차별시정신청제도가 도입되었음
- 3) 차별시정제도는 국가, 지자체, 지방공기업 등 공공부문 사업장 및 상시근로자 300인 이상 사업장은 2007. 7. 1.부터, 상시근로자 100인 이상 300인 미만 사업장은 2008. 7. 1.부터, 상시근로자 5인 이상 100인 미만 사업장은 2009. 7. 1.부터 단계적으로 확대 적용되어 현재는 상시근로자 5인 이상 사업장은 모두 위 법을 적용받게 되었음
- 4) 고용상 불이익을 우려한 근로자들이 신청을 기피하는 문제가 있어 2012년 2월 개정법은 근로감독관에게 사업장 점검·신고사건 처리 시 차별이 확인되면 직권으로 시정을 요구할 수 있게 하고, 사용자가 이에 불응할 경우 노동위원회에 통보함으로써 근로자가 신청하지 않더라도 차별여부를 판정할 수 있도록 하였음(기간제법 제15조의 2)
- 5) 기간제법 제13조(조정·중재 또는 시정명령의 내용) ② 제1항에 따른 배상액은 차별적 처우로 인하여 기간제근로자 또는 단시간근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 정한다. 다만, 노동위원회는 사용자의 차별적 처우에 명백한 고의가 인정되거나 차별적 처우가 반복되는 경우에는 손해액을 기준으로 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상을 명령할 수 있다.(파견법 제21조 제3항도 동일)
- 6) 기간제법 제13조(조정·중재 또는 시정명령의 내용) ① 제11조의 규정에 따른 조정·중재 또는 제12조의 규정에 따른 시정명령의 내용에는 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선(취업규칙, 단체협약 등의 제도개선 명령을 포함한다) 또는 적절한 배상 등이 포함될 수 있다.(파견법 제21조 제3항도 동일)
- 7) 기간제법 제15조의3(확정된 시정명령의 효력 확대) ① 고용노동부장관은 제14조(제15조의2제4항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따라 확정된 시정명령을 이행할 의무가 있는 사용자의 사업 또는 사업장에서 해당 시정명령의 효력이 미치는 근로자 이외의 기간제근로자 또는 단시간근로자에 대하여 차별적 처우가 있는지를 조사하여 차별적 처우가 있는 경우에는 그 시정을 요구할 수 있다.  
② 사용자가 제1항에 따른 시정요구에 응하지 아니하는 경우에는 제15조의2제2항부터 제5항까지의 규정을 준용한다.(파견법 제21조의3도 동일)

상여금, 성과금, 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항 등에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 경우 이에 대한 시정을 명하는 것을 뜻함

### 3. 차별시정 명령의 요건

차별시정 명령을 하기 위해서는 ① 신청권자(기간제·단시간·파견근로자)가 제척기간<sup>8)</sup> 내에 신청하여야 하고<sup>9)</sup>, ② 비교대상근로자가 존재해야 하며, ③ 처우가 차별금지영역에 관한 것이어야 하고, ④ 처우가 신청인에게 불리하며, ⑤ 합리적 이유가 존재하지 아니하는 경우여야 함

8) 2012. 8.부터는 종래 3개월이던 제척기간이 6개월로 연장되었음

9) 이는 본안 전 요건으로 이를 충족하지 못하면 '각하'판정을 하게 됨

## 제2절 차별시정 명령의 구체적 요건

### 1. 당사자적격과 제척기간

#### 1.1 당사자적격

차별시정 명령의 신청인은 근로기준법상 근로자이어야 하고, 근로자 중에서도 기간제 근로자, 단시간근로자, 파견근로자여야 하며(기간제법 제9조제1항, 파견법 제21조제2항), 당사자 적격이 있는지 여부는 **차별적 처우가 있었던 때를 기준으로 함**(판단시점)<sup>10)</sup>

##### 가. 신청인 적격

##### 1) 기간제근로자

2년 기간의 제한 없이 사용 가능한 기간제근로자(기간제법 제4조제1항 단서) 또는 근로계약을 반복 갱신해왔더라도 기간제법 시행 이후 계속근로기간이 2년을 초과하지 않는 기간제근로자들은 신청인 적격이 있으나, 기간제법 시행 이후 계속근로기간이 2년을 초과하여 기간의 정함이 없는 계약을 체결한 근로자로 의제된 자는 신청인 적격이 없음<sup>11)</sup>

#### 【서울행정법원 2010. 2. 18. 선고 2009구합26234 판결<sup>12)</sup>】

“원고들이 수차례 근로계약을 반복 갱신하여 왔다고 하더라도 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 시행 이후에 그 근로계약을 갱신하고 계속근로한 기간이 2년을 초과하지 않은 근로자들로서 기간제법상의 기간제근로자에 해당하므로, 사실상 기간의 정함이 없는 근로자임을 전제로 원고 적격이 없다는 참가인의 주장은 받아들일 수 없다.”

10) 즉, 신청인 적격 판단시점은 차별시정신청일이 아니라 차별적 처우가 있었던 때가 기준임. 따라서 차별적 처우 당시에는 기간제근로자였으나 이후 퇴직, 무기계약직 전환 등으로 더 이상 기간제근로자가 아닌 자도 차별시정 신청이 가능함. 예컨대, 2010. 1. 31. 퇴직한 자가 2010. 3. 18. 차별신청한 경우 신청일 당시에는 기간제근로자가 아니지만 차별적 처우 당시 기간제근로자였으므로 신청인적격 있음(서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2010구합 41802 판결). 또한 기간제근로자였다가 2010.1.1.부터 무기계약직으로 전환되었으나 장기근속수당 미지급(차별적 처우)을 이유로 2010.3.24. 차별신청 한 경우, 차별신청일을 기준으로 한다면 더 이상 기간제근로자가 아니어서 각하되어야 할 것이나, 차별적 처우가 있었던 시점(2009.12.31.)에는 기간제근로자였으므로 신청인 적격 있음. 만약, 그렇지 않고 신청일을 기준으로 판단한다면 차별처우 이후 신분 변동이 되었다는 사실만으로 구제를 못 받는 불이익이 발생하기 때문임

11) 기간제 근로계약을 여러 차례 반복 갱신하였더라도 계속근로기간이 2년을 초과하여 기간제법 제4조 제2항에 의하여 무기계약근로자로 고용 의제되지 않은 한 기간제근로자로서의 신청인 적격이 인정됨.

12) 임시직으로 입사하고, 별정직 일반계약직으로 전환되어 1년에서 2년 단위의 계약을 수차례 갱신해오다가 2008. 10. 31. 명예퇴직한 자들이 차별시정을 신청한 사안에서 중노위는 신청인적격을 인정하고 정기상여금 차등지급은

## 2) 단시간근로자

단시간근로자<sup>13)</sup>도 신청인 적격이 인정되고(기간제법 제8조제2항), 이 때 단시간근로자인지 여부의 판단은 **실근로시간이 아니라 소정근로시간을 기준으로 함**

## 【서울행정법원 2012. 1. 12. 선고 2011구합8734 판결】

“기간제법 제2조 제2호, 근로기준법 제2조 제8호에 의하면, 기간제법에서 말하는 ‘단시간근로자’라 함은 1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자를 말한다고 할 것이다.

살피건대, 아래 (2).항에서 보는 바와 같이 비교대상근로자로 인정된 통상 근로자들과 위 원고들이 같은 종류의 업무에 종사하였다고 봄이 상당하다. 또한 별표 2. 근로관계현황의 기재와 같이 위 원고들이 참가인 회사와 사이에 통상 근로자의 소정근로시간(일 8시간)에 미치지 못하는 단시간 근로계약을 체결해왔던 점, 위 원고들이 적용받은 취업규칙(그 부제 자체가 ‘사원 5급-단시간 근로자’라고 기재되어 있다) 제10조 역시 ‘근로시간은 1일 7시간 이내를 원칙으로 한다’고 규정하고 있는 점, 기간제법의 취지상 계약의 형식에 의해 사용자로부터 단시간근로자임을 이유로 차별을 받아 왔다면 단시간근로자로 보아 신청자격을 인정함이 상당하다고 할 것인 점 등에 비추어 보면, 경영여건의 변화 등에 따라 위 원고들이 실제로 8시간 이상을 근무하였다는 점 등 참가인 회사가 주장하는 사정만으로 위 원고들과 참가인 회사 사이에 소정근로시간을 통상 근로자와 같이 8시간으로 변경하기로 하는 내용의 묵시적 합의가 이루어졌다고 보기 어렵다. 따라서 위 원고들에게는 기간제법상 차별시정을 구할 신청자격이 인정된다고 할 것이다.”

## 3) 파견근로자

원청회사와 사내하도급 근로자 사이에 파견근로관계가 인정될 경우 차별시정신청의 신청인이 될 수 있으나, **舊 파견법 제6조 제3항에 의하여 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로에 종사한 근로자는 직접고용의제를 받는 무기계약근로자이므로 신청인 적격이 부정됨**

【서울고등법원 2010. 12. 1. 선고 2010누2854 판결<sup>14)</sup>15)】

“원고와 소외회사 간의 도급계약상의 ‘타이어 포장업무’에 투입된 이 사건 근로자들의 근로관계가 파견법상의 근로자파견에 해당하는지가 문제되는데, 위 인정사실을 통해 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 근로자들의 고용 및 타이어 포장 등 업무에 투입한 경위·실제 수행업무 등에

시정명령, 명예퇴직금 및 자녀학자금 미지급 부분은 기각하였음. 이에 근로자들이 소를 제기하였는데, 참가인(사용자)은 원고(근로자)들이 2년마다 갱신된 무기계약 근로자들로서 기간제근로자가 아니어서 신청인 적격이 없다고 주장했던 사안

13) 단시간근로자는 「근로기준법」 제2조의 단시간근로자를 말하는데 이는 ‘1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자’를 의미함

비추어 이 사건 근로자들의 업무와 소외회사 소속 정○○, 신○○의 업무가 명확히 구분됨이 없이 혼재되어 있는 등으로 원고가 소외회사로부터 도급받았다는 부분을 구분·특정하기 어렵고, 일의 결과가 아닌 이 사건 근로자들의 노무제공의 정도에 따라 변동적으로 도급비를 지급받은 점, 이 사건 근로자들은 매일 소외회사가 개최한 조회에 참석하고 소외회사로부터 작업계획서를 넘겨받아 그에 따라 작업을 수행하며, 소외회사 관리자가 매일 이 사건 근로자들에 대한 근무관리를 하는 등 소외회사가 이 사건 근로자들에 대한 노무지휘를 한 것으로 보일 뿐이고, 작업 수행 과정에서 원고가 특별히 이 사건 근로자들에게 대한 지휘·명령을 한 바 없는 점 등 제반사정을 종합적으로 고려해 볼 때, 이 사건 근로자들은 실질상 파견법상 파견근로자의 지위에 있었다고 봄이 상당<sup>16)</sup>

### 나. 피신청인 적격

기간제·파견법은 사용자에게 차별적 처우 금지의무 및 노동위원회의 시정명령에 대한 이행의무를 부과하고 있으므로 차별시정사건의 피신청인적격은 사용자에게 있음

차별시정의 피신청인적격을 갖는 자는 기간제·단시간근로자를 고용하고 있는 사업주와 파견근로에서의 파견사업주 및 사용사업주임

차별이 인정되는 경우, 피신청인은 노동위원회의 시정명령 이행의무자로서의 지위를 갖게 되고 법원은 파견근로의 경우 책임영역에 따라 피신청인적격이 구분되는데, 임금 등의 차별에 대해서는 파견사업주, 근로시간·휴게 등의 차별에 대해서는 사용사업주가 피신청인적격을 갖는 것으로 해석하는 경향이 있음<sup>17)</sup>

한편 법원은 권리·의무의 귀속 주체가 될 수 없는 법인의 하부기관·시설 또는 국가의 하부기관·행정관청·시설 등에 대해 피신청인적격을 부정함

예컨대 국립대학교 시간강사의 사용자는 대학교나 교육과학기술부, 총장이 아니라 국가(대한민국)임

14) 1심 판결(서울행정법원 2009. 12. 11. 선고 2009구합22164 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 3. 24.자 2010두29413 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨

15) S기업(원고) 소속 근로자(참가인)들이 원청회사인 K기업(소외회사) 정규직에 비해 기본급, 상여금 등 차별처우를 받았다고 차별시정을 신청함. 중노위는 S기업이 K기업에 근로자들을 「파견근로자보호 등에 관한 법률」에서 정한 근로자파견을 한 것으로 보고, 신청인 적격을 인정하여 시정명령을 함. 이에 S기업은 근로자들을 근로자파견한 것이 아니라, K기업으로부터 도급받은 업무를 수행하기 위해 근로자들을 직접 업무 지시·감독한 것이므로 근로자들을 신청인 적격이 없다고 주장하며 소를 제기

16) 위 사안과 달리 구 파견법 제6조 제3항에 의해 직접고용의제를 받는 근로자는 기간제근로자가 아니라 무기계약 근로자에 해당하여 차별시정신청인의 적격이 없다는 사실에 유의하여야 함

17) 위의 경향과 달리 최근 파견사업주와 사용사업주의 연대책임을 노동위원회에서 인정한 사례로 서울행정법원 2015구합70416 사건이 진행 중임

【서울행정법원 2009. 2. 6. 선고 2008구합22747 판결<sup>18)</sup>】

“교육과학기술부는 정부조직법에 따라 설치된 중앙행정기관으로서 당사자능력이 없고, K대학교는 국가가 설립·경영하는 국립대학교로서 법인도 아니고 법인격 없는 사단 또는 재단도 아닌 교육 시설의 명칭에 불과하여 당사자능력이 없으므로, 원고들의 교육과학기술부와 K대학교에 대한 각 재심신청을 각하한 이 사건 재심판정은 적법하고, 비록 원고들이 중앙노동위원회가 마련한 심판사건 처리지침과 심판업무 처리요령에 따라 위와 같이 교육과학기술부와 K대학교를 상대로 각 재심 신청한 것이라고 하더라도, 그러한 사정만으로 이 사건 재심판정이 금반언의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

한편 이 사건 재심판정은 “K대학교를 피신청인으로 하는 원고들의 재심신청 취지에 K대학교의 총장인 참가인을 피신청인으로 인정하였고, 이는 그 자체로 별도의 법인격을 가지고 있지 못하여 당사자능력이 없는 ‘K대학교 총장 노○○’을 피신청인으로 잘못 인정한 것이기는 하나, K대학교를 설립·경영하는 ‘대한민국’의 업무집행기관으로서의 ‘K대학교 총장’에 대한 이 사건 재심판정 효력은 원고들의 사용자인 ‘대한민국’에 대하여도 그 효력이 미친다고 할 것이므로(대법원 1999. 4. 9. 선고 97누19731 판결, 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결 등 참조), 위와 같이 참가인을 피신청인으로 인정한 이 사건 재심판정은 일응 적법한 것으로 판단된다(그러나, 노동위원회의 판정 절차에서 당사자능력이 없는 업무집행기관을 피신청인으로 인정하는 것은 부적절하므로 시정되어야 한다)”<sup>19)</sup>

## 1.2 제척기간

제척기간과 관련하여서는 기산점이 되는 처우의 존재시점이 언제인가를 판단하는 것이 중요한데, **차별적 처우가 있는 날(계속되는 차별적 처우는 그 종료일)부터 6개월**이 경과한 때에는 신청권리가 소멸됨(기간제법 제9조제1항 단서, 파견법 제21조 제3항).

**일회적으로 지급되는 금품이나 기타 근로조건 등의 미지급 또는 차별처우는 그 행위가 있었던 시점이 기산점이 되는 반면, 임금의 성격을 갖는 급부는 계속적 처우로 보아 신청 시로부터 소급하여 6개월 내에 차별(미지급)이 존재하였다면 제척기간을 준수한 것으로 보고, 시정명령 대상은 차별이 있었던 전체 기간으로 확장<sup>20)</sup>됨**

18) K대학교 시간강사들이 전임강사 및 강의초빙교수에 비하여 차별처우를 받고 있다며 K대학교 및 교육과학기술부를 피신청인으로 하여 차별시정을 신청. 중노위는 교육과학기술부는 중앙행정기관으로서 국가기관에 불과하고, K대학교는 교육시설 명칭에 불과하여 당사자능력이 없다며 각하하는 대신, 직권으로 K대학교 총장을 피신청인으로 인정하여 차별적 처우가 존재하지 않는다고 판정하였고, 근로자들이 소를 제기

19) 현재 심판업무매뉴얼은 “국립대학교 또는 국립대학교병원 등 국가 소속기관의 경우, 피신청인과 구제명령의 명의를 국가(대한민국)으로 하고, 다만 하단에 소속기관을 명시함. 신청인이 소속기관 등을 피신청인으로 기재하여 올 경우 규칙 제41조를 적용하여 사업주인 국가로 피신청인을 지정하도록 보정을 지시함”이라고 정정되어 있음

20) 판례는 “각 입사 이후로서 기간제법이 시행된 2007. 7. 1.부터 2008. 4. 13.까지의 <기본급, 정기상여금, 조정수당, 효도휴가비, 장기근속수당> 등 임금지급과 관련된 계속적 차별적 처우에 대하여 그 차별적 처우의 종료일로부터

다만, 기간제법 시행(2007. 7. 1.) 이후의 차별만이 대상이고 소멸시효(임금채권의 경우 3년)를 넘어서까지 확대되는 것은 아님

## 2. 비교대상근로자

### 2.1. 비교대상근로자의 의미

비교대상근로자란 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자(기간제법 제8조제1항)를 의미하는 바, 동종·유사 여부는 취업규칙, 근로계약 등에서 정한 업무 내용이 아니라 실제 수행하는 업무<sup>21)</sup>를 기준으로 판단하고, 주된 업무의 내용에 본질적 차이가 없다면 업무의 범위, 책임, 권한 등 다른 요소에서 다소 차이가 있더라도 동종·유사업무에 해당함<sup>22)</sup>

#### 【 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2132 판결<sup>23)</sup> 】

“비교 대상 근로자로 선정된 근로자의 업무가 기간제근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지 여부는 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면, 특별한 사정이 없는 이상 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 할 것이다.”

#### 【 서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누21794 판결<sup>24)</sup> 】

“동종 또는 유사한 업무란 직종, 직무 및 작업 내용이 동일성 또는 유사성을 가진 업무를 말하고, 이는 업무 성격의 유사성, 업무에서 각 근로자 집단 상호 간의 대체 가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

정규직 근로자와 기간제근로자가 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않더라도 주된 업무의 내용, 작업 조건 등 핵심 요소에서 본질적인 차이가 없다면, 예컨대 정규직 근로자에게는 해당 업무와 직접 관련된 자격이 요구되는 반면, 기간제근로자에게는 그러한 자격이 요구되지 않는

3개월이 경과하기 이전인 2008. 5. 23.과 2008. 5. 29. 위 각 노동위원회에 그 시정을 구할 수 있다고 할 것이나, 위 <성과상여금> 지급과 관련된 차별적 처우에 대하여는 그 지급된 날로부터 3월이 경과한 후에야 원고들이 위 각 노동위원회에 그 시정을 신청하였으므로, 위 부분 신청은 위 3월의 제척기간을 도과하여 부적법하다고 할 것이다”고 판시한 바 있음(서울고등법원 2010. 1. 13. 선고 2009누17614 판결, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 11. 22. 선고 2010두3237 판결)에서 확정됨

21) 취업규칙, 직무기술서 등에 기재된 업무내용이 기준이 아니라 실제 수행하고 있는 업무내용이 기준임

22) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2132 판결, 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결

23) 유사판례로 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7945 판결이 있음

경우와 같이 양자 사이에 ‘현저한 질적 차이’가 인정될 만한 특별한 사정이 없는 한, 채용절차나 부수적인 업무내용 등에서 다소의 차이가 있더라도 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 봄이 타당하다.

양자 간의 차이가 이러한 ‘현저한 질적 차이’에 이르지 못하는 경우에는 이러한 차이가 업무의 동종성 또는 유사성을 부인할 만한 근거가 되지 못하고, 다만 사용자가 양자를 달리 처우하는 경우에 기간제법 제2조 제3호에 따른 “합리적인 이유”가 있음을 뒷받침하는 사정은 될 수 있다.”

## 2.2 비교대상근로자가 다수인 경우 선정기준

법원은 **비교대상 근로자가 다수인 경우** 그들 중 누구를 비교대상근로자로 삼을지에 관하여 가장 높은 대우를 받는 근로자를 선정할 경우 가장 낮은 처우를 받는 정규직 근로자가 기간제근로자보다 더 불이익하게 되는 역차별 우려가 있음을 이유로 **비교대상근로자 중 가장 낮은 처우를 받는 정규직근로자를 선정하는 것이 적절하다고 봄**<sup>25)</sup>

법원은 비교대상근로자가 **당해 사업 또는 사업장의 직제상 존재하는 가장 낮은 처우를 받는 정규직 근로자**이면 충분하고 그러한 정규직 근로자가 실제 근무할 것을 요하지는 않으나, 직제상 존재하지 아니하는 가상의 호봉을 상정하는 것은 허용하지 않는다고 봄<sup>26)</sup>

## 2.3 기타 비교대상근로자 관련 쟁점

신청인이 주장하지 않은 비교대상근로자를 노동위가 직권으로 조사·판단해야 할 의무가 있는지 여부에 대하여 법원은 중노위가 신청권자가 주장하는 비교대상근로자 이외에 다른 정규직 근로자가 비교대상근로자로 인정될 수 있는지 여부를 조사·판단하여야 할 의무까지 부담한다고 보지 않음<sup>27)28)</sup>

24) 동 판결은 대법원(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5391 판결)에서 확정됨, 유사판례로 서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2010구합41082 판결[동 판결은 대법원(대법원 2012. 4. 26. 선고 2012두2245 판결)에서 확정됨]

25) 서울고등법원 2012. 6. 14. 선고 2012누5000 판결[1심 판결(서울행정법원 2012. 1. 12. 선고 2011구합8857 판결)을 인용함]

26) 서울행정법원 2015. 7. 2. 선고 2014구합74138 판결, 유사판결로 서울행정법원 2015. 9. 24. 선고 2015구합64053 판결이 있음

27) 의무가 없다는 것이고, 노동위가 직권으로 비교대상근로자를 선정하거나 추가하는 것은 가능함

28) 서울행정법원 2011. 11. 17. 선고 2010구합32822 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 12. 24. 선고 2013두2525 판결)에서 확정됨], 더불어 근로자들이 노동위 단계에서 비교대상근로자로 주장하지 아니한 자를 행정소송의 단계에서 새롭게 제시하여 중노위의 재심판정이 위법하다고 주장할 수 없다는 취지의 판례로는 서울고등법원 2012. 12. 14. 선고 2011누45704 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 12. 24. 선고 2013두2525 판결)에서 확정됨]



또한 법원은 신청인이 초심단계에서 주장하지 않은 비교대상근로자를 재심에서 추가하는 것이 허용되는지 여부에 관하여 비교대상근로자가 누구인지 여부가 초심의 구체 범위에 포함된다고 볼 수 없어 비교대상근로자의 추가는 재심단계에서도 허용된다고 봄

【서울행정법원 2016. 6. 3. 선고 2015구합72016 판결<sup>29)</sup>】

“노동위원회규칙 제58조는 노동위원회는 근로자나 노동조합이 구제를 신청한 범위 안에서 판정할 수 있다고 규정하고 있고, 제89조는 당사자의 재심 신청은 초심에서 신청한 범위를 넘어서는 아니되며, 중앙노동위원회의 재심 심리와 판정은 당사자가 재심신청한 불복의 범위 안에서 하여야 한다고 규정하고 있으며, 제114조는 차별시정의 재심에 관한 사항은 제89조에서 제98조까지의 규정을 준용한다고 규정하고 있고, 제100조는 ‘근로자의 성명과 주소, 사업주의 성명과 주소, 신청 취지(청구할 시정 내용), 차별적 처우의 구체적 내용, 신청일자’를 기재한 차별적 처우 시정 신청서에 따라 차별 시정신청을 하도록 규정하고 있으며, 위 제100조에 따른 차별적 처우 시정 신청서 양식인 별지 제35호 서식의 ‘신청이유’란에는 ‘차별적 처우 내용’과 ‘잠정적 비교대상자’를 기재하도록 되어 있다. 한편, 기간제법 제9조 제1항 단서는 차별적 처우가 있는 날(계속되는 차별적 처우는 그 종료일)로부터 6개월이 경과한 때에는 차별시정을 신청할 수 없다고 규정하고 있다.

위와 같이 노동위원회 규칙은 차별적 처우 시정 신청서의 ‘신청취지’란이 아닌 ‘신청이유’란에 ‘잠정적 비교대상자’를 기재하도록 규정하고 있으므로, 비교대상 근로자가 누구인지 여부가 ‘초심에서 구제를 신청한 범위’에 포함된다고 볼 수 없다. 또한 기간제근로자가 차별적 처우를 받는지 여부를 결정하는 기준이 되는 비교대상 근로자는 차별시정을 신청하는 자가 지정하여야 하고, 노동위원회는 차별시정신청자가 지정한 비교대상 근로자 이외에 다른 무기계약직근로자가 차별시정신청자에 대한 관계에서 비교대상 근로자로 인정될 수 있는지 여부를 조사·판단하여야 할 의무까지는 부담하지 아니하므로, 재심단계에서 비교대상 근로자를 추가하는 것을 허용하지 않는다면 시정신청 단계에서 좁은 범위의 비교대상 근로자를 지정하여 기각판정을 받은 차별시정신청자는 기간제법 제9조 1항 단서에서 정한 제척기간의 도과로 인하여 구제를 받을 길이 없어지게 되고, 이를 방지하기 위하여 차별시정신청자가 동일 사업 또는 사업장 내의 모든 무기계약근로자를 비교대상 근로자로 지정할 경우 차별시정제도의 원활한 운영을 저해하게 된다. 따라서 비교대상 근로자의 추가는 재심단계에서도 허용되어야 한다고 봄이 타당하다.”

### 3. 차별금지영역

#### 3.1 차별금지영역의 의미

차별금지영역은 임금, 정기적으로 지급되는 상여금, 성과금, 그 밖에 근로조건

29) 원고 부설 미술관에서 사무보조원으로 근무하던 참가인이 초심지노위에서는 비교대상 근로자를 회계업무직원으로 하여 차별시정 신청을 하였고, 재심신청시 비서를 비교대상 근로자로 선정하였음. 원고(사용자)는 재심 과정에서 비교대상 근로자를 추가하여 판단한 것은 노동위원회규칙 제114조 및 제89조 위반이라고 주장

및 복리후생 등에 관한 사항으로 근로조건은 사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금·근로시간·후생·해고뿐만 아니라 근로기준법 제93조제1호 내지 12호<sup>30)</sup>, 같은 법 시행령 제8조제1항 제1호, 제3호<sup>31)</sup>가 정한 사항이 모두 포함됨<sup>32)</sup>

‘임금’은 “사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭이든지 지급하는 일체의 금품”을 말하는데<sup>33)</sup>, 과거 기간제법은 ‘임금 그 밖의 근로조건 등’을 차별금지영역으로 규정하고 있어, 임의적·은혜적 금품 등 임금의 성질을 가지지 않는 금품도 위 차별금지영역에 포함되는지가 문제되어 왔으나<sup>34)</sup>, 개정 기간제법(2013. 9. 23. 시행)은 차별적 처우의 정의를 ‘임금 그 밖의 근로조건 등’에서 ‘다음 각 목의 사항<sup>35)</sup>’으로 보다 폭넓게 규정함으로써 이러한 문제를 해결함

30) 제93조(취업규칙의 작성·신고) 상시 10명 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 다음 각 호의 사항에 관한 취업규칙을 작성하여 고용노동부장관에게 신고하여야 한다. 이를 변경하는 경우에도 또한 같다.<개정 2008.3.28., 2010.6.4., 2012.2.1.>

1. 업무의 시작과 종료 시간, 휴게시간, 휴일, 휴가 및 교대 근로에 관한 사항
2. 임금의 결정·계산·지급 방법, 임금의 산정기간·지급시기 및 승급(昇給)에 관한 사항
3. 가족수당의 계산·지급 방법에 관한 사항
4. 퇴직에 관한 사항
5. 「근로자퇴직급여 보장법」 제4조에 따라 설정된 퇴직급여, 상여 및 최저임금에 관한 사항
6. 근로자의 식비, 작업 용품 등의 부담에 관한 사항
7. 근로자를 위한 교육시설에 관한 사항
8. 출산전후휴가·육아휴직 등 근로자의 모성 보호 및 일·가정 양립 지원에 관한 사항
9. 안전과 보건에 관한 사항
- 9의2. 근로자의 성별·연령 또는 신체적 조건 등의 특성에 따른 사업장 환경의 개선에 관한 사항
10. 업무상과 업무 외의 재해부조(災害扶助)에 관한 사항
11. 표창과 제재에 관한 사항
12. 그 밖에 해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용될 사항

31) 제8조(명시하여야 할 근로조건) ① 법 제17조 전단에서 "그 밖에 대통령령으로 정하는 근로조건"이란 다음 각 호의 사항을 말한다.

1. 취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항
2. 법 제93조제1호부터 제12호까지의 규정에서 정한 사항
3. 사업장의 부속 기숙사에 근로자를 기숙하게 하는 경우에는 기숙사 규칙에서 정한 사항

32) 서울행정법원 2015. 6. 23. 선고 2014구합21042 판결

33) 서울행정법원 2008. 10. 24. 선고 2008구합6622 판결

34) 명예퇴직 인센티브, 자녀대학학자금은 임의적·은혜적 금품이므로 근로제공에 따른 대가적 관계에 있는 ‘임금 기타 근로조건 등’에 해당하지 않는다고 본 판례(서울행정법원 2010. 2. 18. 선고 2009구합26234 판결 참조) 및 전직 위로금과 실비보상 성격의 현금출납수당에 대하여 “차별금지영역은 근로제공과 직접적 관계가 없더라도 근로관계에 기인하여 지급되는 모든 금품을 포괄하므로 명칭 여하에 불구하고 지급규정 없이 임의적으로 근로자 전체에게 일률적으로 지급하는 금품이라면 임금이 아니라는 이유만으로 차별적 지급이 허용되는 것은 아니어서 차별금지 영역에 포함”된다고 본 판례(서울행정법원 2012. 1. 12. 선고 2011구합8734 판결 참조)

35) 가. 「근로기준법」 제2조제1항제5호에 따른 임금

나. 정기상여금, 명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금

다. 경영성과에 따른 상여금

라. 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항

### 3.2 차별금지영역 포함 여부 판단사례

법원은 ‘계약기간 배제’도 차별금지영역에 포함되는지 여부와 관련하여 초등학교 기간제 교사의 계약기간에서 방학기간을 제외하고 방학기간 중 급여를 지급하지 않은 것이 차별금지영역에 포함되는지에 관하여 “계약기간에서 방학기간이 제외됨으로써 방학기간 동안 급여를 지급받지 못하는 등 불리한 처우를 받은 점”이라고 봄<sup>36)</sup>

법원은 ‘출퇴근 등록방법’이 차별금지영역에 포함되는지 여부와 관련하여 “출·퇴근 등록방법은 사용자가 근로자의 근태정보를 확인하거나 관리하기 위한 수단으로서 인사고과, 근태, 징계, 포상 등 근로자의 대우에 영향을 미칠 수 있으므로, 차별적 처우의 금지영역에 속하는 근로조건에 해당한다고 봄이 타당하다.”고 판단함<sup>37)</sup>

## 4. 불리한 처우

### 4.1 불리한 처우의 의미

불리한 처우란 사용자가 임금, 정기적으로 지급되는 상여금, 성과금, 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항에 있어서 비교대상근로자와 다르게 처우함으로써 기간제근로자 등이 받게 되는 불이익 전반을 의미함<sup>38)</sup>

법원은 장기근속수당을 산정하기 위한 근속기간에 기간제 근무 기간을 포함하지 않음으로써 장기근속수당을 받게 될 시점까지 장기근속수당의 지급이 늦추어진다면 이 역시 불리한 처우라고 판시<sup>39)</sup>하여, 수당의 미지급은 물론 그 지급시기를 늦추는 것도 불리한 처우에 해당한다고 봄

### 4.2 불리한 처우의 판단방법

불리한 처우 여부 확인은 시정신청을 한 근로자가 불리한 처우를 받았다고 주장

36) 이에 관해서는, ① 계약기간 배제도 차별금지영역에 포함될 수 있음을 판시한 것이라는 해석과, ② 계약기간의 배제·포함 여부는 당사자 계약에 따른 내용으로서 기간제법이 규율하는 목적범위에서 제외되어야 하므로 계약기간 배제 자체가 차별금지영역에 해당할 수 없고, 그로 인하여 임금 그 밖의 근로조건 등에 불리한 처우가 있을 때 비로소 차별금지영역에 포섭가능하다는 견해가 있음

37) 서울행정법원 2015. 6. 23. 선고 2014구합21042 판결

38) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2132 판결, 판례는 “불리한 처우란 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제 근로자와 비교 대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미”한다고 판시하였으나, 이는 불리한 처우에 대한 기간제법 개정 이전의 관례이므로 현재는 위와 같이 선택하는 것이 적절할 것임

39) 서울행정법원 2011. 5. 20. 선고 2010구합44146 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 9. 24. 선고 2012두2207 판결)에서 확정됨]

하는 내용을 종합적으로 판단하되 **판단방식에는 항목별 비교, 범주화 비교 방식 등이 있음**<sup>40)</sup>

#### 가. 항목별 비교 방식<sup>41)</sup>

기본급은 기본급끼리, 상여금은 상여금끼리 비교하는 방식임

#### 나. 범주화 비교 방식<sup>42)</sup>

기본급에서는 낮은 처우를, 대신 상여금에서는 높은 처우를 받고 있는 경우와 같이 임금을 구성하는 세부항목이 다르거나 세부항목에 따라 유·불리가 나뉘는 경우 비교 가능한 임금 등 근로조건을 하나의 범주로 묶어 비교하는 방식임

법원은 i) 소정근로를 제공한 것만으로 지급되는 임금항목의 경우에는 그에 포함된 모든 항목의 금액을 하나의 범주로 묶어서 총액을 기준으로 합산 판단하고, ii) 특정한 조건에 해당해야만 지급되는 임금항목의 경우에는 항목별로 유·불리를 따짐

### 5. 합리적 이유

실무상 가장 문제되는 요건은 합리적 이유의 존부라 할 것인데 **합리적 이유가 없는 경우란 기간제근로자를 다르게 처우할 필요성이 인정되지 않거나 다르게 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 의미하고**, 이는 개별 사안에서 문제된 불리한 처우의 내용과 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제근로자의 고용형태, 업무의 내용과 범위, 권한과 책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 함<sup>43)</sup>

법원은 자격요건에 현저한 차이가 있거나<sup>44)</sup>, 업무강도와 질에서 차이가 있는 경우<sup>45)</sup>,

40) 근로자 간에 급여체계가 다르거나, 세부항목에 따라 유·불리가 나뉘는 경우 노동위원회는 총액 비교 방식을 택하기도 하나 법원의 경우 아직 그러한 경우가 없음

41) 서울고등법원 2010. 12. 1. 선고 2010누2854 판결

42) 서울고등법원 2013. 10. 30. 선고 2013누12012 판결, 서울행정법원 2015. 7. 2. 선고 2014구합74138 판결, 서울행정법원 2015. 12. 4. 선고 2015구합65827 판결 등

43) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2132 판결, 이에 대하여 “기간제근로자의 근속기간, 단기고용이라는 특성, 채용 조건·기준방법·절차, 업무의 범위·권한·책임, 노동시장의 수급상황 및 시장가치, 사용목적(수습·시용·직업훈련·인턴 등), 임금 및 근로조건의 결정요소(직무, 능력, 기능, 기술, 자격, 경력, 학력, 근속연수, 책임, 업적, 실적 등) 등을 고려하여 개별 사안별로 판단하여야 한다.”고 보다 구체적으로 기술한 하급심 판례도 있음[서울행정법원 2012. 1. 12. 선고 2011구합8734 판결, 서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2010구합41833{동 사건은 대법원(대법원 2012. 4. 26.자 2012두2955 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정}], 서울행정법원 2010. 11. 25. 선고 2010구합28571 판결 등 참조]

44) 대학교 시간강사 사건에서 판례는 시간강사와 강의초빙교수는 자격요건이 서로 다르므로 다른 기준에 의해 임금을

또는 비교대상근로자들에게 지급하는 금품에 장기근속유도 목적<sup>46)</sup>이 있는 경우에는 차별에 합리적 이유가 있다고 보았고, 성격상 동등하게 지급되어야 할 금품, 예컨대 부양가족이 존재하면 당연히 지급되는 가족수당, 장기근속목적과 무관한 실비변상적 금원(중식대, 교통보조비)<sup>47)</sup>, 가정의 달 행사비, 피복비<sup>48)</sup> 등은 차등 지급해야 할 합리적 이유가 없다고 봄

또한 법원은 단순히 추가적으로 부수적 업무를 수행하고 있다거나, 채용방법 및 절차의 차이가 있다는 사정 등으로 차별하는 것은 합리적 이유가 없다고 보았으며, 기간제법은 강행규정이므로 예산상 이유가 차별의 합리적 이유가 될 수 없고<sup>49)</sup> 당사자 합의에 따른 결과 차별이 발생했다 하더라도 그러한 합의가 차별의 합리적 이유가 될 수 없다고 봄. 이는 개별근로자의 합의뿐만 아니라 노동조합과의 합의의 경우도 마찬가지<sup>50)</sup>라는 것이 법원의 태도임. 이 밖에 차별의 정도도 고려요소인데 현저한 질적 차이가 없는데도 차등 지급은 별론으로 하고 아예 미지급한 경우에는 불합리한 차별로 볼 가능성이 큼<sup>51)</sup>

결정하였더라도 합리적 이유 없는 차별이라고 단정할 수 없다고 판시하였음(서울행정법원 2009. 2. 6. 선고 2008 구합22747 판결)

45) 버스운전기사 사건에서 판례는 대형버스 운전원이 중형버스 운전원에 비해 더 많은 노동 강도를 요하고 더 많은 사고 위험에 노출되어 있으며 기술적 조작능력과 집중력이 더 요구된다면서 차별에 합리적 이유가 있다고 판시하였음(서울고등법원 2010. 8. 24. 선고 2010누8074 판결)[1심 판결(서울행정법원 2010. 1. 22. 선고 2009구합 28155 판결)을 인용함]

46) 예컨대, 장기근속수당 등은 장기근속유도 목적의 금품이므로 정규직 근로자에게 지급하였어도 합리적 이유가 인정됨, 자녀학자금과 개인연금신탁지원금은 장기근속을 우대·장려하고 장기근속 근로자들의 생활과 노후를 대비하기 위한 복리후생제도로서 합리적 이유가 있다고 본 판례(서울고등법원 2010. 11. 11. 선고 2010누15577 판결), 정근수당 및 정근수당 가산금도 마찬가지라고 본 판례(서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누22940 판결, 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두6592 판결)가 있음

47) 판례는 부양가족이 존재하는 지급하는 가족수당, 실비변상 목적의 중식대, 교통보조비 등의 금원은 업무량, 업무 내용과는 무관한 것이므로 이를 미지급하는 것은 합리적 이유가 없다고 봄(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두 5391 판결, 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2132 판결, 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결 등)

48) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두21857 판결

49) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2009두13627 판결

50) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두21857 판결

51) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2009두13627 판결

### 제3절 차별시정 명령

#### 1. 차별시정 명령의 내용

차별적 처우에 해당한다고 판정한 때에는 사용자에게 시정명령을 해야 하는데 이러한 시정명령의 내용에는 ① 차별적 행위의 중지 ② 임금 등 근로조건의 개선(취업규칙, 단체협약 등의 제도개선 명령이 포함될 수 있음) ③ 적절한 배상 등이 있음

배상액은 원칙적으로 차별적 처우로 인하여 발생한 손해액을 기준으로 하나 차별적 처우에 ① 명백한 고의가 인정되거나 ② 차별적 처우가 반복되는 경우 손해액의 3배 이내에서 배상액을 정할 수 있음

법원은 노동위원회는 차별시정 신청자가 신청취지에 기재한 차별 발생기간에 구애 받지 않고 심문기일 또는 판정일까지의 차별을 시정하라는 시정명령을 내릴 수 있다고 봄

#### 【서울행정법원 2016. 6. 3. 선고 2015구합72016 판결<sup>52)</sup>】

“기간제법 제12조는 시정명령의 내용에 대하여 특별한 제한을 두지 않고 있고, 제13조 제1항은 시정명령의 내용에 차별적 행위의 중지, 임금 등근로조건의 개선(취업규칙, 단체협약 등의 제도개선 명령을 포함한다) 또는 적절한 배상 등이 포함될 수 있다고 규정하고 있으며, 같은 조 제2항은 제1항에 따른 배상액은 차별적 처우로 인하여 기간제근로자 또는 단시간근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 정한다고 규정하고 있다. 또한 노동위원회규칙 제5장 제6절 제65조는 근로자가 금전보상 명령을 신청한 경우 보상금액의 산정기간은 해고일로부터 당해 사건의 판정일까지로 한다고 규정하고 있고, 제115조는 차별시정신청사건의 처리에 있어서 제6장(비정규직 차별시정)에 규정된 사항을 제외하고는 그 취지에 어긋나지 않는 범위에서 제5장 제1절부터 제8절까지의 규정과 제12절의 규정을 준용한다고 규정하고 있다.

위와 같이 기간제법은 시정명령의 내용에 별다른 제한을 두지 않으면서도 시정명령의 내용에 차별적 처우로 인하여 기간제근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 정한 배상액에 의한 배상이 포함될 수 있다고 규정하고 있으므로, 노동위원회는 시정신청의 취지에 구속되지 않고 배상을 포함한 시정명령의 내용을 합리적 재량으로 정할 수 있는 권한이 있다고 보아야 하는 점, 노동위원회규칙도 차별시정신청사건의 취지에 어긋나지 않는 범위에서 근로자가 금전보상명령을 신청한 경우 보상금액의 산정기간은 해고일로부터 당해 사건의 판정일까지로 한다고 정한 제65조를 준용한다고 정하고 있는 점, 신청취지에서 구한 기간만을 시정 대상기간으로 삼을 경우 이후 같은 내용의 차별적 처우가 존재하더라도 위 기간에 대하여 다시 별도의 차별시정신청을 제기하여야 하므로 차별시정신청인의 권리구제에 불편을 초래하게 되는 점 등을 고려하면, 노동위원회는 당해 사건의 심문기일

또는 판정일까지 존재하는 차별적 처우에 대하여 차별시정신청자가 위 날짜 이전의 어느 시점까지만을 특정하여 차별시정신청을 하였다하더라도 신청취지에 기재된 시정 대상기간에 구애 받지 않고 심문기일 또는 판정일까지를 시정 대상기간으로 한 시정명령을 할 수 있다 할 것이다.”

- 52) 원고 부설 미술관에서 사무보조원으로 근무하던 참가인이 초심지노위에서 2013. 12. 1. ~ 2015. 4. 6. 까지, 재심지노위에서는 2013. 10. 7. ~ 2015. 2. 28.까지 기간에 대한 차별적 처우의 시정을 구하였고, 재심은 2013. 10. 7. ~ 2015. 7. 7.까지의 기간에 대한 차별적 처우를 인정함, 원고(사용자)는 신청한 기간 외의 기간에 대한 차별적 처우를 인정한 것은 노동위원회규칙 제114조 및 제89조 위반이라고 주장함

제4절 차별시정 요건별 관련 판례<sup>53)</sup>

## 1. 제척기간 관련 판례

법원은 임금 또는 정기적으로 지급되는 금액은 “계속적 처우”로 보고, 지급사유 발생이 불확정적이고 일시적으로 지급되는 금품은 계속적 처우가 아니라고 봄<sup>54)</sup>

【서울고등법원 2010. 1. 13. 선고 2009누17614 판결<sup>55)56)</sup>】

“① 임금은 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금품으로서 근로관계가 유지되는 이상 매일 계속적으로 발생하는 것이고, 임금지급일에 이르러 비로소 발생하는 것이 아닌 점 (임금지급일은 사용자와 근로자가 위와 같이 계속적으로 발생하는 임금을 정기적으로 정산하는 날에 불과하다), ② 참가인 공사가 기간제 영양사인 원고들에게 정규직 영양사에 비해 적게 지급한 기본급, 정기상여금, 조정수당, 호도휴가비, 장기근속수당은 모두 원고들이 행한 근로의 대가로서 임금에 해당하는 점, ③ 원고들이 각 입사 이후 줄곧 정규직 영양사에 비하여 기본급, 정기상여금, 조정수당, 호도휴가비, 장기근속수당 등 임금을 적게 지급받아 온 것은 참가인 공사가 원고들의 각 입사 당시부터 계속하여 합리적인 이유 없이 기간제근로자라는 이유로 원고들에 대하여 정규직 영양사에게 적용되는 보수규정보다 불리한 기간제근로자 운영지침을 적용하여 왔기 때문인 점 (참가인 공사가 매년 1회 원고들과 사이에 기본급을 인상하여 근로계약을 갱신한 바 있기는 하나, 그러한 근로계약의 갱신은 위와 같이 계속되는 임금 지급에 있어서의 차별적 처우에 아무런 영향을 미치지 못하였다) 등을 종합하여 보면, 위와 같이 원고들이 각 입사 이후부터 임금 지급에 있어 참가인 공사로 부터 받아 온 일련의 차별적 처우는 참가인 공사의 기간제근로자 운영지침에 기초하여 계속적으로 이루어진 것으로서 기간제법 제9조 제1항 단서의 “계속되는 차별적 처우”에 해당한다고 할 것이다.”(서울행정법원 2009. 5. 22. 선고 2008구합48794 판결)

“다음으로, 참가인 공사가 원고들에게 2007. 12. 31. 지급한 위 성과상여금이 기간제법 제9조 제1항 단서에 규정된 “계속되는 차별적 처우”에 해당하는지 여부에 관하여 보건대, 위 인정사실에 의하면 원고들에게 비교대상 근로자인 정규직 영양사 김○○에 비하여 위 성과상여금을 적게 지급한 것은 원고들에 대한 “차별적 처우”에는 해당한다고 할 것이다. 그런데 상여금이 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 이는 근로의 대가로 지급되는 임금의 성질을 갖는다고 할 것이나 그 지급사유 발생이 불확정적이고 일시적으로 지급되는 것은 임금이라고 볼 수 없을 것인바, 위 성과상여금은 단 1회 지급되었을 뿐이고 앞으로 계속 지급될지 여부가 불확실한 상태였으므로 그것이 계속적·정기적으로 지급되었다고 할 수 없어, 이는 근로의 대가인 임금으로

53) 본편에 수록되어 있지 않지만, 현재 1심 법원에서 진행 중인 차별시정 관련 사건으로 서울행정법원 2016구합51450, 2016구합53203사건, 대전지방법원 2016구합101975 사건 등이 있음

54) 서울행정법원 2009. 5. 22. 선고 2008구합48794 판결[동 사건은 대법원(대법원 2011. 12. 22. 선고 2010두3237 판결)에서 확정됨], 서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누22940 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두6592 판결)에서 확정됨], 서울고등법원 2014. 5. 22. 선고 2013누25971 판결(대법원 2014두8865 소송 계속 중)



지급된 것으로 볼 수 없고(대법원 1998. 1. 20. 선고 97다18936 판결 참조), 또한 일회적으로 지급 되었으므로 참가인 공사가 위 성과상여금을 지급한 것을 원고들에 대한 “계속되는” 차별적 처우라고 할 수 없다.

따라서 원고들은 각 그 입사 이후로서 기간제법이 시행된 2007. 7. 1.부터 2008. 4. 13.까지의 기본급, 정기상여금, 조정수당, 효도휴가비, 장기근속수당 등 임금 지급과 관련된 계속적 차별적 처우에 대하여 그 차별적 처우의 종료일로부터 3개월이 경과하기 이전인 2008. 5. 23.과 2008. 5. 29. 위 각 노동위원회에 그 시정을 구할 수 있다고 할 것이나, 위 성과상여금 지급과 관련된 차별적 처우에 대하여는 그 지급된 날로부터 3월이 경과한 후에야 원고들이 위 각 노동위원회에 그 시정을 신청하였으므로, 이 부분 신청은 위 3월의 제척기간을 초과하여 부적법하다고 할 것이다.”(서울 고등법원 2010. 1. 13. 선고 2009누17614 판결)

【 서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누22940 판결<sup>57)58)</sup> 】

“상여금이 계속적·정기적으로 지급되고 지급액이 확정되어 있다면 이는 근로의 대가로 지급 되는 임금의 성질을 갖지만, 지급 사유의 발생이 불확정이고 일시적으로 지급되는 경우에는 이를 임금으로 볼 수 없다. 조리직렬 기능군무원들이 지급받은 성과상여금은 매년 일정 기준에 따라 성과급 심의위원회 심의 등을 거쳐 지급되는 것이어서 지급 여부나 액수가 확정되어 계속적·정기적으로 지급된다고 볼 수 없으므로, 근로의 대가인 임금으로 지급된 것으로 볼 수 없다(대법원 1998. 1. 20. 선고 97다18936 판결 참조). 그러므로 위 성과상여금을 원고에게 지급하지 않은 것이 계속되는 차별적 처우라고 할 수 없다. 그리고 원고는 그 지급된 날로부터 3월이 경과한 후에 경남지방노동위원회에 그 시정을 신청하였으므로, 이 부분 신청은 3월의 제척기간을 초과하여 부적법하다<sup>59)</sup>.”

“가족수당, 정액급식비, 교통보조비는 일부 실비변상적 성격이 있지만, 지급일에 비로소 발생 여부와 금액이 결정되는 것이 아니라 참가인이 조리직렬 기능군무원 보수체계에 기초하여 계속적·정기적으로 지급하는 확정된 급여로서 임금의 성질을 갖는다. 그리고 임금은 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금품으로서 근로관계가 유지되는 이상 매일 계속적으로 발생하는 것이고, 임금지급일에 비로소 발생하는 것이 아니다. 이러한 점들을 종합하여 볼 때 위 각 수당에 관한 차이는 기간제법 제9조 제1항 단서에 규정된 “계속된 차별적 처우”에 해당한다고 봄이 타당하다.

55) 기간제 영양사들이 무기계약 영양사들에 비해 낮은 기본급을 지급받음에 따라 기본급에 일정비를 곱해 산정되는 정기상여금, 성과상여금, 조정수당 등에서 불리한 처우를 받았다고 2008. 5. 23. 및 2008. 5. 29. 각 차별시정 신청, 중노위는 기본급, 조정수당에 대해서만 차별을 인정하면서 정기상여금, 성과상여금, 효도휴가비 및 시정신청일로부터 3개월 전인 2008. 2. 28. 이전에 해당하는 기본급, 조정수당, 2008. 2. 28. 이전의 장기근속수당에 대한 차별시정 신청을 각하하였고, 이에 근로자들이 소를 제기함. 차별적 처우가 “계속적 처우”에 해당한다면, 기간제법 시행일인 2007. 7. 1.부터 비교대상근로자가 존재하는 2008. 4. 13.까지가 모두 차별시정의 대상이 될 것이나 계속적 처우가 아니라면 차별시정신청일로부터 소급하여 3개월 이전까지만 대상이 됨, 2012. 8. 2. 이전 기간제법은 차별적 처우의 시정신청 기간을 차별적 처우가 있는 날(계속되는 차별적 처우는 그 종료일)로부터 6월이 아닌 3월로 규정하였음을 주의

56) 동 사건은 대법원(대법원 2011. 12. 22. 선고 2010두32237 판결)에서 확정됨

위 법리에 비추어 살피건대, 원고는 2009. 6. 10. 경남지방노동위원회에 차별시정을 신청하였고, 비록 2007. 7. 1.부터 2009. 2. 10.까지의 가족수당, 정액급식비, 교통보조비 지급과 관련된 차별적 처우가 위 신청일로부터 3개월 이전에 있었다고 하지만, 이 부분 차별적 처우는 계속되는 차별적 처우의 일부로서 신청일 당시에 아직 종료하지 않았으므로, 원고는 이에 대한 차별 시정을 신청할 수 있다고 봄이 타당하다”<sup>60)</sup>

【대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2132 판결<sup>61)</sup>】

“계속되는 차별적 처우에 대하여 그 종료일<sup>62)</sup>로부터 3개월 내에 시정을 신청하였다면 그 계속되는 차별적 처우 전체에 대하여 제척기간을 준수한 것이 된다. 한편, 사용자가 계속되는 기간제근로자의 근로제공에 대하여 합리적 이유 없이 불리하게 임금을 지급하여 왔다면, 특별한 사정이 없는 한 그러한 임금의 차별적 지급은 기간제법 제9조 제1항 단서가 정한 ‘계속되는 차별적 처우’에 해당한다 (대법원 2011. 12. 22. 선고 2010두3237 판결 참조).

원심은 제1심판결을 인용하여, 원고 은행이 이 사건 차별적 처우 시정 재심 신청인들인 기간제 근로자들(이하 ‘이 사건 근로자들’이라고 한다)에게 지급한 통근비, 중식대는 근로의 대가인 임금의 성질을 가지고, 이 사건 근로자들에 대한 통근비, 중식대의 차별적 처우는 정규직 임금피크제 근로자들에 대한 보수규정보다 불리한 내용의 계약인력관리지침에 기초하여 계속적으로 이루어진 것으로서 기간제근로자보호법 제9조 제1항 단서가 정한 ‘계속되는 차별적 처우’에 해당하므로, 그 종료일인 2009. 1. 31.부터 3개월이 경과하기 전에 차별적 처우의 시정을 신청한 이상, 차별적 처우가 있었던 2008. 3. 3.부터 2009. 1. 31.까지의 통근비, 중식대 지급과 관련하여 그 시정을 구할 수 있다.”

- 57) 민간조리원이 비교대상 근로자인 조리직렬 기능근무원에 비하여 각종 수당을 차등지급 받는 것은 차별적 처우에 해당한다며 차별시정 신청, 중노위는 ① 정근수당, 정근수당 가산금, 직급보조비, 가계지원금, 성과상여금에 대하여는 불리한 처우에 합리적 이유가 있다며 기각, ② 가족수당, 정액급식비, 교통보조비에 대하여는 불리한 처우에 합리적 이유가 없으나, 임금과 달리 지급시기에 비로소 발생하는 실비보조 성격의 수당으로서, 신청일로부터 3개월 이전의 것은 제척기간이 도과하였다고 보아 이 부분에 대하여는 기각하였고 근로자들이 소를 제기함
- 58) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두6592 판결)에서 확정됨
- 59) 중노위는 성과상여금을 합리적 이유가 있는 처우라고 하여 기각하였는데, 결과적으로 시정신청을 배척했다는 점에서는 법원과 같으나(중노위 일부 승) 그 배척논거가 달랐음
- 60) 위 철도공사 영양사 사건과 마찬가지로, 즉, 성과상여금이라도 그 성격에 따라 계속적 처우로 볼 수 있는지가 달라 지는바, 성과상여금이 임금으로 인정된다면, 임금 → 계속적 처우 → 따라서, 차별이 있었던 날(차별이 종료되지 않은)로 6개월 내에만 시정신청하면 기간제법 시행 이후(2007. 7. 1.) 받지 못한 임금 전부가(임금채권 시효 3년 이내의 범위) 시정명령의 대상이 될 것이나(예컨대, 지급일이 2015. 6.인데 2015. 12.까지도 아무런 임금을 받지 못해서 신청했다면 차별이 2015. 12.까지 계속된 것이므로 제척기간 도과가 아님), 임금이 아니라면 → 계속적 처우 x → 따라서, 지급일을 기준으로 6개월 내에 시정신청 해야 함(예컨대 지급일이 2015. 6.인데 그로부터 6개월 도과한 2016. 1.에 시정 신청했다면 제척기간 도과로 각하)
- 61) 기간제 내부통제점검자가 같은 업무를 하는 정규직 임금피크제 직원에 비해 통근비와 중식대를 매월 5만원 내지 10만원 차등 지급받았다며 차별이 있었던 2008. 1. 1.부터 퇴직한 2009. 1. 31.까지 차액을 지급해달라며 2009. 2. 20. 차별시정 신청, 중노위는 통근비 및 중식대에 대하여는 3개월 이전 것까지 모두 차별인정하고, 변동성과급, 자녀학자금, 개인연금신탁지원금에 대하여는 불리한 처우에 합리적 이유가 있다고 보아 기각하여 사용자가 소 제기함
- 62) 종료일은 결국 비교대상근로자가 존재하지 않는 시점 또는 퇴직한 시점이고, 임금지급일은 그 기준이 될 수 없음 (따라서, 임금이 미지급되고 있다면 차별적 처우는 종료되지 않고 계속되고 있는 것으로 제척기간이 문제되지 않고 오히려 소멸시효 관련 시정대상기간의 범위가 문제될 것)

【서울고등법원 2014. 5. 22. 선고 2013누25971 판결<sup>63)</sup>】

“을나 제5호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고가 보수규정에 따라 성과상여금을 매년 반복적으로 지급한 사실을 인정할 수 있고, 이에 의하면 성과상여금이 특별한 사정이 없는 한 앞으로도 계속 지급될 것으로 예상되는 점, 보수규정 제20조 제2항에 의하면 성과상여금은 실제 근무일수에 비례하여 지급되어 실질적으로 보수보전(급여인상) 효과를 가지는 점 등을 종합하면 성과상여금은 근로의 대가로서 임금에 해당하고, 사용자가 계속되는 근로 제공에 대하여 기간제근로자에게 차별적인 규정 등을 적용하여 차별적으로 임금을 지급하여 왔다면 특별한 사정이 없는 이상 그와 같은 임금의 차별적 지급은 기간제근로자법 제9조 제1항 단서가 정한 ‘계속되는 차별적 처우’에 해당한다고 봄이 상당하므로, 원고 주장과 같이 성과상여금이 2011. 8. 2. 지급되었다고 하더라도 참가인들의 시정신청이 기간제근로자법이 정한 제척기간을 경과하였다고 할 수 없다.”

## 2. 기간제법 적용여부 관련 판례

가. 법원은 임금지급 또는 근로조건 집행 같은 구체적 차별행위가 기간제법 시행 이후 행해진 경우에는 차별행위의 근거가 되는 취업규칙 작성, 단체협약 내지 근로계약 체결 또는 근로제공이 규정 시행 전에 이루어졌다 하더라도 기간제법이 적용된다고 봄

【대법원 2012. 1. 27. 선고 2009두13627 판결<sup>64)</sup>】

“기간제근로자에 대하여 합리적 이유 없는 불리한 내용의 임금의 지급 또는 근로조건 집행 같은 구체적인 차별행위가 기간제법의 차별금지 규정이 시행된 이후에 행하여진 경우에는, 그와 같은 차별행위의 근거가 되는 취업규칙의 작성, 단체협약 내지 근로계약의 체결 또는 근로의 제공 등이 위 차별금지 규정의 시행 전에 이루어졌다 하더라도 원칙적으로 위 차별금지 규정이 적용된다고 볼 것이다. 다만, 기간제법의 차별금지 규정이 시행되기 이전에 이미 형성된 법률관계에 대한 사용자의 정당하고 중대한 신뢰로 인하여 그 법률관계에 따른 결과가 위 규정 시행 후에 차별적 처우로 나타나더라도 사용자로 하여금 이를 철회·변경하거나 달리 회피하도록 기대할 수 없는 예외적 경우에 한하여 신뢰보호와 법적 안정성 관점에서 그 적용이 제한될 여지가 있을 뿐이다(중략)

근로자들에게 지급될 성과상여금의 구체적 내용은 기획예산처의 지급률 통보 외에 원고의 내부 평가 및 사장이 따로 정하는 지급기준에 의해 결정된다고 볼 수 있는데, 원고의 내부평가가 2007. 7. 20. 확정되고 위 지급기준에 해당하는 것으로 볼 수 있는 ‘2007년도 경영평가 성과급 지급기준’이 2007. 7. 23. 작성됨으로써 이 사건 성과상여금의 지급 여부 및 지급 범위 등 그 구체적인 내용은 2007. 7.이후에 확정되었다고 볼 수 있고, 나아가 원고가 2007. 7. 31. 이 사건 성과상여금을 지급 하면서 기간제근로자인 참가인들을 그 지급 대상에서 제외함으로써 이 사건 성과상여금 미지급 행위라는 구체적 차별행위가 있었다고 볼 것이다. 그렇다면 비록 이 사건 성과상여금이 2006년도의 경영

63) 원고는 성과상여금은 2011. 8. 2. 지급되었고, 참가인들의 시정신청은 2012. 6. 15. 이루어졌으므로 성과상여금 부분 시정신청은 기간제근로자법상 제척기간을 경과하여 부적법하다고 주장함

실적 평가에 따른 것이라고 하더라도 기간제법상 차별금지 규정이 시행되기 이전에는 아직 구체적 법률관계가 형성되었다고 볼 수 없고, 참가인들이 위 경영실적 평가 기간인 2006년에 그 평가의 대상이 되는 근로를 제공하여 그들에 대한 성과상여금의 지급이 가능하였던 이상, 원고가 주장하는 사정만으로 참가인들을 성과상여금 지급대상에서 배제한다는 점에 관하여 정당한 신뢰가 형성되어 있었다거나 그로 인하여 차별금지 규정의 시행에도 불구하고 참가인들을 성과상여금 지급대상에서 제외시킬 수 밖에 없는 불가피한 사유가 있었다고 볼 수 없으므로, 참가인들을 성과상여금 지급대상에서 배제한 원고의 이 사건 처우는 기간제법상 차별금지 규정의 적용대상이 된다고 보아야 한다.”

나. 법원은 차별적 처우에 대한 시정신청기간 3개월(현재는 6개월)이 지난 이후 시행된 개정 기간제법 제15조의2를 적용해 고용노동부 장관의 통보에 의한 시정명령을 하는 것은 법률불소급 원칙, 법률 유보에 반하고 예외적으로 소급적용을 할 수 있는 경우에도 해당하지 아니하여 위법하다고 봄

【서울행정법원 2014. 2. 13. 선고 2013구합14672 판결<sup>64)</sup>】

“법령은 일반적으로 장래 발생하는 법률관계를 규율하고자 제정되는 것이므로 그 시행 후의 현상에 대하여 적용되는 것이 원칙이고, 다만 예외적으로 법령이 그 시행 전에 생긴 현상에 대하여도 적용되는 경우가 있는바, 이것을 법령의 소급적용이라고 한다. 법령의 소급적용, 특히 행정법규의 소급적용은 일반적으로는 법치주의의 원리에 반하고, 개인의 권리·자유에 부당한 침해를 가하며, 법률생활의 안정을 위협하는 것이어서, 이를 인정하지 않는 것이 원칙이고(법률불소급의 원칙 또는 행정법규불소급의 원칙), 다만 법령을 소급적용하더라도 일반 국민의 이해에 직접 관계가 없는 경우, 오히려 그 이익을 증진하는 경우, 불이익이나 고통을 제거하는 경우 등의 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 법령의 소급적용이 허용된다고 할 것이다(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다8630 판결).

따라서 차별적 처우를 당한 기간제근로자의 차별적 처우 시정신청이 없이도 노동위원회가 사용자에 대하여 차별적 처우 시정명령을 발할 수 있도록 규정한 개정 기간제법 제15조의2는 개정 기간제법 시행일인 2012. 8. 2. 이후에 있는 차별적 처우에 대하여만 적용되는 것이 원칙이다(피고는 구 기간제법 하에서도 사용자는 기간제근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니 되는 의무를 부담하고 있었으므로 개정 기간제법 시행 전의 차별적 처우에 대하여 개정 기간제법 제15조의2를 적용

- 64) 사용자는 성과상여금을 근로실적에 따라 차등지급하기 위해 2006. 3. 31. 「2006년도 내부경영평가편람」을 작성, 2006. 7. 중간평가, 같은 해 11. 잠정평가, 2007. 5. 최종평가를 각 실시함, 사용자는 2007. 6. 20. 기획예산처의 성과상여금 지급 통보에 따라 2007. 7. 23. 「2007년도 경영평가 성과급 지급기준」을 마련하여 2007. 7. 31. 정규직에게만 성과상여금을 지급하고 기간제근로자에게 전혀 지급하지 아니하여 근로자들이 차별시정을 신청하였고, 중노위는 차별시정을 명령, 사용자는 소를 제기하며, 성과상여금은 2006년도 평가에 따른 것으로 이를 지급하지 아니한 행위는 위 평가 이후에 시행된 기간제법의 적용대상이 아니라고 주장
- 65) 이 사건 원심 고등법원은 “법 시행일 이전 근로에 대한 차별적 처우의 후속절차가 법 시행 이후에 이루어진 것에 불과하다며 이 법의 적용에서 제외된다”고 보았으나 대법원에서 파기환송됨, 동 사건은 원심판결(서울고등법원 2009. 7. 9. 선고 2008누33923 판결)을 파기하고, 다시 원심법원에 환송하여 원심법원(서울고등법원 2012. 7. 18. 선고 2012누6324 판결)에서 확정되었음

하는 것이 법률의 소급적용에 해당하지 않는다고 주장한다. 그러나 사용자에게 차별적 처우 금지 의무가 부과되어 있다는 것과 그 의무 위반에 대하여 행정청이 시정명령이라는 제재처분을 할 수 있는지 여부는 별개의 문제이다. 사용자에게 차별적 처우 금지 의무를 부과하는 규정만 있고 그 의무 위반에 대하여 행정청이 시정명령이라는 제재처분을 할 수 있는지 여부는 별개의 문제이다. 사용자에게 차별적 처우 금지 의무를 부과하는 규정만 있고 그 의무 위반에 대한 제재적 행정처분의 근거규정이 없다면, 사용자가 위 의무 위반에 대하여 기간제근로자에게 손해배상책임을 부담하게 되는지는 별론으로 하고, 행정청은 위 의무 위반에 대한 제재적 행정처분을 발할 수 없다. 따라서 사용자의 기간제근로자에 대한 차별적 처우 금지 의무가 구 기간제법에서부터 존재하였다고 하더라도, 그에 대하여 노동위원회가 직권으로 시정명령을 발할 수 있는 권한은 개정 기간제법 제15조의2에 의해 비로소 부여된 것으로서, 개정 기간제법 시행 전의 차별적 처우에 대해 개정 기간제법 제15조의2를 적용해 시정명령을 발하는 것은 법률의 소급적용에 해당한다).

개정 기간제법 제15조의2를 위 법 시행 전에 있는 차별적 처우에 대해 소급적용하여야 할 예외적 사유가 존재하는지에 관해 살펴본다. 위 조항을 소급적용한다면 차별적 처우로 불이익을 받은 기간제근로자의 구제에 도움이 되기는 하나 ① 위 조항 신설 전에도 차별적 처우를 받은 기간제근로자는 스스로 노동위원회에 시정신청을 함으로써 시정명령을 받을 수 있었던 점, ② 구 기간제법 하에서 노동위원회가 차별적 처우의 시정명령을 하기 위해서는 반드시 차별적 처우를 받은 기간제근로자의 시정신청이 있어야 하고, 그 시정신청은 차별적 처우가 있는 날로부터 3개월 이내에 제기되어야 하며, 위 시정신청기간은 제척기간이라고 할 것이므로 그 기간이 경과하면 그로써 기간제법에 따른 시정을 신청할 권리는 소멸하는 것인바, 구 기간제법 하에서 기간제근로자에 대하여 차별적 처우를 한 사용자는 위 기간제근로자가 위 시정신청기간 내에 시정신청을 하지 않으면 더 이상 노동위원회로부터 시정명령을 받지 않을 것이라고 신뢰하였을 것이고 이러한 신뢰는 보호받아야 하는 점, ③ 기간제근로자에 대한 차별적 처우의 시정명령은 사용자에게는 침익적이고 차별적 처우를 당한 기간제근로자에게는 수익적인 성격의 처분인데, 수익적 처분이라고 하더라도 국민에게 이를 받을 것을 강요하여서는 아니되므로 위와 같은 제3자효 행정행위의 경우 이로 인해 이익을 받는 자의 신청에 의해 행정처분을 발령함이 원칙인바, 개정 기간제법 제15조의2는 차별적 처우를 당한 근로자가 불이익을 우려하여 차별시정을 신청하지 않을 경우를 대비해 위 신청이 없이도 노동위원회가 직권으로 차별시정명령을 발할 수 있도록 규정한 것으로서 위 원칙에 대한 예외에 해당하므로, 이를 엄격히 해석·적용함이 타당한 점을 종합하면, 개정 기간제법 제15조의2의 소급적용으로 인해 얻는 기간제근로자에 대한 차별적 처우 시정의 이익보다 그로 인한 사용자의 불이익, 예측가능성·법적 안정성의 훼손이 더 큰 것으로 판단되므로, 개정 기간제법 제15조의2를 위 법 시행 전에 있는 차별적 처우에 대해 소급적용하여야 할 예외적 사유가 존재한다고 볼 수 없다.”

66) 개정 기간제법 제15조의2가 신설됨에 따라 사용자의 기간제근로자에 대한 차별적 처우에 관한 노동위원회의 사용자에 대한 시정명령은 ① 기간제근로자의 노동위원회에 대한 차별적 처우 시정신청에 의하여 발하여지는 경우 외에도 ② 고용노동부장관의 노동위원회에 대한 통보에 의하여 발하여지는 경우가 추가됨, 참가인 등 51명에 대하여 문제되는 차별은 참가인 등 51명이 원고의 광주공장에서 현장실습의 형태로 근로를 제공한 2011. 8. 29. 부터 2012. 2. 29.까지 원고가 참가인 등 51명에게 상여금을 지급하지 아니한 것인바, 개정 기간제법의 시행일은 2012. 8. 2.이므로, 개정 기간제법 시행 전에 종료된 차별적 처우에 대하여 개정 기간제법 제15조의2에 의해 신설된 위 ②의 방식에 의한 시정명령을 발하는 것이 가능한지가 쟁점이 됨

### 3. 구제이익, 소의 이익 관련 판례

법원은 근로자가 차별시정 신청을 한 후 근로관계가 종료된 경우, 근로조건의 개선을 구할 구제이익은 없다고 하더라도 금전배상을 구할 구제이익은 여전히 존재하고 이는 민사소송절차와 다른 독자적인 존재의의를 가지므로 소의 이익이 있다고 봄<sup>67)</sup>

#### 【서울행정법원 2015. 6. 13. 선고 2014구합21042 판결 사건<sup>68)</sup>】

“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 손해배상을 청구하기 위해서는 차별적 처우가 있었다는 것만으로는 부족하고 이와 별도로 사용자의 고의와 과실을 추가로 입증하여야 하지만, 차별적 처우를 이유로 한 노동위원회의 금전배상 명령은 차별적 처우를 금지한 규정을 위반한 사용자에게 가하는 제재조치로서 차별적 처우의 존재가 인정되는 것만으로 족하고 거기에 사용자의 고의나 과실을 별도로 요구하지 않는바, 이처럼 노동위원회의 금전배상명령을 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 3배내에서 금전배상을 명할 수 있는 징벌적 성격의 배상명령이 도입되었는데(다만 부칙 제3조에 의하여 이 사건에는 적용되지 않는다), 위 조항은 노동위원회의 금전배상명령이 민사소송절차를 통한 구제와는 다른 독자적인 존재의의를 갖고 있음을 다시 한 번 확인하고 나아가 사용자의 고의적이고 반복적인 차별행위에 대해서 기간제근로자가 받을 수 있는 금전배상의 범위를 확대한 것으로 볼 수 있다.

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.”

67) 비슷한 취지로 아래의 판결 외에도 대전고등법원 2015. 12. 3. 선고 2015누10405 판결(대법원 2016두30194 사건 소송 계속 중) 참조

68) 기간제근로자인 원고가 차별시정 신청을 하였으나 중도위는 이를 기각하였고, 원고가 이에 불복하여 소 제기, 참가인(회사)는 원고가 이 사건 소송이 계속 중이던 2015. 5. 31. 퇴사함으로써 차별적 처우의 시정을 구할 법률상 이익이 없으므로 소가 부적법하다고 주장함

【서울고등법원 2014. 9. 17. 선고 2013누51903 판결<sup>69)</sup>】

“기간만료 등으로 사용자와의 근로관계가 종료되었다 하더라도, 기간제근로자가 차별적 처우의 시정을 구할 구제이익은 소멸하지 않는다고 봄이 옳다. 이를 다투는 원고 주장은 받아들일 수 없다.

① 기간제 및 단기간근로자 보호 등에 관한 법률 제13조에서는 차별적 처우로 인정될 때 노동위원회가 사용자에게 할 수 있는 시정명령의 내용으로 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선 외에 ‘적절한 금전보상’도 포함하고 있다. 이러한 ‘적절한 금전보상’은 과거에 이루어진 차별적 처우에 따른 피해를 전보하는 것으로서, 그 명령을 구할 이익은 근로관계가 소멸하였다고 하여 달라진다고 보기 어렵다(실제 이 사건에서도 금전보상의 시정명령만을 하고 있다).

② 기간제법 제9조 제1항은 ‘계속되는 차별적 처우’의 경우 그 차별적 처우에 대한 시정신청은 차별적 처우의 종료일로부터 6개월 안에 할 수 있다고 하여 이미 차별적 처우가 종료되었음에도 시정신청을 할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 차별적 처우에 대한 시정명령이 현재 차별적 처우가 존재함을 전제로 장래를 향하여 그 차별적 처우의 시정을 명하는 것뿐만 아니라, 과거의 차별적 처우로 야기된 현재의 위법상태를 해소하는 것도 포함됨을 뒷받침한다.

③ 원고의 구제이익 소멸의 근거로, 노동위원회의 금전보상명령이 있더라도 사용자가 이를 이행할 공법상 의무만 부담할 뿐 근로자에게 곧바로 금전보상청구권이 발생하는 것은 아니고, 또 차별적 처우로 인한 금전보상은 민사소송절차를 통해 구제될 수 있음을 주장한다. 그러나 이는 근로자가 근로관계를 유지하고 있는 경우에도 같다. 따라서 이는 근로관계가 종료되었을 경우 특별히 구제이익이 소멸한다는 점을 근거지우기에 충분하지 않다.

④ 차별적 처우 부분에 관하여는 사용자와 근로자 사이에 계약관계가 존재하지 않기 때문에 (이 점에서 부당해고에 따른 임금처우와 다르다), 민사소송절차를 통한 구제는 결국 불법행위에 기한 손해배상을 의미한다. 그런데 사용자의 차별적 처우가 불법행위가 되기 위해서는 단순히 차별적 처우가 있었다는 것만으로 부족하고, 사용자에게 고의, 과실이 있어야 하며 더욱이 소송절차에서는 손해배상을 구하는 근로자(원고)가 이를 입증하여야 한다. 따라서 차별적 처우를 이유로 있었다고 하여 언제나 불법행위로 인정된다고 단정할 수는 없다. 반면 차별적 처우를 이유로 한 노동위원회의 금전보상명령은 행정청의 제재처분에 해당하는 것이어서 차별적 처우가 인정되면 충분하고 거기에 사용자의 고의, 과실을 요구하지 않는다. 이러한 점에서 민사소송절차를 통한 구제와는 별도로 노동위원회의 금전보상명령이 존재할 의의가 있다.

⑤ 근로기준법상 구제신청에서는 근로관계가 종료되었을 경우 근로자의 구제이익은 소멸한다고 보는 것이 일반적 법리이다. 이는 근로기준법 제30조 제1항 및 제3항의 해석상 노동위원회는 원직 복직명령 등을 전제로 원직복직명령 등과 함께 임금지급명령을 할 수 있을 뿐, 근로관계가 종료되어 원직복직명령 등을 할 수 없게 된 때에는 임금지급명령만을 따로 할 수는 없음을 전제로 하는 것으로 보인다. 그런데 기간제법 제13조에서는 이와 달리 노동위원회가 다른 시정조치와는 별개로 ‘적절한 금전보상’을 명할 수 있도록 규정하고 있어 사정을 달리한다. 나아가 근로자가 민사상 임금청구를 할 수 있는지 여부도 부당해고 등과 다름은 앞서 본 바와 같다. 따라서 근로기준법상의 구제신청에 빚대어 기간제법상 차별적 조치 시정신청의 구제이익 유무를 판단하는 것은 적절하지 않다.”

69) 원고는 원고와 참가인 사이의 근로계약은 재심판정(2013. 3. 4.) 이전에 기간만료로 종료(2012. 11.)되었으므로 참가인들이 차별적 처우의 시정을 구할 구제이익이 소멸하였음에도, 중노위는 구제신청을 각하하지 아니하였는 바 재심판정이 위법하다고 주장함

## 4. 비교대상자 관련 판례

### 4.1 대학교 시간강사의 비교대상근로자

가. 법원은 시간강사 업무는 강의에 국한되고 전임강사 업무는 강의와 연구인데 오히려 연구가 더 주된 업무라고 보이므로 전임강사는 비교대상근로자가 될 수 없고, 강의초빙교수는 주된 업무가 강의이므로 시간강사의 비교대상근로자에 해당한다고 봄

#### 【서울행정법원 2009. 2. 6. 선고 2008구합22747 판결】

“시간강사와 전임강사, 그리고 강의초빙교수가 수행하는 각 업무의 내용을 서로 비교·검토하여 보면, 강의업무만을 수행하는 시간강사인 원고들은 강의업무 이외에 연구업무를 주된 업무로 수행하는 1년차 전임강사와는 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 할 수 없고, 강의업무만을 수행하는 강의초빙교수와만 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 할 것이므로, 강의초빙교수만이 원고들에 대한 비교대상근로자에 해당한다.”

#### 【서울행정법원 2009. 6. 3. 선고 2008구합24743 판결】

“원고들(시간강사)은 D대학교 총장과 사이에 강의를 제공하기로 근로계약을 체결한 것으로 보이고, 설령 원고들이 강의를 수행하기 위한 연구활동을 한다고 하더라도, 이는 어디까지나 D대학교 측에서 부여한 강의업무를 수행할 능력이나 자질을 갖추기 위한 일종의 자기계발 또는 사전준비 활동이거나 별도의 계약에 기초하여 연구업무를 수행하는 것에 해당한다고 할 것이어서 원고 주장의 연구활동을 D대학교와 사이의 근로계약에 기초한 근로의 제공으로 보기는 어렵다. 따라서 시간강사인 원고들이 D대학교에서 수행하는 업무의 내용은 강의에 국한되고, 연구는 그 업무내용에 포함되지 않는다고 할 것이다. (중략)

전임강사가 D대학교에서 수행하는 업무의 내용에는 강의뿐만 아니라 연구도 포함된다고 할 것이고, 특히 전임강사가 수행하는 연구업무가 전임강사의 전체 담당업무에서 차지하는 비중과 중요도가 교육업무만큼 크다고 할 것이어서, 전임강사가 수행하는 연구업무는 부수적인 업무가 아니라 오히려 주된 업무라고 할 것이다. 따라서 강의와 연구 업무를 모두 주된 업무로 하는 전임강사의 업무는 강의를 주된 업무로 하는 시간강사의 업무와 같거나 유사하다고 보기 어려우므로, 전임강사는 시간강사의 비교대상근로자라고 할 수 없다. (중략)

초빙교수가 시간강사인 원고들과 비교대상근로자인지 여부를 판단하기 위하여는 그 임용계약에 따른 근로조건이 확정되어 있어야 할 것인데, 위 인정 사실에 의하면, 원고들이 근무한 2007학년도에는 D대학교에 채용된 초빙교수가 없어 그 근로조건을 확정할 수 없으므로, 초빙교수는 시간강사의 비교대상근로자로 판단할 수 없다. 따라서 이 사건에서, 초빙교수는 시간강사의 비교대상근로자에 해당하지 아니한다. (중략)

강의전담교수는 기본적으로 강의활동을 주된 임무로 수행하기 위하여 임용된 교수이므로, 강의전담교수가 D대학교에서 수행하는 업무의 내용은 강의에 국한되고, 비록 강의전담교수가 강의



시간을 제외한 나머지 시간에 연구업무에 종사한다고 하더라도, 그와 같은 연구활동은 강의를 준비하기 위하여 행하는 부수적인 것에 불과하다고 할 것이어서 연구는 그 업무내용에 포함되지 않는다고 할 것이다. 따라서 강의전담교수는 시간강사의 비교대상근로자에 해당한다 할 것이다.”

## 4.2 기간제 민간조리원의 비교대상근로자

법원은 기간제 민간조리원에 대하여 공무원인 기능직렬 조리군무원은 비공무원인 민간조리원과 주된 업무는 같고, 일부 업무를 추가적으로 담당하나 그 업무의 부담수준이 미미하므로 비교대상근로자에 해당한다고 봄

【서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누21794 판결<sup>70)71)</sup>】

“국가 또는 지방공무원과 국가 사이에 공무원은 국가에 근로를 제공하고 국가는 이에 대하여 임금인 공무원보수 등을 지급하는 데에 의사의 본질적인 합치가 있었다는 측면에서 근로계약의 성질이 있고, 공무원은 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 제2조 제1항 제1호 소정의 근로자이다. 다만 공무원과 국가 사이의 근무관계는 공무원에 대한 공법적 규율의 가능성이 열려 있는 공법상 근무관계이므로 공무원연금법 등에 특별한 규정이 있거나 그 성질에 반하는 경우에는 근로기준법이 적용되지 않는다.”

“① 조리직렬 기능군무원이 없는 영내 식당에서 민간조리원이 조리 업무를 전적으로 담당하기도 하는 등 상호 간에 업무대체성이 인정되는 점, 조리직렬 기능군무원이 민간조리원에서 채용되기도 한 점 등에 비추어 볼 때, 민간조리원과 조리직렬 기능군무원 모두 조리 업무를 주된 업무로 하고 있어 양자의 업무 사이에 본질적인 차이가 있다고 보이지 않는다. ② 조리직렬 기능군무원이 수행한 행정 업무의 내용과 성격, 교육과 부대훈련 내용과 횟수 등을 종합해 볼 때, 조리직렬 기능군무원이 행한 행정 업무 등은 주된 업무인 조리 업무에 비하여 부수적인 정도에 불과하다고 보일 뿐 조리직렬 기능군무원의 핵심 업무로 보이지 않는다. ③ 조리직렬 기능군무원이 민간조리원과 달리 조리 업무 외에 행정 업무를 수행하고 교육과 훈련에 참가한 것은 이에 상응한 임금 또는 수당 등을 조리직렬 기능군무원에게 지급할 사유에 불과할 뿐 조리직렬 기능군무원이 민간조리원과 동종 또는 유사한 업무에 종사하지 않는다고 볼 근거가 되지 못한다.”

70) 민간인 조리보조원이 조리직렬 기능군무원을 비교대상자로 선정하여 차별시정을 신청한 사안에서 중노위는 비교대상근로자로 인정하였고, 사용자가 이에 불복해 소를 제기함

71) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5391 판결)에서 확정됨

### 4.3 단시간 조리보조원의 비교대상근로자

법원은 단시간 조리보조원은 정규직 조리원과 달리 자격과 경력을 요구하지 않고, 주된 업무도 상당히 다르며, 업무 대체도 간헐적으로 이루어짐을 고려할 때 정규직 조리원은 단시간 조리보조원에 대한 비교대상근로자에 해당하지 않는다고 봄

#### 【서울행정법원 2012. 2. 2. 선고 2011구합18465 판결<sup>72)</sup>】

“직무기술서에는 직무수행요건과 관련하여 조리원의 경우 단체급식 경력 3년 이상자일 것을 요구하나 조리보조원은 별다른 경력 요건을 요구하고 있지 않고, 조리원은 조리사 자격을 요구하나 조리보조원은 그러하지 않으며, 실제로 참가인 회사는 조리원에 결원이 발생한 경우 근무경력이 많은 조리보조원을 조리원으로 채용하였다. 이와 같이 조리원으로 채용되기 위해서는 상당한 근무경력이 요구된다.

조리보조원과 조리원이 모두 ‘식재료 전 처리’라는 업무를 하고 있으나 구체적인 업무 내용은 서로 구별된다. 즉, 조리보조원은 주로 감자, 무, 양배추, 호박, 당근 등을 씻어서 껍질을 벗기는 작업을 하고, 조리원은 주로 조리보조원이 씻어서 껍질을 벗긴 재료를 음식에 맞게 썰는 작업을 한다.

조리보조원과 조리원이 함께 배식업무를 담당하기는 하지만, 배식업무는 조리된 음식을 단순히 고객에게 나누어 주는 것으로 조리업무에 비하여 그 중요성이 떨어진다.

차별시정신청을 한 단시간근로자와 비교대상근로자로 주장되는 통상근로자의 업무가 완전히 일치하지 아니하더라도 주된 업무가 일치한다면 양자가 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 볼 수 있으나, 이러한 경우에도 차별시정신청을 한 단시간근로자가 통상근로자와 동종 또는 유사한 업무를 어느 정도 계속적으로 수행되고 있음이 인정되어야 할 것인데, 참가인은 조리원이 휴가 등의 사유로 근무를 할 수 없는 경우에만 조리보조원으로 하여금 조리원의 업무를 대체하게 하였고, 대체케 한 업무도 전 부치기, 생선 굵기 등 단순 조리에 불과하고, 더구나 조리보조원 중 근무경력이 많은 사람이 조리원을 대신하거나 조리보조원들이 정한 순번에 따라 조리원을 대신하였고, 개별 조리보조원이 조리원 업무에 투입된 시간은 평균 개별 조리보조원의 근무시간 중 4.5% 정도에 불과하다.<sup>73)</sup>

갑 4호증의 2의 기재에 의하면, 조리보조원은 조리원과 함께 보건산업안전교육, 위생교육 등을 받은 사실을 인정할 수 있으나, 안전교육, 위생교육은 식당에서 근무하는 근로자들 모두에게 기본적으로 필요한 것이라고 할 것이므로, 조리보조원이 조리원과 동일한 안전교육, 위생교육을 받았다는 점을 조리보조원이 조리원과 동종 또는 유사한 업무에 종사하고 있다는 징표로 삼기 어렵다.

통계청이 발표한 한국표준직업분류<sup>74)</sup>에서도 조리 및 음식서비스 종사를 서비스 종사자(대분류4)로, 음식조리 보조자를 단순노무 종사자(대분류9)로 각 달리 분류하고 있다.”

72) 사용자 식당에는 영양사, 조리사, 조리원, 조리보조원, 아르바이트 근로자가 있는데, 조리보조원으로 근무하는 단시간 근로자들이 조리원과 비교해 상여금, 근속수당, 유급휴일수당에서 차별을 받고 있다며 차별시정을 신청, 중노위는 조리원은 비교대상자가 아니라는 이유로 기각하였고, 이에 조리보조원들이 소를 제기함

73) 예컨대, 같은 컨베이어벨트 라인에 서서 근무하는 자들은 업무 성격상 동종 유사한 업무에 종사한다고 볼 수 있다. 이 때, 서로 간 휴가 교육 등 업무 공백 발생 시 대체하고 있다는 사실은 이러한 판단의 논거가 되곤 한다. 그러나 이 사건과 같이 주된 업무가 서로 다르고 상호 업무 대체 빈도가 매우 낮아 계속적으로 동종 유사한 업무를 한다고 보기 어려운 경우에는 대체가능성의 표지만으로는 비교대상근로자성을 인정할 수 없다는 논지임

#### 4.4 은행 내부통제점검자에 대한 비교대상근로자

법원은 영업마케팅과 내부통제점검을 담당하는 정규직 영업마케팅·내부통제점검 직원의 업무분장상 영업마케팅이 주된 업무로 되어 있으나 실제 수행한 업무는 내부통제점검이므로 기간제 내부통제점검자에 대한 비교대상근로자에 해당한다고 봄

##### 【대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2132 판결<sup>75)</sup>】

“동종 또는 유사한 업무에 해당하는지 여부는 취업규칙이나 근로계약 등에서 정한 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않고 업무의 범위나 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면, 특별한 사정이 없는 한 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다. (중략)

① 원고 은행이 임금피크제를 실시하면서 그 대상 직원 중 영업마케팅 업무와 내부통제점검 업무를 겸임하는 직원들에게 영업마케팅 업무를 주된 업무로, 내부통제점검 업무를 부수적 업무로 부여하였으나, 영업마케팅 업무에 관하여는 아무런 관리·감독을 하지 아니하여 실제로 영업실적이 거의 나타나지 않은 반면, 업무내용이 정형화되어 있고 업무수행을 매일 기록하게 한 내부통제점검 업무는 제대로 수행된 것으로 보이는 점, ② 원고 은행이 영업마케팅·내부통제점검 직원들에 대한 평가에서 업무마케팅 업무 성과를 중요 요소로 고려하지 않은 것으로 보이는 점, ③ 이 사건 근로자들은 영업마케팅·내부통제점검 직원들이 내부통제점검 업무를 담당하는 영업점에서는 내부통제점검 업무를 수행하지 않은 점, ④ 원고 은행은 이 사건 근로자들의 계약기간 만료 무렵 임금피크제 대상 직원들 중 상당수를 자점검사전담자로 임명하여 이 사건 근로자들의 후임으로 각 영업점의 내부통제점검 업무를 수행하게 한 점 등을 종합하여 보면, 원고 은행의 영업마케팅·내부통제점검 직원은 내부통제점검자인 이 사건 근로자들과 동종 또는 유사한 업무를 수행한 것으로 인정할 수 있어 기간제 근로자보호법 제8조 제1항이 정한 비교 대상 근로자에 해당한다고 판단하였다.”

#### 4.5 철도 매표원 등에 대한 비교대상근로자

법원은 정규직 근로자들과 같은 작업조에 동등하게 소속되어 업무를 수행하고, 한쪽이 교육·휴가 등으로 근무가 불가능할 경우 업무를 대신해오는 등 주된 업무가 같았다면, 채용절차가 다르고 부수적 업무범위가 다르다 하더라도 비교대상근로자로 인정함

74) 비교대상근로자성 판단 표지로 한국표준직업분류표가 종종 이용되고 있음(현재 제6차 분류표(2007년)의 개정 작업이 시작되어 2017. 7. 제7차 개정 예정임)

75) 이 사건 은행의 내부통제점검자로 근무하던 기간제근로자들이 임금피크제를 실시하면서 그 대상 직원 중 영업마케팅 업무와 내부통제점검 업무를 겸임하는 직원(이하 ‘영업마케팅·내부통제점검 직원’)에 비교하여 변동성과급, 통근비 및 중식비 등에 대하여 차별을 받았으며 차별시정을 신청함. 노동위원회는 임금피크제 근로자를 비교대상 근로자로 인정하면서 변동성과급, 통근비 및 중식비에 대하여는 차별을 인정하고, 자녀학자금, 개인연금신탁지원금에 대하여는 기각하였음. 유사판례로 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7945 판결이 있음

【서울행정법원 2008. 10. 24. 선고 2008구합6622 판결<sup>76)</sup>】

“반드시 어떤 정규직 근로자와 기간제근로자가 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지는 않더라도, 만약 그 핵심요소(주된 업무의 내용, 작업조건 등에 있어서 양 근로자 사이에 본질적 차이가 없다면, 정규직 근로자는 해당 업무와 직접 관련된 자격을 소지하는 반면 비정규직 근로자는 그러한 자격을 소지하지 아니하는 경우와 같이 양 근로자 사이에 업무의 현저한 질적 차이를 인정할 만한 다른 특별한 사정이 없는 한, 설령 채용절차나 부수적 업무의 내용 등에 있어서 양 근로자 사이에 차이가 있다 하더라도 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 해석하여야 한다.

이 경우, 양 근로자의 업무 사이에 존재하는 “현저하지 아니한 질적 차이”는 이들이 동종 또는 유사한 업무에 종사한다는 해석을 방해하는 사정이 아니라, 사용자가 이들을 각기 달리 처우하는 것에 기간제법 제2조 제3호에 따른 “합리적 이유”가 있음을 뒷받침하는 사정은 될 수 있을 뿐이다.

위 법리에 비추어 이 사건에 관하여 보건대, 앞에서 본 바와 같이 참가인들과 정규직 근로자들이 직제규정상 동일한 직명으로 근무하면서 어느 한 쪽이 교육·휴가 등으로 근무가 불가능한 경우에는 서로의 업무를 대신 수행한 점, 이들이 사업장에 따라서는 같은 작업조에 동등하게 소속되어 업무를 수행하기도 한 점 등에 비추어 보면, 이들의 업무 사이에는 그 핵심요소에 있어서 본질적 차이가 없는 것으로 보인다.

나아가 갑 제5호증의 1, 2, 갑 제6호증, 갑 제8 내지 10호증의 각 1, 2의 각 기재만 가지고는 이들의 업무 사이에 현저한 질적 차이가 있다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 설령 원고의 주장처럼 채용절차나 업무의 부수적 내용 또는 구체적 권한·책임 등에 있어서 이들 사이에 차이가 있다 하더라도, 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 하겠다.”

## 4.6 중형버스 운전원에 대한 비교대상근로자

법원은 대형버스 운전원은 주된 업무가 버스운행이라는 점에서 본질적 차이가 없고, 구체적 업무내용·노선 등에서 일부 차이가 있다면 합리적 이유 여부를 판단하는 기준으로 삼으면 족하므로 비교대상근로자에 해당한다고 봄

【서울고등법원 2010. 8. 24. 선고 2010누8074 판결<sup>77)</sup>】

“원고회사의 중형버스 운전원과 대형버스 운전원은 그 주된 업무가 ‘버스를 운행’하는 것이라는 점에서 본질적인 차이가 없고, 다만 구체적인 업무내용·운행노선 등 근로조건에서 차이가 있으나 이는 차별적 처우에 있어 합리적 이유가 있는지 여부를 판단하는 기준으로 삼음으로서 족하므로, 결국 중형버스 운행과 대형버스 운행은 동종 또는 유사 업무라 할 것”

76) 이 사건 근로자들은 정규직과 동일한 조에 편성되어 열차수송, 매표, 개집표, 차량관리, 유지보수, 안내 등의 업무를 하는 자들임, 사용자가 2007. 7. 31. 정규직 근로자들에게는 2006년도 경영실적평가에 따른 성과상여금을 각 근로 실적에 따라 차등지급한 반면, 기간제근로자들에게는 이를 전혀 지급하지 않아 기간제근로자들이 차별시정을 신청, 노동위는 정규직 근로자들을 비교대상자로 인정하고 차별적 처우가 있다고 보아 시정명령하였고 이에 사용자가 소를 제기함. 동 사건은 대법원(대법원 2012. 1. 27. 선고 2009두13627 판결)이 원심판결(서울고등법원 2009. 7. 9. 선고 2008누3923 판결)을 파기하고 원심법원에 환송하여 원심법원(서울고등법원 2012. 7. 18. 선고 2012누6324 판결)에서 확정되었으나, 위 취지는 그대로 유지되었음

## 4.7 기간제 부지점장의 비교대상근로자

가. 법원은 정규직 부지점장의 실제 업무가 사무분담 명령부에 기재된 것과 달리 정규직, 계약직 상호간에 업무 대체성이 인정되고, 사무분담 명령부에 기재된 구별은 단지 정규직, 계약직에 따라 달리 규정된 것으로 보이는 등의 경우 정규직 부지점장을 비교대상근로자로 인정<sup>78)</sup>함

### 【서울고등법원 2011. 12. 29. 선고 2011누32128 판결<sup>79)</sup>】

“① 원고 회사 동부지점의 사무분담 명령부상 업무총괄자는 정규직 이○○(과장)로 지정되어 있으나, 정규직 이○○이 실제로 총괄 업무를 수행하였다는 점을 뒷받침할 별다른 자료가 없는 반면, 2009. 12. 업평우위마감을 위한 그룹외채권 추진계획 등에서 부지점장인 참가인의 총괄 아래 그 예하 팀원으로서 이○○ 대리(과장)가 팀원으로 업무에 참여한 점, 그 밖에 참가인이 수행한 업무의 구체적 내용 등에 비추어 보면, 원고 회사의 2008. 6. 27. 시행된 ‘업무권한에 의한 사무분담 통보’에 따라 사무분담 명령부에 기재된 ‘업무총괄’, ‘실무업무’, ‘지원업무’의 구별은 당해 근로자에 의하여 실제 수행되는 업무를 반영하기 보다는 1차적으로 당해 근로자가 일반직(정규직) 근로자인지, 계약직 근로자인지에 따라 규정되는 것으로 보이므로, 사무분담 명령부의 형식적 기재만으로 참가인과 비교대상근로자의 각 업무 사이에 동종 또는 유사성이 없다고 단정하기 어렵다.

② 또한 비교대상근로자들 상호간에 존재하는 사무분담내용의 차이, 비교대상근로자들 소속 직원들의 사무분담내역, 개인 및 종합업적평가의 평가항목 등을 고려하면, 원고가 주장하는 정규직 부지점장의 업무 즉, 채권관리사 확보 업무를 포함하여 지점 운영 및 관리, 인사 및 기획, 예산 및 회계, 업적평가 및 실적관리 업무가 모두 부지점장의 핵심 업무로는 보이지 않고, 달리 이를 인정할 자료도 없다.

③ 오히려 원고 회사가 수도권지역 지점에 대한 부지점장 인력배치에 있어서 지점에 따라 정규직 부지점장 또는 계약직 부지점장만을 배치한 점을 감안하면, 정규직, 계약직에 관계없이 상호 간에 업무 대체성이 인정된다고 볼 수 있다.

④ 또한 그 직무가 본질적으로 구별된다면 그에 관한 평가기준도 달리 하여야 한다고 보는 것이 상당한데, 원고 회사의 계약인력관리지침 제21조가 계약인력에 대한 근무평가를 함에 있어서 부지점장대우는 일반직원 부지점장에 관한 내용을 준용하여 평가하도록 규정하고 있는 점, 이에 따라 이루어지는 개인역량평가에 있어서 동일한 평가항목에 따라 계약직과 정규직 부지점장을 평가하고 있는 점 등에 비추어 보면, 계약직 부지점장과 정규직 부지점장의 업무 사이에 본질적인 차이가 있다고 보이지 않는다.

⑤ 나아가 원고 회사가 참가인에게 ‘부지점장’의 호칭을 부여하였고, 참가인이 부지점장의 지위에서 앞서 본 바와 같이 소속 직원들의 기안 서류를 확인·결재, 인사평가, 지점장 대행 등의 업무를 수행한 이상, 달리 정규직 부지점장과 본질적으로 준별되는 업무 영역이 존재한다는 점에 관한

77) 1심 판결(서울행정법원 2010. 1. 22. 선고 2009구합28155 판결)을 인용함

78) 사무분담표에 기재된 업무로 기준으로 구분할 것이 아니라 실제 담당했던 업무를 기준으로 비교해야 한다는 판례임, 같은 취지로 서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2010구합41802 판결[동 사건은 대법원(대법원 2012. 4. 26.자 2012두2245 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정되었음]이 있음

주장·입증이 없는 이 사건에서 참가인과 정규직 부지점장인 비교대상근로자들의 업무가 본질적으로 상이하다고 보기도 어렵다. 따라서 원고 회사의 위 주장은 이유 없다.”

나. 법원은 부지점장으로 근무하다가 퇴사 후 관리전담계약직으로 근무하는 기간제 근로자의 경우, 정규직 부지점장이 하던 업무를 관리계약전담직이 전담하도록 업무를 분리하고 정규직 부지점장은 더 이상 그 업무를 수행하지 않는다면 정규직 부지점장을 비교대상근로자로 보지 않음

【서울행정법원 2015. 6. 23. 선고 2014구합21042 판결】

“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 관리전담계약직으로 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, 내부 관리(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. 따라서 비교대상근로자가 존재한다고 볼 수 없다.”

79) 이 사건 근로자는 기간의 정함이 있는 일반계약인력으로 부지점장 대우로 근무하였고, 다른 지점의 정규직 부지점장을 비교대상근로자로 삼아 기준급, 직무급, 성과상여급, 설·추석상여급에 대한 차별시정을 신청, 중노위는 비교대상근로자성을 인정하고, 기준급 및 직무급에 대하여는 합리적 이유가 있다고 보아 기각, 성과상여급 및 설·추석상여급에 대하여는 차별인정하였고, 이에 사용자가 소를 제기, 원고(사용자)는 참가인이 비교대상근로자로 지정한 정규직 부지점장의 업무는 채권관리사 확보 업무를 포함하여 지점 운영 및 관리, 인사 및 기획, 예산 및 회계, 업적평가 및 실적관리 업무 등을 총괄하는 것인 반면, 참가인의 업무는 업무를 총괄하는 지점장 또는 부지점장의 지시·감독 하에 수행하는 실무적인 부수업무에 불과하므로, 정규직 부지점장은 참가인과 ‘동종 또는 유사한 업무’에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로자에 해당하지 않는다고 주장함. 1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2010구합41833 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 4. 26. 자 2012두2955 판결)에서 심리 불속행 기각으로 확정됨

#### 4.8 백화점 기간제 계산원, 수영·헬스 강사 등에 대한 비교대상근로자

법원은 백화점의 사원 4급 이상 계산원, 수영·헬스 강사 등이 직무기술서에 기재된 대로 직무를 달리 수행했다는 증거가 없고 오히려 기간제근로자들과 실제 업무가 유사했다면 비교대상근로자로 적합하다고 봄

【서울고등법원 2012. 6. 14. 선고 2012누5000 판결<sup>80)</sup>】

##### ① 지상층 계산원

위 참가인 등이 POS 계산업무 뿐만 아니라 A/S 관련 업무, 5행 활동 등 기타 매장관리업무 등을 담당하였고, 위 참가인 등이 비교대상근로자로 주장하는 사원2급 박○○, 전○○, 사원 4급 정○○, 유○○도 위 참가인 등과 같이 주로 계산업무나 매장관리 등의 업무를 수행하였다고 봄이 상당하며, 비록 위 박○○ 등이 조장을 보조하는 업무를 담당하고 있기는 하지만 위 인정에 방해가 될 정도에 이른다고 할 수 없고, 증인 최○○의 일부 증언만으로는 이를 뒤집기 부족하며, 달리 위 참가인 등과 비교대상근로자들이 직무기술서에 각각 기재된 문언 그대로의 업무를 따로 수행하다는 점을 인정할 별다른 증거가 없으므로, 위 참가인 등과 위 비교대상근로자들은 동종 또는 유사한 업무에 종사하였다고 볼 것이다.

##### ② 휘트니스센터 강사

위 참가인 등은 강습활동 내지 회원지도, 시설물점검, 안전관리/행정관리 등을 담당하고 있고, 위 참가인 등의 비교대상근로자들로 지정된 사원 4급 유○○, 손○○, 윤○○, 사원 4급 엄○○, 허○○, 박○○도 직원관리(10%)를 제외하고는 위 참가인 등과 같은 업무를 담당하고 있는 사실은 앞서 본 바와 같은 바, 위 참가인 등과 위 비교대상근로자들은 동종·유사한 업무를 수행하였다고 봄이 상당하고, 달리 반증이 없다.

##### ③ 업무도우미

참가인은 남성아동팀의 업무도우미로서 영수증처리, 근태확인 등 일반사무처리 업무, 발주/수불 시스템을 사용하는 등으로 발주/수불 업무, 매출 정정 업무 등을 담당하였고, 위 참가인이 비교대상근로자로 주장하는 사원 2급 노○○ 역시 가정용품팀의 수불/정산 담당으로서 발주/수불시스템을 사용·관리하는 등 발주/수불관리, 매출정정, 업체 대금관리 등의 사무업무를 수행한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 위 참가인과 위 비교대상근로자들은 동종·유사한 업무를 수행하였다고 봄이 상당하고, 달리 위 인정을 뒤집을 증거가 없다.”

80) 이 사건 단시간 근로자들은 각 지상층 계산원 업무, 수영·헬스 강사, 업무도우미를 하는 자들로서 비교대상근로자에 비하여 상여금 등에서 불합리한 차별을 받았다며 차별시정 신청. 중노위는 비교대상근로자성을 인정하고 상여금에 대해서는 시정명령 하였으나 나머지 항목은 기각하였고 이에 사용자가 소를 제기(쟁점 : ① 직무기술서에 의하면 지상층 계산원 업무와 비교대상(사원 4급 이상)의 업무가 명확히 구별, ② 참가인은 사원 5급으로 단순한 수영, 헬스강사인 반면, 사원 4급은 강습뿐 아니라 관리자로서 직무도 수행 ③ 참가인은 사원 5급 업무도우미로서 영수증 처리 등 단순 사무보조를 하는 반면, 노○○은 사원 2급으로 발주·수불 시스템 및 세급계산서 관리, 부서 전체 경비 및 부서 근태 현황 관리까지 하는데 이들이 참가인들의 각 비교대상근로자로 적합한지가 다투어짐), 1심 판결(서울행정법원 2012. 1. 12. 선고 2011구합8857 판결)을 인용함

#### 4.9 연구소의 참여연구원에 대한 비교대상근로자

법원은 연구소의 업무수행 참여 행태, 자격요건 관련 규정, 평가 방식 등을 종합적으로 살펴볼 때 과제책임자인 정규직 근로자가 참여연구원과 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 비교대상근로자로 적합하다고 봄

##### 【대전지방법원 2015. 5. 7. 선고 2014구합101520 판결<sup>81)</sup>】

“① 이 사건 연구소의 연구과제는 각 팀별로 주제를 선정하여 진행되고, 각 팀은 팀 운영과 관련된 대외협약진행·보고서 작성 등의 업무를 하는 과제책임자와 팀 내에서 연구 등의 업무를 하는 참여연구원으로 구성되는 사실, 이 사건 연구소에 소속된 모든 정규직 근로자들이 연구과제에 참여함에 있어서 과제책임자로만 참여한 것은 아닌 사실, 이 사건 연구소의 ‘2011년도 주요사업 최종보고서 발간번호’에는 연구과제 과제책임자 15명 중 5명이 기간제근로자로 기재되어 있는데, 위 연구과제 중 일부는 기간제근로자인 과제책임자 1명에 정규직 근로자인 참여연구원 4명으로 구성되기도 했고, 일부연구과제는 과제책임자와 참여연구원이 모두 기간제근로자들로 구성되기도 했던 사실, 이 사건 연구소의 기간제근로자들 중 일부는 이 사건 연구소 외부의 학생들에 대한 체험행사 업무를 한 사실, ② 참가인 허○○은 2011. 1. 1.부터 같은 해 12. 13.까지 미래인터넷 네트워크 모델개발이라는 제목의 연구과제를 수행하였는데, 이 사건 연구소 소속 기간제근로자인 강○○이 2011. 2. 11.부터 같은 해 11. 10.까지 위 연구과제의 과제책임자였던 사실, 참가인 윤○○은 2012. 3. 1.부터 같은 해 12. 31.까지 참여연구원이 아닌 과제책임자로서 다중물체추적을 위한 특징점 최적화 알고리즘개발이라는 제목의 연구과제를 수행한 사실, ③ 원고의 내부규정인 비정규직 활용세칙 제5조 제1항은 ‘계약직 연구원, Post-doc, 기간제 계약직은 정규직 채용절차를 따른다’고 규정하고 있는 사실, ④ 이 사건 연구소의 2010. 채용공고에 따르면 정규직 연구원 중 원급의 자격요건은 ‘대학이상의 과정을 이수한 자’이고, 계약직 프로젝트연구원의 자격요건은 ‘박사학위 취득자 또는 이와 준하는 전문성을 보유한 자’인 사실, 이 사건 연구소의 2013. 2. 22.자 채용공고에 의하면 정규직 연구원의 자격요건은 ‘채용관련 분야 박사 학위를 받았거나 2013년 8월 까지 받을 사람으로서 공인영어시험 성적을 가지고 있고, 대학의 조교수급 이상의 역량이나 잠재력을 갖춘 분으로 연구주제를 발굴해서 독자적인 연구 영역을 개척할 수 있는 연구자’이고, 계약직 연구원의 자격요건은 ‘채용분야 관련 박사 학위를 받은 자로서 모집분야의 사업에 직접적으로 참여할 수 있는 연구자 및 담당업무 분야의 연구 영역을 확장할 수 있는 연구자’인 사실, 위 2013. 2. 22.자 채용공고에 의하면 박사학위 소지자는 공인영어시험 성적 제출이 면제되는데, 참가인들은 모두 박사학위 소지자들인 사실이 각 인정된다.

위 인정사실에 갑 제3호증의2, 을가 제11, 32호증 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음의 사정 즉, ① 이 사건 연구소에서 팀별로 연구과제를 수행할 때, 팀원별 업무분장은 정규직 근로자가 기간제근로자에게 지시하는 방식이 아니라 공동회의를 통하여 각자의 전문분야에 맞게 결정하는 방식으로 이루어진다고 보이는 점, ② 이 사건 연구소는 참가인들과 정규직 근로자들의 개인업무 평가를 함에 있어서 정규직인지 여부에 따라서가 아니라 논문실적 등에 따라서 평가를 하고 있는 점, ③ 갑 제8호증의 2, 3, 5의 각 기재 내용 자체에 의하더라도 일부 팀에서는 정규직 근로자의 업무로 기재되어 있는 업무가 다른 팀에서는 기간제근로자의 업무로 기재되어 있는 점 등을 보태어 보면,



참가인들과 정규직 근로자들 사이에 업무내용·범위, 책임, 채용조건 등에 있어서 서로 차이가 없다고 보이므로, 참가인들과 정규직 근로자들은 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제8조 제1항이 규정하는 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 자들에 해당한다.”

#### 4.10 공항전력시설 유지관리업무 기간제근로자

법원은 기간제근로자들의 업무의 내용, 자격이나 기술 필요 여부, 업무의 질적 차이, 업무대체성 등을 고려할 때 공항공사와 전력계통시설 유지관리용역계약을 체결하고 용역업무를 수행한 법인의 정규직근로자들을 비교대상근로자로 인정함

##### 【대전고등법원 2015. 12. 3. 선고 2015누10405 판결】

“참가인의 ○○공항지점 내에서 ㉠ 정규직 근로자 과장 유○○, 지○○와 원고들 중 과장직책의 원고 하○○, 박○○, 오○○, 정○○, 신○○, 김○○, 서○○, 김□□이 수행한 업무, ㉡ 정규직 근로자 중 행정업무를 담당한 이○○, 남○○, 이□□, 송○○와 기술행정과 소속의 원고 정○○, 백○○ 및 각 과의 행정업무를 담당한 원고들이 수행한 업무, ㉢ 계통운영팀, 전력설비팀, 전기기술 팀에 순환근무하면서 현장직 근로를 수행한 정규직 근로자 이□□, 남○○, 문○○, 한○○, 김△△, 배○○, 김◇◇, 표○○과 나머지 원고들이 수행한 업무는, 각 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있기는 하지만 주된 업무의 내용에서는 본질적인 차이가 없다고 할 것이므로, 정규직 근로자 유○○, 지○○, 남○○, 이□□, 문○○, 한○○, 배○○, 김◇◇, 표○○, 김△△, 이○○, 송○○는 비교대상근로자에 해당한다고 할 것이다.

① 이 사건 용역계약상 필수근무인원 153명 중 140명이 기간제근로자로서 정규직 근로자들과 함께 과업내용서상 자격기준으로 분류되어 팀, 과별로 부여된 업무를 공동으로 수행하였고, 정규직 근로자 과장과 기간제근로자 과장도 각 과별 업무를 주로 수행하면서 부수적으로 주간당직감독, 회의 참석 및 업무보고, 곤태관리 등을 수행하였다.

② 계통감시제어과의 경우 정규직 근로자들과 기간제근로자들이 함께 근무하는 주A변전소와 기간제근로자들만 근무하는 주B변전소의 시설 및 업무가 동일하고, 주A변전소의 경우 정규직 근로자가 차단기를 조작하기는 하였으나 ○○공항공사직원의 조작지시에 따른 것으로서 업무의 성격상 정규직 근로자만이 수행할 수 있는 특별한 자격이나 기술이 필요한 것으로 보이지 않으며, ○○공항 공사 측에서 사고발생시 책임소재를 분명히 하고 기간제근로자의 직접 고용의무를 회피하기 위하여 정규직 근로자에게 지시를 내리는 형태로 업무를 수행하도록 하였던 것으로 보인다.

③ 전기기술팀 기술행정과도 정규직 근로자와 기간제근로자가 과에 부여된 행정업무를 분담하여 수행하였을 뿐, 정규직 근로자들이 수행한 업무가 기간제근로자들이 수행한 업무와 질적으로 구별되는 특수성이 있다고 할 수 없다.

- 81) 참가인들은 00연구소에서 연구직 직종으로 근무하는 기간제근로자로서 원고는 참여연구원에 불과한 참가인들과 과제책임자인 정규직 근로자들은 그 업무내용·범위, 책임, 채용조건 등에 있어 서로 차이가 있어 정액급, 연구활동비, 평가성과급에 차등을 두는 것은 합리적 이유가 있다고 주장함

④ 동종 또는 유사한 업무에 종사하는지 여부는 하나의 부서 또는 직군이 아니라 당해 사업 또는 사업장 전체를 고려하여 파악하여야 할 것인데, 이 사건 용역수행 업무는 팀별, 과별로 구성되어 있기는 하나 특정 팀의 업무에 국한하는 것이 아니고 팀별, 과별로 보직변경이 있었으며 정규직 근로자가 수행하던 업무를 기간제근로자가 담당하기도 하였으므로, 각 팀별, 과별, 정규직 근로자와 기간제근로자 상호간에도 업무대체성이 있다고 할 것이다.

⑤ 이 사건 용역계약에서 정한 자격기준 외에 정규직 근로자들에게만 요구되는 특별한 자격이나 경력은 없고 위탁용역 대가도 위 자격기준상 등급에 따라 산정되었으며, 오히려 기간제근로자들이 대체로 정규직 근로자들보다 기술등급이 높고 현장경험이 풍부하여 정규직 신규 근로자의 교육업무를 담당하기도 하였으므로, 업무의 난이도나 기술에 있어 차이가 있었다고 볼 수도 없다.”

#### 4.11 근로직업상담원과 전화상담원

가. 법원은 고용노동부 고객상담센터에서 근무하는 근로직업상담원의 경우 업무 분야가 대략적으로 일치하고 업무방식 등에서도 본질적 차이가 없어 민원담당 공무원을 비교대상 근로자로 인정함

##### 【서울고등법원 2013. 10. 30. 선고 2013누12012 판결<sup>82)</sup>】

“공무원도 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 제2조 제1항 제1호 소정의 근로자에 해당하고, 다만 공무원 관련 법령에 특별한 규정이 있거나 공무원의 성질에 반하는 경우에 한하여 공무원에 대하여 근로기준법 등 노동법의 적용이 배제되는 것 분이고, 단시간근로자법 제3조 제3항은 국가 및 지방자치단체의 기관도 위 법의 적용대상이 됨을 명시하고 있으므로, 이 사건 민원담당 공무원들은 단시간근로자법 제8조 제2항에서 말하는 통상근로자에 해당한다.”

“서울지방고용노동청의 단시간근로 직업상담원 취업규칙 제4조(갑 제2호증)는 단시간근로 상담원이 담당하는 업무로” 1. 구인·구직의 상담 및 직업소개에 관한 업무, 2. 직업능력개발훈련 상담, 직업능력개발훈련기관에의 알선 등 직업능력 개발에 관한 업무, 3. 고용정보의 제공 및 직업지도에 관한 업무, 4. 실업인정, 피보험자 관리, 고용안정 지원 등 고용보험에 관한 업무, 5. 외국인근로자 고용허가 관련 업무, 6. 제1호부터 제5호까지의 업무와 관련된 국가기관, 지방자치단체, 공공기관 및 민간기관에 대한 지원·지도업무, 7. 그 밖에 업무 수행에 필요한 사항”을 규정하고 있고, 앞서 본 바와 같이 고용노동부 민원담당공무원 수당지급 규정 제2조 제2호는 민원업무수당의 지급요건과 관련하여 ① 주로 민원인의 방문에 의하여 업무를 처리하거나 방문과 전화 민원을 겸하는 복합 민원 업무를 담당하는 자로서 ② “가. 수급자의 취업지원 및 실업인정, 구직자의 취업지원, 심층상담, 취업성공패키지 업무, 나. 실업급여 수급자격 판정, 고용보험 피보험자격 관리, 외국인 고용허가, 모성보호 업무, 다. 직업능력개발계좌제(내일배움카드제) 상담 및 발급, 국가기관·전략산업직종 훈련(상담에 한정한다)” 중 어느 하나의 업무를 담당하고 있는 자일 것을 요구하고 있는바, 이처럼 단시간 직업상담원의 취업규칙상 업무분야와 민원업무수당 지급대상 공무원의 업무분야는 대략적으로 일치하고, 이들의 주된 업무 방식 또한 민원상담 등과 같이 민원인과 직접 접촉하여 업무를 수행한다는 점에서 동일하며, 한편 원고들과 이 사건 민원담당 공무원들이 실제 수행하여 온 업무가

주된 내용에 있어 본질적인 차이가 있다는 점에 관하여는 을 제7호증의 기재만으로는 이를 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 사건 재심판정이 이 사건 재심판정이 이 사건 민원 담당 공무원들을 원고들에 대한 비교대상 근로자로 판단한 것은 정당하다.”

나. 법원은 전화상담원의 경우, 업무 범위, 결재 여부, 업무대체성 등을 고려할 때 주된 업무에 본질적 차이가 있어 상담공무원들을 비교대상 근로자로 부정함

【대전지방법원 2015. 12. 10. 선고 2015구합100401 판결】

“이 사건 상담공무원들과 참가인들이 각 수행하는 업무는 그 범위, 권한, 책임 등에 있어 본질적인 차이가 있다고 봄이 상당하므로 이 사건 상담공무원들을 참가인들에 대한 비교 대상 근로자로 보기는 어렵다고 판단된다.<sup>83)</sup> 따라서 이와 같은 전제에 선 원고의 이 부분 주장은 이유 있다.<sup>84)</sup>

(1) 이 사건 전화상담원들은 전화상담 업무만 수행함에 반해, 이 사건 상담공무원들은 전화상담 외에도 인터넷상담 및 서면질의의 회신업무 등을 함께 수행하고 있어 업무의 범위가 이 사건 전화상담원들에 비해 훨씬 넓다.

(2) 이 사건 상담공무원들이 수행하는 인터넷 상담 또는 서면질의의 회신 등은 처리기간(7일 또는 14일)이 정해져 있어 처리 지연 시 상담공무원들에게 국가공무원법 및 공무원복무규정 등에 따라 민원처리 도과에 따른 책임이 부과되나, 전화상담 업무는 업무의 특성상 즉시 처리되는 경우가 대부분이어서 처리지연이 특별히 문제되지 않아 전화상담원들에게는 이 사건 상담공무원들에 비해 그 책임의 정도가 낮다고 볼 수 있다. 또한 인터넷질의 회신 또는 서면질의 회신 등은 결재권자인 담당 과장의 전결을 얻어 회신을 해야 하는 반면, 전화상담의 경우는 상담과정에서의 민원인의 불평·불만사항 해소를 위한 경우를 제외하고는 그러한 결재를 별도로 받을 필요가 없다.

(3) 고객상담센터 운영규정 제12조 제1항에 따르면, 전화상담원은 담당분야가 아니라는 이유로 상담을 회피하거나 다른 상담원에게 전화를 전환해서는 아니 되나, 다만, 상담내용이 담당분야가 아님이 명백한 경우, 상담내용이 전문적인 지식이 필요한 경우로서 해당 전문상담원이 답변하는 것이 합리적이라고 판단되는 경우, 민원인의 요구나 지방관서 담당자와 직접상담이 필요하다고 판단되는 경우에는 민원인에게 양해를 구한 뒤 다른 상담원이나 해당 지방관서 담당자에게 전화를 전환할 수 있도록 되어 있다.

(4) 이 사건 상담공무원들이 수행하는 인터넷 상담 또는 서면질의의 회신 등은 구두로 통상 즉석에서 답변하는 전화상담과는 달리 문서 등으로 회신하게 되어 있어 전화상담보다 더욱 책임있는 답변이 요구되고, 실제 인터넷상담 등의 회신 내용을 보더라도 ‘교섭대표노동조합의 선정 기준, 과반수노조 확정 절차, 교섭창구 단일화 위반의 효과, 근로자퇴직급여보장법상의 계속근로의 의미 및 해당 여부, 통상임금과 평균 임금의 적용범위, 산업안전보건법상의 인력기준 충족 여부, 휴일 근로수당지급여부 여부, 퇴직금 산정시 평균임금 해당 여부’ 등 노동 및 고용 관련 전반의 전문적인 법해석 및 사실관계 검토, 법률요건 구비 여부 등의 검토를 필요로 하는 것들이어서 상담공무원들에게 고도의 업무 지식 및 전문성, 법률 검토 및 사실관계 파악능력, 문서작성 능력 등이 요구되며,

82) 1심 판결(서울행정법원 2013. 4. 5. 선고 2012구합30080 판결)을 인용함

이에 따라 전화상담원들이 인터넷 상담 등을 대체할 가능성이 사실상 희박하다고 보인다. 한편 상담공무원들은 전화상담원들에 비해 고난도의 시험 및 더욱 엄격한 면접절차를 거쳐 임용되는 등 그 채용과정에서 요구되는 능력과 기준이 전화상담원들과는 다르다.

(5) 피고는 상담공무원들도 2004. 8. 고객상담센터 설립시부터 2011. 10. 조직개편 시점까지 상당 기간 전화상담원과 마찬가지로 1일 8시간 전화상담 업무를 한 바 있고, 조직개편 이후에도 상담 공무원들의 전화상담 업무 비중은 1일 8시간 중 4.5시간으로 여전히 근무시간의 50%를 상회하고 있음을 들어 인터넷상담을 상담공무원들의 주된 업무로 단정하기 어렵다는 취지로 주장하나, 상담 공무원들이 8시간 전화상담 업무에 임했던 기간(2004. 8. 4. ~ 2011. 9. 30.) 중 참가인들의 차별시정 신청일(2014. 7. 29.)로부터 임금채권 소멸시효기간인 3년을 역산한 기간 내에 포함되는 기간은 비교적 짧고, 특히 상담공무원들이 2013. 1. 2. ~ 2013. 2. 28.까지 8시간 전화상담에 임했던 기간은 고객상담센터 이전 및 신규 전화상담원을 채용하는 과정에서 과도기적으로 발생한 것으로 보이는 점, 인터넷 상담 또는 서면질의의 회신 등의 업무는 전화상담 업무에 비해 업무의 난도가 높고 서면으로 답변해야 하며 1건당 처리시간이 많이 소요되는 등의 특성이 있는 점, 인터넷 상담 등의 업무가 비록 전화상담 업무보다 하루 중 정규근무시간이 적다고 하여도 그 차이는 미미하고, 오히려 전화상담 업무는 일과 시간중에만 이루어지는 데 반해, 인터넷 상담 등의 업무는 일과시간 이후에도 가능하므로 상담공무원들이 초과 근무하는 시간은 대체로 인터넷 상담 업무 등을 처리하는 시간으로 보이는바 상담공무원들은 2014년도만 해도 1일 1.2시간 가량을 연장근무하고 있었으므로 이와 같은 초과시간을 인터넷상담 근무시간에 합산하면 상담공무원들은 실질적으로 전화상담 업무보다 더 많은 시간을 인터넷 상담 업무에 할애하고 있는 것으로 볼 수 있는 점 등에 비추어 피고의 위와 같은 주장은 쉽사리 수긍하기 어렵다.

(6) 민원사무 처리에 관한 법률(이하 ‘민원처리법’이라 한다) 제2조 제1호는 “‘민원인’이란 행정기관에 대하여 처분 등 특정한 행위를 요구하는 개인·법인 또는 단체를 말한다”고, 같은 조 제2호는 “‘민원사무’란 민원인이 행정기관에 대하여 처분 등 특정한 행위를 요구하는 사항에 관한 사무를 말한다”고 각 규정하고 있고, 같은 법 시행령 제2조 제1항 제3호는 “‘행정기관에 특정한 행위를 요구하는 자로서 성명·주소 등이 분명하지 아니한 자’는 같은 법 제2조 제1호에 따른 ‘민원인’으로 보지 아니한다”고 규정하고 있다. 따라서 단순히 노동 관련 제도의 확인 등 간단한 내용의 전화상담의 경우에는 상담신청인이 전화상담원에게 특정한 행위를 요구하며 자신의 성명·주소 등을 밝히는 경우가 많지 않아 이러한 전화상담의 경우는 민원처리법상의 민원행정에 해당하지 않으므로 민원처리법에서 정하는 민원사무 처리방법, 민원서류의 보완절차 및 방법, 처리결과 통지 및 행정기관의 장 또는 행정자치부장관의 확인·점검 등의 제한 및 책임 등이 따르지 않는 반면, 인터넷 상담 등의 업무는 민원인들이 자신의 성명 등 인적사항을 밝히며 서면으로 회신을 요구하고 있어 위와 같은 민원처리법상의 제한 및 책임 등이 따르게 된다.”

83) 이 사건 재심판정에 대하여 전화상담원들도 차별시정명령의 구체적 내용에 불복하여 소를 제기하였으나, 비교대상근로자가 존재하지 아니한다는 취지로 기각 판결함(대전지방법원 2015. 12. 10. 선고 2015구합102070 판결)

84) 법원은 “이 사건 전화상담원들은 기간제법 제2조 제2호 소정의 단시간근로자에 해당한다.”고 하면서도, 동종 또는 유사 업무에 종사하는 비교대상근로자의 존재를 부정하였는데, 근로기준법 제2조 제1항 제8호에서 단시간 근로자란 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 존재를 전제로 함을 규정하고 있는 것에 비추어 볼 때, 단시간근로자임을 인정하면서 동시에 비교대상근로자의 존재를 부정하는 법원의 판결에 논리적 모순이 있는 것은 아닌지 논란의 여지 있음

#### 4.12 부자재보조와 약품원료보조 업무담당 기간제근로자

법원은 기간제근로자의 업무의 내용, 업무환경, 책임과 권한, 주된 업무, 상호대체성 등을 고려했을 때 부자재담당 업무를 담당하는 통상근로자를 비교대상근로자로 부정함

【서울행정법원 2015. 4. 16. 선고 2014구합69815 판결<sup>85)</sup>】

“앞서 인정한 사실 및 변론 전체의 취지를 통하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하면, 원고 및 선정자는 참가인의 정규직 근로자인 장○○, 권○○와 동종 또는 유사한 업무에 종사하였다고 볼 수 없다.

원고 및 선정자는 원료·부자재 창고에서 근무하면서 장○○, 권○○ 및 온○○의 지시에 따라 지게차 등을 이용하여 부자재 및 원료를 물리적으로 운반·정리·투입하는 업무를 수행한 반면, 장○○, 권○○는 주로 제조관리부 사무실에서 이○○의 지휘·감독 하에 부자재의 발주 및 재고 관리 업무를 수행하였는바, 업무의 내용 및 업무환경 면에서 양 근로자들이 수행한 업무가 일치한다고 할 수 없다.

장○○, 권○○는 제조관리부장으로부터 부여받은 자신의 책임과 권한으로 재고를 관리하고 부족한 부자재를 발주하는 역할을 수행한 반면, 원고 및 선정자는 보조자의 지위에서 장○○, 권○○ 및 온○○이 지시한 업무만을 수행한 데 불과하였던 바 양 근로자들의 책임과 권한에도 상당한 차이가 있다고 보인다.

비록 장○○, 권○○가 경우에 따라 원고 및 선정자와 부자재의 운반작업 등을 함께 수행하기는 하였으나 이는 단지 입출고될 부자재 및 원료의 양이 많은 경우 지휘·감독자로서 원고 및 선정자를 도와주는 차원에 그쳤던 것으로 보이고, 장○○, 권○○의 상시적이고 주된 업무였다고 볼 수 없다.

원고는 1일 작업시간을 기준으로 할 때 장○○, 권○○의 주된 업무는 부자재 발주, 재고관리 업무가 아니라 원고 및 선정자와 함께 수행한 입출고 관리업무 등이라고 주장하나, 이를 인정할 아무런 증거가 없다.

원고 및 선정자는 부자재 발주, 재고관리 등의 업무는 수행하지 않았던 바 양 근로자들 간에 업무의 상호 대체가능성이 있다고 할 수 없다.”

#### 4.13 사료연구위원

법원은 기간제근로자인 사료연구위원과 공무원인 **편사연구사(6, 7급)**는 사료의 조사·수집·보존·편찬과 이를 바탕으로 한 한국사의 연구·편찬·연수·보급’이라는 주된 업무의 내용에서는 본질적인 차이가 없으므로 편사연구사는 **비교대상근로자에 해당하나 부서장에 해당하는 편사연구관(5급 이상)**은 편사연구사들의 역차별을 고려하여 비교대상근로자에 **해당하지 않는다고 봄**

85) 원고 및 선정자는 제약회사에서 원료 및 부자재의 입고 업무, 부수적으로 제품의 재고파악이나 원료 청량 업무를 수행하였는데 정규직 사원에게만 상여금을 지급하도록 되어 있는 단체협약에 따라 상여금을 미지급한 것은 합리적 이유가 없는 차별이라고 주장하며 차별시정을 신청함

【서울행정법원 2015. 12. 4. 선고 2015구합65827 판결<sup>86)</sup>】

“편사연구직 공무원과 참가인 권○○, 김○○, 김△△, 배○○, 이○○, 하○○은 그들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있기는 하지만 ‘사료의 조사·수집·보존·편찬과 이를 바탕으로 한 한국사의 연구·편찬·연수·보급’이라는 주된 업무의 내용에서는 본질적인 차이가 없음이 인정되고, 따라서 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 봄이 상당하다. 다만, 편사연구직 공무원에는 편사연구관(5급 이상)과 편사연구사(6, 7급)이 있는데, 편사연구관은 부서장 등의 역할을 수행하나 참가인들 중 부서장 역할을 맡고 있는 사람은 없는 점, 편사연구사보다 봉급 수준이 높은 편사연구관을 비교대상 근로자로 하여 차별 여부를 판단할 경우 오히려 편사연구사들이 역차별을 받을 우려가 있는 점 등을 고려하면, 비교대상 근로자는 편사연구사로 봄이 상당하다.

(가) 동종 또는 유사업무에 종사하는지 여부는 하나의 부서 또는 직군이 아니라 당해 사업 또는 사업장 전체를 고려하여 파악하여야 할 것인데, 이 사건 위원회 사료조사실과 연구편찬정보화실의 업무는 실별, 팀별로 구성되어 있기는 하나 특정 실, 팀의 업무에 국한되지 않고 실별, 팀별로 조직변경이 있었으며, 편사연구직 공무원이 수행하던 업무를 사료연구위원이 담당하거나 사료연구위원이 담당하던 업무를 편사연구직 공무원이 담당하기도 하였을 뿐 아니라, 임○○, 최○○과 같이 사료연구위원으로 근무하다가 편사연구직 공무원이 된 후에도 사료연구위원 당시 담당하던 업무를 계속 수행한 경우도 있었으므로 비교대상 근로자와 기간제근로자 상호간에 업무대체성이 있었던 것으로 보인다.”

“(바) 참가인들은 전문분야와 관련된 업무뿐 아니라 용역 발주, 국외 자문위원회 운영, 국외 사료 조사위원 운영 등 기획 업무를 수행하였고, 참가인 이○○ 등 일부 사료연구위원들은 한국사 시험 출제 등의 업무도 수행하였던 점, 이 사건 위원회가 용역 발주 등 공무원이 담당하여야 할 업무를 사료연구위원의 성과목표로 평가하는 등 공무원과 사료연구위원 사이의 업무 경계가 불명확하다는 이유로 사료연구위원의 성과 목표를 전문분야에 대해서만 설정·평가하기로 하는 개선 방안을 수립한 점, 참가인 배○○가 신임 편사연구직 공무원들과 함께 연구직 신규임용자 교육을 이수하는 등 사료연구위원들도 이 사건 위원회에서 실시하는 교육을 이수한 점 등을 고려하면, 편사연구직 공무원들이 기획·행정업무를 수행하고, 일정 시간의 교육을 이수하였다는 등의 사정만으로는 참가인들과의 관계에서 편사연구직 공무원들을 비교대상 근로자로 봄에 아무런 장애가 되지 아니한다.

## (2) 참가인 윤○○의 경우

연구편찬정보화실 정보화운영팀의 주된 업무는 한국사데이터베이스 구축 및 관리 업무라 할 것인데, 참가인 윤○○은 문헌정보학 박사학위 소지자로서 정보화 능력으로 위촉되었고, 2005년부터 자료정보실, 연구편찬정보화실에서 한국역사정보통합시스템 운영·관리, 데이터베이스 콘텐츠 개발·구축 등의 업무를 수행하여 왔을 뿐 사료와 직접 관계된 업무를 수행하였음을 인정할 증거가 없으므로, 역사 전공자들로서 사료의 조사·수집·편찬과 한국사의 연구·편찬·보급 등의 업무를 수행하는 편사연구직 공무원들과 동일·유사한 업무에 종사하였다고 보기 어렵다. 따라서 편사연구직 공무원들은 참가인 윤○○의 비교대상 근로자라 할 수 없고, 이 사건 재심판정 중 참가인 윤○○에 관한 부분은 다른 점에 대하여 더 나아가 살필 필요 없이 위법하다.”

86) 참가인들은 원고와 1년 단위로 근로계약을 체결하고 사료연구위원으로 근무하는 근로자들인데 편사연구직 공무원들에게 지급한 기본급, 성과상여금, 명절휴가비, 연구직수당, 정근수당 등을 참가인들에게 미지급 혹은 적게 지급한

#### 4.14 사무보조원

법원은 사무보조원으로 근무하여 비서, 홍보업무 지원 기타 제반 업무를 수행한 기간제 근로자의 업무의 내용, 중요성 및 난이도의 차이, 채용절차 등을 구체적으로 고려하여 비서를 비교대상근로자로 부정함

##### 【서울행정법원 2016. 6. 3. 선고 2015구합72016 판결 사건<sup>87)</sup>】

“참가인과 비교대상 근로자 김○○, 윤○○은 모두 ‘비서업무’를 수행하였으나, 그 업무내용에는 다음과 같이 현전한 질적·양적 차이가 있어 참가인과 비교대상 근로자들이 동종 또는 유사한 업무에 종사하였다고 보기 어렵다.

(중략) 위와 같이 대학 본부 고위 간부의 비서업무를 지원하기 위해서는 대학 및 소속부서 및 연관 부서의 업무 전반에 대한 폭넓은 이해와 경험이 필요하고, 위 비서업무가 적절히 수행되지 못할 경우 업무지원대상인 간부의 업무 수행에 차질을 빚음으로써 대학 본부 운영에 심각한 피해를 끼칠 수 있는데, 비교대상 근로자들은 간부 2~3명의 비서업무를 동시에 수행하였다.

(중략) (참가인의) 위와 같은 업무는 전문적인 지식이나 대학 업무 전반에 대한 이해와 경험 없이도 수행할 수 있는 단순 업무로서 비교대상 근로자들이 수행한 대학 본부 비서업무에 비하여 그 중요성과 난이도가 떨어진다. 또한 참가인은 미술관 자체직원으로서 전속되어 근무하여야 하고, 비교대상 근로자들은 대학 내 전 기관에 인사발령 및 업무수행이 가능한 차이가 있으며, 위와 같은 업무내용과 중요성 및 난이도의 차이에 비추어보면, 참가인이 ○○○○○ 미술관의 자체직원이 아닌 법인직원으로서 순환보직을 받는 것이 가능하였더라도 김○○과 윤○○의 비서업무를 대체하여 수행하는 것은 불가능하였을 것으로 보인다.

(중략) 채용절차에 있어서도 참가인은 고졸 이상으로 기본 소양을 갖춘 성실한 k를 지원자격으로 하여 서류전형과 미술관장의 면접을 거쳐 채용된 반면, 비교대상근로자들과 같은 기성회직원은 전산자격증과 일정한 영어능력 검정시험 성적을 갖춘 자에 한하여 1차로 서류전형을 실시하고 서류전형 합격자에 대하여 인성·공직관, 전문성 등 당해 직무수행에 필요한 능력 및 적격성을 평가하는 면접시험을 통해 채용되고, 법인 공채직원도 일정 수준 이상의 영어능력 검정시험 성적과 전산 등의 자격증을 지원자격으로 하여 서류전형, 필기시험, 1차 면접(행정 직렬은 영어인터뷰 포함), 2차 면접을 거쳐 채용되는바, 위와 같이 법인직원으로서 채용되기 위해서는 대학 비서업무 수행과 밀접한 관련이 있는 영어능력과 전산 등의 자격증이 요구된다.

참가인이 채용되기 전까지 ○○○○○ 미술관에는 비서 직위가 존재하지 않았고, 행정실 직원들이 인사, 예산, 청사, 시설, 보안, 회계 등 사문분장에 따른 각자의 업무를 수행하면서 부수적으로 비서업무를 분담하여 처리하여 오다가 미술관장의 요청으로 인하여 참가인을 비서로 채용하게 되었으며, 참가인과의 근로계약기간이 종료된 후 다시 행정실 직원들이 비서업무를 분담하여 처리하고 있다. 참가인이 수행한 비서업무가 위와 같이 3~4명의 직원이 주된 업무를 수행하면서 동시에 분담하여 처리하고 있다. 참가인이 수행한 비서업무가 위와 같이 3~4명의 직원이 주된 업무를 수행하면서 동시에 분담하여 처리할 수 있는 정도의 규모로서 다른 직원들이 대체할 수 있는

것에 대하여 차별시정을 신청하였고, 원고는 이 중 설·추석 명절휴가비, 가족수당, 정액급식비 미지급을 차별적 처우로 인정한 재심 판정에 불복하여 소를 제기함

비교적 쉬운 업무인 반면, 앞서 본 비교대상 근로자들의 비서업무는 대학 본부에 상시적으로 필요한 업무로서 타 직무종사자들이 대체하여 처리할 수 없는 중요성과 난이도를 지니고 있다.

(중략) 따라서 참가인에게 비교대상 근로자가 있음을 전제로 판단한 이 사건 재심판정은 불리한 처우 및 합리적 이유의 존부에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 위법하다.”

#### 4.15 카지노 계약직 딜러

법원은 비교대상근로자가 당해 사업 또는 사업장의 직제상 존재하는 가장 낮은 처우를 받는 정규직 근로자이면 그러한 정규직 근로자가 실제 근무할 것을 요하지는 않으나, **직제상 존재하지 아니하는 가상의 호봉을 상정하는 것은 허용하지 않는다고** 보아 계약직 딜러의 비교대상근로자로 가상의 호봉을 산정한 정규직 딜러를 인정하지 않음

#### 【서울행정법원 2015. 7. 2. 선고 2014구합74138 판결】

“기간제법 제8조에서 규정하고 있는 차별적 처우의 금지는 사용자가 기간제근로자라는 이유로 정규직 근로자에 비해 차별적 처우를 하는 것을 금지함으로써 기간제근로자의 근로조건을 보호하기 위한 것이다. 그런데 정규직 근로자 중 가장 높은 처우를 받는 근로자를 비교 대상 근로자로 선정하는 경우 가장 낮은 처우를 받는 정규직 근로자는 기간제근로자보다 더 불이익을 받게 되는 역차별이 발생할 우려가 있으므로, 비교 대상 근로자로 가장 낮은 처우를 받는 정규직 근로자를 선정하는 것이 타당하다. 또한 위와 같은 기간제법 제8조의 취지에 비추어 보면 비교 대상 근로자는 당해 사업 또는 사업장의 직제 상 존재하는 가장 낮은 처우를 받는 정규직 근로자이면 충분하고 그와 같은 직위나 호봉의 정규직 근로자가 실제로 근무하고 있을 것까지 필요로 하지는 않는다고 봄이 타당하다. 따라서 사용자가 상당한 기간 동안 정규직 근로자를 채용하지 않거나 낮은 호봉의 정규직 근로자가 퇴사하여 기간제근로자를 채용할 당시 높은 호봉의 정규직 근로자만 근무하고 있더라도 비교 대상 근로자는 그 사업 또는 사업장의 직제 상 존재하는 가장 낮은 호봉의 정규직 근로자가 된다.

원고의 인사규정 제7조 및 직제규정 제12조에 의하면, 원고 소속 직원의 직위는 하위부터 사원, 주임, 대리, 과장, 차장, 부장이 있고, 원고 소속 직원의 호봉은 각 직위별로 1~15호봉이 있으며, 신규 채용 직원의 호봉은 1호봉을 원칙으로 한다.

위 직제규정의 내용 및 법리에 의하면, 원고 소속 정규직 딜러 중 직제 상 가장 낮은 처우를 받는 사람은 사원 1호봉의 정규직 딜러이고 이 사람을 참가인들의 비교 대상 근로자로 봄이 타당하다.

한편 피고 및 참가인들은 원고 회사에서 계약직 딜러로 채용되어 정규직 딜러로 전환되는 데에는 1년 6개월~2년이 소요되는 점을 고려하면, 참가인들 중 외부 근무경력이 1년인 참가인 13내지 16의 비교 대상 근로자는 사원 1호봉보다 1단계 낮은 호봉의 정규직 딜러로, 외부 근무경력이 없는

87) 원고 부설 미술관에서 사무보조원으로 근무하던 참가인이 원고 본부에서 비서업무를 수행하는 근로자들을 비교 대상근로자로 선정하여 정액급식비, 명절휴가비 등을 지급하지 않은 것에 대하여 차별시정을 신청, 유사판결로 서울 행정법원 2016. 6. 3. 선고 2015구합71709 판결이 있음



참가인 1 내지 12의 비교 대상 근로자를 사원 1호봉보다 2단계 낮은 호봉의 정규직 딜러로 보아야 한다고 주장한다. 그러나 앞서 본 바와 같이 원고의 직제 상 정규직 딜러 중 사원 1호봉보다 낮은 호봉의 직원이 존재하지 않으므로 피고 및 참가인들이 주장하는 비교 대상 근로자는 원고 회사에 근무하는 정규직 딜러라고 볼 수 없다. 따라서 피고 및 참가인들의 위 주장은 받아들일 수 없다.”

## 5. 불리한 처우 존재 관련 판례

### 5.1 항목별 비교 방식에 따라 판단한 사례<sup>88)</sup>

【서울고등법원 2010. 12. 1. 선고 2010누2854 판결<sup>89)</sup>】

지급항목	파견근로자	사용사업주 근로자	비 고
통상일당 산정 기준시간	월 226시간 기준 통상일당 산정	월 174시간 기준 통상일당 산정	기본급 차이 발생
통상일당 계산방식	기본일당 + {[안전수당 + 근속수당 + 생산장려수당] / 226시간} × 8}	기본일당 + {[안전수당 + 근속수당 + 생산장려수당] / 174시간} × 8}	
상여금	임금총액 500%	임금총액 800%	
안전수당	없음	월 20,000원	작업 위험에 따라 지급
공정지원금	없음	분기별 70,000원	업무난이도에 따라 지급

“파견근로자 임○○, 강○○은 사용사업주 근로자와 비교하여 월 소정 근로시간이 많아 통상 일당이 적게 지급됨으로써 기본급 지급에 불리한 처우를 받았고, 상여금도 사용사업주 근로자에 비해 임금총액 대비 300%가 낮았으며, 동종 또는 유사한 업무를 하고 있는데도 안전수당, 공정 지원금을 지급받지 못하는 차별적 처우를 받았다. 또, 이러한 처우를 한 합리적 이유가 있다고 볼 증거가 없다<sup>90)</sup>.”

88) 대전지방법원 2015. 1. 14. 선고 2014구합101575 판결, 이 사건에서 정규직 근로자들의 급여는 ① 기본연봉, ② 직무급, ③ 연봉가급(기술수당, 자격선임수당, 근무환경수당, 해외수당, 특수근무수당(교대근무, 대기근무, 시차근무자, 여성직원수당)), ④ 연봉외수당(시간외·휴일·야간근무수당·연차휴가보상금), ⑤ 성과연봉(경영평가성과급, 내부평가급), ⑥ 퇴직금으로 구성되어 있고, 사용자는 이 중 기본연봉과 경영성과급, 근무환경수당, 기술수당, 특수근무수당(교대근무, 여성직원수당), 복지포인트(기본포인트에 근속년수와 부양가족수를 고려)를 지급하였음. 기간제근로자들의 급여는 ① 기본급, ② 법정수당(연장·야간·휴일수당), ③ 보정수당으로 구성되어 있고, 사용자는 기본급, 법정수당, 보정수당(과장수당, 스카다수당)과 연 30만 점의 복지포인트를 지급하였음. 법원은 ‘참가인들은 기간제근로자들에게 경영성과급, 기타수당(근무환경수당, 기술수당, 특수근무수당(시차수당, 교대근무수당, 여성직원수당))을 지급하지 않고 기본급과 복지포인트를 적게 지급하였다고 할 것이고, 이와 같이 참가인이 ‘임금’에서 기간제근로자와 비교대상근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 불이익을 입게 하였다고 할 것이므로, 원고들에 대한 불리한 처우가 존재한다.’는 취지로 판단함

89) 1심 판결(서울행정법원 2009. 12. 11. 선고 2009구합22164 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2011. 3. 24.자 2010두29413 판결)에서 심리불복행 기각으로 확정됨

## 5.2 범주화 비교 방식에 따라 판단한 사례

【서울고등법원 2013. 10. 30. 선고 2013누12012 판결<sup>91)</sup>】

지급항목	지급기준 및 시기	직업상담원(1호봉 연액)		민원담당공무원 (9급 1호봉 연액)
		단시간	전일제	
기본급	공무원 봉급표에 따라	8,425,728 (월702,144)	13,481,160 (월1,123,430)	13,432,800 (월1,119,400)
상여금	매월기본급여 600%를 월 50%씩 지급	4,212,864 (월351,072)	6,740,580 (월561,715)	
정근수당	연수에 따라 봉급액의 0~50%차등지급 (연 2회)			
정액급식비	월 130,000			1,560,000
직급보조비	직급에 따라 월95,000~750,000			1,260,000 (월105,000)
명절휴가비	기본급의 60% (연 2회)			1,343,280
민원업무수당	월 30,000원			360,000
계		12,638,592	20,221,740	17,956,080
시급		8,063	8,063	7,160

“단시간근로자들과 비교대상 근로자간에 임금을 구성하는 세부항목이 상이하거나 세부항목에 따라 유·불리가 나뉘는 경우에는, 임금의 세부항목별로 불리한지 여부를 따져서는 안 되고, 소정 근로를 제공한 것 자체만으로 지급요건이 충족되는 임금항목과 그 외에 특정한 조건에 해당해야만 지급요건이 충족되는 임금항목으로 구분하여, 전자의 경우에는 그에 포함된 모든 항목의 금액을 합산하여 총액을 기준으로 판단하여야 하고, 후자의 경우에는 항목별로 따져 유·불리를 판단하여야 한다.

원고들의 경우에는 기본급여와 상여금이, 이 사건 민원담당 공무원들의 경우에는 기본급, 정근수당, 정액급식비, 직급보조비, 명절휴가비가 소정 근로에 대하여 지급되는 임금에 해당함은 명백하고, 민원업무수당은 민원업무를 담당하는 공무원들에게만 지급된다는 점에서 특정한 조건을 충족하는 경우 지급되는 수당이라는 하지만, 이는 지급대상이 되는 업무의 범위를 한정하는 것에 불과하지, 공무원으로 하여금 소정 근로의 제공 외에 추가적인 근로를 해야 한다거나(초과근로수당) 부양가족이 있어야 하는 등(가족수당) 등 특별한 조건을 더 요구하는 것이 아니므로, 기본급, 정근수당 등에 포함시켜 전체적으로 유·불리를 판단해야 할 것이다.

90) 차별적 처우에 합리적 이유가 있다는 점을 사용자가 입증해야 함(기간제법 제9조 제4항)에도 불구하고 이 사건에서 사용자는 이러한 입증을 하지 못하였음

이렇게 보았을 때 2011년 9월부터 같은 해 12월까지의 기간 동안 원고들과 9급 1, 2호봉의 이 사건 민원담당 공무원들의 임금을 특정 조건을 충족하는 근로자들에게만 지급되는 수당을 제외한 후 시급으로 환산하여 비교하면 오히려 원고들의 임금액이 높다는 점은 앞서 본 바와 같고, 그 이후부터 이 사건 재심판정시까지도 이러한 상황에 별다른 변화가 없었던 것으로 보이므로, 원고들이 이 사건 민원담당 공무원들에 비교하여 불리한 처우를 받지 않았다고 판단한 이 사건 재심판정은 정당하고, 민원업무수당만을 놓고 판단해야 한다거나 모든 수당을 포함하여 판단해야 한다는 원고들의 주장은 받아들여지지 않는다.”

### 【서울행정법원 2015. 7. 2. 선고 2014구합74138 판결】

- 정규직 딜러 - 55,375,981원
  - 기본급 : 18,380,841원
    - 2012. 8. 20.~2012. 12. 31.(1호봉) : 4,044,906원[922,000원×(4개월+12일), 원 미만은 버림, 이하 같다]
    - 2013. 1. 1.~2013. 8. 19.(1호봉) : 7,140,900원[938,000원×(7개월+19일)]
    - 2013. 8. 20.~2014. 3. 31.(2호봉) : 7,195,035원[974,000원×(7개월+12일)]
  - 벽지(문화)수당 : 1,938,710원[100,000원×(19개월+12일)]
  - 고객센터서비스수당 : 5,816,130원[300,000원×(19개월+12일)]
  - 정기상여금 : 12,492,000원
    - 2012년 9월, 11월 : 2,444,000원[(922,000원+300,000원)×2]
    - 2013년 1월, 3월, 5월, 7월 : 4,952,000원[(938,000원+300,000원)×4]
    - 2013년 9월, 11월, 2012년 1월, 3월 : 5,096,000원[(974,000원+300,000원)×4]
  - 특별상여금 : 15,006,000원
    - 2012년 추석 특별상여금(2012. 9. 28. 지급) : 1,222,000원(922,000원+300,000원)
    - 2012년 연말 특별상여금(2012. 12. 31. 및 2013. 1. 21. 지급) : 4,301,000원 [(922,000원+300,000원)×2+(938,000원+300,000원)×1.5]
    - 2013년 설 특별상여금(2013. 2. 8. 지급) : 1,238,000원(938,000원+300,000원)
    - 2013년 하계 특별상여금(2013. 6. 28. 지급) : 1,238,000원(938,000원+300,000원)
    - 2013년 추석 특별상여금(2013. 9. 17. 지급) : 1,274,000원(974,000원+300,000원)
    - 2013년 연말 특별상여금(2014. 3. 7. 지급) : 4,459,000원[(974,000원+300,000원)×3.5]
    - 2014년 설 특별상여금(2014. 1. 29. 지급) : 1,274,000원(974,000원+300,000원)
  - 호텔봉사료 : 1,742,300원
- 기간제 딜러
  - ① 외부 근무경력이 없는 경우 : 29,935,720원(4,580원×209시간×6개월)+(6,600원×209시간×6개월)+[10,000원×209시간×(7개월+12일)]
  - ② 외부 근무경력이 1년 있는 경우 : 42,092,600원(10,000원×209시간×12개월)+[11,000원×209시간×(7개월+12일)]
  - ③ 외부 근무경력이 2년 있는 경우 : 46,157,200원(11,000원×209시간×12개월)+[12,000원×209시간×(7개월+12일)]

“설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료는 소정 근로에 대하여 지급되는 임금에 해당하는 반면에, 경조금, 경조휴가는 본인 또는 가족의 결혼, 사망 등 경조사라는 특정한 조건에 해당하는 경우에 지급되는 수당 또는 휴가이다. 따라서 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료는 소정 근로에 대하여 지급되는 다른 항목, 즉 기본급, 복지(문화)수당, 고객센터서비스수당, 정기상여금을 합산하여 총액을 기준으로 참가인들에 대한 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 하고, 경조금, 경조휴가는 항목별로 따져 참가인들에 대한 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다.”

참가인들이 근무한 기간(2012. 8. 20. ~ 2014. 3. 31.) 동안 월 근로시간이 209시간(유급 주휴시간 35시간을 포함)이라는 전제로 산정된 사원 1호봉 정규직 딜러의 임금 총액은 55,375,981원이고, 기간제 딜러는 외부 근무경력이 없는 경우 29,935,720원, 외부 근무경력이 1년인 경우 42,092,600원, 외부 근무경력이 2년인 경우 46,157,200원이다. 위 임금 액수에 비추어 보면 원고는 기간제 딜러인 참가인들에게 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료를 지급하지 않음으로써 정규직 딜러에 비해 불리한 처우를 하였다고 볼 수 있다. 또한 원고는 참가인 13, 16이 재직 중 결혼하였음에도 그들에게 경조금을 지급하지 않고 경조휴가를 주지 않음으로써 재직 중 결혼한 정규직 딜러에 비해 불리한 처우를 하였다고 볼 수 있다.”

#### 【서울행정법원 2015. 12. 4. 선고 2015구합65827 판결】

“(1) 명절휴가비는 수당규정 제18조의3에 근거하여 근무성적 및 근속연수와 무관하게 매년 설과 추석에 지급되고, 정액급식비는 수당규정 제18조에 따라 업무내용 및 업무량 등과 관계없이 지급되는 것이므로 명절휴가비와 정액급식비는 근로자의 근무 형태, 직위, 업무 난이도, 업무량 등과 무관하게 근로의 대가로서 일률적·정기적으로 지급되는 것으로서 소정 근로에 대하여 지급되는 임금에 해당된다. 반면에, 가족수당은 가족의 존재라는 특정한 조건에 해당하는 경우에 지급되는 수당이다. 따라서 명절휴가비와 정액급식비는 소정 근로에 대하여 지급되는 다른 항목, 즉 기본급, 직급보조비, 연구수당, 정근수당, 정근수당 가산금을 합산한 총액을 기준으로 참가인들에 대한 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 하고(기본급, 직급보조비, 연구직수당, 정근수당, 정근수당 가산금의 경우 경기 지방노동위원회에서 차별시정 신청이 기각된 후 참가인들이 재심을 신청하지 아니하여 확정되었으나, 원고가 참가인들에게 명절휴가비와 정액급식비를 지급하지 아니한 것이 불리한 처우에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 같은 성격의 급여를 합산하여 판단할 수밖에 없다, 다만, 성과상여금은 직급별·개인별로 성과평가 결과에 따라 차등 지급된 것으로서 소정 근로에 대하여 지급되는 임금이라 보기 어렵고, 시간외근무수당의 경우 추가적인 근로에 대한 임금이므로 항목별로 따져 유·불리를 판단하여야 할 것이다), 소정 근로에 대하여 지급되는 임금에 해당하지 않는 가족수당에 대하여는 별도로 따져 참가인들에 대한 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다.”

(2) 명절휴가비와 정액급식비에 관하여 본다. 먼저 편사연구사의 임금을 산정함에 있어 참가인들의 근속기간에 상응하는 호봉을 적용하여야 하는지 여부에 관하여 보건대, ①사용자가 계속되는 근로 제공에 대하여 기간제근로자 또는 단시간근로자에게 차별적인 규정 등을 적용하여 차별적으로 임금을 지급하여 왔다면 특별한 사정이 없는 이상 그와 같은 임금의 차별적 지급은 기간제법 제9조 제1항 단서가 정한 ‘계속되는 차별적 처우’에 해당하므로, 기간제근로자가 기간제법 제4조 제1항 단서

해당 등의 사유로 2년을 초과하여 장기간에 걸쳐 근무한 후 임금 등에 관하여 근속기간 전체에 대한 차별시정을 신청한 경우 차별적 처우가 존재하는지 여부를 판단하기 위해서는 기간제근로자와 비교대상 근로자가 같은 기간 동안 지급받은 급여 전체를 놓고 비교하여야 할 것이고, 비교대상 근로자가 호봉제를 적용받아 근속기간이 누적됨에 따라 승급된 호봉을 기준으로 임금을 지급받아 왔다면 승급된 호봉에 따라 지급받은 임금 총액을 비교대상 근로자의 급여로 보아야 한다. 그런데 기간제근로자가 근속기간 중 가장 최근의 기간을 특정하여 차별시정을 구한 경우 기간제근로자의 근속기간에 상응하는 호봉을 적용하지 않고 비교대상 근로자의 임금을 산정하게 되면, 기간제근로자가 차별시정 신청취지 기간을 어떻게 특정하느냐에 따라 차별적 처우의 존부에 대한 판단이 달라지는 부당한 결과가 발생하게 된다. 따라서 기간제근로자가 장기간 근속한 후 차별시정을 구하는 경우에는 그 신청취지 기간에 구애받지 말고 해당 기간제근로자의 전체 근속기간에 상응하는 호봉에 따라 산정한 비교대상 근로자의 임금과 기간제근로자의 임금을 놓고 차별적 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다.”

【서울고등법원 2012. 6. 14. 선고 2012누5000 판결<sup>92)</sup>】

	사원 5급(참가인)	사원 4급 이상(비교대상)
근무 시간	- 1일 7시간 이내 원칙 - 단, 업무상 필요에 따라 연장	- 1일 8시간 - 1주 40시간
기본급	시급(4460원), 주휴(743원)	<사원 4급>: 기본연봉의 1/12금액의 83.8% <사원 3급 이상>: 기본연봉의 1/19
상여금	설·추석에 각 정액 15만원	<사원 4급>: 기본연봉의 1/15기준 매월 0.21 지급, 설추석에 각 0.21지급 <사원 3급 이상>: 기본연봉의 1/19기준으로 매월 0.5 지급, 설추석에 각 0.5지급 <sup>93)</sup>

“원고는 사원 4급 이상의 직원과 사이에 사원 개개인의 업적, 능력고과 결과에 따라 결정되는 고정 급여로서 물가변동, 임금시장과의 수준, 생계비, 생산성 및 회사 상황 등을 감안하여 결정되는 금액을 기본연봉으로 하여 연봉계약을 한 다음 일정비율 금액을 월정급 명목으로 지급하고, 다시 월정급 소정의 금액을 기준으로 일정비율의 금액을 월 정기상여금 및 설·추석상여금으로 지급하였다. 이와 같은 개별 금원의 지급명목, 지급방법 및 체계 등을 고려하면, 기본급(월정급) 및 상여금은 그 명목에도 불구하고 모두 기본적 보수 체계(연봉제)의 일부를 이루는 것으로서 참가인 등이 시간제 내지는 월급제로 지급받은 급여에 대응하는 것이라 할 것이므로, 위 상여금과 참가인 등이 지급받은 급여와 사이에 불리한 처우의 존부를 판별함에 있어서는 기본급, 상여금을 별도로 볼 것이 아니라 전체로서 봄이 상당하다. (중략)

원고가 사원 3급 이상의 경우 기본연봉을 19등분하여 1/19를 매월 월정급으로, 나머지 7/19를 14등분하여 매월 및 설·추석에 상여금으로 각 지급하고 있고, 사원 4급의 경우 기본연봉을 약 15등분하여 1/15를 매월 월정급으로, 나머지 3/15를 14등분하여 매월 및 설, 추석에 상여금으로 각 지급하고

있는 반면, 참가인 등과 같은 사원 5급의 경우에는 직무별, 시간대별로 기준이 되는 시급을 기초로 계산한 금액을 월급여로 지급하고 설 및 추석의 경우 각 15만원 상여금을 지급한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 비교대상근로자들의 월정급의 수액 등을 고려하면, 이는 일용 참가인 등에게 불리한 처우에 해당한다고 보”인다.<sup>94)</sup>

“상여금 산정의 기준이 되는 급여의 종류(기본급 등)를 정하고 그에 대한 일정한 비율로 상여금을 정하는 경우에는 다른 특별한 사정이 없음에도 기간제근로자에 대해 기준 급여나 상여금 비율을 달리 하여 상여금을 정하게 되면 차별적 처우에 해당한다고 볼 수 있다. 그러나 이 사건과 같이 비교대상근로자에 대하여는 생계비, 생산성 및 회사 상황 등을 감안하여 결정하는 금액을 연봉으로 정하여 연봉을 일정기준에 따라 기본급과 월 정기 및 설·추석 상여금으로 나누어 지급한 반면, 기간제근로자에 대하여는 시급을 기초로 계산한 금액을 월급여로 지급하고 설과 추석에만 상여금을 별도로 지급하였다면, 양자의 보수체계, 특히 상여금 산정의 기본 체계가 달라 기본급이나 월 정기 또는 설·추석 상여금 등의 각 항목을 동일한 평면에서 비교하기 어렵다. 또한 항목별로 판단하게 되면, 연봉을 분할하여 지급함에 있어 항목 구성이나 그 비율에 따라 불리한 처우에 해당하는지 여부가 달라질 수 있어 불합리하게 된다. 따라서 이 사건에서는 항목별로 판단할 것이 아니라 전체적인 급여 수준에 따라 판단함이 타당하므로, 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다<sup>95)</sup>”

## 6. 합리적 이유 관련 판례

### 6.1 합리적 이유를 부정한 판례

가. 법원은 업무량·업무내용과 상관없이 지급되는 수당<sup>96)</sup>을 차등 지급하거나 미지급하는 것은 합리적 이유가 없다고 봄

#### 【서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누21794 판결<sup>97)</sup>】

“① 공무원수당 등에 관한 규정 제10조에 따른 가족수당은 업무와 관계없이 부양가족이 존재한다는 사정만으로 지급되고, 공무원수당 등에 관한 규정 제18조에 따른 정액급식비, 제18조의2에

92) 비교대상근로자인 사원4급 이상에 대해서는 기본연봉을 정하여 일정비율 금액(사원3급 이상 연봉의 1/19, 사원4급 연봉의 1/12중 83.8%)을 월정급 명목으로 지급하고, 다시 월정급 소정 금액을 기준으로 일정비율 금액(사원3급 이상 연봉의 0.5/19, 사원4급 연봉의 3/15x1/14)을 월 정기상여금 및 설추석 상여금으로 지급하는 반면, 참가인들(기간제)에게는 시간제 기준 월급과 정액 상여금을 각각 따로 지급하고 있는 경우 “상여금”에 차별적 처우가 있는지를 비교하는 방법[서울행정법원 2012. 1. 12. 선고 2011구합8857 판결]을 인용함]

93) 즉, 기본연봉에서 매월 지급되는 기본급 제외한 나머지를 매 월과 설·추석에 나누어 지급

94) 기간제근로자들이 원고가 되어 기본급의 차별시정을 구한 사건에서는 비교대상근로자들의 월정급 및 월할상여금의 합산액을 시급으로 환산하여 기간제근로자들의 시급과 비교하였고 그 결과 불리한 처우가 있다고 판단하였음(서울행정법원 2012. 1. 12. 선고 2011구합8734 판결 참조)

95) 중노위는 차별 여부를 판단함에 있어 상여금을 기본급과 별도로 보아야 하고, 설령 기본급과 상여금을 전체로 보더라도 적어도 설·추석 상여금은 별도로 보아야 한다고 주장하며 항소하였음

96) 가족수당(부양가족이 존재하면 지급), 중식대·교통보조비(설비변상적 지급), 가정의 달 행사비(경로효친을 위해 지급), 피복비(설비변상적 지급) 등, 같은 취지의 판결로 서울고등법원 2014. 9. 17. 선고 2013누51903 판결(대법원 2014두43288 소송 계속 중)

다른 교통보조비는 각 실비변상차원에서 지급되는 것으로 업무내용, 업무량 등과는 관계없으며, 해군 본부 제 수당 지급지침에서도 정한 바와 같이 가족 수당 등은 일률적으로 정한 금액을 지급하고 있다.

② 원고가 민간조리원에게 가족수당, 정액급식비, 교통보조비와 동일한 금액을 지급하는 근로계약을 체결하는 것이 법적으로 허용되지 않는다는 점에 관한 원고의 주장과 입증이 없으므로, 공무원수당 등에 관한 규정에 따라 가족수당, 정액급식비, 교통보조비가 지급된다는 사정만으로는 그 처우에 합리적 이유가 있다고 볼 수 없다.

③ 가족수당, 정액급식비 및 교통보조비에 복리후생적 목적이 일부 있더라도 이를 장기근속 유도 및 직접 연관시키기 어려워 보인다.”

【대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2132 판결<sup>98)</sup>】

“① 통근비와 중식대는 실비변상적인 것으로서 업무의 범위나 난이도, 업무량 등에 따라 차등 지급할 성질의 것이 아닌 점<sup>99)</sup>, ② 정규직 직원들에 대한 장기근속 유도 목적은 원고 은행이 마련하고 있는 각종 제도로 충분히 달성할 수 있을 것으로 보이는 점<sup>100)</sup> 등을 종합하여 볼 때, 통근비 및 중식대 지급과 관련한 차별적 처우에 합리적 이유가 있다고 볼 수 없다.”

【서울고등법원 2012. 8. 30. 선고 2012누166 판결<sup>101)</sup>】

“감시·단속적 근로 등과 같이 근로시간 산정이 어려운 경우가 아니라면 달리 근로기준법상의 근로시간에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 근로기준법상의 근로시간에 따른 임금지급이 원칙이 적용되어야 할 것이므로, 이러한 경우에도 근로시간 수에 상관 없이 일정액을 법정수당으로 지급하는 내용의 포괄임금제 방식의 임금 지급계약을 체결하는 것은 그것이 근로기준법이 정한 근로시간에 관한 규제를 위반하는 이상 허용될 수 없는 점(대법원 2010. 5. 13. 선고 2008다6052판결 참조), 중식비, 교통보조비는 실비변상적 차원에서 지급하는 것으로서 근로자들이 맡고 있는 업무 난이도나 직급 내지 직책에 따른 권한과 책임의 범위에 따라 차별을 둘 성질의 것이 아닌 점 등에 비추어 볼 때, 피고보조참가인들의 근로계약서 등에 중식비, 교통보조비를 시간당 내지 직무급으로 환산하여 명시하였거나 이에 대한 구체적 기준 없이 막연히 중식비와 교통보조비를 지급하기로 한 것을 두고 불리한 처우가 없었다거나 합리적 이유가 존재한다고 볼 수 없다.”

“가정의 달 행사비”는 직원의 경료호전을 위하여 지급되는 것으로서 근로자들이 맡고 있는 업무의 난이도나 그 권한과 책임의 정도에 따라 달라지는 것이 아닌바, 원고가 주장하는 사정만으로 피고

97) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5391 판결)에서 확정됨

98) 유사판례로 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결이 있음

99) 서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누21794 판결[동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5391 판결)에서 확정됨]]에서와 마찬가지로 실비변상적 성격의 수당은 업무량과 상관없이 차등지급할 합리적 이유가 되지 못한다는 점이 이 사건에서도 확인되고 있음

100) 일반적으로 사용자들은 차등지급 된 수당에 대하여 장기근속 유도 목적을 합리적인 이유로 주장하곤 하나, 근속수당(자녀학자금, 개인연금신탁지원금 등)과 같이 장기근속 유도 목적이 명확한 수당이 아닌 한 장기근속 유도 측면이 있다는 점만으로 선불리 합리성을 인정해서는 안 될 것임

보조참가인들과 비교대상근로자들 사이에 차이를 둔 것에 합리적 이유가 있다고 보기 어렵다.”

“정규직 근로자들 사시에서도 그 직급, 직책, 소속 근무처에 따라 필요한 피복비가 달라지는 것도 아닌 점에 비추어 볼 때, 위와 같은 차별에 합리적인 이유가 있다고 보기 어렵다.”

【서울행정법원 2015. 12. 4. 선고 2015구합65827 판결】

“나) 가족수당 부분

① 수당규정 제10조에 따른 가족수당은 업무와 관계없이 부양가족이 존재한다는 사정만으로 지급 되는 점, ② 가족수당에 복리후생적 목적이 일부 있더라도 이를 장기근속 유도와 직접 연관시키기 어려워 보이는 점, ③ 원고는 수당규정 제10조, 제7조 제1항 단서에 따라 가족수당은 장기근속이 예정된 자에게만 지급되는 것이므로 처음부터 장기근속이 예정되었다고 볼 수 없는 사료연구위원들에게 가족수당이 지급되지 않은 것은 합리적인 이유가 있다고 주장하나, 비교대상 근로자들 중 가족수당의 적용을 받지 못하는 사람은 없는 점, 참가인들은 최소 2년 11개월 이상 계속하여 근무하고 있는 점 등을 고려하면, 편사연구직 공무원에게는 가족수당을 지급하면서, 참가인 권○○, 김○○, 김△△, 배○○, 이○○, 하○○에게 가족수당을 지급하지 아니한 것은 위 참가인들을 합리적 이유 없이 불리하게 처우하는 것이라고 할 것이고, 편사연구직 공무원이 사료 조사 및 역사 정보화 업무 등 주된 업무에 부수하여 행정업무 등을 수행한다거나, 수당규정에 의하여 가족수당이 지급된다는 점만으로 그 불리한 처우에 합리적 이유가 있다고 볼 수 없다.”

나. 법원은 기간제법은 강행규정이므로 예산상 이유가 차별의 합리적 이유가 될 수는 없다고 봄<sup>102)</sup>

【대전고등법원 2015. 12. 3. 선고 2015누10405 판결】

“(2) 합리적 이유가 없는 부분

① 경영성과급: 경영성과급은 법령, 정부방침 및 참가인의 내부규정 등에 따라 장려금, 경영성과급 등의 명목으로 사업장별로 매년 반복적으로 지급되어 왔고, 순수한 성과급의 성격이 아니라 실질적으로 근로의 대가로서 임금에 해당하며, 정규직 근로자와 기간제근로자 사이에 업무의 내용 및 업무능력에 있어서 본질적인 차이가 있다고 보기도 어려우므로, 채용절차 및 방법이 다르다는

101) 비교대상근로자들에게는 매월 20만원의 중식비와 최대 17만원의 교통보조비를 지급하면서 기간제근로자에게는 직무급 내지 시간급에 포함되어 있다는 이유만으로 미지급한 것에 합리적 이유가 있는지 여부 및 가정의 달 행사비와 피복비를 차등 지급받거나 받지 못한 경우 합리적 이유가 있는지 여부[심판결(서울행정법원 2011. 11. 17. 선고 2010구합32853 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두 21857 판결)에서 확정됨]

102) 서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누21794 판결에서도 군무원에게만 가족수당, 교통보조비, 정액급식비를 지급한 것에 대하여 사용자는 군무원의 경우 공무원보수규정에 그 근거를 두고 있다며 합리적 이유가 있다고 주장했으나 법원은 기간제근로자와 따로 계약체결이 불가능하지 않으므로 합리적 이유가 없다고 판시하여 예산상의 곤란, 지급근거의 곤란을 합리적 이유로 받아들여지지 않고 있음, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5391 판결)에서 확정됨



사유만으로 경영성과급을 지급하지 않은 것은 불합리하고, 정규직 근로자들의 기존 인건비를 재원으로 지급한 것이라는 사정은 차별의 합리적 이유가 된다고 보기 어렵다.

② 기술수당: 참가인은 정규직 근로자들에게는 기본급과 별도로 기술자력에 기술수당을 지급한 반면, 원고들에게는 이 사건 용역계약에서 요구되는 기술자격을 보유하고 있고 정규직 근로자들보다 높은 등급의 기술자격을 가지고 있음에도 기술수당을 지급하지 않았으므로 불합리하고, 기간제 근로자들에게 기술등급에 따라 산정된 기본급을 지급하였다는 사정은 차별의 합리적 이유가 된다고 보기 어렵다.

③ 근무환경수당: 근무환경수당은 참가인의 26개 사업장별 근무환경에 따라 달리 지급되는 것으로서, 참가인이 정규직 근로자들에게는 인천공항지점에 근무한다는 이유만으로 기본급에 더하여 월 97,000원 내지 117,000원의 근무환경수당을 지급하면서 동일한 환경에서 근무한 원고들에게 이를 지급하지 않은 것은 불합리하고, 원고들이 참가인에게 고용되기 이전부터 ○○공항에서 근무하였다는 사정은 차별의 합리적 이유가 된다고 보기 어려우며, 제출된 증거들만으로는 참가인이 원고들에게 지급한 기본급에 위 근무환경수당에 상응하는 교통비가 포함되어 있다고 보기 어렵다.

④ 특수근무수당 중 교대근무수당: 참가인은 기간제근로자들 중 일근근무자와 교대근무자간의 임금격차를 줄이기 위해 일근근무자에게 조정수당을 지급하였을 뿐, 교대근무수당을 지급하였다는 사실을 인정할 증거가 없으므로, 참가인이 원고들에게 교대근무수당을 지급하지 아니한 것에 합리적 이유가 있다고 보기 어렵다.

⑤ 특수근무수당 중 여성직원수당: 특수근무수당 중 ‘여성직원수당’은 여성직원이라면 누구에게나 지급되어야 하는 것이므로, 원고들 중 여성직원에게 이를 지급하지 아니한 것에 합리적 이유가 있다고 보기 어렵다.

⑥ 복지포인트: 참가인의 복리후생규정 제25조에 따른 복지포인트 중 근속년수 비율에 따른 20%는 장기근속유도와 관련이 있다고 볼 수 있으므로 기간제근로자들에게 적용하기 부적절한 면이 있기는 하나, 나머지 80%(전 직원에게 일률적으로 배분되는 비율 70%, 부양가족수에 따라 배분되는 비율이 10%)는 장기근속유도와 직접적인 관련이 없고 부양가족수가 충족되는 경우 모두 지급받을 수 있는 것이므로, 위와 같은 기준에 따르지 않고 정규직 근로자에 비해 복지포인트를 현저히 적게 지급한 것에 합리적 이유가 있다고 보기 어렵다.”

#### 【서울행정법원 2008. 10. 24. 선고 2008구합6622 판결<sup>103)</sup>】

“만약 원고가 강행법규인 기간제법에 따라 기간제근로자들에게 이 사건 성과상여금을 지급할 의무를 부담한다면, 이 부분과 관련하여 원고가 주장하는 다른 사정들(원고의 2007년도 예산에서 이 사건 성과상여금은 예비비 항목에 계상된 한편 기간제근로자의 급여는 잡급항목에 계상된 점, 원고의 2007년도 예산이 기간제법의 제정 전인 2006년 하반기에 편성된 점 등) 및 갑 제15종의 기재를 감안하더라도 기간제근로자들에게 이 사건 성과상여금을 지급하는 것이 예산의 항목유용 내지 임의전용에 해당한다고 단정하기는 어려우므로, 이와 다른 전제에서 이 사건 행위에 합리적인 이유가 있다고 볼 수는 없다(한편 을 제6호종의 기재에 의하면, 공공기관은 기간제법의 시행에 따른 2007년도의 차별시정 소요예산을 자체예산에서 충당하기 어려울 경우 예산당국에 이를 충당할 예비비를 요청할 수 있었던 것으로 보인다).”

다. 법원은 차별이 당사자의 합의에 따른 결과라 하더라도 그러한 합의만으로 합리적 이유가 있다고 볼 수 없다고 봄

【서울고등법원 2012. 8. 30. 선고 2012누166 판결<sup>104)</sup>】

“한편, 피복비가 원고와 노동조합 사이의 합의에 근거하여 지급되는 것이라고는 하나, 기본적으로 임금 등 근로조건은 사용자와 개별근로자 사이의 합의에 따라 정하여지고, 기간제법상 차별시정 제도는 이와 같은 합의에도 불구하고, 기간제근로자와 정규직근로자 사이에 그 고용형태에 따른 차별을 두어서는 안 된다는 정신에 바탕을 두고 있는 것이므로 임금 등 근로조건이 사용자와 개별 근로자 사이에서가 아니라 사용자와 노동조합 사이의 합의에 따라 정하여졌다고 하여 달리 볼 것은 아니다.”

라. 법원은 채용방법 및 절차 등에 있어서 실질적 차이가 있다 하더라도 업무 사이에 현저한 질적 차이가 없다면 합리적 이유가 없다고 봄

【서울행정법원 2008. 10. 24. 선고 2008구합6622 판결<sup>105)</sup>】

“원고가 주장하는 바와 같이 참가인들과 정규직 근로자들 사이에 채용·업무 등에 실질적 차이가 있다고 하더라도, 앞에서 본 바와 같이 이들의 업무 사이에 현저한 질적 차이가 있다고 보기 어려운 점, 참가인들의 업무는 원고의 부수적이거나 일시적인 업무가 아니라 본질적이고 상시적 업무인 점 등에 비추어 보면, “위와 같은 실질적 차이를 고려하여 참가인들과 정규직 근로자들에게 그 액수를 각기 달리하여 성과상여금을 지급하는 것”에 합리적 이유가 있는지 여부는 별론으로 하고, “참가인들이 기간제근로자라는 이유만으로 정규직 근로자들과는 달리 이들에게는 성과상여금을 전혀 지급하지 아니하는 것”에 합리적 이유가 있다고 보기는 어려움”

103) 2007. 7. 31. 정규직 근로자들에게는 2006년도 경영실적평가에 따른 성과상여금을 각 근로실적에 따라 차등 지급한 반면, 기간제근로자들에게는 전혀 지급하지 않은 경우 “예산”상 어려움이 합리적 이유가 되는지 여부가 쟁점임, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 1. 27. 선고 2009두13627 판결)이 원심판결(서울고등법원 2009. 7. 9. 선고 2008누3923 판결)을 파기하고 원심법원에 환송하여 원심법원(서울고등법원 2012. 7. 18. 선고 2012누6324 판결)에서 확정되었으나, 위 취지는 그대로 유지되었음

104) 비교대상근로자들에게만 가정의 달 행사비를 지급하고 피복비를 차등 지급한 경우 노동위는 합리적 이유가 없는 차별이라고 판단하여 시정을 명령, 이에, 사용자가 불복하여 소를 제기하면서 ‘회사에 정규직 노조와 계약직 노조가 따로 존재하고 각 노조와 합의에 의하여 결정된 피복비를 지급한 것 뿐이고, 정규직 근로자에게 그에 합당한 품위를 유지시킬 필요가 있었으므로 합리적 이유가 있다고 주장[1심 판결(서울행정법원 2011. 11. 17. 선고 2010구합32853 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두21857 판결)에서 확정됨]

105) 정규직 근로자들은 실기시험, 필기시험, 적성검사, 면접시험을 거쳐 근로계약을 체결하였고, 인사규정의 적용을 받으며, 각자 수행하는 구체적 업무와 무관하게 근속연한·연령·직급·직위 등을 기초로 연공급을 지급받고 정년까지 배치전환 등을 통하여 순환근무를 하면서 상위직급으로 승진하는 반면, 계약직 근로자들은 서류전형, 적성검사, 면접시험을 거쳐 근로계약을 체결하였고, 비정규계약직 운영지침의 적용을 받으며 각자 수행하는 구체적 업무에 따라 직무급을 지급받고 매년 계약을 갱신하나 상위직급으로 승진할 수 없다. 참가인들(기간제근로자)은 각 소속 사업장에서 정규직 근로자들과 함께 열차수송(차량의 입환·해결, 열차의 조성 등), 매표(기차표 판매 및 상담,

【서울고등법원 2011. 9. 22. 선고 2011누5409 판결<sup>106)</sup>】

“참가인과 비교대상 근로자의 업무의 내용과 방법, 주된 업무에 투입되기까지의 절차 및 작업 조건 등이 동종 또는 유사하거나 적어도 본질적 차이가 발견되지 아니함에도 불구하고, 원고는 기간제법이 시행된 2007. 7. 1. 이후에도 비교대상 근로자와는 달리 참가인에 대하여는 이 사건 장기출장비를 지급하지 아니하였다. 다만 원고는 앞서 본 바와 같이 2007. 7. 1.부터 2010. 8. 18.까지 참가인과 사이의 각 근로계약에 의하여 이 사건 식대 및 교통비를 참가인에게 따로 지급하였는데, 위 식대 및 교통비는 이 사건 장기출장비 중 일당과 그 성질이 유사하고, 원고와 비교대상 근로자 사이의 근로계약에는 이 부분이 별도로 정하여져 있지 아니한 것으로 보인다.

따라서 원고가 2007. 7. 1.부터 2010. 8. 18.까지 참가인에게 이 사건 장기출장비 중 이 사건 식대 및 교통비를 제외한 나머지를 지급하지 아니한 부분에 한하여 기간제근로자임을 이유로 비교대상 근로자에 비하여 ‘임금 및 그 밖의 근로조건’에 있어서 차별적 처우를 하였다고 보는 것이 옳다. 그리고 참가인과 같은 프로젝트 계약직 근로자와 비교대상 근로자와 같은 정규직 근로자의 각 채용 절차에 있어서 다소 차이가 있고 비교대상 근로자와는 달리 참가인은 원고와 사이에 근무장소를 해당 공사현장으로 특정하여 그때그때 근로계약을 체결하였다고 하더라도, 이를 원고가 참가인과 비교대상 근로자 사이에 위와 같이 차이를 둘 만한 합리적인 사유로 인정하기는 어렵다.”

마. 법원은 성과상여금과 설·추석상여금이 당연히 사용자가 지급해야 할 임금의 일부라면 업무량, 권한 책임 등의 차이를 고려한다 하더라도 미지급하거나 액수의 차등이 매우 큰 경우 합리적 이유가 될 수 없다고 봄

【서울고등법원 2011. 12. 29. 선고 2011누32128 판결<sup>107)</sup>】

“원고 회사의 설·추석 상여금은 사용자가 임의적으로 특정한 시기 내지 특정한 목적으로 근로자에게 지급하는 금품이 아니라 근로자에 대한 임금의 일부를 구성하는 금품이라 할 것인데, 그 지급

반환처리 등), 개·집표(열차표 확인, 열차상황 방송, 승차권 수거 등), 차량관리(열차 검수 등), 유지·보수(역무자동화장비·여객안내장치 보수 등), 안내 등의 업무를 수행하여 왔다. 참가인들과 정규직 근로자들은 직제규정상 동일한 직명(역무원, 차량관리원, 기계관리원, 시설관리원 등)으로 근무하면서 어느 한 쪽이 교육·휴가 등으로 근무가 불가능할 경우 서로의 업무를 대신 수행하였고, 사업장에 따라서는 같은 작업조에 동등하게 소속되어 업무를 수행하기도 하였다. 동 사건은 대법원(대법원 2012. 1. 27. 선고 2009두13627 판결)이 원심판결(서울고등법원 2009. 7. 9. 선고 2008누3923 판결)을 파기하고 원심법원에 환송하여 원심법원(서울고등법원 2012. 7. 18. 선고 2012누6324 판결)에서 확정되었으나, 위 취지는 그대로 유지되었음

- 106) 비교대상근로자는 채용공고에 따른 서류전형에 통과한 뒤 1차 기술면접, 2차 인성면접, 3차 종합면접을 거쳐 원고(회사)와 사이에 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 정규직 근로자이고 이 사건 참가인은 이러한 절차 없이 채용된 기간제근로자임. 참가인과 정규직 근로자는 회사가 감리용역 입찰에 응할 때는 본사에 근무하면서 PQ요원으로 참여하였다가 낙찰될 경우 회사의 보직변경 및 파견 발령에 따라 해당 공사현장에 투입되어 상주하면서 감리관련 업무를 수행하였음, 회사는 정규직 근로자에게는 본사 중심으로 일정한 거리 이외 지역에서 근무하게 할 경우 월 138만원에 이르는 장기출장비(숙박비 및 일당으로 구성되어 있음)를 지급한 반면, 참가인에게는 지급하지 않았음
- 이에 대해, 원고는 참가인은 비교대상근로자와 달리 특정 공사현장을 근무장소로 하여 채용된 ‘프로젝트 기간제 근로자’로서 참가인의 현장근무는 ‘출장’이 아니라고 주장함[1심 판결(서울행정법원 2010. 12. 23. 선고 2010구합 37926 판결)을 인용함]

목적, 성질상 업무의 범위 내지 난이도, 업무량 등에 따라 차등지급될 것이 아닌 점, …(중략)…

원고 회사의 보수 및 퇴직금 규정 제4조 제1항, 제3항은 ‘보수의 체계는 기본연봉, 성과연봉, 법정수당으로 구성되고, 성과연봉은 설, 추석상여금과 성과상여금으로 구분한다’고, 제9조 제3항은 ‘성과상여금은 단위조직 및 개인의 성과에 연계하여 차등 지급하는 보수로 종합평가결과에 의거하여 별표 제3호의 지급율에 따라 지급한다.’고, 제10조 제1항은 ‘성과연봉의 지급대상자는 지급대상 기간 동안 계속하여 재직하고 지급일 현재 재직하고 있는 자에 한하여 지급한다.’고 각 규정하고 있는바, 성과연봉의 일부인 성과상여금 역시 사용자에 의한 임의적, 은혜적 금품이 아니라 그 자체로 근로의 대가인 보수(임금)의 일부분을 구성한다고 할 것인 점,

…(중략)… 등을 고려하면 개별 사무분담에 권한과 책임의 다소 차이가 있다는 점을 감안하더라도 원고 회사가 비교대상근로자들에게만 성과상여금을 지급하고, 계약제(기간제) 근로자인 참가인에게 이를 지급하지 아니한 것에는 합리적 이유가 없다.”

바. 법원은 기간제 교사가 정규직 교사와 동일하게 방학동안 학생지도와 다음 학기 수업준비를 하는데도 방학기간을 계약기간에서 제외한 것은 합리적 이유가 없다고 봄

【서울고등법원 2013. 5. 30. 선고 2012누37564 판결<sup>108)</sup>】

계약체결일	계약기간	담당업무	비 고
2009. 2. 26.	2009. 3. 1. ~ 2009. 8. 31.	학급담임	방학기간 포함
2009. 9. 1.	2009. 9. 1. ~ 2010. 2. 28.	학급담임	방학기간 포함
2010. 3.경	2010. 3. 1. ~ 2010. 8. 31.	학급담임	방학기간 포함
2010. 8. 31.	2010. 9. 1. ~ 2011. 2. 28.	학급담임	방학기간 포함
2011. 2.경	2011. 3. 2. ~ 2011. 7. 19.	학급담임	방학기간 미포함
2011. 8. 26.	2011. 8. 29. ~ 2011. 12. 20.	학급담임	방학기간 미포함
2011. 12. 21.	2011. 12. 21. ~ 2012. 2. 29.	학급담임	방학기간 포함
2012. 3. 1.	2012. 3. 1. ~ 2012. 8. 31.	학급담임	방학기간 포함

“① S초교에서 학급담임 업무를 수행하는 정규교원과 달리 원고의 경우 계약기간에서 방학기간을 제외됨으로써 방학기간 동안 급여를 지급받지 못하는 등의 불리한 처우를 받은 점 ② 원고는 2011학년도 1학기뿐만 아니라 2학기에 3학년 3반의 학급 담임을 맡았을 뿐만 아니라, 여름방학 기간에 학급담임으로서 학생 및 학부모에 대한 생활지도업무를 수행한 것으로 보이는 점, ③ 피고는 S초교가 2011학년도 여름방학기간 중 교사 2~3층 복도와 교실 마룻바닥 교체작업으로 방학 중 교육활동 프로그램의 대부분을 운영하지 않음으로써 기간제 교원이 특별히 필요하지 않았다고 주장하나, 정규교원의 경우에도 마찬가지로 여름방학기간 동안 특별한 업무수행의 필요성이 없었던

107) 비교대상 근로자에게는 성과상여금을 등급에 따라 월정급여액의 500%~700%를, 설·추석상여금으로 월정급여의 각각 50%, 합계 100%를 지급하면서, 참가인(기간제)들에게는 성과상여금은 미지급, 설·추석상여금은 보로금이라는 명목으로 각각 50만원씩을 지급함[1심 판결(서울행정법원 2011. 8. 18. 선고 2010구합41833 판결)을 인용하였 으며, 동 사건은 대법원(대법원 2012. 4. 26.자 2012두2955 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정됨]

것으로 보이는 점, ④ 학급담임교사의 경우 방학기간에도 학생들의 생활안전 지도와 다음 학기를 위한 교재 연구, 학생 지도 준비 등의 업무를 수행할 필요성이 있고, 이는 기간제 교원이라고 하여 다르지 않은 점, ⑤ 원고는 2009학년 1학기부터 현재까지 S초교에서 근무해왔는데 2011학년도 여름 방학 외에는 방학기간이 모두 계약기간에 포함된 점 등을 종합하여 볼 때, 제1처우는 합리적 이유가 없는 차별적 처우에 해당한다고 봄이 타당하다.<sup>109)</sup>

사. 법원은 중형버스 운전원의 근속수당 미지급에 관하여 기간제근로자가 특별한 사정이 없는 한 계속하여 근로계약을 갱신하여왔다면 근속수당의 액수에 차이를 두는 것은 별론으로 하고 아예 이를 지급하지 않은 것에 합리적 이유가 없다고 봄

【서울고등법원 2010. 8. 24. 선고 2010누8074 판결<sup>110)</sup>】

“근속수당의 경우, 원고회사는 위 다.항의 사실관계에서와 같이 대형버스 운전원에 대하여는 매월 일정금액의 근속수당을 지급한 것과 달리 원고 등 기간제근로자에 대하여는 전혀 지급하지 않았 는바, 근속수당이 1년 이상 근속한 근로자에 대해 지급되는 것이기는 하나, 원고 등 기간제근로자의 경우 특별한 사정이 없는 한 계속하여 근로계약을 갱신해 온 사정에 비추어 볼 때, 서로 간의 근로조건의 차이를 감안하여 그 액수를 달리하는 것은 몰라도 근속수당을 전혀 지급하지 않은 것은 기간제근로자라는 이유만으로 차별 처우하는 것으로 밖에 볼 수 없고, 달리 합리적인 이유가 있다고 보기 어렵다.”

아. 법원은 기간제근로자에게는 임금협정, 단체협약이 적용되지 않는다는 사정이 당연히 기간제근로자에 대한 불리한 처우를 정당화하는 사유가 되지 않고, 야간근무를 하지 않은 사정이 근무형태와 무관한 상여금을 지급하지 않은 것에 대한 합리적인 사유가 되지 않는다고 봄

【서울고등법원 2015. 1. 28. 선고 2014누51779 판결<sup>111)</sup>】

“임단협이 참가인에게 적용되지 않는다는 사정이 참가인에 대한 불리한 처우를 정당화하는 합리적인 이유에 해당한다고 볼 수는 없다. 따라서 원고의 주위적 주장은 이유 없다.

① 사용자가 노동조합과 급여 지급에 관한 단체협약이나 임금협정을 체결하는 경우 그 단체

108) 기간제 교원인 원고는 S초등학교에서 담임교사로 근무해왔는데 2011년 방학기간을 계약기간에서 제외하여 방학 기간 중 급여를 지급하지 않은 것(제1처우) 등에 대하여 차별시정을 신청, 중노위는 사용자에게 기간제 교원과 방학기간을 포함하여 계약을 체결할 의무가 있다고 보기 어렵고, 여름방학기간에 교실 바닥 공사 등의 특수한 사정 때문에 교육 프로그램을 거의 운영하지 않았던 사정 등에 비추어 복도 합리적인 이유가 있다고 기각함[1심 판결 (서울행정법원 2012. 11. 13. 선고 2012구합16220 판결)을 인용함]

109) 호봉승급 부분(제2처우)은 원고가 청구취지 변경하여 삭제하여 판결의 대상이 되지 않았음

110) 1심 판결(서울행정법원 2010. 1. 22. 선고 2009구합28155 판결)을 인용함

협약이나 임금협정은 사용자로 하여금 당해 노동조합 소속 조합원들에게 합의에 따른 급여를 지급할 의무를 발생하게 하는 것일 뿐이고, 그로 인해 사용자가 당해 노동조합 소속 조합원이 아닌 근로자들에게는 그와 같은 급여를 지급하지 않아야 하는 의무를 부담하게 되는 것은 아니다.

② 임금 등 근로조건은 원칙적으로 사용자와 개별 근로자 사이의 합의에 따라 정해진다. 그러나 기간제법상 차별시정제도는 이러한 합의에도 불구하고 기간제근로자 및 단시간 근로자와 무기계약 근로자 사이에 합리적 이유가 없는 차별이 존재한다면 이는 허용될 수 없다는 데 그 기본 취지가 있다. 따라서 임금 등 근로조건이 사용자와 개별 근로자 사이에서가 아닌 사용자와 노동조합 사이의 합의에 따라 정해진 경우에도 그러한 합의가 무기계약 근로자와 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간제근로자나 단시간 근로자에 대한 불리한 처우를 정당화하는 사유에 당연히 해당한다고 볼 수 없고, 여전히 합리적 이유가 인정되어야 한다.

③ 원고의 사업장에는 일반노조와 ○○시시설관리공단노동조합이 존재하나, 참가인으로서 원고와 위 노동조합들 사이에 체결된 단체협약에 따라 원고의 사업장에 존재하는 어떠한 노동 조합에도 가입할 수 없었다. 반면 근로계약기간의 특성상 원고와 같은 기간제근로자가 노동조합을 조직하는 등 단결권을 행사하는 것은 결코 쉽지 않다. 그런데 원고의 주장과 같이 참가인과 김○○ 외 3인이 동종 또는 유사한 업무에 종사하였음에도 단지 이 사건 임단협이 존재한다는 이유만으로 참가인에 대한 불리한 처우가 정당하다고 보게 되면 참가인으로서 무기계약 근로자와 비교하여 임금 등 근로조건에 있어서 충분한 보호를 받을 수 없게 된다. 이러한 결과는 기간제법의 취지에 정면으로 반하는 것으로서 허용될 수 없다.”

“원고는 2010. 12. 28. 일반노조와 이 사건 임단협을 체결하면서 기본급의 400%에 해당하는 상여금, 기본급의 120%에 해당하는 명절휴가비, 월 12만 원의 교통보조비, 월 13만 원의 현장급식비, 월 8만 원의 가계보조비를 지급하고, 나아가 근로자가 연장근로나 야간근로를 한 경우 통상임금의 50%를 가산한 초과근무수당을 지급하기로 합의한 사실이 인정된다.

위 인정사실에 의하면, 이 사건에서 문제된 상여금 등은 근로자의 근무 형태, 직위, 업무 난이도, 업무량 등과 무관하게 근로의 대가로서 일률적·정기적으로 지급되는 것으로서, 원고가 주장하고 있는 2011. 2. 8.~2011. 7. 31. 참가인과 김○○ 외 3인의 근무형태가 달랐다는 사정은 초과근무수당의 지급에 있어서 참가인을 달리 처우할 필요성에 해당할 수 있는지는 별론으로 하고, 상여금 등의 지급에 있어서 참가인에 대한 불리한 처우를 정당화하는 합리적인 이유에 해당한다고 볼 수 없다.”

## 6.2 합리적 이유를 인정한 판례

가. 법원은 장기근속에 대한 보상과 이를 목적으로 하는 장기근속수당, 자녀학자금, 개인연금신탁지원금, 정근수당, 정근수당 가산금 등을 지급하지 않은 것에는 합리적 이유가 있다고 봄

111) 사용자는 비교대상근로자는 일반노조의 조합원이어서 임단협에 따라 상여금을 지급한 것이고, 기간제근로자는 조합원이 아니어서 상여금 등의 지급근거가 없어 지급하지 않은 것이며, 기간제근로자가 주간근무만 한 것과 달리 비교대상근로자는 주·야간 교대근무를 하였으므로 합리적인 이유가 있다고 주장, 동 사건은 대법원(대법원 2015. 5. 29.자 2015두38078 판결)에서 심리불속행 기각으로 확정

【서울행정법원 2010. 4. 29. 선고 2009구합36583 판결<sup>112)</sup>】

“자녀학자금은 근로자의 장기근속을 우대·장려하고 장기근속한 근로자들의 생활을 배려하며 그 공로를 보상하기 위한 복리후생제도이고, 참가인은 채용하는 근로자들의 대부분이 20대로 그들이 자녀를 양육하여 교육비를 부담하기까지 장기근속할 것을 전제로 위와 같은 복리후생제도를 두고 있다고 할 것이므로 ‘복지·여비운영지침’에서 자녀학자금 지원에 장기근속을 요건으로 한다는 명시적 규정을 두고 있지 않다고 하더라도 자녀학자금을 기간제근로자인 원고들에게까지 지급하여야 한다고 보기는 어렵다.”

“개인연금신탁지원금은 직원들의 퇴직 이후의 노후생활을 대비하기 위한 것으로, 직원의 장기근속을 유도하거나 장기근속한 직원들의 공로를 보상하기 위하여 도입된 제도인 점에 비추어 보면, 장기근속을 유도하기 위하여 지급하는 것이라는 명시적인 규정이 없더라도 단기간의 근무가 예정된 기간제근로자인 원고들에게까지 이를 지급하지 않는 것은 합리적 이유가 있다고 할 것이다. 또한 개인연금신탁지원금이 후생급의 일종이라고 하여 반드시 기간제근로자인 원고들에게까지 이를 지급하여야 한다고 볼 수도 없다.”<sup>113)</sup>

【서울고등법원 2011. 1. 27. 선고 2010누22940 판결<sup>114)</sup>】

“정근수당, 정근수당 가산금 부분

“위 각 수당은 참가인이 장기근속을 유도<sup>115)</sup>하기 위해 1년 이상 근속한 군무원들에게 지급하는 것으로서 원고와 같이 1년 단위로 근로계약을 체결한 근로자는 위 각 수당의 지급대상이 될 수 없으므로, 위 각 수당의 지급에 관한 차이는 합리적인 이유가 있다고 봄이 타당하다.”

직급보조비, 가계지원비 부분

“조리직렬 기능군무원은 조리 업무 외에도 영내 식당 운영과 관리 업무의 일환으로서 부식 소모품 대장 작성과 급식 결산 등 행정 업무를 수행하여 담당 업무 범위가 민간 조리원에 비하면 넓고, 소속 부대 훈련과 교육에도 참여하는 등 의무와 책임의 면에서도 민간조리원과 차이가 있다. 그리고 위 각 수당은 지급 대상자 직급에 따른 책임의 대가로서 지급되거나 업무수행의 대가로서 임금 보전을 위해 지급된다. 그 지급 액수는 직급보조비의 경우 95,000원, 가계지원비의 경우 봉급액의 16.7%로 조리직렬 기능군무원의 업무 범위, 직급에 따르는 부담 등에 비추어 과도한 차이로 보기 어렵다. 위 각 수당 지급에 관하여 차이를 둔 것은 합리적 이유가 있는 차별로 봄이 타당하다.”

112) 동 사건은 서울고등법원(서울고등법원 2010. 11. 11. 선고 2010누15577 판결)에서 확정됨

113) 장기근속 유도 목적의 수당이라 하더라도 기간제근로자의 근로계약이 매년 갱신되어 왔으며 앞으로도 특별한 사정이 없는 한 계속해서 갱신된다는 사정이 입증된다면 지급할 필요가 있을 것이라는 취지의 판결로 서울고등법원 2010. 8. 24. 선고 2010누8074 판결[1심 판결(서울행정법원 2010. 1. 22. 선고 2009구합28155 판결)을 인용함]. 그러나 이 사건에서는 이러한 입증을 하지 못했음.

114) 동 사건은 대법원(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두6592 판결)에서 확정됨

115) 장기근속 목적의 수당은 정규직과 기간제근로자 사이의 차등지급에 합리적 이유가 될 수 있음을 밝혀주는 판례 인데 계속근로의 가능성이 있는 경우 장기근속 목적의 수당을 아예 지급하지 않은 것에 합리적인 이유가 없다고 본 서울행정법원 2010. 1. 22. 선고 2009구합28155 판례와 비교하여 볼 필요가 있음

나. 법원은 장기근속년수에 기간제 근무 기간을 산입하지 않아 결과적으로 장기근속 수당을 받는 시점이 늦추어졌다 하더라도 합리적 이유가 있다고 봄

【서울고등법원 2011. 12. 23. 선고 2011누17518 판결<sup>116)</sup>】

	입사일	군복무기간	복무기간 및 기간제 재직기간 합산 5년 시점
원고1	'07.1.1.	2년 8개월 3일	'09.4월
원고2	"	2년 8개월 24일	'09.4월
원고3	"	2년 6개월 21일	'09.6월

“불리한 처우에 합리적 이유가 있는지는 기간제 근로의 단기고용이라는 특성에 따른 임금 및 근로 조건에서의 차이인지, 그러한 특성과 무관한 사유인지에 달려있다고 할 것이다. 위 인정사실 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 참가인이 무기계약 근로자들(정확하게는 종전부터 정규직이었던 자들)의 장기근속수당 산정에 있어서 전체 재직기간을 근속 기간에 산입하면서도, 원고들과 같이 기간제 근로에서 무기계약직으로 전환된 자들에게는 기간제 근무기간을 근속기간에 산입하지 아니한 것은 불합리한 차별로 보기 어렵다.

「보수규정」상 장기근속수당의 개념이나 범위를 한정하고 있지 아니하나, 장기근속수당의 명칭 자체 및 장기근속수당의 지급요건이 5년부터 25년까지 각 근속기간별로 지급액에 차등을 두고 있는 점에 비추어, 이는 근로자들의 장기근무를 유도하기 위한 것이거나, 장기근무자들에 대한 공로보상적 성격을 가지는 것으로 보인다. 따라서 1년 단위로 계약을 체결하는 단기고용 형태를 취하고 있는 이 사건 기간제 근로에는 부합하지 않는 측면이 있다.

원고는 기간제근로자도 계속적으로 계약이 갱신될 경우 5년에서 25년의 장기간이 될 수 있으므로 장기근속수당 혜택을 받아야 한다고 주장하나, 이는 2년을 초과하지 않는 범위 내에서 기간제근로자를 사용할 수 있도록 한 기간제법 4조 제1항 취지와 맞지 않은 점, 원고들의 경우 기간제 근무기간 자체가 3년에 불과한 점에 비추어 받아들이기 어렵다.

원고는 회사와 무관한 군복무기간은 근속기간에 합산하면서 회사를 위해 근무한 기간제 근로기간을 합산하지 않는 것은 불합리하다고 주장하나, 이는 군복무기간이 호봉승급을 위한 근속기간에 산입되는 것에 따른 부수적 결과일 뿐, 이를 이유로 장기근속수당의 본질적 성격을 달리한다고 보기는 어렵다.”

다. 법원은 보수 체계가 다르고 연봉제에 정규직 근로자의 근속기간에 따른 연공적 성격이 반영되어 있는 경우 다소간의 임금 차이가 발생했다 하더라도 합리적 이유가 있다고 봄

116) 원고들은 2007. 1. 1. 기간제근로자로 입사하여 차량담당원, 물품관리원으로 각 일하던 자들로 근로계약을 매년 갱신하다가 2010. 1. 1.부터 무기계약직으로 전환되어 근무 중, 참가인이 비교대상근로자들에 대하여는 군복무 경력을 근속년수에 포함하여 5년 이상 재직 시에는 장기근속수당을 지급하면서 원고들에 대하여는 참가인을 위하여 기간제로 근무한 기간을 근속년수에 포함시키지 않아 장기근속수당을 지급하지 않은 것에 대하여 차별시정을 신청하였고, 소 제기함[1심 판결(서울행정법원 2011. 5. 20. 선고 2010구합44146 판결)을 인용하였으며, 동 사건은 대법원(대법원 2014. 9. 24. 선고 2012두2207 판결)에서 확정됨]



【서울고등법원 2012. 6. 14. 선고 2012누5000 판결<sup>117)</sup>】

	사원 5급(참가인)	사원 4급 이상(비교대상)
근무시간	- 1일 7시간 이내 원칙 - 단, 업무상 필요에 따라 연장	- 1일 8시간 - 1주 40시간
기본급	시급(4,460원), 주휴(743원)	<사원 4급>: 기본연봉의 1/12금액의 83.8% <사원 3급 이상>: 기본연봉의 1/19
상여금	설·추석에 각 정액 15만원	<사원 4급>: 기본연봉의 1/15기준 매월 0.21 지급, 설·추석에 각 0.21지급 <사원 3급 이상>: 기본연봉의 1/19기준으로 매월 0.5 지급, 설·추석에 각 0.5지급 <sup>118)</sup>

“① 원고가 단기간 내지 단시간고용을 전제한 기간제 내지 단시간 근로자와 장기고용을 전제로 한 정규직 근로자 사이에 급여체계를 달리한 것 자체는 그 사용목적에 비추어 상당한 이유가 있다고 할 것인 점<sup>119)</sup>, ② 사원 4급 이상 직원에 해당하는 위 비교대상근로자들의 월정급 및 상여금의 산정의 기준이 되는 연봉은 개별 근로자의 업적, 능력고과에 더하여 물가변동, 임금시장의 수준, 생계비, 생산성 및 회사 상황 등 제반사정을 감안하여 결정되는 것이고, 여기에는 근속 기간에 따른 연공적 성격도 포함되어 있다고 할 것인데, 사원 5급인 직원들 중 일부(시급제)의 경우 근속기간에 따라 시급으로 계산된 급여와 별도로 근속수당을 지급받기도 한 점, ③ 참가인 1. 내지 25. 및 전○○, 한○○에 대한 비교대상근로자 중 정○○의 경우 2010. 1.경 월정급이 894,000원으로 이를 시급으로 환산하면 시급이 4,277원(=897,000원÷월 근로시간 209시간)에 불과하여 오히려 위 참가인 등의 시급 4,460원보다 적어지는 결과가 되기도 하는 점 ④ 원고가 참가인 등 사원 5급의 경우 사원 4급 이상 직원들과 달리 설·추석 상여금의 산정기준이 되는 연봉이 없어 일정한 금액을 따로 정하여 이를 보완한 것으로 보이는 점, ⑤ 사원 4급 이상의 직원과 사원 5급 직원들 사이에는 채용자격, 기준 및 절차가 상이하고, 이 점에서 원고가 위 비교대상근로자들과 위 참가인 등에게 요구하는 업무의 내용 및 목표, 업무수행과정에서의 권한과 책임을 달리하고 있다고 보이는 점, ⑥ 지상충 계산원의 실제 업무수행에 있어서도 POS 계산관련업무를 넘어 소속 계산원(사원 5급)에 대한 근무태도 점검, 근무일정표의 관리 및 조정, 입점업체의 판매사원에 대한 전반적인 인원관리·업무관리 등은 위 참가인 등과 같은 사원 5급의 직원이 아니라 조장이나 사원 4급 이상의 직원(계산담당)에게 그 책임이 부여되어 수행된 것으로 보이는 점 ⑦ 참가인 32.의 경우 노○○과 동일·유사한 사무업무를 수행한다고 하더라도 사무업무 총괄과 업무보조라는 직무목표 등을 고려하면 위 양자 사이의 직무 가치가 동등하다고 보기 어렵고, 참가인 26. 내지 31. 및 소외 서○○의 경우 해당 비교대상근로자들과 경력 및 숙련도 등에서도 차이가 있다고 보이는 점 등을 종합하면, 참가인 등과 비교대상근로자들 사이의 급여수준이 결과에 있어 차이가 있다고 하더라도 이는 고용형태의 특성, 채용조건, 업무의 범위·권한·책임, 그 밖에 직무, 능력, 학력, 근속연수 등 임금 및 근로조건 결정요소의 차이 등에 기인한 것으로 보이므로, 원고가 위 비교대상 근로자들과 위 참가인 등의 상여금을 포함한 급여수준에 차이를 둔 것은 합리적인 이유가 있는 차별로 봄이 타당하다.”

117) 1심 판결(서울행정법원 2012. 1. 12. 선고 2011구합8857 판결)을 인용함. 기간제근로자들이 원고가 되어 기본급, 현금출납수당, 전직위로금의 차별을 주장한 사건에서도 비슷한 논지로 합리적 이유가 있다고 보았음(서울행정법원 2012. 1. 12. 선고 2011구합8734 판결)

【서울행정법원 2015. 9. 24. 선고 2015구합64053 판결<sup>120)</sup>】

“정규직 딜러와 이 사건 근로자들의 임금지급 체계(정규직 딜러: 호봉급과 직무급을 합하여 기본급을 정함. 이 사건 근로자들: 외부 근무경력에 따라 차등을 둔 시급으로 계산)에 차이가 있다. 즉, 원고의 인사규정 등 관련 규정에 따르면, 이 사건 회사의 급여제도는 직급 및 호봉과 이를 바탕으로 한 연공급 임금체계(또는 직무급 병존체계)를 기초로 하여 직원에 대한 호봉급 및 직무급의 액수가 결정되는 구조를 가지고 있는데, 이와 같은 방식은 근속년수 등의 속인적인 요소에 의거하여 임금이 결정되는 방식이다. 그런데, 이 사건 근로자들과 비교대상 근로자들 사이에는 근속연수에 있어서 약 2년 정도의 차이가 있을 뿐만 아니라 장기고용을 전제로 연공의 축적이 근로능력의 상승으로 이어질 것을 전제한 연공급 임금체계의 취지를 고려하면, 단기고용을 전제로 한 계약직 근로자인 이 사건 근로자들에 대하여 비교대상 근로자들과 동일한 임금체계를 적용하지 아니한 것 자체에는 상당한 이유가 있다고 할 것이다.”<sup>121)</sup>

라. 법원은 임금피크제 근로자인 비교대상근로자들 중 낮은 수준의 평가를 받은 자에 대하여는 실질적으로 연 보수를 삭감하는 형태의 변동성과급 제도를 운영하는 경우에 변동성과급을 지급하지 아니하는 것은 합리적 이유가 있다고 봄

## 【대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결】

“참가인은 근로자들의 전년도 실질성과를 다음 연도에 반영하여 성과주의 인사문화를 정착시킴으로써 근로자들로 하여금 장기간에 걸쳐 지속적으로 업무수행능력을 향상시키도록 유도하기 위하여 변동성과급제도를 도입한 것으로 보이는 점, 변동성과급의 특성상 일정 기간의 성과가 전제되어야 하는데 단기간의 근무가 예정되어 있는 기간제근로자에게까지 일률적으로 변동성과급을 지급하여야 한다고 보기는 어려운 점, 이 사건 임금피크제근로자들은 연보수 중 20%를 변동성과급으로 지급받게 되는데 C 등급을 받게 되면 연 보수의 15%, D 등급을 받게 되면 연 보수의 10% 상당의 변동성과급만을 지급받게 되어 연보수가 삭감되는 결과가 초래되기도 하므로 반드시 변동성과급이 유리하다고만 할 수는 없는 점 등을 종합하여 보면, 참가인이 이 사건 임금피크제근로자들에게만 변동성과급을 지급하고, 기간제근로자인 원고들에게 변동성과급을 지급하지 아니한 것은 합리적 이유가 있다고 할 것이다.”<sup>122)</sup>

118) 즉, 기본연봉에서 매월 지급되는 기본급 제외한 나머지를 매 월과 설·추석에 나누어 지급함

119) 단시간 근로자는 시급을 기준으로, 정규직 근로자는 연봉을 기준으로 임금체계를 설정한 데에는 상당한 이유가 있다.

120) 원고는 카지노업, 관광호텔업, 스키장 및 골프장 사업 등을 운영하는 회사이고, 참가인 근로자들은 원고와 기간제로 딜러 업무를 수행하기로 하는 근로계약을 체결한 자들로 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료에서 차별적 처우를 받았다고 차별시정을 신청하였고, 중노위에서 위 신청이 받아들여지자 원고가 소를 제기함

121) 법원은 위와 같이 판단한 다음, 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금·호텔봉사료를 지급하지 아니한 부분에 합리적 이유가 있는지를 나아가 판단하였음. 유사한 취지의 판결로 서울행정법원 2015. 7. 2. 선고 2014구합74138 판결이 있음

122) 장기근속 유도 목적의 수당이라 하더라도 기간제근로자가 매년 갱신되어 왔으며 앞으로도 특별한 사정이 없는 한 계속해서 갱신되리라는 사정이 입증된다면 그들에게도 지급될 필요가 있다는 취지의 판례로 서울행정법원 2010.

마. 자격요건에 있어서 현저한 차이가 불리한 처우를 정당화시키는 합리적 이유라고 본 판례

【서울행정법원 2009. 2. 6. 선고 2008구합22747 판결】

“① 시간강사와 교육 또는 연구경력이 3년 이상(대학졸업자) 또는 5년 이상(전문대학졸업자) 이거나 교육과학기술부장관으로부터 전임강사 이상의 자격이 있다고 인정된 사람들을 그 위촉 대상으로 하고 있는데 반해, 강의초빙교수는 특별히 예외적인 경우가 아닌 한 국가기관·연구기관·공공단체 또는 산업체 등에서 근무한 경력이 있거나 외국에 거주하고 있는 자와 외국인 중 일정한 자격요건을 충족하고 있는 사람들을 그 임용대상으로 하고 있어, 시간강사와 강의초빙교수는 자격요건이 서로 다르므로, 서로 다른 기준에 의해 임금 등을 결정하더라도 이를 합리적 이유 없는 차별이라고 단정하기 어려운 점 ② 시간강사는 학기 단위로 학점 당 20,000원씩 지급받는 특별수당 제외하고 시간당 강의로 35,000원과 연구보조비 13,500원을 지급받고, 강의초빙교수는 1,800,000원에서 4,000,000원 사이에서 월 임금을 지급받는데, 강의초빙교수의 최대 월 임금에 해당하는 4,000,000원을 1개월 동안 소정근로시간인 168시간으로 나누어 시간당 임금을 환산하면 그 금액이 약 23,810원에 불과하여 시간강사의 시간당 강의로인 35,000원에 미치지 못하는 점 등을 종합하여 보면, 원고들은 임금 등의 결정에 있어 합리적 이유 없이 강의초빙교수에 비하여 차별적 처우를 받고 있다고 볼 수 없다.”

바. 법원은 대형버스운전사와 중형버스운전사의 업무강도 등의 차이는 기본급, 상여금, 무사고수당에 있어 양자 간의 차이를 정당화시키는 합리적 이유가 있다고 봄

【서울고등법원 2010. 8. 24. 선고 2010누8074 판결<sup>123)</sup>】

“대형버스는 중형버스에 비해 승차인원, 차량의 길이 및 총중량 등 차량 자체가 크고, 상대적으로 교통수요가 많고 교통환경이 복잡한 시내노선을 운행하며, 대체적으로 운행시간이 길고 배차간격이 짧으며 평균 수송인원이 약 2배 정도에 이르는 등 더 많은 노동 강도를 요한다고 할 수 있는 점, 중형버스 운행과 비교하여 대형버스 운행은 운행노선 등에 비추어 사고의 위험에 더 많이 노출되어 있고, 실제 버스 1대당 사고율이 훨씬 높으며, 그에 따라 대형버스는 차량 운행에 있어 기술적인 조작능력과 고도의 집중력이 요구되고 보다 많은 승객을 책임져야 하는 관계로 심리적 부담감은 더 크다고 할 수 있는 점, 위와 같은 노동 강도의 차이에 따라 중형버스 운전원은 하루 종일 근무 하되 격일제로 근무하는 반면 대형버스 운전원은 하루 2교대로 근무하는 등 근무형태가 달리 하고 있는 점 등 제반 사정을 종합하여 볼 때, 원고회사가 위 다.항의 사실관계에서와 같이 참가인 등 중형버스 운전원과 대형버스 운전원 간에 통상시급은 물론 상여금, 무사고수당 등에 있어 차이를 둔 것은 합리적인 이유가 있는 차별이라 할 것<sup>124)</sup>이다.”

1. 22. 선고 2009구합28155 판결(서울고등법원 2010. 8. 24. 선고 2010누8074 판결에서 확정됨)이 있음. 위 사건에서는 이러한 입증을 하지 못하였음

사. 법원은 정부가 고용창출 목적으로 채용한 기간제근로자에게 임금 차등이 발생한 경우 그 채용목적의 합리성 판단의 요소로 판단함

【서울행정법원 2010. 11. 25. 선고 2010구합28571 판결】

“합리적 이유가 있는지 여부는 기간제근로자의 근속기간, 단기고용이라는 특성, 채용조건·기준·방법·절차, 업무의 범위·권한·책임, 노동시장의 수급상황 및 시장가치, 사용목적(수습·시용·직업훈련·인턴 등), 임금 및 근로조건의 결정요소(직무, 능력, 기능, 기술, 자격, 경력, 근속연수, 책임, 업적, 실적 등)을 고려하여 개별 사안별로 판단하여야 할 것이다.

이 사건에 관하여 보건대, ① 공공산림가꾸기사업이 국가 정책사업의 일환으로 저소득층 및 청년 실업자를 산림사업에 투입하여 고용을 창출하려는 특수한 목적으로 시행되었고, 그로 인해 원고는 63세의 고령임에도 불구하고 기간제근로자로 채용되어 근무하게 되었던 점, ② 참가인이 임의로 공공산림가꾸기사업을 시행하면서 기간제근로자의 임금을 책정한 것이 아니라 산림청의 이 사건 추진지침에 따라 공공산림가꾸기사업을 시행하면서 이 사건 추진지침에 정하여진 내용대로 임금과 부대경비를 책정하였던 점, ③ 참가인은 이 사건 추진지침에서 정한 임금의 지급 조건과 같은 내용으로 이 사건 채용공고를 하였고 원고는 이를 확인한 후 같은 내용의 임금 지급 조건으로 근로계약을 체결하였던 점 등을 종합하여 보면, 원고에 대한 위와 같은 불리한 처우에는 합리적 이유가 있다.”<sup>125)</sup>

【서울행정법원 2013. 3. 21. 선고 2012구합30738 판결】

“원고들은 2010. 12. 31. 정년이 이미 도래한 근로자들인데, 고령자 고용촉진법 제4조의4와 제4조의5는 사업주의 합리적 이유 없는 연령을 이유로 한 차별을 금지하면서도 단체협약 등에서 정년을 설정하는 경우를 연령차별로 보지 아니한다고 규정하고 있다. 따라서 원고들은 원칙적으로 더 이상 참가인 소속 근로자로서 근로를 제공할 수 없는 지위에 있었음에도, 앞서 본 이 사건 단체협약 제22조 제3호 및 이 사건 노사합의에 의하여 이 사건 각 근로계약을 체결함으로써 1년 더 근로를 제공할 수 있는 기회를 얻게 되었다. 이 사건 각 근로계약은 정년이 도래한 근로자가 본인의 희망에 따라 기간을 정하여 당해 사업장에서 다시 취업하는 이른바 ‘촉탁근로계약’이다.

이 사건 단체협약 제22조 제3호는 고령자 고용촉진법 제21조에 근거한 것인데, 고령자 고용촉진법 제21조는 정년이 도달한 근로자가 그 사업장에 다시 취업하기를 희망할 경우 사업주는 해당 근로자를 재고용하도록 노력하여야 하되, 고령자인 정년퇴직자를 재고용할 때에는 당사자

123) 1심 판결(서울행정법원 2010. 1. 22. 선고 2009구합28155 판결)을 인용함

124) 유사 판결로 서울행정법원 2010. 12. 16. 선고 2010구합35302 판결

125) 위 판결은 비교대상근로자와 총임금 및 수당의 차이가 거의 2배에 달하는데도 고용창출이라는 목적으로 채용된 기간제근로자이고, 산림청에서 정한 지침대로 지급한 것이며, 이러한 사실을 인지하고 사전에 계약하였으므로 합리적 이유가 있다고 보았는데, 이러한 사정들이 차별의 합리화 사유가 되는지에 대해 의문을 제기하는 견해가 있음(서울행정법원 2012. 11. 13. 선고 2012구합16220 판결은 방학기간을 계약기간에서 제외하는 근로계약을 체결한 사실에도 불구하고 차별에 합리적 이유를 인정하지 않았고, 서울행정법원 2011. 11. 17. 선고 2010구합32853 판결이 명시적으로 노조와의 합의에 의해서도 피복비 미지급의 차별이 합리화될 수는 없다고 판시한 것과 대조적임)

간의 합의에 의하여 임금의 결정을 종전과 달리할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 고령자 고용 촉진법이 사업주에게 정년퇴직한 근로자를 재고용하도록 노력할 의무를 부과하면서도, 당사자 합의에 의하여 고령자인 정년퇴직자에게 정년퇴직 전과 다른 수준의 임금을 지급할 수 있도록 함으로써 정년퇴직자와 촉탁근로계약을 체결할 유인을 제공하여, 고령자의 고용을 실질적으로 촉진하기 위한 것으로 보인다. 이 사건 각 근로계약 당시 원고들과 참가인측은 기본급, 상여금, 법정 제수당을 포함하는 연봉총액을 12개월에 나누어 포괄임금으로 지급하기로 합의하였고, 이는 원고들이 정년퇴직 전에 지급받던 임금 내지 비교대상 근로자 한○○이 2011년에 지급받은 임금에 비하여 적은 액수에 해당하지만, 위와 같은 임금에 관한 합의 및 이로 인한 불리한 처우는 이 사건 단체협약 제22조 제3호 및 이 사건 노사합의, 고령자 고용촉진법 제21조에 근거를 둔 것으로 보여 앞서 본 바와 같은 합리적 이유가 있는 것으로 판단된다.

참가인은 2011년 1월경 처음으로 원고들을 포함한 18명의 정년퇴직 근로자와 사이에 촉탁근로계약을 체결하였고, 그 이전에는 이 사건 단체협약 제22조 제3항에도 불구하고 위와 같은 촉탁근로계약을 체결한 적이 없는 점, 참가인은 2010년 당시 비용절감 등을 위하여 정년퇴직하는 환경미화원이 담당하던 가로청소 업무의 민간위탁을 고려하고 있었던 점, 이 사건 노조가 2010년 12월경 단체교섭을 실시하면서 참가인에게 정년퇴직 환경미화원을 촉탁직으로 재고용할 것을 요청하여, 참가인은 이 사건 노조의 요청을 받아들여 민간위탁 연구용역 결과에 따른 가로청소 위탁비용 총괄금액의 범위 내에서 임금을 지급하기로 하는 내용의 이 사건 노사합의를 도출한 점, 참가인은 원고들과 사이에 이 사건 노사합의 내용에 따라 이 사건 각 근로계약을 체결하고 원고들에게 그에 따른 임금을 지급한 점 등 이 사건 각 근로계약의 체결 경위 및 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소들을 고려해 보더라도, 참가인이 원고들에게 지급한 임금 등이 적정한 수준을 벗어난 것으로 보이지 않는다.”

아. 법원은 담당 업무의 난이도, 예상되는 근로기간, 업무 숙련도, 권한과 책임 등을 고려하여 보수를 다른 방식으로 결정하고, 사업경영상 목적과 관련 있는 불리한 처우를 한 경우에 합리적인 이유를 인정함

【서울고등법원 2014. 5. 22. 선고 2013누25791 판결】

“원고가 호봉제의 적용 없이 비교대상근로자들에 비하여 참가인들에게 기본급, 조정수당, 정기상여금, 명절휴가비, 성과상여금, 각종 법정 수당을 적게 지급하고, 장기근속수당을 지급하지 않은 것은 합리적 이유가 있으므로 차별적 처우에 해당하지 않는다고 할 것이다.”

“원고는 기본급을 정함에 있어서 무기계약직 근로자를 연봉제 방식과 직무급제 및 호봉제를 혼합한 방식으로, 기간제근로자를 호봉제 방식과 그 외의 방식으로 각 나누어 급여체계를 달리하고 있고(조정수당, 정기상여금, 명절휴가비, 성과상여금, 각종 법정 수당은 모두 기본급에 일정비율을 곱하여 산정된다), 이처럼 원고가 급여체계를 달리한 것 자체는 담당 업무의 난이도, 예상되는 근로기간, 근로자의 업무 숙련도, 권한과 책임 등을 고려한 것으로 보이므로 원고가 무기계약직 근로자인

비교대상근로자들의 보수를 기간제근로자인 발전차급유원의 보수와 다른 방식으로 결정한 것은 상당한 이유가 있다고 할 것이다.”

“원고는 발전차 급유업무가 유기사업인 점을 고려하여 비교대상근로자의 정년인 58세보다 훨씬 긴 61세를 근무상한년령으로 설정한 기간제근로자의 업무영역으로 설정하여 기간제근로자들로 하여금 발전차 급유업무를 수행하도록 하였던 것인데, 비교대상근로자들이 기간제근로자인 참가인들이 수행하던 발전차 급유업무와 동종 또는 유사한 업무에 종사하게 된 것은 노사합의로 발전차 급유업무를 고령자 운용 시한사업으로 변경하여 발전차 급유업무를 담당하던 기간제근로자들의 숫자가 근무상한년령의 초과 등의 이유로 줄어들게 되어 발전차 급유업무를 담당할 기간제근로자가 부족함에 따라 발생한 업무 공백을 임시적으로 메울 필요가 있었기 때문으로서, 원고는 발전차 급유업무가 유기사업인 점을 고려하여 기간제근로자를 새로 채용함으로써 발생하는 추가 급여지급 부담을 면하기 위하여 기존에 근무하고 있던 비교대상근로자들을 업무에 투입한 것이다. 그런데 참가인들은 발전차 급유업무의 공백을 메꾸기 위하여 투입된 비교대상근로자들에 비하여 급여에 있어서는 불리하였다고 볼 수 있지만 근무가능년령을 비교해보면 3년을 더 근무할 수 있었기 때문에 더 유리한 위치에 있었다. 이러한 점들을 종합하여 볼 때 업무공백을 메꾸기 위하여 투입된 비교대상근로자들과 비교한 참가인들에 대한 불리한 처우는 사용자인 원고의 사업경영상 목적과 객관적으로 합리적인 관련을 가지고 있는 것이어서 사용자인 원고의 자의에 따른 것이라고 볼 수는 없다.”

자. 법원은 고용형태의 특성, 채용조건, 업무의 범위 및 능력, 근속연수 등 임금 및 근로조건의 결정요소의 차이에 기인하여 결과적으로 급여 수준의 차이가 있다면 합리적인 이유를 인정함

#### 1) 카지노 계약직 딜러

#### 【서울행정법원 2015. 9. 24. 선고 2015구합64053 판결】

“기간제 딜러인 이 사건 근로자들과 비교대상 근로자인 정규직 딜러 사이의 급여 수준이 결과에서 차이가 있다고 하더라도 이는 고용형태의 특성, 채용조건, 업무의 범위 및 능력, 근속연수 등 임금 및 근로조건의 결정요소의 차이 등에 기인한 것으로 보이므로, 원고가 비교대상 근로자와 이 사건 근로자들 사이에 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료 부분을 포함한 급여 수준에 차이를 둔 것은 합리적인 이유가 있다고 봄이 타당하다.

(1) 정규직 딜러의 채용 과정 관련: 원고는 다른 직군과 달리 카지노영업직군에 속하는 정규직 딜러를 채용할 때에는 채용 전에 계약직 딜러로 일정한 기간 동안 근무하게 한 후 정규직 딜러로 전환하는 방식을 채택하고 있다. 이에 따라 2011. 7. 11. 정규직 딜러로 전환된 직원은 전환 전에 1년 6개월간 계약직 딜러로 근무하였고, 2014. 1. 1. 정규직 딜러로 전환된 직원은 전환 전에 2년간 계약직 딜러로 근무하였다. 또한 정규직 딜러는 9주간의 교육을 받지만 계약직 딜러는 외부 근무

경력이 있는 경우 주간, 외부 근무경력이 없는 경우 4주간 교육을 받는다. 이와 같이 비교대상 근로자인 사원 1호봉 정규직 딜러는 이 사건 근로자들보다 재직기간이 1년 6개월~2년 더 길 뿐만 아니라 업무에 대해 자세하 교육을 받아 이 사건 근로자들에 비해 업무숙련도가 더 높다고 볼 수 있다.

(2) 담당 업무의 차이: 비교대상 근로자는 블랙잭, 바카라, 룰렛, 다이사이, 빅휠, 캐리비언스터드 포커, 쓰리카드포커, 카지노워 등 8개 종목을 진행하는 데에 비해 이 사건 근로자들은 그 중 블랙잭, 바카라 등 2개 종목만 진행한다. 블랙잭, 바카라가 전체 진행 게임 중 76.7%를 차지하여 비교대상 근로자와 이 사건 근로자들의 주된 업무에는 차이가 없으나 비교대상 근로자만 수행할 수 있는 특수한 업무가 존재하고 이는 원고가 임금을 정할 때 고려할 수 있는 사정이다.

(3) 외부 경력이 있는 기간제근로자 관련: ① 이 사건 회사에 입사 당시 이 사건 근로자 5는 외부경력이 1년이었다. 그런데 원고의 카지노는 다른 카지노에 비해 방문객 수나 매출액이 현저히 많고(2013년 기준으로 원고 카지노의 입장객 수는 연 3,024,511명, 매출액은 연 1,209,332,000,000원 인데 비해 규모 2위인 00호텔점의 입장객 수는 연 912,288명, 매출액은 연 212,823,000,000원이다), 한 게임에 참여하는 인원수도 많아 다른 카지노와 비교하여 근무 상황이나 근무 강도가 다르다. 따라서 원고가 임금을 정할 때 외부 근무경력보다 원고 카지노에서의 근무경력을 높이 평가하였다고 하여 합리성이 결여되었다고 볼 수 없다. ② 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔 봉사료를 제외하면 사원 1호봉정규직 딜러는 38,627,681원(전체 임금 55,375,981원 - 특별상여금 15,006,000원 - 호텔봉사료 1,742,300원)인데 비해 기간제 딜러 중 1년의 외부 근무경력이 있는 이 사건 근로자 5는 42,092,600원을 지급받는다. 따라서 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔 봉사료 합계 16,748,300원 중 일부 금액은 기간제 딜러의 임금이 정규직 딜러의 임금보다 많게 되는 것을 막고, 나머지 금액은 연공적 또는 성과급적 성격을 갖는다고 볼 수 있다.

(4) 외부 근무경력이 없는 기간제근로자 관련: 외부 근무경력이 없는 사람이 블랙잭, 바카라 중 어느 한 종목에서 어느 정도 숙달되는 데까지 필요한 기간은 5~7개월 정도여서 위 두 종목에서 어느 정도 숙달되는 데에는 1년 정도의 기간이 필요하다. 따라서 외부 근무경력이 없는 이 사건 근로자 1 내지 4는 비교대상 근로자보다 업무능력이 상당히 떨어진다고 볼 수 있다(이러한 사정을 고려하여 원고는 외부 근무경력이 없는 이 사건 근로자 1 내지 4에게 외부 근무경력이 있는 이 사건 근로자 5가 지급받은 시급의 50%정도밖에 지급하지 않았다).”<sup>126)</sup>

## 2) 공항 기간제근로자

### 【대전고등법원 2015. 12. 3. 선고 2015누10405 판결】

“참가인이 기간제근로자인 원고들에게 ‘기본급’을 적게 지급하고 특수근무수당 중 ‘시차근무수당’을 지급하지 않은 것에는 합리적 이유가 있다고 할 것이나, ‘경영성과급’, ‘기술수당’, ‘근무환경수당’ 특수근무수당 중 ‘여성직원수당’을 지급하지 않고 ‘복지포인트’를 적게 지급한 것은 합리적 이유가 없다고 할 것이다.

126) 유사 판결로 서울행정법원 2015. 7. 2. 선고 2014구합74138 판결이 있음

## (1) 합리적 이유가 있는 부분

① 기본급: ㉠ 정규직 근로자들은 서류전형, 필기 및 실기시험, 토론면접, 인·적성검사, 신체검사 등 비교적 복잡한 전형과정을 거쳐 평생에 걸친 장기고용을 전제로 채용되는 반면, 원고들은 간단한 서류전형과 면접을 거쳐 한시적인 프로젝트 종료시까지 단기고용을 전제로 채용되는 등 그 고용형태와 고용경로가 다른 점, ㉡ 이에 참가인은 정규직 근로자들에 대하여는 평생고용을 전제로 연공의 축적이 근로능력의 상승으로 이어질 것을 예정한 연봉급 임금체계를 전제로 기본급을 정한 반면, 원고들에 대하여는 프로젝트 종료시까지 단기고용을 전제로 즉시 측정가능한 근로능력(기술등급)에 대한 평가에 따라 월정 기본급을 정하는 등 그 기본급을 정하는 요소와 기준이 다른 점, ㉢ 원고들과 정규직 근로자들 사이에 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다고 하더라도 그 고용형태에서 비롯되는 업무의 범위 또는 책임과 권한이 완전히 동일하지는 않은 점 등을 종합해 볼 때, 참가인이 원고들과 정규직 근로자들에 대한 기본급 임금체계와 그 액수를 달리 정한 것은 합리적인 이유가 있다.

② 특수근무수당 중 시차근무수당: 참가인의 ○○공항지점은 시차근무제를 시행하고 있지 않고, 정규직 근로자들에게도 이를 지급하지 않았으므로, 참가인이 원고들에게 시차근무수당을 지급하지 아니한 것은 합리적인 이유가 있다.”

## 3) 사료연구위원

## 【서울행정법원 2015. 12. 4. 선고 2015구합65827 판결】

“기간제근로자인 참가인 권○○, 이○○, 하○○과 비교대상 근로자인 편사연구사 사이의 급여 수준이 결과에서 차이가 있다고 하더라도 이는 고용형태의 특성, 채용조건, 업무의 범위 및 능력 등 임금 및 근로조건의 결정요소의 차이 등에 기인한 것으로 보이므로, 원고가 비교대상 근로자와 위 참가인들 사이의 명절휴가비, 정액급식비를 포함한 급여 수준에 차이를 둔 것은 합리적인 이유가 있다고 봄이 타당하다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 있다.

(1) 원고는 편사연구직 공무원에게 공무원보수규정, 공무원수당 등에 관한 규정에 따라 기본급, 제수당, 명절휴가비 등을 지급하되, 기본급은 계급과 호봉에 따라 미리 정해진 액수를 지급하고, 기본급에 일정비율을 곱하여 산정된 명절휴가비를 지급하며, 월정액의 연구직수당, 직급보조비, 정액급식비와 근속 연수에 따라 증가하는 정근수당과 정근수당가산금을 지급하는 한편, 기간제 근로자인 사료연구위원들에게는 가급과 나급으로 나누어 정해진 액수를 지급하고 있다.

이와 같이 원고는 비교대상 근로자에게 계급과 호봉에 따른 급여를 지급하고, 기간제근로자에게 급수에 따른 월정액을 지급하는 방식으로 급여체계를 달리하고 있는데, 이처럼 원고가 급여체계를 달리한 것 자체는 담당 업무의 난이도, 예상되는 근로기간, 근로자의 업무 숙련도, 권한과 책임 등을 고려한 것으로 보이므로 원고가 정규직 근로자인 비교대상 근로자들의 보수를 기간제근로자인 사료연구위원의 보수와 다른 방식으로 결정한 것은 상당한 이유가 있다고 할 것이다.



(2) 참가인들은 애초 비교대상 근로자들과 다른 방식으로 보수가 결정되었는데, 사료연구위원 가급의 월 급여는 2,762,900원으로서 1호봉에서 6호봉까지의 편사연구직 공무원의 급여보다 많고, 10호봉의 경우 명절휴가비와 정액급식비를 제외한 월 급여는 2,879,442원으로서 참가인 이○○ 보다는 많으나 위와 같은 차이는 편사연구직 공무원들은 역사계열학과 석사학위 소지자 또는 관련 분야 근무 또는 연구경력자로서 임용시 276시간의 임용교육, 임용 후 연 80시간의 의무교육을 이수하는 등 사료연구위원들에 비하여 업무에 대한 이해와 숙련도가 높을 것으로 보이는 점, 사료 조사, 정보화 업무 등 비교대상 근로자와 참가인들의 주된 업무에는 차이가 없으나 편사연구직 공무원들은 사료연구위원들에 비하여 문서 기안, 대외 기관 협력 등 기획·행정 업무를 높은 비중으로 수행하고 있고, 감사에서 징계를 받는 등 업무에 따른 책임도 보다 중한 점 등을 고려하면 비교대상 근로자들과 비교한 참가인들에 대한 불리한 처우는 사용자인 원고의 경영상 목적과 객관적으로 합리적인 관련을 가지고 있는 것이어서 사용자인 원고의 자의에 따른 것이라고 보기 어렵다.

(3) 사료연구위원 가급의 월 급여는 2,762,900원으로서 편사연구사 20호봉의 월 급여 4,059,965원의 68.05%(2,762,900/4,059,965)에 불과하다. 그러나 편사연구사는 경력이 5년 이상이 되면 시험을 거쳐 5급 이상의 편사연구관으로 승진할 수 있고, 편사연구관은 편사연구사와 달리 부서장 등의 역할을 수행할 수 있는데, 비교대상 근로자 중 20호봉인 고○○, 나○○은 모두 편사연구관으로서 팀장 업무를 수행하고 있고, 위와 같은 승진제도로 인하여 이 사건 위원회에 근무기간이 20년 이상인 편사연구사는 없는 것으로 보인다. 앞서 본 편사연구직 공무원들의 업무 숙련도, 기획·행정 업무 수행, 업무에 대한 책임에 더하여 편사연구직 공무원들은 승진을 통하여 부서장으로서 총괄, 기획, 행정 등의 업무를 훨씬 높은 비중으로 수행하게 되는 점 등을 고려하면, 근무기간이 19년 이상인 참가인 권○○, 하○○이 20호봉을 전제로 산정된 편사연구사의 급여보다 적은 급여를 받는다 하더라도 이와 같은 차별적 처우가 부당하다고 보기 어렵다.”



※ 이 『주제별 판례 분석집』은 주요 판례를 선별하여 정리한 자료로서 중앙노동위원회 및 각 지방노동위원회의 위원, 조사관, 송무관을 위한 참고자료로 활용하기 위해 제작한 것이며, 우리 위원회의 입장을 제시하는 것은 아님을 알려드립니다.

## 주제별 판례 분석집

### 이 책을 만든 사람들

사 무 처	사 무 처 장	이 재 흥
조 정 심 판 국	국 장	송 홍 석
법 무 지 원 과	과 장	김 범 석
법 무 지 원 과	사 무 관	유 연 재
법 무 지 원 과	전 문 위 원	김 종 오
법 무 지 원 과	공익법무관	김 상 훈
법 무 지 원 과	공익법무관	강 영 민
법 무 지 원 과	공익법무관	서 영 의
법 무 지 원 과	공익법무관	송 연 창
법 무 지 원 과	공익법무관	지 현 진
법 무 지 원 과	공익법무관	하 성 재
법 무 지 원 과	공익법무관	하 현 웅

### 감수

전북지방노동위원회	위 원 장	김 대 환
경기지방노동위원회	상 임 위 원	강 선 희
서울지방노동위원회	공 익 위 원	김 홍 영

◇ 발행일 : 2016년 10월

◇ 발행처 : 중앙노동위원회 조정심판국 법무지원과  
☎ 044) 202-8280, 8281

◇ 인 쇄 : 문중기획 ☎ 044) 858-8580

<비매품>