

# 주제별 노동판례 330선 **2권**

2019. 10.



**중앙노동위원회**  
National Labor Relations Commission



# 주제별 노동판례 330선 **2권**

2019. 10.



**중앙노동위원회**  
National Labor Relations Commission



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

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

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



## 주요 목차

### 2권

#### 제2부 개별적 근로관계

제8장 근로계약 기간만료 .....	1
제9장 기타 근로관계 종료 .....	71
제10장 도급과 파견계약 등에서의 근로관계 .....	211
제11장 비정규직 차별시정 .....	323

#### 제3부 집단적 노사관계 .....

제1장 부당노동행위 .....	459
제2장 복수노조 .....	597

### 1권

#### 제1부 당사자와 구제이익 .....

제1장 근로자 .....	3
제2장 사용자 .....	147
제3장 구제대상과 구제이익 등 .....	181

#### 제2부 개별적 근로관계 .....

제1장 근로관계 기본 원칙 .....	241
제2장 채용내정 .....	279
제3장 시용과 수습 .....	295
제4장 인사발령 .....	345
제5장 기업변동 .....	479
제6장 징계 .....	585
제7장 해고 .....	699





## 제2권 세부 목차

### 제2부 개별적 근로관계

#### 제8장 근로계약 기간만료

1. 기간제 근로계약의 사용기간 제한 .....	3
1.1 2년 초과 사용에 따른 무기계약근로자 전환 .....	3
□ 대법원 2018. 1. 25. 선고 2017두59987 판결 .....	3
1.2 반복갱신된 기간제 근로계약의 계속성 인정 .....	5
□ 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다255910 판결 .....	5
2. 사실상 무기계약 인정 및 부정 사례 .....	10
2.1 사실상 무기계약 인정 .....	10
□ 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005두16901 판결 .....	10
2.2 사실상 무기계약 부정 .....	13
□ 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005두2247 판결 .....	13
3. 기간제 근로자의 갱신기대권과 무기계약 전환기대권 .....	15
3.1 갱신기대권 인정 기준 .....	15
□ 대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결 .....	15
3.2 갱신 근거규정에 따른 갱신기대권 인정 .....	20
□ 대법원 2005. 7. 8. 선고 2002두8640 판결 .....	20
3.3 갱신에 관한 신뢰관계 형성에 따른 갱신기대권 인정 .....	21
□ 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8225 판결 .....	21
3.4 사용기간 제한의 예외 사유에 있어서의 갱신기대권 .....	23
□ 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016두50563 판결 .....	23



3.5 정년 경과 이후의 갱신기대권 인정 기준 .....	27
□ 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016두50563 판결 .....	27
3.6 무기계약 전환기대권의 인정 기준 .....	28
□ 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결 .....	28
3.7 근로관계를 둘러싼 제반사정을 고려한 무기계약 전환기대권 부정 .....	33
□ 대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두28913 판결 .....	33
<b>4. 계약 갱신 및 무기계약 전환 거절의 합리적 사유 .....</b>	<b>35</b>
4.1 합리적 사유 입증책임 및 구체적 판단기준 .....	35
□ 대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두44493 판결 .....	35
4.2 객관성·공정성이 담보된 평가와 갱신거절의 합리적 사유 인정 .....	41
□ 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두5374 판결 .....	41
4.3 운전근로자의 신체상태와 갱신거절의 합리적 사유 인정 .....	45
□ 서울행법 2013. 1. 31. 선고 2012구합14637 판결 .....	45
4.4 기간제법 상 사용기간 제한 규정을 회피할 목적으로 한 갱신거절의 합리적 사유 불인정 .....	52
□ 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011두17745 판결 .....	52
4.5 대규모로 계약갱신을 거절한 경우의 합리적 사유 인정 요건 .....	55
□ 대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두44493 판결 .....	55
<b>5. 기간제 근로계약의 사용기간 제한 예외사유 .....</b>	<b>56</b>
5.1 복지정책 및 실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우 .....	56
□ 대법원 2016. 8. 18. 선고 2014다211053 판결 .....	56
5.2 고등교육법 상 조교로 볼 수 없는 경우 사용기간 제한 예외사유 해당 여부 ...	60
□ 광주고법 2015. 8. 27. 선고 2015누5558 판결 .....	60
5.3 기간제법상 사용기간 제한 예외사유로 근무한 기간 .....	65
□ 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다2672 판결 .....	65

5.4 사용기간 제한 예외사유로 근무한 기간과 예외사유에 해당하지 않는 기간이 혼재한 경우의 2년 초과여부 .....	67
□ 대전고법 2016. 9. 8. 선고 2016누10884 판결 .....	67

## 제9장 기타 근로관계 종료

1. 근로관계 종료사유 .....	73
1.1 근로관계 종료사유의 유형 .....	73
□ 대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결 .....	73
1.2 정년도래에 의한 근로관계 종료 .....	77
(1) 정년통지의 법적 성질 .....	77
□ 대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다85997 판결 .....	77
(2) 정년 산정의 기산일 .....	81
□ 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018두41082 판결 .....	81
2. 사직과 합의해지에 의한 근로관계 종료 .....	84
2.1 임의사직 .....	84
□ 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두26029 판결 .....	84
□ 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8657 판결 .....	86
□ 서울고법 2012. 5. 24. 선고 2011누33961 판결 .....	89
2.2 합의해지 .....	91
□ 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다60528 판결 .....	91
□ 서울고등법원 2011. 11. 18. 선고 2011누16430 판결 .....	93
2.3 명예퇴직 .....	100
□ 대법원 2000. 7. 7. 선고 98다42172 판결 .....	100
□ 대법원 2007. 11. 30. 선고 2005다21647, 21654 판결 .....	103
2.4 사직과 합의해지의 효력발생 .....	106
□ 대법원 1997. 7. 8. 선고 96누5087 판결 .....	106
□ 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007두15612 판결 .....	109
□ 대전고법 2015. 10. 8. 선고 2015누11507 판결 .....	112
□ 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결 .....	114



<b>3. 비진의 사직 의사표시</b>	120
3.1 진의 아닌 의사표시에서 진의의 개념	120
□ 대법원 2015. 8. 27. 선고 2015다211630 판결	120
□ 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결	122
3.2 진의 아닌 의사표시의 입증책임	125
□ 대법원 1992. 5. 22. 선고 92다2295 판결	125
3.3 품질불량에 대해 책임지는 모습을 보이려 한 형식적 사직서 제출	127
□ 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두15951 판결	127
3.4 재입사를 전제로 한 형식적 사직서 제출	129
□ 대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두14090 판결	129
3.5 징계면직 처분 받은 후 사직서 제출	132
□ 대법원 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결	132
3.6 징계해고 예상되는 상황에서의 사직서 제출	136
□ 대법원 2006. 4. 14. 선고 2006두1074 판결	136
3.7 사용자의 일괄사직서 제출 지시 후 선별 수리	141
□ 대법원 1992. 5. 26. 선고 92다3670 판결	141
3.8 사용자의 일괄사직서 제출 지시에 따른 근로자의 사직서 제출	144
□ 대법원 1994. 4. 29. 선고 93누16185 판결	144
3.9 사용자의 일괄 명예퇴직신청서 제출 요구에 따른 근로자의 명예퇴직 신청	147
□ 서울고법 2015. 4. 17. 선고 2014누3077 판결	147
3.10 희망퇴직이 최선이라고 판단한 후 희망퇴직 신청	151
□ 대법원 2005. 9. 9. 선고 2005다34407 판결	151
3.11 기간제법 제4조 제2항의 적용을 회피하기 위한 사직서 제출	153
□ 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다255910 판결	153
<b>4. 강요와 기망 등에 의한 사직 의사표시</b>	158
4.1 사용자의 인원 감축대상자 선정 후 사직서 제출 종용	158
□ 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다38270 판결	158

4.2 사내부부 사원 중 한명에게 일방적 사직 권유 또는 중용 .....	161
□ 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002다19292 판결 .....	161
□ 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다35379 판결 .....	164
4.3 대기발령과 직권면직 통보에 의한 희망퇴직 신청 .....	166
□ 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두6552 판결 .....	166
4.4 사용자의 욕설과 폭언 등에 의한 사직서 제출 .....	168
□ 서울행법 2013. 7. 23 선고 2013구합2051 판결 .....	168
4.5 회사 상황을 다소 과장하고 불이익을 예고하여 사직서 제출 .....	172
□ 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결 .....	172
4.6 특별퇴직 권유에 의한 사직서 제출 .....	175
□ 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다95974 판결 .....	175
4.7 사용자의 인사상 불이익 암시에 의한 근로자의 희망퇴직원 제출 .....	177
□ 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다68058 판결 .....	177
<b>5. 사직 의사표시의 철회 .....</b>	<b>181</b>
5.1 임의사직의 철회 .....	181
□ 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8657 판결 .....	181
□ 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다81269 판결 .....	184
□ 서울고법 2016. 11. 3. 선고 2016누54727 판결 .....	186
□ 서울고법 2014. 12. 10. 선고 2014누49585 판결 .....	190
5.2 명예퇴직 청약의 철회 .....	193
□ 대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11458 판결 .....	193
□ 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다1632 판결 .....	196
5.3 명예퇴직 승낙의 철회 .....	199
□ 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다60890, 60906 판결 .....	199
<b>6. 근로관계 종료원인의 증명책임 .....</b>	<b>204</b>
6.1 근로자에게 증명책임을 부담시킨 사례 .....	204
□ 서울고법 2013. 10. 16. 선고 2012누34756 판결 .....	204



6.2 사용자에게 증명책임을 부담시킨 사례 .....	208
□ 서울고법 2018. 5. 4. 선고 2017누84329 판결 .....	208

## 제10장   도급과 파견계약 등에서의 근로관계

1. 묵시적 근로계약관계 .....	213
1.1 위장도급에 대한 법인격 부인의 법리 적용 .....	213
□ 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결 .....	213
1.2 제3자의 근로자에 대한 묵시적 근로계약관계 인정 .....	216
□ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결 .....	216
1.3 형식상 파견관계에서의 묵시적 근로계약관계 인정 .....	219
□ 서울고법 2013. 3. 13. 선고 2012나59376 판결 .....	219
1.4 승객 서비스 업무의 묵시적 근로계약관계 불인정 .....	229
□ 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결 .....	229
2. 근로자 파견관계 .....	233
2.1 도급과 파견 구별의 주요 기준 .....	233
(1) 도급과 파견의 판단 기준 .....	233
□ 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결 .....	233
□ 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결 .....	237
(2) 자동차 의장공정에 혼재 배치되어 단순·반복적인 업무 수행 .....	240
□ 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결 .....	240
(3) 대형마트 계산원의 영업규칙에 따른 근무와 지휘·명령 .....	244
□ 의정부지법 고양지원 2017. 7. 14. 선고 2015가합71412 판결 .....	244
2.2 직접고용간주 .....	256
(1) 일부 혼재 근무 시 적법 도급 인정 .....	256
□ 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결 .....	256
(2) 위법한 근로자 파견의 직접고용간주 적용 .....	259
□ 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결 .....	259

(3) 일상적인 작업지시는 없었더라도 원청이 작업배치 및 근태관리한 경우 .....	264
□ 대법원 2011. 7. 1. 선고 2011두6097 판결 .....	264
(4) 근로관계의 실질에 따른 근로자 파견 판단 .....	273
□ 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결 .....	273
(5) 직접고용간주 근로자의 근로조건 결정 .....	275
□ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다74592 판결 .....	275
□ 대법원 2016. 3. 10. 2012두9758 판결 .....	279
(6) 직접고용간주 근로자의 근로조건에 관한 노사합의의 효력 .....	281
□ 대법원 2016. 6. 23. 선고 2012다108139 판결 .....	281
2.3 직접고용의무 .....	284
(1) 파견사업주의 변경과 파견기간의 산정 .....	284
□ 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결 .....	284
(2) 운전기사 용역계약업무의 성격과 상당한 지휘·감독 .....	288
□ 서울고법 2015. 7. 1. 선고 2013나2015966 판결 .....	288
(3) 모니터링 요원의 용역업체 변경 후 계속근로와 지휘·명령 .....	301
□ 대법원 2016. 7. 22. 선고 2014다222794 판결 .....	301
(4) 분리된 작업공간과 상당한 지휘·명령 .....	304
□ 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결 .....	304

## 제11장 비정규직 차별시정

1. 차별시정 신청 요건 .....	325
1.1 임금 등에 있어서도 사용사업주의 차별시정 피신청인 적격을 인정 .....	325
□ 서울행법 2016. 11. 18. 선고 2015구합70416 판결 .....	325
1.2 임금의 차별적 지급은 계속되는 차별적 처우에 해당 .....	341
□ 대법원 2011. 12. 22. 선고 2010두3237 판결 .....	341
1.3 근로계약기간 만료 후에도 차별시정을 구할 시정이익 인정 .....	343
□ 대법원 2016. 12. 1. 선고 2014두43288 판결 .....	343



<b>2. 비교대상근로자</b>	347
2.1 비교대상근로자 유무	347
(1) 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없는 경우 동종·유사 업무 해당 여부	347
□ 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2132 판결	347
□ 서울고법 2017. 6. 9. 선고 2016누51667 판결	351
(2) 업무수행에 있어 현저한 질적 차이가 없어야 동종·유사 업무 해당	363
□ 서울고법 2011. 1. 27. 선고 2010누22940 판결	363
(3) 휴직대체자로 채용된 근로자에 대해 전임자를 비교대상근로자로 인정	370
□ 서울행법 2016. 7. 15. 선고 2016구합51450 판결	370
(4) 비교대상근로자는 사법상 근로계약을 체결한 근로자에 한정되지 않음	378
□ 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5391 판결	378
2.2 동종·유사한 업무에 종사하는 정규직 근로자가 다수인 경우 비교대상 근로자 선정	381
□ 서울행법 2015. 9. 24. 선고 2015구합64053 판결	381
□ 대전지법 2017. 1. 11. 선고 2016구합101975 판결	389
<b>3. 차별금지영역의 확대 경향</b>	399
3.1 차별금지영역의 개념적 확대	399
□ 서울행법 2012. 1. 12. 선고 2011구합8734 판결	399
3.2 타 법 위반사항과 차별금지영역	413
□ 서울고법 2017. 5. 17. 선고 2016누79078 판결	413
<b>4. 불리한 처우</b>	418
4.1 불리한 처우 유무에 관한 판단기준	418
□ 대법원 2014. 9. 24. 선고 2012두2207 판결	418
4.2 불리한 처우 유무에 관한 비교 방식	421
□ 서울고법 2016. 10. 21. 선고 2016누30189 판결	421



<b>5. 합리적 이유</b> .....	438
5.1 자의 금지의 원칙 및 비례의 원칙에 의거한 합리적 이유 유무 판단 .....	438
□ 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2132 판결 .....	438
5.2 기간제 근무기간을 장기근속수당 산정기간에 포함하지 않은 것에 대한 합리적 이유 인정 .....	439
□ 대법원 2014. 9. 24. 선고 2012두2207 판결 .....	439
5.3 기간제 근로계약을 반복·갱신한 경우 근속수당 미지급에 대한 합리적 이유 부정 .....	440
□ 서울행법 2010. 1. 22. 선고 2009구합28155 판결 .....	440
5.4 정년퇴직 후 재고용 .....	445
□ 서울행법 2013. 3. 21. 선고 2012구합30738 판결 .....	445
<b>6. 배액금전배상명령의 시정명령으로서의 독자성</b> .....	450
□ 서울행법 2018. 9. 13. 선고 2017구합87074 판결 .....	450

## 제3부 집단적 노사관계

### 제1장 부당노동행위

<b>1. 총괄</b> .....	461
1.1 부당노동행위 금지 규정의 법적 성격 .....	461
□ 대법원 1993. 12. 21. 선고 93다11463 판결 .....	461
1.2 부당노동행위 구제신청의 당사자 적격 .....	464
(1) 노동조합의 독자적 구제신청권의 존부 .....	464
□ 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007두19249 판결 .....	464
(2) 노동조합 설립 후 1인만 남은 노동조합의 당사자 능력 부정 .....	466
□ 대법원 1998. 3. 13. 선고 97누19830 판결 .....	466
(3) 단위노동조합의 산업별 노동조합 하부조직 편입의 조직형태 변경시 산업별 노동조합의 소송절차 수계 인정 .....	468
□ 대법원 2016. 12. 29. 선고 2015두1151 판결 .....	468



1.3 산업별 노조 지회의 기업별 노조로의 조직형태 변경 결의의 유효성 .....	470
□ 대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다96120 전원합의체 판결 .....	470
□ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2013두12331 판결 .....	484
1.4 부당노동행위 주체로서의 사용자의 범위 .....	488
□ 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결 .....	488
1.5 노동조합법 제82조 제2항의 계속하는 행위의 의미 .....	489
□ 대법원 2014. 5. 29. 선고 2011두24040 판결 .....	489
<b>2. 불이익 취급</b> .....	492
2.1 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위의 의미 .....	492
□ 대법원 1999. 11. 9. 선고 99두4273 판결 .....	492
2.2 불이익을 주는 행위의 의미 .....	496
□ 대법원 2004. 8. 30. 선고 2004도3891 판결 .....	496
2.3 해고에 대한 부당노동행위 판단 기준(원인의 경합) .....	498
□ 대법원 1991. 4. 23. 선고 90누7685 판결 .....	498
□ 대법원 1999. 8. 26. 선고 98두4672 판결 .....	500
□ 대법원 1996. 7. 30. 선고 96누587 판결 .....	506
2.4 징계처분의 불이익 취급 인정 .....	510
□ 대법원 2006. 3. 24. 선고 2013두13068 판결 .....	510
2.5 경제적·업무상 불이익의 불이익 취급 인정 .....	514
□ 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도388 판결 .....	514
2.6 승진 배제의 불이익 취급 불인정 .....	520
□ 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두9754 판결 .....	520
2.7 인사고과의 불이익 취급 불인정 .....	523
□ 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007두25695 판결 .....	523
2.8 비합리적 평가 기준을 적용한 본계약 체결 거부의 부당노동행위 인정 .....	525
□ 대법원 2008. 12. 11. 선고 2006두13220 판결 .....	525

<b>3. 불공정 고용계약</b> .....	526
3.1 유니온숍 협정 위반과 부당노동행위 .....	526
□ 대법원 1998. 3. 24. 선고 96누16070 판결 .....	526
3.2 유니온숍 협정이 무효인 경우 조합원 자격의 취득 여부 .....	529
□ 대법원 2004. 11. 12. 선고 2003다264 판결 .....	529
3.3 유니온숍 협정과 조합가입 제한의 정당성 .....	534
□ 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다28899 판결 .....	534
<b>4. 단체교섭 거부·해태</b> .....	536
4.1 단체교섭 거부와 불법행위 .....	536
□ 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다11070 판결 .....	536
4.2 사정변경과 단체교섭 거부의 정당한 이유 .....	538
□ 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도8606 판결 .....	538
<b>5. 지배·개입과 경비 원조</b> .....	542
5.1 사용자의 언론의 자유와 지배·개입 .....	542
□ 대법원 2013. 1. 10. 선고 2011도15497 판결 .....	542
□ 대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8076 판결 .....	547
5.2 조합비 공제 거부와 지배·개입 .....	550
□ 대법원 1997. 5. 7. 선고 96누2057 판결 .....	550
5.3 공격적 직장폐쇄와 지배·개입 .....	552
□ 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013도7896 판결 .....	552
5.4 경비 원조 행위 .....	558
(1) 업무용 차량, 매점장소 제공 등 .....	558
□ 대법원 2016. 4. 15. 선고 2013두11789 판결 .....	558
(2) 근로시간면제자에 대한 과도한 급여 지급 .....	562
□ 대법원 2016. 4. 2. 선고 2014두11137 판결 .....	562
(3) 상당한 금액의 운영비 원조 .....	565
□ 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012두12457 판결 .....	565



(4) 자동차 제공 .....	568
□ 대법원 2016. 1. 18. 선고 2013다72046 판결 .....	568
5.5 운영비 원조 행위에 대한 헌법불합치 결정 .....	571
□ 헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2012헌바90 결정 .....	571
<b>6. 기타</b> .....	585
6.1 기업의 청산과정에서의 해고와 부당노동행위 .....	585
□ 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003두902 판결 .....	585
6.2 합병에 따른 고용승계와 노동조합 조합원의 지위 .....	589
□ 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다23185 판결 .....	589
 <b>제2장 복수노조</b>	
<b>1. 총괄</b> .....	599
1.1 학습지 교사의 노동조합법상 근로자성 인정 .....	599
□ 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604 판결 .....	599
1.2 방송연기자의 노동조합법상 근로자성 인정 .....	601
□ 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결 .....	601
1.3 산업별 노조 지회의 기업별 노조로의 조직형태 변경 결의의 유효성 .....	603
□ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2013두19370 판결 .....	603
1.4 유일 노조는 교섭창구 단일화 절차를 거치더라도 교섭대표노동조합 지위 취득 부정 .....	605
□ 대법원 2017. 10. 31. 선고 2016두36956 판결 .....	605
<b>2. 교섭요구 사실의 공고</b> .....	608
2.1 교섭요구 사실 공고의 하자 치유 .....	608
□ 서울행법 2013. 2. 1. 선고 2012구합26944 판결 .....	608
2.2 교섭요구 사실 공고의 하자로 인한 재공고 .....	613
□ 서울행법 2018. 2. 1. 선고 2017구합66817 판결 .....	613

<b>3. 교섭요구 노동조합 확정 공고</b>	618
3.1 교섭대표 자율결정기간의 기산일이 되는 교섭요구 노동조합이 확정된 날의 의미	618
□ 대법원 2016. 2. 18. 선고 2014다11550 판결	618
3.2 노동위원회가 결정을 한 경우 교섭대표노동조합 자율결정기간의 기산일	621
□ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다84643, 84650 판결	621
<b>4. 과반수 노동조합의 교섭대표노동조합 결정</b>	624
4.1 과반수 노조 결정 기준일인 교섭요구 노동조합 확정공고일의 해석	624
□ 서울행법 2013. 12. 13. 선고 2013구합18995 판결	624
4.2 해고자의 조합원 수 산입 여부	631
□ 서울고법 2015. 4. 3. 선고 2014누42959 판결	631
<b>5. 교섭단위 분리 결정</b>	635
5.1 상용직 근로자들에 대한 교섭단위 분리 인정	635
□ 대법원 2018. 9. 13. 선고 2015두39361 판결	635
5.2 환경미화원들에 대한 교섭단위 분리 인정 부정	638
□ 서울고법 2016. 10. 19. 선고 2016누48234 판결	638
<b>6. 공정대표의무</b>	644
6.1 노조사무실 미제공 등 공정대표의무 위반의 불법행위 책임 인정	644
□ 대법원 2018. 8. 30. 선고 2017다218642 판결	644
6.2 노조사무실 미제공의 공정대표의무 위반 인정	647
□ 대법원 2018. 9. 13. 선고 2017두40655 판결	647





## 근로계약 기간만료









## 제8장 근로계약 기간만료

### 1. 기간제 근로계약의 사용기간 제한

#### 1.1 2년 초과 사용에 따른 무기계약근로자 전환

☞ 대법원 2018. 1. 25. 선고 2017두59987 판결

- \* 원고, 상고인 : A 주식회사
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인: B
- \* 원심판결 : 대전고법 2017. 8. 10. 선고 2015누10726 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 민사재판에서 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 될 수 있으나, 법원이 그 확정된 관련사건 판결의 이유와 더불어 다른 증거들을 종합하여 확정판결에서 인정된 사실과 다른 사실을 인정하는 것 또한 법률상 허용되면, 그와 같은 사실인정이 자유심증주의의 한계를 벗어나지 아니하고 그 이유 설시에 합리성이 인정되는 한 이는 사실심의 전권에 속하는 사실인정의 문제로서 위법하다 할 수 없다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2009다38612 판결, 대법원 2012. 11. 29. 선고 2012다44471 판결 등 참조).

원심은 그 채택증거에 의하여 인정되는 판시와 같은 사정 등을 종합하여, 원고가 피고 보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다)에 대하여 실시한 노선연습 기간은 실질적으로 원고의 지휘·감독을 받아 운전기사로서 근무하는데 필요한 기본적인 사항을 습득하기 위한 시용기간으로서 근로기간에 포함되고, 참가인은 2011. 8. 6.부터 근로를 제공하였으므로 2013. 8. 6. '기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률' 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로자로 전환되었다고 판단하였다.



원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 기간의 정함이 없는 근로자인지에 관하여 채증법칙에 위반하여 사실을 잘못 인정하고 필요한 심리를 다하지 아니하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

2. 원심은 그 채택증거에 의하여 인정되는 판시와 같은 사정을 종합하여, 원고는 정당한 사유가 있을 때에만 참가인을 해고할 수 있는데, 원고가 귀책사유로 삼고 있는 사유들은 정당한 해고사유로 볼 수 없다고 보아, 원고가 참가인에게 근로계약관계 종료를 통지한 것은 부당해고에 해당한다고 판단하였다.
3. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 고영한(재판장), 조재연(주심), 권순일, 안철상



## 1.2 반복갱신된 기간제 근로계약의 계속성 인정

☞ 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다255910 판결

### » 요 지 «

1. 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법'이라고 한다) 제4조제1항 단서 제1호에 따라 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 '사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우'란 건설공사, 특정 프로그램 개발 또는 프로젝트 완수를 위한 사업 등과 같이 객관적으로 일정 기간 후 종료될 것이 명백한 사업 또는 특정한 업무에 관하여 그 사업 또는 업무가 종료될 것으로 예상되는 시점까지로 계약기간을 정한 경우를 말한다.

기간제법의 시행으로 사용자는 원칙적으로 2년의 기간 내에서만 기간제근로자를 사용할 수 있고, 기간제근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 기간제근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되는 점, 기간제법 제4조의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 사용자가 기간제법 제4조제2항의 적용을 회피하기 위하여 형식적으로 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 근로계약을 반복갱신하여 체결하였으나 각 근로관계의 계속성을 인정할 수 있는 경우에는 기간제법 제4조제1항 단서 제1호에 따라 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 '사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우'에 해당한다고 할 수 없다.

사용자가 기간제법 제4조제2항의 적용을 회피하기 위하여 형식적으로 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 근로계약을 반복갱신하여 체결하였으나 각 근로관계의 계속성을 인정할 수 있는지는 각 근로계약이 반복갱신하여 체결된 동기와 경위, 각 근로계약의 내용, 담당 업무의 유사성, 공백기간의 길이와 발생이유, 공백기간 동안 그 근로자의 업무를 대체한 방식 등 관련 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

2. 기간제법 제4조제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 근로자가 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받은 후 다시 기간제 근로계약을 체결하는 형식을 취하였다고 하더라도, 그것이 근로자의 자의에 의한 것이 아니라 사용자의 일방적인 결정에 따라 기간제법 제4조제2항의 적용을 회피하기 위하여 퇴직과 재입사의 형식을 거친 것에 불과한 때에는, 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로 계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다.

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : 현대엔지니어링 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2016. 9. 21. 선고 2016나2039369 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 기간제근로자 사용기간 제한에 관한 법리오해 등 주장에 관하여

가. 2006.12.21. 제정되어 2007.7.1.부터 시행된 기간제 및 단시간근로자 보호등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’이라고 한다) 제4조는 제1항 본문에서 “사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다.”라고 규정하면서, 제1항 단서에서 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외를 규정하고 있고, 제2항에서 “사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.”라고 규정하고 있다.

기간제법 제4조제1항 단서 제1호에 따라 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’란 건설공사, 특정 프로그램 개발 또는 프로젝트 완수를 위한 사업 등과 같이 객관적으로 일정 기간 후 종료될 것이 명백한 사업 또는 특정한 업무에 관하여 그 사업 또는 업무가 종료될 것으로 예상되는 시점까지로 계약기간을 정한 경우를 말한다.

기간제법의 시행으로 사용자는 원칙적으로 2년의 기간 내에서만 기간제근로자를 사용할 수 있고, 기간제근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 기간제근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되는 점, 기간제법 제4조의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 사용자가 기간제법 제4조제2항의 적용을 회피하기 위하여 형식적으로 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 근로계약을 반복갱신하여 체결하였으나 각 근로관계의 계속성을 인정할 수 있는 경우에는 기간제법 제4조제1항 단서 제1호에 따라 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’에 해당한다고 할 수 없다.

이때 사용자가 기간제법 제4조제2항의 적용을 회피하기 위하여 형식적으로 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 근로계약을 반복갱신하여 체결하였으나 각 근로관계의 계속성을 인정할 수 있는지는 각 근로계약이 반복갱신하여 체결된 동기와 경위, 각 근로계약의 내용, 담당 업무의 유사성, 공백기간의 길이와 발생이유, 공백기간 동안 그 근로자의 업무를 대체한 방식 등 관련 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.



나. 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- ① 피고는 건축 공사업, 각종 건설공사의 시공감리 및 전면 책임감리업 등을 목적으로 설립된 법인이다.
- ② 피고는 2004년경 '○강 ○곡지구 하천개수공사 전면책임감리용역'을 수주하였다. 피고는 2004.7.7.경부터 원고와 근로계약을 체결하였고, 2005.7.7., 2006.7.7., 2007.7.7., 2008.7.7., 2009.7.7., 2010.7.7., 2011.7.7. 7회에 걸쳐 매년 원고와 위 '○강 ○곡지구 용역현장'을 근무처로 하고, 원고의 직무를 '보조감리원 또는 감리원 등'으로 하는 기간제 근로계약을 반복갱신하여 체결하였다. 원고는 2005.1.3.부터 2011.10.3.까지 '위 ○강 ○곡지구 용역현장'에서 보조감리원 또는 감리원 등으로 근무하였다.
- ③ 피고는 2012.7.7., 2012.10.31., 2013.1.1. 3회에 걸쳐 원고와 피고가 수주한 '곤지암천·신천 수해복구사업 전면책임감리용역현장'을 근무처로 하고, 원고의 직무를 '감리원'으로 하는 기간제 근로계약을 반복갱신하여 체결하였다. 원고는 2012.2.1.부터 2013.1.10.까지 '위 곤지암천·신천 용역현장'에서 감리원으로 근무하였다.
- ④ 피고는 2013.4.1., 2013.7.1. 2회에 걸쳐 원고와 '인프라·환경사업본부 인프라지원팀'을 근무처로 하고, 원고의 직무를 '감리원'으로 하는 기간제 근로계약을 반복갱신하여 체결하였다. 피고는 원고에게 피고가 수주한 수개의 감리용역현장 중 일시적으로 감리원 또는 보조감리원이 필요한 감리용역현장에서 근무할 것을 지시하였고, 원고는 피고의 각 지시에 따라 2013.6.26.부터 2013.7.30.까지는 '한림 배수문설치공사 전면책임감리용역현장'에서, 2013.9.2.부터 2014.8.27.까지는 '○○학운4일반산업단지 조성사업 책임감리용역현장'에서, 2014.8.28.부터 2015.6.30.까지는 '○○연구소 R&H 시험로 신설현장 전면책임감리용역현장'에서 각 감리원 또는 토목보조감리원으로 근무하였다. 피고는 원고와 '한림 배수문 설치공사 전면책임감리용역현장'과 '○○학운4일반산업단지 조성사업 책임감리용역현장'을 각 근무처로 특정한 근로계약을 별도로 체결한 사실이 없고, 2013.10.1.부터 2014.10.19.까지 별도의 근로계약서를 작성한 사실이 없으며, '○○연구소 R&H 시험로 신설현장 전면책임감리용역현장'을 근무처로 특정한 근로계약서를 작성하지 않다가 원고로부터 1차 사직서를 제출받은 직후인 2014.10.20.경에야 원고와 위 용역현장을 근무처로 기재한 기간제 근로계약을 체결하였다.
- ⑤ 피고는 위 '○강 ○곡지구 하천개수공사 전면책임감리용역', '곤지암천·신천 수해복구사업 전면책임감리용역', '한림 배수문 설치공사 전면책임감리용역'이 각 종료된 이후에도 원고와 체결한 기존 근로계약을 계속 유지하며 원고에게 임금을 지급하여 왔다.
- ⑥ 원고는 피고의 요구에 따라 2014.10.14. 피고에게 사직서를 제출하였다. 피고는 재직기간을 10년 3개월(2004.7.7.부터 2014.9.30.까지)로 환산한 퇴직금을 원고에게 지급하였다.

다. 위와 같은 사실관계를 통해 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고는 '○강 ○곡지구 하천개수공사 전면책임감리용역'이 종결된 이

후에도 피고가 수주하는 각종 건설공사의 감리용역 등을 수행하기 위하여 원고와 사이에 체결된 근로계약을 계속 유지하면서, 기간제법 제4조제2항의 적용을 회피하기 위하여 형식적으로 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 근로계약을 반복갱신하여 체결하였다고 볼 여지가 많다.

- ① 2005.7.7.부터 2012.7.6.까지의 각 근로계약의 형식을 보면, 실제 원고가 근무하여야 할 감리용역현장의 근무기간이 아닌 1년 단위로 계약이 체결되었다.
- ② 계약기간이 2011.7.7.부터 2012.7.6.까지인 근로계약의 경우 그 근무처는 ‘○강 ○곡지구 하천개수공사 전면책임감리용역’이었으나, 실제로 위 근무처에서의 근무는 2011.10.3. 종결되었다. 이후에도 위 근로계약은 종료되지 않고 원고는 2012.1.31.까지는 재택근무를 하였고, 2012.2.1.부터는 ‘곤지암천·신천 수해복구사업 전면책임감리용역현장’에서 근무하였다. 이처럼 근로계약에서 정한 근무처와 실제 근로를 제공한 장소가 일치하지 않는 것은 계약기간이 2013.1.1.부터 2013.3.31.까지인 근로계약의 경우도 마찬가지이다.
- ③ 계약기간이 2013.4.1.부터 2013.6.30.까지인 근로계약과 2013.7.1.부터 2013.9.30.까지인 근로계약을 보면, 그 근무처는 모두 ‘인프라·환경사업본부 인프라지원팀’이나, 실제로 원고는 2013.6.25.까지는 재택근무를 하였고 2013.7.30.까지는 ‘한림 배수문 설치공사 전면책임감리용역현장’에서 근무하였으며 2013.9.1.까지는 다시 재택근무를 하였고 이후에는 ‘○○학운4일반산업단지 조성사업 책임감리용역현장’에서 근무하였다.
- ④ 다수의 감리용역을 수주받아 상시적으로 위 업무를 수행하여야 하는 피고의 입장에서는 특정 용역현장에서의 사업이 완료되더라도 감리 업무를 수행할 수 있는 원고와의 근로계약을 계속 유지하여야 할 필요가 있었던 것으로 보인다. 피고는 심지어 원고가 특정 현장에서 근무를 하지 않은 기간 동안에도 원고에게 임금을 지급하였다.

또한 퇴직금 지급시 원고를 채용한 2004.7.7.부터 피고가 원고의 퇴직일로 지정한 2014.9.30.까지 10년 3개월을 모두 계속근로기간으로 인정하여 주기도 하였다.

라. 그럼에도 원심은 이에 관하여 심리·판단하지 아니한 채 그 판시와 같은 이유만으로, 원고와 피고가 체결한 각 근로계약이 기간제법 제4조제1항 단서 제1호에 정한 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’에 해당한다고 판단하였다. 이러한 원심의 조치에는 기간제근로자에 대한 사용기간 제한 및 무기계약근로자 전환간주에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 취지의 이 부분 상고이유 주장은 이유 있다.

## 2. 사직서 제출 의사표시의 해석에 관한 법리오해 등 주장에 관하여

가. 사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우



에는 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의 해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결, 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다60528 판결 등 참조).

이때 의원면직이 실질적으로 해고에 해당하는지는 근로자가 사직서를 제출하게 된 경위, 사직서의 기재 내용과 회사의 관행, 사용자 측의 퇴직권유 또는 종용의 방법, 강도 및 횡수, 사직서를 제출하지 않을 경우 예상되는 불이익의 정도, 사직서 제출에 따른 경제적 이익의 제공 여부, 사직서 제출 전후의 근로자의 태도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다52575 판결 참조).

나아가 기간제법 제4조제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 근로자가 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받은 후 다시 기간제 근로계약을 체결하는 형식을 취하였다고 하더라도, 그것이 근로자의 자의에 의한 것이 아니라 사용자의 일방적인 결정에 따라 기간제법 제4조제2항의 적용을 회피하기 위하여 퇴직과 재입사의 형식을 거친 것에 불과한 때에는, 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다.

나. 앞서 본 법리에 의하면 원심은 원고의 각 사직서 제출에 따른 의원면직이 실질적으로 해고에 해당하는지에 관하여 심리·판단하였어야 함에도 이에 이르지 아니한 채, 제1심판결 이유를 인용하여 가정적 판단으로 원고의 각 사직서 제출로 인한 의사표시가 진의 아닌 의사표시 또는 통정허위표시라고 볼 수 없다는 이유만으로 원고와 피고 사이의 근로계약관계가 종료되었다고 판단하였다.

다. 그렇다면 원심의 이 부분 판단에는 해고 제한에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 취지의 이 부분 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 결 론

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

대법관 박상옥(재판장), 이상훈, 김창석(주심), 조희대

## 2. 사실상 무기계약 인정 및 부정 사례

### 2.1 사실상 무기계약 인정

☞ 대법원 2007. 9. 7. 선고, 2005두16901 판결

#### » 요 지 «

근로계약기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우 처분문서인 근로계약서의 문언에 따라 특별한 사정이 없는 한 근로자와 사용자 사이에는 기간의 정함이 있는 근로계약을 맺었다고 보아야 하고, 이 경우 근로계약기간이 끝나면 그 근로관계는 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료함이 원칙이고, 다만 기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우에도 예컨대 단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐서 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우 등 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 채용 당시 계속근로의사 등 당사자의 진정한 의사, 근무기간의 장단 및 갱신 횟수, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는 계약서의 문언에도 불구하고 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺었다고 볼 것이며, 이 경우 사용자가 정당한 사유 없이 갱신 계약 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효이다.

3회에 걸쳐 기간을 정하여 근로계약을 갱신하면서 근무하여 온 교열직 직원에게 교열부를 폐지하기로 하는 신문사의 아웃소싱 방침에 따라 기간 만료를 통지한 사안에서, 그간의 경위에 비추어 보면 근로계약에서 정한 기간은 형식에 불과하므로 위 통지는 기간의 정함이 없는 근로자에 대한 해고에 해당하고, 그 해고에 정당한 사유가 없다.

\* 원고, 상고인 : 주식회사 조선일보사

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 2005. 11. 24. 선고 2004누23669 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.



근로계약기간을 정한 근로계약을 작성한 경우 처분문서인 근로계약서의 문언에 따라 특별한 사정이 없는 한 근로자와 사용자 사이에는 기간의 정함이 있는 근로계약을 맺었다고 보아야 하고, 이 경우 근로계약기간이 끝나면 그 근로관계는 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료됨이 원칙이고, 다만 기간을 정한 근로계약을 작성한 경우에도 예컨대 단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐서 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우 등 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 채용 당시 계속근로 의사 등 당사자의 진정한 의사, 근무기간의 장단 및 갱신 횟수, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호 법규 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는 계약서의 문언에도 불구하고 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺었다고 볼 것이며, 이 경우 사용자가 정당한 사유 없이 갱신 계약 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효이다( 대법원 1998. 1. 23. 선고 97다42489 판결, 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결 등 참조).

이러한 법리에 터잡아 원심이 인용한 제1심판결 이유를 살펴보면, 원심은 피고 보조참가인과 소외인(이하 '참가인 등'이라 한다)이 원고 회사와 근로계약을 맺은 이래, 원고 회사가 주식회사 어문조선에게 원고 회사의 교열 업무를 도급하고(이른바 아웃소싱), 이에 따라 교열부를 폐지하기로 하는 원고 회사 방침이 정해지기 전까지는 별다른 문제 없이 3회에 걸쳐 근로계약갱신을 하면서 교열 업무에 종사하여 왔고, 원고 회사는 계약갱신을 할 때마다 임금조건 등의 근로조건에 대하여 별다른 논의 없이 참가인 등으로부터 갱신 근로계약서에 서명을 받고 계약갱신을 하여 왔으며, 참가인 등은 업무의 특성상 전문성이 인정되어 자신들의 근로계약이 계속 갱신될 것으로 기대를 가지고 있었던 점 등을 종합하여, 원고 회사와 참가인 등 사이에 체결된 근로계약에서 정한 기간은 단지 형식에 불과하여 참가인 등은 사실상 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었고, 참가인 등에 대한 이 사건 근로계약기간 만료 통지는 실질적으로 해고에 해당한다고 판단하고, 나아가 원고 회사에서 위와 같은 아웃소싱 방침에 따라 교열부 폐지가 불가피하기는 하였으나, 주식회사 어문조선에 참가를 거절한 교열부 직원들 중 일반직원에 대하여는 편집국으로 발령한 반면, 참가인 등 이른바 계약직원에 대하여는 이들의 희망, 적성 및 능력 등을 고려하여 다른 부서에 근무하도록 하는 것이 가능한지 여부를 타진하는 등의 노력을 전혀 기울이지 아니한 채 참가인 등이 위 회사에 근무하는 것을 거절하자 곧바로 참가인 등에게 이 사건 근로계약 만료통지를 한 사정에 터잡아 원고 회사가 참가인 등에 대한 해고회피 노력을 다하였다고 보기 어려우므로 원고 회사의 참가인 등에 대한 해고는 그 정당성을 갖추었다고 보기 어렵다고 판단하였는바, 교열 업무가 정보통신기술의 발달로 그 내용과 성격이 변화하였더라도 여전히 신문 제작에 필요 불가결한 업무에 해당하고, 업무 특성상 전문성이 있어 교열 업무에 종사하는 자로서는 계속 고용의 기대를 가지고 있는 점에다가, 기록상 인정되는 다른 신문사들의 교열 업무 종사자의 근로계약 형태, 원고 회사 계약직 직원들의 계약갱신 관행, 참가인 등을 비롯한 교열직 계약직 직원들의 연봉 수준 등



근로조건 등을 고려하면, 참가인 등을 기간의 정함이 없는 근로자로 보고, 해고에 해당하는 이 사건 근로계약의 갱신거절이 정당한 이유가 없는 것이라고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 것과 같은 채증법칙 위배, 기간을 정한 근로계약과 처분문서에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다.

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

대법관 박시환(재판장), 김능환(주심), 김용담, 박일환



## 2.2 사실상 무기계약 부정

☞ 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005두2247 판결

### » 요 지 «

근로자와 사용자가 근로계약을 체결하면서 기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우라 하더라도, 그 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는, 계약서의 문언에도 불구하고 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺었다고 볼 것이나, 위와 같은 사정이 인정되지 않는 경우에는 처분문서인 근로계약서의 문언에 따라 근로자와 사용자 사이에는 기간의 정함이 있는 근로계약이 맺어진 것이라고 봄이 원칙이다.

【참조조문】 [1] 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8327호로 개정되기 전의 것) 제23조 (현행 제16조 참조)

[2] 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8327호로 개정되기 전의 것) 제23조 (현행 제16조 참조)

【참조판례】 [1] 대법원 1998. 1. 23. 선고 97다42489 판결(공1998상, 603), 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결(공2006상, 527)

\* 원고, 상고인 : 공항버스 주식회사

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고 보조참가인 : 참가인

\* 원심판결 서울고법 2005. 1. 20. 선고 2004누5432 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

근로자와 사용자가 근로계약을 체결하면서 기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우라 하더라도, 그 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는, 계약서의 문언에도 불구하고 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺었다고 볼 것이나( 대법원 1998. 5. 29. 선고 98두625 판결, 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결 등 참조), 위와 같은 사정이 인정되지 않는 경우에는 처분문서인 근로계약서의 문언에 따라

근로자와 사용자 사이에는 기간의 정함이 있는 근로계약이 맺어진 것이라고 봄이 원칙이다.

이 사건 기록을 살펴보면, 원고 회사는 참가인과 계약을 맺기 약 1년여 전에 한정근로 계약 제도 도입을 분명히 밝히고 노동조합측과 그 제도 도입에 관한 약정을 하기까지 하는 등 기간의 정함이 있는 근로계약을 맺어 버스운전기사를 채용할 태도를 분명히 밝혔고, 그 이후 그 태도를 명시적으로 바꾸지 아니한 채 참가인과의 이 사건 근로계약서에 기간을 1년으로 명시하여 이 사건 근로계약을 맺었으며, 참가인 또한 1년의 기간이 명시된 근로계약서를 작성하면서 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺는다는 의사를 표시하고 이를 원고 회사가 수락하여 이 사건 근로계약이 맺어졌다고 보이지 않고, 기간 만료에 즈음해서도 원고 회사는 근로계약기간 만료를 인식하고 참가인에게 그 갱신거절 의사를 밝혔다는 점 등에 비추어 보면, 참가인과 원고 회사는 근로계약서에 기재된 대로 1년을 근로계약기간으로 하여 이 사건 근로계약을 맺었다고 보지 않을 수 없다.

원심은, 시용(試用)기간이라는 이 사건의 근로계약기간의 성격, ‘버스운전기사들이 본인 희망에 따라 재계약할 수 있다’는 2000. 4. 6.자 노사 약정 내용, 한정근로계약을 맺고 입사한 다른 버스운전기사들이 근로자측의 개인적인 특별한 사정이 없는 한 기간 만료 후에도 계속 근무하였다는 점, 참가인에 대한 갱신거절 후에도 원고 회사가 신규 채용을 계속하고 운전기사 채용광고를 계속 하였다는 점, 계약기간을 3개월 초과할 수 없다는 취지의 2002년도 단체협약상 문언 등의 사정을 들면서 이 사건 근로계약이 기간의 정함이 없는 것이라 보았으나, 그러한 사정을 모두 고려하더라도 이 사건 근로계약이 기간의 정함이 없는 근로계약으로 보기에 부족하다.

따라서 이 사건 근로계약은 기간의 정함이 있는 근로계약에 해당하고, 참가인과 원고 회사 사이의 근로계약관계는 그 기간의 만료로 종료되었다고 할 것인바, 만약 원심이 들고 있는 위와 같은 사정들을 근거로 하여 근로계약기간 중 별다른 잘못 없이 성실하게 근로를 제공한 참가인에게는 근로계약기간이 만료되었다 하더라도 2000. 4. 6.자 노사 약정에 따라 재계약을 체결할 수 있는 정당한 기대를 가지고 원고 회사에게 재계약 여부를 결정해줄 것을 요구할 수 있는 권리가 인정되고 그에 따랐더라면 재계약이 체결되어야 할 경우임에도 위법하게 재계약 체결이 거절된 때에 해당된다면 그러한 재계약 체결의 거절이 불법행위에 해당한다는 이유로 임금 상당의 손해배상을 구할 수 있음은 별론으로 하더라도(대법원 2006. 3. 9. 선고 2003다52647 판결, 대법원 2006. 7. 6. 선고 2005다16041 판결 참조), 이와 달리 이 사건 근로계약이 기간의 정함이 없는 근로계약임을 전제로 하여 이 사건 갱신거절이 해고로서의 실질을 갖고 나아가 그 정당성이 없다고 보아 참가인에 대하여 복직 및 임금 상당액 지급을 내용으로 하는 구체명령을 발한 이 사건 재심판정은 위법하여 취소되어야 함에도, 원심이 이 사건 재심판정을 적법하다고 판단한 것은 기간의 정함이 없는 근로계약에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 처분문서에 관한 법리를 그르치고 그 판단에 필요한 사정을 제대로 참작하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고 이유 주장은 이유 있다.

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

대법관 고현철(재판장), 양승태(주심), 김지형, 전수안

### 3. 기간제 근로자의 갱신기대권과 무기계약 전환기대권

#### 3.1 갱신기대권 인정 기준

☞ 대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결★

#### » 요 지 «

1. 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.
2. 서울특별시시설관리공단이, 계약기간을 1년으로 정하여 장애인콜택시 운행에 관한 위·수탁 계약을 체결하고 장애인콜택시의 운행업무를 수행하던 운전자 갑 등에게 계약에서 정한 위탁기간이 만료되었고 갱신계약 체결 대상자 선정을 위한 심사에서 탈락하였다는 취지의 통지를 한 사안에서, 서울특별시의 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, 갑 등을 비롯한 위 시설관리공단 소속 운전자들에게는 기간제 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정된다고 보아야 하고, 위 공단이 공정성 및 객관성이 결여된 심사과정을 거쳐 갑 등에 대하여 갱신 기준 점수 미만이라는 점을 들어 위 계약의 갱신을 거절한 것은 정당성을 결여하여 효력이 없다.

\* 원고, 상고인 : 원고 1 외 6인

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 2006. 12. 19. 선고 2005누1772 판결

#### » 주 문 «

원심판결 중 부당해고에 관한 재심판정 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

나머지 상고를 기각한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

### 1. 부당해고 부분에 대하여

가. 기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우에도 예컨대 단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐서 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우 등 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는 계약서의 문언에도 불구하고 그 경우에 사용자가 정당한 사유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효로 된다. 그러나 근로계약기간의 정함이 위와 같이 단지 형식에 불과하다고 볼만한 특별한 사정이 없다면 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료된다(대법원 2006. 2. 24 선고 2005두5673 판결 등 참조).

원심이 인용한 제1심 판결에 의하면, 제1심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음,

① 피고 보조참가인(이하 ‘참가인’이라고 한다)이 2002년 10월 말경 일간지에 위탁기간을 2002년 12월부터 2003년 12월까지 1년간으로 정하여 수탁자를 공모를 하였고, 공모에 응모한 자 중에서 선정된 운전자 100명과의 사이에 위탁기간을 2002. 12. 9.부터 2003. 12. 31.까지로 정하여 위·수탁 계약서를 작성한 점, ② 장애인콜택시 제도는 서울특별시의 예산 등으로 충당되는 재정지원 하에 시행 중인 공익적 특수목적용 가진 사업으로서, 그 사업의 계속 여부 및 사업의 운영형태와 수탁자의 선정 등이 정책적 고려에 의하여 이루어지는 사업인 점, ③ ‘서울특별시 장애인콜택시 관리 및 운행에 관한 조례(이하 ‘조례’라고만 한다)’에 의하면 서울특별시가 장애인콜택시의 관리 및 운행과 콜센터의 운영에 관하여 참가인 이외에 법인 또는 단체에 위탁할 수 있도록 규정되어 있고, 수탁기관이 제3자에게 재위탁하는 경우 계약기간은 1년 단위로 하도록 규정하고 있는 점, ④ 이 사건 계약서에 의하면 계약기간을 2002. 12. 9.부터 2003. 12. 31.까지로 정하면서, 이 사건 계약의 유효기간 중에 양 당사자 중 일방에게 계약을 유지할 수 없는 사정이 있는 경우 30일 전일까지 서면으로 상대방에게 통지만 하면 중도해지할 수 있도록 규정하고 있고, 위탁기간이 만료되거나 계약이 중도해지되는 경우에는 계약이 종료되는 것으로 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건, 계약에서 기간을 정한 것이 단지 형식에 불과하다고 볼 수 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

원심판결에는 이에 관하여 상고이유에서 주장하는 바와 같이 기간을 정한 근로계약 및 부당해고에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.



나. 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.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 이 사건 계약서 및 관련 법령 등에서 참가인에게 계약기간이 만료된 원고들 등에 대하여 재계약을 체결할 의무를 지우거나 구체적인 재계약절차 및 요건 등에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니한 사정, ② 위 조례에 의하면 서울특별시는 장애인콜택시의 관리등에 관하여 참가인 이외에 법인 또는 단체에 위탁할 수 있고, 수탁기관이 제3자에게 재위탁하는 경우 계약기간은 1년 단위로 하도록 규정하고 있으며, 이 사건 계약서는 참가인과 서울특별시와의 사이에 체결된 위탁계약이 중도해지 등의 사유로 종료되는 경우 이 사건 계약 역시 중도해지 할 수 있도록 규정하고 있는 점 등에 비추어 이 사건 계약의 계속적 유지가 보장되어 있는 것으로 단정하기 어려운 사정, ③ 원고들의 경우에는 계약갱신이 단 한 차례도 이루어진 바 없는 사정 등에 비추어 보아, 원고들에 대하여 이 사건 계약의 만료시점에 이 사건 계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정된다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심은 나아가 이 사건 심사기준표상 심사항목의 배점간격에 다소 불균형적인 차이가 있고 심사항목 중 민원유발 항목에서 전화로 접수된 민원을 충분히 검토 없이 심사대상에서 제외하였다 하더라도 이러한 사유 및 원고들이 제출한 증거만으로 이 사건 심사기준표상 심사항목이 사회통념상 상당하다고 인정될 수 없을 정도의 합리성 및 명확성을 갖추지 못하였다고 인정하기에 부족하고, 참가인이 이 사건 심사항목을 운전자들에게 적용함에 있어 신의칙상 허용될 수 없을 정도의 위반이 있었다는 점도 인정할 증거가 없음을 전제로, 참가인이 이 사건 심사기준표에 따라 심사한 결과 갱신 기준점수인 총점 70점을 취득하지 못한 원고들에 대하여 계약의 갱신을 거절한 것은 합리적인 이유가 있고, 따라서 이 사건 갱신 거절을 부당한 해고로 볼 수 없다고 판단하였다.

그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 그대로 수긍하기 어렵다.

먼저, 원심판결 이유 및 기록에 의하여 인정되는 사정, 즉 ① 위 조례는 서울특별시

로부터 장애인콜택시의 관리 등을 위탁받은 수탁자가 다시 이를 제3자에게 재위탁하는 경우 그 계약기간을 1년 단위로 하도록 규정하고 있고 이에 따라 이 사건 계약도 그 기간을 1년으로 정하였으나, 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 상당한다.

다음으로 이 사건 갱신 거절의 정당성 여부에 관하여 보건대, 제1심판결 이유 및 기록에 의하면, ① 참가인의 원고들을 포함한 운전자들에 대하여 갱신 여부를 심사하기 위하여 심사 자료로 활용한 ‘장애인콜택시 상황일지’는 운전자들의 운행실적 및 콜 중계 위반행위, 민원제기사항 등 운행현황 전반에 관한 내용을 기재한 것인데, 위 상황일지 중 상당 기간의 기록이 누락되어 있고 참가인은 이와 같이 누락된 상황일지를 토대로 심사를 한 점, ② 이 사건 심사항목 중 콜 중계 위반 항목에 대하여 참가인은 임의운행을 위하여 고의로 콜을 거부하는 행위만을 콜 중계 위반행위에 포함시켰고 단순콜 거부하는 이를 제외하였다고 주장하나, 위 상황일지 등의 기재만으로는 단순 콜 거부와 고의적인 콜 거부를 구분하는 것이 현실적으로 곤란하고 경우에 따라서는 위 상황일지의 기재 내용을 자의적으로 해석할 수 있는 여지를 제공할 수 있을 뿐만 아니라, 참가인이 작성한 것으로 보이는 갑 제44호중에는 소외인의 콜 거부와 운행 정지 등 2건의 콜 중계 위반행위를 한 것으로 되어 있는 반면, ‘03. 콜택시 개인 운행수탁자 배점 채점표(을 제12호중)’에는 소외인이 1건의 콜 중계 위반행위를 한 것으로 되어 있는 등 콜 중계 위반행위에 관한 참가인의 심사 과정을 전적으로 신뢰하기 어려운 측면이 있는 점, ③ 참가인은 이 사건 심사항목 중 민원유발과 관련하여 위 상황일지에 기재된 민원은 그 증빙이 곤란하다는 이유로 일률적으로 심사





대상으로 삼지 않고 인터넷으로 접수된 민원만을 심사대상으로 삼았다고 주장하나, 위 상황일지에는 승객으로부터 제기된 민원 내용과 운전자의 변명, 그 당시의 주변 상황이 구체적으로 기재되어 있는 등 인터넷으로 접수된 민원의 처리와 크게 다르지 않은 것으로 보여, 양자를 다르게 취급하여야 할 합리적인 이유가 있다고 볼 수 없는 점, ④ 참가인은 이 사건 심사항목 중 ‘교통법규 위반 및 본인귀책 차량 사고’와 ‘콜 택시 운행 및 관리 태만’ 항목을 적용함에 있어 일부 운전자들에 대하여 그 위반사실을 누락한 점 등을 알 수 있는 바, 이러한 사정에 비추어 볼 때 이 사건 심사가 객관적이고 정확한 자료를 토대로 이루어졌는지 의문이고, 이 사건 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 아니하여 불공평한 결과가 초래되었다고 할 것이다.

이와 같이 공정성 및 객관성이 결여된 심사 과정을 거쳐 원고들에 대하여 갱신 기준 점수 미만이라는 점을 들어 이 사건 갱신 거절을 한 것은 정당성을 결여하였다고 할 것이므로, 이 사건 갱신거절은 그 효력을 인정할 수 없다.

따라서 이와 달리 이 사건 갱신 거절이 부당한 해고로 볼 수 없어 유효하다는 취지로 판단한 원심판결에는 기간을 정한 근로계약 및 부당해고에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

## 2. 부당노동행위 부분에 대하여

원심은 제1심판결을 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 갱신 거절이 실질적으로 원고들의 노동조합 활동을 이유로 한 것이라고 인정할 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다.

원심판결에는 이에 관하여 상고이유로 주장하는 바와 같이 부당노동행위에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 없다.

## 3. 결 론

그러므로 원심판결 중 부당해고에 관한 재심판정 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 나머지 상고는 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 양창수(재판장), 김지형(주심), 전수안, 이상훈

### 3.2 갱신 근거규정에 따른 갱신기대권 인정

☞ 대법원 2005. 7. 8. 선고 2002두8640 판결<sup>1)</sup>

#### » 요 지 «

계약기간을 정하여 임용된 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 재임용계약을 체결하지 못하면 재임용거부결정 등 특별한 절차를 거치지 않아도 당연퇴직 되는 것이며, 근로자가 부당해고구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 계약기간의 만료로 근로관계가 종료되었다면 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되어 구제이익이 소멸하는 것이 원칙이기는 하나, 임용의 근거가 된 법령 등의 규정이나 계약 등에서 임용권자에게 임용기간이 만료된 근로자를 재임용할 의무를 지우거나 재임용절차 및 요건 등에 관한 근거규정을 두고 있어 근로자에게 소정의 절차에 따라 재임용될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 그 절차에 위반하여 부당하게 근로자를 재임용에서 제외하는 것은 실질적으로 부당해고와 동일시할 수 있는 것이므로 근로자로서는 임용기간이 만료된 후에도 재임용에서 제외한 조치의 유효 여부를 다룰 법률상 이익을 가진다.

【참조조문】 근로기준법 제30조, 제33조, 행정소송법 제12조

【참조판례】 대법원 1995. 12. 5. 선고 95누12347 판결(공1996상, 265)

\* 원고, 피상고인 : 이○○

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : 한국문화정책개발원

\* 원심판결 : 서울고법 2002. 8. 29. 선고 2001누13081 판결

1) 본 판결의 원문은 `주제별 노동판례 330선` 제1부 제3장 구제대상과 구제이익 등 226쪽에 기재되어 있음



### 3.3 갱신에 관한 신뢰관계 형성에 따른 갱신기대권 인정

☞ 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8225 판결

#### » 요 지 «

1. 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 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.
2. 사용자가 기존 직원들의 동의절차를 거치지 않음은 물론 기존 직원들에게 가점을 주는 것에 대하여 구체적인 기준도 마련하지 않은 채, 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정되는 근로자에게 재계약 절차가 아닌 공개채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서, 공개채용절차에 응시하지 않았다는 이유만으로 근로계약의 갱신을 거절한 것은 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것으로서 부당해고에 해당한다.

\* 원고, 피상고인 : A

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 김해시시설관리공단

\* 원심판결 : 서울고법 2010. 4. 8. 선고 2009누25783 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신 거절의 의사표시가 없

어도 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 등 참조).

원심은 그 채택 증거들을 종합하여 판시와 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 재계약의사가 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.

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

대법관 이인복(재판장), 김능환(주심), 안대희, 박병대



### 3.4 사용기간 제한의 예외 사유에 있어서의 갱신기대권

☞ 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016두50563 판결★

#### » 요 지 «

1. 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간이 만료되더라도 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이뤄지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합할 때, 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성돼 있어 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는데도 사용자가 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없다.

그리고 기간제법은 같은 법 제4조제1항 단서의 예외 사유에 해당하지 않는 한 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주하고 있으나, 기간제법의 입법 취지가 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 근로조건 보호를 강화하기 위한 것임을 고려하면, 기간제법 제4조제1항 단서의 예외 사유에 해당한다는 이유만으로 갱신기대권에 관한 위 법리의 적용이 배제된다고 볼 수는 없다.

2. 정년을 이미 경과한 상태에서 기간제 근로계약을 체결한 경우에는, 해당 직무의 성격에 의하여 요구되는 직무수행 능력과 당해 근로자의 업무수행 적격성, 연령에 따른 작업능률 저하나 위험성 증대의 정도, 해당 사업장에서 정년을 경과한 고령자가 근무하는 실태 및 계약이 갱신되어 온 사례 등을 종합적으로 고려하여 근로계약 갱신에 관한 정당한 기대권이 인정되는지 여부를 판단하여야 한다.
3. 원고들은 골프장을 운영하는 주식회사 ○○와 2011년 10월 근무기간을 1년으로 하는 근로계약을 체결하였고, 이후 2014년 2월까지 새로운 근로계약을 체결하지 않은 채 골프장 코스관리팀 사원으로 일하였다. 주식회사 ○○의 정년은 만 55세였는데, 원고들은 기간제 근로계약 체결 전이나 계약기간 중에 이미 정년에 도달한 상태였다. 주식회사 ○○는 2014년 3월 원고들과 다시 근무기간을 1년으로 정하는 근로계약을 체결했는데, 이듬해인 2015년 1월 원고들에게 계약기간이 2월에 만료된다고 통보하였는바,

원고들에게는 정년이 도과하여 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수는 없다고 하더라도 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정된다고 봄이 상당하고, 그 갱신거절의 정당한 이유를 찾아볼 수도 없으므로, 이 사건 근로계약종료는 부당해고에 해당한다.

\* 원고, 피상고인 : 1. 김○○

2. 마○○

3. 백○○

4. 성○○

5. 임○○

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고 보조참가인, 상고인 : 주식회사 서라벌

\* 원심판결 : 서울고법 2016. 9. 1. 선고 2016누40568 판결

## » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고 보조참가인이, 나머지 부분은 피고가 각 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 참가인의 각 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

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 기간이 만료되더라도 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때, 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는, 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 할 것이다(대법원 2011.4.14. 선고 2007두1729 판결, 대법원 2014.2.13. 선고 2011두12528 판결 등 참조). 그리고 ‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’(이하 ‘기간제법’이라 한다)은 같은 법 제4조제1항 단서의 예외 사유에 해



당하지 않는 한 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주하고 있으나, 기간제법의 입법 취지가 기간제근로자 및 단시간 근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 근로조건 보호를 강화하기 위한 것임을 고려하면, 기간제법 제4조제1항 단서의 예외 사유에 해당한다는 이유만으로 갱신기대권에 관한 위 법리의 적용이 배제된다고 볼 수는 없다.

한편 기간제법 제4조제1항 단서 제4호는 ‘고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률’(이하 ‘고령자고용법’이라 한다) 제2조제1호에서 정하고 있는 고령자와 근로계약을 체결하는 경우를 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 경우로 정하고 있는데, 이는 고령자에 대하여도 일반 근로자와 마찬가지로 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하면 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주할 경우, 고령자에 대한 채용 자체가 기피되어 고령자에 대한 고용이 위축될 수 있다는 점을 고려한 것이다. 또한 고령자고용법 제21조는 사업주에게 정년에 도달한 근로자를 그 직무수행 능력에 맞는 직종에 재고용하도록 노력할 의무를 부과하면서, 고령자인 정년퇴직자를 재고용할 때 당사자 간의 합의에 의하여 퇴직금 등 계산을 위한 계속근로기간을 산정할 때 종전의 근로기간을 제외할 수 있고 임금의 결정을 종전과 달리할 수 있다고 규정하고 있다.

앞서 본 갱신기대권 법리와 함께 기간제법 및 고령자고용법의 위 규정들의 입법취지와 사업장 내에서 정한 정년의 의미 및 정년 이후에 기간제 근로계약을 체결하는 근로계약 당사자의 일반적인 의사 등을 모두 고려하면, 정년을 이미 경과한 상태에서 기간제 근로계약을 체결한 경우에는, 앞서 본 제반 사정 외에 해당 직무의 성격에 의하여 요구되는 직무수행 능력과 당해 근로자의 업무수행 적격성, 연령에 따른 작업능률 저하나 위험성 증대의 정도, 해당 사업장에서 정년을 경과한 고령자가 근무하는 실태 및 계약이 갱신되어 온 사례 등을 종합적으로 고려하여 근로계약 갱신에 관한 정당한 기대권이 인정되는지 여부를 판단하여야 한다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 참가인은 상시근로자 49명을 사용하여 골프장업을 운영하는 법인이고, 2011.10.1. 원고들과 근로계약기간을 1년으로 정한 근로계약을 체결한 후 2014.2.28.까지 새로운 근로계약을 체결하지 아니한 채 원고들을 계속하여 코스관리팀 사원으로 사용한 사실, 참가인의 인사규정 제39조제1항은 “임·직원의 정년은 만 55세가 되는 해의 12월 31일로 한다.”라고 정하고 있는 사실, 이에 따라 원고들은 위 계약체결 전 이미 정년에 도달하였거나 2011.12.31.부터 2013.12.31. 사이에 각 정년에 도달한 사실, 참가인이 2014.3.1. 정년이 도과한 원고들과 사이에 근로계약기간을 2014.3.1.부터 2015.2.28.까지 1년으로 정한 근로계약을 다시 체결한 사실, 참가인은 2015.1.5. 원고들에게 원고들과의 근로계약기간이 같은 해 2.28. 만료된다고 통보한 사실, 이에 원고들은 부당해고 등에 해당한다고 주장하면서 2015.3.11. 경북지방노동위원회에 구제신청을 하였는데, 구제신청이 기각되었고, 원고들이 불복하였으나 중앙노동위원회가 원고들의 제심신청을 기각한 사실을 인정한 다음, 두 차례 작성된 근로계약서의 제2조는 계약기간의 종료 1개

월 전까지 재계약을 하고, 차기 연봉계약은 업무능력, 근무성적, 근무태도 등 인사평가를 토대로 연봉을 정하되, 참가인의 사정에 따라 계약기간을 조정할 재계약이 가능하다고 규정하고 있고, 제12조는 계약기간이 만료되는 경우 계약을 갱신할 수 있다고 규정하고 있어, 원고들과 참가인 사이의 근로계약이 계속하여 갱신될 것을 전제로 한 것으로 보이는 점, 원고들과 참가인이 최초로 근로계약을 체결한 2011.10.1.부터 2015.2.28.까지 근로계약이 3회 갱신되었는데, 원고들의 근무태도나 회사에 대한 기여 정도 등에 대한 객관적 평가를 거치지 않았고 그 갱신과정에서 정년 도과가 문제된 적은 없었던 점, 원고들은 2005년경부터 2011.9.30.까지는 위탁업체 소속 직원으로서, 2011.10.1.부터는 참가인 소속 직원으로서 약 10년간 참가인이 운영하는 골프클럽의 필수적인 업무인 골프장 코스관리 업무를 담당하여 왔고, 참가인은 2014.6.1. 엔에이골프 주식회사와 골프장 코스관리업무에 대한 위탁관리 계약을 체결한 후에도 2014.8.22.경 단체교섭 관련 원고들과의 의견대립이 해결 곤란상태에 이르기 전까지는 원고들과 엔에이골프 주식회사 직원에게 각각 작업지시를 하여 원고들이 위 업무를 수행할 필요성이 없어졌다고 볼 수 없는 점, 이 사건 근로계약 종료 무렵 원고들의 건강이 근무에 지장을 초래할 정도로 악화되었다거나 업무를 계속 수행하기에 적합하지 않을 정도로 직무수행 능력이 떨어졌다는 등의 사정을 찾아볼 수 없는 점, 참가인은 2015.1.경 원고들을 포함한 17명의 근로자들에게 정년 해당 또는 계약기간 만료사실을 통보하였는데, 위 17명 중 외주업체에 취직한 8명, 자진퇴사한 1명과 원고들을 제외한 나머지 3명의 근로자들과는 근로계약을 갱신하였으나, 원고들과의 근로계약은 갱신하지 아니한 점 등을 종합하여, 원고들에게는 정년이 도과하여 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수는 없다고 하더라도 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정된다고 봄이 상당하고, 그 갱신거절의 정당한 이유를 찾아볼 수도 없으므로, 이 사건 근로계약종료는 부당해고에 해당한다는 이유로 이 사건 재심판정은 위법하다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 심리미진, 채증법칙 위반 등의 위법이 있다거나 근로계약 갱신기대권 또는 근로계약 갱신거절의 정당한 이유에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

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

대법관 김창석(재판장), 대법관 이상훈, 대법관 조희대, 대법관 박상옥(주심)



### 3.5 정년 경과 이후의 갱신기대권 인정 기준

☞ 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016두50563 판결★ <sup>2)</sup>

#### » 요 지 «

1. 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간이 만료되더라도 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이뤄지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합할 때, 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성돼 있어 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는데도 사용자가 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없다.

그리고 기간제법은 같은 법 제4조제1항 단서의 예외 사유에 해당하지 않는 한 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주하고 있으나, 기간제법의 입법 취지가 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 근로조건 보호를 강화하기 위한 것임을 고려하면, 기간제법 제4조제1항 단서의 예외 사유에 해당한다는 이유만으로 갱신기대권에 관한 위 법리의 적용이 배제된다고 볼 수는 없다.

2. 정년을 이미 경과한 상태에서 기간제 근로계약을 체결한 경우에는, 해당 직무의 성격에 의하여 요구되는 직무수행 능력과 당해 근로자의 업무수행 적격성, 연령에 따른 작업능률 저하나 위험성 증대의 정도, 해당 사업장에서 정년을 경과한 고령자가 근무하는 실태 및 계약이 갱신되어 온 사례 등을 종합적으로 고려하여 근로계약 갱신에 관한 정당한 기대권이 인정되는지 여부를 판단하여야 한다.

3. 원고들은 골프장을 운영하는 주식회사 ○○와 2011년 10월 근무기간을 1년으로 하는 근로계약을 체결하였고, 이후 2014년 2월까지 새로운 근로계약을 체결하지 않은 채 골프장 코스관리팀 사원으로 일하였다. 주식회사 ○○의 정년은 만 55세였는데, 원고들은 기간제 근로계약 체결 전이나 계약기간 중에 이미 정년에 도달한 상태였다. 주식회사 ○○는 2014년 3월 원고들과 다시 근무기간을 1년으로 정하는 근로계약을 체결했는데, 이듬해인 2015년 1월 원고들에게 계약기간이 2월에 만료된다고 통보하였는바,

원고들에게는 정년이 도과하여 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수는 없다고 하더라도 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정된다고 봄이 상당하고, 그 갱신거절의 정당한 이유를 찾아볼 수도 없으므로, 이 사건 근로계약종료는 부당해고에 해당한다.

2) 본 판결의 원문은 `주제별 노동판례 330선` 제2부 제8장 근로계약 기간만료 23쪽에 기재되어 있음

### 3.6 무기계약 전환기대권의 인정 기준

☞ 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결★

#### 》 요 지 《

1. 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간제근로자의 계약기간이 만료될 무렵 인사평가 등을 거쳐 일정한 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기와 경위, 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환에 관한 기준 등 그에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때, 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이를 위반하여 합리적 이유 없이 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환을 거절하며 근로계약의 종료를 통보하더라도 부당해고와 마찬가지로 효력이 없고, 그 이후의 근로관계는 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 것과 동일하다고 보아야 한다.
2. 참가인에게 정당한 인사평가를 거쳐 정규직으로 전환될 수 있으리라는 기대권이 인정되고, 원고가 합리적이고 공정한 평가를 거쳐 근로계약 기간 종료통보를 하였다고 볼 수 없어 이 사건 근로계약 기간 종료통보는 정당한 이유가 없어 아무런 효력이 없다.

\* 원고, 상고인 : 재단법인 함께일하는재단

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 장○○

\* 원심판결 : 서울고법 2014. 11. 6. 선고 2013누53679 판결

#### 》 주 문 《

상고를 기각한다.

상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담한다.

#### 》 이 유 《

##### 1. 사건의 경위

가. 원고는 실업자의 사회적 일자리 지원 사업 등을 운영하는 재단법인이고, 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고 한다)은 원고 법인에서 사회적 기업 설립지원팀장 등으로 근무하던 사람이다. 원고는 2012.9.24. 참가인에게 같은 해 10.25.자로 그 근로계약 기간이 종료된다고 통보하였다. 참가인은 같은 해 11.21. 서울지방노동위원회에 이 사건 통보가 부당해고에 해당한다고 주장하며 부당해고 구제신청을 하였다. 서울지방

노동위원회는 2013.1.24. 이 사건 통보가 정당한 계약기간 만료 통보라고 보아 참가인의 신청을 받아들이지 아니하였다. 그러나 중앙노동위원회는 2013.5.22. 참가인에게 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정됨에도 원고가 부당하게 근로관계를 종료하였다고 보아 참가인의 재심신청을 받아들였다.

나. 원심은 다음과 같이 판단하였다.

- (1) 먼저 원심은 그 채택증거를 종합하여, 원고와 참가인은 2010.10.26. 계약기간을 2010.10.26.부터 2012.10.25.까지로 하여 근로계약을 체결하였는데, 그 근로계약서에는 근로계약 만료 1개월 전에 재계약할 수 있다는 내용이 기재되어 있는 사실, 참가인은 채용 당시 기부자관리팀장 직책을 수행하다가, 2011.3.14. 운영지원홍보팀장으로, 2012.3.9. 사회적 기업 설립지원팀장으로 전보되었던 사실, 원고는 2012.9.19. 경 기간제근로자로서 계약기간 만료가 임박한 참가인과 소외 1에 대하여 인사평가(이하 '이 사건 인사평가'라고 한다)를 실시하였는데, 이 사건 인사평가는 정규직 승격의 기회를 제공하기 위한 것으로 1차 평가는 총괄팀장(60%)이, 2차 평가는 사무국장(40%)이, 최종 평가는 상임이사가 하는 것으로 정해져 있었던 사실, 이 사건 인사평가에서 참가인의 직근 상급자인 총괄팀장 소외 2는 참가인에 대하여 거의 대부분의 평가 항목에 가장 우수한 평점인 S등급을 부여하였고, 사무국장 소외 3은 참가인에 대하여 모든 평가 항목에 B 내지 D등급을 부여한 사실, 참가인은 2011년 인사평가에서는 역량평가에서 전체팀장 10명 중 6위에, 근태평가에서 하위 8위에 해당하였고, 2012.9.경 실시된 2012년 상반기 인사평가에서는 1차 평가에서 전체 팀장 8명 중 1위에, 2차 평가에서 전체 팀장 8명 중 8위에 해당하였던 사실, 원고는 이 사건 통보 전까지 기간이 만료된 기간제근로자 4명 중 본인 의사에 따라 퇴사를 원했던 1명을 제외하고는 모두 정규직으로 전환하여 주었고, 이 사건 통보 이후에도 기간만료 예정인 기간제근로자 12명 전원에 대하여 정규직 전환을 위해 인사평가를 실시하고 인사위원회를 개최한 사실 등을 인정하였다.
- (2) 이어서 원심은 위 사실관계 및 그 채택증거들에 의하여 알 수 있는 사정들, 즉 ① 원고의 기간제근로자 고용형태 중 일반직 기간제근로자는 정규직 채용 전 검증기간이 필요하다는 인사위원회의 요청에 따라 우선 기간을 정하여 채용한 후 계약기간 만료 무렵 인사평가 등을 거쳐 기간의 정함이 없는 정규직 근로자로 전환하기 위해 마련된 것인 점, ② 원고의 일반직 기간제근로자들은 정규직과 동일한 업무를 수행하였고, 원고 측에서도 참가인을 비롯한 일반직 기간제근로자들에게 특별한 사정이 없는 한 정규직으로 채용될 것이라고 지속적으로 말해 온 점, ③ 실제로 참가인 이전에 정규직 전환을 원했던 일반직 기간제근로자들은 모두 정규직으로 전환되었고, 이후에도 기간이 만료된 일반직 기간제근로자 전원에게 정규직 전환의 기회가 제공된 점, ④ 원고는 참가인에게도 정규직 승격의 기회를 부여하기 위해 계약만료일 1개월 전에 인사평가를 실시하였던 점 등을 종합하여 볼 때, 참가인에게는 정당한 인사평가를 거쳐 정규직으로 전환될 수 있으리라는 기대권이 인정된다고 판단하였다.



- (3) 또한 원심은 아래와 같은 사정 등에 비추어 원고가 참가인에 대하여 합리적이고 공정한 평가를 거쳐 이 사건 통보를 하였다고 볼 수 없으므로, 이 사건 통보는 정당한 이유가 없어 효력이 없고, 따라서 중앙노동위원회의 재심판정은 적법하다고 판단하였다.
- (가) 원고는 참가인에 대하여 인사위원회의 심의 없이 이 사건 통보를 하였다. 그러나 참가인과 함께 이 사건 인사평가 대상자였던 소외 1의 경우 인사위원회를 거쳐 2012.11.1.경 정규직으로 전환되었는데, 정규직 전환 당시 소외 1이 소속되어 있던 기획팀 팀장과 기획전략 총괄팀장 모두 소외 1에 대한 인사평가를 실시한 적 없다고 진술하고 있어, 이 사건 인사평가 절차가 과연 공정하게 이루어진 것인지 의심이 든다.
- (나) 참가인에게 고지된 이 사건 인사평가 방법에 의하더라도 정규직 승급 대상의 기준이 어떠한지 구체적으로 정하여져 있지 아니하다. 실제로 이 사건 인사평가에서 1차 평가권자인 총괄팀장과 2차 평가권자인 사무국장은 참가인에 대하여 상반되는 평가를 하였는데 그 평가가 어떠한 기준에서 이루어졌는지 알 수 없다.
- (다) 사무국장 소외 3은 참가인의 근태평가에 D등급을 부여하였는데, 그 근거로 든 사유에 의하더라도 평가기준에 따르면 D등급이 아닌 B등급이 부여되었어야 하는 것으로 보이는 점 등에 비추어 이 사건 인사평가가 객관적인 기준에 따라 이루어진 것인지 의구심이 든다.
- (라) 참가인은 2011년 역량평가에서 전체 팀장 10명 중 6위, 2012년 상반기 1차 평가에서 전체 팀장 중 종합평가 1위에 해당하였으며(2차 평가에서는 참가인이 전체 팀장 중 가장 낮은 점수를 받았지만 2차 평가는 이 사건 인사평가와 동일한 시기에 사무국장 소외 3에 의하여 이루어졌다), 참가인이 담당 업무를 성실하게 수행하였음을 인정할 수 있는 자료도 있다.

다. 원고의 상고이유는 다음과 같다.

- (1) 기간제근로자에게 근로계약에 대한 갱신기대권이 인정된다고 하여 해당 기간제근로자가 정규직 근로자의 지위를 인정받을 수 있는 것은 아니다. 정규직 전환에 대한 기대권은 갱신기대권보다 더욱 엄격한 요건에 따라 인정되어야 한다. 참가인에게는 근로계약의 갱신에 대한 기대권이 인정된다고 볼 수 없다.
- (2) 이 사건 통보는 참가인의 갱신기대권을 부당하게 침해한 것이 아니다.

## 2. 대법원의 판단

가. 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되는 것이 원칙이다. 그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반

하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 보아야 한다(대법원 2011.4.14. 선고 2007두1729 판결 등 참조).

한편 2006.12.21. 제정되어 2007.7.1.부터 시행된 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’이라고 한다) 제4조는 제1항에서 “사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속 근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다”고 규정하면서, 제1항 단서에서 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외를 규정하고 있고, 제2항에서 “사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다”고 규정하고 있다.

위와 같이 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, 기간제법의 시행만으로 그 시행 전에 이미 형성된 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011두12528 판결 참조). 나아가 위 규정들에 의하여 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권 형성이 제한되는 것도 아니다.

- 나. 기간제법은 제5조에서 “사용자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고자 하는 경우에는 당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간제근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다”고 규정하고, 제8조제1항에서 “사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다”고 규정하고, 제9조제1항에서 “기간제근로자 또는 단시간근로자는 차별적 처우를 받은 경우 노동위원회법 제1조의 규정에 따른 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있다”고 규정하고 있다.

위 각 규정의 내용 및 입법 취지에 앞서 본 기간제근로자의 기대권에 관한 법리를 더하여 살펴보면, 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간제근로자의 계약기간이 만료될 무렵 인사평가 등을 거쳐 일정한 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기와 경위, 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환에 관한 기준 등 그에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때, 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수

있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이를 위반하여 합리적 이유 없이 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환을 거절하며 근로계약의 종료를 통보하더라도 부당해고와 마찬가지로 효력이 없고, 그 이후의 근로관계는 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 것과 동일하다고 보아야 한다.

- 다. 위와 같은 법리에 비추어 원심판결을 살펴보면, 원심이 같은 취지에서 참가인에게 정당한 인사평가를 거쳐 정규직으로 전환될 수 있으리라는 기대권이 인정되고, 원고가 합리적이고 공정한 평가를 거쳐 이 사건 통보를 하였다고 볼 수 없어 이 사건 통보는 정당한 이유가 없어 아무런 효력이 없다고 판단한 것은 그 이유설시가 일부 부적절한 점이 있으나 그 결론은 수긍할 수 있다. 거기에 상고이유의 주장과 같이 기간제근로자의 갱신기대권 또는 정규직 전환에 대한 기대권 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 3. 결 론

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

대법관 박병대(재판장), 박보영, 권순일(주심), 김재형



### 3.7 근로관계를 둘러싼 제반사정을 고려한 무기계약 전환기대권 부정

☞ 대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두28913 판결

#### » 요 지 «

1. 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 근로계약을 갱신하지 않으면 갱신거절이 없어도 그 근로자는 당연 퇴직하는 것이 원칙이나 근로계약·취업규칙·단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두거나 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신되리라는 신뢰관계가 형성되어 있어 그 근로자에게 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 효력이 없다.
2. 원고와 소신여객 사이의 계약기간은 1년으로 정해져 있으며 일정 요건을 충족하면 재계약을 한다는 의무 규정도 없고 재계약을 위한 요건이나 절차도 규정하고 있지 않으며 1년 계약기간 종료 후 정규직 채용 여부는 업무적합성과 회사의 인력수급 문제 등을 고려하여 결정하였고 1년 계약 종료 후 정규직으로 채용되지 않은 근로자도 매년 여러 명이 있을 정도로 상당하여 원고의 정규직 채용에 대한 정당한 기대권이 있다고 볼 수 없다.

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원 심 판 결 : 서울고법 2012. 11. 29. 선고 201누22463 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신거절의 의사표시가 없어도 그 근로자는 당연 퇴직하는 것이 원칙이다. 다만 근로계약·취업규칙·단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 둔 경우 또는 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로 계약이 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 사



- 정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어서 근로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는, 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 효력이 없다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결 등 참조)
2. 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 소신여객자동차 주식회사(이하 '소신여객'이라고 한다) 사이의 근로계약은 기간 만료로 종료되었다고 판단하였다.
- ① 소신여객은 원고와의 사이에 계약기간이 만료되는 때에 자동으로 퇴직 처리된다는 점을 명시하여 계약기간을 1년으로 정하여 원고를 채용하는 근로계약을 체결하였다. 위 근로계약에서 소신여객은 인사고과 및 기타 평가 등을 참작하여 원고와 재계약을 할 수 있다고 정하고 있을 뿐이고, 일정한 요건이 충족되면 소신여객에게 원고와 재계약을 체결할 의무가 있다는 등의 취지를 일절 정하고 있지 아니하다. 또한 소신여객의 취업규칙에도 일정 요건을 충족하면 재계약한다는 의무규정을 두고 있지 아니하고 재계약을 위한 요건이나 절차를 규정하고 있지 아니하다.
- ② 소신여객은 신규로 운전기사를 채용할 때에 1년 동안계약직으로 근무하게 한 다음 위 계약기간이 종료되면 그의 업무적합성과 회사의 인력수급문제 등을 고려하여 정규직 채용 여부를 결정하였다. 비록 1년의 계약기간이 종료된 근로자들 중 90% 이상을 정규직으로 채용하였더라도, 소신여객이 원고를 정규직으로 채용할지 여부는 앞서 본 바와 같이 소신여객의 고유한 인사권한에 속하고, 1년의 계약기간이 종료된 근로자들 중 정규직으로 채용되지 아니한 근로자가 2005년부터 2008년까지 매년 여러 명 있을 뿐만 아니라 2011년에는 12명이나 되어 그 수가 적지 아니하다.
- ③ 원고는 위 근로계약에 좇아 소신여객에 1년 동안 근무하였을 뿐이고 근로계약이 갱신된 일이 없다. 또한 원고는 소신여객의 요구에 따른 것이라고 하더라도 계약기간이 만료에 즈음하여 사직서를 제출하였고, 소신여객은 근로계약기간 만료에 따른 고용보험·국민연금·산재보험 등의 처리를 마치고 원고에게 퇴직금을 지급하였다.
3. 앞선 본 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험칙에 반하여 사실을 인정하거나 기한의 정함이 있는 근로계약에서 근로계약의 갱신에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.
4. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 고영한(재판장), 양창수(주심), 박병대, 김창석



## 4. 계약 갱신 및 무기계약 전환 거절의 합리적 사유

### 4.1 합리적 사유 입증책임 및 구체적 판단기준

☞ 대법원 2017. 10. 12 선고 2015두44493 판결★

#### » 요 지 «

1. 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되는 것이 원칙이다. 그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합할 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 보아야 한다.
2. 기간제 근로계약을 체결한 근로자에게 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권을 인정하는 취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자의 근로조건 보호를 강화하려는 데에 있다. 그러므로 근로자에게 이미 형성된 갱신에 대한 정당한 기대권이 있음에도 사용자가 이를 배제하고 근로계약의 갱신을 거절한 데에 합리적 이유가 있는지가 문제 될 때에는 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장 여건, 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 근로계약 체결 경위, 근로계약의 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부와 운용 실태, 근로자에게 책임 있는 사유가 있는지 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 갱신 거부의 사유와 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이고 공정한지를 기준으로 판단하여야 하고, 그러한 사정에 관한 증명책임은 사용자가 부담한다. 특히 사용자가 갱신에 대한 정당한 기대권을 보유한 기간제근로자들에 대하여 사전 동의 절차를 거치거나 가점 부여 등의 구체적인 기준도 마련하지 않은 채 재계약 절차가 아닌 신규채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서 대규모로 갱신 거절을 한 경우, 이는 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권을 전면적으로 배제하는 것이므로, 사용자로서 그와 같은 조치를 취하지 않으면 안 될 경영상 또는 운영상의 필요가 있는지, 그에 관한 근거 규정이 있는지, 이를 회피하거나 갱신 거절의 범위를 최소화하기 위한 노력을 하였는지, 그 대상자를 합리적이고 공정한 기준에 따라 선정하기 위한 절차를 밟았는지, 그 과정에서 차별적 대우가 있었는지 등을 종합적으로 살펴보고 그 주장의 당부를 판단하여야 한다.

\* 원고, 상고인 : 별지 원고 명단 기재와 같다.

\* 피고, 피상고인 : 김천시

\* 원심판결 : 서울고법 2015. 5. 15. 선고 2015누30533 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

### 1. 사건의 경위

- 가. 피고는 '김천시립예술단 설치 및 운영조례'(이하 '이 사건 조례'라고 한다)에 따라 김천시립교향악단(이하 '이 사건 교향악단'이라고 한다) 등으로 구성된 김천시립예술단(이하 '이 사건 예술단'이라고 한다)을 설치·운영하고 있다.
- 나. 원고들은 이 사건 교향악단이 설립된 2004. 12. 1. 이후 피고 시장으로부터 단무장 또는 단원으로 위촉된 사람들이다. 원고들은 피고와 2년 단위로 위촉계약을 체결하고 이 사건 교향악단에 비상임 단원으로 근무하여 그 기간이 만료될 때마다 정기평정을 거쳐 단원으로 재위촉되어 왔고, 최종적으로는 위촉기간을 2009. 2. 1.부터 2011. 1. 31.까지로 정하여 재위촉되었으나, 피고 시장은 2011. 1. 31. 원고들의 위촉기간이 만료되자 원고들을 재위촉하지 않았다(이하 '이 사건 재위촉 거부'라고 한다). 이 사건 재위촉 거부 이전까지 기존 단원에 대한 재위촉을 거부한 적은 없었다.
- 다. (1) 피고는 2010. 11. 8. 이 사건 예술단의 운영위원회를 개최하여 '2011년 단원 모집과 관련하여 위촉기간이 만료되는 기존 단원들에 대해 재위촉전형을 하지 않고, 일제히 신규전형을 통해 단원을 선발하자'라는 취지로 의결하였고, 2010. 11. 23. 실기(또는 서류심사) 및 면접 전형을 통해 이 사건 예술단의 비상임 단원을 공개모집하기로 하는 계획을 수립하였다.
- (2) 피고는 2010. 12. 30. '2011년 김천시립예술단원(비상임) 모집공고'(이하 '이 사건 공고'라고 한다)를 하면서 2011. 1. 31.자로 위촉기간이 만료되는 이 사건 교향악단의 기존 비상임 단원 59명에게 이 사건 공고에 따라 실시될 2011년도 단원위촉을 위한 공개전형(이하 '이 사건 공개전형'이라고 한다)에 응시하도록 하였다.
- (3) 이 사건 공고는 공통응시자격으로 '공고일 현재 주소가 대구·경북으로 되어 있는 자'를 요구하였다. 피고는 재정상의 이유로 이 사건 교향악단의 튜바 파트를 폐지하며 이 사건 공고 당시 튜바를 응시분야에서 제외하였다.
- (4) 피고는 2011. 1. 17.부터 1. 18.까지 이 사건 공개전형을 실시하였다. 이 사건 공개전형에는 127명(이 사건 교향악단의 기존 단원 59명 중 54명 + 신규 응시자 73명)이 응시하였고, 총 47명(기존 단원 중 26명 + 신규 응시자 중 21명)이 합격하였다.
- (5) 이 사건 교향악단의 기존 단원 중 튜바를 담당하던 원고 2, 이 사건 공고일 현재 주민등록상 주소지가 각 밀양, 서울, 부산이던 원고 4, 원고 14, 원고 21은 각 응시자격을 구비하지 못하여 이 사건 공개전형에 응시하지 못하였고, 원고 5는 이 사건 공개전형에 응시하지 아니하였다. 나머지 원고들은 2011. 1.경 응시원서를 제출하고 이 사건 공개전형에 응시하였으나, 점수가 각 분야별 모집인원 내 순위에 미치지 못하여 불합격하였다.
- (6) 피고는 2011. 2. 1. 기존 단원 중 합격자에 대한 재위촉 및 신규 응시자 중 합격자에 대한 신규위촉을 하였다(위촉기간: 2011. 2. 1.~2013. 1. 31., 2년).



라. (1) 이 사건 조례 중 재위촉 관련 부분은 다음과 같다. ① 자격과 전형방법: 지휘자를 포함한 모든 단원은 해당 분야에 대한 전문지식과 경험이 풍부한 자로서 공개전형과 위원회의 심의를 거쳐 시장이 위촉한다(제6조 제1항). ② 위촉연령과 기간: 단원의 위촉기간은 2년으로 한다(제9조 제2항). 위촉기간이 만료된 단원은 전형위원의 전형을 거쳐 재위촉할 수 있다(제9조 제3항).

(2) 이 사건 조례 시행규칙은 단원 실기평정에 관하여 “각 단원의 자질 향상을 도모하기 위하여 정기 실기평정을 실시한다. 실기평정 결과에 따라 기량이 현저하게 저하된 단원은 해촉할 수 있다.”라고 규정하고 있다(제8조).

## 2. 원심판단

가. 원심은 제1심판결을 인용하여, ① 이 사건 조례는 제9조 제2항에서 이 사건 교향악단 단원의 위촉기간을 2년으로 규정하고 있으나, 제9조 제3항에서 “위촉기간이 만료된 단원은 전형위원의 전형을 거쳐 재위촉할 수 있다.”라고 규정하여 재위촉의 가능성을 인정하고 재위촉을 위한 요건 및 절차를 마련하고 있는 점, ② 피고는 정기 실기평정 결과에 따라 원고들을 매 2년마다 재위촉하여 온 점, ③ 이 사건 이전까지 이 사건 교향악단의 기존 단원 중 재위촉을 거부당한 사람은 없었던 점, ④ 이 사건 조례 시행규칙 제8조는 실기평정 결과에 따라 단원 간의 기량이 현저하게 저하된 단원을 직책강등 또는 해촉의 대상으로 규정하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 원고들로서는 정기 실기평정 결과 기량이 현저하게 저하된 것으로 밝혀지는 등 특별한 사정이 없는 이상 이 사건 교향악단의 단원으로 재위촉되리라는 신뢰관계가 형성되어 있다고 할 것이므로, 원고들에게 재위촉에 대한 기대권이 인정된다고 판단하였다.

나. 그러나 원심은 다음과 같은 사정을 들어 피고가 이 사건 재위촉을 거부한 데에는 사회통념상 상당하다고 인정될 만한 합리적인 이유가 있다고 할 것이어서, 이 사건 재위촉 거부에 의한 원고들의 위촉계약의 종료가 부당해고에 해당하는 것으로서 무효라고 볼 수는 없다고 판단하였다.

(1) 이 사건 조례 제9조 제3항은 위촉기간이 만료된 기존 단원의 재위촉에 관하여 “전형위원의 전형을 거쳐 재위촉할 수 있다.”라고 규정하고 있을 뿐, 피고에게 위촉기간이 만료된 자를 재위촉하여야 할 의무를 부과하거나 ‘전형위원의 전형’의 구체적인 실시 방법에 대하여 아무런 제한을 두고 있지 않다. 그러므로 기존 단원에 대한 재위촉 가능성을 규정한 위 조항이 재위촉에 대한 기대권을 넘어 전형방법까지 규정하는 것으로 해석할 아무런 근거가 없다. 따라서 위촉기간이 만료된 기존 단원을 다시 위촉할 것인지 여부 및 그 심사를 위한 전형을 어떻게 할 것인지의 여부는, 그 전형방법이 불합리하다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 이 사건 교향악단의 설치·운영의 주체로서 위촉권자인 피고 시장의 판단에 따른다고 할 것이다.

(2) 이 사건 조례 제6조는 지휘자 및 신규 단원의 전형방법에 관하여 “공개전형과 위원회의 심의를 거쳐 시장이 위촉한다.”라고 규정하고 있으나, 위 규정을 가지고 원고들의 주장과 같이 기존 단원과 신규 단원의 위촉 절차가 분리되어 기존 단원의 재위촉의 경우에는 공개전형이 애당초 배제되는 것으로 해석할 수는 없다.

(3) 이 사건 조례 시행규칙 제8조 제3항은 “실기평정 결과에 따라 기량이 현저하게 저하된 단원은 해촉할 수 있다.”라고 규정하고 있는데, 위 문언을 반대해석하여도 원고들의 주장과 같이 기량이 현저하게 저하되지 않으면 해촉되지 아니하는 것으로 볼 수는 없다. 그리고 정기평정절차를 둔 기본적인 취지와 재위촉 관련 규정 등에 비추어 보아도 위 조항은 기량이 현저하게 저하된 단원들을 해촉할 수 있다는 규정에 불과하고, 이를 기존 단원들에 대한 재위촉 여부와 재위촉 방식에 관한 규정으로 파악하기는 어렵다.

(4) 이 사건 교향악단의 설립목적, 단원들의 위촉과정, 단원들 업무의 특성이나 그 전문성 등에 비추어 보면, 피고로서는 이 사건 교향악단을 구성·운영함에 있어 기존 단원만을 재위촉할 것이 아니라 지역의 연주자들에게 공정한 경쟁의 기회를 제공함으로써 연주 기량 및 열의가 뛰어난 단원을 새로이 선발하여 이 사건 교향악단의 수준을 유지·향상시킬 필요가 있다. 기존 단원을 포함한 응시자 전부에 대하여 실기 심사 및 면접을 통해 단원을 공개모집하도록 한 이 사건 공개전형은 위와 같은 취지에 부합하는 합리적인 방법으로 보이며, 달리 피고가 공개모집 방법의 채택 과정에 있어 재량권을 남용하였다거나 그 기준이나 평가방법의 설정에 있어 불합리한 점이 있다고 볼 만한 사정도 없다.

(5) 피고는 이 사건 교향악단의 모집계획을 수립하고 이 사건 공개전형을 마련하여 기존 단원을 포함한 응시자들에 대한 실기 심사 및 면접을 실시하였는데, 제반 사정에 비추어 보더라도 피고가 공정성과 합리성이 결여된 심사과정을 거쳐 부당하게 원고들의 재위촉을 거절하였다고 보기 어렵다.

(6) 시민의 정서함양 및 지역문화창달을 목적으로 피고의 예산을 재원으로 운영되는 이 사건 교향악단의 특성을 고려하면, 피고가 이 사건 공개전형 응시자격을 대구·경북지역에 거주하는 연주자로 제한하고 예산 사정에 따라 교향악단의 구성을 조정할 것을 부당하다고 볼 수 없다.

### 3. 대법원의 판단

가. 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되는 것이 원칙이다. 그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 보아야 한다( 대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결, 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결 등 참조).

기간제 근로계약을 체결한 근로자에게 이와 같이 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권을 인정하는 취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자의 근로조건 보호를 강화하려는 데에 있다.

그러므로 근로자에게 이미 형성된 갱신에 대한 정당한 기대권이 있음에도 불구하고 사용자가 이를 배제하고 근로계약의 갱신을 거절한 데에 합리적 이유가 있는지가 문제 될 때에는 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장 여건, 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 근로계약 체결 경위, 근로계약의 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부와 그 운용 실태, 근로자에게 책임 있는 사유가 있는지 여부 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 갱신 거부의 사유와 그 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이고 공정한지를 기준으로 판단하여야 하고, 그러한 사정에 대한 증명책임은 사용자가 부담한다. 특히 사용자가 갱신에 대한 정당한 기대권을 보유한 기간제근로자들에 대하여 사전 동의 절차를 거치거나 가점 부여 등의 구체적인 기준도 마련하지 않은 채 재계약 절차가 아닌 신규채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서 대규모로 갱신 거절을 한 경우, 이는 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권을 전면적으로 배제하는 것이므로, 사용자로서 그와 같은 조치를 취하지 않으면 안 될 경영상 또는 운영상의 필요가 있는지, 그에 관한 근거 규정이 있는지, 이를 회피하거나 갱신 거절의 범위를 최소화하기 위한 노력을 하였는지, 그 대상자를 합리적이고 공정한 기준에 따라 선정하기 위한 절차를 밟았는지, 그 과정에서 차별적 대우가 있었는지 여부 등을 종합적으로 살펴보고 그 주장의 당부를 판단하여야 한다( 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8225 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다17035 판결 등 참조).

나. 이러한 법리에 비추어 원심판결을 살펴본다.

우선 원심판결 이유를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어, 정기 실기평정 결과 기량이 현저하게 저하된 것으로 평가되는 등의 특별한 사정이 없는 한 원고들에게 이 사건 교향악단의 단원으로 재위촉될 수 있다는 정당한 기대권이 있다고 판단한 것은 정당하다.

그러나 피고가 이 사건 재위촉을 거부한 데에 사회통념상 상당하다고 인정될 만한 합리적인 이유가 있다고 본 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

첫째로, 이 사건 재위촉 거부를 하여야 할 경영상 또는 운영상의 필요가 있었음을 뒷받침하기에 충분한 사정을 찾아보기 어렵다. 피고에게는 이 사건 교향악단을 구성·운영함에 있어 연주 기량 등이 뛰어난 단원을 새로이 선발하여 그 수준을 유지·향상시킬 필요가 있다고 인정될 때에는 이를 위하여 적절한 방안을 마련하고 시행할 수 있는 재량이 있음은 물론이다. 그러나 앞에서 살펴본 것처럼, 이 사건 교향악단은 전형위원의 전형 등과 같이 재위촉을 위한 요건과 절차를 두고 있고, 정기 실기평정을 실시하여 그 평정 결과에 따라 기량이 미달하는 단원을 해촉할 수 있는 절차 등을 갖추고 있어서 그 적절한 운영을 통하여 교향악단의 수준을 유지·향상시킬 수 있음을 알 수 있는 반면에, 기존의 방식 때문에 교향악단의 수준이 하락하였다거나 또는 그러한 방식만 가지고는 그 수준을 유지·향상시키기 어렵다는 점을 추단할 만한 사정에 대한 아무런 주장·증명이 없다. 그런데도 원심이 이 사건 교향악단의 설립목적, 단원들의 위촉과정, 단원들 업무의 특성이나 그 전문성 등을 막연히 거시하면서 이 사건 공개전형이 이 사건 교향악단의 수준을 유지·향상시키기 위한 합리적인 방법이라고 단정한 것은 받아들이기 어렵다.

둘째로, 피고가 위촉기간이 만료되는 기존 단원들에 대해 재위촉 전형을 하지 않고 일제히 신규전형을 통해 단원을 선발할 목적으로 사전 동의 또는 협의 등의 절차를 거치지 않은 채 이 사건 공개전형을 실시한 것은 근로계약 갱신에 대한 원고들의 정당한 기대권을 전면적으로 배제하는 조치이다. 그런데 재위촉 절차와 관련한 이 사건 조례의 내용과 그 취지, 그간 재위촉 제도가 운영되어 온 실태, 원고들이 재위촉에 대하여 가지는 갱신 기대의 내용 및 2010. 11. 8. 개최된 예술단운영위원회 의결 내용 등을 살펴보다도, 이 사건 조례나 시행규칙 등에 피고가 갱신기대권을 가지는 기존 단원에 대하여 일제 신규전형을 실시할 수 있다는 근거를 찾아볼 수 없다. 그러므로 피고로서는 그와 같은 조치를 취할 필요가 있다 하더라도 이 사건 조례나 시행규칙 등을 개정하는 등의 방법으로 그 근거를 마련하거나 또는 단원들과 사전 협의를 하는 등의 절차를 거침으로써 재위촉에 대한 원고들의 정당한 기대권을 존중하는 것이 옳다.

셋째로, 피고가 이 사건 공개전형 응시자격을 대구·경북지역에 거주하는 연주자로 제한한 것이 부당하다고 볼 수 없다는 원심판단 역시 받아들이기 어렵다. 기록에 의하면, 이 사건 예술단의 설치 목적은 시민의 정서함양 및 지역문화창달에 있다는 것이고(이 사건 조례 제1조), 단원들은 매주 월요일 오전 10시부터 오후 1시까지 1주 평균 3시간의 의무근무(연습) 시간이 부과되며, 이 사건 교향악단은 연 2회 정기공연 및 필요시 특별공연을 한다는 것이다. 사정이 그와 같다면, 단원들의 주민등록상 주소지가 대구·경북지역 외의 지역으로 되어 있다고 하여 이 사건 교향악단의 단원으로 활동하는 데 어떠한 장애가 있다거나 그 설치 목적인 시민의 정서함양 및 지역문화창달에 어떠한 어려움이 있다고 보기 어렵다. 만약 이 사건 교향악단의 설립 취지가 김천시민들 중에서 단원을 선발하는 등의 방법으로 시민들의 예술활동을 지원·장려하는 데 있다면 이 사건 조례에 그 근거 규정을 두어 그와 같이 운영할 수 있을 것이다. 그러나 이 사건 교향악단의 설립 취지가 그와 같지 않음에도 불구하고 피고가 이 사건 공개전형을 실시하면서 그 응시자격을 주민등록상 특정 지역 거주자로 제한한 것은 국민의 거주이전의 자유 및 직업선택의 자유를 보장하여야 한다는 측면에서 보아도 합리적이고 공정한 절차라고 보기 어렵다.

다. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 이 사건 공개전형 실시를 통하여 원고들을 재위촉하지 아니한 데에 합리적인 이유가 있다고 판단하였으니, 이러한 원심판단에는 기간제 근로계약 갱신 거절의 합리적 이유에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고 이유 주장은 이유 있다.

#### 4. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 이 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하도록 하여, 관여 대법관 의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 고영한(재판장), 조희대, 권순일(주심), 조재연

## 4.2 객관성·공정성이 담보된 평가와 갱신거절의 합리적 사유 인정

☞ 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두5374 판결

### » 요 지 «

1. 기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우에도 예컨대 단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐서 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우 등 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는 계약서의 문언에도 불구하고 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺었다고 볼 것이며, 그 경우에 사용자가 정당한 사유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효이다. 그러나 근로계약기간의 정함이 위와 같이 단지 형식에 불과하다고 볼만한 특별한 사정이 없다면 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료된다.

참가인은 2004.3.1.경 원고와 계약기간을 3년으로 정하여 근로계약을 체결하면서 계약기간이 만료하면 당연 퇴직하는 것으로 정한 점, 참가인은 계약직 사원 관리지침, 계약직 사원 평가 및 재계약 기준을 제정하고, 위 기준에 따라 매년 계약직 근로자들에 대한 근무성적평가를 실시하여 하위 5%에 해당하는 근로자들에 대하여는 재계약 체결을 거부해온 점, 원고는 계약기간 3년의 근로계약을 1회 체결한 것으로서 근로계약이 반복하여 갱신된 것이 아닌 점 등에 비추어 보면, 이 사건 계약에서 기간을 정한 것이 단지 형식에 불과하다고 볼 수 없다.

2. 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.

참가인은 그 근로자들로 구성된 노동조합과의 사이에 체결한 단체협약에서 계약기간

이 만료되었다는 사정만으로 재계약을 거절하지 아니하고, 실적 및 인사고과 등을 감안한 일정기준에 의하여 평가하여 소정의 절차에 의하여 재계약 여부를 판단하기로 합의한 점, 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, 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, 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 근무성적평가 결과 일정한 순위 이상의 성적을 얻게 되면 기간제 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정된다고 봄이 상당하다.

\* 원고, 상고인 : 최○○

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 에스지신용정보 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2009. 3. 18. 선고 2008누21609 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 보조참가로 인한 비용을 포함하여 원고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

### 1. 상고이유 제1점에 대하여

기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우에도 예컨대 단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐서 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우 등 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의



사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는 계약서의 문언에도 불구하고 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺었다고 볼 것이며, 그 경우에 사용자가 정당한 사유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효이다. 그러나 근로계약기간의 정함이 위와 같이 단지 형식에 불과하다고 볼만한 특별한 사정이 없다면 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료된다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결 등 참조).

원심은 그 채택증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)은 2004.3.1.경 원고와 계약기간을 3년으로 정하여 근로계약을 체결하면서 계약기간이 만료하면 당연 퇴직하는 것으로 정한 점, ② 참가인은 계약직 사원 관리지침, 계약직 사원 평가 및 재계약 기준을 제정하고, 위 기준에 따라 매년 계약직 근로자들에 대한 근무성적평가를 실시하여 하위 5%에 해당하는 근로자들에 대하여는 재계약 체결을 거부해온 점, ③ 원고는 계약기간 3년의 근로계약을 1회 체결한 것으로서 근로계약이 반복하여 갱신된 것이 아닌 점 등에 비추어 보면, 이 사건 계약에서 기간을 정한 것이 단지 형식에 불과하다고 볼 수 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

원심판결에는 상고이유에서 주장하는 바와 같이 기간을 정한 근로계약 및 부당해고에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

## 2. 상고이유 제2, 3, 4점에 대하여

기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신거절의 의사표시가 없어도 그 근로자는 당연 퇴직되는 것이 원칙이다. 그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 할 것이다(대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결 참조).

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 소

정의 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 목표달성률(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.

원심판결의 이유 설시에 다소 부적절한 부분이 있기는 하지만, 이 사건 갱신거절이 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없다는 원고의 주장을 배척한 결론은 정당하다.

원심판결에는 상고이유로 주장하는 것과 같은 기간을 정한 근로계약의 해고 제한에 관한 법리오해, 취업규칙의 변경에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

### 3. 결 론

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

대법관 양창수(재판장), 김지형(주심), 전수안, 이상훈

### 4.3 운전근로자의 신체상태에 따른 갱신거절의 합리적 사유 인정

☞ 서울행법 2013. 1. 31. 선고 2012구합14637 판결<sup>3)</sup>

#### » 요 지 «

1. 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 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.
2. 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 안전 확보를 위해 상시적으로 운전근로자 및 차량 등에 대한 주의 깊은 관리책임을 부여한다고 할 것인데, 참가인은 이 사건 연장거부 당시 만 64세의 고령이었고, 교통사고를 당하여 1개월이 넘는 치료기간을 요할 정도의 육체적 충격을 받기도 하였으며, 이후 실시된 교통안전공단의 운전정밀특별검사 결과 속도예측능력이 부정확하다는 소견하에 교정교육 판정을 받기도 하였던 점 등을 고려하면, 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.

3) 대법원 2014. 4. 10. 2014두809 판결에서 심리불속행 기각으로 확정



- \* 원 고 : K 주식회사
- \* 피 고 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : 김○○

### » 주 문 «

1. 중앙노동위원회가 2012.4.2. 원고와 피고보조참가인, 소외 장○○ 사이의 2012부해43, 48(병합) 부당해고 구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정 중 피고보조참가인에 대한 부당해고 부분을 취소한다.
2. 소송비용 중 피고보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

### » 청구 취지 «

주문과 같다(소장 기재 청구취지상의 재심판정일인 '2012.4.20.'은 위 일자의 오기로 보인다).

### » 이 유 «

#### 1. 재심판정의 경위

- 가. 원고 회사는 2003.12.4. 설립되어 상시근로자 200여명을 고용하여 자동차 운수사업 등을 영위하는 회사이고, 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)은 2004.7.1. 원고 회사에 입사하여 근무하던 중 정년을 넘겼음을 이유로 2006.7.16. 퇴사한 후, 2006.8.21. 촉탁직으로 재입사하여 1년 단위로 4회에 걸쳐 매년 근로계약을 갱신하면서 계속 근무하다가 원고 회사로부터 2011.8.20.자로 계약연장 거부통보(이하 '이 사건 연장거부'라 한다)를 받아 2011.8.20. 그 계약기간이 만료된 자이다.
- 나. 참가인은 2011.10.14. 인천지방노동위원회에 이 사건 연장거부가 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다고 주장하면서 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 하였는데, 인천지방노동위원회는 2011.12.15. 인천\*\*\*\*○○\*\*,○○\*\*(병합)호로 참가인에게 계약갱신의 기대권이 인정됨에도 원고 회사가 합리적 이유 없이 연장거부를 한 것은 부당하다는 이유로 부당해고 부분에 대한 구제신청은 인용하고, 부당노동행위 부분에 대한 구제신청은 기각하였다.
- 다. 위 부당해고 부분에 대한 초심판정에 불복하여 원고 회사는 2011.12.15. 중앙노동위원회에 재심신청을 하였는데, 중앙노동위원회는 2012.4.2. 중앙\*\*\*\*○○\*\*,\*\*(병합)호로 원고 회사의 재심신청을 기각하였다(이하 위 부분만을 '이 사건 재심판정'이라 한다).

#### 2. 재심판정의 적법 여부

##### 가. 원고 회사의 주장

근로계약상의 문언, 취업규칙 등 관계규정의 내용, 촉탁직 근로계약관계의 특수성, 원고 회사 내의 촉탁직 근로자 운용 실태 등에 비추어 보면, 참가인에게 촉탁직 근



로계약이 반복적으로 갱신되어 계속적인 근로관계가 유지될 것으로 기대할 만한 정당한 사유가 없었다고 할 것이고, 설령 참가인에게 계약갱신에 대한 정당한 기대권이 있었다고 하더라도, 참가인의 나이 및 건강상태, 근로의 내용과 대중교통인 시내버스 운행상 안전확보의 필요성 등을 고려하면, 이 사건 연장거부 조치에는 합리성이 있어 정당하다고 할 것임에도 불구하고, 이와 다른 전제에서 이 사건 연장거부가 부당하다고 본 이 사건 재심판정은 위법하다.

#### 나. 관계법령 등

##### ■ 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률

제4조(기간제근로자의 사용) ① 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있다.

4. 「고령자고용촉진법」 제2조제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우

##### ■ 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “고령자”란 인구와 취업자의 구성 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 연령 이상인 자를 말한다.

##### ■ 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 시행령

제2조(고령자 및 준고령자의 정의) ① 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제2조제1호에 따른 고령자는 55세 이상인 사람으로 한다.

##### ■ 2011년도 단체협약(갑 제7호증)

제25조(정규직 전환) 회사는 본 협약 체결일 현재 재직 중인 근로자 중에서 기간제 근로자(축타직 근로자 제외)를 기간의 정함이 없는 근로자로 전환시킨다.

##### ▲ 부칙

제1조 본 협약의 유효기간은 2011년 8월 1일부터 2012년 7월 31일까지로 한다.

제6조 본 협약은 2011년 8월 1일부터 시행한다.

##### ■ 보충협약서(2011.8.22., 갑 제8호증의1,2)

3. 체결일(2011.8.22.) 현재 기간제 근로자(축타직 근로자 제외)에 대하여 단체협약서 제25조(정규직 전환)를 준용한다. 단, 2011년 7월 31일 이전 입사자 중 근속기간 1년 미만자에 대해서는 그러하지 아니하다.

■ 취업규칙(갑 제1호증)

제16조(근로계약기간) 근로계약기간은 기한의 정함이 없는 것과 일정한 사업완료에 필요한 기간을 정한 것을 제외하고는 특별한 사유가 없는 한 1년을 원칙으로 한다.

제54조(당연퇴직) 종업원이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우 당연퇴직으로 본다.

7. 계약상 고용기간이 만료되었을 시

제55조(정년) 종업원의 정년은 생년월일 기준 만 59세까지로 한다. 다만 회사는 업무상 필요하다고 인정된 자에 대하여 축탁으로 재고용할 수 있다.

다. 인정사실

- (1) 참가인은 1947.8.14.생으로 2004.7.1.경 원고 회사에 입사하여 시내버스운전기사로 근무하던 중 2006.7.16. 정년퇴직하였는데, 위 퇴직 당시 참가인이 제출한 사직서(을가 제1호증)에는 수기로 “※ 2006.8.21. 재입사 후 1년 단위로 재계약”이라는 문구가 기재되어 있다.
- (2) 참가인은 원고 회사와 사이에 2006.8.21.부터 1년 단위로 근로계약을 체결·갱신하면서 축탁직 근로자로 근무하여 왔는데(이하 이를 통틀어 ‘이 사건 각 근로계약’이라 하고, 개별적으로 지칭할 때에는 체결시기에 따라 순번으로 특정한다), 위 각 근로계약서에는 참가인의 근로계약기간이 1년인 사실과 차기연봉계약이 인사위원회의 인사고과에 의하여 갱신된다는 점이 명시되어 있었고, 특히 이 사건 제5 근로계약서(2010.8.20.자, 을가 제2호증의5)를 제외한 나머지 각 근로계약서에는 ‘근로계약기간만료 30일 전까지 회사 인사위원회의 심의 후 새로운 연봉계약이 체결되지 아니한 경우에는 당사자 간은 합의 해지된 것으로 보아 근로계약 만기일까지 근무하고 퇴직한다’는 내용이 기재되어 있었다.
- (3) 참가인은 2010.6.24.경 자가용으로 운전하여 퇴근하던 중 발생한 교통사고로 상해를 입어 2010.6.24.부터 2010.8.8.까지의 기간 동안 치료를 이유로 근무를 못하였다가 치료가 끝난 이후 원고 회사에 복귀하여 근무를 계속하였다.
- (4) 참가인은 2008.6.20. 실시된 2008년도 일반건강검진 결과 ‘신장질환 의심, 정상B(혈압관리, 콜레스테롤 관리, 당뇨관리, 기타 질환관리)’ 판정을, 2010.7.20.경 실시된 2010년도 일반건강검진 결과 ‘이상지질혈증 주의, 고혈압 유소견’ 판정을, 2011.3.17.부터 같은 해 5.17. 기간 중 실시된 건강진단 결과 ‘고혈압유소견, 이상지질혈증 주의’의 소견을 각 받았다. 한편 교통안전공단은 2010.8.31. 참가인에 대하여 운전정밀특별검사를 실시한 결과 ‘귀하의 속도예측능력은 부정확한 편입니다. 귀하의 생각보다 타 차량의 움직임이 보다 빠르거나 느릴 수 있음을 유념하시고, 교차로나 차로변경 등 속도예측이 필요할 때 특히 주의가 요청됩니다’라는 검사소견에 따라 교정교육 판정을 하기도 하였다.



- (5) 원고 회사는 참가인이 위에서 본 바와 같이 교통사고로 인한 치료 후 회사에 복귀 하였으나 후유증으로 인하여 운전이 힘들어 보였고, 건강검진 결과에서도 질환이 의심되는 판정을 받는 등 2010.6.경의 교통사고 이후 기력과 활동성이 계속해서 떨어지고 있는 상태라고 판단하여 2011.8.20. 참가인에게 구두로 근로관계 종료를 통보한 후 2011.8.21. 및 2011.8.22.의 승무지시서(배차표)상 참가인의 배차부분을 삭제하였다.
- (6) 한편 2009년도부터 2011년도까지 사이에 원고 회사 소속 축탁직 근로자들의 퇴직사유는 개인사정, 권고사직, 계약만료 등이었고, 그 중 2009.1.1.부터 2011.10.22.까지 사이에 참가인 외에 원고 회사의 축탁직 근로자 중 4명이 계약만료를 이유로 퇴사하였는데, 그 내용은 아래 표<생략>의 기재와 같다.

#### 라. 판단

- (1) 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 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 등 참조).
- (2) 위 법리에 비추어 이 사건에 돌아와 참가인에게 계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는지 여부에 관하여 보건대, 앞서 본 사실 및 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원고 회사와 참가인 사이에 체결된 이 사건 각 근로계약서에 따르면, 참가인이 축탁직 근로자로서 근무한 2006.8.21.부터 2011.8.20.까지 사이에 근로계약기간이 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 인사고과에 의하여 계약을 갱신한다’는 취지의 문언이 기재되어 있기는 하나, 취업규칙 등에 그 갱신요

건 등에 관하여 별다른 규정이 없는 이상 이를 근거로 원고 회사에게 갱신의무가 있다고 볼 것도 아니다), ② 원고 회사가 2009년부터 2011년까지 사이에 참가인을 제외하고도 4명의 축탁직 근로자에 대하여 기간만료를 이유로 계약을 갱신하지 아니한 채 퇴사시킨 점을 고려할 때, 원고 회사의 축탁직 근로자에 대한 계약갱신절차가 요식에 불과하다거나 기계적으로 이루어진 것으로는 보기 어렵고, 오히려 원고 회사 내에서의 축탁직 근로자의 계약갱신은 원고 회사가 당해 근로자의 건강상태, 근무태도 등을 고려하여 재량에 따라 실질적으로 그 체결여부를 결정하여 오고 있다고 봄이 상당한 점, ③ 원고 회사가 운용하는 축탁직 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, 사용자의 측면에서는 업무상 필요에 따라 상당한 재량의 범위 내에서 그 고용 여부를 결정할 수 있을 뿐만 아니라 비용을 절감할 수 있다는 점에서 근로자와 사용자 사이에 상호 이해가 일치하여 실시되는 것으로서 일반적인 기간제 근로계약관계와는 차별성이 있고, 그 점에서 원고 회사의 단체협약 및 단체협약 보충협약서 역시 기간제 근로자 중 축탁직 근로자를 별도로 취급하고 있는바, 위와 같은 축탁직 근로계약관계의 실시목적, 내용 및 특성 등을 고려할 때, 원고 회사 소속 축탁직 근로자의 계약갱신에 대한 기대는 통상 일반적인 기간제 근로자의 그것에 미치지 않는다고 보는 것이 사회통념에 부합하고, 이와 같은 측면은 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조 제1항 본문, 제2항이 ‘사용자는 근로자를 사용함에 있어서 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 기간제 근로자를 사용할 수 있되 사용기간이 2년을 초과할 경우에는 그 기간제 근로자를 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다’고 규정함으로써 기간제 근로자의 고용안정 및 보호를 위하여 그 사용기간을 엄격히 제한하면서도 일정한 경우 예외를 두어 같은 법 제4조 제1항 단서 제4호, 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 제2조 제1호, 같은 법 시행령 제2조 제1항이 55세 이상인 고령자와 근로계약을 체결하는 경우에는 기간제 근로자의 사용기간에 관한 규제를 받지 않는 것으로 규정하고 있는 것에서도 다시 확인할 수 있는 점, ④ 비록 참가인이 2006.7.16. 제출한 사직서(을가 제1호증)에 “2006.8.21. 재입사 후 1년 단위로 재계약”이라는 문언이 기재되어 있기는 하나, 위 사직서는 참가인이 원고 회사에 제출한 문서에 불과할 뿐만 아니라 해당 문언의 내용만으로 원고 회사가 참가인에게 향후 아무런 제한 없는 계약 갱신의 신뢰를 부여한 것으로 해석하기 어려운 점, ⑤ 참가인은 원고 회사가 축탁직 근로자들에게도 계약만료 30일 전에 미리 우편을 통해 계약만료 사실을 통지하는 것이 이전부터의 관행이었는데, 참가인에게 계약만료 30일 전까지 우편을 통한 계약만료통지가 없었으므로 이는 원고 회사가 참가인에게 계약갱신에 대한 신뢰를 적극적으로 부여한 것으로 보아야 한다는 취지로 주장하나, 을나 제6호증의1, 제7호증의 각 기재만으로는 위와 같은 관행의 존재를 인정하기 어려울 뿐만 아니라 설령 위와 같은 관행이 존



재하였다고 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.

설령 참가인에게 촉탁직 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정된다고 하더라도, 그 갱신거절에는 해고 제한의 기준인 정당한 이유보다는 완화된 기준인 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 이유가 있으면 충분하다고 할 것인바, 시내버스 운행은 그 특성상 근로자에게 상당한 육체적·정신적 부담을 주는 직무이면서 동시에 사용자에게는 공중의 안전확보를 위해 상시적으로 운전근로자 및 차량 등에 대한 주의 깊은 관리책임을 부여한다고 할 것인데, 참가인은 이 사건 연장거부 당시 만 64세의 고령이었고, 2010.6.경 교통사고를 당하여 1개월이 넘는 치료기간을 요할 정도의 육체적 충격을 받기도 하였으며, 이후 실시된 교통안전공단 운전정밀특별검사 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.

- (3) 따라서 이와 결론을 달리한 이 사건 재심판정은 위법하고, 이 점을 지적하는 원고 회사의 주장은 이유 있다.

### 3. 결 론

그렇다면, 원고 회사의 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 박정화(재판장), 김태환, 김진하



## 4.4 기간제법 상 사용기간 제한 규정을 회피할 목적으로 한 갱신거절의 합리적 사유 불인정

☞ 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011두17745 판결

### » 요 지 «

1. 기간제법의 시행으로 사용자가 2년의 기간 내에서 기간제 근로자를 사용할 수 있고 기간제 근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 그 기간제 근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되더라도, 그 입법취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점 등에 비추어 보면, 특별한 사정이 없는 한 기간제법의 시행만으로 그 시행 전에 이미 형성된 기간제 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없다.
2. 채용계약서에는 계약 만료시에 최종 평가를 실시한다고 정하였고, 실제로 근무실적을 평가하여 재계약 가능 점수를 얻자 계약을 갱신하였던 점, ‘전문직 직원 운영세칙’에 근무실적평정 결과 최종평점이 75점 이상일 경우 계약이 연장되도록 정하였고, 전문직 직원의 총 사용기간의 제한을 폐지하는 한편, 1년 단위로 계약을 체결하되 1년 이상 사용하여야 할 경우 재계약시 계약서에 특별한 사유가 없는 한 계약기간이 1년 단위로 계속 연장된 것으로 간주함을 명시하도록 정하였던 점 등을 볼 때 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정된다.

따라서 기간제법 제4조제2항에 따라 2년을 초과하여 원고(기간제 근로자)를 사용할 경우 기간의 정함이 없는 근로자로 전환하여야 할 상황에 직면하게 되자 이를 회피할 목적으로 근로계약 갱신을 거절한 것은 합리적인 이유가 없어 부당해고에 해당한다.

\* 원고, 피상고인 : A

\* 피 고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : B공사

\* 원심판결 : 서울고법 2011. 6. 22. 선고 2010누33568 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고보조참가인이 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 상고이유 제1점에 대하여

가. 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고, 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신 거절의 의사표시가 없어도 당연 퇴직되는 것이 원칙이다. 그러나 근로계약·취업규칙·단체협약 등에서 기간 만료에도 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 설정여부 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 등 참조).

한편 2006.12.21. 제정되어 2007.7.1.부터 시행된 ‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’(이하 ‘기간제법’이라고 한다) 제4조는 제1항에서 “사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속 근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제 근로자를 사용할 수 있다”고 정하면서 제1항 단서에서 2년을 초과하여 기간제 근로자를 사용할 수 있는 예외를 정하고 있고, 제2항에서 “사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제 근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제 근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다”고 정하고 있다.

위와 같이 기간제법의 시행으로 사용자가 2년의 기간 내에서 기간제 근로자를 사용할 수 있고 기간제 근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 그 기간제 근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되더라도, 위 규정들의 입법취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점 등에 비추어 보면, 특별한 사정이 없는 한 기간제법의 시행만으로 그 시행 전에 이미 형성된 기간제 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권이 배제 또는 제한된다고 볼 수는 없다.

나. 원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 원고와 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고 한다) 사이에 체결된 각 채용계약서에는 계약 만료시에 최종 평가를 실



시한다고 정하였고, 실제로 참가인은 근무실적을 평가하여 원고가 재계약 가능 점수를 얻자 원고와 계약을 갱신하였던 점, ② 원고와 참가인 사이에 최종적으로 체결된 2008.9.29.자 채용계약(이하 '이 사건 채용계약'이라고 한다) 당시 시행 중이던 참가인의 '전문직 직원 운영세칙'은 근무실적평가에 관하여 규정하면서 근무실적평가 결과 최종평점이 75점 이상일 경우 계약이 연장되도록 정하였고, 전문직 직원의 총 사용기간의 제한을 폐지하는 한편, 1년 단위로 계약을 체결하되 1년 이상 사용하여야 할 경우 재계약시 계약서에 특별한 사유가 없는 한 계약기간이 1년 단위로 계속 연장된 것으로 간주함을 명시하도록 정하였던 점, ③ 그 후 '전문직 직원 운영세칙'이 개정되면서 위와 같이 전문직 직원의 신분 보장을 강화하던 내용이 일부 삭제되는 등 후퇴하였으나 위 개정 운영세칙은 원고와 참가인의 이 사건 채용계약에는 적용되지 아니하는 점 등을 들어, 원고에게는 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정된다고 판단하였다.

앞서 본 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다. 거기에 상고이유의 주장과 같이 갱신 기대권에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

원심은 그 판시와 같은 이유로, 참가인이 기간제법 제4조제2항에 따라 2년을 초과하여 원고를 사용할 경우 기간의 정함이 없는 근로자로 전환하여야 할 상황에 직면하게 되자 이를 회피할 목적으로 이 사건 갱신을 거절한 것은 합리적인 이유가 없어 부당해고에 해당한다는 취지로 판단하였다.

앞서 본 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다. 거기에 상고이유의 주장과 같이 갱신 거절의 합리적 이유에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 3. 결 론

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

대법관 고영한(재판장), 양창수(주심), 김창석



## 4.5 대규모로 계약갱신을 거절한 경우의 합리적 사유 인정 요건

☞ 대법원 2017. 10. 12 선고 2015두44493 판결★ <sup>4)</sup>

### » 요 지 «

1. 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되는 것이 원칙이다. 그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합할 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 보아야 한다.
2. 기간제 근로계약을 체결한 근로자에게 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권을 인정하는 취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자의 근로조건 보호를 강화하려는 데에 있다. 그러므로 근로자에게 이미 형성된 갱신에 대한 정당한 기대권이 있음에도 사용자가 이를 배제하고 근로계약의 갱신을 거절한 데에 합리적 이유가 있는지가 문제 될 때에는 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장 여건, 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 근로계약 체결 경위, 근로계약의 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부와 운용 실태, 근로자에게 책임 있는 사유가 있는지 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 갱신 거부의 사유와 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이고 공정한지를 기준으로 판단하여야 하고, 그러한 사정에 관한 증명책임은 사용자가 부담한다. 특히 사용자가 갱신에 대한 정당한 기대권을 보유한 기간제근로자들에 대하여 사전 동의 절차를 거치거나 가점 부여 등의 구체적인 기준도 마련하지 않은 채 재계약 절차가 아닌 신규채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서 대규모로 갱신 거절을 한 경우, 이는 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권을 전면적으로 배제하는 것이므로, 사용자로서 그와 같은 조치를 취하지 않으면 안 될 경영상 또는 운영상의 필요가 있는지, 그에 관한 근거 규정이 있는지, 이를 회피하거나 갱신 거절의 범위를 최소화하기 위한 노력을 하였는지, 그 대상자를 합리적이고 공정한 기준에 따라 선정하기 위한 절차를 밟았는지, 그 과정에서 차별적 대우가 있었는지 등을 종합적으로 살펴보고 그 주장의 당부를 판단하여야 한다.

4) 본 판결의 원문은 `주제별 노동판례 330선` 제2부 제8장 근로계약 기간만료 35쪽에 기재되어 있음

## 5. 기간제 근로계약의 사용기간 제한 예외사유

### 5.1 복지정책 및 실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우

☞ 대법원 2016. 8. 18. 선고 2014다211053 판결

#### » 요 지 «

① 이 사건 사업(방과후학교 학부모 코디네이터(전담보조인력) 사업)은 교육서비스 분야 일자리 창출 및 확대와 경제위기 심화 대비 실업극복 희망 만들기 대책 추진계획의 일환으로 '학부모 일자리 창출을 통한 경제위기 극복에 기여'를 하나의 목적으로 추진되었던 점, ② 당초 교육과학기술부가 이 사건 사업을 시행할 당시 특별교부금을 한시적으로 2년간 지급하고, 그 이후부터는 각 시·도교육청이 사업의 지속 추진 여부를 결정하도록 하게 하는 등 이 사건 사업은 일자리 창출을 위한 일시적·한시적 성격의 사업이라는 측면이 있는 점, ③ 방과후학교 학부모 코디네이터의 역할이나 업무 내용은 보조적이고 협력적인 성격의 것으로서 그 업무가 상시적으로나 필수적으로 수행되어야 할 성질의 것은 아닌 점, ④ 이 사건 사업은 100% 국고보조를 통해 시행되었고, 이로 말미암아 피고는 방과후학교 관련 일자리 점검을 위한 자료, 특별교부금 집행결과내역을 제출하는 등 교육과학기술부의 관리·감독을 받기도 한 점, ⑤ 이 사건 사업은 국고보조금 지원을 전제로 한 것으로서 특별교부금 교부가 중단된 2012년도부터는 다수의 시·도교육청이 이 사건 사업을 종료하는 등 국가보조금 지원이 중단될 경우 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 지속될 수 없는 내재적 한계를 가진 점, ⑥ 이 사건 사업의 경우 방과후학교 학부모 코디네이터의 자격요건으로 '학부모로서 고학력 전업주부'도 포함되어 있는바, 이는 「고용정책기본법」 제6조제1항제5호의 '비경제활동 인구의 노동시장 참여 촉진에 관한 사항'에 해당할 여지가 있는 점 등을 종합하면, 피고가 원고들을 기간제근로자로 채용한 것은 기간제법 제4조제1항 단서 제5호, 기간제법 시행령 제3조제2항제1호로 정한 '복지정책·실업대책 등에 따라 사회적으로 필요한 서비스 제공을 위하여 일자리를 제공하는 경우'에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 피고가 원고들을 기간제근로자로 사용하는 데에는 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유가 존재한다.

\* 원고, 피상고인 : 1. 박○애, 2. 이○경, 3. 하○경, 4. 김○희, 5. 한○화, 6. 김○진

\* 피고, 상고인 : 부산광역시

\* 원심판결 : 부산고법 2014. 5. 1. 선고 2013나51902 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 부산고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 상고이유 제1점 및 제2점에 관하여

가. 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’이라 한다) 제4조제1항 본문과 제2항은 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용하는 경우 원칙적으로 그 기간제근로자를 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다고 규정하고 있다. 이 규정은 국가나 지방자치단체의 기관에 대하여도 적용된다(기간제법 제3조제3항). 다만 기간제법 제4조제1항 단서 제5호는 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 따라 기간제법 시행령 제3조제2항제1호는 기간제법 제4조제1항 단서 제5호로 위임한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유의 하나로 「고용정책 기본법」, 「고용보험법」 등 다른 법령에 따라 국민의 직업능력 개발, 취업 촉진 및 사회적으로 필요한 서비스 제공 등을 위하여 일자리를 제공하는 경우’를 들고 있다. 국가나 지방자치단체가 국민 또는 주민에게 제공하는 공공서비스는 그 본질적 특성상 사회적으로 필요한 서비스의 성격을 가지고 있다. 따라서 국가나 지방자치단체가 그 공공서비스를 위하여 일자리를 제공하는 경우, 기간제법 제5조제1항 단서 제5호, 기간제법 시행령 제3조제2항제1호에 해당하는지는 해당 사업의 시행 배경, 목적과 성격, 사업의 한시성이나 지속가능성 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2012. 12. 26. 선고 2012두18585 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 피고가 교육과학기술부로부터 특별교부금 형식으로 국고보조금 지원을 받아 시행하다가 2012년부터는 자체 예산으로 지속한 ‘방과후학교 학부모 코디네이터(전담보조인력) 사업’(이하 ‘이 사건 사업’이라 한다)은 기간제법 제4조제1항 단서 제5호의 ‘정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우’에 해당하지 않는다고 보아, 피고가 산하 공립학교장을 통하여 원고들과 각 체결한 ‘방과후학교 학부모 코디네이터 채용계약’(이하 ‘이 사건 각 채용계약’이라 한다)에는 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유가 존재한다는 피고의 주장을 배척하였다.

다. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

(1) 원심판결 이유 및 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

(가) 교육과학기술부는 2009. 6.경 교육서비스 분야 일자리 창출 및 확대와 경제위기 심화 대비 실업극복 희망 만들기 대책 추진계획의 일환으로 각 시·도교육청으로 하여금 이 사건 사업을 필요 사업비 100%의 국고보조 지원 아래 2010년도까지 2년간 시행하기로 하되, 2011년도부터의 사업 시행은 각 시·도교육청의 교육재정

에 따라 지속 여부를 결정하게 하였다. 이에 피고를 비롯한 광역지방자치단체 산하 각 시·도교육청은 사업비 100%를 특별교부금으로 지원받아 2011년도까지(특별교부금 교부 기간이 1년 연장되었다) 이 사건 사업을 시행하다가 2012년도부터는 서울특별시 및 경기도 등 일부 교육청은 사업을 종료하였으나, 피고 등 다른 일부 교육청은 자체 예산으로 사업을 지속하였다.

(나) 교육과학기술부장관이 피고 등에게 통보한 ‘방과후학교 학부모 코디네이터(전담보조인력) 도입 계획’에는 이 사건 사업의 목적이 ‘방과후학교의 안정적 운영을 위한 인프라 구축 및 학교 현장의 업무 부담 경감’뿐만 아니라 ‘학부모 일자리 창출을 통한 경제위기 극복에 기여’하는 것으로 되어 있다.

(다) 방과후학교 학부모 코디네이터는 방과후학교에 대한 학생들의 수요가 늘어나면서 방과후학교 담당 교사들의 업무량이 증가하고 해당 업무의 전문성 제고가 필요함에 따라 이를 지원하기 위한 제도로써, 위 ‘방과후학교 학부모 코디네이터(전담보조인력) 도입 계획’에 의하면 방과후학교 학부모 코디네이터의 역할이나 업무 내용은 업무담당교사 지원(방과후학교 참여 수요 조사, 시간표 작성, 각종 홍보물과 설문지 배포·수합 등), 방과후학교 강사 관리(프로그램별 강사복무 현황을 위한 출·퇴근부 관리, 휴·보강 등 운영상태 관리), 학생관리(학생 출결관리 및 현황 파악, 학생 및 학부모 상담 등), 기타(방과후학교 운영일지 작성, 방과후학교 프로그램 교실 관리 등)이다.

(라) 피고는 교육과학기술부가 방과후학교 관련 일자리 점검을 위한 자료와 이 사건 사업 관련 특별교부금 집행결과내역의 제출을 요청함에 따라 그 자료들을 제출하였다.

(마) 피고 산하 공립학교의 학교장들은 원고들을 원고들 또는 학교 사정에 따라 수개월에서 최장 1년 단위로 채용하였고, 채용계약을 갱신할 때에는 그때마다 계약서를 다시 작성하였으며, 갱신 계약서에도 계약기간을 수개월에서 최장 1년의 기간으로 명시하였다. 또한 이 사건 각 채용계약에서는 계약기간의 만료로 당연퇴직하는 것으로 규정하고 있고, 계약기간 중의 계약해지사유에 관하여는 규정하고 있으나 양 당사자의 계약갱신의무나 계약연장거부사유에 관하여는 약정하지 아니하였다. 아울러 원고들은 계약기간이 만료할 때마다 퇴직금을 받고 사직서를 제출하였다.

(바) 앞서 본 ‘방과후학교 학부모 코디네이터(전담보조인력) 도입 계획’에 의하면, 이 사건 사업의 경우 방과후학교 학부모 코디네이터로 선발되기 위한 자격요건에 ‘해당 초등학교 또는 인근 초등학교 학부모로서 고학력 전업주부’도 포함되어 있다.

(2) 앞서 본 관계 법령과 법리 및 위와 같은 사실관계에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 사업은 교육서비스 분야 일자리 창출 및 확대와 경제위기 심화 대비 실업극복 희망 만들기 대책 추진계획의 일환으로 ‘학부모 일자리 창출을 통한 경제위기 극복에 기여’를 하나의 목적으로 추진되었던 점, ② 당초 교육과학기술부가 이 사건 사업을 시행할 당시 특별교부금을 한시적으로 2년간 지급하고, 그



이후부터는 각 시·도교육청이 사업의 지속 추진 여부를 결정하도록 하게 하는 등이 사건 사업은 일자리 창출을 위한 일시적·한시적 성격의 사업이라는 측면이 있는 점, ③ 방과후학교 학부모 코디네이터의 역할이나 업무 내용은 보조적이고 협력적인 성격의 것으로서 그 업무가 상시적으로나 필수적으로 수행되어야 할 성질의 것은 아닌 점, ④ 이 사건 사업은 100% 국고보조를 통해 시행되었고, 이로 말미암아 피고는 방과후학교 관련 일자리 점검을 위한 자료, 특별교부금 집행결과내역을 제출하는 등 교육과학기술부의 관리·감독을 받기도 한 점, ⑤ 이 사건 사업은 국고보조금 지원을 전제로 한 것으로서 특별교부금 교부가 중단된 2012년도부터는 다수의 시·도교육청이 이 사건 사업을 종료하는 등 국가보조금 지원이 중단될 경우 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 지속될 수 없는 내재적 한계를 가진 점, ⑥ 이 사건 사업의 경우 방과후학교 학부모 코디네이터의 자격요건으로 '학부모로서 고학력 전업주부'도 포함되어 있는바, 이는 「고용정책기본법」 제6조제1항제5호의 '비경제활동인구의 노동시장 참여 촉진에 관한 사항'에 해당할 여지가 있는 점 등을 종합하면, 피고가 원고들을 기간제근로자로 채용한 것은 기간제법 제4조제1항 단서 제5호, 기간제법 시행령 제3조제2항제1호로 정한 '복지정책·실업대책 등에 따라 사회적으로 필요한 서비스 제공을 위하여 일자리를 제공하는 경우'에 해당한다고 봄이 타당하다. 따라서 피고가 원고들을 기간제근로자로 사용하는 데에는 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유가 존재한다.

- (3) 그럼에도 원심이 그 판시와 같은 이유만으로 이 사건 각 채용계약에는 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유가 존재하지 않는다고 판단하였는바, 이는 기간제법 제4조제1항 단서 제5호, 기간제법 시행령 제3조제2항제1호로 정한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유에 관한 법리를 오해하여 판단을 그르친 것이다.

## 2. 상고이유 제3점에 관하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 이유로 원고들이 피고 산하의 각 공립학교의 학교장과 체결한 '방과후학교 학부모 코디네이터 채용계약'상 원고들의 사용자는 위 공립학교의 설립 및 경영의 주체이자 그 교육사무의 귀속주체인 지방자치단체로서 공법인인 피고라고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 위 채용계약상의 사용자에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 3. 결 론

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

대법관 김용덕(재판장), 이인복, 김소영, 이기택(주심)



## 5.2 고등교육법 상 조교로 볼 수 없는 경우 사용기간 제한 예외사유 해당 여부

☞ 광주고법 2015. 8. 27. 선고 2015누5558 판결

### » 요 지 «

1. 2007년경부터 전문계약직으로 채용되어 학교의 홍보·기획업무를 담당하면서 매년 계약을 갱신하여 오던 중 2010년부터 ‘조교’라는 형식으로 임용되어 종전과 동일한 업무를 담당하면서 매년 계약을 갱신하여 온 원고는 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조제1항 단서 제6호, 같은 법 시행령 제3조제3항제4호 가목에서 규정한 조교에 해당하지 않고 같은 법 제4조제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 간주되어 근로계약기간 만료를 이유로 당연 퇴직되지 않는다.
2. 원고는 기간제법 시행 이후로서 근로계약이 갱신된 2008.3.1.부터 이 사건 해고시까지 2년을 초과하여 기간제근로자로 근무하여 왔으므로 이 사건 해고 당시 기간제법 제4조제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 보아야 하고, 따라서 피고가 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 원고를 적법하게 해고하기 위해서는 정당한 해고사유 즉 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임있는 사유가 존재하여야 할 것인바, 피고가 원고에 대하여 위와 같은 정당한 사유 없이 단순히 근로계약기간의 만료라는 이유만으로 한 이 사건 해고는 강행규정인 근로기준법 제23조제1항에 위반되어 무효이다.

\* 원 고, 피항소인 : 박○○

\* 피 고, 항소인 : 대한민국

\* 제1심판결 : 광주지법 2014.11.13. 선고 2014가합54221 판결

\* 변론종결 : 2015.07.23.

\* 판결선고 : 2015.08.27.

### » 주 문 «

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 피고가 부담한다.



## » 청구취지 및 항소취지 «

### 1. 청구취지

피고가 2014.3.1. 원고에 대하여 한 해고는 무효임을 확인한다.

### 2. 항소취지

제1심 판결을 취소하고, 원고의 청구를 기각한다.

## » 이 유 «

### 1. 기초사실

- 가. 원고는 2007.3.1. 피고가 설립·운영하는 국립대학교인 K대학교에 근무기간을 1년으로 하여 채용[기성회 전문계약직(가등급)]되어 그 무렵부터 2010.2.28.까지 매년 3.1.자로 계약을 갱신해가며 그 기간 동안 K대학교의 홍보·기획업무를 담당하여 왔다.
- 나. K대학교는 2010.2.4.경 특별위원회를 개최하여 근무기간이 2년을 초과하는 기성회 계약직 직원의 재임용을 원칙적으로 금지하고 공개경쟁을 통한 신규 임용으로 인력을 충원하되, 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조제1항 단서 각 호에 따른 예외 사유에 해당하는 경우에만 계약직 직원으로 재임용하기로 결의하였고, 이에 따라 원고는 2010.3.1. K대학교에 역시 근무기간을 1년으로 하여 기성회 전문계약직이 아닌 조교로 임용된 이래 그 무렵부터 2014.2.28.까지 매년 3.1.자로 재임용되어 그 기간 동안 ‘조교’라는 직책을 갖고 K대학교의 홍보·기획업무를 담당하여 왔다.
- 다. 그런데 피고 산하 K대학교 총장은 2014.3.1.경 조교인 원고의 임용기간이 만료되었다면서 원고에게 같은 날짜 당면 퇴직을 통보하였다(이하 ‘이 사건 해고’라고 한다).

### 2. 이 사건 해고의 무효 여부

#### 가. 원고의 주장 요지

- 1) 원고는 K대학교에서 근무하는 동안 홍보·기획업무만을 담당하였을 뿐이고 조교로서 학업을 병행하거나 연구보조업무를 수행한 사실이 없으므로, 예외적으로 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 경우인 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’이라고 한다) 제4조제1항 단서 제6호, 같은 법 시행령 제3조제3항제4호 가목에서 규정한 ‘조교’에 해당하지 않으며, 이 사건 해고 당시 2년의 기간을 초과하여 기간제근로자로서 근무하여 왔으므로, 기간제법 제4조제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자라고 보아야 한다.
- 2) 설령 원고가 위 ‘조교’에 해당한다고 하더라도, 기간제근로자의 총 근로기간을 산정

함에 있어 기간제근로자 사용기간 제한의 예외에 해당하는 근무기간과 일반 근무기간이 중첩되어 있는 경우 위 근무기간들을 합산하여야 하고 원고의 경우 2년을 초과하므로, 원고는 기간제법 제4조제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 해당한다.

- 3) 또한 원고와 피고 사이의 근로계약이 7년 동안 매년 반복하여 갱신되었으므로, 원고는 특별한 사정이 없는 한 위 근로계약의 갱신이 계속하여 이루어질 것이라는 정당한 기대권을 갖게 되었다.
- 4) 그럼에도 불구하고 피고는 단순히 계약기간이 만료되어 근로관계가 종료되었다고 통보함으로써 원고를 해고하였으므로, 이 사건 해고는 근로기준법 제23조 등에 위반하였거나 위와 같은 기대권을 침해하여 이루어진 것이므로 무효이다.

#### 나. 관계 법령

별지 기재와 같다.

#### 다. 판단

- 1) 기간제법 제4조제1항 본문은 “사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다.”고 규정하면서도 같은 항 단서 제6호는 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 경우의 하나로 ‘그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우’를 규정하고 있으며, 그 위임을 받은 같은 법 시행령 제3조제3항제4호가목은 ‘고등교육법 제14조에 따른 조교의 업무’를 규정하고 있다.

그리고 구 국가공무원법(2012.12.11. 법률 제11530호로 개정되어 2013.12.12.부터 시행되기 전의 것) 제2조제3항제3호는 ‘국가와의 채용 계약에 따라 전문지식·기술이 요구되거나 임용에 신축성 등이 요구되는 업무에 일정 기간 종사하는 공무원’인 계약직공무원을 특수경력직공무원으로 규정하고 있고, 원고가 2010.3.1.부터 이 사건 해고 당시까지 1년 단위로 계약을 갱신해가며 조교로 채용된 사실은 앞서 본 바와 같다.

- 2) 그러나 한편, 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 있으므로, 원고가 같은 법 시행령 제3조제3항제4호 가목에서 규정한 조교로서 기간제법 제4조제1항 단서의 사유에 해당하는지에 관하여 보건대, 관계 법령의 내용 및 그 취지, 앞서 든 증거들과 을 제8, 13 내지 15호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 중

합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정을 고려하면, 기간제법 제4조제1항 단서 제6호, 같은 법 시행령 제3조제3항제4호 가목에서 규정한 조교는 단순히 ‘조교’라는 명칭을 사용한다고 하여 그에 해당한다고 보기는 어렵고 나아가 실질적으로 학업을 이수하면서 사무를 병행하는 사람 내지 연구 또는 연구보조 업무를 수행하는 사람을 의미한다고 해석함이 상당하므로, 원고에 대하여는 기간제법 제4조제2항이 적용된다고 보아야 할 것이다.

- 가) 교육공무원법 제2조제1항제1호, 제8조, 제26조제1항, 고등교육법 제16조, 같은 법 시행령 제5조, 대학교원 자격기준 등에 관한 규정 제2조제1호 [별표]는 교육기관에 근무하는 교원 및 조교를 교육공무원으로 규정하고, 조교는 대학의 장이 임용하되 ‘근무하려는 학교와 동등 이상의 학교를 졸업한 학력이 있는 사람’이어야 한다고 규정하고, 고등교육법 제15조제4항은 ‘조교는 교육·연구 및 학사에 관한 사무를 보조한다’고 규정하고 있는 한편, 같은 법 제14조는 학교에 두는 교원을 총장이나 학장 이외에 교수, 부교수, 조교수 및 강사로 구분하면서(제2항) 학교에는 학교운영에 필요한 행정직원 등을 직원이라 칭하는 별도의 규정(제3항)을 두고 있는바, 위 각 조문의 위치 및 내용에 비추어 보면 조교는 학교운영에 필요한 사무를 담당하는 직원과는 그 업무 및 신분이 구분된다.
- 나) 기간제법은 기간제근로자, 단시간근로자 등 비정규직 근로자가 급격히 증가하고 이들 근로자에 대한 차별적 처우와 남용행위가 사회적문제로 대두됨에 따라, 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 사용자의 남용행위를 규제함으로써 이들 근로자의 근로조건을 보호하고 노동시장의 건전한 발전을 도모하려는 목적에서 제정되었고, 구 기간제법 시행령(2010.2.4. 대통령령 제22018호로 개정된 것)은 제3조제3항제4호 나목을 신설하여 고등교육법 시행령 제7조에 따른 겸임교원, 명예교수, 시간강사, 초빙교원 등의 업무에 종사하는 경우도 기간제근로자 사용기간 제한의 예외의 하나로 규정하였는바, 이는 기간제근로자로 근무하는 대학 시간강사, 연구원 등의 경우 대학 강의 및 연구과제의 수행기간이 2년을 초과하는 때에도 사용기간이 2년이 되면 정규직으로 전환되기 보다는 대다수가 실직되므로, 고용안정과 대학 강의 및 연구과제의 안정적 수행을 위하여 이들의 업무를 기간제근로자 사용기간 2년 제한의 예외 사유에 포함시키기 위한 것으로서 제정 기간제법부터 조교를 위와 같은 예외 사유에 포함시킨 취지와 유사하다.
- 다) 그런데 원고는 2010.3.1.부터 K대학교 소속 조교로 채용되는 형식을 취하였으나 그 업무는 그 전과 동일하게 홍보·기획 업무만을 담당하였을 뿐이고, 나아가 K대학교 총장은 2010.1.22. 기성회 계약직 직원을 채용하고 있는 학생지원과장 등에게 “2010.2.28.자로 계약기간이 만료되는 기성회 계약직 직원들에 대하여 퇴직절차를 밟아 이들이 기간제법 제4조제2항에 따라 무기계약직으로 전환되도록 하는 것을

억제하되, 업무수행을 위하여 부득이하게 계약직원이 필요한 경우에는 신규채용이나 위 조항에 해당하지 않는 기간 및 예외사유가 있는 경우에 한하여 재임용할 것이다”는 취지의 공문을 보냈고, 앞서 본 바와 같이 2010.2.4.경 특별위원회를 개최하여 근무기간이 2년을 초과하는 기성회 계약직원의 재임용을 원칙적으로 금지하고 공개경쟁을 통한 신규 임용으로 인력을 충원하되, 무기계약전환의 예외 사유에 해당하는 경우에만 계약직 직원을 재임용하기로 결의한 점 등을 감안하면, 원고를 종전의 계약직 직원이 아니라 조교로 채용한 동기는 ‘조교’라는 형식을 빌어 채용함으로써 기간제법 제4조제2항에서 규정한 기간제근로자인 원고가 무기계약직 직원으로 전환되는 것을 막으려는 의도에서 비롯된 것으로 보인다.

- 라) 피고 주장과 같이 ‘조교’의 의미를 원고와 같이 홍보·기획업무 등 학교운영에 필요한 업무만을 담당하는 사람도 포함되는 것이라고 해석할 경우, 이는 조교와 직원을 구분하여 규정한 고등교육법의 취지에도 맞지 않을 뿐만 아니라 기간제근로자를 ‘조교’라는 명칭으로 채용하여 같은 법 제4조제2항을 잠탈할 수 있는 길을 열어놓는 결과를 초래하여 기간제법의 취지에도 반한다고 할 것인바, 실제로 K대학교 조교 임용 규정은 조교의 업무에 관하여 교육·연구 및 학사에 관한 사무를 보조한다라고 규정하고 있고(제5조), 조교의 소속에 관하여 조교는 학과(부)에 소속함을 원칙으로 하되 총장이 인정할 경우에 한하여 본부 각처 등에 배치할 수 있도록 규정하고 있음에도(제6조), 조교라는 명칭으로 K대학교에 소속된 243명 중 대학원에서 수학 중인 조교는 34명에 불과하다.

#### 라. 소결론

결국, 원고는 기간제법 시행 이후로서 근로계약이 갱신된 2008.3.1.부터 이 사건 해고시까지 2년을 초과하여 기간제근로자로 근무하여 왔으므로 이 사건 해고 당시 기간제법 제4조제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 보아야 하고, 따라서 피고가 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 원고를 적법하게 해고하기 위해서는 정당한 해고사유 즉 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임있는 사유가 존재하여야 할 것인바, 앞서 본 바와 같이 피고가 원고에 대하여 위와 같은 정당한 사유 없이 단순히 근로계약기간의 만료라는 이유만으로 한 이 사건 해고는 강행규정인 근로기준법 제23조제1항에 위반되어 무효라고 할 수밖에 없고, 피고가 이를 닦고 있는 이상 원고에게는 그 무효 확인을 구할 이익도 있다.

### 3. 결 론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용할 것인바, 이와 결론이 같은 제1심 판결은 정당하므로 피고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사 박병칠(재판장), 판사 박현수, 판사 장찬수



### 5.3 기간제법상 사용기간 제한 예외사유로 근무한 기간

☞ 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다2672 판결

#### » 요 지 «

기간제법 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 기간제 근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다”고 규정하고 있다.

기간제법 제4조제1항 단서 제6호와 그 법률 시행령 제3조제3항제6호에서 정한 단시간 근로자로 기간제 근로계약을 체결하였다가 해당 근로관계가 종료된 이후에 새로이 제4조제1항 단서에 해당되지 않는 일반 기간제 근로계약을 체결한 경우에는 단시간근로자로 근무한 기간은 위 제4조제2항의 ‘2년’에 포함되지 않는다고 할 것이다.

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : 한국마사회

\* 원심판결 : 서울고법 2012. 12. 7. 선고 2012나34513 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유에 대하여 판단한다.

#### 1. 상고이유 제1점과 제2점에 대하여

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 기간

제근로자로 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 제4조제1항 단서 제6호에 정한 단시간근로자였고, 한편 그 후에는 시간제 경마직과 근로조건이 다른 상근계약직이었는데, 기간제법 제4조제2항의 ‘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 제4조제1항 단서 제6호와 그 법률 시행령 제3조제3항제6호에서 정한 단시간 근로자로 기간제 근로계약을 체결하였다가 해당 근로관계가 종료된 이후에 새로이 제4조제1항 단서에 해당되지 않는 일반 기간제 근로계약을 체결한 경우에는 단시간근로자로 근무한 기간은 위 제4조제2항의 ‘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 제4조제2항의 해석에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

## 2. 상고이유 제3점과 제4점에 대하여

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 사정을 들어 피고와의 근로계약에서 정한 계약기간이 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.

## 3. 결 론

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

대법관 고영한(재판장), 이인복(주심), 김용덕, 김소영





## 5.4 사용기간 제한 예외사유로 근무한 기간과 예외사유에 해당하지 않는 기간이 혼재한 경우의 2년 초과여부

☞ 대전고법 2016. 9. 8. 선고 2016누10884 판결<sup>5)</sup>

- \* 원고, 항소인 : ○○광역시 ○○구
- \* 피고, 피항소인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고 보조참가인 : 김○○
- \* 제1심판결 : 대전지법 2016. 4. 21. 선고 2015구합105635 판결

### » 주 문 «

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

### » 청구취지 및 항소취지 «

제1심판결을 취소한다. 중앙노동위원회가 2015. 10. 20. 원고와 피고 보조참가인 김○○ 사이의 중앙2015부해555/부노101 부당해고 및 부당노동행위 구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정 중 부당해고 부분에 대한 판정을 취소한다.

### » 이 유 «

#### 1. 제1심판결의 인용

이 법원의 판결 이유는, 제1심판결 중 일부를 아래 제2항 기재와 같이 고치고, 원고가 당심에서 새로 제기하거나 재차 강조하는 주장에 대한 판단을 아래 제3항에 추가하는 외에는 제1심판결의 이유와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항 및 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 인용한다.

#### 2. 고치는 부분

- 제2면 제11행의 “채용되어 ○○구 보건소에서”를 “채용된 이래, ○○구 보건소에서 제9면의 표 기재와 같이 1년 단위로 계약을 갱신하면서 내근직 또는”으로 고친다.
- 제4면 제7행의 “제4조 제1항 단서”를 “제4조 제1항 단서 제5호”로 고친다.
- 제4면 제19행부터 제5면 제2행까지를 다음과 같이 고친다.

「나. 피고 및 피고 보조참가인의 주장

원고와 피고 보조참가인 사이의 근로계약은 2008. 8. 6.부터 2014. 12. 31.까지 갱신되어

5) 대법원 2016. 12. 29. 2016두52385 판결에서 심리불속행 기각으로 확정

왔는데, 그 중 피고 보조참가인이 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호 및 동법 시행령 제3조 제2항 제1호 소정의 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유에 해당하는 '통합 전 방문건강관리사업'의 방문 운동처방사로 근무한 기간(2009. 1. 1.부터 2012. 12. 31.까지)을 제외한 나머지 기간, 즉 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유에 해당하지 않는 기간(2008. 8. 6.부터 2008. 12. 31.까지 및 2013. 1. 1.부터 2014. 12. 31.까지)이 2년을 초과하므로, 피고 보조참가인은 기간제법 제4조 제2항에 따라 무기계약직 근로자로 전환되었음에도 불구하고, 원고가 계약기간 만료를 이유로 근로관계 종료를 통보한 것은 부당해고에 해당한다.]

### 3. 추가하는 부분

#### 가. 원고의 주장

- (1) '건강증진사업'은 '통합 전 방문건강관리사업'의 일환인바, 피고 보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)이 '건강증진사업'의 '내근직 운동처방사'로 근무한 2008. 8. 6.부터 2008. 12. 31.까지도 참가인이 '통합 전 방문건강관리사업'이 '방문 운동처방사'로 근무한 2009. 1. 1.부터 2012. 12. 31.까지와 마찬가지로 기간제법 제4조 제1항 단서 제5호 및 동법 시행령 제3조 제2항 제1호에 해당하는 기간으로서 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유에 해당하는 기간이다(제1주장).
- (2) 참가인이 '건강증진사업'의 '내근직 운동처방사'로 근무한 것은 기간제법 제4조 제1항 단서 제6호 및 동법 시행령 제3조 제3항 제6호, 근로기준법 제18조 제3항 소정의 단시간 근로자로 근무한 경우에 해당하므로, 이러한 점에서도 그 근무기간은 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유에 해당하는 기간이다(제2주장)
- (3) 설령 참가인이 '건강증진사업'의 '내근직 운동처방사'로 근무한 기간이 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유에 해당하는 기간이 아니라고 하더라도, 기간제법 제4조 제2항의 '2년'(기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 간주할 수 있는 요건으로서의 근로기간 2년)은 '계속하여 2년'을 의미하는 것인데, 참가인의 근무기간 중 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유에 해당하지 않는 기간은 '건강증진사업'의 '내근직 운동처방사'로서 근무한 2008. 8. 6.부터 2008. 12. 31.까지 4개월 남짓과 '통합후 방문건강관리사업'의 '방문 운동처방사'로 근무한 2013. 1. 1.부터 2014. 12. 31.까지 2년으로, '계속하여 2년'이 아니므로 위 기간을 합산하여 2년을 초과하더라도 기간제법 제4조 제2항의 '2년'을 초과한 경우에 해당하지 않는다(제3주장).

#### 나. 판단

##### (1) 제 1주장에 대하여

기간제법 제4조 제1항 단서 제5호 및 동법 시행령 제3조 제2항 제1호에 의하면, 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 고용정책기본법, 고용보험법 등 다른 법령에 따라 국민의 직업능력 개발, 취업 촉진 및 사회적으로 필요한 서비스 제공 등을 위하여 일자리를 제공하는 경우에는 기간제법 제4조 제1항이 정한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유로서 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있다.

이 사건에 관하여 보건대, 갑 제9 내지 13호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, ‘건강증진사업’(지역특화 건강행태 개선사업)은 ‘통합 전 방문건강관리사업’의 일환으로 보기 어렵고, 따라서 참가인이 건강증진사업의 ‘내근직 운동처방사’로 근무한 2008. 8. 6.부터 2008. 12. 31.까지의 기간은 참가인이 ‘통합 전 방문건강관리사업’의 ‘방문 운동처방사’로 근무한 2009. 1. 1.부터 2012. 12. 31.까지의 기간과는 달리, 위 법령 소정의 ‘고용정책기본법, 고용보험법 등 다른 법령에 따라 국민의 직업능력 개발, 취업 촉진 및 사회적으로 필요한 서비스 제공 등을 위하여 일자리를 제공하는 경우’에 해당하는 기간, 즉 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유에 해당하는 기간이라고 볼 수 없으므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

- (가) ‘통합 전 방문건강관리사업’은 고용정책기본법 제13조의2에 근거한 재정지원 일자리 제공사업의 하나로 국비 50% 및 지방비 50%를 그 재원으로 하는 반면, ‘건강증진사업’은 국민건강증진법 제19조에 근거한 것으로 국민건강증진기금을 그 재원으로 한다.
- (나) ‘통합 전 방문건강관리사업’은 방문보건 서비스 분야에 재정을 투자함으로써 국민의 건강, 생명, 안정 보장을 위한 공공부문의 역량을 강화함과 동시에 바우처 지원 등과 같은 시장화 전략 및 제도 개선을 통하여 시장형 일자리를 창출하는 것을 목적으로 하는 반면, ‘건강증진사업’은 보건교육 및 건강상담, 영양관리, 구강건강의 관리, 질병의 조기 발견을 위한 검진 및 예방, 지역사회 보건 문제에 관한 조사·연구, 기타 건강교실 운영 등의 사업을 통하여 국민의 건강증진을 도모하는 것을 그 목적으로 한다.
- (다) ‘통합 전 방문건강관리사업’의 ‘방문 운동처방사’는 차상위 계층, 기초생활수급자, 독거노인 등 건강취약 계층의 가정을 방문하여 운동지도를 하는 것을 근로의 내용으로 하는 반면, ‘건강증진사업’의 ‘내근직 운동처방사’는 보건소에 근무하면서 불특정 다수의 국민을 대상으로 걷기운동·비만퇴치·근력강화·헬스·장애인 운동 프로그램을 운영하는 것을 근로의 내용으로 한다.
- (라) 고용노동부도 ‘건강증진사업’은 정부의 재정지원을 통해 국민의 직업능력 개발, 취업 촉진 및 사회적으로 필요한 서비스 제공 등을 위하여 일자리를 제공하는 사업의 성격이 아니라, 전형적인 공공행정서비스의 성격을 갖는 것으로서 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유에 해당하지 않는 것으로 보고 있다(고용노동부 고용평등정책과-1671, 2010. 12. 30.자 회시 및 고용차별개선과-1513, 2011. 9. 16.자 회시 참조).

## (2) 제2주장에 대하여

기간제법 제4조 제1항 단서 제6호 및 동법 시행령 제3조 제3항 제6호, 근로기준법 제18조 제3항에 의하면, 4주 동안(4주 미만으로 근로하는 경우에는 그 기간)을 평균하여 1주 동안의 소정 근로시간이 15시간 미만인 근로자, 즉 단시간 근로자의 경우에는 기간제법 제4조 제1항이 정한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유로서 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있다.

이 사건에서 참가인이 '건강증진사업'의 '내근직 운동처방사'로 근무한 2008. 8. 6.부터 2008. 12. 31.까지의 기간이 위 법령 소정의 단시간 근로자로서 근무한 기간인지에 관하여 보건대, 갑 제11호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 위 기간 동안 참가인의 근무장소는 원고 소속의 보건소인 사실, 임금은 일당 55,000원인 사실이 인정되고, 위 인정사실에 의하면 참가인의 근무시간은 보건소의 근무시간인 오전 9시부터 오후 6시까지였던 것으로 보일 뿐이고, 달리 위 기간 동안 참가인이 4주 동안을 평균하여 1주 동안의 소정 근로시간이 15시간 미만인 단시간 근로자였음을 인정할 증거가 없다.

따라서 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

### (3) 제3주장에 대하여

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.

한편, 근무기간 중 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유에 해당하는 기간과 그에 해당하지 않는 기간이 있을 경우 전자에 해당하는 기간은 기간제법 제4조 제2항의 '2년'에 포함되지 않는다(대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다2672 판결의 취지 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 참가인은 ① 2008. 8. 6.부터 2008. 12. 31.까지 '건강증진사업'의 '내근직 운동처방사'로, ② 2009. 1. 1.부터 2012. 12. 31.까지는 1년 단위로 계약을 갱신하면서 '통합 전 방문건강관리사업'의 '방문 운동처방사'로, ③ 2013. 1. 1.부터 2014. 12. 31.까지는 1년 단위로 계약을 갱신하면서 '통합 후 방문건강관리사업'의 '방문 운동처방사'로 각 근무하였고, 그 중 위 ②의 기간은 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유에 해당하는 기간임은 앞서 본 것과 같은바, 기간제법 제4조 제2항의 '2년'(기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 간주할 수 있는 요건으로서의 근로기간 2년)에서 위 ②의 기간이 제외될 뿐, 위 ①, ③의 기간은 합산하여 포함된다고 보는 것이 위 규정의 문언이나, 기간제근로자 등의 근로조건 보호를 강화함으로써 노동시장의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하는 기간제법의 입법 목적에 부합하는 해석이고, 달리 위 규정을 원고의 주장처럼 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유에 해당하지 않는 기간 동안 계속하여 2년을 초과하여 근무한 경우에 한하여 무기계약직 근로자로 전환된다고 해석할 근거가 없다(만일 원고의 주장에 따른다면, 사용자가 기간제근로자를 1년 364일 사용한 후 하루가 지나서 다시 같은 기간을 사용하는 것을 반복할 경우 그 합산 근무기간이 2년을 초과하더라도 해당 기간제근로자는 무기계약직 근로자로 전환될 수 없게 되는 불합리한 결과가 발생한다).

## 4. 결 론

그렇다면 제1심판결은 정당하므로, 원고의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 허용석(재판장), 김형작, 박준범



## 기타 근로관계 종료







## 제9장 기타 근로관계 종료

### 1. 근로관계 종료사유

#### 1.1 근로관계 종료사유의 유형

☞ 대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결

#### » 요 지 «

1. 근로계약의 종료사유는 근로자의 의사나 동의에 의하여 이루어지는 퇴직, 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 해고, 근로자나 사용자의 의사와는 관계없이 이루어지는 자동소멸 등으로 나눌 수 있으며 근로기준법 제27조<sup>6)</sup>에서 말하는 해고란 실제 사업장에서 불리우는 명칭이나 그 절차에 관계없이 위의 두번째에 해당하는 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다.
2. 회사가 어떠한 사유의 발생을 당연퇴직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와는 달리 하였더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것이면 성질상 이는 해고로서 근로기준법에 의한 제한을 받는다고 보아야 할 것이므로 근로자에 대한 퇴직조치가 단체협약이나 취업규칙에서 당연퇴직으로 규정되었다 하더라도 위 퇴직조치가 유효하기 위하여는 근로기준법 제27조 제1항이 규정하는 바의 정당한 이유가 있어야 하고, 이와 같은 정당한 이유가 없는 경우에는 퇴직처분무효확인인 소를 제기할 수 있다.

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : Z 주식회사

\* 원심판결 : 대구고법 1992. 10. 29. 선고 92나2722 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 대구고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

6) 현행법상 근로기준법 제23조

## 1. 원심이 인정한 사실의 요지는 다음과 같다.

- 가. 원고는 1987. 6. 24.부터 피고 회사의 조립공으로 근무하여 오다가 1990. 2. 7. 피고 회사 노동조합의 위원장으로 선출되었다. 그 후 원고는 노조위원장으로 1990. 4. 20.경부터 같은 해 6. 7.경까지 사이에 노사간에 임금교섭을 하는 과정에서 회사업무를 방해하고, 불법으로 태업, 파업을 하며 옥외집회를 열고 시위를 주동하였다는 이유로 같은 해 6. 13. 구속되어 같은 해 9. 8. 대구지방법원에서 징역 1년의 실형을 선고받고 항소하여 1991. 1. 25. 항소심에서 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받았으며, 다시 대법원에 상고하였으나 같은 해 6. 26. 상고기각되어 확정되었다.
- 나. 피고 회사의 노사합의서 제23조에 의하면 정당한 사유 없이 5일 이상 무단결근하였을 때, 조합원이 정년에 달했거나 사망하였을 때, 형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 때, 금치산, 한정치산, 파산선고를 받았을 때, 전역일 또는 질병, 부상으로 인해 휴직한 자가 완치일로부터 2주 이내에 복직원을 제출하지 아니한 때에는 당연퇴직한다고 규정되어 있고, 취업규칙 제9조 제2항 제3호에도 위와 같은 사유(형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우를 가리키는 것으로 보인다)가 있는 경우에는 당연면직한다고 규정되어 있다.
- 다. 또한 피고 회사의 취업규칙에서는 당연면직과는 별도로 제15조 제2항 제1호에서 취업규칙을 위반하는 자에 대하여는 징계를 할 수 있다고 규정하고, 제2호에서 징계의 종류로 경고, 견책, 감봉, 정직, 해고를 규정하고, 제4호에서 당연퇴직사유와 다른 해고사유를 규정하고 있으며, 위 노사합의서 제25조에서도 위와 같은 징계 종류를 규정하고 있다.
- 라. 피고 회사는 원고가 항소심에서도 징역 1년에 집행유예 2년의 판결을 선고받자 1991. 1. 29. 인사위원회를 열어 노사합의서 및 취업규칙상의 당연퇴직사유가 발생하였다고 하여 형식적인 심의의결을 거쳐 같은 날짜로 원고가 당연퇴직되었음을 원고에게 통보하였다.

## 2. 원심의 판단

원심은 위와 같은 사실관계하에서, 피고 회사가 “형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 때”를 당연퇴직사유로 삼은 것은 근로자가 사규위반의 정도를 넘어 범죄를 저지르고 소추되어 유죄판결을 받아 확정되었다면 당해 범죄가 직무에 관하여 범한 것인가에 관계없이 그를 근로자로 두는 것이 회사의 사회적 명예를 해하고 기업질서의 유지에 저해가 된다고 보여질 뿐 아니라 그와 같은 비행이 있었음이 명백하고 비행의 정도가 커서 별도의 징계 등의 절차를 거쳐 해고하지 않아도 됨이 상당하다고 인정되기 때문이고, 그 사유에서의 유죄판결은 자유형 이상의 형(집행유예 포함)을 선고받음을 전제로 하고 있는 것으로 해석되는 점에 비추어 보면, 위 당연퇴직규정이 무조건 근로자에게 불리하여 효력이 없다고 볼 수는 없으며, 피고 회사 취업규칙에 당연퇴직과는 별도로 징계해고규정을 두고 있고 그 사유 및 절차가 다른 점에 비추어 보면 당연퇴직의 통보를 해고처분으로 볼 수



는 없고, 당연퇴직은 그 사유가 발생한 때에 특별한 처분행위 없이 당연히 퇴직하는 것이고 이를 원고에게 통지한 것은 당연퇴직사실을 확인하고 알리는 관념의 통지에 불과하므로 위 통지가 해고임을 전제로 한 해고무효확인 소나 해고와는 다른 독립된 처분임을 전제로 한 퇴직처분무효확인 소는 모두 그 확인을 구할 소의 이익이 없고, 당연퇴직사유의 하나인 유죄판결을 받았을 때란 유죄판결이 확정되었을 때를 의미하는 것으로 보아야 할 것이므로 피고 회사가 항소심에서 유죄판결이 선고되자 그 며칠 후인 1991. 1. 29. 당연퇴직통보를 한 것은 잘못된 것이기는 하나 그 후 같은 해 6. 26. 상고심에서 상고기 각되어 유죄판결이 확정됨으로써 원고는 같은 날 피고 회사를 당연퇴직하여 사원의 지위를 상실하였다 할 것이므로, 위 청구를 사원의 지위의 확인을 구하는 것으로 보더라도 이는 과거의 법률관계의 확인을 구하는 것이어서 부적법하다 할 것이고, 다만 피고는 원고에게 임금을 지급하지 않은 1991. 1. 29. 부터 당연퇴직된 같은 해 6. 26.까지의 급료 금 3,472,010원을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

### 3. 당원의 판단

가. 생각컨대, 근로계약의 종료사유는 근로자의 의사나 동의에 의하여 이루어지는 퇴직, 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 해고, 근로자나 사용자의 의사와는 관계없이 이루어지는 자동소멸 등으로 나누어 볼 수 있을 것인바, 근로기준법 제27조에서 말하는 해고란 실제 사업장에서 불리우는 명칭이나 그 절차에 관계없이 위의 두번째에 해당하는 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다고 해석하여야 할 것이므로, 피고 회사가 어떠한 사유의 발생을 당연퇴직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와는 달리 하였더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것이면 성질상 이는 해고로서 근로기준법에 의한 제한을 받는다고 보아야 할 것이다.

그러므로 원고에 대한 이 사건 퇴직조치가 단체협약이나 취업규칙에서 당연퇴직으로 규정하였다 하더라도 이는 위와 같은 의미의 해고의 일종이고, 다만 그 절차에서 다른 일반의 해고절차와 구분하기 위하여 회사가 내부적으로 그 명칭과 절차를 달리한 것이라고 볼 것이고, 따라서 원고에 대한 이 사건 퇴직조치가 유효하기 위하여는 근로기준법 제27조 제1항이 규정하는 바의 정당한 이유가 있어야 하고, 이와 같은 정당한 이유가 없는 경우에는 퇴직처분무효확인 소를 제기할 수 있다 고 보아야 할 것이다.

그렇다면 원심이 원고에 대한 이 사건 퇴직조치가 관념의 통지인 것으로만 파악하여 본안에 들어가 원고에 대한 퇴직처분의 정당성에 관하여 판단하지 아니하고, 확인의 이익이 없다는 이유로 각하한 것은 잘못이라고 할 것이다.

이 사건에서는 원고가 해고무효확인 소를 제기한 것이건 퇴직처분무효확인 소를 제기한 것이건 이는 모두 해고의 일종인 위 퇴직조치의 무효확인을 구하는 것으로 보아야 할 것이므로, 퇴직처분무효확인청구와 해고무효확인청구를 독립한 별개의 청구로 볼 것도 아니다.



나. 나아가 보건대, 이 사건에서 문제된 위 취업규칙이나 노사합의서(단체협약)의 규정이 종업원이 형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 때는 당연퇴직한다고 되어 있어 마치 위 규정상의 요건에 충족되기만 하면 곧바로 퇴직되는 것과 같은 형식으로 규정되어 있지만, 이를 이유로 하는 당연퇴직조처도 일종의 해고로서 정당한 것으로 인정되어야 하는 것임은 위에서 본 바와 같으므로, 위와 같은 취업규칙이나 노사합의서의 규정은 그 규정의 형식에도 불구하고 위와 같은 정당성이 인정될 수 있는 경우라야 적법한 당연퇴직사유에 해당할 수 있는 것이고, 그렇지 아니하고 형식적으로 위 규정에 해당하는 모든 경우를 당연퇴직사유로 삼는 취지라면 이는 근로기준법 제27조 제1항의 규정에 위배된다고 볼 여지가 있을 수 있다.

이렇게 볼 때 위의 취업규칙이나 단체협약의 당연퇴직사유에 관한 규정은 근로기준법 제27조 제1항에서 말하는 정당한 사유가 있는 경우라는 내재적 제약(內在的 制約)을 가지고 있다고 보는 것이 합리적일 것이며, 이렇게 보면 위의 규정이 근로기준법 제27조 제1항에 위반되어 무효라고 할 수는 없다.

다. 원심판결에는 해고로서의 당연퇴직에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 것이고, 논지는 이 범위 안에서 이유 있다.

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략하고 원심판결을 파기하여 사건을 원심법원에 환송하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 김석수(재판장), 배만운(주심), 김주한, 정귀호



## 1.2 정년도래에 의한 근로관계 종료

### (1) 정년통지의 법적 성질

☞ 대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다85997 판결

#### » 요 지 «

1. 사용자가 취업규칙 등에 어떤 사유의 발생을 당연퇴직 또는 면직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와 달리하였는데 그 당연퇴직사유가 근로자의 사망이나 정년, 근로계약기간의 만료 등 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.
2. 취업규칙 등에 명시된 정년에 도달하여 당연퇴직하게 된 근로자에 대하여 사용자가 그 정년을 연장하는 등의 방법으로 근로관계를 계속 유지할 것인지 여부는 특별한 사정이 없는 한 사용자의 권한에 속하는 것으로서, 해당 근로자에게 정년연장을 요구할 수 있는 권리가 있다고 할 수 없고, 사용자가 해당 근로자에게 정년연장을 허용하지 아니한 조치의 정당성은 사용자의 행위가 법률과 취업규칙 등의 규정 내용이나 규정 취지에 위배되는지 여부에 의하여 판단해야 하며, 단지 정년연장을 허용하지 아니하는 것이 해당 근로자에게 가혹하다든가 혹은 다른 근로자의 경우에 비추어 형평에 어긋난다는 사정만으로 그 정당성이 없는 것으로 단정할 수는 없다.

\* 원고, 피상고인 : B

\* 피고, 상고인 : ○○○○생명보험 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2007. 11. 16. 선고 2007나6064 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 상고이유 제2점에 대하여

취업규칙의 작성·변경에 관한 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라서 취업규칙을 작성·변경할 수 있고, 다만 취업규칙의 변경에 의하여 기존 근로조건의 내용을 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요한다고 할 것인바, 그 동의방법은 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의, 그와 같은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의가 있어야 하고(대법원 1991. 9. 24. 선고 91다17542 판결, 대법원 1992. 4. 10. 선고 91다37522 판결 등 참조), 여기서 말하는 근로자의 과반수라 함은 기존 취업규칙의 적용을 받는 근로자 집단의 과반수를 뜻한다고 할 것이다(대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다21494 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거를 종합하여, 피고 회사의 취업규칙 중 하나인 기존 퇴직규정에는 정년퇴직에 관하여 “정년퇴직의 연령은 만 58세로 한다(제2조 제2호).”, “정년에 도달한 사원의 경우라도 회사가 필요하다고 인정할 때에는 정년일로부터 1년을 초과하지 않는 범위 내에서 정년을 연장할 수 있다(제3조 제2항 제2호).”라고 규정되어 있었는데, 피고 회사가 2004. 5. 24. 이를 개정하면서 “정년퇴직의 연령은 만 55세로 한다(제2조 제2호).”, “정년에 도달한 사원의 경우라도 회사가 필요하다고 인정할 때에는 정년일로부터 3년을 초과하지 않는 범위 내에서 정년을 연장할 수 있다(제3조 제2항 제2호).”라고 규정한 사실, 피고 회사는 이러한 개정에 관하여 기존 퇴직규정의 적용을 받던 직원의 과반수로 구성된 노동조합의 동의를 얻은 사실, 원고는 그 당시 피고 회사의 부장으로서 차장(10직급) 이상에 해당하여 위 노동조합에 가입할 자격이 없었으나 기존 퇴직규정의 적용대상에 포함되었던 사실 등을 인정한 다음, 원고와 같이 노동조합 가입대상에서 제외된 근로자들에 관한 별도의 동의절차가 이루어지지 아니한 이상, 위와 같은 노동조합의 동의가 있었다는 사정만으로 2004. 5. 24.자로 개정된 퇴직규정이 원고에게 적용된다고 볼 수는 없다고 판단하였다.

그러나 원심의 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

앞에서 살펴본 법리에 비추어 보면, 원심이 인정한 바와 같이 기존 퇴직규정의 개정에 대하여 동의한 노동조합이 그 적용대상인 피고 회사 직원의 과반수로 구성된 것이 분명한 이상, 원고 등이 이에 대하여 개별적으로 동의하였는지 여부와 관계없이 피고 회사의 2004. 5. 24.자 퇴직규정의 개정은 적법·유효하다고 할 것이고, 따라서 그 규정은 당연히 원고에게도 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 이와 다른 견해에서 2004. 5. 24.자로 개정된 퇴직규정이 원고에게 효력을 미칠 수 없다고 판단한 원심판결에는 근로자에게 불이익한 취업규칙의 변경에 관한 법리 등을 오해하여 재판의 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점에 관한 상고이유의 주장은 이유 있다.

## 2. 상고이유 제1점, 제3점, 제4점에 대하여

사용자가 취업규칙 등에 어떤 사유의 발생을 당연퇴직 또는 면직사유로 규정하고 그

절차를 통상의 해고나 징계해고와 달리하였는데 그 당연퇴직사유가 근로자의 사망이나 정년, 근로계약기간의 만료 등 근로관계의 자동소멸사유로 보이는 경우, 위와 같은 당연 퇴직사유를 규정한 취업규칙이 유효한 이상 그러한 사유의 발생만으로 그 사유발생일 또는 소정의 일자에 당연히 근로관계가 종료하는 것으로 보아야 하고(대법원 1995. 4. 11. 선고 94다4011 판결, 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007두2067 판결 등 참조), 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 1997. 10. 24. 선고 97누1686 판결, 대법원 1997. 11. 11. 선고 97누1990 판결 등 참조).

한편, 민법상 신의성실의 원칙은, 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 안된다는 추상적 규범을 말하는 것으로서 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리행사를 부정하기 위하여는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 이르러야 하고, 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없을 정도의 상태에 이르러야 한다(대법원 1991. 12. 10. 선고 91다3802 판결 등 참조). 그리고 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(대법원 1989. 3. 28. 선고 88누4812 판결, 대법원 1994. 5. 24. 선고 94누873 판결, 대법원 1997. 7. 22. 선고 95다6991 판결, 대법원 1998. 2. 13. 선고 96다52236 판결 등 참조), 사용자가 해당 근로자에게 정년연장을 허용하지 아니한 조치의 정당성은 사용자의 행위가 법률과 취업규칙 등의 규정 내용이나 규정 취지에 위배되는지 여부에 의하여 판단해야 하며, 단지 정년연장을 허용하지 아니하는 것이 해당 근로자에게 가혹하다든가 혹은 다른 근로자의 경우에 비추어 형평에 어긋난다는 사정만으로 그 정당성이 없는 것으로 단정할 수는 없다고 할 것이다(대법원 1996. 10. 29. 선고 95누15926 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거를 종합하여, 원고가 1951. 2. 5.생으로 피고 회사에 부장으로 근무하던 중 1997. 12. 31. 해고된 사실, 그 후 원고는 해고무효 확인소송에서 승소판결을 받아 2003. 10. 10. 피고 회사에 복직하였으나, 2004. 5. 24.자로 개정된 퇴직규정에 따라서 정년인 만 55세에 달하였다는 이유로 2006. 2. 28.에 퇴직처리된 사실 등을 인정한 다음, 피고가 원고 등 복직자들을 일찍 정년퇴직시키기 위한 방편으로, 위 복직자들에 대하여 비우호적인 노동조합과 사이에 여러 차례에 협의를 거쳐 단체협약을 체결하는 방식으로 위 퇴직규정을 불리하게 개정하였고, 노동조합과의 이면합의 등을 통하여 복직자들인 원고와 김○○, 윤○○에 대하여서만 선별적으로 불리하게 개정된 퇴직규정을 적용하여 정년퇴직하는 것으로 처리하였는바, 이는 결국 원고 등을 배제하기 위하여 원고가 가입할 수 없고 복직자들에 대하여 적대적이었던 노동조합과 협의하에 원고 등에게 불리하게 퇴직규정을 개정한 후 이를 원고에게 적용한 것으로서 신의칙에 반하여 무효라고 판단하였다.

그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

우선 원심이 채택한 증거를 자세히 살펴봐도 피고 회사가 원고 등 복직자들을 일찍 정년퇴직시키기 위한 방편으로 2004. 5. 24. 퇴직규정을 개정하였다고 볼 만한 자료를 찾아볼 수 없고, 나아가 앞에서 살펴본 바와 같이 피고 회사의 2004. 5. 24.자 퇴직규정의 개정이 적법·유효한 이상 그 시점 이후에는 오로지 개정 퇴직규정만이 적용되는 것으로서 이러한 개정 퇴직규정의 적용대상인 모든 직원들은 만 55세가 됨으로써 당연히 퇴직하는 것이라고 할 것인데, 피고 회사가 원고 등 복직자들에 대하여서만 선별적으로 개정 퇴직규정을 적용하였다거나 노동조합과 사이에서 법적으로 기속력이 있는 이면합의를 하였다고 볼 근거를 발견할 수도 없다.

그리고 앞서 본 법리에 비추어 피고 회사의 원고에 대한 2006. 2. 28.자 퇴직처리는 법률상 당연히 발생한 퇴직의 사유 및 시기를 공적으로 확인하여 알려주는 관념의 통지에 해당하는 것으로서 해고처분과 같은 새로운 형성적 법률행위가 아니고, 개정 퇴직규정의 형식 및 내용 등에 비추어 볼 때 그 제3조 제2항 제2호는 정년에 도달하여 당연퇴직하게 된 직원의 경우라도 피고 회사가 필요하다고 인정할 때에 일정한 범위 내에서 그 정년을 연장할 수 있다는 권한규정(權限規定) 내지 재량규정(裁量規定)에 해당할 뿐, 이를 근거로 하여 정년에 도달한 해당 직원이 피고 회사에 대하여 정년연장을 요구할 수 있는 권리를 가지는 것으로 볼 수는 없다고 할 것이다. 그렇다면 피고 회사가 원고에게 개별적으로 정년연장을 약속하였다는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 피고 회사가 제반 사정을 종합적으로 고려하여 퇴직규정에 명시된 정년인 만 55세에 도달한 원고의 정년을 연장하지 아니하였다고 하더라도 이로 인하여 원고의 법익에 어떠한 제한이나 침해가 가해진 것으로는 볼 수 없고, 설령 2004. 5. 24.자 퇴직규정의 개정에 동의한 노동조합이 그 가입대상이 아닌 원고 등 복직자들에 대하여 비우호적이었다거나 혹은 피고 회사가 원고 등 복직자들에 대해서만 정년연장을 하지 아니하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로 원고의 정년을 연장하지 아니한 피고 회사의 조치가 신의성실의 원칙에 위배된다고는 할 수 없다.

그럼에도 불구하고, 원심은 이와 다른 견해에서 원고가 2004. 5. 24.자로 개정된 퇴직규정에 따른 만 55세의 정년에 도달하여 퇴직한 것이 피고 회사의 사실상 해고에 해당하는 것으로서 신의칙에 위반되어 무효라고 판단하고 말았으니, 원심판결에는 채증법칙에 위반하여 사실을 오인하였거나 정년으로 인한 당연퇴직과 정년연장, 신의성실의 원칙 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 점에 관한 상고 이유의 주장은 이유 있다.

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

대법관 박시환(재판장), 박일환, 김능환(주심)



## (2) 정년 산정의 기산일

☞ 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018두41082 판결

### » 요 지 «

1. 2013. 5. 22. 개정된 고용상 연령차별금지 및 고령자 고용촉진에 관한 법률(이하 ‘고령자고용법’이라 한다) 제19조 제1항은 “사업주는 근로자의 정년을 60세 이상으로 정하여야 한다.”라고 정하고, 같은 조 제2항은 “사업주가 제1항에도 불구하고 근로자의 정년을 60세 미만으로 정한 경우에는 정년을 60세로 정한 것으로 본다.”라고 정하고 있다. 고령자고용법 제19조가 시행된 이후에는 근로자의 정년을 60세 미만이 되도록 정한 근로계약, 취업규칙이나 단체협약은 위 규정에 위반되는 범위에서 무효라고 보아야 하고, 이때의 ‘정년’은 실제의 생년월일을 기준으로 산정하여야 한다.
2. 고령자고용법 제19조가 시행되기 전에는 개별 사업장마다 정년 제도의 설정 여부나 기준 등을 자율적으로 정할 수 있었으므로, 사용자가 근로자 집단의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의를 받은 후 취업규칙을 변경해서 당시 근로관계 존속 중인 근로자에게 적용되는 정년 제도를 신설하거나 정년 연령을 단축하는 것도 가능하였다(대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다85997 판결 등 참조). 그러므로 위 규정이 시행되기 전에는 근로계약, 단체협약이나 취업규칙을 통해 정년을 60세 미만으로 정하거나 정년의 기산일을 실제 생년월일과 달리 정하였더라도 무효라고 할 수는 없다.

\* 원고, 피상고인 : C

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : 사단법인 ○○○○○중앙회

\* 원심판결 : 서울고법 2018. 3. 30. 선고 2017누63117 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 2013. 5. 22. 개정된 고용상 연령차별금지 및 고령자 고용촉진에 관한 법률(이하 ‘고령자고용법’이라 한다) 제19조 제1항은 “사업주는 근로자의 정년을 60세 이상으로 정하



여야 한다.”라고 정하고, 같은 조 제2항은 “사업주가 제1항에도 불구하고 근로자의 정년을 60세 미만으로 정한 경우에는 정년을 60세로 정한 것으로 본다.”라고 정하고 있다. 고령자고용법 제19조가 시행된 이후에는 근로자의 정년을 60세 미만이 되도록 정한 근로계약, 취업규칙이나 단체협약은 위 규정에 위반되는 범위에서 무효라고 보아야 하고, 이때의 ‘정년’은 실제의 생년월일을 기준으로 산정하여야 한다(대법원 2017. 3. 9. 선고 2016다249236 판결 참조).

그러나 고령자고용법 제19조가 시행되기 전에는 개별 사업장마다 정년 제도의 설정 여부나 기준 등을 자율적으로 정할 수 있었으므로, 사용자가 근로자 집단의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의를 받은 후 취업규칙을 변경해서 당시 근로관계 존속 중인 근로자에게 적용되는 정년 제도를 신설하거나 정년 연령을 단축하는 것도 가능하였다(대법원 2008. 2. 29. 선고 2007다85997 판결 등 참조). 그러므로 위 규정이 시행되기 전에는 근로계약, 단체협약이나 취업규칙을 통해 정년을 60세 미만으로 정하거나 정년의 기산일을 실제 생년월일과 달리 정하였더라도 무효라고 할 수는 없다.

2. 가. 원심판결 이유와 기록에 따르면 다음의 사실을 알 수 있다.

- (1) 원고는 1986. 5. 1. 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)에 입사하였는데, 입사 당시 인사기록카드에 기재된 원고의 생년월일은 1957. 12. 14.이었다.
- (2) 이후 원고는 2015. 6. 17. 서울북부지방법원으로부터 원고의 가족관계등록부상 생년월일을 ‘1957. 12. 14.’에서 ‘1958. 2. 2.’로 정정하는 등록부정정(연령) 결정을 받았다.
- (3) 참가인의 인사규정에 따르면, 원고의 정년은 58세이고(제53조 제1항), 정년 퇴직일은 정년에 달한 달이 1월에서 6월 중에 있는 경우에는 6월 30일, 7월에서 12월 중에 있는 경우에는 12월 31일이 된다(제53조 제2항).
- (4) 참가인은 2015. 9. 8. 인사규정을 개정하면서 “직원의 정년 기산은 입사 당시 작성된 인사기록카드에 기재된 출생연월일을 기준으로 한다.”는 조항(제53조 제3항, 이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)을 신설하였고, 당시 참가인의 근로자 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 받았다.
- (5) 참가인은 2015. 12. 31. 원고에게 정년퇴직의 인사발령을 하였다.

나. 위와 같은 사실관계를 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고의 정년퇴직일은 2015. 12. 31.이라고 보아야 하므로 참가인이 같은 날 원고에게 한 정년퇴직의 인사발령이 부당해고에 해당한다고 볼 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

- (1) 참가인의 사업장에는 2016. 1. 1.부터 고령자고용법 제19조가 적용된다(고령자고용법 부칙 제1호). 이 사건 조항은 그 전인 2015. 9. 8. 개정·시행되었으므로 2016. 1. 1. 전까지는 참가인의 사업장에 적용된다.





- (2) 참가인은 이 사건 조항을 신설하면서 이 사건 조항의 적용을 받는 근로자 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 받았다. 따라서 이 사건 규정의 신설이 근로자에게 불리한 취업규칙의 변경에 해당한다고 하더라도 취업규칙의 작성, 변경 절차에 관한 근로기준법 제94조 제1항이 정한 절차적 유효요건을 갖추었다.
  - (3) 고령자고용법 제19조가 시행되기 전에는 이 사건 조항의 신설과 같이 취업규칙의 변경을 통해 입사 당시의 인사기록카드 기재 생년월일을 정년기산일로 정할 수도 있다고 보아야 한다. 따라서 이 사건 조항이 원고의 정년에 관한 기득권을 침해하여 무효라고 볼 수는 없다.
  - (4) 참가인이 이 사건 조항 신설 이전에 일부 직원들에게 법원의 결정에 따라 정정된 생년월일을 기준으로 정년을 계산하였다는 사정만을 들어, 원고와 참가인 사이에 정년의 기산일을 실제의 생년월일을 기준으로 삼기로 하는 묵시적 합의가 있었다고 보기도 어렵다.
  - (5) 결국 이 사건 조항을 비롯한 원고의 인사규정에 따라, 원고는 입사 당시 작성된 인사기록카드에 기재된 생년월일을 기산일로 하여 2015. 12. 4.에 정년인 58세가 되었고, 원고와 참가인의 근로관계는 고령자고용법 제19조 제1항이 시행되기 전인 2015. 12. 31.에 정년을 이유로 당연히 종료하였다고 보아야 한다.
- 다. 그런데도 원심은 참가인의 원고에 대한 정년퇴직 인사발령이 부당해고에 해당한다고 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 고령자고용법 제19조와 취업규칙의 불이익변경 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.
3. 그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이동원(재판장), 조희대, 김재형(주심), 민유숙



## 2. 사직과 합의해지에 의한 근로관계 종료

### 2.1 임의사직

☞ 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두26029 판결★

#### » 요 지 «

1. 근로자의 사직 의사표시가 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지인지 아니면 사용자에게 대한 근로계약관계 합의해지의 청약인지 여부는 그 의사표시가 기재된 사직서의 구체적인 내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직서 제출 이후의 상황 등 제반 사정을 참작하여 판단해야 할 것이고, 사직 의사표시가 해약의 고지라고 인정되는 경우에는 그 의사표시가 사용자에게 도달한 이상 근로자로서는 사용자의 동의 없이 이를 철회할 수 없다.
2. 사직서 제출행위는 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지에 해당하고, 이러한 사직의 의사표시가 사용자인 원고에게 도달한 이상 참가인으로서 원고의 동의 없이 이를 철회할 수 없는데, 원고가 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 전에 참가인을 징계 해고하였다는 사정만으로는 참가인이 원고의 동의를 얻어 그 사직의 의사표시를 철회하였다고 볼 수 없으므로 원고와 참가인 사이의 근로관계는 이 사건 재심판정 전에 이미 종료하여 구제이익이 없다.

\* 원고, 피상고인 : ○○산업 주식회사

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : 조○○

\* 원심판결 : 서울고법 2012. 10. 31. 선고 2012누7839 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고보조참가인이 부담한다.

#### » 이 유 «

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



1. 근로자의 사직 의사표시가 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지인지 아니면 사용자에게 대한 근로계약관계 합의해지의 청약인지 여부는 그 의사표시가 기재된 사직서의 구체적인 내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직서 제출 이후의 상황 등 제반 사정을 참작하여 판단해야 할 것이고, 사직 의사표시가 해약의 고지라고 인정되는 경우에는 그 의사표시가 사용자에게 도달한 이상 근로자로서는 사용자의 동의 없이 이를 철회할 수 없다(대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8657 판결, 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007다11668 판결 등 참조).

그리고 근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다룰 당시 이미 근로계약관계가 종료하였다면 근로자로서는 해고기간 중 지급받지 못한 임금을 지급받기 위한 필요가 있다고 하더라도 이는 임금청구소송 등 민사소송절차를 통하여 해결될 수 있으므로 구제이익이 없다고 보아야 한다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두22136 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012두4063 판결 등 참조).

2. 원심은 채택증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)의 사직서 제출행위는 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지에 해당하고, 이러한 사직의 의사표시가 사용자인 원고에게 도달한 이상 참가인으로서 원고의 동의 없이 이를 철회할 수 없는데, 원고가 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 전에 참가인을 징계 해고하였다는 사정만으로는 참가인이 원고의 동의를 얻어 그 사직의 의사표시를 철회하였다고 볼 수 없으므로 원고와 참가인 사이의 근로관계는 이 사건 재심판정 전에 이미 종료하여 구제이익이 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 사직 의사표시의 법적 성격 및 구제이익에 관한 법리를 오해한 위법 등이 없다.

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

대법관 민일영(재판장), 이인복, 박보영(주심), 김신

☞ 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8657 판결

### » 요 지 «

1. 근로자가 사직원을 제출하여 근로계약관계의 해지를 청약하는 경우 그에 대한 사용자의 승낙의사가 형성되어 그 승낙의 의사표시가 근로자에게 도달하기 이전에는 그 의사표시를 철회할 수 있고, 다만 근로자의 사직 의사표시 철회가 사용자에게 예측할 수 없는 손해를 주는 등 신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 철회가 허용되지 않는다.
2. 사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지로 볼 것이고, 근로계약의 해지를 통고하는 사직의 의사표시가 사용자에게 도달한 이상 근로자로서는 사용자의 동의 없이는 비록 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 이전이라 하여도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다.

\* 원고, 상고인 : 오○○

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 사회복지법인 대전 ○○원

\* 원심판결 : 서울고법 1999. 6. 24. 선고 98누2715 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

#### 1. 사직 의사표시의 하자 유무에 관하여

원심판결 이유에 의하면 원심은, 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고만 한다)이 원고로 하여금 사직의 의사표시를 하도록 강박을 행하였음을 인정할 증거가 없으며, 한편 사직서 제출 경위, 사직서 기재 내용 및 위 사직서와 관련하여 취한 원고의 태도 등을 종합하면 사직서의 작성·제출이 근로자인 원고의 진의에 의한 것이 아니라고 단정할 수는 없으므로, 원고가 사용자인 참가인의 일방적인 의사에 의하여 해고된 것으로 볼 수 없다고 판단하였는바, 기록에 비추어 보면, 원심의 이 같은 사실인정 및 판단은 옳고, 거기에 의사표시의 하자에 관한 법리오해나 심리미진의 위법이 없다.

이 점에 관한 상고이유는 받아들일 수 없다.



## 2. 사직의사의 유효한 철회 여부에 관하여

원심은, 원고는 참가인이 ○○직할시 동구로부터 위탁받아 운영하는 어린이집 1의 원장으로 근무하던 중 1997. 2. 10. '신입원생 학부모들 앞에서 보육교사 소외 1의 명예를 훼손하는 발언을 하였고, 직장 구성원 간에 불화를 조성하였으며, 부하직원 지휘의 책임이 있음에도 학부모에게 의도적으로 소문을 내어 시설의 품위를 실추시켰다'는 이유로 참가인으로부터 징계처분(견책)을 받음과 아울러, 참가인이 위탁 운영중인 사회복지관에 병설하여 운영할 예정인 어린이집 2의 개원실무 책임자로 근무하라는 전보명령을 받고, 같은 달 18일 위 사회복지관에 첫 출근하여 같은 날부터 같은 달 27일까지의 휴가원을 제출한 후 당일 사직서를 제출하였으며 참가인은 같은 달 20일 원고의 사직서를 수리한 사실, 그런데 원고는 휴가중인 같은 달 25일 ○○직할시 동구 의회에서 어린이집 2에 관한 조례가 통과되었다는 소식을 듣고 위 사회복지관의 관장인 소외 2에게 사직 의사표시를 철회한다고 하였으나, 소외 2는 사직서가 이미 수리되었음을 통보한 사실을 인정한 다음, 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 근로계약 종료의 효과가 발생하기 전에는 그 사직의 의사표시를 자유로이 철회할 수 있는바, 참가인과 원고 사이의 근로계약관계의 합의해지의 청약이라 할 수 있는 원고의 1997. 2. 18.자 사직서에 대하여 사용자인 참가인이 같은 달 20일 이를 승낙함으로써 이때 이미 위 근로계약 종료의 효과는 발생하였다 할 것이므로 원고로서는 더 이상 위 사직의 의사표시를 철회할 수 없다는 이유로, 위 사직 의사표시 철회로써 근로계약이 여전히 존속중이라는 원고의 주장을 배척하였다.

근로자가 사직원을 제출하여 근로계약관계의 해지를 청약하는 경우 그에 대한 사용자의 승낙의사가 형성되어 그 승낙의 의사표시가 근로자에게 도달하기 이전에는 그 의사표시를 철회할 수 있고, 다만 근로자의 사직 의사표시 철회가 사용자에게 예측할 수 없는 손해를 주는 등 신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 철회가 허용되지 않는다 할 것이다(대법원 1992. 4. 10. 선고 91다43138 판결, 1994. 8. 9. 선고 94다14629 판결 참조).

그런데도 원심은 근로자의 근로계약 합의해지 청약에 대한 사용자의 승낙 의사가 형성되어 있기만 하면 그 의사가 아직 상대방인 근로자에게 도달하지 않은 단계에서도 확정적으로 근로계약 종료의 효과가 발생하여 근로자로서는 더 이상 사직 의사표시를 철회할 수 없다는 전제에서 원고의 사직 의사표시 철회는 참가인이 원고의 사직서를 수리한 이후에 이루어진 것이므로 그 효력이 없다고 판단하였으니, 원심판결에는 근로계약 합의해지에 있어서의 청약의 철회에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

그러나 사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지로 볼 것인바, 원심이 확정된 사실관계 및 기록상 나타난 바와 같은 사직서의 기

재내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직 의사표시 철회의 동기 기타 여러 사정을 참작하면 원고의 위 사직서 제출은 위에서 본 원칙적 형태로서의 근로계약의 해지를 통고한 것이라고 볼 것이지, 근로계약의 합의해지를 청약한 것으로 볼 것은 아니며, 이와 같은 경우 사직의 의사표시가 참가인에게 도달한 이상 원고로서는 참가인의 동의 없이는 비록 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 전이라 하여도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다 할 것이므로, 원고의 사직 의사표시 철회로써 참가인과의 근로계약이 여전히 존속중이라는 원고의 주장을 배척한 원심의 판단은 결과적으로 정당하다 할 것이다.

점에 관한 상고이유도 받아들일 수 없다.

### 3. 전보처분의 정당성 유무에 관하여

이 사건에서, 원심이 원고의 사직 의사표시에 기하여 근로계약이 해지되어 참가인과의 근로관계가 종료되었다고 판단한 이상, 원심으로서는 참가인의 원고에 대한 전보명령의 당부에 관하여는 판단할 필요가 없다 할 것이다.

따라서 원심이 참가인의 원고에 대한 전보명령은 동일한 징계사유에 기한 불이익한 처분으로서 이중징계이며 전보처분의 재량권을 남용·일탈하였다는 원고의 주장에 대한 판단을 유탈하였다거나 전직명령에 관한 법리를 오해하였다는 상고이유는 받아들일 수 없다.

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

대법관 박재윤(재판장), 서성, 유지담(주심), 배기원



☞ 서울고법 2012. 5. 24. 선고 2011누33961 판결<sup>7)</sup>

### » 요 지 «

참가인 학원의 정관 제42조 제4항, 전임교원인사규정 제8조 제1호가 규정하는 면직에는 본인의 의사에 반하는 직권면직만이 해당되고 의원면직은 해당되지 않는다. 따라서 이 사건과 같이 원고의 사직서 제출로 인한 의원면직의 경우에는 위 정관 및 전임교원인사규정이 정하는 인사위원회의 심의와 총장의 제청을 반드시 거칠 필요는 없다. 한편, 원고의 사직서 제출은 해약의 고지로서 근로계약을 일방적으로 종료시키는 것이므로, 그 효력의 발생이 참가인 학원의 인사위원회의 심의 또는 총장의 제청 여하에 따라 달라진다고 볼 수도 없다.

\* 원고, 항소인 : 오○○

\* 피고, 피항소인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 학교법인 ○○학원

\* 제1심 판결 : 서울행법 2011. 8. 25. 선고 2011구합12726 판결

### » 주 문 «

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

### » 청구취지 및 항소취지 «

제1심 판결을 취소한다. 중앙노동위원회가 2011. 3. 22. 원고와 피고보조참가인(이하 '참가인 학원'이라 한다) 사이의 중앙2011부해○○ 부당해고구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

### » 이 유 «

#### 1. 제1심 판결의 인용

이 법원이 이 판결에 적을 이유는, 제1심 판결서 제3쪽 마지막 행 '참가인의 사무처장'을 '사이버대학의 사무처장'으로, 제4쪽 제15, 16행의 '참가인 학교'를, '참가인 학원'으로 고치고, 원고가 항소심에서 새로이 주장한 것에 대하여 제2항에서 추가로 판단하는 외에는 제1심 판결 이유와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 인용한다.

7) 대법원 2012. 9. 27. 2012두13542 판결에서 심리불속행 기각으로 확정



## 2. 항소심에서 추가한 주장에 관한 판단

### 가. 원고의 주장

참가인 학원의 정관 제42조 제4항에 의하면 학교의 교원을 면직하기 위해서는 반드시 총장의 제청이 필요하다. 그러나 참가인 학원은 총장의 제청 없이 무단으로 원고를 면직하였다.

### 나. 판단

- 1) 앞서 본 바와 같이 참가인 학원의 정관 제42조 제4항, 전임교원인사규정 제8조 제1호가 규정하는 면직에는 본인의 의사에 반하는 직권면직만이 해당되고 의원면직은 해당되지 않는다. 따라서 이 사건과 같이 원고의 사직서 제출로 인한 의원면직의 경우에는 위 정관 및 전임교원인사규정이 정하는 인사위원회의 심의와 총장의 제청을 반드시 거칠 필요는 없다.

한편, 원고의 사직서 제출은 해약의 고지로서 근로계약을 일방적으로 종료시키는 것이므로, 그 효력의 발생이 참가인 학원의 인사위원회의 심의 또는 총장의 제청 여하에 따라 달라진다고 볼 수도 없다.

- 2) 나아가 총장의 제청이 있었는지 여부에 관하여 보더라도, 갑 제2호증의 기재에 의하면 사이버대학의 총장 홍○○은 2010. 8. 13. 참가인 학원에게 원고의 의원면직을 제청한 사실을 인정할 수 있고, 달리 이를 뒤집을만한 증거가 없다.
- 3) 원고의 위 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

## 3. 결 론

따라서 제1심 판결은 정당하므로 원고의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 조용호(재판장), 이원신, 신동훈





## 2.2 합의해지

☞ 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다60528 판결★

### » 요 지 «

1. 사용자가 근로자로부터 사직서를 제출 받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시킨 경우, 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성, 제출케 하였다면 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다.
2. 희망퇴직제 실시에 따라 근로자가 회사에 대하여 사직서를 제출하고 회사가 이를 수리하여 면직한 것이 근로기준법상의 해고가 아니라고 본 사례.

\* 원고, 상고인 : 정○○ 외 1인

\* 피고, 피상고인 : △△△시멘트 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2002. 9. 26. 선고 2001나61861 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

사용자가 근로자로부터 사직서를 제출 받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시킨 경우, 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성, 제출케 하였다면 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실들을 인정한 다음, 피고 회사에서는 노동조합과 사전협의를 거쳐 희망퇴직자들에게 퇴직금 등

의 지급조건을 우대하여 주는 내용으로 희망퇴직제를 실시하기로 한 뒤, 원고들에게 희망퇴직의사를 물어 원고들의 명시적인 퇴직의사에 기하여 면직처분을 하였고, 그 과정에서 희망퇴직제의 실패로 정리해고를 시행할 경우 적용될 연령이나 근속기간 등의 정리기준을 고려할 때에 정리해고 대상자에 포함될 가능성이 상당한 원고들에게 희망퇴직을 적극적으로 권유한 것에 지나지 않는 점 등에 비추어 보면, 원고들이 사직의 의사가 없었음에도 불구하고 피고 회사측의 강요에 의하여 공포심을 느낀 결과 어쩔 수 없이 사직서를 제출하였다고 보기 어려운 반면, 원고들은 당시 희망퇴직의 권고를 선뜻 받아들일 수는 없었다고 할지라도 그 당시의 경제상황, 피고 회사의 구조조정계획, 피고 회사가 제시하는 희망퇴직의 조건, 정리해고를 시행할 경우 정리기준에 따라 정리해고 대상자에 포함될 가능성, 퇴직할 경우와 계속 근무할 경우의 이해득실 등 제반 사항을 종합적으로 고려하여 심사숙고한 결과 사직서를 제출하였다고 봄이 상당하고, 따라서, 원고들과 피고 회사 사이의 근로계약은 원고들이 피고 회사에 대하여 사직서를 제출하고 피고 회사가 이를 수리하여 원고들을 면직함으로써 합의해지에 의하여 종료되었다고 할 것이고, 원고들의 이 사건 퇴직을 실질적으로 정리해고에 해당하는 것으로 볼 수 없는 이상, 원고들이 주장하는 바와 같은 정리해고의 실질적 요건이 구비되었는지 여부는 원고들과 피고 회사 사이의 근로계약의 합의해지의 효력을 좌우할 수 없다는 이유로 원고들의 이 사건 청구를 모두 기각하였는바, 위에서 본 법리 및 기록에 비추어 관계 증거들을 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하다고 수긍이 되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 채증법칙 위배로 인하여 사실을 오인하거나 정리해고에 관한 법리를 오해한 위법이 없다 할 것이다.

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

대법관 강신욱(재판장), 변재승(주심), 윤재식, 고현철



☞ 서울고법 2011. 11. 18. 선고 2011누16430 판결<sup>8)</sup>

## » 요 지 «

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 근로관계가 합의해지로 종료되었음을 추인할 수 있다.

- \* 원고, 항소인 : 박○○
- \* 피고, 피항소인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : 조○○
- \* 제1심판결 : 서울행법 2010. 6. 3. 선고 2009구합35627 판결
- \* 환송전판결 : 서울고법 2010. 12. 22. 선고 2010누19623 판결
- \* 환송판결 : 대법원 2011. 5. 13. 선고 2011두1993 판결

## » 주 문 «

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소제기 이후의 소송총비용은 원고가 부담한다.

## » 청구취지 및 항소취지 «

제1심 판결을 취소한다. 피고가 2009. 7. 27. 원고와 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다) 사이의 중앙2009부해○○○ 부당해고구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

## » 이 유 «

### 1. 재심판정의 경위

가. 원고는 2008. 9. 1. 인천 강화군 길상면 장흥리 ○○○-○○에 있는 ○○온천 목욕탕(이하 '이 사건 사업장'이라고 한다)의 보일러 담당 설비팀장으로 입사하였다.

8) 대법원 2012. 2. 23. 2012두454 판결에서 심리불속행 기각으로 확정

나. 원고는 2009. 3. 6. ○○○○노동위원회에 “참가인이 2008. 12. 11. 원고를 정당한 이유 없이 해고하였다.”라고 주장하면서 구제신청을 제기하였는데, ○○○○노동위원회는 “원고가 자진 사직하였다.”라는 이유로 위 구제신청을 기각하였다.

다. 원고는 이에 불복하여 중앙노동위원회에 재심신청을 하였으나, 중앙노동위원회는 “원고와 참가인 사이의 합의에 의하여 근로관계가 종료되었다.”라는 이유로 위 재심신청을 기각하였다.

[인정근거] 다툼이 없는 사실, 갑 제2호증의 기재, 변론 전체의 취지.

## 2. 본안전 항변에 대한 판단

### 가. 피고 및 참가인의 주장

- 1) 원고를 고용한 것은 참가인이 아니라, 이 사건 사업장 소속 근로자에 대한 관리 및 감독권한을 가지고 있던 주식회사 ○○엔터프라이즈(이하 ‘○○엔터프라이즈’라고 한다)이다. 따라서 사용자가 아닌 참가인을 상대로 제기한 부당노동행위 구제신청은 부적법하다.
- 2) 원고는 기간제 고용자인데, 2009. 12. 1. 고용기간이 만료되어 당연 퇴직하였다. 따라서 원고로서는 재심판정이 취소되어 구제명령을 얻는다고 하더라도 이 사건 사업장 소속 근로자로서의 지위를 회복하는 것이 불가능하므로, 재심판정의 취소를 구하는 이 사건 소는 소의 이익이 없어 부적법하다.
- 3) 이 사건 사업장은 이미 폐업되어, 사용자와 원고와의 근로관계가 일단 종료되었다. 따라서 원고로서는 재심판정이 취소되어 구제명령을 얻는다고 하더라도 이 사건 사업장 소속 근로자로서의 지위를 회복하는 것이 불가능하므로, 재심판정의 취소를 구하는 이 사건 소는 소의 이익이 없어 부적법하다.

나. 원고를 고용한 것이 ○○엔터프라이즈인지 여부 및 원고가 기간제 근로자인지 여부

#### 1) 인정사실

- 가) 참가인과 주식회사 ○○종합건설(이하 ‘○○종합건설’이라고 한다)은 2007. 9. 17. 참가인이 에스아이엘산업 주식회사에 도급주었던 이 사건 사업장의 공사를 ○○종합건설이 하고, 공사비를 모두 지급할 때까지 이 사건 사업장의 운영권을 ○○종합건설이 갖는다는 내용의 제소전화해를 하였다.
- 나) 이후 참가인과 ○○종합건설 사이의 이 사건 사업장의 운영에 대한 계약은 수회 변경되었는데, 참가인은 2008. 4. 1. ○○종합건설의 자회사인 ○○엔터프라이즈와 참가인이 이 사건 사업장의 사업주로서 운영에 관한 제반 권한과 책임을 지되, 참가인이 선발한 직원은 ○○엔터프라이즈 소속으로 하여, ○○엔터프라이즈가 관리 및 감독을 한다는 내용의 운영 및 인력공급 용역계약을 체결하였다.



- 다) 최○○은 이 사건 사업장의 상무로 근무하였는데, 2008. 8.경 서○○ 부장에게 고용 노동부 워크넷에 건물용 보일러 설치 및 수리원을 모집한다는 내용의 구인공고를 하도록 하였다. 당시 서○○ 부장이 올린 구인공고에는 고용형태가 '상용직'으로 되어 있었다.
- 라) 위 구인공고를 보고 이력서를 제출한 원고는 2008. 9. 1. 최○○ 상무로부터 면접을 받은 다음 이 사건 사업장에서 근무를 하였는데, 원고와 이 사건 사업장의 사업주 사이에 근로계약서가 따로 작성되지는 않았다.
- 마) 한편, 2008. 12. 12. 이후에 이 사건 사업장에 고용된 근로자들에 대해서는 각 사용자는 ○○엔터프라이즈로 하여 기간제 근로계약서가 작성되었다.
- 바) 참가인은 정당한 사유 없이 원고에 대한 연장근로 및 야간근로수당의 지급을 지체 하였음을 범죄사실로 하여, ○○○○법원 2009. 7. 27.자 2009고약○○○○호로 벌금 ○○만 원의 약식명령을 받았고, 위 약식명령은 2009. 8. 25. 확정되었다.

[인정근거] 갑 제8호증, 갑 제14호증, 갑 제17호증, 갑 제18호증, 을나 제1호증, 을나 제2호증, 을나 제3호증의 1, 2, 3의 각 기재, 을가 제1호증의 일부 기재, 당심 증인 최○○의 증언, 변론 전체의 취지.

## 2) 판단

- 가) 위 인정사실에서 본 바와 같이, 원고가 이 사건 사업장에서 근무하기 전인 2008. 4. 1. 원고와 ○○엔터프라이즈 사이에 이 사건 사업장의 근로자를 ○○엔터프라이즈의 소속으로 하는 내용의 운영 및 인력공급 용역계약이 체결되었다.

그러나 위 인정사실에서 본 바와 같이, 원고와 ○○종합건설 사이의 이 사건 사업장의 운영에 대한 계약이 수회 체결되었던 점에 비추어 볼 때, 원고가 이 사건 사업장의 근로자로 채용될 당시인 2008. 9. 1. 위와 같은 내용의 운영 및 인력공급 용역계약이 유효하였다고 단정하기 어렵다. 또한, 설령 2008. 9. 1. 당시 위 용역계약이 유효하였다고 하더라도, 비록 위 용역계약에서 근로자들을 ○○엔터프라이즈의 소속으로 한다고 하였으나, 참가인이 이 사건 사업장의 사업주로서 운영에 관한 제반 권한과 책임을 진다는 계약내용에 비추어 볼 때, 법적으로는 이 사건 사업장 소속 근로자들의 사용자를 참가인으로 하기로 한 것으로 볼 여지도 많다.

따라서 2008. 4. 1. 참가인과 ○○엔터프라이즈 사이에, 이 사건 사업장의 근로자들의 소속을 ○○엔터프라이즈로 하기로 한다는 내용의 계약이 체결되었다는 사정만으로는, 원고의 사용자가 ○○엔터프라이즈라는 사실을 인정하기에 부족하다.

- 나) 오히려, 위 인정사실 및 위 증거들과 갑 제3호증의 1, 2의 각 기재에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 종합해 보면, 참가인이 원고를 무기직(상용직)으로 고용한 것으로 봄이 상당하다.



- (1) 참가인은 ○○○○노동위원회에 제출한 1차 답변서(을 제3호증의 1)에서, ‘부실경영으로 ○○종합건설에서 (이 사건 사업장의) 운영을 대신하여 2008. 12. 1.부로 승계하게 되었다’라고 하였는바, 이는 2008. 12. 이전에 이 사건 사업장을 운영한 것은 원고라는 취지로 보인다. 또한 참가인이 ○○○○노동위원회에 제출한 2차 답변서(을 제3호증의 2)에 ‘원고가 대표자인 제 지시사항을 수리로 무시하고’라고 하였는바, 이는 참가인이 원고의 사용자라는 취지로 보인다.
- (2) 원고가 이 사건 사업장에 채용될 당시 ○○엔터프라이즈의 대표인 최○○의 직책에 미루어 볼 때, 이 사건 사업장의 사업주는 참가인이었던 것으로 봄이 상당하다.
- (3) ○○엔터프라이즈가 채용을 한 근로자들에 대해서 모두 기간제 근로계약서가 작성되었는데, 원고와 이 사건 사업장의 사업주 사이에는 근로계약서가 작성되지 않았는바, 이와 같은 사정에 비추어 볼 때, ○○엔터프라이즈는 원고를 고용하지 않았고, 원고의 고용형태는 기간제가 아닌 것으로 판단된다.
- (4) 특별한 사정이 없는 한, 형사판결과 동일한 효력이 있는 확정된 약식명령에서 인정된 사실과 다른 사실을 인정할 수 없는바, 참가인이 사용자로서 원고에게 연장근로 및 야간근로수당을 지급하지 않았다는 내용의 약식명령이 확정되었다.
- (5) 원고는 ‘상용직’으로 채용하겠다는 내용의 구인공고에 의해 이 사건 사업장에 채용되었으므로, 이후 단계에서 원고가 이 사건 사업장의 사업주와 ‘상용직’이 아닌 ‘기간제 근로자’로 근로계약을 체결하였음을 인정할 만한 증거가 없는 이 사건에 있어서, 원고는 상용직으로 채용된 것으로 봄이 상당하다.

### 3) 소결론

따라서 원고를 고용한 것이 참가인이 아니라거나, 원고의 고용기간이 이미 만료되었기 때문에 소의 이익이 없다는 피고 및 참가인의 주장은 받아들일 수 없다.

#### 다. 사업장의 폐업으로 인해 소의 이익이 없는지 여부

피고 및 참가인의 주장과 같이, 이 사건 사업장이 폐업되어 참가인과 원고 사이에 근로관계가 종료되었는가 하는 점에 대해서 보면, 참가인이 폐업신고를 하는 등 이 사건 사업장의 영업을 폐업하였음을 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고 및 참가인의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

## 3. 이 사건 재신평정의 적법 여부

### 가. 원고의 주장

원고는 2008. 12. 1. ○○○○노동청 ○○○○지청(이하 ‘노동청’이라고 한다)에 참가인을 피진정인으로 하여 연장근로수당 등의 지급을 요구하는 진정을 하였다. 원고는



2008. 12. 11. 노동청에 출석하여 위 진정과 관련한 조사를 받은 후 이 사건 사업장으로 출근하기 위하여 이 사건 사업장의 기획실장 김○○에게 전화하여 “출근해도 되느냐?”라고 물었다. 김○○은 원고에게 “원고의 후임자가 새로 내정되어 입사하였으니 출근할 필요가 없다. 노동청에 진정을 낸 사람은 근무할 필요가 없다.”라고 대답함으로써 해고통보를 하였다. 원고는 위와 같이 김○○로부터 해고통보를 받고 그 날부터 출근하지 않은 것일 뿐, 사직의 의사를 표시한 사실이 없다.

#### 나. 인정사실

- 1) 원고는 2008. 9. 초경부터 참가인에게 연장근로수당 등을 지급하여 줄 것을 요청하였으나, 참가인은 이를 거부하였다. 이로 인하여 원고와 참가인은 여러 차례 다투게 되었다. 원고는 위와 같이 연장근로수당 등의 문제로 참가인과 다투던 중 2008. 10. 경 참가인에게 사직하겠다는 취지의 이야기를 하였다.
- 2) 이에 참가인은 노동부 ‘워크넷’에 보일러기사 모집공고를 하여 지원자인 임○○을 면접하고 채용하기로 하였다가, 원고가 마음을 바꾸어 계속 근무하겠다고 하자, 임○○에게 다음 기회에 채용하겠다고 하면서 채용을 보류하였다.
- 3) 원고는 2008. 11. 말경 참가인과 연장근로수당 지급문제로 이야기하던 중 참가인에게 “노동청에 고발하겠다. 그만두겠다.”라고 이야기하였고, 참가인은 이에 대하여 원고에게 “그만두는 것과 고발하는 것은 원고의 마음이다. 그만두려면 그만두어도 좋다.”라고 이야기하였다.
- 4) 원고는 2008. 12. 1. 노동청에 참가인을 피진정인으로 하여 “참가인이 야간근로수당 등을 지급하지 않는다.”라는 취지로 진정을 하였다. 원고의 위 진정을 무마하기 위하여 최○○은 2008. 12. 9. 원고와 참가인 사이의 합의를 주선하였다. 최○○은 원고에게 “체불임금을 정산하여 줄 테니 연장근로수당 등에 대한 진정을 취하하라.”라는 취지의 말을 하였고, 이에 원고가 거부하자, “노동청에 진정을 한 사람과는 같이 근무할 수 없다.”라는 취지의 말을 하였다.
- 5) 원고는 2008. 12. 11. 노동청에 출석하여 참가인의 연장근로수당 등 미지급과 관련한 조사를 받았다. 원고는 그 날부터 이 사건 사업장에 출근하지 아니하였으나, 참가인에게 사직서를 제출하지는 않았다.
- 6) 참가인은 원고가 출근하지 않자 2008. 12. 14. 위와 같이 채용을 보류하였던 임○○을 채용하여 원고의 후임으로 근무하도록 하였다. 참가인은 “원고가 2008. 12. 11. ‘기타 회사 사정(권고사직)’으로 퇴직하였다.”라는 취지로 원고에 대한 고용보험 피보험자격 상실 신고를 하였다.
- 7) 원고는 2009. 1. 22.부터 서울 동대문구 답십리동에 있는 동아아파트 관리사무소에



취직하여 출근하였다. 원고는 2009. 3. 6. 구제신청을 하기 전까지 참가인을 찾아와 해고와 관련한 항의를 한 사실이 없다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제5호증, 갑 제16호증, 을가 제2호증의 각 기재, 갑 제6호증, 을가 제1호증의 각 일부 기재, 변론 전체의 취지.

#### 다. 판단

위 인정사실 및 위 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정을 종합해 보면, 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 근로관계가 합의해지로 종료되었음을 추인할 수 있다.

- 1) 원고가 노동청에 진정과 관련하여 조사를 받으러 간다는 사실까지 참가인이 알고 있었으므로, 사직할 의사가 없었다면 굳이 원고가 참가인에게 출근해도 되는지를 물어볼 필요가 없었다고 보인다.
- 2) 원고가 참가인으로부터 부당하게 해고를 당하였다면 해고통보를 받은 즉시 이 사건 사업장으로 출근하여 이의를 제기하였을 것임에도, 원고는 자신이 해고통보를 받았다는 날인 2008. 12. 11.부터 ○○○○노동위원회에 구제신청을 한 2009. 3. 6.까지 참가인이나 최○○에게 해고여부를 확인하거나, 해고에 대한 항의를 하는 등의 조치를 취하지 아니하고, 오히려 2009. 1. 22.부터 동아아파트 관리사무소에 취직하여 근무하였다.
- 3) 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 사실만으로 원고에게 사직의 의사가 없었다고 보기는 어렵다.
- 4) 참가인이 원고에 대하여 고용보험 피보험자격 상실사유를 ‘기타 회사 사정(권고사직)으로 퇴직’으로 신고하였으나, 사용자가 근로자에게 퇴직할 것을 권유하고 근로자가 자유의사에 따라 퇴직하는 권고사직 역시 합의해지의 일종으로 해고가 아닌 점, 참가인이 원고로 하여금 실업급여의 수령 등에서 유리하도록 위와 같이 신고하였을 가능성이 있는 점(원고도 참가인 측에 실업급여를 받을 수 있도록 해달라고 요구하였음을 인정하고 있다<sup>9)</sup>) 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 사실만으로는 참가인이 원고를 해고하였다고 보기는 어렵다.

9) 갑 제6호증 녹취록 25쪽





- 5) 김○○이 원고에게 “후임자가 내정되었으니 출근할 필요가 없다. 노동청에 진정을 낸 사람은 근무할 필요가 없다.”라고 말하였다는 원고의 주장에 부합하는 듯한 갑 제4호증, 갑 제6호증의 각 일부 기재는 원고의 진술로서 이를 쉽게 믿기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.
- 6) 갑 제2호증, 갑 제12호증의 각 기재에 의하면, 2008. 12. 11. 원고와 김○○이 통화를 한 사실은 인정된다. 그러나 위 각 증거는 원고가 김○○에게 전화를 걸어 “나, 출근해도 되냐?”고 묻자, 김○○이 원고에게 “그런 얘기를 왜 나한테 하느냐”고 대답하였다는 취지<sup>10)</sup>로서 원고 주장 사실을 인정하기에 부족하다.
- 7) 원고는 자신이 2008. 12. 9. ◎◎건설의 부장 서○○로부터 “위에서 그만두라고 한지가 언제인데 아직까지 근무를 하느냐?”라는 말을 듣고 서○○에게 “해고를 하고 싶으면 서면통보를 하여 달라고 참가인과 최○○에게 전해 달라.”라고 이야기하였다고 주장하고 있다. 원고가 위와 같이 해고통지를 참가인 또는 최○○과 같이 책임 있는 자가 서면으로 하여 줄 것을 요구하였음에 비추어 볼 때, 설령 원고가 기획실장에 불과한 김○○로부터 “원고의 후임자가 새로 내정되어 입사하였으니 출근할 필요가 없다. 노동청에 진정을 낸 사람은 근무할 필요가 없다.”라는 말을 들었다고 하더라도, 그것만으로 자신이 해고통보를 받은 것으로 알고 이 사건 사업장에 출근하지 아니하였다고 보기는 어렵다.

#### 라. 소결론

따라서 참가인과 원고 사이의 근로계약이 합의해지 되었음을 이유로 원고의 재심신청을 기각한 재심판정은 적법하다.

### 4. 결 론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 원고의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 강민구(재판장), 전우진, 정재우

10) 갑 제2호증 재심판정서 3쪽

## 2.3 명예퇴직

☞ 대법원 2000. 7. 7. 선고 98다42172 판결

### » 요 지 «

1. 명예퇴직이란 근로자가 명예퇴직의 신청(청약)을 하면 사용자가 요건을 심사한 후 이를 승인(승낙)함으로써 합의에 의하여 근로관계를 종료시키는 것으로, 명예퇴직 대상자로 확정되었다고 하여 그 때에 명예퇴직의 효력이 발생하는 것이 아니라 예정된 명예퇴직일자에 비로소 퇴직의 효력이 발생하여 명예퇴직예정일이 도래하면 근로자는 당연히 퇴직되고 사용자는 명예퇴직금을 지급할 의무를 부담하게 되는 것이고, 명예퇴직의 합의가 있는 후에는 당사자 일방이 임의로 그 의사표시를 철회할 수 없다.
2. 명예퇴직 합의 후 명예퇴직예정일 이전에 근로자가 사망한 경우, 명예퇴직 합의 당시의 당사자의 의사가 명예퇴직금의 지급이 근로자에게 책임 없는 사유인 사망으로 퇴직되는 경우까지도 상정하여 어떠한 경우에도 반드시 명예퇴직예정일까지 근로관계의 존속을 조건으로 한 취지였는지 여부에 관하여 심리하지 아니한 채 명예퇴직의 효력 발생 이전에 사망하여 명예퇴직금을 지급할 의무가 없다고 한 원심판결을 심리미진을 이유로 파기한 사례.

\* 원고, 상고인 : 고○○ 외 3인

\* 피고, 피상고인 : ○○○○공사

\* 원심판결 : 대전고법 1998. 7. 29. 선고 97나9121 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 대전고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택한 증거를 종합하여 소외 망 윤○○(이하 '망인'이라고만 한다)는 1965. 2. 24. 피고 공사에 입사하여 피고 산하 ○○전력관리처 △△전력소 변전부장으로 근무하던 중인 1994. 6. 30. 피고 공사에 희망하는 명예퇴직 일자를 1994. 8. 16.로 지정하여 명예퇴직신청을 한 사실, 피고 공사의 인사관리규정에 의하면 명예퇴직을 희망하는 직원은 소속 부서장을 경유하여 본사 인사담당 부서장에게 명예퇴직을 신청하여야 하고(제107조), 명예퇴직자는 적격자를 대상으로 상임인사위



원회의 심의를 거쳐 사장이 결정하도록 되어 있는 사실(제106조 제1항), 피고 공사는 1987년경 명예퇴직제도를 시행한 이래 희망하는 직원으로부터 명예퇴직신청을 받으면서 그 직원으로 하여금 희망하는 명예퇴직일자를 지정하도록 하였고 그에 따라 직원이 지정한 희망명예퇴직일자를 명예퇴직예정일로 승인하여 온 사실, 피고 공사의 보수규정에 의하면 임금계산기간은 전월 16일부터 당월 15일까지로 하되 퇴직시에는 최종월분 임금 전액을 지급하도록 되어 있는바, 망인을 비롯한 소외 김○○, 성◇◇는 함께 명예퇴직신청을 하면서 1994년 9월분의 급여를 지급받을 목적으로 희망명예퇴직일자를 1994. 8. 16.로 지정하였고, 피고 공사는 1994. 8. 9. 상임인사위원회의 결의를 거쳐 같은 날 그들을 명예퇴직자로 확정하면서 그들이 지정한 희망일자를 명예퇴직예정일로 승인함에 따라 망인을 제외한 위 소외인들은 명예퇴직금과 함께 최종월분 임금인 1994년 9월분의 급여를 모두 지급받았는데, 망인은 명예퇴직예정일 이전인 1994. 8. 14. 간암 등으로 사망하여, 이에 피고 공사는 직원이 사망한 때에는 당연 퇴직한다고 규정한 취업규칙 규정(제58조 제2호)에 따라 망인을 명예퇴직이 아닌 일반퇴직으로 처리하고 유족인 원고들에게 통상의 퇴직금만을 지급한 사실을 인정한 다음, 명예퇴직예정일자는 단순히 퇴직자의 신변과 잔무의 정리, 피고 공사의 일괄적인 업무처리 등 쌍방의 편의를 도모하기 위한 일자에 불과하고 명예퇴직의 효력은 명예퇴직 대상자로 확정된 날에 발생하므로 망인의 명예퇴직의 효력은 피고 공사가 망인을 명예퇴직 대상으로 확정된 1994. 8. 9.에 발생하였고, 따라서 망인이 명예퇴직예정일이 도래하기 전에 사망하였다 하더라도 당초의 명예퇴직의 효력에는 아무런 영향을 미칠 수 없으므로 피고 공사는 그 보수규정이 정하는 명예퇴직금을 원고들에게 지급할 의무가 있다는 원고들의 주장에 대하여, 위 인정 사실과 같은 명예퇴직예정일의 지정절차 및 그 경위와 명예퇴직금의 지급실태 등에 비추어 보면 명예퇴직예정일자는 단순히 원고들의 주장과 같이 쌍방의 편의를 도모하기 위한 일자에 불과하다거나 명예퇴직의 효력은 명예퇴직 대상자로 확정된 날에 발생한다고는 볼 수 없고 그 효력은 명예퇴직예정일인 1994. 8. 16.에 비로소 발생한다 할 것이므로 망인이 그 전에 사망한 이상 망인은 명예퇴직자에는 해당하지 아니한다는 이유로 원고들의 청구를 모두 기각하였다.

2. 명예퇴직의 경우에 명예퇴직 대상자로 확정되었다고 하여 그 때에 퇴직의 효력이 발생하는 것이 아니라 예정된 명예퇴직일자에 비로소 퇴직의 효력이 발생한다고 봄이 상당하므로(대법원 1997. 9. 12. 선고 96다56306 판결 참조) 이와 다른 취지의 상고이유의 주장은 이유 없다.

그러나 명예퇴직의 효력이 명예퇴직예정일자에 비로소 발생한다고 하여 곧 그 예정일 이전에 사망한 경우에는 명예퇴직금을 지급할 수 없다고 한 원심의 판단에는 의문이 있다.

명예퇴직이란 근로자가 명예퇴직의 신청(청약)을 하면 사용자가 요건을 심사한 후 이를 승인(승낙)함으로써 합의에 의하여 근로관계를 종료시키는 것이고, 이러한 합의가



있는 후에는 당사자 일방이 임의로 그 의사표시를 철회할 수 없으며, 이 합의에 따라 명예퇴직예정일이 도래하면 근로자는 당연히 퇴직되고 사용자는 명예퇴직금을 지급할 의무를 부담하게 된다 할 것인데, 근로자수 감축에 의한 감량경영이나 인사적체를 해소한다는 차원에서 정년에 도달하지 아니한 근로자들에게 금전적인 보상을 주고 미리 퇴직하도록 유도하는 명예퇴직제도의 취지와 기록에 의하여 알 수 있는 피고 공사에 서의 그동안의 명예퇴직제도 운영실태, 이 사건에서 명예퇴직의 합의에 이르게 된 경 위, 명예퇴직승인일과 명예퇴직예정일 사이의 기간 등에 비추어 보면, 위 합의 당시의 당사자의 의사가 명예퇴직예정일 이전에 사망과 같이 근로자에게 책임 없는 사유로 퇴직되는 경우에도 명예퇴직예정일에 명예퇴직을 할 수 없다는 이유로 명예퇴직금을 지급하지 않기로 하는 취지였는지는 의문이 있기 때문이다.

그러므로 원심으로서는 명예퇴직 합의 당시의 당사자의 의사가 명예퇴직금의 지급이 사망의 경우까지도 상정하여 어떠한 경우에도 반드시 명예퇴직예정일까지 근로관계의 존속을 조건으로 한 취지였는지의 여부에 관하여 심리를 하여 원고들의 청구의 당부 를 판단하였어야 할 것인데도 이러한 심리를 함이 없이 그러한 조건부였다는 전제하 에 원고들의 청구를 배척하고 말았으니 원심판결에는 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고, 이 점을 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이 유 있다.

3. 그러므로 원고들 소송대리인의 다른 상고이유에 관하여 나아가 살펴 볼 필요도 없이 원심판결을 파기하고, 이 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김형선(재판장), 조무제, 이용우(주심)



☞ 대법원 2007. 11. 30. 선고 2005다21647, 21654 판결

### » 요 지 «

1. 근로자의 공로퇴직신청에 대하여 사용자가 이를 승인하여 근로관계를 종료시키는 형태의 공로퇴직제도에 있어서의 공로퇴직은 근로계약의 합의해지에 해당한다고 할 것이다.
2. 계약이 합의해지되기 위하여는 일반적으로 계약이 성립하는 경우와 마찬가지로 계약의 청약과 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시가 합치될 것을 요건으로 하는바, 이와 같은 합의가 성립하기 위하여는 쌍방 당사자의 표시행위에 나타난 의사의 내용이 객관적으로 일치하여야 하므로 계약당사자의 일방이 계약해지에 관한 조건을 제시한 경우 그 조건에 관한 합의까지 이루어져야 합의해지가 성립된다.
3. 공로퇴직을 전제로 한 근로자의 퇴직 의사표시에 대하여 사용자가 공로퇴직을 거절하고 일반퇴직으로 처리하였다고 하더라도, 공로퇴직을 전제로 한 근로계약의 합의해지에 관하여 쌍방의 의사표시가 합치되었다고 할 수 없고, 또한 근로자가 공로퇴직 의사와 별도로 그 일반퇴직에 대하여 별도로 승낙함으로써 일반퇴직에 관한 합의가 이루어졌다고 인정되지 않는다면, 위와 같은 일반퇴직은 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이다.

\* 원고, 상고인 : 원고 1외 19인

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 ◇◇◇◇◇공사

\* 원심판결 : 서울고법 2005. 3. 17. 선고 2004나35078, 35085 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

근로자의 공로퇴직신청에 대하여 사용자가 이를 승인하여 근로관계를 종료시키는 형태의 공로퇴직제도에 있어서의 공로퇴직은 근로계약의 합의해지에 해당한다고 할 것이다.

한편, 계약이 합의해지되기 위하여는 일반적으로 계약이 성립하는 경우와 마찬가지로 계약의 청약과 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시가 합치될 것을 요건으로 하는바, 이와 같은 합의가 성립하기 위하여는 쌍방 당사자의 표시행위에 나타난 의사의 내용이 객관적으로 일치하여야 하므로 계약당사자의 일방이 계약해지에 관한 조건을 제시한 경우 그

조건에 관한 합의까지 이루어져야 합의해지가 성립된다(대법원 1996. 2. 27. 선고 95다 43044 판결, 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다70884 판결 등 참조).

따라서 공로퇴직을 전제로 한 근로자의 퇴직 의사표시에 대하여 사용자가 공로퇴직을 거절하고 일반퇴직으로 처리하였다고 하더라도, 공로퇴직을 전제로 한 근로계약의 합의 해지에 관하여 쌍방의 의사표시가 합치되었다고 할 수 없고, 또한 근로자가 공로퇴직 의사와 별도로 그 일반퇴직에 대하여 별도로 승낙함으로써 일반퇴직에 관한 합의가 이루어졌다고 인정되지 않는다면, 위와 같은 일반퇴직은 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이다.

원심판결 이유와 기록에 의하면, 원고들은 2001. 3. 24. 및 같은 달 26일 피고 회사에 2000. 5. 23.자 보충단체협약에서 합의된 ‘공로퇴직금’의 지급액을 실질적으로 증액하는 것으로 변경하는 내용의 2000. 6. 15.자 보충단체협약 변경합의서(이하 ‘이 사건 변경합의서’라고 한다)에 기하여 공로퇴직신청서를 제출한 사실, 이에 피고는 이 사건 변경합의서에 의한 공로퇴직금을 인정할 수 없다고 하면서 위 공로퇴직신청서를 반려한 사실, 그 후 원고들은 2001. 5. 8. 피고를 상대로 ○○지방법원 ○○지원 2001가합22◇◇호로 이 사건 변경합의서에 기한 공로퇴직금의 지급을 구하는 소송을 제기하였는데, 피고는 위 소송의 2001. 7. 18.자 답변서를 통하여, ‘근로계약관계를 계속 유지하고 있는 원고들이 공로퇴직금의 지급을 구하는 것은 부적법하므로 위 소송을 유지하기 위해서는 퇴직의사를 분명히 하여야 할 것인데, 만일 원고들이 다시 일반퇴직이 아니라 공로퇴직신청을 하면 이를 일반퇴직으로 처리한 후 공로퇴직금의 지급 여부는 소송 결과에 따라 처리하겠다’는 취지로 답변한 사실, 원고 1은 2001. 8. 17., 나머지 원고들은 같은 달 22일 이 사건 변경합의서에 기하여 재차 공로퇴직을 신청한 사실, 피고는 2001. 8. 17. 먼저 공로퇴직을 신청한 원고 1 등에게, ‘공로퇴직금 청구소송에서 패소할 경우 공로퇴직금을 지급할 것이나, 그 전에 공로퇴직금을 인정할 수 없고, 위 원고 등의 공로퇴직신청은 일반퇴직신청으로 간주하여 같은 달 24일자로 수리할 것인데, 만약 일반퇴직을 원하지 아니한다면 같은 달 22일 이전에 퇴직신청을 철회할 수 있고, 그 경우에는 퇴직신청이 없었던 것으로 간주하겠으나, 입장 표명이 없다면 피고의 입장을 이해하여 퇴직신청을 한 것으로 받아들일 것이다’는 취지의 답변서를 보내었고, 같은 달 23일 나머지 원고들에 대하여도 같은 취지와 함께 입장 표명이 없을 경우 같은 달 30일자로 퇴직을 수리하겠다는 취지의 답변서를 보낸 사실, 그러나 원고들은 그 기한 내 아무도 퇴직신청을 철회하지 아니하였고, 이에 따라 피고는 원고 1을 2001. 8. 24.자로, 나머지 원고들을 같은 달 30일자로 각 의원면직처리한 후(이하 ‘이 사건 면직처분’이라고 한다), 2001. 9. 3. 법정퇴직금 상당액을 원고들의 각 계좌에 입금한 사실, 이에 원고들은 2001. 9. 4. 위 퇴직금을 반환하면서 피고에 대하여 공로퇴직금을 지급해 줄 것을 요구하며 이의한 사실, 피고는 2001. 9. 10. 다시 원고들에게 원고들이 퇴직신청을 철회하지 아니하였기에 통보한 대로 일반퇴직처리를 한 것이고 이에 따라 퇴직금을 지급한 것이므로 위 퇴직금을 원고들의 계좌에 재입금할 것이며, 만일 원고들이 다시 반환한다면 피고가 이를 보관하거나 법원에 공탁할 것이라는 취지로 통지한 후,



2001. 9. 12. 원고들의 계좌에 위 퇴직금을 재입금한 사실, 이에 원고들이 2001. 9. 12. 피고에 대하여 위 퇴직금을 공로퇴직금의 일부로 보겠으니 공로퇴직금 잔액을 지급하라고 요구하면서 이 사건 퇴직금을 수령한 사실, 피고는 2001. 10. 10. 다시 원고들에게 위 퇴직금의 성격이 공로퇴직금이 아닌 법정퇴직금임을 강조하는 내용의 통보를 하자 원고들은 2001. 10. 15. 다시 피고에 대하여 공로퇴직금 잔액의 입금을 요구한 사실, 위 ○○지방법원 ○○지원 2001가합22◇◇호 퇴직금청구소송에서 이 사건 변경합의서는 효력이 없다는 이유로 원고들 등의 청구는 기각되었고, 이에 대한 원고들측의 항소와 상고도 모두 기각된 사실을 알 수 있다.

이러한 사실들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고들의 공로퇴직신청에 대하여 피고가 이를 승인하지 아니하여 공로퇴직의 합의가 있었다고 할 수 없고, 피고는 원고들의 공로퇴직신청을 일반퇴직신청으로 간주하여 임의로 의원면직처분을 하였는데 원고들이 의원면직처분을 승낙하지 아니하였을 뿐만 아니라, 오히려 피고의 법정퇴직금 지급에 대하여 수차 이의를 제기하면서 공로퇴직금의 지급을 요청하는 등 원고들의 퇴직 의사표시가 공로퇴직을 전제로 한 것임을 분명히 하였으므로 일반퇴직에 관하여 원고들과 피고 사이에 의사의 합치가 있다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 면직처분은 실질적으로 피고의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당할 것인데, 원고들을 해고할 만한 정당한 사유가 있다는 점이나 정당한 징계절차를 밟아 해고하였다는 점 등에 관하여 피고로부터 아무런 주장·입증이 없으므로 위 해고는 부당해고로서 무효라고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 이와 다른 전제에서 원고들은 공로퇴직이 거부되더라도 사직을 강행하겠다는 의사를 표시하였다고 하여 이 사건 면직처분이 유효하다고 판단하고 말았으니, 원심판결에는 의사표시의 해석 내지 근로계약의 합의해지에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

그러므로 주위적 청구에 관한 나머지 상고이유와 예비적 청구에 관한 상고이유를 판단할 필요 없이 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김능환(재판장), 김용담, 박시환(주심), 박일환

## 2.4 사직과 합의해지의 효력발생

☞ 대법원 1997. 7. 8. 선고 96누5087 판결

### » 요 지 «

1. 근로자가 사직서를 작성하여 사용자에게 제출한 경우에, 특별한 사정이 없는 한 그 사직서는 사용자와의 근로계약관계를 해지하는 의사표시를 담고 있는 것이므로 당사자 사이의 근로계약관계는 사용자가 그 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락하여 합의해지(의원면직)가 성립하거나 민법 제660조 소정의 일정기간의 경과로 그 사직서 제출에 따른 해지의 효력이 발생함으로써 종료되는 것이나, 민법 제660조는 근로자의 해약의 자유를 보장하는 규정으로서 근로자에게 불리하지 않는 한 그 기간이나 절차에 관하여 취업규칙에서 이와 달리 규정하는 것도 가능하다고 할 것이므로, 근로자가 사직할 때에는 일정한 기간 내에 사용자의 승인을 얻도록 하고 있는 경우 근로자가 사직원을 제출하였으나 사용자가 승인을 거부할 합리적인 이유가 없는데도 승인을 하지 아니하고 있을 때에는 위 법조 소정의 기간(취업규칙에서 이보다 짧은 기간을 규정한 때에는 그 기간)이 경과함으로써 근로관계는 종료된다.
2. 해고의 효력을 다투어 지방노동위원회로부터 구제명령을 받은 근로자가 복직 후 중앙노동위원회의 재심판정이 있기 전에 자의로 사직원을 제출하였음에도 취업규칙 소정의 14일이 경과하도록 사용자가 이를 수리하지 않고 있던 상태에서 중앙노동위원회로부터 지방노동위원회의 구제명령을 취소하는 재심판정이 내려진 경우에는, 사직원 제출일로부터 14일이 경과한 날짜로 사직원 제출에 의한 해지의 효력이 생김으로써 근로자는 그 날짜로 사용자의 직원으로서의 신분을 상실하였다고 보아야 하고, 그와 같이 근로자와 사용자 사이의 근로계약관계가 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 있는 것이므로, 중앙노동위원회의 재심판정을 다룰 소의 이익이 없다.

\* 원고, 피상고인 : D

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : ○○○○○○○○개발원

\* 원심판결 : 서울고법 1996. 2. 13. 선고 95구452 판결





## » 주 문 «

원심판결을 파기한다. 이 사건 소를 각하한다. 소송총비용은 원고의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

1. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 거시 증거에 의하여 원고가 1994. 9. 1. 피고보조참가인(이하 참가인이라 한다)으로부터 해고당한 후 서울특별시지방노동위원회에 구제신청을 하여 같은 해 10. 27. 위 지방노동위원회로부터 원직복귀 및 해고기간 중의 임금지급을 명하는 구제명령을 받았고 이에 따라 참가인은 같은 해 11. 8. 원고를 원직에 복귀시키고 해고기간 중의 임금을 지급하였는데, 원고는 같은 달 11. 참가인에게 사직원을 제출하고 그 이후 출근하지 아니하였으나 참가인은 사직원을 수리하지 아니한 채 원고에게 참가인이 같은 해 9. 16. 지급한 퇴직금의 반환을 계속 요구하였고, 그 후 참가인의 중앙노동위원회에 대한 재심신청에 의해 중앙노동위원회가 같은 해 12. 23. 위 지방노동위원회의 구제명령을 취소하는 결정을 한 사실 및 참가인의 취업규칙에 의하면 직원이 의원사직하고자 할 때에는 14일 전에 사직원을 제출하고 소정의 소속을 거쳐 원장의 승인을 받아야 한다고 규정되어 있는데 원고는 그러한 절차를 밟지 아니한 사실 등을 인정한 다음, 원고는 사직원 제출 후 민법 제660조 소정의 기간 경과로 참가인의 직원으로서의 신분을 상실하였으므로 이 사건 재심판정을 다툼 소의 이익이 없다는 참가인의 주장에 대하여 취업규칙에서 의원면직 절차를 달리 규정하고 있는 이상 민법 제660조는 배제되어야 한다는 이유로 참가인의 위 주장을 배척한 뒤 원심 소송계속중인 1995. 12. 8. 원고소송대리인의 준비서면에 의하여 원고의 사직의 의사표시는 철회되어 원고와 참가인 사이의 고용관계는 계속 존속하므로 원고는 이 사건 재심판정을 다툼 소의 이익이 있으며, 가사 고용관계가 단절되었다고 하더라도 원고는 해고기간 중의 임금반환의무를 면하기 위하여 또는 퇴직금 산정의 기초가 되는 재직기간의 범위에 해고기간을 산입하기 위하여 이 사건 재심판정을 다툼 소의 이익이 있다고 판단하였다.
2. 근로자가 사직서를 작성하여 사용자에게 제출한 경우에, 특별한 사정이 없는 한 그 사직서는 사용자와의 근로계약관계를 해지하는 의사표시를 담고 있는 것이므로 당사자 사이의 근로계약관계는 사용자가 그 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락하여 합의해지(의원면직)가 성립하거나 민법 제660조 소정의 일정기간의 경과로 그 사직서 제출에 따른 해지의 효력이 발생함으로써 종료되는 것이나(대법원 1996. 7. 30. 선고 95누7765 판결), 민법 제660조는 근로자의 해약의 자유를 보장하는 규정으로서 근로자에게 불리하지 않는 한 그 기간이나 절차에 관하여 취업규칙에서 이와 달리 규정하는 것도 가능하다고 할 것이므로, 근로자가 사직할 때에는 일정한 기간 내에 사용자의 승인을 얻도록 하고 있는 경우 근로자가 사직원을 제출하였으나 사용자가 승인을 거부



할 합리적인 이유가 없는데도 승인을 하지 아니하고 있을 때에는 위 법조 소정의 기간(취업규칙에서 이보다 짧은 기간을 규정한 때에는 그 기간)이 경과함으로써 근로관계는 종료된다고 보아야 할 것이다.

3. 이 사건에 돌아와 보건대, 원고가 1994. 11. 11. 사직원을 제출하였음에도 취업규칙 소정의 14일이 경과하도록 참가인이 이를 수리하지 아니하였다면 사직원 제출일로부터 14일이 경과한 1994. 11. 26.자로 사직원 제출에 의한 해지의 효력이 생김으로써 원고는 그 날째로 참가인의 직원으로서의 신분을 상실하였다고 보아야 할 것이다. 그럼에도 원심이 참가인이 원고의 사직원을 수리하지 않음으로써 근로관계가 계속됨을 전제로 원심 소송계속중인 1995. 12. 8. 원고소송대리인의 준비서면에 의해 원고의 사직의 의사표시가 철회되어 원고와 참가인 사이에는 근로관계가 계속 존속한다고 판단한 것은 잘못이라고 할 것이다.

나아가 참가인과 원고 사이의 근로계약관계가 위와 같이 종료되었다면 원고로서는 비록 이미 지급받은 해고기간 중의 임금을 부당이득으로 반환하여야 하는 의무를 면하기 위한 필요가 있거나 퇴직금 산정시 재직기간에 해고기간을 합산할 실익이 있다고 하여도, 그러한 이익은 사실상의 이익에 지나지 않고 또한 민사소송절차를 통하여 해결될 수 있는 것이므로, 중앙노동위원회의 재심판정을 다룰 소의 이익이 없다고 하여야 할 것이다.

따라서, 원심이 이 사건에서 소의 이익이 있다고 판단하여 본안에 나아가 원고의 청구를 인용한 것 또한 잘못이라고 할 것이므로, 원심판결에는 민법 제660조의 의미 및 소의 이익에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

4. 그렇다면 이 사건 소는 소의 이익이 없어 부적법하므로 나머지 상고이유를 판단할 것 없이 원심판결은 그대로 유지될 수가 없어 이를 파기하고, 위 파기부분에 관하여 이 법원이 재판하기로 하여, 이 사건 소를 각하하며, 소송총비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이임수(재판장), 최종영, 정귀호(주심), 이돈희



## ☞ 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007두15612 판결

### » 요 지 «

회사가 근로자에게 일정기간 종전과 동일한 급여를 지급하면서 개업 내지 취업준비기간을 부여하면 근로자는 기간 종료시 자진 퇴사하기로 하는 조건부 합의가 성립됐고, 회사가 이 조건을 준수한 이상 근로자는 위 합의해지에 의해 당연 퇴직되었다고 보아야 할 것이므로, 회사가 근로자에 대하여 한 해고통지는 위와 같은 당연 퇴직사실을 확인하는 관념의 통지에 불과해 이를 근로기준법상의 해고라고 볼 수 없다.

- \* 원고, 피상고인 : ○○ 주식회사
- \* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인, 상고인 : 조○○
- \* 원심판결 : 서울고법 2007. 7. 5. 선고 2006누20091 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고 및 피고보조참가인이 부담한다.

### » 이 유 «

#### 1. 실질적 해고 여부에 대하여

사용자가 근로자로부터 제출된 사직서를 수리하는 이른바 의원면직의 경우에는, 사용자가 실제로는 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 하여 수리한 경우와 같이, 근로자의 사직서 제출이 진의 아닌 의사표시에 해당하여 무효라거나 기타 사용자의 그 수리행위가 실질적으로는 사용자의 일방적 의사에 의한 해고라고 보아야 하는 경우가 아닌 한, 근로자의 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 사용자가 수락함으로써 그 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이고(대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다9295 판결, 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결 등 참조), 여기서 말하는 진의 아닌 의사표시에 있어서의 진의란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니므로, 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것을 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다(대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11458 판결, 2002. 11. 8. 선고 2002다35379 판결 등 참조).

원심은, 그 채용 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 그 인정사실에 의하면 원고 회사와 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다) 사이에는 원고 회사가 2004. 8. 1.부터 2004. 12. 31.까지 참가인에게 종전과 동일한 급여를 지급하면서 개업 내지 취업 준비기간을 부여하면 참가인은 위 기간 종료시에 자진 퇴사하기로 하는 조건부 합의가 성립되었고, 2004. 12. 31.까지 원고 회사가 위 조건을 준수한 이상 참가인은 2005. 1. 1. 위 합의해지에 의하여 당연퇴직되었다고 보아야 할 것이므로, 원고 회사가 2004. 12. 31.자로 참가인에 대하여 한 해고 통지는 위와 같은 당연퇴직사실을 확인하는 관념의 통지에 불과하여 이를 근로기준법상의 해고라고 볼 수 없다고 판단하였는 바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배나 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 '구법'이라 한다) 제30조 소정의 해고제한에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

또한, 원심은 가사 조건부 합의를 합의 조건의 성취시 참가인이 당연퇴직하는 효력이 발생하는 것으로 해석하지 않고, 조건 성취 후 해고처분이나 사직원의 제출 등의 절차를 밟아야만 비로소 원고 회사와 참가인과의 근로관계가 종료되는 것으로 본다고 하더라도, 원고 회사의 총서팀 폐지의 경위, 참가인이 위 합의에 이르게 된 경위, 위 합의의 내용 등 제반 사정을 종합해 보면, 이 사건 해고에는 구법 제30조 소정의 정당한 이유가 있다고 판단하였는바, 앞서 본 바와 같이 원고 회사가 2004. 12. 31.자로 참가인에 대하여 한 해고 통지를 근로기준법상의 해고라고 볼 수 없다는 판단이 옳은 이상, 이 부분 판단은 판결에 아무런 영향을 미칠 수 없는 것이므로, 이 부분에 대한 상고이유의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 받아들일 수 없다.

## 2. 정리해고에 대하여

구법 제31조 제1항 내지 제3항에 의하여, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여야 하는데, 위 각 요건의 구체적 내용은 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족 정도와 관련하여 유동적으로 정해지는 것이므로, 구체적 사건에서 경영상 이유에 의한 당해 해고가 위 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69393 판결, 2002. 7. 9. 선고 2000두9373 판결 등 참조).

원심은 그 채용 증거들을 종합하여, 원고 회사는 2004. 7.경 원고 회사 내에서 회계총서 관련 업무를 담당하고 있던 총서팀이 총서내용의 질 저하와 이용고객의 감소로 실적이 악화되자 총서팀을 폐지하는 대신 종전에 총서팀이 담당하고 있던 업무는 현업위주의 사업을 전개하는 ○○회계법인에 용역을 주기로 결정한 사실, 원고 회사는 2004. 8. 1. ○○회계법인과 사이에, ① ○○회계법인은 2004. 8. 1.부터 같은 달 31.까지 원고 회사가

2004. 7. 31. 이전에 수행하던 자료 입수 및 분류 업무, 회원에 대한 회계 및 세무 상담, ○○아이닷컴(www.○○.com)의 유지·보수와 관련한 지원 업무, 조세총서의 유지·보수와 관련한 지원 업무, 속보 ○○총서 유지와 관련한 업무를 수행하고, ②원고 회사는 위 용역대가로 ○○회계법인에 금 5,500만 원을 지급하며, ③ ○○회계법인은 위 업무수행에 참가할 사람을 선발하여 원고 회사에 통보하고, 원고 회사는 필요시 용역참여요원을 보충하거나 교체를 요구할 수 있으며, ④ ○○회계법인이 수행한 용역업무 결과에 대한 일체의 권리는 원고 회사에 귀속하고, ⑤ ○○회계법인은 계약에 따른 권리·의무의 일부 또는 전부를 제3자에게 양도할 수 없다고 약정한 사실(이하 ‘이 사건 외주용역계약’이라 한다), 한편 원고 회사는 이 사건 외주용역계약 체결 당시 ○○회계법인에 대하여 당시 총서팀에서 근무하던 참가인을 포함한 7명의 직원에 대한 전직을 요청하였고, ○○회계법인은 참가인을 제외한 6명의 전직을 수용하였으나, 참가인은 업무수행능력이 부족하고 연령이 많다는 이유로 전직을 거부한 사실, 그러자 당시 원고 회사 대표이사 유○○은 참가인과 면담하면서 참가인과 사이에, 원고 회사는 참가인이 취업 혹은 개업을 준비할 수 있도록 2004. 8. 1.부터 2004. 12. 31.까지 종전과 동일한 급여를 지급하되, 참가인은 그 기간에 취업 혹은 개업하지 못할 경우 2004. 12. 31.자로 회사를 자진 퇴사하기로 합의한 사실, 임○○은 2004. 10. 18. 원고 회사 대표이사로 취임한 이후 2004. 11.경 회사 인사담당 부서장인 김○○와 함께 참가인을 면담하였는데, 당시 참가인은 취업 혹은 개업을 하기 위하여 여러 준비를 하고 있는데 회사가 필요한 도서를 무상으로 지원해 줄 수 있느냐고 문의하였고, 임○○은 가능한 범위 내에서 지원해 주기로 약속한 사실, 그 후 임○○은 2004. 12. 중순경 참가인을 다시 면담하면서 종전에 합의한 바에 따라 회사를 퇴사할 것을 요구하였고, 이에 참가인이 이른 시일 안에 개업할 예정이니 퇴사일자를 2005년 중으로 연기해 줄 것을 요청하였으나, 임○○은 이를 거절한 사실 등 판시와 같은 사실을 인정하는 다음, 가사 이 사건 해고를 정리해고로 본다고 하더라도, 원고 회사가 회계총서집필 업무를 수행하고 있던 총서팀이 총서내용의 질 저하와 이용고객의 감소로 인하여 영업실적이 악화되자, 업무 합리화의 일환으로 총서팀을 폐지하고 그 업무를 회계전문법인에 외주용역하기로 결정한 것은 기업경영상의 필요에 따른 불가피한 조치로서 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되므로, 원고 회사로서는 총서팀의 폐지로 인하여 발생한 잉여인력을 처리하여야 할 경영상의 필요가 있었고, 정리해고 회피를 위한 상당한 노력과 합리적이고 공정한 기준에 의한 해고대상자의 선정 및 노동조합이나 근로자 측과의 성실한 협의 등의 요건을 충족하였다고 판단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배나 심리미진 또는 구법 제31조 소정의 정리해고에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

### 3. 결 론

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

대법관 김지형(재판장), 고현철(주심), 양승태, 전수안



☞ 대전고법 2015. 10. 8. 선고 2015누11507 판결<sup>11)</sup>

### » 요 지 «

합의해지의 승낙의 의사표시는 요식행위가 아니므로 서면이나 구두로도 충분하다.

\* 원고, 항소인 : 한○○

\* 피고, 피항소인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : △△△△자동차 주식회사

\* 제1심판결 : 대전지법 2015. 4. 22. 선고 2014구합102530 판결

### » 주 문 «

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

### » 청구취지 및 항소취지 «

제1심 판결을 취소한다. 중앙노동위원회가 2014. 5. 8. 원고와 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다) 사이의 2014부해○○○ 부당해고구제 재심신청사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

### » 이 유 «

#### 1. 제1심 판결의 인용

이 법원이 설시할 이유는, 원고의 당심에서의 새로운 주장에 대하여 아래 제2항 기재와 같은 판단을 추가하는 것 외에는 제1심 판결문의 이유 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

#### 2. 추가 판단

##### 가. 원고 주장의 요지

참가인 회사 취업규칙 제35조는 '사원이 퇴직하고자 할 경우 퇴직원을 적어도 퇴직 예정일 14일 전에 회사에 제출하고 회사에서 승인이 있을 때까지 계속하여 담당 업무에 종사함을 원칙으로 한다'고 규정하고 있는데, 여기서 회사의 승인은 공식적인

11) 대법원 2016. 1. 28. 2015두55608 판결에서 심리불속행 기각으로 확정



형태를 갖추어야 한다. 참가인 회사 홍보본부장 황○○이 업무시간 이후에 원고와 사직과 관련한 개인적인 통화를 한 것을 위 규정 소정의 퇴직 승낙으로 볼 수는 없다.

#### 나. 판단

원고의 사직서 제출은 해약의 고지라고 봄이 상당하나, 가사 원고의 주장과 같이 원고의 사직서 제출을 합의해지의 청약으로 본다고 하더라도, 합의해지의 승낙의 의사표시는 요식행위가 아니므로 서면이나 구두로도 충분하고, 갑 제10호증의 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 바와 같이 참가인 회사 취업규칙 제34조, 제35조에서도 퇴직원의 승인과 관련하여 특별한 요식행위를 규정하고 있지 않은 점 등에 비추어 보면, 원고의 상사로서 원고에 관한 인사에 대한 전결권자인 참가인 회사 홍보본부장 황○○이 업무시간이 지난 2013. 11. 19. 18:30경 원고와의 전화 통화를 통해 원고의 사직의사를 확인하고 사직을 승인함으로써 참가인 회사의 승낙의 의사표시가 원고에게 도달되었다(즉, 합의해지에 관한 의사의 합치가 있었다)고 할 것이다.

따라서 원고의 합의해지의 청약에 대한 참가인의 승낙의 의사표시가 공식적인 형식을 갖추지 않아 원고에게 도달되지 않았음을 전제로 하는 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

### 3. 결 론

그렇다면, 원고의 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 이승훈(재판장), 김진선, 장민석

☞ 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결

» 요 지 «

1. 영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉, 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서 영업의 일부만의 양도도 가능하고, 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계되는바, 여기서 영업의 동일성 여부는 일반 사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하지만, 문제의 행위(양도계약관계)가 영업의 양도로 인정되느냐 안 되느냐는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이므로, 예컨대 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도는 되지 않는 반면에 그 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 볼 것이다.
2. 자산매매계약의 매수인이 매도인인 자동차부품 생산기업으로부터 전장사업부문을 영업목적으로 하여 일체화된 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지한 채 포괄적으로 이전 받음으로써 영업을 양수하였다고 한 사례.
3. 영업을 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자 사이의 근로관계는 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계되고, 영업양도 당사자 사이에 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없으므로 근로기준법 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하며, 영업양도 그 자체만을 사유로 삼아 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.
4. 영업양도에 의하여 양도인과 근로자 사이의 근로관계는 원칙적으로 양수인에게 포괄승계되는 것이지만 근로자가 반대의 의사를 표시함으로써 양수기업에 승계되는 대신 양도기업에 잔류하거나 양도기업과 양수기업 모두에서 퇴직할 수도 있는 것이고, 영업을 양도되는 과정에서 근로자가 일단 양수기업에의 취업을 희망하는 의사를 표시하였다고 하더라도 그 승계취업이 확정되기 전이라면 취업희망 의사표시를 철회하는 방법으로 위와 같은 반대의사를 표시할 수 있는 것으로 보아야 한다.
5. 근로자가 제출한 사직서가 비록 형식적으로는 양도기업을 사직하는 내용으로 되어 있더라도 실질적으로는 양수기업에 대한 재취업 신청을 철회 또는 포기함과 아울러 양도기업을 사직하는 의사를 담고 있는 것이라고 봄이 상당하다고 한 사례.

\* 원고, 피상고인 : 심○○ 외 2인

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : 한국○○○전장 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2000. 9. 28. 선고 99누 13170 판결



## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

1. 영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉, 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서 영업의 일부만의 양도도 가능하고, 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계되는바, 여기서 영업의 동일성 여부는 일반 사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하지만, 문제의 행위(양도계약관계)가 영업의 양도로 인정되느냐 안 되느냐는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이므로, 예컨대 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도는 되지 않는 반면에 그 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 볼 것이다(대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결 참조).

원심은 제1심판결을 인용하여, ◇◇ 주식회사(이하 '◇◇'라고만 한다)는 자동차에 필요한 릴레이, 유니트, 카스테레오 등 전기기계장치 부품을 생산하는 회사인데, 1986. 12.경부터 일본의 오톨론 주식회사와 기술 제휴하면서 1991. 12. 12. ◇◇가 35%, 일본의 오톨론 주식회사가 65%의 자본금을 각 출자하여 피고보조참가인 회사(이하 '참가인 회사'라 한다)를 설립한 사실, ◇◇의 영업부문은 자동차부품 중 릴레이, 유니트 등을 생산하는 전장사업부와 카스테레오를 생산하는 전자사업부로 구분되는데, ◇◇는 1996.경부터 전자사업부의 생산라인을 중국 ○○사로 이전하기 시작하여 1996. 8.경에는 전자사업부 소속 생산직 사원 전원을 전장사업부로 배치한 이후 자재부 직원 일부가 자재 충당을 위하여 전자사업부의 업무까지 병행하였을 뿐 국내에서의 카스테레오 생산을 사실상 중단한 사실, ◇◇는 1997.말부터 시작된 외환위기와 고금리 및 자동차 수요의 감소로 회사 경영이 어려워지면서 부도위기에 직면하자, 1998. 3. 20. 참가인 회사와 사이에 ◇◇의 전장사업부문과 관련된 일체의 자산을 271억 원에 매도하는 내용의 자산매매계약을 체결하였는데, 그 주요 내용은, 매매물건으로 ◇◇는 참가인 회사에게 그 판시 별첨 1의 토지, 건물, 기계장치, 공기구·비품, 차량운반구, 재고자산, 리스자산, 이전기술 및 영업권 등을 매도하고 참가인 회사는 ◇◇로부터 이를 매수하되 다만 차재전장사업의 운영에 직접 관련된 물건은 별첨 1에 기재되지 않은 경우에도 이를 매매물건에 포함된 것으로 하고, 영업권이란 ◇◇의 차재전장사업부문이 장기간 영업을 계속함으로써 인하여 가지게 된 고객관계, 거래상의 기법, 소비자인식 등을 포함하여 차재전장부문사업에 관한 무형의 재산적 가치를 말하고, 이전기술에는 차재전장사업에 관한 모든 특허권, 실용신안권, 의장권 등 지적재산권 및 제조·판매·보수 등에 관한 기술과 노하우 등이 포함되며, 매매물건에 부대하는 등록에 관한 권리와 인허가를 매매물건과 함께 이전하는 것으로 하고, 참가인 회사는 ◇◇의 부채가 차재전장사업과 관련하여 발생한 것이든 아니든 일체의 부채를 인수하지 아니하기로 하되, 다만

매매물건이 담보로 제공된 금융기관에 대한 부채 및 리스 회사에 대한 리스로 지급의 무는 참가인 회사가 금융기관 및 리스 회사와 협의하여 본 계약의 조건에 따라 매매대금의 일부로서 이를 인수할 수 있으며, ○○자동차 주식회사, ○○자동차 주식회사와의 제품공급계약관련 각종 계약은 동 회사들의 동의하에 참가인 회사가 ◇◇의 지위를 인수하기로 하고, 참가인 회사는 이 회사들의 동의를 받기 이전에 인수할 계약등을 ◇◇로부터 개시받아 인수의 범위를 결정하기로 하며, ◇◇는 전장사업부 소속 종업원을 대상으로 참가인 회사로의 입사희망 여부를 조사하여 그 결과를 채용 전형에 필요한 인사자료와 함께 참가인 회사에게 통보하고, 참가인 회사는 직무조사를 통하여 매매물건의 운영에 필요한 기준인원을 산정하고 소요인력을 충원함에 있어서 공개채용절차에 의거 기준인원의 범위 내에서 신규채용하되 ◇◇가 통보한 입사희망자를 가급적 위 매매물건 인수 전에 채용하도록 우선적으로 고려하며, ◇◇는 참가인 회사의 채용 전형에 합격한 자에 대하여 자신의 비용과 책임하에 근로관계를 종료시키고 퇴직금 등 모든 금전사항을 1998. 4. 30.까지 정산처리하여야 하나 참가인 회사는 위 매매물건 인수와 관련하여 ◇◇의 종업원을 인수할 의무를 부담하지 아니하고, 참가인 회사의 위탁에 따라 ◇◇가 전장사업부문에 종사하는 것을 제외하고 별도의 합의가 없는 한 ◇◇는 1998. 3. 20.부터 10년 간 양도하는 영업과 동종 또는 유사한 영업행위를 하여서는 안 되기로 한 사실, ◇◇ 노동조합은 위 자산매매계약 체결사실을 알고 1998. 3. 23. ◇◇와 사이에 노사협의회를 갖고 근로관계, 노조 승계 및 단체협약 유지 등을 요구하였으나 노사간의 의견차이로 아무런 합의점을 찾지 못하고 결렬되자, ◇◇는 1998. 3. 25. 사내통신문을 통해 전장사업부 소속 근로자들에게 '◇◇에 대한 사직서, 참가인 회사로의 입사신청서 및 ◇◇가 체불한 설 상여금 100% 삭감동의서가 함께 있는 서면(이하 '재취업신청서'라 한다)을 개인별로 작성하여 제출할 것'을 통보하였고, 다시 ◇◇ 노동조합이 1998. 3. 26. 및 1998. 3. 27. "◇◇가 근로자들로 하여금 개별적으로 취업신청을 하게 하거나 일방적으로 사직 및 상여금 삭감에 동의하도록 하는 것은 부당하다."고 주장하며 전 조합원의 일괄 고용승계를 요구하였으나, ◇◇는 이러한 노동조합의 요구에도 불구하고 1998. 3. 30.까지 모두 176명으로부터 개별적으로 재취업신청서를 제출 받아 이를 참가인 회사에 통보하였고, 참가인 회사는 ◇◇로부터 근로자 176명이 제출한 재취업신청서를 넘겨받아 선별 없이 1998. 4. 1.자로 모두 신규채용한 사실, 그런데 ◇◇ 노동조합의 조합원들인 원고들을 포함한 9명은 ◇◇에 대하여 일괄 고용승계, 상여금 삭감 반대 등을 주장하며 연장된 기한인 1998. 3. 31.까지 재취업신청서를 제출하지 않다가 1998. 4. 4.에 이르러 비로소 이를 제출하였으나, ◇◇는 제출기한 도과를 이유로 원고들을 포함한 9명의 신청서를 모두 반려하였고, 이에 따라 원고들을 포함한 9명은 참가인 회사에 입사할 수 없게 된 사실, 참가인 회사는 위 자산매매계약에 기하여 ◇◇의 전장사업부문의 모든 자산을 양수하는 한편, ◇◇ 소속 근로자들만을 신규채용의 형식으로 다시 고용하여 그들이 ◇◇에서 일하고 있던 부서와 동일한 부서(그 명칭은 상이하나 업무 내용은 동일하다)에 같은 직급으로 발령하여 이전의 업무를 계속 수행하도록 하였으며, 그 후 ◇◇의 2부문 10팀의 조직체계를 5센터 19그룹 1팀으로 변경하고 인원, 설비, 사무실을 재배치하는 등으로 다품종 소량생산 체계를 도입하여 ◇◇가 생산하던 품목에 70개를 추가하여 총 462개 품목을 생산하고 있는 사실 등을 인정한 다음, 이 사건의 경우 참가인 회사는 ◇◇로부



터 전장사업부 영업에 필요한 일체의 유형·무형의 재산을 모두 양수하였을 뿐만 아니라 거래처에 대한 계약자로서의 지위까지 양수함으로써 거기에 ◇◇의 인적 조직만 결합하면 곧바로 이전 영업과 동일한 물적·인적 토대를 형성할 수 있는 것으로 보이는데, 이 사건 계약상으로는 참가인 회사가 ◇◇의 근로자들에 대한 근로관계를 승계하지 않는 것을 전제로 소정의 인원만을 입사전형절차를 거쳐 신규채용하기로 하였고 이에 따라 ◇◇의 근로자들이 사직서를 제출하고 새로 입사하는 형식을 취하였지만, 실제로는 입사시험을 치르는 등 실질적인 입사절차는 거치지 않은 채 소정의 기한 내에 입사의사를 표시한 ◇◇의 근로자 전부를 채용하였던 점, 참가인 회사가 신규채용의 형태로 다시 고용한 ◇◇의 근로자는 199명 중 176명에 달하여 대부분의 근로자가 다시 채용되었을 뿐만 아니라, 참가인 회사는 ◇◇ 소속 근로자들만을 신규채용의 형태로 고용하였을 뿐 실제 공개채용의 형태로 ◇◇ 소속 근로자 이외의 근로자를 신규채용하지는 않았던 점, ◇◇ 소속 근로자들이 ◇◇에서의 직급에 상응하는 직급을 참가인 회사에서 부여받아 그 이전에 수행하던 업무를 그대로 수행하고 있는 점 등에 비추어 ◇◇의 전장사업부문의 인적 조직 역시 그 동일성을 유지한 채 참가인 회사에 승계되었다고 봄이 상당하고(일부 근로자들이 자진 사직하였다 하더라도 인적 조직의 동일성을 인정하는 데에 방해가 되지 아니한다), 이러한 점들에다가 참가인 회사가 ◇◇로부터 승계한 물적·인적 조직을 이용하여 ◇◇가 영위하던 전장사업부문의 기본 골격을 그대로 유지한 채 이를 토대로 그 사업을 수행하고 있는 점을 더하여 보면, 참가인 회사는 ◇◇로부터 전장사업부문을 영업목적으로 하여 일체화된 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지한 채 포괄적으로 이전받음으로써 영업을 양수하였다 할 것이며, 참가인 회사가 ◇◇로부터 이 사건 계약을 체결하면서 자산만을 인수할 뿐 인적 조직을 인수하지 아니할 것을 명시적으로 밝혔거나, 직원을 채용함에 있어 사직 및 신규채용의 절차를 밟았고, 채권의 전부와 채무의 일부를 인수하지 않았으며, 조직의 일부가 영업양도 이후에 달라진 사실이 있다 하더라도, 그러한 점만으로는 이와 달리 보기에 부족하다고 판단하였다.

위에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 채증법칙을 위배하거나 영업양도에 관한 법리를 오해한 위법이 없다. 이 점을 다투는 상고이유는 받아들일 수 없다.

2. 영업을 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자 사이의 근로관계는 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계되고, 영업양도 당사자 사이에 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없으므로 근로기준법 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하며, 영업양도 그 자체만을 사유로 삼아 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결 등 참조).

원심은 제1심판결을 인용하여, 원고들이 지정된 기일 내에 재취업신청서를 제출하지 않은 것은 사실이지만, 이는 원고들이 조합원으로 있던 ◇◇ 노동조합이 "◇◇가 근로자들로 하여금 개별적으로 취업신청을 하게 하거나 일방적으로 사직 및 상여금 삭감

에 동의하도록 하는 것은 부당하다."고 주장하며 전 조합원의 일괄 고용승계를 요구하다가 이러한 요구가 관철되지 않자 제출기한이 지난 이후에 비로소 이를 제출한 것에 불과할 뿐 재취업 의사가 없었기 때문은 아니었던 것으로 보이는 점, 이 사건 계약의 실질이 영업양도에 해당한다면 일괄 고용승계를 주장하는 것이 부당하다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 재취업 신청과 상여금 삭감을 연계시킬 합리적 이유가 없음에도 ◇◇가 재취업 신청을 받는 것을 기화로 상여금 삭감에 대한 동의도 함께 받으려 하자 이에 항의하는 뜻에서 재취업신청서를 제출하지 않은 것이 원고들의 귀책사유라고 볼 수도 없는 점, 재취업신청서를 제출한 전원이 다시 채용된 것으로 보아 재취업신청서의 제출은 형식적인 절차에 불과한 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 지정된 기일로부터 4일이 지난 뒤에 재취업신청서를 제출하였다는 이유만으로 원고들에 대한 고용승계를 거부한 것은 부당하다고 하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 이와 같은 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 위와 같은 사유로 원고들이 지정된 기일 내에 재취업신청서를 제출하지 아니하였다고 하여 이를 두고 원고들이 참가인 회사에로의 근로관계 승계를 거부하였거나 또는 근로관계 해지의 의사표시를 하였다고 볼 수 없다. 이 점을 다투는 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

3. 원심은, 그 내세운 증거들에 의하여 그 판시와 같이 원고들이 1998. 4. 4. 재취업신청서를 제출한 후인 1998. 4. 6. 이후에 각각 ◇◇에 대한 사직서를 제출한 사실을 인정하고서도, (1) 이 사건 계약은 그 실질이 영업양도에 해당하여 원고들의 ◇◇에 대한 근로계약관계는 정당한 해고사유가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 참가인 회사가 영업을 양수한 1998. 4. 1. 참가인 회사에 대한 근로계약관계로 이전되었으므로, 이미 참가인 회사의 근로자로서의 지위를 취득한 원고들이 그 후 ◇◇에 대한 사직서를 제출하였다고 하더라도 원고들을 영업양도 이전에 이미 ◇◇를 사직한 근로자라고 할 수 없어, 참가인 회사의 고용승계 대상에서 원고들을 제외시킬 수는 없고, (2) 나아가 원고들이 참가인 회사에 대한 재취업신청서를 제출한 직후 재취업 의사를 포기할 만한 사정이 있었음을 인정할 자료가 없는 점, 원고들이 사직서를 자진해서 제출한 것이 아니라 참가인 회사측의 권유로 제출하게 되었고, 특히 나이가 어린 원고 황○○, 한○○의 경우에는 같은 원고들의 아버지를 동원한 참가인 회사측의 회유로 인하여 같은 원고들이 사직서 제출이 어떤 의미를 갖는 것인지조차 제대로 알지 못한 상태에서 이를 작성, 제출하였다고 보이는 점, 원고들은 상여금 삭감에 반대하면서 사직서 제출 전까지 당연 고용승계를 일관되게 주장한 점, 사직서를 제출하고 얼마 지나지 않은 1998. 4. 29. 참가인 회사를 상대로 고용승계를 주장하면서 ○○지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 제기한 점 등에 비추어 보면, 원고들이 제출한 사직서가 참가인 회사에 대한 재취업 신청을 포기하는 의사를 담고 있다고 볼 수 없다고 판단하여, 위 사직서의 제출을 고용승계 거절사유로 삼는 참가인의 주장을 배척하였다.

영업양도에 의하여 양도인과 근로자 사이의 근로관계는 원칙적으로 양수인에게 포괄 승계되는 것이지만 근로자가 반대의 의사를 표시함으로써 양수기업에 승계되는 대신 양도기업에 잔류하거나 양도기업과 양수기업 모두에서 퇴직할 수도 있는 것이고, 영업이 양도되는 과정에서 근로자가 일단 양수기업에의 취업을 희망하는 의사를 표시하였다고 하더라도 그 승계취업이 확정되기 전이라면 취업희망 의사표시를 철회하는 방법



으로 위와 같은 반대의사를 표시할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다.

위와 같은 법리를 전제로 기록에 의하여 살펴보면, 원심이 원고들의 사직서가 참가인 회사에 대한 재취업을 포기하는 의사를 담고 있는 것으로 볼 수 없다고 한 것은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

원심이 채용한 증거들에 의하면, 원고들은 1998. 4. 4. 재취업신청서를 제출하였으나 제출기한이 도과되었다는 이유로 반려되어 참가인 회사로부터 채용승낙을 받지 못하고 있던 중 같은 달 6. 참가인 회사에 채용된 다른 종업원들이 출근하여 공장가동이 시작되자, 원고 심○○는 같은 달 6. 참가인 회사의 인사업무 담당자인 노○□과 면담하는 자리에서 생계를 위하여 다른 일자리를 찾아보겠다며 사직서를 제출하였고, 원고 한○○는 고용승계를 주장하면서 노동조합 사무실에서 다른 노조원과 함께 농성을 계속하다가 같은 달 7. 참가인 회사 총무부 계장인 양○○이 위 원고의 아버지를 상경시켜 그에게 위 원고로 하여금 노조활동에 참여하지 못하도록 위 원고를 데리고 귀향하라고 권유함에 따라 아버지와의 의논을 거쳐 같은 날 사직서를 제출하였으며, 원고 황○○은 1998. 4. 1.부터 ◇◇에도 참가인 회사에도 출근하지 않으면서 참가인 회사의 직원인 박○○과의 전화통화에서 어느 회사에도 더 이상 근무할 의사가 없음을 밝히는 한편 같은 달 8. 위 박○○이 위 원고의 집으로 찾아가 위 원고의 아버지에게 사직서 용지를 전달하자 2주일 후에 1998. 3. 31.자로 소급 작성한 사직서를 참가인 회사로 우송한 사실, 원고들로부터 사직서를 제출받은 직원들은 ◇◇에서 근무하다가 참가인 회사에 취업하여 인사업무를 담당하던 사람들인 사실, 원고들은 위 사직서 제출로 인하여 ◇◇로부터 2개월분 급여에 해당하는 퇴직위로금을 추가로 지급받은 사실을 알 수 있는바, 이러한 원고들의 사직서 제출의 시기와 그 제출의 경위에 비추어 보면, 원고들이 제출한 사직서는 비록 형식적으로는 ◇◇를 사직하는 내용으로 되어 있더라도 실질적으로는 참가인 회사에 대한 재취업 신청을 철회 또는 포기함과 아울러 ◇◇를 사직하는 의사를 담고 있는 것이라고 봄이 상당하고, 원심이 들고 있는 바와 같이 원고들이 참가인 회사로의 고용승계를 주장하며 재취업신청서까지 제출하였다거나 원고들이 사직서를 제출한지 얼마 지나지 않아 참가인 회사를 상대로 고용승계를 주장하며 부당해고 구제신청을 한 등의 사정이 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다.

그렇다면 원심이 원고들의 사직서가 참가인 회사에 대한 재취업 포기의 의사표시를 담고 있는 것으로 볼 수 없다고 한 것은 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였거나 영업양도에 따른 고용승계 및 사직에 관한 법리를 오해한 위법이 있고 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다. 이 점을 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

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

대법관 유지담(재판장), 조무제, 강신욱, 손지열(주심)

### 3. 비진의 사직 의사표시

#### 3.1 진의 아닌 의사표시에서 진의의 개념

☞ 대법원 2015. 8. 27. 선고 2015다211630 판결★

#### » 요 지 «

1. 진의 아닌 의사표시에 있어서의 ‘진의’란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니므로 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것이 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다.
2. 원고가 이 사건 사직서를 제출할 당시 사직을 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 원고로서는 사직서를 제출할 경우와 그렇지 않은 경우의 득실 등을 고려하여 당시 상황에 비추어 징계절차에 회부되는 대신에 피고의 사직 권유를 받아들여 스스로 사직하여 실업급여를 수령한 후 재취업을 하는 것이 최선이라고 판단하여 본인의 의지로 사직의 의사표시를 하였다고 봄이 상당하므로, 원고와 피고 사이의 근로계약관계는 사직서 제출 및 수리에 의한 합의해지에 따라 종료되었다.

\* 원고, 피상고인 : E

\* 피고, 상고인 : ○○○○○ 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2015. 3. 20. 선고 2014나2021951 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

사용자가 근로자로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시킨 경우, 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 하였다면 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는

합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고는 볼 수 없고(대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다60528 판결 등 참조), 진의 아닌 의사표시에 있어서의 ‘진의’란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니므로 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것이 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다(대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11458 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 판시 각 증거만으로는 피고 회사의 임원들이 원고에게 원고의 사생활을 공개할 것이라고 위협하는 등 원고의 의사결정의 자유를 제한할 정도로 해악을 고지하면서 사직을 강요하였다는 사실을 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고 회사의 임원이 미리 작성한 쪽지의 내용에 따른 사직서 작성을 요구하였다 하더라도 원고로서 그러한 내용의 사직서 작성을 거부하고 징계절차에서 징계사유를 다투는 것이 가능한데도 요구에 응하여 사직서를 작성·제출한 점, 원고는 부당해고구제 재심신청서에서 사직서 작성·제출의 이유를 피고와 법적 다툼으로 가기보다 재취업하는 것이 더 낫다고 판단했기 때문이라고 주장하였던 점, 위 재심신청서에서 사직서 제출 당시 실업급여를 받고 재취업하는 데 아무런 불이익을 받지 않는 일반적인 권고사직으로 생각했는데 사직사유의 기재 부분으로 인하여 실업급여의 수령이나 재취업이 어려워져 당시 합의되었던 조건이 충족되지 않았다고 주장하였던 점 등 원고의 이 사건 사직서 작성 경위와 그 전후 정황 등에 비추어 보면, 원고가 이 사건 사직서를 제출할 당시 사직을 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 원고로서는 사직서를 제출할 경우와 그렇지 않은 경우의 득실 등을 고려하여 당시 상황에 비추어 징계절차에 회부되는 대신에 피고의 사직 권유를 받아들여 스스로 사직하여 실업급여를 수령한 후 재취업을 하는 것이 최선이라고 판단하여 본인의 의지로 사직의 의사표시를 하였다고 봄이 상당하므로, 원고와 피고 사이의 근로계약관계는 사직서 제출 및 수리에 의한 합의해지에 따라 종료되었다고 판단하였다.

앞서 본 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 강박에 의한 의사표시에 관하여 법리를 오해하거나, 경험과 논리의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

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

대법관 김용덕(재판장), 이인복, 고영한, 김소영(주심)

☞ 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결

### » 요 지 «

1. 진의 아닌 의사표시에 있어서의 '진의'란 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 없다.
2. 사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다.

\* 원고, 상고인 : 박○○ 외 30인

\* 피고, 피상고인 : ○○○○보험 주식회사

\* 원심판결 : 부산고법 2000. 8. 30. 선고 2000나3699, 3705 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 원고 박○○의 상고이유에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 원고 박○○이 피고 회사를 퇴직하고 퇴직금 및 퇴직위로금 등을 수령하면서 피고 회사에 대하여 “본인은 퇴직함에 있어 퇴직위로금을 수령하고, 향후 퇴직과 관련된 어떠한 이의도 제기하지 않을 것을 확약합니다.”라는 내용이 담긴 확인서를 작성·제출한 사실을 인정한 다음, 위 원고는 피고 회사에서 퇴직하면서 퇴직의 무효를 다투는 이 사건 소를 포함하여 회사와의 근로관계가 종료됨으로 인하여 발생하는 일체의 법률관계에 관하여 민사소송 등 쟁송을 하지 않기로 하는 부제소 합의를 한 것으로 봄이 상당하다고 판단하고, 이 사건 퇴직은 피고 회사의 기망 및 강요에 의한 것으로서 위 퇴직에 부수된 부제소 합의는 취소되어야 한다는 위 원고의 주장에 대하여,





위 원고의 이 사건 퇴직이나 부제소 합의가 피고 회사의 기망이나 강요에 의한 것으로 볼 수 없다는 이유로 이를 배척하여, 위 원고의 이 사건 소는 부제소 합의에 반하여 제기된 것으로서 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 인정과 판단은 모두 수긍이 가고, 거기에 채증법칙을 위배하였거나 부제소 합의의 효력에 관한 법리를 오해한 위법이 없다. 이 부분 상고이유는 받아들일 수 없다.

## 2. 원고 박○○을 제외한 나머지 원고들(이하 '위 원고들'이라 한다)의 상고이유에 대하여

가. 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 사직원 제출 경위에 의하면, 위 원고들이 피고 회사에 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, 피고 회사가 희망퇴직제를 시행할 당시 우리 나라의 경제상황과 피고 회사 및 보험업계 일반의 경영상태와 이로 인한 피고 회사의 구조조정과 인력감축의 필요성 등이 원심이 인정한 바와 같은 이상, 피고 회사가 희망퇴직제를 실시하는 과정에서 당시 또는 앞으로 다가올 피고 회사의 어려운 상황을 다소 과장하거나 위 퇴직 권유에 응하지 않을 경우 어떤 불이익을 입을 수도 있다는 취지의 설명을 하였다는 사실만으로는 피고 회사가 위 원고들에게 기망행위나 강박행위를 하였다고 보기 어렵고, 위 원고들이 이로 인하여 사직의 의사표시를 하였다고 볼 수도 없다고 할 것이다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 진의 아닌 의사표시, 사기 또는 강박의 의사표시에 관한 법리를 오해하는 등 상고이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다. 이 부분 상고이유는 받아들일 수 없다.

나. 사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다고 할 것이다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95누7765 판결, 1997. 8. 29. 선고 97다12006 판결, 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결 등 참조).



원심이 인정한 사실관계에 의하면, 위 원고들이 피고 회사의 기망, 협박, 강요로 인하여 어쩔 수 없이 이 사건 사직원을 제출하였다고 볼 수 없으므로, 위 원고들과 피고 회사 사이의 근로계약관계는 위 원고들의 사직원 제출과 이에 따른 피고 회사의 수리로서 합의해지에 의하여 종료되었다고 할 것이고, 이와 달리 이 사건 퇴직이 실질적인 정리해고에 해당함을 전제로 한 위 원고들의 주장은 받아들일 수 없음이 분명한바, 원심이 같은 취지에서 위 원고들의 이 사건 퇴직을 실질적으로 정리해고에 해당하는 것으로 볼 수 없으므로, 위 원고들이 주장하는 바와 같은 정리해고의 실질적 요건이 구비되었는지 여부는 위 원고들과 피고 회사 사이의 이 사건 근로계약관계 합의해지의 효력을 좌우할 수 없다고 판단한 조치는 정당하고, 거기에 원면직의 효력이나 정리해고의 요건에 관한 법리를 오해한 위법이 없다. 이 부분 상고이유도 받아들일 수 없다.

**3. 그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 상고인인 원고들의 부담으로 하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.**

대법관 이용우(재판장), 조무제, 강신욱, 이강국(주심)



### 3.2 진의 아닌 의사표시의 입증책임

☞ 대법원 1992. 5. 22. 선고 92다2295 판결

#### » 요 지 «

1. 어떠한 의사표시가 비진의 의사표시로서 무효라고 주장하는 경우에 그 입증책임은 그 주장자에게 있다.
2. 인사규정상 1직급에서 5직급까지의 직급이 있는 회사에서 1직급 직원 등의 요구에 따라 회사에 근무한 공로를 인정하여 1직급에서 승진기간 4년을 근무하였던 자들에게는 즉시 2직급으로 승진시키면서, 그 필요재급년수에 미달인 자에 대하여는 4년을 충족시킨 뒤 인사규정에 따라 심사를 받아 2직급으로 승진하든지, 아니면 당시의 1직급에서 사직하여 회사와의 고용관계를 일단 청산한 후 2직급 정식사원으로 재입사할 것인지를 선택할 것을 요구하였던바, 갑이 후자의 방법을 택하기로 하여 그때까지의 퇴직금을 수령하고 회사를 퇴직하고, 그때 2직급 사원으로 재입사하는 데에 이의를 제기하지 않았으며, 근로기준법상의 제반 문제는 거론치 않기로 하는 내용의 각서까지 작성하였다면 갑의 위 퇴직은 갑의 진의에 의한 퇴직으로서 유효하며 그로써 갑과 회사 간의 근로관계는 단절되었다고 보아야 할 것이고, 그와 같은 경우에 재입사일 이후부터 근로한 것으로 보아 퇴직금을 산정하여야 할 것이라고 한 사례.

\* 원고, 피상고인 : 김○○

\* 피고, 상고인 : 대한○○○○ 주식회사

\* 원심판결 : 대구고법 1991.12.12. 선고 91나4165 판결

#### » 주 문 «

원심판결 중 피고 패소부분을 파기하고, 이 부분 사건을 대구고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유 제(2)점을 본다.

- (1) 원심판결 이유에 의하면, 원심은 원고가 1968. 9. 8. 피고 회사에 단순고용직으로 입사하고, 1972. 1. 1.부터는 1직급 사원으로 승진하여 근무하던 중 다시 2직급으로 승진하기 위하여 1974. 8. 13. 일단 사직하고, 같은 달 15. 재입사 형식으로 2직급 신규사원 발령을 받아 공백기간 없이 계속 근무하다가 1990. 3. 7. 퇴직한 사실을 다투는 것으로 인정한 다음, 원고가 위와 같이 일단 사직원을 제출하였다고 하더라도 그것은 형식적인 것에 불과하여 최초로 고용된 날로부터 위 퇴직일까지 계속 근무한 것으로 보아야 하므로 피고 회사는 위 전기간을 통산한 기간을 계속 근무기간으로 하여 해당 퇴직금을 원고에게 지급할 의무가 있다고 판단하고, 나아가 원고의 위 중간퇴직은 오로지 원고의 경제적 이익 및 신분상의 이익을 위하여 그의 진의에 의한 의사표시로서 이루어진 것이어서 유효하다는 피고 회사의 주장에 대하여는 을 제3호

증의 기재와 증인 이○○, 이△△의 각 증언만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 하여 이를 배척하였다.

- (2) 그러나 어떠한 의사표시가 비진의 의사표시로서 무효라고 주장하는 경우에 그 입증 책임은 그 주장자에게 있다고 할 것인데, 기록을 살펴보아도 원고와 피고 간의 고용관계에는 아무런 변경을 초래함이 없이 형식적으로만 피고 회사가 원고에게 퇴직금을 지급하면서 중간퇴직처리를 하고 재입사하는 절차를 밟았다거나, 원고의 이 사건 사직원 제출이 사용자의 형편에 의하여 근로자인 원고의 내심의 의사가 결여된 채 이루어진 비진의 의사표시로서 위와 같은 퇴직에도 불구하고 그 퇴직의 효력은 발생하지 않는다고 인정할 증거는 없다.

반면 원심이 배척하지 아니한 을 제1호증, 갑 제1호증, 을 제3호증의 1, 2, 을 제4호증, 을 제5호증, 을 제6호증, 을 제7호증의 1, 2의 각 기재와 제1심 및 원심증인 김○○, 이○○, 이△△의 각 증언에 의하면, 피고 회사의 인사규정상 정식종업원인 사원에는 1직급에서 5직급까지의 직급이 있었고, 4년제 대학졸업자의 학력을 가진 자가 피고 회사의 공개전형채용시험에 합격하게 되면 소정의 수습기간(3개월)을 거쳐 2직급 사원으로 채용 입사하게 되어 있는데, 원고는 4년제 대학졸업자의 학력을 가졌으면서도 위와 같은 공개전형채용시험을 거치지 않고 1968. 9. 8. 단순고용직인 “일고”로 입사하여 1974. 8. 당시 1직급 정식사원으로 승진 근무하였던 사실, 당시 피고 회사는 4년제 대학졸업자로서 2직급 사원이 아닌 사원들(9명)의 요구에 따라 피고 회사에 근무한 공로를 인정하여 2직급에서 승진기간 4년을 근무하였던 자들에게는 즉시 2직급으로 승진시키고, 그 필요재급년수에 미달인 자에 대하여는 필요재급년수인 4년을 충족시킨 뒤 피고 회사의 인사규정에 따라 심사를 받아 2직급으로 승진하든지 아니면 1974. 8. 현재의 1직급 또는 임시직에서 사직하여 피고 회사와의 고용관계를 일단 청산한 후 4년제 대학졸업자로서 2직급 정식사원으로 재입사(공개전형채용시험은 치루지 않은 것으로 보임)할 것인지를 선택할 것을 요구하였던바, 원고는 후자의 방법을 택하기로 하여 앞에서 본 바와 같이 그때까지의 퇴직금을 수령하고 피고 회사를 퇴직한 사실, 그때 2직급 사원으로 재입사하는 데에 이의를 제기하지 않았으며, 근로기준법상의 제반 문제(민사·형사)는 거론치 않기로 하는 내용의 각서까지 작성한 사실을 알 수 있다. 사정이 위와 같다면 원고의 1974. 8. 퇴직은 원고의 진의에 의한 퇴직으로서 유효하며 그로써 원고와 피고 간의 근로관계는 단절되었다고 보아야 할 것이고, 그와 같은 경우에 퇴직금 산정은 재입사일 이후부터 근로한 것으로 보아야 할 것이다(당원 1991. 5. 28. 선고 90다20398 판결; 1991. 5. 28. 선고 90다16801 판결; 1991. 12. 10. 선고 91다12035 판결 참조).

- (3) 결국 원심판결은 입증책임을 전도하고 채증법칙을 위배한 위법과 퇴직금 산정에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 것이므로 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다.

그러므로 나머지 상고이유를 판단할 것 없이 원심판결 중 피고 패소부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 박우동(재판장), 김상원, 윤영철, 박만호



### 3.3 품질불량에 대해 책임지는 모습을 보이려 한 형식적 사직서 제출

☞ 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두15951 판결

#### » 요 지 «

1. 사용자가 근로자로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 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.
2. 참가인의 사직서 제출은 품질경영팀 직원 전원이 품질불량 등 문제에 대하여 근신하고 책임지는 모습을 보이기 위하여 형식상으로 제출한 것으로서, 이에 기한 사직의 의사 표시는 '진의 아닌 의사표시'에 해당한다고 할 것이고, 상무 유○○을 통한 검토 지시 및 보고 경위, ○○금속의 규모 등에 비추어 원고로서도 참가인의 사직서 제출의 진의가 아니라는 점을 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하다고 할 것이다.

\* 원고, 피상고인 : 류○○

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : 김○○

\* 원심판결 : 서울고법 2009. 8. 21. 선고 2008누37840 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 살펴본다.

사용자가 근로자로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 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).

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 그 판시사실을 인정한 다음 피고 보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)이 사직의 의사로 사직서를 작성·제출하였고, 설사 참가인의 사직서 제출이 진의 아닌 의사표시에 기한 것이라고 하더라도 원고가 이를 알았다거나 알 수 있었다

고 보기 어렵다는 이유로 원고의 사직서 수리행위가 부당해고에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하여 제1심판결을 취소하고 원고의 이 사건 청구를 인용하였다.

그러나 이러한 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

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 직원 전원이 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 제출의 진의가 아니라는 점을 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 참가인이 사직의 의사로 사직서를 제출하였고 설사 진의 아닌 의사표시에 기한 것이라고 하더라도 원고가 이를 알았거나 알 수 있었다고 보기 어려워 원고의 사직서 수리행위가 부당해고에 해당하지 않는다고 판단하였으니, 원심판결에는 비진의 의사표시 및 해고에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 참가인의 주장은 이유 있다.

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

대법관 이홍훈(재판장), 김영란, 김능환, 민일영(주심)



### 3.4 재입사를 전제로 한 형식적 사직서 제출

☞ 대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두14090 판결

#### » 요 지 «

1. 근로기준법 제34조제3항의 규정에 의한 계속근로연수는 퇴직금을 중간정산한 근로자의 중간정산 이후의 근로연수를 의미하는 것으로서 이는 퇴직금을 중간정산 받은 후의 퇴직금을 산정하기 위한 기준일 뿐, 근무연수의 일반적·통상적인 개념과 맞지 아니할 뿐 아니라 전업지원금의 지급에 있어서 계속근로관계의 단절 없이 다만 퇴직금을 중간에 정산받은 자와 그렇지 아니한 자를 차등하여 취급할 합리적인 이유가 없다고 보이므로 석탄산업합리화사업단이 석탄산업법시행령 제42조의2 제6항에 의하여 산업자원부장관의 승인을 얻어 정한 폐광대책비지급규정 제2조제3호 중 근무연수를 '근로기준법 제34조제3항의 규정에 의한 계속근로연수'로 한정된 부분 역시 상위법령의 위임 한계를 벗어난 무효의 규정이다.
2. 근로자가 회사의 경영방침에 따라 사직원을 제출하고 회사가 이를 받아들여 퇴직처리를 하였다가 즉시 재입사하는 형식을 취함으로써 근로자가 그 퇴직 전후에 걸쳐 실질적인 근로관계의 단절이 없이 계속 근무하였다면 그 사직원제출은 근로자가 퇴직을 할 의사 없이 퇴직의사를 표시한 것으로서 비진의의사표시에 해당하고 재입사를 전제로 사직원을 제출케 한 회사 또한 그와 같은 진의 아님을 알고 있었다고 봄이 상당하다 할 것이므로 위 사직원제출과 퇴직처리에 따른 퇴직의 효과는 생기지 아니한다.

\* 원고, 피상고인 : 심○○

\* 피고, 상고인 : ○○○○○○사업단

\* 원심판결 : 서울고법 2004. 10. 21. 선고 2003누18875 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

#### » 이 유 «

1. 석탄산업법은 제39조의3 제1항과 제4항에서 '근로기준법 제19조의 규정에 의한 평균임금 1월분 해당액의 실직위로금과 기타 대통령령이 정하는 폐광대책비'를 광산의 퇴직 근로자 등에게 지급하도록 규정하고 있고, 그 위임을 받은 석탄산업법시행령은 제41조 제4항에서 '퇴직근로자의 근무연수에 따라 산업자원부장관이 정하여 고시하는 기준에 의하여 산정한 전업지원금'(제1호)을 위 '기타 대통령령이 정하는 폐광대책비' 중의 하

나로 규정하는 한편 제42조의2 제6항에서 '폐광대책비의 지급에 관하여 이 영에 규정된 것 외에 필요한 사항은 사업단이 산업자원부장관의 승인을 얻어 정한다.'고 규정하고 있으며, 위 석탄산업법시행령 제41조제4항의 위임을 받아 산업자원부장관이 고시한 폐광대책비지급기준(2001. 1. 9.자 산업자원부 고시 제2001-1호, 이하 '지급기준'이라고 한다) 제6의 가항 단서는 전업지원금 산정기준이 되는 평균임금은 '근로기준법 제19조제1항의 규정에 의한 평균임금으로 한다.'고 명확히 규정하고 있다.

따라서 폐광대책비 산정의 기준이 되는 평균임금은 석탄산업법 제39조의3 제1항제1호, 석탄산업법시행령 제41조제4항제1호와 위 고시에 의하여 근로기준법 제19조제1항의 규정에 의한 평균임금인 것으로 확정되었다 할 것이므로 피고가 석탄산업법시행령 제42조의2 제6항에 의하여 산업자원부장관의 승인을 얻어 정할 수 있는 폐광대책비의 지급에 관한 사항에는 근로기준법 제19조제1항에서 정한 평균임금의 개념을 훼손하는 내용은 포함될 수 없다 할 것인데도 불구하고, 피고가 석탄산업법시행령 제42조의2 제6항에 의하여 산업자원부장관의 승인을 얻어 정한 폐광대책비지급규정(2001.11.27.자 산업자원부 석탄 제57500-242호, 이하 '지급규정'이라고 한다) 제8조제2항 단서는 근로기준법 제19조제1항에 의하여 산정된 평균임금을 일정한 기준에 의하여 삭감할 수 있도록 규정하고 있는바, 그렇다면 위 지급규정 제8조제2항 단서는 상위법령의 위임 한계를 벗어난 무효의 규정이라 할 것이다 .

또한, 석탄산업법시행령 제41조제4항제1호에 근거한 위 지급기준 제6의 가항은 석탄산업법 제39조의3 제1항제4호의 '기타 대통령령이 정하는 폐광대책비' 중 하나인 전업지원금으로서 퇴직근로자의 근무연수에 따라 산정한 전업준비금과 특별위로금을 지급하도록 규정하고 있고, 한편 위 지급규정 제2조제3호는 폐광대책비 중 전업지원금 산정기준이 되는 근무연수를 '근로기준법 제34조제1항 및 제3항의 규정에 의한 계속근로연수'로 규정하고 있으며, 근로기준법 제34조제1항은 '사용자는 계속근로연수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로서 퇴직하는 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 한다. 다만, 근로연수가 1년 미만인 경우에는 그러하지 아니하다.'라고, 같은 조제3항은 '사용자는 근로자의 요구가 있는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 근로자가 퇴직하기 전에 당해 근로자가 계속 근로한 기간에 대한 퇴직금을 미리 정산하여 지급할 수 있다. 이 경우 미리 정산하여 지급한 후의 퇴직금 산정을 위한 계속근로연수는 정산시점부터 새로이 기산한다.'라고 각 규정하고 있는바, 근로기준법 제34조제3항의 규정에 의한 계속근로연수는 퇴직금을 중간정산한 근로자의 중간정산 이후의 근로연수를 의미하는 것으로서 이는 퇴직금을 중간정산 받은 후의 퇴직금을 산정하기 위한 기준일 뿐, 근무연수의 일반적·통상적인 개념과 맞지 아니할 뿐 아니라 전업지원금의 지급에 있어서 계속근로관계의 단절 없이 다만 퇴직금을 중간에 정산받은 자와 그렇지 아니한 자를 차등하여 취급할 합리적인 이유가 없다고 보이므로 위 지급규정 제2조제3호 중 근무연수를 '근로기준법 제34조제3항의 규정에 의한 계속근로연수'로 한정된 부분 역시 상위법령의 위임 한계를 벗어난 무효의 규정이라 할 것이다.





같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고 이유 주장과 같은 위임입법 한계에 관한 법리오해의 위법이 없다.

2. 근로자가 회사의 경영방침에 따라 사직원을 제출하고 회사가 이를 받아들여 퇴직처리를 하였다가 즉시 재입사하는 형식을 취함으로써 근로자가 그 퇴직 전후에 걸쳐 실질적인 근로관계의 단절이 없이 계속 근무하였다면 그 사직원제출은 근로자가 퇴직을 할 의사 없이 퇴직의사를 표시한 것으로서 비진의의사표시에 해당하고 재입사를 전제로 사직원을 제출케 한 회사 또한 그와 같은 진의 아님을 알고 있었다고 봄이 상당하다 할 것이므로 위 사직원제출과 퇴직처리에 따른 퇴직의 효과는 생기지 아니한다(대법원 1988. 5. 10. 선고 87다카2578 판결 등 참조).

원심은, 거시 증거를 종합하여 주식회사 삼탄의 생산팀장이던 원고가 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받은 후 약 2개월 동안 주식회사 삼탄의 ○○광업소에서 화약계 촉탁직 사원으로 근무하다가 다시 재입사한 사실을 비롯한 판시 사실들을 인정한 다음, 비록 원고가 사직서를 제출하였다 하더라도, 이는 원고가 징계를 피하려 사직서를 제출했다기보다는 주식회사 삼탄의 경영방침에 따라 사직서를 제출하였던 것이라고 보이고, 중간에 퇴직금을 지급받았다고 하더라도, 주식회사 삼탄의 경영방침에 따라 복직을 전제로 사직한 다음 그로부터 2개월 후에 다시 재입사의 형식으로 복직한 점, 복직 후의 직책이나 업무 내용이 사직서 제출 전의 그것과 동일한 점, 원고가 촉탁직으로 근무한 기간 동안 주식회사 삼탄으로부터 계속 급여를 받았고, 복직 이후에도 호봉 부여 및 그 승급에 관하여 종전 근로관계가 그대로 계속된 것으로 인정하여 그에 따른 보수를 지급받아 왔으며, 이후 두 차례에 걸쳐 상위 직위로 승진한 점, 원고의 사직서 제출과 이후 복직하는 일련의 과정에서 ○○광업소의 화약류관리보안책임자로서 원고의 지위에는 아무런 변동이 없었던 점 등을 종합하여 보면, 원고의 근로관계는 사직서의 제출이나 퇴직금의 중간 지급에 의하여 단절되지 않고 처음 입사 때부터 마지막 퇴직할 때까지 계속 이어져 왔다고 보아야 할 것이라고 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고 이유 주장과 같은 채증법칙 위반이나 근로관계의 계속에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하는 것으로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이강국(재판장), 유지담(주심), 배기원, 김용담



### 3.5 징계면직 처분 받은 후 사직서 제출

☞ 대법원 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결

#### » 요 지 «

1. 사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우 처럼 근로자의 사직서 제출이 진의 아닌 의사표시에 해당하는 등으로 무효이어서 사용자의 그 수리행위를 실질적으로 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 해고라고 볼 수 있는 경우가 아닌 한, 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다.
2. 진의 아닌 의사표시에 있어서의 진의란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니므로, 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 없다.
3. 근로자가 징계면직처분을 받은 후 당시 상황에서는 징계면직처분의 무효를 다투어 복직하기는 어렵다고 판단하여 퇴직금 수령 및 장래를 위하여 사직원을 제출하고 재심을 청구하여 종전의 징계면직처분이 취소되고 의원면직처리된 경우, 그 사직의 의사표시는 비진의 의사표시에 해당하지 않는다.
4. 사용자로부터 해고된 근로자가 퇴직금 등을 수령하면서 아무런 이의의 유보나 조건을 제기하지 않았다면 해고의 효력을 인정하지 아니하고 이를 다투고 있었다고 볼 수 있는 객관적인 사정이 있다거나 그 외에 상당한 이유가 있는 상황에서 이를 수령하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 해고의 효력을 인정하였다고 할 것이고, 따라서 그로부터 오랜 기간이 지난 후에 그 해고의 효력을 다투는 소를 제기하는 것은 신의칙이나 금반언의 원칙에 위배되어 허용될 수 없다.

\* 원고, 피상고인 : F

\* 피고, 상고인 : 한국◇◇◇◇◇

\* 원심판결 : 서울고법 1999. 5. 27. 선고 98나44460 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

1. 원심판결의 이유에 의하면, 원심은 그 채택증거에 의하여 원고가 피고에 입사하여 노동조합 상근 부장으로 근무하던 1985년 10월경 증권가 정보를 야당 국회의원인 소외 1에게 누설한다는 혐의를 받고 국가안전기획부로부터 내사를 받게 된 사실, 국가안전기획부는 1985년 10월 말경 원고의 혐의 내용을 피고에게 통보하였고, 피고는 위 혐의 내용의 진위 여부에 관한 조사확인절차 없이 원고에게 사직을 종용하다가 원고가 이에 불응하자 같은 해 12월 3일 인사위원회를 개최하여 원고가 피고의 심리부에서 효율적인 증권시장관리를 위하여 수행한 정보수집 업무내용 중 일부 내용을 외부에 누설하였음을 징계이유로 삼아 원고를 징계면직에 처하는 내용의 의결을 한 후 같은 달 5일 원고를 징계면직한 사실, 원고는 인사위원회에서 징계심의를 받을 당시 혐의 내용을 부인하였고, 징계면직 의결을 받은 직후에도 피고에게 그 부당함을 호소한 사실, 원고는 징계면직처분을 받은 직후인 1985. 12. 6. 국가안전기획부 사무실로 불법연행되어 같은 달 12일까지 1주일간 감금된 상태에서 위 혐의 내용과 대공불순세력과의 연계혐의에 대하여 가혹한 신문 및 조사를 받았으나 아무런 혐의점이 없어 결국 석방된 사실, 피고의 인사규정 및 상벌규정에 의하면 징계처분을 받은 자는 처분을 받은 날로부터 30일 이내에 서면으로 재심을 요구할 수 있고, 피고 사장은 재심청구에 대하여 재심사유가 있다고 인정될 때에는 인사위원회에 재심의를 요청하여야 하며, 피고 사장은 재심 결과 당초의 처분이 심히 부당하거나 과중하다고 인정되는 경우에는 그 처분을 취소 또는 감경할 수 있다고 규정하고 있는 사실, 원고는 피고로부터 아무런 근거 없이 징계면직처분을 받고 국가안전기획부에서 1주일간 혹독한 조사를 받고 풀려 나오자 그 당시 상황에서는 징계면직처분의 무효를 다투어 복직하기는 어렵다고 판단하여 1985. 12. 16. 피고에게 사직의 의사가 전혀 없었음에도 불구하고 퇴직금이라도 수령할 생각으로 어쩔 수 없이 징계면직 발령일자와 같은 날인 1985. 12. 5.자로 된 사직원을 작성, 제출함과 동시에 종전의 징계면직처분을 취소하고 의원면직처리를 하여 달라는 취지의 재심청구를 한 사실, 피고는 이에 따라 1986. 1. 29. 인사위원회를 개최하여 원고에 대한 징계면직처분을 재심의하여 당초의 징계면직처분을 취소하고 원고 제출의 사직원을 수리하여 원고를 1985. 12. 5.자로 의원면직처리하기로 의결한 후 1986. 2. 3. 원고를 의원면직한 사실을 인정한 다음, 원고의 이 사건 사직의 의사표시는 비진의 의사표시에 해당하고, 피고도 그러한 사정을 알면서 이를 수리한 것이니, 무효인 사직의 의사표시에 기하여 의원면직의 형태로 근로계약관계를 종료시킨 행위는 실질적으로는 피고의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시킨 것으로 그 형식에 불구하고 부당해고에 해당하여 무효라고 판시한 후, 원고가 의원면직처분 발령일인 1986. 2. 3. 이후 아무런 이의나 유보 없이 그에 따른 퇴직금을 수령하여 이 사건 의원면직처분을 추인하였거나 그로부터 12년이 지나 그 의원면직처분의 효력을 다투는 것은 신의칙이나 금반언의 원칙에 반한다는 피고의 주장에 대하여 추가로 원고가 1988. 8. 31.과 1995. 1. 3. 이 사건 징계면직처분 및 의원면직처분의 부당성을 다투면서 피고에게 복직청원을 하고, 1995. 2. 7. 피고에게 이 사건 징계면직처분 및 의원면직처분과

관련한 자료요청을 하였으며, 같은 해 5월 19일 국민고충처리위원회에 탄원서를 제출하여 오다가 1998. 2. 17. 이 사건 소를 제기한 사실을 인정한 다음 원고가 퇴직금 수령시 별다른 이의를 제기하지 아니하였다는 사실만으로 이 사건 의원면직처분을 추진하였거나 이 사건 소의 제기가 신의칙이나 금반언의 원칙에 어긋나는 것이라고 할 수 없다는 이유로 이를 배척하였다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

기록에 의하면, 피고가 1985년 10월 말경 국가안전기획부로부터 원고의 혐의 내용을 통보받고 위 혐의 내용의 진위 여부에 관한 조사확인절차 없이 원고에게 사직을 종용하다가 원고가 이에 불응하자 같은 해 12월 3일 인사위원회를 개최하여 원고가 피고의 심리부에서 효율적인 증권시장관리를 위하여 수행한 정보수집 업무내용 중 일부 내용을 외부에 누설하였음을 징계이유로 삼아 원고를 징계면직에 처하는 내용의 의결을 한 사실을 인정할 수 있으므로 이와 같은 원심의 사실인정에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 위법이 없다.

## 3. 상고이유 제1점에 대하여

사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우처럼 근로자의 사직서 제출이 진의 아닌 의사표시에 해당하는 등으로 무효이어서 사용자의 그 수리행위를 실질적으로 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 해고라고 볼 수 있는 경우가 아닌 한, 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없고(대법원 1996. 7. 30. 선고 95누7765 판결, 1997. 8. 29. 선고 97다12006 판결 등 참조), 여기서 말하는 진의 아닌 의사표시에 있어서의 진의란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니므로, 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 없다(대법원 1996. 12. 20. 선고 95누16059 판결 참조).

사실관계가 원심이 확정된 바와 같다면, 원고는 피고로부터 아무런 근거 없이 징계면직처분을 받고 국가안전기획부에서 1주일간 혹독한 조사를 받고 풀려 나오자 그 당시 상황에서는 징계면직처분의 무효를 다투어 복직하기는 어렵다고 판단하여 퇴직금이라도 수령할 생각으로 1986. 12. 16. 피고에게 1985. 12. 5.자로 된 사직원을 작성, 제출함과 동시에 종전의 징계면직처분을 취소하고 의원면직처리를 하여 달라는 취지의 재심 청구를 하였다는 것인바, 원고가 사직원 제출 당시 사직의 의사표시를 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 징계면직처분의 효력을 다투는 것보다는 퇴직금 수령 및 장래를 위하여 재심을 통한 징계면직처분의 취소와



의원면직처분을 받는 것이 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 한 것으로써 원고에게 그 표시의사에 상응하는 사직의 효과의사가 있었다고 봄이 상당하므로 이를 사직의 의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다.

따라서 원심이 이와 달리 원고의 이 사건 사직의 의사표시가 내심의 의사가 결여된 진의 아닌 의사표시로 보아 이 사건 의원면직처분을 부당해고로 판단하였음은 근로자의 일방적인 의사표시에 의한 근로관계의 종료 및 진의 아닌 의사표시의 해석에 대한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 저질렀다 할 것이고, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

#### 4. 상고이유 제3점에 대하여

사용자로부터 해고된 근로자가 퇴직금 등을 수령하면서 아무런 이의의 유보나 조건을 제기하지 않았다면 해고의 효력을 인정하지 아니하고 이를 다투고 있었다고 볼 수 있는 객관적인 사정이 있다거나 그 외에 상당한 이유가 있는 상황에서 이를 수령하는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 해고의 효력을 인정하였다고 할 것이고, 따라서 그로부터 오랜 기간이 지난 후에 그 해고의 효력을 다투는 소를 제기하는 것은 신의칙이나 금반언의 원칙에 위배되어 허용될 수 없다(대법원 1992. 4. 14. 선고 92다1728 판결, 1996. 3. 8. 선고 95다51847 판결 등 참조).

원심이 확정된 사실관계에 의하면, 원고는 자신이 작성, 제출한 사직원에 기하여 위와 같이 의원면직통보를 받고 퇴직금 등을 수령하면서 아무런 이의의 유보를 하지 않았다는 것인데, 기록상 앞서의 법리에서 본 특별한 사정(선행처분인 징계면직처분에 대하여 그 처분 당시 이를 다투었다는 점은 이 사건 의원면직처분에 있어 특별한 사정으로 볼 수 없다.)의 존재를 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라, 적어도 원고가 피고에게 복직신청을 하였다가 거부통보를 받은 1988년 9월경부터 6년 4개월이 경과한 1995. 1. 3. 까지 사이에 어떠한 조치를 취하였다고 볼 자료가 없는 이 사건에서는 원고가 이제 더 이상 이 사건 의원면직처분의 효력을 다투지 않을 것이라는 피고의 신뢰가 형성되었다고 봄이 상당하므로 그 이후에 위 면직처분의 효력을 다투는 행위가 있었다고 하여도 이 사건 소의 제기는 노동분쟁의 신속한 해결이라는 요청과 신의칙이나 금반언의 원칙에 위반되는 것으로 허용되지 아니한다 할 것이다.

따라서 원심이 이와 달리 원고의 이 사건 소의 제기가 신의칙이나 금반언의 원칙에 위반된다는 피고의 주장을 배척하였음은 노동분쟁에 있어 신의칙과 금반언의 원칙에 대한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라 할 것이고, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장도 이유 있다.

#### 5. 그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 신성택(재판장), 지창권, 서성, 유지담(주심)

### 3.6 징계해고 예상되는 상황에서 사직서 제출

☞ 대법원 2006. 4. 14. 선고 2006두1074 판결

#### » 요 지 «

이 사건 사직서의 제출은 참가인이 진정으로 마음 속에서 바라지는 아니하였다 하더라도 당시 진행되던 징계절차에서 해고가 예상되는 상황에서는 원고 회사나 다른 회사에 다시 취업하기 위하여서라도 징계절차에 의한 해고보다는 사직서의 제출에 의한 의원면직이 최선의 조치라는 내심의 의사를 그대로 반영한 자발적인 것으로, 그 효력을 부정할 수가 없다. 따라서, 원고 회사가 참가인의 이 사건 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자인 원고 회사와 근로자인 참가인 사이의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 적법하게 종료되었다 할 것이다.

- \* 원고, 피상고인 : ○○○○○○○○ 주식회사
- \* 피고 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인, 상고인 : 최○○
- \* 원심판결 : 서울고법 2005. 12. 7. 선고 2004누6784 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

#### » 이 유 «

(1심판결 인용)

#### 1. 재심판정의 경위

(생략)

#### 2. 재심판정의 적법 여부

가. 당사자의 주장

- (1) 원고 회사는 참가인이 노동조합장 및 노동조합분회장과 원고 회사의 상무인 소외 황○○과 충분히 상의한 후 자신의 징계전력 및 당시 문제되었던 징계사유 등으로 징계해고될 것이라는 예상하에 다른 회사 등에 재취업을 할 경우 징계해고 전력이 장



해사유가 될 것이므로 징계해고보다는 사직을 하는 것이 낫다고 판단하여 이 사건 사직서를 스스로 작성하여 원고 회사에게 제출한 것임에도 불구하고 참가인이 한 위사직의 의사표시를 비진의 의사표시로 보아 무효라고 판단한 이 사건 재심판정은 위법하다고 주장한다.

- (2) 이에 대하여 참가인은, 원고 회사의 상무 황○○이 사직의 의사가 없는 참가인에게 그 동안의 관행에 따라 반성의 뜻으로 사직서를 제출하면 징계가 감경되거나 최악의 경우 다른 영업소에서 일할 수 있다는 말로 형식적인 사직원 제출을 요구하였고, 이를 믿은 참가인이 이 사건 사직서를 제출한 것에 불과하므로, 참가인이 한 사직의 의사표시를 진의 아닌 의사표시로 판단한 이 사건 재심판정은 적법하다고 주장한다.

#### 나. 인정사실

##### (1) 사건의 경위

(가) 참가인은 2002. 11.경부터 2003. 1.경까지 월3회 이상 밀착 및 연착 운행을 하는 등 운행질서 문란을 사유로 하여 2003. 3. 4. 징계위원회에 회부되었다. 위 징계위원회에서 징계위원들은, 참가인이 1997. 9. 11. 감봉의 징계처분을 받은 이외에 교통법규 및 운행질서위반과 교통사고 야기 등을 사유로 이미 총 5회의 징계처분을 받았음을 이유로 취업규칙 제13조 제17호를 근거로 하여 참가인을 해고시킬 수 있다는 취지의 말을 하였고, 참가인은 해고의 처분도 이의가 없으나 다시 한번 기회를 줄 것을 요청하면서 다음에 또 징계사유가 발생하면 본인 스스로 사표를 쓰겠다고 말을 하였다.

(나) 이에 징계위원회는 참가인의 계속적인 운행질서 문란 등에 경각심을 주기 위하여 참가인으로부터 사표를 제출받기로 하되, 다만 참가인에 대한 징계는 건책으로 할 것을 결의하였고, 참가인은 2003. 3. 19. 피고에게 추후 운행질서 문란행위를 했을 경우에는 원고 회사의 의사에 따라 어떤 이의도 제기하지 아니하겠다는 각서와 함께 “사유”와 “작성연월일”이 각 공란인 사표를 제출한 바 있다.

(다) 그 후, 참가인은 2003. 11. 23. 2회 왕복운행을 하는 오전반 배차요구에도 불구하고 3회 왕복운행을 하는 오후반에 배차되자 승무를 거부하고 퇴근하였으며 같은 달 24. 13:00 원고 회사의 ○○영업소장인 소외 이○○에게 심한 욕을 하면서 “니가 무엇인데 일을 못하게 하나”, “죽여버리겠다”는 등의 말을 하고, 이○○의 사무실까지 쫓아 들어와서 계속 욕설을 하여 말다툼을 하던 중 이○○의 얼굴에 재떨이를 던지면서 소란을 피웠다.

(라) 원고 회사는 2003. 12. 1. 참가인의 위와 같은 행위가 원고 회사의 취업규칙 제59조 제1항, 제3항, 제4항 등이 정한 징계사유에 해당한다고 판단하여 참가인을 징계위원회에 회부하고, 같은 달 9. 참가인에게 징계위원회에 출석할 것을 통보하였다.



(마) 원고 회사의 상무 황○○은 참가인에게 징계위원회에 회부될 경우 참가인의 과거 징계전력이나 이번의 징계사유 등을 보면 구제받기 어려울 것 같으니 재취업을 위하여 서라도 사직서를 제출하는 것이 나을 것이라는 말과 함께 참가인이 재입사 취직원을 내면 사장 등에게 말은 해 보겠다는 취지의 설명을 하였고, 이에 참가인은 2003. 12. 4. 원고 회사의 노동조합 지부장인 소외 임○○와 노동조합 ○○영업소 분실장인 소외 김○○와 이 문제에 관하여 논의한 후 노동조합 사무실에서 각 “사유”란을 공란으로 하여 원고 회사에 대한 “본인은 하기 사유로 귀사를 사직코저 하오니 청허하여 주시기 바랍니다”라는 내용의 사직원과 노동조합지부장에 대한 “본인은 하기 사유로 퇴직하오니 귀 노동지부의 지부원 자격을 철회하여 주시기 바랍니다”라는 내용의 사직원을 각 작성하여 각 원고 회사와 노동조합에 제출하였다.

(바) 원고 회사는 2003. 12. 4. 참가인의 사직원을 즉시 수리하여 의원면직처리 하였고, 그 결과 참가인의 징계는 이루어지지 아니하였으나, 참가인은 2003. 12. 9. 징계위원회에 참석하고자 출근하였다.

(사) 참가인은 소외 회사에 근무할 당시 결근 등의 사유로 인하여 퇴직일 전 3년간의 월 평균 근로일수가 약 20일로 취업규칙에서 정한 월 소정근무일수 26일에 미치지 못하였다.

## (2) 참가인의 과거 행적

참가인은 다음과 같이 총6회에 걸쳐 징계처분을 받은 이외에 12회에 걸쳐 시말서 내지 각서 등을 작성하였다.

- ① 1995. 9. 5 : 차내 안전사고를 야기하여 시말서 작성
- ② 1996. 6. 18 : 같은 달 15. 무단결근으로 시말서 작성
- ③ 1997. 9. 11 : 1997. 3. 14. 버스 전용차로 위반을 사유로 감봉의 징계처분을 받음
- ④ 1998. 7. 8 : 1998. 4.경부터 6.경까지 3개월간 노선질서 위반으로 시말서 작성
- ⑤ 1998. 8. 17 : 무단지각으로 시말서 작성
- ⑥ 1998. 12. 23 : 1998. 9.경부터 11.경까지 3개월간 노선질서 위반으로 시말서 작성
- ⑦ 1999. 2. 27 : 1998. 9.경부터 12.경까지 4개월간 매월 3회 이상씩 연속하여 노선질서를 위반하였음을 사유로 출근정지 3일의 징계처분을 받음
- ⑧ 1999. 3. 17 : 배차간격지연으로 경위서 작성
- ⑨ 2000. 5. 31 : 2000. 2.경부터 4.경까지 매월 3회 이상씩 3개월간 연속하여 타코메타와 관련한 운행질서 문란을 사유로 경고의 징계처분을 받음
- ⑩ 2000. 9. 20 : 2000. 8. 31. 신호를 위반하여 야기한 교통사고를 사유로 출근정지 15일의 징계처분을 받고 각서 작성.





- ⑪ 2001. 7. 7 : 2001. 6.경 6회에 걸친 운행질서 문란으로 자인서 및 각서 작성
- ⑫ 2001. 10. 26 : 2001. 9. 24. 야기한 교통사고를 사유로 출근정지 5일의 징계처분을 받음
- ⑬ 2002. 1. 16 : 같은 달 15. 무단결근으로 자인서 작성
- ⑭ 2002. 3. 15 : 2002. 1.경부터 2.경까지 5회 이상 운행질서 문란으로 각서 작성
- ⑮ 2002. 5. 27 : 2002. 3.경부터 4.경까지 월 3회 이상 운행질서 문란으로 자인서 작성
- ⑯ 2002. 6. 26 : 2002. 5.경 5회 이상 운행질서 문란으로 각서 작성
- ⑰ 2003. 3. 14 : 2002. 11.경부터 2003. 1.경까지 월 3회 이상 밀착 및 연착 운행을 하는 등 운행질서 문란을 사유로 견책의 징계처분을 받고 각서 작성
- ⑱ 2003. 3. 10 : 2003. 2.경 4회 이상 운행질서 문란으로 각서 작성

### (3) 인사관련 근거규정

(생략)

### 다. 판단

- (1) 사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우처럼 근로자의 사직서 제출이 진의 아닌 의사표시에 해당하는 등으로 무효이어서 사용자의 그 수리행위를 실질적으로 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 해고라고 볼 수 있는 경우가 아닌 한, 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없고, 진의 아닌 의사표시에 있어서의 ‘진의’란 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 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다 할 것이다(대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11458 판결 등 참조).
- (2) 이 사건에 관하여 보건대, ① 취업규칙 제13조 제1항 제17호는 ‘본 규칙의 정한 바에 따라 과거 감급 이상의 징계처분을 2회 이상 받은 자에게 다시 징계사유가 발생한 경우’에는 징계절차에 의하여 해고할 수 있도록 규정되어 있는데, 참가인이 이 사건 사직서를 작성할 당시에는 이미 4회의 감급, 출근정지 등 감급 이상의 처분을 받은 상태에서 2003. 11. 23. 승무거부와 같은 달 24. 상급자에 대하여 폭행을 행사하는 등 소란을 피운 행위로 인하여 징계절차가 진행 중이었고, 만약 참가인이 해고의 징계

처분을 받게 되면 자의에 의한 사직의 경우와는 달리 다른 시내버스 운송업체에 취업하는데에도 어려움이 예상되었던 점, ② 특히 참가인은 2003. 3. 4. 그의 운행질서 문란을 징계사유로 열린 징계위원회에서 그 이전의 징계전력 등으로 인하여 해고되어도 이의가 없다는 취지의 말을 하면서 다음에 또 징계사유가 발생하면 본인 스스로 사직서를 작성하겠다고 분명히 밝혔으며, 이에 징계위원들은 참가인에게 견책의 징계처분을 하면서도 경각심을 주기 위한 것이라는 취지를 명확히 밝혀 참가인으로 하여금 작성 연월일이 공란인 사직서를 제출하게 한 점, ③ 이 사건 사직서에 “사유”란이 공란으로 되어 있으나, 참가인 노동조합 지부장인 소외 임○○와 노동조합 ○○영업소 분실장인 소외 김○○가 함께 있는 자리에서 이들과 상의 후 이 사건 사직서를 작성하였고, 임○○, 김○○도 참가인의 징계전력과 이 건 징계사유 등에 의하면 참가인의 해고가 예상되는 상황에서 사직서를 제출하는 것이 차라리 낫다고 생각하였으며, 상무인 황○○이 사직서를 쓸 경우 원고 회사에 재입사할 수 있도록 노력하겠다는 취지의 말을 하였으나, 이 사건 사직서를 작성할 당시 강요나 강압은 없었다고 진술하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 사직서의 제출은 참가인이 진정으로 마음 속에서 바라지는 아니하였다 하더라도 당시 진행되던 징계절차에서 해고가 예상되는 상황에서는 원고 회사나 다른 회사에 다시 취업하기 위하여서라도 징계절차에 의한 해고보다는 사직서의 제출에 의한 의원면직이 최선의 조치라는 내심의 의사를 그대로 반영한 자발적인 것으로, 그 효력을 부정할 수가 없다. 따라서, 원고 회사가 참가인의 이 사건 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자인 원고 회사와 근로자인 참가인 사이의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 적법하게 종료되었다 할 것임에도 불구하고, 참가인의 이 사건 사직서에 의한 의사표시가 내심의 의사가 결여된 진의 아닌 의사표시에 해당한다고 보아 참가인에 대한 의원면직처분을 부당해고로 판단한 이 사건 재심판정은 위법하다.

### 3. 결 론

그렇다면, 이 사건 재심판정의 취소를 구하는 원고 회사의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 박재운(재판장), 이규홍, 김영란, 김황식(주심)



### 3.7 사용자의 일괄사직서 제출 지시 후 선별 수리

☞ 대법원 1992. 5. 26. 선고 92다3670 판결

#### » 요 지 «

1. 근로자들이 의원면직의 형식을 빌렸을 뿐 실제로는 사용자의 지시에 따라 진의 아닌 사직의 의사표시를 하였고 사용자가 이러한 사정을 알면서 위 사직의 의사표시를 수리하였다면 위 사직의 의사표시는 민법 제107조에 해당하여 무효라 할 것이고 사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성 제출케 하여 그중 일부를 선별수리하여 이들을 의원면직처리한 것은 정당한 이유나 정당한 절차를 거치지 아니한 해고조치로서 근로기준법 제27조 등의 강행법규에 위배되어 당연무효이다.
2. 일반적으로 권리의 행사는 신의에 좇아 성실히 하여야 하고 권리는 남용하지 못하는 것이므로 권리가 실제로 권리를 행사할 수 있는 기회가 있었음에도 불구하고 상당한 기간이 경과하도록 권리를 행사하지 아니하여 의무자인 상대방으로서도 이제는 권리가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 된 다음에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반하는 것으로 인정되는 결과가 될 때에는 이른바 실효의 원칙에 따라 그 권리의 행사가 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.
3. 실효의 원칙이 적용되기 위하여 필요한 요건으로서의 실효기간(권리를 행사하지 아니한 기간)의 길이와 의무자인 상대방이 권리가 행사되지 아니하리라고 신뢰할 만한 정당한 사유가 있었는지의 여부는 일률적으로 판단할 수 있는 것이 아니라 구체적인 경우마다 권리를 행사하지 아니한 기간의 장단과 함께 권리자측과 상대방측 쌍방의 사정 및 객관적으로 존재한 사정 등을 모두 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 할 것이다.
4. 근로자들이 면직된 후 바로 퇴직금을 청구하여 수령하였으며 그로부터 9년이 지난 후 1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법 소정의 보상금까지 수령하였다면 면직일로부터 10년이 다 되어 사용자로서도 위 면직처분이 유효한 것으로 믿고 이를 전제로 그 사이에 새로운 인사체제를 구축하여 조직을 관리·경영하여 오고 있는 마당에 새삼스럽게 면직처분무효확인 소를 제기함은 신의성실의 원칙에 반하거나 실효의 원칙에 따라 그 권리의 행사가 허용되지 않는다고 한 사례.

\* 원고, 피상고인 : 김○○ 외 3인

\* 피고, 상고인 : 부산○○○○○○

\* 원심판결 : 부산고법 1991. 12. 19. 선고 91나4577 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고 사건을 부산고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

- (1) 1980.경 피고의 직원으로 재직하고 있던 원고들이 같은 해 7.경부터 국가보위비상대책위원회 주관으로 시작된 공직자와 정부투자기관 임직원 등의 기강의 확립 및 비위자 숙정방침에 따라 사직서를 제출케 되어 같은 해 7. 19. 의원면직처리된 이 사건에 있어서 원심은 거시증거에 의하여 당시 위 정화계획은 피고의 경우 감독관청인 수산청장으로부터 피고의 임직원 중 일정수의 인원을 선별하여 해직시킬 것을 지시받고 같은 해 7. 15. 및 7. 16. 양일 간에 걸쳐 원고들을 비롯한 전임직원에게 일괄적으로 사직서를 제출토록 하여 이를 받은 후 해직시킬 대상자를 선정한 다음 이를 위 위원회에 보고하여 그 승인을 받고 사직서를 수리하는 형식으로 진행된 사실, 원고들은 사직할 의사가 없었음에도 당시의 억압된 사회분위기에 위축되어 어쩔수 없이 다른 직원들과 함께 사직서를 제출하고 피고는 그중 해직대상자로 선정한 원고들만의 사직서를 수리하여 의원면직한 사실, 피고의 당시 인사관리규약에 의하면 직원은 형의 선고, 징계처분 또는 위 규약이 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 감봉, 휴직, 정직 또는 면직되지 아니하며(제28조 제2항), 직원을 징계할 경우에는 인사위원회의 의결을 거치도록(제38조 제1항) 규정하고 있으나 원고들의 위 해직은 이러한 절차를 전혀 밟지 않은 채 의원면직으로 처리된 사실을 인정한 다음, 위 인정 사실에 의하면 원고들은 의원면직의 형식을 빌렸을 뿐 실제로는 피고의 지시에 따라 진의 아닌 사직의 의사표시를 하였고 피고가 이러한 사정을 알면서 위 사직의 의사표시를 수리하였다 할 것이므로 위 사직의 의사표시는 민법 제107조에 해당하여 무효라 할 것이며, 이처럼 사용자가 사직의 의사없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성 제출케 하여 그중 일부만을 선별 수리하여 이들을 의원면직처리한 것은 실질적으로는 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당하고 정당한 이유나 정당한 절차를 거치지 아니한 해고조치로서 근로기준법 제27조 등의 강행법규에 위배되어 당연무효라고 판시하였는바, 기록에 의하여 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하고 거기에 소론과 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인 또는 민법 제107조에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로 이 부분을 다투는 상고논지는 이유 없다.
- (2) 원심은 원고들이 위 면직처분 이후 아무런 이의 없이 피고로부터 퇴직금 전액을 수령하여 위 면직처분을 추인하였고 그렇지 않다 하더라도 원고들이 1989. 12.경 “1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법” 소정의 보상금을 수령하였는바 피고와의 근로관계가 사실상 종료된 지가 현재 9년 이상이 되어 원·피고들 사이에 근로관계의 부활에 필요한 협력을 기대하기 어려운 이상 원·피고들의 근로관계는 원고들이 위

보상금을 수령함으로써 완전히 청산·종료된 것으로 보아야 한다는 취지의 피고의 주장에 대하여, 거시증거에 의하면 원고들이 위 면직처분이후 퇴직금 및 위 특별조치법 소정의 보상금을 수령한 사실을 인정할 수 있으나 나아가 아무런 이의 없이 퇴직금을 수령하여 위 면직처분을 추인하였다는 점을 인정할 만한 아무런 증거가 없으며 또한 원고들에 대한 면직처분이 있는 후로부터 현재까지 9년 이상 경과되었다는 사정만으로는 근로관계의 부활에 필요한 협력을 기대하기 어렵다고 볼 수 없고 위 특별조치법의 소정의 보상은 근로관계의 청산을 전제로 한 것이 아니라 하여 이를 배척하였다.

그러나 일반적으로 권리의 행사는 신의에 좇아 성실히 하여야 하고 권리는 남용하지 못하는 것이므로 권리자가 실제로 권리를 행사할 수 있는 기회가 있었음에도 불구하고 상당한 기간이 경과하도록 권리를 행사하지 아니하여 의무자인 상대방으로서도 이제는 권리자가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 된 다음에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반하는 것으로 인정되는 결과가 될 때에는 이른바 실효의 원칙에 따라 그 권리의 행사가 허용되지 않는다고 보아야 할 것이고 이러한 실효의 원칙이 적용되기 위하여 필요한 요건으로서의 실효기간(권리를 행사하지 아니한 기간)의 길이와 의무자인 상대방이 권리가 행사되지 아니하리라고 신뢰할 만한 정당한 사유가 있었는지의 여부는 일률적으로 판단할 수 있는 것이 아니라 구체적인 경우마다 권리를 행사하지 아니한 기간의 장단과 함께 권리자측과 상대방측 쌍방의 사정 및 객관적으로 존재한 사정 등을 모두 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 할 것인바(당원 1992. 1. 21. 선고 91다30118 판결 참조), 위에서 본 바와 같이 원고들이 1980. 7. 19. 면직된 후 바로 퇴직금을 청구하여 수령하였으며 그로부터 9년이 지난 1989. 12.경 “해직공무원보상에관한특별조치법” 소정의 보상금까지 수령하였다면 면직일로부터 10년이 다 되어 피고로서도 원고들에 대한 위 면직처분이 유효한 것으로 믿고 이를 전제로 그 사이에 새로운 인사체제를 구축하여 조직을 관리 경영하여 오고 있는 마당에 새삼스럽게 원고들이 이 사건 면직처분무효확인의를 제기함은 신의성실의 원칙에 반하거나 실효의 원칙에 따라 그 권리의 행사가 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

피고와의 근로관계가 사실상 종료된 지가 현재 9년 이상이 되어 원·피고들 사이에 근로관계의 부활에 필요한 협력을 기대하기 어려운 이상 원·피고들의 근로관계는 원고들이 위 보상금을 수령함으로써 완전히 청산·종료된 것으로 보아야 한다는 피고의 위 주장에는 이러한 권리실효에 관한 주장도 포함되어 있다고 보아야 할 것인데도 이러한 점을 살피지 아니한 채 만연히 위와 같은 이유로 이를 배척한 원심판결에는 심리를 다하지 아니하였거나 신의칙 또는 실효에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이므로 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다.

- (3) 그러므로 원심판결을 파기환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이회창(재판장), 배만운, 김석수

### 3.8 사용자의 일괄사직서 제출 지시에 따른 근로자의 사직서 제출

☞ 대법원 1994. 4. 29. 선고 93누16185 판결

#### » 요 지 «

1. 회사의 대표이사가 부장급 이상 간부들에게 공제회이사장에게 재신임을 물겠다고 하면서 일괄하여 사직서를 제출하도록 지시를 하여 간부들은 모두 사직할 의사 없이 일괄하여 사직서를 제출하였는데 회사의 대표이사가 의원면직 처리하였다면 이는 실질적으로 대표이사의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시킨 것으로서 해고에 해당한다.
2. 인정된 징계사유 및 근로자의 회사 내에서의 지위 등에 비추어 근로자에 대한 면직처분이 부당하다.

\* 원고, 상고인 : ○○○○ 주식회사

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 박○○

\* 원심판결 : 서울고법 1993. 6. 11. 선고 92구5937 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

##### 1. 제1점에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 사직서가 소론과 같이 조리과 직원 30여 명의 집단소요사태후 원고 회사의 100% 출자주주인 소외 ○○○○공제회(이하 공제회라고 한다)의 원고 회사에 대한 감사가 이루어져 원고 회사의 간부들에 대한 책임추궁이 예상되는 상황에서 부장급 이상 간부들이 모여 감사결과에 대한 책임 및 대책을 논의하여 감사결과 소관사항에 대한 책임사유가 발생하는 경우 이를 이유로 사표가 수리되어도 감수하기로 합의되어 그 결의에 따라 참가인이 그 의사에 기하여 자진하여 작성·제출하였다는 원고의 주장에 부합하는 듯한 증거들을 배척하고, 그 거시증거에 의하여 원고 회사가 1991. 5. 20. 직원들에게 5월분 급료를 지급하면서 매월 정액으로 지급하던 시간외근로수당을 실근로시간으로 그 집행기준을 변경하여 지급하자 지난달보다 시간외근로수당이 줄어든데 불만을 품은 영업부 조리과 직원 30여 명이 이에 반발하여 집단항의를 하고 일반

식당, 부페식당, 커피숍의 영업을 다음날인 같은 해 5. 21.까지 거부하는 사태가 발생하자 원고 회사의 대주주인 공제회가 그 진상파악 및 전반적인 업무감독을 위하여 원고 회사에 대하여 감사를 실시하게 되었는데 감사가 끝난 같은 해 6. 15. 원고 회사의 대표이사 김○은 참가인을 포함한 부장급 이상 7명의 간부들에게 공제회이사장에게 재신임을 묻겠다고 하면서 일괄하여 사직서를 제출하도록 지시를 하여 참가인을 포함한 7명의 간부들은 일괄하여 사직서를 제출하였는데 모두 사직할 의사는 없었다는 사실, 한편 공제회에서 같은 해 6. 19. 원고에게 호봉사정 불합리, 자금운용 부적정, 예산집행 불철저 등 10건의 징계요구사항과 위 10건의 징계요구사항을 포함한 33건의 감사지적사항을 통보하면서 위 징계요구사항에 대하여는 같은 해 7. 20.까지 관련 직원들을 징계조치하고 그 결과를 제출하라고 지시하자 원고는 징계요구사항 중 9건의 징계요구사항과 감사지적사항 중 29건이 참가인의 소관부서에 관한 사항이었고, 위 직원들의 집단항의사태에 대하여 참가인에게 책임이 있다고 보아 참가인을 징계면직하기로 하여 같은 해 6. 28. 16:00경 인사위원회를 개최하고 참가인의 징계에 관하여 논의한 결과 위 직원들의 집단항의사태와 위 9건의 징계요구사항이 참가인의 직무상의 지도감독소홀 및 직무태만 등으로 인하여 발생하였으며 이로 인하여 원고 회사에게 막대한 손실과 위계질서문란 등을 초래하였다고 인정되므로 참가인을 인사규정 제34조 제1호, 제3호, 제5호에 의하여 징계면직하여야 할 것이나 참가인의 창업초기의 공로와 사회적 명예를 위하여 징계면직하기 보다는 참가인으로부터 이미 제출받아 놓은 사직서를 수리하는 방법으로 의원면직처리하기로 결의하여 이에 따라 원고 회사의 대표이사는 같은 해 7. 1. 참가인을 의원면직 처리한 사실을 인정한 다음, 이에 의하면 사용자인 원고가 근로자인 참가인으로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시켰다고 할지라도 사직의 의사가 없는 참가인으로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성, 제출하게 하였다 할 것이므로 이는 실질적으로 원고의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시킨 것으로서 해고에 해당한다고 판단하였다.

원심이 취사한 증거를 기록에 대조하여 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 소론과 같이 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하거나 의원면직에 관한 법리를 오해한 위법이 없다. 논지는 이유 없다.

## 2. 제2점에 대하여

원심은 그 거시증거에 의하여 원고 회사의 조직은 대표이사를 정점으로 그 아래 상무이사가 있고, 상무이사 아래 관리지배인, 영업지배인이 있으며, 관리지배인 아래에는 기획심사실, 총무부, 시설관리부 등 3개의 실, 부와 기획심사과, 전산과, 총무과, 경리과, 구매과, 시설과 등 6개의 과가 있고, 영업지배인 아래에는 객실부, 식음료부, 부대사업부, 판촉부 등 4개의 부와 객실과, 식음료과, 조리과, 운영과, 공연과, 판촉과, 판매기획과 등 7개의 과가 있고, 모든 업무의 기안책임자는 각 과장으로 되어 있는 사실을 인정하고, 원고가 징계사유로 주장하는 위에서 본 직원들의 집단항의사태와 위 9건의 징계요구사항 중 직원들의 집단항의사태는 시간외근로수당의 집행기준의 변경에 따른 그 수당의 감소에 불만을 품은 영업지배인 산하 조리과 직원 30여 명이 불법적으로 파업을 한 것인데 원고가 그 불법파업행위자나 그 감독자인 영업지배인에게 책임은 전혀 묻지 아니하였고, 그 집행기준의 변경은 대표이사의 지시에 의한 것으로 그렇다면 원고로서는 위 사태에 관하

여 아무런 책임도 없는 참가인에 대하여 이를 징계사유로 삼을 수 없고, 공제회에 근무하였던 직원 6명에 대한 호봉사정은 공제회이사장의 승인을 받은 "봉급체계의 기본원칙"에 의하여 대표이사의 결재를 얻어 시행한 것이고, 신규채용 직원 44명에 대한 호봉사정 또한 당시 인사위원회에서 호텔의 특성을 감안하여 전직장에서 받던 그들의 급료를 확인하여 쌍방 상호 조건이 맞을 경우 근로계약서를 작성하는 형식으로 책정한 것이고 이것도 사전에 대표이사의 결재를 얻었으며 원고가 위 호봉산정원칙의 결정과정에 참여한 최고책임자인 대표이사나 실무책임자인 총무과장에 대하여는 아무런 책임을 묻지 아니하였으므로 최고책임자의 방침에 따라 호봉사정을 하였던 중간관리책임자에 불과한 참가인에 대하여만 이를 징계사유로 삼을 수 없고, 원고 회사가 공제회에서 출자받은 자금 88억 원을 국민은행 등 6개 금융기관에 예치하는 바람에 금리가 높은 타금융기관에 예치하는 것보다 금리면에서 손해가 발생하였다는 점에 관하여는 위 출자금을 국민은행 등에 예치시킨 것은 대표이사인 김○이고 참가인에게 위 출자금의 운용에 관하여 아무런 권한도 없었던 사실이 인정되므로 이 또한 참가인에 대한 징계사유로 삼을 수 없고, 1990. 7. 12.에 사무실용 에어컨 5대와 같은 해 10. 31. 사무실용 난방기 5대를 개업비 예산으로 구입할 당시에는 개업준비과정으로 사무실이 없고 수영장 탈의실에서 사무를 보았기 때문에 여름에는 덥고 겨울에는 추워 에어컨과 난방기가 필요하였고 당시 이들을 임차한다는 것은 상상도 할 수 없어 부득이 사전에 대표이사의 결재를 얻어 이들을 구입하여 사용한 사실이 인정되므로 이 또한 참가인에 대한 징계사유로 삼을 수 없다고 판시하고 아울러 나머지 인정된 참가인의 각 비위행위는 최고책임자인 대표이사나 그외 참가인의 상급자에 대하여는 아무런 징계처분을 하지 아니한 점 등에 비추어 사회통념상 근로계약관계를 더이상 유지할 수 없을 정도에까지 이른 것은 아니라고 보이므로 이에 대하여 원고가 인사규정 소정의 다른 징계처분을 굳이 피하고 가장 중한 징계인 면직처분을 한 것은 정당한 이유에 기하지 아니한 부당징계면직이라 할 것이므로 이와 결론을 같이 한 이 사건 재심판정은 적법하다고 판단하였다.

원고 회사의 직제가 위와 같고, 관리지배인의 소관업무에 대하여도 대표이사가 위와 같이 참가인에게 전결권을 부여함이 없이 스스로 최종 결재자로서 업무수행을 하여 왔다면 소론과 같이 대표이사의 인사권이 공제회에 있고, 관리지배인이 원고 회사의 대표이사가 인사권을 갖는 최상급 직위에 해당한다 하더라도 원고 회사의 경우 최고경영관리책임자는 대표이사임이 분명하고 따라서 원심이 대표이사를 최고책임자로, 관리지배인인 참가인을 중간관리책임자로 본 것은 정당하고, 또한 기록에 대조하여 살펴보면 소론이 내세우는 징계요구사항의 점에 대한 원심의 사실인정과 판단도 옳고, 거기에 소론과 같이 채증법칙위배나 심리미진으로 인한 참가인의 지위 및 징계사유에 관한 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지도 이유가 없다.

### 3. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소한 원고의 부담으로 하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 김상원(재판장), 윤영철, 박만호, 박준서





### 3.9 사용자의 일괄 명예퇴직신청서 제출 요구에 따른 근로자의 명예 퇴직 신청

☞ 서울고법 2015. 4. 17. 선고 2014누3077 판결<sup>12)</sup>

#### » 요 지 «

참가인들이 명예퇴직을 하는 것이 최선이라고 생각하고 자발적인 의사에 따라 명예퇴직을 신청하였다거나 원고의 명예퇴직자 선정절차가 객관적이고 공정하였다고 볼 수 없고, 이 사건 명예퇴직은 참가인들을 포함한 근로자들이 원고의 요구에 의하여 진정한 사직의 의사 없이 일괄적으로 명예퇴직신청서를 제출하고 원고가 일방적으로 정한 기준에 따라 그 퇴직 여부가 결정되었다 할 것이며, 사용자인 원고는 그와 같은 참가인들의 진의를 알았다고 봄이 상당할 것이다. 따라서 참가인들이 원고에게 명예퇴직신청서 및 사직서를 제출함으로써 사직의 의사표시를 하였다고 하더라도 이는 민법상 비진의 의사표시로서 무효라고 할 것이다.

- \* 원고, 항소인 : 토○○○ 주식회사
- \* 피고, 항소인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : 고○○ 외 38명
- \* 제1심판결 : 서울행법 2014. 2. 13. 선고 2012구합43864 판결

#### » 주 문 «

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 모두 원고가 부담한다.

#### » 청구취지 및 항소취지 «

제1심 판결을 취소한다. 중앙노동위원회가 2012. 11. 12. 원고와 피고보조참가인들(이하 '참가인들'이라고 한다)사이의 2012부해○○○ 부당해고 구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 제1심 판결의 인용

12) 대법원 2015. 8. 13. 2015두2185 판결에서 심리불속행 기각으로 확정

원고가 항소하면서 당심에서 주장하는 사유는 제1심에서 이미 주장한 내용과 크게 다르지 아니하고, 제1심에서 제출된 증거에다가 당심에서 제출된 갑 제13 내지 35호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재 및 당심 증인 표○○의 증언을 보태어 보더라도 원고의 주장을 배척한 제1심 판단은 정당하다고 인정된다. 이에 이 법원이 이 사건에 관하여 적을 판결 이유는 아래 2항과 같이 원고가 당심에서 강조하는 주장에 관한 판단을 추가하는 것 이외에는 제1심 판결 이유 1, 2항 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

## 2. 추가하는 판단의 내용

### 가. 원고 주장의 요지

- 1) 원고는 이 사건 명예퇴직 당시 판매량이 급감하고 2008.부터 2011.까지 누적적자만 284억 원에 이르는 등 계속되는 경영상의 어려움에 인력구조조정 없이는 기업으로 존속하기 어려운 상황이었어서, 용역업체와 계약을 해지하고 임시휴업을 시행하는 등 고용유지조치 노력을 하였으나 나아지지 않고 도산위기에 처하게 되었다.
- 2) 그에 따라 노동조합이 원고와 명예퇴직 실시에 합의한 것이며, 원고의 근로자들도 이러한 상황을 충분히 알고 있었기에 자발적인 의사에 따라 명예퇴직이 최선이라는 판단하에 명예퇴직 신청을 한 것일 뿐, 원고가 개별 면담 당시 명예퇴직을 종용한 사실은 없다.
- 3) 위와 같이 이 사건 명예퇴직은 근로자들의 진정한 의사에 의한 것으로서 유효하다. 그러므로 원고가 근로자들로부터 명예퇴직 신청을 받은 이후 명예퇴직 대상자를 선정하는 것은 해당 근로자의 의사 형성 과정에 아무런 영향을 미칠 수 없는 단계이므로, 원고의 이 사건 명예퇴직자 대상자 선정기준이 다소 미흡하다고 하더라도 이 사건 명예퇴직을 무효라고 볼 것은 아니다.

### 나. 판단

살피건데 제1심이 적법하게 인정한 사실관계, 즉 원고가 참가인들을 비롯한 소속 근로자들에게 명예퇴직신청서 및 사직서를 제출하지 않으면 불이익을 당할 수 있다는 것을 암시하면서 일괄하여 명예퇴직신청서 등을 제출할 것을 요구한 것으로 보이는 점, 이 사건 명예퇴직 신청 당시 참가인들을 포함한 209명의 근로자들은 원고가 퇴직시켜야 할 정도로 원고의 경영상황이 심각하게 악화된 것으로는 보이지 않는 점, 명예퇴직을 신청한 근로자들의 비율이 97.6%에 이르는 점, 명예퇴직위로금의 액수가 최대 3개월분의 임금에 불과하였던 점 등에다가, 갑 제8, 33, 34, 35호증의 각 기재 및 당심 증인 표○○의 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 참가인들이 명예퇴직을 하는 것이 최선이라고 생각하고 자발적인 의사에 따라 명예퇴직을 신청하였다거나 원고의 명예퇴직자 선정절차가 객관적이고



공정하였다고 볼 수 없고, 이 사건 명예퇴직은 참가인들을 포함한 근로자들이 원고의 요구에 의하여 진정한 사직의 의사 없이 일괄적으로 명예퇴직신청서를 제출하고 원고가 일방적으로 정한 기준에 따라 그 퇴직 여부가 결정되었다 할 것이며, 사용자인 원고는 그와 같은 참가인들의 진의를 알았다고 봄이 상당할 것이다. 따라서 참가인들이 원고에게 명예퇴직신청서 및 사직서를 제출함으로써 사직의 의사표시를 하였다고 하더라도 이는 민법상 비진의 의사표시로서 무효라고 할 것이다.

- ① 원고는 이 사건 명예퇴직을 위한 면담을 하기 전인 2011. 11. 14. 이미 노동조합 위 원장인 표○○와 명예퇴직자의 수를 100명으로 정하는 등 합의를 하였는데, 표○○는 원고 관리상무인 천○○가 제시한 재무제표를 기초로 원고의 재정상태가 나빠다는 판단을 하고 노동조합 대의원들과 협의를 거쳐 원고와 이 사건 명예퇴직에 관한 합의를 하였다. 표○○를 비롯한 노동조합 간부들은 모두 생산직 근로자로서 노동조합에 재무제표 등 회사 자금 사정을 조사해서 파악할 수 있는 사람들이 없었고, 따라서 재정상태가 악화되어 인력 구조조정을 하지 않으면 원고가 도산할 우려가 있다거나 명예퇴직 위로금을 지급할 수 있는 최대치가 0.5개월 내지 3개월분 급여 정도라는 원고의 말을 그대로 믿을 수밖에 없었던 것으로 보인다.
- ② 원고는 당초 위 합의서에 명예퇴직신청자 수가 100명에 미달할 경우 명예퇴직 위로금을 지급하지 않겠다는 조항을 넣었다가, 표○○가 ‘그렇다면 마지막에 정리해고 하는 것이 아니냐’는 취지로 항의하여 이 조항을 삭제하였다. 그런데 이와 같은 명예퇴직 합의 과정은 ‘원고가 근로자들에게 명예퇴직 및 사직을 하지 않으면 위로금도 없이 강제퇴직을 시키겠다는 취지로 사직을 종용하였다’는 참가인들의 확인서(을 제3 내지 13호증)의 내용과 일부 일치하고 있고 그런 점에 비추어 이 사건 명예퇴직 신청 당시 직원들 사이에서 명예퇴직 신청을 하지 않으면 명예퇴직 위로금도 받지 못하고 해고될 것이라는 인식이 퍼졌을 것으로 보인다.
- ③ 이 사건 명예퇴직을 위한 면담 당시 참가인들을 포함한 대부분의 근로자들이 면담과 동시에 명예퇴직 신청서를 제출하면서 “신청서를 제출하고 회사의 결정에 따를 것이다.”는 의사를 표현하였고, 윤○○은 “전 직원이 동일한 조건이므로 회사에 일임하겠음.”이라고 하는 등 참가인들을 포함한 209명의 근로자들은 직접 자신의 명예퇴직 여부를 결정하지 않고 이를 회사에 유보하였다. 이에 따르면 참가인들을 포함한 위 근로자들은 ‘일괄적으로 원고에게 명예퇴직 신청을 하고, 이를 바탕으로 원고가 명예퇴직 대상자를 선정’하는 것을 전제로 명예퇴직신청서를 제출하였다고 할 것이다.
- ④ 원고는 이 사건 명예퇴직자를 선정함에 있어서 회사측 평가요소 70%(근속연수, 어학, 인사사고과, 징계, 업무적정성)와 근로자 개인측 평가요소 30%(부양가족수, 가계소득률, 업무상 상벌, 장애, 보훈)를 인사평가기준으로 정하였고, 2010년도 ‘호봉 및 point 부여 심의표’, ‘승격심의표’ 및 ‘인사평가 기초데이터’를 기초로 인사평가를 하

여 ‘신 인사평가20120719일자’(갑 제35호증, 이하 ‘이 사건 인사평가서’라고 한다)를 작성하고 이를 기준으로 이 사건 명예퇴직자를 선정하였다고 주장한다. 그러나 이 사건 인사평가서는 그 제목에 기재되어 있는 바와 같이 이 사건 명예퇴직 이후인 2012. 7.경 작성된 것으로 보이고, 이 사건 명예퇴직 전에 작성되었음을 인정할 증거가 없다.

- ⑤ 하지만 가사 이 사건 인사평가서가 이 사건 명예퇴직 이전에 작성되었다고 하더라도, ‘호봉 및 point 부여 심의표’(갑 제33호증)에 의하면, 참가인 엄○○는 2010년도 정기 인사평가 종합점수가 92.4이고 등급은 S, MASS 적용등급은 A임에도 호봉부여(안) 및 최종확정 점수가 “2”로서, 종합점수 84.7, 등급 B, MASS 등급 B인 김○○ 및 종합점수 82.9, 등급 B, MASS 등급 C인 참가인 황○○과 호봉부여(안) 및 최종 확정 점수가 “2”로 동일한 점 등 그 내용이 객관적이라고 보기 어려운 부분이 많다. 또한 ‘호봉 및 point 부여 심의표’상 점수 산정기준을 명확히 알 수가 없고, 회사측 평가요소 중 업무적정성의 평가기준은 전혀 제시되어 있지도 않다.

이에 대하여 원고는 업무적정성이 각 부서의 팀장들의 의견을 참고하여 해당 UNIT의 장(임원급)들이 취합하여 평가한 것이라고 주장하나, 제1심 증인 신○○의 증언에 의하면 신○○은 생산 UNIT의 장이었음에도 불구하고 그와 같은 평가에 참여한 일이 없고 단지 원고가 선정한 명예퇴직자 명단만 통보받았으며 누가 평가를 하였는지도 알지 못하였다고 하는 점에 비추어, 원고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없고, 따라서 업무적정성 평가가 공정하고 객관적으로 이루어졌다고 볼 수도 없다.

- ⑥ 또한 이 사건 인사평가서는 참가인들을 포함한 근로자 209명의 명예퇴직 신청자 이외에 명예퇴직을 신청하지 않은 김○○, 박○○, 신○○, 강○○, 윤○○, 노동조합 위원장 표○○, 노동조합 사무국장 오○○ 등의 직원들도 포함되어 있어, 원고가 총 233명의 전체 근로자들을 명예퇴직대상자 선정기준에 따라 평가를 하고 그 중 79명의 명예퇴직자를 선정하였다는 결과가 된다.

### 3. 결 론

그렇다면 제1심 판결은 정당하고, 원고의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김명수(재판장), 여운국, 권순민



### 3.10 희망퇴직이 최선이라고 판단한 후 희망퇴직 신청

☞ 대법원 2005. 9. 9. 선고 2005다34407 판결

#### » 요 지 «

1. 사용자가 근로자로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시킨 경우, 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출케 하였다면 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다.
2. 진의 아닌 의사표시에 있어서의 '진의'란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니므로 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것이 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다.

\* 원고, 피상고인 : 원고 1외 1인

\* 피고, 상고인 : 한국○○○

\* 원심판결 : 서울고법 2005. 5. 19. 선고 2004나43727 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들이 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

사용자가 근로자로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시킨 경우, 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출케 하였다면 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없고(대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다60528 판결 참조), 진의 아닌 의사표시에 있어서의 '진의'란

특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니므로 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것이 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다(대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11458 판결 참조).

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정하고 나서, 피고는 경영여건을 개선하고 정부의 지시에 부응하기 위하여 노동조합과 사전협의를 거쳐 희망퇴직자들에게 주택자금의 상환을 유예하고 퇴직위로금 재원을 조성하여 이를 지급하는 등 배려방안을 마련하고 희망퇴직제를 실시하기로 한 뒤 원고들에게 희망퇴직 의사를 물어 원고들의 명시적인 퇴직의사에 기하여 면직처분을 한 점, 그 과정에서 노동조합과 협의하여 마련한 고용조정기준에 따라 원고들을 희망퇴직 대상자로 선정한 점, 원고들은 3년간의 근무성적평정이 동일 직급 내에서 최하위여서 당시 1998. 11. 16.자 노사합의에 따른 고용조정기준에 부합하였던 점, 원고들은 퇴직대상자 선정에 관하여 피고 인사계장에게 항의하였으나 효과가 없자 장래 퇴직가산금 추가 지급사유가 발생할 경우 이를 지급받기로 하는 외에 달리 이의를 보류하거나 조건을 제시함이 없이 희망퇴직원을 제출하고 피고로부터 퇴직금과 희망퇴직가산금 및 창업재취업교육비를, 노동조합으로부터 퇴직위로금을 아무런 이의 없이 수령하였으며, 면직처분이 있는 뒤에도 즉시 노동위원회 등에 불복신청을 하지 아니하고 그 때로부터 약 2년 10개월이 경과한 후에야 비로소 위 면직처분의 무효확인을 구하는 이 사건 소를 제기한 점 등 원고들에 대한 면직처분 전후의 사정에 비추어 보면, 원고들이 당시 희망퇴직의 권고를 선뜻 받아들일 수는 없었다고 할지라도 그 당시의 국내 경제상황, 피고의 구조조정계획, 피고가 제시하는 희망퇴직의 조건, 퇴직할 경우와 계속 근무할 경우에 있어서의 이해관계 등을 종합적으로 고려하여 심사숙고한 결과 당시의 상황으로는 희망퇴직을 하는 것이 최선이라고 판단하여 본인의 의사에 기하여 희망퇴직신청원을 제출한 것이라고 봄이 상당하다 할 것이므로, 원고들의 희망퇴직신청이 피고의 강요에 의하여 어쩔 수 없이 내심의 의사와 다르게 이루어진 것이라고 할 수는 없고, 따라서 원고들과 피고 사이의 근로관계는 원고들이 피고의 권유에 따라 희망퇴직의 의사표시를 하고 피고가 이를 받아들임으로써 유효하게 합의해지 되었다고 판단하였다.

위에서 본 법리에다가 기록에 의하여 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실 인정과 판단은 모두 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배, 법리오해 등의 위법이 없으며, 상고이유로 들고 있는 대법원판례들은 모두 쟁점과 사안이 다른 이 사건에서 원용하기 적절하지 아니하다.

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

대법원 양승태(재판장), 이용우, 이규홍(주심), 박재윤



### 3.11 기간제법 제4조 제2항의 적용을 회피하기 위한 사직서 제출

☞ 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다255910 판결

#### » 요 지 «

1. 사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 사직서를 작성·제출하게 한 후 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당하나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다.

이때 의원면직이 실질적으로 해고에 해당하는지는 근로자가 사직서를 제출하게 된 경위, 사직서의 기재 내용과 회사의 관행, 사용자 측의 퇴직권유 또는 종용의 방법, 강도 및 횟수, 사직서를 제출하지 않을 경우 예상되는 불이익의 정도, 사직서 제출에 따른 경제적 이익의 제공 여부, 사직서 제출 전후의 근로자의 태도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

2. 기간제법 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 근로자가 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받은 후 다시 기간제 근로계약을 체결하는 형식을 취하였다고 하더라도, 그것이 근로자의 자의에 의한 것이 아니라 사용자의 일방적인 결정에 따라 기간제법 제4조 제2항의 적용을 회피하기 위하여 퇴직과 재입사의 형식을 거친 것에 불과한 때에는, 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다.

\* 원고, 피상고인 : A

\* 피고, 상고인 : ○○엔지니어링 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2016. 9. 21. 선고 2016나2039369 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 기간제근로자 사용기간 제한에 관한 법리오해 등 주장에 관하여

가. 2006. 12. 21. 제정되어 2007. 7. 1.부터 시행된 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법'이라고 한다) 제4조는 제1항 본문에서 "사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속 근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다."라고 규정하면서, 제1항 단서에서 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 예외를 규정하고 있고, 제2항에서 "사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다."라고 규정하고 있다.

기간제법 제4조 제1항 단서 제1호에 따라 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 '사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우'란 건설공사, 특정 프로그램 개발 또는 프로젝트 완수를 위한 사업 등과 같이 객관적으로 일정 기간 후 종료될 것이 명백한 사업 또는 특정한 업무에 관하여 그 사업 또는 업무가 종료될 것으로 예상되는 시점까지로 계약기간을 정한 경우를 말한다.

기간제법의 시행으로 사용자는 원칙적으로 2년의 기간 내에서만 기간제근로자를 사용할 수 있고, 기간제근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 기간제근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되는 점, 기간제법 제4조의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 사용자가 기간제법 제4조 제2항의 적용을 회피하기 위하여 형식적으로 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 근로계약을 반복갱신하여 체결하였으나 각 근로관계의 계속성을 인정할 수 있는 경우에는 기간제법 제4조 제1항 단서 제1호에 따라 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 '사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우'에 해당한다고 할 수 없다.

이때 사용자가 기간제법 제4조 제2항의 적용을 회피하기 위하여 형식적으로 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 근로계약을 반복갱신하여 체결하였으나 각 근로관계의 계속성을 인정할 수 있는지는 각 근로계약이 반복갱신하여 체결된 동기와 경위, 각 근로계약의 내용, 담당 업무의 유사성, 공백기간의 길이와 발생이유, 공백기간 동안 그 근로자의 업무를 대체한 방식 등 관련 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

나. 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- ① 피고는 건축 공사업, 각종 건설공사의 시공감리 및 전면 책임감리업 등을 목적으로 설립된 법인이다.
- ② 피고는 2004년경 '◇◇ ◇◇지구 하천개수공사 전면책임감리용역'을 수주하였다.



피고는 2004. 7. 7.경부터 원고와 근로계약을 체결하였고, 2005. 7. 7., 2006. 7. 7., 2007. 7. 7., 2008. 7. 7., 2009. 7. 7., 2010. 7. 7., 2011. 7. 7. 7회에 걸쳐 매년 원고와 위 '◇◇ ◇◇지구 용역현장'을 근무처로 하고, 원고의 직무를 '보조감리원 또는 감리원 등'으로 하는 기간제 근로계약을 반복갱신하여 체결하였다. 원고는 2005. 1. 3.부터 2011. 10. 3.까지 '위 ◇◇ ◇◇지구 용역현장'에서 보조감리원 또는 감리원 등으로 근무하였다.

- ③ 피고는 2012. 7. 7., 2012. 10. 31., 2013. 1. 1. 3회에 걸쳐 원고와 피고가 수주한 '◇◇◇천·◇천 수해복구사업 전면책임감리용역현장'을 근무처로 하고, 원고의 직무를 '감리원'으로 하는 기간제 근로계약을 반복갱신하여 체결하였다. 원고는 2012. 2. 1.부터 2013. 1. 10.까지 '위 ◇◇◇◇천·◇천 용역현장'에서 감리원으로 근무하였다.
- ④ 피고는 2013. 4. 1., 2013. 7. 1. 2회에 걸쳐 원고와 '인프라·환경사업본부 인프라지원팀'을 근무처로 하고, 원고의 직무를 '감리원'으로 하는 기간제 근로계약을 반복갱신하여 체결하였다. 피고는 원고에게 피고가 수주한 수개의 감리용역현장 중 일시적으로 감리원 또는 보조감리원이 필요한 감리용역현장에서 근무할 것을 지시하였고, 원고는 피고의 각 지시에 따라 2013. 6. 26.부터 2013. 7. 30.까지는 '○○ 배수문 설치공사 전면책임감리용역현장'에서, 2013. 9. 2.부터 2014. 8. 27.까지는 '△△△△4일반산업단지 조성사업 책임감리용역현장'에서, 2014. 8. 28.부터 2015. 6. 30.까지는 '◎◎연구소 R&H 시험로 신설현장 전면책임감리용역현장'에서 각 감리원 또는 토목보조감리원으로 근무하였다. 피고는 원고와 '○○ 배수문 설치공사 전면책임감리용역현장'과 '△△△△4일반산업단지 조성사업 책임감리용역현장'을 각 근무처로 특정한 근로계약을 별도로 체결한 사실이 없고, 2013. 10. 1.부터 2014. 10. 19.까지 별도의 근로계약서를 작성한 사실이 없으며, '◎◎연구소 R&H 시험로 신설현장 전면책임감리용역현장'을 근무처로 특정한 근로계약서를 작성하지 않다가 원고로부터 1차 사직서를 제출받은 직후인 2014. 10. 20.경에야 원고와 위 용역현장을 근무처로 기재한 기간제 근로계약을 체결하였다.
- ⑤ 피고는 위 '◇◇ ◇◇지구 하천개수공사 전면책임감리용역', '◇◇◇◇천·◇천 수해복구사업 전면책임감리용역', '○○ 배수문 설치공사 전면책임감리용역'이 각 종료된 이후에도 원고와 체결한 기존 근로계약을 계속 유지하며 원고에게 임금을 지급하여 왔다.
- ⑥ 원고는 피고의 요구에 따라 2014. 10. 14. 피고에게 사직서를 제출하였다. 피고는 재직기간을 10년 3개월(2004. 7. 7.부터 2014. 9. 30.까지)로 환산한 퇴직금을 원고에게 지급하였다.

다. 위와 같은 사실관계를 통해 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고는 '◇◇ ◇◇지구 하천개수공사 전면책임감리용역'이 종결된 이후에도 피고가 수주하는 각종 건설공사의 감리용역 등을 수행하기 위하여 원고와 사

이에 체결된 근로계약을 계속 유지하면서, 기간제법 제4조 제2항의 적용을 회피하기 위하여 형식적으로 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 근로계약을 반복갱신하여 체결하였다고 볼 여지가 많다.

- ① 2005. 7. 7.부터 2012. 7. 6.까지의 각 근로계약의 형식을 보면, 실제 원고가 근무하여야 할 감리용역현장의 근무기간이 아닌 1년 단위로 계약이 체결되었다.
- ② 계약기간이 2011. 7. 7.부터 2012. 7. 6.까지인 근로계약의 경우 그 근무처는 ‘◇◇ ◇◇지구 하천개수공사 전면책임감리용역’이었으나, 실제로 위 근무처에서의 근무는 2011. 10. 3. 종결되었다. 이후에도 위 근로계약은 종료되지 않고 원고는 2012. 1. 31.까지는 재택근무를 하였고, 2012. 2. 1.부터는 ‘◇◇◇◇천·◇천 수해복구사업 전면책임감리용역’에서 근무하였다. 이처럼 근로계약에서 정한 근무처와 실제 근로를 제공한 장소가 일치하지 않는 것은 계약기간이 2013. 1. 1.부터 2013. 3. 31.까지인 근로계약의 경우도 마찬가지이다.
- ③ 계약기간이 2013. 4. 1.부터 2013. 6. 30.까지인 근로계약과 2013. 7. 1.부터 2013. 9. 30.까지인 근로계약을 보면, 그 근무처는 모두 ‘인프라·환경사업본부 인프라지원팀’이나, 실제로 원고는 2013. 6. 25.까지는 재택근무를 하였고 2013. 7. 30.까지는 ‘○○ 배수문 설치공사 전면책임감리용역현장’에서 근무하였으며 2013. 9. 1.까지는 다시 재택근무를 하였고 이후에는 ‘△△△△4일반산업단지 조성사업 책임감리용역현장’에서 근무하였다.
- ④ 다수의 감리용역을 수주받아 상시적으로 위 업무를 수행하여야 하는 피고의 입장에서는 특정 용역현장에서의 사업이 완료되더라도 감리 업무를 수행할 수 있는 원고와의 근로계약을 계속 유지하여야 할 필요가 있었던 것으로 보인다. 피고는 심지어 원고가 특정 현장에서 근무를 하지 않은 기간 동안에도 원고에게 임금을 지급하였다. 또한 퇴직금 지급시 원고를 채용한 2004. 7. 7.부터 피고가 원고의 퇴직일로 지정한 2014. 9. 30.까지 10년 3개월을 모두 계속근로기간으로 인정하여 주기도 하였다.

라. 그럼에도 원심은 이에 관하여 심리·판단하지 아니한 채 그 판시와 같은 이유만으로, 원고와 피고가 체결한 각 근로계약이 기간제법 제4조 제1항 단서 제1호에 정한 ‘사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우’에 해당한다고 판단하였다. 이러한 원심의 조치에는 기간제근로자에 대한 사용기간 제한 및 무기계약근로자 전환간주에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 취지의 이 부분 상고이유 주장은 이유 있다.

## 2. 사직서 제출 의사표시의 해석에 관한 법리오해 등 주장에 관하여

가. 사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게



한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결, 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다 60528 판결 등 참조).

이때 의원면직이 실질적으로 해고에 해당하는지는 근로자가 사직서를 제출하게 된 경위, 사직서의 기재 내용과 회사의 관행, 사용자 측의 퇴직권유 또는 중용의 방법, 강도 및 횟수, 사직서를 제출하지 않을 경우 예상되는 불이익의 정도, 사직서 제출에 따른 경제적 이익의 제공 여부, 사직서 제출 전후의 근로자의 태도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다52575 판결 참조).

나아가 기간제법 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 근로자가 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받은 후 다시 기간제 근로계약을 체결하는 형식을 취하였다고 하더라도, 그것이 근로자의 자의에 의한 것이 아니라 사용자의 일방적인 결정에 따라 기간제법 제4조 제2항의 적용을 회피하기 위하여 퇴직과 재입사의 형식을 거친 것에 불과한 때에는, 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다.

나. 앞서 본 법리에 의하면 원심은 원고의 각 사직서 제출에 따른 의원면직이 실질적으로 해고에 해당하는지에 관하여 심리·판단하였어야 함에도 이에 이르지 아니한 채, 제1심판결 이유를 인용하여 가정적 판단으로 원고의 각 사직서 제출로 인한 의사표시가 진의 아닌 의사표시 또는 통정허위표시라고 볼 수 없다는 이유만으로 원고와 피고 사이의 근로계약관계가 종료되었다고 판단하였다.

다. 그렇다면 원심의 이 부분 판단에는 해고 제한에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 취지의 이 부분 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 결 론

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

대법관 박상옥(재판장), 이상훈, 김창석(주심), 조희대

## 4. 강요와 기망 등에 의한 사직 의사표시

### 4.1 사용자의 인원 감축대상자 선정 후 사직서 제출 종용

☞ 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다38270 판결★

#### » 요 지 «

1. 사용자가 근로자로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 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 해당한다고 할 것이다.
2. 피고는 기업구조개선작업약정의 연장이 절실히 필요한 상황에서 위 약정의 연장을 위한 가시적인 조치로 과장급 이상 직원의 10%를 감원하기로 하여 원고들을 포함한 58명을 감축대상자로 일방적으로 선정한 점, 그 후 그들만을 대상으로 하여 퇴직설명회를 개최하는 등 사직서 제출을 종용한 점, 피고는 사직서제출기한을 연장하면서까지 거듭하여 원고 등의 사직서 제출을 종용하고 이에 응하지 않은 사람에 대하여는 보직해임 및 대기발령을 하였으며 끝까지 사직서를 제출하지 않은 사람들을 모두 해고한 점, 사직서를 제출한 감축대상자들의 사직서 제출시점이 각자 상이함에도 불구하고 피고가 일률적으로 2000. 12. 31.자로 사직처리를 한 점 등 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 원고들은 특정 사원에 대한 위법한 해고를 회피하기 위한 피고의 사직서 제출요구를 견디지 못하고 사직 이외에는 다른 선택의 여지가 없는 상황에서 사직서를 제출하였다고 볼 것이고 따라서 원고들의 퇴직은 자발적인 사직의 의사에 따른 것이 아니라 피고가 일방적인 의사표시에 의하여 근로계약관계를 종료시킨 것으로서 사실상 해고에 해당한다.
3. 해고처분에 대한 명시적 이의 유보 없이 퇴직금을 수령한 후 해고처분무효확인소송을 제기하는 것이 신의칙이나 금반언의 원칙에 반하지 않는 경우

\* 원고, 피상고인 : 박○○외 8인

\* 피고, 상고인 : ◇◇자동차 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2005. 5. 26. 선고 2004나63493 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

## » 이 유 «

### 1. 사직서의 제출과 해고 해당 여부

사용자가 근로자로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 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 해당한다고 할 것이다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결, 2002. 6. 14. 선고 2001두11076 판결 등 참조).

원심은, 그 채용 증거에 의하여, 원고들이 사직서를 제출한 경위에 관하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고는 기업구조개선작업약정의 연장이 절실히 필요한 상황에서 위 약정의 연장을 위한 가시적인 조치로 과장급 이상 직원의 10%를 감원하기로 하여 원고들을 포함한 58명(이하 '원고 등'이라 한다)을 감축대상자로 일방적으로 선정한 점, 그 후 그들만을 대상으로 하여 퇴직설명회를 개최하는 등 사직서 제출을 종용한 점, 피고는 사직서제출기한을 연장하면서까지 거듭하여 원고 등의 사직서 제출을 종용하고 이에 응하지 않은 사람에 대하여는 보직해임 및 대기발령을 하였으며 끝까지 사직서를 제출하지 않은 사람들을 모두 해고한 점, 사직서를 제출한 감축대상자들의 사직서 제출시점이 각자 상이함에도 불구하고 피고가 일률적으로 2000. 12. 31.자로 사직처리를 한 점 등 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 원고들은 특정 사원에 대한 위법한 해고를 회피하기 위한 피고의 사직서 제출요구를 건디지 못하고 사직 이외에는 다른 선택의 여지가 없는 상황에서 사직서를 제출하였다고 볼 것이고 따라서 원고들의 퇴직은 자발적인 사직의 의사에 따른 것이 아니라 피고가 일방적인 의사표시에 의하여 근로계약관계를 종료시킨 것으로서 사실상 해고에 해당한다고 판단하였는바, 기록과 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보니 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 상고이유 제1점이 내세우는 사직서제출의 효과에 관한 법리오해 등의 위법이 없다. 상고이유에서 들고 있는 대법원판결은 이 사건과는 사안과 취지를 달리하는 것이어서 이 사건의 적절한 선례가 될 수 없다.

### 2. 퇴직금의 수령과 실효의 원칙 등 적용 여부

사용자로부터 해고된 근로자가 퇴직금 등을 수령하면서 아무런 이의의 유보나 조건을 제기하지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 그 해고의 효력을 인정하였다고 할 것이고, 따라서 그로부터 오랜 기간이 지난 후에 그 해고의 효력을 다투는 소를 제기하는 것은 신의칙이나 금반언의 원칙에 위배되어 허용될 수 없으나, 다만 이와 같은 경우라도 해고의 효력을 인정하지 아니하고 이를 다투고 있었다고 볼 수 있는 객관적인 사정이 있다거나 그 외에 상당한 이유가 있는 상황하에서 이를 수령하는 등 반대의 사정이 있음이 엿보이는 때에는, 명시적인 이의를 유보함이 없이 퇴직금을 수령한 경우라고 하여도 일률적으로 해고의 효력을 인정하였다고 보아서는 안된다(대법원 1996. 3. 8. 선고 95다51847 판결, 2003. 10. 10. 선고 2001다76229 판결 등 참조).

원심은, 원고들의 이 사건 청구가 신의성실의 원칙 또는 실효의 원칙에 따라 허용될 수 없다는 피고의 주장에 대하여 판단하기를, 피고 회사에 근무하다가 원고들이 사직한 직후에 해고된 일부 근로자들이 피고를 상대로 제기하거나 그들이 실질적 당사자가 되어 있는 소송에서 정리해고의 정당성이 다투어 지고 있었기 때문에 그 해고근로자들이 다투는 쟁점과 실질적으로 같은 쟁점을 가지고 있는 원고들이 이에 관한 법원의 판단을 기다렸다가 위 사건의 제1심판결이 선고되자 곧바로 이 사건 소를 제기하였던 점을 고려하면, 단지 원고들이 4개월분에 해당하는 퇴직위로금을 수령하고 약 2년 가량의 기간 동안 아무런 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로는 이 사건 소제기가 신의성실의 원칙에 반한다거나 실효의 원칙에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였는바, 기록과 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보니 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 상고이유 제2점이 내세우는 신의성실의 원칙 또는 실효의 원칙에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

원심은 나아가 피고의 다음과 같은 주장, 즉 원고들이 피고로부터 퇴직금과 퇴직위로금을 수령할 당시 아무런 이의를 유보하거나 조건을 제기하지 아니하였으므로 피고의 사직서 수리행위를 추인하였다는 주장에 대하여 판단하기를, 원고들이 퇴직위로금을 수령하고 2년이 경과되었다는 사실만으로는 묵시적인 추인이 있었다고 보기도 어렵다고 판단하였다. 원심이 적법하게 인정한 앞서 본 사정을 비롯하여 기록에 의하여 알 수 있는 여러 사정에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단 역시 정당하고 거기에 상고이유 제2점의 주장과 같은 무효행위의 추인에 관한 법리오해, 채증법칙 위배 또는 심리미진으로 인한 사실오인 등의 위법이 없다.

### 3. 결 론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하게 하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 양승태(재판장), 이규홍, 박재윤(주심)



## 4.2 사내부부 사원 중 한명에게 일방적 사직 권유 또는 종용

☞ 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002다19292 판결

### » 요 지 «

회사의 중간관리자들이 계속·반복적으로 행한 사내부부 사원 중 한명에 대한 퇴직권유 또는 종용행위는 근로자들에게 우월적인 지위에 있는 회사의 강요행위로 볼 수 있고, 사직서 제출의 대가로 별도의 이득도 없이 퇴직을 원하는 내용의 사직서로 표명한 사직의사는 회사의 강요에 의하여 이루어진 것으로 내심의 효과의사 없는 비진의표시로 의원면직의 외형만을 갖추고 있을 뿐 실질적으로는 회사에 의한 해고이므로, 정당한 해고사유가 없고 정당한 정계절차를 밟아 해고하였거나 정리해고의 요건을 갖추었다는 점에 관하여 회사의 아무런 주장이나 입증이 없으므로 부당해고에 해당한다.

- \* 원고, 피상고인 : 김○○ 외 3명
- \* 피고, 상고인 : ○○○○생명보험 주식회사
- \* 원심판결 : 서울고법 2002. 2. 26. 선고 2001나25018 판결

### » 주 문 «

상고를 '기각'한다.

상고비용은 피고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

#### 1. 상고이유 제1, 2점에 대하여

사용자가 근로자로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시킨 경우, 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성, 제출하게 하였다면 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다 할 것이다(대법원 1992. 5. 26. 선고 92다3670 판결 등 참조).

원심은, 채용증거를 종합하여, 원고 김○○, 명○○은 각 1987. 1. 12.에, 원고 이○○는 1986. 1. 15.에, 원고 박○○은 1985. 1. 7.에 각 피고회사에 입사하여 근무하였던 사실, 1997. 12월경 IMF 외환위기로 인한 경영난과 모기업인 주식회사 ○○상선의 부도위기에 서 벗어나 독자 생존할 수 있는 효율적인 구조조정의 필요성을 인식하고 있었던 피고회사는 1998. 3월경 전례가 없이 30세 이상의 여직원들에 대하여 점포장양성 직무과정 교육에 참여토록 하였는데, 그 교육과정에 이전의 교육과정에는 없던 행동력 강화 훈련, 산악

훈련 등 여성으로는 체력적으로 부담이 되는 훈련이 포함되어 있었던 사실, 교육 훈련 직후 훈련에 참가하였던 장기근속 여직원들 여러 명에 대하여 위 교육과정과는 무관하게 아무런 업무내용의 변경이 없음에도 원격지로 발령이 났고 이에 여직원들 사이에서는 피고회사가 임금의 부담이 많은 장기근속 여직원들을 감축시키려고 위와 같은 교육을 실시하였고 그럼에도 퇴직을 하지 않는 여직원들에게 통근에 장시간이 소요되고 교통비부담이 가중되는 원격지로 발령을 낸 것이라는 소문이 돌게 된 사실, 그러던 중 언론에서는 많은 회사들이 사내부부 중 1명을 자연스럽게 퇴직시킨다는 내용의 기사가 보도되어 그것이 마치 좋은 구조조정 사례인 것처럼 여겨지는 사회적 분위기가 형성되었고, 피고회사의 직원들 일부 사이에서도 사내부부들 중 한쪽 배우자가 퇴직하는 것이 회사에 의한 인위적인 대규모 인력조정을 피할 수 있는 방안이라는 인식이 형성된 사실, 1998. 7월경 피고회사 서울지역본부 업무부장으로서 산하기관 직원의 인사관리업무 책임자인 소의 최○은 지점장 및 지점의 과장 등에게 사내부부는 그 중 한사람이 그만두더라도 당장 생계 문제가 생기지 않으므로 자진 사직을 하도록 해보라고 연락하였고, 같은 달 중순경부터는 각 지점에 지점별 진행상황을 알려주었으며 사내부부가 누구인지에 대한 문의가 있으면 인사자료를 이용하거나 본사 인사부에 확인하여 알려주어, 장기근속 여직원들에 대한 인력감축에 실패한 피고회사가 이번에는 사내부부 중 1인을 퇴직시키려 한다는 소문이 피고회사의 직원들 사이에 퍼지게 된 사실, 이에 따라 원고들이 소속한 지점 산하 영업소의 소장들은 원고들과 남편들에게 원고들이 사직할 것을 수차에 걸쳐 권유하거나 종용하여, 결국 1998.8월경까지 피고회사의 본사 및 전국 각 영업소에서 근무하는 사내부부 88쌍 중 86쌍의 한쪽 배우자가 모두 사직서를 제출하여 1998. 8. 3부터 같은 달 31일까지 사이에 모두 퇴직발령을 받은 사실, 원고들을 비롯한 퇴직사원들은 피고회사의 취업규칙 소정의 퇴직금 이외에 아무런 금원도 수령한 바 없었고 피고회사가 퇴직사원들의 배우자들에게 인사상의 불이익을 준 바도 없었던 사실을 인정한 다음, 피고회사 중간관리자들의 퇴직권유 또는 종용과 관련한 언동 및 그 횟수, 중간관리자와 부부사원의 회사 내 지위에 비추어 자진퇴직을 권유 또는 종용하는 중간관리자들의 지휘, 감독을 받는 지위에 있던 원고들을 비롯한 퇴직사원과 그 배우자들로서는 퇴직 권유 또는 종용을 받아들이지 아니할 경우에 입게 될 불이익이 본인뿐만 아니라 배우자들에게까지 미칠 경우에는 그 압박감이 가중되고 지속될 것이며, 그러한 권유 또는 종용이 계속, 반복될 경우에는 더 이상 저항하여도 달리 선택의 여지가 없을 것이라는 자포자기의 상태에 빠지게 될 것이므로, 이러한 상황에서 있는 원고들에 대하여 피고회사의 중간관리자들이 계속, 반복적으로 행한 퇴직권유 또는 종용행위는 원고들에 대하여 우월적인 지위에 있는 피고회사의 강요행위라고 인식될 것이어서, 사직서를 제출한 대가로 별도의 이득도 얻지 못한 원고들이 1998. 8. 31자로 퇴직을 원하는 내용의 사직서를 제출함으로써 표명한 사직의사는 피고의 강요에 의하여 어쩔 수 없이 이루어진 것으로서 내심의 효과의사 없는 비진의표시라 할 것이고 따라서 이는 의원면직의 외형만을 갖추고 있을 뿐 실질적으로는 피고 회사에 의한 해고에 해당하고, 나아가 원고들을 해고할만한 정당한 사유가 있고 정당한 징계절차를 밟아 해고하였다거나 근로기준법 제31조에 따른 정리해고의 요건을 갖추었다는 점에 관하여 피고로부터 아무런 주장, 입증이 없으므로 위 해고는 부당해고로서 당연 무효라고 판단하였다.





위와 같은 법리와 기록에 의하면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 채증법칙위배로 인한 사실오인, 자진사직 및 해고나 비진의 의사표시에 관한 법리오해의 위법이 없다.

## 2. 상고이유 제3점에 대하여

기록에 의하면, 원고들이 1998. 7월에 사직서를 제출하고 같은 해 8월에 퇴직하였음에도 그로부터 1년 9개월이 지나서야 이 사건 청구를 한 것은 신의성실의 원칙에 위배된다는 주장은 피고가 상고심에 이르러 비로소 새로이 하는 주장이고, 원심에서는 주장한 바 없었음이 명백하므로 이는 원심판결에 대한 적법한 상고이유가 될 수 없다(대법원 1992. 9. 25. 선고 92다24325 판결 참조).

따라서 원심판결에는 상고이유에서 주장하는 바와 같은 판단유탈 및 이유불비의 위법이 있다고 할 수 없다.

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

대법관 손지열(재판장), 조무제, 유지담(주심), 강신욱

☞ 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다35379 판결

» 요 지 «

1. 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 없다.
2. 사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성, 제출하게 한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다고 할 것이다.

\* 원고, 상고인 : 김○○ 외 1명

\* 피고, 피상고인 : ○○협동조합중앙회

\* 원심판결 : 서울고법 2002. 5. 17. 선고 2001나1661 판결

» 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 원고들의 부담으로 한다.

» 이 유 «

1. 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 없다.(대법원 1996. 12. 20. 선고 95누16059 판결, 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결, 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결 등 참고.)

원심은, 채용증거를 종합하여, 피고가 명예퇴직제를 시행할 당시의 우리나라 경제상황과 당시 모든 금융기관이 경쟁력확보를 위하여 대대적인 인력감축을 시행하고 있어 피고 또한 인력감축이 필요하였고 더욱이 2000년으로 예정된 축산업협동조합 등과의 통



합을 앞두고 있어 인력감축이 절실히 필요하였으며, 이를 위하여 '구조조정비상대책위원회'를 구성하여 나름대로의 기준을 세우고 노동조합으로부터의 의견수렴과 동의를 얻어 명예퇴직제와 순환명령휴직제를 병행시행한 사실과 원고들이 사직원을 제출하게 된 경위 등에 관하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이러한 사실관계에 의하면, 원고들이 피고에서 사직원을 제출함으로써 사직의 의사표시를 한 데에 원고들의 내심의 효과의사가 결여되었다고 볼 수 없으며, 나아가 피고가 명예퇴직제 등 인력감축방안을 시행하는 과정에서 원고들에게 명예퇴직 권유에 응하지 않을 경우 어떤 불이익을 입을 수도 있다는 취지의 설명을 하였다거나 예상을 넘은 명예퇴직 신청자 등으로 인하여 피고가 결과적으로 정리해고를 실시하지 않았고 순환명령휴직을 받은 직원들이 사후에 모두 복직되었다는 사정만으로는 피고가 원고들을 기망하였다거나 강박하였다고 보기 어려우며, 원고들이 사기, 강박에 의하여 사직의 의사표시를 하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 원고들의 사직의 의사표시가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하거나 헌법상의 기본권 및 근로기준법과 남녀고용평등법상의 제한 규정에 위반된다고 볼 수 없다고 판단하였다.

위와 같은 법리와 기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 의사표시 하자에 관한 법리오해, 채증법칙 위배로 인한 사실오인, 심리미진 및 이유모순 등의 위법이 없다.

2. 사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성, 제출하게 한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다고 할 것이다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95누7765 판결, 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결, 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결 등 참조)

원심이 인정한 사실관계에 의하면, 원고들이 피고의 기망, 협박, 강요로 인하여 어쩔 수 없이 이 사건 사직원을 제출하였다고 볼 수 없어, 원고들과 피고 사이의 근로계약관계는 원고들이 사직원을 제출하고 피고가 이를 수리함으로써 합의해지에 의하여 종료되었다고 할 것이므로, 이 사건 퇴직이 실질적인 정리해고에 해당함을 전제로 한 원고들의 주장은 받아들일 수 없다고 할 것이다.

원심이 같은 취지에서 원고들의 이 사건 퇴직을 실질적으로 정리해고에 해당하는 것으로 볼 수 없고, 원고들과 피고 사이의 이 사건 근로계약관계가 합의해지로 종료되었다고 판단한 조치는 정당하고, 거기에 실질적 해고나 정리해고의 정당성에 관한 법리오해 및 이유모순 등의 위법이 없다.

3. 그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자들의 부담으로 하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 손지열(재판장), 조무제, 유지남(주심), 강신욱



### 4.3 대기발령과 직권면직 통보에 의한 희망퇴직 신청

☞ 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두6552 판결

#### » 요 지 «

1. 사용자가 근로자로부터 사직서를 제출 받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시킨 경우, 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성, 제출하게 하였다면 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다 할 것이다.
2. 희망퇴직신청서 제출 당시 사직에 관한 내심의 효과의사가 있었고, 희망퇴직자로 심사, 확정되었다 하더라도 회사가 원래 사직의 의사가 없는 근로자로 하여금 희망퇴직을 하지 않을 수 없도록 부당한 영향력을 행사하여 희망퇴직을 신청하도록 하여 이를 수리한 이상, 실질적으로 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 해고에 해당하고, 회사의 희망퇴직신청 수리에 따라 근로자가 일시적인 혜택을 부여받았다 하여 달리 볼 것은 아니다.

\* 원고, 상고인 : ○○○산업개발 주식회사

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : ○○○

\* 원심판결 : 서울고법 2002. 6. 28. 선고 2001누6236 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

사용자가 근로자로부터 사직서를 제출 받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시킨 경우, 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성, 제출하게 하였다면 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다 할 것이다(대법원 2002. 7. 26. 선고 2002다19292 판결 참조).

원심이 유지한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 판시 사실을 적법히 확인한 다음, 그 인정 사실에 비추어 피고보조참가인은 원래 사직의 의사가 없었음에도 원고 회사로부터



뚜렷한 사유 없이 대기발령을 받고 희망퇴직신청을 하지 아니할 경우 직권면직을 당할 것이라는 통보를 받게 되자 직권면직처리 될 경우 입게 될 경제적 불이익 등을 우려하여 어쩔 수 없이 희망퇴직신청서를 작성, 제출하였다고 보여진다고 판단하고, 희망퇴직신청서 제출 당시 참가인에게 사직에 관한 내심의 효과의사가 있었고, 희망퇴직자로 심사, 확정되었다 하더라도 원고 회사가 원래 사직의 의사가 없는 참가인으로 하여금 희망퇴직을 하지 않을 수 없도록 부당한 영향력을 행사하여 희망퇴직을 신청하도록 하여 이를 수리한 이상, 위와 같은 행위는 실질적으로 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 해고에 해당하고, 원고 회사의 희망퇴직신청 수리에 따라 참가인이 일시적인 혜택을 부여받았다 하여 달리 볼 것은 아니며, 참가인을 해고시킬 만한 정당한 이유가 인정되지 아니하는 이상 참가인에 대한 해고는 부당해고라는 이유로 이 사건 청구를 배척하였다.

기록과 위 법리에 의하여 원심판결 이유를 살펴보니, 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 잘못이나 의사표시해석에 관한 법리오해의 위법이 없으며, 원고가 참가인을 해고함에 있어서 구체적인 인력감축기준도 마련하지 아니하였던 관계로 참가인을 인력감축대상자로 선정한 별다른 이유를 찾아볼 수 없는 데다가 달리 합리적이고 공정한 정리해고의 기준을 정하였다는 점도 인정되지 아니하는 이 사건에 있어서 참가인에 대한 해고는 정리해고로서의 유효요건도 갖추지 못하였다고 판단되므로 원고의 상고이유를 받아들일 수 없다.

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

대법관 변재승(재판장), 송진훈, 윤재식, 이규홍(주심)

## 4.4 사용자의 욕설과 폭언 등에 의한 사직서 제출

☞ 서울행법 2013. 7. 23. 선고 2013구합2051 판결

### » 요 지 «

1. 사용자가 근로자로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시킨다 할지라도, 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다.
2. 이사장이 참가인을 사무실이 아닌 자택으로 호출하여 참가인에게 욕설과 폭언을 하면서 사직서의 작성을 요구한 점, 그 과정에서 참가인이 교수들에게 도움을 요청하는 문자메시지를 보낸 점, 참가인이 약 5시간 동안 이사장의 자택에 있다가 이 사건 사직서를 제출하고서야 비로소 나올 수 있었던 점, 이 사건 사직서의 작성·제출 당시 참가인이 스스로 사직할 만한 뚜렷한 이유가 없었고, 이 사건 사직서에도 사직의 이유가 구체적으로 기재되어 있지 아니한 점, 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 이사장의 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.

\* 원고 : A

\* 피고 : B, C

### » 주 문 «

1. 이 사건 소 중 피고 C에 대한 소를 각하한다.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 모두 원고가 부담한다.

### » 청구취지 «

1. 중앙노동위원회가 2012. 12. 17. 원고와 피고 B의 보조참가인(이하 '참가인'이라고만 한다) 사이의 중앙 D 부당해고 구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.



2. ○□지방노동위원회가 2012. 8. 13. 원고와 참가인 사이의 경기 E 부당해고 구제신청 사건에 관하여 한 판정을 취소한다.

## » 이 유 «

### 1. 재심판정의 경위

- 가. 원고는 목회자 등 지도자 양성을 위한 고등교육 등을 목적으로 설립되어 F를 설치·운영하는 학교법인이다. 참가인은 2009. 2. 16. 입사하여 총무처장으로 근무하던 사람이다.
- 나. 참가인은 2012. 5. 25. 원고에게 사직서(이하 ‘이 사건 사직서’라고 한다)를 제출하였고, 원고는 이 사건 사직서를 수리하여 같은 해 6. 25. 참가인을 의원면직(이하 ‘이 사건 의원면직’이라고 한다)하였다.
- 다. 참가인은 2012. 6. 20. 이 사건 사직서가 원고의 이사장인 G의 강요와 협박으로 작성·제출된 것이므로 이에 따른 의원면직은 부당해고에 해당한다고 주장하면서 ○□지방노동위원회에 구제신청을 하였다(경기 E호). ○□지방노동위원회는 같은 해 8. 13. 참가인의 구제신청을 인용하였다(갑 제19호증 참조, 이하 ‘이 사건 초심판정’이라고 한다)
- 라. 원고가 이에 불복하여 2012. 9. 20. 중앙노동위원회에 재심을 신청하였으나, 중앙노동위원회는 같은 해 12. 17. 원고의 재심신청을 기각하였다(중앙 D, 갑 제1호증 참조, 이하 ‘이 사건 재심판정’이라고 한다).

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 19호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

### 2. 이 사건 소 중 피고 C에 대한 소의 적법 여부

#### 가. 본안전항변

이 사건 소 중 피고 C에 대한 소는 피고적격이 없는 자를 상대로 제기된 것으로 부적법하다.

#### 나. 판단

사용자가 근로자에게 부당해고 등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제신청을 할 수 있고(근로기준법 제28조제1항), 노동위원회는 근로자의 구제신청을 받으면 곧바로 필요한 조사를 하고 당사자를 심문하여 부당해고 등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하여야 하고, 부당해고 등이 성립하지 않는다고 판정하면 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다(같은 법 제29조제1항, 제30조제1항). 그리고 노동위원회는 지방노동위원회와 중앙노동위원회 등으로 구분되는데(노동위원회법 제2조제

1항), 지방노동위원회의 구제명령이나 기각결정에 불복하는 사용자나 근로자는 구제명령서나 기각결정서를 통지받은 날부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있고(근로기준법 제31조제1항), 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 사용자나 근로자는 재심판정서를 송달받은 날부터 15일 이내에 B을 피고로 하여 행정소송을 제기할 수 있다(근로기준법 제31조제2항, 노동위원회법 제27조제1항).

위와 같은 관련 법령의 규정 형식과 내용 등에 비추어 볼 때, 지방노동위원회의 구제명령이나 기각결정은 항고소송의 대상이 아니고, 그에 대한 중앙노동위원회의 재심판정만이 항고소송의 대상이 된다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 소 중 피고 C에 대하여 이 사건 초심판정의 취소를 구하는 소는 부적법하다.

### 3. 이 사건 재심판정의 적법 여부

#### 가. 원고의 주장

원고의 이사장이 참가인에게 이 사건 사직서의 작성을 강요하거나 협박한 사실이 없다. 이 사건 사직서는 참가인의 자유로운 의사에 따라 제출되었고, 원고가 이를 수리함으로써 원고와 참가인 사이의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되었다. 따라서 이와 다른 전제에서 이루어진 이 사건 재심판정은 위법하다.

#### 나. 인정 사실

- 1) 참가인은 원고의 이사장인 G의 호출로 2012. 5. 25. 10:40경 용인시에 있는 G의 자택을 방문하였다. G은 참가인을 자택 출입문 앞 탁자에 앉혀 놓고 심한 욕설과 함께 ‘사표를 써라’, ‘내일 책상을 치울 거다’, ‘우리 영감이 찢러 죽인다고 했다’라는 등으로 사직서의 작성을 요구하였다.
- 2) 참가인은 2012. 5. 25. 12:54경 위 대학교의 교수 등에게 ‘교수님 나 이사장님 집에 감금당해 있어요. 도와주세요. 그냥 불일 있는 것처럼 와주세요’라는 내용의 문자메시지를 전송하였다. 그리고 참가인은 같은 날 15:40경 G에게 ‘상기 본인은 같은 달 31일부로 사직서를 제출합니다’라는 내용의 사직서를 제출한 뒤 G의 자택을 나왔다.
- 3) 참가인은 2012. 6. 19. 원고의 이사회 임원들에게 등기우편 또는 이메일로 ‘G이 사직서를 작성하지 않으면 못 나간다고 하면서 약 5시간 동안 감금하였고 그 상황에서 자리를 피해야겠다는 생각으로 부득이하게 이 사건 사직서를 작성할 수밖에 없었다. 이 사건 사직서는 자의에 의한 것이 아니라 강압에 못 이겨 작성된 것으로 무효이다’라는 내용의 호소문을 보냈다.
- 4) 원고는 2012. 6. 22. 이사회를 개최하여 긴급 안건으로 이 사건 면직을 의결하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2 내지 4, 7, 20호증의 각 기재, 변론 전체의 취지





[배척 증거] 갑 제22호증의 기재

#### 다. 판단

사용자가 근로자로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시킨다 할지라도, 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이다(대법원 2002. 6. 14. 선고 2001두11076 판결 등 참조).

위와 같은 법리를 토대로 이 사건에 관하여 보건대, 위 인정 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ① G이 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 G의 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 G의 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. 이와 같은 전제에서 이루어진 이 사건 재심판정은 적법하고, 원고의 위 주장은 이유 없다.

#### 4. 결 론

그렇다면, 이 사건 소 중 피고 C에 대한 소는 부적법하여 각하하고, 원고의 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 진창수(재판장), 이강호, 김혜성



## 4.5 회사 상황을 다소 과장하고 불이익을 예고하여 사직서 제출

☞ 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결

### » 요 지 «

1. 진의 아닌 의사표시에 있어서의 '진의'란 특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니므로 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것이 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 진의 아닌 의사표시라고 할 수 없다.
2. 사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다.

\* 원고, 상고인 : 박○○ 외 30인

\* 피고, 피상고인 : ○○○○보험 주식회사

\* 원심판결 : 부산고법 2000. 8. 30. 선고 2000나3699, 3705 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 원고 박○○의 상고이유에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 원고 박○○이 피고 회사를 퇴직하고 퇴직금 및 퇴직위로금 등을 수령하면서 피고 회사에 대하여 "본인은 퇴직함에 있어 퇴직위로금을 수령하고, 향후 퇴직과 관련된 어떠한 이의도 제기하지 않을 것을 확약합니다."라는 내용이 담긴 확인서를 작성·제출한 사실을 인정한 다음, 위 원고는 피고 회사에서 퇴직하면서 퇴직의 무효를 다투는 이 사건 소를 포함하여 회사와의 근로관계가 종료됨으로 인하여 발생하는 일체의 법률관계에 관하여 민사소송 등 쟁송을 하지 않기로 하는 부제소 합의를



한 것으로 봄이 상당하다고 판단하고, 이 사건 퇴직은 피고 회사의 기망 및 강요에 의한 것으로서 위 퇴직에 부수된 부제소 합의는 취소되어야 한다는 위 원고의 주장에 대하여, 위 원고의 이 사건 퇴직이나 부제소 합의가 피고 회사의 기망이나 강요에 의한 것으로 볼 수 없다는 이유로 이를 배척하여, 위 원고의 이 사건 소는 부제소 합의에 반하여 제기된 것으로서 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 인정과 판단은 모두 수긍이 가고, 거기에 채증법칙을 위배하였거나 부제소 합의의 효력에 관한 법리를 오해한 위법이 없다. 이 부분 상고이유는 받아들일 수 없다.

## 2. 원고 박○○을 제외한 나머지 원고들(이하 '위 원고들'이라 한다)의 상고이유에 대하여

가. 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 사직원 제출 경위에 의하면, 위 원고들이 피고 회사에 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, 피고 회사가 희망퇴직제를 시행할 당시 우리 나라의 경제상황과 피고 회사 및 보험업계 일반의 경영상태와 이로 인한 피고 회사의 구조조정과 인력감축의 필요성 등이 원심이 인정한 바와 같은 이상, 피고 회사가 희망퇴직제를 실시하는 과정에서 당시 또는 앞으로 다가올 피고 회사의 어려운 상황을 다소 과장하거나 위 퇴직 권유에 응하지 않을 경우 어떤 불이익을 입을 수도 있다는 취지의 설명을 하였다는 사정만으로는 피고 회사가 위 원고들에게 기망행위나 강박행위를 하였다고 보기 어렵고, 위 원고들이 이로 인하여 사직의 의사표시를 하였다고 볼 수도 없다고 할 것이다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 진의 아닌 의사표시, 사기 또는 강박의 의사표시에 관한 법리를 오해하는 등 상고이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다. 이 부분 상고이유는 받아들일 수 없다.

나. 사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제



출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다고 할 것이다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95누7765 판결, 1997. 8. 29. 선고 97다12006 판결, 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결 등 참조).

원심이 인정한 사실관계에 의하면, 위 원고들이 피고 회사의 기망, 협박, 강요로 인하여 어쩔 수 없이 이 사건 사직원을 제출하였다고 볼 수 없으므로, 위 원고들과 피고 회사 사이의 근로계약관계는 위 원고들의 사직원 제출과 이에 따른 피고 회사의 수리으로써 합의해지에 의하여 종료되었다고 할 것이고, 이와 달리 이 사건 퇴직이 실질적인 정리해고에 해당함을 전제로 한 위 원고들의 주장은 받아들일 수 없음이 분명하다고 할 것인바, 원심이 같은 취지에서 위 원고들의 이 사건 퇴직을 실질적으로 정리해고에 해당하는 것으로 볼 수 없으므로, 위 원고들이 주장하는 바와 같은 정리해고의 실질적 요건이 구비되었는지 여부는 위 원고들과 피고 회사 사이의 이 사건 근로계약관계 합의해지의 효력을 좌우할 수 없다고 판단한 조치는 정당하고, 거기에 의원면직의 효력이나 정리해고의 요건에 관한 법리를 오해한 위법이 없다. 이 부분 상고이유도 받아들일 수 없다.

**3. 그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 상고인인 원고들의 부담으로 하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.**

대법관 이용우(재판장), 조무제, 강신욱, 이강국(주심)



## 4.6 특별퇴직 권유에 의한 사직서 제출

☞ 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다95974 판결

### » 요 지 «

1. 사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다.
2. 甲 은행이 직원들에 대하여 특별퇴직을 권고하여 그 신청을 받고 이를 수리하는 형식으로 근로계약관계를 종료시킨 사안에서, 甲 은행의 경영상태 및 장래의 전망·구조조정 등에 관한 경영진의 확고한 의지·甲 은행이 제시한 특별퇴직의 조건·각 개인들의 개별적 사정과 장래의 불확실성·특별퇴직을 할 경우와 하지 않을 경우의 이해관계 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 직원들 스스로의 판단에 따라 그와 같은 퇴직의사를 결정하였거나, 마음 속으로는 甲 은행의 특별퇴직 권고를 선뜻 받아들일 수는 없었다 할 지라도 당시의 상황으로서는 그것이 최선이라고 판단하여 특별퇴직을 신청한 것으로 봄이 상당하므로, 甲 은행의 직원들에 대한 퇴직처분이 실질적으로는 해고에 해당하지 않는다.

\* 원고, 피상고인 : 원고 1외 57인

\* 피고, 상고인 : 주식회사 ○○○○은행

\* 원심판결 : 서울고법 2009. 10. 16. 선고 2009나9524 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들이 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서

해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결, 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다60528 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면 원심은, 판시와 같은 사실을 인정한 후 그와 같이 인정되는 제반 사정에 비추어 보면, 원고들이 특별퇴직을 신청하는 과정에서 피고 은행의 구조조정에 관한 경영상의 의지 표명 및 간부 직원들을 통한 권유로부터 일정한 영향을 받은 점은 인정되지만, 그러한 경영상의 의지 표명 또는 권유의 정도를 넘어 사직의 의사가 전혀 없는 원고들로 하여금 어쩔 수 없이 특별퇴직을 신청하게 하였다고 볼 수 있을 정도의 강압이나 퇴직의 중용이 있었다고 볼 수는 없고, 원고들로서는 그 당시 피고 은행의 경영상태 및 장래의 전망, 구조조정에 관한 경영진의 확고한 의지, 피고 은행이 제시한 특별퇴직의 조건, 각 개인들의 개별적 사정과 장래의 불확실성, 특별퇴직을 할 경우와 하지 않을 경우의 이해관계 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 원고들 스스로의 판단에 따라 그와 같은 퇴직의사를 결정하였거나, 마음 속으로는 피고 은행의 특별퇴직 권고를 선뜻 받아들일 수는 없었다 할지라도 당시의 상황으로서는 그것이 최선이라고 판단하여 이 사건 특별퇴직을 신청한 것으로 봄이 상당하고, 달리 원고들에 대하여 부당한 방법에 의한 강압이나 퇴직의 중용이 있었음을 인정할 증거가 없다는 이유로 피고 회사의 원고들에 대한 퇴직처분이 실질적으로는 정리해고에 해당함을 전제로 한 원고들 청구는 모두 이유 없다고 판단하였는바, 원심이 인정한 사실관계를 위 법리에 비추어 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 실질적인 해고에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다. 또한 원고들의 상고이유 중 원심이 인정한 사실과 다른 사실을 전제로 하여 원심판결을 탓하는 부분 등은 원심의 전권인 증거취사와 사실인정을 다투는 취지와 다르지 않으므로 받아들일 수 없다.

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

대법관 안대희(재판장), 박시환, 차한성, 신영철(주심)



## 4.7 사용자의 인사상 불이익 암시에 의한 근로자의 희망퇴직원 제출

☞ 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다68058 판결

### » 요 지 «

1. 사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다고 할 것이다.
2. 회사가 어려운 경제상황과 경영상태를 극복하기 위하여 조직축소와 구조조정의 일환으로 희망퇴직을 권유하는 과정에서, 재택근무제도를 신설하고 재택근무 인사발령이 나면 불이익이 클 것이라는 암시를 주며 실제로 무보직발령 및 역발령을 낸 사실이 있다고 하더라도, 근로자의 판단하에 희망퇴직원이 제출되고 회사가 이를 수락함으로써 퇴직처분이 이루어졌다면, 이는 회사의 일방적인 의사에 의한 해고에 해당한다고 볼 수 없다.

\* 원고, 상고인 : 강○ 외 252인

\* 피고, 피상고인 : ○○중공업 주식회사

\* 원심판결 : 부산고법 2002. 10. 16. 선고 2001나11697 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들이 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유(각 상고이유보충서는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

#### 1. 상고이유 제1, 2점에 대하여

사용자가 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성·제출하게 한 후 이를 수리하는 이른바 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시키는 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다고 할 것이나, 그렇지 않은 경우에는 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고 볼 수 없다고 할 것이다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결 등 참조).

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 나아가 피고 회사가 어려운 경제상황과 경영상태를 극복하고 살아 남기 위하여 불가피하게 조직을 축소개편하고 잉여인력에 대한 구조조정의 일환으로 희망퇴직을 실시하기로 하고 피고 회사의 본부장, 임원, 부서장들이 원고 등을 포함한 과장급 이상 직원들을 상대로 그들의 의사와는 관계없이 희망퇴직을 권유하는 과정에서, 당시 또는 앞으로 다가올 피고 회사의 어려운 상황이나 인원감축의 불가피성을 다소 과장하여 설명하고 퇴직 권유에 불응하여 이 사건 희망퇴직의 기회를 놓치게 될 경우 신분상 또는 경제상 어떤 불이익을 입을 수도 있다는 취지의 언급을 하고, 그 무렵 일정기간 재택근무 후 보직을 받지 못하는 경우 당연퇴직 한다는 내용의 재택근무제도를 신설한 후 재택근무 인사발령이 나면 불이익이 클 것이라는 암시를 주고, 무보직발령 및 역발령을 내기도 한 사실은 인정되나, 우선 피고 회사가 신설한 재택근무제도는 당시 어려운 경제상황을 극복하고 살아 남기 위하여 조직의 축소개편과 잉여인력에 대한 구조조정이 불가피한 상황에서 이에 대처하기 위하여 인력재배치의 차원에서 신설된 제도로써, 당시 피고 회사가 경영상 필요한 경우 할 수 있도록 되어 있던 기존의 보직해임제도보다 급여 및 처우 면에서 직원들에게 더 유리한 내용을 담고 있을 뿐만 아니라, 실제 피고 회사는 재택근무 인사명령을 내린 적이 한번도 없었으며, 또한 무보직발령 또는 역발령은 위와 같은 어려운 경제상황에서 조직의 축소개편으로 인하여 보직의 수가 감소하여 경영상의 필요에 따라 어쩔 수 없이 이루어진 것으로서 그 경영상의 필요에 합리성이 있다고 할 것이어서 피고 회사의 인사권이나 경영권을 남용한 것이라고 볼 수 없는 점에 비추어 보면, 이러한 것들이 희망퇴직을 실시하는 과정에서 있었다는 사정만으로 원고 등에게 퇴직을 강요하기 위해서 한 것이라고 단정할 수 없다고 보고, 원고 등의 이 사건 퇴직경위와 그 전후 사정 등에 비추어 보면, 그 판시 증거들 및 이에 의하여 인정되는 제반 사정들만으로는 원고 등이 피고 회사의 강박에 의하여 퇴직의 의사표시를 한 것이므로 취소할 수 있는 법률행위에 해당한다거나 내심으로는 퇴직의 의사가 전혀 없음에도 피고 회사의 위와 같은 강요로 어쩔 수 없이 희망퇴직원을 제출하였던 것이므로 비진의 의사표시에 해당하고, 피고 회사도 그 진의 아님을 알았거나 알 수 있었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며(원고 등에 대한 피고 회사의 강요·강박은 원고 등별로 구분·특정하여 그 정도를 판단하여야 할 것인데, 원고들은 앞서의 주장 외에 원고 등이 받은 구체적인 강요·강박의 주장 및 입증을 하지 못하고 있다.), 오히려 그 판시와 같은 사실관계에 의하면, 원고 등이 사직서를 제출하게 된 것은 피고 회사의 명시적 또는 묵시적 권유 또는 요구에 의하여 비롯된 면은 있지만 사직의 의사가 전혀 없는 근로자로 하여금 강압적 수단에 의하여 어쩔 수 없이 희망퇴직원을 제출하게 한 것으로 볼 수는 없고, 원고 등이 그 당시 우리 나라 및 피고 회사와 동종 업계의 경제적 상황이나 경영상태 및 그에 대한 장래의 전망, 피고 회사에서 제시하는 희망퇴직의 조건과 그 과정, 각 개인들의 개별적 사정과 장래의 불확실성, 피고 회사에서 퇴직할 경우와 계속 근무할 경우에 있어서의 이해관계 등을 종합적으로 고려하여 그들 스스로 진심으로 그와 같은 퇴직의사를 결정하였거나 마음속으로는 그와 같은 퇴직이 내키지 않았다 하더라도 당시의 상황으로서는 그것이 최선이라고 판단하여 이 사건 희망퇴직원을 제출하였다고 봄이 상당하고, 사정이 이와 같다면 이 사건 퇴직 당시 원고



등은 피고 회사의 권유에 따라 사직의 의사표시를 하고 피고 회사가 이를 수락함으로써 쌍방간에 이 사건 근로관계의 해지에 관하여 유효한 합의가 이루어졌다 할 것이어서 이 사건 퇴직처분이 실질적으로 피고 회사의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 해고에 해당한다고 보기 어렵고, 그 밖에 달리 원고들 주장과 같이 이 사건 퇴직을 실질적으로 정리해고에 해당하는 것으로 볼 만한 특별한 사정이 없다는 이유로, 원고 등의 퇴직 의사표시가 강박에 의한 것으로서 취소할 수 있거나, 비진의 의사표시로서 무효이며, 피고 회사의 원고 등에 대한 퇴직처분이 사실상 정리해고에 해당함을 전제로 한 원고들 청구는 모두 이유 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 실질적인 해고에 관한 법리오해의 위법이 없다.

## 2. 상고이유 제3점에 대하여

법원은 당사자의 진술에 모순·흠결이 있거나 그 진술의 취지를 알 수 없는 때 이를 보완하여 명료하게 하거나, 소송의 정도로 보아 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 입증하지 아니하는 것이 명백한 경우에 한하여 입증을 촉구하여야 할 의무가 있는 것이고, 다툼 있는 사실에 관하여 입증이 없는 모든 경우에 심증을 얻을 때까지 입증을 촉구하여야 하는 것은 아니다(대법원 1994. 8. 12. 선고 94다13053 판결, 2003. 12. 12. 선고 2003다8886 판결 등 참조).

기록에 의하면, 이 사건 소송은 처음부터 소송대리인에 의하여 소송이 수행되었고 소송대리인의 판단에 따라 입증활동이 이루어졌는바, 원고들 소송대리인은 피고 회사의 강요·강박에 의한 의사표시의 취소에 대하여는 원고별로 입증을 하여야 한다는 것을 명백히 알고 있었으며, 그에 관한 일응의 입증을 하였음이 분명하므로 법원이 위 원고들에 대하여 이 점에 대하여 입증할 것을 촉구할 의무는 없다고 할 것이므로 거기에 사실심 법원으로서의 입증촉구의무를 위배한 위법이 있다고 할 수 없다.

## 3. 상고이유 제4점에 대하여

기록에 비추어 살펴보면, 희망퇴직에 관한 인사관리규정과 급여규정은 1998. 12. 5.경 근로자들에게 주지된 것으로 보여 그때쯤 효력을 발생한다고 보아야 할 것이다. 따라서 원심이 이 사건 희망퇴직과 관련한 인사관리규정과 급여규정을 1998. 12. 5.경 공포하고도 그 시행시기만 1998. 11. 13.로 소급한 것이라는 위 원고들 주장을 인정할 증거가 없다고 판단한 것은 잘못이지만, 이 사건 희망퇴직은 사용자와 근로자 사이의 근로계약에 대한 합의해지이므로 반드시 취업규칙 등에 그 근거규정이 있어야만 가능한 것은 아니라 할 것이므로 원심의 위와 같은 잘못은 판결의 결과에는 영향이 없다고 할 것이므로 이 점에 관한 상고이유의 주장도 결국 받아들일 수 없다.

## 4. 상고이유 제5점에 대하여

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 위 원고들로서는

조기퇴직제도와 희망퇴직제도가 그 도입 취지나 자격요건, 절차 등이 서로 다르다는 사실을 잘 알면서 희망퇴직원을 제출하여 퇴직하였다 할 것이어서 결국 위 원고들의 퇴직이 조기퇴직임을 전제로 한 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 모두 이유 없다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 필요한 심리를 다하지 아니하거나 판결에 이유를 명시하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없다.

## 5. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자인 원고들이 부담하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 변재승(재판장), 윤재식, 강신욱, 고현철



## 5. 사직 의사표시의 철회

### 5.1 임의사직의 철회

☞ 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8657 판결★

#### » 요 지 «

1. 근로자가 사직원을 제출하여 근로계약관계의 해지를 청약하는 경우 그에 대한 사용자의 승낙의사가 형성되어 그 승낙의 의사표시가 근로자에게 도달하기 이전에는 그 의사표시를 철회할 수 있고, 다만 근로자의 사직 의사표시 철회가 사용자에게 예측할 수 없는 손해를 주는 등 신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 철회가 허용되지 않는다.
2. 사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지로 볼 것이고, 근로계약의 해지를 통고하는 사직의 의사표시가 사용자에게 도달한 이상 근로자로서는 사용자의 동의 없이는 비록 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 이전이라 하여도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다.

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 사회복지법인

\* 원심판결 : 서울고법 1999. 6. 24. 선고 98누2715 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

#### 1. 사직 의사표시의 하자 유무에 관하여

원심판결 이유에 의하면 원심은, 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고만 한다)이 원고로 하여금 사직의 의사표시를 하도록 강박을 행하였음을 인정할 증거가 없으며, 한편 사직서 제출 경위, 사직서 기재 내용 및 위 사직서와 관련하여 취한 원고의 태도 등을 종합하면 사직서의 작성·제출이 근로자인 원고의 진의에 의한 것이 아니라고 단정할 수는 없으며

로, 원고가 사용자인 참가인의 일방적인 의사에 의하여 해고된 것으로 볼 수 없다고 판단하였는바, 기록에 비추어 보면, 원심의 이 같은 사실인정 및 판단은 옳고, 거기에 의사표시의 하자에 관한 법리오해나 심리미진의 위법이 없다.

이 점에 관한 상고이유는 받아들일 수 없다.

## 2. 사직의사의 유효한 철회 여부에 관하여

원심은, 원고는 참가인이 ○○직할시 ◇구로부터 위탁받아 운영하는 어린이집 1의 원장으로 근무하던 중 1997. 2. 10. '신입원생 학부모들 앞에서 보육교사 소외 1의 명예를 훼손하는 발언을 하였고, 직장 구성원 간에 불화를 조성하였으며, 부하직원 지휘의 책임이 있음에도 학부모에게 의도적으로 소문을 내어 시설의 품위를 실추시켰다'는 이유로 참가인으로부터 징계처분(견책)을 받음과 아울러, 참가인이 위탁 운영중인 사회복지관에 병설하여 운영할 예정인 어린이집 2의 개원실무 책임자로 근무하라는 전보명령을 받고, 같은 달 18일 위 사회복지관에 첫 출근하여 같은 날부터 같은 달 27일까지의 휴가원을 제출한 후 당일 사직서를 제출하였으며 참가인은 같은 달 20일 원고의 사직서를 수리한 사실, 그런데 원고는 휴가중인 같은 달 25일 ○○직할시 동구 의회에서 어린이집 2에 관한 조례가 통과되었다는 소식을 듣고 위 사회복지관의 관장인 소외 2에게 사직 의사표시를 철회한다고 하였으나, 소외 2는 사직서가 이미 수리되었음을 통보한 사실을 인정한 다음, 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 근로계약 종료의 효과가 발생하기 전에는 그 사직의 의사표시를 자유로이 철회할 수 있는바, 참가인과 원고 사이의 근로계약관계의 합의해지의 청약이라 할 수 있는 원고의 1997. 2. 18.자 사직서에 대하여 사용자인 참가인이 같은 달 20일 이를 승낙함으로써 이때 이미 위 근로계약 종료의 효과는 발생하였다 할 것이므로 원고로서는 더 이상 위 사직의 의사표시를 철회할 수 없다는 이유로, 위 사직 의사표시 철회로써 근로계약이 여전히 존속중이라는 원고의 주장을 배척하였다.

근로자가 사직원을 제출하여 근로계약관계의 해지를 청약하는 경우 그에 대한 사용자의 승낙의사가 형성되어 그 승낙의 의사표시가 근로자에게 도달하기 이전에는 그 의사표시를 철회할 수 있고, 다만 근로자의 사직 의사표시 철회가 사용자에게 예측할 수 없는 손해를 주는 등 신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 철회가 허용되지 않는다고 할 것이다(대법원 1992. 4. 10. 선고 91다43138 판결, 1994. 8. 9. 선고 94다14629 판결 참조).

그런데도 원심은 근로자의 근로계약 합의해지 청약에 대한 사용자의 승낙 의사가 형성되어 있기는 하지만 그 의사가 아직 상대방인 근로자에게 도달하지 않은 단계에서도 확정적으로 근로계약 종료의 효과가 발생하여 근로자로서는 더 이상 사직 의사표시를 철회할



수 없다는 전제에서 원고의 사직 의사표시 철회는 참가인이 원고의 사직서를 수리한 이후에 이루어진 것이므로 그 효력이 없다고 판단하였으니, 원심판결에는 근로계약 합의해지에 있어서의 청약의 철회에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

그러나 사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지로 볼 것인바, 원심이 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, 이와 같은 경우 사직의 의사표시가 참가인에게 도달한 이상 원고로서는 참가인의 동의 없이는 비록 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 전이라 하여도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다 할 것이므로, 원고의 사직 의사표시 철회로써 참가인과의 근로계약이 여전히 존속중이라는 원고의 주장을 배척한 원심의 판단은 결과적으로 정당하다 할 것이다.

이 점에 관한 상고이유도 받아들일 수 없다.

### 3. 전보처분의 정당성 유무에 관하여

이 사건에서, 원심이 원고의 사직 의사표시에 기하여 근로계약이 해지되어 참가인과의 근로관계가 종료되었다고 판단한 이상, 원심으로서의 참가인의 원고에 대한 전보명령의 당부에 관하여는 판단할 필요가 없다 할 것이다.

따라서 원심이 참가인의 원고에 대한 전보명령은 동일한 징계사유에 기한 불이익한 처분으로서 이중징계이며 전보처분의 재량권을 남용·일탈하였다는 원고의 주장에 대한 판단을 유탈하였거나 전직명령에 관한 법리를 오해하였다는 상고이유는 받아들일 수 없다.

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

대법관 박재윤(재판장), 서성, 유지담(주심), 배기원

☞ 대법원 2002. 4. 26. 선고 2001다81269 판결

### » 요 지 «

근로자가 사직원을 제출하여 근로계약관계의 해지를 청약하는 경우 통상 그에 대한 사용자의 승낙의 의사표시가 근로자에게 도달하기 전까지는 그 의사표시를 철회할 수 있는 것이 원칙이나, 사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지로 볼 것이어서 근로계약의 해지를 통고하는 사직의 의사표시가 사용자에게 도달한 이상 근로자로서는 사용자의 동의 없이는 비록 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 이전이라 하더라도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다고 할 것이다.

\* 원고, 상고인 : 이○○

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 ○.○○.○○○

\* 원심판결 :서울고법 2001. 11. 9. 선고 2000나57094 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

1. 원심판결 이유를 기록과 대조하여 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 의원면직처분을 원고의 사직 의사표시를 수리하는 처분이라고 판단하여 실질적으로 징계면직처분에 해당한다는 원고의 주장을 배척한 조치는 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 이유모순 또는 채증법칙 위반, 당사자의 의사해석 잘못 등의 위법이 있다고 할 수 없다.
2. 근로자가 사직원을 제출하여 근로계약관계의 해지를 청약하는 경우 통상 그에 대한 사용자의 승낙의사가 형성되어 그 승낙의 의사표시가 근로자에게 도달하기 전까지는 그 의사표시를 철회할 수 있는 것이 원칙이나, 사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지로 볼 것이어서 근로계약의 해지를 통고하는 사직의 의사표시가 사용자에게 도달한 이상 근로자로서는 사용자의 동의 없이는 비록 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 이전이라 하더라도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다고 할 것이다(대법원 2000. 9. 5 선고 99두8657 판결 참조).



원심이 확정된 사실관계 및 기록에 나타나 있는 사직서의 기재내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직 의사표시 철회의 동기 기타 여러 사정을 참작하면 원고의 1999. 12. 21자 및 2000. 1. 6자 사직서 제출행위는 근로계약의 해지를 통고한 것이라고 봄이 상당하고, 이러한 사직의 의사표시가 피고에게 도달한 이상 원고로서는 사직의 의사표시일이 1999. 12. 21.인지 또는 2000. 1. 6.인지에 관계없이 피고의 동의 없이 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 이전이라 하더라도 이를 철회할 수 없다고 할 것인바, 원심의 이유 설시에 다소 부적절한 점이 없지 아니하나, 피고가 이 사건 의원면직처분을 하기에 앞서 사직의 의사표시를 철회하였다는 원고의 주장을 배척한 원심의 판단은 결론에 있어 정당하다 할 것이므로 이 점을 다투는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

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

대법관 손지열(재판장), 조무제, 유지담(주심), 강신욱

☞ 서울고법 2016. 11. 3. 선고 2016누54727 판결<sup>13)</sup>

### » 요 지 «

1. 사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지로 볼 것이고, 근로계약의 해지를 통고하는 사직의 의사표시가 사용자에게 도달한 이상 근로자로서는 사용자의 동의 없이는 비록 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 이전이라 하여도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다.
2. 참가인이 밀린 임금의 정산과 이 사건 영수증에 서명하는 문제로 원고와 말다툼을 하는 과정에서 사직의사를 표시하였다고 하더라도 이러한 사직의 의사표시는 원고의 강요나 강박, 회유, 도발에 의한 것이 아니라 참가인 스스로의 의사에 의한 것인 점, 참가인은 그전부터 동료 직원들에게 미지급 임금 문제가 해결되지 않으면 사직하겠다는 의사를 표시하였던 점, 참가인이 원고에게 사직의사를 표시한 후 이를 철회하지 않고 이 사건 사업장 내 거주공간에서 퇴거한 점, 그 이후 원고에게 미지급임금 등의 지급을 요구하였을 뿐 계속 근로의사는 표시하지 않은 점에 비추어 보면 참가인의 사직의사 표시를 단순한 일시적 흥분에 의한 비진의 의사표시라고 볼 수 없다.

\* 원고, 항소인 : 양○○

\* 피고, 피항소인 : 중앙노동위원회위원장

\* 제1심판결 : 서울행정법원 2016. 6. 30. 선고 2015구합77905 판결

### » 주 문 «

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 중앙노동위원회가 2015. 9. 23. 원고와 피고보조참가인 사이의 중앙2015부해588 부당해고구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.
3. 소송총비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이 부담하고, 나머지는 피고가 부담한다.

### » 청구취지 및 항소취지 «

주문과 같다.

13) 대법원 2017. 3. 9. 2016두61099 판결에서 심리불속행 기각으로 확정





## » 이 유 «

### 1. 재심판정의 경위

이 법원이 이 부분에 관하여 실시할 이유는 제1심판결문 제2쪽 제10행의 '2012. 1. 1.'을 '2012. 1. 7.'로 변경하는 외에는 해당부분 기재와 같으므로 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

### 2. 재심판정의 적법 여부

#### 가. 원고의 주장

이 법원이 이 부분에 관하여 실시할 이유는 제1심판결문 중 해당부분 기재와 같으므로 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

#### 나. 인정사실

- 1) 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다)은 원고와 30년 지기로서 2011. 8. 1. 원고에게 고용되어 ◇◇시에 있던 '○○○○사우나'에서 근무하기 시작하였고, 2012. 1. 7.경부터는 이 사건 사업장<sup>14)</sup>에서 숙식하며 경비원 등으로 근무하였다.
- 2) 참가인은 2014. 11.경부터 이 사건 사업장에서 함께 근무하던 다른 직원들에게 체불 임금을 지급받지 못하면 사직하고 법으로 해결한다는 이야기를 수차례 하였고, 이 사건 사우나의 직원인 박○○는 2015. 1. 2. 원고의 지시로 참가인의 은행계좌에 900만 원을 입금한 후 같은 날 참가인에게 '900만 원을 2012년 1월 7일부터 2014년 12월 31일까지 이 사건 사우나에서 근무한 퇴직금 및 밀린 급여로 정히 영수하고 이에 본 영수증을 발행합니다.'라는 내용의 영수증(이하 '이 사건 영수증'이라 한다)에 서명을 하여 줄 것을 요청하였으나, 참가인은 그동안 밀린 임금과 퇴직금을 900만 원에 정산할 수 없다며 이를 거절하였다.
- 3) 원고와 참가인은 이 과정에서 서로 말다툼을 하다가 참가인이 이 사건 사업장을 그만두고 사직하겠다고 하였고, 이에 원고는 참가인에게 사직의사를 재차 물은 다음 이 사건 사업장을 그만두고 사업장 내 거주공간에서도 퇴거하도록 하였다.
- 4) 참가인은 2015. 1. 2. 이후에는 고객처럼 비용을 지급하고 이 사건 사업장에 들어간 달여간 머물면서 원고에게 밀린 임금과 퇴직금을 지급할 것을 요구하였고, 원고가 이를 계속하여 거부하자 2015. 2. 중순경 이 사건 사업장을 나왔다.
- 5) 참가인은 2015. 3. 19. ☆☆☆☆고용노동청 ○○지청장에게 원고의 처로서 이 사건 사업장의 사업명의자인 여○○을 임금과 퇴직금 및 해고예고수당을 지급하지 아니하였다고 고소하였고, 여○○은 2016. 4. 28. △△지방법원 2016고정○호로 참가인에

14) △△시 △△로 10-3 소재 '○○○○사우나'이다.

게 해직예고수당 1,500,000원과 퇴직일로부터 14일 이내 미지급임금 8,000,000원과 퇴직금 5,029,330원을 지급하지 아니하였다는 범죄사실로 벌금 1,000,000원의 형을 선고받았다.

- 6) 참가인은 2015. 6. 8. 여○○을 상대로 14,529,330원(=미지급 임금 8,000,000원 + 퇴직금 5,029,330원 + 해고예고수당 1,500,000원)의 지급을 구하는 소를 제기하여 2015. 8. 13. 전부승소 판결을 받았고 이 판결은 그 무렵 그대로 확정되었고(△△지방법원 2015가소○○○○호, 이하 위 판결을 '이 사건 민사판결'이라 한다), 이에 원고는 2015. 9. 8. 이 사건 민사판결금에 지연손해금을 더한 16,400,230원을 변제 공탁하였으며, 참가인은 같은 달 11일 이를 조건 없이 수령하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제6, 8, 9, 11, 12, 21호증, 을나 제1, 2, 4호증(각 가지 번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각 기재 및 변론 전체의 취지

#### 다. 판단

##### 1) 관련 법리

사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약 고지로 볼 것이고, 근로계약의 해지를 통고하는 사직의 의사표시가 사용자에게 도달한 이상 근로자로서는 사용자의 동의 없이는 비록 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 이전이라 하여도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다(대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8657 판결 참조).

##### 2) 이 사건의 경우

앞서 인정한 사실과 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 참가인은 2015. 1. 2. 원고에게 자진하여 사직의 의사를 표시하였고, 원고가 이를 승낙하였다고 볼 것이므로 원고가 참가인 사이의 근로계약관계는 2015. 1. 2. 원고와 참가인 사이의 합의에 의하여 종료되었다고 할 것이고 원고가 피고를 부당하게 해고한 것이라고 볼 수 없다.

- ① 참가인은 2014. 11.경부터 이 사건 사업장에서 함께 근무하던 다른 직원들에게 체불 임금을 지급받지 못하면 사직하고 법으로 해결한다는 이야기를 수차례 하였고, 2015. 1. 2. 원고와 사이에 미지급 임금과 퇴직금 액수에 관하여 다투다가 사직 의사를 밝힌 다음 이 사건 사업장 내 거주공간에서 퇴거하였다.
- ② 참가인이 밀린 임금의 정산과 이 사건 영수증에 서명하는 문제로 원고와 말다툼을 하는 과정에서 사직의사를 표시하였다고 하더라도 이러한 사직의 의사표시는 원고의 강요나 강박, 회유, 도발에 의한 것이 아니라 참가인 스스로의 의사에 의한 것인 점, 참가인은 그전부터 동료 직원들에게 미지급 임금 문제가 해결되지 않으면 사직하겠다는 의사를 표시하였던 점, 참가인이 원고에게 사직의사를 표시한 후 이를 철

회하지 않고 이 사건 사업장 내 거주공간에서 퇴거한 점, 그 이후 원고에게 미지급 임금 등의 지급을 요구하였을 뿐 계속 근로의사는 표시하지 않은 점에 비추어 보면 참가인의 사직의사 표시를 단순한 일시적 흥분에 의한 비진의 의사표시라고 볼 수 없다.

- ③ 참가인은 그 후 약 한 달 동안 이 사업 사업장에 와서 원고에게 밀린 임금과 퇴직금 등의 지급을 요구하였을 뿐 계속 근로하겠다는 의사는 전혀 표명하지 않았다.
- ④ 참가인이 대한법률구조공단 △△지부 소속 변호사를 소송대리인으로 선임하여 이 사건 사업장의 사업명의자인 원고의 처 여○○을 상대로 임금 및 퇴직금청구소송을 제기하면서 소장에 자신이 2015. 1. 2. 이 사건 사업장에서 퇴직하였다고 명시하였을 뿐 원고나 원고의 처로부터 부당하게 해고되었다는 사정은 전혀 언급하지 않았는데, 참가인으로서의 대한법률구조공단 소속 변호사와 법률 상담을 한 후에 소장을 작성하여 제출한 것이므로 퇴직의 의미에 대하여 명확히 알고 있었다고 보아야 한다.
- ⑤ 참가인은, 참가인의 퇴직금 청구소송은 참가인이 이 사건 사업장에 근무할 의사가 없어서 퇴직금을 청구한 것은 아니고, 2015. 1. 2. 해고를 당하여 이 사건 사업장에서 퇴직한 것이므로 그때까지의 퇴직금을 일단 지급해달라는 것이라고 주장하나, 참가인이 2015. 1. 2. 자의로 사직한 것이 아니라 원고에 의하여 부당해고된 것이라면 원고의 해고 통보에도 불구하고 원고와 참가인 사이의 근로계약관계는 종료되는 것이 아니라 계속 유지되므로, 참가인으로서의 사업명의자인 원고의 처를 상대로 2015. 1. 2.을 기준으로 한 퇴직금을 청구하는 것이 아니라 2015. 1. 2.자 해고의 무효확인을 구함과 동시에 소장제출 시 또는 변론종결 시까지의 미지급임금을 청구하는 것이 상식에 맞다. 그럼에도 참가인이 원고의 처를 상대로 2015. 1. 2.을 기준으로 한 미지급임금과 퇴직금 등을 청구한 것은 2015. 1. 2. 원고에게 사직의 의사를 표시하였다는 점을 전제로 하였거나, 그렇지 않더라도 2015. 1. 2.자 해고를 받아들여 그때까지의 미지급 임금과 퇴직금을 청구한다는 의미로 보아야 한다.
- ⑥ 참가인은 이 사건 민사판결에서 승소한 미지급임금 및 퇴직금 등의 합계 금 16,400,230원을 어떠한 조건이나 이의도 제기하지 않고 수령하였다.

### 3) 소결론

따라서 원고와 참가인 사이의 근로계약관계는 2015. 1. 2. 합의해지에 따라 종료되었으므로 이와 달리 이 사건 근로계약관계의 종료가 부당해고라고 판단한 이 사건 재심판정은 위법하다.

### 3. 결 론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 원고의 항소를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 윤성원(재판장), 유현중, 김관용

☞ 서울고법 2014. 12. 10. 선고 2014누49585 판결<sup>15)</sup>

### » 요 지 «

1. 이 사건 사직서는 이○○의 업무를 보좌하는 김○○이 원고로부터 이 사건 사직서를 받은 2012. 4. 3. 또는 늦어도 참가인의 인사지원팀장이 이 사건 사직서에 결재한 2012. 4. 5. 무렵에 참가인 측에 도달하여 그 효력이 발생하였다고 봄이 옳다.
2. 원고의 이 사건 사직서 제출행위는 참가인과 체결한 근로계약에 대한 해지 통고에 해당하므로, 원고로서는 참가인의 동의 없이 사직의 의사표시를 철회할 수 없다.

\* 원고, 항소인 : 반○○

\* 피고, 피항소인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : ◇◇◇◇◇ 주식회사

\* 제1심판결 : 서울행법 2014. 4. 24. 선고 2013구합50074 판결

### » 주 문 «

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 모두 원고가 부담한다.

### » 청구취지 및 항소취지 «

제1심판결을 취소한다. 중앙노동위원회가 2012. 12. 21. 원고와 피고보조참가인 사이의 중앙2012부해1026 부당해고구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

### » 이 유 «

#### 1. 제1심판결의 인용

이 법원이 이 사건에 관하여 적을 이유는, 아래 제2항 기재와 같이 원고의 주장에 대한 판단을 추가하는 외에는 제1심판결의 이유와 같다. 따라서 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

15) 대법원 2015. 4. 9. 2015두35697 판결에서 심리불속행 기각으로 확정



## 2. 이 법원의 추가 판단

### 가. 원고 주장의 요지

이 사건 재심판정에는 아래와 같은 위법 사유가 존재하므로 취소되어야 한다.

- (1) 이 사건 사직서는 참가인의 대표이사에게 도달하지 않았고, 사직서 수리에 관한 별도의 위임 규정이 존재하지 않으므로 원고의 사직의사는 그 효력이 발생하지 않았다.
- (2) 이 사건 사직서 제출행위는 원고와 참가인 사이에 체결된 근로계약의 합의해지에 대한 청약으로 보아야 한다. 그런데 이 사건 사직서에 대해서는 담당자와 팀장만 결재하는 데 그쳤고, 2012. 4. 10.자 인사발령 역시 참가인의 인력운영팀장 명의로 하였을 뿐 참가인의 대표이사가 사직처리를 하지 않아 취업규칙 제12조에서 정한 승인 절차가 종료되지 않았다. 결국 참가인은 원고의 합의해지 청약에 대해서 승낙의 의사표시를 확정적으로 한 사실이 없는데, 원고는 2012. 4. 6. 또는 늦어도 2012. 4. 28. 참가인 측에 이 사건 사직서의 반력을 요청함으로써 참가인에 대한 합의해지 청약을 적법하게 철회하였다.

### 나. 판단

#### (1) 원고의 위 (1) 주장에 대하여

을나 제13호증, 제17호증의 1~13의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 참가인은 직원의 사직 처리 등 인력 운영 및 조직 관리 업무와 관련하여 본사 인력운영팀을 협조부서로 하여 당해 직원이 소속된 팀장이 전결권을 행사하도록 한 사실 및 각 지점 소속 영업사원이 사직서를 제출할 경우 부서장인 지점장만 결재하거나 지점장과 함께 본사 인사지원팀장이 결재를 함으로써 사직을 위한 일련의 내부 절차가 진행된 사실을 알 수 있다. 그런데 앞서 인용한 제1심이 인정한 사실에 의하면, 원고는 2012. 4. 3. 자신이 소속된 참가인의 ◇◇지역본부 ○○지점 영업지원과장인 김○○에게 이 사건 사직서를 제출하였고, 지점장인 이○○은 2012. 4. 3.에, 참가인의 인사지원팀장은 2012. 4. 5.에 각각 이 사건 사직서에 결재하였다.

그렇다면 이 사건 사직서는 이○○의 업무를 보좌하는 김○○이 원고로부터 이 사건 사직서를 받은 2012. 4. 3. 또는 늦어도 참가인의 인사지원팀장이 이 사건 사직서에 결재한 2012. 4. 5. 무렵에 참가인 측에 도달하여 그 효력이 발생하였다고 봄이 옳다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### (2) 원고의 위 (2) 주장에 대하여

우선 제1심이 적절하게 지적한 것처럼 원고의 이 사건 사직서 제출행위는 참가인과 체결한 근로계약에 대한 해지 통고에 해당하므로, 원고로서는 참가인의 동의 없이

사직의 의사표시를 철회할 수 없다. 따라서 이와 다른 전제에 선 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

설령 원고의 이 사건 사직서 제출행위가 참가인과 체결한 근로계약의 합의해지에 대한 청약에 해당한다고 하더라도, 앞서 본 것과 같은 소속 직원의 사직에 관한 참가인 내부의 권한 위임에 비추어 볼 때, 참가인은 그 인력운영팀장 명의로 원고에게 퇴직인사명령을 한 2012. 4. 10. 원고의 청약에 대하여 승낙의 의사표시를 하였다고 봄이 옳다. 그런데 제1심이 적절하게 지정한 것처럼 제출된 증거들만으로는 원고가 위 퇴직인사명령이 있기 전인 2012. 4. 6. 사직의 의사표시를 철회하였다고 보기 어렵고, 단지 2012. 4. 28. 참가인 측에 이 사건 사직서의 반려를 요청하는 서류를 보냄으로써 비로소 사직의 의사표시를 철회하였다고 인정될 뿐이다. 따라서 원고와 참가인이 체결한 근로계약이 합의해지 되기 전에 사직의 의사표시를 적법하게 철회하였다는 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

### 3. 결 론

원고의 청구는 이유 없으므로 이를 기각하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하다. 따라서 원고의 항소는 이유 없으므로 이를 기각한다.

판사 윤성근(재판장), 노경필, 손철우



## 5.2 명예퇴직 청약의 철회

☞ 대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11458 판결★

### » 요 지 «

1. 진의 아닌 의사표시에 있어서의 '진의'란 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 없다.
2. 명예퇴직은 근로자가 명예퇴직의 신청(청약)을 하면 사용자가 요건을 심사한 후 이를 승인(승낙)함으로써 합의에 의하여 근로관계를 종료시키는 것으로, 명예퇴직의 신청은 근로계약에 대한 합의해지의 청약에 불과하여 이에 대한 사용자의 승낙이 있어 근로계약이 합의해지되기 전에는 근로자가 임의로 그 청약의 의사표시를 철회할 수 있다.

\* 원고, 상고인 : ○○○○

\* 피고, 피상고인 : ○○○○○○중양회

\* 원심판결 : 서울고법 2002. 1. 22. 선고 2000나51423 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

#### 1. 상고이유를 판단한다.

가. 상고이유 제2점에 대하여

진의 아닌 의사표시에 있어서의 '진의'란 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 없다 할 것이다(대법원 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결, 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결 등 참조).

원심은, 피고 소속의 '구조조정비상대책회의'가 1999. 1.경 인력구조조정의 일환으로 명예퇴직제도와 함께 순환명령휴직제도를 실시하기로 결정하면서 순환명령휴직 대상자를 선정하기 위하여 기준을 정하였는바, 위 기준에 해당하여 내부적으로 순환명령휴직 대상자로 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.

#### 나. 상고이유 제1점에 대하여

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 기재 내용, 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 순환명령휴직 대상자로 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 순환명령휴





직 대상에 해당되어 명예퇴직신청을 받은 자 가운데 대통령 사면을 받은 자 107명에 대하여 사면 전의 징계사유를 들어 순환명령휴직 대상자에 포함시키는 것은 대통령의 사면권에 대한 도전이라는 비판이 일자 노사합의에 의하여 위 107명을 명예퇴직의 대상에서 제외하기로 결정하여 해당 명예퇴직신청서를 반환하여 준 사실을 인정할 수 있는바, 위와 같이 변론에 나타난 이 사건 사직원의 기재 내용, 사직원 작성·제출의 동기 및 경위, 사직원 제출 이후의 사정 기타 여러 사정을 참작하면, 원고가 이 사건 사직원에 의하여 신청한 명예퇴직은 근로자가 명예퇴직의 신청(청약)을 하면 사용자가 요건을 심사한 후 이를 승인(승낙)함으로써 합의에 의하여 근로관계를 종료시키는 것으로, 명예퇴직의 신청은 근로계약에 대한 합의해지의 청약에 불과하여 이에 대한 사용자의 승낙이 있어 근로계약이 합의해지되기 전에는 근로자가 임의로 그 청약의 의사표시를 철회할 수 있다 할 것이다(대법원 2000. 7. 7. 선고 98다42172 판결, 2002. 8. 23. 선고 2000다60890, 60906 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.

원심이 인용하고 있는 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8657 판결은 명예퇴직이 아닌 일반적 사직원 제출에 관한 사안으로서 이 사건과 사안을 달리하여 원용하기 적절하지 아니하다.

## 2. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 변재승(재판장), 윤재식, 강신욱(주심), 고현철

☞ 대법원 2003. 6. 27. 선고 2003다1632 판결

» 요 지 «

1. 명예퇴직은 근로자가 명예퇴직의 신청(청약)을 하면 사용자가 요건을 심사한 후 이를 승인(승낙)함으로써 합의에 의하여 근로관계를 종료시키는 것이고, 이러한 합의가 있는 후에는 당사자 일방이 임의로 그 의사표시를 철회할 수 없으며, 이 합의에 따라 명예퇴직예정일이 도래하면 근로자는 당연히 퇴직하고 사용자는 명예퇴직금을 지급할 의무를 부담하게 된다.
2. 3개월 후에 명예퇴직하기로 합의하여 미리 사직서를 제출한 후 3개월이 다 되어 명예퇴직신청서를 제출하였다가 이를 회수하면서 위 사직서에 의한 사직의사도 철회하였으나 사용자가 사직서를 수리한 경우에는 당초 합의한 대로 명예퇴직금을 지급할 의무가 있다.

\* 원고, 피상고인 : 김○○

\* 피고, 상고인 : 사단법인 △△△△△△

\* 원심판결 : 서울고법 2002. 11. 29. 선고 2002나32792 판결

» 주 문 «

원심판결의 지연손해금에 관한 부분 중 85,414,500원에 대한 1999. 7. 16.부터 2003. 5. 31.까지는 연 5푼의, 그 다음날부터 완제일까지는 연 2할의 각 비율에 의한 금원을 초과하는 피고 패소 부분을 파기하고, 그에 해당하는 원고의 항소를 기각한다. 피고의 나머지 상고를 기각한다. 소송총비용은 피고가 부담한다.

» 이 유 «

1. 지연손해금을 제외한 나머지 부분에 대한 판단

명예퇴직은 근로자가 명예퇴직의 신청(청약)을 하면 사용자가 요건을 심사한 후 이를 승인(승낙)함으로써 합의에 의하여 근로관계를 종료시키는 것이고, 이러한 합의가 있는 후에는 당사자 일방이 임의로 그 의사표시를 철회할 수 없으며, 이 합의에 따라 명예퇴직예정일이 도래하면 근로자는 당연히 퇴직하고 사용자는 명예퇴직금을 지급할 의무를 부담하게 된다(대법원 2000. 7. 7. 선고 98다42172 판결, 2002. 8. 23. 선고 2000다60890, 60906 판결 등 참조).

원심이 인정한 사실을 기록에 비추어 살펴보면, 피고가 1998. 8. 1. 정부의 구조조정 방침에 따라 전체 정원의 20%에 상당한 8명의 직원을 감원하기로 하면서 그에 앞서 직원

들을 상대로 자발적인 명예퇴직 및 조기퇴직을 권유하였는데, 직원 중 6명이 명예퇴직 및 조기퇴직을 신청함에 따라 감원대상자가 2명으로 줄어든 상태에서 피고는 노사협의회를 거쳐 최근 3년간 직장근무태도, 문책 또는 징계 결과, 직원들의 의견, 일반업무상식 및 영어 평가시험 결과 등을 종합적으로 평가하여 감원대상자를 선정한 결과, 원고가 제1순위 대상자로 선정되었으나, 그 후 1998. 9. 7. 직원 1명이 추가로 명예퇴직을 신청하고, 1999. 4. 13.자로 수석위원이 정년퇴직을 하게 됨에 따라 굳이 인위적인 감원의 필요성이 없게 되었음에도 불구하고, 피고는 당시 최고참 직원인 원고가 명예롭게 퇴진할 수 있도록 후임 수석위원으로 승진시키되, 단기간의 근무 후 명예퇴직을 할 것을 제의하면서 만약 이에 응하지 아니하면 승진에서 탈락되어 후배 밑에서 근무하게 된다는 점을 환기시켰고, 이에 피고의 제의를 받아들인 원고가 1999. 4. 15. 피고로부터 명예퇴직금의 지급을 약속 받고 같은 해 7. 15.자로 된 사직서(이하 '이 사건 사직서'라고 한다)를 작성·제출하였으며, 이에 따라 피고가 같은 해 4. 19.자 인사발령으로 원고를 수석위원으로 승진시켰는데, 원고가 같은 해 7. 3. 피고에게 명예퇴직신청서를 제출하였다가 같은 달 7. 이를 회수하면서 같은 날 이 사건 사직서에 의한 사직의 의사표시를 철회한다는 취지의 내용증명우편을 피고에게 발송하여 이 내용증명우편이 같은 달 9. 피고에게 도달하였으나, 피고는 같은 달 8.자로 이 사건 사직서를 수리하여 같은 달 12. 원고에게 그 수리사실을 통보하였고, 같은 달 21. 원고에게 명예퇴직금을 제외한 나머지 퇴직금만 지급하였음을 알 수 있다.

앞서 본 법리와 위와 같은 사실관계에 기초하여 볼 때, 정년퇴직을 포함하여 자발적인 명예퇴직·조기퇴직 등으로 인위적인 감원의 필요성이 소멸한 이상, 원고는 비록 감원대상자 선정과정에서 제1순위로 선정되었다고 하더라도, 본인의 의사에 반한 해고를 강요당하지 아니할 권리가 있었음에도 불구하고 피고에게 작성일자가 3개월 후로 기재된 이 사건 사직서를 제출하게 된 것은, 그 동안 원고를 수석위원으로 승진시키고 퇴직시에는 명예퇴직금을 지급하겠다는 피고의 제안을 받아들였기 때문이고, 따라서 이 사건 사직서에는 비록 명예퇴직에 관한 기재가 없다 하더라도 이로써 원고와 피고 사이에 3개월 후 명예퇴직하기로 하는 합의가 성립된 것으로 봄이 상당하고, 그 후 원고가 피고에게 명예퇴직신청서를 제출하였다가 이를 회수하거나 이 사건 사직서에 의한 사직의사를 철회하였다고 하더라도, 피고가 이를 받아들이지 아니한 채 이 사건 사직서를 수리하여 원고를 의원면직시킨 이상, 위와 같은 원고의 일방적인 명예퇴직 내지 사직의사의 철회가 원고와 피고 사이의 명예퇴직의 합의에 어떠한 영향도 미칠 수 없으므로(피고가 이 사건 사직서를 수리하고도 명예퇴직금을 지급하지 아니한 것은, 원고의 명예퇴직신청서 회수행위가 사직의사는 그대로 유지한 채 명예퇴직의사만을 철회한 행위로 해석함을 전제로 하는 것인데, 이는 경험칙에 반한 의사해석으로 수긍할 수 없다), 피고는 원고에게 명예퇴직금을 지급할 의무가 있다 할 것이다.

같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙을 위배하여 사실을 잘못 인정하거나 명예퇴직·신의칙 등에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

## 2. 자연손해금 부분에 대한 판단

직권으로 살피건대, 개정 전 소송촉진등에관한특례법(2003. 5. 10. 법률 제6868호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 본문 중 '대통령령으로 정하는 비율' 부분에 대하여는 2003. 4. 24. 헌법재판소의 위헌결정이 있었고, 그 후 개정된 위 법률조항과 그에 따라 개정된 소송촉진등에관한특례법제3조제1항본문의법정이율에관한규정(2003. 5. 29. 대통령령 제 17981호로 전문 개정된 것)은 위 개정 법률 시행 당시 법원에 계속중인 사건에 대하여 2003. 6. 1. 이후에 적용할 법정이율을 연 2할로 한다고 규정하고 있으므로, 원심이 인용한 금원에 대하여 위 개정 법률이 시행되기 전인 2003. 5. 31.까지는 민사 법정이율인 연 5푼의, 2003. 6. 1.부터 완제일까지는 위 개정 법률에 따른 연 2할의 각 비율에 의한 자연손해금의 지급을 명하여야 할 것인데, 위 개정 전의 법률규정을 적용하여 연 2할 5푼의 비율에 의한 자연손해금을 인용한 원심판결에는 결과적으로 자연손해금의 이율을 잘못 적용하여 판결에 영향을 미친 위법이 있게 되었다.

## 3. 결 론

그러므로 원심판결의 자연손해금에 관한 부분 중 85,414,500원에 대한 1999. 7. 16.부터 2003. 5. 31.까지는 연 5푼의, 그 다음날부터 완제일까지는 연 2할의 각 비율에 의한 금원을 초과하는 피고 패소 부분을 파기하되, 이 부분은 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 자판하기로 하는바, 위 파기 부분에 해당하는 원고의 항소를 기각하고, 피고의 나머지 상고는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 윤재식(재판장), 변재승, 강신욱, 고현철(주심)



### 5.3 명예퇴직 승낙의 철회

☞ 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다60890, 60906 판결★

#### » 요 지 «

1. 피징계자에게 징계사유가 있어서 징계처분을 하는 경우, 어떠한 처분을 할 것인가 하는 것은 징계권자의 재량에 맡겨진 것이고, 다만 징계권자가 재량권의 행사로서 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하여 그 처분을 위법하다고 할 수 있고, 그 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 재량권의 범위를 벗어난 위법한 처분이라고 할 수 있으려면 구체적인 사례에 따라 징계의 원인이 된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의하여 달성하려고 하는 목적, 징계양정의 기준 등 여러 요소를 종합하여 판단할 때에 그 징계 내용이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정할 수 있는 경우라야 한다.
2. 명예퇴직 합의 후 명예퇴직 예정일 사이에 허위로 병가를 받아 다른 회사에 근무하였음을 사유로 한 징계해임처분이 징계재량권의 일탈·남용으로 볼 수 없다고 한 사례.
3. 명예퇴직은 근로자가 명예퇴직의 신청(청약)을 하면 사용자가 요건을 심사한 후 이를 승인(승낙)함으로써 합의에 의하여 근로관계를 종료시키는 것이고, 이러한 합의가 있은 후에는 당사자 일방이 임의로 그 의사표시를 철회할 수 없으며, 이 합의에 따라 명예퇴직예정일이 도래하면 근로자는 당연히 퇴직되고 사용자는 명예퇴직금을 지급할 의무를 부담하게 되는 것이나, 다만 위와 같은 명예퇴직 합의 이후 명예퇴직예정일 도래 이전에 근로자에게 근로관계를 계속하게 하는 것이 곤란할 정도의 중대한 비위행위가 있는 경우에는 사용자로서는 명예퇴직의 승인을 철회할 수 있다.
4. 근로계약은 근로자가 사용자에게 근로를 제공할 것을 약정하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급할 것을 약정하는 쌍무계약으로서(근로기준법 제17조), 근로자의 임금청구권은 특별한 약정이나 관습이 없으면 근로를 제공함으로써 비로소 발생하는 것이고 근로자가 근로를 제공하지 않은 이상 그 대가관계인 임금청구권을 갖지 못한다.

\* 원고(반소피고), 피상고인 : G

\* 피고(반소원고), 상고인 : ○○○○○○연구원

\* 원심판결 : 서울고법 2000. 9. 28. 선고 99나36169, 36176 판결

#### » 주 문 «

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

## » 이 유 «

### 1. 원심 판단의 요지

원심은, 피고(반소원고, 이하 '피고 연구원'이라고만 한다)가 전기통신기본법에 의하여 정보, 통신, 전자분야의 발전에 필요한 지식과 기술의 창조, 개발 및 보급 등을 목적으로 설립되어 국가 등으로부터 보조금 등을 지급받아 운영되는 연구기관이고, 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)는 1981. 8.경 피고 연구원에 입사하여 피고 연구원 내 무선방송 기술연구소 광대역이동멀티미디어 연구부에서 근무하다가, 1998. 6. 1.경 피고 연구원으로부터 퇴직 대상자로 선정되었다는 통보를 받고 명예희망퇴직신청을 하여, 1998. 6. 19. 피고 연구원으로부터 같은 해 9. 18.자로 명예희망퇴직을 명하는 인사발령을 받은 뒤, 같은 해 6. 22. 소외 한국△△△ 테크놀로지스(△△△ TECHNOLOGIES) 주식회사(이하 '소외 회사'라고 한다)에 입사하여 근무하면서, 피고 연구원으로부터는 같은 해 7. 1.부터 같은 달 31.까지 병가를 신청하여 승인받고, 이어 같은 해 8. 1.부터 같은 달 31.까지 병가를 연장승인 받아 피고 연구원에 출근하지 않았는데, 피고 연구원이 1998. 8.경 국민연금관리공단으로부터 원고의 국민연금이 이중으로 납부되고 있다는 사실을 통지받고 원고가 피고 연구원 인사규정의 겸직금지규정과 근무요령의 병가신청에 관한 규정을 위반하였음을 사유로 원고를 징계절차에 회부하여 1998. 9. 5. 원고에 대하여 해임처분을 하면서 명예희망퇴직발령을 취소한 사실을 인정한 다음, 원고가 허위진단서를 첨부하여 병가를 받고 다른 직장에 취업하여 겸직 근무한 행위는 피고 연구원 인사규정 등에 따른 징계사유에 해당되나, 원고에 대한 해임처분은 ① 피고 연구원이 1997. 말의 금융위기로 인한 경비절감의 필요성과 시스템공학센터와의 통합계획 때문에 그 인원을 감축하여야 할 형편에 이르자, 직원들의 자발적인 퇴직을 유도하기 위하여 명예희망퇴직제도를 신설하여 한시적으로 운영하기로 하고 직원들과의 사전협의절차 없이 퇴직 대상자를 선정하여 직원들에게 일방적으로 통지하였고, 이에 원고 등 퇴직 대상자들은 당시 대량실업 사태로 새로운 직장을 구하기 힘든 상황임에도 피고 연구원 내의 분위기에 밀려 퇴직을 결심하고 사직원을 제출하게 된 점, ② 원고가 1998. 6. 1. 피고 연구원에게 명예희망퇴직신청서를 제출하면서 소외 회사에서의 근무를 고려하여 빠른 시일 내인 같은 해 6. 10.자로 퇴직할 것을 희망하였으나, 피고 연구원이 다음날 퇴직희망자들 중 같은 해 7. 1.부터 같은 해 9. 30.까지 사이에 근무기간이 15년에 달하는 직원들에 대하여 명예희망퇴직금에 대한 과세문제를 거론하면서 세금경감을 위하여 근무기간 15년이 되는 날에 퇴직처리할 것이라고 공고하여, 원고는 피고 연구원의 유도지침에 따라 근무기간이 15년에 이르는 같은 해 9. 18.자로 사직한다는 사직원을 제출함으로써 피고 연구원이 원고에 대하여 같은 해 9. 18.자 명예희망퇴직을 명한 점, ③ 원고는 명예희망퇴직 대상자로 확정된 직후인 같은 해 6. 16. 피고 연구원 산하 무선방송기술연구소 고속무선패킷연구팀으로 전보·배치됨으로써 사실상 위 퇴직예정일까지 충실하게 근무할 형편이 되지 못하였던 점, ④ 원고가 소외 회사에 겸직 근무하게 된 경위는 새로운 직장을 얻기 쉽지 않은 상태에서 소외 회사의 강력한 요청에 따라 할 수 없이 입사한 것이고, 병가를 받음에 있어서도 그 직속상사의 승낙을 받

왔고 인사담당부서에서도 적절한 심사절차 없이 이를 전례없이 쉽게 수리하여 준 점, ⑤ 원고가 소외 회사에서 수습사원으로 겸직 근무한 기간은 2개월 남짓으로 그다지 오랜 기간이 아니고, 피고 연구원의 이 사건 징계결정이 원고의 위 퇴직예정일을 불과 10여 일을 남기고 이루어진 점(더구나 이 사건 징계처분의 재심결정은 위 퇴직예정일을 경과한 같은 해 9. 28.에야 있었다.), ⑥ 원고가 퇴직예정일 직전에 해임됨으로써 거액의 명예희망퇴직금을 수령하지 못하는 중대한 손해를 입게 되는 점 등에 비추어 보면, 그 비위사실에 비추어 지나치게 과중한 것이어서 그 재량의 범위를 벗어나는 부당한 징계처분으로서 구 근로기준법(1999. 2. 8. 법률 제5885호로 개정되기 전의 것) 제30조 제1항에 위반되어 무효이고, 원고의 명예희망퇴직일인 1998. 9. 18.이 이미 도과하였음이 역수상 명백한 이상, 피고 연구원은 원고에게 명예희망퇴직금 76,082,490원 및 이에 대하여 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 하여 본소청구 중 일부를 인용하고, 원고가 피고 연구원로부터 수령한 1998. 7월분 및 8월분의 급여 합계 6,485,807원의 반환을 구하는 피고 연구원의 반소청구에 대하여는 1998. 7월분 및 8월분 급여는 원·피고 연구원 사이에 존재하는 고용계약에 따라 정당하게 지급된 것이므로 원고가 위 급여를 법률상 원인 없이 취득하였음을 전제로 하는 피고 연구원의 주장은 더 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다고 판단하여 배척하였다.

## 2. 상고이유 제1점에 대하여

가. 피징계자에게 징계사유가 있어서 징계처분을 하는 경우, 어떠한 처분을 할 것인가 하는 것은 징계권자의 재량에 맡겨진 것이고, 다만 징계권자가 재량권의 행사로서 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하여 그 처분을 위법하다고 할 수 있고, 그 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 재량권의 범위를 벗어난 위법한 처분이라고 할 수 있으려면 구체적인 사례에 따라 징계의 원인이 된 비위사실의 내용과 성질, 징계에 의하여 달성하려고 하는 목적, 징계양정의 기준 등 여러 요소를 종합하여 판단할 때에 그 징계 내용이 객관적으로 명백히 부당하다고 인정할 수 있는 경우라야 한다(대법원 1999. 10. 8. 선고 99두6101 판결 참조).

나. 그런데 기록에 의하면, 피고 연구원은 1998. 6. 11.자 공문을 통하여 퇴직 대상자에게, “명예희망퇴직 대상자로 확정된 직원은 1998. 6. 30.까지 퇴직절차를 종료하고 퇴직 하되, 다만 1998. 7. 1.부터 같은 해 9. 30. 사이에 명예희망퇴직을 희망하는 직원 중 그 기간 내에 근속년수 5년 또는 15년이 되는 직원에 대하여는 그 근속년수 만료일자를 퇴직일로 하고, 명예퇴직금에 대한 과세는 15년 이상 근속자의 명예희망퇴직금은 퇴직소득을 적용하여 과세하고 15년 미만 근속자는 세법상 근로소득세 과세대상으로 판단된다.”는 내용의 통지를 하였음을 알 수 있는바, 이는 그 내용상 1998. 7. 1.부터 같은 해 9. 30. 사이에 근속년수 15년이 되는 직원들로 하여금 세제상의 혜택을 받도록 해 주기 위한 배려에서 나온 것일 뿐, 그 해당 직원들로 하여금 그 기간에 맞추어 퇴직희망일자를 정하도록 강제하거나 강요한 것이라고는 보여지지 아니한다.

한편, 원고는 명예희망퇴직신청서를 제출한 1998. 6. 15. 당시에 이미 소외 회사로부터 채용합격통지를 받고 있었으므로 원고로서는 퇴직희망일자를 1998. 6. 30.로 선택할 수 있었음에도 불구하고 그렇게 하지 아니하고 세제상의 혜택을 누릴 의도에서 퇴직희망일자를 1998. 9. 18.로 정하여 명예희망퇴직신청서를 제출하고 피고 연구원으로부터 그에 따른 퇴직명령을 받았던 것이고, 그 퇴직일까지의 기간 동안에 피고 연구원의 직원으로서의 신분을 그대로 유지하면서 실제로는 소외 회사의 직원으로 근무할 목적으로, 병가의 사유가 되지 못하는 경미한 질병을 이유로 병가를 신청하여 피고 연구원으로부터 병가를 얻고 그 병가기간 동안에 소외 회사에 근무하였던 것이므로 원고가 비록 위 병가 신청에 대하여 소속 부서장의 묵인을 받았다고 하더라도, 그것만으로는 피고 연구원이 위와 같은 병가신청의 이유 내지 목적을 알면서도 병가를 승인하였거나 그러한 사정을 알았더라도 병가를 승인하였을 것이라고는 할 수 없고, 따라서 위 병가의 승인은 원고가 피고 연구원을 기망하여 받아낸 것이라고 보아야 할 것이다.

그리고 원고가 피고 연구원으로부터 병가를 받아 소외 회사에 근무한 2개월 남짓의 기간이 사회통념상 용인될 수 있는 정도의 단기간에 해당한다고도 할 수 없다.

이러한 이 사건 징계처분의 원인이 된 비위사실의 내용과 성질, 원고가 비위행위를 저지르게 된 경위 등에 비추어 볼 때, 원심이 인정한 바와 같은 여러 사정(위에서 인정한 사실에 배치되는 부분 제외)을 고려하더라도, 원고를 해임처분한 징계양정이 객관적으로 명백히 부당한 것으로서 사회통념상 현저히 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 일탈하였거나 남용한 것이라고 단정할 수는 없다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 원고에 대한 해임처분이 징계재량권의 범위를 일탈하였다고 단정하고 말았으니, 원심판결에는 징계재량권의 남용에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

### 3. 상고이유 제2점에 대하여

가. 명예퇴직은 근로자가 명예퇴직의 신청(청약)을 하면 사용자가 요건을 심사한 후 이를 승인(승낙)함으로써 합의에 의하여 근로관계를 종료시키는 것이고, 이러한 합의가 있는 후에는 당사자 일방이 임의로 그 의사표시를 철회할 수 없으며, 이 합의에 따라 명예퇴직예정일이 도래하면 근로자는 당연히 퇴직되고 사용자는 명예퇴직금을 지급할 의무를 부담하게 되는 것이나(대법원 2000. 7. 7. 선고 98다42172 판결 참조), 다만 위와 같은 명예퇴직 합의 이후 명예퇴직 예정일 도래 이전에 근로자에게 근로관계를 계속하게 하는 것이 곤란할 정도의 중대한 비위행위가 있는 경우에는 사용자로서는 명예퇴직의 승인을 철회할 수 있다고 할 것이다.

나. 이 사건에서 원고에 대한 해임처분이 징계재량권의 범위를 일탈한 것으로는 볼 수 없는 이상, 원고에게는 피고 연구원과의 명예희망퇴직의 합의 이후 그 퇴직예정일이 도





래하기 전에 원고와의 근로관계를 계속하게 하는 것이 곤란할 정도의 중대한 비위행위가 있는 경우에 해당한다고 할 것이므로 이를 이유로 피고 연구원이 원고에 대한 명예회망퇴직발령을 취소한 것은 그 명예회망퇴직의 승인에 대한 철회로서 정당하다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원고와 피고 연구원 사이의 명예회망퇴직의 합의가 유효하게 존속되는 것을 전제로 하여 그 명예회망퇴직일을 경과함으로써 피고 연구원이 원고에게 명예회망퇴직금을 지급할 의무가 발생하였다고 판단한 원심판결에는 명예회망퇴직의 합의 및 그 철회에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

#### 4. 상고이유 제3점에 대하여

가. 근로계약은 근로자가 사용자에게 근로를 제공할 것을 약정하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급할 것을 약정하는 쌍무계약으로서(근로기준법 제17조), 근로자의 임금청구권은 특별한 약정이나 관습이 없으면 근로를 제공함으로써 비로소 발생하는 것이고 근로자가 근로를 제공하지 않은 이상 그 대가관계인 임금청구권을 갖지 못한다 .

나. 이 사건에서 원고가 피고 연구원을 기망하여 병가를 얻은 채 1998. 7. 1.부터 같은 해 8. 31.까지의 기간 동안에 실제로는 소외 회사에 근무하면서 피고 연구원에는 근무하지 않은 이상, 원고는 피고 연구원에 대하여 그 기간 동안의 급여를 청구할 수 없고, 따라서 원고가 피고 연구원으로부터 수령한 1998. 7월 및 8월분 급여는 법률상 원인 없이 부당이득한 것이라고 할 것이므로 원고는 이를 피고 연구원에게 반환할 의무가 있다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 위 급여의 지급 및 수령이 적법한 것이라고 본 원심판결에는 심리를 다하지 아니하였거나 급여에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

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

대법관 송진훈(재판장), 윤재식, 이규홍(주심)

## 6. 근로관계 종료원인의 증명책임

### 6.1 근로자에게 증명책임을 부담시킨 사례

☞ 서울고법 2013. 10. 16. 선고 2012누34756 판결

#### » 요 지 «

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 관한 증명책임은 이를 주장하는 자에게 있다.

\* 원고, 항소인 : 김○○

\* 피고, 피항소인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 안○○

\* 제1심판결 : 서울행법 2012. 10. 11. 선고 2011구합43027 판결

#### » 주 문 «

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 중앙노동위원회가 2011. 10. 24. 원고와 피고보조참가인 사이의 2011부해640, 652(병합) 부당해고 구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.
3. 소송 총비용 중 보조참가로 인한 부분은 보조참가인이 부담하고, 나머지는 피고가 부담한다.

#### » 청구취지 및 항소취지 «

주문과 같다.

#### » 이 유 «

##### 1. 재심판정의 경위

원고는 해산물 요리 음식점인 상호 '○○포차'의 사업등록자로서 참가인을 채용하였다. 그런데 원고와 참가인 사이의 근로계약관계가 2011. 2. 5. 무렵 종료하였다.



○□지방노동위원회는 2011. 7. 6. 참가인의 부당해고 구제신청을 받아들여 원고에게 참가인에 대한 원직 복직과 임금상당액 지급명령을 하였다. 그리고 중앙노동위원회는 2011. 10. 24. “원고의 남편 강◁□이 ‘○○포차’를 실질 운영하던 중 2011. 2. 5. 참가인에게 ‘참가인이 부추겨 직원들의 불만이 고조된 것 같으니 총책임자로서 책임을 져야 할 것 같다. 내일부터 나오지 마라’고 구두로 통보하고, 이에 ‘월급날이 2011. 2. 10.이니 그때까지만 일하겠다’는 참가인의 요청을 거절하면서 참가인에게 ‘더 이상은 내가 불편하니 내일부터 당장 나오지 마라’고 재차 구두로 통보하였다”는 사실인정을 하면서 ‘○○포차의 실질적 운영자인 강◁□이 참가인을 해고하였고, 그 해고는 서면통지에 의해 이루어진 것이 아니므로 무효이다’는 취지의 이유로 원고의 재심신청을 기각하였다(이하 ‘이 사건 재심판정’이라 한다).

[인정 근거] 다툼 없음, 갑 제1호증, 을나 제2호증의 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

### 가. 원고 주장

원고 또는 ‘○○포차’의 실질 운영자인 강◁□이 참가인을 해고한 적이 없다. 오히려 참가인이 강◁□에게 설 연휴 기간의 근무수당을 추가로 더 지급하여 달라고 요구하였다가 강◁□으로부터 이를 거절당하자 강◁□에게 “더는 근무하지 못하겠다”라고 말하면서 스스로 그만두었을 뿐이다. 그러므로 이와 전제를 달리하는 이 사건 재심판정은 위법하여 취소되어야 한다.

### 나. 인정 사실

#### 1) ‘○○포차’에서 참가인 지위

원고의 남편 강◁□은 음식점 관련 경험이 없었으나 오랜 지인인 서◇△의 적극적인 도움을 받아 2010. 10. 8.경 해산물 요리 음식점인 상호 ‘○○포차’를 그의 부인인 원고 명의로 사업자등록을 하고 서◇△를 주방 책임자로 채용하여 개업 운영하다가, 서◇△의 음식조리 실력이 기대에 미치지 못하자 2010년 11월 초순경 서◇△와 협의하여 서◇△ 소개로 참가인을 채용하였다.

참가인은 위와 같이 채용된 이후 줄곧 ‘○○포차’의 실장으로 근무하면서 주방과 직원 관리업무 등을 총괄하고 다른 직원의 채용과 해고 등을 강◁□의 승인 아래 실질적으로 주도하였을 뿐 아니라, 다른 직원을 대표하여 강◁□에게 의견을 적극적으로 개진하였다.

#### 2) 설 연휴 근무수당의 지급

강◁□은 2011년 2월경 설 연휴[2월 2일(수)부터 4일(금)] 전에 참가인과 협의하여 설



연휴에 음식점 영업을 하되 그 기간에 근무한 직원에게 수당으로 2일 치 일당을 지급하기로 하고, 고향에 간 직원을 제외한 직원 4~5명과 함께 정상 영업을 한 다음 2011. 2. 4. 서◇△, 참가인에게 수당으로 각 20만 원을 지급한 것을 비롯하여 설 연휴에 근무한 직원에게 수당을 지급하였다.

### 3) 서◇△의 자진 퇴직

그런데 서◇△는 위와 같이 수당을 받은 날 강◁□에게 “안□□은 월급이 250만 원인데 20만 원을 주고, 나는 월급이 300만 원인데 똑같이 20만 원을 주느냐”라고 하면서 수당의 추가 지급을 요청하였다가 그 요청이 거절당하자, “그런 식이면 여기서 더 일 못하겠다”고 하였다. 이에 강◁□은 “그럼, 그렇게 해라. 그 돈 받고 일 못하겠으면 더 많이 주는 곳으로 가라”고 하였다. 서◇△와 강◁□은 근로계약관계를 종료하기로 합의하면서 원고가 새로운 직원을 구할 수 있도록 서◇△가 2011. 2. 10.까지 근무하기로 하였다.

### 4) 참가인과 강◁□ 사이의 언쟁

참가인은 2011. 2. 4. 강◁□에게서 수당을 받은 후에 강◁□을 식당 내 방으로 불러들만이 있는 자리에서 “설 연휴에 근로한 대가치고는 너무 약소한 것 아니냐? 정당한 대가를 지급해 달라”고 수당의 추가 지급을 요청한 것을 기화로 강◁□과 소리 높여 언쟁하였다.

참가인은 위와 같이 강◁□과 언쟁한 다음 날인 2011. 2. 5. 자신의 처와 함께, 그 이전에 자신의 화물차를 원고에게 사용하도록 하면서 원고에게서 받았던 500만 원에서 그때까지의 월급을 스스로 정산하고 남은 금액을 수표 등으로 준비하여 ‘○○포차’의 탁자에 던져 강◁□에게 주고 자신의 화물차를 가지고 갔다.

참가인은 2011년 4월 중순경 상호 ‘△△횃집’에 새로이 취직하고, 그 이후인 2011. 5. 2. 서◇△와 함께 ○□지방노동위원회에 “참가인과 서◇△가 원고에 의해 부당해고를 당하였다”고 주장하면서 부당해고 구제신청을 하는 한편, 2011년 하반기에 ‘△△횃집’을 자신의 딸 명의로 인수하였다.

### 5) 일당제 직원에 의한 ‘○○포차’ 운영

서◇△가 ‘○○포차’를 그만두기로 강◁□과 합의하고, 참가인과 원고 사이의 근로계약관계가 종료하던 무렵에 ‘○○포차’에 근무하던 다른 직원 7명 중 1명을 제외하고 모두 ‘○○포차’를 스스로 그만두었다. 이에 원고는 직원들의 갑작스러운 집단 퇴직에 ‘일당제’ 직원을 채용하여 ‘○○포차’를 운영하다가 그 ‘일당제’ 직원 등을 정식 직원으로 채용하였다.

[인정 근거] 갑 제2부터 5호증의 기재, 을가 제1, 4호증의 일부 기재, 제1심 증인 강◁□의 증언, 변론 전체의 취지



#### 다. 판단

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 관한 증명책임은 이를 주장하는 자에게 있다.

위와 같은 인정 사실에, 중앙노동위원회 판정서(갑 제1호증, 을나 제2호증) 중 위 제1항에서 적시한 바와 같은 근로계약관계 종료 경위에 관한 사실인정은 참가인 진술에 근거할 뿐 달리 이를 뒷받침할만한 객관적인 증거가 있다고 보이지 않는 점, 중앙노동위원회의 이와 같은 사실인정에 들어맞는 듯한 을나 제3호증의 1, 2, 3은 갑 제5호증(을나 제3호증의 3의 작성자인 김◇♂에 대한 증인신문조서) 등에 비추어 믿기 어려운 점 등을 더하여 보면, 이 사건에 제출된 증거들만으로는 ‘○○포차’의 사업주인 원고나 실질적 운영자인 강◁□이 ‘○○포차’의 실장이던 참가인을 해고하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 충분한 증거가 없다. 그러므로 이와 달리 원고가 참가인을 해고하였다고 본 이 사건 재심판정은 위법하여 취소되어야 한다. 원고 주장은 이유 있다.

#### 3. 결 론

따라서 원고의 청구는 이유 있어 이를 인용하여야 한다. 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 정당하지 않다. 그러므로 원고의 항소를 인용하여 제1심판결을 취소하고 이 사건 재심판정을 취소한다.

판사 안영진(재판장), 노경필, 정재오



## 6.2 사용자에게 증명책임을 부담시킨 사례

☞ 서울고법 2018. 5. 4. 선고 2017누84329 판결<sup>16)</sup>

### » 요 지 «

1. 해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 그 절차에 관계없이 근로자의 의사와는 무관하게 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것을 의미하고, 부당해고구제 재심판정을 다투는 소송에서 해고의 정당성에 관한 증명책임은 이를 주장하는 자가 부담한다. 또한 보조참가인이 원고와의 근로관계 종료원인이 해고라고 주장함에 대하여 원고가 보조참가인과의 근로관계가 보조참가인의 사직 의사표시 또는 근로계약의 합의 해지에 따라 적법하게 종료되었다고 주장하는 이 사건에서, 원고가 보조참가인과의 근로관계 종료원인이 해고가 아니라는 점을 증명하여야 한다.
2. 계약이 합의해지되기 위하여는 일반적으로 계약이 성립하는 경우와 마찬가지로 계약의 청약과 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시가 합치될 것을 요건으로 하는데, 이와 같은 합의가 성립하기 위하여는 쌍방 당사자의 표시행위에 나타난 의사의 내용이 객관적으로 일치하여야 하므로 계약당사자의 일방이 계약해지에 관한 조건을 제시한 경우 그 조건에 관한 합의까지 이루어져야 합의해지가 성립된다.

\* 원고, 피항소인 : △△모터스 주식회사

\* 피고, 항소인 : 중앙노동위원회 위원장

\* 피고보조참가인 : 신○○

\* 제1심판결 : 서울행법 2017. 11. 3. 선고 2017구합60406 판결

### » 주 문 «

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 원고의 청구를 기각한다.
3. 소송총비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 모두 원고가 부담한다.

### » 청구취지 및 항소취지 «

#### 1. 청구취지

중앙노동위원회가 2017. 5. 23. 원고와 피고보조참가인 사이의 2017부해235 부당해고구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

16) 대법원 2018. 8. 16. 2018두43941 판결에서 심리불속행 기각으로 확정



## 2. 항소취지

주문과 같다.

# » 이 유 «

## 1. 재심판정의 경위

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 판결의 이유는 제1심판결의 제1항(2면 6행~3면 16행) 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 인용한다.

## 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

### 가. 원고의 주장 요지

원고와 보조참가인 사이의 근로계약은 쌍방의 합의에 의해 해지되었으므로 원고가 보조참가인을 해고하였다고 볼 수 없음에도 이와 달리 판단한 이 사건 재심판정은 위법하여 취소되어야 한다.

### 나. 판단

#### 1) 해고가 존재하는지 여부

#### 가) 관련법리

(1) 해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 그 절차에 관계없이 근로자의 의사와는 무관하게 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것을 의미하고(대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결 등 참조), 부당해고구제 재심판정을 다투는 소송에서 해고의 정당성에 관한 증명책임은 이를 주장하는 자가 부담한다. 또한 보조참가인이 원고와의 근로관계 종료원인이 해고라고 주장함에 대하여 원고가 보조참가인과의 근로관계가 보조참가인의 사직 의사표시 또는 근로계약의 합의해지에 따라 적법하게 종료되었다고 주장하는 이 사건에서, 원고가 보조참가인과의 근로관계 종료원인이 해고가 아니라는 점을 증명하여야 한다.

(2) 한편, 계약이 합의해지되기 위하여는 일반적으로 계약이 성립하는 경우와 마찬가지로 계약의 청약과 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시가 합치될 것을 요건으로 하는데, 이와 같은 합의가 성립하기 위하여는 쌍방 당사자의 표시행위에 나타난 의사의 내용이 객관적으로 일치하여야 하므로 계약당사자의 일방이 계약해지에 관한 조건을 제시한 경우 그 조건에 관한 합의까지 이루어져야 합의해지가 성립된다(대법원 1996. 2. 27. 선고 95다43044 판결 등 참조).

#### 나) 판단

위와 같은 법리에 비추어 이 사건에 관하여 살펴본다. 앞서 본 인정사실 및 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정에 의하면, 원고가 제출한 증거들만으로는 원고와 보조참가인 사이에 근로계약의 합의해지가 성립되었



다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 이와 다른 전제에 선 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

- (1) 원고는 2016. 11. 7. 보조참가인에게 근로계약을 종료시키겠다고 이야기하자 보조참가인은 1개월분 임금과 3개월 퇴직준비기간을 요구하였고, 이에 대하여 원고는 1주일의 퇴직준비기간을 제시하는 등 근로계약을 종료하기 위한 조건에 관하여 합의가 완전히 이루어지지 않았다.
- (2) 보조참가인이 2016. 11. 8. 18:10경 퇴근하면서 원고의 부사장에게 “오늘까지만 근무할 테니 대표이사에게 잘 말해 달라.”라고 말하며 업무를 인계한 뒤 업무 인수인계에 부족한 점이 있으면 전화로 물어보라고 하였고, 그 다음날인 2016. 11. 9.부터 출근하지 않은 사실은 인정된다. 그러나 원고와 보조참가인 사이에 그 전날 의견의 대립이 있었던 근로계약의 종기, 임금의 추가지급 여부 등 근로계약을 종료하기 위한 조건에 관하여는 아무런 합의가 이루어지지 않았고, 그렇기 때문에 보조참가인이 원고의 부사장에게 대표이사에게 잘 말해 달라고 이야기한 것으로 보인다.
- (3) 원고가 보조참가인과의 근로계약이 합의해지 되었다고 주장하는 2016. 11. 8.의 다음 날인 2016. 11. 9. 원고의 대표이사와 보조참가인은 전화통화를 하였는데 보조참가인은 그 당시 권고사직을 한 것이라는 원고 대표이사의 말에 권고사직이 아니라 해고를 당하는 것이라고 말하였다. 보조참가인이 그 전날인 2016. 11. 8. 근로계약의 합의해지 의사표시를 하였다면 위와 같이 말하지는 않았으리라 보인다.

## 2) 해고의 정당성 여부

- 가) 근로기준법 제27조에 의하면 사용자는 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 하는데, 이는 해고사유 등의 서면통지를 통해 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기함과 아울러 해고의 존부 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결 등 참조).
- 나) 이 사건의 경우 원고가 보조참가인을 해고함에 있어 근로기준법 제27조에서 규정하고 있는 서면으로 통보한 사실이 없으므로, 이 사건 해고는 그 사유의 정당성 여부에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 부당하다.

## 3. 결 론

그렇다면 이 사건 재심판정은 적법하므로 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 하는데 제1심판결은 이와 결론이 달라 부당하므로, 피고의 항소를 받아들여 제1심판결을 취소하고, 원고의 청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 한창훈(재판장), 김상우, 원익선





## 도급과 파견계약 등에서의 근로관계







## 제10장 도급과 파견계약 등에서의 근로관계

### 1. 묵시적 근로계약관계

#### 1.1 위장도급에 대한 법인격 부인의 법리 적용

☞ 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결

#### » 요 지 «

위장도급의 형식으로 근로자를 사용하기 위하여 피고보조참가인 회사의 법인격을 이용한 것에 불과하고, 실질적으로는 참가인이 원고들을 비롯한 근로자들을 직접 채용한 것과 마찬가지로 참가인과 원고들 사이에 근로계약관계가 존재한다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 참가인이 원고들을 계약직 근로자의 형식으로 신규채용하겠다고 제의한 데 대하여 원고들이 동의하지 아니한다는 이유로 참가인이 원고들의 근로제공을 수령하기를 거부한 것은 부당해고에 해당한다 할 것이다.

- \* 원고, 피상고인 : 원고 1 외 2인
- \* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인, 상고인 : 에스케이 주식회사
- \* 원심판결 : 서울고법 2003. 3. 14 선고 2002누2521 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 참가로 인한 부분은 피고보조참가인이 부담하고, 그 나머지는 피고가 부담한다.

#### » 이 유 «

1. 원심은 그 채용증거를 종합하여, 피고보조참가인 회사(이하 '참가인'이라고 한다)는 1997. 8월경부터 주식회사 인사이트코리아(이하 '인사이트코리아'라고 한다)와 업무도급계약을 체결한 이래 그 도급계약을 갱신체결하면서, 원고들을 비롯한 140여명의 인사이트코리아 소속 근로자들을 전국에 소재한 참가인의 11개 물류센터에서 근무하게 하였는데, 위 업무도급계약상 인사이트코리아는 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 인사이트코리아 소속 근로자에 대하여 현장대리인을 경유하지 아니하고 업무지시, 직무교육실시, 표창, 휴가사용승인 등 제반 인사관리를 직접 행하여온 사실, 인사이트코리아는 참가인의 자회사인 주식회사 ○플러스가 그 주식의 100%를 소유하고 있는 회사로서, 역대 대표이사는 참가인의 전임 임원이 선임되었고 거의 전적으로 참가인의 업무만을 도급받아 오는 등 형식상으로는 독립법인으로 운영되어 왔지만 실질적으로는 모자(母子)회사의 관계로서 사실상의 결정권을 참가인이 행사해 온 사실을 인정한 다음, 참가인과 인사이트코리아 사이에 체결된 업무도급계약은 진정한 의미의 업무도급이 아닌 ‘위장도급’에 해당한다고 판단하였다.

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

2. 원심이 적법하게 확정된 사실과 기록에 의하면, 인사이트코리아는 참가인의 자회사로서 형식상으로는 독립된 법인으로 운영되어 왔으나 실질적으로는 참가인 회사의 한 부서와 같이 사실상 경영에 관한 결정권을 참가인이 행사하여 왔고, 참가인이 물류센터에서 근로할 인원이 필요한 때에는 채용광고 등의 방법으로 대상자를 모집한 뒤 그 면접과정에서부터 참가인의 물류센터 소장과 관리과장 등이 인사이트코리아의 이사와 함께 참석한 가운데 실시하였으며, 원고들을 비롯한 인사이트코리아가 보낸 근로자들에 대하여 참가인의 정식 직원과 구별하지 않고 업무지시, 직무교육실시, 표창, 휴가사용 승인 등 제반 인사관리를 참가인이 직접 시행하고, 조직도나 안전환경점검팀 구성표 등의 편성과 경조회의 운영에 있어서 아무런 차이를 두지 아니하였으며, 그 근로자들의 업무수행능력을 참가인이 직접 평가하고 임금인상 수준도 참가인의 정식 직원들에 대한 임금인상과 연동하여 결정하였음을 알 수 있는 바, 이러한 사정을 종합하여 보면 참가인은 ‘위장도급’의 형식으로 근로자를 사용하기 위하여 인사이트코리아라는 법인격을 이용한 것에 불과하고, 실질적으로는 참가인이 원고들을 비롯한 근로자들을 직접 채용한 것과 마찬가지로 참가인과 원고들 사이에 근로계약관계가 존재한다고 보아야 할 것이다.

그렇다면 참가인이 2000. 11. 1. 원고들을 계약직 근로자의 형식으로 신규채용 하겠다고 제의한 데 대하여 원고들이 동의하지 아니한다는 이유로 참가인이 원고들의 근로제공을 수령하기를 거부한 것은 부당해고에 해당한다 할 것이다.

3. 원심은, 참가인과 인사이트코리아 사이에 파견근로자보호등에관한법률(이하 ‘파견근로자법’이라고 한다) 제2조 소정의 근로자파견계약이 성립된 것임을 전제로 하여, 참가인은 파견근로자법이 시행된 1998. 7. 1. 이후 2년을 초과하여 원고들을 파견근로자로서 사용하였으므로 파견근로자법 제6조 제3항에 의하여 원고들을 고용한 것으로 의제되고, 위와 같은 해석은 원고들이 담당한 업무가 파견근로자법 제5조 제1항 소정의



파견허용업무에 해당하는지 여부에 따라 달라지지 않는다고 판단하였는바, 파견근로자법은 제2조 제1호에서 파견근로자법이 적용되는 ‘근로자파견’이라 함은 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다고 규정하고 있어서, 참가인과 원고들 사이에 바로 실질적인 근로계약관계가 존재한다고 보아야 할 이 사건에 파견근로자법상의 근로자파견계약이 성립되었음을 전제로 그 제6조 제3항의 고용의제규정이 적용된 결과로서 비로소 그와 같은 고용관계가 성립된 것이라고 본 원심의 판단은 적절하지 아니하지만, 참가인과 원고들 사이에 고용관계가 성립되었다고 보고 참가인이 원고들의 근로제공 수령을 거부한 것은 부당해고에 해당한다고 판단한 원심의 결론은 정당하여 위와 같은 잘못이 판결결과에 아무런 영향이 없다 할 것이므로, 결국 원심판결에 파견근로자법 소정의 고용의제규정에 관한 법리오해가 있다는 등의 피고와 참가인의 상고이유에서의 주장은 받아들이지 아니한다.

4. 그러므로 피고와 참가인의 상고를 모두 기각하고, 상고비용 중 참가로 인한 부분은 참가인이, 그 나머지는 피고가 각 부담하는 것으로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 배기원(재판장), 이용우(주심), 박재윤

## 1.2 제3자의 근로자에 대한 묵시적 근로계약관계 인정

☞ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결★

### » 요 지 «

1. 원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다.
2. 형식적으로는 피고 회사와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들인 원고들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나, 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 피고 회사의 일개 사업 부서로서 기능하거나, 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고 회사가 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로, 원고들과 피고 회사 사이에는 직접 피고 회사가 원고들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 보는 것이 옳다.

\* 원고, 상고인 : 원고 1 외 29인

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 현대미포조선

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

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 부산고등법원으로 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간



에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다(대법원 1979. 7. 10. 선고 78다1530 판결, 대법원 1999. 7. 12.자 99마628 결정, 대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결, 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결 등 참조).

원심이 확정한 사실에 의하면 다음의 점들을 알 수가 있다.

원고들이 소속된 용인기업은 약 25년간 오직 피고 회사로부터 선박엔진 열교환기, 시 밸브(Sea Valve), 세이프티 밸브(Safety Valve)의 검사·수리 등의 업무를 수급인 자격으로 수행하여 왔는데, 피고 회사는 용인기업이 모집해 온 근로자에 대하여 피고 회사가 요구하는 기능시험을 실시한 다음, 그 채용 여부를 결정하였고, 그 시험합격자에게만 피고 회사가 직접 지급하는 수당을 수령할 자격을 부여하였으며, 용인기업 소속의 근로자들에 대하여 징계를 요구하거나, 승진대상자 명단을 통보하는 등, 용인기업 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 용인기업 소속 책임자를 통하여 원고들에게 구체적인 작업 지시를 하였으며, 용인기업이 당초 수급한 업무 외에도 원고들로 하여금 피고 회사 소속 부서의 업무를 수행하게 하거나, 용인기업의 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, 용인기업은 원칙적으로 수급한 물량에 대하여 시간단위의 작업량 단가로 산정된 금액을 피고 회사로부터 수령하였지만, 피고 회사는 용인기업 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, 용인기업에 대한 작업량 단가는 피고 회사 소속 근로자(이른바 직영근로자)로 조직된 현대미포조선 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, 용인기업은 사업자등록 명의를 가지고 소속 근로자들에 대한 근로소득세 원천징수, 소득신고, 회계장부 기장 등의 사무를 처리하였으나, 이러한 사무는 피고 회사가 제공하는 사무실에서 이루어졌을 뿐만 아니라, 용인기업은 독자적인 장비를 보유하지 않았으며, 소속 근로자의 교육 및 훈련 등에 필요한 사업경영상 독립적인 물적 시설을 갖추지 못하였다.

이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 용인기업은 형식적으로는 피고 회사와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들인 원고들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업

경영의 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.

그럼에도 불구하고, 원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 원고들과 피고 회사 사이에 직접 근로계약관계가 성립된 것으로 볼 수 없다고 단정하였는바, 이러한 원심의 판단에는 외형상 도급의 형태를 띠고 있지만 실질적으로는 그 수급인의 근로자와 명목상의 도급인 사이에 묵시적 근로계약관계가 있는 것으로 평가하여야 할 근로관계의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 것이고, 이 점을 지적하는 원고들의 상고는 이유가 있다.

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

대법관 안대희(재판장), 김영란, 이홍훈(주심)





### 1.3 형식상 파견관계에서의 묵시적 근로계약관계 인정

☞ 서울고법 2013. 3. 13. 선고 2012나59376 판결

#### » 요 지 «

1. 파견법에 의하면 근로자파견이란 “파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다”(제2조 제1호). 즉 하나의 사용자와 근로자 사이에 고용관계와 지휘명령관계가 함께 존재하는 근로계약관계와 달리 근로자파견관계에서는 고용관계와 지휘명령관계가 분리되어 고용관계는 파견사업주와 사이에, 지휘명령관계는 사용사업주와의 사이에 각 존재한다는 점에 근로자파견관계의 특질이 있다.

다만, 외형적, 형식적으로는 근로자가 원고용주인 파견사업주에 고용되어 파견사업주와 사용사업주의 근로자파견계약에 따라 제3자인 사용사업주의 사업장에서 사용사업주의 지휘명령에 따라 업무에 종사하더라도, 실제로는 파견사업주에게 노동법상 파견사업주로서의 책임을 부담할만한 독자적인 능력이 없거나 파견사업주가 고용관계의 기본적인 사항에 대한 권한을 행사하지 않아 파견사업주로서의 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 않는 반면 근로자가 사용사업주와 종속적인 관계에 있고 사용사업주가 근로자에 대하여 지휘명령을 할 뿐 아니라 근로자의 채용, 징계, 해고 등 인사에 관한 사항, 임금에 관한 사항 및 고용관계의 유지에 필요한 노무관리에 관한 사항 등 고용관계에 관한 기본적인 사항에서도 주도권을 행사하는 경우에는 사용사업주와 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 있다고 봄이 상당하다.

2. 기간제 근로계약에 따라 근무하던 근로자인 원고가 사용사업주인 피고에서 지속적으로 근무하기로 하되 기간제법의 즉시 적용을 피하는 한시적 방편 또는 원고가 피고의 정규직 또는 무기계약직으로 전환하는 과정의 일환으로 상정된 원고와 파견사업주인 A 사이의 근로계약이 체결됨에 따라 파견근로의 형식을 취하다 A로부터 계약만료 통보를 받아 원고가 A에 사직서를 제출한 것은 원고와 A 사이의 형식적 근로계약의 종료에 관한 의사표시로 보일 뿐 원고와 피고 사이의 근로계약 종료에 관한 의사표시로는 보기 어렵다.

또한, 파견사업주인 A는 채용, 계약기간만료 통보 등 인사에 관한 사항, 임금에 관한 사항 및 교육훈련 등 고용관계의 유지에 필요한 노무관리에 관한 사항 등 고용관계에 관한 기본적인 사항에 관하여 아무런 권한을 행사하지 않아 파견사업주로서의 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 않은 반면, 원고는 사용사업주인 피고와 종속적인 관계에 있었고 사용사업주인 피고가 원고에 대하여 지휘명령을 하였을 뿐 아니라 고용관계에 관한 기본적인 사항에 관하여도 실질적인 주도권을 행사하였으므로, 원고가 A와 근로

계약을 체결한 이후에도 원고와 피고 사이에는 묵시적인 근로계약관계가 유지되고 있었다고 볼 수 있으므로, 피고는 기간제법의 시행 이후 체결된 근로계약에 의하여 2년을 초과한 기간 동안 원고를 기간제 근로자로 사용한 것에 해당하므로 근로계약상의 근로계약기간과는 관계없이 원고는 2년이 경과한 날부터 피고의 기간의 정함이 없는 근로자로 되었다고 보아야 한다.

따라서 원고가 기간의 정함이 없는 근로자임에도 피고가 A를 통하여 근로계약기간 만료를 이유로 이를 통보함으로써 한 해고는 정당한 이유 없이 피고와의 근로관계를 종료시킨 부당해고에 해당하므로 그 효력을 인정할 수 없다.

\* 원고, 항소인 : A

\* 피고, 피항소인 : 학교법인 경기학원

\* 제1심판결 : 수원지법 2012. 6. 15. 선고 2011가합24923 판결

## » 주 문 «

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 피고가 원고에 대하여 한 2011. 8. 31.자 해고는 무효임을 확인한다.
3. 피고는 원고에게 2011. 9. 1.부터 원고가 복직하는 날까지 월 2,000,000원의 비율에 의한 금원을 지급하라.
4. 소송 총비용은 피고가 부담한다.
5. 제3항은 가집행 할 수 있다.

## » 이 유 «

### 1. 기초사실

가. 원고의 피고에서의 근무경력

- (1) 원고는 2002. 3.경 피고가 설치·운영하는 경기대학교 스포츠과학대학원에 진학하면서 피고의 행정조교로 고용되어 2007. 2.경 위 대학원을 졸업할 때까지 근무하다가 2007. 3.경부터는 경기대학교 후생복지센터 사무원으로 근무하게 된 이래 아래 표 기재와 같이 피고와 각 근로계약을 체결하여 근무하여 왔다. <표 생략>
- (2) 경기대학교 후생복지위원회는 2007. 3.경 원고를 후생복지센터 사무원으로 채용하기로 의결하면서 원고를 6개월 수습 후에 자체 정규직으로 전환하기로 하였고, 이에 대하여 총장의 결재를 받았다. 그런데 피고는 6개월의 수습기간이 경과한 후 원고



에게 1년 단위 계약직으로 계속 근무할 것을 요청하였고 원고는 정규직 전환을 기 대하며 피고의 요구를 수용하여 피고와 근로계약기간을 2007. 9. 1.부터 2008. 8. 31.까지, 2008. 9. 1.부터 2009. 8. 31.까지 각 1년으로 한 계약직 근로계약을 체결하 고 후생복지센터의 사무원으로 계속 근무하였다.

#### 나. 원고의 업무내용

원고는 후생복지센터에서 사무원으로 근무하면서 22개 복지관의 매장 임대차계약체 결 및 학생통학버스 관리운영계약 체결, 통학버스 리스료 지급결제, 충남 태안군 소 재 수련원 관리 및 관리비 지출, 학내 구성원들을 위한 복지시설(수련원 및 콘도) 예 약 및 이용현황 관리, 각종 학생복지와 관련된 민원 접수 및 해결 등의 업무를 담당 하였다.

#### 다. 원고의 주식회사 유니에스와의 근로계약 및 파견의 경위

- (1) 경기대학교 후생복지위원회는 2009. 8. 11. '원고를 무기 계약직으로 전환하되, 학교 규정상 무기 계약직에 대한 규정이 없는 관계로 관련 규정이 제정되는 한시적 기간 동안 다른 형태의 계약을 취하여 근무한 후 규정 제정시 무기 계약직으로 전환하는 것으로 한다'는 내용의 의결을 하였고 이에 대하여 총장의 결재를 받았다.
- (2) 이에 따라 피고는 2009. 8.경 인사위원회를 열어 원고와 소외 1에 대한 계약건을 안 건으로 상정하고 논의한 결과 원고와 소외 1을 대체할 수 없는 인력으로 판단하여 원고를 피고의 계약직 근로자에서 주식회사 유니에스(이하 '유니에스'라 한다)의 파 견근로자로 전환하고, 당시 유니에스의 파견근로자로 근무하던 소외 1을 피고의 계 약직 근로자로 전환하여 계약하기로 결정하였다.
- (3) 위 결정에 따라 경기대학교 총무처 총무팀의 직원 채용 및 재계약 담당 직원인 소 외 2는 피고와 이미 2008. 1. 21. 포괄적인 근로자파견계약을 체결한 바 있는 유니 에스의 소외 3 실장에게 원고의 인적 사항을 알려 주고 피고가 결정한 대로 원고와 유니에스 사이에서 근로계약을 체결하도록 하였고 이에 따라 소외 3이 원고에게 연 락하게 되었으며, 당시 원고는 장기적인 차원에서 무기계약직 등 정규직으로 전환 될 것이라는 기대를 가지고 유니에스와의 근로계약 및 피고로의 파견근무를 수용하 였다.
- (4) 결국 원고는 유니에스와 아래 표 기재와 같이 각 근로계약을 체결하고 피고로 파견 되어 근무하였는데, 유니에스와의 각 근로계약 이후에도 이전의 근무장소인 경기대 학교 후생복지센터에서 이전과 동일한 업무를 하며 근무하였고, 2010. 9.부터는 추가로 학생지원처의 장애대학생 교육복지사업 팀원으로서의 업무를 수행하였다. <표 생략>



## 라. 근로계약 만료 통보

유니에스는 2011. 8. 18. 원고에게 2011. 8. 31.자로 근로계약이 만료됨을 통보하였다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 4, 18호증, 을 제3 내지 6, 8 내지 12, 14, 15호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 제1심 증인 소외 4의 증언 및 변론 전체의 취지

## 2. 원고의 주장

### 가. 묵시적 근로계약관계에 관한 주장

원고는 6년 이상 피고에게 직접 고용되어 근무하고 후생복지센터의 업무를 담당한지 2년 6개월이나 지난 시점에서 유니에스와 근로계약을 체결하고 피고에 파견되어 근무하였는데, 원고가 유니에스와 근로계약을 체결한 것은 피고가 원고를 정규직으로 전환하는 과정의 일환으로 파견업체인 유니에스를 선정하여 파견의 형식을 취하도록 유도한 것으로 파견의 형식을 취한 것과는 무관하게 원고는 동일한 장소에서 동일한 조건으로 동일한 업무를 담당하였고, 근무 및 인사 등과 관련하여 유니에스로부터 아무런 지시나 감독을 받은바 없이 오로지 피고의 지시와 감독을 받았으며, 원고가 유니에스와의 계약 조건에 관하여 유니에스와 구체적으로 협의한 바 없고 유니에스가 원고에게 지급할 급여액은 피고가 급여액에 수수료 등을 더한 금액을 유니에스에 지급하고 유니에스는 그 중 급여 상당액을 원고에게 지급하는 방식으로 사실상 피고에 의하여 결정된 점 등을 종합하여 볼 때 원고와 유니에스 사이의 근로계약은 형식적, 명목적인 것에 지나지 않고 피고와 원고 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립된 것으로 봄이 상당하여 파견기간에도 원고와 피고 사이의 근로관계가 단절되지 않고 유지되었고, 2009. 9. 1.부터는 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법'이라 한다)의 규정에 따라 원고와 피고 사이에 기간의 정함이 없는 근로관계가 성립되었으므로 피고가 유니에스와 원고 사이의 근로계약이 계약기간 만료로 종료되었다는 이유로 원고를 해고한 것은 부당해고에 해당하여 무효이고, 원고는 피고를 상대로 그 무효확인 및 원고의 복직시까지 임금 지급을 구한다.

### 나. 불법파견의 사법상 효과에 관한 주장

근로자파견은 근로자공급 중 하나로서 파견근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '파견법'이라 한다)의 엄격한 제한 아래에서 예외적으로 인정되는 것이므로 파견법에 위반한 근로자파견에 대하여는 사법적 효력을 인정할 수 없고 이 경우 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접 근로계약관계가 성립하는데, 피고와 유니에스 사이의 근로자파견계약은 원고를 파견법 시행령 제2조 제1항 별표1에서 정한 파견대상업무가 아닌 업무에 종사하게 한 것으로서 무효이므로 원고가 유니에스와 근로계약을 체결한 2009. 9. 1. 이후에도 사용사업주인 피고와 원고 사이에는 근로계약관계가 계속 유지



되었고, 피고가 유니에스와 원고 사이의 근로계약이 계약기간 만료로 종료되었다는 이유로 원고를 해고한 것은 부당해고에 해당하여 무효이므로, 원고는 피고를 상대로 그 무효 확인 및 원고의 복직시까지 임금 지급을 구한다.

#### 다. 근로계약의 갱신기대권 및 정규직 전환에 관한 기대권에 관한 주장

설령 원고가 피고와의 사이에서 기간의 정함이 없는 근로자의 지위를 획득하지 못하였다고 하더라도 후생복지위원회에서 원고의 정규직 전환에 대하여 의결하여 경기대학교 총장의 결재까지 받았고, 원고에게 계속 후생복지센터에서 근무하게 될 것이라는 합리적인 기대를 부여하였으며, 정규직 전환에 대한 신뢰를 형성하는 과정에서 원고의 특별한 과실이 발견되지 않는 점 등에 비추어 보면 피고가 원고의 합리적이고 과실 없는 신뢰를 저버리고 원고와의 근로계약을 일방적으로 종료시킨 것은 신의성실의 원칙에서 파생되는 금반언의 원칙에 위배되어 무효이다.

### 3. 판단

#### 가. 묵시적 근로계약관계의 성립 여부에 대한 판단

##### (1) 간접고용에서의 묵시적 근로계약관계의 법리

원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결 등 참조).

##### (2) 파견관계에서의 묵시적 근로계약관계의 법리

파견법에 의하면 근로자파견이란 “파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.”(제2조 제1호).

즉 하나의 사용자와 근로자 사이에 고용관계와 지휘명령관계가 함께 존재하는 근로계약관계와 달리 근로자파견관계에서는 고용관계와 지휘명령관계가 분리되어 고용관계는 파견사업주와 사이에, 지휘명령관계는 사용사업주와의 사이에 각 존재한다는 점에 근로자파견관계의 특질이 있다.

다만, 외형적, 형식적으로는 근로자가 원고용주인 파견사업주에 고용되어 파견사업주와 사용사업주의 근로자파견계약에 따라 제3자인 사용사업주의 사업장에서 사용

사업주의 지휘명령에 따라 업무에 종사하더라도, 실제로는 파견사업주에게 노동법상 파견사업주로서의 책임을 부담할만한 독자적인 능력이 없거나 파견사업주가 고용관계의 기본적 사항에 대한 권한을 행사하지 않아 파견사업주로서의 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 않는 반면 근로자가 사용사업주와 종속적인 관계에 있고 사용사업주가 근로자에 대하여 지휘명령을 할 뿐 아니라 근로자의 채용, 징계, 해고 등 인사에 관한 사항, 임금에 관한 사항 및 고용관계의 유지에 필요한 노무관리에 관한 사항 등 고용관계에 관한 기본적 사항에서도 주도권을 행사하는 경우에는 사용사업주와 근로자 사이에 묵시적 근로계약관계가 있다고 봄이 상당하다.

### (3) 판단

(가) 원고가 경기대학교 스포츠과학대학원을 졸업한 후 2007. 3.부터 2007. 8. 31.까지의 수습기간을 거쳐서 2007. 9. 1.부터 2009. 8. 31.까지 2년간 피고에 기간제 근로자로 고용되어 근무하였고, 2009. 9. 1.부터 2011. 8. 31.까지는 유니에스와 근로계약을 체결하고 피고에 파견되어 근무한 사실은 앞에서 본 바와 같은바, 유니에스와 근로계약을 체결한 2009. 9. 1. 이후 원고와 피고 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하였는지 여부에 관하여 살펴본다.

(나) 앞서 인정한 사실 및 갑 제2 내지 5호증, 갑 제15, 18호증의 각 기재, 제1심 증인 소외 4의 증언에 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사정을 인정할 수 있다.

- 1) 피고의 후생복지위원회는 2007. 3. 15. 원고를 6개월 수습 후에 자체 정규직으로 전환하여 채용하기로 하는 내용의 의결을 하여 원고에게 수습 후의 정규직 전환에 관한 합리적 기대를 부여한 바 있으나 정작 피고는 수습기간이 종료한 후에는 원고에게 1년 단위 계약직으로 계속 근무할 것을 요청하였고, 원고는 정규직 전환을 기대하며 피고의 요구를 수용하여 1년 단위의 기간제 근로계약을 체결하고 후생복지센터의 사무원으로 계속 근무하였고, 원고가 2년 동안 기간제 근로자로 근무하여 계속 기간제 근로자로 근무할 경우 기간제법에 따라 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환이 문제가 될 즈음인 2009. 8. 11. 피고의 후생복지위원회는 원고가 수습기간을 포함하여 2년 이상 후생복지센터에 근무하여 왔고 복잡한 업무처리 및 학생 지도에 꼭 필요한 직원이어서 어떠한 방법으로든 지속적 근무가 가능할 수 있도록 규정을 마련하자는 위원들의 일치된 생각 하에 피고의 인사에 관한 규정 중 무기계약직에 관한 규정이 없음에도 원고를 무기 계약직으로 전환하되 다만 무기계약직에 관한 규정이 제정되는 한시적 기간 동안 다른 형태의 계약을 취하여 근무한 후 규정 제정시 무기 계약직으로 전환하는 것으로 한다는 내용의 의결을 하는 등 피고는 원고에게 원고가 근무하는 후생복지센터를 관장하는 후생복지위원회를 통하여 원고의 채용시부터 원고가 유니에스와의 근로계약을 체결하기 직전까지 계속 정규직 또는 이에 준하는 무기계약직으로의 전환가능성에 관한 기대를 부여하였고, 원고는 피고의 후생복지위원회가 부여한 기대에 대한 신뢰에



기초하여 정규직으로의 전환을 염두에 두고 피고와의 1년 단위 기간제 근로계약 뿐 아니라 유니에스와의 근로계약까지 체결하였는바, 피고의 후생복지위원회나 원고 모두 원고가 피고에서 지속적으로 근무할 것을 전제로 하면서 기간제법의 즉시 적용을 피하는 한시적 방편인 동시에 원고가 피고의 정규직 또는 무기계약직으로 전환되는 과정의 일환으로 유니에스와 원고 사이의 근로계약을 상정하고 이를 체결하게 되었다.

- 2) 피고의 후생복지위원회의 위 의결에 이어 피고의 일반직원 인사위원회는 2009. 8. 경 당시 기간제법에 따른 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환이 문제된 원고와 소외 1의 계약 건을 안건으로 상정하여 논의한 결과, 원고와 소외 1을 대체할 수 없는 인력으로 판단하여 당시 파견용역직에 있던 소외 1은 피고의 계약직으로, 원고는 학교계약직에서 파견용역직으로 전환하여 계약하기로 결정한 다음, 당시 경기대학교 총무처 총무팀에서 직원채용 및 재계약에 관한 업무를 담당하던 소외 2가 피고와 포괄적인 근로자파견계약을 체결하여 놓은 유니에스의 소외 3 실장에게 원고의 인적 사항을 알려주고 피고가 결정하는 대로 동일부서에서 동일업무, 동일임금으로 근무하는 내용의 근로계약서를 작성하여 오도록 하여 원고와 유니에스 사이의 근로계약이 체결되는 등 원고와 유니에스와의 근로계약이 원고와 유니에스와의 개별적 교섭에 의하여 체결된 것이 아니라 피고의 주도하에 피고가 정규직 전환의 기대를 가지고 있던 원고를 설득하고 파견업체를 유니에스로 결정하여 유니에스에 통보하여 체결되었고, 유니에스는 채용에 관한 권한을 행사한 적이 없다.
- 3) 원고는 유니에스와 근로계약을 체결하면서 근로계약의 주된 내용인 급여액, 담당 직무 등 근로조건에 관하여 유니에스와 구체적인 협의절차를 거친 적이 없고 피고가 이를 결정하였으며, 유니에스는 단지 피고가 원고의 급여액을 결정하고 이에 수수료 등을 더한 금액을 유니에스에 지급하면 그 중 급여액을 원고에게 지급하는 역할만을 하였을 뿐이다.
- 4) 원고는 유니에스와 근로계약을 체결한 다음 피고에 파견되어 파견근로자로서 근무하였는데, 그 이전과 동일한 부서, 근무장소에서 동일한 업무를 동일한 임금 등의 근로조건으로 동일한 상급자인 피고의 후생복지센터장의 지휘감독 하에 수행하였고, 유니에스는 원고에 대하여 업무교육이나 지휘감독 등을 전혀 하지 않았으며, 원고는 유니에스와의 근로계약서를 작성할 때에만 유니에스의 담당직원을 만났다.
- 5) 원고와 유니에스는 계약기간을 2010. 9. 1.부터 2011. 8. 31.까지로 하여 근로계약을 갱신하였는데, 위 갱신된 근로계약의 계약기간 만료와 관련하여 당시 피고의 후생복지센터 팀장이었던 소외 5가 피고의 총무팀에 계약만료 기간이 다 되어가는 데도 파견업체인 유니에스로부터 아무런 연락이 없다고 이야기하니 그 이틀 후인 2011. 8. 28.경 유니에스에서 원고에게 계약만료통보서를 전해 오는 등 계약

기간만료의 통보 과정에서도 피고가 주도적으로 관여한 흔적이 인정된다. 원고는 위 계약기간이 경과한 이후인 2011. 9.과 10.에도 소외 5의 요청으로 주 1-2회, 10여 일이 넘도록 출근하여 업무를 처리하였다.

(다) 한편 갑 제1, 5호증, 을 제1 내지 16호증의 각 기재, 제1심 증인 소외 4의 증언 및 변론전체의 취지를 종합하면, ① 원고가 2009. 7. 29. 피고로부터 근로계약만료 예고통보서를 수령하고, 2009. 8. 31. 퇴직금 2,008,913원을 지급받은 사실, ② 원고가 유니에스의 인터넷 웹 사이트에 회원가입을 하고 이력서를 작성, 등록하는 등 입사 지원을 하였고, 2009. 9. 1. 이후에는 유니에스로부터 각종 급여와 명절선물 등을 지급받았으며, 근로소득세 원천징수와 연말정산 등도 유니에스를 통하여 이루어졌고, 유니에스의 직원으로서 국민건강보험과 국민연금, 고용보험, 산재보험 등 4대 보험 수급권을 취득·행사하였으며, 피보험자를 유니에스로 하는 신원보증보험에 가입하였고, 또한 2010. 8. 31. 유니에스로부터 퇴직금 중간정산을 받았으며, 2011. 8. 18. 유니에스로부터 계약만료 통보를 받아 2011. 8. 30. 유니에스에 사직서를 제출한 사실, ③ 유니에스가 6,000여 명의 근로자를 고용하여 사업을 운영하고 있는 사실, ④ 경기대학교에는 무기 계약직의 직책이 없고 2006. 9. 이후에는 계약직 직원 중 일부를 일정 기간 경과 후 정규직원으로 특별채용하지 않았으며, 후생복지위원회는 총장의 자문위원회로서 인사에 관한 결정 권한이 없는 사실, ⑤ 원고와 함께 근무한 후생복지센터의 기간제 근로자로서 피고로부터 근로계약만료 예고통보서를 받은 소외 6, 7, 8은 2009. 8. 31. 각 퇴직금을 지급받고 2009. 9. 1.부터 경기대학교 내 매점, 서점 등을 임대받아 운영하고 있고, 소외 9는 2009. 8. 31. 퇴직금을 지급받고 직장을 그만두는 등 후생복지센터에 근무하던 원고 이외의 다른 기간제 근로자들과 피고 사이의 각 근로계약은 2009. 8. 31. 모두 종료된 사실을 인정할 수 있다.

그러나 ①과 ②의 점은 앞서 본 바와 같이 원고가 피고에서 지속적으로 근무하기로 하되 기간제법의 즉시 적용을 피하는 한시적 방편 또는 원고의 피고의 정규직 또는 무기계약직으로 전환하는 과정의 일환으로 상정된 원고와 유니에스 사이의 근로계약이 체결됨에 따라 이에 부수하여 진행된 사무처리이거나 근로계약의 상대방이 형식적으로는 피고에서 유니에스로 변경된 것에 따라 그 법적 형식을 일치시키기 위하여 행해진 조치로 볼 수 있고, 특히 원고가 2011. 8. 18. 유니에스로부터 계약만료 통보를 받아 2011. 8. 30. 유니에스에 사직서를 제출한 것은 원고와 유니에스 사이의 형식적 근로계약의 종료에 관한 의사표시로 보일 뿐 원고와 피고 사이의 근로계약 종료에 관한 의사표시로는 보기 어려우며, ③의 점과 관련하여 유니에스 자체는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하였다고 볼 수 없지만, 뒤에서 보는 바와 같이 원고와 유니에스 사이의 근로계약의 체결과 관련하여서는 유니에스가 고용관계에 관한 기본적 사항에 관하여 파견사업주로서의 권한을 전혀 행사하지 않아 파견사업주로서의 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나



지 않게 되었다고 볼 수밖에 없고, ④의 점과 관련하여 앞서 본 바와 같이 피고의 후생복지위원회가 원고가 관련 규정이 제정되는 대로 정규직과 마찬가지로 기간의 정함이 없는 근로자의 일종인 무기계약직으로 전환되는 것을 염두에 두면서 그때까지 '다른 형태의 계약'을 한시적으로 체결하는 것을 예정하였고, 후생복지위원회의 결의에 이어 인사에 관한 결정 권한을 가진 인사위원회에서도 원고를 대체할 수 없는 인력으로 판단하여 원고와 유니에스 사이의 근로계약의 체결에 주도적으로 관여하는 등 피고가 원고와 유니에스 사이의 근로계약을 원고가 피고의 정규직 또는 무기계약직으로 전환되는 과정의 일환으로 상정하였다고 볼 수가 있다. 그리고 ⑤의 점과 관련하여서도 피고가 자인하고 있는 것처럼 소외 6, 7, 8의 경우 위 각 매점 등을 운영하겠다는 의사를 표시하고 위 각 매점 등을 임대해 줄 것을 요청하거나, 소외 9의 경우 스스로 사직의 의사를 표시함으로써 피고와의 근로계약이 종료된 것이므로 피고에게 사직의 의사를 표시한 적이 없는 원고의 경우를 이와 동일시할 수 없는 점을 종합하여 보면, 위와 같은 사실만으로는 원고와 피고 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립될 수 없다고 볼 수가 없다.

- (라) 그러므로 앞서 인정한 바와 같이, 원고와 유니에스와의 근로계약의 체결과정이 피고의 필요에 의하여 피고가 주도하여 피고가 결정한 대로 진행되었고, 유니에스는 원고와의 구체적인 교섭 없이 피고의 통보에 따라 원고와 근로계약을 체결하였을 뿐이며, 계약기간만료 통보와 관련하여서도 피고가 주도적으로 관여한 흔적이 인정되고, 임금에 관한 사항도 원고와 유니에스 사이의 협상에 의하여 결정된 것이 아니라 피고에 의하여 결정되었으며, 원고에 대한 유니에스의 교육 훈련 등은 전혀 없었고 피고는 유니에스와의 근로계약 이전과 동일한 업무를 피고의 지휘명령 하에 수행하였는바, 파견사업주인 유니에스는 채용, 계약기간만료 통보 등 인사에 관한 사항, 임금에 관한 사항 및 교육훈련 등 고용관계의 유지에 필요한 노무관리에 관한 사항 등 고용관계에 관한 기본적 사항에 관하여 아무런 권한을 행사하지 않아 파견사업주로서의 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 않은 반면, 원고는 사용자사업주인 피고와 종속적인 관계에 있었고 사용자사업주인 피고가 원고에 대하여 지휘명령을 하였을 뿐 아니라 고용관계에 관한 기본적인 사항에 관하여도 실질적인 주도권을 행사하였으므로, 원고가 유니에스와 근로계약을 체결한 이후에도 원고와 피고 사이에는 묵시적인 근로계약관계가 유지되고 있었다고 볼 수 있다(묵시적 근로계약관계에 관한 원고의 주장을 받아들이는 이상 원고의 다른 주장에 대하여는 더 나아가 판단하지 아니한다).

#### 나. 해고무효확인청구에 대한 판단

원고가 유니에스와 근로계약을 체결한 2009. 9. 1. 이후에도 원고와 피고 사이에 묵시적인 근로계약관계가 유지되어 있었다면, 피고는 2007. 7. 1. 기간제법의 시행 이후 체결된 근로계약에 의하여 2007. 9. 1.부터 2011. 8. 31.까지 2년을 초과한 기간 동안



원고를 기간제 근로자로 사용한 것에 해당하므로 기간제법 제4조 제2항, 부칙 제1, 2조에 따라 근로계약상의 근로계약기간과는 관계없이 원고는 2년이 경과한 2009. 9. 1. 정부터 피고의 기간의 정함이 없는 근로자로 되었다고 보아야 한다.

따라서 원고가 기간의 정함이 없는 근로자임에도 피고가 유니에스를 통하여 근로계약기간 만료를 이유로 이를 통보함으로써 한 2011. 8. 31.자 해고는 정당한 이유 없이 피고와의 근로관계를 종료시킨 부당해고에 해당하므로 그 효력을 인정할 수 없다.

#### 다. 임금청구에 대한 판단

피고가 2011. 8. 31. 원고에 대하여 한 해고가 무효인 이상, 원고와 피고 사이의 근로계약관계는 유효하게 존속하고 원고가 위 해고로 인하여 실제로 근로를 제공하지 못하였다고 하더라도 이는 사용자인 피고의 수령지체로 인한 것이므로, 피고는 원고에게 위 해고가 없었더라면 원고가 지급받았을 임금 상당액을 지급할 의무가 있다.

임금액에 관하여 보건대, 을 제9, 10호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면 원고가 위 해고 전에 피고 및 유니에스로부터 월 급여로 2,000,000원을 지급받았으므로, 피고는 원고에게 위 해고 다음날인 2011.9.1.부터 원고가 복직하는 날까지 매월 2,000,000원의 비율에 의한 임금 상당액을 지급할 의무가 있다.

#### 4. 결 론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 모두 인용할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 달리하고 있으므로 이를 취소하고, 피고가 2011. 8. 31. 원고에 대하여 한 해고는 무효임을 확인하며, 위 임금 상당액의 지급을 명하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 조해현, 판사 마은혁, 판사 김호춘



## 1.4 승객 서비스 업무의 묵시적 근로계약관계 불인정

☞ 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결

### » 요 지 «

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.

\* 원고, 상고인 : 별지 원고 명단 기재 <별지 생략>

\* 피고, 피상고인 : 한국철도공사

\* 원심판결 : 서울고법 2011. 8. 19. 선고 2010나90816 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

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

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 홍익회(이하 '홍익회'라고 한다)나 주식회사 한국철도유통(코레일유통 주식회사로 상호가 변경되었는데, 이하 '철도유통'이라고 한다)이 형식적으로는 피고 측과 체결한 각 위탁협약에 따라 소속 KTX 여승무원을 사용하여 KTX 승객서비스업무를 수행한 것과 같

은 외관이 있다 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채 피고 측의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 하였을 뿐, 오히려 피고 측이 KTX 여승무원인 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 타당하므로, 원고들과 피고 측 사이에는 묵시적 근로계약관계가 성립하였다고 판단하였다.

- 가. 각 위탁협약에 의하면, KTX 여승무원은 KTX의 여객운송과 관련한 매우 광범위한 업무를 수행하고 그중에는 승객의 안전과 관련된 업무도 포함되어 있는 등 피고 측 소속인 열차팀장의 업무 내용과 KTX 여승무원의 업무 내용 중 서로 명확히 구분되지 않거나 공통되는 업무가 존재하므로, 열차팀장과 KTX 여승무원은 상호 공동업무수행자의 지위에서 벗어날 수 없다. 따라서 KTX 승객서비스업무 중 KTX 여승무원의 업무를 열차팀장의 업무와 분리하여 이를 도급 형식으로 위탁하는 것은 도급인의 업무 영역과 수급인의 업무 영역이 혼재되어 도급계약의 성질상 허용되지 아니한다.
- 나. 홍익회의 원래 사업 내용이 KTX 여승무원의 업무와는 관련이 없는 점, 홍익회사 철도유통의 임원진은 피고 측 출신으로 구성되어 있었으며, 철도유통이 피고 측의 자회사인 점, 피고 측은 KTX 여승무원의 임금 세부항목과 액수를 특정하여 철도유통 등에 지급하고 철도유통 등의 일반관리비나 이윤도 산정한 점, 피고 측이 위탁업무 수행에 필요한 시설과 장비를 철도유통 등에 무상으로 대여한 데 반하여 철도유통 등은 KTX 여승무원의 업무를 위한 별도의 물적 시설이나 장비를 갖추지 못하였던 점 등에 비추어 보면, 철도유통 등은 KTX 여승무원의 업무에 관하여 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하였다.
- 다. 철도유통 등이 KTX 여승무원을 채용할 때 채용인원 등에 관하여 피고 측과 긴밀히 협조하고 채용면접관으로 피고 측 소속 직원이 직접 참여하기도 한 점, 피고 측은 각종 교육자료를 제작하여 배포하고 피고 측 직원인 강사들이 직무교육을 수시로 실시한 점, 피고 측의 관련 규정상 열차팀장이 KTX 여승무원의 업무 수행 확인 및 평가를 시행하도록 되어 있는 반면에 KTX 여승무원에 대한 감독업무를 수행하는 철도유통 등의 책임자는 KTX에 거의 승차하지 않은 점, 피고 측에서 KTX 여승무원에 대한 시정사항을 통보하고 그 시정요구에 따라 철도유통 등이 징계처분을 한 뒤 피고 측에 통보한 적이 있는 점, 철도유통 등이 형식적으로 승무교번표를 작성하기는 하나 실제로는 피고 측이 KTX 여승무원의 근무시간 등을 결정한 것으로 보이는 점, 피고 측이 작성하여 배포한 'KTX 승무원 서비스 매뉴얼'에는 KTX 여승무원의 복장과 메이크업 등에 관하여 세부적인 사항이 명시된 점 등에 비추어 보면, KTX 여승무원에 대한 인사노무관리의 실질적인 주체는 피고 측이다.

3. 그러나 원심의 이러한 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.



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

- 1) 피고 측은 KTX의 운행과 관련된 승무분야 업무를 안전 부분과 승객서비스 부분으로 구분하여 설계하면서, 그중 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 철도유통 등과 체결한 위탁협약에 따라 철도유통 등에 소속된 KTX 여승무원의 담당 업무로 지정하였다.
- 2) 열차팀장의 업무와 KTX 여승무원의 업무가 넓게는 KTX 차량이라는 동일한 공간 내에서 수행되고 서로 협조할 여지가 전혀 없는 것은 아니나, 각 업무의 내용이나 영역은 구분되어 있었고, 실제로도 열차팀장이 KTX 차량 전부를 순회·감시하면서 안전업무를 수행한 것과 비교하여, KTX 여승무원은 이와 별도로 각 담당 구간을 순회하면서 승객 응대 등의 업무를 독자적으로 수행한 것으로 보인다. 그리고 각 위탁협약에 의하면, 화재 등의 비상사태가 발생할 경우 KTX 여승무원도 열차팀장의 지시를 받아 화재진압 및 승객대피 등의 활동에 참여하게 되어 있었지만, 이는 이례적인 상황에서 응당 필요한 조치에 불과하고 KTX 여승무원의 고유 업무에서 차지하는 비중도 낮았다.
- 3) 철도유통 등이 피고 측의 유관단체이거나 자회사라는 사실은 각 위탁협약의 진정성을 의심하게 하는 사유가 될 수도 있으나, 각자의 사업만큼은 피고 측과 독립하여 영위한 것으로 보인다. 한편 철도유통 등이 자체적으로 세운 임금지급기준에 따라 KTX 여승무원에게 직접 지급한 임금의 액수는 위탁협약 도급금액 결정 기준에서 정한 것과는 차이가 있었다(원심은 피고 측에서 임금 세부항목이나 액수를 특정하고 철도유통 등의 일반관리비나 이윤도 산정한 점을 지적하고 있는데, 이는 단가산출 등 도급금액 산정의 근거를 분명히 하기 위한 차원일 수도 있다). 또한, 철도유통 등은 KTX 승무사업본부나 승무본부를 따로 설치하고 피고 측으로부터 사무실을 임차하는 한편 KTX 여승무원의 제복과 휴대용 가방 등의 자재를 직접 구입하여 배부하기도 하였다. 철도유통 등이 KTX 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) 철도유통 등은 ‘고속철도승무원 운용지침’ 등의 규정을 마련한 후 그에 근거하여 KTX 여승무원의 채용·승진·직급체계를 결정하였고, 자체 교육계획을 수립하여 직접 교육 및 근무평가를 실시하였다. 이 과정에서 피고 측 소속 직원 일부가 채용면접관으로 참여하거나 KTX 여승무원이 피고 측의 위탁교육을 받은 적이 있다고 하더라도 그러한 사실은 철도유통 등이 채용 및 교육의 주체라는 점을 부인하는 근거로 삼기에는 부족해 보인다. 아울러 열차팀장이 KTX 여승무원의 업무 수행을 확인하도록 되어 있는 것은 KTX 여승무원에 대한 업무상 감독이라기보다는 위탁협약의 당사자가

보유한 권리의 행사로서 KTX 승객서비스업무가 위탁협약의 내용에 맞추어 제대로 이행되었는지를 확인하고 감수하는 절차라고 이해할 수 있고, 철도유통 등이 피고 측의 시정요구에 따라 징계처분을 한 사실만으로는 철도유통 등이 독자적으로 인사권을 행사하였다는 점을 부정하기는 어렵다. 나아가 피고 측에서 확정하는 열차운행표(일명 '기준 다이아')는 KTX의 운행 내용만을 제공할 뿐 KTX 여승무원의 구체적인 출퇴근시간이나 승무시간, 배치순서는 철도유통 등이 작성하는 승무교번표를 통하여 비로소 확정되었다. 'KTX 승무원 서비스 매뉴얼' 등의 제공 역시 피고 측이 위탁협약 당사자의 지위에서 업무의 표준을 제시하여 KTX 승객서비스업무가 균질적으로 수행되도록 노력해 달라고 철도유통 등에 주문하는 취지로 못 볼 바 아니다.

- 나. 이와 같이 열차팀장의 업무와 KTX 여승무원의 업무가 구분되어 있었고, 철도유통 등이 피고 측과 체결한 각 위탁협약에 따라 독립적으로 KTX 승객서비스업을 경영하였으며, KTX 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, 철도유통 등이 KTX 여승무원과 맺은 근로계약도 명목적인 것에 불과할 뿐 KTX 여승무원은 사실상 피고 측과 종속적인 관계에 있고 실질적으로 임금을 지급하는 주체가 피고 측이며 KTX 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, 철도유통 등의 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 아니하여 원고들과 피고 측 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하였다고 평가할 수는 없다고 할 것이다.

- 다. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 사정만을 들어 철도유통 등이 KTX 승객서비스업무에 관하여 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성 없이 피고 측 노무대행기관의 역할만을 하였다고 보아 원고들과 피고 측 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하였다고 판단하였다. 이러한 원심판결에는 묵시적 근로계약관계의 성립 등에 관한 법리를 오해한 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단은 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이인복(재판장), 김용덕, 고영한(주심), 김소영



## 2. 근로자 파견관계

### 2.1 도급과 파견 구별의 주요 기준

#### (1) 도급과 파견의 판단 기준

☞ 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결★

#### » 요 지 «

1. 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것)은 제6조 제3항 본문으로 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음 날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다.”라는 내용의 규정(이하 ‘직접고용간주 규정’이라고 한다)을 두고 있는데, 이러한 직접고용간주 규정이 적법한 근로자파견에 대하여만 한정하여 적용되는 것은 아니므로, 적법하지 아니한 근로자파견의 경우에도 사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용할 때에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음 날부터 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접적인 근로관계가 형성된다고 볼 수는 있으나, 더 나아가 위법한 근로자파견이라는 사정만으로 적법한 근로자파견과는 달리 위와 같은 2년의 기간 경과 여부와 관계없이 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접적인 근로관계가 성립한다고 해석할 수는 없다.
2. 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견근로자보호 등에 관한 법률의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 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 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.

\* 원고, 피상고인 : 원고 1 외 3인

\* 원고, 상고인 : 원고 5 외 2인



\* 피고, 상고인 겸 피상고인 : 현대자동차 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2010. 11. 12. 선고 2007나56977 판결

## » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 원고 1, 2, 3, 4와 피고 사이에 생긴 부분은 피고가 부담하고, 원고 5, 6, 7과 피고 사이에 생긴 부분은 원고 5, 6, 7이 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 피고의 각 상고이유보충서 등의 기재는 그 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

### 1. 원고 5, 6, 7의 상고이유에 대하여

가. 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).

원심은 피고의 사내협력업체가 위 원고들과 같은 그 소속 근로자에 대하여 사용자로서의 권리·의무를 행사하지 않았다고 보이지는 않을 뿐만 아니라 사내 협력업체가 소속 근로자에 대한 인사권·징계권을 행사함에 있어 피고가 직접 관여하였다는 점을 인정할 만한 구체적인 자료가 없어 사내협력업체가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 상실하였다고 볼 수 있을 정도로 그 존재가 형식적·명목적인 것이라고 할 수는 없다는 이유로, 위 원고들과 피고 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하였다고 단정할 수 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 근로계약에서의 사용자의 지위 내지 묵시적 근로계약관계의 성립에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

나. 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 '파견법'이라고 한다) 제2조 제1호에 의하면, 근로자 파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.



한편 구 파견법(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 제6조 제3항 본문으로 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다”라는 내용의 규정(이하 ‘직접고용간주 규정’이라고 한다)을 두고 있는데, 이러한 직접고용간주 규정이 적법한 근로자파견에 대하여만 한정하여 적용되는 것은 아니므로(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결 등 참조), 적법하지 아니한 근로자파견의 경우에도 사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용할 때에는 그 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접적인 근로관계가 형성된다고 볼 수는 있으나, 더 나아가 위법한 근로자파견이라는 사정만으로 적법한 근로자파견과는 달리 위와 같은 2년의 기간 경과 여부와 관계없이 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접적인 근로관계가 성립한다고 해석할 수는 없다.

따라서 위 원고들이 담당한 업무가 제조업의 직접생산공정업무로서 구 파견법 제5조 규정에 따라 근로자파견대상업무에서 제외되는 것이라 불법파견에 해당하고 이러한 경우에는 2년 초과 근무 여부와 상관없이 위 원고들이 피고를 위하여 근로를 제공한 시점부터 피고의 근로자로서의 지위가 인정되어야 한다는 취지의 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

## 2. 피고의 상고이유에 대하여

가. 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 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 소

속 근로자에게 구체적인 지휘·명령권을 행사하였다 하더라도 이는 피고가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나 그러한 지휘·명령이 피고에 의하여 통제된 것에 불과한 점, 사내협력업체 소속 근로자가 피고 소속 근로자와 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 수행한 점, 피고는 소속 근로자의 결원이 발생하는 경우 사내협력업체 근로자로 하여금 그 결원을 대체하게 하기도 한 점, 피고가 사내협력업체 소속 근로자에 대한 휴게시간 부여, 연장 및 야간근로, 교대제 운영 등을 결정하고 사내협력업체를 통하여 사내협력업체 소속 근로자의 근무상황 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, 원고 2, 원고 3, 원고 4는 사내협력업체에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 봄이 타당하다고 판단하였다.

이어 원심은 위 원고들이 담당한 것과 같은 제조업의 직접생산공정업무는 구 파견법 제5조 규정에 따라 근로자파견대상업무에서 제외되기는 하지만, 이처럼 적법하지 아니한 근로자파견의 경우에도 직접고용간주 규정은 적용되므로, 각 피고에게 파견된 날로부터 2년이 만료된 날의 다음날로서, 원고 1은 2003. 5. 25.부터, 원고 2는 2002. 2. 14.부터, 원고 3은 2002. 8. 1.부터, 원고 4는 2002. 8. 5.부터 각각 직접고용이 간주됨으로써 피고의 근로자 지위에 있게 되었다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의 한계를 벗어나거나 근로자파견의 요건 내지 사내도급과의 구별 기준, 도급인의 지시권, 증명책임 등에 관한 법리를 오해하고 석명의무를 위반하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 이유에 모순이 있고 이유를 밝히지 아니하는 등의 위법이 없다.

### 3. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용 중 원고 1, 2, 3, 4와 피고 사이에 생긴 부분은 피고가 부담하고, 원고 5, 6, 7과 피고 사이에 생긴 부분은 원고 5, 6, 7이 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이인복(재판관), 김용덕, 고영한(주심), 김소영



☞ 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결

### » 요 지 «

1. 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니다. 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 구성돼 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 위해 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.
2. 피고가 소외 회사 소속 근로자의 작업장소와 작업시간을 결정하고 작업내용에 대하여 실질적인 지휘·감독을 한 점, 소외 회사 소속 근로자는 피고 소속 근로자와 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 수행한 점, 피고 소속 관리자가 피고 소속 근로자와 함께 소외 회사 소속 근로자의 근태상황 등을 파악하고 업무사항을 지적하는 등 소외 회사 소속 근로자를 관리하여 온 점, 소외 회사가 도급받은 업무는 피고 소속 근로자의 업무와 동일하여 명확히 구분되지 아니하는 점, 소외 회사 소속 근로자의 담당 업무 중 일부는 반복적인 청소·시설관리업무로서 소외 회사의 전문적인 기술이나 근로자의 숙련도가 요구되지 않고 소외 회사의 고유 기술이나 자본이 투입된 바 없는 점 등의 여러 사정을 종합하면, 원고들은 소외 회사에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 봄이 타당하다.

원고들이 담당한 것과 같은 제조업의 직접생산공정업무는 구 파견법 제5조 규정에 따라 근로자파견대상업무에서 제외되기는 하나, 이처럼 적법하지 아니한 근로자파견의 경우에도 직접고용간주 규정은 적용된다.

\* 원고, 피상고인 : 원고 1 외 2인

\* 피고, 상고인 : 남해화학 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2010. 10. 1. 선고 2009나117975 판결

## » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

## » 이 유 «

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

1. 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’이라고 한다) 제2조 제1호에 의하면, 근로자파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견 계약의 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 구속력 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 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.

한편 구 파견법(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 제6조 제3항 본문으로 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다”라는 내용의 규정(이하 ‘직접고용간주 규정’이라고 한다)을 두고 있는데, 이러한 직접고용간주 규정은 적법한 근로자파견의 경우에만 한정하여 적용되는 것은 아니다(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결 등 참조).

2. 원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시 사실을 인정한 다음, 피고가 소외 회사 소속 근로자의 작업장소와 작업시간을 결정하고 작업내용에 대하여 실질적인 지휘·감독을 한 점, 소외 회사 소속 근로자는 피고 소속 근로자와 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 수행한 점, 피고 소속 관리자가 피고 소속 근로자와 함께 소외 회사 소속 근로자의



근태상황 등을 파악하고 업무사항을 지적하는 등 소외 회사 소속 근로자를 관리하여 온 점, 소외 회사가 도급받은 업무는 피고 소속 근로자의 업무와 동일하여 명확히 구분되지 아니하는 점, 소외 회사 소속 근로자의 담당 업무 중 일부는 반복적인 청소·시설관리업무로서 소외 회사의 전문적인 기술이나 근로자의 숙련도가 요구되지 않고 소외 회사의 고유 기술이나 자본이 투입된 바 없는 점 등의 여러 사정을 종합하면, 원고들은 소외 회사에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 봄이 타당하다고 판단하였다.

나아가 원심은 원고들이 담당한 것과 같은 제조업의 직접생산공정업무는 구 파견법 제5조 규정에 따라 근로자파견대상업무에서 제외되기는 하나, 이처럼 적법하지 아니한 근로자파견의 경우에도 직접고용간주 규정은 적용되므로, 원고 1, 원고 2는 각 구 파견법이 시행되어 2년이 경과한 시점인 2000. 7. 1.부터, 원고 3은 피고에게 파견된 날로부터 2년이 만료된 날의 다음 날인 2002. 1. 17.부터 각각 고용이 간주됨으로써 피고의 근로자 지위에 있게 되었다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의 한계를 벗어나거나 근로자파견의 요건 내지 사내도급과의 구별 기준, 도급인의 지시권 등에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

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

대법관 이인복(재판장), 김용덕(주심), 고영한, 김소영



## (2) 자동차 의장공정에 혼재 배치되어 단순·반복적인 업무 수행

☞ 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결★<sup>17)</sup>

## » 요 지 «

1. 원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 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.
2. 컨베이어벨트를 이용한 자동흐름방식으로 진행되는 자동차 조립·생산 작업의 의장공정에 종사하면서 정규직 근로자들과 함께 단순·반복적인 업무를 수행해온 甲 자동차 제조회사의 하청업체 근로자들은, 甲 회사와 근로자파견관계에 있어 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것)상 직접고용간주 규정의 적용을 받아야 함에도, 이 규정의 적용대상이 아니라고 한 원심판단에 법리 오해 등의 위법이 있다고 한 사례.
3. 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제6조 제3항 본문은 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다”고 규정(이하 ‘직접고용간주 규정’이라고 한다)하고 있다. 이러한 직접고용간주 규정은 구 파견근로자보호 등에 관한 법률 제2조 제1호에서 정의하고 있는 ‘근로자파견’이 있고 그 근로자파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실로부터 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접근로관계가 성립한다는 의미를 가지므로, 이와 달리 위 규정이 이른바 ‘적법한 근로자파견’의 경우에만 적용된다고 축소하여 해석하는 것은 그 문언이나 입법 취지 등에 비추어 아무런 근거가 없다.

\* 원고, 상고인 : 원고 1 외 1인

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 현대자동차 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2008. 2. 12. 선고 2007누20418 판결

17) 현대자동차 사내하청 근로자 판결의 사건 경과: 2005년 최 씨 등 해고→대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결(울산공장, 파기환송)→대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결(울산공장, 재상고심), 2003년 김 씨 등 해고→대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결(아산공장)



## » 주 문 «

원심판결 중 원고 2에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 원고 1의 상고를 기각한다. 원고 1의 상고비용은 피고 보조참가로 인한 부분을 포함하여 위 원고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 묵시적 근로계약관계의 성립에 관하여

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).

원심은, 원고들과 고용계약을 체결한 피고 보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)의 울산 공장 내 사내협력업체들이 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 상실하였다고 볼 수 있을 정도로 그 존재가 형식적·명목적인 것으로 볼 수 없다고 보고, 이와 달리 원고들과 참가인 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다는 원고들의 주장을 배척하였다. 이러한 원심의 판단은 원심이 인정한 사실관계를 위 법리에 비추어 보면 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 묵시적 근로계약관계의 성립에 관한 법리오해의 위법이 없다.

### 2. 근로자파견관계의 성립 및 효과에 관하여

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 확정된 사실관계에 의하면 다음의 각 사정을 알 수 있다.

- ① 참가인의 자동차 조립·생산 작업은 대부분 컨베이어벨트를 이용한 자동흐름방식으로 진행되었는데, 참가인과 도급계약을 체결한 이 사건 사내협력업체 소속 근로자들인 원고들은 컨베이어벨트를 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 등을 결정하였다. 참가인은 원고들을 직접 지휘하거나 또는 이 사건 사내협력업체 소속 현장관리인 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.
- 그렇다면 원심이 그 판시와 같은 사정만을 들어 이 사건 사내협력업체들이 원고들을 고용하여 참가인의 지휘·명령을 받아 참가인을 위한 근로에 종사하게 하는 근로자파견에 해당한다고 보기 어렵다고 본 것은 근로자파견관계에 관한 법리를 오해하였거나 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다.
- 나. 한편, 파견근로자보호법 제6조 제3항 본문은 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다”고 규정(이하 ‘직접고용간주 규정’이라고 한다)하고 있다.
- 이러한 직접고용간주 규정은 파견근로자보호법 제2조 제1호에서 정의하고 있는 ‘근로자파견’이 있고 그 근로자파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실로부터 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접근로관계가 성립한다는 의미를 가지므로, 이와 달리





위 규정이 이른바 ‘적법한 근로자파견’의 경우에만 적용된다고 축소하여 해석하는 것은 그 문언이나 입법 취지 등에 비추어 아무런 근거가 없다(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결 등 참조).

그럼에도 불구하고, 원심은 위의 법리와는 달리 사용사업주에 해당하는 참가인이 파견근로자인 원고들이 종사하고 있는 자동차조립 등 제조업의 직접생산공정업무는 파견근로자보호법 제5조 제1항에서 정하는 근로자파견사업이 허용되는 업무에 해당하지 아니하고 이 사건 사내협력업체들 또한 근로자파견사업의 허가를 받은 바도 없으므로 이 사건 근로자파견이 위법하다는 이유로 직접고용간주 규정이 적용되지 않는다고 판단하였다. 이러한 원심판결에는 파견근로자보호법 제6조 제3항에 정한 직접고용간주 규정의 적용범위의 해석에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

- 다. 한편, 원심이 인정한 사실관계에 의하면, 참가인과의 사이에 근로자파견관계가 인정되는 원고 2는 그 입사일인 2002. 3. 13.부터 2년이 경과된 이후에도 참가인에 의하여 사용되다가 2005. 2. 2. 그 소속 사내협력업체로부터 해고된 것이므로, 직접고용간주 규정에 의하여 2004. 3. 13.부터 참가인이 위 원고를 직접 고용한 것으로 간주된다. 그러나 원고 1은 참가인과의 사이에 근로자파견관계가 인정된다고는 하나, 2005. 1. 1. 참가인의 사내협력업체 중 하나인 정화기업에 입사하여 참가인에 의하여 사용되다가 2년이 경과하기 이전인 2005. 2. 3. 위 정화기업에서 해고되었으므로, 직접고용간주 규정이 적용될 여지가 없다.

따라서 근로자파견관계의 성립 및 직접고용간주 규정의 적용범위를 오해하여, 참가인이 원고들과의 관계에 있어서 부당해고 및 부당노동행위의 주체인 사용자라고 볼 수 없어 이 사건 재심판정이 적법하다고 판시한 원심의 위 잘못은, 원고 2의 경우에는 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이나, 직접고용간주 규정을 적용할 수 없는 원고 1의 경우에는 판결 결과에 영향을 미치지 않았다고 할 것이다.

결국 이 부분에 대한 원고 2의 상고이유의 주장은 이유 있고, 원고 1의 상고이유의 주장은 이유 없다.

3. 그러므로 원심판결 중 원고 2에 대한 부분을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 원고 1의 상고를 기각하고, 원고 1의 상고비용은 피고 보조참가로 인한 부분을 포함하여 패소자의 부담으로 하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 신영철(재판장), 박시환, 차한성(주심)

### (3) 대형마트 계산원의 영업규칙에 따른 근무와 지휘·명령

☞ 의정부지법 고양지원 2017. 7. 14. 선고 2015가합71412 판결

#### » 요 지 «

1. 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률 관계가 파견근로자보호 등에 관한 법률의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 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 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.

이 사건에서 다음과 같은 사정을 종합하여 보건대, 원고들은 ○○아이에 고용된 후 ○○○○○존을 통해 피고 매장에 파견되어 피고들로부터 직접 지휘·명령을 받아 피고들을 위한 근로에 종사하는 근로자파견관계에 있었다고 할 것이다.

- ① ○○○○○존의 모든 업무는 피고 매장과 관련된 업무로서 용역업무도급계약 역시 ○○아이와 피고들 사이에 직접 체결된 것으로 보아도 무방할 정도로 위 용역계약에 ○○○○○존이 차지하는 역할이나 기능은 미미하다.
- ② ○○아이는 피고들이 요구하는 필요 인원에 따라 산정된 도급금액을 수령할 뿐 이 사건 용역계약에 따른 업무를 수행하는 과정에서 스스로의 노력이나 판단하에 기하여 독자적인 이윤을 창출할 여지가 사실상 봉쇄되어 있다.
- ③ 피고들에게 피고 매장에서의 근무 경력이 있는 근로자의 노무를 제공하는 것 자체가 이 사건 용역계약에서 중요한 요소로 작용하였다.
- ④ 원고들이 이 사건 용역계약에 따라 수행한 업무의 내용은 위 피고들의 표준화된 매장 영업 규칙 등에 의해 1차적으로 결정된 것으로 보인다.
- ⑤ 여기에 피고 매장 내에서의 갑작스런 사정변경(예상치 못한 손님의 일시적인 증가 및 상담실 직원의 인원 감축 등)이 발생할 경우 피고들의 필요에 따라 원고들의 업무 내용이 2차적으로 결정되거나 변경되었다.



- ⑥ 손님들이 많아 계산원 업무에 인원이 부족할 경우 피고들 소속 근로자들이 원고들과 함께 투입되기도 하였다.
- ⑦ 원고들이 수행한 계산원 업무는 전문적이거나 숙련된 기술을 필요로 하지 않는 단순·반복적인 것으로, 일의 완성을 목적으로 하는 도급과 달리 피고 매장에서 상시적으로 원고들의 근로가 제공되었고, 원고들이 업무시간에 목에 걸고 있던 출입증에는 피고 매장의 상호명(○○○존)과 소속팀(경영지원팀) 및 담당 업무(캐서) 및 피고 매장의 홈페이지 주소가 기재되어 있는 등 외형적으로 피고 매장 소속 근로자의 업무와 엄격하게 구별되지는 않았던 것으로 보인다.
- ⑧ 이 사건 용역계약에 따른 도급액 역시 일반 도급계약과 달리 전체 근로 또는 근로단계를 기준으로 정해지지 않고 일정한 임률과 원고들의 근로시간 또는 투입된 근로자수에 기초하여 정해진 임률도급방식에 따라 정해졌다.
- ⑨ 피고들은 피고 매장의 필요에 따라 총 인원, 연장 및 야간근로 여부, 출·퇴근 시간을 결정하였고, 원고들에 대한 일반적인 작업배치권과 변경 결정권을 가지고 있었다.
- ⑩ ○○아이는 사실상 원고들의 조퇴, 휴가 등의 근태를 직접 관리하지 않았으며, 피고들이 사전근무편성표 등을 통해 ○○아이 소속 근로자들의 근로상황 등을 전반적으로 관리하면서 사실상 원고들의 휴가사용 등도 파악하여 온 것으로 보인다.
2. 구 파견법(시행일 2007.7.1.) 제6조의2 제1항제4호는 ‘사용사업주가 고용노동부장관 허가 없이 근로자파견사업을 행하는 자한테서 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다’라는 취지로 규정하였다. 여기서 나아가 개정된 파견법(시행일 2012.8.2.) 제6조의2 제1항제5호는 ‘사용사업주가 고용노동부장관의 허가를 받지 않은 채 근로자파견사업을 행하는 자한테서 근로자파견의 역무를 제공받는 경우 파견근로자를 직접 고용하여야 한다’고 규정하였고, 파견법 제6조의2 제1항제1호는 ‘사용사업주가 근로자파견대상에 해당하지 아니하는 업무와 관련하여 파견근로자를 사용하는 경우 파견근로자를 직접 고용하여야 한다’고 규정하였다.
- 따라서 구 파견법 또는 개정된 파견법 하에서 위 규정을 위반한 사용사업주는 직접고용 의무 규정에 따라 파견근로자를 직접고용할 의무를 부담한다. 파견근로자는 사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용사업주를 상대로 고용 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상 권리가 있고, 그 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다. 또한, 특별한 사정이 없는 한 파견기간 중 파견사업주가 변경되었다는 이유만으로 직접고용의무 규정의 적용을 배제할 수는 없다.
- 개정된 파견법 시행 이전의 경우에도, 구 파견법 제6조의2 제1항 중 ‘사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다’라는 취지로 규정한 직접고용의무 규정은 ‘적법한 근로자파견’뿐만 아니라 ‘위법한 근로자파견’의 경우에도 적용된다.



파견법 제6조의2 제1항 제1, 5호는 위와 같이 ‘사용사업주가 허가를 받지 않은 파견사업주한테서 근로자파견의 역무를 제공받거나 파견법에서 정한 근로자파견대상에 해당하지 아니하는 업무와 관련하여 파견근로자를 사용하는 경우, 제공받은 기간과 관계없이 해당 파견근로자를 고용할 의무가 있다’고 규정하고 있고, 부칙은 시행일 외에 별도의 사항을 규정하지 않았다. 위와 같은 법리와 개정된 파견법의 규정 내용 등을 종합하면, 사용사업주는 구 파견법 제6조의2 제1항, 파견법 제6조의2 제1항제1, 5호에 반하여 ① 개정된 파견법 시행일(2012.8.2.) 이전에 이미 2년을 초과하여 파견근로를 제공한 파견근로자에 대하여는 2년을 경과한 날에, ② 개정된 파견법 시행일(2012.8.2.) 이후 허가를 받지 않거나 근로자파견대상에 해당하지 않는 업무와 관련된 파견사업주한테서 근로자파견의 역무를 제공받은 경우, ③ 개정된 파견법 시행일인 2012.8.2. 이전부터 파견근로를 제공한 파견근로자에 대하여는 그 시행일인 2012.8.2.에, ④ 시행일 이후 파견근로를 제공하는 파견근로자에 대하여는 ‘파견근로를 제공한 날’에 각각 해당 파견근로자를 직접고용할 의무를 부담한다고 보는 것이 타당하다.

이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 용역계약은 근로자파견계약에 해당하고, ○○아가 고용노동부장관으로부터 근로자파견사업에 대한 허가를 받지 않은 사실, 원고들이 구 파견법 시행일(2007.7.1.) 이후 ○○아이에 의하여 고용된 뒤 피고 매장에 파견근로를 제공하였던 사실이 인정되며, 또한 계산원 업무는 파견법 제5조제1항, 파견법 시행령 제2조제1항 [별표 1]에서 정한 ‘근로자파견대상업무’에 해당하는 것으로도 보이지 않는다.

따라서 구 파견법 제6조의2 제1항, 파견법 제6조의2 제1항제1호 또는 제5호에 따라, 피고들에게 ‘원고들을 직접 고용할 의무’가 발생하였고 봄이 상당하다.

\* 사 건 : 2015가합71412 근로자지위확인 등

\* 원 고 : 김○○ 외 5인

\* 피 고 : 1. 주식회사 ○○○존

2. 주식회사 ○○○존아이앤씨

### » 주 문 «

1. 피고 주식회사 ○○○존은 원고 김○○, 박○○, 성○○에게, 피고 주식회사 ○○○존아이앤씨는 원고 박△△, 이○○, 이△△에게 각 고용의 의사표시를 하라.
2. 피고 ○○○존은 원고 김○○에게 36,107,527원, 원고 박○○에게 39,645,999원, 원고 성○○에게 35,967,131원, 피고 ○○○존아이앤씨는 원고 박△△에게 26,463,089원, 원고 이○○에게 25,392,413원, 원고 이△△에게 26,395,554원 및 위 각 돈에 대하여 2016.1.26.부터 2017.7.14.까지는 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.



3. 소송비용은 피고들이 부담한다.
4. 제2항은 가집행할 수 있다.

## » 이 유 «

### 1. 인정사실

#### 가. 당사자의 지위

- 1) 피고들은 대규모 소매점(이른바 대형마트)을 운영하는 회사로, 피고 주식회사 ○○○존(이하 '피고 ○○○존'이라 한다)은 ○○○존 화정점을, 피고 주식회사 ○○○존아이앤씨(이하 '피고 ○○○존아이앤씨'라 한다)는 ○○○존 노원점, 성남점, 광명점, 상동점, 대전점을 각 운영하고 있다(이하 피고들이 운영하고 있는 위 매장들을 통틀어 '피고 매장'이라 한다).
- 2) 주식회사 ○○○○○○존(이하 '○○○○○○존'이라 한다)은 백화점, 대형할인점, 전문점 사업경영 등을 목적으로 설립된 회사이고, 주식회사 ○○아이(이하 '○○아이'라 한다)는 경영컨설팅업, 용역경비사업 등을 목적으로 설립된 회사이다.
- 3) 차○○은 2008.1.17.경 차○아를 대표이사로 하여 주식회사 ○○아인(이하 '○○아인'이라 한다)을 설립하고, 2009.12.10. 한○○ 등을 사내이사로 하는 주식회사 ○○아이앤에스(이하 '○○아이앤에스'라 한다)를 설립한 뒤, 2011.6.22. 강○○을 대표이사로 하여 주식회사 ○○템(이하 '○○템'이라 한다)을 설립하였다가 2011.8.19. 이○금을 대표이사로 하는 ○○아이를 설립하였다. 위 각 회사의 설립목적은 모두 '인력공급업, 경영컨설팅업 등'으로 같고, 실질적인 경영주체(차○○)와 경영 임원의 구성(한○○, 강○○, 박○○, 차○○ 등)이 같거나 비슷하다(○○아인, ○○아이앤에스, ○○템은 후속 회사가 설립된 이후 모두 해산되었다). 위 ○○아인, ○○아이앤에스, ○○템, ○○아이는 설립 당시 모두 노동부장관으로부터 근로자파견사업 관련 허가를 받지 아니하였다.

#### 나. 피고들과 ○○○○○○존 및 ○○아이 사이의 도급계약체결

- 1) ○○아인은 2009.5.29. 주식회사 ◇◇(이하 '◇◇'이라 한다)과 사이에 용역업무도급계약을 체결하고, 위 용역업무도급계약에 따라 ○○아인에 고용되어 있는 근로자들은 피고들이 운영하는 피고 매장에서 매장의 계산업무, 식품매장의 후방작업장 업무, 사내방송 업무 등에 종사하게 되었다. 위 용역업무도급계약의 주요 내용은 다음과 같다. <표 생략>
- 2) ◇◇은 2009.12.31. ○○아이앤에스와 사이에 용역업무도급계약을 체결하였는데, 그 주요 내용은 총 도급액 및 도급수행 예정인력을 제외(화정점 : 인원 73명, 도급금액



77,202,300원, 노원점 : 인원 80명, 도급금액 85,843,060원, 성남점 : 인원 94명, 도급금액 101,314,560원, 광명점 : 인원 44명, 도급금액 47,912,180원, 상동점 : 인원 54명, 도급금액 58,070,020원, 대전점 : 인원 63명, 도급금액 67,502,300원)하고 위 ◇◇과 ○○아인 사이의 용역업무도급계약의 내용과 동일하다.

또한 ◇◇은 2011.7.1. ○○템과 사이에 용역업무도급계약을 체결하였는데, 그 주요 내용은 총 도급액 및 도급수행 예정인력을 제외하고 위 ◇◇과 ○○아인 사이의 용역업무도급계약의 내용과 동일하다.

이후 ◇◇의 업무는 ○○○○○○존으로 그대로 인계되었고, ○○○○○○존은 2013.1.1. ○○아이와 사이에 용역업무도급계약을 체결하였는데, 그 주요 내용은 도급업무의 금액 및 지급방법(식품매장업무 : ○○○○○○존 정원표 기준 87,552,200원, ○○○리빙매장업무 : ○○○○○○존 정원표 기준 108,407,200원, 경영지원팀지원업무 등 : ○○○○○○존 정원표 기준 37,106,380원, 계산업무 : 총액제 271,082,020원. 총 도급금액에는 월 도급인원의 식대 및 유니폼 사용료 등 기타 비용 제외)을 제외하고 위 ◇◇과 ○○아인 사이의 용역업무도급계약의 내용과 동일하다(이하 위와 같이 체결된 각 용역업무도급계약을 통틀어 ‘이 사건 용역계약’이라 한다).

#### 다. 원고들의 업무 수행

원고들은 다음 표의 기재와 같이 ○○아인 등에 입사하여 이 사건 용역계약에 따라 각 입사일 무렵부터 퇴사일 무렵까지 피고 매장에서 지상 계산원(피고 매장 중 건물 지상에 있는 입점되어 있는 패션 매장들 사이에 설치된 계산대에 상시 대기하면서 입점 매장의 점원이 계산을 위해 가져온 상품을 계산하는 업무) 및 지하 계산원(피고 매장 중 건물 지하에 있는 식품매장에서 계산대에 상시 대기하면서 고객이 구매하고자 하는 상품을 계산하는 업무) 등으로 근무하였다(원고들과의 고용관계는 ○○아인, ○○아이앤에스, ○○템, ○○아이로 그대로 승계되었다). 그리고 원고들은 2014.9.30. ○○아이가 폐업하게 되자 그 다음날인 2014.10.1.자로 주식회사 ○○○텍서비스(원고 김○○, 박○○, 성○○), 주식회사 △△△케이21(원고 박△△, 이○○), 유한회사 △△산업(원고 이△△)에 각 입사하여 위 각 회사의 소속으로 피고 매장에서 계속하여 근로를 제공하다가 다음 표 중 각 ‘퇴사일’란 기재일에 위 각 회사에서 퇴직하고 더 이상 피고 매장에서 노무를 제공하지 않고 있다. <표 생략>

[인정 근거] 갑 제1, 2, 3, 35 내지 40호증, 을 제1, 2, 7, 11, 12, 17호증(가지번호 포함)의 각 기재, 증인 한○○의 증언 및 변론 전체의 취지

## 2. 당사자들의 주장

### 가. 원고들의 주장



○○아이 등(○○아이의 전신인 ○○아인, ○○아이앤에스, ○○템을 포함한다. 위 각 회사가 ◇◇ 내지 ○○○○○○존과 사이에 체결한 이 사건 용역계약의 주요 내용이 모두 동일하므로, 이하 위 각 회사를 특정하지 아니하고 ‘○○아이’로 통일하여 지칭한다)과 이 사건 용역계약을 체결한 ○○○○○○존(◇◇을 포함한다. 위 각 회사가 ○○○아이와 사이에 체결한 이 사건 용역계약의 주요 내용이 모두 동일하므로, 이하 위 각 회사를 특정하지 아니하고 ‘○○○○○○존’으로 통일하여 지칭한다)은 피고 ○○○○○존아이앤씨의 관계사로서 실체가 없는 일종이 페이커 컴퍼니에 불과하고, 사실상 ○○○○○존과 피고들이 모두 같은 회사인바, 결과적으로 이 사건 용역계약은 ○○○○○존을 통해 피고들과 ○○○아이 사이에 체결된 계약이고, 이는 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 편의상 ‘파견법’이라 한다) 제2조제1호에서 정한 ‘근로자파견계약’에 해당하는데, 피고들은 근로자파견사업에 관한 고용노동부장관의 허가를 받지 아니한 ○○○아이로부터 원고들의 근로자파견 역무를 제공받았다.

따라서 구 파견법(2012.2.1. 법률 제11279호로 개정되어 2012.8.2. 시행되기 전의 것, 이하 ‘구 파견법’이라 한다. 이하에서 구 파견법과 파견법의 규정 내용이 같은 경우 ‘파견법’의 내용만 기재하기로 한다) 제6조의2 제1항제4호 또는 개정된 파견법(2012.2.1. 법률 제11279호로 개정된 것, 이하 ‘개정된 파견법’ 또는 ‘파견법’이라 한다) 제6조의2 제1항제5호 등에 따라 원고들을 고용할 의무(이하 ‘직접고용의무’라 한다)를 부담한다.

또한 피고들은 원고들에게 직접고용의무 발생 이전에는 파견법 제21조제1항에 기한 손해배상의무를 부담하고, 직접고용의무 발생 이후에는 고용의무불이행에 기한 손해배상의무를 부담한다.

#### 나. 피고들의 주장

##### 1) 본안전항변

원고들의 피고들에 대한 이 사건 각 소 중 고용의 의사표시를 구하는 부분은 원고들이 이미 자발적으로 ○○○아이에서 퇴사하여 이 사건 용역계약에서 탈퇴하였으므로 소의 이익이 없어 부적법하다.

##### 2) 본안에 관한 항변

설령 위 청구 부분에 소의 이익이 인정된다 하더라도, 원고들은 이 사건 용역계약의 당사자인 ○○○아이로부터 사용자로서의 지휘·감독을 받아 근무하였는바, 이 사건 용역계약은 근로자파견계약이 아닌 도급계약에 해당하므로, 피고들이 파견법상 ‘사용사업주’ 또는 원고들이 ‘파견근로자’에 해당하지 않으므로, 직접고용의무는 발생하지 않는다.

#### 3. 피고들의 본안전항변에 관한 판단

가. 사용사업주가 파견기간의 제한을 위반하여 계속해서 파견근로자를 사용하거나 위법



한 파견근로를 제공받는 행위에 대하여 파견법은 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하면서 파견근로자의 고용안정을 도모하기 위하여 행정적 감독이나 처벌과는 별도로 사용사업주에게 직접고용의무를 부과하고 있다. 이는 사용사업주와 파견근로자 사이의 법률관계 및 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것으로서, 파견사업주와는 직접적인 관련이 없고(대법원 2015.11.26. 선고 2013다14965 판결의 취지 참조), 이 한도 내에서 파견사업자는 제3자에 불과하다. 또한 파견사업주와 사용사업주는 별개의 당사자여서 어느 일방의 법률관계가 다른 일방의 법률관계에 영향을 미치는 것도 아니다.

파견법 제6조의2 제2항은 사용사업주의 직접고용의무가 면제되는 예외적인 경우로 ‘당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하거나 대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우’를 들고 있을 뿐이어서, 여기에 해당하지 않는 이상 사용사업주는 파견근로자를 직접고용할 의무를 부담한다. 또한 위와 같이 사용사업주에게 파견근로자를 직접고용할 의무를 부과하는 파견법의 입법취지와 문언에 비추어 볼 때 파견근로자가 명시적 반대의사를 표시하였다고 쉽게 추단하는 것은 곤란하다(서울고등법원 2016.6.24. 선고 2014나2036786, 2014나2036809(병합) 등 판결 참조).

나. 앞서 인정한 사실을 위 법리에 비추어 살피건대, 원고들이 입사일부터 2년이 경과하거나 개정된 파견법 시행일인 2012.8.2. 당시 이 사건 용역계약에 따라 피고들에게 근로를 제공하고 있었고, 이후 원고들의 근로제공 중단사유는 모두 ○○아이의 후속업체와 사이에 생긴 것에 불과하여 그와 같은 사정이 원고들과 피고들 사이의 법률관계 또는 피고들의 직접고용의무에 영향을 미친다고 볼 수 없다.

또한 ① 원고들이 ○○아이의 후속업체에서 각 퇴사한 날로부터 얼마 지나지 않아 이 사건 소를 제기한 점, ② 원고들이 ○○아이의 후속업체와의 근로관계 외에 피고들과의 근로관계 또는 고용관계까지 포기한다는 의사를 명확히 밝혔다고 볼 만한 증거가 없는 점 등을 종합하여 보면, 원고들이 ○○아이의 후속업체를 자진하여 퇴사하였다는 사정만으로 피고들의 직접고용에 대해 명시적인 반대의사를 밝혔다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거도 없다.

따라서 피고들의 위 본안전항변은 이유 없다.

#### 4. 본안에 관한 판단

가. 이 사건 용역계약이 근로자파견계약에 해당하는지 여부에 관한 판단

- 1) 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견근로자보호 등에 관한 법률의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 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 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다(대법원 2015.2.26. 선고 2010다106436 판결 참조).

- 2) 앞서 인정된 사실들과 앞서 든 증거들 및 갑 제4, 6, 20, 41호증, 을 제6, 9호증(가지 번호 포함)의 각 기재 및 영상과 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 원고들은 ○○아이에 고용된 후 ○○○○○존을 통해 피고 매장에 파견되어 피고들로부터 직접 지휘·명령을 받아 피고들을 위한 근로에 종사하는 근로자파견관계에 있었다고 할 것이다.

① ○○○○○존은 ○○아이와 이 사건 용역계약을 체결하는 이외에 주로 피고들이 운영하는 피고 매장과 관련하여 온라인사업, 건물관리용역, 스포스시설운영, 소프트웨어운영 등의 사업을 영위한 것으로 보이는바, ○○○○○존의 모든 업무는 피고 매장과 관련된 업무로서 이 사건 용역계약 역시 ○○아이와 피고들 사이에 직접 체결된 것으로 보아도 무방할 정도로 위 용역계약에 ○○○○○존이 차지하는 역할이나 기능은 미미하다.

② ○○아이는 피고들이 요구하는 필요 인원에 따라 산정된 도급금액을 수령할 뿐 이 사건 용역계약에 따른 업무를 수행하는 과정에서 스스로의 노력이나 판단하에 의하여 독자적인 이윤을 창출할 여지가 사실상 봉쇄되어 있다.

③ ○○아이나 그 전신인 ○○아인 등은 이 사건 용역계약에 따른 업무를 수행함에 있어 고유기술이나 자본 등을 별도로 투입한 바가 없고, 오로지 피고들만을 상대로 사업을 영위하였으며, 순차 사업체가 교체되면서도 전신인 사업체로부터 기존 근로자들과의 고용관계를 대부분 승계하여 왔는바, 피고들에게 피고 매장에서의 근무 경력이 있는 근로자의 노무를 제공하는 것 자체가 이 사건 용역계약에서 중요한 요소로 작용하였다.

④ 피고 매장의 특성상 표준화된 서비스와 통일적인 마케팅 전략이 적용되어야 하기 때문에 ○○아이는 원고들과 같이 피고 매장에서 계산원 업무에 종사하는 사람들을 대상으로 교육을 실시하였는데, 그 내용은 피고들이 이미 표준화시킨 매장 영업 규칙 및 고객에 대한 서비스 내용 등과 관련된 것이었고, 그 교육도 피고 매장에서 이루어졌다. 또한 ○○아이가 영업 3일 전에 미리 피고 매장의 영업 형태 등에 맞추어 편성한 근무인원, 근무시간 등을 미리 적시한 사전근무편성표를 피고들에게 제출하면, 피고들이 이를 확인하고 그 내용이 피고 매장의 마케팅 전략이나 영업 형태 등에 맞지

않는 경우 그 수정을 요구하였다. 이처럼 원고들이 이 사건 용역계약에 따라 수행한 업무의 내용은 위 피고들의 표준화된 매장 영업 규칙 등에 의해 1차적으로 결정된 것으로 보인다(즉, ○○아이가 원고들을 포함한 소속 근로자들을 피고 매장에 근로하게 함에 있어 피고들로부터의 독립성을 가지고 있었다고 보기 어렵다).

⑤ 여기에 피고 매장 내에서의 갑작스런 사정변경(예상치 못한 손님의 일시적인 증가 및 상담실 직원의 인원 감축 등)이 발생할 경우 피고들의 필요에 따라 원고들의 업무 내용이 2차적으로 결정되거나 변경되었다(원고 박○○의 경우 피고 매장 화장실에서 피고 ○○○존 소속 조장현 점장의 지시로 이 사건 용역계약에 따른 지상 계산원 업무 이외에 1층 안내데스크 및 유모차대여 업무도 함께 수행하였고, 피고 매장의 상담실 직원이 감축되었을 때 ○○아이 소속 근로자들이 이 사건 용역계약에 따른 계산원 업무 이외에 상담실 업무도 함께 수행한 것으로 보인다).

⑥ 손님들이 많아 계산원 업무에 인원이 부족할 경우 피고들 소속 근로자들이 원고들과 함께 투입되기도 하였다. 원고들은 2012년경까지는 피고들이 지급하는 유니폼을 입고 업무를 수행하다가 2012년경 이후부터는 피고들이 지정하는 색깔의 티셔츠를 구매하여 이를 착용하고 업무를 수행하였다.

⑦ 원고들이 수행한 계산원 업무는 전문적이거나 숙련된 기술을 필요로 하지 않는 단순·반복적인 것으로, 일의 완성을 목적으로 하는 도급과 달리 피고 매장에서 상시적으로 원고들의 근로가 제공되었고, 원고들이 업무시간에 목에 걸고 있던 출입증에는 피고 매장의 상호명(○○○존)과 소속팀(경영지원팀) 및 담당 업무(캐셔) 및 피고 매장의 홈페이지 주소가 기재되어 있는 등 외형적으로 피고 매장 소속 근로자의 업무와 엄격하게 구별되지는 않았던 것으로 보인다.

⑧ 이 사건 용역계약에 따른 도급액 역시 일반 도급계약과 달리 전체 근로 또는 근로단계를 기준으로 정해지지 않고 일정한 임률과 원고들의 근로시간 또는 투입된 근로자 수에 기초하여 정해진 임률도급방식에 따라 정해졌다.

⑨ 피고들은 피고 매장의 필요에 따라 총 인원, 연장 및 야간근로 여부, 출·퇴근 시간을 결정하였고, 원고들에 대한 일반적인 작업배치권과 변경 결정권을 가지고 있었다(○○아이가 피고 매장 내에서 근로자의 결원시 채용을 담당하여 작업배치권을 행사하기는 하였으나, 앞서 본 바와 같이 피고들이 표준화된 매장 영업 규칙과 구체적인 지시를 통해 전반적인 업무수행을 관리·통제하고 있던 사정과 대형유통매장이라는 피고 매장의 특수성에 비추어 보면, 위 작업배치권과 인사담당권을 소속 근로자들에 대한 구체적인 지휘·명령관계를 추단할 만한 본질적인 징표로까지 평가하기는 어렵다).

⑩ ○○아이는 사실상 원고들의 조퇴, 휴가 등의 근태를 직접 관리하지 않았으며, 피고들이 사전근무편성표 등을 통해 ○○아이 소속 근로자들의 근로상황 등을 전반적으로 관리하면서 사실상 원고들의 휴가사용 등도 파악하여 온 것으로 보인다.



#### 나. 피고들의 직접고용의무 발생에 관한 판단

- 1) 구 파견법(시행일 2007.7.1.) 제6조의2 제1항제4호는 '사용사업주가 고용노동부장관 허가 없이 근로자파견사업을 행하는 자한테서 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다'라는 취지로 규정하였다. 여기서 나아가 개정된 파견법(시행일 2012.8.2.) 제6조의2 제1항제5호는 '사용사업주가 고용노동부장관의 허가를 받지 않은 채 근로자파견사업을 행하는 자한테서 근로자파견의 역무를 제공받는 경우 파견근로자를 직접 고용하여야 한다'고 규정하였고, 파견법 제6조의2 제1항제1호는 '사용사업주가 근로자파견대상에 해당하지 아니하는 업무와 관련하여 파견근로자를 사용하는 경우 파견근로자를 직접 고용하여야 한다'고 규정하였다.

따라서 구 파견법 또는 개정된 파견법 하에서 위 규정을 위반한 사용사업주는 직접 고용의무 규정에 따라 파견근로자를 직접고용할 의무를 부담한다. 파견근로자는 사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용사업주를 상대로 고용의 사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상 권리가 있고, 그 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다. 또한, 특별한 사정이 없는 한 파견기간 중 파견사업주가 변경되었다는 이유만으로 직접고용의무 규정의 적용을 배제할 수는 없다(대법원 2015.11.26. 선고 2013다14965 판결의 취지 참조).

개정된 파견법 시행 이전의 경우에도, 구 파견법 제6조의2 제1항 중 '사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다'라는 취지로 규정한 직접고용의무 규정은 '적법한 근로자파견'뿐만 아니라 '위법한 근로자파견'의 경우에도 적용된다(대법원 2008.9.18. 선고 2007두 22320 전원합의체 판결, 대법원 2010.7.22. 선고 2008두4367 판결의 취지 참조).

- 2) 파견법 제6조의2 제1항제1, 5호는 위와 같이 '사용사업주가 허가를 받지 않은 파견사업주한테서 근로자파견의 역무를 제공받거나 파견법에서 정한 근로자파견대상에 해당하지 아니하는 업무와 관련하여 파견근로자를 사용하는 경우, 제공받은 기간과 관계없이 해당 파견근로자를 고용할 의무가 있다'고 규정하고 있고, 부칙은 시행일 외에 별도의 사항을 규정하지 않았다. 위와 같은 법리와 개정된 파견법의 규정 내용을 종합하면, 사용사업주는 구 파견법 제6조의2 제1항, 파견법 제6조의2 제1항제1, 5호에 반하여 ① 개정된 파견법 시행일(2012.8.2.) 이전에 이미 2년을 초과하여 파견근로를 제공한 파견근로자에 대하여는 2년을 경과한 날에, ② 개정된 파견법 시행일(2012.8.2.) 이후 허가를 받지 않거나 근로자파견대상에 해당하지 않는 업무와 관련된 파견사업주한테서 근로자파견의 역무를 제공받은 경우, ③ 개정된 파견법 시행일인 2012.8.2. 이전부터 파견근로를 제공한 파견근로자에 대하여는 그 시행일인 2012.8.2.에, ④ 시행일 이후 파견근로를 제공하는 파견근로자에 대하여는 '파견근로



를 제공한 날'에 각각 해당 파견근로자를 직접고용할 의무를 부담한다고 보는 것이 타당하다.

- 3) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건에 관하여 살피건대, 앞서 인정한 사실에 의하면, 이 사건 용역계약은 근로자파견계약에 해당하고, ○○아이가 고용노동부장관으로부터 근로자파견사업에 대한 허가를 받지 않은 사실, 원고들이 구 파견법 시행일(2007.7.1.) 이후 ○○아이에 의하여 고용된 뒤 피고 매장에 파견근로를 제공하였던 사실은 앞서 본 바와 같으며, 또한 계산원 업무는 파견법 제5조제1항, 파견법 시행령 제2조제1항 [별표 1]에서 정한 '근로자파견대상업무'에 해당하는 것으로도 보이지 않는다.

따라서 구 파견법 제6조의2 제1항, 파견법 제6조의2 제1항제1호 또는 제5호에 따라, ① 원고 김○○의 경우 2010.6.2.(입사일 2008.6.1.로부터 2년이 경과한 날), ② 원고 박○○의 경우 2012.1.2.(입사일 2010.1.1.로부터 2년이 경과한 날), ③ 원고 성○○의 경우 2012.8.2.(입사일이 2011.11.1.로 개정된 파견법 시행 이전이므로 개정된 파견법 시행일), ④ 원고 박△△의 경우 2012.7.2.(입사일 2010.7.1.로부터 2년이 경과한 날), ⑤ 원고 이○○의 경우 2011.7.2.(입사일 2009.7.1.로부터 2년이 경과한 날), ⑥ 원고 이△△의 경우 2009.9.19.(입사일 2007.9.18.로부터 2년이 경과한 날)에 피고들에게 '원고들을 직접 고용할 의무'가 발생하였고, 이후 원고들의 근로제공 중단사유는 모두 ○○아이 후속업체와 사이에 생긴 것에 불과하여, 그와 같은 사정이 원고들과 피고들 사이의 법률관계 또는 피고들의 직접고용의무에 영향을 미친다고 볼 수 없다.

- 4) 그러므로 피고 ○○○존은 원고 김○○, 박○○, 성○○에게, 피고 ○○○존아이앤씨는 원고 박△△, 이○○, 이△△에게 각 고용의 의사표시를 할 의무가 있다.

#### 다. 손해배상청구에 관한 판단

- 1) 파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있고(대법원 2015.11.26. 선고 2013다 14965 판결 참조), 이때의 손해는 특별한 사정이 없는 한 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하였을 때의 임금 상당액이다.

채무불이행이나 불법행위 등으로 인하여 손해를 입은 채권자 또는 피해자 등이 동일한 원인에 의하여 이익을 얻은 경우에는 공평의 관념상 그 이익은 손해배상액을 산정함에 있어서 공제되어야 하므로(대법원 1992.12.22. 선고 92다31361 판결 등 참조), 파견근로자가 사용사업주의 직접고용의무 불이행을 이유로 직접고용의무를 이행하였다면 받을 수 있었던 임금 상당액을 손해배상으로 청구하는 경우, 파견근로자가 사용사업주에게 제공하였어야 할 근로를 다른 직장에 제공함으로써 얻은 이익이 사용사업주의 직접고용의무 불이행과 사이에 상당인과관계가 인정된다면, 이러한 이익은 직접고용의무 불이행으로 인한 손해배상을 산정함에 있어서 공제되어야 한다



(대법원 2017.3.22. 선고 2015다232859 판결 등 참조).

- 2) 앞서 인정한 사실을 위 법리에 비추어 살펴건대, 피고들은 원고들을 직접 고용할 의무가 있음에도 이를 이행하지 않았으므로, 피고들은 원고들에게 직접고용의무를 부담하게 된 날부터 고용의무 불이행으로 인한 손해배상으로써 피고들이 고용의무를 이행하였더라면 원고들이 받았을 임금 상당액을 지급할 의무가 있다. 다만, 원고들이 위 각 고용의무 발생일 이후에 다른 직장에 근로를 제공함으로써 얻은 이익은 공제되어야 한다.
- 3) 피고들이 원고들에 대한 직접고용의무가 발생한 날은 원고 김○○ 2010.6.2., 원고 박○○ 2012.1.2., 원고 성○○ 2012.8.2., 원고 박△△ 2012.7.2., 원고 이○○ 2011.7.2., 원고 이△△ 2009.9.19.임은 앞서 인정한 바와 같고, 갑 제35 내지 37호증(가지번호 포함)의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, ① 위 각 직접고용의무 발생일 이후부터 원고 김○○은 2015.2.28.까지, 원고 박○○은 2014.10.31.까지, 원고 성○○은 2014.10.11.까지, 원고 박△△는 2014.11.10.까지, 원고 이○○은 2014.11.1.까지, 원고 이△△는 2015.12.31.까지 피고 매장에서 근무하면서 별지 각 표 중 '기지급액'란 기재 상당의 돈을 임금 명목으로 받은 사실, ② 원고 성○○은 위 퇴사일 이후인 2015.11.2.부터 △△한의원에서 근무하면서 피고 ○○○존으로부터 받았을 임금 중 약 30% 상당액을 받은 점을 고려하여 2015.11.분과 2015.12.분에 대한 손해배상액 중 70% 상당만을 구하고 있는 사실, ③ 결국 피고들이 원고들에게 지급해야 하는 손해배상액은 별지 각 표 중 '청구금액 총 합계'란의 각 기재와 같다는 사실을 인정할 수 있다.

따라서 피고들은 원고들에게 손해배상으로 직접고용의무의 이행을 구하는 이 사건 소장 부분이 송달된 다음날인 2015.3.14.부터 원고들이 일부 청구로서 손해배상액 산정의 종기일로 구하는 이 사건 변론종결일에 가까운 2015.12.13.까지 원고들이 받았을 임금에서 기지급 임금액을 공제한 나머지인 별지 각 표 중 '청구금액 총 합계'란의 각 기재의 돈 및 이에 대하여 이 사건 소장 부분이 송달된 이후로 원고들이 구하는 2016.1.26.부터 이 판결 선고일인 2017.7.14.까지는 상법이 정한 연 6%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

## 5. 결 론

그렇다면 원고들의 피고들에 대한 각 청구는 이유 있어 이를 모두 인용하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 박양준, 판사 손인희, 판사 이디모데

## 2.2 직접고용간주

### (1) 일부 혼재 근무 시 적법 도급 인정

☞ 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결

#### » 요 지 «

피고(원청)가 업무매뉴얼을 두는 등의 방법으로 공영기업(사내하도급) 소속 근로자들의 업무에 관여하였지만, 공영기업의 현장책임자, 현장대리인을 통하여 작업에 관한 지시를 하였고, 원고들이 피고가 마련한 작업요령에 따라 업무를 수행한 것은 도급계약에 따른 의무이행에 해당하며, 피고가 소속 근로자들을 안전관리자 등으로 선임한 것은 관련 법령에 따라 시설의 소유자로서 안전관리자 등을 선임할 의무를 이행한 것일 뿐, 원고들에 대한 지시·감독을 주된 목적으로 한 것이라고 보이지 않는 점, 피고 소속 근로자들과 공영기업 소속 근로자들이 중앙제어실에서 함께 근무한 바 있지만, 그 업무 내용이 서로 다르고, 공영기업이 도급받은 지원설비 운전 등 업무는 피고의 주된 업무인 제품생산과 무관하게 독립적으로 이루어지며, 피고 소속 근로자들의 결원이 발생하여도 공영기업 소속 근로자들이 그 대체업무를 수행하지 않은 점, 피고가 공영기업 소속 근로자들을 대상으로 기업 내 종업원 교육을 실시한 바 있지만, 공영기업이 필요한 교육을 자체적으로 실시하고, 채용·징계 등에 관한 기본적 권한을 가지고 원고들에게 임금을 직접 지급하였으며, 피고와는 별도의 독립된 사업주체로서 원고들에 대한 작업 배치권과 변경권을 행사하였고, 조퇴·휴가 등 근태관리를 독자적으로 한 점, 피고가 공영기업과 해당 인력의 인건비 단가를 기초로 협상을 통해 도급금액을 산정하였지만, 이는 노무도급이라는 도급업무의 특수성에 기인한 것으로 보는 점 등에 비추어 보면, 원고들이 피고에 대한 관계에서 파견근로자에 해당한다고 보기 어렵다.

\* 원고, 상고인 : 원고 1 외 1인

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 케이티앤지

\* 원심판결 : 광주고법 2014. 4. 30. 선고 2013나11521 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 원고들이 부담한다.



## » 이 유 «

상고이유를 판단한다,

1. 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 '파견법'이라고 한다)은 제2조 제1호에서 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 '근로자파견'으로 정의하면서, 제6조의2 제1항 제3호, 제6조 제2항에서 사용사업주가 연장된 기간을 포함하여 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다고 규정하고 있다.

그리고 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지 여부는, 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 해당 근로자에 대하여 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 해당 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육과 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 해당 근로자의 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 필요한지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결 등 참조).

2. 원심은 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 피고가 업무매뉴얼을 두는 등의 방법으로 주식회사 공영기업(이하 '공영기업'이라고 한다) 소속 근로자들의 업무에 관여하였지만, 공영기업의 현장책임자, 현장대리인을 통하여 작업에 관한 지시를 하였고, 원고들이 피고가 마련한 작업요령에 따라 업무를 수행한 것은 도급계약에 따른 의무이행에 해당하며, 피고가 소속 근로자들을 안전관리자 등으로 선임한 것은 관련 법령에 따라 시설의 소유자로서 안전관리자 등을 선임할 의무를 이행한 것일 뿐, 원고들에 대한 지시·감독을 주된 목적으로 한 것이라고 보이지 않는 점, ② 피고 소속 근로자들과 공영기업 소속 근로자들이 2010. 6.부터 2012. 5.까지 중앙제어실에서 함께 근무한 바 있지만, 피고 소속 근로자들은 공영기업의 현장대리인에게 피고의 의뢰사항을 전달하고 이행 여부를 점검하는 업무를, 공영기업 소속 근로자들은 지원설비의 정상운영 여부를 확인하는 업무를 담당하여 그 업무 내용이 서로 다르고, 공영기업이 도급받은 지원설비 운전 등 업무는 피고의 주된 업무인 제품생산과 무관하게 독립적으로 이루어지며, 피고 소속 근로자들의 결원이 발생하여도 공영기업 소속 근로자들이 그 대체업무를 수행하지 않은 점, ③ 피고가 2007. 3.과 2008. 4. 공영기업 소속 근로자들을 대상으로 기업 내 종업원 교육을 실시한 바 있지만, 공영기업이 필요한 교육을 자체적으로 실시



하고, 채용·징계 등에 관한 기본적 권한을 가지고 원고들에게 임금을 직접 지급하였으며, 피고와는 별도의 독립된 사업주체로서 원고들에 대한 작업 배치권과 변경권을 행사하였고, 조퇴·휴가 등 근태관리를 독자적으로 한 점, ④ 피고가 공영기업과 해당 인력의 인건비 단가를 기초로 협상을 통해 도급금액을 산정하였지만, 이는 노무도급이라는 도급업무의 특수성에 기인한 것으로 보이고, 원고들이 지원설비의 운전이나 광주공장 내 수리 등 도급계약에서 정한 업무 이외에 피고의 지시에 따라 추가적인 업무를 하지는 아니한 점, ⑤ 공영기업이 임직원 1,500여 명을 두고 20여 개의 직종에서 110여 개 사업장의 시설관리업 도급업무 등을 수행하고 있는 점 등에 비추어 보면, 원고들이 피고에 대한 관계에서 파견근로자에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

3. 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 근로자파견과 도급의 구분에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 사실을 오인한 잘못이 없다.
4. 그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들이 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이기택(재판장), 김용덕, 김신(주심), 김소영





## (2) 위법한 근로자 파견의 직접고용간주 적용

☞ 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결★

### » 요 지 «

1. 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제6조 제3항은 근로자파견이 같은 법 제5조에 정한 파견의 사유가 있는 경우라거나 또는 같은 법 제7조에 정한 근로자파견 사업의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 근로자파견에 해당할 것을 그 고용간주의 요건으로 들고 있지 않을 뿐만 아니라, 같은 법은 제6조 제1항, 제2항에 파견업무에 따라 그 기간을 달리 정하여 근로자파견 기간의 제한에 관한 규정을 두고, 제3항에 직접고용간주 규정을 둠으로써 위 직접고용간주 규정에 의한 사용사업주와 파견근로자 간의 고용성립의체는 사용사업주가 파견기간의 제한을 위반한 데 따른 것임을 분명히 하고 있다. 따라서 위 직접고용간주 규정은 같은 법 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 한다. 이와 달리 직접고용간주 규정이 같은 법 제5조에 정한 파견의 사유가 있고 같은 법 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 없다.
2. 사용사업주인 회사가 파견근로자들을 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항에서 허용된 업무와 다른 업무에 종사하게 하여 근로자파견이 위법한 경우라 하더라도, 같은 법 제6조 제3항 본문의 ‘직접고용간주 규정’을 적용할 수 있다.

\* 원고, 상고인 : 원고 1 외 1인

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 주식회사 예스코

\* 원심판결 : 서울고법 2007. 10. 5. 선고 2007누5105 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘파견근로자보호법’이라고 한다)은 ‘파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것’을 ‘근로자파견’으로 정의하면서(제2조 제1호), 제6조 제3항 본문에서 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다”고 규정(이하, ‘직접고용간주 규정’이라고 한다)하고 있다.

근로자파견은 원래 근로자공급의 한 형태인데, ‘근로자공급사업’은 ‘공급계약에 의하여 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업’(직업안정법 제4조 제7호)으로서 사실상 또는 고용계약에 의하여 자기의 지배하에 있는 근로자를 타인의 지휘 아래 사용하게 하는 사업이므로 이를 자유로이 허용하면 타인의 취업에 개입하여 영리를 취하거나 임금 기타 근로자의 이익을 중간에서 착취하는 폐단이 생길 염려가 있어 근로기준법은 원칙적으로 이를 금지하고(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 근로기준법 제8조, 위와 같이 개정된 근로기준법 제9조), 다만 직업안정법에 의하여 노동부장관의 허가를 받은 자에 대하여만 이를 인정하면서 국내 근로자공급사업의 경우는 그 허가대상을 노동조합으로 한정하고 있었다(직업안정법 제33조 제1항, 동법 시행령 제33조 제2항 제1호). 그러던 중 1998. 2. 9. ‘경제위기 극복을 위한 사회협약’(이른바 노사정합의)에서 노동시장의 유연성을 제고하는 한 방법으로 제한된 범위 안에서 근로자파견제도를 도입하기로 합의가 이루어졌고 이를 계기로 파견근로자보호법이 제정되면서 근로자파견사업은 근로자공급사업의 범위에서 제외되게 되었다(직업안정법 제4조 제7호).

파견근로자보호법은 근로자파견사업의 적정한 운영을 기하고 파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준을 확립함으로써 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지하고 인력수급을 원활하게 함을 입법 목적으로 하고 있는데(파견근로자보호법 제1조), 그 중에서도 ‘근로자파견사업의 적정운영’을 위하여 제2장에서 근로자파견사업에 대한 규제조치로서 파견의 사유(근로자파견대상업무에 해당하거나 일시적 사유가 있을 것), 파견의 기간, 파견사업의 허가 등을 규정하고 있다. 즉, 파견근로자보호법은 파견의 사유에 관하여 제5조 제1항에서 근로자파견대상업무를 원칙적으로 제조업의 직접생산공정업무를 제외한 전문지식·기술 또는 경험 등을 필요로 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무로 제한하고, 제5조 제2항에서는 근로자파견사업의 대상으로 적절하지 못하여 절대적으로 파견을 금지한 업무를 제외하고는 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우에 한하여 근로자파견사업을 행할 수 있도록 하였다. 파견의 기간에 대해서도 제6조 제1항에서 위 제5조 제1항에 의한 근로자파견의 기간은 1년을 한도로 하되 파견사업주·사용사업주·파견근로자 간의 합의가 있으면 1회에 한



하여 갱신을 허용하여 최대 2년을 넘지 못하도록 하였고, 제6조 제2항에서 위 제5조 제2항에 의한 근로자파견의 기간은 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우에는 그 사유의 해소에 필요한 기간만, 그리고 일시적·간헐적으로 인력을 확보할 필요가 있는 경우에는 3월 이내를 한도로 하면서 파견사업주·사용사업주·파견근로자 간의 합의가 있어도 1회에 한하여 그 기간을 갱신할 수 있도록 규정하고 있다. 그리고 파견사업의 허가에 관하여는 제7조에서 근로자파견사업을 하고자 하는 자는 노동부장관의 허가를 받도록 규정하고 있다. 또한, 파견근로자보호법은 근로자파견사업의 적정운영을 위한 위 법규정들이 실효를 거둘 수 있도록 제43조 제1호에서 파견의 사유, 기간 및 파견업의 허가에 관한 위 규정들을 위반한 파견사업주를, 제44조 제1호에서는 파견의 사유, 기간에 관한 위 각 규정을 위반한 사용사업주를 형사처벌하도록 규정하고 있다.

이와 같은 파견근로자보호법의 입법 경위와 그 입법 목적 및 근로자파견사업의 적정운영을 위한 위 법 규정들의 내용 등을 살펴보면, 직접고용간주 규정은 사용사업주가 파견기간에 관한 제한 규정을 위반하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 행위에 대하여, 행정적 감독이나 형사처벌과는 별도로 사용사업주와 파견근로자 사이의 사법(私法)관계에서도 직접고용관계 성립을 의제함으로써 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하고 그에 따른 파견근로자의 고용안정을 도모하는 데에 그 입법 취지가 있다고 할 것이다.

한편, 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 고용간주의 요건으로 들고 있지 않을 뿐만 아니라, 파견근로자보호법은 위에서 살펴본 바와 같이 제6조 제1항, 제2항에 파견업무에 따라 그 기간을 달리 정하여 근로자파견기간의 제한에 관한 규정을 두고, 제3항에 직접고용간주 규정을 둠으로써 위 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 문

언이나 입법 취지 등에 비추어 아무런 근거가 없을 뿐만 아니라, 나아가 다음과 같은 점에서도 합리적이라거나 타당하다고 볼 수 없다.

먼저, 직접고용간주 규정이 위 제5조 제1항에 정한 근로자파견대상업무에 해당하는 적법한 근로자파견에만 적용된다고 해석하여야 한다는 입장은, 아마도 직접고용간주에 필요한 근로관계의 존속기간인 '2년'과 위 제5조 제1항에 의한 근로자파견의 최대파견기간인 '2년'이 동일 기간이라는 데 그 논거를 두고 있는 것으로 보인다. 그러나 파견근로자보호법은 앞서 본 바와 같이 위 제5조 제1항에서 전문지식·기술 또는 경험 등을 필요로 하는 일정 업무를 근로자파견대상업무로 정하기는 하였으나, 위 제5조 제2항에서는 예외적인 특정한 사유와 필요가 있는 경우 등에는 절대적 금지업무를 제외하고는 위 제5조 제1항에 정한 업무가 아니어도 근로자파견사업을 행할 수 있도록 허용하고 있다. 그리고 직접고용간주 규정을 위 제5조 제1항에 의한 근로자파견의 최장 기간 2년을 정하고 있는 위 제6조 제1항 바로 뒤에 두지 않고, 오히려 위 제5조 제2항에 의한 근로자파견기간에 관한 위 제6조 제2항 다음에 둔 것에 비추어 보더라도 위와 같은 논거는 설득력이 없다고 할 것이다.

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 근로자파견대상업무에 해당하거나 같은 조 제2항에 정한 근로자파견사유가 있거나 하면, 위 제7조에 의한 근로자파견사업의 허가를 받지 아니한 파견사업주로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 사용사업주는 형사처벌을 받지 아니하게 되는데(제44조 제1호), 이 경우 사용사업주가 직접고용간주 규정조차도 적용을 받지 아니한다면 사용사업주로서는 당연히 근로자파견사업의 허가를 받지 아니한 파견사업주로부터 근로자파견을 받는 쪽을 더 선호하게 될 것이므로, 파견근로자보호법에 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 경우와 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. 그럼에도 불구하고, 원심은 위의 법리와는 달리 제1심판결을 인용하여 사용사업주인 피고보조참가인 회사가 파견근로자인 원고들을 파견근로자보호법 제5조 제1항에서 허



용된 업무와는 다른 업무에 종사하게 하였으므로 이 사건 근로자파견이 위법하다는 이유로 직접고용간주 규정이 적용되지 않는다고 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 파견근로자보호법 제6조 제3항에 정한 직접고용간주 규정의 적용범위의 해석에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 나머지 상고이유의 주장에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이용훈(재판장), 고현철, 김영란, 양승태, 김황식, 이용훈, 박시환, 김지형(주심), 이홍훈, 박일환, 김능환, 전수안, 안대희, 차한성

### (3) 일상적인 작업지시는 없었더라도 원청이 작업배치 및 근태관리한 경우

☞ 대법원 2011. 7. 1. 선고 2011두6097 판결

#### » 요 지 «

1. 파견근로자보호 등에 관한 법률에 의하면, ‘근로자파견’이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 의미한다. 반면, 민법상 ‘도급’은 수급인이 도급인으로부터 도급받은 업무를 수행하기 위해 근로자를 고용한 후 직접 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 의미한다. 반면, 민법상 ‘도급’은 수급인이 도급인으로부터 도급받은 업무를 수행하기 위해 근로자를 고용한 후 직접 지휘·명령을 하여 해당 업무에 종사하도록 하는 형태이다.
2. 이 사건 도급계약이 당초 원고의 비정규직 직무의 정규직 전환에서 누락된 일부 제조공정에 관한 근로자 공급을 목적으로 체결되었고, 일반적인 도급계약과 달리 도급업무가 완성될 목적물 또는 일의 결과물이 명확히 특정되어 있지 않고 단지 ‘포장과 관련된 직무’를 수행하는 것으로만 되어 포괄적이며, 원고가 ○○티피에 지급할 도급비를 산정하는 주된 기준도 어떠한 일의 완성이 아닌 참가인들이 원고에서 제공한 노무의 정도라고 보이고, 참가인들의 작업 내용과 시간은 원고가 작성한 일일포장작업계획서와 원고 소속 정규직 근로자들의 근무 시간에 따라 결정되었고, 비록 원고가 참가인들에게 일상적인 작업 지시를 한 적이 없더라도, 이는 업무 지시를 할 권한이 없어서라기보다는 이 사건 포장직무가 단순·반복적인 업무여서 별도의 구체적인 업무 지시가 필요 없었기 때문인 것으로 보이는 반면, ○○티피는 참가인들의 작업 내용과 시간에 대하여 독자적인 영향력을 행사할 수 없었다고 보여 작업배치를 결정하거나 구체적인 업무를 지시한 주체는 참가인들을 고용한 ○○티피가 아니라 오히려 이 사건 도급계약에 따라 근로를 제공받은 원고로 보인다. 또한, 참가인들의 출결·휴무나 초과근무상황 등 근태관리 역시 오히려 원고가 ○○티피보다 더욱 직접적으로 해온 것으로 보이며, 수급인인 ○○티피가 자신의 고유의 설비나 독자적인 전문 능력을 보유하고 있지 않고, 사업 수행의 목적 및 내용이 오로지 ○○타이어와의 계약 수행에 한정되어 ○○티피의 고유기술이나 자본 등이 이 사건 사업장의 업무에 투입되지 않았던 것으로 보인다.

위와 같은 사정을 종합하면, 원고는 근로관계에 있어 참가인들에게 직접적인 지휘·명령권을 행사하였다고 봄이 상당하므로, 원고와 ○○티피 간의 이 사건 도급계약은 실질적으로 파견법상의 근로자파견계약이라 할 것이다.

<※ 광주고법 2011. 1. 27. 선고 2010누1346 요지 인용>



\* 원고, 상고인 : ○○타이어 주식회사

\* 피고, 피상고인 : 광주지방노동청장

\* 원심판결 : 광주고법 2011. 1. 27. 선고 2010누1346 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

### » 이 유 «

이 사건 기록과 원심판결 및 상고이유서를 모두 살펴보았으나, 상고인의 상고이유에 관한 주장은 상고심철차에 관한 특례법 제4조 제1항 각 호에 정한 사유를 포함하지 아니하거나 이유가 없다고 인정되므로, 같은 법 제5조에 의하여 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 차한성(재판장), 대법관 박시환, 대법관 신영철, 대법관 박병대(주심)

### 〈참고〉 광주고법 2011. 1. 27. 선고 2010누1346 판결

### » 요 지 «

1. 파견근로자보호 등에 관한 법률에 의하면, ‘근로자파견’이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 의미한다. 반면, 민법상 ‘도급’은 수급인이 도급인으로부터 도급받은 업무를 수행하기 위해 근로자를 고용한 후 직접 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 의미한다. 반면, 민법상 ‘도급’은 수급인이 도급인으로부터 도급받은 업무를 수행하기 위해 근로자를 고용한 후 직접 지휘·명령을 하여 해당 업무에 종사하도록 하는 형태이다.
2. 이 사건 도급계약이 당초 원고의 비정규직 직무의 정규직 전환에서 누락된 일부 제조 공정에 관한 근로자 공급을 목적으로 체결되었고, 일반적인 도급계약과 달리 도급업무가 완성될 목적물 또는 일의 결과물이 명확히 특정되어 있지 않고 단지 ‘포장과 관련된 직무’를 수행하는 것으로만 되어 포괄적이며, 원고가 ○○티피에 지급할 도급비를 산정하는 주된 기준도 어떠한 일의 완성이 아닌 참가인들이 원고에서 제공한 노무의 정도라고 보이고, 참가인들의 작업 내용과 시간은 원고가 작성한 일일포장작업계획서와 원고 소속 정규직 근로자들의 근무 시간에 따라 결정되었고, 비록 원고가 참가인들에게 일상적인 작업 지시를 한 적이 없더라도, 이는

업무 지시를 할 권한이 없어서라기보다는 이 사건 포장직무가 단순·반복적인 업무여서 별도의 구체적인 업무 지시가 필요 없었기 때문인 것으로 보이는 반면, ○○티피는 참가인들의 작업 내용과 시간에 대하여 독자적인 영향력을 행사할 수 없었다고 보여 작업배치를 결정하거나 구체적인 업무를 지시한 주체는 참가인들을 고용한 ○○티피가 아니라 오히려 이 사건 도급계약에 따라 근로를 제공받은 원고로 보인다. 또한, 참가인들의 출결·휴무나 초과근무상황 등 근태관리 역시 오히려 원고가 ○○티피보다 더욱 직접적으로 해온 것으로 보이며, 수급인인 ○○티피가 자신의 고유의 설비나 독자적인 전문 능력을 보유하고 있지 않고, 사업 수행의 목적 및 내용이 오로지 ○○타이어와의 계약 수행에 한정되어 ○○티피의 고유기술이나 자본 등이 이 사건 사업장의 업무에 투입되지 않았던 것으로 보인다.

위와 같은 사정을 종합하면, 원고는 근로관계에 있어 참가인들에게 직접적인 지휘·명령권을 행사하였다고 봄이 상당하므로, 원고와 ○○티피 간의 이 사건 도급계약은 실질적으로 파견법상의 근로자파견계약이라 할 것이다.

- \* 사 건 : 2010누1346 직접고용시정지시처분 등 취소
- \* 원고, 항소인 : ○○타이어 주식회사
- \* 피고, 피항소인 : 광주지방노동청장
- \* 제1심판결 : 광주지방법원 2010. 6. 17. 선고 2009구합1761판결

### » 주 문 «

1. 원고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 원고가 부담한다.

### » 청구취지 및 항소취지 «

제1심 판결을 취소한다. 피고가 2009.2.10. 원고에게 한 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)들에 대한 직접고용시정지시 및 보고지시 처분을 취소한다.

### » 이 유 «

#### 1. 처분의 경위

- 가. 참가인들은 주식회사 ○○티피(이하 ‘○○티피’라 한다) 소속 근로자로서 원고와 ○○티피 간의 도급계약(이하 ‘이 사건 도급계약’이라 한다)에 따라 2005.7.21.부터 원고의 곡성공장에서 타이어 포장업무에 종사하였다.
- 나. 피고는 위와 같은 업무형태가 실질적으로 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’이라 한다) 제2조 제2호의 근로자파견사업에 해당한다고 보아 2009.2.10.





“허가를 받지 않고 근로자파견사업을 행하는 ○○티피로부터 근로자파견의 역무를 제공받았으므로 참가인들을 같은 달 27.까지 직접 고용하라”는 시정지시(이하 ‘이 사건 시정지시’라 한다)를 한 후 그 결과를 같은 날까지 피고에게 보고할 것을 명하였다(이하 ‘이 사건 보고명령’이라 하고, ‘이 사건 시정지시’와 함께 ‘이 사건 각 처분’이라 한다).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 4호증, 을가 제1호증의 3, 4, 7, 8, 9의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 이 사건 각 처분의 적법 여부

### 가. 원고의 주장

원고가 ○○티피에 타이어 포장 등의 업무를 도급주면서 ○○티피 소속 근로자인 참가인들이 원고의 사업장에 나와 근로제공을 한 것은 사실이나, 이는 어디까지나 ○○티피가 참가인들에게 직접 업무지시 및 감독을 하고 근태관리까지 하면서 위 업무를 수행하도록 한 것이어서 파견법상의 근로자파견에 해당하지 않음에도, 이와 다른 전제에서 한 이 사건 각 처분은 위법하다.

### 나. 관련 법령

별지 관련 법령은 기재와 같다. <생략>

### 다. 이 사건의 쟁점

위 관련 법령에 의하면, ‘근로자파견’이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 의미한다. 반면, 민법상 ‘도급’은 수급인이 도급인으로부터 도급받은 업무를 수행하기 위해 근로자를 고용한 후 직접 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 의미한다. 반면, 민법상 ‘도급’은 수급인이 도급인으로부터 도급받은 업무를 수행하기 위해 근로자를 고용한 후 직접 지휘·명령을 하여 해당 업무에 종사하도록 하는 형태이다.

즉, 참가인들의 근로관계가 단지 원고와 ○○티피 사이의 민법상 도급계약에 의한 것이 아니라 파견법상의 근로자파견에 해당한다고 인정하기 위해서는 첫째, 참가인들을 고용한 ○○티피가 사업주로서의 실체가 있어야 하고, 둘째, 참가인들이 근로관계에 있어 사용사업주인 원고의 지휘·명령을 받아야 한다.

그런데 ○○티피가 사업주로서 독자적인 실체가 있다는 점에 대해서는 원고와 피고 사이에 다툼이 없으므로, 결국 아래에서는 원고가 사용사업주로서 근로관계에 있어 참가인들을 지휘·명령하였는지 여부를 본다.

## 라. 인정사실

### 1) 참가인들의 근로 제공 경위

가) 유한회사 S산업(대표이사 유○○, 이하 ‘S산업’이라 한다)은 2000.10.16. 설립되어 그 무렵부터 원고에 대하여 도급약정을 가장한 불법 근로자 파견사업을 해오다가 단속이 되어 2005년경 폐업하였는데, 당시 S산업 소속 근로자였던 정○○, 신○○, 김○○, 임○○, 이○○, 박○○은 원고의 정규직 근로자로 채용되었으나, 참가인들은 채용되지 못하고 S산업의 폐업에 따라 퇴직하였다.

나) 원고와 비정규직 노동조합은 2005.1. 24, 합의를 통해 원고 소속 곡성공장포장직무를 정규직으로 전환하지 않고, ‘도급직’으로 운영하기로 하였으나, 당시 정○○ 등 위 6명의 근로자의 일괄적인 전환 배치가 여의치 않자 노사는 별도 합의를 통해 당분간 포장 직무에서의 정규직 사원과 도급 사원과의 혼재 가능성을 인정하기로 하고 위 6명을 포장 직무에 그대로 잔류시키기로 하여, 정○○ 등 위 6명의 근로자는 원고의 제품관리과 재고반에 지게차 운전 및 타이어 포장 등의 업무를 그대로 수행하게 되었다.

다) 정○○ 등 위 6명의 근로자 중 김○○이 2005.7.경 다른 부서로 전환 배치되고 임○○이 2006.5.경 정년퇴직하자, ○○티피(대표이사 유○○, 2005.3.7. 설립)는 위 각 시기에 맞춰 참가인들을 각각 고용(임○○은 2005.7.25., 강○○은 2006.5.21.)한 후 해당 업무를 수행토록 하였고, 다시 이○○, 박○○이 다른 부서로 전환 배치된 이후에는 원고 소속 근로자인 정○○, 신○○ 및 ○○티피 소속 근로자인 참가인들 4명만이 타이어 포장 등의 업무를 수행하게 되었다(정○○, 신○○은 2009.1.1. 다시 타부서로 전환 배치되었다).

### 2) 이 사건 도급계약의 내용

가) 이 사건 도급계약에 의하면, 계약의 목적은 “원고는 ○○티피에 대하여 2층 제품선별검사, 수동 그라인딩 및 ‘포장과 관련된 직무’에 대하여 도급을 주문하고, ○○티피는 이를 도급하여 완성하고 성실히 이행하여야 한다”로만 되어 있으며, 도급의 대상이 되는 일의 내용에 대하여 더 이상의 구체적인 언급은 없다.

나) 원고는 ○○티피에 도급비를 지급하기로 하면서 월 일정액(기본 도급보수) 및 이에 더하여 도급비가 변동될 때에는 원고와 ○○티피가 협의하여 이를 정산(추가 도급보수)하기로 하였다.

다) 이에 따라 원고는 매년 참가인들의 근무시간을 예상하여 근무공수를 정한 후 그에 기초하여 직접인건비(급여, 수당, 상여 등), 간접인건비(국민연금, 의료보험 등 각종 보험료 등) 및 관리자비 등을 산정하고, 이를 모두 더하여 기본 도급보수를 정하였다(갑 제16호증).



라) 또한, ○○티피가 매월 원고에게 참가인들의 근태현황을 정리·제출하면, 원고는 이를 반영하여 추가 도급보수를 산정한 후 위 기본 도급보수와 합쳐 ○○티피에 최종적으로 지급할 도급비를 정하였다(갑 제12호증).

마) 한편, 위 추가 도급보수에는 연월차수당, 시간외근무수당 및 자녀 학자금까지 포함되어 있다.

### 3) 참가인들의 업무 내용

가) 원고 곡성공장의 타이어 포장 직무의 작업 내용은 크게 'TB-R 세트 작업', PC-R(소형 타이어) 포장 작업' 등 3가지로 나뉘는데, 여기서 타이어 포장 작업이란 포장기계를 사용하여 포면에 포장지를 감고 이를 테이프로 고정한 후 스티커를 붙이는 작업을 말하고, 세트 작업이란 타이어에 튜브와 플랩을 묶어 세트를 완성하는 작업을 말한다.

나) 참가인 엄○○은 원고의 인출반에서 타이어 포장 작업물량을 수령한 후 지게차로 PC-R 포장기 및 TB-R 포장기로 운반하는 업무를, 참가인 강○○은 TB-R 포장기 조작업무를 각각 기본적으로 수행하되, 해당 작업이 일찍 끝나거나 없는 경우 참가인 엄○○은 원고의 근로자 정○○이 수행하는 PC-R 포장기 조작업무를, 참가인 강○○은 원고의 근로자 신○○이 수행하는 PC-R 포장 마무리 및 적재업무를 함께 수행하였다. 정○○, 신○○ 역시 기본적으로 PC-R 포장업무를 수행하였으나, TB-R포장의 긴급 주문이 발생하는 경우(PC-R의 경우 대체로 작업량이 일정하고 긴급 주문이 발생하는 경우가 없으나, TB-R의 경우 평소 작업량이 적은 대신 종종 위와 같은 긴급 주문이 발생하였다.), PC-R 포장 업무에 우선하여 TB-R 포장 업무를 지원하였다.

다) 참가인들이 자신의 기본 업무 외에 다른 근로자들의 업무를 지원하는 경우가 월 8~10회 정도 발생하였는데, 위와 같은 지원근무 여부에 따라 원고가 ○○티피에게 지급하는 도급비가 변동되지는 않았다.

### 4) 업무 지시 및 근태관리

가) 이 사건 포장 작업은 누구나 쉽게 할 수 있는 단순 작업이어서 특별한 기능일 필요하지 않기 때문에 원고 회사 차원의 작업 교육은 실시된 적이 없고, 참가인들은 전부터 근무하던 원고 소속 정규직 근로자들과 함께 작업을 해나가면서 작업 요령을 익혔으며, 작업하면서 재료 부족, 기계 고장 등 애로사항이 발생하는 경우 곡성공장 재고반장 등 원고 관리자에게 보고하여 처리하였다.

나) 또한 이 사건 포장 작업은 반복적인 업무이기 때문에 평상시 감독자에 의한 구체적인 작업지시나 배치가 필요없으며, 참가인 엄○○이 작업 전날 오후 3~4시경에 원고의 제품관리과로부터 다음날의 타이어 포장 작업물량이 기재된 일일

포장작업계획서 3부를 받은 후 그 중 1부는 원고의 인출반에, 1부는 위 정○○ 및 신○○에게 각 전달하고, 나머지 1부는 참가인들이 소지하며 작업을 수행한 후 다음날 조희시 원고관리자에게 그 작업 결과를 보고하였다.

다) 한편, ○○티피의 현장대리인인 오○○는 수사기관에서 “참가인 엄○○은 스스로 일일작업계획서의 내용에 따라 작업을 하고, 참가인 강○○은 TB-R 포장공정에서 일을 하기 때문에 작업배치할 내용이 없고, 관례적으로 해 왔던 내용이어서 참가인들의 입사 이래 세부적인 작업지시를 한 적이 없다”고 진술하였다.

라) 참가인들의 근무 시간(연장 및 휴일 근무 포함)은 원고 소속 정규직 근로자들의 근무 시간에 따랐으며, 개인 사정으로 휴가를 신청할 경우 원고와 ○○티피 양쪽으로부터 양해를 얻었다(위 휴가 신청이 거절된 적이 없기 때문에 실제로는 휴가 ‘신청’이라기보다는 휴가 ‘통보’와 같이 운용된 것으로 보인다).

마) 원고의 ‘2008제품관리과 인원배치현황’에는 이 사건 근로자들이 재고반 인원으로 기재되어 있는데, 원고의 제품관리과 재고반 주임 유○○(2007.1.21.부터 2007.12.20.까지) 및 재고반장 권○○(2007.12.21.부터 2008.1.20.까지)은 소속 직원인 정○○, 신○○과 함께 참가인들에게도 매일 근무시작에 앞서 06:50경에 안전조회를 열어 안전점검 및 교육을 실시하였고, 참가인들의 출퇴근 및 연장근로 등 전반적인 근태상황을 매일 기록한 근태현황표(갑 제10호증)를 작성·관리 하였다.

바) 반면, 위 오○○는 주1회 정도 현장을 방문하여 참가인들로부터 참가인들이 작성·제출한 출근부나 휴가 등을 위한 근태 현황 관련 서류를 받아 한 달 단위로 사원근태일보 및 근태종합표(갑 제11, 18호증)를 작성하여 이후 원고에게 도급비를 청구하는 기준 자료로 사용하였다(그렇게 하여 작성된 도급비 청구내역(갑 제12호증) 상의 출근일수, 휴일근로, 결근일 등 복무현황은 원고가 작성한 근태현황표(갑 제10호증)뿐만 아니라 ○○티피가 작성한 근태종합표(갑 제11호증)에 기재된 복무현황과도 다소 차이가 있다.1)

사) 참가인들에 대한 근태관리는 전반적으로 느슨한 편으로 원고나 ○○티피 어느 쪽도 참가인들에 대한 업무수행평가나 징계권 등을 실제 행사한 적이 없었으나, 이러한 사정은 참가인들과 함께 근무한 원고 소속 정규직 근로자에 대해서도 마찬가지였다.

#### 5) 기타 사실

가) 원고의 재고반장 권○○은 참가인들에게 휴대전화 문자메시지로, 2008.6.19. ‘어려운 시기입니다. 잘 마무리할 수 있도록 조금만 더 도와주시기 바랍니다’, 2008.7.11. ‘내일은 휴무입니다’, 2008.7.12. ‘일요일은 정상근무입니다’등 근로관계에 통지를 한 바 있다.



나) 한편, ○○티피의 법인 소재지는 원고 곡성공장 소재지인 전남 곡성군 임면서 봉리 145이고, 고유의 물적 시설이 없이 필요한 시설 등을 원고 측으로부터 제공받아왔으며, 이 사건 사업장에 ○○티피의 고유 기술이나 자본 등이 업무에 투입된 사실이 없다.

다) ○○티피의 대표이사 유재춘은 광주지방법원 2010고합241호로 고용노동부장관 허가 없이 참가인들을 원고 곡성공장에 파견하는 근로자파견 사업을 하였다는 범죄 사실로 기소되어 위 법원으로부터 2010.9.6. 벌금 200만 원을 선고받았다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2, 4, 8, 10, 11, 12, 15, 16, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 27 내지 30호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다), 을가 제1호증의 3, 4, 6 내지 17, 을가 제5 내지 9호증, 을나 제3, 6, 7호증, 을나 제6호증의 1, 2의 각 기재, 갑 제13, 14, 23, 26, 31호증의 각 일부 기재(아래에서 믿지 않는 부분제외), 변론 전체의 취지

[배척 증거] 갑 제13, 14, 23, 26, 31호증의 일부 기재

#### 마. 판단

- 1) 근로자파견의 근본적인 문제는 근로자를 실질적으로 지휘·감독하는 사람이 수급사업체에 수수료만을 지불할 뿐 노동관계법상의 사용자책임을 지지 않는 데에 있다. 또한, 수급사업체에 고용되어 일하는 근로자는 도급사업체의 근로자와 같은 일을 함에도 낮은 임금을 받으며 오히려 더 어렵고 힘든 일을 하는 경향이 있다.

위와 같은 문제점 때문에 1998.7.1.부터 파견법이 시행되어 근로자파견사업의 적정한 운영과 파견근로자의 고용안정 및 복지증진을 꾀하고 있다.

- 2) 위 인정사실에 의하면, 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

- ① 이 사건 도급계약이 당초 원고의 비정규직 직무의 정규직 전환에서 누락된 일부 제조 공정에 관한 근로자 공급을 목적으로 체결되었고, 일반적인 도급계약과 달리 도급업무가 완성될 목적물 또는 일의 결과물이 명확히 특정되어 있지 않고 단지 '포장과 관련된 직무'를 수행하는 것으로만 되어 포괄적이며, 원고가 ○○티피에 지급할 도급비를 산정하는 주된 기준도 어떠한 일의 완성(예를 들어, 참가인들이 포장·운반을 마친 타이어의 개수)이 아닌 참가인들이 원고에서 제공한 노무의 정도(근무일수, 시간외 근무시간 등)라고 보인다.
- ② ○○티피가 원고로부터 도급받았다는 업무 자체도 원고 소속 근로자인 정○○, 신○○의 업무와 명확히 구분됨이 없이 혼재되어 이를 명확히 구분하여 특정하기가 어렵다.

③ 참가인들의 작업 내용과 시간은 원고가 작성한 일일포장작업계획서와 원고 소속 정규직 근로자들의 근무 시간에 따라 결정되었고, 비록 원고가 참가인들에게 일상적인 작업 지시를 한 적이 없더라도, 이는 업무 지시를 할 권한이 없어서라기보다는 이 사건 포장직무가 단순·반복적인 업무여서 별도의 구체적인 업무 지시가 필요 없었기 때문인 것으로 보이는 반면, ○○티피는 참가인들의 작업 내용과 시간에 대하여 독자적인 영향력을 행사할 수 없었다고 보여 작업배치를 결정하거나 구체적인 업무를 지시한 주체는 참가인들을 고용한 ○○티피가 아니라 오히려 이 사건 도급계약에 따라 근로를 제공받은 원고로 보인다. 또한, 참가인들의 출결·휴무나 초과근무상황 등 근태관리 역시 오히려 원고가 ○○티피보다 더욱 직접적으로 해온 것으로 보인다.

④ 수급인인 ○○티피가 자신의 고유의 설비나 독자적인 전문 능력을 보유하고 있지 않고, 사업 수행의 목적 및 내용이 오로지 ○○타이어와의 계약 수행에 한정되어 ○○티피의 고유기술이나 자본 등이 이 사건 사업장의 업무에 투입되지 않았던 것으로 보인다.

위와 같은 사정을 종합하면, 원고는 근로관계에 있어 참가인들에게 직접적인 지휘·명령권을 행사하였다고 봄이 상당하므로, 원고와 ○○티피 간의 이 사건 도급계약은 실질적으로 파견법상의 근로자파견계약이라 할 것이어서, 결국 이를 전제로 한 이 사건 각 처분은 적법하다.

3) 물론, 갑 제16, 17호증의 각 기재에 의하면, 원고의 주장과 같이 원고가 ○○티피에 지급한 도급비와 ○○티피가 참가인들에게 지급한 임금의 액수가 일치하지 않는 점은 인정되나, ①앞서 본 바와 같이 ○○티피가 원고와는 독립된 별개의 사업주로서 근로자파견 업무를 통해 일정한 이윤을 남긴 후 그 차액을 소속 근로자들에게 지급하면 되는 것이고, ②이 사건 도급계약에서는 정액의 기본 도급보수를 참가인들이 제공한 노무의 정도에 따라 추가 도급보수로 보완하고 있으며(계약서 제3조 제2항), ③민법상 도급계약에서 도급비가 꼭 정액일 이유는 없다 하더라도, 계약의 주된 목적이 특정한 일의 완성이 아니라 노무의 제공 그 자체일 경우에는 이를 도급계약이라고 보기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 갑 제16, 17호증의 각 기재에 의하여 인정되는 위 사정만으로 앞서 본 결론이 달라지지는 않는다.

### 3. 결 론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 이와 결론을 같이 한 제1심 판결은 정당하고, 원고의 항소는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 구문과 같이 판결한다.

판사 방극성(재판장), 손진홍, 정문수



#### (4) 근로관계의 실질에 따른 근로자 파견 판단

☞ 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결

#### » 요 지 «

근로자파견관계에 해당하는지 여부는 당사자가 설정한 계약형식이나 명목에 구애받지 않고 계약목적 또는 대상의 특정성, 전문성, 기술성, 계약당사자의 기업으로서 실체 존부와 사업경영상 독립성, 계약 이행에서 사용사업주의 지휘·명령권 보유 등을 종합적으로 고려하여 그 근로관계의 실질을 따져서 판단하여야 한다.

\* 원고, 피상고인 : 최○○

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : ◇◇◇ 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2011. 2. 10. 선고 2010누23752 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이, 나머지 부분은 피고가 각 부담한다.

#### » 이 유 «

피고와 피고 보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다)의 상고이유에 대하여 함께 판단한다.

1. 원심은 근로자파견관계에 해당하는지 여부는 당사자가 설정한 계약형식이나 명목에 구애받지 않고 계약목적 또는 대상의 특정성, 전문성, 기술성, 계약당사자의 기업으로서 실체 존부와 사업경영상 독립성, 계약 이행에서 사용사업주의 지휘·명령권 보유 등을 종합적으로 고려하여 그 근로관계의 실질을 따져서 판단하여야 한다고 전제한 다음, 그 채용증거를 종합하여 원고와 P기업 대표 이○○(이하 'P기업'이라고 한다) 사이에 체결된 근로계약의 내용, P기업과 참가인 사이에 체결된 도급계약의 내용, 참가인에 의한 참가인의 사내협력업체 관리 실태, 참가인에 의한 각종 업무표준의 제정 및 실시 사실과 함께, 참가인과 P기업 사이에 체결된 위 도급계약에 따라 P기업 소속의 근로자들이 참가인에게 노무를 제공하는 내용과 방식, 그에 관한 참가인의 지배 내지 통제 내용과 범위 등에 관한 판시사실을 인정하고, 그 인정사실에 비추어 원고가 P기업에 고용된 후 참가인 사업장에 파견되어 참가인으로부터 직접 노무지휘를 받는 근로자파견관계에 있었다고 판단하였다.

나아가, 원고가 종사한 자동차 조립 등 제조업의 직접생산공정업무가 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항에 따라 근로자파견사업이 허용되는 업무에 포함되지 않고, P기업이 근로자파견사업의 허가를 받지 않았더라도 이를 이유로 같은 법 제6조 제3항 본문에서 정한 직접고용간주 규정의 적용이 배제될 수 없으므로, 원고는 P기업에 입사한 2002. 3. 13.부터 2년이 경과한 이후 계속하여 참가인에게 파견되어 사용됨으로써 2004. 3. 13.부터 사용사업자인 참가인과 사이에 직접 근로관계가 성립하였고, 그럼에도 참가인이 원고와의 근로관계를 부정하면서 원고의 사업장 출입을 막고 그의 노무를 수령하지 않을 뜻을 명백히 밝힘으로써 원고를 해고하였다고 판단하였다.

이러한 원심의 판단은 대법원의 환송판결의 취지에 따른 것으로서 정당하고, 거기에 참가인이 상고이유로 주장하는 바와 같이 근로자파견관계와 도급계약 사이의 구분이나 해고에 관한 법리오해, 채증법칙 위반, 심리미진, 이유모순 또는 이유불비 등의 위법이 있다고 볼 수 없다.

참가인은 이 사건 환송판결에 대법원이 2006. 3. 24. 선고 2006다2155 판결에서 판시한 법률의 해석적용에 관한 의견을 변경하면서 법원조직법 제7조 제1항 제3호에 따라 대법관 전원의 3분의 2 이상으로 구성된 합의체에서 재판하지 아니한 위법이 있어 그 기속력을 인정할 수 없다고 주장하나, 참가인이 주장하는 위 대법원 판결은 상고심 절차에 관한 특례법 제4조 및 제5조에 따라 이유를 적지 않은 판결로서 법률의 해석적용에 관한 의견을 포함하고 있지 아니하여 이 사건 환송판결이 그와 저촉되어 법원조직법 제7조 제1항 제3호에 위배될 여지가 없음이 명백하므로, 위 주장은 받아들일 수 없다.

2. 피고와 참가인은, 원심이 참가인을 원고에 대한 사용자로 보아 참가인이 원고를 해고한 사실을 인정하면서도 그 해고의 정당성에 관하여 나아가 심리·판단하지 않음으로써 심리미진 또는 판단누락의 위법을 저질렀다고도 주장한다.

그러나 이 사건 취소소송의 대상인 피고의 재심판정은 참가인이 원고의 사용자가 아니라는 이유로 원고의 구제신청을 각하한 지방노동위원회의 결정을 유지하고 그에 불복한 원고의 재심신청을 기각한 취지로서, 피고가 이 사건 소송에서 참가인이 원고의 사용자라고 해도 그 해고에 정당한 이유가 있으므로 원고의 구제신청 및 재심신청을 기각한 이 사건 재심판정은 결국 정당하다고 주장하는 것은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계에서 동일성이 인정되지 않는 다른 처분사유를 추가하거나 변경하는 것에 지나지 않아 허용될 수 없다. 따라서 원심이 이에 나아가 심리·판단하지 않았다고 하더라도 이를 위법하다고 볼 수 없으므로 이 부분 상고이유 주장도 받아들이지 않는다.

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

대법관 김능환(재판장), 안대희, 이인복(주심), 박병대





## (5) 직접고용간주 근로자의 근로조건 결정

☞ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다74592 판결

### » 요 지 «

구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 파견법'이라 한다)은 제1조에서 파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준을 확립함으로써 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지함을 입법 목적으로 밝히고 있으므로 파견근로자의 근로조건 향상 역시 고용안정 못지않게 중요한 점, 구 파견법 제21조는 파견근로자가 사용사업주의 사업 내 동일한 업무를 수행하는 동종근로자와 비교하여 차별적 처우를 받아서는 아니 됨을 규정하고 있을 뿐만 아니라 사용사업주와 직접고용관계를 형성하게 된 파견근로자를 사용사업주의 동종 또는 유사업무 수행근로자와 균등하게 대우하는 것이 공평의 관념에도 합치되는 점, 2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정된 파견근로자보호 등에 관한 법률 제6조의2제3항 제1호는 사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용함으로써 파견근로자를 직접 고용하여야 할 경우의 근로조건에 관하여 '사용사업주의 근로자 중 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있는 경우 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건'에 의하도록 규정하고 있는데, 이는 사용사업주와 직접고용관계를 맺게 된 모든 파견근로자에게 해석상 마땅히 적용되어야 할 근로조건을 다시금 확인하는 차원에서 명시한 것일 뿐 새삼스레 근로조건을 기존보다 상향하여 설정하기 위한 것이라고 하기는 어려운 점 등을 종합하면, 구 파견법 제6조 제3항 본문에 따라 사용사업주가 직접 고용한 것으로 간주되는 파견근로자의 근로조건은 사용사업주의 근로자 중 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있을 경우 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정한 근로조건과 동일하다.

\* 원고, 피상고인 : 원고 1 외 2인

\* 피고, 상고인 : 남해화학 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2013. 9. 6. 선고 2012나101475판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

## 1. 상고이유 제1점에 대하여

가. (1) 구 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 파견법’이라 한다) 제2조 제1호에 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 법률관계가 위와 같이 구 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 해당 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 해당 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 해당 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.

한편 구 파견법은 제6조 제3항 본문으로 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다.”는 내용의 규정(이하 ‘직접고용간주 규정’이라 한다)을 두고 있는데, 이러한 직접고용간주 규정은 적법한 근로자파견의 경우에만 한정하여 적용되는 것은 아니다( 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결 등 참조).

(2) 원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 대륙기업 주식회사 또는 주식회사 남우진흥(이하 통틀어 ‘소외 회사’라 한다)과 피고 사이에 체결된 도급계약의 내용, 원고들의 업무수행의 과정 등에 관한 여러 사정들을 종합하여 피고와 소외 회사 사이에 체결된 도급계약은 그 실질에서 근로자파견계약에 해당하고 원고들은 소외 회사에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 보아, 이와 같은 근로자파견계약이 불법파견에 해당하더라도 구 파견법 제6조 제3항 본문이 적용되므로 원고 1, 원고 2는 각 구 파견법이 시행되어 2년이 경과한 시점인 2000. 7. 1.부터, 원고 3은 피고에게 파견된 날부터 2년이 만료된 날의 다음 날인 2002. 1. 17.부터 각각 고용이 간주됨으로써 피고의 근로자 지위에 있게 되었다고 판단하였다.



(3) 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 구 파견법 제6조 제3항 단서 나 계약승계 또는 파견근로자의 직접고용간주 기산점에 관한 법리오해, 심리미진 등의 위법이 없다.

나. (1) 구 파견법 제6조 제3항 본문의 직접고용간주 규정은 사용사업주가 파견기간의 제한을 위반하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 행위에 대하여 행정적 감독이나 처벌과는 별도로 사용사업주와 파견근로자 사이의 사법관계에서도 직접고용관계의 성립을 간주함으로써 근로자파견의 상용화·장기화를 방지함과 아울러 파견근로자의 고용안정을 도모하기 위하여 사용사업주와 파견근로자 사이에 발생하는 법률관계 및 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것이다(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두 22320 전원합의체 판결 참조). 직접고용간주 규정의 내용은 파견사업주와는 직접적인 관련이 없고 그 적용 요건으로 파견기간 중 파견사업주의 동일성을 요구하고 있지도 아니하므로, 사용사업주가 파견기간의 제한을 위반하여 해당 파견근로자로 하여금 대상 업무를 계속 수행하도록 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 파견기간 중 파견사업주가 변경되었다는 이유만으로 직접고용간주 규정의 적용을 배제할 수는 없다고 봄이 타당하다(대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965판결 참조).

(2) 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 구 파견법 제6조 제3항 본문에 의한 직접고용간주 시점 이후에 파견사업주인 소외 회사가 변경되어 파견근로자인 원고들이 변경된 파견사업주와 새로 근로계약을 체결하였더라도 원고 1, 원고 2가 각 구 파견법이 시행되어 2년이 경과한 시점인 2000. 7. 1.부터, 원고 3이 피고에게 파견된 날부터 2년이 만료된 날의 다음 날인 2002. 1. 17.부터 각각 고용이 간주된 효력에는 영향이 없다는 취지로 판단하면서, 이와 같은 사정을 근거로 직접고용간주의 적용을 거부하는 반대의사를 명시적으로 표시한 것으로 보아야 한다는 피고의 주장을 배척하였다.

(3) 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 근로자파견관계의 판단 기준이나 도급계약에서의 도급인의 지시권에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

가. 구 파견법은 제1조에서 파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준을 확립함으로써 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지함을 그 입법 목적으로 밝히고 있으므로 파견근로자의 근로조건 향상 역시 고용안정 못지않게 중요하다고 평가할 수 있는 점, 구 파견법 제21조는 파견근로자가 사용사업주의 사업 내 동일한 업무를 수행하는 동종근로자와 비교하여 차별적 처우를 받아서는 아니 됨을 규정하고 있을 뿐만 아니라 사용사업주와 직접고용관계를 형성하게 된 파견근로자를 사용사업주의 동종 또는 유사업무 수행 근로자와 균등하게 대우하는 것이 공평의 관념에도 합치된다고 할 수 있는 점, 2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정된 「파견근로자보호 등에 관한 법률」 제



6조의2 제3항 제1호는 사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용함으로써 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 할 경우의 근로조건에 관하여 ‘사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있는 경우 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건’에 의하도록 규정하고 있는데, 이는 사용사업주와 직접고용관계를 맺게 된 모든 파견근로자에게 해석상 응당 적용되어야 할 근로조건을 다시금 확인하는 차원에서 명시한 것으로 보일 뿐 새삼스레 그 근로조건을 기존보다 상향하여 설정하기 위한 것이라고 하기는 어려운 점 등을 종합하여 보면, 직접고용간주 규정에 따라 사용사업주가 직접 고용한 것으로 간주되는 파견근로자의 근로조건은 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있을 경우 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정한 근로조건과 동일하다고 보는 것이 타당하다.

나. 원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고들이 피고의 근로자 가운데 4급 현장운전원(전문기능직)과 동종 또는 유사업무를 수행한다고 보아 원고들에게 적용되는 근로조건을 피고의 취업규칙 및 피고와 피고 소속 직원들로 구성된 노동조합 사이에 체결한 단체협약 중 4급 현장운전원(전문기능직)에게 적용되는 부분으로 하여야 한다고 판단하였다.

다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 파견근로자의 근로조건에 관한 법리오해나 임금산정기준에 관한 심리미진 등의 위법이 없다.

### 3. 결 론

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

대법관 조희대(재판장), 이상훈(주심), 김창석, 박상옥



☞ 대법원 2016. 3. 10. 선고 2012두9758 판결

### » 요 지 «

직접고용간주 규정에 따라 고용이 의제될 경우에 사용사업주의 근로자 중 당해 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있으면 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건이 파견근로자에게도 적용된다.

- \* 원고, 피상고인 : 원고 1 외 11인
- \* 피 고 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인, 상고인 : 한국마사회
- \* 원심판결 : 서울고법 2012. 4. 5. 선고 2011누34391 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고 보조참가인이 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 상고이유 제1점에 관하여

「구 파견근로자보호 등에 관한 법률」(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 파견법’이라 하고, 개정된 파견근로자보호 등에 관한 법률을 ‘개정 파견법’이라 한다)은 제6조 제3항 본문으로 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음 날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다.”라는 내용의 규정(이하 ‘직접고용간주 규정’이라 한다)을 두고 있는데, 이는 근로자파견이 있고 그 근로자파견이 2년을 초과하여 계속되는 경우에는 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다는 의미로서, 이때 그 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 기한의 정함이 없는 것으로 보아야 한다(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결 등 참조).

그리고 구 파견법은 제1조에서 파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준을 확립함으로써 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지함을 그 입법 목적으로 밝히고 있으므로, 파견근로자의 근로조건도 고용안정 못지않게 중요하다고 볼 수 있는 점, 구 파견법 제21조는 파견근로자가 사용사업주의 사업 내 동일한 업무를 수행하는 동종근로자

와 비교하여 차별적 처우를 받아서는 안 된다는 점을 규정하고 있을 뿐만 아니라, 사용사업주와 직접고용관계를 형성하게 된 파견근로자를 사용사업주의 동종 또는 유사업무 수행 근로자와 균등하게 대우하는 것이 공평의 관념에도 합치되는 점, 개정된 파견법 제6조의2 제3항 제1호도 사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용함으로써 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 할 경우의 근로조건에 관하여 '사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있는 경우 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건'에 의하도록 규정하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 직접고용간주 규정에 따라 사용사업주가 직접 고용한 것으로 간주되는 파견근로자의 근로조건은 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있을 경우 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정한 근로조건과 동일하다고 보는 것이 타당하다.

이러한 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 같은 취지에서 직접고용간주 규정에 따라 고용이 의제될 경우에 사용사업주의 근로자 중 당해 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있으면 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건이 파견근로자에게도 적용된다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 직접고용간주 규정의 적용으로 인한 근로조건에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 2. 상고이유 제2점 내지 제4점에 관하여

원심판결 이유 및 원심이 일부 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 사실들을 인정한 다음, 원고들이 피고 보조참가인의 기능직 직원과 동일한 업무를 수행하였다고는 볼 수 없지만, 실질적으로 그 수행업무의 대부분이 기능직 직원의 업무와 중복되는 것이었음에 비추어 적어도 기능직 직원과 유사한 업무를 수행하였다고 볼 수 있고, 따라서 피고 보조참가인의 기능직 직원에게 적용되는 근로조건이 원고들에게도 적용된다고 판단하였고, 나아가 피고 보조참가인이 원고들을 대상으로 한 2010. 2. 24.자 인사발령(이하 '이 사건 인사발령'이라 한다)의 정당성에 관하여, 그 판시와 같은 사정들을 들어, 이 사건 인사발령은 원고들에게 적합한 근로조건을 부여하지 않았거나 원고들과 피고 보조참가인 사이에 성립된 근로관계의 내용을 변경하는 것이어서 부당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 수긍할 수 있고, 거기에 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 근로조건, 인사발령의 합리성에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

## 3. 결 론

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

대법관 이인복(재판장), 김소영, 이기택(주심)



## (6) 직접고용간주 근로자의 근로조건에 관한 노사합의의 효력

☞ 대법원 2016. 6. 23. 선고 2012다108139 판결

### » 요 지 «

1. 직접고용간주 규정에 따라 사용사업주가 직접 고용한 것으로 간주되는 파견근로자의 근로조건은 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있을 경우 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정한 근로조건과 동일하다고 보는 것이 타당하다.

나아가 직접고용간주 규정에 의한 법적 효과가 이미 발생하여 파견근로자와 사용사업주 사이에 직접고용관계가 성립하고 파견근로자가 사용사업주의 근로자와 동일한 근로조건을 적용받을 수 있는 권리를 취득한 뒤에, 노동조합 등의 제3자와 사용사업주가 합의하여 파견근로자의 직접고용 여부를 결정하면서 그 직접고용에 따른 최초 근로조건을 위와 같은 근로조건에 비하여 파견근로자에게 불리하게 설정하는 것은 직접고용간주 규정의 취지에 반할 뿐만 아니라, 파견근로자에게 이미 귀속된 권리를 파견근로자의 개별적인 동의나 수권도 없이 소급적으로 변경하는 것에 해당하므로, 이러한 합의는 효력이 없다고 보아야 한다.

2. 파견근로자인 원고들의 경우 직접고용간주 규정이 적용되어 사용사업주인 피고가 원고들을 고용한 것으로 간주되는 시점에 피고의 근로자와 동일하게 정규직 1호봉이 부여되고 이후 호봉승급이 이루어져야 하며, 그럼에도 그 고용간주 시점부터 오랜 시간이 경과한 뒤에서야 노동조합과 피고가 합의하여 원고들의 신규 채용 및 이에 따른 최초 근로조건을 결정하면서 신규 채용 시점부터 비로소 정규직 1호봉을 부여하기로 한 것은 구 파견법의 입법 목적과 직접고용간주 규정 등에 위배되어 무효이고, 위 합의 및 피고에 대한 진정취하 시점부터 7년 가까이 지나 원고들이 이 사건 소를 제기하였다는 등의 사정만으로 이 사건 소제기가 신의성실의 원칙이나 금반언의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

\* 원고, 피상고인 : 별지 원고들 명단과 같다.

\* 피고, 상고인 : ○○타이어 주식회사

\* 원심판결 : 광주고법 2012. 10. 24. 선고 2011나6402 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’이라 한다) 제2조제1호에 의하면, 근로자 파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.

한편 구 파견법(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것)은 제6조제3항 본문으로 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다”라는 내용의 규정(이하 ‘직접고용간주 규정’이라 한다)을 두고 있는데, 이는 근로자파견이 있고 그 근로자파견이 2년을 초과하여 계속되는 경우에는 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다는 의미이다(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결 등 참조).

그리고 직접고용간주 규정에 따라 사용사업주가 직접 고용한 것으로 간주되는 파견근로자의 근로조건은 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있을 경우 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정한 근로조건과 동일하다고 보는 것이 타당하다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2012다17806 판결 등 참조).

나아가 직접고용간주 규정에 의한 법적 효과가 이미 발생하여 파견근로자와 사용사업주 사이에 직접고용관계가 성립하고 파견근로자가 사용사업주의 근로자와 동일한 근로조건을 적용받을 수 있는 권리를 취득한 뒤에, 노동조합 등의 제3자와 사용사업주가 합의하여 파견근로자의 직접고용 여부를 결정하면서 그 직접고용에 따른 최초 근로조건을 위와 같은 근로조건에 비하여 파견근로자에게 불리하게 설정하는 것은 직접고용간주 규정의 취지에 반할 뿐만 아니라, 파견근로자에게 이미 귀속된 권리를 파견근로자의 개별적인 동의나 수권도 없이 소급적으로 변경하는 것에 해당하므로, 이러한 합의는 효력이 없다고 보아야 한다.

2. 원심은 판시와 같은 이유를 들어, (1) 파견근로자인 원고들의 경우 직접고용간주 규정이 적용되어 사용사업주인 피고가 원고들을 고용한 것으로 간주되는 시점에 피고의 근로자와 동일하게 정규직 1호봉이 부여되고 이후 호봉승급이 이루어져야 하며, (2) 그럼에도 그 고용간주 시점부터 오랜 시간이 경과한 뒤에서야 노동조합과 피고가 합의하여 원고들의 신규 채용 및 이에 따른 최초 근로조건을 결정하면서 신규 채용 시점부터 비로소 정규직 1호봉을 부여하기로 한 것은 구 파견법의 입법 목적과 직접고용간주 규정 등에 위배되어 무효이고, (3) 위 합의 및 피고에 대한 진정취하 시점부터 7년 가까이 지나 원고들이 이 사건 소를 제기하였다는 등의 사정만으로 이 사건 소제기가 신의성실의 원칙이나 금반언의 원칙에 반한다고 할 수 없다는 취지로 판단하였다.





3. 원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 앞에서 본 법리에 부합하며, 거기에 상고이유 주장과 같이 직접고용간주 규정의 해석 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

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

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

대법관 이기택(재판장), 이인복, 김용덕(주심), 김소영

## 2.3 직접고용의무

### (1) 파견사업주의 변경과 파견기간의 산정

☞ 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결★

#### » 요 지 «

1. 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것)은 제6조 제3항 본문으로 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음 날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다.”라는 내용의 규정을 두어(이하 ‘직접고용간주 규정’이라고 한다) 사용사업주가 파견기간 제한을 위반한 경우 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계 성립이 간주되도록 하였다. 그런데 이후 개정된 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’이라고 한다)은 직접고용간주 규정을 대체하여 제6조의2 제1항에서 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다.”라는 취지로 규정하고 있다(이하 ‘직접고용의무 규정’이라고 한다). 따라서 개정된 파견법하에서 파견기간 제한을 위반한 사용사업주는 직접고용의무 규정에 의하여 파견근로자를 직접 고용할 의무가 있으므로, 파견근로자는 사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용사업주를 상대로 고용 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다. 또한 파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무불이행에 대하여 직접고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다.
2. 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제6조 제3항 본문(이하 ‘직접고용간주 규정’이라고 한다)이나 이후 개정된 파견근로자보호 등에 관한 법률 제6조의2 제1항(이하 ‘직접고용의무 규정’이라고 한다)은 사용사업주가 파견기간 제한을 위반하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 행위에 대하여 행정적 감독이나 처벌과는 별도로 사용사업주와 파견근로자 사이의 사법관계에서도 직접고용관계의 성립을 간주하거나 사용사업주에게 직접고용의무를 부과함으로써 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하면서 파견근로자의 고용안정을 도모할 목적에서 사용사업주와 파견근로자 사이에 발생하는 법률관계 및 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것으로서, 내용이 파견사업주와는 직접적인 관련이 없고, 적용 요건으로 파견기간 중 파견사업주의 동일성을 요구하고 있지도 아니하므로, 사용사업주가 파견기간 제한을 위반하여 파견근로자에게 업무를 계속 수행하도록 한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 파견기간 중 파견사업주가 변경되었다는 이유만으로 직접고용간주 규정이나 직접고용의무 규정의 적용을 배제할 수는 없다.



- \* 원고, 피상고인 : 별지 원고 명단 기재 <별지 생략>
- \* 피고, 상고인 : 한국수력원자력 주식회사
- \* 원심판결 : 서울고법 2013. 1. 25. 선고 2012나10302판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

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

1. 가. 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’이라고 한다) 제2조 제1호에 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 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 해당 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 해당 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 결정권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 해당 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(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결 등 참조).

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

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

다. 직접고용간주 규정이나 직접고용의무 규정은 사용사업주가 파견기간의 제한을 위반하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 행위에 대하여 행정적 감독이나 처벌과는 별도로 사용사업주와 파견근로자 사이의 사법관계에서도 직접고용관계의 성립을 간주하거나 사용사업주에게 직접고용의무를 부과함으로써 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하면서 파견근로자의 고용안정을 도모할 목적에서 사용사업주와 파견근로자 사이에 발생하는 법률관계 및 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것으로서(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결 참조), 그 내용이 파견사업주와는 직접적인 관련이 없고, 그 적용 요건으로 파견기간 중 파견사업주의 동일성을 요구하고 있지도 아니하므로, 사용사업주가 파견기간의 제한을 위반하여 해당 파견근로자로 하여금 대상 업무를 계속 수행하도록 한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 그 파견기간 중 파견사업주가 변경되었다는 이유만으로 직접고용간주 규정이나 직접고용의무 규정의 적용을 배제할 수는 없다고 봄이 타당하다.

2. 원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시 사실을 인정한 다음, ① 용역시방서에 기재된 발전기술지원업무와 관련하여 발전 보조업무, 화학시료 채취원, 변전소 보조원의 업무 중 상당수는 일정 수준의 기술과 숙달을 요하는 것으로서 피고 정규직원의 교육이나 지시가 없으면 해당 원고들이 독자적으로 수행할 수 없는 것으로 보이며, 피고는 정규직원을 통하여 원고들에게 업무수행에 관하여 교육을 실시하였던 점, ② 일근제인 발전운영부 보조업무수행자, 화학시료 채취원의 경우, 해당 원고들은 피고 정규직원과 같은 사무실 내에 자리를 배치받고 같은 회의에 참석하여 필요한 업무지시를 받는 등 피고 정규직원과 혼재되어 근무하면서 각종 지시에 따른 업무를 수행하였다고 보이는 점, ③ 1일 3교대로 운영되는 발전보조원, 변전소 보조원의 경우, 야간 또는 휴일 근무 시 해당 원고들에 대한 출근 확인을 용역업체가 아닌 피고 정규직원이 하였으며, 교대 근무 배치 또는 그 변경에 관한 권한은 용역업체가 아닌 피고에게 있었고, 발전보조원과 발전운영부 보조업무 수행자 간의 순환근무제 시행, 변전소 보조원의 근무제 변경과 같이 근무방법변경에 관한 사항도 피고가 주도적으로 결정하여 시행한 점, ④ 발전보조원, 화학시료 채취원, 변전소 보조원의 경우, 해당 원고들의 업무수행 결과물에 대



하여 피고 정규직원이 확인하고 결재란에 서명한 점, ⑤ 근무복, 안전화, 안전모 등을 제외한 원고들의 업무수행에 필요한 대부분의 장비 및 물품을 피고가 제공한 점, ⑥ 원고들의 특근, 대근, 휴가 등 근무태도에 관한 사항도 피고가 관리·통제하였으며, 용역업체는 사후적으로 특근에 관하여 보고받았을 뿐, 그 실시 여부나 시기 등에 관하여 아무런 관리·통제를 하지 않은 점, ⑦ 원고들은 그 근무기간 동안 업무와 관련하여 피고의 지시나 감독을 받았을 뿐, 용역업체로부터는 어떠한 지시나 감독을 받은 바 없는 점 등의 사정을 종합하면, 원고들은 용역업체에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 봄이 타당하다고 판단하였다.

나아가 원심은 동일한 사용사업주가 파견법에서 정한 기간 동안 파견근로자를 사용한 이상 그 사이에 파견사업주가 교체되었다 하더라도 직접고용이 간주되거나 직접고용의무가 인정된다고 보아, 원고 1은 구 파견법이 시행되어 2년이 경과한 시점부터, 원고 2, 3, 4, 5, 7, 8은 이 사건 발전소에 최초 파견된 날로부터 2년이 만료된 날의 다음 날부터 각각 고용이 간주됨으로써 피고의 근로자 지위에 있게 되었고, 원고 6의 경우 이 사건 발전소에 최초 파견된 날로부터 2년이 만료된 날의 다음 날부터 피고에게 고용의무가 발생하였다는 취지로 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 근로자파견에서의 업무의 내용 판단, 근로자파견의 요건 내지 도급과의 구별, 파견기간 제한 등에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하거나 이유를 밝히지 아니하는 등의 위법이 없다.

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

대법관 이기택(재판장), 이인복, 고영한(주심), 김소영

## (2) 운전기사 용역계약업무의 성격과 상당한 지휘·감독

☞ 서울고법 2015. 7. 1. 선고 2013나2015966 판결

### » 요 지 «

1. 이 사건 용역업체와 피고가 체결한 도급계약 형태의 이 사건 용역계약에 따라 피고의 용역업무를 수행하였다고 하더라도, 원고들은 이 사건 용역업체에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 상당한 지휘·감독을 받는 근로자과건관계에 있었다고 봄이 상당하다.
  - ① 피고는 원고들에 대한 채용절차에 개입하였고, 형식적으로는 이 사건 용역업체가 원고들에 대한 최종인사권을 행사하였다고 하더라도, 실질적으로는 피고가 원고들이 수행할 담당 임원을 결정하고, 경우에 따라서는 원고들의 소속 회사까지 변경하게 하는 등 원고들의 근무장소와 업무의 배치 또는 변경에 관한 일반적인 권한을 가지고 있었다.
  - ② 피고는 이 사건 용역업체나 현장대리인을 통하여 원고들이 수행할 업무내용을 전달하지도 않았을 뿐만 아니라 이 사건 용역업체의 현장대리인은 원고들에 대한 지휘·감독을 거의 하지 않았다.
  - ③ 운전업무의 특성상 피고 임원들이 상황에 따라 원고들에게 개별적인 지시를 할 수 밖에 없는 특성이 있고, 이 사건 용역업체가 원고들과 근로계약을 체결하면서 연장·휴일근무에 대한 포괄적·사전적 지시를 하였다고 하더라도, 피고가 이 사건 용역업체나 현장대리인을 통하지 않고 원고들에게 직접 운행구간, 운행시각, 근무내용 등을 결정하여 구체적인 업무 지시를 하였고, 원고들로부터 근태상황, 운행실적, 사고 여부 등을 직접 보고받았는바, 이는 피고가 원고들에게 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·감독을 한 것으로 봄이 타당하다.
  - ④ 원고들은 피고 소속의 무기계약직 운전기사들과 사실상 동일한 운전업무를 수행하였으므로, 하나의 운전인력 단위로서 피고의 사업에 실질적으로 편입되어 있었다.
  - ⑤ 이 사건 용역계약에서 정한 위탁업무의 내용은 차량운전, 관리업무라는 것 외에 운행횟수, 노선 등이 구체화되어 있지 않다. 게다가 “기타 피고가 차량 운전 및 관리에 필요하다고 인정하여 위탁하는 업무”라는 포괄적인 규정까지 두어 업무의 범위를 확정하기 어렵다. 또한 수수료 산정방식 역시 운행거리나 운행시간 등 일의 완성을 측정할 수 있는 일체의 기준을 정하고 있지 않은 점에 비추어 볼 때 일반적인 위탁 또는 도급계약의 보수 산정방식과 어울리지 않는다.
  - ⑥ 피고가 운전업무의 수행에 필요한 차량을 제공하였을 뿐 아니라, 원고들의 업무수행



에 필요한 제 비용을 부담하였고, 사무실과 사무집기까지 무상으로 제공한 반면, 이 사건 용역업체는 소속 근로자들의 업무능력 향상을 위하여 고유의기술이나 설비, 자본 등을 투입한 바가 없다.

2. 파견법 제6조의2 제1항은 '사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 당해 파견근로자를 직접 고용하여야 한다'고 규정하여 사용사업주에게 직접고용의무를 부과하고 있다.

사용사업주는 위 규정에 따라 파견근로자를 고용할 의무를 부담하며, 그와 직접적인 사법상의 이해관계를 갖는 파견근로자는 사용사업주를 상대로 직접 고용할 것을 청구할 수 있는 권리를 갖는다고 봄이 상당하다.

3. 사용사업주가 직접고용의무를 불이행하는 경우, 파견근로자는 사용사업주를 상대로 채무불이행을 원인으로 한 손해의 배상을 구할 수 있다. 이때의 손해는 특별한 사정이 없는 한 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하였을 때의 임금 상당액이라 할 것이다.

또한 파견법 제6조의2 제1항이 당해 파견근로자의 청구 여부와 무관하게 사용사업주에게 직접고용의무를 부과하고 있고, 같은 조제2항은 당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시한 경우에 한하여 직접고용의무를 부과하지 않도록 규정하고 있는 점, 사용사업주에게 직접고용의무 불이행 즉시 손해배상책임을 지게 함으로써 파견근로자의 고용안정을 도모할 필요가 있는 점 등을 고려할 때, 사용사업주는 파견근로자의 고용의 의사표시 청구 여부와 관계없이 파견법 제6조의2의 규정에 따라 직접고용의무를 부담하게 되는 때로부터 고용의무 불이행에 따른 손해배상책임을 진다고 봄이 상당하다.

\* 원고, 항소인 겸 피항소인 : 오○○ 외 21인

\* 피고, 피항소인 겸 항소인 : 주식회사 ○○은행

\* 제1심판결 : 서울중앙지법 2013. 7. 9. 선고 2012가합525166 판결

## » 주 문 «

1. 제1심판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 피고는 원고들에게 고용의 의사표시를 하라.

나. 피고는 원고들에게,

- 1) 별지(1) '손해배상 인용액'란 기재 각 금원 및 위 각 금원에 대하여 2014.5.1.부터 2015.7.1.까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을,



- 2) 2014.5.1.부터 원고들을 고용하는 날까지 매월 별지(1) '월별 손해배상액'란 기재 금액의 비율에 의한 금원을 각 지급하라.

다. 원고들의 나머지 청구를 기각한다.

2. 소송총비용 중 1/3은 원고들이, 나머지는 피고가 각 부담한다.  
3. 제1의 나항은 가집행할 수 있다.

## » 이 유 «

### 1. 기초사실

가. 피고는 은행업무를 목적으로 설립된 법인으로, ○○맨파워 주식회사(이하 '○○맨파워'라 한다) 및 ○○코리아 주식회사(이하 '○○코리아'라 하고, ○○맨파워 및 ○○코리아를 합쳐 '이 사건 용역업체'라 한다)와 사이에 차량 운전업무, 차량 및 주차 관리업무를 위탁하는 내용의 운전인력 용역계약을 체결하였다(이하 '이 사건 용역계약'이라 한다). 이 사건 용역계약서 중 이 사건 쟁점과 관련된 조항의 내용은 다음과 같다.

\*\*\*\*\*

제4조(도급수수료) ① 도급수수료는 연간 1,735,740,000원(○○맨파워의 경우), 748,800,000원(○○코리아의 경우)으로 한다.

제5조(현장대리인) ① 갑(이 사건 용역업체, 이하 같다)은 다음 각호의 업무를 담당할 현장대리인을 선임하여 업무착수 전 을(피고, 이하 같다)에게 서면으로 통보하며, 이를 변경한 경우에도 같다.

1. 투입인력에 대한 노무관리 및 업무상의 지휘명령
2. 본 계약의 이행에 관한 을과의 연락 및 조정
3. 을의 주문사항 도급 및 주문사항 이외의 특별 발주사항의 처리
4. 기타 본 계약 위탁업무의 처리에 관한 사항

② 을은 본 계약 위탁업무에 관한 위탁인으로서의 주문을 갑이 선임한 현장대리인에게만 행하고, 갑의 직원에게 직접 이를 행하여서는 아니 된다.

제7조(위탁업무 수행장소) 위탁업무의 수행장소는 을이 지정하는 장소로 하며, 장소를 변경할 경우에는 1개월 전에 갑에게 통지한다.

제9조(차량관리 부담) ① 운전업무에 필요한 을 소유 차량에 대한 제반비용(정기검사비, 종합보험료, 유류대, 수리비, 도로통행료 등)은 을의 부담으로 한다.

\*\*\*\*\*

나. 원고들은 별지(2) '입사일'란 기재일에 같은 별지 '파견사업주'란에 기재된 이 사건 용역업체와 각 근로계약을 체결하고 피고의 본점과 각 지역본부에서 운전업무를 수





행하다가 각 입사일로부터 2년이 경과한 이후인 2012.8.1. 근로계약이 해지된 사람들이다(다만, 원고 채○○은 2012.8.30. 근로계약이 해지되었다).

- 다. 피고에는 원고들처럼 용역업체에 고용된 운전기사 외에도 피고가 직접 고용한 무기계약직 운전기사들이 동일한 운전업무에 종사하고 있었는데, 피고의 구체적인 운전인력 현황 및 개괄적 업무내용은 다음과 같다(2012.2.14. 기준).

<표 생략>

- 라. 원고들은 ○○맨파워 또는 ○○코리아와 근로계약을 체결하고, 피고의 본점이나 경인지역본부, 부천지역본부, 서부지역본부 등 각 지역본부 등에서 은행장, 본부장 등과 같은 임원들의 운전기사 또는 셔틀버스 운전기사로서 운전업무를 수행하거나 업무차량 관리업무 등을 담당하였다.

- 마. 원고들 대부분은 임원 전속 운전기사로서 근무하였는데, 담당 임원의 근무지가 변경될 경우, 이 사건 용역업체 관할 구역에 따라 ○○맨파워에서 ○○코리아로, 혹은 ○○코리아에서 ○○맨파워로 소속을 변경하기도 하였다. 원고들의 구체적인 근무장소, 업무내용 및 원고용업체(소속이 변경된 경우 변경 순서대로 표시함)는 다음과 같다.

<표 생략>

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2 내지 4, 17호증, 제38호증의 5, 제44, 57호증, 을 제1 내지 3호증(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함)의 각 기재 및 변론 전체의 취지

## 2. 당사자들의 주장

### 가. 원고들의 주장

#### 1) 고용의 의사표시 청구

원고들은 이 사건 용역업체와 근로계약을 체결하고 위 용역업체와 피고 사이에 체결된 이 사건 용역계약에 따라 피고에게 용역업무를 제공하였으나, 그 실질은 근로자 파견에 해당한다. 사용사업주인 피고는 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자인 원고들을 사용하였는바, 피고는 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006.12. 21 법률 제 8076호로 개정된 것, 이하 “파견법”이라 한다) 제6조의2 제1항제3호에 따라 원고들의 각 입사일로부터 2년이 경과한 때에 원고들을 직접 고용할 의무가 있으므로, 피고는 원고들에게 고용의 의사표시를 하여야 한다.

#### 2) 손해배상청구

피고는 위 직접고용의무를 불이행하였으므로 고용의무 불이행기간 중 원고들이 지급받지 못한 임금 상당의 손해를 배상할 책임이 있고, 파견법 제6조의2 제3항제1호는 직접고용 시 파견근로자의 근로조건은 “사용사업주의 근로자 중 당해 파견근로자와



동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에는 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 의할 것”이라고 정하고 있다. 따라서 피고는 원고들에게, 원고들과 동일한 운전업무에 종사한 피고 소속의 무기계약직 운전기사들에게 적용되는 임금조건과 원고들의 기수령 임금 및 중간수입을 기초로, 원고별 파견근로기간이 2년을 초과한 날(2009.8.8. 이전인 경우에는 2009.8.8.)부터 2014.4.30.까지 산정한 별지(1) ‘손해배상 청구액’란 기재 각 금원 및 위 각 금원에 대한 지연손해금을 지급하고, 2014.5.1.부터 피고가 원고들을 고용하는 날까지는 매월 별지(1) ‘월별 손해배상액’란 기재 금원을 각 지급하여야 한다.

#### 나. 피고의 주장

피고는 이 사건 용역계약에 따라 이 사건 용역업체 소속인 원고들을 통하여 용역업무를 제공받았을 뿐 원고들의 채용, 해고, 근태상황, 교육 등에 관여한 바 없고, 이 사건 용역업체가 원고들에 대한 지휘·명령권을 행사하였으므로, 피고는 파견법상의 사용자라 할 수 없다.

가사 근로자파견관계가 인정된다고 하더라도, 피고의 직접고용의무는 공법상 의무에 불과하고 원고들이 사법상 청구권으로서 피고에게 고용의 의사표시를 구할 수는 없다.

### 3. 고용의 의사표시 청구에 관한 판단

#### 가. 근로자파견관계 성립 여부

##### 1) 관련 법리

원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견근로자보호 등에 관한 법률의 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 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(대법원 2015.2.26. 선고 2010다106436 판결 등 참조).

##### 2) 인정사실

가) 피고와 이 사건 용역업체 사이의 이 사건 용역계약 체결



피고는 원고들이 소속된 이 사건 용역업체와 이 사건 용역계약을 체결하였는데, 계약기간은 1년으로 하고, 위탁업무의 내용은 “① 피고의 차량 운전업무, ② 피고의 차량 및 주차 관리 업무, ③ 기타 피고가 차량 운전 및 관리에 필요하다고 인정하여 위탁하는 업무”로 기재하였으며, 수수료는 연간 1,735,740,000원(○○맨파워의 경우) 또는 748,800,000원(○○코리아의 경우)으로 정하였다.

[인정근거] 을 제1호증의 1, 2의 각 기재, 변론 전체의 취지

#### 나) 원고들의 작업수행 방식

원고들은 담당하는 피고의 임원, 그 비서 또는 피고의 차량관리책임자 등으로부터 월·주·일 단위로 해당 임원의 일정을 통보받고, 휴대폰 문자메시지 등을 통하여 구체적인 목적지와 대기시간, 운행경로 등을 지시받아 차량을 운행하였다. 원고들은 담당 임원의 지시에 따라 거래처, 외부행사 장소까지 차량을 운행하고, 야간이나 주말에는 개인적인 약속 장소 또는 골프장까지 차량을 운행하기도 하였다.

피고의 본점에서는 이 사건 용역업체 소속 근로자 40명과 피고 소속 무기계약직 근로자 18명이 함께 업무를 수행하였는데, 이들의 업무는 은행장, 본부장 등과 같은 임원들의 차량운전 또는 업무차량관리로서 별다른 차이가 없었다.

[인정근거] 갑 제9 내지 11호증, 제13호증의 1, 제14, 15호증, 제20 내지 37호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지

#### 다) 입사, 소속 변경에 관한 피고의 관여

원고들은 이 사건 용역업체와 근로계약을 체결하기 전에 피고 임원 등과 면접을 보고 이 사건 용역업체에 채용되는 경우도 있었다.

○○맨파워는 피고의 여의도 본점을, ○○코리아는 피고의 명동 본점을 각 관리하고 있었는데, 피고 임원의 근무지가 인사이동으로 인하여 변경되는 경우 피고는 2~3일 전에 이 사건 용역업체에 그 사실을 유선으로 통지하였다. 그리고 위와 같은 통지를 받은 이 사건 용역업체는 피고 임원의 근무지 변동에 따라 원고들의 소속을 ○○맨파워에서 ○○코리아로, 또는 ○○코리아에서 ○○맨파워로 변경하기도 하였는데 그 경우 필요한 퇴사 또는 입사조치를 취하였다.

[인정근거] 갑 제17, 44, 57호증의 각 기재, 제1심증인 민○○의 일부 증언, 제1심법원의 ○○코리아에 대한 사실조회 결과, 제1심법원의 ○○맨파워에 대한 사실조회 결과 및 변론 전체의 취지

#### 라) 원고들에 대한 휴가, 근무태도 점검 등

원고들은 매일 피고에 설치된 컴퓨터에 접속하여 전날의 차량 운행시간, 운행내용, 행선지, 주행거리, 차량정비사항 등을 기재한 차량운행 및 일일점검일지를 작

성한 후 이를 피고에게 보고하였다. 원고들은 차량 운행 중 사고가 발생하는 경우 피고에게 사고경위서를 작성하여 제출하였으며, 피고는 대인사고에 한정하여 사고 사실을 이 사건 용역업체에 통보하였다. 원고들은 대부분 담당 임원들의 휴가일정과 연계하여 휴가를 사용하였다.

[인정근거] 갑 제6, 12, 13호증의 2, 제24호증의 1, 제27호증의 1, 제28호증의 2, 제35호증의 2, 제37호증의 2의 각 기재 및 변론 전체의 취지

마) 이 사건 용역업체의 현장대리인

이 사건 용역업체는 피고의 본점에서 근무하는 1명의 현장대리인을 두었을 뿐, 피고의 지역본부에는 현장대리인을 선임하지 않았다. 이 사건 용역업체의 현장대리인은 원고들보다 20만 원 가량의 월급을 더 받기는 하였으나, 그 역시 운전업무를 수행하였고 원고들에 대하여 별다른 업무지시나 감독행위는 하지 않았다.

[인정근거] 갑 제17, 44호증의 각 기재, 제1심증인 민○○의 일부 증언 및 변론 전체의 취지

바) 이 사건 용역업체의 독립적 기업조직 및 설비

이 사건 용역업체는 원고들과 근로계약을 체결하고, 취업규칙을 가지고 있으며, 원고들에게 임금을 지급하고, 원고들에 대한 국민연금, 건강보험, 고용보험, 산재보험을 가입하고 있다. 이 사건 용역업체는 ‘무사고 3년 이상의 운전경력자’를 모집하여 피고에게 배치하고, 예절 및 신호 준수에 관한 기본적인 교육을 하는 외에 다른 고유기술을 업무에 투입하지 않았다. 또한 이 사건 용역업체는 피고로부터 사무실과 책상, 컴퓨터 등 사무집기를 무상으로 대여하여 사용하였고, 원고들이 운행한 차량은 피고 소유였으며, 차량에 대한 종합보험료, 유류대, 수리비, 통행료 등도 피고가 부담하였다.

[인정근거] 갑 제38호증의 5, 을 제1호증의 1, 2의 각 기재, 제1심증인 민○○의 증언, 제1심법원의 ○○코리아에 대한 사실조회 결과, 제1심법원의 ○○맨파워에 대한 2013.1.3.자 사실조회 결과 및 변론 전체의 취지

3) 판단

위 인정사실과 앞서 채택한 증거에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들을 종합하면, 원고들이 이 사건 용역업체와 피고가 체결한 도급계약 형태의 이 사건 용역계약에 따라 피고의 용역업무를 수행하였다고 하더라도, 원고들은 이 사건 용역업체에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 상당한 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 봄이 상당하다.

- ① 피고는 원고들에 대한 채용절차에 개입하였고, 형식적으로는 이 사건 용역업체가 원고들에 대한 최종인사권을 행사하였다고 하더라도, 실질적으로는 피고가 원고



들이 수행할 담당 임원을 결정하고, 경우에 따라서는 원고들의 소속 회사까지 변경하게 하는 등 원고들의 근무장소와 업무의 배치 또는 변경에 관한 일반적인 권한을 가지고 있었다.

- ② 이 사건 용역계약서 제5조제2항은 ‘피고는 위탁업무에 관한 위탁인으로서의 주문을 이 사건 용역업체가 선임한 현장대리인에게만 하고, 이 사건 용역업체의 직원에게 직접 하여서는 안된다’고 규정하고 있으나, 피고의 본점에만 현장대리인 1명이 배치되고 각 지역본부에는 현장대리인이 배치되지 않았다. 피고는 이 사건 용역업체나 현장대리인을 통하여 원고들이 수행할 업무내용을 전달하지도 않았을 뿐만 아니라 이 사건 용역업체의 현장대리인은 원고들에 대한 지휘·감독을 거의 하지 않았다.
- ③ 운전업무의 특성상 피고 임원들이 상황에 따라 원고들에게 개별적인 지시를 할 수밖에 없는 특성이 있고, 이 사건 용역업체가 원고들과 근로계약을 체결하면서 연장·휴일근무에 대한 포괄적·사전적 지시를 하였다고 하더라도, 피고가 이 사건 용역업체나 현장대리인을 통하지 않고 원고들에게 직접 운행구간, 운행시각, 근무내용 등을 결정하여 구체적인 업무 지시를 하였고, 원고들로부터 근태상황, 운행실적, 사고 여부 등을 직접 보고받았는바, 이는 피고가 원고들에게 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·감독을 한 것으로 봄이 타당하다.
- ④ 원고들은 피고 소속의 무기계약직 운전기사들과 사실상 동일한 운전업무를 수행하였으므로, 하나의 운전인력 단위로서 피고의 사업에 실질적으로 편입되어 있었다.
- ⑤ 이 사건 용역계약에서 정한 위탁업무의 내용은 차량운전, 관리업무라는 것 외에 운행횟수, 노선 등이 구체화되어 있지 않다. 게다가 “기타 피고가 차량 운전 및 관리에 필요하다고 인정하여 위탁하는 업무”라는 포괄적인 규정까지 두어 업무의 범위를 확정하기 어렵다. 또한 수수료 산정방식 역시 운행거리나 운행시간 등 일의 완성도를 측정할 수 있는 일체의 기준을 정하고 있지 않은 점에 비추어 볼 때 일반적인 위탁 또는 도급계약의 보수 산정방식과 어울리지 않는다.
- ⑥ 피고가 운전업무의 수행에 필요한 차량을 제공하였을 뿐 아니라, 원고들의 업무수행에 필요한 제 비용을 부담하였고, 사무실과 사무집기까지 무상으로 제공한 반면, 이 사건 용역업체는 소속 근로자들의 업무능력 향상을 위하여 교육기술이나 설비, 자본 등을 투입한 바가 없다.

#### 나. 고용의 의사표시 의무의 발생

- 1) 파견법 제6조의2 제1항은 ‘사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 당해 파견근로자를 직접 고용하여야 한다’고 규정하여 사용사업주에게 직접고용의무를 부과하고 있다.



파견근로자의 고용안정과 복지증진을 도모하려는 파견법의 목적, 구 파견법(2006.12.21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것)의 고용간주규정이 현재의 고용의무 규정으로 개정된 취지, 위 조항의 문언내용 등에 비추어 볼 때, 위 조항의 직접고용 의무 규정은 사용사업주에게 공법상의 의무만을 부과하는 것이 아니라 사법상의 이행의무까지 부과하는 것으로 판단되므로, 사용사업주는 위 규정에 따라 파견근로자를 고용할 의무를 부담하며, 그와 직접적인 사법상의 이해관계를 갖는 파견근로자는 사용사업주를 상대로 직접 고용할 것을 청구할 수 있는 권리를 갖는다고 봄이 상당하다.

- 2) 피고가 파견근로자에 해당하는 원고들을 사용한 날은 원고들이 이 사건 용역업체에 입사한 날에 해당하는데, 그 입사일은 별지(2) '입사일'란 기재일임은 앞서 본 바와 같고, 원고들의 입사일로부터 2년의 기간이 만료된 날의 다음날은 별지(2) '고용의무 발생일'란 기재일임은 역수상 명백하다. 원고들에 대한 고용의무 발생일은 모두 사용사업주의 직접고용의무를 규정한 파견법이 시행된 이후이므로, 원고들의 파견근로관계는 모두 2007.7.1. 시행된 파견법의 적용을 받는다. 따라서 파견근로자인 원고들이 사용사업주인 피고를 상대로 직접 고용할 것을 청구하는 이 사건에서, 피고는 별지(2) '고용의무 발생일'란 기재일부터 원고들에게 고용의 의사표시를 할 의무가 있다.
- 3) 원고 김○○은 2007.8.1.부터 주식회사 한국고용정보에 고용되어 피고의 업무를 수행함으로써 근로자파견관계를 형성하였다고 주장하나, 갑 제17호증의 1, 갑 제46내지 48호증의 각 기재 및 당심법원의 주식회사 한국고용정보에 대한 사실조회 결과만으로는 위 주장사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 다만, 위 사실조회 결과 및 변론 전체의 취지에 의하면, 원고 김○○은 ○○맨파워에 2009.3.1. 입사하여 피고의 업무를 수행하여 근로자파견관계를 형성하였다고 봄이 상당하다.

또한 원고 정○○, 채○○, 박○○, 장○○, 김○○의 경우, 갑 제17호증의 2, 3, 5, 7, 13의 각 기재만으로는 피고에게 파견된 날을 특정하기에 부족하므로, 위 원고들의 각 파견일을 피고가 자인하는 바에 따라 별지(2) '입사일'란 해당 기재일로 본다.

#### 다. 소결론

따라서 피고는 별지(2) '고용의무 발생일'란 기재일부터 원고들에게 고용의 의사표시를 할 의무가 있다.

### 4. 손해배상청구에 관한 판단

#### 가. 손해배상책임의 발생

- 1) 사용사업주가 직접고용의무를 불이행하는 경우, 파견근로자는 사용사업주를 상대로 채무



불이행을 원인으로 한 손해의 배상을 구할 수 있다. 이때의 손해는 특별한 사정이 없는 한 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하였을 때의 임금 상당액이라 할 것이다.

또한 파견법 제6조의2 제1항이 당해 파견근로자의 청구 여부와 무관하게 사용사업주에게 직접고용의무를 부과하고 있고, 같은 조제2항은 당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시한 경우에 한하여 직접고용의무를 부과하지 않도록 규정하고 있는 점, 사용사업주에게 직접고용의무 불이행 즉시 손해배상책임을 지게 함으로써 파견근로자의 고용안정을 도모할 필요가 있는 점 등을 고려할 때, 사용사업주는 파견근로자의 고용의 의사표시 청구 여부와 관계없이 파견법 제6조의2의 규정에 따라 직접고용의무를 부담하게 되는 때로부터 고용의무 불이행에 따른 손해배상책임을 진다고 봄이 상당하다.

- 2) 채무불이행이나 불법행위 등으로 인하여 손해를 입은 채권자 또는 피해자 등이 동일한 원인에 의하여 이익을 얻은 경우에는 공평의 관념상 그 이익은 손해배상액을 산정함에 있어서 공제되어야 하는 것이므로, 사용사업주가 직접고용의무를 불이행함으로써 사용사업주에 대한 근로제공에 들이지 않게 된 자신의 시간과 노력을 다른 직장애 종사하여 사용함으로써 얻은 이익이 직접고용의무 불이행과 사이에 상당인 과관계가 인정된다면 직접고용의무 불이행으로 인한 손해배상액을 산정함에 있어서 공제되어야 한다.
- 3) 앞서 인정한 사실을 위 법리에 비추어 볼 때, 피고는 파견법 제6조의2의 규정에 따라 원고들을 직접 고용할 의무가 있음에도 이를 이행하지 않았는바, 피고는 원고들에게 피고가 직접고용의무를 부담하게 된 별지(2) '고용의무 발생일'란에 기재된 날로부터 고용의무 불이행으로 인한 손해배상으로서, 피고가 고용의무를 이행하였더라면 원고들이 받았을 임금 상당액을 지급할 의무가 있다(다만, 원고 채○○, 김○○, 노○○, 조○○은 각 파견일로부터 2년의 기간이 경과한 이후인 2009.8.8.부터의 손해를 구하고 있으므로, 이에 따른다). 다만, 원고들이 별지(2) '고용의무 발생일'란에 기재된 날 이후에 이 사건 용역업체로부터 수령한 임금(이하 "기수령 임금"이라 한다)과 원고들이 근로계약이 해지된 이후에 다른 직장애서 얻은 이익(이하 "중간수입"이라 한다)은 위 임금 상당액에서 공제되어야 한다.

#### 나. 손해배상책임의 범위

##### 1) 원고들에게 적용될 기준 임금에 관한 판단

파견법 제6조의2 제3항제1호는 "사용사업주의 근로자 중 당해 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에는 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 의할 것"이라고 규정하고 있다.

원고들과 피고 소속 무기계약직 운전기사들이 피고 임원들의 운전기사 또는 셔틀버스 운전기사로서 운전업무, 차량 및 주차 관리업무를 수행한 사실은 앞서 본 바와



같다. 따라서 원고들은 피고의 무기계약직 운전기사와 동종 또는 유사한 업무를 수행하였다고 할 것이므로, 피고의 무기계약직 운전기사에게 적용되는 임금 조건이 원고들에게 적용될 기준 임금이 된다.

## 2) 인정사실

다음의 사실은 다툼이 없거나, 갑 제18, 19, 38, 43, 45, 51호증, 을 제2 내지 5호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있다.

### 가) 무기계약직 운전기사들의 임금체계

무기계약직 운전기사들의 임금은 기본급, 직무급, 중식대, 자가운전보조비, 복지연금, 정률성과급, 변동성과급, 시간외 근무수당, 연차수당으로 구성되어 있다.

#### ① 기본급

기본급은 2009, 2010년 각 월 1,000,000원, 2011, 2012년 각 월 1,050,000원, 2013년 월 1,070,000원, 2014년 월 1,120,000원이다.

#### ② 직무급·중식대·자가운전보조비·복지연금

직무급은 2009, 2010년 각 월 610,000원, 2011년 이후 월 680,000원이고, 중식대는 2009, 2010년, 2011.6.까지 월 100,000원, 2011.7. 이후 월 200,000원이다.

또한 자가운전보조비는 2009, 2010년, 2011.2.까지 월 200,000원, 2011.3. 이후 월 250,000원이고, 복지연금은 2010.1.부터 2010.6.까지 월 85,000원, 2010.7.부터 2011.2.까지 월 256,000원, 2011.3.부터 2011.6.까지 월 262,000원, 2011.7.부터 12.까지 277,000원, 2012.1.부터 2012.7.까지 월 268,500원, 2012.8. 이후 월 289,000원이다.

#### ③ 정률성과급

정률성과급은 매년 설날(1월 또는 2월), 4월, 추석(9월 또는 10월)에 각 '통상임금'의 50%(여기서의 '통상임금'은 법정 통상임금이 아니라, '기본급·직무급·중식대'의 합산액을 의미한다.)로 지급된다. 무기계약직 운전기사들에게 실제로 지급된 정률성과급은 2009.9.부터 2011.2.까지 5회에 걸쳐 각 855,000원, 2011.4. 875,000원, 2011.9. 925,000원이다. 2012년의 통상임금은 1,930,000원(= 2012년 기본급 1,050,000원 + 직무급 680,000원 + 중식대 200,000원)이다.

#### ④ 변동성과급

변동성과급은 매년 2월, 5월, 8월, 11월에 성과평가와 연계하여 각 통상임금의 50% 내지 75%로 지급된다. 무기계약직 운전기사들에게 실제로 지급된 변동성과급은 2009.2.부터 2009.11.까지 4회에 걸쳐 각 1,282,500원(다만, 김○백은 그 중 3회 각





1,210,680원을 받았다), 2010.2.부터 2011. 2011.2.까지 5회에 걸쳐 각 855,000원, 2011.5. 1,312,500원, 2011.8.부터 2011.11.까지 2회에 걸쳐 각 1,156,250원, 2012.2.부터 2012.11.까지 4회에 걸쳐 각 1,206,250원이다.

##### ⑤ 시간외 근무수당·연차수당

무기계약직 운전기사들의 연장·휴일근무에 대하여는 매 시간당 통상임금의 83/100을 가산한 시간외 근무수당을 지급한다. 연차휴가수당은 매 일수에 대하여 8시간, 매 시간에 대하여 통상임금의 83/100을 가산한 금액을 지급하고, 이때 통상임금은 휴가사용 대상기간 말일 현재의 통상임금을 기준으로 한다.

##### ⑥ 원고들의 기수령 임금과 중간수입

원고들이 별지(2) '고용의무 발생일'란의 기재일 또는 2009.8.8. 이후 이 사건 용역업체로부터 받은 기수령 임금과 다른 직장에 근무하며 얻은 중간수입 금액은 각 별지 (3) '기지급 임금'란 및 '중간수입'란 기재와 같다.

### 3) 판단

#### 가) 원고들에게 적용될 구체적 기준 임금

- (1) 무기계약직 운전기사들에게 지급된 ① 기본급, ② 직무급·중식대·자가운전보조비·복지연금, ③ 정률성과급은 모두 기준 임금이 된다(원고들은 연차수당 상당액을 구하지 않고 있으므로 이를 제외한다).
- (2) 다만, 정률성과급의 경우, 2011년까지는 무기계약직 운전기사들에게 지급된 금액을 기준 임금으로 하고(다만, 2009년의 경우 원고들이 구하는 바에 따라 1회 지급액 855,000원으로 계산한다), 2012년의 통상임금은 1,930,000원이므로 2012년 이후의 정률성과급은 1회 지급액 965,000원(= 1,930,000원 × 50%), 연 지급액 2,895,000원(= 965,000원 × 3회)이나, 원고들이 구하는 바에 따라 1회 지급액 925,000원, 연 지급액 2,775,000원(= 925,000원 × 3회)을 기준 임금으로 한다.
- (3) 변동성과급에 대한 기준 임금에 관하여는, 2012년까지는 무기계약직 운전기사들에게 지급된 금액을 기준 임금으로 한다. 2013년 이후에는 앞서 본 변동성과급 지급방식에 의하면 적어도 매회 각 통상임금의 50%가 지급되었을 것으로 추정되는바, 2013년 변동성과급은 당시 통상임금인 1,950,000원(= 2013년 기본급 1,070,000원 + 직무급 680,000원 + 중식대 200,000원)에 따라 1회 지급액이 975,000원(= 1,950,000원×50%)이고, 2014년 변동성과급은 당시 통상임금인 2,000,000원(= 2013년 기본급 1,120,000원 + 직무급 680,000원 + 중식대 200,000원)에 따라 1회 지급액이 1,000,000원(= 2,000,000원×50%)이므로 이를 기준 임금으로 한다.

(4) 원고들은 무기계약직 운전기사들이 지급받은 시간외 근무수당도 기준 임금에 포함되어야 한다고 주장한다. 살피건대, 운전업무의 특성상 각 운전기사마다 매일 운행거리 및 운행시간이 다르고, 특히 피고 임원 차량을 운행하는 경우 해당 임원의 일정에 따라 연장근로 내지 휴일근로 여부 및 그 시간이 다를 수밖에 없는 점에 비추어 볼 때, 무기계약직 근로자들이 실제 지급받은 시간외 근무수당을 원고들도 동일하게 시간외 근무수당으로 지급받을 수 있다고 단정할 수 없으므로, 원고들의 위 주장은 이유 없다.

#### 나) 기수령 임금 및 중간수입 공제

앞서 인정한 원고들의 기수령 임금과 중간수입은 그 전액이 손해배상액에서 공제되어야 한다. 원고들은 중간수입의 경우 근로기준법 제46조제1항이 적용되어 기준임금의 30% 범위 내에서만 공제할 수 있다고 주장하나, 원고들은 임금이 아니라 임금상당의 손해배상을 구할 수 있을 뿐이므로 위 주장은 이유 없다.

#### 4) 계산 결과

원고들의 기준 임금, 원고별 기수령 임금 및 중간수입을 기초로 하여, 별지(2) '고용의무 발생일'란 기재일 또는 2009.8.8.부터 2014.4.30.까지의 원고별 손해배상액을 계산한 내역은 별지(3) 해당 원고들의 각 '손해배상액'란 기재와 같고, 2014.5.1.부터 피고가 원고들을 고용하는 날까지의 월별 손해배상액을 계산한 내역은 별지(3) '월별 손해배상액'란 기재와 같다(다만, 월별 손해배상액 산정의 기초가 된 정률성과급, 변동성과급의 액수는 원고들이 청구한 범위 내에서 계산한다).

#### 다. 소결론

따라서 피고는 원고들에게, 별지(1) '손해배상 인용액'란 기재 각 금원 및 위 각 금원에 대하여 2014.5.1.부터 피고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 당심판결 선고일인 2015.7.1.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특레법이 정한 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을, 2014.5.1.부터 원고들을 고용하는 날(주문 제1의 가항에 관한 이판결이 확정되는 날)까지 매월 별지(1) '월별 손해배상액'란 기재 금원을 각 지급할 의무가 있다.

### 5. 결 론

그렇다면 원고들의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 당심에서 변경된 청구를 포함하여 제1심판결을 위와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 신광렬, 판사 이정환, 판사 이영창



### (3) 모니터링 요원의 용역업체 변경 후 계속근로와 지휘·명령

☞ 대법원 2016. 7. 22. 선고 2014다222794 판결

#### » 요 지 «

원고들을 비롯한 모니터링 요원은 근무시간 10분 전까지 출근하여 피고의 근무지시를 받고 매일 근무상황을 피고에게 보고하며 피고의 인원조정이나 자리배치 요구에 응할 의무가 있는 점, 피고는 모니터링 요원 간 업무 인계·인수사항에 관하여 관제센터장의 결재를 받도록 하고 모니터링 요령과 관련하여 상황이나 차량번호의 구체적인 기재 방법을 지시한 점, 용역업체가 모니터링 요원을 신규 배치하려면 피고의 승인을 받아야 하며 모니터링 요원의 근무태도 불량·불성실을 이유로 피고가 교체를 요구할 경우 즉시 이에 응하여야 하는 점, 모니터링 요원은 관제센터장에게 휴가·병가보고를 하였고 처음 업무교육도 용역업체가 아닌 관제센터장에게 받은 점, 모니터링 요원 이외에 관제센터에 상주하는 용역업체 직원은 없었으며 모니터링 요원이 용역업체 직원을 만난 적도 거의 없는 점, 용역업체는 모니터링 요원으로부터 모니터링 결과를 보고받지 아니하였고 모니터링 요원의 근무편성에 관여하거나 그 근무태도를 평가한 바 없는 점, 용역업체가 매년 변경되었음에도 원고들은 새로운 용역업체로 소속만 바꾸어가면서 모니터링 요원으로 동일한 업무를 수행하여 온 점 등의 사정을 종합하면, 용역계약에 따른 그 근로관계의 실질은 원고들이 용역업체에 고용된 후 피고의 관제센터에 파견되어 피고의 지휘·명령을 받으면서 피고를 위한 모니터링 업무에 종사하는 근로자파견에 해당한다.

나아가 파견법 제6조의2 제1항 규정에 의하여 피고가 원고들을 사용한 지 2년이 초과된 시점에 원고들을 직접 고용할 의무가 발생하였으므로, 피고는 원고들의 고용승계 요구를 거절함으로써 직접고용의무를 이행하지 아니한 것에 대하여 원고들에게 임금 상당 손해배상금을 지급할 의무가 있다.

\* 원고, 피상고인 : 1. A ~ 4. D

\* 피고, 상고인 : ○○시

\* 원심판결 : 서울고법 2014. 8. 18. 선고 2013나2028405 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

## » 이 유 «

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

1. 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(이하 ‘파견법’이라 한다) 제2조제1호에 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 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 해당 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 해당 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 해당 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(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결 등 참조).

2. 원심은 채택증거에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 원고들을 비롯한 모니터링 요원은 근무시간 10분 전까지 출근하여 피고의 근무지시를 받고 매일 근무상황을 피고에게 보고하며 피고의 인원조정이나 자리배치 요구에 응할 의무가 있는 점, ② 피고는 모니터링 요원 간 업무 인계·인수사항에 관하여 관제센터장의 결재를 받도록 하고 모니터링 요령과 관련하여 상황이나 차량번호의 구체적인 기재 방법을 지시한 점, ③ 용역업체가 모니터링 요원을 신규 배치하려면 피고의 승인을 받아야 하며 모니터링 요원의 근무태도 불량·불성실을 이유로 피고가 교체를 요구할 경우 즉시 이에 응하여야 하는 점, ④ 모니터링 요원은 관제센터장에게 휴가·병가보고를 하였고 처음 업무교육도 용역업체가 아닌 관제센터장에게 받은 점, ⑤ CCTV 모니터가 고장이 나는 경우 모니터링 요원이 피고에게 통보하여 수리하게 한 점, ⑥ 모니터링 요원 이외에 관제센터에 상주하는 용역업체 직원은 없었으며 모니터링 요원이 용역업체 직원을 만난 적도 거의 없는 점, ⑦ 용역업체는 모니터링 요원으로부터 모니터링 결과를 보고받지 아니하였고 모니터링 요원의 근무편성에 관여하거나 그 근무태도를 평가한 바 없는 점, ⑧ 용역업체가 매년 변경되었음에도 원고들은 새로운 용역업체로 소속만 바꾸어가면서 모니터링 요원으로 동일한 업무를 수행하여 온 점 등의 사정을 종합하



면, 용역계약에 따른 그 근로관계의 실질은 원고들이 용역업체에 고용된 후 피고의 관제센터에 파견되어 피고의 지휘·명령을 받으면서 피고를 위한 모니터링 업무에 종사하는 근로자파견에 해당한다고 판단하였다.

나아가 원심은 파견법 제6조의2 제1항 규정에 의하여 피고가 원고들을 사용한 지 2년이 초과된 시점에 원고들을 직접 고용할 의무가 발생하였다고 보아, 피고는 원고들의 고용승계 요구를 거절함으로써 직접고용의무를 이행하지 아니한 것에 대하여 원고들에게 임금 상당 손해배상금을 지급할 의무가 있다는 취지로 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 용역계약과 모니터링 업무의 성격에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

상고이유에서 들고 있는 대법원 판결들은 이 사건과 사안을 달리하는 것이어서 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

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

대법관 이인복(재판장), 김소영, 이기택(주심)

#### (4) 분리된 작업공간과 상당한 지휘·명령

☞ 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다32905 판결

#### » 요 지 «

피고는 피고의 협력업체 소속 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관하여 상당한 지휘·명령을 하였고, 피고의 협력업체 소속 근로자들은 피고의 사업에 실질적으로 편입되었으며, 피고의 협력업체가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 작업·휴게시간, 근무태도 점검 등에 관하여 피고의 영향을 받지 아니한 채 전적으로 결정 권한을 행사하였다고 보기 어렵고, 피고의 협력업체 소속 근로자가 맡은 업무가 독자적인 일의 완성을 목적으로 하는 것이라고 인정하기 어려우며, 피고의 협력업체가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있다고 보기 어렵다. 원고들은 피고의 협력업체에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 봄이 상당하다.

\* 원고, 상고인 겸 피상고인 : ○○○○

\* 피고, 피상고인 겸 상고인 : A 주식회사

\* 원심판결 : 광주고법 2015.4.24. 선고 2012나4847 판결

#### » 주 문 «

원심판결 중 별지 1 원고목록 순번 제1 내지 31, 36 내지 41, 58 내지 61, 69 내지 73, 77 내지 84번 기재 원고들의 상고를 각하한다.

별지 1 원고목록 순번 제32 내지 35, 42 내지 57, 62 내지 68, 74 내지 76, 85 내지 87 기재 원고들의 상고 및 피고의 상고를 모두 기각한다.

상고비용은 각자 부담한다.

#### » 이 유 «

1. 원심판결 중 별지 1 원고목록 순번 제1 내지 31, 36 내지 41, 58 내지 61, 69 내지 73, 77 내지 84번 기재 원고들의 상고에 대한 판단

상소는 자기에게 불이익한 재판에 대하여 자기에게 유리하게 취소변경을 구하기 위하여 하는 것이다. 재판이 상소인에게 불이익한 것인지 여부는 원칙적으로 재판의 주문을 표준으로 하여 판단하여야 하는 것이므로, 재판의 주문상 청구의 인용 부분에 대하여 불만이 없다면 비록 그 판결 이유에 불만이 있더라도 그에 대하여는 상소의 이익이 없다(대법원 2004.7.9. 선고 2003므2251, 2268 판결 참조).



기록에 의하면, 원심은 위 원고들이 피고의 근로자 지위에 있음의 확인을 구하는 이 사건 청구를 전부 인용하였는데, 위 원고들은 원심판결의 주문에 대하여는 불만이 없고 다만 그 판결 이유에서 위 원고들이 피고와 사이에 묵시적인 근로계약관계가 성립되었다고 볼 수 없다고 판단한 부분에 잘못이 있다고 하여 상고를 제기하고 있음이 분명하다. 따라서 위 원고들의 상고는 상소의 이익이 없는 것이어서 부적법하다.

## 2. 별지 1 원고목록 순번 제32 내지 35, 42 내지 57, 62 내지 68, 74 내지 76, 85 내지 87 기재 원고들의 상고이유에 대한 판단

원심은 그 채택 증거들을 종합하여 판시와 같은 사정을 인정한 다음, 피고의 협력업체가 사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 상실하였다고 볼 수 있을 정도로 그 존재가 형식적·명목적인 것이라고 할 수 없으므로 위 원고들과 피고 사이에 묵시적인 근로계약관계가 성립되었다고 할 수 없다고 보았다. 그리하여 위 원고들과 피고 사이에 묵시적인 근로계약관계가 성립되었음을 전제로 위 원고들이 피고의 근로자 지위에 있음의 확인을 구하는 주위적 청구를 배척하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 묵시적 근로계약관계에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

## 3. 피고의 상고이유에 대한 판단

원심은, 그 채택 증거들을 종합하여 판시와 같은 사정을 인정한 다음, 피고는 피고의 협력업체 소속 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관하여 상당한 지휘·명령을 하였고, 피고의 협력업체 소속 근로자들은 피고의 사업에 실질적으로 편입되었으며, 피고의 협력업체가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 작업·휴게 시간, 근무태도 점검 등에 관하여 피고의 영향을 받지 아니한 채 전적으로 결정권한을 행사하였다고 보기 어렵고, 피고의 협력업체 소속 근로자가 맡은 업무가 독자적인 일의 완성을 목적으로 하는 것이라고 인정하기 어려우며, 피고의 협력업체가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있다고 보기 어렵다고 보았다. 그리하여 원고들은 피고의 협력업체에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유의 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니한 채 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 상당한 지휘·명령, 사업에의 실질적 편입 여부, 독자적 업무 배치권 행사, 업무구별, 사업경영상 독립성, 직접심리주의 등에 관한 법리를 오해하거나 이유모순, 판단누락 등으로 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 없다.

## 4. 결 론

그러므로 원심판결 중 별지 1 원고목록 순번 제1 내지 31, 36 내지 41, 58 내지 61, 69 내지 73, 77 내지 84번 기재 원고들의 상고를 각하하고, 나머지 원고들의 상고 및 피고의 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자 각자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 고영한, 대법관 조희대, 주심 대법관 권순일, 대법관 조재연

〈참고〉 광주고법 2015. 4. 24. 선고 2012나4847 판결

» 요 지 «

- ① 원고들과 피고 협력업체들 사이의 근로계약이 형식적이라거나 원고들과 피고 사이에 묵시적인 근로계약관계가 성립되었다고 할 수 없다. ② 피고는 피고의 협력업체 소속 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관하여 상당한 지휘·명령을 하였다고 봄이 상당하고, 피고 협력업체 소속 근로자들의 작업장소가 피고 공장 내에서 피고 직원들의 작업장소와 공간적으로 다소 떨어져 있다는 사정만으로는 이를 뒤집기 어렵다. ③ 피고의 협력업체 소속 근로자들은 피고의 사업에 실질적으로 편입되었다고 봄이 상당하다. ④ 피고의 협력업체가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 작업·휴게시간, 근무태도 점검 등에 관하여 피고의 영향을 받지 아니한 채 전적으로 결정권한을 행사하였다고 보기는 어렵다. ⑤ 피고의 협력업체 소속 근로자가 맡은 업무가 독자적인 일의 완성을 목적으로 하는 것이라고 인정하기 어렵고, 피고 협력업체 소속 근로자의 업무내용이 피고 직원의 업무내용과 구분된다거나 최근 일부 도급비에 관한 계약서 소정의 산정기준이 작업물량으로 변경되었다는 사정만으로는 이를 뒤집기 어렵다. ⑥ 피고의 협력업체가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있다고 보기도 어렵다.

따라서 피고의 협력업체 소속 근로자들인 원고들은 피고의 협력업체에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 봄이 상당하다.

- 원고들이 담당한 것과 같은 제조업의 직접생산공정업무는 구 파견법 및 파견법 제5조 규정에 따라 근로자파견대상업무에서 제외되기는 하나 이처럼 적법하지 아니한 근로자파견의 경우에도 직접고용간주 규정은 적용되는데, ① 파견법 시행당시 이미 피고에 의하여 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자로 사용된 원고들은 입사일자란 기재일로부터 2년이 경과한 시점부터 각 고용이 간주됨으로써 피고의 근로자 지위에 있다 할 것이고, 피고가 이를 다투는 이상 그 확인을 구할 이익도 있다. ② 또 그 이후 피고에 의하여 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자로 사용된 원고들은 피고는 같은 목록의 입사일자란 기재일로부터 2년이 경과한 시점에 이들을 직접 고용할





의무를 부담하므로, 피고로서는 이들에 대하여 고용의 의사표시를 할 의무가 있다.

\* 광주고등법원 제1민사부 판결

\* 사 건 : 2012나4847 근로자지위확인

\* 원고, 항소인 : 별지1. 원고목록 기재와 같음 <별지 생략>

\* 피고, 피항소인 : ○○타이어 주식회사

\* 제1심판결 : 광주지법 2012. 7. 26. 선고 2011가합2120 판결

### » 주 문 «

1. 제1심 판결 중 별지1. 원고목록 연번 제1 내지 31, 36 내지 41, 58 내지 61, 69 내지 73, 77 내지 84번 기재 원고들 부분과 같은 목록 연번 제32 내지 35, 42 내지 57, 62 내지 68, 74 내지 76, 85 내지 87번 기재 원고들의 예비적 청구부분을 취소한다.
2. 별지1. 원고목록 연번 제1 내지 31, 36 내지 41, 58 내지 61, 69 내지 73, 77 내지 84번 기재 원고들은 각 피고의 근로자의 지위에 있음을 확인한다.
3. 피고는 별지1. 원고목록 연번 제32 내지 35, 42 내지 57, 62 내지 68, 74 내지 76, 85 내지 87번 기재 원고들에게 각 고용의 의사표시를 하라.
4. 별지1. 원고목록 연번 제32 내지 35, 42 내지 57, 62 내지 68, 74 내지 76, 85 내지 87번 기재 원고들의 주위적 청구에 관한 항소를 각 기각한다.
5. 소송총비용은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

#### 1. 기초사실

- 가. 피고는 광주 광산구 ○○동 ○○○에 본사 및 광주공장을, 전남 곡성 및 경기 평택에 공장을 두고 상시 근로자 5,000여 명을 사용하여 각종 타이어 및 고무제품의 제조, 판매업에 종사하는 회사로서 광주공장 및 곡성공장의 타이어 제조 공정 중 일부 직무에 관하여 사내 협력업체들(이하 '피고의 협력업체'라 한다)과 사이에 도급계약을 체결하였다.
- 나. 원고들은 별지 원고목록의 입사일란 기재 일자에 피고의 광주공장 또는 곡성공장 협력업체에 입사하여 해당 공장의 타이어 제조 공정에 노무를 제공하고 있는 사람들인데, 그 입사 이후 소속 사내협력업체가 변경되었음에도 피고 공장에서의 작업을 중단하거나 담당공정을 변경하지 않은 채 신규 협력업체에 사실상 고용이 승계되어 이 사건 소제기 무렵 같은 목록 기재 협력업체에 소속되어 같은 목록

기재 공정에서 근무하고 있다.

다. 업○○과 강○○은 피고의 협력업체이던 주식회사 ○○티피(대표자 류○○) 소속으로 피고의 곡성공장에서 타이어 포장업무에 종사하던 중, 2008.8.경 자신들의 근무형태가 파견근로에 해당한다고 주장하며 광주지방노동청에 류○○ 등을 파견근로자보호 등에 관한 법률위반 혐의로 진정하고, 그 무렵 피고 등을 상대로 전남지방노동위원회에 차별시정신청을 제기하였다.

라. 피고는 2009.2.10.경 광주지방노동청으로부터 ‘업○○ 등의 업무형태가 파견근로에 해당하므로 이들을 직접 고용하라’는 내용의 시정지시를 받고, 광주지방법원 2010.6.17. 광주지방법원 2009구합1761호로 직접고용 시정지시처분 등 취소청구소송을 제기하였으나 2010.6.17. 패소판결을 선고받았고, 광주고등법원 2010누1346호로 항소하였으나 2011.1.27. 항소기각판결을 선고받았으며, 대법원 2011두6097호로 상고하였으나 2011.7.1. 상고가 기각되었다.

마. 한편 피고 공장은 타이어를 제조하기 위하여 몇 가지 공정을 거치는데, 그 주된 공정으로는 정련공정, 반제품 공정(타이어의 주된 부품들을 만드는 공정으로, 압연공정, 압출공정, 재단공정, 비드공정을 포함한다), 성형공정, 가류공정, 검사공정이 있다. 그 중 피고의 협력업체들과 관련된 것은 원재료 하역공정, 크릴롬 공정, 스크랩 공정, 스프레이 공정, TBR 리턴물 공정(반바리 리턴 공정이라고도 한다), PA리턴 공정, 오픈밀리턴공정, 검사 공정, 포장 공정이고 그 내용은 아래와 같다.

- 1) 원재료 하역 공정은 피고 회사에 납품된 수백종류의 타이어 원재료를 하역하여 정해진 장소에 적치하고, 적치된 원재료를 필요한 공정으로 운반하거나 각 공정의 원재료를 타 공장으로 반출할 수 있도록 이송하는 것이다.
- 2) 크릴롬 공정은 압연 공정에 속하는 ‘S-Calender 공정’의 일부로서 압연공정에서 스틸 코드에 고무를 입히는 작업을 하기 위하여 스틸박스를 가져와 스틸 코드를 인출해 순서에 따라 대아이보드에 배열한 뒤 수백가닥의 스틸을 한가닥으로 묶어 이를 S-Calender 본체로 유도하는 공정이다.
- 3) 스크랩 공정은 재단 및 비드 공정의 일부로서, 성형공정에서 하자가 발생한 고무 원단을 재생기를 이용하여 사용가능한 폭으로 다시 재단하는 벨트 재재단 작업, Gum-Edge 부착 작업, 스틸 인서트 작업 및 운반구의 수리, 라이너의 교체 수리, 불순물이 묻은 라이너의 세탁을 위한 세탁물 분류, 재단스크랩 수거, 반제품 정리정돈 및 방치시간 관리 등의 작업을 포함하는 공정이다.
- 4) 스프레이 공정은 성형공정에서 외형상 틀을 갖춘 타이어(GREEN CASE)를 가류 공정으로 보내기 전에, 가류기에서 압력과 열을 가한 후에 타이어가 가류기로부터 잘 떨어질 수 있도록 일정한 약품(외부이형제)을 분사하는 공정이다.
- 5) TBR 리턴물(반바리 리턴물) 공정은 압출공정에서 만들어진 트레드 고무 중 불량

품을 운반, 적재한 후 BB14호기에 투입하여 사용할 수 있는 고무원단으로 재생하기 위하여 위 기계까지 운반하는 트레드 불량처리 작업, 압출공정에서 만들어진 사이드고무 중 불량품을 적재하는 사이드 고무 작업, BB14호기에서 고무원단이 나오면 고무원단에 포함된 철 조각을 찾아 이를 제거하는 쇠이물 작업, 고무원단 중 불에 타서 딱딱해진 부분을 잘라내는 스코치 작업, 라이너에 부착된 고무조각을 제거하고 라이너를 다시 감아 재사용할 수 있도록 하는 스티립라이너 작업을 포함한다.

- 6) PA리턴 공정은, 타이어에 사이드고무와 인너고무를 부착하는 PA공정에서 사이드고무와 인너고무를 부착하여 성형공정으로 보낸 후 성형공정에서 작업하다가 남은잔량(‘끝자’라고도 한다)이나 불량이 난 PA 반제품을 재사용할 수 있도록 재처리(주로 사이드고무와 인너고무의 분리)하는 작업이다.
- 7) 오픈밀 리턴 공정은 각 공정에서 불량품으로 된 고무를 다시 사용할 수 있도록 재처리하거나, 사용하지 못하게 된 고무를 매각 또는 폐기할 수 있도록 재가공하는 작업으로서 재단과정에서 길이나 폭이 남거나 기타 이유로 불량이 된 리턴고무를 오픈밀이라는 기계에 넣어 고무를 얇게 편 후 이를 다시 피딩밀이라는 기계에 넣어 사용할 수 있는 고무로 만드는 작업이다.
- 8) 검사 공정은 성형 공정과 가류공정을 거쳐 생산한 타이어를 검사하는 공정으로서 생산한 타이어에 대한 육안검사, 선별, 성능검사를 실시하여 성능검사를 통과한 타이어를 제품으로 이송하는 공정이다.
- 9) 포장 공정은 타이어를 검사원이 검사를 하여 정상적인 타이어라고 판단하면 포장하는 공정인데, 튜브 및 휴렛(튜브와 타이어 사이의 보호막)을 타이어에 끼운 후에 끈으로 묶는 세트작업, 타이어 전체를 포장지로 싸는 포장작업, 자동차공장으로 들어가는 타이어에 튜브 및 휴렛을 타이어에 끼우는 내수작업으로 이루어진다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 3, 26, 50, 69, 79, 100호증, 을 제7, 10, 19, 20, 39호증(각 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 원고들의 주장

원고들은 다음과 같이 주장하며, 피고를 상대로 원고들이 피고의 근로자 지위에 있음의 확인을 구하고, 예비적으로 별지 원고목록 연번 제8 내지 21번 기재 원고들에 대한 고용의무의 이행을 구한다.

피고의 협력업체들은 입찰절차를 제대로 거치지 않은 채 선정되었고, 물적 설비나 인적 구성을 갖추지 못하고 있으며, 원고들을 채용할 수 있는 실질적 권한을 가지고 있지도 아니하고, 도급업무를 위해 설립되었다가 도급업무가 종료하면 폐지되는

등 그 조직이 형해화되어 있는 점, 피고는 도급계약서와 달리 피고의 협력업체들에게 도급비를 과도하게 지급하거나 계약서상 단가를 제대로 적용하지 않고 지급하였으며, 도급비와 별개로 원고들에게 직접 학자금, 하계휴가비, 연월차 휴가비 미사용수당, 성과금, 생산장려금, 무쟁의 타결금 등을 지급하였고, 피고와 피고 비정규직 노동조합 사이에 체결된 임금단체협약에 따른 임금 차액분을 원고들에게 소급하여 추가 지급하는 등 원고들에게 실질적인 임금을 지급한 점, 피고가 원고들에 대하여 업무에 관한 지휘·감독을 하였고, 원고들의 근태상황을 관리하여 이를 기준으로 임금을 산정해서 원고들에게 지급하였으며, 원고들의 근로시간도 피고가 정한 근로시간에 따르도록 하였고, 원고들에게 도급계약에서 정하지 않은 업무에도 종사하도록 한 점 등에 비추어 볼 때, 피고의 협력업체들은 형식상으로는 피고와 별도의 회사인 것처럼 운영되었지만 사실상 피고에게 종속되어 경영상의 독립성이 없는 회사였으므로, 비록 원고들이 피고의 협력업체들과 사이에 개별적으로 근로계약을 체결하였다 하더라도 이는 형식적, 명목적인 것에 지나지 않으므로 원고들과 피고 사이에는 묵시적인 근로계약관계가 성립되었다.

설령 원고들과 피고 사이에 묵시적인 근로계약관계가 성립되지 않았다고 하더라도, 피고와 피고의 협력업체들 사이에 체결된 도급계약은 위장도급으로서 그 실질에 있어서는 근로자파견계약에 해당하므로, 별지 원고목록 연번 제1 내지 7번 기재 원고들은 2007.7.1. 이전에 사용사업주인 피고가 2년을 초과하여 계속 사용함으로써 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률(2006.12.21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 파견법'이라 한다) 제6조제3항에 의하여 위 원고들을 직접 고용한 것으로 간주되어 위 원고들과 사이에 직접 근로계약 관계가 존재하고, 별지1. 원고목록 연번 제1 내지 31, 36 내지 41, 58 내지 61, 69 내지 73, 77 내지 84번 기재 원고들은 2007.7. 1 이전에 사용사업주인 피고가 2년을 초과하여 계속 사용함으로써 구 파견근로자 보호 등에 관한 법률(2006.12.21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 파견법'이라 한다) 제6조제3항에 의하여 위 원고들을 직접 고용한 것으로 간주되어 위 원고들과 사이에 직접 근로계약 관계가 존재하고, 별지1. 원고목록 연번 제32 내지 35, 42 내지 57, 62 내지 68, 74 내지 76, 85 내지 87번 기재 원고들은 2007.7.1. 이후에 사용사업주인 피고가 2년을 초과하여 계속 사용함으로써 파견근로자 보호 등에 관한 법률 제6조의 2 제1항에 의하여 위 원고들을 직접 고용할 의무가 있다.

### 3. 판단

#### 가. 인정사실

##### 1) 피고의 협력업체들의 설립, 운영

가) 피고의 협력업체들은 피고의 퇴직자 등이 대표자가 되어 피고와 도급계약을 체결할 무렵 종전 사업주로부터 사무집기를 양수하는 등의 방법으로 설립되었다가 피고와의 도급계약이 종료되면 곧바로 폐업하였다.



- 나) 피고는 피고의 협력업체들의 설립 및 폐업과 관련하여 피고의 협력업체들에게 피고의 공장 내 사무실과 피고 명의의 전화기를 무상으로 제공하고, 피고 협력업체들의 폐업처리비용 또는 업무인수비용을 지급하기도 하였다.
- 다) 피고의 협력업체들은 개별적으로 사업자등록을 마쳤으나, 대체로 사무집기를 제외하고는 별다른 물적 시설, 특유의 기술 등의 재산을 보유하지 않고 있었고, 다수의 근로자들을 제외하고는 대표자 1인만 재직하고 있었으며, 존속기간동안 피고로부터 도급받은 역무에만 종사하였다.
- 라) 피고의 협력업체들은 각자 취업규칙을 가지고 근로자를 모집하여 개별적으로 근로계약을 체결한 뒤 임금을 지급하고 근로소득세를 원천징수하였으며, 협력업체 또는 대표자 개인 명의로 국민연금, 의료보험 등 4대보험에 가입하였고, 근로자들로부터 조퇴 등의 근태신청을 받아 허가하는 등 인사권을 행사하였으며, 근로자들에게 작업복 등을 제공하였다.
- 마) ○○타이어 하도급업체 대표자협의회는 피고가 워크아웃에 들어가자 2010.2.경 전국금속노동조합 ○○타이어비정규직지회에 임금삭감을 위한 단체교섭을 요청하였다가 교섭이 결렬되어 2010.4.30.부터 전면파업이 발생하자 2010.5.8. 직장폐쇄를 단행하였는데 피고의 협력업체들도 이에 동참하였다.

## 2) 도급계약의 체결 및 내용

- 가) 피고의 협력업체들은 종래 피고와 사이에 “도급목적은 ‘원자재 하역직무’ 또는 ‘크릴룸, 반바리리턴(TBR리턴), 리턴밀, P/A, 벨트재활용 직무’ 또는 ‘제조지원 부서 미화, APU 직무’ 또는 ‘2층 제품선별검사, 수동그라인딩 직무’ 또는 ‘검사 선별 직무’ 또는 ‘제품포장 직무’ 또는 ‘PCR 스프레이 직무’로만 기재하고 도급비를 일부는 매월 일정한 액수의 고정금액으로, 일부는 작업물량을 기준으로 산정하는 내용”의 도급계약을 체결하였다.
- 나) 피고는 엄○○ 등의 기초사실 기재 진정사건을 계기로 2010.4.경 ‘○○타이어 하도급업체 모집’이라는 제목으로 공정별로 1~2개의 신규 하도급업체를 모집한다는 내용의 공고를 하는 등 공개모집절차를 거쳐 신규 협력업체를 선정하였으나, 그 선정평가 기준은 당초 공고된 내용과 달랐고, 지원자들이 기재한 단가도 약 250만 원 정도에 불과하였으며 일부 지원자는 그나마도 기재하지 않은 채 선정되었다.
- 다) 피고는 위와 같은 모집절차를 통하여 신규 협력업체를 선정한 후 2010.7.21.경 위와 같은 내용의 도급계약을 다수 체결하였다가, 이 사건 소제기 직전인 2010.12.21.경 ‘도급업무의 내용을 구체적으로 기재한 작업표준 목록표 등을 첨부하고, 일정한 직무에 대한 도급비를 작업물량에 따라 산정하기로 하는 내용’의 도급계약을 체결하였다.

라) 피고의 협력업체들이 피고와 체결한 도급계약에는 다음과 같은 내용이 포함되어 있다. <표 생략>

마) 피고의 협력업체들이 체결한 종전의 도급계약서에는 협력업체들의 계약이행 담보제공약정이 포함되어 있지 않았으나 위 진정사건 이후에는 '을은 본 계약의 이행을 보증하기 위하여 5,000만 원 이상의 금액에 해당하는 현금, 물건 또는 계약이행보증보험증권을 계약체결시 갑(피고)에게 납부하여야 한다'는 내용이 포함되었다.

바) 피고의 협력업체 대표자들은 도급계약 체결 이후 수개월이 경과한 시점에 피고를 위하여 위 담보제공약정에 부합하는 내용의 근저당권을 설정해 주거나 계약이행보증보험증권을 발급받아 제출하였고, 일부는 계약에 위와 같은 내용이 포함되어 있지 아니함에도 이를 제공하였다.

사) 피고의 협력업체들은 종래 근로인원, 근로내역을 명시한 근태종합표 등을 첨부하여 피고에게 도급비의 지급을 청구하였고, 피고도 용역사별 근태종합표를 작성·관리하며 근로인원 등을 기초로 도급비를 계산하여 지급하였다.

아) 피고의 협력업체들은 일부 직무의 도급비가 작업물량 기준으로 변경된 이후에는 피고의 해당 부서로부터 작업물량을 확인받아 이를 첨부하여 도급비를 청구·지급받았으나, 피고는 피고 협력업체들의 작업물량이 기준물량에 미달하는 경우에도 할증단가를 적용하거나 약정된 단가변동폭을 초과하여 변동된 단가를 적용해 도급비를 산정·지급하였다.

자) 피고의 협력업체들은 위 도급계약 이행과정에서 피고로부터 소속 근로자에게 지급할 연말 성과금, 무쟁의 타결금, 학자금, 격려금, 하계휴가비 등과 4대보험료 상당액 등을 지급받아 왔고, 도급비 산정기준이 작업물량으로 변경된 이후에는 이와 함께 노사분쟁과정에 소요된 노무사 선임비용 등까지 지급받았다.

차) 피고의 협력업체들은 피고로부터 당초 휴무예정이던 날의 근무를 요청받거나 당초 계약에 명시되지 않은 '회장님 묘역벌초, 고사례 준비' 등의 역무의 제공을 요청받고 이를 이행한 뒤 피고로부터 추가도급비 명목으로 그 대가를 지급받았다.

### 3) 피고의 협력업체 소속 근로자들의 작업방식 및 내용

가) 피고의 협력업체 근로자들은 피고의 공장에 출근하여 피고가 제공하는 자재, 설비를 사용해 피고 직원들의 근무시간에 맞추어 작업하였는데, 그 작업장소는 피고 직원들의 작업장소와 방실을 달리하거나 일부 이격거리를 두고 떨어져 있다.

나) 피고의 협력업체 근로자들의 작업내용은 앞서 본 일련의 타이어 제조과정 중

특정한 하나의 공정에 참여하여 그 중에서도 별다른 기술을 필요로 하지 않는 비교적 단순한 작업을 반복적으로 수행하는 것이었다.

- 다) 피고는 피고의 협력업체 소속 근로자들의 작업내용을 포함하여 타이어 제조공정 전반에 관하여 공정흐름도, 공정별 제조공정기술지침, 관리표준, 안전수칙 등을 제정하여 협력업체에 제공하거나 공장내 작업현장에 부착하여 두었고, 당일의 작업내용을 결정하여 작업현장에 비치된 작업현황판에 기재하여 두거나 작업지시서 등을 작성·배포하였다.
- 라) 원재료 하역공정에서는 피고의 협력업체 근로자들이 입고된 원재료를 하역하여 박피한 후 일정한 적재장소로 운반하는 작업을 수행하는데, 그 과정에서 피고의 직원은 통관 등 입고작업을 수행하고 물량을 확인하는 이외에 협력업체 근로자들에게 출고물량, 박피대상, 적재장소, 운반순서 및 그 변경을 결정하여 구두로 알려주거나 ‘좌측우선출고, 우측우선출고, 사용금지’ 등의 서면을 부착하는 방법으로 작업내용을 알려주었다. 피고는 이 사건 소 제기 이후에는 하도급업체 대표자 또는 현장대리인에게 작업 내용을 전달하였다.
- 마) 크릴롬 공정에서는 피고의 협력업체 근로자들이 크릴롬이라는 밀폐·분리된 공간에서 스틸코드를 인출, 배열하여 S-Calender 본체로 유도하는 작업을 수행하는데, 피고 직원들은 미리 협력업체 근로자들에게 스피커를 통하여 ‘당기고 합시다’라고 말하며 신호를 보내 그들로 하여금 대아이보드를 잡아당기도록 한 뒤 S-Calender 본체를 작동시켜 압연하는 이외에 당일 작업해야 할 스틸코드 규격 등을 결정하여 구두 또는 압연반 현황판에 기재하거나 원재료 출고전표를 교부하는 방법으로 알려주었고, 압연작업 도중에 스틸코드가 꼬이는 경우 직접 크릴롬 내부로 들어와 협력업체 근로자들의 도움을 일부 받아 해결하였다. 피고는 이 사건 소 제기 시점을 전후하여서는 스틸코드 작업의뢰서를 작성하여 협력업체 근로자에게 전달하는 방법으로 알려주고 스피커 대신 벨을 사용하고 있다. 한편 피고는 광주공장의 경우 이와 재질만 달리하는 페브릭 코드지의 장착작업을 피고 직원으로 하여금 담당하도록 하고 있다.
- 바) 스크랩 공정에서는 피고의 협력업체 근로자들이 성형과정에서 불량이 발생한 고무원단을 벨트재생기를 사용하여 다시 재단·재생하고 Gum-Edge를 부착하며 고장난 운반구를 직접 수리하거나 이를 모아 수리소에 수리의뢰하는 작업을 수행하는데, 그 과정에서 피고 직원들은 작업대상 고무원단과 운반구에 ‘재활용 꼭 가능시 사용, 불가시 scrp처리, Gum-Edge 부착 요함’ 또는 ‘바퀴 수리요’와 같은 내용의 메모를 부착하여 작업내용을 알려주었다.
- 사) 스프레이 공정에서는 피고의 협력업체 근로자들이 가류공정에 보내기 위하여 GREEN CASE에 약품(외부이형제)을 도포하여 걸대에 적재하여 두는 작업을 수행하였는데, 그 과정에서 피고 직원들은 일정한 시험을 거쳐 가류공정에서 제품의 품질에 상당한 영향을 미치는 제품적재방향(상, 하)을 결정하여 스프레

이 기계 앞의 현황판에 기재하는 방법으로 알려 주었고, 부적절한 적재를 지적하여 재적재하도록 알려 주었으며, 약품이 도포되지 않은 제품을 발견할 경우 협력업체 근로자 또는 현장대리인에게 도포 내용을 '두번 해달라, 인사이드만 해달라'는 등으로 특정하여 재도포하도록 알려주었다. 피고는 광주 공장의 경우 2011년까지 스프레이 작업을 피고의 직원들이 담당하도록 하였다.

아) TBR리턴(반바리 리턴) 공정에서는 피고의 협력업체 근로자들이 불량고무를 종류별로 적재·정리하고, 이를 재생기인 BB14호기에 투입할 때 고무가 지게차에서 떨어지지 않도록 옆에서 잡아주며, 메탈감지기를 이용하여 재생된 고무에서 쇠이물을 찾아 제거하고, 불에 타 딱딱해진 부분을 잘라내는 작업(스코치)을 수행하였는데, 그 과정에서 피고 직원들은 재생기에 고무를 투입하고 재생기를 작동시키며 스코치대상 고무를 가져다주는 이외에 협력업체 근로자들에게 따로 분리하여 재생할 고무를 지정해 주고 구두 또는 '쇠이물' 표시를 부착하는 방법으로 작업내용을 알려주었다. 피고 직원들은 2010.6.까지는 외부감사시 협력업체 근로자들과 함께 작업장을 정리하기도 하였으나 이후에는 단독으로 정리하고 있다. 한편 피고는 2010.11.경부터는 협력업체 근로자가 지게차 운전 업무를, 피고 직원이 기계투입 보조업무를 각 수행하도록 하였다.

자) PA 리턴공정에서는 피고의 협력업체 근로자들이 성형공정에서 발생한 잔량이나 불량품을 PA 리턴기계를 이용하여 사이드고무와 이너고무를 분리시키고 리턴밀기계를 작동시키는 작업을 수행하는데, 그 과정에서 피고 직원들은 작업대상 제품을 가져다주고 재처리된 제품을 가져가는 이외에 협력업체 근로자들에게 '끝자니까 처리 해달라'는 등으로 말하거나 특별한 표식을 부착하여 알려주었다. 한편 피고는 곡성공장의 경우 예전에는 협력업체 근로자들과 피고 직원이 시간대를 달리하여 교대로 PA 리턴작업을 수행하도록 하였으나, 2008.12.경부터는 피고 직원들을 배치하지 않고 있다.

차) 오픈밀 리턴공정에서는 피고의 협력업체 근로자들이 재처리가 필요한 고무를 오픈밀 및 피딩밀에 투입하여 재사용가능한 고무로 만들거나 그것이 불가능할 경우 매각고무 적재장소에 가져다 두는 작업을 수행하였는데, 그 과정에서 피고 직원들은 재처리가 필요한 고무를 가져다주는 이외에 '넓이, 두께, 중앙절단', '리턴고무不', '스코치'라는 메모 등을 부착하는 방법으로 협력업체 근로자들에게 작업내용을 알려주고, 재처리를 통하여 규격에 맞지 않는 제품이 만들어지는 경우 현장대리인 등에게 시정을 요구하였다. 협력업체 근로자들은 2010.6.까지는 피고 직원이 작업물을 가져다주지 않는 경우 직접 다른 공정에 찾아가 재처리가 필요한 고무를 수거하기도 하였으나 그 이후로는 이를 하지 않고 있다.

카) 검사 공정에서는 피고의 협력업체 근로자들이 육안검사를 마친 타이어에 대해 성능검사를 실시할 수 있도록 분류하여 성능검사기계로 이송하는 작업을 수행





하는데, 그 과정에서 피고 직원들은 육안검사를 실시하는 이외에 다수의 성능 검사기 중 사용할 성능검사기를 지정·변경하여 마이크를 통해 관련자 전원에게 알려주었고, 신규 채용된 협력업체 근로자들에게 직무교육을 실시하기도 하였다. 피고는 이 사건 소제기 이후에는 마이크를 사용하지 않고 무전기를 통하여 협력업체 현장대리인에게 위와 같은 사항을 알려 주었다. 그런데 피고 공장에는 PCR 선별장과 LT 선별장이 나누어져 있었음에도 협력업체 현장대리인은 한 명뿐이었다. 한편 피고는 2009.10.까지는 광주공장의 선별검사작업을 피고의 직원으로 하여금 담당하도록 하였다.

- 타) 포장공정에서는 피고의 협력업체 근로자들이 작업물량을 수령하여 포장기계로 운반하고 포장기계를 사용하여 포장하는 작업을 수행하는데, 그 과정에서 피고 직원들은 위 진정사건 이전까지는 협력업체 근로자의 도움을 일부 받아 직접 일부 포장작업을 수행하는 이외에 당일 포장할 타이어의 종류, 물량, 적용할 포장방법 등을 결정하여 알려주었고, 위 진정사건 이후에는 다른 공간에서 작업하며 피고의 협력업체 근로자들에게 작업내용을 알려주었으나, 근로자들의 요청에 따라 필요한 자재를 공급하고 있다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2 내지 72, 74 내지 76, 79 내지 84, 89, 90, 92 내지 116, 118 내지 120, 122 내지 134, 135, 137 내지 140, 145, 148, 149, 150, 186 내지 215, 228호증 제1 내지 37, 39호증(각 가지번호 포함)의 각 기재 및 영상, 제1심 증인 박○○, 고○○, 나○○, 박○○, 노○○, 최○○, 김○○, 이○○, 장○○, 김△△, 한○○, 민○○, 이△△, 이□□, 김□□의 각 증언, 제1심 법원의 현장검증결과, 제1심 법원의 ○○티에 대한 사실조회결과, 변론 전체의 취지

나. 묵시적 근로계약관계에 해당하는지 여부

- 1) 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 할 것이다(대법원 2010.7.22. 선고 2008두4367 판결 등 참조).
- 2) 그러므로 보건대, 앞서 인정한 사실관계에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, 피고의 협력업체들은 대체로 피고 회사의 퇴직자 등 피고와 특수관계에 있는 사람에 의하여 설립되었고, 피고와의 도급계약을 체결할 무렵 비로소 설립되어 위 도급계약만을 수행하다가 위 계약이 종료되면 곧바

로 폐업한 점, 피고의 협력업체들은 대체로 원고들을 비롯한 소속 근로자들 외에는 대표자 1인만 있을 뿐 다른 직원이 없었고, 사무집기류를 제외하면 별다른 물적 시설을 갖추고 있지도 않은 점, 피고의 협력업체들의 대표들 중 일부는 도급계약 체결을 위한 모집공고에 참여할 당시 가격제안서도 제대로 제출하지 않았던 것으로 보이는 점, 피고는 다음 항에서 살펴보는 바와 같이, 피고의 협력업체 설립, 운영 및 폐업과정에 상당한 영향력을 행사하며 그 소속 근로자들의 작업수행과정에 관여하여 상당한 지휘·명령을 한 점, 피고는 협력업체 소속 근로자들에게 지급될 임금, 학자금, 하계휴가비, 연말 성과금, 무쟁의 타결금 등을 피고 협력업체들에게 지급한 점 등에 비추어 보면, 외관상 원고들과 피고 사이에 직접적인 근로관계가 있는 것처럼 볼 수도 있다.

- 3) 그러나 다른 한편, 앞에서 본 사실관계 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 피고의 협력업체들은 피고와 별도로 회사 등을 설립하여 독립적인 사업주체로 활동하면서 사업자등록을 마치고 협력업체들 명의 또는 그 대표 명의로 국민건강보험, 고용보험 등에 가입하고 그 보험료를 지급하여 온 점, 피고의 협력업체들은 독자적인 취업규칙을 마련하고 이에 근거하여 근로자들을 채용하고 작업현장에 배치하며, 조퇴, 결근, 휴가 등에 관한 근태관리권을 행사한 점, 피고의 협력업체들은 소정의 근로계약 또는 취업규칙이 정하는 바에 따라 근로자들에게 기본급, 휴일수당, 야간수당, 조기 출근 및 잔업 수당, 맞교대 수당, 생산장려 수당 등을 지급하고, 갑근세, 건강보험료, 요양보험료, 국민연금, 고용보험료 등을 원천징수한 점, 피고의 협력업체 선정 과정에 절차적으로 다소 부실한 점이 있으나 이를 통하여 체결된 도급계약 자체의 효력을 부인하기는 어려운 점, 피고의 협력업체들은 도급계약 이행과정에서 근로자들에게 안전교육을 시키고 근무내역을 확인하며 근무복 등 소모품을 구입·지급하고, 도급계약의 이행을 담보하기 위하여 피고에게 상당한 담보를 제공하기도 한 점, 피고의 협력업체들은 대표자회의를 구성하여 그 소속 근로자들을 상대로 임금단체협약의 교섭을 요구하거나 근로자의 쟁의행위에 대응하여 직장 폐쇄를 단행하는 등 단체행동을 하기도 한 점 등에 비추어 보면, 피고의 협력업체가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 상실하였다고 볼 수 있을 정도로 그 존재가 형식적·명목적인 것이라고 할 수는 없다.

#### 4) 소결론

따라서 원고들과 피고 협력업체들 사이의 근로계약이 형식적이라거나 원고들과 피고 사이에 묵시적인 근로계약관계가 성립되었다고 할 수 없다.

다. 근로자 파견에 해당하는지 여부에 관한 판단

- 1) 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당



사자가 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(대법원 2015.2.26. 선고 2010다 93707 판결 등 참조).

- 2) 그러므로 먼저 피고가 피고의 협력업체 소속 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관하여 상당한 지휘·명령을 하였는지 여부에 관하여 보건대, 앞서 본 사실관계 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, 피고의 협력업체 소속 근로자들은 피고의 공장에 출근하여 피고 직원들의 근무시간에 맞추어 일련의 타이어 제조공정 중 일부에 참여해 비교적 단순하고 반복적인 작업을 수행하였는데, 피고는 그 작업내용 내지 방법에 관하여 상세한 내용의 공정개요, 공정흐름도, 제조공정기술지침, 관리표준, 안전관리지침 등을 작성하여 협력업체에 교부하거나 작업현장에 부착하고 당일의 구체적 작업물량까지 결정하여 알려 주었으므로, 협력업체 소속 근로자들로서는 이와 같은 피고 소정의 작업량, 작업방법, 작업순서, 작업내용, 작업속도, 작업장소를 임의로 위반 또는 변경할 수 없어 사실상 피고로부터 작업수행 자체에 관하여 지시를 받은 것과 다를 바 없었던 점, 피고 직원들은 협력업체 근로자들의 작업과정 또는 그 전후에 근로자들에 대하여 직접 또는 현장대리인 등을 통하여 간접적으로 개별적, 구체적인 작업내용을 구두 또는 표식부착 등의 방법으로 지시하거나 부적절한 작업수행 결과에 대하여 지적을 하였고, 돌발상황이나 응급상황이 발생한 경우에는 보다 적극적으로 협력업체 소속 근로자들의 작업수행에 관여하여 작업내용을 변경하거나 협력업체 근로자들과 함께 문제를 해결하였던 점(그나마도 피고의 감독자들은 협력업체 현장대리인의 이름조차 제대로 알지 못하고 있는 경우도 있어 근로자들에 대하여 직접 지시한 경우가 많았던 것으로 보인다), 설령 협력업체의 현장대리인 등이 소속 근로자에게 구체적인 지휘·명령권을 행사하였다 하더라도(피고 협력업체의 현장대리인은 다른 근로자들과 마찬가지로 실질적인 작업을 수행하여 관리감독자로서의 역할이 크지 않았다) 현장대리인 등은 그 내용을 변경한 적이 없어 사실상 피고가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나 그러한 지휘·명령이 피고에 의하여 통제된 것에 불과한 것으로 보이는 점(피고의 협력업체 대표자나 현장대리인은 소속 근로자들의 작업과 관련하여 피고와 다른 내용의 지시를 한 적이 없는 것으로 보인다), 또한 협력업체 근로

자들이 피고로부터 작업방법에 관하여 명시적인 지시를 받지 않고 종래와 같은 방법으로 작업을 계속 수행하였더라도 이는 근로자들이 피고의 위와 같은 작업 표준 내지 작업지시를 이미 숙지하고 있었던 때문으로 보일 뿐, 피고의 지시나 관여 없이 임의로 해당 작업을 수행한 것으로 보기는 어려운 점, 피고는 엄○○ 등의 진정사건과 관련하여 광주지방노동청으로부터 엄○○ 등의 업무형태가 파견근로에 해당한다는 이유로 직접고용의 시정지시를 받아 확정된 점 등에 비추어 보면, 피고는 피고의 협력업체 소속 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무 수행 자체에 관하여 상당한 지휘·명령을 하였다고 봄이 상당하다. 피고 협력업체 소속 근로자들의 작업장소가 피고 공장 내에서 피고 직원들의 작업장소와 공간적으로 다소 떨어져 있다는 사정만으로는 이를 뒤집기 어렵다.

이와 관련하여 피고는 위와 같은 피고의 작업지시는 도급의 범위나 내용을 지정하여 준 것이라는 취지로 주장하나, 그 내용과 빈도에 비추어 볼 때 이는 업무범위를 지정한 것이라기보다는 구체적인 업무수행에 관여한 것으로 봄이 상당하다.

- 3) 다음으로 피고의 협력업체 소속 근로자들이 피고의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지 여부에 관하여 보건대, 앞서 본 사실관계 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, 피고의 협력업체 근로자들은 피고 직원들과 마찬가지로 피고 직원들이 근무하는 시간동안 피고가 제공한 작업장소에서 피고가 제공한 재료와 작업도구를 사용하여 피고가 제시한 각종 작업기준, 안전기준, 시설관리기준을 준수하며 작업을 수행한 점, 피고의 협력업체 소속 근로자들은 일련의 타이어 제조과정 중 하나 또는 하나의 공정 중 세분화된 작업단계에 참여하였는데, 그 전후에는 피고 직원들이 참여하는 공정 내지 작업단계가 접속하여 있었으므로, 사실상 피고의 직원들과 혼재되어 타이어 제조작업 내지 특정한 공정을 협업하여 수행하였다고 볼 수 있는 점, 피고의 협력업체 소속 근로자들이 수행한 작업은 종전에는 피고의 직원들에 의하여 수행되던 것이거나 피고의 직원들과 교대로 수행되던 것이었으므로, 피고의 협력업체 근로자들은 사실상 피고 직원들과 같은 업무를 수행한 것으로 볼 수 있는 점, 피고의 협력업체 소속 근로자들이 작업과정에서 잘못하여 작업에 장애가 생길 경우 피고의 직원들이 이를 해결하기도 한 점, 피고의 협력업체 근로자들은 비록 추가 발주의 형태를 취하기는 하였지만 도급계약에 명시되지 않은 작업을 수행하기도 하였으므로 피고를 위하여 사실상 도급업무 밖의 작업을 수행할 수도 있어 보이는 점(피고의 감독관들도 협력업체의 도급업무 범위와 한계를 정확하게 알지 못하고 있다) 등에 비추어 보면, 피고의 협력업체 소속 근로자들은 피고의 사업에 실질적으로 편입되었다고 봄이 상당하다.
- 4) 또 피고의 협력업체가 근로자의 선발, 근로자의 수, 작업·휴게시간, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하였는지 여부에 관하여 보건대, 앞서 본 사실관계에 의하면, 피고의 협력업체들은 별도의 취업규칙을 마련하고 근



로자를 선발하여 인력배치표를 작성하고서 도급업무에 투입한 뒤 이들의 휴가신청 등을 허가하고 안전교육을 실시하며 근무내역을 확인한 것으로 보이기는 하나, 앞서 거시한 증거들과 갑 제155호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, 원고들은 피고 협력업체에 근무하기 시작한 이래 그 담당공정이 변경된 적이 없어 보이는 등 피고의 협력업체로부터 업무수행과 관련하여 업무배치권을 실질적으로 행사받은 적이 없는 것으로 보이는 점, 피고는 피고의 협력업체 선정과정에서 상당한 재량을 행사한 것으로 보이고, 그 운영과정에서도 사무실 등 일부 물적 시설을 제공하고 근로자들의 인건비, 학자금, 작업복 구입 등의 복리후생비, 운영소요비용 일체는 물론, 계약상 지급 의무가 없는 격려금, 운영손실보전금까지도 지급해 주었으며, 협력업체 교체과정에서도 그 소속 근로자들이 신규 협력업체에 그대로 고용승계되어 해당 직무에 계속 종사할 수 있도록 하는 등 사실상 협력업체 운영에 상당한 영향력을 행사한 것으로 보이는 점, 피고는 종래 도급계약 체결과정에서 인건비를 감안한 일정한 액수를 도급비로 정한 뒤 이를 산정·지급하기 위하여 피고 직원을 통하여 협력업체 소속근로자들의 출·퇴근, 휴가 등 근태상황을 파악하도록 하여 용역사별 근태종합표를 작성·관리한 점, 피고는 일부 도급비 산정기준을 작업물량으로 변경한 이후에도 추가도급비와 관련하여서는 협력업체 근로자의 근태상황을 기준으로 도급비를 산정·지급하고 있어 여전히 그 근태상황을 파악하고 있을 가능성이 있는 점 등에 비추어 보면, 피고의 협력업체가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 작업·휴게시간, 근무태도 점검 등에 관하여 피고의 영향을 받지 아니한 채 전적으로 결정권한을 행사하였다고 보기는 어렵다.

- 5) 또한 피고의 협력업체 소속 근로자가 맡은 업무가 피고 직원들의 업무와 구별되고 그러한 업무에 전문성·기술성이 있어 독립된 일의 완성을 목적으로 하는 것인지 여부에 관하여 보건대, 앞서 본 사실관계 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, 피고의 협력업체 소속 근로자들이 수행한 작업은 피고의 직원이 예전에 수행하였거나 다른 공장에서는 상시적으로 수행하고 있는 업무로서 피고 직원의 업무와 동질의 것에 불과하고, 비교적 단순하고 반복적인 작업으로서 특별한 전문성, 기술성을 필요로 하는 것도 아닌 점, 피고의 협력업체의 도급목적은 세부적으로 구분된 작업단계들 중 일부의 수행으로 특정되어 있어 독자적으로 진행·완성시켜야 하는 '일'을 목적으로 하는 것이라기보다 세부작업에 필요한 단순한 '노무의 제공'을 목적으로 하는 것으로 보이는 점(협력업체가 독자적으로 작업을 진행할 여지가 거의 없다), 피고는 종래 피고의 협력업체에게 손해배상의 담보를 요구한 적이 없고 손해배상을 청구한 적도 없었으며, 위 진정사건 이후 피고의 협력업체로부터 계약이행보증보험증권 등을 제공받은 뒤에도 2012.5.경까지는 여전히 협력업체의 작업불량, 파업 등과 관련하여 협력업체에 손해배상을 청구한 적이 없는 것으로 보이는 점, 피고는 종래 피고 협력업체가 투입한 근로자의 수 등 근로정도에 따라 도급비를 지급하였고, 그 도급비 산정기준이 작업물량으로 변경된 이후에도 추가도급비를 같은 방법으

로 산정하여 지급한 점(작업물량을 기준으로 산정된 도급비의 경우에도 그 액수가 반드시 작업물량만을 기초로 산정된 것만은 아니라고 볼만한 사정도 엿보인다) 등에 비추어 보면, 피고의 협력업체 소속 근로자가 맡은 업무가 독자적인 일의 완성을 목적으로 하는 것이라고 인정하기 어렵고, 피고 협력업체 소속 근로자의 업무내용이 피고 직원의 업무내용과 구분된다거나 최근 일부 도급비에 관한 계약서 소정의 산정기준이 작업물량으로 변경되었다는 사정만으로는 이를 뒤집기 어렵다.

- 6) 마지막으로 피고의 협력업체가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 여부에 관하여 보건대, 앞서 본 사실관계 및 변론전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, 피고의 협력업체들은 별다른 인적, 물적 시설을 갖추지 아니한 채 다수의 근로자들로만 구성되어 있었고, 특유의 전문성을 갖추고 있는 것도 아닌 점, 피고의 협력업체들은 그 설립 및 폐업과정에서 피고로부터 상당한 영향을 받으며 오로지 피고와의 도급계약을 위하여 설립되었다가 그 종료 이후에는 곧바로 폐업한 것으로 보이는 점, 피고의 협력업체 대표자는 대부분 피고의 퇴직자 등 피고와 관련된 사람들인 점 등에 비추어 보면, 피고의 협력업체가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있다고 보기도 어렵다.

## 7) 소결론

따라서 피고의 협력업체 소속 근로자들인 원고들은 피고의 협력업체에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견 관계에 있었다고 봄이 상당하다.

## 라. 고용의제 및 고용의무 여부

구 파견법은 제6조제3항 본문으로 ‘사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다’라는 내용의 규정을 두고 있는데, 이러한 직접고용간주 규정은 적법한 근로자파견의 경우에만 한정하여 적용되는 것은 아니다(대법원 2008.9.18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결 등 참조).

한편 파견근로자 보호 등에 관한 법률(2006.12.21. 법률 제8076호로 개정된 것, 이하 ‘파견법’이라 한다) 제6조의 2 제1항제3호는 ‘사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다’는 취지로 규정하고 있고, 당시의 부칙 제1, 3항은 ‘이 법은 2007년 7월 1일부터 시행한다. 이 법 시행당시 종전의 제6조제3항의 규정이 적용되는 파견근로자에 대하여는 이 법 시행 후에도 종전의 규정을 적용한다’고 규정하고 있다.

둘이켜 이 사건을 보건대, 원고들이 담당한 것과 같은 제조업의 직접생산공정업



무는 구 파견법 및 파견법 제5조 규정에 따라 근로자파견대상업무에서 제외되기는 하나 이처럼 적법하지 아니한 근로자파견의 경우에도 직접고용간주 규정은 적용되는데, 별지1. 원고목록 연번 제1 내지 31, 36 내지 41, 58 내지 61, 69 내지 73, 77 내지 84번 기재 원고들은 파견법 시행당시 이미 피고에 의하여 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자로 사용되었으므로, 같은 목록의 입사일자란 기재 일로부터 2년이 경과한 시점부터 각 고용이 간주됨으로써 피고의 근로자 지위에 있다 할 것이고, 피고가 이를 다투는 이상 그 확인을 구할 이익도 있다.

또 같은 목록 연번 제32 내지 35, 42 내지 57, 62 내지 68, 74 내지 76, 85 내지 87번 기재 원고들은 그 이후 피고에 의하여 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자로 사용되었으므로, 피고는 같은 목록의 입사일자란 기재일로부터 2년이 경과한 시점에 이들을 직접 고용할 의무를 부담하므로, 피고로서는 이들에 대하여 고용의 의사표시를 할 의무가 있다.

이에 대하여 피고는, 파견법 소정의 직접고용의무는 행정단속법규에 불과하여 사법상 의무를 발생시키지는 않는다고 주장하나, 위 규정들의 문언과 파견법의 입법목적 및 개정경위 등에 비추어 위 주장은 받아들일 수 없다.

#### 4. 결 론

그렇다면 별지 원고목록 연번 제1 내지 31, 36 내지 41, 58 내지 61, 69 내지 73, 77 내지 84번 기재 원고들의 청구와 같은 목록 연번 제32 내지 35, 42 내지 57, 62 내지 68, 74 내지 76, 85 내지 87번 기재 원고들의 예비적 청구는 모두 이유 있어 인용하고, 같은 목록 연번 제32 내지 35, 42 내지 57, 62 내지 68, 74 내지 76, 85 내지 87번 기재 원고들의 주위적 청구는 이유 없어 기각할 것인바, 제1심 판결 중 같은 목록 연번 제1 내지 31, 36 내지 41, 58 내지 61, 69 내지 73, 77 내지 84번 기재 원고들의 청구부분과 같은 목록 연번 제32 내지 35, 42 내지 57, 62 내지 68, 74 내지 76, 85 내지 87번 기재 원고들의 예비적 청구부분은 이와 결론이 달라 부당하므로 원고들의 항소를 받아들여 이 부분에 대한 제1심 판결을 취소함과 아울러 이와 같은 위 원고들의 지위를 확인하고 피고에 대하여 위 원고들에게 고용의 의사표시를 할 것을 명하기로 하며, 같은 목록 연번 제32 내지 35, 42 내지 57, 62 내지 68, 74 내지 87번 기재 원고들의 주위적 청구부분은 이와 결론이 같아 정당하므로 이에 대한 위 원고들의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 최수환, 판사 김호석, 판사 서영기







## 비정규직 차별시정





## 제11장 비정규직 차별시정

### 1. 차별시정 신청 요건

#### 1.1 임금 등에 있어서도 사용사업주의 차별시정 피신청인 적격을 인정

☞ 서울행법 2016. 11. 18. 선고 2015구합70416 판결★<sup>18)</sup>

#### » 요 지 «

1. 파견근로자는 파견사업주와 사이에 임금 등의 근로조건을 정한 근로계약을 체결하고, 파견사업주로부터 근로계약에서 정한 임금을 지급받게 되므로, 파견근로자에게 임금을 지급할 책임은 1차적으로 근로계약 당사자인 파견사업주에게 있으나, 파견법은 파견근로자 차별시정신청, 고용노동부장관의 차별적 처우 시정요구, 확정된 시정명령 등에 있어 파견사업주와 사용사업주가 특정 차별적 처우에 대해 동시에 책임을 부담하는 경우를 배제하지 않고 있는 점, 파견사업주 뿐 아니라 사용사업주에게도 임금 등의 영역에 대한 차별금지의무를 부과할 필요성이 있는 점, 사용사업주가 근로계약상의 당사자가 아니라는 사정만으로 근로계약상의 근로조건에 대한 시정명령, 배상명령 등을 명할 수 없다고 볼 수는 없는 점 등을 고려하면, 임금 등 파견사업주에게 1차적 책임이 인정되는 영역에 있어 사용사업주에게도 차별시정신청의 피신청인 적격이 인정된다 할 것이다.
2. 파견근로자가 사용사업주의 근로자와 동등한 임금을 지급받지 못한 귀책사유가 사용사업주와 파견사업주 중 어느 쪽에 있는지를 가려서, 사용사업주 또는 파견사업주 중 한 쪽에 있는 경우에는 그에게만 시정의무 및 배상의무를 부담하도록 하여야 할 것이나, 양쪽 모두에 있는 경우 차별시정신청자인 파견근로자의 구제를 위하여 사용사업주와 파견사업주가 연대하여 책임을 부담하도록 하여야 할 것이다.

파견법 제20조제2항, 같은 법 시행령 제4조의2는 사용사업주가 근로자파견계약을 체결하는 때 파견사업주가 파견법 제21조제1항을 준수하도록 하기 위하여 근로자 유무 및 근로자의 수, 임금 및 임금의 구성항목 등 필요한 정보를 제공하여야 한다고 규정하고 있는바, 원고 ○○○스는 참가인들을 6개월이 넘는 기간 동안 사용하면서도 이 사건 파견사업주들과 사이에 근로자파견계약을 체결하면서 6개월 이내의 기간 동안 근무한 원고 ○○○스 소속 정규직 근로자의 임금 등에 관한 정보만을 제공하였고, 이를 기준으로 근로자파견계약상의 파견단가를 결정함으로써 결국 이 사건 파견사업주들로 하여금 참가인들에게 연 200%의 상여금을 지급하도록 하였으므로, 원고 ○○○스에게도 참가인들이 원고 ○○○스 소속 근로자들보다 적은 상여금을 지급받는데 대한 귀책사유가 존재한다 할 것이고, 위와 같은 상여금 지급에 관하여 원고 ○○○스와 이 사건 파견사업주는 연대하여 책임을 부담하여야 할 것이다.

18) 고등법원에서 확정(서울고법 2017. 5. 17 선고 2016누79078 판결)



\* 원고 : 1. 주식회사 ○○○스

2. 주식회사 △△인

3. 주식회사 □□□넷

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 피고보조참가인 1외 7인

## » 주 문 «

1. 중앙노동위원회가 2015.6.30. 원고들과 피고보조참가인들 사이의 중앙2015차별3~11 병합 주식회사 ○○○스 등 차별시정 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정 중 원고 주식회사 △△인, 주식회사 □□□넷에 대한 부분, 원고 주식회사 ○○○스의 연차휴가 수당 미지급에 관한 부분, 원고 주식회사 ○○○스의 참가인 임○민, 조○별, 권○영에 대한 상여금 지급에 관한 부분, 원고 주식회사 ○○○스로 하여금 참가인 김○희에게 2,598,460원, 참가인 이○미에게 2,473,940원, 참가인 이○란에게 8,286,468원, 참가인 박○희에게 8,233,664원, 참가인 윤○희에게 3,718,456원을 초과하는 금원을 지급할 것을 명한 부분을 취소한다.
2. 원고 주식회사 ○○○스의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용 중 참가인 임○민, 조○별, 권○영의 보조참가로 인한 부분은 참가인 임○민, 조○별, 권○영이 부담하고, 참가인 김○희, 이○미, 이○란, 박○희, 윤○희의 보조참가로 인한 부분의 1/3은 참가인 김○희, 이○미, 이○란, 박○희, 윤○희가, 나머지는 원고 주식회사 ○○○스가 각 부담하며, 원고 주식회사 ○○○스와 피고 사이에 생긴 부분의 1/3은 원고 주식회사 ○○○스가, 나머지는 피고가 각 부담하고, 원고 주식회사 △△인, 주식회사 □□□넷과 피고 사이에 생긴 부분은 피고가 부담한다.

## » 이 유 «

### 1. 재심판정의 경위

- 가. 원고 주식회사 ○○○스(이하 ‘원고 ○○○스’ 또는 ‘이 사건 사용사업주’라 한다)는 상시근로자 약 150명을 사용하여 휴대폰부품 제조업을 영위하는 법인이고, 원고 주식회사 △△인, 주식회사 □□□넷(이하 ‘원고 △△인’, ‘원고 □□□넷’이라 한다) 및 주식회사 ○○○에스, 주식회사 □□잡, 주식회사 ∇∇웍스, 주식회사 인선(이하 원고 △△인, ○○잡넷 및 주식회사 ○○○에스, 주식회사 □□잡, 주식회사 ∇∇웍스, 주식회사 인선을 묶어 ‘이 사건 파견사업주들’이라 하고, 원고 ○○○스와 이 사건 파견사업주들을 묶어 ‘이 사건 사용자들’이라 한다)은 각각 상시근로자 5인 이상을 고용하여 근로자 파견사업을 영위하였거나 영위하고 있는 법인들이다.
- 나. 참가인 김○희, 이○미, 임○민, 이○란, 박○희, 윤○희, 조○별, 권○영은 근로자파견업체인 원고 △△인 등에 입사한 후 원고 ○○○스에 파견되어 근무하다가 근로계약기간이 종료된 사람들이다.

- 다. 참가인들은 원고들을 포함한 사용자들이 파견근무기간(2012.4.12.부터 2015.1.9.까지) 동안 비교대상근로자들에 비하여 상여금을 적게 지급하고, 연차유급휴가를 부여하지 않은 것은 차별적 처우에 해당한다며, 참가인 김○희, 이○미는 2014.12.15., 참가인 임○민, 이○란, 박○희, 윤○희, 조○별은 2014.12.29., 참가인 권○영은 2015.2.4. 각각 인천지방노동위원회에 차별처우 시정을 신청하면서 그로 인한 손해배상 및 공휴일 유급휴일 미부여에 대한 제도개선 시정명령을 신청하였다.
- 라. 인천지방노동위원회는 2015.3.17. 원고 ○○○스 및 주식회사 ▽▽웍스, 주식회사 인선에 대한 차별시정 신청을 각하하고, 원고 △△인, □□□넷 및 주식회사 ○○○에스, 주식회사 □□잡이 참가인들에게 비교대상근로자보다 상여금을 적게 지급한 것은 차별적 처우임을 인정하면서, 주식회사 □□잡이는 참가인 권○영을 제외한 나머지 참가인들에게 차별적 처우로 인한 손해배상액 합계 7,200,253원을 지급할 것을 명하였으며, 참가인들의 나머지 차별처우 시정신청, 손해배상 청구 및 제도개선 시정명령 신청을 기각하였다.
- 마. 참가인들과 원고 △△인, □□□넷을 비롯한 이 사건 파견사업주들은 이에 불복하여 재심신청을 하였고, 중앙노동위원회는 2015.6.30. 인천지방노동위원회의 초심판정을 취소하고 원고 ○○○스와 이 사건 파견사업주들이 참가인들에게 비교대상근로자에 비하여 상여금(경영성과급)을 적게 지급하고, 연차유급휴가를 부여하지 않아 발생한 연차유급휴가수당을 지급하지 않은 것은 차별적 처우임을 인정하면서 위와 같은 차별적 처우로 인하여 발생한 손해액의 2배에 해당하는 금전배상금으로, 원고 ○○○스와 이 사건 파견사업주들이 연대하여 참가인들에게 합계 44,915,900원을 지급할 것을 명하였으며, 원고들을 비롯한 이 사건 파견사업주들의 재심신청을 기각하였다.

## 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

### 가. 원고들의 주장

이 사건 재심판정은 다음과 같은 이유로 위법하다.

- 1) 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘파견법’이라 한다) 제21조제1항은 파견사업주와 사용사업주 모두에게 차별적 처우 금지의무를 부과하면서도 제21조제3항에서는 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’이라 한다)의 규정을 적용함에 있어 “사용자”는 “파견사업주 또는 사용사업주”로 본다고 규정함으로써 파견사업주와 사용사업주의 책임을 구분하고 있고, 제21조의2, 제21조의3은 차별적 처우 시정요구, 확정된 시정명령의 효력 확대 등에서도 “파견사업주 또는 사용사업주 또는 근로자”라고 명시함으로써 파견사업주와 사용사업주가 동일한 책임주체가 될 수 없음을 명백히 하고 있으며, 제34조는 근로기준법의 적용에 있어 파견사업주와 사용사업주에게 각기 다른 책임영역을 규정하고 있는 점 등을 고려하면, 사용사업주인 원고 ○○○스에게는 파견사업주의 책임영역인 상여금, 연차휴가수당 등의 차별적 처우에 관한 차별시정 신청의 피신청인 적격이 없다. 또한 기간제법이 정한 시정명령 또는 배상명령은 근로계약상 근로조건의 시정 및 시정된 근로조건의

- 이행을 명하는 것인데, 참가인들이 체결한 근로계약의 당사자가 아닌 원고 ○○○스에게는 근로계약상의 근로조건을 시정할 권한이 없고, 원고 ○○○스는 파견근로자들이 파견법상의 파견기간인 6개월 이내의 기간 동안 근무하는 것을 전제로 한 임금 등의 정보를 이 사건 파견사업주들에게 제공하였으며, 참가인들이 파견사업주를 변경하는 방법으로 법정 파견기간을 초과하여 근무하는 데 아무런 영향을 미치지 아니하였으므로, 원고 ○○○스는 시정명령 및 배상명령의 이행의무자가 될 수 없다.
- 2) 이 사건 재심판정은 참가인들이 원고 ○○○스 소속으로 근무한 기간을 기준으로 제척기간 준수 여부를 판단하였으나, 임금 등의 근로조건에 관하여는 파견사업주사용자에 해당하고, 원고 ○○○스는 파견근로자인 참가인들에게 직접 차별적 처우를 하지 아니하였으며, 참가인들 스스로 파견사업주를 변경하는 방법으로 원고 ○○○스의 사업장에 근무한 점을 감안하면, 차별적 처우의 제척기간은 파견사업주 소속 근무기간을 기준으로 산정하여야 한다.
  - 3) 연장·야간·휴일근로에 대한 법정가산수당 지급, 법정연차휴가 부여, 사회보험 가입 등 근로기준법, 사회보험 관련법 등에서 사용자에게 부여한 의무를 이행하지 않는 것은 차별시정 이전에 해당 법률 위반으로 처리될 사안이므로, 연차휴가수당 미지급은 차별적 처우가 금지되는 영역에 해당하지 않는다.
  - 4) 참가인 임○민을 제외한 나머지 참가인들(이하 ‘참가인 김○희 등’이라 한다)은 조립팀의 라인에서 조립작업만을 담당하였으나, 비교대상근로자 이○자는 사실상 조립팀의 반장으로서 신규입사자 라인배치 및 작업지도, 교육 등의 업무를 담당하여 업무의 동종·유사성이 인정되지 아니하고, 홍○미는 2급 청각장애인으로 「장애인 고용촉진 및 직업재활법」 제28조에 따라 정규직으로 의무고용된 근로자이므로, 장애인이 아닌 참가인 김○희 등의 비교대상근로자로 보기 어렵다. 참가인 임○민은 조립팀의 물류관리만 수행하였으나 강○경은 도장팀 반장으로서 물류관리 외에도 생산계획에 따른 공정관리, 공정회의 참석 등의 업무를 담당하였고, 최○울은 생산관리팀에서 사출, 가공, 조립 등 공정 전체에 대한 물류관리를 담당하였으므로, 임○민과 강○경, 최○울이 동종·유사한 업무를 수행하였다고 볼 수 없다.
  - 5) 원고 ○○○스는 소속 정규직 근로자에게 3개월의 수습기간 중 급여의 90%만을 지급하고, 경영성과급은 ‘(근무일수/180일)×기본급’을 최대한도로 하여 지급하며, 취업규칙 제67조에 따라 무단결근자, 중간퇴사자, 징계자에 대하여 성과급을 지급하지 않는 등 성과급 지급조건을 엄격히 정하고 있으나, 파견근로자들은 신규 입사시 수습기간 없이 시급의 100%를 지급받고, 6개월 근무를 기준으로 월급의 100%에 해당하는 성과급을 지급받도록 하고 있으므로, 성과급 지급에 있어 불리한 처우가 존재한다고 볼 수 없다.
  - 6) 참가인들은 법정 파견기간인 6개월을 기준으로 정규직 근로자와 동등한 임금을 지급받은 점, 참가인들은 이직, 정규직 입사, 재계약시 경력 반영 요구 등의 다양한 선택지가 있었음에도 스스로 파견사업주를 변경하고 200%의 상여금을 제공하는 내용



의 근로계약 체결에 동의한 점, 비교대상근로자들은 참가인들과 근무기간, 업무내용, 직급, 업무의 범위와 권한, 책임, 경력에 따른 숙련도 및 생산성 등에 현격한 차이가 있는 점 등을 고려하면, 원고들이 비교대상근로자들과 달리 참가인들에게 200%의 상여금을 지급한 데 합리적 이유가 있다.

- 7) 참가인들에 대한 차별적 처우에 있어 원고들의 명백한 고의와 반복성이 인정되지 아니하므로, 배액의 배상을 명한 것은 부당하다.

#### 나. 인정 사실

- 1) 원고 ○○○스는 2011.10.1.부터 2015.3.31.까지의 기간 동안 생산 및 부대작업 수행을 위하여 원고 △△인, □□□넷을 비롯한 파견사업주들과 근로자파견계약을 체결하고 파견근로자들을 사용하였다.
- 2) 참가인들은 2012.4.12.부터 2015.1.9.까지의 기간 동안 각각 이 사건 파견사업주들과 다음과 같은 근무기간을 정한 파견근로계약을 체결하고 원고 ○○○스의 생산공정 조립팀에 파견되어 근무하였으며, 참가인들과 이 사건 파견사업주들 사이에 체결된 근로계약의 주요내용은 다음과 같다.

\*\*\*\*\*

주식회사 □□□넷(이하 '갑'이라 함)과 ○○○(이하 '을'이라 함)은 다음과 같이 파견근로계약을 체결한다.

1. 계약기간: 2014.11.12.~2015.2.11.
3. 업무의 내용: 제품생산 및 생산과 관련된 부대업무
5. 근무일/ 휴일: 매주 5일 근무/ 토요일 무급휴일, 주휴일(매주 일요일)
6. 임금
  - 시간(일)급: 5,210원(2014년도 최저임금 5,210원)
  - 상여금: 없음
  - 성과급: 있음/ 매월 지급(입사 월/ 퇴사 월은 없음)
  - 기타 급여(제 수당 등): 있음[연장수당, 특근수당, 심야수당, 주휴(주차)수당]
  - 제수당: 시급의 50% 추가지급(연장수당, 특근수당, 심야수당)
  - 주휴수당: 월요일~금요일 만근 시 일요일에 지급
  - 임금지급일: 매월 13일(휴일의 경우 전일 지급)
  - 지급방법: 계좌입금/ ○○은행 계좌번호 ○○-○○○-○○○○○



## 다. 판단

## 1) 원고 ○○○스에게 이 사건 재심사건의 당사자적격이 있는지 여부

파견근로자는 파견사업주와 사이에 임금 등의 근로조건을 정한 근로계약을 체결하고, 파견사업주로부터 근로계약에서 정한 임금을 지급받게 되므로, 파견근로자에게 임금을 지급할 책임은 1차적으로 근로계약 당사자인 파견사업주에게 있다. 이 사건 재심판정은 사용사업주인 원고 ○○○스에게도 상여금 및 연차휴가수당의 차별적 지급에 대한 연대책임을 인정하였는바, 임금 등의 영역에 있어 사용사업주도 차별시정신청의 피신청인이 될 수 있는지 여부에 관하여 본다.

살피건대, ① 파견법 제21조제1항은 ‘파견사업주와 사용사업주는 파견근로자임을 이유로 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니 된다’라고 규정하여 파견사업주와 사용사업주 모두에게 차별적 처우 금지의무를 부여하고 있고, 파견법 제34조제1항과 달리 파견사업주와 사용사업주의 책임 영역을 구분하고 있지는 않은 점, ② 파견법 제20조제2항, 파견법 시행령 제4조의2는 사용사업주는 근로자파견계약을 체결하는 때에 파견사업주에게 제21조제1항의 규정을 준수하도록 하기 위하여 ‘임금 및 임금의 구성항목, 휴일·휴가’ 등 차별적 처우의 대상이 되는 근로조건에 관한 정보를 서면으로 제공할 의무를 부여하고 있는바, 이는 파견사업주가 파견근로자에게 사용사업주의 정규직 근로자와 동등한 수준의 임금을 지급하기 위하여 사용사업주의 정보 제공 등의 협력이 필요함을 전제로 한 것인 점, ③ 파견법 제21조제3항이 시정신청 그밖의 시정절차 등에 관하여 기간제법을 준용하면서 “사용자”는 “파견사업주 또는 사용사업주”로 본다고 규정하고 있고, 제21조의2 제3항, 제21조의3이 “파견사업주 또는 사용사업주”라는 문언을 사용하고 있으나, 이는 파견근로자의 차별시정 시정신청, 고용노동부장관의 차별적 처우 시정요구, 확정된 시정명령에 있어 파견사업주 또는 사용사업주 중 한쪽에만 귀책사유가 있는 경우를 상정한 것으로서, 파견사업주와 사용사업주가 특정 차별적 처우에 대한 책임을 동시에 부담하는 경우를 배제하는 취지로 볼 수 없는 점, ④ 파견법 제34조제1항 본문은 파견사업주와 사용사업주 모두를 근로기준법의 규정에 의한 사용자로 본다고 규정하면서 다만 그 단서에서 근로기준법 중 임금 등의 근로조건에 관한 규정의 적용에 있어서는 파견사업주를, 근로시간 등의 근로조건에 관한 규정의 적용에 있어서는 사용사업주를 사용자로 본다고 규정하고 있으나, 이는 근로기준법의 적용에 있어 누구를 사용자로 볼 것인지를 정한 규정에 불과하므로, 그 문언의 범위를 넘어 근로기준법이 아닌 파견법 제21조의 적용에 있어서도 위와 같이 파견사업주와 사용사업주를 구분하여 적용하여야 한다고 볼 수는 없고, 파견법 제21조가 파견법 제3장 파견근로자의 근로조건등 제1절 근로자파견계약에 위치하고 있는 반면, 제34조는 제4절 근로기준법등의 적용에 관한 특례에 위치하고 있는 점을 보더라도 제21조에 제34조제1항 단서를 유추하여 적용할 수는 없을 것으로 보이는 점, ⑤ 사용사업주가 근로자파견계약상의 파견대가를 현저히 낮은 금액으로 정할 경우 파견사업주는 손해를 감수하지 않고서는 파견



근로자에게 사용사업주의 근로자와 동등한 수준의 임금을 지급할 수 없게 되고, 사용사업주가 파견사업주에게 정규직 근로자에게 실제로 지급되는 금액보다 낮은 금액이 기재된 정보를 제공하는 경우에도 파견사업주는 파견근로자에게 사용사업주의 근로자보다 낮은 수준의 임금을 지급하게 되는 등 파견근로자가 사용사업주의 귀책사유에 의하여 사용사업주의 근로자보다 낮은 수준의 임금을 지급받게 될 위험이 있으므로, 이를 방지하기 위해서는 파견사업주 뿐 아니라 사용사업주에게도 임금 등의 영역에 대한 차별금지의무를 부과할 필요성이 있는 점, ⑥ 파견법 제21조제3항에 의하여 준용되는 기간제법 제12조제1항이 정한 시정명령과 제13조제1항이 정한 배상명령은 차별적 행위를 중지하거나, 임금 등 근로조건을 개선할 것을 명하고 적절한 배상을 명하는 것으로서 파견근로자와 파견사업주 사이의 근로계약 자체에서 정한 근로조건을 직접 변경하는 것이라고 볼 수 없으므로, 사용사업주가 근로계약상의 당사자가 아니라는 사정만으로 근로계약상의 근로조건에 대한 시정명령, 배상명령 등을 명할 수 없다고 볼 수는 없는 점(원고의 주장에 따르면 근로계약의 당사자가 아닌 사용사업주는 임금 등 근로계약에서 정하는 모든 근로조건에 대하여 그 개입·관여 여부를 불문하고 시정명령 및 배상명령의 이행의무자가 될 수 없다) 등을 고려하면, 임금 등 파견사업주에게 1차적 책임이 인정되는 영역에 있어 사용사업주에게도 차별시정신청의 피신청인 적격이 인정된다 할 것이다.

나아가 파견근로자가 사용사업주의 근로자와 동등한 임금을 지급받지 못한 귀책사유가 사용사업주와 파견사업주 중 어느 쪽에 있는지를 가려서, 사용사업주 또는 파견사업주 중 한 쪽에 있는 경우에는 그에게만 시정의무 및 배상의무를 부담하도록 하여야 할 것이나, 양쪽 모두에 있는 경우 차별시정신청자인 파견근로자의 구제를 위하여 사용사업주와 파견사업주가 연대하여 책임을 부담하도록 하여야 할 것이다. 파견법 제20조제2항, 같은 법 시행령 제4조의2는 사용사업주가 근로자파견계약을 체결하는 때 파견사업주가 파견법 제21조제1항을 준수하도록 하기 위하여 근로자 유무 및 근로자의 수, 임금 및 임금의 구성항목 등 필요한 정보를 제공하여야 한다고 규정하고 있는바, 원고 ○○○스는 참가인들을 6개월이 넘는 기간 동안 사용하면서도 이 사건 파견사업주들과 사이에 근로자파견계약을 체결하면서 6개월 이내의 기간 동안 근무한 원고 ○○○스 소속 정규직 근로자의 임금 등에 관한 정보만을 제공하였고, 이를 기준으로 근로자파견계약상의 파견단가를 결정함으로써 결국 이 사건 파견사업주들로 하여금 참가인들에게 연 200%의 상여금을 지급하도록 하였으므로, 원고 ○○○스에게도 참가인들이 원고 ○○○스 소속 근로자들보다 적은 상여금을 지급받는데 대한 귀책사유가 존재한다 할 것이고, 위와 같은 상여금 지급에 관하여 원고 ○○○스와 이 사건 파견사업주는 연대하여 책임을 부담하여야 할 것이다.

이에 대하여 원고들은, 원고 ○○○스는 파견법상의 파견기간인 6개월을 기준으로 한 정규직 근로자의 임금 정보를 제공하였고, 참가인들이 스스로 파견사업주를 변경하는 방법으로 6개월 이상 근로한 것이므로, 원고 ○○○스는 이에 대한 책임을 부담할 수 없다고 주장한다. 그러나 을나 제13호증의 기재에 의하면 원고 ○○○스를 비롯한 이 사건 사용자의 대표이사들이 2016.1.21. 인천지방법원에서 제조업의 직접

생산공정업무에 근로자파견사업을 행하거나 근로자파견사업을 행하는 자로부터 근로자파견 역무를 제공받을 수 없다고 규정한 파견법 제5조제5항 등을 위반하였음을 이유로 벌금형의 약식명령을 받은 사실을 인정할 수 있는바, 위와 같이 참가인들을 파견근로자로 사용한 것 자체가 불법파견에 해당하는 이상, 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요가 있는 경우 6개월의 한도 내에서 파견근로자를 사용할 수 있도록 규정한 파견법 제5조제2항, 제6조제4항제2호의 규정은 참가인들에게 적용되지 아니한다 할 것이다. 또한 파견법 28조제1항은 파견사업주는 파견근로자의 적절한 고용관리를 위하여 파견사업관리책임자를 선임하여야 한다고 규정하고 있는바, 원고 ○○○스는 파견사업관리책임자를 통하여 참가인들이 소속 파견사업주를 변경하는 방법으로 원고 ○○○스의 사업장에서 6개월을 초과하여 계속 근무하고 있는 사실을 충분히 알 수 있었을 것으로 보이는데, 원고 ○○○스로서는 자신의 사업장에서 6개월을 초과한 기간 동안 참가인들을 사용한 이상, 6개월을 초과하여 근무한 자신의 정규직 근로자와 동등한 대우를 하여야 할 의무가 있다 할 것이다. 따라서 원고들의 위 주장은 이유 없다.

## 2) 참가인들이 차별시정 제척기간을 준수하였는지 여부

파견법 제21조제3항에 의하여 준용되는 기간제법 제9조제1항은 차별적 처우가 있는 날(계속되는 차별적 처우의 경우에는 그 종료일)로부터 6월내에 그 시정을 신청할 수 있다고 규정하고 있다.

이 사건에 관하여 보건대, 앞서 본 바와 같이 파견사업주 뿐 아니라 사용사업주에게도 임금 등의 영역에 있어 파견근로자에게 차별적 처우를 하지 아니할 의무가 인정되므로, 근로자가 동일한 사용사업주의 사업장에서 계속하여 근무하면서 차별적 처우를 받아 왔고, 다만 그 기간 중 소속 파견사업주만이 변경되었다면, 사용사업주의 차별적 처우에 대한 차별시정의 제척기간은 사용사업주와의 근로관계가 종료한 날로부터 기산되어야 할 것인데, 참가인들은 6개월을 초과하지 않는 기간 내에서 소속 파견사업주만을 변경하는 방법으로 사용사업주인 원고 ○○○스의 사업장에서 계속하여 근무하였고, 해당 근무기간 동안 정규직 근로자보다 적은 비율의 상여금을 지급받고 연차휴가수당을 지급받지 못하는 등의 차별적 처우를 받아 왔으므로, 사용사업주인 원고 ○○○스와의 근로관계 종료일로부터 6개월의 기간 내에 제기된 참가인들의 차별시정 신청은 적법하다 할 것이다(다만, 참가인 김○희의 경우 2013.2.14. 주식회사 인선에 입사하여 2013.5.3. 퇴사한 후 6개월이 지난 2013.11.18. 주식회사 ▽▽웍스에 입사하였는데, 위와 같이 근로관계가 약 6개월간 단절됨으로써 주식회사 인선 및 원고 ○○○스 소속으로 근무할 당시의 차별적 처우는 위 2013.5.3. 종료되었다 할 것이고, 그로부터 6개월이 지난 2014.12.15. 인천지방노동위원회에 그 시정을 신청하였으므로, 이 부분 신청은 위 6월의 제척기간을 도과하여 부적법하고, 참가인 임○민의 경우 2013.10.1. 주식회사 □□잡에 입사하여 2014.6.4. 퇴사한 후 2014.8.4. 주식회사 □□잡에 입사함으로써 2013.10.1.부터 2014.6.4.까지의 차별적 처우는 2014.6.4. 종료되었다 할 것이므로, 이 부분 신청 역시 종료일로부터 6개월이 지난 2015.2.4. 제기된 것으로서 부적법하다).

## 3) 연차휴가수당 미지급이 차별처우 금지영역에 해당하는지 여부

파견법 제2조제7호는 “차별적 처우”라 함은 「근로기준법」 제2조제1항제5호에 따른 임금(가목), 정기상여금, 명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금(나목), 경영성과에 따른 성과금(라목), 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항(마목)에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다고 규정하고 있다. 여기서 근로조건이라 함은 사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금·근로시간·후생·해고 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말하고(대법원 1992.6.23. 선고 91다19210 판결 참조), 구체적으로는 근로기준법에 정해진 임금·근로시간·후생·해고 뿐 아니라 같은 법 제93조제1호 내지 12호, 같은 법 시행령 제8조제1항제1호, 제3호가 정한 사항이 모두 포함된다.

따라서 이 사건 재심판정에서 문제가 된 상여금과 연차휴가수당 역시 ‘임금 그밖의 근로조건’에 해당한다 할 것이나, 연차휴가수당은 이미 근로기준법에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 부과된 것인데, 이와 같이 근로기준법상의 의무를 위반하는 것도 차별적 처우 금지영역에 해당하는지 여부에 관하여 보건대, ① 파견법 제34조제1항은 본문에서 파견사업주 및 사용사업주를 근로기준법상의 사용자로 본다고 규정하면서도 단서에서 임금 등 파견사업주를 사용자로 보는 영역과 휴일, 연차휴가 등 사용사업주를 사용자로 보는 영역을 구분하고 있는바, 근로기준법 위반사항에 대하여도 파견사업주와 사용사업주 모두를 차별적 처우 금지의무의 수범자로 규정한 파견법 제21조제1항을 적용하게 되면, 위와 같이 근로기준법상의 책임 주체를 명백히 구분하고 있는 파견법 제34조제1항의 규정 취지가 무색하게 되는 점, ② 사용자가 근로기준법을 위반하여 특정 정규직 근로자를 다른 정규직 근로자에 비하여 차별하는 경우에는 근로기준법에 따른 책임만을 부담하게 되나, 파견근로자 등을 정규직 근로자에 비하여 차별하는 경우 근로기준법에 따른 책임에 더하여 파견법에 따른 시정명령, 배상명령 등의 대상이 되는바, 근로기준법 위반에 대하여도 파견법을 적용할 경우 파견근로자가 정규직 근로자보다 더욱 두텁게 보호받는 역차별의 문제가 발생할 수 있는 점, ③ 참가인은 파견근로자에게 연차휴가수당을 60% 지급하고 정규직 근로자에게는 120% 지급하는 등 근로기준법 위반과 차별이 혼재하는 경우를 상정하여 근로기준법 위반도 차별금지 영역에 포함되어야 한다고 주장하나, 위 사례에서 들고 있는 연차휴가수당 미지급분 40%(100%-60%) 부분은 이미 발생한 근로기준법상 연차휴가수당 지급의무 중 일부를 이행하지 아니한 것에 불과하여 민사소송 등의 방법으로 그 지급을 확보할 수 있고, 실제로 차별이 존재하는 부분은 정규직 근로자에게 지급된 위 120%의 연차휴가수당에서 파견근로자에게 이미 발생한 100%의 연차휴가수당을 제외한 20% 부분에 불과하여, 위와 같은 경우에도 근로기준법상의 의무 위반과 차별적 처우의 구분이 충분히 가능한 점 등을 고려하면, 연차휴가수당 미지급 등 근로기준법상의 의무 위반에 해당하는 영역은 파견법 및 기간제법이 규정한 차별처우 금지영역에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 있다.

## 4) 이○자, 홍○미, 강○경, 최○울이 참가인들과 동종 또는 유사한 업무에 종사하였는지 여부

## 가) 관련 법리

파견법 제21조제1항은 사용사업주와 파견사업주는 파견근로자임을 이유로 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 여기서 '동종 또는 유사한 업무'에 해당하는지 여부는 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무내용이 아니라 근로자가 실제 수행한 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면 달리 특별한 사정이 없는 한 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 할 것이다(대법원 2012.10.25. 선고 2011두7045 판결 참조).

#### 나) 인정 사실

- (1) 원고 ○○○스의 생산공정은 사출팀, 도장팀, 조립팀 등 3팀으로 나뉘어져 있고, 참가인 임○민을 제외한 나머지 참가인들(이하 '참가인 김○희 등'이라 한다)이 비교대상근로자로 선정한 이○자는 2011.6.1.부터 2011.12.31.까지 파견근로자로 근무한 후 2012.1.1.부터 2014.12.23.까지 조립팀에서, 홍○미는 2012.4.23.부터 2015.1.9.까지 조립팀에서, 참가인 임○민이 비교대상근로자로 지정한 강○경은 2012.1.1.부터 2015.1.9.까지 도장팀에서, 최○울은 2013.4.25.부터 2015.1.9.까지 생산관리팀에서 근무하였다. 홍○미는 2급 청각장애인으로서 「장애인고용촉진 및 직업재활법」에 따라 특별채용된 근로자인데, 임금 등의 근로조건에 있어 원고 ○○○스 소속의 다른 정규직 근로자들과 동일한 처우를 받았다.
- (2) 참가인 김○희 등은 조립팀에서 핸드폰부품 투입검사, 라인작업 최종검사 등의 업무를 담당하였고, 홍○미는 조립팀에서 라인작업, 투입검사 업무를 담당하였다. 참가인 김○희 등은 중앙노동위원회에서 '이○자가 핸드폰부품 투입검사, 라인작업 최종검사와 더불어 작업지도 업무를 담당하였다'고 주장하였고, 이 사건 사용자들은 중앙노동위원회에서 '이○자가 반장으로서 라인 배치, 작업지도, 수입검사, 출하검사, 교육업무지도, 입·퇴사 보고, 작업지도 등의 업무를 담당하였다'고 주장하였다.
- (3) 이○자는 2015.3.17. 인천지방노동위원회 심문회의 및 2015.6.23. 중앙노동위원회 심문회의에서 '반장 직책을 부여받은 사실이 없고, 오래 근무한 경력자로서 검사, 교육업무 등을 일부 수행하였으나, 주로 참가인들과 같은 생산라인에서 동일한 업무를 수행하였다'는 취지로 진술하였고, 2015.12.7. '조립팀 라인에서 핀셋, 인레이, 최종 검사 등의 업무를 수행하였고, 이○자가 수행한 업무의 90% 이상은 파견근로자들과 동일한 생산업무이며, 신규입사자 라인 배치, 파견근로자들 평가, 입·퇴사 요청 등의 업무를 수행한 사실이 없고, 신규 파견근로자 교육은 파견근로자들 중 조장, 리더, 장기근무자들과 함께 수행하였으며, 우수 모범사원으로 선정되어 시급이 인상되었으나 공식적으로 반장업무를 수행한 사실은 없다'라는 취지의 사실확인서를 작성하였다.
- (4) 원고 ○○○스 직원 백○수는 2015.2.16. '강○경의 주 업무는 도장팀 생산계획에 따른 물류관리 업무로서, 세부적으로는 생산계획에 따른 사출물 선입고 및 점포관리,

도장완료품 출하 및 전표관리, 소물 관련 외주조립처 입출고 관리 및 수불정리, 소물지그 입출고 관리, 매일 선별장 불량반입수량 입고관리, 공정계획상 라인운영 진행도 체크보고, 물류 및 공정관리팀 관리 등의 업무를 수행하였다'는 내용의 진술서를 작성하였고, 임○민은 2015.3.8. '임○민의 주 업무는 조립팀 생산계획에 따른 물류관리 업무로서 세부적으로는 생산계획에 따른 사출물 선입고 및 점포관리, 조립완료품 출하 및 전표관리, 소물 관련 외주조립처 입출고 관리 및 수불정리, 조립지그 입출고 관리, 조립공정 관련 ERP 입력, 공정계획상 라인운영 진행도 체크보고, 물류 및 공정관리팀 관리 등의 업무를 수행하였다'는 내용의 진술서를 작성하였다.

- (5) 원고 ○○○스는 2015.3.6. 인천지방노동위원회의 현지출장 조사에서 '홍○미가 조립팀에서 참가인들과 같은 라인작업을 한 것은 맞다. 참가인 임○민은 조립팀 소속으로 가공팀에서 내려오는 물류 및 조립팀에서 나가는 물류의 이동 업무를 담당하였고, 최○울은 생산관리팀 소속으로 사출, 가공, 조립 전체에 대한 전반적인 물류 관리 업무를 담당하였으며, 강○경은 참가인 임○민과 같이 가공팀의 물류이동 업무를 담당하였으나, 가공팀 반장으로서 가공팀의 공정관리 업무도 함께 수행하였다'고 진술하였다.
- (6) 2010.4.경부터 2014.11.경까지 원고 ○○○스의 생산현장 담당 임원으로 근무한 신○강은 2015.11.18. 이 법정에 증인으로 출석하여 '이○자는 파견직 사원으로 근무하다 2011.6.1. 정규직 사원으로 입사하였고, 2013년 정기인사에서 반장승진 대상자로 선정되었고, 본인이 사양하여 반장 직급은 부여하지 아니하였으므로 반장 대우에 맞는 급여 인상을 받고 실제로 현장에서는 조립업무를 수행하지 아니하고 제품 출하검사, 작업지시 및 감독, 교육 등 반장 업무를 수행하였다. 홍○미는 경력직으로 채용되었고, 단순조립 업무가 아닌 출하를 위한 품질검사, 불량품 재활용 등의 업무를 수행하였다. 강○경은 물류 업무를 담당하는 파견직 사원으로 근무하다 2011.11.1. 정규직 사원으로 입사하였고, 2013.4.경 반장으로 승진하여 반장으로서 물류관리 업무도 담당하였으나 그 비율은 20% 정도에 불과하고, 주로 공정관리, 전산마감 업무를 수행하였으며, 매일 오전 11:00경 공정회의에 참석하였다. 강○경 외에도 도장팀의 물류업무를 보조하는 직원이 있었으나, 자주 바뀌어 누구인지 기억나지 않는다. 강○경이 직접 생산계획을 수립하지는 않았고, 생산관리팀에서 수립된 생산계획을 수행하였다. 최○울은 2013.4.25. 경력직으로 채용되었고, 최○울이 구체적으로 수행한 물류 업무에 대해서는 자세히 모른다. 임○민이 담당한 물류업무에 대해서는 잘 모른다'는 취지로 진술하였다.

#### 다) 판 단

##### (1) 참가인 김○희 등의 경우

앞서 인정한 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 이○자는 인천지방노동위원회 및 중앙노동위원회의 심문회의와 스스로 작성한 사실확인서에서 '주로 참가인들과 같은 생산라인에서 동일한 업무를 수행하였고, 경력자로서 검사, 교육업무 등을 일부 수행하였으나, 신규입사자 라인 배치, 파견근로자들

평가, 입·퇴사 요청 등의 업무는 수행하지 아니하였다'는 취지로 일관되게 진술하였으므로, 이○자는 참가인 김○희 등의 라인 조립업무와 동일한 업무를 상당한 비중으로 수행하였던 것으로 보이는 점, 원고는 인천지방노동위원회의 현지출장 조사 당시 '홍○미는 조립팀에서 참가인들과 같은 라인작업을 수행하고 있다'고 진술하였으므로, 홍○미는 2012.4.23.부터 2015.1.9.까지 참가인 김○희 등과 동종·유사한 업무를 수행한 것으로 보이고, 이에 어긋나는 증인 신○강의 일부 증언은 원고 자신의 진술에 반하는 것으로서 이를 믿기 어려우며, 홍○미가 장애인으로서 특별채용되기는 하였으나 채용 이후 장애인이라는 이유로 다른 정규직 근로자들과 다른 처우를 받지 아니한 이상, 이를 이유로 비교대상근로자성을 부정하기는 어려운 점 등을 고려하면, 참가인 김○희 등의 비교대상근로자는 이○자, 홍○미로 봄이 상당하다.

## (2) 참가인 임○민의 경우

살피건대, 앞서 인정한 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 참가인 임○민은 조립팀 소속으로, 강○경은 도장팀 소속으로, 최○울은 생산관리팀 소속으로서 모두 물류관리 업무를 담당한 점, ② 원고는 강○경의 업무 중 가공팀 물류이동 업무는 부수적인 업무에 불과하고, 주 업무는 공정관리 업무라고 주장하나, 원고 스스로도 가공팀에서 물류이동업무를 보조한 직원의 이름을 특정하지 못한 이상 가공팀의 물류이동 업무는 강○경이 전담하였다 할 것인데, 강○경 혼자서 담당한 가공팀 물류업무의 양이 부수적인 업무에 그칠 정도로 적다고 보기 어렵고, 강○경이 수행하였다는 공정관리 업무의 내용은 매일 11:00경 공정회의에 참석한 것으로서 이는 가공팀 물류담당자로서 전체 공정 현황을 공유하기 위한 것으로 보이며, 증인 신○강의 일부 증언에 의하더라도 강○경은 생산관리팀 등에서 이미 수립된 생산계획을 수행한 것에 불과하여 공정관리 업무가 강○경의 주된 업무라고 보기는 어려운 점, ③ 최○울은 비록 그 소속이 생산관리팀으로서 업무 범위가 특정 팀이 아닌 공정 전체를 포괄하였을 것으로 보이나, 주된 업무는 물류업무로서 임○민, 강○경과 동일한 점 등을 고려하면, 참가인 임○민의 비교대상근로자는 강○경, 최○울로 봄이 상당하다.

## (3) 비교대상근로자의 선정

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 비교대상근로자로 선정하는 경우 가장 낮은 처우를 받는 정규직 근로자는 기간제근로자보다 더 불이익을 받게 되는 역차별이 발생할 우려가 있으므로, 비교대상근로자로 가장 낮은 처우를 받는 정규직 근로자를 선정하는 것이 타당하다. 또한 위와 같은 기간제법 제8조의 취지에 비추어 보면 비교대상근로자는 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 비교대상근로자는 그 사업 또는 사업장의 직제 상 존재하는 가장 낮은 호봉의 정규직 근로자가 된다. 이러한 법리는 파견근로자에 대한 차별적 처우 금지에도 동일하게 적용된다.

을나 제9호증의 기재에 의하면 2012.1.경부터 2013.3.경까지의 기간 동안 이○자, 홍○미를 비롯한 조립팀 정규직 근로자 모두가 연 400%의 상여금을 받은 사실이 인정되나, 앞서 본 바와 같이 이○자, 홍○미, 강○경, 최○울은 모두 경력직 사원으로 채용되었고, 이 사건 차별시정 대상기간 중인 2012.10.2. 및 2013.9.23. 입사한 정규직 근로자 정○규 및 홍○지가 3개월의 수습기간 동안 90%의 월급을 지급받고, 입사 후 180일의 기간 동안 ‘근무일수/180×기본급’의 기준에 따른 성과급을 지급받은 사실은 뒤에서 보는 바와 같으므로, 원고 ○○○스 소속 정규직 근로자 중 가장 낮은 처우를 받는 사람은 경력직이 아닌 신입사원이라 할 것이고, 참가인들이 비교대상근로자에 비하여 차별적 처우를 받았는지 여부를 판단함에 있어서도 비교대상근로자들이 각 참가인들의 차별시정 대상기간에 새로 입사한 원고 ○○○스의 신입사원임을 전제로 판단하여야 한다.

#### 5) 불리한 처우의 존부

##### 가) 인정 사실

- (1) 원고 ○○○스는 2014.6.20. 원고 △△인과 사이에 다음과 같은 내용이 포함된 근로자파견계약을 체결하였고, 이후에도 변동된 지급을 반영한 부분을 제외하면 동일한 내용의 근로자파견계약을 체결하였으며, 2014.11.1. 및 2015.1.1. 원고 □□□넷과 사이에도 유사한 내용의 근로자파견계약을 체결하였다.
- (2) 이○자, 홍○미, 최○울이 원고 ○○○스와 사이에 체결한 근로계약에서는 상여금을 연 4회(4.13., 7.13., 10.13., 1.13.) 지급하되, 상여금 지급월 입사자는 해당 월 1일자 입사자에 한하여 지급하고, 퇴사자의 경우 지급월 말일까지 근무자에 한하여 지급한다고 기재되어 있고, 원고 ○○○스는 2012.10.2. 정○규와, 2013.9.23. 홍○지와 사이에 각각 다음과 같은 내용이 포함된 근로계약을 체결하였는데, 위 근로계약에 따라 입사 후 180일의 기간 동안 ‘근무일수/180×기본급’의 기준에 따라 기본급의 100%를 상여금으로 지급하였다(정○규 1,070,000원, 홍○지 1,223,300원).

\*\*\*\*\*

#### 8. 수습기간:

신입 및 경력사원의 수습기간은 3개월로 하며, 수습기간 중의 급여 지급수준은 신입사원의 경우 월급의 90%를 기준으로 하고, 입사일로부터 근무일수 180일 중에 발생하는 상여금은 (근무일수/180)×기본급으로 지급한다(단, 경력사원의 경우 양 당사자간 사전협의를 따라 지급률과 수습기간을 조정할 수 있다). 수습기간 만료시에는 사원의 근무능력에 따라 계속 근무를 거부할 수 있다. 수습기간의 만료기간은 입사일로부터 만 3개월이 도래하는 달의 말일로 한다.

\*\*\*\*\*

- (3) 참가인들은 기본급의 200%인 2012년 1,914,440원(시급 4,580원×209시간×200%), 2013년 2,031,480원(시급 4,860원×209시간×200%), 2014년 2,177,780원(시급 5,210원 기준)을 매월 분할하여 상여금으로 지급받았고, 원고 ○○○스의 상여금(경영실적 성과급) 지급규정에 따라 소속 근로자인 이○자는 2012.1.1.부터 2014.12.23.까지 기본급의 400%인 2012년 3,828,880원(시급 4,580원×209시간×400%), 2013년 4,180,000원(시급 5,000원 기준), 2014년 4,472,600원(시급 5,350원 기준)의 상여금을, 홍○미는 2012.4.23.~2015.1.9. 동안 기본급의 400%인 2012년 3,828,880원(시급 4,580원 기준), 2013년 4,062,960원(시급 4,860원 기준), 2014년 4,355,560원(시급 5,210원 기준)의 상여금을, 강○경은 2012.1.1.부터 2015.1.9.까지 기본급의 400%인 2012년 3,828,880원(시급 4,580원 기준), 2013년 4,297,040원(시급 5,140원 기준), 2014년 4,589,640원(시급 5,490원 기준)의 상여금을, 최○울은 2013.4.25.부터 2015.1.9.까지 기본급의 400%인 2013년 4,658,000원(시급 5,571원 기준), 2014년 4,890,880원(시급 5,850원 기준)의 상여금을 각 연 4회(3, 6, 9, 12월)로 나누어 지급받았다.

#### 나) 판 단

앞서 본 바와 같이 원고 ○○○스는 경력직이 아닌 신입사원에게 입사 후 180일의 기간 동안 ‘근무일수/180×기본급’의 기준에 따른 성과급을 지급하였고, 이○자, 홍○미, 강○경, 최○울 등 경력직 근로자들에게는 연 400%의 상여금을 지급하였으나, 참가인들은 원고 ○○○스와 이 사건 파견사업주들 사이의 근로자파견계약에 정해진 바에 따라 근로기간과 무관하게 연 200%의 상여금만을 지급받았다. 따라서 참가인들이 입사 후 6개월의 기간 동안 연 200%의 상여금을 지급받은 이상, 입사 후 180일의 기간 동안 100%의 상여금을 지급받은 정규직 근로자들에 비하여 불리한 처우를 받았다고 볼 수 없으나, 정규직 근로자들이 입사 후 180일이 지난 후 연 400%의 상여금을 지급받았음에도 참가인들은 입사 후 6개월이 지난 기간에도 계속하여 연 200%의 상여금만을 지급받았으므로, 위 기간에 대하여는 불리한 처우를 받은 것으로 봄이 상당하다. 참가인들이 원고 ○○○스에 정규직 근로자로 입사하여 6개월 동안의 수습기간을 적용받았을 경우 지급받았을 상여금과 실제로 지급받은 상여금의 차액은 다음과 같고, 자세한 계산내역은 별지 2 표 기재와 같은바, 참가인 임○민, 조○별의 경우 정규직 근로자로서 지급받았을 상여금보다 많은 상여금을 지급받았으므로 차별적 처우를 받았다고 볼 수 없고, 참가인 권○영의 경우 근무기간이 6개월 미만임에도 정규직 근로자보다 적은 상여금을 지급받았으나, 이는 주식회사 □□잡과 원고 ○○○스의 상여금 지급기준일이 달라 발생한 차이에 불과한 것으로 보이므로, 참가인 권○영도 상여금 지급에 있어 차별적 처우를 받지 않은 것이라고 봄이 상당하다. <표 생략>

또한 이 사건과 같이 파견근로자가 소속 파견사업주를 바꾸는 방법으로 계속하여 동일한 사용사업주의 사업장에서 근무한 경우, 파견근로자가 특정 파견사업주 소속으로 근무한 기간 동안 이루어진 차별적 처우에 대하여는 그 파견사업주의 책임이 인정된다 할 것이나, 다른 파견사업주 소속으로 근무한 기간에는 당해 파견사업주가 파견근로자의 근로조건에 대하여 아무런 영향을 미칠 수 없어 해당 기간 동안의 차별적 처





우에 대한 책임은 인정할 수 없다 할 것이다. 그런데 앞서 본 바와 같이 참가인 이○란은 2014.11.1.부터 2014.12.20.까지 원고 □□□넷 소속으로, 참가인 박○희는 2014.11.1.부터 2014.12.19.까지 원고 △△인 소속으로 각각 근무한 후 퇴사함으로써 3, 6, 9, 12월의 말일 1개월 이상 재직 중인 근로자에 한하여 성과급을 지급한다고 규정한 원고 ○○○스의 취업규칙 제67조제3항 본문의 지급요건을 갖추지 못하게 되었고, 비교대상근로자인 원고 ○○○스 소속의 정규직 근로자로서도 위 기간 중에는 상여금을 지급받을 수 없었을 것이므로, 참가인 이○란이 원고 □□□넷 소속으로 근무한 기간과 참가인 박○희가 원고 △△인 소속으로 근무한 기간 동안 상여금 지급에 있어 차별적 처우가 있었다고 볼 수 없다. 따라서 원고 □□□넷, △△인은 참가인 이○란, 박○희가 받은 차별적 처우에 대한 책임을 부담하지 아니한다.

#### 6) 합리적 이유가 있는 차별인지 여부

기간제법 제2조제3호에서 ‘합리적인 이유가 없는 경우’라 함은 기간제근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나, 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 의미한다고 할 것이고, 합리적인 이유가 있는지 여부는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제근로자의 고용형태, 업무의 내용과 범위, 권한, 책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2012.10.25. 선고 2011두7045 판결 등 참조). 이러한 법리는 파견 근로자에 대한 차별적 처우 금지에도 동일하게 적용된다.

앞서 본 바와 같이 원고 ○○○스는 입사 후 180일이 지난 정규직 근로자들에게 연 400%의 상여금을 지급하였고, 참가인 김○희, 이○미, 이○란, 박○희, 윤○희에게는 입사 후 6개월이 지난 후에도 연 200%의 상여금만을 지급하였는바, 위 연 400%의 상여금은 경영실적 및 개인평가에 따라 개인성과 및 평가항목에 준하여 지급대상자를 선정하여 지급하도록 한 원고 ○○○스의 취업규칙 제67조와 무관하게 원고 ○○○스 소속 정규직 근로자들에게 채용조건, 근무성적, 근속연수, 업무의 난이도, 업무량, 근로자의 권한과 책임 범위 등을 불문하고 일률적으로 지급되었으므로, 원고 ○○○스의 주장과 같이 위 참가인들과 비교대상근로자들 사이에 업무 내용이나 권한 등의 차이가 존재하더라도 상여금의 지급액수를 달리하는 근거가 될 수 없다. 따라서 비교대상근로자에게는 연 400%의 상여금을 지급하면서 위 참가인들에게 연 200%의 상여금만을 지급한 것은 위 참가인들을 합리적 이유 없이 불리하게 처우하는 것이라 할 것이다. 원고 ○○○스의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 7) 배액 배상명령의 당부

앞서 본 바와 같이 원고 ○○○스는 이 사건 파견사업주들에게 원고 ○○○스 정규직 근로자의 임금 등 근로조건에 관하여 6개월의 근무기간에 상응하는 정보만을 제공하였고, 이를 근거로 이 사건 파견사업주들과 사이에 참가인들에게 원고 ○○○스 소속의 180일 미만의 정규직 근로자와 동일한 액수인 연 200%의 성과급만을 지급하는 내용의 근로자파견계약을 체결하였으며, 이후 참가인들이 6개월 이상의 기간 동



안 근무한 사정을 알면서도 180일을 초과한 기간 동안 근무한 정규직 근로자에 상응하는 상여금을 지급하기 위한 아무런 조치를 취하지 아니한 채 만연히 같은 내용의 근로자파견계약을 반복 체결하여 그에 따른 성과급만이 지급되게 하였는바, 참가인들이 6개월을 초과한 근무기간 동안 원고 ○○○스 소속 근로자들보다 현저히 적은 상여금을 지급받았다는 사정은 원고 ○○○스의 취업규칙, 위 근로자파견계약 등에 비추어 현저한 사실로서 원고 ○○○스는 위 차별적 처우에 대한 명백한 고의가 있었다 할 것이고, 참가인들을 차별하는 내용의 근로자파견계약을 반복하여 체결함으로써 위 참가인들에 대한 차별적 처우가 최소 6개월에서 최대 2년 8개월의 장기간 동안 계속된 이상, 이는 그에 대한 문제가 제기되거나 시정명령을 받았는지 여부와 무관하게 차별적 처우가 반복된 경우에 해당한다 할 것이므로, 기간제법 제13조 제2항 단서에 따라 원고 ○○○스에 대하여 손해액의 2배의 배상을 명한 것은 정당하다 할 것이다.

- 8) 따라서 이 사건 재심판정 중 원고 △△인, □□□넷에 대한 부분, 원고 ○○○스에 대한 부분 중 연차휴가수당 미지급에 관한 부분, 원고 ○○○스의 참가인 임○민, 조○별, 권○영에 대한 상여금 지급에 관한 부분, 원고 ○○○스로 하여금 참가인 김○희에게 2,598,460원(1,299,230원×2배), 참가인 이○미에게 2,473,940원(1,236,970원×2배), 참가인 이○란에게 8,286,468원(4,143,234원×2배), 참가인 박○희에게 8,233,664원(4,116,832원×2배), 참가인 윤○희에게 3,718,456원(1,859,228원×2배)을 초과하는 금원을 지급할 것을 명한 부분은 위법하여 취소되어야 한다.

### 3. 결 론

그렇다면 원고 △△인, □□□넷의 청구는 이유 있으므로 이를 인용하고, 원고 ○○○스의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하며, 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김용철, 판사 황지원, 판사 김남균



## 1.2 임금의 차별적 지급은 계속되는 차별적 처우에 해당

☞ 대법원 2011. 12. 22. 선고 2010두3237 판결★

### » 요 지 «

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’이라고 한다) 제9조 제1항에서 정한 차별적 처우의 시정신청기간은 제척기간이므로 그 기간이 경과하면 그로써 기간제법에 따른 시정을 신청할 권리는 소멸하나, 계속되는 차별적 처우의 경우 종료일로부터 3월 이내에 시정을 신청하였다면 계속되는 차별적 처우 전체에 대하여 제척기간을 준수한 것이 된다. 한편 사용자가 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 단서에서 정한 ‘계속되는 차별적 처우’에 해당한다고 보는 것이 타당하다.[갑 등이 정규직에 비하여 임금지급에서 차별적 처우를 받았으며 차별 시정신청을 하였는데, 중앙노동위원회가 차별적인 처우를 인정하면서 시정신청일로부터 3개월 전인 날부터 차별적 처우 종료일까지 적게 지급한 금액을 지급하라는 시정명령을 하는 한편, 그 이전에 해당하는 부분은 기각한 사안에서, ‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’ 시행일부터 차별적 처우 종료일까지 차별적 처우 전체에 대하여 시정을 구할 수 있다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례]

\* 원고, 피상고인 : 원고 1 외 6인

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 2010. 1. 13. 선고 2009누17614 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 (이하 ‘기간제법’이라고 한다) 제9조제1항은 “기간제근로자 또는 단시간근로자는 차별적 처우를 받은 경우 노동위원회법 제1조의 규정에 따른 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있다. 다만, 차별적 처우가 있는 날(계속

되는 차별적 처우는 그 종료일)부터 3월이 경과한 때에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다.

이와 같은 차별적 처우의 시정신청기간은 제척기간이라고 할 것이므로 그 기간이 경과하면 그로써 기간제법에 따른 시정을 신청할 권리는 소멸하나, 계속되는 차별적 처우의 경우 그 종료일부터 3월 이내에 시정을 신청하였다면 그 계속되는 차별적 처우 전체에 대하여 제척기간을 준수한 것이 된다고 할 것이다.

한편, 사용자가 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 제9조제1항 단서가 정한 ‘계속되는 차별적 처우’에 해당한다고 봄이 상당하다.

원심 및 원심이 인용한 제1심판결에 의하면, 원심은 판시와 같은 사실을 인정한 다음 원고들이 각 입사 이후부터 임금 지급에 있어 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고 한다)으로부터 받아 온 일련의 차별적 처우는 참가인의 기간제근로자 운영지침에 기초하여 계속적으로 이루어진 것으로서 ‘계속되는 차별적 처우’에 해당한다고 보고, 기간제법의 시행일인 2007.7.1.부터 2008.4.13.까지의 임금 지급과 관련된 차별적 처우에 대하여 그 시정을 구할 수 있다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 ‘계속되는 차별적 처우’에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

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

대법관 이인복(재판장), 김능환, 안대희(주심), 민일영

### 1.3 근로계약기간 만료 후에도 차별시정을 구할 시정이익 인정

☞ 대법원 2016. 12. 1. 선고 2014두43288판결★

#### » 요 지 «

차별시정절차는 사용자의 차별적 처우로 말미암아 기간제근로자에게 발생한 불이익을 해소하여 차별적 처우가 없었더라면 존재하였을 상태로 개선함으로써 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 바로잡고 근로조건 보호를 강화하려는 데에 그 주된 목적이 있으며, 기간제근로자 지위를 회복하거나 근로계약기간 자체를 보장하기 위한 것은 아니므로, 근로계약기간의 만료 여부는 차별적 처우의 시정과는 직접적인 관련이 없는 사정이라고 할 수 있고, 차별적 처우의 시정신청에 따라 발하는 노동위원회의 시정명령 내용 중 하나로 들고 있는 금전보상명령 또는 배상명령은 과거에 있었던 차별적 처우의 결과로 남아 있는 불이익을 금전적으로 전보하기 위한 것으로서, 그 성질상 근로계약기간이 만료한 경우에도 발할 수 있다.

아울러 차별적 처우를 받은 기간제근로자의 근로계약기간이 만료하였다고 하여 기간제법 제15조의2에서 정한 고용노동부장관의 직권에 의한 사용자에게 대한 시정요구나 고용노동부장관의 통보에 따른 노동위원회의 시정절차 진행이 불가능하게 된다고 보기도 어렵다.

나아가 기간제법 제13조제2항은 사용자의 명백한 고의가 있거나 반복적인 차별적 처우에 대하여 기간제근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상을 명령할 수 있는 권한을 노동위원회에 부여하고 있으며, 제15조의3은 시정명령이 확정된 경우에 그 효력 확대 차원에서 고용노동부장관이 직권으로 다른 기간제근로자에 대한 차별적 처우를 조사하여 사용자에게 시정을 요구하고 노동위원회에 통보하여 시정절차를 진행할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 따라 시정명령의 내용 중에서 배상명령은 제재 수단으로서 독자성을 인정할 필요가 있고 중요한 의미를 가진다고 할 것이며, 또한 시정명령의 효력 확대를 위한 전제로서 시정절차를 개시·유지할 필요도 있게 되었다.

위와 같은 시정절차 관련 규정의 내용과 그 입법목적, 시정절차의 기능, 시정명령의 내용 등을 종합하여 보면, 시정신청 당시에 혹은 시정절차 진행 도중에 근로계약기간이 만료하였다는 이유만으로 기간제근로자가 차별적 처우의 시정을 구할 시정이익이 소멸하지는 아니한다고 보아야 한다.

\* 원고, 상고인 : A

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 피고보조참가인 1외 3인

\* 원심판결 : 서울고법 2014. 9. 17. 선고 2013누51093 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 상고이유 제1점에 대하여

가. 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’이라 한다) 제9조제1항, 제12조제1항에 의하면, 기간제근로자가 차별적 처우를 받은 경우에 그 차별적 처우가 있는 날(계속되는 차별적 처우는 그 종료일)부터 6개월 이내에 노동위원회에 시정을 신청할 수 있고, 노동위원회는 그 신청에 따라 조사·심문을 거쳐 차별적 처우에 해당한다고 판정한 때에는 사용자에게 시정명령을 발한다.

이러한 시정절차는 사용자의 차별적 처우로 말미암아 기간제근로자에게 발생한 불이익을 해소하여 차별적 처우가 없었더라면 존재하였을 상태로 개선함으로써 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 바로잡고 근로조건 보호를 강화하려는 데에 그 주된 목적이 있으며, 기간제근로자 지위를 회복하거나 근로계약기간 자체를 보장하기 위한 것은 아니므로, 근로계약기간의 만료 여부는 차별적 처우의 시정과는 직접적인 관련이 없는 사정이라고 할 수 있다.

그리고 구 기간제법(2014.3.18. 법률 제12469호로 개정되기 전의 것) 제13조 및 위 법률로 개정된 기간제법 제13조제1항에서 차별적 처우의 시정신청에 따라 발하는 노동위원회의 시정명령 내용 중 하나로 들고 있는 금전보상명령 또는 배상명령은 과거에 있었던 차별적 처우의 결과로 남아 있는 불이익을 금전적으로 전보하기 위한 것으로서, 그 성질상 근로계약기간이 만료한 경우에도 발할 수 있다고 해석된다.

아울러 차별적 처우를 받은 기간제근로자의 근로계약기간이 만료하였다고 하여 기간제법 제15조의2에서 정한 고용노동부장관의 직권에 의한 사용자에 대한 시정요구나 고용노동부장관의 통보에 따른 노동위원회의 시정절차 진행이 불가능하게 된다고 보기도 어렵다.

나아가 기간제법 제13조제2항은 사용자의 명백한 고의가 있거나 반복적인 차별적 처우에 대하여 기간제근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상을 명령할 수 있는 권한을 노동위원회에 부여하고 있으며, 제15조의3은 시정명령이 확정된 경우에 그 효력 확대 차원에서 고용노동부장관이 직권으로 다른 기간제근로자에 대한 차별적 처우를 조사하여 사용자에게 시정을 요구하고 노동위원회



에 통보하여 시정절차를 진행할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 따라 시정명령의 내용 중에서 배상명령은 제재 수단으로서 독자성을 인정할 필요가 있고 중요한 의미를 가진다고 할 것이며, 또한 시정명령의 효력 확대를 위한 전제로서 시정절차를 개시·유지할 필요도 있게 되었다.

위와 같은 시정절차 관련 규정의 내용과 그 입법목적, 시정절차의 기능, 시정명령의 내용 등을 종합하여 보면, 시정신청 당시에 혹은 시정절차 진행 도중에 근로계약기간이 만료하였다는 이유만으로 기간제근로자가 차별적 처우의 시정을 구할 시정이익이 소멸하지는 아니한다고 보아야 한다.

나. 원심은 판시와 같은 이유를 들어, 근로계약기간 만료 등으로 사용자와 근로관계가 종료하더라도 기간제근로자가 차별적 처우의 시정을 구할 시정이익은 소멸하지 않는다고 판단하여, 이와 다른 전제에서 원고와 피고 보조참가인들(이하 '참가인들'이라 한다) 사이의 근로관계가 이 사건 재심판정 이전에 근로계약기간 만료로 종료한 이상 참가인들이 차별적 처우의 시정을 구할 시정이익이 소멸하였다는 원고의 주장을 배척하였다.

다. 원심판결 이유를 살펴보면, 이러한 원심 판단은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 시정절차의 시정이익이나 구제이익에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

상고이유에서 들고 있는 대법원판결들은 이 사건과 사안이 다르므로, 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

기간제법 제8조제1항은 기간제근로자에 대한 차별적 처우가 있었는지를 판단하기 위한 비교대상 근로자를, '해당 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자'로 규정하고 있다.

비교대상 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 아니하고 업무의 범위나 책임·권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면, 특별한 사정이 없는 한 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다(대법원 2014.11.27. 선고 2011두5391 판결 등 참조).

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 참가인들의 비교대상 근로자로 선정된 정규직 운전강사와 참가인들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위나 책임·권한 등에서 다소 차이가 있기는 하지만 수강생에 대한 운전강습이라는 주된 업무의 내용

에서는 본질적인 차이가 없으므로, 정규직 운전강사는 참가인들과 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 비교대상 근로자에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 이러한 원심판단에 상고이유 주장과 같이 비교대상 근로자 선정기준에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

### 3. 상고이유 제3점에 대하여

기간제법 제2조제3호는 임금이나 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 기간제 근로자를 불리하게 처우하는 것을 차별적 처우로 규정하고 있다.

여기서 불리한 처우란 사용자가 임금이나 그 밖의 근로조건 등에서 기간제근로자와 비교대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하며, 합리적인 이유가 없는 경우란 기간제근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나, 달리 처우할 필요성이 인정되더라도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 것을 뜻한다.

또한 합리적인 이유가 있는지 여부는, 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로, 급부의 실제 목적, 고용형태의 속성과 관련성, 업무의 내용 및 범위·권한·책임, 노동의 강도·양과 질, 임금이나 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2012.10.25. 선고 2011두7045 판결 등 참조).

원심은 판시와 같은 이유를 들어, (1) 이 사건 상여금 등은 업무의 내용이나 권한 및 책임의 강도에 따라 차등적으로 지급되는 금품이라고 보기 어렵고, 장기근속자를 우대하거나 장기근속을 유도하기 위하여 지급되는 것이라고 볼 증거도 없으며, 정규직 운전강사만 가입한 노동조합과 체결한 단체협약에 따라 이 사건 상여금 등이 차등 지급되었다는 사실만으로도 차별적 처우의 합리적인 이유는 될 수 없다는 사실 등을 인정한 다음, (2) 이러한 사실들을 종합하여 보면, 원고가 참가인들에게 이 사건 상여금 등을 정규직 운전강사와 달리 지급한 것은 임금 그 밖의 근로조건 등을 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 이유 설시에 일부 미흡한 부분이 있으나 위와 같은 원심의 판단은 앞에서 본 법리에 부합한다고 보이고, 거기에 상고이유 주장과 같이 차별적 처우의 합리적인 이유 존부에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

### 4. 결 론

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

대법관 김소영(재판장), 김용덕(주심), 김신, 이기택





## 2. 비교대상근로자

### 2.1 비교대상근로자 유무

- (1) 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없는 경우 동종·유사 업무 해당 여부

☞ 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2132 판결★

#### » 요 지 «

1. 기간제근로자보호법 제8조 제1항은 “사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다.

여기에서 ‘당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’(이하 ‘비교 대상 근로자’라고 한다)의 업무가 기간제근로자의 업무와 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.

2. 기간제근로자보호법 제2조제3호는 ‘차별적 처우’를 ‘임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것’으로 정의하고 있다. 여기에서 불리한 처우란 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제근로자와 비교 대상을 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하고, 합리적인 이유가 없는 경우란 기간제근로자를 다르게 처우할 필요성이 인정되지 않거나 다르게 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 의미한다. 그리고 합리적인 이유가 있는지 여부는 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 한다.

\* 원고, 상고인 : 주식회사 A은행

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : ○○○외 80명

\* 원심판결 : 서울고법 2010.12.3. 선고 2010누17139 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 보조참가로 인한 비용을 포함하여 원고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 살펴본다.

### 1. 상고이유 제1점에 관하여

- (1) 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제근로자보호법’이라고 한다) 제9조 제1항은 “기간제근로자 또는 단시간근로자는 차별적 처우를 받은 경우 노동위원회법 제1조의 규정에 따른 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있다. 다만, 차별적 처우가 있는 날(계속되는 차별적 처우는 그 종료일)부터 3월이 경과한 때에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있는바, 계속되는 차별적 처우에 대하여 그 종료일부터 3개월 내에 시정을 신청하였다면 그 계속되는 차별적 처우 전체에 대하여 제척기간을 준수한 것이 된다.

한편, 사용자가 계속되는 기간제근로자의 근로제공에 대하여 합리적인 이유 없이 불리하게 임금을 지급하여 왔다면, 특별한 사정이 없는 한 그러한 임금의 차별적 지급은 기간제근로자보호법 제9조 제1항 단서가 정한 ‘계속되는 차별적 처우’에 해당한다(대법원 2011.12.22. 선고 2010두3237 판결 참조).

- (2) 원심은 제1심판결을 인용하여, 원고 은행이 이 사건 차별적 처우 시정 재심 신청인들인 기간제근로자들(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 있다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 ‘계속되는 차별적 처우’에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 2. 상고이유 제2점에 관하여

- (1) 기간제근로자보호법 제8조 제1항은 “사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업

또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다.

여기에서 ‘당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’(이하 ‘비교 대상 근로자’라고 한다)의 업무가 기간제근로자의 업무와 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.

- (2) 원심은 제1심판결을 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 원고 은행이 임금피크제를 실시하면서 그 대상 직원 중 영업마케팅 업무와 내부통제점검 업무를 겸임하는 직원(이하 ‘영업마케팅·내부통제점검 직원’이라고 한다)들에게 영업마케팅 업무를 주된 업무로, 내부통제점검 업무를 부수적인 업무로 부여하였으나, 영업마케팅 업무에 관하여는 아무런 관리·감독을 하지 아니하여 실제로 영업실적이 거의 나타나지 않은 반면, 업무내용이 정형화되어 있고 업무수행 내용을 매일 기록하게 한 내부통제점검 업무는 제대로 수행된 것으로 보이는 점, ② 원고 은행이 영업마케팅·내부통제점검 직원들에 대한 평가에서 영업마케팅 업무의 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 기간제근로자보호법 제8조 제1항이 정한 비교 대상 근로자에 해당한다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 비교 대상 근로자에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

### 3. 상고이유 제3점에 관하여

- (1) 기간제근로자보호법 제2조 제3호는 ‘차별적 처우’를 ‘임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것’으로 정의하고 있다.

여기에서 불리한 처우란 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제근로자와 비교 대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반



을 의미하고, 합리적인 이유가 없는 경우란 기간제근로자를 다르게 처우할 필요성이 인정되지 않거나 다르게 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 의미한다. 그리고 합리적인 이유가 있는지 여부는 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 한다.

- (2) 원심은 제1심판결을 인용하여, 원고 은행이 이 사건 근로자들에게 정규직인 비교대상 근로자보다 불리하게 통근비, 중식대를 차별 지급한 사실을 인정한 다음, ① 통근비와 중식대는 실비변상적인 것으로서 업무의 범위나 난이도, 업무량 등에 따라 차등지급할 성질의 것이 아닌 점, ② 정규직 직원들에 대한 장기근속 유도 목적은 원고 은행이 마련하고 있는 각종 제도로 충분히 달성할 수 있을 것으로 보이는 점 등을 종합하여 볼 때, 통근비 및 중식대 지급과 관련한 차별적 처우에 합리적인 이유가 있다고 볼 수 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 차별적 처우에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

#### 4. 결 론

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

대법관 박일환(재판장), 신영철, 민일영(주심), 대법관 박보영

☞ 서울고법 2017. 6. 9. 선고 2016누51667 판결<sup>19)</sup>

### » 요 지 «

1. 기간제법 제2조제3호는 차별적 처우를 ‘임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것’으로 정의하고 있다. 여기서 불리한 처우라 함은 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제근로자와 비교대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미한다.

원고의 2014년 및 2015년 임금협약서 제4조제2항에 의하면 각종 수당은 별표2에 의하여 지급한다고 규정하고, 별표2에서 정액급식비는 매월 130,000원을 지급하고, 명절휴가비는 설날과 추석에 기본급의 40%를 각 지급하며, 맞춤형복지비는 조합과의 협의에 따라 매년 인당 300포인트(기본포인트 기준)를 지급한다고 규정하고 있을 뿐, 정액급식비, 명절휴가비 및 맞춤형복지비의 경우에는 기간제근로자를 그 지급대상에서 제외하기로 하는 내용이 없다.

그럼에도 불구하고 원고가 비교대상 근로자들과는 달리 기간제근로자인 참가인에게 위 수당을 전혀 지급하지 않은 것은 참가인을 불리하게 처우한 것이라고 봄이 타당하다.

2. 기간제법 제2조제3호의 ‘합리적인 이유가 없는 경우’란 기간제근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나, 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 의미한다. 그리고 합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제근로자의 고용형태, 업무 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

이 사건 정액급식비, 명절휴가비, 맞춤형복지비는 직무의 성질, 업무량, 업무의 난이도 등과는 무관하게 고용관계를 유지하고 근로를 제공하는 모든 직원에게 일률적, 정기적으로 지급하는 수당이므로, 비교대상 근로자들과는 달리 참가인에게 위와 같은 명목의 수당을 지급하지 아니한 것은 합리적 이유가 없는 차별에 해당한다고 봄이 타당하다.

3. 원고가 비서업무를 주된 업무로 수행하는 법인직원에게 지급하는 정액급식비, 명절휴가비, 맞춤형복지비를 기간제근로자인 참가인에게 지급하지 않은 것은 참가인에 대하여 기간제법 제2조제3호 소정의 ‘차별적 처우’에 해당한다.

\* 원고, 피항소인 : 국립대학법인 S대학교

\* 피고, 항소인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 박○○

19) 대법원 2017. 10. 16. 2017두50751 판결에서 심리불속행 기각으로 확정



\* 제1심판결 : 서울행법 2016.6.3. 선고 2015구합72016 판결

### » 주 문 «

1. 제1심 판결을 취소하고, 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송총비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 모두 원고가 부담한다.

### » 청구취지 및 항소취지 «

#### 1. 청구취지

중앙노동위원회가 2015.7.14. 원고와 피고보조참가인 사이의 중앙2015차별12 국립대학법인 S대학교 차별시정 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

#### 2. 항소취지

주문과 같다.

### » 이 유 «

#### 1. 재심판정의 경위

가. 원고와 피고 보조참가인의 지위

원고는 「국립대학법인 S대학교 설립·운영에 관한 법률」(이하 ‘S대법’이라 한다)에 따라 2011.12.28. 설립되어 상시근로자 약 2,800명을 사용하여 국가의 발전에 기여하고 인류의 번영에 공헌함을 목적으로 인재육성 등의 사업을 수행하는 법인이고, 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)은 2013.10.7. 원고의 부속시설인 S대학교 미술관에 입사하여 사무보조원으로 근무하다가 2015.10.7. 계약기간 만료로 퇴직한 사람이다.

나. 참가인의 차별적 처우 시정신청 등

- 1) 참가인은 2015.2.6. 서울지방노동위원회에 원고가 원고 소속 법인직원들에 비하여 참가인을 불리하게 처우한 것은 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’이라 한다) 제8조에서 금지하는 차별적 처우에 해당한다고 주장하면서 그 시정을 신청하였는데, 그 신청서에 ‘차별처우 발생일 : 2013.10.7. ~ 현재’, 신청취지 : 동일 업무에 대한 동일 처우’, ‘잠정적 비교대상자 : S대학교 법인직원’이라고 기재하였다.
- 2) 참가인은 2015.3.4. 서울지방노동위원회에 제출한 2015.3.3.자 이유서에 그 신청취지를 ‘원고가 2013.10.7. ~ 2015.2.28.까지 참가인에게 비교대상 근로자에 비하여 기본급을 불리하게 지급하고, 정근수당, 성과상여금, 정액급식비, 명절휴가비, 맞춤형복지비를 지급하지 않은 것은 차별적 처우임을 인정한다. 원고는 참가인에게 위 기본급, 정근수당, 성과상여금, 정액급식비, 명절휴가비, 복지포인트에 상당하는 금전보상금을 지급하라’라고 기재하였다.



- 3) 참가인은 2015.3.27. 서울지방노동위원회에 제출한 신청취지 및 차별금액산정 정정 신청서를 통하여 그 신청취지를 '원고가 2013.12.1. ~ 2015.4.6.까지 참가인에게 비교대상근로자에 비하여 기본급을 불리하게 지급하고, 정근수당, 성과상여금, 정액급식비, 명절휴가비, 맞춤형복지비를 지급하지 않은 것은 차별적 처우임을 인정한다. 원고는 참가인에게 위 기본급, 정근수당, 성과상여금, 정액급식비, 명절휴가비, 맞춤형복지비 합계 21,026,272원의 금전보상금을 지급하라'로 변경하였다.
- 4) 서울지방노동위원회는 2015.4.6. 원고 법인에 참가인과 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 비교대상 근로자가 존재하지 않는다는 이유로 참가인의 신청을 기각하였다.

#### 다. 참가인의 재심신청 등

- 1) 참가인은 2015.4.30. 중앙노동위원회에 재심신청서를 제출하였는데, 재심신청서의 재심신청취지란에 위 나. 2)항의 이유서에 기재한 바와 동일한 내용을 기재하였다.
- 2) 참가인은 2015.6.24. 중앙노동위원회에 제출한 재심이유서를 통하여 원고 법인에서 비서업무를 주된 업무로 수행하는 김○진, 윤○영, 오○희 등 25명을 비교대상 근로자로 제시하였다.
- 3) 중앙노동위원회는 2015.7.14. 참가인이 제시한 비교대상 근로자 중 김○진, 윤○영이 참가인과 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 자에 해당한다고 판단하여 위 초심판정 중 정액급식비, 명절휴가비, 맞춤형복지비에 관한 부분을 취소하고, 원고가 2013.10.7.부터 2015.7.7.까지 참가인에게 정액급식비, 명절휴가비, 맞춤형복지비를 지급하지 아니한 것은 차별적 처우임을 인정하면서 원고에게 금전보상금 6,970,000원을 지급할 것을 명하였으며, 참가인의 나머지 재심신청은 기각하였다(이하 '이 사건 재심판정'이라 한다).

## 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

### 가. 원고의 주장

이 사건 재심판정은 다음과 같은 이유로 위법하므로 취소되어야 한다.

- 1) 참가인은 초심에서 회계업무에 종사하는 법인직원들이 비교대상 근로자라고 주장하였다가 재심단계에 이르러 비서업무에 종사하는 법인직원들을 비교대상 근로자로 선정하였는데, 중앙노동위원회는 비서업무 종사자들이 비교대상 근로자임을 전제로 이 사건 재심판정을 하였다. 따라서 이 사건 재심판정은 초심에서 판단이 이루어지지 않았던 비교대상 근로자를 추가하여 판단한 것으로서 '재심 심리와 판정은 당사자가 재심신청한 불복의 범위 안에서 해야 한다'고 규정한 노동위원회규칙 제114조 및 제89조를 위반하였다.
- 2) 참가인은 초심에서 2013.12.1.부터 2015.4.6.까지의 기간에 대한 차별적 처우의 시정을 구하였고, 재심 단계에서 2013.10.7.부터 2015.2.28.까지의 기간에 대한 차별적 처우의 시정을 구하였는데, 이 사건 재심판정은 그 신청과 달리 차별적 처우가

2013.10.7.부터 2015.7.7.까지 이루어졌다고 판정하였다. 따라서 이 사건 재심판정은 '재심 심리와 판정은 당사자가 재심신청한 불복의 범위 안에서 해야 한다'고 규정한 노동위원회규칙 제114조 및 제89조를 위반하였다.

- 3) 참가인이 수행한 미술관장 비서, 미술관 전시장안내요원 관리, 미술관 행사지원, 행정정보조 업무는 원고 소속 기관을 통틀어 S대학교 미술관 비서인 참가인만이 수행한 업무인 반면, 비서업무를 담당하는 법인직원들은 원고 사업장 내 다른 보직으로 인사발령이 가능하고, S대학교 본부 사무 전반에 대한 이해를 갖추고 2인 이상 보직자의 비서업무를 담당하여 왔으며, 부재시 반드시 업무대행자를 지정해야 할 정도로 담당 업무의 양이 많았으므로, 원고 법인에는 참가인과 동종·유사한 업무에 종사한 비교대상 근로자가 존재하지 않는다.

#### 나. 관계 법령

별지 기재와 같다. <별지 생략>

#### 다. 인정 사실

- 1) 원고는 2013.9.16. S대학교 미술관장(이하 '미술관장'이라 한다) 명의로 비서 1명을 채용한다는 취지의 미술관 직원 채용공고를 하였는데, 위 채용공고문에는 '담당업무 : 행정실 근무(미술관장 비서, 홍보업무 지원, 기타 제반업무 등), 계약기간 : 1년(1회에 한하여 연장 가능), 근무요일 : 월 ~ 금, 근무시간 : 09:00 ~ 18:00(미술관 행사 등으로 추가 근무시 초과수당 지급), 급여 : 월 120만 원, 지원자격 : 고졸 이상, 기본 소양을 갖춘 성실한 자, 채용절차 : 1차 서류전형, 2차 면접'이라고 기재되어 있었다. 참가인은 위와 같은 채용공고를 보고 응모하여 서류전형, 미술관장 면접을 거쳐 채용되었다.
- 2) 참가인은 2013.10.7. 미술관장과 사이에 사무보조원으로서 미술관장 비서, 홍보업무 지원, 기타 미술관장이 필요로 하는 제반 업무를 수행하고, 임금은 매월 120만원을 받는 근로조건으로 2013.10.7.부터 2014.10.6.까지의 계약기간을 정한 근로계약을 체결하였다.
- 3) 원고 소속 근로자의 직군은 2011.12.28. S대법 시행 이후 약 1,500명의 '법인직원'과 약 1,300명의 '자체직원'으로 구분되어 있다. 법인직원은 S대법 시행 전 교육공무원 신분이었던 사람과 기성회직원이었던 사람, 그리고 S대법 시행 이후 법인직원으로 채용된 사람으로 구성되어 있고, 자체직원은 원고 소속 각 기관의 자체예산, 수입 대체경비 등의 재원으로 독자적인 채용절차를 거쳐 채용된 자들로서 기간제 및 무기계약직으로 구성되어 있다.
- 4) S대법 시행 후 법인직원(공채직원, 기성회직원)과 자체직원은 다음 표와 같은 채용절차를 거쳐서 선발되는데, 법인직원은 대학 내 전 기관에 인사발령 및 업무수행이 가능하나, 자체직원은 각 기관에 전속되어 있어 다른 기관에 발령이 불가능하다. 참가인은 자체직원으로서 미술관에 전속되어 있다. 한편, 1992.12.11. 시행된 「S대학



교 기성회직원 규정」 제5조에 따르면 당시 기성회직원은 서류전형의 방법으로 임용되거나, 필기시험, 면접시험 또는 실기시험을 거쳐 임용되었다. <표 생략>

- 5) 2015년 2월 기준으로 당시 S대학교 미술관에는 행정실장, 법인회계담당 주무관, 학예연구사 각 1명씩 3명의 법인직원과 전시기획부 학예연구직 2명(그 중 1명은 휴직 중이었다), 교육홍보부 학예연구직 1명, 교육홍보부 무기계약직 1명, 미술관 관람객 응대 등의 업무를 담당하는 기간제근로자 2명(그 중 1명이 참가인이다) 등 6명의 자체직원이 근무하고 있었다.
- 6) 참가인은 2014년 10월경부터 2015년 2월경까지 조각작품 이미지 사용 요청, 미술관 음악회, 미술관 직원 명함제작, 기획전시 문화자원봉사자 모집안내 메일발송, 전시장안내요원 운영계획, 기획전시 개막식 기념품 구입, 문화예술최고지도자과정 브로슈어 제작, 문화예술최고지도자과정 준비회의 등의 회의비 집행, 미술관 후불주차권 사용 요청, 근로장학금 지급요청, 근로장학인원 배정 및 운영안내 등의 전자문서를 기안하여 품의하였고, 2015년 2월경 근로장학생들의 출근부 확인 업무를 수행하였다.
- 7) 참가인은 2015.3.4. 서울지방노동위원회에 위에서 본 2015.3.3.자 이유서를 제출하였는데, 그 이유서에 '비서업무, 일반서무, 회계업무 등 각종 행정업무를 수행하였다. 참가인과 동종 또는 유사한 업무를 수행하고 있는 법인직원이 많은데 그 중 황○미 등 13명의 수행 업무가 참가인의 수행 업무와 유사하다'고 기재하였다. 참가인은 서울지방노동위원회로부터 주된 업무 등에 관하여 구체적으로 밝히려는 요구를 받고 같은 달 25. 서울지방노동위원회 대질조사에서 '입사 후 첫 한 달간 근로계약서에 명시된 업무를 수행하였고, 그 후부터 법인회계업무(50%), 비서업무(15%), 인사관리(15%), 일반서무(10%) 업무를 수행하였다'고 주장하였다. 참가인이 주장한 법인회계업무는 ㉠ 문화예술최고지도자과정의 소모품 등 구입시 영수증을 첨부하여 품의하는 문화예술최고지도자과정 회계지출업무, ㉡ 미술관장의 식대 처리시 영수증을 첨부하여 품의하는 미술관장 관련 회계처리업무, ㉢ 로비 담당자 홍○혜로부터 미술관 입장료를 정리한 표를 받아 1주일에 1회 엑셀파일로 작성하여 주무관 조○민에게 제출하는 미술관수입대체 세입처리 업무, ㉣ 미술관장 명의로 외부에 화환을 보내고 미술관장 명의의 통장을 관리하는 운영비 관리업무로 구성되어 있다. 이에 대하여 원고는, '참가인이 미술관장 비서업무(50%), 전시장 안내요원 관리(20%), 미술관 행사지원(5%), 행정업무 보조(15%), 기타 제반업무(10%)를 수행하였다'고 진술하였다.
- 8) 참가인은 2015.6.24. 중앙노동위원회에 재심이유서를 제출하였는데, 위 재심이유서에 '자신의 주된 업무는 비서업무인데 일반 행정업무를 병행하였다. 원고 법인에서 비서업무를 주된 업무로 수행하는 근로자들이 많은데 김○진, 윤○영, 오○희 등 25명이 이에 해당한다.'고 기재하였다. 원고가 서울지방노동위원회와 중앙노동위원회에 제출한 자료에 따른 참가인과 비교대상 근로자로 제시된 김○진, 윤○영, 오○희의 사무분장표상 업무내용은 다음과 같다. <표 생략>

- 9) 2009.11.5.부터 S대학교 미술관에서 근무하여 온 양○별은 2016.3.30. 서울행정법원 2015구합71709 사건의 증인신문절차에서 '2012년 ○○대학교 미술관장으로 취임한 권○걸 교수가 회의석상에서 미술관에 전문 비서업무를 수행할 비서를 충원해달라고 요청하여 비서를 채용하게 되었다. 참가인은 미술관장 일정관리, 미술관장 주재 회의업무 지원, 미술관장 언론기사 스크랩 및 웹 업로드 등 홍보지원, 미술관장 명의 대내외 이메일 송수신 및 계정 관리, 미술관장 국·영문 이력서 및 개인주소록 관리, 미술관장 우편물 수·발신 및 관련 업무, 주요 내·외빈 응대, 전화 응대 등의 업무를 주로 수행하였고, 미술관장 법인카드 지출정리, 미술관 운영비 관리, 미술관장 개인 계좌 관리, 관장실 관리 등의 업무를 수행하였다. 미술관장 비서를 채용하기 전에는 행정실 직원들이 비서업무를 분담해서 처리해 왔고, 참가인이 퇴직한 후 행정실 직원들이 비서업무를 분담하여 처리하고 있다'는 취지의 증언을 하였다.

#### 라. 판단

- 1) 재심단계에서의 비교대상 근로자 추가가 허용되는지 여부

노동위원회규칙 제58조는 '노동위원회는 근로자나 노동조합이 구제를 신청한 범위 안에서 판정할 수 있다'고 규정하고 있고, 제89조는 '당사자의 재심 신청은 초심에서 신청한 범위를 넘어서는 아니 되며, 중앙노동위원회의 재심 심리와 판정은 당사자가 재심신청한 불복의 범위 안에서 하여야 한다.'고 규정하고 있으며, 제114조는 '차별시정의 재심에 관한 사항은 제89조에서 제98조까지의 규정을 준용한다.'고 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 차별시정신청을 하도록 규정하고 있으며, 위 제100조에 따른 차별적 처우 시정신청서 양식인 별지 제35호 서식의 '신청이유'란에는 '차별적 처우 내용'과 '잠정적' 비교대상자를 기재하도록 되어 있다. 한편, 기간제법 제9조제1항 단서는 차별적 처우가 있는 날(계속되는 차별적 처우는 그 종료일)로부터 6개월이 경과한 때에는 차별시정을 신청할 수 없다고 규정하고 있다. 또한 기간제법 제9조제4항은 '제8조 및 제1항 내지 제3항과 관련한 분쟁에 있어서 입증책임은 사용자가 부담한다.'고 규정하고 있다.

위와 같이 노동위원회규칙은 차별적 처우 시정신청서의 '신청취지'란이 아닌 '신청이유'란에 '잠정적' 비교대상자를 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 무기계약직근로자를 비교대상 근로자로 지정할 경우 차별시정제도의 원활한 운영을 저해하게 된다. 위와 같은 사정에다 근로자가 동일한 사용자에게 고용된 근로자 전반의 업무분장을 파악하는 것은 용이하지 않은 점, 노동위원회의 차별시정 신청사건 심리에 엄격한 처분권주의를 적용하여야 할 필요성이 있다고 보기 어려운 점, 사용자에게 증명책임을 부담하게 한 기간제법 제9조제4항의 취지까지 함께 고려하여야 보면, 비교대상 근로자의 추가 내지 변경은 재심단계에서도 허용된다고 봄이 타당하다. 따라서 이와 다른 전제에서 하는 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

원고는 이와 관련하여, 참가인이 재심 단계에서 김○진, 윤○영만을 비교대상 근로자로 선정하였으므로 피고가 당심에 이르러 비교대상 근로자로 오○희를 추가하는 것은 위법하다는 취지의 주장을 한다. 그러나 을가 제15 내지 19호증의 각 기재에 의하면, 참가인이 재심 진행 중인 2015.6.24. '원고 법인에서 비서업무를 수행 중인 근로자들 중 김○진, 윤○영, 오○희 등 25명을 비교대상 근로자로 제시'하였고, 이에 중앙노동위원회가 2015.6.30.경 원고에게 위 근로자들에 대한 자료제출을 요구하였으며, 원고가 2015.7.3. 중앙노동위원회에 오○희 등 25명의 업무내용 등에 관한 자료를 제출한 사실이 인정되므로 중앙노동위원회의 재심판정 단계에서 오○희도 비교대상 근로자에 포함되어 심리가 이루어졌다고 봄이 타당하다. 따라서 중앙노동위원회가 김○진, 윤○영만을 비교대상 근로자로 보고 이 사건 재심판정을 하였다는 전제에서 하는 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

## 2) 이 사건 재심판정이 참가인의 신청 범위를 초과하여 이루어진 것인지

기간제법 제12조는 시정명령의 내용에 대하여 특별한 제한을 두지 않고 있고, 제13조제1항은 시정명령의 내용에 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 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 제65조는 근로자가 금전보상명령을 신청한 경우 보상금액의 산정기간은 해고일로부터 당해 사건의 판정일까지로 한다고 규정하고 있고, 제115조는 차별시정신청사건의 처리에 있어서 제6장(비정규직 차별시정)에 규정한 사항을 제외하고는 그 취지에 어긋나지 않는 범위에서 제5장 제1절부터 제8절까지의 규정과 제12절의 규정을 준용한다고 규정하고 있다.

이처럼 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 정

할 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 하였다 하더라도 신청취지에 기재된 시정 대상기간에 구애받지 않고 심문기일 또는 판정일까지를 시정 대상기간으로 한 시정명령을 할 수 있다 할 것이다. 따라서 이 사건 재심판정이 참가인의 재심 신청취지를 초과한 기간에 대하여 차별적 처우를 인정하고 이를 근거로 배상액을 산정한 것이 기간제법 및 노동위원회규칙을 위반한 것이라고 볼 수 없다.

이 사건의 경우, 참가인이 2015.2.6. 제출한 차별적 처우 시정신청서의 차별처우 발생일란에 '2013.10.7. ~ 현재'로 기재하였다가, 같은 해 3.4. 제출한 이유서에 '2013.10.7. ~ 2015.2.28.'까지의 기간에 대한 차별적 처우를 시정해 달라고 기재하였으며, 2015.3.27.경 제출한 신청취지 및 차별금액산정 정정신청서에 '2013.12.1. ~ 초심 판정일인 2015.4.6.'까지의 기간에 대한 차별적 처우를 시정해 달라고 기재하였음은 앞서 본 바와 같은바, 이처럼 참가인이 원고 법인에서 계속 근무하면서 근무 기간이 늘어감에 따라 신청 취지를 거듭 확장하였다는 점에서 중앙노동위원회가 참가인의 신청 범위를 초과하거나 불복범위를 초과하여 심판하였다고 단정할 수도 없다.

따라서 원고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

### 3) 비교대상 근로자의 존재 여부

#### 가) 관련 법리

기간제법 제8조제1항은 기간제근로자에 대하여 차별적 처우가 있었는지를 판단하기 위한 비교대상 근로자로 '당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자'를 들고 있다. 여기서 '동종 또는 유사한 업무'란 직종, 직무 및 작업 내용이 동일성 또는 유사성을 가진 업무를 말하고, 비교대상 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, 업무 성격의 유사성, 업무에서 각 근로자 집단 상호 간의 대체 가능성 등을 종합적으로 고려하여야 판단하여야 한다. 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용, 작업조건 등 핵심 요소에 본질적인 차이가 없다면 달리 특별한 사정이 없는 한 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고



보아야 한다. 예컨대 정규직근로자에게는 해당 업무와 직접 관련된 자격이 요구되는 반면 기간제근로자에게는 그러한 자격이 요구되지 않는 경우와 같이 양자 사이에 '현저한 질적 차이'가 인정될 만한 특별한 사정이 없는 한, 채용 절차나 보수적인 업무 내용 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 못한다(대법원 2012.10.25. 선고 2011두7045 판결 등 참조).

#### 나) 판단

앞서 인정한 사실에다 갑 제16, 17호증, 을나 제1, 3, 6, 11 내지 13호증의 각 기재와 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하면, 참가인과 비교대상 근로자 김○진, 윤○영, 오○희가 수행한 주된 업무는 '비서업무'로서 그 업무의 성격 및 내용에 현저한 질적 차이가 있다고 볼 수 없다. 따라서 원고 법인에는 참가인의 비교대상 근로자가 존재한다고 봄이 타당하다.

- (1) 비교대상 근로자 김○진은 14명의 부서원들이 소속된 S대학교 본부 기획처 기획과의 부속실에 근무하면서 기획처장, 기획부처장, 협력부처장 등 간부 3명의 일정을 관리하고, 내방객의 방명록을 정리하며, 위 간부들의 국·영문 이력서와 지시자료, 회의자료를 작성 및 관리하고, 기획처에 소속된 2과 6팀의 부서, 2개의 부속시설 및 유관부서의 업무를 지원하고 간부지시사항을 전달하는 등의 업무를 수행하였다. 비교대상 근로자 윤○영은 13명의 부서원들이 소속된 S대학교 본부 사무국 총무과의 사무국장실에 근무하면서 대학행정교육원장을 겸하는 사무국장장과 재정전략실장을 겸하는 시설관리국장 등 간부 2명의 일정을 관리하고, 내방객의 방명록을 정리하며, 위 간부들의 국·영문 이력서와 지시자료, 회의자료를 작성 및 관리하고, 사무국(인사교육과, 총무과, 재무과, 행정관리팀), 시설관리국(캠퍼스관리과, 시설기획과, 시설지원과), 재정전략실(예산과, 재정전략팀, 자산운영팀) 및 대학행정교육원의 업무를 지원하고 기밀문서를 보고하는 등의 업무를 수행하였다. 비교대상 근로자 오○희는 사범대학 학장, 부학장의 일정을 관리하고, 사범대학 교수회의, 학과장회의, 부학장회의 자료를 배포하고 다과를 준비하고, 사범대학 소관부서(사무실, 교무실, 기획행정실) 업무를 지원하고, 면담·내방객을 응대하고, 기밀사항을 관리하는 업무를 수행하였다. 한편 참가인은 미술관장의 일정을 관리하고, 미술관장이 주재하는 회의자료를 배포하고, 회의비와 업무추진비 등 지출을 관리하고, 다과 준비 등 내·외빈을 접대하고, 전시장 안내요원 선발관리 및 근태관리 등의 업무를 수행하였다. 비교대상 근로자들이 수행한 주된 업무는, 부서장 일정관리, 회의 준비, 업무지원, 내방객 안내 등으로 보이는데, 이는 참가인이 미술관장의 일정을 관리하고, 회의 자료를 배포하고, 미술관장실 기기를 유지관리하며, 내빈 면담 등의 업무를 수행한 것과 크게 다르지 않다.
- (2) 비교대상 근로자들 중 김○진, 윤○영은 본부 소속 간부의 비서로서 타 부서의

업무를 지원하기도 하였으나, 이는 본부에 소속된 간부들의 업무 특성상 소속부서의 독립된 업무 외에 타부서와의 유관업무가 많기 때문에 간부의 업무를 지원하는 과정에서 비서들도 유관부서의 업무 지원도 함께 하게 되기 때문이라고 보이고, 타부서 지원업무로 인해 비교대상 근로자들과 참가인의 업무에 본질적인 차이가 발생한다고 보기는 어렵다. 또한 비교대상 근로자 중 오○희는 사범대학 소속 비서로서 사범대학의 학장·부학장 지원업무 및 학과 소관부서 업무 외에 오○희가 소속되지 않은 타기관 내지는 타부서 지원업무는 하지 아니하였는바, 이처럼 타부서의 업무를 지원하였는지 여부는 비교대상 근로자들 사이에서조차 공통되지 않는다는 점에서 비교대상 근로자들과 참가인이 수행한 업무에 본질적인 차이가 있는지를 구별하는 기준이 된다고 보기 어렵다.

원고는 본부 소속 비서들이 타부서 지원업무를 수행하기 위해서는 대학 및 소속부서 및 연관 부서의 업무 전반에 대한 폭넓은 이해와 경험이 필요한 반면, 참가인의 업무는 단순 업무로서 비교대상 근로자들의 업무에 비하여 중요성과 난이도가 떨어진다고 주장한다. 그러나 설령 참가인의 업무가 비교대상 근로자들의 업무보다 중요성과 난이도가 낮다고 하더라도, 이는 비교대상 근로자들이 지원하는 간부의 소속 부서(대학본부 내지는 학과)가 미술관에 비해 규모가 크고 업무량이 많다는 점, 즉 업무의 양적 차이에서 비롯된 것으로 볼 수 있다.

(3) 원고는, 참가인이 실제로는 간단한 물품 구입, 주차권 사용 신청, 식사비용 처리 등 별도의 교육훈련이 필요하지 않은 단순 사무보조업무를 주로 수행하였다고 주장한다. 그러나 서울행정법원 2015구합71709호 사건에서 증인으로 출석한 양○별이 ‘참가인을 채용할 당시 미술관장이었던 권○걸 교수는 미술대학 학장을 역임할 당시의 미술대학 비서였던 윤○영을 언급하면서 윤○영 같은 비서를 뽑아달라고 말하였으며, 참가인은 비서업무 수행 시에는 다른 직원이 아닌 관장으로 부터 직접 지시를 받아 업무를 수행하였다’고 증언하였고, 참가인이 작성한 품의서를 보더라도 참가인은 관장의 지시에 따라 각종 행사 안내 메일을 작성·발송하고, 미술관 행사를 지원하며, 회의비 지출을 관리하는 등 관장의 비서업무를 수행하였음을 인정할 수 있으므로, 참가인의 업무가 업무분장표에 기재된 것과 다르게 단순한 사무보조업무에 국한되었다고 보기 어렵다.

(4) 참가인이 초심 단계에서 자신의 주된 업무를 ‘회계업무’라고 주장하였다가 재심 단계에서 ‘비서업무’라고 주장하기는 하였으나, 참가인이 자신의 주된 업무를 회계업무라고 주장한 것은 미술관장의 회의비, 업무추진비 등의 비용을 처리하는 업무를 회계업무라고 오인하였기 때문인 것으로 보이고, 비서업무를 수행하는 대상 간부의 직무상 지출을 비용 처리하는 업무 또한 비서업무의 일환이므로, 참가인이 서울지방노동위원회에서 한 주장만으로 참가인의 주된 업무가 비서업무가 아니라고 단정할 수 없다[참가인은 2015.3.4. 서울지방노동위원회에 제출한 2015.3.3.자 이유서에 ‘비서업무 및 일반 서무업무를 비롯한 각종 행정업무와 수

입대체경비 관리(회계업무)업무 등까지 수행하였다'고 기재하였다는 점에서 참가인이 위와 같이 주장을 변경하였다고 단정적으로 평가하기도 어렵다].

- (5) 기간제근로자와 정규직근로자에 대한 채용절차가 동일하지 않은 경우가 대부분인 근로현실에서 채용절차가 다르다는 사정을 들어 업무의 동질성을 부인한다면 기간제근로자를 보호하고 차별적 처우를 시정하려는 기간제법의 취지가 몰각될 우려가 있다. 따라서 채용절차의 차이를 들어 업무에서도 본질적인 차이가 있다고 보려면 정규직근로자에게는 해당 업무와 직접 관련된 자격이 요구되는 반면 기간제근로자에게는 그러한 자격이 요구되지 않는 등 '현저한 질적 차이'를 인정할 수 있어야 한다.

원고 법인 기성회 직원의 경우 워드프로세서 2급 이상 등 전산자격증 중 1개 이상을 소지하고 영어능력검정시험 성적이 일정 점수 이상이어야 채용조건에 부합하고, 공채직원의 경우에도 영어능력검정시험 성적이 일정 점수 이상일 것을 채용 요건으로 공고하고 있는 반면, 참가인과 같은 자체직원의 경우에는 채용과정에서 특별한 자격증을 요구하지 않음은 앞서 2의 다.항에서 본 바와 같다.

그러나 비교대상 근로자 윤○영은 1991.10.19.에 임용되었는데, 행정학과 석사 졸업 시기는 2013.2.22.로 임용 후 22년이 경과한 후이고, 워드프로세서 3급 자격증 획득 시기 또한 1997.12.4.로 임용 후 6년이 지난 후이며, 영어능력검정시험 성적은 소지하지 않고 있고, 김○진은 2010.1.1.에 임용되었는데, 영어능력검정시험 성적(TOEIC, 870점) 취득 시기는 2012.6.24.로 임용 후 2년이 지난 후인 사실이 인정된다. 위 인정 사실에 비추어 보면, 비교대상 근로자인 김○진, 윤○영도 채용당시에 전산자격증과 영어능력검정시험 성적을 갖춘 것이 아니라고 보이고, 나아가 전산자격증이나 영어능력검정시험 성적이 업무를 원활히 수행하는 데 도움이 되는 것과는 별개로, 비서업무를 수행함에 있어서 필요불가결한 자격증이라고 보기도 어렵다.

따라서 채용절차에서 전산자격증, 영어능력검정시험 성적을 채용 요건으로 하는지 여부는 업무의 본질적인 차이를 판단하는 기준이 된다고 볼 수 없다.

- (6) 비교대상 근로자 중 오○희는 2011년경 경영대 학장 부속실에서 학장 비서업무를 수행하다가 현재 사범대학으로 보직이 변경되었는데, 오○희가 사범대학으로 옮긴 이후 경영대학에서는 계약기간을 1년으로 정한 기간제근로자를 자체직원으로 채용하여 경영대 학장 부속실 업무를 담당하게 한 사실이 인정되는바, 원고 법인에서 기성회 직원이 수행하던 비서업무를 자체직원이 수행하기도 하는 등 상호간에 대체하여 업무를 수행하는 것이 가능하고, 실제로도 기성회 직원의 업무를 자체직원으로 대체하여 수행하기도 하였던 것으로 보인다.

#### 4) 차별적 처우가 존재하는지 여부

기간제법 제2조제3호는 차별적 처우를 '임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것'으로 정의하고 있다. 여기서 불리한 처우라 함은

사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제근로자와 비교대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미한다(대법원 2012.11.15. 선고 2011두11792 판결 참조).

갑 제14호증, 을가 제8, 10호증의 각 기재에 의하면, 원고의 2014년 및 2015년 임금협약서 제4조제2항에 의하면 각종 수당은 별표2에 의하여 지급한다고 규정하고, 별표2에서 정액급식비는 매월 130,000원을 지급하고, 명절휴가비는 설날과 추석에 기본급의 40%를 각 지급하며, 맞춤형복지비는 조합과의 협의에 따라 매년 인당 300포인트(기본포인트 기준)를 지급한다고 규정하고 있을 뿐, 정액급식비, 명절휴가비 및 맞춤형복지비의 경우에는 기간제근로자를 그 지급대상에서 제외하기로 하는 내용이 없다.

그럼에도 불구하고 원고가 비교대상 근로자들과는 달리 기간제근로자인 참가인에게 위 수당을 전혀 지급하지 않은 것은 참가인을 불리하게 처우한 것이라고 봄이 타당하다.

#### 5) 차별적 처우에 대한 합리적 이유가 존재하는지 여부

기간제법 제2조제3호의 ‘합리적인 이유가 없는 경우’란 기간제근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나, 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 의미한다. 그리고 합리적인 이유가 있는지는 개별사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제근로자의 고용형태, 업무 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다(대법원 2012.10.25. 선고 2011두7045 판결 참조).

피고가 재심판정 당시 원고에 대하여 지급을 명한 정액급식비, 명절휴가비, 맞춤형복지비는 직무의 성질, 업무량, 업무의 난이도 등과는 무관하게 고용관계를 유지하고 근로를 제공하는 모든 직원에게 일률적, 정기적으로 지급하는 수당이므로, 비교대상 근로자들과는 달리 참가인에게 위와 같은 명목의 수당을 지급하지 아니한 것은 합리적 이유가 없는 차별에 해당한다고 봄이 타당하다.

#### 6) 소결

원고가 비서업무를 주된 업무로 수행하는 법인직원에게 지급하는 정액급식비, 명절휴가비, 맞춤형복지비를 기간제근로자인 참가인에게 지급하지 않은 것은 참가인에 대하여 기간제법 제2조제3호 소정의 ‘차별적 처우’에 해당한다고 할 것이므로, 이와 동일한 전제에서 이루어진 이 사건 재심판정은 적법하다.

### 3. 결 론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것인데, 제1심 판결은 이와 결론을 달리하여 부당하다. 그러므로 피고의 항소를 받아들여 주문과 같이 판결한다.

판사 김홍준(재판장), 판사 김성수, 판사 원익선





## (2) 업무수행에 있어 현저한 질적 차이가 없어야 동종·유사 업무 해당

☞ 서울고법 2011. 1. 27. 선고 2010누22940 판결<sup>20)</sup>

### » 요 지 «

1. 조리직렬 기능군무원은 기간제근로자인 민간조리원에 대한 관계에서 기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법'이라 한다) 제8조가 정하고 있는 '기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자'에 해당한다고 봄이 타당하다.
2. 참가인이 조리직렬 기능군무원에게는 가족수당, 정액급식비, 교통보조비를 지급하면서도 민간조리원인 원고에게는 이들을 지급하지 않은 것은 합리적인 이유 없이 참가인을 불리하게 차별하여 처우한 것으로 봄이 타당하다.
3. 가족수당, 정액급식비, 교통보조비는 일부 실비변상적 성격이 있지만, 지급일에 비로소 발생 여부와 금액이 결정되어 지급되는 것이 아니라 참가인이 조리직렬 기능군무원보수체계에 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(임금지급일은 사용자와 근로자가 위와 같이 계속적으로 발생하는 임금을 정기적으로 정산하는 날에 불과하다). 이러한 점들을 종합하여 볼 때 위 각 수당에 관한 차이는 기간제법 제9조제1항 단서에 규정된 '계속되는 차별적 처우'에 해당한다고 봄이 타당하다.

\* 원고, 항소인 겸 피항소인 : 신○○

\* 피고, 피항소인 겸 항소인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 대한민국

\* 제1심판결 : 서울행법 2010.6.18. 선고 2009구합55553 판결

### » 주 문 «

1. 원고와 피고의 항소를 모두 기각한다.
2. 항소비용 중 원고와 피고의 항소로 인한 부분은 원고와 피고가 각자 부담하고, 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이 부담한다.

20) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두6592 판결에서 심리불속행 기각으로 확정

## » 이 유 «

### 1. 재심판정의 경위

- (1) 원고는 2000.1.13. 참가인과 근로계약을 체결하고 해군교육사령부 직할부대(2009.1.1.부터는 근무지원전대)에 소속되어 민간조리원으로 근무한 이래 매년 1월 1일 1년 단위로 근로계약을 갱신하여 오다가 2009.8.31. 퇴직하였다.
- (2) 원고는 2009.6.10. 참가인을 상대로 경남지방노동위원회(경남20 09차별4)에 “원고가 2007.7.1.부터 2009.4.30.까지 근무하는 기간 동안 참가인이 조리직렬 기능군무원과 달리 원고에게 정근수당, 성과상여금, 가족수당, 정근수당 가산금, 직급보조비, 교통보조비, 정액급식비, 가계지원비를 지급하지 않은 것이 차별적 처우이다”고 주장하면서 차별적 처우에 대한 시정을 신청하였다(이하 ‘이 사건 시정신청’이라 한다).
- (3) 경남지방노동위원회는 2009.8.7. “조리직렬 기능군무원을 원고의 비교대상 근로자로 볼 수 없고, 달리 비교대상 근로자가 존재하지 않는다”는 이유로 이 사건 시정신청을 기각하는 초심판정을 하였다. 원고가 이에 불복하여 중앙노동위원회(중앙2009차별9)에 재심신청을 하였고, 중앙노동위원회는 2009.11.9. 아래와 같이 재심신청 중 일부를 인용하고 나머지 부분을 기각하는 재심판정을 하였다(위 재심판정 중 재심신청을 기각하는 부분만을 ‘이 사건 재심판정’이라 한다).
  - ① 초심판정 중 가족수당, 정액급식비, 교통보조비에 대한 부분을 취소한다.
  - ② 원고가 조리직렬 기능군무원에게는 가족수당, 정액급식비, 교통보조비를 지급하고, 참가인에게는 이를 지급하지 않은 것은 차별적 처우임을 인정한다.
  - ③ 원고는 재심판정서를 송달받은 날로부터 30일 이내에 2009.3.10., 2009.4.10., 2009.5.10. 참가인에게 지급하지 않은 가족수당, 정액급식비, 교통보조비를 참가인에게 지급하라.
  - ④ 원고의 나머지 재심신청을 기각한다.

### 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

#### 가. 원고의 주장

원고가 근무한 부사관 교육대 식당은 훈련 기간 외에도 실무병 등이 일년 내내 식사를 하는 등 업무가 적지 않았고, 조리직렬 기능군무원이 근무하지 않아 원고가 다른 민간조리원과 달리 조리 업무의 최종적인 부분인 맛을 내는 업무까지 담당했으므로, 원고는 조리직렬 기능군무원과 동일한 조리 업무를 수행했음은 물론 업무 수행 강도도 높았다. 따라서 참가인이 조리직렬 기능군무원과 달리 원고에게 정근수당, 성과상여금, 가족수당, 정근수당 가산금, 직급보조비를 지급하지 않은 것은 합리적 이유 없는 차별적 처우에 해당한다. 그리고 가족수당, 정액급식비, 교통보조비는 임금으로 참가인이 원고에게 이를 지급하지 않는 것은 계속되는 차별적 처우로서



이 사건 시정신청 당시 종료하지 않았으므로 이에 관한 시정신청 기간이 경과하지 않았다. 따라서 이와 다른 전제에서 이루어진 이 사건 재심판정은 위법하다.

#### 나. 관계 법령

별지 기재와 같다. <별지 생략>

#### 다. 인정 사실

- ① 참가인은 민간조리원으로서 아래 표<생략> 기간란 기재 기간에 근무 장소란 기재 장소에서 조리직렬 기능군무원의 조리 업무를 보조하는 역할을 하였는데, 위 기간 중 2002.9.경부터 2009.4.23.까지 부산관광교육대대 식당에서는 조리직렬 기능군무원이 배치되지 않아 다른 민간조리원 1명과 함께 직접 조리 업무를 수행하였다.
- ② 조리직렬 기능군무원은 아래 표<생략> 기재와 같이 영내 식당 운영과 관리, 조리를 주업무로 하고, 부사관을 보좌하여 부식 소모품 대장 작성 및 급식 결산 등 행정 업무를 부수 업무로 하였으며, 장병과 함께 준사관 후보생 임관식 등 행사와 민방위 훈련 등 부대훈련에 참여하기도 하였고, 원고와 같은 민간조리원에서 채용되기도 하였다.
- ③ 해군교육사령부 근무지원전대 소속 기능군무원은 2009년 한 해 동안 정신 교육, 외부 특강 등 14차례의 교육, 2009.3.16., 4.15., 6.15., 8.18., 10.15.자 민방위 훈련, 주둔지 방호 훈련 등 10차례의 훈련에 각 참여하도록 되어 있었다.
- ④ 참가인 소속 해군본부는 2009.4.10. 기능군무원에게 4월분 임금을 지급하면서 가족수당, 정근수당 가산금, 직급보조비, 교통보조비, 정액급식비, 가계지원비 등 여러 수당을 지급한 반면, 2009.5.10. 원고에게 4월분 임금 832,000원을 지급하면서 이러한 수당을 지급하지 않았다. 조리직렬 기능군무원 10급 2호봉의 경우에는 기본급 786,500원, 직급보조비 95,000원, 가계지원비 131,340원, 가족수당 40,000원, 정액급식비 130,000원, 교통보조비 120,000원 등 1,302,840원을 지급받을 수 있고, 그 밖에 정기적으로 정근수당 등을 지급받는다.
- ⑤ 원고가 시정을 신청한 여러 수당의 지급 조건은 다음<생략>과 같다.

#### 라. 판 단

- 1) 조리직렬 기능군무원이 비교대상 근로자에 해당하는지에 관하여

아래 이유들을 종합하여 볼 때, 조리직렬 기능군무원은 기간제근로자인 민간조리원에 대한 관계에서 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법'이라 한다) 제8조가 정하고 있는 '기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자'에 해당한다고 봄이 타당하므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 있다.

- ① 근로기준법 제2조제1항 본문은 “이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다”고

하면서, 제1호에서 “근로자란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다”고 규정하고, 제3호에서 “근로란 정신노동과 육체노동을 말한다”고 규정하며, 제4호에서 “근로계약이란 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약을 말한다”고 규정하고 있다. 그리고 근로기준법 제11조제1항 본문은 “이 법은 상시 5명의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다”고 규정하고, 근로기준법 제12조는 “이 법과 이 법에 따른 대통령은 국가, 특별시·광역시, 시·군·구·면·동, 그 밖에 이에 준하는 것에 대하여도 적용된다”고 규정하고 있다. 위 각 규정의 내용과 체계 등을 종합하여 볼 때, 국가 또는 지방공무원과 국가 사이에 공무원이 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 제2조제1항제1호 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.

- ② 기간제법 제8조제1항에서 기간제근로자의 비교대상 근로자로 ‘기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’를 들고 있는 것은 동일한 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사함에도 단지 근로계약이 ‘기간의 정함이 있는지 여부’에 따라 임금 그 밖의 근로조건에서 차별을 받아서는 아니 된다는 취지이지 ‘사법상 근로계약을 체결한 근로자’만을 비교대상 근로자로 보아야 하는 것으로 해석할 것은 아니다.
- ③ 공무원인 조리직렬 기능군무원의 임명행위에 당해 공무원의 동의가 결여되는 경우에 임명행위가 당연무효인 점에 비추어 볼 때, 공무원인 조리직렬 기능군무원과 국가 사이의 근무관계 발생 원인이 되는 군무원 임명행위는 쌍방적 행정행위라는 사정만으로 조리직렬 기능군무원과 국가 사이에 근로계약이 존재하지 않아 민간조리원에 대한 관계에서 비교대상 근로자가 될 적격이 없다고 보는 것은 타당하지 않다.

## 2) 조리직렬 기능군무원의 업무가 동종 또는 유사한 업무인지에 관하여

기간제법 제8조는 “사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 해서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 여기에서 ‘동종 또는 유사한 업무’란 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 고려하여야 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 않

는 경우와 같이 양자 사이에 '현저한 질적 차이'가 인정될 만한 특별한 사정이 없는 한, 채용 절차나 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 제2조제3호에 따른 "합리적인 이유"가 있음을 뒷받침하는 사정은 될 수 있다.

위 인정 사실과 이에 의해 알 수 있는 다음 사정들을 위 법리에 비추어 살펴보면, 민간조리원인 원고는 조리직렬 기능군무원에 비하여 그 담당 조리 업무에서 본질적인 차이가 없어 위 양자는 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 봄이 타당하므로, 원고의 이 부분 주장도 이유 있다.

- ① 조리직렬 기능군무원이 없는 영내 식당에서 민간조리원이 조리 업무를 전적으로 담당하기도 하는 등 상호 간에 업무 대체성이 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 종합하여 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.

### 3) 합리적 이유 있는 차별 주장에 관하여

#### 가) 정근수당, 정근수당 가산금 부분

위 각 수당은 참가인이 장기근속을 유도하기 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. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 나) 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 민간조리원에 비하여 넓고, 소속 부대 훈련과 교육에도 참여하는 등 의무와 책임의 면에서도 민간조리원과 차이가 있다. 그리고 위 각 수당은 지급 대상자 직급에 따르는 책임의 대가로서 지급되거나 업무수행의 대가로서 임금 보전을 위해 지급된다. 그 지급 액수는 직급보조비의 경우 95,000원(10급 군무원의 경우), 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 합리적인 이유가 있는 차별로 봄이 타당하다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 다) 성과상여금 부분

상여금이 계속적·정기적으로 지급되고 지급액이 확정되어 있다면 이는 근로의 대가로 지급되는 임금의 성질을 갖지만, 지급 사유의 발생이 불확정이고 일시적으로 지급되는 경우에는 이를 임금으로 볼 수 없다. 조리직렬 기능군무원들이 지급받은 성과상여금은 매년 일정 기준에 따라 성과급 심사위원회 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 원고에 대한 계속되는 차별적 처우라고 할 수 없다. 그리고 원고는 그 지급된 날로부터 3월이 경과한 후에 경남지방노동위원회에 그 시정을 신청하였으므로, 이 부분 신청은 3월의 제척기간을 도과하여 부적법하다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 4) 2007.7.1.부터 2009.2.10.까지 가족수당 등의 시정 신청기간 경과에 관하여

##### 가) 합리적 이유가 있는 차별인지에 관하여

아래 이유들을 종합하여 보면, 참가인이 조리직렬 기능군무원에게는 가족수당, 정액급식비, 교통보조비를 지급하면서도 민간조리원인 원고에게는 이들을 지급하지 않은 것은 합리적인 이유 없이 참가인을 불리하게 차별하여 처우한 것으로 봄이 타당하므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 있다.

- ① 공무원수당 등에 관한 규정 제10조에 따른 가족수당은 업무와 관계없이 부양가족이 존재한다는 사정만으로 지급되고, 공무원수당 등에 관한 규정 제18조에 따른 정액급식비, 제18조의 2에 따른 교통보조비는 각 실비변상차원에서 지급되는 것으로 업무내용, 업무량 등과 관계없으며, 해군본부 제수당 지급지침에서도 정한 바와 같이 가족수당 등은 일률적으로 정한 금액을 지급하고 있다.
- ② 참가인이 민간조리원에게 가족수당, 정액급식비, 교통보조비와 동일한 금액을 지급하는 근로계약을 체결하는 것이 법적으로 허용되지 않는다는 점에 관한 참가인의 주장과 입증은 없으므로, 공무원수당 등에 관한 규정에 따라 가족수당, 정액급식



비, 교통보조비가 지급된다는 사정만으로는 그 처우에 합리적 이유가 있다고 볼 수 없다.

- ③ 가족수당, 정액급식비 및 교통보조비에 복리후생적 목적이 일부 있더라도 이를 장기근속 유도과 직접 연관시키기 어려워 보인다.

#### 나) 계속되는 차별적 처우에 해당하는지에 관하여

가족수당, 정액급식비, 교통보조비는 일부 실비변상적 성격이 있지만, 지급일에 비로소 발생 여부와 금액이 결정되어 지급되는 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(임금지급일은 사용자와 근로자가 위와 같이 계속적으로 발생하는 임금을 정기적으로 정산하는 날에 불과하다). 이러한 점들을 종합하여 볼 때 위 각 수당에 관한 차이는 기간제법 제9조제1항 단서에 규정된 “계속되는 차별적 처우”에 해당한다고 봄이 타당하다.

위 법리에 비추어 살피건대, 원고는 2009.6.10. 경남지방노동위원회에 차별 시정을 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. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 있다.

#### 마. 소 결

따라서 참가인이 원고에게 2007.7.1.부터 2009.2.10.까지의 가족수당, 정액급식비, 교통보조비를 지급하지 않은 것은 합리적 이유 없는, 계속되는 차별적 처우의 일부로서 신청일 당시 차별이 종료하지 않았으므로, 이 사건 재심판정 중 2007.7.1.부터 2009.2.10.까지의 가족수당, 정액급식비, 교통보조비에 관한 부분은 이와 다른 전제에서 이루어져 위법하고, 나머지 부분은 적법하다.

### 3. 결 론

그렇다면, 원고의 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 이를 이용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고와 피고의 항소는 모두 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사 이대경(재판장), 정재오, 김재형

### (3) 휴직대체자로 채용된 근로자에 대해 전임자를 비교대상근로자로 인정

☞ 서울행법 2016. 7. 15. 선고 2016구합51450 판결<sup>21)</sup>

#### » 요 지 «

1. 기간제법 제8조제1항은 “사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있는데, 여기서 ‘당해 사업 또는 사업장에서 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’(이하 ‘비교대상 근로자’라 한다)의 의미는 원칙적으로 기간제근로자의 근무기간 동안 당해 사업 또는 사업장에서 실제로 같이 근무한 근로자를 뜻한다고 보아야 할 것이나, 일시적으로 전임자가 사용자와 근로관계를 유지한 채 휴직하는 등 사유로 기간제 근로자가 대체인력으로 휴직기간 동안 동일한 내용의 업무를 수행하는 경우에는, 정규직을 기간제근로자로 대체하여 합리적 이유 없이 임금 등에서 불리한 처우를 하는 것은 부당하고 위 기간제법 입법취지에도 반하므로 전임자를 기간제근로자의 비교대상 근로자로 보아 차별시정을 명할 수 있다고 보아야 한다.

원고는 전임자가 담당하던 연속간행물담당 직책을 근무원이 담당하게 하던 것에서 기간제근로자가 담당하게 하는 것으로 직책을 개편한 것이 아니라, 전임자의 육아휴직으로 인하여 임시적으로 그 업무를 대체하여 수행할 참가인을 기간제근로자로 채용하였던 점, 전임자는 육아휴직자로서 참가인의 근무기간 동안 원고와의 근로관계가 여전히 존속하고 있었고 육아휴직 종료 후 본인이 담당하던 연속간행물담당으로 복귀할 것이 예정되어 있었던 점, 참가인으로 하여금 전임자와 동종 또는 유사한 업무에 종사하게 하면서도 임금 등 근로조건에서 합리적인 이유가 없는 차등을 두는 것은 같은 것을 다르게 취급하는 것으로서 평등원칙에 반한다고 볼 여지가 많은 점 등을 종합하여 보면, 전임자가 참가인의 근로기간 동안 육아휴직으로 인하여 실제로 함께 근무하지 아니하였다고 하더라도 참가인과 전임자의 업무가 동종 또는 유사한 업무에 해당하는 경우 전임자는 기간제법 제8조제1항이 정하는 비교대상 근로자에 해당한다.

2. 비교대상 근로자로 선정된 근로자의 업무가 기간제근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지는 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면, 특별한 사정이 없는 이상 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다.

참가인과 전임자의 주된 업무는 도서관 사서 업무로서 그들의 업무 사이에는 본질적인 차이가 없어 동종 또는 유사한 업무에 해당한다고 봄이 타당하고, 전임자가 참가인

21) 항소하지 않아 그대로 확정됨





에 비하여 부수적인 업무를 일부 더 수행한 사정은 위 인정에 방해가 되지 아니한다.

3. 기간제법 제2조제3호는 차별적 처우를 “임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것”으로 정의하고 있다. 여기서 ‘불리한 처우’란 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제 근로자와 비교 대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제 근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하고, ‘합리적인 이유가 없는 경우’란 기간제 근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나, 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 의미한다. 그리고 합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제 근로자의 고용형태, 업무 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

원고가 사서 직렬 군무원인 전임자에 대하여는 사서수당, 명절휴가비, 성과상여금, 정액급식비를 지급하면서도 기간제근로자인 참가인에게는 이들 수당을 지급하지 않은 것은 합리적인 이유 없이 참가인을 불리하게 차별하여 처우한 것으로 봄이 타당하다.

\* 원 고 : 대한민국

\* 피 고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 김○○

## » 주 문 «

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

## » 청구 취지 «

중앙노동위원회가 2015.12.9. 원고와 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고만 한다) 사이의 중앙2015차별17 대한민국(Q사관학교) 차별시정 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

## » 이 유 «

### 1. 재심판정의 경위

가. 원고 산하의 Q사관학교는 「사관학교 설치법」에 따라 설립되어 상시 근로자 약 620명을 사용하여 육군의 장교를 양성하는 고등교육기관이다.

나. Q사관학교장은 2013.11.25. 도서관 소속 연속간행물 관리원이었던 8급 군무원 주○○(이하 ‘전임자’라 한다)의 육아휴직으로 인한 공백을 보충하기 위하여 ‘군무원 육아휴직 대체인력 모집 공고’(이하 ‘이 사건 공고’라 한다)를 하였다.

다. 참가인은 이에 응시하여 서류전형과 면접시험을 거쳐 합격하였고, 2014. 1.27. 원고와

사이에 2014.2.12.부터 2015.5.12.까지를 채용기간으로 하여 근로계약서(이하 '이 사건 근로계약서'라 한다)를 작성하였다.

라. 참가인은 채용기간 동안 매월 군무원 8급 1호봉에 해당하는 '봉급'(공무원보수규정에 따라 2014년 1,380,000원, 2015년 1,442,500원)과 '시간외 수당'으로 구성된 급여만을 지급받았는데, 2015.6.3. 서울지방노동위원회에 비교대상 근로자인 전임자에 비하여 사서수당, 정액급식비, 직급보조비, 명절휴가비, 성과상여금을 지급받지 못한 것이 차별적 처우라고 주장하며 차별적 처우의 시정을 신청하였다.

마. 서울지방노동위원회는 2015.7.30. 비교대상 근로자와 달리 참가인에게 사서수당, 정액급식비, 명절휴가비, 성과상여금(이하 위 각 급여를 통틀어 '이 사건 각 수당'이라 한다)을 지급하지 아니한 것은 차별적 처우라고 보아 원고에게 2014년 추석 및 2015년 설의 명절휴가비, 2015년 성과상여금, 2014.2.12.부터 2015.5.12.까지의 사서수당 및 정액급식비에 상당하는 금전보상금 6,317,843원을 지급할 것을 명하고, 직급보조비를 지급하지 아니한 것에는 합리적인 이유가 있다고 보아 이에 관한 참가인의 나머지 신청을 기각하는 초심판정을 하였다.

바. 원고는 2015.8.31. 초심판정에 불복하여 중앙노동위원회에 재심을 신청하였으나, 중앙노동위원회는 2015.9.8. 원고의 재심신청을 기각하는 재심판정(이하 '이 사건 재심판정'이라 한다)을 하였다.

## 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

### 가. 원고의 주장

원고는 이 사건 재심판정이 아래와 같은 이유로 위법하다고 주장한다.

- 1) 전임자는 참가인의 근무기간 중 육아휴직을 하여 실제로 같이 근무하지 아니하였으므로 전임자는 비교대상 근로자에 해당할 수 없다.
- 2) 전임자는 군무원으로서 각종 책임과 의무를 부담하면서 업무를 수행하였고, 특히 예산·기획 등의 업무를 수행하였으며, 자신의 휴식시간을 반납하면서 당직근무, 매일 점심·저녁과 수요일 오후의 대출실 근무 등을 수행한 반면, 원고는 군무원인사법 등의 각종 규율로부터 면제를 받으면서 책임과 권한이 따르는 업무가 아닌 사무보조 업무를 담당하였으므로, 참가인과 전임자의 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 존재하여 전임자가 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로자에 해당한다고 볼 수 없다.
- 3) 전임자와 참가인의 각 업무 내용·범위와 권한 및 책임은 본질적으로 달랐고, 고용형태에 있어서 전임자는 공무원인 반면 참가인은 일용직에 불과하며, 이 사건 근로계약에 따라 참가인은 보수를 연봉 월액으로 지급받고, 전임자의 조기 복직 시에는 복직 전일까지 근무하는 것으로 이 사건 근로계약이 체결되었으며, 공무원수당 등에 관한 규정(대통령령 제26659호), 2015년도 육군 제수당 지급 지시 등에 이 사건 각 수당은 모두 국가공무원(군인, 군무원)에게 지급하는 것으로 명시되어 있으므로, 참



가인에 대하여 이 사건 각 수당을 지급하지 아니한 것에는 합리적인 이유가 있다.

- 4) 사서업무를 수행하는 군무원에게 지급되는 사서수당은 사서업무라는 특수업무수행에 따른 추가 수당인 반면, 사서업무 보조를 위하여 특별히 채용된 참가인은 사서업무 보조라는 근로제공의 대가로 연봉 월액을 지급받는 것이므로, 참가인에 대하여 사서수당까지 지급하게 되면 동일한 근로의 제공에 대하여 이중으로 그 대가를 지급하는 것인바, 참가인에게 사서수당을 지급하지 않은 것에는 이와 같은 측면에서도 합리적인 이유가 있다.
- 5) 2015년도 육군 제수당 지급 지시에는 연봉제 적용대상자는 연봉액 산정시 명절휴가비가 포함되므로 별도의 명절휴가비를 지급하지 아니한다고 규정하고 있고, 참가인은 연봉제 적용대상자이므로 참가인에 대하여 별도로 명절휴가비를 지급하지 않은 것에는 합리적인 이유가 있다.

#### 나. 관계 법령

별지 관계 법령 기재와 같다.

#### 다. 인정사실

- 1) 이 사건 공고에 채용직위는 ‘연속간행물 관리원(8급상당)’, 주요 담당업무는 도서관 사서 업무로서 ‘연속간행물실 운영 및 연속간행물 구입 예산 관리, 대외자료 수증 교환 및 행정우편 관리, 연속간행물 체크인 및 소장정보 관리, 학위논문 및 대학논문 자료 관리, 기타 부여된 임무 수행(도서관 휴일 근무 등)’, 채용기간은 ‘2014.2.12. ~ 2015.5.12.’, 보수 수준은 ‘급여: 8급 상당(월 1,353,000원), 수당: 시간외 근무수당 지급’, 응시자격은 ‘준사서 이상 자격증 소지자, 도서관 근무 경력자(1년 이상)’라고 기재되어 있었다.
- 2) 이 사건 근로계약서에는 이 사건 공고에 기재된 주요 담당업무 외에 ‘협회(학회) 가입 추진 및 협회가입비 예산 관리’가 근무내용으로 추가되어 있고, 원고는 참가인에게 연봉 월액(8급 1호봉 기준) 및 근로기준법에 따라 예산의 범위 내에서 시간외 수당을 지급한다고 기재되어 있다.
- 3) 참가인은 2014.2.5. 전임자와 함께 업무의 내용 및 절차가 기재된 업무 인수 인계서를 작성하였는데, 이에는 위와 같은 주요 업무의 내용과 각각의 업무에 관한 세부적인 내용 및 시행시기가 기재되어 있다.
- 4) Q사관학교의 도서관 운영예규(이하 ‘도서관 예규’라고만 한다)는 2014.6.1. 개정되었는데, 그 중 제4조에서 정하는 직책별 임무는 아래 표 기재와 같이 개정되었다. <표 생략>
- 5) Q사관학교의 도서관은 수서실, 정리실, 기록물관리실, 연속간행물실, 군사자료실, 대출실 등으로 편성되어 각 실마다 1명의 직원이 배치되어 있는데, 참가인은 채용기간 동안 전임자와 마찬가지로 연속간행물실에 배치되어 연속간행물관리원 또는 연속간행물담당으로 근무하였다.



- 6) 서울지방노동위원회는 2015.7.13. Q사관학교 도서관에서 현장조사를 실시하였는데, 참가인과 전임자가 수행한 담당업무는 아래 표 기재와 같은 것으로 조사되었다.  
<표 생략>
- 7) 전임자는 위 현장조사 당시 2014.2.경 참가인을 만나 업무인수인계를 하였고, 그 과정에서 참가인에게 “육아휴직 대체자로 채용된 것이므로 내가 하던 일을 그대로 해야 한다.”는 취지의 말을 하고, 그에게 업무 내용을 설명해주었으며, 전임자가 연속간행물실 업무를 수행할 때 참가인과 달리 계획수립 및 예산 업무 등을 담당하였다고 진술하였다.
- 8) 참가인은 2014.2.12.부터 2015.5.12.까지 연속간행물관리원 또는 연속간행물담당으로 근무한 후 퇴직하였고, 전임자는 육아휴직을 종료한 후 복직하였는데, 업무가 변경되어 ‘디지털업무’를 담당하게 되었다.

#### 라. 판단

##### 1) 전임자가 비교대상 근로자로서 적합한지 여부

살피건대, 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’이라 한다) 제8조제1항은 “사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있는데, 여기서 ‘당해 사업 또는 사업장에서 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’(이하 ‘비교대상 근로자’라 한다)의 의미는 원칙적으로 기간제근로자의 근무기간 동안 당해 사업 또는 사업장에서 실제로 같이 근무한 근로자를 뜻한다고 보아야 할 것이나, 일시적으로 전임자가 사용자와 근로관계를 유지한 채 휴직하는 등 사유로 기간제 근로자가 대체인력으로 휴직기간 동안 동일한 내용의 업무를 수행하는 경우에는, 정규직을 기간제근로자로 대체하여 합리적 이유 없이 임금 등에서 불리한 처우를 하는 것은 부당하고 위 기간제법 입법취지에도 반하므로 전임자를 기간제근로자의 비교대상 근로자로 보아 차별시정을 명할 수 있다고 보아야 한다.

이 사건에 관하여 보건대, 위 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ① 원고는 전임자가 담당하던 연속간행물담당 직책을 군무원이 담당하게 하던 것에서 기간제근로자가 담당하게 하는 것으로 직제를 개편한 것이 아니라, 전임자의 육아휴직으로 인하여 임시적으로 그 업무를 대체하여 수행할 참가인을 기간제근로자로 채용하였던 점, ② 전임자는 육아휴직자로서 참가인의 근무기간 동안 원고와의 근로관계가 여전히 존속하고 있었고 육아휴직 종료 후 본인이 담당하던 연속간행물담당으로 복귀할 것이 예정되어 있었던 점, ③ 참가인으로 하여금 전임자와 동종 또는 유사한 업무에 종사하게 하면서도 임금 등 근로조건에서 합리적인 이유가 없는 차등을 두는 것은 같은 것을 다르게 취급하는 것으로서 평등원칙에 반한다고 볼 여지가 많은 점 등을 종합하여 보면, 전임자가 참가인의 근로기간 동안 육아휴직으로 인하여 Q사관학교에서 실제로 함께 근무하지 아니하였다고 하더라도 참가인과 전임



자의 업무가 동종 또는 유사한 업무에 해당하는 경우 전임자는 기간제법 제8조제1항이 정하는 비교대상 근로자에 해당한다고 할 것인바, 이와 다른 전제에 선 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

## 2) 전임자의 업무가 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지 여부

비교대상 근로자로 선정된 근로자의 업무가 기간제근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지는 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면, 특별한 사정이 없는 이상 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결 참조).

위 인정사실 및 이에 의하여 알 수 있는 다음의 사정을 종합하여 보면, 참가인과 전임자의 주된 업무는 도서관 사서 업무로서 그들의 업무 사이에는 본질적인 차이가 없어 동종 또는 유사한 업무에 해당한다고 봄이 타당하고, 전임자가 참가인에 비하여 부수적인 업무를 일부 더 수행한 사정은 위 인정에 방해가 되지 아니하므로, 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

- ① 이 사건 공고 및 이 사건 근로계약서에 기재된 업무 내역은 개정 전 도서관 예규에 따라 전임자가 수행하던 것과 대체로 동일한 내용을 포함하고 있고, 이 사건 공고에서 응시자격으로 도서관 근무경력이 1년 이상인 자로서 준사서 이상의 자격증이 있을 것을 요구하고 있으며, 이 사건 공고의 제목도 ‘군무원 육아휴직 대체인력 모집 공고’임을 명시하고 있는바, 원고는 단순한 보조 업무를 수행하게 하려던 것이 아니라 전임자가 수행하던 업무를 그의 육아휴직기간 동안 대신 수행하게 할 목적으로 참가인을 기간제근로자로 채용한 것으로 보인다.
- ② 전임자와 참가인은 근로계약기간이 개시되기 전인 2014.2.5. 참가인이 전임자와 동일한 업무를 수행하게 됨을 전제로 업무의 인계 및 인수 절차를 거쳤다.
- ③ 도서관 예규 제4조가 정하는 직책별 임무에는 그 직책을 수행하는 자의 본질적이고 중요한 업무 내용이 기재되어 있다고 할 것인데, 참가인은 위 예규가 정하는 연속간행물담당의 임무를 모두 수행하였고, 전임자도 이와 같은 업무를 주된 업무로 수행하였다.
- ④ Q사관학교의 도서관은 수서실, 정리실, 기록물관리실, 연속간행물실, 군사자료실, 대출실 등으로 편성되어 각 실마다 1명의 직원이 배치되는데, 연속간행물담당으로 연속간행물실에서 근무한 참가인은 연속간행물실 업무를 주도적으로 수행할 수밖에 없었을 것으로 보인다.
- ⑤ 전임자는 참가인에 비하여 계획 수립 및 예산 업무, 당직근무, 매일 점심·저녁과 수요일 오후의 대출실 근무 등을 추가로 수행하였으나, 개정된 도서관 예규에서

종전과 달리 예산에 관한 내용을 삭제한 점, 그 외 당직근무, 대출실 근무는 업무량 및 업무 시간에 일부 차이가 있는 것에 불과한 점 등에 비추어 보면, 이러한 업무들은 도서관 사서 또는 군무원으로서의 부수적인 업무에 불과한 것으로 보이므로, 이러한 업무량의 차이를 이유로 참가인과 전임자 사이에 이와 관련된 시간 외 근무수당 등 근로조건에 있어 합리적인 차등을 둘 수 있음은 별론으로 하고, 이를 근거로 참가인과 전임자의 업무 사이에 동종 또는 유사성을 부인할 수 없다.

- ⑥ 군무원도 기간제법 제8조제1항이 정하는 비교대상 근로자가 될 수 있고, 업무의 동종 또는 유사성은 실제로 수행한 업무를 기준으로 판단여야 하는바, 군무원인 전임자에게 적용되는 국가공무원법, 군무원인사법, 군인복무규율, 군형법이 사법상 근로계약을 체결한 참가인에게는 적용되지 아니하여 참가인이 위 법령에 의하여 부과되는 의무를 부담하지 아니한다는 사정은 업무의 동종 또는 유사성을 판단함에 있어 고려되어야 할 중요한 요소라고 보기 어렵다.

### 3) 차별에 합리적인 이유가 있는지 여부

기간제법 제2조제3호는 차별적 처우를 “임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것”으로 정의하고 있다. 여기서 ‘불리한 처우’란 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제 근로자와 비교 대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제 근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하고, ‘합리적인 이유가 없는 경우’란 기간제 근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나, 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 의미한다. 그리고 합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제 근로자의 고용형태, 업무 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결 참조).

살피건대, 아래 이유들을 종합하여 보면, 원고가 사서 직렬 군무원인 전임자에 대하여는 사서수당, 명절휴가비, 성과상여금, 정액급식비를 지급하면서도 기간제근로자인 참가인에게는 이들 수당을 지급하지 않은 것은 합리적인 이유 없이 참가인을 불리하게 차별하여 처우한 것으로 봄이 타당하므로, 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

- ① 사서수당은 공무원수당 등에 관한 규정 제14조, 2014년도 및 2015년도 육군 제수당 지급 지시에 따라 도서관 운영부대(부서)의 사서직 군무원으로서 사서업무에 직접 종사하는 군무원에게 지급되는 수당으로서 사서업무라는 특수한 업무에 종사하는 자에게 지급되는 것인데, 참가인은 근무기간 동안 전임자와 마찬가지로 사서업무를 수행하였다.
- ② 명절휴가비는 공무원수당 등에 관한 규정 제18조의3, 2014년도 및 2015년도 육군 제수당 지급 지시에 따라 설날 및 추석날 재직 중인 군인 및 군무원에 대하여 지급되는 수당으로서 위 기준일에 재직하기만 하면 담당 업무, 업무량, 근무성적 등에 상관없이 지급되는 복리후생적 성격의 수당이다.
- ③ 성과상여금은 공무원수당 등에 관한 규정 제7조의2에 따라 근무성적, 업무실적 등

이 우수한 사람에게 예산의 범위 내에서 지급되는 것이나, 을가 제9, 10호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, Q사관학교 도서관의 경우 비교 평가할 타 부서가 없어 원고는 도서관의 업무 성과를 전체적으로 평가하여 위 도서관에서 근무하는 사서 직렬 군무원 전원에게 계급별 기준액의 130%를 성과상여금으로 지급한 사실을 인정할 수 있는데, 참가인도 도서관 소속 정기간행물담당으로 근무하여 도서관 전체의 업무실적 제고에 일정한 역할과 기여를 하였다.

- ④ 정액급식비는 공무원수당 등에 관한 규정 제18조에 따라 공무원이기만 하면 예산의 범위 내에서 월 13만원이 일률적으로 지급되는 실비변상차원의 수당으로서, 업무내용, 업무량 등과 관계없이 지급된다.
- ⑤ 명절휴가비, 정액급식비에 복리후생적 목적이 있다고 하여 이를 장기근속 유도와 직접 연관시키기는 어려워 보인다.
- ⑥ 공무원수당 등에 관한 규정, 육군 제수당 지급 지시 등이 이 사건 각 수당의 지급대상을 국가공무원(군인, 군무원)으로 정하고 있는 것은 위 규정의 적용대상이 국가공무원이기 때문일 뿐이고, 이 사건 각 수당과 동일한 금액을 지급하는 사법상 근로계약을 체결하는 것이 법적으로 허용되지 않는다고 볼 만한 아무런 자료가 없으므로, 위 법령이 이 사건 각 수당의 지급대상을 국가공무원으로 정하였다는 사실은 참가인을 불리하게 처우하는 것에 대한 합리적인 이유라고 볼 수 없다.
- ⑦ 원고가 참가인에게 매월 지급한 연봉 월액 1,380,000원(2014년) 또는 1,442,500원(2015년)의 봉급은 공무원보수규정에 따라 군무원 8급 1호봉에게 지급되는 봉급액에 해당하는 금액일 뿐이고, 위와 같은 보수에 사서업무라는 특수한 업무를 수행하는 대가로 추가적으로 지급되는 사서수당이 포함되어 있음을 인정할 만한 아무런 자료가 없다.
- ⑧ 육군 제 수당 지급 지시에 의하면 연봉제 적용대상자는 연봉액 산정시 포함되므로 별도의 명절휴가비를 지급하지 아니한다고 규정하고 있으나, 여기서 말하는 연봉제 공무원은 공무원보수규정 제33조에 따라 정무직공무원, 1급부터 5급까지의 공무원 또는 1급 상당부터 5급 상당까지의 공무원, 국립대학의 교원, 임기제공무원, 고위공무원단에 속하는 공무원 등 명절휴가비가 이미 포함된 연봉을 지급받는 공무원을 의미하는 것인데, 참가인이 지급받은 위 연봉 월액이 명절휴가비를 포함하여 산정되었다고 볼 만한 아무런 자료가 없고, 8급 상당으로 채용된 참가인을 위와 같은 연봉제 공무원과 동일하게 볼 수도 없다고 할 것이므로, 참가인이 위 지침에 따라 연봉제 적용대상자로서 명절휴가비를 지급받을 수 없는 자에 해당한다고 보기 어렵다.

### 3. 결 론

그렇다면 원고의 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김용철(재판장), 황지원, 김남균

(4) 비교대상근로자는 사법상 근로계약을 체결한 근로자에 한정되지 않음

☞ 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5391 판결

» 요 지 «

1. 기간제법 제8조제1항이 비교대상 근로자로 들고 있는 ‘기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’를 ‘사법상 근로계약’을 체결한 근로자로 한정하여 해석할 것은 아니다. 이 사건 조리직렬 기능군무원은 그 근무관계가 사법상 근로계약이 아닌 임용이라는 행정처분을 통해 형성되었기 때문에 민간조리원인 참가인의 비교대상 근로자가 될 수 없다고 볼 것은 아니다.
2. 비교대상 근로자로 선정된 근로자의 업무가 기간제 근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지 여부는 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 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.

참가인과 조리직렬 기능군무원 모두 조리업무를 주된 업무로 하고, 조리직렬 기능군무원의 경우 참가인과 달리 행정업무를 수행하고 교육과 훈련에 참가하기는 하나 이는 부수적인 정도에 불과하여, 이들의 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없어 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 판단된다.

3. 원고가 조리직렬 기능공무원에게 이 사건 가족수당과 정액급식비, 교통보조비를 지급하면서 민간조리원인 참가인에게는 이들 수당을 지급하지 아니한 것은 불리한 처우에 해당하고, 이 사건 가족수당은 업무와 관계없이 부양가족이 존재한다는 사정만으로 지급되고, 이 사건 정액급식비와 교통보조비도 업무와 관계없이 실비변상차원에서 지급되는 것으로, 원고가 민간조리원에게 이들 수당에 상응하는 수당을 지급하는 근로계약을 체결하는 것이 법적으로 허용되지 아니한다고 볼 자료가 없고 이들 수당을 장기근속 유도와 직접 연관시키기 어려우므로, 참가인에게 이들 수당을 지급하지 아니한 데에 합리적인 이유가 없다.

\* 원고, 상고인 : 대한민국

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : A

\* 원심판결 : 서울고법 2011. 1. 27. 선고 2010누21794 판결





## » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 상고이유 제1점에 대하여

‘기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률’(이하 ‘기간제법’이라고 한다) 제8조제1항은 “사용자는 기간제 근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다”고 정하여, 기간제 근로자에 대하여 차별적 처우가 있었는지를 판단하기 위한 비교대상 근로자로 ‘당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’를 들고 있다.

그런데 공무원은 인사와 복무, 보수 등에서 국가공무원법 및 공무원보수규정 등 관련 법령의 적용을 받기는 하나 기본적으로 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자에 해당한다(대법원 2002. 11. 8. 선고 2001두3051 판결 참조). 그리고 기간제법 제3조제3항은 국가 또는 지방자치단체의 기관에 대하여도 이 법이 적용됨을 명시적으로 규정하여 공공부문에서 근무하는 비공무원인 기간제 근로자와 공무원 사이의 비교 가능성을 열어 두고 있다. 이러한 사정들과 함께 기간제 근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제 근로자의 근로조건 보호를 강화함으로써 노동시장의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하는 기간제법의 입법취지를 종합하여 보면, 기간제법 제8조제1항이 비교대상 근로자로 들고 있는 ‘기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’를 ‘사법상 근로계약’을 체결한 근로자로 한정하여 해석할 것은 아니다.

원심이 같은 취지에서 조리직렬 기능군무원은 그 근무관계가 사법상 근로계약이 아닌 임용이라는 행정처분을 통해 형성되었기 때문에 민간조리원인 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고 한다)의 비교대상 근로자가 될 수 없다는 원고의 주장을 배척한 조치는 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 법리오해 등의 잘못이 없다.

### 2. 상고이유 제2점에 대하여

기간제법 제8조제1항에 의하면, 비교대상 근로자는 차별적 처우를 주장하는 기간제 근로자와 동종 또는 유사한 업무에 종사할 것을 요한다.

비교대상 근로자로 선정된 근로자의 업무가 기간제 근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지 여부는 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일

치하지 아니하고 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.

원심은 참가인과 조리직렬 기능군무원 모두 조리업무를 주된 업무로 하고, 조리직렬 기능군무원의 경우 참가인과 달리 행정업무를 수행하고 교육과 훈련에 참가하기는 하나 이는 부수적인 정도에 불과하여, 이들의 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없어 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 법리오해 등의 잘못이 없다.

### 3. 상고이유 제3점에 대하여

구 기간제법(2013.3.22. 법률 제11667호로 개정되기 전의 것) 제2조제3호는 차별적 처우를 “임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것”으로 정의하고 있다.

여기서 합리적인 이유가 없는 경우라 함은 기간제 근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나, 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 의미한다고 할 수 있다. 그리고 합리적인 이유가 있는지 여부는 개별사안에서 문제된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제 근로자의 고용형태, 업무의 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

원심은 원고가 조리직렬 기능공무원에게 이 사건 가족수당과 정액급식비, 교통보조비를 지급하면서 민간조리원인 참가인에게는 이들 수당을 지급하지 아니한 것이 불리한 처우에 해당한다고 판단하였다. 원심은 나아가 이 사건 가족수당은 업무와 관계없이 부양가족이 존재한다는 사정만으로 지급되고, 이 사건 정액급식비와 교통보조비도 업무와 관계없이 실비변상차원에서 지급되는 것으로, 원고가 민간조리원에게 이들 수당에 상응하는 수당을 지급하는 근로계약을 체결하는 것이 법적으로 허용되지 아니한다고 볼 자료가 없고 이들 수당을 장기근속 유도와 직접 연관시키기 어렵다는 이유로, 참가인에게 이들 수당을 지급하지 아니한 데에 합리적인 이유가 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 법리오해 등의 잘못이 없다.

### 4. 결 론

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

대법관 박보영(재판장), 민일영, 김신, 권순일(주심)

## 2.2 동종·유사한 업무에 종사하는 정규직 근로자가 다수인 경우 비교 대상근로자 선정

☞ 서울행법 2015. 9. 24. 선고 2015구합64053 판결<sup>22)</sup>

### » 요 지 «

1. 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 비교대상 근로자로 선정하는 경우 가장 낮은 처우를 받는 정규직 근로자는 기간제근로자보다 더 불이익을 받게 되는 역차별이 발생할 우려가 있으므로, 비교대상 근로자로 가장 낮은 처우를 받는 정규직 근로자를 선정하는 것이 타당하다. 또한 위와 같은 기간제법 제8조의 취지에 비추어 보면 비교대상 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 비교대상 근로자는 그 사업 또는 사업장의 직제 상 존재하는 가장 낮은 호봉의 정규직 근로자가 된다.
2. 기간제법 제2조제3호는 차별적 처우를 ‘임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것’으로 정의하고 있다. 여기서 불리한 처우라 함은 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제근로자와 비교대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미한다. 그런데 기간제근로자와 비교대상 근로자 간에 임금을 구성하는 세부 항목이 다르거나 세부 항목에 따라 유·불리가 나뉘는 경우에는 임금의 세부 항목별로 불리한지 여부를 따져서는 안 되고, 소정 근로를 제공한 것만으로 지급 요건이 충족되는 임금 항목과 그 외에 특정한 조건에 해당해야만 지급요건이 충족되는 임금 항목으로 구분하여, 전자의 경우에는 그에 포함된 모든 항목의 금액을 합산하여 총액을 기준으로 판단하여야 하고, 후자의 경우에는 항목별로 따져 유·불리를 판단하여야 한다.
3. 기간제법 제2조제3호에서 ‘합리적인 이유가 없는 경우’라 함은 기간제근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나, 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 의미한다고 할 것이고, 합리적인 이유가 있는지 여부는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제근로자의 고용형태, 업무의 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

22) 대법원 계류 중임

원고의 인사규정 등 관련 규정에 따르면, 이 사건 회사의 급여제도는 직급 및 호봉과 이를 바탕으로 한 연공급임금체계(또는 직무급 병존체계)를 기초로 하여 직원에 대한 호봉급 및 직무급의 액수가 결정되는 구조를 가지고 있는데, 이와 같은 방식은 근속연수 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 연공급임금체계의 취지를 고려하면, 단기고용을 전제로 한 계약직 근로자인 이 사건 근로자들에 대하여 비교대상 근로자들과 동일한 임금체계를 적용하지 아니한 것 자체에는 상당한 이유가 있다고 할 것이다.

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 결정 요소의 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.

\* 원고 : 주식회사 K랜드

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

## » 주 문 «

1. 중앙노동위원회가 2015.4.13. 원고와 A, B, C, D, E 사이의 2015차별2 차별시정 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

## » 이 유 «

### 1. 재심판정의 경위

가. 원고는 카지노업, 관광호텔업, 스키장 및 골프장 사업 등을 운영하는 회사이다(이하 원고가 운영하는 사업장을 나타낼 때는 ‘이 사건 회사’라고 한다). A, B, C, D, E (이하, ‘이 사건 근로자들’이라고 하고, 이들을 개별적으로 표시할 때에는 순차로 번호를 붙여 ‘이 사건 근로자 1’, ‘이 사건 근로자 2’와 같은 방식으로 표시한다)는 2012.8.17. 원고와 계약기간을 2012.8.20.부터 2013.2.19.까지로 하여 딜러(dealer) 업무를 수행하기로 하는 근로계약을 체결하였고, 2013.2.20. 계약기간을 2013.2.20.부터 2013.8.19.까지로, 2013.8.20. 계약기간을 2013.8.20.부터 2013.11.19.까지로, 2013.11.20. 계약기간을 2013.11.20.부터 2014.3.31.까지로 각각 연장하였다. 이 사건 근로자 1 내지 4는 이 사건 회사에 입사 전에 다른 카지노에서 근무한 경력(이하 ‘외부 근무경력’이라고 한다)이 없었고, 이 사건 근로자 5는 외부 근무경력이 1년이었다)

나. 이 사건 근로자들은 2014.9.23. 강원지방노동위원회에 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료에서 원고로부터 차별적 처우를 받았다는 이유로 그 시정을 신청하



였는데, 강원지방노동위원회는 2015.1.7. 원고가 이 사건 근로자들에게 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료를 지급하지 않은 것을 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법'이라고 한다) 제8조제1항의 차별적 처우로 인정하고 원고에게 이 사건 근로자들의 근무기간 동안 지급하지 않은 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료 상당액의 지급을 명하였다.

다. 원고는 위 초심판정에 불복하여 2015.2.13. 중앙노동위원회에 재심을 신청하였는데, 중앙노동위원회는 2015.4.13. 원고의 위 재심신청을 기각하였다(이하 '이 사건재심판정'이라고 한다).

## 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

### 가. 원고의 주장

이 사건 재심판정은 아래와 같은 이유로 위법하므로 취소되어야 한다.

- 1) 이 사건 근로자들이 근무를 시작한 2012.8.20. 당시 이 사건 회사에서 실제로 근무하고 있던 기간의 정함이 없는 딜러(이하 '정규직 딜러'라고 한다) 중 가장 적은 임금을 지급받은 자가 비교대상 근로자로 되어야 한다. 그런데 2012.8.20. 당시 이 사건 회사에는 1년 6개월 간 계약직 딜러로 근무한 후 2011.1.1. 정규직 딜러로 전환된 사원 2호봉의 정규직 딜러가 정규직 딜러 중 가장 적은 임금을 지급받고 있었으므로 위 직원이 이 사건 근로자들의 비교대상 근로자가 된다.
- 2) ① 비교대상 근로자가 이 사건 근로자들보다 재직기간이 2년 7개월 더 긴 점, ② 비교대상 근로자는 이 사건 회사에 입사한 후 9주간의 교육을 받지만 이 사건 근로자들은 외부 근무경력이 있는 경우 1주, 외부 근무경력이 없는 경우 4주의 교육만 받은 점, ③ 비교대상 근로자는 위와 같이 이 사건 근로자들보다 재직기간이 길고 더 자세한 교육을 받기 때문에 이 사건 근로자들보다 업무숙련도가 높은 점, ④ 비교대상 근로자는 이 사건 회사에서 블랙잭, 바카라, 룰렛, 다이사이, 빅휠, 캐리비언스터드포커, 쓰리카드포커, 카지노워 등 8개 종목을 진행하지만, 이 사건 근로자들은 그 중 블랙잭, 바카라 등 2개 종목만 진행하였던 점 등에 비추어 보면, 원고가 이 사건 근로자들에게 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료를 지급하지 않은 것에는 합리적인 이유가 있다.

### 나. 관련 규정<생략>

### 다. 판단

#### 1) 비교대상 근로자의 존부 및 선정에 대하여

##### 가) 관련 법리

기간제법 제8조제1항에서 '사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.'고 규정하여 기간제근로자에 대하여 차별적 처우가 있었는지를 판단하기 위한 비교대상 근로자로 '당

해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자를 들고 있다(이하 '기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자'를 '정규직 근로자'라 한다). 여기서 비교대상 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 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면 달리 특별한 사정이 없는 한 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다(대법원 2012.10.25. 선고 2011두7045 판결 참조).

#### 나) 비교대상 근로자의 존부

갑 제6, 7, 15, 19호증, 을 제1, 2, 4호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 기간제 딜러인 이 사건 근로자들과 정규직 딜러는 수행하는 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없으므로 동종 또는 유사한 업무에 종사하였다고 봄이 타당하다.

- (1) 직제규정 제11조의2에 의하면, 원고 소속 직원은 경영지원직군, 영업지원직군, 카지노영업직군, 호텔영업직군, 레저영업직군, 기술직군, 노무직군으로 구분되고, 카지노에서 근무하는 딜러는 정규직 딜러인지 기간제 딜러인지 관계없이 카지노영업직군에 해당한다.
- (2) 원고는 정규직 딜러의 육아휴직 등으로 인한 인력 부족을 메우기 위해 이 사건 근로자들을 대체인력으로 채용하였다. 이 사건 근로자들은 원고와 근로계약을 체결 할 때 정규직 딜러와 마찬가지로 1일 8시간, 1주당 40시간을 근무하고 휴게시간이 같으며 다만 임금은 시급으로 지급받기로 약정하였다.
- (3) 이 사건 근로자들은 정규직 딜러와 마찬가지로 카지노에서 딜러 업무를 수행하였다. 정규직 딜러는 블랙잭(blackjack), 바카라(baccarat), 룰렛(roulette), 다이사이(tai-sai), 빅휠(big wheel), 캐리비언스터드포커(Carribean Stud Poker), 쓰리카드포커(three card poker), 카지노워(casino war) 등 8개 종목을 진행하는 데에 비해 이 사건 근로자들은 그중 블랙잭, 바카라 등 2개 종목만 진행하여 이 사건 근로자들과 정규직 딜러 사이에 진행할 수 있는 종목의 수가 달랐으나, 블랙잭, 바카라가 전체 진행 게임 중 76.7%를 차지하였다.

#### 다) 비교대상 근로자 선정

- (1) 정규직 딜러들 사이에도 직위와 호봉에서 차이가 있으므로 정규직 딜러 중 누구를 이 사건 근로자들의 비교대상 근로자로 삼을 것인가에 관하여 본다.

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 비교대상 근로자로 선정하는 경우 가장 낮은 처우를 받는 정규직 근로자는 기간제근로자보다 더 불이익을 받게 되는 역차별이 발생할 우려가 있으므로, 비교대상 근로자로 가장 낮은 처우를 받는 정규직 근로자를 선정하는 것이 타당하다. 또한 위와 같은 기간제법 제8조의 취지에 비추어 보면 비교대상 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 비교대상 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 직위 별로 1~15호봉이 있으며, 신규 채용 직원의 호봉은 1호봉을 원칙으로 한다.

위 직제규정의 내용 및 법리에 의하면, 원고 소속 정규직 딜러 중 직제상 가장 낮은 처우를 받는 사람은 사원 1호봉의 정규직 딜러이므로, 위 직원을 이 사건 근로자들의 비교대상 근로자로 봄이 타당하다.

- (2) 이에 대하여 피고는 이 사건 회사에서 계약직 딜러로 채용되어 정규직 딜러로 전환되는 데에는 1년 6개월 내지 2년이 소요되는 점을 고려하면, 이 사건 근로자들 중 외부 근무경력이 1년인 이 사건 근로자 5의 비교대상 근로자는 사원 1호봉보다 1 단계 낮은 호봉의 정규직 딜러로, 외부 근무경력이 없는 이 사건 근로자 1 내지 4의 비교대상 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, 피고가 주장하는 비교대상 근로자는 이 사건 회사에 근무하는 정규직 딜러라고 볼 수 없다. 따라서 이와 다른 전제에 선 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

## 2) 불리한 처우의 유무에 대하여

### 가) 판단 기준

기간제법 제2조제3호는 차별적 처우를 ‘임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것’으로 정의하고 있다. 여기서 불리한 처우라 함은 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제근로자와 비교대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미한다(위 대법원 2012.10.25. 선고 2011두7045 판결 참조). 그런데 기간제근로자와 비교대상 근로자 간에 임금을 구성하는 세부 항목이 다르거나 세부 항목에 따라 유·불리가 나뉘는 경우에는 임금의 세부 항목별로 불리한지 여부를 따져서는 안 되고, 소정 근로를 제공한 것만으로 지급 요건이 충족되는 임금 항목과 그 외에 특정한 조건에 해당해야만 지급요건이 충족되는 임금 항목으로 구분하여, 전자의 경우에는 그에 포함

된 모든 항목의 금액을 합산하여 총액을 기준으로 판단하여야 하고, 후자의 경우에는 항목별로 따져 유·불리를 판단하여야 한다.

#### 나) 인정 사실

- (1) 정규직 딜러의 기본급은 호봉급과 직무급을 합한 금액으로서 월 근로시간이 209시간(유급 주휴시간 35시간을 포함)일 때 아래 표와 같고, 기간제 딜러의 기본급은 외부 근무경력에 따라 차등을 둔 시급으로 계산된 금액인데 아래 표와 같다. <표 생략>
- (2) 정규직 딜러와 기간제 딜러는 시간외 근무수당, 야간근무수당, 휴일근무수당 등 법정수당은 동일하게 지급받았다.
- (3) 정규직 딜러는 기본급 및 법정수당 외에 벽지(문화)수당(월 10만원, 급여규정 제20조의2), 고객서비스수당(월 30만원, 급여규정 제20조의3), 정기상여금(1월, 3월, 5월, 7월, 9월, 11월의 급여지급일에 각 기본급에 30만원을 합한 금액의 100%를 지급함, 급여규정 제21조, 급여규정 시행세칙 제7조), 특별상여금[설·하계휴가(상반기 말일)·추석 특별상여금은 각각 기본급에 30만 원을 합한 금액의 100%를 지급하고, 연말 특별상여금은 기본급에 30만 원을 합한 금액을 기준으로 지급하는데 2012.경 및 2013.경에는 각각 위 기준액의 350%를 지급함, 급여규정 제22조, 급여규정 시행세칙 제7조의2]을 지급받았고, 원고의 결정에 따라 호텔봉사료(지급기준은 아래 표와 같다)를 지급받았다. <표 생략>
- (4) 위와 같은 정규직 딜러와 기간제 딜러의 급여 체계 및 액수에 비추어 보면, 이 사건 근로자들이 근무한 기간(2012.8.20.~2014.3.31.) 동안 월 근로시간이 209시간(유급 주휴시간 35시간을 포함)이라는 전제로 산정된 사원 1호봉의 정규직 딜러와 기간제 딜러의 임금은 다음과 같다. <표 생략>

#### 다) 불리한 처우의 존재

설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료는 소정 근로에 대하여 지급되는 임금에 해당하므로 소정 근로에 대하여 지급되는 다른 항목, 즉 기본급, 벽지(문화) 수당, 고객서비스수당, 정기상여금을 합산하여 총액을 기준으로 이 사건 근로자들에 대한 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다.

이 사건 근로자들이 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 42,092,600원이다. 위 임금 액수의 차이에 비추어 보면, 원고는 기간제 딜러인 이 사건 근로자들에게 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료를 지급하지 않음으로써 정규직 딜러에 비해 불리한 처우를 하였다고 볼 수 있다.



## 3) 합리적 이유의 유무에 대하여

가) 기간제법 제2조제3호에서 '합리적인 이유가 없는 경우'라 함은 기간제근로자를 달리 채용할 필요성이 인정되지 아니하거나, 달리 채용할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 의미한다고 할 것이고, 합리적인 이유가 있는지 여부는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 채용의 내용 및 사용자가 불리한 채용의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제근로자의 고용형태, 업무의 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(위 대법원 2012.10.25. 선고 2011두7045 판결 참조).

나) 앞서 본 바와 같이 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 근속연수 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 연공급임금체계의 취지를 고려하면, 단기고용을 전제로 한 계약직 근로자인 이 사건 근로자들에 대하여 비교대상 근로자들과 동일한 임금체계를 적용하지 아니한 것 자체에는 상당한 이유가 있다고 할 것이다.

다) 따라서 이 사건에서는 정규직 딜러와 달리 이 사건 근로자들에게 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료를 지급하지 아니한 부분에 합리적 이유가 있는지에 관하여 본다. 갑 제9 내지 19호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지로부터 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 고려해 보면, 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 근로조건 결정 요소의 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 근무경력이 있는 경우 1주간, 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 자세한 교육을 받아 이 사건 근로자들에 비해 업무숙련도가 더 높다고 볼 수 있다.

- (2) 담당 업무의 차이: 비교대상 근로자는 블랙잭, 바카라, 룰렛, 다이사이, 빅휠, 캐리비언스터드포커, 쓰리카드포커, 카지노워 등 8개 종목을 진행하는 데에 비해 이 사건 근로자들은 그중 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 외부 근무경력이 1년이였다. 그런데 원고의 카지노는 다른 카지노에 비해 방문객 수나 매출액이 현저히 많고(2013년 기준으로 원고 카지노의 입장객 수는 연 3,024,511명, 매출액은 연 1,209,332,000,000원인데 비해 규모 2위인 F카지노 OO호텔점의 입장객 수는 연 912,288명, 매출액은 연 212,823,000,000원이다), 한 게임에 참여하는 인원수도 많아 다른 카지노와 비교하여 근무상황이나 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, 호텔봉사료를 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, 호텔봉사료 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% 정도 밖에 지급하지 않았다).

#### 4) 소결론

따라서 이와 다른 전제에 선 이 사건 재심판정은 위법하다.

### 3. 결 론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 차행전, 판사 조현욱, 판사 박광민

☞ 대전지법 2017. 1. 11. 선고 2016구합101975 판결★<sup>23)</sup>

### » 요 지 «

1. 국가공무원도 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 제2조 제1항 제1호의 근로자라 할 것이므로 국가공무원법 등에 특별한 규정이 없는 경우에는 국가공무원에 대하여도 그 성질에 반하지 아니하는 한 근로기준법이 적용될 수 있고(대법원 2002. 11. 8. 선고 2001두3051 판결 참조), 공무원이 기간을 정하여 임용된 경우, 국가공무원법 등에 특별한 규정이 없고 그 성질에 반하지 아니하는 한 기간제법이 적용될 수 있다.
2. 정규직근로자와 기간제근로자가 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않더라도 주된 업무의 내용, 작업 조건 등 핵심 요소에서 본질적인 차이가 없다면, 예컨대 정규직근로자에게는 해당 업무와 직접 관련된 자격이 요구되는 반면 기간제근로자에게는 그러한 자격이 요구되지 않는 경우와 같이 양자 사이에 '현저한 질적 차이'가 인정될 만한 특별한 사정이 없는 한, 채용 절차나 부수적인 업무 내용 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.
3. 차별적 처우가 존재하는지 여부를 심사하기 위한 전제로 비교대상근로자를 선정함에 있어서는, 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 그들의 근로조건 보호를 강화한다는 기간제법의 입법취지를 충분히 고려하여야 한다. 정교사를 참가인의 비교대상근로자로 선정하는 경우 무기계약직근로자인 방과후강사에 대한 역차별이 발생할 수 있다고 주장하나, 앞서 본 기간제법의 입법취지에 비추어 보면, 방과후강사에 대한 차별적 처우는 시간제근로 기간제 교원과 방과후강사의 근로조건을 동일한 수준으로 하향평준화함으로써 시정할 것이 아니라, 정교사와 비교하였을 때 인정되는 차별적 처우를 시정함으로써 해소함이 상당하다.

\* 원고 : 광주광역시

교육 및 학예에 관한 대표자 교육감 장○○

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 신○○

### » 주 문 «

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

### » 이 유 «

#### 1. 재심판정의 경위

23) 항소하지 않아 그대로 확정됨

- 가. 원고는 그 산하에 신창초등학교 병설유치원(이하 '이 사건 유치원'이라 한다)을 운영하는 지방자치단체이다. 피고 보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)은 이 사건 유치원에서 유아교육법 제2조 제6호, 제13조 제1항의 방과후과정을 담당하기 위해 2012. 3. 1. 교육공무원법 제32조 제1항 제5호, 교육공무원임용령 제13조 제2항에 따라 임용기간을 2013. 2. 28.까지로 하여 1일 6시간을 시간제로 근무하는 기간제교원으로 임용되었다(다만 2012. 7. 20.부터는 방학기간 중에는 1일 8시간을 근무하기로 하였다).
- 그 후 원고와 참가인은 2013. 3. 1. 임용기간을 2014. 2. 28.까지, 2014. 3. 1. 임용기간을 2015. 2. 28.까지, 2015. 2. 24. 임용기간을 2016. 2. 29.까지 연장하였다.
- 나. 참가인은 2015. 8. 12. 원고를 상대로 전남지방노동위원회에 '원고가 참가인에 대하여 이 사건 유치원의 정규교육과정을 담당하는 정교사(이하 '정교사'라고만 한다)와 비교하여 경력에 따른 호봉을 과소하게 확정하였고, 정근수당, 정근수당가산금, 성과상여금, 연가보상비, 연장근로수당, 맞춤형복지비를 지급하지 않은 것이 차별적 처우에 해당한다'고 주장하면서 차별적 처우에 대한 시정신청을 하였다(이하 '이 사건 시정신청'이라 한다). 전남지방노동위원회는 2015. 10. 22. 이 사건 시정신청 중 경력에 따른 호봉 과소확정, 정근수당, 정근수당가산금, 맞춤형복지비에 관한 부분을 인용하고 나머지 부분을 기각하는 판정을 하였다(전남2015차별3, 이하 '초심판정'이라 한다).
- 다. 원고는 2015. 12. 16. 초심판정 중 인용 부분에 대하여, 참가인은 같은 날 초심판정 중 연장근로수당 미지급이 차별적 처우로 인정되지 않은 부분에 불복하여 중앙노동위원회에 재심신청을 하였는데, 중앙노동위원회는 2016. 3. 31. 원고와 참가인의 재심신청을 모두 기각하는 재심판정을 하였다[중앙2015차별42, 43(병합), 이하 위 재심판정 중 호봉확정, 정근수당 및 정근수당가산금, 맞춤형복지비에 관한 부분만을 '이 사건 재심판정'이라 한다].

## 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

### 가. 원고의 주장

#### 1) 참가인의 차별시정신청 부적격

노동위원회법 제2조의2 제1호는 노동위원회의 소관사무로 '근로기준법, 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법'이라 한다) 등에 따른 판정·결정·의결·승인·인정 또는 차별적 처우 시정 등에 관한 업무를 규정하고 있고, 기간제법 제9조 제1항은 기간제근로자 또는 단시간근로자는 차별적 처우를 받은 경우 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 참가인은 교육공무원법 및 국가공무원법의 적용대상인 공무원으로서, 참가인에게는 기간제법이 적용되지 않아, 기간제법에 따른 차별시정신청을 할 적격이 없다. 따라서 중앙노동위원회로서는 참가인의 이 사건 시정신청을 일부 인용한 초심판정을 취소하고 이 사건 시정신청을 각하하였어야 함에도, 원고의 재심신청을 기각하였다. 따라서 이 사건 재심판정은 위법하다.

#### 2) 비교대상근로자 선정의 오류

가사 참가인에게 이 사건 시정신청을 할 적격이 인정된다고 하더라도, 이 사건 재심판정은 참가인의 비교대상근로자를 잘못 선정하여 위법하다. 즉, 참가인은 이 사건 유치

원의 방과후과정을 담당하는 무기계약직근로자(방과후강사)와 동일한 업무를 수행하고 있으므로 참가인의 비교대상근로자는 방과후강사가 되어야 하나, 이 사건 재심판정은 이 사건 유치원의 정규교육과정을 담당하는 정교사를 참가인의 비교대상근로자로 선정하였다. 방과후강사를 참가인의 비교대상근로자로 선정할 경우, 참가인이 방과후과정을 담당하는 방과후강사보다 근무시간당 더 많은 보수를 받으므로, 차별이 존재하지 않는다.

#### 나. 관련 규정 및 법령

별지 기재와 같다.(생략)

#### 다. 인정사실

##### 1) 참가인의 임용경위

가) 참가인은 2011. 3. 1.부터 이 사건 유치원에서 기간제근로자로 근무하면서 정규교육과정 후의 과정(당시의 명칭은 ‘종일제과정’으로, 방과후과정과 동일하다)을 담당하였다. 원고는 2012. 2. 29.을 기준으로 이 사건 유치원에서 2년 이상 기간제근로자로 근무한 사람들 중 일부를 방과후과정을 담당하는 무기계약직근로자(방과후강사)로 전환하였고, 참가인과 같이 무기계약직근로자로의 전환을 원하지 않는 사람들의 경우 교육공무원법에 따른 시간제근무 기간제교원으로 임용하였다(광주광역시교육청 계약직교원 운영지침에 의하면, 시간제근무 기간제교원도 정교사와 마찬가지로 교원자격증을 소지하여야 하고, 교원임용자격요건을 충족시킬 것이 요구된다).

나) 원고는 이 사건 유치원에 2012년에 정규교육과정과 그 후에 이루어지는 종일반을 운영하였고, 2013년부터는 정규교육과정과 그 후에 이루어지는 방과후과정을 운영하였다. 참가인은 2012년에는 이 사건 유치원의 종일반, 2013년부터는 방과후과정에서 근무하였다.

##### 2) 참가인에 대한 호봉 확정

원고는 이 사건 유치원의 정교사에 대하여는 구 공무원보수규정(2016. 6. 24. 대통령령 제27257호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제8조, [별표 15], [별표 22], [별표 23]에 따라 임용 전의 경력을 반영하여 산정한 초임호봉을 확정하여 지급한 반면, 참가인과 같은 시간제근무 기간제교원을 임용하면서는 임용 전의 경력을 반영하지 않고 2년제 전문대를 졸업한 경우 6호봉, 3년제 전문대를 졸업한 경우 7호봉, 4년제 대학을 졸업한 경우 8호봉으로 일률적으로 초임호봉을 확정하여 지급하였다. 이에 따라 원고는 2012. 3. 1.부터 2016. 2. 29.까지 참가인에게 4년제 대학을 졸업한 경우로서 8호봉을 확정하여 지급하였다.

##### 3) 이 사건 유치원의 업무분장

가) 이 사건 유치원의 정교사가 담당하는 정규교육과정 업무내용은 아래 표 기재와 같다.(생략)

나) 이 사건 유치원의 시간제근무 기간제교원이 담당하는 방과후과정 업무내용은 아래와 같다.(생략)

정교사	참가인
교무기획, 공문서 집중관리, 제장부 수합 점검, 결·보강관리, 원내행사 추진, 원아모집 관련, 포상관련업	방과후과정 관련 공문 문서처리와 장부 관리, 방과후원아관리, 방과후과정 관련 예산 운영, 방과후과정

정교사	참가인
무, 교원근무상황부 관리, 교육복지, 학부모행사 및 연수, 부모교육 관련, 혁신 및 부조리교육, 교원단체 관련, 방과후관리, 교학사무, 교학통계, 근무상황 관리, 학급 편성, 월중행사, 방학계획, 인사자문관련, 생활기록부, 출석관리, 유치원 홍보, 각종 회의 추진, 회의록 기록, 교무일지, 보결수업배당	교실관리, 화단관리, 단시간 자원봉사관리, 방과후과정 월간계획 및 일일계획

- 다) 이 사건 유치원의 업무분장표에 기재된 정교사와 참가인의 업무분장은 아래와 같다.
- 라) 이 사건 유치원의 정교사의 출장, 연가, 병가, 조퇴 시 참가인을 비롯한 시간제근무 기간제교원이 보결수업을 하였다.
- 마) 이 사건 유치원의 방과후강사는 이 사건 유치원의 시간제근무 기간제교원과 함께 방과후과정을 담당하는데, 방과후강사의 근로계약서상 업무내용은 아래와 같다.

- 업무내용 : 종일제 운영계획 수립 및 운영
- 종일제 운영계획서 작성, 종일제 프로그램 운영
  - 종일제 원아들의 안전관리 및 생활지도
  - 종일제 간식 준비 및 제공
  - 종일제 관련 예산 운영(에듀파인 담당업무)
  - 종일제 관련 사무행정업무(공문서 처리 및 장부관리)
  - 특성화강사 및 3세대 하모니 관리
  - 종일제 과정(겸용교실 포함) 교실 관리
  - 교육과정 운영 시 필요하다고 원장이 인정하는 업무분장사항
- \* 업무내용에 대한 변경 및 분장은 종일제교사와 협의하여 결정한다.

- 4) 원고의 참가인에 대한 정근수당, 정근수당가산금 미지급
- 원고는 이 사건 유치원의 정교사에 대하여는 구 공무원보수규정 제31조, 구 공무원수당 등에 관한 규정(2015. 11. 20. 대통령령 제26659호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항, 제3항에 따른 정근수당과 정근수당가산금을 지급하였으나, 참가인을 비롯한 시간제근무 기간제교원에게는 이를 지급하지 아니하였다.
- 5) 원고의 참가인에 대한 맞춤형복지비 미지급
- 원고는 이 사건 유치원의 정교사에 대하여는 공무원 후생복지에 관한 규정에 따른 맞춤형복지비를 지급하였으나, 참가인을 비롯한 시간제근무 기간제교원에게는 이를 지급하지 아니하였다.
- 6) 참가인과 방과후강사의 보수 비교
- 참가인과 무기계약직근로자인 방과후강사의 2014년도 보수를 비교하면 아래 표 기재와 같다.(생략)



## 라. 판단

### 1) 참가인의 차별시정신청적격 여부

가) 근로기준법 제12조는 ‘이 법과 이 법에 따른 대통령령은 국가, 특별시·광역시·도, 시·군·구, 읍·면·동, 그 밖에 이에 준하는 것에 대하여도 적용된다’고 규정하고 있고, 같은 법 제2조 제1항 제1호는 ‘이 법에서 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다’고 규정하고 있는바, 국가공무원도 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 제2조제1항제1호의 근로자라 할 것이므로 국가공무원법 등에 특별한 규정이 없는 경우에는 국가공무원에 대하여도 그 성질에 반하지 아니하는 한 근로기준법이 적용될 수 있고(대법원 2002. 11. 8. 선고 2001두3051 판결 참조), 공무원이 기간을 정하여 임용된 경우, 국가공무원법 등에 특별한 규정이 없고 그 성질에 반하지 아니하는 한 기간제법이 적용될 수 있다.

나) 이 사건을 위 법리에 비추어 보건대, 아래와 같은 사정에 비추어 보면 기간제법 제8조 제1항이 공무원인 시간제근무 기간제교원에 대하여 적용되는지에 관하여 국가공무원법, 교육공무원법 등 다른 법령에 특별한 규정이 없고, 이를 적용하는 것이 공무원인 시간제근무 기간제교원의 성질에 반하지 아니하므로, 시간제근무 기간제교원인 참가인에게 노동위원회에 노동위원회법 제2조의2 제1호, 기간제법 제8조 제1항, 제9조 제1항에 따라 차별시정신청을 할 적격이 인정된다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(1) 참가인은 시간제근무 기간제교원으로서, 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자에 해당한다. 참가인은 기간을 정하여 임용되었고, 이 사건 유치원의 정교사의 소정근로시간(하루 8시간)에 비하여 원칙적으로 짧은 시간(하루 6시간, 방학 중 하루 8시간)을 근무한다는 점에서 기간제법 제2조 제2호, 근로기준법 제2조 제8호의 기간제근로자, 단시간근로자와 유사하다.

(2) 헌법상의 기본권은 1차적으로 개인의 자유로운 영역을 공권력의 침해로부터 보호하기 위한 방어적 권리이지만 다른 한편으로 헌법의 기본적인 결단인 객관적인 가치질서를 구체화한 것으로서, 사법을 포함한 모든 법 영역에 그 영향을 미친다(대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다19864 판결 참조). 헌법 제11조는 ‘모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다’고 규정하여 평등의 원칙을 선언함과 동시에 모든 국민에게 평등권을 보장하고 있다. 근로기준법 제6조는 ‘사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다’고 규정하고, 기간제법 제8조 제1항은 ‘사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다’고 규정하고 있다. 앞서 본 법리에 비추어 보면, 기간제근로자에 대한 차별적 처우를 금지한 기간제법 제8조 제1항은 헌법 제11조와, 근로기준법 제6조의 차별금지조항을 구체화함으로써 차별적 처우를 받지 않을 기간제근로자의 권리를 확인한 것일 뿐, 그러한 권리를 창설한 것이라고 볼 수 없고, 위와 같은 차별금지조항을 참가인에게 적용하는 것이 참가인의 공무원으로서의 성질에 반하는 것이라고 볼 수 없다.

(3) 교육공무원법 제49조 제1항은 '교육공무원은 누구나 인사·조직·처우 등 각종 직무조건과 그 밖의 신상문제에 대하여 인사상담이나 고충의 심사를 청구할 수 있으며, 이를 이유로 불이익한 처분이나 대우를 받지 아니한다'고 규정하고 있는데, 같은 법 제32조 제3항은 기간제교원에 대하여는 교육공무원법 제49조의 적용을 배제한다고 규정하고 있으므로, 기간제교원은 인사·조직·처우 등 각종 직무조건에 있어 차별적 대우를 받더라도 고충심사청구를 통하여 구제받을 수 없다. 또한, 구교원지위향상을 위한 특별법(2016. 2. 3. 법률 제13936호 교원의 지위향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법으로 개정되기 전의 것) 제9조 제1항은 교원이 징계처분과 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대하여 불복할 때에는 교원소청심사위원회에 소청심사를 청구할 수 있다고 규정하고 있으나, 기간제교원의 직무조건이 교원에 대한 임용 시 교원의 동의 하에 정해진다는 점에 비추어 보면, 직무조건에 대한 차별적 처우를 '교원의 의사에 반하는 불리한 처분'이라고 보기 어렵다. 따라서 기간제교원은 직무조건에 대한 차별적 처우에 대하여 교원소청심사위원회에 소청심사를 청구할 수도 없으며, 달리 교육공무원법, 국가공무원법, 공무원보수규정 등 관계 법령에 기간제교원이 직무조건에 관하여 차별적 처우를 받은 경우의 구제 내지 시정절차에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 않다.

## 2) 비교대상근로자 선정의 위법 여부

가) 기간제법 제8조 제1항에 의하면, 비교대상근로자는 차별적 처우를 주장하는 기간제근로자와 동종 또는 유사한 업무에 종사할 것을 요한다. 비교대상근로자로 선정된 근로자의 업무가 기간제근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지 여부는 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면 특별한 사정이 없는 이상 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5391 판결 참조). 즉, 정규직근로자와 기간제근로자가 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않더라도 주된 업무의 내용, 작업 조건 등 핵심 요소에서 본질적인 차이가 없다면, 예컨대 정규직근로자에게는 해당 업무와 직접 관련된 자격이 요구되는 반면 기간제근로자에게는 그러한 자격이 요구되지 않는 경우와 같이 양자 사이에 '현저한 질적 차이'가 인정될 만한 특별한 사정이 없는 한, 채용 절차나 부수적인 업무 내용 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.

나) 앞서 인정한 사실관계에서 알 수 있는 다음과 사정들을 위 법리에 비추어 보면, 이 사건 유치원의 시간제근무 기간제교원과 정교사는 그 담당업무에서 본질적인 차이가 없어 위 양자는 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 봄이 타당하므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(1) 이 사건 유치원의 정교사와 시간제근무 기간제교원의 주된 업무는 유아교육 및 보육활동으로, 그 업무의 시간적 범위가 정교사의 경우 정규교육과정, 시간제근



무 기간제교원의 경우 정규교육과정 후에 이루어지는 방과후과정이라는 차이가 있을 뿐이고, 정교사가 출장 등의 사유로 수업을 할 수 없을 경우 참가인을 비롯한 시간제근무 기간제교원이 보결수업을 한 점, 정규교육과정과 방과후과정의 수업내용이 서로 연계되어 운영되는 점, 이 사건 유치원의 시간제근무 기간제교원도 정교사와 마찬가지로 교원자격증을 보유하고 교원임용자격을 갖춘 점 등에 비추어 보면 그 업무의 대체가능성도 인정되므로, 주된 업무에서 본질적인 차이가 있다고 볼 수 없다.

- (2) 이 사건 유치원의 정교사가 시간제근무 기간제교원에 비하여 더 많은 종류의 행정업무를 수행하기는 하였으나, 이는 주된 업무에 비하여 부수적인 것으로 보이고, 시간제근무 기간제교원 역시 정교사가 수행하는 것과 중복되는 행정업무(공문서처리, 장부관리, 월간계획 등)를 수행하였으므로, 이러한 차이를 근거로 정교사의 업무와 시간제근무 기간제교원의 업무 사이에 현저한 질적 차이가 인정된다고 볼 수 없다. (3) 정교사가 시간제근무 기간제교원에 비하여 더 많은 행정업무를 수행한다는 점은 정교사에게 이에 상응한 임금 또는 수당을 지급할 사유가 될 뿐 이를 근거로 정교사가 시간제근무 기간제교원과 동종 또는 유사한 업무에 종사하지 않는다고 볼 수 없다.

다) 원고는 참가인이 방과후강사와 동일한 업무를 수행하므로, 방과후강사를 참가인의 비교대상근로자로 선정하여야 한다고 주장한다. 앞서 인정한 사실관계에 의하면 방과후강사 역시 정규교육과정 이후 시간에 유아교육 및 보육업무를 담당하므로, 참가인과 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 봄이 상당하다. 그러나 아래와 같은 이유로 원고의 위 주장은 이유 없다.

- (1) 차별적 처우가 존재하는지 여부를 심사하기 위한 전제로 비교대상근로자를 선정함에 있어서는, 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 그들의 근로조건 보호를 강화한다는 기간제법의 입법취지를 충분히 고려하여야 한다. 그런데 앞서 인정한 사실관계에 의하면, 이 사건 유치원의 방과후강사는 2012. 2. 29.을 기준으로 그 이전에 2년 이상 근무한 기간제근로자가 무기계약직 근로자의 신분으로 전환된 것인데, 이 사건 유치원의 정교사와 비교하여 더 낮은 처우를 받고 있다. 방과후강사를 시간제근무 기간제교원과 비교하면, 기한의 정함이 없는 근로계약을 체결하였다는 점에서는 신분 보장에 유리할 수 있으나, 임금총액의 측면에서는 시간제근무 기간제교원보다 더 낮은 금액을 수령하고 있다(원고로서는 교원인사제도의 융통성과 탄력성을 도모하기 위해 임용기간에 제한이 있으나 임금총액은 무기계약직근로자보다 다소 높은 시간제근무 기간제교원과, 근로기간의 정함이 없으나 임금총액은 시간제근무 기간제교원보다 낮은 무기계약직근로자인 방과후강사라는 사회적 신분을 창출한 것으로 보인다).

이와 같은 방과후강사의 무기계약직근로자로서의 근로계약 체결경위 및 그에 대한 처우에 비추어 보면, 방과후강사 역시 이 사건 유치원의 정교사와 동종 또는 유사한 업무를 수행하면서도 차별적 처우를 받고 있을 여지가 있는 것으로 보이고, 이 사건 유치원의 정교사나 시간제근무 기간제교원은 교육공무원임에 비하여, 방과후강사는 교육공무원이 아닌 점에 더하여 앞서 본 기간제법의 입법취지를 고

려하면, 방과후강사를 참가인의 비교대상근로자로 선정하는 것은 적절하지 않다.

- (2) 원고는 정교사를 참가인의 비교대상근로자로 선정하는 경우 무기계약직근로자인 방과후강사에 대한 역차별이 발생할 수 있다고 주장하나, 앞서 본 기간제법의 입법 취지에 비추어 보면, 방과후강사에 대한 차별적 처우는 시간제근무 기간제교원과 방과후강사의 근로조건을 동일한 수준으로 하향평준화함으로써 시정할 것이 아니라, 정교사와 비교하였을 때 인정되는 차별적 처우를 시정함으로써 해소함이 상당하다.

### 3) 차별적 처우에 대한 합리적 이유 존부

- 가) 기간제법 제2조 제3호는 차별적 처우를 ‘임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것’으로 정의하고 있다. 여기서 ‘불리한 처우’란 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제근로자와 비교대상근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하고, ‘합리적인 이유가 없는 경우’란 기간제근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나, 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 의미한다. 그리고 합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제근로자의 고용형태, 업무 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결 참조).

- 나) 이 사건을 위 법리에 비추어 보건대, 원고가 참가인의 호봉을 확정함에 있어 경력을 반영하지 않은 것과, 정근수당, 정근수당가산금, 맞춤형복지비를 지급하지 않은 것에 시간제근무 기간제교원과 정교사를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않으므로 합리적인 이유가 없다 할 것이다. 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### (1) 호봉 확정 시 경력 미반영

구 공무원보수규정 제8조 제1항, [별표 15], [별표 22], [별표 23]은 교육공무원의 경력을 반영하여 호봉을 확정한다고 규정하고 있는데, 이는 교육공무원의 경력에 따른 전문성과 직업적 숙련도에 대하여 보상하려는 취지이다. 시간제근무기간제교원이라고 하여 경력에 따른 전문성과 직업적 숙련도가 정교사와 달리 발현된다고 볼 수 없으므로, 원고가 이 사건 유치원 정교사의 호봉을 확정할 때 경력을 반영하는 반면, 참가인의 호봉을 확정할 때에 이를 반영하지 않았고, 경력을 반영하지 않은 채 확정된 호봉에 따라 임금을 지급한 것은 합리적 이유가 없는 차별적 처우에 해당한다.

#### (2) 정근수당, 정근수당가산금

구 공무원수당 등에 관한 규정 제7조 제1항은 ‘공무원에게는 예산의 범위에서 근무연수에 따라 매년 1월과 7월의 보수지급일에 [별표 2]의 지급구분에 따라 정근수당을 지급한다’고 규정하고 있는데, 위 규정 제7조 제1항 제1호는 ‘1월에 지급되는 정근수당은 1. 1. 현재 공무원의 신분을 보유하고 봉급이 지급되는 사람 중 지급대상기간인 전년도 7. 1.부터 12. 31.까지의 기간 중 1개월 이상 봉급이 지급된 공무원에게 지급’하고, 같은 항 제2호는 ‘7월에 지급되는 정근수당은 7. 1. 현재 공무원의 신분을 보유하고 봉급이 지급되는 사람 중 지급대상기간인 해당연도 1. 1.부터 6. 30.까지의 기간 중 1개월 이상 봉급이 지급된 공무원에게 지급한다’

고 규정하고 있으며, 위 규정 [별표 2] '1. 정근수당'은 근무연수가 1년 미만인 공무원에게는 정근수당을 지급하지 않고, 근무연수가 1년 이상인 공무원에게 근무연수가 길어질수록 더 많은 액수의 정근수당을 지급하도록 규정하고 있다. 구 공무원수당 등에 관한 규정 제7조 제3항은 정근수당 지급대상인 공무원에게 근무연수에 따라 보수지급일에 [별표 2]의 지급구분에 따라 정근수당가산금을 지급한다고 규정하고 있고, [별표 2] '2. 정근수당가산금'은 근무연수가 5년 이상인 공무원(군인 제외)에 대하여 근무연수 구간별로 근무연수가 길어질수록 더 많은 액수의 정근수당가산금을 지급하도록 규정하고 있다. 그리고 구 공무원수당 등에 관한 규정 제7조 제4항은 '제1항과 제3항의 근무연수는 매달 1일 현재를 기준으로 교육공무원의 경우 구 공무원보수규정 [별표 22] 교육공무원 등의 경력환산율표에 따라 계산한다'고 규정하여, 교육공무원이 임용 이전에 교육공무원, 또는 교육공무원 외의 공무원, 강사, 연구직 등 교육공무원과 유사한 직역에 근무한 경력이 있는 경우 이를 정근수당과 정근수당가산금 지급의 기준이 되는 근무연수에 산입하도록 규정하고 있다. 위 각 규정에 의하면, 근무연수가 길어질수록 지급되는 정근수당과 정근수당가산금의 액수가 많아진다는 점에서, 정근수당과 정근수당가산금은 일용 장기근속을 장려하기 위한 목적에서 지급되는 것이라고 볼 수 있다. 그러나 아래와 같은 이유로 원고가 참가인에게 정근수당과 정근수당가산금을 지급하지 않은 것에 합리적 이유가 있다고 볼 수 없다.

- (가) 참가인은 시간제근무 기간제교원으로서 교육공무원에 해당하고, 구 공무원수당 등에 관한 규정 제7조 제1항 단서는 정근수당의 지급대상에서 제외되는 범위를 '전투경찰순경·경비교도·경찰대학생·경찰간부후보생·소방간부후보생·사관생도·사관후보생, 입영훈련 중인 학생군사교육단 사관후보생, 부사관후보생, 지원하지 아니하고 임용된 하사 및 군인사법 제6조 제7항 제3호에 따른 단기복무부사관과 병인 군인'으로 규정하고 있을 뿐, 시간제근무 기간제교원을 지급대상에서 제외하고 있지 않다.
- (나) 구 공무원수당 등에 관한 규정 제7조 제4항, 구 공무원보수규정 [별표 22]에 의하여 근무연수에 산입되는 임용 전 경력이 1년을 초과하는 경우, 당해 교육공무원으로 임용되어 근무한 기간이 1년 미만이라도 구 공무원수당 등에 관한 규정 제7조 제1항, 제3항, [별표 2]에 따른 정근수당 및 정근수당가산금 지급요건인 1년 이상의 근무연수를 충족하게 되는 점, 정근수당의 지급대상기간이 정근수당 지급일로부터 직전 6개월이고, 정근수당 지급요건에 해당하는 자에게 정근수당가산금이 지급되는 점에 비추어 보면, 교육공무원에 대한 정근수당 및 정근수당가산금의 지급취지는 장기근속을 장려하기 위한 것일 뿐만 아니라, 과거의 경력으로 인하여 축적된 전문성과 지급대상기간 중 성실한 업무수행을 보상하려는 것이라고 봄이 상당하므로, 시간제근무 기간제교원의 임용기간이 원칙적으로 1년이어서 장기근속을 기대할 수 없다는 사정만으로 구 공무원수당 등에 관한 규정 제7조 제1항, 제3항의 적용이 배제된다고 볼 수 없다.
- (다) 광주광역시교육청 초·중등학교 계약제교원 운영지침(2014. 2.)은 기간제교원에 대한 수당에 관하여 '공무원수당 등에 관한 규정에 기간제교원에 대한 수당지급 제한 또는 금지규정이 없는 한 예산의 범위 내에서 교육공무원에게 지급하는 제수당을 지급함. 정근수당 및 정근수당가산금 지급을 위한 근무연수는 구

공무원보수규정 [별표 22] 교육공무원 등의 경력환산율표에 의하여 계산한다'고 규정하고 있고, 시간제근무 기간제교원에 대한 보수 등 처우에 관하여 '기간제교원이 정상 근무시에 지급받을 봉급월액 및 각종 수당을 기준으로 근무시간에 비례하여 지급한다'고 규정하고 있어, 시간제근무 기간제교원에 대하여 구 공무원수당 등에 관한 규정에 따른 정근수당 및 정근수당가산금을 지급하는 것으로 규정하고 있다. 따라서 원고가 시간제근무 기간제교원에 대하여 정근수당 및 정근수당가산금을 지급하지 않은 것은 위 지침을 위반한 것이다.

- (라) 구 공무원수당 등에 관한 규정 제7조 제1항은 공무원에게 '예산의 범위에서' 정근수당을 지급한다고 규정하고 있으므로, 원고로서는 공무원에게 정근수당을 지급할 예산을 편성할 의무가 있고, 예산의 범위에서 수당을 지급한다는 점은 공무원의 범주에 포함되는 이 사건 유치원의 정교사나 시간제근무 기간제교원에게 동일하게 적용되는 것이어서, 유독 시간제근무 기간제교원에게만 정근수당 및 정근수당가산금을 지급할 예산이 부족하다는 사유는 차별적 처우에 대한 합리적 이유에 해당한다고 볼 수 없다.

### (3) 맞춤형복지비

공무원 후생복지에 관한 규정 제2조 제1호는 '맞춤형복지제도란 사전에 설계되어 제공되는 복지혜택 중에서 공무원이 본인의 선호와 필요에 따라 개별적으로 부여된 복지점수를 사용하여 자신에게 적합한 복지혜택을 선택하는 제도를 말한다'고 규정하고 있고, 같은 규정 제3조는 위 제도의 적용범위를 행정부 소속 국가공무원으로 규정하고 있으며, 같은 규정 제10조 제1항, 제2항은 운영기관별로 소속공무원들에게 일률적으로 부여하는 복지점수인 기본복지점수와, 일정한 기준에 따라 소속공무원 등에게 차등적으로 부여되는 복지점수인 변동복지점수를 산출하여 소속공무원에게 부여한다고 규정하고 있다.

위 각 규정에 비추어 보면, 맞춤형복지비는 채용조건, 근속연수, 업무의 난이도, 업무량, 근로자의 권한과 책임범위 등과 무관하게 지급되는 복리후생적성격의 수당에 해당하고, 장기근속 유도와는 관계가 없다. 따라서 원고가 정교사에게 맞춤형복지비를 지급한 반면, 참가인에게는 지급하지 않은 것은 합리적 이유가 없는 차별적 처우에 해당한다.

- 다) 그렇다면 원고가 참가인에게 호봉 확정 시 경력을 반영하지 않고 경력이 반영되지 않은 채 확정된 호봉에 따른 임금을 지급한 것과, 맞춤형복지비, 정근수당, 정근수당가산금을 지급하지 않은 것은 합리적 이유가 없는 차별적 처우에 해당한다. 따라서 이 사건 재심판정은 적법하다.

## 3. 결 론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 방승만, 판사 김민경, 판사 윤민수



### 3. 차별금지영역의 확대 경향

#### 3.1 차별금지영역의 개념적 확대

☞ 서울행법 2012. 1. 12. 선고 2011구합8734 판결★<sup>24)</sup>

#### » 요 지 «

1. 기간제법 제8조제1항, 제2항의 ‘동종 또는 유사한 업무’란 직종, 직무 및 작업 내용이 동일성 또는 유사성을 가진 업무를 말하고, 이는 업무 성격의 유사성, 업무에서 각 근로자 집단 상호 간의 대체가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, 정규직 근로자와 기간제 또는 단시간 근로자가 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않더라도 주된 업무의 내용, 작업 조건 등 핵심 요소에서 본질적인 차이가 없다면 양자는 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 것으로 보아야 할 것이다.
2. 기간제법은 기간제 또는 단시간 근로자임을 이유로 임금 그 밖의 근로조건 등에 있어서 차별적 처우를 하는 것을 금지하고 있으므로, 차별금지 영역은 근로제공과 직접적 관계가 없더라도 근로관계에 기인하여 근로자에게 지급되는 모든 급부를 포괄한다고 할 것인바, 성과급, 경조급, 위로급 등 그 명칭의 여하에 불구하고 지급규정 없이 특별한 시기 또는 특별한 사정에 의하여 임의적으로 근로자 전체에게 일률적으로 정액 및 정률로 지급하는 금품이라 하더라도 그것이 임금이 아니라는 이유만으로 차별적 지급이 허용되는 것은 아니라고 할 것이어서 기간제 또는 단시간 근로자임을 이유로 그 지급대상에서 배제하거나 지급내용에 있어 달리 취급하는 것은 기간제법이 금지하는 차별에 해당한다고 할 것이다. 따라서 참가인 회사가 백화점 사업을 제3자에게 양도하면서 소속 근로자들의 전직에 대한 위로급 명목으로 지급한 이 사건 전직위로금도 근로관계의 변동과 관련하여 지급된 급부로서 차별금지 영역에 해당한다고 봄이 옳다.

또한 근로자에게 지급되는 어떠한 명목의 금원이 실비보전적 차원에서 지급된 금전이라는 이유만으로 기간제법상 차별금지 영역의 범위 밖에 있다고 볼 수 없으므로, 현금출납수당 역시 기간제 또는 단시간근로자들에 대하여 합리적 이유 없이 불리한 처우를 할 수 없는 기간제법상 차별금지 영역에 해당한다고 할 것이다.

\* 원고 : 별지 1. 원고 목록의 기재와 같다. <별지 생략>

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 주식회사 A

24) 항소하지 않아 그대로 확정됨



## » 주 문 «

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

## » 이 유 «

### 1. 사안의 경위

#### 가. 당사자들의 지위

- (1) 참가인 회사는 서울 영등포구 ○○가 ○○○에 본점을 두고 8,700여 명을 고용하여 슈퍼마켓, 백화점, 대중양판점, 쇼핑센터, 편의점, 대형할인점사업 등 종합유통업 등을 영위하는 회사이다.
- (2) 원고들은 참가인 회사가 부천시, 구리시, 안산시 등지에서 운영하던 백화점에서 계산원(계산담당 고객도우미, 원고 1. 내지 25.), 휘트니스센터 강사(원고 26. 내지 31.), 서무직(업무도우미, 원고 32.) 등의 업무를 수행하면서 기간제 또는 단시간 근로자로서 근무하다가 영업양도에 의하여 2010.5.1.자로 주식회사 K로 전적되어 참가인회사와의 근로관계가 종료된 자들인데, 원고들의 담당직무, 입사일자 등 근로계약관계의 구체적인 내용은 별지 2. 근로관계현황의 기재와 같다.

#### 나. 초심판정의 경위

- (1) 원고들은 2010.7.27. 및 2010.7.30. 경기지방노동위원회에 차별시정대상기간을 2007.7.1.부터 2010.4.30.까지로 정하여 참가인 회사가 원고들에게 ①기본급(월정급), ②상여금, ③경영성과급, ④직책 및 직무수당, ⑤효도수당, ⑥현금출납수당, ⑦전적위로급에 대하여 정규직인 비교대상근로자들에 비해 차등지급하거나 지급하지 아니한 것은 차별적 처우에 해당한다고 주장하면서 차별시정신청(경기2010차별5,6 병합)을 하였다.
- (2) 이에 대하여 경기지방노동위원회는 2010.10.11. 휘트니스센터강사의 업무를 수행한 원고 26. 내지 31.에 대한 ②상여금 부분, 업무도우미(사무)의 업무를 수행한 원고 32.에 대한 ②상여금 및 ⑤효도수당 부분만을 각 차별적 처우로 인정하고 시정명령을 하면서, 이를 제외한 ①기본급, ③경영성과급, ④직책 및 직무수당, ⑤효도수당(휘트니스센터강사의 경우), ⑥현금출납수당, ⑦전적위로급 등 나머지 항목이나 나머지 원고들의 신청 부분을 모두 기각하였다.

#### 다. 재심판정의 경위

- (1) 이에 불복하여 원고들과 참가인 회사는 2010.11.12. 중앙노동위원회에 재심을 신청하였는데, 중앙노동위원회는 2011.1.27. 지상층 계산담당 고객도우미의 업무를 수행



한 원고 1. 내지 25.에 대한 차별시정대상기간 동안(2007.7.1. 이전 입사한 근로자의 경우 2007.7.1.부터, 2007.7.1. 이후 입사한 근로자의 경우 입사일부터 각 2010.4.30.까지)의 ②상여금 부분이 차별적 처우에 해당한다고 보아 초심판정 중 이 부분을 취소하여 차별적 처우임을 인정하여 시정명령을 하는 한편, 원고 32.에 대한 ⑤효도수당 부분이 차별적 처우에 해당하지 아니한다고 보아 초심판정 중 이 부분을 취소하였고, 원고와 참가인 회사의 나머지 재심신청은 모두 기각하였다(이하 원고들과 참가인 회사 사이의 위 재심판정 중 ①기본급, ⑥현금출납수당, ⑦전적위로금에 관한 부분만을 '이 사건 재심판정'이라 한다).

- (2) 한편 이 사건 재심신청당시 원고들은 참가인 회사의 백화점 내에서 근무한 정사와원 과 사원 4급을 비교대상근로자로 선정하였는데, 그 구체적인 내역은 별지 3. 비교대상근로자의 내역 등의 기재와 같다.

## 2. 재심판정의 적법 여부

### 가. 당사자들의 주장의 요지

#### (1) 원고들의 주장

##### (가) 비교대상근로자의 인정여부

지상충 계산원인 원고 1. 내지 25.가 실제로 수행한 업무의 집중도, 노동시간, 업무비중 등을 고려하면, 조장인지 여부나 직급의 차이에도 불구하고 위 원고들이 주장하는 비교대상근로자들의 업무와 위 원고들의 업무 사이에 동종·유사성이 인정된다고 할 것임에도 조장인 유○○(1급), 노○○(2급), 이○○(3급), 비조장인 박○○, 전○○(이상 2급)을 위 원고들의 비교대상근로자로 삼지 아니한 이 사건 재심판정은 위법하다.

##### (나) 차별금지 영역의 범위

전적위로금은 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법'이라 한다)상 차별금지영역인 '임금 그 밖의 근로조건 등'에 해당하는 금품임에도 이와 결론을 달리한 이 사건 재심판정은 위법하다.

##### (다) 차별적 처우의 존부

원고들이 비정규직이라는 이유만으로 기본급(월정급), 현금출납수당(지상충 계산원인 원고 1. 내지 25.의 경우에만 해당함), 전적 위로금 등을 비교대상근로자들에 비해 적게 지급하거나 지급하지 아니한 것은 합리적 이유 없는 차별적 처우에 해당한다고 할 것임에도 이와 결론을 달리한 이 사건 재심판정은 위법하다[원고들의 불복범위는 ①기본급, ⑥현금출납수당, ⑦전적위로금 부분이다].



## (2) 참가인 회사의 주장

## (가) 차별시정신청의 적격

단시간 근로자로 인정되기 위하여는 ‘같은 종류의 업무에 종사하는 통상근로자’가 존재하여야 하고, 또한 ‘통상근로자에 비하여 소정근로시간을 짧게 하기로 하는 근로자와 사용자 사이의 합의’가 존재하여야 하는바, 원고 1. 내지 5., 7. 내지 9., 19. 내지 22., 24., 25. 등 14명의 경우 그 비교대상인 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자가 존재하지 아니할 뿐만 아니라, 위 원고들이 비록 입사 당시에는 8시간 미만을 근무하기로 약정하여 입사하였으나 이후 참가인 회사와 사이에 경영여건의 변화등을 이유로 소정근로시간을 8시간으로 변경하기로 하는 묵시적 합의를 하였으므로, 위 원고들은 단시간 근로자에 해당하지 아니하여 기간제법의 적용대상이 되지 않는다.

## (나) 비교대상근로자의 인정여부

## 1) 지상층 계산원(원고 1. 내지 25.의 경우)

직무기술서(을 제2호증) 등을 종합하면, 지상층 계산원의 업무와 사원 4급 이상인 조장 및 계산담당의 업무는 그 내용, 직무의 가치, 업무장소 등의 측면에서 명확히 구별되므로, 상호 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 볼 수 없어 유○○ 등은 위 원고들의 비교대상근로자가 될 수 없다.

## 2) 휘트니스센터 강사(원고 26. 내지 31.의 경우)

위 원고들의 경우 사원 5급으로서 단순한 수영강사 또는 헬스강사로서 고객에 대한 강습·지도업무를 주로 수행하였던 반면, 사원 4급의 경우 강습·지도업무 뿐만 아니라 관리자로서의 직무도 수행하였으므로, 위 원고들이 지정한 유○○, 엄○○ 등은 위 원고들과의 관계에서 비교대상근로자에 해당하지 아니한다.

## 3) 업무도우미(원고 32.의 경우)

원고 32.의 경우 사원 5급 업무도우미로서 부서에서 사용한 영수증처리 등 단순 사무보조로서의 업무를 수행한 반면, 위 원고가 비교대상근로자라고 주장하는 노○○의 경우 사원 2급으로서 발주·수불시스템 및 세금계산서 관리, 부서 전체의 경비 및 부서 인원들의 근태 현황 등을 관리하였고 업무상 필요에 따라 위 원고의 업무를 돕거나 위 원고로 하여금 자신의 업무를 보조하도록 하였는바, 이러한 사실관계에 비추어 보면, 위 양자의 업무가 동종 또는 유사한 것으로 볼 수 없다.

## (다) 차별금지 영역의 범위

## 1) 기간제법 제2조제3호에 의하면 ‘차별적 처우’란 임금 그 밖의 근로조건 등에 있어





서 합리적 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다고 할 것이고, 이 때 ‘임금 그 밖의 근로조건 등’은 법령 및 단체협약, 취업규칙 또는 근로계약 등에서 사용자에게 지급의무 등을 규정하고 있는 것이라 할 것인데, 전직위로금은 참가인 회사의 일부 사업 양도에 따라 근로관계의 단절을 전제로 그 근로관계가 제3자에게 이전되는 근로자들에게 지급된 위로금이지 후불적 임금으로서의 성질을 갖는 것이 아니므로 차별금지 영역에 포함되는 항목이 아니다.

- 2) 또한 현금출납수당 역시 현금출납업무 수행에 따른 위험을 보전하고자 사원 4급 이상에 한하여 지급된 것으로서 단순한 실비보전적 차원에서 지급된 금전이므로 임금 기타 근로조건 등의 범주에 포함될 수 없다.

(라) 불리한 처우 및 합리적 이유의 존부

이 사건 기본급(월정급) 산정 방식의 차이는 직무내용 및 가치, 채용조건 및 절차, 임금체계상의 차이 등에서 비롯된 것으로서 합리적인 이유가 있어 차별적 처우에 해당하지 아니하고, 현금출납수당은 단순히 현금을 취급한다는 이유가 아니라 사원 4급 이상인 직원들이 수행한 이른바 ‘출납업무’에 대한 대가로 지급된 것이므로 차별적 처우에 해당한다고 볼 수 없다. 또한 참가인 회사가 전직위로금을 지급함에 있어 사원 4급 이상과 사원 5급의 직무성격, 재취업 및 배치전환가능성, 직무의 내용 및 책임의 정도 등을 고려하여 전직위로금의 산정기준을 마련한 다음 이에 따라 지급한 것이므로 그 차별에 합리적 이유가 있다.

나. 관계법령 등 <생략>

다. 인정사실

(1) 참가인 회사의 인력구조, 인력채용과정 및 자격 등

- (가) 참가인 회사는 근로자들의 직급을 차장/과장에서부터 사원 5급까지 7단계로 구분하여 운영하였는데, 직급별 채용 및 고용형태는 아래 표<생략>의 기재와 같고, 한편 원고들은 모두 사원 5급의 직급에 해당한다.

- (나) 참가인 회사는 원고들의 직급에 해당하는 사원 5급과 정사원에 대하여 별도의 취업규칙을 제정하여 적용하였고, 사원 5급과 정사원들의 채용기준, 절차는 아래 표<생략>의 기재와 같다.

- (다) 참가인 회사는 기간의 정함이 있는 근로자들에 대하여 6개월 단위로 계약을 갱신하면서 계약갱신관리의 편의를 위해 근로자의 입사일 기준이 아닌 2009. 7월 이전에는 매년 1.1. 및 7.1.에 6개월 단위로 계약갱신을 하다가, 2009. 9월 이후에는 매년 9.1. 및 3.1.에 계약을 갱신·체결하였다. 또한 참가인 회사는 사원 5급 근로자들과 2007.7.1. 이후 근로계약 체결일로부터 2년이 경과한 시점에는 기간의 정



함이 없는 근로계약을 체결하였는데, 원고 1. 내지 5., 7. 내지 9., 19. 내지 25.는 단시간 근로계약을 체결하였음에도 근로관계종료일(2010.4.30.) 이전 8개월간 계속하여 일 평균 8시간을 근무하였다.

(라) 한편 참가인 회사는 매년 2회에 걸쳐 사원 5급으로 1년 이상 근무한 직원 중 우수인력을 대상으로 하여 심사(현장실사, 구성원찬반의견 취합, 전사 인재개발위원회 심의)를 거친 다음 적격자를 선발하여 당해 적격자를 신규입사의 형식으로 사원 4급으로 새로이 채용하였는데, 지상층 계산담당 사원 4급인 정○○, 유○○ 역시 사원 5급으로 근무하다가 위와 같은 심사절차를 거쳐 2007.9.1. 및 2009.9.1. 사원 4급으로 신규 채용되었다.

## (2) 원고들과 비교대상근로자들의 임금 등 처우의 내역

(가) 참가인 회사와 원고들 내지 비교대상근로자들 사이의 근로계약 등에 따른 임금 등 처우의 내역은 아래 표<생략>의 기재와 같다.

(다) 이에 따라 참가인 회사는 사원 5급인 원고들 중 휘트니스센터 강사로 근무하던 원고 26. 내지 31.에 대하여는 월급제로 월 940,500원의 급여를 지급하였고, 지상층 계산원으로 근무하던 원고 1. 내지 25.에 대하여는 시급 4,460원으로, 업무도우미로 근무하던 원고 32.에 대하여는 시급 4,310원으로 각 계산된 급여를 지급한 반면, 사원 4급 이상의 근로자들에게는 연봉제를 적용하여 월정급과 상여금, 기타수당 등의 명목으로 지급하였다.

(라) 한편 참가인 회사는 휘트니스센터 강사로 근무하던 사원 4급인 유○○에게 월 1,818,000원, 손○○에게 월 1,224,000원을 각 월정급 명목으로 지급하였고, 원고들이 비교대상근로자로 지정한 노○○(2급), 정○○(4급)이 2010.1.경부터 2010.3.경 사이에 각 지급받은 월정급, 상여금 등의 내역은 아래 표<생략>의 기재와 같다.

## (3) 원고들과 비교대상근로자들의 업무 내용

### (가) 지상층 계산원 관련

1) 참가인 회사의 직무기술서(을 제2호증)에 기재된 지상층 조장/계산담당의 직무와 고객도우미의 직무는 아래 표<생략>의 기재와 같다.

2) 원고 1. 내지 25.는 지상층 계산원으로서 각 층별 POS 계산대에 배치되어 입점업체 판매사원을 상대로 계산업무 수행 및 기타 매장관리업무(협력업체 관리, 저장물 관리, A/S를 관리하며 직접 관련 장부를 작성하여 접수 및 입고 확인들을 실시하고, 별도의 보고서를 기안, 작성하여 상급자에게 보고) 등을 수행하였는데, 위 원고들이 지정한 비교대상근로자 중 조장의 직책을 갖고 있는 사원 1급 유○○, 사원 2급 노○○, 사원 3급 이○○의 업무내용은 계산대 관련 전반적인 인원관리(협력업체 사



원관리 등) 및 업무관리를 수행하면서 위 원고들과 같은 5급 사원들에 대한 근무태도 및 근무일정표 관리, 매장 관리상태 점검, 조회 참석 등의 업무를 수행하고 조장수당 명목으로 매월 20,000원을 지급받았고, 비교대상근로자 중 비조장인 사원 2급 박○○, 사원 2급 전○○, 사원 4급 정○○, 사원 4급 유○○은 통상적인 계산업무, 매장관리업무를 주로 담당하면서 조장 보조업무 등의 업무를 수행하였다.

- 3) 참가인 회사의 'POS 업무 처리 기준(을 제6호증)'에 따르면, POS의 판매관련 운영은 조장이 관리하고, 조장은 가점산 실시 여부를 점검하며, 중간입금은 조장이 직접 실시하여야 하고, 마감정산 및 입금과 관련하여 담당/계산원 2인 1조로 이동하여 경리금고에 입고하되 조장은 POS마감 후 특이사항을 팀장에게 보고한다고 규정하고 있다.

#### (나) 휘트니스센터 강사 관련

직무기술서상 원고 26. 내지 31.의 업무는 강습활동 내지 회원지도(80%), 시설물점검(10%), 안전관리/행정관리(10%) 등을 행하도록 규정되어 있고, 위 원고들에 대한 비교대상근로자들인 사원 4급 유○○, 손○○, 윤○○(이상 수영), 사원 4급 엄○○, 허○○, 박○○(이상 헬스)의 업무 역시 직원관리(10%)를 제외하면, 위 원고들의 업무와 동일 또는 유사한 업무를 수행하는 것으로 규정되어 있다. 다만, 사원 4급의 경우 경력 2~3년의 장기 경력자를 선발하거나, 사원 5급으로 입사한 자(허○○, 박○○ 등) 중 일정 기간 근무한 자를 선발하여 사원 4급으로 다시 채용하기도 하였다.

#### (다) 업무도우미 관련

원고 32.는 남성아동팀의 업무도우미(사무, 사원 5급)로서 영수증처리, 근태확인 등 일반사무처리 업무(50%), 발주/수불시스템을 사용하는 등으로 발주/수불 업무(40%), 매출 정정 업무(10%) 등을 담당하였고, 위 원고가 비교대상근로자로 주장하는 사원 2급 노○○은 가정용품팀의 수불/정산 담당으로서 발주/수불시스템을 사용·관리하는 등 발주/수불관리(50%), 매출정정(10%), 업체 대금관리 등의 서무업무를 수행하였다.

#### (4) 원고들과 참가인 회사 사이의 근로관계 종료 등

- (가) 참가인 회사는 백화점 사업부문을 소외 주식회사 K에 영업양도하면서 전직에 동의하는 근로자들에게 전직위로금을 지급하였는데, 사원 4급 이상의 직원들에게는 월정급의 1,000%에 해당하는 금원을, 원고들과 같은 사원 5급의 직원들에게는 근무기간에 따라 2,000,000원(10년 이상), 1,000,000원(2년 이상 10년 미만), 400,000원(2년 미만)을 각 지급하였다.

- (나) 원고들은 2010.5.1.자로 참가인 회사에서 주식회사 K로 고용승계 됨에 따라 참가인 회사와의 근로계약관계는 2010.4.30.자로 종료되었다.



## 라. 판단

- (1) 차별시정신청자격과 관련하여(원고 1. 내지 5., 7. 내지 9., 19. 내지 22., 24., 25. 등 14명의 경우)

기간제법 제2조제2호, 근로기준법 제2조제8호에 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(갑 제10호증, 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.

- (2) 비교대상근로자의 인정여부와 관련하여

## (가) 판단기준

기간제법 제8조제1항, 제2항은 '사용자는 기간제 또는 단시간 근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자 또는 통상근로자에 비하여 차별적 처우를 해서는 아니된다'는 취지로 규정하고 있는데, 여기에서 '동종 또는 유사한 업무'란 직종, 직무 및 작업 내용이 동일성 또는 유사성을 가진 업무를 말하고, 이는 업무 성격의 유사성, 업무에서 각 근로자 집단 상호 간의 대체가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, 정규직 근로자와 기간제 또는 단시간 근로자가 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않더라도 주된 업무의 내용, 작업 조건 등 핵심 요소에서 본질적인 차이가 없다면 양자는 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 것으로 보아야 할 것이다.

- (나) 지상충 계산원의 경우(원고 1. 내지 25.의 경우)

- 1) 살피건대, 앞서 본 사실 및 증거들에 갑 제3, 4호증(가지번호 포함)의 각 일부 기재,

변론 전체의 취지를 종합하면, 위 원고들이 POS 계산업무 뿐만 아니라 A/S 관련 업무, 5행 활동 등 기타 매장관리업무 등을 담당하였고, 위 원고들이 비교대상근로자로 주장하는 사원 2급 박○○, 전○○, 사원 4급 정○○, 유○○도 위 원고들과 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, 달리 위 원고들과 비교대상근로자들이 직무기술서(계산담당)에 각각 기재된 문언 그대로의 업무를 따로 수행한다는 점을 인정할 별다른 증거가 없으므로, 위 원고들과 위 비교대상근로자들은 동종 또는 유사한 업무에 종사하였다고 볼 것이다.

그런데 이들 중 누구를 비교대상근로자로 삼을 것인가에 관하여 보면, 차별적 처우의 금지는 기간제 근로자라는 이유로 동종, 유사 업무를 하는 기간의 정함이 없는 근로자와 비교하여 그 불이익을 금지하는 것이므로, 기간의 정함이 없는 근로자 중 가장 높은 처우를 받는 근로자를 비교대상근로자로 선정하는 경우 가장 낮은 처우를 받는 기간의 정함이 없는 근로자는 기간제 근로자보다 더 불이익을 받게 되는 역차별이 발생할 우려가 있으므로, 비교대상근로자로는 가장 낮은 처우를 받는 근로자를 선정하는 것이 적절하다. 결국 위에서 본 동종, 유사한 업무를 하는 직원 중 비교대상 근로자로는 사원 4급 정○○, 유○○이 된다.

- 2) 그러나, 앞서 본 사실 및 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 위 원고들이 비교대상근로자로 지정한 사원 1급 유○○, 사원 2급 노○○, 사원 3급 이○○의 핵심 업무는 계산의 적정성 확보에 그 주된 목적이 있는 위 원고들의 업무와 달리 계산관련 업무뿐만 아니라 각 계산조의 조장으로서 매장순회 등을 통하여 소속 계산원(사원 5급)에 대한 근무태도 점검, 근무일정표의 관리 및 조정, 입점업체의 판매사원에 대한 전반적인 인원관리·업무관리 등을 수행함으로써 백화점 영업활성화에 기여하는 것을 그 목표로 하고 있는 점, 그와 같은 역할과 책임에 따라 참가인 회사로부터 조장수당 명목의 금원을 별도로 지급받고 있는 점, 조장이 휴무 등으로 출근하지 아니하는 경우 조장의 역할은 위 원고들과 같은 사원 5급(계산원)이 아닌 사원 4급 이상(계산담당)의 직원에 의하여 대행되고 있고, 비록 사원 5급이 매장순회에 참여하는 등 일부 업무를 조장 등과 함께 수행하는 경우가 있다고 하더라도 이는 조장과 동등한 지위 내지 책임하에 해당 업무를 수행한다기 보다는 조장의 업무를 보조함에 그치고 있다고 할 것인 점 등에 비추어 보면, 위 원고들이 위 비교대상근로자로 지정한 조장들과 동종·유사한 업무에 종사하였다고 보기 어렵고, 갑 제3, 4, 16호증(가지번호 포함)의 각 일부 기재, 증인 노○○의 일부 증언만으로는 위 인정을 뒤집기 부족하며, 달리 반증이 없다.



- 3) 따라서, 지상층 계산원인 원고들의 경우, 비교대상근로자는 위 1)에서 인정한 사원 4급 정○○, 유○○이 된다.

(다) 휘트니스센터 강사의 경우(원고 26. 내지 31.의 경우)

살피건대, 원고 26. 내지 31.은 강습활동 내지 회원지도, 시설물점검, 안전관리/행정관리 등을 담당하고 있고, 위 원고들의 비교대상근로자들로 지정된 사원 4급 유○○, 손○○, 윤○○(이상 수영), 사원 4급 엄○○, 허○○, 박○○(이상 헬스)도 직원관리(10%)를 제외하고는 위 원고들과 같은 업무를 담당하고 있는 사실은 앞서 본 바와 같은바, 위 원고들과 위 비교대상근로자들은 동종·유사한 업무를 수행하였다고 봄이 상당하고, 달리 반증이 없다.

(라) 업무도우미의 경우(원고 32.의 경우)

살피건대, 원고 32.는 남성아동팀의 업무도우미(사무, 사원 5급)로서 영수증처리, 근태확인 등 일반사무처리 업무, 발주/수불시스템을 사용하는 등으로 발주/수불 업무, 매출 정정 업무 등을 담당하였고, 위 원고가 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 원고와 위 비교대상근로자는 동종·유사한 업무를 수행하였다고 봄이 상당하고, 달리 위 인정을 뒤집을 증거가 없다.

(3) 전적위로금의 차별금지영역 해당 여부에 관하여

- (가) 기간제법은 기간제 또는 단시간 근로자임을 이유로 임금 그 밖의 근로조건 등에 있어서 차별적 처우를 하는 것을 금지하고 있으므로, 차별금지 영역은 근로제공과 직접적 관계가 없더라도 근로관계에 기인하여 근로자에게 지급되는 모든 급부를 포괄한다고 할 것인바, 성과급, 경조금, 위로금 등 그 명칭의 여하에 불구하고 지급규정 없이 특별한 시기 또는 특별한 사정에 의하여 임의적으로 근로자 전체에게 일률적으로 정액 및 정률로 지급하는 금품이라 하더라도 그것이 임금이 아니라는 이유만으로 차별적 지급이 허용되는 것은 아니라고 할 것이어서 기간제 또는 단시간 근로자임을 이유로 그 지급대상에서 배제하거나 지급내용에 있어 달리 취급하는 것은 기간제법이 금지하는 차별에 해당한다고 할 것이다. 따라서 참가인 회사가 백화점 사업을 제3자에게 양도하면서 소속 근로자들의 전적에 대한 위로금 명목으로 지급한 이 사건 전적위로금도 근로관계의 변동과 관련하여 지급된 급부로서 차별금지 영역에 해당한다고 봄이 옳다.

- (나) 또한 근로자에게 지급되는 어떠한 명목의 금원이 실비보전적 차원에서 지급된 금전이라는 이유만으로 기간제법상 차별금지 영역의 범위 밖에 있다고 볼 수 없으므로, 현금출납수당 역시 기간제 또는 단시간근로자들에 대하여 합리적 이유 없이 불리한 처우를 할 수 없는 기간제법상 차별금지 영역에 해당한다고 할 것이다.



#### (4) 불리한 처우 및 합리적 이유의 존부

##### (가) 판단기준

기간제법 제8조제1항, 제2항은 기간제 내지 단시간 근로자임을 이유로 정규직 근로자에 비하여 차별적 처우를 금지하고 있고, 여기에서 ‘차별적 처우’라 함은 임금 그 밖의 근로조건 등에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다(기간제법 제2조제3호)고 할 것인데, 이 때 불리한 처우에 합리적인 이유가 있는지 여부는 기간제근로자의 근속기간, 단기고용이라는 특성, 채용조건·기준방법·절차, 업무의 범위·권한·책임, 노동시장의 수급상황 및 시장가치, 사용목적(수습·시용·직업훈련·인턴 등), 임금 및 근로조건의 결정요소(직무, 능력, 기능, 기술, 자격, 경력, 학력, 근속연수, 책임, 업적, 실적 등) 등을 고려하여 개별 사안별로 판단하여야 한다.

##### (나) 기본급(월정급)에 대하여

###### 1) 참가인 회사의 급여 체계

참가인 회사는 사원 4급 이상인 직원과의 사이에 사원 개개인의 업적, 능력고과 결과에 따라 결정되는 고정급여로서 물가변동, 임금시장의 수준, 생계비, 생산성 및 회사 상황 등을 감안하여 결정되는 금액을 기본연봉으로 정하여 연봉(근로)계약을 체결한 다음[취업규칙(정사원) 제88조 참조], 일정비율의 금액(사원 3급 이상 연봉의 1/19, 사원 4급 연봉의 1/12 중 83.3%)을 월정급 명목으로 지급하고, 다시 월정급 소정의 금액을 기준으로 일정비율의 금액(사원 3급 이상 연봉의 0.5/19, 사원 4급 연봉의  $3/15 \times 1/14$ )을 월 정기상여금 및 설·추석상여금으로 지급하였다. 이와 같은 개별금원의 지급명목, 지급방법 및 체계 등을 고려하면, 기본급(월정급) 및 상여금은 그 명목에도 불구하고 모두 기본적 보수 체계(연봉제)의 일부를 이루는 것으로서 원고들이 시간제 내지 월급제로 지급받은 급여에 대응하는 것이라 할 것이므로, 기본급(월정급)과 원고들이 지급받은 급여와 사이에 불리한 처우의 존부를 판별함에 있어서는 기본급, 상여금을 별도로 볼 것이 아니라 전체로서 봄이 상당하다. 한편 연봉계약서, 근로계약서(사원4급)의 서식(갑 제1, 2호증)에 따르면, 사원 3급 이상 정사원의 경우 총연봉은 월정급, 차량유지비, 성과가급, 역할가급, 기타지급으로 구성된 월 급여와 연간상여의 합산액이고, 사원 4급의 총연봉은 월정급과 월할상여의 합산액이다.

###### 2) 지상층 계산원의 경우(원고 1. 내지 25.와 관련하여)

위 원고들의 정당한 비교대상근로자로는 사원 4급인 정○○, 유○○이 적정한 사실은 앞서 본 바와 같고, 그 중 처우가 가장 낮은 것으로 보이는 사원 4급인 정○○의 경우 월정급과 월할상여를 합하여 2010.1.에는 1,162,000원을, 2010.3.에는

1,229,000원을 각 지급받았는데, 이를 시급으로 환산하면, 2010.1.에는 5,559원(1,162,000원 ÷ 월 209시간, 원 미만 버림, 이하 같다. 시급환산의 방법에 관하여는 당사자 사이에 다툼이 없다), 2010.3.에는 시간당 5,880원으로서 위 원고들의 2010년도 시급 4,460원보다 많으므로, 일용 위 원고들과 위 비교대상근로자들 사이에는 불리한 처우가 존재한다고 볼 것이다.

나아가 위와 같은 불리한 처우에 합리적 이유가 있는지 여부에 관하여 보건대, 앞서 본 사실 및 증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 참가인 회사가 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, ② 사원 4급 이상 직원에 해당하는 위 비교대상근로자들의 월정급 및 상여금의 산정기준이 되는 연봉은 개별 근로자의 업적, 능력고과에 더하여 물가변동, 임금시장의 수준, 생계비, 생산성 및 회사 상황 등 제반사정을 감안하여 결정되는 것이고, 여기에는 근속기간에 따른 연공적 성격도 포함되어 있다고 할 것인데, 사원 5급인 직원들의 경우에도 근속기간에 따라 시급과 별도로 근속수당을 지급받기도 하는 점, ③ 사원 4급 이상의 직원과 사원 5급 직원들 사이에는 채용자격, 기준 및 절차가 상이하고(위 정○○ 역시 사원 5급으로 근무하다가 선발절차를 거쳐 사원 4급으로 전환된 경우인데, 사원 4급은 사원 5급에 대한 일종의 승진개념으로 볼 것이다), 이 점에서 참가인 회사가 위 비교대상근로자들과 위 원고들에게 요구하는 업무의 내용 및 목표, 업무수행과 정에서의 권한과 책임을 달리하고 있다고 보이는 점, ④ 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 원고들과 같은 사원 5급의 직원이 아니라 조장이나 사원 4급 이상의 직원(계산담당)에게 그 책임이 부여되어 수행된 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 참가인 회사가 위 비교대상근로자들과 위 원고들의 급여수준에 차이를 둔 것은 합리적인 이유가 있는 차별로 봄이 타당하다.

### 3) 사무보조원(원고 32.와 관련하여)

위 원고의 정당한 비교대상근로자가 사원 2급 노○○인 사실은 앞서 본 바와 같고, 위 노○○은 월정급과 월할상여를 합하여 2010.1.에는 1,855,500원을, 2010.3.에는 1,932,000원을 각 지급받았는데, 이를 시급으로 환산하면, 2010.1.에는 8,877원, 2010.3.에는 시간당 9,244원으로서 위 원고의 2010년도 시급 4,310원보다 많아 일용 위 원고와 위 비교대상근로자 사이에 불리한 처우가 존재한다고 할 것이다.

그러나 앞서 본 바와 같은 제반사정, 즉 개별근로자의 사용목적에 따라 급여체계를 달리한 것 자체에 상당한 이유가 있다는 점, 정사원인 사원 2급에 해당하는 노○○의 연봉은 당해 근로자의 업적, 능력고과 등 임금 및 근로조건의 제반요소를 고려





하여 결정된 것인 점, 정사원인 노○○과 위 원고의 채용자격, 기준 및 절차, 참가인 회사가 위 원고와 노○○에게 요구하는 업무의 내용 및 목표, 업무수행과정에서의 권한과 책임이 상이하다는 점, 동일·유사한 사무업무를 수행한다고 하더라도 사무업무총괄과 업무보조라는 직무목표를 고려하면, 위 양자 사이의 직무가치가 동등하다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 위 원고와 위 비교대상근로자의 기본급(월정급)을 포함한 급여수준의 차이는 합리적 이유가 있다고 보인다.

#### 4) 휘트니스센터 강사(원고 26. 내지 31.과 관련하여)

위 원고들의 정당한 비교대상근로자가 사원 4급인 유○○, 손○○, 윤○○, 엄○○, 허○○, 박○○인 사실, 그 중 위 유○○에게 월정급으로 월 1,818,000원이, 위 손○○에게 월정급으로 월 1,224,000원이 각 지급된 사실, 그런데 위 원고들에게는 급여로 월 940,500원이 지급된 사실은 앞서 본 바와 같은바(그 밖에 위 근로자들의 급여관계를 확인할 수 있는 자료는 없다), 위 원고들과 위 비교대상근로자들 사이에는 불리한 처우가 존재한다고 할 것이나, 앞서 본 참가인 회사의 급여체계의 내용과 취지, 참가인 회사의 직급체계와 직급별 채용자격, 기준 및 절차, 위 원고들과 위 비교대상근로자들 사이의 업무의 내용 및 목표, 권한과 책임, 경력 및 숙련도 등에 있어서의 차이 등을 종합하면, 위 원고들과 위 비교대상근로자의 기본급(월정급)을 포함한 급여수준의 차이에는 합리적 이유가 있다고 봄이 상당하다.

#### (다) 현금출납수당에 대하여(원고 1. 내지 25.와 관련하여)

앞서 본 사실 및 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 현금출납수당은 단순히 현금을 취급하는 업무에 관한 것이 아니라 POS 정산·마감 등의 출납업무 수행에 따른 직무상의 대가에 해당하는 점, ② 현금출납업무에 관한 참가인 회사의 POS 업무 처리 기준에 따르면, POS 정산, 입금, 관리에 관한 업무와 책임이 주로 영업담당직원, 조장에게 부여되어 있다고 보이는 점, ③ 증인 노○○의 증언에 의하더라도 현금출납업무는 통상 영업담당직원, 조장, 평소 조장을 대행하던 정사원 중 휴무를 사용하지 아니한 2명에 의하여 이루어지고, 예외적으로 사원 5급이 현금출납업무를 수행하는 경우가 있기는 하나 그 빈도는 그리 높지 아니하였던 것으로 보이는 점, ④ 이러한 점에서 비록 일부 사원 5급이 현금출납업무를 수행하기도 하였으나, 이는 업무보조(수명업무)의 일환으로 이루어진 것에 불과하다고 할 것인 점 등에 비추어 보면, 위 원고들과 비교대상근로자들 사이의 현금출납수당에 관한 차이는 현금출납업무의 권한과 책임에 따른 것으로서 합리적인 이유가 있다.

#### (라) 전직위로금에 대하여

참가인 회사가 전직위로금으로 사원 4급 이상에 대하여는 월정급의 1,000%를, 원고들과 같은 사원 5급에 대하여는 근속기간에 따라 40만 원부터 200만원까지 차

등하여 금원을 지급함으로써 사원 5급인 원고들에 대하여 불리한 처우를 한 점은 앞서 본 바와 같으나, 참가인 회사가 특정 사업부문을 제3자에게 영업양도하여 해당 사업부문을 폐지하면서 전직에 동의한 근로자들을 상대로 지급한 전직위로금은 그 지급사유 및 경위 등을 고려할 때, 참가인 회사에게 지급대상, 지급범위 및 정도 등 그 지급기준을 정함에 있어 상당한 정도의 재량이 부여되어 있다고 할 것인 점, 또한 전직위로금은 지급규정 없이 참가인 회사의 임의에 의하여 지급되는 급부에 불과한 점, 전직위로금의 지급목적은 근로관계의 변동에 따라 참가인 회사 소속 근로자들의 근로관계의 계속성에 대한 신뢰에 관한 보상 내지 과거의 공로에 대한 보상 등에 있다고 할 것인데, 사원 4급 이상의 정규직 근로자와 기간제 내지 단시간 근로자 사이에는 그 근로관계 계속성에 대한 신뢰 내지 공로 등에 있어서 차이가 있다고 봄이 상당한 점, 이에 따라 참가인 회사 역시 전직위로금의 지급기준을 마련함에 있어 직급과 근속기간 등을 그 기준으로 삼았고 이러한 기준이 형평에 반한다고 볼 수 없는 점 등 제반사정을 종합하면, 참가인 회사가 원고들과 비교대상근로자들 사이에 전직위로금의 지급액을 위와 같이 정한 것은 합리적 이유가 있다고 봄이 상당하다.

마. 소결

따라서 원고들의 주장은 이유 없고, 이와 결론을 같이한 이 사건 재심판정은 적법하다.

### 3. 결 론

그렇다면, 원고들의 청구는 모두 이유 없으므로 이를 각 기각한다.

재판장 판사 박정화, 판사 김태환, 판사 이승원



### 3.2 타 법 위반사항과 차별금지영역

☞ 서울고법 2017. 5. 17 선고 2016누79078 판결★<sup>25)</sup>

#### » 요 지 «

1. 파견법 제2조제7호는 “차별적 처우”라 함은 근로기준법 제2조제1항제5호에 따른 임금(가목), 정기상여금, 명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금(나목), 경영성과에 따른 성과금(다목), 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항(라목)에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다고 규정하고 있다. 여기서 근로조건이라 함은 사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금·근로시간·후생·해고 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말하고, 구체적으로는 근로기준법에 정해진 임금·근로시간·후생·해고 뿐 아니라 같은 법 제93조제1호 내지 12호, 같은 법 시행령 제8조제1항제1호, 제3호가 정한 사항이 모두 포함된다. 따라서 이 사건 재심판정에서 문제가 된 상여금과 연차유급휴가수당 역시 ‘임금 그 밖의 근로조건’에 해당한다. 연차유급휴가수당은 이미 근로기준법에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 부과된 것인데, 이와 같이 근로기준법에 정해진 의무를 위반한 것도 차별적처우 금지영역에 해당한다고 봄이 타당하다.
2. 원고는 참가인들이 매월 만근한 경우 발생한 연차유급휴가에 대해 연차유급휴가수당을 지급하지 않았는데, 원고가 다른 근로자들과 달리 참가인들에게 연차유급휴가를 부여하지 않고, 이에 따라 발생하는 연차유급휴가수당을 지급하지 않은 것은 불리한 처우에 해당함이 명백하다. 원고는 이 사건 재심판정 절차에서 참가인들이 연차유급휴가를 신청하였더라도 업무량이 많아 승인이 어려웠다는 취지로 주장한 점, 참가인들이 연차유급휴가를 사용하지 못하고 무단결근으로 처리된 경우가 꽤 있는 점, 연차유급휴가를 사용하지 못하고 퇴사한 경우 연차유급휴가수당청구권이 발생하므로 연차유급휴가수당을 지급하였어야 함에도 이를 지급하지 아니한 점 등을 종합하여 볼 때 참가인들에게 연차유급휴가를 부여하지 않고 연차유급휴가수당을 지급하지 아니한 차별적 처우에 합리적 이유가 있다고 보기는 어렵다.

\* 원고, 피항소인 : 주식회사 ○○○○

\* 피고, 항소인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 피고보조참가인 1외 7인

\* 제1심판결 : 서울행법 2016. 11. 18. 선고 2015구합70416 판결

25) 상고하지 않아 그대로 확정됨

## » 주 문 «

1. 제1심판결 중 원고에 대한 부분을 다음과 같이 변경한다.

가. 중앙노동위원회가 2015.6.30. 원고와 피고보조참가인들 사이의 중앙2015차별3~11 병합 주식회사 ○○○스 등 차별시정 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정 중 원고의 피고보조참가인 임○민, 조○별, 권○영에 대한 상여금 지급에 관한 부분, 원고로 하여금 피고보조참가인 김○희에게 3,098,620원, 피고보조참가인 이○미에게 2,640,660원, 피고보조참가인 임○민에게 83,360원, 피고보조참가인 이○란에게 10,066,788원, 피고보조참가인 박○희에게 10,035,544원, 피고보조참가인 윤○희에게 4,774,136원, 피고보조참가인 조○별에게 250,080원, 피고보조참가인 권○영에게 166,720원을 초과하는 금원을 지급할 것을 명한 부분을 취소한다.

나. 원고의 나머지 청구를 기각한다.

2. 원고와 피고 사이의 소송총비용 중 피고보조참가인 임○민, 조○별, 권○영의 보조참가로 인한 부분은 이를 8분하여 그 7은 위 피고보조참가인들이, 나머지는 원고가 부담하며, 피고보조참가인 김○희, 이○미, 이○란, 박○희, 윤○희의 보조참가로 인한 부분은 이를 4분하여 그 1은 위 피고보조참가인들이 부담하고, 나머지는 원고가 부담하며, 원고와 피고 사이에 생긴 부분은 이를 4분하여 그 1은 피고가, 나머지는 원고가 각 부담한다.

## » 청구취지 및 항소취지 «

1. 청구취지

중앙노동위원회가 2015.6.30. 원고와 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)들 사이의 중앙2015차별3~11 병합 주식회사 ○○○스 등 차별시정 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

2. 항소취지

주문과 같다.

## » 이 유 «

1. 이 법원의 심판범위

제1심법원이 이 사건 재심판정 중 원고의 연차유급휴가수당 미지급에 관한 부분, 원고의 참가인 임○민, 조○별, 권○영에 대한 상여금 지급에 관한 부분, 원고로 하여금 참가인 김○희에게 2,598,460원, 참가인 이○미에게 2,473,940원, 참가인 이○란에게 8,286,468원, 참가인 박○희에게 8,233,664원, 참가인 윤○희에게 3,718,456원을 초과하는 금원을 지

급할 것을 명한 부분을 취소하고, 원고의 나머지 청구를 기각한 데 대하여, 피고가 원고의 연차유급휴가수당 미지급에 관한 부분에 대하여만 불복하였으므로 이 법원의 심판범위는 이에 한정된다(원고와 참가인들은 각 패소부분의 취소를 구하는 취지의 항소를 제기하였다가 이를 각 취하하였다).

## 2. 재심판정의 경위

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는 제1심판결의 이유 중 제1항 부분 기재와 같으므로 행정소송법 제8조제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

## 3. 이 사건 재심판정의 적법 여부

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는 아래와 같이 고치는 부분을 제외하고는 제1심판결의 이유 중 제2항 부분 기재와 같으므로 행정소송법 제8조제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

- 제1심판결문 제15면 제3행부터 제16면 제17행까지의 ‘3) 연차휴가수당 미지급이 차별처우 금지영역에 해당하는지 여부’를 아래와 같이 고친다.

### 3) 연차유급휴가수당 미지급 부분에 대한 판단

#### 가) 연차유급휴가수당 미지급이 차별처우 금지영역에 해당하는지 여부

파견법 제2조제7호는 “차별적 처우”라 함은 근로기준법 제2조제1항제5호에 따른 임금(가목), 정기상여금, 명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금(나목), 경영성과에 따른 성과금(다목), 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항(라목)에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다고 규정하고 있다. 여기서 근로조건이라 함은 사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금·근로시간·후생·해고 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말하고(대법원 1992.6.23. 선고 91다 19210 판결 참조), 구체적으로는 근로기준법에 정해진 임금·근로시간·후생·해고 뿐만 아니라 같은 법 제93조제1호 내지 12호, 같은 법 시행령 제8조제1항제1호, 제3호가 정한 사항이 모두 포함된다. 따라서 이 사건 재심판정에서 문제가 된 상여금과 연차유급휴가수당 역시 ‘임금 그 밖의 근로조건’에 해당한다.

연차유급휴가수당은 이미 근로기준법에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 부과된 것인데, 이와 같이 근로기준법에 정해진 의무를 위반한 것도 차별적 처우 금지영역에 해당하는지 여부에 관하여 보건대, ① 파견법이 ‘차별적 처우’에 관하여 근로기준법에 정해진 의무를 위반한 차별과 근로기준법에 정해진 의무를 위반하지는 아니한 차별을 구분하고 있지는 않고, 근로기준법에 정해진 의무를 위반한 차별적 처우도 얼마든지 있을 수 있는 점, ② 파견법 제34조제1항 본문은 파견사업주와 사용사업주 모두를 근로기준법의 규정에 의한 사용자로 본다고 규정하면서 그 단서에

서 근로기준법 중 임금 등의 근로조건에 관한 규정의 적용에 있어서는 파견사업주를, 근로시간 등의 근로조건에 관한 규정의 적용에 있어서는 사용사업주를 사용자로 본다고 규정하고 있으나, 이는 근로기준법의 적용에 있어 누구를 사용자로 볼 것인지를 정한 규정에 불과하므로, 파견법 제21조의 적용에 있어서도 위와 같이 파견사업주와 사용사업주를 구분하여 적용하여야 한다고 보기는 어려운 점, ③ 사용자가 근로기준법을 위반하여 특정 정규직 근로자를 다른 정규직 근로자에 비하여 차별하는 경우에는 근로기준법에 따른 책임만을 부담하게 되나, 파견근로자를 정규직 근로자에 비하여 차별하는 경우 근로기준법에 따른 책임에 더하여 파견법에 따른 시정명령, 배상명령 등의 대상이 될 수 있는바, 이는 파견법의 보호 규정에 따른 당연한 결과이고 이를 들어 역차별이라고 할 수는 없으며, '특정 정규직 근로자를 다른 정규직 근로자에 비하여 차별하는 경우'도 보호할 필요가 있으면 이에 대하여도 차별적 처우를 금지하는 입법을 함으로써 해결함이 타당하고 파견법의 차별적 처우의 개념을 축소하여 해석하는 것은 타당하지 아니한 점, ④ 예를 들어 파견근로자에게 연차 유급휴가수당을 60% 지급하고 정규직 근로자에게는 120% 지급하는 등 근로기준법 위반과 차별이 혼재하는 경우, 근로기준법 위반 부분은 차별적 처우가 아니라고 보는 경우에는 연차유급휴가수당 미지급분 40%(100%-60%) 부분은 민사소송 등의 방법으로 구제를 받게 하고, 정규직 근로자에게 지급된 위 120%의 연차유급휴가수당에서 파견근로자에게 이미 발생한 100%의 연차유급휴가수당을 제외한 20% 부분만 차별적 처우로서 구제를 받게 하게 될 것이나, 이는 하나의 연차유급휴가수당에 대하여 2개의 구제 절차를 받도록 하는 셈이 되어 타당하지 않고, 나아가 위와 같이 단순한 사례가 아니라 연차유급휴가수당의 계산이 복잡하거나 어느 부분까지 근로기준법 위반인지가 다투어지는 경우 근로자로 하여금 이를 근로기준법상 의무 위반과 그렇지 아니한 차별적 처우로 나누어 다투도록 하는 것은 합리적 해석이라고 보기 어려운 점, ⑤ 차별적 처우에 대한 파견법에 따른 시정과 근로기준법 위반에 대한 민법상 구제는 그 절차와 내용에 차이가 있으므로 근로기준법 위반이면서 차별적 처우에 해당하는 경우에도 파견법 규정을 적용함으로써 차별적 처우를 방지할 필요성이 큰 점 등을 종합하여 보면, 근로기준법에 정해진 의무를 위반한 것도 차별적처우 금지영역에 해당한다고 봄이 타당하다.

#### 나) 불리한 처우의 존부

원고는 참가인들이 매월 만근한 경우 발생한 연차유급휴가에 대해 연차유급휴가수당을 지급하지 않았는바, 참가인들의 근무기간 중 발생한 연차유급휴가 일수와 미지급 연차유급휴가수당 명세는 별지 기재와 같다. 원고가 다른 근로자들과 달리 참가인들에게 연차유급휴가를 부여하지 않고, 이에 따라 발생하는 연차유급휴가수당을 지급하지 않은 것은 불리한 처우에 해당함이 명백하다.

#### 다) 불리한 처우에 대한 합리적 이유가 존재하는지 여부

원고는 이 사건 재심판정 절차에서 참가인들이 연차유급휴가를 신청하였더라도 업무량이 많아 승인이 어려웠다는 취지로 주장한 점(갑 제3호증의2의 26면), 참가인들이 별지 기재와 같이 연차유급휴가를 사용하지 못하고 무단결근으로 처리된 경우가 꽤 있는 점, 연차유급휴가를 사용하지 못하고 퇴사한 경우 연차유급휴가수당청구권이 발생하므로 연차유급휴가수당을 지급하였어야 함에도 이를 지급하지 아니한 점 등을 종합하여 볼 때 참가인들에게 연차유급휴가를 부여하지 않고 연차유급휴가수당을 지급하지 아니한 차별적 처우에 합리적 이유가 있다고 보기는 어렵다.

#### 라) 배액 배상명령의 당부

앞서 본 바와 같이 원고는 참가인들에게 연차유급휴가를 부여하지 않고 연차유급휴가수당을 지급하지 아니한 차별적 처우를 하였는바, 원고로서는 참가인들에게 근로기준법에 따라 연차유급휴가를 부여하거나 연차유급휴가수당을 지급하여야 함은 충분히 숙지하고 있었다 할 것이므로 원고는 위 차별적 처우에 대한 명백한 고의가 있었다 할 것이고, 참가인들에 대한 차별적 처우가 최소 약 3개월에서 최대 약 2년 8개월의 장기간 동안 계속된 이상, 이는 그에 대한 문제가 제기되거나 시정명령을 받았는지 여부와 무관하게 차별적 처우가 반복된 경우에 해당한다 할 것이므로, 기간제법 제13조제2항 단서에 따라 원고에 대하여 미지급 연차유급휴가수당 손해액의 2배의 배상을 명한 것은 정당하다 할 것이다.』

#### ■ 제1심판결문 제28면 제17행부터 제29면 제2행까지를 아래와 같이 고친다.

- 8) 따라서 이 사건 재심판정의 원고에 대한 부분 중 원고의 참가인 임○민, 조○별, 권○영에 대한 상여금 지급에 관한 부분, 원고로 하여금 참가인 김○희에게 3,098,620원(1, 299,230원×2배+250,080원×2배), 참가인 이○미에게 2,640,660원(1,236,970원×2배+83,360원×2배), 참가인 임○민에게 83,360원(41,680원×2배), 참가인 이○란에게 10,066,788원(4,143,234원×2배+890,160원×2배), 참가인 박○희에게 10,035,544원(4,116,832원×2배+900,940원×2배), 참가인 윤○희에게 4,774,136원(1,859,228원×2배+527,840원×2배), 참가인 조○별에게 250,080원(125,040원×2배), 참가인 권○영에게 166,720원(83,360원×2배)을 초과하는 금원을 지급할 것을 명한 부분은 위법하여 취소되어야 한다.

#### 4. 결 론

그렇다면, 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각하여야 할 것인바, 제1심판결은 이와 일부 결론을 달리하여 부당하므로, 피고의 항소를 받아들여 제1심판결 중 원고에 대한 부분을 추문 기재와 같이 변경하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이동원, 판사 김진석, 판사 이인석

## 4. 불리한 처우

### 4.1 불리한 처우 유무에 관한 판단기준

☞ 대법원 2014. 9. 24. 선고 2012두2207 판결

#### » 요 지 «

1. 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제2조 제3호에서 말하는 불리한 처우란 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제 근로자와 비교대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제 근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하므로, '불리한 처우' 해당 여부를 따지기 위해서는 '기간제 근로자'가 비교대상 근로자인 '정규직 근로자'와 비교할 때 불리한 처우를 받았는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다.
2. 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제2조 제3호는 차별적 처우를 '임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것'으로 정의하고 있는 바, 여기서 '합리적인 이유'가 없다는 것은 기간제 근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나, 달리 처우할 필요성이 인정되더라도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 것을 의미한다. 나아가 합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 근로자의 고용형태, 업무 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

\* 원 고 : 근로자 1-3

\* 피 고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 한국철도공사

\* 서울고법 2011. 12. 23. 선고 2011누17518 판결

#### » 주 문 «

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

#### » 이 유 «

##### 1. 원심의 판단

원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심판결의 이유를 인용하여, 원고들이 기간제 및 단



시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법'이라 한다) 제8조 제1항에 따라 '당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자'(이하 '비교대상 근로자'라 한다)로 이 사건 비교대상 근로자들을 선정한 것은 적절하고, 그들과 비교할 때 원고들이 불리한 처우를 받았는지 여부에 관하여 보면, ① 원고 1, 2가 선정한 비교대상 근로자 중 기간제 근로자였다가 정규직으로 전환된 근로자들 15명(원심 판시 [표 2] 연번 1 내지 15번)의 경우 위 원고들과 마찬가지로 기간제 근무기간을 근속기간으로 인정받지 못하였으므로 위 원고들이 이들에 비해 불리한 처우를 받았다고 보기 어려우나, 처음부터 정규직이었던 근로자 2명(위 표 연번 16, 17번)의 경우 장기근속수당을 산정하면서 전체 재직기간이 산입되는 이상, 위 원고들은 이들과 비교할 때에는 불리한 처우를 받았다고 판단하고, ② 원고 3이 선정한 비교대상 근로자 소외인은 기간제 근로자였다가 정규직으로 전환된 사람으로서 위 원고와 마찬가지로 기간제 근무기간을 근속기간으로 인정받지 못한 이상, 위 원고가 해당 비교대상 근로자에 비해 불리한 처우를 받았다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

원심은 나아가, 설사 원고들이 이 사건 비교대상 근로자들에 비하여 불리한 처우를 받았다고 하더라도, 장기근속수당은 장기근무를 유도하기 위한 것이거나 장기근무자들에 대한 공로보상적 성격을 가지는 것으로서 기간제 근로에는 부합하지 않는 측면이 있는 점 등을 종합할 때 그러한 불리한 처우에는 합리적 이유가 있다고 판단하였다.

## 2. 이 법원의 판단

가. 비교대상 근로자 선정의 적절성 여부 및 불리한 처우 여부에 관하여 - 상고이유 제1점 관련

- (1) 먼저 이 사건 비교대상 근로자들 선정의 적절성 여부와 관련하여 관련 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 원고들의 비교대상 근로자 선정을 적절하다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 기간제법 제8조 제1항의 비교대상 근로자 선정에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.
- (2) 다음으로 원고들이 불리한 처우를 받았다고 볼 수 있는지 여부에 관하여 살펴본다.

원심의 논리는, 원고들이 이 사건 비교대상 근로자들 중 기간제에서 정규직으로 전환된 근로자들과 비교할 때에는 '기간제에서 정규직으로 전환된 사정'이 그들과 같기 때문에 기간제법상 '불리한 처우'를 받지 않았다는 것으로 요약할 수 있다.

그러나 기간제법 제2조 제3호에서 말하는 불리한 처우란 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제 근로자와 비교대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제 근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하므로(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결 참조), '불리한 처우' 해당 여부를 따지기 위해서는 '기간제 근로자'가 비교대상 근로자인 '정규직 근로자'와 비교할 때 불리한 처우를 받았는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다. 즉 이 사건에서 원고들이 기간제법상 불리한 처우를 받았는지 여부를 판단하기 위해서는 원고들이 정규직으로 전환된 후의 상황을 고려해서는 안 되고, 이 사

건 비교대상 근로자들 역시 그들의 과거 기간제 근무경력을 고려 대상으로 삼아서는 안 되며, 단지 원고들의 '기간제 근무기간'과 이 사건 비교대상 근로자들의 '정규직 근무기간'만을 비교대상으로 삼아 그 둘 사이에 차별이 있는지 여부를 검토하여야 한다.

그런데 기록에 의하면, 이 사건 비교대상 근로자들의 경우 그 '정규직 근무기간'이 장기근속수당 산정에 필요한 근속기간에 포함되는 것에 비하여, 원고들의 경우 그 '기간제 근무기간'이 장기근속수당 산정에 필요한 근속기간에 포함되지 아니하므로, 그 자체로 원고들은 이 사건 비교대상 근로자들에 비하여 불리한 처우를 받았다고 봄이 상당하다.

#### 나. 합리적 이유가 있는 차별인지 여부에 관하여 - 상고이유 제2점 관련

기간제법 제2조 제3호는 차별적 처우를 '임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것'으로 정의하고 있는바, 여기서 '합리적인 이유'가 없다는 것은 기간제 근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나, 달리 처우할 필요성이 인정되더라도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 것을 의미한다. 나아가 합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 근로자의 고용형태, 업무 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(위 대법원 판결 참조).

위 법리 및 기록에 나타난 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 장기근속수당은 장기근속에 대한 대가로 지급되는 외에 장기근속을 장려하기 위한 목적에서 지급되는 것으로 볼 수 있는 점, 원고들의 기간제 근로 형태와 이 사건 비교대상 근로자들의 정규직 근로 형태가 채용 목적, 근로 범위나 권한 등의 측면에서 차이가 있는 것을 부정할 수 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 참가인이 원고들의 기간제 근무기간을 장기근속수당 산정을 위한 근속기간에 포함시키지 아니한 것에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

따라서 원고들의 차별적 처우 주장을 배척한 원심의 결론은 정당하고, 거기에 기간제법 제2조 제3호의 '합리적 이유'나 기간제법 제8조 제1항의 '차별적 처우'에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

### 3. 결 론

그렇다면, 비록 원심판결에 '불리한 처우' 여부에 관한 판단을 그르친 잘못이 있긴 하나 이는 판결 결과에 아무런 영향이 없으므로, 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 패소자들이 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박보영(재판장), 민일영(주심), 김신

## 4.2 불리한 처우 유무에 관한 비교 방식

☞ 서울고법 2016. 10. 21 선고 2016누30189 판결★<sup>26)</sup>

### » 요 지 «

1. 기간제법 제2조 제3호는 차별적 처우를 ‘임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것’으로 정의하고 있다. 여기서 불리한 처우라 함은 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제근로자와 비교대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미한다( 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결 참조). 그런데 기간제근로자와 비교대상 근로자 간에 임금을 구성하는 세부 항목이 다르거나 세부 항목에 따라 유·불리가 나뉘는 경우에는 임금의 세부항목 별로 불리한지 여부를 따져서는 안 되고, 소정 근로를 제공한 것 자체만으로 지급 요건이 충족되는 임금 항목과 그 외에 특정한 조건에 해당해야만 지급요건이 충족되는 임금 항목으로 구분하여, 전자의 경우에는 그에 포함된 모든 항목의 금액을 합산하여 총액을 기준으로 판단하여야 하고, 후자의 경우에는 항목별로 따져 유·불리를 판단하여야 한다.
2. 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 특정하는지에 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 산정 한 비교대상 근로자의 임금과 기간제근로자의 임금을 놓고 차별적 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다.

\* 원고, 피항소인 : 대한민국

\* 피고, 항소인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 근로자 A-G

26) 상고하지 않아 그대로 확정됨



\* 제1심판결 : 서울행법 2015. 12. 4. 선고 2015구합65827 판결

### » 주 문 «

1. 제1심 판결의 피고 패소 부분 중 피고보조참가인 E에 관한 부분, 피고보조참가인 A, F, G의 명절휴가비, 정액급식비에 관한 부분을 각 취소하고, 이 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.
2. 피고의 나머지 항소를 기각한다.
3. 소송총비용 중 피고보조참가인 B, C, D의 보조참가로 인하여 발생한 부분의 1/10은 원고가, 나머지는 피고보조참가인 B, C, D가, 피고보조참가인 A, E, F, G의 보조참가로 인하여 발생한 부분은 원고가 각 부담하고, 나머지 소송총비용 중 3/5은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

### » 청구취지 및 항소취지 «

#### 1. 청구취지

중앙노동위원회가 2015. 5. 4. 원고와 피고보조참가인들(이하 '참가인들'이라 한다) 사이의 중앙 2015차별 1 대한민국(국사편찬위원회) 차별시정 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

#### 2. 항소취지

제1심 판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

### » 이 유 «

#### 1. 재심판정의 경위, 원고의 주장, 관계 법령

이 법원이 이 부분에 관하여 실시할 이유는 제1심 판결문 제3쪽 7행부터 제5쪽 9행까지의 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 인용한다.

#### 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부에 관한 판단

가. 편사연구직 공무원이 기간제법 제8조 제1항의 '기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자'에 해당하는지 여부

공무원은 인사와 복무, 보수 등에서 국가공무원법 및 공무원보수규정 등 관련 법령의 적용을 받기는 하나 기본적으로 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자에 해당한다( 대법원 2002. 11. 8. 선고 2001두3051 판결 참조). 기간제법 제3조 제3항은 국가 또는 지방자치단체의 기관에 대하여도 이 법이 적용됨을 명시적으로 규정하여 공공



부문에서 근무하는 비공무원인 기간제근로자와 공무원 사이의 비교 가능성을 열어 두고 있다. 이러한 사정들과 함께 기간제 근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자의 근로조건 보호를 강화함으로써 노동시장의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하는 기간제법의 입법취지를 종합하여 보면, 기간제법 제8조 제1항이 비교대상 근로자로 들로 있는 '기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자'를 '사법상 근로계약'을 체결한 근로자로 한정하여 해석할 것은 아니다(대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5391판결 참조).

따라서 이 사건 위원회의 편사연구직 공무원들은 기간제근로자인 사료연구위원에 대한 관계에서 기간제법 제8조가 정하고 있는 '기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자'에 해당한다고 봄이 타당하다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 편사연구직 공무원들이 참가인들과 동종 또는 유사한 업무에 종사하고 있는지 여부

#### 1) 관련 법리

기간제법 제8조 제1항은 기간제근로자에 대하여 차별적 처우가 있었는지를 판단하기 위한 비교대상 근로자로 '당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자'를 들고 있다(이하 '기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자'를 '정규직 근로자'라 한다). 여기서 비교대상 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 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면 달리 특별한 사정이 없는 한 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결 참조).

#### 2) 인정 사실

가) 이 사건 위원회 편사연구직 공무원의 응시요건은 사학과, 한국사학과, 국사학과, 역사학과, 역사교육학과 등 역사계열학과 석사학위 이상 또는 관련 분양 3년 이상 근무 또는 연구경력자이고, 사료연구위원의 응시요건은 ① 한국사 분야 전공자로서 연구경력 10년 이상 또는 박사학위 소지자, ② 고문서 또는 외국어 역사자료 해독 및 사료정리 능력 보유자로서 해당 분야 연구경력 5년 이상인 자, ③ 사료정보화 수행능력 보유자로서 해당 분야 연구 및 실무 경력 5년 이상인 자이다. 참가인 A은 서양사 박사학위 소지자, 참가인 B, C, D는 한국사 박사 수료자, 참가인 F은 한국사 박사학위 소지자, 참가인 E, G은 문헌정보학 박사학위 소지자인데, 참가인 E은 위 사료연구위원 응시요건 중 정보화 능력으로 위촉되었다.

나) 참가인들은 이 사건 위원회의 사료조사실과 연구편찬정보화실에서 근무하고 있는

데, 이 사건 위원회 편사연구직 공무원들 중 참가인들이 근무 부서 및 업무분장표에 따라 특정한 비교대상 근로자는 아래와 같다[비교대상 근로자 중 H, I는 편사연구관(5급 이상), 나머지는 편사연구사(6, 7급)이고, 5년 이상의 경력을 가진 편사연구사는 시험을 거쳐 편사연구관으로 승진할 수 있으며, 편사연구관은 편사연구사와 달리 부서장 등의 역할을 수행할 수 있다].

참가인들			비교대상근로자들		
구분	위촉일	부서및업무	구분	임용일	부서및업무
참가인A	1994. 11. 3.	사료조사실 J팀 일본지역사료수집정리	K (15호봉)	2007. 11. 19.	사료조사실 J팀 미국지역사료수집정리
			L (15호봉)	2014. 5. 26.	사료조사실 J팀 NARA사료수집정리
			M(6호봉)	2014. 5. 26.	사료조사실 J팀 NARA사료수집정리
참가인B	2010. 9. 27	연구편찬정보화실 N팀	H (22호봉)	2005. 1. 1.	연구편찬정보화실 N팀장
참가인C	2009. 2. 2.	연구편찬정보화실 N팀			
참가인D	2011. 4. 11	연구편찬정보화실 O팀 고종시대사	I(20호봉)	2007. 1. 1.	연구편찬정보화실 O팀고종시대사
			P(5호봉)	2014. 7. 1.	
참가인E	2005. 3. 1.	연구편찬정보화실 Q팀 (역사정보화)	R(16호봉)	2002. 11. 27.	연구편찬정보화실 Q팀 (역사정보화)
			S(9호봉)	2011. 7. 11.	
참가인F	2005. 4. 16.	연구편찬정보화실 T팀	U(9호봉)	2011. 7. 11.	연구편찬정보화실 T팀
참가인G	1995. 3. 1.	사료조사실 J팀 중국, 타이완지역 사료수집정리	K(15호봉)	2007. 11. 19.	사료조사실 J팀 미국지역사료수집정리
			L (15호봉)	2014. 5. 26.	사료조사실 J팀 NARA사료수집정리
			M(6호봉)	2014. 5. 26.	사료조사실 J팀 NARA사료수집정리

다) 이 사건 위원회의 업무분장표, 성과계약서 등에 기재된 참가인들 및 비교대상근로자들의 업무 내용은 아래와 같다.

참가인들		비교대상근로자들	
구분	업무	구분	업무
사료조사실 J팀			
A	일본외교사료관이 2010년이후공개한전후한국관련자료수집일본공문서관소장통신사관련자료수집일본지역파견근무자를통한간사이지역자료수집일본외교사료관수집자료 DB 구축일본국문학연구자료관및헌정자료실수집자료이미지네이밍작업국외사료조사.해제지원계획수립국외사료조사.해제지원공모.선정및최종보고서심사	K	서양권자료수집및정리(사진자료수집목록작성)기수집사료목록재검토및오류사항수정2015년수집관련사료목록추출미국NARA자료편람검토및수정
		L	미국NARA자료수집.정리DB고도화(사료계열해제 420건작성)DB정리(전자사료관미이관자료정리)미국NARA자료편람간행(국사편찬위원회수집미국NARA자료편람원고교열및간행)
G	국외(중국.대만)사료조사.수집.목록작성유관기관협의회개최,운영해외사료총서편집,교정,간행	M	전자사료관 DB정리(미기재수량입력및해제보완)각종기증자료 DB작성미국국립문서기록관리청전문가초청워크샵개최,국사편찬위원회와국립문서기록관리청간협력증진방안

참가인들		비교대상근로자들	
구분	업무	구분	업무
			논의전자자료관 DB정리각종기증자료 DB작성(50년대미국신문자료,미국이민사자료 등)국사편찬위원회수집미국NARA자료편람간행
연구편찬정보화실 N팀			
B	승정원일기신규 DB구축(입력,교정,색인어발체,교열교감,초서원본대조교감검사)승정원일기시스템개선(승정원일기 DB고도화,승정원일기웹페이지리뉴얼,교체검색엔진확정)승정원일기기.신규구축 DB와타자료와의연계[승정원일기원본이미지(규장각),승정원일기국역본(번역원),조선왕조실록,비변사등록]	팀장 H	행정업무승정원일기정보화사업및시스템개선사업계획수립,원가계산의뢰,수령,용역업체선정관련업무,중간,최종감리의뢰,확인승정원일기원문입력,교정,교열교감,색인어발체,초서원본대조승정원일기역사편찬준비회의주재
C	승정원일기신규 DB구축(입력,교정,색인어발체,교열교감)승정원일기기구축 DB초서원본대조교감승정원일기기.신규구축 DB와타자료와의연계[승정원일기기.신규구축DB와타자료와의연계[승정원일기원본이미지(규장각),승정원일기국역본(번역원),조선왕조실록,비변사등록]		
연구편찬정보화실 O팀			
D	신편고종시대사사업계획및간행계획수립	I	기획(사업계획수립,자료집편찬기획)자료정리(자료조사,정리,입력,교정,번역,교열)원고교열,추가원고작성,편집,교정,간행한국사데이터서비스웹서비스(기간행자료집 XML태그검증,업로드)2015년간행자료집원고작성한국근대사기초자료집편찬,간행(원고작성,번역,교열, XML태그수정)신편고종시대사편찬,간행(자료발체,원고작성지침수정,보완,원고교열,교정,연구용역결과물감수,편찬회의참석)
	신편고종시대사자료집편찬(2013년수합원고검토,익년도편찬원고발주)자료집간행(자료편집,인쇄및교정)편찬위원회개최및운영(연 2회)		
		P	신편고종시대사원고(번역문및원문)수합및편집번역문원고중미비부분번역,오역재번역최종원고점검.오탈자교정
연구편찬정보화실 Q팀			
E	한국역사종합정보센터운영(NIA국가 DB지원,신규기관연계,기존기관데이터추가연계,연계기관기술지원)DB구축및시스템개발(고려시대편년자료사이트구축,국편기간행물DB구축및서비스)시스템유지관리및지원(한국사데이터베이스,한국역사정보통합시스템,한국역사용어시소러스)	R	한국사DB구축(사업관리,개별자료구축)한국사 DB사이트관리,자료수정,오류수정공공데이터제공실무관리대만역사어언연구소와실록상호교환실무위원회차체규정개정TF정보화중장기계획TF(검색엔진교체실무준비)
		S	고려사국역문구축,고려사절요원문윤문,국역문구축(국역자모집,국역지침마련,국역,윤문)한국사데이터베이스관리(XML데이터오류수정)한국사콘텐츠구축(집필, LOD모델링,인스턴스구축,콘텐츠범례작성,집필감수)고려시대사료사이트개편(인터페이스개발)
연구편찬정보화실 T팀			
조선왕록실록영문번역과정및영문번역기관		조선왕조실록영역사업기획및중장기계획수립	



참가인들		비교대상근로자들	
구분	업무	구분	업무
F	관리, 검사글로서리작업관리(관련자료구입, 작업자섭외및의뢰)국외자문위원운영(위원 섭외, 회의준비및개최)	U	조선왕조실록소재외국인명온라인서비스연구 용역발주및관리, 진행상황점검영문역사용어 용례사전발간유관기관협력(조선왕조실록유 관기관컨퍼런스준비. 발표)조선왕조실록영역 사업홍보및성과소개국내외사업관련정보및참 고자료수집실서무업무

- 라) 이 사건 위원회의 문서등록대장 목록에 의하면, 2014. 1. 1.부터 2014. 12. 31.까지 기간 동안 참가인 F이 생산 내지 접수한 문서는 13건, 비교대상 근로자 U가 생산 내지 접수한 문서는 221건이다.
- 마) 편사연구직 공무원은 임용 시 276시간(2015년 기준)의 임용교육을 이수하여야 하고, 의무적으로 연 80시간의 교육을 이수하여야 하며, 교육 이수 실적은 인사관리 에 반영된다. 참가인 C은 2011년 22시간, 2012년 19시간, 2013년 6시간, 2014년 17 시간의 상시학습 교육을 받았고, 참가인 D는 2011년도 연구직 신규임용자 교육을 받았으며, 2011년 20시간, 2012년 12시간, 2013년 4시간, 2014년 2시간의 상시학습 교육을 받았고, 참가인 E은 2014년 13시간의 상시학습 교육을 받았다. 참가인 F은 2008, 2009, 2010년에 편사기획실 소속으로 한국사능력 검정시험 업무를 담당하였 고, 참가인 G은 편사연구사 채용시험, 초서연수과정 입학시험 문제를 출제하였으 며, 사료연구위원 V는 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2013년에 국사편찬위원회 사 료연수과정 입학시험 문제를 출제하였다.
- 바) 이 사건 위원회는 2014. 5. 30. ‘용역의 발주, 국외 자문위원회 운영, 국외 사료조사 위원 운영 업무는 공무원이 담당하여야 함에도 사료연구위원의 성과목표로 제시 하여 평가에 반영하는 등 공무원과 사료연구위원 사이의 업무 경계가 불명확하여 사료 연구위원회에 대한 성과 평가의 실효성이 떨어진다’는 이유로, 사료연구위원 성과계약서의 성과목표를 사료연구위원 위촉 취지에 맞게 그 전문분야에 대해서만 설정하고 평가하기로 하는 내용의 ‘사료연구위원 성과평가 개선방안’을 수립하였다.
- 사) W, X, Y은 이 사건 위원회 사료연구위원으로 근무하던 중 편사연구직 공무원 채 용시험에 합격하여 신분이 전환되었고, 참가인 E은 경기지방노동위원회와 중앙노 동위원회의 심문기일에 ‘Y은 참가인들과 조선왕조실록 관련 업무를 담당하다가 편사 연구직 공무원이 된 후에 다시 조선왕조실록 관련 업무를 수행하였고, X은 참가인 E과 함께 사료연구위원으로 임용되어 승정원일기 관련 업무를 수행하였으며 편사 연구직 공무원이 된 후에도 해당 업무를 그대로 수행하였다’는 취지로 진술하였다.
- 아) 참가인 E은 성과계약서에 기재된 업무 외에 데이터베이스의 오류 신고 및 확인, 데이터 수정 등의 업무도 수행하였고, 한국역사정보화 중기계획 수립 TF팀에 참 여하기도 하였다.



## 3) 판단

앞서 인정한 사실에 을나 제4호증의 기재와 변론 전체의 취지를 보태어 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 피고가 비교대상 근로자라고 주장하는 각 편사연구직 공무원들과 참가인들은 그들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있기는 하지만, 참가인 A, B, C, D, F, G은 '사료의 조사·수집·보존·편찬과 이를 바탕으로 한 한국사의 연구·편찬·연수·보급'이라는 주된 업무의 내용에서, 참가인 E은 '역사 정보화 및 한국사 데이터베이스 유지·관리'라는 주된 업무의 내용에서 각 비교대상 근로자들과 본질적인 차이가 없음이 인정되고, 따라서 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 봄이 상당하다.

다만, 편사연구직 공무원에는 편사연구관(5급 이상)과 편사연구사(6, 7급)가 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.

이에 대하여 원고는, 편사연구직 공무원들과 참가인 E을 제외한 참가인들이 사료의 조사, 수집, 편찬과 한국사의 연구, 편찬, 보급 등 업무를 수행한 반면 참가인 E은 이러한 업무를 수행한 바 없으므로 참가인 E에게는 동종·유사 업무를 수행한 비교대상 근로자가 존재하지 않는다고 주장한다. 그러나 앞서 본 법리에 의하면 비교대상 근로자로 선정된 근로자의 업무와 기간제근로자의 업무의 동종·유사성은 실제 수행하여 온 주된 업무의 내용에 따라 판단하는 것으로 족하고, 비교대상 근로자나 기간제근로자가 속한 집단을 기준으로 보아 실제 수행하지도 않은 업무를 기준으로 판단할 것은 아니다. 따라서 이와 전제가 다른 원고의 주장은 받아들이지 아니한다(비교대상 근로자와 기간제근로자 상호간에 업무대체성이 있어야 업무의 동종·유사성이 있다는 주장도 같은 취지라고 볼 것인데, 역시 위와 같은 이유로 업무의 동종·유사성을 판단하는 기준이 될 수 없다. 한편 이러한 사정들은 모두 차별의 합리적인 이유가 있는지 여부를 판단하는 단계에서 고려하는 것으로 충분하다).

가) 참가인 A, G이 소속된 사료조사실 J팀의 주된 업무는 해외 사료의 수집·정리·정리할 것인데, 참가인 A은 일본외교사료관, 일본공문서관 등의 경로로 자료를 수집하였고 데이터베이스를 구축하였으며 국외사료조사·해제지원에 관한 기획업무도 수행하였고, 참가인 G은 중국과 대만의 사료를 조사하고 수집하였으며, 해외사료총서를 간행하고 유관기관 협의회를 운영하는 등 기획·행정업무도 수행하였다. 참가인 A, G이 수행한 위 업무가 비교대상 근로자인 K, L, M이 수행한 미국 NARA 자료 수집, 데이터베이스 작성·정리 등의 업무와 본질적인 차이가 있다고 보기 어렵다. 원고는 참가인 A, G은 사학 전공자가 아니어서 사료의 깊이 있는

조사가 아닌 단순 수집 및 목록 정리 업무를 수행하였다고 주장하나, 일본, 중국, 대만의 사료 수집은 참가인 A, G과 사료연구위원 V가 전적으로 담당하였고 편사연구직 공무원 중 위 업무를 담당한 사람이 없었던 점, 참가인 A은 1994년부터 이 사건 위원회에서 근무하여 오면서 한민족독립운동사자료집, 대한민국임시정부자료집 간행, 국내지역사 사료수집 등의 업무를 수행하여 왔고, 2006년과 2013년에도 일본사료 수집 및 정리 업무를 수행하였던 점, 참가인 G역시 1995년부터 이 사건 위원회에서 근무하여 오면서 중국 사서의 한국 고대사 사료 발췌, 국내 사료 수집·정리 등의 업무를 수행하여 왔고, 2000년에도 중국과 대만 사료 수집 업무를 수행하였던 점 등을 고려하면, 참가인 A, G이 사료의 단순 수집 업무만을 수행하였다고 볼 수 없다.

- 나) 참가인 B, C이 소속된 연구편찬정보화실 N팀의 주된 업무는 승정원일기 정보화업무라 할 것인데, 참가인 B과 C은 승정원일기의 입력, 교정, 색인어발췌, 교열교감, 초서원본대조 등 승정원일기 신규 데이터베이스 구축 및 개선에 관한 업무를 수행하였다. 비교대상 근로자인 H은 승정원일기 원문 입력, 교정, 교열교감 등의 업무뿐 아니라 사업계획 수립, 원가계산 의뢰, 용역업체 선정 등 기획업무와 관리업무를 상당한 비중으로 수행하였으나, H이 기획·관리업무를 수행한 것은 편사연구직 공무원이기 때문이라기보다는 H과 사료연구위원 2명만으로 구성된 N팀의 팀장이었기 때문인 것으로 보이고, 아래에서 보는 바와 같이 비교대상 근로자는 편사연구직 공무원 중 부서장 업무를 수행하지 않는 편사연구사에 국한되므로, 위 사유만으로 참가인 B, C과 H의 업무의 동일·유사성을 부정하기는 어렵다.
- 다) 참가인 D가 소속된 연구편찬정보화실 O팀의 주된 업무는 근대사료 관련 사료집 편찬업무라 할 것인데, 참가인 D는 신편 고종시대사와 관련한 사업계획 및 간행계획 수립, 원고 검토, 원고 발주, 사료집 자료 편집, 인쇄 및 교정 등의 업무를 수행하였고, 편찬위원회 개최 및 운영 등 기획업무도 담당하였다. 비교대상 근로자 I 역시 신편 고종시대사, 한국근대사기초자료집 편찬 업무 등을 수행하였고, P도 신편 고종시대사 원고 수합 및 편집, 번역문 원고 미비부분 번역, 오탈자 교정 등의 업무를 담당하였으므로, D와 I, P의 업무의 동종·유사성도 인정된다(I가 상당한 비중의 기획·관리 업무를 수행한 것도 팀장의 지위에 있었기 때문인 것으로 보인다).
- 라) 참가인 E이 소속된 연구편찬정보화실 Q팀의 주된 업무는 한국사 데이터베이스(DB) 구축 및 관리 업무라 할 것인데, 참가인 E은 이 사건 차별시정을 구하는 기간 동안 자료정보실, 연구편찬정보화실에서 한국역사정보통합시스템 운영·관리, 데이터베이스 콘테츠 개발·구축, 데이터베이스 자료 수정, 사이트 유지·관리, 한국역사정보화 중기계획 수립 TF팀 참여 등의 업무를 수행하였다. 비교대상 근로자R, S 역시 한국사 데이터베이스 구축 및 사이트 관리, 한국사콘테츠 구축, 정보화 중장기계획 수립, 자료 수정 등의 업무를 수행하였으므로 앞서 본 법리에 비추어 볼 때 참가인 E와 R, S이 수행한 실제 업무는 동일 또는 유사하였다고 봄이 상당하다.

- 마) 참가인 F이 소속된 연구편찬정보화실 T팀의 주된 업무는 조선왕조실록 영어 번역 및 데이터베이스와 홈페이지 개발이라 할 것인데, 참가인 F은 조선왕조실록 영문 번역과정 관리, 검사 업무를 담당하였다. 원고는 비교대상 근로자 U가 사업 기획, 조선왕조실록 외국 인명 온라인서비스 연구용역 발주 및 관리, 영문역사용어용례 집 발간, 유관기관협력 및 사업 홍보, 실 서무 업무 등 기획·행정 업무를 담당하였으므로 참가인 F의 업무와 동일·유사성이 인정되기 어렵다고 주장하나, 조선왕조실록 번역 업무가 온라인서비스, 발간 업무보다 부차적인 업무라 볼 수 없으므로 위와 같은 사정은 오히려 참가인 F은 번역 업무를 수행하고, U는 기획, 협력 등의 업무를 수행하는 등 같은 팀에 소속된 사료조사위원과 편사연구직 공무원 사이에 유기적인 업무 분담이 이루어졌음을 의미한다 할 것이다.
- 바) 참가인들은 전문분야와 관련된 업무뿐 아니라 용역 발주, 국외 자문위원회 운영, 국외 사료조사위원 운영 등 기획 업무를 수행하였고, 참가인 F 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 성과목표를 전문분야에 대해서만 설정·평가하기로 하는 개선방안을 수립한 점, 참가인 D가 신입 편사 연구직 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.

#### 다. 불리한 처우의 유무 여부

##### 1) 판단 기준

기간제법 제2조 제3호는 차별적 처우를 ‘임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것’으로 정의하고 있다. 여기서 불리한 처우라 함은 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제근로자와 비교대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미한다( 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결 참조). 그런데 기간제근로자와 비교대상 근로자 간에 임금을 구성하는 세부 항목이 다르거나 세부 항목에 따라 유·불리가 나뉘는 경우에는 임금의 세부항목별로 불리한지 여부를 따져서는 안 되고, 소정 근로를 제공한 것 자체만으로 지급 요건이 충족되는 임금 항목과 그 외에 특정한 조건에 해당해야만 지급요건이 충족되는 임금 항목으로 구분하여, 전자의 경우에는 그에 포함된 모든 항목의 금액을 합산하여 총액을 기준으로 판단하여야 하고, 후자의 경우에는 항목별로 따져 유·불리를 판단하여야 한다.



## 2) 인정 사실

가) 편사연구직 공무원(연구관, 연구사)의 임금 등의 지급근거 및 지급 시기는 아래와 같다.

항목별	지급근거	지급시기	지급기준및금액
기본급	「공무원보수규정」	매월	계급 및 호봉에 따라 지급
연구직수당	수당규정제14조	매월	월 80,000원
직급보조비	수당규정제18조의6	매월	연구사 : 155,000원연구관: 250,000원
정근수당	수당규정제7조	2회(1, 7월)	1년미만 :미지급 2년 미만:기본급 × 5%,이후 1년마다 5%씩증가
정근수당가산금	수당규정제7조	매월	매월 근무 연수에 따라 0~100,000원 월정액지급
명절휴가비	수당규정제18조의3	2회(설, 추석)	월봉급액의 60%
정액급식비	수당규정제18조	매월	월 130,000원
성과상여금	수당규정제7조의2	1회(2월~3월)	S등급(상위25%) 240%A등급(50%) 160%B등급(25%) 80%
시간외근무수당(정액)	수당규정제15조	매월	연장근로와 상관없이 매월 10시간분 지급
가족수당	수당규정제10조	매월	배우자(40,000원), 부양가족(1인당 20,000원)

나) 성과상여금은 공무원수당 등에 관한 규정 제7조의 2 및 ‘공무원보수 등의 업무 지침’에 근거하여 지급되는데, 소속장관이 4가지 지급등급(S, A, B, C)의 인원비율을 일정 범위에서 조정하면 성과급심사위원회가 공무원 성과평가 등에 관한 규정 등에 따라 해당 공무원의 성과를 평가하여 지급 순위 및 지급등급을 결정한다. 이 지급등급에 대응하여 성과상여금이 지급되는데, 이 사건 위원회에서는 2014. 2. 편사연구사 22명 중 ‘S’등급 6명은 4, 575,260원, ‘A’ 등급 11명은 3,050,170원, ‘B’등급 5명은 1,525,080원의 성과상여금을 각 지급받았다. 다만 위 ‘공무원보수 등의 업무지침’에 의하면 1년 중 2개월 미만을 근무한 공무원은 성과상여금의 지급대상이 되지 않고, 2015년에는 지급등급 인원비율이 재조정된 결과 이 사건 위원회의 공무원 중 ‘C’등급을 받아 성과상여금을 전혀 지급받지 못한 사람도 있었다.

다) 시간외근무수당은 공무원수당 등에 관한 규정 제15조에 근거하여 지급되는데, 같은 조 제4항에서 시간외근무수당이 지급되는 근무명령 시간은 1일 4시간, 1개월 57시간을 초과할 수 없다고 규정하고 있다. 또한 같은 조 제6항의 위임에 따른 ‘공무원보수 등의 업무지침’에 의하면 편사연구사와 같은 공무원은 연장근로와 상관없이 매월 10시간분이 지급되나, 휴직, 연가 등의 사유로 출근일수가 15일에 미달한 경우에는 미달한 일수에 비례하여 금액이 감액되고, 월 10시간을 초과하여 시간외근무를 한 경우에는 위 57시간 분의 한도 내에서 실제 근무 시간에 따라 지급된다.

라) 상여금, 시간외근무수당, 가족수당을 제외하고, 편사연구사가 2014년 1년간 호봉에 따라 지급받았거나 지급받았을 급여의 총액은 아래와 같다.

구분	2호봉	3호봉	4호봉	5호봉	6호봉	10호봉	20호봉
기본급	19,747,200	20,916,000	22,086,000	23,256,000	24,400,800	28,966,800	36,658,800
연구직수당	960,000	960,000	960,000	960,000	960,000	960,000	960,000
직급보조비	1,860,000	1,860,000	1,860,000	1,860,000	1,860,000	1,860,000	1,860,000
정근수당	164,560	348,600	552,150	775,200	1,016,700	2,172,510	3,054,900
정근수당가산금					600,000	600,000	600,000
명절휴가비	1,974,720	2,091,600	2,208,600	2,325,600	2,440,080	2,896,680	3,665,880
정액급식비	1,560,000	1,560,000	1,560,000	1,560,000	1,560,000	1,560,000	1,560,000
합계(총액)	26,266,480	27,736,200	29,226,750	30,736,800	32,837,580	39,015,990	48,719,580
월평균	2,188,873	2,311,350	2,435,562	2,561,400	2,736,465	3,251,332	4,059,965

- 마) 2014년도 예산 및 기금운용계획 집행지침에 따르면, 이 사건 위원회 사료연구 위원의 기본급은 가급 월 2,762,900원, 나급 월 2,466,900원이고, 시간외근무수당은 근로기준법에서 정한 기준에 따라 지급받도록 되어 있으며, 연월차수당, 시간외근무수당, 상여금(명절휴가비 등)은 근로기준법 등 관계 법령 및 규정에 따라 예산의 범위 내에서 지급된다. 사료연구위원 가급인 참가인 A, B, C, E(시간외근무수당 제외), F, G은 모두 2014년 합계 33,154,800원의 급여를 지급받았고, 위 참가인 중 E은 2014년도 시간외근무수당으로 10,092,920원을 지급받기도 하였다. 사료연구위원 나급인 참가인 D는 육아휴직 기간(2014. 3.부터 2014. 6.)을 제외한 나머지 급여와 육아휴직수당 합계 22,741,260원을 지급받았다. 2014. 4. 1.을 기준으로 참가인들의 근속기간을 반영한 호봉은 아래와 같다. 한편, 참가인 G을 제외한 나머지 참가인들은 모두 배우자가 있고, 참가인 D, F에게는 20세 미만 자녀가 1명 있으며, 참가인 B에게는 20세 미만 자녀가 2명 있다.

성명	최초위촉일	근속기간	호봉
A	1994. 11. 2.	19년 4개월	20
B	2010. 9. 27	3년 6개월	4(2014. 9. 27.부터 5호봉)
C	2009. 2. 2.	5년 1개월	6
D	2011. 4. 11.	2년 11개월	3(2014. 4. 11.부터 4호봉)
E	2005. 3. 1.	9년 1개월	10
F	2005. 4. 16.	8년 11개월	9(2014. 4. 16.부터 10호봉)
G	1995. 3. 1	19년 1개월	20

### 3) 판단

#### 가) 소정 근로에 대하여 지급되는 임금 항목

- (1) 기본급, 직급보조비, 연구직수당, 정근수당, 정근수당 가산금의 경우 경기도지방노동위원회에서 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 합산

하여 판단할 수밖에 없다. 위 임금 항목들은 소정 근로의 제공으로 지급기준을 충족하여 액수가 정해지므로 소정 근로에 대하여 지급되는 임금에 해당한다.

명절휴가비는 공무원수당 등에 관한 규정 제18조의3에 근거하여 근무성적 및 근속 연수와 무관하게 매년 설과 추석에 지급되고, 정액급식비는 위 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 해당한다.

반면, 가족수당은 가족의 존재라는 특정한 조건에 해당하는 경우에 지급되는 수당이다. 따라서 소정 근로에 대하여 지급되는 임금에 해당하지 않고, 항목 별로 비교하여야 한다.

- (2) 피고는 당심에서, 성과상여금 중 최하위 성과 등급에 지급되는 금액 및 시간외근무수당 중 실제 연장근로를 하지 않더라도 지급되는 매월 10시간 분의 금액은 모두 소정 근로의 제공 자체로 지급 요건이 충족되는 임금 항목에 해당하므로 이를 비교대상 근로자의 임금 총액에 합산하여야 하고, 나아가 이렇게 볼 경우 비교대상 근로자의 임금 총액이 커지게 되므로 참가인들 모두에 대해 불리한 처우가 인정된다고 주장한다.

성과상여금에 관하여 보건대, 위 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 성과상여금은 직급별·개인별로 성과평가 결과에 따라 차등 지급되는 점, 1년 중 2개월 미만을 근무한 공무원은 성과상여금의 지급대상이 되지 않으므로 소정 근로의 제공만으로 그에 비례한 액수의 지급이 곧바로 결정되는 것은 아닌 점, 이 사건 위원회의 공무원들은 소속장관이나 성과급심사위원회의 결정에 따라 시간외근무수당을 받지 못하는 'C'등급을 받을 수도 있었고, 비록 참가인들이 차별시정을 구하는 기간 후이긴 하지만 2015년에 실제 그러한 사례가 발생하기도 한 점 등을 종합하여 보면 성과상여금은 개인별 성과에 따라 차등 지급되는 것이므로 소정 근로에 대하여 지급되는 임금이라고 볼 수 없다. 이에 대하여 피고가 제시하는 을가 제3, 4호증의 각 기재만으로는 위 인정을 뒤집기에 부족하고, 달리 반증이 없다.

시간외근무수당의 경우에도, 매월 10시간 분이 실제 연장근로 여부와 관계없이 이 사건 위원회의 편사연구사들에게 상당 부분 지급될 것으로 예상된다는 점을 고려하더라도 이는 소정 근로에 대한 것이 아니라 추가적인 근로 시간에 비례한 임금인 점, 공무원보수 등의 업무지침에 의하면 시간외근무수당 중 매월 10시간 분은 출근일수가 15일 이상인 공무원이 지급 대상이 되는 반면 휴직 연가 등의 사유로 출근일수가 15일에 미달한 경우에는 미달 일수에 비례하여 금액이 감액되는 점 등을 종합하면, 매월 10시간 분을 포함한 시간외근무수당이 업무량과 관계없이 오로지 소정 근로에 대하여 지급되는 임금이라고 보기 어렵다. 설령 이와 달리 보더라도, 참가인들과 같은 사료연구 위원들은 공무원이 아니어서 '공무원수당 등에 관한 규정'에 의한 시간외근무수당은 받지 못하지만 근로기준법에 의한 시간외근무수당

을 지급받을 수 있었고 실제로 참가인 E는 시간외근무수당을 지급받기도 한 점, 이 사건 위원회의 공무원들은 관련 규정에 의할 때 평일 하루 1시간 이상 시간외근무를 한 경우에는 1시간을 공제한 나머지 시간을 시간외근무 시간으로 합산하게 되고, 시간외근무수당이 지급되는 근무명령 시간은 1일 4시간, 1개월 57시간을 초과할 수 없으므로 시간외근무수당도 이러한 한도 내에서만 인정되는 점, 반면 참가인들은 근로기준법에 따라 연장 근로한 시간 모두를 기준으로 시간외근무수당으로 지급받게 되는 점 등을 종합하여 보면, 참가인들의 시간외근무수당과 달리 이 사건 위원회 편사연구사들의 시간외근무수당에 대해서만 매월 10시간 분과 나머지 부분을 별개로 보아 전자에 대하여는 항목별 총액에 합산하고, 후자에 대하여는 항목별로 비교하는 방식이 적합하다고 볼 수는 없다.

따라서 성과상여금 및 시간외근무수당은 항목별로 따져 유·불리를 판단하여야 할 것이고, 이와 전제가 다른 피고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

- (3) 그렇다면 명절휴가비와 정액급식비는 소정 근로에 대하여 지급되는 다른 항목, 즉 기본급, 직급보조비, 연구직수당, 정근수당, 정근수당 가산금을 합산한 총액을 기준으로 참가인들에 대한 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 하고, 소정 근로에 대하여 지급되는 임금에 해당하지 않는 성과상여금, 시간외근무수당, 가족수당에 대하여는 별도로 따져 참가인들에 대한 불리한 처우가 존재하는지를 판단하여야 할 것이다(다만, 성과상여금, 시간외근무수당의 경우 경기도지방노동위원회가 차별시정 신청을 각각 각하 및 기각한 후 참가인들이 재심을 신청하지 아니하여 확정 되었으므로 이에 관하여는 더 나아가 판단하지 않는다).

#### 나) 명절휴가비와 정액급식비 미지급이 '불리한 처우'인지 여부

명절휴가비와 정액급식비에 관하여 본다. 먼저 편사연구사의 임금을 산정함에 있어 참가인들의 근속기간에 상응하는 호봉을 적용하여야 하는지 여부에 관하여 보건대, 사용자가 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(대법원 2011. 12. 22. 선고2010두3237 판결 참조), 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, 기

간제근로자가 차별시정 신청취지 기간을 어떻게 특정하는지에 따라 차별적 처우의 존부에 대한 판단이 달라지는 부당한 결과가 발생하게 된다. 따라서 기간제근로자가 장기간 근속한 후 차별시정을 구하는 경우에는 그 신청취지 기간에 구애받지 말고 해당 기간제근로자의 전체 근속기간에 상응하는 호봉에 따라 산정 한 비교대상 근로자의 임금과 기간제근로자의 임금을 놓고 차별적 처우가 존재하는지를 판단하여야 한다.

편사연구사가 2014년 한 해 동안 성과상여금, 시간외근무수당, 가족수당을 제외하고 지급받았거나 지급받을 급여를 월 단위로 환산한 금액은 4호봉 2, 435, 562원, 5호봉 2, 561, 400원, 6호봉 2, 736, 465원, 10호봉 3,251,332원, 20호봉 4,059,965원이고, 사료연구위원 가급인 참가인 A, B, C, E(시간외근무수당 제외), F, G이 2014. 4. 1.부터 2014. 9. 30.까지 매월 지급받은 급여는 2,762,900원, 사료연구위원 나급인 참가인 D가 육아휴직 기간을 제외하고 매월 지급받은 급여는 2,466,900원이다. 위 근무기간 중 근속기간이 10호봉에 해당하는 참가인 E, F과 20호봉에 해당하는 참가인 A, G의 경우, 원고가 같은 호봉의 편사연구사들에게 명절휴가비와 정액급식비 등을 지급함으로써 결과적으로 편사연구사들이 위 참가인들보다 많은 급여를 지급받게 되었으므로 원고가 위 참가인들과 같은 기간을 근무한 편사연구사들에 비해 불리한 처우를 하였다고 볼 수 있다. 그러나 근속기간이 4 내지 6호봉에 해당하는 참가인 B, C, D의 경우 같은 호봉의 편사연구사들의 급여가 사료연구위원인 위 참가인들의 급여보다 적으므로, 원고가 참가인 B, C, D에게 명절휴가비와 정액급식비를 지급하지 아니한 것이 불리한 처우에 해당한다고 볼 수 없다.

#### 다) 가족수당 미지급이 '불리한 처우'인지 여부

다음으로 가족수당에 관하여 본다. 원고는 참가인 A, B, C, D, E, F에게 배우자가 있고, 참가인 B에게 20세 미만 자녀가 2명, 참가인 D, F에게 20세 미만 자녀가 1명 있음에도 그들에게 가족수당을 지급하지 않음으로써 배우자와 20세 미만 자녀가 있는 편사연구사에 비해 불리한 처우를 하였다고 볼 수 있다.

#### 라. 합리적 이유가 있는 차별인지 여부

##### 1) 당사자의 주장

피고는 참가인들과 각 비교대상 근로자가 수행한 업무 사이에 본질적인 차이가 없고, 채용 조건이나 업무 숙련도도 별다른 차이가 없으므로 차별에 합리적인 이유가 없다고 주장한다. 이에 대하여 원고는 비교대상 근로자에게 급여체계를 달리하여 계급과 호봉에 따른 급여를 지급한 것은 업무의 난이도, 기획·행정 업무의 비중, 예상되는 근로기간, 공무원으로서의 권한과 책임, 근거 규정의 부존재 및 예산상의 문제 등을 고려한 것이므로 원고가 참가인들에게 명절휴가비, 정액급식비, 가족수당을 지급하지 않은 데 합리적인 이유가 있다고 주장한다.





## 2) 관련 법리

기간제법 제2조 제3호에서 '합리적인 이유가 없는 경우'라 함은 기간제근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나, 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 의미한다고 할 것이고, 합리적인 이유가 있는지 여부는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제근로자의 고용형태, 업무의 내용과 범위, 권한, 책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다( 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결 등 참조).

## 3) 명절휴가비와 정액급식비 부분

앞서 본 바와 같이 원고는 사료연구위원 가급인 참가인 A, E, F, G에게 근속 연수에 상관없이 정해진 금액인 월 2,762,900원의 급여를 지급하였고, 편사연구사들에게는 호봉에 따른 기본급을 지급하고, 기본급에 특정비율을 곱한 정근수당, 명절휴가비와 근무연수에 따라 증액된 정근수당 가산금을 지급하였으며, 매월 연구직 수당 80,000원, 직급보조비 155,000원, 정액급식비 130,000원을 지급하였다.

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.

그러나 명절휴가비는 공무원수당 등에 관한 규정 제18조의3에 근거하여 설 및 추석에 지급기준일로 하여 현재 재직 중인 공무원에게, 정액급식비는 같은 규정 제18조에 근거하여 보수지급일에 공무원에게 각 예산의 범위 내에서 지급되는바, 이러한 근거 규정의 체제, 형식 및 앞서 인정한 사실에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 모두 고려해 보면, 원고가 비교대상 근로자들과 달리 기간제근로자인 참가인 A, E, F, G에게 명절휴가비와 정액급식비를 지급하지 않은 것은 정규직 근로자에 비하여 기간제근로자를 달리 처우한 필요성이 인정되지 않으므로 합리적인 이유가 없다고 봄이 타당하다.

- ① 명절휴가비와 정액급식비는 모두 채용조건, 근무성적, 근속연수, 업무의 난이도, 업무량, 근로자의 권한과 책임 범위 등과 무관하게 지급되는 복리후생적 성격의 수당이므로 위 참가인들과 편사연구사 사이에 실제 위와 같은 권한이나 업무 내용의 차이가 존재하더라도 각 급여의 지급 여부나 액수를 달리하는 근거가 될 수는 없다.
- ② 명절휴가비는 매년 설과 추서에 재직 중일 것만을 요건으로 지급되므로 장기 근속 유도와는 직접적인 관계가 없고, 정액급식비 역시 근속연수에 관계없이 일정액이



지급되므로 장기근속 유도와 별다른 관련이 없다.

- ③ 명절휴가비와 정액급식비의 근거규정은 공무원수당 등에 관한 규정 제6장의1'실비변상 등' 목차에 편제되어 있을 뿐 아니라 각 급여의 명칭, 지급 액수, 지급 시기를 살펴보아도 이는 직접적인 근로의 대가라기보다는 실비변상을 위한 금원의 성격이 주된 것으로 보인다.
- ④ 정규직 근로자와 기간제근로자의 급여체계를 달리하는 것 자체에는 나름대로 합리적인 이유가 있다고 하더라도, 갑 제17, 26호증의 각 기재만으로는 위 참가인들의 연봉월액에 해당하는 '기타직보수'에 명절휴가비와 정액급식비가 당연히 포함되었다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.
- ⑤ 공무원수당 등에 관한 규정이 명절휴가비와 정액급식비를 포함한 각종 수당의 지급대상을 공무원으로 정하고 있는 것과는 절개로 원고와 위 참가인들 사이에 명절휴가비와 정액급식비를 지급하는 사법상 근로계약을 체결하는 것이 법적으로 허용되지 않는다고 볼 만한 명시적인 근거가 없으므로, 위 규정에서 각종 수당의 지급대상을 공무원으로 정하였다는 점은 위 참가인들을 불리하게 처우하는 것에 대한 합리적인 이유라고 볼 수 없다.
- ⑥ 위 참가인들에게는 '예산 및 기금운용계획 집행 지침'에 따라 미리 편성한 예산의 범위 내에서 급여가 지급되지만, 2014년도 예산 및 기금운용 지침에 의하면 기관별로 연도 중 인건비 부족요소가 발생하지 않도록 소속 기간제근로자의 인건비에 관한 집행계획을 수립·시행하여야 한다고 정하고 있고, 비정규직 근로자의 보수 수준은 유사·동종 업종 종사자에 준하여 설정하되 각종 수당은 근로기준법 등 관계법령 및 규정에 따라 예산의 범위 내에서 지급한다고 정하고 있으므로, 명절휴가비와 정액급식비를 지급할 예산이 없다는 사유는 차별적 처우의 이유가 될 수 없고 오히려 원고가 근로기준법 및 기간제법의 취지에 따라 위 각 급여를 지급할 수 있도록 예산을 편성할 의무가 있다(위 지침에 따른 예산의 편성은 원고 측에만 존재하는 사유로서 위 참가인들이 전혀 관여하지 못하는 점을 고려하면 더욱 그러하다).
- ⑦ 위 참가인들이 기본급 외에 명절휴가비와 정액급식비를 지급받더라도 그 금액은 월 평균 3,134,290원이므로 10호봉 또는 20호봉을 받는 비교대상 근로자의 소정 근로에 대하여 지급되는 임금 총액의 월 평균 액수인 3,251,332원 또는 4,059,965원보다 적어 정규직 근로자에 대한 역차별이 발생할 우려도 없다.

#### 4) 가족수당 부분

원고는 ① 수당규정 제10조에 따른 가족수당은 업무와 관계없이 부양가족이 존재한다는 사정만으로 지급되는 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 참가인들에게 가족수당을 지급하지 아니한 것은 참가인들을 합리적 이유 없이 불리하게 처우하는 것이라고 할 것이고, 편사연구직 공무원이 사료조사 및 역사정보화 업무 등 주된 업무에 부수하여 행정업무 등을 수행한다거나, 수당규정에 의하여 가족수당이 지급된다는 점만으로 그 불리한 처우에 합리적 이유가 있다고 볼 수 없다. 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 마. 노동위원회규칙 위반 여부

을가 제8, 9호증의 각 기재에 의하면 참가인들이 경기지방노동위원회에 2014. 10. 6. '원고가 2014. 4. 1.부터 2014. 10. 2.까지 임금 및 성과상여금, 명절휴가비, 연구직 수당, 정근수당, 복리후생비 중 급식비, 가족수당 등을 비교대상자에 비해 지급하지 아니하거나 적게 지급한 것은 차별적 처우임을 인정한다'는 취지의 차별적 처우 시정신청서를 제출하였다가 중앙노동위원회의 보정요구에 따라 2014. 12. 3. '원고가 미지급한 2013년도 성과상여금(2014. 2. 지급), 2014년 설 명절 휴가비, 2014. 4. 1.부터 2014. 10. 2.까지 임금 및 추석 명절휴가비, 연구직수당, 정근수당, 정근수당가산금, 시간외근무수당(정액), 직급보조비, 복리후생비 중 급식비, 가족수당 등을 비교대상자에 비해 지급하지 아니하거나 적게 지급한 것은 차별적 처우임을 인정한다'는 취지의 보정신청서를 제출한 사실을 인정할 수 있으므로, 중앙노동위원회가 참가인들의 신청범위를 넘어선 판정을 하였다는 원고의 주장은 이유 없다.

### 3. 결 론

그렇다면 원고의 이 사건 청구에 관하여는 이 사건 재심판정 중 참가인 B, C, D의 명절휴가비, 정액급식비에 관한 부분의 취소를 구하는 부분은 이유 있으므로 이를 인용하고, 나머지 부분은 이유 없으므로 이를 기각하여야 할 것인데, 제1심 판결의 피고 패소 부분 중 참가인 E에 관한 부분, 참가인 A, F, G의 명절휴가비, 정액급식비에 관한 부분은 이와 결론을 달리 하여 부당하고, 나머지 부분은 정당하므로, 피고의 항소를 일부 받아들여 제1심 판결의 피고 패소 부분 중 참가인 E에 관한 부분, 참가인 A, F, G의 명절휴가비, 정액급식비에 관한 부분을 각 취소하고, 이 부분에 관한 원고의 청구를 기각하며, 피고의 나머지 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김홍준(재판장), 김성수, 이현수

## 5. 합리적 이유

### 5.1 자의 금지의 원칙 및 비례의 원칙에 의거한 합리적 이유 유무 판단

☞ 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2132 판결★ <sup>27)</sup>

#### » 요 지 «

1. 기간제근로자보호법 제2조제3호는 ‘차별적 처우’를 ‘임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것’으로 정의하고 있다. 여기에서 불리한 처우란 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제근로자와 비교 대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하고, 합리적인 이유가 없는 경우란 기간제근로자를 다르게 처우할 필요성이 인정되지 않거나 다르게 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 의미한다. 그리고 합리적인 이유가 있는지 여부는 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 한다.
2. 원고 은행이 이 사건 근로자들에게 정규직인 비교대상 근로자보다 불리하게 차별 지급한 통근비와 중식대는 실비변상적인 것으로서 업무의 범위나 난이도, 업무량 등에 따라 차등지급할 성질의 것이 아닌 점, 정규직 직원들에 대한 장기근속 유도 목적은 원고 은행이 마련하고 있는 각종 제도로 충분히 달성할 수 있을 것으로 보이는 점 등을 종합하여 볼 때, 통근비 및 중식대 지급과 관련한 차별적 처우에 합리적인 이유가 있다고 볼 수 없다.

\* 원고, 상고인 : 주식회사 A은행

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : ○○○외 80명

\* 원심판결 : 서울고법 2010.12.3. 선고 2010누17139 판결

27) 본 판결의 원문은 ‘주제별 노동판례 330선’ 제2부 제11장 비정규직 차별시정 347쪽에 기재되어 있음



## 5.2 기간제 근무기간을 장기근속수당 산정기간에 포함하지 않은 것에 대한 합리적 이유 인정

☞ 대법원 2014. 9. 24. 선고 2012두2207 판결<sup>28)</sup>

### » 요 지 «

1. 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제2조 제3호에서 말하는 불리한 처우란 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제 근로자와 비교대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제 근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하므로, '불리한 처우' 해당 여부를 따지기 위해서는 '기간제 근로자'가 비교대상 근로자인 '정규직 근로자'와 비교할 때 불리한 처우를 받았는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다.
2. 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제2조 제3호는 차별적 처우를 '임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것'으로 정의하고 있는 바, 여기서 '합리적인 이유'가 없다는 것은 기간제 근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나, 달리 처우할 필요성이 인정되더라도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 것을 의미한다. 나아가 합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 근로자의 고용형태, 업무 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

\* 원 고 : 근로자 1-3

\* 피 고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 한국철도공사

\* 서울고법 2011. 12. 23. 선고 2011누17518 판결

28) 본 판결의 원문은 '주제별 노동판례 330선' 제2부 제11장 비정규직 차별시정 418쪽에 기재되어 있음

### 5.3 기간제 근로계약을 반복·갱신한 경우 근속수당 미지급에 대한 합리적 이유 부정

☞ 서울행법 2010. 1. 22. 선고 2009구합28155 판결<sup>29)</sup>

#### » 요 지 «

1. 기간제법 제8조에 의하면, 사용자는 기간제 근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 안 되는데, 여기서 ‘동종 또는 유사한 업무’에 해당하는지 여부는 주된 업무의 성질과 내용·업무수행 과정에서의 권한과 책임의 정도·작업조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이고, 정규직 근로자와 기간제 근로자가 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않더라도 주된 업무의 내용 및 작업조건 등 그 핵심요소에 있어 양 근로자 사이에 본질적인 차이가 없다면 양자는 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 할 것이다.

이 사건의 경우, 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 합리적인 이유가 있는지 여부를 판단하는 기준으로 삼음으로서 족하므로, 결국 중형버스 운행과 대형버스 운행은 동종 또는 유사 업무라 할 것이다.

2. 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 차량운행에 있어 기술적인 조작능력과 고도의 집중력이 요구되고 보다 많은 승객을 책임져야 하는 관계로 심리적 부담감은 더 크다고 할 수 있는 점, 위와 같은 노동 강도의 차이에 따라 중형버스 운전원은 하루 종일 근무하되 격일제로 근무하는 반면 대형버스 운전원은 하루 2교대로 근무하는 등 근무형태를 달리 하고 있는 점 등 제반 사정을 종합하여 볼 때, 원고회사가 참가인 등 중형버스 운전원과 대형버스 운전원 간에 통상시급은 물론 상여금, 무사고수당 등에 있어 차이를 둔 것은 합리적인 이유가 있는 차별이라 할 것이다.

다만 근속수당의 경우, 대형버스 운전원에 대하여는 매월 일정금액의 근속수당을 지급한 것과 달리 원고 등 기간제 근로자에 대하여는 이를 전혀 지급하지 않았는바,

29) 고등법원(서울고법 2010. 8. 24. 선고 2010누8074 판결)에서 그대로 확정



근속수당이 1년 이상 근속한 근로자에 대하여 지급되는 것이기는 하나, 원고 등 기간제 근로자의 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 기간제 근로자라는 이유만으로 차별 처우하는 것으로 밖에 볼 수 없고, 달리 합리적인 이유가 있다고 보기 어렵다.

\* 원고 : 합자회사 J

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 근로자 ○○○

### » 주 문 «

1. 중앙노동위원회가 2009.6.4. 원고와 피고보조참가인 간의 2009차별1 차별적 처우 시정 재심신청 사건에 대하여 한 재심판정 중 상여금 및 무사고수당에 관한 부분을 취소한다.
2. 원고의 나머지 청구를 기각한다.
3. 소송비용은 보조참가로 인한 비용을 포함하여 원고가 35%, 피고 및 피고보조참가인이 65%를 각 부담한다.

### » 이 유 «

#### 1. 처분의 경위

가. 당사자의 지위 : 참가인은 2005.8.23. K 합자회사에 기간제 근로자인 중형버스 운전원으로 입사하여 매년 근로계약을 갱신해온 근로자이고, 원고는 2009.1.1. K 합자회사의 지위를 승계받아 시내버스 운송업을 영위하는 회사(이하 지위 승계 전후를 통틀어 '원고'라 한다)이다.

나. 전남지방노동위원회의 2009.1.9. 초심판정(2008차별123) : 차별시정 신청 기각

다. 중앙노동위원회의 2009.6.4. 재심판정(2009차별1, 이하 '이 사건 재심판정') : ① 초심판정 중 상여금, 무사고수당, 근속수당에 관한 부분 취소, ② 원고가 참가인에게 2008.8.4.부터 2009.6.3.까지의 기간 동안에 상여금, 무사고수당, 근속수당을 차별 지급한 것이 차별적 처우임을 인정하고, 위 차별적 처우로 인해 발생한 상여금 등 상당의 금전보상금 지급명령, ③ 통상시급에 관한 참가인의 나머지 재심신청 기각

#### 2. 이 사건 재심판정 중 상여금, 무사고수당, 근속수당에 관한 부분의 적법 여부

가. 원고의 주장

이 사건 재심판정 중 상여금, 무사고수당, 근속수당에 관한 부분은 다음과 같은 사유로 위법하므로 취소되어야 한다.



- (1) 참가인이 비교대상 근로자로 삼은 입사 4년차 정규직 근로자인 대형버스 운전원 한○○는 중형버스 운전원인 참가인과 비교하여 근로형태, 근로조건 등에서 현격한 차이가 있어 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 볼 수 없어 비교대상 근로자로 삼을 수 없다.
- (2) 정규직 근로자인 대형버스 운전원과 기간제 근로자인 중형버스 운전원 간에 상여금, 무사고수당, 근속수당에 차이를 둔 것은 합리적 이유가 있는 차별이다.

#### 나. 관계 법령

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’이라 한다)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “기간제근로자”라 함은 기간의 정함이 있는 근로계약(이하 “기간제 근로계약”이라 한다)을 체결한 근로자를 말한다.
3. “차별적 처우”라 함은 임금 그 밖의 근로조건 등에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다.

제8조(차별적 처우의 금지) ① 사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.

#### 다. 인정사실

- (1) 중형버스는 1997년도에 ○○ 시내버스 교통요금 인상 시기의 지연, 도내 농어촌버스의 도심 진입 영업과 지하철 및 지하상가 등의 공사로 인한 운행지연에 따른 승객감소 및 유류대 급증 등으로 발생한 120억 원의 손실로 인해 ○○ 시내버스 9개 회사 전체가 도산위기에 처하자 이를 타개하기 위하여 ○○ 시내버스 9개 회사와 9개 회사 노동조합 대표가 위기극복 방안에 합의한 후 ○○ 광역시의 인가를 얻어 운행되는 비수익노선버스이다.
- (2) ○○ 광역시는 버스노선 지정 및 변경권을 갖고 있으면서 이용승객이 적고 운행여건이 좋은(지체도가 낮은) 외곽지역에 중형버스노선을 지정하고, 이용승객이 많고 운행차량이 많아 지체도가 높은 시내지역에는 대형버스노선을 지정하고 있는데, 원고는 2008.12. 현재 ○○ 광역시로부터 8개 노선에 대형버스 96대, 7개 노선에 중형버스 40대를 배정받아 운행하고 있다.
- (3) ○○ 시내버스 운송사업조합은 1998년에 중형버스가 도입되면서 매년 자동차노동조합연맹 ○○ 지역버스노동조합과 대형버스운전원에 적용될 임금협정이 체결되면 임금협정서의 인상률을 기준으로 ○○ 시내버스회사 대표회의를 거쳐 중형버스 운전



원에 적용될 중형버스 운전원 임금지급규정안을 작성하여 10개사에 배포하며, 각 회사는 중형버스 운전원과 개별 근로계약을 체결하여 동일하게 적용하고 있다.

- (4) 참가인은 2005.8.23. 원고회사에 입사하여 1년을 단위로 하는 기간제 근로계약을 체결한 후 매년 재계약하였고, 2007.11.11. 이후 중형버스 진월77번을 운행하고 있다.
- (5) 원고회사의 임금체계는 일급제(통상시급×8시간×근로일수)를 기본급으로 하여, 근무형태는 대형버스 운전원은 1일 9시간 2교대제로 월 22일(2월은 20일)을 만근으로 하고, 중형버스 운전원은 1일 18시간 30분(식사시간 2시간 포함) 격일제로 월 12일을 만근으로 하고 있는데, 대형버스 운전원과 중형버스 운전원 간에는 아래 표<생략>와 같이 상여금, 무사고수당 및 근속수당 등에서 차이가 있다.
- (6) 대형버스와 중형버스는 아래 각 표와 같이 차량의 길이, 승차인원, 총중량 등 제원, 운행시간, 배차간격, 수송인원 등에서 차이가 있다.
- (7) 원고회사의 버스 1대당 사고율을 보면, 2007년도의 경우 대형버스는 57.7%인 반면 중형버스는 45.9%이고, 2008년도(11월 기준)의 경우 대형버스는 66.3%인 반면 중형버스는 15.8%이다.

#### 라. 판단

##### (1) 위 가.(1)항 주장에 대한 판단

기간제법 제8조에 의하면, 사용자는 기간제 근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 안 되는바, 여기서 '동종 또는 유사한 업무'에 해당하는지 여부는 주된 업무의 성질과 내용·업무수행 과정에서의 권한과 책임의 정도·작업조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이고, 정규직 근로자와 기간제 근로자가 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않더라도 주된 업무의 내용 및 작업조건 등 그 핵심요소에 있어 양 근로자 사이에 본질적인 차이가 없다면 양자는 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 할 것이다.

이 사건의 경우, 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 합리적인 이유가 있는지 여부를 판단하는 기준으로 삼음으로서 족하므로, 결국 중형버스 운행과 대형버스 운행은 동종 또는 유사 업무라 할 것이고, 이와 다른 전제에서의 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

##### (2) 위 가.(2)항 주장에 대한 판단

기간제법 제2조제3호, 제8조제1항은, 기간제 근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결

한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하지 못하도록 규정하면서, 여기서의 '차별적 처우'라 함은 임금 그 밖의 근로조건 등에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다고 규정하고 있고, 한편 원고회사가 정규직 근로자인 대형버스 운전원과 기간제 근로자인 중형버스 운전원(참가인 포함) 간에 상여금, 무사고수당, 근속수당 등에 있어서 차이를 두고 있음은 위 다.(5)항 기재와 같은바, 위 관계법령에 비추어 그와 같은 차이를 둠에 합리적인 이유가 있는지가 문제된다.

위 다.항의 사실관계에 비추어 보건대, 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 차량운행에 있어 기술적인 조작능력과 고도의 집중력이 요구되고 보다 많은 승객을 책임져야 하는 관계로 심리적 부담감은 더 크다고 할 수 있는 점, 위와 같은 노동 강도의 차이에 따라 중형버스 운전원은 하루 종일 근무하되 격일제로 근무하는 반면 대형버스 운전원은 하루 2교대로 근무하는 등 근무형태를 달리하고 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 것이다.

다만 근속수당의 경우, 원고회사는 위 다.항의 사실관계에서와 같이 대형버스 운전원에 대하여는 매월 일정금액의 근속수당을 지급한 것과 달리 원고 등 기간제 근로자에 대하여는 이를 전혀 지급하지 않았는바, 근속수당이 1년 이상 근속한 근로자에 대하여 지급되는 것이기는 하나, 원고 등 기간제 근로자의 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 기간제 근로자라는 이유만으로 차별 처우하는 것으로 밖에 볼 수 없고, 달리 합리적인 이유가 있다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 재심판정 중 상여금, 무사고수당에 관한 부분은 위법하고, 근속수당에 관한 부분은 적법하다 할 것이다.

### 3. 결 론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지는 청구는 이유 없어 이를 기각한다.

재판장 판사 이내주, 판사 김정중, 판사 조희찬

## 5.4 정년퇴직 후 재고용

☞ 서울행법 2013. 3. 21. 선고 2012구합30738 판결<sup>30)</sup>

### » 요 지 «

기간제법 제2조제3호는 차별적 처우를 ‘임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것’으로 정의하고 있다. 여기서 ‘불리한 처우’란 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제 근로자와 비교 대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제 근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하고, ‘합리적인 이유가 없는 경우’란 기간제 근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나, 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 의미한다. 그리고 합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제 근로자의 고용형태, 업무의 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

이 사건 원고들이 정년퇴직한 후 참가인과 사이에 계약기간 1년인 촉탁근로계약을 체결하고 비교 대상 근로자인 P과 동일한 사업장에서 동종의 업무인 환경미화(가로청소) 업무를 수행하였음에도, 참가인은 원고들에게 P에 비하여 적은 임금을 지급하고 각종 수당 등을 지급하지 아니하는 등 P에 비하여 불리한 처우를 한 것으로 보이기는 하나, 참가인의 원고들에 대한 불리한 처우는 촉탁직 근로자인 원고들을 달리 처우할 필요성이 인정되고 그 방법 및 정도 역시 적정한 것으로 보여 그 불리한 처우에 합리적 이유가 있는 것으로 판단되는바, 기간제법 제8조제1항, 제2조제3호 소정의 ‘차별적 처우’에 해당하지 아니한다.

\* 원고 : ○○○외 13인

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 부천시

### » 주 문 «

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

### » 청구취지 «

중앙노동위원회가 2012.8.21. 원고들과 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고 한다) 사이의 2012차별9 차별시정재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

30) 항소하지 않아 그대로 확정됨

## » 이 유 «

### 1. 재심판정의 경위

가. 원고들은 1982년 2월경 내지 1996년 11월경 사이에 참가인과 기한의 정함이 없는 근로계약을 체결한 후 환경미화원으로 근무하다가 2010.12.31. 정년퇴직하였고, 2011년 1월경 참가인과 사이에 근로기간 1년(2011.1.1.부터 2011.12.31.까지)인 촉탁근로계약을 체결하고 환경미화 업무에 종사한 사람들이다. 참가인은 공무원 2,099명과 공무원이 아닌 근로자 800여 명을 고용하여 주민의 편의와 복리증진을 위한 업무를 수행하는 지방자치단체이다.

나. 원고들은 2012.3.13. 경기지방노동위원회에 '원고들이 참가인 소속 정규직 근로자와 동일한 업무를 수행하고 있음에도, 정규직 근로자에 비하여 임금, 복지제도 등에 관하여 부당한 차별을 받았다'고 주장하며 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(2012.2.1. 법률 제11273호로 개정되기 전의 것, 이하 '기간제법'이라 한다) 제9조제1항에 기하여 차별시정 신청을 하였다. 경기지방노동위원회는 원고들의 신청내용 중 맞춤형 복지제도에 관한 부분은 기간제법 제2조제3호 소정의 차별금지 영역인 '임금 그 밖의 근로조건'에 해당하지 않는다고 보아 이 부분 신청을 각하하고, 나머지 신청부분은 불리한 처우가 있기는 하였으나 불리한 처우에 합리적 이유가 있다고 보아 이 부분 신청을 기각하였다.

다. 원고들은 초심판정에 불복하여 2012.6.15. 중앙노동위원회에 재심신청을 하였는데, 중앙노동위원회는 2012.8.21. 맞춤형 복지제도 역시 '임금 그 밖의 근로조건'에 해당한다고 보는 한편, 원고들에 대한 임금 등 근로조건에 불리한 처우에 합리적 이유가 있다고 판단하여 원고들의 재심신청을 모두 기각하였다(이하 '이 사건 재심판정'이라 한다).

### 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

#### 가. 원고들의 주장

원고들은 참가인 소속 비교 대상 근로자 P과 내용과 강도가 동일한 근로를 제공하였음에도, P이 참가인으로부터 지급받은 각종 수당 및 단체협약에서 정한 복리후생비 등을 지급받지 못하는 등 P에 비하여 30%가량 적은 임금을 지급받았는바, 이는 기간제법 제2조제3호, 제8조제1항 소정의 금지되는 '차별적 처우'에 해당한다. 이와 다른 전제에 선 이 사건 재심판정은 위법하다.

#### 나. 관계 법령

별지 관계 법령 기재와 같다.<별지 생략> 다. 인정사실

- 1) 참가인은 2009.10.7. 부천시청 노동조합(이하 '이 사건 노조'라 한다)과 사이에 단체협약(이하 '이 사건 단체협약'이라 한다)을 체결하였는데, 이 사건 단체협약 제22조제3호는 '참가인은 이 사건 노조의 정년퇴직한 조합원이 재고용을 희망하는 경우 건강과 성실성을 종합적으로 판단하여 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에

관한 법률(이하 '고령자 고용촉진법'이라 한다) 제21조에 따라 퇴직 후 1년간 재고용할 수 있고, 다만 퇴직금 산정을 위한 임금 및 근로조건에 관한 사항은 참가인의 방침에 따른다'고 규정하고 있다.

- 2) 참가인은 2010년경 같은 해 12.31.자로 정년퇴직이 예정되어 있던 환경미화원 19명(원고들 포함)의 가로청소 업무 부분을 민간에 위탁하기 위하여 위탁운영시 원가계산 등에 관한 연구용역을 의뢰하였는데, 연구용역 결과 2011년도 가로청소 위탁비용의 예상 총괄금액이 538,080,000원으로 산정되었다.
- 3) 참가인과 이 사건 노조는 2010년 12월경 임금협약 및 단체협약 체결을 위한 단체교섭을 실시하였는데, 같은 달 17일 제2차 협상에서 임금은 전년 수준에서 동결하고, 정년퇴직 환경미화원(19명)의 고용을 1년 연장하되 이들의 임금 및 계약조건 등에 관하여 '원가계산 연구용역의 민간위탁 산정금액 한도 내에서 희망자에 한하여 연봉제로 고용연장 촉탁근로 계약을 체결한다'는 내용으로 합의하였다(이하 '이 사건 노사합의'라 한다).
- 4) 이 사건 노조는 2010.12.23. 참가인에게 2010년 정년이 도래하는 환경미화원 19명 중 재고용을 희망하는 18명의 명단을 통보하였고, 참가인측은 2011.1.3. 원고들을 포함한 위 18명의 환경미화원들과 촉탁근로계약(이하 '이 사건 각 근로계약'이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 각 근로계약의 주된 내용은 다음<생략>과 같다.
- 5) 이 사건 각 근로계약상 원고들의 연봉은 이 사건 노사합의에 따라 원가계산 연구용역의 민간위탁 산정금액 538,080,000원을 총액한도로 하여 2011년도에 정년퇴직하는 환경미화원 19명이 촉탁근로계약을 체결할 것을 전제로 산정되었다.
- 6) 한편, P은 참가인과 사이에 기한의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 환경미화원으로 근무하던 중 2011년에 만 60세가 되었으나, 2011.12.31. 조합원의 정년을 61세로 연장하는 것으로 단체협약이 개정됨에 따라 2012.12.31.까지 무기계약직 근로자로 근무하다가 퇴직하였다. P은 2011년 한 해 동안 참가인으로부터 명절휴가비 및 정근수당을 포함하여 36,304,830원의 임금을 지급받았고, 그 외에도 휴일근무수당, 연장근로수당, 야간수당 및 연가보상비 등(합계 1,100만 원가량)을 지급받았다.

#### 라. 판단

- 1) 기간제법 제8조제1항은 '사용자는 기간제 근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니된다'고 규정하여, 기간제 근로자에 대하여 차별적 처우가 있었는지를 판단하기 위한 비교 대상 근로자로 '당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자'를 들고 있다. 앞서 본 바와 같이 P은 원고들이 참가인으로부터 차별적 처우를 받았다고 주장하는 2011년 당시 참가인과 기한의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로서 원고들의 업무와 동종인 환경미화 업무를 수행하였으므로, 기간제법 제8조제1항에서 정한 비교 대상 근로자에 해당한다.

- 2) 기간제법 제2조제3호는 차별적 처우를 ‘임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것’으로 정의하고 있다. 여기서 ‘불리한 처우’란 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제 근로자와 비교 대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제 근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하고, ‘합리적인 이유가 없는 경우’란 기간제 근로자를 달리 처우할 필요성이 인정되지 않거나, 달리 처우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 의미한다. 그리고 합리적인 이유가 있는지는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제 근로자의 고용형태, 업무의 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2012.10.25. 선고 2011두7045 판결 등 참조).

위와 같은 법리에 비추어 이 사건에 관하여 본다. 위 인정사실에 의할 때, 원고들이 2010.12.31. 정년퇴직한 후 참가인과 사이에 계약기간 1년인 이 사건 각 근로계약을 체결하고 비교 대상 근로자인 P와 동일한 사업장에서 동종의 업무인 환경미화(가로 청소) 업무를 수행하였음에도, 참가인은 원고들에게 P에 비하여 적은 임금을 지급하고 각종 수당 등을 지급하지 아니하는 등 P에 비하여 불리한 처우를 한 것으로 보이는 것이다. 그러나 위 인정사실로부터 알 수 있는 다음과 같은 사정들에 비추어 볼 때, 참가인의 원고들에 대한 불리한 처우는 촉탁직 근로자인 원고들을 달리 처우할 필요성이 인정되고 그 방법 및 정도 역시 적정한 것으로 보여 그 불리한 처우에 합리적 이유가 있는 것으로 판단되는바, 기간제법 제8조제1항, 제2조제3호 소정의 ‘차별적 처우’에 해당하지 아니한다. 원고들의 주장은 이유 없다.

- 가) 원고들은 2010.12.31. 정년이 이미 도래한 근로자들인데, 고령자 고용촉진법 제4조의4와 제4조의5는 사업주의 합리적 이유 없는 연령을 이유로 한 차별을 금지하면서 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 제22조제3호 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.

- 나) 이 사건 단체협약 제22조제3호는 고령자 고용촉진법 제21조에 근거한 것인데, 고령자 고용촉진법 제21조는 정년이 도달한 근로자가 그 사업장에 다시 취업하기를 희망할 경우 사업주는 해당 근로자를 재고용하도록 노력하여야 하되, 고령자인 정년퇴직자를 재고용할 때에는 당사자 간의 합의에 의하여 임금의 결정을 종전과 달리할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 고령자 고용촉진법이 사업주에게 정년퇴직한 근로자를 재고용하도록 노력할 의무를 부과하면서도, 당사자 합의에 의하여 고령자인 정년퇴직자에게 정년퇴직 전과 다른 수준의 임금을 지급할 수 있도록 함으로써 정년퇴직자와 촉탁근로계약을 체결할 유인을 제공하여, 고령자의 고용을 실질적으로 촉진하기 위한 것으로 보인다(이와 유사한 취지에서, 기간제법 제4조

제1항제4호는 기간제근로자 등에 대한 차별적 처우를 시정하고 기간제근로자 등의 근로조건 보호를 강화하기 위해 기간제근로자의 사용기간을 2년을 초과하지 않는 범위 내로 엄격하게 제한하고 2년을 초과한 경우에는 기한의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 보는 것으로 규정하면서도, 고령자 고용촉진법 제2조 제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우에는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 것으로 규정하고 있다). 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 P이 2011년에 지급받은 임금에 비하여 적은 액수에 해당하지만, 위와 같은 임금에 관한 합의 및 이로 인한 불리한 처우는 이 사건 단체협약 제22조제3호 및 이 사건 노사합의, 고령자 고용촉진법 제21조에 근거를 둔 것으로 보여 앞서 본 바와 같은 합리적 이유가 있는 것으로 판단된다.

다) 참가인은 2011년 1월경 처음으로 원고들을 포함한 18명의 정년퇴직 근로자와 사이에 촉탁근로계약을 체결하였고, 그 이전에는 이 사건 단체협약 제22조제3항에도 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.

라) 원고들은, P이 2011.12.31. 정년퇴직하였음을 전제로 2012년에 원고들과 같이 기간제 근로계약을 체결하였음에도 정년퇴직 전과 같은 정상적인 임금을 지급받고 있는바, 참가인이 원고들에게 차별적 처우를 해 왔음을 간접적으로 시인하고 있다는 취지로 주장하고 있으나, 앞서 본 바와 같이 P은 2011년 말에 개정된 단체협약상 정년규정의 의해 2012년에도 기간의 정함이 없는 근로자로서 업무에 종사하다가 2012.12.31.에 이르러서야 정년퇴직하였으므로, 이와 다른 전제에 선 원고들의 주장은 이유 없다.

### 3. 결 론

그렇다면 원고들의 이 사건 각 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 반정우, 판사 김진하, 판사 김정환

## 6. 배액금전배상명령의 시정명령으로서의 독자성

☞ 서울행법 2018. 9. 13. 선고 2017구합87074 판결★<sup>31)</sup>

### » 요 지 «

1. 차별적 처우 시정절차는 사용자의 차별적 처우로 말미암아 파견근로자에게 발생한 불이익을 해소하여 차별적 처우가 없었더라면 존재하였을 상태로 개선함으로써 파견근로자에 대한 불합리한 차별을 바로잡고 근로조건 보호를 강화하려는 데에 그 주된 목적이 있고, 차별적 처우의 시정신청에 따라 발하는 노동위원회 시정명령의 하나인 금전보상명령 또는 배상명령은 과거에 있었던 차별적 처우의 결과로 남아 있는 불이익을 금전적으로 전보하기 위한 것이다. 특히 사용자의 고의적 또는 반복적 차별행위에 대해서 손해액의 3배 내에서 배액배상도 명할 수 있도록 한 것은 차별적 처우에 대한 원상회복에 그치지 않고 징벌적 성격과 더불어 사전 예방적 효과를 도모하는 의미도 포함하고 있는 것으로 보인다. 따라서 배액배상 명령은 차별적 처우에 대해 제재적 의미가 있는 시정명령으로서 독자성이 있으므로, 사용자가 시정절차 진행 도중 근로자에게 차별적 처우로 인해 실제 발생한 손해액을 모두 지급하였다는 사정만으로 그 밖의 시정명령을 구하는 차별시정 신청의 구제이익이 소멸한다고 볼 수 없다.
2. 비록 원고B, C가 이 사건 근로자들과 직접 근로계약서를 작성하고 임금을 지급하였으며, 원고A와 사이에 각각 제품 제조 등을 내용으로 하는 하도급 계약을 체결하였지만, 원고B, C가 이 사건 근로자들에게 직접 지휘·명령권을 행사하고 독자적으로 사업을 수행하였다고 보기 어려우므로, 원고들 사이의 하도급계약 및 각 근로계약의 명칭·형식 등에도 불구하고 실질적으로는 근로자파견계약에 해당하고 이 사건 근로자들은 원고A의 이 사건 공장에 파견된 파견근로자에 해당한다.
3. 이 사건 근로자들이 원고A 소속 근로자들 보다 현저히 적은 상여금을 지급받았다는 사정은 원고A의 취업규칙, 근로계약 등에 비추어 현저한 사실이고, 원고들은 이 사건 근로자들을 차별하는 내용의 근로계약 및 원고들 사이의 하도급계약을 매년 최소 2회 이상 반복하여 체결하면서 근로자파견 관계를 유지하였다. 이러한 사정에 비추어 보면, 원고들이 위와 같은 차별적 처우에 대하여 이의 제기를 받거나 시정명령을 받았는지 여부와 무관하게 차별적 처우가 반복된 경우에 해당한다 할 것이므로, 원고들에 대하여 차별적 처우금액을 초과하여 배상을 명한 것은 기간제법 제13조제2항 단서의 요건을 충족한 것으로 적법하다.

\* 원고 : 1. (주)○○프레스전, 2. (주)○○○, 3. (주)○○스텝스

\* 피고 : 중앙노동위원회위원장

31) 항소하지 않아 그대로 확정.





## » 주 문 «

1. 원고들의 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 원고들이 부담한다.

## » 청구취지 «

중앙노동위원회가 2017. 10. 18. 원고들과 공○○, 김○○, 김●●, 오○○, 유○○, 정○○, 정●●, 김△△ 사이의 중앙2017차별21, 22 차별시정 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정 중 원고들의 재심신청을 기각한 부분을 취소한다.

## » 이 유 «

### 1. 재심판정의 경위

- 가. 원고A(이하 '원고A')은 서울 ○○구에서 상시 약 300명을 고용하여 휴대폰 부품을 생산·조립하는 법인이다. B(이하 '원고B')은 서울 구로구에서 상시 약 120명을 고용하여 인력소개업 등을 운영하던 법인이고, C(이하 '원고C')는 서울 영등포구에서 상시 약 250명을 사용하여 근로자파견업 등을 운영하는 법인이다.
- 나. 공○○, 김○○, 김●●, 오○○, 유○○, 정○○, 김△△는 원고B에 입사하고, 정●●은 원고C에 입사하여 원고A의 공장(이하 '이 사건 공장')에서 휴대전화 부품 제조 등 업무를 수행한 근로자이다(이하 위 근로자 8명을 함께 '이 사건 근로자들'이라고 한다).
- 다. 이 사건 근로자들은 '원고들이 원고A 소속의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자들이 받는 정기상여금(월 기본급의 400%)에 비해 이 사건 근로자들에게 정기상여금(월 기본급의 100%)을 적게 지급하고, 이에 따라 퇴직금도 적게 지급한 것은 합리적 이유 없는 차별적 처우에 해당하고, 그 차별적 처우가 명백한 고의에 의한 것이거나 반복적인 경우에 해당한다'고 주장하면서, 서울지방법노동위원회에 "원고들은 연대하여 이 사건 근로자들에게 정기상여금과 퇴직금 차액([별지 1]표 미지급 정기상여금과 퇴직금의 총액 부분, 이하 '차별적 처우금액')의 3배에 해당하는 금전배상액을 지급하라"는 취지로 차별적 처우 시정신청을 하였다.
- 라. 서울지방법노동위원회가 위 신청에 관한 심리를 진행 중이던 2017.6.22. 원고C는 이 사건 근로자들 중 정●●에게, 원고B는 나머지 근로자들에게 각자의 차별적 처우 금액 전액을 그들의 기존 급여 계좌로 각각 송금하였다.
- 마. 서울지방법노동위원회는 2017.6.29. '원고들 사이에 체결된 도급계약은 실질적으로 근로자파견계약에 해당하므로, 원고들이 파견근로자들인 이 사건 근로자들에게 원고A 소속의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자들에 비해 정기상여금과 퇴직금을 적게 지급한 것은 합리적 이유가 없는 차별적 처우이고 그 처우가 반복된 경우에 해당한다는 이유로, 이 사건 근로자들에게 각자의 차별적 처우금액의 1.1배를 지급하라'고 판정하여 이 사건 근로자들의 신청을 일부 인용하였다.



바. 이 사건 근로자들과 원고들은 이에 불복하여 중앙노동위원회에 위 초심판정의 취소를 구하는 재심을 신청하였는데, 중앙노동위원회는 2017.10.18. 원고들과 이 사건 근로자들의 재심신청을 모두 기각하였다(이하 원고들의 재심신청을 기각하여 위 초심판정 내용을 그대로 유지한 부분을 '이 사건 재심판정'이라고 한다).

## 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

### 가. 원고들 주장의 요지

- 1) 원고B, C는 서울지방노동위원회의 초심판정 이전에 이 사건근로자들이 차별적 처우로 인하여 손해를 입었다고 주장한 차별적 처우 금액전액을 이 사건 근로자들에게 이미 지급하였으므로, 시정신청의 이익이 없어 이 사건 근로자들의 차별시정 신청은 각하되어야 한다.
- 2) 원고B, C는 사업주로서의 실체를 갖추고 이 사건 근로자들을 고용하였고, 원고A과 도급계약을 체결하여 업무를 수행하였으므로, 이 사건 근로자들은 파견근로자에 해당하지 않는다.
- 3) 원고들은 이 사건 이전에는 상여금을 소속별로 달리 지급한 점에 대하여 시정명령을 받거나 이의제기를 받은 적이 없으므로, 위와 같은 상여금 지급이 차별적 처우에 해당한다고 하더라도 원고들에게 차별의 고의성과 반복성이 없기 때문에 이 사건 재심판정 중 차별적 처우금액을 초과하여 배상을 명한 부분은 위법하다. 설사 그 고의성 내지 반복성이 인정된다고 하더라도, 원고들이 초심판정 이전에 자율적으로 이 사건 근로자들이 주장한 차별적 처우금액 전액을 지급한 점, 이 사건에서 근로관계도 직접 고용 등의 방법으로 시정하여 재발우려가 없는 점, 원고A의 경영상황이 매우 악화되어 어려운 상황인 점 등을 고려해보면, 피고의 배액배상 명령은 비례의 원칙을 위반하고 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다.

### 나. 관련 법령 등

[별지 2] 기재와 같다.

### 다. 인정사실

- 1) 원고A은 2012.7.1.부터 2016.12.31.까지 매년 원고B, C와 각각 '자재, 기품 또는 물품의 제조, 가공, 수리 등을 위한 하도급 계약'을 체결하였다.
- 2) 이 사건 근로자들은 매년 원고B, C와 사이에 아래 표 기재와 같이 근로계약을 체결하고 이 사건 공장에서 근무하였다. 원고B, C는 이 사건 근로자들에게 임금을 지급하고 자기 소속 근로자로 4대 보험 신고를 하였다. <표 생략>
- 3) 이 사건 근로자들이 이 사건 공장에서 주로 수행한 생산부 사출파트 분류실의 업무는 사출기에서 생산된 제품이 컨베이어벨트를 통해 공급되면 외관 검사 후 이를 트레이에 제품별로 분류해서 담는 작업으로, 이 작업이 완료되면 포장 단계로 넘어간다. 이들은 관리자의 지시에 따라 사출기 업무나 포장 업무도 수행하였다.

- 4) 이 사건 공장은 단결동, 인화동으로 나누어져 있는데, 이 사건 근로자들은 주로 단결동에서 작업을 하였으나, 원고A은 제품별 물량, 생산계획 등이 변경되면 이 사건 근로자들을 인화동에 배치하여 자기 소속 근로자들과 함께 근무하도록 하기도 하였다.
- 5) 원고A은 분류실에서 근무하는 근로자들을 A조(주 간조, 8:30-19:30), B조(야간 조, 19:30-익일 8:30)로 나누고 자기 소속 근로자들과 이 사건 근로자들을 구분하지 않고 배치하였다. 이 사건 근로자들 중 공○○, 김○○, 유○○, 정●●, 김△△는 A조에, 김●●, 오 ○○, 정○○은 B조에 편성되어 근무하였다.
- 6) 원고A 소속의 대리 김○○, 반장 김○○, 주임 서○○은 A조를, 대리 김●●, 반장이○○은 B조를 각각 지휘·감독하였다. 위 원고 소속 관리자(팀장, 과장, 주임 등)은 이 사건 근로자들을 포함한 생산부 사출파트 직원 전원을 대상으로 단체채팅방을 만들어 생산, 분류계획, 특근계획, 주의사항 등을 전달하고, 이 사건 근로자들은 그 지시에 따라 제품별 수량에 맞춰 작업 준비를 하였다. 또한 위 관리자들은 이 사건 근로자들 중 일부와 1:1 채팅을 통해 '불량박스 표시계획, 사출기 가동 확인 요청, 생산계획' 등의 업무 관련 메시지를 전달하기도 하였다.
- 7) 원고A은 이 사건 공장 사내 게시판에 자기 소속 근로자들과 함께 이 사건 근로자들의 생리휴가 및 연차휴가 사용계획을 공지하고, 월별 연장근로 및 특근 여부를 결정하였다. 이 사건 근로자들은 위 원고 소속 직원들과 함께 사내 워크숍에 참석하였다. 원고A은 자기 소속 근로자들이 사용하는 것과 동일한 작업복, 장갑 등 작업 소모품을 이 사건 근로자들에게 제공하였다. 다만, 그들 작업복 명찰에는 원고B, C로 소속을 구분하는 표시가 있다.
- 8) 원고B, C는 이 사건 근로자들이 입사할 때 '야간·휴일 연장근무 동의서'를 제출받았고, 근로관계를 종료할 때 '해고예고 및 서면통지'를 전달하고 사직서를 제출받았다. 한편, 위 원고들은 휴대전화 부품 사출 및 분류를 위한 별도의 작업설비를 갖추고 있지 않고, 원고B, C 소속 현장 관리자인 이○○, 주○○은 이 사건 공장에 상주하지 않았다.
- 9) 이 사건 근로자들 중 공○○, 김○○, 유○○, 정●●, 김△△은 동종 또는 유사업무에 종사하는 비교대상근로자로 원고A 소속의 A조 사원 김◎◎, 김◎◎을, 이 사건 근로자들 중 김●●, 오○○, 정○○은 비교대상 근로자로 위 원고 소속의 B조 사원 박◎◎, 이◎◎(이하 위 비교대상근로자들을 모두 '비교대상근로자들'이라고 한다)를 지정하였는데, 비교대상근로자 김◎◎, 박◎◎, 이◎◎는 2011.4.1., 비교대상근로자 김◎◎는 2012.2.1. 각각 원고A에 정규직으로 입사하여 이 사건 근로자들과 같이 생산부 사출파트 분류실에서 근무하면서 이 사건 근로자들이 수행한 업무와 같이 휴대전화 부품을 외관검사 후 트레이에 분류하여 담는 업무를 하였다.
- 10) 이 사건 근로자들과 비교대상근로자들의 기본급은 시급제, 연장근로수당은 실적에 따라 지급하는 것으로 동일하고, 채용조건·자격요건 등에서도 차이가 없다. 그런데 원고A은 취업규칙에 따라 비교대상근로자들에게 월 기본급의 400%를 정기상여금

으로 매년6회(설, 3월, 6월, 9월, 추석, 12월) 분할하여 지급하였고, 원고B, C는 이 사건 근로자들에게 월 기본급의 100%를 정기상여금으로 매년 분할하여 지급하였다.

- 11) 앞서 본 차별적 처우금액은 이 사건 근로자들과 비교대상근로자들의 정기상여금의 차액(이 사건 근로자들이 구제신청시를 기준으로 임금채권 소멸시효 3년을 고려하여 계산한 금액이다)과 그 차이로 인한 퇴직금 차액의 합계이고, 구체적인 금액은 [별지 1] 표 '정기상여금(미지급)'란, '퇴직금'란, '총액'란 기재와 같다.
- 12) 이 사건 근로자들은 비교대상근로자들과 동일한 금액의 생산장려금을 비정기적으로 지급받았고, 원고A은 2017.1.1. 이 사건 근로자들 중 김△△ 포함하여 하청업체 직원 중 일부인 28명을 1년의 기간제 근로자로 직접 고용하였다.

#### 라. 판단

##### 1) 이 사건 차별시정 신청의 구제이의 존부

파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 '파견법') 제21조제1, 2항에 의하면, 파견사업주와 사용자사업주는 파견근로자임을 이유로 사용자사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니 되고, 파견근로자는 차별적 처우를 받은 경우 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있다.

위 시정신청에 관하여 같은 조 제3항에 의하여 준용되는 기간제 및 단시간근로자보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법') 제9조제1항, 제12조제1항에 의하면, 파견근로자가 차별적 처우를 받은 경우에 그 차별적 처우가 있는 날(계속되는 차별적 처우는 그 종료일)부터 6개월 이내에 노동위원회에 시정을 신청할 수 있고, 노동위원회는 그 신청에 따라 조사·심문을 거쳐 차별적 처우에 해당한다고 판정한 때에는 사용자에게 시정명령을 발하여야 한다. 마찬가지로 준용되는 기간제법 제13조제1, 2항에 의하면, 차별적 처우에 해당한다고 판정한 때 사용자에게 발하는 시정명령의 내용에는 '차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선(취업규칙, 단체협약 등의 제도개선 명령을 포함) 또는 적절한 배상 등'이 포함될 수 있고, 위 배상액은 차별적 처우로 인하여 근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 정하며, 사용자의 차별적 처우에 명백한 고의가 인정되거나 차별적 처우가 반복되는 경우에는 손해액을 기준으로 3배를 넘지 않은 범위에서 배상을 명령할 수 있다.

이러한 시정절차는 사용자의 차별적 처우로 말미암아 파견근로자에게 발생한 불이익을 해소하여 차별적 처우가 없었더라면 존재하였을 상태로 개선함으로써 파견근로자에 대한 불합리한 차별을 바로잡고 근로조건 보호를 강화하려는 데에 그 주된 목적이 있고, 차별적 처우의 시정신청에 따라 발하는 노동위원회 시정명령의 하나인 금전보상명령 또는 배상명령은 과거에 있었던 차별적 처우의 결과로 남아 있는 불이익을 금전적으로 전보하기 위한 것이다. 특히 사용자의 고의적 또는 반복적 차별행위에 대해서 손해액의 3배 내에서 배액배상도 명할 수 있도록 한 것은 차별적 처우에 대한 원상회복에 그치지 않고 징벌적 성격과 더불어 사전 예방적 효과를

도모하는 의미도 포함하고 있는 것으로 보인다. 따라서 배액배상 명령은 차별적 처우에 대해 제재적 의미가 있는 시정명령으로서 독자성이 있으므로, 사용자가 시정 절차 진행 도중 근로자에게 차별적 처우로 인해 실제 발생한 손해액을 모두 지급하였다는 사정만으로 그 밖의 시정명령을 구하는 차별시정 신청의 구제이익이 소멸한다고 볼 수 없다.

따라서 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

## 2) 이 사건 근로자들이 파견근로자인지 여부

가) 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견근로자보호 등에 관한 법률의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업 집단으로 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 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다(대법원 2015.2.26. 선고 2010다106436 판결 참조).

나) 비록 원고B, C가 이 사건 근로자들과 직접 근로계약서를 작성하고 임금을 지급하였으며, 원고A와 사이에 각각 제품 제조 등을 내용으로 하는 하도급 계약을 체결한 점은 앞서 본 바와 같지만, 한편 위 인정사실에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 원고B, C가 이 사건 근로자들에게 직접 지휘·명령권을 행사하고 독자적으로 사업을 수행하였다고 보기 어려우므로, 원고들 사이의 하도급계약 및 각 근로계약의 명칭·형식 등에도 불구하고 실질적으로는 근로자파견계약에 해당하고 이 사건 근로자들은 원고A의 이 사건 공장에 파견된 파견근로자에 해당한다.

- (1) 원고들이 체결한 하도급계약서는 구체적인 도급의 목적물 및 업무수행 내용, 금액 등이 명시되어 있지 않다.
- (2) 원고B, C의 현장 관리자들은 이 사건 근로자들의 근로 장소인 이 사건 공장에 상주하지 않았다. 원고A 소속 관리자들이 이 사건 근로자들에게 일상적이고 구체적인 업무지시를 하였고, 연장근로, 휴가사용, 워크숍참석 등 근태관리도 하였다.
- (3) 이 사건 근로자들과 원고A 소속 근로자들은 작업장소와 작업내용, 작업조 편성 등에서 명확히 구분되지 않았고, 제품별 물량, 생산계획 등에 따라 하나의 작업집단을 이루어 근무한 경우도 종종 있었다.



(4) 이 사건 근로자들은 원고A이 제공한 작업설비를 사용하였고, 작업복, 장갑 등 작업 소모품을 지급받았다. 반면, 원고B, C는 자체 소유의 작업설비나 전문기술을 갖추지 못하였다.

다) 따라서 이 사건 근로자들은 파견법에 따라 차별시정의 신청인 적격이 인정된다고 할 것이므로, 원고들의 이 부분 주장도 이유 없다.

3) 차별적 처우의 명백한 고의나 반복성에 따른 금전배상 명령의 정당성 여부

가) 위 인정사실에 의하면, 원고들은 이 사건 근로자들과 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 원고A 소속의 비교대상근로자가 취업규칙에 따라 월 기본급 400%의 정기상여금을 지급받고 있었음에도, 파견근로자들인 이 사건 근로자들에게는 월 기본급 100%의 정기상여금만을 지급하는 내용으로 계약을 체결하였고, 이후에도 비교대상근로자에 상응하는 상여금을 지급하기 위한 아무런 조치를 취하지 아니한 채 만연히 같은 내용의 계약을 매년 체결하여 상여금을 차별적으로 지급하였다. 이 사건 근로자들이 원고A 소속 근로자들 보다 현저히 적은 상여금을 지급받았다는 사정은 원고A의 취업규칙, 근로계약 등에 비추어 현저한 사실이고, 원고들은 이 사건 근로자들을 차별하는 내용의 근로계약 및 원고들 사이의 하도급계약을 매년 최소 2회 이상 반복하여 체결하면서 근로자파견 관계를 유지하였다. 이러한 사정에 비추어 보면, 원고들이 위와 같은 차별적 처우에 대하여 이의 제기를 받거나 시정명령을 받았는지 여부와 무관하게 차별적 처우가 반복된 경우에 해당한다 할 것이므로, 원고들에 대하여 차별적 처우금액을 초과하여 배상을 명한 것은 기간제법 제13조제2항 단서의 요건을 충족한 것으로 적법하다.

나) 나아가 노동위원회는 이 사건 근로자들에 대한 차별적 처우가 장기간 반복적으로 이루어졌음에도 불구하고, 원고들이 시정절차 진행 도중에 자율적으로 이 사건 근로자들에게 차별적 처우금액을 지급하고, 이후에도 근로자파견 관계 및 차별적 처우를 해소하기 위해 노력한 점 등을 고려하여 차별적 처우금액의 1.1배, 즉 실제 손해액을 제외하면 0.1배에 해당하는 금액을 추가로 배상하도록 명하였다. 앞서 살펴본 배액배상 명령의 목적 등에 비추어 볼 때, 원고가 주장하는 사정을 고려하더라도 이 사건 배액배상 명령이 사회통념상 현저히 균형을 잃은 과중한 처분으로 비례의 원칙을 위반하였다거나 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 볼 수 없다.

다) 따라서 원고들의 이 부분 주장도 이유 없다.

### 3. 결 론

원고들의 이 사건 청구는 받아들일 수 없으므로 모두 기각하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김정중, 판사 김나경, 판사 홍승모



## 집단적 노사관계









## 부당노동행위





## 제3부

## 집단적 노사관계

## 제1장

## 부당노동행위

## 1. 총괄

## 1.1 부당노동행위 금지 규정의 법적 성격

☞ 대법원 1993. 12. 21. 선고 93다11463 판결

## » 요 지 «

1. 노동조합법 제39조의 부당노동행위 금지규정은 헌법이 규정하는 근로 3권을 구체적으로 확보하기 위한 것으로 이에 위반하는 행위에 대하여 처벌규정을 두고 있는 한편 부당노동행위에 대하여 신속한 권리구제를 받을 수 있도록 동법 제42조, 제43조에서 행정상의 구제절차까지 규정하고 있는 점에 비추어 이는 효력규정인 강행법규라고 풀이되므로 위 규정에 위반된 법률행위는 사법상으로도 그 효력이 없고, 근로자에 대한 불이익취급행위로서의 법률행위가 부당노동행위로서 무효인 이상 그것이 근로기준법 제27조 소정의 정당한 이유가 있는지 여부는 더 나아가 판단할 필요가 없다.
2. 해고처분이 무효인 경우 근로자가 지급을 청구할 수 있는 임금은 근로기준법 제18조에서 규정하는 임금을 의미하므로 동법 제19조에서 말하는 평균임금산정의 기초가 되는 임금의 총액에 포섭될 임금이 전부 포함되고 통상임금으로 반드시 국한되는 것은 아니다.
3. 사용자가 강행규정인 노동조합법 제39조 소정의 불이익 취급 금지규정을 위반하여 근로자를 부당하게 해고하거나 불이익처분을 함으로써 당해 해고 등이 무효인 경우에 있어서 사용자가 그러한 불이익 처분을 함에 있어서 내세우는 사유가 표면상의 사유에 불과하고 실질적으로는 근로자가 정당한 노동조합활동을 한 것을 이유로 근로자를 사업장에서 배제하려는 의도 하에 일부러 어떤 표면상의 해고사유 등을 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고 등의 불이익처분이 이루어진 경우처럼 그러한 징계권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규 상 도저히 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 그 해고 등 불이익처분의 효력이 부정되는 데 그치는 것이 아니라 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성할 수 있다.

\* 원고, 피상고인 : A

\* 피고, 상고인 : ○○○○공업 주식회사

\* 원심판결 : 부산고법 1993. 1. 29. 선고 92나10043 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

### 1. 제1점에 대하여

노동조합법 제39조의 부당노동행위금지규정은 헌법이 규정하는 근로3권을 구체적으로 확보하기 위한 것으로 이에 위반하는 행위에 대하여 처벌규정을 두고 있는 한편 부당노동행위에 대하여 신속한 권리구제를 받을 수 있도록 같은 법 제42조, 제43조에서 행정상의 구제절차까지 규정하고 있는 점에 비추어 이는 효력규정인 강행법규라고 풀이되므로 위 규정에 위반된 법률행위는 사법상으로도 그 효력이 없다 할 것이고, 근로자에 대한 불이익취급행위로서의 법률행위가 부당노동행위로서 무효인 이상 그것이 근로기준법 제27조 소정의 정당한 이유가 있는지 여부는 더 나아가 판단할 필요가 없다 할 것이다.

따라서 원심이 그 채택증거에 의하여 원고에 대한 피고의 대기발령 및 해고처분이 모두 부당노동행위로 확정된 사실을 인정한 다음 이는 모두 무효라고 판시한 것은 정당하고 거기에 소론과 같은 법리오해나 심리미진의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유 없다.

### 2. 제2, 3점에 대하여

근로자에 대한 해고처분이 무효가 된 경우 그 동안 고용관계는 유효하게 계속되어 있었던 것이 되고 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하지 못한 것은 부당한 해고를 한 사용자의 귀책사유로 말미암은 것이므로 근로자는 민법 제538조 제1항에 따라서 계속 근로하였을 경우에 그 반대급부로 받을 수 있는 임금 전부의 지급을 구할 수 있다는 것은 당원이 일관되게 취하고 있는 견해이다( 당원 1981.12.22. 선고 81다626 판결; 1992.3.31. 선고 90다8763 판결; 1992.12.8. 선고 92다39860 판결 등 참조).

또한 귀책사유의 유무는 해고 당시를 기준으로 판단하여야 할 것이므로 설사 해고처분 후에 노동위원회에서 근로자의 부당노동행위구제신청을 기각한 사실이 있다 하여 사용자에게 귀책사유가 없는 것으로 되는 것은 아니라 할 것이다.

그리고 여기서 지급을 청구할 수 있는 임금은 근로기준법 제18조에서 규정하는 임금을 의미하므로 같은 법 제19조에서 말하는 평균임금산정의 기초가 되는 임금의 총액에 포섭될 임금이 전부 포함된다고 하여야 할 것이고 통상임금으로 반드시 국한되는 것은 아니라 할 것이다.

따라서 원심이 원고가 위 대기발령 및 해고기간 동안 종전과 같은 근로제공을 하지 못한 것은 피고의 귀책사유로 인한 것이라 판단하고 원고가 위 대기발령 직전의 3개월 동안 월평균 휴일근로시간, 야간근로시간, 주간연장근로시간, 야간연장근로시간을 그 거시증거에 의하여 인정한 후 이에 따라 그 판시의 연장근로수당, 휴일근로수당, 주간연장근로수당, 야간연장근로수당을 민법 제538조 제1항에 따른 반대급부로서의 임금의 범위에 포



함시켜 그 지급을 명한 것은 정당하고 거기에 소론과 같은 법리오해나 심리미진의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지도 이유 없다.

### 3. 제4점에 대하여

일반적으로 사용자의 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분이 무효로 판단되는 경우에 그러한 사유만에 의하여 곧바로 그 해고 등 불이익처분이 불법행위를 구성하게 된다고 할 수는 없다 할 것이나 근로계약에 따라 계속적으로 근로를 제공하는 근로자는 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 인격체이고 근로자의 근로제공은 단순히 임금획득을 위하여 근로계약을 이행하는 것에만 의미가 있는 것이 아니고 근로를 통하여 이러한 인격을 실현한다는 측면도 아울러 갖고 있다 할 것이므로 사용자가 강행규정인 노동조합법 제39조 소정의 불이익취급금지규정을 위반하여 근로자를 부당하게 해고하거나 불이익처분을 함으로써 당해해고 등이 무효인 경우에 있어서 사용자가 그러한 불이익처분을 함에 있어서 내세우는 사유가 표면상의 사유에 불과하고 실질적으로는 근로자가 정당한 노동조합활동을 한 것을 이유로 근로자를 사업장에서 배제하려는 의도하에 일부러 어떤 표면상의 해고사유 등을 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고 등의 불이익처분이 이루어진 경우처럼 그러한 징계권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 도저히 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 그 해고 등 불이익처분의 효력이 부정되는데 그치는 것이 아니라 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성할 수 있다 할 것이고(당원 1993.10.12. 선고 92다43586 판결 참조) 이와 같은 경우 이는 단순히 임금지급채무를 이행하지 아니한 것에 불과하다고 할 수 없어 근로자가 임금채무나 그에 대한 지연손해금을 지급받게 된다고 하여 이로써 사용자의 이러한 부당한 해고행위 등으로 말미암아 근로자가 입게된 정신적 고통의 손해가 완전히 치유된다고는 할 수 없는 것이고 사용자의 귀책사유는 부당노동행위로 인정되는 이상 사실상 추정된다 할 것이다.

원심이 적법하게 채택한 증거에 의하면 피고가 원고에 대하여 한 위 대기발령 및 해고처분은 모두 실질적으로는 원고의 정당한 노동조합활동을 혐오하여 원고를 피고의 사업장에서 배제하려는 의도로 징계라는 수단을 동원하여 이루어진 불이익처분임을 인정할 수 있는바 이는 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한고 위 불이익처분이 부당노동행위로 인정되는 이상 피고의 귀책사유는 추정된다 할 것이어서 원심이 피고의 원고에 대한 위 대기발령 및 해고처분이 불법행위를 구성함을 전제로 원고가 이로 인하여 상당한 정신적 고통을 받았을 것이라는 사실을 경험칙에 의하여 인정한 후 그 판시의 여러사정을 참작하여 위자료의 지급을 명한 것은 정당하고 거기에 소론과 같은 법리오해, 심리미진 및 이유불비, 판단유탈의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지도 이유 없다.

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

대법관 배만운(재판장), 김주한, 김석수(주심), 정귀호



## 1.2 부당노동행위 구제신청의 당사자 적격

### (1) 노동조합의 독자적 구제신청권의 존부

☞ 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007두19249 판결

#### » 요 지 «

노동조합으로서는 자신에 대한 사용자의 부당노동행위가 있는 경우뿐만 아니라, 그 소속 조합원으로 가입한 근로자 또는 그 소속 조합원으로 가입하려고 하는 근로자에 대하여 사용자의 부당노동행위가 있는 경우에도 노동조합의 권리가 침해당할 수 있으므로, 그 경우에도 노동조합은 자신의 명의로 그 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있는 권리를 가진다.

- \* 원고, 피상고인 : 사회복지법인 ○○재단
- \* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고 보조참가인 : 전국금속노동조합
- \* 원심판결 : 서울고법 2007. 8. 23. 선고 2006누17804 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘법’이라 한다) 제82조 제1항에 의하면, 노동조합은 사용자의 부당노동행위에 대하여 근로자 개인의 구제신청권과는 별개의 독자적인 구제신청권을 가진다고 할 것인바 (대법원 1979. 2. 13. 선고 78다2275 판결), 노동조합에게 이와 같은 구제신청권을 인정한 이유가 노동조합의 단결권 또는 그 지위 및 기능의 보호·유지에 있고, 법 제5조가 근로자의 노동조합 결성 및 가입의 자유를 보장하고 있으며, 법 제81조 제1호에서 사용자가 노동조합에 가입한 근로자에게 불이익을 주는 행위뿐만 아니라 노동조합에 가입하려고 한 근로자에게 불이익을 주는 행위에 대하여도 부당노동행위로 규정하여 이를 금지하고 있는 점에 비추어 보면, 노동조합으로서는 자신에 대한 사용자의 부당노동행위가 있는 경우뿐만 아니라, 그 소속 조합원으로 가입한 근로자 또는 그 소속 조합원으로 가입하려고 하는 근로자에 대하여 사용자의 부당노동행위가 있는 경우에도 노동조합의 권리가 침해당할 수 있으므로, 그 경우에도 노동조합은 자신의 명의로 그 부당노동행위에 대한 구제신청을 할 수 있는 권리를 가진다고 할 것이다.

원심이 인정한 사실에 의하면, 원고 재단 소속 근로자 중 소외인 등 230명은 2003. 2. 14. 피고 보조참가인(이하 ‘참가인 조합’이라 한다)의 조합원으로 가입하기로 하여 참가인

조합 집행부가 이를 받아들였고, 참가인 조합 위원장은 2003. 2. 28. 원고 재단에 참가인 조합 서울지부 경기북부지회 성람분회(이하 '성람분회'라 한다)의 설치를 통보한 점, 성람분회는 2003. 3. 6.경부터 같은 해 11. 6.경까지 원고 재단과 수차례에 걸쳐 단체교섭을 실시하였으나 합의에 이르지 못하고 결렬되자, 2004. 3. 1.경부터 같은 해 9. 14.경까지 파업을 단행하였고, 위 소외인을 비롯한 원고 재단의 은혜장애인요양원 등에서 근무하는 참가인 조합원들도 파업에 참여하였다가 2004. 11. 1. 업무에 복귀한 점, 한편 2004. 10. 28. 12차 정기대의원대회에서 개정되기 전 참가인 조합의 규약(이하 '개정 전 규약'이라 한다) 제2조는 조합원의 자격을 금속산업과 금속관련산업 노동자 등으로 한정하고 있었으나, 2004. 10. 28. 개정된 참가인 조합의 규약(이하 '개정 규약'이라 한다) 제2조 제5호는 금속산업과 금속관련산업 노동자가 아니라고 하더라도 지부운영위원회의 심의를 거치고 중앙위원회의 승인을 받는 경우 참가인 조합의 조합원으로 가입할 수 있도록 함으로써 조합원의 범위를 확대한 점, 위 소외인 등 230명의 원고 재단 소속 근로자들은 참가인 조합 서울지부의 가입 재확인을 거쳐 2005. 3. 2.경 참가인 조합 중앙위원회로부터 조합원 가입의 승인을 받은 점을 알 수 있다.

이와 같은 사실관계 아래에서라면, 금속관련산업과는 무관한 원고 재단 소속 근로자들이 개정 전 규약 아래에서 그 규약이 정한 조합원 자격을 갖추지 못하여 참가인 조합에 가입하는 것이 불가능하였다고 하더라도, 개정 규약이 시행된 이후에는 개정 규약이 정한 절차를 거쳐 참가인 조합의 조합원으로 가입할 수 있게 되었다고 할 것이므로, 참가인 조합이 원고 재단의 부당노동행위가 있었다고 주장하는 시기인 2004. 11.경 위 소외인 등 230명이 참가인 조합 중앙위원회의 조합원 가입에 대한 승인을 받지 못하여 참가인 조합의 조합원 지위를 취득하지는 못하였다고 하더라도, 적어도 참가인 조합에 가입하려고 하였음은 인정된다고 할 것이다. 따라서 원고 재단이 개정 규약의 시행 후인 2004. 11.경 참가인 조합의 주장과 같이 참가인 조합에 가입하려고 한 원고 재단 소속 근로자에 대하여 다른 근로자들과 비교하여 차별대우를 하는 등 부당노동행위를 하였다면, 이로 인하여 참가인 조합이 권리를 침해받았다고 볼 여지도 충분하다고 할 것이다.

그럼에도 원심은, 참가인 조합의 주장과 같은 부당노동행위가 행하여 질 당시인 2004. 11.경 소외인 등 230명의 원고 재단 소속 근로자들이 참가인 조합의 조합원 지위를 취득하지 못하였다는 이유만으로 원고 재단의 부당노동행위로 인하여 권리를 침해당한 바 없다고 단정하여 참가인 조합이 독자적으로 그와 같은 부당노동행위에 대한 구제신청권을 가진다고 볼 수 없다고 판단하고 말았으니, 원심의 이와 같은 사실인정과 판단에는 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나, 노동조합의 구제신청적격에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

따라서 이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

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

대법관 안대희(재판장), 김영란, 이홍훈(주심)

## (2) 노동조합 설립 후 1인만 남은 노동조합의 당사자 능력 부정

☞ 대법원 1998. 3. 13. 선고 97누19830 판결

### » 요 지 «

노동조합은 그 요건으로 단체성이 요구되므로 복수인이 결합하여 규약을 가지고 그 운영을 위한 조직을 갖추어야 하는바, 법인 아닌 노동조합이 일단 설립되었다고 할지라도 중도에 그 조합원이 1인밖에 남지 아니하게 된 경우에는, 그 조합원이 증가될 일반적 가능성이 없는 한, 노동조합으로서의 단체성을 상실하여 청산목적과 관련되지 않는 한 당사자능력이 없다.

\* 원고, 상 고 인 : 남경자동차학원 노동조합

\* 피고, 피상고인 : 목포지방노동사무소장

\* 원심판결 : 광주고법 1997. 11. 13. 선고 96구3882 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

노동조합은 그 요건으로 단체성이 요구되므로 복수인이 결합하여 규약을 가지고 그 운영을 위한 조직을 갖추어야 하는바, 법인 아닌 노동조합이 일단 설립되었다고 할지라도 중도에 그 조합원이 1인밖에 남지 아니하게 된 경우에는, 그 조합원이 증가될 일반적 가능성이 없는 한, 노동조합으로서의 단체성을 상실하여 청산목적과 관련되지 않는 한 당사자능력이 없다고 볼 것이다.

원심판결의 이유에 의하면, 원심은 거시 증거에 의하여, 원고 조합은 전남 무안군 (주소 1 생략)에 있는 ○○○○○자동차학원과 목포시 (주소 2 생략)에 있는 △△△△△자동차학원에서 각 근로하고 있는 근로자들을 조직대상으로 하여 1995. 10. 21. 설립된 단위노동조합인데, 설립 당시에는 ○○○○○자동차학원 소속 근로자 7인이 조합원으로 가입하고 있었으나 △△△△△자동차학원이 1995. 11.경, ○○○○○자동차학원이 1996. 7. 20.경 각 폐업함에 따라 조합장인 소외인을 제외한 나머지 조합원들이 원고 조합을 탈퇴하거나 퇴사하여 그 무렵부터 원심 변론종결시에 이르기까지 위 소외인만이 원고 조합에 남아 있는 사실, 원고 조합은 그 명칭을 종전의 '□□□□□자동차학원 노동조합'으로부터 현





재의 '남경자동차학원 노동조합'으로, 그 주된 사무소의 소재지를 위 ○○○○○자동차학원 소재지에서 위 △△△△△자동차학원 소재지로 각 변경한 다음 그에 관한 변경신고서를 경정 전 원심피고인 목포시장(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 제정된 노동조합및노동쟁의조정법이 1997. 3. 1.부터 시행됨에 따라 원고 조합에 대한 관리·감독업무가 피고에게 승계되었다)에 제출하였으나 목포시장은 목포에 있는 남경자동차학원은 전남 무안군에 있던 ◇◇◇자동차학원과는 무관하다는 이유로 위 신고서를 원고 조합에 반려한 사실을 인정한 다음, 원고 조합은 그 조합원이 1명만인 사정이 일시적인 현상으로 보이지 아니하므로 노동조합으로서의 실체를 상실하였고 그 청산목적 수행으로 볼 수 없는 이 사건 청구는 결국 당사자능력이 없는 원고 조합에 의하여 제기된 부적법한 소라고 판단하였는바, 앞에서 본 법리에 비추어 볼 때 원심판단은 수긍이 가고, 거기에 소론과 같은 노동조합의 소멸 내지 해산사유에 관한 법리오인의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유 없다.

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

대법관 이용훈(재판장), 정귀호, 박준서(주심), 김형선

### (3) 단위노동조합의 산업별 노동조합 하부조직 편입의 조직형태 변경시 산업별 노동조합의 소송절차 수계 인정

☞ 대법원 2016. 12. 29. 선고 2015두1151 판결

#### » 요 지 «

노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제16조 제1항 제8호, 제2항은 노동조합이 설립되어 존속하고 있는 도중에, 총회에서 재적조합원 과반수의 출석과 출석 조합원 3분의 2 이상의 찬성으로 조직형태의 변경을 의결하는 것을 허용하고 있다. 이 규정은 노동조합의 해산·청산과 신설 절차를 밟지 않고 조직형태를 변경할 수 있도록 함으로써 노동조합을 둘러싼 종전의 재산상 권리·의무나 단체협약의 효력 등의 법률관계가 새로운 조직형태의 노동조합에 그대로 유지·승계될 수 있도록 한 것으로서, 근로자로 하여금 노동조합의 설립이나 조직형태 선택의 자유를 실질적으로 뒷받침하기 위한 것이다.

단위노동조합이 총회의 의결을 거쳐 산업별 노동조합의 하부조직으로 편입되는 것은 노동조합법이 예정하고 있는 조직형태 변경의 한 유형이다. 이처럼 조직형태가 변경된 경우 산업별 노동조합은 특별한 사정이 없는 한 단위노동조합의 권리·의무나 법률관계를 승계하므로 조직형태 변경 전의 단위노동조합이 수행하던 소송절차를 수계할 수 있다.

\* 원고, 피상고인 : 삼성노동조합의 소송수계인 전국금속노동조합

\* 피고 : 중앙노동위원회 위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : 삼성물산 주식회사(2014년 변경 전 상호: 삼성에버랜드 주식회사, 2015년 변경 전 상호: 제일모직 주식회사)

\* 원심판결 : 서울고법 2015. 2. 4. 선고 2013누18287 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 피고보조참가인이 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

##### 1. 상고이유 제1점에 관한 판단

가. 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제16조 제1항 제8호, 제2항은 노동조합이 설립되어 존속하고 있는 도중에, 총회에서 재적조합원 과반수의 출석과 출석 조합원 3분의 2 이상의 찬성으로 조직형태의 변경을 의결하는 것을 허용하고 있다. 이 규정은 노동조합의 해산·청산과 신설 절차를 밟지 않고 조직형태를 변경할 수 있도록 함으로써 노동조합을 둘러싼 종전의 재산상 권리·의무나 단체협약의 효력 등의



법률관계가 새로운 조직형태의 노동조합에 그대로 유지·승계될 수 있도록 한 것으로서, 근로자로 하여금 노동조합의 설립이나 조직형태 선택의 자유를 실질적으로 뒷받침하기 위한 것이다(대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다96120 전원합의체 판결 등 참조).

단위노동조합이 총회의 의결을 거쳐 산업별 노동조합의 하부조직으로 편입되는 것은 노동조합법이 예정하고 있는 조직형태 변경의 한 유형이다. 이처럼 조직형태가 변경된 경우 산업별 노동조합은 특별한 사정이 없는 한 단위노동조합의 권리·의무나 법률관계를 승계하므로 조직형태 변경 전의 단위노동조합이 수행하던 소송절차를 수계할 수 있다고 보아야 한다.

나. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음의 사실을 알 수 있다.

- (1) 제1심 원고였던 삼성노동조합은 2011. 7. 13. 서울지방고용노동청 서울남부지청에 노동조합 설립신고서를 제출하여 같은 달 18일 설립신고증을 교부받았다.
- (2) 삼성노동조합은 2012. 12. 28. 총회를 개최하여 그 조직형태를 원고 산하 경기지부 삼성지회로 변경할 것을 결의하였고, 그 무렵 원고의 경기지부 삼성지회로 편입되었다.
- (3) 원고는 2014. 11. 6. 위와 같은 조직형태 변경을 이유로 원심법원에 소송절차 수계신청을 하였다. 원심은 원고를 삼성노동조합의 소송수계인으로 인정하여 소송절차를 진행하였다.

다. 원심이 소송수계를 인정한 것은 위에서 본 법리에 비추어 정당하고, 소송절차 수계 요건에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 2. 상고이유 제2점, 제3점에 관한 판단

원심은 삼성노동조합의 위원장인 소외인 등이 한 이 사건 유인물 배포 등 행위가 정당한 노동조합활동에 해당하고, 피고 보조참가인이 이를 제지한 행위는 근로자가 노동조합을 조직·운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위로서 노동조합법 제81조 제4호에서 정한 부당노동행위에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리에 비추어 보면, 원심의 이러한 판단은 정당하다. 원심의 판단에 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 정당한 노동조합활동의 범위와 부당노동행위 의사에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

## 3. 결 론

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

대법관 박보영(재판장), 박병대, 권순일, 김재형(주심)

### 1.3 산업별 노조 지회의 기업별 노조로의 조직형태 변경 결의의 유효성

☞ 대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다96120 전원합의체 판결★

#### » 요 지 «

[다수의견] 노동조합의 설립 및 조직형태의 변경에 관한 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제2조 제4호 본문, 제5조, 제10조, 제16조 제1항 제8호, 제2항과 재산상 권리·의무나 단체협약의 효력 등의 법률관계를 유지하기 위한 조직형태의 변경 제도의 취지와 아울러 개별적 내지 집단적 단결권의 보장 필요성, 산업별로 구성된 단위노동조합(이하 '산업별 노동조합'이라 한다)의 지부·분회·지회 등의 하부조직(이하 '지회 등'이라 한다)의 독립한 단체성 및 독자적인 노동조합으로서의 실질에 관한 사정 등을 종합하면, 노동조합법 제16조 제1항 제8호 및 제2항은 노동조합법에 의하여 설립된 노동조합을 대상으로 삼고 있어 노동조합의 단순한 내부적인 조직이나 기구에 대하여는 적용되지 아니하지만, 산업별 노동조합의 지회 등이더라도, 실질적으로 하나의 기업 소속 근로자를 조직대상으로 하여 구성되어 독자적인 규약과 집행기관을 가지고 독립한 단체로서 활동하면서 조직이나 조합원에 고유한 사항에 관하여 독자적인 단체교섭 및 단체협약 체결 능력이 있어 기업별로 구성된 노동조합(이하 '기업별 노동조합'이라 한다)에 준하는 실질을 가지고 있는 경우에는, 산업별 연합단체에 속한 기업별 노동조합의 경우와 실질적인 차이가 없으므로, 노동조합법 제16조 제1항 제8호 및 제2항에서 정한 결의 요건을 갖춘 소속 조합원의 의사 결정을 통하여 산업별 노동조합에 속한 지회 등의 지위에서 벗어나 독립한 기업별 노동조합으로 전환함으로써 조직형태를 변경할 수 있다.

또한 산업별 노동조합의 지회 등이 독자적으로 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결하지는 못하더라도, 법인 아닌 사단의 실질을 가지고 있어 기업별 노동조합과 유사한 근로자단체로서 독립성이 인정되는 경우에, 지회 등은 스스로 고유한 사항에 관하여 산업별 노동조합과 독립하여 의사를 결정할 수 있는 능력을 가지고 있다. 의사 결정 능력을 갖춘 이상, 지회 등은 소속 근로자로 구성된 총회에 의한 자주적·민주적인 결의를 거쳐 지회 등의 목적 및 조직을 선택하고 변경할 수 있으며, 나아가 단결권의 행사 차원에서 정관이나 규약 개정 등을 통하여 단체의 목적에 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 추가함으로써 노동조합의 실체를 갖추고 활동할 수 있다. 그리고 지회 등이 기업별 노동조합과 유사한 독립한 근로자단체로서의 실체를 유지하면서 산업별 노동조합에 소속된 지회 등의 지위에서 이탈하여 기업별 노동조합으로 전환할 필요성이 있다는 측면에서는, 단체교섭 및 단체협약체결 능력을 갖추고 있어 기업별 노동조합에 준하는 실질을 가지고 있는 산업별 노동조합의 지회 등의 경우와 차이가 없다. 이와 같은 법리와 사정들에 비추어 보면, 기업별 노동조합과 유사한 근로자단체로서 법인 아닌 사단의 실질을 가지고 있는 지회 등의 경우에도 기업별 노동조합에 준하는 실질을 가지고 있



는 경우와 마찬가지로 노동조합법 제16조 제1항 제8호 및 제2항에서 정한 결의 요건을 갖춘 소속 근로자의 의사 결정을 통하여 종전의 산업별 노동조합의 지회 등이라는 외형에서 벗어나 독립한 기업별 노동조합으로 전환할 수 있다.

결론적으로 산업별 노동조합의 지회 등이라든, 외형과 달리 독자적인 노동조합 또는 노동조합 유사체의 독립한 근로자단체로서 법인 아닌 사단에 해당하는 경우에는, 자주적·민주적인 총회의 결의를 통하여 소속을 변경하고 독립한 기업별 노동조합으로 전환할 수 있고, 노동조합 또는 법인 아닌 사단으로서의 실질을 반영한 노동조합법 제16조 제1항 제8호 및 제2항에 관한 해석이 근로자들에게 결사의 자유 및 노동조합 설립의 자유를 보장한 헌법 및 노동조합법의 정신에 부합한다.

[대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김신, 대법관 김소영, 대법관 박상옥의 반대의견] 산업별 노동조합 내에서 산업별 노동조합의 지회 등이 차지하는 위치 내지 산업별 노동조합과의 관계, 근로자와의 조합원관계, 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력 등 노동조합으로서의 실질에 관한 여러 사정에 비추어 보면, 산업별 노동조합에서 조직형태의 변경을 결의할 수 있는 주체는 단위노동조합인 산업별 노동조합일 뿐이고, 하부조직에 불과한 산업별 노동조합의 지회 등이 산업별 노동조합의 통제를 무시한 채 독자적으로 조직형태의 변경을 결의하는 것은 원칙적으로 불가능하다. 그러한 결의는 개별 조합원들의 산업별 노동조합 탈퇴의 의사표시에 불과하거나 새로운 노동조합의 설립 결의일 뿐이어서, 여기에 노동조합의 조직형태의 변경이나 그에 준하는 법적 효과를 부여할 수는 없다.

다만 산업별 노동조합의 지회 등이 산업별 노동조합과는 별도로 근로자와 조합원관계를 형성하고 산업별 노동조합이나 다른 하부조직과 구별되는 독자적인 규약 및 의사결정기관과 집행기관을 갖춘 독립된 조직체로 활동하면서 지회 등이나 조합원의 고유한 사항에 관하여 독자적으로 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결할 능력을 보유하여 노동조합으로서의 실질이 있는 경우에는, 산업별 노동조합은 외형과 달리 개별 노동조합과 다른 없는 지회 등의 연합단체로서의 성격이 혼합되어 있다고 할 수 있는 만큼, 산업별 노동조합의 지회 등은 자체 결의를 통하여 연합단체에서 탈퇴할 수 있고, 그것이 조직형태의 변경 결의 형식으로 이루어졌더라도 탈퇴의 효과가 발생한다고 해석할 여지는 있다.

그리고 산업별 노동조합의 지회 등이 예외적으로 노동조합으로서의 실질이 있는지를 판단할 때에는, 산업별 노동조합의 조직 구성, 산업별 노동조합과 지회 등의 규약 내용, 규약의 형식 및 운영 현실 사이의 괴리 유무, 단체교섭과 단체협약체결의 실태, 산업별 노동조합의 지회 등에 대한 통제의 정도 등의 제반 요소를 종합적으로 살펴보아야 한다. 물론, 그러한 예외적인 사정이 존재한다는 점은 이를 주장하는 측에서 증명하여야 한다.

요컨대 근로자와 조합원관계를 형성하고 지회 등이나 조합원의 고유한 사항에 관하여 독자적으로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 능력이 있다는 점이 증명되지 아니하는 산업별 노동조합의 지회 등은 조직형태의 변경 주체가 될 수 없다.



- \* 원고, 피상고인: 1. A ~ 4. D
- \* 피고, 상 고 인: 발레오전장노동조합
- \* 피고보조참가인: 발레오전장시스템스코리아 주식회사
- \* 원심판결 : 서울고법 2012. 9. 21. 선고 2011나79540 판결

### » 주 문 «

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

### » 이 유 «

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

1. 가. 모든 국민은 결사의 자유를 가지며(헌법 제21조), 나아가 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다(헌법 제33조). 이에 따라 근로자는 자유롭게 단체를 조직하거나 단체를 선택하여 가입할 수 있고, 이미 가입한 단체에서 탈퇴하여 새로운 단체를 조직하거나 다른 단체에 다시 가입할 수도 있다. 그리고 근로자로 구성된 단체 역시 단체의 존속과 유지를 보호받으며, 자율적으로 단체의 조직형태 및 의사를 결정할 수 있다.

헌법에 의한 근로자의 단결권 등을 보장하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하려는 목적 아래 제정된 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다)은 ‘근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체’를 노동조합으로 인정하고 근로자가 자유로이 노동조합을 조직할 수 있도록 함으로써 노동조합 설립의 자유를 보장하고 있다(노동조합법 제2조 제4호 본문, 제5조).

이와 같이 노동조합은 근로자가 주체가 되어 구성된 전형적인 사단의 하나로서, 단위노동조합과 연합단체인 노동조합으로 구분되고, 연합단체인 노동조합은 동종 산업의 단위노동조합을 구성원으로 하는 산업별 연합단체와 산업별 연합단체 또는 전국규모의 산업별 단위노동조합을 구성원으로 하는 총연합단체를 말한다(노동조합법 제10조). 여기서 단위노동조합에는 기업별로 구성된 노동조합(이하 ‘기업별 노동조합’이라 한다)과 산업별·직종별·지역별 등 초기업적으로 구성된 노동조합(그중 산업별로 구성된 단위노동조합을 이하 ‘산업별 노동조합’이라 한다)이 포함된다. 근로자에게는 단체의 조직·가입 및 노동조합 설립의 자유가 보장되므로, 근로자단체 또는 노동조합을 조직·해산할 것인지, 노동조합을 조직할 경우에 위와 같은 여러 조직형태 중 어떠한 조직형태를 갖출 것인지, 그리고 그 조직형태를 유지 또는 변경할 것인지 등의 선택은 단결권의 주체인 근



로자의 자주적이고 민주적인 의사 결정에 맡겨져 있다.

나아가 노동조합법 제16조 제1항 제8호 및 제2항(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)은 노동조합이 설립되어 존속하고 있는 도중에, 재적조합원 과반수의 출석과 출석조합원 2/3 이상의 찬성에 의한 총회의 의결을 거쳐 노동조합의 조직형태를 변경하는 것을 허용하고 있다. 이 사건 규정은 노동조합의 해산·청산 및 신설 절차를 거치지 아니하고 조직형태의 변경이 가능하도록 함으로써 노동조합을 둘러싼 종전의 재산상 권리·의무나 단체협약의 효력 등의 법률관계가 새로운 조직형태의 노동조합에 그대로 유지·승계될 수 있도록 한 것으로서, 근로자의 노동조합의 설립 내지 노동조합 조직형태 선택의 자유를 실질적으로 뒷받침하기 위한 것이다.

그렇다면 노동조합의 설립 및 그 조직형태의 변경과 관련하여 이 사건 규정을 해석·적용할 때에는, 이 사건 규정의 위와 같은 실질적인 의의 및 기능을 충분히 고려하고 아울러 헌법 및 노동조합법이 보장한 근로자의 결사의 자유와 노동조합 설립의 자유가 반영될 수 있도록 하여야 할 것이다.

나. 위에서 본 것과 같이 산업별 노동조합은 동종 산업에서 일하는 근로자들을 조직 대상으로 하는 초기업적 노동조합으로서 그 자체가 개별 근로자를 구성원이자 조합원으로 하는 1개의 단위노동조합이다. 산업별 노동조합이 내부에 하부조직을 두더라도, 이는 별개의 노동조합이 아니라 산업별 노동조합 내부의 조직 관리를 위한 기구나 그 조직 체계의 일부인 구성요소가 되는 것이 원칙이다.

그러나 산업별 노동조합이 기업별 노동조합 중심의 오랜 관행과 개별 사업장의 특성을 반영할 현실적인 필요성 때문에 지역이나 사업장 단위로 산하에 지부·분회·지회 등의 하부조직(이하 ‘지회 등’이라 한다)을 설치하여 옴에 따라, 구체적인 사안에 따라서는 그 지회 등이 그 외형과 달리 산업별 노동조합의 내부적인 조직 혹은 기구의 성격에 그치지 않고 실질적으로 해당 기업 소속 근로자를 대상으로 구성되어 독자적인 규약과 집행기관을 가지고 그 근로자의 근로조건 유지·개선 및 경제적·사회적 지위의 향상을 목적으로 독립한 단체로서 활동하는 경우가 있으며, 여기서 더 나아가 해당 조직이나 그 조합원에 고유한 사항에 관하여 독자적으로 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결할 능력까지 보유하는 경우도 있다.

일반적으로 사단은 특정한 목적을 위하여 조직된 다수인의 결합체로서 대외적으로 대표할 기관에 관한 정함이 있는 단체를 뜻하고, 법인격이 없더라도 일정한 자격을 가진 사람들을 구성원으로 삼아 정관·회칙 등의 규약과 임원 등의 기관을 두고 총회 등 회의를 개최하여 주요 업무에 관한 의사를 결정하여 온 경우에는 법인 아닌 사단의 실질을 갖추고 있다고 본다(대법원 1997. 9. 12. 선고 97다20908 판결, 대법원 2006. 12. 21. 선고 2006다52723 판결 등 참조).

그동안 대법원은 사단법인의 하부조직이라 하더라도, 이와 같은 사단의 실질을 갖추고

독자적인 활동을 하고 있다면, 그 사단법인과는 별개의 독립된 법인 아닌 사단으로 볼 수 있다고 밝혀 왔다(대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다59337 판결, 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다60908 판결 등 참조). 또한 대법원은 산업별 노동조합 등 초기업적 노동조합의 지회 등이라 하더라도, 관행 또는 해당 초기업적 노동조합의 규약에 따라 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립한 단체로 활동하면서 그 조직이나 조합원에 고유한 사항에 관하여 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 있는 경우에는 노동조합법 시행령 제7조 규정에 의한 산하조직의 설립신고 여부와 관계없이 그 지회 등을 기업별 노동조합에 준하여 볼 수 있음을 긍정함으로써(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두5361 판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006두7324 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011다1842, 1859, 1866, 1873 판결 등 참조), 산업별 노동조합의 지회 등의 성격은 외형이 아닌 실질을 기준으로 가려야 하며, 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력 유무와는 상관없이 독립한 단체로서의 활동이 이루어질 수 있음을 인정하여 왔다.

따라서 산업별 노동조합의 지회 등이라 하더라도, 위와 같이 독립한 단체로서 활동하거나 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력을 갖춘 경우에는 법인 아닌 사단인 근로자단체로서의 지위 내지는 기업별 노동조합에 준하는 지위를 가지고 있다고 평가할 수 있다.

특히 기업별 노동조합이 조직형태의 변경 절차를 통하여 산업별 노동조합의 지회 등으로 편입된 경우에는, 그 편입 이후에도 종전의 기업별 노동조합의 재산상 권리·의무나 해당 기업에 특수한 단체협약의 효력을 유지하기 위하여 여전히 기업별 조직으로서의 독립성을 보유할 필요가 있고 해당 산업별 노동조합도 사실상 이를 용인함에 따라, 지회 등이라는 형식에 불구하고 해당 기업의 근로자들로 구성되어 그들의 근로조건 유지·개선 및 경제적·사회적 지위의 향상을 목적으로 활동하는 기업별 노동조합 유사체의 독립한 근로자단체 내지는 독자적인 노동조합으로서의 실질을 가지고 있는 사례가 적지 않다.

그러므로 지회 등의 설치 경위, 지회 등의 운영에 관한 정관·규약, 지회 등의 관리·운영 실태, 구체적인 활동 내용 등의 실체관계를 살피지 아니한 채, 산업별 노동조합의 지회 등이라는 이유만으로 그 독립성이나 독자성을 일률적으로 부정하고 지회 등의 지위를 단지 산업별 노동조합의 기구 내지 구성요소라고 단정하여서는 아니 될 것이다. 그리고 이처럼 산업별 노동조합의 지회 등이 그 형식과 달리 실질적으로 법인 아닌 사단인 근로자단체로서의 지위 내지는 기업별 노동조합에 준하는 지위를 가지고 있다고 평가되는 경우에, 이는 근로자들의 선택에 따른 것으로서 근로자들의 결사의 자유와 노동조합 설립의 자유를 보장할 필요가 있으므로, 그 실질에 적합하게 독립하여 의사를 결정하고 법률적으로 활동할 수 있다고 보아야 한다.

다. 따라서 위에서 살펴본 노동조합의 설립 및 조직형태의 변경에 관한 노동조합법의 관련 규정들과 재산상 권리·의무나 단체협약의 효력 등의 법률관계를 유지하기 위한





조직형태의 변경 제도의 취지와 아울러 개별적 내지 집단적 단결권의 보장 필요성, 산업별 노동조합의 지회 등의 독립한 단체성 및 독자적인 노동조합으로서의 실질에 관한 사정 등을 종합하여 보면, 이 사건 규정은 노동조합법에 의하여 설립된 노동조합을 그 대상으로 삼고 있어 노동조합의 단순한 내부적인 조직이나 기구에 대하여는 적용되지 아니하지만, 산업별 노동조합의 지회 등이라 하더라도, 실질적으로 하나의 기업 소속 근로자를 조직대상으로 하여 구성되어 독자적인 규약과 집행기관을 가지고 독립한 단체로서 활동하면서 해당 조직이나 그 조합원에 고유한 사항에 관하여 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 있어 기업별 노동조합에 준하는 실질을 가지고 있는 경우에는, 산업별 연합단체에 속한 기업별 노동조합의 경우와 실질적인 차이가 없으므로, 이 사건 규정에서 정한 결의 요건을 갖춘 소속 조합원의 의사 결정을 통하여 산업별 노동조합에 속한 지회 등의 지위에서 벗어나 독립한 기업별 노동조합으로 전환함으로써 그 조직형태를 변경할 수 있다고 보아야 한다.

또한 산업별 노동조합의 지회 등이 독자적으로 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결하지는 못하더라도, 법인 아닌 사단의 실질을 가지고 있어 기업별 노동조합과 유사한 근로자단체로서 독립성이 인정되는 경우에, 그 지회 등은 스스로 고유한 사항에 관하여 산업별 노동조합과 독립하여 의사를 결정할 수 있는 능력을 가지고 있다. 이러한 의사결정 능력을 갖춘 이상, 그 지회 등은 소속 근로자로 구성된 총회에 의한 자주적·민주적인 결의를 거쳐 그 지회 등의 목적 및 조직을 선택하고 변경할 수 있으며, 나아가 단결권의 행사 차원에서 정관이나 규약 개정 등을 통하여 단체의 목적에 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 추가함으로써 노동조합의 실체를 갖추고 활동할 수 있다. 그리고 그 지회 등이 기업별 노동조합과 유사한 독립한 근로자단체로서의 실체를 유지하면서 산업별 노동조합에 소속된 지회 등의 지위에서 이탈하여 기업별 노동조합으로 전환할 필요성이 있다는 측면에서는, 단체교섭 및 단체협약체결 능력을 갖추고 있어 기업별 노동조합에 준하는 실질을 가지고 있는 산업별 노동조합의 지회 등의 경우와 차이가 없다. 이와 같은 법리와 사정들에 비추어 보면, 기업별 노동조합과 유사한 근로자단체로서 법인 아닌 사단의 실질을 가지고 있는 지회 등의 경우에도 위에서 본 기업별 노동조합에 준하는 실질을 가지고 있는 경우와 마찬가지로 이 사건 규정에서 정한 결의 요건을 갖춘 소속 근로자의 의사 결정을 통하여 종전의 산업별 노동조합의 지회 등이라는 외형에서 벗어나 독립한 기업별 노동조합으로 전환할 수 있다고 봄이 타당하다.

라. 결론적으로 산업별 노동조합의 지회 등이라 하더라도, 그 외형과 달리 독자적인 노동조합 또는 노동조합 유사의 독립한 근로자단체로서 법인 아닌 사단에 해당하는 경우에는, 자주적·민주적인 총회의 결의를 통하여 그 소속을 변경하고 독립한 기업별 노동조합으로 전환할 수 있다고 보아야 하고, 이와 같이 노동조합 또는 법인 아닌 사단으로서의 실질을 반영한 이 사건 규정에 관한 해석이 근로자들에게 결사의 자유 및 노동조합 설립의 자유를 보장한 헌법 및 노동조합법의 정신에 부합한다.

다만 이와 같은 견해가 산업별 노동조합의 지회 등에 대하여 그 실질을 명확히 가리지 아니하고 폭넓게 법인 아닌 사단으로서 처우하여 이 사건 규정에서 정한 조직형태 변경 결의를 허용하여야 한다는 취지는 아니다. 산업별 노동조합의 지회 등이 산업별 노동조합의 활동을 위한 내부적인 조직에 그친다면 그와 같은 결의를 허용할 수 없을 것이므로, 먼저 독자적인 노동조합 또는 노동조합 유사의 독립한 근로자단체로서의 실질을 갖추고 있는지에 관하여 신중하게 심리·판단하여야 한다.

2. 원심판결 이유 및 기록에 의하면, (1) 기업별 노동조합인 발레오만도노동조합은 전국금속노동조합 경주지부 발레오만도지회(이하 '발레오만도지회'라 한다)로 조직형태를 변경하여 2001. 2.경 산업별 노동조합인 전국금속노동조합에 편입된 사실, (2) 그 후 발레오만도지회는 2010. 5. 19. 및 2010. 6. 7. 발레오만도지회의 총회를 개최하여 '기업별 노동조합인 피고 노동조합으로 발레오만도지회의 조직형태를 재변경하고 규약을 제정하며 임원을 선출하는' 내용의 이 사건 각 결의를 한 사실, (3) 한편 발레오만도지회는 전국금속노동조합의 모범 지회 규칙을 바탕으로 제정된 규칙과 총회·지회장 등의 기관을 갖추고 활동해 온 사실 등을 알 수 있다.

앞에서 본 법리에 의하면, 발레오만도지회가 산업별 노동조합인 전국금속노동조합의 지회이지만 원래 기업별 노동조합이었다가 전국금속노동조합의 지회로 편입되었고 그 후에도 총회·지회장 등의 기관을 갖추고 활동해 왔으므로, 비록 단체교섭 및 단체협약 체결 능력을 가지고 있지 않더라도 그 설치 경위, 정관·규약 내용, 관리·운영 실태 및 구체적인 활동 내용에 비추어 기업별 노동조합과 유사한 근로자단체로서 법인 아닌 사단으로서의 실질을 가지고 있어 독립성이 있었다고 인정되는 경우에는, 이 사건 규정에서 정한 조직형태의 변경 결의에 의하여 전국금속노동조합에 속한 지회 등의 지위에서 벗어나 독립한 기업별 노동조합의 조직을 갖추 수 있고, 따라서 그와 같은 조직형태의 변경 결의라는 이유만으로 이 사건 각 결의가 무효라고 할 수 없다.

3. 그럼에도 이와 달리 원심은, 산업별 노동조합의 지회 등은 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 있어 독립된 노동조합이라고 할 수 있는 경우에만 이 사건 규정에 의한 조직형태의 변경 주체가 될 수 있다는 잘못된 전제에서, 발레오만도지회가 법인 아닌 사단의 실질을 갖추고 있어 독립성이 있었는지 등에 관한 사정을 제대로 살피지 아니한 채, 발레오만도지회가 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 있는 독립한 노동조합이라고 할 수 없어 조직변경의 주체가 될 수 없으므로 이 사건 각 결의가 무효라고 단정하고 말았다.

그렇다면 이러한 원심의 판단에는 산업별 노동조합 지회 등의 조직형태 변경에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략하고 원심판결 중 피고 패소 부분을 파



기하며, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에 대하여는 대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김신, 대법관 김소영, 대법관 박상옥의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 김용덕, 대법관 이기택의 보충의견, 반대의견에 대한 대법관 김신의 보충의견이 있다.

5. 대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 김신, 대법관 김소영, 대법관 박상옥의 반대의견은 다음과 같다.

다수의견은 산업별 노동조합의 지회 등도 기업별 노동조합과 유사한 근로자단체로서 법인 아닌 사단의 실질과 독립성을 갖춘 경우에는 별다른 제한 없이 ‘이 사건 규정에서 정한 조직형태의 변경 결의를 통하여’ 독립된 기업별 노동조합으로 전환할 수 있다고 한다.

그러나 아래와 같은 이유로 이러한 다수의견의 논리에는 찬성할 수 없다.

- 가. 노동조합의 조직형태의 변경은 소속 근로자가 가입한 노동조합 자체의 변경을 초래하는 것이므로, 그 조직형태의 변경이 유효한지 여부에 따라 근로자의 단결권 및 노동조합 조직형태 선택의 자유, 노동조합의 단결력과 단체교섭력, 노동조합을 둘러싼 단체협약의 효력이나 재산관계 등에 미치는 파급효과가 적지 아니하다. 특히 이 사건에서 문제 되는 산업별 노동조합의 지회 등이 조직형태의 변경이라는 방식을 통하여 기업별 노동조합으로 활동하는 것이 가능한지, 가능하다면 그 요건은 무엇인지에 관하여 내리는 결론은 우리나라의 산업별 노동조합 체제의 형성과 발전에 끼칠 영향력이 자못 크다고 할 수 있다.

근로자들이 주체가 되어 근로조건 향상을 위하여 자주적으로 결성한 단체인 노동조합도 사단의 일종이라는 점에는 의문이 없다. 다만 노동조합법은 헌법상 보장된 근로자의 단결권을 구체화하기 위하여 노동조합을 특별히 보호하고 있다는 점에 주목하여야 한다. 노동조합은 사용자와 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결할 수 있으며, 쟁의행위를 주도하고 노동위원회에 대한 노동쟁의의 조정신청이나 부당노동행위에 관한 구제신청 등을 할 수 있다. 일정한 요건하에 노동조합이 체결한 단체협약의 효력이 조합원 아닌 근로자에게도 미치는 일반적 구속력 및 지역적 구속력이 인정되기도 한다.

그러므로 노동조합의 조직형태의 변경의 허용 여부나 그 요건을 판단함에 있어서는 위와 같은 노동조합의 단체성과 특수성을 염두에 두어야 하며, 노동조합과 다른 단체를 단순히 동일한 선상에 놓고 비교하거나 단체법상의 일반 원리를 심각하게 훼손하는 잘못을 범하여서는 아니 된다.

또한 입법 과정에서 논의를 주도한 노사관계개혁위원회의 관련 자료 등에 의하면,

1997. 3. 13. 법률 제5310호로 제정된 노동조합법이 이 사건 규정을 마련하여 노동조합의 조직형태의 변경 제도를 정식으로 도입한 근본 목적이 기업별 노동조합이 조직형태의 변경을 통하여 산업별 노동조합의 하부조직에 편입될 수 있도록 하는 등 산업별 노동조합 체제로의 전환을 용이하게 하는 데 있었음이 확인되므로, 이러한 입법 취지를 살릴 수 있는 방향으로 해석할 필요가 있다.

결국 산업별 노동조합의 지회 등의 조직형태의 변경 가부나 그 요건은 위와 같은 여러 사정을 조화롭게 고려하여 신중히 판단하여야 할 것이다.

나. 법인이나 법인 아닌 사단의 조직변경은 이를 허용하는 법률의 규정이 있는 경우에만 가능하다. 물론, 법인이나 법인 아닌 사단의 경우도 정관 변경, 기존 단체의 해산과 새로운 단체의 설립 등의 우회적 형식을 통하여 조직변경과 유사한 결과를 얻을 수는 있으나, 그 경우에는 그 형식에 따른 법률효과만이 발생할 뿐이고, 조직변경의 법률상 효과는 발생하지 아니한다.

이 사건 규정은 노동조합의 관리에 속하는 사항을 정한 것으로서 그 문언 해석상 '노동조합'이 주체가 된 조직형태의 변경을 허용하는 규정임이 분명하다. 따라서 근로자가 자주적으로 조직하여 근로조건의 유지·개선을 위하여 단체교섭 등의 활동을 하는 단체인 노동조합에 해당하지 않는다면 이 사건 규정에 따른 조직형태의 변경 결의를 할 수 없다고 보아야 한다. 그 경우에는 새로이 노동조합을 설립하거나 다른 기존 노동조합에 가입하는 절차를 거쳐야 한다.

이와 같이 조직형태의 변경 주체가 노동조합, 더 정확하게는 노동조합법 제2조 제4호가 규정하고 있는 노동조합으로서의 실질이 있는 단체이어야 한다는 점은 이 사건에 관한 논의의 핵심이자 그 출발점이 된다.

그런데 다수의견도 부인하지 않듯이 산업별 노동조합은 그 자체가 독립된 1개의 단위노동조합이다. 그럼에도 산업별 노동조합의 지회 등을 마치 산업별 노동조합 내부에 존재하는 별개의 노동조합과 같이 취급하는 것은 기본적으로 단위노동조합의 성질에는 부합하지 않는다. 게다가 노동조합으로서의 실질을 인정하려면 단지 근로자로 구성된 조직이라는 단체성이 있는 것만으로는 부족하고 대외적인 독립성 내지 자주성까지 갖추고 있어야 할 것인데, 산업별 노동조합의 지회 등이 산업별 노동조합에 대한 관계에서 그러한 독립성을 유지하고 있는 경우는 거의 없을 것이다. 외관상 산업별 노동조합의 지회 등이 어느 정도 독립적으로 활동하는 것처럼 보이더라도 이는 대체로 노동조합으로서의 실질보다는 단체성과 관련 있는 재산관계 혹은 고유의 내부적인 사항에 국한된 것일 뿐, 통상적인 경우 산업별 노동조합의 지회 등이 산업별 노동조합의 통제에서 벗어나 독립적인 노동조합처럼 활동할 수 없다는 점은 단위노동조합인 산업별 노동조합의 법적 성질상 별다른 의문이 들지 않는다.

이는 기업별 노동조합이 조직형태의 변경 절차를 거쳐 산업별 노동조합의 지회 등으



로 편입된 경우에도 다르지 않다. 기업별 노동조합이 산업별 노동조합의 하부조직으로 편입되는 길을 택한다는 것은, 스스로 독립된 노동조합의 지위를 포기하고 산업별 노동조합의 조직 통제를 전적으로 수용하면서 단체교섭권 등 원래 보유하고 있던 권한을 산업별 노동조합에 이양한다는 의사를 대내외적으로 표시하는 것이기 때문이다. 그러므로 기업별 노동조합이 조직형태의 변경을 통하여 산업별 노동조합의 지회 등으로 편입된 것인지 여부는 그 지회 등이 조직형태의 변경 주체가 될 수 있는지를 판단할 때 특별히 고려할 만한 사정이 되지 못한다.

한편 노동조합의 조직형태의 변경은 조합원관계의 변동을 수반한다. 예를 들어, 기업별 노동조합이 조직형태의 변경을 통하여 산업별 노동조합의 지회 등으로 편입되는 경우 기업별 노동조합의 조합원인 근로자는 산업별 노동조합과 조합원관계를 형성하게 된다. 즉 기존의 조합원은 산업별 노동조합의 구성원 신분을 취득하고 그 대신 기업별 노동조합의 구성원 신분을 상실하게 되는 것이 원칙적인 모습이다. 기업별 노동조합이 이와 같이 조합원관계의 변동을 초래하는 조직형태의 변경을 결의할 수 있는 근거는 노동조합이라는 점 외에도 구성원인 근로자와 원래 조합원관계가 있었다는 데에서도 찾을 수 있다. 노동조합이 아무런 관계도 없는 근로자의 조합원으로서의 소속·신분을 결정할 권한은 없기 때문이다.

반면 산업별 노동조합에서 그 구성원인 근로자는 어디까지나 산업별 노동조합과 조합원관계를 맺고 있을 뿐, 산업별 노동조합의 지회 등에 소속된 조합원의 지위를 겸유하지는 않는 것이 보통이다. 이러한 경우 산업별 노동조합의 지회 등이 조합원관계도 없는 근로자의 조합원으로서의 소속·신분을 변동시키는 조직형태의 변경을 결의할 수 없음은 당연하다.

나아가 조직형태의 변경 주체가 되는 노동조합과 단순한 근로자단체를 구분 짓는 본질적인 요소 중의 하나는 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이라고 할 수 있다. 어느 근로자단체가 노동조합으로서의 실질을 갖추고 있다고 평가하려면 독자적으로 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결할 수 있는 경우이어야 하며, 이는 산업별 노동조합의 지회 등에 있어서도 마찬가지이다. 복수노조에 관한 사안이기는 하나, 다수의견도 인용하고 있는 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두5361 판결 등은 산업별 노동조합의 하부조직 중 위와 같은 능력이 있는 지회 등인 경우에 한하여 기업별 노동조합과 준하여 볼 수 있음을 밝히고 있는데, 적용 국면이 다를 수는 있어도 '노동조합'으로 평가할 수 있는지가 동일하게 문제 된다는 차원에서 그 취지를 조직형태의 변경에도 참고할 수 있을 것이다.

그와 달리 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 전혀 없거나 이러한 능력 있는 상급단체 등의 위임을 받아 비로소 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결할 수 있는 정도에 그친다면 근로자단체가 될 수는 있을지언정 노동조합으로서의 실질이 있다고 하기는 어렵다. 일반적으로 산업별 노동조합의 지회 등이 그 전형적인 경우에 해당할 것이다.

위와 같이 산업별 노동조합 내에서 산업별 노동조합의 지회 등이 차지하는 위치 내지 산업별 노동조합과의 관계, 근로자와의 조합원관계, 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력 등 노동조합으로서의 실질에 관한 여러 사정에 비추어 보면, 산업별 노동조합에서 조직형태의 변경을 결의할 수 있는 주체는 단위노동조합인 산업별 노동조합일 뿐이고, 그 하부조직에 불과한 산업별 노동조합의 지회 등이 산업별 노동조합의 통제를 무시한 채 독자적으로 조직형태의 변경을 결의하는 것은 원칙적으로 불가능하다고 보아야 한다. 그러한 결의는 개별 조합원들의 산업별 노동조합 탈퇴의 의사표시에 불과하거나 새로운 노동조합의 설립 결의일 뿐이어서, 여기에 노동조합의 조직형태의 변경이나 그에 준하는 법적 효과를 부여할 수는 없다.

다만 산업별 노동조합의 지회 등이 산업별 노동조합과는 별도로 근로자와 조합원관계를 형성하고 산업별 노동조합이나 다른 하부조직과 구별되는 독자적인 규약 및 의사결정기관과 집행기관을 갖춘 독립된 조직체로 활동하면서 해당 지회 등이나 조합원의 고유한 사항에 관하여 독자적으로 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결할 능력을 보유하여 노동조합으로서의 실질이 있는 경우에는, 그러한 산업별 노동조합은 외형과 달리 개별 노동조합과 다른없는 지회 등의 연합단체로서의 성격이 혼합되어 있다고 할 수 있는 만큼, 이러한 산업별 노동조합의 지회 등은 자체 결의를 통하여 연합단체에서 탈퇴할 수 있고, 그것이 조직형태의 변경 결의 형식으로 이루어졌다고 하더라도 탈퇴의 효과가 발생한다고 해석할 여지는 있다.

그리고 산업별 노동조합의 지회 등이 예외적으로 노동조합으로서의 실질이 있는지를 판단함에 있어서는, 산업별 노동조합의 조직 구성, 산업별 노동조합과 지회 등의 규약 내용, 규약의 형식 및 운영 현실 사이의 괴리 유무, 단체교섭과 단체협약체결의 실태, 산업별 노동조합의 지회 등에 대한 통제의 정도 등의 제반 요소를 종합적으로 살펴보아야 한다. 물론, 그러한 예외적인 사정이 존재한다는 점은 이를 주장하는 측에서 증명하여야 할 것이다.

요컨대 근로자와 조합원관계를 형성하고 해당 지회 등이나 조합원의 고유한 사항에 관하여 독자적으로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 능력이 있다는 점이 증명되지 아니하는 산업별 노동조합의 지회 등은 조직형태의 변경 주체가 될 수 없다.

이와 다른 다수의견에는 동의할 수 없다.

- 다. 다수의견은 일반적인 근로자단체도 정관 개정 등을 통하여 그 목적에 노동조합 활동을 추가함으로써 노동조합의 실질을 갖추 수 있는 점 등을 들어 근로자단체로서 법인 아닌 사단의 실질과 독립성이 있는 산업별 노동조합의 지회 등은 조직형태의 변경 주체가 될 수 있다고 한다.

그러나 어떠한 근로자단체, 예컨대 사우회(社友會)가 명칭 변경, 정관 변경, 소속·상급단체 변경, 내부 조직 정비 등의 방식으로 대내외적인 변동을 거치는 모든 유형의



변화가 노동조합의 조직형태의 변경에 해당하는 것은 아니므로, 양자는 엄밀히 구분하지 않으면 안 된다. 노동조합의 조직형태의 변경이란 노동조합이 기존에 존재하던 조합원관계를 변동시키는 것을 의미한다. 따라서 일반적인 근로자단체가 그 목적에 노동조합 활동을 추가하는 정관 개정의 결의를 하거나 조직을 노동조합으로 변경하는 결의를 하는 것은 노동조합법이 예정한 조직형태의 변경이 아니라 새로운 노동조합의 설립 결의가 될 수 있을 뿐이다. 이는 산업별 노동조합의 지회 등의 경우에도 마찬가지이다.

특히 어떠한 조직을 법인 아닌 사단의 실질이 있는 근로자단체로 인정하기 위한 핵심적인 징표 중의 하나는 독립성 내지 독자성이라고 할 수 있으므로, 산업별 노동조합을 구성하는 하부조직에 불과한 그 지회 등을 산업별 노동조합과 구분되는 법인 아닌 사단으로 취급함에는 극히 신중하여야 한다. 산업별 노동조합의 지회 등의 독자적인 활동은 산업별 노동조합의 규약이 정한 바나 산업별 노동조합의 결정에 따라 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이고 자체 규약 및 총회 등의 기구와 지회장 등의 임원도 어디까지나 산업별 노동조합의 조직 관리의 필요성 차원에서 마련되어 있는 것이지 지회 등만의 독립된 규율 및 의사결정과 집행을 위해서가 아니므로, 그 지회 등을 독립성이 있는 법인 아닌 사단이라고 평가할 수 없다.

라. 더 나아가 현실적·정책적인 측면에서도 산업별 노동조합의 지회 등이 조직형태의 변경 절차를 거쳐 기업별 노동조합으로 전환하는 것을 허용할 필요성은 크지 않다. 오히려 상당한 부작용을 유발할 우려가 있다.

조직형태의 변경을 긍정하는 것만이 근로자의 단결권을 보장하는 유일한 방안은 아니다. 산업별 노동조합의 정책·방침이나 노선, 지회 등과의 관계를 둘러싸고 내부적인 분쟁이 발생할 수는 있으나, 이러한 분쟁은 산업별 노동조합이라는 틀 아래에서 자율적으로 해결하는 것이 바람직하며, 그것이 여의치 않을 경우에도 근로자가 산업별 노동조합을 탈퇴한 뒤 그 테두리 밖에서 새로운 노동조합 설립이나 다른 노동조합 가입 등 다양한 방법으로 단결권의 실현을 도모할 길은 여전히 열려 있다. 다수의 견의 지적과 같이 복수노조가 금지되던 당시에도 하나의 사업장 내에 산업별 노동조합과 기업별 노동조합의 양립이 불가능하였던 것은 아니기도 하거니와 복수노조가 금지되지 아니하는 현재의 상황에서는 더욱 그러하다. 때문에 그동안 산업별 노동조합의 지원을 받아 기업 내 근로조건 향상과 단체 활동 여건의 강화 등 이익을 누린 조합원들이 산업별 노동조합의 탈퇴에 반대하는 조합원들이 있음에도 재산 귀속 문제 등의 일부 이해관계에 치중하여 산업별 노동조합의 지회를 소멸시키면서까지 산업별 노동조합에서 집단 이탈하려는 태도를 무리한 해석을 통하여 허용할 이유는 없는 것이다.

아울러 산업별 노동조합 체제는 초기업적 운영에 따라 노동조합 간부들과 사용자의 유착을 방지하는 한편 재정적 부담을 완화하는 등 노동조합의 자주성을 제고하고 단

체교섭에 소요되는 비용을 절감하며 기업 간, 정규직과 비정규직 간 임금격차의 해소 등 산업별 근로조건의 균등화를 달성하는 데 적합한 장점이 있다. 다수의견처럼 산업별 노동조합의 지회 등이 조직형태의 변경 절차를 거쳐 기업별 노동조합으로 전환하는 것을 폭넓게 허용하면 산업별 노동조합 체제의 의미 있는 장점을 살릴 수 없는 결과를 야기하고 앞서 언급한 산업별 노동조합 체제의 정립이라는 입법 목적과도 조화를 이루기 어렵게 될 수 있다.

무엇보다도 산업별 노동조합의 지회 등의 조직형태의 변경을 인정하는 것은 노동조합에 대한 사용자의 지배·개입 수단으로 악용될 소지가 있다는 우려를 떨칠 수 없다. 달리 말하면 사용자가 대립관계에 있는 산업별 노동조합을 축출하고 우호적인 기업별 노동조합의 설립을 유도하고자 산업별 노동조합의 지회 등이 조직형태의 변경을 통하여 기업별 노동조합으로 전환하는 것을 은밀하게 지원할 가능성이 적지 않다는 점이다. 이것이 노동조합법 제81조 제4호가 금지하는 부당노동행위에 해당함은 더 말할 나위도 없다.

이상과 같은 이유에서라도 산업별 노동조합의 지회 등의 조직형태의 변경을 허용하지 않는 것이 타당하다.

마. 이제 이 사건으로 돌아와 본다.

원심판결 이유 및 기록에 의하면, (1) 발레오만도지회로 조직형태를 변경하여 전국금속노동조합에 편입된 발레오만도노동조합은 원래 만도기계노동조합 경주지부였는데, 만도기계노동조합 경주지부는 장차 설립될 전국금속노동조합에 편입하기 위한 잠정적·과도기적 조치로서 매우 짧은 기간 동안만 발레오만도노동조합이라는 기업별 노동조합의 형태를 취하였던 것에 불과하여, 실제로는 독립된 노동조합이 아닌 만도기계노동조합 경주지부가 전국금속노동조합에 편입된 셈이나 마찬가지인 점, (2) 발레오만도지회의 규칙은 발레오만도노동조합의 규약과는 차이가 있는 데 반하여, 전국금속노동조합의 모범 지회 규칙을 거의 그대로 받아들인 것이어서 그와 대부분의 내용이 동일하며, 심지어 발레오만도지회의 규칙 부칙 제4조에서는 “조합(전국금속노동조합) 중앙위원회 의결사항이 있을 시 의결사항에 준하여 시행하며 지회(발레오만도지회)는 지회 총회 또는 대의원회의(대의원대회)에 보고하고 지회 규칙을 자동 개정한다.”라고 규정하고 있는 등 발레오만도지회가 전국금속노동조합 및 그 산하 다른 지회 등과 구분되는 독자적인 규약을 갖추었다고 하기는 어려운 데다가, 총회 등의 기구와 지회장 등의 임원 역시 모두 전국금속노동조합의 모범 지회 규칙에서 정하고 있는 내용인 점, (3) 단체교섭이나 단체협약의 체결은 전국금속노동조합의 주관 아래 이루어졌을 뿐, 발레오만도지회가 독자적으로 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결하는 등 독립된 활동을 하였다고 보이지도 아니하는 점 등의 여러 사정을 알 수 있다.

이를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 발레오만도지회는 노동조합으로서의 실질이





있는 단체라고 할 수 없고, 따라서 이 사건 각 결의는 모두 무효라고 할 것이다. 설령 다수의견을 따르더라도 발레오만도지회가 '독자적인 규약과 집행기관을 갖추고 독립한 단체로서 활동한 경우'라고 할 수 없는 이상, 이러한 결론이 달라질 수는 없다고 보아야 한다. 특히 이 사건에서는 발레오만도지회가 피고 노동조합으로 조직형태를 변경함에 있어 사용자 측이 자신에게 우호적인 조직형태의 변경 추진 세력을 부당하게 지원하였다는 의혹이 제기되고 있는 사정도 고려되어야 할 것이다.

그렇다면 같은 취지의 원심판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 심리를 다하지 아니한 채 산업별 노동조합의 지회 등의 조직형태의 변경 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 그리고 이 사건 각 결의가 조직형태의 변경 결의로서의 효력은 없어도 새로운 기업별 노동조합의 설립 결의로서의 효력이 있다는 등의 상고이유 주장은 모두 상고이유서 제출기간이 지난 후에 제기된 것으로서 적법한 상고이유가 되지 못한다.

그러므로 피고 노동조합의 상고를 기각하는 것이 옳다.

이상과 같이 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다. (이하 생략<sup>32)</sup>)

대법원장 양승태(재판장), 이인복, 이상훈, 김용덕, 박보영, 고영한, 김창석, 김신, 김소영  
(주심), 조희대, 권순일, 박상옥, 이기택,

32) 이하에는 '6. 다수의견에 대한 대법관 김용덕의 보충의견', '7. 다수의견에 대한 대법관 이기택의 보충의견', '8. 반대의견에 대한 대법관 김신의 보충의견'이 추가로 있으나, 지면관계상 생략함

☞ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2013두12331 판결

» 요 지 «

AB지회가 산업별 노동조합인 전국○○노동조합의 지회로서 단체교섭 및 단체협약체결 능력을 가지고 있지 아니하더라도 그 설치 경위, 정관·규약 내용, 관리·운영 실태 및 구체적인 활동 내용에 비추어 볼 때 기업별 노동조합과 유사한 근로자단체로서 법인 아닌 사단의 실질을 가지고 있어 독립성이 있었다고 인정되는 경우에는 이 사건 규정에서 정한 조직형태 변경 결의에 의하여 전국○○노동조합에 속한 지회 등의 지위에서 벗어나 독립한 기업별 노동조합의 조직을 갖추 수 있을 것이다. 따라서 단지 그와 같은 조직형태 변경 결의라는 이유만으로 이 사건 조직형태 변경 결의가 무효라고 단정할 수 없고, 조직형태 변경이 유효함을 전제로 이루어진 이 사건 임원 선출 결의 역시 무효라고 단정할 수는 없을 것이다.

그럼에도 원심은, AB지회가 노동조합 유사의 독립한 근로자단체로서 법인 아닌 사단의 실질을 갖추고 있었는지 등에 관한 사정을 제대로 살피지 아니한 채 AB지회가 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 있는 독립된 노동조합이라고 할 수 없어 노동조합 조직형태 변경의 주체가 될 수 없다는 이유로 이 사건 조직형태 변경 결의가 무효라고 단정하고, 조직형태 변경이 유효함을 전제로 이루어진 이 사건 임원 선출 결의 역시 무효라고 판단하였으니, 원심판결에는 산업별 노동조합 지회 등의 조직형태 변경에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 제대로 하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

- \* 원고, 피상고인 겸 상고인 : 1. A ~ 26. Z
- \* 피고, 상고인 겸 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인, 상고인 : 발레오전장시스템스코리아 주식회사
- \* 원심판결 : 서울고법 2013.5.30. 선고 2012누1251 판결

» 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

» 이 유 «

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

1. 피고와 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)의 상고이유에 대하여

가. 노동조합이 설립되어 존속하고 있는 도중에 재적조합원 과반수의 출석과 출석조합원

2/3 이상의 찬성에 의한 총회의 의결을 거쳐 노동조합의 조직형태를 변경하는 것을 허용하고 있는 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노동조합법’이라 한다) 제16조 제1항제8호 및 제2항(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)은 노동조합법에 의하여 설립된 노동조합을 그 대상으로 삼고 있어 노동조합의 단순한 내부적인 조직이나 기구에 대하여는 적용되지 아니하지만, 산업별 노동조합의 지회 등이라 하더라도 그 외형과 달리 실질적으로 하나의 기업 소속 근로자를 조직대상으로 하여 구성되어 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 있는 노동조합의 실체를 가진 단체에 해당하거나 그러한 능력이 없는 노동조합 유사의 독립한 근로자단체로서 법인 아닌 사단에 해당하는 경우에는 이 사건 규정에서 정한 요건을 갖춘 자주적·민주적인 총회 결의를 통하여 그 소속을 변경하고 독립한 기업별 노동조합으로 전환할 수 있다고 보아야 한다. 다만 산업별 노동조합의 지회 등이 산업별 노동조합의 활동을 위한 내부적인 조직에 그친다면 그와 같은 결의를 허용할 수 없을 것이므로, 먼저 독자적인 노동조합 또는 노동조합 유사의 독립한 근로자단체로서의 실질을 갖추고 있는지에 관하여 신중하게 심리·판단하여야 한다(대법원 2016.2.19. 선고 2012다96120 전원합의체 판결 참조).

- 나. 원심판결 이유에 의하면, ① 산업별 노동조합인 전국○○노동조합에 편입된 전국○○노동조합 경주지부 AB지회(이하 ‘AB지회’라 한다)는 2010.5.19. 및 2010.6.7. 두 차례에 걸쳐 총회를 개최하여 그 조직형태를 기업별 노동조합인 AA노동조합으로 변경하고 규약을 제정하며, AC을 위원장으로 선출하는 등 임원을 선출하는 내용의 결의(이하 위 변경 결의를 ‘이 사건 조직형태 변경 결의’, 위 선출 결의를 ‘이 사건 임원 선출 결의’라 한다)를 거듭한 사실, ② 참가인은 원고들에 대한 징계를 위한 징계위원회를 구성하고자 AB지회와의 단체협약에 따라 AA노동조합에 근로자 측 징계위원 5명의 명단을 통보하여 줄 것을 요청하였고, AC으로부터 그 명단을 통보받아 사용자 측 징계위원 5명과 함께 징계위원회를 구성한 사실, ③ 그 후 참가인은 징계위원회의 의결에 따라 2010.7.말경 원고들에게 해고 또는 정직 3월의 징계처분결과를 통지한 사실 등을 알 수 있다.

이와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, AB지회가 산업별 노동조합인 전국○○노동조합의 지회로서 단체교섭 및 단체협약체결 능력을 가지고 있지 아니하더라도 그 설치 경위, 정관·규약 내용, 관리·운영 실태 및 구체적인 활동 내용에 비추어 볼 때 기업별 노동조합과 유사한 근로자단체로서 법인 아닌 사단의 실질을 가지고 있어 독립성이 있었다고 인정되는 경우에는 이 사건 규정에서 정한 조직형태 변경 결의에 의하여 전국○○노동조합에 속한 지회 등의 지위에서 벗어나 독립한 기업별 노동조합의 조직을 갖출 수 있을 것이다. 따라서 단지 그와 같은 조직형태 변경 결의라는 이유만으로 이 사건 조직형태 변경 결의가 무효라고 단정할 수 없고, 조직형태 변경이 유효함을 전제로 이루어진 이 사건 임원 선출 결의 역시 무효라고 단정할 수는 없을 것이다.

- 다. 그럼에도 원심은, AB지회가 노동조합 유사의 독립한 근로자단체로서 법인 아닌 사

단의 실질을 갖추고 있었는지 등에 관한 사정을 제대로 살피지 아니한 채 AB지회가 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 있는 독립된 노동조합이라고 할 수 없어 노동조합 조직형태 변경의 주체가 될 수 없다는 이유로 이 사건 조직형태 변경 결의가 무효라고 단정하고, 조직형태 변경이 유효함을 전제로 이루어진 이 사건 임원 선출 결의 역시 무효라고 판단하였으니, 원심판결에는 산업별 노동조합 지회 등의 조직형태 변경에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 제대로 하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

## 2. 원고들의 상고이유에 대하여

가. 사용자가 근로자에 대하여 해고나 정직 등 징계처분을 함에 있어서 표면적으로 내세우는 징계사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 징계처분을 한 것으로 인정되는 경우에는 그 징계처분은 부당노동행위에 해당한다고 보아야 한다. 이때 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 징계사유로 한 것인지는 사용자 측이 내세우는 징계사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 징계처분을 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종 사례에서의 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래 관행에의 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 그 밖에 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교·검토하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2000.4.11. 선고 99두2963 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유와 기록에 의하면, ① AB지회는 참가인이 경비업무 일부를 용역회사에 맡긴 것에 반발하여 2010.2.9.부터 2010.2.12.까지 태업을 하였고, 참가인이 이에 대항하여 2010.2.16.부터 공장 전체에 AB지회 조합원들의 출입을 금지하는 직장폐쇄를 실시하자, 이후 AB지회 조합원들은 공장에 들어가거나 집회를 개최하는 등 AB지회와 참가인 사이의 관계가 악화된 사실, ② 참가인과 노무법인 ○○컨설팅(이하 ‘○○컨설팅’이라 한다)과 사이에 2010.4.16.자로, 참가인의 노사관계 관련 문제를 ‘현안’이라 지칭하면서 ○○컨설팅이 향후 5개월 동안 참가인에게 노사관계와 관련된 제반 사항에 관한 자문을 제공하고, 참가인은 ○○컨설팅에 매월 보수를 지급하되 ‘상생의 노사관계가 정착된 경우’ 성공보수를 따로 지급하기로 하는 내용의 컨설팅 계약서가 작성된 사실, ③ ○○컨설팅은 2010.3.30.자로 ‘쟁의행위 전략회의’라는 문건을, 2010.4.6.자로 ‘쟁의행위 대응 전략회의’라는 문건을 작성하였는데, 그 문건들은 참가인이 직장폐쇄를 유지하면서 협력적인 노사관계의 구축을 위하여 AB지회의 조합원 수가 감소하도록 조합원들의 탈퇴를 유도하고 AB지회의 조직형태를 기업별 노동조합으로 변경하는 방안을 추진하는 것을 내용으로 하는 것이었으며, ○○컨설팅은 이후 4차례에 걸쳐 이와 같은 방안을 보다 구체화하여 AB지회 집행부의 불신임 결의가 이루어지도록 함으로써 새로운 집행부를 구성하거나 AB지회의 조직형태를 기업별 노동조합으로 변경하는 구체적인 절차까지를 내용으로 담은 ‘쟁의행위 대응 전략회의’라는 문건을 작성한 사실, ④ AB지회의 일부 조합원들은 AC 등을 대표로



하여 2010.4.20. '조합원을 위한 조합원들의 모임'을 조직하였고, 이들이 주축이 되고 AB지회로부터 이탈한 조합원들이 합세하여 앞서 본 바와 같이 2010.5.19. 및 2010.6.7. AB지회의 조직형태를 기업별 노동조합인 AA노동조합으로 변경하는 이 사건 조직형태 변경 결의 등이 이루어졌으며, 이어 2010.7.말경 원고들에 대한 해고 및 정직의 징계처분이 행하여진 사실 등을 알 수 있다.

이와 같은 사실관계에서 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 AB지회와 참가인의 관계가 태업과 그에 이은 직장폐쇄 등으로 악화되어 있었던 점, 참가인과 ○○컨설팅 사이의 계약 내용이나 ○○컨설팅이 작성한 문서들의 내용이 AB지회의 무력화 또는 기업별 노동조합으로의 조직형태 변경을 목표로 한 것으로 볼 여지도 있는 점, 원고들에 대한 징계처분을 한 시기가 AB지회의 조직형태를 기업별 노동조합으로 변경한 직후인 점 등의 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고들에 대한 징계처분은 실질적으로는 원고들의 노동조합 활동을 이유로 한 것으로 볼 여지가 없지 아니하다. 그렇다면 원심으로서 원고들에 대한 징계처분에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부 및 종래 관행에의 부합 여부, 참가인의 조합원에 대한 언동이나 태도, 그밖에 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등에 대하여 보다 구체적으로 심리하여, 원고들에 대한 징계처분이 실질적으로는 원고들의 노동조합 활동을 이유로 한 것으로 인정할 수 있는지를 판단하였어야 할 것이다.

그리고 노동조합법 제81조제4호는 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위'를 부당노동행위로 규정하여 이를 금지하고 있다. 이 사건 사실관계가 앞서 본 바와 같다면, 원심으로서 그와 같은 일련의 과정을 거쳐 행하여진 원고들에 대한 징계처분이 AB지회 조합원이나 노동조합 활동에 미쳤거나 미칠 수 있는 영향, 그 밖에 참가인의 지배·개입의 부당노동행위 해당 여부를 가리는데 전제가 되는 전후 상황 등을 면밀히 심리하여, 참가인에게 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 그에 개입하려는 의사가 있었던 것으로 추단되는지를 판단하였어야 할 것이다.

다. 그럼에도 원심은 이에 이르지 아니한 채 단지 그 판시와 같은 사정만으로 원고들에 대한 징계처분이 부당노동행위에 해당하지 아니 한다고 판단하였으니, 원심 판결에는 부당노동행위에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 제대로 하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

### 3. 결 론

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

대법관 조희대(재판장), 이상훈(주심), 김창석, 박상욱

## 1.4 부당노동행위 주체로서의 사용자의 범위

☞ 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결★ <sup>33)</sup>

### » 요 지 «

1. 부당노동행위의 예방·제거는 노동위원회의 구제명령을 통해서 이루어지는 것이므로, 구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서는 부당노동행위의 주체로서 구제명령의 대상자인 사용자에게 해당한다고 볼 수 있다.
2. 노동조합 및 노동관계조정법 제81조제4호는 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’등을 부당노동행위로 규정하고 있고, 이는 단결권을 침해하는 행위를 부당노동행위로서 배제·시정하여 정상적인 노사관계를 회복하는 것을 목적으로 하고 있으므로, 그 지배·개입 주체로서의 사용자인지 여부도 당해 구제신청의 내용, 그 사용자가 근로관계에 관여하고 있는 구체적 형태, 근로관계에 미치는 실질적인 영향력 내지 지배력의 유무 및 행사의 정도 등을 종합하여 결정하여야 할 것이다.
3. 따라서 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 법 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다.

\* 원고, 상 고 인 : ○○중공업 주식회사

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

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

33) 본 판결의 원문은 ‘주제별 노동판례 330선’ 제1부 제2장 사용자 176쪽에 기재되어 있음



## 1.5 노동조합법 제82조 제2항의 계속하는 행위의 의미

☞ 대법원 2014. 5. 29. 선고 2011두24040 판결

### » 요 지 «

노동조합 및 노동관계조정법 제82조제2항에 의하면, 부당노동행위에 대한 구제신청은 부당노동행위가 있는 날 또는 그 행위가 계속하는 행위인 때에는 그 종료일로부터 3월 이내에 하여야 한다. 여기서 '계속하는 행위'란 1개의 행위가 바로 완결되지 않고 일정 기간 계속되는 경우뿐만 아니라 수 개의 행위라도 각 행위 사이에 부당노동행위 의사의 단일성, 행위의 동일성·동종성, 시간적 연속성이 인정될 경우도 포함한다.

\* 원고, 상 고 인 : A

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : B개발원

\* 원심판결 : 서울고법 2011. 8. 17. 선고 2010누43176 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후에 제출된 준비서면 등의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 연구과제에서의 배제 및 대외활동 금지 등(원심 판시 불이익 ②, ⑤, ⑥, ⑧, ⑨, ⑩, ⑪)이 '계속하는 행위'에 해당하는지 여부에 관하여

가. 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라고 한다) 제82조제2항에 의하면, 부당노동행위에 대한 구제신청은 부당노동행위가 있는 날 또는 그 행위가 계속하는 행위인 때에는 그 종료일로부터 3월 이내에 하여야 한다. 여기서 '계속하는 행위'란 1개의 행위가 바로 완결되지 않고 일정 기간 계속되는 경우뿐만 아니라 수 개의 행위라도 각 행위 사이에 부당노동행위 의사의 단일성, 행위의 동일성·동종성, 시간적 연속성이 인정될 경우도 포함한다.

나. 원심판결 이유에 의하면 원심은, 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다)이 원고에게 평가상 불이익을 줌으로써 금전적 불이익을 주고 나아가 원고를 퇴출시킬 목적에서

원심 판시 불이익 ②, ⑤, ⑥, ⑧, ⑨, ⑩, ⑪과 같은 행위를 하였다고 인정할 증거가 없고, 위 각 행위 사이의 시간적 간격 등에 비추어 볼 때 제1심이 계속하는 행위로 인정한 부분을 제외하고는 위 각 행위를 계속하는 행위로 볼 수 없다고 판단하였다.

위 법리에 비추어 살펴보면 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 계속하는 행위에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

한편 특정 연구 과제를 위한 연구진을 구성함에 있어 원고를 연구진에서 배제한 경우에 그 행위는 그 자체로 완결되고, 그 이후에는 그 행위로 인한 상태 또는 효과가 지속되는 것에 불과하다고 보아야 한다. 따라서 원고의 이 부분 주장에 관하여 원심이 판단을 누락하였다고 하더라도 이는 판결 결과에 아무런 영향이 없다.

2. ‘기후변화협약 대비를 위한 환경친화적 해운물류 발전방안’ 및 ‘해운산업의 뉴패러다임 구축과 신성장동력 확보방안 연구’에서의 배제(원심 판시 불이익 ⑤)에 대한 각 구제신청의 제척기간 도과 여부에 관하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 위 연구과제들에 관한 연구진 구성은 해당 연구원들이 연구과제 착수보고서에 기명날인한 시점에 확정되는데, 위 연구과제들에 관한 연구진 구성에서 원고를 배제시킨 것에 대한 원고의 구제신청은 위 연구과제들에 관한 연구진 구성이 확정된 시점으로부터 노동조합법 제82조제2항이 정한 제척기간을 도과하여 제기되었다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

3. 2007년 및 2008년 종합평가에서의 평가등급 하락(원심 판시 불이익 ①, ⑦)에 대한 각 구제신청의 제척기간 도과 여부에 관하여

가. 부당노동행위에 대한 행정적 구제절차에서 그 심사대상은 구제신청의 대상이 된 부당노동행위를 구성하는 구체적 사실에 한정되므로, 부당노동행위에 대한 구제신청기간의 도과 여부는 근로자가 부당노동행위라고 주장하는 구체적 사실을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 1996. 8. 23. 선고 95누11238 판결 참조).

나. 원심이 인용한 제1심판결에 의하면, 제1심은 그 채택 증거를 종합하여 원고가 2007년 및 2008년 각 종합평가에서 참가인이 원고에게 부당한 등급을 부여하는 부당노동행위를 하였다고 주장하면서 서울지방노동위원회에 이 사건 구제신청을 하였고, 이에 서울지방노동위원회가 이 사건 구제신청은 위 각 종합평가가 있었던 날로부터 노동조합법 제82조제2항에서 정한 제척기간을 도과하여 제기되었다는 이유로 이를 각하하였으며, 중앙노동위원회도 같은 취지로 원고의 재심신청을 기각하는 이 사건 재심판정을 한 사실을 인정한 다음, 2007년 및 2008년 종합평가 부분에 대한 원고의





각 구제신청이 제척기간을 도과하여 제기된 것으로 본 이 사건 재심판정은 적법하다고 판단하였다.

위와 같은 사실관계를 위 법리에 비추어 보면, 원심이 평가등급 하락에 따른 임금상 불이익은 평가등급 하락의 단순한 사후적인 정산에 불과하다고 설시한 부분은 적절하지 아니하지만, 2007년 및 2008년 각 종합평가 부분에 대한 이 사건 재심판정이 적법하다고 본 원심의 결론은 정당하고, 거기에 불이익처분의 기산일에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

#### 4. 연구과제에서의 배제가 부당노동행위에 해당하는지에 관하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 참가인의 전 원장 등이 원고의 노동조합 활동에 대한 보복으로서 원고를 연구과제 참여에서 배제시켰다고 인정할 증거가 없다고 하여 이에 관한 원고의 주장을 배척하였는바, 거기에 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

#### 5. 결 론

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

대법관 박보영(재판장), 민일영(주심), 이인복, 김신

## 2. 불이익취급

### 2.1 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위의 의미

☞ 대법원 1999. 11. 9. 선고 99두4273 판결

#### » 요 지 «

1. 택시회사의 근로자가 운행 중인 택시기사들에게 무선호출마이크로 상무의 도박 등의 비행을 폭로하는 방송을 하고, 이를 징계하려는 이사들에게 폭언하고, '교통사고합의 과정에 참여한 상무가 가해자들로부터 받은 합의금 일부를 횡령하였다.'는 취지로 회사의 상무이사를 고소한 데 이어 이 사실을 신문에 제보하는 한편 노동조합 휴게실의 흑판에 조합장의 무선호출기 설치사업에 관련된 자금지출내역의 공개를 요구하는 글을 쓰고, 게시판에 '대기기사 수입이 지나치게 적어 생계에 지장이 있으므로 회사가 이를 시정하여 달라'는 취지의 서면을 부착한 사안에서 휴게실에 위와 같은 글을 쓰고 서면을 부착한 행위는 근로자의 정당한 활동범위에 속하고, 다른 비위행위는 그 경위 등에 비추어 근로관계를 계속할 수 없을 정도의 중대한 사유로 보기 어렵다는 이유로 그에 대한 해고처분이 징계재량권을 일탈하여 위법하다.
2. 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서는 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자 측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래의 관행에 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 한다.
3. 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호 소정의 '노동조합의 업무를 위한 정당한 행위'란 일반적으로는 노동조합의 정당한 활동을 가리키나, 조합원이 조합의 결의나 구체적인 지시에 따라서 한 노동조합의 조직적인 활동 그 자체가 아닐지라도 그 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수 있을 때에는 그 조합원의 행위를 노동조합의 업무를 위한 행위로 보아야 한다.

\* 원 고 : 홍○○

\* 피 고 : 중앙노동위원회위원장



\* 피고보조참가인 : ○○택시 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 1999. 2. 4. 98누11702 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고 보조참가인의, 그 나머지 부분은 피고의 각 부담으로 한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 피고 및 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)의 상고이유 제1점에 대하여 원심판결이유에 의하면, 원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 원고가 1997. 7. 13. 동료 운전기사인 박○○와 함께 참가인 회사 노동조합의 무선호출실에 들어가 운행 중인 차량을 상대로 방송을 하고 그 직후에 참가인 회사의 상무이사인 이○○의 숙소에서 찾아간 것은 사실이나, 이는 그 동안 일부 운전기사들과 함께 자신의 숙소에서 종종 도박을 하고 자신의 마음에 들지 않는 운전기사들에게는 배차상의 불이익을 주어 온 이○○의 태도를 지적하고자 함이었고, 방송한 시간이 3-4분에 불과하였으며, 방송한 내용이나 이○○ 숙소에서 가서 말한 내용도 도박의 중지나 공정한 배차를 촉구하는 것이었고, 그 후 참가인이 위 사건을 이유로 원고와 박○○를 징계에 회부하려 하자, 이 사실을 알게 된 원고가 같은 해 8. 14. 박○○와 함께 회사 임원 및 세무사 등이 모여 세금문제를 협의하고 있는 회사 사무실에 쳐들어가, 징계철회를 요구한 후 거절당하자 이○○와 엄○○ 이사에게 폭언을 한 것은 사실이나, 당시 원고가 술을 마신 상태이거나 속옷만을 입은 상태는 아니었으며, 원고가 같은 해 9. 10. '교통사고를 당한 운전기사들을 위하여 합의과정에 참여한 후 가해자들로부터 받아낸 합의금의 일부를 횡령하였다.'는 혐의로 이○○를 고소한 데 이어 노동자신문에 이 사실을 제보하여 그 신문에 보도되게 한 것은 사실이나, 그 후 이○○가 횡령죄에 관한 유죄판결을 받음으로써 위 고소 및 제보 내용이 진실로 밝혀졌고, 원고가 같은 해 9.경 노동조합 휴게실의 흑판에 조합장인 이○○에게 무선호출기 설치사업과 관련된 자금지출 내역의 공개를 요구하는 글을 쓰고, 게시판에 '대기 기사 수와 차량 대수 및 차량당 월 운행 일수를 산술적으로 비교할 경우 대기기사의 월 근무일수는 개인택시면허 발급요건에 미달되며 월 수입금액도 지나치게 적어 생계에 지장이 있으므로 회사가 이를 시정하여 달라'는 취지의 서면을 부착한 것은 사실이나, 이는 이○○이 3천만 원 가량의 조합예산을 들여 시행한 무선호출기 설치 사업과 관련하여 다수의 조합원들로부터 의혹이 제기되었고, 참가인이 대기기사를 과다하게 채용하였기 때문인 사실을 인정하는 한편, 참가인이 해고사유로 내세운 사유 중 원고가 같은 해 10. 28. 재차 무선호출 마이크로 방송을 하였고 1998. 2.경 유언비어를 유포하였다는 점에 관하여는 이를 인정할

증거가 없다고 배척한 다음, 원고가 휴게실에 위 같은 내용의 글을 쓰고 서면을 부착한 것은 근로자의 정당한 활동범위에 속하고, 한편 원고가 방송 및 제보를 한 경위와 그 내용, 임원들에게 폭언을 한 경위와 정도, 그 후의 정황 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 원고의 이 같은 비위행위가 근로관계를 계속할 수 없을 정도의 중대한 사유가 된다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 원고에게 징계전력이 없는 점과 해고사유에 해당되는 비위행위를 한 다른 운전기사들이 가벼운 징계처분을 받은 점 등을 감안할 때, 참가인의 원고에 대한 1997. 12. 5.자 해고처분은 징계재량권을 일탈한 것으로서 위법하다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면 원심의 이 같은 사실인정은 옳고, 거기에 상고이유에서 지적하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인의 위법이 없다.

이 점 상고이유는 받아들이지 아니한다.

2. 피고 및 참가인의 상고이유 제2점에 대하여 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서는 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고사유로 한 것 인지의 여부는 사용자 측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래의 관행에 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 할 것이고(대법원 1997. 3. 28. 선고 96누4220 판결, 1997. 7. 8. 선고 96누6431 판결 등 참조), 한편 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호 소정의 '노동조합의 업무를 위한 정당한 행위'란 일반적으로는 노동조합의 정당한 활동을 가리키나, 조합원이 조합의 결의나 구체적인 지시에 따라서 한 노동조합의 조직적인 활동 그 자체가 아닐지라도 그 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수 있을 때에는 그 조합원의 행위를 노동조합의 업무를 위한 행위로 보아야 할 것이다(대법원 1991. 11. 12. 선고 91누4164 판결, 1996. 2. 23. 선고 95다13708 판결 등 참조). 원심판결 이유에 의하면, 원심은, 참가인이 해고사유로 내세우는 원고의 비위행위는 사실과 다르거나 해고를 정당화할 만한 사유가 되지 못하는 점, 원고는 조합장에 대한 비리의혹이 확산되자 조합의 정상화를 바라는 조합원들의 임시대표 자격에서 1997. 10. 16. 2/3 이상 조합원의 연명으로 조합장 이○○에게 조합장 불신임 등을 주요 안건으로 한 임시총회 소집을 요구하고 같은 해 11. 7. 과반수 조합원의 연명으로 ○○지방노동사무소장에게 임시총회 소집권자 지명을 요구하는 등 조합활동에 주도적으로 참여한 결과 이 사건 해고처분 당시 원고가 차기 조합장에 당선될 가능성이 누구보다 높았고, 실제로 같은 해 12. 12. 개최된 임시총회에서 조합장 불신임안이 통과되고 원고가 새 조합장에 선출된 점, 위와 같



은 임시총회 소집 지명권자 요구로 더 이상 임시총회 소집을 미룰 수 없는 상황에서 같은 해 8. 20. 징계위원회 의결이 무산된지 4개월 가까이 지난 다음 전격적으로 원고를 다시 징계에 회부하여 해고한 점, 이 사건 해고처분 후 '이○○에 대한 고소를 취소하겠으니 원고를 복직시켜 달라'는 원고측 제안에 대하여 참가인측이 '원고가 조합장직을 사퇴하기 전에는 복직시켜 줄 수 없다.'며 거절한 점, 원고에 대한 징계양정이 회사에 우호적인 조합원에 대한 징계양정과 비교하여 현격한 불균형이 있는 점 등에 비추어, 참가인이 원고를 해고한 것은 실재에 있어 원고의 위와 같은 정당한 조합활동을 혐오하고 이를 저지할 의도에서 행한 것으로 추인된다 할 것이어서 부당노동행위에 해당한다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 이 같은 판단은 옳고, 거기에 상고이유에서 지적하는 바와 같은 부당노동행위에 관한 법리오해의 위법이 없다.

이 점 상고이유도 받아들일 수 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고 보조참가인의, 그 나머지 부분은 피고의 각 부담으로 하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 유지담(재판장) 지창권 신성택(주심) 서성

## 2.2 불이익을 주는 행위의 의미

☞ 대법원 2004. 8. 30. 선고 2004도3891 판결★

### » 요 지 «

1. 노동조합 및 노동관계조정법은 제81조 제1호에서 “근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위”를 부당노동행위라고 규정하고 사용자가 이 규정에 위반했을 경우 제90조에 이를 처벌하는 규정을 두고 있는바, 여기서 “불이익을 주는 행위”란 해고 이외에 그 근로자에게 휴직·전직·배치전환·감봉 등 법률적·경제적으로 불이익한 대우를 하는 것을 의미하는 것으로서 어느 것이나 현실적인 행위나 조치로 나타날 것을 요한다고 할 것이므로, 단순히 그 근로자에게 향후 불이익한 대우를 하겠다는 의사를 말로써 표시하는 것만으로는, 위 법 제81조 제4호에 규정된, 노동조합의 조직 또는 운영을 지배하거나 이에 개입하는 행위에 해당한다고 할 수 있음은 별론으로 하고 위 법 제81조 제1호 소정의 불이익을 주는 행위에 해당한다고는 볼 수 없다.
2. 회사 대표이사인 피고인 A가 노동조합 위원장에게 노동조합을 없애라는 말을 하고, 부위원장에게 사직서를 제출하라는 말을 하고, 부장인 피고인 B가 노동조합원에게 노동조합을 탈퇴하지 않으면 공연팀에서 일하지 못하도록 하겠다는 말을 하였을 뿐 실현하지는 않은 것은 불이익을 주는 행위에 해당한다고는 볼 수 없다.

\* 피고인 : 피고인 1 외 1인

\* 상고인 : 검사

\* 원심판결 : 전주지법 2004. 6. 4. 선고 2004노290 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

### » 이 유 «

노동조합 및 노동관계조정법은 제81조 제1호에서 “근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위”를 부당노동행위라고 규정하고 사용자가 이 규정에 위반했을 경우 제90조에 이를 처벌하는 규정을 두고 있는바, 여기서 ‘불이익을 주는 행위’란 해고 이외에 그 근로자에게 휴직·전직·배치전환·감봉 등 법률적·경



제적으로 불이익한 대우를 하는 것을 의미하는 것으로서 어느 것이나 현실적인 행위나 조치로 나타날 것을 요한다고 할 것이므로, 단순히 그 근로자에게 향후 불이익한 대우를 하겠다는 의사를 말로써 표시하는 것만으로는, 위 법 제81조 제4호에 규정된 노동조합의 조직 또는 운영을 지배하거나 이에 개입하는 행위에 해당한다고 할 수 있음은 별론으로 하고 위 법 제81조 제1호 소정의 불이익을 주는 행위에 해당한다고는 볼 수 없다.

원심이 같은 견해 아래, 회사 대표이사인 피고인 1이 노동조합 위원장인 피고인 2에게 노동조합을 없애라는 말을 하고, 부위원장인 이○○에게 사직서를 제출하라는 말을 하고, 부장인 피고인 정비원이 노동조합원인 백○○와 주○에게 노동조합을 탈퇴하지 않으면 공연팀에서 일하지 못하도록 하겠다는 말을 한 사실은 인정되나, 피고인들이 위와 같은 의사 표시를 현실화하여 노동조합을 없애거나 이○○을 해고하거나 백○○와 주○을 공연팀에서 방출하였음을 인정할 증거가 없는 이상, 위 법 제81조 제1호에 해당함을 전제로 한 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 판단하여 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고한 것은 옳고, 거기에 상고이유가 들고 있는 채증법칙의 위반 또는 법리오해가 있다고 할 수 없다.

그러므로 상고를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 이용우(재판장), 조무제, 이규홍, 박재윤(주심)

## 2.3 해고에 대한 부당노동행위 판단 기준(원인의 경합)

☞ 대법원 1991. 4. 23. 선고 90누7685 판결★

### » 요 지 «

1. 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면상의 해고이유와는 달리 실질적으로는 근로자가 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 근로자의 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고이유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 징계해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반사정을 비교 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다.
  2. 회사가 근로자를 징계해고함에 있어 다른 사원을 폭행하고, 야간작업을 방해하였으며 상사의 작업지시를 불이행하고 회사측의 승낙없이 지게차의 발을 제작한 잘못이 있다는 등 모두 발생한지 4 내지 8개월이 지난 사실들을 문제삼아 징계해고사유로 하였으나 실체는 이를 핑계삼아 임금협상시 강경한 입장을 취한 근로자의 노동조합활동을 혐오하여 부당해고한 것이다.
- \* 원고, 상 고 인 : 바칠라캐빈 주식회사
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 원심판결 : 서울고법 1990. 8. 23. 선고 89구11888 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

#### 1. 제1점에 대하여

원심판결 이유를 기록에 비추어 보면 원심의 사실인정을 수긍할 수 있고, 거기에 증거 없이 사실을 인정하거나 채증법칙을 어긴 위법이 있다고 할 수 없다.

기록을 살펴보면, 을 제13호증의 2·3과 을 제14호증 그리고 원심증인 변××의 증언 등 원심이 들고 있는 증거들을 종합하여 보면 소외 김××(이하 "소외인"이라 한다)이 원고회사



의 노동조합원으로서 1989년도 임금인상에 관한 단체교섭에 있어 노동조합측 교섭자로서 비교적 강경한 입장을 취하였다는 사실을 인정하기에 부족함이 있다고 할 수 없고, 따라서 원심이 이 부분 사실을 증거 없이 인정하였다고 할 수 없다. 논지는 이유가 없다.

## 2. 제2점에 대하여

사실관계가 원심이 인정한 바와 같다면, 원고회사가 소외인을 징계해고한 것은 그의 노동조합활동을 혐오하여 원심이 인정한 바와 같은 소외인의 잘못을 핑계삼아 한 것으로서 노동조합법 제39조 제1호에 규정된 부당노동행위에 해당한다는 원심의 설시이유도 수긍할 수 있고, 그 과정에서 증거 없이 사실을 인정하였거나 이유불비의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 논지도 이유 없다.

## 3. 제3점에 대하여

사용자의 근로자에 대한 해고가 부당노동행위인지의 여부는 그 해고가 실질적으로 노동조합법 제39조 소정의 사유에 해당하는 것인지의 여부에 의하여 판단하여야 할 것이므로, 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면상의 해고이유와는 달리 실질적으로는 근로자가 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 근로자의 노동조합업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고이유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 징계해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반사정을 비교 검토하여 종합적으로 판단하여야 하는 것이다(대법원 1990. 8. 10. 선고 89누8217 판결; 대법원 1991. 2. 22. 선고 90누6132 판결 각 참조).

그러므로 원심이 소외인에게도 다른 사원을 폭행하고, 야간작업을 방해하였으며 상사의 작업지시를 불이행하고 원고회사측의 승낙 없이 지게차의 밧을 제작한 잘못이 있기는 하나, 소외인이 1989년도 임금협상 시 강경한 입장을 취한 점, 원고회사 사장의 쟁의행위시의 언동, 소외인에 대한 징계해고사유는 모두 발생한 지 4 내지 8개월이 지나서 문제삼은 점 등에 비추어, 소외인의 이와 같은 징계사유가 위 해고의 결정적 동기가 된 것이 아니라 소외인의 노동조합활동을 혐오하여 위와 같은 소외인의 잘못을 핑계삼아 해고하였다고 본 것이 위법하다고 할 수 없다.

소론의 판례는 이 사건에 적절하지 아니하다.

논지도 이유 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이회창(재판장), 이재성, 배만운, 김석수

☞ 대법원 1999. 8. 26. 선고 98두4672 판결

» 요 지 «

1. 기업 질서는 기업의 존립과 사업의 원활한 운영을 위하여 필요 불가결한 것이고, 따라서 사용자는 이러한 기업질서를 확립하고 유지하는 데 필요하고도 합리적인 것으로 인정되는 한 근로자의 기업질서 위반행위에 대하여 근로기준법 등의 관련 법령에 반하지 않는 범위 내에서 이를 규율하는 취업규칙을 제정할 수 있고, 단체협약에서 규율하고 있는 기업질서위반행위 외의 근로자의 기업질서에 관련된 비위행위에 대하여 이를 취업규칙에서 해고 등의 징계사유로 규정하는 것은 원래 사용자의 권한에 속하는 것이므로, 단체협약에서 "해고에 관하여는 단체협약에 의하여야 하고 취업규칙에 의하여 해고할 수 없다."는 취지로 규정하거나 "단체협약에 정한 사유 외의 사유로는 근로자를 해고할 수 없다."고 규정하는 등 근로자를 해고함에 있어서 해고사유 및 해고절차를 단체협약에 의하도록 명시적으로 규정하고 있거나 동일한 징계사유나 징계절차에 관하여 단체협약상의 규정과 취업규칙 등의 규정이 상호 저촉되는 경우가 아닌 한 사용자는 취업규칙에서 단체협약 소정의 해고사유와는 관련이 없는 새로운 해고사유를 정할 수 있고, 그 해고사유에 터잡아 근로자를 해고할 수 있으며, 비록 단체협약에서 해고사유와 해고 이외의 징계사유를 나누어 구체적으로 열거하고 있다 하더라도 취업규칙에서 이와 다른 사유를 해고사유로 규정하는 것이 단체협약에 반하는 것이라고 할 수 없다.
2. 단체협약 규정의 해석상 단체협약에 정한 사유 이외의 사유로 근로자를 해고할 수 없다는 취지가 아니라고 본 사례.
3. 기업이 근로자를 고용하면서 학력 또는 경력을 기재한 이력서나 그 증명서를 요구하는 이유는 단순히 근로자의 근무능력 즉 노동력을 평가하기 위해서만이 아니라 노사간의 신뢰형성과 기업질서 유지를 위해서는 근로자의 지능과 경험, 교육정도, 정직성 및 직장에 대한 정착성과 적응성 등 전인격적 판단을 거쳐 고용 여부를 결정할 필요가 있으므로 그 판단자료로 삼기 위한 것인데, 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, 근로자의 채용시의 허위경력기재행위 내지 경력은폐행위를 징계해고사유로 규정하는 취업규칙 등은 허위사항의 기재가 작성자의 착오로 인한 것이거나 그 내용이 극히 사소하여 그것을 징계해고사유로 삼는 것이 사회통념상 타당하지 않다는 등의 특별한 사정이 있는 경우까지에도 적용되지 않는 한, 정당한 해고사유를 규정한 것으로 유효하고 이에 따른 징계해고는 정당하다.
4. 입사시 이력서에 대학교 졸업 또는 대학교 중퇴 사실을 기재하지 않고 졸업한 고등학교까지만 기재하여 최종학력을 은폐한 행위가 취업규칙상 징계해고사유에 해당한다고 본 사례.
5. 단체협약에 정하여진 해고에 관한 절차위반이 그 해고를 무효로 하느냐 여부는 일률적으로 말할 수는 없고 그 규정의 취지에 따라 결정되어야 할 것으로서, 단체협약에서 징



계위원회의 구성에 근로자측의 대표자를 참여시키도록 되어 있음에도 불구하고 이러한 징계절차를 위배하여 징계해고를 하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는지 여부에 관계없이 절차에 관한 정의에 반하는 처사로써 무효라고 보아야 할 것 이지만, 근로자측에 징계위원 선정권을 행사할 기회를 부여하였는데도 근로자측이 스스로 징계위원 선정을 포기 또는 거부한 것이라면 근로자측 징계위원이 참석하지 않은 징계위원회의 의결을 거친 징계처분이라고 하더라도 이를 무효로 볼 수는 없다.

6. 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 이의를 제기하지 아니하고 충분한 소명을 한 경우에는 그와 같은 절차상의 하자는 치유된다.
7. 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.
8. 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로 근로자의 정당한 조합활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에는 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 하고, 정당한 해고사유가 있어 해고한 경우에 있어서는 비록 사용자가 근로자의 조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합의 의사가 추정된다고 하여도 당해 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수 없는 것이므로 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없다.

\* 원고, 피상고인 : ○○공업 주식회사

\* 피고, 상 고 인 : 중앙노동위원회 위원장

\* 피고보조참가인 : 김○○ 외 3인

\* 원심판결 : 서울고법 1998. 1. 13. 선고 95구38082 판결

## » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용 중 피고보조참가인 김경자의 상고로 인한 부분은 같은 보조참가인의, 나머지 부분은 피고의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 피고의 상고이유 및 피고보조참가인 2(이하 그냥 '참가인'이라 한다)의 상고이유 제2점에 대하여  
기업 질서는 기업의 존립과 사업의 원활한 운영을 위하여 필요 불가결한 것이고, 따라서 사용자는 이러한 기업질서를 확립하고 유지하는 데 필요하고도 합리적인 것으로 인정되는 한 근로자의 기업질서 위반행위에 대하여 근로기준법 등의 관련 법령에 반하지 않

는 범위 내에서 이를 규율하는 취업규칙을 제정할 수 있고, 단체협약에서 규율하고 있는 기업질서위반행위 외의 근로자의 기업질서에 관련된 비위행위에 대하여 이를 취업규칙에서 해고 등의 징계사유로 규정하는 것은 원래 사용자의 권한에 속하는 것이므로, 단체협약에서 "해고에 관하여는 단체협약에 의하여야 하고 취업규칙에 의하여 해고할 수 없다."는 취지로 규정하거나 "단체협약에 정한 사유 외의 사유로는 근로자를 해고할 수 없다."고 규정하는 등 근로자를 해고함에 있어서 해고사유 및 해고절차를 단체협약에 의하도록 명시적으로 규정하고 있거나 동일한 징계사유나 징계절차에 관하여 단체협약상의 규정과 취업규칙 등의 규정이 상호 저촉되는 경우가 아닌 한 사용자는 취업규칙에서 단체협약 소정의 해고사유와는 관련이 없는 새로운 해고사유를 정할 수 있고, 그 해고사유에 터잡아 근로자를 해고할 수 있으며, 비록 단체협약에서 해고사유와 해고 이외의 징계사유를 나누어 구체적으로 열거하고 있다 하더라도 취업규칙에서 이와 다른 사유를 해고사유로 규정하는 것이 단체협약에 반하는 것이라고 할 수 없다(대법원 1994. 6. 14. 선고 93다 26151 판결, 1995. 1. 20. 선고 94다37851 판결, 1997. 6. 13. 선고 97다13627 판결 등 참조).

원심판결 이유를 위와 같은 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 원고 회사의 단체협약 제3조가 "본 협약이 정한 기준은 근로기준법에 상회하는 부분과 회사의 취업규칙 및 제 규정 여타의 개별적 근로계약에 우선하며 그 중 본 협약 기준에 미달하거나 상반되는 사항은 이를 무효로 하고 그 부분은 협약 기준에 따른다."고 하고, 제23조가 "인사권은 회사에 있음을 인정하되 조합원에 관한 인사원칙은 본 협약에 정해진 바에 따른다."고 규정한 것은 취업규칙이 당해 사업장에 대하여 적용되는 단체협약에 반할 수 없다는 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5305호로 폐지된 법률, 이하 같다) 제97조 제1항이나 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 부분은 무효로 한다는 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지된 법률, 이하 같다) 제36조 제1항에 따라 동일한 징계사유나 징계절차에 관하여 단체협약상의 규정과 취업규칙 등의 규정이 상호 저촉되는 경우에는 단체협약의 규정이 우선 적용된다는 취지를 밝힌 것에 불과할 뿐 사용자인 원고가 취업규칙으로 새로운 해고사유를 정할 수 없다는 취지는 아닌 것이고, 단체협약 제30조가 징계의 종류는 다음과 같다고 하면서 제1항으로 경고를, 제2항으로 견책을, 제3항으로 감봉을, 제4항으로 출근정지를, 제5항으로 해고를 들었을 뿐 징계해고의 사유에 관하여는 따로 규정하지 않고, 제32조가 조합원에 대한 징계사유로서 3가지를 규정하고, 제35조가 "회사는 다음 항에 해당하는 경우를 제외하고는 해고할 수 없다."고 하면서 그 제1항으로 "정신 또는 신체장애에 의해 직무를 도저히 감당할 수 없을 때"를, 제2항으로 "본 협약 제30조 제5항에 의거 징계해고가 결정되었을 때"를 들고 있는바, 제35조 제2항의 취지는 그 조항이 인용하는 제30조 제5항에 징계해고사유에 관하여 따로 규정하고 있지 않은 점에 비추어 징계처분으로 조합원을 해고할 수 있다는 일반적인 내용을 규정한 것에 불과한 뿐 제32조에 정한 사유가 아니면 해고할 수 없다는 취지라고 볼 수는 없다고 할 것이고, 그 밖에 제32조는 물론 위 단체협약 어디에도 단체협약에서 정한 것 이외의 사유로 근로자를 징계할 수 없다는 취지를 명시적으로 규정하고 있지 않으며, 원고 회사의 취업규칙 제29조에 해고사유의 하나로 규정된 "성명, 생년월일, 학력, 경력을 사칭하거나 근로관계 유지를 위해 신뢰하여야 할 사항에 대하여 속이거나 허위 부정한 방법으로 채용된 경우"라는 사유가 위 단체협약 제32조 소정의 각

징계사유와 저촉되지 않으므로, 위 취업규칙 규정 자체가 정당한 해고사유를 규정한 것으로 유효하다면 원고 회사로서는 위 규정에 의해서도 참가인들을 정당하게 해고할 수 있다라는 취지로 판단한 것은 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 지적하는 바와 같은 단체협약에 관한 법리오해나 판결에 영향을 미친 판단유탈, 심리미진 등의 잘못이 있다고 할 수 없다. 상고이유에서 들고 있는 판례들은 이 사건과 사안을 달리하는 것들로서 이 사건에 원용하기에 적절치 않다. 이 점을 지적하는 상고이유는 받아들일 수 없다.

## 2. 참가인의 상고이유 제1, 4점에 대하여

기업이 근로자를 고용하면서 학력 또는 경력을 기재한 이력서나 그 증명서를 요구하는 이유는 단순히 근로자의 근무능력 즉 노동력을 평가하기 위해서만이 아니라 노사간의 신뢰형성과 기업질서 유지를 위해서는 근로자의 지능과 경험, 교육정도, 정직성 및 직장에 대한 정착성과 적응성 등 전인격적 판단을 거쳐 고용 여부를 결정할 필요가 있으므로 그 판단자료로 삼기 위한 것인데, 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(대법원 1995. 3. 10. 선고 94다14650 판결, 1997. 12. 26. 선고 97누11126 판결 등 참조), 근로자의 채용시의 허위경력기재행위 내지 경력은폐행위를 징계해고사유로 규정하는 취업규칙 등은 허위사항의 기재가 작성자의 착오로 인한 것이거나 그 내용이 극히 사소하여 그것을 징계해고사유로 삼는 것이 사회통념상 타당하지 않다는 등의 특별한 사정이 있는 경우까지에도 적용되지 않는 한, 정당한 해고사유를 규정한 것으로 유효하고 이에 따른 징계해고는 정당하다(대법원 1990. 12. 7. 선고 90다카23912 판결, 1995. 8. 22. 선고 95누5943 판결 등 참조).

원심판결 이유를 위와 같은 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 참가인 1은 홍익여고를 거쳐 성신여대 서양학과를 졸업하였고, 참가인 3은 영등포고를 거쳐 인하대 중문학과 4학년에 재학 중 중퇴하였으며, 참가인 4는 인일여고를 거쳐 인하대 회계학과 4학년에 재학 중 제적되었고, 참가인 5는 경기여고를 거쳐 숙명여대 화학과를 졸업하였으며, 참가인 2는 대원여고를 거쳐 덕성여대 중어중문학과 2학년에 재학 중 제적되었는데도 참가인들은 원고 회사에 입사하면서 이력서에 자신들의 학력을 그들이 졸업한 고등학교까지만 기재하고 대학교를 졸업하거나 대학교에 재학하였던 사실을 기재하지 않아 최종학력을 은폐한 사실, 원고 회사는 참가인들의 위 학력은폐행위가 취업규칙 제29조 제4항 제11호에 규정된 징계해고사유인 "성명, 생년월일, 학력, 경력을 사칭하거나 근로관계 유지를 위해 신뢰하여야 할 사항에 대하여 속이거나 허위 부정한 방법으로 채용된 경우"에 해당한다는 이유로 참가인들을 징계해고한 사실을 인정한 후, 취업규칙의 규정을 무효의 규정이라고 볼만한 사정이 없고, 위와 같은 최종학력 은폐행위가 착오로 인한 것이거나 그 내용이 극히 사소하여 이를 이유로 해고하는 것이 사회통념상 타당하지 않다고 볼 수도 없으므로, 원고 회사가 위 취업규칙의 규정을 참가인들에게 적용하여 참가인들을 해고한 것은 정당한 이유가 있는 경우라고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 근로기준법 등에 대한 법리오해나 심리미진, 이유불비의 위법이 없다. 이 점을 지적하는 상고이유도 받아들일 수 없다.

### 3. 참가인의 상고이유 제3점에 대하여

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 이의를 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 재심 절차는 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).

원심판결 이유를 위와 같은 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 원고 회사의 단체협약 제31조는 "징계위원회 위원은 8명 이내에서 조합 2명, 회사 6명으로 구성한다."고 규정하고 있고, 제33조 제1항은 "조합원을 징계하고자 할 때에는 7일 전에 징계위원 및 해당 조합원에게 서면으로 통보하여야 한다."고 규정하고 있고, 제34조는 "징계결과에 대하여 이의가 있을 시에는 3일 이내에 이의제기를 하여야 하며, 징계위원회는 접수한 날로부터 10일 이내에 재심을 하여야 한다. 재심이 확정될 때까지는 징계를 유보한다."고 규정하고 있는 사실, 원고 회사의 취업규칙의 일부인 인사위원회규정 제2조 및 제4조에 의하면 기능직 사원에 대한 징계에 관한 사항은 공장장을 위원장으로 하고 각 부서장을 위원으로 하여 구성된 을종인사위원회가 심의·의결하도록 되어 있는 사실, 원고 회사는 참가인들의 학력은폐행위에 대한 징계를 위하여 1995. 6. 28. 참가인들을 을종인사위원회에 회부하였는데, 참가인 3, 5, 1, 4에게는 같은 해 7. 4. 개최되는 을종인사위원회에 출석하라는 내용이 6일 전인 같은 해 6. 28. 통보되고 같은 해 7. 4. 위 참가인들이 출석하지 않은 가운데 징계해고 의결이 되었으나, 위 참가인들의 재심청구에 의하여 같은 해 7. 7. 위 참가인들에게 위 인사위원회에 출석하라는 내용이 통보되고 같은 해 7. 8. 출석한 위 참가인들로부터 통지절차에 대한 이의 제기 없이 충분한 소명을 들은 다음 위 참가인들을 다시 징계해고하기로 의결이 된 사실, 참가인 2에게는 같은 해 7. 6. 개최되는 을종인사위원회에 출석하라는 내용이 같은 달 5. 통보되고 같은 달 6. 출석한 위 참가인으로부터 통지절차에 대한 이의 제기 없이 충분한 소명을 들은 다음 징계해고 의결이 되었으나, 위 참가인의 재심청구에 의하여 같은 해 7. 10. 위 참가인에게 위 인사위원회에 출석하라는 내

용이 통보되고 같은 해 7. 11. 출석한 위 참가인으로부터 통지절차에 대한 이의 제기 없이 충분한 소명을 들은 다음 위 참가인을 다시 징계해고하기로 의결이 된 사실, 원고 회사는 위 4차례의 을중인사위원회를 개최하기에 각 앞서, 참가인들이 속한 노동조합에 노조측 인사위원 2명을 추천하여 줄 것을 통보하였으나, 위 노동조합은 참가인들에 대한 징계 사유는 단체협약에 명시된 징계사유가 아니고 취업규칙의 규정에 의한 을중인사위원회에는 참석할 수 없다는 이유로 조합측 인사위원을 따로 추천할 수 없다고 통보한 사실, 이에 따라 원고 회사의 전무 1인(위원장)과 부장 1인, 차장 2인, 과장 2인 등 6인의 인사위원만으로 구성된 인사위원회를 열어 위 각 징계해고를 의결하게 된 사실을 인정한 후, 참가인들에 대한 징계해고를 의결한 위원회의 명칭이 취업규칙의 일부인 인사위원회규정에 규정된 을중인사위원회라 하더라도 이러한 사정만으로 위 징계해고 의결이 단체협약에 정한 절차에 위반되었다고 할 수 없다고 할 것이고, 원고 회사가 회사측 인사위원만으로 위원회를 구성하여 참가인들을 징계해고 한 것은 노동조합측이 단체협약상의 해고사유 제한에 관하여 독단적으로 판단한 결과 스스로 인사위원 추천을 포기 또는 거부함에 따른 것이며, 또한 비록 참가인들에게 단체협약에 규정된 기일의 여유를 두지 않고 징계회부사실이 통보되었다고 하더라도 참가인 3, 5, 1, 4은 실제로 재심을 위한 인사위원회에 출석하여, 참가인 2는 초심 및 재심을 위한 각 인사위원회에 출석하여 각 통지절차에 대한 이의를 제기하지 아니하고 충분한 소명을 하여 하자가 치유된 점 등에 비추어 보면, 원심이 참가인들에 대한 이 사건 징계해고 의결이 단체협약 일부 규정에 위배되었다 하더라도 그러한 사정만으로 절차적 정당성을 결여한 부당한 해고로서 무효라고 볼 것은 아니라는 취지로 판단한 것은 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 지적하는 바와 같은 법리오해, 심리미진, 이유모순의 잘못이 있다고 할 수 없다. 이 점을 지적하는 상고이유도 받아들일 수 없다.

#### 4. 참가인의 상고이유 제5점에 대하여

사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로 근로자의 정당한 조합활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에는 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 하고, 정당한 해고사유가 있어 해고한 경우에 있어서는 비록 사용자가 근로자의 조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합의 의사가 추정된다고 하여도 당해 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수 없는 것이므로 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없다(대법원 1996. 4. 23. 선고 95누6151 판결 참조).

원심판결 이유를 위와 같은 법리에 비추어 보면, 원심이, 원고 회사는 정당한 해고사유에 기하여 적법하게 참가인들을 해고한 것일 뿐이므로, 참가인들에 대한 이 사건 해고가 부당노동행위에 해당하지 않는다고 판단한 것은 수긍이 가고, 거기에 노동조합법에 대한 법리오해, 심리미진 등의 잘못이 있다고 할 수 없다. 이 점을 지적하는 상고이유도 받아들일 수 없다.

#### 5. 그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용 중 참가인 2의 상고로 인한 부분은 같은 참가인의, 나머지는 피고의 부담으로 하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 정귀호(재판장), 김형선, 이용훈(주심), 조무제

☞ 대법원 1996. 7. 30. 선고 96누587 판결

### 》 요 지 《

1. 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합활동을 이유로 해고한 것이 인정되는 경우에 있어서 그 해고는 부당노동행위로 보아야 하고, 여기서 근로자의 정당한 노동조합활동을 실질적인 해고사유로 한 것인지 여부는 사용자측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 사용자와 노동조합과의 관계, 해고의 시기, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 해고절차의 준수 여부 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정을 비교·검토하여 종합적으로 판단하여야 한다. 그리고 정당한 해고사유가 있어 해고한 경우에 있어서는 비록 사용자가 근로자의 조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합 의사가 추정된다고 하더라도 당해 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없으므로 부당노동행위에 해당하지 않는다.
2. 택시회사 노동조합의 조합장이 실질적으로 회사로부터 거부당한 요구사항을 관철시키고 회사의 정상적인 업무수행을 저해할 의도로 근로자들에게 집단적으로 연차휴가를 사용할 것을 선동하고 이에 따라 근로자들의 집단적 연차휴가사용 및 근로제공 거부행위가 이루어진 경우, 이는 이른바 쟁의적 준범투쟁으로서 쟁의행위에 해당하고, 이와 같은 행위를 함에 있어 노동조합의 결의를 거치거나 쟁의발생신고를 하는 등의 노동쟁의조정법상의 적법한 절차를 거치지 아니하였음은 물론 이로 말미암아 회사에게 예상치 못한 업무의 저해를 초래하였으며 택시 이용자들에게 많은 불편을 초래한 점 등이 인정된다면, 이와 같은 준범투쟁은 정당한 쟁의행위의 한계를 벗어난 것으로서 이를 선동한 조합장의 행위는 단체협약 소정의 면직사유에 해당한다고 보아 이를 이유로 한 면직처분은 정당한 인사권의 행사로서 부당노동행위에 해당하지 아니한다.

\* 원고, 상 고 인 : ○○육운 주식회사 대전 서구 월평동 125 대표이사 이○○

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 1995. 12. 1. 선고 95구16969 판결

### 》 주 문 《

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### 》 이 유 《

상고이유를 판단한다.



1. 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고(대법원 1993. 1. 15. 선고 92누13035 판결, 대법원 1993. 12. 10. 선고 93누4595 판결, 대법원 1996. 4. 23. 선고 95누6151 판결 등 참조), 여기서 근로자의 정당한 노동조합활동을 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합업무를 위한 정당한 행위의 내용, 사용자와 노동조합과의 관계, 해고의 시기, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 해고절차의 준수 여부 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반사정을 비교·검토하여 종합적으로 판단하여야 한다고 할 것이다(위 대법원 1993. 1. 15. 선고 92누13035 판결, 대법원 1993. 12. 10. 선고 93누4595 판결 및 대법원 1992. 2. 28. 선고 91누9572 판결 등 참조).

그리고 정당한 해고사유가 있어 해고한 경우에 있어서는 비록 사용자가 근로자의 조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합의사가 추정된다고 하더라도 당해 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없는 터미르로 부당노동행위에 해당한다고 할 수는 없다(대법원 1988. 2. 9. 선고 87누818 판결, 대법원 1989. 3. 14. 선고 87다카3196 판결, 대법원 1990. 8. 10. 선고 89누8217 판결, 대법원 1990. 10. 23. 선고 89누6792 판결, 대법원 1994. 12. 23. 선고 94누3001 판결 및 위 대법원 1996. 4. 23. 선고 95누6151 판결 등 참조).

2. 돌이켜 이 사건을 보건대, 기록에 의하면 피고보조참가인(이하 단순히 참가인이라 한다)은 1987. 11. 10. 원고 회사에 운전기사로 입사하여 근무하여 오던 중 1991. 10. 10. 부터 원고회사노동조합의 조합장으로 활동하고, 1993. 3. 19.부터 같은 해 11. 30.까지 전국택시노동조합연맹 대전시지부의 지부장으로 활동하다가 1994. 6. 24. 다시 원고회사 노동조합의 조합장으로 재선되어 활동하여 오면서 원고에 대하여 1994. 11. 16. 일용근로자문제의 처리를 협의하자고 요청하였고, 같은 해 12. 2. 세차원 고용 문제 등의 협의를 요청하였으며, 같은 해 12. 9. 윤○○에 대한 연차수당 및 안○○에 대한 상여금의 지급을 요구하면서 원고 윤○○ 등 3인에 대하여 택시운전자격이 구비되어 있지 아니하여 정식발령을 내리지 아니하였음에도 원고가 상당기간 일부러 정식발령을 지연함으로써 당해 근로자에게 불이익을 발생시키고 있다고 이를 시정하여 줄 것을 요청하는가 하면 그 밖에 택시광고료수입의 배분과 고정수당의 인상 등에 관한 협의를 요구하여 오다가 원고가 노동조합의 이와 같은 요청은 전례가 없고 원고로서는 감당하기 어렵다는 이유로 이를 거부하자 참가인은 연차휴가사용을 조합원들에게 홍보·교육할 만한 특별한 사정이 없었음에도 1995년 1월 초순경 원고가 비치하고 있는 임금대장을 임의로 가져가 조합원들의 연차휴가일수를 산정한 후 같은 해 1. 7. 조합원간담회에서 참석한 조합원들에게 연차휴가일수를 일일이 알려주면서 이를 사용하도록 부추기고, 같은 달 11.에는 참가인 자신이 임의로 만든 휴가신청서 용지에 조합원 10명이 연차휴가를 사용한다는 내용의 연차휴가명단을 원고에게 통보하고 원고가 같은

달 17. 이에 대하여 투쟁의 일환으로 조합원을 선동하여 일시에 집단적으로 연차휴가를 사용하도록 하는 행위는 불법쟁의행위이므로 이를 철회하도록 참가인에게 통보하였음에도 설날연휴가 임박한 같은 달 18. 노동조합의 아무런 결의를 거치지도 아니한 채 노조계시판에 조합원뿐만이 아닌 비조합원들을 포함한 원고 회사 소속 모든 근로자들에게 "○○육운 근로자 여러분 연차휴가를 사용합시다. 사용자는 근로기준법 제48조에 근거하여 근로자에게 연차휴가를 주어야 하며 사용자가 이를 위반하여 연차휴가를 청구한 근로자에게 소정의 휴가를 부여하지 않는 경우에는 근로기준법에 따라 2년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있다"는 내용의 공고문을 게시하여 근로자들에게 사실상 집단적으로 연차휴가를 사용하도록 선동한 사실, 이에 따라 설날인 같은 달 31. 연차휴가를 사용한다는 등의 명목으로 사실상 노무제공을 거부한 근로자가 조합원 19명, 비조합원 19명 합계 38명에 이르렀고, 그 다음날 근로제공을 거부한 자가 조합원 19명, 비조합원 26명 합계 45명에 이르러 총 54대의 택시를 보유하여 운행하고 있는 원고 회사의 경우 택시 가동률이 설날 오전에는 26%, 설날 오후에는 43%, 설날 다음날 오전에는 20%, 같은 날 오후에는 52%에 불과하여 비슷한 규모의 다른 경쟁사의 같은 설날 연휴 기간의 택시 가동률이나 원고의 평년도 설날 연휴 기간의 택시 가동률에 훨씬 미치지 못하는 매우 저조한 상태에 머문 사실, 그 결과 원고 회사는 정상적인 업무를 수행하지 못하여 금 5,220,000원 상당의 영업상의 손실을 입게 되었을 뿐만 아니라 대중교통수단인 택시탑승수요가 많은 설날연휴에 택시 운행이 중단됨으로써 택시를 이용하려는 승객에게 상당한 불편을 초래하게 된 사실, 한편 원고 회사와 노동조합 사이에 체결된 임금협약에는 연차유급휴가를 당사자간의 합의에 의하여 수당으로 대체 지급할 수 있다고 규정하고 있고, 이에 따라 원고 회사의 경우 운전업무에 종사하는 근로자들이 일시에 휴가를 사용하게 되면 택시를 정상적으로 운행할 수 없는 운송사업의 특성상 통상은 연차휴가를 사용하지 아니하고 연차휴가권을 취득한 다음 해 3월경에 전년도의 근무결과에 따라 발생한 연차휴가일수에 상당하는 수당을 지급하여 왔고 다만 3월의 수당지급 전에 미리 연차휴가의 사용을 원하거나 또는 지급 받은 수당을 반납하고 연차휴가의 사용을 원할 경우 이를 사용하도록 하고 있는 사실, 참가인은 조합장으로 재선된 후 1994. 12. 말경까지 사이에 위에서 본 바와 같은 여러 가지 사항에 관하여 원고에게 협의를 요청하면서도 연차휴가의 사용에 대하여는 원고에게 그 시정을 요구하거나 이를 쟁점으로 삼아 협의를 요구한 적은 전혀 없었던 사실을 인정할 수 있다.

사실이 이와 같다면 참가인의 이와 같은 행위는 그 주장과 같이 단순히 근로자들에게 노동조합활동의 일환으로 연차휴가에 관하여 알려주거나 그에 관한 교육을 실시한 것으로는 도저히 볼 수 없고, 실질적으로는 그동안 원고에게 주장하여 왔으나 원고로부터 거부당한 요구사항을 관철시킬 목적으로 근로자들로 하여금 집단적으로 연차휴가를 사용하도록 선동하여 원고의 정상적인 업무수행을 저해할 의도로 한 것이 명백하고 이에 따라 이루어진 근로자들의 연차휴가사용 및 근로제공 거부행위는 이른바 쟁



의적 준법투쟁으로서 쟁의행위에 해당한다고 할 것이며, 비록 참가인이 근로자들에게 위와 같이 집단적으로 연차휴가를 사용하도록 함에 있어서 설날연휴 기간이라고 날짜를 특정한 바가 없다 하더라도 그 결론이 달라지는 것은 아니라고 할 것이고, 참가인이 이와 같은 행위를 함에 있어서 노동조합의 결의를 거치거나 쟁의발생신고를 하는 등의 노동쟁의조정법상의 적법한 절차를 거치지 아니하였음은 물론 이로 말미암아 원고 회사에게 예상치 못한 업무의 저해를 초래하였고, 택시이용자들에게도 많은 불편을 초래하게 된 점 등에 비추어 이와 같은 준법투쟁은 정당한 쟁의행위의 한계를 벗어난 것이라고 하지 아니 할 수 없다. 따라서 원고가 참가인의 이와 같은 행위가 단체협약 제22조 제1항 8호 소정의 면직사유인 "법에 위반되는 쟁의행위를 선동 또는 주동한 때"에 해당한다고 하여 상벌위원회에 회부하여 적법한 면직절차를 거쳐 참가인을 면직하는 것은 정당한 인사권의 행사라 할 것이고, 비록 참가인이 원심이 판시한 바와 같이 조합활동을 하여 왔다고 하더라도 원고가 실질적으로는 참가인의 조합활동을 혐오하여 그를 사업장에서 배제할 의도로 단순히 위에서 본 참가인의 행위를 표면적인 구실로 삼아 참가인을 면직하였다고는 할 수 없어 이를 부당노동행위라고 할 수는 없다.

원심이 이와 달리 참가인의 위와 같은 행위를 단순히 연차휴가를 사용하도록 교육을 실시하고 이를 주지시키는 행위로서 정당한 조합활동이라고 보고 나아가 참가인에 대한 면직을 부당노동행위라고 판단한 것은 채증법칙을 위배하여 사실을 잘못 인정하였거나 쟁의적 준법투쟁 및 부당노동행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저질렀다고 할 것이다. 논지는 이유 있다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 정귀호(재판장), 김석수(주심), 이임수



## 2.4 징계처분의 불이익 취급 인정

☞ 대법원 2006. 3. 24. 선고 2013두13068 판결

### » 요 지 «

1. 산업별 노동조합인 전국금속노동조합의 지회로서 단체교섭 및 단체협약체결 능력을 가지고 있지 아니하더라도 그 설치 경위, 정관·규약 내용, 관리·운영 실태 및 구체적인 활동 내용에 비추어 볼 때 기업별 노동조합과 유사한 근로자단체로서 법인 아닌 사단의 실질을 가지고 있어 독립성이 있었다고 인정되는 경우에는 이 사건 규정에서 정한 조직형태 변경 결의에 의하여 전국금속노동조합에 속한 지회 등의 지위에서 벗어나 독립한 기업별 노동조합의 조직을 갖출 수 있을 것이다.
2. N지회와 참가인의 관계가 태업과 그에 이은 직장폐쇄 등으로 악화되어 있었던 점, 참가인과 ○○컨설팅 사이의 계약 내용이나 ○○컨설팅이 작성한 문서들의 내용이 N지회의 무력화 또는 기업별 노동조합으로의 조직형태 변경을 목표로 한 것으로 볼 여지도 있는 점, 원고들에 대한 징계처분이 N지회의 조직형태를 기업별 노동조합으로 변경한 직후부터 시작되었고 원고 B, C를 제외한 나머지 원고들에 대하여는 단기간 내에 2차례 반복된 점 등의 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고들에 대한 징계처분은 실질적으로는 원고들의 노동조합 활동을 이유로 한 것으로 볼 여지가 있다.
3. 징계처분에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부 및 종래 관행에의 부합 여부, 참가인의 조합원에 대한 언동이나 태도, 그 밖에 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등에 대하여 보다 구체적으로 심리하여, 원고들에 대한 징계처분이 실질적으로는 원고들의 노동조합 활동을 이유로 한 것으로 인정할 수 있는지를 판단하여야 할 것이다.

\* 원고, 피상고인 겸 상고인 : 김○○ 외 11인

\* 피고, 상고인 겸 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 상고인 M 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 2013. 5. 30. 선고 2012누4236 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

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



## 1. 피고와 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)의 상고이유에 대하여

가. 노동조합이 설립되어 존속하고 있는 도중에 재적조합원 과반수의 출석과 출석조합원 2/3 이상의 찬성에 의한 총회의 의결을 거쳐 노동조합의 조직형태를 변경하는 것을 허용하고 있는 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 '노동조합법'이라 한다) 제16조 제1항 제8호 및 제2항(이하 '이 사건 규정'이라 한다)은 노동조합법에 의하여 설립된 노동조합을 그 대상으로 삼고 있어 노동조합의 단순한 내부적인 조직이나 기구에 대하여는 적용되지 아니하지만, 산업별 노동조합의 지회 등이라 하더라도 그 외형과 달리 실질적으로 하나의 기업 소속 근로자를 조직대상으로 하여 구성되어 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 있는 노동조합의 실체를 가진 단체에 해당하거나 그러한 능력이 없는 노동조합 유사의 독립한 근로자단체로서 법인 아닌 사단에 해당하는 경우에는 이 사건 규정에서 정한 요건을 갖춘 자주적·민주적인 총회 결의를 통하여 그 소속을 변경하고 독립한 기업별 노동조합으로 전환할 수 있다고 보아야 한다. 다만 산업별 노동조합의 지회 등이 산업별 노동조합의 활동을 위한 내부적인 조직에 그친다면 그와 같은 결의를 허용할 수 없을 것이므로, 먼저 독자적인 노동조합 또는 노동조합 유사의 독립한 근로자단체로서의 실질을 갖추고 있는지에 관하여 신중하게 심리·판단하여야 한다(대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다96120 전원합의체 판결 참조).

나. 원심판결 이유에 의하면, ① 산업별 노동조합인 전국금속노동조합에 편입된 전국금속노동조합 경주지부 N지회(이하 'N지회'라 한다)는 2010. 5. 19. 및 2010. 6. 7. 두 차례에 걸쳐 총회를 개최하여 그 조직형태를 기업별 노동조합인 M노동조합으로 변경하고 규약을 제정하며, O을 위원장으로 선출하는 등 임원을 선출하는 내용의 결의(이하 위 변경 결의를 '이 사건 조직형태 변경 결의', 위 선출 결의를 '이 사건 임원 선출결의'라 한다)를 거듭한 사실, ② 참가인은 원고들에 대한 징계를 위한 징계위원회를 구성하고자 N지회와의 단체협약에 따라 M노동조합에 근로자 측 징계위원 5명의 명단을 통보하여 줄 것을 요청하였고, O으로부터 그 명단을 통보받아 사용자 측 징계위원 5명과 함께 징계위원회를 구성한 사실, ③ 그 후 참가인은 징계위원회의 의결에 따라 2010. 11. 초경 원고들에게 정직 3월 또는 2월의 징계처분결과를 통지한 사실 등을 알 수 있다.

이와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, N지회가 산업별 노동조합인 전국금속노동조합의 지회로서 단체교섭 및 단체협약체결 능력을 가지고 있지 아니하더라도 그 설치 경위, 정관·규약 내용, 관리·운영 실태 및 구체적인 활동 내용에 비추어 볼 때 기업별 노동조합과 유사한 근로자단체로서 법인 아닌 사단의 실질을 가지고 있어 독립성이 있었다고 인정되는 경우에는 이 사건 규정에서 정한 조직형태 변경 결의에 의하여 전국금속노동조합에 속한 지회 등의 지위에서 벗어나 독립한 기업별 노동조합의 조직을 갖출 수 있을 것이다. 따라서 단지 그와 같은 조직형태 변경 결의라는 이유만으로 이 사건 조직형태 변경 결의가 무효라고 단정할 수 없고, 조직형태 변경이 유효함을 전제로 이루어진 이 사건 임원 선출 결의 역시 무효라고 단정할 수는 없을 것이다.

다. 그럼에도 원심은, N지회가 노동조합 유사의 독립한 근로자단체로서 법인 아닌 사단

의 실질을 갖추고 있었는지 등에 관한 사정을 제대로 살피지 아니한 채 N지회가 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 있는 독립된 노동조합이라고 할 수 없어 노동조합 조직형태 변경의 주체가 될 수 없다는 이유로 이 사건 조직형태 변경 결의가 무효라고 단정하고, 조직형태 변경이 유효함을 전제로 이루어진 이 사건 임원 선출 결의 역시 무효라고 판단하였으니, 원심판결에는 산업별 노동조합 지회 등의 조직형태변경에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 제대로 하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

## 2. 원고들의 상고이유에 대하여

- 가. 사용자가 근로자에 대하여 정직 등 징계처분을 함에 있어서 표면적으로 내세우는 징계사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 징계처분을 한 것으로 인정되는 경우에는 그 징계처분은 부당노동행위에 해당한다고 보아야 한다. 이때 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 징계사유로 한 것 인지는 사용자 측이 내세우는 징계사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 징계처분을 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종 사례에서의 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래 관행에의 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 그 밖에 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교·검토하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2000. 4. 11. 선고 99두 2963 판결 등 참조)
- 나. 원심판결 이유와 기록에 의하면, ① N지회는 참가인이 경비업무 일부를 용역회사에 맡긴 것에 반발하여 2010. 2. 9.부터 2010. 2. 12.까지 태업을 하였고, 참가인이 이에 대항하여 2010. 2. 16.부터 공장 전체에 N지회 조합원들의 출입을 금지하는 직장폐쇄를 실시하자, 이후 N지회 조합원들은 공장에 들어가거나 집회를 개최하는 등 N지회와 참가인 사이의 관계가 악화된 사실, ② 참가인과 노무법인 ○○컨설팅(이하 '○○컨설팅'이라 한다)과 사이에 2010. 4. 16.자로, 참가인의 노사관계 관련 문제를 '현안'이라 지칭하면서, ○○컨설팅이 향후 5개월 동안 참가인에게 노사관계와 관련된 제반 사항에 관한 자문을 제공하고, 참가인은 ○○컨설팅에 매월 보수를 지급하되 '상생의 노사관계가 정착된 경우' 성공보수를 따로 지급하기로 하는 내용의 컨설팅계약서가 작성된 사실, ③ ○○컨설팅은 2010. 3. 30.자로 '쟁의행위 전략회의'라는 문건을, 2010. 4. 6.자로 '쟁의행위 대응 전략회의'라는 문건을 작성하였는데, 그 문건들은 참가인이 직장폐쇄를 유지하면서 협력적인 노사관계의 구축을 위하여 N지회의 조합원 수가 감소하도록 조합원들의 탈퇴를 유도하고 N지회의 조직형태를 기업별 노동조합으로 변경하는 방안을 추진하는 것을 내용으로 하는 것이었으며, ○○컨설팅은 이후 4차례에 걸쳐 이와 같은 방안을 보다 구체화하여 N지회 집행부의 불신임결의가 이루어지도록 함으로써 새로운 집행부를 구성하거나 N지회의 조직형태를 기업별 노동조합으로 변경하는 구체적인 절차까지를 내용으로 담은 '쟁의행위 대응 전략회의'라는 문건을 작성한 사실, ④ N지회의 일부 조합원들은 O 등을 대표로 하여 2010. 4. 20. '조합원을 위한 조합원들의 모임'을 조직하였고, 이들이 주축이 되고 N지회로부

터 이탈한 조합원들이 합세하여 앞서 본 바와 같이 2010. 5. 19. 및 2010. 6. 7. N지회의 조직형태를 기업별 노동조합인 M노동조합으로 변경하는 이 사건 조직형태 변경결의 등이 이루어졌으며, 이어 원고 B, C을 제외한 나머지 원고들은 2010. 7.말경 정직의 징계처분을 받은 바 있음에도 다시 원고들에 대하여 정직의 징계처분이 행하여진 사실 등을 알 수 있다.

이와 같은 사실관계에서 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 N지회와 참가인의 관계가 태업과 그에 이은 직장폐쇄 등으로 악화되어 있었던 점, 참가인과 ○○컨설팅 사이의 계약 내용이나 ○○컨설팅이 작성한 문서들의 내용이 N지회의 무력화 또는 기업별 노동조합으로의 조직형태 변경을 목표로 한 것으로 볼 여지도 있는 점, 원고들에 대한 징계처분이 N지회의 조직형태를 기업별 노동조합으로 변경한 직후부터 시작되었고 원고 B, C을 제외한 나머지 원고들에 대하여는 단기간 내에 2차례 반복된 점 등의 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고들에 대한 징계처분은 실질적으로는 원고들의 노동조합 활동을 이유로 한 것으로 볼 여지가 없지 아니하다. 그렇다면 원심으로서 원고들에 대한 징계처분에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부 및 종래 관행에의 부합 여부, 참가인의 조합원에 대한 언동이나 태도, 그 밖에 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등에 대하여 보다 구체적으로 심리하여, 원고들에 대한 징계처분이 실질적으로는 원고들의 노동조합 활동을 이유로 한 것으로 인정할 수 있는지를 판단하였어야 할 것이다.

그리고 노동조합법 제81조 제4호는 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위'를 부당노동행위로 규정하여 이를 금지하고 있다. 이 사건 사실관계가 앞서 본 바와 같다면, 원심으로서 그와 같은 일련의 과정을 거쳐 행하여진 원고들에 대한 징계처분이 N지회 조합원이나 노동조합 활동에 미쳤거나 미칠 수 있는 영향, 그 밖에 참가인의 지배·개입의 부당노동행위 해당 여부를 가리는데 전제가 되는 전후 상황 등을 면밀히 심리하여, 참가인에게 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 그에 개입하려는 의사가 있었던 것으로 추단되는지를 판단하였어야 할 것이다.

- 다. 그럼에도 원심은 이에 이르지 아니한 채 단지 그 판시와 같은 사정만으로 원고들에 대한 징계처분이 부당노동행위에 해당하지 아니한다고 판단하였으니, 원심판결에는 부당노동행위에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 제대로 하지 아니함으로써 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

### 3. 결 론

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

대법관 조희대(재판장), 이상훈(주심), 김창석, 박상옥

## 2.5 경제적·업무상 불이익의 불이익 취급 인정

☞ 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도388 판결★

### » 요 지 «

- [1] 공소사실의 기재에 있어서 범죄의 일시, 장소, 방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어권의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있는 것이므로 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하다. 따라서 공소장에 범죄의 일시, 장소, 방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고, 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이한 경우에는, 그 공소내용이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 할 수 없다. 특히 포괄적 일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 그로써 범죄사실은 특정된 것으로 보아야 한다.
- [2] 노동조합 및 노동관계조정법 위반죄의 구성요건인 ‘노동조합의 운영에 개입’에 해당하는 공소사실에 대하여 일시, 방법(현장관리자들의 조합원 설득을 위한 구체적인 지시 사항) 등을 구체적으로 적시하고 있고 위 구성요건 해당사실을 다른 사실과 충분히 구별할 수 있으며, 피고인들의 지시에 따라 이후에 이루어진 현장관리자들의 설득의 내용과 그 대상자 등이 공소사실에 일일이 적시되지 않았다고 하더라도 피고인들의 방어권 행사에 지장이 없어 이 부분 공소사실이 특정되었다고 본 사례.
- [3] 일반적으로 근로자가 연장 또는 휴일근로를 희망할 경우 회사에서 반드시 이를 허가하여야 할 의무는 없지만, 특정 근로자가 파업에 참가하였거나 노조활동에 적극적이라는 이유로 해당 근로자에게 연장근로 등을 거부하는 것은 해당 근로자에게 경제적 내지 업무상의 불이익을 주는 행위로서 부당노동행위에 해당할 수 있다. 한편, 사용자가 근로자를 해고함에 있어 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에는 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 하고, 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자 측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래 관행에의 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 하는바, 이는 근로



자에게 연장근로 등을 거부하여 해당 근로자에게 경제적 내지 업무상의 불이익을 주는 행위의 경우에도 마찬가지이다.

- [4] 사용자가 연설, 사내방송, 게시문, 서한 등을 통하여 의견을 표명할 수 있는 언론의 자유를 가지고 있음은 당연하나, 그 표명된 의견의 내용과 함께 그것이 행하여진 상황, 시점, 장소, 방법 및 그것이 노동조합의 운영이나 활동에 미치거나 미칠 수 있는 영향 등을 종합하여 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정되는 경우에는 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위'로서 부당노동행위가 성립하고, 또 그 지배·개입으로서의 부당노동행위의 성립에 반드시 근로자의 단결권의 침해라는 결과의 발생까지 요하는 것은 아니다.

\* 피고인 : 피고인 1외 4인

\* 상고인 : 피고인들

\* 원심판결 : 창원지법 2005. 12. 27. 선고 2004노2001 판결

## » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

### 1. 원심 범죄사실 제1항에 대하여

가. 공소사실의 특정 여부에 관하여

공소사실의 기재에 있어서 범죄의 일시, 장소, 방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어권의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있는 것이므로 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하다. 따라서 공소장에 범죄의 일시, 장소, 방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 범의 취지에 반하지 아니하고, 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이한 경우에는, 그 공소내용이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 할 수 없다. 특히 포괄적 일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 그로써 범죄사실은 특정된 것으로 보아야 한다(대법원 1999. 11. 12. 선고 99도2934 판결, 2005. 11. 10. 선고 2004도 1164 판결 등 참조).

원심이 같은 법리를 전제로 하여, 이 사건 공소사실 제1의 가, 나, 라항은 피고인 5 주식회사 측의 피고인 회사의 노동조합인 전국금속노동조합 경남1지부 (회사명 생략)지회 (이하 '지회'라고 한다) 조합원들에 대한 설득활동의 내용을 구체적으로 적시하고 있지 아니하여 이 부분 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효라는 피고인들의 항소이유에 대하여, 이 사건 공소사실 제1의 가, 나, 라항은 이 사건 노동조합 및 노동관계조정법 위반죄의 구성요건인 '노동조합의 운영에 개입'에 해당하는 사실에 대하여 일시, 방법(현장관리자들의 조합원 설득을 위한 구체적인 지시 사항) 등을 구체적으로 적시하고 있고 위 구성요건 해당사실을 다른 사실과 충분히 구별할 수 있으며, 피고인들의 지시에 따라 이후에 이루어진 현장관리자들의 설득의 내용과 그 대상자 등이 공소사실에 일일이 적시되지 않았다고 하더라도 피고인들의 방어권 행사에 지장이 없으므로 이 부분 공소사실은 특정되었다고 봄이 상당하다고 판단하여 이를 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 판결 결과에 영향을 미친 공소사실의 특정 등에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

#### 나. 공모관계 인정 여부에 관하여

2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다( 대법원 1999. 4. 23. 선고 99도636 판결, 2005. 1. 27. 선고 2004도7511 판결 등 참조).

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 같은 법리를 전제로 하여, 제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들과 이에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사실들을 종합하여 보면, 피고인 회사의 노동조합 활동과 관련하여 이 사건 공소사실 기재와 같이 사용자 측의 노동조합 활동 통제를 위한 방안 논의, 문건 작성 및 보고, 각종 지시가 있었음을 충분히 인정할 수 있고, 그러한 행위들은 피고인 회사의 사용자 측에서 노동조합의 활동에 영향을 미치려는 의도하에 이루어진 일련의 행위로 비록 피고인들이 그와 같은 행위 전부에 현실적으로 가담하지 아니하였다고 하더라도 회사의 고위 관리직에 있던 피고인들로서는 실제 그와 같은 행위를 한 자들과의 사이에 암묵적 또는 순차적인 의사의 결합이 있었다고 봄이 상당하므로 피고인들이 이 사건 공소사실 기재와 같이 부당노동행위를 공모하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하여, 이 사건 노동조합 및 노동관계조정법 위반의 점에 대한 공모가 없었다는 취지의 피고인들의 주장을 배척한 것도 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 판결 결과에 영향을 미친 채증법칙 위배 또는 심리미진으로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다.



#### 다. 실행행위 부분의 인정 여부에 관하여

기록에 비추어 살펴보면, 원심이, 제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 피고인들이 관리직 사원들과 순차로 공모하여 제1심 판시 각 기재와 같이 노동조합의 운영에 개입한 사실을 충분히 인정할 수 있고, 특히 피고인들은 일부 관리직 사원들의 행위는 회사의 지시나 회사에의 보고 없이 개인적으로 한 활동이라고 주장하나 그와 같은 행위들이 이루어진 시기나 방법, 행위 후 그에 대한 현황이 상부에 보고되는 등의 정황 등을 고려하면 위 행위가 회사 차원에서 이루어진 것으로 봄이 상당하다고 판단하여 피고인들의 이 부분 사실오인 주장을 모두 배척한 것 또한 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 판결 결과에 영향을 미친 채증법칙 위배 또는 심리미진으로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 2. 원심 범죄사실 제2, 3, 4항에 대하여

가. 일반적으로 근로자가 연장 또는 휴일근로(이하 ‘연장근로 등’이라고 한다)를 희망할 경우 회사에서 반드시 이를 허가하여야 할 의무는 없지만, 특정 근로자가 파업에 참가하였거나 노조활동에 적극적이라는 이유로 해당 근로자에게 연장근로 등을 거부하는 것은 해당 근로자에게 경제적 내지 업무상의 불이익을 주는 행위로서 부당노동행위에 해당할 수 있다.

한편, 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서는 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자 측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래 관행에의 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 하는바(대법원 1994. 12. 23. 선고 94누3001 판결, 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결 등 참조), 이는 근로자에게 연장근로 등을 거부하여 해당 근로자에게 경제적 내지 업무상의 불이익을 주는 행위의 경우에도 마찬가지이다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 대체로 같은 법리를 전제로 한 뒤, 제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여 그 판시와 같이 공소외 1은 당시 노조대의원으로 활동하는 등 노동조합 활동에 적극적이었던 자로서 당시 회사 측의 근로자들의 성향 분류상 낮은 등급에 속해 있었던 사실, 2001년 8월부터 2002년 1월까지의 주기기 1반 월별근무현황에 의하면 공소외 1과 달리 노조간부 경력이 전혀 없었던 공소외 2는 513.4시간의 연장근로를 한 반면 공소외 1은 168시간의 연장근로를 하였던 사실, 공소외 1의 경우 검사업무가 원자력공장의 다른 직원들의 업무와 다르기

는 하였으나 업무 효율을 위해 연장근로 등이 필요한 상황인데도 회사 측에서 다른 직원들의 경우와는 달리 왜 연장근로 등이 필요한지에 대하여 정도가 지나칠 정도로 까다롭게 물어보고 그 허가에 있어서 엄격한 기준을 적용하는 바람에 공소외 1이 연장근로 등을 포기하였고, 그에 따라 업무가 비효율적으로 진행되기도 하였던 사실 등을 인정한 다음, 이를 종합하면 피고인 1, 2 등이 노동조합 활동에 적극적이라는 이유로 2001년 10월경부터 2002년 8월경까지 공소외 1에 대한 연장근로 등의 허가에 있어 지나치게 엄격한 기준을 적용하고 그에 따라 공소외 1이 이를 포기하도록 하는 등의 방법으로 공소외 1을 다른 근로자들과 차별함으로써 업무상 또는 경제상 불이익을 준 사실을 충분히 인정할 수 있고, 이는 부당노동행위에 해당한다고 판단하여 이 부분에 관한 위 피고인들의 사실오인 주장을 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 판결 결과에 영향을 미친 채증법칙 위배 또는 심리미진으로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 기록에 비추어 살펴보면, 원심이, 제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 공소외 3이 피고인 회사에 보관되어 있던 신상자료를 이용하여 공소외 4의 형인 공소외 5에게 공소사실 기재와 같은 내용으로 전화통화를 한 사실이 인정되고, 또 공소외 3이 공소외 5에게 개인적으로 그와 같은 통화를 하였다기보다는 피고인 회사의 이른바 선무활동의 일환으로 그러한 행위를 하였다고 봄이 상당하고, 나아가 회사 차원에서 이루어진 공소외 3의 위 행위에 대하여 피고인 1, 2를 비롯한 회사 임원들의 공모사실을 충분히 인정할 수 있다고 판단하여, 위 피고인들의 이 부분 사실오인 주장을 배척한 것도 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 판결 결과에 영향을 미친 채증법칙 위배 또는 심리미진으로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 사용자가 연설, 사내방송, 게시판, 서한 등을 통하여 의견을 표명할 수 있는 언론의 자유를 가지고 있음은 당연하나, 그 표명된 의견의 내용과 함께 그것이 행하여진 상황, 시점, 장소, 방법 및 그것이 노동조합의 운영이나 활동에 미치거나 미칠 수 있는 영향 등을 종합하여 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정되는 경우에는 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위'로서 부당노동행위가 성립한다(대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8076 판결 등 참조). 또 그 지배·개입으로서의 부당노동행위의 성립에 반드시 근로자의 단결권의 침해라는 결과의 발생까지 요하는 것은 아니다(대법원 1997. 5. 7. 선고 96누2057 판결 등 참조).

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 같은 법리를 전제로 하여, 제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 회사의 조합비에 대한 가압류로 인해 경제적인 어려움을 겪고 있던 지회가 이를 극복하기 위한 방안으로 채권을 발행하기로 하자, 피고인 1, 2 등이 2회에 걸쳐 지회의 채권발행을 중단할 것을 촉구하고, 업무에 지장을 초래하



는 채권발행이나 근무시간 중의 채권발행에 대하여 엄중 조치하겠다는 내용의 공문을 발송한 사실이 인정되고, 당시 노동조합의 경제적 상황과 회사 측 공문 내용에 비추어 보면 위와 같은 행위는 단순히 사용자의 입장에서 노사현안에 대한 의견을 개진하는 수준을 넘어 조합원 개개인의 판단과 행동, 노동조합의 운영에까지 영향을 미치려는 시도로서 노동조합의 운영에 개입하는 행위임을 충분히 인정할 수 있고, 이 사건에 있어 실제로 지회가 회사의 의견을 무시한 채 채권발행을 강행하여 사용자 측의 위와 같은 의사표명이 노조활동에 전혀 영향을 미치지 못하였다고 하더라도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하는 데 장애가 되지 아니한다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 판결 결과에 영향을 미친 법리오해나 채증법칙 위배 또는 심리미진에 의한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

### 3. 결 론

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

대법관 안대희(재판장), 김영란, 김황식(주심), 이홍훈

## 2.6 승진 배제의 불이익 취급 불인정

☞ 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두9754 판결

### » 요 지 «

1. 사용자가 노조전임자의 노동조합활동을 혐오하거나 노동조합활동을 방해하려는 의사로 노조전임자를 승진에서 배제시켰다면 이러한 행위는 노동조합활동을 하는 근로자에게 불이익을 주는 것이어서 부당노동행위에 해당할 것이나, 사용자의 노조전임자에 대한 승진배제 행위가 위와 같이 부당노동행위 의사에 의하여 이루어진 부당노동행위에 해당하는지 여부는 사용자와 노동조합의 관계, 노조전임자와 비전임자 사이에 승진기준의 실질적인 차별이 존재하는지, 종래의 승진 관행에 부합하는지 등과 같이 부당노동행위 의사의 존재 여부를 추정할 수 있는 여러 객관적 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다.
2. 업무능력, 근무성적, 상위직에 대한 적격성 등의 반영에 의하여 승진이 이루어지는 이른바 능력주의 승진제도 하에서 조합원이 노동조합에 가입하고 있음을 이유로 비조합원과 비교하여 승진에 있어서 불이익한 취급을 받았다고 하기 위해서는, 당해 조합원이 비교대상으로 된 비조합원과의 사이에 업무능력, 근무성적, 상위직에 대한 적격성 등에 있어 차이가 없어야 하므로, 노조원과 비조합원을 비교하여 볼 때 결과적으로 승진에 있어 격차가 발생하였다고 하더라도 그로써 곧 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호의 부당노동행위가 있었다고 단정할 수 없다.

\* 원고, 상고인 겸 피상고인 : ○○자동차판매 주식회사

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인(선정당사자), 상고인

\* 원심판결 서울고법 2009. 5. 14. 선고 2008누29204 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용 중 원고의 상고로 인한 부분은 원고가, 피고 보조참가인(선정당사자)들의 상고로 인한 부분은 선정자 손○성, 정○득, 한○재, 김○신, 허○범이 각 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.



## 1. 원고의 상고이유에 대하여

사용자가 노조전임자의 노동조합활동을 협오하거나 노동조합활동을 방해하려는 의사로 노조전임자를 승진에서 배제시켰다면 이러한 행위는 노동조합활동을 하는 근로자에게 불이익을 주는 것이어서 부당노동행위에 해당할 것이나, 사용자의 노조전임자에 대한 승진배제 행위가 위와 같이 부당노동행위 의사에 의하여 이루어진 부당노동행위에 해당하는지 여부는 사용자와 노동조합의 관계, 노조전임자와 비전임자 사이에 승진기준의 실질적인 차별이 존재하는지, 종래의 승진 관행에 부합하는지 등과 같이 부당노동행위 의사의 존재 여부를 추정할 수 있는 여러 객관적 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다.

원심은, 원고가 2006년도 영업사원 승격기준을 정함에 있어 노조전임자인 보조참가인들과 그 선정자 이○○, 남○○은 사용자에 대한 근로제공의무가 면제되어 영업활동을 하지 아니하는데도 노조전임자들에 대한 승격기준을 별도로 정하지 아니한 채 다른 영업사원과 동일하게 판매실적에 따른 승격기준만을 적용한 것은, 이들이 노조전임자로 활동하였다는 이유만으로 승격가능성을 사실상 차단한 것이므로, 이러한 승격기준에 의해 이루어진 위 보조참가인 등에 대한 승격배제는 부당노동행위에 해당한다고 판단하였다.

원심의 이러한 판단은 앞서 본 법리와 기록에 비추어 수긍할 수 있고, 거기에 부당노동행위에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위배하고 자유심증주의 한계를 벗어나는 등의 위법은 없다.

## 2. 비교보조참가인들의 상고이유에 대하여

사용자의 행위가 노동조합 및 노동관계조정법에 정한 부당노동행위에 해당한다는 점을 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합이 증명하여야 하므로, 필요한 심리를 다하였어도 사용자에게 부당노동행위의사가 존재하였는지 여부가 분명하지 아니하여 그 존재 여부를 확정할 수 없는 경우에는 그로 인한 위험이나 불이익은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합이 부담할 수밖에 없다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2005두4120 판결 등 참조). 한편 업무능력, 근무성적, 상위직에 대한 적격성 등의 반영에 의하여 승진이 이루어지는 이른바 능력주의 승진제도 하에서 조합원이 노동조합에 가입하고 있음을 이유로 비조합원과 비교하여 승진에 있어서 불이익한 취급을 받았다고 하기 위해서는, 당해 조합원이 비교대상으로 된 비조합원과 사이에 업무능력, 근무성적, 상위직에 대한 적격성 등에 있어 차이가 없어야 하므로, 노조원과 비조합원을 비교하여 볼 때 결과적으로 승진에 있어 격차가 발생하였다고 하더라도 그로써 곧 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호의 부당노동행위가 있었다고 단정할 수 없다(대법원 1998. 2. 10. 선고 96누10188 판결 참조).

원심은, 원고의 2006년도 영업사원 승격기준에 따른 근무실적이 선정자 손○○, 정○○, 한○○, 김○○, 허○○과 같거나 이들보다 못한 비조합원이 2006년도 승격대상에 포함되었다고 볼 증거가 없으므로, 설령 위 선정자 등이 원고의 사업분할 및 전적을 거부하고 원고와 대립하여 온 핵심적인 조합원들이라고 하더라도, 원고가 조합원에게 불이익을 주

려는 의사로 유독 위 선정자 등을 승격대상에서 제외시켰다고 단정할 수 없다고 보았는 바, 원심의 이러한 인정과 판단도 법리와 기록에 비추어 수긍할 수 있고, 거기에 부당노동행위에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위배하고 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법은 없다.

### 3. 결 론

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

대법관 이상훈(재판장), 김지형, 전수안(주심), 양창수





## 2.7 인사고과의 불이익 취급 불인정

☞ 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007두25695 판결

### » 요 지 «

부당노동행위 여부는 조합원 집단과 비조합원 집단을 전체적으로 비교하여 양 집단이 서로 동질의 균등한 근로자 집단임에도 불구하고 인사 고과에 있어서 양 집단 사이에 통계적으로 유의미한 격차가 있었는지, 인사 고과에 있어서의 그러한 격차가 노동조합의 조합원임을 이유로 하여 비조합원에 비하여 불이익 취급을 하려는 사용자의 반조합적 의사에 기인하는 것, 즉 사용자의 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 객관적인 사정이 있었는지, 인사 고과에 있어서의 그러한 차별이 없었더라면 해고 대상자 선정 기준에 의할 때 해고 대상자로 선정되지 않았을 것인지 등을 심리하여 판단하여야 한다.

\* 원고(상고인) : 전국언론노동조합 서울 ○○ 대표자 위원장 최○○

\* 피고(피상고인) : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 주식회사 ○○○○○○ 서울 ○○ 대표이사 하○○

\* 원심판결 : 서울고법 2007. 11. 22 선고 2007누9909 판결

### » 주 문 «

1. 상고를 기각한다.
2. 상고 비용은 원고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고 이유를 본다.

「노동조합 및 노동관계조정법」 제81조 제1호는 ‘근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위’를 사용자의 부당노동행위의 한 유형으로 규정하고 있으므로 같은 법조의 부당노동행위가 성립하기 위해서는 근로자가 ‘노동조합의 업무를 위한 정당한 행위’를 하고 사용자가 이를 이유로 근로자에 대하여 해고 등의 불이익을 주는 차별적 취급 행위를 한 경우라야 하며 그 사실의 주장 및 증명 책임은 부당노동행위임을 주장하는 측에 있다(대법원 1991. 7. 26. 선고 91누2557 판결, 대법원 1996. 9. 10. 선고 95누16738 판결 등 참조).

이와 관련하여, 사용자가 어느 근로자에 대하여 노동조합의 조합원이라는 이유로 비조합원보다 불리하게 인사 고과를 하고 그 인사 고과가 경영상 이유에 의한 해고 대상자 선정 기준이 됨에 따라 그 조합원인 근로자가 해고되기에 이르렀다고 하여 그러한 사용자의 행위를 부당노동행위라고 주장하는 경우, 그것이 부당노동행위에 해당하는지 여부는, 조합원 집단과 비조합원 집단을 전체적으로 비교하여 양 집단이 서로 동질의 균등한 근로자 집단임에도 불구하고 인사 고과에 있어서 양 집단 사이에 통계적으로 유의미한 격차가 있었는지, 인사 고과에 있어서의 그러한 격차가 노동조합의 조합원임을 이 유로 하여 비조합원에 비하여 불이익 취급을 하려는 사용자의 반조합적 의사에 기인하는 것, 즉 사용자의 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 객관적인 사정이 있었는지, 인사 고과에 있어서의 그러한 차별이 없었더라면 해고 대상자 선정 기준에 의할 때 해고 대상자로 선정되지 않았을 것인지 등을 심리하여 판단하여야 한다.

원심은, 피고 보조 참가인으로부터 경영상 이유로 해고된 근로자들은 모두 원고의 지부 소속 조합원들이기는 하나, 피고 보조 참가인이 해고 대상자 선정 기준으로 사용한 인사 고과 자료인 근로자들의 개인별 종합 평가표, 개인별 최종 합계표 등 평정 결과가 기재된 모든 문서가 제출되지 않은 상태에서, 피고 보조 참가인이 조합원들에 대하여 비조합원들에 비하여 불리하게 차별적으로 평정하여 인사 고과를 한 것으로 단정할 수 없고, 달리 원고의 주장 사실을 인정할 증거가 없다는 취지에서 피고 보조 참가인의 원고의 지부 조합원들에 대한 이 사건 해고가 위 제81조 제1호에 정한 부당노동행위에 해당한다는 원고의 주장을 받아들이지 않았다.

위에서 본 법리와 기록상 나타나는 증거 관계에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 사실 인정과 판단은 정당하다.

원심 판결에는 상고 이유에서 주장하는 바와 같이 채증 법칙 위반, 경험칙 위반, 판단 유탈이나 판결에 영향을 미칠 법리 오해 등의 위법이 없다.

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

대법관 양창수(재판장), 양승태, 김지형(주심), 전수안



## 2.8 비합리적 평가 기준을 적용한 본계약 체결 거부의 부당노동행위 인정

☞ 대법원 2008. 12. 11. 선고 2006두13220 판결<sup>34)</sup>

### » 요 지 «

원고 회사가 참가인 수습 근로자의 노동조합 활동을 방해하고 근로 관계를 일방적으로 단절할 목적으로 다른 수습 근로자에 비해 비합리적인 평가 기준을 적용해 본 계약 체결을 거부한 행위는 사실상 해고한 것으로 볼 수 있어 이 사건 해고는 부당노동행위에 해당한다.

- \* 원고, 상고인 : 사회복지법인 ○○재단
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : 김○○ 외 7인
- \* 원심판결 : 서울고법 2006. 7. 5. 선고, 2005누15009 판결

34) 본 판결의 원문은 ‘주제별 노동판례 330선’ 제2부 제3장 시용과 수습 325쪽에 기재되어 있음



### 3. 불공정 고용계약

#### 3.1 유니온숍 협정 위반과 부당노동행위

☞ 대법원 1998. 3. 24. 선고 96누16070 판결★

#### » 요 지 «

구 노동조합법(1996.12.31. 법률 제5244호로 폐지되기 이전의 것) 제39조 제2호 단서 소정의 조항, 이른바 유니온숍협정은 노동조합의 단결력을 강화하기 위한 강제의 한 수단으로서 근로자가 대표성을 갖춘 노동조합의 조합원이 될 것을 '고용조건'으로 하고 있는 것이므로 단체협약에 유니온숍협정에 따라 근로자는 노동조합의 조합원이어야만 된다는 규정이 있는 경우에는 다른 명문의 규정이 없더라도 사용자는 노동조합에서 탈퇴한 근로자를 해고할 의무가 있다.

단체협약상의 유니온숍협정에 의하여 사용자가 노동조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무는 단체협약상의 채무일 뿐이고, 이러한 채무의 불이행 자체가 바로 구 노동조합법(1996.12.31. 법률 제5244호로 폐지되기 이전의 것) 제39조 제4호 소정 노동조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 단정할 수 없다.

부당노동행위가 성립하려면 사용자에게 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 개입할 의사가 있어야 하는 것인 바, 위 조합을 탈퇴한 4명의 근로자에 대한 해고조치를 취하지 아니한 사용자에게 그러한 의사가 있었던 것으로 볼 수가 없다.

\* 원고, 상 고 인 : 한국○○기술 노동조합

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 한국○○기술 주식회사

\* 원심판결 : 서울고법 1996. 9. 20. 선고 95구37003 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

1. 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 이전의 것) 제39조 제2호 단서에 의하면 '노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때에는 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결



'이 허용되고 있고, 이러한 단체협약의 조항, 이른바 유니언 쉑(Union Shop) 협정은 노동조합의 단결력을 강화하기 위한 강제의 한 수단으로서 근로자가 대표성을 갖춘 노동조합의 조합원이 될 것을 '고용조건'으로 하고 있는 것이므로 단체협약에 유니언 쉑 협정에 따라 근로자는 노동조합의 조합원이어야만 된다는 규정이 있는 경우에는 다른 명문의 규정이 없더라도 사용자는 노동조합에서 탈퇴한 근로자를 해고할 의무가 있다(대법원 1996. 10. 29. 선고 96다28899 판결 참조). 원심이 인정한 사실관계에 의하면 원고 조합과 피고보조참가인(이하 참가인이라 한다) 사이에 체결된 단체협약 제5조는 '주임급(55호봉) 이하 전 직원을 노조원으로 하는 유니언 쉑으로 한다', 제6조는 '제5조에 해당되는 직원은 입사와 동시에 자동적으로 노조원이 된다', 제7조는 '회사는 노조원의 제명·탈퇴 여부를 일방적으로 해석할 수 없으며 노조의 확인에 따라야 한다'라고 각 규정하고 있다는 것인바, 그렇다면 이는 근로자가 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 통상적인 유니언 쉑 협정이 체결된 것으로 보아야 할 것이므로 참가인으로서에는 그에 따라 원고 조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무가 있다.

따라서 원심이 이와 달리 유니언 쉑 협정이 있더라도 사용자는 노동조합에서 탈퇴한 근로자를 해고할 의무도 없고, 또 해고할 수도 없다는 입장에서 참가인은 원고 조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무가 없다고 판시한 것은 잘못이다.

2. 그러나 단체협약상의 유니언 쉑 협정에 의하여 사용자가 노동조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무는 단체협약상의 채무일 뿐이고, 이러한 채무의 불이행 자체가 바로 같은 법 제39조 제4호 소정 노동조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 단정할 수는 없다.

이 부당 노동행위가 성립하려면 사용자에게 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 개입할 의사가 있어야 하는 것인바, 뒤에서 보는 바와 같은 이 사건 경위에 비추어 볼 때 그 해고조치를 취하지 아니함에 있어 사용자인 참가인에게 그러한 의사가 있었던 것으로 볼 수가 없다.

나아가 원고는 참가인이 참가인의 전 사업장에 대하여 원고 조합을 탈퇴한 근로자들을 해고할 의무도 없고 해고할 의사도 없다는 내용의 문서를 발송한 것이 위 부당노동행위에 해당한다는 것이나, 이 사건 변론에 나온 자료들에 의하면 원고 조합이 참가인과의 1995년도 임금협상 및 단체협약 갱신을 위해 같은 해 6. 23.부터 시작한 파업이 장기화되자 노조 집행부에 불만을 갖고 파업에 불참 중인 일부 조합원들이 유니언 쉑 제도하에서 조합원이 제명되거나 탈퇴할 경우 회사측의 처리 방침에 대하여 의문을 제기하였고, 이에 따라 사업개발처장이 같은 해 7. 27. 질의서를 통해 회사의 명확한 방침을 정리해 달라고 요구하였으며, 같은 해 8. 3. 및 4.경에는 소외 황○양 등 4명의 조합원이 노조탈퇴서를 제출하기에 이르러 참가인은 더 이상 위 질의에 대한 회신을 유보할 수 없어 노동문제 전문가의 자문을 받아 파업이 끝난 후인 같은 달 14. 노무처장의 이름으로 전 사업장의 처장, 사업책임자 및 현장사무소장들에게 위 문서를

발송하게 된 사실 및 원고 조합이 같은 달 16. 참가인에게 원고 조합을 탈퇴한 위 4명의 근로자를 해고하여 줄 것을 요구하자 참가인은 같은 달 21. 위와 같은 자문결과에 따라 원고 조합에 대하여 회사는 관계 법령이나 단체협약상 해고의무가 없으므로 해고할 수 없다는 통보를 한 사실 등이 인정되는바, 사정이 이와 같다면 참가인이 전 사업장에 대하여 위 문서를 발송한 행위는 단체협약의 해석에 관한 부서장들의 질의에 대하여 회신하기 위한 것일 뿐이고, 원고 조합에 대하여 위 통보를 한 것 또한 원고 조합의 해고 요구에 대하여 답변하기 위한 것일 뿐이며 설사 그 내용에 잘못된 점이 있다 하더라도 참가인이 전문가의 자문을 받아 그와 같이 믿고 회신이나 통보를 한 이상 그것이 원고 조합의 단결활동의 자주성을 저해하거나 거기에 영향을 미치려 한 것이라고는 볼 수 없으므로 위와 같은 회신이나 통보가 원고 조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다는 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

따라서 원심판결은 이유 설시에 잘못이 있으나 참가인의 행위가 부당노동행위가 되지 아니한다고 판단한 결론은 정당하므로 결국 상고이유는 모두 받아 들이지 아니한다.

3. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 이돈희(재판장), 최종영, 이임수, 서성(주심)



### 3.2 유니온숍 협정이 무효인 경우 조합원 자격의 취득 여부

☞ 대법원 2004. 11. 12. 선고 2003다264 판결

#### » 요 지 «

[1] 노동조합 가입행위는 원칙적으로 근로자의 청약과 조합의 승낙이라는 의사의 합치에 의하여 성립하는 계약이라고 할 것이므로, 비조합원들이 자발적인 가입의사가 없음에도 불구하고 무효인 유니언숍 협정에 의하여 급여에서 노동조합비가 일괄 공제됨에 따라 일방적으로 조합원으로 간주된 것에 불과하다면 노동조합에 가입하려는 청약의 의사표시 자체가 결여된 것으로서 그러한 사실만으로 조합원의 자격을 취득하였다고는 볼 수 없을 것이나, 비조합원들이 유니언숍 협정이 체결된 것을 계기로 또는 유니언숍 협정과 무관하게 스스로 노동조합에 가입하려는 의사를 가지고 급여에서 노동조합비를 공제하는 것에 동의하는 방식으로 청약의 의사표시를 하고 노동조합이 조합비를 수령함으로써 이를 승낙하였다는 특별한 사정이 인정된다면, 비록 노동조합 가입의 계기가 된 유니언숍 협정이 부당노동행위에 해당하여 무효라고 하더라도, 근로자와 노동조합 사이에 노동조합의 가입계약이 성립하고 이로써 조합원의 자격을 적법하게 취득하였다고 보아야 한다.

[2] 평균임금 산정의 기초가 되는 임금 총액에는 사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 지급하는 금품으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 지워져 있는 것은 그 명칭 여부를 불문하고 모두 포함된다.

\* 원고(선정당사자, 피상고인겸부대상고인) : 최○

\* 피고(상고인겸부대피상고인) : 주식회사 대한항공

\* 원심판결 : 서울고법 2002. 11. 26. 선고 2000나51461 판결

#### » 주 문 «

1. 원심판결 중 원고 최훈과 별지 선정자목록 36, 37, 38 기재 선정자 기우표, 엄익관, 정충길에 대한 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.
2. 가. 원심판결 중 별지 선정자목록 1 내지 35 기재 선정자들의 지연손해금에 관한 피고 패소 부분 중 별지 [종합계산표]의 '인용액'란 기재 각 금액에 대하여 그 중 선정자 1 내지 10, 12 내지 35는 1998. 4. 1.부터, 선정자 11은 1998. 5. 25.부터, 각 2003. 5. 31.까지 연 6%, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율에 의한 돈을 초과한 부분을 파기하고, 그 부분에 관한 위 선정자들의 항소를 기각한다.

나. 피고의 위 가.항 기재 선정자들에 대한 나머지 상고와 원고(선정당사자)의 부대상고를 모두 기각한다.

다. 위 가.항 기재 선정자들과 피고 사이의 파기 부분에 관한 소송총비용과 상고비용은 피고가 부담한다.

## » 이 유 «

- 가. 원심은 그 채용 증거를 종합하여, 소외 대한항공공사가 그 소속 근로자들이 퇴직할 경우, 입사 후 2년까지는 근속연수에 1개월분의 평균임금을 곱한 금액을, 3년부터 5년까지는 근속연수에 2개월분의 평균임금을, 6년부터 20년까지는 근속연수에 3개월분의 평균임금을 각 곱하여 구한 금액을 퇴직금으로 지급하는 내용의 퇴직금규정(이하 '구 퇴직금규정'이라 한다)을 두고 있었던 사실, 피고 회사는 대한항공공사의 민영화에 따라 1969.경 대한항공공사의 영업, 근로자, 근로조건 등을 포괄적으로 승계하였는데, 1970. 9.경 노동조합과 사이에 제2차 노사협의회를 열어 퇴직금지급률에 대하여 누진제를 취하고 있던 구 퇴직금규정을 1년 근속기간에 대하여 1개월분의 퇴직금을 지급하는 단수제로 변경하고, 노동조합의 형태를 종전의 이른바 오픈 숍(open shop)에서 유니언 숍(union shop)으로 변경하며, 피고 회사가 직원들의 급여에서 노동조합비를 일괄 공제하여 노동조합에 지급하기로 합의한 사실, 이에 따라 피고 회사는 퇴직금규정을 단수제로 개정하는 한편(이하 개정된 규정을 '신 퇴직금규정'이라 한다), 1970. 10.월분부터 노동조합 가입대상 직원들의 급여에서 노동조합비를 일괄 공제하여 노동조합에 지급하였고, 그 결과 위 노사협의회 개최 당시인 1970. 9.경에는 노동조합의 조합원 수가 총 근로자 1,637명 중 과반수에 미치지 못하는 510명에 불과하였으나, 10.경에는 노동조합비를 부담하는 근로자 총수가 1,062명으로 증가한 사실, 1971. 1.경 피고 회사와 노동조합 간에 체결된 1971년도 단체협약에서 퇴직금의 지급은 근로기준법 및 퇴직금지급규정에 의한다고 규정하고 있는 사실 등 판시 사실을 인정한 다음, 위 노사협의회 당시 근로자의 절반 미만을 대표하는 데 불과한 노동조합과 피고 회사 사이에 체결한 유니언 숍 협정은 당시 시행중이던 구 노동조합법 제39조 제2호(1980. 12. 31. 법률 제3350호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)에 의하여 부당노동행위에 해당하므로 무효이고, 그 부당노동행위에 기초하여 근로자의 과반수를 달성한 노동조합에 의하여 피고 회사와 사이에 퇴직금규정의 퇴직금지급률을 누진제에서 단수제로 변경하는 내용이 포함된 단체협약이 체결되었다 한들 이를 근로자 과반수의 집단적 의사결정방식에 의한 취업규칙 변경의 동의에 해당한다고 볼 수 없으므로, 구 퇴직금규정의 개정 이전에 입사한 근로자들인 원고 최훈과 선정자 기우표, 엄익관, 정충길(이하 '원고 등 4명'이라 한다)에 대하여는 신 퇴직금규정을 적용할 수 없다고 판단하여 피고 회사에 대하여 구 퇴직금규정에 의하여 산정한 퇴직금에서 기지급한 퇴직금을 공제한 차액의 지급을 명하였다.

나. 그러나 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

- (1) 위 노사협의회 개최 당시인 1970. 9.경에는 노동조합의 조합원 수가 총 근로자



1,637명 중 과반수에도 못 미치는 510명에 불과하여 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있는 것이 아니므로 당시 시행되던 구 노동조합법 제39조 제2호의 규정에 따라 위 노사협의회에서 합의한 유니언 쉐프 협정이 부당노동행위에 해당하여 무효라고 판단한 원심의 조치에는 잘못이 없다.

- (2) 그러나 노동조합 가입행위는 원칙적으로 근로자의 청약과 조합의 승낙이라는 의사  
의 합치에 의하여 성립하는 계약이라고 할 것이므로, 비조합원들이 자발적인 가입  
의사가 없음에도 불구하고 무효인 유니언 쉐프 협정에 의하여 급여에서 노동조합비  
가 일괄 공제됨에 따라 일방적으로 조합원으로 간주된 것에 불과하다면 노동조합  
에 가입하려는 청약의 의사표시 자체가 결여된 것으로서 그러한 사실만으로 조합  
원의 자격을 취득하였다고는 볼 수 없을 것이나, 비조합원들이 유니언 쉐프 협정이  
체결된 것을 계기로 또는 유니언 쉐프 협정과 무관하게 스스로 노동조합에 가입하려  
는 의사를 가지고 급여에서 노동조합비를 공제하는 것에 동의하는 방식으로 청약  
의 의사표시를 하고 노동조합이 조합비를 수령함으로써 이를 승낙하였다는 특별한  
사정이 인정된다면, 비록 노동조합 가입의 계기가 된 유니언 쉐프 협정이 부당노동  
행위에 해당하여 무효라고 하더라도, 근로자와 노동조합 사이에 노동조합의 가입  
계약이 성립하고 이로써 조합원의 자격을 적법하게 취득하였다고 보아야 할 것이  
다. 이러한 특수한 사정이 있는 경우까지 유니언 쉐프 협정이 무효라는 이유만으로  
그 이후에 이루어진 근로자들의 조합가입의 효력을 일률적으로 부정하게 된다면,  
자발적인 가입의사를 가지고 급여에서 노동조합비를 공제하도록 동의한 근로자조  
차 조합원의 자격을 인정받지 못하게 될 우려가 있고, 이들을 제외하고 나면 노동  
조합의 조합원 수가 근로자의 과반수에 이르지 못하는 경우, 그 노동조합이 근로  
자의 과반수를 대표하는 조합으로서 행한 모든 법률적 행위의 사법적 효과를 부정  
하는 결과를 가져오게 되는바, 이는 근로관계의 실질이나 법적 안정성의 측면에서  
볼 때 부당하다고 아니할 수 없다.
- (3) 그런데 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 1970. 9. 제2차 노사협의  
회에서의 합의사항에 따라 피고 회사는 당시까지 노동조합에 가입하지 않았던 552  
명의 노동조합 가입대상 근로자들에 대하여 1970. 10월분의 월급에서부터 노동조  
합비를 일괄 공제하여 노동조합에 지급하였고, 그 이후에도 계속하여 월급에서 노  
동조합비를 일괄 공제하는 조치가 장기간 지속된 것으로 보이는데도 위 552명의  
근로자들이 이에 대하여 이의를 제기하였다거나 스스로 노동조합원이 아니라고 다  
투었다는 자료를 찾아볼 수 없는 점, 퇴직금지급방식을 단수제로 전환하는 신 퇴직금  
규정이 시행됨에 따라 종전 입사자들의 기득권을 보호하기 위하여 1969. 2. 28. 이전  
입사자에 대하여는 일단 1969. 2. 28. 퇴직하는 것으로 정리하고 그 이전의 근무기  
간에 대한 퇴직금을 누진제로 계산하여 정산하였는데 이에 해당하는 근로자들이  
별다른 이의를 제기하지 않은 채 퇴직금을 수령한 것으로 보이는 점, 신 퇴직금규  
정과 위 단체협약이 시행된 이후에 위 단체협약 체결 이전에 입사한 근로자들 다  
수가 퇴직하여 피고 회사가 이들에 대하여 신 퇴직금규정에 따른 단수제에 의하여

계산한 퇴직금을 지급하였을 때에도 소의 배경식이 1997.에 퇴직금청구소송을 제기하기 이전에는 퇴직자들이나 노동조합측에서 이의를 제기하였다는 자료를 찾아볼 수 없는 점, 위 노사협의회에서의 합의사항에는 퇴직금지급률을 낮추는 대신 일일고용원제도를 폐지하여 정규직원으로 전환하도록 하는 등 근로자에게 유리한 내용도 함께 포함되어 있는 점, 피고 회사 노동조합의 가입절차는 별도로 가입신청서를 제출하지 않고 가입을 희망하는 근로자가 자신의 급여에서 노동조합비를 공제하여 조합에 지급하도록 승낙하는 방식으로 이루어져 온 점 등을 종합하여 보면, 당시 유니언 쉐프 협정의 체결 이후에 조합원 자격을 취득한 근로자들의 대다수는 유니언 쉐프 협정이 체결된 것을 계기로 스스로 노동조합에 가입하려는 자발적 의사를 가지고 급여에서 노동조합비를 공제하는 것에 동의하는 방식으로 노동조합에 가입하였다고 봄이 상당하고, 그렇다면 피고 회사와 사이에서 퇴직금지급률을 누진제에서 단수제로 변경한 신 퇴직금규정에 따라 퇴직금을 지급하기로 하는 위 단체협약을 체결한 노동조합은 당시 근로자의 과반수로 조직되어 있었다고 보아야 할 것이므로, 그 노동조합의 동의를 거친 퇴직금규정의 변경은 유효하다고 할 것이고 퇴직금규정의 개정 이전에 입사한 원고 등 4명에 대하여도 신 퇴직금규정이 적용된다고 할 것이다.

- (4) 그럼에도 불구하고, 원심은 위 유니언 쉐프 협정이 부당노동행위로서 무효에 해당한다는 이유만으로 그 이후에 노동조합에 가입한 것으로 간주된 근로자들 전원에 대하여 일률적으로 노동조합에 적법하게 가입한 것으로 보기 어렵다고 단정하고, 나아가 따라서 당시 위 단체협약을 체결한 노동조합이 근로자의 과반수를 대표하지 않는다고 보아 근로자 과반수의 집단적 의사결정방식에 의한 동의를 이루어지지 않았으므로 구 퇴직금규정의 개정 이전에 입사한 원고 등 4명에 대하여는 신 퇴직금규정을 적용할 수 없다고 판단하고 구 퇴직금규정에 의하여 산정한 퇴직금에서 신 퇴직금규정에 따라 기지급한 퇴직금을 공제한 차액의 지급을 구하는 원고 등 4명의 퇴직금청구를 인용하였으니, 거기에는 노동조합의 가입에 관한 법리를 오해하거나 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유 제1점의 주장은 이유 있다.

2. 평균임금 산정의 기초가 되는 임금 총액에는 사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 지급하는 금품으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 지워져 있는 것은 그 명칭 여부를 불문하고 모두 포함된다( 대법원 2003. 6. 24. 선고 2003다2758 판결 등 참조).

원심은 그 채용 증거를 종합하여, 피고 회사는 1973. 국내에서 근무하는 모든 직원들에게 주식보조금을 지급하기로 노동조합과 합의하고 이후 현물 또는 구매권의 형태로 중식을 제공하여 왔는데, 그 가액은 월 75,000원 상당인 사실을 인정한 다음, 이와 같이 구매권 또는 현물로 제공된 중식에 대한 평가액은 근로의 대가로서의 성질을 갖는 것이므로 평균임금에 포함되어야 한다고 판단하였다.

기록과 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 정당하

고 거기에 상고이유 제2점의 주장과 같은 평균임금에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

3. 원심이 20년을 초과하는 근속기간에 대하여도 구 퇴직금규정과 같은 누진율을 적용하기로 노사간에 합의가 이루어진 사실을 인정할 아무런 증거가 없다는 이유로, 20년을 초과하는 근속연수에 대하여 근속연수에 3개월분의 평균임금을 곱하여 산출한 퇴직금을 지급할 의무가 있다는 원고 등 4명의 주장을 배척하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 이러한 조치는 결론에 있어서 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 원고 등 4명의 부대상고이유의 주장과 같은 심리미진 또는 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 변론주의 위배 등의 위법이 없다.
4. 다만, 직권으로 살피건대, 개정 전 소송촉진등에관한특례법(2003. 5. 10. 법률 제6868호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 본문 중 '대통령령으로 정하는 이율' 부분에 대하여는 2003. 4. 24. 헌법재판소의 위헌결정이 있었고, 그 후 개정된 위 법률조항과 그에 따라 개정된 소송촉진등에관한특례법제3조제1항본문의법정이율에관한규정(2003. 5. 29. 대통령령 제17981호로 개정된 것)은 위 개정법률 시행 당시 법원에 계속중인 사건에 대하여 2003. 6. 1. 이후에 적용할 법정이율을 연 2할로 한다고 규정하고 있는 한편, 피고의 별지 선정자목록 1 내지 35 기재 선정자들(이하 '선정자 35명'이라 한다)에 대한 이 사건 퇴직금 지급의무는 상사채무로서 그에 대하여 달리 이율이나 지연이율의 약정이 있었다고 볼 자료는 없으므로 원심이 인용한 각 퇴직금액에 대하여 위 개정법률이 시행되기 전인 2003. 5. 31.까지는 상사법정이율인 연 6%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 위 개정법률에 따른 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명하여야 할 것인데, 이와 달리 원심이 2003. 5. 31.까지의 기간에 대하여도 위 개정 전의 법률규정을 적용하여 연 25%의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명한 원심판결 중 선정자 35명에 대한 부분에는 결과적으로 지연손해금의 법정 이율을 잘못 적용하여 판결에 영향을 미친 위법이 있게 되었다.
5. 그러므로 (1) 원심판결 중 원고 등 4명에 대한 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 원심법원에 환송하며, (2) 원심판결 중 지연손해금청구에 관한 선정자 35명에 대한 피고 패소 부분 중 아래에서 실시하는 금액을 초과한 부분을 파기하고, 이 부분은 이 법원이 직접 재판하기에 충분하므로 자판하기로 하는바, 피고는 선정자 35명에게 별지 "종합계산표"의 '인용액'란 기재 각 금액에 대하여 그 중 순번 1 내지 10, 12 내지 35는 각 해당 선정자가 퇴사한 다음날 또는 그 이후인 1998. 4. 1.부터, 순번 11의 선정자 이호성이 퇴사한 다음날인 1998. 5. 25.부터, 각 2003. 5. 31.까지 상법 소정의 연 6%, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지 개정된 소송촉진등에관한특례법 소정의 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있으므로, 이를 초과하는 부분에 관한 위 선정자 35명의 항소를 기각하고, (3) 피고의 선정자 35명에 대한 나머지 상고와 원고 등 4명의 부대상고를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 변재승(재판장), 강신욱, 박재윤(주심), 고현철

### 3.3 유니온 쉐 협정과 조합가입 제한의 정당성

☞ 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다28899 판결

#### » 요 지 «

노조와 사용자 사이에 회사의 종업원은 3개월이 경과하면 조합원이 되며 노조가입을 거부하거나 탈퇴할 경우 회사는 즉시 해고하여야 한다는 유니온 쉐 협정을 체결한 경우 조합은 조합원의 자격을 갖춘 근로자의 조합가입을 함부로 거절할 수 없고 탈퇴 조합원의 재가입에 대한 제약이나 거부는 위법 부당한 것으로 권리남용 또는 신의칙 위반에 해당된다.

\* 원 고, 피상고인 : 변○○ 외 8인

\* 피 고, 상 고 인 : 전국자동차노동조합연맹부산버스지 ○○○여객분회

\* 원심판결 : 부산고법 1996. 6. 7. 선고 95나7352 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 내세운 증거들에 의하여 다음과 같은 사실을 인정하였다.

1. 피고 조합과 소외 ○○○여객 주식회사(이하 소외 회사라고 한다)는 1990. 체결된 단체협약에서 "회사의 종업원은 노조의 조합원이어야 한다. 회사의 종업원은 고용 계약일로부터 3개월이 경과하면 조합원이 되며, 노조 가입을 거부할 경우 회사는 이를 해고하여야 한다. 본 조합은 노동조합이 당해 사업장근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 경우에 한한다."는 규정을 두어 이른바 유니언 쉐 협정을 하였다. 그 후 1993. 체결된 단체협약에서 위 유니언 쉐 협정의 내용은 "회사의 종업원은 고용 계약일로부터 1개월이 경과하면 조합원이 되며, 노조 가입을 거부하거나 탈퇴할 경우 회사는 이를 즉시 해고하여야 한다."는 것으로 수정되었다.
2. 원고들을 비롯한 피고 조합의 조합원 34명은 1992.11.6. 실시된 분회장 선거에서 자신들이 지지한 후보가 낙선된 것에 불만을 품고 1993.2.2.(원고 김×진) 또는 같은 달 8.(나머지 조합원들) 피고 조합에 조합탈퇴서를 제출하고, 이후 2명이 더 탈퇴서를 제출하였다.

3. 그 후 원고들을 포함한 탈퇴서 제출 조합원들은 1993.3.2.경 피고조합에 탈퇴의사를 번복한다는 내용의 통보를 내용증명우편으로 발송하였고, 피고 조합이 그 무렵 이를 수령하고도 원고들의 조합원 지위를 인정하지 아니하자, 같은 해 7.23. 다시 피고 조합에 노조가입원을 제출하였다.
4. 피고 조합은 1993.4.경부터 1995.경까지 사이에 위 36명의 탈퇴서 제출조합원들 중 8명만을 조합원으로 재가입시키고 원고들을 포함한 나머지 조합원들에 대하여는 가입을 거부하고 있다.

원심은 이어서 근로자가 노동조합에 가입하는 행위는 그 성질상 근로자의 가입 청약과 조합의 승낙에 의하여 이루어지는 것이고, 조합 가입 절차를 규정한 피고 조합의 운영세칙 제5조와 지부운영규정 제7조의 규정에 의하면 소위 회사 소속 근로자가 피고 조합에 가입하려면 분회장의 승인을 받도록 되어 있지만, 조합이 조합원의 자격을 갖추고 있는 근로자의 조합 가입을 합부로 거부하는 것은 허용되지 아니하고, 특히 유니언 슝 협정에 의한 가입강제가 있는 경우에는 단체협약에 명문 규정이 없더라도 노동조합의 요구가 있으면 사용자는 노동조합에서 탈퇴한 근로자를 해고할 수 있기 때문에 조합측에서 근로자의 조합 가입을 거부하게 되면 이는 곧바로 해고로 직결될 수 있으므로 조합은 노조 가입 신청인에게 제명에 해당하는 사유가 있다는 등의 특단의 사정이 없는 한 그 가입에 대하여 승인을 거부할 수 없고, 따라서 조합 가입에 조합원의 사전 동의를 받아야 한다거나 탈퇴 조합원이 재가입하려면 대의원대회와 조합원총회에서 각 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야만 된다는 피고 주장의 조합 가입에 관한 제약은 그 자체가 위법부당하고, 또한 특별한 사정이 없는 경우에서 위와 같은 제약을 가하는 것은 기존 조합원으로서의 권리남용 내지 신의칙 위반에 해당한다고 전제한 후, 위에서 인정한 사실을 바탕으로 하면서, 다시 채택한 증거에 의하면 원고들은 피고 조합을 무력화시키려고 하는 탈퇴 당시의 기도를 포기하고 피고 조합에 굴복하여 조합원 지위의 회복을 갈망하고 있다고 보이는 반면에, 피고측에서 원고들의 가입 승인을 거부할 특별한 사정이 있다고 인정할 만한 자료가 없으며, 더욱이 피고가 총 36명의 탈퇴자 가운데 8명만을 선별하여 조합원으로 받아들이고 원고들을 비롯한 나머지 탈퇴자들에 대하여는 가입 승인을 끝까지 거부하는 것은 형평에도 반하는 처사라 하여 원고들에 대한 피고의 가입 승인거부행위는 권리남용 내지 신의칙 위반에 해당한다고 판단하였다.

원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 모두 정당하고(대법원 1995. 2. 28. 선고 94다15363 판결 참조), 거기에 논하는 바와 같이 채증법칙에 위배하여 사실을 오인하거나 권리남용과 신의칙에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유가 없다.

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

대법관 정귀호(재판장), 김석수, 이돈희, 이임수(주심)

## 4. 단체교섭 거부·해태

### 4.1 단체교섭 거부와 불법행위

☞ 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다11070 판결★

#### » 요 지 «

사용자가 노동조합과의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하였다고 하여 그 단체교섭 거부행위가 바로 위법한 행위로 평가되어 불법행위의 요건을 충족하게 되는 것은 아니지만, 그 단체교섭 거부행위가 그 원인과 목적, 그 과정과 행위태양, 그로 인한 결과 등에 비추어 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 것으로 인정되는 경우에는 그 단체교섭 거부행위는 부당노동행위로서 단체교섭권을 침해하는 위법한 행위로 평가되어 불법행위의 요건을 충족하게 되는바, 사용자가 노동조합과의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하다가 법원으로부터 노동조합과의 단체교섭을 거부하여서는 아니된다는 취지의 집행력 있는 판결이나 가처분결정을 받고서도 이를 위반하여 노동조합과의 단체교섭을 거부하였다면, 그 단체교섭 거부행위는 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 행위로서 헌법이 보장하고 있는 노동조합의 단체교섭권을 침해하는 위법한 행위라고 할 것이므로, 그 단체교섭 거부행위는 노동조합에 대하여 불법행위를 구성한다.

- \* 원 고, 상 고 인 : 전국운송하역노동조합
- \* 피 고, 피상고인 : 주식회사 신선대컨테이너터미널
- \* 원심판결 : 부산고법 2004. 1. 14. 선고 2003나8886 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 부산고등법원으로 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

사용자가 노동조합과의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하였다고 하여 그 단체교섭 거부행위가 바로 위법한 행위로 평가되어 불법행위의 요건을 충족하게 되는 것은 아니지만, 그 단체교섭 거부행위가 그 원인과 목적, 그 과정과 행위태양, 그로 인한 결과 등에 비추어 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 것으로 인정되는 경우에는 그 단체교섭 거부행위는 부당노동행위로서 단체교섭권을 침해하는 위법한 행위로 평가되어 불법행위의 요건을 충족하게 되는바, 사용자가 노동조합과의 단체교섭을 정당한 이유

없이 거부하다가 법원으로부터 노동조합과의 단체교섭을 거부하여서는 아니된다는 취지의 집행력 있는 판결이나 가처분결정을 받고서도 이를 위반하여 노동조합과의 단체교섭을 거부하였다면, 그 단체교섭 거부행위는 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 행위로서 헌법이 보장하고 있는 노동조합의 단체교섭권을 침해하는 위법한 행위라고 할 것이므로, 그 단체교섭 거부행위는 노동조합에 대하여 불법행위를 구성한다.

그런데 원심이 인정한 사실관계에 의하면, 원고는 구 노동조합및노동관계조정법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정되기 전의 것) 부칙 제5조 제1항에 의하여 설립이 금지된 복수노동조합에 해당하지 않아서 피고에 대하여 단체교섭권을 가지고 있었던 것으로 보이고, 또 피고는 2000. 2. 11. 부산지방법원으로부터 “원고가 설립이 금지된 복수노동조합에 해당하지 않으므로 피고는 단체교섭 창구의 단일화 등을 내세워 원고와의 단체교섭을 거부하여서는 아니된다.”는 취지의 가처분결정을 받고서도 위 가처분 결정에 위반하여 원고와의 단체교섭을 거부하여 왔음을 알 수 있는바, 사정이 이와 같다면 피고가 위 가처분결정 이후에 위 가처분결정에 위반하여 원고와의 단체교섭을 거부한 행위는 정당한 이유 없이 단체교섭을 거부한 행위에 해당할 뿐 아니라, 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 행위로서 원고의 단체교섭권을 침해한 위법한 행위에 해당한다고 보지 않을 수 없고, 이는 원심 판시와 같이 피고가 위 가처분결정 이전에 노동부로부터 원고가 설립이 금지된 복수노동조합에 해당한다는 취지의 회신을 받았고, 그 당시에 원고가 설립이 금지된 복수노동조합에 해당하는지의 여부에 관하여 학설, 판례 등에서 견해의 대립이 있었으며, 피고가 위 가처분결정에 대하여 바로 이의신청을 하였고, 위 가처분결정이 그 후의 사정변경에 따라서 종국적으로는 취소되었다고 하더라도, 위 가처분결정에서 원고가 설립이 금지된 복수노동조합에 해당하지 않으므로 피고가 이를 이유로 원고와의 단체교섭을 거부할 수 없다는 취지로 판단되어 있고, 또 피고가 위 가처분결정에 대하여 집행정지신청을 하여 법원으로부터 집행정지결정을 받지 않았던 이상, 달리 볼 것이 아니다(다만 원심이 판시하고 있는 위와 같은 사정들에 비추어 보면, 피고가 위 가처분결정 이전에 원고와의 단체교섭을 거부한 행위는 비록 정당한 이유가 있는 행위로 볼 수는 없으나, 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 위법한 행위로서 원고에 대하여 불법행위를 구성한다고 볼 수는 없다).

그렇다면 피고가 위 가처분결정 이후에 원고와의 단체교섭을 거부한 행위는 원고에 대한 불법행위를 구성한다고 할 것임에도 불구하고, 원심은 위에서 본 바와 같은 사정만을 들어 피고가 위 가처분결정 이전에 원고와의 단체교섭을 거부한 행위는 물론 위 가처분결정 이후에 원고와의 단체교섭을 거부한 행위까지도 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 정도에 이른 행위로 보기 어렵다는 취지에서 불법행위를 구성하지 않는다고 판단하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 단체교섭 거부행위와 관련한 불법행위 성립요건에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

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

대법관 김영란(재판장), 이홍훈(주심), 김황식, 안대희



## 4.2 사정변경과 단체교섭 거부의 정당한 이유

☞ 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도8606 판결

### » 요 지 «

- [1] ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제81조 제3호는 사용자가 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약 체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태할 수 없다고 규정하고 있는바, 단체교섭에 대한 사용자의 거부나 해태에 정당한 이유가 있는지 여부는 노동조합측의 교섭권자, 노동조합측이 요구하는 교섭시간, 교섭장소, 교섭사항 및 그의 교섭태도 등을 종합하여 사회통념상 사용자에게 단체교섭의무의 이행을 기대하는 것이 어렵다고 인정되는지 여부에 따라 판단하여야 한다.
- [2] 쟁의행위는 단체교섭을 촉진하기 위한 수단으로서의 성질을 가지므로 쟁의기간 중이라는 사정이 사용자가 단체교섭을 거부할 만한 정당한 이유가 될 수 없고, 한편 당사자가 성의 있는 교섭을 계속하였음에도 단체교섭이 교착상태에 빠져 교섭의 진전이 더 이상 기대될 수 없는 상황이라면 사용자가 단체교섭을 거부하더라도 그 거부에 정당한 이유가 있다고 할 것이지만, 위와 같은 경우에도 노동조합측으로부터 새로운 타협안이 제시되는 등 교섭재개가 의미 있을 것으로 기대할 만한 사정변경이 생긴 경우에는 사용자로서는 다시 단체교섭에 응하여야 하므로, 위와 같은 사정변경에도 불구하고 사용자가 단체교섭을 거부하는 경우에는 그 거부에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다.
- [3] 사용자인 피고인이 노동조합측이 정한 단체교섭 일시의 변경을 구할 만한 합리적 이유가 있었다고 보이지 아니하고, 위 교섭일시 전에 노동조합측에 교섭일시의 변경을 구하는 등 교섭일시에 관한 어떠한 의사도 표명한 적이 없었던 경우, 피고인이 노동조합측이 정한 일시에 단체교섭에 응하지 아니한 것에 정당한 이유가 없다고 본 사례.

\* 피고인 : ○○○○

\* 상고인 : 피고인

\* 원심판결 : 수원지법 2005. 10. 20. 선고 2005노3111 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.





## » 이 유 «

### 1. 2004. 3. 12.자 단체교섭 요구 거부에 대하여

노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제3호는 사용자가 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약 체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태할 수 없다고 규정하고 있는바, 단체교섭에 대한 사용자의 거부나 해태에 정당한 이유가 있는지 여부는 노동조합측의 교섭권자, 노동조합측이 요구하는 교섭시간, 교섭장소, 교섭사항 및 그의 교섭태도 등을 종합하여 사회통념상 사용자에게 단체교섭의 무의 이행을 기대하는 것이 어렵다고 인정되는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이다 (대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8076 판결 참조).

쟁의행위는 단체교섭을 촉진하기 위한 수단으로서의 성질을 가지므로 쟁의기간 중이라는 사정이 사용자가 단체교섭을 거부할 만한 정당한 이유가 될 수 없고, 한편 당사자가 성의 있는 교섭을 계속하였음에도 단체교섭이 교착상태에 빠져 교섭의 진전이 더 이상 기대될 수 없는 상황이라면 사용자가 단체교섭을 거부하더라도 그 거부에 정당한 이유가 있다고 할 것이지만, 위와 같은 경우에도 노동조합측으로부터 새로운 타협안이 제시되는 등 교섭재개가 의미 있을 것으로 기대할 만한 사정변경이 생긴 경우에는 사용자로서는 다시 단체교섭에 응하여야 하므로, 위와 같은 사정변경에도 불구하고 사용자가 단체교섭을 거부하는 경우에는 그 거부에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다.

원심의 채택 증거에 의하면 사단법인 서울마주협회(이하 '협회'라 한다)의 노동조합으로부터 단체교섭권을 위임받은 전국공공운수사회서비스 노동조합연맹(이하 '연맹'이라 한다)이 2004. 3. 12. 협회에 대하여 같은 달 18.에 단체교섭을 하자고 요구한 데 대하여 협회의 대표자인 피고인이 위 요구를 거부한 사실을 인정하기에 충분하다.

그리고 원심의 채택 증거에 의하면, 위 노동조합은 단체교섭의 결렬에 따라 2004. 2. 23.경부터 파업에 들어갔고, 협회는 2004. 2. 28.경부터 직장폐쇄에 들어간 사실을 인정할 수 있는바, 이러한 상태에서 위 노동조합으로부터 단체교섭권을 위임받은 연맹이 협회에 대하여 2004. 3. 12.자로 같은 달 18.에 단체교섭을 하자고 요구한 것은, 노사간에 쟁의를 거치면서 상호 양보의 가능성이 고려되고 있는 상황에서의 교섭요구라고 할 것이어서 교섭재개가 의미 있을 것으로 기대할 만한 사정변경이 생겼다고 볼 수 있으므로, 앞서 본 법리에 비추어 보면 단체교섭이 교착상태에 빠졌음을 전제로 피고인이 연맹의 2004. 3. 12.자 단체교섭 요구를 거부한 것은 정당한 이유가 있다고 할 수 없고, 또한 파업과 직장폐쇄가 진행되고 있다는 사정 역시 피고인이 위 단체교섭 요구를 거부할 만한 정당한 이유가 될 수 없다고 할 것이다.

같은 취지에서 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 원심판결에 상고이유로 주장하는 바와 같이 심리를 다하지 아니하고 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하거나 단체교

섭 거부의 정당한 이유에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 2. 2004. 6. 2.자 단체교섭 요구 거부에 대하여

앞서 본 법리와 원심의 채택 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 피고인이 정당한 이유 없이 연맹의 2004. 6. 2.자 단체교섭 요구에 불응한 사실을 충분히 인정할 수 있고, 상고이유에서 내세우는 사정만으로는 정당하게 연기협의를 요청한 것으로 보이지 아니하므로, 원심판결에 상고이유로 주장하는 바와 같이 심리를 다하지 아니하고 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하거나 단체교섭 거부의 정당한 이유에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 3. 2004. 6. 14.자 단체교섭 요구 거부에 대하여

기록에 의하면 연맹의 2004. 6. 14.자 단체교섭 요구에 앞서 위 노동조합 위원장 공소의 인이 2004. 6. 13. 피고인에게 단체교섭을 촉구하는 서면을 보낸 사실을 인정할 수는 있으나, 그 내용은 피고인의 단체교섭 회피에 대한 항의로서 연맹과의 성실한 단체교섭을 촉구하는 것일 뿐 자기를 교섭주체로 인정하여 달라는 것이 아니며 연맹에 위임한 단체교섭 권한과 관련하여서는 아무런 언급이 없는 점, 연맹의 단체교섭 요구 문건에 공소외인이 교섭위원으로 포함되어 있는 점 등에 비추어 보면, 교섭주체가 연맹인지 위 노동조합인지 여부가 명확하지 아니한 것으로 볼 수 없으므로, 피고인이 연맹의 2004. 6. 14.자 단체교섭 요구에 대하여 교섭주체가 명확하지 아니하다는 이유를 들어 거부한 것은 정당한 이유가 있다고 할 수 없다.

같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 원심판결에 상고이유로 주장하는 바와 같이 심리를 다하지 아니하고 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하거나 단체교섭 거부의 정당한 이유에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 4. 2004. 6. 19.자 단체교섭 요구 거부에 대하여

단체교섭의 일시를 정하는 데에 관하여 노사간에 합의된 절차나 관행이 있는 경우에는 그에 따라 단체교섭 일시를 정하여야 할 것이나, 그와 같은 절차나 관행이 없는 경우, 노동조합측이 어느 일시(이하 '노조제안 일시'라 한다)를 특정하여 사용자에게 단체교섭을 요구하더라도 사용자가 교섭사항 등의 검토와 준비를 위하여 필요하다는 등 합리적 이유가 있는 때에는 노동조합측에 교섭일시의 변경을 구할 수 있고, 이와 같은 경우에는 노동조합측이 사용자의 교섭일시 변경요구를 수용하였는지 여부에 관계없이 사용자가 노조제안 일시에 단체교섭에 응하지 아니하였다 하더라도 사용자의 단체교섭 거부에 정당한 이유가 있다고 할 것이나, 사용자가 합리적인 이유 없이 노조제안 일시의 변경을 구하다가 노동조합측이 이를 수용하지 아니하였음에도 노조제안 일시에 단체교섭에 응하지 아니하였거나 사용자가 위 일시에 이르기까지 노조제안 일시에 대하여 노동조합측에 아무런 의사표명도 하지 아니한 채 노조제안 일시에 단체교섭에 응하지 아니한 경우에는 사용자가



신의에 따라 성실하게 교섭에 응한 것으로 볼 수 없으므로, 사용자의 단체교섭 거부에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다.

앞서 인정한 바와 같이 연맹이 협회에 2004. 3. 12.부터 2004. 6. 14.까지 3회에 걸쳐 단체교섭을 요구한 데 대하여 협회의 대표자인 피고인이 계속하여 단체교섭을 거부하여 왔던 사실에 비추어 보면, 연맹이 다시 2004. 6. 19.에 같은 달 24.을 교섭일시로 정하여 단체교섭을 요구한 시점에서는 피고인으로서 이미 교섭사항 등의 검토와 준비를 위한 충분한 시간을 가지고 있었다고 할 것이므로, 피고인이 연맹에 위 교섭일시의 변경을 구할 만한 합리적 이유가 있었다고 보이지 아니할 뿐 아니라, 원심의 채택 증거에 의하면 피고인은 위 교섭일시 전에 노동조합측에 교섭일시의 변경을 구하는 등 교섭일시에 관한 어떠한 의사도 표명한 적이 없는 사실을 인정할 수 있으므로, 피고인이 연맹이 정한 위 일시에 단체교섭에 응하지 아니한 데에는 정당한 이유가 있다고 할 수 없다.

같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 원심판결에 상고이유로 주장하는 바와 같이 심리를 다하지 아니하고 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하거나 단체교섭 거부의 정당한 이유에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 5. 결 론

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

대법관 박시환(재판장), 이강국, 손지열(주심), 김용담

## 5. 지배·개입과 경비 원조

### 5.1 사용자의 언론의 자유와 지배·개입

☞ 대법원 2013. 1. 10. 선고 2011도15497 판결

#### » 요 지 «

1. 사용자가 연설, 사내방송, 게시판, 서한 등을 통하여 의견을 표명하는 경우 그 표명된 의견의 내용과 함께 그것이 행하여진 상황, 시점, 장소, 방법 및 그것이 노동조합의 운영이나 활동에 미치거나 미칠 수 있는 영향 등을 종합하여 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정된다면 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호에 규정된 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’로서 부당노동행위가 성립하고, 또 그 지배·개입으로서의 부당노동행위의 성립에 반드시 근로자의 단결권의 침해라는 결과의 발생까지 요하는 것은 아니다.

그러나 사용자 또한 자신의 의견을 표명할 수 있는 자유를 가지고 있으므로, 사용자가 노동조합의 활동에 대하여 단순히 비판적 견해를 표명하거나 근로자를 상대로 집단적인 설명회 등을 개최하여 회사의 경영상황 및 정책방향 등 입장을 설명하고 이해를 구하는 행위 또는 비록 파업이 예정된 상황이라 하더라도 그 파업의 정당성과 적법성 여부 및 파업이 회사나 근로자에 미치는 영향 등을 설명하는 행위는 거기에 징계 등 불이익의 위협 또는 이익제공의 약속 등이 포함되어 있거나 다른 지배·개입의 정황 등 노동조합의 자주성을 해칠 수 있는 요소가 연관되어 있지 않는 한, 사용자에게 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 있다고 가볍게 단정할 것은 아니라 할 것이다.

2. 한국○○공사 측이 철도파업 직전에 근로자를 상대로 파업과 관련한 순회설명회를 개최하려 한 것은 철도파업이 예정된 상황에서 한국○○공사의 전반적 현황과 파업이 회사에 미치는 영향을 설명하면서 파업 참여에 신중할 것을 호소·설득하는 등 사용자 입장에서 노동조합이 예정한 파업방침에 대해 비판적 견해를 표명한 것으로서 사용자측에 허용된 언론의 자유의 범위를 벗어난 것이라고 단정하기는 어렵다. 따라서 이 사건 설명회 개최가 ‘근로자가 노동조합을 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’로서 업무 방해죄의 보호법익으로서의 업무에 해당하지 않는다고 판단한 원심의 판단에는 지배·개입에 의한 부당노동행위의 성립에 관한 법리 또는 업무방해죄의 보호법익으로서의 업무에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.



\* 피고인 : 전○○ 외 9인

\* 상고인 : 검사

\* 원심판결 : 서울서부지법 2011. 11. 3. 선고 2011노513 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울서부지방법원 합의부에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 이 사건 공소사실은, 피고인들과 황○○은 공동하여 2010.5.11. 10:20경 ○○에서 한국○○공사 기술본부장 강○○가 서울차량사업소의 현업직원을 대상으로 같은 날 10:40경 3층 교양실에서 다음 날로 예정된 파업의 부당성에 대해 설명하기 위해 현장에 도착하자, 강○○를 청사 안으로 들어가지 못하게 몸으로 가로막는 등 위력으로 그 정당한 업무를 방해하였다는 것이다.

이에 대하여, 원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 강○○가 파업이 임박한 상황에서 한국○○공사 산하 현장을 순회하며 직원들을 상대로 설명회를 개최한 것은 부당노동행위에 해당하여 업무방해죄의 보호법익으로서의 업무로 볼 수 없고, 설령 이 사건 설명회 개최가 업무방해죄의 보호법익으로서의 업무에 해당한다고 하더라도 피고인들이 이를 부당노동행위로 오인한 데에 정당한 이유가 있다고 판단하여 무죄를 선고하였다.

2. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

가. 먼저 이 사건 설명회 개최가 업무방해죄의 보호법익으로서의 업무에 해당하는지 여부에 대하여 본다.

사용자가 연설, 사내방송, 게시문, 서한 등을 통하여 의견을 표명하는 경우 그 표명된 의견의 내용과 함께 그것이 행하여진 상황, 시점, 장소, 방법 및 그것이 노동조합의 운영이나 활동에 미치거나 미칠 수 있는 영향 등을 종합하여 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정된다면 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호에 규정된 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’로서 부당노동행위가 성립하고, 또 그 지배·개입으로서의 부당노동행위의 성립에 반드시 근로자의 단결권의 침해라는 결과의 발생까지 요하는 것은 아니다(대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도388 판결 참조).

그러나 사용자 또한 자신의 의견을 표명할 수 있는 자유를 가지고 있으므로, 사용자가 노동조합의 활동에 대하여 단순히 비판적 견해를 표명하거나 근로자를 상대로 집단적

인 설명회 등을 개최하여 회사의 경영상황 및 정책방향 등 입장을 설명하고 이해를 구하는 행위 또는 비록 파업이 예정된 상황이라 하더라도 그 파업의 정당성과 적법성 여부 및 파업이 회사나 근로자에 미치는 영향 등을 설명하는 행위는 거기에 징계 등 불이익의 위협 또는 이익제공의 약속 등이 포함되어 있거나 다른 지배·개입의 정황 등 노동조합의 자주성을 해칠 수 있는 요소가 연관되어 있지 않는 한, 사용자에게 노동조합의 조직이나 운영 및 활동을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 있다고 가볍게 단정할 것은 아니라 할 것이다.

원심판결 이유 및 기록에 의하면, ① 한국○○공사가 2009.11.24. 이 사건 노동조합과의 단체협약을 해지하자 이 사건 노동조합은 같은 해 11.26.부터 같은 해 12.2.까지 파업을 진행하다가 같은 해 12.3. 업무에 복귀한 사실, ② 이 사건 노동조합은 이후 계속하여 한국○○공사와 단체교섭을 진행하였음에도 교섭이 이루어지지 않자, 2010.5.12.까지 교섭이 결렬될 경우 재차 파업을 하겠다고 한국○○공사에 예고(파업 예정일은 2010.5.12. 04:00경임)한 사실, ③ 이에 한국○○공사의 기술본부장이자 단체교섭의 사용자측 교섭위원 중 한 명인 강○○는 2010.5.8.부터 같은 달 11일까지 한국○○공사 산하 차량사업소 및 정비단 등 현장을 순회하면서 직원설명회를 개최하기로 하여 파업 예정일 이전 며칠 동안 집중적으로 전국을 이동하며 직원설명회를 개최한 사실, ④ 강○○가 2010.5.11. 한국○○공사 산하 서울차량사업소에서 약 300여명에 이르는 직원을 상대로 위와 같은 설명회(이하 ‘이 사건 설명회’)를 개최하려고 위 사업소에 도착하자, 피고인들 및 조합원 30여명은 건물 1층 현관 앞을 막아서서 ‘내일이 파업인데 본사에 가서 협상하는 데 가 있어야지 여기 있을 때가 아니다’고 하거나 ‘파업을 하루 앞두고 성실교섭이나 하지 뭐하러 왔어. 현장에 설명회를 할 시간이 있으면 다시 돌아가 교섭에 충실히 임해 파업을 막도록 하라’고 하면서 먹살을 잡는 등으로 건물 안으로 들어가지 못하게 가로막은 사실, ⑤ 피고인들의 위와 같은 출입방해 등으로 인하여 강○○는 결국 그날 서울차량사업소 2층 회의실에서 과장 등 중간관리자와 차량팀원 일부 등 몇 십 명만 참석한 가운데 약 10분간 설명회를 진행하면서 한국○○공사의 현황에 비추어 파업에 무리가 있다는 취지의 발언을 하고 나아가 국민들의 파업에 대한 시각과 국가가 처한 현실 등과 함께 현재로서는 철도가 파업이 된다면 한국○○공사 전체의 위기가 올 수 있다고 언급한 사실을 알 수 있다.

이러한 순회설명회의 경과 등에 비추어 볼 때, 강○○가 이 사건 설명회에서 설명하고자 한 내용은 다른 지역설명회에서 한 발언과 유사할 것으로 보이지만, 원심은 그 내용에 대해서는 구체적으로 심리한 바가 없다. 그리고 그 발언의 내용이 이 사건 설명회가 무산된 뒤 중간관리자 등을 상대로 하였던 발언 내용과 별 차이가 없는 것이라면, 이는 파업이 예정된 상황에서 한국○○공사의 전반적 현황과 파업이 회사에 미치는 영향을 설명하면서 파업 참여에 신중할 것을 호소·설득하는 등 사용자 입장에서 노동조합이 예정한 파업방침에 대해 비판적 견해를 표명한 것으로서 사용자측

에 허용된 언론의 자유의 범위를 벗어난 것이라고 단정하기는 어렵다 할 것이다. 다만 원심판결 이유 및 기록에 의하면, 피고인들의 출입방해 행위 당시 서울차량사업소장이 이○○이 피고인들 등에게 ‘내일 파업이니까 오신 거예요. 파업하지 말라고. 내일 파업하면 우리 직원들이 많이 다치니까 하지 말라고 얘기하러 오신 거예요’라는 취지로 말한 사실이 인정되기는 한다. 그러나 이는 이○○이 서울차량사업소장으로서 피고인들이 이○○의 출입을 막아선 상황에서 이를 풀 것을 설득하는 과정에서 우발적으로 한 것으로 보이고, 그 내용도 그 사업소 소속 직원인 피고인들이 파업으로 인해 입을 손해를 우려하는 취지의 충고성 발언으로 볼 수 있는 등 발언 당시의 상황, 발언의 경위 및 시기 등 여러 사정들에 비추어 볼 때, 보복이나 위협 등의 의사가 표시되었다고 보기는 어렵다. 그 밖에 강○○가 이 사건 설명회를 개최하려고 한 과정에서 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 있었던 것으로 볼 만한 행동을 하였다는 자료는 찾아볼 수 없다.

그렇다면 원심으로서, 비록 이 사건 설명회가 파업이 임박한 시기에 개최된 것이라고 하더라도, 강○○가 이 사건 설명회 전 다른 지역에서 한 순회설명회에서 표명한 발언의 내용 및 그러한 발언 등이 조합원이나 노동조합의 활동에 미쳤거나 미칠 수 있는 영향, 그리고 당초 예정된 파업의 정당성 여부 등 지배·개입의 부당노동행위를 인정하는 전제가 되는 전후 상황 등에 대하여 구체적으로 심리하여, 이 사건 설명회 개최가 사용자 입장에서 단순히 파업에 대한 의견을 개진하는 수준을 넘어 조합원에 대해 회유 내지 위협적 효과를 가지는 등의 사정이 있어, 사용자에게 노동조합의 운영이나 활동을 지배하거나 노동조합의 활동에 개입하려는 의사가 있었던 것으로 추단되는지 여부를 판단하였어야 할 것이다. 그럼에도, 원심은 이에 이르지 아니한 채 단지 그 판시와 같은 사정만으로 이 사건 설명회 개최가 ‘근로자가 노동조합을 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’로서 업무방해죄의 보호법익으로서의 업무에 해당하지 않는다고 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 지배·개입에 의한 부당노동행위의 성립에 관한 법리 또는 업무방해죄의 보호법익으로서의 업무에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 다음으로 부당노동행위로 오인한 데에 정당한 이유가 있는지에 관하여 본다.

형법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은, 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이다(대법원 1992. 5. 22. 선고 91도2525 판결, 대법원 2002. 1. 25. 선고 2000도1696 판결 등 참조). 그리고 그 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 신중하게 판단하고 확인

해 보는 등으로 위와 같은 착오를 하지 않도록 하기 위한 진지한 노력을 하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있었음에도 이를 다하지 아니한 결과 그 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위의 정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결 등 참조).

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 이 사건 노동조합의 간부들인 피고인들은 ‘사용자측에서 조합원들이 파업을 못하게 할 의도로 특별교육을 시킨다’고 스스로 판단한 후 앞서 본 바와 같은 방법으로 이 사건 설명회 개최를 저지하였음을 알 수 있다. 그러나 원심 판시와 같은 사정만으로는 피고인들이 이 사건 설명회 개최가 부당노동행위에 해당한다는 착오를 하지 않도록 하기 위한 진지한 노력을 다하였다고 볼 수 없으므로, 설사 이 사건 설명회 개최가 부당노동행위에 해당한다고 오인하였다 하더라도 거기에 정당한 이유가 있다고는 할 수 없다.

따라서 원심이 그 판시와 같은 이유만으로 피고인들의 이 사건 설명회 개최 저지행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 것이 정당한 이유가 있는 때에 해당한다고 판단한 데에는 형법 제16조의 정당한 이유에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

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

대법관 김창석(재판장), 양창수, 박병대(주심), 고영한



☞ 대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8076 판결★

### » 요 지 «

1. 구 노동조합법 제39조 제3호가 정하는 부당노동행위는, 사용자가 아무런 이유 없이 단체교섭을 거부 또는 해태하는 경우는 물론이고, 사용자가 단체교섭을 거부할 정당한 이유가 있다거나 단체교섭에 성실히 응하였다고 믿었더라도 객관적으로 정당한 이유가 없고 불성실한 단체교섭으로 판정되는 경우에도 성립한다고 할 것이고, 한편 정당한 이유인지의 여부는 노동조합측의 교섭권자, 노동조합 측이 요구하는 교섭시간, 교섭장소, 교섭사항 및 그의 교섭태도 등을 종합하여 사회통념상 사용자에게 단체교섭의무의 이행을 기대하는 것이 어렵다고 인정되는지 여부에 따라 판단할 것이다.
2. ○○기념사업회 노동조합의 조합장이 학예부장의 차하위자인 3급직 학예담당관으로 그 부하직원을 지휘하고 그 휘하의 6급 이하 직원에 대한 1차적 평가를 하지만, 부장이 2차 평정권자로서 그 평정의 권한 및 책임은 궁극적으로 부장에게 귀속되고, 부하직원의 지휘도 부장을 보조하는데 지나지 아니하며, 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정에 관한 권한과 책임을 ○○기념사업회로부터 위임받은 점이 없다면, 위 조합장이 구 노동조합법 제3조 단서 제1호에 정한 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자에 해당하지 아니하므로, 위 사업회가 위 조합장은 노동조합원이 될 수 있는 자격이 없다는 이유로 당해 조합의 단체교섭요구에 응하지 아니한 것은 정당하다고 볼 수 없다고 한 사례.
3. 사용자가 연설, 사내방송, 게시판, 서한 등을 통하여 의견을 표명할 수 있는 언론의 자유를 가지고 있음은 당연하나, 그것이 행하여진 상황, 장소, 그 내용, 방법, 노동조합의 운영이나 활동에 미친 영향 등을 종합하여 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정되는 경우에는 구 노동조합법 제39조 제4호에 정한 부당노동행위가 성립한다.
4. 당해 ○○기념사업회 노동조합의 조합원들이 위 사업회의 회장 등을 업무상 횡령혐의로 고소함으로써 위 사업회와 당해 조합간의 갈등이 일어난 상황 속에서, 위 회장이 중무식상에서 전직원을 상대로 위 사업회 조직의 성질상 태어나지 말아야 할 노동조합이 생겼으며, 자신을 포함한 우리 모두가(감독관청인 ○○부에 대하여) 노동자인 것이고, 위 사업회 조직의 성격상 노조활동에는 한계가 있다고 보며, 계속하여 분쟁이 야기되어 전직원으로부터 사표를 받고 공개채용으로 다시 충원해야 하는 일이 없기 바란다는 취지로 발언한 것은 구 노동조합법 제39조 제4호 소정의 부당노동행위에 해당한다.

\* 원고, 상 고 인 : ○○기념사업회

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고법 1997. 4. 25. 선고 96구31842 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 단체교섭 거부의 점에 대하여

구 노동조합법(1996.12.31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 것, 이하 '법'이라고 한다) 제39조 제3호가 정하는 부당노동행위는, 사용자가 아무런 이유 없이 단체교섭을 거부 또는 해태하는 경우는 물론이고, 사용자가 단체교섭을 거부할 정당한 이유가 있다거나 단체교섭에 성실히 응하였다고 믿었더라도 객관적으로 정당한 이유가 없고 불성실한 단체교섭으로 판정되는 경우에도 성립한다고 할 것이고, 한편 정당한 이유인지의 여부는 노동조합측의 교섭권자, 노동조합측이 요구하는 교섭시간, 교섭장소, 교섭사항 및 그의 교섭태도 등을 종합하여 사회통념상 사용자에게 단체교섭의무의 이행을 기대하는 것이 어렵다고 인정되는지 여부에 따라 판단할 것이다.

법 제3조 단서 제1호의 규정은 노동조합의 자주성을 확보하기 위하여 사용자 또는 항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자의 노동조합에의 참가를 금지하고 있는바, 원심이 적법하게 인정한 바와 같이, ○○기념사업회노동조합(이하 이 사건 조합이라고 한다)의 조합장인 소외 홍○○는 학예부장의 차하위자인 3급직 학예담당관으로 그 부하직원을 지휘하고 그 휘하의 6급 이하 직원에 대한 1차적 평가를 하지만, 부장이 2차 평정권자로서 그 평정의 권한 및 책임은 궁극적으로 부장에게 귀속되고, 부하직원의 지휘도 부장을 보조하는데 지나지 아니하며, 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정에 관한 권한과 책임을 원고로부터 위임받은 사실이 없다면, 위 홍○○는 법 제3조 단서 제1호에 정한 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자에 해당하지 아니하므로, 원고가 위 홍○○표는 노동조합원이 될 수 있는 자격이 없다는 이유로 이 사건 조합의 단체교섭요구에 응하지 아니한 것은 정당하다고 볼 수 없다.

그리고 원심이 확정된 사실에 의하면, 원고는 이 사건 조합으로부터 교섭을 위임받은 상급노동단체인 소외 전국전문기술노동조합연맹이 1996.1.31. 일자를 같은 해 2.5.로 지정하여 한 단체교섭요구에 대하여, 신임 사무총장이 업무과약을 다하지 못하였다는 이유로 같은 달 말로 연기하자고 통보한 뒤, 그 무렵에 이르러서는 이 사건 조합이 같은 달 23. 스스로 해산결의를 하였다는 이유로 다시 교섭에 불응하였는데, 위 해산결의는 이미 그 전인 같은 해 2.4. 이 사건 조합을 탈퇴한 부조합장이던 소외 조○○이 같은 달 17.자로 소집공고를 하여 개최한 같은 달 22.의 임시총회가 정족수 미달로 무산되고, 다음 날 오전으로 연기된 임시총회 역시 정족수가 미달되어, 같은 날 오후 원고의 총무부장 등의 조

합원 참석독려 등 도움을 받아 근무시간 중에 개최된 임시총회에서 이루어졌고, 그 뒤 같은 달 27. 용산구청장에게 제출된 조합해산신고서는 같은 해 3. 5. 위 임시총회가 정당하게 소집되지 아니하였다는 사유로 반려되었는바, 원고 사무총장의 업무파악이 끝나지 않았다는 사유는 원고의 내부 사정에 불과한 것으로 사회통념상 단체교섭을 행하기 어려운 사유라고 할 수 없고, 조합해산결의는 정당한 소집권한이 없는 자에 의하여 소집된 임시총회에서의 결의로서 무효라고 할 것이므로 조합이 해산되었다는 이유로 원고가 단체교섭에 불응한 것도 역시 정당하다고 볼 수 없다.

따라서 모두 객관적으로 정당한 이유가 없는 위 사유들을 내세워, 이 사건 조합의 최초 단체교섭요구시부터 계속된 일련의 원고의 단체교섭거부 또는 지연행위는 법 제39조제3호에 정한 부당노동행위에 해당한다고 할 것이니, 같은 취지의 원심의 판단은 옳고, 거기에 상고이유로 주장하는 부당노동행위에 대한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로 이 점에 관한 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

## 2. 지배개입의 점에 대하여

사용자가 연설, 사내방송, 게시문, 서한 등을 통하여 의견을 표명할 수 있는 언론의 자유를 가지고 있음은 당연하나, 그것이 행하여진 상황, 장소, 그 내용, 방법, 노동조합의 운영이나 활동에 미친 영향 등을 종합하여 노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 이에 개입하는 의사가 인정되는 경우에는 법 제39조제4호에 정한 부당노동행위가 성립한다고 볼 것이다(대법원 1991. 12. 10. 선고 91누636 판결, 대법원 1994. 12. 23. 선고 94누3001 판결 등 참조).

기록에 의하면, 이 사건 조합의 조합원들이 연명으로 1995.12.5. 원고의 대표자인 회장 소의 이○○ 등을 업무상형량혐의로 수사기관에 고소함으로써 원고와 이 사건 조합간의 갈등이 형사문제로 비화된 사실을 알 수 있고, 이러한 상황 속에서, 원심이 적법하게 인정한 사실과 같이, 위 이○○이 1995.12.29. 중무식장에서 전직원을 상대로 원고 조직의 성질상 태어나지 말아야 할 노동조합이 생겼으며, 자신을 포함한 우리 모두가(감독관청인 ○○부에 대하여) 노동자인 것이고, 원고 조직의 성격상 노조활동에는 한계가 있다고 보며, 계속하여 분쟁이 야기되어 전직원으로부터 사표를 받고 공개채용으로 다시 충원해야 하는 일이 없기 바란다는 취지로 발언한 것은, 이 사건 조합을 부인하는 태도를 명백히 함과 동시에 조합활동이 계속되는 경우 직원의 신분이 박탈될 수도 있다는 신분상의 불안감을 느끼게 하여 조합활동을 위축시킴으로써 조합의 조직과 활동에 영향을 미치고자 하는 의도임이 충분히 인정되므로, 원심이 위 연설행위를 법 제39조 제4호에 정한 부당노동행위로 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 부당노동행위에 대한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점에 대한 상고이유의 주장 역시 받아들일 수 없다.

## 3. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자인 원고의 부담으로 하기로 관여 법관들의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 정귀호(재판장), 박준서, 김형선(주심), 이용훈

## 5.2 조합비 공제 거부와 지배·개입

☞ 대법원 1997. 5. 7. 선고 96누2057 판결

### » 요 지 «

해고의 효력을 다투는 조합장이 회사에 조합장 복귀 통지문을 보내고 단체협약에 따라 조합장 명의로 조합비 등의 일괄공제를 요청하였으나, 회사는 통지문을 반려하고 다른 조합원 명의로 조합비 등의 일괄공제를 요청한 것은 조합장의 노동조합활동을 방해하려는 의도에서 이루어진 것으로서 비록 근로자의 단결권 침해라는 결과가 발생하지 아니하였다고 하더라도 지배 개입으로서의 부당노동행위에 해당한다고 한 사례이다.(○○택시합자회사 사건, 대법원 1997.05.07 판정 96누2057 부당노동행위구제재심판정취소)

\* 원고, 피상고인 : ○○택시합자회사 노동조합 대전 대덕구 대화동 대표자 조합장 ○○○

\* 피고, 상 고 인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : ○○택시합자회사

\* 원심판결 : 서울고법 1995. 12. 21. 선고 95구18064 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인의, 그 나머지는 피고의 각 부담으로 한다.

### » 이 유 «

피고 및 피고보조참가인(이하 참가인이라 한다)의, 상고이유를 함께 본다.

1. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 소외 김○○이 참가인의 운전기사로 근무하다가 1993.4.29. 원고의 조합장으로 선출되어 노조 전임자로 활동하던 중 1994.8.19. 해고된 사실, 김○○은 같은 달 26일 참가인을 상대로 대전지방법원에 해고무효확인소송을 제기하여 소송계속 중이던 같은 해 9.9 부조합장인 소외 류×현을 조합장 직무대행자로 지명하였다가 같은 해 12.1. 조합장으로 복귀하고는 복귀사실을 같은 날 및 그 다음날 참가인에게 문서로 통지하였으나 참가인은 통지문을 각 반려한 사실, 참가인은 1994년 단체협약에 따라 원고가 공제를 요청하는 노동조합비 등의 금원을 종업원의 급여에서 일괄공제하여 원고에게 인계하여 왔는데, 원고는 조합장인 위 김○○의 명의로, 1994.12.5. 참가인에게 같은 해 11월분 조합비를 미납한 조합원 9명의 노동조합비 및

전별금을 그들의 월급에서 일괄공제하여 원고에게 인계하여 줄 것을 요청하고, 같은 해 12.31. 같은 조합원 9명의 같은 해 12월분 노동조합비 및 전별금을 일괄공제하여 인계하여 줄 것을 요청하였으나, 참가인은 이미 해고된 김○○이 원고를 대표하여 한 위와 같은 요청에는 응할 수 없다는 이유로 이를 모두 거부한 사실을 인정한 다음, 구 노동조합법(1996.12.31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제3조 제4호 단서가 해고의 효력을 다투고 있는 자를 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다고 규정하고 있으므로 위 김○○은 노동조합 내부관계에서는 물론이고 조합원의 지위에서 하는 대외적인 조합활동 등 조합원의 지위와 관련된 대외관계에서도 근로자 및 조합원으로서의 신분을 보유함에도 불구하고 참가인이 조합장으로서의 김○○의 자격을 부인하여 조합장 복귀 통지문을 반려하고, 조합비 등의 일괄공제 요구를 김○○이 아닌 다른 조합원의 명의로 할 것을 요청한 것은 조합장인 위 김○○의 노동조합활동을 방해하려는 의도에서 이루어진 것으로서 지배·개입으로서의 부당노동행위에 해당한다고 판단하였다.

2. 구 노동조합법 제3조 제4호 단서의 규정은 노동조합의 설립 및 존속을 보호하고 사용자의 부당한 인사권의 행사에 의하여 노동조합의 활동이 방해되지 않도록 하기 위한 규정이므로(대법원 1993. 6. 8. 선고 92다42354 판결 참조) 위 규정이 오직 노동조합의 설립 및 존속만을 보호하기 위한 규정이라고 할 수 없고, 구 노동조합법 제39조 제4호의 지배·개입으로서의 부당노동행위의 성립에 반드시 근로자의 단결권의 침해라는 결과의 발생을 요하는 것은 아니라고 할 것이다.

사실관계가 원심이 인정한 바와 같다면 참가인이 김○○을 해고하였다고 하더라도 김○○이 상당한 기간내에 해고무효확인의 소를 제기하여 그 해고의 효력을 다투는 이상 김○○은 노동조합의 설립이나 존속 뿐만 아니라 노동조합원으로서의 활동의 점에 있어서도 조합원의 지위를 유지한다고 할 것임에도 불구하고, 원심판시와 같이 참가인이 김○○의 조합장 복귀 통지문을 반려하고, 김○○이 아닌 다른 조합원의 명의로 조합비 등의 일괄공제 요구를 할 것을 요청한 것은 조합장인 김○○의 노동조합활동을 방해하려는 의도에서 이루어진 것으로서 비록 이로 인하여 근로자의 단결권 침해라는 결과가 발생하지 아니하였다고 하더라도 지배·개입으로서의 부당노동행위에 해당한다고 할 것이다.

같은 취지의 원심판단은 옳고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 구 노동조합법 제3조 제4호 및 부당노동행위의 성립에 관한 법리오해의 위법이 없다.

3. 그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 참가인의, 그 나머지는 피고의 각 부담으로 하기로 하여 관여법관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이돈희(재판장), 최종영(주심), 정귀호, 이임수

### 5.3 공격적 직장폐쇄와 지배·개입

☞ 대법원 2017. 7. 11. 선고 2013도7896 판결★

#### » 요 지 «

- [1] 근로기준법 제43조에 의하면, 임금은 통화로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 하고(제1항), 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다(제2항). 그리고 근로기준법 제109조 제1항은 근로기준법 제43조를 위반한 행위를 처벌하도록 정하고 있다. 이는 사용자로 하여금 매월 일정하게 정해진 기일에 근로자에게 근로의 대가 전부를 직접 지급하게 강제함으로써 근로자의 생활안정을 도모하려는 데에 입법 취지가 있으므로, 사용자가 어느 임금의 지급기일에 임금 전액을 지급하지 아니한 경우에는 위 각 규정을 위반한 죄가 성립한다.
- [2] 근로기준법 제43조의 입법 취지 등에 비추어 보면, 연차휴가미사용수당이 매월 일정한 날짜에 정기적으로 지급되는 임금은 아니어서 근로기준법 제43조 제2항이 곧바로 적용될 수는 없더라도, 사용자가 그 전액을 지급기일에 지급하지 아니하였다면 이로써 근로기준법 제109조 제1항, 제43조 제1항 위반죄는 성립한다.
- [3] 갑 주식회사 대표이사로서 사용자인 피고인이 갑 회사 근로자들의 연차휴가미사용수당을 정기지급일에 지급하지 아니하였다고 하여 근로기준법 제109조 제1항, 제43조 제2항 위반으로 기소된 사안에서, 공소장 기재 적용법조가 ‘근로기준법 제109조 제1항, 제43조 제2항’으로 되어 있으나, 공소사실의 내용은 ‘피고인이 2006년 발생분 연차휴가미사용수당을 정기지급일인 2008. 2. 7.경 지급하지 아니하였다’는 취지임이 명백하여, 공소사실에 대한 적용법조는 ‘피고인이 연차휴가미사용수당 전액을 지급기일에 지급하지 아니하였다’는 근로기준법 제43조 제1항이므로, 공소장에 기재된 적용법조 중 근로기준법 제43조 제2항은 근로기준법 제43조 제1항의 오기이거나 법률적용의 착오이고, 피고인이 제1심 공판기일에 출석하여 공소사실을 모두 인정하였던 사실과 심리의 전 과정을 종합하면 공소사실에 근로기준법 제43조 제1항을 적용하는 것으로 적용법조를 바로잡더라도 피고인의 방어권이 침해된다고 하기 어려운데도, 이와 달리 보아 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 근로기준법 제109조 제1항, 제43조 위반죄의 성립에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 한 사례.
- [4] 노동조합 및 노동관계조정법 제46조가 규정한 사용자의 직장폐쇄는 사용자와 근로자의 교섭태도 및 교섭과정, 근로자의 쟁의행위의 목적과 방법 및 그로 인하여 사용자가 받는 타격의 정도 등 구체적인 사정에 비추어 근로자의 쟁의행위에 대한 방어수단으로서 상당성이 있어야만 사용자의 정당한 쟁의행위로 인정할 수 있다.



한편 근로자의 쟁의행위 등 구체적인 사정에 비추어 직장폐쇄의 개시 자체는 정당하다고 할 수 있지만, 어느 시점 이후에 근로자가 쟁의행위를 중단하고 진정으로 업무에 복귀할 의사를 표시하였음에도 사용자가 직장폐쇄를 계속 유지하면서 근로자의 쟁의행위에 대한 방어적인 목적에서 벗어나 적극적으로 노동조합의 조직력을 약화시키기 위한 목적 등을 갖는 공격적 직장폐쇄의 성격으로 변질되었다고 볼 수 있는 경우에는, 그 이후의 직장폐쇄는 정당성을 상실한 것으로 보아야 한다.

- [5] 노동조합이 주도한 쟁의행위 자체의 정당성과 이를 구성하거나 여기에 부수되는 개개 행위의 정당성은 구별하여야 하므로, 일부 소수의 근로자가 폭력행위 등의 위법행위를 하였더라도, 전체로서의 쟁의행위마저 당연히 위법하게 되는 것은 아니다.

\* 피고인 : ○○○○

\* 상고인 : 피고인 및 검사

\* 원심판결 : 대전지법 2013. 6. 13. 선고 2010노649 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 대전지방법원 본원 합의부에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 검사의 상고이유에 대하여

근로기준법 제43조에 의하면, 임금은 통화로 직접 근로자에게 그 전액을 지급하여야 하고(제1항), 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다(제2항). 그리고 근로기준법 제109조 제1항은 근로기준법 제43조를 위반한 행위를 처벌하도록 정하고 있다.

이는 사용자로 하여금 매월 일정하게 정해진 기일에 근로자에게 근로의 대가 전부를 직접 지급하게 강제함으로써 근로자의 생활안정을 도모하려는 데에 그 입법 취지가 있으므로, 사용자가 어느 임금의 지급기일에 임금 전액을 지급하지 아니한 경우에는 위 각 규정을 위반한 죄가 성립한다고 보아야 한다(대법원 2003. 4. 11. 선고 2002도4323 판결 등 참조).

원심은, 연차휴가미사용수당 미지급에 따른 근로기준법 위반의 공소사실이 근로기준법 제109조 제1항, 제43조 제2항 위반으로 기소된 것임을 전제로, 근로기준법 제43조 제2항은 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하는 것이 가능한 임금에 대해서만 적용될 수 있는데, 연차휴가는 연중 어느 시기에나 사용이 가능하여 그 미사용에 따른 수당을 월

별로 산정하기란 불가능한 점 등을 고려할 때, 연차휴가미사용수당은 매월 일정한 날짜에 정기적으로 지급되는 임금이라고 할 수 없다는 이유를 들어, 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 유지하였다.

그러나 원심의 위와 같은 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

앞서 본 근로기준법 제43조의 입법 취지 등에 비추어 보면, 연차휴가미사용수당이 매월 일정한 날짜에 정기적으로 지급되는 임금은 아니어서 근로기준법 제43조 제2항이 곧바로 적용될 수는 없다고 하더라도, 사용자가 그 전액을 지급기일에 지급하지 아니하였다면 이로써 근로기준법 제109조 제1항, 제43조 제1항 위반죄는 성립한다고 해석함이 타당하다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2013도1959 판결 참조).

또한 기록에 의하면, 이 부분 공소사실에 관한 공소장 기재 적용법조가 ‘근로기준법 제109조 제1항, 제43조 제2항’으로 되어 있기는 하나, 그 공소사실의 내용은 ‘피고인이 2006년 발생분 연차휴가미사용수당을 정기지급일인 2008. 2. 7.경 지급하지 아니하였다.’는 취지임이 명백하므로, 이 부분 공소사실에 대한 적용법조는 ‘피고인이 위 연차휴가미사용수당 전액을 지급기일에 지급하지 아니하였다.’는 근로기준법 제43조 제1항이라고 할 것이다. 결국 공소장에 기재된 적용법조 중 근로기준법 제43조 제2항은 근로기준법 제43조 제1항의 오기이거나 법률적용의 착오라고 할 것이고, 피고인이 제1심 제2회 공판기일에 출석하여 이 부분 공소사실을 모두 인정하였던 사실과 심리의 전 과정을 종합하여 보면, 이 부분 공소사실에 근로기준법 제43조 제1항을 적용하는 것으로 적용법조를 바로잡는다고 하여 피고인의 방어권이 침해된다고 하기도 어렵다.

따라서 원심으로서는 이 부분 공소사실에 근로기준법 제43조 제1항에 해당하는 임금 전액의 미지급 사실이 인정되는지 여부를 먼저 심리·판단한 다음, 만약 임금 미지급 사실이 인정된다면 임금의 전액 지급을 위하여 최선의 노력을 다하였으나 그 지급기일에 지급할 수 없었던 불가피한 사정이 피고인에게 있었는지 여부 등을 가려 유·무죄를 판단하였어야 할 것이다.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 근로기준법 제109조 제1항, 제43조 위반죄의 성립에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

## 2. 피고인의 상고이유에 대하여

### 가. 상고이유 제1점에 대하여

원심이 유지한 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 연장근로수당 미지급에 따른 근로기준법 위반의 공소사실을 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 임금 미지급의 고의에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.





#### 나. 상고이유 제2점에 대하여

관련 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 연장근로시간 초과에 따른 근로기준법 위반의 공소사실을 유죄로 인정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 연장근로시간 제한 규정 적용 여부에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

#### 다. 상고이유 제3점 및 제4점에 대하여

노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다) 제46조가 규정한 사용자의 직장폐쇄는 사용자와 근로자의 교섭태도 및 교섭과정, 근로자의 쟁의행위의 목적과 방법 및 그로 인하여 사용자가 받는 타격의 정도 등 구체적인 사정에 비추어 근로자의 쟁의행위에 대한 방어수단으로서 상당성이 있어야만 사용자의 정당한 쟁의행위로 인정할 수 있다(대법원 2003. 6. 13. 선고 2003두1097 판결 등 참조).

한편 근로자의 쟁의행위 등 구체적인 사정에 비추어 직장폐쇄의 개시 자체는 정당하다고 할 수 있지만, 어느 시점 이후에 근로자가 쟁의행위를 중단하고 진정으로 업무에 복귀할 의사를 표시하였음에도 사용자가 직장폐쇄를 계속 유지하면서 근로자의 쟁의행위에 대한 방어적인 목적에서 벗어나 적극적으로 노동조합의 조직력을 약화시키기 위한 목적 등을 갖는 공격적 직장폐쇄의 성격으로 변질되었다고 볼 수 있는 경우에는, 그 이후의 직장폐쇄는 정당성을 상실한 것으로 보아야 한다(대법원 2016. 5. 24. 선고 2012다85335 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거들에 의하여, ① 공소의 주식회사(이하 ‘공소의 회사’라 한다)가 ○○○○노동조합 △△지부 공소의 회사 지회(이하 ‘공소의 회사 지회’라 한다)의 태업에 대항하여 2007. 9. 21. 조합원들을 대상으로 직장폐쇄를 단행한 사실, ② 2007. 11. 29. 이후에도 피켓시위나 구호연호 등은 있었으나, 공소의 회사 지회에 의한 불법적인 쟁의행위는 일어나지 않은 사실, ③ 공소의 회사는 2007. 11. 말경부터 사무직 근로자들을 생산라인에 투입하여 대체생산을 한 사실, ④ 공소의 회사 지회는 2007. 12. 28. ‘현장으로 복귀하여 근무하겠다.’는 내용인 조합원 56명의 자필 ‘근로의사표명서’를 첨부하여 공소의 회사에 발송한 것을 비롯하여 2007. 12. 31.부터 2008. 3. 17.까지 약 44여 회에 걸쳐 위와 같은 내용의 문서를 보냈는데, 공소의 회사는 ‘직장폐쇄 철회를 원한다면 공식적 입장을 통해 불법파업을 인정하고 향후 매각반대 등 목적을 위하여 폭력과 파괴를 동반한 불법파업을 하지 않겠다는 점을 명확히 하라.’는 입장만을 여러 차례 밝힌 사실, ⑤ 대전지방법노동청 □□지청은 2008. 1. 21. 공소의 회사에 대하여 노동조합이 조업복귀의사를 명확히 한 경우 직장폐쇄를 해제해야 한다는 내용의 행정지도를 하고 그 직장폐쇄 해제 지시에 따르지 않음을 이유로 2008. 2. 25.부터 3일간 특별근로감독을 실시한 사실, ⑥ 공소의 회사 지회의 수석지부장이 2008. 3. 6. 피고인과의 대질조사에서 ‘업무복귀의 의미가 쟁의행위 이전과 같이 근무하겠

다는 의사'임을 분명히 하였음에도 공소외 회사는 2008. 4. 7.에 이르러서야 직장폐쇄를 철회한 사실 등을 인정한 다음, 위 직장폐쇄 기간 중 조합원들의 경제적 어려움이 가중된 점, 조합원들이 제출한 자필 '근로의사표명서'의 진정성을 의심할 근거가 없고 피고인은 그 진의 확인을 위한 면담 등의 절차를 진행한 적도 없는 점, 공소외 회사가 직장폐쇄 철회를 거부한 이유가 정당하다고 볼 수 없는 점 등 판시 사정을 종합하여 보면, 2007. 12. 28. 이후의 직장폐쇄는 공소외 회사에 유리한 방향으로 협상을 이끌기 위한 목적에서 비롯된 공격적 직장폐쇄로서 방어수단을 넘어서고, 피고인이 조합원들의 개별적 근로의사표명이 시작된 2007. 12. 28. 이후에도 계속하여 직장폐쇄를 유지한 것은 노동조합의 운영에 지배·개입할 의사에 기한 부당노동행위에 해당한다고 판단하여, 그로 인한 노동조합법 위반의 공소사실을 유죄로 인정하였다.

앞서 본 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 직장폐쇄의 정당성, 죄형법정주의에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

상고이유에서 들고 있는 대법원판결들은 이 사건과 다른 경우에 관한 것으로서 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

#### 라. 상고이유 제5점에 대하여

노동조합이 주도한 쟁의행위 자체의 정당성과 이를 구성하거나 여기에 부수되는 개개 행위의 정당성은 구별하여야 하므로, 일부 소수의 근로자가 폭력행위 등의 위법행위를 하였다고 하더라도, 전체로서의 쟁의행위마저 당연히 위법하게 되는 것은 아니다(대법원 2003. 12. 26. 선고 2003두8906 판결 등 참조).

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 공소외 회사 지회가 주도한 쟁의행위는 그 목적·절차·방법이 적법하고 회의방해나 기물파손 등 일부 위법적인 행위가 적법하게 개시된 전체로서의 쟁의행위를 위법하게 변질시킨다고 보기는 어려우므로, 2007. 7. 20.부터 개시된 공소외 회사 지회의 쟁의행위 기간과 2007. 9. 21.부터 개시된 공소외 회사의 적법한 직장폐쇄 기간은 연차휴가일수 산정을 위한 연간 소정근로일수에서 제외되어야 한다고 판단하여, 피고인이 2007년 연간 소정근로일수의 90% 이상을 출근한 조합원들에게 단체협약을 위반하여 연차유급휴가를 부여하지 않은 노동조합법 위반의 공소사실 및 2008년 연차유급휴가 사용을 결근으로 처리하여 해당 임금을 지급하지 않은 근로기준법 위반의 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

앞서 본 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 쟁의행위의 정당성에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.



#### 마. 상고이유 제6점에 대하여

원심판결 이유에 의하면 원심은, 피고인이 조합원들에 대한 2008년 하기휴가비와 2008년 추석상여금은 출근율에 비례하여 일부만 지급한 반면, 직장폐쇄가 철회된 이후 신규로 채용된 근로자들에게는 근무기간이 채 4개월이 되지 않았음에도 그 휴가비나 상여금 전액을 지급한 점 등 그 판시와 같은 사정을 종합하여 보면, 피고인의 위와 같은 행위는 노동조합 활동을 이유로 한 불이익취급의 부당노동행위에 해당한다고 판단하여, 그로 인한 노동조합법 위반의 공소사실을 유죄로 인정하였다.

관련 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

### 3. 파기의 범위

원심판결 중 무죄 부분은 앞서 본 이유로 파기되어야 하는데, 이 부분과 나머지 유죄 부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 그 전체에 대하여 하나의 형이 선고되어야 하므로, 결국 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

### 4. 결 론

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

대법관 김용덕(재판장), 김신, 김소영(주심), 이기택



## 5.4 경비 원조 행위

### (1) 업무용 차량, 매점장소 제공 등

☞ 대법원 2016. 4. 15. 선고 2013두11789 판결

#### » 요 지 «

1. 그 문언상 산업별 단위노동조합으로서 사용자와 직접 단체협약을 체결해 온 원고만이 단체교섭을 할 수 있는 유일한 노동단체이고, 다른 어떠한 노동단체도 인정하지 않는다는 내용임이 명백한 단체협약 조항은 근로자의 노동조합 결성 및 가입의 자유와 단체교섭권을 침해하여 노동조합법 제5조, 제29조제1항에 위배되고, 이와 달리 위 조항의 취지가 단순히 원고가 원고 소속 조합원을 대표하는 단체임을 의미하는 것에 불과하다고 보기는 어렵다.
2. 사용자가 조합활동을 위한 업무용 차량을 노동조합에 제공하고, 차량의 유지관리비를 부담하도록 한 이 사건 단체협약 조항과 노동조합이 조합원을 위하여 소비조합(매점) 등을 운영함에 있어 장소, 시설, 수송수단을 제공하도록 한 이 사건 단체협약 조항은 노동조합법 제81조 제4호 본문이 정한 부당노동행위에 해당하는 운영비 원조 행위를 내용으로 하는 것이어서 위법하다.
3. 비전임자의 상급단체 등의 공직 취임을 인정하는 이 사건 단체협약 조항은 비전임자가 유급으로 상급단체 등의 활동을 할 수 있는 시간을 노동조합법 제24조 제4항에서 정한 근로시간 면제 한도 내로 제한하지 않고 이를 초과하는 것까지 허용하고 있으므로, 위 조항은 노동조합법 제24조 제4항, 제81조 제4호에 위배된다고 보아야 한다.

\* 원고, 상고인 겸 피상고인 : 전국○○노동조합

\* 피고, 피상고인 겸 상고인 : 중부지방고용노동청 평택지청장

\* 원심판결 : 서울고법 2013. 5. 15. 선고 2012누33548 판결

#### » 주 문 «

원심판결 중 원심 판시 단체협약 제10조에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원고의 상고와 피고의 나머지 상고를 각 기각한다.

## » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간 경과 후 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

### 1. 원심 판시 단체협약 제1조에 관한 원고의 상고이유에 관하여

원심판결 이유와 기록을 살펴보면, 이 사건 단체협약 제1조는 그 문언상 산업별 단위노동조합으로서 사용자와 직접 단체협약을 체결해 온 원고만이 단체교섭을 할 수 있는 유일한 노동단체이고, 다른 어떠한 노동단체도 인정하지 않는다는 내용임이 명백하므로, 이는 근로자의 노동조합 결성 및 가입의 자유와 단체교섭권을 침해하여 노동조합법 제5조, 제29조제1항에 위배되고, 이와 달리 위 조항의 취지가 단순히 원고가 원고 소속 조합원을 대표하는 단체임을 의미하는 것에 불과하다고 보기는 어렵다.

원심이 같은 취지에서 이 사건 단체협약 제1조의 해석에 관한 원고의 주장을 배척하고 위 조항이 노동조합법 제5조, 제29조 제1항을 위반한 것임을 이유로 한 피고의 시정명령이 적법하다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 원고의 상고이유 주장과 같이 단체협약 조항의 해석이나 유일교섭단체 조항의 효력에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

### 2. 원심 판시 단체협약 제13조 제3항, 제14조 단서 전단, 제16조 제1항, 제81조 제2항에 관한 원·피고의 상고이유에 관하여

원심은 그 판시와 같은 이유로 전임자에 대한 급여 지급을 정하고 있는 이 사건 단체협약 제13조 제3항은 노동조합법 제24조 제2항, 제4항, 제81조 제4호에 위배되므로 그에 대한 피고의 시정명령은 적법하나, 조합원이 노사합의로 인정하는 단체 등의 공직에 전임으로 취임하는 경우 전임자의 처우에 준하도록 정한 이 사건 단체협약 제14조 단서 전단은 그 조항 자체가 노동조합법을 위반한 것은 아니라고 보아 그에 대한 피고의 시정명령은 위법하다고 판단하였다.

나아가 원심은 그 판시와 같은 이유로 사용자가 조합활동을 위한 업무용 차량을 노동조합에 제공하고, 차량의 유지관리비를 부담하도록 한 이 사건 단체협약 제16조 제1항과 노동조합이 조합원을 위하여 소비조합(매점) 등을 운영함에 있어 장소, 시설, 수송수단을 제공하도록 한 이 사건 단체협약 제81조 제2항은 노동조합법 제81조 제4호 본문이 정한 부당노동행위에 해당하는 운영비 원조 행위를 내용으로 하는 것이어서 위법하다고 보아 그에 대한 피고의 시정명령이 적법하다고 판단하였다.

관련 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 각 상고이유의 주장과 같이 부당노동행위로서 금지되는 노조전임자 급여 지원 행위나 운영비 원조 행위에 관한 법리오해, 헌법위반, 심리미진, 이유모순 등의 잘못이 없다.



### 3. 원심 판시 단체협약 제9조, 제10조, 제14조 단서 후단에 관한 원·피고의 상고이유에 관하여

#### 가. 원심 판시 단체협약 제9조

원심은, 노동조합법 제24조 제4항, 제81조 제4호 단서 중 전단의 각 규정은 근로시간 면제를 받을 수 있는 대상을 전임자가 아니라 근로자로 정하고 있으므로 근로시간 면제 제도는 전임자를 포함하여 모든 근로자가 대상이 되는 것이나, 이 사건 단체협약 제9조는 임단협 조사위원, 교섭위원이 유급으로 노동조합활동을 할 수 있는 시간을 노동조합법 제24조 제4항에서 정한 근로시간 면제 한도 내로 제한하지 않고 이를 초과하는 것까지 허용하므로 노동조합법 제24조 제4항, 제81조 제4호에 위배된다는 이유로 그에 대한 피고의 시정명령은 적법하다고 판단하였다.

관련 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 원고의 상고이유 주장과 같이 노동조합법 제24조 제4항의 근로시간 면제 제도에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

#### 나. 원심 판시 단체협약 제10조

원심은, 비전임 조합간부의 노동조합활동이 사용자와 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 노동조합법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무에 해당하는 경우에는 노동조합법 제24조 제4항에 따라 근로시간 면제 한도 내에서 허용되고 이러한 경우 부당노동행위에 해당하지 아니함에도, 피고가 이 사건 단체협약 제10조에 따른 비전임 조합간부의 노동조합활동은 근로시간 면제 대상에 해당하지 않음을 전제로, 위 조항에 따라 비전임 조합간부의 노동조합활동 시간을 근무한 것으로 간주하는 것 모두를 부당노동행위에 해당한다고 보아 위 조항에 대하여 시정명령을 한 것은 위법하다고 판단하였다.

그런데 원심판결 이유와 기록에 의하면, 이 사건 단체협약 제10조는 비전임 조합간부가 유급으로 노동조합활동을 할 수 있는 시간을 노동조합법 제24조 제4항에서 정한 근로시간 면제 한도 내로 제한하지 않고 이를 초과하는 것까지 허용하고 있으므로 노동조합법 제24조 제4항, 제81조 제4호에 위배된다고 할 것이고, 피고는 원심에서 위 조항에 대한 시정명령의 근거로 노동조합법 제24조 제4항이 정하는 근로시간 면제 규정 위반을 추가하기도 하였으므로, 그에 대한 피고의 시정명령이 위법하다고 볼 수는 없다.

그럼에도 원심이 그 판시와 같은 이유만으로 이 사건 단체협약 제10조에 대한 피고의 시정명령이 위법하다고 단정하고 말았으니, 이 부분 원심판결에는 필요한 심리를 다하지 아니한 채 노동조합법 제24조 제4항, 제81조 제4호에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 피고의 상고이유 주장은 이유 있다.



#### 다. 원심 판시 단체협약 제14조 단서 후단

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 비전임자의 상급단체 등의 공직 취임을 인정하는 이 사건 단체협약 제14조 단서 후단은 비전임자가 유급으로 상급단체 등의 활동을 할 수 있는 시간을 노동조합법 제24조 제4항에서 정한 근로시간 면제 한도 내로 제한하지 않고 이를 초과하는 것까지 허용하고 있으므로, 위 조항은 노동조합법 제24조 제4항, 제81조 제4호에 위배된다고 보아야 한다.

그렇다면 원심의 이유 설시에 적절하지 아니한 점은 있으나, 이 사건 단체협약 제14조 단서 후단이 노동조합법 제24조 제4항, 제81조 제4호에 위배되어 그에 대한 피고의 시정명령이 적법하다고 본 원심의 결론은 정당하고, 거기에 원고의 상고이유 주장과 같이 노동조합법 제24조 제4항 근로시간 면제 제도에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

#### 4. 결 론

그러므로 원심판결 중 이 사건 단체협약 제10조에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 원고의 상고와 피고의 나머지 상고를 각 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박보영(재판장), 박병대, 김신, 권순일(주심)

## (2) 근로시간면제자에 대한 과도한 급여 지급

☞ 대법원 2016. 4. 2. 선고 2014두11137 판결

### » 요 지 «

1. 근로시간 면제자에게 지급하는 급여는 근로제공의무가 면제되는 근로시간에 상응하는 것이어야 한다. 그러므로 단체협약 등 노사 간 합의에 의한 경우라도 타당한 근거 없이 과도하게 책정된 급여를 근로시간 면제자에게 지급하는 사용자의 행위는 노동조합법 제 81조제4호 단서에서 허용하는 범위를 벗어나는 것으로서 노조전임자 급여 지원 행위나 노동조합 운영비 원조 행위에 해당하는 부당노동행위가 될 수 있다.

여기서 근로시간 면제자에 대한 급여 지급이 과도하여 부당노동행위에 해당하는지는 근로시간 면제자가 받은 급여 수준이나 지급 기준이 그가 근로시간 면제자로 지정되지 아니하고 일반 근로자로 근로하였다면 해당 사업장에서 동종 혹은 유사업무에 종사하는 동일 또는 유사 직급·호봉의 일반 근로자의 통상 근로시간과 근로조건 등을 기준으로 받을 수 있는 급여 수준이나 지급 기준을 사회통념상 수긍할 만한 합리적인 범위를 초과할 정도로 과도한지 등의 사정을 살펴서 판단하여야 한다.

노조전임자 급여 지원 행위 또는 노동조합 운영비 원조 행위에서 부당노동행위 의사는 노동조합법 제81조 제4호 단서에 의하여 예외적으로 허용되는 경우가 아님을 인식하면서도 급여 지원 행위 혹은 운영비 원조 행위를 하는 것 자체로 인정할 수 있고, 지배·개입의 적극적·구체적인 의도나 동기까지 필요한 것은 아니다. 이는 근로시간 면제자에게 과도한 급여를 지급한 것이 노조전임자 급여 지원 행위나 노동조합 운영비 원조 행위로 평가되는 경우에도 마찬가지이다.

2. 원고가 근로시간 면제를 받은 노조전임자에게 원고 사업장 근로자의 연간 소정근로시간을 초과하는 근로시간을 인정하고 과도한 급여를 지급한 행위는 노동조합법 제81조 제4호 본문에서 정한 부당노동행위에 해당한다.

\* 원고, 상 고 인 : 주식회사 ○○여객

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 전국공공운수사회서비스노동조합

\* 원심판결 : 서울고법 2014. 7. 23. 선고 2013누27762 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담한다.





## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제24조에 의하면, 노동조합의 업무에만 종사하는 근로자(이하 '노조전임자'라 한다)는 그 전임기간 동안 사용자로부터 어떠한 급여도 지급받아서는 아니 되지만(제2항), 제2항에도 불구하고 근로시간 면제 대상으로 지정된 근로자(이하 '근로시간 면제자'라 한다)는 근로시간 면제 한도를 초과하지 아니하는 범위에서 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등의 일정한 업무와 건전한 노사관계의 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있다(제4항).

위 규정은 노동조합이 사용자에게 경제적으로 의존하는 것을 막아 노동조합의 자주성을 확보하기 위하여 노조전임자 급여 지원 행위를 금지하는 대신, 사용자의 노무관리업무를 대행하는 노조전임자 제도의 순기능을 고려하여 일정한 한도 내에서 근로시간 면제 방식으로 노동조합 활동을 계속 보장하려는 데에 그 입법목적이 있다(헌법재판소 2014. 5. 29. 선고 2010헌마606 결정 참조).

그리고 사용자의 부당노동행위를 규제하는 노동조합법 제81조는 이러한 내용을 반영하여 제4호 본문에서 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 노조전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위'를 부당노동행위로 금지하되, 그 단서에서 '근로시간 면제자가 근로시간 중에 노동조합법 제24조 제4항에 따른 활동을 하는 것을 허용하는 행위'는 부당노동행위에 해당하지 않는 것으로 정하고 있다.

따라서 단순히 노조전임자에 불과할 뿐 근로시간 면제자로 지정된 바 없는 근로자에게 급여를 지원하는 행위는 그 자체로 부당노동행위가 되지만(대법원 2016. 1. 28. 선고 2012두12457 판결 참조), 근로시간 면제자에게 급여를 지급하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 부당노동행위가 되지 않는 것이 원칙이라고 할 수 있다.

다만, 근로시간 면제자로 하여금 근로제공의무가 있는 근로시간을 면제받아 경제적인 손실 없이 노동조합 활동을 할 수 있게 하려는 근로시간 면제 제도 본연의 취지에 비추어 볼 때, 근로시간 면제자에게 지급하는 급여는 근로제공의무가 면제되는 근로시간에 상응하는 것이어야 한다. 그러므로 단체협약 등 노사 간 합의에 의한 경우라도 타당한 근거 없이 과다하게 책정된 급여를 근로시간 면제자에게 지급하는 사용자의 행위는 노동조합법 제81조제4호 단서에서 허용하는 범위를 벗어나는 것으로서 노조전임자 급여 지원 행위나 노동조합 운영비 원조 행위에 해당하는 부당노동행위가 될 수 있다.

여기서 근로시간 면제자에 대한 급여 지급이 과다하여 부당노동행위에 해당하는지는 근로시간 면제자가 받은 급여 수준이나 지급 기준이 그가 근로시간 면제자로 지정되지

아니하고 일반 근로자로 근로하였다면 해당 사업장에서 동종 혹은 유사업무에 종사하는 동일 또는 유사 직급·호봉의 일반 근로자의 통상 근로시간과 근로조건 등을 기준으로 받을 수 있는 급여 수준이나 지급 기준을 사회통념상 수급할 만한 합리적인 범위를 초과할 정도로 과다한지 등의 사정을 살펴서 판단하여야 한다.

한편 위와 같은 노동조합법 관련 규정의 형식이나 내용, 그 입법목적, 다른 부당노동행위 유형과 구별되는 특성 등을 종합하여 보면, 노조전임자 급여 지원 행위 또는 노동조합 운영비 원조 행위에서 부당노동행위 의사는 노동조합법 제81조 제4호 단서에 의하여 예외적으로 허용되는 경우가 아님을 인식하면서도 급여 지원 행위 혹은 운영비 원조 행위를 하는 것 자체로 인정할 수 있고, 지배·개입의 적극적·구체적인 의도나 동기까지 필요한 것은 아니다. 이는 근로시간 면제자에게 과다한 급여를 지급한 것이 노조전임자 급여 지원 행위나 노동조합 운영비 원조 행위로 평가되는 경우에도 마찬가지이다.

2. 원심은 그 판시와 같은 이유로, 원고가 근로시간 면제를 받은 노조전임자에게 원고 사업장 근로자의 연간 소정근로시간을 초과하는 근로시간을 인정하고 과다한 급여를 지급한 행위는 노동조합법 제81조 제4호 본문에서 정한 부당노동행위에 해당한다는 취지로 판단하였다.

앞서 본 법리에 따라 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다. 거기에 판단 대상의 착오나 부당노동행위 의사에 관한 법률 해석의 오류 등으로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

상고이유에서 들고 있는 대법원 판례들은 이 사건과 다른 경우에 관한 것으로서 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.

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

대법관 이상훈(재판장), 김창석, 조희대(주심), 박상욱



### (3) 상당한 금액의 운영비 원조

☞ 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012두12457 판결

#### » 요 지 «

1. 노동조합법 제81조 제4호 단서에서는 ‘근로자의 후생 및 재액의 방지와 구제 등 목적의 기금에 대한 기부와 최소한 규모의 노동조합사무소 제공’을 예외적으로 허용하고 있을 뿐이므로, 그 예외를 둔 노동조합법의 입법목적 등에 비추어 사회통념상 통상적으로 위 단서에서 정한 경우에 포함되는 행위나 그와 동일시할 수 있는 성질의 것이라고 평가될 수 있는 행위는 허용될 수 있지만, 이를 벗어나는 운영비 원조 행위는 노동조합법 제81조 제4호 본문에 의하여 금지된다고 할 것이다.

노동조합법 제81조 제4호 단서에서 정한 행위를 벗어나서 주기적이나 고정적으로 이루어지는 운영비 원조 행위는 노조전임자 급여 지원 행위와 마찬가지로 노동조합의 자주성을 잃게 할 위험성을 지닌 것으로서 노동조합법 제81조 제4호 본문에서 금지하는 부당노동행위라고 해석되고, 비록 그 운영비 원조가 노동조합의 적극적인 요구 내지 투쟁으로 얻어진 결과라 하더라도 이러한 사정만을 가지고 달리 볼 것은 아니다.

2. 이 사건 단체협약 중 이 사건 사무보조비 조항은 노동조합이 사용자로부터 최소한의 규모의 노동조합사무소와 함께 통상 비치되어야 할 책상, 의자, 전기시설 등의 비품과 시설을 제공받는 것을 넘어 매월 상당한 금액의 돈을 지급받는 것을 내용으로 하고 있으므로, 그로 인하여 노동조합의 자주성을 침해할 현저한 위험성이 없다고 보기 어려워 노동조합법 제81조 제4호 본문에서 정한 부당노동행위에 해당한다.

\* 원고, 상 고 인 : 전국○○○건설노동조합

\* 피고, 피상고인 : 대구지방고용노동청 포항지청장

\* 원심판결 : 대구고법 2012. 5. 4. 선고 2011누2768 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 부당노동행위를 할 수 없도록 정한 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제81조는 제4호 본문에서 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위'를 금지하되, 그 단서에서 '근로자가 근로시간 중에 제24조 제4항에 따른 활동을 하는 것을 사용자가 허용하는 행위, 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공'은 예외적으로 허용하고 있다.

위 규정이 사용자의 노동조합 운영비에 대한 원조 행위(이하 '운영비 원조 행위'라 한다)를 금지하는 입법목적은 노동조합이 사용자에게 경제적으로 의존하거나 어용화 되는 것을 막고 노동조합의 자주성을 확보하는 데에 있다고 할 것이다.

그런데 노동조합법 제2조 제4호가 노동조합은 '근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다'고 하면서, 그 (나)목에서 '경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받은 경우'에는 노동조합으로 보지 않고 있으므로, 이에 비추어 보면, 노동조합이 사용자로부터 경비를 원조받는 행위는 노동조합의 자주성을 해칠 우려가 큰 것이라고 할 수 있다.

그리고 노동조합법 제81조 제4호 본문은 종전에 운영비 원조 행위의 하나로서 해석되던 "노동조합의 전임자(이하 '노조전임자'라 한다)에게 급여를 지원하는 행위(이하 '노조전임자 급여 지원 행위'라 한다)"를 운영비 원조 행위와 병렬적으로 규정하고 이를 금지하고 있다. 한편 노조전임자라 하더라도 노동조합법 제24조 제4항에 따라 근로시간 면제 한도를 초과하지 아니하는 범위에서 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭 등의 업무를 할 수 있지만, 그 외에는 노동조합법 제24조 제2항에 따라 전임기간 동안 사용자로부터 일체의 급여를 지급받는 것이 금지되며, 노동조합법 제81조 제4호 본문과 단서는 이를 반영하여 규정하고 있으므로, 노조전임자 급여 지원 행위는 별도로 노동조합의 자주성을 저해할 위험성이 있는지 가릴 필요 없이 그 자체로 부당노동행위를 구성한다고 해석된다. 따라서 노조전임자 급여 지원 행위와 대등하게 규정되어 있는 운영비 원조 행위의 경우에도 이와 마찬가지로 해석할 수 있을 것이다.

또한 노동조합법 제81조제4호 단서에서는 '근로자의 후생 및 재액의 방지와 구제 등 목적의 기금에 대한 기부와 최소한 규모의 노동조합사무소 제공'을 예외적으로 허용하고 있을 뿐이므로, 그 예외를 둔 노동조합법의 입법목적 등에 비추어 사회통념상 통상적으로 위 단서에서 정한 경우에 포함되는 행위나 그와 동일시할 수 있는 성질의 것이라고 평가될 수 있는 행위는 허용될 수 있지만, 이를 벗어나는 운영비 원조 행위는 노동조합법 제81조 제4호 본문에 의하여 금지된다고 할 것이다.

위와 같은 노동조합법 관련 규정의 입법 취지와 내용을 종합하여 보면, 노동조합법 제81조 제4호 단서에서 정한 행위를 벗어나서 주기적이나 고정적으로 이루어지는 운영



비 원조 행위는 노조전임자 급여 지원 행위와 마찬가지로 노동조합의 자주성을 잃게 할 위험성을 지닌 것으로서 노동조합법 제81조 제4호 본문에서 금지하는 부당노동행위라고 해석되고, 비록 그 운영비 원조가 노동조합의 적극적인 요구 내지 투쟁으로 얻어진 결과라 하더라도 이러한 사정만을 가지고 달리 볼 것은 아니다.

2. 원심은 판시와 같은 이유를 들어, 이 사건 단체협약 중 이 사건 사무보조비 조항은 노동조합이 사용자로부터 최소한의 규모의 노동조합사무소와 함께 통상 비치되어야 할 책상, 의자, 전기시설 등의 비품과 시설을 제공받는 것을 넘어 매월 상당한 금액의 돈을 지급받는 것을 내용으로 하고 있으므로, 그로 인하여 노동조합의 자주성을 침해할 현저한 위험성이 없다고 보기 어려워 노동조합법 제81조 제4호 본문에서 정한 부당노동행위에 해당한다고 판단하고, 이와 달리 이 사건 사무보조비 조항이 1992년 단체협약 체결 당시 원고가 그 지급을 요구하여 합의된 규정으로 현재까지 시행해 오고 있다는 사정 등을 내세워 부당노동행위에 해당하지 아니하므로 그에 대한 시정명령이 위법하다는 원고의 주장을 받아들이지 아니하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 판시에 일부 적절하지 않은 부분이 포함되어 있기는 하나 이 사건 사무보조비 조항이 노동조합법 제81조 제4호 단서에 정한 행위를 넘어서는 것으로 보고 그에 대한 시정명령의 적법성을 다투는 원고의 주장을 배척한 원심의 결론은 위와 같은 법리에 부합된다고 할 수 있다. 따라서 원심판결에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나고 부당노동행위로서 금지되는 운영비 원조 행위에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니하고 판단을 누락하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

상고이유에서 들고 있는 대법원 판결은 이 사건과 달리 노동조합법 제24조 및 제81조 제4호가 위와 같이 개정되기 전의 사안에 관한 것이므로 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.

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

대법관 김신(재판장), 김용덕(주심), 박보영, 권순일

## (4) 자동차 제공

☞ 대법원 2016. 1. 18. 선고 2013다72046 판결

### » 요 지 «

1. 노동조합법 제81조 제4호 단서에서는 '근로자의 후생 및 재액의 방지와 구제등 목적의 기금에 대한 기부와 최소한 규모의 노동조합사무소 제공'을 예외적으로 허용하고 있을 뿐이므로, 그 예외를 둔 노동조합법의 입법목적 등에 비추어 사회통념상 통상적으로 위 단서에서 정한 경우에 포함되는 행위나 그와 동일시할 수 있는 성질의 것이라고 평가될 수 있는 행위는 허용될 수 있지만, 이를 벗어나는 운영비 원조 행위는 노동조합법 제81조 제4호 본문에 의하여 금지된다고 할 것이다.
2. 노동조합법 제81조 제4호 단서에서 정한 행위를 벗어나서 주기적이나 고정적으로 이루어지는 운영비 원조 행위는 노조전임자 급여 지원 행위와 마찬가지로 노동조합의 자주성을 잃게 할 위험성을 지닌 것으로서 노동조합법 제81조 제4호 본문에서 금지하는 부당노동행위라고 해석되고, 비록 그 운영비 원조가 노동조합의 적극적인 요구 내지 투쟁으로 얻어진 결과라 하더라도 이러한 사정만을 가지고 달리 볼 것은 아니다.

\* 원고, 피상고인 : ○○자동차 주식회사

\* 피고, 상 고 인 : 전국금속노동조합 ○○자동차지부

\* 원심판결 울산지법 2013. 8. 28. 선고 2013나1419 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 부당노동행위에 관한 법리오해 주장에 대하여

가. 부당노동행위를 할 수 없도록 정한 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제81조는 제4호 본문에서 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위'를 금지하되, 그 단서에서 '근로자가 근로시간 중에 제24조 제4항에 따른 활동을 하는 것을 사용자가 허용하는 행위, 근로자의 후생자금

또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공'은 예외적으로 허용하고 있다.

위 규정이 사용자의 노동조합 운영비에 대한 원조 행위(이하 '운영비 원조 행위'라 한다)를 금지하는 입법목적은 노동조합이 사용자에게 경제적으로 의존하거나 어용화 되는 것을 막고 노동조합의 자주성을 확보하는 데에 있다고 할 것이다.

그런데 노동조합법 제2조 제4호가 노동조합은 '근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건을 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다'고 하면서, 그 (나)목에서 '경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받은 경우'에는 노동조합으로 보지 않고 있으므로, 이에 비추어 보면, 노동조합이 사용자로부터 경비를 원조받는 행위는 노동조합의 자주성을 해칠 우려가 큰 것이라고 할 수 있다.

그리고 노동조합법 제81조 제4호 본문은 종전에 운영비 원조 행위의 하나로서 해석되던 "노동조합의 전임자(이하 '노조전임자'라 한다)에게 급여를 지원하는 행위(이하 '노조전임자 급여 지원 행위'라 한다)"를 운영비 원조 행위와 병렬적으로 규정하고 이를 금지하고 있다. 한편 노조전임자라 하더라도 노동조합법 제24조 제4항에 따라 근로시간 면제 한도를 초과하지 아니하는 범위에서 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭 등의 업무를 할 수 있지만, 그 외에는 노동조합법 제24조 제2항에 따라 전임기간 동안 사용자로부터 일체의 급여를 지급받는 것이 금지되며, 노동조합법 제81조 제4호 본문과 단서는 이를 반영하여 규정하고 있으므로, 노조전임자 급여 지원 행위는 별도로 노동조합의 자주성을 저해할 위험성이 있는지 가릴 필요 없이 그 자체로 부당노동행위를 구성한다고 해석된다. 따라서 노조전임자 급여 지원 행위와 대등하게 규정되어 있는 운영비 원조 행위의 경우에도 이와 준하여 해석할 수 있을 것이다.

또한, 노동조합법 제81조 제4호 단서에서는 '근로자의 후생 및 재액의 방지와 구제 등 목적의 기금에 대한 기부와 최소한 규모의 노동조합사무소 제공'을 예외적으로 허용하고 있을 뿐이므로, 그 예외를 둔 노동조합법의 입법목적 등에 비추어 사회통념상 통상적으로 위 단서에서 정한 경우에 포함되는 행위나 그와 동일시할 수 있는 성질의 것이라고 평가될 수 있는 행위는 허용될 수 있지만, 이를 벗어나는 운영비 원조 행위는 노동조합법 제81조 제4호 본문에 의하여 금지된다고 할 것이다.

위와 같은 노동조합법 관련 규정의 입법 취지와 내용을 종합하여 보면, 노동조합법 제81조 제4호 단서에서 정한 행위를 벗어나서 주기적이나 고정적으로 이루어지는 운영비 원조 행위는 노조전임자 급여 지원 행위와 마찬가지로 노동조합의 자주성을 잃게 할 위험성을 지닌 것으로서 노동조합법 제81조 제4호 본문에서 금지하는 부당노동행위라고 해석되고, 비록 그 운영비 원조가 노동조합의 적극적인 요구 내지 투쟁으로 얻어진 결과라 하더라도 이러한 사정만을 가지고 달리 볼 것은 아니다.

나. 원심은, 원고가 피고에게 조합 활동의 편의를 위해 이 사건 자동차를 무상으로 제공

하는 행위는 원고가 피고의 운영비를 원조하는 차원에서 이루어진 것이고, 이러한 행위는 노동조합법 제81조 제4호 본문에서 금지하는 부당노동행위에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 부당노동행위로서 금지되는 운영비 원조 행위에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

상고이유에서 들고 있는 대법원판결은 이 사건과 달리 노동조합법 제24조 및 제81조 제4호가 위와 같이 개정되기 전의 사안에 관한 것이므로 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.

## 2. 단체협약의 효력에 관한 법리오해 주장에 대하여

가. 노동조합법 제81조의 부당노동행위 금지규정은 헌법이 규정하는 근로3권을 구체적으로 확보하기 위한 것으로 이에 위반하는 행위에 대하여 노동조합법 제90조에서 '2년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금'에 처하도록 되어 있고, 부당노동행위에 대하여 신속한 권리구제를 받을 수 있도록 노동조합법 제84조, 제85조에서 행정상의 구제절차까지 규정하고 있는 점에 비추어 강행규정이라고 보아야 하고, 이에 위반된 법률행위는 무효라 할 것이다(대법원 1993. 12. 21. 선고 93다11463 판결 참조).

나. 원심은, 원고가 피고에게 이 사건 자동차를 무상으로 제공한 행위는 민법상 그 반환 시기의 약정이 없는 사용대차에 해당하는데, 이러한 사용대차는 노동조합법 제81조 제4호 본문에서 금지하는 부당노동행위에 해당하고, 노동조합법 제81조 제4호가 2010. 7. 1.부터 시행되면서 피고가 더 이상 합법적으로 이 사건 자동차를 사용, 수익할 수 없게 되었으므로 원고와 피고 사이의 이 사건 자동차에 관한 사용대차는 '계약 또는 목적물의 성질에 의한 사용, 수익이 종료한 때'에 해당하여 종료되었다는 이유로 피고는 원고에게 이 사건 자동차를 반환할 의무가 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심의 판시에 적절하지 않은 부분이 포함되어 있기는 하나 원고가 피고에게 이 사건 자동차를 무상으로 제공한 행위는 부당노동행위에 해당하여 그것이 단체협약에 의한 것이든 민법상 사용대차에 의한 것이든 무효라 할 것이므로 피고가 원고에게 이 사건 자동차를 반환할 의무가 있다고 판단한 원심의 결론은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 단체협약의 효력에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

## 3. 결 론

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

대법관 이기택(재판장), 이인복, 고영한(주심), 김소영



## 5.5 운영비 원조 행위에 대한 헌법불합치 결정

☞ 헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2012헌바90 결정★

### 》 결정요지 《

운영비원조금지조항은 사용자로부터 노동조합의 자주성을 확보하여 궁극적으로 근로3권의 실질적인 행사를 보장하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하다.

운영비 원조 행위가 노동조합의 자주성을 저해할 위험이 없는 경우에는 이를 금지하더라도 위와 같은 입법목적의 달성에 아무런 도움이 되지 않는다. 그런데 운영비원조금지조항은 단서에서 정한 두 가지 예외를 제외한 일체의 운영비 원조 행위를 금지함으로써 노동조합의 자주성을 저해할 위험이 없는 경우까지 금지하고 있으므로, 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이라고 볼 수 없다.

사용자의 노동조합에 대한 운영비 원조에 관한 사항은 대등한 지위에 있는 노사가 자율적으로 협의하여 정하는 것이 근로3권을 보장하는 취지에 가장 부합한다. 따라서 운영비 원조 행위에 대한 제한은 실질적으로 노동조합의 자주성이 저해되었거나 저해될 위험이 현저한 경우에 한하여 이루어져야 한다.

그럼에도 불구하고 운영비원조금지조항은 단서에서 정한 두 가지 예외를 제외한 일체의 운영비 원조 행위를 금지하고 있으므로, 그 입법목적 달성을 위해서 필요한 범위를 넘어서 노동조합의 단체교섭권을 과도하게 제한한다. 운영비원조금지조항으로 인하여 오히려 노동조합의 활동이 위축되거나 노동조합과 사용자가 우호적이고 협력적인 관계를 맺기 위해서 대등한 지위에서 운영비 원조를 협의할 수 없게 되는데, 이는 실질적 노사자치를 구현하고자 하는 근로3권의 취지에도 반한다.

노동조합법은 복수 노동조합이 존재하는 경우 공정대표의무를 부과하면서 그 위반에 대하여 부당노동행위 구제절차를 준용하고 있고, 사용자가 선호하는 특정 노동조합에만 운영비를 원조하는 행위는 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’로서 부당노동행위에 해당하므로, 복수 노동조합을 고려하더라도 운영비 원조 행위를 일률적으로 금지할 필요성을 인정할 수 없다.

헌법재판소는 2014. 5. 29. 2010헌마606 결정에서 전임자 급여 지급 금지 등에 관한 노동조합법 제24조 제2항, 제4항, 제5항이 단체교섭권 등을 침해하지 않는다고 판단하였다. 전임자급여 지원 행위와는 달리 운영비 원조 행위에 대해서는 노동조합법 제81조 제4호에서 사용자의 부당노동행위로서 금지하고 있을 뿐, 노동조합이 운영비 원조를 받는 것 자체를 금지하거나 제한하는 별도의 규정이 없고, 금지의 취지와 규정의 내용, 예외의 인정 범위 등이 다르므로, 노동조합의 단체교섭권을 침해하는지 여부를 판단하면서 운영비 원조 행위를 전임자급여 지원 행위와 동일하게 볼 수 없다.

이상의 내용을 종합하여 보면, 운영비원조금지조항이 단서에서 정한 두 가지 예외를 제외한 운영비 원조 행위를 일률적으로 부당노동행위로 간주하여 금지하는 것은 침해의 최소성에 반한다.

노동조합의 자주성을 저해하거나 저해할 위험이 현저하지 않은 운영비 원조 행위를 부당노동행위로 규제하는 것은 입법목적 달성에 기여하는 바가 전혀 없는 반면, 운영비원조금지조항으로 인하여 청구인은 사용자로부터 운영비를 원조받을 수 없을 뿐만 아니라 궁극적으로 노사자치의 원칙을 실현할 수 없게 되므로, 운영비원조금지조항은 법익의 균형성에도 반한다.

따라서 운영비원조금지조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 단체교섭권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

재판관 김창중, 재판관 조용호의 반대의견

단체교섭의 장에서 대립관계에 있는 노동조합이 사용자로부터 경비원조를 받는 것은 대립 단체로서의 노동조합의 자주성을 퇴색시켜 근로3권의 실질적 행사에 방해가 될 수 있다.

복수노조가 허용됨에 따라 특정 노동조합에 대한 사용자의 물적 지원은 그 자체로 노동조합의 자주성과 독립성을 저해할 우려가 높아졌고, 이는 교섭창구 단일화 절차나 교섭 대표노동조합의 단체교섭 절차에서의 불공정성 내지 차별로 이어질 수 있다. 그런데 노동조합법이 공정대표의무를 부과하거나, 시설·편의제공에 관한 단체협약을 위반한 사용자를 형사처벌하도록 정한 것만으로는 부당노동행위로 규율하는 경우와 동일한 효과를 달성하기에 충분치 않다.

운영비원조금지조항은 예외적으로 ‘근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공’을 허용하고 있는데, 이는 노동조합이 자주성을 잃지 않으면서도 노동조합의 활동을 보장받을 수 있도록 입법자가 적절한 균형점을 찾아 마련한 범위로 보인다.

만약 다수의견과 같이 운영비 원조 행위가 부당노동행위에 해당하는지 여부 판단에 있어 노동조합의 자주성 저해 우려를 추가적으로 고려해야 한다고 보면, 개별 사건에서 이를 판단하는 것이 용이하지 않고, 노사 간뿐만 아니라 노동조합과 노동조합 사이에 갈등이 초래될 우려도 크다.

따라서 운영비원조금지조항이 노동조합의 자주성이 저해되거나 저해될 위험이 있는지 여부를 고려함이 없이 운영비 원조 행위를 부당노동행위로 금지하고 있다 하더라도 침해의 최소성에 반하지 않는다.

노동조합의 자주성 확보나 교섭절차에서의 공정성 확보 등의 공익은 매우 중대한 반면, 운영비원조금지조항으로 인하여 노동조합의 활동이 위축되거나 청구인의 단체교섭권 행사가 제한되는 정도는 불분명하므로, 운영비원조금지조항은 법익의 균형성도 충족한다.

그러므로 운영비원조금지조항은 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 단체교섭권을 침해한다고 볼 수 없다.



\* 청구인 : 전국금속노동조합

\* 당해사건 : 대전지법 2011구합183 단체협약시정명령취소

## » 주 문 «

1. '노동조합 및 노동관계조정법'(2010. 1. 1. 법률 제9930호로 개정된 것) 제81조 제4호 중 '노동조합의 운영비를 원조하는 행위'에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2019. 12. 31.을 시한으로 개정될 때까지 계속 적용된다.
2. 나머지 심판청구를 모두 각하한다.

## » 이 유 «

### 1. 사건개요

- 가. 청구인은 금속산업 분야에 종사하는 노동자를 조직 대상으로 하여 설립된 산업별 노동조합이다. 청구인은 2010. 6. 18.부터 2010. 6. 30.까지 사이에 7개 회사와 단체협약을 체결하였는데(이하 '이 사건 단체협약'이라 한다), 이 사건 단체협약에는 노동조합의 업무에만 종사하는 자(이하 '전임자'라 한다) 및 비전임자를 지원하는 조항(이하 '전임자 등 처우 조항'이라 한다)과 '회사는 조합사무실과 집기, 비품을 제공하며 조합사무실 관리유지비(전기료, 수도료, 냉난방비, 영선비) 기타 일체를 부담한다.', '회사는 노동조합에 차량을 제공한다(주유비, 각종 세금 및 수리비용을 지급한다).'는 등의 노동조합에 시설·편의를 제공하는 조항(이하 '시설·편의제공 조항'이라 한다)이 포함되어 있었다.
- 나. 대전지방법고용노동청 천안지청장은 이 사건 단체협약 중 전임자 등 처우 조항은 '노동조합 및 노동관계조정법'(이하 '노동조합법'이라 한다) 제24조 제2항, 제4항, 제81조 제4호를 위반하였고, 시설·편의제공 조항은 노동조합법 제81조 제4호를 위반하였다는 등의 이유로 2010. 11. 11. 청구인에 대하여 노동조합법 제31조 제3항에 따라 시정명령(이하 '이 사건 시정명령'이라 한다)을 내렸다.
- 다. 청구인은 대전지방법고용노동청 천안지청장을 상대로 이 사건 시정명령의 취소를 구하는 소를 제기하고, 그 소송 계속 중 노동조합법 제24조 제2항, 제4항, 제5항, 제31조 제3항, 제81조 제4호, 제92조 제1호에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였다. 대전지방법원은 2012. 1. 18. 전임자 등 처우 조항 및 시설·편의제공 조항에 대한 시정명령 등 이 사건 시정명령의 일부를 취소하면서(2011구합183), 위헌법률심판제청신청 중 노동조합법 제24조 제2항, 제4항, 제5항, 제81조 제4호, 제92조 제1호에 관한 부분은 위 조항들이 적용되는 전임자 등 처우 조항 및 시설·편의제공 조항에 대한 시정명령 취소 청구가 인용되어 재판의 전제성이 인정되지 않는다는 이유로 각하하고, 노동조합법 제31조 제3항에 관한 부분은 기각하였다(2011아124).

라. 이에 청구인은 2012. 3. 7. 노동조합법 제24조 제2항, 제4항, 제5항, 제81조 제4호, 제92조 제1호에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

마. 한편 청구인과 대전지방고용노동청 천안지청장은 모두 항소하였는데, 대전고등법원은 2013. 1. 10. 시설·편의제공 조항 중 노동조합 사무실과 집기·비품의 제공을 넘어서 사무실 유지관리비, 차량과 그 관리비 및 유류비 등을 지원한다는 부분은 노동조합법 제81조 제4호를 위반하였다는 이유로 제1심 판결 중 시설·편의제공 조항에 관한 부분을 취소하고 그 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각하고, 나머지 항소는 모두 기각하였다(2012누483). 이에 청구인은 상고하였으나, 대법원은 2016. 3. 10. 상고를 기각하였다(2013두3160).

## 2. 심판대상

이 사건 심판대상은 ‘노동조합 및 노동관계조정법’(2010. 1. 1. 법률 제9930호로 개정된 것) 제24조 제2항, 제4항, 제5항, 제81조 제4호, 제92조 제1호가 헌법에 위반되는지 여부이고, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

### [심판대상조항]

노동조합 및 노동관계조정법(2010. 1. 1. 법률 제9930호로 개정된 것)

제24조(노동조합의 전임자) ② 제1항의 규정에 의하여 노동조합의 업무에만 종사하는 자(이하 “전임자”라 한다)는 그 전임기간동안 사용자로부터 어떠한 급여도 지급받아서 아니된다.

④ 제2항에도 불구하고 단체협약으로 정하거나 사용자가 동의하는 경우에는 사업 또는 사업장별로 조합원 수 등을 고려하여 제24조의2에 따라 결정된 근로시간 면제 한도(이하 “근로시간 면제 한도”라 한다)를 초과하지 아니하는 범위에서 근로자는 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있다.

⑤ 노동조합은 제2항과 제4항을 위반하는 급여 지급을 요구하고 이를 관철할 목적으로 쟁의행위를 하여서는 아니 된다.

제81조(부당노동행위) 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 “부당노동행위”라 한다)를 할 수 없다.

4. 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위. 다만, 근로자가 근로시간중에 제24조 제4항에 따른 활동을 하는 것을 사용자가 허용함은 무방하며, 또한 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공은 예외로 한다.



제92조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제24조 제5항을 위반한 자

[관련조항]

노동조합 및 노동관계조정법(2010. 1. 1. 법률 제9930호로 개정된 것)

제24조(노동조합의 전임자) ① 근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에는 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에만 종사할 수 있다.

- ③ 사용자는 전임자의 정당한 노동조합 활동을 제한하여서는 아니 된다.

제81조(부당노동행위) 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 “부당노동행위”라 한다)를 할 수 없다.

1. 근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위
2. 근로자가 어느 노동조합에 가입하지 아니할 것 또는 탈퇴할 것을 고용조건으로 하거나 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위. 다만, 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때에는 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결은 예외로 하며, 이 경우 사용자는 근로자가 그 노동조합에서 제명된 것 또는 그 노동조합을 탈퇴하여 새로 노동조합을 조직하거나 다른 노동조합에 가입한 것을 이유로 근로자에게 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다.
3. 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위
5. 근로자가 정당한 단체행위에 참가한 것을 이유로 하거나 또는 노동위원회에 대하여 사용자가 이 조의 규정에 위반한 것을 신고하거나 그에 관한 증언을 하거나 기타 행정관청에 증거를 제출한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위

### 3. 청구인의 주장

가. 노동조합법 제81조 제4호 중 ‘노동조합의 운영비를 원조하는 행위’에 관한 부분은 노동조합의 적극적인 요구로 운영비를 원조받는 경우 등 노동조합의 자주성을 침해할 염려가 없는 경우까지 부당노동행위로 규정하고 있으므로 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 근로3권을 침해한다.

나. 전임자에 대한 급여지급을 원칙적으로 금지하되, 근로자가 근로시간 면제 한도 내에서 유급으로 일정한 노동조합 업무를 수행할 수 있도록 하는 근로시간 면제 제도를 도입하면서, 이를 위반하여 급여 지급을 요구하고 이를 관철할 목적으로 하는 쟁의행위를 금지하고 이러한 쟁의행위를 한 자를 형사처벌하도록 규정한 노동조합법 제24조 제2항, 제4항, 제5항, 제81조 제4호 중 ‘노동조합의 전임자에게 급여를 지원하

는 행위'에 관한 부분, 제92조 제1호는 죄형법정주의에 위배되고, 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 근로3권 등을 침해한다.

#### 4. 적법요건에 관한 판단

가. 노동조합법 제24조 제5항, 제81조 제4호 중 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위'에 관한 부분, 제92조 제1호

(1) 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 적법하기 위해서는 당해 사건에 적용될 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되어야 하고, 여기에서 재판의 전제가 된다는 것은 그 법률이 당해 사건에 적용될 법률이어야 하고 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 것을 말한다(헌재 2009. 4. 30. 2006헌바29 참조).

(2) 노동조합법 제24조 제2항과 제4항을 위반하는 급여 지급을 요구하고 이를 관철할 목적으로 쟁의행위를 하는 것을 금지하고, 이를 위반하여 쟁의행위를 한 자를 형사 처벌하는 노동조합법 제24조 제5항, 제92조 제1호는 단체협약에 대한 시정명령의 취소를 구하는 당해 사건에 적용되지 않으므로, 이 부분 심판청구는 재판의 전제성이 인정되지 않는다.

(3) 이 사건 시정명령 중 노동조합법 제81조 제4호와 관련된 부분은 '노동조합의 전임자에게 급여를 지원하는 행위'에 관한 부분을 적용한 전임자 등 처우 조항에 대한 시정명령과 '노동조합의 운영비를 원조하는 행위'에 관한 부분을 적용한 시설·편의 제공 조항에 대한 시정명령이다. 노동조합법 제81조 제4호 중 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위'에 관한 부분을 위반하였다는 점은 이 사건 시정명령 사유에 포함되어 있지 않으므로, 이 부분은 이 사건 시정명령의 취소를 구하는 당해 사건에 적용되지 않는다. 따라서 이 부분 심판청구는 재판의 전제성이 인정되지 않는다.

나. 노동조합법 제24조 제2항, 제4항, 제81조 제4호 중 '노동조합의 전임자에게 급여를 지원하는 행위'에 관한 부분

앞서 본 바와 같이 전임자 등 처우 조항에 대한 시정명령에 관하여는 이를 취소하여 청구인이 승소한 당해 사건 판결이 확정되었으므로, 위 시정명령에 적용된 노동조합법 제24조 제2항, 제4항, 제81조 제4호 중 '노동조합의 전임자에게 급여를 지원하는 행위'에 관한 부분에 대하여 헌법재판소가 위헌결정을 하더라도 당해 사건 재판의 결론이나 주문에 영향을 미치지 않는다(헌재 2009. 4. 30. 2006헌바29 참조). 따라서 이 부분 심판청구는 재판의 전제성이 인정되지 않는다.

다. 소결

노동조합법 제24조 제2항, 제4항, 제5항, 제81조 제4호 중 '근로자가 노동조합을 조직

또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위'에 관한 부분 및 '노동조합의 전임자에게 급여를 지원하는 행위'에 관한 부분, 제92조 제1호에 대한 심판청구는 재판의 전제성이 인정되지 않으므로 모두 부적법하다.

그러므로 이하에서는 노동조합법 제81조 제4호 중 '노동조합의 운영비를 원조하는 행위'에 관한 부분(이하 '운영비원조금지조항'이라 한다)에 대하여만 본안 판단에 나아간다.

## 5. 본안에 관한 판단

### 가. 부당노동행위 제도와 운영비원조금지조항의 내용

#### (1) 부당노동행위 제도

헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 하여 근로3권을 보장한다. 자유권적 성격과 사회권적 성격을 함께 갖는 근로3권은 국가가 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유뿐만 아니라, 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동, 즉 적정한 입법조치를 필요로 한다. 부당노동행위 제도는 노사 간의 세력균형을 이루고 근로자의 근로3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 입법자가 취한 적극적인 입법조치의 대표적인 예로서, 근로자 또는 노동조합이 근로3권을 실현하는 활동에 대하여 사용자가 행하는 침해 내지 간섭행위를 금지하는 것이다(헌재 2009. 2. 26. 2007헌바27 참조).

구체적으로 살펴보면, 노동조합법 제81조는 사용자를 부당노동행위의 주체로 규정하면서, 노동조합 가입 등을 이유로 해고 등 근로자에게 불이익을 주는 행위(제1호), 노동조합 불가입·탈퇴 또는 특정노동조합 가입을 고용조건으로 하는 행위(제2호), 단체교섭의 거부 또는 해태(제3호), 근로자의 노동조합 조직·운영을 지배·개입하는 행위, 전임자에게 급여를 지원하는 행위, 노동조합의 운영비를 원조하는 행위(제4호), 단체행위 참가, 부당노동행위 신고 등을 이유로 해고 등 근로자에게 불이익을 주는 행위(제5호)를 부당노동행위로 금지하고 있다. 부당노동행위를 한 사용자는 노동위원회의 구제명령(노동조합법 제82조 내지 제86조)과 형사처벌을 받을 수 있다(노동조합법 제90조).

#### (2) 운영비원조금지조항의 입법연혁과 입법취지

(가) 구 노동조합법(1963. 4. 17. 법률 제1329호로 전부개정되고, 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 것, 이하 '구 노동조합법'이라 한다) 제39조 제4호는 '근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위'와 '노동조합의 운영비를 원조하는 행위'(이하 '운영비 원조 행위'라 한다)를 사용자의 부

당노동행위 중 하나로 규정하면서, 단서에서 근로자가 근로시간 중에 사용자와 협의 또는 교섭하는 것을 사용자가 허용함은 무방하며, 또한 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타의 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공은 예외적으로 허용된다고 규정하였다.

1997. 3. 13. 법률 제5310호로 제정된 노동조합법 제81조 제4호는 '사용자가 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하는 행위'(이하 '전임자급여 지원 행위'라 한다)를 부당노동행위로 명시한 것 외에는 구 노동조합법 제39조 제4호와 동일한 규정을 두었다. 다만 전임자급여 지원 행위를 금지하는 부분은 계속 시행이 유예되다가, 2010. 1. 1. 법률 제9930호로 개정된 노동조합법이 근로시간 면제 제도를 도입하면서 2010. 7. 1. 시행되기 시작하였다[구 노동조합법 부칙(1997. 3. 13. 제5310호) 제6조 제1항(2010. 1. 1. 법률 제9930호로 최종적으로 삭제되기 전의 것) 참조]. 운영비 원조 행위를 금지하는 부분은 구 노동조합법 제39조 제4호부터 현재까지 내용의 변화 없이 그대로 유지되고 있다.

- (나) 헌법 제33조 제1항이 근로자에게 근로3권을 기본권으로 보장하는 뜻은 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 하기 위한 것이다. 이러한 노사 간 실질적 자치라는 목적을 달성하기 위해서는 무엇보다도 노동조합의 자주성이라는 전제가 필요하다(헌재 2012. 3. 29. 2011헌바53; 헌재 2015. 5. 28. 2013헌마671등 참조).

그런데 사용자가 대항적 관계에 있는 노동조합에 그 운영비를 원조하는 경우 노동조합에 영향력을 행사하여 노동조합의 자주성을 저해할 우려가 있으므로, 운영비원조금지조항은 노동조합의 자주성을 확보하기 위해서 운영비 원조 행위를 부당노동행위로 규정한 것이다.

### (3) 운영비 원조 행위에 대한 대법원의 해석 변화

대법원은 구 노동조합법 제39조 제4호에 관하여 '운영비 원조 금지의 입법목적이 조합의 자주성을 확보하는 데에 있으므로 전임자에 대한 급여 지급으로 인하여 조합의 자주성을 잃을 위험성이 현저하게 없는 한 부당노동행위가 성립되지 않는다고 봄이 상당하고, 특히 그 급여 지급이 조합의 적극적인 요구 내지는 투쟁 결과로 얻어진 것이라면 그 급여 지급으로 인하여 조합의 자주성이 저해될 위험은 거의 없으므로 부당노동행위에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다.'라는 입장을 취하였다(대법원 1991. 5. 28. 선고 90누6392 판결 참조).

그런데 노동조합법이 2010. 1. 1. 법률 제9930호로 개정된 후 대법원은 '사회통념상 통상적으로 제81조 제4호 단서에서 정한 경우에 포함되는 행위나 그와 동일시할 수 있는 성질의 것이라고 평가될 수 있는 행위를 벗어나는 운영비 원조 행위는 전임자급여 지원 행위와 마찬가지로 노동조합의 자주성을 잃게 할 위험성을 지닌 것으로서 제81조 제4호 본문에서 금지하는 부당노동행위라고 해석되고, 비록 그 운영



비 원조가 노동조합의 적극적인 요구 내지 투쟁으로 얻어진 결과라 하더라도 이러한 사정만을 가지고 달리 볼 것은 아니다.’라고 판시하였다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2012두12457 판결 등 참조). 이와 같은 이유에서 대법원은 노동조합이 사용자로부터 최소한의 규모의 노동조합사무소와 함께 통상 비치되어야 할 책상, 의자, 전기시설 등의 비품과 시설을 제공받는 것은 허용되지만, 통신비, 전기·수도요금 등 사무실유지비, 사무용품 등을 지급받는 것은 허용되지 않는다고 판단하였다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2012두15821 판결, 대법원 2016. 4. 29. 선고 2014두15092 판결, 대법원 2017. 1. 12. 선고 2011두13392 판결 등 참조).

#### 나. 운영비원조금지조항의 위헌 여부

##### (1) 쟁점

근로3권의 헌법적 의의는 근로자단체라는 사용자에게 반대되는 세력의 창출을 가능하게 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 협상에 있어 노사 간의 실질적 자치를 보장하려는 데 있다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13 등; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바9 참조). 근로3권은 다른 기본권과 달리 자기 목적적이지 않고 내재적으로 ‘근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상’을 목적으로 하는 기본권으로, 이러한 집단적 자치영역에 대한 국가의 부당한 침해 배제하는 것을 목적으로 한다(헌재 2009. 10. 29. 2007헌마1359 참조).

사용자의 노동조합에 대한 운영비 원조는 특정 근로자의 개인적 근로조건에 관한 문제가 아니라 전체 조합원들의 이해와 관련된 집단적 노사관계에 관한 사항으로, 근로3권의 행사목적인 ‘근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상’에 관한 사항에 해당한다. 그런데 운영비원조금지조항은 운영비 원조 행위를 금지함으로써 운영비 원조에 관하여 노사가 자율적으로 결정할 수 없도록 규정하고 있으므로, 청구인의 단체교섭권을 제한한다(헌재 2014. 5. 29. 2010헌마606 참조).

따라서 운영비원조금지조항이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 단체교섭권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부를 살펴본다.

##### (2) 단체교섭권 침해 여부

###### (가) 목적의 정당성

운영비원조금지조항은 사용자가 운영비 원조 행위를 통해 노동조합에 영향력을 행사하는 것을 금지함으로써 노동조합의 사용자로부터의 자주성을 확보하여 궁극적으로 근로3권의 실질적인 행사를 보장하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하다.

###### (나) 수단의 적합성

사용자가 노동조합의 운영비를 원조하더라도 그 목적과 경위, 원조된 운영비의 내용, 금액, 원조 방법, 원조된 운영비가 노동조합의 총수입에서 차지하는 비율, 원조

된 운영비의 관리 방법 및 사용처 등에 따라서 노동조합의 자주성을 저해할 위험이 없는 경우도 존재하고, 이러한 경우에는 운영비 원조 행위를 금지하더라도 노동조합의 자주성을 확보하고자 하는 입법목적의 달성에 아무런 도움이 되지 않는다.

그런데 운영비원조금지조항은 운영비 원조 행위를 금지하면서, 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공만을 예외적으로 허용하고 있다. 이처럼 운영비원조금지조항이 위 두 가지 예외에 해당하지 않지만 노동조합의 자주성을 저해할 위험이 없는 경우까지도 운영비 원조 행위를 금지하는 것은 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이라고 볼 수 없다.

#### (다) 침해의 최소성

- 1) 노동조합은 근로자들이 스스로 근로조건을 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 위하여 국가와 사용자에 대항하여 자주적으로 단결한 조직으로서, 노동조합의 운영에 필요한 경비를 어떻게 마련할 것인지는 원칙적으로 노동조합이 스스로 결정할 문제이다.

또한 근로3권은 궁극적으로 근로조건에 관한 노사 간의 실질적 자치를 보장하기 위한 것이므로, 집단적 노사관계에 해당하는 사용자의 노동조합에 대한 운영비 원조에 관한 사항도 대등한 지위에 있는 노사가 자율적으로 협의하여 정하는 것이 근로3권을 보장하는 취지에 가장 부합한다.

노동조합법 제2조 제4호 나목은 사용자로부터 경비의 '주된 부분'을 원조받는 경우를 노동조합의 결격사유로 정하고 있고, 노동조합법 제92조 제2호 마목은 단체협약의 내용 중 시설·편의제공에 관한 사항을 위반한 사용자를 형사처벌하고 있는데, 이 역시 운영비 원조 행위가 언제나 노동조합의 자주성 저해로 이어지는 것은 아니라는 것을 전제로 하여 자주성을 저해하지 않는 범위 내에서의 운영비 원조 행위를 허용하는 취지이다.

이처럼 운영비 원조 행위는 그 자체로는 부당한 것으로 볼 수 없음에도 불구하고 운영비원조금지조항이 이에 대한 제한을 가하는 이유는 사용자가 운영비 원조 행위를 통해 노동조합의 자주성을 저해하는 것을 막기 위한 것이므로, 그 제한은 실질적으로 노동조합의 자주성이 저해되었거나 저해될 위험이 현저한 경우에 한하여 이루어져야 한다.

- 2) 운영비원조금지조항은 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공을 제외한 일체의 운영비 원조 행위를 금지하고 있다. 대법원은 위 예외 사유를 엄격하게 해석하여 노동조합이 사용자로부터 통신비, 전기·수도요금 등 사무실유지비, 사무용품을 지급받는 것도 허용되지 않는다고 판단하고 있다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2012두15821 판결, 대법원 2016. 4. 29. 선고 2014두15092 판결, 대법원 2017. 1. 12. 선고 2011두13392 판결 등 참조).

그러나 위와 같은 정도의 운영비 원조 행위가 노동조합의 적극적인 요구에 의해서 이루어진 경우나 노동조합이 사용자의 노무관리업무를 대행하는 것을 지원하기 위해서 이루어진 경우 등에는 노동조합의 자주성을 저해할 위험이 있다고 보기 어렵다. 운영비 원조 행위로 인하여 노동조합의 자주성이 저해되거나 저해될 현저한 위험이 있는지 여부는 그 목적과 경위, 원조된 운영비의 내용, 금액, 원조 방법, 원조된 운영비가 노동조합의 총수입에서 차지하는 비율, 원조된 운영비의 관리 방법 및 사용처 등에 따라 달리 판단될 수 있는 것이다.

그럼에도 불구하고 운영비원조금지조항은 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공을 제외한 일체의 운영비 원조 행위를 금지함으로써 노동조합의 자주성이 저해되거나 저해될 위험이 현저하지 않은 경우까지도 운영비 원조 행위를 금지하고 있으므로, 그 입법목적 달성을 위해서 필요한 범위를 넘어서 노동조합의 단체교섭권을 과도하게 제한하고 있다.

- 3) 노동조합의 자주성을 저해하거나 저해할 현저한 위험을 야기하지 않는 운영비 원조 행위를 금지하는 것은 노동조합의 자주성 확보라는 입법목적 달성을 위해서 불필요한 제한일뿐만 아니라, 노사 간 힘의 균형을 확보해 줌으로써 집단적 노사자치를 실현하고자 하는 근로3권의 취지에도 반하는 결과를 초래한다.

운영비 원조 행위는 노동조합의 자주성을 저해하거나 저해할 위험이 현저한 경우가 아닌 한 노동조합이 근로3권을 실현하는 활동을 하는 데 도움이 된다. 특히 기업별 노동조합은 그 활동을 위해서 필요한 시설을 기업 내에 마련할 수밖에 없으므로 사용자의 시설을 이용하는 것이 불가피한 측면이 있고, 노동조합의 재정자립도가 높지 않은 우리나라의 현실에 비추어 볼 때 소규모 사업장의 노동조합은 그 운영을 위한 경제적 기반을 확보하기 위해서 사용자로부터 일정한 정도의 지원을 받는 것이 필요할 수 있다. 운영비원조금지조항이 이와 같은 운영비 원조 행위까지 금지하는 것은 오히려 노동조합의 활동을 위축시켜 사용자와 대등한 지위에서 대항할 수 있는 근로자단체를 창출하고자 하는 근로3권의 취지에 반하는 결과를 초래할 수 있다.

무엇보다도 노동조합과 사용자가 우호적이고 협력적인 관계를 맺기 위해서 대등한 지위에서 운영비 원조를 협의하는 것은 근로3권이 추구하는 집단적 노사자치의 이상에 부합하는 것이다. 이러한 협력적 노사자치의 일환으로 이루어지는 운영비 원조 행위를 금지하는 것은 노사의 자율적인 단체교섭에 맡길 사항까지 국가가 지나치게 개입하여 노동조합의 자주적인 활동의 성과를 감소시키는 것에 불과하고, 실질적 노사자치를 구현하고자 하는 근로3권의 취지에도 반한다.

- 4) 복수 노동조합이 허용되고 있는 상황에서 사용자가 선호하는 특정 노동조합에만 운영비를 원조하는 행위는 차별받은 노동조합의 자주성을 저해할 수 있다.

그러나 노동조합법 제29조의2 제1항 내지 제3항은 하나의 사업 또는 사업장에서 노

동조합이 2개 이상인 경우 교섭대표노동조합을 정하여 교섭을 요구하도록 규정하고 있고, 교섭대표노동조합과 사용자가 합리적 이유 없이 특정 노동조합에 대하여만 운영비를 원조하여 다른 노동조합을 차별하는 것은 노동조합법 제29조의4 제1항에 따라 금지된다. 교섭대표노동조합을 결정하지 못한 경우에는 모든 노동조합이 공동으로 교섭대표단을 구성하여 사용자와 교섭하게 되므로(노동조합법 제29조의2 제4항), 이 경우에도 사용자가 특정 노동조합에 대하여만 운영비를 원조하는 방법으로 영향력을 행사하기는 어렵다.

만일 교섭대표노동조합과 사용자가 합리적 이유 없이 특정 노동조합에 대하여만 운영비를 원조하여 다른 노동조합을 차별하는 경우 차별받은 노동조합은 노동위원회에 그 시정을 요청할 수 있고(제29조의4 제2항), 그에 따른 노동위원회의 명령 또는 결정에 대한 불복절차 등에 관하여는 부당노동행위에 대한 구제절차에 관한 규정이 준용된다(제29조의4 제3항, 제4항). 또한 복수 노동조합이 존재하는 사업 또는 사업장의 사용자가 특정 노동조합에 대하여만 운영비를 원조함으로써 다른 노동조합을 간섭·방해하는 행위는 노동조합법 제81조 제4호에 규정된 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’로서 부당노동행위에 해당하므로, 위와 같은 행위를 반드시 운영비원조금지조항으로 포섭하여 규제해야 하는 것도 아니다.

따라서 복수 노동조합의 존재를 고려하더라도, 운영비 원조 행위를 일률적으로 금지할 필요성을 인정할 수 없다.

- 5) 노동조합법 제81조 제4호는 운영비 원조 행위와 함께 전임자급여 지원 행위를 사용자의 부당노동행위로서 원칙적으로 금지하면서, 노동조합법 제24조 제4항의 근로시간 면제 제도가 적용되는 경우는 예외적으로 허용하고 있다. 이와는 별도로 노동조합법은 전임자가 사용자로부터 급여를 지급받는 것을 명시적으로 금지하면서(제24조 제2항), 노동조합법 제24조 제2항과 제4항을 위반하는 급여 지급을 요구하고 이를 관철할 목적으로 쟁의행위를 하는 것도 금지, 처벌하고 있다(제24조 제5항, 제92조 제1호).

헌법재판소는 2014. 5. 29. 2010헌마606 결정에서 노동조합법 제24조 제2항, 제4항, 제5항이 과잉금지원칙을 위반하여 단체교섭권 등을 침해하지 않는다고 판단하였다.

전임자급여 지원 행위는 운영비 원조 행위의 일환으로 볼 수 있으나, 노동조합법은 전임자 수의 증가와 이를 둘러싼 노사갈등의 심화, 노동환경의 변화 등을 고려하여 전임자의 급여를 사용자가 전적으로 부담하는 관행을 시정하기 위해서 전임자급여 지원 행위를 부당노동행위로 규제하는 외에 전임자가 사용자로부터 급여를 지원받는 것 자체를 금지한 것이고, 이로 인하여 노동조합의 활동이 위축되는 것을 방지하기 위해서 근로자가 근로시간 면제 한도 내에서 유급으로 일정한 노동조합 업무를 수행할 수 있도록 하는 근로시간 면제 제도도 함께 도입하였다.

이러한 전임자급여 지원 행위와는 달리 운영비 원조 행위에 대해서는 노동조합법

제81조 제4호에서 사용자의 부당노동행위로서 금지하고 있을 뿐, 노동조합법상 노동조합이 운영비 원조를 받는 것 자체를 금지하거나 제한하는 별도의 규정이 없고, 운영비 원조 행위와 전임자급여 지원 행위는 그 금지의 취지와 규정의 내용, 예외의 인정 범위 등이 다르므로 노동조합의 단체교섭권을 침해하는지 여부를 판단하면서 운영비 원조 행위를 전임자급여 지원 행위와 동일하게 볼 수는 없다.

- 6) 참고로 다른 나라의 입법례와 그 해석과 적용 사례를 보았을 때도, 부당노동행위 제도를 최초로 도입한 미국은 사용자가 노동단체에 재정적 또는 기타 지원을 하는 행위를 부당노동행위로 규정하고 있으나[전국노동관계법(National Labor Relations Act) 제8조 (a)(2)(29 U.S.C §158)], 위 부당노동행위가 성립하려면 사용자의 노동조합에 대한 실제적인 지배, 즉 일정한 수준의 통제나 영향력 행사가 있었음이 입증되어야 하고, 단순히 사용자가 근로자 단체와 협력하였거나 통제를 할 가능성이 있다는 것만으로는 부당노동행위가 성립되지 않는다고 보고 있다.

일본은 노동조합법 제7조 제3호에서 운영비원조금지조항과 매우 유사한 규정을 두고 있는데, 예외 사유를 엄격히 해석하지 아니하고 사용자가 노동조합의 자주성을 손상시키지 않는 범위 내에서 노동조합과의 협의에 따라 시설 이용 허락 등 일정한 편의를 제공하는 것을 허용하고 있다.

- 7) 이상의 내용을 종합하여 보면, 노동조합의 자주성을 저해하거나 저해할 현저한 위험이 있는 운영비 원조 행위만을 금지하더라도 노동조합의 자주성을 확보하고 근로3권의 실질적인 행사를 보장하고자 하는 입법목적은 달성할 수 있음에도 불구하고, 운영비원조금지조항이 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공을 제외한 운영비 원조 행위를 일률적으로 부당노동행위로 간주하여 금지하는 것은 규제의 목적과 취지에서 벗어나 청구인의 단체교섭권을 과도하게 제한하는 것이다. 따라서 운영비원조금지조항은 침해의 최소성에 반한다.

#### (라) 법익의 균형성

운영비원조금지조항은 노동조합의 자주성을 확보함으로써 실질적인 근로3권의 행사를 보장하기 위한 것이지만, 노동조합의 자주성을 저해하거나 저해할 위험이 현저하지 않은 운영비 원조 행위를 부당노동행위로 규제하는 것은 이러한 공익 달성에 기여하는 바가 전혀 없다. 반면, 운영비원조금지조항으로 인하여 청구인은 사용자로부터 운영비를 원조받을 수 없을 뿐만 아니라 집단적 노사관계에 관한 사항인 운영비 원조에 관하여 사용자와 자율적으로 정할 수 없어 궁극적으로 노사자치의 원칙을 실현할 수 없게 되므로, 이러한 청구인의 불이익이 위 공익에 비하여 결코 작다고 볼 수 없다. 따라서 운영비원조금지조항은 법익의 균형성에도 반한다.

#### (마) 소결

운영비원조금지조항은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 단체교섭권을 침해하므로 헌법에 위반된다.

#### 다. 헌법불합치결정과 잠정적용명령

운영비원조금지조항은 위와 같이 헌법에 위반되므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이지만, 운영비원조금지조항에 대하여 단순위헌결정을 하게 되면, 노동조합의 자주성을 저해하거나 저해할 현저한 위험이 있는 운영비 원조 행위를 부당노동행위로 규제할 수 있는 근거조항 자체가 사라지게 되는 법적 공백상태가 발생한다. 따라서 운영비원조금지조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 헌법불합치 결정을 선고 하되, 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속 적용을 명하기로 한다.

입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2019. 12. 31.까지는 이와 같은 결정의 취지에 맞추어 개선입법을 하여야 할 것이고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 운영비원조금지조항은 2020. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다.

#### 6. 결 론

그렇다면 운영비원조금지조항은 헌법에 합치되지 아니하나 2019. 12. 31.을 시한으로 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 잠정적으로 적용하기로 하고, 나머지 심판청구는 모두 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 7.과 같은 재판관 김창중, 재판관 조용호의 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관들의 일치된 의견에 의한 것이다.

재판관 이진성(재판장), 김이수, 김창중, 안창호, 강일원, 서기석, 조용호, 이선애, 유남석



## 6. 기타

### 6.1 기업의 청산과정에서의 해고와 부당노동행위

☞ 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003두902 판결

#### » 요 지 «

1. 부당해고 또는 부당노동행위의 구제제도는 근로자가 부당해고 또는 부당노동행위라고 주장하는 구체적 사실에 대하여 그것이 부당해고 또는 부당노동행위에 해당하는지 여부를 심리하고 부당해고 또는 부당노동행위로 인정되는 경우에 적절한 구제방법을 결정, 명령하는 제도로서 부당해고 또는 부당노동행위라고 주장되는 구체적 사실이 심사의 대상이 되는 것이고, 부당해고 또는 부당노동행위에 대한 재심판정 취소소송의 소송물은 재심판정 자체의 위법성이라 할 것이며, 근로기준법 제33조 제2항, 노동조합 및 노동관계조정법 제84조 제1항에 의하면, 노동위원회는 부당해고 또는 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 그에 따른 구제명령을 발하여야 하고, 이때 노동위원회가 발하는 구제명령은 사용자에게 부당해고 및 부당노동행위가 있기 이전의 원래의 상태로 근로자의 지위를 회복시킬 공법상의 의무를 부담시키는 행정처분이라 할 것인데, 노동위원회가 부당해고 및 부당노동행위가 성립한다고 하면서도 사용자에게 아무런 구제명령을 발하지 않는 경우에는 실질적으로 근로관계에 아무런 변동을 가져오지 않아 결국 이는 구제신청을 기각하는 취지의 재심판정에 해당하여 이러한 재심판정에는 노동조합 및 노동관계조정법 제84조 제1항에 위배되는 잘못이 있다 할 것이나, 단지 그와 같은 사정만으로는 재심판정이 위법하여 취소되어야 할 사유가 있다고 보기는 어렵다 할 것이고, 따라서 근로자가 위와 같은 재심판정의 잘못을 들어 소로서 취소를 구하는 경우에도 법원으로서는 궁극적으로 근로자가 부당해고 또는 부당노동행위라고 주장하는 구체적 사실에 대하여 그것이 부당해고 또는 부당노동행위에 해당하는지의 여부를 심리하여 구제신청을 기각한 재심판정의 위법 여부를 판단하여야 할 것이다.
2. 기업이 파산선고를 받아 사업의 폐지를 위하여 그 청산과정에서 근로자를 해고하는 것은 위장폐업이 아닌 한 기업경영의 자유에 속하는 것으로서 파산관재인이 파산선고로 인하여 파산자 회사가 해산한 후에 사업의 폐지를 위하여 행하는 해고는 정리해고가 아니라 통상해고에 해당하는 것이어서, 정리해고에 관한 근로기준법 규정이 적용될 여지가 없고, 또한 파산관재인의 근로계약 해지는 해고만을 목적으로 한 위장파산이나 노동조합의 단결권 등을 방해하기 위한 위장폐업이 아닌 한 원칙적으로 부당노동행위에 해당하지 아니한다.

\* 원 고(선정당사자, 상고인) : 박○○

\* 피 고(피상고인) : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 파산자 ○○건설산업 주식회사의 파산관재인 권○○의 소송수계인 외 1인

\* 원심판결 : 서울고법 2002. 12. 11. 선고 2002누10607 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고(선정당사자)의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

### 1. 제1점에 대하여

부당해고 또는 부당노동행위의 구제제도는 근로자가 부당해고 또는 부당노동행위라고 주장하는 구체적 사실에 대하여 그것이 부당해고 또는 부당노동행위에 해당하는지 여부를 심리하고 부당해고 또는 부당노동행위로 인정되는 경우에 적절한 구제방법을 결정, 명령하는 제도로서 부당해고 또는 부당노동행위라고 주장되는 구체적 사실이 심사의 대상이 되는 것이고, 부당해고 또는 부당노동행위에 대한 재심판정 취소소송의 소송물은 재심판정 자체의 위법성이라 할 것이며(대법원 1997. 6. 13. 선고 96누15718 판결 참조), 근로기준법 제33조 제2항, 노동조합및노동관계조정법 제84조 제1항에 의하면, 노동위원회는 부당해고 또는 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 그에 따른 구제명령을 발하여야 하고, 이때 노동위원회가 발하는 구제명령은 사용자에게 부당해고 및 부당노동행위가 있기 이전의 원래의 상태로 근로자의 지위를 회복시킬 공법상의 의무를 부담시키는 행정처분이라 할 것인데, 노동위원회가 부당해고 및 부당노동행위가 성립한다고 하면서도 사용자에게 아무런 구제명령을 발하지 않는 경우에는 실질적으로 근로관계에 아무런 변동을 가져오지 않아 결국 이는 구제신청을 기각하는 취지의 재심판정에 해당하여 이러한 재심판정에는 노동조합및노동관계조정법 제84조 제1항에 위배되는 잘못이 있다 할 것이나, 단지 그와 같은 사정만으로는 재심판정이 위법하여 취소되어야 할 사유가 있다고 보기는 어렵다 할 것이고, 따라서 근로자가 위와 같은 재심판정의 잘못을 들어 소로서 취소를 구하는 경우에도 법원으로서도 궁극적으로 근로자가 부당해고 또는 부당노동행위라고 주장하는 구체적 사실에 대하여 그것이 부당해고 또는 부당노동행위에 해당하는지의 여부를 심리하여 구제신청을 기각한 재심판정의 위법 여부를 판단하여야 할 것이다.

같은 취지에서, 원심이 중앙노동위원회가 부당해고 및 부당노동행위임을 인정하면서도 필요한 구제명령을 발하지 아니한 것은 잘못이라 하더라도, 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)이 원고(선정당사자, 이하 '원고'라 한다)와 선정자들에 대하여 한 해고가 부당해고나 부당노동행위에 해당하지 않는다면 원고와 선정자들이 취소를 구하는 이 사건 재심판정은 결과적으로 정당하다고 할 것이라고 판단한 다음, 나아가 참가인의 해고가 부당해고 또는 부당노동행위에 해당하는지의 여부에 관하여 심리 판단한 조치는 정당하고, 거기에 이 사건 재심판정취소소송의 소송물인 재심판정의 위법성 및 구제신청권의 존부에 관한 법리를 오해한 위법이나, 이유모순의 위법이 있다고 할 수 없다.



## 2. 제2, 4점에 대하여

기업이 파산선고를 받아 사업의 폐지를 위하여 그 청산과정에서 근로자를 해고하는 것은 위장폐업이 아닌 한 기업경영의 자유에 속하는 것으로서 파산관재인이 파산선고로 인하여 파산자 회사가 해산한 후에 사업의 폐지를 위하여 행하는 해고는 정리해고가 아니라 통상해고에 해당하는 것이어서(대법원 2003. 4. 25. 선고 2003다7005 판결 참조), 정리해고에 관한 근로기준법 규정이 적용될 여지가 없고, 또한 파산관재인의 근로계약 해지는 해고만을 목적으로 한 위장파산이나 노동조합의 단결권 등을 방해하기 위한 위장폐업이 아닌 한 원칙적으로 부당노동행위에 해당하지 아니한다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 파산법 제50조는 파산관재인에게 쌍무계약에 대한 계약해제권을 인정하고 있고, 민법 제633조는 사용자가 파산선고를 받은 때에는 파산관재인은 고용기간의 약정이 있는 경우에도 고용계약을 해지할 수 있으며 이때 계약해지로 인한 손해배상을 청구하지 못한다고 규정하여 파산관재인에게 광범위한 근로계약의 해지권을 인정하고 있는바, 이는 근로계약관계가 기업의 존속을 전제로 하는 것임에 반하여 파산은 사업의 폐지와 청산을 목적으로 하는 것이어서 파산이 선고된 경우 파산관재인은 재산관리업무를 수행하는 데 필요한 한도 내에서 파산자와 제3자 사이의 법률관계를 청산하여야 할 직무상의 권한과 의무를 갖고 또 파산재단을 충실하게 관리하여야 할 의무를 부담하는 등 파산의 본질은 기본적으로 기업의 청산이고 파산관재인이 그 직무수행의 일환으로 행하는 근로계약의 해지는 근로관계가 계속되는 기업에서 행하여지는 해고와는 그 본질을 달리하는 것이어서 파산관재인에 의한 근로계약해지는 파산선고의 존재 자체가 정당한 해고사유가 되는 것이므로 결국 근로기준법 소정의 부당해고에 관한 규정은 그 적용이 없다고 보아야 할 것이고, 또한 부당노동행위제도는 근로자 또는 노동조합의 단결권을 보장하기 위한 것인데 반하여 파산은 경영주체가 상실되어 단결권 등이 기능 하여야 할 노사간 힘의 불균형상태가 존재하지 아니하게 된 점, 파산관재인은 이해관계인의 이익을 조정하여야 할 일반적인 강제집행기관에 불과한 점 등을 고려하여 보면 파산제도는, 불이익취급을 방지하여 단결권 등을 보장하려는 부당노동행위제도와는 그 본질을 달리하는 것이어서 결국 파산관재인에 의한 근로계약의 해지에는 부당노동행위 또한 성립할 여지가 없다고 보아야 할 것이며, 파산기업이 파산선고를 받은 후 모든 사업을 즉시 폐지하지 아니하고 파산재단의 충실을 기하기 위하여 기존의 영업을 일부 계속하면서 사업장의 일부를 그대로 존치함에 따라 근로자를 계속하여 보조인으로 사용하는 경우, 파산기업이 기존의 사업장을 유지하는 것은 파산재단을 충실하게 하기 위한 잠정적인 조치이며 사업이 완료됨에 따라 사업장은 점차 축소되어 마침내는 전부 소멸하게 될 것이라는 점, 사업장이 축소됨에 따라 그때 그때 수시로 정리해고를 할 경우 그 정리해고의 정당성을 둘러싼 분쟁으로 인하여 파산절차의 신속한 진행이 어려워지고 임금채권이 과다하게 발생하는 등으로 인하여 종국적으로는 파산재단의 건전성이 해쳐질 염려가 있는 점, 현행 파산 관계법이 파산법 제50조와 민법 제633조 이외에 일정한 경우 정리해고의 기준을 적용하여 근로계약을 해지하여야 한다는 예외적인 조항을 두지 않고 있는 점 등에 비추어 보면, 파산법인이 청산절차와 병행하여 기존의 사업을 계속한다고 하더라도 파산관재인에게 근로관계의 해지에 관한 광범위한 재량을 부여하여 탄력적으로 근로관계를 유지하도록 함으로써 파산절차

의 신속과 파산재단의 충실을 기하도록 하는 것이 바람직하다고 할 것이므로 결국 근로기준법 제31조 소정의 정리해고에 관한 규정의 적용도 배제된다고 판단한 다음, 참가인이 파산선고를 받은 회사의 파산관재인으로 선임되자 즉시 근로자들과의 고용관계를 청산하면서 원고와 선정자들을 포함한 32명의 근로자들에 대하여는 즉시해고를, 나머지 근로자들에 대하여는 해고예고 절차를 거쳐 해고한 후 별도로 1,804명의 신청자들 중에서 1,680명을 선별하여 기간 1년으로 정한 보조인임용계약을 체결하였는데, 이는 실질적으로는 파산기업 소속 근로자 전원에 대한 근로계약을 해지하였다가 그 중 일부를 선별하여 파산관재인의 계약직 보조인으로 고용한 것과 다름없어서, 이는 기업의 청산을 위한 파산절차의 신속한 진행과 파산재단의 충실이라는 파산제도의 본질에 비추어 파산관재인이 직무수행의 일환으로 자신에게 부여된 권한과 재량의 범위 내에서 적절하게 행한 것으로 정당하다고 봄이 상당하다고 할 것이고 이러한 근로계약의 해지가 부당해고나 부당노동행위에는 해당되지 않는다고 할 것이어서, 이 사건 재심판정이 원고와 선정자들에 대한 즉시해고나 부당해고 및 부당노동행위에 해당된다고 인정한 것은 잘못된 것이지만 원고와 선정자들의 구제신청을 기각한 것은 결과적으로 정당하다고 할 것이므로 결국 이 사건 재심판정은 적법하다고 판단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 근로기준법 제31조, 노동조합및노동관계조정법 제81조, 제82조에 관한 법리를 오해한 위법이나 이유불비의 위법이 있다고 할 수 없다.

### 3. 제3점에 대하여

참가인이 파산선고를 받은 회사의 파산관재인으로 선임되자 근로자 전원에 대한 근로계약을 해지하였다가 원고와 선정자들을 제외한 나머지 근로자 중 일부를 선별하여 파산관재인의 계약직 보조인으로 고용한 것은 기업의 청산을 위한 파산절차의 신속한 진행과 파산재단의 충실이라는 파산제도의 본질에 비추어 파산관재인이 직무수행의 일환으로 자신에게 부여된 권한과 재량의 범위 내에서 적절하게 행한 것으로 정당하다고 할 것이고, 따라서 위와 같이 참가인이 파산관재인으로서 원고와 선정자들에 대하여 한 해고가 신의성실의 원칙에 위배된다거나, 권리남용에 해당한다고는 볼 수 없다 할 것이며, 원심이 이 사건 해고는 참가인이 직무수행의 일환으로 자신에게 부여된 권한과 재량의 범위 내에서 적절하게 행한 것으로 정당하다고 한 판단 속에는 이 사건 해고가 신의성실의 원칙에 위배된다거나 권리남용에 해당한다는 원고와 선정자들의 주장을 배척하는 취지를 포함하고 있다고 할 것이므로 원심판결에 신의성실의 원칙 및 권리남용금지에 관한 법리를 오해하거나 판단을 유탈한 위법이 있다고 할 수 없다.

### 4. 결 론

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

대법관 강신욱(재판장), 변재승(주심), 윤재식, 고현철



## 6.2 합병에 따른 고용승계와 노동조합 조합원의 지위

☞ 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다23185 판결★

### » 요 지 «

- [1] 사용자가 취업규칙의 변경에 의하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하려면 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요하고, 이러한 동의를 얻지 못한 취업규칙의 변경은 효력이 없으며, 그 동의의 방법은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 요하고, 회의방식에 의한 동의라 함은 사업 또는 한 사업장의 기구별 또는 단위 부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 간에 의견을 교환하여 찬반을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다고 할 것인데, 여기서 사용자측의 개입이나 간섭이라 함은 사용자측이 근로자들의 자율적이고 집단적인 의사결정을 저해할 정도로 명시 또는 묵시적인 방법으로 동의를 강요하는 경우를 의미하고 사용자측이 단지 변경될 취업규칙의 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는 데 그친 경우에는 사용자측의 부당한 개입이나 간섭이 있었다고 볼 수 없다.
- [2] 사용자가 일방적으로 새로운 취업규칙의 작성·변경을 통하여 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다고 할 것이나, 당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그로 인하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 여전히 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그 적용을 부정할 수는 없다고 할 것이고, 한편 여기에서 말하는 사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건의 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
- [3] 복수의 회사가 합병되더라도 피합병회사와 그 근로자 사이의 집단적인 근로관계나 근로조건 등은 합병회사와 합병 후 전체 근로자들을 대표하는 노동조합과 사이에 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있을 때까지는 피합병회사의 근로자들과 합병회사 사이에 그대로 승계되는 것이고, 합병회사의 노동조합이 유니언 쉐프의 조직형태를 취하고 있었다고 하더라도 위에서 본 바와 같은 피합병회사의 근로자들까지 아우른 노동조합과 합

병회사 사이의 새로운 합의나 단체협약이 있을 때까지는 피합병회사의 근로자들이 자동적으로 합병회사의 노동조합의 조합원으로 되는 것은 아니다.

- [4] 노동조합및노동관계조정법 제35조는 하나의 사업 또는 사업장에 상시 사용되는 동종의 근로자 반수 이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 당해 사업 또는 사업장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대하여도 당해 단체협약이 적용된다고 규정하고 있는데, 이 규정에 따라 단체협약의 적용을 받게 되는 동종의 근로자라 함은 당해 단체협약의 규정에 의하여 그 협약의 적용이 예상되는 자를 가리키는 것인바, 서로 다른 종류의 사업을 운영하던 회사들이 합병한 이후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있기 전에 그 중 한 사업부문의 근로자들로 구성된 노동조합이 회사와 체결한 단체협약은 그 사업부문의 근로자들에 대하여만 적용될 것이 예상되는 것이라 할 것이어서 다른 사업부문의 근로자들에게는 적용될 수 없다.

\* 원 고, 피상고인 : 홍○○ 외 12인

\* 피 고, 상 고 인 : 주식회사 동방생활산업

\* 원심판결 : 서울지법 2002. 3. 21. 선고 2001나42904, 42911 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

## » 이 유 «

### 1. 1998년 6월 말, 8월 말, 추석, 12월 말 상여금에 대하여

가. 원심은, 피고 회사의 건설사업부문에 근무하였던 근로자들인 고영진, 김범일, 최규한, 장재필이 작성한 각 사실확인서와 역시 같은 근로자들인 증인 김종선, 이경우의 증언에 비추어 피고 회사의 건설사업부문 근로자들의 이 사건 상여금 삭감 동의가 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 상호간 의견을 교환하여 찬반의견을 집약한 후 이루어진 것이라는 점에 부합하는 증인 박창규의 증언을 믿기 어렵고, 피고 회사의 건설사업부문 근로자들이 서명한 상여금 삭감 동의각서만으로는 이를 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

나. 사용자가 취업규칙의 변경에 의하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하려면 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요하고, 이러한 동의를 얻지 못한 취업규칙의 변경은 효력이 없으며, 그 동의의 방법은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 요하고, 회의방식에 의한 동의라 함은 사업 또는 한 사업장의 기구별

또는 단위 부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 간에 의견을 교환하여 찬반을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다고 할 것인데(대법원 1994. 9. 23. 선고 94다23180 판결 참조), 여기서 사용자측의 개입이나 간섭이라 함은 사용자측이 근로자들의 자율적이고 집단적인 의사결정을 저해할 정도로 명시 또는 묵시적인 방법으로 동의를 강요하는 경우를 의미하고 사용자측이 단지 변경될 취업규칙의 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는 데 그친 경우에는 사용자측의 부당한 개입이나 간섭이 있었다고 볼 수 없다(대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다18322 판결 참조).

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 채용한 위 각 사실확인서를 작성한 고영진, 김범일, 최규한, 장재필과 증인 김종선, 이경우 중 고영진을 제외한 나머지 사람들은 모두 피고 회사를 상대로 상여금의 지급을 구하는 소송을 제기하여 사실상 원고들과 같은 입장에 있는 사람들로 객관적인 위치에 있다고 보기 어렵고 따라서 그들이 위 각 사실확인서에 기재한 내용이나 증언한 내용을 그대로 믿기 어려운 사실, 피고 회사의 건설사업부문은 섬유사업부문과 달리 노동조합이 없었기에 피고 회사의 장재필 부장은 1998. 5. 24.부터 1998. 5. 29.까지 사이에 건설사업부문의 각 공사현장별 및 본사의 팀별로 근로자들이 모인 자리에서 상여금 삭감의 필요성을 설명하였는데 당시 피고 회사의 건설사업부문에 근무하였던 근로자들 51명 중 44명이 참여(7명은 기권)하였으며 그 참여자 중 39명이 상여금의 삭감에 동의하여 장재필 부장이 교부하는 상여금 삭감 동의각서 용지에 서명하고, 5명은 반대하여 서명을 하지 않은 사실, 위 상여금 삭감 동의각서 용지에는 "I.M.F. 한파에 따른 최악의 건설경기로 인하여 막대한 경영손실 누적과 그에 따른 차입금의 증가, 고금리로 인하여 앞으로의 회사 존폐 또한 위협받고 있는 상황에서 경영진의 회사살리기를 위한 적극적인 자구계획 추진과 더불어 아래 직원들은 작은 힘이나마 경영위기 극복에 동참하여 회사의 조속한 경영 정상화에 보탬이 되고자 98년 지급될 상여금 전액(연간 600%)을 삭감하는 데 동의하며 이에 서명합니다."라는 내용이 인쇄되어 있었던 사실, 위와 같은 근로자들의 동의에 따라 피고 회사는 1998. 6. 1. 건설사업부문 근로자들에게 적용되던 취업규칙 중 상여금 조항을 삭제한 사실, 한편 피고 회사의 섬유사업부문 근로자 3분의 2 이상으로 구성된 노동조합은 1998. 6. 16. 위 동의각서의 내용과 비슷한 취지로 1998년도분 상여금을 반납하기로 피고 회사와 단체협약 보충협약을 체결한 사실, 당시 피고 회사의 계열 3사는 그 회생을 위하여 대주주가 사재를 출연하고, 회사의 자산을 매각하며 성실히 기업개선작업을 이행하지 않을 때에는 감자, 임원의 퇴임요구 등 채권금융기관의 요구를 감수하기로 약정하는 등 기업개선작업을 추진중이었던 사실을 각 인정할 수 있다.

위 인정 사실에 의하면, 비록 피고 회사에서 먼저 위와 같은 상여금 삭감 동의각서는 인쇄된 양식을 교부하여 그 근로자들로부터 서명에 의한 동의를 얻었다고 하더라도, 그 근로자들은 상여금 삭감의 필요성을 수긍하고 이에 동의하였다고 할 것이고, 또한 상당한 교섭력을 가진 피고 회사의 섬유사업부문 노동조합도 뒤따라 스스로 건

설사업부문 근로자들과 같은 내용의 상여금 반납에 합의하고, 회사의 경영진이나 주주들도 커다란 희생을 감수하고 있던 상황에 비추어 볼 때 피고 회사의 전 직원 사이에 적어도 상여금 삭감을 통한 경영압박의 감소 필요성에 대하여 상당한 공감대가 형성되어 있었던 것으로 보이는바, 여기에 건설사업부문 근로자들 중 일부가 기권하거나 위 삭감에 반대하여 동의각서에 서명을 하지 않은 점까지 감안한다면 피고 회사가 근로자의 상여금 포기를 이끌어낼 의도로 상여금 삭감동의의 결의절차에 부당히 개입하여 강요한 것으로는 보이지 아니하므로, 건설사업부문의 근로자들이 각 팀별 혹은 현장별로 의견의 집약을 한 후 자유로운 의사에 따라 위 동의각서에 서명한 것으로 볼 것이고, 따라서 1998년도분 상여금을 지급하지 않는 것과 관련하여서는 피고 회사가 취업규칙 중 상여금 조항을 삭제한 것이 유효하다고 볼 여지가 많다고 할 것임에도(취업규칙의 변경 중 1999년도 이후분의 상여금을 지급하지 않도록 한 부분의 유효성에 대하여는 뒤에서 따로 살핀다.) 원심이 이와 견해를 달리하여, 피고 회사의 건설사업부문 근로자들의 이 사건 상여금 삭감 동의가 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 상호간 의견을 교환하여 찬반의견을 집약한 후 이루어진 것으로 볼 증거가 없다고 하고 만 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하였거나 상여금 반납 결의의 효력을 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다 할 것이어서 이 부분 상고이유의 주장은 이유 있다.

## 2. 1999년도분 상여금에 대하여

### 가. 취업규칙의 변경이 사회통념상 합리성이 있는지에 대하여

사용자가 일방적으로 새로운 취업규칙의 작성·변경을 통하여 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다고 할 것이나, 당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그로 인하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 여전히 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그 적용을 부정할 수는 없다고 할 것이고, 한편 여기에서 말하는 사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건 개선상황, 노동조합 등과 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2001. 1. 5. 선고 99다70846 판결 참조).

기록에 비추어 살펴보면, 피고 회사의 건설사업부문 근로자들이 위에서 본 1998년도분의 상여금뿐만 아니라 1999년도 이후분의 상여금까지도 삭감하는 것에 대하여 동의하였다고 볼 아무런 자료가 없음에도 피고 회사는 건설사업부문 근로자들에게 적

용되던 이 사건 취업규칙 중 상여금 조항을 1998년도분에 한정하여 그 적용을 배제하는 것으로 변경하지 않고 아예 삭제하였는바, 피고 회사가 위 상여금 조항을 삭제할 당시 국가의 외환위기 상황에서 건설경기의 악화로 인하여 막대한 경영손실을 보고 있었고, 피고 회사의 존립을 위하여 채권은행단과 수립한 워크아웃 계획에 따라 상여금 규정의 개정을 한 것이라고 하더라도, 이러한 사유만으로는 위 취업규칙의 개정을 통해 근로자들에게 상당한 근로조건의 개선이라든지 기타 이익 되는 요소는 전혀 없이 상여금 조항을 삭제하여 근로자들에게 일방적인 불이익을 감수하도록 한 것은 적어도 1999년도 이후분의 상여금까지도 지급하지 않도록 한 것과 관련하여서는 위 법리에 비추어 볼 때 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있다고 볼 수 없으므로, 같은 취지의 원심의 결론은 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 심리를 다하지 아니하여 사실을 오인한 잘못이 있다고 할 수 없다.

#### 나. 피고 회사와 그 노동조합 간에 체결된 단체협약의 효력에 대하여

복수의 회사가 합병되더라도 피합병회사와 그 근로자 사이의 집단적인 근로관계나 근로조건 등은 합병회사와 합병 후 전체 근로자들을 대표하는 노동조합과 사이에 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있을 때까지는 피합병회사의 근로자들과 합병회사 사이에 그대로 승계되는 것이고, 합병회사의 노동조합이 유니언 쉐프의 조직형태를 취하고 있었다고 하더라도 위에서 본 바와 같은 피합병회사의 근로자들까지 아우른 노동조합과 합병회사 사이의 새로운 합의나 단체협약이 있을 때까지는 피합병회사의 근로자들이 자동적으로 합병회사의 노동조합의 조합원으로 되는 것은 아니라 할 것이다.

그리고 노동조합및노동관계조정법 제35조는 하나의 사업 또는 사업장에 상시 사용되는 동종의 근로자 반수 이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 당해 사업 또는 사업장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대하여도 당해 단체협약이 적용된다고 규정하고 있는데, 이 규정에 따라 단체협약의 적용을 받게 되는 동종의 근로자라 함은 당해 단체협약의 규정에 의하여 그 협약의 적용이 예상되는 자를 가리키는 것인바 ( 대법원 2004. 2. 12. 선고 2001다63599 판결 참조), 서로 다른 종류의 사업을 운영하던 회사들이 합병한 이후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있기 전에 그 중 한 사업부문의 근로자들로 구성된 노동조합이 회사와 체결한 단체협약은 그 사업부문의 근로자들에 대하여만 적용될 것이 예상되는 것이라 할 것이어서 다른 사업부문의 근로자들에게는 적용될 수 없다고 할 것이다.

기록에 비추어 살펴보면, 건설업을 영위하던 동방산업개발 주식회사가 1997. 3.경 섬유생산 및 판매업을 하던 피고 회사에 합병되었고, 피고 회사의 섬유사업부문 소속 근로자들로 구성된 노동조합은 피고 회사와 사이에 1998. 6. 16. 단체협약을 통하여 그 노동조합의 형태와 관련하여 유니언 쉐프의 협정을 하기는 하였지만, 위 합병 이후

두 회사의 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있었음을 인정할 아무런 자료가 없고 오히려 합병 후에도 동방산업개발 주식회사에 소속되었던 건설사업부문 근로자들에 대하여는 섬유사업부문 근로자들과는 별도의 취업규칙을 적용하고 있었으며, 이 사건 상여금에 대하여도 피고 회사의 섬유사업부문 노동조합과는 단체협약을 통하여 그 반납을 약정하였으면서도 건설사업부문 근로자들로부터는 그와 별도로 이 사건 상여금 삭감동의 결의를 하고 여전히 그 별도의 취업규칙을 유지하면서 다만 그 상여금 조항을 삭제한 사실을 알 수 있는바, 그렇다면 피합병회사의 근로자들이었던 원고들이 자동적으로 피고 회사의 섬유사업부문 노동조합의 조합원이 된다고 볼 수 없으므로 피고 회사와 섬유사업 노동조합 사이의 1998. 6. 16.자 단체협약은 원고들에 대하여 일응 효력이 없을 뿐만 아니라, 나아가 피합병회사의 근로자들이었던 원고들의 근로관계나 근로조건은 여전히 피합병회사인 동방산업개발 주식회사 당시의 취업규칙 혹은 그 이후 개정된 취업규칙 등에 의해 규율된다 할 것이고, 피고 회사와 섬유사업부문 노동조합 사이의 위 1998. 6. 16.자 단체협약은 건설사업부문 근로자들에게는 그 적용이 예상된 것이 아니라 할 것이어서 위 단체협약의 규범적 효력도 원고들에게는 적용되지 않는다 할 것이므로, 이 부분 원심의 판단은 그 설시에 있어서 비록 미흡한 점이 없지 아니하나 결론에 있어서 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 심리를 다하지 아니하여 사실을 오인하거나 판단을 유탈한 잘못이 있다고 할 수 없다.

#### 다. 1999년도분 상여금이 전혀 지급되지 않았는지에 대하여

기록에 비추어 살펴보면, 피고는 2001. 1. 11.자 준비서면의 진술을 통하여 1999.에 225%의 상여금을 지급하였다고 주장하고 있고, 원고측 증인 이경우도 1999.에 피고 회사로부터 상여금을 1, 2회 정도 받은 것 같다고 증언하였으며, 을 제34호증의 1 내지 6(상여금 지급내역)의 기재에 의하더라도 피고 회사는 1999. 수회에 걸쳐 일정 금액의 상여금을 그 근로자들에게 지급한 것으로 보이는바, 그렇다면 원심으로서서는 마땅히 원고들이 1999.에 상여금으로 얼마를 지급받았는지를 심리한 후 그 금액을 공제한 나머지 금액만을 상여금으로 지급하도록 명하였어야 함에도 불구하고 이에 이르지 않고, 막연히 1999년도 상여금이 전혀 지급되지 않은 것을 전제로 하여 이를 지급하라고 명하였는바, 원심판결에는 피고의 주장에 대한 판단을 누락하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이어서, 결국 1999년도 상여금 부분에 대한 피고의 상고이유의 주장은 이유 있다.

### 3. 지연손해금 부분에 대하여

직권으로 살펴건대, 개정 전 소송촉진등에관한특례법(2003. 5. 10. 법률 제6868호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 본문 중 '대통령령으로 정하는 이율' 부분에 대하여는 2003. 4. 24. 헌법재판소의 위헌결정이 있었고, 그 후 개정된 위 법률조항과 소송촉진등에관한특례법제3조제1항본문의법정이율에관한규정(2003. 5. 29. 대통령령 제17981호로 개정된 것)





은 위 개정법률 시행 당시 법원에 계속중인 사건에 대하여 2003. 6. 1. 이후에 적용할 법정이율을 연 2할로 한다고 규정하고 있으므로, 원고의 청구를 인용하더라도 그 인용금액에 대하여 위 개정법률이 시행되기 전인 2003. 5. 31.까지는 민사 법정이율인 연 5푼의 비율에 의한 지연손해금을, 2003. 6. 1.부터 완제일까지는 위 개정법률에 따른 연 2할의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명하여야 할 것인데, 이와 달리 2003. 5. 31. 이전부터 위 개정 전의 법률 규정을 적용하여 연 2할 5푼의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명한 제1심판결 부분을 유지하거나 원심에서 추가로 인용하는 금액에 대하여 2003. 5. 31. 이전부터 위 개정 전의 법률 규정을 적용하여 연 2할 5푼의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명한 원심판결에는 결과적으로 지연손해금의 법정이율을 잘못 적용하여 판결에 영향을 미친 위법이 있게 되었다고 할 것이다.

#### 4. 결 론

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

대법관 고현철(재판장), 변재승, 윤재식(주심), 강신욱





## 복수노조





## 제2장 복수노조

### 1. 총괄

#### 1.1 학습지 교사의 노동조합법상 근로자성 인정

☞ 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604 판결★<sup>35)</sup>

#### » 요 지 «

- [1] 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다)상 근로자는 타인과의 사용 종속관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말한다. 구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는, 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, 노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

노동조합법은 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근로기준법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등을 목적으로 제정되었다. 이러한 노동조합법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의 규정 등을 고려하면, 노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다.

- [2] 학습지 개발 및 교육 등의 사업을 하는 갑 주식회사가 전국학습지산업노동조합 소속 조합원이면서 학습지교사들인 을 등과 학습지회원에 대한 관리, 모집, 교육을 내용으로 하는 위탁사업계약을 체결하였다가 그 후 이를 해지하자 을 등이 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다는 이유로 구제명령을 신청한 사안에서, 업무 내용, 업무 준비 및 업무 수행에 필요한 시간 등에 비추어 볼 때 학습지교사들이 겸업을 하는 것은 현실적으로 어려워 보여, 갑 회사로부터 받는 수수료가 학습지교사들의 주된 소득원이었을 것으로 보이는 점, 갑 회사는 불특정다수의 학습지교사들을 상대로 미리 마련

35) 본 판결의 원문은 ‘주제별 노동판례 330선’ 제1부 제1장 근로자 126쪽에 기재되어 있음

한 정형화된 형식으로 위탁사업계약을 체결하였으므로, 보수를 비롯하여 위탁사업계약의 주요 내용이 갑 회사에 의하여 일방적으로 결정되었다고 볼 수 있는 점, 을 등이 제공한 노무는 갑 회사의 학습지 관련 사업 수행에 필수적인 것이었고, 을 등은 갑 회사의 사업을 통해 학습지 개발 및 학습지회원에 대한 관리·교육 등에 관한 시장에 접근한 점, 을 등은 갑 회사와 일반적으로 1년 단위로 위탁사업계약을 체결하고 계약기간을 자동연장하여 왔으므로 위탁사업계약관계는 지속적이었고, 갑 회사에 상당한 정도로 전속되어 있었던 것으로 보이는 점 등에 비추어, 을 등은 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다)상의 근로자에 해당하고, 전국학습지산업 노동조합은 노동조합법상 근로자인 학습지교사들이 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건을 유지·개선 기타 학습지교사들의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직한 단체이므로 노동조합법 제2조 제4호 본문에서 정한 노동조합에 해당한다고 한 사례.

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

## 1.2 방송연기자의 노동조합법상 근로자성 인정

☞ 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결<sup>36)</sup>

### » 요 지 «

- [1] 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다)상 근로자는 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말하고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다. 구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는, 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, 노무를 제공받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 노동조합법은 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근로기준법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등을 목적으로 제정되었다. 이러한 노동조합법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의 규정 등을 고려하면, 노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다.
- [2] 방송연기자를 조직대상으로 하는 갑 노동조합이 한국방송공사와의 단체교섭에서 갑 노동조합 소속 조합원들인 방송연기자들과 한국방송공사 소속의 다른 근로자들을 각각의 교섭단위로 분리하여 줄 것을 신청한 사안에서, 한국방송공사가 보수를 비롯하여 방송연기자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하고 있다고 평가할 수 있는 점, 방송연기자가 제공하는 노무인 방송연기는 한국방송공사의 방송사업 수행을 위한 필수적 요소 중 하나이고, 방송연기자는 한국방송공사 등 방송사업자의 방송사업을 통해서만 방송연기시장에 접근할 수 있는 점, 방송연기자 업무의 기본적인 내용은 한국방송공사가 지정하는 역할과 대본 등으로 결정되는 등 한국방송공사는 방송연기자들의 업무 수행과정에서 구체적이고 개별적인 지휘·감독을 하는 것으로 볼 수 있는 점, 방송연기자가 한국방송공사로부터 받는 출연료는 기본적으로는 방송연기라는 노무 제공의 대가에 해당하는 점, 그동안 한국방송공사는 방송연기자가 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다)상 근로자이고 갑 노동조합이 노동조합법상

36) 본 판결의 원문은 ‘주제별 노동판례 330선’ 제1부 제1장 근로자 134쪽에 기재되어 있음

노동조합에 해당함을 전제로 단체교섭을 통해 단체협약을 체결하여 온 점, 방송연기자로 하여금 노동조합을 통해 방송사업자와 대등한 위치에서 노무제공조건 등을 교섭할 수 있도록 할 필요성이 크므로, 전속성과 소득 의존성이 강하지 아니한 측면이 있더라도 이를 들어 방송연기자가 노동조합법상 근로자임을 부정할 것은 아닌 점에 비추어 갑 노동조합 소속 조합원인 방송연기자는 노동조합법상 근로자에 해당한다고 봄이 타당하므로, 갑 노동조합이 노동조합법상 노동조합으로서 교섭단위 분리를 신청할 적격이 있다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.



### 1.3 산업별 노조 지회의 기업별 노조로의 조직형태 변경 결의의 유효성

☞ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2013두19370 판결

#### » 요 지 «

산업별 노동조합의 지회 등이라 하더라도, 그 외형과 달리 독자적인 노동조합 또는 노동조합 유사체의 독립한 근로자단체로서 법인 아닌 사단에 해당하는 경우에는 요건을 갖춘 자주적·민주적인 총회의 결의를 통하여 그 소속을 변경하고 독립한 기업별 노동조합으로 전환할 수 있고, 독자적인 노동조합 또는 노동조합 유사체의 독립한 근로자단체로서의 실질을 갖추고 있는지는 신중하게 심사·판단하여야 한다.

- \* 원고, 피상고인: 민주발레오노동조합
- \* 원고보조참가인: 전국금속노동조합
- \* 피고, 상 고 인: 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인: 발레오전장시스템스코리아 주식회사
- \* 원심판결: 서울고법 2013. 8. 22. 선고 2013누7898 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 노동조합이 설립되어 존속하고 있는 도중에 재직조합원 과반수의 출석과 출석조합원 2/3 이상의 찬성에 의한 총회의 의결을 거쳐 노동조합의 조직형태를 변경하는 것을 허용하고 있는 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라고 한다) 제16조 제1항 제8호 및 제2항(이하 '이 사건 규정'이라고 한다)은 노동조합법에 의하여 설립된 노동조합을 그 대상으로 삼고 있어 노동조합의 단순한 내부적인 조직이나 기구에 대하여는 적용되지 아니하지만, 산업별 노동조합의 지회 등이라 하더라도, 그 외형과 달리 독자적인 노동조합 또는 노동조합 유사체의 독립한 근로자단체로서 법인 아닌 사단에 해당하는 경우에는 이 사건 규정에서 정한 요건을 갖춘 자주적·민주적인 총회의 결의를 통하여 그 소속을 변경하고 독립한 기업별 노동조합으로 전환할 수 있다고 보아야 한다. 다만 산업별 노동조합의 지회 등이 산업별 노동조합의 활동을 위한 내부적인 조직에 그친다면 그와 같은 결의를 허용할 수 없을 것이므로, 먼저 독자적인 노동조합 또는 노동조합 유사체의 독립한 근로자단체로서의 실질을 갖추고 있는지를 신중하게 심사·판단하여야 한다(대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다96120 전원합의체 판결 참조).

2. 원심이 유지한 제1심판결 이유와 기록에 의하면, ① 산업별 노동조합인 원고보조참가인에 편입된 원고보조참가인 경주지부 산하 발레오만도지회(이하 '발레오만도지회'라고 한다)는 2010. 5. 19. 및 2010. 6. 7. 두 차례에 걸쳐 총회를 개최하여 그 조직형태를 기업별 노동조합인 '발레오전장노동조합'으로 변경하고 규약을 제정하며 임원을 선출하는 내용의 이 사건 각 결의를 한 사실, ② 피고보조참가인은 2012. 4.경부터 노동조합법 제29조의2에 따른 교섭창구 단일화 절차를 진행하였는데, 2012. 5. 3. 원고, 발레오전장노동조합 및 원고보조참가인을 교섭 요구 노동조합으로 확정하여 공고한 다음, 같은 달 23. 발레오전장노동조합이 과반수 노동조합임을 공고한 사실, ③ 이에 대하여 원고가 경북지방노동위원회에 이 사건 각 결의의 무효 등을 주장하며 이의 신청을 하였으나 기각되었고, 이에 불복하여 중앙노동위원회에 재심신청을 하였으나 기각된 사실을 알 수 있다.

이와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 발레오만도지회가 산업별 노동조합인 원고보조참가인의 지회로서 비록 단체교섭 및 단체협약체결 능력을 갖추고 있지 아니하더라도 그 설치 경위, 정관·규약 내용, 관리·운영 실태 및 구체적인 활동 내용에 비추어 볼 때 기업별 노동조합과 유사한 근로자단체로서 법인 아닌 사단의 실질을 가지고 있어 독립성이 있었다고 인정되는 경우에는 이 사건 규정에서 정한 조직형태의 변경 결의에 의하여 원고보조참가인에 속한 지회 등의 지위에서 벗어나 독립한 기업별 노동조합의 조직을 갖추 수 있다. 따라서 단지 그와 같은 조직형태의 변경 결의라는 이유만으로 이 사건 각 결의가 무효라고 단정할 수 없다.

3. 그럼에도 원심은, 산업별 노동조합의 지회 등은 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 있어 독립된 노동조합이라고 할 수 있는 경우에만 이 사건 규정에 의한 조직형태의 변경 주체가 될 수 있다는 잘못된 전제에서, 발레오만도지회가 법인 아닌 사단의 실질을 갖추고 있어 독립성이 있었는지 등에 관한 사정을 제대로 살피지 아니한 채 발레오만도지회가 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 있는 독립한 노동조합이라고 할 수 없어 조직형태 변경의 주체가 될 수 없다는 이유로 발레오전장노동조합의 성립 근거가 된 이 사건 각 결의를 무효라고 단정함으로써 발레오전장노동조합은 노동조합법 제2조 제4호 및 제29조의2 제3항 소정의 노동조합이라고 볼 수 없다고 판단하였다.

이러한 원심의 판단에는 산업별 노동조합 지회 등의 조직형태 변경에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

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

대법관 박보영(재판장) 박병대 김신 권순일(주심)

## 1.4 유일 노조는 교섭창구 단일화 절차를 거치더라도 교섭대표노동조합 지위 취득 부정

☞ 대법원 2017. 10. 31. 선고 2016두36956 판결★

### » 요 지 «

노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제5조, 제29조 제1항, 제29조의2 제1항 본문, 복수 노동조합이 독자적인 단체교섭권을 행사할 경우 발생할 수도 있는 노동조합 간 혹은 노동조합과 사용자 간 반목·갈등, 단체교섭의 효율성 저하 및 비용 증가 등의 문제점을 효과적으로 해결함으로써 효율적이고 안정적인 단체교섭 체계를 구축하고자 하는 교섭창구 단일화 제도의 취지 내지 목적, 교섭창구 단일화를 위한 세부 절차를 규정한 노동조합법 제29조의2 제2항 내지 제8항, 노동조합 및 노동관계조정법 시행령(이하 '노동조합법 시행령'이라 한다) 제14조의2 내지 제14조의9, 교섭대표노동조합의 지위 유지기간을 정한 노동조합법 시행령 제14조의10에 비추어 보면, 교섭창구 단일화 제도는 특별한 사정이 없는 한 복수 노동조합이 교섭요구노동조합으로 확정되고 그중에서 다시 모든 교섭요구노동조합을 대표할 노동조합이 선정될 필요가 있는 경우를 예정하여 설계된 체계라고 할 수 있다.

나아가 노동조합법 규정에 의하면, 교섭창구 단일화 절차를 통하여 결정된 교섭대표노동조합의 대표자는 모든 교섭요구노동조합 또는 그 조합원을 위하여 사용자와 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결할 권한이 있다(제29조 제2항).

그런데 해당 노동조합 이외의 노동조합이 존재하지 않아 다른 노동조합의 의사를 반영할 만한 여지가 처음부터 전혀 없었던 경우에는 이러한 교섭대표노동조합의 개념이 무의미해질 뿐만 아니라 달리 고유한 의의(意義)를 찾기도 어렵게 된다.

결국 위와 같은 교섭창구 단일화 제도의 취지 내지 목적, 교섭창구 단일화 제도의 체계 내지 관련 규정의 내용, 교섭대표노동조합의 개념 등을 종합하여 보면, 하나의 사업 또는 사업장 단위에서 유일하게 존재하는 노동조합은, 설령 노동조합법 및 그 시행령이 정한 절차를 형식적으로 거쳤다고 하더라도, 교섭대표노동조합의 지위를 취득할 수 없다고 해석함이 타당하다.

\* 원고, 피상고인: 주식회사 코아월드

\* 피고, 상 고 인: 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인: 전국금속노동조합



\* 원심판결: 서울고법 2016. 3. 23. 선고 2015누57071 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라고 한다) 각 규정에 의하면, 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있고(제5조), 노동조합은 조합원을 위하여 사용자에게 단체교섭을 요구할 수 있으나(제29조 제1항), 하나의 사업 또는 사업장 단위에서 노동조합이 그 조직형태와 관계없이 2개 이상 병존하는 경우 각 노동조합은 원칙적으로 교섭창구 단일화 절차에 따라 교섭대표노동조합을 정하여 사용자에게 단체교섭을 요구하여야 한다(제29조의2 제1항 본문).

노동조합법이 이처럼 복수 노동조합에 대한 교섭창구 단일화 제도를 도입하여 단체교섭 절차를 일원화하도록 한 것은, 복수 노동조합이 독자적인 단체교섭권을 행사할 경우 발생할 수도 있는 노동조합 간 혹은 노동조합과 사용자 간 반목·갈등, 단체교섭의 효율성 저하 및 비용 증가 등의 문제점을 효과적으로 해결함으로써, 효율적이고 안정적인 단체교섭 체계를 구축하는 데에 그 주된 취지 내지 목적이 있다(헌법재판소 2012. 4. 24. 선고 2011헌마338 전원재판부 결정 참조).

한편 노동조합법(제29조의2 제2항 내지 제8항) 및 그 위임에 따른 시행령(제14조의2 내지 제14조의9)은 교섭창구 단일화를 위한 세부 절차를 규정하고 있는데, 이는 크게 복수 노동조합 중에서 실제로 단체교섭에 참여하려는 노동조합을 특정하는 교섭요구노동조합 확정 절차와 그러한 복수 교섭요구노동조합 중에서 다시 교섭대표노동조합을 결정하는 교섭대표노동조합 확정 절차로 구성된다.

아울러 노동조합법 시행령(제14조의10)은 교섭대표노동조합의 지위 유지기간을 정하면서 이러한 지위 유지기간을 보장받는 교섭대표노동조합이 되는 경우를, ‘① 모든 교섭요구노동조합이 자율적으로 교섭대표노동조합을 정한 경우(노동조합법 제29조의2 제2항), ② 교섭요구노동조합의 전체 조합원 중 과반수로 조직된 노동조합이거나 2개 이상의 노동조합이 위임·연합 등의 방법으로 그 전체 조합원의 과반수가 되는 경우(노동조합법 제29조의2 제3항), ③ 교섭요구노동조합이 자율적으로 공동교섭대표단을 구성하는 경우(노동조합법 제29조의2 제4항), ④ 노동위원회가 노동조합의 신청에 따라 조합원 비율을 고려하여 공동교섭대표단을 결정하는 경우(노동조합법 제29조의2 제5항)’로 한정하여 명시하고 있다.



이에 비추어 보면, 교섭창구 단일화 제도는 특별한 사정이 없는 한 복수 노동조합이 교섭요구노동조합으로 확정되고 그중에서 다시 모든 교섭요구노동조합을 대표할 노동조합이 선정될 필요가 있는 경우를 예정하여 설계된 체계라고 할 수 있다.

나아가 노동조합법 규정에 의하면, 교섭창구 단일화 절차를 통하여 결정된 교섭대표노동조합의 대표자는 모든 교섭요구노동조합 또는 그 조합원을 위하여 사용자와 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결할 권한이 있다(제29조 제2항).

그런데 해당 노동조합 이외의 노동조합이 존재하지 않아 다른 노동조합의 의사를 반영할 만한 여지가 처음부터 전혀 없었던 경우에는 이러한 교섭대표노동조합의 개념이 무의미해질 뿐만 아니라 달리 그 고유한 의의(意義)를 찾기도 어렵게 된다.

결국 위와 같은 교섭창구 단일화 제도의 취지 내지 목적, 교섭창구 단일화 제도의 체계 내지 관련 규정의 내용, 교섭대표노동조합의 개념 등을 종합하여 보면, 하나의 사업 또는 사업장 단위에서 유일하게 존재하는 노동조합은, 설령 노동조합법 및 그 시행령이 정한 절차를 형식적으로 거쳤다고 하더라도, 교섭대표노동조합의 지위를 취득할 수 없다고 해석함이 타당하다.

2. 원심은 제1심판결 이유를 인용하여, 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고만 한다)이 교섭창구 단일화 절차를 진행하여 원고와 단체교섭을 하고 2013년 단체협약을 체결할 당시 원고 사업장에 존재하던 노동조합은 참가인이 유일하였으므로, 참가인은 교섭대표노동조합의 지위에 있지 아니하여 교섭대표노동조합의 지위 유지기간을 보장받을 수 없고, 따라서 원고가 이후 새롭게 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 교섭대표노동조합으로 확정된 다른 노동조합과 2014년 단체협약을 체결하면서 참가인의 단체교섭 요구를 거부한 것은 참가인에 대한 관계에서 부당노동행위에 해당하지 아니한다고 판단하였다.

원심이 인용한 제1심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 앞서 본 법리에 부합하는 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 교섭창구 단일화 절차 내지 1개의 노동조합과 교섭대표노동조합의 지위(노동조합법 제29조의2 제1항), 단체교섭 거부의 부당노동행위(노동조합법 제81조 제3호)에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

그 밖에 교섭대표노동조합의 지위 유지기간(노동조합법 시행령 제14조의10)에 관한 법리오해를 지적하는 취지의 상고이유 주장은, 위와 같이 참가인의 교섭대표노동조합 지위를 부정한 원심의 판단이 정당한 이상, 그 당부가 판결에 아무런 영향을 미치지 아니하므로, 이 역시 받아들일 수 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 참가인이, 나머지는 피고가 각 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김재형(재판장), 박보영, 김창석(주심), 이기택

## 2. 교섭요구 사실의 공고

### 2.1 교섭요구 사실 공고의 하자 치유

☞ 서울행법 2013. 2. 1. 선고 2012구합26944 판결<sup>37)</sup>

#### » 요 지 «

참가인이 참가인 노동조합의 교섭요구사실을 다른 노동조합이나 근로자들의 접근이 어려운 곳에만 공고하였다고 하더라도 그 후 참가인이 참가인 조합을 포함하여 교섭요구 노동조합으로 확정공고한 이상 교섭요구사실의 공고에는 하자가 있다고 할 수 없고, 하자가 있었다고 하더라도 교섭요구 사실의 확정공고에 의해 그 하자는 치유되었다.

\* 원 고 : 전국운수산업 민주버스노동조합

\* 피 고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 1. 전국자동차노동조합연맹 인천지역노동조합

2. 주식회사 ○○교통

#### » 주 문 «

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

#### » 청구취지 «

중앙노동위원회가 2012. 7. 16. 원고와 피고보조참가인 주식회사 대인교통 사이의 중앙 2012교섭8 교섭요구사실의공고에 대한 결정 재심신청 사건에 관하여 한 재심결정을 취소한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 재심결정의 경위

- 가. 원고는 운수산업 및 관련 분야에 종사하는 근로자를 조직대상으로 하여 2011. 7.1. 설립된 전국단위의 노동조합이다.
- 나. 피고보조참가인 주식회사 대인교통(이하 '참가인 대인교통'이라 한다)은 1992. 7. 22. 설립되어 상시 근로자137명을 고용하여 여객운송업을 경영하는 법인이고, 피고보조참가인 전국자동차노동조합연맹 인천지역노동조합(이하 '참가인 조합'이라 한다)은 인

37) 항소하지 아니하여 1심이 확정됨

천광역시 및 김포시 소재 육상운수업 등에 종사하는 근로자를 조직대상으로 하여 설립된 지역단위 노동조합으로서 그 산하에 대인교통지부(이하 '대인교통지부'라 한다)를 두고 있다.

- 다. 원고는 참가인 대인교통 소속의 근로자 3명이 조합원으로 가입함에 따라 2012.3. 14. 인천지부 대인교통지회를 인준하였다.
  - 라. 2012. 5.경 참가인 대인교통 내에 조직되어 있던 노동조합인 원고와 참가인 조합의 현황은 아래 표의 기재와 같다.
  - 마. 원고는 2012. 5. 7., 5. 15., 5. 24. 3차례에 걸쳐 참가인 대인교통에게 단체협약 체결을 위한 교섭을 요구하였으나 참가인 대인교통은 원고의 교섭요구사실만을 별도로 공고하지는 않았다.
  - 바. 원고는 2012. 6. 5. 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노조법'이라 한다) 시행령 제14조의3 제2항에 따라 인천지방노동위원회에 그 시정을 신청하였으나, 인천지방노동위원회는 2012. 6. 15. 원고의 시정신청을 기각하는 결정을 하였다.
  - 사. 원고는 2012. 7. 6. 위 초심결정에 불복하여 중앙노동위원회에 재심신청을 하였으나, 중앙노동위원회는 2012.7. 16. 원고의 재심신청을 기각하는 결정(중앙2012교섭8, 이하 '이 사건 재심결정'이라 한다)을 하였다.
- [인정근거] 갑 제1,2호증, 을나 저U호증의 각 기재,변론 전체의 취지

## 2. 본안전 항변에 대한 판단

- 가. 피고는 원고가 이 사건 재심결정서 정본을 송달받은 날부터 15일이 지난 후에 이 사건 소를 제기하였으므로, 이 사건 소는 제소기간을 도과하여 부적법하다고 항변 한다.
  - 나. 살피건대, 노조법 제29조의2 제6항, 제7항, 제69조 제2항은 교섭요구 사실 등에 대한 중앙노동위원회의 재심결정에 대하여 관계 당사자는 그 재심결정서의 송달을 받은 날부터 15일 이내에 행정소송을 제기할 수 있고, 위 기간 내에 행정소송을 제기하지 아니한 때에는 재심결정은 확정된다고 규정하고 있다.
- 갑 제3, 8호증, 을가 제1호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 노동조합에 대한 송달을 함에 있어 노동조합의 주된 사무소로 먼저 송달하는 경우 그 대표자에게 송달함이 원칙이지만 그 대표자를 만나지 못한 때에는 사무원이나 피용자로서 사물을 변식할 지능이 있는 자에게 이루어진 송달만이 적 법한 보충송달로 인정될 수 있을 것으로 보이는 점, ② 이 사건 재심결정서 정본은 2012. 7. 26. 원고의 주된 사무소 소재지인 '인천 계양구 A건물 ○○동 ○○호'로 송달되었고, 우편물배달증명서에는 그 수령인으로 '회사동료 G'이라고 기재되어 있으나, G은 원고의 대표자인 C의 아들이자 H대학교 신학교에 재학 중인 학생으로서 원고의 주된 사무소를 일시 방문하였다가 우연히 이 사건 재심결정서 정본을 수령한 것으로 보임에 비추어 이 사건 재심결정서 정본의 2012. 7. 26.자 송달은

원고에 대한 적법한 보충송달로 보기 어려운 점 등을 종합하면, 이 사건 재심결정서 정본이 G에게 전달된 것만으로는 원고에게 적법하게 송달되었다고 보기 어렵고, 달리 이 사건 재심결정서 정본이 적법한 절차에 의하여 원고에게 도달되었다고 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고의 위 본안전 항변은 이유 없다.

### 3. 이 사건 재심결정의 적법 여부

#### 가. 원고의 주장

참가인 조합은 유효하게 단체교섭을 요구할 권한이 있는 노동조합이 아니고, 이 사건 재심결정은 아래와 같은 하자를 간과한 것으로서 위법하다.

- 1) 대인교통지부는 2011. 5. 26. 대의원회의 결의만으로 기존의 기업별 노동조합인 대인교통지부를 해산하고 산업별 노동조합인 참가인 조합의 산하 지부로 조직형태를 변경하였으나, 이는 조직형태의 변경에 관한 사항을 조합원총회의 의결사항으로 정하고 있는 노조법 제16조에 반하는 것이고, 따라서 참가인 대인교통이 교섭요구를 할 자격이 없는 참가인 조합의 교섭요구를 받고 이를 공고한 것은 무효이다.
- 2) 나아가 참가인 조합의 2012. 5. 1.자 교섭요구에 대하여 참가인 대인교통이 본점의 사무실에만 공고하여 다른 노동조합이나 근로자들이 그 사실을 알 수 없도록 한 것은 노조법 시행령 제14조의3에 반하는 것으로서 무효이다.

#### 나. 관계법령

별지 기재와 같다.

#### 다. 인정사실

- 1) 대인교통지부는 2011. 5. 26. 임시대의원회를 개최하여 소속 대의원6명 중 5명 이 출석한 후 5명 전원의 찬성으로 기존의 기업별 노동조합에서 지역단위 산업별 노동조합인 참가인 조합의 산하 지부로 조직형태를 변경(이하 '이 사건 조직형태변경'이라 한다)하는 결의를 하였다.
- 2) 참가인 조합은 2011. 5. 26. I를 대인교통지부의 지부장으로 인준하였고, 2012.1.18. 인천광역시 부평구청에 대인교통지부의 조직 형태 변경사실을 통보하면서 기존지부의 직권소멸을 요청하였는데, 인천광역시 부평구청은 2012.1. 26. 해당 지부에 대하여 조직형태변경에 따른 소멸처리를 하였다.
- 3) 참가인 조합은 2012. 5. 1. 참가인 대인교통에게 2012년 임금협정 및 단체협약 체결을 위한 교섭을 요구하였고, 이에 참가인 대인교통은 같은 날 참가인 조합이 단체교섭을 요구하고 있다는 사실과 함께 참가인 조합 외에 단체교섭을 원하는 노동조합은 노동조합의 명칭과 대표자의 성명, 주된 사무소의 소재지, 교섭요구일 현재 조합원 수를 특정하여 2012. 5. 8.까지 제출하라는 내용의 공고를 하였다.



- 4) 원고는 위 공고기간 중인 2012. 5. 7. 참가인 대인교통에게 단체교섭을 요구하였고, 참가인 대인교통은 2012. 5. 9. 단체교섭을 요구한 원고와 참가인 조합 모두에 대하여 아래와 같은 내용으로 교섭요구노동조합 확정공고를 하였다.
- 5) 참가인 조합은 2012. 5. 29. 참가인 대인교통에게 과반수 노동조합임을 통지하였고, 참가인 대인교통은 2012. 5. 29. 참가인 조합이 과반수 노동조합임을 공고하였다.

[인정근거] 을나 제1 내지 8호증, 을다 제1호증의 8,9의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 라. 판단

### 1) 이 사건 조직형태변경의 하자 여부

노조법 제16조 제1항 제8호는 '조직형태의 변경에 관한 사항'은 총회의 의결을 거쳐야 한다고 규정하고 있고, 노조법 제17조 제1항, 제4항은 노동조합은 규약으로 총회에 갈음할 대의원회를 둘 수 있되, 대의원회를 둔 때에는 총회에 관한 규정은 대의원회에 이를 준용한다고 규정하고 있으며, 대인교통지부의 지부운영규정(2011. 2. 23. 개정된 것) 제28조 제2호는 대의원회의 심의·의결사항의 하나로 조직형태 변경에 관한 사항을 규정하고 있는바, 위 규정 내용에 비추어 대인교통지부는 대의원회의 결의를 통해서도 그 조직형태의 변경에 관한 사항을 의결할 수 있다고 할 것이다.

노동조합의 조직형태변경은 변경 후의 조합이 변경 전의 조합의 재산관계 및 단체협약 주체로서의 지위를 그대로 승계한다는 조직형태변경의 효과에 비추어 볼 때 변경 전후의 노동조합의 실질적 동일성이 인정되는 범위 내에서만 인정된다 할 것인데, 앞서 든 증거들과 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 참가인 조합의 조합규약, 대인교통지부의 지부운영규정에 따르면 대인교통지부는 종래부터 참가인 조합의 산하 지부로 규정되어 있었으나, 참가인 조합과 별도로 노동조합 설립신고를 한 후 참가인 대인교통과 개별적으로 임금협정 및 단체협약을 체결하는 등 기업별 노동조합에 준하여 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립한 단체로서 활동하여 오다가 조직의 역량을 강화할 목적 하에 완전한 산업별 노동조합으로의 체제를 구축하기 위하여 단체교섭권 등을 참가인 조합에게 위임하기 위한 일환으로 이 사건 조직 형태변경을 시도하게 되었던 점, ② 기존의 기업별 노동조합이 그 구성원인 근로자의 범위나 목적에 별다른 변경 없이 산업별 노동조합의 지부 또는 분회로 조직형태를 변경하는 경우라면 그 조직형태변경의 전후로 노동조합의 실질적 동일성이 유지된다고 보이는 점, ③ 앞서 본 바와 같이 대인교통지부는 2011. 5. 26. 임시대의원회를 개최하여 그 구성원인 근로자의 범위나 목적에 별다른 변경 없이 기업별 노동조합에서 지역 단위 산업별 노동조합인 참가인 조합의 산하 지부로 조직형태를 변경하는 결의를 하였던 점 등을 종합하면, 위와 같이 대인교통지부가 조합원 총회가 아니 대의원회에서 조직형태를 변경하는 결의를 하였다고 하더라도 이는 적법한 절차에 따른 것으로서 유효하다고 봄이 상당하다(원고는 대인교통지부가 종전 노동조합에 대해 해산결의를 하고 이 사건 조직형태변경을 하였다고 주장하나, 노조법 제16조 제1항 제8호가 규정하고 있는 '조직형태의 변경'은

변화되는 환경 속에서 노동조합의 단결력 강화 등의 필요에 따라 굳이 해산과 설립의 절차를 거치지 아니하고 변경 전후의 조합의 실질적 동일성이 인정되는 범위 내에서 노동조합의 조직형태변경을 허용하는 것으로서 같은 법 제16조 제1항 제7호가 규정하고 있는 '해산'과는 구별되고, 대인교통지부가 이 사건 조직형태변경 외에 별도로 해산결의를 하였음을 인정할 아무런 자료가 없으며, 갑 제7호증, 을나 제4, 5호증의 각 기재만으로는 해산결의가 있었음을 인정하기에 부족하므로, 원고의 주장은 받아들일 수 없다).

## 2) 참가인 대인교통의 2012. 5. 1.자 교섭요구사실 공고의 하자 여부

노조법 제14조의3 제1항은 사용자는 노동조합으로부터 교섭요구를 받은 때에는 그 요구를 받은 날부터 7일간 그 교섭을 요구한 노동조합의 명칭 등 고용노동부령으로 정하는 사항을 해당 사업 또는 사업장의 게시판 등에 공고하여 다른 노동조합과 근로자가 알 수 있도록 하여야 한다고 규정하고 있는바, 을다 제1호증의 1 내지 9의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 즉, 참가인 대인교통은 2012.5.1. 참가인 조합으로부터 교섭요구를 받고 그 사실을 공고하였고, 2012. 5. 7. 원고로부터 교섭요구를 받자 2012. 5. 9. 원고와 참가인 조합을 교섭요구 노동조합으로 확정·공고한 후 교섭창구 단일화절차를 진행하였던 점, 복수노조의 경우 사용자가 특정 노동조합으로부터 교섭요구를 받은 경우 그 사실을 공고하여 다른 노동조합과 근로자가 알 수 있도록 하는 것은 다른 노동조합에게도 교섭요구를 할 기회를 부여함으로써 실질적인 교섭창구 단일화절차를 도모하고자 하는 데 그 의미가 있는 것이므로 설령 참가인 대인교통이 2012. 5. 1.자 참가인 조합의 교섭요구사실을 다른 노동조합이나 근로자들의 접근이 어려운 곳에만 공고하였다고 하더라도 그 후 참가인 대인교통이 원고로부터 교섭요구를 받자 2012. 5. 9. 원고와 참가인 조합을 모두 포함하여 교섭요구 노동조합으로 확정공고한 이상 원고의 교섭기회를 박탈하였다고 볼 수 없는 점 등을 종합하면, 참가인 대인교통의 교섭요구사실의 공고에는 하자가 있다고 할 수 없고, 설령 원고 주장과 같은 하자가 있었다 하더라도 그 이후 참가인 대인교통이 행한 교섭요구 사실의 확정공고에 의해 그 하자는 치유되었다고 할 것이다.

- 3) 따라서 참가인 조합은 적법한 노동조합으로서 사용자인 참가인 대인교통에게 교섭을 요구할 수 있고, 그에 따라 참가인 대인교통이 그 교섭요구사실을 공고한 것은 정당하므로, 이 사건 재심결정은 위법하거나 월권에 의한 것이라고 할 수 없어 적법하다.

## 4. 결 론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 오석준, 판사 양순주, 판사 김태훈

## 2.2 교섭요구 사실 공고의 하자로 인한 재공고

☞ 서울행법 2018. 2. 1. 선고 2017구합66817 판결<sup>38)</sup>

### » 요 지 «

교섭요구사실을 본사에만 공고하고 지역본부나 지사에는 공고를 하지 않은 경우, 행정처분의 적법 여부는 특별한 사정이 없는 한 행정처분 당시를 기준으로 판단하여야 하므로, 이후 교섭대표노동조합의 확정과 단체교섭의 진행 사실은 재심판정의 적법 여부를 판단에 고려할 수 없고, 위 공고의 하자로 인해 교섭창구 단일화 절차에 참여할 기회를 박탈당하였음을 이유로 이후 진행된 교섭대표노동조합 확정에 대하여 무효를 주장하는 등 법적 분쟁이 발생할 가능성이 있으므로, 공고의 시정을 구할 구제이익이 있다.

\* 원 고 : 주식회사 ○○○

\* 피 고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : ○○○○○○노동조합

### » 주 문 «

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

### » 청구취지 «

중앙노동위원회가 2017. 5. 10. 원고와 피고 보조참가인 사이의 중앙 2017교섭9 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

### » 이 유 «

#### 1. 재심판정의 경위와 내용

가. 원고는 1976. 8. 23. 설립되어 국내 전 지역에서 주로 소독 용역 등 환경위생 서비스업을 영위하는 법인으로서, 본사(서울)와 8 개의 지역본부(수도권지역본부 4 개, 대구경북지역본부, 부산경남지역본부, 충청지역본부, 호남지역본부) 및 지역본부 산하 82개 지사로 구성되어 있다. 본사에는 약 430 명, 지역본부에는 약 2,600명의 근로자가 근무하고 있다. 원고는 소속 근로자에 대한 인사·노무관리, 회계 등을 본사와 지역본부 및 지사를 구분하지 않고 통합하여 운영하고 있다.

나. 피고 보조참가인(이하 '참가인')은 2000. 1. 24. 설립된 전국단위 노동조합으로 상급단체는 ○○○○노동조합총연맹이고 원고 소속 근로자 약 650 명이 가입하여 활동하고 있다.

38) 2심(서울고등법원 2018. 7. 20. 선고 2018누39531 판결)은 1심을 인용하였고, 3심(대법원 2018. 11. 15. 선고 2018두54378 판결)은 심리불속행 기각으로 확정

- 다. 참가인은 2017. 3. 23. 원고에게 원고 소속 근로자들의 참가인 노동조합 가입 사실을 통보하면서 단체교섭을 요구하였다.
- 라. 원고는 2017. 3. 27. 본사 승강기 앞 벽면에, 같은 달 29. 본사 로비 벽면에 참가인의 교섭요구 사실을 공고하였을 뿐, 지역본부나 지사에는 이와 같은 공고를 하지 않았다(이하 '이 사건 공고').
- 마. 참가인은 2017. 3. 27. 서울지방노동위원회에 '원고는 참가인의 2017. 3. 23. 자 교섭요구 사실을 지사를 포함한 전체 사업장에 공고하라'는 내용의 시정신청을 하였다(이하 '이 사건 시정신청'). 서울지방노동위원회는 2017. 4. 6. '원고가 본사 승강기 앞 및 로비 등 2곳에 교섭요구 사실을 공고한 것만으로는 지사를 포함한 전체 사업장에 교섭요구 사실을 공고하였다고 볼 수 없다'는 이유로 참가인의 위 시정신청을 인용하였다.
- 바. 원고는 2017. 4. 26. 중앙노동위원회에 서울지방노동위원회의 위 판정의 취소를 구하는 재심신청을 하였다. 중앙노동위원회는 2017. 5. 10. 같은 이유로 재심신청을 기각하였다(이하 '이 사건 재심판정').

## 2. 원고의 주장 요지

### 가. 이 사건 공고의 적법성에 관하여

노동조합 및 노동관계조정법 시행령(이하 '시행령') 제14조의3 제1항은 공고 방법이나 공고 장소를 정하고 있지 않으므로, 사용자가 공고 방법이나 공고 장소를 정할 수 있다. 원고의 본사와 8 개의 지역본부는 단일 사업장이므로, 원고가 본사에서 교섭요구사실을 공고하여 다른 노동조합과 근로자가 이를 알 수 있게 하였다면 시행령 제14조의3 제1항에서 요구하는 공고의무를 모두 이행하였다고 보아야 한다. 이와 다른 취지인 이 사건 재심판정은 위법하다.

### 나. 노동위원회 시정명령의 요건에 관하여

시행령 제14조의3 제2항에 의하면, 시정신청의 사유는 사용자가 교섭요구 사실을 공고하지 않거나 다르게 공고한 경우이다. 따라서 피고는 사용자가 교섭요구 사실을 전혀 공고하지 않거나 공고하였더라도 그 하자가 중대·명백하여 무효라고 볼 정도에 이른 경우 또는 교섭요구 사실과 다르게 공고한 경우에만 시정조치를 할 수 있다. 이 사건 공고는 공고의 장소나 범위가 불완전할 뿐이므로 위 시정명령의 요건에 해당하지 아니한다. 따라서 이 사건 시정명령은 위법하거나 서울지방노동위원회의 월권에 의한 것임에도, 피고가 이를 취소하지 아니하고 이 사건 재심판정에 이른 것은 위법하다.

### 다. 구제이익의 소멸에 관하여

원고가 이 사건 공고 이후 교섭요구 노동조합을 확정·공고하였고, 그 후에도 교섭대표노동조합을 정하는 후속 절차가 진행된 결과 참가인이 교섭대표노동조합으로 확정되어 단체교섭이 진행 중이므로, 이 사건 공고는 하자가 치유되었거나 목적이 달성되

었다. 따라서 이 사건 시정신청은 구제이익의 소멸을 이유로 각하되어야 하므로 이 사건 재심판정은 취소되어야 한다.

### 3. 이 사건 재심판정의 적법 여부에 관한 판단

#### 가. 관련 법령

- 1) 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법')에 따르면, 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있고(제5조), 노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 갖지만(제29조 제1항), 하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합은 원칙적으로 교섭창구 단일화 절차에 따라 교섭대표노동조합을 정하여 단체교섭을 요구하여야 한다(제29조의2 제1항 본문, 제2항, 제3항).
- 2) 노동조합법 제29조의2 제8항은 노동조합의 교섭요구·참여방법, 교섭대표노동조합 결정을 위한 조합원 수 산정 기준 등 교섭창구 단일화 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임하였다. 그 위임에 따라 시행령은 노동조합의 교섭요구 시기 및 방법(제14조의2)·교섭요구 사실의 공고(제14조의3)·다른 노동조합의 교섭요구 시기 및 방법(제14조의4)·교섭요구 노동조합의 확정(제14조의5)·자율적 교섭대표노동조합의 결정(제14조의6)·과반수 노동조합의 교섭대표노동조합 확정(제14조의7) 등을 규정하고 있다. 이에 의하면 노동조합이 소정의 기간 내에 사용자에게 노동조합의 명칭, 교섭을 요구한 날 현재의 조합원 수 등 고용노동부령으로 정하는 사항을 적은 서면을 제출하는 방법으로 교섭을 요구할 수 있고(제14조의2), 사용자는 그 교섭요구를 받은 때에는 그 요구를 받은 날부터 7일간 그 교섭을 요구한 노동조합의 명칭 등 고용노동부령으로 정하는 사항을 해당 사업 또는 사업장의 게시판 등에 공고하여 다른 노동조합과 근로자가 알 수 있도록 하여야 한다(제14조의3 제1항). 사용자와 교섭하려는 다른 노동조합은 위 공고기간 내에 노동조합의 명칭, 교섭을 요구한 날 현재의 조합원 수 등 고용노동부령으로 정하는 사항을 적은 서면을 제출하는 방법으로 사용자에게 교섭을 요구하여야 하고(제14조의4), 사용자는 위 공고기간이 끝난 다음날에 교섭을 요구한 노동조합을 확정하여 통지하고, 그 교섭을 요구한 노동조합의 명칭, 그 교섭을 요구한 날 현재의 조합원 수 등 고용노동부령으로 정하는 사항을 5 일간 공고함으로써 교섭요구 노동조합을 확정한다(제14조의5 제1항). 이와 같은 과정으로 '교섭요구 노동조합으로 확정된 노동조합' 또는 '사용자에 대하여 위 교섭요구 노동조합 확정공고에 대한 이의절차와 노동위원회 시정요청 절차를 거쳐 교섭요구 노동조합으로 결정된 노동조합'은 이후 자율적 교섭대표노동조합의 결정 등의 절차를 거쳐 교섭대표노동조합을 정한다(제14조의6, 제14조의7, 제14조의8 등).
- 3) 나머지 관련 법령은 별지 기재와 같다.

#### 나. 원고의 가항 및 나항 주장에 관한 판단

- 1) 앞서 본 것처럼 시행령 제14조의3 제1항과 제3항은 '사용자는 노동조합의 대표자로부터 소정의 시기에 교섭요구를 받은 때에는 그 요구를 받은 날부터 7일간 그 교섭을

요구한 노동조합의 명칭 등 고용노동부령으로 정하는 사항을 해당 사업 또는 사업장의 게시판 등에 공고하여 다른 노동조합과 근로자가 알 수 있도록 하여야 하고(제1항), 노동조합은 사용자가 위 교섭요구 사실의 공고를 하지 아니하거나 다르게 공고하는 경우에는 노동위원회에 시정을 요청할 수 있다(제3항)고 규정하고 있다.

- 2) 앞서 본 노동조합법 제29조의2, 시행령 제14조의4 내지 제14조의8에 의하면, 다른 노동조합의 교섭 요구의 시기는 위 교섭요구 사실의 공고기간 내로 제한되고, 사용자는 그 공고기간이 끝난 다음날 교섭요구 노동조합을 확정하며, 원칙적으로 이와 같이 교섭요구 노동조합으로 확정된 노동조합들이 자율적 교섭대표노동조합의 결정 등의 절차를 거쳐 교섭대표노동조합을 정한다. 이후 사용자와 교섭은 교섭대표노동조합으로 교섭창구가 단일화되어 진행된다. 이와 같은 교섭창구 단일화 절차에 관한 관련 법령의 전체적인 취지와 내용 등에 비추어 보면 '교섭요구 사실의 공고' 절차는 해당 사업 또는 사업장의 다른 모든 노동조합에 교섭창구 단일화 절차에 참여할 기회를 주기 위한 것이다. 따라서 비록 시행령 제14조의3 제1항이 '교섭요구 사실의 공고'의 장소나 방법 등을 따로 정하고 있지 않더라도, 사용자는 위와 같은 규정목적을 이룰 수 있도록 해당 사업 또는 사업장의 다른 노동조합과 근로자가 '교섭요구 사실의 공고'를 널리 알 수 있는 장소나 방법 등을 선택하여 공고 절차를 이행할 의무가 있다고 보아야 한다. 나아가 시행령 제14조의3 제2항은 사용자가 위 '교섭요구 사실의 공고' 의무를 위반한 경우 그 시정을 구하는 절차이므로 사용자가 한 '교섭요구 사실의 공고'의 장소나 방법 등이 해당 사업 또는 사업장의 다른 노동조합과 근로자가 널리 알 수 있도록 하는 데 적합하지 않다면, 이것은 '제1항이 정한 교섭요구 사실의 공고를 하지 아니한 경우'라고 볼 수 있으므로 제2항이 규정한 '사용자가 교섭요구 사실의 공고를 하지 아니한 경우'에 해당한다.

- 3) 앞서 인정한 사실에 비추어 알 수 있는 아래 사정을 고려하면, 이 사건 공고는 이 사건 사업 또는 사업장의 다른 노동조합과 근로자가 그 내용을 널리 알 수 있는 장소나 방법에 해당한다고 볼 수 없으므로 위법하다. 따라서 노동위원회는 노동조합의 신청에 따라 사용자에게 그 위법의 시정을 명할 수 있으므로 이 사건 시정명령이 노동위원회의 월권에 의한 것이라고 볼 수 없다.

가) 원고는 본사와 지역본부 및 지사의 인사·노무관리, 회계 등을 분리하여 운영하고 있지 않으므로, 본사와 지역본부 및 지사는 경영상의 일체를 이루면서 유기적으로 운영되는 기업조직으로서 하나의 사업 또는 사업장이라고 볼 수 있다.

나) 원고는 전국에 8 개 지역본부와 그 산하 82개 지사가 있고, 지역본부 및 그 산하지사에 본부 소속 근로자 약 430명의 약 6배에 이르는 약 2,600명 근로자가 근무하고 있다.

다) 원고는 본사 사옥에 전국 직원을 위한 교육·연수 시설이 있으므로 그 시설을 이용하는 지역본부 및 그 산하 지사 소속 근로자도 이 사건 공고를 접할 수 있었다고 주장하나, 법정 공고기간(7일)이 짧고, 그 기간 전국 직원이 위 교육·연수 시설을 이용하였다는 사정도 보이지 않는다.

- 라) 이 사건 공고와 같이 참가인의 교섭요구 사실을 본사 승강기 앞 벽면과 본사 로비 벽면에 공고한 것만으로는 지역본부 및 지사에 근무하는 대다수 근로자는 이를 알 수 없었을 것으로 보인다.

#### 다. 원고의 다항 주장에 관한 판단

##### 1) 인정 사실

- 가) 원고는 이 사건 공고를 2017. 4. 3. 까지 유지하였다. 원고의 근로자가 조합원으로 속해 있는 민주노총 일반노동조합은 그 공고 기간 중 2017. 3. 30. 원고에게 교섭을 요구하였다.
- 나) 원고는 2017. 4. 5.경 참가인과 민주노총 일반노동조합을 교섭요구 노동조합으로 확정하고 2017. 4. 5.부터 2017. 4. 10. 까지 '참가인과 민주노총 일반노동조합의 명칭, 교섭을 요구한 날, 현재의 조합원 수 등' 교섭요구 노동조합의 확정에 관한 사항을 공고하였다.
- 다) 민주노총 일반노동조합은 2017. 6. 14. 참가인에게 '2017년 임금협약과 단체협약 교섭'과 관련한 일체의 권한을 위임하였다.
- 라) 참가인은 2017. 7. 6. 부터 2017. 10. 17. 까지 원고와 4차례 단체교섭을 진행하였다.

##### 2) 판단

앞서 본 것처럼 원고가 이 사건 공고 이후 2017. 4. 5. 교섭요구 노동조합을 확정하고 2017. 4. 5.부터 2017. 4. 10.까지 그 확정에 관한 사실을 공고하였고, 그 뒤 2017. 6.경 교섭대표노동조합이 확정되고 단체교섭이 몇 차례 진행된 사정이 있다.

그러나 항고소송에서 행정처분의 적법 여부는 특별한 사정이 없는 한 행정처분 당시를 기준으로 판단하여야 하므로, 이 사건 재심판정(2017. 5. 10.) 후에 발생한 교섭대표노동조합의 확정과 단체교섭의 진행 사실은 위 재심판정의 적법 여부를 판단에 고려할 수 없다. 또한 이 사건 공고(최초 교섭요구 사실의 공고) 이후 사용자가 교섭요구노동조합을 확정·공고하였더라도, 원고 사업장의 어느 노조가 이 사건 공고의 앞서 본 하자 때문에 이 사건 공고를 인지하지 못하여 교섭창구 단일화 절차에 참여할 기회를 박탈당하였음을 이유로 이후 진행된 교섭대표노동조합 확정에 대하여 무효를 주장하는 등 법적 분쟁이 발생할 가능성이 있는 이상, 참가인에게 이 사건 공고의 시정을 구할 구제이익이 소멸하였다고 단정할 수 없다.

#### 라. 소결론

이 사건 재심판정은 원고 주장의 위법사유가 없고, 적법하다.

#### 4. 결 론

이 사건 청구는 받아들일 수 없으므로 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김정중, 홍승모, 김노아

### 3. 교섭요구 노동조합 확정 공고

#### 3.1 교섭대표 자율결정기간의 기산일이 되는 교섭요구 노동조합이 확정된 날의 의미

☞ 대법원 2016. 2. 18. 선고 2014다11550 판결

#### » 요 지 «

1. 교섭대표 자율결정기간은 교섭창구 단일화 절차에 참여한 모든 노동조합이 자율적으로 교섭대표노동조합을 정하는 기간이므로 그 결정절차 참여의 전제가 되는 교섭을 요구한 노동조합의 명칭과 대표자, 조합원 수, 교섭요구일 등이 그 기간 진행 전에 모두 특정될 필요가 있는 점, 교섭창구 단일화 절차를 규정하고 있는 노동조합법과 시행령의 각 규정에 비추어 볼 때 교섭대표 자율결정기간의 기산일이 되는 '시행령 제14조의5에 따라 확정 또는 결정된 날'은 시행령 제14조의5에서 정한 교섭요구 노동조합 확정절차가 종료된 날을 의미하는 것으로 해석되는 점 등을 종합하여 보면, 교섭대표 자율결정기간의 기산일이 되는 '시행령 제14조의5에 따라 확정된 날'은 시행령 제14조의5 제1항에 따른 사용자의 공고에 대하여 노동조합이 이의를 신청하지 아니한 경우에는 그 공고기간이 만료된 날을, 노동조합이 이의를 신청하여 사용자가 수정공고를 한 경우에는 그 수정공고기간이 만료된 날을 의미한다고 보는 것이 타당하다.
2. 교섭대표 자율결정기간의 기산일이 되는 노동조합 및 노동관계조정법 시행령 제14조의6 제1항의 '확정된 날'은 위 시행령 제14조의5 제1항에 따른 사용자의 공고에 대하여 노동조합이 이의를 신청하지 않은 경우에는 그 공고기간 만료일, 노동조합이 이의를 신청하여 사용자가 수정공고를 한 경우에는 그 수정공고기간 만료일을 의미한다고 보아야 하므로, 이와 달리 사용자가 공고한 날을 자율결정기간의 기산일로 본 원심을 파기한 사안

\* 원고, 피상고인 : 전국금속노동조합

\* 피고, 상 고 인 : 주식회사 ○○전장

\* 원심판결 : 대전고법 2014. 1. 21. 선고 2013나2076 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 대전고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

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



1. 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 '노동조합법'이라 한다) 제29조의2 제1항은 하나의 사업 또는 사업장에서 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합은 교섭대표노동조합을 정하여 교섭을 요구하여야 하고, 다만 교섭대표노동조합을 자율적으로 결정하는 기한(이하 '교섭대표 자율결정기간'이라 한다) 내에 사용자가 교섭창구 단일화 절차를 거치지 아니하기로 동의한 경우에는 개별교섭을 할 수 있다고 규정하고 있고, 노동조합법 시행령(이하 '시행령'이라 한다) 제14조의6 제1항은 교섭대표 자율결정기간, 즉 사용자가 개별교섭에 동의할 수 있는 기간을 '시행령 제14조의5에 따라 확정 또는 결정된 날부터 14일'로 규정하고 있다.

한편 노동조합법과 시행령은 교섭창구 단일화 절차를 교섭요구 노동조합 확정절차와 교섭대표노동조합 확정절차로 구분하고 있는데, 시행령 제14조의5는 교섭요구 노동조합 확정절차로서 사용자의 교섭요구 노동조합 통지·공고와 이에 대한 노동조합의 사용자에게 대한 이의 신청 및 노동위원회에 대한 시정 요청 등을 규정하고 있고, 시행령 제14조의6 내지 제14조의9는 교섭요구 노동조합으로 확정된 노동조합 중에서 교섭대표 노동조합의 자율적 결정, 과반수 노동조합의 교섭대표노동조합 확정, 공동교섭대표단 구성 등의 순서에 따라 교섭대표노동조합을 확정하는 절차를 규정하고 있다.

이러한 노동조합법 및 시행령 규정의 내용과 함께, 교섭대표 자율결정기간은 교섭창구 단일화 절차에 참여한 모든 노동조합이 자율적으로 교섭대표노동조합을 정하는 기간 이므로 그 결정절차 참여의 전제가 되는 교섭을 요구한 노동조합의 명칭과 대표자, 조합원 수, 교섭요구일 등이 그 기간 진행 전에 모두 특정될 필요가 있는 점, 교섭창구 단일화 절차를 규정하고 있는 노동조합법과 시행령의 각 규정에 비추어 볼 때 교섭대표 자율결정기간의 기산일이 되는 '시행령 제14조의5에 따라 확정 또는 결정된 날'은 시행령 제14조의5에서 정한 교섭요구 노동조합 확정절차가 종료된 날을 의미하는 것으로 해석되는 점 등을 종합하여 보면, 교섭대표 자율결정기간의 기산일이 되는 '시행령 제14조의5에 따라 확정된 날'은 시행령 제14조의5 제1항에 따른 사용자의 공고에 대하여 노동조합이 이의를 신청하지 아니한 경우에는 그 공고기간이 만료된 날을, 노동조합이 이의를 신청하여 사용자가 수정공고를 한 경우에는 그 수정공고기간이 만료된 날을 의미한다고 보는 것이 타당하다.

2. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 피고는 2012.3.5. 시행령 제14조의5 제1항에 따라 공고기간을 2012.3.5.부터 2012.3.12.까지로 하여 원고와 소외 노조를 교섭요구 노동조합으로 공고한 사실, 원고와 소외 노조는 그 공고기간 중에 피고에게 시행령 제14조의5 제2항에 따른 이의를 신청하지 아니한 사실, 이후 소외 노조는 2012.3.21. 피고에게 개별교섭을 요구하였고, 피고는 2012.3.23. 소외 노조의 개별교섭 요구에 동의한 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리와 법령 규정에 비추어 살펴보면, 교섭대표 자율결정기간의 기산일은 2012.3.5.자 공고의 공고기간 만료일인 2012.3.12.로 보아야 하므로, 그 때부터 14일이 경과되기 전인 2012.3.23.에 있는 피고의 소외 노조에 대한 개별교섭 동의는 유효하다고 보아야 할 것이다.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 피고가 공고를 한 2012.3.5.을 교섭대표 자율결정기간의 기산일로 보아 피고의 소외 노조에 대한 2012.3.23.자 개별교섭동의가 효력이 없다는 취지로 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 시행령 제14조의6 제1항에서 정한 교섭대표 자율결정기간의 기산일에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

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

대법관 조희대(재판장), 이상훈(주심), 김창석, 박상옥



### 3.2 노동위원회가 결정을 한 경우 교섭대표노동조합 자율결정기간의 기산일

☞ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다84643, 84650 판결

#### » 요 지 «

1. 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제29조의2 제1항은 하나의 사업 또는 사업장에서 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합은 교섭대표노동조합을 정하여 교섭을 요구하여야 하고, 다만 교섭대표노동조합을 자율적으로 결정하는 기한(이하 '교섭대표 자율결정기간'이라 한다) 내에 사용자가 교섭창구 단일화 절차를 거치지 아니하기로 동의한 경우에는 개별교섭을 할 수 있다고 규정하고 있고, 노동조합법 시행령(이하 '시행령'이라 한다) 제14조의6 제1항은 교섭대표 자율결정기간, 즉 사용자가 개별교섭에 동의할 수 있는 기간을 '시행령 제14조의5에 따라 확정 또는 결정된 날부터 14일'로 규정하고 있다.
2. 또한 시행령 제14조의5는 사용자의 교섭요구 노동조합 공고에 대하여 이의가 있는 노동조합은 사용자에게 이의를 신청할 수 있고, 사용자가 이의 신청에 따른 공고를 하지 않거나 신청한 내용과 다르게 공고한 경우에는 노동위원회에 시정을 요청할 수 있으며, 시정 요청을 받은 노동위원회는 요청을 받은 날부터 10일 이내에 그에 대한 결정을 하여야 한다고 규정하고 있다.
3. 이러한 노동조합법 및 시행령 규정의 내용과 함께 노동위원회법 제17조의2는 노동위원회는 처분 결과를 당사자에게 서면으로 송달하여야 하고, 처분의 효력은 결정서 등을 송달받은 날부터 발생한다고 규정하고 있는 점, 교섭대표 자율결정기간은 그 기간이 경과하면 더는 자율적으로 교섭대표노동조합을 결정하거나 사용자가 개별교섭 동의를 할 수 없는 효력이 발생하므로 그 기간의 기산일은 당사자 간에 다툼의 여지가 없을 정도로 명확하여야 하는 점 등에 비추어 보면, 시행령 제14조의5에 따른 사용자의 공고에 대하여 노동조합이 노동위원회에 시정을 요청하여 노동위원회가 결정을 한 경우에는 그 결정이 당사자에게 송달되어 효력이 발생한 날부터 교섭대표 자율결정기간이 진행된다고 보는 것이 타당하다.

<교섭대표 자율결정기간의 기산일이 되는 노동조합 및 노동관계조정법 시행령 제14조의6 제1항의 '결정된 날'은 노동위원회의 결정이 효력이 발생한 날을 의미하므로, 노동위원회의 결정이 당사자에게 송달되어 효력이 발생한 날부터 교섭대표 자율결정기간이 진행된다고 본 원심판단이 정당하다고 보아 상고를 기각한 사안>

- \* 원고, 피상고인: ○○타이어 노동조합
- \* 피고, 피상고인: ○○타이어 주식회사
- \* 독립당사자참가인, 상고인: 전국금속노동조합
- \* 원심판결: 서울고법 2013. 10. 11. 선고 2013나15267, 2013나15274(독립당사자참가의소) 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 독립당사자참가인이 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다) 제29조의2 제1항은 하나의 사업 또는 사업장에서 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합은 교섭대표노동조합을 정하여 교섭을 요구하여야 하고, 다만 교섭대표노동조합을 자율적으로 결정하는 기한(이하 ‘교섭대표 자율결정기간’이라 한다) 내에 사용자가 교섭창구 단일화 절차를 거치지 아니하기로 동의한 경우에는 개별교섭을 할 수 있다고 규정하고 있고, 노동조합법 시행령(이하 ‘시행령’이라 한다) 제14조의6 제1항은 교섭대표 자율결정기간, 즉 사용자가 개별교섭에 동의할 수 있는 기간을 ‘시행령 제14조의5에 따라 확정 또는 결정된 날부터 14일’로 규정하고 있다.

또한 시행령 제14조의5는 사용자의 교섭요구 노동조합 공고에 대하여 이의가 있는 노동조합은 사용자에게 이의를 신청할 수 있고, 사용자가 이의 신청에 따른 공고를 하지 않거나 신청한 내용과 다르게 공고한 경우에는 노동위원회에 시정을 요청할 수 있으며, 시정 요청을 받은 노동위원회는 요청을 받은 날부터 10일 이내에 그에 대한 결정을 하여야 한다고 규정하고 있다.

이러한 노동조합법 및 시행령 규정의 내용과 함께 노동위원회법 제17조의2는 노동위원회는 처분 결과를 당사자에게 서면으로 송달하여야 하고, 처분의 효력은 결정서 등을 송달받은 날부터 발생한다고 규정하고 있는 점, 교섭대표 자율결정기간은 그 기간이 경과하면 더는 자율적으로 교섭대표노동조합을 결정하거나 사용자가 개별교섭 동의를 할 수 없는 효력이 발생하므로 그 기간의 기산일은 당사자 간에 다툼의 여지가 없을 정도로 명확하여야 하는 점 등에 비추어 보면, 시행령 제14조의5에 따른 사용자의 공고에 대하여 노동조합이 노동위원회에 시정을 요청하여 노동위원회가 결정을 한 경우에는 그 결정이 당사자에게 송달되어 효력이 발생한 날부터 교섭대표 자율결정기간이 진행한다고 보는 것이 타당하다.

2. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 피고는 2012.1.18. 시행령 제14조의5 제1항에 따라 공고기간을 2012.1.18.부터 2012.1.22.까지로 하여 원고와 독립당사자참가인(이하 '참가인'이라 한다)을 교섭요구 노동조합으로 공고한 사실, 원고는 2012.1.20. 피고가 공고한 참가인의 조합원 수에 원고의 조합원이 포함되어 있다는 이유로 피고에게 이의를 신청하였으나 피고는 이의 신청에 따른 공고를 하지 않은 사실, 이에 원고는 2012.1.26. 전남지방노동위원회에 시정 요청을 하였으나 전남지방노동위원회는 2012.2.3. 신청 적격이 없다는 이유로 각하 결정을 하였고, 원고와 피고는 2012.2.7. 그 결정문 정본을 송달받은 사실, 이후 원고는 2012.2.16. 피고에게 개별교섭을 요구하였고, 피고는 2012.2.21. 원고에게 단체교섭을 개별교섭으로 진행하는 것에 동의한다는 통지를 한 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고가 노동조합법 제29조의2 제1항 단서에 따라 개별교섭에 동의할 수 있는 교섭대표 자율결정기간의 기산일은 위 결정이 당사자에게 송달된 2012. 2. 7.로 보아야 하므로, 같은 취지에서 원심이 2012. 2. 7.로부터 14일 이내인 2012. 2. 21. 이루어진 피고의 원고에 대한 개별교섭 동의를 유효하다고 보아 피고에게 원고와의 2012년도 단체교섭의 개별교섭절차를 이행할 의무가 있다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 시행령 제14조의6 제1항에서 정한 교섭대표 자율결정기간의 기산일에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

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

대법관 이기택(재판장), 이인복, 고영한(주심), 김소영

## 4. 과반수 노동조합의 교섭대표노동조합 결정

### 4.1 과반수 노조 결정 기준일인 교섭요구 노동조합 확정공고일의 해석

☞ 서울행법 2013. 12. 13. 선고 2013구합18995 판결<sup>39)</sup>

#### » 요 지 «

교섭요구 노동조합 확정공고일이라 함은 실제 사용자가 교섭요구 노동조합 확정공고를 한 날이 아니라 법에 따라 정상적으로 진행되었을 경우 교섭요구 노동조합 확정공고일이 되어야 하는 날로 보아야 한다.

- \* 원 고 : ○○○○ 주식회사
- \* 피 고 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : ○○○○ 노동조합

#### » 주 문 «

1. 중앙노동위원회가 2013. 7. 9. 원고와 피고보조참가인 사이의 중앙2013교섭9 공동교섭 대표단 구성결정 신청에 관하여 한 재심결정 중 과반수 노동조합에 관한 부분을 취소한다.
2. 소송비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

#### » 청구취지 «

주문과 같다.

#### » 이 유 «

##### 1. 재심결정의 경위

가. 원고는 1979. 6. 23. 설립되어 춘천시 동내면 거두길 184-16에서 상시근로자 약 47명을 고용하여 택시운송업을 영위하는 회사이다. 원고 회사 내에는 복수노동조합으로 피고보조참가인(이하 '참가인 노조'라 한다)과 ○○○○ 노동조합(이하 '소외 노조'라 한다)이 있는데, 참가인 노조는 2011. 6. 30. 택시운수업 분야에 종사하는 근로자를

39) 2심(서울고등법원 2014. 6. 12. 선고 2014누41291 판결)은 1심을 인용하였고, 3심(대법원 2014. 10. 30. 선고 2014두38750 판결)은 심리불속행 기각으로 확정

조직대상으로 하여 설립된 노동조합으로서 2013. 3. 17. 원고 회사 내에 ○○분회를 조직하여(원고 회사 내에는 1980. 9. 29. 설립된 기업별 노동조합이 있었는데, 2013. 3. 17. 참가인 노조의 분회로 조직형태를 변경하였는바, 이하 구분하지 않고 '참가인 노조'라 한다) 원고 회사 소속 근로자가 노동조합원으로 가입되어 있고, 소외 노조는 2013. 2. 27. 원고 회사 소속 근로자를 대상으로 설립된 노동조합이다.

나. 원고가 2013. 3. 28. 소외 노조를 과반수 노동조합으로 공고하자, 참가인 노조는 2013. 4. 2. 강원지방법노동위원회에 이의신청을 하였고(신청 및 주장 요지: 참가인 노조가 2012. 2. 29. 원고와 체결한 임금협약에 의해 참가인 노조의 교섭대표노동조합 자격이 2년간 유지되고, 원고가 2013. 3. 28. 행한 과반수 노동조합에 대한 공고는 절차적 하자가 있어 무효이므로 참가인 노조가 과반수 노동조합이다), 강원지방법노동위원회는 2013. 4. 11. ① 참가인 노조가 2012. 2. 29. 원고와 임금협약을 체결하였다고 하여 2년간 교섭대표노동조합의 자격이 유지된다고 볼 수 없고, ② 원고가 2013. 3. 28. 한 과반수 노동조합에 대한 공고는 자율적 교섭대표노동조합의 결정을 위한 기간을 부여하지 않는 등 절차상 하자가 있어 무효라는 이유로 '2013. 3. 28. 원고가 행한 과반수 노동조합에 대한 공고는 무효이고, 이 사건 교섭단위에서 과반수 노동조합이 존재하지 않는다'는 취지의 결정을 하였다(강원2013교섭1).

다. 이에 참가인 노조와 소외 노조가 각각 중앙노동위원회에 재심을 신청하였는데, 중앙노동위원회는 2013. 5. 8. '노사가 합의하여 2013. 3. 21. 이루어진 교섭요구 노동조합 확정공고는 유효하게 이루어졌으나, 그 후 자율적 교섭대표노동조합의 결정을 위한 기간이 부여되지 않는 등의 절차적 하자가 있어 위 교섭요구 노동조합 확정공고 후의 절차는 무효이다'는 이유로 참가인 노조와 소외 노조의 재심신청을 모두 기각하였다(중앙2013교섭6, 7 병합).

라. 참가인 노조는 2013. 5. 17. 강원지방법노동위원회에 '중앙노동위원회에서 과반수 노동조합이 존재하지 않는다는 결정을 받았으므로 2013. 3. 6.40)을 기준으로 교섭대표노동조합을 결정하여야 하고, 노동조합별 2명으로 공동교섭대표단이 구성되어야 한다'고 주장하면서 공동교섭대표단 구성결정 신청을 하였고(그 후 2013. 5. 23. 원고가 과반수 노동조합으로 소외 노조가 확정되었다는 공고를 하자 위 공고가 무효라는 신청을 추가하였다), 강원지방법노동위원회는 2013. 6. 5. '노사간에 2013. 3. 21.을 기준으로 조합원수를 계산하여 과반수 노동조합을 정하기로 합의하였으므로 이에 따라 과반수 노동조합 및 교섭대표노동조합을 정할 경우 소외 노조가 과반수 노동조합 및 교섭대표노동조합이 되고, 원고가 2013. 5. 23. 교섭대표노동조합을 확정하여 공고한 것은 아직 중앙2013교섭6, 7 병합 사건의 결정이 있기 전에 교섭창구 단일화 절

40) 참가인 노조가 원고에게 처음으로 단체교섭을 요구한 날인 2013. 2. 26.부터 8일째 되는 날(7일간 교섭요구사실공고 후 그 다음날 교섭요구 노동조합 확정 통지·공고하는 날을 과반수 노동조합 확인의 기준일로 삼고 있음).

차를 시작한 것으로서 중앙노동위원회 결정의 형해화를 방지하기 위하여 이를 무효로 보아야 한다'고 보아 참가인 노조의 공동교섭대표단 구성 결정신청을 각하하고, 2013. 3. 21. 기준 과반수 및 교섭대표노동조합은 소외 노조이며, 2013. 5. 23. 원고의 교섭대표노동조합 확정공고는 무효라고 결정하였다(강원2013교섭2).

마. 이에 참가인 노조가 2013. 6. 24. 중앙노동위원회에 재심을 신청하였는데, 중앙노동위원회는 2013. 7. 9. '과반수 노동조합의 판단 기준일은 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노조법'이라 한다) 시행령 제14조의7 제5항에 따르되, 위 규정 상의 교섭요구 노동조합 확정공고일은 실제 확정공고일이 아니라 적법하게 확정공고했어야 하는 날로 보는 것이 타당하고, 다만 참가인 노조의 2013. 2. 26.자 교섭요구는 노조법 시행규칙 제10조의2에서 규정하고 있는 사항을 누락한 문제점이 있어 이를 기준으로 삼을 수는 없고, 소외 노조의 2013. 2. 28.자 교섭요구를 기준으로 삼아 그때부터 8일이 되는 2013. 3. 8.을 과반수 노동조합을 판단하는 기준일로 삼아야 하며, 이에 따르면 참가인노조가 과반수 노동조합이 된다'는 이유로 위 강원지방노동위원회의 결정(강원2013교섭2) 중 과반수 노동조합에 대한 부분을 취소하고 참가인 노조를 과반수 노동조합으로 인정하면서 공동교섭대표단 구성결정 신청에 관한 재심신청 부분은 기각하는 결정을 하였다(중앙2013교섭9, 이하 위 재심결정 중 과반수 노동조합에 관한 부분만을 '이 사건 재심결정'이라 한다).

[인정 근거] 갑 제1, 13, 14, 16호증의 각 1, 2의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 이 사건 재심결정의 적법 여부

### 가. 원고의 주장

- 1) 중앙노동위원회는 원고가 적법하게 교섭요구 노동조합 확정공고를 했어야 하는 날인 2013. 3. 8.을 기준으로 조합원수를 비교하여 과반수 노동조합을 정하여야 한다고 판단하였는데, 원고가 적법하게 교섭요구 노동조합 확정공고를 했어야 하는 날을 기준으로 조합원수를 비교하여야 한다는 판단은 수긍할 수 있으나, 참가인 노조는 최초 2013. 2. 26.자 교섭요구 시 노조법 시행규칙 제10조의2의 규정에 따른 교섭요구의 요건을 충족하지 못하였고, 소외 노조의 2013. 2. 28.자 교섭요구가 있는 후에도 원고에게 적법한 교섭요구를 한 사실이 없으므로 참가인 노조가 교섭창구 단일화절차에 참여하지 않은 이상 2013. 3. 8.을 기준으로 조합원수를 비교하는 것 자체가 부당하다. 또한 중앙노동위원회는 노조법 시행령 제14조의7의 규정에 따라 참가인 노조가 원고에게 과반수 노동조합이라는 사실을 통지하지 않았음에도 참가인 노조를 과반수 노동조합으로 결정하였으므로 부당하다.
- 2) 사용자인 원고와 복수노동조합인 소외 노조 및 참가인 노조가 2013. 3. 21.을 기준으로 과반수 노동조합을 정하기로 한 합의는 유효하고, 이에 따라 소외 노조가 과반수 노동조합으로 결정되었으므로 이 사건 재심결정은 위법하다.



- 3) 설령 중앙노동위원회의 판단과 같이 2013. 3. 8.을 기준으로 조합원수를 비교한다고 하더라도 위 날짜에 이미 상당수의 참가인 노조의 조합원들이 조합비 공제를 거부하는 등 조합을 탈퇴하였고, 사정이 이러함에도 중앙노동위원회는 명확한 근거 없이 조합원수를 산정하였다.
- 4) 이 사건 재심결정은 그 전에 이루어져 확정된 중앙2013교섭6, 7 병합 결정의 내용과 모순된다.

#### 나. 관계 법령

별지 관계 법령 기재와 같다.

#### 다. 인정사실

- 1) 참가인 노조는 단체협약의 체결을 위해 2013. 2. 26. 원고에게 교섭을 요구하였고, 소외 노조는 2013. 2. 28. 원고에게 교섭을 요구하였는데, 이에 대해 원고는 교섭요구 사실의 공고 및 교섭요구 노동조합 확정공고를 적시에 하지 않았다.
- 2) 원고의 대표이사와 참가인 노조의 분회장, 소외 노조의 조합장은 2013. 3. 21. 함께 만나 원고가 복수노동조합 중 다수노동조합과 단체협약을 체결할 것이고, 2013. 3. 21. 또는 2013. 3. 28.을 기준으로 조합원수를 비교하기로 정하였다.
- 3) 원고는 위와 같은 합의내용에 따라 2013. 3. 21.부터 같은 달 28.까지 참가인 노조 및 소외 노조가 교섭요구 노동조합으로 확정되었음을 공고하였다.
- 4) 원고의 대표이사와 참가인 노조의 분회장, 소외 노조의 조합장은 2013. 3. 28. 다시 만났는데, 원고의 대표이사는 참가인 노조, 소외 노조로부터 현재까지의 조합원 명부를 제출받은 뒤 참가인 노조의 분회장과 소외 노조의 조합장에게 위 각 명부상 참가인 노조의 조합원이 18명, 소외 노조의 조합원이 23명이어서 소외 노조가 과반수 노조로서 원고와의 교섭 노조에 해당한다는 의사를 표시하였고, 이에 대하여 참가인 노조의 분회장 및 소외 노조의 조합장은 이의를 제기하지 않았다. 이에 원고는 2013. 3. 28.부터 2013. 4. 2.까지 소외 노조가 과반수 노동조합임을 공고하였다.
- 5) 위 과반수 노동조합 공고와 관련하여 강원지방노동위원회가 2013. 4. 11. '2013. 3. 28. 원고가 행한 과반수 노동조합에 대한 공고는 무효이고, 이 사건 교섭단위에서 과반수 노동조합이 존재하지 않는다'는 취지의 결정(강원2013교섭1)을 하자 소외 노조는 2013. 4. 24. 원고에게 재차 교섭요구를 하였고(이는 처음부터 교섭창구 단일화 절차를 시작하기 위한 것으로 보인다), 원고는 이에 참가인 노조에게도 교섭에 참여하라고 하였으나, 참가인 노조가 이에 응하지 않자 노조법 시행령에 규정된 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 2013. 5. 23. 소외 노조가 과반수 노동조합임을 확정 공고하였다.

[인정 근거] 갑 제1호증의 2, 갑 제5호증, 갑 제6호증의 1, 2, 갑 제7, 8, 10, 11호증, 갑 제13호증의 2, 갑 제14호증의 2, 갑 제15호증의 1 내지 6, 갑 제16호증의 2의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 라. 판단

### 1) 교섭창구 단일화 절차 개관

가) 노조법 제29조, 제29조의2, 노조법 시행령 제14조의2 내지 14조의 10의 규정에 따른 교섭창구 단일화 절차는, 하나의 사업 또는 사업장에서 복수의 노동조합이 있는 경우 다음과 같은 절차를 거쳐 이루어지게 된다.

- ① 한 노동조합이 단체협약 등의 체결을 위하여 사용자에게 교섭을 요구한다.
- ② 사용자는 위 요구를 받은 날부터 7일간 이러한 교섭요구 사실을 공고하여 다른 노동조합 및 근로자가 알 수 있도록 하여야 하고, 사용자가 위 공고를 제대로 하지 않은 경우 노동조합은 노동위원회에 시정을 요청할 수 있다.
- ③ 위 7일간의 공고기간 중 교섭을 원하는 다른 노동조합은 사용자에게 교섭을 요구하여야 한다.
- ④ 사용자는 위 7일간의 공고기간이 끝난 다음 날 교섭을 요구한 노동조합을 확정하여 통지 및 공고(5일간)한다. 사용자가 위 교섭요구 노동조합 확정공고를 제대로 하지 않는 경우 노동조합은 사용자에게 이의를 신청할 수 있고, 그 이의신청 결과에 불복하는 경우 공고기간이 끝난 다음 날부터 5일 이내에 노동위원회에 시정을 요청할 수 있다.
- ⑤ 위와 같이 교섭요구 노동조합으로 확정 또는 결정된 노동조합은 확정 또는 결정된 날부터 14일이 되는 날을 기한으로 하여 자율적으로 교섭대표노동조합을 정할 수 있고, 그 결과를 사용자에게 통지하여야 한다. 사용자도 그 기한 내에 교섭창구 단일화 절차를 거치지 아니하기로(각 노동조합과 개별교섭) 동의할 수 있다.
- ⑥ 위와 같이 자율적으로 교섭대표노동조합을 정할 수 없는 경우 교섭창구 단일화 절차에 참여한 모든 노동조합의 전체 조합원 과반수로 조직된 노동조합(과반수 노동조합임을 확인하는 기준일은 교섭요구 노동조합 확정공고일)이 자율적 교섭대표노동조합을 정하는 기한 만료일부터 5일 이내에 사용자에게 과반수 노동조합임을 통지하고, 이에 사용자는 그 통지를 받은 때로부터 5일간 그 내용을 공고하여야 한다. 과반수 여부에 대한 이의를 제기하려는 노동조합은 위 공고기간 내에 노동위원회에 이의신청을 하여야 하고, 이의신청이 없는 경우 그 과반수 노동조합이 교섭대표노동조합으로 확정된다.

⑦ 자율적으로 교섭대표노동조합을 정할 수 없고, 과반수 노동조합도 없는 경우에는 노동조합 사이에 자율적으로 공동교섭대표단을 구성하여 사용자에게 통지하여야 하고, 노동조합들이 공동교섭대표단 구성에 합의하지 못한 경우 공동교섭대표단 구성에 참여할 수 있는 노동조합은 노동위원회에 공동교섭대표단 구성에 관한 결정을 신청하여야 한다.

나) 위와 같은 교섭창구 단일화 절차는 복수의 노동조합이 허용되는 현행 노조법 체계하에서 헌법상 보장된 단체교섭권을 합리적으로 조정·제한하기 위한 것으로서 그 성격상 교섭창구 단일화 절차에 관한 규정은 전반적으로 강행규정으로 해석되어야 한다. 그러한 연장선상에서 과반수 노동조합을 결정하는 기준일인 교섭요구 노동조합 확정공고일이라 함은 실제 사용자가 교섭요구 노동조합 확정공고를 한 날이 아니라 법에 따라 정상적으로 진행되었을 경우 교섭요구 노동조합 확정공고일이 되어야 하는 날로 보아야 한다. 이렇게 해석하지 않을 경우에는 사용자가 확정공고를 지연함에 따라 과반수 노동조합이 달라지게 되어 불합리한 결과가 초래되게 되기 때문이다. 다만, 현행 교섭창구 단일화 절차는 교섭요구 노동조합 확정공고일부터 14일간 교섭요구 노동조합으로 확정 또는 결정된 노동조합들이 자율적으로 교섭대표노동조합을 정할 수 있도록 하고 있으므로 위 기간 내에 위 노동조합들이 합의하여 법이 예정한 바와 달리 교섭대표노동조합을 정하는 것은 얼마든지 허용되고, 그 자율적 합의는 특정한 노동조합을 교섭대표노동조합으로 정하는 것은 물론, 교섭대표노동조합을 정하는 방법에 관하여 이루어져도 무방하다.

## 2) 이 사건의 경우

가) 앞서 든 사실 및 증거들에 의하면, 원고 사업장의 복수 노동조합인 참가인 노조와 소외 노조는 사용자인 원고와 함께 교섭요구 노동조합 확정공고일인 2013. 3. 21.에 그날 또는 2013. 3. 28.을 기준으로 조합원수를 비교하여 다수 노동조합이 원고와 단체교섭을 하기로 정하였고, 2013. 3. 28. 다시 만나 그 날을 기준으로 조합원수를 비교하여 소외 노조가 다수 노동조합임을 확인한 후 소외 노조가 원고와 교섭하는 노동조합이 되기로 합의한 사실을 인정할 수 있는바, 이는 자율적으로 교섭대표노동조합을 정할 수 있는 기간 내에 교섭요구 노동조합으로 확정 또는 결정된 노동조합들 사이에 교섭대표노동조합을 정하는 합의가 있었던 것으로 볼 수 있고, 비록 그 결과에 대하여 교섭대표노동조합의 대표자, 교섭위원 등이 연명으로 서명 또는 날인하여 사용자에게 통지하는 절차가 생략되기는 하였으나, 당시 사용자인 원고의 대표이사가 참석한 가운데 위와 같은 사실에 대해 3자가 합의한 것으로서 위와 같은 절차가 누락되었다는 것이 그 합의의 효력을 부인할 사유는 될 수 없으므로 위 합의에 따라 2013. 3. 28. 소외 노조가 교섭대표노동조합으로 결정되었다고 봄이 타당하다.

나) 이에 대하여 피고는 위 합의가 원고 회사의 주도하에 강압적인 분위기에서 이루어졌고, 참가인 노조의 위원장으로부터 위임을 받지 못한 분회장이 합의한 것이므로 효력이 없다는 취지로 주장하나, 앞서 든 사실 및 증거들에다가 갑 제12호 증의 기재를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 위 합의가 원고 회사의 주도하에 이루어지기는 하였지만 그것만으로 효력이 없다고 보기는 어렵고, 그 밖에 위 합의가 강압적인 분위기에서 도저히 다른 의사를 표명할 수 없는 상황에서 이루어졌다고 보기는 어려운 점, 참가인 노조의 분회장은 분회와 관련하여 일정한 권한을 가진다고 보아야 하는 데다가 원고 회사는 위 합의가 있는 다음날인 2013. 3. 29.에서야 참가인 노조로부터 조직형태의 변경에 관한 문서를 받았으므로 그 이전에 전 조합장이 한 합의의 효력을 무효화시킬 수는 없는 점 등에 비추어 피고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

다) 또한 이 사건 재심결정 이전에 원고의 2013. 3. 28.자 과반수 노동조합 확정공고가 무효라는 내용의 재심결정이 확정되기는 하였으나, 교섭창구 단일화 절차에서 노동조합들 사이에 자율적으로 교섭대표노동조합을 정하는 경우에는 과반수 노동조합 확정공고라는 절차가 필요 없으므로 위 확정된 재심결정은 어떠한 효력도 없다고 보아야 하고, 따라서 2013. 3. 28. 소외 노조가 교섭대표노동조합으로 결정되었다는 판단이 위 확정된 재심결정에 반하는 것도 아니라 할 것이다(또한 확정된 재심결정이라 하더라도 그 이유에까지 구속력이 있는 것은 아니다).

### 3) 소결

따라서 원고의 나머지 주장에 관하여 살필 필요 없이 이 사건 재심판정은 위법하다.

## 3. 결 론

그렇다면 원고의 청구는 이유 있어 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이승택, 판사 이병희, 판사 김태훈



## 4.2 해고자의 조합원 수 산입 여부

☞ 서울고법 2015. 4. 3. 선고 2014누42959 판결<sup>41)</sup>

### » 요 지 «

노동위원회는 조합원 수에 대한 이의 신청이 있으면 원칙적으로 당해 사업장에 종사하는 근로자에 해당하는 조합원 수를 실체적으로 판단하여 결정할 의무가 있으므로 그 중에 해고된 근로자가 있을 경우 마땅히 해고가 정당한 이유가 있는지를 따져서 조합원 수에 포함할 것인지 판단해야 한다.

- \* 원 고, 피항소인 : 전국금속노동조합
- \* 피 고, 항 소 인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : 주식회사 A
- \* 제1심판결 : 서울행법 2014.1.16. 선고 2013구합2457판결

### » 주 문 «

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

### » 청구취지 및 항소취지 «

#### 1. 청구취지

중앙노동위원회가 2012.12.24. 원고와 피고보조참가인 사이의 중앙2012교섭38 과반수 노동조합에 대한 이의결정 재심신청 사건에 관하여 한 재심결정을 취소한다.

#### 2.항소취지

제1심 판결을 취소하고, 원고의 청구를 기각한다.

### » 이 유 «

#### 1. 제1심 판결의 인용

이 법원이 이 사건에 관하여 설시할 이유는, 아래 2.항과 같은 내용을 제1심 판결 이유란에 추가하는 외에는 제1심 판결의 이유란 1,2항 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

41) 미상고하여 확정됨

## 2. 추가하는 판단 내용

### 가. 피고 및 참가인이 당심에서도 강조하는 주장

노조법에 따른 단체교섭, 특히 복수노조 제도 하에서의 교섭창구 단일화 절차 등과 관련된 법률관계는 공법상 권리관계에 관한 것이므로 획일적 규율의 필요성이 강하다. 해고된 자는 근로기준법은 물론 노조법상 근로자에 해당되지 않고, 다만 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서에 따라 해고에 대해 부당노동행위 구제신청을 한 경우 예외적으로 중노위 재심판정시까지 노조법상 근로자로 인정될 수 있다. 중노위가 C 등 근로자들에 대한 이 사건 정리해고는 부당노동행위에 해당하지 아니한다고 이 사건 재심판정을 한 이상 위 근로자들은 이 사건 재심판정 이후에는 조합원의 자격을 갖는 자로 취급받지 못하므로 교섭대표노동조합을 정하기 위한 조합원 수 산정에 포함될 수 없다.

### 나. 판단

이 사건에서 문제되는 쟁점은, 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서의 해석상 중노위가 이 사건 재심판정을 통하여 C 등 근로자들에 대한 이 사건 정리해고는 부당노동행위에 해당하지 아니한다고 판정한 상황에서 참가인의 이 사건 정리해고가 정당한 이유가 있는지를 판단하여야 하는지, 만일 부당해고라고 판단할 경우 당해 근로자를 교섭대표노동조합 결정을 위한 조합원 수 산정에 포함하였어야 하는지 여부이다. 노조법의 문언, 연혁, 입법취지에다가 제1심이 든 사실관계 및 증거들에 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사정들을 고려하면, 중노위는 위와 같은 상황에서 참가인의 이 사건 정리해고가 정당한 이유가 있는지 판단할 의무가 있고, 이 사건 정리해고는 부당해고로서 위법·무효이므로 C 등 근로자들을 교섭대표노동조합 결정을 위한 조합원 수 산정에 포함하였어야 하는데도 그러지 않았으므로 이 사건 재심결정은 위법하다. 피고 및 참가인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

① 노조법 제2조 제1호는 근로자를 "직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자"로 정의하고 있다. 한편 노조법 제2조 제4호는 노동조합을 "근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체"라고 정의한 후, "다만, 다음 각목의 1에 해당하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다"라고 하면서, (라)목에서 "근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우, 다만 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니 된다"라고 규정하고 있다. 이처럼 노조법은 '근로자'와 '노동조합'의 정의규정을 구별하여 규정하고 있다.

② 또한, 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서는 노조의 조합원이 사용자로부터 해고됨

으로써 근로자성이 부인될 경우에 대비하여 마련된 규정이다(대법원 2010.2.11. 선고 2009두8731판결 참조) 즉, 연혁적인 면에서 보면 위 노조법이 제정되기 전에 시행되던 노동조합법(1987.11.28. 법률 제3966호로 개정된 것, 이하 같다) 제3조 제4호 단서는 "다만, 해고의 효력을 다투고 있는 자를 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니 된다."라고 규정함으로써 근로자가 해고를 다투는 경우 그 기간 전부에 관하여 해고의 효력과 상관없이 근로자 지위를 갖는 것으로 간주하고 있었다. 이는 사용자의 해고권 남용을 방지하기 위하여 일정한 경우에 한하여 해고의 효력을 실체적으로 따질 필요 없이 노조의 구성원이 될 수 있는 근로자 지위를 간주토록 한 규정이다. 해고의 효력을 실체적으로 판단함에 있어 해고에 정당한 이유가 있다는 점에 관한 주장·입증책임이 사용자에게 있음(대법원 1992.8.14. 선고 91다29811판결 참조)을 고려하면 이는 충분히 수긍이 가는 입법이다.

③ 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서의 규정은 근로자의 범위를 제한하기 위한 목적으로 노동조합법 제3조 제4호 단서를 수정한 것이 아니라, 정당하게 해고된 근로자의 권리남용 방지, 노사분쟁의 장기화 방지 등 정책적인 목적에서 기존의 근로자 지위 간주기간을 일부 축소한 것에 불과하다.

④ 따라서 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서를 그 문언체계와 연혁, 입법취지를 뛰어넘어 노조법 제2조 제1호에서 이미 정의한 근로자의 범위를 제한하기 위한 것으로 해석할 것은 아니다. 그렇다면 처음부터 해고가 무효인 근로자는 해고의 효력을 다투며 노조활동을 계속하여도 노조법 제2조 제4호 (라)목 단서 규정을 둔 입법취지에 반하지 않는다.

⑤ 노조법 제29조의2 제3항은 "제2항에 따른 기한 내에 교섭대표노동조합을 정하지 못하고 제1항 단서에 따른 사용자의 동의를 얻지 못한 경우에는 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원 과반수로 조직된 노동조합(2개 이상의 노동조합이 위임 또는 연합 등의 방법으로 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 전체 조합원의 과반수가 되는 경우를 포함한다)이 교섭대표노동조합이 된다."고 규정하고 있고, 제6항은 "제1항부터 제4항까지의 규정에 따른 교섭대표노동조합을 결정함에 있어 교섭요구 사실, 조합원 수 등에 대한 이의가 있는 때에는 노동위원회는 대통령령으로 정하는 바에 따라 노동조합의 신청을 받아 그 이의에 대한 결정을 할 수 있다."고 규정하고 있다. 위 규정의 문언과 입법취지를 고려하면 노동위원회는 조합원 수에 대한 이의 신청이 있으면 원칙적으로 당해 사업장에 종사하는 근로자에 해당하는 조합원 수를 실체적으로 판단하여 결정할 의무가 있으므로 그 중에 해고된 근로자가 있을 경우 마땅히 해고가 정당한 이유가 있는지를 따져서 조합원 수에 포함할 것인지 판단해야 한다. 다만 앞서 본 바와 같이 노조법 제2조 제4호 (라)목에 해당하는 경우에는 해고의 효력을 따질 필요 없이 근로자 지위를 바로 인정할 수 있는 것이다. 이와 달리 피고 및 참가인의 주장과 같이 노조법 제2조 제4호 (라)

목이 정한 일정한 경우에만 근로자 지위가 인정된다고 해석한다면, 부당해고임을 인정하는 판결이 확정되어도 근로자 지위가 인정되지 못하는 경우가 있게 되어 심히 부당한다.

⑥ 이 사건의 경우 C 등 근로자들에 대한 이 사건 정리해고는 당시 참가인에게 긴급한 경영상의 필요성이 있었음은 인정되나, 참가인이 해고를 피하기 위한 노력을 다하였거나, 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하여 이에 따라 그 대상자를 선정하였거나, 근로기준법 제24조 제3항에 의하여 요구되는 절차적 요건을 충족하였다고 볼 수 없다.

### 3. 결 론

그렇다면 원고의 청구는 이유 있어 이를 인용할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로, 피고의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김명수, 판사 여운국, 판사 권순민



## 5. 교섭단위 분리 결정

### 5.1 상용직 근로자들에 대한 교섭단위 분리 인정

☞ 대법원 2018. 9. 13. 선고 2015두39361 판결★

#### » 요 지 «

- [1] 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제29조의2, 제29조의3 제1항, 제2항의 내용과 형식, 교섭창구 단일화를 원칙으로 하면서도 일정한 경우 교섭단위의 분리를 인정하고 있는 노동조합법의 입법 취지 등을 고려하면, 노동조합법 제29조의3 제2항에서 규정하고 있는 '교섭단위를 분리할 필요가 있다고 인정되는 경우'란 하나의 사업 또는 사업장에서 별도로 분리된 교섭단위에 의하여 단체교섭을 진행하는 것을 정당화할 만한 현격한 근로조건의 차이, 고용형태, 교섭 관행 등의 사정이 있고, 이로 인하여 교섭 대표노동조합을 통하여 교섭창구를 단일화하는 것이 오히려 근로조건의 통일적 형성을 통해 안정적인 교섭체계를 구축하고자 하는 교섭창구 단일화 제도의 취지에도 부합하지 않는 결과를 발생시킬 수 있는 예외적인 경우를 의미한다.
- [2] 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제29조의3 제3항은 교섭단위 분리 신청에 대한 노동위원회의 결정에 불복할 경우 노동조합법 제69조를 준용하도록 하고 있고, 노동조합법 제69조 제1항, 제2항은 노동위원회의 중재재정 등에 대한 불복의 사유를 '위법이거나 월권에 의한 것'인 경우로 한정하고 있다. 따라서 교섭단위 분리 신청에 대한 노동위원회의 결정에 관하여는 단순히 어느 일방에게 불리한 내용이라는 사유만으로는 불복이 허용되지 않고, 그 절차가 위법하거나, 노동조합법 제29조의3 제2항이 정한 교섭단위 분리결정의 요건에 관한 법리를 오해하여 교섭단위를 분리할 필요가 있다고 인정되는 경우인데도 그 신청을 기각하는 등 내용이 위법한 경우, 그 밖에 월권에 의한 것인 경우에 한하여 불복할 수 있다.

\* 원고, 상 고 인 : 고양도시관리공사

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원 심 판 결 : 대전고법 2015. 2. 5. 선고 2014누12374 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. (1) 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다)은 제29조의2에서 하나의

사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 교섭대표노동조합을 정하여 교섭을 요구하도록 하는 교섭창구 단일화 절차를 규정하고, 제29조의3 제1항에서 “제29조의2에 따라 교섭대표노동조합을 결정하여야 하는 단위(이하 ‘교섭단위’라 한다)는 하나의 사업 또는 사업장으로 한다.”라고 규정하면서, 같은 조 제2항에서 “제1항에도 불구하고 하나의 사업 또는 사업장에서 현격한 근로조건의 차이, 고용형태, 교섭 관행 등을 고려하여 교섭단위를 분리할 필요가 있다고 인정되는 경우에 노동위원회는 노동관계 당사자의 양쪽 또는 어느 한 쪽의 신청을 받아 교섭단위를 분리하는 결정을 할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

이러한 노동조합법 규정의 내용과 형식, 교섭창구 단일화를 원칙으로 하면서도 일정한 경우 교섭단위의 분리를 인정하고 있는 노동조합법의 입법 취지 등을 고려하면, 노동조합법 제29조의3 제2항에서 규정하고 있는 ‘교섭단위를 분리할 필요가 있다고 인정되는 경우’란 하나의 사업 또는 사업장에서 별도로 분리된 교섭단위에 의하여 단체교섭을 진행하는 것을 정당화할 만한 현격한 근로조건의 차이, 고용형태, 교섭 관행 등의 사정이 있고, 이로 인하여 교섭대표노동조합을 통하여 교섭창구를 단일화하는 것이 오히려 근로조건의 통일적 형성을 통해 안정적인 교섭체계를 구축하고자 하는 교섭창구 단일화 제도의 취지에도 부합하지 않는 결과를 발생시킬 수 있는 예외적인 경우를 의미한다.

(2) 한편 노동조합법 제29조의3 제3항은 교섭단위 분리 신청에 대한 노동위원회의 결정에 불복할 경우 같은 법 제69조를 준용하도록 하고 있고, 같은 법 제69조 제1항, 제2항은 노동위원회의 중재재정 등에 대한 불복의 사유를 ‘위법이거나 월권에 의한 것’인 경우로 한정하고 있다. 따라서 교섭단위 분리 신청에 대한 노동위원회의 결정에 관하여는 단순히 어느 일방에게 불리한 내용이라는 사유만으로는 불복이 허용되지 않고, 그 절차가 위법하거나, 노동조합법 제29조의3 제2항이 정한 교섭단위 분리결정의 요건에 관한 법리를 오해하여 교섭단위를 분리할 필요가 있다고 인정되는 경우인데도 그 신청을 기각하는 등 내용이 위법한 경우, 그 밖에 월권에 의한 것인 경우에 한하여 불복할 수 있다.

2. 원심판결 이유 및 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

(1) 원고의 상용직 근로자들은 기본적으로 그 외 직종과 달리 상용직 관리규정의 별도 규율을 받는다. 특히 원고의 일반직·기능직 등 직종이 공무원 보수규정을 적용받아 호봉제를 원칙으로 하는 것과는 달리, 상용직은 상용직 관리규정의 적용을 받아 직종별로 단일화된 기본급과 제 수당을 지급받는 구조로 이루어져 임금체계가 근본적으로 다르다.

(2) 원고의 상용직 근로자들은 직제규정상 정원에 포함되지 않고, 시설물관리원, 주차원, 상담원 등의 직역으로 구성되어 그 외 직종과 업무내용이 명확히 구분되며, 다른 직종과 사이에 인사교류가 허용되지 않는다.

(3) 원고의 상용직 근로자들은 그 외 직종 근로자들과 별도의 협의체 또는 노동조합을 조직·구성해 왔고, 원고가 출범하기 전 고양시 시설관리공단 소속 당시부터 그 외 직종과는 별도로 임금협약을 체결하여 왔다.

(4) 반면 고양도시관리공사 노동조합이 원고와 체결한 2013년 단체협약은 상용직 근로자들에게 적용되지 않고, 고양도시관리공사 노동조합은 교섭대표노동조합으로 결정된 후에도 상용직 근로자들에 대한 부분을 포함하여 단체교섭을 진행한 바도 없다.

(5) 이 사건 노동조합에는 원고의 상용직 근로자만 가입되어 있고, 고양도시관리공사 노동조합에는 그 외 직종 근로자만이 가입되어 있는 등 조합별로 소속 직종이 명확히 구분되어 있다.

3. 이러한 사실관계를 앞에서 본 규정 및 법리에 따라 살펴본다.

(1) 상용직 근로자들과 그 외 직종 근로자들 사이의 근로조건 및 고용형태상 차이와 그 정도, 기존 분리 교섭 관행 등에 비추어 보면, 이 사건 노동조합이 별도로 분리된 교섭단위에 의하여 단체교섭권을 행사하는 것을 정당화할 만한 사정이 존재하고, 이로 인하여 고양도시관리공사 노동조합이 교섭대표노동조합으로서 상용직 근로자들을 계속 대표하도록 하는 것이 오히려 노동조합 사이의 갈등을 유발하는 등 근로조건의 통일적인 형성을 통해 안정적인 교섭체계를 구축하고자 하는 교섭창구 단일화 제도의 취지에도 부합하지 않는 결과를 발생시킬 수 있는 경우로 판단된다. 따라서 원고 사업 내 상용직 근로자들에 대하여는 노동조합법 제29조의3 제2항에서 규정하고 있는 교섭단위를 분리할 필요성이 인정된다.

(2) 그런데도 이 사건 초심결정은 상용직과 그 외 직종을 비교하면서 임금항목에서 동일한 기본급 체계로 이루어진 것으로 인정할 뿐 상용직 근로자들에 대한 임금체계가 상이함을 고려하지 않았고, 오히려 임금체계에 본질적 차이가 없다는 등의 이유로 교섭단위 분리의 필요성을 부정하였다. 이러한 이 사건 초심결정은 노동조합법에서 정한 교섭단위 분리와 관련한 법리를 오해하여 이 사건 노동조합의 교섭단위 분리 신청을 기각한 잘못이 있다.

(3) 따라서 교섭단위 분리 신청을 기각한 이 사건 초심결정을 위법하다고 보아 이를 취소하고 교섭단위를 분리한 이 사건 재심결정은 적법하다.

4. 원심의 이유 설시에 다소 미흡한 부분이 있지만, 이 사건 재심결정이 적법하다고 본 원심의 결론은 정당하다. 거기에 교섭단위 분리에 관한 노동위원회의 결정 및 그 불복 사유에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

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

대법관 민유숙(재판장), 조희대(주심), 김재형, 이동원

## 5.2 환경미화원들에 대한 교섭단위 분리 인정 부정

☞ 서울고법 2016. 10. 19. 선고 2016누48234 판결<sup>42)</sup>

### » 요 지 «

노동위원회는 교섭단위 분리 여부를 결정함에 있어 상당한 재량을 가진다고 할 것이나, 노동위원회는 그 재량을 행사함에 있어서 객관적인 자료에 의하여 인정된 사실을 기초로, 하나의 사업 또는 사업장에서 별도로 분리된 교섭단위에 의하여 단체교섭을 진행하는 것을 정당화할 만한 현격한 근로조건의 차이, 고용형태 및 교섭 관행 등의 사정이 인정되는지 여부, 교섭대표노동조합에 의하여 교섭 및 단체협약을 체결하는 것이 불합리하여 교섭단위를 분리할 필요성이 있는지 여부 등을 심사하여야 한다.

- \* 원고, 피항소인 : 1. 제주특별자치도 ○○○○노동조합  
2. 제주특별자치도 ○○○시청 ○○○○○노동조합
- \* 피고, 항 소 인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : 제주특별자치도
- \* 제1심판결 : 서울행법 2016. 5. 19. 선고 2015구합12007 판결

### » 주 문 «

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 원고들의 청구를 기각한다.
3. 소송총비용은 보조참가로 인한 비용을 포함하여 모두 원고들이 부담한다.

### » 청구취지 및 항소취지 «

#### 1. 청구취지

중앙노동위원회가 2015. 10. 7. 원고들과 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다) 사이의 중앙2015단위32 교섭단위 분리 결정 재심신청 사건에 관하여 한 재심결정을 취소한다.

#### 2. 항소취지

주문과 같다.

42) 대법원 2017. 2. 23. 선고 2016두58949 판결에서 심리불속행 기각으로 확정

## » 이 유 «

### 1. 이 사건 재심결정의 경위

이 법원이 이 부분에 관하여 적을 이유는 제1심판결 해당부분(제1심판결문 제2면 제8행부터 제4면 제9행까지)의 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조에 의하여 이를 인용한다.

### 2. 이 사건 재심결정의 적법 여부

#### 가. 원고들의 주장

환경미화원은 다른 직종의 공무직 근로자와 근로조건의 현격한 차이가 있고 고용형태도 다르며 참가인과 개별교섭을 해 온 관행이 있어 교섭단위 분리의 객관적 요건을 모두 충족하고 있다. 또한 근로조건 등이 상이한 환경미화원과 다른 직종의 공무직 근로자를 하나의 교섭단위로 유지하는 경우 향후 단체교섭을 어렵게 하고 노사관계의 안정을 저해할 가능성이 매우 높아 교섭창구 단일화 절차로 인하여 얻을 수 있는 이익보다 교섭단위 분리를 통해 달성될 수 있는 이익이 더 크다고 할 것이다. 따라서 환경미화원과 다른 직종의 공무직 근로자의 교섭단위를 분리할 필요성이 인정된다고 할 것이므로 이와 전제를 달리하여 원고들의 교섭단위 분리 신청을 기각한 이 사건 재심결정은 위법하여 취소되어야 한다.

#### 나. 판단

- 1) 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다) 제29조의2 제1항 본문은 “하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합은 교섭대표노동조합을 정하여 교섭을 요구하여야 한다.”고 규정하고 있고, 노동조합법 제29조의3 제1항은 “노동조합법 제29조의2에 따라 교섭대표노동조합을 결정하여야 하는 단위(이하 ‘교섭단위’라 한다)는 하나의 사업 또는 사업장으로 한다.”고 규정하고 있으며, 같은 조 제2항에서 “제1항에도 불구하고 하나의 사업 또는 사업장에서 현격한 근로조건의 차이, 고용형태, 교섭 관행 등을 고려하여 교섭단위를 분리할 필요가 있다고 인정되는 경우에 노동위원회는 노동관계 당사자의 양쪽 또는 어느 한 쪽의 신청을 받아 교섭단위를 분리하는 결정을 할 수 있다.”고 규정하고 있다.

위 규정의 문언, 교섭단위를 분리할 필요성에 대한 판단작용의 성질 등에 비추어 보면 노동위원회는 교섭단위 분리 여부를 결정함에 있어 상당한 재량을 가진다고 할 것이나, 노동위원회는 그 재량을 행사함에 있어서 객관적인 자료에 의하여 인정된 사실을 기초로, 하나의 사업 또는 사업장에서 별도로 분리된 교섭단위에 의하여 단체교섭을 진행하는 것을 정당화할 만한 현격한 근로조건의 차이, 고용형태 및 교

섭 관행 등의 사정이 인정되는지 여부, 교섭대표노동조합에 의하여 교섭 및 단체협약을 체결하는 것이 불합리하여 교섭단위를 분리할 필요성이 있는지 여부 등을 심사하여야 한다.

- 2) 이 사건에 관하여 보건대, 다음과 같은 사정들, 즉 참가인에 소속된 환경미화원과 다른 직종의 공무원 근로자 사이에 현격한 근로조건의 차이나 고용형태의 차이가 있었다고 보기 어렵고 환경미화원만을 분리하여 교섭한 관행이 성립하였다고 보기도 어려우며, 환경미화원을 별도의 교섭단위로 분리함으로써 달성되는 이익이 교섭창구 단일화 절차를 유지함으로써 달성되는 이익보다 더 크다고 볼 수도 없는 점 등을 종합해보면, 환경미화원을 다른 직종의 공무원 근로자와 별도의 교섭단위로 분리할 필요성이 인정되지 않는다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 재심결정은 적법하다.

#### 가) 근로조건

앞서 인정한 사실과 채택한 증거, 갑 제7 내지 12호증, 을나 제1 내지 3, 5호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 가지번호를 포함하고, 이하 같다)에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 원고들이 주장하는 사정을 고려해보더라도 참가인 소속 환경미화원과 다른 직종의 공무원 근로자 사이에 근로조건의 현격한 차이가 있다고 볼 수 없다.

- ① 참가인 소속 환경미화원을 비롯한 모든 공무원 근로자는 참가인 소속 근로자의 근로조건을 정함을 목적으로 하는 ‘제주특별자치도 공무원 및 기간제 근로자 취업규정’ 및 공무원 근로자의 정원에 관한 ‘제주특별자치도 공무원 및 기간제 근로자 정원규정’, 보수에 관한 ‘제주특별자치도 공무원 보수지침’을 동일하게 적용받는다.
- ② 제주특별자치도 공무원 보수지침은 ‘환경미화원’과 그 이외의 ‘일반공무원’을 구분하여 다른 직종의 공무원 근로자에게는 등급제를 적용하면서 환경미화원의 경우 호봉제를 적용하고 있고<sup>43)</sup>, 직종별로 통상임금의 범위 및 각종 수당의 세부적인 구성항목<sup>44)</sup> 등에 있어 다소 차이가 존재하기는 한다. 그러나 환경미화원도 다른 직종의 공무원 근로자와 마찬가지로 제주특별자치도 보수지침에 따른 등급별 또는 호봉별 임금표를 기준으로 근무연수에 따라 기본급이 증가하는 동일 또

43) 호봉제와 등급제는 근무연수에 따라 기본급이 증가하는 면에서는 유사하지만, 기본급 수준[호봉제: 142만 원 ~ 206만 원(2016년도 단체협약에 의하면 142만 원~206만 원), 등급제: 121만 원 ~ 196만 원] 및 호봉수(31호봉)와 등급수(26등급)의 차이가 있다. 또한 환경미화원의 경우 기본급 호봉 적용 시 군경력(3년 이내)을 인정해준다는 점에서 차이가 있다.

44) 환경미화원의 경우 기말수당, 작업장려수당, 체력단련비, 정근수당, 환경미화수당을 추가로 지급받는 대신 다른 공무원 근로자들에게 지급되는 조정수당, 장기근속수당, 특수작업수당(특수작업수당은 일반 공무원 근로자에게는 지급되지 않는다)은 지급되지 않는다.

는 유사한 임금체제로 운용되고 있고, 기본급과 정액급식비, 연장·야간·휴일 근로수당이나 가족수당 등의 각종 수당 등으로 구성된 임금의 구성항목이나 각 항목의 산정 기준, 지급 기준 등이 동일하거나 유사하다고 보이므로 전체적인 임금체제에 있어 현격한 차이가 있다고 볼 수는 없다.

- ③ 환경미화원의 평일 근무시간은 제주시의 경우 하절기는 05:00~14:00, 동절기는 06:00~15:00이고 서귀포시의 경우 지역별로 상이한 반면, 환경미화원 이외의 공무직 근로자(운전원 제외)의 평일 근무시간은 09:00~18:00이지만, 이와 같은 차이는 다른 직종과 달리 이른 오전 시간에 업무를 수행할 필요성이 있는 환경미화원 업무의 고유한 특성에서 비롯된 것으로 보이고, 환경미화원 역시 휴게시간, 휴일의 적용 등에 있어 다른 공무직 근로자들 대부분과 거의 동일한 조건<sup>45)</sup>을 적용받고 있다.
- ④ 원고들은 환경미화원은 위험한 장소에서 업무를 수행하는 특성상 각종 사고 발생의 위험 등에 노출되므로 다른 직종의 공무직 근로자와 근로조건이 차별화된다고 주장하나, 참가인 소속의 관광교통, 운전, 도로보수 등 다른 직종의 공무직 근로자의 경우에도 다양한 작업 장소에서 업무를 수행하면서 그에 수반되는 위험에 노출되고 있으므로 근무 장소의 특성에 따른 위험 역시 환경미화원만의 특별한 근로조건이라고 보기 어렵다.

#### 나) 고용형태의 차이

앞서 채택한 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정을 종합해 보면 환경미화원과 다른 직종의 공무직 근로자 사이에 고용형태에 있어서 교섭단위 분리의 필요성을 인정할 정도의 차이가 있다고 볼 수 없다.

- ① 노동조합법 제29조의3에서 교섭단위 분리의 필요성을 판단함에 있어 고용형태 차이를 고려하도록 한 것은 근로계약 기간의 정함이 있는지 여부에서 비롯되는 근로조건에 차이가 있는지 여부 등을 교섭단위 분리 필요성 판단에 반영하기 위한 것으로 봄이 상당하다. 이 사건의 경우 환경미화원을 비롯한 참가인 소속 공무직 근로자는 모두 근로계약 기간의 정함이 없는 무기계약직이고, 앞서 본 바와 같이 동일한 취업규정 및 보수지침이 적용되어 채용, 복무, 신분보장 등에 있어 거의 동일하거나 유사한 보장을 받는다.
- ② 환경미화원과 다른 공무직 근로자들 모두 원칙적으로 제주특별자치도 공무직 및 기간제근로자 취업규정에 따라 동일한 정년(만 60세)을 보장받는다(취업규정 제

45) 원칙적으로 공영버스 운전원을 제외한 다른 공무직 근로자와 환경미화원 모두 1일 8시간의 근로, 주5일 근무, 휴게시간 1일 1시간이라는 동일한 근로조건의 적용을 받고, 휴가제도에 있어서도 환경미화원의 경우 노조창립기념일을 별도 유급휴일로 인정하는 것 외에는 다른 공무직 근로자와 동일한 조건을 적용받는다.

50조). 다만 퇴직금 누진제를 적용받는 근로자의 경우 정년이 58세로 정해져 있고(이 경우에도 퇴직일로부터 2년의 범위에서 신규고용하도록 하고 있어 60세까지 근무가 보장된다) 환경미화원의 경우 퇴직금 누진제를 선택한 근로자가 다수일 뿐인 것으로, 이를 들어 환경미화원과 다른 공무원 근로자 사이의 본질적인 고용형태의 차이가 존재한다고 볼 수는 없다.

- ③ 환경미화원 역시 다른 직종의 공무원 근로자들과 마찬가지로 공개채용 방식으로 채용된다. 원고는 다른 직종의 공무원 근로자는 필기시험과 면접시험을 거쳐 채용되는 반면, 환경미화원은 필기시험이 아닌 실기시험과 면접시험을 거쳐 채용된다는 점을 들어 고용형태의 차이를 주장하나 이러한 차이가 교섭단위 분리 결정에 있어 고려되어야 할 정도의 고용형태의 차이라고 볼 수는 없다.

#### 다) 교섭 관행

교섭창구 단일화 제도가 시행된 것은 2012. 7. 1.로<sup>46)</sup>, 위 제도가 시행되기 이전에 환경미화원뿐 아니라 일반사무 공무원, 공영버스 운전직, 청소차량 운전직 등의 개별 노동조합이 제주시나 서귀포시와 개별 교섭을 진행한 사실이 인정되기는 한다. 그러나 교섭창구 단일화 제도가 시행되기 이전에는 개별 노동조합 단위로 교섭할 수밖에 없었을 것으로 보이고, 위 제도 시행 이전에 개별 노동조합 단위로 교섭하였다는 사정만으로 개별적 교섭 관행이 인정된다고 하여 교섭단위 분리의 필요성이 인정된다고 볼 경우 교섭창구 단일화 제도의 도입이 무의미해질 수 있다는 점을 고려하면, 원고들이 교섭창구 단일화 제도 시행 전에 개별교섭을 해왔다는 사실만으로 분리교섭의 관행이 정착되었다거나 교섭단위 분리 결정에 있어서 특별히 고려되어야 할 사정이 인정된다고 보기는 어렵다.

#### 라) 교섭창구 단일화 절차 유지와 교섭단위 분리의 이익형량

노동조합법상의 교섭창구 단일화 제도는 하나의 사업 또는 사업장에 2개 이상의 노동조합이 병존하는 경우 야기될 수 있는 현실적인 문제, 즉 복수의 노동조합이 각각 독자적인 교섭권을 행사할 수 있도록 할 경우 발생할 수 있는 노동조합과 노동조합 상호 간의 반목 및 노동조합과 사용자 사이의 갈등, 동일한 사항에 대해 같은 내용의 교섭을 반복하는 데서 비롯되는 교섭 효율성의 저하와 교섭비용의 증가, 복수의 단체협약이 체결되는 경우 발생할 수 있는 노무 관리상의 어려움,

46) 노동조합법 부칙(제9930호, 2010. 1. 1.)은 교섭창구단일화제도에 대한 제29조의2 이하의 개정규정은 2011. 7. 1.부터 시행된다고 규정하면서(제1조), 다만 2009. 12. 31. 현재 하나의 사업 또는 사업장에 조직형태를 불문하고 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상 있는 경우에 해당 사업 또는 사업장에 대하여는 제29조 제2항·제3항·제4항, 제29조의2부터 제29조의5까지, 제41조 제1항 후단, 제89조 제2호의 개정규정은 2012년 7월 1일부터 적용한다고(제6조) 정하고 있다.



동일하거나 유사한 내용의 근로를 제공함에도 노동조합 소속에 따라 상이한 근로조건의 적용을 받는 데서 발생하는 불합리성 등의 문제를 효과적으로 해결하는 데 그 취지가 있다(헌법재판소 2012. 4. 24. 선고 2011헌마338 전원재판부 결정 참조).

위와 같은 교섭창구 단일화 제도의 취지 및 앞서 인정한 사실과 채택한 증거, 갑 제17, 을나 제7호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하면, 환경미화원만 별도의 교섭단위로 분리함으로써 달성되는 이익이 교섭창구 단일화 절차를 유지함으로써 달성되는 이익보다 더 크다고 볼 수 없다.

- ① 환경미화원과 참가인 소속 다른 직종의 공무원 근로자의 근로조건에 현격한 차이가 있다고 볼 수 없고, 고용형태에서도 별다른 차이가 존재하지 않으며, 교섭창구 단일화 제도가 도입된 이후 교섭단위를 분리하여 교섭한 관행도 존재하지 않는다는 점은 앞서 본 바와 같다.
- ② 환경미화원뿐만 아니라 일반사무 공무원, 공영버스 운전원, 청소버스 운전원 등은 모두 업무의 특성에 따라 근로조건이 조금씩 다르게 형성될 수밖에 없는데, 근로조건에 다소 간의 차이가 존재한다는 점만으로 교섭단위를 분리할 필요성을 인정할 경우, 사실상 개별교섭을 원하는 참가인 소속 공무원으로 구성된 모든 노동조합의 교섭단위가 분리될 수 있어 교섭창구 단일화 제도가 형해화될 가능성을 배제할 수 없다.
- ③ 현재 교섭대표노동조합인 전국공무직노동조합이 대표노조로 참가인과 교섭하는 과정에서 원고들 소속 근로자가 교섭위원으로 참여하여 환경미화원 직종의 근로조건 등에 관한 의견을 제시하고 의견을 수렴하는 방법으로 교섭창구 단일화 절차 안에서 원고들 소속 근로자들의 의견이 충분히 반영될 수 있을 것으로 보인다. 실제로 교섭대표노동조합이 2015. 4. 참가인과 2015년도 임금협약을 체결하는 과정에도 원고들의 대표자인 김○○, 부○○가 교섭위원으로 참여하였고 그 결과 통상임금의 범위, 근로수당, 퇴직금 등을 정함에 있어 원고들이 주장하는 환경미화원의 특성이 반영되어 임금이 결정된 것으로 보인다.

### 3. 결 론

그렇다면, 원고들의 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 제1심판결을 취소하고 원고들의 청구를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 이동원, 판사 윤정근, 판사 이인석

## 6. 공정대표의무

### 6.1 노조사무실 미제공 등 공정대표의무 위반의 불법행위 책임 인정

☞ 대법원 2018. 8. 30. 선고 2017다218642 판결★

#### » 요 지 «

- [1] 교섭창구 단일화 제도하에서 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합은 독자적으로 단체교섭권을 행사할 수 없으므로, 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라고 한다)은 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합을 보호하기 위해 사용자와 교섭대표노동조합에게 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원을 합리적 이유 없이 차별하지 못하도록 공정대표의무를 부과하고 있다(제29조의4 제1항). 공정대표의무는 헌법이 보장하는 단체교섭권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하기 위한 제도적 장치로 기능하고, 교섭대표노동조합과 사용자가 체결한 단체협약의 효력이 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에게도 미치는 것을 정당화하는 근거가 된다.

이러한 공정대표의무의 취지와 기능 등에 비추어 보면, 공정대표의무는 단체교섭의 과정이나 그 결과물인 단체협약의 내용뿐만 아니라 단체협약의 이행과정에서도 준수되어야 한다고 봄이 타당하다. 또한 교섭대표노동조합이나 사용자가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합 또는 그 조합원을 차별한 것으로 인정되는 경우, 그와 같은 차별에 합리적인 이유가 있다는 점은 교섭대표노동조합이나 사용자에게 주장·증명책임이 있다.

- [2] 노동조합의 존립과 발전에 필요한 일상적인 업무가 이루어지는 공간으로서 노동조합 사무실이 가지는 중요성을 고려하면, 사용자가 단체협약 등에 따라 교섭대표노동조합에 상시적으로 사용할 수 있는 노동조합 사무실을 제공한 이상, 특별한 사정이 없는 한 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에도 반드시 일률적이거나 비례적이지는 않더라도 상시적으로 사용할 수 있는 일정한 공간을 노동조합 사무실로 제공하여야 한다고 봄이 타당하다. 이와 달리 교섭대표노동조합에는 노동조합 사무실을 제공하면서 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에는 물리적 한계나 비용 부담 등을 이유로 노동조합 사무실을 전혀 제공하지 않거나 일시적으로 회사 시설을 사용할 수 있는 기회를 부여하였다고 하여 차별에 합리적인 이유가 있다고 볼 수 없다.

\* 원고, 피상고인 : 전국공공운수사회서비스노동조합

\* 피고, 상 고 인 : ○○교통운수 주식회사 외 6인

\* 원심판결 : 대전고법 2017. 2. 16. 선고 2016나16038 판결

## » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 피고들이 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 상고이유 제1점에 관하여

가. 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노동조합법’이라고 한다) 규정에 의하면, 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있고(제5조), 노동조합은 조합원을 위하여 사용자에게 단체교섭을 요구할 수 있으나(제29조 제1항), 하나의 사업 또는 사업장 단위에서 노동조합이 그 조직형태와 관계없이 2개 이상 병존하는 경우 각 노동조합은 원칙적으로 교섭창구 단일화 절차에 따라 교섭대표노동조합을 정하여 사용자에게 단체교섭을 요구하여야 한다(제29조의2 제1항 본문). 노동조합법이 이처럼 복수 노동조합에 대한 교섭창구 단일화 제도를 도입하여 단체교섭 절차를 일원화하도록 한 것은, 복수 노동조합이 독자적인 단체교섭권을 행사할 경우 발생할 수도 있는 노동조합 간 혹은 노동조합과 사용자 간 반목·갈등, 단체교섭의 효율성 저하 및 비용 증가 등의 문제점을 효과적으로 해결함으로써, 효율적이고 안정적인 단체교섭 체계를 구축하는 데에 그 주된 취지 내지 목적이 있다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2016두36956 판결).

교섭창구 단일화 제도하에서 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합은 독자적으로 단체교섭권을 행사할 수 없으므로, 노동조합법은 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합을 보호하기 위해 사용자와 교섭대표노동조합에게 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원을 합리적 이유 없이 차별하지 못하도록 공정대표의무를 부과하고 있다(제29조의4 제1항). 공정대표의무는 헌법이 보장하는 단체교섭권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하기 위한 제도적 장치로 기능하고, 교섭대표 노동조합과 사용자가 체결한 단체협약의 효력이 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에게도 미치는 것을 정당화하는 근거가 된다.

이러한 공정대표의무의 취지와 기능 등에 비추어 보면, 공정대표의무는 단체교섭의 과정이나 그 결과물인 단체협약의 내용뿐만 아니라 단체협약의 이행과정에서도 준수되어야 한다고 봄이 타당하다. 또한 교섭대표노동조합이나 사용자가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합 또는 그 조합원을 차별한 것으로 인정되는 경우, 그와 같은 차별에 합리적인 이유가 있다는 점은 교섭대표노동조합이나 사용자에게 그 주장·증명책임이 있다.

한편 노동조합의 존립과 발전에 필요한 일상적인 업무가 이루어지는 공간으로서 노동조합 사무실이 가지는 중요성을 고려하면, 사용자가 단체협약 등에 따라 교섭대표 노동조합에게 상시적으로 사용할 수 있는 노동조합 사무실을 제공한 이상, 특별한 사정이 없는 한 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에게도 반드시 일률적이

거나 비례적이지는 않더라도 상시적으로 사용할 수 있는 일정한 공간을 노동조합 사무실로 제공하여야 한다고 봄이 타당하다. 이와 달리 교섭대표노동조합에게는 노동조합 사무실을 제공하면서 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에게는 물리적 한계나 비용 부담 등을 이유로 노동조합 사무실을 전혀 제공하지 않거나 일시적으로 회사 시설을 사용할 수 있는 기회를 부여하였다고 하여 차별에 합리적인 이유가 있다고 볼 수 없다.

나. 원심은, 교섭대표노동조합과 사용자인 피고들이 2013. 12. 23.자 합의와 2014. 6. 24.자 합의를 통해 교섭대표노동조합에게만 노동조합 사무실을 제공하기로 합의한 것은 합리적 이유 없이 교섭대표노동조합과 다른 노동조합을 차별한 것으로서 공정대표의무 위반에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 공정대표의무에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 관하여

원심은, 피고들이 교섭창구 단일화가 이루어진 이후에도 교섭대표노동조합에게만 근로시간 면제를 인정하면서 원고에게는 이를 인정하지 않았고, 원고가 2014. 5. 30.자 합의 이전부터 근로시간 면제를 인정해 줄 것을 요구하였음에도 피고들이 2014. 5. 30.자 합의를 체결하면서 원고의 근로시간 면제에 관하여 아무런 조치를 취하지 않은 것은 합리적인 이유 없이 원고를 차별한 것이어서 공정대표의무 위반에 해당한다고 판단하였다.

앞에서 본 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단에 상고이유 주장과 같이 공정대표의무에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 3. 상고이유 제3점에 관하여

원심은, 피고들의 공정대표의무 위반 행위로 인해 원고가 무형의 손해를 입었으므로, 피고들은 원고에게 불법행위에 기한 손해배상으로서 판시 위자료를 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

관련 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단에 상고이유 주장과 같이 불법행위 및 위자료 산정 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 4. 결 론

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

대법관 김선수(재판장), 권순일, 이기택(주심), 박정화



## 6.2 노조사무실 미제공의 공정대표의무 위반 인정

☞ 대법원 2018. 9. 13. 선고 2017두40655 판결

### » 요 지 «

- [1] 공정대표의무는 단체교섭의 과정이나 내용, 단체협약의 이행과정에서도 준수되어야 하고, 차별에 합리적인 이유가 있다는 점은 교섭대표노동조합이나 사용자에게 그 주장·증명 책임이 있다.
- [2] 사용자가 단체협약 등에 따라 교섭대표노동조합에게 상시적으로 사용할 수 있는 노동조합 사무실을 제공한 이상, 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에게도 상시적으로 사용할 수 있는 일정한 공간을 노동조합 사무실로 제공하여야 한다<sup>47)</sup>.

\* 원고(선정당사자), 피상고인 : ○○○○노동조합

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 1. A 주식회사

2. 주식회사 B

3. C 주식회사

4. 주식회사 D

5. E 주식회사

6. ○○○○노동조합연맹

\* 원 심 판 결 : 대전고법 2017. 3. 23. 선고 2016누13005 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인들이, 나머지는 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라고 한다)에 의하면, 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있고(제5조 본문), 노동조합은 조합원을 위하여 사용자에게 단체교섭을 요구할 수 있으나(제29조 제1항), 하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 노동조합이 2개 이상 병존하는 경우 각 노동조합은 원칙적으로 교섭창구 단일화 절차에 따라 교섭대표노동조합을 정하여 사용자에게 단체교섭을 요구하여야 한다(제29조의2 제1항 본문). 노동조합법이 이처럼 복수 노동조합에

47) 발제자가 정리한 것임

대한 교섭창구 단일화 제도를 도입하여 단체교섭 절차를 일원화하도록 한 것은, 복수 노동조합이 독자적인 단체교섭권을 행사할 경우 발생할 수도 있는 노동조합 간 혹은 노동조합과 사용자 간 반목과 갈등, 단체교섭의 효율성 저하 및 비용 증가 등의 문제점을 효과적으로 해결함으로써 효율적이고 안정적인 단체교섭 체계를 구축하는 데에 그 주된 취지 내지 목적이 있다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2016두36956 판결 참조).

교섭창구 단일화 제도 하에서 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합은 독자적으로 단체교섭권을 행사할 수 없으므로, 노동조합법은 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합을 보호하기 위해 사용자와 교섭대표노동조합에게 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원을 합리적 이유 없이 차별하지 못하도록 공정대표의무를 부과하고 있다(제29조의4 제1항). 공정대표의무는 헌법이 보장하는 단체교섭권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하기 위한 제도적 장치로 기능함과 아울러, 교섭대표노동조합과 사용자가 체결한 단체협약의 효력이 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에게 미치는 것을 정당화하는 근거가 된다.

이러한 공정대표의무의 취지와 기능 등에 비추어 보면, 공정대표의무는 단체교섭의 과정이나 그 결과물인 단체협약의 내용뿐만 아니라 단체협약의 이행과정에서도 준수되어야 한다고 봄이 타당하다. 또한 교섭대표노동조합이나 사용자가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합 또는 그 조합원을 차별한 것으로 인정되는 경우, 그와 같은 차별에 합리적인 이유가 있다는 점은 교섭대표노동조합이나 사용자에게 그 주장·증명책임이 있다.

한편 노동조합의 존립과 발전에 필요한 일상적인 업무가 이루어지는 공간으로서 노동조합 사무실이 가지는 중요성을 고려하면, 사용자가 단체협약 등에 따라 교섭대표노동조합에게 상시적으로 사용할 수 있는 노동조합 사무실을 제공한 이상, 특별한 사정이 없는 한 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에게도 반드시 일률적이거나 비례적이지는 않더라도 상시적으로 사용할 수 있는 일정한 공간을 노동조합 사무실로 제공하여야 한다고 봄이 타당하다. 이와 달리 교섭대표노동조합에게는 노동조합 사무실을 제공하면서 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에게는 물리적 한계나 비용 부담 등을 이유로 노동조합 사무실을 전혀 제공하지 않거나 일시적으로 회사 시설을 사용할 수 있는 기회만을 부여하였다면, 이는 차별에 합리적인 이유가 있는 것으로 볼 수 없다.

2. 원심은 그 판시와 같은 사정들을 들어 교섭대표노동조합과 피고보조참가인인 사용자들이 교섭대표노동조합에게만 노동조합 사무실을 제공하는 것을 내용으로 하여 체결한 단체협약 조항은 공정대표의무 위반이라고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 따라 살펴보면 원심의 이러한 판단은 정당하다. 거기에 공정대표의무에 관한 법리를 오해하거나, 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 심리를 다하지 아니한 잘못이 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인들이, 나머지는 패소자가 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 민유숙(재판장), 조희대(주심), 김재형, 이동원

## 참고 문헌

### 【참고 서적】

- 김근주 · 김기선 편, 노동판례리뷰 2017, 한국노동연구원, 2018.
- 김기선 · 김근주 · 박제성 편, 노동판례리뷰 2016, 한국노동연구원, 2017.
- 김수복, 근로기준법(개정5판), 중앙경제, 2018.
- 김수복, 채용에서 퇴직까지 법률지식(제25판), 중앙경제, 2018.
- 김형배, 새로 쓴 노동법(제25판), 박영사, 2016.
- 김형배 · 박지순, 노동법강의(제6판), 신조사, 2017.
- 고용노동부, 차별시정 판정 · 판결 사례집, 2017.
- 노동법실무연구회, 근로기준법 주해 I, II, III, 박영사, 2010.
- 서울지방노동위원회, 주제별 노동판례 200선, 2017.
- 이수영 · 임무송 · 최선애 · 양성필 · 부종식, 노동법 실무(전면 개정판), 중앙경제, 2019.
- 임종률 편저, 노동법(제16판), 박영사, 2018.
- 중앙노동위원회, 분기별 주요 노동판례, 각 분기.
- 중앙노동위원회, 주요 판례 100선, 2011.
- 중앙노동위원회, 주제별 판례 분석집, 2016.
- 중앙노동위원회, 주제별 판례 분석집(개정판), 2017.
- 최영우, 개별 노동법 실무(제5판), 중앙경제, 2017.
- 하갑래, 근로기준법(제30판), 중앙경제, 2018.
- 하갑래, 집단적 노동관계법(제5판), 중앙경제, 2018.
- 한국노동법학회, 노동판례100선, 박영사, 2014.

### 【홈페이지】

- 인터넷 대한민국법원 종합법률정보([glaw.scourt.go.kr](http://glaw.scourt.go.kr))
- 법제처 국가법령정보센터([www.law.go.kr](http://www.law.go.kr))
- 이레이버([www.elabor.co.kr](http://www.elabor.co.kr))
- 로앤비([www.lawnb.com](http://www.lawnb.com))





## 이 책을 만든 사람들

---

### 중앙노동위원회

박 준 성	중앙노동위원회	위원장
이 수 영	중앙노동위원회	사무처장
김 왕	중앙노동위원회	상임위원
장 근 섭	중앙노동위원회	前 조정심판국장
김 효 순	중앙노동위원회	조정심판국장
한 용 호	중앙노동위원회	前 심판2과장
박 정 웅	중앙노동위원회	심판2과장
김 윤 혜	중앙노동위원회	법무지원과장
김 재 훈	중앙노동위원회	교섭대표결정과 조사관
변 성 영	중앙노동위원회	심판1과 전문위원
김 원 영	중앙노동위원회	심판2과 조사관

### 지방노동위원회

강 선 희	경기지방노동위원회	상임위원
나 기 형	충남지방노동위원회	사무국장
박 은 규	전남지방노동위원회	사무국장
김 성 권	경북지방노동위원회	사무국장
김 성 민	경남지방노동위원회	사무국장

### 자문위원

유 성 재	중앙노동위원회	공익위원
권 오 성	경기지방노동위원회	공익위원
김 기 선	서울지방노동위원회	공익위원
박 은 정	경남지방노동위원회	공익위원

---

## 주제별 노동판례 330선

---

초판 인쇄	2019년 10월 인쇄
초판 발행	2019년 10월 발행
발행처	중앙노동위원회
주소	세종특별자치시 한누리대로 422, 정부세종청사 11동
편집	심판2과(044-202-8265)
인쇄	동명기획(044-868-7542)

---