

---

---

# 주제별 노동판례 200선

---

---

◆ 노동위원회 심판사건 ◆

2017. 7.

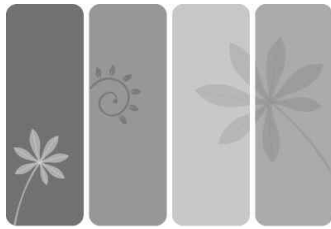


서울지방노동위원회



「주제별 노동판례 200선」은 노동위원회 심판 사건과 관련된 주요 판례를 모은 것으로 노동위원회 위원들의 심문과 판정, 조사관들의 조사 보고서와 판정서 작성 등에 도움을 주기 위해 발간했습니다.





# 주요 목차

## 제1부 당사자와 구제이익

제1장 근로자 .....	3
1. 총괄 .....	3
2. 임원과 소사장의 근로자성 판단 .....	13
3. 직업 특성별 판단 .....	36
4. 노동조합법상 근로자성 판단 .....	113
제2장 사용자 .....	121
제3장 구제이익 등 .....	135

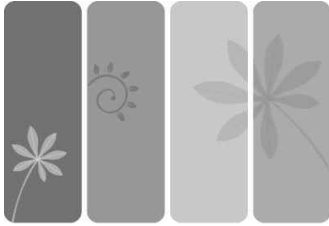
## 제2부 개별적 근로관계

제1장 총론 .....	157
제2장 채용내정 .....	164
제3장 시용과 수습 .....	182
제4장 인사발령 .....	196
1. 대기발령과 직위해제 .....	196
2. 전직과 전보 .....	231
3. 전직 .....	260
제5장 기업 변동 .....	283
1. 사업양도와 근로관계의 승계 .....	283
2. 기업변동 관련 쟁점 .....	311

제6장 징계 .....	337
1. 징계 사유 .....	337
2. 징계 양정 .....	351
3. 징계 절차 .....	363
4. 징계 유형 등 .....	402
제7장 해고 .....	409
1. 해고의 의의 .....	409
2. 정리해고 .....	423
3. 해고절차의 정당성 .....	473
4. 기타 .....	483
제8장 근로계약 기간 만료 .....	498
제9장 기타 근로관계 종료 .....	556
제10장 도급과 파견 계약 등에서의 근로관계 .....	573
제11장 비정규직 차별시정 .....	632
1. 차별적 처우와 시정 신청기간 .....	632
2. 차별적 처우의 판단 .....	645
3. 비교 대상 근로자 판단 .....	654

### 제3부      집단적 노사관계

제1장 부당노동행위 .....	671
1. 총괄 .....	671
2. 불이익 취급 .....	681
3. 지배·개입 .....	707
4. 유니온숍과 부당노동행위 .....	729
5. 기타 .....	734
제2장 교섭창구 단일화 절차 등 .....	740



# 세부 목차

## 제1부 당사자와 구제이익

제1장 근로자 .....	3
1. 총괄 .....	3
1 근로기준법상 근로자성 판단기준 .....	3
☞ 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736	
2 근로자성 결정에서 ‘상당한 지휘·감독’에 대한 새로운 판단 .....	9
☞ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2013다 77805	
2. 임원과 소사장의 근로자성 판단 .....	13
<1> 임원의 근로자성 .....	13
1 등기임원의 근로자성 .....	13
☞ 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다 64681	
2 비등기임원의 근로자성 .....	18
☞ 대법원 2013. 6. 27. 선고 2010다 57459	
3 대표이사의 근로자성 .....	21
☞ 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다98720	
4 등기임원의 근로자성 .....	26
☞ 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다 28813	
<2> 소사장의 근로자성 .....	30
☞ 대법원 2016. 5. 26. 선고 2014도12141	
3. 직업 특성별 판단 .....	36
<1> 교육 종사자 .....	36
1 대학 시간강사의 근로자성 .....	36
☞ 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025	

<b>2</b> 초·중등학생 대상 영어학원 원어민 강사의 근로자성 .....	39
☞ 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다88161	
<b>3</b> 학습지 교사의 근로자성 .....	51
☞ 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다39136	
<2> 차량운전원 .....	53
<b>1</b> 학원버스기사의 근로자성 .....	53
☞ 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다62749	
☞ 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012두16442	
<b>2</b> 화물운송 지입차주의 근로자성 .....	60
☞ 대법원 2013. 4. 26. 선고 2012도5385	
☞ 대법원 2013. 7. 11. 선고 2012다57040	
<3> 판매종사자 .....	67
<b>1</b> 백화점 판매직원의 근로자성 .....	67
☞ 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146	
<b>2</b> 야쿠르트 위탁판매원의 근로자성 .....	72
☞ 대법원 2016. 8. 24. 선고 2015다253986	
<4> 채권추심원 .....	
☞ 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252891 .....	74
☞ 대법원 2015. 7. 9. 선고 2012다20550	
☞ 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566	
<5> 텔레마케터 .....	86
☞ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29890	
<6> 방송종사자 .....	91
<b>1</b> 영상취재요원 .....	91
☞ 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10754	
<b>2</b> 방송제작 PD .....	94
☞ 대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두19390	
<7> 재봉공(객공) .....	96
☞ 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다51417	



<8> 취업자격이 없는 외국인 근로자 .....	99
☞ 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995	
<9> 골프장 경기보조원(캐디) .....	104
☞ 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804	
<10> 도급제 사원 .....	111
☞ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2011다1880	
4. 노동조합법상 근로자성 판단 .....	113
<b>1</b> 해직된 교원의 조합원 자격 범위 .....	113
☞ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2012도10066	
<b>2</b> 골프장 캐디의 노동조합법상 근로자성 .....	116
☞ 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731	
<b>3</b> 일시적 실업상태에 있는 자 및 구직자의 노동조합법상 근로자성 .....	119
☞ 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568	
제2장 사용자 .....	121
<b>1</b> 사업경영담당자의 의미 .....	121
☞ 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도1199	
<b>2</b> 사용자의 이익대표자 .....	124
☞ 대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두13873	
<b>3</b> 사업주를 위하여 행위하는 자 .....	127
☞ 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673	
<b>4</b> 국가와 하부기관, 행정관청과 시설 등의 사용자성 .....	130
☞ 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40935	
<b>5</b> 독립적인 하부기관의 사용자성 .....	132
☞ 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007다7973	
제3장 구제이익 등 .....	135
<b>1</b> 해고 후 복직된 경우 구제이익 .....	135
☞ 대법원 2002. 2. 8. 선고 2000두7186	
<b>2</b> 민사소송에서 근로자 패소 판결이 확정된 경우 구제이익 .....	137
☞ 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15964	

<b>3</b> 근로계약 기간 만료 시 임금상당액 부분의 별도 구제이익 .....	142
☞ 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012두4036	
<b>4</b> 해고근로자의 중간수입 공제 .....	143
☞ 대법원 1991. 6. 28. 선고 90다카25277	
<b>5</b> 노동위원회 구제명령과 민사소송의 관계 .....	151
☞ 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006다49901	

## 제2부      개별적 근로관계

제1장 총론 .....	157
<b>1</b> 근로관계 관행 .....	157
☞ 대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다50701	
<b>2</b> 노동법과 신의성실의 원칙 .....	161
☞ 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다9092	
제2장 채용내정 .....	164
<b>1</b> 채용내정 합의의 법적 성질 .....	164
☞ 대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다25910	
<b>2</b> 긴박한 경영상의 필요로 인한 채용내정 취소 .....	169
☞ 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다51476	
<b>3</b> 채용조건 미달로 인한 채용내정 취소 .....	173
☞ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다5170	
제3장 시용과 수습 .....	182
<b>1</b> 시용의 해고 요건 .....	182
☞ 대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432	
<b>2</b> 시용 후 본채용 거부 시 해고의 서면통지 요건 .....	185
☞ 대법원 2015. 11. 27. 선고 2015두48136	
<b>3</b> 수습 운전기사의 운전경력증명서 미제출에 따른 해고 .....	187
☞ 대법원 2005. 7. 15. 선고 2003다50580	
<b>4</b> 시용기간의 길이 .....	193
☞ 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다30473	

제4장 인사발령 .....	196
1. 대기발령과 직위해제 .....	196
<1> 대기발령의 의의 .....	196
<b>1</b> 대기발령과 휴직 .....	196
☞ 대법원 2013. 10. 11. 선고 2012다12870	
<b>2</b> 대기발령과 직권면직 .....	202
☞ 대법원 2007. 9. 21. 선고 2006다25240	
<2> 대기발령과 직위해제 .....	204
<b>1</b> 대기발령과 직위해제 .....	204
☞ 대법원 2007. 2. 23. 선고 2005다3991	
<b>2</b> 직위해제의 법적 성질과 정당성 판단 .....	207
☞ 대법원 2007. 5. 13. 선고 2007두1460	
<3> 대기발령의 정당성 판단 .....	211
<b>1</b> 휴직명령의 정당성 .....	211
☞ 대법원 2005. 2. 18. 선고 2003다63029	
<b>2</b> 불성실한 근무태도로 인한 대기발령의 정당성 .....	217
☞ 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8210	
<4> 대기발령의 절차적 정당성 판단 등 .....	222
<b>1</b> 대기발령의 절차 .....	222
☞ 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다64833	
<b>2</b> 근로자와 협의를 거치지 않은 대기발령 .....	226
☞ 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011	
<b>3</b> 대기발령 실효 시 구제이익 .....	229
☞ 대법원 2010. 7. 29. 선고 2007두18406	
2. 전직과 전보 .....	231
<1> 전직처분의 정당성 판단 .....	231
<b>1</b> 전직 처분의 권리남용 판단 기준 .....	231
☞ 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다46969	

<b>2</b> 사고자와 징계자의 업무 추진역 발령의 정당성 .....	235
☞ 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010두20447	
<b>3</b> 명예퇴직 불응자의 업무 추진역 발령의 정당성 .....	238
☞ 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157	
<2> 인원선택의 합리성 판단 .....	241
☞ 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041	
☞ 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963	
<3> 생활상 불이익 등 판단 .....	248
<b>1</b> 전직 처분에 따른 생활상 불이익 판단 .....	248
☞ 대법원 1995. 10. 13. 선고 94다52928	
<b>2</b> 전직 처분에 업무상 필요성과 생활상 불이익 비교 교량 .....	252
☞ 대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165	
<b>3</b> 전직 처분의 신의칙상 요구되는 협의절차 이행 여부 .....	255
☞ 대법원 1998. 12. 22. 선고 97누5435	
☞ 대법원 1994. 2. 8. 선고 92다893	
3. 전직 .....	260
<1> 전직의 의의 .....	260
<b>1</b> 전직과 근로관계 .....	260
☞ 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다17575	
☞ 대법원 1996. 5. 10. 선고 95다42270	
<b>2</b> 기업분할 방식의 전직 .....	268
☞ 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두4282	
<2> 전직과 근로자 동의 절차 .....	271
☞ 대법원 2006. 1. 12. 선고 2005두9873	
☞ 대법원 1993. 1. 26. 선고 92다11695	
☞ 대법원 1993. 1. 26. 선고 92누82001	
제5장 기업 변동 .....	283
1. 사업양도와 근로관계의 승계 .....	283
<b>1</b> 사업양도와 근로관계의 승계 .....	283

☞ 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다602	
☞ 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455	
☞ 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680	
<b>2</b> 영업양도와 근로관계의 포괄승계 여부 .....	303
☞ 대법원 2005. 3. 25. 선고 2003다39644	
☞ 대법원 2002. 5. 14. 선고 2001두6579	
☞ 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다41659	
2. 기업변동 관련 쟁점 .....	311
<b>1</b> 사업양도와 계속 근로기간 .....	311
☞ 대법원 2001. 11. 13. 선고 2000다18608	
<b>2</b> 행정기관 내부의 업무처리 방침에 의한 업무이관의 법률 효과 .....	315
☞ 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51017	
<b>3</b> 부실금융기관에 대한 계약 이전 결정 .....	319
☞ 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002다23826	
<b>4</b> 합병에 따른 근로관계 승계의 법률효과 .....	322
☞ 대법원 2001. 4. 24. 선고 99다9370	
<b>5</b> 기업변동과 취업규칙의 승계 .....	326
☞ 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32522, 32539	
<b>6</b> 기업변동과 단체협약의 승계 .....	331
☞ 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다23185	
제6장 징계 .....	337
1. 징계 사유 .....	337
<b>1</b> 징계권의 근거로서 취업규칙의 규범성 인정 .....	337
☞ 대법원 2000. 9. 29. 선고 99두10902	
<b>2</b> 경력사칭 .....	340
☞ 대법원 2012. 7. 5. 선고 2009두16763	
<b>3</b> 근무성적 불량 .....	344
☞ 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다카25420	
<b>4</b> 경업금지 약정의 효력 인정범위 .....	347
☞ 대법원 2016. 11. 21. 선고 2015다221903	

2. 징계 양정 .....	351
<b>1</b> 징계 양정의 기준 .....	351
☞ 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두40616	
<b>2</b> 직장내 성희롱으로 인한 해고의 징계양정 판단 .....	353
☞ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22498	
<b>3</b> 징계권의 남용 .....	359
☞ 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006다48069	
3. 징계 절차 .....	363
<b>1</b> 징계절차의 정당성 .....	363
☞ 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다70336	
☞ 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두18423	
☞ 대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077	
<b>2</b> 징계절차 위반에 의한 해고의 효력 .....	374
☞ 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다100919	
<b>3</b> 징계해고 절차와 해고기간 중의 임금 .....	378
☞ 대법원 1994. 10. 25. 선고 94다25889	
<b>4</b> 근로자 측 징계위원의 자격 .....	382
☞ 대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3351	
<b>5</b> 징계위원 기피신청 .....	386
☞ 대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두36126	
<b>6</b> 징계위원회 개최 통지 흠결의 효과 .....	389
☞ 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50263	
<b>7</b> 사전합의권 남용 .....	396
☞ 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007	
4. 징계 유형 등 .....	402
<b>1</b> 정직무효확인 소송에서의 확인의 이익 .....	402
☞ 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다36407	
<b>2</b> 퇴직급여의 감급 .....	404
☞ 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다29442	
<b>3</b> 징계시효의 정지와 완성 .....	406
☞ 대법원 1998. 6. 12. 선고 97누16084	

제7장 해고 .....	409
1. 해고의 의의 .....	409
<b>1</b> 근로계약 종료의 유형과 해고 .....	409
☞ 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92148	
☞ 대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210	
<b>2</b> 사업폐지를 위하여 행하는 통상해고 .....	417
☞ 대법원 2003. 4. 25. 선고 2003다7005	
<b>3</b> 직권면직의 법률 효과 .....	420
☞ 대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두10548	
2. 정리해고 .....	423
<1> 정리해고의 의의 .....	423
<b>1</b> 경영상 이유에 의한 해고 .....	423
☞ 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452	
<b>2</b> 고용안정협약에 반하여 이루어진 정리해고의 효과 .....	431
☞ 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20406	
<2> 긴박한 경영상 필요 판단 .....	433
<b>1</b> 별개 법인이 사실상 1개 단위로 운영된 경우 긴박한 경영상 필요 .....	433
☞ 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30580	
<b>2</b> 다년간 적자 누적의 경우 긴박한 경영상 필요성 .....	436
☞ 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13972	
<b>3</b> 흑자 기업의 일부 사업부문의 경영 악화 .....	440
☞ 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3629	
<b>4</b> 긴박한 경영상 필요성 판단의 기준 시점 .....	442
☞ 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60193	
<b>5</b> 복수의 사업부문에서 긴박한 경영상 필요 .....	446
☞ 대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두25873	
<3> 해고회피 노력의 충족 .....	450
☞ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다20875, 20882	
<4> 정리해고 대상자 선정 기준 .....	458
☞ 대법원 2012. 5. 24. 선고 2011두11310	

<5> 근로자대표와의 협의 .....	460
<b>1</b> 경영상 해고 시 협의 주체인 근로자대표의 의미 .....	460
☞ 대법원 2006. 1. 26. 선고 2003두69393	
<b>2</b> 정리해고 시 사전협의의 상대방 .....	464
☞ 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15964	
<b>3</b> 단체협약의 해고 사전 협의 조항의 효력 .....	469
☞ 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두8788	
3. 해고 절차의 정당성 .....	473
<b>1</b> 해고의 서면통지 .....	473
☞ 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324	
<b>2</b> 이메일에 의한 해고통지 .....	480
☞ 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두41401	
4. 기타 .....	483
<b>1</b> 인사과평가의 정당성 .....	483
☞ 대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다22195	
<b>2</b> 위장폐업과 불법행위 책임 .....	484
☞ 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다13282	
<b>3</b> 부당해고와 불법행위 구성 .....	489
☞ 대법원 1993. 10. 12. 선고 92다43586	
<b>4</b> 부당해고와 위자료 책임 .....	491
☞ 대법원 1999. 2. 23. 선고 98다12157	
<b>5</b> 사용자의 복직의무 불이행에 대한 근로자의 정신적 손해배상청구 .....	493
☞ 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다69385	
제8장 근로계약 기간 만료 .....	498
<1> 기간제 근로계약과 갱신기대권 .....	498
<b>1</b> 갱신기대권 인정 기준 .....	498
☞ 대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729	
☞ 대법원 2011. 10. 27. 선고 2010두17205	
<b>2</b> 갱신기대권 인정 .....	506
☞ 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8225	



<b>3</b> 갱신기대권 부정 .....	508
☞ 대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두28913	
<2> 근로계약 갱신거절의 합리적 사유 .....	510
<b>1</b> 합리적 사유 존재 .....	510
☞ 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두5374	
☞ 대법원 2014. 4. 10. 선고 2014두809	
<b>2</b> 합리적 사유 부존재 .....	521
☞ 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011두17745	
☞ 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765	
<3> 무기계약 근로자로의 전환과 기간의 형식화 .....	524
<b>1</b> 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환 .....	524
☞ 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765	
<b>2</b> 기간제 근로계약과 기간의 형식화 .....	529
☞ 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016다255910	
☞ 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005두2247	
<4> 기간제한의 예외 해당 여부 판단 .....	536
<b>1</b> 기간제 근로자 사용기간 제한 예외사유 해당 여부 .....	536
☞ 대법원 2016. 8. 18. 선고 2014다211053	
<b>2</b> 기간제예외자의 사용기간 산정 방식 .....	540
☞ 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다2672	
<b>3</b> 기간제 근로자의 계속 근로기간 판단 .....	542
☞ 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016두52385	
<b>4</b> 기간제법 사용기간 제한의 예외 사유에 해당되는 조교 해당 여부 .....	547
☞ 광주지방법원 2014. 11. 13. 선고 2014가합54221	
제9장 기타 근로관계 종료 .....	551
<b>1</b> 사직의 의사표시와 진의의 의미 .....	551
☞ 대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11458	
☞ 대법원 2000. 4. 25. 선고 99다34475	
<b>2</b> 합의해지에 의한 근로관계 종료 .....	558
☞ 대법원 2015. 8. 27. 선고 2015다211630	

<b>3</b> 강요에 의한 사직서 제출 .....	560
☞ 대법원 2006. 11. 26. 선고 2006다38270	
<b>4</b> 사직의 의사표시 철회 .....	563
☞ 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두8657	
<b>5</b> 용역계약의 해지와 당연퇴직 .....	566
☞ 대법원 2009. 2. 12. 선고 2007다62840	
제10장 도급과 파견 계약 등에서의 근로관계 .....	568
<1> 묵시적 근로계약 관계 .....	568
<b>1</b> 물류센터의 묵시적 근로계약 관계 인정 .....	568
☞ 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420	
<b>2</b> 대형할인매장 납품업체 직원의 근로관계 .....	571
☞ 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006도300	
<b>3</b> 조선소에서 묵시적 근로계약 관계 인정 .....	573
☞ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088	
<2> 직접고용의제에 의한 근로관계 .....	576
<b>1</b> 직접고용의제의 적용범위 .....	576
☞ 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320	
<b>2</b> ○○자동차 사내하도급 근로자의 직업고용의제 인정 .....	581
☞ 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436(아산공장)	
☞ 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076(울산공장)	
☞ 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367(울산공장)	
<b>3</b> ○○화학 사내하도급 근로자의 직접고용의제 인정 .....	591
☞ 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707	
<b>4</b> 직접고용의제 근로자의 근로조건 결정 .....	594
☞ 대법원 2016. 6. 23. 선고 2012다108139(○○타이어)	
☞ 대법원 2016. 3. 10. 선고 2012두9758(한국○○○)	
☞ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다74592(○○화학)	
<3> 직접고용의무와 근로관계 .....	603
<b>1</b> 불법파견에 따른 직접고용의무의 발생 .....	603
☞ 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965	

<b>2</b> 직접고용의무 불이행과 손해배상책임의 인정 .....	607
☞ 대법원 2016. 7. 22. 선고 2014다222794	
<4> 위·수탁 계약과 근로관계 .....	610
<b>1</b> 수탁업체 변경에 따른 고용승계와 사용자 지위 판단 .....	610
☞ 대법원 2013. 12. 12. 선고 2012두14323	
<b>2</b> 위탁관리업체 근로자에 대한 입주자대표회의 사용자성 부정 .....	616
☞ 대법원 1999. 7. 12. 선고 99마628	
<5> 공영기업 도급계약에서의 직접 근로관계 부정 .....	620
<b>1</b> 도급에서의 근로관계 부정 .....	620
☞ 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619	
<b>2</b> 여승무원 사건에서 원청의 사용자성 부정 .....	623
☞ 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316	
제11장 비정규직 차별시정 .....	627
1. 차별적 처우와 시정 신청기간 .....	627
<b>1</b> 차별적 처우의 금지 .....	627
☞ 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045	
<b>2</b> 기간제법상 차별적 처우의 의미 .....	631
☞ 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2132	
<b>3</b> 차별시정 신청기간과 계속되는 차별적 처우 .....	634
☞ 대법원 2011. 12. 22. 선고 2010두3237	
<b>4</b> 기간제 근로계약 만료 시 차별시정 신청 이익 .....	636
☞ 대법원 2016. 12. 1. 선고 2014두43288	
2. 차별적 처우의 판단 .....	640
<b>1</b> 장기근속수당 지급을 위한 근속기간 산정 .....	640
☞ 대법원 2014. 9. 24. 선고 2012두2207	
<b>2</b> 국가기관 근무 기간제근로자에 대한 차별적 처우 .....	643
☞ 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5391	
☞ 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두6592	

3. 비교 대상 근로자 판단 .....	649
<b>1</b> 비정규직 차별시정제도가 요구하는 비교대상 근로자의 의미 .....	649
☞ 서울고등법원 2016. 7. 8. 선고 2015누62561	
☞ 서울행정법원 2016. 7. 15. 선고 2016구합51450	
<b>2</b> 비정규직 연구직 근로자에 대한 차별시정에 있어서의 비교 대상자 .....	659
☞ 대전지방법원 2015. 5. 7. 선고 2014구합101520	

## 제3부      집단적 노사관계

제1장 부당노동행위 .....	666
1. 총괄 .....	666
<b>1</b> 부당노동행위 금지 규정의 법적 성격 .....	666
☞ 대법원 1993. 12. 21. 선고 93다11463	
<b>2</b> 부당노동행위의 주체 .....	669
☞ 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881	
<b>3</b> 노동조합법 제82조제2항의 계속하는 행위의 의미 .....	673
☞ 대법원 2014. 5. 29. 선고 2011두24040	
2. 불이익 취급 .....	676
<1> 불이익 취급의 판단 기준 .....	676
<b>1</b> 불이익취급과 부당노동행위 판단 기준 .....	676
☞ 대법원 1991. 4. 23. 선고 90누7685	
<b>2</b> 노동조합 활동의 판단 기준 .....	678
☞ 대법원 1999. 11. 9. 선고 99두4273	
<2> 불이익 취급의 형태 .....	681
<b>1</b> 징계처분의 불이익 취급 인정 .....	681
☞ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2013두13068	
<b>2</b> 승진 배제의 불이익 취급 불인정 .....	685
☞ 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두9754	
<b>3</b> 인사고과의 불이익 취급 불인정 .....	688
☞ 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007두25695	

4	향후 불이익한 대우를 하겠다는 의사표시의 불이익 취급 불인정 .....	690
☞	대법원 2004. 8. 30. 선고 2004도3891	
<3>	해고와 불이익 취급 .....	692
1	징계사유 존재 이유로 부당노동행위 불인정 .....	692
☞	대법원 1999. 8. 26. 선고 98두4672	
2	정당한 쟁의행위 한계를 벗어나 부당노동행위 불인정 .....	698
☞	대법원 1996. 7. 30. 선고 96누587	
3.	지배 · 개입 .....	702
1	사용자의 업무용 차량, 매점장소 제공행위와 부당노동행위 .....	702
☞	대법원 2016. 4. 15. 선고 2013두11789	
2	근로시간면제자에 대한 과도한 급여지급 .....	706
☞	대법원 2016. 4. 2. 선고 2014두11137	
3	사용자의 운영비 지급과 부당노동행위 .....	709
☞	대법원 2016. 1. 28. 선고 2012두12457	
4	사용자의 언론의 자유와 지배 · 개입 .....	712
☞	대법원 2013. 1. 10. 선고 2011도15497	
☞	대법원 1998. 5. 22. 선고 97누8076	
5	사용자의 자동차 제공행위와 부당노동행위 .....	719
☞	대법원 2016. 1. 18. 선고 2013다72046	
b	조합비 공제 거부와 지배 · 개입 .....	722
☞	대법원 1997. 5. 7. 선고 96누2057	
4.	유니온숍과 부당노동행위 .....	724
1	유니온숍 위반이 부당노동행위에 해당하는지 여부 .....	724
☞	대법원 1998. 3. 24. 선고 96누16070	
2	유니온숍 협정의 효력과 조합가입의 자격 및 절차의 제한 .....	727
☞	대법원 1996. 10. 29. 선고 96다28899	
5.	기타 .....	729
1	단체교섭 거부와 손해배상 .....	729
☞	대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다11070	

2 기업외 청산과정과 근로관계 ..... 731  
☞ 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003두902

제2장 교섭창구 단일화 절차 등 ..... 735

1 과반수 노동조합에 대한 이의결정 재심결정 취소 ..... 735  
☞ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2013두19370

2 교섭대표노동조합지위 확인 ..... 737  
☞ 대법원 2016. 2. 18. 선고 2014다11550

3 교섭대표노동조합 결정일의 해석 ..... 740  
☞ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다84643, 84650

4 연기자노조의 교섭단위분리 신청 자격 인정 ..... 743  
☞ 서울고등법원 2015. 1. 22. 선고 2013누50946

[판례 선정 참고서적] ..... 752

[법령 약칭] 노동조합 및 노동관계조정법 → 노동조합법

# 제 1 부

## 당사자와 구제이익





## 제1부

## 당사자와 구제이익

## 제1장 근로자

## 1. 총괄

## 1 근로기준법상 근로자성 판단기준

☞ 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결

## » 요 지 «

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.
2. 대학입시학원 종합반 강사들의 출근시간과 강의시간 및 강의장소의 지정, 사실상 다른 사업장에 대한 노무 제공 가능성의 제한, 강의 외 부수 업무 수행 등에 관한 사정과 그들이 시간당 일정액에 정해진 강의시간수를 곱한 금액을 보수로 지급받았을 뿐 수강생수와 이에 따른 학원의 수입 증감이 보수에 영향을 미치지 아니하였다는 사정 등에 비추어 볼 때 위 강사들이 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 하면서, 비록 그들이 학원측과 매년 '강의용역제공계약'이라는 이름의 계약서를 작성하였고 일반 직원들에게 적용되는 취업규칙 등의 적용을 받지 않았으며 보수에 고정급이 없고 부가가치세법상 사업자등록을 하고 근로소득세가 아닌 사업소득세를 원천징수당하였으며 지역의료보험에 가입하였다고 하더라도 위 강사들의 근로자성을 부정할 수 없다고 한 사례.

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

\* 원고(상고인) / ○○○

\* 피고(피상고인) / ○○○

\* 판결선고 / 2006.12.7.

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

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 부산고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

#### 1. 상고이유 제1점에 대하여

##### 가. 원고들이 근로자인지 여부

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 위에서 말하는 종속적인 관계가

있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 1994. 12. 9. 94다 22859 판결 등 참조). 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은, 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안된다.

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

- ① 원고들은 1985년 내지 1991년부터 1999년 12월 내지 2001년 2월까지 피고가 운영하는 학원의 종합반 강사로서 수강생을 대상으로 강의해 왔고, 원고들 중 ○○○, ○○○, ○○○는 그 기간 중 한 두 해 내지 5년 가량을 제외하고는 학급 담임을 맡아 왔다.
- ② 원고들은 매년 2월 중순부터 대입 수학능력시험일이 있는 11월까지 아침 9시부터 저녁 7시까지 이어지는 10교시의 강의시간 중 하루에 4~5교시, 1개월에 100시간~110 시간의 강의를 하고 시간당 28,000원 내지 30,000원으로 계산된 월 300만 원 정도의 강사료를 받았고, 수학능력시험이 끝난 후 다음 해 2월의 개강 전까지는 강의를 하지 않고 강사료도 받지 않았으며, 다만 국어 강의를 맡은 원고 ○○○는 11월 20일경부터 12월 말까지 대학별 논술 시험에 대비한 논술 강의를 하고 이에 따른 강사료를 받았다.
- ③ 위 학원의 일과는 대략 08:30에 열리는 교직원 조례부터 시작되는데, 원고들 중 학급 담임을 맡은 강사는 08:00까지 학원에 나와 수강생들의 아침 자습과 방송 수업을 감독하다 08:30 교직원 조례에 참석하고 담임을 맡지 않은 강사는 그날 자신이 할 첫강의 시작 전까지 학원에 나와 맡은 강의의 마지막 시간인 오후 5시 내지 7시까지 강의를 하고 퇴근하였고, 담임을 맡은 원고들은 순번을 정하여 한달에 몇 차례 수강생들의 저녁 자습을 감독한 후 퇴근하였다.
- ④ 원고들은 강의가 없는 자유시간에는 대부분 다음 강의에 대비한 휴식이나 교재 연구 등에 시간을 쓰게 되므로 학원을 떠나 다른 곳에 강의를 나간다는 것은 사실상 불가능하였고, 다만 특정 요일 오전이나 오후에 강의가 없도록 조정하는 것은 가능하였다.
- ⑤ 피고 학원에서 강의할 교재는, 강사들이 복수의 교재를 학원측에 추천하면 학원측이 그 중 하나를 선택하여 사용하도록 하였다.
- ⑥ 담임을 맡은 강사들의 경우, 자신들이 맡은 강의 외에 아침 교직원 조례 등에서 전달받은 단순 사무와 행정적인 일로서 아침 자습과 방송 수업 감독, 저녁 자습 감독, 수강생 조례 주제, 전달 사항 통보, 등록금 통지서·모의고사 성적표 배부, 수강생들의 외출증·

조퇴증의 작성·발급, 결석·지각·조퇴·외출 학생 학부모 통보, 개별 상담, 모의고사 시험 감독, 수능 시험 후 대학 지원 상황 파악·보고, 합격자 현황 파악·보고 등 그때그때 학원측에서 필요하다고 인정하여 담임 강사들에게 맡긴 업무를 처리하였고, 이와 같은 담임 업무 수행에 대한 대가로 월 30만원의 담임 수당을 지급받았다. 그리고 담임을 맡지 않은 강사(원고 ○○○)라도 필요에 따라 모의고사 시험 감독 등의 업무가 부과되었다.

- ⑦ 원고들은 위 학원에서 처음 강사로 일할 때에는 특별히 문서로 된 계약서를 작성하지 않았고 근로소득세를 납부하였으며 위 학원이 사업장으로 된 직장의료보험에 가입하였는데, 1994년 초부터 학원측은 방침을 바꾸어 매년 강사들과 강의용역제공계약이라는 이름의 계약서를 작성하였고, 강사들로 하여금 부가가치세법상 사업자등록을 하게 하고 직장의료보험 대신 지역의료보험에 가입하게 하였으며, 강사들의 보수에 대하여 근로소득세 대신 사업소득세를 원천징수하였다.

위에서 본 출근 시간과 강의시간 및 강의 장소의 지정, 사실상 다른 사업장에 대한 노무 제공 가능성의 제한, 강의 외 부수 업무 수행 등의 사정에다가, 시간당 일정액에 정해진 강의시간수를 곱한 금액을 보수로 지급받았을 뿐 수강생수와 이에 따른 학원의 수입 증감이 보수에 영향을 미치지 아니한 사정 등을 종합하여 보면, 원고들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다. 그리고 비록 기록상 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 원·피고 사이에 매년 ‘강의용역제공계약서’라는 이름의 계약서가 작성되었고, 그 계약서에는 수강생 인원이 10명 미만인 경우 강의용역 제공을 거부할 수 있고 다른 학원에 강의를 나가더라도 학원측이 이의를 제기하지 못하도록 되어 있으며, 일반 직원들에게 적용되는 취업규칙·복무(인사)규정·징계 규정 등의 적용을 받지 않았고 보수에 고정급이 없으며 부가가치세법상 사업자등록을 하고 근로소득세가 아닌 사업소득세를 원천징수당하였으며 직장의료보험이 아닌 지역의료보험에 가입한 사정이 있다 하더라도, 이러한 사정들은 실질적인 노무 제공 실태와 부합하지 않는 계약서 문언에 불과하거나 사용자인 피고가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정에 불과하여 원고들의 근로자성을 뒤집는 사정이라고 보기에는 부족하다.

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

#### 나. 원고들의 계속 근로 여부

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

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

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

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

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

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

### 3. 결론

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

대법관 양승태(재판장) 고현철 김지형 전수안(주심)

## 2 근로자성 결정에서 ‘상당한 지휘·감독’에 대한 새로운 판단

☞ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2013다77805 판결

### » 요 지 «

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

원고, 상고인 원고 (소송대리인 변호사 안성일)

피고, 피상고인 한전산업개발 주식회사 (소송대리인 법무법인 서울제일 담당변호사 최재근)

원심판결 춘천지방법원 강릉지원 2013. 9. 3. 선고 2013나1171 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 춘천지방법원 강릉지원 합의부에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 노무제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 노무제공자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을

스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 아니한다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 아니 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조).

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

- 가. 피고는 한국전력공사(이하 '한국전력'이라 한다)로부터 전기계량기 검침, 전기요금 관련 청구서 등의 송달, 전기요금 체납 고객에 대한 해지시공(단전) 및 재공급(송전) 등의 업무를 위탁받은 회사로서, 근로계약을 체결한 정규 직원들뿐만 아니라 위탁계약을 체결한 위탁원들에게도 이러한 위탁받은 업무를 처리하게 하였다.
- 나. 검침업무를 담당한 위탁원들은 업무를 하는 날에 우선 피고의 해당 지점 사무실로 출근하여 한국전력의 검침단말기(PDA)를 수령한 후 외근을 나가 할당된 구역의 검침 대상 가구들 각각의 전기사용량을 검침단말기에 입력하였고, 검침을 모두 마치고 사무실로 복귀한 다음에는 현장에서 만나지 못한 전기사용량 과다·과소 고객에 대한 전화안내를 실시하고 이를 검침단말기에 입력한 후 검침단말기를 반납하였으며, 현장 검침과정에서는 고객 민원을 처리하는 업무 등을 하기도 하였다. 검침업무를 담당한 위탁원들은 당일 검침 기록을 토대로 전기사용량 과다·과소의 원인과 그에 대한 조치 등이 담긴 '심사대상 고객 내역'을 작성하여 피고에게 제출하고 퇴근하였는데, '심사대상 고객 내역'에는 피고의 정규직원인 담당, 대리, 소장이 순차적으로 결재하였다. 그들은 1일 20고객 만나기 운동에 따른 고객 만남, 전기사용량 과다·과소 고객에 대한 면담 및 안내, 전기수요자의 명의 변경, 전기용도 변경, 계량 관련 중계사항(계량기 부동, 역회전, 계기낙하 등) 처리, 가로등 검침, 보안등 현황 파악 등 부수업무도 수행하였다.
- 다. 송달업무를 담당한 위탁원들은 업무를 하는 날에 우선 피고의 해당 지점 사무실로 출근하여 할당된 구역의 전기요금청구서와 자동이체영수증 등을 수령하여 정리한 후, 외근을 나가 전기요금청구서와 자동이체영수증 등을 해당 구역의 고객들에게 직접 송달하고 현장에서의 민원을 처리하기도 하였고, 외근을 마친 후에는 사무실로 복귀하여 현장에서 만나지 못한 해지예고 고객에 대한 전화 안내를 실시하고 고객면담 내용을 정리하여 피고에게 제출할 자료를 작성하였다. 송달업무를 담당한 위탁원들은 당일 업무수행 결과를 정리한 송달일보를 작성하여 피고에게 제출하고 퇴근하였는데, 송달일보에는 피고의 정규직원인 담당, 대리가 순차적으로 결재하였다. 그들도 위와 같은 1일 20고객 만나기 운동에 따른 고객 만남, 해지예고서 발행 고객에 대한 면담 및 안내, 고객 관련 중계사항(전화번호 변경, 명의 변경, 상호 변경, 주소 변경 등) 처리 등 부수업무를 수행하였다. 한편 위탁원들은 같은 업무를 담당하는 정규 직원과 구분 없이 전화민원 담당 당번제에 따라 당번을 서기도 하였다.



- 라. 피고는 위탁계약을 체결하면서 검침, 송달, 단전 업무 중 하나를 맡겼고, 다시 위탁계약을 체결할 때에는 업무를 변경하기도 하였으며, 피고는 대체로 위탁원이나 정규직 직원의 구분 없이 담당구역을 배정하였다.
- 마. 한국전력은 검침이나 송달 등 업무의 내용과 방법, 위탁원들에 대한 교육에 관한 사항을 정한 '검침 및 송달 세부시행지침', '해지시공 및 재공급 세부시행지침'을 제정한 후 피고로 하여금 이를 실시하게 하였고, 위탁원들은 이와 같은 지침에 따라 업무를 수행하였다. 그리고 피고는 위탁원들의 위촉, 해촉, 업무수행방법, 평가 등을 별도로 규정한 '위탁원 관리지침'을 두었고, 위탁원들의 업무처리방법 및 그 절차 등을 상세히 정한 '영업업무처리지침'을 제정하여 시행하였다.
- 바. 피고는 재위탁대상자를 선정하기 위하여 '위탁원 관리지침'에 따라 매년 위탁원들의 기본 자질과 업무실적을 평가하였고, 그 평가 결과 70점 미만인 경우에는 해촉, 74점 이하인 경우에는 업무정지, 79점 미만인 경우에는 업무량 조정 등의 조치를 하였다. 그리고 피고는 '영업업무처리지침'을 위반한 위탁원들에게 그 위반사항을 지적하고 관련 교육 철저 등의 지시를 내리거나, 위반사항을 확인하고 반성하는 내용의 확인서를 제출받기도 하였다. 피고는 위탁원들에 대하여 고객응대업무 평가를 포함한 직무능력 평가를 시행하고 고객만족도 조사 등을 통하여 그 근무태도를 평가하기도 하였다.
- 사. 한편 위탁원들은 자신의 업무를 정규직 직원이나 다른 위탁원이 아닌 제3자에게 수행하도록 재위탁할 수 없었다.
3. 이와 같은 사실관계를 종합하여 보면 다음과 같은 사정을 알 수 있다. 즉 ① 피고는 한국전력으로부터 전기계량기 검침, 전기요금 관련 청구서 등의 송달 등의 업무를 위탁받아 이를 그대로 위탁원들에게 위탁한 것이어서 그들이 담당한 검침과 송달 등의 업무는 피고의 사업에서 핵심적이고 중요한 업무라 할 수 있으므로, 피고로서는 적절한 업무수행을 보장하기 위하여 위탁원들의 업무에 대하여 상당한 지휘·감독을 하고자 하는 유인이 크다고 할 수 있다. 실제 위탁원들이 피고로부터 업무를 배정받은 후 검침과 송달 등의 업무를 수행한 과정 등에 비추어 보면 피고가 위탁계약에 따라 제공받는 노무의 품질 등이 일정한 수준에 맞도록 요구하는 방법으로 위탁계약에 기하여 위탁원들의 업무에 대하여 일반적이고 추상적인 지시 등을 하는 것에서 더 나아가 상당한 지휘·감독을 하였을 가능성이 있다. ② 아울러 검침과 송달 등의 업무를 담당한 위탁원들의 예상 업무량은 그들의 담당구역이 지정되어 있는 이상 그 담당구역에 거주하는 전기수용가구의 수에 따라 정해지고 위탁원들이 업무를 하는 날 피고로부터 직접 검침이나 송달을 할 고객을 배정받았으므로, 위탁원들은 스스로의 노력으로 고객을 유치하여 검침이나 송달 업무의 양을 늘림으로써 그 수입의 규모를 확대할 수 없는 상황이었고, 이에 따라 위탁원들이 독립하여 자신들의 계산으로 사업을 영위하거나 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등의 위험을 스스로 안고 있었다고 보기도 어렵다. ③ 또한 위탁원들이 하는 검침이나 송달 등의 업무가 전문성을 요하는 분야에 해당한다고 보기 어려울뿐더러 그들이 피고 외의 다른 사업자로부터 검침이나 송달 등의 업무를 위탁받아 이를 수행할 수도 없었고 그 업무를 정규직 직원이나 다른 위탁원이 아닌 제3자에게 수행하도록 재위탁할 수 없었으므로, 이러한 측면에서도 위탁원들이 독립하여 자신들의 계산으로 그 업무를 사업으로 영위하거나

그 사업으로 인한 수익과 손실의 위험을 스스로 부담할 수 없었다.

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

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

대법관 조희대(재판장) 신영철 이상훈(주심) 김창석

## 2. 임원과 소사장의 근로자성 판단

### <1> 임원의 근로자성

#### 1 등기임원의 근로자성

☞ 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결

#### » 요 지 «

1. 상법상 이사와 감사는 주주총회의 선임 결의를 거쳐 임명하고 그 등기를 하여야 하며, 이사와 감사의 법정 권한은 위와 같이 적법하게 선임된 이사와 감사만이 행사할 수 있을 뿐이고 그러한 선임절차를 거치지 아니한 채 다만 회사로부터 이사라는 직함을 형식적·명목적으로 부여받은 것에 불과한 자는 상법상 이사로서의 직무권한을 행사할 수 없다.
2. 주식회사의 이사, 감사 등 임원은 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받고 있는 것이므로, 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하고 소정의 임금을 받는 고용관계에 있는 것이 아니며, 따라서 일정한 보수를 받는 경우에도 이를 근로기준법 소정의 임금이라 할 수 없고, 회사의 규정에 의하여 이사 등 임원에게 퇴직금을 지급하는 경우에도 그 퇴직금은 근로기준법 소정의 퇴직금이 아니라 재직중의 직무집행에 대한 대가로 지급되는 보수에 불과하다.
3. 근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이므로, 회사의 이사 또는 감사 등 임원이라고 하더라도 그 지위 또는 명칭이 형식적·명목적인 것이고 실제로는 매일 출근하여 업무집행권을 갖는 대표이사나 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있거나 또는 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상의 근로자에 해당한다.

[참조조문] 상법 제312조, 제317조 제2항, 제382조, 제412조/ 근로기준법 제18조, 제34조/  
근로기준법 제14조, 제17조

[참조판례] 대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카2268 판결(공 1988, 1023), 대법원 2001. 2. 23.  
선고 2000다61312 판결(공 2001상, 751)/ 대법원 1992. 5. 12. 선고 91누11490  
판결(공 1992, 1894), 대법원 1997. 12. 23. 선고 97다44393 판결, 대법원 2000. 9.  
8. 선고 2000다22591 판결(공 2000하, 2096)

\* 원고, 상고인 / 예×회 외 2인 (소송대리인 법무법인 세영 담당변호사 전하은 외 4인)

\* 피고, 피상고인 / 정리회사 주식회사 ○○의 관리인 김정호의 소송수계인 정리회사 주식회사 ○○의 관리인 양종석 (소송대리인 변호사 이민수)

\* 원심판결 / 대구고등법원 2002. 10. 11. 선고 2001나9596 판결

» 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 대구고등법원에 환송한다.

» 이 유 «

1. 원심 판단

가. 원심의 사실인정

- (1) 주식회사 ○○(이하 '○○'라 한다)는 1997.말 현재 16개의 계열회사로 구성되어 있고 자산총액이 2,085,400,000,000원 가량인 ○○그룹의 모회사로서 대구지방법원으로부터 1998.8.17. 회사정리절차개시결정을, 1999.7.13. 정리에확인가결정을 받았다.
- (2) ○○의 정관과 '임원처우에 관한 규정'은 ① 직위상 회장, 부회장, 사장, 부사장, 전무이사, 상무이사, 이사, 이사대우 및 감사로 상근인 자를 임원으로 하고, ② 주주총회 의결을 거친 임원(법인등기부에 등재되는 임원이다. 이하 '등기임원'이라 한다)의 선임 및 해임의 인사권은 대표이사가 행하고, 주주총회의 의결을 거치지 않은 임원(법인등기부에 등재되지 않는 임원이다. 이하 '비등기임원'이라 한다)의 인사권은 이사회 결의에 의하여 대표이사가 행하며, ③ 효과적인 업무추진을 위하여 임원의 담당업무를 분장할 수 있고, 담당업무는 업무위촉에 의한다고 규정하고 있다.
- (3) ① 원고 예×회는 1989.12.1. ○○의 비등기임원인 재무담당 상무이사로 입사하여 자금관리를 담당하다가 1995.2.28. 주주총회의 의결을 거친 등기임원인 이사가 되었고 1998.3.28. 이사에서 퇴임함과 동시에 감사로 취임하였다가 1998.5.9. 퇴직하였다(법인등기부에는 1998.12.24. 퇴직한 것으로 기재되어 있다). ② 원고 이희진은 1991.8.16. ○○의 비등기임원인 기술담당 이사로 입사하여 그 때부터 대구지역 토목담당 이사 및 상무이사로 근무하다가 1998.6.24. 퇴직하였다. ③ 원고 박성동은 1989.1.4. ○○의 부장으로 입사하여 근무하다가 1993.1.3. 및 1994.1.3. 비등기임원인 기술담당 이사대우 및 이사로 각 승진하여 대구지역 공사담당 이사(대구지역현장PM)로 근무하다가 1998.6.24. 퇴직하였다.
- (4) ○○의 '임원처우에 관한 규정'은 ① 임원의 보수 총액은 주주총회에서 정하고, ② 임원의 퇴직금은 별도의 임원 퇴직금 지급규정에 의하여 지급한다고 규정하고, '임원 퇴직금 지급규정'은 임원의 퇴직금에 대하여, ① 등기 또는 비등기를 불문한 상근임원의 퇴직금은 퇴임 당시의 최종직위 평균보수월액에 회장·부회장은 근속기간(이사대우 승진일로부터 퇴임발령일까지의 기간) 1년에 4개월분, 사장·부사장·전무이사는 근속기간 1년에 3개월분, 상무이사·이사·이사대우·감사는 근속기간 1년에 2개월분의 지급률을 곱하여 산정하고, ② 퇴직금은 퇴직일로부터 1개월 이내에 지급함을 원칙으로 한다고 규정하고 있다.
- (5) ○○의 '퇴직금 지급규정'은 직원의 퇴직금에 대하여, ① 퇴직 당시의 평균임금에 근속연수(입사일부터 퇴직발령일까지의 기간)를 곱하여 산정하고, ② 퇴직금은 퇴직일로부터

터 14일 이내에 지급함을 원칙으로 하며, ③ 직원이 임원으로 선임되는 경우에는 퇴직으로 간주하고 퇴직금을 지급한다고 규정하고 있다.

- (6) 정리회사 ○○의 관리인은 회사정리계획안을 작성하면서 원고들을 포함한 임직원 555명의 1999.7.13. 현재 미지급 퇴직금을 공익채권으로 분류하는 한편 당사자들과 협의를 거쳐 준비연도인 1999.과 제1차 연도인 2000.에 그 1/2씩 분할하여 변제하기로 노력한다는 내용을 명시하였고, 그 정리계획안은 1999.7.13. 대구지방법원의 인가결정으로 확정되었다.

#### 나. 원심의 판단

원심은, 원고들이 명목상으로는 ○○의 임원인 이사 또는 감사의 지위에 있었지만 실질적으로는 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 제공하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받는 고용관계에 있었던 것에 불과하였으므로 근로기준법상의 근로자이고, 따라서 원고들의 퇴직금 채권은 회사정리법상의 공익채권에 해당하므로, 피고는 정리회사의 '임원 퇴직금지급 규정'에 의하여 산정한 퇴직금을 원고들에게 지급할 의무가 있다는 원고들의 주장에 대하여, 그 내세운 증거들에 의하여, 원고들은 ○○로부터 효과적인 업무추진을 위하여 분장된 일정한 업무를 위촉받아 그 업무의 담당임원으로서 임원회의에 참석하는 등 재량과 권한을 가지고 업무수행을 해 온 사실, ○○의 등기임원과 비등기임원 사이에는 업무수행권한과 보수 등 처우에 관하여 아무런 차별도 없었던 사실을 인정하고 나서, 이에 반하는 증거들을 배척한 다음, 위 인정 사실에 원고들이 ○○의 비등기 또는 등기임원으로 선임된 경위, ○○의 자산규모, 일반직원이 임원으로 선임되는 경우에는 퇴직으로 간주하여 퇴직금을 지급하도록 하고 있고, 임원의 퇴직금 지급률과 그 지급시기가 일반 직원의 그것과 다른 점 등의 사정을 종합하여 보면, 원고들의 업무 내용이 사용자에 의하여 정하여지고 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받았다고 볼 수 없을 뿐 아니라 원고들이 받은 보수 역시 근로 자체에 대한 대상적 성격을 가진 것은 아니므로, 원고들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공한 근로자라고는 할 수 없다는 이유로, 원고들이 근로기준법 소정의 근로자임을 전제로 하는 원고들의 위 주장을 배척하였다.

## 2. 이 법원의 판단

가. 그러나 ○○의 등기임원과 비등기임원 사이에 업무수행권한에 아무런 차이가 없다고 한 원심의 사실인정과 이에 기하여 원고들이 근로기준법 소정의 근로자가 아니라고 한 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

나. 상법상 이사와 감사는 주주총회의 선임 결의를 거쳐 임명하고(상법 제382조 제1항, 제409조 제1항) 그 등기를 하여야 하며, 이사와 감사의 법정 권한은 위와 같이 적법하게 선임된 이사와 감사만이 행사할 수 있을 뿐이고 그러한 선임절차를 거치지 아니한 채 다만 회사로부터 이사라는 직함을 형식적·명목적으로 부여받은 것에 불과한 자는 상법상 이사로서의 직무권한을 행사할 수 없다 할 것인데, 원심이 확정된 사실관계에 의하면, ○○의 등기임원은 상법의 선임요건을 갖춘 이사 또는 감사에 해당하고 비등기임원은 형식적·명목적으로 명칭만을 부여받은 이사임이 명백하므로, ○○의 등기임원과 비등기임원 사이에 있어서 업무수행권한의 차이가 없다고 단정할 수 없다.

한편 기록에 의하면, ○○는 임원을 그 직위에 따라 회장, 부회장, 사장, 부사장, 전무이사, 상무이사, 이사, 이사대우 및 감사로 상근인 자 등으로 구분하고, 이들을 상법상 이사, 감사의 선임요건을 갖춘 등기임원과 상법상 선임요건을 갖추지 못한 비등기임원으로 나누고 있는 사실, 위 등기임원과 비등기임원은 그 임금과 퇴직금 지급에 있어서 일반직원과 달리 구별하여 동등한 대우를 받고 있는 사실, 그러나 ○○의 정관은 등기된 이사에 한하여 그 임기를 3년으로 제한하면서, 대표이사에 임용될 자격, 대표이사를 보좌하고 이사회에서 정하는 바에 따라 회사의 업무를 분장 집행하며 대표이사의 유고시에는 그 직무를 대행할 권한, 이사회의 구성원으로서 회사업무의 중요사항 결의에 참여할 권한을 부여하고 있으나 비등기임원의 업무분장에 관하여는 아무런 규정을 두지 않아 등기임원과 비등기임원에 관하여 그 임기, 업무내용과 권한 등에 있어서 달리 취급하고 있는 사실(기록 132, 133쪽 참조)을 인정할 수 있는바, 위 인정 사실에 의하면, ○○는 등기임원과 비등기임원 사이에 그 퇴직금과 보수에 관하여 동등한 처우를 하고 있기는 하나, 상법상 이사회에 참석하여 회사의 업무에 관한 중요한 사항의 결의에 참여할 권한 등은 등기임원에게만 이를 부여함으로써 등기임원과 비등기임원 사이에 업무수행권한에 있어서 명백히 구별하고 있음을 알 수 있다.

그렇다면 ○○의 등기임원과 비등기임원 사이에 업무수행권한에 있어서 아무런 차별이 없다고 한 원심의 사실인정 및 판단은 위와 같은 상법상 이사의 직무권한에 관한 법리를 오해함과 동시에 채증법칙에 위반하여 사실오인의 위법을 저지른 것이다.

- 다. 주식회사의 이사, 감사 등 임원은 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받고 있는 것이므로, 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하고 소정의 임금을 받는 고용관계에 있는 것이 아니며, 따라서 일정한 보수를 받는 경우에도 이를 근로기준법 소정의 임금이라 할 수 없고, 회사의 규정에 의하여 이사 등 임원에게 퇴직금을 지급하는 경우에도 그 퇴직금은 근로기준법 소정의 퇴직금이 아니라 재직중의 직무집행에 대한 대가로 지급되는 보수에 불과하다(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다61312 판결 등 참조). 그러나 근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이므로, 회사의 이사 또는 감사 등 임원이라고 하더라도 그 지위 또는 명칭이 형식적·명목적인 것이고 실제로는 매일 출근하여 업무집행권을 갖는 대표이사나 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있다거나 또는 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상의 근로자에 해당한다 할 것이다(대법원 1997. 12. 23. 선고 97다44393 판결, 2000. 9. 8. 선고 2000다22591 판결 등 참조).

원심이 확정된 사실관계에 의하면, 원고 예×회는 비등기이사로 입사하여 재무담당 상무로서 자금관리를 담당하였고 등기이사로 선임된 후에도 위와 같은 내용의 직무를 수행하였으며 그 이후 퇴직일까지는 감사로 선임되어 한 달 남짓 근무한 사실, 원고 이희진은 비등기임원으로서 대구지역 토목담당 이사 및 상무이사로, 원고 박성동은 역시 비등기임원으로서 대구지역 공사담당 이사로 각 근무한 사실, 한편 원고들은 위와 같이 ○

○의 임원으로 근무하면서 매월 정액의 월급여와 상여금을 지급받은 사실, ○○의 임원 중 회장은 대주주인 장×흥이었고, 회장과 부회장이 ○○의 대표이사로서 회사의 업무집행권 및 대표권을 가지고 있었던 사실을 인정할 수 있는바, 앞서 본 바와 같은 ○○의 비등기임원의 지위, 상법상 이사와 명목상의 이사와의 업무수행권한의 차이 등과 함께 위 인정 사실을 종합하여 보면, (1) 우선 원고 예×회의 경우 비등기이사로 근무한 기간과 원고 이회진, 박성동의 전 근무기간 동안에 원고들의 이사 또는 이사대우라는 지위는 상법상의 이사와 같은 위임관계가 아니라 형식적·명목적인 것으로서 실제로는 이사 또는 이사대우라는 직함을 가지고 회장 등 대표이사의 지휘·감독하에 각자 담당한 회사의 업무를 처리하고 이에 대한 대가로 일정한 보수를 지급받는 관계에 있었던 것으로 보이고, (2) 한편, 원고 예×회가 등기이사와 감사로 선임되어 근무한 기간 동안에 원고 예×회는 ○○로부터 상법상의 이사 또는 감사로서의 일정한 사무처리 위임을 받고 있었던 것으로서 특별한 사정이 없는 한 사용자의 지휘·감독 아래에 일정한 근로를 제공하고 소정의 임금을 받는 고용관계가 아니라고 할 것이나, 기록에 의하면, 원고 예×회는, 그가 등기이사와 감사로 선임된 이후에도 이사 또는 감사로서의 직무 이외에 대표이사 등의 지시에 따라 일정한 노무를 담당하면서 그 대가로 보수를 지급받아 왔다고 주장하는 한편, ○○의 정관은 비등기이사와 등기이사에 대하여 같은 임원으로서 그 보수에 있어서 동일한 처우를 하고 있고 이에 따라 원고 예×회는 비등기이사에서 등기이사를 거쳐 감사로 선임된 이후에도 회사에서의 지위에 별다른 변동이 없이 정액의 보수를 지급받았음을 알 수 있는바, 사정이 이와 같다면, 원고 예×회가 비등기이사에서 등기이사 및 감사로 선임된 이후에도 상법상 이사, 감사로서의 위임사무 외에 종래에 담당하고 있던 업무를 대표이사와의 사용종속관계하에서 계속 유지하고 있었다고 볼 여지가 있으므로(위 원고의 감사로서의 재임기간은 한 달 남짓에 불과하다), 원심으로서 원고 예×회가 등기이사와 감사로 선임된 기간에도 과연 종래와 같은 회사 업무를 담당하고 있었는지, 이에 관하여 대표이사와의 사용종속관계가 있었는지, 이러한 노무에 대한 대가로 보수가 지급된 것인지 등 근로자의 인정에 전제가 되는 간접사실에 대하여 구체적으로 심리하여 원고 예×회가 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단하여야 할 것이다.

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

3. 그러므로 나머지 상고이유에 대하여 판단할 필요 없이 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 유지담(재판장) 조무제 이규홍 손지열(주심)

## 2 비등기임원의 근로자성

☞ 대법원 2013. 6. 27. 선고 2010다57459 판결

### » 요 지 «

1. 회사의 이사 또는 감사 등 임원이라고 하더라도 그 지위 또는 명칭이 형식적·명목적인 것이고 실제로는 매일 출근하여 업무집행권을 갖는 대표이사나 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있다거나 또는 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상의 근로자에 해당한다.
2. 형식상 전무라는 고위 직함을 가지고 회사의 업무 전반을 처리함에 있어 사실상 다소 큰 권한을 행사하였다 하더라도, 실질적인 경영자의 구체적·개별적인 지휘·감독 하에 근로를 제공하였고 경영성이나 업무성적 또는 위임사무 처리에 따른 것이 아니라 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받았다면 근로기준법상 근로자에 해당한다.

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

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

#### 1. 상고이유 제1점에 대하여

근로기준법의 적용을 받는 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어서 근로자가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기서 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받는지 여부, 업무 수행 과정에서 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 보수가 근로 자체의 대상적(對償的) 성격을 갖고 있는지 여부와 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성의 유무와 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고(대법원 2005. 5. 27. 선고 2005두524 판결, 대법원 2007. 5. 31. 선고 2006다78466 판결 등 참조), 전체적으로 보아 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였다고 인정되는 이상, 근로자에 대한 위 여러 징표 중 일부 사정이 결여되었거나 다른 지위를 아울러 가지고 있다고 하여도 그러한 사유만으로 근로기준법상 근로자가 아니라고 할 수는 없다고 할 것이며(대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도11087 판결 등 참조), 한편 회사의 이사 또는 감사 등 임원이라고 하더라도 그 지위 또는 명칭이 형식적·명목적인 것이고 실제로는 매일 출근하여 업무집행권을 갖는 대표이사나 사용자의 지휘·감독



아래 일정한 근로를 제공하면서 그 대가로 보수를 받는 관계에 있다거나 또는 회사로부터 위임받은 사무를 처리하는 외에 대표이사 등의 지휘·감독 아래 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받아 왔다면 그러한 임원은 근로기준법상의 근로자에 해당한다 할 것이다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결 참조).

원심이 그 채용 증거들을 종합하여 인정한 그 판시의 사실관계에 의하면, ① 원고는 피고 회사에 전무라는 직함으로 근무할 당시 피고 회사의 자금 관련 업무를 주로 담당하였고, 피고 회사의 등기 임원이 아니었던 점, ② 피고 회사가 속한 ○○그룹의 소외 1 회장은 계열회사들을 순환출자방식으로 지배하며 그룹 전반의 경영을 총괄하면서 피고 회사의 1인 주주이자 실 소유자로서 피고 회사에 대해 구체적인 경영사항에 관하여 원고로부터 일일이 보고를 받고 필요한 지시를 내리는 등 실질적인 경영권을 행사해 온 점, ③ 원고는 피고 회사의 경영에 관한 최종 의사결정권자인 소외 1 또는 소외 1의 비서실 직원에게 피고 회사의 경영에 관한 보고를 하거나 요청을 하였고, 2007. 1.경부터는 소외 1의 지시에 따라 소외 1이 개인적으로 운영하는 ○○○라는 일식 음식점의 경영에 관한 업무도 담당하였으며, 그에 따른 보고를 하였고, 이에 따라 필요한 경우 위 비서실 등을 통하여 소외 1로부터 피고 회사 또는 ○○○의 운영에 관한 업무 지시를 받은 점, ④ 피고 회사가 원고에게 월 급여를 지급할 때 근로소득세 등을 원천징수하였고, 원고가 퇴직한 후 피고 회사는 세무서에 원고의 퇴직금을 4,250만 원으로 산정하여 신고하였던 점, ⑤ 피고 회사의 등기 임원으로는 대표이사 소외 2, 이사 소외 3, 4, 감사 소외 5 등이 있었던 점 등을 알 수 있는바, 이러한 사정과 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고와 피고 회사와의 관계는 아직 상법상의 이사에 해당하는 수준의 위임관계에 이르지 못하는 것이고, 비록 원고가 형식상 전무라는 고위 직함을 가지고 피고 회사의 업무 전반을 처리함에 있어 사실상 다소 큰 권한을 행사하고 있었다 하여도 이는 등기 임원과 동등한 지위 및 권한을 부여받은 것이 아니라 ○○그룹의 총수이며 피고 회사의 경영에 관한 최종 의사결정권자인 소외 1의 강한 신임을 바탕으로 그의 구체적·개별적인 지휘·감독하에 근로를 제공하고, 경영성파나 업무성적에 따른 것이 아니라 근로 자체의 대상적 성격으로 보수를 지급받은 것에 지나지 않으며, 특히 회사로부터의 위임사무 처리 이외에 일정한 노무를 담당하고 그 대가로 일정한 보수를 지급받은 이상, 그 실질에 있어 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에 게 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자에 해당할 뿐이라 할 것이다.

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

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

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

### 3. 결론

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

대법관 양창수(재판장) 박병대 고영한(주심) 김창석

### 3 대표이사의 근로자성

☞ 대법원 2014. 5. 29. 선고 2012다98720 판결

#### » 요 지 «

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

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 원고가 근로기준법상의 근로자라는 상고이유에 대하여

가. 주식회사의 대표이사는 대외적으로는 회사를 대표하고 대내적으로는 회사의 업무를 집행할 권한을 가지므로, 대표이사로서의 지위가 형식적·명목적인 것에 불과하여 실제 경영자로부터 구체적·개별적인 지휘·감독을 받아 근로를 제공하고 근로 자체의 대상적 성격으로 보수를 지급받았음에 그쳤다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 근로기준법상의 근로자에 해당하지 아니한다(대법원 2009. 8. 20. 선고 2009두1440 판결 등 참조).

나. 원심은 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고는 피고의 대표이사로서 대외적으로 피고를 대표하고 대내적으로 피고의 업무를 집행하였으며, 일부 업무에 관하여 피고의 최대주주이자 다국적 기업인 ○○○○○○ ○○○○(○○○ ○○○○○○○○, 이하 통상적인 명칭에 따라 ‘○○○○ 인터내셔널’이라고 한다)의 홍콩·한국·중국·싱가포르 지사장 또는 아시아 운영위원회에 보고를 하거나 그로부터 승인을 받기는 하였지만, 이는 ○○○○ ○ 인터내셔널이 피고를 비롯한 여러 현지 법인들에 대한 관리 및 운영의 효율성을 도

모하기 위하여 추상적이고 간접적인 지휘·감독을 한 데 불과하여, 위와 같은 사정 등만으로는 원고가 피고 또는 ○○○○ 인터내셔널 아시아 운영위원회의 구체적인 지휘·감독 아래 종속적인 근로를 제공하였다고 보기는 어려우므로, 원고는 근로기준법상의 근로자에 해당하지 않는다고 판단하였다.

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

## 2. 계약서에 따른 보수청구권이 있다는 상고이유에 대하여

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

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

- (1) 원고는 2007. 3. 19. ○○○○ 인터내셔널의 아시아·태평양 지역 인사담당책임자 소외 1 및 ○○○○ 인터내셔널의 홍콩·한국·중국·싱가포르 지사장이자 피고의 이사인 소외 2와 사이에, 원고를 피고의 대표이사로 임용한다는 내용의 계약서(이하 ‘이 사건 계약서’라 한다)를 작성하였다. 소외 1과 소외 2는 당시 피고의 대표이사이던 소외 3으로부터 대리권을 수여받아 피고를 대리하여 이 사건 계약서를 작성하였다.
- (2) 이 사건 계약서에는 피고 대표이사로서의 원고의 의무를 구체화·상세화한 내용과 함께, ① 원고에게 기본급 월 2,500만 원, 주택수당 월 1,100만 원, 팬텀 세어(Phantom Share, 피고의 자산가치 증가액에 연동하여 계산한 평가액을 지급하는 가공의 주식으로, 지급일 당시 재직함을 지급조건으로 한다)로 체어맨 세어(Chairman’s Share) 750주(평가액 지급예정일은 2009. 3. 10.)와 임플로이 인센티브 세어(Employee Incentive Share) 1,000주(평가액 지급예정일은 2010. 3. 10.)를 지급한다는 조항, ② 적용가능한 경우 피고는 퇴직금에 관하여 근로기준법이 정한 최저 기준을 충족시킬 것이라는 조항과 ③ 원고에게 연 23일의 연차유급휴가를 부여한다는 조항이 포함되어 있다. 그리고 이 사건 계약서가 원용하고 있는 피고의 취업규칙에는 계속근무연수 1년에 대하여 30일분의 평균임금을 퇴직금으로 지급한다는 조항이 있다.
- (3) 원고는 2007. 5. 8. 11:00 개최된 피고의 임시주주총회 결의로 피고의 이사로 선임되고, 같은 날 13:00 개최된 피고의 이사회 결의로 피고의 대표이사로 선임되었다.

- (4) 한편 피고의 정관 제29조는 “이사와 감사의 보수, 상여금, 기타 수당은 주주총회의 결의에 따라 지급한다. 이사와 감사에 대한 퇴직금의 지급은 주주총회의 결의에 의해 채택된 회사의 규정에 따라 이루어진다.”고 규정하고 있다.
- (5) 피고는 매년 정기주주총회에서 당해 회계연도에 적용될 이사와 감사의 보수 총액을 결정하는 결의를 하였으나, 주주총회의 결의로 취업규칙의 퇴직금 조항을 이사에 대한 퇴직금지급규정으로 채택하거나 따로 이사의 퇴직금지급규정을 마련하여 채택하지는 아니하였고, 연차휴가근로수당에 관하여도 따로 주주총회에서 그에 관한 결의를 하지 아니한 사실을 알 수 있다.

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

그리고 기록에 의하면 원고는 원심에서 피고가 1인 주주인 ○○○○ 인터내셔널의 결재·승인을 거쳐 관행적으로 이사에게 퇴직금을 지급하여 왔으므로 이사의 퇴직금에 대한 주주총회의 결의가 있었던 것으로 볼 수 있다는 주장을 하지 아니하였음을 알 수 있으므로, 원심이 그러한 관행이 있는지 여부에 관하여 심리를 하지 아니하였다고 하더라도 거기에 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없다.

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

### 3. 원고의 해임에 정당한 이유가 없다는 상고이유에 대하여

가. 상법 제385조 제1항에 의하면, 이사는 언제든지 주주총회의 특별결의로 해임할 수 있으나, 이사의 임기를 정한 경우에 정당한 이유 없이 그 임기만료 전에 이사를 해임한 때에는 그 이사는 회사에 대하여 해임으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다. 여기에서 ‘정당한 이유’란 주주와 이사 사이에 불화 등 단순히 주관적인 신뢰관계가 상실된 것만

으로는 부족하고, 이사가 법령이나 정관에 위배된 행위를 하였거나 정신적·육체적으로 경영자로서의 직무를 감당하기 현저하게 곤란한 경우, 회사의 중요한 사업계획 수립이나 그 추진에 실패함으로써 경영능력에 대한 근본적인 신뢰관계가 상실된 경우 등과 같이 당해 이사가 경영자로서 업무를 집행하는 데 장애가 될 객관적 상황이 발생한 경우라야 할 것이다(대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다25611 판결 등 참조).

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

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

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

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

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

#### 4. 처분권주의를 위반하였다는 상고이유에 대하여

원고는 2012. 4. 26.자 준비서면에서 대표이사 및 이사의 직에서 모두 해임된 경우 그 해임으로 인한 손해액을 산정할 때에는 해임 전에 받았던 보수 전액을 기준으로 하여야 하고 대표이사로서의 보수와 이사로서의 보수를 나누는 것은 부당하다고 주장하였는데, 위 주장 속에

는 원고가 대표이사로서 받은 보수 상당액도 손해배상으로 구한다는 취지가 포함되어 있다고 볼 수 있다.

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

## 5. 결론

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

대법관 신영철(재판장) 이상훈 김용덕(주심) 김소영

#### 4 등기임원의 근로자성

☞ 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다28813 판결

#### » 요 지 «

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

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

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

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

\* 원고, 피상고인 겸 상고인 : A

\* 피고, 상고인 겸 피상고인 : 주식회사 B

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

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.



## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

## 1. 피고의 상고이유에 대하여

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

한편 상법상 주식회사의 이사는 주주총회의 선임 결의를 거쳐 임명되고(상법 제382조제1항), 그 등기를 하여야 한다. 이러한 절차에 따라 적법하게 선임된 이사만이 이사회 구성원으로서 회사의 업무집행의 의사결정에 참여하는 등 상법에서 정한 권한을 행사할 수 있고, 이러한 주식회사의 이사는 회사로부터 일정한 사무처리의 위임을 받고 있다(상법 제382조제2항). 따라서 이사가 상법상 정하여진 이사로서의 업무를 실질적으로 수행하는 한편 회사의 경영을 위한 업무를 함께 담당하는 경우에, 그 담당하고 있는 전체 사무의 실질이 사용자의 지휘·감독 아래 일정한 근로를 제공하는 것에 그치지 아니한다면, 그 이사는 위임받은 사무를 처리하는 것으로 볼 수 있다(대법원 1992. 12. 22. 선고 92다28228 판결, 대법원 2000. 9. 8. 선고 2000다22591 판결 등 참조).

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

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

- (1) 피고는 1991.6.18. 설립되어 금속철강선 제조, 절단 가공 제조업, 판매업 및 수출입업을 주된 목적사업으로 하는 코스닥등록 법인으로, 자본총액은 1997년경 약 40억 원, 2010년경 약 83억 원이고, 상시 근로자 수는 60명 내지 100명 정도이며, 부산에 본사를 두고 서울에는 판매 등 영업을 담당하는 서울사무소를 두고 있다.
- (2) 원고는 1996.8.16. 피고는 서울사무소 영업소장 직위로 입사하여 줄곧 서울사무소에서 근무하던 중 1998.6.30. 주주총회에서 이사로 선임되어 피고의 법인등기부에 이사로 등기되었고, 그 후 영업팀장의 직위를 겸한 상무이사, 전무이사로 순차 승진하여 근무하다가 2009.12.31. 퇴직하였으나 2010.3.29.까지 피고의 법인등기부에 이사의 등기가 유지되고 그때까지의 보수를 받았다.
- (3) 피고의 정관 제36조는 대표이사는 피고를 대표하고 업무를 총괄하며, 부사장, 전무이사, 상무이사 및 이사는 사장을 보좌하고 이사회에서 정하는 바에 따라 피고의 업무를

분장·집행한다고 규정하고 있고, 피고는 이에 근거하여 대표이사 1명과, 전무이사, 상무이사, 이사 각 1명씩 이사 총 4명과 감사 1명을 두고 있다.

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

다. 위 사실관계에서 알 수 있는 피고 회사의 규모 및 경영 조직과 아울러 원고의 피고 회사 이사로서의 선임 및 등기 경위, 이사회 활동 및 회사의 의사결정·경영에 대한 참여 정도, 경영 책임자로서의 구체적인 업무의 내용, 보수 및 처우 등에 관한 사정들을 종합하여 보면, 원고는 피고 회사의 상법상 이사로서 이사회 등을 통하여 회사의 업무집행에 관한 주요 의사결정에 참가하는 한편 일정한 범위의 사업경영에 관한 업무를 위임받

아 처리하여 왔으며 특히 2006년에 일반 사원의 정년이 지난 후에도 계속 이사로 선임되어 업무를 처리하고 주주총회 결의에 기초한 이사로서의 보수를 받는 등 근로자인 일반 사원과는 확연하게 차별화된 처우를 받았다고 할 수 있고, 비록 원고가 영업팀장으로서의 업무를 함께 담당하는 과정에서 대표이사로부터 지시 등을 받는 경우가 있다고 하더라도 원고의 등기 이사로서의 명칭이나 직위가 형식적·명목적인 것에 불과하다거나 원고가 담당할 전체 업무의 실질이 위임사무를 처리하는 것이 아니라 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 일정한 근로를 제공함에 그친다고 보기에는 부족하다.

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

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

## 2. 원고의 상고이유에 대하여

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

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

## 3. 결론

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

대법관 신영철(재판장) 이상훈 김용덕(주심) 김소영

## <2> 소사장의 근로자성 인정

☞ 대법원 2016. 5. 26. 선고 2014도12141 판결

### » 요 지 «

1. 종전에는 단순한 근로자에 불과하였다가 어떠한 계기로 하나의 경영주체로서의 외관을 갖추고 종전의 사용자(모기업)와 도급계약을 맺는 방법으로 종전과 동일 내지 유사한 내용의 근로를 제공하게 된 경우(이른바 소사장의 형태를 취한 경우)에는, 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 스스로 종전의 근로관계를 단절하고 퇴직한 것인지 아니면 그 의사에 반하여 강제적·형식적으로 소사장(小社長)의 형태를 취하게 되었는지 여부, 사업계획, 손익계산, 위험부담 등의 주체로서 사업운영에 독자성을 가지게 되었는지 여부, 작업수행과정이나 노무관리에 있어서 모기업의 개입 내지 간섭의 정도, 보수지급방식과 보수액이 종전과 어떻게 달라졌으며 같은 종류의 일을 하는 모기업 소속 근로자에 비하여는 어떠한 차이가 있는지 여부 등도 아울러 참작하여야 한다.
2. 소사장인 G, H가 이 사건 회사로부터 근로시간을 기준으로 계산한 시급을 매월 15일에 받았을 뿐만 아니라 야근수당도 근로시간으로 계산해 받은 점, 외출을 할 때에도 회사의 허락 또는 동의를 구하였으며 출퇴근 시간이 정해져 있어 항상 출퇴근카드를 작성한 점, 휴가 기간도 7월 말에서 8월 초로 정해져 있어 이 기간 동안에만 휴가를 사용할 수 있었던 점, 이 사건 회사가 G, H 등을 대신해 부가가치세와 종합소득세의 신고·납부의무를 대행해준 점 등에 비추어 보면, G, H는 이 사건 회사와 사이에 체결한 계약의 형식에 관계없이 실질적으로는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 이 사건 회사에 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하고, G, H가 소사장으로 근무하는 기간 동안 사업자등록을 한 사실이 있다거나, 이른바 4대 보험에 가입한 사실이 없다는 사정만으로 이와 달리 볼 것은 아니다.

\* 피고인 : A

\* 상고인 : 피고인

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

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

원심판결 이유를 원심이 유지한 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 이 사건 공소사실이 모두 유죄로 인정된다고 판단한 것은

정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니한 채 근로기준법 및 근로자퇴직급여 보장법에서 정한 근로자의 개념 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하는 등의 위법이 없다. 그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김창석(재판장) 이상훈 조희대 박상옥(주심)

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

\* 피고인 : A

\* 항소인 : 피고인

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

\* 판결선고 : 2014.09.03.

**【주 문】** 피고인의 항소를 기각한다.

**【이 유】** 1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해

1) G, H는 소사장으로서 독립된 사업자에 해당하므로 노동관계법령에서 정하는 근로자로 보기 어렵다. 그럼에도 G, H가 근로자에 해당한다고 보고 공소사실에 대하여 유죄를 선고한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 검사가 제출한 증거만으로는 G, H에게 공소사실 기재와 같은 액수의 퇴직금 및 연차유급휴가미사용수당이 지급되지 아니하였다고 보기에 부족하다. 그럼에도 공소사실 기재와 같은 액수의 퇴직금 및 연차유급휴가미사용수당이 지급되지 아니하였다고 본 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 양형부당

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

2. 사실오인 주장에 대한 판단

가. G, H가 근로자에 해당하지 아니한다는 주장에 대하여

1) 관련 법리

근로기준법상 근로자에 해당하는지 아닌지는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있는 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속

적인 관계가 있는지는, 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 당하는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세를 원천징수하는지 등의 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서의 근로자 지위 인정 여부 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 마음대로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다44276 판결 등 참조).

특히 종전에는 단순한 근로자에 불과하였다가 어떠한 계기로 하나의 경영주체로서의 외관을 갖추고 종전의 사용자(모기업)와 도급계약을 맺는 방법으로 종전과 동일 내지 유사한 내용의 근로를 제공하게 된 경우(이른바 소사장의 형태를 취한 경우)에는, 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 스스로 종전의 근로관계를 단절하고 퇴직한 것인지 아니면 그 의사에 반하여 강제적·형식적으로 소사장의 형태를 취하게 되었는지 여부, 사업계획, 손익계산, 위험부담 등의 주체로서 사업운영에 독자성을 가지게 되었는지 여부, 작업수행과정이나 노무관리에 있어서 모기업의 개입 내지 간섭의 정도, 보수지급방식과 보수액이 종전과 어떻게 달라졌으며 같은 종류의 일을 하는 모기업 소속 근로자에 비하여는 어떠한 차이가 있는지 여부 등도 아울러 참작하여야 한다(대법원 1995. 6. 30. 선고 94도2122 판결, 대법원 2004. 3. 11. 선고 2004두916 판결 등 참조).

## 2) 인정사실

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

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

나) 피고인은 G, H에게 M의 일반근로자로 근무하는 경우와 소사장으로 근무하는 경우의 급여의 차이와 장·단점에 대하여 설명하면서 소사장으로 근무할 것을 권유

하였다. G, H는 피고인의 설명을 들은 후 소사장으로 근무하기로 결정하고 피고인과 사이에서 G은 2002.10.29.경, H는 2000.6.1.경 부품 생산에 필요한 자재와 도구를 피고인으로부터 제공받아 부품을 제작한 후 이를 공급하고, 그 대가로 시간당 8,000원으로 계산한 대금을 지급받는 내용의 각 임대도급계약을 체결하였다. 또한 피고인은 G과 H에게 위 일반근로자로서 근무한 기간에 해당하는 퇴직금을 각 지급하였다.

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

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

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

### 3) 판단

앞서 본 법리를 바탕으로 G, H가 피고인이 경영하는 이 사건 회사의 근로자인지 여부에 대하여 보건대, 위 인정사실로부터 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어

보면, G, H는 이 사건 회사와 사이에 체결한 계약의 형식에 관계없이 실질적으로는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 이 사건 회사에 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하고, G, H가 소사장으로 근무하는 기간 동안 사업자등록을 한 사실이 있다거나, 이른바 4대 보험에 가입한 사실이 없다는 사정만으로 이와 달리 볼 것은 아니다. 따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 없다.

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

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

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

나. 미지급된 퇴직금 등의 액수를 인정할 증거가 부족하다는 주장에 대하여

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들인 G, H의 각 진술, G, H 작성의 각 고소장, 퇴직금산정서, 급여대장 및 출퇴근카드 사본, 통장거래내역서 사본 등을 종합하면, 피고인이 공소사실 기재와 같이 G에 대하여 2002.10.29.부터 2011.11.23.까



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

### 3. 양형부당 주장에 대한 판단

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

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

### 4. 결론

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

판사 권창영(재판장) 송진호 박선민

### 3. 직업 특성별 판단

#### <1> 교육 종사자

##### 1 대학 시간강사의 근로자성

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

#### » 요 지 «

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

\* 원고 상고인 / 학교법인 ○○○○학원 외 54인

\* 피고 피상고인/ 근로복지공단

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

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들이 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급 계약인지 보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업 도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적(對償的) 성격인지, 기본급이나 고정급이

정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.

다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005두8436 판결, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003두9336 판결 등 참조).

원심이 적법하게 확정된 사실관계에 의하여 인정되는 사정들 즉, 원고들이 운영하는 각 대학교(이하 '이 사건 각 대학교'라 한다)에서 강의를 담당한 시간강사들은 학교측에서 시간강사들의 위촉·재위촉과 해촉 또는 해임, 강의시간 및 강사료, 시간강사의 권리와 의무 등에 관하여 정한 규정(그 명칭은 '시간강사 위촉 및 관리규정', '촉탁강사 위촉규정' 등 각 대학교마다 다양하다)에 따라 총장 등에 의하여 시간강사로 위촉되어 대학교측이 지정한 강의실에서 지정된 강의시간표에 따라 대학교측이 개설한 교과목의 강의를 담당한 점, 대학교측의 학사관리에 관한 규정 및 학사일정에 따라 강의계획서를 제출하고 강의에 수반되는 수강생들의 출·결석 관리, 과제물 부과와 평가, 시험문제의 출제, 시험감독, 채점 및 평가 등 학사관리업무를 수행한 점, 위와 같은 업무수행의 대가로 시간당 일정액에 실제 강의시간 수를 곱한 금액(강사료)을 보수로 지급받은 점, 시간강사가 제3자를 고용하여 위와 같은 업무를 수행하는 것은 규정상 또는 사실상 불가능한 점, 시간강사가 위와 같은 업무를 수행하면서 업무수행에 불성실하거나 대학교의 제반 규정을 위반하고 교수로서의 품위를 유지하지 못하는 경우 등에는 전임 교원(총장, 학장, 교수, 부교수, 조교수 및 전임강사)에 대한 재임용제한 및 해임 또는 파면 등 징계처분과 동일한 의미를 갖는 조치인 재위촉제한 또는 해촉(해임)을 받도록 되어 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 각 대학교의 시간강사들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고들에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다.

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

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

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

대법관 이홍훈(재판장) 김황식 안대희 김영란(주심)

## 2 초·중등학생 대상 영어학원 원어민 강사의 근로자성

☞ 대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다88161 판결

### » 요 지 «

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

\* 원고(중간확인반소피고), 피상고인 : 별지 원고들 명단 기재와 같다.

\* 피고(중간확인반소원고), 상고인 : 주식회사 ○○러닝

\* 원심판결 : 서울고등법원 2014. 11. 24. 선고 2013나68704(본소), 2013나68711 (중간확인반소) 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고(중간확인반소원고)가 부담한다.

### » 이 유 «

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

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

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

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

대법관 박보영(재판장) 권순일(주심) 민일영 김신

## 초·중등학생 대상 영어학원 원어민 강사의 근로자성

☞ 서울고등법원 2014. 11. 24. 선고 2013나68704 판결

### » 요 지 «

1. 원고들(원어민 강사)이 기본급이나 고정급을 받지 않았고, 근로소득세가 아니라 사업소득세가 원천징수되었으며, 4대 보험료 등 사회보장제도와 관련하여 근로자로 신고되지 아니하였으나, 이러한 사항들은 모두 피고(어학원)가 우월적 지위에서 임의로 정할 수 있는 사항들로서 원고들과 피고 간 근로관계의 실질을 평가함에 있어서 부차적인 요소에 불과하다고 생각된다. 또한 피고가 이 사건 원어민강사 계약의 명칭을 어그리먼트 포 티칭서비스(Agreement for Teaching Services)로 하고, 계약서상 원고들의 명칭을 인스트럭터(instructor)로 정하는 등 계약서를 일반적인 근로계약의 내용과 다르게 작성한 것은 원고들을 근로자로 처우하겠다고 인식될만한 소지를 최대한 배제하겠다는 의도에서 비롯된 것으로 보여 위 사정들이 근로관계의 실질을 판단하는 중심적인 요소라고 보기는 어렵다. 그리고 설령 피고의 영어학원에서 근무하는 일부 원어민강사들이 피고 주장과 같이 스스로를 근로자가 아니라 프리랜서로 생각하고 있다고 하여, 원고들과 피고 사이의 근로관계의 실질이 달라지는 것은 아니다.

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

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

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

2. 퇴직금은 사용자가 일정기간을 계속 근로하고 퇴직하는 근로자에게 그 계속 근로에 대한 대가로서 지급하는 후불적 임금의 성질을 띤 금원으로서 구체적인 퇴직금청구권은 계속 근로가 끝나는 퇴직이라는 사실을 요건으로 하여 발생하는 것이고, 최종 퇴직시

발생하는 퇴직금청구권을 사전에 포기하는 것은 강행법규인 근로기준법에 위반되어 무효가 된다. 따라서 퇴직금청구권의 사전포기를 그 내용으로 하는, 강행법규인 근로기준법에 위반되는 합의의 내용을 부인하는 것은 정의관념, 형평의 원칙 또는 신의칙에 반한다고 할 수 없다고 보아야 한다.

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

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

\* 피고(중간확인반소원고), 항소인 : 주식회사 ○○러닝

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

### » 주 문 «

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

### » 청구취지 및 항소취지 «

#### [본소 청구취지]

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

#### [중간확인의 반소 청구취지]

원고들은 피고의 근로자가 아니었음을 확인한다.

#### [피고 항소취지]

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

### » 이 유 «

1. 원고들의 이 사건 청구원인 주장

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

## 2. 인정사실

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

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

다. 이 사건 원어민강사 계약의 주요 내용은 다음과 같다.

<다음 생략>

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

\*\*\*\*\*

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



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

\*\*\*\*\*

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

<표 생략>

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

### 3. 판단

가. 원고들이 근로기준법상 근로자인지 여부

#### (1) 관련 법령 및 법리

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

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는, 업무내용을 사용자가 정하고, 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며, 업무수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나, 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회

보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.

다만 위의 요소들 중 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은, 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결 참조).

## (2) 판단

살피건대, 원고들이 기본급이나 고정급을 받지 않았고, 근로소득세가 아니라 사업소득세가 원천징수되었으며, 4대 보험료 등 사회보장제도와 관련하여 근로자로 신고되지 아니하였다는 점은 당사자 사이에 다툼이 없다. 그러나 위 법리에 의하면, 이러한 사항들은 모두 피고가 우월적 지위에서 임의로 정할 수 있는 사항들로서 원고들과 피고 간 근로관계의 실질을 평가함에 있어서 부차적인 요소에 불과하다고 생각된다. 또한 피고가 이 사건 원어민강사 계약의 명칭을 어그리먼트 포 티칭 서비스(Agreement for Teaching Services)로 하고, 계약서상 원고들의 명칭을 인스트럭터(instructor)로 정하는 등 계약서를 일반적인 근로계약의 내용과 다르게 작성한 것은 원고들을 근로자로 처우하겠다고 인식될만한 소지를 최대한 배제하겠다는 의도에서 비롯된 것으로 보여 위 사정들이 근로관계의 실질을 판단하는 중심적인 요소라고 보기는 어렵다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 및 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005두8436 판결은 계약명칭이 '학원강의 및 수강생 지도·관리에 관한 용역계약' 또는 '강의용역제공계약서'로 되어 있음에도 해당 원고들의 근로자성을 인정한 바 있다). 그리고 설령 피고의 영어학원에서 근무하는 일부 원어민강사들이 피고 주장과 같이 스스로를 근로자가 아니라 프리랜서로 생각하고 있다고 하여, 원고들과 피고 사이의 근로관계의 실질이 달라지는 것은 아니다.

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

그런데 앞서 인정한 사실관계 및 앞서 든 증거들 그리고 갑 제71 내지 80, 83, 84, 85호증의 각 기재, 을 제62 내지 74, 76 내지 84, 89, 90호증의 각 기재, 당심증인

오 켈러한(O' Callaghan), 김○중의 각 증언, 당심의 원고 김○영에 대한 당사자 본인신문결과, 당심의 현장검증결과 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 아래 (가) 내지 (바)항의 사정들을 종합하면, 원고들이 피고와 독립된 사업자였다고 볼 만한 징표는 그리 많지 않은 반면 원고들이 피고와 종속적 관계에서 피고에게 근로를 제공하였다고 볼 만한 징표는 그보다 훨씬 많다.

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

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

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

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

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

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

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

피고는 원고들에 대하여 정기적으로 여러 항목들(기본 항목: 정시에 수업을 시작하고 종료하는지, 교실이 잘 정돈되어 있는지, 교재가 잘 준비되어 있는지, 진도

와 평가 입력이 잘 이행되었는지 여부. 테크닉 항목: 피고가 정한 강의방법을 준수하는지, 학생들의 질문에 정확하게 답변하는지, 학생들의 과제를 적절하게 확인하고 있는지. 스타일 항목: 학생들이 수업에 몰입하도록 수업이 통제되고 있는지, 활동적으로 열심히 강의하고 있는지 여부)에 따라 근무평가를 실시한 후 그 결과를 원고들에게 통보하였고, 개선할 사항을 지적하면서 '자기개선계획서'라는 양식을 보내 이를 작성·제출하도록 하거나 평가결과와 관련하여 강사 개인 면담을 실시하기도 하였다.

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

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

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

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

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

(라) 업무의 대체 가능성, 손익발생구조에 관하여 살펴건대, 원고들이 자신의 강의를 다른 사람으로 하여금 대체하여 진행하는 것은 금지되었다. 또한 원고들은 피고가 지정하는 대로 강의를 하고 강의시간에 대한 시급을 지급받았을 뿐이어서, 원고

들이 추가로 수취할 이윤도 없고 나아가 손실의 위험도 없었다. 따라서 원고들을 독립된 사업자로 볼 수 없다.

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

- (바) 사용자에게 대한 전속성, 근로제공의 계속성에 관하여 살펴본다.

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

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

원고들은 이와 같은 상태에서 1주 단위로 짜여진 일정에 따라 강의업무를 반복적으로 수행하였기에, 원고들이 강의를 없는 시간을 이용하여 다른 영어학원에서 강의를 하거나 별도의 영업활동을 할 여유는 거의 없었을 것이어서, 원고들의 피고에 대한 노무제공의 전속성이 인정된다(이에 대하여 피고는 원고 카이저 ○○ 엘리자베스, 엄 매튜 ○○, 정 ○○가 피고에서 근무하면서 다른 학원에서 강의를 하거나, 개인과외를 한 바 있다고 주장하나, 위 원고들의 이메일 출력물인 을 제 2, 3, 4호증의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 설령 위 원고들이 일시적으로 강의업무 시간 외에 개인과외를 하였다고

하더라도 그것이 피고에 대한 노무제공의 전속성을 해하는 정도에 이르렀음을 인정할 아무런 증거가 없다).

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

### (3) 소결론

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

#### 나. 원고들과 피고 사이 근로계약의 성질

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

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

#### 다. 퇴직금 등의 지급의무

##### (1) 관련 법리

퇴직금은 사용자가 일정기간을 계속 근로하고 퇴직하는 근로자에게 그 계속 근로에 대한 대가로서 지급하는 후불적 임금의 성질을 띤 금원으로서 구체적인 퇴직금 청구권은 계속 근로가 끝나는 퇴직이라는 사실을 요건으로 하여 발생하는 것이고, 최종 퇴직시 발생하는 퇴직금청구권을 사전에 포기하는 것은 강행법규인 근로기준법에 위반되어 무효가 된다(대법원 1998.3.27. 선고 97다49732 판결 등 참조). 따라서 퇴직금청구권의 사전포기를 그 내용으로 하는, 강행법규인 근로기준법에 위반되는 합의의 내용을 부인하는 것은 정의관념, 형평의 원칙 또는 신의칙에 반한다고 할 수 없다고 보아야 한다.

## (2) 퇴직금 등의 지급의무

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

## (3) 지급액의 산정

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

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

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

## 라. 피고의 신의칙 위반 주장에 관한 판단

피고는 원고들의 청구가 받아들여지면 피고는 퇴직금은 물론 기타 법정수당 및 4대 보험료 등 부담으로 원어민강사들과 계약조건을 정할 당시 전혀 예정하지 않았던 추가적인 손실을 부담할 수밖에 없고, 반면 원어민강사들은 자신들이 의도하지도 않은 추가적인 이득을 누리게 되는바, 이는 피고에게 예상치 못한 대규모 손실을 초래할 뿐만 아니라, 결과적으로 피고의 주가에도 심각한 영향을 끼쳐 피고의 계속

기업으로서의 성장을 심각하게 위협하게 될 것인데, 이러한 결과는 정의와 형평의 관념에 비추어 신의에 현저히 반하여 용인될 수 없다고 주장한다.

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

#### 4. 결론

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

판사 김형두(재판장) 김상우 이영창



### 3 학습지 교사의 근로자성

☞ 대법원 2015. 11. 24. 선고 2015다39136 판결

#### » 요 지 «

1. 학습지교사는 회사와 사이에 사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자로 볼 수 없어 이들을 조합원으로 하는 전국학습지산업노동조합은 '노동조합 및 노동관계조정법'이 정한 노동조합에 해당한다고 볼 수 없으므로 회사가 위 조합의 단체교섭요구에 응하지 않은 것을 부당노동행위로 볼 수 없다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례.
2. 민법 제689조 제1항은 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있다고 하면서 제2항에는 당사자 일방이 부득이한 사유 없이 상대방의 불리한 시기에 계약을 해지한 때에는 그 손해를 배상하여야 한다고 규정하고 있는데, 민법상의 위임계약은 그것이 유상계약이든 무상계약이든 당사자 쌍방의 특별한 대인적 신뢰관계를 기초로 하는 위임계약의 본질상 각 당사자는 언제든지 이를 해지할 수 있고 그로 말미암아 상대방이 손해를 입는 일이 있어도 그것을 배상할 의무를 부담하지 않는 것이 원칙이다.

참조조문 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제1호, 제4호 (라)목, 제81조 제3호, 근로기준법 제14조 민법 제689조

참조판례 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다20348 판결(공1996상, 1690), 대법원 1991. 4. 9. 선고 90다18968 판결(공1991, 1353), 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다64202 판결(공2000하, 1608)

원고(선정당사자), 상고인김남희 (소송대리인 법무법인 청솔 담당변호사 이명춘)

피고, 피상고인 주식회사 ○○○○○ (변경 전 상호 : 주식회사 ○○닷컴) (소송대리인 법무법인 바른법률 담당변호사 김○○)

원심판결서울고법 2005. 6. 14. 선고 2005나5586 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고(선정당사자)가 부담한다.

#### » 이 유 «

1. 원심은, 그 채용 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 학습지교사가 피고 회사로부터 위탁계약에 따른 최소한의 교육 등을 받을 의무가 있을 뿐 위탁업무의 수행과정에서 업무의 내용이나 수행방법 및 업무수행시간 등에 관하여 피고 회사로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 아니한 점, 학습지교사는 피고 회사의 정사원과 달리 그 채용부터 출퇴근시간, 위탁관계의 종료에 이르기까지 그 제한이 거의 없고 다른 곳의 취업에도 특별한 제한이 없는 점에 비추어 피고 회사에 전속되어 있다고 볼 수 없는 점, 학습지교사가 피고 회사로부터 지급받는 수수료 등은 그 위탁업무수행을 위하여 학습

지교사가 제공하는 근로의 내용이나 시간과는 관계없이 오로지 신규회원의 증가나 월회비의 등록에 따른 회비의 수금실적이라는 객관적으로 나타난 위탁업무의 이행실적에 따라서만 그 지급 여부 및 지급액이 결정되는 것이어서 근로제공의 대가로서의 임금이라고 보기 어려운 점 등에 비추어 보면, 원고(선정당사자) 및 선정자 ○○○와 같은 학습지교사는 피고 회사와 사이에 사용종속관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자로 볼 수 없으므로, 선정자 전국학습지산업노동조합은 결국 근로자가 아닌 자로 구성된 단체로서 '노동조합 및 노동관계조정법'(이하 '노동조합법'이라 한다)상 노동조합에 해당한다고 볼 수 없어 피고 회사가 위 선정자조합의 단체교섭요구에 응하지 않은 것은 노동조합법상 부당노동행위로 볼 수 없다고 판단하였다.

관계 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 노동조합법상의 근로자의 해석에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 민법 제689조 제1항은 위임계약은 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있다고 하면서 제2항에는 당사자 일방이 부득이한 사유 없이 상대방의 불리한 시기에 계약을 해지한 때에는 그 손해를 배상하여야 한다고 규정하고 있는데, 민법상의 위임계약은 그것이 유상계약이든 무상계약이든 당사자 쌍방의 특별한 대인적 신뢰관계를 기초로 하는 위임계약의 본질상 각 당사자는 언제든지 이를 해지할 수 있고 그로 말미암아 상대방이 손해를 입는 일이 있어도 그것을 배상할 의무를 부담하지 않는 것이 원칙이다(대법원 2000. 6. 9. 선고 98다64202 판결 등 참조).

원심이 이 사건 위탁계약은 민법상 위임계약이어서 당사자 쌍방은 계약기간 만료 전이라도 언제든지 위임계약을 해지할 수 있다고 판단한 것은 위와 같은 법리에 따른 것으로 옳고, 이 사건 위탁계약에 해지사유가 정하여져 있다는 사정만으로 피고 회사가 해지권을 포기하기로 약정하였다거나 이 사건 해지가 해지권의 남용에 해당한다고 보기는 어려우므로, 이 점에 관한 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

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

대법관 강신욱(재판장) 손지열 고현철(주심) 김영란

## &lt;2&gt; 차량운전원

## 1 학원버스기사의 근로자성

☞ 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다62749 판결

## » 요 지 «

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

\* 원고, 피상고인 : 1. A ~ 9. I

\* 피고, 상고인 : ○○○에듀케이션 주식회사

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

## » 주 문 «

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

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

## 1. 상고이유 제1점에 대하여

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

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

세를 원천징수하여 관할 세무서에 납부하고 이른바 4대 보험의 보험료를 납부한 점, ⑧ 원고들은 모두 피고가 운영하는 학원에 오랫동안 근무하여 온 점 등을 종합하여 보면, 원고들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 타당하다고 판단하였다.

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

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

### 가. 차량 임대료 관련 상고이유에 대하여

평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에는 사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 지급하는 일체의 금품으로서 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 지워져 있는 것은 그 명칭 여하를 불문하고 모두 포함된다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2012도5385 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23149 판결 등 참조). 한편 어떤 금품이 근로의 대상으로 지급된 것으로 보려면 그 금품지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있어야 하고, 이러한 관련 없이 그 지급의무의 발생이 개별 근로자의 특수하고 우연한 사정에 의하여 좌우되는 경우에는 그 금품의 지급이 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등이나 사용자의 방침 등에 의하여 이루어졌더라도 그러한 금품은 근로의 대상으로 지급된 것으로 볼 수 없다(대법원 1995. 5. 12. 선고 94다55934 판결 등 참조).

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

이러한 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고들이 급여 명목으로 지급받은 기본급과 각종 수당(아래 나.항에서 보는 실비변상적인 성격의 금원들을 제외한다)은 원고들이 제공한 차량 운행이라는 근로와 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련 되어 있는 것으로서 원고들에게 계속적·정기적으로 지급되었고, 사용자인 피고가 그 지급을 거절할 수 없는 금원이므로 임금에 해당한다고 볼 수 있다. 비록 원고들이 당초 자기 소유이던 차량을 제공하였

더라도 위에서 본 '차량운행에 대한 특약'의 내용 등에 비추어 원고들이 차량을 피고에게 무상 제공하는 것을 채용의 조건으로 하었다고 볼 수도 있고, 또 원고들이 차량 규모에 따라 차등이 있는 급여를 받았더라도 이는 원고들이 제공하는 근로의 강도와 밀접한 관련이 있다고 보이므로, 원고들에 대한 급여에 차량 임대료가 당연히 포함되었다고 보기는 어렵다.

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

나. 유류카드비, 자동차보험료, 자동차세 등 관련 상고이유에 대하여

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

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

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

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

#### 다. 퇴직충당금 관련 상고이유에 대하여

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

#### 3. 상고이유 제3점에 대하여

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

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

#### 4. 결론

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

대법관 조희대(재판장) 이상훈(주심) 김창석 박상옥

☞ 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012두16442 판결

» 요 지 «

원고들이 기존 근로계약서 대신 새로이 차량운행용역계약서를 작성하면서 개별적으로 사업자등록을 하고 퇴직금을 지급받지 아니하며 4대 보험의 적용을 받지 아니하기로 약정한 점, 원고들은 출근부에 서명하지 아니하고 학생들의 수송을 마치면 자유롭게 귀가하였으며 취업규칙의 적용을 받지 아니한 점, 원고들은 상당한 가격의 45인승 버스를 지입한 후 실제로 버스를 소유·관리하면서 그 운행에 관한 모든 책임을 부담한 점, 원고들은 별다른 제약 없이 대차운행, 대리운행을 하고 업무 외의 영업행위를 하였던 점, 원고들의 버스 운행에 대한 수수료는 차량의 승차인원, 연식, 운행거리 등에 따라 차등적으로 지급된 점 등의 사정을 종합하여, 원고들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공한 것이라고 보기 어려우므로 근로기준법상 근로자에 해당하지 아니한다.

근로를 제공하는 자가 기계, 기구 등을 소유하고 있다고 하여, 곧바로 독립하여 자신의 재산으로 사업을 영위하고 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 안는 사업자라고 단정할 것은 아니다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.

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

참조조문 근로기준법 제2조 제1항 제1호

참조판례

대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2011. 6. 9. 선고 2009두9062 판결, 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다44276 판결(공2013하, 1291)

원고, 상고인 원고 1 외 3인 (소송대리인 법무법인 소명 담당변호사 전재중)

피고, 피상고인 중앙노동위원회위원장

피고보조참가인 주식회사 목동입시연구사 외 1인 (소송대리인 변호사 송인욱)

원심판결 서울고법 2012. 6. 28. 선고 2012누1275 판결

» 주 문 «

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



## » 이 유 «

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

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

원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 원고들이 기존 근로계약서 대신 새로이 차량운행용역계약서를 작성하면서 개별적으로 사업자등록을 하고 퇴직금을 지급받지 아니하며 4대 보험의 적용을 받지 아니하기로 약정한 점, ② 원고들은 출근부에 서명하지 아니하고 학생들의 수송을 마치면 자유롭게 귀가하였으며 취업규칙의 적용을 받지 아니한 점, ③ 원고들은 상당한 가격의 45인승 버스를 지입한 후 실제로 버스를 소유·관리하면서 그 운행에 관한 모든 책임을 부담한 점, ④ 원고들은 별다른 제약 없이 대차운행, 대리운행을 하고 업무 외의 영업행위를 하였던 점, ⑤ 원고들의 버스 운행에 대한 수수료는 차량의 승차인원, 연식, 운행거리 등에 따라 차등적으로 지급된 점 등의 사정을 종합하여, 원고들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공한 것이라고 보기 어려우므로 근로기준법상 근로자에 해당하지 아니한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 이러한 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 근로기준법상 근로자의 인정 기준에 관한 법리오해, 채증법칙 위반 등의 위법이 없다.

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

대법관 김소영(재판장) 신영철 이상훈(주심) 김용덕

## 2 화물운송 지입차주의 근로자성

☞ 대법원 2013. 4. 26. 선고 2012도5385 판결

### » 요 지 «

근로를 제공하는 자가 기계, 기구 등을 소유하고 있다고 하여, 곧바로 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하고 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 안는 사업자라고 단정할 것은 아니다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.

피고인 피고인

상고인 피고인

변호인 변호사 홍준용 외 4인

원심판결 수원지방법원 2012. 4. 19. 선고 2012노1165 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 수원지방법원 본원 합의부에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 근로자 해당 여부에 대하여

가. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지 보다 그 실질을 보아 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 하고, 근로를 제공하는 자가 기계, 기구 등을 소유하고 있다고 하

여, 곧바로 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하고 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 안는 사업자라고 단정할 것은 아니다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2000. 1. 18. 선고 99다48986 판결, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다99396 판결 등 참조).

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

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

## 2. 월 임대료 전부의 임금 여부에 대하여

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

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

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

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

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

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

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

### 3. 결론

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

대법관 신영철(재판장) 이상훈 김용덕(주심) 김소영

☞ 대법원 2013. 7. 11. 선고 2012다57040 판결

### » 요 지 «

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

참조조문 근로기준법 제2조 제1항 제1호

원고, 피상고인 원고 (소송대리인 법무법인 남강 담당변호사 김경영)

피고, 상고인 주식회사 ○○로지스틱스 (소송대리인 법무법인 호성 담당변호사 이승량)

원심판결 수원지방법원 2012. 6. 1. 선고 2011나20352 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 수원지방법원 본원 합의부에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질을 보아 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 하고, 근로를 제공하는 자가 기계, 기구 등을 소유하고 있다고 하여, 곧바로 독립하여

자신의 계산으로 사업을 영위하고 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 안는 사업자라고 단정할 것은 아니다. 다만 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2000. 1. 18. 선고 99다48986 판결, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다99396 판결 등 참조).

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

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

3. 그러나 원심의 이와 같은 판단은 수긍하기 어렵다.

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

- ② 원고는 이 사건 운송용역계약의 당사자로서 정하여진 운송일정 및 운송경로에 따라 사조대림의 제품운송업무를 수행할 의무가 있으나 그 업무수행 과정은 원칙적으로 원고에게 일임되어 있다고 보이고, 운행 도중 사고나 특이 상황이 발생하였을 경우 피고에게 통지하여 그 지시에 따르도록 한 것은 그로 인하여 정하여진 운송일정 및 운송경로에 차질이 발생할 수 있기 때문이므로 이를 들어 원고가 업무수행 과정에서 피고의 지휘·감독을 받는다고 볼 것은 아니다.
- ③ 원고는 상당한 자금을 투자하여 자체 운송물량을 확보하고 있는 운수회사인 피고에게 이 사건 화물트럭을 지입함으로써 일정 수준의 운송수익을 보장받는 대신에 이 사건 위·수탁 관리계약에 따른 독립적인 운송사업자로서의 권한 중 상당 부분을 포기하기로 한 것이므로, 원고가 피고에게 일방적으로 종속되어 있다고 보기도 어렵다.
- ④ 피고가 원고의 복장이나 차량관리 상태를 통제하고, 이 사건 화물트럭에 특정한 외장이나 도색을 하게 한 것은 화주인 ○○○○의 대외적인 이미지 제고와 동일성 식별을 위한 것이고, 원고의 근무태도 불량, 단체행동, 교통법규 위반, 차량사고 등의 경우에 일정한 제재를 가할 수 있도록 한 것도 성실하고 안전한 차량 운행을 유도함으로써 종국적으로는 제품운송이 정확하고 차질 없이 이루어지도록 하기 위한 것으로 봄이 타당하며, 이는 모두 이 사건 운송용역계약을 체결하면서 서로 간에 양해된 사항이기도 하다.
- ⑤ 피고가 이 사건 화물트럭을 다른 운송업무에 이용하는 것을 금지한 것은 냉동·냉장 상태로 신속히 운송되어야 하는 운송대상 제품의 특성에 비추어 상시 안정적인 운송수단을 확보하여 둘 필요성이 있기 때문이고, 원고 또한 피고와의 전속적이고 장기적인 운송용역계약을 통하여 자신의 운송수익을 안정적으로 유지·관리할 수 있는 이점이 있어 이를 받아들인 것으로 보아야 한다.
- ⑥ 이 사건 운송용역계약의 내용상 원고가 제3자로 하여금 자신의 운송업무를 대행하게 하는 데 특별한 장애는 없었던 것으로 보이고(다만 그에 따른 경제적 부담으로 인하여 이를 최대한 자제하였을 뿐이다), 원고가 정액의 운송용역비를 지급받은 것처럼 보이는 것은 운송일정 및 운송경로 자체가 고정되어 있는 데에 기인하며, 원고의 휴무일 또한 화주인 사조대림의 공장 휴무일에 따라 정하여진 것에 불과하다.
- ⑦ 원고는 피고의 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받지 아니하고, 별도의 사업자 등록을 하여 부가가치세 등을 신고·납부하였으며, 자신의 비용으로 이 사건 화물트럭을 유지, 관리하였다.

이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고는 일정한 자본을 투자하여 운송사업을 영위하는 지입차주로서 지입회사인 피고와 사이에 별도의 운송용역계약을 체결하고 그에 따른 용역비를 지급받은 것으로 봄이 타당하고, 원고가 상당기간 고정된 운송일정과 운송경로에 따라 특정 운송업무를 반복 수행하며 피고로부터 일정한 금원을 지급받은 것은 위 운송용역계약의 내용과 특성에 따른 것일 뿐 그와 같은 사정만으로 원고가 피고에 대하여 종속적인 관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 볼 수는 없다.

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

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

대법관 박병대(재판장) 양창수 고영한 김창석(주심)



### <3> 판매종사자

#### 1 백화점 판매직원의 근로자성

☞ 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146 판결

#### » 요 지 «

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

\* 원고, 상고인 : 별지 원고명단 기재와 같다. <별지 생략>

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 ○○○인

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

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

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

비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 근로제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌고 근로소득세를 원천징수하였는지, 그리고 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조).

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

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

- (1) 넥타이, 스카프(머플러), 가방 등 수입·제조·판매업을 영위하는 피고는 ○○백화점, △△백화점 등 백화점을 운영하는 회사들과, 각 백화점 운영회사들이 피고가 수입·제조한 물품을 외상으로 매입하여 운영하는 백화점에서 판매한 후, 그 판매 수익에서 수수료를 공제한 나머지 금액을 피고에 지급하기로 하는 '백화점 특약매입거래계약'을 체결하면서, 각 백화점 내에서 판매 업무를 수행할 인력은 피고가 파견하기로 약정하였다.
- (2) 피고는 처음 원고들을 비롯한 백화점 판매원들(이하 단순히 '백화점 판매원들'이라고 할 경우, 원고들을 포함하는 의미이다)을 영업부 소속 정규직으로 고용하여 오다가, 2005.8. 무렵 백화점 판매원들로부터 일괄적으로 사직서를 제출받고 2005년 말경 퇴직금을 지급한 다음, 위 백화점 판매원들과 판매용역계약을 체결하였고, 이후부터는 고용계약이 아닌 판매용역계약을 체결하는 방식으로 백화점 판매원들을 충원하였다. 그러나 판매용역계약을 체결하는 방식 전·후로 백화점 판매원들의 업무내용이 달라진 것은 없는 것으로 보인다.
- (3) 백화점 판매원들과 피고 사이에 체결된 판매용역계약서에는 ① 계약기간(1년), ② 근무장소, ③ 판매브랜드, ④ 판매용역 수수료 등이 기재되어 있는데, 일부 판매원들에 대한 판매용역계약서에는 수수료가 기재되어 있지 않거나 수수료가 아닌 연봉이 기재되어 있는 것도 있었으며, 1년마다 계약이 갱신되는 경우에도 판매용역계약서를 새로 작성하지 않는 것으로 보인다.
- (4) 백화점 판매원들은 피고와 판매용역계약을 체결할 때 지정된 근무장소(주로 백화점)에서 그 백화점 영업시간 동안 지정된 물품(피고가 백화점에 납품한 물품)만을 지정된 가격으로 판매하여 왔다. 피고와 백화점 운영회사들 중 ○○역사 주식회사와 체결한 '특약매입 표준거래계약서' 등에 의하면, 파견된 종업원 등은 피고가 납품한 상품의 판

매업무와 상품의 진열·보관 및 관리 등 판매촉진 활동과 관련된 업무를 백화점 운영회사들의 매장관리 지침을 준수하는 범위에서 수행하여야 하고(제13조제3항), 피고는 파견된 종업원 등으로 하여금 고객이 백화점에서 통상적으로 제공받을 것으로 기대하는 수준 이상의 서비스 품질을 유지할 의무가 있으며(제14조제1항), 백화점 운영회사들은 파견된 종업원 등에 대하여 고객 서비스 향상을 위한 교육을 실시할 수 있고(제14조제2항), 파견된 종업원 등이 통상의 상품정보 및 판매능력을 보유하고 있지 못하거나, 법률과 사회상규의 위반, 고객에 대한 서비스 마인드 부족 등으로 종업원 등으로 근무하기가 부적합하다고 판단되는 경우, 백화점 운영회사들은 피고에게 당해 종업원의 교체를 요구할 수 있다(제14조제3항)고 되어 있는바, 이에 의하면, 백화점 판매원들은 백화점 등에서 근무할 때 피고 본사 직원이 상주하지 않더라도 백화점 매장관리 지침을 준수하면서 백화점에서 요구하는 통상적인 수준의 서비스 품질을 유지할 것이 요구된다고 보인다.

- (5) 피고는 전산 시스템을 통하여 각 매장의 재고 현황을 실시간으로 파악할 수 있었고, 피고 본사 영업부 직원이 약 1주일 간격으로 매장을 방문하여 판매 현황 등을 확인하였으며, 연 2회 신상품 소개 등에 관한 상품설명회를 연 것 외에는 업무 수행과 관련하여 별도의 교육을 실시한 바 없다. 이는 백화점 판매원들이 피고와 판매용역계약을 체결하는 방식 전·후로 큰 차이가 없는 것으로 보인다.
- (6) 피고는 판매용역계약을 체결한 이후 내부 전산망을 통하여 백화점 판매원들에게 업무와 관련하여 각종 공지를 한 적도 있었는데, 대표적으로 ① 출근시간 및 시차의 등록 공지, ② 아르바이트 근무현황표 제출 공지, ③ 수선실 관련 공지, ④ 상품의 로스, 반품, 가격, 할인행사 등 관련 공지, ⑤ 재고실사 관련 공지, ⑥ 택배 관련 공지, ⑦ 상품 DP 수량 조사(사장님 지시사항) 관련 공지 등이 있었다. 피고는 위와 같이 근태를 관리하거나 업무 관련 공지를 한 것은 일시적이었다고 주장하나, 그 기간 등은 명확하지 않다.
- (7) 백화점 판매원들은 판매용역계약을 체결한 이후 휴가 등을 사용할 때 피고 본사 직원이 사용하는 '휴가계'라는 양식을 통하여 사전에 승인을 받지 않은 것으로 보이나, 휴가, 병가 등을 사용할 경우 사전에 또는 사후에 피고에게 보고하고, 아르바이트생 근무현황표, 장기사원 근무현황표 등을 작성하여 피고에게 보고하기도 한 것으로 보이며, 피고는 백화점 판매원들의 '병가 및 출산휴가 현황표'를 작성하여 보관하고 있었다.
- (8) 각 백화점 매장에는 다수의 백화점 판매원들이 있을 수 있는데, 각 판매원들은 피고와 각각 판매용역계약을 체결하였고(각 백화점 판매원들은 경력, 나이 등으로 매니저(첫째), 시니어(둘째), 주니어(셋째)로 서로 호칭하였으나, 공식적인 직급은 아닌 것으로 보인다), 피고는 매장 전체 매출에서 각자의 수수료 비율에 따라 각각 수수료를 지급하였다. 백화점 판매원들은 매장의 필요에 따라 아르바이트 사원을 채용할 수 있었으나, 그 비용은 최종적으로 피고가 부담한 것으로 보인다. 다만 백화점 판매원들이 개인적인 출산, 휴가 등의 사유로 매장에서 근무할 수 없을 경우 자신의 계산으로 일시적으로 제3자를 통하여 근무를 대체하기도 한 것으로 보인다.

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

(10) 백화점 판매원들은 피고와 판매용역계약을 체결한 이후 2008. 9.경까지는 판매용역계약에서 정해진 수수료 비율에 의하여 각 매장에서 발생한 매출에 따라 계산된 수수료를 상한선(기존 연봉의 120% 또는 130%), 하한선(기존 연봉의 85%, 하한선은 매출액 대비 일정한 비율이 아니라 기존 연봉의 일정한 비율로서 실질적으로 고정 수수료의 의미로 보인다)의 범위 내에서 지급받았으나, 앞서 본 바와 같이 일부 백화점 판매원들에 대한 판매용역계약서에 수수료 비율의 기재가 없는 것도 있고, 계약기간이 종료되어 수수료율이 변경되는 경우에도 판매용역계약을 새로 체결하지도 않는 등에 비추어 백화점 판매원들과 피고가 협의하여 그 수수료 비율을 정하였는지 여부가 명확하지 않다.

이러 백화점 판매원들은 2008.9.경 이후부터 2011. 말경까지는 판매용역계약 체결 이전과 같이 고정급을 지급받았고, 2012년부터는 다시 수수료를 지급받은 것으로 보이나, 2012년 이후 구체적인 수수료 지급 현황은 명확하지 않다(2012년 및 2013년에도 고정급을 받은 일부 백화점 판매원들이 있는 것으로 보인다).

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

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

(12) 피고는 일부 백화점 판매원들에 대하여, 2012.8.13. 임시직원 임금의 허위청구로 인한 횡령, 회식비 허위 청구 등을 이유로 징계권을 행사한 적도 있고, 일정한 경우 다른 매장으로 이동조치를 취하기도 한 것으로 보인다.

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

나. 앞서 본 법리에 비추어 위에서 본 사실 및 사정을 고려하여 보면, 원고들을 비롯한 백화점 판매원들은 피고와 판매용역계약을 체결하여 그 계약의 형식이 위임계약처럼 되어

있지만, 그 실질은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고에게 근로를 제공한 근로계약관계라고 봄이 상당하다 할 것이다.

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

대법관 김신(재판장) 김용덕 김소영 이기택(주심)

## 2 야쿠르트 위탁판매원의 근로자성

☞ 대법원 2016. 8. 24. 선고 2015다253986 판결

### » 요 지 «

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

정○○ 씨는 '회사가 구체적으로 관리점 게시판에 일정표를 부착하는 등 구체적인 업무지시를 했고, 고객관리, 영업지침에 대한 서약서도 받았다'며 '배달원에게 수수료 명목으로 매월 급여도 지급하는 등 근로를 제공한 종속적 관계이므로, 근무기간 동안 연차수당과 퇴직금을 지급해 달라'고 주장했다.

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

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

- \* 원고, 상고인 : 정○○
- \* 피고, 피상고인 : 주식회사 ○○야쿠르트
- \* 원심판결 : 부산지방법원 2015. 11. 20. 선고 2015나41982 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

원심은 제1심판결 이유를 인용하여, 원고와 같은 위탁판매원들이 업무수행 과정에서 피고로부터 구체적인 지휘·감독을 받았다고 볼 수 없고, 피고가 위탁판매원들에게 근무복을 제공하거나 적립형 보험의 보험료 및 상조회비 중 일부를 지원하였다 하더라도 이는 판매활동을 장려하기 위한 배려 차원에서 이루어진 것일 뿐이므로 근무상의 어떠한 지시나 통제를 받은

것으로 볼 수 없다는 등의 이유로, 원고는 종속적인 관계에서 임금을 목적으로 피고에게 근로를 제공한 것이라고 볼 수 없어 근로기준법상의 근로자에 해당하지 않는다고 판단하였다.

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

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

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

#### <4> 채권추심원

☞ 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252891 판결

#### » 요 지 «

채권추심원의 근로자성이 다투어지는 개별 사건에서 근로자에 해당하는지 여부는 소속된 채권추심회사의 지점, 지사 등 개별 근무지에서의 업무형태 등 구체적인 사실관계 및 증명의 정도에 따라 달라질 수밖에 없다. 사실심의 심리결과 채권추심원이 채권추심회사에 매일 정시에 출근할 의무가 없었고 채권추심회사와 계약관계를 유지한 기간 동안 채권추심회사에 종속되어 지휘·감독을 받으며 업무에 전념하였다고 보기에 지나치게 적은 액수의 성과수수료를 받는 등 근로자성을 인정하기 어려운 사정들이 밝혀지거나, 채권추심원의 근로자성을 증명할 책임이 있는 당사자가 소송과정에서 다른 회사의 채권추심원 등에 관한 판결 선례 등만을 증거로 제출하였을 뿐 당해 사건에서 근로자성을 인정할 수 있는 구체적인 사실을 증명할 증거를 전혀 제출하지 않는 등의 경우에는 채권추심원의 근로자성이 부정될 수 있다.

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

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

\* 원고, 상고인 : 1. 김○호 2. 서○찬 3. 정○자

\* 피고, 피상고인 : ○○신용정보 주식회사

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

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.



## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지 위임계약인지보다 근로제공 관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로제공자가 이에 구속을 받는지, 근로제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 근로제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌고 근로소득세를 원천징수하였는지, 그리고 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조).

2. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음 사실을 알 수 있다.

- (1) 원고들은 피고와 각 계약기간을 6개월로 하여 채권추심위임업무수행계약을 체결하고 채권추심업무를 수행하였는데, 원고 김○호는 2007.2.1.부터 2010.2.28.까지, 원고 서○찬은 2006.2.1.부터 2010.8.31.까지, 원고 정○자는 2005.12.1.부터 2011.1.31.까지 피고의 채권추심원으로 근무하였다.
- (2) 원고들이 피고와 각 작성한 계약서에는, 근로기준법 등 노동관련 법령이 정하는 근로계약관계에 있지 아니함을 확인한다는 조항이 있기는 하지만, 6개월의 계약기간이 종료되면 상호 협의하여 연장할 수 있도록 되어 있고, 원고들이 영리를 목적으로 겸업하여 계약이행에 차질이 있다고 인정되거나 위임업무 수행능력이 현저히 떨어지는 경우 피고가 해지할 수 있도록 하고 있다.
- (3) 원고들은 피고가 지정한 파트와 팀에 소속되어 피고로부터 배정받은 채권에 관한 추심업무를 하였다.
- (4) 원고들은 피고의 사무실에서 컴퓨터 등 집기를 무상으로 제공받아 피고가 마련한 채권관리시스템에 개인별로 등록한 아이디와 비밀번호를 입력하여 접속한 후 정해진 프로그램에 따라 채무자의 정보수집, 채무자에 대한 문자, 통지서의 발송, 추심활동내역 입력 등 전반적인 업무를 수행하였고 피고의 정규직원, 파트장 등이 올린 공지사항을 열람하였다.

- (5) 원고들이 채무자의 주거지 등을 방문하는 경우 피고의 지시에 따라 채권관리시스템에 모든 방문에 관하여 방문시간, 방문결과, 비용 등을 입력하였고, 피고로부터 이러한 사항을 철저히 준수하지 않으면 불이익을 받을 수도 있다는 공지를 받았다.
- (6) 피고는 원고들에게 우편발송비와 일정한 기준에 따라 교통비 등을 지원하였다.
- (7) 피고는 필요한 경우 자체적으로 원고들을 교육하였고, 원고들로부터 교육참가확인서를 받았다.
- (8) 원고들은 매월 초순경 채권관리시스템에 그 달의 업무목표량을 전화통화, 방문, 법조치, 입금약속 등의 항목별로 등록한 후 상급자의 승인을 받았다.
- (9) 피고는 채권추심원들의 실적향상을 위해 정해진 기간 일정액 이상의 추심금액에 비례한 인센티브를 차등적으로 지급하고 추심금액이 일정액에 미달하는 경우 수수료를 차감하는 내용의 캠페인을 시행하였는데, 원고 서○찬은 이러한 캠페인의 참여대상이 되기도 하였다.
- (10) 피고는 각 파트별로 파트장을 통해 업무목표량을 정한 후 정해진 실적을 달성하지 못한 채권추심원에게 신규팀으로의 부서이동, 이미 배분된 채권의 환수 등 불이익을 가하거나 실적순위에 따라 새로운 채권배분에 차등을 두겠다는 공지를 하기도 하였는데, 원고 김○호, 서○찬은 위와 같은 공지가 이루어진 파트에 소속되어 활동하기도 하였다.
- (11) 피고는 매월 팀별로 소속된 채권추심원 개개인의 목표금액 달성비율을 기초로 순위를 매긴 회수실적표를 작성하기도 하였는데, 원고 김○호가 ○○은행 채권팀에서 활동할 당시 위와 같은 회수실적표가 회람되기도 하였다.
- (12) 원고들은 09:00까지 출근하여야 했고, 때때로 실적향상을 위해 조기출근, 토요일 근무, 야근을 독려 받으면서 동참하지 않는 경우 채권배분 등에서 불이익을 줄 수 있다는 공지를 받기도 하였다.
- (13) 원고들은 매월 21일 무렵 피고로부터 수수료를 지급받았는데, 그 금액은 채권추심실적에 따라 변동되었다.
- (14) 피고는 위 수수료에 대하여 근로소득세가 아닌 사업소득세를 원천징수하였고, 원고들에 대한 건강보험, 국민연금, 고용보험, 산업재해보상보험 가입신고를 하거나 그 보험료를 납부하지 않았으며, 원고들을 비롯한 채권추심원들을 구속하는 취업규칙이나 내규를 정하지는 않았다.
3. 원고들과 같은 채권추심원의 근로자성이 다투어지는 개별 사건에서 근로자에 해당하는지 여부는 소속된 채권추심회사의 지점, 지사 등 개별 근무지에서의 업무형태 등 구체적인 사실관계 및 증명의 정도에 따라 달라질 수밖에 없다. 사실심의 심리결과 채권추심원이 채권추심회사에 매일 정시에 출근할 의무가 없었고 채권추심회사와 계약관계를 유지한 기간 동안 채권추심회사에 종속되어 지휘·감독을 받으며 업무에 전념하였다고 보기에는 지나치게 적은 액수의 성과수수료를 받는 등 근로자성을 인정하기 어려운 사정들이 밝혀

지거나, 채권추심원의 근로자성을 증명할 책임이 있는 당사자가 소송과정에서 다른 회사의 채권추심원 등에 관한 판결 선례 등만을 증거로 제출하였을 뿐 당해 사건에서 근로자성을 인정할 수 있는 구체적인 사실을 증명할 증거를 전혀 제출하지 않는 등의 경우에는 채권추심원의 근로자성이 부정될 수 있다[대법원 2009. 5. 14. 선고 2009다6998 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다40612(본소), 2013다40629(반소) 판결 참조].

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

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

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

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

대법관 김신(재판장) 박병대(주심) 박보영 권순일

☞ 대법원 2015. 7. 9. 선고 2012다20550 판결

» 요 지 «

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

참조조문

근로기준법 제2조 제1항 제1호

원고, 상고인

원고 1 외 4인 (소송대리인 법무법인 율평 담당변호사 채지훈 외 1인)

피고, 피상고인 ○○협동조합자산관리 주식회사의 소송수계인 ○○협동조합자산관리회사 (소송대리인 법무법인 율현 담당변호사 윤배경 외 2인)

원심판결

서울고법 2012. 2. 3. 선고 2011나37997 판결

» 주 문 «

원심판결 중 원고들 패소 부분을 파기하고,

이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

» 이 유 «

상고이유를 판단한다.

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

무장소를 지정하고 근로제공자가 이에 구속을 받는지, 근로제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 근로제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌고 근로소득세를 원천징수하였는지, 그리고 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조).

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

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

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

- (1) 채권추심원들은 피고로부터 배정받은 채권에 대한 추심업무를 주업무로 하였고, 피고가 제공한 사무실에 출근하여 피고가 제공한 컴퓨터와 프로그램, 전화기 등을 이용하여 추심업무 내용을 피고의 전산시스템(AMS)에 입력하거나 전화연락, 우편물 발송, 문자 메시지 발송 등을 통해 채권추심업무를 수행하였다.
- (2) 채권추심원들은 기본급이나 고정급 없이 채권추심실적에 따라 일정한 비율의 수수료를 지급받았고, 대외적으로 채권추심업무를 수행할 때에는 피고의 실장이라는 직함을 사용하였으며, 채무변제최고장 등에는 피고의 명의를 사용하였다.
- (3) 피고는 채권추심원들의 근무시간과 장소를 별도로 정하지 않았지만 필요한 경우 피고가 근무시간과 장소를 별도로 지정할 수 있도록 하였고, 채권추심원들에게 보고의무, 교육참석의무, 비밀유지의무 등을 부과하였으며, 제3자로 하여금 추심업무를 처리하도록 하는 행위를 금지하였다. 또한 계약 위반 외에도 피고 규정의 미준수, 실적 부진, 업무처리능력 부족, 업무수행 부적격, 피고의 경영상 필요 등을 계약해지사유로 하였다.
- (4) 피고는 채권추심 등을 목적으로 설립된 법인으로 그 사업부문 내에 채권추심원에 대한 교육, 실적, 평가 등을 관리하는 부서를 두고 실적이 높은 채권추심원에 대하여는 상품을 수여하고, 실적이 낮은 경우에는 경고 조치를 하는 등으로 채권추심원들의 실적을 관리하였고, 전산시스템을 통해 채권추심원들의 로그인 기록, 매월 실적, 업무 내용 등

을 파악할 수 있었으며, 관리직원을 통해 채권추심원에 대한 출퇴근 상황과 업무 실적 등을 감독하거나 독려하였다.

- 다. 그러던 중 2008. 2. 1. 피고와 채권추심업무계약을 체결한 채권추심원들이 근로기준법상의 근로자에 해당한다는 판결이 대법원에서 확정되자, 피고는 대책을 마련하기 위해 2008. 2. 12. 지사장 회의를 개최하였다. 그 회의자료에는 '추심원의 사무실 입퇴실 시간을 구속하지 않고, 출장 관련 기록부 등을 운영하지 않으며, 추심원 개인별 회수 계획 및 실적 등에 대한 보고를 받지 않기로 한다'는 등의 내용이 기재되어 있었다. 또한 피고는 2008. 6. 13. 본사와 각 지사, 센터에 '추심원 실적관리 폐지, 시상 및 주의제도 폐지, 추심원의 업무수행 시간 및 장소를 별도로 정할 수 있다는 단서조항 삭제, 근로자성으로 인정될 소지가 있는 용어와 계약서의 변경 등'을 주요 내용으로 하는 '채권추심 업무방법서 개정 시행'을 보냈다.
- 라. 피고는 2008. 2. 12.경부터 공식적으로는 추심원에 대한 출근부, 출장기록부, 추심원 활동현황 등을 작성하지 않고, 팀별, 개인별 회수예상액 및 예상목표 달성률, 채권 미회수 사유 등에 대한 작성·보고와 일부 지사에서 이루어지던 주간회수계획서 작성·제출을 폐지하였으며, 불법추심 및 민원 예방교육 외에 추심원들에 대한 업무수행 교육을 실시하지 않고, 채무자 실태조사를 위한 월 3회 이상 의무방문제도를 폐지하였다.
- 마. 한편 피고는 2008. 3. 17.부터 2010. 11. 1.까지 7회에 걸쳐 채권추심원과 체결하는 계약서 양식을 변경하였는데, 그중 2008. 6. 16.자로 변경된 계약서 양식에서는 '재계약 규정, 필요한 경우 업무수행 시간과 장소를 별도로 정할 수 있다는 규정, 추심업무수행 횟수에 관한 규정, 추심원에 대한 실적관리 규정, 제3자로 하여금 업무를 처리하도록 할 수 없다는 규정, 채권회수 실적이 현저히 부진하거나 업무수행자로서 부적격하다고 인정되는 경우 또는 기타 경영상의 필요성에 의하여 계약을 지속하기 어려운 중대한 사유가 있을 경우 계약을 해지할 수 있도록 한 규정' 등이 삭제되었다.
- 바. 그러나 피고는 2008. 6. 16.자로 변경된 계약서 양식에 따라 계약을 체결한 이후에도 채권추심원들을 팀별로 관리하는 팀제도를 계속 유지하였고, 전산시스템을 통해 채권추심원들의 출퇴근과 실적을 관리할 수 있었으며, 일부 지사에서는 '월별 교육자료', '지사장 당부 사항', '담당자별 실적' 등을 통해 채권추심원들의 업무실적을 관리하고 실적에 따라 시상이나 경고 등을 하여 왔다.
3. 이러한 사실관계와 함께 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고는 2008. 6. 16.자로 계약서 양식이 변경된 이후에도 채권추심원들과 재계약을 하면서 종전의 계약서를 사용하기도 하고, 변경된 계약서를 사용하였다가 이후 다시 과거의 계약서 양식을 사용하기도 하는 등 피고 스스로도 계약서 양식 자체에는 큰 의미를 두지 않았던 것으로 보이는 점, ② 피고는 ○○협동조합법에 의한 조합 등의 부실자산 매입 및 매각과 인수한 부실자산의 보전 및 추심 등을 주목적으로 설립된 법인으로 채권추심업무는 피고의 사업에서 핵심적이고 중요한 업무라 할 수 있으므로, 피고로서는 채권추심을 담당하는 인력이 상시적으로 필요하였고, 적정한 업무수행을 보장하기 위하여 채권추심원들의 업무에 대하여 상당한 지휘·감독을 하고자 하는 유인이 크다고 할 수 있는 점, ③ 실제로 피고는 변

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

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

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

대법관 김용덕(재판장) 이인복(주심) 김소영

☞ 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566 판결

» 요 지 «

산업재해보상보험법 제5조 제2호는 이 법에서 사용하는 근로자란 근로기준법에 따른 근로자를 말한다고 규정하고 있는바, 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 위임 또는 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.

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

\* 원고, 상고인 / 정○○ 소송대리인 변호사 권두섭, 송영섭, 최성호, 여연심

\* 피고, 피상고인 / 근로복지공단 대표자 이사장 김○○

소송수행자 황○○, 심○○, 정○○

\* 피고보조참가인 ○○ 주식회사 대표이사 유○○



소송대리인 법무법인 율촌 담당변호사 신기선, 문일봉, 김대환, 윤용섭

\* 원심판결 / 서울고등법원 2007. 12. 26. 선고 2007누12783 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원으로 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 산업재해보상보험법 제5조 제2호는 이 법에서 사용하는 근로자란 근로기준법에 따른 근로자를 말한다고 규정하고 있는바, 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 위임 또는 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.

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

2. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 원고의 아들인 망 소외인(이하 '망인'이라 한다)이 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)의 ○○컬렉션사업부 경북컬렉션지점 ○○파트에 소속된 채권추심원으로서 참가인 회사로부터 위임받은 채권의 회수업무를 수행하던 중 2005. 4. 18. 19:30경 위 ○○파트 화장실에서 쓰러져 의식을 잃고 병원으로 실려가 응급치료를 받았으나 2005. 4. 25. 뇌지주막하출혈로 사망한 사실을 인정한 다음, 망인의 사망이 업무상 재해에 해당함에도 유족급여 및 장의비 지급을 거절한 피고의 이 사건 처분이 위법하다는 원고의 주장에 대하여, 그 판시와 같은 사정을 들어 망인이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 참가인에게 근로를 제공한 근로자라고 볼 수 없다는 이유로 원고의 위 주장을 배척하였다.

## 3. 그러나 원심의 이와 같은 판단은 수긍하기 어렵다.

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

그러나 위 위임계약서에 의하더라도, 참가인은 망인으로 하여금 관계 법령에 의하거나 교육 등 필요한 경우 일정한 시간과 장소를 정하여 업무를 수행하게 할 수 있고, 필요한 경우 망인에게 업무의 효율적 수행과 관련한 지시를 할 수 있으며, 참가인의 요구가 있을 경우 망인은 그 업무처리상황을 즉시 참가인 회사에 통보하도록 규정하고 있었으므로, 참가인이 비록 망인의 채권추심업무 수행에 관하여 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 하지는 않는다고 하더라도 참가인의 필요에 따라 적절한 방법으로 망인에 대한 상당한 지휘·감독할 수 있는 여지는 있다고 할 것이다.

또한, 원심이 인정한 사실 및 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, 망인과 같은 채권추심원들은 참가인으로부터 추심을 위임받은 채권에 관한 채무자의 정보를 확인하거나 자신의 추심실적을 입력하기 위하여 참가인의 사무실에 설치되어 있는 컴퓨터를 이용하여야 하였으므로 미리 지정된 사무실에 출근하지 않고서는 자신의 업무를 수행하는 것이 불가능하였던 점, 이에 채권추심원은 통상 08:20~09:00경 참가인이 제공한 사무실에 출근하여 그 곳에 설치되어 있는 컴퓨터를 이용하여 채무자의 정보를 확인하거나 전화를 이용하여 채무자에 대한 채무변제를 독촉하는 등의 업무를 수행하였고, 참가인은 채권추심원들에게 사무실이나 그 곳에 설치된 컴퓨터 전화 등의 이용요금을 따로 부담시키지 않았던 점, 망인이 소속되어 있던 위 ○○파트에서는 채권추심원 6~8명이 한 팀을 이루어 업무를 처리하였고 참가인은 정규직 주임 또는 대리로 하여금 팀장으로서 채권추심원을 관리하도록 하였는데, 채권추심팀의 팀장은 채권추심원들의 위와 같은 통상 출근시간에 맞추어 1주에 2~3회 회의를 하면서 대부기준, 수수료기준, 대부업 관련 법령, 민원방지사항 등을 교육하거나 채권추심원의 실적, 수수료 등을 알려준 점, 또한 위 ○○파트 파트장이나 팀장은 외근하는 채권추심원에게도 수시로 휴대전화 문자메시지를 이용하여 목표액, 현재 달성액, 마감시각 등을 상기시키는 등 목표달성을 독려하여 왔던 점, 채권회수실적은 채권추심원의 능력을 평가하는 중요한 요소로서 팀장은 전산기록을 통하여 채권추심원별 채권회수실적을 확인하고 그 실적과 업무부실 처리에 따른 벌점을 종합하여 채권의 배분을 조정할 수 있었고, 채권회수실적이 평균에 현저히 미달하여 업무수행이 곤란하다고 판단되는 경우에는 참가인 회사가 위임계약을 해지할 수도 있었던 점, 채권추심원들로서는 그와 같은 불이익을 피하기 위하여 파트장이나 팀장의 그와 같은 채권회수 독려나 업무지시를 거절하기가 사실상 곤란하였을 것으로 보이는 점, 참가인은 그 외에도 불법추심방지와 민원방지를 위하여 채권추심원이 채무자들과 나눈 전화통화를 녹음하는 방법으로 업무내용을 감시·통제하고, 참가인의 이미지 관리를 위하여 채권추심원에게 정장을 착용하도록 지시한 점, 채권추심원이 채권추심업무를 처리하는 과정에서 여러 가지 채권회수방안

을 모색하여 팀장에게 의견을 제시하면 팀장은 제시된 의견을 검토하여 법적 조치사항이 필요한 경우 정규직 직원으로 하여금 가압류나 소송진행 등의 업무를 수행하도록 하는 등 채권추심원과 정규직원의 유기적인 협조 아래 채권추심업무가 처리되어 온 점, 참가인 회사의 사전 서면 승낙을 받으면 채권추심원의 위임사무를 제3자로 하여금 처리하게 할 수 있으나, ○○파트에서는 개인신용정보보호 등을 이유로 제3자에 대한 재위임이 요청되거나 승인된 적이 없는 점, 채권추심원에게 따로 기본급이나 고정급이 정해져 있지 않았으나 신규 위촉된 채권추심원에게는 업무를 시작한 때부터 3개월간 순차로 70만 원, 50만 원, 30만 원의 정착지원금이 지급되었고 수수료는 매월 계산되어 다음달 21일 지급되었는데, 망인은 2004년 10월부터 2005년 4월 사이에 적게는 1,323,126원에서 많게는 2,876,910원의 수수료를 매월 지급받아 온 점 등을 종합하여 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 망인은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 참가인에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다.

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

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

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

대법관 김영란(재판장) 김황식 이홍훈(주심)

## &lt;5&gt; 텔레마케터

☞ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29890 판결

## » 요 지 «

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식보다 근로제공관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계인지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로제공자에게 구속을 받는지, 근로제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 근로제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌고 근로소득세를 원천징수하였는지, 그리고 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.
2. 피고의 업무운용수칙과 스크립트 등 가이드라인에는 관련 법령을 준수하기 위한 내용뿐만 아니라, 피고를 위한 업무수행의 내용과 방법 등에 관한 지침으로서의 성격도 함께 포함되어 있는 점, 섭외영업위촉계약서에는 원고들의 업무운용수칙 위반 시 징계해고에 상응하는 계약해지의 불이익이 규정되어 있는 점, 피고는 업무수행 불량으로 평가할 수 있는 경우를 분류하여 '통보서 유형별 등급표'를 마련하여 두고, 위 등급표에서 통보서 발부 횟수에 따라 생산성 인센티브에서 일정금액 차감 또는 미지급, 해당 실적 커미션에서 차감, 계약해지 등 제재수단을 규정하여 이를 적용하였으며, 이를 위하여 필요한 경우 통화녹음 내용 등을 모니터링한 점, 피고의 정규직 직원인 매니저들은 원고들과 같은 시간, 같은 장소에서 근무하면서 원고들의 출근 여부, 통화 여부, 통화 횟수 등을 알 수 있었고, 실제로 일별로 목표 통화횟수나 실적에 따른 추가 데이터베이스 제공 등의 각종 프로모션을 진행하기도 하는 등 전화권유판매원들의 업무수행이나 실적을 관리하였고, 전화권유판매원별로 일정한 양의 고객 데이터베이스를 제공하는 것이 아니라 09:30경부터 18:30경까지의 근무시간 중 30분 내지 1시간 단위로 고객 데이터베이스를 분배하므로, 지각, 조퇴, 무단이탈, 결근 등의 경우 고객 데이터베이스를 적게 분배받게 되고 이는 실적으로 이어지게 되므로, 실질적으로 불이익을 받는 결과가 되는 점, 원고들은 내근직으로서 피고로부터 받은 고객 데이터베이스에 피고로부터 받은 업무운용수칙과 스크립트에 따라 전화를 하는 업무의 성격상 피고가 제공한 사무실, 전화, 컴퓨터 등의 물품 외에 업무수행에 추가로 드는 상당한 비용이 들 여지가 없고, 전문성이 요구된다고 보기도 어려운 점, 원고들은 계약상

‘은행의 신용카드상품 내용을 홍보함으로써 은행상품에 관한 약정이 체결되도록 하여야 하는 업무’를 담당하고 업무의 대행이 금지되었는데, 원고들은 피고의 지시에 따라 계약상의 업무 외에 고객정보 변경, 캐시백서비스 안내, 일시불의 할부전환 업무 등을 수행하기도 하였고, 실적에 따른 수수료 외에 생산성수당 등 명목의 돈이 지급되기도 한 점 등 실적이나 업무수행 불량 또는 업무운용수칙 등 위반 시 부과된 제재 또는 불이익, 업무의 성격과 내용, 근무장소가 정해져 있고 근무시간을 지키지 않을 경우 얻게 되는 실질적 불이익 등 여러 사정을 종합하면, 원고들이 피고회사에 근로에 대한 대가를 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하였다고 볼 여지가 충분하다.

\* 원고(선정당사자), 상고인 : 원고(선정당사자) 1 외 1인

\* 피고, 피상고인 주식회사 : 한국○○은행

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

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식보다 근로제공관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계인지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로제공자가 이에 구속을 받는지, 근로제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 근로제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌고 근로소득세를 원천징수하였는지, 그리고 근로제공관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2015. 7. 9. 선고 2012다20550 판결 등 참조).
2. 원심은, 피고와 섭외영업위촉계약을 체결하고 피고로부터 고객 데이터베이스를 받아 피고의 고객에게 전화로 카드론에 관하여 홍보하고 그 신청을 권유하는 업무를 수행한 원고(선정당사자)들 및 선정자들(이하 ‘원고들’이라고 한다)이 실질적으로 피고의 지휘·감독을 받은 근로

자라고 주장하면서 퇴직금을 구하는 이 사건에 대하여, 그 판시와 같은 사정을 들어 원고들은 근로자가 아니라고 판단하여 원고들의 청구를 기각하였다.

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

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

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

나. 그리고 원심은, 원고들이 규정위반행위 등을 하였을 경우 피고로부터 통보를 받고 통보 횟수에 따라 급여가 차감된 사실, 원고들의 통화량과 통화시간이 전산프로그램에 자동으로 저장되는 사실, 민원 등이 제기되었을 때 피고가 통화녹음내용을 확인하여 위반사항을 원고들에게 통보한 사실을 인정하면서도, 피고가 수시로 모니터링하지는 않았고 통화횟수 대비 위반횟수나 수수료 차감액수가 적은 편이어서, 피고가 원고들의 업무수행과정이나 결과를 관리하거나 제재를 가하는 등으로 관리·감독하였다고 보기 어렵다는 취지로 판단하였다. 그런데 현실적으로 수많은 통화내용에 대하여 모두 모니터링하기는 불가능하기 때문에 문제가 제기된 경우에만 모니터링할 수밖에 없어, 통화횟수에 대비한 위반횟수나 수수료 차감의 비율이 적다고 하여 피고가 원고들의 업무수행과정을 모니터링하거나 제재를 가하지 않았다고 보기는 어렵다. 또한 피고는 민원발생뿐만 아니라 '실적조작, 불충분하거나 잘못된 설명, 신청서 오류기재, 명시되지 않은 위반사항으로서 위험성이 높고 위반의 정도가 심각하다고 판단되는 경우' 등 업무수행 불량으로 평가할 수 있는 경우를 분류하여 '통보서 유형별 등급표'를 마련하여 두고, 위 등급표에서 통보서 발부 횟수에 따라 생산성 인센티브에서 일정금액 차감 또는 미지급, 해당 실적커미션에서 차감, 계약해지 등 제재수단을 규정하여 이를 적용하였으며, 이를 위하여 필요한 경우 통화녹음내용 등을 모니터링하였다. 결국 피고가 원고들의 업무수행과정이나 결과 등에 대하여 관리·감독을 하였고, 그에 대한 제재 수단도 있었다.

다. 또한 원심은, 원고들과 같은 전화권유판매원의 전산 로그기록이 09:30경부터 18:30경 사이에 몰려 있고, 원고들은 피고가 마련한 사무실에 피고의 정규직 직원 3명과 함께 근무하면서 자리가 지정되어 있었으며, 자리이동을 원할 경우 매니저로부터 허락을 받은 사실, 피고의 정규직 직원인 매니저들은 각종 프로모션을 진행한 사실, 매니저들이 원고들에게 30분에서 1시간 단위로 고객 데이터베이스를 분배한 사실을 인정하면서도, 지각 또는 결근으로 인한 징계 등의 불이익을 주지 않아 특정 시간에 출퇴근할 의무가 없었다고 판단하였다. 그러나 지각 또는 결근으로 인한 징계 등에 관한 규정이 없었다고 하더라도, 피고의 정규직 직원인 매니저들은 원고들과 같은 시간, 같은 장소에서 근무하면서 원고들의 출근 여부, 통화 여부, 통화 횟수 등을 알 수 있었고, 실제로 일별로 목표 통화횟수나 실적에 따른 추가 데이터베이스 제공 등의 각종 프로모션을 진행하기도 하는 등 전화권유판매원들의 업무수행이나 실적을 관리하였다.

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

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

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

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

사. 그런데도 원고들이 근로자가 아니라고 판단한 원심판결에는, 상고이유 주장과 같이 근로기준법상의 근로자에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

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

대법관 이기택(재판장) 김용덕 김 신(주심) 김소영



## &lt;6&gt; 방송종사자

## 1 영상취재요원

☞ 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10754 판결

## » 요 지 «

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.
2. 원고의 채용공고에 의하여 영상취재요원(VI)으로 채용되어 원고가 기획·의도한 특정한 장소에서 특정한 시간 내에 일정한 영상을 촬영하여 이를 수정·편집하여 온 참가인들이 비록 6mm 카메라를 직접 소유하고 있고 원고로부터 명시적인 출·퇴근시간 등의 근태관리를 받지 않았으며 참가인들에 관하여 4대 보험이 가입되어 있지 않다고 하더라도, 참가인들은 원고와의 근로관계에 있어 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다.

\* 원고, 상고인 : ○○○○

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

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

## » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다99396 판결 등 참조).

원심은 제1심판결 이유를 인용하여 다음과 같은 사정 즉, ① 참가인들이 원고의 채용공고에 의하여 영상취재요원으로 채용되어 원고가 기획·의도한 특정한 장소에서 특정한 시간 내에 일정한 영상을 촬영하여 이를 수정·편집하여 온 점, ② 참가인들은 영상제작에 관하여 그 작업의 특성상 일정한 재량을 가지고 작업을 하여 왔으나, 원고 소속 취재담당기자의 기획의도에 따라 제작된 촬영 및 편집구성안에 따라 구체적인 인터뷰 내용 및 방법, 촬영 방법, 기타 영상 내용 등에 대하여 촬영 작업부터 편집 작업까지 지속적으로 수정 지시를 받아 왔고, 위와 같은 촬영 및 편집구성안 이외에도 현장에서 구두로 또는 이메일을 통하여 지속적인 수정 지시를 받아 온 점, ③ 참가인들은 위와 같은 업무수행의 대가로 프로그램 아이템의 촬영 영상당 일정액으로 계산된 금액을 지급받은 것이 아니라, 매월을 기본단위로 하여 일당 일정액에 실제 근무일수를 곱한 금액을 급여로 지급받아 온 점, ④ 원고가 참가인들에게 다른 회사의 영상취재요원으로 근무하는 것을 금지하지 아니하였다고 하더라도, 참가인들의 원고에 대한 업무일지 등에 기재된 실제 근무일과 근무시간상 참가인들이 원고의 영상취재요원으로 근무하면서 원고가 아닌 다른 회사의 영상관련업무에 종사하는 것은 사실상 불가능한 것으로 보이는 점, ⑤ 원고는 영상취재요원에게 위와 같은 업무를 수행하게 하면서 그 업무 수행에 잘못이 있는 경우 그 잘못의 경위를 기재한 시말서 등을 징구하여 온 점, ⑥ 원고는 2년 또는 5년 동안 참가인들과의 근로관계를 지속적으로 유지해 오다가 이른바 비정규직 보호법 발효를 앞둔 2007.8.2. 참가인들에 대하여 위와 같은 비정규직보호법의 적용을 배제하기 위한 목적으로 사업자등록을 요구한 후 이 사건 계약종료에 이르게 된 것과 원고 스스로 작성한 'VJ 운영개선방안'의 내용 등에 비추어, 원고 스스로도 참가인들과 같은 영상취재요원의 근로형태가 근로기준법에 정한 근로자로 인정받을 수 있다는 것을 충분히 예상

하고 있었다고 보이는 점, ⑦ 참가인들이 정해진 기본급이나 고정급을 지급받은 것은 아니고 원고로부터 근로소득세를 원천징수당하지 아니하였으며 원고가 참가인들에 대하여 취업규칙 등의 규정을 적용하지 않은 사정이 있다고 하더라도, 이러한 사정들은 최근에 급격하게 증가하고 있는 비정규직 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상으로 볼 수 있을 뿐 아니라 사용자인 원고가 경제적으로 우월한 지위에서 사실상 임의로 정할 수 있는 사정들에 불과하다고 여겨지는 점 등을 인정한 다음, 이러한 사정을 종합하여 보면 비록 참가인들이 6mm 카메라를 직접 소유하고 있고 원고로부터 명시적인 출·퇴근시간 등의 근태관리를 받지 않았으며 참가인들에 관하여 4대 보험이 가입되어 있지 않다고 하더라도, 참가인들은 원고와의 근로관계에 있어 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 원고에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 판단하였다.

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

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

대법관 이인복(재판장) 이홍훈 김능환(주심) 민일영

## 2 방송제작 PD

☞ 대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두19390 판결

### » 요 지 «

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

\* 원고, 피상고인 겸 상고인 : 주식회사 A

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : 1. B, 2. C

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

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

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

### » 이 유 «

#### 1. 원고의 상고에 대하여

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

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

## 2. 참가인들의 상고이유에 대하여

원심은 그 채택 증거를 종합하여 인정한 사실과 사정에 의하여, 원고와 참가인들 사이의 근로계약은 특정 프로그램의 제작 및 방송을 위한 기간제의 근로계약이어서, 'D' 프로그램이 종영된 2010.10.7. 그 근로관계도 종료하였다고 판단하였다.

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

## 3. 결론

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

대법관 이인복(재판장) 민일영 박보영 김신(주심)

## <7> 재봉공(객공)

☞ 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다51417 판결

### » 요 지 «

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.
2. 의류제조업을 영위하는 甲의 사업장에서 乙이 별도의 사업자등록을 하고 의류제조공정 중 봉제업무를 수행하고 기본급 없이 작업량에 따른 성과급만을 지급받았다고 하더라도, 甲의 지휘·감독을 받아 업무를 수행하였으므로 乙은 근로기준법상의 근로자에 해당한다.

\* 원고(선정당사자), 피상고인 : 원고 (소송대리인 변호사 최성호)

\* 피고, 상고인 : 피고 (소송대리인 법무법인 산경 담당변호사 양재택외 2인)

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

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용

자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결, 대법원 2007. 9. 7. 선고 2006도777 판결 등 참조).

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

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

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

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

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

대법관 안대희(재판장) 박시환 차한성 신영철(주심)



## &lt;8&gt; 취업자격이 없는 외국인 근로자

☞ 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 판결

## » 요 지 «

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

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

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

- \* 원고, 피상고인 : 서울○○○○이주노동자노동조합
- \* 피고, 상고인 : 서울지방노동청장
- \* 원심판결 : 서울고등법원 2007. 2. 1. 선고 2006누6774 판결
- \* 판결선고 : 2015.06.25.

## » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

## » 이 유 «

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

## 1. 상고이유 제1점에 관하여

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

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

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

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

## 2. 상고이유 제2점에 관하여

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

한편 구 출입국관리법(2010.5.14. 법률 제10282호로 개정되기 전의 것) 관련 규정에 의하면, 외국인이 대한민국에서 취업하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 취업활동을 할

수 있는 체류자격(이하 '취업자격'이라고 한다)을 받아야 하고, 취업자격 없이 취업한 외국인은 강제퇴거 및 처벌의 대상이 된다.

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

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

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

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

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

### 3. 결론

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

## 4. 대법관 민일영의 반대의견

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

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

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

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

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

다수의견의 논리대로라면, 한편으로는 취업자격 없는 외국인의 고용을 제한하고 강제퇴거 등의 조치를 취할 의무가 있는 국가가 다른 한편으로는 취업자격 없는 외국인의 노동조합 설립 및 노동조합 활동을 보장해 주어야 하는 모순을 피할 수 없게 된다.

이야말로 다수의견에 내재하는 근본적인 한계라고 할 것이다.

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

시대와 장소를 초월하여 보편타당한 정의를 추구하는 법의 이념을 현실의 실정법이 그대로 구현한다면 더 말할 나위 없이 이상적일 것이다. 하지만 아쉽게도 시대가 다르고

나라가 다름에 따라 각 시대 각 나라가 제정하여 시행하고 있는 실정법은 그러한 법의 이념과 궤리를 보이고 있는 것이 현실이다. 그러나 그렇다고 해서 그 실정법의 당위성을 부정하고 적용을 거부할 수는 없는 노릇이다. 특히 법원이 법을 적용하는 마당에서는 더욱 그러하다. 위에서 본 바와 같이 취업자격 없는 외국인의 고용을 금지하고 강제 퇴거 및 처벌을 규정하고 있는 출입국관리에 관한 법령이 없다면 모를까, 그러한 법령이 실정법으로 엄연히 존재하는데 법원이 이에 애써 눈감을 일은 아니다. 다수의견이라고 해서 노동조합법이 출입국관리법보다 우월한 지위에 있는 상위법이라고 보는 것은 아닐 것이다.

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

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

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

이상과 같이 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

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

## &lt;9&gt; 골프장 경기보조원(캐디)

☞ 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결

## » 요 지 «

1. 골프장에서 일하는 캐디는, ① 골프장 시설운영자와 근로계약·고용계약 등의 노무공급계약을 전혀 체결하고 있지 않고, ② 경기보조업무는 원래 골프장 측이 내장객에 대하여 당연히 제공하여야 하는 용역 제공이 아니어서 캐디에 의한 용역 제공이 골프장 시설운영에 있어서 필요불가결한 것이 아니며, ③ 내장객의 경기보조업무를 수행한 대가로 내장객으로부터 직접 캐디 피(caddie fee)라는 명목으로 봉사료만을 수령하고 있을 뿐 골프장 시설운영자로부터는 어떠한 금품도 지급받지 아니하고, ④ 골프장에서 용역을 제공하면서 순번의 정함은 있으나 근로시간의 정함이 없어 자신의 용역 제공을 마친 후에는 골프장 시설에서 곧바로 이탈할 수 있고, ⑤ 내장객의 감소 등으로 예정된 순번에 자신의 귀책사유 없이 용역 제공을 할 수 없게 되더라도 골프장 시설운영자가 캐디 피에 상응하는 금품이나 근로기준법에서 정한 휴업수당을 전혀 지급하고 있지도 아니하며, ⑥ 내장객에 대한 업무 수행 과정에서 골프장 시설운영자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 않으며, ⑦ 근로소득세를 납부하고 있지 않고, ⑧ 내장객에 대한 경기보조업무 수행을 해태하여도 용역을 제공하는 순번이 맨 끝으로 배정되는 등의 사실상의 불이익을 받고 있을 뿐 달리 골프장 시설운영자가 캐디에 대하여 회사의 복무질서 위배 등을 이유로 한 징계처분을 하지 아니하는 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 골프장 시설운영자에 대하여 사용종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자로 볼 수 없다.
2. 사용자의 행위가 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노조법'이라 한다)에서 정한 부당노동행위에 해당한다는 점은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합이 증명하여야 하므로, 필요한 심리를 다하였어도 사용자에게 부당노동행위의사가 존재하였는지가 분명하지 아니하여 존재 여부를 확정할 수 없는 경우에는 그로 인한 위협이나 불이익은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합이 부담할 수밖에 없다. 그리고 사용자가 근로자를 해고하면서 적법한 징계해고 사유가 있어 징계해고한 이상 사용자가 근로자의 노동조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다 하여 그 사유만으로 징계해고가 징계권 남용에 의한 노조법상의 부당노동행위에 해당한다고 단정할 것도 아니다.
3. 골프장 캐디인 甲 등이 골프장을 운영하는 乙 주식회사로부터 제명처분 등 징계를 받은 후 乙 회사를 상대로 징계무효확인을 구한 사안에서, 甲 등은 임금을 목적으로 사용종속적인 관계에서 乙 회사에 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 수 없으나, 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자성은 인정할 수 있다고 본 원심판단을 수긍한 사례.
4. 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 근로자를 고용한 사업주로서 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 노동조합 및

노동관계조정법 제81조 제4호에서 정한 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다.

#### 참조조문

- [1] 근로기준법 제2조 제1항 제1호
- [2] 노동조합 및 노동관계조정법 제81조, 근로기준법 제23조 제1항
- [3] 근로기준법 제2조 제1항 제1호, 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제1호
- [4] 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제2호, 제81조 제4호, 제84조 제1항

#### 참조판례

- [1] 대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13432 판결(공1996하, 2697)
- [2] 대법원 1994. 12. 23. 선고 94누3001 판결(공1995상, 691)
- [3] 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두9574 판결
- [4] 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결(공2010상, 823)

원고, 피상고인 원고 1 외 37인 (소송대리인 법무법인 공간 외 1인)

원고, 상고인 원고 38 외 2인

피고, 상고인 겸 피상고인 ○○○○개발 주식회사 (소송대리인 법무법인(유한) 바른 외 1인)

원심판결 서울고법 2011. 8. 26. 선고 2009나112116 판결

### » 주 문 «

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

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 원고 38, 39, 40의 상고이유에 대하여

##### 가. 근로기준법상 근로자성 여부의 점

근로기준법(이하 ‘근기법’이라 한다)상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업 규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지

휘·감독을 하는지, 사용자가 근무 시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크다는 점에서, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조).

한편, 골프장에서 일하는 캐디는, ① 골프장 시설운영자와 사이에 근로계약·고용계약 등의 노무공급계약을 전혀 체결하고 있지 않고, ② 그 경기보조업무는 원래 골프장 측이 내장객에 대하여 당연히 제공하여야 하는 용역 제공이 아니어서 캐디에 의한 용역 제공이 골프장 시설운영에 있어서 필요불가결한 것이 아니며, ③ 내장객의 경기보조업무를 수행한 대가로 내장객으로부터 직접 캐디 피(caddie fee)라는 명목으로 봉사료만을 수령하고 있을 뿐 골프장 시설운영자로부터는 어떠한 금품도 지급받지 아니하고, ④ 골프장에서 용역을 제공함에 있어 그 순번의 정함은 있으나 근로시간의 정함이 없어 자신의 용역 제공을 마친 후에는 골프장 시설에서 곧바로 이탈할 수 있고, ⑤ 내장객의 감소 등으로 인하여 예정된 순번에 자신의 귀책사유 없이 용역 제공을 할 수 없게 되더라도 골프장 시설운영자가 캐디 피에 상응하는 금품이나 근기법 소정의 휴업수당을 전혀 지급하고 있지도 아니하며, ⑥ 내장객에 대한 업무 수행과정에서 골프장 시설운영자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받고 있지 않으며, ⑦ 근로소득세를 납부하고 있지 않고, ⑧ 내장객에 대한 경기보조업무 수행을 해태하여도 그 용역을 제공하는 순번이 맨 끝으로 배정되는 등의 사실상의 불이익을 받고 있을 뿐 달리 골프장 시설운영자가 캐디에 대하여 회사의 복무질서 위배 등을 이유로 한 징계처분을 하지 아니하는 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 골프장 시설운영자에 대하여 사용종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근기법 소정의 근로자로 볼 수 없다 할 것이다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13432 판결 참조).

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



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

#### 나. 노동조합 및 노동관계조정법상의 부당노동행위 여부의 점

사용자의 행위가 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노조법'이라 한다)에 정한 부당노동행위에 해당한다는 점은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합이 증명하여야 하므로, 필요한 심리를 다하였어도 사용자에게 부당노동행위의사가 존재하였는지 여부가 분명하지 아니하여 그 존재 여부를 확정할 수 없는 경우에는 그로 인한 위험이나 불이익은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합이 부담할 수밖에 없다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두 9574 판결 참조). 그리고 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 적법한 징계해고사유가 있어 징계해고한 이상 사용자가 근로자의 노동조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다 하여 그 사유만으로 징계해고가 징계권 남용에 의한 노조법상의 부당노동행위에 해당한다고 단정할 것도 아니다(대법원 1994. 12. 23. 선고 94누3001 판결 참조).

원심은, 위 원고들이 피고의 승인 없이 5회 이상 결장하여 이 사건 경기보조원 수칙 제 20조에 따른 제명 대상에 해당하고, 피고와 이 사건 노동조합 사이에 체결된 단체협약 제10조는 조합원의 근무시간 중 조합활동에 대해서는 정상적인 경기 운영에 지장을 초래하지 않는 범위 내에서 이를 허용하도록 하고 있으므로, 노동조합의 조합활동은 정상적인 경기 운영에 지장을 초래하지 않는 범위 내에서 이루어져야 하는 내재적 한계가 있는데, 위 원고들이 조합활동을 위해 신청한 결장기간이 2개월 또는 그 이상으로 상당히 장기간이어서 그 동안 캐디들에 대한 수요가 어느 정도인지 쉽게 예측할 수 없어 위 원고들이 신청한 결장이 정상적인 경기운영에 지장을 초래하지 않을 것이라고 단정하기 어려운 상황인데다가 그 결장 요청 관련 문서에는 결장기간을 장기간으로 특정하였을 뿐 구체적인 조합활동에 관한 기재가 없었던 사실 등을 인정한 다음, 피고가 그와 같은 상황에서 결장을 허용하지 아니하고 위 원고들의 그 기간 동안의 결장을 무단결장으로 처리하여 제명처분을 한 조치가 부당노동행위 의사에 기인하여 이루어진 것이라고 단정하기는 어렵다고 판단하였다.

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

#### 다. 반사회적 법률행위, 신의칙 내지 권리남용 여부의 점

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 위 원고들의 장기간의 출장거부를 이유로 피고가 이 사건 경기보조원 수칙에 따라 위 원고들을 제명한 조치가 신의칙에 반한다거나 피고가 경기보조원 수칙에서 정한 제재에 관한 권한을 남용한 것으로 보기 어렵다고 본 원

심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니하거나 반사회적 법률행위, 신의칙 내지 권리남용에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

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

### 가. 노조법상의 근로자성 여부

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

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

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

### 나. 노조법상의 사용자성 여부

근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있

는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 노조법 제81조 제4호에서 정한 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결 등 참조).

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

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

#### 다. 출장유보처분의 부당노동행위성 여부

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

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

#### 라. 원고 41에 대한 제명처분의 효력 유무

원심은, 피고가 내세우는 원고 41에 대한 제재사유 중 그 정당성이 인정되는 것은 피고 소속 경기팀장 소외인에 대한 폭언, 이 사건 노동조합원들에 대한 2008. 9. 16.자 출장거부 선동행위, 2008. 9. 23. 허위사실을 기재한 피켓시위행위에 한정되는데, 위 제재사유로 인정된 개별행위가 경기보조원 수칙에서 정한 다른 제재사유와 비교하여 현저히 중대한 경우에 해당한다고 보기 어렵고, 위 원고가 수차례 경기보조원 수칙을 위반하고 개전의 정이 없다고 볼 증거도 없으므로, 피고가 경기보조원 수칙에서 정한 다른 제재

를 거치지 않고 곧바로 원고 41을 제명한 처분은 피고가 경기보조원 수칙에서 부여받은 캐디의 제재에 관한 재량권을 일탈·남용한 것이고, 나아가 제명 전에 경기보조원 수칙에서 정한 소명의 기회도 부여하지 않은 절차상의 잘못도 있으므로 위 제명처분은 무효라고 판단하였다.

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

### 3. 결론

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

대법관 김용덕(재판장) 신영철(주심) 이상훈 김소영

## &lt;10&gt; 도급제 사원

☞ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2011다1880 판결

## » 요 지 «

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

\* 원고, 상고인 : 1. A 2. B

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 C

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

## » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들이 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유에 대하여 판단한다.

노무제공자가 근로기준법상 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 노무제공관계의 실질이 노무제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공한 것인지 여부에 따라 판단하여야 한다. 여기에서 종속적인 관계가 있는지는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무규정 등의 적용을

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

원심은 채택 증거에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 피고가 원고들과 같은 도급제 사원에 대하여는 납품기한 준수 독촉과 품질검사 이외에 업무 수행에 관한 구체적인 지시를 하거나 개별적인 감독을 한 적이 없는 점, ② 원고들은 일정한 시급을 받기로 하고 공장 이전에 따른 시설라인 이전 등의 다른 작업도 한 적이 있으나, 이는 작업물량이 적을 경우 원고들 자신의 수익을 높이고자 피고와 합의하여 한 것이지, 원고들이 피고의 강제 또는 지시로 해당 작업을 수행한 것이라고 볼 수 없는 점, ③ 도급제 사원이 월급제 사원과 함께 피고가 정한 작업공간 및 작업라인에서 업무를 수행한 것은 작업공정의 효율성 차원에서 불가피한 측면이 있었고, 그 경우에도 도급제 사원과 월급제 사원이 공동으로 동일한 제품에 대하여 작업을 하였던 것은 아닌 점, ④ 도급제 사원은 작업의 편의를 위하여 일정한 근무시간을 자율적으로 유지한 것으로 보일 뿐, 그 출·퇴근시간이나 근무일수는 월급제 사원과 달리 유동적이었으며, 피고도 그와 관련하여 어떠한 제재를 가하지 않았던 점, ⑤ 피고가 도급제 사원에게도 점심을 제공하는 한편 작업도구와 소모품 등을 무상으로 지원하기는 하였지만, 이는 우수한 기술자를 확보하기 위한 계약조건 또는 복지혜택으로 볼 수 있는 점, ⑥ 도급제 사원은 다른 사람에게 위탁하거나 종업원을 고용하여 자신의 작업물량을 처리하는 것이 허용되었고, 피고가 그에 관하여 특별한 통제를 가하지는 않았던 점, ⑦ 도급제 사원의 보수는 근무시간이 아닌 실제 작업한 물량에 따라 산정되었으며, 도급제 사원은 월급제 사원과 달리 각종 수당이나 상여금, 휴가비 등을 지급받지 아니한 점, ⑧ 피고는 도급제 사원이 작업한 부분에 하자가 있을 경우 그 손해액 상당을 보수에서 공제하기도 한 점 등을 종합하여 보면, 원고들을 근로기준법상 피고의 근로자로 보기는 어렵다고 판단하였다.

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

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

대법관 김소영(재판장) 이인복(주심) 김용덕 이기택

## 4. 노동조합법상 근로자성 판단

### 1 해직된 교원의 조합원 자격 범위

☞ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2012도10066 판결

#### » 요 지 «

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

\* 피고인 : 피고인 1 외 1인

\* 상고인 : 피고인들

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

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 상고이유 제1점 내지 제4점에 대하여

가. 국가공무원법 제66조제1항은 공무원의 노동운동이나 그밖에 공무 외의 일을 위한 집단 행위를 금지하고 있는데, 이러한 공무원에는 교육공무원인 국·공립학교의 교원도 포함되며, 사립학교법 제55조제1항이 사립학교의 교원의 복무에 관하여는 국·공립학교의 교원에 관한 규정을 준용하도록 정하고 있으므로, 국·공립학교의 교원인지 사립학교의 교원인지를 불문하고 교원의 노동운동이나 그밖에 공무·업무 외의 일을 위한 집단 행위는 원칙적으로 금지된다고 할 수 있다. 그런데 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제5조는 본문에서 근로자의 자유로운 노동조합 조직·가입을 허용하면서도, 그 단서에서 공무원과 교원에 대하여는 따로 법률로 정하도록 규정하고 있다.

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

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

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

나. 원심은 판시와 같은 이유를 들어, (1) 교원노조법에 특칙이 있는 경우에는 일반법인 노동조합법의 적용은 배제된다는 전제에서, 산업별·지역별·직종별 노동조합의 구성주체로서 노동조합법 제2조제4호 라목 본문이 정한 '근로자'의 개념에 관한 해석과는 달리, 교원노조법상 교원노동조합의 조합원이 될 수 있는 교원은 이 사건 법률 규정에서 정하고 있는 현실적으로 교원으로 근무하고 있거나, 해고되었지만 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 하고 그에 관한 중앙노동위원회의 재심판정이 있기 전인 사람만을 의미한다고 해석하고, (2) 이 사건 법률 규정은 교원노동조합의 조합원이 될 수 있는 교원의 범위를 정하는 강행규정이라고 보아, (3) 이 사건 법률 규정과 달리 부당노동행위의 구제신청 등 여부를 묻지 않고 해직된 교원을 조합원으로 인정하는 피고인 1의 규약 부칙(1999.6.27. 제14차 개정) 제5조(이하 '이 사건 부칙 조항'이라 한다)는 이 사건 법률 규정에 위반되므로, 이 사건 부칙 조항의 변경·보완을 지시한 이 사건 시정명령은 적법하다고 판단하였다.

다. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 교원노조법 제14조제1항과 노동조합법 제2조제1호, 제4호 라목 본문의 해석 및 적용, 산업별 노동조합의 조합원 범위, 이 사건



법률 규정의 성격과 노동조합법 제21조가 정한 시정명령의 대상, 이 사건 부칙 조항의 해석 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

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

## 2. 상고이유 제5점에 관하여

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

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

## 3. 결론

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

대법관 김 신(재판장) 대법관 김용덕(주심) 대법관 박보영 대법관 권순일

## 2 골프장 캐디의 노동조합법상 근로자성

☞ 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결

### » 요 지 «

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

\* 원심판결 / 서울고등법원 1990. 2. 1. 선고, 89구9762 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

1. 원심은 소외 ○○관광개발주식회사(이하 "소외회사"라 한다)가 대전 ○○동 소재 ○○클럽 골프장을 운영하면서 골프장 내장객의 경기를 보조하는 캐디 300명 가량을 그 산하에 두고 있는데, 주로 신문에 모집광고를 내어 이력서, 주민등록등본을 제출케 하여 선발, 확보한 후 일정기간 준비를 시켜 정식 캐디로 종사케 한 사실, 위 캐디들은 소외회사와 어떤 형태의 근로계약도 체결한 바는 없고 단지 위 회사의 지시에 따라 특정 내장객과 조를 이루어 경기하는 동안 동인의 골프가방을 운반하고 내장객의 요구에 응하여 골프채를 꺼내 주며 숲 속에 들어간 공을 찾아 주거나 흠에 더럽혀진 공을 닦아 주는 한편 골프채를 휘두를 때 생기는 잔디 파손부분을 손질하는 등(잔디 파손부분의 손질은 골프규칙상 경기인의 의무로 되어 있다) 내장객이 하여야 할 일들을 대신하여 도와 줌으로써 내장객이 그린 피를 낼 때 함께 임금시킨 캐디피 금 5,000원을 전달받는 외에(이 사건 이후에는 내장객으로부터 직접 수령한다) 경기종료후 위 내장객이 임의로 주는 봉사료를 지급받을 뿐 소외회사로부터 어떤 명목의 임금이나 급료도 지급받지 않고 있으며 소외회사 역시 캐디들의 수입의 다과에 전혀 관여하지 않을 뿐 아니라 갑근세 원천징수도 하지 않고 있는 사실, 소외회사는 캐디들에 대하여 취업규칙을 시행함이 없이 다만 그들이 골프장 시설을 이용하여 수입을 올리는 만큼 시설내에서의 최소한의 질서유지가 필요하고 또한 내장객에 대한 봉사의 질적 향상을 위해서도 캐디를 통제할 필요성이 있었으므로 캐디마스터를 두어 근무시간을 엄수케 하고 경기보조에 필요한 교육과 내장객으로 인하여 더럽혀진 시설의 청소를 시키되 회사의 지시를 위반하였을 때에는 벌칙으로 근무정지, 배치거부 등의

제재를 가하고 있는 사실, 위 캐디들은 위에서 보는 바와 같은 통제를 받기는 하였으나 그 외에는 원칙적으로 소외회사와 주종관계가 없으며 예정된 시간표에 따른 내장객의 경기보조업무가 끝나면, 출퇴근이 자유로울 뿐 아니라 한편 캐디조장제도는 캐디중의 고참이나 모범적으로 근무하는 사람들로 하여금 자치적으로 출근상태를 점검케 하는 것으로서 이를 가리켜 회사의 중간관리체계를 형성하고 있다고 보기는 어려운 사실을 인정한 다음, 위 캐디들은 소외회사와 근로계약을 체결하였다고 보기보다는 오히려 소외회사의 중개로 내장객과 고용 내지 도급계약을 체결하고 내장객의 경기를 보조하는 업무에 종사한다고 봄이 상당하다 할 것이고 다만 캐디들이 소외회사로부터 출근시간, 근무상태, 내장객의 경기과정에서 생긴 잔디 파손부분의 손질이나 청소 등에 관하여 일정한 범위내에서 지시감독을 받고 있는 것은 위 골프장시설을 이용함에 부수하여 질서를 유지하는데 필요한 최소한의 범위에 국한되어 있는 만큼 그것만으로는 위 캐디들과 소외회사 및 내장객 사이의 법률관계를 달리 볼 수는 없다고 할 것이므로 위 캐디들은 소외회사의 근로자가 아니라는 취지로 판시하였다.

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

기록에 의하면 ① 소외회사에 소속된 캐디들은 내장객의 경기보조업무를 수행함에 있어서 캐디마스터 등 소외회사의 직원의 지시를 받으며, 출근에 있어서도 소외회사에 의하여 지정된 번호순서에 따라 출근시간이 정하여지며, 새벽근무도 해야 하고, 휴장일에도 출근하여 교육이나 골프장 시설청소 등을 해야 하는 등 소외회사의 지휘감독하에 노무를 제공하여야 하며, 캐디가 캐디마스터 등 소외회사측의 업무지시나 결정에 위반하거나, 무단 결근 등의 경우에는 벌칙으로서 캐디들의 수입에 결정적인 타격을 주는 일정기간 근무정지나 배치거부 등의 제재를 가하고 있고, 소외회사측에 의하여 지명된 캐디조장에 의하여 캐디를 통제하고 있는 점, ② 또한 캐디는 내장객 보조업무가 종료되면 소외회사로부터 보수 즉 캐디피를 지급받는 바, 위 캐디피는 근로기준법상의 임금이라고 단정하기는 어렵지만 캐디가 소외회사에 의하여 소외회사의 골프장 캐디로 선발·채용될 때에 캐디와 소외회사 사이에 캐디는 소외회사가 임의로 지정하는 내장객에게 노무제공을 하기로 하고 그 대가로 소외회사로부터 캐디피로서 1경기당 일정한 금원인 금 5,000원을 지급받기로 하는 묵시적인 약정이 있는 것으로 엿보이고, 이와 같은 약정은 고용계약관계에 근사하다고 보이므로 캐디피를 노동조합법 제4조 소정의 "기타 이에 준하는 수입"으로 못볼바도 아니라고 보여지는 점(캐디피의 지급방법을 내장객이 캐디에게 직접 지급하는 방법으로 변경하였다고 해도 이는 위에 보인 바와 같이 캐디피의 지급의무가 있는 것으로 보이는 소외회사가 소외회사의 골프장에서 경기에 임하려면 어차피 캐디피를 지불해야만 할 입

장에 있는 내장객으로부터 캐디피를 수령한 것으로 하고 그 대신 내장객에게 캐디에 대한 캐디피의 지급을 위임한 것으로 보아야 할 것이므로 캐디피의 지급방법 변경으로 캐디피의 지급주체가 달라진다고 볼 수는 없을 것이다), ③ 그 외에도 캐디의 업무의 성질이나 소외회사에 의하여 근무시간 등이 정해져 있고 매일 출근하여야 하는 관계상 다른 회사에의 취업이 사실상 곤란하여 캐디들은 소외회사에 거의 전속되어 있다고 보여지는 점 등이 엮보이는 바, 이러한 사정들에 비추어 보면 소외회사 골프장 소속의 캐디들은 소외회사와의 사이에 종속적 노동관계에 있다고 보아야 할 것이다.

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

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

대법관 최재호 배만운 김석수 최종영

### 3 일시적 실업상태에 있는 자 및 구직자의 노동조합법상 근로자성

☞ 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결

#### » 요 지 «

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

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

\* 원고, 피상고인 / 서울○○노동조합 대표자 김×선, 소송대리인 변호사 김선수, 김진

\* 피고, 상고인 / 서울특별시장, 소송대리인 변호사 배만운

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

#### » 이 유 «

원심판결 및 원심이 이용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 근로기준법은 '현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가'라는 관점에서 개별적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것인 반면에, 노동조합및노동조합관계조정법(이하 '노조법'이라 한다)은 '노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가'라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것으로 그 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고 있는 점, 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 기업별 노동조합의 경우와는 달리 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에는 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 것이 아닌 점에 비추어, 노조법 제2조 제4호 라목 단서는 '기업별 노동조합'의 조합원이 사용자로부터 해고됨으로서 근로자성이 부인될 경우에 대비하여 마련된 규정으로서, 이와 같은 경우에만 한정적으로 적용되고, 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 필요로 하지 않는 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에까지 적용되는 것은 아닌 점 등을 근거로, 노조법 제2조 제1호 및 제4호 라목 본문에서 말하는 '근로자'에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자 뿐만 아니라, 일시적으로 실업상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함되고, 따라서 지역별 노동조합의 성격을 가진 원고가 그 구성원으로 '구직중인 여성 노동자'를 포함시키고 있다 하더라도, '구직중인 여성 노동자' 역시 노조법상의 근로자에 해당하므로, 구직중인 여성 노동자는 근로자가 아니라는 이유로 원고의 이 사건 노동조합설립신고를 반려한 이 사건 처분을 위법하다고 판단하였는

바, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 노조법에 정한 근로자의 개념에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

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

대법관 윤재식(재판장) 변재승 강신욱 고현철(주심)

## 제2장 사용자

### 1 사업경영담당자의 의미

☞ 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도1199 판결

#### » 요 지 «

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

#### 【참조조문】

- [1] 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제15조(현행 제2조 제1항 제2호 참조)
- [2] 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제15조(현행 제2조 제1항 제2호 참조)

#### 【참조판례】

- [1] 대법원 1988. 11. 22. 선고 88도1162 판결(공1989, 38), 대법원 1997. 11. 11. 선고 97도 813 판결(공1997하, 3907), 대법원 2006. 5. 11. 선고 2005도8364 판결(공2006상, 1092), 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007도4904 판결

#### 【피 고 인】

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 변호사 이석조

【원심판결】 대구지법 2007. 1. 16. 선고 2006노2840 판결

» 주 문 «

상고를 기각한다.

» 이 유 «

상고이유를 본다.

1. 제1점에 대하여

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

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



장애가 없으며, 주장과 같이 구 근로기준법 제15조가 정한 사용자에 관한 법리를 오해한 위법 등이 없다.

또한, 원심이 그 판시 증거들에 의하여, 비록 경주병원이 자체적으로 휴게시간을 변경하고 피고인이 이에 대한 지시를 한 바 없다 하더라도, 단체협약의 당사자이자 경주병원 등 산하병원의 업무를 조정·통할할 지위에 있는 의료원장인 피고인이 노조로부터 시정요구를 받아 휴게시간이 단체협약에서 정한 바와 달리 변경되어 시행될 예정임을 사전에 알았음에도 아무런 조치를 취하지 아니하다가 휴게시간이 변경되어 실시된 이후에 이에 따르도록 한 이상, 이 사건 단체협약 위반에 대한 죄책을 면할 수 없다고 판단하였는바, 기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 옳고, 주장과 같이 사실을 오인하였거나 법리해석을 그르친 위법 등이 없다.

## 2. 제2점에 대하여

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

## 3. 제3점에 대하여

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

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

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

## 4. 결 론

그러므로 상고를 기각하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 이홍훈(재판장) 김영란(주심) 김황식 안대희

## 2 사용자의 이익대표자

☞ 대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두13873 판결

### » 요 지 «

1. 노동조합법 제2조제2호, 제4호 단서 가목에 의하면, 노동조합법상 사용자에게 해당하는 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자와 항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자는 노동조합에의 참가가 금지되는데, 그 취지는 노동조합의 자주성을 확보하려는 데 있다. 여기서 '그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'라 함은 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 자를 말하고, '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'라 함은 근로자에 대한 인사, 급여, 징계, 감사, 노무관리 등 근로관계 결정에 직접 참여하거나 사용자의 근로관계에 대한 계획과 방침에 관한 기밀사항 업무를 취급할 권한이 있는 등과 같이 그 직무상의 의무와 책임이 조합원으로서의 의무와 책임에 직접적으로 저촉되는 위치에 있는 자를 의미하므로, 이러한 자에 해당하는지 여부는 일정한 직급이나 직책 등에 의하여 일률적으로 결정되어서는 아니 되며, 그 업무의 내용이 단순히 보조적·조언적인 것에 불과하여 그 업무의 수행과 조합원으로서의 활동 사이에 실질적인 충돌이 발생할 여지가 없는 자도 이에 해당하지 않는다고 할 것이다.
2. 과장급 이상의 직원들로서 소속 직원의 업무분장·근태관리 등에 관하여 전결권을 부여받은 자들은 '근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'에 해당한다고 볼 수 있다. 그러나 주임급 이하의 직원들의 경우 그들이 인사, 노무, 예산, 경리 등의 업무를 담당한다거나 총장의 비서 내지 전속 운전기사, 수위 등으로 근무한다는 사정만으로 그들이 곧바로 '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'에 해당한다고 할 수 없고, 실질적인 담당 업무의 내용 및 직무권한 등에 비추어 볼 때 그 직무상의 의무와 책임이 노동조합원으로서의 의무와 책임에 저촉되는 것으로 평가할 수 있을 때에만 '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'에 해당한다고 할 수 있다.

\* 원고, 상고인 : ○○○○노동조합

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고등법원 2008. 7. 23. 선고 2007누32794판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

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

여기서 ‘그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자’라 함은 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 자를 말하고(대법원 1989.11.14. 선고 88누6924 판결 등 참조), ‘항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자’라 함은 근로자에 대한 인사, 급여, 징계, 감사, 노무관리 등 근로관계 결정에 직접 참여하거나 사용자의 근로관계에 대한 계획과 방침에 관한 기밀사항 업무를 취급할 권한이 있는 등과 같이 그 직무상의 의무와 책임이 조합원으로서의 의무와 책임에 직접적으로 저촉되는 위치에 있는 자를 의미하므로, 이러한 자에 해당하는지 여부는 일정한 직급이나 직책 등에 의하여 일률적으로 결정되어서는 아니 되며, 그 업무의 내용이 단순히 보조적·조언적인 것에 불과하여 그 업무의 수행과 조합원으로서의 활동 사이에 실질적인 충돌이 발생할 여지가 없는 자도 이에 해당하지 않는다고 할 것이다.

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

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

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

원심판결에는 노동조합법 제2조 제4호 단서 가목의 '항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자'의 해석 및 적용에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다.

이 점을 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

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

대법관 양창수(재판장) 김지형(주심) 전수안 이상훈

### 3 사업주를 위하여 행위하는 자

☞ 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결

#### » 요 지 «

1. 근로계약기간을 정한 경우에 있어서 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료된다. 그렇지만 한편, 기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우에도 예컨대 단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐서 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우 등 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는 계약서의 문언에도 불구하고 그 경우에 사용자가 정당한 사유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효로 된다.
2. 부당해고나 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령이 발하여진 경우 그 명령에 따라 이를 시정할 주체는 사업주인 사용자가 되어야 한다. 그러므로 그 구제명령이 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 행하여진 경우에는 사업주인 사용자에게 행하여진 것으로 보아야 한다. 따라서 이에 대한 중앙노동위원회에의 재심 신청이나 그 재심판정 취소소송 역시 당사자능력이 있는 당해 사업주만이 원고적격자로서 소송을 제기할 수 있다.
3. 당사자능력이 없는 사회복지시설 명의로 제기된 소를 각하하면서 민사소송법 제108조를 유추적용하여 사회복지시설의 대표자에게 소송비용을 부담하게 한 사례.

#### 【참조조문】

[1] 근로기준법 제23조, 제30조 / [2] 민사소송법 제51조, 행정소송법 제8조 제2항 / [3] 민사소송법 제108조, 행정소송법 제8조 제2항

#### 【참조판례】

[1] 대법원 1998. 1. 23. 선고 97다42489 판결(공1998상, 603), 대법원 1998. 5. 29. 선고 98두625 판결(공1998하, 1796) / [2] 대법원 1999. 4. 9. 선고 97누19731 판결

원고, 상고인 사단법인 한국○○○○○연합회외 1인 (소송대리인 변호사 서우홍외 2인)

피고, 피상고인 중앙노동위원회 위원장

피고 보조참가인 김○○

원심판결 서울고법 2005. 5. 18. 선고 2004누9823 판결

## » 주 문 «

원심판결의 피고 보조참가인에 대한 부분 중 서울특별시립 ○○○○○○복지관에 대한 부분을 파기하고, 제1심판결 중 같은 부분을 취소하며, 같은 원고의 소를 각하한다. 원고 사단법인 한국○○○○○연합회의 상고를 기각한다. 상고기각 부분의 상고비용은 피고 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고 사단법인 한국○○○○○연합회가, 각하부분에 관한 소송총비용은 피고 보조참가로 인한 부분을 포함하여 김○○(서울특별시립 ○○○○○○복지관장, 생년월일 및 주소 생략)이 부담한다.

## » 이 유 «

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

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

이러한 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 제1심판결의 이유를 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 뒤, ① 원고 법인이 영위하는 사업은 시각장애인들의 재활훈련과 복지혜택을 목적으로 하는 공익적인 사업으로서, 원고 법인은 위 사업과 관련하여 장애인 직업재활기금사업 수행기관으로 지정받아 그 운영비와 인건비 전액을 국가로부터 장애인 직업재활기금 명목으로 지원받는 점, ② 보건복지부장관은 연말 공문을 통하여 원고들에게 이 사건 사업과 관련한 계약직 직원들에 대하여 인력의 전문성을 제고하는 차원에서 특별한 사정이 없는 한 재계약을 체결하여 계속 고용관계를 유지하도록 협조 요청해온 점, ③ 보건복지부장관은 원고들의 사업반납요청에 대하여도 이 사건 사업의 공익성과 특수성을 고려하여 처음에는 이를 반려하는 등 계속 사업의 필요성이 있는 것으로 보았고 그에 따라 국가로부터의 재정적인 지원도 계속될 수 있었던 점, ④ 2002년 이전에 고용된 참가인들을 비롯한 근로자들은 해마다 별다른 문제 없이 근로계약 갱신을 하여 왔고, 원고들의 위 사업반납신청만 없었다면 참가인들은 고용관계를 계속 유지할 수 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 정부예산으로 적립하기로 한 퇴직금이 원고들이 주장하는 근로계약기간 종료시마다 정산되어 지급되지는 아니한 점, ⑥ 위와 같은 여러 사정에 비추어 피고 보조참가인 등(이하 피고 보조참가인을 '참가인', 피고 보조참가인 외에 원심에서의 피고 보조참가인을 포함하여 '참가인 등'이라고 한다)은 계약기간으로 명시된 1년이 지나더라도 당연히 원고들과의 고용관계가 지속될 것이라는 기대를 가지고 있었던 점 등의 제반 사정

을 종합하여 보면, 비록 참가인 등은 1년이라는 계약기간을 정하여 채용된 근로자들이라 할지라도 사실상 그 기간의 정함이 형식에 불과하여 실질적으로 기간의 정함이 없는 근로자의 지위에 있었다고 보이고, 따라서 원고들이 참가인 등에게 근로계약기간만료를 통지한 행위는 실질적으로 해고에 해당하고, 그에 대하여 근로기준법 소정의 정당한 이유가 없는 이상 부당해고로서 무효라고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 제1점 내지 제3점의 주장과 같이 판결 결과에 영향을 미친 법리오해, 채증법칙 위배나 심리미진으로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 원고 서울특별시립 ○○○○○○○복지관의 소에 관하여 직권으로 본다.

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

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

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

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

대법관 박재윤(재판장) 이규홍 김영란 김황식(주심)

#### 4 국가와 하부기관, 행정관청과 시설 등의 사용자성

☞ 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40935 판결

##### » 요 지 «

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

##### 【참조조문】

노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제2호, 제29조 제1항, 제81조 제3호

##### 【참조판례】

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

원고, 상고인 ○○○○○상담원 노동조합 (소송대리인 변호사 김기덕외 8인)

피고, 피상고인 대한민국

원심판결 서울고법 2006. 6. 2. 선고 2005나80266 판결

##### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

##### » 이 유 «

상고이유를 본다.

‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제2조 제2호는 “사용자라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다”고 규정하면서, 같은 법 제29조 제1항에서는 “노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다”고 규정하고, 같은 법 제81조 제3호에서는 사용자가 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위를 부당노동행위의 하나로 규정함으로써 사용자를 노동조합에 대응하는 단체교섭의 당사자로 규정하고 있는바, 위와 같은 법조항에 규정한 ‘사용자’라 함은 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자를 말한다 할 것인데(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3565 판결, 대법원 1997. 9. 5. 선고



97누3644 판결 등 참조), 국가의 행정관청이 사법상 근로계약을 체결한 경우 그 근로계약관계의 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속되므로, 국가는 그러한 근로계약관계에 있어서 같은 법 제2조 제2호에 정한 사업주로서 단체교섭의 당사자의 지위에 있는 사용자에게 해당한다 할 것이다.

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

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

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

이점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

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

대법관 차한성(재판장) 고현철 대법관(주심) 김지형 전수안

## 5 독립적인 하부기관의 사용자성

☞ 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007다7973 판결

### » 요 지 «

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식과는 관계없이 실질에 있어서 근로자가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 이를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적 성격을 가지고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정하여야 하는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 반대로 어떤 근로자에 대하여 누가 임금 및 퇴직금의 지급의무를 부담하는 사용자인가를 판단함에 있어서도 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 하고, 이 때에도 위와 같은 여러 요소들을 종합적으로 고려하여야 하며, 실질적인 근로관계에 있지 않다면 근로기준법 기타 다른 법률 등에 의하여 사용자로 취급되는 경우가 있다고 하여 근로기준법상의 임금 및 퇴직금지급의무까지 진다고 할 수 없다.

\* 원고, 피상고인 / 원고

\* 피고, 상고인 / 피고 사단법인

\* 원심판결 / 서울고법 2006. 12. 29. 선고 2006나47792 판결

### » 주 문 «

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

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 법인의 산하단체로서 법인의 업무상 지도감독을 받는다고 하더라도, 규약에 근거하여 의사결정기관과 집행기관 등의 조직을 갖추고 있고, 기관의 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙에 의하여 행하여지며, 구성원의 가입·탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 자체가 존속된다면, 그 산하단체는 법인과는 별개의 독립된 비법인 사단이라고 볼 수 있으며, 사단의 실질을 구비한 이상 그 조직과 활동을 규율하는 규범이 상부 단체인 법인의 것이라 하여 사단성을 상실하는 것도 아니다(대법원 1960.2.5. 선고 4291민상467 판결, 대법원 2003.4.11. 선고 2002다59337 판결 등 참조).

한편, 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식과는 관계없이 실질에 있어서 근로자가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 이를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적 성격을 가지고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정하여야 하는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 반대로 어떤 근로자에 대하여 누가 임금 및 퇴직금의 지급의무를 부담하는 사용자인가를 판단함에 있어서도 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 하고, 이 때에도 위와 같은 여러 요소들을 종합적으로 고려하여야 하며(대법원 1999.2.9. 선고 97다56235 판결 등 참조), 실질적인 근로관계에 있지 않다면 근로기준법 기타 다른 법률 등에 의하여 사용자로 취급되는 경우가 있다고 하여 근로기준법상의 임금 및 퇴직금지급의무까지 진다고 할 수 없다(대법원 2007.3.30. 선고 2004다8333 판결 등 참조).

2. 원심은 그 채택 증거에 의하여, 미용업을 경영하는 업주 등을 정회원으로 하여 조직된 단체인 피고 법인이 서울에 중앙회를 두고 그 산하에 서울의 24개 구마다 직할지회를 두는 등 전국적으로 수백 개의 지회 및 지부를 두고, 직할지회 등 지회로부터 지회의 실수입금 중 일부를 회비로 납부받아 이를 재원으로 하여 그 사업을 운영해 오면서, 지회 및 지부의 조직과 운영에 관한 사항 등을 규정하기 위하여 '지회·지부 운영 및 관리규정', '회비징수 및 회원관리 규정', '인사규정', '직원징계규정' 등을 제정하여 시행하여 온 사실, 피고 사단법인 ○○구지회(이하 '○○구지회'라고 한다)는 피고 법인 산하의 직할지회로서, 피고 법인의 정관과 '지회·지부 운영 및 관리규정' 등에 따라 서울 성북구 일원에서 개업한 580여 업소 이상의 미용실을 대표하는 미용사들을 회원으로 하여 조직되고, 회원들로부터 매월 10,000원의 회비를 납부받아, 이로써 사무국장을 포함한 직원 3명의 인건비, 지회 사무실 임대료, 중앙회 회비 등을 지출하고, 그 회원들의 선거로 선출하는 지회장 1명 이외에도 부지회장 2명, 상임위원 9명, 감사 2명 등의 임원을 두고, 위 임원들로 구성되는 상임위원회를 수시로 개최하는 한편, 다른 지회와 마찬가지로 매년 정기총회를 개최하여 위 직원 3명의 임금에 대한 사항을 포함하여, 사업계획의 승인, 임원 선출, 직전 회계연도(전년도 4.1.부터 그해 3.31.까지) 세입세출의 결산과 당해 회계연도(그해 4.1.부터 다음해 3.31.까지)의 예산안 등을 재적 과반수의 참석과 참석자 과반수의 찬성으로 승인해 온 사실, 피고 법인의 '인사규정'과 '직원징계규정'에 의하면 지회의 사무국장은 지회장의 추천으로 상급자인 피고 법인의 회장이 임명하고, 그 외 직원은 지회장이 임명하며, 직할지회 직원의 징계 사항은 소속 상임위원회의 의결을 거쳐 피고 법인에 보고가 되면 중앙징계위원회에서 심의의결하도록 규정된 사실, 피고 법인은 ○○구지회 지회장의 추천으로 1995.7.4. 원고를 위 지회 사무국장으로 임명하였고, 원고는 그 무렵부터 ○○구지회 지회장의 명을 받아 위 지회의 업무를 총괄하면서 위 지회로부터 위 지회가 피고 법인의 '보수규정'에 따라 책정

한 본봉 및 수당, 상여금 등의 급여를 수령한 사실, 피고 법인이 ○○구지회 지회장인 소외인의 진정으로 2004.6.3. 원고에 대한 징계위원회를 개최하여 원고를 징계해임하자 원고는 서울지방노동위원회에 피고 법인을 상대로 부당해고구제신청을 제기하고, 서울지방노동위원회가 원고의 신청을 받아들여 구제결정을 내리고 위 구제결정이 확정되자 피고 법인이 2005.1.18.자로 원고를 ○○구지회 사무국장으로 재발령하였으나, ○○구지회 지회장이 원고에게 업무를 부여하지 않은 채 사무실 출입마저 금하여 원고가 2005.5.18. 사직한 사실 등을 인정한 다음, ○○구지회는 피고 법인의 정관 및 위 각 규정에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고 있고, 기관의 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙에 의하여 행하여지며, 구성원의 가입·탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체가 존속된다고 보이므로 그 나름대로 피고 법인과는 별개의 독립된 비법인사단이기는 하나, 원고와 피고 법인 사이에 직접 근로관계가 성립되어 피고 법인이 원고에 대하여 사용자의 지위에 있었다는 취지로 판단하였다.

3. 그러나 사실관계가 위와 같다면, 앞서 본 법리에 비추어 볼 때 ○○구지회는 피고 법인과는 별개의 독립된 비법인사단일 뿐 아니라, 나아가 원고를 구체적이고 개별적으로 지휘·감독하면서 원고의 근로에 대한 대가로 임금 등을 지급하는 자로서 원고와 사이에 실질적인 근로관계가 성립되었다고 봄이 상당하다. 피고 법인이 그 인사규정에 터잡아 원고를 ○○구지회의 사무국장으로 임명하였다가 직원징계규정에 의하여 이 사건 해임처분을 한 뒤, 원고의 신청에 따른 부당해고구제신청의 상대방 당사자가 되어 다투다가 패소하자 원고를 ○○구지회의 사무국장으로 재발령하였고, 사무국장인 원고가 지회장의 명을 받아 지회업무를 총괄하는 근거가 피고 법인의 '지회·지부 운영 및 관리규정'에 있으며, 피고 법인의 취업규칙인 보수규정에서 원고에 대한 급여 등 근로조건에 관한 구체적인 기준을 마련해 두고 있기는 하지만, 이는 모두 피고 법인 산하 지회 및 지부의 통일적인 운영 및 감독을 위한 것에 불과하다고 보여질 뿐, 이로써 ○○구지회 지회장의 명을 받아 위 지회의 업무를 총괄하면서 위 지회로부터 위 지회가 피고 법인의 '보수규정'에 따라 책정한 본봉 및 수당, 상여금 등의 급여를 수령하여 온 원고와 피고 법인 사이에 실질적인 근로관계가 성립되었다고 볼 수는 없다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 원심은 피고 법인이 원고에 대한 사용자의 지위에 있다고 판단하여 원고의 이 사건 임금청구를 일부 인용하였으니, 원심판결에는 근로관계의 성립에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 점에 관한 상고이유는 이유 있다.
4. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고 패소부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박시환(재판장) 양승태 박일환 김능환(주심)

## 제3장 구제이익 등

### 1 해고 후 복직된 경우 구제이익

☞ 대법원 2002. 2. 8. 선고 2000두7186 판결

#### » 요 지 «

사용자가 근로자를 해고 전의 직책이 아닌 다른 직책에 복직시켰다 하더라도, 이로써 사용자가 근로자와의 고용관계 자체의 존속을 인정하고 복직시킨 이상, 근로자가 전직 혹은 전보의 효력을 다투는 것은 별론으로 하고, 부당해고구제 재심신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심판정을 다룰 소의 이익은 없다 할 것이고(대법원 1991.9.22. 90다카27389), 해고기간 동안의 임금을 지급받기 위한 필요가 있다거나 퇴직금 산정시 재직기간에 해고기간을 합산할 실익이 있다고 하여도, 그러한 이익은 민사소송을 통하여 해결될 수 있는 것이므로 달리 볼 수 없다.(대법원 1997.7.8. 96누5087)

\* 원고, 상고인 / 이 ○ ○

\* 피 고 / 중앙노동위원회위원장

\* 참가인, 피상고인 / 주식회사 ○○공영

\* 원 심 판 결 / 서울고등법원 2000. 7. 12. 선고 2000누3469 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

#### » 이 유 «

근로자가 부당전보 내지 부당해고 구제신청을 하여 전보명령과 해고처분의 효력을 다투던 중 사용자가 그 전보명령과 해고처분을 철회 내지 취소하고 근로자를 복직시켰다면, 근로자로서는 구제를 구하는 사항이 위 복직 등에 의하여 실현됨으로써 구제신청의 목적을 달성하였으므로, 새로운 근무지로의 전보에 대한 효력을 다투는 것은 별론으로 하고, 더 이상 구제 절차를 유지할 필요가 없게 되어 구제이익은 소멸한다고 보아야 할 것이다(대법원 2001. 4. 24. 선고 2000두7988 판결 등 참조).

기록에 의하면, 참가인은 1998. 12. 1. 부산 해운대구 반여1동 소재 현대그린아파트 경비원으로 근무하던 원고를 부산 북구 만덕동 소재 그린코아아파트의 경비원으로 전보 발령하였는데, 원고는 새로운 근무지가 거주지로부터 멀어 출·퇴근이 곤란하다는 등의 이유로 전보명령에 불응한 사실, 이에 참가인은 1998. 12. 4. 인사명령 불응 등의 사유로 원고를 해고한 사실, 원고는 위 전보명령이 부당하고 따라서 이에 대한 불응 등을 사유로 하는 해고도 부당하

다고 주장하며 1998. 12. 8. 부산지방노동위원회에 원직 복귀를 구하는 취지의 구제신청을 한 사실, 이 사건 구제신청이 부산지노위에 계속 중인 1999. 1. 9. 참가인은 위 전보명령과 해고처분을 취소하고 원고를 주거지에서 가까운 부산 수영구 망미동 소재 망미주공아파트의 경비원으로 복직시키는 인사명령을 발한 사실을 알 수 있다.

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

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

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

대법관 손지열(재판장) 조무제 유지담(주심) 강신욱

## 2 민사소송에서 근로자 패소 판결이 확정된 경우 구제이익

☞ 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15964 판결

### » 요 지 «

1. 근로자가 자신에 대한 해고 등의 불이익처분이 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다고 주장하면서 노동위원회에 행정적 구제신청을 하여 구제절차가 진행 중에 별도로 사용자를 상대로 해고무효확인청구의 소를 제기하고 그 결과 청구기각 판결이 선고되어 확정되었다면, 부당해고가 아니라는 점은 이미 확정되어 더 이상 부당해고 구제절차를 유지할 필요가 없게 되며, 또한 이처럼 해고 등 불이익처분이 정당한 것으로 인정된 이상 노동위원회로서는 그 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 하여 구제명령을 발할 수 없게 되므로 부당노동행위 구제절차를 유지할 이익도 소멸한다.
2. 누적 적자에 의한 자본 잠식, 부채비율의 급증과 유동비율 급감에 의한 단기 지급능력의 약화 및 부채구조의 악성화, 경영판단의 잘못으로 인한 감가상각비와 이자비용의 급증, 국제경쟁력 약화 및 원재료 가격 상승 등으로 인한 수익성의 악화 등의 원인에 의한 재무적인 어려움, 노사관계의 불안정, 잉여인력이 존재하는 조직의 비대 등 정리해고를 할 긴박한 경영상의 필요가 있고, 해고 대상 인력의 최소화, 명예퇴직 처리 등을 통하여 해고 회피를 위한 충분한 노력을 하였으며, 공정하고 합리적인 선정기준을 마련하여 해고 대상자를 선정하였으므로 정리해고로서의 요건을 갖추었다.
3. 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에 정리해고에 관한 협의의 상대방이 형식적으로는 근로자 과반수의 대표로서의 자격을 명확히 갖추지 못하였다더라도 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 볼 수 있는 사정이 있다면 절차적 요건을 충족하였다고 보아야 한다.

\* 원고, 상고인 : 별지 원고들 목록과 같다.

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고등법원 2010. 6. 17. 선고 2009누3998 판결

### » 주 문 «

원심판결 중 원고 김○○, 이○○, 이○○, 정○○ 부분을 파기하고, 이 부분 제1심판결을 취소하며, 이 부분 소를 각 각하한다.

나머지 원고들의 상고를 모두 기각한다.

원고 김○○, 이○○, 이○○, 정○○와 피고 사이의 소송총비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 위 원고들이, 나머지 원고들과 피고 사이의 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 나머지 원고들이 각 부담한다.

원심판결의 별지1. 원고 목록 중 제8항 “김○○”을 “김○○”으로 경정한다.

## » 이 유 «

### 1. 원고 김○○, 이○○, 이○○, 정○○가 제기한 이 사건 소의 적법 여부에 관한 직권 판단

근로자가 자신에 대한 해고 등의 불이익처분이 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다고 주장하면서 노동위원회에 행정적 구제신청을 하여 구제절차가 진행 중에 별도로 사용자를 상대로 해고무효확인청구의 소를 제기하고 그 결과 청구기각 판결이 선고되어 확정되었다면, 부당해고가 아니라는 점은 이미 확정되어 더 이상 부당해고 구제절차를 유지할 필요가 없게 되며, 또한 이처럼 해고 등 불이익처분이 정당한 것으로 인정된 이상 노동위원회로서는 그 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 하여 구제명령을 발할 수 없게 되므로 부당노동행위 구제절차를 유지할 이익도 소멸한다.

따라서 위의 경우에 근로자의 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 기각한 지방노동위원회의 결정을 유지하여 재심신청을 기각하는 내용의 중앙노동위원회 재심판정에 대하여 취소를 구하는 소송은 그 소의 이익이 없어 부적법하다(대법원 1992.7.28. 선고 92누6099 판결, 대법원 1996.4.23. 선고 95누6151 판결 등 참조).

기록에 의하면, 원고 김○○, 이○○, 이○○, 정○○는 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)을 상대로 이 사건 해고의 무효확인 등을 구하는 소를 각 제기하였고, 이 사건 상고심 계속 중에 위 각 사건에서 모두 원고 패소 판결을 선고받아 그 판결이 각 확정된 사실을 알 수 있다.

위 법리에 의하면, 이로써 원고 김○○, 이○○, 이○○, 정○○에 대한 해고는 정당하다는 점이 이미 확정되어 더 이상 부당해고 및 부당노동행위 구제절차를 유지할 필요가 없게 되었고, 위 원고들이 제기한 이 사건 소는 모두 소의 이익이 없어 부적법하다.

따라서 원고 김○○, 이○○, 이○○, 정○○에 관한 원심판결은 파기를 면할 수 없다.

### 2. 나머지 원고들의 상고이유에 대한 판단

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

#### 가. 상고이유 제1, 2, 3점에 대하여

- (1) 구 근로기준법(2007.4.11. 법률 제8372호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제31조 제1항 내지 제3항에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자대표에게 해고실시일 60일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인위삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있



다고 인정되는 경우도 포함되는 것으로 보아야 하고, 위 각 요건의 구체적 내용은 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족 정도와 관련하여 유동적으로 정해지므로, 구체적 사건에서 경영상 이유에 의한 당해 해고가 위 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2002.7.9. 선고 2001다29452 판결 등 참조).

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

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

#### 나. 상고이유 제4점에 대하여

- (1) 근로기준법 제31조 제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(근로자대표)에 대하여 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다고 하여 정리해고의 절차적 요건을 규정한 것은 같은 조 제1, 2항이 규정하고 있는 정리해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서라고 할 것이다(위 대법원 2001다29452 판결 등 참조). 따라서 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에 정리해고에 관한 협의의 상대방이 형식적으로는 근로자 과반수의 대표로서의 자격을 명확히 갖추지 못하였더라도 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 볼 수 있는 사정이 있다면 위 절차적 요건도 충족하였다고 보아야 한다(대법원 2004.10.15. 선고 2001두1154, 1161, 1178 판결 참조).

원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 원고 ○○○ 노동조합(이하 '원고 조합'이라 한다)은 참가인 근로자들의 과반수로 조직되지는 아니하였지만, 참

가인과 사이에 12회에 걸쳐 이 사건 정리해고에 관하여 협의를 진행해 왔고, 그 과정에서 원고 조합은 물론 원고들을 포함한 근로자들 어느 누구도 원고 조합의 협의 권한에 관하여 이의를 제기한 바 없으며, 조합원이 아닌 근로자들도 참가인의 공고 내용, 위임장 등을 통하여 원고 조합이 참가인과 사이에 정리해고를 둘러싼 협의를 하고 있다는 사실을 잘 알고 있었고, 원고들은 이 사건 소 제기 이후에야 비로소 원고 조합의 자격 유무를 다투기 시작한 사정들을 알 수 있다.

이러한 사정들과 아울러 원심이 판시하고 있는 사유들을 함께 종합하여 보면, 참가인의 근로자들은 참가인과 정리해고에 관한 협의를 하면서 원고 조합이 근로자들을 대표하는 것을 인정하였다고 할 것이므로, 원고 조합은 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 인정할 수 있고, 따라서 원심의 이 부분 이유 설시에 다소 적절하지 아니한 부분이 포함되어 있기는 하지만 원고 조합의 대표성을 다투는 원고들의 주장을 배척한 원심의 결론은 수긍할 수 있으며, 또한 참가인의 경영상황 전반을 잘 알고 있었고 참가인의 대표이사로부터 구조조정 협의에 관한 권한을 위임받은 경영본부장이 원고 조합과의 협의에 참석하여 원고 조합과 참가인 사이에서 12차례에 걸쳐 구조조정에 관한 협의를 하고 원고 조합의 의견을 반영하여 정리해고 대상자 선정기준을 조정하고 명예퇴직금 지급액수를 증액하는 등 실질적인 협이가 충분히 이루어졌다고 본 원심의 판단 역시 수긍할 수 있다.

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

- (2) 의사표시의 해석은 표시된 문언에 따라 해석함이 원칙이나, 여기서의 문언해석은 당해 조항만이 아니라 이를 포함하는 의사표시 전체의 취지 속에서 당해 조항의 문언이 가지는 의미를 찾아야 하고, 또 그 의사표시를 하게 된 경위와 당시의 상황 및 분위기, 당위성 등을 참작하여 규범적인 해석이 필요한 경우도 있다(대법원 2003.7.22. 선고 2002도7225 판결 참조).

경영권의 본질에 속하여 단체교섭의 대상이 될 수 없는 사항에 관하여 사용자가 노동조합과 '합의'하여 시행한다는 취지의 단체협약의 일부 조항이 있는 경우, 그와 같은 단체협약을 체결하게 된 경위와 당시의 상황, 단체협약의 다른 조항과의 관계, 권한에는 책임이 따른다는 원칙에 입각하여 노동조합이 경영에 대한 책임까지도 분담하고 있는지 여부 등을 종합적으로 검토하여 그 조항에 기재된 '합의'의 의미를 해석하여야 한다(대법원 2003.7.22. 선고 2002도7225 판결, 대법원 2010.11.11. 선고 2009도4558 판결, 대법원 2011.1.27. 선고 2010도11030 판결 등 참조).

원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 단체협약 조항에 대하여 판시와 같은 이유를 들어 사전에 원고 조합에 해고 기준 등에 관하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 원고 조합의 의견을 성실하게 참고함으로써 구조조정의 합리성과 공정성을 담보하고자 하는 협의의 취지로 해석된다고 본 원심의 판단에, 상고이유에서 주장하는 바와 같이 단체협약의 해석을 그르친 위법이 있다고 보기 어렵다.

#### 다. 상고이유 제5점에 대하여

사용자가 근로자를 해고하면서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합활동을 이유로 해고하였다고 인정되는 경우에는 그 해고는 부당노동행위에 해당하지만, 정당한 해고사유가 있어 근로자를 해고한 경우에는 비록 사용자가 근로자의 노동조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합의사가 추정된다고 하더라도 그 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없으므로, 부당노동행위에 해당하지 않는다(대법원 2000.6.23. 선고 98다54960 판결, 대법원 2007.11.15. 선고 2005두4120 판결 등 참조).

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

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

### 3. 결론

그러므로 원심판결 중 원고 김○○, 이○○, 이○○, 정○○ 부분을 파기하되, 이 부분은 이 법원이 직접 판결하기로 하여 이 부분 제1심판결을 취소하고, 이 부분 소를 각 각하하며, 나머지 원고들의 상고를 모두 기각하고, 원고 김○○, 이○○, 이○○, 정○○와 피고 사이의 소송총비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 위 원고들이, 나머지 원고들과 피고 사이의 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 나머지 원고들이 각 부담하며, 원심판결의 별지1. 원고 목록 중 제8항 “김○○”은 “김○○”의 오기임이 분명하므로 이를 경정하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 양창수(재판장) 전수안 이상훈 김용덕(주심)

### 3 근로계약 기간 만료 시 임금상당액 부분의 별도 구제이익

☞ 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012두4036 판결

#### » 요 지 «

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

\* 원고, 피상고인 : 주식회사 ○○○○

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

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

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

근로자가 부당해고 구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 근로계약기간의 만료 등으로 근로관계가 종료하였다면 근로자로서는 해고기간 중의 지급받지 못한 임금을 지급받기 위한 필요가 있다고 하더라도 이는 임금청구소송 등 민사소송절차를 통하여 해결될 수 있어 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되었으므로 구제이익은 소멸한다고 보아야 한다(대법원 2009.12.10. 선고 2008두22136 판결 등 참조).

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

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

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

대법관 박병대(재판장) 김능환 안대희(주심) 이인복

#### 4 해고근로자의 중간수입 공제

☞ 대법원 1991. 6. 28. 선고 90다카25277 판결

##### » 요 지 «

1. 외국인인 원고가 학교법인인 피고와의 교수임용계약에 따른 교수의무를 이행할 수 없게 된 것이 오로지 피고의 귀책사유로 인한 것이어서 원고에 대한 휴직처분 및 면직처분이 무효이고 교수임용관계는 유효하게 존속한다고 하여 민법 제538조 제1항에 따라 그 임금지급의무가 있다고 본 사례
2. 교육법 제151조 제1항은 각 학교의 학년은 3.1.에 시작하여 익년 2.말일에 끝난다고 규정되어 있고, 사립학교법 제30조는 학교법인의 회계연도는 그가 설치 경영하는 사립학교의 학년도에 따른다고 규정되어 있으므로 학교법인의 회계연도는 매년 3.1.부터 익년 2.말일까지라 할 것이다.
3. 사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에 종사하여 얻은 이익(이른바 중간수입)은 민법 제538조 제2항에서 말하는 채무를 면함으로써 얻은 이익에 해당하므로, 사용자는 위 근로자에게 해고기간 중의 임금을 지급함에 있어 위의 이익의 금액을 임금액에서 공제할 수 있다.
4. 근로기준법 제38조는 근로자의 최저생활을 보장하려는 취지에서 사용자의 귀책사유로 인하여 휴업하는 경우에는 사용자는 휴업기간 중 당해 근로자에게 그 평균임금의 100분의 70 (1989.3.29. 법률 제4099호로 개정되기 전에는 100분의 60) 이상의 수당을 지급하여야 한다고 규정하고 있고, 여기서의 휴업이란 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있음에도 불구하고 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 또는 불가능하게 된 경우도 포함된다고 할 것이므로, 위 '3'항의 공제에 있어서 근로자가 지급받을 수 있는 임금액 중 근로기준법 제38조 소정의 휴업수당의 한도에서는 이를 이익공제의 대상으로 삼을 수 없고, 그 휴업수당을 초과하는 금액에서 중간수입을 공제하여야 한다.
5. 위 "[3]"항의 공제에 있어서 위 휴업수당을 초과하는 금액을 한도로 중간 수입을 공제할 경우에도 중간수입이 발생한 기간이 임금지급의 대상으로 되는 기간과 시기적으로 대응하여야 하고 그것과는 시기적으로 다른 기간에 얻은 이익을 공제하여서는 안 된다.
6. 위 "[1]"항의 원고가 교수임용계약 만료일까지 계속적, 반복적으로 발생하게 될 임금의 지급을 구하면서 변론종결 이후의 임금에 대하여 중간이자를 공제한 현가를 구하는 청구 속에 그 청구가 받아들여지지 아니할 경우에는 장래이행의 소로서 구하는 취지도 포함되어 있다고 본 사례
7. 장래의 이행을 명하는 판결을 하기 위하여는 채무의 이행기가 장래에 도래하는 것 뿐만 아니라 채무불이행사유가 그때까지 계속하여 존재한다는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 있어야 한다.

8. 위 “[1]”항의 원고가 장차 지급받게 될 퇴직금에 대하여 중간이자를 공제한 현가로 환산하여 즉시 지급하여 줄 것을 주장하는 있는 경우 그가 교수임용계약 만료일까지 사이에 복직되지 않으리라고 단정할 자료가 없는 한 퇴직금 산정의 기초가 되는 퇴직일자를 변론종결 당시 확정적으로 예정하는 것이 불가능하므로 위와 같은 성질의 청구는 즉시이행은 물론 장래이행으로서도 용인할 수 없다.

**【참조조문】**

[7] 대법원 1987.9.22.선고 86다카2151 판결(공1987, 1623)

**【따름판례】**

대법원 1991. 12. 13. 선고 90다18999 판결, 대법원 1991. 12. 13. 선고 90다18999 판결, 대법원 1992. 3. 31. 선고 90다8763 판결, 대법원 1992. 7. 24. 선고 91다44100 판결, 대법원 1993. 5. 25. 선고 92다31125 판결, 대법원 1993. 11. 9. 선고 92다43128 판결, 대법원 1993. 11. 9. 선고 93다37915 판결, 대법원 1996. 4. 23. 선고 94다446 판결, 대법원 1996. 4. 23. 선고 94다446 판결, 대법원 1997. 11. 11. 선고 95누4902 판결, 대법원 2000. 8. 22. 선고 2000다25576 판결, 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000다37517 판결, 대법원 2004. 1. 15. 선고 2002다3891 판결, 인천지방법원 2004. 2. 4. 선고 2003가합4750 판결

**【참조법령】**

민법 제538조 제1항, 제538조 제2항 : 교육법 제151조 제1항 : 사립학교법 제30조 : 근로기준법 제38조, 제28조 : 민사소송법 제188조, 제229조

**【원고, 상고인겸 피상고인】** 벤◎윤

**【피고, 피상고인겸 상고인】** 학교법인 대◇학원

소송대리인 변호사 윤▲영

**【원심판결】** 서울고등법원 1990. 6. 20. 선고 89나47085 판결

》 주 문 《

원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송한다.

》 이 유 《

1. 피고 소송대리인의 상고이유 제1점, 제5점에 대하여

원심은 그 채택증거에 의하여 피고의 책임발생 원인으로서는 다음과 같은 사실을 인정하였다. 즉 원고는 1971.1.경 미국시민권을 취득함에 따라 대한민국의 국적을 상실한 자로서, 미국내 ○○대학교의 경영학과 주임교수로 재직 중 피고가 경영하는 ○○대학교에 초빙되어 1981.5.26. 위 대학교의 ○○대학장겸 교수로 근무하기 시작하여 시험재직 기간을 거쳐 1983.3.9.자로 같은 해 3.1.부터 1993.2.28.까지 10년간 경영학과 교수로 임용되고, 1983.3.26.

교육부(당시 문교부, 이하 같다) 에 임용보고까지 수리되었는데, 같은 해 6.1. ○○대학교 총장에 의하여 ○○대학장 및 경영학과장의 보직을 해임 당한 사실, 원고는 교수 활동 목적으로 입국한 이래 3개월마다 ○○대학교 총장명의로 재직증명서와 거류기간연장신청 사유서를 첨부하여 출입국사무소로부터 국내체류기간연장 허가를 받아 온 사실, 그런데 1983.6.20. 교육부로부터 외국인 교수 중 국내인으로 대체할 수 없는 외국어 담당 이외의 인문사회계열과목에 대하여는 점차 국내인으로 대체하고 외국인 교수의 채용을 억제하라는 내용의 외국인 교수 관리 방안이 시달되고, 이에 따라 출입국관리사무소가 같은 해 11.4. ○○대학교에 대하여 원고를 계속 교수로 채용할 필요성과 한국인 교수로의 대체 가능성에 대하여 조회하여 오자, ○○대학교 총장은 11.14. 출입국사무소에 원고는 경영학과 교수로서 경영문헌원장, 경영영어, 조직행위론 등을 담당하고 있으며, 교육부에 1983.3.1.부터 1993.2.28.까지의 기간으로 임용보고가 수리되어 있고, 원고의 담당과목은 국내인 교수로 대체가능한 것으로 판단된다고 회신한 사실, 출입국사무소는 위 회신에 따라 1983.11.18. 원고의 국내체류기간을 1984.2.29.까지 금회에 한하여 연장한다는 체류기간제한 결정을 한 사실, 그 후 원고는 ○○대학교 총장으로부터 1983.12.16.부터 1984.2.16.까지의 해외여행 허가를 받고 1983.12.4. 출국한 뒤, ○○대학교에 대하여 위 회신의 취소와 원고의 국내체류자격의 보장을 요구하였으나 ○○대학교가 이를 이행하지 아니하였고, 원고는 교수목적 의 국내체류가 불가능한 상황에서는 입국이 무의미하다고 판단하고, 1984.2.29.이 지나도록 입국하지 아니한 사실, 이에 ○○대학교 총장은 원고에 대하여 같은 해 5.4.자로 그 때까지 입국하지 아니하여 강의를 할 수 없다는 이유로 1984.3.1.부터 소급하여 같은 해 8.31.까지 1학기 동안 휴직 발령하고, 2학기가 시작되어도 원고의 입국 및 국내체류 문제가 해결되지 아니하자 같은 해 9.3.자로 같은 해 10.31.까지 휴직기간을 연장 발령하였다가 1984.10.31.자로 직권면직 발령을 한 사실을 인정한 다음, ○○대학교는 외국인인 원고와의 약정에 따라 원고를 교수로 임용한 이상, 원고에 대하여 출입국관리법령상의 입국자격 부여나 체류기간의 연장 또는 그에 필요한 재직증명서 등 계속 재직의 필요성에 관한 소명자료를 구비하여 주는 등 원고가 그 교수행위를 할 수 있도록 하여 줄 의무가 위 임용계약의 일부를 이룬다 할 것이므로, 출입국관리사무소가 원고를 교수로 계속 채용할 필요성과 국내인 교수로의 대체가능성 등 교육부의 외국인 교수 관리 방안에 부합되는지의 여부에 대한 의견을 물어왔다면 그 회신 여하에 따라 원고를 국내인 교수로의 대체의사가 있는 것으로 받아들여져 체류기간이 단축되거나 그 연장이 어렵게 되리라는 사정을 알았거나 알 수 있었음에도 1983.11.14.자로 원고가 담당하는 과목은 국내인 교수로 대체 가능하다고 회보함으로써 출입국사무소에 의하여 원고의 국내체류기간이 1984.2.28.로 제한되게 하여 그 고의 또는 과실로 위 교수임용계약에 반하여 원고로 하여금 더 이상 교수목적으로 국내에 체류하지 못하게 하였고, 위와 같이 원고에 대한 체류기간제한 조치가 ○○대학교의 위 회신에 따라 이루어졌고 ○○대학교가 원고의 교체 가능성에 대한 공식적인 판단을 표명한 데다가 체류기간이 만료된 후에는 새로운 입국자격의 취득이 필요하며 교육부의 외국인 교수 관리 방침이 그대로 존속하고 있는 사정 아래서는 원고가 교수목적의 새로운 입국 자격을 얻기 위하여는 다른 특별한 사정이 없는 한 ○○대학교측에서 위 회신을 철회함과 아울러 자신이 보낸 위 회신과는 달리 원고를 계속 교수로 임용하여 원래의 과목을 담당케 할 필요성이 있음을 관계당국에 적극적으로 주장하여 이를 인식시키는 것이 전제로 되어야 할 것이고, 이에 원고의 신청 행위가 반드시 선행되어야 하는 것이 아님에도 피고가 적극적 행위를 하였다고 인정할 증거가 없으므로 원고가 1984.3.1.이후부터는 교수목적으로는

더 이상 국내에 체류할 수 없게 되었고, 그에 따라 교수임용 계약에 따른 교수의무를 이행할 수 없게 된 것은 오로지 피고의 귀책사유로 인한 것이므로 위 휴직처분 및 면직처분은 무효이고, 따라서 피고와 원고 사이의 교수임용 관계는 유효하게 존속한다고 하면서 피고는 민법 제538조 제1항의 규정에 따라 원고에게 임금을 지급할 의무가 있다고 판시하였다.

원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 이 사건에 대한 당원의 환송판결 판시취지에 따른 것으로 정당하고 소론과 같은 심리미진이나 채증법칙위배 또는 민법 제538조 제1항의 법리오해가 없다.

또한 원고가 위 체류기간 내에 입국하여 체류기간연장 신청 또는 교수목적의 입국자격 획득을 위한 신청이나 체류자격변경 신청을 하지 아니하였다고 해서 그 교수의무이행 불능에 대하여 책임이 있다고 할 수 없고, 이는 오로지 피고의 귀책사유로 인한 것이라고 판시하면서 원심이 과실상계를 하지 아니한 조치도 수긍되므로 원고의 과실인정 여부에 관한 소론과 같은 심리미진이나 과실상계에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유 없다.

## 2. 피고 소송대리인의 상고이유 제2점에 대하여

원심은 그 증거를 종합하여 원고가 1984년도에는 ○○대학교의 정교수 39호봉의 급여를 지급받고 있었다는 것과 ○○대학교의 교수의 호봉은 매 1년마다 1호봉씩 승급되고, 봉급은 매년도 1.1에 인상되어 12.31.까지의 균일한 급여액을 인정한 다음, 1984.3.1.부터 1990.5.30.까지 피고가 원고에게 지급하여야 할 봉급액을 산정하였다.

그러나 교육법 제151조 제1항은 각 학교의 학년은 3.1.에 시작하여 익년 2.말일에 끝난다고 규정되어 있고, 사립학교법 제30조는 학교법인의 회계년도는 그가 설치 경영하는 사립학교의 학년도에 따른다고 규정되어 있으므로 피고의 회계년도는 매년 3.1.부터 익년 2.말일까지라 할 것이고, 피고 소속 교직원의 봉급은 회계년도에 따라 매년 3.1.부터 인상된다고 할 것이다. 따라서 원고의 봉급을 산정함에 있어서도 회계년도에 따라 구분하여 매년 1월과 2월에는 인상되지 아니한 전년도의 봉급표를 기준으로 하여 원고에게 지급하여야 할 봉급을 산정하는 것이 옳을 것이다. 그럼에도 불구하고 원심이 역년에 따라 인상되는 것을 전제로 인상된 당년도의 봉급표를 기준으로 이를 산정하였으니 이는 사립학교법 소정의 회계년도에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이다.

진정성립에 다툼이 없는 갑 제10호증의 1 내지 14와 갑 제19호증의 1 내지 7의 기재에 변론의 전취지를 종합하면, 원고가 교수로 임용되어 재직 중 1983.9.1.에 39호봉으로 승급된 사실과 피고소속 교수는 근속년수 매 1년마다 승급되는 사실을 알 수 있는 바, 원심이 원고의 호봉에 대하여 1984.1.1.에 39호봉인 것을 전제로 매년 1호봉씩 승급되는 것으로 하고 또한 매년 1.1. 봉급이 인상된 것으로 하여 봉급을 산정함으로써 매년 1월과 2월은 당년 3.1.부터 인상된 봉급표를 적용함으로써 원고에게 유리하게 계산한 셈이 된다. 그런데 매년 9.1.부터 12.31.까지는 1호봉씩 낮게 산정되고, 매년도의 총액계산에 있어서는 원고에게 불리한 결과가 되나 이는 원고의 주장에 따른 것이다. 원심의 앞에서 본 바와 같은 위법은 판결에 영향이 있다고 할 것이므로 논지는 이유 있다.



### 3. 피고 소송대리인의 상고이유 제3점에 대하여

원심은 피고가 원고에게 지급하여야 할 상여수당을 매년 급여합계금의 연 6백퍼센트로 인정하였다. 그런데 이 점에 관하여 피고는 피고 소속 직원에게 상여수당으로 연 4백퍼센트와 정근수당으로 매년 6개월마다 1백퍼센트씩을 한도로 하여 근속년수 1년 미만인 경우에는 50퍼센트를 지급하고 근속년수 1년 이상인 경우에는 근속년수 1년 마다 5퍼센트씩 증액하여 지급하고 있는 것으로 주장하고 있다.

기록을 살펴보아도 원심인정과 같이 피고가 원고에게 상여수당을 연 6백퍼센트 지급하였다고 인정할 증거가 없고, 오히려 위 갑 제10호증의 1 내지 14의 기재에 의하면 피고가 1983년도에 원고에게 지급한 상여수당이 6백퍼센트 미만인 사실을 알 수 있다. 원심판결은 채증법칙을 위배하여 증거없이 사실을 인정하였거나 심리미진의 위법이 있다는 비난을 면치 못한다. 논지는 이유 있다.

### 4. 피고 소송대리인의 상고이유 제4점과 원고의 상고이유

#### 제1점에 대하여

#### (1) 피고의 휴직기간 동안에 지급한 금원의 공제

기록에 의하면, 피고는 원고에게 휴직기간인 1984.3.1.부터 같은 해 10.31.까지 8개월 동안 월봉급액의 반액인 금 4,135,842원을 지급하였다고 주장하였고, 원고의 수령액수를 밝히지 아니하나 휴직기간 중 보수규정이 정하는 바에 따라 일정액을 지급하였다는 원심증인 권○○의 증언도 있다. 그럼에도 불구하고 원심은 이에 관한 아무런 판단이 없다. 원심으로서 원고가 실제로 수령한 휴직수당의 액수를 심리 확정하여 이를 손해액에서 공제하여야 할 것이다. 그리하여 원심판결에 심리미진, 판단유탈의 위법이 있다는 피고 소송대리인의 논지는 이유 있다.

#### (2) 중간수입공제

사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에 종사하여 이익을 얻은 때에는 사용자는 위 근로자에게 해고기간 중의 임금을 지급함에 있어 위의 이익(이른바 중간수입)의 금액을 임금액에서 공제할 수 있다. 위의 중간수입은 민법 제 538조 제2항 에서 말하는 채무를 면함으로써 얻은 이익에 해당하기 때문이다. 그런데 근로기준법 제38조 는 근로자의 최저생활을 보장하려는 취지에서 사용자의 귀책사유로 인하여 휴업하는 경우에는 사용자는 휴업기간 중 당해 근로자에게 그 평균임금의 100분의 70(1989.3.29.법률 제4099호로 개정되기 전에는 100분의 60) 이상의 수당을 지급하여야 한다고 규정하고 있고, 여기서의 휴업이란 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있음에도 불구하고 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 또는 불가능하게 된 경우도 포함된다고 할 것이므로 근로자가 지급받을 수 있는 임금액 중 근로기준법 제38조 소정의 휴업수당의 한도에서는 이를 이익공제의 대상으로 삼을 수 없고, 그 휴업수당을 초과하는 금액에서 중간수입을 공제하여야 할 것이다.

그리고 위 휴업수당을 초과하는 금액을 한도로 중간수입을 공제할 경우에도 중간수입이 발생한 기간이 임금지급의 대상으로 되는 기간과 시기적으로 대응하여야 하고 그 과정은 시기적으로 다른 기간에 얻은 이익을 공제하여서는 안된다. 나아가서 근로기준법 제38조는 1989.3.29. 개정 공포되어 종전 평균임금의 60퍼센트이던 휴업수당이 70퍼센트로 변경되었으므로 이 사건의 경우 1984.3.1.부터 1989.3.28.까지는 구 법 소정의 휴업수당인 평균임금의 60퍼센트를 그 이후부터는 개정된 법에 따라 70퍼센트를 각 초과하는 금액을 한도로 하여 중간수입을 공제하여야 할 것이다.

원심은 피고가 원고에게 1984.3.1.부터 1990.5.30.까지의 기간동안에 지급하여야 할 봉급의 총액을 금 137,618,129원을 산출한 다음, 그 증거에 의하여 원고가 면직처분 기간 중인 1988.1.1.부터 1989.1.31.까지 13개월간 소외 한국공업표준협회에 책임전문위원으로 근무하면서 월급여 및 상여금으로 합계금 30,795,000원을 지급받은 사실을 인정하여 그 수입금액에다가 원고가 공제를 자인하는 미국시민으로서 1984.3.1.부터 ○○대학교의 교수로 종사하지 못하고 다른 직업에 종사하여 지급받게 되는 미국근로기준법 소정의 최저 임금인 시간당 3.35달러씩 매월 580.67달러를 1달러당 833원 20전으로 환산한 금 25,142,733원을 가산한 합계 금 55,937,733원을 산출하여 이 금액이 위 금 137,618,129원 중 중간수입 공제한도인 4할을 초과한다고 보고 그 6할인 금 82,570,877원을 지급하여야 한다고 판시하였다.

그러나 원고가 소외 한국공업표준협회에 근무하면서 얻게 된 중간수입금 30,795,000원에 대하여서는 원고가 피고로부터 받게 될 봉급 중 위 중간수입의 대상으로 된 기간과 시기적으로 대응하는 기간에 해당하는 봉급을 기준으로 구 근로기준법 제38조 소정의 휴업수당인 평균임금의 60퍼센트를 제한 나머지금액을 초과하는지 여부를 결정할 필요가 있다. 다만 그 외의 기간에 대한 중간수입의 공제는 원고가 그 공제를 스스로 자인하고 있어 휴업수당을 초과하는 금액을 한도로 하지 아니하고 이를 공제하여도 무방할 것이다.

그리고 원심이 1989.3.29. 이후에도 구 근로기준법 제38조를 적용한 것은 잘못이나 이 날짜 이후에는 원고가 그 공제를 자인하는 미국 근로기준법상의 최저임금액을 공제한 것이고, 이 금액이 개정된 위 법률 소정의 휴업수당 70퍼센트를 공제한 나머지 금액을 초과하지 아니하므로 판결 결과에 영향이 없다. 이와 같이 피고 소송대리인의 논지는 이유 없고, 원고의 논지는 봉급의 총액에서 중간수입의 총액을 공제한 부분에 한하여 이유 있고 나머지 주장은 이유 없다.

### (3) 학생지도비, 호봉별, 직급별 연구비

원심은 피고가 원고에게 지급하여야 할 봉급액을 산정함에 있어 학생지도비 호봉별, 직급별 연구비를 산입하였는 바, 갑 제19호증의 1 내지 17의 각 기재에 의하면 피고는 그 소속교수 등에게 그 직급에 따라 정기적, 일률적으로 학생지도비, 호봉별 연구비 및 직급별 연구비를 지급한 사실을 알 수 있으므로 위와 같은 금액을 임금에 포함시킨 원심의 조치는 정당하다. 피고 소송대리인의 이 점에 관한 주장은 이유 없다.

## 5. 원고의 나머지 상고이유에 대하여

- (1) 원심판결 이유에 의하면, 원고가 항소심 변론 종결일 후부터 임용계약기간 만료시까지 사이에 발생할 임금부분에 대하여 중간이자를 공제한 현가를 즉시 지급할 것을 주장한데 대하여, 원심은 원고와 피고 사이의 위 교수임용계약에 기하여서는 원고의 ○○대학교 교수복직시까지의 임금을 장래이행의 소로서 청구함은 모르되, 위 임용계약기간 만료일까지의 임금을 위와 같이 일시금으로 미리 청구할 아무런 근거가 없고, 위 임금 상당액의 청구가 변론종결일 이후에도 계속될 피고의 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상의 청구로 본다 하여도, 원고의 위 교수 복직시까지의 발생가능한 손해를 장래이행의 소로서 구하는 것은 모르되, 원고의 위 교수의무이행 불능이 피고의 귀책사유에 인한 것이라는 이유로 원고와 피고 사이의 이 사건 환송전 고등법원판결이 대법원에서 파기환송되는 등의 이 사건 소송과정에 비추어, 피고의 채무불이행 또는 불법행위 상태가 위 임용계약기간 만료시까지 계속될 것이라고 단정하기 어려운 이 사건에서, 그 상태가 위 임용계약기간 만료시까지 계속될 것이라는 전제에서 예상손해를 미리 중간이자를 공제하여 일시금으로 청구할 수는 없다고 판시하였다.

그런데 원고는 피고와의 교수임용계약 관계가 여전히 유효하게 존속하는 것임을 주장하여 위 교수임용계약 만료일까지 계속적 반복적으로 발생하게 될 임금의 지급을 구하면서 변론종결 이후의 임금에 대하여 중간이자를 공제한 현가를 구하고 있기 때문에 일응 즉시이행의 소로서 파악될 것이나 그 청구가 받아들여지지 아니할 경우에는 장래이행의 소로서 구하는 취지도 포함되어있다고 볼 수 있을 것이다. 원심으로서도 변론종결 이후의 임금청구 부분에 대하여 이 점을 석명하여 그 청구의 취지를 명백히 할 필요가 있는 것이다.

다만 장래 이행의 청구가 포함되어 있다고 볼 경우에도 변론종결 이후부터 교수로 복직할 때까지의 임금에 한 한다고 보아야 할 것이다.

원심이 원심변론종결일 이후부터 위 교수임용 기간내로서 원고의 복직시까지의 임금청구를 배척한 것은 석명권을 행사하지 아니하여 심리미진의 위법이 있거나 장래 이행의 소에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있는 경우에 해당한다고 할 것이다. 논지는 이 점에서 이유 있다.

- (2) 장래의 이행을 명하는 판결을 하기 위하여는 채무의 이행기가 장래에 도래하는 것 뿐만 아니라 채무불이행 사유가 그 때까지 계속하여 존재한다는 것을 변론종결 당시에 확정적으로 예정할 수 있어야 한다(당원 1987.9.22. 선고 86다카2151 판결 참조). 원고는 장차 지급받게 될 퇴직금에 대하여 중간이자를 공제한 현가로 환산하여 즉시 지급하여 줄 것을 주장하는 바, 원고가 위 교수임용계약 만료일까지 사이에 복직되지 않으리라고 단정할 자료가 없는 이 사건에서는 퇴직금 산정의 기초가 되는 원고의 퇴직일자를 변론종결 당시 확정적으로 예정하는 것이 불가능하므로 위와 같은 성질의 청구는 즉시이행은 물론 장래이행으로서도 용인할 수 없는 것이다.

원심이 퇴직금청구 부분을 배척한 것은 결과에 있어서 정당하다. 논지는 이유 없다.

- (3) 원심은 피고가 원고에게 지급하여야 할 매월 봉급액을 산정함에 있어 본봉, 학생지도비, 호봉별 연구비, 직급별 연구비 및 상여수당만을 포함시키고, 보직수당과 입시수당을 제외하였는 바, 보직수당에 대하여는 원고가 휴직처분이나 직권면직처분 당시 학장 등의 보직을 맡고 있었다고 볼 증거가 없을 뿐만 아니라 ○○대학교의 ○○대학장으로 임용 계약이 체결되었다고 볼 증거도 없고, 입시수당은 일률적 정기적으로 지급되었다고 인정할 증거가 없고, 오히려 입시관리에 종사한 교수들에게 예산의 범위 내에서 지급된 것으로 보이기 때문에 이를 임금에 포함시킬 수 없다. 따라서 원심이 이러한 수당을 임금액의 산정에서 제외한 조치는 정당하다. 원심판결에 소론과 같은 채증법칙 위배나 심리미진 또는 임금에 대한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.
6. 이상과 같이 피고 소송대리인의 상고이유 일부와 원고의 상고이유 일부를 인용할 것이므로 지연손해금 등에 관한 원고의 상고이유에 대하여 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

## 5 노동위원회 구제명령과 민사소송의 관계

☞ 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006다49901 판결

### » 요 지 «

원고의 이 사건 무단결근 행위 및 교통사고 야기행위는 피고의 취업규칙의 해고사유에 해당하고, 나아가 징계사유에 해당하는 비위의 경위와 태양, 정도, 계속된 기간 및 특히 원고가 노조설립총회에 참석할 수 있는 상태이었음에도 피고에게 아무런 연락을 하지 아니하고 장기간 결근한 점, 운전기사가 무단결근으로 인하여 택시운행이 이루어지지 못하도록 한다는 것은 근로계약에 따른 근로자의 본질적이고 기본적인 의무를 이행하지 아니하는 것으로서 이는 채무불이행이 될 뿐 아니라 일반적으로 해고사유가 된다고 보아야 하는 점 등 이 사건 변론에 나타난 제반 사정을 종합하여 보면, 피고와 원고 사이의 근로관계는 사회통념상 원고의 귀책사유로 더 이상 그 계속을 기대하기 어려울 정도에 이르게 되었다고 보는 것이 상당하므로, 이 사건 해고가 징계재량권을 일탈하거나 남용한 것이라고 볼 수는 없다.

또한, ① 이 사건 해고가 노동조합 설립과 활동을 방해하기 위한 부당노동행위에 해당한다는 주장에 대하여는, 피고가 원고의 노동조합 설립과 활동을 방해하기 위한 목적으로 원고를 해고하였다고 인정할 증거가 부족하고, 오히려 이 사건 해고는 원고의 개인적인 비위사실을 이유로 한 정당한 징계권의 행사에 따른 것이라는 이유로, ② 노동위원회에서 이 사건 해고가 부당해고에 해당한다는 구제명령이 내려졌음에도 원고가 해고의 정당성을 다투는 것은 신의칙 또는 금반언의 원칙에 위반된다는 주장에 대하여는, 노동위원회의 사용자에게 이의 복종하여야 할 공법상의 의무를 부담시킬 뿐, 직접 노사간의 사법상의 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니라고 할 것이므로, 노동위원회로부터 부당해고라는 구제명령이 있었고 이것이 확정되었다는 사정만으로 새로이 제기된 민사소송에서 사용자가 이를 다투는 것이 신의칙이나 금반언의 원칙에 반하여 허용될 수 없는 것이라고 하기 어렵다.

원심 서울고등법원 2006. 6. 23. 선고 2005나101781 판결

#### 【참조판례】

[2] 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006다48069 판결(공1997상, 41)

#### 【참조법령】

[1] 노동조합 및 노동관계조정법 제84조, 제85조, 민사소송법 제1조

[2] 근로기준법 제30조

【원고, 상고인】 원고 (소송대리인 법무법인 시민 담당변호사 강◆탁)

【피고, 피상고인】 피고주식회사 (소송대리인 변호사 박◆우외 1인)

【원심판결】 서울고법 2006. 6. 23. 선고 2005나101781 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

## 1. 징계사유 등에 관한 상고이유에 대하여

원심은, 그 채택 증거들에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고의 이 사건 무단결근 행위 및 교통사고 야기행위는 피고의 취업규칙 제36조 제1호 및 제5호의 각 해고사유에 해당하고, 나아가 징계사유에 해당하는 비위의 경위와 태양, 정도, 계속된 기간 및 특히 원고가 노조설립총회에 참석할 수 있는 상태이었음에도 피고에게 아무런 연락을 하지 아니하고 장기간 결근한 점, 운전기사가 무단결근으로 인하여 택시운행이 이루어지지 못하도록 한다는 것은 근로계약에 따른 근로자의 본질적이고 기본적인 의무를 이행하지 아니하는 것으로서 이는 채무불이행이 될 뿐 아니라 일반적으로 해고사유가 된다고 보아야 하는 점 등 이 사건 변론에 나타난 제반 사정을 종합하여 보면, 피고와 원고 사이의 근로관계는 사회통념상 원고의 귀책사유로 더 이상 그 계속을 기대하기 어려울 정도에 이르렀다고 보는 것이 상당하므로, 이 사건 해고가 징계재량권을 일탈하거나 남용한 것이라고 볼 수는 없다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙 위배나 심리미진으로 인하여 사실을 오인하거나 해고의 정당성과 징계재량권 일탈·남용에 관한 법리를 오해한 위법 등이 있다고 할 수 없다.

또한 원심은, ① 이 사건 해고가 노동조합 설립과 활동을 방해하기 위한 부당노동행위에 해당한다는 주장에 대하여는, 피고가 원고의 노동조합 설립과 활동을 방해하기 위한 목적으로 원고를 해고하였다고 인정할 증거가 부족하고, 오히려 이 사건 해고는 원고의 개인적인 비위사실을 이유로 한 정당한 징계권의 행사에 따른 것이라는 이유로, ② 노동위원회에서 이 사건 해고가 부당해고에 해당한다는 구제명령이 내려졌음에도 원고가 해고의 정당성을 다투는 것은 신의칙 또는 금반언의 원칙에 위반된다는 주장에 대하여는, 노동위원회의 사용자에 대한 구제명령은 사용자에게 이에 복종하여야 할 공법상의 의무를 부담시킬 뿐, 직접 노사간의 사법상의 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니라고 할 것이므로, 노동위원회로부터 부당해고라는 구제명령이 있었고 이것이 확정되었다는 사정만으로 새로이 제기된 민사소송에서 사용자가 이를 다투는 것이 신의칙이나 금반언의 원칙에 반하여 허용될 수 없는 것이라고 하기 어렵다는 등의 이유로, 이를 모두 배척하였는바, 기록에 의하여 살펴보면, 이러한 원심의 조치도 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙 위배나 심리미진으로 인하여 사실을 오인하거나 부당노동행위와 노동위원회 구제명령의 해석 또는 신의칙이나 금반언의 원칙에 관한 법리를 오해한 위법 등이 있다고 할 수 없다.

## 2. 징계절차에 관한 상고이유에 대하여

## 가. 원심의 판단

원심은, 징계사유를 사전에 통보받거나 그에 관하여 소명할 기회를 부여받지 못하였고, 징계위원회 구성에도 중대한 하자가 있다는 원고의 주장에 대하여, 피고가 원고에게 사

전에 이 사건 해고사유를 알려주고 소명할 기회를 주었을 뿐만 아니라 피고의 취업규칙에 징계사유의 사전통고와 진술기회 부여에 관한 절차가 규정되어 있지 않은바, 이러한 경우 그러한 절차를 거치지 아니하고 징계처분을 하였다고 하더라도 징계의 효력에는 영향이 없는 것이고, 피고의 취업규칙에 징계위원회의 구성에 관하여 '징계위원회는 노·사 각 2명으로 구성하여'라고만 되어 있을 뿐 징계위원의 자격이나 선임절차에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하므로, 징계위원의 자격이나 선임절차에 대하여 따로 문제 삼을 수 없다고 할 것이어서, 피고가 취업규칙에 정해진 바에 따라 노측 및 사측 징계위원 각 2명으로 하여 규정된 형식을 갖추어 징계위원회를 구성한 다음 이 사건 해고를 결의한 이상, 노측 징계위원 2명이 피고 대표이사에 의하여 위촉되었다는 사실만으로 그 구성에 어떠한 절차적 하자가 있다고 보기는 어렵다고 판단하여, 이를 배척하였다.

#### 나. 이 법원의 판단

먼저 원심이 채택한 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원고가 징계사유를 사전에 통보받거나 그에 관하여 소명할 기회를 부여받았다고 인정한 것은 적절하지 않은 것으로 보이지만, 피고의 취업규칙에 징계사유의 사전통고와 진술기회 부여에 관한 절차가 규정되어 있지 않아, 이 사건 해고가 그러한 절차를 거치지 아니하였다고 하더라도 그 효력에는 영향이 없다고 판단한 것은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 징계해고의 사전통고나 소명기회에 관한 법리를 오해한 위법 등이 있다고 할 수 없다.

그러나 원심이 노측 및 사측 징계위원 각 2명으로 하여 징계위원회를 구성한 것에 징계위원회의 구성에 관한 피고의 취업규칙을 위반한 절차적 하자가 없다고 판단한 것은 그대로 수긍하기 어렵다.

기록에 의하면, 피고의 취업규칙에는 '징계위원회는 노·사 각 2명으로 구성한다'고 규정되어 있고, 피고 대표이사는 피고 소속 소외 1과장과 사업장이 피고와 동일하고 실제로 자신이 사주인 소외 2 유한회사의 대표이사 소외 3을 사측 징계위원으로, 피고 근로자인 소외 4, 5를 노측 징계위원으로 각 위촉하였음을 알 수 있는바, 단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계절차를 규정한 것은 징계권의 공정한 행사를 확보하고 징계제도의 합리적인 운영을 도모하기 위한 것으로서 중요한 의미를 갖는 것이고(대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결 등 참조), 나아가 취업규칙 등에서 노·사 동수로 징계위원회를 구성하도록 하고 있다면 이는 근로자들 중에서 징계위원을 위촉하여 징계위원회에 대한 근로자들의 참여권을 보장함으로써 절차적 공정성을 확보함과 아울러 사측의 징계권 남용을 견제하기 위한 것이라고 할 것이므로, 피고의 취업규칙에 직접적으로 징계위원의 자격과 선임절차에 관해서 규정하고 있지는 않지만, 노측 징계위원들이 이전부터 근로자들을 대표하거나 근로자들의 의견을 대변해왔다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로자들의 의견을 반영하는 과정 없이 임의로 노측 징계위원을 위촉할 수 있는 것으로까지 해석할 수는 없다고 할 것이다.

따라서 원심으로서 노측 징계위원으로 위촉된 소외 4, 5가 이전부터 노측을 대표하거나 근로자들의 의견을 대변해온 사정이 있는지 여부나 피고 대표이사가 노측 징계위원을 위

촉함에 있어 근로자들의 의견을 반영하는 절차를 거친 사실이 있는지 여부(기록에 의하면, 피고와 소외 2 유한회사의 근로자들은 이 사건 해고 전에 노동조합 창립총회를 개최하여 그 대표자를 선출한 바 있고, 또 그 전부터 근로자들 대부분이 ○○상조회에 가입하여 ○○상조회가 회사와 임금협상 등을 해온 것으로 보인다)에 관하여 좀 더 심리하여 이 사건 징계위원회 구성에 절차적 하자가 있는지 여부를 판단하였어야 함에도 불구하고, 징계위원의 자격이나 선임절차에 대하여는 문제 삼을 수 없다고 하면서 노측 징계위원 2명이 피고 대표이사에 의하여 위촉되었다는 사실만으로 징계위원회 구성에 어떠한 절차적 하자가 있다고 보기는 어렵다고 판단하였으니, 원심판결에는 필요한 심리를 다하지 아니하고 취업규칙상 징계절차규정의 해석에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

### 3. 결 론

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

대법관 김지형(재판장) 고현철(주심) 양승태 전수안



# 제 2 부

## 개별적 근로관계



## 제2부

## 개별적 근로관계

## 제1장 총론

## 1 근로관계 관행

☞ 대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다50701 판결

## » 요 지 «

1. 원래 단체협약이란 노동조합이 사용자 또는 사용자단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항에 관하여 체결하는 협정으로서, 노동조합이 사용자측과 기존의 임금·근로시간·퇴직금 등 근로조건을 결정하는 기준에 관하여 소급적으로 동의하거나 이를 승인하는 내용의 단체협약을 체결한 경우에 그 동의나 승인의 효력은 단체협약이 시행된 이후에 그 사업체에 종사하면서 그 협약의 적용을 받게 될 노동조합원이나 근로자들에 대해서만 생기고 단체협약 체결 이전에 이미 퇴직한 근로자에게는 위와 같은 효력이 생길 여지가 없으며, 근로조건이 근로자에게 유리하게 변경된 경우라 하더라도 다를 바 없다.
2. 기업의 내부에 존재하는 특정의 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 하기 위하여는 그러한 관행이 기업 사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 기업의 구성원에 의하여 일반적으로 아무도 이의를 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여져서 기업 내에서 사실상의 제도로서 확립되어 있다고 할 수 있을 정도의 규범의식에 의하여 지지되고 있어야 한다.
3. 사용자가 이미 퇴직한 근로자들에게 퇴직 이후에 체결된 단체협약에 의한 임금인상분 및 퇴직금인상분 차액을 추가 지급한 관행이 있었으나 그것은 노동조합 또는 근로자집단과 사용자 사이의 규범의식이 있는 노사관행으로는 볼 수 없다고 한 사례.

\* 원고, 피상고인 / 홍○○ 외 137인 (소송대리인 변호사 조창기)

\* 피고, 상고인 / 한국○○공사 (소송대리인 세계종합법무법인 담당변호사 이임성)

\* 원심판결 / 서울고법 2000. 8. 10 선고 2000나8009 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

1. 원심판결 이유에 의하면 원심은, 원고들이 피고 공사에 입사하여 근무하다가 1997.1.17.부터 같은 해 11.16.까지 사이에 퇴직한 사실, 피고는 1961년 창사 이래 원고들이 퇴직하기 직전 연도인 1996년까지 노사간에 해당 연도의 특정 일에 임금인상을 내용으로 하는 단체협약을 체결하고 이에 따라 피고의 취업규칙인 보수규정을 개정하면서, 재직 직원들에게 해당연도의 직전 년 12.16.부터 해당 연의 단체협약 체결일 전일까지 그 직전 연도의 보수규정에 따라 지급된 임금과 같은 기간 동안 개정된 보수규정에 따라 지급 되었을 임금과의 차액(임금인상분 차액)을 소급 정산하여 추가 지급하였으며, 같은 기간 동안에 피고 공사로부터 퇴직한 직원들에게도 임금인상분 차액 및 이러한 차액을 원래의 지급기일에 지급받았더라면 이를 기초로 산정되었을 퇴직금액과의 차액(퇴직금인상분 차액)을 추가로 지급하여 왔는데, 위 1996년까지 이러한 조치에 대하여 노사 쌍방으로부터 아무런 이의도 제기되지 아니한 사실, 그런데 피고는 1997.11.19. 단체협약을 체결하고 이에 따라 보수규정을 개정한 후 위 단체협약 체결일 당시에 재직중인 직원들에게 1996.12.16.부터 위 단체협약 체결일 전일까지 발생한 임금인상분 차액을 소급 정산하여 1997.12.12. 지급하였으나, 같은 기간 동안에 퇴직한 원고들에게는 같은 기간 동안 발생한 임금인상분 차액과 이에 기초한 퇴직금인상분 차액을 지급하지 아니한 사실을 인정한 다음, 피고의 노사간에는 창사 이래 해당 연도의 임금을 인상하기로 하는 내용의 단체협약 이 체결되면 단체협약 체결일 당시 재직중인 직원들 및 그 직전 년 12.16.부터 해당 연도 단체협약 체결일 전일까지 사이에 퇴직한 직원들에게 해당 연도에 체결된 단체협약에 따라 산정된 임금인상분 차액을 추가 지급하고 나아가 퇴직한 직원들에게는 위에서 본 바와 같은 퇴직금인상분 차액을 추가 지급하고 나아가 퇴직한 직원들에게는 위에서 본 바와 같은 퇴직금인상분 차액을 추가 지급하는 관행이 존재하여 왔고, 이에 대하여 노사 쌍방으로부터 아무런 이의도 제기되지 아니하였으므로, 피고의 노사간에는 위와 같은 방식에 의한 임금 추가 지급이 하나의 묵시적 규범으로 인식되어 정착되기에 이른 이른바 노동관행이 성립되었다고 볼 수 있어 피고가 단체협약에 따라 산정된 임금 및 퇴직금인상분 차액을 추가 지급하던 종전의 노동관행에 반하여 그 지급을 중단하려면 근로자 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 얻는 등의 절차를 거쳐야 한다 할 것인데, 그러한 절차를 거쳤다는 점에 대한 아무런 주장·입증이 없으므로, 피고는 원고들에게 종전의 노동관행에 따라 위 1997.11.19.자 단체협약에 의하여 산정된 임금 및 퇴직금인상분 차액을 추가 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

그런 다음 원심은, 단체협약 체결 이전에 이미 퇴직한 직원에게는 단체협약의 효력이 미치지 아니하므로 1997.11.19. 단체협약이 체결되기 전에 이미 퇴직한 원고들에게 위 단체협약에 의하여 산정된 임금 및 퇴직금인상분에 차액을 추가 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

그런 다음 원심은, 단체협약 체결 이전에 이미 퇴직한 직원에게는 단체협약의 효력이 미치지 아니하므로 1997.11.19. 단체협약이 체결되기 전에 이미 퇴직한 원고들에게 위 단체협약에 따라 산정된 임금 및 퇴직금인상분 차액을 지급할 의무가 없다는 피고의 주장에 대하여는, 원고들이 피고를 퇴직할 당시 위에서 본 바와 같은 노동관행이 존재하고 있었던 이상 위 노동관행에 의하여 원고들은 퇴직 당시에 이미 피고에 대하여 1997년도에 체

결될 단체협약의 내용에 따라 장차 산정될 임금 및 퇴직금인상분 차액을 청구할 조건부채권을 가지고 있었고, 다만 각 지급시기와 산정방법이 원고들의 퇴직 이후 시점에 결정되는 것에 불과하다는 이유로, 피고의 위 주장을 배척하였다.

2. 그러나 이러한 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍할 수 없다.

가. 원심이 인정한 사실관계에 의하면, 원고들은 피고를 퇴직하면서 그 퇴직 당시에 효력을 가지고 있던 근로계약, 단체협약 및 보수규정에 따라 적법하게 산정된 임금 및 퇴직금 전액을 지급받은 사실을 알 수 있으므로, 특별한 사정이 없는 한, 원고들로서는 피고에 대하여 더 이상의 임금이나 퇴직금의 지급을 청구할 수 없는 것이 원칙이다. 또, 원래 단체협약이란 노동조합이 사용자 또는 사용자단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항에 관하여 체결하는 협정으로서, 노동조합이 사용자측과 기존의 임금·근로시간·퇴직금 등 근로조건을 결정하는 기준에 관하여 소급적으로 동의하거나 이를 승인하는 내용의 단체협약을 체결한 경우에 그 동의나 승인의 효력은 단체협약이 시행된 이후에 그 사업체에 종사하면서 그 협약의 적용을 받게 될 노동조합원이나 근로자들에 대해서만 생기고 단체협약 체결 이전에 이미 퇴직한 근로자에게는 위와 같은 효력이 생길 여지가 없으며, 근로조건이 근로자에게 유리하게 변경된 경우라 하더라도 다를 바 없는 것이므로(대법원 2000.6.9. 선고 98다13747 판결, 2001.4.10. 선고 98다13716 판결 등 참조), 법률상, 원고들로서는 퇴직이후에 체결된 위 1997.11.19.자 단체협약을 내세워 곧바로 임금인상분 및 퇴직금인상분 차액의 지급을 구할 수도 없는 것이다.

나. 원심이 내세우는 노사관행이 어떠한 사실에 근거한 것인지는 분명하지 아니하나, 그것이 만약 피고가 재직 근로자들에게 임금인상분 차액을 소급하여 지급한 사실을 말하는 것이라면, 이는 노사간에 체결된 단체협약 및 이에 따라 개정된 보수규정에 따른 것임이 분명하므로, 거기에 무슨 노사관행이 성립할 여지가 없다. 또한 원심이 내세우는 노사관행이 피고가 이미 퇴직한 근로자들에게까지 임의로 임금인상분 및 퇴직금인상분 차액을 추가지급하여 준 사실을 말하는 것이라면, 그것은 노동조합 또는 근로자 집단과 사용자 사이에 있었던 사실이 아니라, 이미 퇴직한 근로자들과 사용자였던 피고 공사 사이에 있었던 외부적 사정에 불과하므로, 그로써 노동조합 또는 근로자 집단과 사용자 사이의 노사관행이 성립할 수도 없는 것이다.

다. 다만, 원고들로서는 피고에 재직할 당시 피고가 이미 퇴직한 근로자들에게 위와 같이 임금 및 퇴직금인상분 차액을 지급하여 온 사실에 기하여 자기들도 퇴직하게 되면 같은 대우를 받을 것이라는 기대를 가지고 있었다고 볼 수는 있으나, 이러한 기대가 원심이 인정하는 바와 같은 조건부채권이 되기 위해서는 피고와 그 재직 근로자들 사이에서 규범적으로 “단체협약이 퇴직자에게도 적용된다.”는 내용의 노사관행이 성립되어 있었어야 할 것이다. 그런데 기업의 내부에 존재하는 특정의 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 하기위하여는 그러한 관행이 기업 사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 기업의 구성원에 의하여 일반적으로 아무도 이의를 제기하지 아니한채 당연한 것으로 받아들여져서 기업 내에서 사실상의 제도로서 확립되어 있다고 할 수 있을 정도의 규범의식에 의하여 지지되고 있어야 하나(대법원 1993.1.26 선고 92다11695 판결 참조), 단체협약이 그 본래적인 성질에 있어서 협약 당사자인 구성원에게만

그 효력이 미치는 점, 이미 퇴직한 근로자는 원칙적으로 노동조합과 사용자 사이의 단체 교섭에 간여하거나 이를 조종·선동할 수 없는 점(노동조합및노동관계조정법 제40조) 등에 비추어 보면, 위와 같은 내용의 노사관행은 그 성립요건인 규범의식 자체가 인정될 수 없는 것이고, 기록상 달리 위와 같은 규범의식이 있었다고 볼 자료가 없으므로, 이를 전제로 하여 원심이 실시한 조건부채권의 성립을 단정할 수도 없다.

3. 그럼에도 불구하고, 원심은 앞서 본 이유만으로 원고들의 이 사건 청구를 그대로 인용하고 말았으니, 여기에는 단체협약의 효력 및 노사관행의 성립에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유가 있다.
4. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 원심법원에 환송하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 이용우(재판장) 서성 배기원 박재윤(주심)

## 2 노동법과 신의성실의 원칙

☞ 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다9092 판결

### » 요 지 «

1. 공사가 기업경영합리화를 위하여 그 소속 일부 부서를 분리·독립시켜 계열회사를 설립하고 그 영업부분을 양도함에 따라 그 부서 근로자들이 공사에서 퇴직하고 신설회사에 신규 입사함에 있어, 공사노동조합이 그 근로자들을 위하여 공사와의 사이에 장래 신설회사가 조업이 불가능하여 고용을 유지하지 못하게 될 때에는 공사가 그 근로자들을 모두 재취업시키기로 하는 내용의 약정을 체결한 경우, 그 재취업약정은 공사의 기업분할방침에 따라 신설된계열회사로 전적하게 되는 근로자들이 장래 그 신설회사측의 경영사정으로 부득이 근로관계를 유지하지 못하는 경우가 생기면 공사가 그 근로자들을 모두 재고용한다는 내용을 담은 근로계약을 미리 체결한 것으로 볼 것이다.
2. '1'항의 재취업약정은 노동조합이 공사측과의 사이에 전적근로자들을 위하여 재고용계약을 미리 체결한 것으로서 이른바 제3자를 위한 새로운 근로계약이라고 볼 것이므로 그 내용을 규율하는 데 근로기준법의 적용을 받아야 함은 분명하나, 공사가 고용관계가 계속 되는 것이 아니고 소멸하게 되는 근로자들을 수익자로 하여 체결한 위 약정이 노동조합법 제35조 소정의 유효기간의 제약을 받는 단체협약이라고 볼 여지는 없다.
3. 노동자들이 신설계열회사로부터 해고당한지 2년 8개월 여의 기간이 경과된 후에 '가'항의 재취업약정을 근거로 하여 원래 근무하던 공사와의 사이에 고용관계가 존재한다는 확인 내지 임금지급을 청구하는 소를 제기한 경우, 이는 그 동안 비슷한 처지에 놓인 다른 근로자들이 제기한 같은 취지의 관련소송의 추이를 기다렸다가 그중 일부 근로자들이 승소 판결을 얻자 비로소 제소에 이르렀음이 분명하다면, 재취업약정에 기하여 공사와의 사이에 새로운 고용관계가 형성되었음에도 불구하고 공사측에서 그 동안 전혀 근로의 기회를 제공하지 않은 사정을 감안하여 볼 때, 이러한 법률관계에 정통하지 못한 근로자들이 뒤늦게 제소를 하였다고 하여 그 소제기에 의한 권리의 행사가 실효의 원칙 내지는 신의성실의 원칙에 비추어 허용될 수 없는 것이라고 말할 수 없고, 근로자들이 비록 그 사이 각기 다른 회사에 입사하여 고액의 급여를 얻고 있었다고 하더라도, 이는 소송의 승소가능성에 대한 회의와 공사측과의 사이에 생긴 법률관계에 대한 이해부족에서 연유된 것으로 보이므로 이 때문에 그 결론이 달라진다고 볼 수도 없다.

\* 원고, 피상고인 : 정○승 외 1인

\* 피고, 상고인 : 정리회사 주식회사 ○○중공업의 관리인 송○수

\* 원심판결 : 부산고등법원 1993. 12. 24. 선고 93나3349 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 이 사건 기록에 의하면, 정리회사 주식회사 ○○중공업(변경 전 상호는 주식회사 대한○○공사)이었다. 이하 대한○○공사라고 한다)이 1980.6.경 기업경영의 합리화를 위하여 그 소속부서 중 도장부를 분리, 독립시켜 그 계열회사로서 소외 주식회사 대한특수도장(이하 대한특수도장이라고 한다)을 설립하여 그 영업부분을 양도하고, 원고들을 포함한 대한○○공사 도장부 소속 근로자들이 회사측의 권고에 따라 대한○○공사에서 퇴직하고 신설된 대한특수도장에 신규입사하게 되면서, 그 당시 위 근로자들이 대한○○공사에 비하여 경영기반이 훨씬 취약한 대한특수도장으로 그 적을 옮기게 되는데 따른 제반 신분상의 불이익을 우려하여 그 대비책을 요구한 관계로, 1980.6.경 대한○○공사의 노동조합인 전국금속노동조합 대한○○공사지부가 원고들을 포함하여 당시 위 회사의 전적 방침에 따르는 도장부 소속 근로자들을 위하여 대한○○공사와의 사이에, 앞으로 신설된 대한특수도장이 조업이 불가능하여 고용을 유지하지 못하게 될 때에는 대한○○공사가 대한특수도장의 소속 종업원들을 모두 재취업시키기로 약정하였는데, 그후 원고들이 위 기업분할 조치에 순응하여 대한○○공사에서 퇴직하고 1980.7.1. 대한특수도장에 입사하여 근무하여 오던 중에, 대한특수도장이 1989.7.경 폐업하면서 그 달 31. 원고들을 포함한 근로자들을 모두 해고하기에 이르렀음이 분명하다.

대한○○공사의 노동조합이 원고들을 포함한 도장부 소속 근로자들을 위하여 대한○○공사와의 사이에 체결한 위 재취업 약정은, 그 합의에 이르게 된 구체적인 동기와 당사자들이 기도한 목적 등에 비추어 볼 때, 대한○○공사의 기업분할 방침에 따라 신설된 계열회사인 대한특수도장으로 전직하게 되는 근로자들이 장래 그 신설회사측의 경영사정으로 부득이 근로관계를 유지하지 못하는 경우가 생기면 대한○○공사가 위 근로자들을 모두 재고용한다는 내용을 담은 근로계약을 미리 체결한 것으로 볼 것이므로, 위 근로자들 중의 한 사람인 원고들이 이를 수락하여 대한특수도장으로 전직하였다가 그 회사의 폐업과 동시에 해고당하는 사정이 생긴 이상, 이로써 원고들과 대한○○공사 사이에는 위 근로계약에 기한 새로운 고용관계가 성립되었다고 보아야 할 것이다.

원심판결은 그 이유설시로 보아 이와 같은 내용의 판단을 한 것으로 못 볼바 아니고, 이와 반대의 입장에 서서 위 약정은 대한○○공사에게 대한특수도장의 폐업으로 인하여 해고된 원고들을 새로이 고용하여야 할 의무가 있음을 선언한 것에 불과하고 별도의 근로계약이 체결되지 않는 한 곧바로 대한○○공사와 원고들 사이에 새로운 고용관계가 성립하였다고 볼 수 없다는 취지의 견해를 펴는 상고이유는 받아들일 수 없다.

그리고 위에서 본 재취업 약정이 담고 있는 구체적인 내용에 비추어 보면, 이 약정은 대한○○공사 노동조합이 회사측과의 사이에 원고들을 포함한 전적근로자들을 위하여 재고용계약을 미리 체결한 것으로서 이른바 제3자를 위한 새로운 근로계약이라고 볼 것이므로, 그 내용을 규율하는 데 근로기준법의 적용을 받아야 함은 분명하나, 대한○○공사가 고용관계가 계속되는 것이 아니고 소멸하게 되는 근로자들을 수익자로 하여 체결한 위 약정이 노동조합법 제35조 소정의 유효기간의 제약을 받는 단체협약이라고 볼 여지는 없을 것이다.



같은 취지의 원심판단은 정당하고 거기에 무슨 법리오해가 없으므로, 이 점을 지적하는 상고이유도 받아들일 것이 못된다.

2. 또한 이 사건 기록에 의하면, 원고들이 신설된 대한○○도장으로부터 해고당한지 2년8개월 여의 기간이 경과된 후에 위 재취업 약정을 근거로 하여 원래 근무하던 대한○○공사와의 사이에 고용관계가 존재한다는 확인 내지 임금지급을 청구하는 이 사건 소를 제기하였지만, 이는 그 동안 비슷한 처지에 놓인 다른 근로자들이 제기한 이 사건과 같은 취지의 관련소송의 추이를 기다렸다가 그 중 일부 근로자들이 승소판결을 얻자 비로소 이 사건 제소에 이르렀음이 분명하고, 아울러 원고들이 위 재취업약정에 기하여 대한○○공사와의 사이에 새로운 고용관계가 형성되었음에도 불구하고 회사측에서 그 동안 전혀 근로의 기회를 제공하지 않은 사정을 감안하여 볼 때, 이러한 법률관계에 정통하지 못한 원고들이 뒤늦게 이 사건 제소를 하였다고 하여 그 소제기에 의한 권리의 행사가 실효의 원칙 내지는 신의성실의 원칙에 비추어 허용될 수 없는 것이라고 말할 수 없다. 그리고 원고들이 비록 그 사이 각기 다른 회사에 입사하여 고액의 급여를 얻고 있었다고 하더라도, 이는 이 사건 소송의 승소가능성에 대한 회의와 회사 측과의 사이에 생긴 법률관계에 대한 이해부족에서 연유된 것으로 보이므로 이 때문에 그 결론이 달라진다고 볼 수도 없을 것이다. 어디까지나 재취업 약정에 기하여 생긴 새로운 고용관계의 확인을 구하고 있는 이 사건의 경우를 단순한 부당해고로 인한 근로관계에 있어서와 동일하게 다룰 것은 아니다.

이와 같은 취지의 원심판단은 정당한 것으로 보이고, 거기에 상고이유에서 지적하는 바와 같은 법리오해 등의 잘못을 찾아볼 수 없다. 이 점을 지적하는 상고이유 역시 받아들일 수 없다.

3. 그러므로 이 사건 상고를 기각하고, 상고비용은 상고인인 피고의 부담으로 하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 박준서(재판장) 박만호 김형선 이용훈(주심)

## 제2장 채용내정

### 1 채용내정 합의의 법적 성질

☞ 대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다25910 판결

#### » 요 지 «

원고들이 한 부제소 합의는 원고들이 채용을 기다리기로 한 1999.6.30.까지 자신의 순번까지 채용되지 않고 그 채용내정이 확정적으로 취소된다 하더라도 채용내정의 취소, 즉 해고에 관하여 이의를 제기하지 아니하고 해고의 적법여부와 효력, 해고와 관련된 채무불이행이나 불법행위책임 등에 관해 민사소송 등을 제기하지 않는다는 취지로 엄격하게 해석함이 상당하다. 따라서 원고들이 피고회사의 종업원의 지위를 취득한 사이에 피고회사에 대해 가지는 임금청구권은 채용내정의 취소, 즉 해고와 관계없이 당연히 발생하는 권리이므로 사전에 이에 관해 부제소합의를 하였거나 또는 그 기간 동안의 임금청구권을 포기한 것으로 볼 수 없다.

주식회사 H반도체 사건

\* 사건 / 2002. 12. 10 선고, 대법원 제3부 종업원지위확인등

\* 원고, 피상고인 겸 상고인 / 신○훈 외 30인

\* 원고, 상고인 / 강○석 외 9인

소송대리인 법무법인 시민종합법률사무소 담당변호사 김선수

\* 피고, 상고인 겸 피상고인 / 주식회사 H반도체 대표이사 박○섭

소송대리인 변호사 이재후, 주성민, 최정수, 김원정, 박정택

\* 원심판결 / 서울고법 2000. 4. 28 선고 99나41468 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 각자의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

1. 원고들의 상고이유에 대한 판단

가. 원고 조○상을 제외한 나머지 원고들의 상고이유에 대하여

원심은 그 채용 증거들을 종합하여, 원고들은 대학 또는 대학원 졸업예정자들로 피고 회사가 속한 H그룹이 시행한 신입사원 모집에 응모해 서류전형 및 면접에 합격하여 1997.10.24. 배치예정 회사가 피고 회사임을 통지받은 후, 같은 달 31일 신체검사를 받고, 같은 해 11월경 피고회사로부터 최종 합격되어 피고회사에 우선적으로 입사하게 된다는 채용내정 통지를 받은 사실, 피고회사는 1997.11.30. 대졸신입사원 입사예정자 소집간담회를 개최하여 간담회에 참석한 원고들을 포함한 채용내정자들에게 '대졸신입사원 입사안내문'을 통하여 앞으로 개인별로 통보될 교육일정에 따라 1997.12.8.부터 1998.4.3.까지 사이에 7차에 걸쳐 원고들에 대한 신입사원 교육을 실시하고 그 교육실시 차수에 따라 원고들 각 개인의 입사예정일이 결정될 것임을 알려주고(최종 입사예정일은 1998.4.6.이다) 입사에 필요한 근로계약서 등 제반 구비서류 등을 입사예정일에 제출하도록 하였으나, 이른바 IMF 구제금융사태라는 경제사정의 악화 등을 이유로 1997년 12월경부터 실시할 계획이었던 신입사원 교육일정을 연기하다가, 1998.6.11. 및 같은 달 12일 소집한 채용내정자 소집점검에서 원고들에게 국내외의 경영상황 악화와 피고회사의 급박한 경영상의 위기상황에 따른 구조조정작업 등으로 원고들을 예정대로 채용하는 것이 불가능하게 되었다고 통보하는 한편, 원고들에게 그 대안으로 ① 피고회사에의 입사지원을 취소하고 2,000,000원의 위로금을 지급받고 그 채용내정의 취소에 대하여 일체의 민·형사·행정상의 법적 절차를 제기하지 않기로 하는 방안(I안, 입사지원취소확인서)과 ② 1999.6.30.까지 피고회사의 채용발령을 기다려 보되, 만약 위 기한까지 본인의 순번까지에 해당되는 신규인력 수요가 없어 채용내정을 취소하더라도 일체의 민·형사·행정상의 법적 청구를 제기하지 않기로 하는 방안(II안, 채용발령연기동의서)을 제시하고, 만약 어느 것도 선택하지 않으면 채용내정이 그대로 취소된다고 설명한 후 I안과 II안 중 하나를 선택하도록 요구한 사실, 이에 원고 강○석, 장○용, 주○만, 허○영, 김○민, 조○수, 이○학, 구○회, 박○천, 원○운(이하 'I안선택 원고들'이라 한다)은 각 I안을 선택하여 위 원고들의 입사지원취소에 따라 피고회사가 위 원고들에 대한 채용내정을 취소하더라도 피고회사로부터 지급받는 위로금 2,000,000원 이외에 손해배상청구, 기타 일체의 민·형사·행정상의 법적 청구를 하지 않기로 하는 입사지원취소확인서를 작성하여 피고회사에게 제출하고 피고회사로부터 입사지원 취소에 따른 위로금 2,000,000원을 각 지급받았고, 원고 신○훈, 김○수, 김○국, 정○환, 임○한, 김○준, 남○승, 이○훈, 정○현, 명○성, 서○, 홍○희, 김○민, 전○관, 하○, 박○훈, 강○수, 김○환, 김○국, 배○필, 이○문, 조○근, 김○현, 엄○호, 유○기, 박○희, 신○수, 박○일, 김○배, 오○균(이하 'II안선택 원고들'이라 한다)은 II안을 선택하여 1999.6.30.까지 피고회사가 통보한 원고들의 채용발령 순번에 따라 피고회사의 채용발령을 기다려 보되, 위 기한까지 자신의 순번에까지 해당하는 신규인력 수요가 없어 채용내정이 취소되더라도 일체의 민·형사·행정상의 법적 청구를 하지 않기로 하는 채용발령연기동의서를 작성하여 피고회사에게 제출하고 1999.6.30.까지 피고회사의 취업조치(채용발령)를 기다렸으나 위 기한까지 그들의 순번에 해당하는 신규인력소요가 없어 결국 1999.6.30. 그 채용내정이 확정적으로 취소된 사실을 각 인정한 다음, 피고회사와 사이에 I안 선택 원고들은 채용내정과 취소에 따른 모든 분쟁에 관하여, II안선택 원고들은 채용내정의 취소 즉 해고에 관련된 부분에 관하여, 각 부제소 합의를 하였다고 판단하고, 그 부제소 합의의 효력을 다투는 위 원고들의 ① 강박에

의한 의사표시로서의 취소 주장, ② 사기 또는 착오에 의한 의사표시로서의 취소 주장, ③ 비진의 의사표시로서의 무효 주장, ④ 불공정한 법률행위로서의 무효 주장, ⑤ 신의칙 위반 및 권리남용 주장을 그 판시와 같은 이유로 모두 배척하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채용법칙과 경험칙위배로 인한 사실오인 또는 법리오해의 위법이 없다. 위 원고들의 상고이유는 모두 받아들이지 아니한다.

#### 나. 원고 조○상의 상고이유에 대하여

원심은, 그 채용 증거들을 종합하여, 원고 조○상은 대학 졸업예정자로서 피고회사가 속한 H그룹이 시행한 신입사원 모집에 응모하여 1997년 11월경 피고회사로부터 최종 합격되어 피고회사에 우선적으로 입사하게 된다는 채용내정 통지를 받은 사실, 그 후 피고회사가 IMF 구제금융사태라는 경제사정의 악화 등을 이유로 위 원고 등에 대한 신입사원 교육일정을 연기하고 최종 입사예정일인 1998.4.6.이 지나도록 위 원고를 입사시키지 못하다가 1998.6.11. 채용내정자 소집점검에서 위 원고 등에게 급박한 경영상의 위기상황에 따른 구조조정작업 등으로 예정대로 채용하는 것이 불가능하게 되었다고 통보하면서 그 대안으로 위 두가지 안(I, II안)을 제시하고 선택하게 하였던 바, 위 원고는 1999.6.30.까지 피고회사가 통보한 채용발령 순번에 따라 채용발령을 기다려 보되, 위 기한까지 자신의 순번에까지 해당하는 신규인력수요가 없으면 채용내정이 취소되는 것으로 하는 내용의 채용발령연기동의서를 작성하여 피고회사에게 제출하고 1999.6.30.까지 피고회사의 취업조치(채용발령)를 기다렸으나 위 기한까지 그 순번에 해당하는 신규인력수요가 없어 결국 1999.6.30. 채용내정이 취소된 사실을 인정한 다음, 피고회사가 1997년 11월경 위 원고에게 채용내정 통지를 함으로써 위 원고와 피고회사 사이에는 근로계약관계가 성립되어 위 원고는 늦어도 최종 입사예정일인 1998.4.6.부터는 피고회사의 종업원의 지위에 있다 할 것인데, 그 후 피고회사가 위 원고에 대한 채용내정을 취소한 것은 실질적으로 해고에 해당하나, 그 해고는 판시와 같은 인정 사실에 비추어 피고회사가 ① 긴박한 경영상의 필요에 의하여, ② 해고 회피를 위한 상당한 노력을 하고, ③ 합리적이고 공정한 기준에 따라 해고대상자를 선정하였으며, ④ 근로자측과의 성실한 협의를 거쳐서 행한 정리해고로서 정당한 것이라고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해 또는 심리미진의 위법이 없다. 위 원고의 상고이유도 모두 받아들이지 아니한다.

## 2. 피고의 상고이유에 대한 판단

### 가. II안선택 원고들에 대한 상고이유에 대하여

원심은, 위 II안선택 원고들이 피고회사와 사이에 채용내정과 그 취소로 인한 모든 분쟁에 대한 부제소 합의를 하였다는 피고의 주장에 대하여, 위에서 본 바와 같이 위 원고들은 1999.6.30까지 채용발령 순번에 따라 피고회사의 채용발령을 기다려 보되, 위 기한까지 자신의 순번에까지 해당하는 신규인력수요가 없어 채용내정이 취소되더라도 일체의 민·형

사·행정상의 법적 청구를 하지 않기로 하는 채용발령연기동의서를 작성하여 피고회사에 제출하였으나, 위 채용발령연기동의서에는 채용내정이 확정적으로 취소될 때까지의 급여 지급 여부에 관하여는 언급이 없는 바, 위 원고들이 이 사건 주위적 청구에서 구하는 임금청구 부분 중 채용내정의 취소 전에 발생하는 임금청구권 및 그에 관한 소권까지 포기한 것으로 해석한다면, 위 원고들이 채용을 기다리기 위하여 최종 입사에정일인 1998.4.6.부터 1년 이상을 대기하여야 하는 점, 만약 그 기간을 기다리더라도 채용되지 않을 경우 향후 취업과 생계에 상당한 타격을 입게 되리라는 점, I안을 선택한 원고들이 1998.6.11.경의 채용내정취소에 따라 위로금을 지급받은 점과 비교할 때 형평이 맞지 않는 점 및 위 원고들은 II안 선택 당시 노무를 제공하였는지 여부와 상관없이 채용내정 취소시까지의 임금청구채권이 발생한다는 것을 예상하지 못하고 있었는데다가 특단의 사정이 없는 한 근로자가 사전에 자신의 임금청구권을 포기하는 것은 허용될 수 없는 것이 근로기준법의 정신에 부합한다고 보이는 점 등의 사정에 비추어 볼 때, 위 원고들이 한 부제소 합의는 위 원고들이 채용을 기다리기로 한 1999.6.30.까지 자신의 순번까지 채용되지 않고 그 채용내정이 확정적으로 취소된다 하더라도 채용내정의 취소, 즉 해고에 관하여 이의를 제기하지 아니하고 해고의 적법여부와 효력, 해고와 관련된 채무불이행이나 불법행위책임 등에 관하여 민사소송 등을 제기하지 아니한다는 취지로 엄격하게 해석함이 상당하고, 위 원고들이 피고회사의 종업원의 지위를 취득한 1998.4.6.부터 1999.6.30.까지 사이에 피고회사에 대하여 가지는 임금청구권은 채용내정의 취소 즉 해고와 관계없이 당연히 발생하는 권리이므로 사전에 이에 관하여까지 부제소 합의를 하였거나 또는 그 기간 동안의 임금청구권을 포기한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법은 없다. 이 점에 관한 피고의 상고이유는 받아들이지 아니한다.

#### 나. 원고 조○상에 대한 상고이유에 대하여

- (1) 원심은, 원고 조○상이 1998.6.11. II안의 채용발령연기동의서에 서명하였으나, 위 동의서 끝 부분에 기재된 “일체의 민·형사·행정상의 법적 청구를 귀사에 대하여 하지 않을 것을 이에 서약합니다”라는 부동문자 부분을 지우고 피고회사에 제출하였으므로, 피고회사의 부제소 합의의 청약에 대하여 일종의 변경을 가한 승낙을 한 것으로서 이는 피고회사의 부제소 합의의 청약을 거절한 것으로 봄이 상당하고, 위 원고가 위 채용발령연기동의서에서 1999.6.30.까지 채용발령을 기다리기로 동의하고 피고회사의 신규인력 채용에 대하여 이의를 제기하지 아니하기로 승낙하였다는 사유만으로는 위 원고의 이 사건 소가 권리보호이익이 없다고 할 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙위배로 인한 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다. 이 점에 관한 피고의 상고이유는 받아들이지 아니한다.

- (2) 원심은, 위에서 본 바와 같이 원고 조○상이 1997년 11월경 피고회사로부터 채용내정 통지를 받았으나, 피고회사가 경영상의 사정을 이유로 입사에정일인 1998.4.6.이 지나도

록 위 원고를 입사시키지 못하고 1999.6.30. 그 채용내정을 취소함으로써 위 원고를 정리해고한 사실을 인정한 다음, 피고회사가 1997년 11월경 위 원고에게 채용내정 통지를 함으로써 위 원고와 피고회사 사이에는 근로계약관계가 성립되어 위 원고는 늦어도 입사에정일인 1998.4.6.부터는 피고회사의 종업원의 지위에 있으므로, 피고회사는 위 원고에게 입사에정일인 1998.4.6.부터 정리해고일인 1999.6.30.까지의 임금을 지급할 의무가 있다고 판단하는 한편, 그 지급할 임금의 액수는 피고회사가 위 원고와 별도로 채용하여 입사시킨 신입사원 박○형에게 지급된 1998년도 월급여 및 상여금의 총액을 기초로 산정한 월 1,290,930원으로 인정하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 법리오해 등의 위법이 없다. 이 점에 관한 피고의 상고이유도 모두 받아들이지 아니한다.

### 3. 결 론

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

대법관 송진훈(재판장) 변재승 윤재식(주심) 이규홍

## 2. 긴박한 경영상의 필요로 인한 채용내정 취소

☞ 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다51476 판결

### » 요 지 «

원심에 의하면 피고의 정리해고는 여러 인정사실에 비추어 ① 긴박한 경영상의 필요에 의하여, ② 해고 회피를 위한 사용자의 노력이 병행되면서, ③ 객관적·합리적 기준에 의하여 해고대상자를 선정하여, ④ 근로자측과의 성실한 협의를 거쳐서 행하여진 것이고, 한편 피고 회사의 취업규칙에 비추어 신규채용된자들의 채용내정시부터 정식발령일까지 사이에는 사용자에게 근로계약의 해약권이 유보된다고 할 것이어서 원고들에 대하여는 근로기준법 제31조 제3항이 적용되지 않는다고 보아야 한다고 하여, 결국 피고의 원고들에 대한 정리해고가 정당하다고 판단한 것은 모두 정당하고 정리해고의 유효요건에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

현대○○산업 주식회사 사건

- \* 원고, 상고인/ 김○○ 외 10인
- \* 원고들 소송대리인/법무법인 시민종합법률사무소 담당변호사 김선수
- \* 피고, 피상고인/현대○○산업 주식회사 대표이사 박○○
- \* 소송대리인 변호사/ 이재후, 주성민, 최정수, 김원정, 박정택
- \* 원심판결/ 서울고등법원 2000. 8. 25 선고 99나41055 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 '기각'한다.

상고비용은 원고들의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

1. 상고이유 제1점을 본다.

원심은 원고들의 주위적청구인 종업원지위확인청구에 대하여, 판단하기를, 그 거시증거에 의하여, 피고회사가 1997. 8월경 원고들을 포함한 대학졸업자 또는 졸업예정자들로부터 채용신청서류를 제출 받은 뒤 1997. 9. 29.경 서류전형 합격통보를, 1997. 10. 24.경 면접 합격통보를, 1997. 11월경 최종합격통보를 각 한 사실, 1997. 11. 30. 열린 입사예정자 소집 간담회에서 신입사원 입사교육계획 일정과 늦어도 1998. 4. 6.까지는 모두 입사일이 지정되어 근무가 시작될 것임이 고지된 사실, 그 후 1997. 11월경부터 IMF 구제금융을 받게 되는 경제위기가 도래하자 피고는 1997. 12월경부터 시작될 예정이었던 입사교육을 연기하고 1998. 2월경 당초의

입사일정이 추후 별도로 결정될 것임을 알리는 안내문을 송부하였고, 1998. 6. 11.과 12일 개최된 신입사원간담회에서 마침내 신규채용의 취소를 통보한 사실 등을 인정한 후, 피고가 1997. 11월경 원고들에게 최종합격통보를 해 줌으로써 원고들과 피고 사이에 근로계약관계가 유효하게 성립되어 늦어도 1998. 4. 6. 이후에는 원고들이 피고회사의 근로자가 되었다고 할 것이므로 그 후 피고가 원고들에게 한 신규채용의 취소통보는 실질적으로 해고에 해당한다고 하고, 이어서 그 해고가 정당하다는 피고의 주장을 정리해고의 정당성에 관한 주장으로 본다. 다음, 피고의 위 정리해고는 판시와 같은 여러 인정사실에 비추어, ① 긴박한 경영상의 필요에 의하여, ② 해고 회피를 위한 사용자의 노력이 병행되면서, ③ 객관적·합리적 기준에 의하여 해고대상자를 선정하여, ④ 근로자측과의 성실한 협의를 거쳐서 행하여진 것이고, 한편 피고회사의 취업규칙에 비추어 신규채용된 자들의 채용내정시부터 정식발령일까지 사이에는 사용자에게 근로계약의 해약권이 유보되어 있다고 할 것이어서 원고들에 대하여는 근로기준법 제31조 제3항이 적용되지 않는다고 보아야 한다고 하여, 결국 피고의 원고들에 대한 정리해고가 정당하다고 판단하고 있다.

기록에 의하여 인정되는 사실관계에 비추어 볼 때 원심의 위 판단은 모두 정당한 것으로 인정되고 거기에 채증법칙과 경험칙에 위배하여 사실을 오인하였거나 정리해고의 유효요건에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 상고이유의 주장은 이유 없다

2. 상고이유 제2점을 본다.

피고의 원고들에 대한 신규채용 취소통보가 정리해고에 해당하여 정당한 이상, 피고가 근로계약상의 채무를 불이행하거나 위반한 것이라고 할 수는 없으므로, 원심이 원고들의 예비적청구인, 채무불이행으로 인한 손해배상청구를 배척한 것은 결국 정당하고 거기에 상고이유의 주장과 같은 심리미진 또는 판단유탈의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 상고이유 또한 이유 없다.

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

대법관 유지담(재판장) 서성 배기원 박재운

<서울고법 제1민사부 99나41055 종업원지위확인 등 (사건/2000.8.25 선고)>

\* 원고, 항소인/김○○ 외 10인

원고들 소송대리인 법무법인 시민종합법률사무소

담당변호사 김선수

\* 피고, 피항소인/현대○○산업 주식회사 대표이사 김○○

소송대리인 변호사 이재후, 주성민, 최정수

김원정, 박정택



소송복대리인 변호사 박정택

\* 변론종결/2000. 6. 23

\* 원심판결/서울지법 1999. 6. 18 선고 98가합67930 판결

[주문]

1. 원고들의 항소를 각 '기각'한다.
2. 항소비용은 원고들의 부담으로 한다.

[청구취지및항소취지]

원심판결 중 원고들 패소부분은 취소한다. 주위적으로 원고들이 1998.4.6.부터 피고의 종업원의 지위에 있음을 확인한다. 피고는 원고들에게 각 금10,000,000원 및 이에 대한 1998.4.6.부터 원심판결 선고일까지는 연 5푼, 그 다음 날부터 완제일까지는 연 2할5푼의 각 비율에 의한 금원을 지급하고, 1998.4.6.부터 1998.6.12.까지는 각 월 금 751,000원의 비율에 의한 금원을, 그 다음 날부터 원고들을 취업시킬때까지는 각 월 금 1,600,000원의 비율에 의한 금원을 각 지급하라. 예비적으로, 피고는 원고들에게 각 금 29,974,900원 및 이에 대한 1998.6.12.부터 원심 판결 선고일까지는 연5푼, 그 다음 날부터 완제일까지는 연2할5푼의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

[이유]

#### 1. 원심판결의 인용

이 법원이 이 사건에 관하여 실시할 이유는 원고들이 당심에서 주장하는 사항에 관하여 다음과 같은 판단을 해당부분에 추가하는 이외에 원심판결의 그것과 같으므로 민사소송법 제390조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

#### 2. 추가판단 사항

가. 원고는, 사용자가 경영상 이유에 의한 해고를 하려면 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준에 관하여 근로자의 과반수를 대표하는 노동조합이나 근로자의 대표자에게 해고를 하고자 하는 날의 60일전까지 통보하고 성실히 협의하여야 할 것인데 피고는 이러한 절차를 거치지 않고 원고들에 대한 채용내정을 취소하였으니 피고의 이러한 행위는 무효라고 주장한다.

살피건대, 위 각 증거를 종합하면 피고의 취업규칙(을 제38호증)은 전형과신체검사에 합격한 자는 소정의 구비서류를 제출하고 채용발령을 받음으로써 채용이 확정되고(제6조 제1항), 채용된 자가 회사가 지정하는 기일 내에 서류를 제출하지 않는 경우 또는 허위 기재 사항이 발견될 경우에는 채용발령을 취소할 수 있으며(같은 조 제2항), 신규로 채용한 종업원에 대하여는 원칙적으로 3개월의 수습기간을 두되 그 기간 중 근무성적이 불량한 자에 대하여는 언제든지 채용을 취소할 수 있다고(같은 조

제3항) 규정하고 있는 사실, 피고는 1997.11.30. 입사예정자 소집간담회를 열고 원고들에게 근로계약서(갑 제6호증의 3), 서약서, 영업비밀보호서약서 등 입사구비서류를 배부하였는데 제출입사서류에 관한 안내문(갑 제6호증의 2)에는 입사서류를 완전히 구비하여 제출하여야만 입사가 된다고 기재되어 있고, 위 근로계약서에는 근로계약의 효력기간이 채용내정자들에 대한 피고의 정식발령일로부터 퇴사일까지라고 기재되어 있는 사실을 인정할 수 있다. 위 인정사실에 의하면, 피고가 채용내정자들에 대하여 근무를 시작하도록 하기로 약속한 기한인 1998.4.6.을 경과함으로써 피고와 원고들 사이에는 일용 유효한 근로계약관계가 성립되어 피고에게 임금지급의무가 발생한다고 할 것이나 사용자인 피고에게도 채용내정시부터 정식발령시까지 사이에 채용내정자 중 직무부적격자를 가려내어 채용내정을 취소할 수 있는 권리 즉 근로계약에 대한 해약권이 유보되어 있다고 보아야 할 것이다. 근로기준법 제31조 제3항은 근로자를 해고하기 위하여는 60일전에 이를 통보하고 근로자의 대표자와 협의할 것을 규정하고 있으나, 근로자의 신분보장을 위한 이러한 규정은 근로계약이 확정된 근로자를 전제로 하는 것으로서 사용자에게 해약권이 유보되어 있는 채용내정자에 대하여는 그 적용이 없다면 할 것이다. 따라서 채용내정을 취소하기 위하여는 정당한 사유가 있어야 함은 당연하나 따라 근로기준법 제31조 제3항의 절차를 거쳐야 하는 것은 아니라고 할 것이므로 이 부분에 관한 원고의 주장은 이유 없다.

나. 원고는, 채용내정자들에 대하여는 근로기준법 제32조가 적용된다고 할 것인데 피고는 원고들에 대하여 채용내정 취소를 함에 있어 예고를 한 바 없으므로 30일분의 통상임금에 해당하는 해고예고수당을 지급할 의무가 있다고 주장한다. 그러나, 근로기준법 제35조 제3호 및 5호는 월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자 및 수습사용 중인 근로자에 대하여는 같은 법 제32조의 해고예고에 관한 규정을 배제하고 있는 바, 원고들과 피고사이에 1998.4.6.부터 근로관계가 성립되었다고 본다 하더라도 피고가 채용내정을 취소한 1998.6.12.까지 원고들은 수습기간 중이라고 보아야 하고 또한 근로관계가 효력을 발생한 날로부터 6개월이 경과한 것도 아니므로 해고예고수당에 관한 규정이 적용될 여지가 없다고 할 것이다. 따라서 원고들의 이 부분 주장도 이유 없다.

### 3. 결론

그렇다면, 피고는 원고들에게 각 금 2,745,100원 및 이에 대하여 근로기준법 소정의 금품청산기간이 경과한 다음 날인 1998.6.27.부터 원심판결 선고일인 1999.6.18.까지는 민법 소정의 연 5푼, 그 다음날부터 완제일까지는 소송촉진등에관한특례법 소정의 연 2할 5푼의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다 할 것이므로 원고의 주위적 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고, 원고의 나머지 주위적 청구 및 예비적 청구는 모두 이유없어 이를 각 기각할 것인 바, 이와 결론을 같이 한 원심판결은 정당하고 원고들의 항소는 모두 이유 없으므로 이를 각 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 변동걸(재판장) 윤남근 여상원

### 3 채용조건 미달로 인한 채용내정 취소

☞ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다5170 판결

#### » 요 지 «

1. 근로기준법 제23조제1항은 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고하지 못한다고 하여 해고를 제한하고 있으므로, 해고사유가 인정되더라도 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다(대법원 1998.11.10. 선고 97누18189 판결 등 참조). 이는 근로자의 채용조건으로 일정 수준 이상의 학위 소지자일 것을 요구하여 근로자가 이와 관련하여 학위 논문을 제출한 경우 그 학위 논문에 표절 등 연구부정행위의 하자가 있음을 이유로 해고하는 때도 마찬가지이다. 이 때 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 학위 논문 전체를 기준으로 한 연구부정행위의 정도, 사용자가 사전에 학위논문의 그와 같은 하자를 알았더라면 근로계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일조건으로는 계약을 체결하지 아니하였으리라는 등 고용 당시의 사정뿐 아니라, 고용 이후 해고에 이르기까지 그 근로자가 종사한 근로의 내용과 기간, 학위 논문의 하자로 인하여 근로의 정상적인 제공에 지장을 초래하는지, 학위 논문의 하자가 드러남으로써 노사간 및 근로자 상호간 신뢰관계의 유지나 안정적인 기업 경영과 질서유지에 미치는 영향 그 밖에 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

국책연구기관이 연구원의 채용조건으로 해당 분야의 박사학위 소지자일 것을 요구하고 박사학위 논문을 제출하도록 하는 것은 단순히 학위 소지를 증명하는 데 그치지 아니하고 해당 분야의 연구능력 및 전문지식과 함께 연구원으로서의 진정성과 정직성, 연구 환경에 대한 적응성 등을 판단하기 위한 자료를 확보하고, 나아가 상호간 신뢰관계의 형성과 안정적인 연구 환경의 유지 등을 도모하고자 하는 데에도 그 목적이 있는 것으로서, 이는 고용계약의 체결뿐 아니라 고용관계의 유지에서도 중요한 고려요소가 된다. 따라서 고용계약서나 인사관리규정에서 해당 연구원이 채용 당시 제출한 박사학위 논문에 부정 또는 하자가 있는 때를 해고사유로 특히 명시하고 있는 경우, 이를 이유로 해고하는 것은 채용 당시 및 그 이후의 제반 사정에 비추어 보더라도 사회통념상 현저히 부당하지 아니하다면 그 정당성이 인정된다 할 것이다.

2. 국책연구기관인 피고가 해당 분야의 박사학위 소지자를 피고의 부연구위원으로 채용한다는 내용의 채용공고를 하면서 제출서류로 '박사학위 논문'을 명시하였고, 이에 따라 원고가 甲대학교로부터 2009년 박사학위 논문으로 인정받은 이 사건 논문을 2010년 피고에게 제출하여 최고득점자로서 채용이 결정되었는데, 원고가 이 사건 논문에 자신의 지도교수의 선행 저서 4권 중 상당 부분과 일본 저자들의 선행 저술 중 상당 부분을 본문에 출처 표시 없이 인용하였고, 자신의 선행 저술인 석사학위 논문의 존재를 전혀 밝히지 않은 채 본문에 상당 부분 인용하였으며, 이후 이 사건 논문의 표절이 문제되자, 누락된 출처표시 중 60여개를 추가한 수정 논문을 甲대학교 도서관 등에 제출하여 이 사건 논문과 교체하

면서 박사학위 취득 당시인 2009년 작성된 인준지를 그대로 다시 사용하였는바, 피고가 이러한 사유를 이유로 원고를 해고한 데에는 해고사유 및 사회통념상 고용관계를 계속하기 어려운 중대한 사정이 있다.

\* 원고, 피상고인 : 원고

\* 피고, 상고인 : ○○○○공간연구소

\* 원심판결 : 서울고등법원 2014. 12. 19. 선고 2014나22248 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

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

1. 이 사건 해고사유 중 ‘임용계약 당시 제출한 서류에 하자·부정이 발견된 때’에 해당하는지에 관한 상고이유의 주장에 대하여

가. 먼저 표절 여부의 판단 기준에 관하여 본다.

(1) 해당 분야의 일반지식이 아닌 타인의 저작물 또는 독창적 아이디어를 적절한 출처표시 없이 자기 것처럼 부당하게 사용하는 행위는 연구부정행위로서 전형적인 표절에 해당한다. 해당 저술의 성격 내지 학문 분야에 따라 요구되는 출처표시의 정도에 차이가 있을 수는 있으나, 출처의 표시는 저작물의 이용 상황에 따라 합리적이라고 인정되는 방법으로 하여야 한다(저작권법 제37조 참조). 외국 문헌을 직접 번역하여 자기 저술에 인용하는 경우에는 그 외국 문헌을 출처로 표시하여야 하고, 외국 문헌의 번역물을 인용하는 경우에는 합리적인 방식에 의하여 그 외국 문헌을 원출처로, 번역물을 2차 출처로 표시하여야 한다. 타인과의 공저인 선행 저술 중 일부를 인용하여 단독 저술을 할 때는 원칙적으로 출처표시의무를 부담하고, 그 공저가 편집저작물이나 결합저작물에 해당하는 경우라도 자신의 집필 부분을 넘어 다른 공저자의 집필 부분을 인용하는 경우에는 출처표시의무를 부담한다.

저자의 저술에 적절한 인용표기 없이 타인의 저술이 인용된 부분이 있는 경우이더라도 언제나 타인의 저술을 베껴 저자 자신의 것처럼 하려는 인식 내지 의사가 있었다고는 볼 수 없지만, 저자가 저술의 본문에 출처표시 없이 타인의 저술을 인용하여 저자의 저술과 타인의 저술을 구별하기 어려운 부분이 상당한 정도에 이르는 경우에는 설령 서문이나 참고문헌 등 본문 이외의 부분에 포괄적·개괄적으로 피인용물을 표시하였다더라도 특별한 사정이 없는 한 타인의 저술을 베껴 저자 자신의 것처럼 하려는 인식과 의사가 추단된다고 보아야 하고, 종전의 관행에 따랐다는 사정만으로 그 책임을 면할 수 없다. 학문적 저술에 대한 표절은 학계의 정상적인 검증을 방해하고 독창적 연구와 학문 발전

의 선순환을 가로막아 그 폐해가 표절을 당하는 피인용물의 저자뿐만 아니라 독자, 논문 심사 기관, 저자의 소속 기관, 학계 등에 광범위하게 나타나게 되므로, 저자가 타인의 선행 저술을 적절한 출처표시 없이 자기 것처럼 사용하는 경우 그 타인이 이에 동의하였다는 사정만으로는 표절의 성립이 부정되지 아니한다.

- (2) 학문이나 사상의 심화·발전 과정에서 저자 자신의 선행 연구물의 일부를 이용하는 것은 학문의 속성상 당연하고, 저자가 자신의 선행 저술을 이용하여 새로운 저술을 하면서 선행 저술의 존재를 출처로 표시할 때는 타인의 저술을 인용하는 경우에 비하여 요구되는 출처표시의 수준이 완화된다고 볼 수 있겠으나, 자신의 선행 저술의 존재를 아예 밝히지 아니하는 경우에는 학계, 독자 등이 그 선행 저술 부분까지도 후행저술의 연구성과인 것처럼 기만당하게 되어 후행 저술의 연구업적에 대한 과장된 평가가 이루어지고, 후행 저술에 대한 적절한 검증이 이루어질 수 없게 된다. 저자 자신의 선행 저술을 이용하여 새로운 저술을 하면서 선행 저술의 존재를 일정한 출처표시를 통하여 밝혔더라도 후행 저술에 새롭게 가미된 부분이 독창성이 없거나 새로운 것으로 인정받기 어려워 해당 학문 분야에의 기여도가 없는 경우에는 후행 저술을 새로운 저작물로 인식한 독자들의 기대를 저버리는 것이 된다.

이와 같은 경우는 모두 이른바 ‘자기표절’로서 비전형적 표절 내지 표절에 준하는 연구 부정행위로 평가할 수 있다.

- (3) 표절 여부가 문제되는 저작물의 작성 시기와 표절 여부의 판정 시기 사이에 시간적 간격이 존재하는 경우 특별한 사정이 없는 한 저작물의 작성 시점의 연구윤리에 따라 표절 여부를 판정하여야 할 것이다. 그 연구윤리는 사회통념이나 학계의 인식 등에 기초하여 연구자가 준수하여야 할 보편적·통상적인 기준을 의미하고, 반드시 성문의 연구윤리규정에 한정되지 아니한다. 성문의 연구윤리규정에 특정 행위를 표절로 보는 조항이 도입되기 이전에 연구자가 그러한 행위를 하였더라도 이러한 사정만으로 그 행위를 표절로 볼 수 없는 것은 아니다.
- (4) 특정 논문의 표절 여부가 문제되는 경우 일차적으로는 해당 학문 분야에서 자체적으로 그 논문의 표절 여부를 판정하게 될 것이나, 논문의 표절을 원인으로 별도의 법률관계가 형성되고 그 법률관계에 관한 다툼이 발생하여 사법심사의 대상이 된 경우에는 해당 논문의 표절 여부에 관한 최종적인 판정 권한이 법원에 있으므로, 법원은 저자의 소속 기관이나 논문 심사 기관, 학술단체 등의 논문 표절 여부에 관한 판정에 구속되지 아니하고 합리적인 방법으로 표절 여부를 심사하여야 하고, 다만 그 과정에서 해당 분야의 전문가들의 의견을 참조할 필요는 있을 것이다.

나. 원심은 그 채택 증거를 종합하여, ① 정부출연 연구기관인 ○○연구원의 부설기관인 피고가 2010.2.1. 건축, 도시설계, 주거환경계획 분야의 박사학위 소지자를 부연구위원으로 채용한다는 내용의 채용공고를 하면서 제출서류로 박사학위 논문을 명시한 사실, ② 원고는 지원 당시 2009.6.경 ○○대학교로부터 박사학위를 취득하면서 박사학위 논문으로 인정받은 「(논문제목 생략)」(이하 ‘이 사건 논문’이라 한다)를 제출하여 최고득점자로 채용이 결정되어 2010.3.8. 피고와 임용계약을 체결한 사실, ③ 임용계약 당시 작성된 임용

계약서 제5조는 '임용계약 후 임용계약 당시 피임용자가 제출한 제반 서류에 하자가 발견되거나 내용이 변경된 때'를 임용계약의 해지사유로 규정하고 있고, 피고의 인사관리 규정 제25조(직권면직) 제6호는 '채용시 제출한 서류에 부정이 발견된 경우'를 직권면직 사유로 규정하고 있는 사실, ④ 피고는 원고가 이 사건 논문에 자신의 석사학위 논문과 소외 1, 일본 저자들의 저서를 출처표시 없이 무단 사용하였고, 이후 표절 의혹을 은폐하기 위하여 논문을 교체하는 과정에서 종전의 인준지를 다시 사용하였다는 등의 사정을 들어 2013.4.경 원고에게 임용계약 해지를 통보한 사실 등을 인정하였다.

나아가 원심은, 이 사건 논문이 원고의 석사학위 논문과 분석대상에 관한 내용 일부가 중복된다고는 하나 이 사건 논문에 원고의 석사학위 논문과 다른 새로운 주제와 논점이 있는 점, 원고가 포괄적·개괄적으로나마 출처를 표시하였는데, 이러한 출처표시가 충분한 출처표시가 될 수는 없지만 원고에게 타인의 저작물을 도용하려는 의도가 있었던 것으로는 보이지 아니하는 점, 소외 1이 자신의 저서 저술과정에 원고가 참여하였다고 주장하고 있어 적어도 소외 1의 저서에 대한 표절이 문제되는 부분은 타인의 연구내용·결과를 정당한 승인 없이 도용하는 행위를 '표절'로 규정한 ○○대학교의 연구윤리규정에 반하지 아니한다고 볼 여지가 있는 점, 일본 저자들의 저서에 대한 표절이 문제되는 부분 중에는 사실적 기술 부분도 상당 부분 포함되어 있는 점 등을 이유로 이 사건 논문은 전체적으로 볼 때 표절 논문이라고 볼 수 없고, 박사학위 수여기관인 ○○대학교가 채용 당시 자격요건이었던 박사학위를 취소하는 등의 조치를 취하지도 아니한 이상, 이 사건 논문의 일부에 표절 내지 중복게재가 의심되는 부분이 있다는 사정만으로는 원고와의 고용관계를 해소할 만한 '임용계약 당시 제출한 서류에 하자·부정이 발견된 때'에 해당하지 아니한다고 판단하였다.

다. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

- (1) 이 사건 논문이 작성되기 이전인 2006.7. 당시 학계 출신 고위 공직자의 임명을 둘러싼 검증 과정에서 자기표절 및 중복게재를 둘러싼 논쟁이 촉발된 이후 학계에서도 본격적으로 자기표절에 대한 논의가 이루어지기 시작하였고, 한국학술진흥재단이 2007.4.23. 제정한 '연구윤리확립을 위한 정책 방안 연구'는 '다른 사람의 논문이나 저서의 내용과 표현을 인용을 하지 아니하고 자신의 것처럼 표현하는 경우'와 함께 '자신이 이미 쓴 논문의 일부나 전부를 출처를 밝히지 아니하고 자신의 다른 논문에 포함시키는 것'을 '자기 논문 표절'이라 하여 전형적인 표절의 한 형태로 규정하였으며, 2007.12.27. 출판된 서울시립대학교 이공계 및 사회과학대학원의 연구윤리 강령교재인 '연구윤리'는 '타인의 생각이나 말과 글을 자신의 것으로 도용하거나 행세하는 것 또는 제대로 된 인용의 형식을 갖추지 아니하고 사용하는 것'과 '원본에 대한 정확한 명시 없이 사용하는 것' 등을 표절로 규정함과 아울러 '논문에서 자신이 과거에 발표한 문서나 결과를 그대로 재사용하는 경우(자기표절)'를 표절의 범위에 포함시켜 규정하고 있었다.

2006.11.10. 시행된 ○○대학교의 '연구윤리 진실성 검증 및 처리에 관한 규정' 제4조는 제1항제3호에서 연구부정행위의 한 유형으로서 '표절'을 '타인의 아이디어, 연구내용·결과 등을 정당한 승인 또는 인용 없이 도용하는 행위'로 규정하고 있었고, 비록 자기표절에 대한 직접적인 규정은 없었지만 제4조제2항제5호에서 연구부적절행위의 한 유형

으로서 '기타 해당 연구분야에서 적용되는 연구윤리범위를 심각하게 벗어난 행위'를 규정하고 있었다. 또한, 2008.7.28. 일부개정·시행된 교육과학기술부 훈령 제73호 '연구윤리 확보를 위한 지침'은 제4조제1항제3호에서 연구부정행위로서의 '표절'을 '타인의 아이디어, 연구내용·결과 등을 정당한 승인 또는 인용 없이 도용하는 행위'로 규정하고 있었고, 비록 자기표절에 대한 직접적인 규정은 없었지만 제6호에서 '과학기술계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어나는 행위 등'을 연구부정행위로 규정하고 있었다.

- (2) 원고는 이 사건 논문 앞부분의 '연구의 방법' 부분과 뒷부분의 '참고문헌' 부분에 자신이 인용한 소외 1의 저서 및 일본 저자들의 저서와 논문을 기재하기는 하였으나, 본문에서는 소외 1의 저서 4권을 출처표시 없이 인용하였고, 그 인용 부분은 주로 현상의 사실적 기술과 연관된 부분에서 인용된 것이 많으나 일부 주요부분에서도 부분적으로 인용하였다.

이 사건 논문의 표절 여부를 판정한 ○○대학교의 조사결과보고서는 "일본 저자들(高村雅彦)의 저서에 대한 인용표기 없이 서술한 내용과 도표가 있었으며 교체된 박사논문에서 이를 추가 표기하였다. 다만 이러한 인용들은 구체적이고 직접적 방식보다는 포괄적 방식으로 이루어진 부분이 많았다", "해당 일본 저자들의 저서의 내용은 현상의 사실적 기술뿐만 아니라, 본론의 유형학적 분류 등에도 부분적으로 인용되어 있다(예:pp. 90~91). 이처럼 본문의 주요내용에서 이들의 저서에 대한 인용표기가 누락된 것은 사실"이라고 기재하고 있으나, 이 사건 논문 중 일본 저자들의 저서에 관하여 출처표시 없는 무단인용이 이루어진 부분과 정도는 구체적으로 특정되어 있지 아니하다.

- (3) 이 사건 논문은 제3장과 제4장에서 원고의 석사학위 논문의 상당 부분을 인용하고 있고, 이 사건 논문의 본문 전체 중 석사학위 논문을 출처표시 없이 인용한 부분은 170여 곳에 이르며, 그 중에는 이론의 도입부를 위한 사실적, 일반적 내용뿐만 아니라 분석적인 내용 및 분석도표 역시 포함되어 있음에도, 이 사건 논문의 본문뿐만 아니라 서론, 참고문헌, 국문초록 등에도 석사학위 논문의 존재는 아예 표시되어 있지 아니하다.

라. 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다.

- (1) 이 사건 논문 작성 무렵의 연구윤리에 비추어 보더라도, 비록 요구되는 출처표시의 정도에 다소간의 차이가 있을 수는 있으나 상당한 정도에 걸쳐 본문에 출처표시를 생략한 채 타인의 저술을 인용하는 행위(외국 문헌에 대한 번역·인용을 포함한다)는 연구부정행위로서 표절에 해당하였고, 자신의 선행 논문의 존재 및 인용 부분을 어떻게 표시할 것인지에 관하여 명확한 기준이 미처 확립되지 아니하였을 수는 있으나 자신의 선행 논문의 존재 자체를 아예 나타내지 아니한 채 후행 논문에 인용하는 행위는 연구부정행위로서 자기표절에 해당하였던 것으로 볼 수 있다.
- (2) 이 사건 논문 중 소외 1의 저서를 인용한 부분에 관하여 보면, 이 사건 논문의 '연구의 방법'이나 '참고문헌' 등 본문 이외의 부분에 포괄적·개괄적으로 소외 1의 저서를 표시하기는 하였으나, 원고가 이 사건 논문에 인용한 소외 1의 저서가 4권에 이르고 주요부분에서도 인용이 이루어졌음에도 본문에 출처표시 없이 인용하여 원고의 저술과 소

외 1의 저술을 구별하기 어려운 부분이 상당한 정도에 이른다는 점에서, 이 사건 논문 작성 당시의 연구윤리에 비추어 보더라도 적절한 출처표시 없이 소외 1의 저술을 인용한 것으로 볼 수 있다. 이와 같은 사정에다가 원고와 소외 1의 관계 등을 종합하여 보면, 원고에게는 소외 1의 저술을 베껴 원고 자신의 것처럼 하려는 인식과 의사가 있었던 것으로 추단된다.

이 사건 논문 중 소외 1의 선행 저술을 출처표시 없이 인용한 부분에는 표절이 성립하고, 소외 1이 이에 동의하였더라도 표절의 성립에 영향이 없으며, 설령 이 사건 논문에 인용된 소외 1의 저서가 원고와 소외 1의 공저이더라도 그 인용된 부분과 정도에 비추어 표절의 성립에 영향이 없다. 이는 '임용계약 당시 제출한 서류에 하자·부정이 발견된 때'에 해당한다고 볼 수 있다.

- (3) 이 사건 논문 중 원고 자신의 석사학위 논문을 인용한 부분에 관하여 보면, 이 사건 논문에는 원고의 석사학위 논문의 존재가 아예 드러나 있지 아니하므로, 이 사건 논문 작성 당시의 연구윤리에 비추어 보더라도 이는 '자기표절'로서 비전형적 표절 내지 표절에 준하는 연구부정행위로 보아야 한다. 이는 '임용계약 당시 제출한 서류에 하자·부정이 발견된 때'에 해당한다고 볼 수 있다.
- (4) 원심판결 이유와 기록에 의하더라도 이 사건 논문 중 일본 저자들의 저술을 인용한 부분이 구체적으로 특정되지 아니하므로, 원심으로서 일본 저자들의 어떤 저술이 이 사건 논문의 본문에 어느 정도로 인용되었는지, 그 중 출처표시가 되지 아니한 채 본문에 인용된 부분은 어느 부분인지, 인용 과정에서 일본 저자들의 저술을 번역한 국내 문헌 등에 대한 재인용이 있었다면 재인용임을 알 수 있는 출처표시는 충분한지 등을 좀 더 심리하여 이 사건 논문 중 일본 저자들의 저술을 인용한 부분에 표절이 성립하는지, 이를 '임용계약 당시 제출한 서류에 하자·부정이 발견된 때'에 해당한다고 볼 수 있는지를 판단할 필요가 있었을 것으로 보인다. 그러나 이 사건 논문 중 앞서 표절 또는 자기표절로 인정되는 부분만으로도 '임용계약 당시 제출한 서류에 하자·부정이 발견된 때'에 해당한다고 보기에 충분하다 할 것이다.

마. 그럼에도 원심은 이와 같은 사정들을 제대로 살피지 아니한 채, 그 판시와 같은 이유를 들어 이 사건 논문의 일부에 표절 내지 중복게재가 의심되는 부분이 있다는 사정만으로는 '임용계약 당시 제출한 서류에 하자·부정이 발견된 때'에 해당하지 아니한다고 판단하였으니, 이 부분 원심의 판단에는 관련 법리를 오해하는 등으로 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

2. 이 사건 해고사유 중 '임용계약 당시 제출한 서류의 내용이 변경된 때'에 해당하는지에 관한 상고이유의 주장에 대하여

가. 원심은 그 채택 증거를 종합하여, 원고는 이 사건 논문에 대한 표절 의혹이 제기되자 이 사건 논문의 지도교수이자 채용 당시 피고의 소장이던 소외 1의 제안에 따라 참고문헌 및 인용표시 60여 개를 추가하여 이 사건 논문을 수정한 후 수정된 박사학위논문(이하 '이 사건 수정 논문'이라 한다)을 2012.4.16. ○○대학교 도서관, 국립중앙도서관, 국회도



서관에 제출하여 이 사건 논문과 교체한 사실, 원고는 논문 교체 과정에서 박사학위 취득 당시인 2009.6.경 작성된 인준지를 그대로 사용하였는데, 소외 1을 통하여 다른 논문 심사위원 3인의 사전 동의는 얻었으나 당시 미국에 거주하고 있던 심사위원장 소외 2의 사전 동의는 받지 아니한 사실을 인정한 다음, '피임용자가 제출한 서류의 내용이 변경된 때'를 임용계약의 해지사유로 하는 임용계약서 제5조는 피임용자가 제출한 서류의 내용이 변경됨으로써 임용 심사의 기초가 변경된 경우 고용관계를 해소하기 위한 규정인데, 이 사건 수정 논문은 이 사건 논문의 출처표시를 보강한 것일 뿐 실질적인 내용의 변경이 있다고 할 수 없으므로 임용계약서 제5조가 정한 임용계약의 해지사유에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

- 나. 대학원에서 학칙으로 정하는 과정을 마친 사람에게는 해당 과정의 석사학위나 박사학위를 수여하고(고등교육법 제35조제2항), 석사학위 또는 박사학위를 취득하고자 하는 사람은 학칙이 정하는 바에 따라 소정의 학점을 취득하고 일정한 시험에 합격한 후 학위 논문을 제출하여야 하며(고등교육법 시행령 제44조제1항), 학위 논문의 심사는 교원 또는 학계의 권위자 중에서 대학위원회의 심의를 거쳐 선정한 심사위원(석사학위의 경우에는 3인 이상, 박사학위의 경우에는 5인 이상)에 의하여 행하여지고(같은 시행령 제44조제2항), 박사학위를 받은 사람은 그 받은 날부터 1년 이내에 교육부장관이 정하는 바에 따라 박사학위 논문을 공표하여야 한다(같은 시행령 제51조 본문).

이와 같은 관련 규정의 내용과 취지에 비추어 보면, 박사학위를 취득하고자 하는 사람은 박사학위 논문에 대한 심사 절차가 진행 중인 단계에서는 논문 지도 교수의 지도 및 심사위원들의 오류 지적에 따른 보완 과정에서 논문 수정본을 작성하여 심사위원들에게 다시 제출하는 것이 당연하다 할 것이나, 일단 논문 심사가 종료되어 박사학위논문의 최종본을 제출하고 박사학위 수여까지 이루어진 후에는, 해당 논문의 내용이나 이에 대한 검증에 아무런 영향을 미치지 아니하는 사소한 오·탈자의 정정이라면 혹시 허용될 수 있을지 몰라도 학위수여기관 등에 박사학위 논문의 수정본을 제출하여 당초의 박사학위 논문과 교체하는 행위는 허용되지 아니한다고 보아야 한다. 이는 당초의 박사학위 논문 중 선행 저술의 인용 부분에 누락되었던 출처표시를 새로 추가하려는 경우에도 마찬가지이다. 이 사건 논문에 누락되었던 출처표시 60여 곳을 추가하는 것을 가지고 이 사건 논문의 사소한 오·탈자의 정정이라고 볼 수 없음은 명백하고, 그럼에도 이 사건 논문에 대한 종전의 인준지가 이 사건 수정 논문에 그대로 첨부됨으로써 마치 이 사건 논문의 내용이나 이에 대한 검증에 아무런 영향을 미치지 아니하는 사소한 오·탈자의 정정만이 있었던 것 같은 외관이 형성되었으므로, 원고가 이 사건 수정 논문을 제출하여 이 사건 논문과 교체하면서 종전의 인준지를 그대로 사용한 행위는 연구윤리상 허용되지 아니하는 행위에 해당함은 분명하다.

그러나 이와 같은 논문 교체 행위가 있었다라도 원고의 박사학위에 대응하는 학위논문으로서 법적으로 여전히 의미를 가지는 논문은 출처표시 60여 곳이 추가되기 전의 이 사건 논문이고, ○○대학교 도서관 등에 제출된 이 사건 수정 논문은 연구윤리상 허용되지 아니하는 행위의 산물로서 물리적으로 존재하고 있을 뿐인 점, 최종적으로 표절 여부 판단의 대상이 되는 논문은 이 사건 수정 논문이 아닌 이 사건 논문인 점등에 비

추어 보면, 이와 같이 연구윤리상 허용되지 아니하는 논문 교체 행위가 있었다라도 그러한 행위에 의하여 이 사건 논문의 내용이 변경되었다고 볼 수는 없으므로, 원고가 이 사건 수정 논문을 제출하여 이 사건 논문과 교체한 행위는 해고사유인 '임용계약 당시 제출한 서류에 하자·부정이 발견된 때'가 존재함을 뒷받침하는 사정 내지 해고의 정당한 이유를 판단하기 위한 고려요소가 될 수는 있겠으나, 해고사유 중 '피임용자가 제출한 서류의 내용이 변경된 때'에 해당한다고 보기는 어렵다.

다. 원심의 이 부분 판단은 그 이유 설시에 미흡한 점이 없지 아니하나, 원고의 행위가 해고사유인 '피임용자가 제출한 서류의 내용이 변경된 때'에 해당하지는 아니한다고 판단한 것은 결과적으로 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해, 심리미진의 위법은 없다.

### 3. 이 사건 해고에 정당한 이유가 있는지에 관한 상고이유의 주장에 대하여

가. 근로기준법 제23조제1항은 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고하지 못한다고 하여 해고를 제한하고 있으므로, 해고사유가 인정되더라도 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다(대법원 1998.11.10. 선고 97누18189 판결 등 참조). 이는 근로자의 채용조건으로 일정 수준 이상의 학위 소지자일 것을 요구하여 근로자가 이와 관련하여 학위 논문을 제출한 경우 그 학위 논문에 표절 등 연구부정행위의 하자가 있음을 이유로 해고하는 때도 마찬가지이다. 이 때 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 학위 논문 전체를 기준으로 한 연구부정행위의 정도, 사용자가 사전에 학위논문의 그와 같은 하자를 알았더라면 근로계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일조건으로는 계약을 체결하지 아니하였으리라는 등 고용 당시의 사정뿐 아니라, 고용 이후 해고에 이르기까지 그 근로자가 종사한 근로의 내용과 기간, 학위 논문의 하자로 인하여 근로의 정상적인 제공에 지장을 초래하는지, 학위 논문의 하자가 드러남으로써 노사간 및 근로자 상호간 신뢰관계의 유지나 안정적인 기업 경영과 질서유지에 미치는 영향 그 밖에 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2012.7.5. 선고 2009두16763 판결 참조).

국책연구기관이 연구원의 채용조건으로 해당 분야의 박사학위 소지자일 것을 요구하고 박사학위 논문을 제출하도록 하는 것은 단순히 학위 소지를 증명하는 데 그치지 아니하고 해당 분야의 연구능력 및 전문지식과 함께 연구원으로서의 진정성과 정직성, 연구 환경에 대한 적응성 등을 판단하기 위한 자료를 확보하고, 나아가 상호간 신뢰관계의 형성과 안정적인 연구 환경의 유지 등을 도모하고자 하는 데에도 그 목적이 있는 것으로서, 이는 고용계약의 체결뿐 아니라 고용관계의 유지에서도 중요한 고려요소가 된다. 따라서 고용계약서나 인사관리규정에서 해당 연구원이 채용 당시 제출한 박사학위 논문에 부정 또는 하자가 있는 때를 해고사유로 특히 명시하고 있는 경우, 이를 이유로 해고하는 것은 채용 당시 및 그 이후의 제반 사정에 비추어 보더라도 사회통념상 현저히 부당하지 아니하다면 그 정당성이 인정된다 할 것이다(대법원 2012.7.5. 선고 2009두16763 판결 참조).

나. 이 사건에서 피고는 원고가 피고의 부연구위원으로 채용되는 과정에서 제출한 이 사건 논문에 소외 1과 일본 저자들의 저서 및 원고 자신의 석사학위 논문을 출처표시 없이 무단 사용한 하자가 있다는 등의 이유로 원고를 해고하였는데, 이 사건 논문 중 소외 1의 저서를 적절한 출처표시 없이 인용한 부분에는 표절이 성립하고, 원고 자신의 석사학위 논문을 출처표시 없이 인용한 부분에는 자기표절이 성립하여 해고사유인 '임용계약 당시 제출한 서류에 하자·부정이 발견된 때'에 해당함은 앞서 본 바와 같다.

나아가 원심판결 이유와 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 논문 중 소외 1의 저서와 원고의 석사학위 논문을 출처표시 없이 인용한 부분이 상당량에 이르고 그 내용에 주요부분도 포함되어 있는 점, ② 피고가 부연구위원을 채용하면서 제출서류로 박사학위 논문을 요구한 것은 단순히 학위 수여 사실을 확인하기 위함이 아니라 그에 상응하는 연구능력과 전문지식을 갖추었는지를 심사하기 위한 것인데, 채용심사 당시 원고에게 박사학위 소지자라는 것 이외에 별다른 경력이 없어 원고의 업무능력을 판단할 수 있는 자료로는 이 사건 논문이 유일하였으므로, 피고가 사전에 이 사건 논문의 하자를 알았다더라면 원고와 고용계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 같은 조건으로는 계약을 체결하지 아니하였을 것으로 보이는 점, ③ 원고가 피고에게 고용되어 피고 산하 건축도시정보센터의 센터장 직무대리 역할을 수행한 기간 동안 연구보고서 발간이 지체되는 등으로 피고의 업무에 차질을 빚기도 한 점, ④ 원고의 이 사건 논문 표절은 2012년 국무총리실 특별감사의 대상이 됨으로써 국책연구기관으로서 피고의 위상 및 신뢰도에 악영향을 미친 점, ⑤ 이 사건 논문에 대한 표절의혹이 제기되자 원고는 소외 1과 함께 이 사건 수정 논문을 ○○대학교 등에 제출하여 이 사건 논문과 교체하면서 종전의 인준지를 그대로 사용하는 등 연구윤리상 허용되지 아니하는 행위까지 한 점 등을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고에게는 사회통념상 피고와 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 책임 있는 사유가 있고, 앞서 본 해고사유를 이유로 원고를 해고하는 것이 채용 당시 및 그 이후의 제반 사정에 비추어 사회통념상 현저히 부당하지 아니한 경우로 볼 여지가 충분하다 할 것이다.

다. 그럼에도 원심은 이와 같은 사정들을 제대로 살피지 아니한 채 그 판시와 같은 이유만을 들어 해고의 정당한 이유가 존재하지 아니한다고 판단하였으니, 이 부분 원심의 판단에는 관련 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하는 등으로 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

#### 4. 결론

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 박상욱

## 제3장 시용과 수습

### 1 시용의 해고 요건

☞ 대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결

#### » 요 지 «

1. 시용(試用)기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료시 본계약(本契約)의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰, 판단하려는 시용제도의 취지, 목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회 통념상 상당하다고 인정되어야 할 것이다.
2. 피고 은행이 각 지점별로 C나 D의 평정 등급 해당자 수를 할당한 점, 피고 은행이 근무 성적평정표 제출 후 일부 지점장들에게 재작성을 요구하고, 이에 따라 일부 지점장들이 평정자와 확인자를 달리하도록 한 근무성적평정요령에 어긋나게 혼자서 근무성적평정표를 다시 작성하기도 한 점, 원고들에 대한 근무성적평정표와 평정의견서만으로 원고들의 업무수행능력이 얼마나, 어떻게 부족했는지, 그로 인하여 업무수행에 어떠한 차질이 있었는지를 알 수 없는 점 등에 비추어, 피고 은행이 원고들과 맺은 이 사건 근로계약을 해지한 데에 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다.

\* 사 건 : 2006. 2. 24 선고, 대법원 제2부 2002다62432 해고무효확인 (타) 상고기각

\* 원고, 피상고인 : 원고 1 외 9인

\* 피고, 상고인 : 주식회사 ○○은행(변경전 상호 : 주식회사 △△은행)

\* 원심판결 : 서울고등법원 2002. 10. 9 선고, 2000나49130 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

#### » 이 유 «

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

1. 상고이유 제1, 2점에 대하여

시용(試用) 기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료시 본계약(本契約)의 체결

을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고4)보다는 넓게 인정되나 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정되어야 할 것이다(대법원 2003.7.22 선고, 2003다5955 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고은행이 각 지점별로 C 또는 D의 평정등급 해당자 수를 할당한 점, 피고은행이 근무성적평정표가 작성, 제출된 후 일부 지점장들에게 재작성을 요구하였고, 이에 따라 일부 지점장들이 평정자 및 확인자를 달리하도록 정한 피고은행의 근무성적평정요령에 어긋나게 혼자서 근무성적평정표를 재작성하기도 한 점, 평정대상자마다 평정자가 상이한 점, 시용조건부 근로계약 해지의 성격상 당해 근로자의 업무적격성 등을 절대적으로 평가하여야함에도 상당수의 평정자가 다른 직원들과의 비교를 통하여 상대적으로 평가한 점, 원고들에 대한 근무성적평정표 및 평정의견서만으로 원고들의 업무수행능력이 어느 정도, 어떻게 부족하였는지 또 그로 인하여 업무수행에 어떠한 차질이 있었는지를 알 수 없는 점 등에 비추어 보면, 피고은행이 원고들과의 이 사건 근로계약을 해지한 데에는 정당한 이유가 있다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 결국 피고은행이 이 사건 근로계약에서 유보된 해지권을 행사하여 원고들을 해고한 것은 무효라고 판단하여, 원고들의 이 사건 청구를 인용하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고 이유에서의 주장과 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인의 위법이 없다.

한편, 시용계약에서 평정대상자를 평가함에 있어 평정자가 모두 동일하여야만 하는 것은 아닐 것이고, 더구나 이 사건과 같이 평정대상자가 730여명에 이르는 경우에 이를 모두 동일한 평정자가 평정을 하는 것은 사실상 매우 곤란할 것이라는 점, 또한 평가대상자의 근무태도, 업무능력 등을 평가함에 있어 통상의 평균적인 직원의 그것을 기준으로 하여 이와 비교하여 평가하는 것은 가능하다고 할 것인 점에서, 원심이 이 사건 근로계약의 해지가 정당하지 않은 이유로서 평정대상자마다 평정자가 상이한 점이나, 상당수의 평정자가 다른 직원들과의 비교를 통하여 평가한 것을 상대적인 평가로 보고 이 점을 열거한 점은 부적절하다고 할 것이다.

그러나 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 위 사항을 제외한 나머지 사유만으로도 이 사건 근로계약의 해지를 정당하지 않다고 보기에 충분하다 할 것이므로, 원심의 위와 같은 잘못된 판결의 결과에는 영향이 없다고 할 것이므로, 결국 이 부분 상고이유의 주장도 이유 없다.

## 2. 상고이유 제3점에 대하여

법률상의 요건사실에 해당하는 주요사실에 대하여 당사자가 주장하지도 아니한 사실을 인정하여 판단하는 것은 변론주의에 위배된다고 할 것이나, 당사자의 주요사실에 대한 주장은 직접적으로 명백히 한 경우뿐만 아니라 당사자가 법원에 서증을 제출하며 그 입증취지를 진술함으로써 서증에 기재된 사실을 주장하거나 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 간접적으로 주장한 것으로 볼 수 있는 경우에도 주요사실의 주장이 있는 것으로 보아야 할 것이다(대법원 1999.7.27 선고, 98다46167 판결 등 참조).

그런데 기록에 의하면, 원고 7은 이 사건 근로계약은 무효라는 취지의 여러 법률상 주장을 하고 있는데, 그 중에는 피고은행이 이 사건 근로계약에서 유보한 해지권을 행사하여 위 원고를 해고한 것은 이미 그 시용기간이 경과한 후에 행해진 것으로서 무효라는 주장도 포함되어 있음을 알 수 있다.

이와 같은 상황이라면 앞에서 본 법리에 비추어 비록 원고 7이 변론에서 피고은행이 위 원고에 대한 3개월의 시용기간이 경과한 후에 이 사건 근로계약에서 유보된 해지권을 행사한 것이므로 위 해고는 무효라는 점에 관하여 명백히 진술을 한 흔적은 없다 하더라도 당사자의 변론을 전체적으로 관찰하여 볼 때 그에 관한 간접적인 진술이 있었다고 볼 수 있으므로, 원심이 위 원고에 대한 해고는 3개월의 시용기간이 경과한 후에 이루어진 것으로서 무효라고 판단하였다고 하여 변론주의에 위배된다고 할 수 없다.

또한 원심의 그러한 판단에 석명권을 행사하지 아니한 위법이 있다거나 당사자의 의사해석에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고도 할 수 없다.

### 3. 결 론

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

대법관 이강국(재판장) 손지열 김용담(주심) 박시환

## 2 시용 후 본채용 거부 시 해고의 서면통지 요건

☞ 대법원 2015. 11. 27. 선고 2015두48136 판결

### » 요 지 «

시용기간 중인 근로자에 대하여 본 근로계약 체결을 거부하는 경우 근로기준법 제27조 규정이 정한 바에 따라 실질적인 거부사유를 서면으로 통지하여야 함에도, 피고 보조참가인이 원고에게 단순히 '시용기간의 만료로 해고한다'는 취지로만 통지한 것은 절차상 하자가 있어 효력이 없다.

- \* 원고, 피상고인 원고
- \* 피 고 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인, 상고인
- \* 주식회사 ○○○테크
- \* 원심판결 서울고등법원 2015. 6. 18. 선고 2015누35767 판결
- \* 판결선고 2015. 11. 27.

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고 보조참가인이 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 상고이유 제1점, 제3점에 관하여

가. 근로기준법 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 그 효력이 있다고 규정하고 있는데, 이는 해고사유 등의 서면통지를 통하여 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하게 함과 아울러, 해고의 존부 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이므로, 사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때에는 근로자의 처지에서 그 해고사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있어야 한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결 등 참조).

한편 해당 근로자의 직업적 능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하고 평가하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때, 사용자가 시용기간 만료 시 본근로계약

체결을 거부하는 것은 일반적인 해고보다 넓게 인정될 수 있으나, 그 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당성이 있어야 할 것이다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결 등 참조).

위와 같은 근로기준법 규정의 내용과 취지, 시용기간 만료 시 본 근로계약 체결 거부의 정당성 요건 등을 종합하여 보면, 시용근로관계에서 사용자가 본 근로계약 체결을 거부하는 경우에는 해당 근로자로 하여금 그 거부사유를 파악하여 대처할 수 있도록 구체적·실질적인 거부사유를 서면으로 통지하여야 한다고 봄이 타당하다.

- 나. 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어, 시용기간 중인 근로자에 대하여 본 근로계약 체결을 거부하는 경우 근로기준법 제27조 규정이 정한 바에 따라 실질적인 거부사유를 서면으로 통지하여야 함에도, 피고 보조참가인이 원고에게 단순히 '시용기간의 만료로 해고한다'는 취지로만 통지한 것은 절차상 하자가 있어 효력이 없다고 판단한 다음, 이와 달리 시용근로관계에는 근로기준법 제27조 규정이 적용되지 않아 본 근로계약 체결 거부사유를 구두로 통지할 수 있고 서면통지 시에도 거부사유를 구체적으로 기재할 필요가 없다는 피고 보조참가인의 주장을 모두 배척하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 시용근로관계에서의 해고 내지 본 근로계약 체결 거부 절차에 관한 법리를 오해하고 판단을 누락하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

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

## 2. 상고이유 제2점에 관하여

이 부분 상고이유 주장은, 해당 단체협약이나 취업규칙 규정이 본 근로계약 체결 거부 시 서면통지의무를 부과하는 내용이라고 잘못 해석한 원심의 판단은 위법하다는 것이다. 그러나 위와 같이 본 근로계약 체결 거부 통지가 근로기준법 제27조 규정을 위반하여 효력이 없다는 원심의 판단이 정당한 이상, 그러한 해석의 당부는 판결에 아무런 영향을 미칠 수 없으므로, 이 부분 상고이유 주장은 받아들이지 아니한다.

## 3. 결론

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

대법관 김창석(재판장) 이상훈 조희대 박상욱(주심)



### 3 수습 운전기사의 운전경력증명서 미제출에 따른 해고

☞ 대법원 2005. 7. 15. 선고 2003다50580 판결

#### » 요 지 «

원고가 기재출한 이력서상의 기재와 운전경력증명서상의 기재가 다소 불일치하는 점이 있다는 이유만으로 운전경력증명서를 제출하지 아니한 것과 동일한 것으로 평가할 수는 없는 것이므로, 피고 회사가 원고를 이 사건 합의상의 운전경력증명서 미제출을 이유로 사직처리한 것은 무효라 할 것이다.

- \* 원고, 피상고인 원고 (소송대리인 변호사 권규대)
- \* 피고, 상고인 ○○버스 주식회사 (소송대리인 변호사 이돈희)
- \* 원심판결 서울고법 2003. 8. 22. 선고 2002나72080 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 원심의 인정과 판단

###### 가. 인정 사실

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거를 종합하여 다음과 같은 사실을 인정하였다.

- (1) 피고 회사는 부천시내에서 마을버스를 운행하는 운수업체로서 2000. 7. 12. 원고를 수습 운전기사로 채용하는 근로계약을 체결하면서 다음과 같이 약정하였다.
  - ① 수습근로기간 : 2000. 7. 13.부터 2000. 10. 13.까지 3개월간
  - ② 근로시간 : 1일 2교대(기본 8시간과 연장근로시간), 주야 일주일 교대
  - ③ 임금 : 기존사원의 임금(기본급, 연장근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당, 월차수당 등의 합계 1,095,000원)에 준한다.
  - ④ 수습근로기간이 종료하면 정식근로계약을 체결하기로 한다.
- (2) 원고를 포함한 피고 회사의 근로자 11명은 부천지역중소기업노동조합에 가입하여 2000. 9. 6. 피고 회사 내에 위 노동조합 ○○운수분회를 설립하였으며, 원고는 위 분회의 부분회장으로서 분회장 직무대행을 맡아 활동하였다.
- (3) 피고 회사가 원고를 포함한 소속 근로자들의 동의를 받아 2000. 9. 1.부터 시행한 취업규칙 제8조에 의하면, 입사하려는 운전기사가 제출해야 할 서류는 자필 이력서, 반명함

판 사진, 주민등록등본, (운전)경력증명서, 병적증명서, 면허자격증 사본 등이었다.

- (4) 피고 회사는 위 취업규칙에 불구하고 2000. 9. 6. 원고를 포함한 입사서류 미제출자에 대하여 대형차량 2년 이상의 운전경력증명서, 운전정밀판정표 등을 2000. 9. 16. 12:00 까지 제출하라고 공고하였고, 원고가 제출시한까지 서류를 제출하지 못하자 원고에게 2000. 9. 18. 12:00까지 서류를 제출하지 않으면 원고와의 근로계약을 해지하겠다고 통보하였다.
- (5) 원고는 대형 면허를 취득하고 있었지만 대형차량의 운전경력은 없었으므로 2000. 9. 18. 18:00경 운전정밀판정표만을 제출하였는데, 피고 회사는 제출서류 미비와 제출시한 경과를 이유로 접수를 거부하고, 같은 날 원고와의 근로계약을 해지하였다(이하 '이 사건 해고'라 한다).
- (6) 원고는 2000. 9. 22. 경기지방노동위원회에 부당해고 및 부당노동행위구제 신청을 하였고, 경기지방노동위원회는 2000. 11. 24. 피고 회사가 노동조합의 설립 직후 원고에게 취업규칙 및 여객자동차운수사업법 제26조, 여객자동차운수사업법시행규칙 제42조 제1항에서 정하고 있는 자격요건이 아닌 대형차량 2년 이상의 운전경력증명서 등의 제출을 요구하고, 제출시한을 불과 6시간 경과한 것을 이유로 서류 미제출로 간주하여 이 사건 해고를 한 것은 부당해고 및 부당노동행위로 인정된다고 하면서, 피고 회사에게 이 사건 해고를 취소하고, 원고를 복직시킴과 아울러 원고에게 해고 기간 동안의 임금을 지급하라고 명령하였다.
- (7) 피고 회사는 2001. 2. 16. 원고와 다음과 같이 합의(이하 '이 사건 합의'라 한다)하고, 같은 날 4,000,000원을 지급하였다.
- ① 피고 회사는 원고를 즉시 원직에 복귀시키고, 원고에게 해고기간 동안의 임금 4,000,000원을 지급하며, 원고는 위 기간 동안의 나머지 임금청구권을 포기한다.
  - ② 원고는 피고 회사에서 요구하는 운전경력증명서를 2001. 2. 19.까지 제출하여야 하고, 정해진 기일까지 운전경력증명서를 제출하지 않을 경우 근무의사가 없는 것으로 자인하고 사직서를 제출하여야 하며, 이를 제출하지 않을 경우 사직처리를 하여도 이의를 제기하지 아니한다.
- (8) 한편, 피고 회사가 소속 근로자들의 동의를 받아 개정하여 2001. 2. 19.부터 시행한 취업규칙 제4조에는 여객자동차운수사업법 제26조, 여객자동차운수사업법시행규칙 제42조 제1항 소정의 여객자동차운송사업용자동차의 운전업무종사자의 요건을 반영하여, 입사하려는 운전기사가 제출해야 할 서류에 1년 이상의 운전경력증명서가 포함되어 있었다.
- (9) 원고는 2001. 2. 19. 피고 회사에게 자신이 1998. 6. 1.부터 1999. 5. 31.까지 청주시 흥덕구 사직2동 639-12 소재 이○○ 경영의 ○○식품에서 영업부 부장으로 재직하였다는 취지의 경력증명서를 제출하였다.
- (10) 이에 피고 회사는 원고가 제출한 경력증명서의 내용은 원고가 기재출한 이력서 상의 '1995. 8. 5.부터 1998. 12. 31.까지는 ○○들 대리점 운영, 1999. 2. 1.부터 2000. 6. 30.

까지 ○○주류 근무'경력'과 부합하지 아니한 데다가 경력의 내용마저 운전과는 관계없는 영업부 부장으로 되어 있어서 피고 회사가 요구하는 운전경력증명서에 해당하지 않아 운전경력증명서를 제출하지 않았다는 이유로 2001. 2. 19. 원고를 사직처리하였다.

## 나. 판 단

원심은, 위 인정 사실에 기초하여 먼저, 원고는 이 사건 해고 당시 수습운전기사였으나, 이 사건 합의 당시에 이미 수습기간이 종료하였으므로, 이 사건 해고가 없었다면 정식사원으로 채용되어 근무하였을 것으로 보이는 점, 피고 회사는 지방노동위원회의 부당해고 인정에 따른 복직 및 임금지급명령에 따라 원고를 원직에 복귀시키는 이 사건 합의를 한 점 등에 비추어 볼 때, 피고 회사는 이 사건 합의로 이 사건 해고를 철회하고 2001. 2. 16.자로 원고를 정식운전기사로 복직시켰다고 봄이 상당하고, 또한 위에서 본 바와 같이 피고 회사와 원고는 경기지방노동위원회의 명령에 따라 원고의 원직 복귀를 합의하면서 부가적으로 운전경력증명서의 제출을 약정한 것인데, 경기지방노동위원회는 원고에게 여객자동차운수사업법 제26조, 여객자동차운수사업법시행규칙 제42조 제1항 소정의 여객자동차운송사업용자동차의 운전업무종사자 요건인 1년 이상의 운전경력을 넘어서는 자격을 갖출 것을 요구하는 것은 무리라고 판단하고 있었고, 원고에게는 대형 자동차의 운전경력이 없었던 점, 2001. 2. 19.부터 시행되는 피고 회사의 취업규칙에도 입사하려는 운전기사가 제출해야 할 서류에 1년 이상의 운전경력증명서가 포함되어 있었던 점, 마을버스 운전 기사에게 1년 이상의 운전경력을 요구하는 것 정도는 그 직업의 특성상 상당하다고 보이는 점에 비추어 이 사건 합의 당시 원고가 피고 회사에게 제출하기로 한 운전경력증명서는 대형, 중형, 소형 차량에 관계없이 1년 이상의 운전경력증명서를 의미하는 것으로 봄이 타당하며, 나아가 그 판시 증거에 의하면, 원고가 제출한 경력증명서상의 '이○○ 경영의 ○○식품'은 ○○○○○식품의 대리점으로서 고추장 도·소매업체인 사실, 원고는 위 대리점에서 총복 80나 차량을 운전하여 고추장 등 식품배달업무에 종사하였는데, 위 대리점에서는 원고의 근속기간과 나이를 고려하여 편의상 영업부 부장의 직함을 사용하도록 한 사실, 원고는 자신의 운전경력 중 1년 정도의 경력만을 발췌하여 운전경력증명서에 기재한 사실이 인정되므로, 이러한 사정들을 종합해 볼 때 원고는 이 사건 합의에서 정한 바에 따라 운전경력증명서를 제출한 것으로 봄이 상당하고, 단지 원고가 기재한 이력서상의 기재와 운전경력증명서상의 기재가 다소 불일치하는 점이 있다는 이유만으로 운전경력증명서를 제출하지 아니한 것과 동일한 것으로 평가할 수는 없는 것이므로, 피고 회사가 원고를 이 사건 합의상의 운전경력증명서 미제출을 이유로 사직처리한 것은 무효라고 판단하였다.

## 2. 상고이유에 대한 판단

### 가. 상고이유 제1, 2점에 대하여

- (1) 시용기간 중에 있는 근로자를 해고하거나 시용기간 만료시 본계약의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서, 당해 근로자의 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하려는 시용제도의 취지·목적에 비추어 볼 때 보통의 해고보다는 넓게 인정되나, 이 경우에도 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상

상당하다고 인정되어야 할 것이다(대법원 1992. 8. 18. 선고 92다15710 판결, 1994. 1. 11. 선고 92다44695 판결 등 참조).

- (2) 원심이 인정한 위의 사실관계 및 기록에 의하면, 원고와 피고 회사 사이의 이 사건 수습사원근로계약은 원고를 수습사원으로 채용한 후 일정기간 동안 업무능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하여 본채용 여부를 결정하기 위한 것으로서 일종의 해약권유보부 근로계약이라고 할 것인데, 피고 회사가 2000. 9. 18. 원고에 대하여 한 이 사건 해고는 원고가 노동조합을 결성하자 곧바로 임박한 기한을 설정하여 여객자동차운수사업법시행규칙과 피고 회사의 취업규칙에 규정되어 있지도 않은 구비서류의 제출을 요구하면서 이를 지키지 못하였다는 이유로 단행된 것으로서 시용근로계약에 있어 해약권유보의 본래 취지나 목적과는 거리가 먼 점, 이 사건 해고는 원고를 포함하여 노동조합원들만을 대상으로 하였던 점, 원고가 이 사건 해고 시점까지 약 2개월 동안 업무부적격성이나 불성실함을 보였다는 자료가 전혀 없는 점 등에 비추어 보면, 피고 회사에게 유보된 해약권을 행사하는 데에 있어 객관적으로 합리적인 이유가 존재하여 사회통념상 상당하다고 인정하기 부족하므로 이 사건 해고는 위법하다고 할 것이고, 한편 원고가 이 사건 해고 당시에는 시용근로자였으나 이 사건 해고로 시용근로관계가 중단된 상태에서 약정된 시용기간이 경과한 다음 이 사건 합의가 이루어진 점, 앞서 본 바와 같이 이 사건 해고가 위법한 이상 적법한 해약권이 행사되지 못하고 시용기간이 경과한 데에는 피고 회사에게 그 귀책사유가 있고, 원고가 시용근로를 계속 하여야만 할 특별한 사정도 없어 보이는 점, 이 사건 해고가 없었다면 원고는 별다른 사정이 없는 한 정식근로자로 채용되었을 것으로 보이는 점, 이 사건 합의는 경기도노동위원회의 부당해고판정에 따라 원고를 원직에 복직시키기로 하여 이루어진 것인 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 합의는 원고가 시용기간의 만료와 동시에 정식근로자로 채용되었음을 전제로 하여 원고를 정식 운전기사로 복직하기로 하는 내용이라고 봄이 상당하다고 할 것이다.
- (3) 따라서 원심이 같은 취지에서 피고 회사가 이 사건 합의로써 이 사건 해고를 철회하고 2001. 2. 16.자로 원고를 정식운전기사로 복직시켰다고 봄이 상당하다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 시용기간을 정한 근로계약에 관한 법리오해, 이유모순 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 위 상고이유의 주장은 모두 이유 없다.

#### 나. 상고이유 제3, 5점에 대하여

- (1) 원심판결의 이유와 기록에 의하여 인정되는 이 사건 합의의 경위, 원고는 대형운전면허가 있을 뿐 대형차량 운전경력이 전혀 없는 사람인데, 그러한 원고가 이 사건 합의 후 3일 내에 '1년 이상의 대형운전경력증명서'를 피고 회사에 제출하기로 약정하였다고는 보기 어려운 점, 원고와 비슷한 시기에 수습사원 또는 정식사원으로 채용된 사람들 중에도 '1년 이상의 대형운전경력' 요건을 구비하지 못한 사람들이 있었던 점 등에 비추어 보면, 원심이 이 사건 합의 당시 원고가 피고 회사에 제출하기로 한 운전경력증명서는 차종을 불문하고 1년 이상의 운전경력증명서이면 족한 것으로 봄이 타당하다고 판단한 것은 옳고, 거기에 의사표시의 해석에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

- (2) 한편 합의서(갑 제4호증)의 기재 내용에 비추어 보면, 이 사건 합의는 원고가 2001. 2. 19. 까지 소정의 서류를 제출하지 않으면 자필 사직서를 피고 회사에 제출하기로 하되 사직서를 제출하지 않을 때에는 피고 회사가 사직처리를 하여도 이의를 제기하지 않겠다는 것으로서, 서류미제출을 정지조건으로 하여 피고 회사가 자진사직의 형식으로 원고와의 근로관계를 종료시키기로 하는 약정이라고 할 것이므로, 원심이 마치 원고의 운전경력증명서 제출이 복직에 따른 부가적인 의무에 불과한 것처럼 실시한 것은 잘못이라고 하겠다.
- (3) 그러나 관계 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 원고가 이○○ 경영의 ○○식품에서 1년간 운전업무에 종사한 경력이 있다는 원심의 사실인정은 정당할 뿐 아니라, 나아가 기록에 의하면, 원고가 이 사건 합의에 따라 피고 회사에 제출하여야 할 운전경력증명서에 관하여 특별히 정해진 양식이 없고, 원고는 그에 해당하는 서류라는 취지로 경력증명서(을 제9호증의 1)를 제출하였음을 알 수 있으므로, 비록 위 경력증명서의 기재내용이 기 제출한 이력서(을 제3호증의 1)와 일부 다른 점이 있고 원고가 실제 운전업무에 종사하였는지 여부를 즉시 확인하는 데에 미흡한 점이 있더라도, 이를 운전경력증명서를 제출하지 않은 것과 동일하게 평가할 수는 없다 할 것이므로, 이로써 이 사건 합의에 따른 사직처리에 필요한 정지조건은 성취되지 않은 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 피고 회사의 이 사건 사직처리는 조건미성취로 무효라고 할 것이다.
- (4) 상고이유의 주장은 원고가 경력증명서와 이력서에 경력사항을 허위 기재하였으므로 이 사건 사직처리는 정당하다는 것이나, 이미 원고가 이 사건 합의를 통하여 정식사원으로 복직한 이상 그러한 사정은 별도의 징계하고 사유가 될지언정 이 사건 사직처리의 정당화사유가 될 수는 없다고 할 것이다.
- (5) 따라서 원심이 같은 취지에서 이 사건 사직처리가 무효라고 판단한 것은 옳고, 거기에 채증법칙 위반, 이 사건 합의 내용의 해석에 관한 법리오해 등으로 말미암아 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다. 위 상고이유의 주장도 모두 이유 없다.

#### 다. 상고이유 제4점에 관하여

당사자의 주장에 대한 판단유탈의 위법이 있다 하더라도 그 주장이 배척될 경우임이 명백한 때에는 판결 결과에 영향이 없다고 할 것인바(대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다 56116 판결 등 참조), 피고 회사가 제1심 변론과정에서부터 원고의 이력서 및 경력증명서에 허위 기재가 있으므로 이 점도 위 수습사원근로계약을 해약할 사유가 된다고 지적하였음에도 원심이 이에 대하여 아무런 판단을 하지 않은 것은 상고이유의 주장과 같으나, 앞에서 본 바와 같이 원고는 이 사건 합의로써 정식사원으로 복직하였다고 할 것이므로, 피고 회사가 원고의 경력 및 학력 허위기재행위를 해고사유로 삼아 별도의 징계해고를 할 수 있음은 차치하고서라도, 이를 이유로 피고 회사가 취업규칙 등에 정한 징계해고의 절차도 거치지 않은 채 일방적으로 원고가 이 사건 합의 내용을 준수하지 아니함으로써 자진 사직한 것으로 간주하여 원고와의 근로관계를 종료시키는 것은 부당하다고 할 것이어서, 피고 회사의 위 주장은 배척될 경우임이 명백하고, 따라서 원심의 위와 같은 판단유탈은 판결의 결과에 영향을 미치는 것이라고 할 수 없다. 위 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

### 3. 결 론

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

대법관 김용담(재판장) 유지담 배기원(주심)

#### 4 시용기간의 길이

☞ 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다30473 판결

##### » 요 지 «

1. 취업규칙의 작성, 변경의 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라 취업규칙을 작성, 변경할 수 있고, 사용자가 취업규칙을 변경한 경우에 취업규칙의 변경이 기존의 근로자에게 불이익한지 여부를 불문하고 취업규칙의 변경은 유효하여 현행의 법규적 효력을 가진 취업규칙은 변경된 취업규칙이므로, 그 변경 후에 근로관계를 갖게 된 근로자에 대하여는 변경된 취업규칙이 적용된다.
2. 취업규칙에 신규 채용하는 근로자에 대한 시용기간의 적용을 선택적 사항으로 규정하고 있는 경우에는 그 근로자에 대하여 시용기간을 적용할 것인가의 여부를 근로계약에 명시하여야 하고, 만약 근로계약에 시용기간이 적용된다고 명시하지 아니한 경우에는 시용 근로자가 아닌 정식 사원으로 채용되었다고 보아야 한다.

\* 원고, 상고인 / 고○○

\* 피고, 피상고인 / 주식회사 ○○○테크 대표이사 유재성,

소송대리인 일신법무법인, 담당변호사 김종철, 강대성, 이승관, 이재원

\* 원심판결 / 서울고등법원 1999. 5. 13 선고 98나61700 판결

##### » 주 문 «

원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송한다.

##### » 이 유 «

#### 1. 제1심판결과 원심판결 이유의 요지

원심판결과 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면 원심은 원고가 1997.9.18. 피고의 EDA 사업부의 과장으로 채용되어 근무하다가 같은 해 12.10해고된 사실, 소외 유○○(피고의 대표이사)이 1989.11.20.경부터 '○○○어드밴스트 테크놀로지'라는 상호로 개인기업으로 경영하여 오던 컴퓨터 등 도·소매업(이하 '종전기업'이라고 한다)의 영업을 피고가 1996.9월 경 포괄적으로 양수하면서 종전기업의 취업규칙(이하 '종전 취업규칙'이라고 한다)도 피고의 취업규칙으로 그대로 적용하여 온 사실, 종전 취업규칙 제6조 제1항은 신규 채용된 자는 채용된 날로부터 3개월간을 수습기간으로 하고, 같은 조 제2항은 수습기간 또는 수습기간이 만료된 자에 관하여 계속 근로가 부적당하다고 인정된 때에는 해고할 수 있으며, 같은 조 제3항은 정식 채용한 자에 대하여는 수습기간을 근속연수에 포함한다고 규정하고 있고, 피고의 회사사규 취업규정 제7조는 사원으로 신규 채용된 자는 소정의 수습과정을 이수하여야 한다고 규정하고 있는 사실, 원고가 피고와 근로계약체결 당시 서면으로 정식 근로계약서는 작성

하지 아니하였는데, 피고는 취업규칙에 신규 사원은 모두 3개월 동안 수습기간을 거친 후에 정식 채용되는 것으로 규정되어 있어 원고도 3개월의 수습기간이 지난 후에 정식 채용된다는 점을 원고에게 명시적으로 알려주지는 아니하였으나, 원고에 대하여는 위 수습기간의 규정을 적용하지 아니하고 바로 정식 채용하는 것이라고 합의한 바는 전혀 없는 사실을 인정할 다음, 피고가 종전 취업규칙상의 수습기간 및 그 해고에 관한 규정을 제외하는 등으로 이를 개정하였다는 원고의 주장에 대하여 을 제4호증의 기재만으로 이를 인정하기에는 부족하다는 이유로 배척하고, 종전 취업규칙상의 수습기간은 직원을 정식으로 채용하기 전에 그 업무수행능력 및 적성 등을 파악 평가하기 위하여 두고서 그 기간 중 채용 여부에 관한 재량권을 가지는 이른바 시용기간을 의미한다는 전제하에, 피고는 원고와 근로계약을 체결하면서 원고에게 종전 취업규칙이 적용되어 3개월간의 수습기간을 거친 후에 정식 채용된다는 점을 명시적으로 원고에게 고지하지는 아니하였지만, 원고와 사이에 원고에 대하여는 수습기간에 관한 종전 취업규칙의 규정을 배제하고 바로 정식 채용을하기로 약정한 바가 전혀 없으므로, 원고에게도 종전 취업규칙이 정하는 수습기간에 관한 규정이 당연히 적용된다고 보아야 하고(위 인정사실에 의하면 피고회사는 원고에 대하여 종전 취업규칙에 따라 3개월간 해제권을 유보한 수습기간을 둘 의사를 가지고 원고를 고용한 것으로 인정되고, 원고 또한 위 근로계약 당시 정식의 근로계약서를 작성하지 아니하였던 점 및 원고에 대한 대우 및 회사 운영 상황, 일반 취업규칙의 관행 등에 비추어 볼 때 당시에 적어도 3개월간의 수습기간이 적용된다는 사실 정도는 알았을 것으로 인정된다), 피고가 시용기간 중에 원고의 근무태도, 업무수행능력, 직장 내의 부조화 등을 고려하여 원고가 고용에 적합하지 아니하다고 판단하고 원고를 정식 사원으로 채용하기를 거부하는 의미에서 해고시킨 조치는 객관적으로 합리적이며 사회통념상 상당하다고 수긍할 수 있어 정당한 사유가 있다고 판단하였다.

## 2. 상고이유에 대한 판단

취업규칙의 작성, 변경의 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라 취업규칙을 작성, 변경할 수 있고, 사용자가 취업규칙을 변경한 경우에 취업규칙의 변경이 기존의 근로자에게 불이익한지 여부를 불문하고 취업규칙의 변경은 유효하여 현행의 법규적 효력을 가진 취업규칙은 변경된 취업규칙이므로, 그 변경 후에 근로관계를 갖게 된 근로자에 대하여는 변경된 취업규칙이 적용된다고 할 것이고(대법원 1992.12.22 선고 91다 45165 전원 합의체 판결 참조), 취업규칙에 신규 채용하는 근로자에 대한 시용기간의 적용을 선택적 사항으로 규정하고 있는 경우에는 그 근로자에 대하여 시용기간을 적용할 것인가의 여부를 근로계약에 명시하여야 하고, 만약 근로계약에 시용기간이 적용된다고 명시하지 아니한 경우에는 시용근로자가 아닌 정식 사원으로 채용되었다고 보아야 할 것이다(대법원 1991.11.26 선고 90다4914 판결 참조).

기록에 의하면, 피고가 1997.1.3 제정하여 시행한 것으로 보이는 피고의 회사사규(을 제4호증)는 경조금지급 규정, 구매업무 규정, 여비규정, 인사관리 규정, 복리후생 규정, 전결규정 및 제1장 취업규정, 제2장 인사(제1절 채용, 제2절 휴직, 제3절 면직)의 항목으로 이루어져 있고, 그 취업규정 제1조는 '이 규정은 근로기준법에 의거 당사 사원의 취업에 관한 기본사항을 정함을 목적으로 한다', 제2조는 '사원의 취업조건에 관하여는 다른 규정에서 특별히 정한 것을 제외하고는 이 규정에 따른다'고 규정하고 있고, 제2장 인사 제1절 채용 제7조(수습)



는 '사원으로 신규채용된 자는 소정의 수습과정을 이수하여야 한다'고 규정하고 있는 바, 취업규칙이란 복무규율과 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있으면 그 명칭을 불문하는 것이므로 위 회사사규는 피고 근로자들의 복무규율과 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있는 것으로서 피고의 취업규칙이라고 보아야 하고 위 회사사규의 체제와 규정 내용으로 보아 적어도 종전 취업규칙과 상충되는 부분은 종전 취업규칙의 해당부분을 변경한 것으로 보아야 할 것인데, 수습기간에 관한 종전 취업규칙 제6조와 피고회사 사규 제7조는 그 내용으로 보아 서로 상충되는 규정이라고 할 것이므로(만약 피고가 종전 취업규칙상의 수습기간에 관한 규정을 그대로 존치하려고 하였다면 새로이 마련한 회사사규에서 수습기간에 관하여는 종전의 규정에 의한다고 하든지 또는 종전 취업규칙과 동일한 규정을 두었을 것이라고 할 것이므로, 피고회사 사규 제7조에서 종전 취업규칙과 달리 '소정의 수습기간'이라고 규정한 이상 이를 가지고 종전 취업규칙 제6조 제1항에 규정된 3개월간의 수습기간을 의미하는 것에 불과하다고 해석할 수는 없다고 할 것이다) 종전 취업규칙 제6조는 위 회사사규 제7조로 그 규정이 변경되었다고 보아야 할 것이고, 종전 취업규칙이 변경된 후에 피고와 근로관계를 가지게 된 원고에 대한 관계에서는 당연히 변경된 취업규칙이 적용되어야 할 것이다. 그렇다면 원심으로서 새로운 취업규칙에서 규정한 소정의 수습기간이 무엇을 의미하는지 심리하였어야 할 것인 바, 피고가 이에 관하여 특별히 정한 바가 없다면 이는 근로계약에서 수습기간을 정할 수 있음을 규정한 데 지나지 아니한다고 보아야 할 것으로서 취업규칙에서 시용기간의 적용을 선택적 사항으로 규정하고 있는 경우에 해당한다고 볼 여지가 충분하다고 보아야 할 것이다. 따라서 피고가 원고와의 근로계약에서 시용기간을 적용할 것인가 여부를 명시하지 아니한 이상 원고는 시용근로자가 아닌 정식 사원으로 채용된 근로자라고 인정된다고 할 것이므로 원고에 대한 해고가 정식근로자에 대한 해고로서 정당한 사유가 있는지 여부를 판단하였어야 할 것이다.

그럼에도 원심이 종전의 취업규칙이 변경되지 아니하고 그대로 원고와의 근로계약체결에도 적용됨을 전제로 하여 원고에 대한 해고가 시용근로자에 대한 해제권의 행사로서 유효하다고 판단한 제1심판결을 유지한 조치에는 채증법칙을 위배하였거나 취업규칙의 변경에 관한 법리를 오해한 나머지 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 법관들의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 조무제(재판장) 김형선(주심) 이용우

## 제4장 인사발령

### 1. 대기발령과 직위해제

#### <1> 대기발령의 의의

##### 1 대기발령과 휴직

☞ 대법원 2013. 10. 11. 선고 2012다12870 판결

#### » 요 지 «

1. 근로기준법 제46조제1항에서 정하는 ‘휴업’에는 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있는데도 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 불가능하게 된 경우도 포함되므로, 이는 ‘휴직’을 포함하는 광의의 개념인데, 근로기준법 제23조제1항에서 정하는 ‘휴직’은 어떤 근로자를 그 직무에 종사하게 하는 것이 불가능하거나 적당하지 아니한 사유가 발생한 때에 그 근로자의 지위를 그대로 두면서 일정한 기간 그 직무에 종사하는 것을 금지시키는 사용자의 처분을 말하는 것이고, ‘대기발령’은 근로자가 현재의 직위 또는 직무를 장래에 계속 담당하게 되면 업무상 장애 등이 예상되는 경우에 이를 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치를 의미하므로, 대기발령은 근로기준법 제23조제1항에서 정한 ‘휴직’에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 사용자가 자신의 귀책사유에 해당하는 경영상의 필요에 따라 개별 근로자들에 대하여 대기발령을 하였다면 이는 근로기준법 제46조제1항에서 정한 휴업을 실시한 경우에 해당하므로 사용자는 그 근로자들에게 휴업수당을 지급할 의무가 있다.
2. 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라고 한다) 제179조제1항제10호는 “채무자의 근로자의 임금”을 공익채권으로 규정하고 있고, 근로기준법 제2조제1항제5호는 “임금이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.”라고 규정하고 있는데, 근로기준법 제46조제1항에서 정한 “사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우”에 지급하는 휴업수당은 비록 현실적 근로를 제공하지 않았다는 점에서는 근로 제공과의 밀접도가 약하기는 하지만, 근로자가 근로 제공의 의사가 있는데도 자신의 의사와 무관하게 근로를 제공하지 못하게 된 데 대한 대상(대상)으로 지급하는 것이라는 점에서 임금의 일종으로 보아야 하므로 휴업수당청구권은 채무자회생법에서 정한 공익채권에 해당한다.

\* 원고, 피상고인 겸 상고인 : 별지 원고 명단 (1) 기재와 같다.<별지 생략>

\* 원고, 피상고인 : 별지 원고 명단 (2) 기재와 같다.<별지 생략>

\* 원고, 상고인 : 별지 원고 명단 (3) 기재와 같다.<별지 생략>

\* 피고, 상고인 겸 피상고인 : ○○송도개발 주식회사의 소송수계인 회생회사 ○○송도개발 주식회사의 관리인 소외 1의 소송수계인 관리인 소외 2

\* 원심판결 : 서울고법 2011. 12. 23. 선고 2010나124917 판결

### » 주 문 «

별지 원고 명단 (1), (2) 기재 원고들 중 원고 72, 원고 10, 원고 18, 원고 23, 원고 53, 원고 79를 제외한 나머지 원고들에 대한 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 별지 원고 명단 (1), (3) 기재 원고들의 상고와 피고의 원고 72, 원고 10, 원고 18, 원고 23, 원고 53, 원고 79에 대한 상고를 모두 기각한다. 상고비용 중 원고 72, 원고 10, 원고 18, 원고 23, 원고 53, 원고 79와 피고 사이에서 생긴 부분은 각자 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 별지 원고 명단 (1), (3) 기재 원고들의 상고이유에 관하여

가. 상고이유 제1점에 관하여

근로자에 대한 대기발령의 정당성은 근로자에게 당해 대기발령 사유가 존재하는지 여부나 대기발령에 관한 절차규정의 위반 여부 및 그 정도에 의하여 판단하여야 한다(대법원 2011.10.13. 선고 2009다86246 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ○○자동차판매 주식회사(이하 '○○자동차판매'라고 한다)가 원고들에 대하여 상당한 기간 동안 대기발령(이하 '이 사건 대기발령'이라고 한다)을 할 업무상 필요성이 있다고 볼 수 있고, 이 사건 대기발령으로 인한 원고들의 생활상 불이익이 위 업무상 필요성을 초과한다고 보기 어려우며, 이 사건 대기발령이 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 유지되었다고 보기 어려운 사정을 인정할 수 있으므로, 이 사건 대기발령은 정당한 이유가 있어 유효하다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 대기발령의 정당성에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

나. 상고이유 제2점에 관하여

원심은 ○○자동차판매의 인사규정 중 경영 형편상 과원으로 인정된 자에 대하여 할 수 있는 대기발령에 관한 규정은 ○○자동차판매의 정상적인 의사결정에 따라 경영 형편상 과원으로 인정되어 보직대기, 인사대기 등의 절차를 거쳐 근로자를 퇴직시키는 상황을 전제로 한 것으로 봄이 상당한데, 이 사건 대기발령은 그 경위 등에 비추어 볼 때 ○○자동차판매에 신의칙상 잠정적·예외적 조치로서 인정되는 것이어서 원고들이 위 인사규정의 경영 형편상 과원에 해당한다고 하더라도 인사대기자의 처우에 관한 규정은 원고

들에게 적용되지 않는다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 인사규정의 해석과 적용 범위에 관한 법리 등을 오해한 위법이 없다.

#### 다. 상고이유 제3점에 관하여

원심은 ○○자동차판매가 2006.1.12. ○○자동차판매 노동조합과 사이에 종전의 월차휴가 제도를 고정연차휴가제도로 전환하기로 하면서 2005.12.까지 발생한 월차휴가 미사용분에 대한 월차수당을 2006.1. 지급하기로 하는 2005년 임·단협 합의를 하고, 이에 따라 2006.1.25. 원고들에게 2005년도 월차휴가 미사용분에 대한 월차수당을 일괄적으로 지급한 사실 등을 인정한 다음, 위 2005년도 월차수당 지급액은 이 사건 대기발령에 따른 휴업수당을 산정하는 데 기초가 되는 임금지급 대상기간의 임금과는 무관하다고 보아 이를 제외하고, 장학금은 ○○자동차판매의 모든 근로자에게 일률적으로 지급하는 금전이 아니라, 근로자들의 개별적이고 우연한 특수한 사정에 따라 지급되는 복리후생적 성격의 금전이라는 이유로 이를 평균임금 산정의 기초가 되는 임금에서 제외하고, 교통비는 근로자가 영업활동에 소요되는 교통비를 먼저 지출하고 ○○자동차판매가 이를 사후적으로 보전해주는 것이고, 통신비도 ○○자동차판매가 근로자에게 업무용 휴대전화를 지급하는 대신 근로자 개인이 보유한 휴대전화를 이용하여 영업활동을 하도록 하되, 업무상 사용한 휴대전화비용을 월 5만 원으로 간주하여 사후적으로 보전해주는 것이어서 모두 실비변상적 성격의 금전이라는 이유로 평균임금 산정의 기초가 되는 임금에서 제외하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 근로기준법에서 정한 평균임금의 산정에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

#### 라. 상고이유 제4점에 관하여

근로기준법과 근로기준법 시행령 등이 정한 원칙에 따라 평균임금을 산정하였다고 하더라도, 휴업 직전의 일정 기간 특수하고 우연한 사정으로 임금액 변동이 있었기 때문에 위와 같이 산정된 평균임금이 근로자의 전체 근로기간, 임금액이 변동된 일정 기간의 장단, 임금액 변동의 정도 등을 비롯한 제반 사정을 종합적으로 평가해 볼 때 통상의 경우보다 현저하게 적거나 많게 산정된 것으로 인정되는 예외적인 경우라면, 이를 기초로 휴업수당을 산출하는 것은 근로자의 통상적인 생활임금을 기준으로 휴업수당을 산출하고자 하는 근로기준법의 정신에 비추어 허용될 수 없으므로, 근로자의 통상적인 생활임금을 사실대로 반영할 수 있는 합리적이고 타당한 다른 방법으로 그 평균임금을 따로 산정하여야 한다(대법원 2009.5.28. 선고 2006다17287 판결 참조).

원심은 이 사건의 특수한 사정을 고려하여 휴업수당 산정을 위한 평균임금의 산정기준기간을 원고들이 ○○자동차판매로부터 정상적으로 임금을 지급받은 최종 시점인 2006.9.30.을 기준으로 하여 그로부터 소급하여 3개월의 기간 동안 원고들이 ○○자동차판매로부터

받은 임금을 기준으로 하되, 위 기간 중에는 받은 금액이 없거나 과소한 반면, 그 전의 다른 기간에는 받은 금액이 있거나 많은 임금 항목이 있는 경우에는, 위 3개월의 기간이 본래 근로기준법상 산정사유가 발생한 날 이전의 3개월의 기간에 해당되지 않는 임의의 기간인 점을 고려하여 2006.9.30.부터 소급하여 1년의 기간인 2005.10.부터 2006.9.까지에 해당하는 금액을 3개월분으로 환산하여 월 평균임금을 산정하였다.

앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 근로기준법에서 정한 휴업수당 산정방식에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

## 2. 피고의 상고이유에 관하여

### 가. 상고이유 제1점에 관하여

이 부분 상고이유 주장은 '종래 인사교류가 거의 없었던 사업부문의 경계에 따라 자연스럽게 회사를 분할하는 경우에는 근로자에게 승계 거부권이 인정되지 않는다'는 취지이나, 이는 원심이 판단하지 아니한 사항에 관한 주장으로서 적법한 상고이유가 되지 못한다.

### 나. 상고이유 제2, 4점에 관하여

근로기준법 제46조제1항에서 정하는 '휴업'에는 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있는데도 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 불가능하게 된 경우도 포함되므로, 이는 '휴직'을 포함하는 광의의 개념인데, 근로기준법 제23조제1항에서 정하는 '휴직'은 어떤 근로자를 그 직무에 종사하게 하는 것이 불가능하거나 적당하지 아니한 사유가 발생한 때에 그 근로자의 지위를 그대로 두면서 일정한 기간 그 직무에 종사하는 것을 금지시키는 사용자의 처분을 말하는 것이고(대법원 2009.9.10. 선고 2007두10440 판결 참조), '대기발령'은 근로자가 현재의 직위 또는 직무를 장래에 계속 담당하게 되면 업무상 장애 등이 예상되는 경우에 이를 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치를 의미하므로(대법원 2011.10.13. 선고 2009다86246 판결 참조), 대기발령은 근로기준법 제23조제1항에서 정한 '휴직'에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 사용자가 자신의 귀책사유에 해당하는 경영상의 필요에 따라 개별 근로자들에 대하여 대기발령을 하였다면 이는 근로기준법 제46조제1항에서 정한 휴업을 실시한 경우에 해당하므로 사용자는 그 근로자들에게 휴업수당을 지급할 의무가 있다.

원심은 인천지방법원이 2007.1.18. 위 법원 2006카합2621호로 '원고들을 포함한 219명의 근로자들이 임시로 ○○자동차판매의 근로자 지위에 있음을 정한다'는 가처분결정을 한 사실 등을 인정한 다음, 이 사건 대기발령은 ○○자동차판매가 위 가처분결정에 기하여 원고들의 근로자 지위를 인정하기는 하였으나 이미 회사분할로써 직영승용판매 부문이 신설회사로 이전되어 원고들을 종전의 직영승용판매 부문에서 근로하게 할 수 없거나 ○○자동차판매에 그러한 의무를 부담시키는 것이 합리적이라고 볼 수 없으므로, 이 사건 대기발령 상태는 ○○자동차판매가 실질적으로 직영승용판매 부문을 휴업하는 것으로 볼 수 있고, 근로기준법 제46조에서 정한 '사용자의 귀책사유'는 민법 제538조제1항의 규정과 관련지어 볼 때 사용자가 기업의 경영자로서 불가항력이라고 주장할 수 없는

모든 사유를 말하는데, ○○자동차판매가 경영상의 이유로 이 사건 대기발령을 한 것을 불가항력에 해당한다고 보기 어렵다는 이유로, 피고는 원고들에게 적어도 휴업수당 상당액을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 근로기준법 제46조제1항에서 정한 휴업수당에 관한 법리 등을 오해한 위법이 없다.

#### 다. 상고이유 제3점에 관하여

원심은 세금환불금은 본래 근로기준법상 임금 전액 지급의 원칙에 따라 ○○자동차판매가 근로자에게 지급하여야 할 임금 중 일부를 세금 원천징수라는 이유로 지급하지 않는 대신 국가 또는 지방자치단체에 세금 명목으로 납부하였다가 연말정산을 통하여 과오납 부분을 환수받아 이를 다시 근로자에게 돌려주는 것이므로 임금에 해당한다고 보아야 한다는 이유로, 평균임금 산정의 기초가 되는 임금의 총액에 세금환불금이 포함된다고 판단하였다.

그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 원심은 평균임금 산정의 기초가 되는 ‘임금의 총액’에 원고들에게 지급된 기본급(본봉)을 포함하면서 소득세, 주민세 등 원천징수 대상이 되는 세금을 공제하기 전의 금액 전부를 계산하였음을 알 수 있으므로, 세금환불금을 임금의 총액에 포함하여 평균임금을 산정한다면 그 금액만큼 이중으로 계산하는 결과가 되어 부당하다.

그런데도 별지 원고 명단 (1), (2) 기재 원고들 중 원고 72, 원고 10, 원고 18, 원고 23, 원고 53, 원고 79 등 6명을 제외한 나머지 원고들에 대하여 세금환불금을 포함하여 평균 임금을 산정한 이 부분 원심판결에는 평균임금 산정에 관한 법리를 오해한 위법이 있다. 따라서 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있고, 세금환불금이 포함되지 아니한 원고 72, 원고 10, 원고 18, 원고 23, 원고 53, 원고 79에 대한 상고이유 주장은 이유 없다.

#### 라. 상고이유 제5점에 관하여

채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라고 한다) 제179조제1항제10호는 “채무자의 근로자의 임금”을 공익채권으로 규정하고 있고, 근로기준법 제2조제1항제5호는 “임금이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.”라고 규정하고 있는데, 근로기준법 제46조제1항에서 정한 “사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우”에 지급하는 휴업수당은 비록 현실적 근로를 제공하지 않았다는 점에서는 근로 제공과의 밀접도가 약하기는 하지만, 근로자가 근로 제공의 의사가 있는데도 자신의 의사와 무관하게 근로를 제공하지 못하게 된 데 대한 대상(대상)으로 지급하는 것이라는 점에서 임금의 일종으로 보아야 하므로 휴업수당청구권은 채무자회생법에서 정한 공익채권에 해당한다.

이 부분 상고이유 주장은 휴업수당청구권이 회생채권에 불과하므로 회생채무자의 관리인인 피고에게 곧바로 그 지급을 명할 수 없다는 취지이나, 이는 위 법리와 다른 전체에 선 주장이므로 받아들이지 아니한다.

### 3. 결론

그렇다면 별지 원고 명단 (1), (2) 기재 원고들 중 원고 72, 원고 10, 원고 18, 원고 23, 원고 53, 원고 79를 제외한 나머지 원고들에 대한 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 별지 원고 명단 (1), (3) 기재 원고들의 상고와 피고의 원고 72, 원고 10, 원고 18, 원고 23, 원고 53, 원고 79에 대한 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이인복(재판장) 민일영 박보영 김신(주심)

## 2 대기발령과 직권면직

☞ 대법원 2007. 9. 21. 선고 2006다25240 판결

### » 요 지 «

인사규정에 의하여 행하여진 대기발령과 이에 이은 직권면직은 이를 일체로서 관찰할 때 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약 관계를 종료시키는 것으로서 실질상 해고에 해당하므로, 그 처분에 있어 근로기준법에 의한 제한을 받는다. 따라서 이러한 직권면직은 그 바탕이 된 대기발령이 인사규정에 의하여 정당하게 이루어진 것일 뿐 아니라 대기발령 후 3개월 동안 그 대기발령의 사유도 소멸되지 않아야 정당한 처분으로서 효력이 인정되고, 대기발령 자체가 그 사유의 부존재로 정당성이 없는 것이라면 이로써 직권면직 역시 정당성을 결여하여 무효라고 보아야 한다.

\* 원고, 피상고인 : 원고

\* 피고, 상고인 : 재단법인 한국○○문제연구원

\* 원심판결 : 서울고법 2006. 3. 22. 선고 2005나67676 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

기록에 의하면, 원고에 대한 이 사건 직권면직은 원고가 피고의 인사와 근무에 관한 규정(이하 '인사규정'이라 한다) 제35조제1항제1호에 정한 '직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 불량한 자 또는 근무태도가 극히 불량한 자'에 해당한다는 이유로 대기발령을 받은 후, 대기발령 상태로 3개월이 경과하면 직권으로 면직처리하도록 규정한 인사규정 제35조제2항, 제36조의3 제2호에 근거하여 이루어진 것임을 알 수 있는바, 이러한 인사규정에 의하여 행하여진 대기발령과 이에 이은 직권면직은 이를 일체로서 관찰할 때 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약 관계를 종료시키는 것으로서 실질상 해고에 해당하므로, 그 처분에 있어 근로기준법에 의한 제한을 받는다. 따라서 이러한 직권면직은 그 바탕이 된 대기발령이 인사규정에 의하여 정당하게 이루어진 것일 뿐 아니라 대기발령 후 3개월 동안 그 대기발령의 사유도 소멸되지 않아야 정당한 처분으로서 효력이 인정되고, 대기발령 자체가 그 사유의 부존재로 정당성이 없는 것이라면 이로써 직권면직 역시 정당성을 결여하여 무효라고 보아야 한다(대법원 1995.12.5. 선고 94다43351 판결, 대법원 2004.10.28. 선고 2003두6665 판결 등 참조).



이러한 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 채용 증거에 의하여 인정한 판시와 같은 사실관계를 토대로, 이 사건 대기발령은 그 사유가 인정되지 않아 부당하므로 이를 전제로 하는 이 사건 직권면직 역시 정당성이 없어 무효라고 판단한 것은 옳고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 대기발령 또는 직권면직에 관한 법리오해, 채증법칙 위배로 인한 사실오인, 판단유탈 등의 위법이 없다.

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

대법관 김능환(재판장) 김용담 박시환(주심) 박일환

## <2> 대기발령과 직위해제

### 1 대기발령과 직위해제

☞ 대법원 2007. 2. 23. 선고 2005다3991 판결

#### » 요 지 «

사용자가 대기발령 근거규정에 의하여 일정한 대기발령 사유의 발생에 따라 근로자에게 대기발령을 한 것이 정당한 경우라고 하더라도 당해 대기발령 규정의 설정 목적과 그 실제 기능, 대기발령 유지의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 그 기간은 합리적인 범위 내에서 이루어져야 하는 것이고, 만일 대기발령을 받은 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없다거나, 근로제공을 함이 매우 부적당한 경우가 아닌데도 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 대기발령 조치를 유지하는 것은 특별한 사정이 없는 한 정당한 이유가 있다고 보기 어려우므로 그와 같은 조치는 무효라고 보아야 할 것이다.

#### » 주 문 «

원심판결 중 예비적 청구에 관한 부분을 파기하여, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원고의 나머지 상고를 기각한다.

상고기각 부분의 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

[원심판결] 서울고등법원 2004. 12. 1. 선고 2004나15500 판결

#### » 이 유 «

1. 원심이 적법하게 확정된 사실관계 및 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 원고는 1986. 1. 소외 ○○ 주식회사(이하 소외 회사라 한다)에 입사한 다음 1989.경부터는 같은 회사의 기술연구소 내 차량시험실에서 근무하기 시작하였다.

나. 그 후 소외 회사는 회사의 경영이 어려워지자 1998. 10. 14. 원고를 영업팀인 필드서베이 팀으로 전보하는 처분을 하였다가, 2000. 12. 1. 경영상 과원을 이유로 대기발령(이하 '이 사건 인사대기처분'이라 한다)을 하였다.

다. 2002. 8. 7. 설립된 피고 회사는 2002. 10.경 소외 회사의 부평공장 일부, 창원공장, 군산공장을 자산양수도 방식으로 인수하였고, 그 소속의 근로자들에 대하여는 소외회사를 퇴사하고, 피고 회사에 재입사하는 형식을 취하여 고용관계를 그대로 승계하기로 하였다.

라. 피고 회사는 위와 같은 방침에 따라 2002. 10. 11. 원고에게도 '소외 회사와 동일한 근로조건(급여와 후생 등) 하에 소외 회사에서 근무하던 부서에서 동일한 직무를 수행하는 조건으로 근로자들을 신규로 고용하되 피고 회사는 소외 회사의 퇴직금 지급 의무만을

승계하고, 근로자들은 피고 회사를 상대로는 소외 회사와의 고용관계 및 소외 회사로부터의 퇴사와 관련하여 발생하는 어떠한 권리주장이나 청구를 하지 않을 것에 동의한다'는 취지의 내용의 담긴 고용제안서를 제시하였다.

마. 이에 원고는 피고 회사가 제시한 고용제안서에 '본인이 처한 특수상황(20개월 이상 지속되는 인사대기의 부당성과 인사상의 불이익)에 국한하여 정당한 권리주장을 할 것입니다'라는 취지의 문구를 추가 기재한 다음 이를 제출하였다가, 2002. 10. 21. 무렵 피고 회사가 위 고용제안서를 되돌려주면서 새로운 고용제안서 제출을 요구하자, 이의를 유보하는 내용의 문구가 없는 고용제안서에 서명한 후 이를 제출하였다.

바. 피고 회사 취업규칙 제67조 제11호는 '대기발령 된 자가 3개월이 경과되도록 보직되지 아니한 때에는 해고한다'고 규정하고 있는데도 원고는 2000. 12. 1. 소외 회사로부터 대기발령을 받은 이래, 피고 회사가 고용승계를 한 2002. 10. 이후에도 보직을 부여받지 못한 채 기본급만 지급받아 오고 있다.

## 2. 주위적 청구에 관하여

원심이 제1심판결을 인용하여, 소외 회사가 원고에 대하여 한 1998. 10. 14.자 전보처분, 이 사건 인사대기처분의 각 무효와 임금 및 위자료의 지급을 구하는 이 사건 주위적 청구가 원고와 피고 회사 사이의 부제소합의에 반하여 이루어진 것이어서 부적법하고, 위 부제소합의가 비진의 의사표시에 해당하거나 피고 회사의 강요 또는 원고의 궁박, 경솔, 무경험으로 인하여 현저히 불공정하게 체결되었다고 볼 수 없으며, 부제소합의의 문구가 예문에 불과하다고 볼 수도 없다고 하여, 원고의 주위적 청구를 각하한 제1심판결을 유지한 것은 정당하고, 거기에 부제소 합의에 관한 심리미진으로 인한 사실오인, 비진의 의사표시, 불공정한 법률행위, 강요된 행위에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

## 3. 예비적 청구에 관하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고가 피고 회사에 입사한 날로부터 1년이 경과한 2003. 10. 11.에 한 인사대기처분은 합리적 이유 없는 무효의 것이므로 위 인사대기처분의 무효확인과 아울러 위 인사대기처분으로 인하여 감액된 임금의 추가지급을 구하는 예비적 청구에 대하여, 피고 회사가 원고에 대하여 2003. 10. 11. 인사대기처분을 한 것으로 간주할 수 없고, 달리 피고 회사가 인사대기처분을 하였음을 인정할 증거가 없으므로 나머지 점에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다고 판단하였다. 그러나 원심이 원고의 예비적 청구를 모두 배척한 조치는 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다. 기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위하여는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요 불가결하므로, 대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고, 따라서 이러한 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 하지만 (2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결 참조), 대기발령이 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치이고, 근로기준법 제30조 제1항에서 사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 전직, 휴직, 기타 징벌을 하지 못한다고 제한하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 사용자가 대기발령 근거규정에 의하여 일정한 대기발령 사유의 발생에 따라 근로자에게 대기발령을 한 것이 정당한 경우라고 하더라도 당해 대기

발령 규정의 설정 목적과 그 실제 기능, 대기발령 유지의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 그 기간은 합리적인 범위 내에서 이루어져야 하는 것이고, 만일 대기발령을 받은 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없다거나, 근로제공을 함이 매우 부적당한 경우가 아닌데도 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 대기발령 조치를 유지하는 것은 특별한 사정이 없는 한 정당한 이유가 있다고 보기 어려우므로 그와 같은 조치는 무효라고 보아야 할 것이다. 기록에 의하면, 피고 회사의 취업규칙 제53조 제1호는 경영형평상 과원으로 인정된자에 대하여는 대기발령을 할 수 있고, 제53조 제2호는 대기발령된 직원에 대하여는 출근을 금할 수 있으며, 회사의 명에 의하여 출근하는 경우에는 기본급 또는 그에 준하는 임금만을 지급하고 기타의 급여는 지급하지 아니한다고 되어 있으며, 소외 회사에도 동일한 내용이 취업규칙에 정해져 있는바, 소외 회사가 경영형평상 과원을 이유로 이 사건 인사대기처분을 한 것 자체는 업무상 필요한 범위 안에서 이루어진 것으로서 정당한 이유가 있었다고 보더라도 그 이후 장기간에 걸쳐 인사대기처분을 그대로 유지하고 있다가 피고 회사가 2002. 10. 11.경 사실상 소외 회사와 원고사이의 고용관계를 그대로 승계하면서 원고와 명시적으로 고용계약까지 체결한 이상 경영형평상 과원이라고 보기도 어려우므로 원고에 대한 대기발령 사유는 일응 해소되었다고 볼 것인데, 그 이후에도 원고에게 아무런 직무도 부여하지 않은 채 기본급 정도만을 수령하도록 하면서 장기간 대기발령 조치를 그대로 유지한 것은 특별한 사정이 없는 한 정당한 사유가 있다고 보기 어렵다할 것이다. 그렇다면, 피고 회사가 2002. 10. 11.경 이후에도 원고에 대한 대기발령을 그대로 유지한 조치는 특별한 사정이 없는 한 무효라고 볼 것이고, 원고가 구하는 바에 따라 원고는 2003. 2. 1.부터 피고의 귀책사유로 인하여 자신의 근로계약상의 의무인 근로제공을 하지 못하게 된 것이라고 볼 수밖에 없으므로, 위 날짜 이후 계속 근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금과 실제 지급받은 돈의 차액의 지급을 청구할 수 있다고 할 것이다. 한편, 기록에 의하면, 원고 대리인은 2004. 5. 17. 제출한 청구취지 변경신청서에서 예비적 청구취지로 2003. 10. 11.자 인사대기처분의 무효를 구하고 있으나, 위 날짜를 기준으로 청구하는 원인은 전혀 밝히지 아니하고 있고, 오히려 같은 날짜에 제출한 준비서면에서는 피고 회사가 고용승계를 한 후에도 인사대기처분을 유지하고 있는데 이러한 조치가 부당하다는 취지로 주장하면서 고용승계 이후의 대기처분은 피고가 행한 처분으로 보아야 한다고 주장하고 있는바, 결국 원고 주장의 요지는 피고 회사가 대기발령을 유지하면서 보직을 부여하지 않고 있는 것이 부당하다는 취지로 선해할 여지도 충분히 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 예비적 청구 중에 피고 회사가 대기발령을 그대로 유지한 조치의 무효를 주장하는 지에 관하여 보다 세밀히 심리하여 보아야 함에도 불구하고 이에 이르지 아니한 채 위와 같은 이유로 예비적 청구를 그대로 기각한 원심판결에는 대기발령의 효력에 관한 법리를 오해하였거나 심리를 다하지 못함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

#### 4. 결론

그러므로 원심판결 중 예비적 청구에 관한 부분을 파기하여, 이 부분 사건을 다시 심리, 판단하도록 원심법원에 환송하고, 원고의 나머지 상고를 기각하며, 상고기각 부분의 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박일환(재판장) 박시환 김능환 김용담(주심)

## 2 직위해제의 법적 성질과 정당성 판단

☞ 대법원 2007. 5. 13. 선고 2007두1460 판결

### » 요 지 «

인사규정 등에 대기발령 후 일정 기간이 경과하도록 복직발령을 받지 못하거나 직위를 부여받지 못하는 경우에는 당연퇴직된다는 규정을 두는 경우, 대기발령에 이은 당연퇴직 처리를 일체로서 관찰하면 이는 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약 관계를 종료시키는 것으로서 실질상 해고에 해당하므로, 사용자가 그 처분을 함에 있어서는 구 근로기준법 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 필요하다고 할 것이다. 따라서 일단 대기발령이 인사규정 등에 의하여 정당하게 내려진 경우라도 일정한 기간이 경과한 후의 당연퇴직 처리 그 자체가 인사권 내지 징계권의 남용에 해당하지 아니하는 정당한 처분이 되기 위해서는 대기발령 당시에 이미 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 사유가 존재하였거나 대기발령 기간 중 그와 같은 해고사유가 확정되어야 할 것이며, 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지의 여부는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다.

\* 원고, 피상고인 : 한국○○○ 주식회사

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고 보조참가인, 상고인 : 보조참가인 1

\* 원심판결 : 서울고법 2006. 12. 13. 선고 2006누9704 판결

### » 주 문 «

원심판결 중 당연퇴직 처분에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 나머지 상고를 기각한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 대기발령의 정당성에 관하여

근로자에 대한 직위해제는 일반적으로 근로자가 직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행중인 경우, 근로자가 형사사건으로 기소된 경우 등에 있어서 당해 근로자가 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의

미하므로, 과거의 근로자의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르다. 또 기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위해서는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요 불가결하므로, 대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고, 따라서 이러한 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 하며, 이것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 할 수 없다(대법원 2006.8.25. 선고 2006두5151 판결 등 참조).

이러한 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원고의 피고 보조참가인(이하 참가인이라고 한다)에 대한 대기발령의 정당성을 인정한 이 부분 원심판결 및 제1심판결의 이유 설시에는 다소 부적절한 부분이 없지 않으나, 원고의 이사회 결의에 따라 설치된 비상대책위원회의 위원장으로 발령받아 근무하던 참가인이 위 위원회 해체 후에도 원직 복귀명령 및 업무인계 지시에 응하지 않으면서 노동조합의 집회에 참석한 행위 등이 원고의 인사규정 제94조의4 제1항 제1호 소정의 대기발령 사유인 '직장의 내외를 불문하고 회사의 명예나 신용을 손상케 하였을 때'에 해당한다고 판단한 조치는 충분히 수긍할 수 있고(다만, 아래 제2항에서 보는 여러 사정에 비추어 보면 인사규정 제94조의4 제1항 제2호 소정의 '고의 또는 중과실로 회사에 손해를 발생케 하였거나 발생케 할 우려가 있을 때'에 해당하는 것으로 보기는 어렵다), 거기에 피고 및 참가인의 상고이유의 주장과 같이 판결에 영향을 미친 채증법칙 위배, 심리미진 또는 법리오해 등의 위법이 없다.

## 2. 당연퇴직 처분의 정당성에 관하여

인사규정 등에 대기발령 후 일정 기간이 경과하도록 복직발령을 받지 못하거나 직위를 부여받지 못하는 경우에는 당연퇴직된다는 규정을 두는 경우, 대기발령에 이은 당연퇴직 처리를 일체로서 관찰하면 이는 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약 관계를 종료시키는 것으로서 실질상 해고에 해당하므로, 사용자가 그 처분을 함에 있어서는 구 근로기준법(2007.1.26. 법률 제8293호로 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 필요하다고 할 것이다. 따라서 일단 대기발령이 인사규정 등에 의하여 정당하게 내려진 경우라도 일정한 기간이 경과한 후의 당연퇴직 처리 그 자체가 인사권 내지 징계권의 남용에 해당하지 아니하는 정당한 처분이 되기 위해서는 대기발령 당시에 이미 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 사유가 존재하였거나 대기발령 기간 중 그와 같은 해고사유가 확정되어야 할 것이며(대법원 1995.12.5. 선고 94다43351 판결, 2002.8.23. 선고 2000두9113 판결, 2004.10.28. 선고 2003두6665 판결 등 참조), 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지의 여부는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다(대법원 2003.7.8. 선고 2001두8018 판결, 2006.11.23. 선고 2006다48069 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 참가인에 대한 이 사건 당연퇴직 처분은 '대기발령 후 3개월 이내에 재발령을 받지 못하였을 때에는 그 사유 발생일에 당연퇴직된 것으로 간주한

다.’는 원고의 취업규칙 제29조 제1항 제9호에 근거하여 이루어진 것으로서 실질상 해고에 해당하므로, 이러한 경우 원심으로서는 원칙적으로 사용자의 고유권한에 속하는 인사명령인 대기발령 자체의 정당성뿐만 아니라 그 대기발령 당시에 이미 사회통념상 원고와 참가인 사이의 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 사유가 존재하였거나 대기발령 기간 중 그와 같은 정당한 해고사유가 확정되었는지 여부에 관하여 더 나아가 살펴본 후 이 사건 당연퇴직 처분이 원고의 인사권 내지 징계권의 남용에 해당하는지를 판단하였어야 할 것이다.

그런데도 원심은 이 점에 관한 참가인의 주장에 대하여 아무런 판단을 하지 아니한 채 ‘원고가 원심 피고 보조참가인 2와 달리 참가인에 대하여만 당연퇴직 처분을 한 것이 형평에 반한다고 할 수 없으며, 그 처분은 원고의 취업규칙에 근거한 것이어서 유효하다.’라고만 판단하고 말았으니, 이 부분 원심판결에는 대기발령에 이은 당연퇴직 처분의 성질 및 그것이 정당한 처분이 되기 위한 요건에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니하고 참가인의 주장에 대한 판단을 누락한 위법이 있다.

나아가 이 사건에서 참가인을 해고할 만한 정당한 사유가 존재하는지에 관하여 보건대, 원심이 인정한 사실관계 및 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 참가인은 원고가 직원들의 결의사항을 수용하여 이사회 결의로 설치한 비상대책위원회의 위원장이면서 다른 한편으로는 원고의 근로자들이 설립한 우리사주조합의 조합장이기도 하였으므로 원고의 주식 양도를 둘러싼 경영권 다툼에 직접적인 이해관계를 가지고 있는 점, 참가인이 선동하였다고 하는 근로자들의 집단휴가 신청의 사유도 경영권 교체가 예상되는 원고의 임시주주총회에 근로자들이 직접 참석하겠다는 것이었으므로 그 신청 자체가 부당하였다고 보기는 어려운 점, 비상대책위원회는 당시 원고 대표이사 등의 적극적인 협력하에 원고의 경영권과 관련된 각종 법적 신청을 원고 명의로 제기하거나 주식 양수인측의 그와 같은 신청에 대한 원고의 대응조치 등을 주도적으로 진행하여 왔는데, 아직 일부 소송이 종결되지 않은 상황에서 비상대책위원회가 해체되자 그 사무실에 보관되어 있던 소송 관련 서류 및 원고의 이사 소외인의 주권은 모두 원고의 근로자들로 구성된 노동조합이 넘겨받아 계속 보관하고 있으며 그로 인하여 원고에게 손해가 발생하거나 그 주권이 함부로 처분될 가능성은 크지 않은 점, 참가인은 비상대책위원회 해체 후 원직인 장성공장 관리팀으로 복귀하지 않고 있었으나 대기발령이 내려질 무렵에는 복귀한 것으로 보이는 점, 한편 이 사건 대기발령 사유 중에서 참가인의 영업활동과 관련된 부실채권 발생 사실에 대하여는 원고가 대기발령시까지 이를 특별히 문제 삼지 않았던 점, 참가인이 자신에 대한 대기발령 해제 여부를 심의하는 인사위원회에 출석하여 대기발령의 부당성을 주장한 것은 정당한 권리의 행사라고 볼 수 있는 점 등의 여러 사정을 종합해 보면, 참가인에 대한 원고의 대기발령 당시에 이미 그 대기발령 사유가 중하여 사회통념상 원고와 참가인 사이의 고용관계를 계속할 수 없을 정도였다거나 또는 대기발령 기간 중 그와 같은 정당한 해고사유가 확정된 것으로 보기는 어렵다고 하지 않을 수 없고, 따라서 원고의 이 사건 당연퇴직 처분은 인사권 내지 징계권의 남용에 해당하는 것으로 봄이 상당하다.

따라서 이상과 같은 점들을 지적하는 취지가 포함된 피고 및 참가인의 상고이유의 주장은 이유가 있다.

### 3. 결 론

그러므로 원심판결 중 당연퇴직 처분에 관한 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 나머지 상고는 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김황식(재판장) 김영란 이홍훈 안대희(주심)



### <3> 대기발령의 정당성 판단

#### 1 휴직명령의 정당성

☞ 대법원 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결

#### » 요 지 «

1. 휴직근거규정에 의하여 사용자에게 일정한 휴직사유의 발생에 따른 휴직명령권을 부여하고 있다 하더라도 그 정해진 사유가 있는 경우, 당해 휴직규정의 설정목적과 그 실제기능, 휴직명령권 발동의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상, 경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없다거나, 근로제공을 함이 매우 부적당하다고 인정되는 경우에만 정당한 이유가 있다고 보아야 할 것이다.
2. ○○○협동조합중앙회의 인사규정에 '형사사건으로 구속 또는 기소되었을 때에는 판결확정 후 1월까지 명령휴직을 할 수 있다'고 규정되어 있어 원고가 업무상 배임죄로 구속되었다가 검사의 구속취소로 석방되고 불구속 기소되어 무죄판결이 확정되기까지 명령휴직을 받은 경우 위 명령휴직은 원고가 구속된 동안에는 근로의 제공을 할 수 없는 경우에 해당하여 정당하다고 할 것이나, 원고가 석방된 이후에는 사회통념상 합리성을 결여한 처분으로 무효라고 보아야 할 것이다.

\* 원고, 상고인 / 전××, 소송대리인 변호사 김원진

\* 피고, 피상고인 / ○○협동조합중앙회 대표자 회장 정××, 법률상 대리인 이석문

\* 원심판결 / 서울고등법원 2003. 10. 23. 선고 2003나29427 판결

#### » 주 문 «

원심판결의 원고 패소 부분 중 2000.1.1.부터 2001.8.19.까지의 기간에 대한 임금청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원고의 나머지 상고를 기각한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 사실관계

원심이 제1심판결 이유를 인용하여 적법하게 확정된 사실관계 및 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- 가. 원고는 1987.11.3. ○○○협동조합중앙회(이하 '○○'이라 한다)에 신규채용 되어 근무하던 중 1998.8.6. 업무상 배임의 혐의사실로 구속되었는데, 그 혐의사실은 '원고가 ○○

서울지사회에서 금융과장으로 근무하던 중 위 지회 영업부장이던 이××과 공모하여 1997.9월경 주식회사 B농산에 축산발전기금을 대출함에 있어 B농산이 자기부담금을 투자한 사실을 확인하고 충분한 담보를 확보한 후 대출하여 줄 업무상 임무에 위배하여, B농산이 자기부담금 20억원을 투자하였다는 근거가 되는 공사선급금 영수증이 허위로 작성되었을 가능성을 인식하면서도 다른 담보를 확보하지 아니한 채 감정가 12억2,500만원 상당의 부동산만을 담보로 확보하고 36억2,000만원을 대출하여 줌으로써 축협에 위 대출액 상당의 재산상 손해를 가하였다'라는 것이었다.

- 나. ○○의 인사규정 제32조 제3호, 제33조 제3호는 휴직의 종류를 질병휴직, 병역휴직, 명령휴직, 육아휴직, 청원휴직, 유학휴직 등으로 구분하면서, '형사사건으로 구속 또는 기소되었을 때에는 판결확정 후 1월까지 명령휴직을 할 수 있다'고 규정하고 있었는 바, 원고가 위와 같이 구속되자 축협은 1998.8.14. 위 인사규정을 적용하여 원고에게 명령휴직을 하였다.
- 다. 원고는 같은 해 9.1. 검사의 구속취소로 석방된 후 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄로 불구속 기소되자 그 무렵 ○○에 복직을 신청하였으나 ○○은 이를 받아들이지 아니하였다.
- 라. 원고는 위 형사사건의 제1심에서 1998.11.6. 징역 2년 집행유예 3년의, 항소심에서 1999.2.23. 징역 1년 6월 집행유예 3년의 유죄판결을 각 선고받았으나, 대법원은 2001.4.27. 위 항소심판결을 파기환송하였고, 환송 후 항소심은 같은 해 7.20. B농산에 대한 위 대출과 관련하여 원고에게 과실이 있는지 여부는 별론으로 하고 고의로 업무상 임무에 위배한 것은 아니라는 이유로 원고에 대하여 무죄를 선고하였으며, 그 판결은 같은 달 28일 확정되었다.
- 마. 한편, ○○은 1999.1.28. 원고에 대한 변상판정위원회를 개최하였으나 ○○의 손실액이 정확하게 산출될 때 재부의 하도록 한다는 내용의 의결보류결정을 하였다.
- 바. 1999.9.7. 법률 제6018호로 제정되어 2000.7.1.부터 시행된 농업협동조합법에 의하여 설립된 피고는 위 법 부칙 제7조 제1항에 의하여 ○○의 권리, 의무를 포괄적으로 승계하면서 원고를 비롯한 ○○ 직원들에 대한 고용관계도 승계하였다.
- 사. 피고는 원고에 대한 무죄판결이 확정된 후 2001.8.20. 원고를 복직시켰으나, 인사위원회를 개최하여 원고에 대한 징계 및 변상조치 여부를 확정하기 위하여 같은 날 원고에 대하여 대기발령을 하였다가, 2002.1.3. 대기발령 사유가 해소되자 대기발령을 해제하고 원고를 피고의 목포 신안군 지부에서 근무하도록 명하였다.
- 아. 2000.7.1.부터 원고에게 적용되는 피고의 인사규정 제15조 제2항 제1호, 제16조 제1항 제1호는 '형사사건으로 기소되었을 때에는 판결확정 후 1월까지 명령휴직을 할 수 있다'고 규정하고, 제24조 제1항 제4호는 '징계사유에 해당되어 인사위원회에 부의될 때에는 대기발령을 할 수 있다'고 규정하고 있다.
- 자. 원고에게 2001.3.31.까지 적용되던 ○○의 급여규정 제7조 제2항 제6호는 '명령휴직기간 중에는 급여를 지급하지 아니한다'고 규정하고 있고, 원고에게 2001.4.1.부터 적용되는

피고의 직원급여규정 제8조 제2항 제6호, 제4항은 '명령휴직자와 대기발령 중인 직원에 대하여는 고정급여의 80% 해당액을 지급한다'고 규정하고 있는 바, 피고는 2001.4.1.부터 원고에게 적용되는 피고의 직원급여규정에 의하여 같은 날부터 2002.1.2.까지의 명령휴직 및 대기발령의 기간에 대하여 본봉에 직책수당을 합한 고정급여의 80% 해당액을 지급하였다.

## 2. 원심의 판단

원심은 원고가 1998.9.1. 구속취소로 석방된 후에는 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없다거나 근로제공을 함이 매우 부적당하다고 인정되는 경우에 해당하지 않게 되었으므로 원고의 복직신청을 받아들이지 아니하고 명령휴직을 계속하여 유지한 ○○ 및 피고의 조치는 정당한 이유가 없어 무효라고 주장하면서 2000.1.1.부터 2002.1.2.까지의 기간에 대한 미지급 임금의 지급을 구하는 이 사건 청구에 대하여, 위 사실관계에서 나타난 바와 같이, 원고는 업무상 임무에 위배하여 B농산에 대한 축산발전기금의 대출을 실행하여 ○○에 손해를 가하였다는 혐의로 구속되었는데, 원고에게 혐의가 없다는 이유로 구속이 취소된 것이 아닌 점, 위 대출과 관련하여 원고가 제1심과 항소심에서 유죄판결을 선고받은 점, 무죄판결의 사유가 위 대출과 관련하여 원고에게 업무상 배임의 고의가 없다는 것이고 과실의 존부에 대해서는 판단하지 않은 점, 원고에 대한 징계 및 변상조치 여부에 관하여 논의하는 피고의 인사위원회가 개최된 점 등에 비추어 보면, 형사사건으로 기소된 직원에 대하여 명령휴직을 할 수 있다는 축협 및 피고의 인사규정은 구속기소된 경우에만 적용되고 불구속기소된 경우에는 적용되지 않는다고 해석할 수 없고, 따라서 축협과 피고가 원고에게 적용되는 인사규정에 따라 원고에게 한 명령휴직 및 대기발령은 정당하고, 나아가 급여규정에 따라 급여를 제한하여 지급한 것도 정당하다는 이유로, 원고의 청구를 전부 배척하였다.

## 3. 이 법원의 판단

그러나 원심이 원고의 청구를 전부 배척한 조치는 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

### 가. 명령휴직 기간 동안의 임금청구에 대하여

휴직이라 함은 어떤 근로자들을 그 직무에 종사하게 하는 것이 불능이거나 또는 적당하지 아니한 사유가 발생한 때에 그 근로자의 지위를 그대로 두면서, 일정한 기간 그 직무에 종사하는 것을 금지시키는 사용자의 처분을 말하며, 통례적으로 이러한 휴직제도는 사용자의 취업규칙이나 단체협약 등에 의하여 규정되고 있다.

그런데 근로기준법 제30조 제1항에서 사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 휴직하지 못한다고 제한하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 위와 같은 휴직근거규정에 의하여 사용자에게 일정한 휴직사유의 발생에 따른 휴직명령권을 부여하고 있다 하더라도 그 정해진 사유가 있는 경우, 당해 휴직규정의 설정목적과 그 실제기능, 휴직명령권 발동의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상, 경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없다거나, 근로제공을 함이 매우 부적당하다고 인정되는 경우에만 정당한 이유가 있다고 보아야 할 것이다(대법원 1992. 11. 13. 선고 92다16690 판결 참조).

이 사건에서 원고는 1998.8.6. 구속되었다가 같은 해 9.1. 검사의 구속취소로 석방된 후 불구속 기소되었고, ○○과 피고의 인사규정은 ‘형사사건으로 구속 또는 기소되었을 때(○○)’ 또는 ‘형사사건으로 기소되었을 때(피고)’에는 판결확정 후 1월까지 명령 휴직을 할 수 있다고 규정하고 있으므로, 원고가 형사사건으로 구속되었다가 불구속 기소된 이상 ○○이나 피고의 인사규정에서 정한 명령휴직의 사유 그 자체는 발생하였다고 할 것이고, 나아가 36억2,000만원의 손해를 가하였다는 업무상 배임의 혐의사실로 구속된 원고가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없다는 경우에 해당한다고 본 축협이 명령휴직은 원고가 석방되기 전까지는 다른 특별한 사정이 없는 한 정당한 이유가 있다고 볼 수 있을 것이다.

그러나 원고가 1998.9.1. 검사의 구속취소로 석방된 후 재차 구속되지는 않았으므로, 원고가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없다는 경우에는 더 이상 해당하지 않게 되었음이 분명하고, 다만 원고가 근로제공을 함이 매우 부적당하다고 인정되는 경우에 해당하는지 여부만이 문제된다고 할 것인 바, ○○의 인사규정 제34조 제1항은 ‘직원이 복직을 신청한 때에는 특별한 사유가 없는 한 10일 이내에 복직을 명하여야 한다’, 같은 조 제2항은 ‘제1항의 기일 내에 복직을 명하지 아니하였을 때에는 휴직기간의 연장으로 본다’고 규정하고 있고, 원고는 석방된 후 앞서본 바와 같이 ○○에 복직을 신청하였으므로, 명령휴직 규정의 설정목적과 그 실제기능, 명령휴직권 발동의 합리성 여부 및 그로 인하고 원고가 받게 될 신분상, 경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 원고가 상당한 기간에 걸쳐 근로제공을 함이 매우 부적당하다고 인정되는 경우에 한하여 축협이 원고의 복직신청을 받아들이지 아니하고 또 ○○과 피고가 종전의 명령휴직을 계속 유지한 조치가 정당한 이유가 있는 것으로 평가될 수 있을 것이다.

그런데 ○○의 급여규정은 명령휴직기간 중에는 급여를 전혀 지급하지 아니한다고 규정하고 있으므로, 1998.9월경 불구속 기소된 원고에 대하여 2001.7.28. 무죄판결이 확정된 후인 같은 해 8.20.경까지 명령휴직을 계속 유지한 것은 그 실질에 있어 해고나 마찬가지로 볼 수 있고, 한편, ○○의 인사규정은 제35조 제1항에서 ‘근무성적이 극히 불량하거나 근무태도가 심히 불성실한 자(제1호), 징계 부의를 요구 중이거나 징계 부의된 자(제3호), 중대한 부정, 불상 사고와 관련하여 사건의 수습 또는 확대방지에 필요한 경우와 증거를 인멸시킬 우려가 있다고 인정되는 자(제4호), 기타 사무형편상 부득이하다고 인정될 때(7호)’ 등의 하나에 해당하는 때에는 대기를 명할 수 있다고 규정하고 있으며, ○○의 급여규정은 제7조 제3항에서 이러한 대기발령을 받은 자에게는 본봉을 지급한다고 규정하고 있는 바, 비록 원고가 ○○에 36억2,000만원의 손해를 가하였다는 업무상 배임의 혐의사실로 구속되기까지 하였다가 불구속 기소되어 제1심 및 항소심에서 유죄의 판결을 선고받음에 따라 원고에게 축협 또는 피고의 업무를 맡기는 것이 적절하지 않았다고 볼 여지가 있었다고 하더라도, 헌법 제27조 제4항은 ‘형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다’고 규정하고 있고, 원고는 업무상 배임의 고의가 인정되지 않는다는 이유로 궁극적으로 무죄판결을 선고받아 확정되었으며, 더 나아가 원고의 과실이 문제되어 원고가 인사위원회 및 변상판정위원회 등에 회부되기는 하였으나 그 후 원고가 실제로 징계 처분이나 변상처분을 받았다고 볼 자료도 없고, ○○의 인사규정이나 급여규정에 의하면 이 사건 명령휴직 규정에 의하여 명령휴직처분을 받게 된다는 점과 약 3년에 걸친 이 사

건 명령휴직의 기간 등 기록에 나타난 이 사건 명령휴직 규정의 설정목적과 그 실제기능, 명령휴직권 발동의 합리성 여부 및 그로 인하여 원고가 받게 될 신분상, 경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 보면, 원고가 앞서 본 범죄사실로 불구속 기소되었다는 사정만으로 원고가 근로를 제공함이 매우 부적당하다고 판단하여 일체의 근로제공을 하지 못하도록 명령휴직권을 발동한 조치는 사회통념상 합리성을 결여한 처분이라고 아니할 수 없고, 그 후 제1심 및 항소심에서 유죄의 판결이 선고되기는 하였으나 근로의 현실적인 제공에 지장이 없는 집행유예의 판결이었다는 점에 비추어 그러한 판결이 선고되었다는 사정만으로 명령휴직처분에 정당한 이유가 생기는 것이라고 볼 수도 없으며, 나아가 원고가 휴직자에 대하여 본봉에 직책수당을 합한 고정급여의 80% 해당액을 지급한다는 피고의 직원급여규정을 2001.4.1.부터 적용받게 되었다고 하더라도 명령휴직의 사유에 변동이 없는 이상 그러한 사정만으로 원고에 대한 명령휴직처분을 계속 유지하는 것에 정당한 이유가 있다고 보기도 어려우므로, 원고가 구하는 2000.1.1.부터의 기간에 대한 명령휴직은 무효라고 보아야 할 것이다.

그렇다면 원고는 위 2000.1.1.부터 이 사건 대기발령이 있기 전인 2001.8.19.까지는 ○○ 또는 피고의 귀책사유로 인하여 자신의 근로계약상의 의무인 근로제공을 하지 못하게 된 것이라고 볼 수밖에 없으므로, 원고는 위 기간 동안 계속 근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금의 지급을 청구할 수 있다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 원고에 대한 이 사건 명령휴직이 정당하다고 판단하여 원고의 위 기간 동안의 임금청구에 대하여 더 나아가 판단하지 아니한 채 이를 배척하고 말았으니, 원심판결에는 명령휴직의 효력에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 제대로 하지 아니한 위법이 있다고 할 것이고, 이러한 원심의 위법은 판결에 영향을 미쳤음이 분명하다.

#### 나. 대기발령 기간 동안의 임금청구에 대하여

기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위하여는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요불가결하므로, 대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고, 따라서 이러한 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 하며, 이것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 할 수 없고, 대기발령이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 대기발령의 업무상의 필요성과 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교교량, 근로자와의 협의 등 대기발령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지의 여부 등에 의하여 결정되어야 하며, 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 대기발령이 권리남용에 해당되어 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다(대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결 등 참조).

이러한 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 피고의 인사규정은 징계사유에 해당하여 인사위원회에 부의될 때에는 대기발령을 할 수 있다고 규정하고 있고, 원고는 형사사건에서 원

고에게 과실이 있는지 여부는 별론으로 하고 고의로 업무상 임무에 위배한 것은 아니라는 이유로 무죄판결을 선고받았으며, 원고는 징계 및 변상조치 여부를 확정하기 위하여 인사위원회에 부의되었고, 대기발령을 받은 자에게는 본봉에 직책수당을 합한 고정급여의 80%에 해당하는 금액을 지급하도록 되어있는 이 사건에서, 원고가 징계사유에 해당하여 인사위원회에 부의되었음을 이유로 한 피고의 2001.8.20.자 이 사건 대기발령이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당한다고 볼 특별한 사정이 있다고 할 수 없으므로, 위 대기발령은 정당한 인사권의 행사로서 적법하다고 보아야 할 것인 바, 같은 취지에서 위 대기발령 일자부터 그 해제시까지의 기간에 대한 원고의 임금청구를 배척한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 대기발령의 효력에 관한 법리오해 등 상고이유로 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

#### 4. 결 론

그러므로 원심판결이 원고 패소 부분 중 2000.1.1.부터 2001.8.19.까지의 기간에 대한 임금청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 원고의 나머지 상고는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 강신욱(재판장) 변재승 박재윤 고현철(주심)

## 2 불성실한 근무태도로 인한 대기발령의 정당성

☞ 대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두8210 판결

### » 요 지 «

적법한 직위해제 및 대기발령을 받은 참가인으로서 그 기간 중 근무태도를 개선하고 자신의 잘못을 반성하는 등으로 근신하여야 할 것임에도 불구하고, 그 이후에도 직위해제 및 대기발령을 받게 된 가장 중요한 원인인 명예훼손 행위를 수회에 걸쳐 또다시 반복하였을 뿐만 아니라, 더 나아가 원고법인 사무처장에 대한 각종 개인적인 비리 의혹을 무책임하게 마구 제기함으로써 그 명예를 심각하게 훼손한 점, 참가인이 원고 법인 내부에서 차지하고 있는 지위 등에 비추어 볼 때, 원고가 이와 같이 전혀 개선의 정을 보이지 않고 근무태도도 나아졌다고 볼 수 없는 참가인에 대하여 직무수행능력 회복이나 근무태도의 개선 등 직위해제사유가 소멸되어 마땅히 직위를 부여하여야 할 만한 사정이 없다는 이유로 행한 이 사건 면직처분은 결코 원고의 정당한 인사권의 범위를 벗어난 것이라고 볼 수 없다.

\* 원고, 피상고인 : 학교법인 ○○학원 대표자 이사장 김○○

소송대리인 법무법인 로고스 담당변호사 양인평, 백현기, 오세창, 전만수, 김의환

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회 위원장

소송수행자 최정희

\* 피고보조참가인 : 황○○

소송대리인 법무법인 시민종합법률사무소 담당변호사 김남준, 이영직, 전영식, 권숙권, 강기탁

\* 원심판결 : 서울고등법원 2003. 6. 20 선고 2002누2019 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이, 그 나머지 부분은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

#### 1. 직위해제처분에 관하여

가. 직위해제는 일반적으로 근로자가 직무수행능력이 부족하거나 근무성적 또는 근무태도 등이 불량한 경우, 근로자에 대한 징계절차가 진행 중인 경우, 근로자가 형사사건으로 기소된 경우 등에 있어서 당해 근로자가 장래에 있어서 계속 직무를 담당하게 될 경우 예상되는 업무상의 장애 등을 예방하기 위하여 일시적으로 당해 근로자에게 직위를 부

여하지 아니함으로써 직무에 종사하지 못하도록 하는 잠정적인 조치로서의 보직의 해제를 의미하고, 근로자의 과거의 비위행위에 대하여 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 징벌적 제재로서의 징계와는 그 성질이 다르므로, 근로자에 대한 직위해제처분의 정당성은 근로자에게 당해 직위해제사유가 존재하는지 여부나 직위해제에 관한 절차규정을 위반한 것이 당해 직위해제처분을 무효로 할 만한 것이냐에 의하여 판단할 것이다(대법원 2004. 10. 28. 선고 2003두6665 판결 ; 1996. 10. 29. 선고 95누15926 판결 등 참조).

- 나. 원심은 제1심 판결이유를 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고 법인이 운영하는 ○○대학교 부설기관인 ○○대학교 전자계산교육원(이하 '전산원'이라 한다)의 교학과장으로 근무하던 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)이 새로 부임한 원고 법인 사무처장 겸 전산원장에 대하여 폭언과 명예훼손 등의 행위를 한 것은 전산원장이 추진하던 전산원 구조조정에 대한 반발에서 비롯된 것이지만, 당시 전산원이 처한 여러 가지 상황에 비추어 볼 때 구조조정의 필요성이 제기될 만한 문제가 있었던 것으로 인정된다고 할 것인데, 그와 같이 전산원의 운영이 어려운 상황에서 전산원 내부의 사무행정에 있어 중요한 역할을 담당하는 참가인이 구조조정에 대하여 불만을 품고 상급자인 전산원장에게 폭언을 하고 학교 통신망인 전자게시판에 전산원장을 비방하는 글을 게재하는 등의 명예훼손 행위를 하였을 뿐만 아니라 이사장을 면담하기 위하여 근무시간 중에 다른 직원들을 선동하여 근무지를 이탈한 것은 원고 법인의 정관 제48조 제2항 제1호 소정의 직위해제처분의 사유인 '직원으로서의 근무태도가 심히 불성실한 경우'에 해당한다고 할 것이고, 거기에 참가인의 업무상 착오로 원고 법인의 예산에서 훈련비를 지급하게 함으로써 원고 법인에 재산상 손해를 입힌 것, 시설임대료 등의 수입 및 지출의 투명성을 확보하지 아니한 것, 전산원장의 인장을 임의로 사용한 것 등의 다른 사유들까지 보태어 보면 원고의 참가인에 대한 직위해제 및 대기발령은 위 정관규정에 따라 이루어진 정당한 인사조치라고 판단하였다.

기록에 비추어 보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 위 법리에 따른 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 상고이유 주장과 같은 사실오인 또는 직위해제처분의 정당성에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

## 2. 면직처분에 관하여

- 가. 단체협약 또는 취업규칙 등에 '직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자 또는 직원으로서 근무태도가 심히 불성실한 자' 등과 같이 직위해제 또는 대기발령을 명할 수 있는 사유를 규정하는 한편, 대기발령기간 중 직위해제의 사유가 소멸 또는 해소된 때에는 지체없이 직위를 부여하되, 대기발령 또는 직위해제처분을 받은 자가 그 기간 중 능력의 향상 또는 개전의 정이 없다고 인정되는 경우에는 징계위원회의 동의를 얻어 면직할 수 있다는 규정을 두고 있는 경우, 위와 같은 규정에 의하여 행하여지는 직위해제처분과 그에 이은 면직처분은 이를 일체로서 관찰할 때 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 따라 근로계약 관계를 종료시키는 것으로서 실질상 해고에 해당한다고 할 것이므로 그 처분에 있어서는 근로기준법에 의한 제한을 받는다고 보아야 할 것이다. 그리고 위와 같은 규정에 의하여 대기발령 또는 직위해제처분이 정당하



게 이루어진 다음 그 대기발령기간 중 직무수행능력을 회복하거나 근무태도를 개선하는 등으로 직위해제사유가 소멸되지 않아 대기발령 또는 직위해제처분을 받은 자가 그 기간 중 능력의 향상 또는 개전의 정이 없다고 인정되는 경우에는 위와 같은 인사규정에 따라 행하여진 직위해제처분에 이은 면직처분은 인사권 내지 징계권의 남용에 해당한다고 할 수 없다고 할 것이다(대법원 1995. 12. 5 선고 94다43351 판결 등 참조).

- 나. 원심은 그 판시 사실을 인정한 다음, 적법한 직위해제 및 대기발령을 받은 참가인으로서 그 기간 중 근무태도를 개선하고 자신의 잘못을 반성하는 등으로 근신하여야 할 것임에도 불구하고, 그 이후에도 직위해제 및 대기발령을 받게 된 가장 중요한 원인인 명예훼손 행위를 수회에 걸쳐 또 다시 반복하였을 뿐만 아니라, 더 나아가 원고법인 사무처장에 대한 각종 개인적인 비리 의혹을 무책임하게 마구 제기함으로써 그 명예를 심각하게 훼손한 점, 참가인이 원고 법인 내부에서 차지하고 있는 지위 등에 비추어 볼 때, 원고가 이와 같이 전혀 개전의 정을 보이지 않고 근무태도도 나아졌다고 볼 수 없는 참가인에 대하여 직무수행능력 회복이나 근무태도의 개선 등 직위해제 사유가 소멸되어 마땅히 직위를 부여하여야 할 만한 사정이 없다는 이유로 행한 이 사건 면직처분은 결코 원고의 정당한 인사권의 범위를 벗어난 것이라고 볼 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단도 위 법리에 따른 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 상고이유 주장과 같은 사실오인 또는 징계권의 남용에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

### 3. 재심절차 규정의 위반 여부

- 가. 취업규칙의 하나인 인사규정의 작성·변경에 관한 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라 인사규정을 작성·변경할 수 있고, 원칙적으로 인사규정을 종전보다 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우가 아닌 한 당해 사업장 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자 과반수의 동의를 받지 아니하고 인사규정을 변경하였다고 하여 그 인사규정의 효력이 부정될 수는 없다(대법원 1999. 6. 22. 선고 98두 6647 판결 등 참조). 그리고 취업규칙 위반행위시와 징계처분시에 있어서 서로 다른 내용의 취업규칙이 있는 경우, 다른 특별한 사정이 없는 한 해고 등의 의사표시는 의사표시의 시점에 시행되고 있는 신 취업규칙 소정의 절차에 따라 행하면 족하다고 할 것이다(대법원 1994. 12. 13. 선고 94다27960 판결 참조).

- 나. 원심은, 참가인이 이 사건 면직처분에 대하여 재심청구를 할 당시 시행 중이던 원고 법인의 '일반직원 재심위원회 조직·운영 규정'(이하 '구 규정'이라 한다)은 '직원재심위원회의 재심위원은 법관·검사 또는 변호사의 직에 있는 자, 대학에서 법률학을 담당한 조교수 이상의 직에 2년 이상 근무하고 있는 자 또는 당해 학교의 법인 이사 중에서 이사회 의 결을 거쳐 선임하되 이사장이 위촉한다'고 규정하고 있는 사실, 그럼에도 불구하고 원고는 구 규정에 의하여 참가인에 대한 재심위원회를 구성하지 않고, 참가인의 재심청구 이후인 2000.10.6. 원고 법인 이사회에서 참가인에 대한 재심위원회를 구 규정과는 달리 '2명의 원고 법인 이사와 교수·직원·변호사 각 1명'으로 구성하되, 그 세부교칙은 원고 법인의 이사장이 정하도록 의결하고, 그에 따라 재심위원회를 구성한 사실, 그런데

2000.10.27. 열린 제1차 재심위원회에서 참가인이 구 규정을 제시하며 재심위원 중 교수 및 직원은 재심위원 자격이 없으므로 재심위원회의 구성이 위법하다고 주장하면서 이의를 제기하자, 원고는 2000.10.31. 위 이사회에서 의결한 바와 같이 직원재심위원회는 원고 법인 이사 2명과 교수·직원·변호사 각 1명으로 구성한다는 취지의 '법인직원 재심위원회 규칙'(이하 '신 규칙'이라 한다)을 새로 제정하여 그 근거를 마련하고, 종전과 같은 인적 구성으로 2000.11.27 제2차 재심위원회를 열어 참가인의 재심청구의 당부를 심리한 다음 2000.12.6. 제3차 재심위원회에서 참가인의 재심청구를 기각한 사실을 인정한 다음, 구 규정과 신 규칙은 모두 근로자의 해고 기타 대우에 관한 근로조건인 불이익처분에 대한 재심절차에 관한 규정으로서, 사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙에 해당한다고 할 것인데, 신 규칙이 구 규정상의 재심위원 중 '대학에서 법학을 담당한 조교수 이상의 직에 2년 이상 근무하고 있는 자'를 제외하고 '교수 및 직원'을 추가함으로써 근로자의 입장을 대변할 수 있는 직원도 재심위원으로 선임하도록 규정하고 있어 신 규칙이 구 규정에 비하여 근로자에게 불리한 변경이라고 단정할 수는 없으므로 신 규칙의 효력을 부정할 수는 없고, 따라서 참가인이 재심청구를 한 후 원고가 새로 제정한 신 규칙에 따라 재심위원회를 구성하여 재심절차를 진행하였다고 하더라도 그러한 사유만으로 바로 참가인에 대한 면직처분이 적법한 절차를 준수하지 않은 위법한 것이 되지는 않는다고 판단하였다.

원심의 위와 같은 판단은 위에서 본 법리에 따른 것으로서 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 취업규칙의 불이익 변경 등에 관한 법리오해의 위법이 없다.

- 다. 기록에 의하면, 구 규정 제4조는 '재심위원회는 재심청구서를 접수한 때에는 30일 이내에 이를 심사하여야 한다'고 규정하고 있는 반면, 신 규칙은 위와 같은 규정을 두지 않고 있는 사실을 알 수 있는바, 인사규정 등에 위와 같은 재심사기간을 두는 취지는 징계절차를 빨리 확정함으로써 근로자의 불안정한 신분상태를 조속히 해소하려는 데에 있다고 할 것이어서 단순한 훈시규정에 그친다고 할 수는 없지만, 그렇다고 하여 그와 같은 규정을 강행규정이라고 볼 수도 없으므로, 이 사건에서와 같이 재심위원회가 상당한 기간 내에 재심위원회를 열어 재심사유를 심리한 다음 재심의결을 하였다면 인사규정 등에서 정한 재심사기간이 경과한 후 재심의결을 하였다는 이유만으로 그 재심결정이 무효가 된다고 할 수 없다. 이에 관한 상고이유도 받아들일 수 없다.

#### 4. 원징계절차 규정의 위반 여부

- 가. 징계처분에 대한 재심절차는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계과정 전부에 관하여 판단되어야 할 것으로, 원래의 징계과정에 절차위반의 하자가 있더라도 재심 과정에서 보완되었다면 그 절차위반의 하자는 치유된다(대법원 1999. 3. 26. 선고 98두4672 판결 등 참조).

- 나. 피고가 원심에서 이 사건 징계절차에는 구성 등에 관한 절차상의 하자가 있으므로 이 사건 면직처분은 그 효력이 없다는 주장을 하였음에도 불구하고 원심이 위와 같은 피고의 주장에 대한 판단을 전혀 하지 않아 원심판결에 판단유탈의 위법이 있다고 할 것임은 상고이유 주장과 같지만, 이 사건 징계절차에 상고이유 주장과 같이 징계위원회 구성

등에 관한 절차상의 하자가 있다고 하더라도, 참가인이 이 사건 면직처분에 대한 재심을 청구하고 그재심절차가 위에서 본 바와 같이 적법하게 이루어진 이상 징계절차상의 하자는 치유된다고 할 것이므로, 원심의 위와 같은 판단유탈의 위법은 판결 결과에 영향을 미치지 못한다고 할 것이어서, 이에 관한 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

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

대법관 배기원(재판장) 이강국 김용담(주심)

## <4> 대기발령의 절차적 정당성 판단 등

### 1 대기발령의 절차

☞ 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다64833 판결

#### » 요 지 «

1. 대기발령 등 근로자에게 불이익한 처분이라도 취업규칙이나 인사관리규정 등에 징계처분의 하나로 규정되어 있지 않다면, 이는 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속하는 인사명령의 범주에 속하는 것이라고 보아야 하고, 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 한다. 따라서 위와 같은 처분은 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 단지 징계절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 위법하다고 할 수는 없다. 한편 사용자의 인사명령에 속하는 불이익한 처분이 대기발령이나 보직의 해제와 같은 잠정적 처분인지, 전보 등 확정적 처분인지는 명칭과 상관없이 처분이 이루어진 구체적인 경위, 그로 인한 근로자 지위의 변화, 변경된 근로의 내용, 업무의 지속성 여부, 처분 당시 사용자의 의사 등 제반 사정을 종합하여 판단할 것이다.
2. 대기발령과 같은 잠정적인 인사명령이 명령 당시에는 정당한 경우라고 하더라도, 그러한 명령의 목적과 실제 기능, 유지의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 그 기간은 합리적인 범위 내에서 이루어져야 한다. 따라서 대기발령 등의 인사명령을 받은 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없거나 근로제공을 함이 매우 부적당한 경우가 아닌데도, 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 잠정적 지위의 상태로 유지하는 것은 특별한 사정이 없는 한 정당한 이유가 있다고 보기 어려우므로 그와 같은 조치는 무효라고 보아야 한다. 그리고 위와 같은 법리는, 대기발령처럼 근로자에게 아무런 직무도 부여하지 않아 근로의 제공을 할 수 없는 상태에서 단순히 다음 보직을 기다리도록 하는 경우뿐 아니라, 당해 근로자의 기존의 직무범위 중 본질적인 부분을 제한하는 등의 방식으로 사실상 아무런 직무도 부여하지 않은 것과 별 차이가 없는 경우 등에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다.
3. 갑 학교법인 산하 의과대학 교수이자 대학병원의 전문의인 을에 대한 진료정지처분이 처분 당시에는 정당한 인사권의 범위 내에 속하였지만, 을의 직능과 직책, 진료정지처분에 의한 을의 직무 제한의 정도 및 을이 입게 된 불이익의 내용, 잠정적인 인사명령 상태가 지속된 기간 등을 고려하면, 갑 법인이 진상조사위원회 조사를 거쳐 을에게 연구전담교수로의 전환을 제안하기 훨씬 전에 을을 원래의 지위로 복귀시키거나 다른 보직을 부여하는 확정적인 처분을 하였어야 함이 타당하므로, 갑 법인이 위 처분을 부당하게 장기간 유지한 것은 위법하다.

\* 원고, 피상고인 겸 상고인 : 원고

\* 피고, 상고인 겸 피상고인 : 학교법인 ○○학원

\* 원심판결 : 서울고등법원 2012. 6. 22. 선고 2011나8616 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 각자가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 이 사건 진료정지처분의 성격에 관하여

가. 대기발령 등 근로자에게 불이익한 처분이라도 취업규칙이나 인사관리규정 등에 징계처분의 하나로 규정되어 있지 않다면, 이는 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속하는 인사명령의 범주에 속하는 것이라고 보아야 하고, 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 한다. 따라서 위와 같은 처분은 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 단지 징계절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 위법하다고 할 수는 없다(대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결, 대법원 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결 등 참조). 한편 사용자의 인사명령에 속하는 불이익한 처분이 대기발령이나 보직의 해제와 같은 잠정적 처분인지, 전보 등 확정적 처분인지는 그 명칭과 상관없이 처분이 이루어진 구체적 경위, 그로 인한 근로자 지위의 변화, 변경된 근로의 내용, 업무의 지속성 여부, 처분 당시 사용자의 의사 등 제반 사정을 종합하여 판단할 것이다.

나. 원심은, 이 사건 진료정지처분은 원고의 환자 진료만을 정지시키는 것일 뿐 대학교수나 임상교원이라는 신분상 지위에 변동은 초래한 것이 아니고, 피고 병원의 인사규정 등은 진료정지처분을 징계의 종류에 포함시키고 있지도 않은 점 등 그 판시와 같은 사정들을 이유로, 이 사건 진료정지처분은 일반적인 인사권의 범위에 포함되는 직무명령 또는 인사명령일 뿐 징계처분에 해당하지는 않는다고 판단하였다. 그리고 원고는 이 사건 진료정지처분으로 인하여 임상교원으로서의 지위를 유지하면서도 그 본질적 근로 내용인 진료를 제한받고 있으므로, 이 사건 진료정지처분은 원고의 근로 종류나 내용을 확정적으로 변경하는 것이 아니라 그 근로 내용을 잠정적으로 변경하는 것에 불과하여 원고의 피고 병원 의사로서의 지위에 관한 한은 대기발령과 유사한 처분이라고 봄이 옳다고 판단하였다.

이에 대한 원고의 상고이유 주장은 이 사건 진료정지처분은 실질적으로 징계처분이라고 보아야 한다는 취지이고, 반면 피고의 상고이유 주장은 이 사건 진료정지처분은 원고를 진료업무에서 배제시키는 배치전환과 유사한 것으로서 잠정적인 처분이 아니라 확정적인 전직처분이라는 취지이다.

다. 기록에 의하면 이 사건 진료정지처분 당시 피고는 원고에 대한 추가적인 인사조치를 예정하고 있었던 것으로 보이므로, 위에서 본 법리에 비추어 볼 때 원심이 이 사건 진료정지처분은 징계처분이 아니라 잠정적인 인사명령 처분에 해당한다고 본 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 위 각 상고이유의 주장과 같은 법리오해 등의 위법이

있다고는 인정되지 않는다. 따라서 이 점에 관한 쌍방의 상고이유의 주장은 모두 이유 없다.

## 2. 진료정지처분의 절차 등에 관하여

근로자에 대한 전직·전보처분, 대기발령 등의 인사명령이 정당한 인사권의 범위 내에서 한 것인지 여부는 당해 인사명령의 업무상의 필요성과 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하고, 근로자 본인과의 협의 등 그 처분을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다(대법원 2005. 2. 18. 선고 2003다 63029 판결, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결 등 참조).

원심은, 피고 병원의 적정진료평가위원회에서 원고의 진료가 부적절하다고 평가하였고, 이 사건 진료정지처분이 원고의 근로 내용을 잠정적으로 변경하는 것에 불과한 것인 점 등 그 판시와 같은 사정들을 이유로, 위 처분으로 인한 원고의 여러 불이익을 감안하더라도 피고 병원으로서는 의료사고를 대비하기 위해서라도 미리 원고에 대하여 진료정지처분을 할 필요성이 있었다고 봄이 옳다고 판단하였다. 또한 원심은, 원고가 피고 병원의 인사위원회에 참석할 것을 미리 통보받았고 문제되는 환자의 진료 경위 등에 관한 진술서를 준비하여 위 인사위원회에서 자신의 의견을 진술하기도 하였던 점 등 그 판시와 같은 사정들을 이유로, 피고로서는 이 사건 진료정지처분을 함에 있어 신의칙상 요구되는 절차도 모두 거쳤다고 보았다. 나아가 원심은, 결국 위와 같은 여러 사정들을 종합하여 보면 이 사건 진료정지처분은 적어도 그 처분 당시에는 정당한 인사권의 범위 내에 속하였다고 봄이 옳다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이 부분 원심의 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 원고가 상고이유로 주장하는 바와 같이 관련 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것은 없다.

## 3. 잠정적 인사명령의 한계 등에 관하여

가. 대기발령과 같은 잠정적인 인사명령이 그 명령 당시에는 정당한 경우라고 하더라도, 그러한 명령의 목적과 실제 기능, 그 유지의 합리성 여부 및 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익 등 구체적인 사정을 모두 참작하여 그 기간은 합리적인 범위 내에서 이루어져야 한다. 따라서 대기발령 등의 인사명령을 받은 근로자가 상당한 기간에 걸쳐 근로의 제공을 할 수 없거나 근로제공을 함이 매우 부적당한 경우가 아닌데도, 사회통념상 합리성이 없을 정도로 부당하게 장기간 동안 잠정적 지위의 상태로 유지하는 것은 특별한 사정이 없는 한 정당한 이유가 있다고 보기 어려우므로 그와 같은 조치는 무효라고 보아야 한다(대법원 2007. 2. 23. 선고 2005다3991 판결 참조). 그리고 위와 같은 법리는, 대기발령처럼 근로자에게 아무런 직무도 부여하지 않아 근로의 제공을 할 수 없는 상태에서 단순히 다음 보직을 기다리도록 하는 경우뿐 아니라, 당해 근로자의 기존의 직무범위 중 본질적인 부분을 제한하는 등의 방식으로 사실상 아무런 직무도 부여하지 않은 것과 별 차이가 없는 경우 등에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다.

나. 원심에 이르기까지 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음 사실을 알 수 있다. 즉 원고는 피고 산하 의과대학 교수이자 대학병원의 산부인과 전문의로서 교수의 지위

와 임상 의사의 지위를 겸하고 있지만 주된 업무는 의사로서의 진료이고 대학에서 강의를 맡은 것은 학기당 10시간도 채 되지 않는 정도였다. 이 사건 진료정지처분에도 불구하고 원고는 임상교원으로서의 지위를 유지하여 강의나 연구활동을 할 수는 있었지만 종전 직무 중 가장 핵심적인 부분인 진료를 하지 못하게 되었고, 아울러 진료를 기초로 한 연구활동도 사실상 어렵게 되었다. 또한 진료수당 부지급, 호봉승급 배제 등의 급여상의 불이익도 받게 되었다. 그런데도 피고는 이 사건 진료정지처분으로써 2009.10.1.부터 원고의 진료를 정지시킨 뒤, 그로부터 6개월이나 지난 2010.3.30.부터 실질적인 조사를 위한 진상조사위원회 활동을 시작하였다. 위 진상조사위원회가 2010.8.30.까지 5개월간 조사를 하여 2010.10.1.경 원고가 진료를 담당하는 것이 부적절하다는 의견을 내놓은 뒤에도, 피고는 2010.11.29.에야 원고에게 연구전담교수로의 전환을 제안하면서 2010.12.10.까지 의견을 제시하라고 통보하였다.

와 같은 원고의 직능과 직책, 이 사건 진료정지처분에 의한 원고의 직무 제한의 정도 및 원고가 입게 된 불이익의 내용, 잠정적인 인사명령 상태가 지속된 기간 등을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고가 위와 같은 조사를 거쳐 원고에게 연구전담교수로의 전환을 제안하기 훨씬 전에 원고를 원래의 지위로 복귀시키거나 다른 보직을 부여하는 확정적인 처분을 하였어야 마땅하다. 따라서 적어도 원심이 인정한 위 2010.12.10. 이후에는 잠정적인 처분에 불과한 이 사건 진료정지처분 상태를 지속할 합리적인 이유가 있다고 볼 수 없다. 원심이 같은 취지에서, 2010.12.11. 이후에도 피고가 이 사건 진료정지처분을 유지한 것은 위법하다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고의 상고이유 주장과 같은 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

#### 4. 결론

이에 관여 대법관의 일치된 의견으로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 각자가 부담하도록 하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 김창석(재판장) 양창수 박병대(주심) 고영한

## 2 근로자와 협의를 거치지 않은 대기발령

☞ 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결

### » 요 지 «

1. 인사규정은 보직을 해임하고 대기발령을 할 수 있는 사유에 관하여 규정하고 있고, 대기발령의 형식 및 절차에 관하여는 인사규정은 물론 취업규칙, 단체협약 등에서도 아무런 정함이 없으며, 대기발령은 인사권자의 인사권에 속하는 사항이므로 그 사유를 명시하지 않았다고 하여 그 자체로 대기발령이 무효로 된다고는 할 수 없다.
2. 기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위하여는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요불가결하므로, 대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고, 따라서 이러한 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 하며, 이것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 할 수 없고, 대기발령이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 대기발령의 업무상의 필요성과 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교교량, 근로자와의 협의 등 대기발령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지의 여부 등에 의하여 결정되어야 하며, 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 대기발령이 권리남용에 해당되어 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다.

\* 원고, 상고인 : 임×익

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 주식회사 신○○

\* 원심판결 : 서울고등법원 2000. 9. 1. 선고 99누7908 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

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



## 1. 이 사건 대기발령이 그 사유를 밝히지 아니하여 부당한 것인지 여부에 관하여

기록에 의하면, 피고보조참가인 회사(이하 '참가인 회사'라고 한다)의 인사규정 제16조는 보직을 해임하고 대기발령을 할 수 있는 사유에 관하여 규정하고 있고, 대기발령의 형식 및 절차에 관하여는 위 인사규정은 물론 취업규칙, 단체협약 등에서도 아무런 정함이 없으며, 대기발령은 인사권자의 인사권에 속하는 사항이므로 그 사유를 명시하지 않았다고 하여 그 자체로 대기발령이 무효로 된다고는 할 수 없다.

같은 취지의 원심의 판단은 수긍이 되고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 심리미진이나 채증법칙 위배 등의 위법이 없다.

이 부분 상고이유는 받아들일 수 없다.

## 2. 이 사건 대기발령이 사직서 미제출에 따른 보복조치로서 한 것인지 여부에 관하여

원심은, 원고가 1998.1.9. 참가인 회사로부터 보직해임과 대기발령을 받은 것은 아무런 정당한 이유 없는 참가인 회사의 사직서 제출 요구에 불응한 데 대한 보복조치로서 이루어진 것이므로 부당하다는 주장에 대하여, 위 대기발령이 그 주장과 같은 보복조치로서 이루어진 것임을 인정할 증거가 없고, 오히려 그 판시와 같은 사실인정에 터잡아 참가인 회사는 인사규정 제16조에 따라 원고를 대기발령을 한 것이라고 판단하였다.

관계 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 수긍이 되고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 심리미진이나 채증법칙 위배 등의 위법이 없다.

이 부분 상고 이유 역시 받아들일 수 없다.

## 3. 이 사건 대기발령의 정당성 여부에 관하여

가. 기업이 그 활동을 계속적으로 유지하기 위하여는 노동력을 재배치하거나 그 수급을 조절하는 것이 필요불가결하므로, 대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고, 따라서 이러한 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 하며, 이것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 할 수 없고, 대기발령이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 대기발령의 업무상의 필요성과 그에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교교량, 근로자와의 협의 등 대기발령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지의 여부 등에 의하여 결정되어야 하며, 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 대기발령이 권리남용에 해당되어 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다(대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 판결, 1999. 8. 20. 선고 99두1984 판결 등 참조).

나. 원심은, 그 채용한 증거들에 의하여, (1) 참가인 회사는 1991년의 대두 수입자유화 조치 이래로 상품재고 증가, 공장가동률 저하 등으로 말미암아 경영상태 악화와 수익률 저하가 지속되다가, 1997년 말경의 IMF체제하에서의 환율과 금리 급등으로 인하여 1997. 사

업연도의 당기순손실이 178억원에 이르는 등 기업이 존폐의 위기에 몰리게 되었고, (2) 참가인 회사는 경영난 타개를 위하여 신규사원의 채용 및 촉탁직원의 재계약 금지, 인력의 재배치, 한계사업의 정리, 조업 중단, 임금 반납, 각종 경비절감 등의 조치를 취하였으며, (3) 참가인 회사는 그 노동조합과의 합의에 의하여 인사고과, 징계전력, 현 직급에서의 승진 가능성 유무, 현 부서에서의 보직 유무 등을 감안하여 구조조정 대상자를 선정하기로 하는 '사직서 수리기준'(정리해고 기준)을 정하여 인원감축을 추진하였는데, 원고가 그 기준에 해당되었고, 이와 더불어 기구개편을 단행하여 개발본부를 폐지하고 개발사업부를 설치하였다가 다시 개발사업부를 폐지하고 생산본부 직속의 개발담당과 소비자 상담담당으로 축소하였는데 원고는 위 기구개편으로 인하여 담당업무가 없어지게 되었고, (4) 참가인 회사의 인사규정 제16조(보직해임 및 대기)는 “다음 각 호에 해당하는 사원은 보직을 해임하고 대기발령할 수 있다. 1. 기구의 개편으로 인사관리상 부득이할 때, 2. 당해 직무를 수행할 능력이 현저히 부족하다고 인정된 때, 3. 부정행위 또는 불상사를 야기하였을 때, 4. 대기발령 부서는 해당사원의 인사권이 있는 본사 인사담당 부서로 한다.”라고 규정하고 있는 사실을 각 인정한 후, 이러한 사정을 종합하여 보면, 이 사건 대기발령은 참가인 회사의 인사규정 제16조제1호에 근거한 것으로서 그 상당성이 있고 대기발령 선정기준도 합리성과 공정성을 가지고 있으므로 이 사건 대기발령은 정당하고, 참가인 회사가 1997. 말경 경영위기에 처하였고, 그 노동조합과의 사이에 사직서 수리기준에 관하여 협의를 마치는 등 원고에 대한 대기발령을 할 수 있는 실질적인 요건들이 갖추어져 있었을 뿐 아니라 원고가 위 사직서 수리기준의 1순위 대상자에 해당되는 점을 고려하면 참가인 회사가 원고를 대기발령함에 있어서 근로자 본인과 사전 협의를 거치지 않은 절차상의 하자가 있었다고 하더라도 그 사정만으로 이 사건 대기발령이 무효라고는 할 수 없다고 판단하였다.

기록과 위 법리에 비추어 관계 증거들을 살펴보면, 이러한 원심의 사실인정과 판단은 수긍이 되고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배나 심리미진, 법리오해 또는 법령위반 등의 위법이 없다.

이 부분 상고이유도 받아들일 수 없다.

#### 4. 결 론

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

대법관 이규홍(재판장) 송진훈 변재승(주심) 윤재식

### 3 대기발령 실효 시 구제이익

☞ 대법원 2010. 7. 29. 선고 2007두18406 판결

#### » 요 지 «

직위해제처분은 근로자로서의 지위를 그대로 존속시키면서 다만 그 직위만을 부여하지 아니하는 처분이므로 만일 어떤 사유에 기하여 근로자를 직위해제한 후 그 직위해제 사유와 동일한 사유를 이유로 징계처분을 하였다면 뒤에 이루어진 징계처분에 의하여 그 전에 있었던 직위해제처분은 그 효력을 상실한다.

여기서 직위해제처분이 효력을 상실한다는 것은 직위해제처분이 소급적으로 소멸하여 처음부터 직위해제처분이 없었던 것과 같은 상태로 되는 것이 아니라 사후적으로 그 효력이 소멸한다는 의미이다. 따라서 직위해제처분에 기하여 발생한 효과는 당해 직위해제처분이 실효되더라도 소급하여 소멸하는 것이 아니므로, 인사규정 등에서 직위해제처분에 따른 효과로 승진·승급에 제한을 가하는 등의 법률상 불이익을 규정하고 있는 경우에는 직위해제처분을 받은 근로자는 이러한 법률상 불이익을 제거하기 위하여 그 실효된 직위해제처분에 대한 구제를 신청할 이익이 있다.

\* 원고, 상고인 : 원고

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고등법원 2007. 8. 14. 선고 2007누872판결

\* 판결선고 : 2010.07.29.

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

직위해제처분은 근로자로서의 지위를 그대로 존속시키면서 다만 그 직위만을 부여하지 아니하는 처분이므로 만일 어떤 사유에 기하여 근로자를 직위해제한 후 그 직위해제 사유와 동일한 사유를 이유로 징계처분을 하였다면 뒤에 이루어진 징계처분에 의하여 그 전에 있었던 직위해제처분은 그 효력을 상실한다(대법원 1997. 9. 26. 선고 97다25590 판결 등 참조).

여기서 직위해제처분이 효력을 상실한다는 것은 직위해제처분이 소급적으로 소멸하여 처음부터 직위해제처분이 없었던 것과 같은 상태로 되는 것이 아니라 사후적으로 그 효력이 소멸한다는 의미이다. 따라서 직위해제처분에 기하여 발생한 효과는 당해 직위해제처분이 실효되더라도 소급하여 소멸하는 것이 아니므로, 인사규정 등에서 직위해제처분에 따른 효과로

승진·승급에 제한을 가하는 등의 법률상 불이익을 규정하고 있는 경우에는 직위해제처분을 받은 근로자는 이러한 법률상 불이익을 제거하기 위하여 그 실효된 직위해제처분에 대한 구제를 신청할 이익이 있다.

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

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

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

이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

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

대법관 양창수(재판장) 양승태 김지형(주심) 전수안

## 2. 전직과 전보

### <1> 전직처분의 정당성 판단

#### 1 전직 처분의 권리남용 판단 기준

☞ 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다46969 판결

#### » 요 지 «

근로자에 대한 전직이나 전보처분은 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류·내용·장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수도 있으나, 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 인정하여야 하고, 그것이 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고·휴직·정직·감봉 기타 징벌을 하지 못하도록 하는 근로기준법 제23조 제1항에 위배되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 전직처분 등이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지의 여부는 당해 전직처분 등의 업무상의 필요성과 전직에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하고, 근로자가 속하는 노동조합(노동조합이 없으면 근로자 본인)과의 협의 등 그 전직처분을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다.

#### » 전 문 «

【원고, 상고인】 별지 원고 명단 기재와 같다. (소송대리인 변호사 권영국 외 1인)

【피고, 피상고인】 주식회사 ○○○ 외 2인 (소송대리인 법무법인(유한) 태평양 담당변호사 이정한 외 2인)

【원심판결】 서울고등법원 2014. 6. 11. 선고 2013나31528 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들이 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 도과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 이를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

#### 1. 주위적 청구에 관한 상고이유에 대하여

원심은, 피고 주식회사 ○○○(이하 ‘피고 ○○○’라고만 한다)가 20년 이상 근속한 원고들을 비롯한 직원들을 대상으로 명예퇴직신청 및 피고 ○○○가 출자하고 100번 콜센터 업무를 위탁한 주식회사 ○○○○콜, 주식회사 ○○○씨, 주식회사 ○○○○(이하 이들 회사를

‘콜법인’이라 통칭한다)로의 입사 지원을 받는 과정에서, 피고 ○○○가 존재하는 한 Customer Service 업무(고객 민원상담업무, 이하 ‘CS 업무’라고만 한다)는 필요하다고 하면서 콜법인에서의 고용보장기간 3년이 경과한 후에도 피고 ○○○가 콜법인에 CS 업무위탁을 계속하여 원고들의 지속적인 근무가 가능한 것처럼 기망하였거나, 원고들이 이 사건 공모를 통하여 피고 ○○○가 콜법인에 대한 CS 업무위탁을 회수하지 않을 것이라는 착오에 빠져 이 사건 명예퇴직 신청을 한 것이므로, 피고 ○○○의 위 기망행위 또는 원고들의 착오를 이유로 위 명예퇴직의 의사표시를 취소한다는 원고들의 주장에 대하여, 그 판시 사정을 종합할 때 피고 케이티가 위 명예퇴직 및 콜법인으로의 입사 지원을 받는 과정에서 중요한 사항에 관하여 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지하였다고 보기 어렵고, 원고들이 이 사건 명예퇴직 당시 피고 ○○○가 CS 업무를 콜법인에 계속 위탁할 것이라는 점을 이 사건 명예퇴직에 있어 그 내용으로 삼았다는 점을 인정할 증거가 없으며 이러한 점이 법률행위의 중요 부분에 해당한다고 볼 수도 없다는 이유로, 원고들의 취소 주장을 배척하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 사기 또는 착오에 의한 의사표시의 취소에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 위법이 없다.

## 2. 예비적 청구에 관한 상고이유 제1 내지 3점에 대하여

가. 원심판결 이유 및 기록에 의하면, ① 2007. 1. 1. 개정된 콜법인의 보수규정 및 보수규정 시행세칙(이하 ‘콜법인 보수규정’이라고만 한다)은 콜법인의 직원들에 대하여 보수 지급기준을 정하고 직급급, 직무급별로 단계별 기준연봉표를 두되(이하 ‘콜법인 일반 보수규정’이라 한다), 2007. 1. 1.자 전적전환된 사원에 대한 보수는 직전회사(피고 ○○○를 가리킨다)에서 지급한 보수(2006. 11. 30. 기준)의 70%를 3년 동안 지급하고, 그 이후의 연봉체계는 별도 기준을 정하여 시행한다는 내용의 단서규정(이하 ‘이 사건 단서규정’이라 한다)을 둔 사실, ② 피고 ○○○는 2008. 10. 2.부터 2009. 7. 2.까지 피고 ○○○의 20년 이상 장기근속 직원들을 대상으로 ‘콜법인에서 받게 될 연봉수준은 2007년 피고 ○○○ 연봉을 기준으로, 정년 잔여기간이 4년 이상인 경우에는 70%, 정년 잔여기간이 4년 미만인 경우에는 65%를 받고, 고용을 3년간 보장(단 1953년 출생자는 2년간)하며, 고용보장기간 이후의 급여는 해당 법인의 보수규정에 따라 지급하고, 콜법인에서의 직위 및 업무 등은 콜법인의 사장이 결정한다.’는 조건(이하 ‘이 사건 공모조건’이라 한다)으로 명예퇴직 및 콜법인 입사 공모를 한 사실, ③ 원고들은 이 사건 공모조건에 따라 그 무렵 피고 ○○○에서 명예퇴직하고 콜법인에 입사하였으며, 그 입사 시에 급여를 피고 ○○○에서 받던 기존 급여의 70% 상당으로 약정한 근로계약서 및 고용보장 이후의 고용조건 또는 계속고용 여부는 개인의 역량, 성과 등에 따라 별도로 정한다는 취지의 각서(이하 ‘이 사건 각서’라 한다)를 작성하여 제출하고, 입사 이후 콜법인의 기존 직원들과는 달리 직급급, 직무급에 의한 급여가 아니라 피고 ○○○에서 받던 기존 급여의 70%를 지급받아 온 사실, ④ 피고 주식회사 ○○○스(이하 ‘피고 ○○○스’라고만 한다)는 2009. 11. 2. 주식회사 ○○○○콜, 주식회사 ○○○○를 흡수합병하였고, 피고 주식회사 ○○○○에스(이하 ‘피고 ○○○○에스’라고만 한다)는 같은 날 주식회사 ○○○○를 흡수합병하였는데, 원고들은 합병 후에도 이 사건 인사명령 시까지 피고 ○○○○, ○○○○에스로부터 피고 ○○○에서 받

던 기존 급여의 70%를 그대로 지급받아 온 사실, ⑤ 피고 ○○○○, ○○○○에스는 2011. 1. 1. 각 보수규정, 보수규정 시행세칙, 인사규정을 개정하였는데(이하 '현행 보수규정'이라 한다), 그 내용은 원고들을 포함한 전 직원을 대상으로 하여 경영지원직군을 제외한 100 직군, CS 직군 등에 대하여 직급 및 호봉제를 폐지하고 인사평가 등에 따라 급여를 변동 지급하며, 원고들과 위 피고들에 근무하는 다른 직원 사이의 보수, 직위 및 업무에 관하여 근로조건을 동등하게 대우하는 것인 사실을 알 수 있다.

- 나. 이 사건 단서규정은 콜법인이 피고 케이티에서 명예퇴직 후 전직전환하여 입사하는 직원들에 대하여 콜법인 일반 보수규정은 적용하지 아니하고 별도의 보수기준을 적용한다는 점을 명시하기 위한 것으로서, 콜법인이 2007. 1. 1.자로 전직전환된 직원들뿐만 아니라 그 이후에 전직전환된 직원들에 대하여도 이 사건 단서규정에 따라 이원적으로 보수기준을 적용하여 온 점, 원고들 또한 입사로부터 3년 이후에는 해당 법인이 정한 보수규정에 따라 보수를 지급받는다는 이 사건 공모조건에 따라 입사하였고 유사한 취지의 이 사건 각서도 제출한 점 등 이 사건 단서규정의 취지와 개정 경위, 이 사건 공모조건 및 원고들과 콜법인 사이의 근로계약 체결 경위, 이 사건 단서규정의 실제 적용 경과 등을 종합적으로 고려하면, 이 사건 단서규정은 2007. 1. 1. 또는 그 이후로 3년간의 고용보장하에 피고 ○○○에서 콜법인으로 전직전환된 사원에 대하여 적용되고, 여기에는 2008. 10. 2. 이후 전직전환된 원고들도 포함된다 할 것이다.

그런데 이 사건 단서규정은 전직전환되어 콜법인에 입사한 직원들에 대하여 3년 보장기간 이후의 보수는 별도로 정한다고만 규정함으로써 구체적인 규정은 두고 있지 않은 한편, 3년 보장기간 이후 이들에 대한 콜법인 일반 보수규정의 적용을 배제하고 있으므로, 3년 보장기간이 경과되었다고 하여 그때부터는 원고들에 대하여 당연히 콜법인 일반 보수규정이 적용된다고 할 수 없고, 3년 보장기간 경과 후 콜법인(또는 콜법인을 승계한 법인)이 원고들에 대하여 별도의 보수규정을 정하면 그 보수규정이 근로기준법 등 강행법규에 반하지 아니하는 범위 내에서 원고들에게 적용될 뿐이다.

- 다. 이 부분 상고이유 주장은 현행 보수규정이 종전 콜법인 근로자들의 집단적 의사결정방법에 의한 별도의 동의를 없는 불이익변경으로서 무효인 경우 원고들에 대하여 당연히 콜법인 일반 보수규정이 적용되고, 그에 따라 원고들이 3년 보장기간 경과 후에도 피고 ○○○에서의 종전 직급에 상응하는 콜법인의 직급을 그대로 보장받고 종전에 부여받은 업무를 그대로 수행하며 급여도 위 직급 및 업무에 기하여 콜법인 일반 보수규정에 따라 지급받아야 한다는 점을 전제로 한 것인데, 현행 보수규정이 종전 콜법인 근로자들의 집단적 의사결정방법에 의한 별도의 동의를 없어 무효라 하더라도, 원고들에 대하여는 위와 같이 이 사건 단서규정만이 적용될 뿐 콜법인 일반 보수규정이 적용되지 아니하고 이는 3년 보장기간 경과 후에도 마찬가지인 이상, 이 부분 상고이유 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들일 수 없다.

### 3. 예비적 청구에 관한 상고이유 제4점에 대하여

- 가. 근로자에 대한 전직이나 전보처분은 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류·내용·장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수도 있으나, 원칙적으로

인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 인정하여야 하고, 그것이 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고·휴직·정직·감봉 기타 징벌을 하지 못하도록 하는 근로기준법 제23조 제1항에 위배되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 전직처분 등이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지의 여부는 당해 전직처분 등의 업무상의 필요성과 전직에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하고, 근로자가 속하는 노동조합(노동조합이 없으면 근로자 본인)과의 협의 등 그 전직처분을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다54498, 54504 판결, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 ① 피고 ○○○○, ○○○○에스는 피고 ○○○와의 위탁계약에 따라 수행하던 VOC 업무가 종료되고, 플라자 1.5선 업무를 축소·폐지하는 등 사업내용이 변경됨에 따라 VOC 업무와 플라자 1.5선 업무를 담당하던 원고들에 대한 업무조정, 재배치 및 직무전환의 필요성이 생긴 점, ② 이 사건 인사명령은 원고들뿐 아니라 피고 ○○○○, ○○○○에스 소속 VOC 업무 담당 직원들에게도 동일하게 이루어진 점, ③ 출퇴근 거리 등에 있어 이 사건 인사명령으로 인하여 발생한 생활상 불이익이 원고들의 수인 범위를 초과한다고 볼 수 없는 점, ④ 인사명령에 앞서 설명회 개최 등 해당 근로자들과 사전 협의 절차를 거친 점, ⑤ 원고들은 업무내용 및 업무량 등에서 위 피고들의 다른 직원과 별다른 차이가 없음에도 이 사건 공모에 응하여 전직하게 되면서 콜범인 입사 후 3년 동안 일시적으로 콜범인 또는 위 피고들의 다른 직원에 비하여 보수, 직위 및 업무내용에서 우대를 받아 왔으므로 위 피고들의 정상적인 경영 및 노무관리를 위해 이를 시정할 필요성도 있어 보이는 점 등의 사정을 종합하여, 피고 ○○○○, ○○○○에스가 원고들에게 사직을 강요하기 위하여 이 사건 인사명령 중 전보처분을 하였다거나 위 전보처분이 재량권을 남용하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고 이유 주장과 같이 전보처분에 있어 재량권에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

#### 4. 결론

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

대법관 이기택(재판장) 이인복 고영한(주심) 김소영



## 2 사고자와 징계자의 업무 추진역 발령의 정당성

☞ 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010두20447 판결

### » 요 지 «

1. 원고 은행의 업무지원역 발령은 원고 은행의 '후선역 관리방안'에 따라 '사고자 및 징계자' 중 현업배치 제한이 필요하다고 인정되는 직원을 대상으로, 개인별 일일 활동내용 보고, 실적관리, 실적평가, 면담기록부 작성 등 지속적인 관리를 통해 업무 능력을 제고하기 위한 인사상 조치로서, 이로 인하여 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류나 내용, 장소, 임금 등에 변경을 가져오는 불이익이 있다고 하더라도, 기업 활동을 계속적으로 유지하기 위해서 노동력을 재배치하거나 그 수급 조절을 위하여 인사권자인 사용자가 자신의 고유 권한에 기하여 발령한 인사명령이지 징계처분이라고 볼 수 없으므로, 이 사건 감봉처분과 이 사건 업무지원역 발령이 동일한 사유에 기초하여 이루어졌다고 하여 이를 통틀어 하나의 징계처분으로 볼 수 없다.
2. 사용자가 전직처분 등을 함에 있어서 요구되는 업무상의 필요란 인원 배치를 변경할 필요성이 있고 그 변경에 어떠한 근로자를 포함시키는 것이 적절할 것인가 하는 인원선택의 합리성을 의미하는데, 여기에는 업무능률의 증진, 직장질서의 유지나 회복, 근로자 간의 인화 등의 사정도 포함된다.

\* 원고, 피상고인 : 주식회사 A

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : B

\* 원심판결 : 서울고등법원 2010. 9. 8. 선고 2010누5402 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

### » 이 유 «

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

1. 피고의 상고이유 및 피고보조참가인의 상고이유 제2점에 대하여

원심은, 원고 은행의 업무지원역 발령(이하 '이 사건 업무지원역 발령'이라 한다)은 원고 은행의 '후선역 관리방안'에 따라 '사고자 및 징계자' 중 현업배치 제한이 필요하다고 인정되

는 직원을 대상으로, 개인별 일일 활동내용 보고, 실적관리, 실적평가, 면담기록부 작성 등 지속적인 관리를 통해 업무 능력을 제고하기 위한 인사상 조치로서, 이로 인하여 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류나 내용, 장소, 임금 등에 변경을 가져오는 불이익이 있다고 하더라도, 기업 활동을 계속적으로 유지하기 위해서 노동력을 재배치하거나 그 수급 조절을 위하여 인사권자인 사용자가 자신의 고유 권한에 기하여 발령한 인사명령이지 징계처분이라고 볼 수 없으므로, 이 사건 감봉처분과 이 사건 업무지원역 발령이 동일한 사유에 기초하여 이루어졌다고 하여 이를 통틀어 하나의 징계처분으로 볼 수 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 이 사건 업무지원역 발령의 법적 성격에 관한 법리오해의 위법이 없다.

## 2. 피고보조참가인의 상고이유 제1점 및 제3점에 대하여

근로자에 대한 전직이나 전보처분은 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류·내용·장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수도 있으나 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 인정하여야 하는 것으로서, 그것이 앞서 본 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 전직처분 등이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지의 여부는 당해 전직처분 등의 업무상의 필요성과 전직 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하고, 근로자가 속하는 노동조합(노동조합이 없으면 근로자 본인)과의 협의 등 그 전직처분 등을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지의 여부에 의하여 결정되어야 하는데(대법원 1991. 7. 12. 선고 91다12752 판결 등 참조), 업무상 필요에 의한 전직 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 할 것이고(대법원 1996. 4. 12. 선고 95누7130 판결 등 참조), 전직처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전직처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고 볼 수는 없다(대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 등 참조). 그리고 사용자가 전직처분 등을 함에 있어서 요구되는 업무상의 필요란 인원 배치를 변경할 필요성이 있고 그 변경에 어떠한 근로자를 포함시키는 것이 적절할 것인가 하는 인원선택의 합리성을 의미하는데, 여기에는 업무능률의 증진, 직장질서의 유지나 회복, 근로자 간의 인화 등의 사정도 포함된다.

원심은 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)은 원고 은행과 연봉제 고용계약을 체결하면서 계약기간 만료시 고용계약을 해지할 수 있는 사유 중 하나로 후선역으로 발령된 후 그에 따른 업무실적이 목표 기준액(업무지원역 발령 이전 총 급여액 80%)에 10% 이상 미달하는 경우를 명시하고, 제반 인사관리 사항은 원고 은행의 관련 규정을 준용하도록 약정하였고, 원고 은행이 참가인에 대하여 이 사건 업무지원역 발령을 한 것은 원고 은행이 시행 중인 '후선역 관리방안'에 따라 현업배치 제한이 필요하다고 인정되는 '사고자 및 징계자'에 대하여 인사위원회심의를 거쳐 은행장이 발령 여부를 결정하였으며, 발령 이후 업무 실적에 따라 현업복귀 등 그에 상응하는 인사관리를 하였고, 다만 이 사

건 업무지원역 발령으로 인해 기본급의 85%만을 지급받고, 임금 인상이 되지 않으며, 업무실적이 목표 기준액의 70% 미만인 경우 급여가 추가로 20% 삭감되는 불이익이 있기는 하나, 목표 기준액 이상을 달성하면 인사위원회 심의 후 은행장의 결정에 따라 현업복귀가 가능한 점 등에 비추어 볼 때, 이로 인하여 참가인이 입은 생활상의 불이익이 현저히 크다고 할 수 없으므로, 이 사건 업무지원역 발령은 인사권의 범위 내에 속한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 이 사건 업무지원역 발령의 정당성에 관한 법리오해의 위법이 없다.

### 3. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 소송비용 중 보조참가로 인한 부분은 참가인이, 나머지는 피고가 각 부담하도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이인복(재판장) 민일영 박보영 김신(주심)

### 3 명예퇴직 불응자의 업무추진역 발령의 정당성

☞ 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결

#### » 요 지 «

1. 근로자에 대한 전직이나 전보처분은 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류·내용·장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수도 있으나, 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 인정하여야 하고, 그것이 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고·휴직·정직·감봉 기타 징벌을 하지 못하도록 하는 구 근로기준법 제30조제1항에 위배되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 전직처분 등이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지의 여부는 당해 전직처분 등의 업무상의 필요성과 전직에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하고, 근로자가 속하는 노동조합(노동조합이 없으면 근로자 본인)과의 협의 등 그 전직처분을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다.
2. 은행이 노동조합과 합의하여 조직경쟁력을 강화하고 연공서열 중심의 고연령, 고비용 인력구조를 개선하기 위하여 직급별 근속년수를 중요한 기준으로 삼아서 명예퇴직 및 후선 발령 대상 근로자를 선정하여 인사발령한 사안에서, 은행이 노동조합과 직급별 근속년수를 후선발령 대상자 선정기준으로 합의한 점 등에 비추어 그 선정기준이 합리성과 공정성을 결여한 것으로 볼 수 없으므로, 인사발령이 정당한 인사권의 범위 내에서 행사된 것으로 적법하다.

【원고, 피상고인】 원고 주식회사 {소송대리인 법무법인(유) 태평양 담당변호사 송진훈외 4인}

【피 고】 중앙노동위원회위원장

【피고 보조참가인, 상고인】 참가인 1외 2인 (소송대리인 변호사 권두섭외 4인)

【원심판결】 서울고법 2007. 9. 5. 선고 2007누2335 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고보조참가인들이 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

근로자에 대한 전직이나 전보처분은 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류·내용·장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수도 있으나, 원칙적으로 인사권

자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 인정하여야 하고, 그것이 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고·휴직·정직·감봉 기타 징벌을 하지 못하도록 하는 구 근로기준법(2007.4.11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조제1항에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 전직처분 등이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지의 여부는 당해 전직처분 등의 업무상의 필요성과 전직에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하고, 근로자가 속하는 노동조합(노동조합이 없으면 근로자 본인)과의 협의 등 그 전직처분을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다 (대법원 1991. 7. 12. 선고 91다12752 판결, 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거를 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고 은행이 노동조합과 합의하여 조직 경쟁력을 강화하고 연공서열 중심의 고연령, 고비용 인력구조를 개선하기 위하여 최근 3년간의 근무실적, 근속년수, 승급누락 등 종합적인 기준으로 근무평정을 실시하여 명예퇴직 및 후선발령 대상자를 선발하기로 하였는데, 참가인들이 근무평정에서 하위 4%에 포함되는 것으로 평가되었고, 4급 승급 이후 12년 내지 13년간 승급에서 누락되었으며, 그 직전 실시한 승급심사에서도 3급 승급기준과 상당한 격차로 탈락하였으므로 참가인들에 대하여 후선발령직원 인사관리지침에 따라 이 사건 각 인사발령을 단행할 업무상 필요가 있었고, 이 사건 각 인사발령으로 인하여 참가인들의 임금이 삭감되는 등의 불이익이 발생하기는 하나 그 불이익이 통상 감수하여야 할 정도를 현저히 벗어나 참가인들에게 과도한 생활상의 불이익을 가하는 것이라고 보기 어려우며, 원고 은행이 참가인들에게 명예퇴직 및 후선발령 대상자로 선정된 사정을 수회 고지한 점 등을 고려하면 원고 은행으로서는 이 사건 각 인사발령에 앞서 신의칙상 요구되는 가능한 절차를 거쳤다고 판단하였다.

앞서 본 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 채증법칙 위반 등의 위법이 없다.

또한, 원심은 이 사건 각 인사발령의 정당성 판정 기준의 하나로 대상자 선정이 합리적이고 공정한 기준에 의하였는지 여부에 관하여 판단하면서, 원고 은행은 이 사건 후선발령 대상자 선정을 위한 근무평정을 할 때 원고 은행 인사지침과 달리 근속년수, 승급누락, 부양가족 등을 평가기준으로 하였으나, 이 사건 평정은 인사지침에 따른 근무평정과 그 실시시기, 목표와 대상이 다르므로 평가기준을 달리한 것을 위법하다고 볼 수 없는 점, 이 사건 평정기준상 경력감점 대 입행(승격)동기대비 상위직급 누락감점과 입행동기대비 현직급 누락감점이 비례하는 경향이 있고, 전자의 경우 1년 단위로 감점이 이루어져 통상 승격이 이루어지는 6개월 단위로 감점하는 경우보다 덜 정밀한 요소가 있다 하더라도 이러한 사정만으로 같은 직급의 모든 직원에게 적용된 평정기준이 불합리하다고 보기 어려운 점, 소외인 등 5인에 대한 입행동기대비 현직급 누락감점을 참가인들이 주장하는 것처럼 6점으로 하더라도 이들의 합계점수는 모두 참가인들보다 높은 점 등을 종합하면 이 사건 평정기준이 불합리하거나 불공정하다고 볼 수 없다고 판단하였다.

원심이 위에서 인정한 사정 및 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 원고 은행은 노동조합과 사이에 직급별 근속년수를 후선발령 대상자 선정기준으로 합의한 점, 후선발령의

목적이 연공서열 중심의 고연령, 고비용 인력구조 개선과 조직 경쟁력 강화에 있는 점을 감안하면, 장기승격누락자 중 직무수행능력이 부족한 직원을 후선발령 대상자로 선정하는 위 기준이 나이나 근속기간이 많은 직원에게 불리할 가능성이 높다 하여 불합리하다거나 불공정하다고 볼 수 없는 점, 근무평정은 직원 간 그 점수 차이가 적고 평정자의 주관적인 영향을 받을 수 있어서 단순히 근무평정점수만을 선정기준으로 할 경우 평가의 실효성, 객관성을 담보하기 어렵다는 판단하에 직급별 근속년수를 선정기준에 포함시킨 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 이 사건 후선발령 대상자 선정기준이 합리성과 공정성을 결여한 것이라고 인정할 수 없으므로, 원심의 위 판단은 정당하다.

그렇다면 이 사건 각 인사발령이 정당한 인사권의 범위 내에서 행사된 것으로 적법하다는 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 근로기준법상 전직 제한에 관한 법리오해, 채증법칙 위반 등의 위법이 없다.

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

대법관 차한성(재판장) 김영란 이홍훈(주심) 김능환

## &lt;2&gt; 인원선택의 합리성 판단

☞ 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결

## » 요 지 «

전직처분 등이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 당해 전직처분 등의 업무상의 필요성과 전직에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하고, 근로자가 속하는 노동조합(노동조합이 없으면 근로자 본인)과의 협의 등 그 전직처분을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부에 의하여 결정되어야 하는데(대법원 1991. 7. 12. 선고 91다12752 판결 등 참조), 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 할 것이고(대법원 1996. 4. 12. 선고 95누7130 판결 등 참조), 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고 볼 수는 없다(대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 등 참조). 그리고 사용자가 전직처분 등을 함에 있어서 요구되는 업무상의 필요란 인원 배치를 변경할 필요성이 있고 그 변경에 어떠한 근로자를 포함시키는 것이 적절할 것인가 하는 인원선택의 합리성을 의미하는데, 여기에는 업무능률의 증진, 직장질서의 유지나 회복, 근로자 간의 인화 등의 사정도 포함된다.

【원고, 상고인】

【피고, 피상고인】 주식회사 ○○○○ (소송대리인 법무법인(유한) 화우 외 1인)

【원심판결】 서울고등법원 2010. 6. 4. 선고 2009나88060 판결

## » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들이 부담한다.

## » 이 유 «

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

## 1. 상고이유 제1점에 대하여

가. 제2차 자택대기명령이 통상적인 업무수행명령에 해당하는지 여부

원심은, 피고가 2005. 9. 15. 원고들에 대하여 2005. 10. 4.자로 파면처분(이하 '이 사건 파면처분'이라 한다)을 하였다가, 2006. 5. 22. 지방노동위원회의 원직복직명령에 따라 2006. 5. 17.자로 이 사건 파면처분을 취소하면서 원고들을 객실승원부로 복귀시키되 비

행근무는 부여하지 않는 자택대기(Home Stand-by, HS)를 명하였고(이하 '제2차 자택대기명령'이라 한다), 그 기간 동안 기본급 및 상여금을 지급하는 외에 월 60시간에 해당하는 비행수당을 지급한 점 등 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 제2차 자택대기명령은 통상적인 업무수행명령의 하나로 봄이 상당하다는 이유로, 제2차 자택대기명령이 직위 또는 보직 자체를 부여하지 아니하는 일반적인 대기발령 또는 징계에 해당한다는 원고들의 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 제2차 자택대기명령의 법적 성격에 관한 법리오해의 위법이 없다.

#### 나. 제2차 자택대기명령의 정당성 유무

원심은 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고가 원고들에 대하여 제2차 자택대기명령을 한 것은 객실납승무원들 사이에 남아 있는 갈등이 다시 증폭되는 것을 방지하고 기내 안전 및 양질의 서비스를 확보하기 위한 업무상 필요에 따른 것으로 보이는 데다가 원고들이 수령한 급여 및 비행수당 등에 비추어 볼 때 이로 인하여 원고들이 입은 생활상의 불이익이 현저히 크다고 할 수 없으므로 제2차 자택대기명령은 정당하다고 판단하고, 나아가 제2차 자택대기명령이 통상적인 업무수행명령에 해당하는 이상 원고들과의 협의절차는 필요하지 아니하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 제2차 자택대기명령의 정당성에 관한 법리오해나 채증법칙 위반, 판단누락 등의 위법이 없다.

#### 다. 원직복직명령 위반 여부

사용주가 지방노동위원회의 권고에 따라 해고되었던 근로자를 복직시키면서 해고 이후 복직 시까지 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상의 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직 근로자에게 그에 합당한 일을 시킨 경우, 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 이는 사용주의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것이므로 정당하게 복직시킨 것으로 보아야 한다(대법원 1997. 5. 16. 선고 96다47074 판결 참조).

원심판결 이유와 기록에 의하면, 피고는 2006. 5. 22. 지방노동위원회의 원직복직명령에 따라 2006. 5. 17.자로 이 사건 파면처분을 취소하면서 원고들을 원직인 객실승무원부로 복귀시킨 사실, 다만 피고는 지방노동위원회의 원직복직명령 사유가 징계사유와 징계처분 사이에 균형을 상실하였다는 것일 뿐 원고들이 취업규칙을 위반한 사실 자체는 인정되었기 때문에 향후 원고들에 대한 후속 징계절차가 예정되어 있어 그 절차가 마무리될 때까지 제2차 자택대기명령을 한 사실, 제2차 자택대기명령은 객실승무원에게 수시로 부여되는 근무형태 중 하나로서 실제 비행기에 탑승하여 승무원무를 수행하지 않을 뿐 장거리 비행준비를 하고 정해진 시간까지 회사와 연락할 수 있는 방법을 유지시키고 자택에서 대기하는 것으로 그 고유의 업무 내용을 가지고 있는 사실 등을 알 수 있으며



로, 피고가 지방노동위원회의 원직복직명령에 따라 원고들을 원직인 객실승원부로 복귀 시키면서 제2차 자택대기명령을 하였다는 사정만으로 지방노동위원회의 원직복직명령을 위반하였다고 볼 수 없다.

같은 취지의 원심판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 원직복직명령의 이행에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

#### 라. 제2차 자택대기명령 기간의 정당성 유무

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고들이 제기한 행정소송과 관련 민·형사소송, 징계절차의 진행경과 등에 비추어 제2차 자택대기명령이 2006. 5. 17. 발령되어 그 후 원고들에 대한 정직처분이 확정되고 이 사건 전직처분이 이루어지기까지 계속될 필요성이 있었다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 제2차 자택대기명령 기간의 정당성에 관한 법리오해의 위법이 없다.

### 2. 상고이유 제2점에 관하여

#### 가. 이 사건 전직처분에 원고들의 동의를 필요로 하는지 여부

근로자에 대한 전직이나 전보처분은 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류·내용·장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수도 있으나 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 가지며, 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 다만 근로계약에서 근로 내용이나 근무장소를 특별히 한정된 경우에 사용자가 근로자에 대하여 전보나 전직처분을 하려면 원칙적으로 근로자의 동의가 있어야 한다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결 등 참조).

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고들은 최초 입사 당시의 직종만이 객실승무직으로 특정되었을 뿐 그 이후 근로계약 및 취업규칙 등에 의하여 직부가 변경될 수 있다는 점에 동의 또는 승낙하고 피고와 근로계약을 체결하였다고 봄이 상당하다는 이유로 원고들의 동의는 이 사건 전직처분의 요건이 아니라고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 전직처분의 요건에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

#### 나. 이 사건 전직처분의 정당성 유무

전직처분 등이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 당해 전직처분 등의 업무상의 필요성과 전직에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하고, 근로자가 속하는 노동조합(노동조합이 없으면 근로자 본인)과의 협의 등 그 전직처분을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부에 의하여 결정되어야 하는데(대법원 1991. 7.

12. 선고 91다12752 판결 등 참조), 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 할 것이고(대법원 1996. 4. 12. 선고 95누7130 판결 등 참조), 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고 볼 수는 없다(대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 등 참조). 그리고 사용자가 전직처분 등을 함에 있어서 요구되는 업무상의 필요란 인원 배치를 변경할 필요성이 있고 그 변경에 어떠한 근로자를 포함시키는 것이 적절할 것인가 하는 인원선택의 합리성을 의미하는데, 여기에는 업무능률의 증진, 직장질서의 유지나 회복, 근로자 간의 인화 등의 사정도 포함된다.

원심은, 피고가 2008. 6. 1. 원고 1을 '객실승원부 객실승무3급'에서 '사무1급 22호 외항사서비스센터'로, 원고 2를 '객실승원부 객실승무4급'에서 '사무2급 13호 인천여객서비스지점'으로 각 발령한 이 사건 전직처분에 대하여, 그 판시와 같은 사정을 종합하면 피고가 이 사건 전직처분을 함에 있어 업무능률의 증진, 직장질서의 유지나 회복, 근로자 간의 인화 등의 업무상 필요가 있었다고 인정되고, 이 사건 전직처분으로 인하여 원고들에게 발생하는 생활상의 불이익이 원고들이 근로자로서 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것으로 보기 어려우며, 나아가 신의칙상 원고들과의 성실한 협의절차를 거친 것으로 봄이 상당하다는 이유로, 이 사건 전직처분은 피고의 정당한 인사권의 범위 내에 속한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 전직처분의 정당성에 관한 법리오해나 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

### 3. 결론

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

대법관 이상훈(재판장) 신영철 김용덕 김소영(주심)

☞ 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결

» 요 지 «

1. 근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서 사용자는 상당한 재량을 가지며 그것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 수 없고, 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지의 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교, 교량하고 근로자 측과의 협의 등 그 전보처분 등의 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다.[언론사가 사전에 협의나 동의절차 없이 경영진에 비판적인 입장을 취하였던 기자직 직원을 업무직 직원으로 전직발령하고 신규로 기자직 직원을 채용한 경우, 그 전직발령은 그 업무상 필요성이 그다지 크지 않는데 반하여 근로자에게는 큰 생활상의 불이익을 주는데다 전직발령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거치지 아니하였다는 이유로 위 전직발령이 무효라고 한 사례]
2. 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서는 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래 관행에의 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사정 등을 비교 검토하여 판단하여야 한다.[해고처분이 실질적으로 노동조합을 조직하여 활동한 것에 대하여 불이익을 주기 위한 것으로서 부당노동행위에 해당한다고 본 사례]

\* 원고, 상고인 / 주식회사 ○○일보 대표이사 이상희

소송대리인 변호사 김○원, 김○현, 김○영

\* 피 고, 피상고인 / 중앙노동위원회 위원장

\* 보 조 참 가 인 / 조○기, 조○진, 조○성

보조참가인들 소송대리인 법무법인 ○○합동법률사무소

담당변호사 김○국, 김○태, 이○태, 조○환, 김○중

\* 원 심 판 결 / 서울고등법원 1999. 1. 14 선고, 98누542

» 주 문 «

상고를 '기각'한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 상고이유 제1, 2점에 대하여

근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서 사용자는 상당한 재량을 가지며 그것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 수 없고, 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지의 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교, 교량하고 근로자측과의 협의 등 그 전보처분 등의 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 것이다(대법원 1998. 12. 22. 선고 97누5435 판결 참조).

기록에 의하면, 이 사건 전직발령 당시 원고회사 내에서는 기자들의 능력을 평가하는 객관적인 근무평정제도가 없었고, 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라고만 한다) 등 이 사건 전직대상자들은 원고회사에서 유능하다고 평가되는 기자들을 포함하여 상당수가 원고회사 경영진에 대하여 비판적인 입장을 취하였던 기자들이며, 또한 이 사건 전직발령 직전에 신규기자 모집공고를 하여 9명의 기자를 포함한 11명의 신규직원을 채용하고 간부급사원 7명까지 외부에서 영입하여 채용한 점 등에 비추어 보면 원고의 주장과 같이 회사의 적자운영을 더이상 방치할 수 없는 상태에 이르러 감량경영의 일환으로 이 사건 전직발령을 하였다고 할 수 없고, 더구나 원고회사가 전직 대상자들의 선정에 있어서의 구체적인 기준에 관하여 별다른 주장, 입증을 못하고 있으며, 한편 언론사에 있어서 기자의 신분과 업무직원의 신분은 일반적으로 상당한 차이가 있는 것으로 받아들여지고 있고, 그 업무의 내용도 상이하며, 참가인들은 원고회사에 입사할 때 처음부터 기자직으로 입사하여 상당 기간 편집국에서 근무하여 오면서 장래에도 같은 직종에서 근무하리라고 생각하였고, 이 사건 전직발령으로 참가인들의 급여 또한 종전보다 73만원에서 110만원까지 감액되는데도 원고회사가 이 사건 전직발령을 함에 있어서 참가인들과 사전협의를 거치지 않고, 참가인들의 동의를 구한 바도 없었음을 알 수 있다. 그렇다면 참가인들에 대한 이 사건 전직발령은 그 업무상 필요성이 그다지 크지 않는데 반하여 참가인들에게는 큰 생활상의 불이익을 주는데다 원고회사가 이 사건 전직발령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차도 거치지 아니하였다고 할 것인 바, 결국 원고회사의 참가인들에 대한 이 사건 전직발령은 정당한 이유가 없는 것으로 무효라고 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고 거기에 상고이유의 주장과 같은 사실오인 내지 사용자의 전직발령권 및 그 한계에 관한 법리오해의 위법이 없다. 이 부분 상고이유의 주장은 이유없다.

### 2. 상고이유 제1, 3점에 대하여

사용자가 근로자를 해고함에 있어 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 할 것이고, 근로자의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 실질적

인 해고사유로 한 것인지의 여부는 사용자측이 내세우는 해고사유와 근로자가 한 노동조합 업무를 위한 정당한 행위의 내용, 해고를 한 시기, 사용자와 노동조합과의 관계, 동종의 사례에 있어서 조합원과 비조합원에 대한 제재의 불균형 여부, 종래 관행에의 부합 여부, 사용자의 조합원에 대한 언동이나 태도, 기타 부당노동행위 의사의 존재를 추정할 수 있는 제반 사실 등을 비교 검토하여 판단하여야 할 것이다(대법원 1997. 7. 8. 선고, 96누6431 판결 참조).

기록에 의하면, 참가인 조민성이 이 사건 전직발령에 항의하여 결근을 한 행위, 참가인 조○○, 조○○이 노동조합의 간부로 활동하면서 노동조합 명의로 대자보나 성명서를 통하여 원고회사의 대표이사과 편집국장을 비난하고 그들의 명예를 훼손하는 내용을 다소 지나친 표현을 사용하여 적시한 행위, 참가인 조○○가 노동조합 조합장으로 활동하면서 새로운 업무 수행을 거부한 행위가 원고회사 상별규정에 정하여진 해고사유에 해당하는 사실은 인정되나, 앞서 본 바와 같이 참가인들에 대한 이 사건 전직발령 자체가 권리남용에 해당하여 무효이고, 따라서 이에 대한 항의 내지 시정요구의 일환으로 위와 같이 참가인 조○○이 결근하고 참가인 조○○, 조○○이 대자보를 게시하고 성명서를 발표한 것으로 보여지며, 그 게시 내지 발표한 대자보나 성명서의 전체적인 내용도 원고회사 경영진의 신문사 경영태도, 신문편집 방침 등을 비판하고 조합원들의 단결을 호소한 것인 점 등을 고려하면, 참가인들의 이러한 행위를 가리켜 근로계약을 지속케 하는 것이 현저히 부당하다고 인정할 정도의 비위라고 볼 수 없는 데다, 참가인들이 주도적인 역할을 하여 노동조합을 설립하여 조합장 또는 간부로서 활동하였고, 또한 그 해고처분이 있기 전날 원고회사에 대하여 단체교섭까지 요구하였으나 원고회사가 이를 거부한 상태였으며, 이 사건 전직발령 대상자 21명 중 참가인들에 대하여만 해고처분이 내려진 점 등 전직발령이 이루어진 시기와 그 이후의 경과 등을 보태어 보면, 원고의 참가인들에 대한 해고처분은 실질적으로는 참가인들이 노동조합을 조직하여 활동한 것에 대하여 불이익을 주기 위한 것으로써 부당노동행위에 해당한다고 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고 거기에 상고이유의 주장과 같은 사실오인 및 부당노동행위에 관한 법리오해의 위법이 없다. 이 부분 상고이유의 주장도 이유 없다.

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

대법관 서성(재판장) 지창권(주심) 유지담

### <3> 생활상 불이익 등 판단

#### 1 전직 처분에 따른 생활상 불이익 판단

☞ 대법원 1995. 10. 13. 선고 94다52928 판결

#### » 요 지 «

1. 근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위내에서는 사용자는 상당한 재량을 가지며, 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하여 결정하여야 하고, 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면, 이는 정당한 인사권의 범위내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다.
2. 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고는 할 수 없다.
3. 근로자에 대한 전보처분에 따른 생활상의 불이익이 통상 감수하여야 할 범위내의 것이라면, 그 전보처분은 권리남용에 해당하지 않는다.

\* 원심판결 / 서울고등법원 1994. 9. 30 선고 94나5702 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

1. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고 회사가 영위하는 경방직업 분야는 동남아를 비롯한 신흥개발국들의 저렴한 노동력과 원자재를 바탕으로 한 도전으로 인하여 점점 국제경쟁력이 떨어지는데다가 국내 산업 전반의 불경기가 피고 회사에까지 영향을 미치게 되어 피고 회사는 1990 사업연도에 1,458,410,085원이 사업 결손이 발생하는 등 경영사정의 악화로 대내외적인 경영개선이 필요하여 모든 부서에 걸쳐 불필요한 잉여인력을 남겨둘 수 없게 됨으로써 원고가 춘천공장에서 원직인 변전실 전공으로 다시 근무하게 될 무렵에 이미 원고와 소외 김○○ 두 사람만으로 위 변전실의 업무를 담당, 처리하도록 결정하였던 사실, 그런데 1991.1.24., 전기사업법시행규칙의 개정으로 같은 규칙 제58조에 따라 피고회사와 같

이 전기설비의 용량이 1,000kw 이상 5,000kw 미만인 업체에서는 소속 직원 중에서 전기안전관리사 외에 전기분야 기능사 1,2급 또는 전기안전관리사 외에 전기분야 기능사 1,2급 또는 전기기사 2급 이상의 자격이 있는 전기안전관리원 1명을 반드시 두도록 되었고, 이에 따라 안전관리담당자 선·해임기관으로 지정된 소외 사단법인 대한전기기사협회의 강원지부에서 피고 회사에 대하여 2회에 걸쳐 전기안전관리원 선임결과 통보를 독촉하여 옴으로써 피고 회사는 1991.4.6 인사위원회를 개최하여 유자격자로 전기안전관리원 1명을 선임하기로 결정하게 되었는데, 이로 인하여 위 변전실에 근무하던 무자격자인 원고와 위 김×남은 공업고등학교 전기과 졸업자로서 전기 분야의 전공자이고 위 춘천공장의 변전실 근무경력이 원고보다 장기인 점을 고려하여 그를 변전실에 계속 근무하도록 하는 한편, 당시 공석이던 본사 관리부 서무과 용도계 서무주임직이 비록 사무직이기는 하나 각 공장의 기계부품이나 일반 소모품의 구매를 담당하며 간단한 송장 및 구매카드를 정리하는 등의 업무를 담당하는 부서로서 현장직에서 오래 근무한 원고가 이를 충분히 수행할 수 있을 것으로 판단하고 원고를 본사 관리부 서무과 용도계 서무주임으로 승진시켜 자재업무를 담당케 하기로 결정하고, 같은 해 4.15일 춘천공장장을 통하여 원고에게 같은 달 8일자 발령장을 제시하며 위 전근 처분을 통보한 사실을 인정한다. 위 전근처분은 피고 회사의 잉여인력의 효율적 활용을 위하여 부득이하게 행하여진 것으로서 그 업무상의 필요성이 인정되고 또한 원고와 위 김×남의 전공, 경력 등에 비추어 볼 때 그 대상으로서 원고를 선택한 점에 관하여도 그 합리성이 일응 인정된다고 판단하면서도 그 채택 증거에 의하여 원고는 피고 회사의 춘천공장에서 원직인 변전실 전공으로 근무하게 되기 직전인 1990.10.23 춘천에서 정착하기 위하여 노모와 처 및 국민학생인 자녀 등 5식구 모두가 구미시에서 춘천시 후평동에 있는 전세금 9,000,000원의 2칸 방으로 이사하였으며, 1991.4월경에는 소외 대한주택공사에서 분양하는 춘천시 석사동 근로자복지주택의 분양 신청까지 준비하고 있었던 사실, 그런데 피고 회사는 사전에 원고에게 춘천공장 내의 다른 부서에서 근무할 의사가 있는지 여부를 타진하는 등 그의 생활상의 이익에 관한 적절한 배려를 위한 협의나 상의도 하여 보지 아니한 채 원고를 아무런 연고도 없는 서울 동대문구 답십리동 64의 9에 있는 피고 회사의 본사 관리부 서무과로 전근 처분을 한 사실과 피고 회사의 서울 본사에는 생활근거지가 서울이 아닌 근로자를 위한 기숙사 등의 편의시설이 전혀 없고 원거리 출퇴근 근로자를 위한 교통비 보조 등의 제도도 없으며, 또한 원고의 경제력으로는 서울에서 가족과 함께 적정한 수준의 생계를 유지하기 어려운 사실을 인정한 후 그 인정사실에 의하면 피고의 원고에 대한 전근 처분은 그 대상인 원고에 대하여 근로자로서 통상 감수할 수 있는 정도를 현저히 초과한 중대한 불이익을 주는 것일 뿐만 아니라 그 과정에 있어서도 원고에게 가장 불이익이 적은 춘천 공장 내에서의 전직이나 기타 그의 생활상의 이익에 관한 적절한 배려를 위하여 신의칙상 요구되는 원고의 의사반영의 기회를 부여하는 등 원고와의 진지한 대화의 절차를 거치지 아니한 채 이루어진 것으로서 위 전근 처분은 위 인정의 절차적 하자과 함께 원고가 입을 불이익과 피고의 인사의 필요성의 범위를 일탈한 인사권의 남용에 해당되어 무효라고 봄이 상당하다고 판시하고, 나아가 피고 회사의 원고에 대한 전근 처분이 정당한 이유 없는 것으로서 무효인 점, 원고가 피고 회사의 서울 본사에 출근하지 아니한 것이 부당한 전근 처분에 대한 항의 내지 시정요구의 수단으로 이루어진 점 등을 참작하여 볼 때, 위 전근 처분을 거부하면서 무단결근한 것을 이유로 한 원고에 대한 징계해고도 역시 무효라고 할 것이고, 가사 그렇지 않다고 하더라도 위

무단결근한 소위는 통상의 무단결근과는 달리 원·피고 사이의 근로계약관계를 지속케 하는 것이 현저히 부당하다고 인정될 정도의 비위행위에 해당한다고는 볼 수 없다고 할 것이므로 피고가 위 취업규칙 소정의 징계의 종류 중 가장 무거운 해고를 선택하여 원고에 대하여 해고처분을 한 것은 징계권의 남용이거나 형평의 원칙에 어긋난 부당한 결정이라고 할 것이어서 위 징계해고 처분도 정당한 이유가 없어 무효라고 판단하였다.

2. 근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량을 가지며 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 유효하다 할 것이고(당원 1989. 2. 28. 선고 86다카2567 판결;1991. 9. 24. 선고 90다12366 판결;1991. 10. 25. 선고 90다20428 판결 등 참조), 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하여 결정되어야 할 것이고, 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다 할 것이다(위 90다20428 판결 참조).

이 경우 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의 절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고는 할 수 없다(당원 1994. 5. 10. 선고 93다47677 판결).

이 사건의 경우를 돌이켜 보면 원심의 사실인정과 같이 원고에 대한 이 사건 전보처분이 업무상의 필요성에 의하여 인정되는 것이라면 원심인정과 같이 원고의 노모와 처 및 국민학교 자녀 등 5명의 가족들이 정착하기 위하여 구미에서 춘천으로 이사를 하여 전세를 얻어 살고 있고, 1991.4월경에 근로자복지주택을 분양받기 위하여 분양 신청의 준비를 하고 있다는 점 등의 사정이 있으며 원고가 근무를 하도록 전보된 피고 회사의 서울 본사에 근로자를 위한 기숙사 등의 편의시설이 없고, 원거리 출퇴근 근로자를 위한 교통비 보조 등의 제도가 없다고 하더라도 원고가 춘천에 주택을 소유하고 있거나 근로자복지주택을 분양 받은 것도 아닐 뿐만 아니라 이 사건의 경우 원고가 그 생활근거지인 춘천에서 서울 본사까지 원거리 출퇴근을 하는 것은 그 거리나 현재의 교통수단에 의한 소요시간 등에 비추어 현실적인 가능성이 거의 없다고 보여지므로 피고가 원거리 출퇴근자를 위한 교통비 보조 등의 제도를 마련하지 아니하였다 하여 이를 잘못이라 할 수는 없으며, 전보된 근로자들을 위한 기숙사 시설이 일반적으로 보편화되어 있는 것도 아닌 점에서 이 사건 전보에 따라 출퇴근과 숙식이 가능한 숙소나 주택을 새로이 마련하여 원고가 전보지인 서울 본사에 단신 부임하거나 가족을 대동하여 이사를 하여야 하는 생활상의 불이익이 있다고 하더라도 이러한 불이익은 전보나 전직에 따라 근로자가 통상 감수하여야 할 범위 내의 불이익에 불과하고 그것이 현저하게 그러한 범위를 벗어난 생활상의 불이익이라고는 할 수 없다.

그리고 이 사건 전보처분의 업무상 필요성 및 원고가 입게 될 생활상의 불이익의 정도에 비추어 피고가 전보처분을 함에 있어서 원심판시와 같이 원고와 협의하지 아니한 사실이 있다 하더라도 그러한 사정만으로 이 사건 전보처분이 인사권의 남용이라고도 할 수 없을



뿐만 아니라(실제로 원고는 자신이 근무하던 춘천공장 변전실에서의 근무만을 고집하고 있는 터이므로 비록 사전에 협의절차를 거쳤다 하여도 그 사정이 달라졌을 것이라고 보이지도 아니한다) 기록에 의하면 피고는 이 사건 전보처분을 함에 있어 원고가 입게 될 생활상의 불이익을 해소하려고 정기적인 승진대상자가 아니었음에도 변전실 전공에서 본사 관리부 서무과 용도계 서무주임으로 승진발령까지 하였던 것으로 보여진다.

그렇다면 원심이 그 판시의 사정만으로 이 사건 전보처분이 원고에 대하여 근로자로서 통상 감수할 수 있는 정도를 현저히 초과하는 중대한 불이익을 주는 것이라고 판단하고 나아가 피고가 이 사건 전보처분 과정에서 춘천공장에서의 전직이나 기타 그의 생활상의 이익에 관한 적절한 배려를 위하여 신의칙상 요구되는 원고와의 진지한 대화를 거치지 아니하였다고 하여 이 사건 전보처분이 인사권의 남용에 해당하여 무효라는 주장을 내세워 이 사건 전보처분을 거부하면서 무단결근한 것을 이유로 한 원고에 대한 징계해고도 무효라고 판시한 것은 전보처분의 정당성에 관한 법리를 오해하였거나 그 점에 관한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다 할 것이고 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하므로 이 점을 지적하는 논지는 이유가 있다.

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

대법관 서성(재판장) 지창권(주심) 유지담

## 2 전직 처분에 업무상 필요성과 생활상 불이익 비교 교량

☞ 대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165 판결

### » 요 지 «

1. 근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량을 가지며 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지의 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하여 결정되어야 할 것이고, 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다.
2. 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다.
3. 기업체가 업무상의 필요에 따라 근로자에게 전보발령을 함으로 말미암아 근로자가 입게 되는 생활상의 불이익이 근로자로서 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이라고는 볼 수 없으므로, 그 전보발령은 정당한 인사권의 범위내에서 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다.

\* 원고, 상고인 / 정×채 (소송대리인 법무법인 시민종합법률사무소 담당변호사 김선수 외 1인)

\* 피고, 피상고인 / 주식회사 호텔○○ (소송대리인 변호사 최×부)

\* 원심판결 / 서울고법 1997. 4. 9. 선고 96나 45926, 45933 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

1. 상고이유 제1, 3, 4점에 대하여

근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량을 가지며 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 유효하고(당원 1995. 10. 13. 선고 94다 52928 판결, 1996. 4. 12. 선고 95누 7130 판결 등 참조), 전보처분 등이 권리남용에 해당하

는지의 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하여 결정되어야 할 것이고, 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 할 것이며(위 94다 52928 판결, 95누 7130 판결, 당원 1995. 8. 11. 선고 95다 10778 판결 등 참조), 전보 처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 정당한 인사권의 행사인지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고는 볼 수 없다(위 94다 52928 판결, 당원 1995. 5. 9. 선고 93다 51263 판결 등 참조).

원심은, 서울에서 호텔 영업을 하는 피고는 부산에다가 별도 법인으로 주식회사 부산호텔○○를 설립하여 운영할 계획을 세우고, 그 준비작업의 일환으로 식음료 부문에 관하여 기술과 노하우를 축적하고 인력을 양성하여 두었다가 나중에 부산호텔○○가 영업을 시작할 때 그 식음료 부문이 곧바로 미리 축적된 기술과 노하우에 의하여 영업을 개시할 수 있도록 하기 위하여, 1994.9.경 피고의 기획실 내에 부산사업팀이란 조직을 신설하고 부산○○신문사 사옥 내에 일식당 '모모야마'와 양식당 '라센느'를 두어 운영하기 시작한 사실, 피고는 1995.9.6. 위 부산사업팀으로부터 위 식당들의 매출실적이 부진하므로 영업활성화를 위하여 식음료 부문의 영업을 두루 섭렵한 풍부한 경험을 가진 지배인과 웨이터 1명을 추천하여 달라는 의뢰를 받고, 3년 가까이 서울 본사의 일식당 '모모야마'에서 근무한 경력이 있고, 또 서울올림픽사업단의 일원으로 기자촌에 파견되어 식당 개설에 참가하여 이를 운영한 경력과 전략판촉활성화계획에 따라 연회판촉부 연회판촉팀에서 일한 경력이 있는 원고가 그 책임자라고 판단하여 1995.10.2. 원고를 부산사업팀 소속 일식당 '모모야마'의 지배인으로 전보발령한 사실, 그러나 원고가 위 전보발령에 불응하고 피고의 서울 본사로 출근하므로, 피고는 1996.1.31.자로 원고에게 정직 3개월의 징계처분을 하였고, 그 후 같은 해 4.20.자로 원고를 다시 부산사업팀의 외식사업부로 전보발령하였다가 원고가 이에 불응하자 1996.5.22.자로 무단결근 및 명령불복종을 이유로 원고를 징계면직한 사실, 피고는 서울에 주거를 둔 직원들이 부산사업팀으로 전보되는 것을 좌천으로 받아들이는 분위기를 감안하여 그들에게 숙소를 제공하고 부산 근무수당 및 식사를 제공함과 아울러 대외 호칭을 1직급 상향조정하였는바, 위와 같이 원고를 부산사업팀에 전보발령할 무렵에는 서울 본사에서 부산사업팀에 파견되었던 직원 7명이 서울 본사로 복귀하여야 할 상황이었고, 1996년에도 부산 '모모야마' 식당의 직원 2명을 서울 본사로 복귀시킨 바 있었으며, 피고의 직원 중 부산사업팀의 직원 6명과 대전호텔○○의 직원 6명은 원고가 없는 지방근무자이고, 그 밖에 피고는 동경과 뉴욕 등에도 해외판촉사무소를 두고 있는 사실 등을 인정한 다음, 그렇다면 비록 원고가 20여 년 간 서울에서 거주하여 왔고, 85세의 노모를 모시면서 자녀들을 서울 시내의 중·고등학교에 보내고 있었으며, 1996년도에는 한국방송통신대학에 등록하였고, 그 동안 피고 회사가 원고에 대하여 여러 차례 부당한 전직과 해고를 반복함에 따라 그 때마다 원고가 소송을 통하여 구제절차에 나선 것을 피고가 못마땅하게 여겨 온 사실이 있다고 하더라도, 피고가 업무상의 필요에 따라 원고에게 전보발령을 함으로 말미암아 원고가 입게 되는 생활상의 불이익이 원고가 근로자로서 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이라고는 볼 수 없으므로, 원고에 대한 위 전보발령은 정당

한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 할 것이고, 이 경우 피고가 원고와 사전에 성실한 협의절차를 거쳤는지의 여부는 피고의 인사권의 행사가 정당한지의 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로는 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효라고는 볼 수 없다고 판단하였는바, 관련 증거들을 기록과 대조하여 검토하여 보면 원심의 위 사실인정은 정당하고 원심판결에 논하는 바와 같은 채증법칙 위반이나 심리미진의 위법이 있다고 볼 수 없으며, 사실관계가 원심이 적법하게 확정한 바와 같다면, 원고가 상고이유로 주장하는 제반 사정을 감안한다고 하더라도 피고의 원고에 대한 전보발령이 인사권의 남용에 해당하지 않는다고 본 원심의 판단은 정당하다고 할 것이므로, 이와 반대되는 취지의 논지는 모두 이유가 없다.

2. 상고이유 제2점에 대하여 근로계약에서 근로내용이나 근무장소를 특별히 한정된 경우에 사용자가 근로자에 대하여 전보나 전직처분을 하려면 원칙적으로 근로자의 동의가 있어야 한다고 할 것이지만(당원 1992. 1. 21. 선고 91누 5204 판결, 1994. 2. 8. 선고 92다 893 판결 등 참조), 이 사건에서 원고와 피고 사이에 원고의 근로 장소를 서울로 한정하기로 하는 근로계약이 체결되었다고 볼 자료가 없고, 원고가 서울에서 17년간 근무하여 왔다는 사실만으로 원고의 근로 제공의 장소가 서울로 한정되었다고도 볼 수 없으므로, 이와 반대되는 취지의 논지도 이유가 없다.
3. 상고이유 제5, 6점에 대하여 원고가 사전에 서면으로 징계사유와 일시를 통지받지 못하였다고 하더라도 징계위원회에 출석하여 징계절차에 대하여 이의를 제기하지 아니하고 충분한 소명을 한 경우에는 그와 같은 절차상의 하자는 치유된다고 할 것이므로(당원 1993. 5. 11. 선고 92다 27089 판결, 1995. 3. 3. 선고 94누 11767 판결, 1995. 10. 13. 선고 95누 6434 판결 등 참조), 같은 취지로 판단한 원심의 판단은 정당하고, 그 밖에 상고이유로 지적하는 점들은 원심의 부가적 판단에 대한 것이거나 징계위원회가 개최된 일시와 같은 사소한 점들에 관한 것들로서, 그와 같은 주장이 이유가 있다고 하여 원심의 결론이 달라질 수 없는 것이므로, 논지도 모두 이유가 없다.
4. 그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 정귀호(재판장) 이임수(주심) 최종영 이돈희

### 3 전직 처분의 신의칙상 요구되는 협의절차 이행 여부

☞ 대법원 1998. 12. 22. 선고 97누5435 판결

#### » 요 지 «

1. 근로자를 그가 고용한 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전직은 종전 기업과의 근로관계를 합의해지하고 이적하게 될 기업과 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이므로, 기업간 전직에 대하여 근로자가 동의함으로써 유효하게 이루어진 경우에는 당사자 간에 특약이 없는 한 종전 기업과의 근로관계는 단절되는 것으로서 종전 기업에서의 근로관계가 이적하는 다른 기업에 이전되거나 승계되지 아니하는 것이 원칙이고, 취업규칙은 특별한 사정이 없는 한 당해 사업장의 근로자들에게 일반적으로 적용되는 것이다.
2. 근로자에 대한 배치전환은 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류와 내용 또는 장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수 있으나, 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 인정하여야 하고, 이것이 근로기준법 제27조 제1항에 위반하거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 수 없을 것이며, 위와 같은 배치전환이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지의 여부는 당해 배치전환의 업무상의 필요성과 배치전환에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교·교량 및 근로자측과의 협의 등 그 배치전환을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부에 의하여 결정되어야 할 것이다.
3. 직장질서의 유지나 회복, 또는 근로자간의 인화를 위한 배치전환도 업무상 필요성이 있다고 인정되므로 정당한 이유가 있는 경우에는 허용된다고 할 것인데, 이 경우 비록 배치전환에 당해 근로자에 대한 제재적인 의무가 내포되어 있다고 하더라도 그 자체가 단체협약이나 취업규칙 등에 정한 징계절차를 요하는 징계로서 규정되지 아니한 이상 그러한 징계절차를 거치지 않았다고 하더라도 효력에 영향이 없다.

\* 원고, 상고인 / 유○선 (소송대리인 법무법인 시민종합법률사무소 담당변호사 박○현 외 1인)

\* 피고, 피상고인 / 중앙노동위원회 위원장

\* 피고보조참가인 / ○○자동차서비스 주식회사 (소송대리인 변호사 구○일)

\* 원심판결 / 서울고법 1997. 2. 28. 선고 94구36973 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

1. 상고이유 제1점에 대하여 근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전적은 종전 기업과의 근로관계를 합의해지하고 이적하게 될 기업과 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이므로, 기업간 전적에 대하여 근로자가 동의함으로써 유효하게 이루어진 경우에는 당사자 간에 특약이 없는 한 종전 기업과의 근로관계는 단절되는 것으로서 종전 기업에서의 근로관계가 이적하는 다른 기업에 이전되거나 승계되지 아니하는 것이 원칙이고, 취업규칙은 특별한 사정이 없는 한 당해 사업장의 근로자들에게 일반적으로 적용되는 것이다.

원심이 적법하게 인정한 바와 같이, 비록 원고가 소의 ○○○○ 주식회사(이하 종전 회사라 한다)에 입사할 당시 업무 분야를 '사보 편집 업무'로, 근무지를 '서울'로 특정하여 응모하여 채용되었다 하더라도, 원고는 1990. 2. 15. 종전 회사에서 퇴직금까지 전액 수령하고 퇴사한 후 피고 보조참가인 회사(이하 참가인 회사라 한다)에 다시 입사하면서 특별히 위와 같이 업무분야와 근무지를 한정하는 내용의 근로계약을 체결한 바 없고, 오히려 참가인 회사의 제 규정과 명령을 준수하겠다는 서약서를 제출하였는데, 참가인 회사의 취업규칙 제15조에는 '회사는 필요한 경우 종업원에게 근무지, 소속, 직종, 직무의 변경을 명할 수 있다.'고 규정하고 있다면, 소론 주장과 같이 원고가 종전 회사와 참가인 회사가 소속된 ○○그룹의 ○○인력관리위원회 명의로 게재한 "기혼 여사원 모집"이라는 모집광고를 보고 응시하여 종전 회사에 채용되었다가 같은 계열사인 참가인 회사로 전적되었다는 사실만으로는 종전 회사와의 당초의 근로계약 내용이 참가인 회사에 승계되었다거나 원고가 계속하여 사보편집 업무에 종사한다는 것을 전제로 하여 전출명령과 이에 대한 원고의 동의가 있었다고 볼 수 없으므로, 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 소론이 주장하는 바와 같이 전적시의 당사자의 의사 해석을 그르친 위법이 있다고 볼 수 없다.

상고논지는 이유 없다.

2. 상고이유 제2점에 대하여 근로자에 대한 배치전환은 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류와 내용 또는 장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수 있으나, 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 인정하여야 하고, 이것이 근로기준법 제27조 제1항에 위반하거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 수 없을 것이며(대법원 1995. 8. 11. 선고 95다10778 판결 등 참조), 위와 같은 배치전환이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지의 여부는 당해 배치전환의 업무상의 필요성과 배치전환에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교·교량 및 근로자측과의 협의 등 그 배치전환을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부에 의하여 결정되어야 할 것이다(대법원 1991. 7. 12. 선고 91다12752 판결 등 참조). 원심은 그 판시와 같이 원고에 대한 이 사건 배치전환의 경위를 인정한 다음 그 배치전환은 참가인 회사가 업무상의 필요에 따라 한 것으로서 이는 사용자인 참가인 회사의 인사권의 범위 내에 속하는 것이라고 보아야 할 것이므로 이를 가리켜 위법한 배치전환이라고 할 수는 없고, 또한 오늘날의 서울 시내 및 시외의 교통 상황과 서울 부근

도시의 교통망, 참가인 회사 소속 다른 근로자들의 시내·외 출·퇴근 실태 등을 종합하여 참작하면, 출·퇴근 시간이 70분 내지 90분씩 소요된다는 사정만으로는 참가인 회사가 원고에 대하여 이 사건 배치전환을 한 업무상 필요성의 정도에 비추어 원고의 생활에 미치는 불이익의 정도가 현저히 크다고 할 수도 없으며, 이 사건 배치전환을 하게 된 경위와 필요성, 참가인 회사의 취업규칙 및 인사규정 등을 종합하여 검토해 보면, 참가인 회사가 원고에게 사전 협의를 거치지 아니하거나 원고의 동의 없이 이 사건 배치전환을 하였다 하여 곧 신의성실의 원칙에 어긋난다고 볼 수 없다고 판단하였는바, 이는 위 법리에 따른 것으로서 정당하고, 상고논지는 이유 없다.

3. 상고이유 제3점에 대하여 직장질서의 유지나 회복, 또는 근로자간의 인화를 위한 배치전환도 업무상 필요성이 있다고 인정되므로 정당한 이유가 있는 경우에는 허용된다고 할 것인데, 이 경우 비록 배치전환에 당해 근로자에 대한 제재적인 의미가 내포되어 있다고 하더라도 그 자체가 단체협약이나 취업규칙 등에 정한 징계절차를 요하는 징계로서 규정되지 아니한 이상 그러한 징계절차를 거치지 않았다고 하더라도 효력에 영향이 없다고 할 것이므로(대법원 1998. 4. 24. 선고 97다58750 판결, 1995. 3. 10. 선고 94누11880 판결, 1994. 9. 30. 선고 93다26496 판결 참조), 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 배치전환 및 징계절차에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

이 부분 상고논지도 이유 없다.

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

대법관 이임수(재판장) 박준서(주심) 서성

☞ 대법원 1994. 2. 8. 선고 92다893 판결

» 요 지 «

1. 회사가 구미시에 있는 회사 생산부 보일러공으로 종사하여 온 근로자에 대하여 서울출장소의 영업부에서 근무하도록 한 조치는 중대한 근로조건 변경으로서 근로자의 사전 동의가 없는 한 무효라 할 것이다.
2. 사용자가 근로자를 부당하게 해고하고 그 해고무효확인판결이 확정되었음에도 장기간에 걸쳐 근로자에 대한 복직을 거부하였다면 근로자가 정신상의 고통을 받았을 것임이 명백하므로 사용자는 이를 금전으로 위자할 의무가 있다.

\* 대법원 1994. 2. 8. 선고 92다893 판결 []

\* 원고, 상고인 겸 피상고인 : 이○석

\* 피고, 피상고인 겸 상고인 : 주식회사 ○○기업

\* 원심판결 : 대구고등법원 1991. 11. 21. 선고 91나2398 판결

» 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 각자의 부담으로 한다.

» 이 유 «

1. 원고의 상고이유에 대하여 판단한다.

기록에 의하면, 소론이 지적하는 위험물취급주임수당을 상여금산정의 기준이 되는 직책수당의 범위에서 제외하고, 또 이를 통상임금의 범위에서 제외한 원심의 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 원심판결에 소론과 같은 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다. 논지는 모두 이유가 없다.

2. 피고의 상고이유에 대하여 판단한다.

가. 제1점에 대하여

소론이 지적하는 점에 관한 원심의 인정판단은 원심판결이 실시한 증거관계에 비추어 정당한 것으로 수긍이 가고, 그 과정에 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 볼 수 없고, 사실관계가 원심이 확정한 바와 같다면, 원심이 피고가 구미시에 있는 피고 회사 생산부 보일러공으로 종사하여 온 원고에 대하여 서울 출장소의 영업부에서 근무하도록 한 조치는 중대한 근로조건 변경으로서 원고의 사전 동의가 없는 한 무효라고 하여 원고가 개인적인 사정을 이유로 이를 거절하였다고 하더라도 근로제공의



거부라고 볼 수 없다고 판단하였음은 정당하고, 거기에 소론과 같은 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다. 논지는 이유가 없다.

나. 제2점에 대하여

기록에 의하면, 원심이 원고가 해고당하기 전 3월간에 지급받은 연장근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당, 월차수당 및 급식수당 등의 합계액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액을 기준으로 삼아 판시 기간에 받을 수 있었던 판시 각 항목의 임금을 산정한 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 소론과 같은 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다. 논지는 이유가 없다.

다. 제3점에 대하여

소론은 원심에서 주장한 바 없는 사실관계를 전제로 원심판결을 비난하는 것에 지나지 아니하여 받아들일 수 없다. 논지는 이유가 없다.

라. 제4점에 대하여

사실관계가 원심이 적법하게 확정된 바와 같다면, 원심이 피고가 원고를 부당하게 해고하고 그 해고무효확인판결이 확정되었음에도 장기간에 걸쳐 원고에 대한 복직을 거부함으로써 원고가 정신상의 고통을 받았을 것임이 명백하다 하여 피고는 이를 금전으로 위자할 의무가 있다고 판단하였음은 정당한 것으로 수긍이 가고, 원심판결에 소론과 같은 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다. 논지도 이유가 없다.

3. 그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자 각자의 부담으로 하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 김용준(재판장) 안우만 천경송 안용득(주심)

### 3. 전적

#### <1> 전적의 의의

##### 1 전적과 근로관계

☞ 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다17575 판결

#### » 요 지 «

1. 근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전적은 종전 기업과의 근로관계를 합의 해지하고 이적하게 될 기업과 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이므로, 유효한 전적이 이루어진 경우에 있어서는 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계는 단절되고 이적하게 될 기업이 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계를 승계하는 것은 아님이 원칙이나, 당사자 사이에 종전 기업과의 근로관계를 승계하기로 하는 특약이 있거나 이적하게 될 기업의 취업규칙 등에 종전 기업에서의 근속기간을 통산하도록 하는 규정이 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계는 단절되지 않고 이적하게 될 기업이 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계를 승계한다.
2. 영업양도 등에 의하여 근로계약관계가 포괄적으로 승계된 경우에는 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로, 승계 후의 퇴직금 규정이 승계 전의 퇴직금 규정보다 근로자에게 불리하다면 근로기준법 제95조 제1항 소정의 당해 근로자집단의 집단적인 의사결정 방법에 의한 동의 없이는 승계 후의 퇴직금 규정을 적용할 수 없고, 같은 법 제28조 제2항, 부칙(1980.12.31. 법률 제3349호) 제2항이 하나의 사업 내에 차등 있는 퇴직금제도의 설정을 금하고 있지만, 이는 하나의 사업 내에서 직종, 직위, 업종별로 퇴직금에 관하여 차별하는 것을 금하고자 하는 데 그 목적이 있는 것이므로, 위와 같이 근로관계가 포괄적으로 승계된 후의 새로운 퇴직금제도가 기존 근로자의 기득 이익을 침해하는 것이어서 그들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전의 퇴직금 규정을 적용하지 않을 수 없어서 결과적으로 하나의 사업 내에 별개의 퇴직금제도를 운용하는 것으로 되었다고 하더라도, 이러한 경우까지 위 제28조 제2항, 부칙 제2항이 금하는 차등 있는 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다고 할 수는 없다.
3. 퇴직금을 산정함에 있어서는 근로계약이 만료됨과 동시에 근로계약기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우에는 갱신 또는 반복한 계약기간을 모두 합산하여 계속근로연수를 계산하여야 한다.

\* 원고, 피상고인 / 변○○ 외 10인(원고들 소송대리인 법무법인 세명 담당변호사 김웅문 외 1인)

\* 피고, 상고인 / 주식회사 ○○○예술단 (소송대리인 변호사 서예교)

\* 원심판결 / 서울고법 1997. 4. 1. 선고 96나30207 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고의 부담으로 한다.

## » 이 유 «

### 1. 제1점에 대하여

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 형식에 관계없이 실질에 있어서 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하는 것이며, 이를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에 있어서도 사용자로부터 구체적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무 시간과 근무 장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품·원자재·작업 도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적(對償的) 성격을 갖고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정하여야 하는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 1996. 4. 26. 선고 95다20348 판결, 1996. 7. 30. 선고 95누13432 판결, 1996. 9. 6. 선고 95다35289 판결 등 참조). 원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고들은 소외 주식회사 ○○방송(이하 소외 회사라 한다)의 T.V. 관현악단원으로 입사한 후 1992. 1. 1.부터는 피고 회사의 관현악단원으로 일하고 있는 자들로서 자신들의 의사에 따라 독립적으로 연주라는 노무를 제공하여 온 것이 아니라, 소외 회사 또는 피고 회사의 구체적인 출연 지시에 따라 방송 출연을 하였고, 출·퇴근 등의 복무 및 기타 행정적인 사항에 대하여 소외 회사 또는 피고 회사의 직접적인 지휘·감독을 받아 왔으며, 비록 매주 또는 매월 단위로 일정한 근무 시간이 정하여져 있지 아니하고, 출·퇴근 시간도 일정하지 아니하며, 소외 회사 또는 피고 회사의 승인이 있으면 다른 출연 활동을 할 수 있다 하더라도 이는 연주라고 하는 특수한 노무를 제공하는 악단원의 업무 특성에 기인한 것으로 보아야 할 것이고, 또한 소외 회사 또는 피고 회사가 필요로 할 때에는 수시로 그리고 일방적으로 특정의 프로그램 또는 사업에 악단원으로 출연하도록 지시할 수 있고, 그 경우 악단원으로서 그 지시에 따라야 할 의무를 부담하게 되는 것이므로 악단원의 연주 노동력의 처분에 대하여 소외 회사 또는 피고 회사가 지휘·명령의 권능을 가지고 있으며, 나아가 원고들은 피고 회사 또는 소외 회사로부터 노무 제공의 대가로 매월 일정한 기준에 의한 기본급과 수당, 상여금 등을 지급받아 왔고, 피고 회사 또는 소외 회사도 원고들을 근로자로 보아 원고들로부터 갑종근로소득세를 원천징수하여 세무관서에 납부해 왔다는 사실을 인정한 다음, 원고들의 근로 제공의 과정과 실태, 보수에 관한 사항, 근로의 계속성과 종속성 등에 비추어 원고들은 소외 회사 또는 피고 회사에 대하여 사용·종속관계에 있는 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

위에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 근로계약관계 및 근로자성에 관한 법리오해나 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하는 등 위법이 없다. 이 점에 관한 상고이유는 받아들일 수 없다.

## 2. 제3점에 대하여

근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전직은 종전 기업과의 근로관계를 합의 해지하고 이적하게 될 기업과 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이므로, 유효한 전직이 이루어진 경우에 있어서는 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계는 단절되고, 이적하게 될 기업이 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계를 승계하는 것은 아님이 원칙이나, 당사자 사이에 종전 기업과의 근로관계를 승계하기로 하는 특약이 있거나 이적하게 될 기업의 취업규칙 등에 종전 기업에서의 근속기간을 통산하도록 하는 규정이 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계는 단절되지 않고, 이적하게 될 기업이 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계를 승계한다고 보아야 할 것이다(대법원 1996. 5. 10. 선고 95다42270 판결, 1996. 12. 23. 선고 95다29970 판결, 1997. 7. 8. 선고 96다38438 판결 등 참조). 그런데 원심판결 이유와 기록에 의하면, 원고들은 원심 판시 각 일자부터 소외 회사와 1년 단위로 전속계약을 체결하고, 소외 회사의 T.V. 관현악단의 단원으로 입사하여 소외 회사가 필요로 하는 각종 프로그램 또는 사업에 출연하여 음악을 연주하여 온 사실, 소외 회사는 1991. 9. 10. 100%의 자본을 출자하여 자(子) 회사로 방송 출연, 각종 공연, 문화예술행사, 이벤트의 주최, 주관, 후원 등의 사업을 목적으로 하는 피고 회사를 설립하고, 당시 소외 회사 산하에 있던 T.V. 관현악단, 라디오악단, 합창단, 무용단(이하 전속단이라고 한다) 등의 운영 업무를 1992. 1. 1.자로 피고 회사에 이관하면서 소외 회사와 피고 회사는 1991. 12.경 인사 관련 약정을 맺은 사실, 위 약정에 의하면, 소외 회사는 전속단의 단원을 해당자의 동의를 얻어 계약해지(퇴직) 처리하되, 피고 회사는 소외 회사가 1992. 1. 1. 계약해지한 전속단원과 동일자로 전속계약을 체결하고, 소외 회사는 전속단원이 1992. 1. 1.자 퇴직시 퇴직금 152명분 금 815,380,800원을 피고 회사에게 일괄 이관하며, 다만 퇴직금 수령을 희망하는 단원에게는 소외 회사가 퇴직금을 지급하고, 이로써 소외 회사는 전속단원에 대한 퇴직금 지급의무를 면하며, 피고 회사는 퇴직금 지급, 기타 업무상 필요에 의하여 전속단원의 근속기간을 산정할 경우 1992. 1. 1. 소외 회사에서 퇴직시 퇴직금을 수령한 단원은 피고 회사와 전속계약을 체결한 시점부터 근속기간을 기산하고, 퇴직금을 수령하지 않은 단원은 피고 회사의 근속기간과 소외 회사의 근속기간을 합산하여 산정하도록 되어 있는 사실, 소외 회사는 피고 회사에 대하여 전속단에 관한 운영 업무를 이관할 당시 원고들을 비롯한 이관 대상자들에게 동의서라는 문서를 회람시켜 서명날인을 하도록 하였는데, 그 내용은 당시의 단원들과 소외 회사와의 기존 전속계약 및 운영 관리 형태를 그대로 유지하기로 하되, 전속계약상 소외 회사의 명의 및 권리·의무 사항을 피고 회사에서 승계·인수하며, 소외 회사와의 계약시 약정된 급여 및 후생·복지 사항을 계속 보장하고, 현 계약기간 만료 후에는 피고 회사에서 기존의 방식대로 1년 단위의 재계약을 하며, 전속단원은 소외 회사와의 전속계약이 사실상 해지됨에 따라 퇴직 처리하고 피고 회사로 이적하며, 퇴직금은 실제 근속기간을 산정하여 금액 정산 후 피고 회사에서 승계할 수 있도록 퇴직충당금으로 이관하고, 단 본인이 희망하면 이관 시점에서 전액을 지급하기로 하며, 각 전속단체가 소외 회사의 본사 사옥 내에서 사용하던 기존의 시설을 계속 사용할 수 있도록 보장하고, 전속단체가 사용하던 악기·비품 등은 장부가로 피고 회사에 이관하기로 한다는 것 등인 사실, 위 인사 관련 약정과 동의서의 내용대로 원고들을 비롯한 이관 대상자들인 전속단원들에게는 그때까지 적립된 퇴직금을 지급받고 피고 회사로 이적할 것인지 아니면 퇴직금을 피고 회사로 이관시킨 다음 이후 피고 회사에서 퇴직

할 때 퇴직금을 일괄하여 지급받을 것인지에 관하여 선택권이 부여되었고, 원고들을 비롯한 대부분의 이관 대상자들은 그 중 후자를 선택하여 미리 퇴직금을 지급받지 않고 이후 피고 회사에서 퇴직할 때 일괄하여 퇴직금을 지급받기로 한 사실을 알아볼 수 있다.

위와 같은 사실관계에 의하면, 소외 회사의 자(子)회사인 피고 회사는 소외 회사의 영업 부문에 속하던 전속단 업무와 관련하여 그 물적 시설뿐만 아니라 인적 조직까지도 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받은 것으로 볼 수 있을 뿐만 아니라, 소외 회사와 피고 회사 사이의 개별적인 약정에 의하여 소외 회사로부터 퇴직금을 지급받지 않고 피고 회사에서 근무하게 된 근로자들에 대한 근로관계를 포괄적으로 승계하기로 한 것이라고 할 것이므로, 소외 회사에 속해 있던 원고들에 대한 근로관계는 피고 회사에 포괄적으로 승계되었고, 따라서 종전 기업인 소외 회사와의 근로관계는 단절되지 않고 신설 기업인 피고 회사와 사이에서도 계속된 것으로 보아야 할 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 근로관계의 단절에 관한 법리오해 등의 위법이 없다. 이 점에 관한 상고이유도 받아들일 수 없다.

### 3. 제4점에 대하여

영업양도 등에 의하여 근로계약관계가 포괄적으로 승계된 경우에는 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로, 승계 후의 퇴직금 규정이 승계 전의 퇴직금 규정보다 근로자에게 불리하다면 근로기준법 제95조 제1항 소정의 당해 근로자집단의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의 없이는 승계 후의 퇴직금 규정을 적용할 수 없는 것이고(대법원 1991. 9. 24. 선고 91다17542 판결, 1994. 3. 8. 선고 93다1589 판결, 1994. 8. 26. 선고 93다58714 판결, 1995. 12. 26. 선고 95다41659 판결 등 참조), 근로기준법 제28조 제2항, 부칙(1980. 12. 31. 법률 제3349호) 제2항이 하나의 사업 내에 차등 있는 퇴직금제도의 설정을 금하고 있지만, 이는 하나의 사업 내에서 직종, 직위, 업종별로 퇴직금에 관하여 차별하는 것을 금하고자 하는 데 그 목적이 있는 것이므로, 위와 같이 근로관계가 포괄적으로 승계된 후의 새로운 퇴직금제도가 기존 근로자의 기득 이익을 침해하는 것이어서 그들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전의 퇴직금 규정을 적용하지 않을 수 없어서 결과적으로 하나의 사업 내에 별개의 퇴직금제도를 운용하는 것으로 되었다고 하더라도, 이러한 경우까지 위 제28조 제2항, 부칙 제2항이 금하는 차등 있는 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다고 할 수는 없다(대법원 1992. 12. 22. 선고 91다45165 전원합의체 판결, 1995. 12. 26. 선고 95다41659 판결 등 참조). 원심판결 이유에 나타난 바와 같이 피고 회사가 소외 회사의 자회사로 설립되면서 원고들과 소외 회사의 근로관계를 포괄 승계한 이상, 원고들의 퇴직금은 피고 회사로 소속이 변경된 이후 적법하게 변경된 퇴직금 지급 규정이 승계 전의 퇴직금 규정보다 근로자들에 불리하지 않다면 이에 따라 산정하여야 할 것이나, 기록에 의하면, 피고 회사가 1993. 10. 1. 단수제에 의한 퇴직금 지급 규정을 새로이 채택하면서, 그 퇴직금 지급 규정이 종전에 근무하던 소외 회사의 누진제 퇴직금 지급 규정에 비하여 그 지급률 등에 있어서 불리한 것임에도 불구하고 원고들을 비롯한 이미 기득권을 가지고 있던 근로자들의 동의가 없었음을 알아볼 수 있으므로, 위와 같이 새로 채택된 피고 회사의 퇴직금 지급 규정은 원고들에 대하여는 그 효력이 없다고 할 것이고, 따라서 원고들이 지급받아야 할 퇴직금은 소외 회사의 누

진제 퇴직금 지급 규정에 의하여 산정함이 상당하다고 할 것이며, 원고들에게 누진제에 기한 퇴직금을 인정하게 된다 하여도 피고 회사 사업체에 차등 있는 퇴직금제도를 설정하는 것이라고 할 수는 없다. 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 심리미진이나 퇴직금제도의 차등금지원칙에 관한 법리오해 등의 위법이 없다. 이 점에 관한 상고이유 역시 받아들일 수 없다.

#### 4. 제2점에 대하여

원심판결 이유와 기록에 의하면, 원고들은 피고 회사의 설립에 따라 그 동안의 퇴직금이 피고 회사에 이관되는 것을 동의한 바 있을 뿐 단수제에 의한 퇴직금의 적립이나 단수제에 의한 퇴직금의 산정에 동의하지 않았음을 알아볼 수 있으므로, 원고들이 단수제에 의한 퇴직금의 적립이나 단수제에 의한 퇴직금의 산정에 동의하고서도 누진제에 의한 퇴직금을 청구함은 신의칙 내지 금반언의 원칙에 어긋난다는 피고의 주장을 배척한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 채증법칙 위배나 신의칙 내지 금반언의 원칙에 관한 법리오해 등의 위법이 없다. 이 점에 관한 상고이유 또한 받아들일 수 없다.

#### 5. 제5점에 대하여

퇴직금을 산정함에 있어서는 근로계약이 만료됨과 동시에 근로계약기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우에는 갱신 또는 반복한 계약기간을 모두 합산하여 계속근로연수를 계산하여야 하는 것이다(대법원 1975. 6. 24. 선고 74다1625, 1626 판결, 1979. 4. 10. 선고 78다1753 판결, 1995. 7. 11. 선고 93다26168 전원합의체 판결 등 참조). 원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고들이 1년 단위로 소외 회사 또는 피고 회사와 전속계약을 맺었으나, 원고들을 비롯한 전속단원들이 1년의 전속계약이 끝난 뒤에도 당사자가 원하지 않거나, 부적격자로 판정되는 등 특별한 사정이 없는 한 계속 갱신계약이 체결되어 왔고, 소외 회사나 피고 회사도 계약기간이 끝나는 1년 단위마다 퇴직금을 정산하지 않은 사실 등을 인정한 다음, 원고들에 대한 퇴직금을 계산함에 있어서는 갱신 또는 반복한 계약기간을 모두 합산하여 계속근로연수를 산정하여야 한다고 판단하고, 매 계약기간이 끝나는 시점에서의 퇴직금의 단순 합산액만을 퇴직금으로 보아야 한다는 피고의 주장을 배척하였다.

위에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 근로계약기간 및 그 종료에 관한 법리오해 등의 위법이 없다. 이 점에 관한 상고이유도 받아들일 수 없다.

6. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 상고인인 피고의 부담으로 하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

☞ 대법원 1996. 5. 10. 선고 95다42270 판결

» 요 지 «

1. 근로자를 그가 고용된 기업으로부터 별개의 기업체인 다른 기업으로 적을 옮겨 그 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 전적은 원칙적으로 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생기는 것이고, 다만 다양한 업종과 업태를 가진 계열기업들이 자본·임원의 구성·영업활동 등에 있어서 어느 정도 밀접한 관련성을 갖고 경제활동을 전개하는 기업그룹내의 계열기업 사이의 전적에 있어서는, 미리 전적할 계열기업을 특정하고 그 기업에서 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 기본적인 근로조건을 명시하여 사전동의를 얻은 경우나, 기업그룹내에서 근로자의 동의를 얻지 아니하고 다른 계열기업으로 근로자를 전적시키는 관행이 있어서 그와 같은 관행이 기업내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적 사실로 명확하게 승인되거나 기업의 구성원이 일반적으로 아무런 이의를 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업내에서 사실상의 제도로 확립되어 있는 근로계약의 내용을 이루는 것으로 인정되는 경우처럼, 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 근로자의 구체적인 동의를 얻지 아니하더라도 근로자를 다른 계열기업으로 유효하게 전적시킬 수 있다.
2. 전적은 종전 기업과의 근로관계를 합의해지하고 이적하게 될 기업과의 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이므로, 유효한 전적이 이루어진 경우에 있어서는 당사자 사이에 종전 기업과의 근로관계를 승계하기로 하는 특약이 있거나 이적하게 될 기업의 취업규칙 등에 종전 기업에서의 근속기간을 통산하도록 하는 규정이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계는 단절되고, 이적하게 될 기업이 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계를 승계하는 것은 아니다.
3. 전적전 회사에서의 근무기간을 포함시켜 직급과 호봉을 산정하고 10년 근속상을 수여하였다는 사실만으로는, 그 회사와의 근로관계가 전적후의 회사에 승계되었다고 볼 수 없다.

» 주 문 «

원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고 이 부분 사건을 대구고등법원에 환송한다.

» 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 근로자를 그가 고용된 기업으로부터 별개의 기업체인 다른 기업으로 적을 옮겨 그 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 전적은 원칙적으로 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생기는 것이고, 다만 다양한 업종과 업태를 가진 계열기업들이 자본·임원의 구성·영업활동 등에 있어서 어느 정도 밀접한 관련성을 갖고 경제활동을 전개하는 기업그룹내의 계열기업 사이의 전적에 있어서는 미리 전적할 계열기업을 특정하고, 그 기업에서 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 기본적인 근로조건을 명시하여 사전동의를 얻은 경우나, 기업그룹내에서 근로자의 동의를 얻지 아니하고 다른 계열기업으로 근로자를 전적시키는 관행이 있

어서 그와 같은 관행이 기업내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적 사실로 명확하게 승인되거나 기업의 구성원이 일반적으로 아무런 이의를 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업내에서 사실상의 제도로 확립되어 있어 근로계약의 내용을 이루는 것으로 인정되는 경우처럼, 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 근로자의 구체적인 동의를 얻지 아니하더라도 근로자를 다른 계열기업으로 유효하게 전적시킬 수 있다 할 것이다(1993. 1. 26 대법 92다 11695; 1993. 1. 26, 대법 92누 8200 참조).

그리고 이와 같은 전적은 종전 기업과의 근로관계를 합의해지하고, 이적하게 될 기업과의 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이므로(위 판결들 참조) 유효한 전적으로 이루어진 경우에 있어서는 당사자 사이에 종전 기업과의 근로관계를 승계하기로 하는 특약이 있거나 이적하게 될 기업의 취업규칙 등에 종전 기업에서의 근속기간을 통산하도록 하는 규정이 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계는 단절되는 것이고, 이적하게 될 기업이 당해 근로자의 종전 기업과의 근로관계를 승계하는 것은 아니라 할 것이다(1984. 6. 24. 대법 84다카 90 ; 1993. 6. 11. 대법 92다 19316 ; 1995. 7. 14. 대법 94다 20198 등 참조).

2. 돌이켜 이 사건에 관하여 살피건대, 기록에 의하면 원고가 1973.3.1 ○○방직그룹내의 계열기업인 피고의 사원으로 고용되어 근무하던 중 그 그룹내의 다른 계열기업이던 소외 ○○종합개발 주식회사(이하 소외회사라 한다)가 아프리카 모리타니아에서 해외 건설공사를 수주하게 되어 소외회사가 그룹의 방침에 따라 위 해외 건설현장에서 근무할 지원자를 위 그룹내의 계열기업 소속 직원들을 상대로 모집하게 되고, 피고도 이에 따라 해외근무를 마친 직원들에게는 원래 근무한 원직에 복귀할 수 있고 직급과 호봉에 있어서 아무런 손해도 보지 않도록 하겠다는 약속을 하기에 이르자 원고는 위와 같은 소외회사의 해외근무를 지원하여 1981.3.31. 사직서를 제출하고, 피고로부터 퇴직금 3,355,933원 중에서 세금을 공제한 금 3,278,535원을 수령한 다음 같은해 4.1. 소외회사에 입사한 후 같은달 10일경부터 소외회사의 위 해외 건설공사현장에서 피고의 사원으로서의 직급보다 한 직급 높은 과장대리로 근무하여 오다가 1983.2월경 해외근무를 마치고 귀국한 사실, 원고가 위와 같이 해외근무를 마치고 귀국한 후 피고의 대구공장에서의 근무를 희망하자 피고는 당초 약속대로 원고를 그 희망에 따라 위 대구공장에서 원래의 직급인 주임급의 경비원으로 근무하도록 하여 원고는 1983.3.18. 소외회사를 퇴사하고 소외회사로부터 그 근무기간에 상당하는 퇴직금 1,787,690원을 지급받은 다음 피고의 사원으로 다시 입사하는 절차를 밟아 같은해 3. 21.부터 피고의 경비원으로 근무하여 오다가 1992.1.21. 정년으로 퇴직한 사실을 인정할 수 있다.

사실이 이러하다면 원고의 소외회사로의 입사나 피고의 사원으로서의 재입사는 실질적으로 위에서 본 기업그룹내의 계열기업 사이의 전적에 해당하는 것으로 피고의 사원으로 근무하던 원고가 소외회사의 해외 건설공사현장에서의 근무를 지원하여 피고에게 사직서를 제출하고 퇴직금을 수령한 것은 비록 소외회사가 그룹의 방침에 따라 그룹내의 계열기업 소속 직원들을 대상으로 해외근무 대상자를 모집한 것에 기인한 것이라 하더라도 스스로 자발적인 의사에 기하여 한 것으로서 유효하고 이로써 원고의 피고사원으로서의 종전의 근로관계는 단절되었다 할 것이고, 마찬가지로 원고가 소외회사에서의 해외근무를 마친 후



자신의 희망에 따라 다시 피고의 사원으로 입사하기 위하여 소외회사에 사직서를 제출하고 퇴직금까지 수령한 이상 이로써 역시 소외회사와의 근로관계도 단절되었다 할 것이다.

원심인정과 같이 피고가 원고의 재입사후에 있어서의 직급과 호봉을 산정하면서 소외회사에서의 근무기간을 포함시켰고 또한 원고가 1983.8경 피고의 회사 창업 30주년을 기념하는 자리에서 10년 이상 근속한 직원들에게 수여하는 10년 근속상을 수여받았다고 하더라도 그와 같은 직급 및 호봉의 산정은 위와 같이 해외근무 지원자를 모집할 당시의 원고와의 약속에 따른 것이고, 10년 근속상도 그룹차원에서 그룹내의 계열기업에서 근무한 모든 기간을 통산하여 10년 이상 근속한 근로자를 표창하기 위하여 수여한 것에 따른 것으로 보일 뿐이므로 그와 같은 사정만으로는 위에서 본 바와 같이 근로관계가 단절되었다고 판단함에 무슨 영향이 있다고 할 수 없다.

그럼에도 불구하고 원심은 원고가 자발적으로 사직서를 제출하고 퇴직금을 수령한 사실을 인정하면서도 위에서 본 원심 판시와 같은 사정 등을 들어 원고의 피고 사원으로서의 근무와 소외회사에서의 근무는 근로관계의 계속성이 단절됨이 없이 그대로 유지되는 단일기간의 근무라고 판단하고, 나아가 원고가 피고의 사원으로 최초로 입사한 1973.3.1.부터 정년퇴직한 1992.1.21.까지의 전기간을 원고의 근속기간으로 보아 이를 토대로 원고의 퇴직금을 산정하였으니 원심은 근속연수 산정 내지 계속근로의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저질렀다 할 것이다. 이 점에 관한 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 그러므로 원심판결 중 피고의 패소 부분을 파기하고 이 부분 사건을 원심법원에 환송하기로 관여 법관들의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

## 2 기업분할 방식의 전적

☞ 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두4282 판결

### » 요 지 «

1. 상법 제530조의10은 분할로 인하여 설립되는 회사는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할 계획서가 정하는 바에 따라서 승계한다고 규정하고 있으므로, 분할하는 회사의 근로관계도 위 규정에 따른 승계의 대상에 포함될 수 있다. 그런데 헌법이 직업선택의 자유를 보장하고 있고 근로기준법이 근로자의 보호를 도모하기 위하여 근로조건에 관한 근로자의 자기결정권(제4조), 강제근로의 금지(제7조), 사용자의 근로조건 명시 의무(제17조), 부당해고 등의 금지(제23조) 또는 경영상 이유에 의한 해고의 제한(제24조) 등을 규정한 취지에 비추어 볼 때, 회사 분할에 따른 근로관계의 승계는 근로자의 이해와 협력을 구하는 절차를 거치는 등 절차적 정당성을 갖춘 경우에 한하여 허용되고, 해고의 제한 등 근로자 보호를 위한 법령 규정을 잠탈하기 위한 방편으로 이용되는 경우라면 그 효력이 부정될 수 있어야 한다. 따라서 둘 이상의 사업을 영위하던 회사의 분할에 따라 일부 사업 부문이 신설회사에 승계되는 경우 분할하는 회사가 분할계획서에 대한 주주총회의 승인을 얻기 전에 미리 노동조합과 근로자들에게 회사 분할의 배경, 목적 및 시기, 승계되는 근로관계의 범위와 내용, 신설회사의 개요 및 업무 내용 등을 설명하고 이해와 협력을 구하는 절차를 거쳤다면 그 승계되는 사업에 관한 근로관계는 해당 근로자의 동의를 받지 못한 경우라도 신설회사에 승계되는 것이 원칙이다. 다만 회사의 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하면서 해당 근로자를 해고하기 위한 방편으로 이용되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는, 해당 근로자는 근로관계의 승계를 통지받거나 이를 알게 된 때부터 사회통념상 상당한 기간 내에 반대 의사를 표시함으로써 근로관계의 승계를 거부하고 분할하는 회사에 잔류할 수 있다.
2. 원고 회사는 이 사건 회사 분할과 관련하여 노동조합에 협의를 요구하고 약 5개월의 기간에 걸쳐 근로자들을 상대로 회사 분할에 관한 설명회를 개최하는 등 근로자들의 이해와 협력을 구하는 절차를 거쳤으므로, 이 사건 회사 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하기 위한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 참가인이 이 사건 회사 분할에 따른 근로계약의 승계에 대하여 이의를 제기하였는지 여부와 상관없이 참가인의 근로관계는 신설회사에 승계된다고 보아야 한다.

\* 원고, 상고인 : 주식회사 A(변경 전 상호 : 주식회사 B)

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : C

\* 원심판결 : 서울고등법원 2011. 1. 19. 선고 2010누21732 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

상법 제530조의10은 분할로 인하여 설립되는 회사(이하 '신설회사'라고 한다)는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라서 승계한다고 규정하고 있으므로, 분할하는 회사의 근로관계도 위 규정에 따른 승계의 대상에 포함될 수 있다. 그런데 헌법이 직업선택의 자유를 보장하고 있고 근로기준법이 근로자의 보호를 도모하기 위하여 근로조건에 관한 근로자의 자기결정권(제4조), 강제근로의 금지(제7조), 사용자의 근로조건 명시 의무(제17조), 부당해고 등의 금지(제23조) 또는 경영상 이유에 의한 해고의 제한(제24조) 등을 규정한 취지에 비추어 볼 때, 회사 분할에 따른 근로관계의 승계는 근로자의 이해와 협력을 구하는 절차를 거치는 등 절차적 정당성을 갖춘 경우에 한하여 허용되고, 해고의 제한 등 근로자 보호를 위한 법령 규정을 잠탈하기 위한 방편으로 이용되는 경우라면 그 효력이 부정될 수 있어야 한다.

따라서 둘 이상의 사업을 영위하던 회사의 분할에 따라 일부 사업 부문이 신설회사에 승계되는 경우 분할하는 회사가 분할계획서에 대한 주주총회의 승인을 얻기 전에 미리 노동조합과 근로자들에게 회사 분할의 배경, 목적 및 시기, 승계되는 근로관계의 범위와 내용, 신설회사의 개요 및 업무 내용 등을 설명하고 이해와 협력을 구하는 절차를 거쳤다면 그 승계되는 사업에 관한 근로관계는 해당 근로자의 동의를 받지 못한 경우라도 신설회사에 승계되는 것이 원칙이다. 다만 회사의 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하면서 해당 근로자를 해고하기 위한 방편으로 이용되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는, 해당 근로자는 근로관계의 승계를 통지받거나 이를 알게 된 때부터 사회통념상 상당한 기간 내에 반대 의사를 표시함으로써 근로관계의 승계를 거부하고 분할하는 회사에 잔류할 수 있다.

원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거 등에 의하면, 원고 회사는 법인사업, 식품사업 및 IT사업 등을 운영해 오다가 법인사업 부문을 분할하여 주식회사 D(이하 'D'라고 한다)를 설립한 사실, 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)은 원고 회사에 입사한 후 법인사업 부문에 속하는 패션유니폼팀에서 재고관리업무를 담당하고 있었던 사실, 원고 회사는 2008.10.23.경부터 노동조합에 이 사건 회사 분할과 관련한 노사협의를 요구하였으나 그 노동조합이 D로 근로관계가 승계되는 조합원들의 근로조건을 단체협약으로 정할 것을 주장하여 협의를 제대로 진행되지 못한 사실, 원고 회사는 2008.10.경부터 2009.3.경까지 약 5개월의 기간에 걸쳐 경인지역 직원, 영남지역 직원, 노조전임자들을 상대로 회사 분할과 관련한 설명회를 개최하여 회사 분할의 필요성과 방법, 해당 사업 부문 근로자 전원에 대한 고용승계 및 고용조건 유지, D의 조직, 인원계획 및 사업목표 등에 관하여 설명한 사실 등을 알 수 있다.

위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고 회사는 이 사건 회사 분할과 관련하여 노동조합에 협의를 요구하고 약 5개월의 기간에 걸쳐 근로자들을 상대로 회사 분할에 관한 설명회를 개최하는 등 근로자들의 이해와 협력을 구하는 절차를 거쳤으므로, 이 사건 회사 분할이 근로기준법상 해고의 제한을 회피하기 위한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 참가인이 이 사건 회사 분할에 따른 근로계약의 승계에 대하여 이의를 제기하였는지 여부와 상관없이 참가인의 근로관계는 D에 승계된다고 보아야 한다.

그럼에도 원심은 이와 달리 회사 분할에 따른 근로관계의 승계에 대하여 근로자가 거부권을 행사하기만 하면 해당 근로자의 근로관계는 신설회사에 승계되지 않는다는 전제 아래 참가인이 이 사건 회사 분할에 따른 근로관계의 승계에 대하여 거부권을 행사한 이상 참가인의 근로관계가 D로 승계되지 아니한다고 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 회사 분할에 따른 근로관계의 승계에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

그러므로 원고 회사의 나머지 상고이유에 관하여 나아가 살필 필요 없이 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김용덕(재판장) 신영철(주심) 이상훈 김소영

## &lt;2&gt; 전적과 근로자 동의 절차

☞ 대법원 2006. 1. 12. 선고 2005두9873 판결

## » 요 지 «

근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전적은, 동일 기업 내의 인사이동인 전근이나 전보와 달리 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생기며, 나아가 기업그룹 등과 같이 그 구성이나 활동 등에 있어서 어느 정도 밀접한 관련성을 갖고 사회적 또는 경제적 활동을 하는 일단의 법인체 사이의 전적에 있어서 그 법인체들 내에서 근로자의 동의를 얻지 아니하고 다른 법인체로 근로자를 전적시키는 관행이 있어서 그 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 인정하기 위하여는, 그와 같은 관행이 그 법인체들 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나, 그 구성원이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업 내에서 사실상의 제도로서 확립되어 있지 않으며 아니 된다고 할 것인바, 피고보조참가인 조합 및 ○○○○산림조합을 비롯하여 전국에 별도의 법인으로 설립·운영되고 있는 144개 회원조합을 두고 있는 ○○○○중앙회가 그 조정에 따라 소속 조합의 직원을 다른 조합으로 전적시키는 관행이 있었던 것은 분명해 보이지만, 더 나아가 직원의 동의를 얻지 아니하고 일방적으로 다른 조합으로 전적시키는 관행이 있었다거나 그러한 일방적인 전적의 관행이 ○○○○중앙회 산하 지역조합들 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적 사실로서 명확히 승인되었거나 그 직원들이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 사실상의 제도로서 확립되어 있었다고 볼만한 자료는 찾아보기 어렵다 할 것이므로 이와 결론을 달리한 이 사건 재심판정은 위법하다.

\* 원고, 피항소인 / 이○○

\* 피 고 / 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 / ○○○○ 산림조합

\* 원 심 판 결 / 서울고등법원 2005. 7. 12. 선고 2004누13839 판결

## » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고보조참가인이 부담이 한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전적은, 종래에 종사하던 기업과 사이의 근로계약을 합의 해지하고 이적하게

될 기업과 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이거나 근로계약상의 사용자의 지위를 양도하는 것이므로, 동일 기업 내의 인사이동인 전근이나 전보와 달라 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생긴다. 나아가 기업그룹 등과 같이 그 구성이나 활동 등에 있어서 어느 정도 밀접한 관련성을 갖고 사회적 또는 경제적 활동을 하는 일단의 법인체 사이의 전적에 있어서 그 법인체들 내에서 근로자의 동의를 얻지 아니하고 다른 법인체로 근로자를 전적시키는 관행이 있어서 그 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 인정하기 위하여는, 그와 같은 관행이 그 법인체들 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나, 그 구성원이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업 내에서 사실상의 제도로서 확립되어 있지 않으며 아니 된다고 할 것이다(대법원 1993. 1. 26. 선고 92누8200 판결, 1993. 1. 26. 선고 92다11695 판결, 1996. 12. 23. 선고 95다29970 판결, 2005. 1. 14. 선고 2003다28477 판결 등 참조).

원심판결과 원심이 인용한 제1심판결의 이유에 의하면, 원심은, 피고보조참가인이 그 소속의 신용상무인 원고를 ○○○○산림조합의 지도상무로 전적시킨 것은 원고의 동의 없이 이루어진 것으로서 무효이고 또한 해고무효판결에 승소하여 복직한 원고에 대한 보복적 인사로서 인사권의 남용에 해당하여 위법·부당하다는 원고의 주장에 대하여, 그 채용증거들에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 그 판시와 같은 이유로 이 사건 전적명령은 원고의 동의를 얻지 아니하였고, 나아가 조합직원의 동의 없는 전적의 관행이 확립되어 있다고 볼 수는 없지만, 그러나 그것만으로는 이 사건 전적명령을 무효라고 할 수는 없고, 다만 이 사건 전적명령을 할만한 업무상 필요성이 별로 없는데 반하여 그로 인하여 여태껏 신용업무만을 담당하여 오던 원고가 다른 업무인 지도업무를 처음으로 맡게 된 데다가 출퇴근 시간이 현저히 증가하는 등 원고에게는 생활상의 불이익을 주고 전적과정에서 원고의 동의는 아니더라도 양해나 협조를 구하는 등 신의칙상 요구되는 절차를 취하였다는 증거도 없으므로 정당한 인사권의 범위를 넘는 부당한 조치라고 판단하여, 부당전적이 아니라는 피고 및 피고보조참가인의 주장을 배척하는 원고의 이 사건 청구를 제1심판결을 그대로 유지하였다.

그런데 기록에 의하면, 피고보조참가인 조합 및 ○○○○산림조합을 비롯하여 전국에 별도의 법인으로 설립·운영되고 있는 144개 회원조합을 두고있는 ○○조합중앙회가 그 조정에 따라 소속 조합의 직원을 다른 조합으로 전적시키는 관행이 있었던 것은 분명해 보이지만, 더 나아가 직원의 동의를 얻지 아니하고 일방적으로 다른 조합으로 전적시키는 관행이 있었다거나 그러한 일방적인 전적의 관행이 ○○조합중앙회 산하 지역조합들 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적 사실로서 명확히 승인되었거나 그 직원들이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 사실상의 제도로서 확립되어 있었다고 볼만한 자료는 찾아보기 어렵다. 한편 피고보조참가인이 ○○조합중앙회의 조정에 따라 인사교류를 한다는 인사규정을 두고 있었다는 사정만으로 직원의 동의 없는 일방적인 전적의 관행이 규범적인 사실로서 명확히 승인되었거나 사실상의 제도로서 확립되어 있었다고 볼 수도 없다.

따라서 원심이 이 사건 전적명령에 원고의 동의를 얻지 아니하였고 나아가 직원의 동의 없는 전적의 관행이 확립되어 있지 아니한 점을 인정하면서도 그와 같은 사유만으로는 이 사건 전적의 관행이 무효가 아니라고 판단한 것은 잘못이라고 하겠다. 그러나 원심이 그 결

론에 있어서 이 사건 전적명령에 관하여 부당전적이 아니라는 피고의 재심판정이 위법하다고 보아 그 취소를 구하는 원고의 이 사건 청구를 인용한 것은 결과적으로 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위반으로 인한 사실오인, 심리미진, 법리오해 등으로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다. 상고이유의 주장은 이유 없다.

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

대법관 고현철(재판장) 강신욱 양승태 김지형(주심)

☞ 대법원 1993. 1. 26. 선고 92다11695 판결

» 요 지 «

1. 근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전적은 종래에 종사하던 기업과 사이의 근로계약을 합의해지하고 이적하게 될 기업과 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이거나 근로계약상의 사용자의 지위를 양도하는 것이므로, 동일기업 내의 인사이동인 전근이나 전보와 달라 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생기는 것인바, 사용자가 근로자의 동의를 얻지 아니하고 기업그룹 내의 다른 계열회사로 근로자를 전적시키는 관행이 있어서 그 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 인정하기 위하여는 그와 같은 관행이 기업사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나, 기업의 구성원이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업 내에서 사실상의 제도로서 확립되어 있지 않으면 안된다.
2. 근로자의 동의를 전적의 요건으로 하는 이유는 근로관계에 있어서 업무지휘권의 주체가 변경됨으로 인하여 근로자가 받을 불이익을 방지하려는 데에 있다고 할 것인바, 그룹 내의 기업에 고용된 근로자를 다른 계열기업으로 전적시키는 것은 형식적으로는 사용자의 법인격이 달라지게 된다 하더라도 실질적으로 업무지휘권의 주체가 변동된 것으로 보기 어려운 면이 있으므로, 사용자가 기업그룹 내부의 전적에 관하여 미리(근로자가 입사할 때 또는 근무하는 동안에) 근로자의 포괄적인 동의를 얻어 두면 그때마다 근로자의 동의를 얻지 아니하더라도 근로자를 다른 계열기업으로 유효하게 전적시킬 수 있다.
3. 근로기준법 제22조와 같은 법 시행령 제7조 제1호의 규정취지에 비추어볼 때, 사용자가 기업그룹 내의 전적에 관하여 근로자의 포괄적인 사전동의를 받는 경우에는 전적할 기업을 특정하고(복수기업이라도 좋다) 그 기업에서 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 기본적인 근로조건을 명시하여 근로자의 동의를 얻어야 된다.

\* 대법원 1993. 1. 26. 선고 92다11695 판결

\* 원고, 피상고인 : 김○섭

\* 피고, 상고인 : ○○캐리어주식회사

\* 원심판결 : 서울고등법원 1992. 2. 19. 선고 91나13436 판결

» 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고의 부담으로 한다.

» 이 유 «

1. 원심이 인정한 사실관계의 요지



가. ○○그룹은 그 산하에 피고회사를 비롯한 26개의 계열회사를 두고 있었는데, 계열회사간의 원활한 인력수급조정과 그룹차원의 효율적인 인사정책수행 등을 목적으로 그룹 산하에 ○○인력관리위원회와 그룹기획조정실을 설치하여 운영하면서 대졸 관리직사원에 관하여는 전 계열회사의 급여체계를 동일하게 하는 한편, 원칙적으로 각 계열회사가 이들을 개별적으로 채용하는 것을 허용하지 아니하고 그룹인력관리위원회가 각 계열회사의 인력수요를 감안하여 그룹차원에서 일괄채용한 다음, 이들을 각 계열회사에 배정하고 그 후에는 그룹기획조정실이 매년 각 계열회사별로 인력의 과부족현황을 파악하여 그 충원계획을 수립하고 계열회사의 잉여인원에 대하여는 그룹차원에서 이를 취합하여 인원의 충원을 요구한 다른 계열회사로 진출시키는 등 인사관리를 시행하여 왔지만 필요에 따라 각 계열회사가 직접 대졸 관리직사원을 채용하기도 하여 왔다. 위와 같이 그룹차원에서 계열회사 사이에 사원의 전출입이 행하여지는 경우 퇴직금 등 금품청산절차를 거치지 아니하고 그가 최종적으로 퇴직하는 계열회사가 당해 근로자의 그룹 산하 계열회사에서의 전 근속기간을 통산하여 퇴직금을 지급하고 기타 금품청산절차도 그때에 하도록 하고 있기는 하나, 실제로 지급받는 상여금·수당 등의 수령액이 각 계열회사마다 다르기 때문에(각종 수당의 경우는 40,000원 내지 50,000원 정도가, 상여금의 경우는 200% 내지 300%가 동일 직급에서 각 계열회사마다 차이가 난다) 관리직사원을 다른 계열회사로 전출함에 있어서는 당해 사원의 명시적 묵시적 동의를 받고 이를 시행하여 왔다.

나. 원고는 1986.2.경 대학을 졸업하고 ○○그룹인력관리위원회가 실시한 대졸 관리직사원의 공개채용에 의하여 채용되어 피고 회사에 배치된 후 피고 회사 인천공장 에어컨개발팀 소속 대리(전기직)로 성실하게 근무하여 피고 회사로부터도 그 재능을 인정받기까지 하였다. 피고회사는 창립초기에 해당하는 1989년경까지 수출부진과 노사분규 등 경영여건의 악화로 적지 않게 적자가 누적되는 등 경영난을 겪기도 하였으나 1989.4.경부터 피고회사가 주력하여 개발한 로타리 컴프레서의 생산이 시작되고 1990년을 흑자전환의 해로 삼는 등 경영상태가 점차 좋아지는 추세였고(실제로 1990년에 피고 회사의 주력 생산품인 냉방기의 내수판매량은 경쟁회사 중에서 1위를 점하였다), 1990.3.초 피고 회사의 대표이사가 직원들에게 생산을 독려하면서 원고가 소속된 에어컨개발팀의 인원을 더 보충하여 주겠다고 언급하기까지 할 정도여서 위 에어컨개발팀에 잉여인원은 없었다.

다. 1990.2.경 피고회사 광주공장에 전기직사원 1명이 부족하여 원고가 위 광주공장으로 전출되는 문제가 거론되기에 이르렀으나 당시 원고가 화농성관절염 등으로 치료를 받고 있던 처의 질병치료를 이유로 광주에서의 근무가 어려운 사정임을 토로하게 되었는데, 그 무렵 계열회사인 ○○조선공업주식회사(이 뒤에는 “○○조선”이라고 약칭한다)에서 소형승용차 생산팀에 합류할 경력 있는 전기직사원을 충원하여 줄 것을 요청하여 이 요청을 받은 ○○그룹기획조정실은 피고 회사 소속의 경력 있는 전기직사원의 명단과 인사기록카드를 ○○조선에 송부하도록 피고 회사에 지시하자, 피고 회사는 3.13. 원고를 포함한 전기직사원 4명의 명단과 인사기록카드를 ○○조선에 송부하고 ○○조선은 원고를 적임자로 판단하여 기획조정실과 피고 회사에 이를 통보하였다. 이에 따라 피고회사는 원고와 아무런 상의 없이 3.21. 위 기획조정실에 원고를 4.1.자로 피고 회사에서 ○○조선으로 전출시켜 달라는 내용의 인사발령의뢰를 하기에 이르렀고(피고 회사가 의뢰한 전출처는 원래 예정된 ○○조선의 소형승용차 생산팀이 아니었고 위 승용차 생산

팀은 별도로 관리되어 인사발령도 이를 구분하여 내고 있었다), 위 기획조정실은 4.10. 피고 회사의 요청대로 원고를 4.1.자로 피고 회사에서 ○○조선으로 전출시키는 내용의 인사발령을 소급하여 행하고 이를 원고에게 통보하였다.

라. 원고는 위와 같은 인사조치가 원고와의 사전협의나 원고의 사전동의 없이 이루어져 부당하다는 이유로 ○○조선에의 부임을 거부하면서 피고 회사로 계속 출근하자, 피고 회사는 6.30. 인사위원회를 개최하여 원고가 회사의 인사명령에 불응하였다는 이유로 7.11.부터 8.7.까지 정직 4주의 징계조치를 취하였고, 한편 원고는 피고 회사가 위와 같은 이유로 원고의 징계를 위한 인사위원회를 소집하게 되자 그 개최일인 6.30. 08:00경 ○○센터빌딩 정문에서 그룹의 인사관리 실태에 항의하는 내용의 유인물을 출근하는 그룹사원들에게 배포하고, 위 정직기간이 만료된 후에도 위 인사발령의 부당함을 이유로 ○○조선으로의 부임을 계속 거부하자, 피고 회사는 8.17. 다시 원고에 대한 징계위원회를 개최하여 원고가 회사의 정당한 인사명령에 불응하고 위와 같은 유인물을 배포하여 회사를 비방하였다는 사유로 8.20.자로 원고를 해고하였다. 피고 회사의 취업규칙에는 그 소속직원에게 대한 정직 등 징계사유로서 정당한 이유 없이 상사의 업무상 정당한 명령, 지시에 불복한 경우 등이 열거되어 있고, 해고사유로서 정당한 이유 없이 1주일 이상 무단결근하고도 출근독촉에 따르지 아니하거나 1개월에 15일 이상 결근한 경우, 회사 또는 노동조합의 허가없이 인쇄 또는 전단의 배포 등 행위를 한 경우, 기타 각 해고사유에 준하는 정도의 불량한 행위를 한 경우 등이 열거되어 있다.

## 2. 피고 소송대리인들의 상고이유 제1점에 대한 판단

소론이 지적하는 점(○○그룹 산하의 계열회사마다 동일한 직급의 사원이 실제로 지급받는 상여금과 각종 수당 등의 수령액이 다르다는 점 및 ○○그룹 내의 관리직사원을 다른 계열회사로 전출함에 있어서는 당해 사원의 명시적·묵시적 동의를 받고 시행하여 왔다는 점)에 관한 원심의 인정판단은, 원심판결이 실시한 증거관계에 비추어 정당한 것으로 수긍이 되고, 그 과정에 소론과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 볼 수 없다.

근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 그 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전직(전직, 원심판결은 “계열회사간의 전출”이라고 표현하고 있다)은, 종래에 종사하던 기업과 간의 근로계약을 합의해지하고 이적하게 될 기업과 간에 새로운 근로계약을 체결하는 것이거나, 근로계약상의 사용자의 지위를 양도하는 것이므로, 동일 기업내의 인사이동인 전근이나 전보와 달라, 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생기는 것인바, 사용자가 근로자의 동의를 얻지 아니하고 기업그룹 내의 다른 계열회사로 근로자를 전직시키는 관행이 있어서 그 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 인정하기 위하여는, 그와 같은 관행이 기업사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나, 기업의 구성원이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업 내에서 사실상의 제도로서 확립되어 있지 않으면 안된다. 사실관계가 원심이 확정된 바와 같다면, 소론과 같이 ○○그룹 내 계열회사간의 전직이 20여 년간 계속 시행되어 왔고 현존 관리직사원의 30% 이상이 위와 같이 전직된 경력을 가지고 있다고 하더라도, 사용자가 당해 사원의 동의를 얻지 아니하고 일방적으로 다른 계열회사로 전직시키는

관행이 규범적인 사실로서 명확히 승인되었거나 사실상의 제도로서 확립되어 있다고 단정하기 어렵다.

논지는 결국 원심의 전권에 속하는 증거의 취사판단과 사실의 인정을 비난하는 것이어서 받아들일 것이 못된다.

### 3. 같은 상고이유 제2점에 대한 판단

소론이 지적하는 점(이 사건 전적명령 당시 원고가 소속한 피고 회사의 에어컨개발팀에 잉여인원이 없었다는 점)에 관한 원심의 인정판단은, 원심판결이 실시한 증거관계에 비추어 정당한 것으로 수긍이 되고, 그 과정에 소론과 같이 경험칙에 반하여 증거를 취사하는 등 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 볼 수 없다.

사실관계가 원심이 확정된 바와 같다면, 피고 회사가 전기직사원인 원고에 대한 정리해고를 회피하기 위한 수단으로 이 사건 전적명령을 하게 된 것이라고도 볼 수 없다. 피고 회사가 이 사건 전적명령을 함에 있어서 원고를 원래 예정된 ○○조선의 소형승용차 생산팀으로 전출시키지 아니하고 ○○조선의 다른 부서로 전출시킨 경위에 관하여 원심판결이 아무런 언급도 하지 아니하였음은 소론이 지적하는 바와 같지만, 원고가 위 전적명령에 따르지 않은 것 등을 이유로 한 이 사건 징계해고가 정리해고로서의 요건을 갖춘 것이라고 볼 수 없는 이상, ○○조선 내에서 원고가 근무할 부서가 달라지게 된 경위는 피고회사의 이 사건 전적명령 및 징계해고의 당부와는 직접 관계가 없는 것이므로, 원심판결에 소론과 같이 심리를 제대로 하지 아니한 채 판단을 유탈하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 볼 수도 없다.

논지도 원심의 전권에 속하는 증거의 취사판단과 사실의 인정을 비난하거나 원심이 인정하지 아니한 사실을 전제로 원심의 판단을 헐뜯는 것에 지나지 아니하여 받아들일 것이 못된다.

### 4. 같은 상고이유 제3점에 대한 판단

원심은, 원고가 이 사건 전적명령에 불복하여 전적회사로의 부임을 거부하고, 이를 이유로 한 원고에 대한 징계위원회를 소집함에 항의하는 표시로 ○○그룹 내의 인사제도에 다소 불만을 표시하는 내용의 유인물을 회사의 승인 없이 그룹 내 직원들에게 일부 배포하였다는 사유를 들어 원고에 대하여 한 이 사건 징계해고는 그 정당성을 결하여 무효라 할 것이라고 판단하고 있다.

원심판결의 이유를 전체적으로 살펴보면, 원심은 원고의 위와 같은 유인물의 배포행위가 소론과 같이 독립된 징계사유에 해당한다고 하더라도, 그 행위의 동기나 경위에 비추어 사회통념상 근로계약을 지속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유에 해당한다고 볼 수 없어, 이를 이유로 한 이 사건 징계해고는 정당성이 인정될 수 없는 것이라는 취지로 판단한 것으로 이해되므로, 원심판결에 독립된 징계사유로서의 위 유인물배포행위에 관하여 심리를 제대로 하지 아니한 채 판단을 유탈한 위법이 있다는 논지도 받아들일 수 없다.

### 5. 같은 상고이유 제4점에 대한 판단

근로자의 동의를 전적의 요건으로 하는 이유는, 근로관계에 있어서 업무지휘권의 주체가 변경됨으로 인하여 근로자가 받을 불이익을 방지하려는 데에 있다고 할 것인바, 다양한 업종

과 업태를 가진 계열기업들이 기업그룹을 형성하여 자본·임원의 구성·근로조건 및 영업 등에 관하여 일체성을 가지고 경제활동을 전개하고, 그 그룹내부에서 계열기업간의 인사교류가 동일기업 내의 인사이동인 전보나 전근 등과 다름없이 일상적·관행적으로 빈번하게 행하여져 온 경우, 그 그룹내의 기업에 고용된 근로자를 다른 계열기업으로 전적시키는 것은, 비록 형식적으로는 사용자의 법인격이 달라지게 된다고 하더라도, 실질적으로 업무지휘권의 주체가 변동된 것으로 보기 어려운 면이 있으므로, 사용자가 기업그룹 내부의 이와 같은 전적에 관하여 미리(근로자가 입사할 때 또는 근무하는 동안에) 근로자의 포괄적인 동의를 얻어 두면, 그때마다 근로자의 동의를 얻지 아니하더라도 근로자를 다른 계열기업으로 유효하게 전적시킬 수 있다고 보아야 할 것이다.

그러나 근로기준법 제22조와 같은 법 시행령 제7조 제1호에 의하면 사용자는 근로계약 체결시에 근로자에 대하여 임금·근로시간·취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 근로조건을 명시하여야 되도록 규정되어 있는바, 근로자의 특정기업에의 종속성을 배려하여 근로자의 보호를 도모하고 있는 위 규정의 취지에 비추어 볼 때, 사용자가 기업그룹 내의 전적에 관하여 근로자의 포괄적인 사전동의를 받는 경우에는 전적할 기업을 특정하고(복수기업이라도 좋다) 그 기업에서 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 기본적인 근로조건을 명시하여 근로자의 동의를 얻어야 된다고 해석하여야 할 것이다.

이 사건의 경우 피고 회사가 속한 ○○그룹의 인사관리방식 및 실태와 원고가 피고 회사의 사원으로 채용된 경위 등이 소론과 같다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로는 원고가 피고 회사의 사원으로 입사함에 있어서 소론과 같이 ○○그룹 내의 다른 계열회사로의 전적명령에 승복하겠다는 포괄적인 사전동의를 한 것으로 보기 어렵다. 또한 소론이 들고 있는 을 제3호증은 원고가 피고 회사에 입사할 때 제출한 서약서로서, 그 내용 중에 “전근, 출장 기타 귀사의 명령에 대해서는 불평 없이 절대 복종하겠습니다”라고 기재된 부분이 있기는 하지만, 이는 원고가 피고 회사와의 근로계약관계가 존속하는 것을 전제로 피고 회사의 업무지휘권에 따르겠다는 의사를 표시한 것에 지나지 아니할 뿐, 피고 회사와의 근로계약을 종료시키는 전적에 관하여도 포괄적으로 동의를 한 것으로 볼 수는 없다.

원심이, 원고가 다른 계열회사로의 전적에 대하여 사전에 포괄적인 동의를 하였다는 피고의 주장을 배척한 것은, 원심판결이 실시한 증거관계와 위에서 본 법리에 비추어 정당한 것으로 수긍이 되고, 원심판결에 소론과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하거나 판단을 유탈한 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 논지도 이유가 없다.

6. 그러므로 피고의 상고를 기각하고 상고비용은 패소자인 피고의 부담으로 하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 ○○○(재판장) ○○○ ○○○ ○○○(주심)

☞ 대법원 1993. 1. 26. 선고 92누8200 판결

» 요 지 «

1. 근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전적은, 종래에 종사하던 기업과 간의 근로계약을 합의해지하고 이적하게 될 기업과 간에 새로운 근로계약을 체결하는 것이거나 근로계약상의 사용자의 지위를 양도하는 것이므로, 동일 기업 내의 인사이동인 전근이나 전보와 달라, 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생긴다.
2. 근로자의 동의를 전적의 요건으로 하는 이유는 근로관계에 있어서 업무지휘권의 주체가 변경됨으로 인하여 근로자가 받을 불이익을 방지하려는 데에 있다고 할 것인바 그룹 내의 기업에 고용된 근로자를 다른 계열기업으로 전적시키는 것은, 비록 형식적으로는 사용자의 법인격이 달라지게 된다고 하더라도 실질적으로 업무지휘권의 주체가 변동된 것으로 보기 어려운 면이 있으므로, 사용자가 기업그룹 내부의 전적에 관하여 미리(근로자가 입사할 때 또는 근무하는 동안) 근로자의 포괄적인 동의를 얻어 두면 그때마다 근로자의 동의를 얻지 아니하더라도 근로자를 다른 계열기업으로 유효하게 전적시킬 수 있다.
3. 근로기준법 제22조와 같은 법 시행령 제7조 제1호에 의하면 사용자는 근로계약 체결시에 근로자에 대하여 임금·근로시간·취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 근로조건을 명시하도록 한 규정의 취지에 비추어 볼 때, 사용자가 기업그룹 내의 전적에 관하여 근로자의 포괄적인 사전동의를 받는 경우에는 전적할 기업을 특정하고(복수기업이라도 좋다) 그 기업에서 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 기본적인 근로조건을 명시하여 근로자의 동의를 얻어야 된다.
4. ○○그룹이 종합기획실을 설치하여 그룹차원의 인원수급업무를 관장하면서 사원을 일괄 채용하여 각 계열회사로 배정하고 있고, 근로자도 이를 알고 입사하였으며, 취업규칙과 단체협약에서 근로자를 계열회사에 인사이동시킬 수 있는 규정을 두고 있더라도, 근로자로부터 포괄적으로 전적에 관한 사전동의를 얻은 것이라고 보기 어려우며 계열회사 사이에 근로자의 전출입이 관행으로 확립되어 있다고 인정하기에도 부족하다 한 사례.
5. 근로자가 전적에 따르기로 하여 갑회사로부터 퇴직하는 절차를 마치고 계열회사인 을회사에 취업하는 서류를 작성, 제출하고 그 후 2개월 동안이나 을회사에서 정상적으로 근무하였다면 특별한 사정이 없는 한 근로자의 위와 같은 행동은 전적에 대한 동의를 전제로 행하여진 것이다.

\* 원고, 상고인 : ○○건설주식회사

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 김○기

\* 원심판결 : 서울고등법원 1992. 4. 23. 선고 91구7301 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기한다.

사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

## 1. 원고소송대리인들의 상고이유 제1점에 대한 판단

근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 그 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전적은, 종래에 종사하던 기업과 간의 근로계약을 합의해지하고 이적하게 될 기업과 간에 새로운 근로계약을 체결하는 것이거나, 근로계약상의 사용자의 지위를 양도하는 것이므로, 동일 기업내의 인사이동인 전근이나 전보와 달라, 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생기는 것이다. 사용자가 기업체의 경영자로서 근로자의 노동력을 업무목적에 위하여 이용·처분할 권리는 그 근로자와 간의 근로계약에 의하여 비로소 취득하는 것이어서, 그 계약관계를 떠나서는 근로자의 노동력을 일방적으로 처분할 수 있는 권한이 사용자에게 있다고 볼 수 없을 뿐더러, 강행법규로 보이는 민법 제657조 제1항이 사용자는 노무자의 동의 없이 그 권리를 제3자에게 양도하지 못한다고 규정하고 있는 점 등에 비추어 보더라도, 근로자의 동의를 얻어야 되는 것이기 때문이다.

다만 위와 같이 근로자의 동의를 전적의 요건으로 하는 이유는, 근로관계에 있어서 업무지휘권의 주체가 변경됨으로 인하여 근로자가 받을 불이익을 방지하려는 데에 있다고 할 것인바, 다양한 업종과 업태를 가진 계열기업들이 기업그룹을 형성하여 자본·임원의 구성·근로조건 및 영업 등에 관하여 일체성을 가지고 경제활동을 전개하고, 그 그룹 내부에서 계열기업 간의 인사교류가 동일 기업 내의 인사이동인 전보나 전근 등과 다름없이 일상적·관행적으로 빈번하게 행하여져 온 경우, 그 그룹내의 기업에 고용된 근로자를 다른 계열기업으로 전적시키는 것은, 비록 형식적으로는 사용자의 법인격이 달라지게 된다고 하더라도, 실질적으로 업무지휘권의 주체가 변동된 것으로 보기 어려운 면이 있으므로, 사용자가 기업그룹 내부의 이와 같은 전적에 관하여 미리(근로자가 입사할 때 또는 근무하는 동안) 근로자의 포괄적인 동의를 얻어 두면 그때마다 근로자의 동의를 얻지 아니하더라도 근로자를 다른 계열기업으로 유효하게 전적시킬 수 있다고 보아야 할 것이다.

그러나 근로기준법 제22조와 같은 법 시행령 제7조 제1호에 의하면 사용자는 근로계약 체결시에 근로자에 대하여 임금·근로시간·취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 근로조건을 명시하여야 되도록 규정되어 있는바, 근로자의 특정기업에의 종속성을 배려하여 근로자의 보호를 도모하고 있는 위 규정의 취지에 비추어 볼 때, 사용자가 기업그룹 내의 전적에 관하여 근로자의 포괄적인 사전동의를 받는 경우에는 전적할 기업을 특정하고(복수기업이라도 좋다) 그 기업에서 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 기본적인 근로조건을 명시하여 근로자의 동의를 얻어야 된다고 해석하여야 할 것이다.

원고 회사가 소속되어 있는 ○○그룹이 계열회사간의 원활한 인력수급조정과 효율적인 인사정책의 수행 등을 위하여 종합기획실을 설치하여 그룹차원의 인원수급업무를 관장하면서,

사원을 일괄 채용하여 신입사원 연수를 마친 뒤 각 계열회사의 인원수급사정과 본인의 희망을 고려하여 각 계열회사로 배정하고 있고, 피고보조참가인(이 뒤에는 “참가인”이라고 약칭한다)도 원고 회사에 채용되기 전에 계열회사간의 인사이동에 대한 설명을 들어서 이를 알고 입사하였으며, 원고 회사가 취업규칙과 단체협약에서 근로자를 계열회사에 인사이동시킬 수 있는 규정을 두고 있음이 소론과 같다고 하더라도, 그와 같은 사유만으로는 원고 회사가 전적에 관한 사항을 명시하여 참가인의 포괄적인 사전동의를 얻은 것이라고 보기 어렵다.

관계증거와 기록에 의하면, 원심이 ○○그룹에 속한 원고 회사와 다른 계열회사 사이에 근로자의 전출입이 상당히 이루어져 왔어도 그것이 원고 회사 소속 근로자들 대부분으로부터 규범적 사실로 승인된 관행으로 확립되어 있다고 인정하기에 부족하다고 본 원심의 인정판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 원심판결에 소론과 같이 노사관행에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다.

논지는 결국 원심의 전권에 속하는 증거의 취사판단과 사실의 인정을 비난하거나 원심이 인정한 사실과 상치되는 사실을 전제로 원심판결에 대규모기업산하 계열회사 간의 근로자의 전적에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 혈뜬는 것에 지나지 아니하여 받아들일 수 없다.

## 2. 같은 상고이유 제2점에 대한 판단

원심은, 참가인이 1985.1.7. ○○그룹의 일반공채를 거쳐 일반직 4급사원으로 채용된 이래 약 5년 동안 ○○그룹 전체의 홍보업무를 담당하고 있는 원고 회사 통합홍보실 소속 사보팀 요원으로 근무하여 왔으며, 1990.3.경으로 예정되어 있는 원고 회사의 인사에서는 5년의 근무 경력을 채우게 되어 대리로의 승진을 기대하고 있었던 사실, 그런데 위 통합홍보실 실장인 소외 박○식이 1990.2.14. 참가인과 면담하는 자리에서, 사보업무담당자들의 타성에 젖은 업무처리 등을 시정하기 위한 계열회사 사보업무담당자들 사이의 순환배치 계획의 일환으로, 원고 회사 사보업무담당자 중 소외 유○선은 계열회사인 소외 ○○자동차서비스주식회사 사보업무담당자인 소외 손용호와 교환하여 위 회사로 전출하는 한편, 참가인도 소외 ○○개발산업주식회사(이 뒤에는 “○○개발”이라고 약칭한다) 사보업무담당자인 소외 김○정과 교환하여 ○○개발로 전출하기로 결정하였다는 원고 회사의 방침을 전하면서 위 결정에 따라 줄 것을 요청하기에, 참가인은 자신의 승진문제 등을 내세워 명백한 거부의를 표명하며 즉시 사직원까지 제출하였으나, 원고 회사는 참가인이 위와 같이 완강하게 전출을 거부함에도 그 다음날인 2.15.자로 참가인을 ○○개발로 전출발령한 사실, 참가인은 그 무렵 위 박○식과 위 통합홍보실 사보담당부장인 소외 홍○수로부터 ○○개발로 전직이 되어도 대리로의 승진에 지장이 없으며, ○○개발에서의 담당업무도 원고 회사에서와 동일하게 사보편집 등의 업무를 담당한다는 설득을 받고는 2.15. 위 홍○수와 함께 ○○개발로 갔으나, ○○개발의 인사담당자인 소외 김○○로부터 ○○개발에서는 연내의 승진이 어렵다는 말을 듣고는 다시 전출을 거부하며 곧장 원고 회사로 돌아와 그 다음날부터 원고 회사로 출근한 사실, 한편 ○○개발은 원고 회사의 참가인에 대한 전직의뢰통보에 따라 3.3. 참가인에 대하여 원고 회사에서의 재직경력을 인정하여 사업개발실 부산팀 소속 4급 23호봉 사원으로 2.15.부로 소급하여 발령하였는데, 원고 회사로 출근하고 있던 참가인은 원고 회사가 참가인에게 아무런 업무도 부여하지 아니하고 또 위 전출명령을 거부함으로써 인하여 징계 등의 제재사유가 되는 것을 염려

한 나머지 가지못해 일용 위 전출명령에 따르기로 하여, 3.6. 원고 회사로부터 퇴직금을 정산 받는 등 퇴직절차를 마치는 한편 ○○개발로 출근하여 근로계약서·서약서 등 취업서류를 작성·제출하였으나, 참가인이 배치된 부서가 원고 회사에서와는 달리 백화점의 개점과 그 운영에 관련된 업무를 담당하는 사업개발실 부산팀이며 더욱이 위 부산팀 요원은 4, 5개월 후에는 부산으로 내려가 근무하게 된다는 것을 뒤늦게 알고는 위 인사명령에 반발하며 출근하지 아니하다가, 3.12.부터 ○○개발에 출근하기 시작하여 서울특별시지방노동위원회에 위 인사명령에 대한 구제신청을 한 5.11.경까지 위 사업개발실 부산팀 요원으로 근무한 사실, ○○개발은 참가인이 위 구제신청을 한 후인 6.12. 위 구제신청의 취하를 중용하며 사보편집실로 재배치하였다가, 7.20. 참가인을 다시 계열회사인 ○○기획 주식회사로 전출발령한 사실 등을 인정한 다음, 비록 참가인이 ○○개발에 근로계약서와 서약서 등 취업서류를 제출한데 이어 이 사건 구제신청이 있기까지 약 2개월 동안 ○○개발에 근무하였어도, 참가인이 원고 회사로부터 전출명령을 받아 ○○개발에 위 취업서류를 제출하거나 근무한 경위에 비추어 볼 때, 이는 참가인이 위 인사명령이 적법한 것인지의 여부를 판단하기 어려운 데다가 이에 따를 것인지의 여부에 대하여 확실한 태도를 결정하지 못한 상태에서 일시적인 현상유지의 방편에 불과하였던 것이므로, 위와 같은 사유만으로는 참가인이 위 전적명령에 동의하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

그러나, 원심이 인정한 사실관계 자체에 의하더라도, 참가인은 원고 회사로부터 ○○개발로의 전적에 따르기로 하여 1990.3.6. 원고 회사로부터 퇴직하는 절차를 마치고 ○○개발에 취업하는 서류를 작성·제출하고는, 그 후 3.12.부터 5.11.경까지 2개월 동안이나 ○○개발에서 정상적으로 근무하였다는 것이므로, 참가인이 그와 같은 과정에서 위 전적에 대하여 동의를 보류하는 의사를 표시하거나, 참가인이 전적을 거부하는 경우에는 징계 등의 제재를 받게 될 것이라는 위협을 받아 부득이 전적한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 참가인의 위와 같은 행동은 전적에 대한 동의를 전제로 행하여진 것이라고 봄이 논리와 경험의 법칙에 합치된다고 할 것이다. 원심이 설시한 바와 같이, 원고 회사가 참가인에게 아무런 업무도 부여하지 아니하였고 참가인이 전적을 거부함으로써 인하여 징계 등의 제재사유가 되는 것을 단순히 염려하였다는 사정만으로는, 참가인이 일시적인 현상유지의 방편으로 전적절차를 밟았을 뿐 전적에 동의한 것이 아니라고 보기는 어렵다.

그럼에도 불구하고, 원심은 판시한 바와 같은 이유로 참가인이 위 전적명령에 동의하였다고 볼 수 없다고 판단하였으니, 원심판결에는, 의사의 해석을 그르치거나 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 할 것이고, 이와 같은 위법은 판결에 영향을 미친 것이 분명하므로, 이 점을 지적하는 논지는 이유가 있다.

3. 그러므로 상고이유 제3점에 대하여는 판단하지 아니한 채 원심판결을 파기하고 다시 심리판단하게 하기 위하여 사건을 원심법원에 환송하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 윤관(재판장) 최재호 김주한



## 제5장 기업 변동

### 1. 사업양도와 근로관계의 승계

#### 1 사업양도와 근로관계의 승계

☞ 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다602 판결

#### » 요 지 «

1. 상법 제42조 제1항의 영업이란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 말하고, 여기서 말하는 유기적 일체로서의 기능적 재산이란 영업을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능한다는 것과 이와 같이 유기적으로 결합한 수익의 원천으로서의 기능적 재산이 마치 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다는 것을 뜻하는 것이므로, 영업양도가 있다고 볼 수 있는지의 여부는 양수인이 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이 전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 판단되어야 한다.
2. 상법상의 영업양도는 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산인 영업재산을 그 동일성을 유지시키면서 일체로서 이전하는 채권계약이므로 영업양도가 인정되기 위해서는 영업양도계약이 있었음이 전제가 되어야 하는데, 영업재산의 이전 경위에 있어서 사실상, 경제적으로 볼 때 결과적으로 영업양도가 있는 것과 같은 상태가 된 것으로 볼 수는 있다고 하더라도 묵시적 영업양도계약이 있고 그 계약에 따라 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 그 동일성을 유지시키면서 일체로서 양도받았다고 볼 수 없어 상법상 영업양도를 인정할 수 없다고 한 사례.

【참조조문】 [1] 상법 제42조 제1항[2] 상법 제42조 제1항

【참조판례】 [1] 대법원 1997. 11. 25. 선고 97다35085 판결(공1998상, 12)

대법원 1998. 4. 14. 선고 96다8826 판결(공1998상, 1315)

【원고, 상고인】 주식회사 ○○파워펌프

【피고, 피상고인】 ○○○○공사 (소송대리인 변호사 길○배 외 2인)

【피고보조참가인】 파산자 주식회사 ○○상호신용금고의 파산관재인 정○화 외 1인 (소송대리인 법무법인 ○○○ 담당변호사 최○경 외 3인)

【원심판결】 서울고등법원법 2004. 12. 10. 선고 2004나42861 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

1. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심판결의 이유를 인용하여, 소외 주식회사 ○○파워펌프(이하 '소외 회사'라고 한다)는 펌프, 환풍기 제조 및 판매업을 주목적으로 1983. 9. 29. 설립되어 1992. 7. 29. 송○○가 대표이사로 취임하였는데 1995. 8. 16.경 부도가 나서 정상적인 영업활동이 어려워지자, 대표이사 등의 임원진을 제외한 소외 회사의 인적·물적 자원을 모두 승계하여 1995. 9. 21. 주식회사 ○○파워(원심이 인용한 제1심판결의 '주식회사 ○○펌프'는 오기이다.)라는 상호로 소외 회사와 동일 목적을 가진 원고가 설립되었고, 원고는 소외 회사로부터 병역특례업체 등 인·허가사항을 이전받기 위하여 시간이 필요하였으므로 1998년 12월까지 원고와 소외 회사가 형식적으로 공존하였는데, 원고가 1997. 4. 16. 부동산경매절차에서 소외 회사의 공장건물을 낙찰받은 뒤 1998. 12. 1.을 기하여 원고는 소외 회사의 상호와 동일한 현재의 명칭인 주식회사 ○○파워펌프로, 소외 회사는 주식회사 ○○사로 상호를 변경하였고, 소외 회사는 1998. 12. 15. 폐업한 사실 등을 인정된 뒤, 위 인정 사실에 의하면, ① 원고는 소외 회사의 영업을 계속하여 수행할 목적으로 소외 회사로부터 그 장비와 사무실 등을 그대로 옮겨 받은 점, ② 대표이사와 임원진 등을 제외하고는 소외 회사에서 주요 직원들이 그대로 원고로 옮겨와 근무한 점, ③ 원고가 소외 회사의 거래처를 그대로 인수하여 거래관계를 계속 유지하고 있고, 원고의 설립목적이 소외 회사와 실질적으로 동일한 점, ④ 원고 설립 후 약 3년 동안 소외 회사로부터 인·허가 등의 필요사항을 다 이전받자 1998. 12. 1.을 기하여 원고는 소외 회사의 이전 명칭인 주식회사 ○○파워펌프로, 소외 회사는 주식회사 ○○사로 상호를 변경한 뒤 소외 회사가 곧바로 폐업한 점 등에 비추어 볼 때, 비록 형식상 원고와 소외 회사 사이에 영업양도약정이 없었고, 임원진 등이 다르다고 하더라도 실질적으로는 원고가 소외 회사의 영업을 양수하고 아울러 그 상호를 계속 사용하고 있다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

원심은 나아가 피고와 소외 주식회사 ○○상호신용금고(이하 '소외 금고'라고 한다)의 파산관재인인 피고 보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다)은 원고가 소외 금고에 대하여 원금 540,000,000원 및 이에 대한 연체이자채무 312,200,967원 상당을 부담하고 있다고 하면서, 소외 금고의 원고에 대한 위 대출금채권으로 원고의 이 사건 각 예금 등 채권과 상계한다고 주장하고, 피고는 예금자보호법의 규정에 따라 원고의 예금 등 채권액에서 원고가 소외 금고에 대하여 부담하고 있는 채무액을 공제하면 원고에 대하여는 지급할 보험금이 없다는 주장에 대하여, 그 판시 증거에 의하면 소외 회사는 1998. 3. 13. 이사회 결의를 거쳐 소외 금고로부터 540,000,000원을 변제기 2001. 3. 13.로 정하여 대출받아 현재까지 위 대출원리금을 상환하지 못한 사실을 인정할 수 있고, 위에서 인정한 바와 같이 소외 회사는 1995. 8. 16. 부도 이후 명목상으로만 존재하였을 뿐이고 원고가 1995년경 설립 후부터 소외 회사의 영업을 실질적으로 양수하여 소외 금고와의 거래자로서의 지위도 양수함으로써 소외 금고는 원고에 대하여 위 대출금의 원리금채권을 가진다고 할 것이므로 소외 금고

파산관재인인 참가인의 그 판시 상계의사표시에 의하여 위 각 채권은 그 대등액에서 소멸하였다고 할 것이고, 나아가 피고가 원고에게 지급할 보험금을 산정함에 있어서도 위 각 예금채권에서 위 대출원리금이 공제되어야 할 것이라고 판단하였다.

2. 그러나 원심의 이러한 인정과 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

가. 우선, 원심의 위 '소의 회사는 1995. 8. 16. 부도 이후 명목상으로만 존재하였을 뿐이고 원고가 1995년경 설립 후부터 소의 회사의 영업을 실질적으로 양수하여 소의 금고와의 거래자로서의 지위도 양수하였으므로 소의 금고는 원고에 대하여 위 대출금의 원리금채권을 가진다.'는 판시와 관련하여, ① 소의 회사와 원고 사이의 그 실질적 영업양도 당시에 원고가 이 사건 대출금반환채무 또는 대출금에 관한 법률관계를 인수하기로 하는 별도의 합의는 없었지만 적어도 원고가 이를 인수하지 않기로 하는 별도의 합의가 없었으므로 그 영업양도에 따라 원고가 이를 묵시적으로 인수한 것으로 보아야 한다는 취지인지, ② 아니면 원고가 이 사건 대출금반환채무 또는 대출금에 관한 법률관계 등을 인수하지 않겠다는 의사가 분명하였고, 이러한 의사는 객관적으로도 충분히 알 수 있었던 상황이었지만(또는, 소의 회사와 원고 사이에서는 원고가 이를 인수하지 않기로 하는 별도의 묵시적 합의가 있었다고 볼 수 있지만), 실질적으로는 원고가 소의 회사의 영업을 양수하고 아울러 그 상호를 계속 사용하고 있다고 봄이 상당한데, 상법 제42조(상호를 속용하는 양수인의 책임) 제1항이 "영업양수인이 양도인의 상호를 계속 사용하는 경우에는 양도인의 영업으로 인한 제삼자의 채권에 대하여 양수인도 변제할 책임이 있다."고 규정하고 있고, 소의 회사의 소의 금고에 대한 이 사건 대출금반환채무 또는 대출금에 관한 법률관계에 따른 채무는 소의 회사의 영업으로 인한 채무이므로 원고도 이에 대하여 변제할 책임이 있다는 취지인지 분명하지 아니하다.

나. 나아가 소의 회사와 원고 사이에 그와 같은 영업양도가 있었는지에 관하여 보건대, 상법 제42조 제1항의 영업이란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 말하고, 여기서 말하는 유기적 일체로서의 기능적 재산이란 영업을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능한다는 것과 이와 같이 유기적으로 결합한 수익의 원천으로서의 기능적 재산이 마치 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다는 것을 뜻하는 것이므로, 영업양도가 있다고 볼 수 있는지의 여부는 양수인이 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 판단되어야 한다(대법원 1998. 4. 14. 선고 96다8826 판결 등 참조).

먼저, 원심판결의 이유와 기록에 비추어 살펴보면, ① 이 사건에서 소의 회사의 거래처가 그 판시와 같은 경위로 원고 설립 직후부터 원고에게 승계되고, 소의 회사에 대한 병역특례지정업체 지정이 원고가 소의 회사의 공장 등을 낙찰받은 뒤에 원고에게 승계됨으로써 영업을 구성하는 무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 상당 부분 원고에게 이전되었다고 할 것이고, ② 또 소의 회사에서 주요 직원들이 원고에 옮겨와 임원이 되었고, 소의 회사의 근로자들 중 상당수가 소의 회사에서 퇴직한 뒤 원고의 직원으로 입사하여 근무하게 되었는바, 이를 두고 근로관계가 승계되었다고 보기는 어렵지

만, 역시 소외 회사의 경영의 내부조직과 영업비결 등의 승계가 있었다고 볼 수 있으며, ③ 그 밖에 소외 회사의 채권단이 소외 회사에 대한 채권행사를 유예하고 그 대신 원고를 설립하여 영업하는 것을 용인한 것은 원고와의 거래관계를 계속 유지하려던 것이었으므로 원고가 소외 회사의 그 채권자들에 대한 당시까지의 미수금채무도 인수하였던 것으로 보이며, 이에 따라 원고는 그 상호 변경시까지 대외적으로는 소외 회사(주식회사 ○○파워펌프)의 명의로 거래를 계속하였던 것으로 보인다.

그러나 한편 원심판결의 이유와 기록에 비추어 살펴보면, ① 원고는 소외 회사로부터 그 가장 중요한 영업용 재산인 공장건물 등과 부지(김포시 풍무동 453-1, 453-3 공장부지 등)를 계약에 의하여 양수한 것이 아니라 원고가 설립된 뒤 1년 7개월 정도 후인 1997. 4. 16.에야 낙찰을 받아 취득하였고(원고는 그 공장건물 등과 부지를 낙찰받은 뒤 1997년 11월경 그 낙찰대금 마련을 위하여 그 중 공장부지만을 소외 주식회사 ○○건설에 매각하였고, 공장건물 등은 그대로 원고의 공장 등으로 사용한 것으로 보인다.), ② 또 그 이전까지는 원고는 그 공장의 일부 사무실 등을 매월 임대료를 지급하며 사용하였지만, 공장에 설치된 장비는 소외 회사가 지속적으로 사용하여 제품을 생산하였으며(다만, 그 생산 과정에 원고의 임·직원들이 일부 관여하였던 것으로 보인다.), 이에 따라 원고는 1995년도에는 소외 회사로부터 완제품을 매입하였고, 1996년경부터는 원고 직원·부자재를 지급하면 원고의 주문에 따라 소외 회사가 제품을 제작하여 납품하였던 것으로 보이며, ③ 원고가 소외 회사로부터 그 장비 등을 계약에 의해 양수한 바 없고, 위 공장건물과 부지 등 낙찰시 함께 낙찰받은 것으로 보이는바, 이에 의하면 소외 회사와 원고가 원고 설립시부터 소외 회사의 공장의 건물과 부지의 양도를 예정한 것이 아니고(원고가 그 공장의 건물과 부지만을 양수할 자력도 없었고, 소외 회사가 이미 채무초과된 상태에서 채권단과의 문제 때문에 그 공장의 건물 및 부지와 함께 일정 채무만을 선별하여 인수할 수 있는 상황도 아니었던 것으로 보인다.), 원고가 소외 회사의 협력하에 위에서 본 바와 같은 다소 변칙적인 방법으로 영업을 하던 도중에 그 공장건물과 부지가 경매신청되자 원고가 낙찰받은 것에 불과하다.

그런데 상법상의 영업양도는 앞에서 본 바와 같이 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산인 영업재산을 그 동일성을 유지시키면서 일체로서 이전하는 채권계약이므로 이 사건에서도 이러한 영업양도계약이 있었음이 전제가 되어야 하는데, 위에서 본 영업재산의 이전 경위에 비추어 보면, 사실상·경제적으로 볼 때 결과적으로 그 약 3년 여의 기간에 걸쳐 영업양도가 있는 것과 같은 상태가 된 것으로 볼 수는 있을지언정 소외 회사의 대표이사과 원고의 대표이사 사이에 그와 같은 내용의 묵시적 영업양도계약이 있었고, 그 계약에 따라 원고가 소외 회사로부터 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 그 동일성을 유지시키면서 일체로서 양도받았다고 보기는 어렵다.

그럼에도 불구하고, 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 소외 회사와 원고 사이에 영업양도가 있었다고 판단하였으니, 원심판결에는 판결 결과에 영향을 미친 상법상의 영업양도에 관한 법리오해, 채증법칙 위배로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 것이고, 따라서 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

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

대법관 박재윤(재판장) 이용우(주심) 이규홍 양승태

☞ 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 이전받음으로써 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 상당하다.

\* 원고, 피상고인 : 심○화 외 2인

\* 피 고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : 한국○○○전장 주식회사

\* 원심판결 : 서울고등법원 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 ○○○ 주식회사와 기술 제휴하면서 1991.12.12. ○○가 35%, 일본의 ○○○ 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 부도 위기에 직면하자, 1998.3.20. 참가인 회사와 사이에 ○○의 전장사업부문과 관련된 일체의 자산을 271억 원에 매도하는 내용의 자산매매계약을 체결하였는데, 그 주요 내용은, 매매 물건으로 ○○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 리스료 지급의무는 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 계약 등을 ○○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 체제를 도입하여 ○○가 생산하던 품목에 70개를 추가하여 총 462개 품목을 생산하고 있는 사실 등을 인정하는 다음, 이 사건의 경우 참가인 회사는 ○○로부터 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 회사에게 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. 영업이 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자 사이의 근로관계는 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계되고, 영업양도 당사자 사이에 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없으므로 근로기준법 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하며, 영업양도 그 자체만을 사유로 삼아 근로자를 해고하는 것은 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결 등 참조).

원심은 제1심판결을 인용하여, 원고들이 지정된 기일 내에 재취업신청서를 제출하지 않은 것은 사실이지만, 이는 원고들이 조합원으로 있던 ○○ 노동조합이 “○○가 근로자들로 하여금 개별적으로 취업신청을 하게 하거나 일방적으로 사직 및 상여금 삭감에 동의하도록 하는 것은 부당하다.”고 주장하며 전 조합원의 일괄 고용승계를 요구하다가 이러한 요구가 관철되지 않자 제출기한이 지난 이후에 비로소 이를 제출한 것에 불과할 뿐 재취업 의사가 없었기 때문은 아니었던 것으로 보이는 점, 이 사건 계약의 실질이 영업양도에 해

당한다면 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○영, 한○규의 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 서울 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 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 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 초과되었다는 이유로 반려되어 참가인 회사로부터 채용승낙을 받지 못하고 있던 중 같은 달 6. 참가인 회사에 채용된 다른 종업원들이 출근하여 공장가동이 시작되자, 원고 심○화는 같은 달 6. 참가인 회사의 인사업무 담당자인 노○섭과 면담하는 자리에서 생계를 위하여 다른 일자리를 찾아보겠다며 사직서를 제출하였고, 원고 한○규는 고용승계를 주장하면서 노동조합 사무실에서 다른 노조원과 함께 농성을 계속하다가 같은 달 7. 참가인 회사 총무부 계장인 양석진이 위 원고의 아버지를 상경시켜 그에게 위 원고로 하여금 노조활동에 참여하지 못하도록 위 원고를 데리고 귀향하라고 권유함에 따라 아버지와 의논을 거쳐 같은 날 사직서를 제출하였으며, 원고 황○영은 1998.4.1.부터 ○○에도 참가인 회사에도 출근하지 않으면서 참가인 회사의 직원인 박○석과의 전화통화에서 어느 회사에도 더 이상 근무할 의사가 없음을 밝히는 한편 같은 달 8. 위 박○석이 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)

☞ 대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결

» 요 지 «

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

2. ○○종합제철의 자회사가 ○○종합특수강으로부터 봉강 및 강관 사업부문을 매수하였으나 실질적으로 그 사업부문의 영업상 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 포괄적으로 이전 받음으로써 영업을 양도받은 것으로 보기에 부족하다고 한 사례.

\* 원고, 상고인 : ○○특수강 주식회사

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회 위원장

\* 피고보조참가인 : 강○○ 외 181인 (소송대리인 변호사 이오영 외 4인)

\* 원심판결 : 서울고법 1999. 1. 22. 선고 97구53801 판결

» 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

» 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 기초사실

원심이 적법하게 채택한 증거들과 기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. ○○종합특수강 주식회사의 영업과 자산 상태

(1) ○○종합특수강 주식회사(이하 '○○'라 한다)는 원래 서울에 본사를 두고, 창원·울산·부산 세 곳에 공장을, 인천과 하남 두 곳에 하치장을 설치하여 강관·봉강 및 강관을 생산·판매하는 특수강산업을 영위하여 왔다. 부산과 울산 공장에서는 강관만을, 창원 공장에

서는 강관 외에도 봉강과 강관을 생산하여 왔는데, 봉강·강관 사업부문은 강관 사업부문과 그 공정이 다르다.

- (2) 창원 공장의 봉강·강관 사업부문(토지 648,967㎡, 건물 220,304㎡)과 강관 사업부문(토지 213,769㎡, 건물 80,752㎡)은 공장 정문과 연결되는 사내도로를 경계로 나뉘어져 있었고, 각 사업부문에 근무하는 근로자들도 구분되어 있었다. 1996년말 현재 ○○의 총 종업원 3,267명 중 봉강·강관 사업부문에 종사하고 있던 인원은 2,342명으로 전체 인원의 72%에 해당하고, 한편 전체 매출액에서 차지하는 봉강·강관 사업부문의 매출액 비율은 47%에 불과하였다.
- (3) ○○는 1992년 사업연도부터 계속된 적자로 1996. 12. 31. 현재 누적 결손금이 1,836억 원에 이르고, 대차대조표상 총 자산은 15,336억 원, 총 부채는 14,513억 원 가량이다. 자산은 유동자산 8,928억 원, 투자와 기타자산 2,049억 원, 고정자산 3,940억 원과 이연자산 419억 원 등으로 구성되고, 유동자산 중 당좌자산은 현금과 예금 175억 원, 유가증권 52억 원, 외상매출금 1,037억 원, 받을어음 2,166억 원, 단기대여금 40억 원, 미수금 833억 원, 미수수익 11억 원 등이었고, 부채는 유동부채 8,968억 원과 고정부채 5,545억 원(사채와 장기차입금)으로 구성되어 있었는데, 봉강·강관 사업부문과 직·간접으로 관련된 부채는 약 1조 142억 원 상당에 이르렀다.

#### 나. 이 사건 자산매매계약의 체결 경위와 내용

○○는 1996년도에 1,199억 원의 적자를 보았을 뿐만 아니라 그 때까지 5년간 계속 적자 상태였으며, 그 상태대로 사업을 계속할 경우 사업이 흑자로 전환될 가능성은 없고 도산할 수밖에 없다는 판단 아래 창원공장의 봉강 및 강관 사업부문을 정리하기로 방침을 세우고 1996. 12. 18. ○○종합제철 주식회사(이하 '○○제철'이라 한다)와 사이에 창원 공장의 봉강 및 강관사업부문(이하 '이 사건 공장'이라 한다)의 자산을 매매하기로 하는 당사자 간의 의향서를 교환하였으며, 이에 따라 포항제철은 1997. 2. 14. 이 사건 공장의 인수를 위하여 자(자)회사로 원고를 설립하였다. 원고는 같은 날 ○○와 사이에 기본합의서를 작성하고 같은 달 17일 이 사건 공장을 대금 7,194억 원(부가가치세 별도)에 매수하기로 하는 다음과 같은 내용의 자산매매계약을 체결하였다.

##### (1) 매매목적물과 부채(계약서 제1조)

봉강 및 강관 사업부문의 토지·건물·건축물·기계장치·공기구·비품·차량운반구·채고자산·리스자산·이전기술(특허권·실용신안권·의장권 등 산업재산권 및 제조에 관한 기술과 노하우 포함)·건설가계정·기타 매매물건에 부대하는 등록에 관한 권리와 인허가 및 매매물건의 운영과 관련된 전산 소프트웨어·업무매뉴얼 및 제반 지침서 등을 매매물건으로 하고, 매매물건에 대한 성능보장에 직접 관련된 물건은 그 목록에 기재되지 않은 경우에도 포함된 것으로 한다(제1 내지 3항).

원고는 ○○의 부채를 인수하지 아니하기로 한다. 다만, 매매물건이 담보로 제공된 금융기관에 대한 부채 및 리스회사에 대한 리스료지급의무는 금융기관 및 리스회사와 협의하여 본 계약의 조건에 따라 매매대금의 일부로서 이를 인수할 수 있다(제4항).

## (2) 매매대금과 그 지급방법(계약서 제2 내지 4조)

토지·건물·구축물·기계장치 등 고정자산과 미착기계, 건설가계정 및 재고자산에 대하여는 그에 대한 담보물권이 모두 말소될 것을 전제로 하여 이를 6,194억 원으로 평가하였고, 기술이전료에 대하여는 이를 포괄하여 1,000억 원으로 평가하여 전체 대금을 7,194억 원(부가가치세 별도)으로 결정하였으며, 향후 정밀실사를 통하여 매매대금을 증액 또는 감액 조정하여 잔금지급시 정산하기로 하였다(계약서 제2조 및 제4조).

매매대금 7,744억(=위 7,194억+부가가치세 550억) 원 중 ① 계약금 660억 원은 ○○가 '매매물건에 대한 금융기관의 근저당권 및 공장저당 등 담보권이 일정금액의 지급을 조건으로 모두 해제·말소될 것이라는 금융기관의 해제동의서'와 '리스자산에 대한 리스료 지급의무가 일정금액의 지급을 조건으로 모두 해제되어 시설대여이용자에게 리스자산의 소유권이 귀속될 것이라는 리스회사의 확인서'를 원고에게 제공한 다음 3일 이내에 지급하고, ② 중도금 6,363억 원은 금융기관에 대한 근저당 채무 및 리스자산에 대한 리스료 채무의 변제에 사용되어야 하고 원고는 금융기관 및 리스회사와 합의한 조건에 따라 위 금액을 금융기관 및 리스회사에게 직접 지급할 수 있으며, ③ 잔금 721억 원 중 100억 원은 ○○의 포항제철에 대한 외상매입금 중의 일부로서 원고가 포항제철에게 직접 지급하기로 하였다(계약서 제3조).

## (3) 종업원에 대한 의무(계약서 제11조)

○○는 본 계약 체결 후 즉시 매매물건의 해당 부서에 재직중인 근로자를 대상으로 원고로의 입사 희망 여부를 조사, 원고에게 통보하기로 한다(제1항). 원고는 직무조사 등을 통하여 매매물건의 운영에 필요한 기준 인원을 산정하고, 소요인력을 충원함에 있어서 공정하고 합리적인 공개채용절차에 의거 기준인원의 범위 내에서 신규채용하며, 이 경우에 ○○가 통보한 입사희망자를 가급적 제6조에 의한 매매물건의 인수 전에 채용하도록 우선적으로 고려하기로 한다(제2항). ○○는 원고의 채용전형에 필요한 자료(근무경력, 자격, 근무성적 등 제반 인사자료)를 원고에게 제공하여야 한다(제3항). ○○의 근로자 중 원고의 채용전형에 합격한 자에 대하여 ○○는 자신의 비용부담 및 책임하에 ○○와의 근로관계를 종료시키며, 퇴직금 등 종업원에 관련된 모든 금전사항을 정산 처리하여야 한다(제4항). 위 조항에도 불구하고, 원고는 본 매매물건의 매수와 관련하여 ○○의 근로자를 인수할 의무를 부담하는 것은 아니다. 또한 본 계약상의 어떠한 조항도 ○○의 근로자를 인수할 의무를 원고에게 부담시키는 것으로 해석될 수 없으며, 원고가 본건 매매물건과 관련하여 종업원을 신규채용하는 과정에서 원고로의 입사를 원하는 ○○의 종업원이 채용되지 않는 경우에도 ○○와 ○○의 종업원과의 근로관계가 단절되지 아니한다(제5항). ○○는 ○○의 근로자들에게 본조 및 특히 위 5항의 취지를 주지시키고, 원고에 입사하지 못한 자들을 포함한 ○○의 근로자들이 본 계약 또는 어떠한 이유로든 원고에게 근로관계의 승계를 주장함으로써 원고에게 손해를 입히는 행위를 하지 않도록 최선을 다하여야 한다. 그럼에도 불구하고 원고의 종업원으로 신규 채용된 자들을 제외한 ○○의 근로자들이 소송 기타 법적 쟁송의 방법으로 ○○에게 근로관계의 승계 등을 요구할 경우, ○○는 ○○의 근로자가 원고를 상대로 제기한 소송 등을 방어하기 위하여 원고가 지출하는 비용을 포함하여 원고가 입은 손해를 배상하여야 한다(제6항).

## (4) 다른 계약에 대한 면책(계약서 제12조)

본 계약서에 달리 정한 바가 없으면 원고는 ○○가 그의 거래선 등과 체결한 어떠한 계약에 대하여도 책임을 부담하지 않는다(제1항).

## 다. 매매대금의 지급과 자산의 이전

- (1) 원고는 ○○로부터 금융기관의 담보권 해제동의서를 교부받은 다음, 1997. 2. 20.까지 계약금 660억 원을, 같은 해 3월 7일부터 같은 해 3월 17일까지 중도금 6,218억 원을, 같은 해 3월 17일 및 18일 잔금 741억 원 등 약 7,619억 원을 지급하였는데, 이 가운데 계약금만 ○○의 은행예금계좌로 송금하여 지급하였고, 중도금의 대부분인 약 5,900억 원은 금융기관에 대한 근저당 채무 내지 리스료 채무의 변제로서 직접 지급하거나 ○○로 하여금 지급하게 하였으며, 잔금은 ○○의 포항제철에 대한 동액 상당의 채무를 대위 변제하는 방식으로 지급에 갈음하였고, 같은 달 19일까지 인수자산에 대한 금융기관의 담보권이 전부 말소되었다.
- (2) ○○는 1997. 3. 2. 봉강 및 강관 공장의 가동을 중지하고 같은 달 5. 주주총회에서 이 사건 자산매매계약에 대한 특별결의를 거쳐 같은 달 7일까지 원고 앞으로 양도자산에 대한 등기·등록 등 이전절차를 마쳤으며, 원고는 같은 달 10일 경비요원을 현장에 배치하고 같은 달 말까지 기계장치·공기구·비품·재고자산 등의 유체동산, 각종 산업재산권과 업무매뉴얼 등의 제조기술 등에 대한 실사와 인수를 하였다.

## 라. 사원의 모집

- (1) ○○는 이 사건 공장의 종업원 2,342명 전원의 채용을 요청하였으나, 원고는 1997. 2. 25. 직무조사를 통하여 이 사건 공장의 운영에 필요한 인원을 1,978명으로 산정하고 그 범위 내에서 채용하겠다고 ○○에게 통보하였다.
- (2) 원고는 1997. 2. 26. ○○제철의 계열회사로서 정비전문회사인 ○○산기 주식회사와 공동으로 사원모집공고를 하여 같은 달 26일부터 같은 해 3월 4일까지 및 같은 해 3월 12일부터 같은 달 22일까지 2회에 걸쳐서 총 2,016명의 ○○ 소속 근로자들로부터 입사지원을 받은 다음, 그 중 1,770명을 각기 원고(1,421명), ○○산기(242명), 주식회사 ○○사(○○제철의 계열회사로서 경비·차량운전 등 전문회사, 67명) 및 ○○ 유통(원고의 사원식당 운영 전문회사, 40명)의 사원으로 선발하였고, 이와 같이 채용된 직원들은 그 직후 ○○에서 퇴직하였다.
- (3) 위에서 채용된 직원은 전체 인원의 75.6%(=1,770/2,342×100)에 해당하고{다만 원고의 사원으로 채용된 인원은 1,421명으로 전체 인원의 약 60.6%(=1,421/2,342×100)에 해당한다}, 그 가운데 관리직은 471명 중 254명이, 기능직은 1,871명 중 1,516명이 채용되었으며, 기술직 관리사원 64명 중 고령 및 투병중인 2명을 제외한 62명 전원이 채용되었다.

## 마. 원고의 사업내용과 이 사건 공장의 운영

- (1) 원고는 1997. 4. 1.부터 이 사건 공장에 신규 채용한 직원들을 투입하여 특수강을 생산하기 시작하였는데, 봉강 사업은 공급과잉으로 인한 수익성 감소로 장기적으로는 폐업

하고 나머지 품목인 선재 및 빌레트(billet) 사업 부문을 주력사업으로 하기로 방침을 정하였고, 이에 따라 1996년말 기준 봉강 생산량은 전체의 59.8%였으나 1998년 9월말 기준으로 11.3%로 대폭 축소되었다.

- (2) 원고는 변화된 생산패턴에 맞추어 ○○제철과의 기술교류를 통하여 새로운 기술 즉, BLOOM연주 주편품질향상기술, 공정생략기술, 압연제품 품질향상기술, 조업관리기준 등을 도입하고, 종전의 ○○의 판매조직 대신 새로운 판매조직망을 구축하였으며, 봉강 및 강관 부분에 관한 종전의 ○○의 유통점 중 일부는 원고의 봉강 생산감축에 따라 거래를 중단하였고, 수출대행창구를 ○○의 거래사로 변경하였다.
- (3) 특수강 산업은 그 특성상 근로자들의 기술과 경험이 큰 역할을 하는 것이기는 하나 또한 장치산업으로서의 특성에 의하여 설비운용에 필요한 매뉴얼, 기술표준, 작업표준, 매뉴얼 등 업무에 필요한 지식이 정형화 규격화되어 있어 단기간의 훈련을 거치면 일반직원들도 매뉴얼에 따라 생산활동을 할 수 있다.
- (4) ○○로부터 신규채용된 직원들은 대체로 종전과 같은 부서에 배치되어 동일한 업무를 처리하였고 수습기간에도 급여와 인사 등에서 정규직원과 동일한 대우를 받았으나, 원고는 직급 및 급여체계, 근무시간 등 및 사업부의 조직체계를 ○○와 달리하고 신규채용 직원들에 대하여 3개월의 수습기간을 두었다.

#### 바. 기타 관련 사항

- (1) ○○와 그 노동조합 사이의 1996년도 단체협약에 의하면, 회사는 생산시설의 일부 혹은 전부를 처분할 때에는 사전에 조합과 협의하여야 하고(제18조 제2호), 회사의 양도시 고용 및 근속년수 승계, 단체협약 및 노동조합 승계를 보장하도록 하며(제24조), 사업장의 축소 또는 인원감축의 필요가 있을 경우 사전에 조합과 합의하여 면직할 수 있다(제20조 제2호)고 규정하고 있는데, ○○는 노동조합과의 단체교섭 과정에서 노동조합 측에게 이 사건 공장의 양도시 고용승계가 이루어지지 않지만 최대한 고용이 보장되도록 ○○제철측과 협의하겠다는 취지로 설명하였다.
- (2) ○○는 1997. 3. 18. 서울지방법원 97파1944호로 회사정리절차개시신청을 하였고, 그 다음날 당좌거래가 정지되었으며, 위 법원에서 같은 해 3월 24일 회사재산보전처분결정을, 같은 해 12월 4일 회사정리절차개시결정을 각 받았다.
- (3) ○○는 1997. 5. 2. 이 사건 공장에 근무하던 직원 60명을 의원면직하고 39명을 정리해고 하였다.
- (4) 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다)들은 이 사건 공장에 근무하던 직원들로서 그 가운데 일부는 사원모집공고에 따라 원고의 채용전형에 응하였다가 탈락하였고, 나머지 참가인들은 아예 채용전형에 응하지도 않았다.

#### 사. 재심판정의 경위

참가인들은 이 사건 자산매매계약은 그 명칭에도 불구하고 영업양도·양수 계약이므로 원고는 양도대상인 이 사건 공장에 소속된 근로자 전원을 고용 승계하여야 하는데도 자



산매매계약의 특약과 신규채용방식에 의해 일부 근로자를 배제한 것은 사실상 부당하고 라고 주장하며 참가인 182명 가운데 105명은 1997. 6. 13., 35명은 같은 달 23일, 그 나머지 42명은 같은 달 30일 각기 경남지방노동위원회에 부당해고구제신청을 하였는바, 위 지방노동위원회는 같은 해 8월 25일 원고가 ○○ 소속 근로자들의 고용승계를 거부한다는 의사를 표시한 날은 자산매매계약을 체결한 1997. 2. 17., 또는 늦어도 자산에 관하여 등기를 경료한 같은 해 3월 7일인데 참가인들은 그로부터 3월의 구제신청의 제척기간이 경과한 후에 위 구제신청을 제기하여 부적법하다는 이유로 위 각 구제신청을 각하하는 결정을 하였고, 이에 대하여 참가인들이 중앙노동위원회에 재심신청을 하였다.

이에 중앙노동위원회는 같은 해 12월 8일 이 사건 자산매매계약의 실질은 영업양도이며 구제신청의 제척기간은 채용전형에 응하지 아니한 근로자들은 입사지원서 접수마감일 다음날인 1997. 3. 22.에, 채용전형에 응한 근로자들은 채용배제를 확인할 수 있는 공장가동일 다음날인 1997. 4. 1.에 시작되므로 제척기간이 지나지 않았다는 이유로 '원고가 참가인들의 근로관계를 승계하지 않은 것은 사실상 정당한 이유 없는 해고에 해당한다. 원고는 참가인들에게 원직에 상응하는 직위를 부여하여야 한다.'라는 내용의 재심판정을 하였다.

## 2. 영업양도인지 여부에 대하여

### 가. 원심의 판단

원심은 앞서 본 사실관계에 터잡아 원고와 ○○의 사업목적이 다르다고 볼 수 없는 점, 원고가 ○○로부터 인수한 자산은 부동산 및 동산뿐만 아니라 산업재산권과 제품매뉴얼까지 포함하여 거기에 인적 자산만 결합하면 곧바로 ○○와 동일한 제품을 생산할 수 있는 점, 원고에 의하여 채용된 인원은 ○○ 요청 인원의 75.6%, 원고가 직무조사 결과 산정한 인원의 89.5%에 해당하는 점, 원고에 채용된 ○○ 직원들은 ○○를 퇴직하고 나서 원고에 의하여 신규채용된 것이 아니라 신규채용되고 나서 ○○를 퇴직한 것인 점, 원고 채용 직원 중 관리직은 471명 중 254명이, 기능직은 1,871명 중 1,516명이 채용되어 공장을 운영하기 위한 기능직의 비율이 월등히 높으며, 특히 기술직 관리사원 64명 중 고령 및 투병중인 2명을 제외한 62명 전원을 채용한 점, 영업인원 총 48명 중 44명이 ○○ 출신이며 봉강 부문의 경우 ○○의 기존 34개 유통점에 신규 유통점 4개를 더해 38개의 유통점과 거래를 하는 등 기존 거래선을 대체로 유지하고 있는 점, ○○ 출신 이외의 직원은 ○○종합제철 등 재직경력을 가진 53명에 불과하고 그들은 임직원 또는 노무관리직을 맡고 있을 뿐인 점, 원고는 ○○출신 직원들에 대하여 3개월의 수습기간을 둔다고 하였으나, 위 수습기간에도 인사, 급여 및 후생제도에서 정규직원과 동일하고, 급여도 총액을 기준으로 할 때 ○○보다 약간 상회하는 수준으로 정하여 지급한 점, 한편 원고에 의하여 채용되지 아니한 ○○ 직원들은 원고가 봉강 및 강관 부문을 인수함에 따라 정리해고될 운명인데 만일 근로관계가 승계되지 않는다고 한다면 사업을 폐지하면서 자산양도방식을 취하기만 하면 사업폐지의 경우 노동조합과 합의하여야 한다는 단체협약상의 노동조합의 권리 및 회사 재산에 의하여 담보되는 퇴직금 등 임금채권의 우선변제권을 해하게 되는 점, 원고는 이 사건 매매계약 후 얼마 지나지 않은 1997. 4. 1.부터 물적 자산에 ○○로부터 채용한 인적 자산을 투입하여 ○○와 동일한 생산방

식으로 특수강을 생산하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 비록 원고가 ○○로부터 이 사건 자산매매 계약을 체결함에 있어서 자산만을 인수할 뿐 인적 조직을 인수하지 아니할 것을 명시적으로 밝혔으며, 직원을 채용함에 있어서 신규채용 및 퇴직의 절차를 밟았고, 채권의 일부 및 채무 전부를 인수하지 않았다는지 조직이나 제도가 일부 달라졌으며 일부 기술을 개선하였다고 하더라도, 원고는 실질적으로 ○○로부터 봉강 및 강관 부문에 관한 영업상의 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 포괄적으로 이전받음으로써 영업을 양도받았다고 판단하였다.

#### 나. 대법원의 판단

그러나 원고가 ○○의 봉강 및 강관 사업부문의 영업을 양도받았다는 원심의 사실인정과 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서 영업의 일부만의 양도도 가능하고, 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계되는바(대법원 1991. 8. 9. 선고 91다15225 판결, 1994. 11. 18. 선고 93다18938 판결 등 참조), 여기서 영업의 동일성 여부는 일반 사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하지만, 문제의 행위(양도계약관계)가 영업의 양도로 인정되느냐 안되느냐는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이므로, 예컨대 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도는 되지 않는 반면에 그 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 볼 것이다(대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카10128 판결, 1997. 11. 25. 선고 97다35085 판결 1998. 4. 14. 선고 96다8826 판결 참조).

그런데 앞에서 본 사실관계에 의하면, ○○의 창원 공장의 봉강·강관부문의 종업원은 ○○ 전체 종업원의 72%에 해당함에도 매출액 비율은 ○○ 전체의 47%에 불과하여 생산성이 저조했을 뿐 아니라 여러 해에 걸쳐 계속된 적자의 누적으로 자본이 크게 잠식된 상태였고, 따라서 그 상태대로 계속사업을 유지할 경우 흑자로 전환될 가능성은 커녕 도산할 수밖에 없으므로 ○○는 이 부문 사업을 정리하기로 방침을 정하였으나 이 사건 공장의 자산과 함께 인적 조직인 종업원들을 포괄하여 양도하는 방식으로는 양수 희망자가 없어 봉강·강관 부문의 사업정리가 불가능하였으므로 결국 이 사건 공장의 자산만을 양도하기로 하고, 그에 따라 이 사건 자산매매계약의 체결에 이르게 된 사실, 이에 따라 ○○는 이 사건 자산매매계약체결 전 노동조합과의 단체 교섭과정에서 노동조합측에게 이 사건 공장의 자산을 매각하지 않을 수 없는 불가피한 사정을 설명하면서 이 사건 자산매매계약이 이행되더라도 고용승계는 이루어지지 않는 점을 알리고 다만 포항제철과 협의하여 최대한 고용이 보장되도록 노력하겠다는 취지로 설명한 사실, 한편 포항제철 역시 ○○로부터 이 사건 공장의 자산 이외에 인적 조직인 종업원들의 대부분을 함께 인수하는 영업양수의 방식으로는 아무리 생산기술을 향상시키고 경영환경

을 개선하더라도 건전한 기업으로 육성시킬 가능성이 없다는 판단 아래 이 사건 자산매매계약을 체결함에 있어 매매목적물은 봉강·강관 부문의 생산시설과 그에 관련된 자산만이고, 종업원들에 대한 고용은 이를 승계하지 않음을 명백히 하면서 이 사건 자산매매계약상의 어떠한 조항도 ○○의 종업원을 인수할 의무를 원고에게 부담시키는 것으로 해석될 수 없고 ○○는 이러한 취지를 종업원들에게 주지시키고 원고에 입사하지 못한 종업원들을 포함한 ○○의 종업원들이 어떠한 이유로든 원고에게 근로관계의 승계를 주장함으로써 원고에게 손해를 입히는 행위를 하지 않도록 최선을 다하도록 하며 다만 원고는 이 사건 공장 운영에 필요한 기준인원의 범위 내에서 소요인력을 충원함에 있어서 공정하고 합리적인 공개채용 절차에 의거 신규 채용하되 원고로의 입사를 희망하는 ○○의 종업원들을 우선적으로 고려하기로 한 사실, 이에 따라 ○○는 원고의 신규 공개채용에 필요한 ○○종업원에 대한 자료를 원고에게 제공하고, ○○의 종업원 중 원고의 채용전형에 합격한 자에 대하여 ○○는 자신의 비용부담 및 책임하에 ○○와의 근로관계를 종료시키며 퇴직금 등 종업원에 관련된 모든 금전사항을 정산하기로 하였고, 원고가 종업원을 신규 공개 채용하는 과정에서 원고로의 입사를 원하는 ○○의 종업원이 채용되지 않는 경우에는 ○○와 그 종업원과의 근로관계는 단절되지 않도록 함으로써 원고나 포항제철 계열사로 신규 채용되지 아니한 ○○의 종업원들은 ○○에 그대로 잔류한 사실, 또한 원고는 ○○ 소속 종업원들의 60.6%정도를 신규입사의 형식으로 새로이 채용하면서(앞서 본 바와 같이 나머지 15%정도는 종업원 구제차원에서 포항제철 관련 계열사에 입사시켰다) 종전 ○○에서의 근로조건이나 직급상태를 그대로 유지하지 않고 3개월간의 수습기간을 거쳐 원고 고유의 직급 및 급여체계, 근무시간 등에 따라 재배치함으로써 종전 ○○의 인적 조직을 해체하여 ○○제철 계열사의 기준 및 인사 관리 방법에 따라 재구성하여 조직화한 사실, 특수강 산업은 그 특성상 종업원들의 숙련된 기술과 경험이 제품생산에 있어서 큰 역할을 하는 것이기는 하나 또한 장치 산업으로서의 특성에 의하여 업무에 필요한 지식과 기술이 정형화·규격화되어 있어 단기간의 훈련을 거치면 일반직원들도 매뉴얼에 따라 생산활동을 할 수 있고, 특히 원고의 모 회사인 포항제철에는 특수강 생산에 필요한 기술인력이 많이 있었기 때문에 원고로서는 ○○의 종업원을 반드시 고용하여야 할 필요가 있었던 것은 아니지만 이 사건 공장 자산의 매각 후 실직할 ○○ 종업원들을 가능한 한 구제하려는 차원에서 기준인원 범위 내에서 ○○의 종업원들을 신규채용하였을 뿐인 사실, 또한 사업목적(생산품목)에 있어서도 원고는 ○○로부터 인수한 자산을 그대로 사용하여 특수강을 생산하고 있지만, 원고는 봉강사업부문에 대하여는 공급과잉으로 인한 수익성 감소로 장기적으로는 폐업하고 나머지 품목인 선재 및 빌렛(billet) 사업부문을 주력사업으로 하기로 방침을 정하여 1996년말 기준으로 전체의 59.8%이던 봉강 생산량을 1998년 9월말 기준으로는 11.3%로 대폭 축소하는 등 생산전략을 크게 바꾸었고, 이에 따라 변화된 생산 패턴에 맞추어 포항제철과의 기술교류를 통하여 새로운 기술을 도입 품질을 향상시킨 사실, 원고는 ○○의 외상매출금·받을어음·미수금 등 채권은 물론 1조원이 넘는 부채도 인수하지 않았고 다만 매매목적물에 대한 금융기관의 근저당권 및 공장저당등담보권의 해제 말소와 리스자산에 대한 리스로 지급 등을 위하여 매매대금의 대부분을 사용한 사실, 원고는 ○○가 그 거래선등과 체결한 어떠한 계약에 대하여도 책임을 부담하지 않고 ○○의 거래선 중 원자재 구입처의 약 29%, 판매처의 약 10%를 유지하였을뿐 대부분의 거래처를 새로이

개척한 사실, 원고는 ○○라는 상호의 성가는 물론 ○○가 영업상 확보한 주문관계나 영업상 비밀 등의 재산가치를 인수하지 아니한 사실을 알 수 있는바, 이러한 사실관계를 위 법리에 비추어 검토하여 보면 원심이 실시한 사정을 고려하더라도 원고가 실질적으로 ○○로부터 봉강·강관 사업부문의 영업상 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 포괄적으로 이전 받음으로써 영업을 양도받은 것으로 보기에 부족하다 할 것이고 앞서 본 바와 같이 원고가 ○○ 종업원의 고용보장차원에서 ○○의 종업원 60.6%를 신규채용 형식으로 고용하였다 하여 달리 볼 수는 없다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 원고가 ○○로부터 이 사건 공장에 관한 영업을 양도받았고 따라서 ○○와 이 사건 공장에 근무하던 참가인들 사이의 근로관계도 원칙적으로 양수인인 원고에게 포괄적으로 승계된다고 판단하였으니, 원심판결에는 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였거나 영업양도에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.

이 부분 상고이유의 주장은 이유 있다.

### 3. 결 론

그러므로 원고의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 원심법원에 환송하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 조무제(재판장) 이용우 강신욱(주심) 이강국

## 2 영업양도와 근로관계의 포괄승계 여부

☞ 대법원 2005. 3. 25. 선고 2003다39644 판결

### » 요 지 «

1. 국가 또는 지방자치단체가 수행하던 특정 사업을 법률에 의하여 새로 설립되는 공사에 이관하는 경우에 있어서, 인적 조직에 신분상의 변동이 있고 물적 조직도 그것을 규율하는 법률 등에 차이가 있는 점에 비추어 볼 때 입법정책적 판단에 의하여 새로 설립되는 공사에 승계되는 권리·의무의 범위를 정할 수 있다고 할 것이고, 따라서 공사의 설립에 관한 법률에서 이관되는 업무에 관한 권리·의무를 공사가 승계한다는 규정만을 두고 그 근로관계의 승계 여부에 관한 별도의 규정을 두지 아니한 때에는 공사 설립 전 해당 공무원들의 근로관계가 새로 설립되는 공사에 당연 승계된다고 볼 수는 없다.
2. 국가의 방송사업이 ○○방송공사로 이관되어 종전 국영방송국에서 근무하던 임시직 공무원이 해임 후 위 공사에 신규채용된 경우, ○○방송공사법 또는 위 공사의 정관이나 취업규칙에 근로관계 승계에 관한 별개의 규정이 없는 한, 공사 설립 전 해당 공무원들의 근로관계가 위 공사에 승계된다고 볼 수 없다는 원심의 판단을 수긍한 사례.

### 【참조조문】

1. 근로기준법 제34조, 구 공무원연금법(1982. 12. 28. 법률 제3586호로 전문 개정되기 전의 것) 제32조의2 (현행 공무원연금법 제50조 참조)
2. 근로기준법 제34조, 구 한국방송공사법(2000. 1. 12. 법률 제6139호 방송법 부칙 제2조로 폐지) 부칙(1972. 12. 30.) 제7항, 제8항, 국가공무원법 제70조 제1항 제3호, 구 공무원연금법(1982. 12. 28. 법률 제3586호로 전문 개정되기 전의 것) 제32조의2(현행 공무원연금법 제50조 참조)

### 【참조판례】

[1] 대법원 2000. 12. 12. 선고 99다66373 판결(공2001상, 278)

원고, 상고인 김○○ 외 5인 (소송대리인 변호사 이인수)

피고, 피상고인 ○○방송공사 (소송대리인 법무법인 삼흥종합법률사무소 담당변호사 김오수 외 3인)

원심판결 서울고법 2003. 6. 24. 선고 2002나67804 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들이 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

1. 원심판결 이유 및 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거를 종합하여, 피고 공사는 한국방송공사법(1972. 12. 30. 법률 제2418호, 이하 '공사법'이라고만 한다)에 따라 당시 대한민국(문화공보부) 산하 중앙방송국 등 국영방송국의 방송사업을 위한 시설을 모두 현물출자하는 등 자본금 전액을 국가가 출자하는 방식으로 설립된 공기업이고, 원고들은 1969년 내지 1970년경에 위 중앙방송국에 채용된 후 1년 단위로 해임 및 재발령이 각 반복되면서 근무하던 중 국가의 방송사업이 피고 공사로 이관된 이후에는 피고 공사에서 계속 근무하다가 퇴직하였는데, 피고 공사를 퇴직하면서 위 중앙방송국에서의 재직기간을 제외하고 피고 공사에서 재직기간에 상응한 퇴직금을 지급받은 사실, 피고 공사가 설립되기 전에는 17개의 TV방송국(수도권의 중앙방송국 그리고 부산방송국 등 16개의 지역방송국), 72개 라디오방송국, TV중계소로 구성되는 국영방송과 민영방송이 상호 경쟁하고 있는 상태였는데, 당시 국영방송이 정부 행정조직의 하나로 운영됨으로 인한 불합리하고 비능률적인 요인을 제거함으로써 방송사업을 보다 효율적으로 실시하기 위하여 국영방송체제를 공영방송체제로 개편하고자 하였고, 이에 따라 제정된 공사법에 의하여 1973. 3. 1. 피고 공사가 새로이 설립되어 국가의 방송사업이 피고 공사로 이관됨에 따라, 국영방송국의 공무원 대부분은 1973. 2. 28.자로 일괄 해임 또는 직권면직(국가공무원법 제70조 제1항 제3호에 공무원이 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 과원이 되었을 때에 임용권자가 직권으로 면직시킬 수 있도록 규정되어 있다.)의 방식으로 퇴직되었다가 그 다음날인 1973. 3. 1.자로 피고 공사에 신규채용되었고, 위와 같이 직권면직 또는 해임 후 신규채용의 방식으로 피고 공사로 옮겨가지 않은 나머지 공무원들은 의원면직되어 완전히 퇴직하거나 문화공보부 또는 그 산하기관으로 전보되어 계속 공무원으로 남아 있었으며(정부의 방송관서직제가 피고 공사의 성립으로 인해 1973. 3. 9. 대통령령 제6536호로 폐지되면서 방송관서의 현원 중 34인의 정규직 공무원은 문화공보부의 정원에 불구하고 문화공보부 현원으로 이체되고 1973. 12. 31.까지 문화공보부 정원으로 흡수되지 아니한 자는 당연퇴직된다는 내용의 경과규정을 두었다.), 이와는 달리 문화공보부 총무과에 근무하고 있던 일부 공무원 및 청원경찰이 본래 부서에서 퇴직하고 피고 공사에 신규임용되기도 하였던 사실, 당시 위와 같이 퇴직처리된 국영방송국의 공무원들 중 정규직 공무원들은 피고 공사로 옮겨가 계속 근무한 자들을 포함하여 모두 공무원연금법에 따라 공무원연금관리공단으로부터 퇴직연금이나 퇴직일시금 등의 퇴직급여를 지급받았으나, 원고들을 포함한 임시직 공무원들은 공무원연금법의 적용대상에서 제외되어 있었던 이유로 퇴직금을 지급받지 못하였던 사실, 한편 공사법 부칙 제7항은 "국영방송사업특별회계에 속하는 부동산과 동산은 대통령이 정하는 시기에 이 법에 의한 공사의 자본금으로 국가가 현물출자한 것으로 본다."라고 규정하고 이어 같은 부칙 제8항은 "공사 설립 당시의 국영방송사업특별회계에 속하는 권리와 의무는 이 법에 의하여 공사가 승계한다."라고만 규정하고 있으며, 피고 공사가 공사법에 따라 정부의 현물출자와 국영방송사업특별회계로부터 승계받은 채권채무를 확정하고자 작성한 개시대차대조표상에도 임시직 공무원들의 퇴직금에 관한 사항은 기재된 바 없이 현물출자된 재산과 재산상의 채권, 채무만이 기재되어 있는 사실 등을 인정하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배 등으로 인한 사실오인의 위법이 없다.

2. 국가 또는 지방자치단체가 수행하던 특정 사업을 법률에 의하여 새로 설립되는 공사에 이관하는 경우에 있어서, 인적 조직에 신분상의 변동이 있고 물적 조직도 그것을 규율하는 법률 등에 차이가 있는 점에 비추어 볼 때 입법정책적 판단에 의하여 새로 설립되는 공사에 승계되는 권리·의무의 범위를 정할 수 있다고 할 것이고, 따라서 공사의 설립에 관한 법률에서 이관되는 업무에 관한 권리·의무를 공사가 승계한다는 규정만을 두고 그 근로관계의 승계 여부에 관한 별도의 규정을 두지 아니한 때에는 공사 설립 전 해당 공무원들의 근로관계가 새로 설립되는 공사에 당연 승계된다고 볼 수는 없다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고 공사가 그 설립 전 원고들의 근로관계를 승계하였음을 전제로 하여 퇴직금의 산정시 그 설립 전의 근속기간까지 통산하여야 한다는 원고들의 주장에 대하여, 피고 공사에 승계되는 권리·의무에 관련된 공사법 부칙에는 근로관계의 승계에 관한 아무런 규정이 없고, 피고 공사의 정관이나 취업규칙에 근로관계의 승계에 관한 별개의 규정이 있다고 볼 아무런 증거가 없으며, 국가공무원법 제70조 제1항 제3호에 의하면 직제가 폐지된 경우에 임용권자는 직권면직할 수 있다고 규정되어 있어 위에서 살펴본 바와 같이 공사의 설립과 업무이관으로 인하여 그 업무에 종사하던 공무원들은 대부분 직제폐지로 인하여 직권면직되었으며 원고들과 같은 임시직 공무원들도 모두 해임되고 피고 공사에 새로이 임용절차를 거친 점, 그리고 공무원연금법이 1981. 4. 13. 법률 제3439호로 개정되면서 제32조의2에 공사화관련퇴직급여의 연계에 관한 조항이 신설되었는데 이 규정은 국가의 특정업무가 공사로 이관되는 경우에 근로관계가 원칙적으로 승계되지 않는다는 것을 전제로 한 규정으로 해석되므로 특정업무가 공사로 이관되는 경우 근로관계는 승계하지 않는 것이 원칙적인 정책적 판단이라고 보이는 점 등을 종합하면, 이 사건의 경우에도 피고 공사가 원고들의 근로관계를 승계하지 아니하였다고 할 것이라는 이유로 원고들의 주장을 배척하였다. 위와 같은 원심의 판단은 앞서 본 법리에 의한 것으로서 옳고, 거기에 근로관계의 승계에 관한 법리를 오해하거나 헌법상의 평등권을 침해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 또한, 상고이유에서 내세우는 대법원 1994. 1. 25. 선고 92다23834 판결은 그 주장과 같이 이 사건과 동일한 유형의 사안이긴 하나, 원심은 적법하게 채택한 증거들에 의하여 그 사실인정 및 법률판단을 달리하고 있으므로, 원심판결에 관례위반의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점에 관한 상고이유의 주장도 이유 없다.

한편 원심이, 근로관계의 승계에 관한 묵시적 약정이 있었다는 주장 및 피고 공사가 근로관계를 승계하지 않았다면 정당한 이유 없이 해고한 것이 되는데 국가가 그러한 행위를 하였다고 볼 수 없으므로 승계한 것으로 보아야 한다는 취지의 주장에 대하여 명시적으로 이를 배척하는 판단을 하지는 아니하였으나, 근로관계의 승계를 인정하지 아니한다는 판단 속에는 이를 배척하는 취지의 판단이 포함되어 있다고 볼 수 있을 뿐만 아니라, 원심이 적법하게 확정한 사실 및 기록에 비추어 살펴보면, 그 주장과 같은 묵시적 약정이 있었다고 볼 수 없고, 또한 당시 국영방송국 소속 공무원들은 직제가 폐지된 경우에 관한 위 국가공무원법 제70조 제1항 제3호에 의하여 직권면직 또는 해임된 것인 이상 국가가 정당한 이유 없이 해고하였다고 볼 수도 없으므로, 원심이 원고들의 위와 같은 주장들에 대한 판단을 유탈하였다 한들 그것이 판결 결과에 무슨 영향을 미쳤다고 볼 수도 없다. 이 점에 관한 상고이유의 주장 또한 받아들일 수 없다.

3. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고 공사가 2000. 11. 29. 정기이사회에서 의결하고 2000. 12. 5.부터 시행하기로 한 '중앙방송국 임시직 공무원 출신 직원에 대한 퇴직금 지급기준'에 따라 원고들에게 퇴직금 추가지급청구를 할 것을 고지함으로써 중앙방송국 입사일부터 피고 공사 창립일까지의 기간을 재직기간에 합산하여 산정한 퇴직금에서 이미 수령한 금액을 공제한 금액을 지급할 의사를 표시하였으므로 이를 지급할 의무가 있다는 원고들의 주장에 대하여, 그 채용 증거들에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고 공사가 위 퇴직금 지급기준을 마련한 것은 피고 공사의 정책적 판단이 아니라 관할노동사무소장이 국영방송국에서 근무하다가 피고 공사로 이관된 직원들에 대하여 국영방송국에서 근무한 기간에 대해 퇴직금을 지급할 것과 이를 이행하지 않을 경우 형사처벌하겠다고 통보하자 그와 같은 형사처벌을 면하기 위한 것으로 피고 공사가 마련한 위 기준과 원고들에게 통지한 내용은 피고 공사가 원고들이 국영방송국에서 근무하던 기간을 퇴직금 산정의 기초가 되는 재직기간에 합산할 법률적 의무가 있음을 전제로 하는 것으로 보이고, 그 후에 관할노동사무소장이 그 통보 내용을 철회하자, 피고 공사도 추가퇴직금의 지급을 보류하고 이 사건 소에서 그러한 법률적 의무가 있는지 여부에 관하여 법원의 판단을 구하고 있는 점 등에 비추어 피고 공사의 위 지급기준과 통보 내용은 원고들과 같은 임시직 공무원들이 추가로 퇴직금의 지급을 신청하면, 그 요건을 심사하고 추가퇴직금 지급의 법률적 의무가 있는 경우에 개별적인 산정절차와 지급결정을 거쳐 이를 지급하겠다는 의사라 할 것이고, 그것이 보수규정의 개정에 해당한다거나 원고들에게 재직기간을 합산한 퇴직금의 차액을 지급하겠다는 확정적 의사를 표시한 것이라고는 볼 수 없고 그 후 그와 같은 제안마저 철회하였다는 이유로 배척하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실 인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙이나 경험칙 위배로 인한 사실오인 또는 의사표시에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

원심은, 가사 위 퇴직금 지급기준이 피고 공사의 보수규정의 변경에 해당한다고 보더라도 퇴직금차등설정을 금지하고 있는 근로기준법 제34조 제2항에 위반되므로 효력이 없다고 판단하였는바, 원심의 이 부분 판단은 가정적 판단으로서 앞서 본 바와 같이 주된 판단이 정당한 것으로 인정되는 이상 그 당부에 관계없이 판결의 결과에 영향을 미칠 수 없어 이 부분에 대한 상고이유의 주장은 더 나아가 살펴볼 것 없이 이유 없다.

4. 기록에 비추어 살펴보면, 피고 공사가 원고들에게 임의로 퇴직금을 추가지급할 의사가 없음을 명백히 밝힌 상황에서 원고들이 이 사건 소송을 제기한 사실을 알 수 있고, 그와 같은 사정이라면 소송비용을 패소한 원고들이 전부 부담함이 상당하며, 달리 피고 공사가 소송비용을 부담할 만한 특별한 사정을 찾아볼 수 없는바, 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 소송비용의 부담에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.
5. 그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들이 부담하는 것으로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박재윤(재판장) 이용우(주심) 이규홍 양승태



☞ 대법원 2002. 5. 14. 선고 2001두6579 판결

### » 요 지 «

법률의 제정이나 개정 등으로 새로운 특수법인이 설립되어 종전에 동일한 기능을 수행하던 법인 등 단체의 기능을 흡수하면서 그 권리의무를 승계하도록 하는 경우에 있어서, 해산되는 종전 단체에 소속된 직원들과의 근로관계가 승계되는지의 여부에 관하여 별도의 규정을 두지 아니한 채, 단순히 새로 설립되는 법인이 종전 단체에 속하였던 모든 재산과 권리의무를 승계한다는 경과규정만 두고 있다면, 이러한 경과규정은 해산되는 단체의 재산상 권리의무를 새로 설립되는 법인이 승계하도록 하여 그 해산에 따른 절차를 용이하게 함으로써 해산되는 종전 단체의 해산 및 청산절차를 특별히 규율할 목적으로 규정된 것일 뿐이고 해산되는 단체의 직원들의 근로관계를 당연히 새로 설립되는 법인에 승계하도록 하기 위한 것은 아니므로, 위 경과규정의 문언만으로는 당해 법률에 따라 종전 단체에 소속된 직원들의 근로관계가 새로 설립되는 법인에 당연히 승계된다고 볼 수는 없다.

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고 보조참가인들의 부담으로 하고, 그 나머지 부분은 피고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

법률의 제정이나 개정 등으로 새로운 특수법인이 설립되어 종전에 동일한 기능을 수행하던 법인 등 단체의 기능을 흡수하면서 그 권리의무를 승계하도록 하는 경우에 있어서, 해산되는 종전 단체에 소속된 직원들과의 근로관계가 승계되는지의 여부에 관하여 별도의 규정을 두지 아니한 채, 단순히 새로 설립되는 법인이 종전 단체에 속하였던 모든 재산과 권리의무를 승계한다는 경과규정만 두고 있다면, 이러한 경과규정은 해산되는 단체의 재산상 권리의무를 새로 설립되는 법인이 승계하도록 하여 그 해산에 따른 절차를 용이하게 함으로써 해산되는 종전 단체의 해산 및 청산절차를 특별히 규율할 목적으로 규정된 것일 뿐이고 해산되는 단체의 직원들의 근로관계를 당연히 새로 설립되는 법인에 승계하도록 하기 위한 것은 아니므로, 위 경과규정의 문언만으로는 당해 법률에 따라 종전 단체에 소속된 직원들의 근로관계가 새로 설립되는 법인에 당연히 승계된다고 볼 수는 없다(대법원 1998. 10. 23. 선고 98다33932 판결 참조).

원심이 이러한 법리를 전제로, 1999. 1. 21. 제정된 한국보건산업진흥원법 부칙 제3조에 따라 한국○○○○연구원과 재단법인 한국○○○○관리연구원이 해산되고 그 재산과 권리의무를 원고가 승계하였으나, 그 직원들과의 근로관계도 원고가 승계하는지 여부에 관하여는 위 법률이나 원고의 정관 등에 아무런 규정을 두고 있지 아니할 뿐만 아니라, 원고가 한국○○○○연구원 등의 업무를 인수할 때 그 직원들 중 65명을 계약을 통하여 임시근무요원으로 고용하였던 점 등에 비추어 볼 때, 원고가 한국○○○○연구원과 피고 보조참가인들 사이의

근로관계를 승계하였다고 볼 수 없고, 한국○○○○연구원이 피고 보조참가인들을 포함한 직원들과의 근로관계를 청산하지 아니하였다고 하여 원고와 한국○○○○연구원의 직원들 사이에 새로운 근로관계가 형성되었다고 볼 수도 없으며, 또 원고가 한국○○○○연구원의 권리와 의무를 승계하면서 업무 인수인계와 행정처리상의 편의 등을 위하여 그 직원들에게 원고 명의로 의료보험자격증을 발급하는 등 근로관계가 단절되지 아니한 듯한 태도를 보였다는 사정만으로는 원고가 피고 보조참가인들과 묵시적으로 고용계약을 체결한 것으로 볼 수도 없다고 판단한 것은 옳고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배나 심리미진 또는 법리오해 등의 잘못이 없다. 따라서 이 부분 상고이유는 모두 받아들일 수 없다.

한편 원심이, 이와 같이 원고와 피고 보조참가인들 사이에 고용계약관계가 존재하지 아니하는 이상, 원고가 피고 보조참가인들을 채용대상에서 제외한 것은 피고 보조참가인들을 새로 채용하지 아니하겠다는 의사를 표시한 것에 불과하고 피고 보조참가인들을 해고한 것이 아니므로, 원고가 피고 보조참가인들을 해고하였음을 전제로 한 피고의 이 사건 재심판정이 위법하다고 판단한 것도 옳고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해 등의 잘못이 없다. 따라서 이 부분 상고이유 역시 받아들일 수 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 소송비용의 부담을 정하여 주문과 같이 판결한다.

대법원 배기원(재판장) 서성(주심) 이용우 박재윤

☞ 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다41659 판결

### » 요 지 «

1. 영업양도나 기업합병 등에 의하여 근로계약 관계가 포괄적으로 승계된 경우에 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로, 승계 후의 퇴직금규정이 승계 전의 퇴직금규정보다 근로자에게 불리하다면 근로기준법 제95조 제1항 소정의 당해 근로자집단의 집단적인 의사결정 방법에 의한 동의 없이는 승계 후의 퇴직금 규정을 적용할 수 없다.
2. 근로기준법 제28조 제2항, 부칙(1980. 12. 31.) 제2항이 하나의 사업내에 차등있는 퇴직금 제도의 설정을 금하고 있지만, 이는 하나의 사업내에서 직종, 직위, 업종별로 퇴직금에 관하여 차별하는 것을 금하고자 하는데 그 목적이 있으므로, 근로관계가 포괄적으로 승계된 후의 새로운 퇴직금제도가 기존 근로자의 기득이익을 침해하는 것이어서 그들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전의 퇴직금규정을 적용하지 않을 수 없어서 결과적으로 하나의 사업내의 별개의 퇴직금제도를 운용하는 것으로 되었다고 하더라도, 이러한 경우 까지 근로기준법 제28조 제2항, 부칙 제2항이 금하는 차등있는 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

\* 사 건 / 1995. 12. 26. 선고, 대법 95다41659 판결

\* 원심판결 / 서울고등법원 1995. 8. 16. 선고 95나16266 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

#### 1. 상고이유 제1점에 대하여

원심은, 소외 재단법인 ○○정밀기기센터는 1966.4.13.경 설립되어 1979.4.1.경 소외 재단법인 ○○기계금속시험연구소에 흡수 통합되었고, 위 ○○기계금속시험연구소는 1981.5월경 소외 재단법인 ○○선박연구소와 통합되어 소외 재단법인 ○○기계연구소로 되었는데, 위 각 통합 과정에서 종전 재단법인의 사업과 임직원 전원은 통합 후의 재단법인에 순차인수되었으며, 그후 1989.10.12.경 피고가 설립되면서 피고의 정관에 의하여 위 ○○기계연구소의 인원, 재산, 사업, 예산 및 권리의무 일체가 피고에게 포괄승계된 사실, 위 ○○정밀기기센터에 입사하였던 원고들은 위 ○○정밀기기센터가 위와 같이 순차 통합되는 과정에서 경영 주체의 변동에 따른 퇴직이나 입사 등의 절차를 밟음이 없이 직원으로서 동일한 업무를 계속 수행하여 오다가 피고의 직원으로 있을 때에 퇴직한 사실 등을 인정한 다음, 원고들의 위 ○○정밀기기센터, ○○기계금속시험연구소 및 ○○기계연구소와의 근로계약관계는 위와 같은 통합이 있을 때마다 포괄적으로 피고에게까지 순차 승계되었다고 판단하였는 바, 원심의 위와

같은 판단은 당원의 판례(1994. 1. 25. 대법 92다23834; 1994. 3. 8. 대법 93다1589 참조)에 따른 것으로서 정당하고, 원심판결에 논하는 바와 같이 기업의 합병에 있어서의 근로계약 관계의 포괄승계에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 논지는 이유가 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

퇴직금에 관한 사항은 취업규칙의 필요적 기재사항의 하나이므로(근로기준법 제94조 제5호 참조), 사용자가 취업규칙과 별도로 독립된 퇴직금규정을 두었다고 하더라도 그 퇴직금규정은 취업규칙의 일부로서 취업규칙의 성격을 갖는다고 할 것이고, 따라서 사용자가 근로기준법 제95조 제1항 소정의 노동조합 또는 근로자집단의 동의없이 퇴직금규정을 근로자에게 불리하게 변경하였다면 그 변경된 퇴직금규정은 종전의 근로자에 대하여는 효력이 없다고 할 것이다.

그러므로 같은 취지로 판단한 원심판결은 정당하고 원심판결에 논하는 바와 같이 근로기준법 제95조에 대한 법리를 오해하거나 대법원판례와 상반된 판단을 한 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 논지도 이유가 없다.

## 3. 상고이유 제3점에 대하여

영업양도나 기업합병 등에 의하여 근로계약 관계가 포괄적으로 승계된 경우에 근로자의 종전 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로, 승계 후의 퇴직금규정이 승계 전의 퇴직금규정보다 근로자에게 불리하다면 근로기준법 제95조 제1항 소정의 당해 근로자집단의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의없이는 승계 후의 퇴직금규정을 적용할 수 없는 것인바(위 93다1589 판결, 대법원 1991. 9. 24. 선고 91다17542 판결; 대법원 1994. 8. 26. 선고 93다58714 판결 참조), 근로기준법 제28조 제2항, 부칙(1980. 12. 31. 법률 제3349호)제2항이 하나의 사업 내에 차등있는 퇴직금제도의 설정을 금하고 있지만, 이는 하나의 사업 내에서 직종, 직위, 업종별로 퇴직금에 관하여 차별하는 것을 금하고자 하는데 그 목적이 있는 것이므로, 이와 같이 근로관계가 포괄적으로 승계된 후의 새로운 퇴직금제도가 기존 근로자의 기득이익을 침해하는 것이어서 그들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전의 퇴직금규정을 적용하지 않을 수 없어서 결과적으로 하나의 사업 내에 별개의 퇴직금제도를 운용하는 것으로 되었다고 하더라도, 이러한 경우까지 위 제28조 제2항, 부칙 제2항이 금하는 차등 있는 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다고는 볼 수 없다 할 것이다(대법원 1992. 12. 22. 선고 91다45165 전원합의체 판결 참조).

같은 취지로 판단한 원심판결은 정당하고, 논지도 이유가 없다.

## 4. 상고이유 제4점에 대하여

피고의 퇴직금규정이 근로기준법 제28조 제1항이 요구하는 최소한의 요건을 충족하였는지의 여부는 이 사건의 결론에 영향이 없으므로, 논지도 이유가 없다.

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

대법관 정귀호(재판장) 김석수 이돈희 이임수(주심)

## 2. 기업변동 관련 쟁점

### 1 사업양도와 계속근로기간

☞ 대법원 2001. 11. 13. 선고 2000다18608 판결

#### » 요 지 «

영업양도의 경우에는 특단의 사정이 없는 한 근로자들의 근로관계 역시 양수인에 의하여 계속적으로 승계되는 것으로, 영업양도시 퇴직금을 수령하였다는 사실만으로 전 회사와의 근로관계가 종료되고 인수한 회사와 새로운 근로관계가 시작되었다고 볼 것은 아니고 다만, 근로자가 자의에 의하여 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받았다면 계속근로의 단절에 동의한 것으로 볼 여지가 있지만, 이와 달리 회사의 경영방침에 따른 일방적 결정으로 퇴직 및 재입사의 형식을 거친 것이라면 퇴직금을 지급받았더라도 계속근로관계는 단절되지 않는 것이다.

\* 원고, 상고인 / 김○형(소송대리인 법무법인 ○○○ 담당변호사 윤○원 외 3인)

\* 피고, 피상고인 / 주식회사 ○○마트 (소송대리인 법무법인 ○○ 담당변호사 장○국 외 4인)

\* 원심판결 / 서울고법 2000. 3. 8. 선고 99나18413 판결

#### » 주 문 «

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

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

##### 1. 원심의 판단

원심판결 이유에 의하면 원심은, 그 판시 증거에 의하여 소외 ○○전자 주식회사(이하 '○○전자'라고만 한다)는 1983년 1월경 소외 ○○전선 주식회사(이하 '○○전선'이라고만 한다)의 전자부문을 인수하였는데 이에 따라 1977.8.3. ○○전선에 입사하여 전기영업부에서 애프터서비스 기사로 근무하던 원고는 1983.2.28.자로 ○○전선을 사직하면서 ○○전선으로부터 퇴직금을 정산받고, 다음날부터 ○○전자의 애프터서비스 기사로 근무한 사실, 원고는 위와 같이 ○○전자에서 애프터서비스 기사로 근무하던 중, 1986.4.1. 주식회사 ○○(이하 '○○'라고만 한다)의 판매관리2부로 부서를 옮겨 1986.5.28.부터 같은 ○○그룹의 계열사인 소외 ○○화학공업 주식회사(이하 '○○화학'이라고만 한다)의 가전제품 판매부문에 파견되어 서부지사의 ○○동지점 지점장으로 근무하였는데, 피고 회사는 1987.6.3. 가전제품의 도매업을 목적으로 설립한 ○○그룹의 계열회사로서 유통판매업무를 영위하기 위하여 1987.6.30. ○○화학과의 사이에 ○○화학의 가전제품, 약기 등 판매부문의 자산과 영업상의 권리, 의무 일체를 양수하기로 하는 영업양도계약을 체결하였으며, 위 영업양도계약에 따라서 ○○화학 및 ○○전자의 가전

제품 판매부문에 근무하던 근로자들은 모두 위 영업양도계약인 1987.6.30.자로 ○○화학 및 ○○전자에서 퇴사하고 그 다음 날 피고 회사에 입사한 사실, 원고는 피고 회사가 위와 같이 ○○화학 가전제품 판매부문을 영업양수할 당시인 1987.6.30. ○○화학 소속 근로자들과 함께 피고 회사로 소속을 옮기기 위하여 당시 소속하여 있던 대우를 퇴직하면서 퇴직금으로 금 2,026,930원을 수령하고 그 다음 날짜로 피고 회사와 근로계약을 체결하고 입사하는 형식을 취하였으나 계속 위 ○○지점의 지점장으로 근무하다가 1996.6.30. 피고 회사에서 퇴직한 사실을 인정한 다음, 원고가 ○○전선에서 ○○전자로, 다시 ○○전자에서 ○○를 거쳐 피고 회사로 퇴직 및 입사의 절차를 거쳤으나, 실제로는 ○○전선에서 피고 회사에 이르기까지 근로관계는 단절됨이 없이 이어져 온 것이므로 그 계속근로년수를 기초로 하여 산정된 퇴직금의 지급을 구함에 대하여 먼저, ○○전선에서 퇴직 후 ○○전자로의 입사시 근로관계 단절 여부에 대하여 영업양도의 경우에는 특단의 사정이 없는 한 근로자들의 근로관계 역시 양수인에 의하여 계속적으로 승계된다 할 것이나, 원고가 ○○전선에서 퇴직하면서 소정의 퇴직금을 지급받았고 당시 퇴직금 지급제도가 단수제였으므로 중간에 퇴직금을 수령하여도 별로 불리하지 아니한 점, 원고가 ○○전자, ○○로 전직한 후 ○○화학에서 1987.6.30. 퇴직하면서 위 각 회사의 재직기간에 해당하는 퇴직금만을 수령하고서도 장기간 동안 퇴직금 수령액에 대하여 이의를 하지 아니한 점 등에 비추어 원고는 그의 자발적인 의사에 기하여 ○○전선을 퇴직하였다 할 것이므로 ○○전선과의 근로관계는 단절되었다고 판단하고, 다음으로 ○○에서 퇴직 후 피고 회사로의 입사시 근로관계 단절 여부에 대하여 ○○와 피고 회사는 모두 ○○그룹의 계열사들이고, ○○화학 가전제품 판매조직의 일부분인 ○○지점의 지점장으로 근무하고 있던 원고를 퇴직하게 하고 바로 다음 날 피고 회사에 입사하게 한 것은 비록 형식상 영업양도 양수의 형식을 갖추었지만 이른바 계열사간의 전적에 해당한다 할 것인데, 그 판시 증거를 종합하면, ○○는 원고를 포함한 판매부 직원들 100여명을 ○○화학에 파견하여 지점장으로 보직하였다고 피고 회사를 새로 설립하여 그 중 일부는 ○○로 복귀시키고, 나머지 본인의 희망이나 회사의 지점장요원 충원 등 경영방침에 따라 계열회사인 피고 회사로 전적시키면서 원고는 ○○전자와 ○○에서의 계속근속년수에 따른 퇴직금을 지급받고 새로이 피고 회사와 근로계약을 체결한 사실을 인정할 수 있어 원고가 ○○를 사직한 것이 회사의 방침에 따른 것이라고 하더라도 원고가 이에 동의하고 퇴직금까지 수령한 이상, 원고의 이 사건 전적은 유효한 전적이므로 원고의 근로관계는 단절되었다는 이유로 원고의 위 주장을 배척하였다.

## 2. 당원의 판단

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

### 가. ○○전선에서 ○○로의 이적시 근로관계 단절 여부에 대하여

원심도 실시하고 있듯이 영업양도의 경우에는 특단의 사정이 없는 한 근로자들의 근로관계 역시 양수인에 의하여 계속적으로 승계되는 것으로, 영업양도시 퇴직금을 수령하였다는 사실만으로 전 회사와의 근로관계가 종료되고 인수한 회사와 새로운 근로관계가 시작되었다고 볼 것은 아니다.

다만, 원고가 자의에 의하여 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받았다면 계속근로의 단절에 동의한 것으로 볼 여지가 있지만, 이와 달리 회사의 경영방침에 따른 일방적 결정

으로 퇴직 및 재입사의 형식을 거친 것이라면 퇴직금을 지급받았더라도 계속근로관계는 단절되지 않는 것이라 할 것이다.

그런데 기록을 살펴보아도 원고가 자의에 의하여 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받았다고 인정할 만한 자료를 찾아볼 수 없고, 오히려 제1심 증인 이○식의 "일괄적으로 같은 직급, 직종으로 고용승계되어 직원들의 동요는 없었으며, 퇴직금을 정산하고 새로 입사하는 형식을 취하였다(기록 82면)."는 진술만이 있어 원고는 회사의 경영방침에 따른 일방적 결정으로 퇴직 및 재입사의 형식을 거친 것이라는 점이 엇보일 뿐이다.

그렇다면 원심으로서도 기왕에 한 ○○전선에 대한 사실조회의 회신을 촉구하거나, 그 밖에 증거방법에 의하여 위 이○식의 진술의 취지를 명백히 하여 원고의 자의에 의한 퇴직여부를 판단하였어야 할 것임에도 그에 나아가지 아니하고 그 설시 사유만으로 자의에 의한 퇴직이라고 인정한 것은 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에 관한 법리를 오해하거나 심리를 미진하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 아니할 수 없고, 이 점에 관한 상고이유의 주장은 이유 있다.

나. ○○에서 피고 회사로의 이적시 근로관계 단절 여부에 대하여

원심 판시 사실 및 기록에 의하면, 주식회사 ○○는 국내 전자판매대리점 영업을 ○○화학에게 양도하면서 ○○화학으로 하여금 위 사업부분에 종사하는 직원들의 근로관계도 파견 형식으로 포괄적으로 승계하도록 하였다가, 피고 회사를 설립한 후 피고 회사로 하여금 1987.6.30.자로 ○○화학으로부터 다시 국내 전자판매대리점 영업을 양도받으면서 위 사업부분에 종사하는 근로자들의 소속도 일괄하여 변경시키기로 하였고, 이에 따라 원고도 1987.6.30.자로 ○○를 퇴직하여 같은 해 7월1일 피고 회사에 신규 입사하는 형식을 취하였으나 실질적으로는 같은 장소에서 같은 내용의 업무를 처리하였고, 연월차 수당 등 각종 수당도 계속근무한 것과 동일한 기준으로 지급받아 온 사실을 인정할 수 있는바, 이러한 각 일부 영업의 양도를 전후하여 가전제품을 판매하던 국내 전자판매대리점 등이 그 동일성을 유지하면서 계속 운영되고 있었던 이상, 이는 ○○로부터 ○○화학, 다시 ○○화학으로부터 피고로의 각 경영주체의 변경에 불과하여 그 각 경영주체와 근로자들의 근로관계는 새로운 경영주에게 포괄승계되었다고 보아야 하고, 원고가 영업양도시 퇴직금을 수령하였다 하여 그 사실만으로 전 회사와의 근로관계가 종료되고 피고 회사와의 새로운 근로계약관계가 시작되었다고 볼 것이 아니다.

다만, 원심 인정과 같이 ○○화학에 파견되어 지점장을 보직된 자 중 일부는 ○○로 복귀되고, 원고의 경우 그의 희망에 딸 ○○를 퇴직하여 퇴직금을 수령한 다음 새로이 피고 회사와 근로계약을 체결한 것이라면 원고는, 계속근로의 단절에 동의한 것으로 볼 여지가 있지만, 기록을 살펴보아도 원심이 든 그 밖에 증거 및 앞서 인정한 사실에 비추어 그대로 믿기 어려운 원심 증인 이○우의 일부 증언 외에는 위 영업양도시 파견된 ○○소속직원 중 일부가 ○○로 복귀되었다거나 원고가 그의 희망에 따라 피고 회사로 이적하였다고 볼 만한 자료가 없고, 오히려 위 일부 증언내용과는 달리 원고와 같이 ○○에서 파견된 직원들은 ○○의 경영방침에 따른 일방적 결정으로 피고 회사로 소속이 변경된 점이 엇보일 뿐이다.

사정이 그러하다면, 이 부분 원심 판단에는 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하거나 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에 관한 법리를 오해한 나머지 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 아니할 수 없고, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장도 이유 있다.

3. 그러므로 원심판결 중 원고 패소 부분을 파기하여 이 부분 사건을 원심법원에 환송하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 조무제(재판장) 이용우 강신욱(주심) 이강국



## 2 행정기관 내부의 업무처리 방침에 의한 업무이관의 법률 효과

☞ 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51017 판결

### » 요 지 «

직원들에 대한 근로관계를 승계하지 아니하는 것을 전제로 면직 및 특별채용의 절차를 거쳐 새로 채용하는 형식을 취하였지만, 실제로는 신규직원 채용절차를 거치지 아니한 채 종전 법인에 근무한 직원들을 대부분 다시 채용하였을 뿐만 아니라 종전 직급에 상응하는 직급을 부여하여 그 이전의 업무를 그대로 수행하도록 하고 있는 점 등 제반 사정에 비추어 종전 법인의 사업에 관한 인적 조직 역시 그 동일성을 유지한 채 피고 법인에게 승계되었다고 봄이 상당하므로, 특별한 사정이 없는 한 해산되는 개발원 및 관광연구원에 소속된 직원들과의 근로관계는 원칙적으로 새로 설립되는 피고 법인에게 포괄적으로 승계되었다고 할 것이다.

#### 【참조조문】

구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 제1항(현행 제23조 제1항 참조)

#### 【참조판례】

대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결(공2002상, 1019)

대법원 2003. 5. 30. 선고 2002다23826 판결(공2003하, 1429)

【원고, 상고인】 원고(소송대리인 법무법인 시민 담당변호사 김선수의 1인)

【피고, 피상고인】 재단법인 한국○○○○연구원(소송대리인 법무법인 세종 담당변호사 이홍철의 2인)

【원심판결】 서울고등법원 2007. 7. 6. 선고 2006나97148 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

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

1. 「법률의 제정이나 개정 또는 이와 동등한 효력이 있는 법규에 의하지 아니하고, 행정기관 내부의 업무처리방침 또는 행정조치 등에 의하여 새로운 법인이 설립되어 종전에 동일한 기능을 수행하던 법인 등 단체의 기능을 흡수하면서 그 권리의무를 승계함과 아울러 동일성을 유지하면서 일정한 사업 목적을 위한 인적·물적 조직을 일체로서 이전받는 등으로

종래의 사업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능을 할 수 있다면, 반대의 특약이 없는 한 해산되는 종전 단체에 소속된 직원들과의 근로관계는 원칙적으로 새로 설립되는 법인에게 포괄적으로 승계되고, 종전 법인과 새로운 법인 사이에 근로관계의 일부를 승계의 대상에서 제외하기로 하는 특약이 있는 경우에는 그에 따라 근로관계의 승계가 이루어지지 않을 수 있으나, 그러한 특약은 실질적으로 해고나 다름이 없으므로 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 소정의 정당한 이유가 있어야 유효하다고 할 것이다」(대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결, 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002다23826 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 원고는 1994. 9. 1. 재단법인 한국○○정책개발원(이하 '개발원'이라 한다)에 연구원으로 입사하여 1999. 1. 1.부터 연봉제 계약직으로 근무하여 오다가 1999. 12. 31. 개발원으로부터 재임용 탈락 통보를 받은 사실, 이에 원고는 2000. 3. 30. 서울지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였고, 서울지방노동위원회는 개발원의 원고에 대한 재임용 탈락 결정을 부당해고로 인정하고, 개발원에 대하여 원고를 원직에 복직시키고 원고에게 해고 기간 동안의 임금상당액을 지급하라는 명령을 한 사실, 개발원은 서울지방노동위원회의 위 명령에 불복하여 중앙노동위원회에 재심신청을 하였고, 중앙노동위원회는 2000. 12. 12. 개발원이 재량권을 일탈 남용하였다고 볼 수 없다는 이유로 서울지방노동위원회의 위 명령을 취소하는 재심판정을 내린 사실, 그 후 원고는 서울행정법원에 중앙노동위원회의 위 재심판정의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 서울행정법원은 2001. 7. 20. 위 재심판정을 취소하는 판결을, 서울고등법원은 2002. 8. 29. 중앙노동위원회위원장의 항소를 기각하는 판결을, 대법원은 2005. 7. 8. 중앙노동위원회위원장의 보조참가인인 개발원의 상고를 기각하는 판결을 각 선고함으로써 중앙노동위원회의 위 재심판정은 취소·확정된 사실, 한편 문화관광부는 원고의 위 부당해고구제재심판정취소소송이 계속 중이던 2002.경 개발원과 재단법인 한국○○연구원(이하 '○○연구원'이라 한다)을 통폐합하기로 방침을 정하였고, 이에 따라 개발원은 2002. 9. 18. 이사회를 열어 개발원의 해산을 결의한 후 2002. 12. 4. 해산등기를 마쳤고, 같은 날 피고 법인의 설립등기가 마쳐진 사실, 문화관광부는 2004. 9. 1. 문화와 관광분야의 조사, 연구를 통하여 체계적인 정책개발 및 정책대안을 제시하고 문화·관광산업의 육성을 지원함으로써 국민의 복지증진 및 국가발전에 기여하기 위하여 피고 법인을 설립함에 있어 새로운 법률의 제정이나 개정에 의하지 아니하고 민법 제32조에 의하여 법인을 설립하기로 정부산하기관 경영고시를 한 사실, 피고 법인의 정관은 부칙 제3조에서 '피고 법인은 설립 등기를 한 날에 개발원 및 관광연구원이 기부하는 업무, 재산 및 권리 의무를 승계한다. 다만, 그 내용은 약정에 의한다'라고 규정하고만 있을 뿐, 개발원과 ○○연구원 소속 직원의 근로관계 승계에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않고 있는 사실, 피고 법인이 새로 발족함에 따라 통합 전 개발원은 그 직원 23명으로 하여금 개발원의 해산일인 2002. 12. 4. 일체히 사직서를 제출하도록 하여 직원 23명을 면직 처리하였고, 피고 법인은 2002. 11. 30.자 창립이사회 의결을 거쳐 개발원의 직원 23명과 관광연구원의 직원 21명의 이력서를 받아 선별한 후 피고 법인의 직급별 임용기준을 충족하고 있는 개발원과 ○○연구원의 직원들 중 42명을 2002. 12. 5. 기존 직급을 인정하여 같은 직급으로 특별채용 형식으로 임용하고, 나머지 2명을 계약직 직원으로 채용한 사실, 피고 법인의 인사규정은 '피고 법인의 설립 당시 개발원 및 ○○연구원에 근무한 직원으로서 피고 법인에 채

용된 경우에 경력은 개발원 및 ○○연구원 최초 임용일 또는 해당 직급 임용일을 적용한다'(부칙 제3조 제1항), '피고 법인 설립 당시 개발원 및 ○○연구원에 근무한 직원으로서 피고 법인에 채용될 경우 제20조의 해당 직급별 승진소요기간이 미달된 경우에는 직종별 차하위 직급부터 승진소요기간을 합산하여 계산할 수 있다'(부칙 제3조 제2항)라고 규정하고 있으며, 피고 법인의 보수규정은 부칙 제2조 제1항에서 '제17조(초임연봉) 및 제28조(기본연봉)의 규정에도 불구하고, 피고 법인 설립 당시 개발원 및 ○○연구원에 근무한 직원으로서 피고 법인에 채용된 경우에는 이전의 보수를 기준으로 하여 기본연봉을 조정할 수 있다. 다만, 개인별 연봉조정액은 원장이 결정하되, 직종 또는 직급별로 동일한 기준에 의하여야 한다'라고 규정하고 있는 사실을 인정한 다음, 피고 법인이 개발원 및 ○○연구원에 근무한 직원에 대하여 근속연수를 인정하거나 인사규정상의 신규직원 채용절차를 거치지 아니하고 이들을 채용한 것은 개발원 및 ○○연구원에 근무하였던 직원들이 피고 법인의 직급별 임용기준을 충족하고 있다고 보고 그들에 대한 정책적 배려의 차원에서 이루어진 것으로 볼 수 있을 뿐, 피고 법인의 정관 및 취업규칙상으로 피고 법인이 개발원 및 ○○연구원에 근무한 직원들의 근로관계를 승계하였다고 볼 수는 없다고 판단하였다.

그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

앞서 본 법리와 원심이 인정한 사실관계에 비추어 살펴보면, 정책원, ○○연구원 및 피고 법인은 구 정부산하기관관리기본법(2007. 1. 19. 법률 제8258호로 폐지) 제2조가 규정하는 정부산하기관에 속하는 단체로서 이들에 관한 해산과 설립은 법률의 제·개정에 의하지 아니하고 문화관광부에 의한 행정조치에 의하여 이루어진 것에 불과하므로, 새로 설립된 피고 법인의 정관 등 규정에 해산되는 개발원 및 ○○연구원에 소속된 직원들과의 근로관계가 승계되는지 여부에 관하여 별도의 규정을 두지 아니하였다고 하여 그 근로관계가 새로 설립되는 피고 법인에 당연히 승계되지 아니한다고 확정적으로 해석할 수 없음은 물론, 그 정관의 규정 외에 여러 가지 제반 사정을 종합적으로 참작하여 종전 법인에 소속된 직원들의 근로관계가 새로 설립되는 법인에 당연히 승계되는지 여부를 판단하여야 할 것인바, 피고 법인은 개발원 및 ○○연구원으로부터 업무, 재산 및 권리를 승계함으로써 문화와 관광분야의 조사·연구에 관한 종전 사업에 필요한 물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 인수한 것으로 보이는 한편, 피고 법인이 개발원 및 ○○연구원의 직원들에 대한 근로관계를 승계하지 아니하는 것을 전제로 면직 및 특별채용의 절차를 거쳐 새로 채용하는 형식을 취하였지만, 실제로는 신규직원 채용절차를 거치지 아니한 채 종전 법인에 근무한 직원들을 대부분 다시 채용하였을 뿐만 아니라 종전 직급에 상응하는 직급을 부여하여 그 이전의 업무를 그대로 수행하도록 하고 있는 점 등 제반 사정에 비추어 종전 법인의 사업에 관한 인적 조직 역시 그 동일성을 유지한 채 피고 법인에게 승계되었다고 봄이 상당하므로, 특별한 사정이 없는 한 해산되는 개발원 및 ○○연구원에 소속된 직원들과의 근로관계는 원칙적으로 새로 설립되는 피고 법인에게 포괄적으로 승계되었다고 할 것이고, 나아가 비록 피고 법인의 설립 이후에야 비로소 원고와 개발원과의 사이에 적법·유효한 근로관계가 존재한다는 내용의 판결이 확정되었지만, 이 사건 재임용탈락을 부당해고로 인정한 구제명령, 재심판정, 제1, 2심의 행정소송에서 원고의 승소 등 소송의 진행경과를 볼 때, 피고 법인은 그 설립 당시에 이미 원고와 개발원 사이의 근로관계가 유효하게 존속하고 있는

사실을 알고 있었음이 분명한 이상, 원고와 개발원 사이의 근로관계 역시 피고 법인에게 그대로 승계되었다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고 법인이 개발원 및 ○○연구원에 근무한 직원들의 근로관계를 승계하였다고 볼 수 없다고 판단하였으니, 원심판결에는 사업양도에 따른 근로관계의 승계에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

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

대법관 안대희(재판장) 김영란 김황식(주심) 이홍훈

### 3 부실금융기관에 대한 계약 이전 결정

☞ 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002다23826 판결

#### » 요 지 «

1. 영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계된다.
2. 영업양도가 이루어졌는가의 여부는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 하므로 영업재산의 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 볼 것이지만, 반면에 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도로 볼 수 없다.
3. 금융감독위원회가 구 금융산업의구조개선에관한법률(1998. 9. 14. 법률 제5549호로 개정되기 전의 것) 제14조 제2항에 의하여 내린 계약이전결정은 금융감독위원회의 일방적인 결정에 의하여 금융거래상의 계약상의 지위가 이전되는 사법상의 법률효과를 가져오는 행정처분으로서 부실금융기관의 자산 및 부채 중 일부만을 선택적으로 제3자인 인수금융기관에게 양도 및 인수하게 함으로써 부실금융기관을 정리하는 방법이다.
4. 부실금융기관의 정리와 예금자보호를 위하여 그 부실금융기관의 일부 우량자산만을 다른 금융기관에게 이전시킨 구 금융산업의구조개선에관한법률(1998. 9. 14. 법률 제5549호로 개정되기 전의 것) 제14조 제2항에 의한 계약이전결정에 의하여 고용승계를 수반하는 영업양도의 효과가 발생하였다고 볼 수 없다.

\* 원고, 상고인(선정당사자) / 박OO 외 5인 소송대리인 변호사 임영화 외 2인

\* 피고, 피상고인 / 주식회사 OO은행 소송대리인 변호사 이재후 외 4인

\* 원심판결 / 서울고법 2002. 4. 3. 선고 2001나26325 판결

#### » 주 문 «

각 상고를 기각한다.

상고비용을 원고(선정당사자)들이 부담하게 한다.

#### » 이 유 «

1. 제1주장에 관하여

영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동

일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 이러한 영업양도가 이루어진 경우에는 원칙적으로 해당 근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에 포괄적으로 승계되는 것이지만, 영업양도가 이루어졌는가의 여부는 단지 어떠한 영업재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 한다. 따라서 영업재산의 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되면 그것을 영업의 양도라 볼 것이지만, 반면에 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도로 볼 수 없는 것이다(대법원 2001. 7. 27. 선고 99두2680 판결 참조).

한편, 금융감독위원회가 구 금융산업의구조개선에관한법률(1998. 9. 14. 법률 제5549호로 개정되기 전의 것, 아래에서는 '구 금융산업구조개선행법'이라고 한다) 제14조 제2항에 의하여 내린 계약이전결정은 금융감독위원회의 일방적인 결정에 의하여 금융거래상의 계약상의 지위가 이전되는 사법상의 법률효과를 가져오는 행정처분으로서 부실금융기관의 자산 및 부채 중 일부만을 선택적으로 제3자인 인수금융기관에게 양도 및 인수하게 함으로써 부실금융기관을 정리하는 방법이다(대법원 2002. 4. 12. 선고 2001다38807 판결 참조).

기록 중의 증거들에 따르면, 주식회사 ○○은행(아래에서는 '○○은행'이라고 한다)이 1997년에 대기업계열 여신의 부실화 등의 여파로 자산건전성이 악화되어 자주적인 경영정상화가 불가능할 지경에 이르렀고 이에 금융감독위원회는 1998. 6. 29. 구 금융산업구조개선행법 제14조 제2항에 의하여 ○○은행에 대하여 영업의 정지, 임원의 직무집행정지 및 관리인 선임 등과 함께 계약이전의 결정을 하였는데 그 계약이전결정서에 의할 때 계약이전기준일 현재 ○○은행의 은행업, 신용카드업 관련 자산·부채, 신탁업, 증권투자업 관련 자산·부채 및 그 발생의 기초가 되는 계약상의 지위를 피고에게로 이전시키고 은행감독규정 제30조에서 정한 고정이하, 회수의문, 추정손실로 분류된 부실자산은 성업공사에게 이전시키되 ○○은행이 고용한 직원에 대한 임금 및 퇴직금 지급에 필요한 자산, 퇴직급여충당금 등 일부 자산은 ○○은행에 남게 된 사실, 한편 피고는 그 계약이전결정에서 제외된 ○○은행 소유의 점포 및 각종 집기류 등 업무용 고정자산에 대하여는 ○○은행과 별도의 매매계약을 체결하여 인수한 사실, 경기은행은 그 후 은행업 인가가 취소되고 파산선고를 받은 사실, 피고는 ○○은행 소속 직원 중 40%를 약간 넘는 인원을 피고의 계약직 직원으로 채용하였는데 이들은 모두 ○○은행을 사직한 후 피고와 고용계약을 체결하였고 피고의 새로운 직원배치계획에 따라 각 점포에 전면적으로 재배치된 사실, ○○은행의 관리인은 나머지 직원들에 대하여 해임발령을 함으로써 ○○은행의 인적조직을 완전히 해체시켰던 사실을 인정할 수 있다.

따라서 부실금융기관의 정리와 예금자보호를 위하여 그 부실금융기관의 일부 우량자산만을 다른 금융기관에게 이전시킨 구 금융산업구조개선행법 제14조 제2항에 의한 계약이전결정에 의하여 고용승계를 수반하는 영업양도의 효과가 발생하였다고 볼 수 없음은 물론(대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다43932 판결 참조), 그 후 피고가 ○○은행과의 별도 약정에 의하여 ○○은행에 남은 일부 고정자산을 양수하고 ○○은행 소속 직원의 일부를 새로 채용하여 종전 ○○은행 지점 일부에서 피고의 지점으로서 은행업무를 재개하였다고 할지라도 이는 ○○은행의 은행업 인가가 취소되어 그 조직이 해체되는 과정에서 이루어진 것으로서 영업양

도라고 할 수 없는 것이다.

결국, 원심이 이 사건 사실관계에서는 영업양도를 인정할 수 없다고 판단한 것은 정당하고 거기에 계약이전결정, 영업양도와 근로관계 승계에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

그리고 상고이유 중 이 부분 주장에서 내세우는 대법원 1998. 4. 14. 선고 96다8826 판결, 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결, 1991. 8. 9. 선고 91다15225 판결, 1989. 12. 26. 선고 88다카10128 판결, 1987. 11. 25. 선고 97다35085 판결들은 영업양도가 인정된 것들로서 사안이 달라 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

상고이유의 이 주장들을 받아들이지 아니한다.

## 2. 제2주장에 관하여

위에서 본 바와 같이 ○○은행 소속 직원들의 근로관계가 피고에게 승계되지 아니한 이상, 피고가 그 근로관계의 존재를 부정한다고 하여 이를 들어 피고가 그 ○○은행 소속 직원들을 해고하였다고 볼 수 없고, 따라서 원심이 그 정당한 이유의 존재 여부에 관하여 이유를 설시하지 아니하였다고 하여 근로기준법상 해고에 관한 법리를 오해한 위법이나 이유불비의 위법이 없다.

그리고 상고이유 중 이 부분 주장에서 내세우는 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결은 사안이 달라 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

상고이유의 이 주장 역시 받아들이지 아니한다.

## 3. 제3주장에 관하여

원고(선정당사자)들이 설령 영업양도가 이루어지지 않았다고 할지라도 피고가 ○○은행 소속 직원들의 근로관계를 묵시적으로 승계하였다고 주장한 데 대하여 원심은 이러한 사실이 인정되지 아니한다는 이유로 위 주장을 받아들이지 아니하였다.

기록중의 증거들과 대조하여 살펴보니, 원심이 피고가 ○○은행의 근로관계를 승계한 사실이 인정되지 않는다고 본 것은 정당하고 거기에 증거법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 없다.

상고이유의 이 주장도 받아들이지 아니한다.

## 4. 결 론

그러므로 원고(선정당사자)들의 각 상고를 기각하고, 상고비용을 원고(선정당사자)들이 부담하게 하기로 관여 대법관들의 의견이 일치되어 주문에 쓴 바와 같이 판결한다.

대법관 이규홍(재판장) 조무제(주심) 유지담 손지열

#### 4 합병에 따른 근로관계 승계의 법률효과

☞ 대법원 2001. 4. 24. 선고 99다9370 판결

##### » 요 지 «

1. 취업규칙의 일부인 퇴직금규정 중 어느 회사의 것이 근로자들에게 유리한지 불리한지 여부를 판단하기 위하여는 퇴직금지급률과 함께 그와 대가관계나 연계성이 있는 기초임금도 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다.
2. 사용자가 근로자에 대하여 중간퇴직처리를 하면서 퇴직금을 지급하였으나 그 퇴직처리가 무효로 된 경우 이는 착오로 인하여 변제기에 있지 아니한 채무를 변제한 경우에 해당한다고 할 수 없으므로, 이미 지급한 퇴직금에 대한 지급일 다음날부터 최종퇴직시까지의 연 5푼의 비율에 의한 법정이자상당액은 부당이득에 해당하지 않는다.
3. 회사의 합병에 의하여 근로관계가 승계되는 경우에는 종전의 근로계약상의 지위가 그대로 포괄적으로 승계되는 것이므로(해산회사의 퇴직금규정이 흡수회사의 퇴직금규정보다 근로자들에게 불리하다고 하더라도) 합병당시 취업규칙의 개정이나 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계의 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 없는 한 합병 후 흡수회사는 해산회사에 근무하던 근로자들에 대한 퇴직금관계에 관하여 종전과 같은 내용으로 승계하는 것이라고 보아야 한다.
4. 승계 후의 흡수회사 퇴직금규정이 승계 전의 해산회사의 퇴직금규정보다 근로자들에게 불리하다면 구근로기준법(1996.12.31. 법률 제5245호로 개정되기 전의 것) 제95조 제1항 소정의 당해 근로자집단의 집단적인 의사결정방법에 의한 동의 없이는 승계 후의 흡수회사의 퇴직금규정을 적용할 수도 없다.

\* 원 문 / 2001.4.24. 선고 99다9370 판결 [퇴직금]

\* 원 고 / 원고(상고인 겸 피상고인) 박○○ 외 2인(소송대리인 변호사 양정숙)

\* 피 고 / 피고(피상고인 겸 상고인) ○○○○제철주식회사

(소송대리인 법무법인 세종 담당변호사 오성환 외 2인)

\* 원심판결 / 서울지법 1999.1.8. 선고 97나52232 판결

##### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울지방법원 본원합의부에 환송한다.

##### » 이 유 «

1. 피고 소송대리인의 상고이유 중 채증법칙위배의 점에 대하여



원심판결의 이유에 의하면, 원심은 김○○, 서○○, 이○○의 각 증언, 원고 박○○에 대한 본인신문결과에 변론의 전취지를 종합하여 피고회사로 합병된 소외 ○○판매주식회사(이하 "소외회사"라고 한다)의 퇴직금규정이 1981.1.1.자로 개정되기 전 피고회사의 퇴직금규정(이하 "개정 전 퇴직금규정"이라고 한다)보다 근로자들에게 유리하였던 것으로 보인다고 판단하였다.

그러나 취업규칙의 일부인 퇴직금규정 중 어느 회사의 것이 근로자들에게 유리한지 불리한지 여부를 판단하기 위하여는 퇴직금지급률과 함께 그와 대가관계나 연계성이 있는 기초임금도 고려하여 종합적으로 판단하여야 할 것인바(대법원 1997.8.26. 선고 96다1726 판결 참고), 기록에 의하면 위 각 증언 및 본인신문결과는 소외회사의 퇴직금규정과 피고회사의 개정 전 퇴직금규정을 비교할 때 소외회사의 퇴직금지급률이 더 높다는 것이지 두 퇴직금규정의 기초임금에 대하여는 잘 모른다는 취지에 불과하다.

그렇다면 원심으로서의 소외회사의 퇴직금규정과 피고회사의 개정 전 퇴직금규정을 비교하여 어느 것이 근로자들에게 유리한 것인지를 밝히기 위하여 소외회사의 퇴직금규정이 제출되어야 하므로, 원고들이 이러한 중요한 증거를 제출하지 아니한 때에는 석명권을 행사하여 원고들에게 그 제출을 촉구하거나 혹은 다른 증거를 더 보충하여 어느 것이 근로자들에게 유리한지를 충분히 심리·판단하였어야 함에도, 원심이 이에 이르지 아니하고 위 증거들만에 의하여 소외회사의 퇴직금규정이 피고회사의 개정 전 퇴직금규정보다 근로자들에게 유리하다고 판단하였음은 석명권을 제대로 행사하지 아니하여 심리를 다하지 아니하였거나 채증법칙에 위배하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 저질렀다 할 것이고, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유있다.

## 2. 피고 소송대리인의 상고이유 중 부당이득에 관한 법리오해의 점에 대하여

사용자가 근로자에 대하여 중간퇴직처리를 하면서 퇴직금을 지급하였으나 그 퇴직처리가 무효로 된 경우 이는 착오로 인하여 변제기에 있지 아니한 채무를 변제한 경우에 해당한다고 할 수 없으므로, 이미 지급한 퇴직금에 대한 지급일 다음날부터 최종퇴직시까지의 연 5푼의 비율에 의한 법정이자 상당액은 부당이득에 해당하지 않는다 할 것이고(대법원 1992.5.26. 선고 91다38075 판결 참조), 회사합병의 경우에 있어서도 해산회사가 근무하던 근로자들에게 회사방침에 따라 일률적으로 퇴직금을 지급하고 당해 근로자들로 하여금 흡수회사에 재입사하는 형식을 취하였으나 사실은 근로관계가 단절되지 아니하여 해산회사와 그 근로자들 사이의 근로관계가 흡수회사에 포괄적으로 승계되었다면 해산회사가 이미 지급한 퇴직금에 대한 지급일 다음날부터 최종퇴직시까지의 법정이자상당액은 부당이득에 해당하지 아니하므로 해산회사의 권리·의무관계를 그대로 승계한 흡수회사가 당해 근로자들에게 최종퇴직시 해산회사의 근무기간을 포함한 퇴직금을 지급하면서 위 법정이자상당액을 공제할 수는 없다 할 것이다.

기록에 의하면, 소외회사가 피고회사로 합병되면서 회사방침에 따라 원고들에게 소외회사에 근무한 기간에 상당하는 퇴직금을 지급하고 피고회사에 재입사시키는 형식을 취하였으나 사실은 소외회사와 원고들 사이의 근로관계가 피고회사로 합병되면서 단절된 것이 아니라 피고회사에 포괄적으로 승계되었음을 알 수 있는바, 원심이 피고회사에 대하여 원고들이 소외회사에 입사한 때로부터 피고회사에서 퇴사한 때까지의 기간에 상당하는 퇴직금의 지급의무를 인

정하면서 원고들이 소외회사로부터 이미 지급받은 퇴직금의 원금만을 공제하고 그 법정이자상당액을 공제하지 아니한 조치는 위와 같은 법리에 비추어 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 부당이득의 법리를 오해한 위법이 없으므로, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유없다.

### 3. 원고들 소송대리인의 상고이유에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 피고회사는 1981.1.1. 취업규칙 중 일부인 퇴직금규정을 개정하였는바, 비록 위 퇴직금규정의 변경이 근로자들에게 불이익함에도 불구하고 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 받지 아니한 채 변경을 하였다 하더라도 취업규칙의 작성·변경의 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 피고회사의 위 퇴직금규정의 개정은 유효하고, 따라서 현행의 법규적 효력을 가진 퇴직금규정은 변경된 퇴직금규정이라 할 것이며, 소외회사와 피고회사가 1981.2.28. 비로소 합병을 하여 위 합병당시 피고회사의 법규적 효력을 가진 유효한 퇴직금규정은 개정 후 퇴직금규정이라 할 것이므로, 위 퇴직금규정의 개정으로 인하여 기득이익을 침해받게 되는 피고회사의 기존의 근로자들에 해당하지 않는 원고들로서는 비록 소외회사의 퇴직금규정이 피고회사의 개정 전 퇴직금규정보다 유리하였다 하더라도 피고회사에 대하여 개정 전 퇴직금규정을 적용하여 줄 것을 요구할 수는 없고, 소외회사의 퇴직금규정이 피고회사의 개정 후 퇴직금규정보다 유리하였다 할 것이므로, 피고회사는 원고들이 소외회사에 입사하여 근무한 기간에 대하여도 적어도 피고회사의 개정 후 퇴직금규정에 따라 산정된 퇴직금을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

회사의 합병에 의하여 근로관계가 승계되는 경우에는 종전의 근로계약상의 지위가 그대로 포괄적으로 승계되는 것이므로(해산회사의 퇴직금규정이 흡수회사의 퇴직금규정보다 근로자들에게 불리하다고 하더라도) 합병당시 취업규칙의 개정이나 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계의 내용을 단일화하기로 변경조정하는 새로운 합의가 없는 한 합병 후 흡수회사는 해산회사에 근무하던 근로자들에 대한 퇴직금관계에 관하여 종전과 같은 내용으로 승계하는 것이라고 보아야 하고(대법원 1994.3.8. 선고 93다1589 판결 참조), 승계 후의 흡수회사 퇴직금규정이 승계 전의 해산회사의 퇴직금규정보다 근로자들에게 불리하다면 구근로기준법(1996.12.31. 법률 제5245호로 개정되기 전의 것) 제95조 제1항 소정의 당해 근로자집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의없이는 승계 후의 흡수회사의 퇴직금규정을 적용할 수도 없다 할 것인바(대법원 1997.12.26. 선고 97다17575 판결 참조), 기록에 의하면 피고회사가 소외회사에 근무하다가 합병으로 인하여 피고회사에 근무하게 된 근로자들에 대하여 피고회사의 퇴직금규정에 의하여 퇴직금을 지급하기로 하는 합의를 하였다거나 위 근로자집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 얻었다고 볼 증거가 없으므로, 소외회사의 퇴직금규정이 피고회사의 퇴직금규정보다 근로자들에게 유리하던 불리하던간에 원고들의 퇴직금을 산정함에 있어서는 소외회사의 퇴직금규정을 적용하여야 할 것이다.

원고들이 1977년 및 1979년경 소외회사에 입사한 때로부터의 근로관계는 피고회사에 그대로 포괄적으로 승계되므로 피고회사가 1981.1.1. 근로자들에게 불리하게 퇴직금규정을 변경한 경우 원고들은 위 퇴직금규정의 변경으로 기득이익이 침해되는 근로자들과 보아야 할 것이어서 그 변경의 효력이 미치지 아니하고, 또한 앞서 본 바와 같이 원고들에게는 소외회사의 퇴직금규정을 적용하여야 함이 타당한데 원고들이 소외회사의 퇴직금규정에 따라 산정

한 퇴직금이 피고회사의 개정 전 퇴직금규정에 따라 산정한 퇴직금보다 더 많지만 피고회사의 개정 전 퇴직금규정에 따른 퇴직금을 청구한다고 주장하는 마당에 법원은 처분권주의의 원칙상 마땅히 피고회사의 개정 전 퇴직금규정에 따라 산정한 퇴직금의 지급을 명하여야지 개정 후 퇴직금규정에 따라 산정한 퇴직금의 지급을 명할 수는 없다 할 것이다.

따라서 원심이 이와 달리 피고회사에게 개정 후 퇴직금규정에 따라 산정한 퇴직금의 지급을 명하였음은 회사합병에 있어서의 근로관계승계 및 취업규칙의 개정의 효력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라 할 것이고, 이 점을 지적하는 취지의 상고이유의 주장도 이유있다.

4. 그러므로 피고 소송대리인의 나머지 상고이유의 주장에 관하여 더 나아가 판단할 필요없이 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박재윤(재판장) 서성 유지담(주심) 배기원

## 5 기업변동과 취업규칙의 승계

☞ 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32522, 32539 판결

### » 요 지 «

1. 사용자가 취업규칙의 변경에 의하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하려면 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요하고, 이러한 동의를 얻지 못한 근로조건이나 취업규칙의 변경은 효력이 없으며, 그 동의를 방법으로는 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의 동의를 요하고, 그와 같은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 요한다. 그리고 회의방식에 의한 동의는 전 근로자가 반드시 한 자리에 모여 회의를 개최하는 방식만이 아니라 한 사업 또는 사업장의 기구별 또는 단위 부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 간에 의견을 교환하여 찬반을 집약한 후 이를 전체적으로 모으는 방식도 허용된다. 여기서 사용자측의 개입이나 간섭은 사용자측이 근로자들의 자율적이고 집단적인 의사결정을 저해할 정도로 명시 또는 묵시적인 방법으로 동의를 강요하는 것을 의미하며, 사용자측이 단지 변경될 근로조건이나 취업규칙의 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는 데 그친 경우에는 사용자측의 부당한 개입이나 간섭이 있었다고 할 수 없다.
2. 근로관계가 포괄적으로 승계되는 경우에는 근로자는 승계한 법인에서도 종전의 근로관계와 동일한 근로관계를 유지하게 되고, 사용자가 일방적으로 취업규칙을 변경하거나 종전의 근로관계보다 불리한 승계한 법인의 취업규칙을 적용하기 위해서는 종전의 근로계약상 지위를 유지하던 근로자 집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의 등의 사정이 있어야 하며, 이러한 동의 등이 없는 한 사용자가 일방적으로 종전의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하거나 종전의 근로조건보다 불리한 승계한 법인의 취업규칙을 적용할 수 없다. 이 경우 종전의 근로조건을 그대로 유지한 채 승계한 법인에서 근무하게 되는 근로자에 대하여는 종전의 취업규칙이 그대로 적용된다.
3. 공기업 구조조정을 진행하면서 각 부서별, 사업소·지부별로 설명회를 개최하여 관련 사업의 포괄승계에 따른 근로조건변경 및 퇴직금지급률 변경 사항을 설명하고 근로자들의 동의를 받은 사안에서, 사용자측이 변경될 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는 데에 지나쳐 사용자측의 부당한 개입이나 간섭이 있었다고 볼 수 없으므로, 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 있었다고 본 사례
4. 사용자가 일방적으로 새로운 취업규칙의 작성·변경을 통하여 근로자가 가지고 있는 기득권의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니하지만, 당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 그에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로

그의 적용을 부정할 수는 없다. 그리고 여기에서 말하는 사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, 이러한 판단은 개정 당시의 상황을 근거로 하여야 한다.

\* 사 건 : 대법원 2010.1.28. 선고 2009다32522,32539 판결

\* 원고, 피상고인 : 원고 1외 16인

\* 피고, 상고인 : 한국○○오염방제조합의 소송수계인 ○○환경관리공단

\* 원심판결 : 서울고법 2009.4.3. 선고 2008나13236, 13243 판결

### 》 주 문 《

원심판결을 모두 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### 》 이 유 《

상고이유를 살펴본다.

1. 1998.7.31.자 포괄승계 및 1999.12.31.자 보수규정 개정 당시 근로자의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의가 있었는지 여부

사용자가 취업규칙의 변경에 의하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하려면 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요하고, 이러한 동의를 얻지 못한 근로조건이나 취업규칙의 변경은 효력이 없으며, 그 동의의 방법으로는 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의 동의를 요하고, 그와 같은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 요한다. 그리고 회의방식에 의한 동의는 전 근로자가 반드시 한 자리에 모여 회의를 개최하는 방식만이 아니라 한 사업 또는 사업장의 기구별 또는 단위 부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 간에 의견을 교환하여 찬반을 집약한 후 이를 전체적으로 모으는 방식도 허용된다. 여기서 사용자측의 개입이나 간섭은 사용자측이 근로자들의 자율적이고 집단적인 의사결정을 저해할 정도로 명시 또는 묵시적인 방법으로 동의를 강요하는 것을 의미하며, 사용자측이 단지 변경될 근로조건이나 취업규칙의 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는 데 그친 경우에는 사용자측의 부당한 개입이나 간섭이 있었다고 할 수 없다(대법원 2003.11.14. 선고 2001다18322 판결, 대법원 2004.5.14. 선고 2002다23185, 23192 판결, 대법원 2005.3.11. 선고 2004다54909 판결 등 참조).

한편, 근로관계가 포괄적으로 승계되는 경우에는 근로자는 승계한 법인에서도 종전의 근로관계와 동일한 근로관계를 유지하게 되고, 사용자가 일방적으로 취업규칙을 변경하거나 종전의 근로관계보다 불리한 승계한 법인의 취업규칙을 적용하기 위해서는 종전의 근로계약상

지위를 유지하던 근로자 집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의 등의 사정이 있어야 하며, 이러한 동의 등이 없는 한 사용자가 일방적으로 종전의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하거나 종전의 근로조건보다 불리한 승계한 법인의 취업규칙을 적용할 수 없다. 이 경우 종전의 근로조건을 그대로 유지한 채 승계한 법인에서 근무하게 되는 근로자에 대하여는 종전의 취업규칙이 그대로 적용된다(대법원 1995.12.26. 선고 95다41659 판결 참조).

원심판결 이유와 기록에 의하면, ① ○○○○오염방제조합(이하 '방제조합'이라 한다)은 구 해양오염방지법(2007.1.19. 해양환경관리법 제정으로 폐지되기 전의 것)에 의하여 해양에 배출된 기름 등 폐기물에 대한 효율적인 방제와 방제에 관한 교육·훈련 및 기술개발을 통하여 방제능력을 향상시킴으로써 해양환경을 보전하기 위하여 설립된 법인으로서, 그 운영 및 사업에 소요되는 자금은 정부로부터의 지원금 등을 재원으로 조성하고, 사업계획과 예산운영계획 및 결산서를 매년 해양수산부장관에게 제출하여야 하는 사실, ② 방제조합은 이른바 IMF 금융위기사태를 맞아 공기업 경영혁신의 일환으로 1998.1.경부터 1999.9.경까지 수회에 걸쳐 해양수산부에 경영혁신추진계획을 제출하였는데, 그 내용 중에 관련 사업의 통폐합, 정년 단축 및 퇴직금지급률 조정 등이 포함되어 있는 사실, ③ 방제조합은 해양수산부의 「한국컨테이너부두공단 예선사업 한국해양오염방제조합 이관」방침에 따라 한국○○○○부두공단(이하 '부두공단'이라 한다) 예선사업을 1998.7.31.자로 포괄승계하였는데, 당시 방제조합은 예선사업에 종사하는 종업원을 전원 인수하고 인수한 종업원에게 퇴직금 지급규정을 적용함에 있어 종전 부두공단의 사업장에서 근무하던 근속년수를 통산하여 적용하기로 한 사실, ④ 1998.7.31.자 예선사업 포괄승계 당시 부두공단의 취업규칙에는 직원의 정년에 관하여 일반직 2급 이상은 61세, 일반직 3급 이하 및 기능직은 59세로 규정되어 있었고, 방제조합의 인사규정에는 직원의 정년에 관하여 관리직(일반직) 2급 이상은 61세, 그 밖의 사람은 58세로 규정되어 있었던 사실, ⑤ 위 포괄승계 당시 부두공단의 직원이었던 소외 1 과장과 소외 2 부장은 포괄승계에 따른 근로조건, 급여, 직급 변경을 설명하기 위하여 1998.8.11.부터 같은 달 14.까지 예선사업 각 사업소·지부를 방문하여 직원들에게 근로조건 차이, 직급조정 등을 설명한 사실, ⑥ 그 후 예선사업 각 사업소·지부 직원 총 187명 중 186명이 '공단의 기존 제규정을 대신하여 조합의 인사규정, 보수규정, 퇴직금규정 등 조합 소정의 규정에 의한 근로조건에 따르겠다'는 취지의 각서를 1998.8.1.자로 소급 작성하여 방제조합에 제출한 사실, ⑦ 한편, 해양수산부는 1999.1.경 방제조합에 공공기관 퇴직금제도 개선방안을 통보하였고, 이에 따라 방제조합은 1999.4.21.경 퇴직금제도 개선방안에 관하여 부서장회의를 거치는 등으로 퇴직금제도를 종전의 누진제에서 단수제로 변경하는 내용의 보수규정 개정안을 마련하였으며, 1999.7.경 당시 방제조합 기획과장이던 소외 1 과장이 기중기 선단과 몇 개 지부를 방문하여 위 보수규정 개정에 관한 설명회를 개최하였고, 그 무렵 방제조합 각 부서·사업소·지부 단위로 직원 약 330명이 '본인은 국내 경제의 어려움을 극복하기 위한 노력의 일환으로 추진하고 있는 근로조건 개정(퇴직금지급에 관한 기준 등 : 별첨 참조)에 대하여 본인의 자유의사로서 동의서를 제출합니다. 아울러 추후 위와 관련하여 어떠한 이의제기도 하지 않을 것을 서약합니다'라는 내용의 "임·직원 보수규정개정 관련 동의서"에 서명하였는데, 위 동의서에는 직원보수규정 신·구조문 대비표가 '별첨2'로 첨부되어 있고, 위 '별첨2'에는 기존의 누진율에 의한 퇴직금지급률을 '근속 1년에 대하여 근로기준법에서 정한 1개월분의 평균임금을 퇴직금으로 지급한다'고 적시되어 있는 사실, ⑧ 방제조합은 1999.12.29. 운영위원회에서 퇴직금 누진제를 단수제로 변경하는 보수규정 개정을 의결하였는데, 이에 의하면, '퇴직금은 1년 이상

근속한 직원에게 지급하며, 근속 1년에 대하여 근로기준법에서 정한 1개월분의 평균임금을 퇴직금으로 지급하고, 이 규정 시행 당시 재직중인 직원에 대하여 1999.12.31.까지의 퇴직금을 일괄 정산하여 지급하되, 2000.1.1.부터 발생한 퇴직금은 새로이 개정된 규정을 적용한다'고 되어 있는 사실, ⑨ 방제조합은 1999.12.31. 본부 각 팀(실)과 10개 지부장에게 위 보수규정 개정에 관한 동의서 확보를 요청하는 공문을 발송하였고, 그에 따라 본부 각 팀(실)별, 각 지부별로 "임·직원 보수규정 개정 및 퇴직금 일괄정산실시"라는 제목의 용지의 '가(가), 부(불)'란에 소속 근로자들의 서명을 받는 방법으로 동의서를 받았으며, 당시 직원 총 365명 중 361명이 '가'란에 서명하고 4명이 '부'란에 서명한 사실, ⑩ 그 후 근로자들 전원에 대하여 1999.12.31.까지의 근속 기간에 대하여 퇴직금 중간정산이 실시된 사실, ⑪ 원고 1 등 12인은 부두공단 소속 근로자였다가 예선사업이 방제조합으로 포괄승계됨에 따라 1998.7.31.자로 방제조합 소속 근로자가 되었고, 원고 원고 11 등 5인은 처음부터 방제조합에 입사한 근로자들이었는데, 앞서 본 각서 및 동의서에 모두 동의하는 취지로 서명한 사실을 알 수 있다.

위와 같은 사실에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 IMF 금융위기사태를 맞아 정부 주도로 공기업 구조조정이 진행되었는데, 관련 사업의 통폐합, 정년 단축, 퇴직금지급률 조정이 공기업 구조조정의 핵심 사항이었으므로, 당시 예선사업 포괄승계 및 방제조합의 구조조정 사실이 원고들에게도 모두 알려졌을 것으로 보이는 점, 예선사업이나 방제조합의 업무는 그 사업소 또는 지부가 전국 해안에 걸쳐 소규모로 산재해 있어 근로자 전체가 한 자리에 모이는 것이 곤란하였던 점, 이에 각 부서별, 사업소·지부별로 설명회를 개최하여 1998.7.31.자 포괄승계에 따른 근로조건의 변경 및 1999.12.31.자 퇴직금지급률 변경 사항을 설명하였고, 근로자들은 각 부서별, 사업소·지부별로 설명회에 참석함으로써 상호간에 의견을 교환할 수 있는 기회가 주어진 것으로 보이는 점, 이러한 과정을 거쳐 원고들을 포함한 근로자들은 공기업 구조조정의 일환으로 진행된 정년 단축 및 퇴직금지급률 변경의 필요성을 인식하고 이를 감수하는 입장에서 위 각서와 동의서에 서명하였고, 일부 근로자는 각서를 제출하지 않거나 반대의사를 명백히 표시한 점 등을 종합하면, 1998.7.31.자 포괄승계에 따른 근로조건의 변경 및 1999.12.31.자 퇴직금지급률 변경 당시 사용자측이 변경될 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는 데 그치지 않고 나아가 근로자들의 동의를 강요하는 등 부당하게 개입하거나 간섭한 것으로 보이지 아니한다. 따라서 예선사업 및 방제조합의 각 부서별, 사업소·지부별로 근로자들의 협의 및 의견 집약이 근로자들의 자유로운 의사에 따라 이루어진 것으로 보아야 하므로, 1998.7.31.자 포괄승계에 따른 근로조건의 변경 및 1999.12.31.자 퇴직금지급률 변경에 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 있었다고 봄이 상당하다.

그런데 원심은 이와 견해를 달리하여, 위 각 변경 당시 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 상호간에 의견을 교환하여 찬반의견을 집약한 후 이를 모으는 방식으로 동의가 이루어졌다고 볼 수 없다고 판단하였는바, 이는 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미쳤다고 할 것이다.

## 2. 1998.12.31.자 인사규정 개정에 사회통념상 합리성이 인정되는지 여부

사용자가 일방적으로 새로운 취업규칙의 작성·변경을 통하여 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니하지

만, 당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 그에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그의 적용을 부정할 수는 없다. 그리고 여기에서 말하는 사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건외의 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, 이러한 판단은 개정 당시의 상황을 근거로 하여야 한다(대법원 2004.7.22. 선고 2002다57362 판결 등 참조).

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 1998. 12. 31.자 인사규정 개정이 사회통념상 합리성이 있다고 보기 어렵다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 법리오해 등의 잘못이 없다.

### 3. 결론

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

대법관 이홍훈(재판장) 김영란 김능환 민일영(주심)



## 6 기업변동과 단체협약의 승계

☞ 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 근로자간에 의견을 교환하여 찬반을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다고 할 것인데, 여기서 사용자측의 개입이나 간섭이라 함은 사용자측이 근로자들의 자율적이고 집단적인 의사결정을 저해할 정도로 명시 또는 묵시적인 방법으로 동의를 강요하는 경우를 의미하고 사용자측이 단지 변경될 취업규칙의 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는 데 그친 경우에는 사용자측의 부당한 개입이나 간섭이 있었다고 볼 수 없다.
2. 사용자가 일방적으로 새로운 취업규칙의 작성·변경을 통하여 근로자가 가지고 있는 기득권의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다고 할 것이나, 당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그로 인하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 여전히 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그 적용을 부정할 수는 없다고 할 것이고, 한편 여기에서 말하는 사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
3. 복수의 회사가 합병되더라도 피합병회사와 그 근로자 사이의 집단적인 근로관계나 근로조건 등은 합병회사와 합병 후 전체 근로자들을 대표하는 노동조합과 사이에 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있을 때까지는 피합병회사의 근로자들과 합병회사 사이에 그대로 승계되는 것이고, 합병회사의 노동조합이 유니언 슝의 조직형태를 취하고 있었다고 하더라도 위에서 본 바와 같은 피합병회사의 근로자들과 아우른 노동조합과 합병회사 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 운영 하던 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.

\* 참조조문 / 근로기준법 제97조, 제97조/ 노동조합및노동관계조정법 제5조, 제31조, 제81조 제2호, 제35조

\* 원고, 피상고인 / 홍×웅 외 12인, 소송대리인 변호사 김현만

\* 피고, 상고인 / 주식회사 ○○생활산업, 소송대리인 변호사 이호천

\* 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 고×진, 김×일, 최×한, 장×필이 작성한 각 사실확인서와 역시 같은 근로자들인 증인 김×선, 이×우의 증언에 비추어 피고 회사의 건설사업부문 근로자들의 이 사건 상여금 삭감 동의를 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 상호간 의견을 교환하여 찬반의견을 집약한 후 이루어진 것이라는 점에 부합하는 증인 박×규의 증언을 믿기 어렵고, 피고 회사의 건설사업부문 근로자들이 서명한 상여금 삭감 동의각서만으로는 이를 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

나. 사용자가 취업규칙의 변경에 의하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하려면 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요하고, 이러한 동의를 얻지 못한 취업규칙의 변경은 효력이 없으며, 그 동의의 방법은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 요하고, 회의방식에 의한 동의라 함은 사업 또는 한 사업장의 기구별 또는 단위 부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자간에 의견을 교환하여 찬반을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다고 할 것인데(대법원 1994.9.23. 선고 94다23180 판결 참조), 여기서 사용자측의 개입이나 간섭이라 함은 사용자측이 근로자들의 자율적이고 집단적인 의사결정을 저해할 정도로 명시 또는 묵시적인 방법으로

동의를 강요하는 경우를 의미하고 사용자측이 단지 변경될 취업규칙의 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는 데 그친 경우에는 사용자측의 부당한 개입이나 간섭이 있었다고 볼 수 없다(대법원 2003.11.14. 선고 2001다18322 판결 참조).

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 채용한 위 각 사실확인서를 작성한 고×진, 김×일, 최×한, 장×필과 증인 김×선, 이×우 중 고×진을 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 장×필 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 장×필 부장이 교부하는 상여금 삭감 동의각서 용지에 서명하고, 5명은 반대하여 서명을 하지 않은 사실, 위 상여금 삭감 동의각서 용지에는 "I.M.F. 한파에 따른 최악의 건설경기로 인하여 막대한 경영손실 누적과 그에 따른 차입금의 증가, 고금리로 인하여 앞으로의 회사 존폐 또한 위협받고 있는 상황하에서 경영진의 회사살리기를 위한 적극적인 자구계획 추진과 더불어 아래 사원들은 작은 힘이나마 경영위기 극복에 동참하여 회사의 조속한 경영 정상화에 보탬이 되고자 98년 지급될 상여금 전액(연간 600%)을 삭감하는데 동의하며 이에 서명합니다."라는 내용이 인쇄되어 있었던 사실, 위와 같은 근로자들의 동의에 따라 피고 회사는 1998.6.1. 건설사업부문 근로자들에게 적용되던 취업규칙 중 상여금 조항을 삭제한 사실, 한편 피고 회사의 섬유사업부문 근로자 3분의 2 이상으로 구성된 노동조합은 1998.6.16. 위 동의각서의 내용과 비슷한 취지로 1998년도분 상여금을 반납하기로 피고 회사와 단체협약 보충협약을 체결한 사실, 당시 피고 회사의 계열 3사는 그 회생을 위하여 대주주가 사재를 출연하고, 회사의 자산을 매각하며 성실히 기업개선작업을 이행하지 않을 때에는 감자, 임원의 퇴임요구 등 채권금융기관의 요구를 감수하기로 약정하는 등 기업개선작업을 추진중이었던 사실을 각 인정할 수 있다.

위 인정 사실에 의하면, 비록 피고 회사에서 먼저 위와 같은 상여금 삭감 동의각서라는 인쇄된 양식을 교부하여 그 근로자들로부터 서명에 의한 동의를 얻었다고 하더라도, 그 근로자들은 상여금 삭감의 필요성을 수긍하고 이에 동의하였다고 할 것이고, 또한 상당한 교섭력을 가진 피고 회사의 섬유사업부문 노동조합도 뒤따라 스스로 건설사업부문 근로자들과 같은 내용의 상여금 반납에 합의하고, 회사의 경영진이나 주주들도 커다란 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 보이는데, 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 삭

제한 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 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2001.1.5. 선고 99다70846 판결 참조).

기록에 비추어 살펴보면, 피고 회사의 건설사업부문 근로자들이 위에서 본 1998년도분의 상여금뿐만 아니라 1999년도 이후분의 상여금까지도 삭감하는 것에 대하여 동의하였다고 볼 아무런 자료가 없음에도 피고 회사는 건설사업부문 근로자들에게 적용되던 이 사건 취업규칙 중 상여금 조항을 1998년도분에 한정하여 그 적용을 배제하는 것으로 변경하지 않고 아예 삭제하였는바, 피고 회사가 위 상여금 조항을 삭제할 당시 국가의 외환위기 상황에서 건설경기의 악화로 인하여 막대한 경영손실을 보고 있었고, 피고 회사의 존립을 위하여 채권은행단과 수립한 워크-아웃 계획에 따라 상여금 규정의 개정을 한 것이라고 하더라도, 이러한 사유만으로는 위 취업규칙의 개정을 통해 근로자들에게 상당한 근로조건 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 근로

조건 등은 합병회사와 합병 후 전체 근로자들을 대표하는 노동조합과 사이에 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있을 때까지는 피합병회사의 근로자들과 합병회사 사이에 그대로 승계되는 것이고, 합병회사의 노동조합이 유니언 쉐의 조직형태를 취하고 있었다고 하더라도 위에서 본 바와 같은 피합병회사의 근로자들까지 아우른 노동조합과 합병회사 사이의 새로운 합의나 단체협약이 있을 때까지는 피합병회사의 근로자들이 자동적으로 합병회사의 노동조합의 조합원으로 되는 것은 아니라 할 것이다.

그리고 노동조합및노동관계조정법 제35조는 하나의 사업 또는 사업장에 상시 사용되는 동종의 근로자 반수 이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 당해 사업 또는 사업장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대하여도 당해 단체협약이 적용된다고 규정하고 있는데, 이 규정에 따라 단체협약의 적용을 받게 되는 동종의 근로자라 함은 당해 단체협약의 규정에 의하여 그 협약의 적용이 예상되는 자를 가리키는 것인바(대법원 2004.2.12. 선고 2001다63599 판결 참조), 서로 다른 종류의 사업을 운영하던 회사들이 합병한 이후 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있기 전에 그 중 한 사업부문의 근로자들로 구성된 노동조합이 회사와 체결한 단체협약은 그 사업부문의 근로자들에 대하여만 적용될 것이 예상되는 것이라 할 것이어서 다른 사업부문의 근로자들에게는 적용될 수 없다고 할 것이다.

기록에 비추어 살펴보면, 건설업을 영위하던 ○○산업개발 주식회사가 1997.3.경 섬유생산 및 판매업을 하던 피고 회사에 합병되었고, 피고 회사의 섬유사업부문 소속 근로자들로 구성된 노동조합은 피고 회사와 사이에 1998.6.16. 단체협약을 통하여 그 노동조합의 형태와 관련하여 유니언 쉐의 협정을 하기는 하였지만, 위 합병 이후 두 회사의 근로자들의 근로관계 내용을 단일화하기로 변경·조정하는 새로운 합의가 있었음을 인정할 아무런 자료가 없고 오히려 합병 후에도 ○○산업개발 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 일용 효력이 없을 뿐만 아니라, 나아가 피합병회사의 근로자들이었던 원고들의 근로관계나 근로조건은 여전히 피합병회사인 ○○산업개발 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 이×우도 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 원심으로서는 마땅히 원고들이 1999.에 상여금으로 얼마를 지급받았는지를 심리한 후 그 금액을 공제한 나머지 금액만을 상여금으로 지급하도록 명하였어야 함에도 불구하고 이에 이르지 않고, 막연히 1999년도 상여금이 전혀 지급되지 않은 것을 전제로 하여 이를 지급하라고 명하였는바, 원심판결에는 피고의 주장에 대한 판단을 누락하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이어서, 결국 1999년도 상여금 부분에 대한 피고의 상고이유의 주장은 이유 있다.

#### 3. 지연손해금 부분에 대하여

직권으로 살펴건대, 개정 전 소송촉진등에관한특례법(2003.5.10. 법률 제6868호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 본문 중 '대통령령으로 정하는 비율' 부분에 대하여는 2003.4.24. 헌법재판소의 위헌결정이 있었고, 그 후 개정된 위 법률조항과 소송촉진등에관한특례법제3조제1항본문의법정이율에관한규정(2003.5.29. 대통령령 제17981호로 개정된 것)은 위 개정법률 시행 당시 법원에 계속중인 사건에 대하여 2003.6.1. 이후에 적용할 법정이율을 연 2할로 한다고 규정하고 있으므로, 원고의 청구를 인용하더라도 그 인용금액에 대하여 위 개정법률이 시행되기 전인 2003.5.31.까지는 민사 법정이율인 연 5푼의 비율에 의한 지연손해금을, 2003.6.1.부터 완제일까지는 위 개정법률에 따른 연 2할의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명하여야 할 것인데, 이와 달리 2003.5.31. 이전부터 위 개정 전의 법률 규정을 적용하여 연 2할 5푼의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명한 제1심판결 부분을 유지하거나 원심에서 추가로 인용하는 금액에 대하여 2003.5.31. 이전부터 위 개정 전의 법률 규정을 적용하여 연 2할 5푼의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명한 원심판결에는 결과적으로 지연손해금의 법정이율을 잘못 적용하여 판결에 영향을 미친 위법이 있게 되었다고 할 것이다.

#### 4. 결 론

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

대법관 고현철(재판장) 변재승 윤재식(주심) 강신욱

## 제6장 징계

### 1. 징계 사유

#### 1 징계권의 근거로서 취업규칙의 규범성 인정

☞ 대법원 2000. 9. 29. 선고 99두10902 판결

#### » 요 지 «

사용자가 근로자에 대하여 이중징계를 한 경우 일사부재리의 원칙이나 이중처벌금지의 원칙에 위배되어 그 징계처분이 무효이나 이 사건과 같이 이중징계에 해당하려면 선행처분과 후행처분이 모두 법적성질상 징계처분이어야 하고, 선행징계처분이 취소됨이 없이 유효하게 확정되어야 하며, 선행처분과 후행 징계처분의 징계혐의사실이 동일해야 한다. 따라서 이 사건 원고가 회사로부터 받은 승무정지 40일의 징계처분상 징계혐의 사실은 1990.8.6.부터 1992.8.20.까지 사이에 교통사고 11건, 무단조퇴 2건, 동료기사 폭행 2건을 저질렀다는 것으로서 이 사건 징계해고처분상의 징계혐의 사실과는 전혀 다른 것임이 인정되므로, 이 사건 징계해고처분 이중징계에 해당하지 않는다.

원고, 상고인 / 김○○

피고, 피상고인 / 중앙노동위원회 위원장

보조참가인 / ○○여객운수 주식회사 대표이사 방○○

소송대리인 변호사 하죽봉

원심판결/서울고등법원 1999.9.30. 선고 99누6714 판결

#### » 주 문 «

상고를 '기각'한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유(기간 경과 후에 제출된 상고이유보충서들은 상고이유를 보충하는 범위 안에서)를 본다.

#### 1. 채증법칙 위배로 인한 사실오인의 점에 대하여

원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 원고가 1993.1.14.부터 1997.7.5.까지 사이에 제1심판결의 별지 비위사실일람표 기재와 같이 36회에 걸쳐 징계혐의행위를 저지른 사실을 인정하였는 바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 사실인정은 정당하고, 거기에 채

증법칙 위배로 인한 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

이 점에 관한 상고이유는 받아들이지 아니한다.

## 2. 이중징계에 관한 법리오해의 점에 대하여

사용자가 근로자에 대하여 이중징계를 한 경우 일사부재리의 원칙이나 이중처벌금지의 원칙에 위배되어 그 징계처분은 무효이나, 이와 같이 이중징계에 해당하려면 선행 처분과 후행 처분이 모두 법적 성질상 징계처분이어야 하고, 선행 징계처분이 취소됨이 없이 유효하게 확정되어야 하며, 선행 징계처분과 후행 징계처분의 징계혐의사실이 동일하여야 한다.

기록에 의하면, 원고가 1992.10.23. 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다) 회사로부터 받은 승무정지 40일의 징계처분상 징계혐의사실은 1990.8.6.부터 1992.8.20.까지 사이에 교통사고 11건, 무단조퇴 2건, 동료기사 폭행 2건을 저질렀다는 것으로서 이 사건 징계해고처분상의 징계혐의사실과는 전혀 다른 것임이 인정되므로, 이 사건 징계해고처분이 이중징계에 해당하지 않음이 명백하다. 같은 취지에서 이 사건 징계해고처분이 정당하다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 이중징계에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

이 점에 관한 상고이유도 받아들이지 아니한다.

## 3. 취업규칙 변경의 효력에 관한 법리오해의 점에 대하여

근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 회사에서 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우 그에 대한 노동조합의 동의를 얻어야 하는데, 이 경우에 노동조합의 동의는 법령이나 단체협약 또는 노동조합의 규약 등에 의하여 조합장의 대표권이 제한되었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 조합장이 노동조합을 대표하면 되는 것이지, 노동조합 소속 근로자의 과반수의 동의를 얻어야 하는 것은 아니다(대법원 1997.5.16. 선고 96다2507 판결 참조).

원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 참가인 회사가 1992.6.24. 취업규칙 중 해고사유에 관한 규정을 변경하면서 전 근로자들이 가입한 노동조합의 동의를 얻은 이상 변경된 취업규칙은 그 효력이 있다고 판단하였는 바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당하고, 거기에 취업규칙 변경의 효력에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

이 점에 관한 상고이유도 받아들이지 아니한다.

## 4. 취업규칙의 규범성에 관한 법리오해의 점에 대하여

구 근로기준법(1996.12.31. 법률 제5245호로 개정되기 전의 것, 이하 같다.) 제94조 제10호는 '상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 근로자의 제재에 관한 사항에 관한 취업규칙을 작성하여 노동부장관에게 신고하여야 한다. 이를 변경하는 경우에 있어서도 또한 같다'고 규정하고 있는 바, 취업규칙 중 징계사유 내지 해고사유는 이러한 법규정에 해당하는 사항일 뿐만 아니라, 같은 법 제27조 제1항의 정당한 이유 없는 해고 등의 제한에 관련된 법정근로조건에 관한 사항이므로, 이는 취업규칙의 의무적 기재사항이라고 보아야 하고, 한편 기업질서는 기업의 존립과 사업의 원활한 운영을 위하여 필요불가결한 것이고, 따라서 사용



자는 이러한 기업질서를 확립하고 유지하는데 필요하고도 합리적인 것으로 인정되는 한 근로자의 기업질서 위반행위에 대하여 근로기준법 등의 관련 법령에 반하지 않는 범위 내에서 이를 규율하는 취업규칙을 제정할 수 있고, 단체협약에서 규율하고 있는 기업질서 위반행위 외의 근로자의 기업질서에 관련된 비위행위에 대하여 이를 취업규칙에서 해고 등 징계사유로 규정하는 것은 원래 사용자의 권한에 속하는 것이므로, 단체협약에서 근로자 해고에 관하여 그 해고사유 및 해고절차를 단체협약에 의하도록 명시적으로 규정하고 있거나, 동일한 징계사유나 징계절차에 관하여 단체협약상의 규정과 취업규칙 등의 규정이 상호 저촉되는 경우가 아닌 한, 사용자는 취업규칙에서 단체협약에서 정한 해고사유와는 관련이 없는 새로운 해고사유를 정할 수 있고, 그 해고사유에 터잡아 근로자를 해고할 수 있는 것이다(대법원 1999.3.26. 선고 98두4672 판결 참조).

기록에 의하면, 참가인 회사의 취업규칙 제14조 제1호 내지 제13호에 규정된 해고사유나 제47조 제1호 내지 제28호에 규정된 제재(징계)사유는 참가인 회사의 기업질서를 확립하고 유지하는데 필요하고도 합리적인 것으로 보이고, 그것이 근로기준법 등의 관련 법령에 반한다거나 단체협약상의 규정과 저촉된다고는 보이지 아니하는 바(다만 취업규칙 제14조 제5호와 단체협약 제30조가 저촉되는 것으로 보게 될 경우가 생길 수는 있으나, 원심은 원고의 비위사실들이 취업규칙 제14조 제3호 및 제47조 제28호에 해당한다고 판단하였으므로, 이 사건에서는 문제가 되지 아니한다), 원고에 대한 이 사건 징계해고처분의 정당성을 판단하면서 참가인 회사의 취업규칙을 적용한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 취업규칙의 규범성에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

이 점에 관한 상고이유 역시 받아들이지 아니한다.

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

대법관 이규홍(재판장) 송진훈(주심) 윤재식 손지열

## 2 경력사칭

☞ 대법원 2012. 7. 5. 선고 2009두16763 판결

### » 요 지 «

근로자가 입사 당시 제출한 이력서 등에 학력 등을 허위로 기재한 행위를 이유로 징계해고를 하는 경우 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 사용자가 사전에 그 허위 기재 사실을 알았더라면 근로계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일 조건으로는 계약을 체결하지 않았으리라는 등 고용 당시의 사정뿐 아니라, 고용 이후 해고에 이르기까지 그 근로자가 종사한 근로의 내용과 기간, 허위기재를 한 학력 등이 종사한 근로의 정상적인 제공에 지장을 초래하는지 여부, 사용자가 학력 등의 허위 기재 사실을 알게 된 경위, 알고 난 이후 당해 근로자의 태도 및 사용자의 조치 내용, 학력 등이 종전에 알고 있던 것과 다르다는 사정이 드러남으로써 노사간 및 근로자 상호간 신뢰관계의 유지와 안정적인 기업경영과 질서유지에 미치는 영향 기타 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 것이다.

다만 사용자가 이력서에 근로자의 학력 등의 기재를 요구하는 것은 근로능력의 평가 외에 근로자의 진정성과 정직성, 당해 기업의 근로환경에 대한 적응성 등을 판단하기 위한 자료를 확보하고 나아가 노사간 신뢰관계의 형성과 안정적인 경영환경의 유지등을 도모하고자 하는 데에도 그 목적이 있는 것으로, 이는 고용계약의 체결뿐 아니라 고용관계의 유지에 있어서도 중요한 고려요소가 된다고 볼 수 있다. 따라서 취업규칙에서 근로자가 고용 당시 제출한 이력서 등에 학력 등을 허위로 기재한 행위를 징계해고사유로 특히 명시하고 있는 경우에는 이를 이유로 해고하는 것은, 고용 당시 및 그 이후의 제반사정에 비추어 보더라도 사회통념상 현저히 부당하지 않다면 그 정당성이 인정된다 할 것이다.

[생산직 사원으로 입사할 당시 이력서에 대학졸업 사실을 기재하지 않은 근로자를 학력 등의 허위기재를 징계해고사유로 규정한 취업규칙에 근거하여 해고하는 경우, 고용 당시에 사용자가 근로자의 실제 학력 등을 알았더라면 어떻게 하였을지에 대하여 추단하는 이른바 가정적 인과관계의 요소뿐 아니라 고용 이후 해고 시점까지의 제반사정을 보태어 보더라도 그 해고가 사회통념상 현저히 부당한 것은 아니라고 인정이 되어야만 정당성이 인정될 수 있다.]

\* 원고, 상고인 : 원고 1 외 6인

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고등법원 2009.9.2. 선고 2009누2872 판결

### » 주 문 «

원심판결 중 원고 1, 원고 2, 원고 3, 원고 4, 원고 5, 원고 6의 부당해고에 관한 부분을 각 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원고 1, 원고 2, 원고 3, 원고 4, 원고 5, 원고 6의 나머지 상고와 원고 전국○○노동조합의 상고를 각 기각한다.

원고 전국○○노동조합의 상고로 인한 상고비용은 피고 보조참가로 인한 부분을 포함하여 위 원고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

### 1. 부당해고 부분에 대하여

가. 근로기준법 제23조 제1항은 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고하지 못한다고 하여 해고를 제한하고 있으므로, 징계해고사유가 인정된다 하더라도 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다(대법원 1998.11.10. 선고 97누18189 판결 등 참조).

이는 근로자가 입사 당시 제출한 이력서 등에 학력 등을 허위로 기재한 행위를 이유로 징계해고를 하는 경우에도 마찬가지이고, 그 경우 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 사용자가 사전에 그 허위 기재 사실을 알았더라면 근로계약을 체결하지 아니하였거나 적어도 동일 조건으로는 계약을 체결하지 않았으리라는 등 고용 당시의 사정뿐 아니라, 고용 이후 해고에 이르기까지 그 근로자가 종사한 근로의 내용과 기간, 허위기재를 한 학력 등이 종사한 근로의 정상적인 제공에 지장을 초래하는지 여부, 사용자가 학력 등의 허위 기재 사실을 알게 된 경위, 알고 난 이후 당해 근로자의 태도 및 사용자의 조치 내용, 학력 등이 종전에 알고 있던 것과 다르다는 사정이 드러남으로써 노사간 및 근로자 상호간 신뢰관계의 유지와 안정적인 기업경영과 질서유지에 미치는 영향 기타 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 것이다.

다만 사용자가 이력서에 근로자의 학력 등의 기재를 요구하는 것은 근로능력의 평가 외에 근로자의 진정성과 정직성, 당해 기업의 근로환경에 대한 적응성 등을 판단하기 위한 자료를 확보하고 나아가 노사간 신뢰관계의 형성과 안정적인 경영환경의 유지등을 도모하고자 하는 데에도 그 목적이 있는 것으로, 이는 고용계약의 체결뿐 아니라 고용관계의 유지에 있어서도 중요한 고려요소가 된다고 볼 수 있다. 따라서 취업규칙에서 근로자가 고용 당시 제출한 이력서 등에 학력 등을 허위로 기재한 행위를 징계해고사유로 특히 명시하고 있는 경우에는 이를 이유로 해고하는 것은, 고용 당시 및 그 이후의 제반사정에 비추어 보더라도 사회통념상 현저히 부당하지 않다면 그 정당성이 인정된다 할 것이다.

나. 원심판결에 의하면, 원심은 제1심판결을 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건에서 해고된 원고들(원고 전국○○노동조합을 제외한 나머지 원고들 전원, 이하에서는 '위 원고들'이라 한다)이 모두 4년제 대학졸업자임에도 피고 보조참가인 회사들 및 ○○○○○○ 주식회사(이하 위 회사들을 통틀어 '참가인 회사 등'이라고 한다)에 생산직 사원으로 입사할 당시 이력서에 대학졸업 사실을 기재하지 않은 것은 그 자체로 위 원

고들의 정직성에 대한 중요한 부정적인 요소가 될 뿐만 아니라 참가인 회사 등의 위 원 고들에 대한 전인격적인 판단을 그르치게 하는 행위에 해당하는 점, 참가인 회사 등의 각 취업규칙은 모두 경력 또는 학력의 허위 기재행위를 해고사유로 규정하고 있는 점, 참가인 회사 등은 4년제 대학졸업자를 생산직 사원으로 고용하지 않아 왔기 때문에 참가인 회사 등이 고용 당시 위 원고들의 4년제 대학졸업 사실을 알았더라면 이들을 고용 하지 않았을 것으로 보이는 점 등을 종합하여 볼 때, 위 원고들이 입사 당시 이력서에 대학졸업 사실을 기재하지 아니한 것은 정당한 해고사유에 해당한다는 이유로 학력 허 위 기재행위를 이유로 한 이 사건 해고가 부당하다는 위 원고들의 주장을 배척하였다.

위와 같은 원심의 판단은 참가인 회사 등이 위 원고들을 채용할 당시에 학력의 허위기 제 사실을 알았더라면 채용하지 않았을 것이라고 인정되면 해고에 정당한 이유가 있다 고 보는 전제에 서 있는 것으로 보인다. 그러나 앞서 본 법리에 비추어 보면, 학력 등의 허위기재를 징계해고사유로 규정한 취업규칙에 근거하여 근로자를 해고하는 경우에도, 고용 당시에 사용자가 근로자의 실제 학력 등을 알았더라면 어떻게 하였을지에 대하여 추단하는 이른바 가정적 인과관계의 요소뿐 아니라 고용 이후 해고 시점까지의 제반사 정을 보태어 보더라도 그 해고가 사회통념상 현저히 부당한 것은 아니라고 인정이 되어 야만 정당성이 인정될 수 있다고 할 것이다.

따라서 원심으로서 그 판시한 사정 이외에 참가인 회사 등이 그 취업규칙에서 학력 등의 허위 기재행위를 해고사유로 명시한 취지, 4년제 대학졸업자는 생산직 사원으로 고용하지 않는다는 방침이라면서 채용 당시 그러한 조건을 명시적으로 요구하지 아니한 이유, 위 원고들이 학력을 허위기재하여 취업한 경위 및 그 목적과 의도, 고용 이후 해 고에 이르기까지 위 원고들 각자가 종사한 근로의 내용과 기간, 학력이 당해 근로의 정 상적인 제공 등과 관련이 있는지 여부, 학력 허위 기재가 드러나게 된 경위와 그 이후 위 원고들의 태도 및 참가인 회사 등의 조치, 학력 허위 기재가 드러남으로써 노사간 또는 근로자 상호간의 관계나 기업경영 환경 및 사업장 질서유지에 어떠한 영향을 미쳤 는지 등 여러 사정을 두루 심리해 본 다음, 이를 토대로 해서 보더라도 학력 허위기재 를 이유로 해고를 하는 것이 사회통념상 현저히 부당하다고 인정될 정도는 아니어서 그 정당성이 있다고 할 수 있는지 원고들 각자의 사정을 개별적으로 살펴서 판단하였어야 할 것이다.

그럼에도 위와 같은 사정들을 제대로 살피지 아니한 채 그 판시의 사정만으로 이 사건 해고에 정당한 이유가 있다고 단정하여 이를 다투는 위 원고들의 주장을 배척한 원심판 결에는 해고에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

## 2. 부당노동행위 부분에 대하여

사용자가 근로자의 노동조합 활동을 혐오한 나머지 이를 보복하기 위하여 징계사유를 내 세워 해고를 하였음을 인정할만한 객관적인 자료가 없는 이상, 그 징계해고의 절차가 위법하 다거나 징계의 양정이 재량권의 범위를 일탈하였다는 등의 사유만으로는 부당노동행위로 인 정할 수 없다(대법원 1992.2.28. 선고 91누9572 판결 참조).

원심판결 이유와 기록에 의하여 알 수 있는 사정을 위 법리에 비추어 보면, 원심이, 참가인 회사 등이 위 원고들의 노동조합 활동에 대한 보복 등으로 위와 같은 학력허위 기재 등 사유를 내세워 이 사건 해고를 하였다고 단정하기는 어렵다고 하여 부당노동행위에 관한 원고들의 주장을 배척한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법은 없다.

### 3. 결론

이에 원심판결 중 원고 1, 원고 2, 원고 3, 원고 4, 원고 5, 원고 6의 부당해고에 관한 부분은 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 이를 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단 하도록 원심법원에 환송하며, 위 원고들의 나머지 상고와 원고 전국○○노동조합의 상고는 각 기각하고, 원고 전국○○노동조합의 상고로 인한 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 김능환(재판장) 이인복 박병대(주심)

### 3 근무성적 불량

☞ 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다카25420 판결

#### » 요 지 «

근로기준법 제27조 제1항에서 규정한 "정당한 이유"라 함은 사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임있는 사유가 있다든가 부득이한 경영상의 필요가 있는 경우를 말하는 것이므로, 근로계약이나 취업규칙 등 사규에 해고에 관한 규정이 있는 경우 그것이 근로기준법에 위배되어 무효가 아닌 이상 그에 따른 해고는 정당한 이유가 있다 할 것이므로, 보험회사가 거수실적(보험계약을 체결하여 보험료를 입금시킨 실적)이 불량한 사원에 대하여 징계할 수 있다는 인사규정에 의해 한 징계면직은 정당한 것이다.

\* 원심판결 / 서울고등법원 1990. 7. 6. 선고 89나 45058 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

원고소송대리인의 상고이유를 본다.

원심판결 이유에 의하면 원심은, 거시증거에 의하여 피고회사는 근무성적 또는 거수실적(보험계약을 체결하여 보험료를 입금시킨 실적)이 불량한 사원에 대해서는 인사위원회의 심의를 거쳐 징계할 수 있고 징계의 종류로는 견책, 감봉, 정직, 면직이 있으며 위 인사위원회에서는 1988.5.2. 원고가 거수실적이 불량하다는 이유로 면직할 것을 의결함에 따라 피고회사가 원고를 면직한 사실, 원고는 피고회사의 7개(후에 11개로 늘어남)의 영업부와 영업개발부 가운데 당초 영업2부, 영업4부 등에서 근무하다가 1982.7. 부장으로 정기승진하여 영업개발부장직에 보직된 후 1983.4. 신설된 영업8부장이 되었는데 영업8부는 새로 창설된 탓도 있지만 다른 영업부에 비하여 현저하게 영업실적이 낮아서 원고가 부장으로 재직하는 동안 계속 10개부서 중 최하위의 실적을 나타내고 있어 거수실적이 다른 영업부의 반 이하 또는 3분의 2 이하에 그치고 사원교육과 보험모집업무를 겸하고 있는 영업개발부의 영업성적에도 미치지 못하였으며 1984.에도 11개부서중 최하위의 영업실적을 나타냄에 따라 피고회사는 원고에게 그 책임을 물어 1984.9.1. 위 영업8부장직을 해직하고 영업개발부 관리역으로 발령한 사실, 원고는 위 관리역으로서도 역시 거수실적이 저조하여 1986.7.1.에는 총무부대기발령을 받고 1986.10.1. 다시 동대문지점 관리역으로 보직받으면서 매월 금 20,000,000원의 거수목표액을 배정받았는데 그 곳에서도 원고의 거수실적이 계속 부진하자 피고회사는 1987.2.12. 원고가 1986.10.1.부터 같은 해 12.31.까지 사이에 월평균 위 목표액의 10.1퍼센트 밖에 올리지 못한 데 대해 견책처분을 하였고 그 후에도 계속 거수실적이 목표의 21.4퍼센트에 그치는 등 저조

하므로 같은 해 9.16. 원고에게 경고처분을 하였으나 그 후인 1987년도에도 월평균 목표액의 23.1퍼센트 밖에는 거수실적을 올리지 못하므로 1987.12.3. 원고에 대해 또 다시 견책처분을 한 사실, 피고회사는 영업부의 각 부장들을 제외한 전 영업사원에 대하여 직급과 능력별로 매월의 거수목표액을 배정하고 있는데 원고는 피고회사의 일반사원중 최고직급인 부장급관리역, 또는 영업역으로서 월 140여만원의 봉급을 받고 있으며 피고회사는 대체로 봉급액의 15배를 각 영업사원의 거수목표액으로 정하고 있어서 원고가 위에서 본 3개월간의 총무부 대기기간을 거쳤기 때문에 종전 거래선을 계속 확보하는 등 영업활동수행에 다소 불리한 점은 있다 하더라도 원고가 배정받은 월금 20,000,000원의 거수목표가 상대적으로 과중하지는 아니하며 원고보다 하위직인 차장 과장급에서도 그보다 훨씬 많은 목표액을 배정받는 사람도 있었는데 1986.10.부터 1988.3.까지 사이에 원고의 실적은 위 목표액 금 20,000,000원에 대비하여 평균 22.1퍼센트 정도 밖에 올리지 못하여 원고의 이와 같은 실적은 원고보다 하위급인 과장급직원들의 평균실적의 6퍼센트 정도 밖에 되지 아니한 사실, 피고회사에서는 원고의 이와 같은 거수실적부진 등으로 보아 원고가 영업부에서는 능력이 모자란다고 보아 원고를 영업부서 아닌 타부서에 이동시켜 근무케까지 하려고 하였으나 원고가 전에 하위직 직원인 다른 사원의 거수실적을 원고의 거수실적으로 올려 보고하는 등의 일이 있어 하위직 직원들이 원고를 기피하는 현상이 일어남으로 말미암아 타부서에의 이동조치도 곤란하였으며 피고회사는 원고에게 이 사건 징계면직이 있기 전에 원고가 피고회사를 명예퇴직하면 원고에게 피고회사의 대리점을 개설할 수 있도록 도와주겠다고 제의한 적도 있는 사실, 한편 1988.6.1. 당시 피고회사는 국내 전 손해보험업계에서 가장 많은 영업손실을 보이고 있어 이로 인해 회사노동조합에서도 문제를 제기할 만큼 경영에 큰 곤란을 받으며 결산상 유일하게 손실을 나타내고 있었던 사실 등 판시 사실을 인정하였다.

기록에 비추어 볼 때 원심의 위 사실인정은 옳고 거기에 소론이 주장하는 채증법칙위반의 위법이 있다 할 수 없다.

근로기준법 제27조 제1항에서 규정한 "정당한 이유"라 함은 사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없는 정도로 근로자에게 책임있는 사유가 있다던가 부득이한 경영상의 필요가 있는 경우를 말하는 것이므로 근로계약이나 취업규칙 등 사규에 해고에 관한 규정이 있는 경우 그것이 근로기준법에 위배되어 무효가 아닌 이상 그에 따른 해고는 정당한 이유가 있다고 할 것이다(당원 1986. 7. 15. 선고 85나3733 판결 참조).

원심은 피고회사가 보험업을 영위하는 영리법인으로서 업무상·성격상 그 거수실적의 많고 적음에 따라 회사운영의 성패가 좌우된다고 할 수 있는 점에 비추어 앞서 본 바와 같은 징계규정이 무효의 규정이라고 할 수 없고 또 그 거수실적불량의 정도가 추상적 자의적인 기준에 의한 것이 아니라 근로자의 직위, 보수, 근무경력, 다른 근로자의 전반적인 근로성적, 회사의 경영실태등 제반사정을 참작하여 근로자로서 최소한도의 직무수행능력이 결여되었다고 인정되는 경우라면 위 징계규정에 따라 해고한 데에 정당한 이유가 있다고 할 것이라고 전제한다음, 위 인정사실에 의하여 원고의 앞서 본 장기간의 거수실적이 단지 다른 사원에 비하여 상대적으로 다소 낮은 정도가 아니라 원고의 직위와 보수에 비추어 보면 일반적으로 기대되는 최저한의 실적에도 미치지 못하는 정도였다고 할 것이므로 이와 같은 사정아래에서 피고회사가 회사의 인사규정을 적용하여 원고를 징계면직한 조치가 징계권의 남용으로 볼 수 없

고 근로기준법 제27조 제1항 소정의 정당한 이유가 있는 때에 해당한다고 판단하였다.

원심이 적법하게 확정된 위 사실에 나타난 원고의 귀책사유와 당시 피고회사의 경영상태를 아울러 고려하여 볼 때 원심의 위 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고 거기에 소론이 주장하는 바와 같은 근로기준법 제27조에 정한 정당한 이유에 관한 법리오해의 위법이 있다 할 수 없다.

논지는 모두 이유없다.

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

대법관 최재호(재판장) 윤관 김주한 김용준



#### 4. 경업금지 약정의 효력 인정범위

☞ 대법원 2016. 11. 21. 선고 2015다221903 판결

##### » 요 지 «

1. 직업선택의 자유와 근로의 권리는 국민의 기본권에 속하므로, 근로자가 사용자와 사이의 근로관계 종료 후 사용자의 영업부류에 속한 거래를 하거나 동종의 업무에 종사하지 아니하기로 하는 등 경업금지약정을 한 경우에, 그 약정은 사용자의 영업비밀이나 노하우, 고객관계 등 경업금지에 의하여 보호할 가치 있는 사용자의 이익이 존재하고, 경업 제한의 기간과 지역 및 대상 직종, 근로자에 대한 대가의 제공 여부, 근로자의 퇴직 전 지위 및 퇴직 경위, 그 밖에 공공의 이익 등 관련 사정을 종합하여 근로자의 자유와 권리에 대한 합리적인 제한으로 인정되는 범위 내에서만 유효한 것으로 인정된다. 그리고 경업금지약정의 유효성을 인정할 수 있는 위와 같은 제반 사정은 사용자가 주장·증명할 책임이 있다.
2. 학원 강사인 원고와 피고 산하 학원 사이에 체결된 근로계약에 이 사건 경업금지약정이 포함되어 있기는 하지만 그 유효성이 인정되기 위한 제반 사정, 특히 그 약정에 따라 경업금지를 강제함으로써 보호할 가치가 있는 피고의 이익이 존재하고, 위 원고가 경업금지 의무를 부담하는 데 대하여 적정한 대가가 지급되었으며, 위 원고에 대하여 일정 기간 특정지역에서 경업을 금지하지 아니하면 공공의 이익이 침해될 수 있다는 점 등이 인정되지 아니하는 이상, 이 사건 경업금지약정은 효력이 없다고 할 것이다. 그리고 그와 같이 약정 자체의 효력을 인정하기 어려운 이상, 경업금지의 기간 등에 대한 합리적인 제한의 범위가 어느 정도인지는 더 나아가 판단할 필요가 없다.

[피고 산하 학원의 강사였던 원고들이 피고를 상대로 미지급 임금의 청구를 하자 피고가 반소로써 원고들을 상대로 경업금지약정 위반 등을 이유로 한 손해배상을 구하였는바, 사용자와 근로자 사이의 경업금지약정의 효력은 근로자의 직업선택의 자유와 근로의 권리를 제한하는 것이므로 경업금지약정에 의하여 보호할 가치 있는 사용자의 이익 및 그 제한 기간·지역, 근로자에 대한 대가의 제공 여부, 공공의 이익 등 여러 가지 사정을 종합하여 근로자에 대한 근로의 권리를 합리적으로 제한하는 범위 내에서 유효한 것으로 제한하여 해석해야 하며, 그 유효성을 인정할 수 있는 제반 사정에 관한 주장·증명책임은 사용자에게 있는데, 이 사건의 경우 사용자인 피고가 그 유효성을 인정받기 위한 여러 사정을 제대로 증명하지 못한 이상 이 사건 경업금지약정의 효력을 인정할 수 없다.]

\* 원고(반소피고), 피상고인 : 원고(반소피고) 1 외 2인

\* 피고(반소원고), 상고인 : 주식회사 ○○○러닝코리아

\* 원심판결 : 수원지방법원 2015.5.28. 선고 2014나33328(본소), 2014나33335(반소) 판결

##### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 피고(반소원고)가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

## 1. 본소에 대하여

피고(반소원고, 이하 '피고'라고 한다)는 원심판결 중 피고 패소부분 전부에 대하여 상고하였으나, 본소에 관한 패소부분과 관련하여서는 상고장이나 상고이유서에 아무런 상고이유의 기재가 없다.

## 2. 반소에 대하여

## 가. 불법행위에 기한 손해배상청구 부분에 관하여

원심판결 이유에 의하면 원심은, ① 피고 산하의 학원(이하 '피고 학원'이라고 한다) 강사였다가 독립하여 인근에 별개 학원을 설립한 원고(반소피고, 이하 '원고'라고 한다)들은 피고 학원의 근로자였을 뿐 영업양도인이 아니므로, 원고들에게 상법 제41조에 기해 혹은 이를 유추적용하여 경업금지의무를 인정할 수 없고, ② 원고들이 개정된 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(2013.7.30. 법률 제11963호로 개정되어 2014.1.31.부터 시행된 것)의 시행 전에 별개의 학원을 설립한 이상 위 개정 법률이 적용될 수 없으므로 이는 위 법 제2조제1호 차목에서 정한 부정경쟁행위에 해당하지 않으며, ③ 원고들이, 피고 학원 학생들로 하여금 피고 학원을 그만두고 자신들이 새로 설립한 학원으로 오게 함으로써 학생들과 피고 학원 사이의 계약불이행을 유인하였다고 볼 수 없으므로, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제23조제1항제3호에서 정한 '사업자가 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위'를 하였다고 볼 수 없고, ④ 그 외에 학원 강사인 원고들이 피고 학원을 그만두고 인근에 새로 학원을 설립하였다는 사실만으로는 그 행위가 신의칙에 반하는 권리행사라거나 위법한 행위라고 할 수 없다고 판단하여, 원고들의 신설 학원 설립행위가 불법행위라고 주장하는 피고의 반소청구를 기각하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 불법행위에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 나. 채무불이행에 기한 손해배상청구 부분에 관하여

## (1) 원고 1, 원고 2에 대하여

원심은, 피고와 원고 1, 원고 2 사이에 '계약일로부터 2년간 인접 구역에서 일체의 학원설립 및 강사활동을 할 수 없다'는 내용의 약정을 체결하였다는 피고의 주장사실을 인정할 증거가 없다고 하여 피고의 위 원고들에 대한 채무불이행에 기한 손해배상 청구를 기각하였다.

사실의 인정과 그 전제가 되는 증거의 판단 및 취사선택은 자유심증주의의 한계를 벗어나지 않는 한 사실심법원의 전권에 속한다. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보

면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 등의 잘못이 없다.

(2) 원고 3에 대하여

(가) 직업선택의 자유와 근로의 권리는 국민의 기본권에 속하므로, 근로자가 사용자와 사이의 근로관계 종료 후 사용자의 영업부류에 속한 거래를 하거나 동종의 업무에 종사하지 아니하기로 하는 등 경업금지약정을 한 경우에, 그 약정은 사용자의 영업비밀이나 노하우, 고객관계 등 경업금지에 의하여 보호할 가치 있는 사용자의 이익이 존재하고, 경업 제한의 기간과 지역 및 대상 직종, 근로자에 대한 대가의 제공 여부, 근로자의 퇴직 전 지위 및 퇴직 경위, 그 밖에 공공의 이익 등 관련 사정을 종합하여 근로자의 자유와 권리에 대한 합리적인 제한으로 인정되는 범위 내에서만 유효한 것으로 인정된다(대법원 2010.3.11. 선고 2009다82244 판결 등 참조). 그리고 경업금지약정의 유효성을 인정할 수 있는 위와 같은 제반 사정은 사용자가 주장·증명할 책임이 있다.

(나) 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음 사실을 알 수 있다.

- ① 원고 3과 피고 학원은 2012.12.경 계약기간을 1년으로 정하여 강의계약을 체결하면서 '계약일로부터 2년 이내에 본인 또는 타인의 명의를 이용하여 매탄동, 인계동, 권선동, 세류동에서 일체의 학원설립 및 강사활동을 할 수 없고, 이를 위반할 경우 피고에게 손해를 배상한다'는 내용(이하 '이 사건 경업금지약정'이라고 한다)이 포함된 강의계약서를 작성하였다.
- ② 원고 3은 피고 학원으로부터 매월 일정액의 강사료를 지급받는 대신 자신이 담당하는 단과 강의의 월 수강료 매출액 중 중학생은 35%, 고등학생은 50%를 배분받기로 하였고, 피고 학원과 별도로 사업자등록을 하고 사업소득세를 납부하였다.
- ③ 원고 3은 원래 다른 원고들과 함께 피고 학원과 같은 건물의 위층에서 학원을 운영하다가 폐업하고 피고와 사이에 위 강의계약을 체결하고 피고 학원에서 강의를 하게 되었다.
- ④ 원고 3은 2012.12.부터 2013.5.31.까지 약 5개월 남짓 피고 학원에서 강의를 하다가 피고 학원이 강의료 지급을 지체하고 약정된 강의수수료율을 제대로 준수하지 않는다는 등의 이유로 갈등이 생겨 피고 학원을 그만두게 되었다.
- ⑤ 그 후 원고 3은 피고 학원으로부터 150m 정도 떨어진 곳에 새로운 학원을 개설하였고, 피고 학원에서 원고 3으로부터 수강하던 학생 상당수가 위 원고를 따라 학원을 옮겼는데 그 대부분은 위 원고가 피고 학원으로 올 때 따라왔던 학생들이고, 피고 학원에서 옮겨 간 학생 중에는 2명만이 피고 학원에서 새로 위 원고의 강좌에 등록한 수강생이다.

(다) 위와 같은 사실관계 등을 종합하여 보면, ① 원고 3과 피고 학원의 강의계약은 계약기간이 1년에 불과함에도 그 계약기간을 모두 마치고 퇴직하더라도, 이 사건 경업금

지약정에 따라 그 후 1년 동안은 경업금지의무를 부담하게 되는데, 이는 위 계약기간과 대비하여 볼 때 다른 특별한 사정이 없는 한 근로자의 부담이 과도하고, ② 위 원고에 대한 보수구조가 사용자에게 종속된 근로자 관계에서 급여를 지급받는 것이 아니라 강사의 강의능력 등에 따른 성과에 연동하여 지급되는 이익배분적 성격을 가지는 것으로 되어 있고, 그 수익의 창출에 피고 학원 고유의 고객관계나 신용 등이 크게 기여하는 것으로 볼 만한 사정도 뚜렷하지 않으며, ③ 위 원고에 대한 보수지급약정이 경업금지약정을 하지 아니한 경우의 통상적인 보수 조건보다 상당히 유리한 점이 있어 거기에 경업금지약정에 대한 특별한 대가가 포함되어 있다고 볼 만한 사정이 나타난 것도 없고, ④ 위 원고의 사직 사유가 전적으로 위 원고의 일방적인 계약파기로 인한 것이라고 보기도 어려운 사유가 있는 것으로 보이며, ⑤ 위 원고가 새로 개설한 학원으로 옮겨간 수강생들 대부분은 위 원고를 따라왔다가 다시 이동해간 점에 비추어, 피고 학원의 운영상 노하우 등이 수강생들의 선택에 그다지 큰 영향을 미쳤다고는 보이지 않고, ⑥ 그 밖에 위 원고가 피고 학원 인근에 동종의 학원을 개설·운영함으로써 수강생들의 학습권 보장이나 관련 업계의 영업질서 등과 관련한 공공의 이익이 침해된다고 볼 사정도 찾아 볼 수 없다.

위와 같이 원고 3과 피고 사이에 체결된 근로계약에 이 사건 경업금지약정이 포함되어 있기는 하지만 그 유효성이 인정되기 위한 제반 사정, 특히 그 약정에 따라 경업금지를 강제함으로써 보호할 가치가 있는 피고의 이익이 존재하고, 위 원고가 경업금지의무를 부담하는 데 대하여 적절한 대가가 지급되었으며, 위 원고에 대하여 일정 기간 특정지역에서 경업을 금지하지 아니하면 공공의 이익이 침해될 수 있다는 점 등이 인정되지 아니하는 이상, 이 사건 경업금지약정은 효력이 없다고 할 것이다. 그리고 그와 같이 약정 자체의 효력을 인정하기 어려운 이상, 경업금지의 기간 등에 대한 합리적인 제한의 범위가 어느 정도인지는 더 나아가 판단할 필요가 없다.

그러므로 원심이 그 판시와 같은 이유로 이 사건 경업금지약정이 무효라고 한 것은 결론에 있어 타당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 상고이유 주장과 같이 경업금지약정의 효력에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 수 없다.

### 3. 결론

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

대법관 권순일(재판장) 박병대(주심) 박보영 김재형

## 2. 징계 양정

### 1 징계 양정의 기준

☞ 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두40616 판결

#### » 요 지 «

징계권자가 재량권의 행사로서 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우 그 처분은 위법한바, 징계권의 행사가 공익적 목적을 위하여 징계권을 행사하여야 할 공익의 원칙에 반하거나 일반적으로 징계사유로 삼은 비행의 정도에 비하여 균형을 잃은 과중한 징계처분을 선택함으로써 비례의 원칙에 반하거나 또는 같은 정도의 비행에 대하여 일반적으로 적용하여 온 기준에 비추어 합리적인 이유 없이 공평을 잃은 징계처분을 선택함으로써 평등의 원칙을 위반한 경우 이러한 징계처분은 재량권의 한계를 벗어난 처분으로서 위법하다. 그리고 지방의회에서의 의원에 대한 징계에 관하여도 위와 같은 법리가 적용된다.

#### 【참조조문】

지방공무원법 제69조, 지방자치법 제88조, 행정소송법 제27조

#### 【참조판례】

대법원 2009. 6. 23. 선고 2006두16786 판결

#### » 전 문 «

【원고, 피상고인】 원고

【피고, 상고인】 ○○시의회 (소송대리인 법무법인 오늘 담당변호사 김대원 외 3인)

【원심판결】 서울고법 2014. 7. 18. 선고 2013누50656 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 살펴본다.

1. 징계권자가 재량권의 행사로서 한 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우 그 처분은 위법한바, 징계권의 행사가 공익적 목적을 위하여 징계권을 행사하여야 할 공익의 원칙에 반하거나 일반적으로 징계사유로 삼은 비행의 정도에 비하여 균형을 잃은 과중한 징계처분을 선택함으로써 비례의 원칙에 반하거나 또는

같은 정도의 비행에 대하여 일반적으로 적용하여 온 기준에 비추어 합리적인 이유 없이 공평을 잃은 징계처분을 선택함으로써 평등의 원칙을 위반한 경우 이러한 징계처분은 재량권의 한계를 벗어난 처분으로서 위법하다(대법원 2009. 6. 23. 선고 2006두16786 판결 등 참조). 그리고 지방의회에서의 의원에 대한 징계에 관하여도 위와 같은 법리가 적용된다.

2. 원심은, ① 이 사건 징계사유는 원고의 지방의회 의원 신분으로서의 공적인 업무 내지 지방의회 의사와 관련된 것이 아니라 지방의회라는 공간에서 개인적으로 한 발언이 발단이 된 점, ② 원고는 2013. 6. 11. 윤리특별위원회 회의에 참석하여, 원고가 고소 등 법적 대응을 하겠다는 내용으로 문자 메시지를 보낸 4명의 동료의원에게 직접 사과하였고, 당시 경찰의 통보문을 받고 흥분된 상태에서 문자를 보낸 것이라고 양해를 구하는 등 자신의 잘못을 전혀 반성하지 않거나 사건 해결을 위해 노력하지 않았다고 보기 어려운 점, ③ 지방자치법상 징계에는 제명 외에도 공개회의에서의 경고 및 사과, 30일 이내의 출석정지가 있는바, 지방의회는 그 소속 의원을 징계할 경우, 지방의회 의원의 선거기관성과 자치구역 주민의 대표자성, 의회에서의 소수자 보호의 원칙 등도 함께 고려하여 위반행위에 비하여 그 징계 정도가 지나치게 무겁지 않은 범위 내에서 징계종류를 선택해야 하고, 특히 의원의 신분을 박탈하는 가장 무거운 징계인 제명을 의결할 경우 징계절차와 그 종류의 선택이 형평과 비례의 원칙에 부합하는지를 신중히 고려하여야 하는 점 등을 근거로, 원고에 대한 피고의 제명의결처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법하고 그 하자가 취소사유에 해당한다고 보아 그 취소를 구하는 예비적 청구를 인용하였다.

원심이 든 위와 같은 사정에 더하여, ① 원고가 발언한 내용은 도의원이 불륜을 저지르는 등 부정한 행위를 하였다는 것으로서 의원의 품위유지 의무와 관련된 것임에도 이 사건 지방의회 의장 등은 그 내용의 진위에 관하여 제대로 된 조사를 실시하지 않았던 점, ② 원고의 발언 내용은 이미 지역 언론인들에게 알려져 있었고, 원고도 지역신문 기자로부터 그 내용을 지득한 것이어서 원고로서는 그 내용이 지역 사회에 널리 퍼지기 전에 의회가 진상을 확인하고 적절한 조치를 취할 필요가 있음을 촉구하는 취지로 발언한 것으로도 보이는 점, ③ 해당 도의원이 원고를 명예훼손으로 고소한 사건에서 경찰이 원고를 기소 의견으로 송치하였으나 그 이유는 원고가 발언의 출처를 밝히지 않았기 때문이지 부정행위가 없었다는 사실이 확인된 것은 아닌 것으로 보이고, 위 도의원이 검찰 수사 중 고소를 취소하여 공소권 없음의 불기소처분으로 종결된 점 등 기록상 알 수 있는 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 징계재량권의 범위 및 한계에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

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

대법관 김신(재판장) 민일영(주심) 박보영 권순일

## 2 직장내 성희롱으로 인한 해고의 징계양정 판단

☞ 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22498 판결

### » 요 지 «

1. 구 남녀고용평등법(2005. 5. 31. 법률 제7564호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2항에서 규정한 '직장 내 성희롱'의 전제조건인 '성적인 언동 등'이란 남녀 간의 육체적 관계나 남성 또는 여성의 신체적 특징과 관련된 육체적, 언어적, 시각적 행위로서 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위를 의미한다. 나아가 위 규정상의 성희롱이 성립하기 위해서는 행위자에게 반드시 성적 동기나 의도가 있어야 하는 것은 아니지만, 당사자의 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 지속적인 것인지 여부 등의 구체적 사정을 참작하여 볼 때, 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있게 하는 행위가 있고, 그로 인하여 행위의 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈음이 인정되어야 한다.
2. 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 보아 어떠한 성희롱 행위가 고용환경을 악화시킬 정도로 매우 심하거나 또는 반복적으로 행해지는 경우, 사업주가 사용자책임으로 피해 근로자에 대해 손해배상책임을 지게 될 수도 있을 뿐 아니라 성희롱 행위자가 징계해고되지 않고 같은 직장에서 계속 근무하는 것이 성희롱 피해 근로자들의 고용환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져 올 수도 있으므로, 근로관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있다고 보아 내린 징계해고처분은 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우가 아닌 한 쉽게 징계권을 남용하였다고 보아서는 안 된다.
3. 카드회사의 지점장이 우월한 지위를 이용하여 자신의 지휘·감독을 받는 8명의 여직원을 상대로 일정 기간 동안 14회에 걸쳐 반복적으로 성희롱 행위를 한 것은 그 성희롱 행위가 왜곡된 사회적 인습이나 직장문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제의식 없이 이루어진 것이라 하여 이를 가볍게 평가할 수는 없으므로, 그에 대한 징계해고처분은 정당하다.

\* 원고, 피상고인 : 정○○

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : ○○ 주식회사 대표이사 유○○

\* 원심판결 : 서울고등법원 2007.10.10 선고, 2006누9285 판결

## » 주 문 «

원심 판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## » 이 유 «

상고 이유를 판단한다.

1. 원심은 그 채택 증거를 종합하여, 원고는 1985.1.14. ○○그룹 공채로 입사하여 ○○생명 주식회사에서 근무하다가 2000.7.1. 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)으로 전직한 후 참가인의 강서지점, 태평로지점, 안산지점 등에서 차장 또는 지점장으로 근무하였고 2003.1.22.부터 참가인 동부지점의 지점장으로 근무하게 된 사실, 원고가 안산지점장으로 근무할 당시인 2002.7월경 여직원 서○○가 점심 시간에 혼자 남아 팩스를 이용하여 서류를 전송하고 있자 갑자기 뒤에서 서○○를 껴안아 그를 당황스럽게 하였고 원고가 동부지점장으로 자리를 옮긴 2003.2월경 술에 취하여 밤 11시부터 다음 날 새벽 1시경까지 사이에 여러 차례 서○○에게 전화를 걸어 “오빠야, 내가 너 사랑하는지 알지. 너는 나 안보고 싶냐”는 등의 말을 하였던 사실, 참가인의 동부지점은 기존의 구리지점과 동대문지점이 통합되어 2003.1월경부터 새로 신설된 곳인데 원고가 위 동부지점의 최초 지점장으로서 영업과장 1명, 대리 1명, 주임 3~4명, 여직원 10여 명과 함께 근무하게 되었는데 동부지점은 최초 신설된 때인 2003.1월경에는 지점의 영업 실적이 다른 곳에 비하여 저조하였으나, 그로부터 6개월 후인 2003.7.11. 같은 해 6월 지점의 영업 실적에 대한 종합 평가 결과 참가인의 전국 지점 중 1위를 한 것으로 발표된 사실, 위 영업 실적 종합 평가가 발표된 2003.7.11. 이전에 있었던 원고의 동부지점 여직원들에 대한 성희롱 행위를 보면 2003.4월경 원고의 사무실인 지점장실에 여직원 황○○에게 목과 어깨를 주물러 달라고 요구하고, 2003.6월 토요일 저녁에 여직원 이○○에게 수차례 전화를 걸어 ‘집이 비어 있는데 놀러 오라’고 요구하였으며, 2003.6.11. 직원 회식을 마치고 노래방으로 자리를 옮기는 중 계단에서 갑자기 여직원 이○○을 껴안고 “내가 너를 얼마나 좋아하는지 알지”라고 말하면서 볼에 입을 맞추었고, 2003.7월경 여직원 김○○이 업무를 보고할 때 성과가 좋다고 하면서 “열심히 했어, 뽀뽀” 하면서 얼굴을 들이대는 등의 행동을 하였고, 김○○이 휴가를 가겠다고 보고하자 잘 다녀오라고 하면서 위 여직원을 껴안았던 사실, 영업 실적 종합 평가가 발표된 2003.7.11. 회식 전후의 원고의 동부지점 여직원들에 대한 성희롱 행위를 보면, 2003.7.11. 참가인의 컴퓨터 전산망을 통하여 원고의 동부지점이 6월 영업 실적 종합 평가 결과 전국 지점 중 1위를 한 사실을 알게 되자, 당시 동부지점의 서무를 담당하던 황○○을 지점장실로 불러 동부지점의 다른 직원들에게 위와 같은 사실을 알리라고 지시하면서, 흥분을 이기지 못하여 원고의 컴퓨터 화면을 보고 있던 황○○을 갑자기 껴안았고, 원고를 비롯한 위 동부지점 직원들은 같은 날 저녁에 회사 부근의 ○○식당에서 최우수지점 선정 축하 회식을 하게 되었는데, 수차례 선정 축하에 따른 건배 등 음주를 하는 과정에서 원고는 여직원들을 자신의 좌석 옆자리로 불러 그 동안의 노고를 치하하면서 술을 먹도록 권유하였고, 여직원 안○○의 옆자리에 앉아 귓속말을 하면서 그의 귀에 입을 맞추거나 자리를 옮기는 여직원 이○○의 엉덩이를 치는 등의 행동을 하였으며, 여직원 이○○에 대해서는 원고가 한 입 먼저 먹은 상추쌈을 먹도록 하였고, 위 ○○식당에서 회식을 마치고 식당 앞으로 직원들과 함께 나가는 과정



에서 모여 있던 직원들 중 여직원 이○○, 이△△, 김○○ 등 수 명의 여직원들을 차례로 껴안아 올리거나 도는 등의 행동을 하였는데, 특히 김○○의 경우 그의 가슴 부위를 안고 들어 올려 본인 뿐 아니라 다른 여직원들에게도 불쾌감을 느끼게 한 사실, 참가인의 인사규정 제29조에서는 징계 사유로, 서약서 또는 회사의 제규칙에 위반하거나 기타 업무상의 의무에 위배되는 언동을 함으로써 사내 질서를 문란케 하거나 회사의 명예를 훼손한 경우(2호), 사내외 질서, 미풍양속을 해치거나 풍기를 문란시킨 경우(17호), 대내외적으로 회사의 명예 또는 신용을 훼손하거나 사원으로서의 체면을 손상한 경우(18호), 조직 융화를 해치거나 조직력을 저해시키는 경우(19호), 성적인 언어나 행동 등으로 또는 이를 조건으로 고용상의 불이익을 주거나 성적 굴욕감을 유발하게 하여 고용 환경을 악화시키는 경우(20호) 등을 규정하고 있고, 참가인의 상벌 규정 제32조(징계조치의 결정)에서 상벌위원회는 징계 혐의자의 비위 유형, 비위의 정도 및 고의, 과실의 경중, 평소의 근무 태도, 근무 성적 등을 감안한 별지 제3호의 '징계 조치 결정 기준'에 따라 징계 조치 안을 심의, 의결하도록 규정하였는데, 그 별지 제3호(징계 조치 결정 기준)에서는 신의성실의 위반 등 9종류의 비위 유형별로 '위반의 범위가 크고 중하며 고의성이 현저한 경우'에는 징계 해직에, '위반의 범위가 중하며 중과실이거나, 위반의 범위가 작고 경하며 고의가 개재된 경우'에는 정직·강등(다만 공금 횡령 등 일부 사유에 대해서는 징계 해직)에, '위반의 범위가 크고 중하며 경과실이거나, 위반의 범위가 작고 경하며 중과실인 경우'에는 감봉·감급에 각 처하도록 규정하여 징계사유 및 정도에 따라 징계 종류를 구분지어 규정하고 있는 사실, 참가인은 2003.9.5. 원고 가동부지점 내 여직원들을 성희롱하고 조직력을 저해하였다는 등의 이유로 징계 해고를 하였으나 1차 징계 해고에 대한 원고의 부당해고 구제 신청에 대하여 서울지방노동위원회는 2004.1.29. 징계 양정이 과다하고 징계 절차에 하자가 있다는 이유로 1차 해고를 부당해고로 인정하고 원직 복귀 등의 구제 명령을 발하자 참가인은 위와 같은 구제 명령에 따라 2004.3.19. 원고에 대한 1차 해고를 취소하고 2004.3.22. 원고를 서울영업사업부 지원팀 담당 부장으로 복직시켰고 새로이 상벌위원회를 거친 다음 1차 해고 사유 외에 위 안산지점장 재직시 서○○를 껴안았다는 점과 원고가 자신의 행위를 은폐, 합리화하기 위하여 참가인의 지시를 어기고 피해 여직원들을 접촉하여 회유하였다는 점을 징계 사유로 추가하여 다시 이 사건 2차 해고를 한 사실, 이에 대하여 원고는 서울지방노동위원회에 부당해고 구제 신청을 하였으나 기각되었고, 중앙노동위원회에 재심 신청을 하였으나 중앙노동위원회 역시 2005.4.8. 원고의 재심 신청을 기각하는 이 사건 재심 판정을 한 사실 등 판시와 같은 사실을 인정하고, 원고의 여직원들에 대한 행동이 원고의 성적 동기나 의도에서 비롯된 것이라기보다는 지점장으로서 여직원들에 대한 격려의 의도나 또는 전국 최우수지점으로 선정된 데 따른 과도한 흥분 상태에서 우발적으로 이루어진 것으로 보이나, 유사한 행동이 반복되었을 뿐 아니라 그 행위의 내용이나 정도가 사회 통념상 일상 생활에서 허용되는 단순한 농담이나 친밀감 있는 행동의 범위를 넘어 객관적으로 원고의 지휘·감독을 받는 직원들로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위라 할 것이므로, 이와 같은 원고의 언동은 직원들에 대한 성희롱에 해당하고, 이러한 성희롱은 참가인의 사내 질서를 해치고 그 명예를 훼손시켰으며 이로 인하여 직원들의 고용 환경을 악화시킨 행위로서 참가인의 인사규정 제29조 제2, 17 내지 20호에서 정한 징계 사유에 해당한다고 판단한 다음, 원고는 함께 근무하는 많은 직원들에게 반복하여 성적 수치심을 유발할 수 있는 이야기를 하거나

불쾌감을 주는 행동을 하고, 일부 여직원들에게는 휴일이나 심야에 수 차례 전화를 거는 등 상식을 벗어났다고 보일 정도의 지나친 관심을 표현하여 피해자들로 하여금 심적 고통을 유발시켰으며, 이로 인하여 여직원들이 징계를 요구하였던 점 등에 비추어 볼 때, 원고의 위와 같은 행동에 관하여 상당히 중한 내용의 징계는 불가피하다고 판단되지만, 원고의 위와 같은 행동이 비록 여직원들로 하여금 성적인 수치심을 일으킬 만한 것이었다 하더라도 일부 여직원의 경우 격려의 의미로 받아들일 정도로 그 정도가 중하다고는 보이지 않을 뿐만 아니라, 원고의 위와 같은 행동이 노골적인 성적 표현이나 성적 의도에서 비롯된 것이라기보다는 지점을 책임지는 관리자로서 나름대로 직원에 대한 애정을 표시하여 직장내 일체감과 단결을 이끌어낸다는 의도에서 비롯된 것으로 보이는 점, 위와 같은 원고의 행동이 도저히 수인할 수 없을 정도였다면 6개월이라는 단기간에 참가인의 전국 최우수지점이라는 실적을 내기 어려웠을 것으로 판단되는 점, 한편 원고의 이 사건 성희롱행위 중 많은 부분이 2003.7.11. 전국 최우수지점 선정을 축하하는 회식에서 비롯된 것인데 원고가 위와 같은 실적에 지나치게 흥분하고 들뜬 상태에서 술에 취하여 우발적으로 여직원들에게 지나친 행동을 하게 된 것으로 그 경위나 동기에 참작할만한 사정이 있는 점 등을 종합하여 보면 원고의 위와 같은 행동은 그 동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장 문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활 태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제 의식 없이 이루어진 것으로 봄이 상당하여 참가인의 상벌규정에서 정한 해직 요건인 '고의성이 현저한 경우'에 해당한다고 보기 어렵고, 여기에 서울지방노동위원회에서 1차 해고에 대하여 구제 명령을 발하자 참가인은 1차 해고를 취소한 다음 특별히 새로운 비위 사실이 없음에도 곧바로 원고를 다시 해고한 사정을 더하여 보면, 원고에 대한 징계 사유와 징계 처분으로서의 해고 사이에 사회 통념상 상당하다고 인정되는 균형이 존재한다고는 볼 수 없으며, 참가인이 원고에 대하여 가장 무거운 해고 처분을 한 것은 지나치게 가혹하여 징계권을 남용한 경우에 해당한다고 판단하였다.

## 2. 그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

가. 해고는 사회 통념상 고용 관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 그 정당성이 인정되는 것이고, 사회 통념상 당해 근로자와의 고용 관계를 계속할 수 없을 정도인지의 여부는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용, 비위 행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계 질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무 태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 하며(대법원 2003.7.8. 선고 2001두8018 판결 참조), 근로자에게 징계 사유가 있어 징계 처분을 하는 경우 어떠한 처분을 할 것인가는 원칙적으로 징계권자의 재량에 맡겨져 있는 것이므로, 그 징계 처분이 위법하다고 하기 위하여서는 징계권자가 재량권을 행사하여 한 징계 처분이 사회 통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계권자에게 맡겨진 재량권을 남용한 것이라고 인정되는 경우에 한하고, 그 징계 처분이 사회 통념상 현저하게 타당성을 잃은 처분이라고 하려면 구체적인 사례에 따라 직무의 특성, 징계의 사유가 된 비위 사실의 내용과 성질 및 징계에 의하여 달하려는 목적과 그에 수반되는 제반 사정을 참작하여 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우라야 한다(대법원 2000.10.13. 선고 98두8858 판결 ; 대법

원 2002.9.24. 선고 2002두4860 판결 참조).

그리고 남녀고용평등법(2005.5.31 법률 제7564호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2항에서 규정한 '직장내 성희롱'이라 함은 사업주, 상급자 또는 근로자가 직장내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것을 말하고, 그 전제 요건인 '성적인 언동 등'이란 남녀 간의 육체적 관계나 남성 또는 여성의 신체적 특징과 관련된 육체적, 언어적, 시각적 행위로서 사회 공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 수 있는 행위를 의미하며, 위 규정상의 성희롱이 성립하기 위해서는 행위자에게 반드시 성적 동기나 의도가 있어야 하는 것은 아니지만, 당사자의 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 여부 등의 구체적 사정을 참작하여 볼 때, 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있게 하는 행위가 있고, 그로 인하여 행위의 상대방이 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈음이 인정되어야 할 것이고(대법원 2007.6.14. 선고 2005두6461 판결 참조), 한편 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 보아 어떠한 성희롱 행위가 고용 환경을 악화시킬 정도로 매우 심하거나 또는 반복적으로 행해지는 경우 사업주가 사용자 책임으로서 피해 근로자에 대해 손해배상 책임을 지게 될 수도 있을 뿐 아니라 성희롱 행위자가 징계 해고되지 않고 같은 직장에서 계속 근무하는 것이 성희롱 피해근로자들의 고용 환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져 올 수도 있으므로, 근로 관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있다고 보아 내린 징계 해고 처분은 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우가 아닌 한 쉽게 징계권을 남용하였다고 보아서는 아니된다.

또한 성희롱이 그 횟수가 1회에 그치는 경우에는 우발적인 것이라고 볼 여지가 있으나, 성희롱이 일정한 기간에 걸쳐 반복적으로 이루어지고 피해자도 다수라면 이를 우발적이라고 평가할 수는 없을 것이고, 직장내 성희롱이 사회 문제화된 후 1999.2.8. 개정된 남녀고용평등법에서 성희롱 행위를 금지하고 성희롱 예방 교육, 성희롱 행위자에 대한 징계 등을 규정하게 된 이상, 그 이후에 발생한 성희롱은 그 동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장 문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활 태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제 의식 없이 이루어진 것이라는 이유로 그 행위의 정도를 가볍게 평가할 수 없으며, 특히 직장내 성희롱을 방지하여야 할 지위에 있는 사업주나 사업주를 대신할 지위에 있는 자가 오히려 자신의 우월한 지위를 이용하여 성희롱을 하였다면 그 피해자로서는 성희롱을 거부하거나 외부에 알릴 경우 자신에게 가해질 명시적·묵시적 고용상의 불이익을 두려워하여 성희롱을 감내할 가능성이 크다는 점을 감안할 때 이들의 성희롱은 더욱 엄격하게 취급되어야 한다.

- 나. 원심이 인정한 사실 관계에 의하더라도, 이 사건 원고의 행위는 여직원들을 껴안거나 불에 입을 맞추거나 엉덩이를 치는 등 강제 추행 또는 업무상 위력에 의한 추행으로 인정될 정도의 성적 언동도 포함된 성희롱 행위로서, 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있

는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 보아 고용 환경을 악화시킬 정도로 그 정도가 매우 심하다고 볼 수 있을 뿐 아니라, 한 지점을 책임지고 있는 지점장으로서 출선하여 성희롱을 하지 말아야 함은 물론 같은 지점에서 일하는 근로자 상호간의 성희롱 행위도 방지해야 할 지위에 있음에도, 오히려 자신의 우월한 지위를 이용하여 자신의 지휘·감독을 받는 여직원 중 8명을 상대로 과감하게 14회에 걸쳐 반복적으로 행한 직장 내 성희롱이라고 할 것이므로, 이러한 원고의 성희롱 행위가 우발적이라거나 직장 내 일체감과 단결을 이끌어낸다는 의도에서 비롯된 것이라고 평가할 수 없으며, 이 사건 성희롱 행위가 남녀고용평등법이 성희롱 행위를 금지하고 성희롱 예방 교육, 성희롱 행위자에 대한 징계 등을 규정하게 된 이후인 2002.7월경부터 2003.7.11.까지 반복적으로 행해 진 점에 비추어 설사 원고의 성희롱 행위가 그 동안의 왜곡된 사회적 인습이나 직장 문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활 태도에서 비롯된 것으로서 특별한 문제의식 없이 이루어졌다고 하더라도 그러한 이유로 그 행위의 정도를 가볍게 평가할 수 없으므로, 결국 원고의 성희롱 행위는 참가인 규정상 징계 해직 사유인 '위반의 범위가 크고 중하며 고의성이 현저한 경우'로 보아야 하고, 원고가 징계 해고되지 않고 같은 직장에서 계속 근무하는 것이 성희롱 피해자들의 고용 환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져 올 수도 있다는 점과 사업주가 성희롱 피해자들에 대해 손해배상 책임을 부담할 수도 있다는 점 등을 감안할 때, 참가인의 원고에 대한 이 사건 징계 해직 처분은 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되지 않는다.

다. 그럼에도 불구하고 이와 달리 원심은 참가인이 원고에 대하여 가장 무거운 해고 처분을 한 것은 지나치게 가혹하여 징계권을 남용한 경우에 해당한다고 판단하고 말았으니, 이러한 원심 판단에는 성희롱 행위자에 대한 징계 해고에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고 이유의 주장은 이유 있다.

3. 그러므로 참가인의 나머지 상고이유에 대해서는 더 나아가 살필 필요 없이 원심 판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심 법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김영란(재판장) 이홍훈 안대희(주심)

### 3 징계권의 남용

☞ 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006다48069 판결

#### » 요 지 «

취업규칙 등에서 노·사 동수로 징계위원회를 구성하도록 하고 있다면 이는 근로자들 중에서 징계위원을 위촉하여 징계위원회에 대한 근로자들의 참여권을 보장함으로써 절차적 공정성을 확보함과 아울러 사측의 징계권 남용을 견제하기 위한 것이라고 할 것이므로, 취업규칙에 직접적으로 징계위원의 자격과 선임절차에 관해서 규정하고 있지는 않지만, 노측 징계위원들이 이전부터 근로자들을 대표하거나 근로자들의 의견을 대변해왔다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로자들의 의견을 반영하는 과정 없이 임의로 노측 징계위원을 위촉할 수 있는 것으로까지 해석할 수는 없다.

\* 원고 / ○○○

\* 피고, 피상고인 / ○○○, 대표이사 ○○○, 소송대리인변호사 ○○○

\* 변론종결 / 2006.9.6.

\* 원 심 판 결 / 서울고등법원 2006.6.23. 선고 2005나100627 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 징계절차에 관한 상고이유에 대하여

###### 가. 원심의 판단

원심은, 징계사유를 사전에 통보받거나 그에 관하여 소명할 기회를 부여받지 못하였고, 징계위원회 구성에도 중대한 하자가 있다는 원고의 주장에 대하여, 피고가 원고에게 사전에 이 사건 해고사유를 알려주고 소명할 기회를 주었을 뿐만 아니라 피고의 취업규칙에 징계사유의 사전통고와 진술기회 부여에 관한 절차가 규정되어 있지 않은바,

이러한 경우 그러한 절차를 거치지 아니하고 징계처분을 하였다고 하더라도 징계의 효력에는 영향이 없는 것이고, 피고의 취업규칙에 징계위원회의 구성에 관하여 '징계위원회는 노, 사 각 2명으로 구성하여'라고만 되어 있을 뿐 징계위원의 자격이나 선임절차에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하므로, 징계위원의 자격이나 선임절차에 대하여 따로 문제 삼을 수 없다고 할 것이어서, 피고가 취업규칙에 정해진 바에 따라 노측

및 사측 징계위원 각 2명으로 하여 규정된 형식을 갖추어 징계위원회를 구성한 다음 이 사건 해고를 결의한 이상, 노측 징계위원 2명이 피고 대표이사에 의하여 위촉되었다는 사실만으로 그 구성에 어떠한 절차적 하자가 있다고 보기는 어렵다고 판단하여, 이를 배척하였다.

#### 나. 이 법원의 판단

먼저 원심이 채택한 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 피고가 원고에게 사전에 이 사건 해고사유를 알려주고 소명할 기회를 주었다고 본 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙 위배 또는 심리미진으로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

그러나 원심이 노측 및 사측 징계위원 각 2명으로 하여 징계위원회를 구성한 것에 징계위원회의 구성에 관한 피고의 취업규칙을 위반한 절차적 하자가 없다고 판단한 것은 그대로 수긍하기 어렵다.

기록에 의하면, 피고의 취업규칙에는 ‘징계위원회는 노, 사 각 2명으로 구성한다’고 규정되어 있고, 피고 대표이사는 피고의 실질적 사주이면서 사업장이 피고와 동일한 ○○택시 주식회사 대표이사인 이○○과 그 처인 ○○○를 사측 징계위원으로, 피고 근로자인 ○○○를 노측 징계위원으로 각 위촉하였음을 알 수 있는바, 단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계절차를 규정한 것은 징계권의 공정한 행사를 확보하고 징계제도의 합리적인 운영을 도모하기 위한 것으로서 중요한 의미를 갖는 것이고 (대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결 등 참조), 나아가 취업규칙 등에서 노·사 동수로 징계위원회를 구성하도록 하고 있다면 이는 근로자들 중에서 징계위원을 위촉하여 징계위원회에 대한 근로자들의 참여권을 보장함으로써 절차적 공정성을 확보함과 아울러 사측의 징계권 남용을 견제하기 위한 것이라고 할 것이므로, 피고의 취업규칙에 직접적으로 징계위원의 자격과 선임절차에 관해서 규정하고 있지는 않지만, 노측 징계위원들이 이전부터 근로자들을 대표하거나 근로자들의 의견을 대변해왔다는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로자들의 의견을 반영하는 과정 없이 임의로 노측 징계위원을 위촉할 수 있는 것으로까지 해석할 수는 없다고 할 것이다.

따라서 원심으로서는 노측 징계위원으로 위촉된 ○○○가 이전부터 근로자들을 대표하거나 근로자들의 의견을 대변해온 사정이 있는지 여부나 피고 대표이사가 노측 징계위원을 위촉함에 있어 근로자들의 의견을 반영하는 절차를 거친 사실이 있는지 여부(기록에 의하면, 피고와 삼우택시 주식회사의 근로자들은 이 사건 해고 전에 노동조합 창립총회를 개최하고 노동조합설립을 피고에게 통지한 바 있고, 또 그 전부터 근로자들 대부분이 ○○상조회에 가입하여 ○○상조회가 회사와 임금협상 등을 해온 것으로 보인다)에 관하여 좀 더 심리하여 이 사건 징계위원회 구성에 절차적 하자가 있는지 여부를 판단하였어야 함에도 불구하고, 징계위원의 자격이나 선임절차에 대하여는 문제 삼을 수 없다고 하면서 노측 징계위원 2명이 피고 대표이사에 의하여 위촉되었다는 사실만으로 징계위원회 구성에 어떠한 절차적 하자가 있다고 보기는 어렵다고 판단하였으니, 원

심판결에는 필요한 심리를 다하지 아니하고 취업규칙상 징계절차규정의 해석에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

## 2. 징계사유에 관한 상고이유에 대하여

### 가. 원심의 판단

원심은, 운송수입금 미납은 해고사유에 해당하지 않고, 그렇지 않더라도 이 사건 해고는 그 사유에 비해 지나치게 중하여 징계재량권을 일탈하였다는 원고의 주장에 대하여, 원고가 택시운행을 하고도 이 사건 사납금을 납입하지 않다가 2003. 4. 10. 이를 한꺼번에 납입한 것은 운송수입금을 유용한 행위이거나 3일 이상 운송수입금을 납입하지 않은 경우로서 피고의 취업규칙 제36조 제6호에서 정하고 있는 해고사유에 해당한다고 하면서, ① 원고가 이 사건 사납금을 미납한 이유라는 것은 2003. 3. 15. 일으킨 교통사고로 인한 손해를 보상하는데 따른 어려움 때문이라고 하지만, 원고가 이 사건 사납금을 미납하기 시작한 것은 위 교통사고가 발생하기 이전인 2003. 3. 13.경부터이고, 이는 원고가 피고의 고정승무기사로 근무하기 시작한지 3개월 남짓 밖에 지나지 아니한 시점인 점, ② 피고가 위 교통사고로 인하여 발생한 손해 중 대인·대물 손해를 처리하여 주었을 뿐 아니라, 위 교통사고는 원고의 중대한 과실로 발생한 사고이므로 그로 인하여 발생한 손해를 근로자에게 부담시킨다는 것이 피고의 부당한 책임전가라고 보기는 어려운 점, ③ 원고가 비록 이 사건 사납금을 완납하였으나, 피고로부터 수차례 독촉을 받고 징계위원회 통지까지 받았음에도 불구하고 납입하지 아니하다가 징계위원회 개최 당일 비로소 납부한 것이므로 완납하였다는 사실만으로 앞으로 동일한 미납행위가 반복되지 않으리라고 기대하기는 어렵다고 보이는 점, ④ 원고의 미납액이 큰 편이 아니거나 통상적인 수준이라고 인정할 만한 뚜렷한 자료가 없을 뿐 아니라, 원고가 형평성을 내세우는 ○○○의 경우 피고로부터 징계해고를 당한 사실에 비추어 이 사건 해고가 사유에 비하여 지나치게 중하여 형평성이 없다고 보기 어려운 점 등의 사정과 택시운송사업을 영위하는 회사로서는 운영자금을 소속 운전기사들이 매일 택시를 운행하여 회사에 납입하는 운송수입금으로 충당하는 것이 보통이고 이와 같은 영업구조에서 운전기사들이 임금협정 등에서 정한 바에 따라 성실하고 규칙적으로 운송수입금을 회사에 납입하여야 하는 것은 택시회사 운전기사로서의 기본적 의무이므로, 운전기사가 특별한 사정이 없는데도 임금협정 등에서 정한 운송수입금의 납입의무를 제대로 이행하지 아니하는 것은 근로계약에 따른 근로자의 본질적이고 기본적인 의무를 이행하지 아니하는 것으로서 이는 채무불이행이 될 뿐 아니라 일반적으로 해고사유가 된다고 보아야 하는 점을 종합하여 보면, 피고와 원고 사이의 근로관계는 사회통념상 원고의 귀책사유로 더 이상 그 계속을 기대하기 어려울 정도에 이르게 되었다고 보는 것이 상당하므로, 이 사건 해고가 징계재량권을 일탈하거나 남용한 것이라고 볼 수는 없다고 판단하여 원고의 위 주장을 배척하였다.

### 나. 이 법원의 판단

그러나 원심이 이 사건 해고가 징계재량권을 일탈하거나 남용한 것이라고 볼 수 없다고 판단한 것은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

해고는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있

는 경우에 행하여져야 그 정당성이 인정되는 것이고, 사회통념상 당해 근로자와의 고용 관계를 계속할 수 없을 정도인지의 여부는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다(대법원 2002. 5. 28. 선고 2001두 10455 판결 등 참조).

그런데 기록에 의하면, 원고가 이 사건 사납금을 연체하기 시작한 것이 2003. 3. 15.자 교통사고 전인 2003. 3. 13.부터임을 인정할 증거가 없고, 오히려 연체액과 연체일수를 비교해 보면 위 교통사고 이후부터 연체하기 시작하였을 가능성이 크며, 피고 회사 2002년도 일일입금장부내역서에 의하면, 원고가 2002. 6.경부터 피고 회사에 사납금을 납입한 것이 확인되는데, 시용기간 3개월을 참작하더라도 원고는 2002. 9.경부터는 고정승무기사로 근무하였던 것으로 보이는 점, 피고는 100만 원 이상의 사납금 미납자들에게 성실납입 독촉장을 발송하였고, 그 독촉장에는 납입기일이 2003. 4. 10.로 기재되어 있는데, 원고는 미납된 사납금이 100만 원에 미달해 피고로부터 위와 같은 독촉장을 받은 사실이 없고, 독촉장 납입기일인 2003. 4. 10.에는 미납된 이 사건 사납금을 모두 납부한 점, 피고 소속 운전기사들은 사납금을 일일납입하지 않고 2-3일분을 일괄납입하는 것이 통상이었고, 일주일분, 심지어 100만 원 이상을 일괄납입하는 경우도 있었는데, 피고가 종전에 이를 이유로 징계한 사례가 없고, 일일납입 여부와 상관없이 말일까지의 사납금이 모두 입금되기만 하면 성실수당을 지급해온 점 등을 알 수 있고, 여기에 원고가 이 사건 사납금을 연체한 것이 2003. 3. 15.자 교통사고의 손해배상을 위해 벌린 일수사채를 변제하는데 따른 어려움 때문이라는 점과 원고가 징계위원회 개최 직전 이 사건 사납금을 모두 납입한 사정 등을 종합해 보면, 피고와 원고 사이의 근로관계가 사회통념상 원고의 귀책사유로 더이상 그 계속을 기대하기 어려울 정도에 이르렀다고 볼 수는 없고, 따라서 이 사건 해고는 지나치게 가혹하여 그 재량권의 범위를 일탈한 것으로 볼 수 있다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 이 사건 해고가 징계양정이 적정하여 징계재량권을 일탈하거나 남용한 것이라고 볼 수는 없다고 판단하였으니, 원심판결에는 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나, 징계재량권 일탈에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이는 판결결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

### 3. 결론

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

대법관 김지형(재판장) 고현철(주심) 양승태 전수안



### 3. 징계 절차

#### 1 징계절차의 정당성

☞ 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다70336 판결

#### » 요 지 «

1. 이 사건 (구)단체협약 중 “쟁의기간 중에는 조합원에 대하여 어떠한 사유에 의해서도 징계, 부서이동 등 제반 인사조치를 할 수 없다”라는 규정은 쟁의기간 중에 쟁의행위에 참가한 조합원에 대한 징계 등 인사조치 등에 의하여 노동조합의 활동이 위축되는 것을 방지함으로써 노동조합의 단체행동권을 실질적으로 보장하기 위한 것이라 할 것이므로, 쟁의행위가 그 목적에 있어 정당하고, 절차적으로 노동조합 및 노동관계조정법의 제반 규정을 준수함으로써 정당하게 개시된 경우라면, 비록 그 쟁의 과정에서 징계 사유가 발생하였다고 하더라도 쟁의가 계속되고 있는 한 그러한 사유를 들어 쟁의기간 중에 징계위원회의 개최 등 조합원에 대한 징계절차의 진행을 포함한 일체의 징계 등 인사조치를 할 수 없음을 선언한 것으로, 피고가 정당하게 개시된 전면파업 또는 부분파업 기간 중에 징계위원회를 개최하여 위 파업에 참여한 원고들에 대하여 파업기간 중의 행위를 이유로 파면을 결의한 것은 (구)단체협약에 위반한 것으로서 징계절차상 중대한 하자가 있으므로 이에 따른 징계해고는 무효이고, 이는 위 결의에 따른 징계처분의 효력발생시기를 쟁의기간 이후로 정하였다고 하여도 마찬가지이다.
2. 단체협약이 실효되었다고 하더라도 임금, 퇴직금이나 노동시간, 그 밖에 개별적인 노동조건에 관한 부분은 그 단체협약의 적용을 받고 있던 근로자의 근로계약의 내용이 되어 그것을 변경하는 새로운 단체협약, 취업규칙이 체결·작성되거나 또는 개별적인 근로자의 동의를 얻지 아니하는 한 개별적인 근로자의 근로계약의 내용으로서 여전히 남아 있어 사용자와 근로자를 규율하게 되고, 단체협약 중 해고사유 및 해고의 절차에 관한 부분에 대하여도 이와 같은 법리가 그대로 적용되는 것인바, 위와 같은 법리에 비추어 볼 때, 위 (구)단체협약의 내용은 개별적인 노동조건에 관한 부분이므로 (구)단체협약이 단체협약 해지통보 및 소정 기간의 경과로 실효되었다고 하더라도 (신)단체협약이 체결되기까지는 여전히 원고들과 피고 사이의 근로계약의 내용으로서 유효하게 존속한다.

\* 원고, 피상고인 / 1. 이○○, 2. 최○○, 3. 류○○, 4. 이○○

\* 피고, 상고인 / 학교법인 ○○ 대표자 이사장 이○○

\* 원심판결 / 서울고등법원 2008.8.22. 선고 2007나116763 판결

#### » 주 문 «

1. 상고를 모두 기각한다.
2. 상고비용은 피고가 부담한다.

## » 이 유 «

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

1. 원심은, 피고가 전국대학노동조합 ○○○○○대학교지부(이하 '○○지부'라고 한다)와 사이에 체결한 2004년도 단체협약(이하 '구 단체협약'이라고 한다) 중 제111조의 "쟁의기간 중에는 조합원에 대하여 어떠한 사유에 의해서도 징계, 부서이동 등 제반 인사조치를 할 수 없다"라는 규정은 쟁의기간 중에 쟁의행위에 참가한 조합원에 대한 징계 등 인사조치 등에 의하여 노동조합의 활동이 위축되는 것을 방지함으로써 노동조합의 단체행동권을 실질적으로 보장하기 위한 것이라 할 것이므로, 쟁의행위가 그 목적에 있어 정당하고, 절차적으로 노동조합 및 노동관계조정법의 제반 규정을 준수함으로써 정당하게 개시된 경우라면, 비록 그 쟁의 과정에서 징계 사유가 발생하였다고 하더라도 쟁의가 계속되고 있는 한 그러한 사유를 들어 쟁의기간 중에 징계위원회의 개최 등 조합원에 대한 징계절차의 진행을 포함한 일체의 징계 등 인사조치를 할 수 없음을 선언한 것이라고 본 다음, 피고가 정당하게 개시된 ○○지부의 전면파업 또는 부분파업 기간 중인 2006.10.10.과 2006.12.7. 각 징계위원회를 개최하여 위 파업에 참여한 원고들에 대하여 파업기간 중의 행위를 이유로 파면을 결의한 것은 구 단체협약 제111조에 위반한 것으로서 징계절차상 중대한 하자가 있으므로 이에 따른 징계해고는 무효이고, 이는 위 결의에 따른 징계처분의 효력발생시기를 쟁의기간 이후로 정하였다고 하여도 마찬가지라고 판단하고 있다.

원심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍이 되고, 거기에 채증법칙을 위배하거나 단체협약의 해석에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 단체협약이 실효되었다고 하더라도 임금, 퇴직금이나 노동시간, 그 밖에 개별적인 노동조건에 관한 부분은 그 단체협약의 적용을 받고 있던 근로자의 근로계약의 내용이 되어 그것을 변경하는 새로운 단체협약, 취업규칙이 체결·작성되거나 또는 개별적인 근로자의 동의를 얻지 아니하는 한 개별적인 근로자의 근로계약의 내용으로서 여전히 남아 있어 사용자와 근로자를 규율하게 되고, 단체협약 중 해고사유 및 해고의 절차에 관한 부분에 대하여도 이와 같은 법리가 그대로 적용되는 것인바(대법원 2000.6.9. 선고 98다13747 판결, 대법원 2007.12.27 선고 2007다51758 판결 등 참조), 위와 같은 법리에 비추어 볼 때, 구 단체협약 제111조는 개별적인 노동조건에 관한 부분이므로 구 단체협약이 ○○○○○대학교측의 단체협약 해지통보 및 소정 기간의 경과로 실효되었다고 하더라도 2007년도 단체협약(이하 '신 단체협약'이라고 한다)이 체결되기까지는 여전히 원고들과 피고 사이의 근로계약의 내용으로서 유효하게 존속하였다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 단체협약의 실효와 관련된 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 원심은, 비록 ○○지부가 원고들에 대한 징계위원회 개최시 지부장이 추천하기로 되어 있는 징계위원회 선정을 거부하고, 노동조합 측의 징계위원들이 그 징계위원회에 참석하지도 아니하였으나, 이는 앞서 본 바와 같이 쟁의기간 중에 원고들을 징계하기 위한 징계위원회를 개최하는 것이 구 단체협약 제111조에 위반된다는 정당한 주장을 하면서 이루어진

것이므로, ○○지부 측이 징계위원회 의결 당시 징계에 반대하면서 징계위원을 선정하여 징계위원회에 참가하지 않았다는 사정만으로는 피고가 징계에 있어서 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 ○○지부 측이 징계위원회 구성권한을 남용하였거나 포기한 것으로는 보기 어렵다고 판단하고 있는바, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 징계위원회 구성권한이나 동의권의 남용·포기에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

4. 원심은, 비록 원고들의 요구에 의하여 개최된 2007.2.28.자 징계재심위원회에서 원고들에 대한 징계를 확정하는 재심결의가 이루어진 바 있으나, 원고들에 대한 당초의 징계위원회는 구 단체협약 제111조 위반과 노동조합 측 징계위원의 불참으로 인한 의사정족수 미달이라는 중대한 하자가 있었고, 징계재심위원회에서도 노동조합 측 징계재심위원의 참여 없이 단 1회의 재심절차에서 징계해고가 확정되었으므로, 위 징계재심위원회의 의결만으로는 당초 징계위원회의 하자가 치유되었다고 볼 수 없다고 판단하고 있다.

그러나 징계처분에 대한 재심절차는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분 절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계 과정 전부에 관하여 판단되어야 할 것이므로, 원래의 징계 과정에 절차 위반의 하자가 있더라도 재심 과정에서 보완되었다면 그 절차 위반의 하자는 치유된다고 할 것인데(대법원 1993.10.26. 선고 93다29358 판결, 대법원 2005.11.25. 선고 2003두8210 판결 등 참조), 원심판결 이유에 의하더라도 원고들의 요구에 의하여 징계재심위원회가 개최될 당시에는 쟁의행위가 실질적으로 종료된 상태였다는 것이므로 원고들에 대한 징계재심위원회의 개최에 구 단체협약 제111조 위반과 같은 하자가 있다고 볼 수는 없고, 한편, 위 징계재심위원회가 노동조합 측 위원의 불참으로 대학 측 위원 5인만이 참석한 상태에서 진행되었기는 하나, 2007.1.1.부터 효력이 발생한 신 단체협약에 의하면 징계재심위원회는 총장이 임명하는 대학 측 5인과 노동조합 측 4인의 위원으로 구성하며 재적위원 과반수의 출석에 출석위원 과반수의 찬성으로 결의하게 되어 있었기에 노동조합 측 재심위원이 불참하였다고 하여 위 징계재심위원회의 개최나 진행에 어떠한 하자가 있다고 할 수 없으므로, 원심이 지적한 사정만으로는 위 징계재심위원회의 개최와 재심결의에 의하여 원래의 징계절차상의 하자가 치유되지 않는다고 볼 수는 없다 할 것이다.

그러므로 이에 관한 원심의 앞서 본 판단에는 징계절차상의 하자의 치유에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

하지만 원심은, 피고와 ○○지부 사이에 2007.1.22. 체결된 단체협약 중 부속서 형식의 기타 합의사항에 학교는 파업사태와 관련하여 추가로 징계하지 않는다는 취지의 면책합의가 포함되어 있는 사실을 인정한 다음, 만일 징계재심위원회에서의 징계해고 확정을 원고들에 대한 새로운 징계로 본다 하더라도 이는 신 단체협약상의 면책합의에 반하는 것으로서 무효라고 판단하고 있는바, 그 취지는, 표현에 있어 다소 미흡한 점이 없지 아니하나, 결국 위 면책합의 이후 원고들에 대하여는 파업사태와 관련하여 더 이상 징계할 수 없고 이는 징계재심위원회의 재심결의 형식으로 이루어진 경우라 하더라도 마찬가지이므로 이에 반하여 이루어진 원고들에 대한 징계재심위원회의 재심결의는 무효라는 취지임이 명백한데, 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거에 의하여 알 수 있는 신 단체협약에 이르게 된 과정, 위 면책합의의 문언 및 기타 각 합의사항의 내용, 신 단체협약 체결 이후

의 경과 등에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다고 수긍이 되고, 거기에 채증법칙을 위배하거나 면책합의의 효력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 결과적으로 원심의 앞서 본 잘못은 판결 결과에 영향을 미치지 아니한다 할 것이다.

5. 따라서 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박일환(재판장) 양승태(주심) 박시환 김능환

☞ 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두18423 판결

### » 요 지 «

이 사건 단체협약에서는 당연퇴직 사유와 해고 사유를 구분하고, '금고 이상의 형의 확정'은 해고 사유로 규정하고 있는 점, 단체협약에서는 '금고 이상의 형의 확정'과 '공민권의 정지 또는 박탈'을 함께 규정하고 있는데, '공민권의 정지 또는 박탈'은 실형 판결에 의해서만 발생하는 것이 아닌 점, 또한 위 규정에서는 '금고 이상의 형의 확정'에 '도로교통법 위반으로 인한 경우'를 예외 사유로 두어 범죄의 내용도 고려하고 있는데, 이는 단순히 근로 제공 의무의 장기간 불이행만을 해고 사유로 정한 것이 아님을 뒷받침하는 점 등과 아울러 이 사건 단체협약상 해고 사유로 규정된 다른 사유들과 당연퇴직 사유로 규정된 사유들을 종합적으로 비교·검토하여 보면, 위 단체협약에서 규정하고 있는 '금고 이상의 형'이 반드시 실형만을 의미한다고 볼 수 없다.

\* 원고, 상고인 / 이○○

\* 피고, 피상고인 / 중앙노동위원회위원장 소송수행자 진○○ 외 5인

\* 피고보조참가인 / ○○주식회사 대표이사 이○○

소송대리인 법무법인 광장 담당변호사 주완 외 8인

\* 원심 판결 / 서울고법 2006.10.20 선고, 2006누3065 판결

#### 【참조조문】

[1] 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 제1항( 현행 제23조 제1항 참조) [2] 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 제1항( 현행 제23조 제1항 참조)

#### 【참조판례】

[1] 대법원 1997. 9. 26. 선고 97누1600 판결(공1997하, 3307)

[2] 대법원 2000. 6. 23. 선고 99두4235 판결(공2000하, 1772)

【원고, 상고인】 원고

【피고, 피상고인】 중앙노동위원회위원장

【피고보조참가인】 참가인 주식회사(소송대리인 법무법인 광장 담당변호사 주완외 8인)

【원심판결】 서울고법 2006. 10. 20. 선고 2006누3065 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

## 1. 해고사유의 부당성에 대하여

단체협약 등에서 해고사유로 ‘금고 이상의 형이 확정되었을 때’라는 규정을 두고 있는 취지는 통상 그러한 유죄판결로 인하여 ① 근로자의 기본적인 의무인 근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가 장기화되어 근로계약의 목적을 달성할 수 없게 되었기 때문일 뿐 아니라, ② 기업 내의 다른 종업원과의 신뢰관계나 인간관계가 손상되어 직장질서의 유지를 저해하거나, ③ 당해 근로자의 지위나 범죄행위의 내용 여하에 따라서는 회사의 명예와 신용을 심히 훼손하거나 거래 관계에까지 악영향을 미치게 되고, 또 ④ 사용자와 근로자 간의 신뢰관계가 상실됨으로써 근로관계의 유지가 기대될 수 없기 때문이라고 할 것이므로, 여기서의 ‘금고 이상의 형’이 반드시 실형만을 의미한다고 단정하여서는 안 되며(대법원 1997. 9. 26. 선고 97누1600 판결 등 참조), 그 의미는 규정의 취지나 다른 면직사유의 내용 등에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다.

이러한 법리를 바탕으로 원심이 확정한 사실 관계를 살펴보면, 이 사건 단체협약에서는 당연퇴직사유와 해고사유를 구분하고, 당연퇴직사유에는 근로자가 명시적 또는 묵시적으로 근로제공의사가 없음을 표시한 경우(사직원의 제출, 복직원 미제출, 직업군인이 된 경우 등), 그 성질상 근로자가 근로제공을 할 수 없는 경우(근로자의 사망, 신체상 또는 정신상 장애), 예정된 근로기간이 만료된 경우(정년, 근로계약의 만료) 등을 규정하는 한편, 해고사유로는 ① 징계해고가 결정되었을 때, ② 금고 이상의 형이 확정되거나 법률에 의하여 공민권이 정지 또는 박탈되었을 때(단, 도로교통법 위반으로 인한 사유인 경우에는 예외), ③ 금치산, 한정치산, 파산선고를 받았을 때, ④ 기타 관계 법령에 의거 허가를 득하였을 때를 규정하고 있음을 알아볼 수 있는바, 위와 같이 이 사건 단체협약에서는 당연퇴직사유와 해고사유를 구분하고, ‘금고 이상의 형의 확정’은 해고사유로 규정하고 있는 점, 위 단체협약에서는 ‘금고 이상의 형의 확정’과 ‘공민권의 정지 또는 박탈’을 함께 규정하고 있는데, ‘공민권의 정지 또는 박탈’은 실형판결에 의해서만 발생하는 것이 아닌 점, 또한 위 규정에서는 ‘금고 이상의 형의 확정’에 ‘도로교통법 위반으로 인한 경우’를 예외사유로 두어 범죄의 내용도 고려하고 있는데, 이는 단순히 근로제공의무의 장기간 불이행만을 해고사유로 정한 것이 아님을 뒷받침하는 점 등과 아울러 이 사건 단체협약상 해고사유로 규정된 다른 사유들과 당연퇴직사유로 규정된 사유들을 종합적으로 비교·검토하여 보면, 위 단체협약에서 규정하고 있는 ‘금고 이상의 형’이 반드시 실형만을 의미한다고 볼 수 없다.

원심이 같은 취지에서, 원고가 징역 8월에 집행유예 2년의 확정판결을 받은 것이 이 사건 단체협약에서 정한 ‘금고 이상의 형이 확정되었을 때’에 해당한다고 판단한 것은 정당하다.

원심판결에는 상고이유 주장과 같은 단체협약 해석에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

## 2. 해고절차의 부당성에 대하여

해고의 절차는 경영상의 이유에 의한 해고의 경우와 같이 특별한 법규정 등이 없는 한 단체협약이나 취업규칙 등에 정한 바에 따라야 한다. 따라서 단체협약이나 취업규칙 등에 일정

한 사유(이하 '전자의 사유'라 한다)를 이유로 하여 해고처분 등을 할 때에는 반드시 일정한 절차를 거치도록 규정하는 한편, 그와 달리 일정한 사유(이하 '후자의 사유'라 한다)에 대하여는 아무런 절차 없이 해고처분 등을 할 수 있도록 규정하고 있다면, 이러한 경우 위 전·후자 각각의 사유 중 어느 것이 동일한 사유로서 중복되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 사용자가 후자의 사유를 이유로 하여 해고처분 등을 할 때에는 전자의 사유를 이유로 하여 해고처분 등을 하는 경우와는 달리 어떠한 절차도 거치지 않고 할 수 있다(대법원 2000. 6. 23. 선고 99두4235 판결 등 참조).

원심은 제1심 판결을 인용하여, 이 사건 단체협약 및 취업규칙에서 앞서 본 것처럼 해고사유로 '징계해고가 결정되었을 때'와 '금고 이상의 형이 확정되었을 때' 등을 따로 규정하면서 징계해고가 아닌 해고에 대해서는 아무런 절차규정도 두고 있지 아니하고, 또 '금고 이상의 형의 확정'이 동시에 징계사유로도 규정되어 있지는 않은 사실 등을 인정한 다음, 보조참가인이 '금고 이상의 형의 확정'을 이유로 원고를 해고하면서 단체협약상의 징계절차를 거치지 않았다 하더라도 해고절차상의 위법이 없다고 판단하였다.

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

원심판결에는 상고이유 주장과 같은 해고절차에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

### 3. 해고제한 위반의 점에 대하여

원심판결 이유와 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은, 이 사건 단체협약에서 조합원이 업무상 질병 또는 부상으로 요양 중에 있는 경우 해고하지 못하도록 규정하고 있기는 하나, 한편으로 원고는 2004. 2. 19. 양 어깨와 뒷목 통증을 이유로 사내 의무실의 의사와 상담한 후 2004. 2. 23., 2004. 5. 4. 및 2004. 5. 10. 등 모두 4차례 정도 사내 의무실 내에 있는 물리치료실을 이용하였고, 의사의 진단 필요 없이 수시로 자유롭게 이용할 수 있는 사내 의무실 내 수치료실도 2004. 3. 5.부터 2004. 5. 3.까지만 이용한 사실, 원고는 같은 해 6. 22. 이 사건 유죄확정판결을 이유로 보조참가인으로부터 해고되자, 같은 달 24. 비로소 조선대학교 부속병원에서 좌견관절 회전근개 파열로 수술적 치료가 필요하다는 진단 등을 받고 이를 근거로 같은 달 26. 근로복지공단 목포지사에 요양신청을 하여 위 목포지사로부터 요양기간을 2004. 6. 24.부터 2004. 9. 30.까지로 하는 요양승인을 받은 사실 등을 인정한 다음, 이러한 사실관계에 비추어 볼 때 이 사건 해고 당시 원고는 위 단체협약상의 해고금지기간인 '업무상 재해 또는 부상으로 요양 중'에 있었다고 볼 수 없다고 판단하여, 이 사건 해고 당시 원고가 요양 중에 있어 이 사건 해고가 위법하다는 원고의 주장을 배척하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 간다.

원심판결에는 상고이유 주장과 같은 단체협약상 해고금지기간의 해석·적용에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

### 4. 해고양정의 부당성에 대하여

원심판결 이유와 원심이 인용한 제1심 판결 이유에 의하면, 원심은, 원고가 노조 간부로 활동하면서 보조참가인의 보건진단명령 이행업무를 방해한 행위로 벌금 30만 원을 선고받아

보조참가인으로부터 강급 2호봉 3월의 징계를, 사장실의 점거행위로 정직 1월의 징계 등을 받은 전력이 있는 상태에서, 소속 근로자들의 산재요양승인신청에 대한 승인을 촉구한다는 명목으로 근로복지공단 목포지사에 무단으로 침입하였고 또 진단의사가 근무하는 목포○○병원 앞에서 고성으로 노동가요를 부르는 등으로 진단의사 등의 업무를 방해하였다는 범죄 사실로 징역 8월에 집행유예 2년의 이 사건 확정판결을 받은 점에 비추어 볼 때, 원고의 이와 같은 행위는 사용자인 보조참가인과의 관계에서 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 책임 있는 사유에 해당한다고 판단하고, 이를 이유로 한 보조참가인의 원고에 대한 해고가 지나치게 가혹한 것으로 위법하다는 원고의 주장을 배척하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당하다.

원심판결에는 상고이유 주장과 같은 해고양정에 관한 법리를 그르친 위법이 없다.

## 5. 결 론

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

대법관 차한성(재판장) 고현철 김지형(주심) 전수안



☞ 대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결

» 요 지 «

1. 단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계위원회의 구성에 노동조합의 대표자를 참여시키도록 되어 있고 또 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명 자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있음에도 불구하고 이러한 징계절차를 위배하여 징계해고를 하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는 여부에 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 처사로서 무효라고 보아야 한다.
2. 징계규정에 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있다면 그 통보의 시기와 방법에 관하여 특별히 규정한 바가 없다고 하여도 변명과 소명자료를 준비할 만한 상당한 기간을 두고 개최일시와 장소를 통보하여야 하며, 이러한 시간적 여유를 주지 않고 촉박하게 이루어진 통보는 징계규정이 규정한 사전통보의 취지를 몰각한 것으로서 부적법하다고 보아야 할 것인바, 징계위원회의 개최일시 및 장소를 징계위원회가 개최되기 불과 30분 전에 통보하였다면 이러한 촉박한 통보는 징계대상자로 하여금 사실상 변명과 소명자료를 준비할 수 없게 만드는 것이어서 적법한 통보라고 볼 수 없다.
3. 징계대상자가 위 "나"항의 징계위원회에 출석하여 진술을 하였다고 하여도 스스로 징계에 순응하는 경우가 아닌 한 그 징계위원회의 의결에 터잡은 징계해고는 징계절차에 위배한 부적법한 징계권의 행사임에 틀림없다.

【참조조문】 근로기준법 제27조 제1항

【참조판례】 가. 대법원 1982.10.26. 선고, 82다카298 판결(공1983,57), 1986.7.8. 선고 85다375,85다카1591 판결(공1986,996) 나. 다. 대법원 1991.2.8. 선고 90다15884 판결(공1991,960)

원고, 상고인 원고 1 외 6인 원고들 소송대리인 변호사 문재인 외 1인

피고, 피상고인 피고 주식회사 소송대리인 변호사 윤경현 외 1인

원심판결 부산고등법원 1990.9.7. 선고 89나7627 판결

» 주 문 «

원심판결을 파기하고 사건을 부산고등법원에 환송한다.

» 이 유 «

원고들 소송대리인들의 상고이유를 본다.

1. 원심판결 이유에 의하면 원심은 그 거시증거를 종합하여 피고 회사의 단체협약(1987.6.20. 부터 1년동안 시행) 제23조에 노동조합장은 조합원의 징계시 징계위원이 되도록 되어 있

고 피고 회사 노동조합의 규약 제31조에는 위원장 유고시 부위원장이 위원장을 대리하도록 되어 있으며, 또 피고 회사의 취업규칙 제76조에는 사원에 대한 징계결정은 징계위원회의 의결에 따라 사장이 정하도록 되어 있고, 징계규정 제17조 및 제20조에는 징계위원장은 징계위원회의 개최일시와 장소를 징계대상자에게 통보하여야 하고 징계대상자는 징계사유에 대하여 징계위원회에서 진술하여야 하며 징계대상자가 진술을 거부하였을 때는 징계처분결과에 이의가 없는 것으로 보고 또 징계대상자가 징계위원회에서 진술할 수 없는 부득이한 사유가 있을 때에는 징계대상자가 지정한 대리인이 대리진술하게 할 수 있도록 되어 있는 사실, 피고 회사는 원고들을 각 해고한 그 날짜에 각 징계위원회를 개최하여 징계위원 7명 중 6인이 출석하여 원고들의 원심판시와 같은 각 비위사실이 피고 회사 징계규정에 규정된 징계사유에 해당하는 것으로 인정하여 원고들을 각 징계해고하기로 의결하였고 이에 따라 피고 회사 대표이사가 같은 날짜로 원고들을 각 징계해고한 사실, 그런데 원고들은 위 각 징계위원회 개최 당시 그 개최 30분 전에야 비로소 징계위원회의 개최일시 및 장소를 통보받고서 모두 징계위원회에 출석하여 간사로부터 각 징계혐의사실에 대한 설명을 들었으나, 원고 2, 3, 4는 그 직후 진술을 거부하고 일방적으로 퇴장하였고 원고 1, 5, 6, 7은 자리에 남아 징계사유에 대하여 진술을 하거나 변명을 하였던 사실, 한편 원고 1, 2에 대한 징계위원회 개최 당시에는 피고 회사 노동조합집행부를 이루고 있는 위원장 소외 1, 부위원장 소외 2, 사무장 원고 2 등이 모두 사직당국에 구속되어 있어 수습대책위원회의 1인인 소외 진○○이 피고 회사 노동조합의 업무를 사실상 집행하고 있었으므로 피고 회사는 위 진○○에게 노동조합측 징계위원으로 참석할 것을 통보하였으나 그의 참석거부로 노동조합측 징계위원의 출석없이 원고 1, 2에 대한 징계위원회가 개최되었고, 나머지 원고들의 경우에는 같은 해 11.12.자로 피고 회사 노동조합 대의원대회에서 부위원장으로 선출된 소외 안○○이 위원장 권한대행의 자격을 가지고 노동조합측 징계위원으로 출석하여 징계위원회가 개최되었던 사실을 인정한 다음, 위 인정사실에 의하면 위 각 징계위원회는 징계대상자인 원고들에게 충분한 시간적 여유없이 그 개최일시 및 장소가 통보되었고 특히 원고 1, 2의 경우에는 노동조합위원장 및 그 직무대행자까지 구금되어 있던 관계로 노동조합 측 징계위원의 출석없이 개최된 절차상의 흠이 있다고 하겠으나, 위 취업규칙과 징계규정에서 노동조합측 징계위원의 지위, 징계위원회의 개최일시와 장소를 통보하는 시기 및 방법 등에 관하여 명시한바 없고 더욱이 원고들이 직접 위 각 징계위원회에 출석하여 진술과 변명을 하였거나 또는 그러할 기회가 주어졌던 이상, 위와 같은 절차상의 흠으로 인하여 위 취업규칙과 징계규정에서 요구하는 절차적 정의가 본질적으로 침해된 것은 아니므로 원고들에 대한 위 각 징계해고처분이 그 절차적 유효요건이 흠결된 것으로 보기는 어렵다고 판단하였다.

2. 그러나 첫째로, 원심인정과 같이 피고 회사의 단체협약에 의하여 노동조합의 위원장이 조합원의 징계시 징계위원이 되도록 되어 있다면 징계위원회를 개최함에 있어서는 노동조합의 위원장에게 그 개최사실을 통보하여 참석의 기회를 부여하여야 할 것인 바, 원심은 위원장, 부위원장, 사무장 등이 모두 구속 중이어서 수습대책위원회의 1인으로서 사실상 노동조합업무를 집행하던 진○○에게 노동조합측 징계위원으로 참석할 것을 통보하였다고 설시하고 있으나, 위 진○○이 단체협약상 징계위원이 되도록 규정된 위원장을 대리할 지위에 있는 자인지의 여부가 기록상 분명하지 않을 뿐 아니라, 노동조합측에서 위원장을

대리하여 징계위원회에 출석할 수 있는 자를 선정할 만한 시간적 여유를 두고 통보를 하였는지조차도 분명하지 않다.

둘째로, 원심인정과 같이 피고 회사의 징계규정에 징계위원회의 개최일시와 장소를 징계 대상자에게 통보하고 징계대상자는 징계사유에 대하여 징계위원회에서 진술하도록 규정되어 있다면(을 제1호증 기재에 의하면 취업규칙 제74조에서도 회사는 본인에게 징계사유에 대한 소명의 기회를 주어야 한다고 규정하고 있다), 이는 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 수 있는 기회를 부여한 것이므로 그 통보의 시기와 방법에 관하여 특별히 규정한 바가 없다고 하여도 변명과 소명자료를 준비할 만한 상당한 시간을 두고 개최일시와 장소를 통보하여야 하며, 이러한 변명과 소명자료를 준비할 만한 시간적 여유를 주지 않고 촉박하게 이루어진 통보는 실질적으로 변명과 소명자료제출의 기회를 박탈하는 것과 다를 바 없어 위 취업규칙이나 징계규정이 규정한 사전통보의 취지를 몰각한 것으로서 부적법하다고 보아야 할 것이다.

위 원심판시 사실에 의하면 이 사건 징계위원회의 개최일시 및 장소가 원고들에게 통보된 것은 징계위원회가 개최되기 불과 30분전이었다는 것이므로 이러한 촉박한 통보는 징계대상자로 하여금 사실상 변명과 소명자료를 준비할 수 없게 만드는 것이어서 적법한 통보라고 볼 수 없으며, 설사 원고들 중 일부가 징계위원회에 출석하여 진술을 하였다고 하여도 스스로 징계에 순응하는 경우가 아닌 한 그 징계위원회의 의결에 터잡은 징계해고는 징계절차에 위배한 부적법한 징계권의 행사임에 틀림없다.

그런데 단체협약이나 취업규칙 또는 이에 근거를 둔 징계규정에서 징계절차를 규정한 것은 징계권의 공정한 행사를 확보하고 징계제도의 합리적인 운영을 도모하기 위한 것으로서 중요한 의미를 갖는 것인 바, 징계규정에서 징계위원회의 구성에 노동조합의 대표자를 참여시키도록 되어 있고 또 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있음에도 불구하고 이러한 징계절차를 위배하여 징계해고를 하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는 여부에 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하는 처사로서 무효라고 보아야 할 것이다.

3. 결국 원심판결에는 징계절차의 위배여부와 그 효력에 관하여 심리미진과 법리오해로 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이므로 이 점에 관한 논지는 이유 있다.

그러므로 원심판결을 파기환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 배만운(재판장) 이회창 이재성 김석수

## 2 징계절차 위반에 의한 해고의 효력

☞ 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다100919 판결

### » 요 지 «

1. 취업규칙 등 징계규정에서, 근로자에게 일정한 징계사유가 있을 때 징계의결 요구권자가 먼저 징계사유를 들어 징계위원회에 징계의결 요구를 하고 징계의결 결과에 따라 징계처분을 하되 징계위원회는 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하고 이익되는 사실을 증명할 수 있도록 하며 징계의결을 하는 경우에는 징계의 원인이 된 사실 등을 명시한 징계의결서에 의하도록 규정하고 있을 경우, 징계위원회는 어디까지나 징계의결 요구권자에 의하여 징계의결이 요구된 징계사유를 심리대상으로 하여 그에 대하여만 심리·판단하여야 하고 징계의결이 요구된 징계사유를 근본적으로 수정하거나 징계의결 이후에 발생한 사정 등 그 밖의 징계사유를 추가하여 징계의결을 할 수는 없다. 또한 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있음에도 이러한 징계절차를 위반하여 징계해고하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는지와 관계없이 절차의 정의에 반하여 무효라고 보아야 한다.
2. ○○○○○○공단이 인사규정 위반을 이유로 근로자 갑을 해임처분한 사안에서, 공단의 징계의결 요구를 받은 징계위원회가 갑이 징계위원회에 음주상태로 출석하여서 한 진술과 관련하여 ‘진술 시 품위손상’을 별도의 독립한 징계사유로 삼았으나, 징계의결 요구권자는 징계위원회에 갑의 사내 전자게시판 게시글 게시행위만을 징계사유로 삼아 경징계 요구하였으므로 징계의결에는 요구되지 않은 ‘진술 시 품위손상’을 새로운 징계사유로 추가한 잘못이 있고, 징계위원회가 갑에게 ‘진술 시 품위손상’이 징계사유로 된다는 점을 징계위원회 개최 중에라도 전혀 고지하지 않았으므로 갑이 음주상태로 징계위원회에 출석하게 된 경위에 관하여 답변하였다고 하여 징계사유에 대한 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여받았다고 할 수 없으므로, 공단 인사규정에서 정한 징계절차를 위반하여 이루어진 위 해임처분은 징계사유가 인정되는지와 관계없이 무효라는 이유로, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다.
3. 사내 전자게시판에 게시된 문서에 기재되어 있는 문언에 의하여 타인의 인격, 신용, 명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고, 또 문서에 기재되어 있는 사실관계 일부가 허위이거나 표현에 다소 과장되거나 왜곡된 점이 있다고 하더라도, 문서를 배포한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지증진 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것으로서 문서 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면 이는 근로자의 정당한 활동범위에 속한다.

\* 원고, 상고인 : 원고

\* 피고, 피상고인 : ○○○○○○공단

\* 원심판결 : 서울고법 2010.11.5. 선고 2010나56168 판결

## » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원으로 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 제1점에 관하여

취업규칙 등의 징계규정에서, 근로자에게 일정한 징계사유가 있을 때 징계의결 요구권자가 먼저 징계사유를 들어 징계위원회에 징계의결 요구를 하고 그 징계의결 결과에 따라 징계처분을 하되 징계위원회는 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하고 이익되는 사실을 증명할 수 있도록 하며 징계의결을 하는 경우에는 징계의 원인이 된 사실 등을 명시한 징계의결서에 의하도록 규정하고 있을 경우, 징계위원회는 어디까지나 징계의결 요구권자에 의하여 징계의결이 요구된 징계사유를 심리대상으로 하여 그에 대하여만 심리·판단하여야 하고 징계의결이 요구된 징계사유를 근본적으로 수정하거나 징계의결 이후에 발생한 사정 등 그 밖의 징계사유를 추가하여 징계의결을 할 수는 없다(대법원 1984. 9. 25. 선고 84누299 판결 참조). 또한 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 되어 있음에도 이러한 징계절차를 위반하여 징계해고하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는 여부와 관계없이 절차에 있어서의 정의에 반하여 무효라고 보아야 한다(대법원 1991.7.9. 선고 90다8077 판결 참조).

원심은, 이 사건 해임처분 및 징계절차의 경위, 징계절차 과정에서 원고의 진술 내용 등을 종합하여 보면, 원고가 2009.9.30. 징계위원회에 음주상태로 출석하여서 한 진술(이하 '이 사건 진술'이라 한다)은 정식징계사유로 판단된 것이라기보다는 징계양정자료의 하나로서 참작된 것으로 봄이 상당하고, 이 사건 진술이 이 사건 해임처분에 있어서 정식징계사유의 하나가 되었다고 보더라도 원고 스스로 '음주상태에서 징계위원회에 참석한 점에 대하여 위 위원회에서 친척장례문제 등이 있었기 때문이라고 설명하였음'을 인정하고 있으므로, 원고도 이 점에 관하여는 충분히 진술과 반박의 기회를 가졌다고 할 것이어서 징계절차에 있어서 원고의 소명권이 침해되었다고 보기도 어렵다고 판단하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 갑 제2호증(징계처분사유설명서)의 기재에 의하면 피고로부터 징계의결 요구를 받은 징계위원회가 원고에 대한 구체적인 징계사유를 설명하면서 '품위유지의무 위반'을 이유로 한 징계사유의 하나로 '이 사건 진술 시 품위손상'을 명시하고 있으므로, 위 징계위원회는 원고에 대한 징계의결 시 '이 사건 진술 시 품위손상'을 별도의 독립한 징계사유로 삼았다고 보아야 할 것이다.

그런데 원심이 적법하게 채택하여 조사한 갑 제16호증(인사규정 시행세칙), 을 제12호증(인사규정), 을 제6호증의 2(징계처분요구), 을 제6호증의 3(징계처분요구사항)의 각 기재에 의하면 피고의 징계규정에서 징계의결 요구권자가 먼저 징계사유를 들어 징계위원회에 징계의결을 요구하고(인사규정 제76조, 인사규정 시행세칙 제41조), 징계위원회는 정해진 기간 내에

정해진 절차를 거쳐 징계의결을 하는데(인사규정 제77조), 그 절차에 있어서는 징계혐의자가 징계사유에 대하여 방어권을 충분히 행사할 수 있도록 사전통지 및 진술의 기회를 부여하고, 이익되는 사실을 증명할 수 있도록 하며(인사규정 제78조), 징계의결을 한 경우에는 징계의 원인이 된 사실과 증거의 판단, 관계 법령 및 규정 등을 명시한 징계의결서를 작성하여 징계 혐의자에게 징계처분사유설명서를 통보하도록(인사규정 시행세칙 제42조, 제43조) 규정하고 있고, 징계의결 요구권자는 피고의 징계위원회에 원고의 '2009.7.17.자 게시글' 게시행위 및 '2009.7.21.자 게시글' 게시행위만을 징계사유로 삼아 경징계 요구하였음을 알 수 있는바, 앞서 본 법리에 비추어 보면, 위와 같은 규정의 취지상 피고의 징계위원회는 징계의결 요구권자로부터 징계의결 요구된 징계사유를 심리대상으로 하여 그에 대하여만 심리·판단하여야 하고, 그 밖의 징계사유를 추가하여 징계의결할 수 없는데도 징계의결 요구되지 않은 '이 사건 진술 시 품위손상'을 새로운 징계사유로 추가하여 징계의결한 잘못이 있다.

또한 위 증거에 의하면, 피고의 인사규정은 징계위원회가 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하기 위하여 징계위원회 개최사실을 통지하도록 하여(인사규정 제78조 제1항), 징계대상자에게 징계위원회에 출석하여 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여하도록 규정하고 있으나, 피고의 징계위원회는 원고에게 '이 사건 진술 시 품위손상'이 징계사유로 된다는 점을 징계위원회 개최 중에라도 전혀 고지하지 않았으므로 원고가 음주상태로 징계위원회에 출석하게 된 경위에 대하여 답변하였다고 하여 이로써 원고가 징계사유에 대한 변명과 소명자료를 제출할 기회를 부여받았다고 할 수 없다. 이러한 징계절차를 위반하여 이루어진 이 사건 해임처분은 징계사유가 인정되는 여부와 관계없이 무효라고 보아야 할 것이다.

그런데도 원심이 이 사건 징계절차에 있어서 원고의 소명권이 침해되었다고 보기 어렵다고 판단한 것은 징계위원회의 의결권한의 범위와 징계대상자에 대한 사전통지 및 소명기회 부여 절차에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유는 이유 있다.

## 2. 제2점에 관하여

### 가. 2009.7.17.자 게시글 게시행위에 관하여

원심판결 이유 및 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면 원심은, 원고가 직원으로서 피고의 방침에 불만이 있을 경우 피고가 정한 정당한 절차에 따라 이의를 제기해야 함에도 저속한 표현을 쓰면서 근거 없이 피고의 방침을 비판하는 내용의 2009. 7. 17.자 게시글을 피고의 사내 전자게시판에 게시하였으므로 피고의 인사규정 제38조 제4항을 위반한 사실이 충분히 인정된다고 판단하였는바, 기록과 대조하여 보면 원심의 판단은 수긍이 가고, 거기에 원고 주장과 같은 품위손상행위의 성립에 관한 법리오해의 잘못이 없다. 이 부분 상고이유 주장은 이유 없다.

### 나. 2009.7.21.자 게시글 게시행위에 관하여

사내 전자게시판에 게시된 문서에 기재되어 있는 문언에 의하여 타인의 인격, 신용, 명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고, 또 문서에 기재되어 있는 사실관계의 일부가 허위이거나 표현에 다소 과장되거나 왜곡된 점이 있다고 하더라도, 그

문서를 배포한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지증진 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것으로서 문서의 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면 이는 근로자의 정당한 활동범위에 속한다.

원심판결 이유 및 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면 원심은, 원고가 2009.7.21.자 게시글을 피고 사내 전자게시판에 게시하면서 피고의 인사원칙에 따라 전보된 인력관리실장 소외인을 특정할 수 있는 표현을 하면서 소외인이 정당하지 못한 방법으로 인사상 특혜를 입었다는 취지의 글로 소외인의 명예를 훼손하고, 피고 공단의 인사정책을 왜곡하였으므로 피고 인사규정 제38조 제4항을 위반한 사실이 인정되어 징계사유에 해당한다고 판단하였다.

그러나 원심이 인정한 사실과 기록에 의하면, 위 게시글에는 소외인의 개인적인 명예를 훼손시킬 수 있는 표현들이 있으나 전체적인 글의 취지는 피고의 이사장에게 전보인사의 원칙인 1년 근무 규정을 지켜 자의적 인사의 폐해를 방지해 달라고 건의하는 것으로 위 게시글을 게시한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지증진 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것으로 볼 수 있고, 문서의 내용도 전체적으로 보아 진실한 것으로 보인다.

그렇다면 위 게시글에 기재되어 있는 문언에 의하여 소외인의 인격, 신용, 명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고 또 문서에 기재되어 있는 사실관계의 일부가 허위이거나 표현에 다소 과장되거나 왜곡된 점이 있다고 하더라도, 위 글의 게시행위는 근로자의 정당한 활동범위에 속하여 징계사유에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다.

그럼에도 원심은 2009.7.21.자 게시글 게시행위가 징계사유에 해당한다고 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 근로자의 정당한 활동범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유는 이유 있다(다만 이 사건 해임처분 당시 원고의 정년이 1년 남짓 남았다고는 하나, 기록상 정확한 원고의 정년 도래시기를 알 수 없어 상고심 계속 중에 그 정년이 지났을 가능성이 있으므로, 환송 후 원심으로서 는 해고무효확인청구 부분의 확인의 이익에 관하여도 살펴볼 필요가 있을 것이다).

### 3. 결론

그러므로 원심의 징계양정에 대한 판단의 당부 등 나머지 점에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원으로 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이상훈(재판장) 전수안(주심) 양창수 김용덕

### 3 징계해고 절차와 해고기간 중의 임금

☞ 대법원 1994. 10. 25. 선고 94다25889 판결

#### » 요 지 «

1. 특정사유가 단체협약이나 취업규칙 등에서 징계해고사유와 통상해고사유의 양쪽에 모두 해당하는 경우뿐 아니라 징계해고사유에는 해당하나 통상해고사유에는 해당하지 않는 경우에도, 그 사유를 이유로 징계해고처분의 규정상 근거나 형식을 취하지 아니하고 근로자에게 보다 유리한 통상해고처분을 택하는 것은, 근로기준법 제27조 제1항에 반하지 않는 범위 내에서 사용자의 재량에 속하는 적법한 것이나, 근로자에게 변명의 기회가 부여되지 않더라도 해고가 당연시될 정도라는 등의 특별한 사유가 없는 한, 징계해고사유가 통상해고사유에도 해당하여 통상해고의 방법을 취하더라도 징계해고에 따른 소정의 절차는 부가적으로 요구된다고 할 것이고, 나아가 징계해고사유로 통상해고를 한다는 구실로 징계절차를 생략할 수는 없는 것이니, 절차적 보장을 한 관계규정의 취지가 회피됨으로써 근로자의 지위에 불안정이 초래될 수 있기 때문이다.
2. 단체협약 등에서 징계에 특별한 절차를 요하는 것으로 규정되어 있는 경우, 그러한 절차는 실제적 징계사유의 존부, 부당노동행위에의 해당 여부를 불문하고 사용자가 하는 징계처분의 유효요건이다.
3. 사용자의 근로자에 대한 해고가 무효인 경우 근로자는 근로계약관계가 유효하게 존속함에도 불구하고 사용자의 귀책사유로 인하여 근로제공을 하지 못한 셈이므로 민법 제538조 제1항에 의하여 그 기간 중에 근로를 제공하였을 경우에 받을 수 있는 반대급부인 임금의 지급을 청구할 수 있다고 할 것이지만, 해고가 없었다고 하더라도 취업이 사실상 불가능한 상태가 발생한 경우라든가 사용자가 정당한 사유에 의하여 사업을 폐지한 경우에는 사용자의 귀책사유로 인하여 근로제공을 하지 못한 것이 아니므로, 그 기간 중에는 임금을 청구할 수 없다.

\* 원심판결 / 부산고등법원 1994.4.21. 선고 93나10156 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 각자의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

1. 피고소송대리인의 상고이유를 본다.

가. 제1점에 대하여

- (1) 원심은 그 거시증거에 의하여, 원고는 1988.6.25. 피고회사에 입사하여 생산부 기공과에 근무하면서 1989.11.1.부터 교육선전부장의 직책을 맡고 있던 중 1989.12.16. 상사에



게 항명, 욕설, 협박을 하고 생산현장을 돌며 정상조업을 방해하였다는 등의 사유로 정직 2개월의 징계처분을 받았고, 재심절차에서 그 처분이 확정된 사실, 피고회사가 정직 기간 만료일인 1990.2.15. 원고에게 정상출근을 촉구하자 원고는 노동조합을 통하여 형사입건되어 수배중이어서 출근할 수 없다는 이유로 휴직처리를 요청하였고, 피고회사는 이를 거부하고 같은달 20. 재차 출근을 촉구한 사실, 피고회사의 단체협약 제30조에는 "무계결근이 계속 3일 이상일 때"를 해고사유로 하고, 그 해고의 경우 근로기준법 제27조의2 소정의 해고예고를 하도록 규정하고 있으나, 같은 해고사유로서 "고의 또는 중대한 과실로 회사의 위신을 추락시키거나 사회적 물의를 일으킨 경우" 등을 포함하고 있고, 취업규칙 제41조에는 "무계결근이 계속 3일 이상일 때"의 해고사유는 포함되지 않고 "기구개편으로 인원감축을 단행할 때" 등의 해고사유와 그 절차만을 규정하고 있는 사실, 피고회사는 1990.2.26. 원고가 3일 이상 무단결근하였다는 이유로 취업규칙 제41조, 단체협약 제30조에 따라 징계절차를 거치지 않고 원고를 해고한 사실을 인정하고, 그러한 사실인정에 기해 "3일 이상의 무계결근"은 단체협약과 취업규칙에 규정된 퇴직사유에는 해당되지 않고, 단체협약 제30조는 해고사유로서 "3일 이상의 무계결근"과 함께 "징계해고처분을 받은 경우"를 병렬적으로 규정하고 있으나, 위 규정 중에는 "고의 또는 중대한 과실로 회사의 위신을 추락시키거나 사회적 물의를 일으킨 경우" 등과 같이 단체협약과 취업규칙의 전체규정 취지에 비추어 해당 근로자에게 소명의 기회를 주어 사실을 규명한 다음 징계절차에 의하여 근로자를 해고할 것을 예정하고 있는 사유도 포함되어 있고, 위 취업규칙은 "정당한 사유 없이 무계출결근이 빈번한 자"를 징계사유의 하나로 규정하고 있으므로, 이러한 사정을 종합하면, "3일 이상의 무계결근"에 해당하는 경우에도 징계절차를 거치도록 규정한 취지라고 보아야 하고, 따라서 그러한 절차 없이 행해진 이 사건 해고처분은 무효라고 판시한 후, 나아가 원고에 대한 징계해고가 무효인 이상 피고회사와 원고 사이의 고용계약관계는 여전히 유효하게 존속한다 할 것이지만, 원고는 수사기관의 수배를 받아 계속 피신해있던 중 1991.11. 구속 수감되고 1992.4.28.에야 출소한 것이어서, 그때까지는 원고의 사정에 의하여 피고회사에게 근로를 제공하지 못한 것이므로 해고일로부터 출소일까지의 임금청구부분은 이유 없고, 피고회사는 원고에게 1992.5.1.부터 복직시킬 때까지 임금상당액을 지급할 의무가 있다고 판단하고 있다.

- (2) 특정사유가 단체협약이나 취업규칙 등에서 징계해고사유와 통상해고사유의 양쪽에 모두 해당하는 경우 뿐 아니라 징계해고사유에는 해당하나 통상해고사유에는 해당하지 않는 경우에도, 그 사유를 이유로 징계해고처분의 규정상 근거나 형식을 취하지 아니하고 근로자에게 보다 유리한 통상해고처분을 택하는 것은, 근로기준법 제27조 제1항에 반하지 않는 범위내에서 사용자의 재량에 속하는 적법한 것이다.

그러나 근로자에게 변명의 기회가 부여되지 않더라도 해고가 당연시될 정도라는 등의 특별한 사유가 없는 한, 징계해고 사유가 통상해고 사유에도 해당하여 통상해고의 방법을 취하더라도 징계해고에 따른 소정의 절차는 부가적으로 요구된다고 할 것이고, 나아가 징계해고사유로 통상해고를 한다는 구실로 징계절차를 생략할 수는 없는 것이니, 절차적 보장을 한 관계규정의 취지가 회피됨으로써 근로자의 지위에 불안정이 초래될 수 있기 때문이다.

이 사건에서 기록에 의하여 원심이 취사한 증거관계를 살펴보면, “3일 이상의 무계결근”을 징계해고사유로 보아 소정의 징계절차를 요한다고 본 원심의 인정판단은 옳고, 소론과 같이 피고회사가 위 징계해고사유에 대하여 통상해고사유를 규정한 취업규칙 제41조를 적용하여 원고를 통상 해고하였다고 하더라도 피고회사로서는 징계절차를 거쳐야 하는 만큼 그러한 절차를 생략한 피고회사의 이 사건 해고처분은 무효이므로, 결국 원심의 판단은 정당하며, 원심판결에 소론과 같은 해고에 관한 법리오해의 위법이 있다고 볼 수 없다. 논지는 이유가 없다.

#### 나. 제2점에 대하여

단체협약 등에서 징계에 특별한 절차를 요하는 것으로 규정되어 있는 경우, 그러한 절차는 실제적 징계사유의 존부, 부당노동행위예의 해당여부를 불문하고 사용자가 하는 징계처분의 유효요건이라는 것이 당원의 판례로서(당원 1986.7.8. 선고 85다375, 85다카1591 판결, 1992.9.25. 선고 92다18542 판결, 1993.10.22. 선고 92다49935 판결 등 참조), 이에 반하는 논지는 독자적인 견해에 불과하여 이유가 없다.

### 2. 원고의 상고이유를 본다.

#### 가. 제1점에 대하여

사용자의 근로자에 대한 해고가 무효인 경우 근로자는 근로계약관계가 유효하게 존속함에도 불구하고 사용자의 귀책사유로 인하여 근로제공을 하지 못한 셈이므로 민법 제538조 제1항에 의하여 그 기간 중에 근로를 제공하였을 경우에 받을 수 있는 반대급부인 임금의 지급을 청구할 수 있다고 할 것이지만(당원 1989.5.23. 선고 87다카2132 판결, 1991.6.28. 선고 90다카25277 판결, 1992.12.8. 선고 92다39860 판결, 1992.3.31. 선고 90다8763 판결 참조), 해고가 없었다고 하더라도 취업이 사실상 불가능한상태가 발생한 경우라든가 사용자가 정당한 사유에 의하여 사업을 폐지한 경우에는 사용자의 귀책사유로 인하여 근로제공을 하지 못한 것이 아니므로, 그 기간 중에는 임금을 청구할 수는 없다 할 것이다.

원심판결 이유에 의하면, 원고는 이 사건 해고처분이전부터 수사기관의 수배를 피해 다니다가 1991.11. 구속되었고, 1992.4.28. 교도소에서 출소한 것이어서, 이 사건 해고처분 시부터 위 출소 시 까지는 애당초 원고가 근로의 제공을 할 수 없는 처지였기 때문에 수령지체의 문제는 생길 수 없는 것이어서 원고의 그 기간 동안의 임금청구를 배척한 원심의 조치에 이행불능 및 수령지체에 대한 법리오해로 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유가 없다.

#### 나. 제2점에 대하여

1992.4.부터 적용되는 기본급에 대하여 재협상 결과 750원이 더 인상되었다는 점이나, 1992.5.1. 이후 다른 근로자들이 실제 연장근로 하였다는 점 등은 모두 원고에게 입증책임이 있고 이 사건에서 논지가 주장하는 석명 의무가 있다고 볼 수도 없다. 논지도 이유가 없다.

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

대법관 정귀호(재판장) 김석수 이돈희 이임수(주심)

#### 4 근로자 측 징계위원의 자격

☞ 대법원 2015. 5. 28. 선고 2013두3351 판결

##### » 요 지 «

기업별 단위노동조합과 사용자가 체결한 단체협약에서 징계위원회를 노사 각 3명의 위원으로 구성하기로 정하면서 근로자측 징계위원의 자격에 관하여 아무런 규정을 두지 않은 경우, 그 근로자측 징계위원은 사용자 회사에 소속된 근로자에 한정된다고 해석하여야 한다. 나아가 기업별 단위노동조합이 그 단체협약을 체결한 후 산업별 단위노동조합의 지부 또는 분회로 조직이 변경되고 그에 따라 그 산업별 단위노동조합이 단체협약상의 권리·의무를 승계한다고 하더라도, 노동조합의 조직이 변경된 후 새로운 단체협약이 체결되지 아니하였다면 근로자의 징계절차에는 기업별 단위노동조합일 때 체결된 단체협약이 그대로 적용되어야 하므로 그 징계절차에 있어서도 근로자측 징계위원은 사용자 회사에 소속된 근로자에 한정되어야 한다.

[기업별 단위노동조합 형태의 노동조합이 사용자와 체결한 단체협약에서 징계위원회를 노사 각 3명의 위원으로 구성하기로 정하면서 근로자측 징계위원의 자격에 관하여 아무런 규정을 두지 않았는데, 그 노동조합이 그 후 산업별 단위노동조합의 지부로 조직이 변경되고 새로운 단체협약이 체결되지 아니한 상태에서 근로자에 대한 징계절차를 진행하면서, 산업별 노동조합이 추천한 사용자 회사 소속 근로자가 아닌 노동조합 간부의 징계위원 선정을 거부하고 사용자 회사가 자체적으로 선정한 징계위원을 근로자측 징계위원으로 하여 구성한 징계위원회에서 징계하고 또는 정직처분을 한 사안에서, 노동조합이 스스로 징계위원 선정을 포기 또는 거부한 것으로 보아야 하므로 징계위원회 구성에 단체협약을 위반한 위법이 없다고 한 원심의 판단을 수긍함.]

- \* 원고, 상고인 : 원고 1 외 6인
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : ○○○코리아 유한회사
- \* 원심판결 : 서울고등법원 2013.1.17. 선고 2012누19375 판결

##### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고들이 부담한다.

##### » 이 유 «

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

## 1. 상고이유 제1점에 관하여

단체협약에 정하여진 해고에 관한 절차위반이 그 해고를 무효로 하느냐 여부는 일률적으로 말할 수는 없고 그 규정의 취지에 따라 결정되어야 할 것으로서, 단체협약에서 징계위원회의 구성에 근로자측의 대표자를 참여시키도록 되어 있음에도 불구하고 이러한 징계절차를 위배하여 징계해고를 하였다면 이러한 징계권의 행사는 징계사유가 인정되는지 여부에 관계 없이 절차에 관한 정의에 반하는 것으로 무효라고 보아야 할 것이지만, 근로자측에 징계위원 선정권을 행사할 기회를 부여하였는데도 근로자측이 스스로 징계위원 선정을 포기 또는 거부한 것이라면 근로자측 징계위원이 참석하지 않은 징계위원회의 의결을 거친 징계처분이라고 하더라도 이를 무효로 볼 수는 없다(대법원 1999.3.26. 선고 98두4672 판결 등 참조).

한편 기업별 단위노동조합과 사용자가 체결한 단체협약에서 징계위원회를 노사 각 3명의 위원으로 구성하기로 정하면서 근로자측 징계위원의 자격에 관하여 아무런 규정을 두지 않은 경우, 그 근로자측 징계위원은 사용자 회사에 소속된 근로자에 한정된다고 해석하여야 한다. 나아가 기업별 단위노동조합이 그 단체협약을 체결한 후 산업별 단위노동조합의 지부 또는 분회로 조직이 변경되고 그에 따라 그 산업별 단위노동조합이 단체협약상의 권리·의무를 승계한다고 하더라도, 노동조합의 조직이 변경된 후 새로운 단체협약이 체결되지 아니하였다면 근로자의 징계절차에는 기업별 단위노동조합일 때 체결된 단체협약이 그대로 적용되어야 하므로 그 징계절차에 있어서도 근로자측 징계위원은 사용자 회사에 소속된 근로자에 한정되어야 한다.

원심은 그 판시 사정을 종합하면, 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고만 한다)이 참가인 소속 근로자가 아닌 전국금속노동조합 광주전남지부 소속 소외 1, 소외 2를 근로자측 징계위원으로 받아들이지 않은 데 잘못이 있다고 할 수 없고 이 사건 노동조합이 스스로 징계위원 선정을 포기 또는 거부한 것으로 보아야 하므로 이 사건 징계를 위한 징계위원회 구성에 단체협약 제22조제1항을 위반한 위법이 없다고 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 거기에 상고 이유 주장과 같은 징계위원회 구성에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 관하여

원심은, 이 사건 초심 징계위원회와 재심 징계위원회가 열릴 무렵 원고들이 쟁의행위에 참여하였다고 인정할 증거가 없고 이 사건 노동조합의 소수 조합원에 의한 지명파업이 간헐적으로 있었다고 하더라도 원고들에 대한 이 사건 징계로 말미암아 이 사건 노동조합의 단체행동권이 실질적으로 보장받지 못할 우려가 발생한다고 보기 어려우므로 이 사건 징계가 단체협약 제120조에 위반하였다고 할 수 없다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같은 단체협약상의 쟁의기간 중 징계금지 규정 위반에 관한 법리오해, 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 등의 위법이 없다.

### 3. 상고이유 제3점에 관하여

원심은, 그 판시 사정을 고려하면 비록 이 사건 재심 징계위원회 개최에 관한 통지가 개최 7일 전까지 이루어지지 않았어도 그 통지가 원고들이 소명을 준비할 여유가 없을 정도로 촉박하게 이루어진 것으로 볼 수 없으므로 재심 통지기간을 준수하지 않았음을 이유로 이 사건 징계가 무효라고 할 수 없다고 판단하였다. 또한 원심은, 그 판시 사정에 비추어 보면 참가인이 원고들에게 이 사건 재심 징계위원회에서도 소명할 기회를 부여하였으나 원고들이 소명하지 아니하거나 소명 자체를 요구하지 않았다고 봄이 타당하다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같은 재심 징계위원회 개최에 관한 통보 하자, 소명기회 미부여에 관한 법리오해 및 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 등의 위법이 없다.

### 4. 상고이유 제4점에 관하여

원심은, 그 채택 증거에 의하여 참가인은 원고들이 2007.9.경부터 계속해서 쟁의발생 신고를 하면서 쟁의기간중임을 이유로 징계를 할 수 없다고 주장하였기 때문에 바로 징계위원회를 열지 않고, 원고 1의 징계사유 ①, 원고 4의 징계사유 ② ⑤, 원고 7의 징계사유 ④ ⑤에 대하여 해당 원고에게 각 징계사유 발생일로부터 3개월 이내에 위 각 징계사유가 징계대상에 해당되지만 이 사건 단체협약에 따라 징계를 보류한다는 내용의 통지를 한 사실을 인정한 다음, 따라서 위 각 징계사유는 이 사건 단체협약 제23조제10항 단서의 '징계위원회 진행사안'에 해당하므로 그 징계사유들에 대한 징계시효가 지났다고 볼 수 없다고 판단하였다. 원심은 또한, 그 판시 사실을 인정한 다음 원고들이 2007.9.경부터 계속해서 쟁의발생 신고를 하면서 쟁의기간 중임을 이유로 징계할 수 없다고 주장하는 상황에서 참가인이 원고 4, 원고 5의 징계사유 각 ①(무단결근)에 관하여 위 원고들을 징계할 것을 예고하였고, 한편 그 무단결근 처리의 적법성 여부를 직접적인 다툼의 대상으로 삼아 행정구제절차가 진행 중이었으므로 위 각 징계사유는 징계위원회 진행사안에 해당되거나 형사사건으로 기소된 경우 또는 수사기관에서 조사 중인 때에 준하여 징계시효가 정지되었다고 봄이 타당하다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 징계시효 완성에 관한 법리오해, 판례 위반 및 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 등의 위법이 없다.

### 5. 상고이유 제5점에 관하여

원심은, 원고들이 상고이유로 다투고 있는 각 징계사유에 관하여 그 채택 증거로 각각의 징계사유 사실을 인정하고 그와 같이 인정된 각각의 사실을 징계사유로 삼는 것이 정당하다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 개별 징계사유의 존부 및 정당성에 관한 법리오해, 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 등의 위법이 없다.

## 6. 상고이유 제6점에 관하여

원심은, 그 판시 사정들을 고려하면 원고들에 대한 각 징계처분이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃어 징계재량권의 범위를 일탈하거나 이를 남용한 것이라고 보기 어렵다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고 거기에 상고이유 주장과 같은 징계양정에 관한 법리오해, 채증법칙 및 경험칙 위반으로 인한 사실오인 등의 위법이 없다.

## 7. 결론

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

대법관 박상욱(재판장) 이상훈 김창석(주심) 조희대

## 5 징계위원 기피신청

☞ 대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두36126 판결

### » 요 지 «

1. 기피신청은 원래 징계위원 개개인에 대한 것으로서 기피신청에 대한 의결 역시 기피신청 대상자별로 개별적으로 하여야 하므로, 징계위원에 대한 수개의 기피신청이 있는 경우라도 신청을 당한 징계위원은 자신에 대한 의결에만 참여할 수 없을 뿐 다른 사람에 대한 의결에는 참여할 수 있고, 다만 기피사유가 공통의 원인에 기인하는 경우에는 자신에 대한 의결뿐 아니라 다른 사람에 대한 의결에도 참여할 수 없다.

한편 징계 대상자가 징계위원 전원 또는 대부분에 대하여 동시에 기피신청을 함으로써 징계위원회를 구성할 수 없게 하거나 징계위원회의 결정 자체를 불가능하게 하는 경우, 그 밖에 기피신청이 징계절차의 지연을 목적으로 함이 명백한 경우 등 기피신청권의 남용에 해당하는 경우에는 그 기피신청 자체가 부적법하므로, 이러한 경우에는 기피신청의 대상이 된 징계위원이 기피결정에 관여하는 것이 금지된다고 볼 수 없다. 여기서 기피신청이 징계절차의 지연을 목적으로 하는 경우에 해당하는지는 징계에 이르게 된 경위, 징계위원회 출석 여부 등 피징계자가 징계절차에서 취한 행태, 기피신청의 시기와 횟수, 기피신청으로 주장하는 기피사유의 내용 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

2. 원고의 기피신청은 징계절차의 지연을 목적으로 함이 명백하여 기피신청권을 남용한 경우에 해당하므로, 참가인의 징계위원회에서 6인의 징계위원이 자신과 공통된 원인으로 기피신청을 받은 다른 징계위원들의 기피의결에 참여 하였다고 하더라도 그 기피의결이나 징계위원회의 징계의결이 위법하다고 볼 수는 없다.

\* 원고, 피상고인 : A

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : 학교법인 B

\* 원심판결 : 서울고등법원 2014.12.12. 선고 2014누57906 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유에 대하여 판단한다.

1. 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다)의 「교·직원 징계에 관한 규정」은 참가인의 직원 징계위원회는 5인 이상 7인 이내(위원장 1인을 포함)의 위원으로 구성하고(제4조제2항제1



호), 징계 대상자는 징계위원회의 위원이 불공정한 의결을 할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 사유가 있을 때에는 그 사실을 서면으로 소명하고 기피를 신청할 수 있으며(제13조제1항), 기피신청이 있을 때에는 위원회의 의결로 기피 여부를 결정하여야 하는데 이 경우 기피신청을 받은 자는 그 의결에 참여하지 못하고(제13조제2항), 한편 직원의 징계의결은 재적위원 3분의2 이상 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 한다(제14조제2항)고 규정하고 있다.

기피신청은 원래 징계위원 개개인에 대한 것으로서 기피신청에 대한 의결 역시 기피신청 대상자별로 개별적으로 하여야 하므로, 징계위원회에 대한 수개의 기피신청이 있는 경우라도 신청을 당한 징계위원은 자신에 대한 의결에만 참여할 수 없을 뿐 다른 사람에 대한 의결에는 참여할 수 있고, 다만 기피사유가 공통의 원인에 기인하는 경우에는 자신에 대한 의결뿐 아니라 다른 사람에 대한 의결에도 참여할 수 없다.

한편 징계 대상자가 징계위원 전원 또는 대부분에 대하여 동시에 기피신청을 함으로써 징계위원회를 구성할 수 없게 하거나 징계위원회의 결정 자체를 불가능하게 하는 경우, 그 밖에 기피신청이 징계절차의 지연을 목적으로 함이 명백한 경우 등 기피신청권의 남용에 해당하는 경우에는 그 기피신청 자체가 부적법하므로, 이러한 경우에는 기피신청의 대상이 된 징계위원이 기피결정에 관여하는 것이 금지된다고 볼 수 없다(대법원 2009.1.30. 선고 2007추127 판결 참조). 여기서 기피신청이 징계절차의 지연을 목적으로 하는 경우에 해당하는지는 징계에 이르게 된 경위, 징계위원회 출석 여부 등 피징계자가 징계절차에서 취한 행태, 기피신청의 시기와 횟수, 기피신청으로 주장하는 기피사유의 내용 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

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

가. 원고는 2007.3.1. C대학교의 도서관장으로 발령을 받은 것에 불만을 품고 총장실을 점거하거나 휘발유를 반입하여 방화를 시도하기도 하였으나, 2008.1.25. 징계의결을 유보하는 결정을 받았고, 2008.8.1. 이후에는 무단결근을 하였음에도 참가인으로부터 임금을 지급 받았다. 이에 광주지방검찰청 순청지청에서 2012.11.21. 참가인의 이사장과 C대학교 총장 등을 업무상배임 혐의로 기소하자, C대학교 총장이 2012.12.10. 참가인에게 원고에 대한 징계를 요구함으로써 비로소 이 사건 징계절차가 개시되었다.

나. 참가인은 2012.10.29. 원고와 그의 전 배우자이자 C대학교 교수인 D에게 교직원 복무규정 미준수에 따른 경고, 업무용 차량 반납 요청 등을 내용으로 하는 우편물과 전자우편을 발송했는데, D이 2012.11.2. 위 전자우편을 수신한 이후로 원고와 D 모두 참가인이 발송한 우편물의 수취를 거절하였고 전자우편도 확인하지 않았다.

다. 원고는 2012.12.27.과 2013.1.2.에 열린 제1, 2차 징계위원회에 출석하지 않았고, 2013.1.10. 열린 제3차 징계위원회에 비로소 출석하여 7인의 징계위원 전원에 대해 기피신청을 한 후 곧바로 회의장에서 나가버렸다. 또한 원고는 재심 징계위원회에서도 초심 징계위원회에서와 동일하거나 유사한 이유로 5명의 재심 징계위원 전원에 대하여 기피신청을 하였다.

라. 원고가 2013.1.10.에 한 기피신청의 사유 중 위원장 E를 제외한 나머지 6인에 대한 기피신청 사유는 그들이 총장의 지시에 따라 노동조합 임시총회에서 원고의 노조원 자격을 박탈하는 결의를 주도하였으므로 이번에도 총장 지시에 따라 원고에게 불리한 징계를 할 우려가 있다는 것이었는데, 원고는 재심 징계위원 중 4인에 대하여도 동일한 사유로 기피신청을 하였다.

그러나 C대학교 직원노동조합은 2012.12.경 임시총회에서 4급 이상의 직원들을 조합원에서 제외하는 의결을 하였을 뿐 원고를 특정하여 조합원 자격을 박탈하는 결의를 한 것이 아니었고, 초심 징계위원 중 노동조합의 간부인 F(위원장)과 G(부위원장)를 제외한 나머지 징계위원에 대하여는 단지 노동조합의 의결에 참여 하였다는 이유만으로 원고가 기피신청을 한 것으로 보여 그 기피사유가 정당하다고 보기도 어렵다.

마. 한편 참가인의 「교·직원 징계에 관한 규정」 제4조제2항제2호는 '직원 징계위원회의 위원은 교·직원 또는 참가인의 이사 중에서 임명하되, 교·직원인 위원의 수가 3분의1 이상이어야 한다'고 규정하고 있고, 교원과 직원은 그 지위, 직무내용, 근무형태 등이 달라 직원을 배제한 채 직원 징계위원회를 구성하는 것은 적절하지 않을 수 있으므로, 노동조합의 의결에 참여하였다는 이유만으로 그 직원을 징계위원에서 기피할 수 있다면 적절한 징계위원회를 구성하기가 현저히 곤란해질 것으로 보인다.

3. 이러한 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고의 기피신청은 징계절차의 지연을 목적으로 함이 명백하여 기피신청권을 남용한 경우에 해당하므로, 참가인의 징계위원회에서 6인의 징계위원이 자신과 공통된 원인으로 기피신청을 받은 다른 징계위원들의 기피의결에 참여하였다고 하더라도 그 기피의결이나 징계위원회의 징계의결이 위법하다고 볼 수는 없다.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 원고가 기피신청권을 남용하였다고 보기 어려워 결국 원고에 대한 징계가 위법하다고 판단하였으므로, 이러한 원심판결에는 기피신청권 남용에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장에는 정당한 이유가 있다.

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

대법관 김소영(재판장) 이인복(주심) 고영한 이기택

## 6 징계위원회 개최 통지 흠결의 효과

☞ 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50263 판결

### » 요 지 «

1. 단체협약 등에 규정된 인사협의(합의)조항의 구체적 내용이 사용자가 인사처분을 함에 있어서 신중을 기할 수 있도록 노동조합이 의견을 제시할 수 있는 기회를 주어야 하도록 규정된 경우에는 그 절차를 거치지 아니하였다고 하더라도 인사처분의 효력에는 영향이 없다고 보아야 할 것이지만, 사용자가 인사처분을 함에 있어 노동조합의 사전 동의나 승낙을 얻어야 한다거나 노동조합과 인사처분에 관한 논의를 하여 의견의 합치를 보아 인사처분을 하도록 규정된 경우에는 그 절차를 거치지 아니한 인사처분은 원칙적으로 무효라고 보아야 할 것이다.
2. 단체협약의 인사협의(합의)조항에 조합간부의 인사에 대하여는 사전 "합의"를, 조합원의 인사에 대하여는 사전 "협의"를 하도록 용어를 구분하여 사용하고 있다면, 교섭 당시 사용자의 인사권에 대하여 조합간부와 조합원을 구분하여 제한의 정도를 달리 정한 것으로 보아야 하고, 그 정도는 노조간부에 대하여는 조합원에 대한 사전 협의의 경우보다 더 신중하게 노동조합측의 의견을 참작하여야 한다는 정도의 차이가 있는 것으로 볼 수는 없는 것이므로, 노조원에 대한 인사권의 신중한 행사를 위하여 단순히 의견수렴절차를 거치라는 뜻의 사전 "협의"와는 달리, 노조간부의 인사에 대하여는 노동조합과 의견을 성실하게 교환하여 노사간에 "의견의 합치"를 보아 인사권을 행사하여야 한다는 뜻에서 사전 "합의"를 하도록 규정한 것이라고 해석하는 것이 타당하다.
3. 인사협의조항이 노동조합 간부의 인사 및 징계 전반에 관하여 사전 합의를 거치게 하고 있다고 하더라도 이는 어디까지나 사용자에게 있는 인사권을 노동조합과의 합의를 거쳐 행사하도록 제한한 것일 뿐 사용자의 인사권을 근본적으로 부정하는 것은 아닌 이상, 단체협약에 노동조합 간부에 대한 징계에는 노동조합과의 사전 합의가 있어야 하도록 규정되어 있는 경우에도, 노동조합측에 중대한 배신행위가 있고 이로 인하여 사용자측의 절차의 흠결이 초래된 경우이거나, 또는 피징계자가 사용자인 회사에 대하여 중대한 위법행위를 하여 직접적으로 막대한 손해를 입히고 비위사실이 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백하며 회사가 노동조합측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합측이 합리적 근거나 이유제시도 없이 무작정 징계에 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다고 인정되는 경우에는 노동조합측이 합의거부권을 남용한 것이 되어 사용자가 이러한 합의 없이 한 해고도 유효하다고 보아야 한다.
4. 노동조합이 합의거부권을 남용하였다고 하여 노동조합과 합의에 이르지 못한 채 한 징계면직처분이 유효하다고 본 사례.
5. 회사 상벌규정 및 단체협약상 조합원의 징계는 징계위원회의 심의를 거치고 징계대상자에게 사실소명의 기회를 주도록 되어 있음에도 회사가 피징계자에게 사전통보나 사실소명의

기회를 주지 아니한 채 개최한 1990.8.31.자 징계위원회의 심의결정이나, 위 징계위원회에서 피징계자에게 차후에 소명기회를 부여한 후 결정하기로 하고서도 피징계자가 징계를 인정하지 아니한다는 이유만으로 징계위원회의 소집 및 심의도 없이 위 일자 징계위원회의 심의내용에 의거하여 1990.9.15. 피징계자를 해고한 회사의 조치는 모두 회사의 취업규칙이나 단체협약상의 징계절차를 위배한 것이므로 무효이다.

6. 단체협약 제48조 제1항은 "징계위원회의 위원은 노사 각 3명으로 구성하며, 심의대상조합원 또는 동료조합원에게 사실소명의 기회를 준다"고 되어 있다 하더라도, 상별규정 제16조 제2호가 "상별위원회는 징계대상자 및 관계인을 출석시켜 사실소명의 기회를 준다"고 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 위 단체협약 제48조 제1항은 징계대상조합원이 필요한 경우 자신과 함께 하거나 또는 자신 대신에 다른 조합원으로 하여금 자신에 대한 소명을 하게 할 수 있음을 규정한 것이라고 해석하여야 하므로 회사측으로서는 반드시 징계대상자에게 사실소명의 기회를 주어야 한다.
7. 회사의 징계위원회의 성격이 의결기관이 아닌 심의기관이고, 징계는 징계위원회의 심의를 거쳐 임명권자가 하는 것이라고 하더라도 징계위원회의 심의결과는 임명권자의 징계 여부 결정에 중요한 자료로서 결정적 영향을 미친다고 할 것이므로, 회사가 징계위원회 개최통지를 하지 아니함으로써 단체협약이 징계대상자에게 주도록 규정한 소명의 기회를 주지 아니한 채 개최된 징계위원회의 심의결과에 의거하여 임명권자가 한 징계해고처분은 징계절차에 위배한 부적법한 징계권의 행사로서 무효라고 보아야 한다.

\* 원심판결 / 부산고등법원 1992.10.14 선고 92나1032 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 상고인 각자의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

1. 원고 최○우, 김○수 소송대리인의 상고이유에 대하여 본다.

가. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고 회사취업규칙 제50조가 종업원의 징계해고가 결정되었을 때(제2호)에는 해고한다고 규정되어 있고, 제43조에는 종업원의 표창 및 징계에 관하여는 별도상별규정에 의한다고 규정되어 있으며, 위 상별규정 제13조에는 "벌금 이상의 형을 받은 자"(제11호)등을 열거하고 있고, 피고 회사와 그 노동조합(이하 노동조합이라 한다) 사이에 체결된 단체협약에는 조합의 임원 및 간부의 해고는 사전에 조합과 합의한다(제46조 제2항)고 규정하고 있으며, 징계위원회의 위원은 노사 각 3명으로 구성하며 심의대상 조합원 또는 동료조합원에게 사실소명의 기회를 주고, 징계위원회의 개최 2일 전까지 서면으로 조합에 해당조합원의 인적사항, 징계사유, 개최일시 및 장소를 통보한다(제48조)라고 규정되어 있는 사실, ① 원고 최○우는 1988.4.경부터 노동조합 쟁의지도부장으로 활동하여 오면서 1990.5.경 4회에 걸쳐 정당한 절차를 거치지 아니한 채 연장근로거부, 전작업거부, 집단조퇴를 선동하는 등 불법쟁의행위를 하여 1990.6.12. 당시 ○○지방법원에 구속 기소되어 같은 해 9.28. 위 법원 90고단1142판결

로 징역 1년의 형을 선고받고 항소하여 1990.12.28. 위 법원 90노9001호로 징역 1년, 집행유예 2년을 선고받아 그 무렵 위 형이 확정된 사실, ② 원고 김○수는 노동조합 총무부장으로 활동하여 오면서 1989.1. 중순경 노조사무실에 비치하여 운영하던 노동조합 문고를 활성화한다는 명목으로 노동자계급과 자본가계급의 갈등을 주제로 하여 계급투쟁의식을 고취시키고 자본가계급의 타파를 강조하는 내용의 이적표현물인 도서를 구입하여 소속 조합원들에게 대출하여 줌으로써 탐독하게 하고, 1989.10. 말경 이적표현물을 취득, 탐독하여 1990.3.17. 국가보안법위반 혐의로 같은 법원에 구속 기소되어 같은 해 9.18. 같은 법원에서 징역1년 및 자격정지 1년의 형을 선고받고 위 원고가 항소하였으나 1990.12.19. 위 법원 90노1005호로 위 원고의 항소가 기각되고 위 원고의 상고포기로 그 형이 확정된 사실, 이에 피고회사는 위 원고들의 행위에 대하여 징계를 하기로 하고, ① 원고 최○우에 대하여는 위 원고에 대한 제1심 유죄판결이 선고된 후인 1990.10.19. 14:00에 징계위원회를 개최하기로 하고 이를 각 징계위원 및 노동조합에 통지하였으나 노조측에서 징계위원회를 연기할 것을 요청하므로 다시 징계위원회 개최일시를 같은 해 10.22. 14:00로 정하여 통지하고 당시 구속 수감중이던 위 원고에게는 소명서를 제출하게 한 후 회사측 징계위원 3명과 노조측 징계위원 2명이 참석한 징계위원회에서 위 원고의 소명서를 참작하여 위 원고는 피고 회사의 상벌규정 제13조제11호에 해당한다 하여 위 원고를 면직하기로 결정함에 따라 피고 회사는 1990.10.29. 위 원고를 면직된 사실, ② 원고 김○수에 대하여도 위 원고의 제1심 유죄판결이 선고된 이후 당시 구속수감중이던 위 원고에게 소명서를 제출하게 한 다음 1990.10.26. 10:00 피고 회사와 노조측 징계위원 전원이 참석한 징계위원회에서 위 원고가 제출한 소명서를 참작하여 회사측 징계위원 전원이 면직을 요구함에 따라 피고 회사에서는 1990.11.21. 위 원고를 면직된 사실을 인정하고, 앞에서 인정한 원고 최○우, 김○수의 행위는 모두 피고 회사상벌규정 제13조 소정의 징계면직사유에 해당한다 할 것이고, 위 취업규칙 및 상벌규정의 각 해당 조항이 근로기준법에 위배되어 무효라고 볼 만한 사정이 없는 이 사건에 있어서 피고 회사가 위 징계위원회의 징계결의에 따라 위 원고들을 해고한 것은 정당한 이유가 있다고 할 것이고, 위 원고들의 위 행위에 이르게 된 경위와 그 결과, 징계의 목적 및 징계심의 과정에서의 위 원고들의 태도 등에 비추어 보면 그것이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 것으로서 징계권의 남용에 해당한다고 볼 수도 없다고 한 다음, 피고 회사의 단체협약 제37조 제2호, 제46조제2항에는 조합의 임원 및 간부의 해고는 사전에 조합과 합의하도록 규정되어 있기는 하나, 위 협약 제37조 본문에서 "조합은 조합원에 대한 인사권이 회사에 있음을 인정한다"고 규정하고 있으며, 피고 회사상벌규정 제4조는 "포상 및 징계는 상벌위원회의 심의를 거쳐 임명권자가 결정한다"고 규정되어 있는 점 등을 감안하여 볼 때, 위 단체협약상의 합의조항은 노동조합 간부나 대의원에 대한 사용자의 자의적인 인사권이나 징계권의 행사로 노동조합의 정상적인 활동이 저해되는 것을 방지하려는 취지에서 사용자로 하여금 노동조합의 간부에 대한 인사나 징계의 내용을 노동조합에 미리 통지하도록 하여 노동조합에게 인사나 징계의 공정을 기하기 위하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 제시된 노동조합의 의견을 참고자료로 고려하게 하려는 정도에 지나지 아니하는 것이라고 봄이 상당하고, 더우기 이 사건에 있어서 징계위원회의 구성은 노사 동수로 되어 있고 노동조합측에 위 원고들에 대한 징계일정을 미리 통보하였으며 징계심의과정에서 노조간부 다수가

징계위원으로 참석하여 그 의견을 개진한 사실을 인정할 수 있으므로 위 원고들에 대한 징계해고가 노조와의 사전 합의를 거치지 아니한 채 행하여졌다고 하여 그 효력에 영향이 없다고 판단하였다.

- 나. 단체협약 등에 규정된 인사협의(합의)조항의 구체적 내용이 사용자가 인사처분을 함에 있어서 신중을 기할 수 있도록 노동조합이 의견을 제시할 수 있는 기회를 주어야 하도록 규정된 경우에는 그 절차를 거치지 아니하였다고 하더라도 인사처분의 효력에는 영향이 없다고 보아야 할 것이지만, 사용자가 인사처분을 함에 있어 노동조합의 사전 동의나 승낙을 얻어야 한다거나 노동조합과 인사처분에 관한 논의를 하여 의견의 합치를 보아 인사처분을 하도록 규정된 경우에는 그 절차를 거치지 아니한 인사처분은 원칙적으로 무효라고 보아야 할 것이다(당원 1992.4.14. 선고 91다4775 판결 ; 1992.5.22. 선고 91다22100 판결 ; 1992.12.8. 선고 92다32074 판결 ; 1993.4.23. 선고 92다34940 판결 참조). 그런데, 관계증거를 기록과 대조하여 검토하면, 이 사건에서 단체협약 제37조 제2호에서 “조합간부의 인사 및 징계는 조합과 사전 합의한다”고 규정한 반면, 제3호에서 “조합원에 대한 징계, 해고, 파견근무는 조합과 사전 협의한다”고 규정하고 있어, 조합간부의 인사 및 징계에 대하여는 사전 “합의”를, 조합원의 인사 및 징계에 대하여는 사전 “협의”를 하도록 용어를 구분하여 사용하고 있고, 이렇게 “합의”와 “협의”를 구분하여 사용하고 있는 태도는 이밖에도 제45조에서 “회사는 조합원의 경고, 견책, 감봉 및 정직은 상벌규정에 따르며 조합과 협의한다”고 규정하고, 제46조제2항에서 “합의 임원 및 간부의 해고는 조합과 사전 합의한다”고 규정하고 있는데서도 드러난다. 단체협약상의 인사협의(합의)조항은 원칙적으로 사용자에게 있는 인사권에 대하여 노사간의 교섭의 결과에 따라 이를 제한하는 규정으로서 그 문구의 선택도 사용자나 노동조합 중 어느 일방의 주장만에 의하여 채택된 것이 아니고 노사 쌍방간의 협상에 의한 최종적 합의로 채택된 것이므로 결국 노사간의 교섭 당시의 협상력의 정도에 따른 산물인 것이다. 그러므로 위와 같이 단체협약의 인사협의(합의)조항에 노동조합 간부의 인사에 대하여는 사전 “합의”를, 조합원의 인사에 대하여는 사전 “협의”를 하도록 용어를 구분하여 사용하고 있다면, 교섭 당시 피고의 인사권에 대하여 조합간부와 조합원을 구분하여 제한의 정도를 달리 정한 것으로 보아야 하고, 그 정도는 노조간부에 대하여는 조합원에 대한 사전협의의 경우보다 더 신중하게 노동조합측의 의견을 참작하여야 한다는 정도의 차이가 있는 것으로 볼 수는 없는 것이므로, 노조원에 대한 인사권의 신중한 행사를 위하여 단순히 의견수렴절차를 거치라는 뜻의 사전 “협의”와는 달리, 노조간부의 인사에 대하여는 노동조합과 의견을 성실하게 교환하여 노사간에 “의견의 합치”를 보아 인사권을 행사하여야 한다는 뜻에서 사전 “합의”를 하도록 규정한 것이라고 해석하는 것이 타당하다. 따라서, 피고가 노동조합 간부인 위 원고들에 대한 이 사건 징계해고를 함에 있어 사전에 위와 같은 노사간의 의견교환에 의한 “의견의 합치”가 없었으니 위 원고들에 대한 이 사건 징계해고는 단체협약 제37조 제2호, 제46조 제2항 소정의 합의절차 없이 행하여진 것이어서 노동조합측이 스스로 이러한 합의절차를 포기하였다거나, 합의거부권을 남용하였다는 특별한 사정이 없는 한 무효라고 보아야 할 것인바, 위 인사협의조항의 해석에 관하여 이와 견해를 달리한 원심은 단체협약상 인사협의조항의 해석에 관한 법리를 오해하였다고 할 것이다.

다. 그러나, 위 인사합의조항이 노동조합 간부의 인사 및 징계 전반에 관하여 사전 합의를 거치게 하고 있다고 하더라도 이는 어디까지나 사용자에게 있는 인사권을 노동조합과의 합의를 거쳐 행사하도록 제한한 것일 뿐 사용자의 인사권을 근본적으로 부정하는 것은 아닌 이상, 단체협약에 노동조합 간부에 대한 징계에는 노동조합과의 사전 합의가 있어야 하도록 규정되어 있는 경우에도, 노동조합 측에 중대한 배신행위가 있고 이로 인하여 사용자측의 절차의 흠결이 초래된 경우이거나, 또는 피징계자가 사용자인 회사에 대하여 중대한 위법행위를 하여 직접적으로 막대한 손해를 입히고 비위사실이 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백하며 회사가 노동조합측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합측이 합리적 근거나 이유 제시도 없이 무작정 징계에 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다고 인정되는 경우에는 노동조합측이 합의거부권을 남용한 것이 되어 사용자가 이러한 합의 없이 한 해고도 유효하다고 보아야 할 것이다. 그런데 원심이 인정한 사실에 의하면, 이 사건에 있어서 원고 최○우는 노동조합의 쟁의지도부장으로 불법 쟁의를 주도함으로써 피고 회사의 업무를 방해하여 피고 회사에 대하여 직접적으로 막대한 재산상 손해를 입혔고, 이로 인하여 제1심 법원에서 징역 1년의 실형을 선고받았고(위 원고에 대한 형은 이 사건 소제기 전에 항소심에서 징역 1년, 집행유예 2년으로 변경되어 확정되었다), 원고 김○수는 노동조합의 총무부장으로 이적표현물인 도서를 노동조합 문고로 구입하여, 탐독하고 소속조합원들에게 대출하여 줌으로써 탐독하게 하여 제1심법원에서 징역 1년 및 자격정지 1년의 형을 선고받아(위 원고에 대한 위 형은 이 사건 소제기 전에 확정되었다) 위 원고들이 제1심에서 위 각 형을 받은 것은 모두 상벌규정 제13조 제11호소정의 징계면직사유인 "종업원이 벌금 이상의 형을 받은 경우"에 해당함이 객관적으로 명백하고, 징계에 관한 사전 합의의 구체적 절차와 방식에 관하여 단체협약, 취업규칙, 인사규정에 별도의 규정이 없고, 단체협약 제48조제1항이 징계위원회의 위원은 노사 각 3명으로 구성한다고 규정하고 있는 것으로 보아 위 사전 합의절차는 노사 동수로 구성된 징계위원회에서 행하는 것이 보통일 것이라고 보여지는바(대법원 1992.12.8. 선고 92다32074 판결 참조), 노동조합측 징계위원들이 피고 회사로부터 위 원고들에 대한 징계위원회의 개최통보를 받고 1990.10.22.자 및 같은 달 26.자의 각 징계위원회에 참석하여 위 원고들에 대한 각 징계안을 심의함으로써 위와 같은 원고들의 비위사실을 충분히 알고 있었으며, 피고 회사측은 노동조합측과의 합의를 이루기 위하여 원고 최○우에 대한 징계위원회의 개최를 한 차례 연기하여 주고 개최된 각 징계위원회에서 노동조합 측과 합의를 시도하는 등 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고, 노동조합 측 징계위원들이 합리적 근거나 이유제시도 없이 일방적으로 위 원고들에 대한 각 징계에 반대함으로써 노사 간의 합의에 이르지 못하였다고 할 것인바, 이는 노동조합측이 위 인사합의조항에 기한 합의거부권을 남용한 것이라 봄이 상당하므로, 피고 회사가 비록 노동조합과의 사전 합의에까지는 이르지 못한 채 한 이 사건 각 징계면직처분도 유효하다고 보아야 할 것이다.

그렇다면, 원심이 앞에서 본 바와 같이 인사합의조항의 "합의"의 뜻을 징계절차에 있어서 공정을 기하기 위하여 노동조합에게 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 제시된 그 의견을 참고자료로 고려하게 하자는 것일 뿐 의사의 합치까지 필요하지는 아니하다고 본 것은 잘못이라 할 것이지만, 원심이 위 원고들에 대한 이 사건 각 징계면직처분이 노

동조합측과의 사전 합의 없이 이루어졌다 하더라도 유효하다고 판단한 결론은 옳다 할 것이므로 거기에 소론과 같은 판결결과에 영향을 미친 법리오해의 위법이 있다고 볼수 없다. 논지는 결국 이유 없음에 돌아간다.

## 2. 피고 소송대리인의 상고이유에 관하여 본다.

가. 원심판결이유에 의하면, 원심은 원고 조○준에 대한 징계절차에 관하여, 피고 회사가 위 원고를 징계하기로 하여 위 원고에 대한 제1심 유죄판결이 선고된 후인 1990.8.31. 14:00에 징계위원회를 개최하기로 하고 이를 각 징계위원과 노동조합에 통지하였으나(다만 위 원고에 대하여는 이를 통지하였다고 인정할 증거는 없다) 노조측은 참석하지 아니하여 회사측 징계위원들만 참석한 위 징계위원회에서 위 원고의 행위는 피고회사 상별규정 제13조 제9호, 제11호에 해당하므로 해고가 마땅하나 본인에게 소명기회를 부여한 후 결정하기로 하고, 같은 해 9.10. ○○교도소에 수감중이던 위 원고에게 소명서를 제출하도록 통지하였으나, 같은 달 12. 위 원고가 피고 회사의 징계를 인정할 수 없다는 서면을 보내오자 다시 징계위원회를 열지도 아니한 채 위 1990.8.31.의 징계위원회 결정에 의거하여 같은 해 9.15. 위 원고를 면직한 사실을 인정한 다음, 피고 회사 상별규정 및 단체협약상 조합원의 징계는 징계위원회의 심의를 거치고 징계대상자에게 사실소명의 기회를 주도록 되어 있음에도 피고 회사가 위 원고에게 사전통보나 사실소명의 기회를 주지 아니한 채 개최한 1990.8.31.자 징계위원회의 심의결정이나, 위 징계위원회에서 위 원고에게 차후에 소명기회를 부여한 후 결정하기로 하고서도 위 원고가 징계를 인정하지 아니한다는 이유만으로 징계위원회의 소집 및 심의도 없이 위 일자 징계위원회의 심의내용에 의거하여 1990.9.15. 위 원고를 해고한 피고 회사의 조치는 모두 피고 회사의 취업규칙이나 단체협약상의 징계절차를 위배한 것이므로 무효라고 판단하였는바, 원심이 위 사실을 인정하는 데 거친 채증의 과정을 기록에 의하여 살펴 보아도 정당하고, 거기에 소론과 같은 채증법칙 위반으로 인한 사실오인의 위법사유가 없다. 논지는 이유없다.

나. 기록에 의하면 단체협약 제48조 제1항은 "징계위원회의 위원은 노사 각3명으로 구성하며, 심의대상 조합원 또는 동료조합원에게 사실소명의 기회를 준다"고 되어 있어 문리대로라면 피고 회사는 심의대상 조합원이나 동료조합원 중 어느 일방에만 사실소명의 기회를 주면 될 것같기도 오해될 소지가 있기는 하나, 이렇게 해석한다면 피고 회사측에서 징계대상자에게는 소명기회를 주지 아니한 채 회사측에 호의적인 다른 조합원으로 하여금 형식적인 소명을 하도록 함으로써 위 절차보장규정을 유명무실화 시킬 수 있다는 비난을 면할 수 없을 뿐 아니라, 상별규정 제16조 제2호는 "상별위원회는 징계대상자 및 관계인을 출석시켜 사실소명의 기회를 준다"고 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 위 단체협약 제48조 제1항은 징계대상조합원이 필요한 경우 자신과 함께하거나 또는 자신 대신에 다른 조합원으로 하여금 자신에 대한 소명을 하게할 수 있음을 규정 한 것이라고 해석하여야 하므로 회사측으로서는 반드시 징계대상자에게 사실소명의 기회를 주어야 하고 이를 위하여는 징계대상자에게 사전에 징계위원회 개최통지를 하여야 한다고 할 것이고, 소론과 같이 피고회사의 징계위원회의 성격이 의결기관이 아닌 심의기관이고, 징계는 징계위원회의 심의를 거쳐 임명권자가 하는 것이라고 하더라도 징계위원회의 심의결과는 임명권자의 징계 여부 결정에 중요한 자료로써 결정적 영향



을 미친다고 할 것이므로, 피고 회사가 위 규정에 따른 징계위원회 개최통지를 하지 아니함으로써 단체협약이 징계대상자에게 주도록 규정한 소명의 기회를 주지 아니한 채 개최된 징계위원회의 심의결과에 의거하여 임명권자가 한 징계해고처분은 징계절차에 위배한 부적법한 징계권의 행사로서 무효라고 보아야 하고, 임명권자가 이러한 위법한 징계위원회의 심의결과와 함께 위 징계위원회의 심의 후에 뒤늦게 소명자료 제출을 통보받은 원고 조○준이 서면으로 제출한 소명자료도 참작하여 징계해고처분을 하였다고 하더라도 결론에 소장이 없다고 할 것이므로, 원고 조○준에 대한 징계해고 처분이 무효라고 본 원심의 판단은 옳고, 거기에 소론과 같이 근로기준법에서 요구하는 절차적 정의에 관한 법리오해의 위법이 없다. 논지는 이유 없다.

3. 그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 상고인 각자의 부담으로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김석수(재판장) 최재호(주심) 배만운 최종영

## 7 사전합의권 남용

☞ 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007 판결

### » 요 지 «

1. 단체협약의 인사협의(합의)조항에 노동조합간부의 인사에 대하여는 사전 '합의'를, 조합원의 인사에 대하여는 사전 '협의'를 하도록 용어를 구분하여 사용하고 있다면, 교섭 당시 사용자의 인사권에 대하여 노동조합간부와 조합원을 구분하여 제한의 정도를 달리 정한 것으로 보아야 하고, 그 정도는 노동조합간부에 대하여는 조합원에 대한 사전 협의의 경우보다 더 신중하게 노동조합측의 의견을 참작하여야 한다는 정도의 차이만 있는 것으로 볼 수는 없는 것이므로, 조합원에 대한 인사권의 신중한 행사를 위하여 단순히 의견수렴 절차를 거치라는 뜻의 사전 '협의'와는 달리, 노동조합간부의 인사에 대하여는 노동조합과 의견을 성실하게 교환하여 노사간에 '의견의 합치'를 보아 인사권을 행사하여야 한다는 뜻에서 사전 '합의'를 하도록 규정한 것이라고 해석하는 것이 타당하다.
2. 정리해고는 근로자에게 귀책사유가 없는데도 사용자의 경영상의 필요에 의하여 단행되는 것으로서, 정리해고의 대상과 범위, 해고 회피 방안 등에 관하여 노동조합의 합리적인 의사를 적절히 반영할 필요가 있고, 노사 쌍방간의 협상에 의한 최종 합의 결과 단체협약에 정리해고에 관하여 사전 '협의'와 의도적으로 구분되는 용어를 사용하여 노사간 사전 '합의'를 요하도록 규정하였다면, 이는 노사간에 사전 '합의'를 하도록 규정한 것이라고 해석함이 상당하고, 다른 특별한 사정 없이 단지 정리해고의 실시 여부가 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항이라는 사정을 들어 이를 사전 '협의'를 하도록 규정한 것이라고 해석할 수는 없다.
3. 이 사건 정리해고는 그 필요성과 합리성이 객관적으로 명백하고 피고가 노동조합측과 정리해고에 관한 합의 도출을 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였는데도 노동조합측이 합리적 근거나 이유제시 없이 정리해고 자체를 반대하고 불법적인 쟁의행위에 나아감으로써 합의에 이르지 못하였다고 할 것이므로, 이는 노동조합이 사전합의권을 남용하거나 스스로 사전합의권의 행사를 포기한 경우에 해당한다고 봄이 상당하다. 따라서 이 사건 정리해고가 노동조합과 사전 합의를 거치지 아니하였다는 사정만으로 무효라고 볼 수 없다.

\* 원고, 상고인 : 원고 1 외 1인

\* 피고, 피상고인 : ○○○○생명보험 주식회사

\* 원심판결 : 서울고등법원 2010.4.16. 선고 2009나89797 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 원고들이 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유에 대하여 판단한다.

## 1. 상고이유 제3점에 대하여

## 가. 긴박한 경영상의 필요에 관한 법리오해 등의 점

- (1) 근로기준법 제24조에 의한 정리해고의 요건이 되는 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인위적조치가 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함된다(대법원 2002.7.9. 선고 2001다29452 판결, 대법원 2004.11.12. 선고 2004두9616, 9623 판결 등 참조).
- (2) 원심은 그 채용증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ○○○○그룹이 1999년 피고를 인수한 이후 2006.3.31.까지 증자한 금액이 모두 8,515억 원에 달함에도 피고는 1999년 이후 2006년 사업연도까지 약 510억 원의 손실액이 누적되었고, 이러한 상황에서 주변지역의 상권 및 업무환경 변화, 부동산 경기변동에 따른 건물 공실률 상승 등으로 인하여 피고 소유 건물의 투자수익률이 시중은행의 평균적인 정기예금 이자율에도 미치지 못할 정도로 저하되자, 피고가 경영합리화 조치의 일환으로 피고 소유 건물을 매각하고 그 관리업무를 수행하던 자회사인 ○○빌딩관리 주식회사(이하 '○○빌딩관리'라고 한다)를 주식회사 ○○○월드(이하 '○○○○월드'라고 한다)에 매각한 다음 본연의 사업인 보험업무에 역량을 집중하기 위하여 건물관리업무를 외주용역으로 전환하면서 ○○빌딩관리에 파견되어 근무하던 원고들을 비롯한 피고 소속 기계·전기 직 근로자에 대한 인력조정을 실시한 것은, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위한 인위적조치로서 객관적으로 보아 합리성이 있으므로 긴박한 경영상의 필요를 인정할 수 있다는 취지로 판단하였다.

앞에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 위와 같은 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 정리해고의 요건인 긴박한 경영상의 필요에 관한 법리를 오해한 위법 등이 없다.

## 나. 해고 회피 노력에 관한 법리오해 등의 점

- (1) 정리해고를 함에 있어 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 한다는 것은, 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등 사용자가 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미하는데, 그 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라질 수 있다(대법원 1992.12.22. 선고 92다14779 판결, 대법원 2011.3.24. 선고 2010다92148 판결 등 참조).
- (2) 원심은 그 판시와 같은 여러 사정, 즉 피고가 경영합리화 조치의 일환으로 피고 소유의 건물 매각 및 그 관리업무를 담당하던 자회사 ○○빌딩관리의 매각을 추진함에 따라

○○빌딩관리에 파견되어 기계·전기 업무를 담당하여 오던 원고들을 비롯한 피고 소속 기계·전기직 근로자 34명의 담당 업무 자체가 폐지될 상황에 이르자, 2007.3.29.경부터 같은 해 4.2.경까지 기계·전기직 근로자들을 개별적으로 면담하여 ○○빌딩관리의 매각에 따라 더 이상 근로관계를 유지할 수 없음을 설명한 후, 2007.4.18. 기계·전기직 근로자들에게 '2007.4.24.까지 전환배치 신청을, 같은 달 30.까지 특별퇴직(30개월분의 평균임금에 상당하는 특별퇴직금 지급, 고용알선) 신청을 받을 예정이며, 위 기간 내에 전환배치나 특별퇴직을 신청하지 아니한 근로자에 대해서는 정리해고절차를 진행할 예정'이라는 내용의 공문을 발송한 점, 이에 따라 원고들을 포함한 일부 기계·전기직 근로자들은 2007.4.23.경 피고에게 전환배치 신청을 하였고, 피고가 그 중 원고들의 신청을 받아들여 원고들에 대한 전환배치를 승인하자 원고들은 그 신청을 철회해버린 점, 이에 피고는 다른 기계·전기직 근로자 2명의 전환배치 신청을 받아들여 업무지원부서로 전환배치한 점, 피고 소속 기계·전기직 근로자들이 종래 담당하여 오던 업무의 특성상 이들을 다른 업무 부서로 전환배치하기는 용이하지 않은 점, 원고들은 협의를 시작한 지 약 4개월이 경과할 무렵까지 특별퇴직 프로그램 자체를 반대하다가 그 후 다시 퇴직시점을 약 1년 후로 미루어 달라고 요청한 점, 피고는 원고들을 제외한 나머지 기계·전기직 근로자 30명에 대하여 특별퇴직 프로그램을 실시하여 소속 변경 전후의 급여 및 퇴직금 차액 등에 대한 보전 차원에서 특별퇴직 위로금으로 최대 30개월분의 평균임금에 상당하는 금원(1인당 평균 약 1억 2,000만원)을 지급하고 ○○빌딩관리를 인수한 ○○○월드에서 최소 2년간 고용이 보장되도록 조치한 점 등을 종합하여 보면, 피고는 이 사건 정리해고의 범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하였다고 봄이 상당하다는 취지로 판단하였다.

원심이 든 위와 같은 여러 사정에 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 피고가 ○○○월드에서 ○○빌딩관리를 매각한 경위 및 그 약정내용, 당시의 상황 등에 비추어 피고가 소유 건물을 매각할 때마다 단계적으로 기계·전기직 근로자의 인원을 감축하고 ○○○월드에서 그때마다 그 감축인원의 고용을 승계할 것을 ○○○월드에서 요구하는 것은 현실적으로 어려워 보이는 점 등의 사정을 아울러 참작하면, 위와 같은 원심의 판단은 앞에서 본 법리에 따른 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 정리해고의 요건인 해고 회피 노력 등에 관한 법리오해, 판단누락 등의 위법이 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

가. 단체협약의 인사협의(협의)조항에 노동조합간부의 인사에 대하여는 사전 '협의'를, 조합원의 인사에 대하여는 사전 '협의'를 하도록 용어를 구분하여 사용하고 있다면, 교섭 당시 사용자의 인사권에 대하여 노동조합간부와 조합원을 구분하여 제한의 정도를 달리 정한 것으로 보아야 하고, 그 정도는 노동조합간부에 대하여는 조합원에 대한 사전 협의의 경우보다 더 신중하게 노동조합측의 의견을 참작하여야 한다는 정도의 차이만 있는 것으로 볼 수는 없는 것이므로, 조합원에 대한 인사권의 신중한 행사를 위하여 단순히 의견 수렴절차를 거치라는 뜻의 사전 '협의'와는 달리, 노동조합간부의 인사에 대하여는 노동조합과 의견을 성실하게 교환하여 노사간에 '의견의 합치'를 보아 인사권을 행사하여야 한다는 뜻에서 사전 '협의'를 하도록 규정한 것이라고 해석하는 것이 타당하다(대법원

1993.7.13. 선고 92다50263 판결 등 참조). 그리고 정리해고는 근로자에게 귀책사유가 없는데도 사용자의 경영상의 필요에 의하여 단행되는 것으로서, 정리해고의 대상과 범위, 해고 회피 방안 등에 관하여 노동조합의 합리적인 의사를 적절히 반영할 필요가 있고, 노사 쌍방간의 협상에 의한 최종 합의 결과 단체협약에 정리해고에 관하여 사전 '협의'와 의도적으로 구분되는 용어를 사용하여 노사간 사전 '합의'를 하도록 규정하였다면, 이는 노사간에 사전 '합의'를 하도록 규정한 것이라고 해석함이 상당하고, 다른 특별한 사정 없이 단지 정리해고의 실시 여부가 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항이라는 사정을 들어 이를 사전 '협의'를 하도록 규정한 것이라고 해석할 수는 없다.

한편 사용자가 위와 같이 인사처분을 함에 있어 노동조합의 사전 동의나 승낙을 얻어야 한다거나 노동조합과 인사처분에 관한 논의를 하여 의견의 합치를 보아 인사처분을 하도록 단체협약 등에 규정된 경우에는 그 절차를 거치지 아니한 인사처분은 원칙적으로 무효로 보아야 할 것이지만, 이처럼 사전합의조항을 두고 있다고 하더라도 사용자의 인사권이 어떠한 경우라도 노동조합의 동의나 합의가 있어야만 행사할 수 있는 것은 아니고, 노동조합이 사전합의권을 남용하거나 스스로 사전합의권의 행사를 포기하였다고 인정되는 경우에는 사용자가 이러한 합의 없이 한 인사처분도 유효하다고 보아야 한다. 여기서 노동조합이 사전합의권을 남용한 경우라 함은 노동조합측에 중대한 배신행위가 있고 이로 인하여 사용자측의 절차의 흠결이 초래되었다거나, 인사처분의 필요성과 합리성이 객관적으로 명백하며, 사용자가 노동조합측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합측이 합리적 근거나 이유제시도 없이 무작정 인사처분에 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다는 등의 사정이 있는 경우에 인정된다 할 것이다(대법원 2007.9.6. 선고 2005두8788 판결, 대법원 2010.7.15. 선고 2007두15797 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유에 의하면, 원고 1을 비롯한 피고 소속 근로자들에게 적용되는 피고의 이 사건 단체협약 제25조는 '인사권'이라는 제목으로 제1항에서 "조합은 다음 각 호의 인사권이 회사에 귀속함을 확인한다. 다만, 다음 각 호의 결과에 대하여 조합에서 이의가 있을 시는 의견을 제출하여 개선을 건의할 수 있다."고 규정하면서 제1호에서 "종업원의 채용, 임면, 이동, 표창, 징계, 휴직, 복직, 퇴직에 관한 사항"을 규정하고, 같은 조 제2항에서 "회사는 합리적이고 보편타당한 인사원칙 및 객관적이고 정당한 인사기준을 수립·시행하여야 하며, 조합의 요청이 있을 시는 성실히 협의를 하여야 한다."고 규정하고 있는 사실, 한편 이 사건 단체협약 제26조는 '조합간부에 대한 인사'라는 제목으로 "회사는 조합의 임원, 각 부장, 여성부 차장(3명), 전임자, 지구협의회장에 대한 임면, 이동, 교육 등의 인사에 관하여는 조합과 사전에 합의하여야 하며, 대의원(분회장) 이동 시에는 사전 조합에 통보한다."고 규정하고 있는 사실, 피고는 2007.7.12. 노동조합의 정책부장으로 있던 기계·전기 직 근로자인 원고 1에게 이 사건 정리해고의 통보를 하면서 그에 관하여 노동조합과 사전 합의를 하지 아니한 사실 등을 알 수 있다.

다. 위 사실관계를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴본다.

이 사건 단체협약 제26조는 노동조합의 간부에 대한 인사 중 임면, 이동, 교육에 관한 사항을 특정하여 이에 관하여는 특별히 피고의 자의적인 인사권 행사로 노동조합의 정

상적인 활동이 저해되는 것을 방지하기 위하여 노동조합과 사전에 합의하여야 한다는 취지를 규정한 것으로 해석되고, 여기서 말하는 '임면'에는 '면직'이 포함된다고 볼 수 있는데, 이 사건 단체협약이나 취업규칙 등에서 '면직'의 의미에 관하여 별도의 정의 규정을 두고 있다고 볼만한 자료가 없는 이상, 이는 단체협약 제26조의 규정취지와 통상적인 용어의 의미에 따라 통상해고, 징계해고, 정리해고 등 피고가 조합간부와의 근로계약을 종료시키는 인사처분을 의미한다고 해석함이 상당하다.

이러한 해석에 터잡아 살펴보면, 피고가 2007.7.12. 원고 1을 정리해고하면서 이 사건 단체협약 제26조를 위반하여 노동조합과 사전 합의를 하지 아니한 것은 적법한 해고절차를 갖추었다고 볼 수 없지만, 피고가 그 당시 인원삭감 조치를 취할 필요성이 객관적으로 분명하였고 정리해고를 하기 전에 가능한 해고 회피 노력을 다하였던 점, 원심이 실시한 바와 같이 피고가 2007.3. 초순경부터 같은 해 7. 초순경까지 노동조합 및 피고 소속 기계·전기직 근로자 대표와 사이에 기계·전기직 근로자들에 대한 인력조정 문제에 관하여 26회에 걸쳐 협의를 하고, 9회에 걸쳐 노동조합에 대하여 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 협의를 요청하면서 여러 가지 해고 회피 방안을 제시하였던 점, 원고 1 스스로도 피고가 제시한 전환배치 방안에 따라 전환배치를 신청하여 놓고도 피고가 이를 승인하자 그 신청을 철회해버린 후, 피고 소속 기계·전기직 근로자들과 함께 정리해고 철회를 위하여 본사에서 피켓을 들고 구호를 제창하고 8회에 걸쳐 본사 1층 로비와 인적자원실, 임원실의 복도 등을 점거하고, 약 10여 일간 회사 관계자 및 고객 등이 출입하는 본사 1층 로비에 천막을 치고 집단농성을 하는 등 정리해고 자체를 무산시키는 데 주력한 점, 피고가 실시하려 한 정리해고는 피고 소유의 건물과 자회사인 ○○빌딩관리를 매각하면서 그에 따라 담당 업무가 폐지될 기계·전기직 근로자들 전원을 대상으로 한 것이어서 노동조합으로서는 원고 1이 노동조합의 정책부장이라는 이유만으로 이 사건 단체협약 제26조를 내세워 정리해고를 거절할만한 합리적 근거나 이유가 있다고 보기 어려운 점 등 여러 사정을 종합·참작하면, 이 사건 정리해고는 그 필요성과 합리성이 객관적으로 명백하고 피고가 노동조합측과 정리해고에 관한 합의 도출을 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였는데도 노동조합측이 합리적 근거나 이유제시 없이 정리해고 자체를 반대하고 불법적인 쟁의행위에 나아감으로써 합의에 이르지 못하였다고 할 것이므로, 이는 노동조합이 사전합의권을 남용하거나 스스로 사전합의권의 행사를 포기한 경우에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 피고의 원고 1에 대한 이 사건 정리해고가 노동조합과 사전 합의를 거치지 아니하였다는 사정만으로 무효라고 볼 수 없다.

- 라. 원심이 이와 달리 이 사건 단체협약 제26조에 의한 노동조합과의 사전 합의 대상에 정리해고가 포함되지 아니한다고 해석한 후, 피고가 원고 1에 대하여 이 사건 정리해고를 하면서 노동조합과 사전 합의를 하지 아니하였다 하더라도 아무런 절차상의 하자가 없다고 판단한 것은 잘못이지만, 피고의 위 원고에 대한 이 사건 정리해고가 유효하다고 본 원심의 결론은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

결국 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 처분문서의 증명력이나 단체협약의 해석에 관한 법리 등을 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

### 3. 그 밖의 상고이유에 대하여

이 사건 정리해고가 유효하여 원고들이 피고의 근로자의 지위에 있지 아니하다는 이유로 원고들의 청구를 배척한 원심의 결론이 정당한 이상, 이 사건 징계해고가 그 양정이나 절차상의 위법으로 무효인지 여부는 판결 결과에 영향을 미칠 수 없으므로, 이를 다투는 상고이유의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들이지 아니한다.

### 4. 결론

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

대법관 김능환(재판장) 안대회 이인복(주심) 박병대

## 4. 징계 유형 등

### 1 정직무효확인 소송에서의 확인의 이익

☞ 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다36407 판결

#### » 요 지 «

1. 확인의 소는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 관한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 허용되는 것이지만, 과거의 법률관계라 할지라도 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 있고 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효·적절한 수단이라고 인정될 때에는 확인의 이익이 있다.
2. 갑이 무효확인을 구하는 징계처분은 '2개월 무급정직 및 유동대기, 징계기간 중 회사 출입금지'로서 이미 그 징계기간인 2개월이 경과하였음이 명백하므로 그 무효확인을 구하는 소는 확인의 이익이 없어 부적법하다고 판단한 원심에 대하여, 소속 회사의 취업규칙에 따라 갑이 징계처분으로 인하여 정직기간 동안 임금을 전혀 지급받지 못하는 법률상 불이익을 입게 된 이상 징계처분은 정직기간 동안의 임금 미지급 처분의 실질을 갖는 것이고, 이는 갑의 임금청구권의 존부에 관한 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 있으므로, 갑으로서 비록 징계처분에서 정한 징계기간이 도과하였다 할지라도 징계처분의 무효 여부에 관한 확인 판결을 받음으로써 가장 유효·적절하게 자신의 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위협이나 불안을 제거할 수 있어 확인의 이익이 있다고 보아 원심판결을 파기한 사례.

【참조조문】 [1] 민사소송법 제250조 [2] 민사소송법 제250조

【참조판례】 [1] 대법원 1995. 4. 11. 선고 94다4011 판결(공1995상, 1826) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002두1496 판결(공2003상, 241)

【원고, 상고인】 원고

【피고, 피상고인】 피고 주식회사

【원심판결】 서울고법 2010. 4. 16. 선고 2010나1274 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.



확인의 소는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 관한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 허용되는 것이지만, 과거의 법률관계라 할지라도 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 있고 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효 적절한 수단이라고 인정될 때에는 확인의 이익이 있다(대법원 1995. 4. 11. 선고 94다4011 판결, 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002두1496 판결 등 참조).

원심은 그 채용 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고가 무효확인을 구하는 이 사건 징계처분은 '2개월(2009. 9. 21.~2009. 11. 20.) 무급정직 및 유동대기, 징계기간 중 회사 출입금지'로서 이미 그 징계기간인 2개월이 경과하였음이 명백하므로, 이 사건 징계처분의 무효확인을 구하는 소는 확인의 이익이 없어 부적법하다고 판단하였다.

그런데 기록에 의하면, 피고 회사의 취업규칙 제63조 제1항 제3호에서는 징계의 한 종류로 '정직'을 열거하면서 '정직기간은 3개월 이내로 하고, 사원의 신분은 유지하되 직무에는 종사하지 못하며, 사안에 따라 일정 기간 출근을 정지하고, 정직기간은 임금을 지급하지 아니한다'라고 규정하고 있음을 알 수 있다.

이에 따라 원고는 이 사건 징계처분으로 인하여 정직기간 동안 임금을 전혀 지급받지 못하는 법률상 불이익을 입게 된 이상 이 사건 징계처분은 정직기간 동안의 임금 미지급 처분의 실질을 갖는 것이고, 이는 원고의 임금청구권의 존부에 관한 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 있으므로, 원고로서는 비록 징계처분에서 정한 징계기간이 도과하였다 할지라도 이 사건 징계처분의 무효 여부에 관한 확인 판결을 받음으로써 가장 유효·적절하게 자신의 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위협이나 불안을 제거할 수 있다고 봄이 상당하다.

그럼에도 원심은 이 사건 징계처분에서 정한 징계기간이 경과하였다는 점만을 들어 이 사건 소를 부적법하다고 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 무효확인소송에 있어서 확인의 이익에 관한 법리를 오해하거나 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

그러므로 나머지 상고이유에 관하여 판단할 필요 없이 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 하기 위해 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 양창수(재판장) 양승태 김지형(주심) 전수안

## 2 퇴직급여의 감급

☞ 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다29442 판결

### » 요 지 «

1. 퇴직급여에 관한 규정에서 임원 및 직원이 업무와 관련하여 금고 이상의 형을 받은 경우에는 그 퇴직급여의 100분의 50을 감하여 지급하도록 규정하고 있더라도, 그 규정이 임직원으로 하여금 재직 중 성실하고 청렴하게 근무하도록 유도하기 위한 것으로서 정당한 목적을 가지고 있고, 제한의 사유를 업무와 관련한 범죄행위로 인하여 금고 이상의 형을 선고 받은 중대한 사유가 발생한 경우 등으로 한정하고 있으며, 제한의 범위도 근로기준법 소정의 최저 퇴직금 제도에 위배되지 아니함으로써 그 수단의 상당성과 법익의 균형성도 갖춘 것이라면 그 규정을 무효라고 볼 수 없고, 퇴직금은 후불 임금으로서의 성격 이외에도 사회보장적 급여로서의 성격과 공로보상으로서의 성격을 아울러 가지는 것인 점에 비추어 볼 때 위와 같은 퇴직금감액 규정이 퇴직금의 본질에 어긋나는 것이라고 볼 수 없다.

2. 근로자가 퇴직 당시 퇴직급여 전액을 지급받았으나 퇴직 후 재직중의 업무와 관련하여 금고 이상의 형을 받은 경우, 업무와 관련하여 금고 이상의 형을 받은 경우에는 그 퇴직급여를 감하여 지급한다는 퇴직급여규정에 따라 그 근로자는 퇴직급여 중 그 감액 상당액을 법률상 원인 없이 취득한 것이므로 반환하여야 한다.

\* 원고, 피상고인 / 한국○○공사 (소송대리인 변호사 김신택)

\* 피고, 상고인 / 피고 1외 2인 (소송대리인 변호사 최세모)

\* 원심판결 / 서울고법 2002.5.2. 선고 2001나49823 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고들의 부담으로 한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

퇴직급여에 관한 규정에서 임원 및 직원이 업무와 관련하여 금고 이상의 형을 받은 경우에는 그 퇴직급여의 100분의 50을 감하여 지급하도록 규정하고 있더라도, 그 규정이 임직원으로 하여금 재직중 성실하고 청렴하게 근무하도록 유도하기 위한 것으로서 정당한 목적을 가지고 있고, 제한의 사유를 업무와 관련한 범죄행위로 인하여 금고 이상의 형을 선고 받은 중대한 사유가 발생한 경우 등으로 한정하고 있으며, 제한의 범위도 근로기준법 소정의 최저 퇴직금 제도에 위배되지 아니함으로써 그 수단의 상당성과 법익의 균형성도 갖춘 것이라면 그 규정을 무효라고 볼 수 없고, 퇴직금은 후불 임금으로서의 성격 이외에도 사회보장적

급여로서의 성격과 공로보상으로서의 성격을 아울러 가지는 것인 점에 비추어 볼 때 위와 같은 퇴직금감액 규정이 퇴직금의 본질에 어긋나는 것이라고 볼 수 없다(대법원 1994.4.12 선고 92나20309 판결, 1995.10.12. 선고 94다36186 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 원고의 퇴직급여규정(1999.5.20.자 규정으로 개정되기 전의 것)은 원고의 임직원이 업무와 관련하여 금고 이상의 형을 받은 경우에는 그 퇴직급여의 100분의 50을 감하여 지급한다고 규정하고 있는 사실, 피고들이 퇴직 당시 퇴직급여전액을 지급 받았는데 퇴직 후 재직중의 업무와 관련하여 금고 이상의 형을 받은 사실을 인정하고, 피고들이 지급받은 퇴직급여 중 100분의 50 상당액은 법률상 원인 없이 취득하였다고 판단하고, 나아가 원고의 퇴직금 지급제한 규정이 퇴직금의 본질에 어긋난다고 볼 수 없고, 원고가 피고들을 사직서 제출에 의한 의원면직으로 처리하였다고 하더라도 달리 볼 수 없으며, 원고가 피고들에 대하여 수사가 진행중이라는 사실을 알고도 퇴직급여규정에서 정한 바에 따라 퇴직급여의 100분의 50 상당액을 지급중지하지 아니한 채 전액을 지급하였다고 하더라도 그러한 점으로는 퇴직 당시 금고 이상의 형이 확정되어 100분의 50 상당액에 대한 지급의무가 없음이 확정된 경우가 아니기 때문에, 지급의무가 없음을 알고도 지급한 경우로서 반환청구를 할 수 없는 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 하여, 원고들의 청구가 부당하다는 피고들의 주장을 배척하였다.

위와 같은 법리와 기록에 비추어 관계 증거를 살펴보면, 원심의 위와 같은 인정 및 판단은 수긍이 되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 채증법칙에 위배하여 사실을 오인하거나 원고의 퇴직급여규정 및 퇴직금, 부당이득, 비채변제에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없다.

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

대법관 이규홍(재판장) 송진훈 변재승(주심) 윤재식

### 3 징계시효의 정지와 완성

☞ 대법원 1998. 6. 12. 선고 97누16084 판결

#### » 요 지 «

1. 절차상의 위법을 이유로 한 직위해제 및 직권면직처분의 무효확인 판결이 확정된 경우 그 소송 도중 징계시효기간이 도과하였어도 위 판결확정일로부터 상당한 기간 내에 같은 사유로 다시 징계처분을 할 수 있다.
2. 직위해제 및 면직처분의 무효확인판결의 기판력은 판결 주문에 포함된 위 각 처분의 무효 여부에 관한 법률적 판단의 내용에 미치는 것으로, 지방의료공사가 위 판결의 확정 후에 직위해제 등 처분의 사유와 동일한 사유를 들어 다시 당해 정직처분을 하였다고 하여 위 확정판결의 기판력에 저촉된다고 할 수 없다.

\* 원고, 상고인 / 지×호

\* 피고, 피상고인 / 중앙노동위원회 위원장

\* 피고보조참가인 / 지방공사 충남○○의료원 (소송대리인 변호사 이봉구)

\* 원심판결 / 서울고법 1997.8.29. 선고 96구1193 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

##### 1. 제1점에 대하여

기록에 의하면, 원고는 1990.7.경부터 피고보조참가인 지방공사 충남○○의료원(이하 '참가인'이라고 한다)의 원무과장으로 근무하던 중 잦은 무단 이석으로 직무를 태만히 하여, 의료보험환자에 대한 진료비 청구를 지연하고 청구한 의료보험진료비의 삭감에 대한 조치를 제대로 취하지 아니하였으며, 1992.12. 말경 관리부장 승진에 누락된 후에는 7주간의 병가원과 원무과장 사임원을 내고, 직급을 강등하여 평직원으로 근무하겠다는 직급강등동의서를 제출하는 등 근무태도가 불성실하여 근무분위기를 문란케 하였다는 이유로, 1993.3.5. 직위해제 및 대기발령 처분(이하 '직위해제 등 처분'이라고 한다)을 받고 이어 대기발령일로부터 3월 이내에 재보직되지 않아 같은 해 6.5. 직권면직처분을 받았는데, 참가인을 상대로 제기한 위 각 처분의 무효확인청구소송의 항소심에서 1995.2.9. 원고에게 직위해제처분의 사유가 통지되지 아니하였다는 이유로 위 직위해제처분 및 이를 요건으로 하는 위 면직처분은 모두 무효라는 원

고승소판결을 선고받고 참가인의 상고 취하로 위 판결이 확정됨으로써 같은 해 4.19. 복직하였으나, 참가인의 원장은 같은 해 4.20. 위 직위해제 등 처분의 사유와 동일한 사유를 내세워 징계의결요구를 하고 인사위원회의 의결을 거쳐 같은 해 4.28. 원고에게 정직 3월의 징계처분(이하 '이 사건 정직처분'이라 한다)을 하였으며, 한편 참가인의 인사규정은 위와 같은 근무성적 불량, 근무태도 불량실의 사유를 직위해제 및 대기발령 사유와 징계사유의 하나로 중복하여 규정하고(제40조 제1항 제1호, 제51조 제4호), 인사규정 제60조의1은 징계의결요구는 징계사유가 발생한 날부터 2년을 경과한 때에는 이를 요구하지 못한다고 규정하고 있다.

위 인사규정 제60조의1의 취지는 징계사유 발생 후 사용자가 징계권을 행사할 것인지를 확정하지 아니함에 따라 근로자가 상당 기간 불안정한 지위에 있게 하는 것을 방지함과 아울러 오랜 기간이 지났기 때문에 사용자가 징계권을 행사하지 않으리라는 근로자의 기대를 보호하기 위한 것(당원 1995.3.10. 선고 94다14650 판결 참조)이라고 할 것인데, 이 사건에서와 같이 직위해제 및 대기발령 사유임과 동시에 징계사유에도 해당하는 사유로 참가인이 인사규정 제60조의1이 정한 기간 내에 원고에 대하여 직위해제 등 처분과 면직처분 등 불이익 처분을 한 이상 참가인이 위 징계사유에 대하여 소극적인 태도를 보였다거나 원고에게 징계권 불행사에 대한 기대가 성립되었다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 위 면직처분에 의하여 원고는 일단 근로자의 지위를 상실하게 됨으로써 나중에 원고가 위 면직처분 등이 무효임의 확인을 구하는 소송을 제기하여 그 결과 무효확인판결이 확정되었다고 할 지라도 그 때까지 참가인은 원고에 대하여 새로운 징계처분을 할 수도 없는 노릇이므로, 위 직위해제 및 면직처분의 효력을 다투는 소송의 계속중에 인사규정 제60조의1에 정한 기간이 경과되고 그 후에야 절차상의 위법을 이유로 위 각 처분의 무효확인판결이 확정되기에 이르렀다면, 이러한 경우에는 종전의 위 각 처분도 실질적으로는 원고의 복무규율이나 기타 기업질서의 위반에 대한 제재적 목적으로 행하여진 점에 비추어 참가인은 위 판결확정일로부터 상당한 기간 내에 다시 동일한 사유에 대하여 징계요구를 할 수 있다고 보아야 할 것이니, 원고에 대한 위 1995.4.20.자 징계의결요구는 적법하다고 볼 것이다.

그리고 직위해제 및 면직처분의 무효확인판결의 기판력은 판결 주문에 포함된 위 각 처분의 무효 여부에 관한 법률적 판단의 내용에 미치는 것으로(당원 1993.1.15. 선고 92다20149 판결 참조), 참가인이 위 판결의 확정 후에 직위해제 등 처분의 사유와 동일한 사유를 들어 다시 이 사건 정직처분을 하였다고 하여 위 확정판결의 기판력에 저촉된다고 할 수 없다(당원 1994.9.30. 선고 93다26496 판결, 1995.12.5. 선고 95다36138 판결 등 참조).

따라서 위와 같은 취지에서 이 사건 정직처분이 적법하다고 한 원심의 판단은 그 이유설시에 미흡한 점은 있으나 정당하다고 여겨지고, 거기에 징계사유의 시효에 관한 위 인사규정이나 위 확정판결의 기판력에 대한 법리오해가 있다고 할 수 없다. 논지는 이유 없다.

## 2. 제2점에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 '인사위원회의 위원 중 징계혐의자의 친족이나 그 징계사건과 관계가 있는 자는 해당 징계사건의 심의에 참여할 수 없다.'는 참가인의 인사규정 제56조 제2항에서 들고 있는 '징계사건과 관계가 있는 자'란 징계혐의자와 이해관계를 같이 하거나 징계혐의사유에 해당하는 행위의 직접적인 피해자를 가리킨다고 한 다음, 비록 소외 조○

○이 원고의 징계사유인 근무태만 사실을 기록하여 참가인에게 보고하고 원고에게 불리한 증언을 한 바 있더라도 위 인사규정에 정한 제척대상에 해당하지 아니한다고 판단하였다.

이러한 원심의 판단은 원고와 관련한 위 조×숙의 행위에 대한 원고의 주장사실이 모두 진실임을 전제로 하고 있으므로 위 조×숙의 허위보고, 위증의 사실 여부에 대하여 구체적으로 언급하지 아니하였다고 하여 판단유탈이 있다고 할 수 없고, 위 조×숙이 징계사건과 관계있는 자에 해당하지 않는다고 본 원심의 결론은 정당하므로 징계사건과 관계있는 자에 대한 법리의 오해가 있다고 할 수 없다. 논지는 이유 없다.

### 3. 제3점에 대하여

기록과 대조하여 보면, 원심이 증인 김×순의 증언을 채용하고 갑 제15호증, 갑 제17호증과 증인 이×옥, 김×국의 각 일부증언을 배척하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 것은 수긍이 가고, 거기에 채증법칙 위배, 심리미진의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지도 이유 없다.

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

대법관 신성택(재판장) 천경송(주심) 지창권 송진훈

## 제7장 해고

### 1. 해고의 의의

#### 1] 근로계약 종료의 유형과 해고

☞ 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92148 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 있고, 그 중 해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 절차에 관계없이 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다.

아파트 입주자대표회의가 아파트 관리방식을 자치관리에서 위탁관리로 변경하면서 관리소장에게 근로계약 자동해지를 통지한 사안에서, 근로관계의 종료는 근로자인 관리소장의 의사에 반하여 이루어진 것이 분명하므로 해고에 해당한다고 한 사례.

2. 정리해고는 긴급한 경영상의 필요에 의하여 기업에 종사하는 인원을 줄이기 위하여 일정한 요건 아래 근로자를 해고하는 것으로서 기업의 유지·존속을 전제로 그 소속 근로자들 중 일부를 해고하는 것을 가리키는 것이므로, 이와 달리 사용자가 사업을 폐지하면서 근로자 전원을 해고하는 것은 기업경영의 자유에 속하는 것으로서 정리해고에 해당하지 않고 그 해고에 정당한 이유가 있는 한 유효하다.

공동주택 입주자들이 공동주택 관리방식을 자치관리에서 위탁관리로 변경하면서 관리사무소 직원 전원을 해고한 사안에서, 공동주택 관리방식 변경은 사업폐지라 볼 수 없고, 그에 따른 관리사무소 직원의 해고는 경영상의 필요에 의한 해고로서 정리해고에 해당한다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.

3. 근로기준법 제24조제1항 내지 제3항에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴급한 경영상의 필요가 있어야 하고, 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자대표에게 해고실시일 50일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다. 여기서 해고를 피하기 위한 노력을 다한다는 것은 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등 사용자가 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미하고, 그 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이다.

아파트 입주자대표회의가 아파트 관리방식을 자치관리에서 위탁관리로 변경하면서 관리소장을 포함한 관리사무소 직원 전원을 정리해고하였는데, 이들 중 취업을 위한 직원들은 모두 위탁관리업체에 고용된 반면, 관리소장은 그 업체와 고용계약을 체결하지 못한 사안에서, 관리소장이 위탁관리업체와 고용계약을 체결하지 못한 것은 관리방식에 불만을 품고 스스로 이를 거부하였기 때문이고, 입주자대표회의로서는 위탁관리업체로 하여금 관리소장을 고용하도록 부탁하는 등의 노력을 함으로써 해고회피노력을 다하였다고 보아야 함에도, 이와 달리 위탁관리업체가 새로운 관리소장을 내정한 사실 등을 이유로 입주자대표회의가 해고회피노력을 다하지 않았다고 본 원심판결에는 법리오해 등 위법이 있다고 한 사례.

\* 원고, 피상고인 : 원고

\* 피고, 상고인 : ○○○○○○아파트 입주자대표회의

\* 원심판결 : 서울고법 2010. 10. 8. 선고 2010나18401 판결

### » 주 문 «

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

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 상고이유 제1점에 관하여

가. 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 있고, 그 중 해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 절차에 관계없이 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다(대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결 등 참조).

나. 원심이 인정한 사실에 의하면, 원고는 1997.12.28.부터 피고가 관리하는 수원시 권선구 고색동 소재 아파트(이하 '이 사건 아파트'라고 한다)의 관리소장으로 채용되어 근무한 사실, 피고는 효율적인 관리운영을 위하여 입주자대표회의 임시회의를 거쳐 2009.3.14. 이 사건 아파트의 관리방식을 피고가 직접 관리하는 자치관리에서 전문관리업체에 위탁하는 위탁관리로 변경하기로 결의한 후 입주자 93.1%의 동의를 얻어 2009.4.10. ○○종합관리주식회사(이하 '○○종합관리'라고 한다)를 위탁관리업체로 선정한 사실, 피고는 ○○종합관리와 사이에 2009.5.20.부터 이 사건 아파트의 관리업무를 위탁하기로 하고, 2009.4.16. 원고에게 관리방법이 변경됨에 따라 2009.5.20.자로 원고와 피고 사이의 근로계약이 자동해지됨을 통지한 사실(이하 '이 사건 해고통지'라고 한다), 이 사건 아파트 관리사무소의 직원으로는 원고 외에 소외 1, 2, 3, 4가 있었는데, ○○종합관리는 2009.4.30.(원심판결의 '2009.4.13.'은 오키로 보인다) 원고를 제외한 나머지 직원들에 대한 개별 면담을 통하여 소외 1, 4, 2와 새로운 근로계약을 체결한 사실, 그러나 원고는 ○○종합관리와 근로계약



이 체결되지 아니함으로써 ○○종합관리에 의한 위탁관리가 시작된 2009.5.20.부터는 이 사건 아파트 관리사무소에서 더 이상 근무할 수 없게 된 사실 등을 알 수 있다.

위와 같은 사실관계를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고와 피고 사이의 근로계약 관계는 피고의 일방적인 의사표시에 의하여 종료되었고, 이는 원고의 의사에 반하여 이루어진 것이 분명하므로, 피고는 원고를 해고한 것이라고 할 것이다. 이 부분 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 관하여

정리해고는 긴급한 경영상의 필요에 의하여 기업에 종사하는 인원을 줄이기 위하여 일정한 요건 아래 근로자를 해고하는 것으로서 기업의 유지·존속을 전제로 그 소속 근로자들 중 일부를 해고하는 것을 가리키는 것이므로, 이와 달리 사용자가 사업을 폐지하면서 근로자 전원을 해고하는 것은 기업경영의 자유에 속하는 것으로서 정리해고에 해당하지 않고 그 해고에 정당한 이유가 있는 한 유효하다(대법원 1993. 6. 11. 선고 93다7457 판결, 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다27975 판결 등 참조).

그런데 공동주택 입주자들이 공동주택을 자치관리 방식으로 관리하다가 주택법에 정한 절차에 따라 주택관리업자에게 위탁관리하기로 하여 관리방식을 변경하는 것은 사업의 폐지라고 볼 수 없고, 그로 인한 관리직원의 해고는 경영상의 필요에 의한 해고로서 정리해고에 해당한다고 봄이 상당하다. 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 위법이 있다고 할 수 없으므로, 이 부분 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

## 3. 상고이유 제3점에 관하여

가. 근로기준법 제24조제1항 내지 제3항에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자대표에게 해고실시일 50일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다. 여기서 해고를 피하기 위한 노력을 다한다는 것은 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규 채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등 사용자가 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미하고(대법원 1992. 12. 22. 선고 92다14779 판결 등 참조), 그 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결, 대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11339 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고가 2009.4.16. 별다른 조치 없이 원고와의 근로계약이 2009.5.20.자로 자동 종료되고 원고가 알아서 새로운 직장을 구하라는 이 사건 해고통지를 하였을 뿐만 아니라, ○○종합관리는 원고와의 근로계약이 종료되기 전에 미리 이 사건 아파트 관리소장으로 이○○를 내정하여 놓은 점, ○○종합관리가 원고에게 관리업무 인수인계를 요구

하면서 보낸 공문에도 관리소장인 원고의 고용승계에 관한 사항이 전혀 포함되어 있지 않은 점 등을 종합하면, 피고가 ○○종합관리에게 원고의 고용승계를 부탁하였다고 보기도 어렵고, 원고를 제외한 기존의 직원들에 대한 면접이 실시된 후 일부가 재채용되었다고는 하나, 원고의 경우는 면접통보 이전에 이미 원고의 직책에 해당하는 이 사건 아파트의 관리소장이 정해져 있는 이상 원고에 대한 면접은 형식이나 명목에 불과할 뿐, 피고가 애초부터 원고의 고용을 승계시킬 의사가 없었다고 봄이 상당하다는 이유로 피고는 해고를 회피하기 위한 노력을 다하였다고 보기 어렵다고 하여 원고에 대한 정리해고는 무효라고 판단하였다.

다. 그러나 원심의 판단은 앞에서 본 법리와 다음에서 보는 사정에 비추어 그대로 수긍하기 어렵다.

먼저, 원심이 피고가 해고회피노력을 다하지 아니하였다는 근거로서 들고 있는 사정들 중, ○○종합관리가 원고의 근로계약이 종료되기 전에 이미 이 사건 아파트 관리소장을 내정하여 놓았다거나, 관리업무 인수인계를 요구하는 공문에 고용승계에 관한 내용이 포함되어 있지 아니하였다는 점은 그 자체로 피고와는 별개이고 그 지배영역에 속한다고 보기 어려운 ○○종합관리에 의하여 행하여진 것임이 분명하므로, 이를 근거로 피고가 해고회피노력을 다하지 아니하였다고 볼 수는 없다.

나아가 피고가 이 사건 해고통지를 한 점에 관하여 보더라도, 이 사건 해고통지는 피고가 근로기준법 제26조에 따라 이 사건 아파트의 관리방식이 2009.5.20.부터 위탁관리로 변경됨으로써 원고를 비롯한 관리직원들을 해고하게 되었음을 예고하기 위하여 통지한 것으로서, 이 또한 해고회피노력을 다하였는지 여부와는 무관함이 분명하다.

오히려 원심이 채용한 을 제2호증의 기재와 제1심 증인 소외 5의 증언 등에 의하면, 피고는 2009.3.10. 이 사건 아파트 관리방식을 변경하기 위한 입주자대표 임시회의에서 관리사무소 직원의 고용을 승계시킬 것을 결의한 사실, 이에 따라 피고의 회장 소외 6은 ○○종합관리를 위탁관리업체로 선정한 직후 ○○종합관리의 본부장인 소외 5에게 원고를 포함한 관리사무소 직원 5명의 고용을 승계하여 줄 것을 부탁한 사실, 이에 위 소외 5 등은 2009.4.13. 원고에게 고용승계 등과 관련한 면담을 요청하였으나 원고는 정식으로 공문을 보내라는 등의 이유를 내세워 이를 거절하였고, 이후에도 계속 면담요청을 거절한 사실, 이후 원고는 소외 5 등으로부터 2009.4.30. 실시되는 채용면접에 응할 것을 요청받고도 이에 응하지 아니하였고, ○○종합관리에서 새로운 관리소장을 내정한 후에는 다른 아파트에서라도 근무할 수 있도록 채용면접에 응하라는 통지를 받고도 계속 응하지 아니한 사실, 한편 원고를 제외한 관리사무소 직원 중 ○○종합관리로의 취업을 원한 3명은 모두 ○○종합관리에 고용된 사실을 알 수 있는바, 위와 같은 사실관계에 비추어 보면, 원고가 ○○종합관리와 고용계약을 체결하지 못한 것은 관리방식의 변경에 불만을 품고 스스로 이를 거부하였기 때문으로 보일 뿐이고 피고로서는 ○○종합관리로 하여금 원고를 고용하도록 부탁하는 등의 노력을 함으로써 해고회피노력을 다하였다고 봄이 상당하다.

라. 따라서 원심으로서의 나머지 정리해고의 요건에 관하여도 살펴본 다음 원고에 대한 정리해고의 유효 여부를 판단하였어야 할 것임에도, 이에 이르지 아니한 채 그 판시와 같

은 이유만으로 피고가 해고회피노력을 다하지 아니하였다고 하여 이 사건 해고가 무효라고 판단하고 말았으니, 원심판결에는 정리해고에 있어서 해고회피노력의 정도와 방법 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이를 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

#### 4. 결론

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

대법관 신영철(재판장) 박시환 안대희(주심) 차한성

☞ 대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결

» 요 지 «

1. 근로계약의 종료사유는 근로자의 의사나 동의에 의하여 이루어지는 퇴직, 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 해고, 근로자나 사용자의 의사와는 관계없이 이루어지는 자동소멸 등으로 나눌 수 있으며 근로기준법 제27조에서 말하는 해고란 실제 사업장에서 불리우는 명칭이나 그 절차에 관계없이 위의 두 번째에 해당하는 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다.
2. 회사가 어떠한 사유의 발생을 당연퇴직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계 해고와는 달리 하였더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것이면 성질상 이는 해고로서 근로기준법에 의한 제한을 받는다고 보아야 할 것이므로 근로자에 대한 퇴직조처가 단체협약이나 취업규칙에서 당연퇴직으로 규정되었다 하더라도 위 퇴직조처가 유효하기 위하여는 근로기준법 제27조 제1항이 규정하는 바의 정당한 이유가 있어야 하고, 이와 같은 정당한 이유가 없는 경우에는 퇴직처분무효확인의 소를 제기할 수 있다.

\* 원고, 상고인 : 원고

\* 피고, 피상고인 : 피고주식회사

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

» 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 대구고등법원에 환송한다.

» 이 유 «

상고이유를 본다.

1. 원심이 인정한 사실의 요지는 다음과 같다.

가. 원고는 1987.6.24.부터 피고 회사의 조립공으로 근무하여 오다가 1990.2.7. 피고 회사 노동조합의 위원장으로 선출되었다. 그 후 원고는 노조위원장으로서는 1990.4.20.경부터 같은 해 6.7.경까지 사이에 노사간에 임금교섭을 하는 과정에서 회사업무를 방해하고, 불법으로 태업, 파업을 하며 옥외집회를 열고 시위를 주도하였다는 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, 금치

산, 한정치산, 파산선고를 받았을 때, 전역일 또는 질병, 부상으로 인해 휴직한 자가 완치일로부터 2주 이내에 복직원을 제출하지 아니한 때에는 당연퇴직한다고 규정되어 있고, 취업규칙 제9조 제2항 제3호에도 위와 같은 사유(형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 경우를 가리키는 것으로 보인다)가 있는 경우에는 당연면직한다고 규정되어 있다.

다. 또한 피고 회사의 취업규칙에서는 당연면직과는 별도로 제15조 제2항 제1호에서 취업규칙을 위반하는 자에 대하여는 징계를 할 수 있다고 규정하고, 제2호에서 징계의 종류로 경고, 견책, 감봉, 정직, 해고를 규정하고, 제4호에서 당연퇴직사유와 다른 해고사유를 규정하고 있으며, 위 노사합의서 제25조에서도 위와 같은 징계 종류를 규정하고 있다.

라. 피고 회사는 원고가 항소심에서도 징역 1년에 집행유예 2년의 판결을 선고받자 1991.1.29. 인사위원회를 열어 노사합의서 및 취업규칙상의 당연퇴직사유가 발생하였다 하여 형식적인 심의의결을 거쳐 같은 날자로 원고가 당연퇴직되었음을 원고에게 통보하였다.

## 2. 원심의 판단

원심은 위와 같은 사실관계하에서, 피고 회사가 “형사상의 범죄로 유죄판결을 받았을 때”를 당연퇴직사유로 삼은 것은 근로자가 사규위반의 정도를 넘어 범죄를 저지르고 소추되어 유죄판결을 받아 확정되었다면 당해 범죄가 직무에 관하여 범한 것인가에 관계없이 그를 근로자로 두는 것이 회사의 사회적 명예를 해하고 기업질서의 유지에 저해가 된다고 보여질 뿐 아니라 그와 같은 비행이 있었음이 명백하고 비행의 정도가 커서 별도의 징계 등의 절차를 거쳐 해고하지 않아도 됨이 상당하다고 인정되기 때문이고, 그 사유에서의 유죄판결은 자유형 이상의 형(집행유예 포함)을 선고받음을 전제로 하고 있는 것으로 해석되는 점에 비추어 보면, 위 당연퇴직규정이 무조건 근로자에게 불리하여 효력이 없다고 볼 수는 없으며, 피고 회사 취업규칙에 당연퇴직과는 별도로 징계해고규정을 두고 있고 그 사유 및 절차가 다른 점에 비추어 보면 당연퇴직의 통보를 해고처분으로 볼 수는 없고, 당연퇴직은 그 사유가 발생한 때에 특별한 처분행위 없이 당연히 퇴직하는 것이고 이를 원고에게 통지한 것은 당연퇴직사실을 확인하고 알리는 관념의 통지에 불과하므로 위 통지가 해고임을 전제로 한 해고무효확인 소송이나 해고와는 다른 독립된 처분임을 전제로 한 퇴직처분무효확인 소송은 모두 그 확인을 구할 소의 이익이 없고, 당연퇴직사유의 하나인 유죄판결을 받았을 때란 유죄판결이 확정되었을 때를 의미하는 것으로 보아야 할 것이므로 피고 회사가 항소심에서 유죄판결이 선고되자 그 며칠 후인 1991.1.29. 당연퇴직통보를 한 것은 잘못된 것이기는 하나 그 후 같은 해 6.26. 상고심에서 상고기각되어 유죄판결이 확정됨으로써 원고는 같은 날 피고 회사를 당연퇴직하여 사원의 지위를 상실하였다 할 것이므로, 위 청구를 사원의 지위의 확인을 구하는 것으로 보더라도 이는 과거의 법률관계의 확인을 구하는 것이어서 부적법하다 할 것이고, 다만 피고는 원고에게 임금을 지급하지 않은 1991.1.29.부터 당연퇴직된 같은 해 6.26.까지의 급료 금 3,472,010원을 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 관계없

이 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 퇴직조처가 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 퇴직조처가 유효하기 위하여는 근로기준법 제27조 제1항이 규정하는 바의 정당한 이유가 있어야 하고, 이와 같은 정당한 이유가 없는 경우에는 퇴직처분무효확인의 소를 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다.

그렇다면 원심이 원고에 대한 이 사건 퇴직조처가 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 해고무효확인의 소를 제기한 것이건 퇴직처분무효확인의 소를 제기한 것이건 이는 모두 해고의 일종인 위 퇴직조처의 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(내재적 제약)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.

## 2 사업폐지를 위하여 행하는 통상해고

☞ 대법원 2003. 4. 25. 선고 2003다7005 판결

### » 요 지 «

- 정리해고는 긴급한 경영상의 필요에 의하여 기업에 종사하는 인원을 줄이기 위하여 일정한 요건 아래 근로자를 해고하는 것으로서 기업의 유지·존속을 전제로 그 소속 근로자들 중 일부를 해고하는 것을 가리킨다.
- 기업이 파산선고를 받아 사업의 폐지를 위하여 그 청산과정에서 근로자를 해고하는 것은 위장폐업이 아닌 한 기업경영의 자유에 속하는 것으로서 파산관재인이 파산선고로 인하여 파산자 회사가 해산한 후에 사업의 폐지를 위하여 행하는 해고는 정리해고가 아니라 통상해고이다.
- 파산자 회사의 단체협약상 해고수당에 관한 규정이 정리해고의 경우를 예상한 것으로서 통상해고의 경우에는 적용되지 않는다고 한 사례.

#### 【재판경과】

서울지방법원 2002. 8. 1. 선고 2001가합71878 판결, 서울고등법원 2002. 12. 13. 선고 2002나48308 판결, 대법원 2003. 4. 25. 선고 2003다7005 판결

#### 【참조판례】

[1], [2] 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다27975 판결(1984,520), [2] 대법원 1993. 6. 11. 선고 93다7457 판결(1988,189), 대법원 1995. 10. 12. 선고 94다52768 판결(1992,1037)

#### 【따름판례】

서울행정법원 2006. 4. 20. 선고 2005구합3707 판결, 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92148 판결

#### 【참조법령】

[1] 근로기준법 제30조, 제31조, [2] 상법 제227조, 제517조, 파산법 제4조, 근로기준법 제30조 제1항, [3] 파산법 제4조, 근로기준법 제30조 제1항

【원고, 피상고인】 유◎진 외 8인 (소송대리인 변호사 김●선 외 1인)

【피고, 상고인】 파산자 동♡건설산업 주식회사 파산관재인 안×태 (소송대리인 법무법인 광장 담당변호사 박♣동 외 2인)

【원심판결】 서울고법 2002. 12. 13. 선고 2002나48308 판결

## » 주 문 «

원심판결 중 해고수당 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원으로 환송한다.

## » 이 유 «

상고이유를 본다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용한 증거들에 의하여, 동♡건설산업 주식회사(이하 '파산자 회사'라 한다)가 2000. 5. 11. 파산선고를 받은 사실, 원고들은 파산선고 후인 2000. 5. 14. 1개월분의 해고예고수당을 받고 해고된 사실, 파산자 회사와 그 노동조합이 체결한 1997. 5. 12.자 단체협약에는 '회사가 경영상 또는 불가항력적인 사유로 조합원 감축을 수반하는 제반행위를 하고자 할 때에는 45일 이전에 조합에 통보하고 인원정리 방법에 관하여는 조합과 합의하여 시행한다(제24조 제2항). 제2항에 의거 조합원을 감축하고자 할 때에는 해당 조합원에게 30일 이전에 통보하고 해고수당으로 평균임금의 3개월분을 지급한다(제24조 제3항).'고 규정하고 있는 사실을 인정한 다음, 파산자 회사의 파산으로 인하여 전직원을 해고하면서 원고들을 부득이하게 해고한 것이므로 이는 통상해고일 뿐이고 정리해고가 아니므로 해고수당을 지급할 수 없다는 주장에 대하여는, 원고들이 귀책사유 없이 해고된 이상 파산자 회사가 파산으로 인하여 원고들을 해고하였더라도 이는 회사의 경영상 또는 불가항력적인 사유에 해당한다는 이유로 이를 배척하고, 평균임금의 3개월분에 해당하는 해고수당을 구하는 원고들의 청구를 인용하였다.

그러나 이와 같은 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 이를 그대로 수긍할 수 없다.

정리해고는 긴급한 경영상의 필요에 의하여 기업에 종사하는 인원을 줄이기 위하여 일정한 요건 아래 근로자를 해고하는 것으로서 기업의 유지·존속을 전제로 그 소속 근로자들 중 일부를 해고하는 것을 가리키는 것이고(대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다27975 판결 참조), 이와 달리 기업이 파산선고를 받아 사업의 폐지를 위하여 그 청산과정에서 근로자를 해고하는 것은 위장폐업이 아닌 한 기업경영의 자유에 속하는 것으로서(대법원 1993. 6. 11. 선고 93다7457 판결, 1995. 10. 12. 선고 94다52768 판결 등 참조) 파산관재인이 파산선고로 인하여 파산자 회사가 해산한 후에 사업의 폐지를 위하여 행하는 해고는 정리해고가 아니라 통상해고이고, 이러한 경우 단체협약에 정리해고에 관하여 노동조합과 협의하도록 정하여져 있다 하더라도 파산관재인은 이에 구속되지 않는다고 할 것이다.

그런데 파산자 회사의 1997. 단체협약의 규정은 문언상으로도 회사가 경영상 또는 불가항력적인 사유로 조합원 '감축'을 수반하는 행위를 할 경우에 적용하는 것으로 되어 있고, 또한 회사가 위와 같은 행위를 할 때에는 45일 이전에 노동조합에 통보하고 인원정리 방법에 관하여는 노동조합과 합의하여 시행한다고 정하고 있는 점에 비추어 보면, 이는 기업의 유지·존속을 전제로 긴급한 경영상의 필요에 의하여 그 소속 근로자들 중 일부를 해고하여 기업에 종사하는 인원을 줄이는 정리해고의 경우에 적용되는 것을 예상한 규정이라고 할 것이고, 이와는 달리 이 사건에서와 같이 기업이 파산선고를 받아 사업의 폐지를 위하여 그 청산과정에서 근로자 전체를 해고하는 통상해고의 경우까지 적용되는 것이라고 볼 수는 없다.



그러함에도 원심은 위 해고수당에 관한 단체협약의 규정이 파산자 회사가 사업의 폐지를 위하여 근로자를 해고하는 경우에까지 적용되는 것으로 판단하여 원고들의 해고수당청구를 인용하고 말았으니 원심판결에는 사업의 폐지에 따른 해고의 성질 및 단체협약의 해석에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이고, 이러한 위법은 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

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

대법관 조무제(재판장) 유지담 이규홍(주심) 손지열

### 3 직권면직의 법률 효과

☞ 대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두10548 판결

#### » 요 지 «

1. 비록 정관 등에 규정된 당연퇴직사유에 의한 퇴직처리도 근로기준법의 제한을 받는 해고에 해당한다고 하더라도 그 정당성의 판단에 있어서는 이와 같은 당연퇴직 사유를 정한 것이 사회통념상 상당성을 인정하기 어렵다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위 규정들의 취지는 존중되어야 할 것이다.
2. 참가인 학원의 일반직원의 임용결격사유의 하나로 '금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자에 해당하게 된 때'를 규정하고, 재직중 위와 같은 임용결격사유에 해당하게 된 때에는 당연퇴직하도록 규정하고 있는 점, 원고가 유죄판결을 받은 범죄의 내용은 같은 직장의 동료직원을 무고한 것이라는 점에서 다른 직원과의 신뢰관계나 인간관계가 손상되어 직원들 간의 인화에 좋지 않은 영향을 미칠 수 있을 뿐만 아니라 참가인 학원의 명예나 신용과 무관하다고 볼 수는 없는 점, 원고가 원심 판시의 해고무효소송에서 승소하였다는 것이 이 사건 무고행위를 정당화시키거나 그에 대한 비난가능성을 감소시킬 사유로 될 수는 없는 점 등을 아울러 참작하면, 원고와 참가인 학원 간에 신뢰를 바탕으로 한 고용관계의 계속이 어렵게 된 데에 원고의 책임이 있다고 보아야 할 것이다.

\* 원고, 피상고인 / 원고(소송대리인 법무법인 시민종합법률사무소 담당변호사 김남준 외 4인)

\* 피 고 / 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 / 학교법인 ○○학원, 소송대리인 변호사 강현중

\* 원심판결 / 서울고법 2004.8.20. 선고 2003누19014 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 재심판정의 경위

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거를 종합하여, 원고는 1987.3.1. 피고보조참가인 학교법인 ○○학원(이하 '참가인 학원'이라 한다)의 일반직 직원으로 채용되어 참가인 학원 산하의 ○○대학교에서 사무직원으로 근무하여 오던 중, 1999.11.경 무고죄로 불구속 기소되어 2001.4.24. 서울중앙지방법원(사건번호 생략)에서 무죄판결이 선고되었다가, 항소심(사건번호 생략)에서 유죄가 인정되어 징역 8월에 집행유예 2년의 형을 선고받고 상고하였으나 2002.6.28. 대법원에서 상고기각되어 항소심판결이 그대로 확정된 사실, 참가인 학원은 위 판

결이 확정되자 원고의 위와 같은 유죄판결의 확정이 참가인 학원의 정관 제83조 제1항 제4호, 제3항에서 정한 당연퇴직사유에 해당한다는 이유로 2002.6.28. 원고를 당연퇴직 처리한 사실, 서울지방노동위원회는 2002.11.15. 원고의 부당해고구제신청을 받아들여 원직복직 등의 구제명령을 하였으나, 중앙노동위원회는 2003.5.16. 위 지방노동위원회의 초심결정을 취소하는 이 사건 재심판정을 한 사실을 인정하였다.

## 2. 원심의 판단

원심은 또한 그 채택 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 참가인 학원의 정관 제83조 제1항 제4호, 제3항은 당연퇴직사유의 하나로 '금고 이상의 형을 받고 그 집행 유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자에 해당하게 된 때'를 규정하고 있으나, 이는 근로자나 사용자의 의사와 상관없이 이루어지는 근로관계의 자동소멸사유를 정한 것으로 볼 수는 없고, 오히려 사용자의 일방적 의사에 의한 근로관계의 종료사유를 정한 것으로 보아야 할 것이므로, 참가인 학원이 위 정관의 규정에 근거하여 한 이 사건 당연퇴직처분은 근로기준법의 제한을 받는 해고에 해당한다 할 것이어서 그것이 유효한 것으로 인정되기 위하여는 근로기준법 제30조 소정의 정당한 이유가 있어야 할 것이라고 전제하고, 나아가서 이 사건 당연퇴직처분의 원인이 된 무고죄의 범죄사실은 원고가 참가인 학원의 부당해고에 맞서 제기한 해고무효확인소송의 진행중에 참가인 학원측의 증인으로 출석하여 증언한 소외 1을 위증죄로 고소한 것이 허위라는 것인데, 원고가 결국 위 해고무효확인소송에서 승소한 점, 원고의 위 무고행위가 위법한 것이기는 하지만, 이는 참가인 학원의 원고에 대한 부당해고의 법적 다툼과정에서 야기된 것으로서 그로 인하여 참가인 학원의 대외적인 신용이나 명예가 훼손되었다고 보기는 어려운 점, 또한 원고가 위와 같이 불구속 기소되어 집행 유예의 판결을 받았다는 것만으로는 그 직무수행 자체에 바로 어떠한 곤란이 있다고 볼 수는 없는 점, 원고에 대한 무고죄의 주된 쟁점은 소외 1이 유인물이 배포되어 있는지를 확인하기 위해 경비주임 소외 2와 함께 교내를 둘러본 사실이 있는지 여부인데, 원고는 소외 2의 확인서 등을 근거로 소외 1을 고소한 것이므로 그 정상에 참작할 만한 사정이 있는 점, 원고가 재직중 위 유인물 배포 외에 별다른 비위행위를 저지른 적이 없는 점, 참가인 학원이 학교법인이라는 특수성이 있다고 하더라도, 일반직원에 대해서까지 교원과 동일한 고도의 도덕성이 요구된다고 볼 수는 없는 점 등 원심 판시에서 인정한 제반 사정에 비추어 보면, 원고가 무고죄로 징역 8월에 집행유예 2년의 형을 선고받아 그 형이 확정되었다는 사유만으로는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 발생한 경우에 해당한다고 보기는 어려워 이 사건 당연퇴직처분은 그 정당성이 인정된다고 할 수 없다는 이유로 이 사건 재심판정을 취소한 제1심판결을 유지하였다.

## 3. 대법원의 판단

그러나 원심이 이 사건 당연퇴직처분의 정당성을 부정한 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

사립학교법 제70조의2 제1항은 사무직원의 임면, 보수, 복무 및 신분보장에 관하여는 학교법인의 정관으로 정하도록 규정하고 있는데, 기록에 의하면 이에 따른 참가인 학원의 정관에서는 일반직원의 복무 및 신분보장에 관하여는 사립학교 교원에게 적용하는 규정을 준용하도

록 하고 있으면서(정관 제85조, 제87조), 일반직원의 임용결격사유의 하나로 '금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자에 해당하게 된 때'를 규정하고, 재직중 위와 같은 임용결격사유에 해당하게 된 때에는 당연퇴직 하도록 규정하고 있는 점(정관 제83조 제1항 제4호, 제3항), 참가인 학원은 학교법인으로서 그 정관에 대한 민국의 교육이념에 의거하여 고등교육을 실시함을 목적으로 함을 명시하고(정관 제1조), 그 시행세칙에서는 교직원은 교육이념의 구현 및 학교발전에 전력을 다하여야 하며 항상 화목 협동하여야 하고, 법령이나 정관 및 세칙과 제 규정을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 하도록 하는 등의 규정을 두고 있는 점(정관 시행세칙 제29, 30조) 등을 알 수 있는바, 비록 정관 등에 규정된 당연퇴직사유에 의한 퇴직처리도 근로기준법의 제한을 받는 해고에 해당한다고 하더라도 그 정당성의 판단에 있어서는 이와 같은 당연퇴직 사유를 정한 것이 사회통념상 상당성을 인정하기 어렵다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위 규정들의 취지는 존중되어야 할 것이다.

이러한 사정에다가 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 점들 즉 ① 원고가 유죄판결을 받은 범죄의 내용은 같은 직장의 동료직원을 무고한 것이라는 점에서 다른 직원과의 신뢰관계나 인간관계가 손상되어 직원들 간의 인화에 좋지 않은 영향을 미칠 수 있을 뿐만 아니라 참가인 학원의 명예나 신용과 무관하다고 볼 수는 없는 점, ② 원고가 원심 판시의 해고무효 소송에서 승소하였다는 것이 이 사건 무고행위를 정당화시키거나 그에 대한 비난가능성을 감소시킬 사유로 될 수는 없는 점, ③ 원심이 무고행위의 정상참작사유로 들고 있는 소외 2의 확인서는 무고죄의 형사판결에서 그 신빙성이 배척된 점 등을 아울러 참작하면, 원고와 참가인 학원 간에 신뢰를 바탕으로 한 고용관계의 계속이 어렵게 된 데에 원고의 책임이 있다고 보아야 하고 따라서 원심이 판시한 사정들만으로 곧 이 사건 당연퇴직처분에 정당성이 없다고 할 수는 없을 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 판시와 같은 이유만을 들어 이 사건 당연퇴직처분은 그 정당성을 인정할 수 없다고 보아 이 사건 재심판정을 취소한 제1심판결을 유지하였으니, 이와 같은 원심판결에는 당연퇴직사유에 의한 퇴직처리의 정당성 판단에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

#### 4. 결 론

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

대법관 박재윤(재판장) 이용우(주심) 이규홍 양승태

## 2. 정리해고

### <1> 정리해고의 의의

#### 1 경영상 이유에 의한 해고

☞ 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결

#### » 요 지 «

1. 정리해고의 요건 및 그 요건의 충족 여부의 판단 방법 : 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자 대표에게 해고실시일 60일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함되는 것으로 보아야 하고, 위 각 요건의 구체적 내용은 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족 정도와 관련하여 유동적으로 정해지는 것이므로 구체적 사건에서 경영상 이유에 의한 당해 해고가 위 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
2. 정리해고의 요건으로서 사용자가 해고회피노력을 다하였는지 여부의 판단 방법 : 사용자가 정리해고를 실시하기 전에 다하여야 할 해고회피노력의 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이고, 사용자가 해고를 회피하기 위한 방법에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 정리해고 실시에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고회피노력의 판단에 참작되어야 한다.
3. 정리해고의 요건으로서 합리적이고 공정한 해고 기준인지 여부의 판단 방법 : 합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이고, 사용자가 해고의 기준에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 해고의 기준에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고의 기준이 합리적이고 공정한 기준인지의 판단에 참작되어야 한다.
4. 정리해고의 절차적 요건으로서 노동조합 또는 근로자대표와의 성실한 협의를 규정한 취지 : 근로기준법 제31조제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노

동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(근로자대표)에 대하여 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다고 하여 정리해고의 절차적 요건을 규정한 것은 같은 조 제1, 2항이 규정하고 있는 정리해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서이다.

5. 정리해고가 실시되는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우 사용자가 그 노동조합과의 협의 외에 정리해고의 대상인 일정 급수 이상 직원들만의 대표를 새로이 선출케 하여 그 대표와 별도로 협의를 하지 않았다고 하여 그 정리해고를 협의절차의 흠결로 무효라 할 수는 없다.
6. 인사발령과 휴직명령이 근로자를 정리해고하는 과정에서 그 근로자에게 퇴직을 강요하기 위하여 인사재량권을 남용하여 한 인사처분이므로 무효라고 판단한 원심판결은 위법하다.

\* 원고, 피상고인 / 한○○

소송대리인 : 법무법인 명인, 담당변호사 윤종현, 한택근, 김석연, 김도형, 강기탁, 표재진

\* 피고, 상고인 / 주식회사 ○○은행 (변경전 상호 : 주식회사 ○○은행)대표이사 이○○

소송대리인 : 법무법인 광장, 담당변호사 정은환, 이승규

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고 이 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

1. 원심이 적법하게 확정된 사실은 다음과 같다.

가. 주식회사 한국○○은행(이하 ○○은행이라고 한다)은 1998.8.24. 누적된 적자로 존립의 위기에 직면하여 경영개선 목적으로 주식회사 ○○은행과 합병계약을 체결하고, 1998.9.30.예금보험공사로부터 구 예금자보호법(2000.12.30. 개정전의 법) 제38조의2 제1항에 따라 3조 2,642억원의 출자(소위 공적자금의 지원)를 받았으며, 1999.1.6. 합병등기를 마쳐 피고 은행으로 되었다.

나. 피고 은행은 1999.1.22. 금융감독위원회 및 예금보험공사와 경영정상화를 위한 세부이행 계획 이행약정을 체결하였는바, 위 약정의 필수이행사항에는 단기수익성 강화 방안의 일환으로 3급 이상 직원을 최대한 감축하도록 노력하고 중복, 저생산성 점포 및 자회사를 정리하는 내용이 포함되어 있었다.

다. 피고 은행은 1998년부터 1999년 상반기까지 260개의 점포를 폐쇄하였고, 본부조직도 ○○○은행의 37개 부서, ○○은행의 30개 부서를 통폐합하여 33개 부서를 폐쇄하고 34개 부서만 남겼다.

- 라. 피고 은행은 1999.2.12. 위 경영정상화계획의 이행과 점포 및 조직통폐합에 따른 구조조정을 위하여 1급 50%(73명), 2급 40%(201명), 3급 10%(82명) 등 총 356명을 감축시키기로 하고, 연령·재직기간·근무성적의 감축대상자 선정기준에 따라 감축대상자 명단을 작성하여, 감축대상인원 및 감축대상선정기준을 노동조합에 통보하는 한편, 같은 달 20일 희망퇴직자들에 대하여 월평균임금의 8개월분에 해당하는 특별퇴직금을 지급하기로 하여 희망퇴직실시를 발표하였다.
- 마. 원고는 3급 직원으로서 1946.12.5.생이고 1965.7.19. ○○은행에 입행하여 재직기간이 33년인 관계로 감축대상자 선정기준상 연령 및 재직기간에 해당하여 감축대상으로 선정되었다.
- 바. 피고 은행은 노동조합과 협의를 계속하다가 1999.3.4. 노동조합과 감축대상자 선정기준은 그대로 유지하고, 1급의 50%(73명), 2급의 32%(161명), 3급의 6%(48명) 등 총 282명을 감축하기로 합의하였다. 이에 따라 피고 은행은 당초 감축대상자로 선정된 직원 중 연령이 낮은 직원과 근무성적이 낮은 직원 중 호봉이 낮은 직원들을 감축대상에서 제외하였지만 원고는 구제대상에 들지 못하였다.
- 사. 3급 이상 직원 중 희망퇴직 신청을 한 인원은 1급의 경우 대상자 73명 전원이, 2급의 경우 대상자 161명 전원이, 3급의 경우 대상자 48명 중 원고를 제외한 47명 등 대상자 282명 중 281명이었다. 한편 당초 희망퇴직 대상이 아니었던 1급 직원 1명과 3급 직원 4명이 추가로 희망퇴직신청을 하여 총 286명이 희망퇴직신청을 하였으며, 피고 은행은 286명 전원을 1999.2.27.자로 희망퇴직시켰다.
- 아. 원고는 익산중앙지점 개인고객영업점장으로 근무하고 있었는데, 피고 은행은 원고에게 감축대상자로 선정된 사실을 통보한 후 현직에서 그대로 업무를 수행하기 어렵다는 이유로 1999.2.27.자로 인사부 조사역으로 인사발령을 하고, 1999.3.27. 원고에 대하여 해고예고를 함과 동시에 인사관리지침 제6장 제4조 제5항(기타 직원 및 은행 형편상 휴직이 불가피하다고 인정될 때)을 적용하여 휴직명령을 내린 다음 인사협의회 심의의결을 거쳐 1999.4.30.자로 원고를 정리해고 하였다.

## 2. 이 사건 정리해고의 효력에 관하여

- 가. 근로기준법 제31조 1항 내지 3항에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자대표에게 해고실시일 60일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함되는 것으로 보아야 하고, 위 각 요건의 구체적 내용은 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족 정도와 관련하여 유동적으로 정해지는 것이므로 구체적 사건에서 경영상 이유에 의한 당해 해고가 위 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

나. 원심은 원고에 대한 위 해고가 정리해고의 요건을 갖추지 못하여 무효라고 하면서 다음과 같이 항목별로 판단하고 있으므로 위와 같은 종합적 고려의 관점에서 그 당부를 살펴본다.

(1) 긴박한 경영상의 필요에 관하여

원심은 피고 은행이 1999년 1/4분기에 3,406억원의 순이익을 기록하였고, 1999년 상반기에는 순이익 5,585억원, 업무이익 1조 992억원, 충당금 적립비율 115%를 기록한 사실을 인정한 후, 일련의 구조조정 과정에서 경영상태가 호전되었던 점 등에 비추어 피고 은행이 원고를 해고할 당시에는 정리해고를 할 긴박한 경영상의 필요성이 있었다고 단정할 수 없다고 판단하였다. 그러나 합병전 ○○은행은 누적된 적자로 존립의 위기에 직면한 상태에서 1998.9.30. 예금보험공사로부터 3조 2,642억원의 공적자금을 출자형식으로 지원 받았고, 합병후 피고 은행은 1999년도에 1조 9,872억원의 적자를 기록하였으며 (을 제27호증), 그 후에도 예금보험공사로부터 2000.12.30. 출자형식으로 2조 7,644억원, 2001.9.29. 출연형식으로 1조 8,772억원의 공적자금을 추가로 지원 받은 점에 비추어 보면, 피고은행이 1999년 상반기에 일시적으로 흑자를 기록한 것은 부실요인이 제대로 반영되지 않은 가결산이었기 때문이라고 보아야 하고 이 자료를 들어 피고 은행의 경영상태가 구조조정의 필요가 없을 정도로 호전되었다고 볼 수 없으며, 오히려 위와 같이 피고 은행의 경영위기가 계속되고 있었고 이를 극복하기 위하여 실시한 합병과 부서 통폐합에 따른 인원과잉현상을 참작하면 피고 은행이 원고에 대한 정리해고를 실시할 당시에도 이를 실시하여야 할 고도의 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 할 것이다. 이와 다른 견해에서 한 원심의 판단에는 긴박한 경영상의 필요에 관한 법리를 오해하였거나 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 위법이 있다고 할 것이다.

(2) 해고회피 노력에 관하여

원심은 원고가 희망퇴직에 불응하자 피고 은행은 하향배치 전환, 전직 등의 고용유지 노력을 하지 않고 사실상 퇴직을 강요하는 수단으로 인사부 조사역으로 인사발령을 하여 현직에서 배제시키고 휴직명령을 내린 후 해고한 점에 비추어 피고 은행이 희망퇴직을 실시하였다는 사실과 해고직원 중 일부에게 재취업을 알선하였다는 사실만으로는 해고회피노력을 다하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.

사용자가 정리해고를 실시하기 전에 다하여야 할 해고회피 노력의 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이고, 사용자가 해고를 회피하기 위한 방법에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 정리해고 실시에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고회피 노력의 판단에 참작되어야 한다.

이 사건에서 보건대, 합병전 ○○은행은 존립의 위기에 직면한 상황에서 금융감독위원회와 예금보험공사에 경영개선계획을 제출하고 합병을 성공시키는 등의 노력을 통하여 예금보험공사로부터 3조 2,642억원의 공적자금을 지원 받아 회생의 기회를 마련하였던 점, 신규채용을 중단하고 월평균임금의 8개월분에 해당하는 특별퇴직금을 지급하기로 하여 희망퇴직자를 모집하였던 점, 희망퇴직자 중 일부를 계약직으로 전환하여 재취업



시키고, 일부는 자회사나 관련 업체에 취업알선 하였으며, 또 일부에 대하여는 재취업을 위한 연수를 실시하는 등 퇴직자를 배려하는 상당한 조치를 취하였던 점, 노동조합과의 협의 과정을 거쳐 당초 356명 해고계획에서 282명만을 해고하는 것으로 해고인원을 감축합의하였던 점을 고려해 보면, 피고 은행은 해고회피 노력을 다하였다고 할 것이다. 한편 피고은행이 합병 후 260개 점포를 폐쇄하고 본부조직도 총 67개 부서를 통합하여 34개 부서만 남긴 사정에 비추어 보면 피고 은행은 심각한 인원과잉 상태에 있었다고 보이므로 원심이 지적하고 있는 하향배치 전환 또는 전직 등의 방법으로 해고를 회피할 수 있었다고 볼 특별한 사정이 없는 한 그 사정을 들어 피고 은행이 해고회피노력을 다하지 않았다고 할 수 없다.

따라서 이와 다른 견해에서 한 원심의 판단에는 해고회피 노력에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

### (3) 합리적이고 공정한 해고의 기준에 관하여

원심은, 해고대상자 선정기준에 있어서 근로자의 부양의무의 유무, 재산, 건강상태, 재취업가능성 등 근로자 각자의 주관적인 사정과 사용자의 이익 측면을 적절히 조화시켜야 함에도 근로자의 생활보호측면을 전혀 고려함이 없이 단순히 연령, 재직기간, 근무성적 등 3가지 선정기준만을 설정하였을 뿐 아니라 그나마 이들 기준을 합리적으로 조화시키지 아니하고 그 중 어느 하나의 요건에만 해당하면 근무성적을 다소 고려하는 외에는 다른 기준에 불구하고 아무런 심사과정도 거치지 아니하고 바로 감축대상자로 선정한 점에 비추어 그 대상자 선정기준 역시 합리적이고 공정하다고 할 수 없다고 판단하였다.

합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이고, 사용자가 해고의 기준에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 해고의 기준에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고의 기준이 합리적이고 공정한 기준인지의 판단에 참작되어야 한다.

이 사건에서 보건대, 피고 은행이 정한 기준은 먼저 3급 이상의 직원을 대상으로 하여 직급별 해고인원수를 정하고, 각 직급에서 연령이 많은 직원, 재직기간이 장기간인 직원, 근무성적이 나쁜 직원을 해고대상으로 하고, 앞의 두 기준에 해당하는 자 중 근무성적 상위자를 제외하기로 하는 것이었는바, 피고 은행은 공적자금을 지원 받기 위하여 금융감독위원회와 예금보험공사에 제출한 경영정상화 계획서에서 3급 이상 직원을 최대한 감축하기로 약속하였고, 노동조합과 협의하여 위와 같은 선정기준에 대한 합의에 이르렀으며, 우리나라에 독특한 연공서열적인 임금체계를 감안하면 상대적으로 고임금을 받는 높은 직급의 연령이 많은 직원과 재직기간이 긴 직원을 해고하면 해고인원을 최소화할 수 있었던 사정을 종합적으로 고려해 보면 피고 은행이 정한 위 기준은 당시의 상황에서 나름대로 합리적이고 공정한 기준으로서 수긍할 만 하고, 정리해고를 조속히 마무리지어 안정을 기해야 할 필요성에 비추어 주관적 판단에 좌우되기 쉬운 근로자 각자의 개인적 사정을 일일이 고려하지 못하였다고 하여 달리 볼 수는 없다.

따라서 이와 다른 견해에서 한 원심의 판단에는 합리적이고 공정한 해고의 기준에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

#### (4) 노동조합과의 성실한 협의에 관하여

원심은, 근로기준법 제31조 제3항의 규정 취지는 정리해고시 근로자들의 이해관계를 대변할 수 있는 조직과의 협의를 통하여 이해관계를 조절함이 필요하다는 것으로서 이에 비추어 볼 때 감축대상이 특정한 직종 또는 직급으로 한정되는 경우에는 그 대상자의 과반수가 노동조합의 조합원이면 노동조합, 그렇지 아니하면 그 근로자의 과반수를 대표하는 자와의 협의가 필요하다고 해야 할 것이고, 따라서 그 특정 직종 또는 직급이 당초 노동조합에 가입할 수 없는 경우라면 감축에 관한 노동조합과의 협의는 무의미하다고 보아야 할 것이라고 전제한 후, 이 사건의 경우 감축대상이 당초부터 피고 은행 노동조합의 노조원 자격이 없는 3급 이상 직원에 한정되어 있는바 이러한 경우 피고 은행은 인원감축에 있어 3급 이상 직원 전체 또는 각 급수에 해당하는 직원의 과반수를 대표하는 조직 또는 개인과 성실한 협의를 거쳐야 하는데 감축대상이 전혀 포함되어 있지 아니하여 별다른 이해관계가 없고 일면에서는 이해가 상반된다고도 볼 수 있는 노동조합과의 협의절차만을 거쳤으므로 이 사건 인원감축에 있어 성실한 협의의무를 다하였다고 보기도 어렵다고 판단하였다.

근로기준법 제31조 제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(근로자대표)에 대하여 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다고 하여 정리해고의 절차적요건을 규정한 것은 같은 조 제1,2항이 규정하고 있는 정리해고의 실질적요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서인바, 이러한 규정취지와 위 조항의 문언 및 이 사건에서 정리해고를 실시하여야 할 경영상필요의 긴박성 등 실질적요건의 충족정도, 피고 은행의 노동조합이 종전에도 사용자와 임금협상 등 단체교섭을 함에 있어 3급 이상 직원들에 대한 부분까지 포함시켜 함께 협약을 해왔고 이 사건 정리해고에 있어서도 노동조합이 협의에 나서 격렬한 투쟁 끝에 대상자 수를 당초 356명에서 282명으로 줄이기로 합의하는데 성공한 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 정리해고가 실시되는 피고 은행 전사업장에 걸쳐 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 이 사건에 있어, 피고 은행이 위 조항의 문언이 요구하는 노동조합과의 협의 외에 정리해고의 대상인 3급 이상 직원들만의 대표를 새로이 선출케 하여 그 대표와 별도로 협의를 하지 않았다고 하여 이 사건 정리해고를 협의절차의 흠결로 무효라 할 수는 없는 것이다.

이와 다른 견해에서 한 원심의 판단에는 근로기준법 제31조 제3항의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

#### (5) 이어서 피고 은행이 노동조합과 합의한 인원수를 넘어서 원고를 정리해고 하였는지에 관하여 본다.

원심은, 피고 은행이 노동조합과의 합의에 의하여 감축하기로 한 인원수는 282명이었는데, 감축대상자 중 원고를 제외한 281명과 감축대상자가 아니었던 5명이 희망퇴직을 신청하여 노동조합과의 합의에 따른 감원 목표량을 초과하여 달성하고서도 피고 은행이 원고를 정리해고한 것은 무효라고 판단하였다.

그러나 기록에 의하면, 피고 은행이 1999.2.12. 당초 계획하였던 감원 인원수는 356명으로서 위에서 본 바와 같은 기준을 적용하여 같은 인원의 감축대상자 명단을 작성하였고, 희망퇴직을 실시한 결과 1999.2.말경 감축대상자가 아니었던 5명이 희망퇴직을 신청하였으며, 당시 노동조합이 감축대상자 인원 축소를 강력하게 요구하고 있었으므로 피고 은행은 1999.3.4. 당초의 감축대상자 356명 중에서 젊은 직원과 호봉이 낮은 직원 일부를 제외하고 282명만을 감축대상자로 하기로 하여 노동조합과 합의하였던 사실을 알 수 있는바, 감축대상자가 아니었던 5명이 희망퇴직을 신청하였던 시점과 위 합의의 시점, 감축인원수를 최소화하고자 한 노동조합과의 합의과정에 비추어 보면 피고 은행과 노동조합은 감축대상자가 아니었던 5명의 희망퇴직신청을 감안하여 그 외에 추가로 정리해고 하여야 할 인원수를 282명으로 합의하였던 것으로 보아야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고 은행과 노동조합이 합의한 감축인원수 282명은 감축대상자가 아니었던 5명의 희망퇴직을 고려하지 않은 인원수이므로 희망퇴직 신청자가 286명으로서 노동조합과의 합의에 따른 감축인원수를 초과한 상황에서 피고 은행이 그 합의를 위반하여 원고를 정리해고한 것은 무효라고 판단하였으므로 이러한 원심의 판단에는 채증법칙을 위배하거나 경험칙에 반하여 위 합의의 내용을 잘못 해석한 위법이 있다고 할 것이다.

다. 따라서 원심의 판단에는 정리해고에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙 등을 위배하여 사실을 오인함으로써 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이므로 이를 지적하는 상고이유의 주장은 모두 정당하다.

### 3. 1999.2.27.자 인사발령과 1999.3.27.자 휴직명령의 효력에 관하여

원심이 적법하게 확정된 사실에 의하면, 원고는 익산중앙지점 개인고객영업점장으로 근무하고 있었는데, 피고 은행은 원고를 정리해고대상자로 선정하여 통보한 후, 1999.2.27.자로 인사부 조사역으로 인사발령을 하고, 같은 해 3.27. 휴직명령을 하였는데, 원심은 피고 은행이 원고에 대하여 한 위 인사발령과 휴직명령은 원고를 정리해고하는 과정에서 원고에게 퇴직을 강요하기 위하여 한 인사처분으로서 인사재량권을 남용하여 한 것이므로 무효라고 판단하였다.

먼저 1999.2.27.자 인사명령에 관하여 보건대, 피고 은행은 위 인사명령의 이유를 원고를 정리해고대상자로 선정하여 통보한 상황에서 원고를 현직에서 그대로 업무를 수행하게 하는 것이 곤란하다고 판단하였기 때문이라고 설명하고 있고, 원고가 당시 담당하고 있던 업무의 내용에 비추어 보면 피고가 인사명령의 이유로 들고 있는 경영상의 필요에 합리성이 있다고 할 것이며, 위 인사명령은 원고에게 급여 또는 처우상의 불이익을 주는 것이 아니고, 반면 위 인사명령이 정리해고 실시과정에 있었다는 사정만으로 원고에게 퇴직을 강요하기 위해서 한 것이라고 추정할 수 없으며, 기록상 그와 같은 피고은행의 의도를 인정할 만한 자료도 없다. 그럼에도 불구하고 원심은 아무런 증거 없이 피고은행이 원고에게 퇴직을 강요하기 위하여 위 인

사명령을 하였다고 단정하고 이러한 사실인정에 기초하여 위 인사명령은 인사권을 남용하여 한 것으로서 무효라고 판단하였으므로 이러한 원심의 사실인정 및 판단에는 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였거나 이유불비 또는 이유모순의 위법이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 정당하다.

이어서 1999.3.27.자 휴직명령에 관하여 보건대, 기록에 의하면 피고 은행은 1999.3.4. 노동조합과 감축대상 인원수와 정리기준에 관하여 합의한 후 희망퇴직 실시 기간 중 희망퇴직을 신청한 직원들에 대하여 1999.2.27.자로 희망퇴직을 실시하고, 노동조합과 합의한 감축대상자 중 유일하게 희망퇴직을 신청하지 않은 원고에 대한 정리해고 방침을 세웠으며, 한편 원고는 1999.2.27.자 인사발령 이후 출근하지 않고 있었고 연락이 되지 않는 상태였으므로 피고 은행은 정리해고 절차를 마무리할 때까지 원고를 현직에 근무시키기 곤란하다고 판단하여 “기타 직원 및 은행 형편상 휴직이 불가피하다고 인정될 때” 휴직명령을 할 수 있다는 인사관리지침 제6장 제4조 제5항을 적용하여 원고에 대하여 휴직명령을 하였음을 알 수 있으므로 위 휴직명령이 인사권을 남용하여 한 것으로서 무효라고 할 수 없다.

따라서 위 휴직명령이 원고에게 사실상 퇴직을 강요하기 위하여 인사재량권을 남용하여 한 인사처분으로서 무효라고 한 원심의 판단에는 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였거나 이유불비 또는 이유모순의 위법이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 정당하다.

#### 4. 결 론

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

대법관 박재윤(재판장) 서성 이용우(주심) 배기원

## 2 고용안정협약에 반하여 이루어진 정리해고의 효과

☞ 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20406 판결

### » 요 지 «

정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없으나, 사용자의 경영권에 속하는 사항이라 하더라도 그에 관하여 노사는 임의로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 수 있고, 그 내용이 강행법규나 사회질서에 위배되지 아니하는 이상 단체협약으로서의 효력이 인정된다. 따라서 사용자가 노동조합과의 협상에 따라 정리해고를 제한하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 단체협약이 강행법규나 사회질서에 위배된다고 볼 수 없고, 나아가 이는 근로조건 기타 근로자에 대한 대우에 관하여 정한 것으로서 그에 반하여 이루어지는 정리해고는 원칙적으로 정당한 해고라고 볼 수 없다. 다만 이처럼 정리해고의 실시를 제한하는 단체협약을 두고 있더라도, 그 단체협약을 체결할 당시의 사정이 현저하게 변경되어 사용자에게 그와 같은 단체협약의 이행을 강요한다면 객관적으로 명백하게 부당한 결과에 이르는 경우에는 사용자가 단체협약에 의한 제한에서 벗어나 정리해고를 할 수 있을 것이다.

\* 원고, 피상고인 : 별지 원고 명단 기재와 같다.<별지 생략>

\* 피 고 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : ○○○○배기컨트롤시스템코리아 주식회사의 소송수계인 ○○  
○○배기컨트롤시스템코리아 유한회사

\* 원심판결 : 서울고등법원 2011. 7. 21. 선고 2010누19647 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고보조참가인이 부담한다.

### » 이 유 «

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

정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없으나(대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결 등 참조), 사용자의 경영권에 속하는 사항이라 하더라도 그에 관하여 노사는 임의로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 수 있고, 그 내용이 강행법규나 사회질서에 위배되지 아니하는 이상 단체협약으로서의 효력이 인정된다. 따라서 사용

자가 노동조합과의 협상에 따라 정리해고를 제한하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 단체협약이 강행법규나 사회질서에 위배된다고 볼 수 없고, 나아가 이는 근로조건 기타 근로자에 대한 대우에 관하여 정한 것으로서 그에 반하여 이루어지는 정리해고는 원칙적으로 정당한 해고라고 볼 수 없다. 다만 이처럼 정리해고의 실시를 제한하는 단체협약을 두고 있다라도, 그 단체협약을 체결할 당시의 사정이 현저하게 변경되어 사용자에게 그와 같은 단체협약의 이행을 강요한다면 객관적으로 명백하게 부당한 결과에 이르는 경우에는 사용자가 단체협약에 의한 제한에서 벗어나 정리해고를 할 수 있을 것이다.

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 특별교섭 합의서에서 정한 고용보장에 관한 약속은 ○○○○배기시스템코리아 주식회사(이하 '이 사건 회사'라 한다)가 공장 이동을 계기로 근로자의 고용불안과 근로조건 변화에 대처하기 위하여 이루어진 것으로서 이 사건 회사 스스로 인위적인 구조조정으로 근로관계를 종료하지 아니하겠다는 내용의 고용보장을 약속한 것으로 보아야 하고, 그 내용상 단순히 공장 이전에만 국한하여 적용할 사항이 아니라 그 이후의 제반 근로조건에 관한 사항을 정한 것으로 보아야 하며, 이러한 고용보장에 관한 약속은 단체협약의 규범적 부분에 해당한다고 판단하였다. 그리고 원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 이 사건 회사가 이 사건 특별교섭 합의서 체결 당시 예상하지 못하였던 심각한 재정적 위기에 처하여 고용보장에 관한 약속의 효력을 유지하는 것이 객관적으로 부당한 상황에 이르렀다고 보기는 어렵다고 보아, 고용보장에 관한 약속에 반하여 단행된 이 사건 정리해고는 부당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 정리해고를 제한하는 노사합의의 효력에 관한 법리오해, 특별교섭 합의서의 해석 및 적용에 관한 법리오해, 정리해고 요건의 판단 기준에 관한 법리오해 내지 그 판단 과정에서 채증법칙위반 등으로 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

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

대법관 김소영(재판장) 신영철 이상훈(주심) 김용덕

## <2> 긴박한 경영상 필요 판단

### 1] 별개 법인이 사실상 1개 단위로 운영된 경우 긴박한 경영상 필요

☞ 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30580 판결

#### » 요 지 «

동종의 사업을 하는 두 개의 법인이 동시에 정리해고를 하거나 한 법인의 특정사업부문에 한하여 정리해고를 하는 경우, 정리해고가 정당하다고 하기 위한 요건으로서 '긴박한 경영상의 필요'가 있는지 여부는 원칙적으로 정리해고를 하는 법인별로 판단하여야 하나, 한 법인의 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어 있고 재무와 회계도 분리되어 있을 뿐만 아니라 노동조합도 각 사업부문별로 조직되어 있고 경영여건도 서로 달리 하고 있다면 그 사업부문만을 따로 떼어 긴박한 경영상의 필요 여부를 판단할 수 있고, 한편 양 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정사업부문이 동종의 사업을 경영하여 그 업종이 처한 경기상황에 동시에 반응하며, 상호 인적·물적 설비가 엄격하게 분리되어 있지 않고, 노동조합도 각각이 아닌 단일노조로 구성되어 양 법인과 통일적으로 교섭하고 있는 등 사실상 하나의 법인으로 운영되어 그 경영상황이 하나의 기업으로 볼 수 있을 정도로 상호 밀접한 관련이 있는 경우에는 양 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정사업부문의 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단할 수 있다.

【원고, 상고인】 원고외 53인 소송대리인 변호사 최용석

【피고, 피상고인】 T산업 주식회사의 1인 소송대리인 법무법인 정인 담당변호사 황익외 8인

【원심판결】 부산고법 2005. 4. 20. 선고 2004나12523 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유는 상고장 또는 상고이유서 자체에 기재하여 주장하여야 하며, 항소이유서를 원용한다는 등의 기재 방식으로 상고이유를 주장할 수는 없다. 그러므로 상고이유서에 추가적 상고이유로 주장한 점만을 상고이유로 보아 판단한다.

#### 1. 상고이유 제1점에 대하여

동종의 사업을 하는 두 개의 법인이 동시에 정리해고를 하거나 한 법인의 특정 사업부문에 한하여 정리해고를 하는 경우, 정리해고가 정당하다고 하기 위한 요건으로서 '긴박한 경영상의 필요'가 있는지 여부에 관하여는 원칙적으로 정리해고를 하는 법인별로 이를 판단하여야 할 것이나, 한 법인의 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어 있고 재무 및 회계도 분리되어 있을 뿐만 아니라 노동조합도 각 사업부문별로 조직되어 있고,

경영여건도 서로 달리하고 있다면 그 사업부문만을 따로 떼어 긴박한 경영상의 필요 여부를 판단할 수 있고, 한편 양 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문이 동종의 사업을 경영하여 그 업종이 처한 경기상황에 동시에 반응하며, 상호 인적·물적 설비가 엄격하게 분리되어 있지 않고, 노동조합도 각각이 아닌 단일노조로 구성되어 양 법인과 통일적으로 교섭하고 있는 등 사실상 하나의 법인으로 운영되어 그 경영상황이 하나의 기업으로 볼 수 있을 정도로 상호 밀접한 관련이 있는 경우에는 양 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문의 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단할 수 있다고 할 것이다.

원심이 인용한 제1심판결은 그 채용 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실들을 인정한 다음, 피고 T산업 주식회사(이하 'T산업'이라 한다) 화섬부분과 피고 D화섬 주식회사(이하 'D화섬'이라 한다)는 별개의 법인으로 설립되어 있기는 하나, 인사교류, 자재 공동구입, 단일노조, 대표이사 겸직, 자금지원 등의 면에서 사실상 1개 단위의 회사로 운영되어 온 점, 피고 T산업 화섬부분뿐만 아니라 피고 D화섬도 경영실적이 악화되어 장래 경영전망이 어두웠던 점, 피고 T산업 화섬부분과 피고 D화섬의 경영실적 악화는 화섬업계의 전반적 사양산업화에 기인한 것인 점에 비추어 보면 피고 T산업 화섬부분과 피고 D화섬의 경영상황은 상호 밀접한 관련이 있는 것으로 보이므로 피고들이 이를 종합적으로 판단하여 공동 시행한 이 사건 정리해고는 경영상 필요에 의한 것이라고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 인용한 제1심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 위 법리에 따른 것으로서 모두 옳다고 수긍이 가고, 거기에 정리해고의 요건과 관련하여 긴박한 경영상의 필요에 대한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 또한, 피고들이 단일노조와의 교섭에 있어서 양 회사가 법인격을 달리하므로 공동교섭을 할 수 없다는 이유로 교섭을 회피한 일이 있었다는 사정만으로는 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단하여 공동으로 정리해고를 시행한 행위가 신의칙에 반한다고 할 수 없으므로 이 부분 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

사용자가 정리해고를 실시하기 전에 다하여야 할 해고회피노력의 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이고, 근로기준법 제31조 제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(근로자대표)에 대하여 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다고 하여 정리해고의 절차적 요건을 규정한 것은 같은 조 제1, 2항이 규정하고 있는 정리해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서이다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 참조).

이러한 법리에서 기록과 원심판결에 나타난 피고들의 최근 5년간 신규사원 채용내역, 임원 및 관리직 사원의 급여반납 내용, 휴업실시 횟수, 회사 내 인력 재배치의 용이성, 근로자들에 대한 전직 지원 프로그램의 운영 내용, 노조와의 교섭의 경위, 횟수, 계속시간, 제안 및 반대 제안의 경위, 제안의 취지 및 내용, 교섭에 참여한 노조 교섭위원의 수 등 제반 사정을 참작할 때, 원심이 피고들은 이 사건 정리해고를 회피하기 위한 충분한 노력을 다하였다고 판단



한 것은 수궁이 가고, 거기에 원고들의 상고이유 주장과 같은 어떠한 위법도 없다.

### 3. 상고이유 제3점에 대하여

합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이다 (대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 참조).

원심이 적법하게 확정된 사실관계에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 피고들은 총 1,937명의 개인별 점수표를 만들어 점수 순으로 이 사건 정리해고의 대상자를 선정하였는데, 위 평가기준은 인사고과 등 9개 항목으로 구성되어 있고 각 항목에 대한 세부평가기준이 마련되어 있었고, 위 평가기준은 100점 만점에 근로자측 요소 27점, 사용자측 요소 73점이 각 배점된 점, 피고들이 상당한 기간을 두고 해고대상자 선정에 관하여 서면으로 이의신청을 받은 결과 이 사건 정리해고 대상자 중 7명이 변경되었고, 노조임원·간부 및 부부에 대한 특별가점이 부여된 점, 피고들이 특별인사고과 항목을 둔 것은 인사고과가 노조의 반대로 시행되지 못하다가 뒤늦게 시행됨으로써 인사고과의 조사대상기간이 짧고 축적된 자료가 부족하며, 그 반영내용도 제대로 정비되어 있지 않은 점을 보완하기 위한 것이었던 점, 이 사건 단체협약 제31조는 월 연속 6회 이상의 무단결근을 당연퇴직사유로 정하고 있으나, 피고들은 이 사건 파업과 관련된 무단결근자를 당연퇴직하게 하는 대신 감점처리만 한 점 등을 종합하여 보면, 위 인사고과의 대상기간이 주로 파업기간에 관련되어 있어 근로자들이 이 사건 노조의 불법파업에 참가한 정도나 참가일수 등을 참작하여 고과를 한 것이므로, 이와 같은 항목의 설정이나 점수부여의 필요성이 인정되고, 그 평가방법에 다소 사용자의 주관성이 개입될 여지가 있다고 하더라도 배당된 점수 등에 비추어 현저히 자의적인 기준으로 보이지 아니하므로, 특별인사고과의 설정과 그 평가기준으로 말미암아 정리해고 대상자의 선정기준이 불공정하다고 볼 수는 없을 뿐만 아니라 피고들이 이 사건 정리해고를 조속히 마무리지어 회사의 안정을 기해야 할 필요성에 비추어 볼 때, 위 선정기준은 공정성을 확보하기 위한 최소한의 장치를 갖춘 것으로서 당시의 상황에서 나름대로 합리적이고 공정한 것이었다고 보인다.

따라서 원심이 해고대상자 선정기준의 불공정성에 관한 원고들의 주장을 배척한 것은 정당하고, 이와 다른 취지의 원고들의 위 상고이유의 주장 또한 이유 없다.

### 4. 결론

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

대법관 박일환(재판장) 김용담(주심) 박시환 김능환

## 2 다년간 적자 누적의 경우 긴박한 경영상 필요성

☞ 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13972 판결

### » 요 지 «

참가인 회사는 2000년도부터 매년 20억 원 이상의 적자가 발생하여 2005년도까지 누적적자가 100억 원에 이르고 매출액도 지속적으로 감소하였으며 부채비율도 전체 숙박업 평균 부채비율을 크게 상회한 점, 참가인 회사의 인건비 비중이 증대하여 인건비 절감이 절실하였던 점 등에 비추어 이 사건 정리해고를 단행할 긴박한 경영상의 필요가 있었고, 위와 같은 경영위기에 직면한 상황에서 임원진 등의 임금 일부 반납, 비품 처분, 무급휴직 및 희망퇴직 실시, 부동산매각추진 등 비용절감을 위한 조치를 취한 점, 관계 계열사에 해고 대상 직원의 우선채용협조를 요청하는 한편 당초 해고 대상 예정인원을 36명으로 정하였다가 17명으로 감축한 점 등을 종합하여 보면, 참가인 회사는 이 사건 정리해고를 실시함에 있어서 해고회피노력을 다하였다고 볼 것이다. 또한, 참가인 회사가 정한 해고대상자선정 기준은 그 구성항목과 각 항목별 배점배정이 기업경영상 이해관계와 근로자들의 개인적 사정을 적절히 고려한 것으로 보이고 자의적·주관적 요소를 배제하는 등 전체적으로 합리적이고 공정한 기준이라고 할 것이고, 참가인 회사가 이 사건 정리해고의 시행을 위하여 원고와 수회에 걸쳐 노사협의회를 개최하여 정리해고에 관한 협의 및 의견제시를 요청함으로써 근로자대표와의 성실한 협의를 거쳤으므로, 이 사건 정리해고는 그 요건을 모두 갖추었다.

- \* 원고, 상고인 : ○○○○○제주노동조합 외 8인
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : 주식회사 ○○○○○제주
- \* 원심판결 : 서울고등법원 2008. 7. 9. 선고 2007누27570 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고들이 부담한다.

### » 이 유 «

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

#### 1. 부당해고에 관한 상고이유에 대하여

- 가. 구 근로기준법(2007.1.26. 법률 제8293호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제31조제1항 내지 제3항에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의한 해고, 즉 정리해고를 하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 해고를 피하기 위한

방법과 해고의 기준 등을 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자대표에게 해고실시일 60일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 하는데, 위 각 요건의 구체적 내용은 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족 정도와 관련하여 유동적으로 정해지는 것이므로, 구체적 사건에서 정리해고가 위 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다69393 판결 등 참조).

나. 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고 보조참가인 회사(이하 '참가인 회사'라고만 한다)는 2000년도부터 매년 20억 원 이상의 적자가 발생하여 2005년도까지 누적적자가 100억 원에 이르고 매출액도 지속적으로 감소하였으며 부채비율도 전체 숙박업 평균 부채비율을 크게 상회한 점, 참가인 회사의 인건비 비중이 증대하여 인건비 절감이 절실하였던 점 등에 비추어 이 사건 정리해고를 단행할 긴박한 경영상의 필요가 있다고 인정하였는바, 원심의 이와 같은 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

다. 사용자가 정리해고를 실시하기 전에 다하여야 할 해고회피노력의 방법과 정도는 그 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이므로, 그 정리해고가 해고회피노력의 요건을 충족하였는지 여부의 판단에 있어서는 이와 같은 사정들이 고려되어야 한다(대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30580 판결 등 참조).

원심이 인용한 제1심판결 이유 및 기록에 의하여 인정되는 사정들, 즉 참가인 회사가 위와 같은 경영위기에 직면한 상황에서 임원진 등의 임금 일부 반납, 비품 처분, 무급휴직 및 희망퇴직 실시, 부동산매각추진 등 비용절감을 위한 조치를 취한 점, 관계 계열사에 해고 대상 직원의 우선채용협조를 요청하는 한편 당초 해고 대상 예정인원을 36명으로 정하였다가 17명으로 감축한 점 등을 종합하여 보면, 참가인 회사는 이 사건 정리해고를 실시함에 있어서 해고회피노력을 다하였다고 볼 것이다.

한편 원심이 인용한 제1심판결 이유와 기록에 의하여 인정되는 바와 같이, 참가인 회사의 호텔사업 부문과 카지노사업 부문은 서로 다른 취업규칙을 가지고 있고 인사관리가 별도로 이루어졌으며 노동조합도 각 사업 부문별로 결성되는 등 분리·운영된 점, 과거 호텔사업 부문과 카지노사업 부문 간에 이루어진 인적교류는 극히 좁은 범위에서 이루어져 통상적인 것으로 볼 수 없을 뿐만 아니라 이 사건 정리해고 무렵에는 인적교류가 이루어지지 아니한 점 등에 비추어, 참가인 회사가 카지노사업 부문으로 인력을 배치전환하지 않았다고 하여 해고회피노력을 다하지 않았다고 볼 수 없다.

또한 기록에 의하면, 이 사건 정리해고 당시 참가인 회사는 이 사건 호텔에서 파견근로자들을 사용하고 있었는데, 위 파견근로자 사용은 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006.12.21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 파견근로자보호법'이라 한다)의 요건을 결여한 위법한 파견인 사실, 위 파견근로자들 중 일부는 이미 2년을 초과하여 근무하고 있었던 사실을 알 수 있다. 그런데 구 파견근로자보호법 제6조제3항의 직접고용 간주 규정은 위법한 파견의 경우에도 적용되므로(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320

전원합의체 판결 등 참조), 이와 같이 2년을 초과하여 근무한 파견근로자들은 위 직접고용간주 규정이 적용되어 이들과 참가인 회사와의 사이에는 직접고용관계가 성립되었다고 볼 수 있는 점이나 이 사건 정리해고가 이루어지게 된 원인 및 그 배경, 그 밖에 참가인 회사가 해고의 규모를 최소화하기 위하여 취했던 여러 조치들을 고려하면, 참가인 회사가 위와 같은 파견근로관계를 정리하지 않았다고 하여 해고회피노력을 다하지 않았다고 단정할 수 없다.

원심이 같은 취지에서 참가인 회사가 해고회피노력을 다하였다고 판단한 조치는 정당하다.

- 라. 정리해고 대상자를 선정함에 있어서 요구되는 합리적이고 공정한 기준은 그 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이다. 또한 구 근로기준법 제31조제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장의 근로자대표에 대하여 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다는 절차적 요건을 규정한 것은, 같은 조제1항 및 제2항이 규정하고 있는 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의 과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 취지이다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 등 참조).

원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 판시와 같은 사실을 인정한 다음 참가인 회사가 정한 해고대상자선정 기준은 그 구성항목과 각 항목별 배점배정이 기업경영상 이해관계와 근로자들의 개인적 사정을 적절히 고려한 것으로 보이고 자의적·주관적 요소를 배제하는 등 전체적으로 합리적이고 공정한 기준이라고 할 것이고, 참가인 회사가 이 사건 정리해고의 시행을 위하여 원고 ○○○○○제주노동조합과 수회에 걸쳐 노사협의회를 개최하여 정리해고에 관한 협의 및 의견제시를 요청함으로써 근로자대표와의 성실한 협의를 거쳤다고 판단하였는바, 원심의 이와 같은 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

- 마. 따라서 이 사건 정리해고가 그 요건을 모두 갖추었다고 본 원심은 정당하고, 거기에 상고 이유에서 주장하는 것과 같은 사실오인 및 정리해고에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

## 2. 부당노동행위에 관한 상고이유에 대하여

사용자가 근로자를 해고함에 있어서 표면적으로 내세우는 해고사유와는 달리 실질적으로는 근로자의 정당한 노동조합활동을 이유로 해고한 것으로 인정되는 경우에 있어서는 그 해고는 부당노동행위라고 보아야 할 것이지만, 정당한 해고사유가 있어 근로자를 해고한 경우에 있어서는 비록 사용자가 근로자의 노동조합활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합의사가 추정된다고 하더라도 그 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없을 것이므로, 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결 참조).

이러한 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 제1심판결을 인용하여 이 사건 정리해고가 부당노동행위에 해당하지 않는다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 것과 같은 부당노동행위에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

### 3. 결론

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

대법관 신영철(재판장) 박시환 안대희(주심) 차한성

### 3 흑자 기업의 일부 사업부문 경영악화

☞ 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다3629 판결

#### » 요 지 «

1. 근로기준법 제24조에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원 삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함된다.
2. 기업의 전체 경영실적이 흑자를 기록하고 있더라도 일부 사업부문이 경영악화를 겪고 있는 경우, 그러한 경영악화가 구조적인 문제 등에 기인한 것으로 쉽게 개선될 가능성이 없고 해당 사업부문을 그대로 유지한다면 결국 기업 전체의 경영상황이 악화 될 우려가 있는 등 장래 위기에 대처할 필요가 있다는 사정을 인정할 수 있다면, 해당사업부문을 축소 또는 폐지하고 이로 인하여 발생하는 잉여인력을 감축하는 것이 객관적으로 보아 불합리한 것이라고 볼 수 없다.

\* 원고, 피상고인 : 양○○ 외 23명

\* 피고, 상고인 : 주식회사 ○텍

\* 원심판결 : 서울고등법원 2009. 11. 27. 선고 2009나39600 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

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

근로기준법 제24조에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원 삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함된다 (대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 사정을 인정한 다음, 피고의 대전공장이 본사와 재무 및 회계가 완전히 분리되어 있었다고 보기 어려우므로, 피고의 대전공장 폐쇄에 따른 이 사건 정리해고에 긴박한 경영상의 필요성이 있었는지 여부를 판단함에 있어 피고 대전공장의 경영사정만을 기준으로 할 것이 아니라 피고 전체의 경영사정을 종합적으로 검토하여 긴박한 경영상의 필요성 유무를 심사하여야 한다고 판단하였다.

원심은 나아가 그 판시와 같은 사실을 인정한 후, 피고가 2000년부터 2006년까지 계속 상당한 액수의 당기순이익을 낸 점, 피고의 2004년부터 2007년까지의 부채비율이 동종 업종의 평균 부채비율 또는 2007년 산업 평균 부채비율보다 훨씬 낮아 재무구조 또한 상당히 안정적이었던 점, 피고가 2006년에 대전공장 소속 근로자들에 관하여 9.1%의 임금인상안에 합의하는 과정에서 주문량이 조금씩 회복되고 있다고 밝히는 등 이 사건 정리해고 당시 경영상 큰 어려움이 있었다고 보이지 아니하는 점 등에 비추어 볼 때, 피고 전체로는 긴박한 경영상의 위기에 있었다거나 인원 삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심이 피고 전체의 경영사정을 기준으로 이 사건 정리해고에 긴박한 경영상의 필요가 있었는지 여부를 판단한 것은 정당하다고 할 것이나, 앞서 본 법리에 비추어 볼 때 피고가 전체적으로 당기순이익을 내고 재무구조상 안정적이었던 점 등을 들어 이 사건 정리해고에 긴박한 경영상 필요성이 없었다고 판단한 것은 다음과 같은 이유에서 그대로 수긍하기 어렵다.

기업의 전체 경영실적이 흑자를 기록하고 있더라도 일부 사업부문이 경영악화를 겪고 있는 경우, 그러한 경영악화가 구조적인 문제 등에 기인한 것으로 쉽게 개선될 가능성이 없고 해당 사업부문을 그대로 유지한다면 결국 기업 전체의 경영상황이 악화 될 우려가 있는 등 장래 위기에 대처할 필요가 있다는 사정을 인정할 수 있다면, 해당사업부문을 축소 또는 폐지하고 이로 인하여 발생하는 잉여인력을 감축하는 것이 객관적으로 보아 불합리한 것이라고 볼 수 없다.

그런데 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거들을 종합하면, 피고 전체적으로는 매년 당기순이익을 냈으나 피고의 대전공장은 2004 사업연도부터 매년 상당액의 영업손실을 냈고, 그 생산량도 증감의 변동은 있지만 지속해서 감소 추세에 있었던 사실, 결국 피고는 2007.7.10. 대전공장을 폐쇄한 사실을 알 수 있고, 한편 피고는 위와 같은 대전공장의 경영악화가 수출경쟁력의 저하 등 구조적인 원인에 의한 것으로 단기간 내에 개선될 여지가 없었다고 주장하고 있다.

그렇다면 원심으로서도 피고의 대전공장이 계속하여 영업 손실을 낸 원인이 무엇인지, 위 대전공장의 경영악화가 구조적인 문제 등에 기인하여 쉽게 개선될 가능성이 없었는지, 위 대전공장의 경영악화가 피고 전체의 경영에 어떠한 영향을 미쳤는지, 피고가 대전공장의 폐쇄를 결정한 것이 피고 전체의 경영악화를 방지하기 위하여 불가피한 것이었는지 등에 대하여 좀 더 자세히 심리한 다음에, 피고가 대전공장을 폐쇄하고 이에 따라 발생한 잉여인력을 감축한 조치가 객관적으로 보아 합리성이 있었는지에 관한 최종 판단을 할 필요가 있다고 할 것이다.

그럼에도 원심은 앞서 본 것과 같은 이유로 이 사건 정리해고에 긴박한 경영상의 필요가 없었다고 판단하였는바, 원심판결에는 긴박한 경영상의 필요에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 피고의 상고이유의 주장은 이유 있다.

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

대법관 박병대(재판장) 김능환 안대희(주심) 이인복

#### 4 긴박한 경영상 필요성 판단의 기준 시점

☞ 대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60193 판결

##### » 요 지 «

1. 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 고용인원의 감축이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함되는 것으로 보아야 한다. 그리고 정리해고의 요건 중 긴박한 경영상의 필요가 있었는지 여부는 정리해고를 할 당시의 사정을 기준으로 판단하여야 한다.

정리해고 당시 조업단축 등으로 인한 잉여인력이 단시일 내에 쉽사리 해소될 것으로 기대하기 어려웠고, 또한 자동차부품 제조업계의 경기전망이 더욱 안 좋게 전개될 것으로 예측되는 상황이라 그에 대처하기 위해서 인력조정을 하는 것은 객관적으로 보아도 합리성이 있었던 것으로 볼 여지가 상당하고, 또한 기업의 잉여인력 중 적정한 인원이 몇 명인지는 상당한 합리성이 인정되는 한 경영판단의 문제에 속하는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 경영자의 판단을 존중하여야 할 것이다.

2. 정리해고의 요건 중 ‘합리적이고 공정한 해고의 기준’은 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이다. 그리고 해고대상자의 선별 기준은, 대상 근로자들의 사정뿐 아니라 사용자측의 경영상 이해관계와 관련된 사정도 객관적 합리성이 인정되는 한 함께 고려하여 정할 수 있다.

\* 원고, 피상고인 : A외 13명

\* 피고, 상고인 : ○주식회사

\* 원심판결 : 서울고등법원 2011. 7. 8. 선고 2010나54803 판결

##### » 주 문 «

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

##### » 이 유 «

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

1. 제1점에 대하여



근로기준법 제24조제1항에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 고용인원의 감축이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 포함되는 것으로 보아야 한다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 참조). 그리고 정리해고의 요건 중 긴박한 경영상의 필요가 있었는지 여부는 정리해고를 할 당시의 사정을 기준으로 판단하여야 한다.

원심은 피고의 자본금은 30억 원이나 2008년도의 이익잉여금은 98억 원에 이르는 점, 피고가 2003년부터 2009년도까지 2006년도와 2008년도를 제외하고는 당기순이익을 유지하고 있었던 점, 피고는 국내의 다른 경쟁사보다 기술력과 제품의 품질 등이 우수하여 이 사건 정리해고 당시 피고의 자체적인 경쟁력이나 수익성이 상실된 것으로 보이지 않는 점, 피고의 매출액은 2009.1.경 이후 꾸준히 증가하고 있었고, 이 사건 정리해고 직후인 2009.4.경부터 잔업이 증가하기 시작한 점, 이 사건 정리해고를 한 2009년도에 약 19억 원의 당기순이익이 발생하였으며, 피고는 2009년도에 4억 5천만 원을 주주에게 배당하였던 점, 피고의 2008년도 매출액 감소는 P의 영향력이 개입되어 있다고 보이는 점, 피고의 2009년도의 전체 차입금 총액이 2008년도의 전체차입금 총액보다 감소한 점, 피고는 공정합리화 조치 등을 통하여 잉여인력 규모를 2008.11.7.경 25명, 2008.11.28.경 30명, 2008.12.19.경 51명 등으로 단기간에 급격히 증가시킨 것으로 보이는데, 위 잉여인원 51명 중 2명은 정년퇴임이 예정되어 있었고, 조업단축으로 인한 인원 13명은 조업이 정상화되면 이를 진정한 잉여인력으로 볼 수 없고, 이 사건 정리해고 이전에 36명이 희망퇴직을 함으로써 결국 피고의 잉여인력은 대부분 해소된 것으로 보아야 하는 점, 피고는 피고의 지배회사인 P 등에게 계속적으로 배당을 한 것과는 별도로 차임으로 P에 매월 6,300만 원 상당을 지급하여 온 것으로 보이는 점 등을 들어 피고가 주장하는 사정들만으로는 피고의 경영악화 또는 기업재정상의 어려움이 계속적으로 누적되어 왔고 장래에도 쉽사리 해소되지 않을 개연성이 있거나 인원감축이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

그러나 원심이 실시한 사정들 중 피고의 매출액이 2009.1.경 이후 꾸준히 증가하였고 이 사건 정리해고 직후인 2009.4.경부터 잔업이 증가하기 시작한 점, 이 사건 정리해고를 한 2009년도에 약 19억 원의 당기순이익이 발생하였고, 피고가 2009년도에 4억 5천만 원을 주주에게 배당하였던 점, 피고의 2009년도의 전체 차입금 총액이 2008년도의 전체 차입금 총액보다 감소한 점 등은 이 사건 정리해고 이후의 사정들로서 이러한 사정은 정리해고 당시의 경영상태를 판단하는 간접적 요소로 고려하는 정도를 넘어 정리해고의 정당성을 판단하는 직접적인 근거로 삼을 수는 없는 사항이다.

나아가 원심이 배척하지 아니한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들에 비추어 보면 원심의 위와 같은 판단은 수긍하기 어렵다. 즉, 이 사건 정리해고 당시 자동차 업계는 전세계적으로 전반적인 불황에 빠져 있었고, 그에 따라 주로 피스톤 등 자동차엔진 부품을 생산하는 피고도 생산량 및 매출액이 급감하였으며, 가격경쟁 또한 심화되어 심각한 유동성 부족으로 경영상 위기 상황에 처하게 되었다. 이는 피고의 노동조합 상급 단체인 금속노조가 2009.2.경 작성한 구조조정 대응교본에서도 미국에서 시작된 금융위기로 인하여 2009년에는 경제위기가 보다 확산될 것으로 전망하면서 특히 자동차 산업의 위기와 더불어 자동차 부품 제조업체들의 어려움이

훨씬 더 심각한 상태라고 파악하고 있었던 점, 이 사건 정리해고 당시 피고의 경영상태를 감정한 감정인도 2009.3.경 피고는 경영위기 상황에 직면해 있었다는 의견이었던 점으로도 뒷받침된다. 거기에다 피고는 이전부터 추진해 온 공정합리화 조치의 결과 이미 상당수의 잉여인력이 발생되어 있는 등의 어려움을 극복하기 위하여 고용유지훈련, 휴무 실시, 임원 임금 삭감, 희망퇴직 등의 조치를 시행한 점 등에 비추어 보면, 피고로서는 이 사건 정리해고 당시 조업단축 등으로 인한 잉여인력이 단시일 내에 쉽사리 해소될 것으로 기대하기 어려웠다 할 것이고, 또한 자동차부품 제조업계의 경기전망이 더욱 안 좋게 전개될 것으로 예측되는 상황이라 그에 대처하기 위해서 인력조정을 하는 것은 객관적으로 보아도 합리성이 있었던 것으로 볼 여지가 상당하다. 또한 기업의 잉여인력 중 적정한 인원이 몇 명인지는 상당한 합리성이 인정되는 한 경영판단의 문제에 속하는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 경영자의 판단을 존중하여야 할 것이다.

한편, 피고의 2008년도 회계상 누적된 이익잉여금은 대부분 설비자산에 투입되어 있어 이 사건 정리해고 당시 긴요한 현금유동성의 해결에는 별 도움이 될 수 없는 상황이었고, 피고의 매출액 감소의 직접적인 원인은 실질적으로 현대자동차와 쌍용자동차에 대한 납품액 감소에 있었으며, P이 의도적으로 피고의 경영상 위기를 조성하기 위하여 매출을 감소시켰다고 볼만한 근거는 없다.

다른 한편, 원심은 법원의 촉탁에 의하여 실시된 감정결과가 피고의 주장에 상당한 정도로 부합하는 내용으로 되어 있고 매우 구체적인 근거가 제시되어 있음에도 납득할 만한 아무런 이유의 설시도 없이 이를 배척하였다.

위와 같은 제반 사정을 종합하여 보면, 이 사건 정리해고는 긴박한 경영상의 필요에 의한 것으로 볼 여지가 상당하다 할 것인데도, 이와 달리 판단한 원심판결에는 정리해고의 요건 중 '긴박한 경영상의 필요'에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다.

## 2. 제2점에 대하여

정리해고의 요건 중 '해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 한다'는 것은 경영방침이나 작업 방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등 사용자가 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미하고, 그 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11339 판결 참조).

원심은 피고가 제출한 증거들만으로는 피고가 당면한 경영상의 어려움을 타개하기 위하여 실현가능한 모든 조치를 강구하였다고 인정하기 부족하다고 판단하였다.

그러나 피고가 경영상의 위기를 극복하기 위하여 신규채용을 억제하고 고용유지훈련과 배치전환, 연월차휴가 사용, 임원 임금 삭감 등을 실시한 점, 나아가 이 사건 정리해고에 이르기까지 노동조합을 상대로 2008.11.7. 대주주인 Q의 구조조정 방침과 고용유지지원 제도 및 잉여인력 현황을 설명하면서 배치전환 등 대응방안에 관한 협조를 요청하였고, 2008.11.14.에는 희망퇴직 실시에 대한 협조 요청과 더불어 고용유지방안에 관하여 논의하였으며, 2008.11.28.에는 해고회피 노력에 관하여 설명하고 협조를 요청하였으며, 2008.12.18.에는 경영현황을 설명하

면서 완성차의 감산에 따른 연차휴가 사용과 유동성 악화에 따른 연말상여금 지급보류에 관한 협조를 요청하였고, 2008.12.23.에는 해고자 선정 기준에 관하여 설명하는 등 총 22회에 걸쳐 노사협의회와 노사실무회의를 개최함으로써(노동조합은 그 중 8차례의 노사협의회에 불참하였다) 노동조합과의 성실한 협의를 위하여 상당한 노력을 한 것으로 보인다.

그럼에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 정리해고의 요건 중 ‘해고 회피를 위한 노력을 다하였는지 여부’에 관하여 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다.

### 3. 제3점에 대하여

정리해고의 요건 중 ‘합리적이고 공정한 해고의 기준’ 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 참조). 그리고 해고대상자의 선별 기준은, 대상 근로자들의 사정뿐 아니라 사용자측의 경영상 이해관계와 관련된 사정도 객관적 합리성이 인정되는 한 함께 고려하여 정할 수 있다 할 것이다.

원심은 이 사건 정리해고가 조합원인 생산부서 직원만을 대상으로 하고 있는 점, 피고가 단체협약 제33조제1항에서 정한 바와 달리 노동조합과 아무런 합의 없이 해고대상자 선정기준을 정하면서 회사측 고려요소로 근태불량, 정시 미출근 등을 선정기준으로 삼은 점 등을 들어, 피고가 제출한 증거들만으로는 피고가 합리적이고 공정한 기준에 따라 해고대상자를 선별하였음을 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

그러나 기록에 의하면, 피고가 2008.12.23. 제7차 노사협의회에서 노동조합에 잉여인력 문제와 해고자 선정기준을 설명하고 협의를 시도하였으나 노동조합은 이를 거부하고 이어서 같은 달 26일 개최된 제8차 노사협의회에 불참하였고, 이에 피고는 우선 해고 대상 근로자의 범위를 현실적으로 잉여인력이 발생한 생산직 근로자로 정한 다음, 근로자측 고려요소로 입사경력과 부양가족수 및 연령, 사용자측 고려요소로 근태불량과 정시 미출근을 함께 고려하는 선정기준을 정하고 그에 따라 해고대상자를 결정하였으며, 피고의 단체협약에는 유니온숍 조항이 있어 생산직 근로자는 모두 당연히 조합원이기 때문에 결과적으로 해고대상자는 모두 조합원일 수밖에 없는 사실 등을 알 수 있다. 이와 같은 제반 사정을 고려해 보면 피고의 위 해고대상자 선정기준이 불합리하다거나 불공정하다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

그럼에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 해고대상자 선정기준이 공정하고 합리적이었는지 여부에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 잘못이 있다.

### 4. 결론

그러므로 이 사건 정리해고가 그 요건을 모두 갖추지 못한 것이라고 본 원심판결에는 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이에 원심판결 중 피고 패소부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김창석(재판장) 양창수 박병대(주심) 고영한

## 5 복수의 사업부문에서 긴박한 경영상 필요

☞ 대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두25873 판결

### » 요 지 «

관광호텔업 등을 경영하는 법인으로서 사업부문의 도급화 과정에서 도급업체로의 고용승계나 전환배치를 거부한 근로자들을 경영상 이유로 해고하였는바, ① 참가인의 서울호텔사업부와 부산호텔사업부가 인적·물적·장소적으로 분리되어 있고 노동조합이 별도로 조직되어 있더라도, 서울호텔사업부만을 분리하여 '긴박한 경영상 필요' 여부를 판단할 수 있는 경우에 해당한다고 보기 어렵고, ② 이 사건 정리해고 무렵 기업신용평가 전문업체인 한국기업데이터 주식회사와 한국신용평가 주식회사는 참가인의 신용등급과 현금흐름등급을 최상위 등급으로 평가하였던 점, 원고들의 업무와 다른 분야이기는 하나 이 사건 정리해고 직전에 41명의 신규인력을 공개 채용하기도 한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 정리해고 당시 참가인의 전반적인 경영상태는 견고하였던 것으로 보이고, 참가인의 서울호텔사업부에 쉽게 개선되기 어려운 구조적인 문제가 있어 참가인 전체의 경영악화를 방지하기 위하여 인원을 감축하여야 할 불가피한 사정이 있었던 것으로 보이지 않으며, ③ 이 사건 정리해고 당시 참가인의 매출 규모에 비하여 이 사건 정리해고를 통하여 해고된 근로자들의 인건비 비율이 약 0.2%에 불과하였던 점, 참가인이 도급으로 전환하기로 한 객실정비, 기물세척 등은 호텔 영업을 위하여 반드시 필요한 업무이므로 이러한 부문에 대한 도급화 조치는 특정한 사업부문 자체가 폐지되어 인원삭감이 불가피한 경우와는 달리 보아야 하는 점 등까지 아울러 고려하여 보면, 이 사건 정리해고는 어떠한 경영상의 위기에 대처하기 위한 것이라기보다는 단순한 인건비 절감 또는 노무관리의 편의를 위하여 단행된 것으로 보일 뿐이어서 '긴박한 경영상 필요'에 따른 것으로 보기 어렵다.

\* 원고, 상고인 : 김○○외 7명

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : ○○호텔

\* 원심판결 : 서울고등법원 2012. 10. 17. 선고 2012누3042 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

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

1. 정리해고의 요건 중 '긴박한 경영상의 필요'란 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원삭감이 필요한

경우도 포함되지만, 그러한 인원사감은 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되어야 한다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11339 판결 등 참조). 또한 ‘긴박한 경영상의 필요’가 있는지를 판단할 때에는 법인의 어느 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어 있고 재무 및 회계가 분리되어 있으며 경영여건도 서로 달리하는 예외적인 경우가 아니라면 법인의 일부 사업부문 내지 사업소의 수지만을 기준으로 할 것이 아니라 법인 전체의 경영사정을 종합적으로 검토하여 결정하여야 한다(대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30580 판결 참조).

2. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 관광호텔업 등을 경영하는 법인으로서 그 산하에 서울호텔사업부와 부산호텔사업부를 두고 있는 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)은 2008년 8월경 경영합리화를 위하여 서울호텔사업부의 객실정비, 기물세척, 미화, 린넨, 운전 등 5대 부문을 도급으로 전환하기로 결정하고 도급화를 진행하였으나, 도급회사로의 고용승계를 거부하는 원고들을 포함한 12명은 참가인의 서울호텔사업부에서 계속 근무하였던 사실, 참가인은 2010.6.28. 원고들을 포함한 12명의 잔여인력으로 말미암은 위장도급 등의 법적 문제를 해결하고, 고임금·비효율의 인력구조를 개선하기 위하여 위에서 본 5대 부문에 대한 완전도급화를 추진하기로 결정한 사실, 이에 따라 참가인은 2010.12.20.경 그때까지 남아있던 원고들을 포함한 11명의 근로자에 대한 희망퇴직을 신청받는 한편, 2010.12.22.경부터 2011.1.27.경까지 수차례 참가인의 노동조합과 협의를 통하여 ‘통상임금 20개월분의 위로금 지급 조건으로 도급업체로 전원 고용승계, 도급업체로 고용승계 이후에도 정년까지 고용보장, 도급업체로의 고용승계를 거부하는 근로자에 대하여는 유니폼 세탁직무 등 4개 부분 업무로 전환 배치’ 등을 골자로 하는 합의에 이른 사실, 이에 따라 도급화 대상자인 11명의 근로자 중 2명은 직무 및 직종 변경을 신청하여 전환배치되었으나 원고들은 도급업체로의 고용승계나 전환배치를 거부한 사실, 이에 참가인은 2011.2.14. 경영상 이유로 원고들을 해고(이하 ‘이 사건 정리해고’라 한다)한 사실을 알 수 있다.
3. 원심은, 참가인의 서울호텔사업부와 부산호텔사업부는 인적·물적·장소적으로 분리되어 있고 재무와 회계도 사실상 분리되어 있으며 노동조합도 각 사업부별로 조직되어 있고 경영여건도 서로 달리하고 있으므로, 이 사건 정리해고가 이루어진 서울호텔사업부만을 따로 떼어 ‘긴박한 경영상 필요’ 여부를 판단할 수 있다는 전제에서, 이 사건 정리해고 당시 서울호텔사업부는 2년 연속 적지 아니한 금액의 영업적자를 나타내고 있었던 점, 참가인은 고임금 단순업무를 외부 전문용역업체에 도급화하는 관광호텔업계의 일반적인 추세에 발맞추어 2008년 8월경 고객과 직접 대면하지 아니하면서 비교적 고임금 단순업무에 해당하는 5대 부문에 대하여 도급화를 시행하고, 다만 끝까지 도급화 조치를 거부하였던 원고 등 12명에 대하여만 그 시행을 보류하였다가 2010년에 이르러 이 사건 정리해고를 하였던 점, 이러한 도급화 조치로 장기적인 경비절감과 인력의 효율적·탄력적 운영이 가능하게 되는 점 등을 들어, 이 사건 정리해고에는 ‘긴박한 경영상 필요’가 인정된다고 판단하였다.
4. 그러나 원심의 판단은 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 그대로 수긍하기 어렵다.

먼저 원심은 참가인의 서울호텔사업부와 부산호텔사업부의 재무와 회계가 분리되어 있다는 것을 전제로 서울호텔사업부만을 따로 떼어 ‘긴박한 경영상 필요’ 여부를 판단할 수 있

다고 보았다. 그러나 참가인의 공식적인 재무제표는 서울호텔사업부와 부산호텔사업부를 포함한 법인 전체를 기준으로 작성되어 있고, 참가인이 서울호텔사업부와 부산호텔사업부가 재무적으로 분리되어 있다는 근거로 제출한 회계자료는 참가인이 회계의 편의를 위하여 내부적으로 작성한 자료에 불과한 점, 참가인 내부에는 서울호텔사업부와 부산호텔사업부 외에도 외식사업부가 있는데 참가인의 본사에는 이를 사업부 전체의 인사와 재무를 관장하는 지원담당부서가 있었던 것으로 보이는 점, 참가인은 서울호텔사업부와 부산호텔사업부 소속 직원들에게 일률적으로 성과급을 지급하기도 하였던 점 등에 비추어 보면, 참가인의 서울호텔사업부와 부산호텔사업부의 재무와 회계가 분리되어 있다고 단정하기 어렵다. 따라서 원심 판시와 같이 참가인의 서울호텔사업부와 부산호텔사업부가 인적·물적·장소적으로 분리되어 있고 노동조합이 별도로 조직되어 있더라도, 서울호텔사업부만을 분리하여 '긴박한 경영상 필요' 여부를 판단할 수 있는 경우에 해당한다고 보기 어렵다.

나아가 이 사건 정리해고 당시 참가인의 경영사정에 관하여 본다.

이 사건 정리해고 무렵 기업신용평가 전문업체인 한국기업데이터 주식회사와 한국신용평가 주식회사는 참가인의 신용등급과 현금흐름등급을 최상위 등급으로 평가하였던 점, 참가인의 서울호텔사업부는 2008회계연도에 약 38억 원, 2009회계연도에 약 30억 원의 영업손실을 기록하였으나 법인 전체로는 2009회계연도에 약 5억 원, 2010회계연도에 약 49억 원의 영업이익이 발생하였고, G20 정상회의 개최에 따른 것으로 보이는 하나 서울호텔사업부만을 기준으로 하더라도 2010회계연도에 15억 원 이상의 영업흑자를 기록하였던 점, 참가인은 이 사건 정리해고 직전인 2010.8.27.과 2011.1.12.에 서울호텔사업부와 부산호텔사업부 소속 직원들에게 통상임금의 200%에 해당하는 성과급을 지급하였고, 원고들의 업무와 다른 분야이기도 한 이 사건 정리해고 직전인 2011년 1월경부터 41명의 신규인력을 공개 채용하기도 한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 정리해고 당시 참가인의 전반적인 경영상태는 견고하였던 것으로 보이고, 참가인의 서울호텔사업부에 쉽게 개선되기 어려운 구조적인 문제가 있어 참가인 전체의 경영악화를 방지하기 위하여 인원을 감축하여야 할 불가피한 사정이 있었던 것으로 보이지 않는다.

위와 같은 사정에다가 이 사건 정리해고 당시 참가인의 매출 규모에 비하여 이 사건 정리해고를 통하여 해고된 근로자들의 인건비 비율이 약 0.2%에 불과하였던 점, 참가인이 도급으로 전환하기로 한 객실정비, 기물세척 등은 호텔 영업을 위하여 반드시 필요한 업무이므로 이러한 부문에 대한 도급화 조치는 특정한 사업부문 자체가 폐지되어 인원삭감이 불가피한 경우와는 달리 보아야 하는 점 등까지 아울러 고려하여 보면, 이 사건 정리해고는 어떠한 경영상의 위기에 대처하기 위한 것이라기보다는 단순한 인건비 절감 또는 노무관리의 편의를 위하여 단행된 것으로 보일 뿐이어서 '긴박한 경영상 필요'에 따른 것으로 보기 어렵다.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 이 사건 정리해고에 '긴박한 경영상 필요'가 인정된다고 판단하였으니, 원심의 판단에는 정리해고의 요건 중 '긴박한 경영상 필요'에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

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

대법관 조희대(재판장) 이상훈(주심) 김창석 박상옥

## &lt;3&gt; 해고회피 노력의 충족

☞ 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다20875, 20882 판결

## » 요 지 «

1. 근로기준법 제24조제1항에 의하면, 사용자가 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하려면 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원 감축이 필요한 경우도 포함되지만, 그러한 인원 감축은 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되어야 한다.

이 사건 회사는 1999.8.부터 2005.1.까지 진행된 기업구조개선작업(워크아웃) 기간에 규모 있는 연구개발과 투자를 할 수 없었고, 이후 ○○○자동차가 회사를 인수한 이후에도 회사에 대한 적극적인 투자가 이루어지지 않아 SUV 차량 외에 차종의 다양화를 이루지 못하였다. 거기에 SUV 차량에 대한 세제혜택 축소로 SUV 차량에 대한 선호도가 떨어지자 매출은 더욱 감소하게 되었고, 그러던 중에 2008년 하반기의 경유 가격 급등과 국내외 금융위기 사태에 봉착하게 되자 회사는 자력으로는 유동성 위기를 해결할 수 없는 지경에 이르게 되었다.

이러한 사정을 고려하면, 당시 이 사건 회사가 처한 경영위기는 상당기간 신규 설비 및 기술 개발에 투자하지 못한 데서 비롯된 계속적·구조적인 것으로서, 외부적 경영여건의 변화로 잠시 재무상태 또는 영업실적이 악화되었다거나 단기간 내에 쉽게 개선될 수 있는 부분적·일시적 위기가 아니었던 것으로 봄이 타당하다.

2. 기업 운영에 필요한 인력의 규모가 어느 정도인지, 잉여인력은 몇 명인지 등은 상당한 합리성이 인정되는 한 경영판단의 문제에 속하는 것이므로 특별한 사정이 없다면 경영자의 판단을 존중하여야 한다.

이 사건 정리해고 이후에 노사대타협이 체결되어 정리해고자 중 상당수가 무급휴직으로 전환되었으나, 노사대타협은 노사간의 극심한 대립으로 기업의 존립 자체가 위태로워 노사가 공멸하는 최악의 상황을 막기 위한 교육지책으로 노사가 마지막 단계에서 상호 양보하여 체결된 것이다. 따라서 노사대타협이 체결되었다는 사정만으로 회사측에서 제시한 인원 감축 규모가 비합리적이라거나 자의적이라고 볼 수 없다.

3. 미래에 대한 추정은 불확실성이 존재할 수밖에 없으므로 회사의 예상 매출수량 추정이 합리적이고 객관적인 가정을 기초로 한 것이라면 그 추정이 다소 보수적으로 이루어졌다고 하더라도 그 합리성을 인정하여야 할 것이다.

그런데 이 사건 회사는 2008년 하반기부터 극심한 유동성 위기를 겪어 신차 출시 여부가 불확실한 상태였고, 단종이 계획되었던 기존 차종은 경쟁력이 약화된 상태였던 점 등을 고려하면, 회사의 예상 매출수량 추정이 현저히 합리성을 결여한 것으로 보기 어렵다.



다른 한편으로 회사가 위와 같이 유형자산 손상차손을 인식하기 전부터 회사의 재무상황은 악화되어 있었던 것으로 볼 수 있다.

4. 정리해고의 요건 중 ‘해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 한다’는 것은 경영방침이나 작업 방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등 사용자가 해고 범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미하고, 그 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 그 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이다.

이 사건의 무급휴직 조치는 노사간 극심한 대립으로 기업의 존립 자체가 위태롭게 되자 최악의 상황을 막기 위해 고육지책으로 시행된 것으로, 회사가 무급휴직을 우선적으로 시행하지 않았다고 하여 해고회피노력을 다하지 않은 것으로 보기는 어렵다. 그리고 이 사건 회사가 정리해고에 앞서 부분휴업, 임금 동결, 순환휴직, 사내협력업체 인원 축소, 희망퇴직 등의 조치를 실시한 점을 볼 때, 이 사건 회사가 해고회피노력을 다한 것으로 볼 수 있다.

\* 원고, 피상고인 : 별지 원고 명단 기재와 같다. <별지 생략>

\* 피고, 상고인 : ○○자동차 주식회사

\* 원심판결 : 서울고등법원 2014. 2. 7. 선고 2012나14427, 2012나74290(병합) 판결

### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

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

#### 1. 긴박한 경영상의 필요에 관한 상고이유 주장에 대하여

가. 근로기준법 제24조제1항에 의하면, 사용자가 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하려면 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원 감축이 필요한 경우도 포함되지만, 그러한 인원 감축은 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되어야 한다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- 1) 피고는 1999.8. 기업구조개선작업(Workout) 대상기업으로 선정되어 채권단의 주도 아래 기업개선작업을 추진하여 오다가 2005.1. 중국 ○○기차공업(집단)공사(이하 ‘○○○자동차’라고 한다)가 피고의 경영권을 인수하면서 기업구조개선작업 절차를 종결하였다.

- 2) 피고의 차량 판매대수는 2002년에 최고 실적을 기록한 후 2003년부터 증감 변동은 있으나 대체로 감소추세에 들어갔고, 2008년에는 피고의 주력 차종인 스포츠형 다목적 차량(SUV, Sport Utility Vehicle)에 대한 세제 혜택이 없어지고 위 차량의 연료인 경유 가격의 상승으로 차량 선호도가 감소한데다 2008년 하반기부터 본격화된 국내외 금융위기로 소비심리가 위축되면서 판매가 급감하였다.
- 3) 위와 같은 매출 감소는 현금보유액의 감소로 이어졌는데, 2008년에는 판매부진 외에 파생상품 거래에서의 손실 및 국내외 금융위기에 따른 금융권의 지원 중단으로 가용할 수 있는 현금보유액이 급격히 줄어들어 피고는 근로자들의 급여도 제때 지급하지 못할 정도의 유동성 부족을 겪게 되었다. 이에 피고는 2009.1.9. 서울중앙지방법원에 회생절차개시신청을 하여 2009.2.6. 개시결정을 받았다.
- 4) 회생절차개시결정 이후 피고(실제 행위 주체는 회생법원이 선임한 관리인이나, 편의상 '피고'라고 한다)는 ○○KPMG에 경영 전반에 대한 진단 및 회생전략 수립을 의뢰하였다. 이에 따라 ○○KPMG는 2009.3.31. 작성한 검토보고서에 '경기 침체 및 경쟁력 약화 등으로 매출액이 감소하고 영업실적이 악화된 결과 자본 감소 및 유동성 부족 사태가 초래되었고, 동종업체와 비교하여 수익성, 효율성, 재무건전성이 취약하여 시급한 개선이 필요한 상태'라고 진단하고, 경영정상화를 위한 방안으로 인력구조조정과 자산 매각, 비용절감과 효율성 개선 등을 제시하였다. 인력구조조정과 관련하여 ○○KPMG는 향후 생산판매계획 등을 고려할 때 총 2,646명 규모의 구조조정이 필요하다고 보았다.
- 5) 피고는 ○○KPMG가 제시한 경영정상화 방안에 입각하여 총 2,646명을 감원하는 인력구조조정 방안을 확정된 다음, 회생법원의 허가를 받아 2009.6.8. 위 2,646명에서 그 무렵까지 희망퇴직 등으로 퇴사한 1,666명을 제외한 980명에 대하여 이 사건 정리해고를 단행하였다.
- 6) 전국금속노동조합 ○○자동차지부(이하 '노조'라고 한다)는 2009.5.22. 피고의 인력구조조정에 반대하여 피고의 평택공장을 점거한 채 파업에 돌입하였는데, 이 사건 정리해고 이후 노사의 대립이 극한 상황에까지 이르다가 피고와 노조는 2009.8.6. 노사대타협을 하면서 정리해고된 근로자들을 무급휴직, 희망퇴직, 영업직 전직 등으로 전환하기로 하는 '○ ○자동차의 회생을 위한 노사합의서'를 작성하였다. 이에 따라 이 사건 정리해고자 980명 중 459명이 무급휴직으로 전환되고, 그 밖에도 상당수가 희망퇴직, 전직 등으로 전환되면서, 최종적으로 정리해고된 근로자는 원고들을 포함하여 모두 165명이 되었다.
- 7) 한편 기업회계기준서는 유형자산의 진부화 또는 시장가치의 급격한 하락 등으로 유형자산의 사용 및 처분으로부터 기대되는 미래의 현금흐름 총액의 추정액이 장부가액에 미달하는 경우에는 장부가액을 회수가능가액으로 조정하고 그 차액을 손상차손으로 처리하도록 정하고 있다. 여기서 회수가능가액은 순매각가액과 사용가치 중 큰 금액으로 하는데, 순매각가액은 합리적인 판단력과 거래의사가 있는 제삼자와의 독립적인 거래에서 매매되는 경우의 예상처분가액에서 예상처분비용을 차감한 금액이고, 사용가치는 해당 자산 또는 자산그룹의 사용으로부터 예상되는 미래현금흐름의 현재가치를 말한다. 피고는 2008년 재무제표 작성 당시 위 기업회계기준서에 따라 토지를 제외한 유형자산의 사용가치와

장부가액과의 차액을 손상차손으로 인식하면서 손상차손액으로 517,687,494,022원을 계상하여 2008년 재무제표상 당시순손실과 부채비율이 큰 폭으로 증가하였다. 피고는 2007년에 수립된 사업계획을 기초로 해당 유형자산에서 생산될 차량의 2009년부터 2013년까지의 예상 매출수량을 추정한 다음 이를 토대로 해당 유형자산의 사용가치를 산정하였는데, 위 사업계획에서 2009년과 2010년에 단종되는 것으로 계획된 일부 기존 차종에 대해서는 위 단종계획을 반영하여 예상 매출수량을 추정한 후 미래현금흐름을 산출하였으나, 그 후속 차량으로 출시가 계획된 신차의 예상 매출수량은 고려하지 않았다.

- 다. 원심은 위와 같은 사실관계를 기초로, 이 사건 정리하고 당시 피고에게 유동성위기가 발생한 직접적 원인은 2008년 들어 경유 가격의 급등 및 국내외 금융위기로 매출이 급격히 하락한 데에 있고, 피고가 담보 여력이 있는 부동산을 소유하고 있어 유동성 위기를 완화할 수단이 전혀 없었다고 볼 수 없으며, 유동성 위기를 해결하기 위하여 회생절차에 들어가는 것은 불가피하였다고 볼 여지가 있으나 회생절차에 들어갔다고 하여 바로 인원 감축의 필요성이 도출된다고 단정할 수 없다고 하였다.

또한 원심은, 피고가 2008년 재무제표 작성 당시 유형자산의 사용가치를 산정함에 있어 기존 차종에 대하여 2009년 또는 2010년 단종을 전제로 예상 매출수량을 추정하였으면서도 2013년까지 어떠한 신차도 출시되지 않는다는 가정 아래 위 기존 차종의 후속으로 출시가 계획된 신차의 예상 매출수량을 누락함으로써 해당 유형자산의 사용가치를 과소하게 평가하여 유형자산 손상차손을 과다하게 계상하였고, 그 결과 2008년 재무제표상 당기순손실과 부채비율이 큰 폭으로 증가하게 되었으므로, 위 재무제표를 기초로 피고의 재무건전성이 취약하다고 단정하기 어렵다고 판단하였다.

그리고 원심은 피고의 1인당 매출액, 매출액 대비 인건비 비중, HPV(Hours Per Vehicle, 자동차 1대당 생산소요시간) 등의 지표가 동종업체와 비교하여 악화되어 있다는 사정만으로 피고의 생산효율성이 낮다고 단정할 수 없다고 본 다음, 이상과 같은 사정과 SUV 차량과 대형 승용차 시장에서의 피고의 경쟁력, 피고가 위와 같은 유동성 위기를 겪게 된 데에는 ○○○자동차가 피고의 경영권을 인수한 이후 약속한 투자 등을 이행하지 않는 등 ○○○자동차 측의 경영상 태도에 주요한 원인이 있는데 회생절차를 통해 피고의 대주주를 교체함으로써 경영위기의 원인을 제거할 수 있는 기회가 주어진 점, 피고가 주장하는 잉여인력의 존재나 규모에 의문이 제기되는 점 등을 종합하면, 유동성 위기로 표출된 피고의 경영위기가 구조적·계속적 위기의 성격을 가진 것이었다고 단정하기 어렵고, 따라서 그러한 유동성 위기가 존재하였다는 사정만으로는 인원감축의 객관적 필요성이 있었다고 단정할 수 없다고 판단하였다.

나아가 원심은, 설령 피고가 경영위기를 극복하기 위하여 인원을 감축할 필요가 있었다고 하더라도 피고의 경영위기를 구조적·계속적 위기로 단정하기 어려운 이상 총 소속 근로자의 3분의 1을 상회하는 대규모의 인원 감축이 필요하였다고 단정하기 어려운 점, 2009.8.6.자 노사대타협에 의하여 이 사건 정리하고에 포함되었던 근로자 중 459명의 근로자가 무급휴직으로 전환된 것을 고려하면 원래 피고가 상정하였던 인원 감축 규모가 합리적인지 의문이 제기되는 점, 이러한 무급휴직조치로 원래의 인력구조조정 방안보다 인원 감축 규모가 축소되었는데도 회생계획이 인가되었고, 이에 대하여 채권자들이 반대

한 흔적이 보이지 않아 채권자 등 이해관계인이나 법원이 원래 규모의 인원 감축을 회생절차 진행의 전제조건으로 삼았다고 단정하기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 피고가 제시한 인원 감축 규모에 객관적 합리성이 있다고 단정하기 어렵다고 보아 이 사건 정리해고의 객관적 합리성을 부정하였다.

라. 그러나 이 사건 정리해고에 있어 긴박한 경영상의 필요성을 부정한 원심의 판단은 다음과 같은 점에서 그대로 수긍하기 어렵다.

- 1) 가) 먼저 원심은 이 사건 정리해고 당시 피고가 유동성 위기를 겪은 사실은 인정하면서도 담보 제공을 통한 대출을 통해 그러한 유동성 위기를 완화할 수 있었다고 보았다.

그러나 기록에 의하면, 당시 피고의 주채권은행인 한국산업은행은 ○○○자동차의 유동성 지원이 선행되지 않으면 대출을 할 수 없다는 입장이었으나, ○○○자동차는 금융권의 대출 재개와 구조조정에 대한 노조의 협력을 유동성 지원의 조건으로 내걸어 피고에 대한 대출이 이루어지지 않았던 사실, 피고는 이 사건 정리해고를 포함한 인력구조조정을 마친 2009.8.11.에야 한국산업은행으로부터 1,300억여 원을 대출받을 수 있었는데, 위 대출금은 구조조정자금으로만 사용되도록 용도가 제한되었던 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계에 따르면, 이 사건 정리해고 당시 피고가 그 소유의 부동산을 담보로 제공하고 금융권으로부터 신규자금을 대출받는 것은 사실상 불가능한 상황이었다는 것으로 봄이 타당하다.

나) 다음으로 재무건전성 위기에 대하여 보면, 원심은 피고가 손상차손 인식의 대상이 된 유형자산에서 생산될 차량의 예상 매출수량을 부당하게 과소 추정함으로써 해당 유형자산의 손상차손이 과다 계상되었다고 보았으나, 미래에 대한 추정은 불확실성이 존재할 수밖에 없는 점을 고려할 때 피고의 예상 매출수량 추정이 합리적이고 객관적인 가정을 기초로 한 것이라면 그 추정이 다소 보수적으로 이루어졌다고 하더라도 그 합리성을 인정하여야 할 것이다.

그런데 원심판결 이유와 기록에 의하여 알 수 있는 사정들, 즉 ① 2008년 하반기부터 극심한 유동성 위기를 겪던 피고는 신차 개발에 투자할 수 있는 현금이 없고, 설비를 마련할 자금 동원능력도 없어 사용가치 산정의 대상기간 안에 계획대로 신차를 출시할 수 있는지 여부가 불확실하다고 판단하고 신차의 미래 매출을 예상 매출수량에 반영하지 않은 것으로 보이는 점, ② 또한 피고는 단종이 계획되었던 기존 차종의 경우 모델의 노후화 등으로 시장에서의 경쟁력이 약화된 상태여서 단종 없이 계속해서 생산한다고 해서 수익이 보장된다고 보기 어려운 사정을 고려하여 단종계획을 반영하여 예상 매출수량을 추정한 것으로 보이는 점, ③ 피고는 러시아 솔러스(Sollers)사와 기존 차종 중 액티언과 카이런을 2011.12.까지 공급하기로 하는 계약을 체결하였으나, 위 회사가 2008년 하반기의 세계적인 금융위기로 현지 판매가 급감하였다는 이유로 인수를 거절하는 등 2008년 말부터 실질적으로 위 회사와의 거래는 중단된 상태였던 점, ④ 이 사건 유형자산 손상차손의 과다 계상 여부를 감정한 원심 감정인은 당시 상황에서 신차의 개발은 실현 불가능한 계획이었기 때문에 신차 매출에 따른 미래현금흐름을 반영하지 않은 것은 타당하나, 피고가 해당 유형자산의 처분·잔존가치를 추정함에 있어 타차 경유자산과

전차종 공통자산의 경우 장부가액의 100%로 회수할 수 있는 것으로 하여 신차의 매출로 예상되는 미래현금흐름이 간접적으로 반영되었다고 볼 수 있고, 기존 차종의 경우 판매를 하더라도 적자 상태였기 때문에 계속 생산할 이유가 없다는 취지의 의견을 제시한 점 등을 종합하여 보면, 앞서 본 바와 같은 피고의 예상 매출수량 추정이 현저히 합리성을 결여한 것으로 보기 어렵다.

설령 피고의 예상 매출수량 추정에 문제가 있더라도 전체적으로 사용가치가 과소평가된 것이 아니라면 유형자산 손상차손이 과다 계상되었다고 할 수 없는데, 기존 차종을 단종 없이 계속 생산한다고 하여 그것이 미래현금흐름의 증가로 이어진다고 단정하기 어렵다.

다른 한편으로 기록에 의하여 알 수 있는 바와 같이 피고는 1994년부터 2000년까지 계속 당기순손실을 기록하다가 2001년부터 2003년 당기순이익을 기록하였으나, 2004년 영업이익이 감소하면서 기업구조개선작업이 종료한 2005년과 2006년에 당기순손실을 보았고, 2007년에 일시적으로 당기순이익을 보았으나 2008년에 다시 손익이 바뀌어 이 사건 유형자산 손상차손을 인식하기 전에도 이미 1,861억여 원의 당기순손실을 기록한 점, 지속적인 매출 감소로 피고의 현금보유액이 감소하여 2009.1. 당시 가용 가능한 현금이 74억여 원에 불과하였던 점 등에 비추어 보면, 피고의 재무상황은 이 사건 유형자산 손상차손을 인식하기 전부터 악화되어 있었던 것으로 봄이 타당하다.

다) 결국 위와 같은 사정과 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 기술집약적인 자동차산업의 경우 지속적인 기술개발과 대규모 투자가 이루어지지 않으면 동종업체와의 경쟁에서 뒤쳐질 수밖에 없고, 이는 매출 감소와 시장점유율의 하락으로 이어지는데, 피고는 기업구조개선작업 기간에 규모 있는 연구개발과 투자를 할 수 없었고, 이후 ○○○자동차가 피고를 인수한 이후에도 피고에 대한 적극적인 투자가 이루어지지 않아 SUV 차량 외에 차종의 다양화를 이루지 못하였고, 거기에 SUV 차량에 대한 세제혜택 축소로 SUV 차량에 대한 선호도가 떨어지자 매출은 더욱 감소하게 된 점, 그러던 중에 2008년 하반기의 경유 가격 급등과 국내외 금융위기 사태에 봉착하게 되자 피고는 자력으로는 유동성 위기를 해결할 수 없는 지경에 이른 것으로 볼 수 있는 점 등을 고려하면, 이 사건 정리해고 당시 피고가 처한 경영위기는 상당기간 신규 설비 및 기술 개발에 투자하지 못한 데서 비롯된 계속적·구조적인 것으로서, 외부적 경영여건의 변화로 잠시 재무상태 또는 영업실적이 악화되었다거나 단기간 내에 쉽게 개선될 수 있는 부분적·일시적 위기가 아니었던 것으로 봄이 타당하다.

따라서 피고로서는 인원 감축 등을 통해 위와 같은 경영위기를 극복할 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 볼 수 있고, 경영진의 부실경영 등으로 경영위기가 초래되었다고 하여 이러한 필요성이 부정된다고 보기는 어렵다.

- 2) 한편 기업 운영에 필요한 인력의 규모가 어느 정도인지, 잉여인력은 몇 명인지 등은 상당한 합리성이 인정되는 한 경영판단의 문제에 속하는 것이므로 특별한 사정이 없다면 경영자의 판단을 존중하여야 할 것이다(대법원 2013. 6. 13. 선고 2011다60193 판결 참조)

원심판결 이유와 기록에 의하면, 피고는 ○○KPMG의 제안을 토대로 2,646명 규모의 인력구조조정 방안을 세웠는데, ○○KPMG는 생산부문의 경우 모답스기법(MODAPTS 기

법, 사람의 신체 각 부분의 동작을 거리비율로 나타내어 시간 데이터 카드에 따라 표준 시간을 구하는 표준시간측정방법)을 활용하여 작업자의 작업시간과 비교검토하는 방법으로 요소작업을 분석하고, 각 공정별 레이아웃(Layout)을 검증하여 작업 동선상의 제약조건을 파악한 후 각 공정에 편성된 작업자 간에 작업량 배분이 적정한지를 검토함으로써 적정 인력 규모를 산출하였고, 일반 사무직에 대해서는 국내 경쟁사의 일반 사무직 비중과 사무직 1인당 매출액을 비교하여 적정 인력 규모를 산출하는 등의 방법으로 구조조정 규모를 도출한 점, 이 사건 정리해고 당시 피고는 동종 업체와 비교하여 1인당 매출액, 매출액 대비 인건비 비중, 기능직 1인당 생산 대수 등 생산성을 보여주는 각종 지표가 상당히 악화되어 있었던 점, 이 사건 정리해고 이후에 체결된 노사대타협으로 정리해고자 중 459명이 무급휴직으로 전환되어 결국 정리해고 된 근로자 수가 165명으로 대폭 축소되기는 하였으나, 위 노사대타협은 이 사건 정리해고를 둘러싼 노사간의 극심한 대립으로 기업의 존립 자체가 위태로워 피고의 회생실패로 노사가 공멸하는 최악의 상황을 막기 위한 고육지책으로 노사가 막판에 상호양보하여 체결된 점 등을 알 수 있는바, 이와 같은 사실관계에 비추어 볼 때 피고가 제시한 이 사건 인원 감축 규모가 비합리적이라거나 자의적이라고 볼 수 없다.

마. 이상과 같은 사정을 종합하여 보면, 이 사건 정리해고는 긴박한 경영상의 필요에 의한 것으로 볼 여지가 상당함에도, 이와 달리 판단한 원심판결에는 정리해고의 요건 중 긴박한 경영상의 필요에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다.

## 2. 해고회피노력에 관한 상고이유 주장에 대하여

가. 정리해고의 요건 중 '해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 한다'는 것은 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등 사용자가 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미하고, 그 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 그 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라지는 것이다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2003두11339 판결 등 참조).

나. 원심은, 피고가 당초 제시한 2,646명의 인원 감축 규모에 합리성이 인정되지 않는 이상 정리해고 인원을 더 축소하여야 하는데도 그러한 조치가 없었던 점, 사용자의 해고회피노력은 근로관계를 유지하는 조치를 먼저 모색하여야 하는데도 피고는 이 사건 정리해고 당시 무급휴직 조치를 우선적으로 시행하지 않다가 정리해고 이후에야 비로소 시행한 점, 피고는 대기업으로서 일반적으로 중소기업보다는 동원 가능한 수단과 능력이 크기 때문에 해고회피를 위한 노력도 더 많이 요구된다고 보아야 하는 점, 희망퇴직은 정리해고와 비교하여 법적 분쟁을 최소화하면서 온건한 방법으로 인원 과잉을 해소할 수 있는 장점을 갖고 있지만 본질적으로 근로자의 고용상실을 초래한다는 측면에서 최후적인 해고회피수단으로 취급되어야 하는 점, 피고가 정리해고를 하는 대신 무급휴직 조치를 취할 경우 고용보험법의 관련규정에 따라 정부로부터 일정한 지원을 받을 수 있었던 점에 비추어 보면, 피고가 해고회피노력을 다한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

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

피고가 제시한 이 사건 인원 감축 규모가 비합리적이거나 자의적이라고 볼 수 없고, 이 사건 정리해고 이후에 이루어진 무급휴직 조치는 이 사건 정리해고를 둘러싼 노사간 극심한 대립으로 기업의 존립 자체가 위태로워지자 최악의 상황을 막기 위해 고육지책으로 시행된 것이라는 점은 앞서 본 바와 같다.

또한 기록에 의하면 피고는 이 사건 정리해고에 앞서 부분 휴업, 임금 동결, 순환휴직, 사내협력업체 인원 축소, 임직원 복지 중단, 희망퇴직 등의 조치를 실시하였음을 알 수 있다.

위와 같은 사정과 당시 피고가 처한 경영위기의 성격이나 정도, 피고의 사업 내용과 규모 등을 종합하여 보면, 피고로서는 해고회피를 위한 노력을 다한 것으로 보아야 할 것이다.

이와 달리 피고가 해고회피노력을 다한 것으로 볼 수 없다고 본 원심판결에는 정리해고의 요건 중 해고회피를 위한 노력을 다하였는지에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다.

### 3. 결 론

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

대법관 권순일(재판장) 민일영 박보영(주심) 김신

#### <4> 정리해고 대상자 선정 기준

☞ 대법원 2012. 5. 24. 선고 2011두11310 판결

##### » 요 지 «

1. 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우 근로기준법 제24조제1항 내지 제3항에 따라 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고, 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 하는바, 이때 합리적이고 공정한 기준이 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이기는 하지만, 객관적 합리성과 사회적 상당성을 가진 구체적인 기준이 마련되어야 하고, 그 기준을 실질적으로 공정하게 적용하여 정당한 해고대상자의 선정이 이루어져야 한다.
2. 이 사건 정리해고 대상자 선정기준은 근무태도에 대한 주관적 평가와 객관적 평가 및 근로자 측 요소가 각 1/3씩 비중을 차지하고 있는데, 근무태도라는 단일한 대상을 주관적 평가와 객관적 평가로 나누어 동일하게 배점하고 주관적 평가 항목에서 참가인들과 잔존 근로자들 사이에 점수를 현격하게 차이가 나도록 부여함으로써 결국 근무태도에 대한 주관적 평가에 의하여 해고 여부가 좌우되는 결과가 된 점, 근무태도에 대한 주관적 평가의 개별 항목 중 현장 직 근로자들의 업무 특성에 비추어 적절해 보이지 않는 부분이 있고, 참가인들에 대하여 부여된 주관적 평가 점수가 객관적 평가 점수나 잔존 근로자에 대한 주관적 평가 점수와 비교해 볼 때 납득하기 어려울 만큼 차이가 큰 점 등 그 판시와 같은 사정들에 비추어 보면 그 선정기준 자체가 합리적이고 공정하다고 인정하기 어렵고, 그 기준을 정당하게 적용하여 해고 대상자를 선정하였다고 보아도 아니하므로 이 사건 참가인들에 대한 해고가 위법하다.

\* 원고, 상고인 : 한국○○○터미널 주식회사

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 별지 피고 보조참가인 목록 기재와 같다.

\* 원심판결 : 서울고등법원 2011. 4. 20. 선고 2010누35731 판결

##### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

##### » 이 유 «

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



사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우 근로기준법 제24조제1항 내지 제3항에 따라 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고, 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 하는바, 이때 합리적이고 공정한 기준이 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008두13972 판결 등 참조)이기는 하지만, 객관적 합리성과 사회적 상당성을 가진 구체적인 기준이 마련되어야 하고, 그 기준을 실질적으로 공정하게 적용하여 정당한 해고대상자의 선정이 이루어져야 한다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 원고가 마련한 이 사건 정리해고 대상자 선정기준은 근무태도에 대한 주관적 평가와 객관적 평가 및 근로자 측 요소가 각 1/3씩 비중을 차지하고 있는데, 근무태도라는 단일한 대상을 주관적 평가와 객관적 평가로 나누어 동일하게 배점하고 주관적 평가 항목에서 참가인들과 잔존 근로자들 사이에 점수를 현격하게 차이가 나도록 부여함으로써 결국 근무태도에 대한 주관적 평가에 의하여 해고 여부가 좌우되는 결과가 된 점, 근무태도에 대한 주관적 평가의 개별 항목 중 현장직 근로자들의 업무 특성에 비추어 적절해 보이지 않는 부분이 있고, 참가인들에 대하여 부여된 주관적 평가 점수가 객관적 평가 점수나 잔존 근로자에 대한 주관적 평가 점수와 비교해 볼 때 납득하기 어려울 만큼 차이가 큰 점 등 그 판시와 같은 사정들에 비추어 보면 그 선정기준 자체가 합리적이고 공정하다고 인정하기 어렵고, 원고가 그 기준을 정당하게 적용하여 해고 대상자를 선정하였다고 보아도 아니한다고 하여 이 사건 참가인들에 대한 해고가 위법하다고 판단하였다.

앞서 본 법리 및 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하여 수긍할 수 있고 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 정리해고 대상자 선정기준에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

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

대법관 박병대(재판장) 김능환 안대회(주심) 이인복

## <5> 근로자대표와의 협의

### 1 경영상 해고 시 협의 주체인 근로자대표의 의미

☞ 대법원 2006. 1. 26. 선고 2003두69393 판결

#### » 요 지 «

1. 근로기준법 제31조 제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(근로자대표)에 대하여 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다고 하여 정리해고의 절차적 요건을 규정한 것은 같은 조 제1, 2항이 규정하고 있는 정리해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서라고 할 것이므로, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에 그 협의의 상대방이 형식적으로는 근로자 과반수의 대표로서의 자격을 명확히 갖추지 못하였더라도 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 볼 수 있는 사정이 있다면 위 절차적 요건도 충족하였다고 보아야 할 것이다.
2. 근로기준법 제31조의2는 정리해고를 한 사용자는 정리해고일로부터 2년 이내에 근로자를 채용하고자 할 때에는 정리해고 된 근로자가 원하는 경우 해고 전의 직책 등을 감안하여 그 근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다고 규정하고 있는바, 이는 사용자가 신규채용의 기회가 생기기만 하면 반드시 정리해고자를 우선 재고용하여야 한다는 법적인 의무를 부과한 것이 아니라, 사용자가 신규채용하고자 하는 직책에 맞는 정리해고자가 있으면 그를 우선적으로 고용하도록 노력하라는 취지에 불과하다 할 것이므로, 정리해고자가 사용자가 신규채용하려는 직책에 맞는 사람이라고 볼 만한 사정이 인정되지 아니한다면 사용자가 그의 합리적인 경영판단에 의하여 다른 근로자를 채용하였다고 하더라도 근로기준법이 정한 위 우선재고용 노력의무를 위반하였다고 평가할 수는 없다.

\* 원심판결 : 서울고등법원 2003. 11. 28. 선고 2003나35163 판결

\* 원고, 상고인 원고(소송대리인 법무법인 시민종합법률사무소 담당변호사 김남준외 4인)

\* 피고, 피상고인 주식회사 ○○중공업 (소송대리인 법무법인 화우 담당변호사 전오영외 1인)

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 부담한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

## 1. 상고이유 제1점에 대하여

## 가. 정리해고의 실질적 요건에 관하여

근로기준법 제31조 제1항 내지 제3항에 의하여, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여야 하는데, 위 각 요건의 구체적 내용은 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족 정도와 관련하여 유동적으로 정해지는 것이므로, 구체적 사건에서 경영상 이유에 의한 당해 해고가 위 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2000두9373 판결, 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결 등 참조).

원심이 인용한 제1심판결은 그 채용 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실들을 인정한 다음, 그 사실관계에 터 잡아 건설부문을 조선부문과 분리하여 독자적으로 경영해 온 피고 회사는 건설부문의 누적적자로 인한 경영의 악화로 회사의 생존이 어렵게 되자 자산매각조치 등의 자구노력을 게을리하지 않으면서 최소한의 인력감축을 통한 생산성 향상을 꾀하였으나 어쩔 수 없이 노동조합과의 협의를 거쳐 이 사건 정리해고에 이르렀다고 보아, 원고에 대한 정리해고는 긴박한 경영상의 필요가 있었고, 정리해고를 회피하기 위한 노력을 다하였으며, 객관적이고 합리적인 기준을 적용하여 정리해고 대상자를 선정하는 등 실질적 요건을 모두 갖추었다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 인용한 제1심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 위 법리에 따른 것으로서 모두 옳다고 수긍이 가고, 거기에 정리해고의 실질적 요건과 관련하여 그 정당성 판단에 대한 법리를 오해하거나 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

## 나. 정리해고의 절차적 요건에 관하여

근로기준법 제31조 제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(근로자대표)에 대하여 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다고 하여 정리해고의 절차적 요건을 규정한 것은 같은 조 제1, 2항이 규정하고 있는 정리해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서라고 할 것이므로(위 2001다29452 판결 참조), 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에 그 협의의 상대방이 형식적으로는 근로자 과반수의 대표로서의 자격을 명확히 갖추지 못하였더라도 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 볼 수 있는 사정이 있다면 위 절차적 요건도 충족하였다고 보아야 할 것이다(대법원 2004. 10. 15. 선고 2001두1154, 1161, 1178 판결 참조).

원심이 인용한 제1심판결은 그 채용 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고 회사는 회사의 경영사정이 악화된 이래 9회에 걸쳐 건설부문의 노동조합과 정

리해고에 관한 구체적 협의를 진행하였고 도출된 합의에 따라 별다른 의견대립 없이 정리해고를 시행한 점에 비추어 피고 회사는 근로자측과 정리해고에 관한 성실한 협의를 하였다고 볼 것이고, 단지 피고 회사 건설부문의 노동조합이 근로자 과반수로 조직되지 아니하였다는 이유만으로 피고 회사가 근로자들과 성실한 협의를 하지 아니한 것으로 볼 수 없다면서 위 노동조합에 근로자 대표성이 없어 정리해고의 절차적 요건을 갖추지 못하였다는 피고의 주장을 배척하였다.

기록에 의하면, 피고 회사 건설부문의 노동조합이 근로자들의 과반수로 조직되지는 아니하였지만, 1987년 노동조합 설립 이후 피고 회사와 노동조합 사이에 체결된 단체협약이 노동조합에 가입하지 아니한 피고 회사의 다른 모든 근로자들에게도 적용되었고 그 단체협약 제26조에 회사 경영상 종업원의 감원이 불가피할 시 조합과 협의하여 인원을 정리한다고 규정되어 있는 사실, 피고 회사가 이 사건 정리해고를 위하여 노동조합과 9회에 걸쳐 협의하는 동안 노동조합은 근로자들의 의견을 수렴하여 정리해고에 반대하고 수정안을 제시하면서 정리해고 대상자 수를 250명에서 127명으로 절반 가까이 줄이는 등 실질적으로 근로자 전체를 위한 협상이 이루어진 사실, 그 과정에서 노동조합에 가입하지 아니한 근로자들이 노동조합의 대표성을 문제 삼은 흔적이 전혀 보이지 아니하고 오히려 정리해고 대상자로 선정된 127명 중 원고를 제외한 126명은 대부분 노동조합원이 아님에도 불구하고 모두 노사협의 결과를 수용하여 희망퇴직에 응한 사실을 인정할 수 있는 바, 그렇다면 피고 회사의 근로자들은 피고 회사와 정리해고에 관한 협의를 함에 있어서 노동조합이 근로자들을 대표하는 것을 인정하였다고 할 것이므로, 위 노동조합은 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 인정할 수 있다고 판단된다.

그렇다면 원심의 이 부분 이유 설시는 다소 적절하지 아니하나 이 사건 정리해고가 절차적 요건도 갖추었다고 보아 원고의 청구를 기각한 조치는 결과적으로 정당하고, 거기에 상고이유 의 주장과 정리해고의 정당성과 관련하여 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 따라서 상고이유 제1점의 논지는 모두 받아들일 수 없다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

근로기준법 제31조의2는 정리해고를 한 사용자는 정리해고일로부터 2년 이내에 근로자를 채용하고자 할 때에는 정리해고된 근로자가 원하는 경우 해고 전의 직책 등을 감안하여 그 근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다고 규정하고 있는바, 이는 사용자가 신규채용의 기회가 생기기만 하면 반드시 정리해고자를 우선 재고용하여야 한다는 법적인 의무를 부과한 것이 아니라, 사용자가 신규채용하고자 하는 직책에 맞는 정리해고자가 있으면 그를 우선적으로 고용하도록 노력을 하라는 취지에 불과하다 할 것이므로, 정리해고자가 사용자가 신규채용하려는 직책에 맞는 사람이라고 볼 만한 사정이 인정되지 아니한다면 사용자가 그의 합리적인 경영판단에 의하여 다른 근로자를 채용하였다고 하더라도 근로기준법이 정한 위 우선재고용 노력의무를 위반하였다고 평가할 수는 없다고 할 것이다.

기록에 비추어 살펴보면, 피고 회사가 행정직 과장이던 원고를 정리해고한 후 2년 이내에 신규채용한 53명은 모두 신입사원일 뿐 아니라 그 중 3명만이 행정직이어서 신규채용한 직

원들에게 맡긴 업무나 직책이 원고의 직위나 경력 등에 비추어 맞는 것이 아니므로, 피고 회사가 신입사원을 채용하면서 원고를 재고용하지 아니하였더라도 위 근로기준법에 정한 우선 재고용 노력의무에 위반하였다고 평가할 수 없다고 판단한 원심의 조치는 앞서 본 법리에 따른 것으로 옳다고 수긍이 가고, 거기에 상고이유 제2점의 주장과 같이 우선재고용 노력의무와 관련한 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

### 3. 결 론

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

대법관 강신욱(재판장) 고현철 양승태(주심) 김지형

## 2 정리해고 시 사전협의의 상대방

☞ 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두15964 판결

### » 요 지 «

1. 근로자가 자신에 대한 해고 등의 불이익처분이 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다고 주장하면서 노동위원회에 행정적 구제신청을 하여 구제절차가 진행 중에 별도로 사용자를 상대로 해고무효확인청구의 소를 제기하고 그 결과 청구기각 판결이 선고되어 확정되었다면, 부당해고가 아니라는 점은 이미 확정되어 더 이상 부당해고 구제절차를 유지할 필요가 없게 되며, 또한 이처럼 해고 등 불이익처분이 정당한 것으로 인정된 이상 노동위원회로서는 그 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 하여 구제명령을 발할 수 없게 되므로 부당노동행위 구제절차를 유지할 이익도 소멸한다.
2. 누적 적자에 의한 자본 잠식, 부채비율의 급증과 유동비율 급감에 의한 단기 지급능력의 약화 및 부채구조의 악성화, 경영판단의 잘못으로 인한 감가상각비와 이자비용의 급증, 국제경쟁력 약화 및 원재료 가격 상승 등으로 인한 수익성의 악화 등의 원인에 의한 재무적인 어려움, 노사관계의 불안정, 잉여인력이 존재하는 조직의 비대 등 정리해고를 할 긴박한 경영상의 필요가 있고, 해고 대상 인력의 최소화, 명예퇴직 처리 등을 통하여 해고 회피를 위한 충분한 노력을 하였으며, 공정하고 합리적인 선정기준을 마련하여 해고 대상자를 선정하였으므로 정리해고로서의 요건을 갖추었다.
3. 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에 정리해고에 관한 협의의 상대방이 형식적으로는 근로자 과반수의 대표로서의 자격을 명확히 갖추지 못하였다더라도 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 볼 수 있는 사정이 있다면 절차적 요건을 충족하였다고 보아야 한다.

\* 원고, 상고인 : 별지 원고들 목록과 같다.

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고등법원 2010. 6. 17. 선고 2009누3998 판결

### » 주 문 «

원심판결 중 원고 김○○, 이○○, 이○○, 정○○ 부분을 파기하고, 이 부분 제1심판결을 취소하며, 이 부분 소를 각 각하한다.

나머지 원고들의 상고를 모두 기각한다.

원고 김○○, 이○○, 이○○, 정○○와 피고 사이의 소송총비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 위 원고들이, 나머지 원고들과 피고 사이의 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 나머지 원고들이 각 부담한다.

원심판결의 별지1. 원고 목록 중 제8항 “김명인”을 “김○○”으로 경정한다.

## » 이 유 «

### 1. 원고 김○○, 이○○, 이○○, 정○○가 제기한 이 사건 소의 적법 여부에 관한 직권 판단

근로자가 자신에 대한 해고 등의 불이익처분이 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다고 주장하면서 노동위원회에 행정적 구제신청을 하여 구제절차가 진행 중에 별도로 사용자를 상대로 해고무효확인청구의 소를 제기하고 그 결과 청구기각 판결이 선고되어 확정되었다면, 부당해고가 아니라는 점은 이미 확정되어 더 이상 부당해고 구제절차를 유지할 필요가 없게 되며, 또한 이처럼 해고 등 불이익처분이 정당한 것으로 인정된 이상 노동위원회로서는 그 불이익처분이 부당노동행위에 해당한다고 하여 구제명령을 발할 수 없게 되므로 부당노동행위 구제절차를 유지할 이익도 소멸한다.

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

기록에 의하면, 원고 김○○, 이○○, 이○○, 정○○는 피고보조참가인(이하 ‘참가인’이라 한다)을 상대로 이 사건 해고의 무효확인 등을 구하는 소를 각 제기하였고, 이 사건 상고심 계속 중에 위 각 사건에서 모두 원고 패소 판결을 선고받아 그 판결이 각 확정된 사실을 알 수 있다.

위 법리에 의하면, 이로써 원고 김○○, 이○○, 이○○, 정○○에 대한 해고는 정당하다는 점이 이미 확정되어 더 이상 부당해고 및 부당노동행위 구제절차를 유지할 필요가 없게 되었고, 위 원고들이 제기한 이 사건 소는 모두 소의 이익이 없어 부적법하다.

따라서 원고 김○○, 이○○, 이○○, 정○○에 관한 원심판결은 파기를 면할 수 없다.

### 2. 나머지 원고들의 상고이유에 대한 판단

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

#### 가. 상고이유 제1, 2, 3점에 대하여

- (1) 구 근로기준법(2007.4.11. 법률 제8372호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제31조 제1항 내지 제3항에 의하면, 사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자의 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자대표에게 해고 실시일 60일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다. 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고

인정되는 경우도 포함되는 것으로 보아야 하고, 위 각 요건의 구체적 내용은 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족 정도와 관련하여 유동적으로 정해지므로, 구체적 사건에서 경영상 이유에 의한 당해 해고가 위 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2002.7.9. 선고 2001다29452 판결 등 참조).

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

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

#### 나. 상고이유 제4점에 대하여

- (1) 근로기준법 제31조 제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(근로자대표)에 대하여 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다고 하여 정리해고의 절차적 요건을 규정한 것은 같은 조 제1, 2항이 규정하고 있는 정리해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서라고 할 것이다(위 대법원 2001다29452 판결 등 참조). 따라서 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에 정리해고에 관한 협의의 상대방이 형식적으로는 근로자 과반수의 대표로서의 자격을 명확히 갖추지 못하였더라도 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 볼 수 있는 사정이 있다면 위 절차적 요건도 충족하였다고 보아야 한다(대법원 2004. 10. 15. 선고 2001두1154, 1161, 1178 판결 참조).

원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 원고 ○○○ 노동조합(이하 '원고 조합'이라 한다)은 참가인 근로자들의 과반수로 조직되지는 아니하였지만, 참



가인과 사이에 12회에 걸쳐 이 사건 정리해고에 관하여 협의를 진행해 왔고, 그 과정에서 원고 조합은 물론 원고들을 포함한 근로자들 어느 누구도 원고 조합의 협의 권한에 관하여 이의를 제기한 바 없으며, 조합원이 아닌 근로자들도 참가인의 공고 내용, 위임장 등을 통하여 원고 조합이 참가인과 사이에 정리해고를 둘러싼 협의를 하고 있다는 사실을 잘 알고 있었고, 원고들은 이 사건 소 제기 이후에야 비로소 원고 조합의 자격 유무를 다투기 시작한 사정들을 알 수 있다.

이러한 사정들과 아울러 원심이 판시하고 있는 사유들을 함께 종합하여 보면, 참가인의 근로자들은 참가인과 정리해고에 관한 협의를 하면서 원고 조합이 근로자들을 대표하는 것을 인정하였다고 할 것이므로, 원고 조합은 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 인정할 수 있고, 따라서 원심의 이 부분 이유 설시에 다소 적절하지 아니한 부분이 포함되어 있기는 하지만 원고 조합의 대표성을 다투는 원고들의 주장을 배척한 원심의 결론은 수긍할 수 있으며, 또한 참가인의 경영상황 전반을 잘 알고 있었고 참가인의 대표이사로부터 구조조정 협의에 관한 권한을 위임받은 경영본부장이 원고 조합과의 협의에 참석하여 원고 조합과 참가인 사이에서 12차례에 걸쳐 구조조정에 관한 협의를 하고 원고 조합의 의견을 반영하여 정리해고 대상자 선정기준을 조정하고 명예퇴직금 지급액수를 증액하는 등 실질적인 협이가 충분히 이루어졌다고 본 원심의 판단 역시 수긍할 수 있다.

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

- (2) 의사표시의 해석은 표시된 문언에 따라 해석함이 원칙이나, 여기서의 문언해석은 당해 조항만이 아니라 이를 포함하는 의사표시 전체의 취지 속에서 당해 조항의 문언이 가지는 의미를 찾아야 하고, 또 그 의사표시를 하게 된 경위와 당시의 상황 및 분위기, 당위성 등을 참작하여 규범적인 해석이 필요한 경우도 있다(대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7225 판결 참조).

경영권의 본질에 속하여 단체교섭의 대상이 될 수 없는 사항에 관하여 사용자가 노동조합과 '합의'하여 시행한다는 취지의 단체협약의 일부 조항이 있는 경우, 그와 같은 단체협약을 체결하게 된 경위와 당시의 상황, 단체협약의 다른 조항과의 관계, 권한에는 책임이 따른다는 원칙에 입각하여 노동조합이 경영에 대한 책임까지도 분담하고 있는지 여부를 종합적으로 검토하여 그 조항에 기재된 '합의'의 의미를 해석하여야 한다(대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7225 판결, 대법원 2010. 11. 11. 선고 2009도4558 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도11030 판결 등 참조).

원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 단체협약 조항에 대하여 판시와 같은 이유를 들어 사전에 원고 조합에 해고 기준 등에 관하여 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 원고 조합의 의견을 성실하게 참고함으로써 구조조정의 합리성과 공정성을 담보하고자 하는 협의의 취지로 해석된다고 본 원심의 판단에, 상고이유에서 주장하는 바와 같이 단체협약의 해석을 그르친 위법이 있다고 보기 어렵다.

#### 다. 상고이유 제5점에 대하여

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

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

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

### 3. 결론

그러므로 원심판결 중 원고 김○○, 이○○, 이○○, 정○○ 부분을 파기하되, 이 부분은 이 법원이 직접 판결하기로 하여 이 부분 제1심판결을 취소하고, 이 부분 소를 각 각하하며, 나머지 원고들의 상고를 모두 기각하고, 원고 김○○, 이○○, 이○○, 정○○와 피고 사이의 소송총비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 위 원고들이, 나머지 원고들과 피고 사이의 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 나머지 원고들이 각 부담하며, 원심판결의 별지1. 원고 목록 중 제8항 “김○○”은 “김○○”의 오기임이 분명하므로 이를 경정하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 양창수(재판장) 전수안 이상훈 김용덕(주심)

### 3 단체협약의 해고 사전 합의 조항의 효력

☞ 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두8788 판결

#### » 요 지 «

1. 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 제1항은 “사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고를 하지 못한다”고 규정하여 원칙적으로 해고를 금지하면서, 다만 예외적으로 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 해고를 허용하여 제한된 범위 안에서만 사용자의 해고 권한을 인정하고 있는데, 노사간의 협상을 통해 사용자가 그 해고 권한을 제한하기로 합의하고 노동조합이 동의할 경우에 한하여 해고권을 행사하겠다는 의미로 해고의 사전 합의 조항을 단체협약에 두었다면, 그러한 절차를 거치지 아니한 해고처분은 원칙적으로 무효이다.
2. 단체협약에 해고의 사전 합의 조항을 두고 있다고 하더라도 사용자의 해고 권한이 어떠한 경우를 불문하고 노동조합의 동의가 있어야만 행사할 수 있다는 것은 아니고, 노동조합이 사전동의권을 남용하거나 스스로 사전동의권을 포기한 것으로 인정되는 경우에는 노동조합의 동의가 없더라도 사용자의 해고권 행사가 가능하나, 여기서 노동조합이 사전동의권을 남용한 경우라 함은 노동조합측에 중대한 배신행위가 있고 그로 인하여 사용자측의 절차의 흠결이 초래되었다거나, 피징계자가 사용자인 회사에 대하여 중대한 위법행위를 하여 직접적으로 막대한 손해를 입히고 비위사실이 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백하며 회사가 노동조합측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합측이 합리적 근거나 이유 제시도 없이 무작정 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다는 등의 사정이 있는 경우에 인정되므로, 이러한 경우에 이르지 아니하고 단순히 해고사유에 해당한다거나 실체적으로 정당성 있는 해고로 보인다는 이유만으로는 노동조합이 사전동의권을 남용하여 해고를 반대하고 있다고 단정하여서는 아니 된다.
3. 파업을 주도한 노동조합 위원장에 대한 해고사유가 해고하여야 함이 명백한 때에 해당한다고 보기 어렵고, 노동조합 또한 사전 합의 조항만을 내세워 해고를 무작정 반대하였다고도 볼 수도 없어, 노동조합이 사전동의권을 남용하였다고 단정할 수 없다고 한 사례.

#### 【재판경과】

서울행정법원 2004. 9. 24. 선고 2004구합8323 판결

서울고등법원 2005. 6. 22. 선고 2004누21762 판결

대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두8788 판결

#### 【참조판례】

[1][2] 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50263 판결(공1993하, 2257), 대법원 2003. 6. 10. 선고 2001두3136 판결(공2003하, 1537) [1] 대법원 1994. 9. 13. 선고 93다50017 판결(공1994하, 2627)

[2] 2004. 3. 11. 선고 2003두10978 판결

**【따름판례】**

대법원 2010. 7. 15. 선고 2007두15797 판결, 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007 판결

**【참조법령】**

[1] 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 제1항(현행 제23조 제1항 참조) [2] 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 (현행 제23조 제1항 참조) [3] 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 제1항 (현행 제23조 제1항 참조)

**【원고, 피상고인】** 원고 주식회사 (소송대리인 법무법인 신우 담당변호사 황▽석외 2인)

**【피 고】** 중앙노동위원회 위원장

**【피고 보조참가인, 상고인】** 참가인 (소송대리인 변호사 김◇덕외 7인)

**【원심판결】** 서울고등법원 2005. 6. 22. 선고 2004누21762 판결

» 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

» 이 유 «

구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조(현행 제23조 참조) 제1항은 “사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고를 하지 못한다”고 규정하여 원칙적으로 해고를 금지하면서, 다만 예외적으로 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 해고를 허용하여 제한된 범위 안에서만 사용자의 해고 권한을 인정하고 있는데, 노사간의 협상을 통해 사용자가 그 해고 권한을 제한하기로 합의하고 노동조합이 동의할 경우에 한하여 해고권을 행사하겠다는 의미로 해고의 사전 합의(合意) 조항을 단체협약에 두었다면, 그러한 절차를 거치지 아니한 해고처분은 원칙적으로 무효로 보아야 할 것이다(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50263 판결, 1994. 9. 13. 선고 93다50017 판결 등 참조). 다만, 이처럼 해고의 사전 합의 조항을 두고 있다고 하더라도 사용자의 해고 권한이 어떠한 경우를 불문하고 노동조합의 동의가 있어야만 행사할 수 있다는 것은 아니고 노동조합이 사전동의권을 남용하거나 스스로 사전동의권을 포기한 것으로 인정되는 경우에는 노동조합의 동의가 없더라도 사용자의 해고권 행사가 가능하다 할 것이나, 여기서 노동조합이 사전동의권을 남용한 경우라 함은 노동조합측에 중대한 배신행위가 있고 이로 인하여 사용자측의 절차의 흠결이 초래되었다거나, 피징계자가 사용자인 회사에 대하여 중대한 위법행위를 하여 직접적으로 막대한 손해를 입히고 비위사실이 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백하며 회사가 노동조합측과 사전 합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합측이 합리적 근거나 이유 제시도 없이 무작정 반대함으로써 사전 합의에 이르지 못하였다는 등의 사정이 있는 경우에 인정된다 할 것이므로(대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50263 판결, 대법원 2003. 6. 10. 선

고 2001두3136 판결 등 참조), 이러한 경우에 이르지 아니하고 단순히 해고사유에 해당한다거나 실제적으로 정당성 있는 해고로 보인다는 이유만으로는 노동조합이 사전동의권을 남용하여 해고를 반대하고 있다고 단정하여서는 아니 될 것이다.

원심이 제1심판결을 인용하여 적법하게 확정된 바와 원심이 배척하지 아니한 증거 등 기록에 따르면, ① 이 사건 징계 해고 당시 원고 회사와 노동조합 사이의 단체협약 제35조 제1항은 “회사는 조합 임원에 대한 해고, 징계, 이동에 대하여는 사전에 조합과 합의한다.”고 규정되어 있고, 해고 사유에 관하여 위 단체협약 제40조는 “회사는 다음의 각 호의 1에 해당하는 경우 이외에는 해고를 명할 수 없다. 1.~6. (생략) 7. 다음 사항으로 인사위원회 결의에 의할 시. 가)~다), 마)~사) (각 생략) 라) 고의 또는 중대한 과실로 기물을 파손하거나 또는 재산에 손해를 끼쳤을 때”라고 규정된 사실, ② 원고 회사는 2003. 3. 3. 피고 보조참가인(이하 ‘참가인’이라고만 한다)에 대하여 “참가인은 원고 회사 노동조합 위원장으로서 2000. 11. 8.부터 2001. 1. 26.까지 파업 기간 동안 소외인등과 공모 공동하여 업무방해, 임직원 폭행·협박·감금·명예훼손, 성희롱, 회사기물 손괴, 업무방해로 인한 매출 손실, 회사 명예 실추, 기타 불법 집단 행위 등을 자행하였다.”는 것을 징계 사유로 삼아 참가인을 포함하여 노동조합 임원 4명을 징계위원회에 회부한 사실, ③ 원고 회사는 2003. 2. 17.부터 2003. 4. 10.까지 5차례에 걸쳐 당시 노동조합 위원장이던 소외인등과 사이에 참가인에 대한 징계에 관하여 노사협의를 벌였는데, 그 때 노동조합측은 원고 회사 담당자에게 “이미 파업이 끝난 지 2년이 지난 일이다. 징계 양정이 고려되어야 한다. 2002년 7월 1차 징계로 일정 부분 징계의 효과를 보았다. 해고만 아니면 타협의 여지가 있다. 참가인에 대한 1심 재판에서 징역형이 아닌 벌금형이 나왔기 때문에 해고를 받아들이기 어렵다. 사측의 기물파손, 재산상 손실이라는 해고사유는 수용하기 어렵다. 실제 파업기간 동안 기물파손이라 할 만한 것이 없었고, 재산상 손실이라고 제시된 텔레센터 관련 손실액 4억여 원도 판결이 났으면 모르겠으나 그것도 아니었다. 참가인에 대한 징계양정이 해고만 아니면 징계에 회부된 다른 임원들에 대하여는 지난번 징계의 양정을 수용할 수 있다.” 등의 이유를 들어 참가인에 대한 징계해고를 반대하여 결국 노사간에 참가인에 대한 징계해고에 관하여 합의에 이르지 못한 사실을 인정할 수 있다.

그리고 그 밖에도 기록에 의하면 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 징계해고 사유들 중 업무방해의 점에 대하여는 파업 종료 후 노사 합의에 따라 원고가 형사고소를 취하하였으나, 참가인은 업무방해죄로 기소되어 형사재판절차에서 벌금형을 선고받고 확정되었는데, 그 밖에 이를 제외한 나머지 징계해고사유들은 모두 위 노동조합의 위 파업 과정에서 벌어진 임직원 폭행·협박·감금·명예훼손, 전화상담 근무자에 대한 조합원들의 성희롱 발언, 기물손괴·매출손실·회사명예실추, 기타 불법행위 등으로서, 그 정도가 법이 허용하는 한도를 일정 정도 넘어서기는 하였으나, 이에 대하여는 따로 형사처벌을 받지 않은 점, ② 원고회사가 입었다고 주장하는 손해는 거의 대부분 단체교섭 결렬에 따른 집단적 노무 제공 거부 자체로 인한 손해로서 노동조합측에만 그 책임을 물을 수 있는 손해로는 보이지 않고, 쟁의행위에서 벗어난 위와 같은 일탈행위로 인하여 발생한 직접 손해와 기물 파손으로 인한 손해는 이 사건 쟁의행위의 규모와 양상, 발단과 종료 과정에 비추어 볼 때 그 자체만으로는 회사 경영에 타격을 가져올 정도의 손해로 보이지 않는 점, ③ 일부 일탈행위의 경우 조합원 개인의 일탈행위로 보일 뿐 참가인이 직접 공모하였다거나 지시, 방조하였다고 보기 어려운 점, ④ 파업 종료 후 원고 회사 노사는 대타협 정신에 따르겠다면서 서로에 대하여 제기한 일체

의 고소·고발·소송을 취하하고, 쟁의행위 관련자에 대한 징계조치를 사면하겠다고 발표하는 등의 조치가 이루어졌고, 그 후 참가인이 노동조합 위원장으로 재직하는 동안에도 노사는 2001. 7. 28.부터 2003년 1월까지 노사평화기간을 설정하여 회사의 경영권과 노동조합 활동을 서로 존중하기로 하는 이른바 '노사 평화 대선언'을 발표하고, 2001년, 2002년도 임금 동결과 일정 수당의 반납 등을 합의하였다는 점 등을 엿볼 수 있다.

이와 같이 알 수 있는 이 사건 쟁의행위의 본질적 내용과 그 과정 중에 빚어진 일탈행위의 경위와 그 정도, 쟁의행위 종료 후 노사가 서로에게 보인 대타협 정신, 이 사건 쟁의행위 종료 때부터 이 사건 징계회부 시점까지 경과된 적지 않은 기간, 노동조합이 나름대로 든 이 사건 해고 반대의 이유 등을 종합하면, 이 사건 참가인의 경우에 있어서는 그에 대한 해고사유가 중대하여 참가인을 해고하여야 함이 명백한 때에 해당한다고 보기 어렵고, 노동조합 또한 위 단체협약의 사전합의 조항만을 내세워 참가인에 대한 해고를 무작정 반대하였다고 볼 수도 없어, 노동조합이 이 사건 단체협약상의 사전동의권을 남용하였다고 단정할 수는 없다.

그럼에도 불구하고, 원심은 제1심판결을 인용하여 그 판시와 같은 이유로 참가인의 행위가 징계사유에 해당함에도 노동조합이 징계를 반대하고 있는 사정만을 들어 노동조합의 징계반대 입장이 합리적 이유가 없는 것이라는 취지로 판단한 다음, 위 노동조합이 참가인에 대한 해고에 관하여 사전동의권을 남용하였다고 보고 말았으니, 이러한 원심판결에는 단체협약에 정한 조합원 또는 조합 임원의 해고에 대한 사전동의권의 남용에 관한 해석·적용에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다. 이 점을 지적하는 상고 이유 주장은 이유 있다.

그러므로 다른 상고이유에 관하여는 더 살필 필요 없이 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 사건을 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 고현철(재판장) 양승태 김지형(주심) 전수안

### 3. 해고절차의 정당성

#### 1 해고의 서면통지

☞ 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결

#### » 요 지 «

1. 근로기준법 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 효력이 있다고 규정하고 있는데, 이는 해고사유 등의 서면통지를 통해 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하게 함과 아울러, 해고의 존부 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이다. 따라서 사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때는 근로자의 처지에서 해고사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있어야 하고, 특히 징계해고의 경우에는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위내용을 기재하여야 하며 징계대상자가 위반한 단체협약이나 취업규칙의 조문만 나열하는 것으로는 충분하다고 볼 수 없다.
2. 사용자가 근로자를 징계해고하면서 인사위원회 출석요구 통보서와 인사위원회 심의결과 통보서, 해고통보서에 근로자의 어떠한 행위가 사규 위반에 해당하여 징계사유와 해고사유가 되는지를 전혀 기재하지 않은 사안에서, 위 해고에는 절차상 근로기준법 제27조를 위반한 위법이 있다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.
3. 갑 주식회사가 그 회사 감사실장인 임원 을에 대한 징계해고를 하면서, 회사와 경영진에 대한 비방, 감사결과의 독단적 작성, 회사의 업무상 기밀 및 감사 내용 누설, 법인카드 무단 사용, 무단결근 등을 징계사유로 삼은 사안에서, 위 징계사유를 인정할 증거가 부족할 뿐만 아니라 설령 징계사유가 인정되더라도 을의 담당 업무와 해고 경위에 비추어 그 사유만으로는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 책임 있는 사유가 을에게 있다고 할 수 없다고 본 원심판단을 정당하다고 한 사례.
4. 사용자가 근로자퇴직급여 보장법 제8조에 따라 퇴직금 제도를 설정한 경우 사용자는 퇴직 근로자에게 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 지급하여야 하는데, 이때의 계속근로기간은 원칙적으로 근로자의 재직기간을 말하므로 재직기간 중 일부를 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에서 제외하는 것은 그러한 내용이 단체협약이나 취업규칙으로 규정되어 있고, 그와 같이 하여 산정한 퇴직금 액수가 근로자퇴직급여 보장법에 따라 산정한 퇴직금 액수 이상이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 허용될 수 없다.
5. 갑 주식회사에 고문으로 위촉되어 입사하였다가 그 후 임원인 전무로 승진하여 입사 이래 계속 감사실장으로 근무하여 온 을의 퇴직금 산정 기초가 되는 근속기간이 문제된 사안에서, 갑 회사 임원관리규정에서 “준 임원(수석부장)에서 임원으로 선임된 경우 퇴직한 것으로 간주하고 퇴직금을 지급한다.”고 규정하고 있기는 하나 을이 고문으로 재직할 당시 위

규정에서 말하는 준 임원(수석부장)에 해당하였다고 볼 증거가 없고, 갑 회사가 을을 전 무로 선임할 당시 그로 하여금 퇴직절차를 밟도록 한 적도 없는 점 등에 비추어 을이 갑 회사 고문으로 재직한 기간을 퇴직금 산정 기초가 되는 근속기간에서 제외할 근거가 없음에도 이를 제외한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

6. 갑 주식회사에서 감사실장으로 근무하다 징계해고된 을이 징계해고가 무효임을 이유로 소급하여 지급을 구한 성과배분상여금과 자가운전보조금이 근로의 대가로 지급되는 임금에 해당하는지가 문제된 사안에서, 성과배분상여금은 급여규칙에 명시적 근거를 두고 있을 뿐만 아니라 거기에 지급사유와 지급시기를 사전에 정해 놓았으며, 그에 따라 정기적·계속적으로 지급되어 온 점에 비추어 임금에 해당하나, 자가운전보조금은 회사에서 제공하는 차량의 운행과 관련하여 지출된 비용을 변상해 주기 위한 것으로서 임금에 해당하지 않으므로 해고가 무효라 하더라도 을이 해고기간 동안 자가운전보조금 지급 요건이 되는 차량운행을 하지 않은 이상 이를 소급하여 구할 수 없다고 한 사례.

\* 원고, 피상고인 겸 상고인 : 원고

\* 피고, 상고인 겸 피상고인 : ○○조선해양 주식회사

\* 원심판결 : 서울고등법원 2011. 4. 29. 선고 2010나10766 판결

### » 주 문 «

원심판결 중 퇴직금 51,581,250원, 성과배분상여금 77,463,000원, 자녀학자금보조 1,238,700원 및 그 지연손해금에 관한 원고 패소부분을 파기하고, 그 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원고의 나머지 상고와 피고의 상고를 기각한다.

### » 이 유 «

상고이유에 대하여 판단한다.

#### 1. 피고의 상고이유에 대한 판단

##### 가. 근로기준법 제27조에 관한 법리오해 등의 점에 대한 판단

근로기준법 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 그 효력이 있다고 규정하고 있는데, 이는 해고사유 등의 서면통지를 통해 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하게 함과 아울러, 해고의 존부 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지라고 할 것이다. 따라서 사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때는 근로자의 처지에서 해고의 사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있어야 하고, 특히 징계해고의 경우에는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위내용을 기재하여야 하며 징계대상자가 위반한 단체협약이나 취업규칙의 조문만 나열하는 것으로는 충분하다고 볼 수 없다.



원심판결의 이유에 의하면, 원심은 그 판시 증거에 의하여 피고가 원고에 대한 징계를 위하여 인사소위원회에 출석을 요구하면서 보낸 통보서와 원고의 참여 없이 실시한 인사소위원회의 심의결과를 통지한 통보서, 2008.11.5.자 해고통보서의 각 기재내용 등에 관한 판시사실을 인정하 후, 위 서면 어디에도 구체적으로 원고의 어떠한 행위가 사규위반에 해당하여 징계사유와 해고사유가 되는지에 관한 내용이 전혀 기재되어 있지 아니하다는 이유로 피고의 원고에 대한 이 사건 해고에는 그 절차상 근로기준법 제27조를 위반한 위법이 있다고 판단하였다.

위에서 본 법리와 기록에 비추어 보면 이러한 원심의 사실인정과 판단은 정당하고 여기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 근로기준법 제27조에 관한 법리를 오해한 위법이 없으므로, 이 부분 상고이유는 받아들이지 않는다.

#### 나. 원고에 대한 징계사유의 존부, 징계양정의 정당성에 관한 심리미진 및 채증법칙 위반, 법리오해 등의 점에 대한 판단

원심판결의 이유에 의하면, 원심은 이 사건 징계해고의 사유 중 원고가 피고와 그 경영진을 비방하고 감사결과를 독단적으로 작성하였으며 피고의 업무상 기밀 및 감사내용을 타에 누설하였다는 점에 관하여는 이를 인정할 증거가 부족하다고 판단하고, 나머지 법인카드 무단사용 및 무단결근 등의 징계사유에 관하여도 그 판시 증거에 의하여 원고의 법인카드 사용내역과 정도, 임원의 법인카드 사용에 관한 피고회사의 규율 및 관행, 원고가 ○○○○으로서 담당하는 직무의 포괄성, 피고의 원고에 대한 대기발령의 경위 및 대기장소의 불특정 등에 관한 판시사실을 인정한 다음, 해당 징계사유를 인정할 증거가 부족할 뿐만 아니라, 설령 징계사유가 인정되더라도 원고의 담당업무 및 이 사건 해고에 이른 경위에 비추어 위 인정된 징계사유만으로 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 책임 있는 사유가 원고에게 있다고 보기 어렵다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 모두 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 이 부분 상고이유 중 심리미진 혹은 채증법칙 위반의 점에 관한 주장은 결국 원심의 전권에 속하는 사실인정을 비난하는 취지에 불과하여 적법한 상고이유가 될 수 없으며, 원심의 판단에 징계사유로서 법인카드 무단사용의 의미나 대기발령시 출근 의무의 존부 및 범위, 징계양정의 적정성에 관하여 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 볼 수도 없다. 따라서 이 부분 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

## 2. 원고의 상고이유에 대한 판단

### 가. 감사실 폐지 및 대기발령의 적법성에 관한 법리오해 등의 점과 징계대상 여부에 관한 판단누락의 점에 대한 판단

원고는 이 부분 상고이유로서 원고에 대한 대기발령의 전제가 된 감사실 폐지는 감사위원회의 조직과 운영에 관한 것으로서 피고회사 '감사위원회 운영규정'의 개정사항이므로 감사위원회의 의결과 이사회 결의를 거쳐야 함에도 이를 거치지 않아 위법하고, 따라서 감사실 폐지를 전제로 한 이 사건 대기발령에도 정당한 사유가 있다고 볼 수 없으며, 임원에 대하여는 대기발령이나 징계처분을 할 수 있는 근거가 없음에도 전무로서 임원인

원고에 대하여 대기발령 및 징계해고를 한 것은 위법함에도 원심이 법리를 오해하여 이를 적법하다고 판단하거나 이에 관한 판단을 누락한 위법이 있다는 취지로 주장한다.

그러나 원심이 위에서 본 바와 같이 피고가 원고에 대한 징계해고의 사유로 삼은 비위사실이 인정되지 않거나 비위사실이 인정되더라도 해고의 사유로는 부족하다고 보아 원고에 대한 이 사건 징계해고가 무효라고 판단한 이상, 이 부분 상고이유 주장은 이 사건 해고의 정당성과 관련하여 결론에 아무런 영향을 줄 수 없는 것이고, 위자료의 금액과 관련하여서도 뒤에서 보는 바와 같이 원심이 정한 위자료의 금액이 정당하다고 수긍할 수 있어서 마찬가지로 결론에 영향을 미친 위법이 있다고 볼 수 없다. 결국 이 부분 상고이유 주장은 모두 받아들일 수 없다.

#### 나. 퇴직금의 산정방법에 관한 법리오해 등의 점에 대한 판단

사용자가 근로자퇴직급여 보장법 제8조에 따라 퇴직금제도를 설정한 경우 사용자는 퇴직근로자에 대하여 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 지급하여야 하는데, 이때의 계속근로기간은 원칙적으로 근로자의 재직기간을 말하므로 재직기간 중 일부를 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에서 제외하는 것은 그러한 내용이 단체협약이나 취업규칙으로 규정되어 있고, 그와 같이 하여 산정한 퇴직금의 액수가 근로자퇴직급여 보장법에 따라 산정한 퇴직금의 액수 이상이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 허용될 수 없다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다28358 판결 참조).

원심판결의 이유에 의하면, 원심은 원고에게 지급되어야 할 퇴직금을 산정하면서 원고가 피고회사의 이른바 고문으로 재직한 기간인 2006.5.10.부터 2007.3.31.까지를 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에서 제외하였는데, 이러한 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

즉, 원심이 인정한 사실관계에 의하더라도 원고가 위 2006.5.10. 고문으로 위촉되어 피고회사에 입사한 후 2007.4.1. 대우임원(비등기임원)인 전무로 승진하였으며 피고회사에 입사한 이래 계속 ○○○○으로 근무하여 왔다는 것인데, 갑 제6호증의 기재에 의하면 피고회사의 임원관리규정 7항에서 “준 임원(수석부장)에서 임원으로 선임된 경우 퇴직한 것으로 간주하고 퇴직금을 지급한다.”라고 규정하고 있기는 하나 원고가 고문으로 재직할 당시 위 규정에서 말하는 준 임원(수석부장)에 해당하였다고 볼 증거가 없으며, 아울러 기록에 의하면 피고가 2007.4.1. 원고를 전무로 선임할 당시 그로 하여금 퇴직절차를 밟도록 한 적이 없고, 오히려 이 사건 해고 당시 원고의 전 재직기간을 근속기간으로 하여 퇴직금을 산정한 사실을 알 수 있으므로, 원고가 고문으로 재직한 기간이 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에서 제외된다고 볼 근거가 없을 뿐만 아니라 원고가 2007.4.1. 전무로 승진할 당시를 전후하여 계속근로기간이 단절되었다고 보기도 어렵다.

따라서 원심으로서 원고가 피고회사의 고문으로 재직한 기간인 2006.5.10.부터 2007.3.31.까지의 기간에 대하여 이를 퇴직금 산정의 기초가 되는 근속기간에는 포함시켜 비록 전무에 해당하는 지급율을 적용하지는 않더라도 적어도 법정퇴직금 지급율에 상당하는 퇴직금은 가산하여야 할 것임에도, 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로 기간에 관한 법리를 오해하여 이를 근속기간에서 제외하였고, 이러한 원심판결의 위법은 판결에 영향을 미쳤음이 분명하므로 이 부분 원고의 상고이유 주장은 정당한 이유가 있다. 다만, 원고가 2006.5.10.

입사 당시부터 전무의 직위에 있었음을 전제로 하는 상고이유 주장은 원심의 전권사항에 속하는 사실인정을 다투는 취지에 불과하여 적법한 상고이유가 될 수 없다.

다. 성과배분상여금, 자가운전보조금, 자녀학자금보조의 임금 해당 여부에 관한 법리오해 등의 점에 대한 판단

(1) 해고처분이 무효인 경우에는 그 동안 근로계약관계가 유효하게 계속되고 있었는데도 불구하고 근로자가 사용자의 귀책사유로 말미암아 근로를 제공하지 못한 것이므로 근로자는 계속 근로하였을 경우에 받을 수 있었던 임금 전부의 지급을 청구할 수 있고, 그 임금은 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금품을 가리킨다(대법원 1992. 12. 8. 선고 92다39860 판결, 대법원 1993. 12. 21. 선고 93다11463 판결 등 참조).

(2) 먼저 성과배분상여금에 관하여 본다.

원심은 원고가 이 사건 징계해고가 무효임을 이유로 소급임금으로서 지급을 구하는 성과배분상여금이 근로의 대상으로 지급되는 것이라고 보기 어렵고, 설령 근로의 대상으로 지급되는 것으로 볼 수 있다고 하더라도 원고는 2008년도 성과배분상여금의 현실적 지급일에 피고회사에 재직하지 않고 있어서 지급일 재직요건 규정을 충족할 수 없다는 이유로 원고의 이 부분 청구를 배척하였다.

그러나 원심의 이 부분 판단은 수긍하기 어렵다.

즉, 상여금이 그 지급사유의 발생이 불확정이고 일시적으로 지급되는 것이라면 임금으로 보기 어려우나, 계속적·정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 이는 근로의 대가로 지급되는 임금의 성질을 갖는다고 보아야 할 것인데(대법원 2006. 5. 26. 선고 2003다54322, 54339 판결 참조), 기록에 의하면 피고가 근로자들에게 지급하는 성과배분상여금은 급여규칙에 명시적 근거를 두고 있을 뿐만 아니라 거기에서 지급사유와 지급기준을 사전에 정해 놓았으며, 그에 따라 2001년 이후 정기적·계속적으로 지급되어 온 사실을 알 수 있다.

또한, 원심은 원고가 2008년도 성과배분상여금의 현실적 지급일에 피고회사에 재직하지 않고 있어서 지급일 재직요건 규정을 충족할 수 없다고 판단하였으나, 피고회사가 성과배분상여금 지급대상을 지급일 재직자로 한정하고 있다는 점을 인정할 아무런 증거가 없고, 오히려 기록에 의하면 피고회사의 성과배분상여금 지급대상자를 매년 12.31. 기준 재직자로 정하고 있음을 알 수 있을 뿐이다.

따라서 원심으로서의 피고회사의 성과배분상여금 지급에 관한 규정과 관행을 구체적으로 살펴 만일 이 사건 징계해고가 없었다면 원고가 2008년 성과배분상여금의 지급대상에 포함되었을지, 포함되었다면 원고에게 지급될 금액이 얼마일지를 심리한 후 그에 따라 이 부분 원고 청구의 당부를 판단하여야 했음에도 불구하고, 성과배분상여금의 임금 해당성과 그 지급대상의 확정에 관한 법리를 오해하거나 증거에 의하여 뒷받침되지 않는 사실의 인정을 통하여 그 지급대상자의 범위를 오인하여 위와 같은 심리에 나아가지 아니한 채 원고의 청구를 기각함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 부분 상고이유 주장은 정당한 이유가 있다.

## (3) 다음으로 자가운전보조금에 관하여 본다.

해고처분이 무효인 경우 소급하여 받을 수 있는 임금에는 실비변상적 성격의 급여는 제외된다고 할 것인데, 원고가 이 부분 청구로 구하는 자가운전보조금은 그 상고이유 주장에 의하더라도 '전속 운전기사가 없는 임원은 회사에서 제공하는 차량을 직접 운전하여 출, 퇴근 및 업무수행시 이용하므로 피고회사는 임원에 대하여 일률적으로 자가운전보조금을 지급한다'는 것이므로, 이러한 급여는 회사에서 제공하는 차량의 운행과 관련하여 지출된 비용을 변상해 주기 위한 것으로 봄이 타당하고, 따라서 비록 원고에 대한 이 사건 해고가 무효라고 하더라도 원고가 그 해고기간 동안 위 자가운전보조금 지급의 요건이 되는 차량운행을 하지 않은 이상 이를 소급하여 구할 수는 없다고 할 것이다.

결국 이 부분 원고의 청구를 기각한 원심의 판단은 정당하고 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 이 부분 상고이유 주장은 받아들이지 않는다.

## (4) 마지막으로 자녀학자금보조에 관하여 본다.

원심은 원고의 자녀학자금보조 부분 청구에 대하여 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 배척하였으나, 갑 제6호증의 기재에 의하면 피고회사의 임원관리규정 8.항에서 학자금 지급의 근거로 볼 만한 규정이 있는데다가 피고도 임직원의 자녀에 대한 일률적인 학자금 보조사실에 대하여는 명시적으로 다루고 있지 않은 것으로 보이므로, 원심으로서 이 사건 징계해고가 없었다면 원고에게도 다른 임직원들과 마찬가지로 자녀학자금보조가 지급되었을 것인지를 따져본 후 그렇다고 판단되는 경우라면 원고가 부주의로 간과하고 있음이 명백한 학자금 납입의 근거나 자료를 제출하도록 입증을 촉구할 의무가 있다고 할 것임에도, 원심이 이에 이르지 아니한 채 단순히 이 부분 주장사실을 인정할 증거가 없다 하여 이 부분 원고의 청구를 배척한 데에는 석명권의 행사를 게을리함으로써 필요한 심리를 다하지 않은 위법이 있다고 할 것이다.

## 라. 위자료 산정의 적법성에 대한 판단

불법행위로 입은 정신적 고통에 대한 위자료 액수에 관하여는 사실심 법원이 여러 사정을 참작하여 그 직권에 속하는 재량에 의하여 이를 확정할 수 있다(대법원 1999. 4. 23. 선고 98다41377 판결 참조).

원심은 원고에 대한 이 사건 징계해고가 무효라고 판단하면서 그 경위에 관한 여러 사정을 참작하여 피고의 위자료 지급의무를 인정한 다음 그 금액을 1,000만 원으로 정하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 그 금액의 확정이 현저히 부당하다고 볼 정도로 재량의 행사를 그르친 위법이 있다고 볼 수 없으므로 이 부분 상고이유 주장은 받아들이지 아니한다.

## 3. 결론

그러므로 원심판결의 원고 패소부분 중 퇴직금, 성과배분상여금, 자녀학자금보조 부분은 파기를 면할 수 없지만, 원고가 퇴직금과 성과배분상여금은 패소부분의 일부에 대해서만 상고를

제기하였으므로 이에 관한 파기범위는 상고취지에 한정되어, 원심판결 중 퇴직금 51,581,250원, 성과배분상여금 77,463,000원, 자녀학자금보조 1,238,700원 및 그 지연손해금에 관한 원고 패소 부분을 파기하고, 그 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 원고의 나머지 상고와 피고의 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 안대희(재판장) 김능환 민일영 이인복(주심)

## 2 이메일에 의한 해고통지

☞ 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두41401 판결

### » 요 지 «

1. 근로기준법 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 '서면'으로 통지하여야 효력이 있다고 규정하고 있는데, 이는 해고사유 등을 서면으로 통지하도록 함으로써 사용자가 해고 여부를 더 신중하게 결정하도록 하고, 해고의 존부 및 그 시기와 사유를 명확히 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결되고 근로자도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이다.

여기서 '서면'이란 일정한 내용을 적은 문서를 의미하고 이메일 등 전자문서와는 구별되지만, ① 전자문서 및 전자거래 기본법 제3조는 '이 법은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 모든 전자문서 및 전자거래에 적용한다.'고 규정하고 있고, 같은 법 제4조제1항은 '전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지 아니한다.'고 규정하고 있는 점, ② 출력이 즉시 가능한 상태의 전자문서는 사실상 종이 형태의 서면과 다를 바 없고 저장과 보관에 있어서 지속성이나 정확성이 더 보장될 수도 있는 점, ③ 이메일(e-mail)의 형식과 작성 경위 등에 비추어 사용자의 해고 의사를 명확하게 확인할 수 있고, 이메일에 해고사유와 해고시기에 관한 내용이 구체적으로 기재되어 있으며, 해고에 적절히 대응하는 데에 아무런 지장이 없는 등 서면에 의한 해고통지의 역할과 기능을 충분히 수행하고 있다면, 단지 이메일 등 전자문서에 의한 통지라는 이유만으로 서면에 의한 통지가 아니라고 볼 것은 아닌 점 등을 고려하면, 근로자가 이메일을 수신하는 등으로 그 내용을 알고 있는 이상, 이메일에 의한 해고통지도 앞서 본 해고사유 등을 서면 통지하도록 규정한 근로기준법 제27조의 입법취지를 해하지 아니하는 범위 내에서 구체적 사안에 따라 서면에 의한 해고통지로서 유효하다고 보아야 할 경우가 있다.

2. 사용자가 근로자의 대리인인 노무사의 이메일로 사용자의 대표이사 인감이 날인된 징계결과통보서를 복사한 파일 등을 발송하였고, 근로자가 그 이메일을 수신한 경우, 이메일에 의한 해고통지가 예외적으로 유효하다.

\* 원고, 상고인 : 원고

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : ○○산업안전 주식회사

\* 원심판결 : 대전고등법원 2015. 4. 2. 선고 2014누12695 판결

### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 원고가 모두 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

## 1. 징계절차의 적법성에 대하여

가. 근로기준법 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 '서면'으로 통지하여야 효력이 있다고 규정하고 있는데, 이는 해고사유 등을 서면으로 통지하도록 함으로써 사용자가 해고 여부를 더 신중하게 결정하도록 하고, 해고의 존부 및 그 시기와 사유를 명확히 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결되고 근로자도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결 등 참조).

여기서 '서면'이란 일정한 내용을 적은 문서를 의미하고 이메일 등 전자문서와는 구별되지만, ① 전자문서 및 전자거래 기본법(이하 '전자문서법'이라고 한다) 제3조는 '이 법은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 모든 전자문서 및 전자거래에 적용한다.'고 규정하고 있고, 같은 법 제4조제1항은 '전자문서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전자적 형태로 되어 있다는 이유로 문서로서의 효력이 부인되지 아니한다.'고 규정하고 있는 점, ② 출력이 즉시 가능한 상태의 전자문서는 사실상 종이 형태의 서면과 다를 바 없고 저장과 보관에 있어서 지속성이나 정확성이 더 보장될 수도 있는 점, ③ 이메일(e-mail)의 형식과 작성 경위 등에 비추어 사용자의 해고 의사를 명확하게 확인할 수 있고, 이메일에 해고사유와 해고시기에 관한 내용이 구체적으로 기재되어 있으며, 해고에 적절히 대응하는 데에 아무런 지장이 없는 등 서면에 의한 해고통지의 역할과 기능을 충분히 수행하고 있다면, 단지 이메일 등 전자문서에 의한 통지라는 이유만으로 서면에 의한 통지가 아니라고 볼 것은 아닌 점 등을 고려하면, 근로자가 이메일을 수신하는 등으로 그 내용을 알고 있는 이상, 이메일에 의한 해고통지도 앞서 본 해고사유 등을 서면 통지하도록 규정한 근로기준법 제27조의 입법취지를 해치지 아니하는 범위 내에서 구체적 사안에 따라 서면에 의한 해고통지로서 유효하다고 보아야 할 경우가 있다.

나. 원심판결 이유와 기록에 의하면, ① 원고는 그 사용자인 참가인이 개최한 징계위원회에 출석하여 구체적인 비위 내용을 통보받고 그에 대한 소명의 기회를 가진 사실, ② 참가인은 징계위원회 의결 결과에 따라 원고를 해고하기로 결정한 사실, ③ 원고는 징계위원회 종료 후 참가인에게 부당해고를 당했으나 구제신청을 확실하게 해야겠다며 비위 내용과 관련된 CCTV 자료 일체를 원고 본인에게 보내지 말고 원고의 대리인인 담당 노무사에게 보내라고 요청한 사실, ④ 참가인은 위 노무사에게 이메일로 참가인의 대표이사 인감이 날인된 징계결과통보서를 복사한 파일과 CCTV 관련 자료를 발송하였고, 노무사에게 전화하여 이메일 수신 여부를 확인한 사실, ⑤ 원고는 위 노무사로부터 징계결과통보서의 내용을 전달받고 경기지방노동위원회에 구제신청을 하여 해고에 대응한 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 이메일에 의한 해고통지는 근로기준법 제27조 소정의 서면에 의한 해고통지로서 적법하다고 할 것이고, 이와 같은 취지로 판단한 원심판결에 상고이유 주장과 같은 법리오해의 잘못이 없다.

다. 한편 근로기준법 제27조는 해고사유와 시기를 서면으로 통지하여야 그 효력이 있다고 정하고 있을 뿐 그 서면의 형식을 별도로 정하고 있지 아니하다. 참가인이 원고에게 이메일로 보낸 '징계결과통보서'에는 해고사유와 시기가 구체적이고 명확하게 기재되어 있고, 원고가 이에 적절히 대응할 기회를 부여받은 이상 근로기준법 제27조가 정한 서면에 해당한다고 할 것이고, 그 명칭이 해고통지서가 아닌 징계결과통보서라는 이유만으로 위 서면에 해당하지 아니한다고 할 수 없다. 이를 다투는 상고이유 주장 역시 이유 없다.

## 2. 징계사유의 존부에 대하여

이 부분 상고이유의 주장은 결국 사실심인 원심의 전권에 속하는 증거의 취사선택과 사실인정을 다투는 취지에 불과하여 적법한 상고이유로 보기 어렵고, 나아가 원심의 판단을 기록에 비추어 살펴보더라도 채증법칙에 반하여 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다고 볼 수 없다.

## 3. 징계양정의 적정성에 대하여

원심은 그 판시 사정을 이유로 원고에 대한 징계해고가 사회통념상 징계재량권의 범위를 일탈하거나 남용한 것으로 보기 어렵다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보아도 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 징계양정에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙에 반하여 사실을 오인한 잘못이 있다고 볼 수 없다.

## 4. 결론

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

대법관 민일영(재판장) 박보영 김 신(주심) 권순일



## 4. 기타

## 1 인사고과평가의 정당성

☞ 대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다22195 판결

## » 요 지 «

피고가 부진인력 관리계획을 수립한 후 원고들이 포함된 부진인력 대상자에게 인사고과, 업무분담 등에서 불이익을 주는 차별정책을 시행하였고, 원고들에게 합리적인 이유 없이 부당한 인사고과를 하였으므로 원고들에 대한 인사고과는 재량권을 남용한 것으로서 위법하다.

\* 원고, 피상고인 : 강○○ 외 5인

\* 피고, 상고인 : 주식회사 ○○티

\* 원심판결 : 수원지방법원 2013. 1. 29. 선고 2012나6377 판결

## » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

## » 이 유 «

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

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 피고가 부진인력 관리계획을 수립한 후 원고들이 포함된 부진인력 대상자에게 인사고과, 업무분담 등에서 불이익을 주는 차별정책을 시행하였고, 원고들에게 합리적인 이유 없이 부당한 인사고과를 하였으므로 원고들에 대한 2009년도 인사고과는 재량권을 남용한 것으로서 위법하다는 취지로 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 인사평가의 적법성 판단에 관한 법리 등을 오해하거나 석명 의무를 다하지 아니하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 없다.

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

대법관 김신(재판장) 민일영(주심) 박보영 권순일

## 2 위장폐업과 불법행위 책임

☞ 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다13282 판결

### » 요 지 «

1. 사용자가 근로자들에게 어떠한 해고사유도 존재하지 아니함에도 노동조합 활동을 혐오한 나머지, 경영상 어려움 등 명목상 이유를 내세워 사업 자체를 폐지하고 근로자들을 해고함으로써 일거에 노동조합을 와해시키고 조합원 전원을 사업장에서 몰아내고는 다시 기업재개, 개인기업으로의 이행, 신설회사 설립 등 다양한 방법으로 종전 회사와 다를 바 없는 회사를 통하여 여전히 예전의 기업 활동을 계속하는 것은 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 행위이므로, 이러한 위장폐업에 의한 부당해고는 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다. 따라서 근로자들로서는 위장폐업에 의한 부당해고가 무효임을 이유로 민법 제538조 제1항에 따라 구회사 내지는 그와 실질적으로 동일성을 유지하고 있는 신설회사에 대하여 계속 근로하였을 경우 그 반대급부로 받을 수 있는 임금의 지급을 구할 수 있음은 물론이고, 아울러 위장폐업에 의한 부당해고가 불법행위에 해당함을 이유로 손해배상을 구할 수 있으며, 그 중 어느 쪽의 청구권이라도 선택적으로 행사할 수 있다.
2. 구회사를 실질적으로 운영하는 사주가 쟁의행위로서 정당성을 결여한 직장폐쇄를 감행하여 전 직원을 퇴직처리한 다음 구회사를 폐업하고 새로이 회사를 설립하는 위장폐업의 방법으로 근로자들을 부당해고한 사안에서, 부당해고된 근로자가 해고 무효를 주장하면서 사용자에게 민법 제538조 제1항에 의하여 해고 기간 중의 임금 지급을 청구하는 소는 그 실체가 근로계약에 따른 임금청구권의 행사인 반면, 부당해고가 불법행위를 구성한다는 이유로 임금 상당의 손해배상을 청구하는 것은 그 자체로는 근로계약과 무관한 청구로서 양자는 그 법적 근거와 성질을 달리하고, 부당해고로 인하여 근로자에게 손해가 발생하였는지 여부는 부당해고 피해자인 근로자가 부당해고가 없었다라면 향유하거나 취득할 수 있었던 이익이 부당해고로 말미암아 상실되거나 취득할 수 없게 된 것에 따른 불이익이 발생하였는지 여부에 의하여 판단할 것이지, 부당해고가 존재하지 아니하였을 경우에 취득할 수 있는 법률상 권리인 임금청구권을 유효하게 가지고 있느냐 여부에 따라 그 손해의 발생 여부가 좌우되는 것은 아님에도, 위장폐업에 따른 부당해고는 그 효력이 부정되어 근로자들과 구회사(또는 신설회사) 사이에 여전히 근로관계가 존속하기 때문에 근로자들은 특별한 사정이 없는 한 사용자인 구회사(또는 신설회사)에 대하여 부당해고 기간 중의 임금을 청구할 수 있으므로 임금 상당의 손해가 발생하였다고 볼 수 없다고 하며, 위 해고가 불법행위에 해당함을 이유로 한 손해배상청구는 인정되지 않는다고 본 원심판단을 파기한 사례.
3. 위장폐업에 의한 부당해고는 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 것이어서 불법행위를 구성하므로, 사용자는 그로 인하여 근로자들이 입게 된 정신적 고통에 대한 위자료를 배상할 책임이 있다.

4. 민법 제766조 제1항에 규정한 '손해 및 가해자를 안 날'이란 피해자나 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 현실적이고도 구체적으로 인식하는 것을 의미하는 것으로서 손해발생의 추정이나 의문만으로는 충분하지 않고, 손해의 발생사실뿐만 아니라 가해행위가 불법행위를 구성한다는 사실, 즉 불법행위의 요건사실에 대한 인식으로서 위법한 가해행위의 존재, 손해의 발생 및 가해행위와 손해의 인과관계 등이 있다는 사실까지 안 날을 뜻한다.
5. 구회사를 실질적으로 운영하는 사주가 쟁의행위로서 정당성을 결여한 직장폐쇄를 감행하여 전 직원을 퇴직처리한 다음 구회사를 폐업하고 신설회사를 설립하는 위장폐업의 방법으로 근로자들을 부당해고하자 근로자들이 그로 인한 정신적 고통을 이유로 위자료를 청구한 사안에서, 위장폐업의 경우 구회사와 신설회사는 형식적으로는 법인격을 전혀 달리하므로 신설회사의 설립만으로 근로자들이 위 두 회사가 실질적으로 동일한 회사로서 구회사의 폐업과 신설회사의 설립 등 일련의 행위가 위장폐업으로 불법행위를 구성한다는 사실을 알 수 있다고 단정하기 어려운데도, 신설회사가 설립된 시점에 근로자들이 위 사주의 위법행위로 인한 위자료 상당의 손해 및 가해자를 알았다고 단정하여 위자료청구권이 민법 제766조 제1항에서 3년으로 정한 단기소멸시효기간의 경과로 소멸하였다고 본 원심판단을 파기한 사례.

**【참조판례】**

[1] 대법원 1981. 12. 22. 선고 81다626 판결(공1982, 220)

[4] 대법원 1989. 9. 12. 89다카2285 판결, 대법원 1989. 9. 26. 선고 88다카32371 판결(공1989, 1560)

**【따름판례】** 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결

**【참조법령】**

[1] 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호, 근로기준법 제23조 제1항, 민법 제538조 제1항, 제750조

[2] 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1호, 근로기준법 제23조 제1항, 민법 제538조 제1항, 제750조

[3] 민법 제750조, 제751조 [4] 민법 제766조 제1항 [5] 민법 제751조, 제766조 제1항

**【원고, 상고인】** 원고 1 외 3인 (소송대리인 변호사 노▼진)

**【피고, 피상고인】** 피고 (소송대리인 변호사 신△천)

**》 주 문 《**

원심판결을 파기하고, 사건을 부산고등법원에 환송한다.

**》 이 유 《**

상고이유를 본다.

1. 위장폐업에 의한 부당해고가 불법행위임을 이유로 한 손해배상청구에 관하여

부당노동행위가 되는 위장폐업이란 기업이 진실한 기업폐지의 의사가 없이, 다만 노동조합의 결성 또는 조합활동을 혐오하고 노동조합을 와해시키기 위한 수단으로서 기업을 해산하

고 조합원을 전원 해고한 다음 새로운 기업을 설립하는 등의 방법으로 기업의 실체가 존속하면서 조합원을 배제한 채 기업활동을 계속하는 경우를 말한다(대법원 1991. 12. 24. 선고 91누2762 판결 등 참조).

한편, 일반적으로 사용자의 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분이 정당하지 못하여 무효로 판단되는 경우 그러한 사유만에 의하여 곧바로 그 해고 등의 불이익처분이 불법행위를 구성하게 된다고 할 수는 없으나, 사용자가 근로자에 대하여 해고 등 불이익처분을 할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도 하에 고의로 어떤 명목상의 사유 등을 내세워 해고 등의 불이익처분을 한 경우나 해고 등의 불이익처분이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에는 그 해고가 「근로기준법」 제23조 제1항에서 말하는 정당성을 갖지 못하여 효력이 부정되는 데 그치는 것이 아니라, 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성할 수 있다(대법원 1992. 10. 12. 선고 92다43586 판결 등 참조).

그런데 사용자가 근로자들에게 어떠한 해고사유도 존재하지 아니함에도 노동조합활동을 혐오한 나머지, 경영상 어려움 등 명목상 이유를 내세워 사업 자체를 폐지하고 근로자들을 해고함으로써 일거에 노동조합을 와해시키고 조합원 전원을 사업장에서 몰아내고는 다시 기업재개, 개인기업으로의 이행, 신설회사 설립 등 다양한 방법으로 종전 회사와 다를 바 없는 회사를 통하여 여전히 예전의 기업 활동을 계속하는 것은 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 행위이므로, 이러한 위장폐업에 의한 부당해고는 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다.

따라서 근로자들로서는 위장폐업에 의한 부당해고가 무효임을 이유로 「민법」 제538조 제1항에 따라 구회사 내지는 그와 실질적으로 동일성을 유지하고 있는 신설회사에 대하여 계속 근로하였을 경우 그 반대급부로 받을 수 있는 임금의 지급을 구할 수 있음은 물론이고(대법원 1981. 12. 22. 선고 81다626 판결 등 참조), 아울러 위장폐업에 의한 부당해고가 불법행위에 해당함을 이유로 손해배상을 구할 수 있고, 그 중 어느 쪽의 청구권이라도 선택적으로 행사할 수 있다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용 증거들을 종합하여, 피고는 구회사인 소외 1주식회사를 실질적으로 운영하는 사주로서 2003. 7. 3. 수동적·방어적인 수단을 넘어 쟁의행위로서의 정당성을 결여한 2003. 12. 31.까지의 직장폐쇄를 감행하였고, 나아가 직장폐쇄 이후 근로자들의 직장폐쇄 철회 요청을 무시한 채 결국 2004. 1. 1. 원고들을 비롯한 전 직원을 퇴직처리하였으며, 2004. 1. 2. 소외 1주식회사를 폐업한 후 새로 소외 2주식회사를 설립함으로써, 직장폐쇄기간 중 수차례 소외 1주식회사를 상대로 고발이나 민원을 제기한 노동조합 소속 근로자들을 해고할 의도로 폐업의 형식을 빌어 정당한 이유 없이 원고들을 해고한 사실을 인정한 다음, 위와 같은 일련의 피고의 행위는 소외 1주식회사의 근로자들인 원고들에 대한 관계에서 위법행위로 평가함에 부족함이 없다고 하면서도, 이러한 위장폐업에 따른 부당해고는 그 효력이 부정되어 원고들과 소외 1주식회사(또는 그와 동일한 실체를 가진 소외 2주식회사) 사이에 여전히 근로관계가 존속되고 있기 때문에 원고들로서는 특별한 사정이 없는 한 사용자인 위 회사에 대하여 부당해고기간 중의 임금을 청구할 수 있으므로 임금 상당의 손해가 발생하였다고 볼 수 없다는 이유로 원고들의 손해배상청구를 기각한 제1심판결의 판단을 그대로 유지하였다.

그러나 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 원심의 위와 같은 판단은 수긍하기 어렵다.

즉, 부당해고된 근로자가 해고 무효를 주장하면서 사용자에 대하여 「민법」 제538조 제1항에 의하여 해고 기간 중의 임금 지급을 청구하는 소는 사용자와 사이의 근로계약에 바탕을 둔 청구로서 그 실체는 근로계약에 따른 임금청구권의 행사인 반면, 위 부당해고가 불법행위를 구성한다 하여 임금 상당의 손해배상을 청구하는 것은 그 자체로는 근로계약과는 무관한 청구로서 양자는 그 법적 근거와 성질을 달리 한다.

또한, 부당해고가 불법행위를 구성하는 경우 그 부당해고로 인하여 근로자에게 손해가 발생하였는지 여부는 부당해고의 피해자인 근로자가 부당해고가 없었다라면 향유하거나 취득할 수 있었던 이익이 부당해고로 말미암아 현실적으로 상실되거나 취득할 수 없게 된 것에 따른 불이익이 발생하였는지 여부에 의하여 판단할 것이지, 부당해고가 존재하지 아니하였을 경우에 취득할 수 있는 법률상 권리인 임금청구권을 유효하게 가지고 있느냐 여부에 따라 그 손해의 발생 여부가 좌우되는 것은 아니다.

따라서 이와 달리 판단하여 원고들의 손해배상청구를 배척한 원심판결에는 불법행위를 구성하는 위장폐업에 따른 부당해고의 손해배상책임의 요건 및 범위 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

## 2. 위장폐업에 의한 부당해고에 대한 위자료청구에 관하여

위장폐업에 의한 부당해고는 앞서 본 바와 같은 이유로 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없는 것이어서 불법행위를 구성하므로, 피고는 그로 인하여 근로자들이 입게 된 정신적 고통에 대한 위자료를 배상할 책임이 있다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고가 원고들에게 위장폐업에 따른 부당해고로 입게 된 정신적 고통을 위자할 책임이 있다고 전제한 다음, 신설회사인 소외 2주식회사가 설립된 2004. 1. 2.경에는 원고들이 적어도 피고의 위법행위로 인한 위자료 상당의 손해 및 가해자를 알았다고 봄이 상당하다는 이유로, 그로부터 「민법」 제766조 제1항 소정의 단기소멸시효기간인 3년이 경과한 2009. 10. 12.에서야 원고들이 원심에 위자료청구를 추가한 이상 원고들의 이 사건 위자료청구권은 시효로 소멸하였다고 판단하였다.

「민법」 제766조 제1항에서 규정한 ‘손해 및 가해자를 안 날’이란 피해자나 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 현실적이고도 구체적으로 인식하는 것을 의미하는 것으로서 손해발생의 추정이나 의문만으로는 충분하지 않고, 손해의 발생사실뿐만 아니라 그 가해행위가 불법행위를 구성한다는 사실, 즉 불법행위의 요건사실에 대한 인식으로서 위법한 가해행위의 존재, 손해의 발생 및 가해행위와 손해의 인과관계 등이 있다는 사실까지 안 날을 뜻한다(대법원 1989. 9. 12. 89다카2285판결, 대법원 1989. 9. 26. 선고 88다카32371 판결 등 참조).

그런데 위장폐업의 경우 구회사와 신설회사는 형식적으로는 법인격을 전혀 달리하므로, 신설회사의 설립만으로 근로자들이 위 두 회사가 실질적으로 동일한 회사로서 구회사의 폐업과 신설회사의 설립 등 일련의 행위가 위장폐업으로서 불법행위를 구성한다는 사실을 알 수 있다고는 단정하기 어렵다.

즉, 구회사와 신설회사가 동일성을 유지하는지 여부는 신설회사와 구회사의 소재지 및 업종, 자본 성격 그리고 설립자·출자자·임원·종업원 등 신설회사 구성원과 구회사와의 관련성, 영업목적 등 신설회사와 구회사의 소유 및 경영관계, 운영상황 등을 종합적으로 판단하여야 할 수 있는데, 기업 외부에 있는 근로자들에게 신설회사의 설립시점에 위와 같은 사정들을 모두 파악하여 위장폐업이 이루어졌고, 그것이 불법행위를 구성한다는 사실을 현실적이고도 구체적으로 인식하는 것을 기대할 수는 없다.

뿐만 아니라 이 사건은 구회사 내지 신설회사의 대표이사가 아닌 실질적 사주 개인에 대하여 위장폐업에 따른 불법행위책임을 묻는 것이므로 신설회사의 설립 시점에 근로자들이 이 사건 불법행위의 가해자가 피고임을 알았다고 볼 수 있는 사정도 인정되어야 한다.

한편 기록에 의하면, 원고 1 및 소외 3은 2007. 3. 21. 부산노동지방법청에 피고가 소외 1주식회사의 실질적 사주로서 노동조합 조합원을 해고할 목적으로 소외 1주식회사를 위장폐업하고 그와 다를 바 없는 회사인 소외 2주식회사를 설립하는 등 부당노동행위를 하였다는 이유로 피고 등을 고발한 사실, 피고는 수사과정에서 조합원들이 부산 시내를 돌아다니며 집회 등을 심하게 하는 바람에 매출이 90% 이상 줄어들고 회사 이미지가 크게 실추되어 부득이 소외 1주식회사를 폐업하게 된 것이고, 소외 2주식회사는 소외 1주식회사와 전혀 관계없는 회사라고 진술하는 등 위장폐업 사실을 부인한 사실, 피고에 대하여는 소외 1주식회사를 위장폐업하고 정당한 이유없이 이 사건 근로자들을 포함한 소외 1주식회사의 근로자들을 해고하여 구 「근로기준법」 제30조(2005. 1. 27. 법률 제7379호로 개정되기 전의 것)를 위반하였다는 이유로 약식명령이 청구된 사실, 피고는 이에 불복하여 부산지방법원 2007고정5304호로 정식재판을 청구하였으나 2008. 2. 14. 벌금 300만 원의 유죄판결을 선고받았으며, 위 판결은 2008. 2. 22. 확정된 사실 등을 알 수 있다.

따라서 원심으로서는 신설회사인 소외 2주식회사가 설립되었다는 사실만으로 원고들이 손해 및 가해자를 알았다고 단정할 것이 아니라, 앞서 본 법리 및 기록에 나타난 위와 같은 여러 사정들도 함께 고려하여 피고가 소외 1주식회사를 위장폐업하였고, 그것이 불법행위에 해당한다는 사실을 원고들이 현실적·구체적으로 인식할 수 있었던 시점이 언제인지를 더 심리한 후 피고의 소멸시효 항변의 당부에 관하여 판단하였어야 할 것이다.

원심판결에는 불법행위를 구성하는 부당해고로 인한 위자료청구의 단기소멸시효 기산일 등에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다.

이 점을 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 결론

그러므로 나머지 상고이유 주장에 관하여는 더 나아가 살필 필요 없이 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 하기 위해 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 전수안(재판장) 김지형(주심) 양창수

### 3 부당해고와 불법행위 구성

☞ 대법원 1993. 10. 12. 선고 92다43586 판결

#### » 요 지 «

사용자가 근로자를 징계해고 할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 어떤 명목상의 해고사유를 만들거나 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고한 경우나, 해고의 이유로 된 어느 사실이 소정의 해고사유에 해당되지 아니하거나 해고사유로 삼을 수 없는 것임이 객관적으로 명백하고, 또 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있는데도 그것을 이유로 징계해고에 나아간 경우 등 징계권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 그 해고가 근로기준법 제27조 제1항에서 말하는 정당성을 갖지 못하여 효력이 부정되는데 그치는 것이 아니라, 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성할 수 있을 것이다.

\* 원심판결 / 서울고등법원 1992. 8. 21 선고 92나15408 판결

#### » 주 문 «

원심판결중 피고 강○회에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 원고의 피고 ○○정공주식회사에 대한 상고를 기각하고, 이 부분의 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

피고 ○○정공주식회사에 대한 부분

기록에 의하면, 피고 ○○정공주식회사(이하 피고회사라고 한다)가 피고 강○회의 근로자에 대한 부당한 해고로 말미암은 임금 및 위자료 등의 손해배상책임까지 승계하였다는 원고의 주장을 인정하지 아니한 원심의 조처를 수긍할 수 있고, 거기에 소론과 같은 채증법칙을 어긴 위법이나 법리의 오해가 있다고 할 수 없다. 따라서 논지는 이유 없다.

피고 강○회에 대한 부분

1. 원심판결이유에 의하면 원심은, 피고 강○회가 1990. 1. 11. 원고를 부당하게 해고함으로써 인하여 원고 및 선정자들이 정신적 고통을 받았다는 이유로 위자료의 지급을 구하는 이 사건에서, 근로계약은 근로자가 사용자에게 근로를 제공함에 대하여 사용자는 그에 대한 반대급부로 근로자에게 임금을 지급하는 내용의 쌍무계약이라는 점에 비추어, 사용자인 피고 강○회가 원고를 부당하게 해고하였다 하더라도 이는 같은 피고가 임금지급채무를 부당하게 이행하지 아니한 것에 불과하여 결국 금전채무의 불이행으로 볼 수 있고, 특별

한 사정이 없는 한 금전채무의 불이행에 관한채권자는 채권액 및 그에 대한 지연손해금 상당의 손해를 입게 되는 것 이외에 따로 정신적 손해를 입게 된다고 볼 수 없고, 달리 원고가 위 해고처분으로 인하여정신적 손해를 입었음을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 배척하였다.

2. 근로계약이 근로자의 근로제공과 이에 대한사용자의 임금지급을 내용으로 하는 쌍무계약 임은 원심의 설시와 같다고 할 것이나, 근로계약에 따른 근로자의 근로제공이 단순히 임금의 획득만을 목적으로 하는 것은 아닐 것이므로, 사용자가 근로자를 부당해고한 것이 반드시 임금지급채무를 이행하지 아니한 것에 불과하다고만 말할 수는 없고, 이것이 불법행위를 구성하는 경우도 있을 수 있으며, 이와 같은 경우에는 그 해고가 법률상 무효라고 하여 해고전의 상태로 돌아간다 하더라도 사회적 사실로서의 해고가 소급적으로 소멸하거나 해소되는 것은 아니므로, 임금채무나 그에 대한 지연손해금을 받게 된다고 하여 이것만 가지고 불법행위로 인한 정신적 고통의 손해가 완전히 치유되는 것이라고 할 수 없다.
3. 일반적으로 사용자가 근로자를 징계해고한 것이 정당하지 못하여 무효로 판단되는 경우 그 해고가 무효로 되었다는 사유만에 의하여 곧바로 그 해고가 불법행위를 구성하게 된다고 할 수 없음은 당연하다고 하겠으나, 사용자가 근로자를 징계해고 할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 어떤 명목상의 해고사유를 만들거나 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고한 경우나, 해고의 이유로 된 어느 사실이 소정의 해고사유에 해당되지 아니하거나 해고사유로 삼을 수 없는 것임이 객관적으로 명백하고, 또 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있는데도 그것을 이유로 징계해고에 나아간 경우 등 징계권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 그 해고가 근로기준법 제27조 제1항에서 말하는 정당성을 갖지 못하여 효력이 부정되는데 그치는 것이 아니라, 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성할 수 있을 것이므로, 원심으로서는 피고 강○희가 원고를 해고한 것이 여기에 해당하는 것인지 여부를 살펴보아야 할 것이다.
4. 원심판결에는 부당해고에 있어서의 불법행위 성립에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 것이고, 논지는 이 범위 안에서 이유 있다.

그러므로 원심판결중 피고 강○희에 대한 부분을 파기환송하고, 원고의 피고회사에 대한 상고는 기각하며 이 부분 상고비용은 원고의 부담으로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김석수(재판장) 배만운 최종영



#### 4 부당해고와 위자료 책임

☞ 대법원 1999. 2. 23. 선고 98다12157 판결

##### » 요 지 «

사용자가 근로자를 징계해고할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 어떤 명목상의 해고사유를 만들거나 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고한 경우나, 해고의 이유로 된 어느 사실이 취업규칙 등 소정의 해고사유에 해당되지 아니하거나 해고사유로 삼을 수 없는 것임이 객관적으로 명백하고 또 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있는데도 그것을 이유로 징계해고에 나아간 경우 등 징계권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 그 해고가 근로기준법 제27조 제1항에서 말하는 정당성을 갖지 못하여 효력이 부정되는 데 그치는 것이 아니라, 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다.

\* 원고, 피상고인 / 배○○ (소송대리인 변호사 이덕우 외 3인)

\* 피고, 상고인 / ○○자동차 주식회사 (변경 전 상호 : ○○콜택시 주식회사)

\* 원심판결 / 서울고등법원 1998. 2. 4. 선고 97나35308 판결

##### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 피고의 부담으로 한다.

##### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

제1점에 대하여 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면 원심은, 그 증거에 의하여 판사와 같은 사실들을 인정한 다음, 원고가 노동위원회의 부당해고판정에 의하여 피고 회사에 복직함에 따라 기지급받은 퇴직금을 피고 회사에 반환하여야 할 채무가 발생하였음에도 이를 이행하지 않은 사실만으로는 이를 단체협약 및 취업규칙상 해고사유의 하나인 회사재산의 횡령에 해당한다고 할 수 없고, 더욱이 원고가 피고 회사에게 위 퇴직금을 반환할 의사를 표시 하되 부당해고기간 중의 임금분과 위자료 등을 계산하여 공제할 것과 경제적 사정을 이유로 위 금원을 분할하여 반환할 수 있도록 하여 달라는 요청을 하였음에도 불구하고 피고 회사가 일방적으로 원고에 대한 배차를 중단시킨 후 퇴직금의 반환을 반복하여 요구하는 외에 별다른 합리적인 조치 및 절차를 거치지 아니한 채 복직 후 불과 2개월만에 직권으로 원고를 해고조치하기에 이를 것이라면, 이 사건 해고에 정당한 사유가 있다고 보이지 아니한다고 판단하였는바, 기록에 의하여 관계 증거를 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은

모두 옳게 수궁이 가고, 거기에 상고이유가 지적하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실 오인, 해고무효에 관한 법리오해 등의 위법은 없다.

제2점에 대하여 사용자가 근로자를 징계해고할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 어떤 명목상의 해고사유를 만들거나 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고한 경우나, 해고의 이유로 된 어느 사실이 취업규칙 등 소정의 해고사유에 해당되지 아니하거나 해고사유로 삼을 수 없는 것임이 객관적으로 명백하고 또 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있는데도 그것을 이유로 징계해고에 나아간 경우 등 징계권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 그 해고가 구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5305호로 폐지되기 전의 것) 제27조 제1항에서 말하는 정당성을 갖지 못하여 효력이 부정되는 데 그치는 것이 아니라, 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성할 수 있다 할 것이다(대법원 1993. 10. 12. 선고 92다43586 판결, 대법원 1997. 1. 21. 선고 95다24821 판결, 대법원 1997. 9. 26. 선고 97다18974 판결 등 참조). 같은 취지에서 원심이 피고 회사가 원고를 부당해고한 후 노동위원회의 부당해고판정을 받아 원고를 복직시켰으면서도 그가 수령한 퇴직금을 반환하지 않는다는 이유만으로 승무정지 및 재차 해고조치를 하고 그 기간 중의 임금을 지급하지 아니한 일련의 행위는 취업규칙 소정의 해고사유에 해당하지 아니하는 것이 객관적으로 명백한 사유로 해고를 한 것이어서 사회통념이나 사회상규상으로도 용인될 수 없고, 또한 피고로서도 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알 수 있었다고 보이므로 이는 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 원고에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다고 판단하고, 판시와 같은 위자료액을 정하여 피고에게 그 지급을 명한 조치는 모두 옳게 수궁이 가고, 거기에 상고이유가 지적하는 바와 같은 위자료에 관한 법리오해 등의 위법은 없다.

상고이유는 받아들일 수 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 서성(재판장) 박준서 이돈희(주심) 이임수

## 5 사용자의 복직의무 불이행에 대한 근로자의 정신적 손해배상청구

☞ 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다69385 판결

### » 요 지 «

이 사건 해고무효확인 등 판결로 근로자에 대한 해고가 부당하여 무효임이 확인되었음에도 근로자의 정년퇴직일까지 복직의무를 제대로 이행하지 아니하여 업무에 종사시키지 아니하였고, 나아가 근로제공을 거부할 만한 특별한 사정이 있었다는 점에 대하여 아무런 입증이 없는 이상, 이 사건 근로자의 정년퇴직 시까지 근로제공을 계속적으로 거부한 것은 인격적 법익을 침해하는 것이므로 사용자는 채무불이행책임으로서 근로자가 입은 정신적 손해를 배상할 의무가 있다.

\* 원고, 상고인 겸 피상고인 : A

\* 피고, 피상고인 겸 상고인 : B주식회사

\* 원심판결 : 서울고등법원 2013. 8. 23. 선고 2012나85047 판결

### » 주 문 «

1. 원심판결의 원고 패소 부분 중 퇴직금 및 2000.7.28. 이후의 임금 차액 상당 손해배상 청구에 관한 주위적·예비적 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.
2. 원고의 나머지 상고 및 피고의 상고를 각 기각한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

#### 1. 피고의 상고이유에 관하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 해고무효확인 등 판결로 피고의 원고에 대한 해고가 부당하여 무효임이 확인되었음에도 피고가 원고의 정년퇴직일까지 원고에 대한 복직의무를 제대로 이행하지 아니하여 업무에 종사시키지 아니하였고, 나아가 원고의 근로제공을 거부할 만한 특별한 사정이 있었다는 점에 대하여 아무런 입증이 없는 이상, 피고가 원고의 정년퇴직 시까지 근로제공을 계속적으로 거부한 것은 근로자인 원고의 인격적 법익을 침해하는 것이므로 피고는 채무불이행책임으로서 원고가 입은 정신적 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 않거나 복직거부로 인한 위자료 청구에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 2. 원고의 상고이유에 관하여

### 가. 퇴직금 청구에 관하여

- 1) 원심판결 이유에 의하면, 원심은 원고가 피고에 대하여 퇴직금 123,212,496원 상당 금액을 주위적으로는 복직의무 불이행의 채무불이행에 기하여, 예비적으로는 복직거부의 불법행위에 기하여 원고가 입은 손해의 배상을 청구하는 것으로 파악한 다음, 원고는 여전히 피고에 대하여 정년퇴직일인 2009.5.31. 당시를 기준으로 원고가 복직되어 실제로 근무하였을 경우에 받았을 평균임금을 기준으로 산정된 퇴직금 청구권을 갖고 있으므로 원고가 청구하는 위 퇴직금 상당 손해는 피고의 복직거부에 의한 채무불이행이나 불법행위에 따른 손해라고 볼 수 없다는 전제에서 원고의 청구를 이유 없다고 판단하였다.
- 2) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍할 수 없다.

기록에 의하면, ① 소장에 사건명으로 '손해배상금 및 퇴직금 청구의 소', 결론 부분에 '453,685,898원의 임금차액에 상당하는 손해배상금 453,685,898원, 특별상여금 상당의 손해배상금 21,383,344원, 퇴직금 123,212,496원 및 위로금 63,373,817원'이라고 기재되어 있고, ② 원고가 원심에서 제출한 2003.1.3.자 준비서면에 '이 사건 원고의 피고에 대한 청구채권의 성질은 우선 피고가 원고에 대하여 이 사건 확정판결에서 명한 복직의무를 이행하지 아니함으로써 위 판결에 의한 월 2,602,700원과 원고가 피고회사에 복직하여 받게되었을 실제 임금과의 차액에 상당하는 손해배상금과 원고가 2009.5.31. 피고회사 취업규칙상의 정년퇴직일이 지나도록 끝내 복직되지 못함에 따라 피고회사가 원고에게 지급해야 할 퇴직금 및 위로금 등 피고의 원고에 대한 금전채무입니다'라고 기재되어 있으며, ③ 원고가 원심에서 제출한 2003.6.11.자 준비서면에도 '이 사건 원고의 청구는 원고가 회사로부터 불법해고 당하지 않고 계속 근무하였다면 지급받았을 실제 급여액과 원고가 피고를 상대로 제기한 해고무효확인 및 임금 청구소 판결에 명한 월 금 2,602,700원과의 차액 상당의 손해배상금과 퇴직금 및 위자료이고...'라고 기재되어 있음을 알 수 있다.

위와 같은 소장 및 원고의 준비서면의 기재 내용에 의하면, 원고는 피고의 복직거부에 의한 채무불이행이나 불법행위에 따른 손해배상으로서 위 퇴직금 상당액을 청구한 것으로만 볼 수 없다. 또한 당사자의 주장이 법률상의 관점에서 보아 불명료 또는 불완전하거나 모순이 있는 경우, 법원은 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견 진술의 기회를 부여하여야 하고, 만일 이를 게을리한 채 당사자가 전혀 예상하지 못하였던 법률적 관점에 기한 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가하였다면 석명 또는 지적의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 것으로서 위법하다고 할 것인바(대법원 2002.1.25. 선고 2001다11055 판결 등 참조), 설령 소송의 진행 과정에서 원고가 위 퇴직금 상당을 손해배상으로 청구하는 것으로 볼 수 있는 행위를 하였다고 하더라도 위와 같은 기재 내용에 비추어 원고의 청구원인이 불명료 또는 불완전하다고 볼 수 있으므로 원심으로서 석명권을 행사하여 위 퇴직금을 근로계약에 의하여 청구하는 것인지, 아니면 손해배상으로서 청구하는 것인지 명확히 한 다음 판단하였어야 할 것이다.

그럼에도 위 퇴직금 상당 금액을 피고의 복직거부에 의한 채무불이행이나 불법행위에 따른 손해라고 볼 수 없다는 이유로 그에 관한 청구를 기각한 원심판결에는 청구의 원인을 잘못 판단하였거나 석명권을 적절하게 행사하지 아니함으로써 심리를 제대로 하지 아니한 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

#### 나. 복직거부로 인한 임금차액 상당 손해배상청구에 관하여

사용자가 복직의무를 이행하지 아니한 것이 채무불이행 또는 불법행위를 구성하는 경우, 근로자가 사용자의 복직의무 불이행과 관계 없이 근로계약에 기한 임금청구권을 가진다고 할지라도, 위와 같은 사용자의 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상청구권은 실체법상 근로계약에 기한 임금청구권과 별개의 청구권으로 존재하고 소송법적으로도 소송물을 달리하므로(대법원 1989. 3. 28. 선고 88다1936 판결 참조), 근로자로서는 근로계약에 기한 임금채권을 가지고 있다 하더라도 아직 채권의 만족을 얻지 못한 경우에는 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상청구권에 관한 이행판결을 얻기 위하여 그에 관한 이행의 소를 제기할 수 있다. 그리고 근로자가 먼저 해고무효 확인과 함께 해고가 무효일 경우 근로계약에 기한 임금을 청구하는 소를 제기하여 임금의 지급을 명하는 확정판결을 받았다고 하더라도 그 승소액을 넘는 금액에 대하여 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상청구권의 행사가 허용되지 않는 것도 아니다(대법원 2013. 9. 13. 선고 2013다45457 판결 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은, 피고가 원고에 대한 복직의무를 이행하지 아니하였음을 이유로 원고가 구하는 임금 차액 상당 손해배상청구 중 원고가 피고를 상대로 제기한 해고무효확인 등 소송의 변론종결일인 2000.6.15. 이전에 발생한 임금 인상분 및 2000.2.자 특별상여금 부분에 관하여, 이는 위 소송의 변론종결일 이전에 발생한 임금 및 상여금채권이므로 피고가 이 사건 해고무효확인 등 판결이 선고되어 확정되었음에도 원고에 대한 복직을 거부함으로써 발생한 손해라고 볼 수 없다는 등의 이유로, 위 2000.6.15. 후에 발생한 임금 인상분에 관하여는 원고가 피고의 근로자로서 근로계약을 근거로 하여 피고에 대하여 임금 청구권을 가지는 이상 피고의 복직거부에 의한 채무불이행이나 불법행위에 따른 손해가 있다고 볼 수 없다는 이유로, 원고의 위 손해배상청구를 배척하였다.

그러나 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 원심의 위와 같은 판단은 수긍하기 어렵다.

피고가 근로계약상의 복직의무를 이행하지 아니한 것이 채무불이행 또는 불법행위를 구성하는 경우 원고가 위와 별도로 근로계약에 기하여 피고에 대하여 임금인상분의 청구권을 가진다고 하여 그 복직의무 불이행으로 말미암아 현실적으로 상실하거나 취득할 수 없게 된 불이익이 발생하였는지 여부에 의하여 판단하여야 한다.

그럼에도 이러한 불이익이 발생하였는지 여부를 따져보지 않고 원고가 피고에게 근로계약에 기한 임금청구권을 갖는다는 이유만으로 재산상 손해가 없다고 보아 원고의 임금 차액 상당 손해배상청구를 배척한 원심판결에는 손해배상에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

다만 기록에 의하면, 원고가 제기한 해고무효확인 등 소송에서 피고의 원고에 대한 해고가 부당하여 무효라는 판결이 2000.7.28. 확정되었음에도 피고가 원고의 정년퇴직일이 지나도록 원고를 복직시키지 않았음을 이유로 원고는 임금 차액 상당 손해배상청구를 하고 있는바, 적어도 2000.7.27. 이전의 손해배상청구 부분은 위 판결 확정 이전에 발생한 것이어서 피고가 해고무효확인 등 판결이 선고되어 확정되었음에도 원고에 대한 복직을 거부함으로써 발생한 손해라고 볼 수는 없다.

결국 원고의 이 부분 상고이유 중 2000.7.27. 이전의 임금 차액 상당 손해배상청구부분에 관한 원심판단은 이유 설시에 있어 다소 부적절한 면이 있기는 하나 결론에 있어 정당하므로 이 부분 상고이유 주장은 이유 없다.

#### 다. 위로금 청구에 관하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고가 원고의 정년퇴직 시까지 근로제공을 계속적으로 거부함으로써 근로자인 원고의 인격적 법익을 침해하였음을 인정한 다음, 피고는 원고에게 채무불이행책임으로서 원고가 입은 정신적 고통에 대한 손해 15,000,000원을 배상할 의무가 있다고 판단하였다.

기록에 의하면, 원고는 위로금 청구의 원인으로 복직거부로 인한 채무불이행 또는 불법행위에 기한 정신적 고통을 위자하여야 한다는 주장 이외에 달리 위로금을 지급해야 할 근거에 관하여 주장을 하지 않고 있음을 알 수 있으므로, 원심이 위로금을 복직거부로 인한 채무불이행 또는 불법행위에 기한 위자료 청구로 본 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 원심판단에 원고의 상고이유 주장과 같이 위로금에 관한 청구취지와 청구원인을 오해한 잘못이 있다고 보기 어렵고, 설령 오해하였다고 할지라도 위로금 청구원인에 관한 주장 입증에 있다고 볼 수 없는 이상 이러한 잘못이 판결에 영향을 미쳤다고 볼 수 없으므로, 이 부분 원고의 상고이유 주장은 이유 없다.

#### 라. 소멸시효와 관련된 신의칙 주장에 관하여

기록 및 관련 법리에 비추어 보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고가 소멸시효항변을 하는 것이 신의칙에 반하여 허용될 수 없다는 원고의 주장을 배척한 것은 정당하고 거기에 원고의 상고이유 주장과 같은 잘못이 없다.

#### 마. 상계와 관련된 주장에 관하여

기록과 관련 법리에 비추어 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 원고가 피고에게 부당이득으로 소득세 등 합계 16,904,351원을 반환할 의무가 있다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 사실을 인정하거나 불법원인급여에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 3. 결론

그러므로 원심판결의 원고 패소 부분 중 퇴직금 및 2000.7.28. 이후의 임금 차액 상당 손해배상청구에 관한 주위적·예비적 청구 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하

도록 원심법원에 환송하고, 원고의 나머지 상고 및 피고의 상고를 각 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박병대(재판장) 양창수 고영한 김창석(주심)

## 제8장 근로계약 기간 만료

### <1> 기간제 근로계약과 갱신기대권

#### 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. ○○○○시설관리공단이, 계약기간을 1년으로 정하여 장애인콜택시 운행에 관한 위·수탁계약을 체결하고 장애인콜택시의 운행업무를 수행하던 운전자 갑 등에게 계약에서 정한 위탁기간이 만료되었고 갱신계약 체결 대상자 선정을 위한 심사에서 탈락하였다는 취지의 통지를 한 사안에서, ○○○○시의 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 : 서울고등법원 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 위수탁 계약서를 작성한 점, ② 장애인콜택시 제도는 ○○○○시의 예산 등으로 충당되는 재정지원 하에 시행 중인 공익적 특수목적 가진 사업으로서, 그 사업의 계속 여부 및 사업의 운영형태와 수탁자의 선정 등이 정책적 고려에 의하여 이루어지는 사업인 점, ③ ‘○○○○시 장애인콜택시 관리 및 운행에 관한 조례(이하 ‘조례’라고만 한다)’에 의하면 ○○○○시가 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 ○○○○시는 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 ○○○○시와의 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 사건심사기준표상 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 70 점을 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 ○○○○시로부터

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, ○○○○시의 장애인콜택시 운영계획에는 계약기간을 1년 단위로 갱신하도록 하면서 그 취지가 부적격자의 교체에 있음을 명시하고 있는 점, ② 이 사전 장애인콜택시 사업은 중증장애인의 이동수단 확보를 위해 지속적으로 운영될 필요가 있어 위 사업을 한시적·일시적 사업이라고 볼 수 없으며, ○○○○시 역시 위 운영계획에서 사업의 확대운영을 검토하고 있음을 알 수 있는 점. ③ 참가인은 이 사건 계약을 포함한 운전자들과의 위수탁계약에서 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 거부는 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 제12호증)’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 심사대상으로 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 기준점수 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. 결론

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

☞ 대법원 2011. 10. 27. 선고 2010두17205 판결

» 요 지 «

1. 근로계약기간을 정한 경우에 있어서 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료된다. 다만 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는 계약서의 문언에도 불구하고 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺었다고 볼 수 있다. 근로계약기간의 정함이 형식에 불과한 것으로 볼 수 없는 경우라도, 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 계약갱신의 의무 내지 계약갱신 절차 및 요건 등에 관한 규정을 두고 있거나 계약 당사자의 의사, 설정한 기간의 성격, 업무의 내용, 계약갱신의 기준 설정 여부 및 그 실태 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합할 때 근로계약기간이 만료된 근로자에게 소정의 절차에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 계약갱신을 거절하는 것은 실질적으로 부당해고에 해당한다.

2. 갑 아파트 입주자대표회의가 을과 계약기간을 1년으로 정하여 관리사무소장으로 근무하도록 하는 내용의 근로계약을 체결하고 한차례 재계약을 체결하였는데, 이후 재계약기간 만료일 무렵 입주자대표회의 결의에 따라 계약갱신을 거절한 사안에서, 근로계약에서 정한 계약기간이 단지 형식에 불과하다거나 근로계약서에 명시된 계약기간이 지나더라도 당연히 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 을에게 있다고 볼 수 없다는 이유로, 갑 입주자대표회의의 갱신거절이 부당해고에 해당한다 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례.

\* 원고, 상고인 : ○○동○○마을주공1단지 입주자대표회의 (소송대리인 변호사 최병근)

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고등법원 2010. 7. 9. 선고 2009누32026 판결

» 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

» 이 유 «

상고이유를 본다.

근로계약기간을 정한 경우에 있어서 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료된다. 다만 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는 계약서의 문언에도 불구하고 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺었다고 볼 수 있다(대법원 2006.2.24. 선고 2005두5673 판결 등 참조). 근로계약기간의 정함이 형식에 불과한 것으로 볼 수 없는 경

우라도, 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 계약갱신의 의무 내지 계약갱신 절차 및 요건 등에 관한 규정을 두고 있거나 계약 당사자의 의사, 설정한 기간의 성격, 업무의 내용, 계약갱신의 기준 설정 여부 및 그 실태 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합할 때 근로계약기간이 만료된 근로자에게 소정의 절차에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 계약갱신을 거절하는 것은 실질적으로 부당해고에 해당한다(대법원 2005. 7. 8. 선고 2002두8640 판결 등 참조).

원심은 그 채용 증거에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 비록 원고와 피고보조참가인(이하 '참가인'이라고만 한다) 사이에 체결된 2007.12.9.자 근로계약에 그 계약기간이 정해져 있었고, 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과한 것은 아니지만, 원고가 참가인을 제외한 나머지 근로자들과 근로계약을 갱신하여 왔고, 참가인에 대한 재계약 갱신 거부 이전에는 계약기간 만료를 이유로 퇴직한 직원이 없다는 점 등 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 참가인과 원고 사이의 근로계약에서 정한 기간은 그 기간의 만료로 근로관계가 확일적으로 종료되는 존속기간이 아니라 갱신에 의하여 연장이 허용되는 갱신기간이라고 보아야 하며, 이러한 경우 갱신을 거절함에 있어서는 해고제한의 법리가 유추 적용되어 정당한 이유라는 해고 제한의 기준보다는 완화된 기준이기는 하지만 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 이유가 있어야 하는데, 원고가 위 근로계약의 갱신을 거절한 데에 그러한 사유가 없으니 원고의 갱신거절은 부당해고에 해당한다고 판단하였다.

그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다.

원심이 인정한 사실과 기록에 의하면, 원고는 참가인을 포함한 모든 직원들과 기간을 정한 근로계약을 체결하여 왔고, 취업규칙에도 “근로자의 근로계약은 기간의 명시가 있는 것을 제외하고는 1년으로 한다(제11조제4항).”, “관리소는 근로자가 근로계약이 만료되어 계약갱신이 되지 않았을 때 퇴직조치한다(제57조제4호).”고 규정함으로써 근로계약기간이 만료하면 근로자는 당연히 퇴직하는 것을 원칙으로 하고 있는 사실, 원고는 2006.12.9. 참가인과 계약기간을 1년으로 정하여 참가인을 원고 관리사무소장으로 근무하도록 하는 내용의 근로계약을 체결하였다가 그 계약기간이 만료되자 2007.12.9. 다시 근로계약을 체결하였는데, 그 계약 내용에 의하면 참가인은 계약직근로자로서 계약기간이 2008.12.8.까지 1년이고, 재계약 여부와 본 계약에 정한 내용 이외의 근로조건에 관한 사항은 관계 법령 및 취업규칙에 정하는 바에 의하도록 함으로써 근로계약기간 등을 구체적으로 명시한 사실, 참가인은 원고가 구성한 자치관리기구의 대표자로서 원고 구성원의 과반수의 찬성으로 선임되어 자치관리기구의 업무를 총괄하고 입주자대표회의가 의결하여 통보한 사항을 집행하는 등의 업무를 담당하는 지위에 있는데(원고 관리규약 제37조), 원고는 참가인과의 근로계약 만료일 무렵인 2008.10.10. 개최된 원고의 입주자대표회의에서 입주민들 과반수가 참가인과의 재계약에 반대하는 결의를 하자 그 결의에 따라 위 계약기간 만료 후 원고와 다시 재계약을 체결하지 않게 된 사실 등을 알 수 있다.

위와 같은 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고와 참가인 사이에 체결된 근로계약에서 정한 계약기간이 단지 형식에 불과하다거나 참가인에게 근로계약서에 명시된 계약기간이 지나더라도 당연히 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 원고와 참가인 사이의 근로계약관계는 특별한 사정이 없는 한 그 계약기간이 만료됨으로써 당연히 종료되었다고 봄이 상당하다.

그럼에도 원심은 이와 달리, 그 판시와 같은 사정만을 이유로 참가인과 원고 사이의 근로계약에서 정한 기간을 갱신기간이고, 그 기간이 만료되더라도 원고가 그 갱신을 거절함에 있어서는 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 이유가 있어야 한다고 보아 원고의 갱신 거절이 부당해고라고 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 기간을 정한 근로계약의 해고 제한에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 민일영(재판장) 김능환(주심) 안대희 이인복

## 2 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 : 정○○

\* 피고, 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고등법원 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 없어도 당연 퇴직되는 것이 원칙이다. 그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불



구하고 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 재계약 의사가 있는 계약직 직원 대다수의 계약을 갱신해 왔고, 계약직 직원의 직무가 더 이상 존속하지 않아 재계약을 체결하지 못한 경우에도 일용직 직원으로 재채용하였던 사정, ④ 피고 보조참가인 스스로 계약직 직원을 무기계약 전환 대상에 포함시키지 않은 ○○○의 지침이 부당하다며 ○○○장에게 계약직 직원들도 무기계약 전환 대상에 포함시키는 방안을 건의하였던 사정 등에 비추어 보면, 원고에게는 담당업무 자체가 폐지되지 않는 한 피고 보조참가인과의 이 사건 근로계약이 갱신될 것이라는 데 대한 합리적이고 정당한 기대권이 인정된다고 판단하였다.

원심은 나아가, 사용자인 피고 보조참가인이 기존 직원들의 동의절차를 거치지 않음은 물론 기존 직원들에게 가점을 주는 것에 대하여 구체적인 기준도 마련하지 않은 채, 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정되는 원고에게 재계약 절차가 아닌 공개채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서, 공개채용절차에 응시하지 않았다는 이유만으로 원고와의 이 사건 근로계약의 갱신을 거절한 것은 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것으로서 부당해고에 해당한다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 기간을 정한 근로계약 및 부당해고에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

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

대법관 이인복(재판장) 김능환(주심) 안대회 박병대

### 3 갱신기대권 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 ○○여객 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 김○○

\* 피고, 피상고인 중앙노동위원회위원장

\* 원 심 판 결 서울고등법원 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 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형

성되어 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 ○○여객자동차 주식회사(이하 '○○여객'이라고 한다) 사이의 근로계약은 기간 만료로 종료되었다고 판단하였다.

① ○○여객은 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 ○○여객에게 원고와 재계약을 체결할 의무가 있다는 등의 취지를 일절 정하고 있지 아니하다. 또한 ○○여객의 취업규칙에도 일정 요건을 충족하면 재계약한다는 의무규정을 두고 있지 아니하고 재계약을 위한 요건이나 절차를 규정하고 있지 아니하다.

② ○○여객은 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, ○○여객이 원고를 정규직으로 채용할지 여부는 앞서 본 바와 같이 ○○여객의 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 ○○여객에 1년 동안 근무하였을 뿐이고 근로계약이 갱신된 일이 없다. 또한 원고는 ○○여객의 요구에 따른 것이라고 하더라도 계약기간이 만료에 즈음하여 사직서를 제출하였고, ○○여객은 근로계약기간 만료에 따른 고용보험·국민연금·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

## <2> 근로계약 갱신거절의 합리적 사유

### 1 합리적 사유 존재

☞ 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, 계약갱신의 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 계약기간이 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 근무성적 평가 결과 일정한 순위 이상의 성적을 얻게 되면 기간제 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정된다고 봄이 상당하다.

\* 원고, 상고인 : 최○○

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고등법원 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 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(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 소정의 절차에 의하여 재계약 여부를 판단하기로 합의한 점, ② 참가인이 제정한 계약직 사원 관리지침에도 계약직 사원에 대하여는 고용계약의 갱신심사 등에 활용하기 위하여 근무성적평가를 실시할 수 있고, 평가자 및 평가시기 및 방법 등 세부사항은 사장이 따로 정하기로 규정되어 있는 점, ③ 참가인은 계약직 사원 평가 및 재계약 기준을 제정하여, 매년 계약직 근로자들의 실적(목표 달성률)을 반영한 정량적 평가, 행정업무처리 숙련도, 조직활성화 기여도 등을 반영한 정성적 평가 등 근무성적평가를 실시하였고 그 결과 하위 5%에 해당하는 근로자들을 제외한 대부분의 근로자들에 대하여는 재계약을 체결해 온 점, ④ 참가인이 2007.2.7.경 노동조합의 요구를 받아들여 개정된 '계약직사원 평가 및 재계약기준'에는 3년 계약직 근로자들의 경우 3년 전체의 정량적 평가 순위, 정량적 평가와 정성적 평가를 합산한 종합평가 순위를 각 매긴 후 종합평가 하위 5% 해당 근로자, 정량적 평가 하위 5% 해당 근로자에 대하여는 재계약을 할 수 없고, 종합평가 하위 5% 초

과 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 해당한 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. 결론

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

☞ 대법원 2014. 4. 10. 선고 2014두809 판결

※ 경과: 1심 판결(서울행정법원 2013. 1. 31. 선고 2012구합14637 판결)을 원심(서울고등법원 2013. 12. 4. 선고 2013누8204 판결)이 인용하였고, 동 사건은 대법원에서 심리불속행 기각으로 확정

[서울행정법원 2013. 1. 31. 선고 2012구합14637 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. 촉탁직 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정된다고 하더라도, 그 갱신거절에는 해고제한의 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, 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.

\* 원 고 : ○○○○ 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).

[인정근거 : 다툼 없는 사실, 갑 제4 내지 6호증의 각 기재, 변론 전체의 취지]

#### 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 근로계약이 반복적으로 갱신되어 지속적인 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 기간제근로자(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 제 25조(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 촉탁으로 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 촉탁직 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 복귀하였으나 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 촉탁직 근로자들의 퇴직사유는 개인사정, 권고사직, 계약만료 등이었고, 그 중 2009.1.1.부터 2011.10.22.까지 사이에 참가

인 외에 원고 회사의 촉탁직 근로자 중 4명이 계약만료를 이유로 퇴사하였는데, 그 내용은 아래 표<생략>의 기재와 같다.

[인정근거 : 다툼 없는 사실, 갑 제2, 3호증, 제9 내지 12호증, 제14, 18호증, 을가 제1 내지 4호증, 을나 제4, 8, 9호증(가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지]

#### 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 촉탁직 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 갱신요건 등에 관하여 별다른 규정이 없는 이상 이를 근거로 원고 회사에게 갱신의무가 있다고 볼 것도 아니다), ② 원고 회사가 2009년부터 2011년까지 사이에 참가인을 제외하고도 4명의 촉탁직 근로자에 대하여 기간만료를 이유로 계약을 갱신하지 아니한 채 퇴사시킨 점을 고려할 때, 원고 회사의 촉탁직 근로자에 대한 계약갱신절차가 요식에 불과하다거나 기계적으로 이루어진 것으로는 보기 어렵고, 오히려 원고 회사 내에서의 촉탁직 근로자의 계약갱신은 원고 회사가 당해 근로자의 건강상태, 근무태도 등을 고려하여 재량에 따라 실질적으로 그 체결여부를 결정하여 오고 있다고 봄이 상당한 점, ③ 원고 회사가 운영하는 촉탁직 근로계약관계는 기본적으로 정년이 도과하여 더 이상 근로관계를 유지할 수 없는 고령의 근로자를 대상으로 이루어지는데(그 근거는 정년에도 불구하고 업무상 필요에 따라 재고용할 수 있다는 내용의 원고 회사의 취업규칙 제55조 단서에 있다), 이와 같은

형태의 근로관계는 근로자의 측면에서는 임금을 낮추더라도 새로운 근로의 기회를 부여받을 수 있고, 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 촉탁직 근로자를 별도로 취급하고 있는바, 위와 같은 촉탁직 근로계약관계의 실시목적, 내용 및 특성 등을 고려할 때, 원고 회사 소속 촉탁직 근로자의 계약갱신에 대한 기대는 통상 일반적인 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 촉탁직 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 존재하였다고 하더라도 기간의 정함이 있는 근로계약의 경우 그 기간이 만료됨으로써 당해 근로계약관계는 당연히 종료되고 별도의 갱신 거절의 의사표시가 요구되지 않는다는 점에서도 참가인의 위 주장은 받아들이기 어려운 점 등에 비추어 보면, 참가인이 원고 회사와 사이에 촉탁직 근로계약을 체결한 이래 4회에 걸쳐 계약을 갱신하였고, 원고 회사의 이 사건 연장거부 무렵에도 참가인과 연령이 같거나 많은 촉탁직 근로자들이 계약을 갱신하여 계속 근무하고 있었던 점, 원고 회사가 계약만료 당일까지 참가인이 수행하던 722번 A조 반장을 교체하지 아니하여 업무 수행의 공백을 자초하고 계약만료 이전인 2011.8.19.자 배차표상 계약만료 이후인 2011.8.22.까지 참가인의 배차를 지정하였다는 점 등 참가인이 주장하는 여러 정황을 모두 고려하더라도 참가인이 촉탁직 근로자로서 계약갱신에 대한 기대권을 가진다고 보기 어려우므로, 이 사건 연장거부 조치가 부당하고에 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 공중

의 안전확보를 위해 상시적으로 운전근로자 및 차량 등에 대한 주의 깊은 관리책임을 부여한다고 할 것인데, 참가인은 이 사건 연장거부 당시 만 64세의 고령이었고, 2010.6.경 교통사고를 당하여 1개월이 넘는 치료기간을 요할 정도의 육체적 충격을 받기도 하였으며, 이후 실시된 교통안전공단의 운전정밀특별검사 결과 속도예측능력이 부정확하다는 소견하에 교정교육 판정을 받기도 하였던 점 등을 고려하면, 원고 회사가 참가인의 신체상태가 더 이상 시내버스 운행에 적합하지 아니하다고 판단한 것은 일용 수공이 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. 결론

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

판사 박정화(재판장) 김태환 김진하

## 2 합리적 사유 부존재

☞ 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 근무실적 평정 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 : 서울고등법원 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 실시한다고 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 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, 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. 결론

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

대법관 고영한(재판장) 양창수(주심) 김창석

### <3> 무기계약 근로자로의 전환과 기간의 형식화

#### 1 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환

☞ 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 ○○○○○재단

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 장○○

\* 원심판결 : 서울고등법원 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 근무하

던 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. 서울지방노동위원회는 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 기부자 관리팀장 직책을 수행하다가, 2011.3.14. 운영지원홍보팀장으로, 2012.3.9. 사회적 기업 설립지원팀장으로 전보되었던 사실, 원고는 2012.9.19.경 기간제근로자로서 계약기간 만료가 임박한 참가인과 권○○에 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 박○○은 참가인에 대하여 거의 대부분의 평가 항목에 가장 우수한 평점인 S등급을 부여하였고, 사무국장 정○○은 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 권○○의 경우 인사위원회를 거쳐 2012.11.1.경 정규직으로 전환되었는데, 정규직 전환 당시 권○○이 소속되어 있던 기획팀 팀장과 기획전략 총괄팀장 모두 권○○에 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 정○○은 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 것인지의 구심이 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 정○○에 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 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 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 동기과 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. 결론

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

## 2 기간제 근로계약과 기간의 형식화

☞ 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 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다.

\* 원고, 상고인 : 원고

\* 피고, 피상고인 : ○○엔지니어링 주식회사

\* 원심판결 : 서울고등법원 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 일정기간 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 동기 와 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 이후에도 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 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).

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, 제1심 판결 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. 결론

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

대법관 박상욱(재판장) 이상훈 김창석(주심) 조희대

☞ 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 ○○버스주식회사 (소송대리인 변호사 김현무)

피고, 피상고인 중앙노동위원회위원장

피고 보조참가인 참가인

원심판결 서울고등법원 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 사

정이 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 한정근로계약 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 채용 광고를 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

## <4> 기간제한의 예외 해당 여부 판단

### 1 기간제 근로자 사용기간 제한 예외사유 해당 여부

☞ 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 : ○○광역시

\* 원심판결 : 부산고등법원 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 경우를 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 교육재정에 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 교학력 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 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.

- (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. 결론

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)

## 2 기간제 예외자의 사용기간 산정 방식

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

기간제법 제4조제1항 단서 제6호와 그 법률 시행령 제3조제3항제6호에서 정한 단시간근로자로 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 : 원고

\* 피고, 피상고인 : 한국○○회

\* 원심판결 : 서울고등법원 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 기간제근로자로 사용할 수 있는 예외를 정하고 있고, 제2항에서는 “사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다”고 규정하고 있다.

원심은 채택 증거에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고가 피고와 사이에 체결한 4차례의 근로계약에 따라 응급구조사로 근무한 총기간 중 2009.2.10.까지는 시간제 경마직으로서 기간제법 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 단시간근로자로 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. 결론

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

대법관 고영한(재판장) 이인복(주심) 김용덕 김소영

### 3 기간제 근로자의 계속근로기간 판단

☞ 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016두52385 판결

- \* 원고, 상고인 : ○○광역시 ○○구
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 원심판결 : 대전고등법원 2016. 9. 8. 선고 2016누10884 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담한다.

#### » 이 유 «

이 사건 기록과 원심판결 및 상고이유를 모두 살펴보았으나, 상고인의 상고이유에 관한 주장은 상고심절차에 관한 특례법 제4조에 해당하여 이유 없으므로, 위 법 제5조에 의하여 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박병대(재판장) 권순일(주심) 박보영 김재형

[원심판결: 대전고등법원 2016. 9. 8. 선고 2016누10884 판결]

- \* 원고, 상고인 : ○○광역시 ○○구
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고 보조참가인 : 김○○
- \* 제1심판결 : 대전지방법원 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 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 ‘내근적 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 ‘내근적 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 사용 기간 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 운동처

방사'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 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. 결론

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

판사 허용석(재판장) 김형작 박준범



#### 4 기간제법 사용기간 제한의 예외 사유에 해당되는 조교 해당 여부

☞ 광주지방법원 2014. 11. 13. 선고 2014가합54221 판결

##### » 요 지 «

○○대학교의 홍보담당관으로 홍보·기획 업무만을 담당하였고, 학업을 이수하면서 사무를 병행하거나 연구 내지 연구보조 업무를 수행한 사실이 없으므로, 단순히 조교라는 명칭으로 임용되었다는 사정만으로는 기간제법 제4조제1항 단서 제6호, 기간제법 시행령 제3조 제3항제4호 가목에서 정한 '고등교육법 제14조에 따른 조교'에 해당하지 않는다.

결국 원고가 기간제법 시행 이후로서 근로계약이 갱신된 2008.3.1.부터 이 사건 해고시까지 2년을 초과하여 기간제근로자로 근무하여 왔으므로, 원고는 기간제법 제4조제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자라고 할 것이다.

\* 원 고 : 박○○

\* 피 고 : 대한민국

\* 변론종결 : 2014.10.16.

##### » 주 문 «

1. 피고가 2014.3.1. 원고에 대하여 한 해고는 무효임을 확인한다.
2. 소송비용은 피고가 부담한다.

##### » 청구 취지 «

주문과 같다.

##### » 이 유 «

###### 1. 기초사실

가. 원고는 2007.3.1. 피고가 설립·운영하는 국립대학교인 ○○대학교에 홍보담당관으로 입사하면서 아래 표 기재와 같이 ○○대학교총장과 근로계약을 체결하였다.

나. 피고는 2007.7.1.부터 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법'이라 한다)이 시행됨에 따라 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 경우 무기근로자로 전환해야 할 상황이 되자, 계약직 정원을 감축하되 업무 수행을 위하여 필요한 경우 조교로 임용하기로 하고, 2010.3.1.부터 원고를 아래 표<생략> 기재와 같이 조교로 임용하여 1년 단위로 재임용(이하 원·피고 사이의 위 근로계약을 통틀어 '이 사건 근로계약'이라 한다)하다가, 2014.3.1.자로 근로계약기간의 만료를 이유로 원고가 제공하는 근로의 수령을 거부하는 방식으로 원고를 해고하였다(이하 '이 사건 해고'라 한다).

다. 원고는 2007.3.1. ○○대학교의 홍보담당관으로 입사한 이래 홍보·기획 업무를 담당하였고, 2010.3.1. 조교로 임용된 후에도 홍보·기획 업무만 담당하였으며 학업을 이수하지는 않았다.

[인정근거] 다툼이 없는 사실, 갑 제1 내지 6호증, 을 제1 내지 7호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 당사자의 주장

### 가. 원고의 주장

원고는 2년의 기간을 초과하여 기간제근로자로서 근무하여 왔는데도, 피고는 단순히 계약 기간의 만료를 원인으로 근로관계가 종료된다는 취지로 원고를 해고하였으므로, 이 사건 해고는 다음에서 보는 바와 같이 근로기준법 제23조 등에 위반하여 정당한 이유 없이 이루어진 것으로 무효이다.

- (1) 원고는 ○○대학교의 홍보담당관으로서 홍보·기획업무만 담당하고 학업을 병행하거나 연구 보조 업무를 수행한 사실이 없으므로 예외적으로 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용할 수 있는 경우인 기간제법 제4조제1항 단서 제6호, 기간제법 시행령 제3조제3항제4호 가목에서 정한 '조교'에 해당하지 않는다. 따라서 원고는 기간제법 제4조제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 보아야 한다.
- (2) 설령 원고가 위 '조교'에 해당한다고 하더라도, 기간제근로자의 총근로기간을 산정함에 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 원·피고 사이의 근로계약이 7년 동안 매년 반복하여 갱신되었으므로, 원고는 특별한 사정이 없는 한 위 근로계약의 갱신이 계속하여 이루어질 것이라는 정당한 기대권을 갖게 되었다.

### 나. 피고의 주장

고등교육법 제15조제4항은 "조교는 교육·연구 및 학사에 관한 사무를 보조한다."고 규정하고 있으므로, 원고는 기간제법 제4조제1항제6호 및 같은 법 시행령 제3조제3항제4호 가목에서 규정한 '조교'에 해당하여 기간제법 제4조제1항 단서에서 규정한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외 사유에 해당된다. 따라서 원고는 기간제법 제4조제2항이 규정하고 있는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 간주되지 않으므로, 이 사건 해고는 근로계약상의 계약기간 만료에 따른 것으로 정당하다.

## 3. 관계법령

별지 기재와 같다. <생략>

## 4. 판단

가. 이 사건 근로계약이 계약기간의 정함이 없는 근로계약인지 여부

- (1) 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 정하되, 다만 그 단서에서 예외적으로 사용자가 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 경우를 한정적으로 열거하면서 '고등교육법 제14조에 따른 조교의 업무'(기간제법 제4조제1항 단서 제6호, 기간제법 시행령 제3조제3항제4호 가목) 등을 들고 있다.

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 하여 2년을 초과하는 기간제 근로계약의 반복적 갱신을 금지하고 있다. 따라서 사용자가 2년을 초과하여 위 단서에 해당하지 않는 기간제근로자를 사용하게 되면 무기계약을 체결한 것으로 간주되고, 2년 초과 사용시 사용자가 종전에 체결한 근로계약기간의 만료를 이유로 고용을 종료하면 해고에 해당하여 근로기준법 제23조 등에 따른 정당한 이유 및 해고절차가 필요하다.

- (2) 이 사건의 쟁점은, 원고가 기간제법 제4조제1항 단서 제6호, 기간제법 시행령 제3조제3항제4호 가목에서 정한 '고등교육법 제14조에 따른 조교'에 해당하는지 여부이므로 이에 관하여 본다.

법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다. 나아가 그러기 위해서는 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하면서, 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 위와 같은 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석을 하여야 한다(대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다83431 전원합의체 판결 등 참조).

위 법리 및 관계법령의 규정내용에다가 위 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ① 원고는 홍보담당관으로 입사하여 근무하다가 '조교'로 임용된 후에도 홍보·기획 업무만 담당하고 학업을 이수하거나 병행하지는 않은 점, ② 고등교육법 제15조제4항은 '조교는 교육·연구 및 학사에 관한 사무를 보조한다'고 규정하고 있고, 같은 법 시행령 제5조, 대학교원 자격기준 등에 관한 규정 제2조제1호 [별표] 교원 및 조교의 자격기준은 '조교'의 자격기준을 '근무하려는 학교와 동등 이상의 학교를 졸업한 학력이 있는 사람'이라고 규정하고 있을 뿐 '조교'에 관한 정의규정 내지 해석규정을 두고 있지는 않으나, 통상적으로 조교란 대학교수 밑에서 연구와 사무를 돕는 사람으로 이해되고 있는 점, ③ 기간제법은 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자 및 단시간근로자의 근로조건 보호를 강화함으로써 노동시장의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 제정된 법률로서(기간제법 제1조), 이러한 기간제법의 입법 목적에 따라 기간제법 제4조제2항은 기간제 근로계약의 남용을 방지하기 위하여 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우 기간의 정함이 없는 고용의제를 규정하였고 다만 단서에서 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용함이 상당한 부득이한 경우 등을 예외적으로 열거하고 있는 점, ④ 따라서 기간제법 제4조를 해석함에 있어서는 예외 사유를 확대하기보다는 기간제법의 본래 입법 목적에 따라 기간제근로자의 지위를 강화하는

방향으로 해석함이 그 입법 취지에 부합한다고 할 것인 점, ⑤ 기간제법 제4조제1항 단서 제6호는 “그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우”라고 규정하고 있는바, ‘조교’의 경우 같은 항 단서 제3호의 “근로자가 학업, 직업훈련을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우” 내지 제5호의 “전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우”에 준하는 경우로 보아 위 제6호, 같은 법 시행령 제3조제3항제4호 가목에서 ‘조교’를 기간제근로자 사용기간 제한의 예외로 규정한 것으로 보이는 점, ⑥ 고용노동부도 2010.3.4.경 ‘고등교육법 제14조에 따른 조교를 기간제법 제4조제1항 단서 각호에서 정하고 있는 기간제근로자 사용기간 제한의 예외에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로 보고 같은 법 시행령 제3조제3항제4호 가목에서 기간제근로자 사용기간 제한의 예외로 규정한 취지는 조교 업무 종사자들이 일정기간 학업 과정을 이수하고 있는 경우가 많고, 학술·연구조교의 경우 2년을 초과하여 근무하는 경우가 적지 않은 점을 고려한 것으로 고등교육법 제14조에 따른 조교에 해당하는지 여부는 기본적으로는 학업과 업무를 병행하는 조교를 의미한다’고 회신한 점 등에 비추어 보면, 기간제법 제4조제1항 단서 제6호, 기간제법 시행령 제3조제3항제4호 가목에서 정한 ‘고등교육법 제14조에 따른 조교’는 단순히 ‘조교’라는 명칭을 사용하는지 여부가 아니라 실질적으로 학업을 이수하면서 사무를 병행하는 사람 내지 전문적인 지식·기술을 활용하여 연구 내지 연구보조 업무를 수행하는 사람을 의미한다고 해석함이 상당하다.

따라서 원고의 경우 앞서 본 바와 같이 ○○대학교의 홍보담당관으로 홍보·기획 업무만을 담당하였고, 학업을 이수하면서 사무를 병행하거나 연구 내지 연구보조 업무를 수행한 사실이 없으므로, 단순히 조교라는 명칭으로 임용되었다는 사정만으로는 기간제법 제4조제1항 단서 제6호, 기간제법 시행령 제3조제3항제4호 가목에서 정한 ‘고등교육법 제14조에 따른 조교’에 해당하지 않는다.

- (3) 결국 원고가 기간제법 시행 이후로서 근로계약이 갱신된 2008.3.1.부터 이 사건 해고시까지 2년을 초과하여 기간제근로자로 근무하여 왔으므로, 원고는 기간제법 제4조제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자라고 할 것이다.

#### 나. 이 사건 해고의 무효 여부

한편 피고가 해고통지를 통해 기간의 정함이 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 원고와의 근로관계를 적법하게 종료하기 위해서는, 정당한 해고사유 즉 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임있는 사유가 존재하여야 할 것인바, 앞서 본 바와 같이 피고는 원고에 대하여 단순히 근로계약기간의 만료라는 이유만으로 원고를 해고한 것이므로, 이 사건 해고는 정당한 이유 없이 이루어진 것이고, 피고가 이를 다투고 있는 이상 원고에게는 그 무효 확인을 구할 이익도 있다.

#### 5. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있으므로 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 이종채(재판장) 박주영 정철희

## 제9장 기타 근로관계 종료

### 1 사직의 의사표시와 진의의 의미

☞ 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 : ○○○ (소송대리인 변호사 ○○○ 외 1인)

\* 피고, 피상고인 : ○○○○○○중앙회 (소송대리인 변호사 ○○○ 외 2인)

\* 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 대상으로 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 대상으로 선정하고 그 대상자가 명예퇴직을 신청하는 경우에는 이를 모두 받아들여기로 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 대상으로 선정되었다는 이유로 명예퇴직을 종용받아 위 사직원을 제출한 것은 아닌 사실, 이 사건 명예퇴직 신청이 마감된 후 피고는 원래 순환명령휴직 대상에 해당되어 명예퇴직신청을 받은 자 가운데 대통령 사면을 받은 자 107명에 대하여 사면 전의 징계사유를 들어 순환명령휴직 대상자에 포함시키는 것은 대통령의 사면권에 대한 도전이라는 비판이 일자 노사합의에 의하여 위 107명을 명예퇴직의 대상에서 제외하기로 결정하여 해당

명예퇴직신청서를 반환하여 준 사실을 인정할 수 있는바, 위와 같이 변론에 나타난 이 사건 사직원의 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 일반적인 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 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 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 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 복직하기 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 / 김○○, 소송대리인 우성종합 법무법인 담당변호사 이상수

\* 피고,상고인 / 한국○○거래소 대표이사장 홍인기, 소송대리인 변호사 김기석

\* 원심판결 / 서울고등법원 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 총무부장으로 근무하던 1985.10월경 증권가 정보를 야당국회의원인 소외 김○○에게 누설한다는 혐의를 받고 국가안전기획부로부터 내사를 받게 된 사실, 국가안전기획부는 1985.10월 말경 원고의 혐의내용을 피고에게 통보하였고, 피고는 위 혐의내용의 진위 여부에 관한 조사확인절차 없이 원고에게 사직을 종용하다가 원고가 이에 불응하자 같은 해 12.3. 인사위원회를 개최하여 원고가 피고의 심리부에서 효율적인 증권시장관리를 위하여 수행한 정보수집업무내용 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 혐의내용을 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 혐의내용과 대공불순세력과의 연계혐의에 대하여 가혹한 신문 및 조사를 받았으나 아무런 혐의점이 없어 결국 석방된 사실, 피고의 인사규정 및 상별규정에 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 재심결과 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 재심하여 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 사직 의사표시에 기하여 의원면직의 형태로 근로계약관계를 종료시킨 행위는 실질적으로는 피고의 일방적인 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시킨 것으로 그 형식에도 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 1998.8.31.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 5.19. 국민고충처리위원회에 탄원서를 제출하여 오다가 1998.2.17. 이 사건 소를 제기한 사실을 인정한 다음 원고가 퇴직금 수령 시 별다른 이의를 제기하지 아니하였다는 사실만으로 이 사건 의원면직처분을 추인하였거나 이 사건 소의 제기가 신의칙이나 금반언의 원칙에 어긋나는 것이라고 할 수 없다는 이유로 이를 배척하였다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

기록에 의하면, 피고가 1985.10월 말경 국가안전기획부로부터 원고의 혐의내용을 통보받고 위 혐의내용의 진위 여부에 관한 조사확인절차 없이 원고에게 사직을 종용하다가 원고가 이에 불응하자 같은 해 12.3 인사위원회를 개최하여 원고가 피고의 심리부에서 효율적인 증권시장관리를 위하여 수행한 정보수집업무내용 중 일부 내용을 외부에 누설하였음을 징계이유로 삼아 원고를 징계면직에 처한다는 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·제출한 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 1997. 8. 29 선고 97다12006 판결, 1996. 7. 30 선고 95누7765 판결 등 참조), 여기서 말하는 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 진정 마음 속으로 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 풀려나오자 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 재심청구를 하였다는 것인 바, 원고가 사직원 제출당시 사직의 의사표시를 진정 마음 속에서 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 한것으로써 원고에게 그 의사표시에 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 저질렀다고 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 외의 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 1996. 3. 8 선고 95다51847 판결, 1992. 4. 14 선고 92다1728 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(선형처분인 징계면직처분에 대하여 그 처분당시 이를 다투었다는 점은 이 사건 의원면직 처분에 있어 특별한 사정으로 볼 수 없다)의 존재를 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라 적어도 원고가 피고에게 복직신청을 하였다가 거부통보를 받은 1988.9월경부터 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 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)

## 2 합의해지에 의한 근로관계 종료

☞ 대법원 2015. 8. 27. 선고 2015다211630 판결

### » 요 지 «

1. 사용자가 사직서 제출에 따른 사직의 의사표시를 수락함으로써 사용자와 근로자의 근로계약관계는 합의해지에 의하여 종료되는 것이므로 사용자의 의원면직처분을 해고라고는 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.

### 【참조조문】

민법 제107조, 근로기준법 제23조

### 【참조판례】

대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다60528 판결(공2003상, 1160), 대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11458 판결(공2003상, 1254)

원고, 상고인 원고 (소송대리인 법무법인 정의 담당변호사 송인준 외 4인)

피고, 피상고인 ○○와이드 주식회사 (소송대리인 법무법인(유한) 금성 담당변호사 하윤홍 외 4인)

원심판결 서울고등법원 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. 선

고 2002다60528 판결 등 참조), 진의 아님 의사표시에 있어서의 '진의'란 특정한 내용의 의사 표시를 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 아님 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 해약을 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)

### 3 강요에 의한 사직서 제출

☞ 대법원 2006. 11. 26. 선고 2006다38270 판결

#### » 요 지 «

1. 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. 피고 회사에 근무하다가 원고들이 사직한 직후에 해고된 일부 근로자들이 피고를 상대로 제기하거나 그들이 실질적 당사자가 되어 있는 소송에서 정리해고의 정당성이 다투어지고 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 어렵다.

#### 【참조조문】

[1] 근로기준법 제30조, 민법 제107조 / [2] 민법 제2조, 근로기준법 제30조

#### 【참조판례】

[1][2] 대법원 2003. 10. 10. 선고 2001다76229 판결 / [1] 대법원 1993. 1. 26. 선고 91다38686 판결(공1993상, 845), 대법원 1997. 8. 29. 선고 97다12006 판결(공1997하, 2859), 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51919, 51926 판결(공2001상, 519), 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001두11076 판결(공2002하, 1686), 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다60528 판결(공2003상, 1160) / [2] 대법원 1993. 9. 24. 선고 93다21736 판결(공1993하, 2925), 대법원 1995. 11. 21. 선고 94다45753 판결(공1996상, 40), 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다51847 판결(공1996상, 1218)

원고, 피상고인 박○○외 8인 (소송대리인 법무법인 다산 담당변호사 김철준외 6인)

피고, 상고인 ○○자동차 주식회사 (소송대리인 변호사 이임수외 2인)

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 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 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 상황에서 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 다투어지고 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 4개월 분에 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 앞서 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 수리 행위를 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 사직의 의사표시 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. 사직 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지로 볼 것인 바 원심이 확정된 사실관계 및 사직서의 기재내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직 의사표시 철회의 동기 기타의 해지를 통고한 것이라고 볼 것이지, 근로계약의 합의해지를 청약한 것으로 볼 것은 아니며, 이와 같은 경우 사직 의사표시가 회사에 도달한 이상 원고로서는 회사의 동의 없이는 비록 민법 제660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 전이라도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다 할 것이므로, 원고의 사직 의사표시 철회로서 회사와 근로계약이 여전히 존속 중이라는 원고의 주장을 배척한 원심의 판단은 정당하다.

\* 원고, 상고인 / 오○○, 소송대리인 변호사 서상수

\* 피고, 피상고인 / 중앙노동위원회 위원장 소송수행자 노태근

\* 피고보조참가인 / 사회복지법인 대전 ○○원 대표자 이○○

\* 원심판결 / 서울고등법원 1999. 6. 24 선고, 98투2715 판결

##### » 주 문 «

상고를 '기각'한다. 상고비용은 원고의 부담으로 한다.

##### » 이 유 «

#### 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 판단하였는 바, 기록에 비추어 보면, 원심의 이같은 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 ○○ 어린이집의 원장으로 근무하던 중 1997.2.10. “신입원생 학부모들 앞에서 보육교사 이○○의 명예를 훼손하는 발언을 하였고, 직장 구성원간에 불화를 조성하였으며, 부하직원 지휘의 책임이 있음에도 학부모에게 의도적으로 소문을 내어 시설의 품위를 실추시켰다”는 이유로 참가인으로부터 징계처분(견책)을 받음과 아울러, 참가인이 위탁 운영 중인 ○○종합사회복지관에 병설하여 운영할 예정인 어린이집(○○ 어린이집)의 개원실무 책임자로 근무하라는 전보명령을 받고, 같은 달 18일 ○○종합사회복지관에 첫 출근하여 같은 날부터 같은 달 27일까지의 휴가원을 제출한 후 당일 사직서를 제출하였으며 참가인은 같은 달 20일 원고의 사직서를 수리한 사실, 그런데 원고는 휴가 중인 같은 달 25일 ○○직할시 ○구 의회에서 ○○ 어린이집에 관한 조례가 통과되었다는 소식을 듣고 ○○종합사회복지관의 관장인 소외 권○○에게 사직 의사 표시를 철회한다고 하였으나, 권○○은 사직서가 이미 수리되었음을 통보한 사실을 인정한다음, 근로자가 사직원의 제출방법에 의하여 근로계약관계의 합의해지를 청약하고 이에 대하여 사용자가 승낙함으로써 당해 근로관계를 종료시키게 되는 경우에 있어서 근로자는 위 사직원의 제출에 따른 사용자의 승낙의사가 형성되어 확정적으로 근로계약 종료의 효과가 발생하기 전에는 그 사직의 의사표시를 자유로이 철회할 수 있는 바, 참가인과 원고 사이의 근로계약관계의 합의해지의 청약이라 할 수 있는 원고의 1997.2.18.자 사직서에 대하여 사용자가 참가인이 같은 달 20일 이를 승낙함으로써 이때 이미 위 근로계약 종료의 효과는 발생하였다 할 것이므로 원고로서는 더이상 위 사직의 의사표시를 철회할 수 없다는 이유로, 위 사직 의사표시 철회로서 근로계약이 여전히 존속 중이라는 원고의 주장을 배척하였다.

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

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

그러나, 사직의 의사표시는 특별한 사정이 없는 한 당해 근로계약을 종료시키는 취지의 해약고지로 볼 것인 바, 원심이 확정된 사실관계 및 기록상 나타난 바와 같은 사직서의 기재내용, 사직서 작성·제출의 동기 및 경위, 사직 의사표시 철회의 동기 기타의 해지를 통고한 것이라고 볼 것이지, 근로계약의 합의해지를 청약한 것으로 볼 것은 아니며, 이와 같은 경우 사직의 의사표시가 참가인에게 도달한 이상 원고로서는 참가인의 동의없이는 비록 민법 제 660조 제3항 소정의 기간이 경과하기 전이라 하여도 사직의 의사표시를 철회할 수 없다 할

것이므로, 원고의 사직 의사표시 철회로서 참가인과의 근로계약이 여전히 존속 중이라는 원고의 주장을 배척한 원심의 판단은 결과적으로 정당하다 할 것이다.

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, 원심으로서는 참가인의 원고에 대한 전보명령의 당부에 관하여는 판단할 필요가 없다 할 것이다.

따라서 원심이 참가인의 원고에 대한 전보명령은 동일한 징계사유에 기한 불이익한 처분으로서 이중 징계이며 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

## 5 용역계약의 해지와 당연퇴직

☞ 대법원 2009. 2. 12. 선고 2007다62840 판결

### » 요 지 «

사용자가 어떤 사유의 발생을 당연퇴직 또는 면직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와 달리한 경우에 그 당연퇴직사유가 근로자의 사망이나 정년, 근로계약기간의 만료 등 근로관계의 자동소멸사유로 보이는 경우를 제외하고는 이에 따른 당연퇴직처분은 구 근로기준법 제30조 소정의 제한을 받는 해고라고 할 것인데, 사용자가 주차관리 및 경비요원을 필요한 곳에 파견하는 것을 주요 사업으로 하는 회사로서 그 근로자와 사이에, 근로자가 근무하는 건물주 등과 사용자 간의 관리용역계약이 해지될 때에 그 근로자와 사용자 사이의 근로계약도 해지된 것으로 본다고 약정하였다고 하여 그와 같은 해지사유를 근로관계의 자동소멸사유라고 할 수 없다.

\* 원고, 상고인 / 원고

\* 피고, 피상고인 / 피고 주식회사

\* 원심판결 / 서울고등법원 2007. 8. 24. 선고 2007다9896 판결

### » 주 문 «

원심판결 중 원고 패소 부분을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### » 이 유 «

상고이유를 본다.

사용자가 어떤 사유의 발생을 당연퇴직 또는 면직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와 달리한 경우에 그 당연퇴직사유가 근로자의 사망이나 정년, 근로계약기간의 만료 등 근로관계의 자동소멸사유로 보이는 경우를 제외하고는 이에 따른 당연퇴직처분은 구 근로기준법(2007.4.11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 소정의 제한을 받는 해고라고 할 것인데(대법원 1999. 9. 3. 선고 98두18848 판결, 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007두2067 판결 참조), 사용자가 주차관리 및 경비요원을 필요한 곳에 파견하는 것을 주요 사업으로 하는 회사로서 그 근로자와 사이에, 근로자가 근무하는 건물주 등과 사용자 간의 관리용역계약이 해지될 때에 그 근로자와 사용자 사이의 근로계약도 해지된 것으로 본다고 약정하였다고 하여 그와 같은 해지사유를 근로관계의 자동소멸사유라고 할 수 없다.

그럼에도 원심은, 그 판시와 같은 사정만으로 원고와 피고 사이에 체결된 근로계약서상 '건물주와 피고와의 관리용역계약이 해지될 때 원고와 피고와의 근로계약도 해지된 것으로 본다'는 약정은 근로계약기간의 만료에 관한 규정으로 근로계약의 자동소멸 사유를 정한 것으로 봄이 상당하고, 원고가 근무하는 건물주와 피고 사이의 관리용역계약이 2005.11.30 자로

해지된 이상 피고와 원고 사이의 근로계약도 종료되었다는 이유로 원고의 해고무효확인 청구를 각하하고, 2005.12.1. 부터의 임금지급청구를 기각하고 말았으니 이러한 원심판결에는 근로관계의 자동소멸사유에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 원고 패소 부분을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김능환(재판장) 양승태 박시환(주심) 박일환

## 제10장 도급 및 파견 계약 등에서의 근로관계

### <1> 목시적 근로계약 관계

#### 1 물류센터의 목시적 근로계약 관계 인정

☞ 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.

\* S주식회사 사건

\* 사 건 / 2003. 9. 23. 선고 대법원 2003두3420 판결 부당해고구제재심판정취소

\* 원고, 피상고인 / 지×영 외 2인

<소송대리인> 법무법인 명× 담당변호사 윤×현, 한×근, 김×연, 김×형, 강×탁, 표×진

\* 피 고, 상고인 / 중앙노동위원회 위원장, 소송수행자 최×희

\* 피고보조참가인, 상고인 / S주식회사 대표이사 황×열

<소송대리인> 법무법인 세× 담당변호사 홍×렬, 전×용, 김×희

\* 원심판결 / 서울고등법원 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 ○○○○코리아(이하 '○○○○코리아'라고 한다)와 업무도급계약을 체결한 이래 그 도급계약을 갱신체결하면서, 원고들을 비롯한 140여명의 ○○○○코리아

소속 근로자들을 전국에 소재한 참가인의 11개 물류센터에서 근무하게 하였는데, 위 업무도급계약상 ○○○○코리아는 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 ○○○○코리아 소속 근로자에 대하여 현장대리인을 경유하지 아니하고 업무지시, 직무교육실시, 표창, 휴가사용승인 등 제반 인사관리를 직접 행하여온 사실, ○○○○코리아는 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 독립 법인으로 운영되어 왔지만 실질적으로는 모자(母子)회사의 관계로서 사실상의 결정권을 참가인이 행사해 온 사실을 인정한 다음, 참가인과 ○○○○코리아 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, ○○○○코리아는 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 ○○○○코리아의 이사와 함께 참석한 가운데 실시하였으며, 원고들을 비롯한 ○○○○코리아가 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 ○○○○코리아라는 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 ○○○○코리아 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 파

견근로자법이 적용되는 '근로자파견'이라 함은 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용 관계를 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 받아들여지지 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



## 2 대형할인매장 납품업체 직원의 근로관계

☞ 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006도300 판결

### » 요 지 «

1. 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식과는 관계없이 실질에 있어서 근로자가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 이를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적(對價的) 성격을 가지고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정하여야 하는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 어떤 근로자에 대하여 누가 근로기준법 제32조, 제36조 소정의 의무를 부담하는 사용자인가를 판단함에 있어서도 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 하고, 이 때에도 위와 같은 여러 요소들을 종합적으로 고려하여야 한다.
2. ○○○○조합이 운영하는 대형할인매장의 납품업체로부터 보수를 받고 위 조합에 납품된 전체 상품을 관리한 사람들은 실질적으로 위 조합에 고용된 근로자에 해당한다.

### 【참조조문】

[1] 근로기준법 제14조, 제15조, 제32조, 제36조 / [2] 근로기준법 제14조, 제15조, 제32조, 제36조

\* 피 고 인 피고인

\* 상 고 인 피고인

\* 변 호 인 창× 법무법인 담당변호사 백×석

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

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식과는 관계없이 실질에 있어서 근로자가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 이를 판단함에 있어서는 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙·복무규정·인사규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에 있어서도 사용자로부터 구체적이고 직접적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 비품·원자재·작업도구 등의 소유관계, 보수가 근로 자체의 대상적(對償的) 성격을 가지고 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정하여야 하는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 어떤 근로자에 대하여 누가 근로기준법 제32조, 제36조 소정의 의무를 부담하는 사용자인가를 판단함에 있어서도 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 하고, 이때에도 위와 같은 여러 요소들을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

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

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

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

대법관 김영란(재판장) 김황식 이홍훈(주심) 안대희

### 3 조선소에서 목시적 근로계약 관계 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 목시적 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 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 목시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 보는 것이 옳다.

\* 원고, 상고인 / 신○○ 외 29명

\* 피고, 피상고인 / 주식회사 ○○

\* 원심판결 / 부산고등법원 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 간에 목시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다(대법원 1979. 7. 10. 선고 78다1530 판결, 대법원 1999. 7. 12. 99마628 결정, 대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결, 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결 등 참조).

원심이 확정된 사실에 의하면 다음의 점들을 알 수가 있다.

원고들이 소속된 ○○기업은 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 ○○기업이 모집해 온 근로자에 대하여 피고 회사가 요구하는 기능 시험을 실시한 다음, 그 채용 여부를 결정하였고, 그 시험합격자에게만 피고 회사가 직접 지급하는 수당을 수령할 자격을 부여하였으며, ○○기업 소속의 근로자들에 대하여 징계를 요구하거나, 승진대상자 명단을 통보하는 등, ○○기업 소속 근로자들의 채용, 승진, 징계에 관하여 실질적인 권한을 행사하였다.

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

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

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

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

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)

## <2> 직접고용의제에 의한 근로관계

### 1 직접고용의제의 적용범위

☞ 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 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 고용성립의제는 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 있다고 한 사례.

#### 【참조조문】

- [1] 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호, 제5조, 제6조 제1항(현행 제6조 제1항, 제2항 참조), 제2항(현행 제4항 참조), 제3항(현행 제6조의2 참조), 제7조, 제44조 제1호(현행 제43조 제1의2호 참조)
- [2] 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호, 제5조, 제6조 제1항(현행 제6조 제1항, 제2항 참조), 제2항(현행 제4항 참조), 제3항(현행 제6조의2 참조), 제7조, 제44조 제1호(현행 제43조 제1의2호 참조)

#### 【원고, 상고인】

【피고, 피상고인】 중앙노동위원회위원장

【피고보조참가인】 주식회사 ○○○ (소송대리인 법무법인 일신외 1인)

【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·질

병·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 한하여 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 문언이나 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 있기만 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 피고 보조참가인 회사가 파견근로자인 원고들을 파견근로자보호법 제5조 제1항에서 허용된 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

## 2 ○○자동차 사내하도급 근로자의 직접고용의제 인정

☞ 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결(아산공장)

### » 요 지 «

1. 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.
2. 이 사건 피고는 사내협력업체 소속 근로자가 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서, 작업 속도, 작업 장소, 작업 시간 등을 결정하고 사내협력업체 소속 근로자를 직접 지휘하거나 사내협력업체 소속 현장관리인 등을 통해 구체적인 작업 지시를 하였으므로 피고의 사내협력업체 소속으로 피고의 사업장에서 업무를 수행한 근로자들은 사내협력업체에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 봄이 타당하다.

또한 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 다음날부터 각각 직접고용이 간주됨으로써 피고의 근로자 지위에 있게 되었다.

\* 원고, 피상고인 : 원고 1 외 3인

\* 원고, 상고인 : 원고 5 외 2인

\* 피고, 상고인 겸 피상고인 : ○○자동차 주식회사

\* 원심판결 : 서울고등법원 2010. 11. 12. 선고 2007나56977 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 원고 1, 원고 2, 원고 3, 원고 4와 피고 사이에 생긴 부분은 피고가 부담하고, 원고 5, 원고 6, 원고 7과 피고 사이에 생긴 부분은 원고 5, 원고 6, 원고 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, 원고 6, 원고 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, 근로자파견이란 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 소속 근로자에게 구체적인 지휘·명령권을 행사하였다 하더라도 이는 피고가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나 그러한 지휘·명령이 피고에 의하여 통제된 것에 불과한 점, 사내협력업체 소속 근로자가 피고 소속 근로자와 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 수행한 점, 피고는 소속 근로자의 결원이 발생하는 경우 사내협력업체 근로자로 하여금 그 결원을 대체하게 하기도 한 점, 피고가 사내협력업체 소속 근로자에 대한 휴게시간 부여, 연장 및 야간근로, 교대제 운영 등을 결정하고 사내협력업체를 통하여 사내협력업체 소속 근로자의 근태상황 등을 파악하는 등 사내협력업체 근로자를 실질적으로 관리하여 온 점, 사내협력업체가 도급 받은 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 제 5조 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 상고 이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의 한계를 벗어나거나 근로자 파견의 요건 내지 사내도급과의 구별 기준, 도급인의 지시권, 증명책임 등에 관한 법리를 오해하고 석명 의무를 위반하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 이유에 모순이 있고 이유를 밝히지 아니하는 등의 위법이 없다.

### 3. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용 중 원고 1, 원고 2, 원고 3, 원고 4와 피고 사이에 생긴 부분은 피고가 부담하고, 원고 5, 원고 6, 원고 7과 피고 사이에 생긴 부분은 원고 5, 원고 6, 원고 7이 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이인복(재판관) 김용덕 고영한(주심) 김소영

☞ 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결(울산공장)

### » 요 지 «

근로자과견관계에 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○○○

울산 소송대리인 법무법인 ##

피고, 상고인 중앙노동위원회위원장

소송수행자 \*\*\*

피고보조참가인, 상고인 AA 주식회사 서울 대표이사 &&&

소송대리인 변호사 생략

원 심 판 결 서울고등법원 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 근로자과견관계에 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 근로자과견관계에 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 근로자파견 사업이 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 사용사업주인 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 아니라 는 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) 안대회 이인복(주심) 박병대



☞ 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결(울산공장)

» 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.

【참조조문】

- [1] 근로기준법 제2조 제1항 제1호 / [2] 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호 / [3] 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제6조 제3항(현행 제6조의2 제1항 제3호, 제2항 참조)

【참조판례】

- [1] 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결 / [3] 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결(공2008하, 1463)

원고, 상고인 원고 1외 1인 (소송대리인 변호사 고재환)

피고, 피상고인 중앙노동위원회위원장

피고보조참가인 ○○자동차 주식회사 (소송대리인 변호사 주한일의 4인)

원심판결 서울고법 2008. 2. 12. 선고 2007누20418 판결

### » 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 울산공장 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 ‘근로자 파견’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 파견 근로자인 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 적용 범위의 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 ○○화학 사내하도급 근로자의 직접고용의제 인정

☞ 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 : ○○○ 외 2인

\* 피고, 상고인 : ○○화학 주식회사

\* 원심판결 : 서울고등법원 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 이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 '파견법'이라고 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 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무 수행 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 제6조제3항 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 2007두 22320 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 ○○○, ○○○은 각 구 파견법이 시행되어 2년이 경과한 시점인 2000.7.1.부터, 원고 ○○○은 피고에게 파견된 날로부터 2년이 만료된 날의 다음날인 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

#### 4 직접고용의제 근로자의 근로조건 결정

☞ 대법원 2016. 6. 23. 선고 2012다108139 판결(○○타이어)

##### » 요 지 «

1. 직접고용간주 규정에 따라 사용사업주가 직접 고용한 것으로 간주되는 파견근로자의 근로 조건은 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로 자가 있을 경우 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정한 근로조건과 동일하다고 보 는 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 파 견근로자의 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 수 권도 없이 소급적으로 변경하는 것에 해당하므로, 이러한 합의는 효력이 없다고 보아야 한다.

2. 파견근로자인 원고들의 경우 직접고용간주 규정이 적용되어 사용사업주인 피고가 원고들 을 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 진정취 하 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 : 광주고등법원 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, 근로자파견이란 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

☞ 대법원 2016. 3. 10. 선고 2012두9758 판결(한국○○○)

### » 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.

#### 【참조조문】

[1] 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제6조 제3항 / [2] 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제1조, 제6조 제3항, 제21조, 파견근로자보호 등에 관한 법률 제6조의2 제3항 제1호

원고, 피상고인 원고 1 외 11인 (소송대리인 법무법인 공평 담당변호사 김성철)

피 고 중앙노동위원회위원장

피고보조참가인, 상고인 한국○○○ (소송대리인 법무법인(유한) 태평양 담당변호사 이정환)

원심판결 서울고등법원 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 동종근로자와 비교하여 차별적 처우

를 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. 결론

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

대법관 이인복(재판장) 김소영 이기택(주심)

☞ 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다74592 판결(○○화학)

### » 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 제6조의2제3항제1호는 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.

#### 【재판경과】

서울고등법원 2013. 9. 6. 선고 2012나101475 판결

대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다74592 판결

#### 【참조법령】

구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006.12.21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제1조, 제6조 제3항(현행 제6조의2 제1항 제3호, 제2항 참조), 제21조(현행 제21조 제1항 참조), 파견근로자보호 등에 관한 법률 제6조의2제3항 제1호

### » 전 문 «

【원고, 피상고인】 원고 1외 2인 (소송대리인 법무법인 여▼ 담당변호사 권◇섭 외 2인)

【피고, 상고인】 ◇◆화학 주식회사 (소송대리인 법무법인 상♣ 담당변호사 민▽한 외 2인)

【원심판결】 서울고등법원 2013. 9. 6. 선고 2012나101475 판결

## » 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, □▲기업 주식회사 또는 주식회사 ●●진흥(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 만료

된 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 고용안정에도모하기 위하여 사용사업주와 파견근로자 사이에 발생하는 법률관계 및 이에 따른 법적 효과를 설정하는 것이다(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 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」 제6조의2 제3항 제1호는 사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용함으로써 해당 파견근로자를 직

접 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 직접고용 관계를 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. 결론

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

대법관 조희대(재판장) 이상훈(주심) 김창석 박상옥



### <3> 직접고용의무와 근로관계

#### 1 불법파견에 따른 직접고용의무 발생

☞ 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.

#### 【재판경과】

서울고등법원 2013. 1. 25. 선고 2012나10302 판결

대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결

【참조판례】 [2] 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결(공2008하, 1463)

【참조법령】

[1] 구 파견근로자보호 등에 관한 법률(2006.12.21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제6조 제3항(현행 제6조의2 제1항 제3호, 제2항 참조), 파견근로자보호 등에 관한 법률 제6조의2 제1항, 민사소송법 제248조 [소의 제기], 민법 제390조 [2] 구 파견근로자보호 등에 관한 법률 (2006.12.21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제6조 제3항(현행 제6조의2 제1항 제3호, 제2항 참조), 파견근로자보호 등에 관한 법률 제6조의2 제1항

【원고, 피상고인】 별지 원고 명단 기재와 같다. (소송대리인 변호사 권▲국 외 1인)

【피고, 상고인】 ◇◇◇력원◇력 주식회사 (소송대리인 법무법인(▽한)태△양 담당변호사 이  
●한 외 2인)

【원심판결】 서울고법 2013. 1. 25. 선고 2012나10302 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. 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 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 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 제6조의2제1항에서 “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 2007두 22320 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 발전 기술지원업무와 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, 교대근무 배치 또는 그 변경에 관한 권한은 용역업체가 아닌 피고에게 있었고, 발전보조원과 발전운영부 보조업무 수행자 간의 순환근무제 시행, 변전소 보조원의 근무제 변경과 같이 근무방법변경에 관한 사

항도 피고가 주도적으로 결정하여 시행한 점, ④ 발전보조원, 화학시료 채취원, 변전소 보조원의 경우, 해당 원고들의 업무수행 결과물에 대하여 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, 원고 3, 원고 4, 원고 5, 원고 7, 원고 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 이 기택(재판장) 이인복 고영한(주심) 김소영

## 2 직접고용의무 불이행과 손해배상책임의 인정

☞ 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 : 서울고등법원 2014. 8. 18. 선고 2013나2028405 판결

### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고 이유를 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 종합하면, 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 임금상당 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)





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

재판장 대법관 박병대 대법관 양창수 대법관 고영한 주심 대법관 김창석

<참고> 서울고등법원 2012. 5. 4. 선고 2011누35622 판결

고용승계의무를 부담하지 않는 상황에서 일방의 근로계약 체결 청약에 대하여 상대방이 신규채용 절차를 거부하고 근로계약의 체결을 승낙하지 아니한 이상 근로관계는 성립하지 아니하고 해고도 아니다

» 요 지 «

1. 근로계약은 낙성계약으로 청약에 따른 승낙으로 성립하므로 그 계약의 내용은 사용자와 근로자가 개별적인 교섭에 의하여 확정하는 것이 원칙이지만, 특별한 사정이 없는 한 근로계약을 체결한 근로자와 사용자 사이에는 취업규칙에 정하는 바에 따라 근로관계가 성립한다. 여기서 청약은 그에 대한 승낙에 의하여 곧바로 계약의 성립에 필요한 의사합치에 이를 수 있을 정도로 내용적으로 확정되어 있거나 해석에 의하여 확정될 수 있어야 한다. 즉, 청약은 그에 응하는 승낙만 있으면 곧 계약이 성립하는 구체적, 확정적 의사표시여야 하므로 청약은 계약의 내용을 결정할 수 있을 정도의 사항을 포함시키는 것이 필요함에 반하여, 청약의 유인은 이와 달리 합의를 구성하는 의사표시가 되지 못하므로, 피유인자가 그에 대응하여 의사표시를 하더라도 계약은 성립하지 않고 다시 유인한 자가 승낙의 의사표시를 함으로써 비로소 계약이 성립한다.
2. 이 사건 공고문의 내용은 소속 직원의 승낙만 있으면 곧 근로계약이 성립하는 구체적, 확정적 의사표시라고 보기는 어려워, 결국 청약이 아닌 청약의 유인에 불과하다고 해석함이 상당하므로 원고들이 그에 대응하여 근로계약을 체결하고자 하는 의사표시를 하였다 하더라도 이는 승낙이 아닌 청약에 불과하고, 참가인이 신규채용에 필요한 서류를 제출받는 절차를 거쳐 승낙의 의사표시를 함으로써 비로소 근로계약이 성립한다고 할 것인바, 참가인이 원고들에 대한 신규채용 절차를 거부하고 근로계약의 체결을 승낙하지 아니한 이상, 근로계약 체결에 관한 쌍방의 의사의 합치가 없어 참가인과 원고들 사이의 근로관계는 성립하지 아니한다고 할 것이다.

따라서 참가인이 원고들의 고용을 승계하지 아니하였고 고용승계의무를 부담하지도 아니하며, 나아가 참가인과 원고들 사이의 근로관계도 성립하지 아니하므로, 참가인이 원고들을 부당해고한 것이 아니다.

\* 서울고등법원 제10행정부 판결

\* 사 건 : 2011누35622 부당노동행위구제재심판정취소청구의소

\* 원고, 피항소인 : 박○○ 외 2인

\* 원고, 항소인 : 조○○

\* 피고, 피항소인 : 중앙노동위원회위원장

\* 제1심판결 : 서울행정법원 2011. 9. 16. 선고 2010구합31850 판결

\* 변론종결 : 2012. 3. 30.

\* 판결선고 : 2012. 5. 4.

### » 주 문 «

1. 제1심 판결 중 원고 박○○, 이○○, 조○○에 대한 부분을 취소한다.
2. 원고 박○○, 이○○, 조○○의 청구를 각 기각한다.
3. 원고 조○○의 항소를 기각한다.
4. 원고 박○○, 이○○, 조○○과 피고 사이에 생긴 소송총비용은 보조참가로 인한 비용을 포함하여 원고 박○○, 이○○, 조○○이 부담하고, 원고 조○○의 피고에 대한 항소비용은 보조참가로 인한 비용을 포함하여 원고 조○○가 부담한다.

### » 청구취지 및 항소취지 «

#### 1. 청구취지

중앙노동위원회가 2010.7.13. 원고들과 피고보조참가인(이하 '참가인'이라 한다) 사이의 중앙2010부해387 부당해고구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

#### 2. 항소취지

원고 조○○ : 제1심 판결 중 원고 조○○ 패소부분을 취소한다. 중앙노동위원회가 2010.7.13. 원고 조○○와 참가인 사이의 중앙2010부해387 부당해고구제 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

피고보조참가인 : 주문 제1, 2항과 같다.

### » 이 유 «

#### 1. 재심판정의 경위

이 법원이 이 부분에 관하여 실시할 이유는 제1심 판결의 이유 제1항의 기재와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

#### 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

가. 원고들의 주장

서구청이 참가인에게 기존 수탁업체인 ○○환경 소속 직원들의 고용승계를 위탁계약 체결의 조건으로 제시하였고, 그 후 참가인과 서구청 사이에 체결된 위·수탁계약서에 참가인이 기존 수탁업체 종업원들의 퇴직금과 근속연수를 승계한다는 조항이 포함되어 있으며, 참가인이 ○○환경 소속 직원들의 고용을 보장하겠다는 내용의 공고문을 회사 건물에 게시까지 한 사실에 비추어 보면, 참가인은 원고들의 고용을 승계하였거나 고용승계의무가 있으며, 그렇지 아니하더라도 참가인과 원고들 사이에 의사의 묵시적 합치가 있어 근로관계가 성립되었다고 보아야 할 것임에도 불구하고, 원고들이 제공하려는 근로의 수령을 거부하는 것은 실질상 해고에 해당하여 부당하다.

#### 나. 인정사실

- 1) 서구청은 2002년경 ○○환경과 ○○광역시 서구지역 관내 재활용품 수거사업 등에 대한 위·수탁계약을 최초로 체결한 후 수차 계약을 갱신하여 오다가, 2009.11.10. 기존 수탁업체 직원의 고용승계를 조건으로 새로운 수탁업체 선정을 위한 사업설명회를 개최하였다.
- 2) 참가인은 공개입찰을 통해 2009.12.16. 서구청과 재활용품 수거사업 등에 대한 위·수탁계약(위탁기간 : 2010.1.1. ~ 2012.12.31.)을 체결하였는데, 그 주요내용은 아래<생략>와 같다.
- 3) 참가인은 2009.12.29. ○○환경 사무실이 있는 건물에 다음<생략>과 같은 내용의 공고문을 게시하였으나, ○○환경 경영진의 반대로 위 공고문은 게시 당일 바로 철회되었다. 원고 박○○, 이○○, 조○○은 위 공고문에서 명시한 ○○환경 소속 현장 근로자 32명에 포함되고, 원고 조○○은 위 현장 근로자 32명에 포함되지 아니한다. 한편, 참가인은 위 공고문 제6항에서 근로계약체결 시한으로 명시한 2009.12.31. 18:00까지 ○○환경소속 근로자들 중 어느 누구와도 새로이 근로계약을 체결하지 아니하였다.
- 4) 참가인은 2010.1.4. ○○환경 소속 현장 근로자 중 원고 박○○, 이○○, 조○○을 제외한 29명에 대하여 전화로 회사에 나올 것을 통보한 후 2010.1.1.자로 새로이 근로계약을 체결하고 신규로 채용한 반면, 원고들에 대하여는 ○○환경의 경영진과 친인척관계에 있다는 이유로 신규채용 절차를 거부하고 근로계약을 모두 체결하지 아니하였다.
- 5) ○○환경은 2009.12.31.자로 서구청과 위·수탁계약이 종료된 후 참가인의 사업 관할 구역인 ○○광역시 서구지역에서 재활용품 수거사업을 별도로 경영하고 있다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2, 3, 6호증, 갑 제7호증의 1, 2, 갑 제8, 15호증의 각 기재, 제1심 증인 이○○의 일부 증언, 제1심 및 당심 증인 최○○의 각 일부 증언, 변론 전체의 취지

#### 다. 판단

- 1) 참가인이 원고들에 대한 고용을 승계하거나 고용승계의무를 부담하는지 여부

가) 앞서 본 바와 같이 서구청과 참가인 사이의 위·수탁계약에 따라 서구청 관내 재 활용품 수거사업 등을 수행하는 수탁업체가 ○○환경에서 참가인으로 변경된 경우, 새로운 수탁업체인 참가인은 서구청과의 사이에 새로운 위·수탁계약을 체결하여 서구청으로부터 그 업무를 수탁받았을 뿐이므로 참가인이 종전 수탁업체인 ○○환경소속 직원들의 근로관계를 포괄적으로 승계한다고 볼 수 없고, 갑 제4호증의 기재만으로는 ○○환경과 참가인 사이에 영업양도나 근로관계 승계에 관한 합의가 있었음을 인정하기도 어렵다.

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

## 2) 참가인과 원고들 사이의 근로관계의 성립 여부

가) 근로계약은 낙성계약으로 청약에 따른 승낙으로 성립하므로 그 계약의 내용은 사용자와 근로자가 개별적인 교섭에 의하여 확정하는 것이 원칙이지만, 특별한 사정이 없는 한 근로계약을 체결한 근로자와 사용자 사이에는 취업규칙에 정하는 바에 따라 근로관계가 성립한다(대법원 1999. 1. 26. 선고 97다53496 판결 참조). 여기서 청약은 그에 대한 승낙에 의하여 곧바로 계약의 성립에 필요한 의사합치에 이를 수 있을 정도로 내용적으로 확정되어 있거나 해석에 의하여 확정될 수 있어야 한다(대법원 2003. 5. 13. 선고 2000다45273 판결 참조). 즉, 청약은 그에 응하는 승낙만 있으면 곧 계약이 성립하는 구체적, 확정적 의사표시여야 하므로 청약은 계약의 내용을 결정할 수 있을 정도의 사항을 포함시키는 것이 필요함에 반하여(대법원 2005. 12. 8. 선고 2003다41463 판결 참조), 청약의 유인은 이와 달리 합의를 구성하는 의사표시가 되지 못하므로, 피유인자가 그에 대응하여 의사표시를 하더라도 계약은 성립하지 않고 다시 유인한 자가 승낙의 의사표시를 함으로써 비로소 계약이 성립한다(대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812 등 판결 참조).

나) 위 인정사실을 앞서 본 법리에 비추어 보건대, 위 공고문에서 참가인이 ○○환경 소속 직원 중 현장 근로자 32명 전원에 대한 고용을 보장하되 신규채용 방식을 거치도록 한 점, 임금 등 근로조건은 ○○환경에서 근무하면서 정한 그대로를 유지하되 휴게시간 및 임금 구성은 합리적인 조정이 필요하다고 명시한 점, 이와 관련하여 참가인의 취업규칙이 구체적으로 언급되어 있지 아니한 점, 채용서류 제출 및 근로계약서 작성 등의 채용절차 진행을 전제로 한 점 등을 고려하면, 이와 같은 공고문의 내용은 ○○환경 소속 직원의 승낙만 있으면 곧 근로계약이 성

립하는 구체적·확정적 의사표시라고 보기는 어려워, 결국 청약이 아닌 청약의 유인에 불과하다고 해석함이 상당하다. 따라서 원고들이 그에 대응하여 근로계약을 체결하고자 하는 의사표시를 하였다 하더라도 이는 승낙이 아닌 청약에 불과하고, 참가인이 신규채용에 필요한 서류를 제출받는 절차를 거쳐 승낙의 의사표시를 함으로써 비로소 근로계약이 성립한다고 할 것인바, 앞서 본 바와 같이 참가인이 원고들에 대한 신규채용 절차를 거부하고 근로계약의 체결을 승낙하지 아니한 이상, 근로계약 체결에 관한 쌍방의 의사의 합치가 없어 참가인과 원고들 사이의 근로관계는 성립하지 아니한다고 할 것이다.

다) 이와 달리 참가인의 공고문의 내용을 근로계약의 청약으로 선해하더라도(원고 조○○의 경우에는 고용보장을 약속한 현장 근로자 32명에 포함되어 있지 아니하므로, 애초부터 청약이 있었던 것으로도 볼 수 없다), 승낙의 기간을 정한 계약의 청약은 청약자가 그 기간 내에 승낙의 통지를 받지 못한 때에는 그 효력을 잃는 바(민법 제528조 제1항), 공고문 제6항의 기재와 같이 참가인이 승낙의 기간을 2009.12.31. 18:00까지로 명시하였고, 그 기간 내에 원고들로부터 승낙의 통지를 받았다고 볼 만한 아무런 증거가 없는 이상, 참가인의 위 청약은 효력을 잃게 되었다고 할 것이다(이와 별도로 참가인과 현장 근로자 29명 사이에 2010.1.4. 체결된 각 근로계약은 참가인의 위 청약의 효력이 상실된 이후 별도로 근로계약 체결에 관한 쌍방의 의사의 합치가 있어 근로관계가 성립된 것으로 봄이 상당하다).

라) 설령 참가인이 승낙의 기간을 2010.1.4.까지로 연장해 준 것으로 보더라도, 원고들이 참가인에게 신규채용에 필요한 서류를 제출하는 등의 방법으로 승낙의 통지를 하였는지에 관하여 갑 제30호증의 1 내지 5의 각 기재 및 당심 증인 최○○, 이○○의 각 일부 증언만으로는 이를 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 참가인의 위 청약은 마찬가지로 효력을 잃게 되었다고 할 것이고, 결국 원고들의 명시적·묵시적 승낙 여부를 나아가 살필 필요 없이 근로계약 체결에 관한 쌍방의 의사의 합치가 없어 참가인과 원고들 사이의 근로관계는 성립하지 아니한다고 할 것이다.

### 3) 소결론

따라서 참가인이 원고들의 고용을 승계하지 아니하였고 고용승계의무를 부담하지도 아니하며, 나아가 참가인과 원고들 사이의 근로관계도 성립하지 아니하였음을 전제로, 참가인이 원고들을 부당해고한 것이 아니라고 본 이 사건 재심판정은 적법하다.

### 3. 결론

그렇다면, 원고들의 청구는 이유 없어 이를 모두 기각하여야 할 것인바, 제1심 판결 중 원고 박○○, 이○○, 조○○에 대한 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 취소하고, 원고 박○○, 이○○, 조○○의 청구를 각 기각하고, 원고 조○○의 항소를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사 강민구(재판장) 이현수 허경호

## 2 위탁관리업체 근로자에 대한 입주자대표회의 사용자성 부정

☞ 대법원 1999. 7. 12. 선고 99마628 판결

### » 요 지 «

1. 아파트 입주자 대표회의와 사이에 위수탁관리계약을 체결한 아파트 관리업자의 대리인인 관리소장이 관리사무소에서 근무하게 된 직원들과 근로계약을 체결하였다면 그 직원들은 아파트 관리업자의 피용인이라고 할 것이므로, 아파트 관리업자와 위수탁관리계약을 체결하였을 뿐인 아파트 입주자 대표회의가 직원들에 대하여 임금지급의무가 있는 사용자로 인정되기 위하여는 그 직원들이 관리사무소장을 상대방으로 하여 체결한 근로계약이 형식적이고 명목적인 것에 지나지 않고, 직원들이 사실상 입주자 대표회의와 종속적인 관계에서 그에게 근로를 제공하며, 입주자 대표회의는 그 대가로 임금을 지급하는 사정 등이 존재하여 관리사무소 직원들과 입주자 대표회의와 사이에 적어도 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가되어야 한다.
2. 아파트 입주자 대표회의가 아파트 관리업자와 체결한 위수탁관리계약상의 지위에 기한 감독권의 범위를 넘어 일부 직원의 채용과 승진에 관여하거나 관리사무소 업무의 수행상태를 감독하기도 하고, 또 관리사무소 직원들의 근로조건인 임금, 복지비 등의 지급수준을 독자적으로 결정하여 오기는 하였으나, 관리업자 혹은 그를 대리한 관리사무소장이 근로계약 당사자로서 갖는 관리사무소 직원들에 대한 임면, 징계, 배치 등 인사권과 업무지휘명령권이 모두 배제 내지 형해화되어 그 직원들과 체결한 근로계약이 형식적인 것에 지나지 않는다고 할 수 없고, 또 입주자 대표회의가 관리사무소 직원들의 업무내용을 정하고 그 업무수행 과정에 있어 구체적·개별적인 지휘·감독을 행하고 있다고 볼 수도 없는 경우, 입주자 대표회의가 그 관리사무소 직원들과 근로계약관계에 있는 사용자라고 볼 수 없다.

### 【참조조문】

- [1] 근로기준법 제14조, 제15조, 주택건설촉진법 제38조, 제39조, 공동주택관리령 제3조, 제10조, 제15조
- [2] 근로기준법 제14조, 제15조, 주택건설촉진법 제38조, 제39조, 공동주택관리령 제3조, 제10조, 제15조

### 【참조판례】

- [1] 대법원 1972. 11. 14. 선고 72다895 판결(집20-3, 민104)
- 대법원 1996. 6. 11. 선고 96누1504 판결(공1996하, 2211)

【재항고인】 이○○ 외 177인 (재항고인들 소송대리인 변호사 이경우 외 1인)

【상대방】 ○○아파트 입주자대표회의 (소송대리인 법무법인 천지인 담당변호사 유철균 외 8인)

【원심결정】 서울고법 1999. 1. 11.자 98라305 결정

» 주 문 «

재항고를 모두 기각한다.

» 이 유 «

재항고이유를 판단한다.

1. 피신청인과 1994. 6. 30. 신청외 ○○기업 주식회사(이하 신청외 ○○라고 한다) 사이에 체결된 위수탁관리계약은, 그 계약서의 내용을 살펴보면, 기본적으로 피신청인이 서울 강남구 대치동 소재 ○○아파트에 대한 관리업무를 주택관리업자인 신청외 ○○에게 위탁하고, 신청외 ○○는 수탁업무를 위 아파트 입주자의 비용부담하에 그의 책임으로 그의 직원을 사용하여 수행하고 보수로서 평당 30원씩의 수탁비를 지급받기로 하는 내용의 약정으로서, 비록 그 계약서에 재항고이유에서 들고 있는 바와 같은 신청외 ○○가 설치하는 아파트관리기구의 조직과 인원에 대하여 피신청인의 승인을 얻어야 하고, 신청외 ○○는 각 직원의 임명, 직원의 급여와 퇴직급여의 지급, 관리비 부과 및 모든 경비의 지출에 있어 피신청인의 동의 혹은 승인을 받아야 하며, 직원에 대한 피신청인의 해임요구에 즉시 응하고, 매월 경비 집행과 자금관리에 관한 사항을 보고하여야 한다는 규정 등을 두고 있다고 하여도, 위 계약이 형식상의 위수탁관리계약에 불과하고 피신청인이 실질적으로 위 아파트의 관리사무소에 근무하는 직원들에 대한 인사권, 업무지휘명령권 등을 행사한다는 내용의 것이라고 볼 수는 없다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고 거기에 계약의 내용과 해석에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로 이에 관한 재항고이유의 주장은 이유 없다.

2. 이 사건 아파트의 관리사무소장 임명에 관하여 피신청인이 재항고이유의 주장과 같은 경위로 관여한 적이 있다고 하더라도 관리사무소장은 그 신분이 신청외 ○○ 소속 직원으로서 수탁한 관리업무를 수행하는 위 아파트 관리사무소의 업무를 총괄하는 권한을 부여받은 신청외 ○○의 대리인임은 기록상 분명하고, 관리사무소장과 근로계약을 체결하고 채용되어 위 관리사무소에서 근무하게 된 직원들인 신청인들은 어디까지나 신청외 ○○의 피용인이라고 할 것인바, 이러한 신청인들에 대하여 신청외 ○○와 위수탁관리계약을 체결하였을 뿐인 피신청인이 임금지급의무가 있는 사용자로 인정되기 위하여는 신청인들이 관리사무소장을 상대방으로 하여 체결한 근로계약이 형식적이고 명목적인 것에 지나지 않고, 신청인들이 사실상 피신청인과 종속적인 관계에서 그에게 근로를 제공하며, 피신청인은 그 대가로 임금을 지급하는 사정 등이 존재하여 신청인들과 피신청인과 사이에 적어도 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가되지 않으면 안된다(대법원 1972. 11. 14. 선고 72다895 판결, 1996. 6. 11. 선고 96누1504 판결 등 참조).

기록에 의하면 피신청인이 위 관리사무소의 새로운 직책인 기술실장의 채용이나 신규 직원 채용의 보류, 관리계장과 관리주임 혹은 경비반장의 승진을 의결하기도 하고, 일부 신규 직원의 채용과 경비반장의 승진을 위한 면접에 피신청인의 대표자인 회장과 간부들이

참여하였으며, 또 피신청인의 대표자가 연말에 직원을 표창하기도 하고, 관리사무소가 기안하는 신규 직원 채용, 촉탁사원 재임용, 퇴직자 처리, 내부 인사발령, 임금과 중식비, 야식비 등 복지비 및 퇴직금의 지급에 관한 서류에 결재를 하며, 관리사무소로부터 자금집행 및 운용계획, 업무계획과 업무실적 등을 보고받고, 관리사무소장에게 업무지시서를 보내거나 월례회의 의결사항을 통보한 사실, 그리고 피신청인이 신청인들이 속한 노동조합의 임금교섭 상대방이 되어 직원들의 임금액, 복지비 등을 결정하여 온 사실 등을 알 수 있다.

그러나 다른 한편 공동주택관리령 제3조 제1항, 제10조 제6항, 제15조 제1항을 종합하면 관리업자는 입주자대표회의가 결정한 바에 따라 관리업무에 필요한 비용으로 입주자로부터 직원들의 급여, 퇴직금 등 인건비와 제 사무비용, 피복비 등을 포함하는 관리비를 징수하고, 관리대상 공동주택과 부대시설 및 복리시설과 각종 설비의 유지 보수와 안전관리 등을 하는 외에 입주자대표회의에서 결정한 사항의 집행 등을 행하도록 되어 있고, 이 사건 위수탁관리계약서에 의하면 피신청인은 위탁한 관리업무에 필요한 비용의 한도 내지 수액에 관한 별도의 약정을 함이 없이 신청외 ○○에게 관리비의 징수 외에 관리비의 예치, 사용도 위탁하였으므로 신청외 ○○는 수임인으로서 예치된 관리비 중 수탁업무 처리비용으로 매월 지출하는 직원의 임금, 복지비, 퇴직금 등 집행 상황과 그 운용에 관한 사항에 대하여 당연히 피신청인에게 보고의무를 진다 할 것이며, 또한 기록에 의하여 살펴보면 신규 직원의 채용과 직원의 승진은 인건비의 추가 부담을 요하는 사항으로 그 필요성은 관리사무소장에 의하여 제기되고 있고, 그 최종적인 결정은 항상 피신청인의 의사만으로 되는 것이 아니며, 특히 피신청인이 한 경비반장 승진과 신규 직원의 채용 보류에 관한 의결 및 경비반장 선정 참여는 감사 결과 승진자의 자격 등 선정과정에 의혹이 제기되어 해당자를 다시 선정하는 과정과 관리사무소의 임금 및 퇴직금의 과다 지급 등이 문제된 후 이루어진 일이고, 피신청인의 대표자가 결재한 관리사무소의 기안서류는 대부분 관리비와 관계 있는 내용이며, 업무지시서는 입주자들이 제보하거나 건의하는 내용에 불과하고, 한편 신청외 ○○의 대표이사 및 관리사무소장도 각자 직원표창을 실시하고 있고, 관리사무소장은 그가 작성한 취업규칙에 의하여 직원들의 복무질서를 규율하고, 직원들 배치, 근무조 편성 등과 함께 직원들의 구체적인 업무수행에 대한 감독을 행하며, 관리비를 인출하여 직접 직원들에게 임금을 지급하고, 피신청인은 관리사무소장에게 직원에 대한 징계를 요구할 뿐이며, 관리사무소장이 그의 명의로 사업자등록을 하고 직원들을 위하여 산업재해보상 및 의료보험의 보험료, 국민연금부담금을 납부하여 산업재해보상보험, 의료보험, 국민연금관계에서 직원들에 대한 사업자로 하여 왔으며, 신청외 ○○를 대표하여 노동조합과 단체협약을 체결한 사실도 알 수 있다.

위와 같은 제반 사정에 이 사건 위수탁관리계약의 내용을 종합하면, 피신청인은 위수탁관리계약상의 지위에 기한 감독권의 범위를 넘어 일부 직원의 채용과 승진에 관여하거나 관리사무소 업무의 수행 상태를 감독하기도 하고, 또 신청인들의 근로조건인 임금, 복지비 등의 지급 수준을 독자적으로 결정하여 온 점은 인정되지만, 신청외 ○○ 혹은 그를 대리한 관리사무소장이 근로계약 당사자로서 갖는 신청인들에 대한 임면, 징계, 배치 등 인사권과 업무지휘명령권이 모두 배제 내지 형해화되어 신청인들과 체결한 근로계약이 형식적인 것에 지나지 않는다고 할 수 없고, 또 피신청인이 신청인들의 업무내용을 정하고 그 업무수행과정에 있어 구체적·개별적인 지휘·감독을 행하고 있다고 볼 수도 없으므로, 피신청인이 신청인들과 근로계약관계에 있는 사용자라고 할 수 없다.



따라서 피신청인을 신청인들의 사용자로 볼 만큼 피신청인이 실질적으로 신청인들을 지휘·감독한 것으로 볼 수 없다고 한 원심의 결론은 정당하고, 다만 원심이 재항고이유의 주장과 같이 단체협약이 매년 체결되었다고 인정하고, 위에서 본 바와 같은 피신청인의 조치를 모두 감독권의 행사에 해당한다고 단정한 것은 잘못이라고 하겠으나 이는 원심결정에 영향을 미치는 위법이라고 볼 수 없고, 그 밖에 재항고이유의 주장과 같은 근로관계에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 이 부분 재항고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

3. 그러므로 재항고를 모두 기각하기로 관여 법관들의 의견이 일치되어 주문과 같이 결정한다.

대법관 조무제(재판장) 정귀호 김형선(주심) 이용훈

## &lt;5&gt; 공영기업 도급계약에서의 직접 근로관계 부정

## 1 도급에서의 근로관계 부정

☞ 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결

## » 요 지 «

피고(원청)가 업무매뉴얼을 두는 등의 방법으로 ○○기업(사내하도급) 소속 근로자들의 업무에 관여하였지만, ○○기업의 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 ○○기업 소속 근로자들이 중앙제어실에서 함께 근무한 바 있지만, 그 업무 내용이 서로 다르고, ○○기업이 도급 받은 지원설비 운전 등 업무는 피고의 주된 업무인 제품생산과 무관하게 독립적으로 이루어지며, 피고 소속 근로자들의 결원이 발생하여도 ○○기업 소속 근로자들이 그 대체업무를 수행하지 않은 점, 피고가 ○○기업 소속 근로자들을 대상으로 기업내 종업원 교육을 실시한 바 있지만, ○○기업이 필요한 교육을 자체적으로 실시하고, 채용·징계 등에 관한 기본적인 권한을 가지고 원고들에게 임금을 직접 지급하였으며, 피고와는 별도의 독립된 사업주체로서 원고들에 대한 작업 배치권과 변경권을 행사하였고, 조퇴·휴가 등 근태관리를 독자적으로 한 점, 피고가 ○○기업과 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 : 1. 백○○ 2. 이○○

\* 피고, 피상고인 : 주식회사 ○○○엔지 소송대리인 법무법인 세종

\* 원심판결 : 광주고등법원 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 제2조제1호에서 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 '근로자파견'으로 정의하면서, 제6조의2 제1항제3호, 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 ○○기업(이하 '○○기업'이라고 한다) 소속 근로자들의 업무에 관여하였지만, ○○기업의 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 ○○기업 소속 근로자들이 2010.6.부터 2012.5.까지 중앙제어실에서 함께 근무한 바 있지만, 피고 소속 근로자들은 ○○기업의 현장대리인에게 피고의 의뢰사항을 전달하고 이행 여부를 점검하는 업무를, ○○기업 소속 근로자들은 지원설비의 정상운영 여부를 확인하는 업무를 담당하여 그 업무 내용이 서로 다르고, ○○기업이 도급받은 지원설비 운전 등 업무는 피고의 주된 업무인 제품생산과 무관하게 독립적으로 이루어지며, 피고 소속 근로자들의 결원이 발생하여도 ○○기업 소속 근로자들이 그 대체업무를 수행하지 않은 점, ③ 피고가 2007.3.과 2008.4. ○○기업 소속 근로자들을 대상으로 기업내 종업원 교육을 실시한 바 있지만, ○○기업이 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, ④ 피고가 ○○기업과 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 ○○기업이 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 여승무원 사건에서 원청의 사용자성 부정

☞ 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.

### 【참조조문】

[1] 근로기준법 제2조 제1항 제1호 [2] 근로기준법 제2조 제1항 제1호, 민법 제664조

### 【참조판례】

[1] 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결(공2010하, 1664)

### » 전 문 «

【원고, 피상고인】 별지 원고 명단 기재와 같다. (소송대리인 변호사 최성호 외 1인)

【피고, 상고인】 한국○○공사 (소송대리인 법무법인 세종 외 1인)

【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 ○○회(이하 '○○회'라고 한다)나 주식회사 한국○○유통(○○○유통 주식회사로 상호가 변경되었는데, 이하 '○○유통'이라고 한다)이 형식적으로는 피고 측과 체결한 각 위탁협약에 따라 소속 K○○ 여승무원을 사용하여 K○○ 승객서비스업무를 수행한 것과 같은 외관이 있다 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채 피고 측의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 하였을 뿐, 오히려 피고 측이 K○○ 여승무원인 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 타당하므로, 원고들과 피고 측 사이에는 묵시적 근로계약관계가 성립하였다고 판단하였다.

가. 각 위탁협약에 의하면, K○○ 여승무원은 K○○의 여객운송과 관련한 매우 광범위한 업무를 수행하고 그중에는 승객의 안전과 관련된 업무도 포함되어 있는 등 피고 측 소속인 열차팀장의 업무 내용과 K○○ 여승무원의 업무 내용 중 서로 명확히 구분되지 않거나 공통되는 업무가 존재하므로, 열차팀장과 K○○ 여승무원은 상호 공동업무수행자의 지위에서 벗어날 수 없다. 따라서 K○○ 승객서비스업무 중 K○○ 여승무원의 업무를 열차팀장의 업무와 분리하여 이를 도급 형식으로 위탁하는 것은 도급인의 업무 영역과 수급인의 업무 영역이 혼재되어 도급계약의 성질상 허용되지 아니한다.

나. ○○회의 원래 사업 내용이 K○○ 여승무원의 업무와는 관련이 없는 점, ○○회나 ○○유통의 임원진은 피고 측 출신으로 구성되어 있었으며, ○○유통이 피고 측의 자회사인 점, 피고 측은 K○○ 여승무원의 임금 세부항목과 액수를 특정하여 ○○유통 등에 지급하고 ○○유통 등의 일반관리비나 이윤도 산정한 점, 피고 측이 위탁업무 수행에 필요한 시설과 장비를 ○○유통 등에 무상으로 대여한 데 반하여 ○○유통 등은 K○○ 여승무원의 업무를 위한 별도의 물적 시설이나 장비를 갖추지 못하였던 점 등에 비추어 보면, ○○유통 등은 K○○ 여승무원의 업무에 관하여 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하였다.

다. ○○유통 등이 K○○ 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 K○○ 여승무원의 업무 수행 확인 및 평가를 시행하도록 되어 있는 반면에 K○○ 여승무원에 대한 감독업무를 수행하는 ○○유통 등의 책임자는 K○○에 거의 승차하지 않은 점, 피고 측에서 KTX 여승무원에 대한 시정사항을 통보하고 그 시정요구에 따라 ○○유통 등이 징계처분을 한 뒤 피고 측에 통보한 적이 있는 점, ○○유통 등이 형식적으로 승무교번표를 작성하기는 하나 실제로는 피고 측이 K○○ 여승무원의 근무시간 등을 결정한 것으로 보이는 점, 피고 측이 작성하여 배포한 'K○○ 승무원 서비스 매뉴얼'에는 K○○ 여승무원의 복장과 메이크업 등에 관하여 세부적인 사항이 명시된 점 등에 비추어 보면, K○○ 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 K○○의 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 ○○유통 등과 체결한 위탁협약에 따라 ○○유통 등에 소속된 K○○ 여승무원의 담당 업무로 지정하였다.
- 2) 열차팀장의 업무와 K○○ 여승무원의 업무가 넓게는 K○○ 차량이라는 동일한 공간 내에서 수행되고 서로 협조할 여지가 전혀 없는 것은 아니나, 각 업무의 내용이나 영역은 구분되어 있었고, 실제로도 열차팀장이 K○○ 차량 전부를 순회·감시하면서 안전업무를 수행한 것과 비교하여, K○○ 여승무원은 이와 별도로 각 담당 구간을 순회하면서 승객 응대 등의 업무를 독자적으로 수행한 것으로 보인다. 그리고 각 위탁협약에 의하면, 화재 등의 비상사태가 발생할 경우 K○○ 여승무원도 열차팀장의 지시를 받아 화재진압 및 승객대피 등의 활동에 참여하게 되어 있었지만, 이는 이례적인 상황에서 응당 필요한 조치에 불과하고 K○○ 여승무원의 고유 업무에서 차지하는 비중도 낮았다.
- 3) ○○유통 등이 피고 측의 유관단체이거나 자회사라는 사실은 각 위탁협약의 진정성을 의심하게 하는 사유가 될 수도 있으나, 각자의 사업만큼은 피고 측과 독립하여 영위한 것으로 보인다. 한편 ○○유통 등이 자체적으로 세운 임금지급기준에 따라 K○○ 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, ○○유통 등은 K○○ 승무사업본부나 승무본부를 따로 설치하고 피고 측으로부터 사무실을 임차하는 한편 K○○ 여승무원의 제복과 휴대용 가방 등의 자재를 직접 구입하여 배부하기도 하였다. ○○유통 등이 K○○ 여승무원의 업무를 위하여 필요한 시설과 장비를 미리 새로 구입하는 대신 피고 측에서 확보하고 있던 시설과 장비를 활용하기로 한 것도 비용과 효율 측면에서는 수공이 갈 만한 조치이다.
- 4) ○○유통 등은 '고속철도승무원 운용지침' 등의 규정을 마련한 후 그에 근거하여 K○○ 여승무원의 채용·승진·직급체계를 결정하였고, 자체 교육계획을 수립하여 직접 교육 및 근무평가를 실시하였다. 이 과정에서 피고 측 소속 직원 일부가 채용면접관으로 참여하거나 K○○ 여승무원이 피고 측의 위탁교육을 받은 적이 있다고 하더라도 그러한 사실은 ○○유통 등이 채용 및 교육의 주체라는 점을 부인하는 근거로 삼기에는 부족해 보인다. 아울러 열차팀장이 K○○ 여승무원의 업무 수행을 확인하도록 되어 있는 것은 K○○ 여승무원에 대한 업무상 감독이라기보다는 위탁협약의 당사자가 보유한 권리의 행사로서 K○○ 승객서비스업무가 위탁협약의 내용에 맞추어 제대로 이행되었는지를 확인하고 감수하는 절차라고 이해할 수 있고, ○○유통 등이 피고 측의 시정요구에 따라 징계처분을 한 사실만으로는 ○○유통 등이 독자적으로 인사권을 행사하였다는 점을 부

정하기는 어렵다. 나아가 피고 측에서 확정하는 열차운행표(일명 '기준 다이어')는 K○○의 운행 내용만을 제공할 뿐 K○○ 여승무원의 구체적인 출퇴근시간이나 승무시간, 배치순서는 ○○유통 등이 작성하는 승무교번표를 통하여 비로소 확정되었다. 'K○○ 승무원 서비스 매뉴얼' 등의 제공 역시 피고 측이 위탁협약 당사자의 지위에서 업무의 표준을 제시하여 K○○ 승객서비스업무가 균질적으로 수행되도록 노력해 달라고 ○○유통 등에 주문하는 취지로 못 볼 바 아니다.

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

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

- 다. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 사정만을 들어 ○○유통 등이 K○○ 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



## 제11장 비정규직 차별시정

### 1. 차별적 처우와 시정 신청기간 등

#### 1 차별적 처우의 금지

☞ 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결

#### » 요 지 «

1. 기간제 근로자에 대하여 차별적 처우가 있었는지를 판단하기 위한 비교 대상 근로자로 선정된 근로자의 업무가 기간제 근로자의 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, 특별한 사정이 없는 이상 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 할 것이다.
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 기간제 근로자와 비교 대상 근로자를 다르게 처우함으로써 기간제 근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하고, 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 것이다. 그리고 합리적인 이유가 있는지 여부는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 처우의 내용 및 사용자가 불리한 처우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제 근로자의 고용형태, 업무의 내용과 범위·권한·책임, 임금 그밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
3. 원고가 참가인들에 대한 중식대와 통근비를 비교 대상 근로자인 영업마케팅·내부통제점검자 및 자점검사전담자에 대한 중식대와 통근비보다 적은 금액으로 책정하여 지급한 것은 불리한 처우에 해당하고, 중식대와 통근비가 실비변상의 성격을 가진 점, 원고가 텔러직, 지원직 등 다른 기간제 근로자들에게도 중식대와 통근비를 지급한 사정에 비추어 이들 수당을 장기근속 유도와 직접 연관시키기 어려운 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 위와 같이 원고가 참가인들에게 중식대와 통근비를 불리하게 지급한 데에 합리적인 이유가 있는 것으로 볼 수 없다.

\* 원고, 상고인 겸 피상고인 : 주식회사 ○○은행

\* 피고, 피상고인 겸 상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 원심판결 : 서울고등법원 2011. 1. 28. 선고 2010누20241 판결

## » 주 문 «

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 상고인 각자가 부담한다.

## » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

### 1. 원고의 상고이유에 대하여

#### 가. 상고이유 제1점에 대하여

기간제 및 단시간근로자 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 비교 대상 근로자로 '당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자'를 들고 있다.

비교 대상 근로자로 선정된 근로자의 업무가 기간제 근로자의 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, 특별한 사정이 없는 이상 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 할 것이다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심판결을 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고가 임금피크제 직원 중 영업마케팅 업무와 내부통제점검 업무를 겸임하는 직원(이하 '영업마케팅·내부통제점검자'라고 한다)에게 명목상으로는 영업마케팅업무를 주된 업무로, 내부통제점검 업무를 부수적 업무로 부여하였으나, 영업마케팅 업무에 관하여 아무런 관리·감독을 하지 않았고, 영업마케팅 실적을 업무 성과 평가의 중요 요소로 고려하지 않은 것으로 보이며, 실제로 그들의 영업실적도 미미한 데 비해, 내부통제점검 업무는 매일 수행 결과를 기록하도록 하는 등 제대로 수행된 것으로 보이는 점, 원고는 임금피크제 직원을 자점검사전담자로 임명하여 기간제 근로자인 내부통제점검자가 맡았던 내부통제점검 업무를 수행하도록 한 점 등을 종합하여 보면, 영업마케팅·내부통제점검자와 자점검사전담자는 내부통제점검자인 피고보조참가인들(이하 '참가인들'이라고 한다)과 동종 또는 유사한 업무를 수행한 것으로 인정할 수 있어 기간제법 제8조 제1항이 정한 비교 대상 근로자에 해당한다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 법리오해 등의 위법이 없다.

#### 나. 상고이유 제2점에 대하여

기간제법 제2조 제3호는 차별적 처우를 "임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유

없이 불리하게 채우하는 것”으로 정의하고 있다.

여기서 불리한 채우라 함은 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제 근로자와 비교 대상 근로자를 다르게 채우함으로써 기간제 근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하고, 합리적인 이유가 없는 경우라 함은 기간제 근로자를 달리 채우할 필요성이 인정되지 아니하거나, 달리 채우할 필요성이 인정되는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 의미한다고 할 것이다. 그리고 합리적인 이유가 있는지 여부는 개별 사안에서 문제가 된 불리한 채우의 내용 및 사용자가 불리한 채우의 사유로 삼은 사정을 기준으로 기간제 근로자의 고용형태, 업무의 내용과 범위·권한·책임, 임금 그 밖의 근로조건 등의 결정요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심판결을 인용하여, 원고가 참가인들에 대한 중식대와 통근비를 비교 대상 근로자인 영업마케팅·내부통제점검자 및 자점검사전담자에 대한 중식대와 통근비보다 적은 금액으로 책정하여 지급한 것은 불리한 채우에 해당하고, 중식대와 통근비가 실비변상의 성격을 가진 점, 원고가 텔러직, 지원직 등 다른 기간제 근로자들에게도 중식대와 통근비를 지급한 사정에 비추어 이들 수당을 장기근속 유도과 직접 연관시키기 어려운 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 위와 같이 원고가 참가인들에게 중식대와 통근비를 불리하게 지급한 데에 합리적인 이유가 있는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 법리오해 등의 위법이 없다.

## 2. 피고의 상고이유에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심판결을 인용하여, 영업마케팅·내부통제점검자의 연보수는 임금피크제 전환 전 연보수의 50% 또는 42%로 정해지고, 위와 같이 정해진 약정 연보수의 80%는 기본급 등으로, 나머지 20%는 변동성과급(성과 평가 G등급기준)으로 각 지급하게 되어 있으므로, 변동성과급은 개념상 고정된 연보수에 추가로 지급되는 것이 아니라 그 자체가 연보수의 일부분을 구성하는 것인 점, 이러한 이유로 영업마케팅·내부통제점검자가 성과 평가에서 중간 등급인 G등급을 받을 경우 약정 연보수를 그대로 받을 뿐이고, 그보다 낮은 C등급이나 D등급을 받으면 오히려 연보수가 95% 내지 90% 수준으로 삭감되므로, 위 변동성과급은 정해진 보수에 추가하여 지급되는 텔러직 등 다른 기간제 근로자에 대한 변동성과급과는 성격이 매우 다른 점, 영업마케팅·내부통제점검자는 결국 약정 연보수를 기준으로 90% 내지 110%에 해당하는 연보수를 받게 되는데, 이는 근로자들의 전년도 실질 성과를 다음 연도에 반영하여 근로자들로 하여금 장기간에 걸쳐 지속적으로 업무수행능력을 향상하도록 유도하기 위한 것으로 볼 수 있는 점, 참가인들을 비롯한 내부통제점검자의 보수체계는 애초부터 영업마케팅·내부통제점검자처럼 약정된 연보수를 전제로 하여 이를 기본급과 변동성과급으로 나누어 지급하는 형태로 구성되어 있지 않기 때문에 이 사건 재심판정에서 명한 바와 같이 원고가 참가인들에게 연보수의 20%에 해당하는 금액을 변동성과급으로 지급하게 되면 참가인들은 당초 연보수의 120%를 받는 것이 되어 영업마케팅·내부통제점검자보다 오히려 높은 비율의 성과급을 받게 되는 점 등을 종합하여 보면, 원고가 2009.2.10. 참가인들의 비

교 대상 근로자인 영업마케팅·내부통제점검자에게 지급한 이 사건 변동성과급은 참가인들에게 적용될 수 있는 성격의 보수라 할 수 없으므로 이를 참가인들에게 지급하지 아니한 것은 합리적인 이유가 있다고 판단하였다.

앞서 본 합리적인 이유의 판단 방법에 관한 법리와 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 법리오해 등의 위법이 없다.

### 3. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자 각자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 민일영(재판장) 이인복 대법관 박보영(주심) 김 신

## 2 기간제법상 차별적 처우의 의미

☞ 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011두2132 판결

### » 요 지 «

1. 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 보수 규정보다 불리한 내용의 계약 인력관리지침에 기초하여 계속적으로 이루어진 것으로서 기간제근로자보호법 제9조 제1항 단서가 정한 '계속되는 차별적 처우'에 해당한다.
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.

원고 은행의 영업마케팅 및 내부통제점검 직원은 내부통제점검자인 이 사건 근로자들과 동종 또는 유사한 업무를 수행한 것으로 인정할 수 있어 기간제근로자보호법 제8조 제1항이 정한 비교 대상 근로자에 해당한다

3. 원고 은행이 이 사건 근로자들에게 정규직인 비교 대상 근로자보다 불리하게 통근비, 중식대를 차별 지급하였으며, ① 통근비와 중식대는 실비변상적인 것으로서 업무의 범위나 난이도, 업무량 등에 따라 차등 지급할 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 없다.

### » 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 단서 가 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 계약 인력관리지침에 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 기간제 근로자의 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 제1심 판결을 인용하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 원고 은행이 임금피크제를 실시하면서 그 대상 직원 중 영업마케팅 업무와 내부통제점검 업무를 겸임하는 직원(이하 ‘영업마케팅 및 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 내부통제 점검 업무는 제대로 수행된 것으로 보이는 점, ② 원고 은행이 영업마케팅 및 내부통제 점검 직원들에

대한 평가에서 영업마케팅 업무의 성과를 중요 요소로 고려하지 않은 것으로 보이는 점, ③ 이 사건 근로자들은 영업마케팅 및 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 및 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 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 결정 요소 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

- (2) 원심은 제1심 판결을 인용하여, 원고 은행이 이 사건 근로자들에게 정규직인 비교 대상 근로자보다 불리하게 통근비, 중식대를 차별 지급한 사실을 인정한 다음, ① 통근비와 중식대는 실비변상적인 것으로서 업무의 범위나 난이도, 업무량 등에 따라 차등 지급할 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. 결론

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

대법관 박일환(재판장) 신영철 민일영(주심) 박보영

### 3 차별시정 신청기간과 계속되는 차별적 처우

☞ 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 종료일부터 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 : 서울고등법원 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(계속되는 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 대하



여 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

#### 4 기간제 근로계약 만료 시 차별시정 신청 이익

☞ 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, 기간제 근로자 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 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 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 : 원고

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 피고보조참가인 1외 3인

\* 원심판결 : 서울고등법원 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 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.

나. 원심은 판시와 같은 이유를 들어, 근로계약기간 만료 등으로 사용자와 근로관계가 종료 하더라도 기간제근로자가 차별적 처우의 시정을 구할 시정이익은 소멸하지 않는다고 판단 하여, 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 대법원 판결들은 이 사건과 사안이 다르므로, 이 사건에 원용 하기에 적절하지 아니하다.

## 2. 상고이유 제2점에 대하여

기간제법 제8조제1항은 기간제근로자에 대한 차별적 처우가 있었는지를 판단하기 위한 비교 대상 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 내용에서는 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 원심 판단에 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 기간제근로자를 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 사정만으로 차별적 처우의 합리적인 이유는 될 수 없다는 사정 등을 인정한 다음, (2) 이러한 사정들을 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. 결론

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. 차별적 처우의 판단

### 1 장기근속수당 지급을 위한 근속기간 산정

☞ 대법원 2014. 9. 24. 선고 2012두2207 판결

#### » 요 지 «

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법'이라 한다) 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. 즉 이 사건에서 원고들이 기간제법상 불리한 처우를 받았는지 여부를 판단하기 위해서는 원고들이 정규직으로 전환된 후의 상황을 고려해서는 안 되고, 이 사건 비교대상 근로자들 역시 그들의 과거 기간제 근무 경력을 고려 대상으로 삼아서는 안 되며, 단지 원고들의 '기간제 근무기간'과 이 사건 비교대상 근로자들의 '정규직 근무기간'만을 비교 대상으로 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 포함됨에 반하여, 원고들의 경우 그 '기간제 근무기간'이 장기근속수당 산정에 필요한 근속기간에 포함되지 아니하였으므로, 그 자체로 원고들은 이 사건 비교대상 근로자들에 비하여 불리한 처우를 받았다고 봄이 상당하다.

\* 원고, 상고인 : 원고 1 외 2인

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 한국○○공사

\* 원심판결 : 서울고등법원 2011. 12. 23. 선고 2011누17518 판결

#### » 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고들이 부담한다.

#### » 이 유 «

##### 1. 원심의 판단

원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심 판결의 이유를 인용하여, 원고들이 기간제 및 단시간근로자 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, 원고 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 비교 대상 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 공로 보상적 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 사건 비교대상 근로자들 역시 그들의 과거 기간제 근무경력을 고려 대상으로 삼아서는 안 되며, 단지 원고들의 '기간제 근무기간'과 이 사건 비교대상 근로자들의 '정규직 근무기간'만을 비교 대상으로 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 것 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. 결론

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



## 2 국가기관 근무 기간제근로자에 대한 차별적 처우

☞ 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 기능근무원은 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 기능근무원 모두 조리업무를 주된 업무로 하고, 조리직렬 기능근무원의 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 : 서울고등법원 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 기능근무원은 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 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.

원심은 참가인과 조리직렬 기능근무원 모두 조리업무를 주된 업무로 하고, 조리직렬 기능근무원의 경우 참가인과 달리 행정업무를 수행하고 교육과 훈련에 참가하기는 하나 이는 부수적

인 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 개별 사안에서 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. 결론

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

대법관 박보영(재판장) 민일영 김신 권순일(주심)

☞ 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두6592 판결

» 요 지 «

1. 이 사건 정근수당 및 정근수당가산금은 장기근속을 유도하기 위해 1년 이상 근속한 근무원들에게 지급하는 것으로서 원고와 같이 1년 단위로 근로계약을 체결한 근로자는 위 각 수당의 지급대상이 될 수 없으므로, 위 각 수당을 원고에게 지급하지 아니한 데에 합리적인 이유가 있다.
2. 이 사건 직급보조비와 가계지원비는 지급 대상자의 직급에 따르는 책임의 대가로서 지급되거나 업무수행의 대가로서 임금 보전을 위해 지급되는 것인데, 원고의 비교대상 근로자인 조리직렬 기능근무원은 조리업무 외에도 행정업무를 수행하거나 소속 부대 훈련 및 교육에 참여하는 등 담당 업무의 범위와 책임 등이 민간조리원과 차이가 있어 원고에게 위 각 수당을 지급하지 아니한 데에 합리적인 이유가 있다.
3. 이 사건 가족수당과 정액급식비, 교통보조비는 계속적·정기적으로 지급되는 확정된 급여로서 임금에 해당하고, 따라서 이들 수당 지급과 관련된 차별적 처우는 기간제법 제9조제1항 단서가 정한 '계속되는 차별적 처우'에 해당함을 전제로, 2007.7.1.부터 2009.2.10.까지의 이들 수당 지급과 관련된 차별적 처우는 이 사건 차별시정 신청일 당시에 아직 종료하지 아니하였으므로 이 부분에 대한 원고의 차별시정 신청은 적법하다.

\* 원고, 피상고인 겸 상고인 : A

\* 피고, 상고인 겸 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 : 대한민국

\* 원심판결 : 서울고등법원 2011.1.27. 선고 2010누22940 판결

» 주 문 «

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 각자 부담한다.

» 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 원고의 상고이유에 대하여

- 가. 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법'이라고 한다)은 제8조제1항에서 "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 대한 차별적 처우를 금지하고, 제

2조제3호에서 차별적 처우를 임금 그 밖의 근로조건 등에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것으로 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 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 참조).

- 나. 원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 정근수당 및 정근수당가산금은 장기근속을 유도하기 위해 1년 이상 근속한 근무원들에게 지급하는 것으로서 원고와 같이 1년 단위로 근로계약을 체결한 근로자는 위 각 수당의 지급대상이 될 수 없으므로, 위 각 수당을 원고에게 지급하지 아니한 데에 합리적인 이유가 있다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 법리오해 등의 잘못이 없다.

- 다. 원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 직급보조비와 가계지원비는 지급대상자의 직급에 따르는 책임의 대가로서 지급되거나 업무수행의 대가로서 임금 보전을 위해 지급되는 것인데, 원고의 비교대상 근로자인 조리직렬 기능근무원은 조리업무 외에도 행정업무를 수행하거나 소속 부대 훈련 및 교육에 참여하는 등 담당 업무의 범위와 책임 등이 민간조리원과 차이가 있어 원고에게 위 각 수당을 지급하지 아니한 데에 합리적인 이유가 있다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 법리오해 등의 잘못이 없다.

- 라. 원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 성과상여금에 대한 차별시정의 신청은 기간제법 제9조제1항이 정한 신청기간을 초과하여 부적법하다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 법리오해 등의 잘못이 없다.

## 2. 피고와 피고보조참가인의 상고이유에 대하여

구 기간제법(2012.2.1. 법률 제11273호로 개정되기 전의 것) 제9조제1항은 “기간제 근로자 또는 단시간 근로자는 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”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

된다. 한편 사용자가 계속되는 근로제공에 대하여 기간제 근로자 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 타당하다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2010두3237 판결 참조).

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 가족수당과 정액급식비, 교통보조비는 계속적·정기적으로 지급되는 확정된 급여로서 임금에 해당하고, 따라서 이들 수당 지급과 관련된 차별적 처우는 기간제법 제9조제1항 단서가 정한 '계속되는 차별적 처우'에 해당함을 전제로, 2007.7.1.부터 2009.2.10.까지의 이들 수당 지급과 관련된 차별적 처우는 이 사건 차별시정 신청일 당시에 아직 종료하지 아니하였으므로 이 부분에 대한 원고의 차별시정 신청은 적법하다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 법리오해 등의 잘못이 없다.

### 3. 결론

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

대법관 박보영(재판장) 민일영 김신 권순일(주심)

### 3. 비교 대상 근로자 판단

#### 1 비정규직 차별시정제도가 요구하는 비교대상 근로자의 의미

☞ 서울고등법원 2016. 7. 8. 선고 2015누62561 판결

#### » 요 지 «

1. 기간제법 제8조의 차별금지 의무는 원칙적으로 사용자에게 부과되기 때문에 비교대상 근로자는 동일한 사용자에게 고용된 근로자에 한정된다는 점에서, 원고에 의해 고용되어 이 사건 회사에서 이 사건 근로자들과 유사한 업무에 종사하고 근무기간도 비교적 근사(近似)한 정규직 딜러가 존재함에도 그러한 비교대상 근로자를 배제하고 직제 상으로도 존재하지 아니하고 존재할 가능성도 없는 가상의 비교대상 근로자를 상정하여 그를 비교대상 근로자로 선정하여야 한다는 피고의 주장은 합리적 근거가 없는 것이어서 받아들일 수 없다.
2. 원고의 딜러 양성 및 고용형태나 임금지급 체계에 있어서 정규직 딜러와 이 사건 근로자들 사이에는 상당한 차이가 있는 것으로 보이는 점, 기간제 딜러인 이 사건 근로자들에게 법정수당 외에 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료도 지급하게 되면 총액을 기준으로 보았을 때 외부 근무경력이 1년인 기간제 근로자가 사원 1호봉의 정규직 딜러보다 더 많은 임금을 받게 되어 이들 사이에 역차별이 발생할 수 있다는 점, 이 사건 근로자들이 호텔봉사료를 지급받지 못할 수 있음을 인식한 상태에서 원고와 근로계약을 체결한 것으로 보이는 점 등에 비추어 볼 때 이 사건 근로자들에게 호텔봉사료를 지급하지 아니하는 것에도 나름의 합리적 이유는 있다고 볼 수 있다.

\* 원고, 피항소인 : 주식회사 ○○랜드

\* 피고, 항소인 : 중앙노동위원회위원장

\* 제1심판결 : 서울행정법원 2015. 9. 24. 선고 2015구합64053 판결

#### » 주 문 «

1. 피고의 항소를 기각한다. 2. 항소비용은 피고가 부담한다.

#### » 청구취지 및 항소취지 «

##### 1. 청구취지

중앙노동위원회가 2015.4.13. 원고와 김○수, 장○균, 조○섭, 임○섭, 공○수 사이의 2015 차별2 차별시정 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

##### 2. 항소취지

제1심 판결을 취소하고, 원고의 청구를 기각한다.

## » 이 유 «

## 1. 제1심 판결의 인용

이 법원이 이 사건에 관하여 적을 판결 이유는, '비교대상 근로자 선정'과 관련된 피고의 주장에 대한 아래와 같은 보충 판단을 추가하고 '합리적 이유의 유무'와 관련된 판단 이유를 추가하는 외에는 제1심 판결의 이유 기재와 같으므로 행정소송법 제8조제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 인용한다(피고가 항소하면서 당심에서 주장하는 사유는 기본적으로 제1심에서 주장한 내용과 크게 다르지 아니하고, 제1심 및 당심에서 제출된 증거를 모두 살펴보더라도 피고의 주장을 배척한 제1심의 판단은 정당하다).

## 【보충 판단】

- ◆ 제1심 판결문 제7쪽 9행의 “그러나 ...” 부터 12행의 “ ... 받아들일 수 없다.”까지의 부분을 다음과 같이 고쳐 씀.

“그러므로 살피건대, 앞서 본 바와 같이 원고의 직제 상 정규직 달러 중 사원 1호봉보다 낮은 호봉의 직원이 존재하지 아니하고, 1년 내지 1년 6개월 정도 기간제 달러로 근무한 사람 중 일부를 정규직 달러로 전환시키는 원고의 달러 채용 시스템 상 현실적으로는 사원 1호봉의 정규직 달러도 존재하기 어렵다는 점에서 피고가 주장하는 비교대상 근로자, 즉 마이너스 호봉(-1 내지 -2호봉)의 정규직 달러는 이 사건 회사에 존재하거나 존재할 수 있는 정규직 달러가 아니다. 기간제법 제8조의 차별금지 의무는 원칙적으로 사용자에게 부과되기 때문에 비교대상 근로자는 동일한 사용자에게 고용된 근로자에 한정된다는 점에서, 원고에 의해 고용되어 이 사건 회사에서 이 사건 근로자들과 유사한 업무에 종사하고 근무기간도 비교적 근사(近似)한 정규직 달러가 존재함에도 그러한 비교대상 근로자를 배제하고 직제 상으로도 존재하지 아니하고 존재할 가능성도 없는 가상의 비교대상 근로자를 상정하여 그를 비교대상 근로자로 선정하여야 한다는 피고의 주장은 합리적 근거가 없는 것이어서 받아들일 수 없다.”

- ◆ 제1심 판결문 제14쪽 11행 다음에 아래와 같은 판결 이유를 추가함.

“(5) 피고는, 원고가 이 사건 근로자들에게 호텔봉사료를 지급하지 아니한 것에는 어떠한 합리적인 이유도 없다는 취지의 주장을 하지만, 앞서 본 바와 같이 ① 원고의 달러 양성 및 고용형태나 임금지급 체계에 있어서 정규직 달러와 이 사건 근로자들 사이에는 상당한 차이가 있는 것으로 보이는 점, ② 기간제 달러인 이 사건 근로자들에게 법정수당 외에 설·하계휴가·추석·연말 특별상여금, 호텔봉사료도 지급하게 되면 총액을 기준으로 보았을 때 외부 근무경력이 1년인 기간제 근로자가 사원 1호봉의 정규직 달러보다 더 많은 임금을 받게 되어 이들 사이에 역차별이 발생할 수 있다는 점, ③ 이 사건 근로자들이 호텔봉사료를 지급받지 못할 수 있음을 인식한 상태에서 원고와 근로계약을 체결한 것으로 보이는 점(갑 제6호증) 등에 비추어 볼 때 이 사건 근로자들에게 호텔봉사료를 지급하지 아니하는 것에도 나름의 합리적 이유는 있다고 볼 수 있다.”

## 2. 결론

원고의 청구는 이유 있으므로 이를 인용하여야 할 것인데, 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하다. 따라서 이에 대한 피고의 항소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김홍준(재판장) 김성수 이현수



☞ 서울행정법원 2016. 7. 15. 선고 2016구합51450 판결

» 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 참가인에 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 : 중앙노동위원회 위원장

\* 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 중앙 2015차별17 대한민국(○○사관학교) 차별시정 재심신청 사건에 관하여 한 재심판정을 취소한다.

### » 이 유 «

#### 1. 재심판정의 경위

가. 원고 산하의 ○○사관학교는 「사관학교 설치법」에 따라 설립되어 상시 근로자 약 620명을 사용하여 육군의 장교를 양성하는 고등교육기관이다.

나. ○○사관학교장은 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.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 5호증, 을가 제11호증의 1, 2, 을가 제12호증의 1, 2, 3의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 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 전일까지만 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, 참가인에 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 사서 업무 보조

라는 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) ○○사관학교의 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) ○○사관학교의 도서실은 수서실, 정리실, 기록물관리실, 연속간행물실, 군사자료실, 대출실 등으로 편성되어 각 실마다 1명의 직원이 배치되어 있는데, 참가인은 채용기간 동안 전임자와 마찬가지로 연속간행물실에 배치되어 연속간행물관리원 또는 연속간행물 담당으로 근무하였다.
- 6) 서울지방노동위원회는 2015.7.13. ○○사관학교 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 진술했다.

- 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.

[인정근거] 갑 제1, 2, 8호증, 을가 제1, 2, 4, 6, 9, 10호증, 을나 제1, 2, 3, 6호증(가지번호 있는 것은 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 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 근무원이 담당하게 하던 것에서 기간제 근로자가 담당하게 하는 것으로 직책을 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 ○○사관학교에서 실제로 함께 근무하지 아니하였다고 하더라도 참가인과 전임자의 업무가 동종 또는 유사한 업무에 해당하는 경우 전임자는 기간제법 제8조제1항이 정하는 비교대상 근로자에 해당한다고 할 것인바, 이와 다른 전체에 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 연속간행물 담당의 임무를 모두 수행하였고, 전임자도 이와 같은 업무를 주된 업무로 수행하였다.
- ④ ○○사관학교의 도서실은 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, 개정 된 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 시간외 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 판단하여야 하는바, 군무원인 전임자에게 적용되는 국가공무원법, 군무원인사법, 군인복무규율, 군형법이 사법상 근로계약을 체

결한 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 등이 우수한 사람에게 예산의 범위 내에서 지급되는 것이나, 을가 제9, 10호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, ○○사관학교 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 사정은 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 제수당 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



## 2 비정규직 연구직 근로자에 대한 차별시정에 있어서의 비교 대상자

☞ 대전지방법원 2015. 5. 7. 선고 2014구합101520 판결

### » 요 지 «

이 사건 연구소에서 팀별로 연구과제를 수행할 때, 팀원별 업무분장은 정규직 근로자가 기간제 근로자에게 지시하는 방식이 아니라 공동회의를 통하여 각자의 전문분야에 맞게 결정하는 방식으로 이루어진다고 보이는 점, 이 사건 연구소는 참가인(기간제 근로자)들과 정규직 근로자들의 개인업무평가를 함에 있어서 정규직인지 여부에 따라서가 아니라 논문실적 등에 따라서 평가를 하고 있는 점, 일부 팀에서는 정규직 근로자의 업무로 기재되어 있는 업무가 다른 팀에서는 기간제 근로자의 업무로 기재되어 있는 점 등을 보면, 참가인들과 정규직 근로자들 사이의 업무내용·범위, 책임, 채용조건 등에 있어서 서로 차이가 없다고 보이므로, 참가인들과 정규직 근로자들은 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제8조제1항이 규정하는 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 자들에 해당한다.

\* 원 고 : \*\*\*\*연구원

\* 피 고 : 중앙노동위원회 위원장

\* 피고보조참가인 : 1. 甲 2. 乙 3. 丙 4. 丁

\* 변론종결 : 2015.04.09.

### » 주 문 «

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 피고보조참가로 인한 부분을 포함하여 모두 원고가 부담한다.

### » 청구 취지 «

중앙노동위원회가 2014.2.25. 원고와 피고보조참가인들(이하 '참가인들'이라 하고, 각 피고보조참가인을 지칭할 때에는 '참가인'이라고만 한다) 사이의 중앙2013차별15 \*\*\*\*연구원 차별시정 재심신청사건에 관하여 한 재심판정(이하 '이 사건 재심판정'이라 한다)을 취소한다.

### » 이 유 «

#### 1. 이 사건 재심판정의 경위

가. 원고는 기초연구 등을 하는 법인이고, 참가인들은 원고 산하 부설기관인 \*\*\*\*과학연구소(이하 '이 사건 연구소'라고 한다)와 사이에 기간제 근로계약을 체결하여 연구직 직종에서 근무하던 근로자들이다.

나. 참가인들은 2013.7.31. 충남지방노동위원회에 2013차별3호로 차별시정신청을 하였는데, 위 위원회는 2013.12.2. “참가인들과 이 사건 연구소의 정규직 근로자들 중 원급 근로자들(이하 ‘정규직 근로자들’이라고 한다) 사이에 차등을 두는 것은 합리적 이유가 없는 차별적 처우에 해당한다”는 취지로 다음과 같은 내용의 초심판정을 하였다.

- 원고가 참가인들에게 정액급, 연구활동비, 평가성성과급에서 차등을 두는 것은 합리적 이유 없는 차별적 처우임을 인정한다.

다. 이에 원고는 위 초심판정에 불복하여 중앙노동위원회에 중앙2013차별15호로 재심신청을 하였는데, 중앙노동위원회는 2014.2.25. 다음과 같은 내용의 재심판정을 하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2호증의 1, 갑 제3호증의 2의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 이 사건 재심판정의 적법 여부

### 가. 원고의 주장

- 충남지방노동위원회가 2013.12.2. 참가인들과 원고 사이의 2013차별3 차별시정신청사건에 대하여 한 초심주문 중 참가인 乙과 참가인 丙에 대한 개인별 차별시정명령 금액 내역 부분을 각각 취소한다.
- 원고는 참가인 乙에게 29,717,471원(2010.8.부터 2013.8.까지의 정액급 등의 차이에 해당하는 금액)을, 참가인 丙에게 21,906,797원(2010.8.부터 2013.2.까지의 정액급 등의 차이에 해당하는 금액)을 이 판정서를 송달받은 날로부터 30일 이내에 지급하라.
- 원고의 나머지 차별시정 재심신청을 기각한다.
- 원고는 이 판정서를 송달받은 날로부터 30일 이내에 참가인 甲에게 21,410,400원(2010.9.부터 2013.8.까지의 정액급 등의 차이에 해당하는 금액), 참가인 丙에게 25,876,152원(2010.3.부터 2013.2.까지의 정액급 등의 차이에 해당하는 금액), 참가인 乙에게 28,999,204원(2010.9.부터 2013.8.까지의 정액급 등의 차이에 해당하는 금액), 참가인 丁에게 18,555,300원(2010.9.부터 2013.1.까지의 정액급 등의 차이에 해당하는 금액)을 각 지급하라.
- 참가인들의 나머지 청구는 모두 기각한다.

참여연구원에 불과한 참가인들과 과제책임자인 정규직 근로자들은 그 업무내용·범위, 책임, 채용조건 등에 있어서 서로 차이가 있다. 따라서 원고가 참가인들과 정규직근로자들 사이에 정액급, 연구활동비, 평가성성과급에서 차등을 두는 것은 합리적 이유 있는 차별에 해당하므로, 이와 다른 전제에 선 이 사건 재심판정은 위법하다.

실사 위 차등대우가 합리적 이유 없는 차별이라고 하더라도, 원고와 전국공공연구노동조합은 ‘2013.1.1.부터 기간제 근로자들의 임금 및 처우를 정규직 근로자의 해당 직급으로 한다’는 내용의 단체협약을 하였으므로 참가인들에 대한 차별시정기간은 2013.1.1.부터 기산되어야 하는바, 이와 다른 전제에 선 이 사건 재심판정은 위법하다.

## 나. 관계 규정

별지 기재와 같다.<별지 생략>

## 다. 판단

- 1) 참가인들과 정규직 근로자들이 동종 또는 유사한 업무에 종사하는지 살펴건대, 비교대상 근로자로 선정된 근로자의 업무가 기간제 근로자의 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 하고, 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률상의 차별적 처우는 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것인데, 여기서 '불리한 처우'란 사용자가 임금 그 밖의 근로조건 등에서 기간제 근로자와 비교대상 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 등).

위 법리에 비추어 참가인들과 정규직 근로자들 사이에 업무내용·범위, 책임, 채용조건 등에 있어서 서로 본질적인 차이가 있는지에 관하여 살펴보기로 한다.

보건대, 갑 제3호중의 2, 갑 제6호중의 1, 2, 을가 제10, 16, 26호중, 을나 제2, 5, 11호중의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 이 사건 연구소의 연구과제는 각 팀별로 주제를 선정하여 진행되고, 각 팀은 팀 운영과 관련된 대외협약진행·보고서 작성 등의 업무를 하는 과제책임자와 팀 내에서 연구 등의 업무를 하는 참여연구원으로 구성되는 사실, 이 사건 연구소에 소속된 모든 정규직 근로자들이 연구과제에 참여함에 있어서 과제책임자로만 참여한 것은 아닌 사실, 이 사건 연구소의 '2011년도 주요사업 최종보고서 발간번호'에는 연구과제 과제책임자 15명 중 5명이 기간제 근로자로 기재되어 있는데, 위 연구과제 중 일부는 기간제 근로자인 과제책임자 1명에 정규직 근로자인 참여연구원 4명으로 구성되기도 했고, 일부 연구과제는 과제책임자와 참여연구원이 모두 기간제 근로자들로 구성되기도 했던 사실, 이 사건 연구소의 기간제 근로자들 중 일부는 이 사건 연구소 외부의 학생들에 대한 체험행사 업무를 한 사실, ② 참가인 丁은 2011.1.1.부터 같은 해 12.13.까지 미래인터넷 네트워크 모델개발이라는 제목의 연구과제를 수행하였는데, 이 사건 연구소 소속 기간제 근로자인 강○○이 2011.2.11.부터 같은 해 11.10.까지 위 연구과제의 과제책임자였던 사실, 참가인 乙은 2012.3.1.부터 같은 해 12.31.까지 참여연구원이 아닌 과제책임자로서 다중물체추적을 위한 특징점 최적화 알고리즘개발이라는 제목의 연구과제를 수행한 사실, ③ 원고의 내부규정인 비정규직 활용세칙 제5조제

1항은 '계약직 연구원, Post-doc(NIMS 펠로우 포함), 기간제 계약직은 정규직 채용절차를 따른다'고 규정하고 있는 사실, ④ 이 사건 연구소의 2010. 채용공고에 따르면 정규직 연구원 중 원급의 자격요건은 '대학이상의 과정을 이수한 자'이고, 계약직 프로젝트연구원의 자격요건은 '박사학위 취득자 또는 이와 준하는 전문성을 보유한 자'인 사실, 이 사건 연구소의 2013.2.22.자 채용공고에 의하면 정규직 연구원의 자격요건은 '채용관련 분야 박사 학위를 받았거나 2013년 8월까지 받을 사람으로서 공인영어시험 성적을 가지고 있고, 대학의 조교수급 이상의 역량이나 잠재력을 갖춘 분으로 연구주제를 발굴해서 독자적인 연구 영역을 개척할 수 있는 연구자'이고, 계약직 연구원의 자격요건은 '채용분야 관련 박사 학위를 받은 자로서 모집분야의 사업에 직접적으로 참여할 수 있는 연구자 및 담당업무 분야의 연구 영역을 확장할 수 있는 연구자'인 사실, 위 2013.2.22.자 채용공고에 의하면 박사학위 소지자는 공인영어시험 성적 제출이 면제되는데, 참가인들은 모두 박사학위 소지자들인 사실이 각 인정된다.

위 인정사실에 갑 제3호증의 2, 을가 제11, 32호증 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음의 사정 즉, ① 이 사건 연구소에서 팀별로 연구과제를 수행할 때, 팀원별 업무분장은 정규직 근로자가 기간제 근로자에게 지시하는 방식이 아니라 공동회의를 통하여 각자의 전문분야에 맞게 결정하는 방식으로 이루어진다고 보이는 점, ② 이 사건 연구소는 참가인들과 정규직 근로자들의 개인업무평가를 함에 있어서 정규적인지 여부에 따라서가 아니라 논문실적 등에 따라서 평가를 하고 있는 점, ③ 갑 제8호증의 2, 3, 5의 각 기재 내용 자체에 의하더라도 일부 팀에서는 정규직 근로자의 업무로 기재되어 있는 업무가 다른 팀에서는 기간제 근로자의 업무로 기재되어 있는 점 등을 보태어 보면, 참가인들과 정규직 근로자들 사이의 업무내용·범위, 책임, 채용조건 등에 있어서 서로 차이가 없다고 보이므로, 참가인들과 정규직 근로자들은 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제8조제1항이 규정하는 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 자들에 해당한다. 따라서 이와 같은 결론의 이 사건 재심판정은 적법하고, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

## 2) 차별시정기간

원고는 차별시정기간이 2013.1.1.부터 기산되어야 한다고 주장하나, 원고의 주장에 의하더라도 참가인들은 원고와 단체협약을 체결한 노동조합의 조합원이 아니므로, 원고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

## 3. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 이현우(재판장) 박우근 한용희



# 제 3 부

## 집단적 노사관계



## 제3부

# 집단적 노사관계

## 제1장 부당노동행위

### 1. 총괄

#### 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 사회 통념이나 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.

#### » 주 문 «

상고를 기각한다. 상고비용은 피고의 부담으로 한다.



## » 이 유 «

상고이유를 본다.

제1점에 대하여

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 없다 할 것이고, 근로자에 대한 불이익 취급행위로서의 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.

제2, 3점에 대하여

근로자에 대한 해고처분이 무효가 된 경우 그동안 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 계속근로하였을 경우에 그 반대급부로 받을 수 있는 임금전부의 지급을 구할 수 있다는 것은 당원이 일관되게 취하고 있는 견해이다(대법원 1981. 12. 22. 선고 81다626 판결; 대법원 1992. 3. 31. 90다8763 판결; 대법원 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 동법 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 포함시켜 그 지급을 명한 것은 정당하고 거기에 소론과 같은 법리오해나 심리미진의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지도 이유없다.

## 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 불이익취급 금지규정을 위반하여 근로자를 부당하게 해고하거나 불이익처분을 함으로써 당해 해고 등이 무효인 경우에 있어서 사용자가 그러한 불이익처분을 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 할 것이고 (1993.10.12. 대법 92다43586 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 입게 된 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 노조활동을 혐오하여 원고를 피고의 사업장에서 배제하려는 의도로 징계라는 수단을 동원하여 이루어진 불이익처분임을 인정할 수 있는 바, 이는 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규 상 용인될 수 없음이 분명하고 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 여러 사정을 참작하여 위자료의 지급을 명한 것은 정당하고 거기에 소론과 같은 법리오해, 심리미진 및 이유불비, 판단유탈의 위법이 있다고 할 수 없다.

논지도 이유 없다.

대법관 배만운(재판장) 김주한 김석수(주심) 정귀호

## 2 부당노동행위의 주체

☞ 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결

### » 요 지 «

1. 부당노동행위의 예방·제거는 노동위원회의 구제명령을 통해서 이루어지는 것이므로, 구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서는 부당노동행위의 주체로서 구제명령의 대상자인 사용자에게 해당한다고 볼 수 있다.
2. 노동조합 및 노동관계조정법 제81조제4호는 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’등을 부당노동행위로 규정하고 있고, 이는 단결권을 침해하는 행위를 부당노동행위로서 배제·시정하여 정상적인 노사관계를 회복하는 것을 목적으로 하고 있으므로, 그 지배·개입 주체로서의 사용자인지 여부도 당해 구제신청의 내용, 그 사용자가 근로관계에 관여하고 있는 구체적 형태, 근로관계에 미치는 실질적인 영향력 내지 지배력의 유무 및 행사의 정도 등을 종합하여 결정하여야 할 것이다.
3. 따라서 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 법 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다.

\* 원고, 상고인 : ○○중공업 주식회사

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

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

### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고가 부담한다.

### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

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

목적으로 한다.”고 규정하고 있다. 그리고 법 제81조는 ‘사용자는 그 각 호에서 정하는 부당노동행위를 할 수 없다.’고 하고, 제82조 제1항은 “사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다.”고 하며, 제84조 제1항은 “노동위원회는 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에 게 구제명령을 발하여야 하며, 부당노동행위가 성립하지 아니한다고 판정한 때에는 그 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다.”고 규정하는 등, 법 제81조 내지 제86조는 헌법이 규정하는 근로3권을 구체적으로 확보하고 집단적 노사관계의 질서를 파괴하는 사용자의 행위를 예방·제거함으로써 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 확보하여 노사관계의 질서를 신속하게 정상화하기 위하여 부당노동행위에 대한 구제제도에 관하여 규정하고 있다(대법원 1993.12.21. 선고 93다11463 판결, 대법원 1998.5.8. 선고 97누7448 판결 등 참조). 이에 의하면 부당노동행위의 예방·제거는 노동위원회의 구제명령을 통해서 이루어지는 것이므로, 구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서는 부당노동행위의 주체로서 구제명령의 대상자인 사용자에게 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

나아가 법 제81조 제4호는 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’등을 부당노동행위로 규정하고 있고, 이는 단결권을 침해하는 행위를 부당노동행위로서 배제·시정하여 정상적인 노사관계를 회복하는 것을 목적으로 하고 있으므로, 그 지배·개입 주체로서의 사용자인지 여부도 당해 구제신청의 내용, 그 사용자가 근로관계에 관여하고 있는 구체적 형태, 근로관계에 미치는 실질적인 영향력 내지 지배력의 유무 및 행사의 정도 등을 종합하여 결정하여야 할 것이다.

따라서 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 법 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다.

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

근로자들이 실질적으로 원고 회사 공정관리자(직영반장이나 팀장)의 지휘·감독 하에 놓여 있었던 점 등을 종합하여, 원고 회사가 참가인들을 포함한 사내 하청업체 소속 근로자들의 기본적인 노동조건 등에 관하여 고용사업주인 사내 하청업체의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이면서 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다고 보고, 사내 하청업체의 사업폐지를 유도하는 행위 및 그로 인하여 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 지배·개입 행위를 한 원고 회사를 법 제81조 제4호 소정의 부당노동행위의 시정을 명하는 구체명령을 이행할 주체로서의 사용자에게 해당한다고 판단하였다.

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

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

원심은, ① 원고 회사 사내 하청업체 소속 일부 근로자들은 2003.3.경부터 비밀리에 노동조합준비위원회를 결성하고 비밀조합원제도를 유지하여 오다가 일부 조합원의 신분이 노출되자 같은 해 8.24. 보조참가인 5(이하 참가인 조합이라고 한다)는 창립총회를 거쳐 같은 달 30. 노동조합설립신고증을 교부받게 되었는데, 원고 회사는 2003.8.26. 사내 하청업체 ○○기업 대표 소외 1로 하여금 참가인 조합의 조합원으로 드러난 참가인 4를 사업장에서 근무하지 못하도록 요청하여 근무대기를 하도록 하였고, 같은 달 29. 소외 1에게 참가인 4가 참가인 조합 임원인 사실을 알려준 점, ② 원고 회사의 사내 하청업체는 대부분 원고 회사의 업무만 수행하고 있고, 원고 회사는 사내 하청업체에 대한 개별도급계약의 체결 여부 및 물량을 그 계획에 따라 주도적으로 조절할 수 있는데다가 그 외에도 도급계약의 해지, 사내 하청업체 등록해지 권한을 가지고 있는 등 사내 하청업체에 대하여 우월적 지위에 있었던 점, ③ 원고 회사가 사내 하청업체에게 소속 근로자가 원고 회사에서 유인물을 배포하는 등 회사 운영을 방해하고 있다면서 계약해지 등의 경고를 한 점, ④ 참가인 조합 회계감사인 소외 2가 소속된 ○○산업전기는 2003.8.30. 폐업하고, 참가인 조합 위원장인 참가인 1이 소속된 주식회사 ○○기업(이하, '○○기업'이라 한다)은 2003.10.8. 폐업하였으며, 그 사이에도 참가인 2가 소속된 ○○산업 주식회사(이하, '○○산업'이라 한다), 참가인 조합 사무국장인 참가인 4가 소속된 ○○기업(의장부분만 폐지)등의 사내 하청업체들이 경영상 폐업할 별다른 사정이 없음에도 참가인 조합 설립 직후에 참가인 근로자들이 참가인 조합 간부임이 드러나고 근로조건에 대한 협상요구를 받은 즉시 폐업을 결정한 것을 볼 때, 위 사내 하청업체들의 폐업이유는 참가인 조합의 설립 이외에 다른 이유가 없다고 보이는 점, ④ 위 사내 하청업체들은 1997년경부터 설립되어 그 폐업 시까지 아무런 문제없이 운영되어 온 회사들로서 전에 노사분규를 경험하여 본적이 없고, 수십 명의 소속 근로자를 두고 있으며, 위 폐업시기가 본격적인 단체협상을 하기도 전이라는 점에서 위 폐업결정은 사내 하청업체의 독자적인 결정이라고 보이지 않는 점, ⑤ 위 ○○기업의 경우 폐업결정 직후에 그 부분 사업을 인수할 ○○산업이 설립되었고, 실제로 폐업한 위 ○○기업 소속 근로자 상당수가 ○○산업으로 적을 옮겨 ○○기업이 하던 원고 회사 도장5부의 작업을 하고 있으며, ○○산업의 경우 폐업공고 직후 ○○ 주식회사에서

패널 조립업무에 근무할 근로자를 모집하여 ○○산업이 하던 패널 조립작업을 그대로 이어 받았고, 원고 회사가 △△기업에 대하여 계약해지를 예상하고 있었음에도 참가인 조합의 임원이 소속된 ○○기업 의장부분이 갑자기 폐지되고 ○○기업 의장부분 소속 근로자가 △△기업에 입사하였는데, 영세하고 정보력이 부족한 사내 하청업체들의 독자적인 능력만으로 폐업 및 직원모집, 회사설립 등의 복잡한 업무를 원고 회사의 운영에 아무런 차질이 없도록 위와 같이 신속하게 진행할 수 있었다고는 보이지 않는 점 등을 종합하여 볼 때, 원고 회사가 사업폐지를 유도하는 행위와 이로 인하여 참가인 조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 지배·개입 행위를 하였다고 판단하였다.

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

### 3. 구제명령의 내용에 관하여

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

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

### 4. 결론

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

대법관 양승태(재판장) 김지형 전수안(주심) 양창수

### 3 노동조합법 제82조제2항의 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, 상고인 : A
- \* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인 : B개발원
- \* 원심판결 : 서울고등법원 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 서울지방법노동위원회에 이 사건 구제신청을 하였고, 이에 서울지방법노동위원회가 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 인정함 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 실시한 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. 결론

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

대법관 박보영(재판장) 민일영(주심) 이인복 김신

## 2. 불이익 취급

### <1> 불이익 취급의 판단 기준

#### 1 불이익취급과 부당노동행위 판단 기준

☞ 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 평계삼아 임금협상시 강경한 입장을 취한 근로자의 노동조합활동을 혐오하여 부당해고한 것이다.

\* 원심판결 / 서울고등법원 1990. 8. 23. 선고 89구11888 판결

#### » 주 문 «

상고를 기각한다.

상고비용은 원고의 부담으로 한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 본다.

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×용의 증언 등 원심이 들고 있는 증거들을 종합하여 보면 소외 김×운(이하 "소외인"이라 한다)이 원고회사의 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.

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.

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

## 2 노동조합 활동의 판단 기준

☞ 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.

\* 원심판결 / 서울고등법원 1999. 2. 4. 98누11702 판결

\* 원 고 / 홍○형 소송대리인 변호사 이신섭

\* 피 고 / 중앙노동위원회 위원장

\* 피고보조참가인 / ○○택시 주식회사 소송대리인 변호사 임채균

### » 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 원심판결 이 유에 의하면, 원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 원고가 1997. 7. 13. 동료 운전기사인 박○래와 함께 참가인 회사 노동조합의 무선호출실에 들어가 운행 중인 차량을 상대로 방송을 하고 그 직후에 참가인 회사의 상무이사인 이○수의 숙소에 찾아간 것은 사실이나, 이는 그 동안 일부 운전기사들과 함께 자신의 숙소에서 종종 도박을 하고 자신의 마음에 들지 않는 운전기사들에게는 배차상의 불이익을 주어 온 이○수의 태도를 지적하고자 함이었고, 방송한 시간이 3-4분에 불과하였으며, 방송한 내용이나 이○수 숙소에 가서 말한 내용도 도박의 중지나 공정한 배차를 촉구하는 것이었고, 그 후 참가인이 위 사건을 이유로 원고와 박○래를 징계에 회부하려 하자, 이 사실을 알게 된 원고가 같은 해 8. 14. 박○래와 함께 회사 임원 및 세무사 등이 모여 세금문제를 협의하고 있는 회사 사무실에 쳐들어가, 징계철회를 요구한 후 거절당하자 이○수와 엄○웅 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○수를 고소한 데 이어 노동자신문에 이 사실을 제보하여 그 신문에 보도되게 한 것은 사실이나, 그 후 이○수가 횡령죄에 관한 유죄판결을 받음으로써 위 고소 및 제보 내용이 진실로 밝혀졌고, 원고가 같은 해 9.경 노동조합 휴게실의 흑판에 조합장인 이○섭에게 무선호출기 설치사업과 관련된 자금지출 내역의 공개를 요구하는 글을 쓰고, 게시판에 '대기 기사 수와 차량 대수 및 차량당 월 운행일수를 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○섭이 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 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 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○섭에게 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 같은 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○수에 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 실제에 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> 불이익 취급의 형태

### 1 징계처분의 불이익 취급 인정

☞ 대법원 2016. 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 창○컨설팅 사이의 계약 내용이나 창○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 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

\* 피고, 상고인 겸 피상고인 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인, 상고인 M 주식회사

\* 원심판결 서울고등법원 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 사단의 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 징계 사유와는 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 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 창○컨설팅(이하 '창○컨설팅'이라 한다)과 사이에 2010. 4. 16.자로, 참가인의 노사관계 관련 문제를 '현안'이라 지칭하면서, 창○컨설팅이 향후 5개월 동안 참가인에게 노사관계와 관련된 제반 사항에 관한 자문을 제공하고, 참가인은 창○컨설팅에 매월 보수를 지급하되 '상생의 노사관계가 정착된 경우' 성공보수를 따로 지급하기로 하는 내용의 컨설팅계약서가 작성된 사실, ③ 창○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, 창○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 N지회로부터 이탈한 조합원들이 합세하여 앞서 본 바와 같이 2010. 5. 19. 및 2010. 6. 7. N지회의 조직형태를 기업별 노동조합인 M노동조합으로 변경하는 이 사건 조직형태 변경 결의 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 창○컨설팅 사이의 계약 내용이나 창○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 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 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

### 3. 결론

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 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

소송대리인 법무법인 신화 담당변호사 백준현

피고, 피상고인 중앙노동위원장

피고보조참가인(선정당사자), 상고인

원심판결 서울고등법원 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 혐오하거나 노동조합활동을 방해하려는 의사로 노조전임자를 승진에서 배제시켰다면 이러한 행위는 노동조합활동을 하는 근로자에게 불이익

을 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○권, 남○훈은 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. 비고보조참가인들의 상고이유에 대하여

사용자의 행위가 노동조합 및 노동관계조정법에 정한 부당노동행위에 해당한다는 점은 이를 주장하는 근로자 또는 노동조합이 증명하여야 하므로, 필요한 심리를 다하였어도 사용자에게 부당노동행위의사가 존재하였는지 여부가 분명하지 아니하여 그 존재 여부를 확정할 수 없는 경우에는 그로 인한 위협이나 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 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(대법원 1998. 2. 10. 선고 96누10188 판결 참조).

원심은, 원고의 2006년도 영업사원 승격기준에 따른 근무실적이 선정자 손○성, 정○득, 한○재, 김○신, 허○범과 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 주려는 의사로 유독 위 선정자 등을 승격대상에서 제외시켰다고 단정할 수 없다고 보았는바, 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. 결론

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

대법관 이상훈(재판장) 김지형 전수안(주심) 양창수

### 3 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) / 중앙노동위원회 위원장
- \* 피고보조참가인 / 주식회사 ○○○○○ 서울 ○○ 대표이사 하○○
- \* 원심판결 / 서울고등법원 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

#### 4 향후 불이익한 대우를 하겠다는 의사표시의 불이익 취급 불인정

☞ 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 : 전주지방법원 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·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 소정



의 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○현에게 사직서를 제출하라는 말을 하고, 부장인 피고인 정비원이 노동조합원인 백○성희와 주○에게 노동조합을 탈퇴하지 않으면 공연팀에서 일하지 못하도록 하겠다는 말을 한 사실은 인정되나, 피고인들이 위와 같은 의사표시를 현실화하여 노동조합을 없애거나 이○승현을 해고하거나 백○희와 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)

### <3> 해고와 불이익 취급

#### 1 징계사유 존재 이유로 부당노동행위 불인정

☞ 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 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 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 (소송대리인 변호사 최형락)

【피고, 상고인】 중앙노동위원회 위원장

【피고보조참가인】

【원심판결】 서울고등법원 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 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(대법원 1994. 6. 14. 선고 93다26151 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 들고 있을 뿐 징계해고의 사유에 관하여는 따로 규정하지 않고, 제32조가 조합원에 대한 징계사유로서 3가지를 규정하고, 제35조가 "회사는 다음항에 해당하는 경우를 제외하고는 해고할 수 없다."고 하면서 그 제1항으로 "정신 또는 신체 장애에 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 불만한 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 관계 없이 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 징계처분이 라고 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 재심절차는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분 절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계 과정 전부에 관하여 판단되어야 할 것이므로, 원래의 징계 과정에 절차 위반의 하자가 있더라도 재심 과정에서 보완되었다면 그 절차 위반의 하자는 치유된다(대법원 1993. 10. 26. 선고 93다29358 판결, 1997. 11. 11. 선고 96다23627 판결 등 참조).

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 을중인사위원회가 심의·의결하도록 되어 있는 사실, 원고 회사는 참가인들의 학력은폐행위에 대한 징계를 위하여 1995. 6. 28. 참가인들을 을중인사위원회에 회부하였는데, 참가인 3, 5, 1, 4에게는 같은 해 7. 4. 개최되는 을중인사위원회에 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 을중인사위원회에 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 내용이 통보되고 같은 해 7. 11. 출석한 위 참가인으로부터 통지절차에 대한 이의 제기 없이 충분한 소명을 들은 다음 위 참가인을 다시 징계해고하기로 의결

이 된 사실, 원고 회사는 위 4차례의 을중인사위원회를 개최하기에 각 앞서, 참가인들이 속한 노동조합에 노조측 인사위원 2명을 추천하여 줄 것을 통보하였으나, 위 노동조합은 참가인들에 대한 징계사유는 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

## 2] 정당한 쟁의행위 한계를 벗어나 부당노동행위 불인정

☞ 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 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 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 준법투쟁으로서 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 준법투쟁은 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, 상고인 ○○육운 주식회사 대전 서구 월평동 125

대표이사 이 ○ ○ 소송대리인 변호사 민 경 식

\* 피고, 피상고인 / 중앙노동위원회위원장 소송수행자 김 성 준

피고보조참가인 전○ 대전 서구 월평동 125 (○○육운 노동조합)

\* 원심판결 / 서울고등법원 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 터이므로 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 원고 회사노동조합의 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○영에 대한 연차수당 및 안○록에 대한 상여금의 지급을 요구하면서 원고 윤○영 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 집

단적으로 연차휴가를 사용하도록 하는 행위는 불법쟁의행위이므로 이를 철회하도록 참가인에게 통보하였음에도 설날연휴가 임박한 같은 달 18. 노동조합의 아무런 결의를 거치지 아니한 채 노조계시관에 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 택시운행이 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 쟁의적 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 면직한 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

### 3. 지배·개입 등

#### 1 사용자 업무용 차량, 매점장소 제공행위와 부당노동행위

☞ 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 내용이 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 : 서울고등법원 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 대

한 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. 결론

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 급여지급

☞ 대법원 2016. 4. 2. 선고 2014두11137 판결

### » 요 지 «

1. 근로시간 면제자에게 지급하는 급여는 근로제공의무가 면제되는 근로시간에 상응하는 것 이어야 한다. 그러므로 단체협약 등 노사 간 합의에 의한 경우라도 타당한 근거 없이 과도하게 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 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, 상고인 : 주식회사 ○○여객

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회위원장

\* 피고보조참가인 : 전국공공운수사회서비스노동조합

\* 원심판결 : 서울고등법원 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 지급받아서 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 과도하게 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 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.

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 과도한 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 과도한 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) 박상옥

### 3 사용자 운영비 지급과 부당노동행위

☞ 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, 상고인 : 전국○○○건설노동조합

\* 피고, 피상고인 : 대구지방고용노동청 포항지청장

\* 원심판결 : 대구고등법원 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 근로조건 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 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. 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 사용자의 언론의 자유와 지배·개입

☞ 대법원 2013. 1. 10. 선고 2011도15497 판결

##### » 요 지 «

1. 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.

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 업무방해죄의 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.

\* 피 고 인 : 전○○ 외 9인

\* 상 고 인 : 검사

\* 원심판결 : 서울서부지방법원 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 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.

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(파업예정일은 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 멱살을 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 사용자측에 허용된 언론의 자유의 범위를 벗어난 것이라고 단정하기는 어렵다 할 것이다. 다만 원심판결 이유 및 기록에 의하면, 피고인들의 출입방해 행위 당시 서울차량사업소장 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 사용



자 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 확인해 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 있거나 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 근로조건에 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, 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 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 종무식상에서 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 전직원으로 부터 사표를 받고 공개채용으로 다시 충원해야 하는 일이 없기 바란다는 취지로 발언한 것은 구 노동조합법 제39조 제4호 소정의 부당노동행위에 해당한다.

\* 원고, 상고인 : ○○기념사업회

\* 피고, 피상고인 : 중앙노동위원회 위원장

\* 원심판결 : 서울고등법원 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○표는 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 근로조건에 관한 권한과 책임을 원고로부터 위임받은 사실이 없다면, 위 홍○표는 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 2.5로 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○곤이 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 조합원 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 업무과약이 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 범리오해의 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○전 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○전이 1995.12.29. 중무식사에서 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 범리오해의 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 사용자의 자동차 제공행위와 부당노동행위

☞ 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, 상고인 전국금속노동조합 ○○자동차지부

원심판결 울산지방법원 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 어용화되는 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 위협성이 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 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.

위와 같은 노동조합법 관련 규정의 입법 취지와 내용을 종합하여 보면, 노동조합법 제81조 제4호 단서에서 정한 행위를 벗어나서 주기적이거나 고정적으로 이루어지는 운영비 원조 행위는 노조전임자 급여 지원 행위와 마찬가지로 노동조합의 자주성을 잃게 할 위협성을 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 제공하는 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 운

영비 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 반환시기의 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. 결론

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

대법관 이기택(재판장) 이인복 고영한(주심) 김소영

## 6 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, 상고인 / 중앙노동위원회 위원장 소송수행자 최평철, 조영섭

\* 피고보조참가인 / ○○택시합자회사

\* 상고인 / 대전 중구 유천 2동 171의 2 대표사원 ○○○

\* 원심판결 / 서울고등법원 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×근이 참가인의 운전기사로 근무하다가 1993.4.29. 원고의 조합장으로 선출되어 노조 전임자로 활동하던 중 1994.8.19. 해고된 사실, 김×근은 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 중업원의 급료에서 일괄공제하여 원고에게 인계하여 왔는데, 원고는 조합장인 위 김×근의 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×근이



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 아니 된다고 규정하고 있으므로 위 김×근은 노동조합 내부관계에서는 물론이고 조합원의 지위에서 하는 대외적인 조합활동 등 조합원의 지위와 관련된 대외관계에서도 근로자 및 조합원으로서의 신분을 보유함에도 불구하고 참가인이 조합장으로서의 김×근의 자격을 부인하여 조합장 복귀 통지문을 반려하고, 조합비 등의 일괄공제 요구를 김×근이 아닌 다른 조합원의 명의로 할 것을 요청한 것은 조합장인 위 김×근의 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 규정임으로(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×근을 해고하였다고 하더라도 김×근이 상당한 기간내에 해고무효확인 소를 제기하여 그 해고의 효력을 다투는 이상 김×근은 노동조합의 설립이나 존속 뿐만 아니라 노동조합원으로서의 활동의 점에 있어서도 조합원의 지위를 유지한다고 할 것임에도 불구하고, 원심판시와 같이 참가인이 김×근의 조합장 복귀 통지문을 반려하고, 김×근이 아닌 다른 조합원의 명의로 조합비 등의 일괄공제 요구를 할 것을 요청한 것은 조합장인 김×근의 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

#### 4. 유니온숍과 부당노동행위

##### 1 유니온숍 위반이 부당노동행위에 해당하는지 여부

☞ 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, 상고인 / 한국○○기술 노동조합 (소송대리인 법무법인 시민 담당변호사 김선수 외 3인)

\* 피고, 피상고인 / 중앙노동위원회 위원장

\* 피고보조참가인 / 한국○○기술 주식회사 (소송대리인 변호사 윤용호)

\* 원심판결 / 서울고등법원 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 유니언숍(Union Shop) 협정은 노동조합의 단결력을 강화하기 위한 강제의 한 수단으로서 근로자가 대표성을 갖춘 노동조합의 조합원이 될 것을 '고용조건'으로 하고 있는 것이므로 단체협약에 유니언숍 협정에 따라 근

로자는 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 쉐프로 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 쉐프 협정이 체결된 것으로 보아야 할 것이므로 참가인으로서는 그에 따라 원고 조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무가 있다.

따라서 원심이 이와 달리 유니언 쉐프 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 쉐프 협정에 의하여 사용자가 노동조합을 탈퇴한 근로자를 해고할 의무는 단체협약상의 채무일 뿐이고, 이러한 채무의 불이행 자체가 바로 같은 법 제 39조 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 쉐프 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)

## 2 유니온 쉘 협정의 효력과 조합가입의 자격 및 절차의 제한

☞ 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 쉘 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 / 원고, 피상고인 변×열 외 8인

\* 피 고 / 피고, 상고인 전국자동차노동조합연맹부산버스지 ○○○여객분회

(소송대리인 변호사 한기춘)

\* 원심판결 / 부산고등법원 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 조항은 노동조합이 당해 사업장근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 경우에 한한다."는 규정을 두어 이른바 유니온 쉘 협정을 하였다. 그 후 1993. 체결된 단체협약에서 위 유니온 쉘 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 수령하고

도 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 제 5조와 지부운영규정 제7조의 규정에 의하면 소위 회사 소속 근로자가 피고 조합에 가입하려면 분회장의 승인을 받도록 되어 있지만, 조합이 조합원의 자격을 갖추고 있는 근로자의 조합 가입을 함부로 거부하는 것은 허용되지 아니하고, 특히 유니언 슝 협정에 의한 가입장제가 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 경우에까지 위와 같은 제약을 가하는 것은 기존 조합원으로서의 권리남용 내지 신의칙 위반에 해당된다고 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 94다 15363 판결 참조), 거기에 논하는 바와같이 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)

## 5. 기타

## 1 단체교섭 거부와 손해배상

☞ 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.

\* 사건 / 2004다11070 손해배상(기)등

\* 원심판결 / 부산고등법원 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



## 2 기업의 청산과정과 근로관계

☞ 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.

【원고(선정당사자), 상고인】 박×모 (소송대리인 변호사 김형선)

【피고, 피상고인】 중앙노동위원회위원장

【피고보조참가인】 파산자 ○○건설산업 주식회사의 파산관재인 권광중의 소송수계인 외 1인

【원심판결】 서울고등법원 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 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.

같은 취지에서, 원심이 중앙노동위원회가 부당해고 및 부당노동행위임을 인정하면서도 필요한 구제명령을 발하지 아니한 것은 잘못이라 하면서도, 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 파산관재인이 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 수행하는데 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 파산절차의 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 파산관재인이 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 즉시해고가 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 파산관재인이 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 위배되거나 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

## 제2장 교섭창구 단일화 절차 등

### 1 과반수 노동조합에 대한 이의결정 재심결정 취소

☞ 대법원 2016. 3. 24. 선고 2013두19370 판결

#### » 요 지 «

산업별 노동조합의 지회 등이 독자적인 노동조합 또는 노동조합 유사의 독립한 근로자단체로서 법인 아닌 사단에 해당하는 경우, 노동조합 및 노동관계조정법 제16조 제1항 제8호 및 제2항에서 정한 조직형태 변경 결의를 통하여 기업별 노동조합으로 전환할 수 있다고 보아야 하고, 이때 먼저 독자적인 노동조합 또는 노동조합 유사의 독립한 근로자단체로서의 실질을 갖추고 있는지 신중하게 심리·판단하여야 한다.

- \* 원고, 피상고인 민주○○○노동조합 (소송대리인 변호사 권영국)
- \* 원고보조참가인 전국금속노동조합 (소송대리인 법무법인 여는 담당변호사 권두섭 외 2인)
- \* 피고, 상고인 중앙노동위원회위원장
- \* 피고보조참가인, 상고인 ○○○전장시스템스코리아 주식회사  
(소송대리인 법무법인 한민 담당변호사 한창욱)
- \* 원심판결 서울고등법원 2013. 8. 22. 선고 2013누7898 판결

#### » 주 문 «

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### » 이 유 «

상고이유를 판단한다.

1. 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'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 아니 하지만, 산업별 노동조합의 지회 등이라 하더라도, 그 외형과 달리 독자적인 노동조합 또는 노동조합 유사의 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 지

회 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 심리·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 ○○○만도지회(이하 '○○○만도지회'라고 한다)는 2010. 5. 19. 및 2010. 6. 7. 두 차례에 걸쳐 총회를 개최하여 그 조직형태를 기업별 노동조합인 '○○○전장노동조합'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, ○○○전장노동조합 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, ○○○만도지회가 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 갖출 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, ○○○만도지회가 법인 아닌 사단의 실질을 갖추고 있어 독립성이 있었는지 등에 관한 사정을 제대로 살피지 아니한 채 ○○○만도지회가 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 있는 독립한 노동조합이라고 할 수 없어 조직형태 변경의 주체가 될 수 없다는 이유로 ○○○전장노동조합의 성립 근거가 된 이 사건 각 결의를 무효라고 단정함으로써 ○○○전장노동조합은 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)

## 2 교섭대표노동조합지위 확인

☞ 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, 상고인 : 주식회사 ○○전장

\* 원심판결 : 대전고등법원 2014. 1. 21. 선고 2013나2076 판결

\* 판결선고 : 2016. 2. 18.

### » 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 사용자에 대한 이의 신청 및 노동위원회에 대한 시정 요청 등을 규정하고 있고, 시행령 제14조의6 내지 제14조의9는 교섭요구 노동조합으로 확정된 노동조합 중에서 교섭대표노동조합의 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 기간이므로 그 결정절차 참여의 전제가 되는 교섭을 요구한 노동조합의 명칭과 대표자, 조합원 수, 교섭요구일 등이 그 기간 진행 전에 모두 특정될 필요가 있는 점, 교섭창구단일화 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, 그때부터 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 개별교섭동의를 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 박상욱

### 3 교섭대표노동조합 결정일의 해석

☞ 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 진행한다고 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 진행한다고 본 원심판단이 정당하다고 보아 상고를 기각한 사안>

\* 원고, 피상고인 : ○○타이어 노동조합

\* 피고, 피상고인 : ○○타이어 주식회사

\* 독립당사자참가인, 상고인 : 전국금속노동조합

\* 원심판결 : 서울고등법원 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 송달 받은 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 동의가 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 연기자노조의 교섭단위분리 신청 자격 인정

☞ 서울고등법원 2015. 1. 22. 선고 2013누50946 판결

##### » 요 지 «

방송연기자들이 방송출연계약을 체결하여 연기 등 방송에 출연하고 있는 기간 중에는 지휘·감독을 받는 사용자종속관계에 놓여 있다고 볼 것이므로 방송연기자 노동조합은 교섭단위 분리를 신청할 자격이 있다.

【원고, 항소인】 한국방송연기자노동조합

【피고, 피항소인】 중앙노동위원회위원장

【피고보조참가인】 한국○○공사

【제1심판결】 서울행정법원 2013. 11. 8. 선고 2013구합11031 판결

##### » 주 문 «

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 중앙노동위원회가 2013. 3. 26. 원고와 피고보조참가인 사이의 중앙2013단위3 교섭단위 분리 재심신청 사건에 관하여 한 재심결정을 취소한다.
3. 소송 총비용 중 원고와 피고 사이에 생긴 부분은 피고가, 보조참가로 인한 부분은 피고 보조참가인이 각 부담한다.

##### » 청구취지 및 항소취지 «

주문과 같다.

##### » 이 유 «

#### 1. 재심결정의 경위

##### 가. 당사자 지위 등

피고보조참가인(이하 '참가인'이라고 한다)은 1973. 3. 1. 설립되어 서울 영등포구 여의도동 18에 본점을 두고, 5개 본부와 18개 지역방송국에서 상시근로자 약 5,400명을 고용하여 국가기간방송사업을 경영하는 법인이고, 원고는 방송연기자를 조직대상으로 설립된 단위노동조합으로서 1988. 1. 21. 설립신고를 마쳤으며, 현재 텔런트, 성우, 코미디언, 무술연기자 등 4개 지부를 설치하여 조합원 약 4,386명이 가입하여 활동하고 있는데 텔런트 지부 소속 조합원이 2,500여 명으로 가장 많다. 한편 참가인 내에 참가인에 전속된 근로자가 설립한 노동조합으로 ○○○노동조합, 전국언론노동조합 ○○○본부, ○○○공영노동조합, 전국언론노동조합 ○○○자원관리지부, ○○○방송전문직노동조합이 존재한다.

## 나. 원고의 교섭단위 분리 신청 경위

- 1) 원고는 2012. 4. 9.부터 같은 해 8. 17.까지 총 6차에 걸쳐 참가인과 2012년도 출연료에 관한 협상을 진행한 후, 2012. 8. 23. 서울지방노동위원회에 조정을 신청하였으나 위 위원회가 교섭창구 단일화 절차 이행을 요구하자 2012. 9. 3. 합의 취하하였다.
- 2) 이후 원고는 2012. 12. 24. 재차 교섭을 요구하였는데 참가인이 창구단일화 등 법적 쟁점 사항에 대해 검토 중이라는 이유로 교섭을 거부하자, 원고는 2013. 1. 10. 서울지방노동위원회에 참가인과 단체교섭을 함에 있어 원고 소속 조합원들인 방송연기자들과 참가인 소속의 다른 근로자들을 각각의 교섭단위로 분리하여 줄 것을 신청하였다.

## 다. 이 사건 초심 결정

서울지방노동위원회는 2013. 2. 8. 원고가 노동조합으로서의 실체를 갖고 있는 점, 참가인이 지속적·상시적으로 방송프로그램을 직접 제작하고 있고, 원고 소속 조합원들인 방송연기자들이 일정기간 동안 위 방송프로그램에 출연하는 점, 원고와 참가인 사이에 방송연기자들에 관하여 약 25년간 다른 근로자들과는 별도로 출연료 합의서 및 단체협약을 체결하여 왔다는 점, 참가인의 방송프로그램에 출연하는 방송연기자들이 위 출연료 합의서에 따라 등급별로 출연료를 결정·지급받았던 점 등에 비추어 원고의 신청과 같이 교섭단위를 분리할 필요성을 인정하여 참가인의 교섭단위를 방송연기자와 다른 근로자를 각각의 교섭단위로 분리하는 결정을 하였다(서울2013단위1, 이하 '이 사건 초심결정'이라 한다).

## 라. 이 사건 재심결정

이 사건 초심 결정에 대해 참가인이 2013. 2. 27. 중앙노동위원회에 재심신청을 하였는데, 중앙노동위원회는 2013. 3. 26. 원고 소속 조합원 중 참가인 소속 근로자가 없고, 촬영을 하는 동안 참가인과 원고 소속 조합원들인 방송연기자들이 사용종속 관계에 있다고 보기 어려워 원고가 참가인에게 교섭단위 분리신청을 할 자격이 없다는 이유로 위 서울지방노동위원회의 교섭단위 분리결정을 취소하고, 원고의 분리신청을 각하하는 결정을 하였다(중앙2013단위3, 이하 '이 사건 재심결정'이라 한다).

[인정 근거] 갑 제1, 2호증의 각 1, 2의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 이 사건 재심결정의 적법 여부

## 가. 원고의 주장

방송연기자들은 참가인 소속 연출감독(PD)으로부터 상당한 지휘·감독을 받으면서 연기라는 노무의 제공을 통해 출연료를 지급받는 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다)상의 근로자에 해당한다. 그리고 교섭단위 분리결정의 신청인 적격은 단체교섭의 당사자로서의 적격이 있느냐에 따라 판단하여야 할 것인데, 기간제나 한시적 계약으로 특정 사용자에게 일시적, 간헐적으로 고용관계를 맺고 있는 근로자들이 조직한 노동조합도 단체교섭을 요구하고 단체협약을 체결할 권한을 가지므로 원고의 교섭단위 분리신청은 적법하다. 따라서 이 사건 재심결정은 위법하다.

나. 관계 법령 별지 관계 법령 기재와 같다.

다. 인정 사실

1) 원고와 참가인 사이의 집단적 노사관계 진행 과정

가) 원고와 방송사 사이의 교섭연혁

원고는 1992. 2.경부터 참가인을 포함한 공중파방송 3사(KBS, MBC, SBS)와 매년 출연료 합의서를, 2년 단위로 단체협약서를 작성하여 왔으나, 2007년부터는 각 방송사별로 출연료 합의서와 단체협약서를 작성하였다.

나) 단체협약 내용

원고와 참가인은 당해 연도의 방송출연 출연료의 인상률, 출연료 등급 조정, 출연료 가산조건, 교통비·식비 등 각종 수당, 조합원 복리후생비, 외주업체의 출연료 미지급 문제, 재해보상, 공상에 관한 사항, 업무수행기준 등에 관하여 교섭하여 단체협약을 체결하였다. 단체협약은 원고의 대표자인 노동조합 위원장과 참가인 회사 사장이 체결하였고, 단체협약서에는 원고 노동조합의 교섭단체 인정 조항, 단체협약이 원고 회사의 제 규정 및 조합원과의 개별계약에 우선한다는 조항, 조합비 공제 조항, 원고에 대한 시설 등 편의 제공 조항, 노동쟁의에 관한 조항 등이 규정되어 있다.

다) 원고의 서울지방노동위원회 조정신청 현황

2000년 이후 현재까지 원고는 서울지방노동위원회에 총 6회에 걸쳐 조정신청을 하였으며, 그 결과는 조정안 거부 1회(2003년), 조정중지 2회(2004, 2005년), 조정안 수락 1회(2008년), 합의취하 2회(2011, 2012년) 등이다.

라) 원고와 참가인은 2003년부터 2011년까지 아홉 차례에 걸쳐 단체교섭을 계속하였음에도 새로운 단체협약을 체결하지 못한 채 기존 단체협약의 효력이 만료되는 경우 노동조합법 제32조 제3항 단서에 따라 단체협약 효력연장 합의를 하였다.

마) 참가인은 원고 조합원인 방송연기자에게 지급할 출연료에서 노동조합 조합비를 공제하여 원고에게 인도해왔고 현재도 기존과 같이 조합비 공제를 하고 있다.

바) 참가인은 현재 이 사건 재심결정을 이유로 원고의 출연료 협상 및 단체교섭 요구에 응하지 않고 있으며 기존의 단체협약 효력연장 역시 거부하고 있다.

2) 원고의 조합원 가입자격

원고는 방송사로부터 등급을 부여받고 있거나 그에 준하는 출연료를 지급 받는 방송연기자만을 조합 가입대상으로 하고 있어 방송연기자로서 단역급(대사 있음) 이상만 가입이 가능하다. 참가인 방송에 출연하는 보조출연자(대사 없음, 보조출연자는 엑스트라를 의미하는 것으로 군중, 행인1, 행인2 등의 역할을 수행)는 원고 소속 조합원이 아니고, 참가인과 용역계약을 체결한 용역업체와 일용근로계약을 한 후 용역업체로부터 일당을 받는

다. 한편 참가인은 코미디언과 성우에 대해서만 공채로 선발하고 있고 이들은 각각 2년의 전속기간을 두고 있는데 전속기간 중에 있는 자는 원고 조합원으로 가입할 수 없다.

### 3) 방송연기자들의 출연계약 및 출연료 지급

가) 방송연기자들은 매니지먼트사, 오디션, 외주제작사, 공채(개그맨, 성우) 등 다양한 경로를 통해 참가인 방송에 출연하고 있다. 그들 중 공채를 제외한 방송연기자들은 등급을 적용받는 연기자과 자유계약 연기자로 구분된다.

나) 등급을 적용받는 연기자들은 참가인의 방송프로그램에 출연할 경우 출연계약서를 작성하지 않고 출연료지급기준표에 따라 출연료가 지급된다. 출연료지급기준표는 성인 방송연기자를 6등급부터 18등급까지로 구분하여 10분당 기본료에 해당 편성시간을 곱하고, 여기에 드라마의 종류와 해당 편성시간별로 정해진 할증률을 곱한 할증금액을 합산하여 출연료를 산정하는데, 해당 방송 회차에 출연 장면이 방송된 연기자에게는 그 출연시간과 관계없이 해당 회의 출연료가 지급되는 한편, 출연하지 않더라도 해당 회의 전회의 회상장면이나 사진 등으로 방송연기자가 방송된 경우 장면 재사용료나 사진 출연 명목으로 출연료의 일정비율이 지급된다. 출연료지급기준표상의 등급은 참가인 소속 부장이 결정한다.

다) 자유계약 연기자들은 참가인과 협상을 통해 출연료를 결정하며 출연계약서를 작성한 후 방송에 출연하는데, 등급이 부여된 방송연기자가 자유출연계약을 희망하면 자유계약 연기자가 된다.

라) 참가인은 한국방송실연자협회와 방송사들이 맺은 협약에 따라 방송연기자가 출연한 방송프로그램이 재방송되는 경우 위와 같이 방송연기자에게 지급한 출연료의 20%를 재방송료 명목으로 위 협회에 지급하고, 해외판매분 사용료·전송 사용료 등의 명목으로 일정한 금액을 위 협회에 지급하며, 이를 통해 참가인은 위 협회 회원에 대한 위 금원의 지급의무를 면하게 된다.

### 4) 당심 법원의 참가인 드라마 촬영 현장에 대한 검증결과

가) 방송연기자들은 출연프로그램의 인터넷카페에서 대본 파일을 다운받거나 참가인 건물 1층 대본보관함에서 가져가는 방법 등으로 대본을 받게 된다.

나) 대본연습시간은 대본연습실 입구게시판에 게시되어 있는데 요일만 게시되어 있는 경우도 있고 요일별 시간까지 게시되어 있는 경우도 있다. 방송연기자들은 미리 약속된 대본연습 시간에 맞춰서 연습실에 오며 연습에는 연출감독도 참석한다. 보통 오전에 대본연습을 하고 리허설을 마친 후 오후에 촬영을 시작한다.

다) 연출부가 미리 작성된 촬영스케줄표를 방송연기자들에게 배부하고 이에 따라 촬영이 진행되며 방송연기자들은 자신이 출연하지 않는 시간에는 참가인 건물에 마련된 출연자 대기실 등에서 대기하고 있으나 대기시간 동안 특별한 지시를 받지 않는다. 방송연기자는 촬영스케줄표에 따라 자신의 촬영 순서 전에 먼저 스튜디오에 와서 대기하고 있다.



- 라) 촬영스튜디오에서는 현장진행자(FD)가 연기자의 대사를 확인하고 실내카메라의 움직임에 따라 연기자에게 연기자가 움직이는 동선의 시작점을 지시하여 그곳에서부터 움직이도록 하는 등의 지시를 하는 한편, 대본상의 장면 전개와 촬영 타이밍이 맞지 않을 경우 등과 같이 의도된 대로 촬영이 되지 않은 경우 다시금 촬영하도록 한다. 연출감독은 스튜디오 2층에 있는 부조정실에서 촬영화면을 지켜보며 현장진행자에게 촬영의 시작이나 중지 등의 지시를 내리고 최종적으로 해당 촬영 부분이 완성되었는지에 대해 결정을 한다.
- 마) 촬영현장에서 사용하는 대본에 의상은 지정되어 있지 않고, 배역의 대사가 대본 대부분을 차지하고 있으며, 배우를 어떻게 촬영할 것인지에 대하여 BS나 WS등의 기호로 기재되어 있고, 그 밖에 연기자의 행동이나 연기자가 대사를 하는 상황에 관한 간단한 지문도 나타나 있다.
- 바) 사극과 같이 연기자가 의상을 직접 준비하기 어려운 경우에는 참가인이 준비하는 경우도 있지만 현대극 드라마에서 의상은 방송연기자가 스스로 준비해오는 것이 대부분이고, 다만 방송연기자가 준비해온 의상이나 소품 등이 작품과 맞지 않거나 부적절한 경우 연출감독 등이 제지할 수 있다. 방송연기자가 맡은 역할을 더 잘하기 위해 개인적으로 분장에 비용을 들이거나 의상 협찬을 받기도 하나 분장에 들어가는 비용은 기본적으로 참가인이 부담하고, 촬영 현장인 참가인 건물에는 필요한 의상 및 분장을 제공하기 위해 의상실과 종합분장실을 두고 있다.

[인정 근거] 갑 제1, 2, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 27, 34호중, 을나 제1, 2, 6, 10호중의 각 기재(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함), 당심법원의 서울 영등포구 여의대방로 359 한국○○공사 별관 스튜디오(1 내지 3층)에 대한 검증 결과, 변론 전체의 취지

## 라. 판단

- 1) 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법'이라 한다) 제29조, 제29조의2, 제29조의3의 각 규정에 의하면, 하나의 사업 또는 사업장 내에 복수의 노동조합이 존재하는 경우 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 교섭대표노동조합으로 정해진 노동조합만이 사용자와 교섭하고 단체협약을 체결하도록 하면서도 현격한 근로조건 차이, 고용형태, 교섭관행 등을 고려하여 교섭단위의 분리가 필요한 경우 노동관계 당사자의 신청에 따라 노동위원회 결정으로 교섭단위를 분리할 수 있도록 하고 있다. 따라서 하나의 사업 또는 사업장 내의 근로자가 조직하거나 가입한 노동조합은 위 규정에 따른 노동관계 당사자로서 교섭단위의 분리가 필요하다고 판단할 경우 노동위원회에 교섭단위 분리를 신청할 수 있고, 여기에서 하나의 사업 또는 사업장 내의 근로자는 반드시 사용자에게 전속된 근로자뿐만 아니라 일시적, 간헐적으로 채용된 근로자도 포함된다.
- 2) 이 사건에 관하여 보건대, 앞서 든 사실 및 증거들에 의하면 참가인은 일부 방송프로그램을 외부제작업체로 하여금 제작하도록 하고 있으나, 일정 비율의 방송프로그램을 직접 제작하여 방송하고 있고, 그 방송프로그램에는 원고 소속 조합원들인 방송연기자들

이 참가인과 출연계약을 맺고 출연을 하고 있는바, 방송연기자들이 참가인과 출연계약을 맺고 출연료를 대가로 방송프로그램에 출연하는 것과 관련하여 그 기간만큼은 방송연기자들이 참가인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금을 받는 근로자라고 볼 수 있는지 여부가 문제된다.

### 3) 방송연기자들이 노동조합법상 근로자에 해당하는지 여부

노동조합법 제2조 제1호는 근로자에 관하여 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”로 정의하고 있는바, 여기에서 근로자란 타인과의 사용종속관계 하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말한다고 할 것이고, 그 사용종속관계는 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없이 사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정된다 할 것이다(대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 앞서 든 각 증거와 갑 제1, 2호증의 각2, 을 제1, 2, 6호증의 각 기재에 의하면, ① 방송연기자는 자신이 맡은 배역 인물에 대한 나름대로의 해석을 거쳐 연기를 하므로 방송연기자가 제공하는 연기에는 넓은 재량이 인정되는 사실, ② 방송연기자 중에는 등급을 적용받아 출연료 지급기준표에 따라 출연료가 지급되는 연기자뿐 아니라 참가인과 개별적으로 계약을 체결하여 출연료를 결정하고 출연계약서를 작성한 후 방송에 출연하는 자유계약 연기자가 있는 사실, ③ 방송연기자들은 출연료 이외에 참여한 방송프로그램의 판매나 재방송에 따른 일정한 금액을 지급받는 사실, ④ 참가인과 방송연기자와의 출연계약서에는 근로시간이나 휴게에 관한 내용이 전혀 기재되어 있지 않고, 오히려 근로기준법 제20조에 위반되는 위약금 예정이 있는 사실, ⑤ 방송연기자들은 참가인 소속 직원들과 달리 특정 프로그램 제작기간 중에만 계약에 따라 참가인의 방송에 출연하는 것으로 정년이나 퇴직금 등이 존재하지 않고 4대 보험에도 가입되어 있지 않으며 직무전념의무나 겸직금지 의무 등도 부담하고 있지 않은 사실, ⑥ 근로조건과 관련한 참가인의 취업규칙이나 인사규정 등은 방송연기자들에게 적용되지 않고, 방송연기자는 참가인의 조직도에 포함되어 있지 않은 사실을 각 인정할 수 있어 방송연기자의 근로자성 여부에 관하여 의문의 여지도 없지 않다.

그렇지만 앞서 든 사실 및 증거들에다가 을 제7호증의1 내지 4의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 더하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정을 앞서 본 근로자 여부에 관한 판단 기준에 비추어 보면 앞서 본 사정과 사실들을 모두 고려하더라도 방송연기자들은 노동조합법상의 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다.

#### 가) 참가인의 방송연기자에 대한 지휘 감독 등

- ① 방송연기자는 참가인에게 연기라는 형태로 노무를 제공하고, 참가인은 방송연기자에게 이에 대한 대가로 출연료를 지급한다.
- ② 방송연기자 업무의 기본적인 내용은 참가인이 지정하는 역할과 대본 등으로 결정되며, 연기자들은 참가인으로부터 부여받은 연기 역할을 창의적인 해석과 예술성을 발

휘해 연기를 하게 된다. 이러한 연기자의 전문성 때문에 연기 과정에서 방송연기자에게 일정한 재량이 인정되지만 그와 같은 재량은 연출감독 등이 의도하여 연출하고자 하는 역할 범위 내에 있음을 전제로 제한적으로 인정되는바, 방송연기자의 연기는 연출감독이나 현장진행자의 개별적이고 직접적인 지시를 받으며 진행된다. 연출감독은 대본연습 단계부터 연기자의 연기에 관여하고, 최종적으로 연기의 적합성이나 완성도 등을 판단하여 이에 적합하지 않을 경우 연기의 수정을 요구할 수도 있으며 연출감독이 만족스럽다고 판단하여야 방송연기자의 연기는 비로소 방송프로그램의 일부를 구성하게 된다.

이와 같은 점들을 종합하면 참가인은 방송연기자들의 업무 수행과정에서 구체적이고 개별적인 지휘·감독을 하는 것으로 볼 수 있다.

- ③ 방송연기자는 의상 등의 선택에 자율성을 가지나 연출감독이 배역이나 드라마 내용, 분위기 등과 맞지 않는다고 판단하는 의상이나 액세서리의 착용 등은 제한된다.

#### 나) 참가인에 의해 연기시간 및 장소의 구속을 받는지 여부

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

#### 다) 출연료의 근로대가성

- ① 출연료는 방송연기자의 연기의 예술적 성과나 표현력 여부 등 원고로부터 위탁받은 업무의 이행실적이나 성과와 무관하게 방송의 편성시간과 연기자에 대해 미리 정해진 등급이라는 고정적인 지표에 의해서 정해진다. 방송프로그램 편성시간이 길수록 방송연기자의 연기시간 또는 대기시간 역시 길어질 것이기 때문에 방송연기자의 노무제공시간과 방송프로그램 편성시간은 대체로 비례관계에 있을 것이므로 방송연기자의 노무제공시간이 장기간의 대기시간 등 때문에 정확히 산정하기 곤란한 점 등을 고려하면 편성시간을 기준으로 방송연기자의 연기에 대한 보수를 정하는 것은 근로대가의 결정 수단으로서 나름의 합리성이 있다. 따라서 방송연기자의 출연료는 연기에 의한 예술적 가치를 평가한 것이라기보다는 연기라는 노무 제공 자체의 대가로 정액의 급여를 지급한 것으로 보는 것이 상당하다.
- ② 출연료 이외의 재방송료나 해외판매분 사용료나 전송사용료에 대한 보상 역시 성과와는 무관하게 고정적으로 지급되는데, 이러한 출연료 외에 지급되는 금액은 방송연기자가 저작권법에 의한 저작권접권을 가진 것에 따른 보상으로 보이고, 방송연기자들이 특별히 방송프로그램의 수익에 대한 지분을 가지게 되는 것은 아니며, 참가인 소속 직원이 위와 같은 재방송 등의 경우에 방송연기자와 같은 보상을 받지 않는 것은 참가인과 참가인 소속 근로자 간의 근로계약상 별도의 정함에 따른 것이지 근로자 인정 여부와는 무관한 것으로 보인다.

- ③ 같은 방송프로그램에서 방송연기자가 특정 회차에 출연하지 않고 과거 촬영한 방송연기자 출연 장면만 재사용되는 경우 재방송료와 달리 참가인의 방송제작비 지급규정에 규정된 장면 재사용료 명목으로 기본출연료의 50%를 방송연기자에게 지급하게 되는데, 이는 원고가 방송사들과의 단체교섭을 통해 얻어낸 것이다.

라) 방송연기자의 사업자성

- ① 모든 방송연기자의 역할이 대체 불가능하지는 않을 것이지만 방송연기자가 다른 방송연기자를 고용하여 자신의 연기를 대행하도록 하는 사례는 없다.
- ② 방송연기자들이 사업자라면 일용 부담해야 할 것으로 보이는 숙박비와 식비, 교통비는 참가인이 별도로 지급하고 있다.
- ③ 현대극에서 의상은 방송연기자가 준비하나 특별히 방송연기자에게 의상과 관련한 일정한 의무가 지워져 있는 것은 아니고, 방송연기자가 별도로 자신의 비용으로 준비해야 할 의무가 있는 비품은 없다.
- ④ 따라서 연기자들은 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있다거나 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있다고 보기 어렵다.

마) 그간의 당사자의 인식 및 노사관행

- ① 원고와 참가인은 노동조합법상 규정들이 적용됨을 전제로 이에 따라 노동쟁의 조정절차 등을 거쳐 단체협약을 체결하고, 단체협약의 규범적 효력을 전제로 단체협약의 규정내용을 방송연기자들과의 개별 계약의 내용으로 적용하여 오는 등의 집단적 노사관계를 진행하여 온 점 등에 비추어 참가인도 방송연기자 및 원고를 사실상 노동조합법상 근로자 및 노동조합으로 인정하여 왔고, 약 25년간 노동조합법에 따른 법률관계가 형성되어 정착되었다.
- ② 노동조합법 제7조는 노동조합법상 노동조합이 아니면 노동위원회에 노동쟁의의 조정을 신청할 수 없다고 규정하고 있으나, 피고는 그동안 원고가 노동조합법상 노동조합임을 전제로 원고와 참가인 사이의 노동쟁의 조정절차를 진행해왔다.
- ③ 방송연기자들은 참가인의 방송 사업에 없어서는 안될 불가결한 요소로 편입되어 있지만, 자유계약 연기자 아닌 경우 참가인이 정한 출연료 등급에 따라 출연료를 받으며, 출연료 등급에 대해서는 참가인에 의하여 책정되는 것으로 방송연기자가 이에 관해 협상할 수 있는 여지가 거의 없어서 대부분의 방송연기자의 경우 참가인에 의해 계약조건인 주요 내용이 결정되고 있다.

바) 그 밖에 근로자성 판단 요소

- ① 근로관계는 인적·계속적 관계이므로 근로관계 당사자는 근로제공·임금지급 의무에 덧붙여 겸직금지 의무 등의 여러 부수적인 의무를 부담한다. 그러나 참가인이 방송연기자의 근로를 필요로 하는 방송프로그램은 일정한 기간만 유지되는 유기적인 사업이

어서 근로관계의 인적·계속적 성격이 낮으므로 그만큼 근로자의 부수적 의무의 정도도 적다고 할 것인데, 방송연기자는 원칙적으로 방송방영시간이 아닌 방송촬영시간에 근로를 제공함으로써 근로제공의무를 다하는 것이므로, 방송연기자가 방송촬영시간 즉 참가인의 지휘·감독에 벗어난 시간을 이용하여 참가인 방송프로그램과 유사 시간대의 다른 방송사 프로그램에 동시에 출연하는 경우도 가능하다.

- ② 방송연기자가 기획사 등을 운영하며 다른 탤런트를 고용하는 경우도 있으나 이는 방송연기자가 아닌 다른 지위에서 하는 별도의 사업이고, 위와 같은 사업을 하는 방송연기자 역시 참가인의 지휘·감독을 받으며 노무를 제공할 때에는 다른 방송연기자와 다를 바가 없다.
- ③ 원고의 조합원 중에는 출연계약을 통해 출연료를 결정하는 자유계약 연기자도 있는데, 이들의 출연계약서에는 일반적인 근로계약서에서 볼 수 있는 근로시간과 휴게시간에 관한 내용이 없으며, 근로기준법에 위반한 위약금 예정에 관한 내용이 기재되어 있기는 하다. 그러나 근로자성 여부는 근로제공의 실질에 따라 평가되어야 할 것이고 계약의 형식에 따라 좌우되지 않는바, 출연료가 어떤 방식으로 결정되는지는 근로자성여부에 영향을 미치지 않고, 출연계약서에 근로시간 및 휴게시간의 정함이 없는 것은 일정이 불규칙한 방송프로그램 촬영의 특성에서 비롯된 것이며(근로기준법 제59조도 이러한 점을 고려해 영화 제작 및 흥행업을 근로시간 및 휴게시간의 특례로 규정하고 있다), 근로기준법에 반하는 위약금의 예정 약정은 노동조합법상 근로자성을 판단하는 데 있어서는 직접적인 관련성이 없다.
- ④ 방송연기자들은 방송제작비지급규정의 적용을 받고 있는데 방송연기자의 출연료가 결정되는 부분에 한하여 위 규정은 취업규칙에 해당한다고 볼 수도 있다. 그렇지 않다고 하더라도 취업규칙이나 인사규정 등의 적용은 사용자가 경제적·사회적으로 우월한 지위를 이용하여 그 적용 여부나 적용 방식을 결정할 수 있는 사항이므로 노동조합법상의 근로자성 인정에 있어 중요한 징표로 작용하지 않으며, 같은 이유에서 방송연기자들이 사업소득세를 납부하고 있는 점, 기본급이나 고정급이 정해지지 않은 점, 4대 보험 적용이 배제되고 있는 점 등은 노동조합법상의 근로자성을 판단하는 부차적인 요소라고 할 것이다.

#### 4) 소결론

그렇다면 원고는 노동조합법상 근로자인 방송연기자들이 조직·가입한 노동조합법상의 노동조합이라고 보아야 할 것이고, 참가인과 방송출연계약을 체결하여 연기 등 방송에 출연하고 있는 기간 중에는 원고 소속 조합원들은 참가인의 지휘 감독을 받는 사용종속관계에 놓여 있다고 볼 것이므로 원고에게 참가인 사업장 내에서의 교섭단위분리를 신청할 적격이 없다고 본 이 사건 재심결정은 위법하다.

### 3. 결론

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

판사 ○○○(재판장) ○○○ ○○○

## [판례 선정 참고서적]

- 김기선·박제성 편, 노동판례리뷰 2015, 한국노동연구원, 2016.
- 김기선·김근주·박제성 편, 노동판례리뷰 2016, 한국노동연구원, 2017.
- 김수복, 근로기준법(개정4판), 중앙경제, 2016.
- 김형배·박지순, 노동법강의(제6판), 신조사, 2017.
- 노동법실무연구회, 근로기준법주해 I, II, III, 박영사, 2010.
- 방강수 편저, 노동법 원포인트 판례 170선, 새흐름, 2016.
- 부종식 편저, 원스톱 노동법 판례, 필통박스, 2017.
- 서울지방노동위원회, 자주 인용하는 판례 및 관련 분석, 2013.
- 임무송·이수영·최선애·양성필·권호안, 노동법 실무, 중앙경제, 2017.
- 임종률, 노동법(제15판), 박영사, 2017.
- 조용만·김홍영, 로스쿨 노동법 해설(제3판), 오래, 2016.
- 중앙노동위원회, 주요 노동판례, 매분기.
- 중앙노동위원회, 주요 판례 100선, 2011.
- 중앙노동위원회, 주제별 판례 분석집, 2016.
- 최영우, 개별 노동법 실무(5판), 중앙경제, 2017.
- 하갑래, 근로기준법(제28판), 중앙경제, 2016.
- 한국노동법학회, 노동판례백선, 박영사, 2014.



## 주제별 노동판례 200선 발간에 참여한 사람들

기 획 · 편 집 이수영, 최관병, 김봉진, 김근효

위 원 장 임무송

상 임 위 원 최선애, 양성필

공 익 위 원 부종식(자문)

과 장 박성용, 김철수

조 사 관 (심판1과) 김동주, 김명환, 문정원,  
박진우, 박찬영, 서선숙, 정명숙

(심판2과) 김창만, 박병희

(교섭대표결정과) 전은미

### 주제별 노동판례 200선

발행일 | 2017년 7월

발행처 | 서울지방노동위원회

연락처 | 심판1과 (02)3218-6038

심판2과 (02)3218-6058

인 쇄 | 정원기획(031)265-4630

< 비매품 >