

# 노동판례리뷰

## 근로자의 작업중지권과 징계책임

- 대법원 2023. 11. 9. 선고 2018다288662 판결 -

### 【판결 요지】

근로자의 작업중지권은 근로자가 산업재해발생의 급박한 위험이 있다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있는 때에는 작업을 중지하고 긴급 대피할 수 있도록 함으로써 산업재해를 예방하고, 안전하고 건강하게 일할 수 있는 여건을 조성하여 근로자의 생명과 건강을 보호하기 위한 규정이다. 따라서 근로자는 산업재해, 즉 업무에 관계되는 건설물·설비·원재료·가스·증기·분진 등에 의하거나 작업 또는 그 밖의 업무로 인한 사망, 부상 또는 질병이 발생할 급박한 위험이 있다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있을 때에는 작업을 중지하고 대피할 수 있으며, 사업주는 이와 같은 사유로 작업을 중지하고 대피한 근로자에 대하여 해고나 그 밖의 불리한 처우를 할 수 없다.

위 대법원 판단을 지지하면서도 이를 평석의 대상으로 삼은 이유는 생명과 신체의 안전을 위해 작업을 중지하고 대피하였던 근로자가 포상을 받기는커녕 되레 징계를 받았다는 사실과 대법원이 바로잡기 전까지 근로자에 대한 징계가 정당하다고 판단한 하급심 판결에 있다.<sup>1)</sup> 그리고 산업안전보건법(이하 '산안법') 제52조 제1항은 “근로자는 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있는 경우에는 작업을 중지하고 대피할 수 있다.”라고 정하면서 같은 조 제4항은 “사업주는 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있다고 근로자가 믿을 만한 합리적인 이유가 있을 때에는 제1항에 따라 작업을 중지하고 대피한 근로자에 대하여 해고나 그 밖의 불리한 처우를 해서는 아니 된다.”라고 규정한 ‘근로자의 작업중지권’의 기능이다.

1) 소송의 경과: 대전지방법원 2018. 5. 16. 선고 2017가합101663 판결(기각\_근로자 패) → 대전고등법원 2018. 10. 31. 선고 2018나12405 판결(기각\_근로자 패) → 대법판결(파기환송\_근로자 승)

이 사건의 경우 근로자의 작업중지권이 적법하게 행사되었는지가 법적 쟁점이 되었으므로 이에 대한 법리를 먼저 살펴본다. 산안법은 1981. 12. 31. 제정 당시에 사업주의 작업중지권(무만을)<sup>2)</sup> 규정하였다가 1995. 1. 5. 근로자의 작업중지권이, 1996. 12. 31. 작업중지권을 행사한 근로자에 대한 불리한 처우를 금지하는 규정이 추가로 신설되었다.<sup>3)</sup> 그리고 사업주가 작업중지의무를 위반한 경우에는 '5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금'에 처해진다(산안법 제168조 제1호). 이의 입법취지에 대해 대상판결은 위 【판결요지】와 같은 내용으로 판시하였다.

돌아와 사건의 개요와 경위를 살펴보면, 2016. 7. 26. 07:56 무렵(이하 '1차 누출사고')과 09:30 무렵 두 차례에 걸쳐 세종시 C산업단지 내 D공장에서 화학물질인 티오비스<sup>4)</sup> 약 300ℓ 가 누출되는 사고가 발생하였다. 곧이어 출동한 소방본부는 관계자로부터 '티오비스가 공기 중에서 반응하게 되면 황화수소로 변질되어 인체에 치명적'이라는 말을 듣고 08:30 무렵 "사고지점으로부터 반경 50m 거리까지 대피하라."는 취지의 대피방송을 하였다. 소방본부는 D공장과 인접한 소로를 기준으로 통제선을 설치하였고, 6개 회사가 통제선 안쪽에 있는 한편 통제선 바깥쪽에 피고 회사 K사, 이보다 멀리 떨어진 지점에 L사가 있었다.

09:20 무렵 누출사고 지점으로부터 반경 500m~1km 거리에 있는 3개 마을의 이장을 통해 마을 주민들에게 창문을 폐쇄하고 외부 출입을 자제할 것을 당부하는 내용의 대피방송이 이루어졌고, C산업단지 관리사무소장은 통제선 내에 있는 공장의 근로자들에 대해 대피를 유도하였다. 1차 누출사고는 08:42 무렵 차단조치가 완료되었으나 09:30 무렵 2차 누출사고가 발생하였고 이에 대해서는 10:00 무렵 차단조치가 완료되었고, 18:35 무렵 현장상황이 종료되어 출동했던 소방관들이 모두 철수하였다.<sup>5)</sup>

누출사고 당일 09:07 무렵부터 다음 날 20:32 무렵까지 노동자 30명이 두통, 어지러움, 오심, 구토 등을 호소하여 병원으로 이송되었는데 27명은 통제선 안쪽의 6개 회사의 직원이었으나 나머지 3명은 통제선 밖에 있는 K, L의 직원이었다.

- 2) 제정 산안법 제26조 제1항(현 산안법 제51조)에 규정하였는데 제정법의 기본 골격은 그대로 유지하고 있다.
- 3) 이들은 구 산안법 제26조 제2항과 제3항에 규정되었는데 이의 기본 골격을 그대로 유지한 채 사업주의 작업중지 의무와 조문을 분리하고 자구 수정을 거쳐 현 산안법 제52조 제1항과 제4항이 되었다.
- 4) 티오비스는 '특정 표적장기 독성 - 반복 노출: 구분2'로 분류된 기존 화학물질로서 반복적으로 노출이 되면 사람의 특정 표적장기 또는 전신에 유해 독성을 일으키는 것으로 알려진 물질이다. 티오비스는 저온에 보관되어야 하고 상온에 노출되는 경우에는 분해되면서 황화수소를 발생시킨다. 황화수소는 독성이 강한 기체로서 낮은 농도의 황화수소를 흡입하는 경우 눈, 코 또는 목에 자극을 일으킬 수 있고, 천식환자에게는 호흡곤란을 유발할 수 있으며, 짧은 시간이라도 높은 농도의 황화수소를 흡입하는 경우에는 후각이 마비될 수 있다. 또한 황화수소에 피부가 노출되면 수분이 있는 부위에 심한 통증과 수축 및 홍반이 나타날 수 있다.
- 5) 소방본부는 화학물질안전원에 누출사고 지점으로부터 반경 200m 거리까지 황화수소의 검출을 의뢰하였고, 09:30 무렵을 기준으로 반경 5m 지점에서는 7ppm이 검출되나 반경 10m 이상의 지점에서는 검출되지 않는다는 취지의 회신을 받았다. 10:00 무렵 다시 검출을 의뢰한 결과 반경 5~10m 지점에서 5~8ppm 정도가 검출된다는 회신을 받았다.

원고는 피고 회사에 재직 중인 근로자로서 C노동조합 A지회장인데, 원고는 누출사고 당일 09:00 무렵 누출사고 소식을 듣고 09:40 무렵 고용노동부와 피고 회사에 누출사고에 대한 대책 마련 및 신속한 조치를 촉구하였다. 원고는 10:00 무렵 피고 회사의 노무이사, 산업안전보건위원회 근로자 대표 겸 기업별 노동조합 위원장 V, 대전지방고용노동청 소속 근로감독관 등과 함께 누출사고에 대한 대책을 논의하였고, 당시 근로감독관은 피고 회사 측에 근로자들의 대피를 권유하였다. 위 V는 원고에게 누출사고 현장에 함께 가 볼 것을 제안하였으나 원고는 이에 응하지 아니하였다. 원고는 10:21 무렵 소방본부에 누출된 화학물질의 종류와 유해성 등에 관해 질의하였고, 10:46 무렵 재차 소방본부에 전화하여 피고 회사에 대하여 대피명령이 내려지지 않는 이유에 대해 질의한 결과 소방본부로부터 “이미 대피방송이 있었다.”라는 취지의 답변을 들었다. 원고는 피고 회사의 작업장을 이탈하면서 당시 작업 중이던 C노동조합 소속 조합원 28명에게도 대피하라고 말하였고, 피고 회사의 노무이사에게 이러한 상황을 통보하였다. 이에 따라 11:30 무렵 조합원 25명이, 11:50 무렵 조합원 3명이 작업을 중단하고 피고 회사의 작업장에서 이탈하였다.

피고 회사는 원고에게 무단이탈 및 허위사실 유포를 이유로 정직 2개월의 징계를 했고, 이에 원고가 정직 무효확인 소를 제기했다. 1·2심은 누출사고 당시 피고 회사의 직원들에 대하여 ‘산업재해가 발생할 급박한 위험’이 있다고 보기 어렵고, 원고가 V의 제안에 따라 재난지휘통제소를 방문하여 객관적으로 작업중지권을 행사할 상황인지 여부를 파악할 수 있는 최소한의 노력을 거부하였으므로 원고에게 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있었다고 보기 어렵다고 판단하였다. 한편 대상판결은 위와 같은 사실관계를 근거로 피고 회사 작업장이 유해물질로부터 안전한 위치에 있었다고 단정하기 어렵고, 원고는 피고 회사의 근로자이자 노동조합의 대표자로서 인체에 유해한 화학물질이 누출되었고 이미 대피명령을 하였다는 취지의 소방본부 설명과 대피를 권유하는 근로감독관의 발언을 토대로 산업재해가 발생할 급박한 위험이 존재한다고 인식하고 대피하면서 노동조합에 소속된 피고 회사의 다른 근로자들에게도 대피를 권유하였다고 볼 여지가 있다며 원심판결을 파기하고 원심법원에 환송하였다.

위에 보았듯이 원고의 행위가 산안법 제52조에 규정된 적법한 작업중지권의 행사인지 여부가 쟁점이 되었고, 이에 대한 판단을 1·2심과 대법원이 달리하였다. 대법원의 판단을 지지하면서도 근본적인 의구심이 있는데, 근로자의 작업중지권을 규정하고 있는 산안법 제52조 제1항과 제4항의 해석이다. 생명·신체에 산업재해가 발생할 ‘급박한’ 위험이 있을 때에 한정하여 작업을 중지하고 대피할 수 있는지, 즉 죽음이나 상해·질병으로 내몰리는 급박한 위험에서만 작업을 중지하고 대피할 것을 규정한 것이 산안법 제52조 제1항과 제4항의 입법취지인지이다.

산안법은 제51조에 ‘사업주의 작업중지’라는 표제로 “사업주는 산업재해가 발생할 급박한 위

험이 있을 때에는 즉시 작업을 중지시키고 근로자를 작업장소에서 대피시키는 등 안전 및 보건에 관하여 필요한 조치를 하여야 한다.”라고 ‘사업주의 작업중지의무’를 규정하고, 사업주가 이러한 의무를 위반할 경우 산안법에서도 두 번째로 무거운 벌칙(제168조 제1호: ‘5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금’)에 처해진다. 이렇듯 의무를 위반한 경우에는 의무의 경중에 따라 벌칙 등의 제재조치가 정해진다. 사업주의 작업중지의무를 규정한 산안법 제51조는 형벌의 구성요건을 정하고 있는 형벌법규로서 죄형법정주의 원칙에 따라 엄격하게 해석해야 한다. 반면 산안법 제52조 제2항의 ‘근로자의 작업중지’는 ‘권리’로서 근로자에게 부여된 것이고, 이의 실효성을 확보하기 위해 같은 조 제4항에 작업을 중지하고 대피한 근로자에 대하여 해고나 그 밖의 불리한 처우를 금지한 것이다. 일반적으로 정당한 권리행사인지 여부는 ‘의무 위반’처럼 취급하여 ‘위반’ 여부로 의율하는 것이 아니라 ‘권리남용의 법리’로 다루어진다. 즉 근로자의 작업중지권 행사가 적법한지 여부는 그 권리를 남용하였는지 여부에 있는 것이다. 따라서 근로자의 작업중지권 행사에 대한 사용자의 징계가 정당화되기 위해서는 산업재해가 발생할 위험이 없음에도 근로자가 사업주의 업무를 방해할 의도로 작업을 중지하고 작업장소를 이탈하는 등 법에서 허용된 작업중지권의 범위를 현저하게 벗어나는 등의 권리를 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있어야 한다.

그런데 대상판결의 1·2심은 근로자의 작업중지권을 마치 사업주의 작업중지의무를 정하고 있는 산안법 제51조를 적용하듯이 ‘산업재해가 발생할 급박한 위험’을 해석하고 있는 것이다. 사업주에게 의무로 부과되고 이를 위반할 경우 벌칙이 적용되는 산안법 제51조의 ‘산업재해가 발생할 급박한 위험’과 근로자에게 긴급피난으로서 주어진 권리인 산안법 제52조 제1항의 ‘산업재해가 발생할 급박한 위험’을 동일시할 수 없다. 만약 산안법 제52조 제1항이 이런 방식으로, 즉 징계책임 등의 제재조치를 부담하는 기준이 되는 방식으로 기능할 거라면 차라리 없는 것이 낫다는 볼멘소리에 귀가 솔깃해진다.

“가만히 있으세요.”라는 선내 방송에도 불구하고 본능에 의존하여 가까스로 갑판으로 나와 세월호에서 바다로 탈출했던 생존자는 티미한 기억들 가운데에서도 각인된 기억의 한 자락이 있었다고 한다. 그 기억은 비상구를 향해 복도를 통과하면서 복도에 남아 있는 친구들에게 “같이 가자.”라는 말을 하지 못한 채로 빠져나오는 자신의 모습이었던 것이다. 친구들에게 ‘그 말’을 했어야 한다는 후회가 생존자를 오래 괴롭혔다는 인터뷰였다. 생명과 신체의 안전보다 더 가치 있는 작업이란 없다. **KLL**

강선희(고려대학교 일반·노동대학원 강사, 법학 박사)

## 일가정 양립 지원을 위한 사업주의 배려의무와 판단기준

- 대법원 2023. 11. 16. 선고 2019두59349 판결 -

### 【판결 요지】

자녀 양육에 대한 부담으로 발생하는 근무상 어려움을 육아기 근로자 개인이 전적으로 감당하여야 한다고 볼 수 없고, 사업주는 그 소속 육아기 근로자의 일·가정 양립을 위한 배려의무를 부담한다고 봄이 타당하다. (중략) 원고는 어린 자녀를 양육하는 참가인에 대하여 고용승계에 따른 시용기간 동안 일·가정 양립을 위한 배려의무를 다하지 아니하였고, 그 결과 참가인이 초번 근무와 공휴일 근무를 하지 못하고 근태 항목에서 상당한 감점을 당하여 본채용 거부통보를 받기에 이르렀다고 볼 여지가 상당하다.

남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(이하 '일가정 양립지원법'<sup>1)</sup>)은 제3장의2에서 일·가정의 양립 지원에 관하여 규정하고 있는데, 육아휴직, 육아기 근로시간 단축 외에도 육아지원을 위한 그 밖의 조치로서 사업주는 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀를 양육하는 근로자의 육아를 지원하기 위하여, 업무를 시작하고 마치는 시간 조정, 연장근로의 제한, 근로시간의 단축, 탄력적 운영 등 근로시간 조정, 그 밖에 소속 근로자의 육아를 지원하기 위하여 필요한 조치를 하도록 노력하여야 한다고 규정하고 있다(제19조의5 제1항). 대상판결은 기본권인 부모의 양육권과 위 일가정 양립지원법 제19조의5에 기하여 사업주에게 일·가정 양립을 위한 배려의무가 인정된다고 판단한 최초의 대법원 판결이다.

참가인은 순환도로 관리회사로부터 순환도로 중 일부 구간에 대한 유지관리용역을 수급한 종전 회사에 2008. 6. 16. 입사하여 8년여의 기간 동안 이 사건 영업소에서 서무주임으로 근무하였는데, 종전 회사에 이어 원고 회사가 해당 용역을 수급함에 따라 2017. 4. 1. 원고 회사와 근로계약을 체결하고 이 사건 영업소에서 종전과 같이 서무주임의 직책으로 근무해 왔다. 원고 회사는 해당 용역을 수급하면서 순환도로 관리회사에게 종전 회사 근로자들에 대한 고용승계 조항이 담긴 '근로조건 이행 협약서'를 제출하였다.

한편 참가인과 원고 회사 사이에 체결된 근로계약은 원고 회사가 3개월의 수습기간을 거쳐 참가인을 평가한 후 채용 여부를 결정하기로 하는 수습기간 약정(이하 '이 사건 수습약정')조항

1) 일반적으로 '남녀고용평등법'이라는 약어를 많이 사용하고 있지만, 해당 법 중 대상판결에 적용되는 부분을 보다 명확히 드러내기 위해 '일가정 양립지원법'이라는 약어를 사용하였다.

을 두고 있었는데, 원고 회사는 본채용 평가에서 참가인이 초번 근무<sup>2)</sup>(2017년 5월 3회, 6월 6회)를 거부하고 공휴일(총 4일) 및 근로자의 날에 무단결근을 하였다는 이유로 근태 항목에서 50점 가까이 감점하였고(참가인의 업무수행능력 항목에 대한 평가에서는 아무런 문제가 없었다), 그 결과 본채용 기준인 총점 100점 중 70점에 미달하였다는 이유로 2017. 6. 30. 참가인에게 본채용 거부 통보(이하 '이 사건 본채용 거부')를 하였다.

이에 참가인은 원고 회사는 참가인을 근로조건 이행 협약서에 따라 고용승계한 것이므로 수습근로자라고 볼 수 없고, 이 사건 본채용 거부는 해고의 절차를 준수하지 않았으므로 부당해고라고 주장하면서 부당해고구제신청을 하였다. 초심인 전남지방법노동위원회는 수습(시용)근로계약의 유효성이 인정되고, 이 사건 본채용 거부에는 합리적인 이유가 있으므로 정당성이 인정된다고 판단하였다(전남지노위 2017. 9. 7.자 전남2017부해199 판정). 위 초심판정에 대해 참가인은 재심을 신청하였고, 중앙노동위원회는 참가인은 수습근로자에 해당하지만, 원고 회사가 참가인의 무단결근에 대해 사정이나 이유를 청취하고 해결하려는 노력을 기울이지 않은 점, 원고 회사가 참가인이 1세와 6세의 자녀를 양육하는 일하는 엄마라는 점을 감안하여 초번 근무지시에 있어 일·가정 양립이 가능하도록 노력해야 함에도 그러하지 않은 점, 참가인의 무단결근이 취업규칙상 해고사유에 해당되지 않는 점, 참가인은 고용승계된 근로자로서 전 사업장에서부터 해당 업무를 8년간 수행하고 있는 점 등을 종합할 때 이 사건 본채용 거부에는 객관적이고 합리적인 이유가 존재하지 않아 사회통념상 상당성이 인정되지 않는다고 판정하였다(중노위 2017. 11. 29.자 중앙2017부해1016 판정).

위 재심판정에 대한 취소소송의 제1심은 이 사건 수습약정은 유효하고, 참가인의 초번 근무지시 불이행과 근로자의 날을 제외한 나머지 공휴일 무단결근은 이 사건 본채용 거부의 사유로 인정될 수 있지만, 원고 회사가 참가인의 수습기간 및 수습평가 과정에서 일·가정 양립을 위한 배려나 노력을 기울이지 아니하고 형식적으로 관련 규정을 적용하여 실질적으로 참가인이 '근로자로서의 근무'와 '어린 자녀의 양육' 중 하나를 택일하도록 강제하는 상황에 처하게 하였고, 그 결과 수습평가의 근태 항목에서 전체 점수의 절반을 감점당하는 결과를 초래하였으므로, 이 사건 본채용 거부는 사회통념상 상당하다고 인정하기 부족하여 효력이 없다고 판시하였다(서울행정법원 2019. 2. 28. 선고 2018구합50376 판결).

이에 대해 항소심(원심)은 이 사건 본채용 거부의 합리성 유무에 대해 제1심과 견해를 달리하여, 참가인이 원고 회사에 어린 자녀 양육 때문에 공휴일 근무가 불가능하였다는 사정을 설명하거나 이를 해결하기 위한 조치(연가사용허가 등)를 요청하였다고 볼 만한 자료는 없는 점,

2) 교대제 근로자들의 근무전환시간 또는 휴게시간 동안 공백을 방지하기 위하여 매일 일정 횟수로 오전 6시부터 오후 3시까지 근무하는 것.

공휴일의 경우 참가인의 배우자 등이 어린 자녀를 양육하는 것도 가능하다고 생각할 수 있으므로 참가인이 원고 회사에 다른 가족들이 공휴일에 어린 자녀를 양육하는 것이 불가능하다는 점을 설명하고 양해를 구하지 않는 이상 원고 회사가 그러한 사정을 먼저 파악하고 해결 조치를 취할 것을 기대하기는 곤란한 점, 참가인이 공휴일 무단결근을 시정하려는 노력은 전혀 하지 않은 채 곧바로 초번 근무 지시를 거부한 점, 원고 회사는 어린 자녀를 양육하는 근로자들의 경우 초번 근무 시 자녀의 등원을 위한 외출을 허용하고, 공휴일의 경우 사전에 일정을 조절하여 연가 사용을 허가하는 등 조치를 시행해 왔는데 원고 회사에 일·가정 양립을 위하여 위와 같은 조치를 넘어선 노력을 기대하는 것은 현실적으로 쉽지 않은 점 등의 사정을 근거로 이 사건 본채용 거부가 사회통념상 상당성이 있다고 판단하였다(서울고등법원 2019. 9. 5. 선고 2019누41456 판결).

대상판결은 참가인에게 초번 근무, 공휴일 근무 지시에 응할 의무가 있어 이 사건 본채용 거부의 원인사실이 인정된다고 판시한 다음, 원고가 참가인에 대하여 일·가정 양립을 위한 배려 의무를 다하지 아니하여 이 사건 본채용 거부에 이르렀으므로 본채용 거부의 합리적 이유가 인정되지 않는지 여부에 관하여 판단하였다.

우선, 대상판결은 부모의 양육권은 헌법 제36조 제1항, 제10조, 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권으로서 일가정 양립지원법이 양육권의 사회적 기본권으로서의 측면을 법률로써 구체화하고 있다고 전제하고, 일가정 양립지원법 제19조의5가 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀를 양육하는 근로자(이하 '육아기 근로자')의 육아를 지원하기 위해 업무시간 조정, 근로시간의 단축, 탄력적 운영 등 필요한 조치를 하도록 규정하고 있으므로, 자녀 양육에 대한 부담으로 발생하는 근무상 어려움을 육아기 근로자 개인이 전적으로 감당하여야 한다고 볼 수 없고, 사업주는 그 소속 육아기 근로자의 일·가정 양립을 지원하기 위한 배려의무를 부담한다고 판시하였다. 이는 양육에 대한 사회적 책임을 천명함과 동시에 헌법상 부모의 양육권의 취지에 따른 일가정 양립지원법 제19조의5를 근거로 (위 조항이 법적 강제력을 가진다고 보기 어려운 이른바 노력의무의 형태로 규정되어 있음에도 불구하고) 사용자의 근로자에 대한 일·가정 양립을 위한 배려의무를 인정하였다는 점에서 의미가 크다. 사용자의 배려의무는 안전 배려의무 등 근로계약의 부수적 의무로서 인정되어 오던 것인데, 이를 일·가정 양립 지원에 대해서도 확장한 것이다.

이어 대상판결은 배려의무의 구체적인 내용은 근로자가 처한 환경, 사업장의 규모 및 인력 운영의 여건, 사업 운영상의 필요성 등 제반사정을 종합하여 개별 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다고 판시하고 있는데, 일·가정 양립을 위한 배려의무의 내용을 정합에는 구체적인 상황을 반영할 필요가 있으므로 타당하다고 본다.

나아가 대상판결은 이 사건 본채용 거부가 합리적 이유와 사회통념상 상당성을 갖추었는지 여부를 판단할 때 원고 회사가 시용기간 동안 육아기 근로자인 참가인에 대하여 일·가정 양립을 위한 배려의무를 다하였는지를 고려할 필요가 있다고 하면서, 이 사건 거부통보의 합리적 이유와 사회통념상 상당성의 심사 강도와 관련하여 원고 회사는 고용승계조항이 담긴 근로조건 이행 약속서를 작성하였고, 참가인이 이 사건 영업소에서 약 8년 9개월 동안 동일한 업무를 수행하여 온 숙련된 근로자로서 고용승계에 대한 기대를 갖는바 참가인의 입장에서는 이 사건 본채용 거부가 실질적으로 수년간의 고용이 종료되는 것과 마찬가지로의 효과를 갖는다는 점을 고려하여 신규 근로자에 대한 본채용 거부보다 다소 엄격하게 판단함이 타당하다고 판시하고 있다. 이는 참가인에 대한 보호필요성을 강화하는 요소로서 언급된 것이지만, 신규 근로자에 대한 본채용 거부의 정당성 판단 시에는 참가인과 같은 고용승계된 근로자의 경우보다 사용자에게 요구되는 일·가정 양립을 위한 배려의무의 내용이나 정도가 완화될 수 있다는 취지로 인용되어서는 아니 될 것이다. 아이 돌봄은 개인에게만 맡겨둘 수 없는 사회적 책임이며, 아이를 양육하는 근로자에게 사용자의 일·가정 양립 지원이 필요하다는 본질에 있어서는 신규 근로자이든 고용승계에 대한 기대를 갖는 고용승계 근로자이든 차이가 없기 때문이다.

대상판결은 이어서 원고 회사 이전의 종전 용역업체에서는 참가인의 초번 근무 시 자녀의 등원시간에 맞추어 외출을 허용하였고, 참가인을 포함한 모든 일근제 근로자들이 공휴일에 연차휴가를 사용하여 근무하지 않은 점, 원고 회사에 의하면 영업관리팀 소속 영업주임의 순찰시간, 식사시간에 사무실을 관리하기 위하여 같은 팀 소속 서무주임의 공휴일 근무가 요구된다는 것인데 참가인에 대하여 공휴일 근무의 횟수, 빈도나 근무시간을 조절하여 연차휴가 외출 등을 사용하도록 하는 방법을 모색하거나 참가인이 바뀐 근로조건에 대응할 수 있도록 일정한 유예기간을 부여하였더라도 이 사건 영업소의 운영에 큰 지장이 있었으리라고 보이지 않는 점, 영업관리팀에서 서무주임인 참가인이 영업주임의 공백을 보완할 수 있는 유일한 근로자인 것도 아닌 점, 이 사건 영업소의 여건, 인력 현황 등을 고려하면 원고 회사에게 공휴일 근무와 관련하여 육아기 근로자인 참가인에 대하여 일·가정 양립을 위한 노력을 기울일 것을 기대하는 것이 과도하거나 무리라고 보이지 않고 참가인에게 공휴일 근무를 지시하여야 할 경영상 필요성이 크다고 보기는 어려운 점 등을 이유로 이 사건 본채용 거부는 합리적인 이유나 사회통념상 상당성이 인정되지 않는다는 결론을 내렸다.

제1심이 적절히 지적한 바와 같이 '근로자로서의 근무'와 '어린 자녀의 양육'을 택일하도록 강제하는 사회라면 작금의 저출산 위기의 극복은 요원할 것이다. 그리고 이러한 선택이 강제된다면, 이러한 선택을 강요받기 전에 아예 자녀의 출산을 포기하는 근로자들도 늘어날 것이다. 적극적으로 사용자의 육아기 근로자에 대한 일·가정 양립을 위한 배려의무를 인정하여 본채용



거부의 정당성 판단기준으로 적용한 대상판결의 입장에 지지를 보내며, 향후 후속판결에서 신규 근로자이든 고용승계된 근로자이든 구별하지 않고 일·가정 양립을 위한 배려의무 법리가 적용되기를 기대한다. **KLI**

오대영(제주대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사)

## 기간제교원과 정규교원 간의 차별대우

- 서울고등법원 2023. 5. 26. 선고 2022나2022331 판결 -

### 【판결 요지】

- 기간제법 제3조 제3항이 국가 또는 지방자치단체의 기관에 대하여도 이 법이 적용됨을 규정하고 있기는 하나, 위 규정은 공공부문에서 근무하는 비공무원인 기간제 근로자와 공무원 사이의 비교 가능성을 열어둔 것으로 볼 수 있을 뿐이고, 법령이 정한 근무조건이 서로 다른 공무원들 사이에서 그러한 명시적인 규정에도 불구하고 기간제법에 따라 동일한 처우를 하여야 한다는 취지라고 볼 수는 없다.
- 헌법상 평등의 원칙과 근로기준법 제6조의 균등처우 원칙의 측면에서 보더라도, 정규 교원과 기간제 교원은 차별적 처우 여부를 논할 비교집단이 된다고 보기 어렵다.

이 사건 원고들은 교원임용시험에 합격한 정규 교원에 비교하여 호봉승급, 정근수당 산정, 성과상여금 지급기준 호봉, 맞춤형 복지점수 배정에서 다른 대우를 받았다. 정규 교원은 재직 중 1년의 승급기간이 충족되면 매달 1일자로 호봉이 승급되지만, 기간제 교원들은 계약기간 중 재직기간 1년이 지나도 재계약일에 다시 호봉을 산정하여 급여를 지급받았다. 근무연수에 따라 매년 1월과 7월에 지난 6개월 중 실제 근무한 기간을 반영한 정근수당이 지급되는데, 피고 서울시와 경기도는 현재 임용 학교의 계약기간만 지급 대상기간으로 보고 지급하였다. 정규 교원의 경우 매년 3월 1일경 소속 학교가 변경되더라도 1월부터 2월까지 전 소속 학교에서 근무한 기간이 '실제 근무한 기간'에 산입되어 7월분 정근수당 전액을 지급받는 반면, 같은 기간제 교원의 경우 매년 2월 말일까지 전 소속 학교에서 근무하고 3월 1일부로 현 소속 학교에서 근무를 시작하면 전 소속 학교 근무기간에 상응하는 부분의 정근수당을 산입하지 않고 정근수당을 지급하였다. 성과상여금은 과거에는 기간제 교원에게 지급되지 않았으나 2013년도부터 지급대상에 포함하였는데 정규 교원은 26호봉, 기간제 교원은 15호봉을 기준으로 하는 차등을 두었다. 서울시와 경기도는 정규 교원에게는 '기본복지점수' 외에도 근속연수에 따른 '근속복지점수', 배우자와 직계 존비속에 대한 '가족복지점수'를 배정한 반면, 기간제 교원인 원고들에게는 '기본복지점수'만 배정하였다. 기간제 교원의 퇴직금 산정 시에는 평균임금에서 가족수당을 제외하고 산정한 금액을 지급한 것이 문제되었다.<sup>1)</sup>

1) 대상판결은 퇴직금 관련 가족수당을 제외하고 평균임금을 산정한 것만 위법하다고 판단하였는데, 이는 기간제 교원 관련 달리 적용할 수 있다는 법령상 근거가 없다는 점을 이유로 한 것이다.

이 사건 피고들은 기간제 교원은 공무원이 아니므로 「공무원수당규정」에 따른 정근수당, 성과상여금, 맞춤형 복지점수 등의 지급대상이 아니기 때문에 차별적 처우의 시정을 구하는 원고들의 청구에 이유가 없다고 주장하였다. 그러나 이 사건 1심 및 대상판결은 기간제 교원이 「교육공무원법」상 특수한 지위를 갖는 교원이라고 판단하였기 때문에 위와 같은 차등대우가 「헌법」과 「근로기준법」, 기간제법 등이 금지하는 차별인지 여부가 주된 쟁점이 된다.

기간제법상 차별 성립 여부와 관련하여 대상판결은 이 법이 정규직/기간제 공무원 사이에는 적용되지 않는다고 판단하였다. 기간제법 제3조 제3항이 국가 또는 지방자치단체의 기관에 대하여도 이 법이 적용됨을 규정하고 있기는 하나, 위 규정은 공공부문에서 근무하는 비공무원인 기간제 근로자와 공무원 사이의 비교 가능성을 열어둔 것으로 볼 수 있을 뿐이라고 하였다. 「교육공무원법」은 기간제 교원에게 정규 교원의 보수체계를 그대로 적용할 수 없음을 전제로 하여 기간제 교원 보수의 결정에 관하여 대통령령에 위임하였고, 위 법과 공무원보수규정, 공무원수당규정 등 관련 법령이 규율하고 있는 부분에 있어서는 기간제법 제8조 제1항이 적용될 수 없다고 판시하였다.

「헌법」상 평등원칙 및 「근로기준법」상 균등처우 원칙 위반 여부와 관련해서는 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있는지 여부를 주된 쟁점으로 판단하였다. 대상판결은 헌법이나 근로기준법이 금지하는 차별적 처우에 해당하기 위해서는 우선 그 전제로서 차별을 받았다고 주장하는 사람과 그가 비교대상자로 지목하는 사람이 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있어야 하고, 헌법상 평등권 침해 여부를 판단하기 위한 전제로 비교집단이 본질적으로 동일한지 여부를 살펴보기 위해서는, 그 비교집단 자체의 내재적 특성이나 직무의 특수성 등 물리적인 성격이나 현실적인 측면만을 고려해서는 안 되고, 비교대상과 관련된 헌법규정 및 당해 법률규정의 의미와 목적에 대한 규범적인 해석도 함께 고려해야 한다고 하였다(헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 99헌마494 결정 등 참조). 따라서 관계 법령에서 임용사유, 임용경로, 임용기간, 복무, 신분보장, 책임과 권한의 범위가 법령에 의해 달리 정해져 있고, 특히 교육공무원법 제32조 제2항은 기간제 교원이 책임이 무거운 감독 업무의 직위에 임용될 수 없도록 정하는 것 등을 보았을 때 정규 교원과 기간제 교원에게 본질적으로 다른 법적 지위를 부여하고 있으므로 차별적 처우를 논할 비교집단이 아니라고 판단하였다. 다른 한편으로는 「근로기준법」상 균등처우 원칙 조항 적용대상이 아니라고도 판시하였는데, 교원의 보수에 대해서는 공무원연금법, 공무원보수규정이 명시적으로 규정하기 때문이라고 하였다.

대상판결의 기간제법 제3조 제1항 해석이 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5391 판결의 취지를 적절하게 해석하였는지 검토가 필요하다. 조리직렬 군무원과 민간조리원 사이의 차별이 문제된 2011두5391 판결은 공무원과 비공무원 사이에 기간제법이 적용될 수 있다고 판시하였

을 뿐 기간제 공무원과 정규직 공무원 사이에 적용될 수 있는지 여부에 대해서는 판단하지 않았다. 군 민간조리원 사건 판결은 ‘비공무원인 기간제 근로자와 공무원 사이의 비교 가능성을 열어 두고 있다는 점, 기간제법의 입법 취지를 종합하여 보면 사법상 근로계약을 체결한 근로자 사이의 차별로 한정하여 해석할 것은 아니다’라는 판단을 하였다. 군 민간조리원 사건이나 대상판결 사건이나 정규직 공무원의 임금을 별도의 법령에서 정하는 것은 동일한데, 민간인과 공무원 사이의 기간제법 적용은 허용되고 기간제/정규 공무원 사이의 적용은 허용되지 않는다는 해석이 군 민간조리원 사건 대법원 판결의 취지에 맞는지 의문이다.

대상판결의 두 번째 쟁점은 헌법상 평등원칙, 근로기준법의 균등처우 원칙을 기간제/정규 교원에 적용할 수 있는지, 본질적으로 동일한 비교대상에 속한다고 볼 수 있는지이다. 대상판결은 산업인력관리공단 무기계약직 차별 사건 대법원 판결(대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다1051 판결)을 참고하여 본질적으로 동일한 비교대상 여부를 판단해야 한다고 설시한다. 그러나 “비교대상과 관련된 헌법규정 및 당해 법률규정의 의미와 목적에 대한 규범적인 해석도 함께 고려해야” 한다는 해석론은 평등권 및 균등처우 조항의 취지를 무시한 것이다. 이는 사실상 기간제/정규 공무원의 대우를 달리 대우하도록 법령이 규정했으니 두 집단 사이의 차등대우의 위법성 여부를 판단할 필요가 없다는 의미이다. 공무원의 임금은 법령에 의해 규정하는데 ‘법령에서 이미 차등하게 규정했으므로 그 정당성을 심사할 필요가 없다’는 논리는 평등권 및 균등처우 조항의 취지와 존재 의의를 무시하는 동어반복에 불과하다.<sup>2)</sup> 이 논리를 적용할 경우 사용자가 취업규칙을 통해 무기계약직/정규직의 근로조건을 달리 정한 취지를 고려했을 때 본질적으로 동일한 비교대상 집단이 아니라는 결론이 도출된다. 사용자가 정한 차등대우 규정의 위법성을 주장하는데 ‘사용자가 그렇게 정했으니 심사할 필요가 없다’고 판단하는 것이다.

보다 근본적으로는 ‘비교대상 집단 여부의 판단’이라는 단계의 진입장벽을 높게 잡고 문제된 차등대우가 헌법과 근로기준법상 허용될 수 있는지 정당성 심사를 전혀 하지 않는 문제가 있다.<sup>3)</sup> 차별 사건에서 비교대상자 요건이란 두 집단 사이의 동일·유사성을 비교할 필요가 없을 정도로 비교가능하지 않은 경우를 걸러내는 단계를 뜻한다. 서로 다른 회사 소속의 정규직을 비교대상으로 차별을 주장하는 경우, 직관적으로 보아도 담당 업무가 상이함이 명확하여 차별 여부를 심사할 필요가 없는 경우 등을 판단하는 단계로 족하다. 대상판결과 대상판결이 인용한 산업인력관리공단 대법원 판결에서 비교대상집단 판단 단계는 사실상 차별의 정당성, 합리적 이유를 심사하는 단계로서 기능하고 있다. 대상판결이 “그 비교집단 자체의 내재적 특성이나 직무의 특수성 등 물리적인 성격이나 현실적인 측면만을 고려해서는 안 되고, 비교대상과 관련

2) 유경민(2020.9.2.), 「헌법상 평등원칙의 심사구조와 고용차별 개념의 확장」, 차별포럼 발제문(미간행).

3) 국도관리원 사건 전원합의체 판결(대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다255941 전원합의체 판결)의 별개의견과 반대 의견의 비교대상성 판단기준 참고.

된 헌법규정 및 당해 법률규정의 의미와 목적에 대한 규범적인 해석도 함께 고려해야” 한다고 판시한 부분은 이 판결에서 추가된 부분이다. 대상판결이 비교집단 자체나 직무의 특수성만을 고려해선 안 된다고 한 것은, 기간제/정규 교원의 업무가 거의 동일하다는 사실만을 고려해선 안 된다는 의미로 읽힌다. 담당 업무가 거의 동일함에도 이러한 차이를 위법하다고 볼 수 없다고 판단했다는 점에서 사실상 차별의 합리적 이유(정당화 사유)를 판단한 것이다. 비교가능성 여부 단계와 차별의 합리적 판단 단계를 뒤섞을 경우의 문제점은 ‘직무의 동일·유사성에도 불구하고 문제된 차등대우를 정당화할 수 있는가’의 심사가 적절하게 이루어지지 않는다는 것이다. 대상판결에서는 기간제/정규 교원의 담당 업무와 권한 등에서 차이가 거의 없음에도 임금을 달리한 이유가 무엇인지 판단하지 않았다. 두 집단의 임금을 달리 결정하는 근거법령이 있다는 이유만으로 평등권 및 균등처우 조항 위반 여부를 판단할 필요가 없다고 했기 때문이다. 두 집단이 담당하는 업무가 매우 유사함에도 불구하고 다르게 대우할 필요성이 있는지를 판단해야 하고, 이를 위해 교원에 대해 호봉제, 정근수당, 성과상여금을 지급하는 목적, 차등 지급하는 목적을 실현할 수 있는 다른 대안이 있는지 여부, 차등 대우로 인한 손해의 정도 등을 종합하여 비례성 심사를 했어야 한다는 점에서 차별 판단 관련 법리에 대한 대상판결의 한계가 있다. 대법원은 안동대 시간강사 판결에서 평등권 및 균등처우 원칙 여부를 심사할 때 ‘근로의 내용’을 중심으로 판단할 것을 제시한 바 있다.<sup>4)</sup> 고용관계에서의 차별 여부를 판단할 때 근로의 내용, 업무, 직무를 중심으로 판단하는 것이 우선이고, 그 합리적 이유(정당화 사유)를 심사할 때에 그 밖의 요소들을 종합적으로 고려해야 한다는 법리를 따른 해석론의 정립이 필요하다.



구미영(한국여성정책연구원 연구위원)

4) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2015두46321 판결.