

## 노동판례리뷰

### 맞춤형복지비의 제척기간과 단시간근로자에 대한 근로시간 비례원칙에 따른 시정명령

- 대법원 2024. 2. 29. 선고 2020두49355 판결 -

#### 【판결 요지】

[1] 사용자가 선택적 복지제도로써 연간 단위로 복지포인트를 부여하는 맞춤형복지제도를 시행하는 경우 ... 복지포인트를 배정받지 못함으로 인하여 발생하는 차별 상태는 해당 연도 동안 계속된다고 보아야 하므로, 복지포인트의 배정일에 차별적 처우가 종료된다고 볼 수 없고, 맞춤형복지비에 관한 차별적 처우는 해당 연도의 말일을 종료일로 하는 '계속되는 차별적 처우'에 해당한다.

[2] 원고가 맞춤형복지비 지급요건을 충족한 시간제 돌봄전담사들에게 각각 지급하여야 하는 2017년 맞춤형복지비는 비교대상 근로자가 지급받은 450,000원의 1/2에 해당하는 225,000원이다.

먼저 이 글에서 다루고자 하는 쟁점과 관련한 사실관계를 간략히 살펴본다. A시(원고) 산하 공립초등학교에서 시간제(주 20시간) 돌봄전담사로 근무하는 교육공무직인 신청인들이 전일제(주 40시간) 돌봄전담사로 근무하는 교육공무직(이하 '비교대상 근로자')에 비해 근속수당과 맞춤형복지비를 받지 못한 것은 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '기간제법') 제8조 제2항이 금지하는 '단시간근로자임을 이유로' 한 차별적 처우라고 주장하며 지방노동위원회에 차별시정신청을 한 사건이다. 이 사건 신청인들은 2018. 1. 22. 지노위에 2015.~2017. 맞춤형복지비와 2016. 3.~2018. 2. 근속수당에 대한 차별시정을 신청하였는데, 지노위는 맞춤형복지비는 제척기간이 지났다는 이유로 각하하고, 근속수당은 근로시간에 비례하여 비교대상 근로자의 1/2을 지급하라는 시정명령을 하였다. 사건의 경과와 이 사건 신청인들과 비교대상

근로자 간 근로조건의 비교는 아래와 같다.

〈사건의 경과〉<sup>1)</sup>

	맞춤형복지비	근속수당
지노위	각하(제척기간 도과)	시정명령(시간비례)
중노위, 행정법원	2017년 맞춤형복지비(전액) 시정명령	유지
고등법원, 대법원	2017년 맞춤형복지비(시간비례) 시정명령	유지

〈이 사건 신청인들과 비교대상 근로자 간 기본급 외 근로조건의 비교〉

	명절 휴가비	정기 상여	가족 수당	자녀학비 보조수당	교통 보조비	급식비	근속 수당	맞춤형 복지비
비교대상근로자 (전일제)	○	○	○	○	○	○	○	○
신청인들 (시간제)	전액	시간 비례	전액	전액	시간 비례	전액	×	×

당사자 간 다툼이 있는 쟁점은 여러 가지이나 이 글에서 다루고자 하는 핵심 쟁점은, ① 선택적 복지제도인 맞춤형복지비에 대한 시정신청이 제척기간을 경과하였는지 여부(‘계속되는 차별’인지 여부와도 밀접한 관련이 있음), ② 단시간근로자에게 적용되는 근로시간 비례의 원칙(근로기준법 제18조 제1항)을 맞춤형복지비에 대해서도 적용할 수 있는지 여부이다.<sup>2)</sup>

첫째, 맞춤형복지비에 대한 시정신청이 제척기간(6개월)을 지났는지 여부이다.

기간제법 제9조 제1항은 단시간근로자가 차별적 처우를 받은 경우 ‘차별적 처우가 있는 날(계속되는 차별적 처우는 그 종료일)부터 6개월’ 이내에 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있다. 시정신청기간은 제척기간으로서 청구권을 유효하게 행사할 수 있는 기간을 의미하므로 6개월이 지나면 차별시정신청을 할 수 없다. 원고는 2015년부터 2017년까지 해당 연도 1월 1일을 기준으로 근속기간 1년 이상인 비교대상 근로자에게 맞춤형복지비로 350P(350,000원 해당, 2017년 450P로 인상)의 복지점수를 부여하였다.<sup>3)</sup> 배정받은 복지점수는 당해 연도 내에 사용하여야 하며, 사용 후 남은 복지점수는 다음 연도로 이월할 수 없고, 미사용 복지점수를 금전으로

1) 중앙노동위원회 2018. 8. 2. 판정 2018차별13, 17, 18(병합) → 서울행정법원 2019. 8. 30. 선고 2018구합78640 판결 → 서울고등법원 2020. 8. 28. 선고 2019누58812 판결 → 대법판결

2) 이 외에도 당사자 간 근속수당에 불리한 처우가 있는지 여부를 판단하는 비교방법에 다툼이 있었으나 모든 심급에서 근속수당 항목만을 놓고 불리한 처우의 여부를 판단하였다. 위 〈이 사건 신청인들과 비교대상 근로자 간 기본급 외 근로조건의 비교〉에서 보듯이 신청인들에게 지급되는 임금 등 세무항목과 이에 상응하는 비교대상 근로자의 임금 등 세무항목이 동일하므로 각 세무항목별로 비교하여 불리한 처우가 있는지 여부를 판단해야 하므로 맞춤형복지비뿐만 아니라 근속수당도 마찬가지로 세무항목별로 비교해야 한다.

3) 2017년 임금협약에 따라 2017. 11. 30. 기준 재직 중인 자에 대하여 맞춤형복지비를 450P로 인상하였다.

청구할 수 없다. 해당 연도 1월 1일에 재직하였던 대상자가 중도 퇴직할 경우 퇴직 전까지 사용한 자율항목비를 전액(이월할계산하지 않음) 청구하여 지급받을 수 있다. 초심 지노위는 맞춤형복지비를 배정한 '해당 연도 1월 1일'을 '차별적 처우가 있는 날'로 보아 제척기간 도과로 각하하였다(2018. 1. 22.에 2015.~2017. 맞춤형복지비의 시정신청을 함).

맞춤형복지비가 근로기준법상 임금에 해당하지 아니하고<sup>4)</sup>, '연간 단위'로 시행되거나 다음 연도로 이월할 수 없는 측면 등을 고려하면 2015년과 2016년의 맞춤형복지비의 시정신청은 제척기간을 경과하였다고 볼 수 있다. 그런데 2017년 맞춤형복지비의 경우 시정신청의 기산일을 언제로 볼지에 따라 판단을 달리할 수 있다. 위 지노위와 달리 중노위를 비롯하여 대법원은 위 **【판결 요지】**와 같은 내용으로 '해당 연도의 말일을 종료일로 하는 계속되는 차별적 처우'로 보아 2017년 맞춤형복지비의 제척기간은 2017. 12. 31.부터 6개월이 된다고 보았다. 선택적 복지제도를 시행하면서 근로자들에게 배정한 맞춤형복지비는 임금은 아니나 해당 연도의 말일을 기한으로 하여 해당 연도 내에 계속하여 이루어지는 것으로 '계속되는 차별적 처우'로 보았다. 배정받은 복지점수는 당해 연도 내에 사용하여야 하고, 사용 후 남은 복지점수는 다음 연도로 이월할 수 없으며, 매년 새로이 복지점수가 부여되는 맞춤형복지비의 특성에 비추어 각 연도에 이루어진 맞춤형복지비의 지급에 관한 차별적 처우의 종료일은 각 연도의 말일이라고 판단하였다. 타당한 판결이다.

둘째, 단시간근로자에게 적용되는 근로시간 비례의 원칙(근로기준법 제18조 제1항)을 맞춤형복지비에 대해서도 적용할 수 있는지 여부이다.

중노위와 행정법원은 2017년 맞춤형복지비에 대해 비교대상 근로자가 지급받은 전액을 지급하라는 시정명령을 하였으나, 원심과 대법원은 위 **【판결요지】**와 같이 전액이 아니라 시간비례의 원칙에 따라 비교대상 근로자의 맞춤형복지비의 1/2에 해당하는 금액을 지급하라고 판단하였다. 주된 판단 근거는 맞춤형복지비가 근로기준법상의 임금에 해당한다고 볼 수 없으나 근로시간 비례의 원칙을 정한 근로기준법 제18조 제1항의 근로조건에는 해당하므로 신청인들의 근로시간(주 20시간)에 비례하여 비교대상 근로자(주 40시간)의 맞춤형복지비를 지급해야 한다는 것이다.

근로기준법 제18조 제1항은 "단시간근로자의 근로조건은 그 사업장의 같은 종류의 업무에

4) 대법원 2019. 8. 22. 선고 2016다48785 전원합의체 판결

5) 근로의 대가인 임금(기본급과 각종 수당 및 정기상여금 등)에 대한 차별적 처우는 사용자가 계속되는 근로제공에 대하여 비정규근로자에게 차별적인 규정 등을 적용하여 차별적으로 지급한 것이므로 특별한 사정이 없는 한 '계속되는 차별적 처우'에 해당한다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2010두3237 판결). '계속되는 차별적 처우는 그 종료일'로부터 6개월 이내에 시정신청을 한다면 시정명령의 대상기간은 일련의 계속되는 차별적 처우를 대상으로 하기 때문에 6개월에 한정되지 않고 차별이 있었던 전체 기간이 된다. 이 사건 근로수당이 그러하다. 자세한 내용은 강선희(2023), 『온주 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률』 제9조, 『온주 파견근로자 보호 등에 관한 법률』 제21조, 2023. 3. 2. 개정, 로앤비 참조.

종사하는 통상 근로자의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정되어야 한다.”라고 ‘근로시간 비례의 원칙’을 정하였다. 이와 같이 단시간근로자의 임금 및 근로조건 등에 근로시간 비례의 원칙을 적용하였다면 기간제법의 차별적 처우에 해당하지 않는다. 근로기준법 제18조 제2항에 따라 정한 ‘단시간근로자의 근로조건 결정기준 등에 관한 사항’(시행령 제9조 제1항 관련)은 임금 및 연차휴가일 등은 근로시간에 비례하여 결정하도록 하는 한편, 유급휴일과 생리휴가·출산전후휴가와 유산·사산 휴가는 근로시간 비례의 원칙을 적용하지 않고 통상근로자(비교대상 근로자)와 균등하게 보장되도록 하였다. 이렇듯 임금, 근로조건 및 복리후생 등의 성격상 단시간근로자에게 비교대상 근로자와 균등하게 보장해야 하는 것이 있다. 위 <이 사건 신청인들과 비교대상 근로자 간 기본급 외 근로조건의 비교>에서 보듯이 명절휴가비, 가족수당, 자녀학비보조수당, 급식비는 비교대상 근로자와 동일하게 전액을 지급하고 있다.

결국 근로시간 비례의 원칙을 적용할 것인지, 균등하게 보장할 것인지 여부는 급부의 목적과 성격에 따라 달리 판단해야 하는데, 필자는 맞춤형복지비에 대한 위 법원 판단에 약간의 의구심이 있다. 맞춤형복지비의 복지점수는 ‘기본항목(단체보험료)+자율항목’으로 구성되는데 자율항목은 시간 비례의 원칙이 적용될 수 있더라도 단체보험료에는 비례의 원칙을 적용할 수 없다고 보아야 한다.<sup>6)</sup> 이와 관련하여 독일의 「단시간 및 기간제 근로에 관한 법률」 제4조 제1항은 제1문에 단시간근로자에 대한 차별금지 원칙을 정하면서 제2문에 “단시간근로자에게는 임금 또는 기타 분할 가능한 금전적 가치가 있는 급부는 최소한 비교가능한 전일제근로자의 근로시간을 기준으로 단시간근로자의 근로시간에 비례하여 지급되어야 한다.”라고 규정하고 있다. 즉 근로시간 비례의 원칙이 적용되는 대상은 ‘임금 및 기타 분할 가능한 금전적 가치’가 있는 급부로 한정하고 있다. 반면 근로시간과 상관없는 급부로서 비례 원칙을 적용하는 것이 부당한 경우(예컨대 성탄절수당과 같이 기업에의 충성에 대한 보상 내지 장려 차원의 수당, 분할 가능하지 않는 식당이나 탁아소 이용권, 주택 마련 및 부동산 구입을 위한 대출 혜택,<sup>7)</sup> 질병 시 보조원(Beihilfe)의 지원 등)은 통상근로자와 균등하게 권리가 주어져야 한다고 한다. **KLU**

강선희(고려대학교 일반·노동대학원 강사, 법학 박사)

- 6) 만약 단체보험료가 근로시간에 따라 달리 책정된다면 근로시간 비례의 원칙이 적용될 수도 있을 것이다.  
7) BAG 27. 7. 1994. - 10 AZR 538/93: 이사회에 의하여 전일제근로자의 이직을 방지하고 기업에 대한 결속력을 강화하기 위한 목적으로 전일제근로자에게만 주택 마련 및 부동산 구입을 위한 특별 대출 혜택을 주는 것은 단시간근로자의 불리한 처우에 합리적인 이유가 되지 못하여 차별에 해당하므로 단시간근로자에게 전일제근로자와 동일하게 지급하라고 판단하였다.

## 파견법에 따라 사용사업주에게 직접고용되는 파견근로자의 근로조건

- 대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다223303, 2019다223310(병합) 판결 -
- 대법원 2024. 3. 12. 선고 2019다222829, 2019다222836(병합) 판결 -

### 【판결 요지】

#### 〈대상판결 1〉

(1) 개정 파견법<sup>1)</sup>에 따라 사용사업주에게 직접고용의무가 발생하였는데 사용사업주의 근로자 중 동종 유사 업무 근로자가 없는 경우에는 기존 근로조건을 하회하지 않는 범위 안에서 사용사업주와 파견근로자가 자치적으로 근로조건을 형성하는 것이 원칙이다. (2) 그러나 사용사업주가 근로자파견관계를 부인하는 등으로 인하여 자치적으로 근로조건을 형성하지 못한 경우 법원은 개별적인 사안에서 근로의 내용과 가치, 사용사업주의 근로조건 체계(고용형태나 직군에 따른 임금체계 등), 파견법의 입법 목적, 공평의 관념, 사용사업주가 직접 고용한 다른 파견근로자가 있다면 그 근로자에게 적용한 근로조건 내용 등을 종합하여 사용사업주와 파견근로자가 합리적으로 정하였을 근로조건을 적용할 수 있다. 이와 같이 파견근로자에게 적용될 근로조건을 정하는 것은 본래 사용사업주와 파견근로자가 자치적으로 형성했어야 하는 근로조건을 법원이 정하는 것이므로 한쪽 당사자가 의도하지 아니하는 근로조건을 불합리하게 강요하는 것이 되지 않도록 신중을 기할 필요가 있다. (3) 이러한 요소들을 고려하더라도 파견근로자에게 적용할 적절한 근로조건을 찾을 수 없다면 파견법 제6조의2 제3항 제2호에 따라 기존 근로조건을 적용할 수밖에 없다.

#### 〈대상판결 2〉

(1) 제정 파견법에 따라 직접고용간주 효과 발생 후 사용사업주가 파견근로자를 현실적으로 고용하고 있지 않은 동안 파견사업주와 파견근로자 사이의 고용관계가 단절되거나 그 밖의 사유로 사용사업주에 대한 근로제공이 종료되거나 일시적으로 중단된 경우, 파견근로자는 민법 제538조 제1항에 따라 근로제공이 이루어지지 않은 것이 사용사업주의 책임 있는 사유로 인한 것임을 증명하여 사용사업주를 상대로 근로제공 중단 기간 동안 근로제공을 계속하였다면 받을 수 있었던 임금 등 상당액을 청구할 수 있다. (2) 이때 근로제공이 이루어지지 않은 것이 사용사업주의 책임 있는 사유로 인한 것인지는 근로제공이 이루어지지 않은 구체적인 사유와 경위, 그 사유에 관한 파견근로자와 사용사업주의 태도 등을 고려하여 판단하여야 한다. (3) 개정 파견법에 따라 직접고용의무 발생 후 사용사업주에 대한 근로제공이 이루어지지 않은 경우에도 파견근로자는 근로의 미제공이 사용사업주의 직접고용의무 불이행으로 인한 것임을 증명하여 해당 기간 동안 계속 근로를 제공하였다면 받을 수 있었던 임금 등 상당의 손해배상을 청구할 수 있다. 이때 앞서 본 직접고용간주의 경우에 사용사업주의 책임 있는 사유로 인한 것인지를 판단할 때와 동일한 기준으로 판단하여야 한다.

## 1. 사건의 개요

고속국도 톨게이트에서 통행료 수납 업무를 수행하는 근로자들(‘통행료 수납원’)과 상황실 보조 업무를 수행하는 근로자들(‘상황실 보조원’)은 한국도로공사를 상대로 파견법상 직접고용이 간주되었거나 직접고용의무가 발생하였음을 이유로 임금 등을 청구하였다.

## 2. 쟁점

파견법에 따라 직접고용이 간주되거나 직접고용의무 조항이 적용되는 경우 임금 내지 임금 상당의 손해배상을 청구할 수 있는데,<sup>2)</sup> 그 구체적인 산정 방법 및 청구 가능한 기간이 쟁점이 된다. 근로자들은 「현장직직원관리예규」(‘이 사건 예규’) 중 ‘조무원’의 임금 등에 관한 규정이 적용됨을 전제로 임금 등을 청구하였다. 한국도로공사는 2007년경 무기계약직으로 전환된 근로자들(통행료 수납원과 상황실 보조원은 전환 대상 아님)에게 적용하기 위해 이 사건 예규를 제정하였는데, 현장직에 ‘조무원’이 포함되고 여기에 ‘경비원, 청소원, 식당조리원’이 속하는 것으로 되어 있다. 조무원은 한국도로공사의 무기계약직 근로자들 중 가장 낮은 수준의 임금을 받아 오다가 2014. 1.경 ‘현장직’에게 동일한 기본급표를 적용하면서부터 임금수준이 동일해졌다.

## 3. 원심의 판단

원심은 제1심과 마찬가지로 이 사건 예규를 적용하여 임금 등을 인정하였다.<sup>3)</sup> 그리고 한국도

- 1) 2007. 7. 1.부터 시행된 구 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(2012. 2. 1. 법률 제11279호로 개정되기 전의 것) 혹은 2012. 8. 2.부터 시행된 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(2012. 2. 1. 법률 제11279호로 개정된 것)
- 2) 통행료 수납원에 대해서는 파견법상 한국도로공사에 직접고용간주 또는 직접고용의무를 인정한 선행 판결이 존재한다(대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다219249 판결, 대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다219072 판결).
- 3) 임금을 산정함에 있어서 제1심과 원심의 차이는 위주사업체가 지급한 법정수당 공제 여부에서 발생하였는데, 제1심은 공제하지 않은 반면, 원심은 공제하였다. 대법원은, 사용사업주가 현실적으로 직접고용을 하지 않아 파견관계가 계속 유지되는 경우 파견근로자와 파견사업주 사이의 근로관계는 직접고용간주로서 자동 소멸하는 것은 아니고 파견근로자와 사용사업주 사이의 직접근로관계와 병존한다고 보아야 하고, 파견사업주가 임금 등을 지급하였다면 이를 두고 사용사업주의 지급을 대항한 것이거나 제3자로서 변제한 것이라고 볼 수는 없으며 사용사업주와 파견사업주는 부진정연대채무 관계에 있다는 전제하에, 부진정연대채무자인 파견사업주가 파견근로자에게 변제한 임금 등은 특별한 사정이 없는 한 그 세부 항목을 가리지 않고 그 전부가 사용사업주가 지급해야 할 금액에서 공제되어야 하고, 동일한 세부 항목이나 동종의 항목별로 대응하여 변제된 것이라고 볼 수는 없다고 하였다. 나아가 임금 산정 단위기간의 불일치로 인하여 공제되어야 할 금액의 일부가 공제되지 아니하는 결과가 발생하지 않도록 적절한 단위기간을 정하여 공제액을 산정해야 한다는 점도 지적되었다.

로공사에 직접적으로 근로제공이 이루어지지 않은 기간에 해당하는 임금 등 청구도 인정하였다.<sup>4)</sup>

#### 4. 대법원의 판단

##### 가. 동종·유사 근로자가 없는 경우 적용되는 근로조건

직접고용의무 규정을 두고 있는 개정(현행) 파견법 제6조의2 제3항은 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하는 경우 파견근로자의 근로조건에 관하여, 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 동종·유사 업무를 수행하는 근로자가 있는 경우, 해당 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 따르고(제1호), 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 동종·유사 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우, 해당 파견근로자의 기존 근로조건 수준보다 낮아져서는 아니 된다(제2호)는 규정을 두고 있다. 이와 달리 직접고용간주 규정을 두었던 제정 파견법은 직접고용이 간주되는 경우 파견근로자의 근로조건에 관하여 명시적인 규정을 두지 않았다.

개정 파견법 제6조의2 제3항 제1호가 적용되는 경우 즉, 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 동종·유사 업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에는 적용되는 근로조건이 비교적 용이하다. 이 경우 해당 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 따르면 된다. 반면, 제2호가 적용될 수 있는 경우 즉, 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 동종·유사 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에는 적용되는 근로조건을 곧바로 특정하기 어렵다. 이 경우 파견법은 기존 근로조건 수준보다 낮아져서는 아니 된다고 하여 ‘최저기준’ 내지 ‘하한’만을 규정하고 있을 뿐이기 때문이다. 예컨대 해당 파견근로자와 동종·유사 업무를 수행하지는 않지만 해당 파견근로자의 기존 근로조건 수준을 상회하는 근로조건을 보유한 사용사업주의 근로자가 현재 존재하거나 과거에 존재한 경우 이 근로자의 근로조건을 해당 파견근로자에게도 적용할 수 있는지가 문제될 수 있다. 그런데 동종·유사 업무를 수행하는 근로자가 없다고 해서 곧바로 해당 파견근로자의 기존 근로조건을 적용하는 방식으로 해석론이 귀결된다고 할 수는 없다. 파견법의 입법목적은 파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준을 확립하여 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지하는 것에 있고, 이는 직접고용관계의 성립 그 자체만이 아니라 그에 따르는 임금 등 근로조건 개선의 통해서 온전히 달성될 수 있는 것이라는 점에 비추어 보더라도 위와 같이 파견근로자의 근로조건 개선의 여지를 차단하는 방식의

4) 다만, 파업 참여 기간에 해당하는 임금 등 청구는 기각하였다.

단정적 해석론을 채택하기는 어렵다.

이 문제 즉, 파견근로자와 동종·유사 업무를 수행한 사용사업주의 근로자가 없는 경우 해당 파견근로자에게 적용되는 근로조건의 결정에 관하여 대법원은, 파견법 제6조의2 제3항 제2호가 명시한 최저기준인 해당 파견근로자의 기존 근로조건을 하회하지 않는 범위 안에서, 사용사업주와 파견근로자가 자치적으로 근로조건을 형성하는 것이 원칙임을 선언하였다. 법에 의하여 직접고용관계 설정 의무 및 그에 따른 근로조건의 최저기준이 강제되지만, 이를 준수하는 한도에서는 사적 자치가 보장되고 사용자와 근로자가 대등한 지위에서 근로조건을 자율적으로 결정할 수 있음을 확인한 것이다.

한편, 사용사업주가 파견관계를 부인하는 등으로 사용사업주와 파견근로자가 자치적으로 근로조건을 형성하지 못한 경우에는 법원이 사용사업주와 파견근로자가 합리적으로 정하였을 근로조건을 적용할 수 있다는 법리를 제시하였다. 법원이 해당 근로조건을 결정하여 적용할 때에는 개별적인 사안에서 근로의 내용과 가치, 사용사업주의 근로조건 체계(고용형태나 직군에 따른 임금체계 등), 파견법의 입법 목적, 공평의 관념, 사용사업주가 직접 고용한 다른 파견근로자가 있다면 그 근로자에게 적용한 근로조건의 내용 등을 종합적으로 고려하여야 한다. 이에 따라 통행료 수납원의 경우 이 사건 예규를 적용하여 임금 등을 산정할 수 있다고 보았다.

하지만 법원이 위와 같이 근로조건을 가정적으로 판단하여 적용하는 것은 신중해야 하므로 여러 요소들을 고려하더라도 적정한 근로조건을 찾을 수 없다면 기존 근로조건을 적용할 수밖에 없다. 이에 따라 대법원은, 상황실 보조원의 경우 업무 내용, 근로의 가치, 근무형태, 임금구조 등이 현장직 조무원과 다르므로 합리적인 사용자가 원고들을 직접 고용하였다면 원고들에게 이 사건 예규 중 조무원의 근로조건을 그대로 적용하는 데 동의하였을 것으로 보이지 않는다고 하면서 이를 적용하여 임금 등을 산정할 수 없다고 하였다.

개정 파견법 제6조의2 제3항에 관한 위 대법원 판결의 해석론은 직접고용간주 규정을 둔 제정 파견법에 따른 의무가 인정되는 경우에도 마찬가지로의 방식으로 적용된다. 기존에 대법원은 제정 파견법상 고용간주된 파견근로자의 근로조건에 관한 명문의 규정은 없지만 법원이 근로조건의 내용을 구체적인 사안에서 합리적으로 정할 수 있다고 해석한 바 있다.<sup>5)</sup>

#### 나. 고용간주 또는 고용의무 발생 후 사직하거나 근로제공 여부가 불분명한 경우 증명책임

직접고용간주 효과나 직접고용의무가 발생한 후 사용사업주가 현실적으로 직접고용하지 않

5) 대법원 2015. 2. 26.자 2011카기535 결정, 대법원 2022. 7. 28.자 2016카기309 결정

은 기간 동안 근로제공사실이 불분명하거나 사직 등으로 근무하지 않은 기간에 대한 임금 등 청구권의 성립에 관하여는 근로자에게 증명책임이 있다. 예를 들면 외주사업체(파견사업주)와 고용관계는 유지되지만 파업에 참가하거나 결근하여 사용사업주에 대한 근로제공이 중단되었다고 볼 수 있는 기간 또는 소송에서 급여명세서 등의 자료가 제출되지 않아 근로제공 사실이 증명되지 않는 기간이 있는 경우, 외주사업체와의 사이에 사직, 해고, 정년 도과 등으로 고용관계가 단절되어 사용사업주에 대한 근로제공도 종료된 경우에 그러하다. 근로자는 해당 기간 동안 사용사업주에 대하여 실제로 근로제공을 한 사실이나 사용사업주의 책임 있는 사유로 근로제공이 이루어지지 않았다는 점을 증명하여야 한다. 이에 따라 대법원은 근로자들의 증명이 없거나 부족한데도 해당 기간에 관한 임금 등 청구를 인용한 원심을 파기하였다.

이에 관한 종전 선례들을 보면, 통행료 수납원에 관한 선형 판결<sup>6)</sup>에서는 현실적 근로제공이 이루어지지 않거나 불분명한 기간에 관한 증명책임이 명시적으로 쟁점이 되지 않았고 다음과 같이 파견사업주와의 관계에서 사직이나 해고가 직접고용간주나 직접고용의무와 관련된 법률관계에 영향을 미치지 않는다는 법리만 설시하였다. 즉, “사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계의 성립이 간주되거나 사용사업주에게 직접고용의무가 발생한 후 파견근로자가 파견사업주에 대한 관계에서 사직하거나 해고를 당하였다고 하더라도, 이러한 사정은 원칙적으로 사용사업주와 파견근로자 사이의 직접고용간주나 직접고용의무와 관련된 법률관계에 영향을 미치지 않는다.” 이를 전제로 후속 판결<sup>7)</sup>은 근로자들이 자발적으로 사직한 것이라고 보기 어려운 사건 및 자발적으로 사직하였지만 소송 제기 등으로 근로제공 의사를 명확히 표시한 이후의 기간에 대한 사건에서 근로자들의 해당 기간 임금 등 청구를 인정하였다.

대상판결은 위와 같은 선례 법리의 논거를 보다 명확히 하고 사안 유형별 적용 관계를 구체적으로 풀이하고 있다. 파견사업주의 해고나 파견사업주 변경 과정에서 고용관계가 승계되지 않은 경우, 파견사업주가 정한 정년이 도과한 경우는, 특별한 사정이 없는 한 사용사업주의 책임 있는 사유로 근로제공이 중단된 경우라고 할 수 있다.<sup>8)</sup> 반면에 급여명세서 등 근로제공 사실을 증명할 자료가 제출되지 않은 경우는 사용사업주에게 책임 있는 사유로 근로제공이 이루어지지 않은 경우라고 인정할 수 없다. 파업 참가 기간이나 결근한 기간도 마찬가지이다. 자발적 사직의 경우 근로제공의 중단이 사용사업주의 책임 있는 사유에 의한 것이라고 볼 수 없을

6) 대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다219249 판결, 대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다219072 판결

7) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024 판결(한국도로공사 안전순찰원), 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다14581 판결, 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다15065(이상 현대자동차) 등 판결

8) 다만 사용사업주가 파견근로자를 현실적으로 직접 고용하였거나 직접고용의무를 이행하였더라도 파견근로자가 근로를 제공하지 않았을 것이라고 평가할 수 있는 예외적인 경우에는 달리 볼 수 있다(대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다14581 판결, 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다15065 판결).

것이지만, 근로자가 사용사업주를 상대로 소를 제기하는 등으로 근로제공 의사를 명확히 표시하였다면 적어도 그 이후의 기간은 사용사업주의 책임 있는 사유로 근로제공이 중단되었다고 인정할 수 있다.

## 5. 의의와 과제

대상판결은 파견법에 의한 직접고용간주 또는 직접고용의무의 발생을 전제로 임금 또는 임금 상당 손해배상을 구하는 사건들에서 피고(사용사업주)에게 소속된 동종·유사 근로자가 없는 경우 적용할 임금 등 근로조건에 관하여 최초로 판시하였다는 데 의의가 있다. 물론 여기에는, 법원이 근로조건 결정 권한을 갖게 되는 경우의 예시로 들고 있는 ‘사용사업주가 파견관계를 부인하는 때’가 어느 시점에 어떤 사정을 통해서 확정(인정)되는 것인지, 소송상 피고가 파견관계 성립을 부인하면서 예비적 항변으로 임금 등 청구 금액의 다과 등을 다투는 경우 파견관계를 부인하는 경우라고 할 수 있는지, 사실심 법원으로서의 관련 사항의 석명 의무가 있는지, 어느 범위까지 법원의 개입 권한과 의무가 인정되는지 등 실무상 발생할 수 있는 많은 의문이 꼬리를 문다. 후속 사건들에서 관련 법리가 어떻게 전개될 것인지 주목된다.

한편 대상판결은, 고용간주 또는 고용의무가 발생하였지만 사용사업주가 직접고용하지 않던 중 근로자의 현실적 근로제공이 이루어지지 않은 기간이 있는 경우 임금 등을 청구하기 위한 요건과 증명책임을 명확히 하고 유형별로 정리하여 실시하였다. 이로써 법원에 계속 중이거나 향후 제기될 여러 유형의 관련 분쟁이 해결되는 데 실용적 지침으로 기능하게 될 것으로 기대된다. **KLI**

최정은(서울대학교 법학전문대학원 임상부교수)

## 근로시간 상한에 대한 법적 규율의 필요성

- 헌법재판소 2024. 2. 28. 선고 2019헌마500 결정 -

### 【결정 요지】

2018.3.20.의 근로기준법 개정(법률 제15513호)에 따라 법정근로시간과 연장근로시간을 합한 1주간 최대 근로시간을 주 52시간으로 하는 근로기준법 제53조 제1항은 사용자와 근로자의 계약의 자유 및 직업의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않아 헌법에 위반되지 않는다.

근로조건은 사용자와 근로자, 즉 당사자의 자율적 합의를 존중하는 것이 원칙이지만, 근로기준법에 따르면 근로시간은 휴게시간을 제외하고 1주 40시간, 1일 8시간을 초과할 수 없다(제50조). 다만 당사자의 합의가 있으면 위의 법정근로시간을 1주 12시간을 한도로 연장할 수 있다(제53조 제1항). 이에 따라 현행법상 1주의 최대 근로시간은 원칙적으로 52시간이 되고, 이를 위반할 경우 형사처벌<sup>1)</sup>의 대상이 된다.

일견 명확해 보이는 이 조항의 해석을 둘러싼 논란이 있었다. 바로 여기에서 말하는 ‘1주’를 어떻게 보아야 하는지에 대한 것이었는데, 우리의 일상생활 속에서 1주는 달력상의 1주일, 즉 월요일에서 일요일 또는 일요일에서 토요일까지의 7일의 의미로 통용되지만, 종전 고용노동부의 행정해석은 법정근로시간과 연장근로시간의 상한이 되는 ‘1주’는 소정근로일(통상 월요일~금요일 간의 5일)을 의미하는 것으로 보고 따라서 소정근로일이 아닌 휴일에 이루어진 근로는 연장근로에 해당하지 않는다고 해석하였다.<sup>2)</sup> 이러한 행정해석에 따라 산업현장에서는 평일(월~금) 동안의 최대 52시간에 휴일(토~일) 이틀 동안의 최대 16시간을 더한 총 68시간의 근로가 허용된다고 여겨 이에 기초하여 근로시간제도를 운용하여 왔다.

그러자 국회는 2018년 3월 20일에 실근로시간 단축의 시대적 과제를 해결하고 향후 발생할 사회적 비용을 최소화하기 위하여 근로기준법을 개정하였는데, 이는 “1주란 휴일을 포함한 7일을 말한다”라는 정의규정(제2조 제1항 제7호)을 신설하여 1주당 최대 근로시간이 휴일근로를 포함하여 52시간임을 명확히 하는 것이었다.

1) 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금(근로기준법 제110조)

2) 2018.3.20. 개정 이전의 근로기준법 제50조와 제53조 제1항에서의 ‘1주’의 해석이 문제 된 대법원 전원합의체 판결에서, 재판관 5인의 반대 의견은 동 조항에서 ‘1주’는 달력상의 7일을 의미한다고 보았으나, 대법관 8인의 다수의 의견은 종전 고용노동부 행정해석과 입장을 같이하여 휴일근로는 연장근로에 해당하지 않는다고 보았고, 이에 따라 휴일근로에 대한 가산임금과 연장근로에 대한 가산임금을 중복하여 지급하여 달라는 근로자들의 청구는 기각되었다(대법원 2018.6.21. 선고 2011다112391 전원합의체 판결).

이로 인해 산업현장에서는 1주 최대 근로시간이 종전의 68시간에서 52시간으로 약 16시간 가량 단축되는 효과가 발생하였는데, 그 결과 사용자는 생산량을 유지하기 위해 추가적으로 근로자를 고용하여 인건비 지출이 증가하는 경영상의 어려움을 겪고, 근로자는 근로시간 단축으로 인해 임금이 줄어들 수 있다는 우려가 제기되었다. 이에 사업주 및 근로자로 고용되었거나 고용되려는 사람들(이하 '이 사건 청구인들')이 연장근로의 1주 상한을 정한 근로기준법 제53조 제1항(이하 '주 52시간 상한제 조항')이 헌법 제10조의 일반적 행동자유권에서 도출되는 청구인들의 계약의 자유와 헌법 제15조에서 보장한 직업의 자유를 침해한다고 주장하면서 헌법소원을 제기하였다.

그러나 헌법재판소는 재판관 9인의 전원일치 의견으로 주 52시간 상한제 조항이 청구인들의 계약의 자유와 직업의 자유를 침해하지 않는다고 판단하여 청구인들의 심판청구를 기각하였다(이하 '대상결정').<sup>3)</sup>

그 판단구조와 내용을 간략히 소개하면, 먼저 대상결정은 주 52시간 상한제 조항이 연장근로 시간에 관한 사용자와 근로자 간의 계약 내용을 제한한다는 측면에서는 사용자와 근로자의 계약의 자유를 제한하고, 근로자를 고용하여 재화나 용역을 제공하는 사용자의 활동을 제한한다는 측면에서는 직업의 자유를 제한하지만, 사업주와 근로자의 근로관계에 관한 계약의 자유와 직업의 자유는 절대적인 것이 아니므로 사회적 약자의 보호, 독점 방지, 실질적 평등, 경제 정의 등의 관점에서 법률상 제한될 수 있다고 보았다. 또한 경제영역에 대한 입법자의 정책판단과 선택은 그것이 현저히 합리성을 결여한 것이라고 볼 수 없는 한 경제에 관한 국가적 규제·조정권한의 행사로서 존중되어야 한다는 원칙을 확인하였다.

이러한 전제에서 대상결정은 주 52시간 상한제 조항이 헌법 제37조 제2항<sup>4)</sup>에서 설정한 기본권 제한의 한계를 넘어 청구인들의 기본권의 본질적 내용을 침해하는 정도에 이르러 위헌인지, 즉 자의적으로 이루어져 현저히 합리성이 결여된 것인지를 목적의 정당성 및 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성으로 나누어 판단하였다.

대상결정은 먼저 주 52시간 상한제 조항의 입법목적은 실근로시간을 단축시키고 휴일근로를 억제하여 근로자에게 휴식시간을 실질적으로 보장함으로써 근로자의 건강과 안전을 보호하기 위한 것으로서 정당하고, 근로시간 단축이라는 수단은 휴식시간을 보장하고 과도한 근로로부터 근로자를 보호하여 그 건강과 안전에 기여할 수 있으므로 입법목적에 적합하다는 점을 인정하

3) 한편 청구인들은 최저임금법상 최저임금위원회를 통한 최저임금결정(제8조), 최저임금위원회의 구성(제14조) 등이 위헌이라는 주장을 포함하여 이 사건 헌법소원을 제기하였으나, 대상결정은 이에 대해서는 청구인들의 기본권 침해 가능성이 인정되지 않는다는 이유로 재판관 전원 일치 의견으로 구체적인 본안판단을 하지 않고 각하하였다.

4) “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”

였다. 또한 주 52시간 상한제 조항이 청구인들의 계약의 자유와 직업의 자유를 제한한다고 하더라도 장시간 노동의 문제를 해결하기 위해 도입할 필요가 있다고 본 입법자의 판단이 합리성을 결여하였다고 볼 수는 없으므로 침해의 최소성에도 반하지 않고,<sup>5)</sup> 이로 인하여 사용자와 근로자에게 불이익이 발생한다고 하더라도 이는 장시간 노동을 해결하고 실근로시간 단축을 통해 근로자에게 휴식을 보장하고자 하는 공익보다 더 크다고 할 수 없어 법익의 균형성에도 반하지 않는다고 보았다.

대상결정은 근로시간과 휴식에 대한 법적 규율에 여러 시사점을 제공한다. 먼저 대상결정은 장시간 근로는 휴식·회복시간을 부족하게 하여 근로자의 신체적·정신적 건강에 위해요소가 될 뿐만 아니라 업무상 재해에 노출될 가능성을 높이고, 여가시간 부족을 초래하여 근로자 개인의 인격발현에 있어서도 격차를 조장하고 생산성을 저하시키는 등 복합적인 사회문제의 원인이 된다는 점을 명시하여, 장시간 근로의 폐해와 실근로시간 단축의 필요성, 휴식권 보장의 필요성을 확인하였다.

또한 대상결정은 그간 산업현장에서 주 40시간 근로제라는 법정근로시간제도가 무색하게 연장근로와 휴일근로를 당연한 것으로 인식하고 주 68시간 근로제처럼 활용하여 근로시간법제를 왜곡해왔음을 지적하여, 연장근로나 휴일근로와 같은 법정근로시간 외 근로는 불가피한 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 한다는 점을 확인하였다.

특히 대상결정은 근로시간의 규율에 있어서 노사합의와 법률의 관계에 대해 중요한 시사점을 제공한다. 대상결정은 근로조건은 사용자와 근로자, 즉 당사자의 자율적 합의를 존중하는 것이 원칙이라고 하면서도, 헌법 제32조 제3항의 근로조건 법정주의의 의미는 “개별 근로자들이 사용자에 비해 경제적·사회적으로 열위에 있는 경우가 많으므로 인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 기준을 확보하여 근로자에게 불리하지 않도록 국가가 최소한의 기준을 마련할 필요가 있다는 것을 의미”한다고 보았다. 이는 종전의 헌법재판소 결정례<sup>6)</sup>에서 근로조건 법정주의의 의의를 “근로조건에 관한 기준의 확보가 사용자에 비하여 경제적·사회적으로 열등한 지위에 있는 개별 근로자의 인간존엄성의 실현에 중요한 사항이기 때문”이라고 파악한 것에 비해 국가의 역할을 보다 구체적으로 밝힌 것으로 보인다.

나아가 대상결정은 주 52시간 상한제 조항과 같이 당사자 간의 합의가 있더라도 연장근로의

5) 그 세부적 논거의 하나로, 대상결정은 입법자가 2018년 근로기준법 개정에 따른 근로시간 단축의 부작용 보안을 위해 소규모 사업장에 대해 단계적으로 적용을 유예하였을 뿐만 아니라(제53조 제3항 및 부칙 제1조 제2항), 근로기준법에 이미 연장근로 상한 제한에 대한 예외로서 특별연장근로(제53조 제4항), 5인 미만 사업장에 대한 적용제외(제11조), 업종별 근로시간 특례(제59조) 및 적용제외(제63조), 탄력적 근로시간제(제51조 및 제51조의2), 선택적 근로시간제(제52조), 사업장 밖 근로의 근로시간 간주제(제58조 제1항 및 제2항), 재량근로의 근로시간 간주제(제58조 제3항) 등이 마련되어 있고, 정부 또한 기업의 경영상 어려움을 경감시키고 실근로시간 감축이 고용 증진으로 이어질 수 있도록 다양한 지원정책을 펼쳐 기본권 침해의 정도를 최소화하였다고 보았다.

6) 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2002헌바51 결정; 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌마820 결정 등

상한을 넘기지 못하도록 정하고 일률적으로 강제하는 방식이 ① “장시간 노동을 규제하면서도 노사의 자율적 합의의 원칙에 충실하기 위해 연장근로의 상한을 법정화하여 강제하지 않거나”, ② “당사자 간의 합의의 방식을 보다 구체화하여 객관적 의사를 확인할 경우 그 상한을 넘어서는 연장근로도 가능하도록 예외를 마련하는 방법” 등의 대안과 비교하더라도 합리적이라고 보았다. 우리나라의 장시간 노동 문제는 사용자와 근로자 간의 이해관계가 일정 부분 일치하는 경향에서 구조적으로 비롯된 것이어서 당사자 간의 합의에 따라 연장근로의 상한에 대한 예외를 설정할 수 있도록 한다면 그 상한이 적절한 수준에서 제한되어 실근로시간을 단축시킬 수 있을 것인지는 확실하지 않고, 또한 포괄임금제와 같은 사전약정을 기초로 연장근로가 상시적으로 활용되고 있는 상황에서 근로자로서는 채용 여부나 고용안정성을 고려할 때 연장근로에 관한 자신의 의사나 요구사항을 사용자에게 관철하는 것이 쉽지 않을 것이므로 당사자 간의 합의의 방식을 구체화한다고 해서 근로자에게 사용자와 대등한 협상력을 보장할 수 있는지도 의문이라는 것이다. 이에 따라 대상결정은 “우리나라의 현실을 고려할 때 사용자와 근로자의 자율적 합의<sup>7)</sup>에만 맡겨두어서는 장시간 노동의 문제가 쉽게 해결될 수 없다”라는 입법자의 판단이 현저히 합리성을 결여하였다고 볼 수 없다고 하였다.

이러한 판시는 근로시간에 대한 선택권 확대를 강조한 근로시간제도 개편안의 타당성을 되짚어 보게 만든다. 지난 2023년 3월 고용노동부는 연장근로시간 관리단위를 현행 주 단위에서 월, 분기, 반기 및 연간 단위로 확대하면서 1주 근로시간의 상한을 64시간으로 하는 방안을 제시하였고, 그 도입요건으로 ‘근로자대표와의 서면합의’를 예정하였다. 정부는 그 전제로서 ‘근로자대표의 공정한 선출절차, 권한과 책무 등을 구체적으로 법제화하여 민주적 정당성과 대표성을 강화하고 노사 대등성을 확보할 수 있도록 하겠다’라고 밝히고 있지만, 대상결정에서 밝힌 바와 같이 “당사자 간의 합의의 방식을 구체화한다고 해서 근로자에게 사용자와 대등한 협상력을 보장할 수 있는지”에 대한 우려는 여전하다. 근로시간에 대한 노사 당사자의 선택권 확대가 피할 수 없는 시대적 과제라면, 그에 앞서 먼저 구조화된 상시적 연장근로 관행부터 해소할 필요가 있음을 대상판결은 말하고 있다. 이를 위해 근로시간 개편안의 내용 중 입법이 필요하지 않은 사항, 즉 장시간 근로를 초래하는 주요 원인으로 지목된 ‘포괄임금 오남용’만큼은 정부가 끝까지 의지를 가지고 해결할 필요가 있다. **KL**

문준혁(서울대학교 법학연구소 고용복지법센터 연구원, 법학박사)

7) 이때 ‘자율적 합의’에는 개별 근로자와 사용자의 합의뿐만 아니라 노동조합과 사용자의 합의, 즉 단체협약 또한 포함되는 것으로 이해할 수 있다. 대상결정에서 당사자의 합의만으로는 실근로시간 단축이 불확실하다는 논거로 “노동조합이 있는 사업장의 경우에도 임금보전을 위해 휴일근로를 원하는 근로자들의 요구로 인해 단체협약에서 연장근로나 휴일근로를 방만하게 허용하고 있는 경우도 있었기 때문”이라는 것을 언급하고 있기 때문이다.