

노동판례리뷰*

김 가 람**

파업이 업무방해죄의 '위력'¹⁾에 해당하는가

- 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 업무방해 -

【사건의 쟁점】

집단적 노무제공을 거부하는 형태의 파업이 형법상 업무방해죄 소정의 '위력'에 해당하는가?

【사실관계】

전국철도노동조합(이하 철도노조)이 지난 2006년 3월에 단행한 파업에 대해 검찰이 업무방해죄로 기소하면서 이 사건은 시작된다. 당시 한국철도공사는 구 노조법상 필수공익사업장으로 지정되어 있어 중앙노동위원회(특별조정위원회)가 직권중재를 하게 될 경우, 사실상 파업은 금지되었다. 철도노조는 '파업 없이 성실하게 교섭한다'는 약속서를 특별조정위원회에 제출하였고, 특별조정위원회는 노조가 약속서를 어기고 쟁의행위 돌입 가능성이 현저할 경우에는 직권중재를 하겠다면서 조건부로 중재회부를 미뤘었다. 그러나 철도 노사의 단체교섭이 결렬된 당일, 특별조정위원회는 직권중재를 회부하는 결정을 하였음에도 철도노조는 당초 예정된 파업일정에 맞춰 파업을 결행하였다.²⁾ 결국 이 파업은

* 노동판례리뷰의 대상 판결들은 한국노동연구원 인터넷 홈페이지(<http://www.kli.re.kr>) 「노동판례」에서 전문을 보실 수 있습니다.

** 한국노동연구원 노동정책분석실 연구원(macci@kli.re.kr).

1) 형법에서 말하는 '위력(威力)'이란 사람의 의사를 제압할 수 있는 유·무형적인 힘을 말한다. 위력은 폭행, 협박뿐만 아니라 사회적·경제적 지위를 이용해 의사를 제압하는 것도 해당한다. 위력을 보이는 방법은 시각, 청각, 촉각 등을 불문한다. 가령 단체나 기관이 쓰여진 문서를 보여주거나, 소리로 상대방을 제압하는 등의 행위, 시각장애인에게 점자를 읽히게 하는 것도 그러한 위력에 해당될 수 있다.

불법파업이 되었고, 검찰은 업무방해죄를 적용하여 기소하기에 이른 것이다.

【판결의 내용】

종래 대법원 판결에 따르면 불법파업에 대하여 ‘다수의 근로자들이 상호 의사연락하에 집단적으로 작업장을 이탈하거나 결근하는 등 근로의 제공을 거부함으로써 사용자의 생산·판매 등 업무의 정상적인 운영을 저해하여 손해를 발생’하게 하였다면 업무방해죄가 성립된다고 보았다.³⁾ 그러나 이번 사건에서는 철도노조의 불법파업에 따른 업무방해죄를 인정하면서도 종래와 다른 기준을 제시하였고, 기존 대법원 판례 입장을 변경하였다.

- 가. 정의행위로서의 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니다.
- 나. 전후 사정과 경위 등에 비추어 ‘사용자가 예측할 수 없는 시기’에 전격적으로 이루어진 경우
- 다. 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에
- 라. 비로소 그 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 봄이 상당하다.

위 기준에 따라 대법원은 ① 철도공사가 파업이 허용되지 않는 사업장으로 직권중재시 정의행위금지 규정을 위반하면서까지 파업을 강행할 것이라고 예측할 수 없다는 점, ② 이에 파업돌입 이후 열차 중단으로 인해 막대한 손해가 발생했다는 점을 들어 변경된 대법원의 입장에서도 철도노조의 파업에 대해서는 업무방해죄가 적용된다고 하였다.

그러나 대법원의 변경된 입장을 반대하는 대법관의 소수의견에도 주목해 보자. 우선 소수의견은 소극적 근로제공의 중단과 같은 단순파업의 경우, 업무방해죄 적용 자체를 반대하고 있다. 그 근거로 업무방해죄는 어떤 행위를 ‘함(작위)’으로써 발생한 결과를 처벌하는 것인데 반해, 노무제공을 거부하는 것은 ‘하지 않음(부작위)’에 의한 것이므로 업무방해죄의 대상이 되지 않는다는 것이다. 다만 노무제공을 거부한 것은 근로계약상 노무제공 의무를 위반한 것에 불과하다고 보는 것이다.

한편, 어떠한 행위를 ‘함’에 따라 범죄가 성립하는 경우라고 하더라도, ‘하지 않음’으로써 범죄성립을 인정하는 경우도 있다. 이에 소수의견은 어떠한 행위를 ‘하지 않은’ 자의 행위가 범죄로 인정되기 위해서 그(녀)에게 ‘범익침해의 결과 발생을 방지할 작위의무’가

2) 철도노조 조합원들은 2006년 3월 1일부터 3월 4일까지 서울철도차량정비창 등 전국 641개 사업장에서 파업을 지속했으며, 이 결과 KTX 열차 329회, 새마을호 열차 283회 운행이 중단되었다.

3) 대판 1991.4.23. 90도2771, 2004.5.27. 2004도689 판결 등

기대되어야 한다는 것이다.⁴⁾ 그렇다면 철도노조 조합원들에게 그러한 의무가 존재한다고 볼 수 있는가. 헌법상 노동3권에서 그러한 의무를 찾아보기 어렵다는 것이 소수의견의 요지이다. 마지막으로 다수의견이 단순파업의 경우에도 업무방해죄의 ‘위력’에 해당한다고는 하나, 이는 근로자들에게 ‘일할 의무’를 형벌로 강제하는 것이므로 부당하다는 의견을 제시하였다.⁵⁾

이 사건 관련 참조판례

- 파업이 헌법상 기본권으로 보장되는 단체행동권의 행사로서의 적법한 요건을 갖추어 이루어진 경우, 이는 헌법적으로 정당성이 인정되는 행위이므로 이를 업무방해죄의 구성요건인 위력에 해당한다고 볼 수는 없다(헌재 전원재판부 2010.4.29. 2009헌바168).
- 사용자와 근로계약을 체결한 근로자가 자의로 계약을 위반하여 근로를 제공하지 아니하였다고 하더라도 근로계약의 불이행에 따른 채무불이행의 책임을 지게 되는 것은 별론으로 하고, 바로 업무방해죄를 구성하는 것이라고 볼 수는 없겠지만, 다수의 근로자들이 상호 의사연락하에 집단적으로 작업장을 이탈하거나 결근하는 등 근로의 제공을 거부함으로써 사용자의 생산·판매 등 업무의 정상적인 운영을 저해하여 손해를 발생하게 하였다면, 그와 같은 행위가 노동관계법령에 따른 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한, 다중의 위력으로서 타인의 업무를 방해하는 행위에 해당하여 업무방해죄를 구성한다(대판 1991. 4. 23. 90도2771, 2004. 5. 27. 2004도689 판결 등).
- 연장근로의 거부, 정시출근, 집단적 휴가의 경우와 같이 일면 근로자들의 권리행사로서의 성격을 갖는 쟁의행위에 관하여도 정당성이 인정되지 않는다고 하여 바로 형사처벌할 수 있다는 대법원 판례(대법원 1991.11. 8. 선고, 91도326; 1996. 2. 27. 선고, 95도2970; 1996. 5. 10. 선고, 96도419 판결 등)의 태도는 지나치게 형사 처분의 범위를 확대하여 근로자들의 단체행동권의 행사를 사실상 위축시키는 결과를 초래하여 헌법이 단체행동권을 보장하는 취지에 부합하지 않고 근로자들로 하여금 형사 처분의 위협하에 노동에 임하게 하는 측면이 있음을 지적하여 두고자 한다(헌재 1998. 7.16. 97헌바23).

4) 대판 2006.4.28. 2003도4128.

5) 국제노동기구(ILO) 제105호 「강제노동의 폐지에 관한 조약」 제1조 d항은 ‘동맹파업에 참가한 것에 대한 제재’를 강제노동으로 보아 금지하고 있다.

기간제 근로계약의 계약갱신 거절

- 대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729. 부당해고및부당노동행위구제재심판정 취소 -

【사건의 쟁점】

기간제 근로계약에 있어서 근로계약 갱신(재계약)에 관한 기대권이 인정되는 경우에 그 기대권에 반해 근로계약의 갱신을 거절한 것이 정당한가?

【사실관계】

이 사건은 서울시 산하 시설관리공단이 장애인 콜택시 노조 지부장 외 6명에 대해 기준 평가점수 미달을 이유로 계약만료 시점에 갱신거절한 것이 발단이 되었다.⁶⁾

서울시에 장애인 전용 콜택시가 도입되면서 콜택시 운영을 서울시 시설관리공단에 위탁하였고, 100명의 운전기사를 ‘수탁봉사자’로 고용하였다. 대부분 연령이 50대 이상인 그들은 콜택시 업무를 수행하는 과정에서 발생하는 산재사고에 대해 산재보험처리를 요구하였으나, 공단측은 산재보험처리를 거부하였다. 이러한 계기로 노조가 결성되었다. 한편, 2004년 재계약을 앞둔 시점에서 공단은 연장계약을 위한 심사위원회를 열어 노조간부 7명을 포함한 총 11명에 대해 계약갱신을 거절하였다. 이 당시 100명의 운전기사 중 89명은 기존 계약이 갱신되었다.

【판결의 내용】

이번 대법원 판결에서는 근로계약의 갱신거절이 부당해고에 해당하는지에 대한 판단 기준을 다음과 같이 제시하고 있다.

- 가. 기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우, 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신거절의 의사표시가 없어도 그 근로자는 당연퇴직되는 것이 원칙이다.
- 나. 그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나,

6) 1심은 서울행법 2005.07.07 2004구합33756. 2심은 서울고판 2006.12.19 2005누17722. 지방, 중앙노동위원회에서 모두 패한 콜택시 노조 조합원들(원고)은 노동위원회 판정에 불복해 행정법원에 소송을 제기하였다. 행정법원에서는 부당해고라는 판결을 하였고, 중앙노동위원회가 이에 항소하여 서울고등법원에서 승소한다. 결국 원고들은 대법원에 상고하였고, 원고의 승소로 사건이 종결되었다. 2005년 행정법원에서 시작된 이 사건이 결론이 나기까지 5년이 넘는 시간이 걸렸다.

다. 그러한 규정이 없더라도...(중략)... 근로자에게 근로계약의 정당한 갱신 기대권이 인정될 경우, 사용자의 근로계약 갱신거절은 부당해고와 마찬가지로 효력이 없다.

이전 대법원 판결에서 볼 때, 갱신거절이 부당해고가 되는 경우는 두 가지로 나뉘볼 수 있다. 첫째, “근로계약 기간을 정한 것이 형식에 불과”하여 그 근로계약이 기간의 정함이 없는 것으로 볼 수 있는 때, 갱신거절을 한 경우이다.⁷⁾ 단기의 근로계약이 반복갱신되어 근로계약기간이 사실상 무의미한 것이라 판단된 경우에는 갱신거절이 해고와 같이 무효가 되고, 그 근로계약은 무기(無期) 근로계약으로 본다.

둘째, 첫째의 경우와 달리 실질적으로 유기(有期) 근로계약인 경우에도 갱신거절은 부당해고와 동일한 결과를 가져올 수 있다. “근로계약 기간을 정하여 실질적인 반복갱신 절차를 거쳤음”에도 갱신기대권을 위반한 경우가 그것이다.⁸⁾ 다만 첫째와 둘째의 경우, 근로기준법(제23조 제1항)의 부당해고 조항이 직접 적용되는 것은 아니고 판례법리에 따라 부당해고 여부를 판단한다.⁹⁾

그렇다면 이 사건은 종래 판결과 무슨 차이가 있는가.

종래 법원은 근로계약 기간과 관련하여 기간의 정함이 없는지, 갱신거절이 무효인지를 판단할 때 근로계약이 반복적으로 갱신되었는지의 여부를 살폈다. 그런데 이번 대법원 판결은 ‘첫 회’의 갱신이 거절된 경우에도 부당해고에 해당한다고 판단하였다. 갱신기대권을 판단함에 있어 근로계약이 수차례 반복되어야 하는지의 여부를 떠나 첫 회의 재계약이 거절된 경우에도 갱신기대권을 적극적으로 인정했다는 점은 의미가 크다.

또 하나 차이점은 종래 법원이 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등을 근거로 갱신기대권을 엄격하게 판단했다면, 이번 대법원 판결은 “그러한 규정이 없더라도” 갱신기대권을 판단할 수 있음을 보여주었다.¹⁰⁾ 갱신기대권이 꼭 문서상으로 존재하는 근거만을 요구하는 것이 아니라 계약체결 당시와 근로계약이 유지되고 만료되는 시점까지의 정황과 갱신기

7) 대판 1998.1.23. 97다42489 등.

8) 대판 1994.1.11. 93다17843.

9) 왜냐하면 기간제 근로자에 대한 계약해지, 갱신거절 등에 관한 해고제한규정은 없기 때문이다. 무기계약 근로자의 부당해고 판결문들을 보면 “근로기준법 제23조 제1항을 위반한 부당해고”, “정당한 이유가 없는 한 해고는 무효가 된다”는 등의 표현을 쓰는 반면, 하급심에서는 “...계속적인 고용이 기대되고 있는 때에는 해고제한의 법리가 유추적용되어...”, “사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 이유없이 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 신의칙상 허용될 수 없다”고 하는 등 표현에서도 차이가 있다(서울행법 2008.4.25. 2007구합36138, 서울행법 2008.5.16. 2007구합31966, 서울행법 2008.6.20. 2007구합39595 등).

10) 이러한 유사한 하급심 판결도 있다. “기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우에도 근로자에게 계약 갱신에 대한 합리적인 기대가 형성되었다는 특별한 사정이 인정되는 경우에는 계약서의 문언에도 불구하고 사용자가 정당한 이유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효가 된다.”고 하여 갱신기대권을 중심으로 판단한 경우도 있었다(서울행법 2008.1.31. 2007구합19195).

대권의 합리적 존재여부를 개방적으로 판단하겠다는 것으로 비춰진다.¹¹⁾

마지막으로 갱신거절이 무효인 경우, 회복되는 근로계약은 어떤 형식이 되어야 하는가. ‘부당해고’와 마찬가지로 그 거절된 계약은 앞으로 무기계약이 되는지, 아니면 종전의 기간을 정한 근로계약이 다시 갱신되는 것인지가 문제이다. 여러 하급심과 이번 대법원 판결은 “기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 할 것이다”라고 하여 종전의 계약이 다시 갱신되는 것으로 판시한다. 그렇다면 또 다른 문제가 남는다. 해당 근로자가 해고된 기간 중에 임금을 청구할 경우, 기존 계약기간(1년 계약일 경우 갱신되지 못한 1년)에 한정해서만 임금상당액을 청구할 수 있는지 아니면 원직복직(재계약 시점)까지 임금상당액을 모두 청구할 수 있는지에 대한 의문이 남는다. 이번 대법원 판결에서는 해고기간 중의 임금과 관련된 법적 판단은 하지 않았다. 다만 하급심 판결에서는 “근로자로서 계속 근무하였다면 피고로부터 받을 수 있는 임금을 지급할 의무가 있다”고 하거나¹²⁾, “해고가 무효인 이상, 원고와 피고 사이의 근로관계는 유효하게 존속하고,¹³⁾ 원고가 이 사건 해고로 인하여 실제로 근로를 제공하지 못하였다 하더라도 이는 사용자인 피고의 수령 지체로 인한 것”이라고 하여 해고기간 중 임금상당액을 모두 지급하도록 판시하고 있다. 이에 대한 구체적인 법논리가 다뤄지지 않은 점이 이번 판결에서 아쉬움으로 남는다.

이 사건 관련 참조판례

- 단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐서 반복하여 갱신됨으로써 …(중략)… 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 등).
- 원고들과 참가인 사이에 체결된 단원 위촉계약상의 위촉기간은 그 만료로서 계약관계가 획일적으로 종결되는 존속기간이 아니라 갱신에 의하여 연장이 허용되는 갱신기간이라고 봄이 옳을 것이고, 이러한 경우 사회통념상 상당하다고 인정되는 합리적인 이유 없이 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 신의칙상 허용될 수 없다 할 것이다(서울행정법원 2005. 5. 19. 선고 2005구합2864)

11) ‘처분문서’로서 근로계약서 등을 중심으로 엄격하게 판단하는 판례의 입장에 대해 법관의 자유심증주의에 반한다거나 근로관계 특수성을 고려하여 근로자의 의사표시에 대한 사실인정을 해야 한다는 입장도 있다. 이에 관해서는 유성재, 「기간제법 제정과 기간제 근로계약의 갱신거부」, 『중앙법학』 12(2), 중앙법학회, p.363 이하 참조.

12) 서울중앙지법 2009.3.27. 2008가합61153, 2008가합98711.

13) 서울중앙지법 2008.1.17. 2006가합111313. 가령 해고기간 중 임금상당액을 청구하는 것을 별론으로 할지라도 그 해고기간이 2007년 7월 1일을 기준으로 2년이 경과한 경우 기간제법에 따라 무기계약을 주장할 여지도 남기 때문이다.

위장폐업과 부당해고

- 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다13282 손해배상 -

【사건의 쟁점】

사용자가 노동조합 활동을 혐오하여 사업자체를 폐지하고 근로자들을 해고한 이후 다시 기업을 재개하거나 신설회사를 설립하는 경우, 해고된 근로자들은 위장폐업에 따른 손해배상 청구를 할 수 있는가?

【사실관계】

A회사의 노동조합은 2003년 연장근로수당 지급을 요구하며 단체교섭을 요구하였으나 사측과 이견이 계속되자 파업에 돌입하였다. 6개월 이상 파업이 계속되자 A회사는 직장 폐쇄를 한 뒤, 그 다음해 1월에 폐업신고를 하여 전 직원을 퇴직처리하기에 이른다. 그리고 A회사 대표이사의 아들이 B회사를 신설하였다. 퇴직처리된 근로자들은 B회사가 위장폐업에 의해 신설된 회사라고 하면서 정당한 이유 없는 부당해고라고 주장하였다.

이 사건은 1심(부산지방법원)에서 구 근로기준법 제30조 위반을 이유로 약식명령이 청구된 바 있으며, 사용자가 정식재판을 청구하였으나 유죄판결을 선고받은 바 있다.

【판결의 내용】

대법원은 위장폐업을 다음과 같이 정의한다.¹⁴⁾

- ① (부당노동행위가 되는 위장폐업이란) 기업이 진실한 기업폐지의 의사가 없이,
- ② 노동조합의 결성 또는 조합활동을 혐오하고 노동조합을 와해시키기 위한 수단으로서
- ③ 기업을 해산하고 조합원을 전원 해고한 다음 새로운 기업을 설립하는 등의 방법으로
- ④ 기업의 실체가 존속하면서 조합원을 배제한 채 기업활동을 계속하는 경우를 말한다.

위장폐업의 외관은 폐업의 형식을 빌기 때문에 근로자들은 형식적으로 퇴사통보를 받게 된다.¹⁵⁾ 하지만 기업이 도산 등으로 인해 진정폐업에 이른 경우에는 근로관계가 자동

14) 대판 1991.12.24. 91누2762 등.

15) 위장폐업은 몇 가지 유형이 있다. 기업청산 등을 이유로 근로자들을 모두 해고한 뒤 청산절차를 완료하지 않은 채 기업을 재개하는 경우, 기업 해산을 결의하고 근로자들을 모두 해고한 뒤 종래 기업설비 등은 신규 대표이사나 임원에게 인수하게 하여 개인기업으로 전환하는 경우, 사실상 청산을 통해 회사를 폐지시키고 동시에 별개의 회사를 설립하여 폐지된 회사의 모든 시설 등을 승계하

적으로 종료되는 것이나 위장폐업의 경우에는 기존 기업을 다른 기업의 외관만으로 바꾸어 사실상 영업을 유지하기 때문에 근로관계가 종료된 근로자들은 부당노동행위, 부당해고를 다룰 수 있다. 이 사건은 부당해고는 전제되어 있고, 그에 따른 불법행위가 성립되는지, 불법행위에 따른 손해배상 청구(위자료 포함)가 가능한지가 그 쟁점이다. 근로자측은 이 사건 1, 2심 모두 패소한 바 있다. 1, 2심의 판단은 다음과 같다.

- ① 위장폐업에 따른 부당해고는 그 효력이 부정되어 원고들과 회사 사이에 여전히 근로관계가 존속한다.
- ② 따라서 원고(근로자)들로서는 특별한 사정이 없는 한 사용자인 회사에 대해 부당해고기간 중의 임금을 청구할 수 있으므로 임금상당의 손해가 발생했다고 볼 수 없다.

이러한 판단에 대해 이번 대법원 판결은 다른 입장을 취하고 있다.¹⁶⁾ 먼저 불법행위로 인한 손해배상 청구를 긍정하려면 사용자의 불법행위가 인정되어야 한다. 부당해고가 곧바로 불법행위를 구성하지는 않는다.¹⁷⁾ 그러나 해고를 할 이유가 객관적으로 보아도 없음에도 불구하고 부당하게 해고를 한 경우, 그 해고에 고의·과실이 있다면 불법행위가 성립한다. 이 사건에서 불법행위는 위장폐업 자체가 아니라 위장폐업으로 인해 정당하지 않은 해고를 한 것이 불법행위가 된다.

이 사건에서는 위장폐업으로 인해 해고된 근로자에 대해 근로기준법 제23조 제1항의 위반에 따라 부당해고와 동시에 불법행위에 따른 손해배상 청구도 가능하다고 판시한다.¹⁸⁾ 다시 말하면 위장폐업에 의한 부당해고가 무효임을 이유로 「민법」 제538조 제1항에 따라 이전 회사 내지는 그와 실질적으로 동일성을 유지하고 있는 신설회사에 대하여 계속 근로하였을 경우, 그 반대급부로 받을 수 있는 임금의 지급을 구하거나 부당해고가 불법행위에 해당함을 이유로 손해배상을 ‘선택적’으로 청구할 수 있다는 것이다.

또 하나 쟁점은 ‘위자료’를 청구할 수 있는지의 여부이다. 위자료는 불법행위에 따른 손해 중 정신적 손해에 해당하는 부분이다. 대법원은 부당해고가 불법행위에 해당하는 경우, 위자료 청구를 긍정한다. 이번 대법원 판결에서도 위장폐업에 따른 부당해고로 인하여 정신적 고통을 입게 된 근로자들에게 위자료를 배상할 책임이 있음을 명시하였다.

는 경우, 모자(母子)회사의 경우 자회사 노조를 무력화시키기 위해 자회사를 해산하는 한편, 모회사가 그 영업을 계속하는 경우 등이 그것이다.

16) 대법원은 부당해고에 따른 임금청구권과 부당해고가 불법행위를 구성할 경우 임금상당의 손해배상을 청구하는 것은 그 법적 근거와 성질이 다르다고 판단하였다. 부당해고가 불법행위를 구성하는 경우 임금청구권이 유효하게 있는지 없는지의 여부와는 별개로 불법행위에 따른 손해는 부당해고가 없었더라면 향유하거나 취득할 수 있었던 이익이 상실된 결과, 그에 따른 불이익이 발생되었는지 여부만 판단하면 된다고 보았다.

17) 대판 1997.1.21. 95다24821.

18) 대판 1992.10.12. 92다43586.

위자료청구권은 그 성격이 손해배상청구권이므로 민법 제766조 제1항, 제2항에 따라 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년, 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 경우에는 그 권리는 소멸된다.¹⁹⁾ 그러나 이 사건에서 사용자는 위자료를 청구할 소멸시효가 종료되었기 때문에 위자료 지급을 할 필요가 없다고 주장한다. 해고근로자들이 2004년 1월에 위장폐업 사실을 알았다고 주장하면서, 2009년 10월에 이르러 위자료 청구를 하였기 때문에 3년 소멸시효에 따라 위자료 지급의무가 없다고 한 것이다. 그러나 대법원은 이전 회사가 폐지되고 신설회사가 설립되는 것으로만 그것이 위장폐업인지, 불법행위에 해당 하는지를 알 수 없다고 하였다. 또한 불법행위의 가해자를 인식하는 것도 사용자들이 주장하는 바대로 신설회사 설립시점에 알기는 어려웠다고 판단한다. 왜냐하면 이전 회사든 신설회사든 간에 대표이사에게 불법행위 책임을 묻는 것이 아니라 실질적 사주가 누구인지를 알아야 되는데, 신설회사 설립시점에 해고근로자들이 그것을 인식했다고는 볼 수 없다고 판단했다. 대법원은 이 부분에 대해 해고근로자들이 위장폐업이 불법행위에 해당 한다는 사실을 현실적이고 구체적으로 인식할 수 있는 시점이 언제인지를 원심이 다시 판단하도록 맡겼다.

이 사건 관련 참조판례

- 징계해고 등을 할 만한 사유가 전혀 없는데도 오직 근로자를 사업장에서 몰아내려는 고의로 어떤 명목상의 해고사유 등을 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고 등의 불이익처분을 한 경우나, 해고 등의 이유로 된 어느 사실이 취업규칙 등 소정의 징계사유에 해당되지 아니하거나 징계사유로 삼을 수 없는 것임이 객관적으로 명백하고 또 조금만 주의를 기울였다더라면 이와 같은 사정을 쉽게 알아 볼 수 있는데도 그것을 이유로 징계해고 등의 불이익처분을 한 경우처럼, 사용자에게 부당해고 등에 대한 고의·과실이 인정되는 경우에 있어서는 불법행위가 성립되어 그에 따라 입게 된 근로자의 정신적 고통에 대하여도 배상할 의무가 있다(대판 1997. 9. 26. 97다18974 등)

19) 한편 민법 제766조 제1항에서 규정한 ‘손해 및 가해자를 안 날’이란 손해발생의 추정이나 의문만으로는 충분하지 않으며, 손해의 발생사실뿐만 아니라 그 가해행위가 불법행위를 구성한다는 사실((위법한 가해행위의 존재, 손해의 발생 및 가해행위와 손해의 인과관계 등)을 인식하여야 한다(대판 1989.9.12. 89다카2285 등). 한편 법원의 판결이 있는 경우에는 단기의 소멸시효에 해당하는 것이라고 할지라도 민법 제165조 제1항에 따라 그 소멸시효는 10년이 된다.

일용계약직 근로자의 퇴직금

- 대판 2011. 4. 14. 선고 2009다35040 퇴직금 -

【사건의 쟁점】

1주일에 2~3일 근무하는 일용계약직 근로자가 매년 계약을 갱신해 온 경우에도 퇴직금을 지급해야 하는가?

【사실관계】

경륜(경정)장에는 투표종사원, 수납원으로 일하는 일용계약직 근로자들이 있다. 이들은 짧게는 2년, 길게는 10년간 매년 반복적으로 근로계약을 체결하였다. 대법원이 인정한 원심의 사실관계를 살펴보면, 이들이 일용계약직으로 근로계약을 체결하였지만 근무기간이 중단되지 않고 계속되었다. 통상 근로계약은 ‘매년 경주개최기간 단위’로 체결되어 12월경에 만료되었다. 그리고 그 직전인 11월 또는 12월경 동일한 조건으로 다음 해 1월 경부터 12월경까지의 경주개최기간을 근무기간으로 하는 근로계약이 반복적으로 체결되었다. 이들은 1주일에 3일(경륜 관련 업무)이나 2일(경정 관련 업무) 또는 5일(경륜과 경정 관련 업무를 함께 하는 경우) 동안 근무하였고, 계절적 요인으로 동절기에는 경륜(경정)경기가 열릴 수 없는 시기를 제외하고는 근로계약을 계속 갱신해 왔다.

이 사건은 일용계약직으로 계속 근무한 이들에 대한 퇴직금만 한정하여 판단한 것이다. 퇴직금 산정에 있어 일용근로계약의 형태로 반복 갱신된 계속근로기간 모두를 통산하여 퇴직금을 지급해야 하는지가 이 사건의 핵심쟁점이다.

【판결의 내용】

퇴직금은 계속근로기간 1년에 대해 30일분 이상의 평균임금을 지급해야 한다. 근로형태와는 무관하게 계속근로기간이 1년 이상일 경우, 퇴직 시 14일 이내로 사용자가 근로자에게 퇴직금을 지급해야 한다. 다만 4주간을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자의 경우에는 퇴직금제도가 적용되지 않는다.

퇴직금 계산에서 가장 문제되는 것은 퇴직금 산정의 기준임금인 ‘평균임금 산정’과 ‘계속근로연수’ 산정 부분이다. 이 사건의 쟁점인 계속근로연수 계산에 있어서는 대법원 판례, 행정해석 등에 의해 이미 확립된 기준이 있는 것으로 봐도 무방하다.²⁰⁾

20) 군복무기간은 예전 행정해석이 계속근로연수에 포함된다고 하였으나 병역법이 개정(1970.12.31. 법

1995년 전원합의체 판결에서는 “근로계약 기간이 만료되면서 다시 근로계약을 맺어 그 근로계약 기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우에는 갱신 또는 반복된 근로계약 기간을 합산하여 퇴직금 지급요건으로서의 계속근로 여부와 계속 근로연수를 판단하여야 한다”고 판시하고 있다.²¹⁾ 다만 갱신되거나 반복 체결된 근로계약의 경우, 일부 공백기간을 계속근로연수에 합산할 것인지에 대해서는 “그 기간이 전체 근로계약 기간에 비하여 길지 아니하고 계절적 요인이나 방학기간 등 당해 업무의 성격에 기인하거나 대기기간·재충전을 위한 휴식기간 등의 사정이 있어 그 기간 중 근로를 제공하지 않거나 임금을 지급하지 않을 상당한 이유가 있다고 인정되는 경우에는 근로관계의 계속성은 그 기간 중에도 유지된다”고 본다.²²⁾

이 사건에서 일용계약직 근로자들의 계속근로연수 판단에 주요하게 판단한 사항을 정리해 보면 다음과 같다.

- ① 근로자들이 일용계약직으로 근무하였다고 하나 일용관계가 중단되지 않고 근로계약이 반복적으로 갱신되었다.
- ② 1년 중 몇 주 단절된 유계약을 체결된 경우도 있었으나 계절적 요인 등으로 인한 것으로서 일시적으로 근로계약이 중단되었을 뿐, 근로계약은 다시 갱신되었다.
- ③ 사용자는 일용계약직 근로자에 대한 계약갱신 기준과 그 기준에 따라 경력직원을 우선 채용하였고 근무평정을 실시하였다.
- ④ 더구나 2003년 이전에는 근무연수에 따라 호봉을 인정하여 경력수당을 지급하는 등으로 근로계약 기간이 만료된 후에도 원고들로 하여금 계속 근로관계가 유지될 것으로 기대하게 할 만한 충분한 사정이 있었다.
- ⑤ 매년 1월 말경부터 다음 해 1월 또는 3월 초경까지는²³⁾ 사용자에게 현실적으로 근로를 제공하지 않았다 하더라도 아는 휴업기간 또는 대기기간으로 볼 여지가 많다.

이러한 점들에 미루어 대법원은 2년에서 10년까지 반복적으로 근로계약을 체결한 근로자들의 계속적 근로관계를 인정한다. 단순한 일용계약직이 아니라 계속적 근로계약이라는 점을 인정하여 그 사이 공백이 있다고 하더라도 휴업 또는 대기기간으로 보아 퇴직

를 제2259호)되면서, 퇴직금 계산에 있어 계속근로연수에는 포함되지 않으나 승진을 위한 계속근로연수에는 포함되는 것으로 명문화하였다. 그 외 노조 전임자의 전임기간이나 휴업기간, 교수의 유학기간 등은 계속근로연수에 포함된다.

21) 대판 1995.7.11. 93다26168 전원합의체.

22) 대판 2006.12.7. 2004다29736. 이 판결의 근로자들은 대학입시학원 종합반 강사들로 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 이르렀다.

23) 경륜이나 경정의 경우에는 매년 경주개최계획서를 작성하여 문화체육관광부 장관의 승인을 받도록 되어 있다(경륜·경정법 제4조).

금 지급의 전제가 되는 ‘상근성·계속성·존속성’의 요건을 갖추었다고 판단하였다.

또 하나 사용자측의 상고이유로 근로자들이 실업급여 청구와 퇴직금 청구를 함으로써 ‘신의성실의 원칙’을 위반했다고 주장한다. 하지만 대법원은 퇴직금을 청구와 동시에 실업급여까지 청구하는 것이 신의성실의 원칙에 위배되기 위해서는 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하여야 하고, 그 권리행사가 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 상태에 이르러야 한다고 보았다.²⁴⁾ 원심과 대법원 모두 실업급여와 퇴직금을 청구하는 것은 둘의 법적인 성질뿐만 아니라 지급주체도 다르기 때문에 신의성실 원칙을 위배했다는 점은 받아들이지 않았다. **KL**

이 사건 관련 참조판례

- 형식적으로 일용근로자라 하더라도 일용관계가 중단되지 않고 계속되어온 경우에는 상용근로자로 보아야 하고 사용자로서는 취업규칙 및 보수규정상의 직원에 준하여 일용관계가 계속된 기간을 계속근로연수로 계산하여 그에 상응하는 퇴직금을 지급하여야 한다(대판 1986. 8.19. 83다카657).
- 원래 근로자가 반드시 월평균 25일 이상 근무하여야만 근로기준법상 퇴직금 지급의 전제가 되는 근로자의 상근성, 계속성, 종속성의 요건을 충족시키는 것은 아니고, 최소한 1개월에 4, 5일 내지 15일 정도 계속해서 근무하였다면 위 요건을 충족한다(대판 1995. 7. 11. 93다26168 전원합의체).
- 지방잡급직원규정 제4조 제3항에 고용기간이 6개월 미만으로 제한된 관계로 임명과 해임을 반복하여 수년간 계속하여 군 보건소의 모자보건요원으로 근무하는 지방잡급직 공무원은 비록 공무원연금법에 의한 퇴직금 지급대상이 아니라고 할지라도, 근로기준법 제28조에 따라 계속근로연수 1년에 대하여 30일분씩의 평균임금으로 계산한 퇴직금을 받을 수 있다(대판 1979.4.10. 78다1753).

24) 대판 2003.4.22. 2003다2390, 2406.